İDARİ İŞLER KURULU KARARLARI

T.C.
D A N I Ş T A Y
İdari İşler Kurulu
Esas No : 2009/7
Karar No : 2009/14

Özeti : 5355 sayılı Mahalli İdare Birlikleri Kanunu'nun 22' nci maddesinde düzenlenen birlik meclisi kararlarına karşı İçişleri Bakanlığı, vali veya hakkında kişi borcu çıkarılanlar tarafından idari yargı yerlerine başvurulabileceği yolundaki hükmün, iptal davası açmaya ilişkin olduğu hakkında.

İncelenerek iptali istemine ilişkin, İçişleri Bakanlığının 16/01/2009 günlü ve 894 sayılı başvurusu üzerine Birinci Dairece verilen 03/03/2009 günlü ve E: 2009/75, K: 2009/402 sayılı karar, 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 46'ncı maddesinin 1/e bendi uyarınca Danıştay Başkanı tarafından Kurula havale edilerek incelendi.

Gereği görüşülüp düşünüldü :

5355 sayılı Mahalli İdare Birlikleri Kanunu'nun 22'nci maddesinde yer alan, İçişleri Bakanlığı, valiler veya kaymakamlarca mali denetim sonucunda tespit edilen kamu zararı üzerine yapılan kişi borcu teklifleri hakkında birlik meclisince verilen kararlara karşı, İçişleri Bakanlığı, vali ya da hakkında kişi borcu çıkarılan kişi tarafından idari yargı yerlerine başvurulabileceği yolundaki hükmün, usul hukuku açısından niteliğinin saptanması, başka bir anlatımla, maddede düzenlenen başvurunun, bir dava yolu mu yoksa itiraz yolu mu olduğunun açıklığa kavuşturulması için yapılan müzakere sonucunda:

Birinci Daire Başkanı … ile üyeler …, … ve …'ün, "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 123 üncü maddesinde, idarenin, kuruluş ve görevleri ile bir bütün olduğu, kuruluş ve görevlerinin merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayandığı, 127 nci maddesinin beşinci fıkrasında, merkezi idarenin, mahalli idareler üzerinde, mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idari vesayet yetkisine sahip olduğu hükme bağlanmıştır.

5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 9 uncu maddesinde ise, valinin, ilde devletin ve hükümetin temsilcisi ve ayrı ayrı her bakanın mümessili ve bunların idari ve siyasi yürütme vasıtası olduğu hükmüne yer verildiğinden, bu görevi nedeniyle valinin ildeki bütün yerel yönetimler üzerinde merkezi idare adına idari vesayet yetkisini kullandığı bilinen bir husustur.

2575 sayılı Danıştay Kanununun 1 inci maddesinde Danıştayın danışma ve inceleme mercii olduğu hükme bağlandıktan sonra idari vesayet denetimi yapılmasını düzenleyen 42 nci maddesinin (ı) bendinde, Belediye Kanunu ile idari davaya konu olmayan işleri inceleyerek karara bağlamak, (h) bendinde, İdarei Umumiyei Vilayat Kanunu Muvakkatı gereğince doğrudan doğruya veya itiraz yoluyla verilen işleri inceleyerek karara bağlamak görevleri Birinci Dairenin görevleri arasında sayılmıştır.

Merkezi idare ile mahalli idareler arasındaki bütünlüğü sağlamaya yönelik bir hukuki araç olan idari vesayet yetkisine dayanarak merkezi idarenin, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde yerel idarenin karar ve işlemleri üzerinde hem yerindelik, hem hukukilik

denetimi yapılabilmesine imkan tanınmıştır. Anayasa ve kanunla belirtilen hallerde ve yine Anayasa ve kanunla gösterilen yöntemlere göre kullanılabilecek bir yetki olan vesayet yetkisi, takdire bağlı değildir. Bu yetkinin kullanılabilmesi için hangi karar ve işlemlerin idari vesayete tabi olduğunun ve nasıl kullanılacağının yasa ile açıkça belirlenmesi gerekmektedir.

Buna göre, idari vesayet, merkezi idare ile mahalli idareler arasındaki bütünlüğü sağlamayı amaçlamaktadır. Merkezi idarenin, kamu hizmetlerinin ülke düzeyinde uyumlu bir şekilde yürütülmesi ve kamu kaynaklarının etkin ve verimli bir şekilde kullanılmasının sağlanması için mahalli idareleri belli ölçüde denetlemesi gerekmektedir. Merkezi idarenin yerinden yönetim kuruluşları üzerinde sahip olduğu vesayet yetkisi, sınırları kanunla çizilmiş olan bir denetim yetkisidir. Bu şekilde açıkça belirtilmemiş olan işlemler yönünden idari vesayet yetkisinin kullanılmasına hukuken olanak bulunmamaktadır.

5355 sayılı Mahalli İdare Birlikleri Kanununun 22 inci maddesinin ikinci fıkrasında, Sayıştayın dış denetimine tabi olmayan mahallî idare birliklerinin, İçişler Bakanlığı, valiler veya kaymakamlarca mali denetimi sonucunda tespit edilen kamu zararı üzerine yapılan kişi borcu tekliflerinin, birlik meclisinde görüşülerek karara bağlanacağı, bu kararın örneğinin, birlik merkezinin bulunduğu yerin valiliğine, ülke düzeyinde kurulan birlikler ile başkanı vali veya vali yardımcısı olan birliklerde ise İçişleri Bakanlığına gönderileceği, karara karşı, ülke düzeyinde kurulan birlikler ile başkanı vali veya vali yardımcısı olan birliklerde İçişleri Bakanlığının, diğerlerinde ise valiler veya hakkında kişi borcu çıkarılanların on gün içinde idarî yargıya başvurabilecekleri, idari yargı kararı doğrultusunda işlemin sonuçlandırılacağı hükmü yer almaktadır.

5355 sayılı Kanunla getirilmiş olan ve birlik meclisi kararlarının, birlik merkezinin bulunduğu yerin valiliğine, ülke düzeyinde kurulan birlikler ile başkanı vali veya vali yardımcısı olan birliklerde ise İçişleri Bakanlığına gönderilmesi şeklindeki düzenleme vesayet denetimini sağlamaktadır. Böylelikle, mülki idare amirine, kararların hukuka aykırı oldukları kanaatine ulaşılması halinde idari yargıya başvurma, uygun bulunması halinde hareketsiz kalarak kabul etme şeklinde gerçekleşen bir çeşit vesayet yetkisi tanınmıştır. Nitekim, Danıştay Birinci Dairesi mülga 1580 sayılı Belediye Kanununun 142 nci maddesinde yer alan atıf nedeniyle mahalli idare birlikleri meclisleri tarafından verilen kararları yine aynı Kanunun 73 üncü ve 74 üncü maddeleri uyarınca idari itiraz yolu olarak inceleyerek karara bağlamaktaydı.

Benzer durumlarda, mülki idare amirlerine verilen yetkilerin vesayet denetimine ilişkin yetkiler olduğu kabul edilmiştir. Nitekim, 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 27 nci maddesinin altıncı fıkrasında, valinin kanun, tüzük, yönetmelik ve il genel meclisi kararlarına aykırı gördüğü encümen kararının bir sonraki toplantıda tekrar görüşülmesini isteyebileceği, encümenin kararında ısrar etmesi halinde kararın kesinleşeceği, bu takdirde valinin, kesinleşen encümen kararının uygulanmasını durdurarak idari yargı mercilerine yürütmeyi durdurma talebi ile birlikte on gün içinde başvuracağı, itirazın Danıştayca en geç altmış gün içinde karara bağlanacağı hükmünün yer aldığı, nitekim Danıştay Birinci Dairesinin 8.12.2006 tarih ve E:2006/1186, K:2006/1228 sayılı kararıyla Afyonkarahisar İl Encümeninin imar hukukuna ilişkin kararının itirazen incelendiği ve İdari İşler Kurulunun 8.4.2007 tarih ve E:2007/3, K:2008/2 sayılı kararıyla onandığı, Danıştay Birinci Dairesinin 8.12.2006 tarih ve E:2006/863, K:2006/1229 sayılı kararıyla Muğla İl Encümeninin imar hukukuna ilişkin kararının itirazen incelendiği ve İdari İşler Kurulunun 8.4.2007 tarih ve E:2007/4, K:2008/3 sayılı kararıyla onandığı, Danıştay Birinci Dairesinin 22.5.2007 tarih ve E:2007/475, K:2007/602 sayılı kararıyla Diyarbakır İl Encümeninin maden hukukuna ilişkin kararının itirazen incelendiği ve İdari İşler Kurulunun 8.4.2007 tarih ve E:2007/10, K:2008/4 sayılı kararıyla onandığı görülmektedir.

Yine, Anayasa Mahkemesinin 8.1.2007 tarih ve E:2005/32, K:2007/3 sayılı iptal kararından önce 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 15 inci maddesinin üçüncü fıkrasında, valinin, meclisin ısrarı ile kesinleşen kararlar aleyhine idari yargıya

başvurabileceği hükmünün yer aldığı, Danıştay Birinci Dairesinin 1.2.2008 tarih ve E:2007/1025, K:2008/146 sayılı kararıyla Manisa İl Genel Meclisinin şirket kurulmasına ilişkin kararının itirazen incelendiği ve İdari İşler Kurulunun 8.4.2007 tarih ve E:2008/3, K:2008/1 sayılı kararıyla onandığı anlaşılmaktadır.

Mahalli idarelere ilişkin 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 27 nci maddesinin altıncı fıkrası ve 15 inci maddesinin üçüncü fıkrası, 5355 sayılı Mahalli İdare Birlikleri Kanununun 22 nci maddesinin ikinci fıkrası, 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanununun 14 üncü maddesinin 5 inci fıkrası ile 5393 sayılı Belediye Kanununun 23 üncü maddesinin beşinci fıkrasında yer alan ve mülki idare amirlerine mahalli idare organlarının kararları aleyhine idari yargı mercilerine başvurma yetkisi verilen hükümlerin idari vesayet denetimi kapsamında Danıştay idari dairesine başvurma dışında yetkili ve görevli idari mahkemelere iptal istemiyle başvurma yolu olarak düşünülmesi mümkün değildir. Zira, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2 nci maddesinin 1/a bendinde, iptal davası, idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan davalar olarak tanımlanmıştır. İptal davası, idari yargı rejimini benimsemiş olan hukuk sistemlerinde idari işlemlerin yargısal denetimini sağlayan genel dava yoludur. İptal davasının genel dava açma yolu olması nedeniyle bir idari işleme karşı dava açılabilmesi için yasada iptal davası açılabileceğine ilişkin bir hüküm olmasına gerek bulunmamaktadır. İptal davasına göre özel bir başvuru yolu olması nedeniyle idari itiraz yolunun işletilebilmesi için, mutlaka yasal bir düzenlemenin varlığına ihtiyaç bulunmaktadır.

Bu bağlamda, vesayet makamının idari vesayet yetkisini iptal davası açmak suretiyle kullanması, başka bir ifadeyle vesayet denetiminde yargısal yöntem, öğretide tartışma konusu olan, bir vesayet denetimi sayılıp sayılmayacağı konusunda görüş birliği olmayan ve Türk idare hukukuna yabancı bir hukuk uygulamasıdır. Bu yöntemde yerel yönetimin işlem ya da kararlarının yargı organının önüne getirilmesine ilişkin işlemler yönetsel olarak değerlendirilmekte ve bu başvuru vesayet yönetimi tarafından yapılmaktadır. Başvuru sonucu başlayan süreç tamamen yargısal olduğu gibi varılan denetim sonucu da yargısaldır. Bu durumda, Anayasanın 125 inci maddesinin dördüncü fıkrası hükmü gereğince, yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olarak işletilebileceğinden, yargısal denetimin yerindelik denetimini içermesi söz konusu olamayacaktır. Oysa Anayasanın 127 nci maddesinde belirtilen amacı gerçekleştirmek üzere, bu maddede sayılan unsurların denetiminin, yerindelik denetimi yapılmadan sağlanması asla mümkün olamayacağından, yargısal denetime başvurma olanağının sağlanması, vesayet denetimi olarak kabul edilmemektedir.

İdari vesayetin, vesayet makamlarına salt dava açma yetkisi olarak düzenlenmesi, idari vesayeti ortadan kaldıracak kadar zayıflatılması sonucunu doğurduğu Anayasa Mahkemesi kararıyla ortaya konulmuştur. Anayasa Mahkemesinin 8.1.2007 günlü, E: 2005/32, K: 2007/3 sayılı kararında, 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 15'inci maddesinin ikinci fıkrasının "... ile yeniden görüşülmesi istenip de il genel meclisi üye tam sayısının salt çoğunluğuyla ısrar edilen kararlar..." bölümünün, bu kuralla merkezi idarece Anayasanın 127 nci maddesinde çizilen çerçeve içinde kullanılması gereken vesayet yetkisinin zayıflatıldığı sonucuna varıldığı gerekçesiyle iptaline, açıklanan nedenlerle 15 inci maddenin üçüncü fıkrasının "... Vali, meclisin ısrarı ile kesinleşen kararlar aleyhine idari yargıya başvurabilir." ibaresinin de iptaline karar verilmiş, iptal edilen fıkra, bent ve bölümün doğuracağı hukuksal boşluk, kamu düzenini ve kamu yararını ihlal edici nitelikte görülerek, iptal hükümlerinin kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra, yani 29.12.2008 tarihinde yürürlüğe girmesine karar verilmiş bulunmaktadır.

Benzer bir tartışma 5302 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılan 13 Mart 1329 tarihli İl Özel İdaresi Kanununun aynı konuyu düzenleyen 141 inci maddesinin uygulaması nedeniyle de yaşanmıştı. Anılan maddede, valinin gerektiğinde kesinleşen encümen kararlarının

uygulanmasını durdurarak iptali için idari yargı mercilerine başvurabileceği, ilgili idari yargı merciince verilen karara göre uygulama yapılacağı hükmü yer almaktaydı. Ankara Valiliği tarafından Ankara İl Daimi Encümeni kararının iptali istemiyle yapılan başvuru üzerine Danıştay Onuncu, Sekizinci ve Birinci Daireleri arasında çıkan görev uyuşmazlığının çözümlenmesine ilişkin Danıştay Başkanlar Kurulunun 26.5.1993 tarih ve E:1993/17, K:1993/1 sayılı kararıyla "... 141. madde uyarınca Vali tarafından bir dava açılması söz konusu olmadığına göre maddede yer alan idari yargı mercii ile 135. maddede belirtilen Danıştay'ın amaçlandığı ve vali tarafından yapılan itiraz konusunda Danıştay'ın amaçlandığı ve vali tarafından yapılan itiraz konusunda Danıştay Yasasının 42. maddesinin (h) bendi uyarınca Birinci Dairece karar verilmesi gerektiğine kuşku yoktur." gerekçesiyle Birinci Dairenin görevli olduğuna karar vererek bu nitelikteki hükümlerin idari itiraz yolu olarak algılanmasına gerek duyulduğu hükme bağlanmıştır.

Bu durumda, 5355 sayılı Mahalli İdare Birlikleri Kanununun 22 nci maddesi uyarınca yapılan başvurunun idari itiraz yolu olduğu ve bu başvurunun esasının Danıştay Birinci Dairesince karara bağlanabileceği açıktır." yolundaki ayrışık oylarına karşılık,

5355 sayılı Mahalli İdare Birlikleri Kanunu'nun 22'nci maddesinin ikinci fıkrasında, Sayıştayın dış denetimine tabi olmayan mahalli idare birliklerinin, İçişleri Bakanlığı, valiler veya kaymakamlarca mali denetimi sonucunda tespit edilen kamu zararı üzerine yapılan kişi borcu tekliflerinin birlik meclisinde görüşülerek karara bağlanacağı, bu kararın örneğinin birlik merkezinin bulunduğu yerin valiliğine, ülke düzeyinde kurulan birlikler ile başkanı vali veya vali yardımcısı olan birliklerde ise İçişleri Bakanlığına gönderileceği, karara karşı, ülke düzeyinde kurulan birlikler ile başkanı vali veya vali yardımcısı olan birliklerde İçişleri Bakanlığının, diğerlerinde ise valilerin veya hakkında kişi borcu çıkarılanların on gün içinde idari yargıya başvurabilecekleri, idari yargı kararı doğrultusunda işlemin sonuçlandırılacağı hükmüne yer verilmiştir.

Köylere hizmet götürme birliklerinin Sayıştayın dış denetiminden muaf tutulması, son yıllarda idare hayatımıza getirilen önemli yeniliklerden biridir. Nitekim, diğer yerel yönetimlerin (belediyeler ve il özel idareleri ile bunların oluşturduğu birliklerin) hesap denetimi Sayıştay tarafından dış denetime tabi tutulurken, köylere hizmet götürme birliklerinin dış denetimi, anılan hükümle, idari vesayet makamı olan İçişleri Bakanlığı ile mülki idare amirlerine bırakılmıştır. İçişleri Bakanlığınca köylere hizmet götürme birliklerinin hesap denetimleri yapılırken aynı Bakanlık tarafından özellikle belediyeler ve il özel idarelerinin hesap denetimlerinin yapılmadığını İl Özel İdaresi Kanunu ile Belediye Kanununda yer alan hükümlerden anlamaktayız.

5355 sayılı Yasanın, 5445 sayılı Yasanın 4'üncü maddesi ile değişik 22'nci maddesinde, idari vesayet makamı olarak İçişleri Bakanlığı, valiler ve kaymakamlar tarafından birlik hesaplarının dış denetiminin nasıl yapılacağı ve bu denetim sonucunda ortaya çıkabilecek kamu zararının giderilmesinde izlenecek yol ve yöntemlerin ne olacağı hususları düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu çerçevede madde kapsamındaki köylere hizmet götürme birliklerinin Sayıştayın dış denetimine tabi olmadığı da ayrıca belirtilmiştir. Dolayısıyla birliklerin mali iş ve işlemleri, il özel idareleri ve belediyelerin aksine, merkezi idarenin denetim alanında bırakılmıştır.

Uygulamada, köylere hizmet götürme birliklerinin mali iş ve işlemleri İçişleri Bakanlığı adına mülkiye müfettişlerince denetlenmektedir. Yapılan hesap teftişi sürecinde, birlik bütçesinden yapılan usulsüz harcamalar belirlenerek denetim elemanlarınca düzenlenen teftiş layihalarında yasal dayanaklar da gösterilmek suretiyle birlik saymanı (muhasebe yetkilisi) adına kişi borcu olarak kaydedilmektedir. Kişi borçlarının tespiti ve tahsili için düzenlenen layiha, sayman ve harcama yetkilisi (ita amiri) görüşü de eklenerek gereğinin yapılması için birliğin yetkili organlarına intikal ettirmek üzere mülki makamlara ve İçişleri Bakanlığına sunulmaktadır. İdari vesayet makamı tarafından köylere hizmet götürme birliğine gönderilen müfettiş raporu birlik meclisince incelenip değerlendirilmektedir. Birlik

meclisi, denetim raporundaki usulsüz harcama sonucu olarak belirlenen kişi borcu önerilerini yerinde görüp tahsiline karar verebileceği gibi, yerinde bulunmayarak kişi borcunu kaldırma kararı da verebilmektedir.

Birlik meclisi, denetim elemanının önerisini yerinde bulmaz ise verdiği bir kararla borcu kaldırmaktadır. Bu durumda idari vesayet makamlarının idari yargıya gitme zorunluluğu bulunmaktadır. Şayet öneri yerinde bulunur ise bu durumda da hakkında kişi borcu çıkartılanların, idari yargıya gitme hakkı bulunmaktadır. İdari yargıya gitmek, vesayet yönetimi için bir görev, hakkında kişi borcu çıkartılanlar için ise kullanılması gereken bir haktır.

Bu arada, kişi borcuna alınan yersiz ödemelerin hakkında kişi borcu çıkartılanlar tarafından, Borçlar Kanunu'nun 60'ıncı maddesinde belirlenen bir yıllık dava açma süresi içinde genel hükümlere göre dava yoluyla tahsil edilmesi de mümkündür.

Yasayla getirilen düzenlemenin amacı, kamu parasının keyfi harcanmasının önlenmesi ve usulsüz harcamalar varsa yargının hakemliğine başvurulması imkanının iki tarafa da tanınmasıdır.

5355 sayılı Mahalli İdare Birlikleri Kanunu'nda değişiklik yapan 5445 sayılı Kanunun 4'üncü maddesinde yer alan bu düzenlemenin, anılan Kanunun Türkiye Büyük Millet Meclisinde görülmesi sürecinde verilen önerge ile kanun teklifine eklenmiş ve köylere hizmet götürme birliklerinin hesap yargılamasının idari yargı vasıtasıyla yapılması öngörülmüştür. Eklenen bu hükümle esas itibariyle 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'ndan önce yürürlükte bulunan 1050 sayılı Muhasebe-i Umumiye Kanunu ile yerel yönetimlerin mali denetimi konusunda Sayıştaya verilmiş olan göreve benzer bir görev, birlik hesaplarının denetimi için idari yargıya verilmiş bulunmaktadır.

Birlik Yasasının 22'nci maddesinde ek düzenleme yapılmasını öngören 5445 sayılı Yasanın Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülmesi sırasında okunan gerekçesinde, "... getirilen düzenleme ile teklif edilen kişi borçlarının öncelikle mahalli idare birliklerinin genel karar organı olan birlik meclislerinde karara bağlanması öngörülmüştür. Meclis kararının, illerde kurulu birlikler için valiliklere, ülke düzeyinde kurulan birlikler ile başkanı vali veya vali yardımcısı olan birliklerde ise İçişleri Bakanlığına gönderilmesi ve bu yolla gerektiği taktirde idari yargıya gitmenin yolu açılmıştır." görüşüne yer verilmiştir.

Bu gerekçe ile 5355 sayılı yasaya 5445 sayılı yasayla eklenen maddenin son cümlesinde ise kişi borçlarının idari yargı kararına göre sonuçlandırılacağı belirtilmiştir. Yapılan düzenlemede yer alan idari yargıdan ne anlaşılması gerektiği konusunda bir duraksama yaşandığı kuşkusuzdur.

Anılan Yasada, önerilen kişi borcunun yerinde bulunmayarak kaldırılması yolunda verilen birlik meclisi kararlarının yargıya götürülmesi görevi idari vesayet makamı olarak İçişleri Bakanlığı ve valilere verilirken; kişi borcunun yerinde bulunması nedeniyle verilen birlik meclisi kararlarına karşı hakkında kişi borcu çıkartılanların idari yargıya başvurma hakkı bulunmaktadır. İdari vesayet makamı bu başvuru yoluyla idari yargıdan, müfettiş raporunda yer alan kişi borcuna konu olan kamu zararının hesap yargılaması yoluyla ortadan kaldırılmasını istemek durumundadır. Başka bir ifade ile idari makamlar, idari yargı yoluyla, kamu zararına yol açan uygulamaları önlemek ve kamu zararını tazmin ettirmek sorumluluğunu taşımaktadır.

Birlik bütçesinden usulsüz yapılan harcamalarla ilgili birlik meclisi kararları için başvuru mercii olarak Mahalli İdare Birlikleri Kanununun değişik 22'nci maddesinde idari yargı gösterilmiş ise de bu Kanunda yer alan idari yargı yeri ibaresinin, Danıştayı ifade ettiğine ve başvurunun da itiraz yolu olduğuna ilişkin açıklık bulunmamaktadır. 892'si ilçe merkezlerinde 65'i de il merkezinde bulunan köylere hizmet götürme birliklerinin kararlarının Danıştay tarafından incelenebilmesi için yasanın açık hükmüne ihtiyaç olduğu açıktır. Dolayısıyla Mahalli İdare Birlikleri Kanunu'nun yukarıda değinilen gerekçesinde ve bu

gerekçeyle getirilen yasal düzenlemede "idari yargıdan" söz edilmesi kişi borçlarıyla ilgili birlik meclis kararlarının Danıştayda inceleneceği sonucunu ortaya koymamaktadır.

5355 sayılı Yasada idari yargıya gitmek için on günlük sürenin öngörülmesi ve süre konusunda yasa koyucunun idari yargıdaki genel dava açma süresinden ayrılmış olması, birlik alacaklarının tahsil edilmesi sürecinde uygulanacak yargı yolunun dava yolu olmadığı anlamına gelmemektedir. Nitekim 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7'nci maddesinde, açılacak davalarda, yasalarda ayrı bir süre gösterilmeyen hallerde, dava açma süresinin altmış gün olacağı hükmü bulunmaktadır. Anılan yasadaki on günlük süre de, bu şekilde değerlendirilmesi gereken bir düzenlemedir.

Özetle Mahalli İdare Birlikleri Kanunu'nun 22'nci maddesinde yer alan "idari yargı" sözcüğünden, bu maddeye göre yapılması gereken iş ve işlemlerin Danıştay nezdinde takip edileceği sonucu çıkmamaktadır. Bu maddeye göre konunun takip edileceği yer olarak Danıştay Birinci Dairesini anlamak ve bunun bir itiraz yolu olduğunu kabul etmek Danıştay Kanunu'nun 42'nci maddesinde yer alan düzenlemeler çerçevesinde de olanaklı değildir. Bu maddede il özel idareleri ve belediyelere atıf yapılırken burada ayrı ve kendine özgü özelliği bulunan yerel yönetim birliklerinden de söz edilmemektedir.

Mahalli idare birliklerinin bütçelerinden yapılan harcamalar konusunda sadece vesayet makamlarının değil, hakkında kişi borcu çıkartılanların da idari yargıya gidebilecek olmaları da izlenecek yolun itiraz değil, dava yolu olduğunu göstermektedir.

Esasında konunun niteliği de birlik harcamalarından kaynaklanan kamu zararlarının itiraz yolu ile çözüme kavuşturulmasına uygun düşmemektedir. Sayıştay Kanunu kapsamında dahi değerlendirilmeyen birlik hesaplarının Danıştay Birinci Dairesinde itiraz yoluyla incelenmesi yerine pek çok ilde kurulmuş bulunan idare mahkemelerinde dava yoluyla ele alınması ve sonuçlandırılması, yerel yönetim reformları ile getirilen yeni vesayet anlayışı açısından da uygundur.

Daha önce Belediyelerde uygulanan ve 5018 sayılı yasa ile uygulanması son bulan kişi borcu takip ve tahsil usulünün, Mahalli İdare Birlikleri Kanunu kapsamında oluşturulmuş bulunan Köylere Hizmet Götürme Birliklerinin mali denetimine uyarlanması ve bu bağlamda hesap yargılaması işleminin idari yargı yoluyla sonuçlandırılması gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle 5355 sayılı Mahalli İdare Birlikleri Kanunu'nun 22'nci maddesinde düzenlenen birlik meclisi kararlarına karşı İçişleri Bakanlığı, vali veya hakkında kişi borcu çıkarılanlar tarafından idari yargı yerlerine başvurulabileceği yolundaki hükmün; iptal davası açmaya ilişkin olduğu, bu konuda inceleme ve karar verme yetkisinin de genel görevli idari yargı yerleri olan idare mahkemelerine ait bulunduğu sonucuna varıldığından, Birinci Daire kararının bozulmasına; dosyanın, yeniden karar verilmek üzere anılan Daireye gönderilmesine 22/12/2009 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
İdari İşler Kurulu
Esas No : 2009/15
Karar No : 2009/19

Özeti : 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 23'üncü maddesinde düzenlenen, mülki idare amirinin hukuka aykırı gördüğü belediye meclisi kararları aleyhine idari yargıya başvurabileceği yolundaki hükmün, iptal davası açmaya ilişkin olduğu hakkında.

Ağrı Belediye Meclisince alınan 01/11/2005 günlü ve 11 sayılı, 02/10/2006 günlü ve 10/10 sayılı, 07/01/2008 günlü ve 1/1 sayılı kararların, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 23'üncü maddesi uyarınca itirazen incelenerek iptali istemine ilişkin Ağrı Valiliğinin 06/11/2008 günlü ve 3446 sayılı başvurusu üzerine, Birinci Dairece verilen 05/03/2009 günlü ve E: 2008/1362, K: 2009/415 sayılı karar, 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 46'ncı maddesinin 1/e bendi uyarınca Danıştay Başkanı tarafından Kurula havale edilerek incelendi.

Gereği görüşülüp düşünüldü :

5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 23'üncü maddesinde yer alan, mülki idare amirinin hukuka aykırı gördüğü belediye meclisi kararları aleyhine idari yargıya başvurabileceği yolundaki hükmün, usul hukuku açısından niteliğinin saptanması, maddede düzenlenen başvurunun bir dava yolu mu yoksa itiraz yolu mu olduğunun açıklığa kavuşturulması için yapılan müzakere sonucunda:

Birinci Daire Başkanı ... ile üyeler ..., ... ile ...'ün, "Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 123 üncü maddesinde, idarenin, kuruluş ve görevleri ile bir bütün olduğu, kuruluş ve görevlerinin merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayandığı, 127 nci maddesinin beşinci fıkrasında, merkezi idarenin, mahalli idareler üzerinde, mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idari vesayet yetkisine sahip olduğu hükme bağlanmıştır.

5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 9 uncu maddesinde ise, valinin, ilde devletin ve hükümetin temsilcisi ve ayrı ayrı her bakanın mümessili ve bunların idari ve siyasi yürütme vasıtası olduğu hükmüne yer verildiğinden, bu görevi nedeniyle valinin ildeki bütün yerel yönetimler üzerinde merkezi idare adına idari vesayet yetkisini kullandığı bilinen bir husustur.

2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 1 inci maddesinde Danıştayın danışma ve inceleme mercii olduğu hükme bağlandıktan sonra idari vesayet denetimi yapılmasını düzenleyen 42 nci maddesinin (ı) bendinde, Belediye Kanunu ile idari davaya konu olmayan işleri inceleyerek karara bağlamak, (h) bendinde, İdarei Umumiyei Vilayat Kanunu Muvakkatı gereğince doğrudan doğruya veya itiraz yoluyla verilen işleri inceleyerek karara bağlamak Birinci Dairenin görevleri arasında sayılmıştır.

Merkezi idare ile mahalli idareler arasındaki bütünlüğü sağlamaya yönelik bir hukuki araç olan idari vesayet yetkisine dayanarak merkezi idarenin, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde yerel idarenin karar ve işlemleri üzerinde hem yerindelik, hem hukukilik denetimi yapılabilmesine imkan tanınmıştır. Anayasa ve kanunla belirtilen hallerde ve yine Anayasa ve kanunla gösterilen yöntemlere göre kullanılabilecek bir yetki olan vesayet yetkisi, takdire bağlı değildir. Bu yetkinin kullanılabilmesi için hangi karar ve işlemlerin idari vesayete tabi olduğunun ve nasıl kullanılacağının yasa ile açıkça belirlenmesi gerekmektedir.

Buna göre, idari vesayet, merkezi idare ile mahalli idareler arasındaki bütünlüğü sağlamayı amaçlamaktadır. Merkezi idarenin, kamu hizmetlerinin ülke düzeyinde uyumlu bir şekilde yürütülmesi ve kamu kaynaklarının etkin ve verimli bir şekilde kullanılmasının sağlanması için mahalli idareleri belli ölçüde denetlemesi gerekmektedir. Merkezi idarenin yerinden yönetim kuruluşları üzerinde sahip olduğu vesayet yetkisi, sınırları kanunla çizilmiş olan bir denetim yetkisidir. Bu şekilde açıkça belirtilmemiş olan işlemler yönünden idari vesayet yetkisinin kullanılmasına hukuken olanak bulunmamaktadır.

5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 23 üncü maddesinde, belediye başkanının, hukuka aykırı gördüğü meclis kararlarını, gerekçesini de belirterek yeniden görüşülmek üzere beş gün içinde meclise iade edebileceği, yeniden görüşülmesi istenilmeyen kararlar ile yeniden görüşülmesi istenip de belediye meclisi üye tam sayısının salt çoğunluğuyla ısrar edilen kararların kesinleşeceği, belediye başkanının, meclisin ısrarı ile kesinleşen kararlar aleyhine on gün içinde idarî yargıya başvurabileceği, kararların kesinleştiği tarihten itibaren en geç yedi gün içinde mahallin en büyük mülkî idare amirine gönderileceği, mülkî idare amirine

gönderilmeyen kararların yürürlüğe girmeyeceği, mülkî idare amirinin hukuka aykırı gördüğü kararlar aleyhine idarî yargıya başvurabileceği, kesinleşen meclis kararlarının özetlerinin yedi gün içinde uygun araçlarla halka duyurulacağı hükmü yer almaktadır.

5393 sayılı Kanunla getirilmiş olan belediye meclisi kararlarının, en geç yedi gün içinde mahallin en büyük mülkî idare amirine gönderilmesi şeklindeki düzenleme vesayet denetimini sağlamaktadır. Böylelikle, mülki idare amirine, kararların hukuka aykırı oldukları kanaatine ulaşılması halinde idari yargıya başvurma, uygun bulunması halinde hareketsiz kalarak kabul etme şeklinde gerçekleşen bir çeşit vesayet yetkisi tanınmıştır. Nitekim, Danıştay Birinci Dairesi belediye meclisi kararlarını mülga 1580 sayılı Belediye Kanunu döneminde Kanunun 73 üncü ve 74 üncü maddeleri uyarınca idari itiraz yolu olarak inceleyerek karara bağlamaktaydı.

Benzer durumlarda, mülki idare amirlerine verilen yetkilerin vesayet denetimine ilişkin yetkiler olduğu kabul edilmiştir. Nitekim, 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 27 nci maddesinin altıncı fıkrasında, valinin kanun, tüzük, yönetmelik ve il genel meclisi kararlarına aykırı gördüğü encümen kararının bir sonraki toplantıda tekrar görüşülmesini isteyebileceği, encümenin kararında ısrar etmesi halinde kararın kesinleşeceği, bu takdirde valinin, kesinleşen encümen kararının uygulanmasını durdurarak idari yargı mercilerine yürütmeyi durdurma talebi ile birlikte on gün içinde başvuracağı, itirazın Danıştayca en geç altmış gün içinde karara bağlanacağı hükmünün yer aldığı, nitekim Danıştay Birinci Dairesinin 8.12.2006 tarih ve E:2006/1186, K:2006/1228 sayılı kararıyla Afyonkarahisar İl Encümeninin imar hukukuna ilişkin kararının itirazen incelendiği ve İdari İşler Kurulunun 8.4.2007 tarih ve E:2007/3, K:2008/2 sayılı kararıyla onandığı, Danıştay Birinci Dairesinin 8.12.2006 tarih ve E:2006/863, K:2006/1229 sayılı kararıyla Muğla İl Encümeninin imar hukukuna ilişkin kararının itirazen incelendiği ve İdari İşler Kurulunun 8.4.2007 tarih ve E:2007/4, K:2008/3 sayılı kararıyla onandığı, Danıştay Birinci Dairesinin 22.5.2007 tarih ve E:2007/475, K:2007/602 sayılı kararıyla Diyarbakır İl Encümeninin maden hukukuna ilişkin kararının itirazen incelendiği ve İdari İşler Kurulunun 8.4.2007 tarih ve E:2007/10, K:2008/4 sayılı kararıyla onandığı görülmektedir.

Yine, Anayasa Mahkemesinin 8.1.2007 tarih ve E:2005/32, K:2007/3 sayılı iptal kararından önce 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 15 inci maddesinin üçüncü fıkrasında, valinin, meclisin ısrarı ile kesinleşen kararlar aleyhine idari yargıya başvurabileceği hükmünün yer aldığı, Danıştay Birinci Dairesinin 1.2.2008 tarih ve E:2007/1025, K:2008/146 sayılı kararıyla Manisa İl Genel Meclisinin şirket kurulmasına ilişkin kararının itirazen incelendiği ve İdari İşler Kurulunun 8.4.2007 tarih ve E:2008/3, K:2008/1 sayılı kararıyla onandığı anlaşılmaktadır.

Mahalli idarelere ilişkin 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 27 nci maddesinin altıncı fıkrası ve 15 inci maddesinin üçüncü fıkrası, 5355 sayılı Mahalli İdare Birlikleri Kanunu'nun 22 inci maddesinin ikinci fıkrası, 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun 14 üncü maddesinin beşinci fıkrası ile 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 23 üncü maddesinin beşinci fıkrasında yer alan ve mülki idare amirlerine mahalli idare organlarının kararları aleyhine idari yargı mercilerine başvurma yetkisi verilen hükümlerin idari vesayet denetimi kapsamında Danıştay idari dairesine başvurma dışında yetkili ve görevli idari mahkemelere iptal istemiyle başvurma yolu olarak düşünülmesi mümkün değildir. Zira, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2 nci maddesinin 1/a bendinde, iptal davası, idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan davalar olarak tanımlanmıştır. İptal davası, idari yargı rejimini benimsemiş olan hukuk sistemlerinde idari işlemlerin yargısal denetimini sağlayan genel dava yoludur. İptal davasının genel dava açma yolu olması nedeniyle bir idari işleme karşı dava açılabilmesi için yasada iptal davası açılabileceğine ilişkin bir hüküm olmasına gerek bulunmamaktadır. İptal davasına göre özel bir başvuru yolu

olması nedeniyle idari itiraz yolunun işletilebilmesi için, mutlaka yasal bir düzenlemenin varlığına ihtiyaç bulunmaktadır.

Bu bağlamda, vesayet makamının idari vesayet yetkisini iptal davası açmak suretiyle kullanması, başka bir ifadeyle vesayet denetiminde yargısal yöntem, öğretide tartışma konusu olan, bir vesayet denetimi sayılıp sayılmayacağı konusunda görüş birliği olmayan ve Türk idare hukukuna yabancı bir hukuk uygulamasıdır. Bu yöntemde yerel yönetimin işlem ya da kararlarının yargı organının önüne getirilmesine ilişkin işlemler yönetsel olarak değerlendirilmekte ve bu başvuru vesayet yönetimi tarafından yapılmaktadır. Başvuru sonucu başlayan bu süreç tamamen yargısal olduğu gibi varılan denetim sonucu da yargısaldır. Bu durumda, Anayasanın 125 inci maddesinin dördüncü fıkrası hükmü gereğince, yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olarak işletilebileceğinden, yargısal denetimin yerindelik denetimini içermesi söz konusu olamayacaktır. Oysa Anayasanın 127 nci maddesinde belirtilen amacı gerçekleştirmek üzere, bu maddede sayılan unsurların denetiminin, yerindelik denetimi yapılmadan sağlanması asla mümkün olamayacağından, yargısal denetime başvurma olanağının sağlanması, vesayet denetimi olarak kabul edilmemektedir.

İdari vesayetin, vesayet makamlarına salt dava açma yetkisi olarak düzenlenmesi, idari vesayeti ortadan kaldıracak kadar zayıflatılması sonucunu doğurduğu Anayasa Mahkemesi kararıyla ortaya konulmuştur. Anayasa Mahkemesinin 8.1.2007 günlü, E: 2005/32, K: 2007/3 sayılı kararında, 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 15'inci maddesinin ikinci fıkrasının "... ile yeniden görüşülmesi istenip de il genel meclisi üye tam sayısının salt çoğunluğuyla ısrar edilen kararlar..." bölümünün, bu kuralla merkezi idarece Anayasanın 127 nci maddesinde çizilen çerçeve içinde kullanılması gereken vesayet yetkisinin zayıflatıldığı sonucuna varıldığı gerekçesiyle iptaline, açıklanan nedenlerle 15 inci maddenin üçüncü fıkrasının "... Vali, meclisin ısrarı ile kesinleşen kararlar aleyhine idari yargıya başvurabilir." ibaresinin de iptaline karar verilmiş, iptal edilen fıkra, bent ve bölümün doğuracağı hukuksal boşluk, kamu düzenini ve kamu yararını ihlâl edici nitelikte görülerek, iptal hükümlerinin kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra, yani 29.12.2008 tarihinde yürürlüğe girmesine karar verilmiş bulunmaktadır.

Benzer bir tartışma 5302 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılan 13 Mart 1329 tarihli İl Özel İdaresi Kanununun aynı konuyu düzenleyen 141 inci maddesinin uygulaması nedeniyle de yaşanmıştı. Anılan maddede, valinin gerektiğinde kesinleşen encümen kararlarının uygulanmasını durdurarak iptali için idari yargı mercilerine başvurabileceği, ilgili idari yargı merciince verilen karara göre uygulama yapılacağı hükmü yer almaktaydı. Ankara Valiliği tarafından Ankara İl Daimi Encümeni kararının iptali istemiyle yapılan başvuru üzerine Danıştay Onuncu, Sekizinci ve Birinci Daireleri arasında çıkan görev uyuşmazlığının çözümlenmesine ilişkin Danıştay Başkanlar Kurulunun 26.5.1993 tarih ve E:1993/17, K:1993/1 sayılı kararıyla " ... 141. madde uyarınca Vali tarafından bir dava açılması söz konusu olmadığına göre maddede yer alan idari yargı mercii ile 135. maddede belirtilen Danıştay'ın amaçlandığı ve vali tarafından yapılan itiraz konusunda Danıştay'ın amaçlandığı ve vali tarafından yapılan itiraz konusunda Danıştay Yasasının 42. maddesinin (h) bendi uyarınca Birinci Dairece karar verilmesi gerektiğine kuşku yoktur." gerekçesiyle Birinci Dairenin görevli olduğuna karar verilerek bu nitelikteki hükümlerin idari itiraz yolu olarak algılanmasına gerek duyulduğu hükme bağlanmıştır.

Bu durumda, 5393 sayılı Belediye Kanununun 23 üncü maddesi uyarınca yapılan başvurunun idari itiraz yolu olduğu ve bu başvurunun esasının Danıştay Birinci Dairesince karara bağlanabileceği açıktır." yolundaki ayrışık oylarına karşılık,

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın İdarenin Bütünlüğü ve Kamu Tüzelkişiliği başlıklı 123'üncü maddesinde: İdarenin, kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği; idarenin kuruluş ve görevlerinin, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayandığı, kamu tüzelkişiliğinin, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği

yetkiye dayanılarak kurulacağı belirtilmiş; mahalli idarelerin düzenlendiği 127'nci maddenin birinci ve ikinci fıkralarında da: Mahalli idarelerin; il, belediye veya köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları, gene kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileri olduğu ve mahalli idarelerin kuruluş ve görevleri ile yetkilerinin, yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenleneceği hükmüne yer verilmiş; aynı maddenin beşinci fıkrasında ise: Merkezi idarenin, mahalli idareler üzerinde, mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idari vesayet yetkisine sahip olduğu kurala bağlanmıştır.

Anayasanın yukarıda anılan 123'üncü maddesi, idareyi, herhangi bir ayrım yapılmaksızın, en geniş anlamıyla, kuruluş ve görevleriyle bir bütün olarak görmekte ve idareyi, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayandırmaktadır.

Yine, Anayasanın 127'nci maddesinin altıncı bendinde de: İdarenin bütünlüğü ilkesinin sağlanmasına yönelik olarak, merkezi idarenin, mahalli idareler üzerinde, mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idari vesayet yetkisine sahip olduğu belirtilmektedir.

Yukarıda anılan, anayasal düzenlemeye uygun, mülga 1580 sayılı Belediye Kanunu'nun meclis kararlarının tasvipi ve tasdiki başlıklı 71'inci maddesinde, bu maddede gösterilen işlere ilişkin belediye meclisi kararlarının, mahallin en büyük mülki amirinin onayı ile yürürlük kazanacağı, mülki amirin onay için kendisine intikal ettirilen kararları bir hafta içinde onaylaması gerektiği, onaylamaz ise, ilgili belediye meclisinin başvurusu üzerine Danıştay tarafından bir ay içinde incelenerek kesin karara bağlanacağı belirtilmiş; bu Kanunun 73'üncü maddesinde de, belediye meclisince verilen kararlardan mülki amirin onayına tabi olmayan diğer bir ifade ile kesin olan kararlara, il idare kurulları ve Danıştay nezdinde yapılacak itirazın yol ve usulleri düzenlenmiş; yine, aynı Kanunun 74'üncü maddesinde de, olağan veya olağanüstü toplantılar dışında veya görev ve kanuni yetkiye aykırı olarak yahut Kanun ve tüzüklere aykırı olarak alınacak belediye meclisi kararlarından, il merkezi dışındaki belediye meclislerince alınacak olanların valinin isteği üzerine il idare kurulunca, il merkezi olan yerler belediye meclislerince alınacak kararların da İçişleri Bakanlığının isteği ile Danıştayca incelenerek tasdik veya iptal olunacağı belirtilmiştir.

Mülga 1580 sayılı Belediye Kanunu'nun yukarıda yer verilen 71'inci, 73'üncü ve 74'üncü maddelerinde, meclis kararlarına karşı yapılacak itirazın yol ve usullerinin gösterilmesi, idari vesayete ilişkin kavramlar olan "tasdik" ve "iptal" gibi sözcüklere yer verilmesi, en önemlisi, söz konusu incelemenin, yargısal görevinin yanında danışma ve inceleme fonksiyonu da bulunan Şuray-ı Devlet, (Danıştay) tarafından yerine getirileceğinin maddede açıkça gösterilmesi nedeniyle, burada öngörülen başvuru yolunun, bir idari itiraz yolu olduğu kabul görmüş ve inceleme Danıştay tarafından bu Kanun hükümleri uyarınca yerine getirilmiştir.

Uygulama bu şekilde devam etmekte iken, birbirine paralel ve emsal düzenlemeler içeren 1580 sayılı Belediye Kanunu, 3030 sayılı Büyükşehir Belediyelerinin Yönetimi Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun ile 13 Mart 1329 tarihli İl Özel İdaresi Kanunu değiştirilmiş idari vesayet yetkisinin kullanımı bakımından önemli değişikliğe gidilmiştir.

Sözü edilen mülga yasalarda, idari vesayet yetkisinin, yerindelik ve hukuka uygunluk ölçütleri çerçevesinde kullanılması yolunda düzenlemeler yer almakta iken, yeni çıkarılan yasalarda, vesayet yetkisinin kapsamı ve uygulanma şekli yasa koyucu tarafından hukuka uygunlukla sınırlı olmak üzere idari yargı mercileri nezdinde iptal davası açmak yolu ile sağlanması şeklinde değiştirilmiş bulunmaktadır.

Böylece 13/07/2005 günlü Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5393 sayılı Belediye Kanunu'nda, konu yeniden düzenlenmiş ve Meclis Kararlarının Kesinleşmesi başlıklı 23'üncü maddesinde: Belediye başkanının hukuka aykırı gördüğü meclis kararlarını, gerekçesini de belirterek yeniden görüşülmek üzere beş gün içinde meclise iade edebileceği; yeniden görüşülmesi istenilmeyen kararlar ile yeniden görüşülmesi istenip de belediye meclisi üye tam sayısının salt çoğunluğuyla ısrar edilen kararların kesinleşeceği; belediye başkanının, meclisin ısrarı ile kesinleşen kararlar aleyhine on gün içinde idari yargıya başvurabileceği; kararların kesinleştiği tarihten itibaren en geç yedi gün içinde mahallin en büyük mülki idare amirine gönderileceği, mülki idare amirine gönderilmeyen kararların yürürlüğe girmeyeceği; mülki idare amirinin hukuka aykırı gördüğü kararlar aleyhine idari yargıya başvurabileceği ve kesinleşen meclis kararlarının özetlerinin yedi gün içinde uygun araçlarla halka duyurulacağı kurala bağlanmıştır.

Anılan maddenin gerekçesinde ise: "Madde ile, daha önce yürürlükte bulunan 1580 sayılı Belediye Kanununda belediye meclisi kararlarının kesinleşmesi için öngörülen onay sistemine son verilerek yeni yöntem benimsenmiştir. Belediye başkanı, hukuka aykırı gördüğü meclis kararlarının bir daha görüşülmesini isteyebilecek, buna gerek görmemesi durumunda karar kendiliğinden kesinleşecektir. Belediye başkanınca tekrar görüşülmesi istenen herhangi bir karar, belediye meclisinde üye tam sayısının salt çoğunluğuyla kabul edildiği takdirde kesinleşmektedir. Belediye başkanı, bu şekilde kesinleşen kararların iptali ve yürütülmesinin durdurulması için on gün içinde idari yargı mercilerine başvurabilmektedir.

Kararlar kesinleştiği tarihten itibaren en geç yedi gün içinde mahallin en büyük mülki idare amirine gönderilecek; mülki idare amirine gönderilmeyen kararlar yürürlüğe girmeyecektir. Bu uygulama meclis kararlarının aleniyetini sağlamada önemli bir işlev görecektir. Yine belediye başkanından ayrı olarak ilde vali ve ilçede kaymakama hukuka aykırı gördüğü meclis kararı aleyhine yargı merciine başvurma yetkisi verilmektedir. Yeni getirilen sistem ile belediyeler üzerinde uygulanan önemli vesayet uygulamalarından birisi olan meclis kararlarının mülki idare amirlerince onayından vazgeçilmekte sadece bu kararların anılan makamlara gönderilmesi öngörülmektedir.

Madde ile getirilen bir başka yenilik de meclis kararlarının özetlerinin toplantıyı izleyen en geç yedi gün içinde halka duyurulmasıdır. Kararların halka duyurulması yoluyla ülkemizde eksikliği hissedilen kamuoyu denetiminin etkinleştirilmesi ve halkın yönetime katılmasının özendirilmesi amaçlanmaktadır." hususlarına yer verilmiş bulunmaktadır.

Madde metni ve gerekçesinin birlikte değerlendirilmesinden, bu düzenleme ile Kanun Koyucunun, 1580 sayılı Belediye Kanunu'nda mülki idare amiri olarak vali ve kaymakamlara, bazı meclis kararlarını onaylama veya onaylamayıp tekrar görüşülmek üzere meclise geri çevirme konusunda tanınan yetkiyi sona erdirerek, yerine, hukuka aykırı gördüğü belediye meclisi kararlarına karşı dava açarak idari yargıyı harekete geçirme şeklinde bir yetkiyi kullanma hakkını verdiği görülmektedir.

Öte yandan, idari yargı düzeni bakımından, 2575 sayılı Danıştay Kanunu hükümleri uyarınca, yalnızca, Danıştaya idari itiraz imkanının bulunduğu hususu dikkate alındığında, maddede, Danıştaya itiraz edilebileceği şeklinde bir düzenleme yerine, idari yargıya başvurulabileceği yolundaki hükmün, valilere, merkezi idarenin taşra ajanı sıfatıyla il yerel yönetim idaresinin aldığı karara karşı Danıştay nezdinde bir itirazda bulunma yetkisini vermeyip; idari yargıda, iptal davası açma imkânını tanımaya ilişkin bir düzenleme olduğunu göstermektedir.

Ayrıca, Danıştay Kanunu'nun 42'nci maddesinin (ı) bendi uyarınca, Birinci Dairece belediye meclisi kararları üzerinde, hem hukukilik, hem de yerindelik denetimini içeren bir vesayet yetkisi kullanılıp karar verilebilmesi için, mülga 1580 sayılı Belediye Kanunu, İdare-i Umumiye Vilayet Kanunu ve Danıştaya görev veren pek çok kanunda olduğu gibi görevli yargı yerinin Danıştay olarak açıkça belirtilmesi gerekir. Oysa, 5393 sayılı Kanunun 23'üncü maddesinde mülki idare amirince hukuka aykırı görülen kararlar aleyhine başvuru yeri olarak

Danıştay gösterilmeyip, yargı mercileri işaret edilmek suretiyle idari yargı kavramı kullanılmış bulunmaktadır.

Halbuki Kanun Koyucunun, Danıştayı görevli gördüğü ve incelemenin Danıştayca yapılmasını istediği durumlarda, Danıştay ibaresine açıkça yer vermekte, 5393 sayılı Kanunun 23'üncü maddesinde olduğu gibi idari yargı kavramını kullanmadığı bilinmektedir. Nitekim, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun, Belediyelerin kuruluşuna ilişkin 4'üncü, tüzel kişiliğin sona erdirilmesine ilişkin 11'inci, belediyenin yetkileri ve imtiyazlarına ilişkin 15'inci, meclisin bilgi edinme ve denetim yollarına ilişkin 26'ncı, meclis üyeliğinin sona ermesine ilişkin 29'uncu, belediye meclisinin feshine ilişkin 30'uncu, belediye başkanlığının sona ermesine ilişkin 44'üncü maddelerinde inceleme ve karar verme yeri olarak Danıştayı görevli görerek bu konudaki iradesini açıkça göstermiştir.

Konuyla ilgili benzer bir düzenleme olarak görülen 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 15'inci maddesinde, "İl genel meclisi tarafından alınan kararların tam metni, en geç beş gün içinde valiye gönderilir. Vali, hukuka aykırı gördüğü kararları, yedi gün içinde gerekçesini de belirterek yeniden görüşülmek üzere il genel meclisine iade edebilir. Valiye gönderilmeyen meclis kararları yürürlüğe girmez.

Yeniden görüşülmesi istenilmeyen kararlar ile yeniden görüşülmesi istenip de il genel meclisi üye tam sayısının salt çoğunluğuyla ısrar edilen kararlar kesinleşir.

Vali, meclisin ısrarı ile kesinleşen kararlar aleyhine on gün içinde idari yargıya başvurabilir.

Kesinleşen il genel meclisi karar özetleri toplantıyı izleyen en geç yedi gün içinde çeşitli yollarla halka duyurulur." kuralı yer almakta iken, diğer maddeler ile birlikte anılan maddenin iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine dava açılmış, Mahkeme, 18/01/2007 günlü ve E:2005/32, K:2007/3 sayılı kararıyla, 15'inci maddeye yönelik olarak, Maddenin ikinci fıkrasında yer alan, "... yeniden görüşülmesi istenip de il genel meclisi üye tam sayısının salt çoğunluğuyla ısrar edilen kararlar kesinleşir." biçimindeki kuralla, merkezi idarece Anayasanın 127'nci maddesinde çizilen çerçeve içinde kullanılması gereken vesayet yetkisinin zayıflatıldığı sonucuna ulaşarak, maddenin ikinci fıkrasının "... ile yeniden görüşülmesi istenip de il genel meclisi üye tam sayısının salt çoğunluğuyla ısrar edilen kararlar ..." ibaresi ile üçüncü fıkrasının "Vali, meclisin ısrarı ile kesinleşen kararlar aleyhine idari yargıya başvurabilir." ibaresinin iptali ve iptal hükümlerinin Kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra, 29/12/2008 tarihinde yürürlüğe girmesine karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi, bu kararı ile, maddenin 2'nci fıkrasında yer alan düzenlemenin vesayet yetkisini zayıflattığı sonucuna ulaşmış; maddenin üçüncü fıkrasında yer alan hükmün de, buna bağlı olarak dava yolunu öngördüğüne işaret etmiştir. Bu bağlamda, İl Özel İdaresi Kanunu'nun anılan hükmünün Anayasa Mahkemesince iptal edilmiş olması, bu maddenin uygulanmasından kaynaklanan işlerin idari itiraz yolu ile Danıştayda incelemesini sağlayıcı bir etki yaratmadığı gibi, bu tip uyuşmazlıkların idari yargı yerlerinde görülmesini engelleyici bir sonuç da doğurmamıştır.

Yine inceleme konusu 5393 sayılı Kanunun 23'üncü maddesinde, belediye meclisi kararlarına karşı idari yargıya başvuru yolu olarak: Maddenin üçüncü fıkrasında, meclisin ısrarı ile kesinleşen kararlar aleyhine, belediye başkanına; maddenin beşinci fıkrasında da, maddede öngörülen süreç tamamlanarak kesinleşen meclis kararlarına karşı ise, bu kez, mülki idare amirine yetki verildiği görülmektedir.

Buna göre, aynı maddede düzenlenmiş olması, aynı kavramlara yer verilmiş olması nedeniyle her iki başvurunun usulü, hukuki niteliği ve karar organı bakımından birliktelik bulunması gerektiği kuşkusuzdur.

Bu çerçevede, yerel yönetim idaresinin başı olan belediye başkanının, diğer bir yerel yönetim organı olan belediye meclisinin kararına karşı yapacağı başvurunun, mahalli idare organlarının karar ve işlemleri üzerinde merkezi idare adına yapılan bir denetim yolu olarak

tanımlanan idari vesayet kavramı ile açıklanmasına olanak bulunmadığı gibi, bu başvurunun vesayet denetimi kapsamında Danıştay İdari Dairesince incelenmesi de teorik olarak mümkün değildir. Dolayısıyla Kanun Koyucunun, aynı maddede, aynı meclis kararına karşı, bir fıkrada idari itiraz yolunu, diğer bir fıkra da ise dava yolunu düzenlemiş olamayacağına göre, maddede hem belediye başkanına, hem de mülki idare amirine belediye meclisi kararlarına karşı tanınan başvuru yolunun yargı mercilerine iptal davası açmak olduğu anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 23'üncü maddesinde düzenlenen mülki idare amirinin hukuka aykırı gördüğü kararlar aleyhine idari yargıya başvurabilecekleri yolundaki hükmün, iptal davası açmaya ilişkin olduğu, bu konuda inceleme ve karar verme yetkisinin ise genel görevli idari yargı yerleri olan idare mahkemelerine ait bulunduğu sonucuna varıldığından, Birinci Daire kararının bozulmasına, dosyanın yeniden karar verilmek üzere anılan Daireye gönderilmesine 22/12/2009 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

BİRİNCİ DAİRE KARARLARI

DANIŞMA VE İDARİ UYUŞMAZLIKLARA İLİŞKİN KARARLAR

T.C.
D A N I Ş T A Y
Birinci Daire
Esas No : 2009/1043
Karar No : 2009/1286

Özeti : Organize sanayi bölgeleri bakımından kamu yararının gerekli kıldığı hallerde kamulaştırma yetkisi Devlet ve kamu tüzelkişileri tarafından kullanılacağından gerçek kişiler veya özel hukuk tüzelkişilerinin kamu tüzelkişisine ait bir taşınmazın devrini isteyebilmelerinin hukuken mümkün olmadığı hakkında.

… Köyü Muhtarlığı ile aralarında çıkan uyuşmazlığın 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 30 uncu maddesi uyarınca çözümlenmesi istemine ilişkin … Mermerciler Organize Sanayi Bölgesi Yönetim Kurulu Başkanlığının 20.7.2009 tarihli yazısında aynen;

"Müvekkil … Mermerciler Organize Sanayi olarak; Kamulaştırma alanı sınırları içinde kalan … Köyü tüzel Kişiliğine ait; 107 Ada, 37 parsel 10.591,40 m2 taşınmazın kamulaştırılması için; Kamulaştırma Yasasının 8 nci maddesi gereği ekte sunulan belge ve bilgiler uygulanmış olmakla birlikte uzlaşmanın olmaması sonucu Kamulaştırma Yasasının 30 uncu maddesi uyarınca başvuruda bulunmak zorunluluğu nedeniyle ek belgelerle talebimizin kabulünü müvekkil adına saygı ile arz olunur." denilmekte olduğundan konu incelenerek;

Gereği Görüşülüp Düşünüldü:

… Mermerciler Organize Sanayi Bölgesi Yönetim Kurulu tarafından, organize sanayi bölgesi sınırları içerisinde kalan mülkiyeti … Köyü tüzelkişiliğine ait olan ve Bursa İli, … İlçesi, tapunun 107 ada, 37 parsel sayısında kayıtlı 10.591,40 m2 yüzölçümlü bu taşınmazın 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 30 uncu maddesi uyarınca devri istenilmektedir.

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

Bu hüküm, münhasıran kamu tüzelkişileri ve kurumları arasında, bunların sahip oldukları taşınmazların ihtiyacı olan idareye devri konusunda ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların giderilmesi amacına yönelik olup, bu hükme göre, bir kamu tüzel kişisine ait taşınmazı ihtiyacından dolayı isteyebilecek olan tarafın da idare, yani kamu tüzelkişisi ya da kurumu olması gerekir.

Anayasanın 46 ncı maddesinde, Devlet ve kamu tüzelkişilerinin kamu yararının gerektirdiği hallerde karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idari irtifaklar kurmaya yetkili olduğu hükme bağlanmıştır.

2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 1 inci maddesinde, bu Kanunun, kamu yararının gerektirdiği hallerde gerçek ve özel hukuk tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan taşınmaz mallarının, Devlet ve kamu tüzelkişilerince kamulaştırılmasında yapılacak işlemleri, idareler arasında taşınmaz malların devir istemlerini, karşılıklı hak ve yükümlülükler ile bunlara dayalı uyuşmazlıkların çözüm usul ve yöntemlerini düzenlediği, özel kanunlarına dayanılarak gerçek ve özel hukuk tüzelkişileri adına yapılacak kamulaştırmalarda da bu Kanun hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanununun 5 inci maddesinde organize sanayi bölgesinin kamu yararı gerekçesiyle adına kamulaştırma yapılabilen veya yaptırılabilen bir özel hukuk tüzelkişiliği olduğu, kamu yararı kararının Bakanlıkça verileceği, arazinin mülkiyetinin edinilmesinde yapılan masraflar ile arazi bedeli ödeme yükümlülüğünün ise organize sanayi bölgesi tüzel kişiliğine ait olduğu hükme bağlanmıştır. Bu yasal düzenleme uyarınca organize sanayi bölgeleri yönetim kurullarına doğrudan kamulaştırma yapma yetkisi tanınmamış olup, bunlar adına ilgili kamu tüzelkişileri (Bakanlık) tarafından kamulaştırma yapılabilmesine olanak sağlanmış bulunmaktadır.

Yukarıda sözü edilen hükümler birlikte değerlendirildiğinde, organize sanayi bölgeleri bakımından kamu yararının gerekli kıldığı hallerde kamulaştırma yetkisinin Devlet ve kamu tüzelkişileri tarafından kullanılacağı sonucuna ulaşıldığından, gerçek kişiler veya özel hukuk tüzelkişilerinin kamu tüzelkişisine ait bir taşınmazın devrini isteyebilmeleri hukuken mümkün değildir.

Açıklanan nedenlerle, mülkiyeti … Köyü Tüzelkişiliğine ait 107 ada, 37 parsel sayılı taşınmazın, 2942 sayılı Yasanın 30 uncu maddesine göre … Mermerciler Organize Sanayi Bölgesi Yönetim Kurulunca devrinin talep edilmesi mümkün olmadığından, istemin incelenmeksizin reddine ve dosyanın Danıştay Başkanlığına sunulmasına 30.9.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Birinci Daire
Esas No : 2009/1120
Karar No : 2009/1600

Özeti : İdarelerin eşgüdüm halinde hizmet görmelerinin sağlanmasına ilişkin usul kurallarının belirlenmesi hususunda düşülen duraksamanın giderilmesi istemi bakımından görüş bildirilmesine yer olmadığı hakkında.

Özel çevre koruma bölgeleri içerisinde bulunan sit alanlarının imar planı uygulamaları konusunda düşülen duraksamanın giderilmesi istemine ilişkin Başbakanlığın 4.8.2009 tarih ve Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü 3366 sayılı yazısına ekli Kültür ve Turizm Bakanlığı Hukuk Müşavirliğinin 28.5.2009 tarih ve 101704 sayılı yazısında aynen;

"Bakanlığımız Kültür Varlıkları ve Müzeler Genel Müdürlüğünden alınan 20/05/2009 tarihli ve 95206 sayılı yazı ve eki 15/05/2009 tarihli ve 93596 sayılı Makam Olur'unda özetle; Özel Çevre Koruma Bölgeleri içerisinde bulunan sit alanlarındaki plan onama süreci ile ilgili olarak Hukuk Müşavirliğimizin ilgi (a) yazısına cevaben iletilen ilgi (b) yazıda "Yazıda bahsi geçen usul kurallarının belirlenmesi konusunda ise, Başbakanlık, Çevre ve Orman Bakanlığı, Kültür ve Turizm Bakanlığı, Özel Çevre Koruma Kurumu Başkanlığı, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulundan birer temsilcinin katılımıyla oluşturulacak bir komisyon vasıtasıyla ilgili usul ve esasların belirlenebileceği, bunun mümkün olmayacağının düşünülmesi halinde ise Danıştay 1. Dairesinden konu hakkında istişari görüş talep

edilebileceği"nin değerlendirildiği ancak Bakanlığımız Kültür Varlıkları ve Müzeler Genel Müdürlüğü ile Özel Çevre Koruma Kurumu Başkanlığı arasında bugüne kadar çeşitli toplantılar yapıldığı fakat bir netice elde edilemediği belirtilerek, konunun ülke genelindeki tüm özel çevre koruma bölgelerinde bulunan sit alanlarındaki uygulamaları etkilenmesi ve koruma bölge kurullarının doğru karar almalarının sağlanması açısından Danıştay 1. Dairesinden istişari görüş alınması talep edilmektedir.

Bu kapsamda sözkonusu Makam Olur'u ve ekleri ilişikte gönderilmekte olup konu hakkında görüşlerinin alınması amacıyla dosyanın Danıştay 1. Dairesine iletilmesi hususunda gereğini bilgilerinize arz ederim." denilmektedir.

Dairemizce yapılan çağrı üzerine gelen Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdür Yardımcısı …, Kültür ve Turizm Bakanlığı Hukuk Müşaviri …, Kültür Varlıkları ve Müzeler Genel Müdürlüğü Daire Başkanı …, Kültür ve Turizm Uzmanı …, Çevre ve Orman Bakanlığı Hukuk Müşavir Vekili …, Özel Çevre Koruma Kurumu Başkanı … ve I. Hukuk Müşaviri ….'ın sözlü açıklamaları dinlenildikten sonra konu incelenerek,

Gereği Görüşülüp Düşünüldü:

Özel çevre koruma bölgeleri içerisinde bulunan sit alanlarının imar planı uygulamaları konusunda düşülen duraksamanın giderilmesi istenilmektedir.

1982 Anayasasının 112 nci maddesinde, Başbakanın, Bakanlar Kurulunun başkanı olarak Bakanlıklar arasında işbirliğini sağlayacağı, hükümetin genel siyasetinin yürütülmesini gözeteceği, bu siyasetin yürütülmesinden Bakanlar Kurulunun birlikte sorumlu olduğu, her bakanın Başbakana karşı sorumlu olması yanında ayrıca kendi yetkisi içindeki işlerden ve emri altındakilerin eylem ve işlemlerinden de sorumlu olduğu ve Başbakanın, bakanların görevlerinin Anayasa ve kanunlara uygun olarak yerine getirilmesini gözetmek ve düzeltici önlemleri almakla yükümlü olduğu hükmüne yer verilmiştir. Benzer şekilde 3056 sayılı Başbakanlık Teşkilatı Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanunun 1 inci maddesinde, bu Kanunun amacının, bakanlıklar arasında işbirliğini sağlamak, Hükümetin genel siyasetinin yürütülmesini gözetmek, Devlet Teşkilatının düzenli bir şekilde işlemesini temin etmek ve Anayasa ve kanunlarla Başbakana verilen görevleri yerine getirmek olduğu, 2 nci maddesinin (a) bendinde ise, bakanlıklar arasında işbirliğini sağlamak, Hükümetin genel siyasetinin yürütülmesini gözetmek, Anayasa ve kanunlarla verilen hizmetleri yerine getirmek maksadıyla gerekli tedbirleri almanın Başbakanlığın görevleri arasında yer aldığı hükme bağlanmıştır.

Öte yandan, 2575 sayılı Danıştay Kanununun 23 üncü maddesinin (e) bendi ile 42 nci maddesinin (f) bendinde, Danıştayın, Cumhurbaşkanı ve Başbakanlık tarafından gönderilen işler hakkında görüşünü bildireceği hükmü yer almaktadır.

Anılan hükümlerin birlikte yorumlanmasından, 2575 sayılı Danıştay Kanununun 23 üncü maddesinin (e) bendi ile 42 nci maddesinin (f) bendinde görüş bildirileceği belirtilen işlerin hukuki duraksama olması gerektiği, hukuki duraksamaya ilişkin olmayan idarenin işleyişine ilişkin ve salt idare örgütünün yürütümüne ilişkin hususların istişari düşünce istemine konu olamayacağı, farklı idarelerin eşgüdüm halinde hizmet görmelerinin Başbakanlığa verilen bir yükümlülük olduğu sonucuna varılmaktadır.

Dosyanın incelenmesinden, bünyesinde sit alanı bulunduran özel çevre koruma bölgelerinde imar planı yapma yetkisi ve imar planlarının yapılması sırasında idarelerin eşgüdüm halinde çalışabilmeleri konusunda izlenecek usul konusunda Muğla Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Kurulu ile Özel Çevre Koruma Kurumu arasında meydana gelen ihtilafın çözümlenmesi için anılan idarelerin kendi aralarında yaptıkları toplantılarda bir uzlaşmaya varılamadığı, bunun üzerine Kültür ve Turizm Bakanlığı Hukuk Müşavirliğinin 20.3.2009 tarih ve 54644 sayılı yazısıyla Başbakanlıktan; (a) Özel koruma bölgesi ilan edilen sit alanlarına yönelik imar planları hakkında koruma bölge kurullarından sadece görüş alınmasının yaratacağı sakıncalar da göz önünde bulundurularak söz konus imar planları hakkında koruma bölge kurullarının uygun görüşünün alınmasının gerekip gerekmediği, (b)

İmar planlarının onaylanması sürecinin belirlenmesi hususunda iki kurum arasında yapılan istişarelerin bugüne kadar sonuç vermediği ve kamu kurumlarının birbirilerine karşı idari dava açmalarının ve bir idari davada davalı ve davacı olarak karşı karşıya bulunmalarının mümkün olmadığı gözetilerek, imar planlarının onaylanması sürecinde temel alınacak usul kurallarının belirlenmesi konularında görüş verilmesinin istendiği, Başbakanlıkta ilgili idare temsilcilerinin katılımıyla düzenlenen toplantı sonrasında oluşan görüşün 22.4.2009 tarih ve 1878 sayılı yazısıyla Kültür ve Turizm Bakanlığa bildirildiği, anılan yazıda özetle; (a) Özel Çevre Koruma Kurumu Başkanlığının içinde sit alanı bulunan özel çevre koruma bölgelerinde imar planı yaparken Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulundan alması gereken görüşün Özel Çevre Koruma Kurumu Başkanlığı için bağlayıcı olmadığı, (b) İmar planı yapılırken görüş alınması ve idareler arasında koordinasyonun sağlanmasına yönelik usul kurallarının belirlenmesi konusunda ise, Başbakanlık, Çevre ve Orman Bakanlığı, Kültür ve Turizm Bakanlığı, Özel Çevre Koruma Kurumu Başkanlığı ile Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulundan birer temsilcinin katılımıyla oluşturulacak komisyon vasıtasıyla ilgili usul ve esasların belirlenebileceği, bunun mümkün olmaması halinde ise Danıştay Birinci Dairesinden konu hakkında istişari görüş talep edilebileceği görüşüne yer verildiği, koordinasyonun sağlanmasına yönelik usul kurallarının belirlenmesi amacıyla Kültür ve Turizm Bakanlığı Kültür Varlıkları ve Müzeler Genel Müdürlüğü ile Özel Çevre Koruma Kurumu Başkanlığı arasında toplantılar yapılmasına rağmen bir netice alınamadığı gerekçesiyle Dairemize başvurulduğu anlaşılmaktadır.

383 sayılı Özel Çevre Koruma Kurumu Başkanlığı Kurulmasına Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin 19 uncu maddesinin (f) bendine göre Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulundan alınacak görüşün bağlayıcı olup olamayacağı konusunda düşülen hukuki duraksamanın Başbakanlığın 22.4.2009 tarih ve 1878 sayılı görüşüyle giderildiği, Dairemizden hakkında görüş bildirilmesi istenen hususun ise Başbakanlığın anılan görüşünde çözüme kavuşturulmayan imar planı yapılırken görüş alınması ve idareler arasında koordinasyonun sağlanmasına yönelik usul kurallarının belirlenmesine yönelik olduğu, sorulan bu hususun ise istişari düşünce istemine konu olabilecek hukuki bir duraksama olmadığı, bu nedenlerle idarelerin eşgüdüm halinde hizmet görmelerinin sağlanmasına ilişkin usul kurallarının belirlenmesi hususunda düşülen duraksamanın giderilmesi istemi hakkında görüş bildirilmesine yer olmadığına, dosyanın Danıştay Başkanlığına sunulmasına 17.11.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Birinci Daire
Esas No : 2009/1535
Karar No : 2009/1682

Özeti : İmtiyaz Sözleşmesi Taslağı hakkında daha önce Danıştay Birinci Dairesi kararı ile düşünce bildirilmiş olduğundan, sözkonusu düşünce bildirilmesine ilişkin karar üzerine düzenlenen İmtiyaz Sözleşmesi Taslağı hakkında 2575 sayılı Kanunun 23 üncü maddesinin (d) fıkrasına göre yeniden düşünce bildirilmesine olanak bulunmadığı hakkında.

Pamukova Belediye Başkanlığı ile … Katı Atık İşleme Enerji ve Çevre Sanayi Ticaret ve Anonim Şirketi arasında akdedilen "Pamukova Belediyesi Katı Atık Toplama, Aktarma ve Katı Atık İşleme Entegre Tesisleri Yapımı ve İşletilmesi İmtiyazı Sözleşmesi Taslağı hakkında

düşünce bildirilmesi istemine ilişkin İçişleri Bakanlığının 11.11.2009 tarihli Mahalli İdareler Genel Müdürlüğünün 28721-45969 sayılı yazısında aynen;

"Pamukova Belediye Başkanlığının 25.11.2008 tarih ve 1218 sayılı yazısı ile Bakanlığımıza gönderilen "Katı Atık Toplama, Aktarma ve Katı Atık İşletme Entegre Tesisleri Yapımı ve İşletilmesi İmtiyazı Sözleşmesi" taslağı, Bakanlığımızın 29.12.2008 tarih ve 32863-46374 sayılı yazısı ile Danıştay Başkanlığına gönderilmiştir. Danıştay Birinci Dairesinin 14.05.2009 tarih ve E: 2009/1, K: 2009/824 sayılı kararı ve İdari İşler Kurulunca verilen 21.07.2009 tarih ve E: 2009/11, K: 2009/12 sayılı karar ile sözleşme taslağındaki eksiklikler Bakanlığımıza bildirilmiştir. Söz konusu Danıştay Başkanlığı kararları 03.08.2009 tarih ve 20431-45632 sayılı yazımızla Pamukova Belediye Başkanlığına gönderilmiştir. Pamukova Belediye Başkanlığı tarafından Danıştay görüşü doğrultusunda yeniden hazırlanan sözleşme taslağı ve ekleri ilişikte sunulmuştur.

Ekte sunulan imtiyaz sözleşmesi taslağının, 2575 Sayılı Kanunun 23 üncü maddesinin 18.12.1999 tarih ve 4492 Sayılı Kanunla değişik (d) fıkrasına göre incelenmesi hususunda gereğini arz ederim." denilmekte olduğundan, Dairemizce konu incelenerek,

Gereği Görüşülüp Düşünüldü:

2575 sayılı Danıştay Kanununun Danıştayın Görevleri başlıklı 23 üncü maddesinin "d" bendinde Danıştayın kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında düşüncesini bildireceği, Birinci Dairenin Görevleri başlıklı 42 nci maddesinin "c" bendinde de kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında düşünce bildirilmesi görevi Danıştay Birinci Dairesine verilmiş ve yine aynı Kanunun İdari İşler Kurulunun Görevleri başlıklı 46 ncı maddesinin "b" bendinde, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında nihai olarak İdari İşler Kurulunca düşünce bildirileceği hükme bağlanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, Pamukova Belediye Başkanlığı ile … Katı Atık İşleme Enerji ve Çevre Sanayi Ticaret ve Anonim Şirketi arasında akdedilen İmtiyaz Sözleşmesi Taslağı, İçişleri Bakanlığının 29.12.2008 tarihli Mahalli İdareler Genel Müdürlüğü 32863 - 46374 sayılı yazısıyla düşünce bildirilmek üzere Dairemize gönderilmiş, Dairemizin 14.5.2009 tarih ve E: 2009/1, K: 2009/824 sayılı kararıyla düşünce bildirilmiş ve Danıştay İdari İşler Kurulunun 21.7.2009 tarih ve E: 2009/11, K: 2009/12 sayılı kararıyla da aynen kabul edilmiştir. Söz konusu Danıştay kararları İçişleri Bakanlığının 03.08.2009 tarih ve 20431-45632 sayılı yazısıyla Pamukova Belediye Başkanlığına gönderilmiş, Pamukova Belediye Başkanlığı tarafından Danıştay Birinci Dairesinin ve Danıştay İdari İşler Kurulunun düşünce bildirilmesine ilişkin kararları doğrultusunda hazırlanan Sözleşme Taslağı ve eklerinin 2575 sayılı Kanunun 23 üncü maddesinin (d) fıkrasına göre yeniden incelenmek üzere Dairemize gönderildiği anlaşılmıştır.

Bu durumda, Pamukova Belediye Başkanlığı ile … Katı Atık İşleme Enerji ve Çevre Sanayi Ticaret ve Anonim Şirketi arasında akdedilen İmtiyaz Sözleşmesi Taslağı hakkında Dairemizin 14.5.2009 tarih ve E: 2009/1, K: 2009/824 sayılı kararıyla düşünce bildirilmiş olduğundan, söz konusu düşünce bildirilmesine ilişkin kararımız üzerine düzenlenen İmtiyaz Sözleşmesi Taslağı hakkında 2575 sayılı Kanunun 23 üncü maddesinin (d) fıkrasına göre yeniden düşünce bildirilmesine olanak bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, anılan İmtiyaz Sözleşmesi Taslağı hakkında düşünce bildirilmesine yer olmadığına, Danıştay Kanununun 46 ncı maddesinin "b" bendi gereğince İdari İşler Kurulunda görüşülmek üzere dosyanın Danıştay Başkanlığına sunulmasına 9.12.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

NOT: İdari İşler Kurulunun 22.12.2009 günlü ve E: 2009/20, K: 2009/23 sayılı kararı ile Birinci Dairece verilen düşünce aynen kabul edilmiştir.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Birinci Daire
Esas No : 2009/884
Karar No : 2009/1168

Özeti : Genel müdürlüklerdeki daire başkanları hakkında müsteşarın karar vereceği ve itirazın yetkili bölge idare mahkemesinde olacağı hakkında.

KARAR

Hakkında Ön İnceleme Yapılan : … - Sanayi ve Ticaret Bakanlığı … Genel Müdürlüğü Daire Başkanı

İtiraz Edilen Karar : Hakkında ön inceleme yapılan için soruşturma izni verilmemesine ilişkin Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Müsteşarının 30.4.2009 tarih ve B.14.0.TGM.0.14.00.03 sayılı kararı

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

Soruşturulacak Eylem : Şikayetçi tarafından üyesi olduğu Kooperatifle ilgili olarak Kuruma verdiği şikayet dilekçelerine 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu ve 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanunda belirtilen süreler içerisinde cevap vermemek suretiyle görevi kötüye kullanmak

Eylem Tarihi : 2008 yılı ve devamı

Sanayi ve Ticaret Bakanlığının 11.6.2009 tarih ve 4430 sayılı yazısı ile gönderilen dosya, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Müsteşarının 30.4.2009 tarih ve B.14.0.TGM.0.14.00.03 sayılı soruşturma izni verilmemesine ilişkin kararı ve bu karara şikayetçi vekilleri tarafından yapılan itiraz, Tetkik Hakimi Bihter Akdaş'ın açıklamaları dinlendikten sonra 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun uyarınca incelendi;

Gereği Görüşülüp Düşünüldü:

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

8.1.1985 tarih ve 18639 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun "Atama" başlıklı 36 ncı maddesinde 23/04/1981 gün ve 2451 sayılı Kanun hükümleri dışında kalan memurların atanmalarının Bakan tarafından yapılacağı hükmünün yer aldığı, 2451 sayılı Kanuna göre atanacaklar arasında ise Genel Müdürlük Daire Başkanlıklarının sayılmadığı, dolayısıyla Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Teşkilatlandırma Genel Müdürlüğü Daire Başkanı olan ilgilinin, 4483 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin (e) bendinde sayılan Bakanlar Kurulu kararı ile veya ortak kararla atanan memurlardan olmadığı, bu nedenle Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Müsteşarının soruşturma izni verilmemesine ilişkin 30.4.2009 tarih ve B.14.0.TGM.0.14.00.03

sayılı kararına yapılan itiraza, yetkili merciin yargı çevresinde bulunduğu Bölge İdare Mahkemesince bakılacağı anlaşıldığından, Dairemize yapılan itirazın 4483 sayılı Kanunun 3/d ve 9 uncu maddeleri uyarınca görev yönünden reddine, dosyanın itiraza bakmakla görevli ve yetkili Ankara Bölge İdare Mahkemesine, kararın bir örneğinin itiraz eden şikayetçi vekillerine gönderilmesine 8.7.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Birinci Daire
Esas No : 2009/1083
Karar No : 2009/1186

Özeti : Sosyal Güvenlik Kurumu görevlileri hakkında verilen karara yapılan itiraza yetkili bölge idare mahkemesinin bakacağı hakkında.

KARAR

Hakkında Ön İnceleme Yapılanlar:

1- …-eski SSK Sağlık İşleri Genel Müdür V. ve Sosyal Güvenlik Kurumu Genel Sağlık Sigortası Genel Müdür V.

2- …-eski SSK Sağlık İşleri Genel Müdür Yardımcısı ve Sosyal Güvenlik Kurumu Genel Sağlık Sigortası Genel Müdür Yardımcısı

İtiraz Edilen Karar : Hakkında ön inceleme yapılanlar için soruşturma izni verilmemesine ilişkin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanının 8.6.2009 tarih ve 22 sayılı kararı

Karara İtiraz Eden : Şikayetçi …

Soruşturulacak Eylem : Antalya Sağlık İşleri İl Müdürlüğünde görevli şikayetçi hekimi ileride kalıcı tayin yapmak amacıyla bir ay süreyle Ankara Sağlık İşleri İl Müdürlüğü emrinde geçici olarak görevlendirmek

Eylem Tarihi : 2006 yılı

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının 31.7.2009 tarih ve 718 sayılı yazısı ile gönderilen dosya, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanının 8.6.2009 tarih ve 22 sayılı soruşturma izni verilmemesine ilişkin kararı ve bu karara yapılan itiraz, Tetkik Hakimi Sebahattin Ünal'ın açıklamaları dinlendikten sonra 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun uyarınca incelendi;

Gereği Görüşülüp Düşünüldü:

4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun izin vermeye yetkili merciler başlığını taşıyan 3 üncü maddesinin (d) bendinde, Başbakanlık ve bakanlıkların merkez ve bağlı veya ilgili kuruluşlarında görev yapan memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında o kuruluşun en üst idari amirinin, (e) bendinde de Bakanlar Kurulu kararı ile veya Başbakanlık ve bakanlıklar ile bağlı kuruluşların merkez teşkilatında görevli olup, ortak kararla atanan memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında ilgili bakan veya Başbakanın soruşturma izni vermeye yetkili olduğu, 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 idari dairesince, diğerleri için yetkili merciin yargı çevresinde bulunduğu bölge idare mahkemesince bakılacağı hükme bağlanmıştır.

Eylem tarihinde yürürlükte bulunan mevzuatın değerlendirilmesinden, 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanununun yürürlüğe girdiği 20.5.2006 tarihine kadar 24.7.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4947 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Teşkilatı Kanununun 1 inci maddesinde, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına bağlı, genel bütçeye dahil Sosyal

Güvenlik Kurumunun kurulduğu, 3 üncü maddesinde, Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığının Sosyal Güvenlik Kurumunun ilgili kuruluşu olduğu, 4958 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu Kanununun 1 inci maddesinde ise Sosyal Sigortalar Kurumunun, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının bağlı kuruluşu olan Sosyal Güvenlik Kurumunun ilgili kuruluşu olduğu, 18 inci maddesinde de başkan, genel müdür, genel müdür yardımcıları ve daire başkanlarının müşterek kararname ile atanacakları belirtilmiş, 17 nci maddesinde de Kurum memurları hakkında 4483 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir.

5502 sayılı Kanunun 43 üncü maddesi ile 4947 sayılı Kanunun 1-9 uncu, 4958 sayılı Kanunun da 1-24 üncü maddelerinin yürürlükten kaldırıldığı ve 1 inci maddesinde Sosyal Güvenlik Kurumunun Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının ilgili kuruluşu olduğu hükme bağlanmıştır.

4483 sayılı Kanunun anılan hükümlerine göre, Bakanlar Kurulu kararı ile veya Başbakanlık ve bakanlıklar ile bağlı kuruluşların merkez teşkilatında görevli olup ortak kararla atanan memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında soruşturma izni verilmesi ya da verilmemesine ilişkin kararlara yapılan itirazların incelenmesinin Danıştayın görev alanına girdiği, ortak kararla atanmış olsalar dahi ilgili kuruluşlarda görev yapan kamu görevlileri hakkında soruşturma izni verilmesi ya da verilmemesine ilişkin kararlara yapılan itirazların incelemesinin ise bölge idare mahkemesinin görevine girdiği açıktır.

Bu durumda, 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanununun yürürlüğe girdiği 20.5.2006 tarihine kadar Sosyal Sigortalar Kurumunun, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının bağlı kuruluşu olan Sosyal Güvenlik Kurumunun ilgili kuruluşu olduğu, bu tarihten sonra Sosyal Sigortalar Kurumunun Sosyal Güvenlik Kurumuna devredildiği, Sosyal Güvenlik Kurumunun da Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının ilgili kuruluşu olduğundan, eski Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığı Sağlık İşleri Genel Müdür V. ile Yardımcısı ve 5502 sayılı Kanundan sonra Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı Genel Sağlık Sigortası Genel Müdür V. ve Yardımcısı olan ilgililer hakkında soruşturma izni verilmemesine ilişkin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanının 8.6.2009 tarih ve 22 sayılı kararına yapılan itirazın, 4483 sayılı Kanunun 3/e ve 9 uncu maddeleri uyarınca görev yönünden reddine, dosyanın itiraza bakmakla görevli ve yetkili Ankara Bölge İdare Mahkemesine, kararın birer örneğinin itiraz edene gönderilmesine 15.9.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Birinci Daire
Esas No : 2009/1228
Karar No : 2009/1304

Özeti : İlgililerin devam eden yargılama sırasında mahkemece verilen ara kararlarla istenilen belgeleri göndermemek suretiyle adli görevde ihmalleri görüldüğünden haklarında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 161/5 inci maddesi uyarınca Cumhuriyet Başsavcılığınca doğrudan doğruya işlem yapılacağı hakkında.

KARAR

Hakkında Soruşturma İzni İstenenler :

1- …-Antalya İli, … Belediye Başkanı
2- … " " " " Avukatı
3- …- " " " " İmar ve Şehircilik Müdür Vekili

İtiraz Edilen Karar : Hakkında soruşturma izni istenenlerden … ve … haklarında soruşturma izni verilmesine, … hakkında soruşturma izni verilmemesine ilişkin İçişleri Bakanının 28.5.2009 tarih ve Kont.Bşk:2009/15812 sayılı kararı

Karara İtiraz Edenler : … ve …

Soruşturulacak Eylem : İdare Mahkemesince verilen ara kararlarının gereklerini yerine getirmemek

Eylem Tarihi : 2008 yılı Nisan ayı sonrası

İçişleri Bakanlığının 31.8.2009 tarih ve 7787/12790 sayılı yazısı ile gönderilen dosya, İçişleri Bakanının 28.5.2009 günlü, Kont.Bşk:2009/15812 sayılı kararı ve bu kararın soruşturma izni verilmesine ilişkin kısmına yapılan itirazlar, Tetkik Hakimi Ayşe Bilge Çapraz'ın açıklamaları dinlendikten sonra, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun uyarınca incelendi;

Gereği Görüşülüp Düşünüldü:

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 161 inci maddesinin 5 inci fıkrasında "Kanun tarafından kendilerine verilen veya kanun dairesinde kendilerinden istenen adliye ile ilgili görev veya işlerde kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kamu görevlileri ile Cumhuriyet savcılarının sözlü veya yazılı istem ve emirlerini yapmakta kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kolluk amir ve memurları hakkında Cumhuriyet savcılarınca doğrudan doğruya soruşturma yapılır." hükmü yer almıştır.

Dosyanın incelenmesinden; Antalya 1. İdare Mahkemesince görülmekte olan 2007/595 Esas sayılı davayla ilgili olarak 19.4.2007 ve 5.7.2007 tarihlerinde, 2008/156 Esas sayılı dava ile ilgili olarak 14.2.2008 ve 8.5.2008 tarihlerinde verilen ara kararlar ile Belediyeden dava konularıyla ilgili imar planlarının, imar planlarına ait lejant paftalarının, imar plan değişikliğini yapan müelliflere ait yeterlik belgelerinin, imar plan revizyonuna ilişkin öneri raporlarının, imar planına ilişkin askı ve ilan tutanaklarının ve işlemlerin dayanağı tüm bilgi ve belgelerin istenildiği, ara kararların gereklerinin yerine getirilmemesi üzerine Antalya 1. İdare Mahkemesince … Belediye Başkanı ve diğer ilgililer hakkında idari yönden işlem tesisi için İçişleri Bakanlığına bildirimde bulunulmasına ve savcılığa suç duyurusunda bulunulmasına karar verildiği, yapılan ön inceleme sonucunda ilgililer hakkında soruşturma izni verilmesinin önerildiği, bu öneri doğrultusunda İçişleri Bakanınca 28.5.2009 tarih ve Kont.Bşk:2009/15812 sayılı kararın verildiği anlaşılmıştır.

Bu durumda, ilgililerin devam eden yargılama sırasında mahkemece verilen ara kararlarla istenilen belgeleri göndermemek suretiyle adli görevde ihmalleri görüldüğünden ve haklarında yukarıda anılan 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 161/5 inci maddesi uyarınca Cumhuriyet başsavcılığınca doğrudan doğruya işlem yapılacağından itirazların kabulüyle kararın kaldırılmasına, dosyanın genel hükümlere göre işlem yapılmak üzere … Cumhuriyet Başsavcılığına, kararın birer örneğinin İçişleri Bakanlığı ile itiraz edenlere gönderilmesine 1.10.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Birinci Daire
Esas No : 2009/1060
Karar No : 2009/1350

Özeti : 4483 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin (a) bendi uyarınca ilçede görevli memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında soruşturma izni verilmesi ya da verilmemesi, aynı şekilde şikayetin işleme konulması veya konulmaması konusunda karar

vermeye yetkili merciin kaymakam olduğu ve Kanunda belirtilen makamlara bizzat kullanılmak üzere verilmiş münhasır yetkinin üst makam da olsa, başka bir makamca kullanılmasının mümkün bulunmadığı hakkında.

KARAR

İçişleri Bakanlığının 24.7.2009 tarih ve 11214 sayılı yazısı ile gönderilen dosya, İçişleri Bakanının … Belediye Başkan Yardımcısı hakkında şikayetin işleme konulmamasına ilişkin 13.3.2009 tarih ve İNS. 08.06.614 sayılı kararı ve bu karara yapılan itiraz, Tetkik Hakimi Bekir Özçelik'in açıklamaları dinlenildikten sonra 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun uyarınca incelendi;

Gereği Görüşülüp Düşünüldü :

4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun izin vermeye yetkili merciler başlığını taşıyan 3 üncü maddesinin (a) bendinde İlçede görevli memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında kaymakamın, (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 soruşturma izni vermeye yetkili olduğu, 4 üncü maddesinin dördüncü fıkrasında, üçüncü fıkradaki şartları taşımayan ihbar ve şikayetlerin Cumhuriyet başsavcıların ve izin vermeye yetkili merciler tarafından işleme konulamayacağı ve durumun ihbar ve şikayette bulunana bildirileceği, 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrasında ise, soruşturma izni verilmesine veya verilmemesine ilişkin kararlara karşı yapılan itirazlara 3 üncü maddenin (e), (f), (g) ve (h) bentlerinde sayılanlar için Danıştay'ın idari dairesince diğerleri için yetkili merciin yargı çevresinde bulunduğu bölge idare mahkemesince bakılacağı hükme bağlanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, şikayetin işleme konulmamasına ilişkin İçişleri Bakanının 13.3.2009 tarih ve İNS. 08.06.614 sayılı kararında adı geçenin Ankara İli, … İlçesi Belediye Başkan Yardımcısı ve aynı zamanda Belediye Meclis üyesi olduğu şikayet konusu eylem ilgilinin belediye başkan yardımcısı görevinden kaynaklandığı, bu nedenle 4483 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin (a) bendi uyarınca ilçede görevli memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında soruşturma izni verilmesi ya da verilmemesi aynı şekilde şikayetin işleme konulması veya konulmaması konusunda karar vermeye yetkili merciin kaymakam olması gerektiği anlaşıldığından ve Kanunda belirtilen makamlara bizzat kullanılmak üzere verilmiş münhasır yetkinin üst makam da olsa, başka bir makamca kullanılması mümkün bulunmadığından, bu husus gözetilmeden tesis edilen … Belediye Başkan Yardımcısı hakkında şikayetin işleme konulmamasına ilişkin İçişleri Bakanının 13.3.2009 tarih ve İNS. 08.06.614 sayılı kararının kaldırılmasına, bu konuda karar vermeye yetkili … Kaymakamlığına gönderilmek üzere dosyanın İçişleri Bakanlığına iadesine, kararın bir örneğinin itiraz edene gönderilmesine 7.10.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Birinci Daire
Esas No : 2009/963
Karar No : 2009/1433

Özeti : İşçi statüsünde bulunmasına karşın inşaat mühendisi olarak Fen İşleri Müdürlüğünde kamu görevi ifa edenin 4483 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmesi gerektiği hakkında.

KARAR

Hakkında Ön İnceleme Yapılanlar :

1- …- Burdur İli, … Belediye Başkanı
2- …- " " " "
3- …- " " " Encümen Üyesi
4- …- " " " "
5- …- " " Fen İşleri Müdürü
6- ...- " " Fen İşleri Müdür Vekili
7- ...- " " " "
8- ...-" " " " "
9- ...- " " " "
10- ...- " " Fen İşleri Memuru
11- ...- " " " İnşaat Mühendisi

İtiraz Edilen Karar : Hakkında ön inceleme yapılanların tümü için soruşturma izni verilmemesine ilişkin İçişleri Bakanının 4.3.2009 tarih ve 2009/6963 sayılı kararı

Karara İtiraz Eden : Şikayetçi ...

Soruşturulacak Eylem : Konak Mahallesi ... ada, ... parsel sayılı taşınmaz üzerinde inşa edilen yapının yasal süresi içinde tamamlanmaması nedeniyle ruhsatsız duruma düşmesine karşın imar mevzuatında yer alan yaptırımları uygulamamak ve sonrasında ruhsatsız inşa edilen 2 nci kat da dahil olmak üzere söz konusu yapıyı usule aykırı olarak ruhsatlandırmak suretiyle görevi kötüye kullanmak

. **Eylem Tarihi :** 2005 yılı ve öncesi

İçişleri Bakanlığının 1.7.2009 tarih ve 9913 sayılı yazısı ekinde gönderilen dosya, İçişleri Bakanının 4.3.2009 tarih ve 2009/6963 sayılı soruşturma izni verilmemesine ilişkin kararı ve bu karara yapılan itiraz, Tetkik Hakimi Arzu Bozkurt Şen'in açıklamaları dinlenildikten sonra, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun uyarınca incelendi;

Gereği Görüşülüp Düşünüldü:

Hakkında ön inceleme yapılarak soruşturma izni verilmeyenler arasında bulunan ...'in geçici işçi statüsünde bulunmasına karşın inşaat mühendisi olarak Fen İşleri Müdürlüğünde görevli olduğu, dolayısıyla kamu görevi ifa eden adı geçenin de 4483 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

Dosyanın incelenmesinden; 1986 yılında düzenlenen yapı ruhsatının süresinin dolması nedeniyle ruhsatsız konumda olan inşaat için, 1992 yılında yapılan imar planı tadilatıyla kat sayısının arttırıldığı da dikkate alınarak, 3.8.2005 tarih ve 26/3 sayılı yapı ruhsatı düzenlendiği, bu işleme ilişkin harçların ve para cezasının tahsil edildiği, ruhsat eki dosyada tüm projelerin fenni mesuliyetinin uygunluğunun tasdik edilmiş olduğu, bu itibarla ilgililere isnat edilen eylemin haklarında soruşturma yapılmasını gerektirecek nitelikte bulunmadığı anlaşıldığından, soruşturma izni verilmemesine ilişkin yetkili merci kararına yapılan itirazın reddine, dosyanın İçişleri Bakanlığına, kararın bir örneğinin itiraz edene gönderilmesine 21.10.2009 tarihinde ... yönünden oyçokluğuyla diğer Belediye görevlileri yönünden oybirliğiyle karar verildi.

KARŞI OY

İçişleri Bakanlığının 1.7.2009 tarih ve 9913 sayılı yazısı ekinde gönderilen 4.3.2009 tarih ve 2009/6963 sayılı karara işçi statüsünde görev yapan ...' in de dahil edildiği anlaşılmıştır.

4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun 2. maddesi kapsamında bulunmayan işçiler hakkında anılan yasaya göre "karar verilmesi"

mükmün değildir. Kanunun 10. maddesi uyarınca, suça istiraktan dolayı aynı mahkemede yargılanacak olunması da bu gerçeği değiştirmemektedir.

Kamu görevlisi kavramı, 1999 yılında yürürlüğe giren 4483 sayılı yasada yer almış; bu tanım 5337 sayılı Türk Ceza Yasasının 6. maddesinin (c) fıkrasıyla daha da açıklık kazanmıştır.

Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin "genel idare esaslarına göre yürüttükleri kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa eden memur ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebi ile işledikleri suçlar 4483 sayılı Yasaya tabidir.

Türk Ceza Kanununun 6. maddesinin (c) fıkrasında kamu görevlisi "kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir suretle sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi" olarak tanımlanmıştır.

Bu iki düzenlemede de "memur" kavramlarından daha geniş bir kavram olan "kamu görevine" vurgu yapılmış bulunmaktadır. Anayasanın 128. maddesi de bu doğrultuda düzenlemeler içermekte olup esas itibariyle 4483 sayılı Yasa, memurlara, eski mevzuata göre daha sınırlı bir biçimde uygulanmaktadır. Bu çerçevede kamu görevlilerinin görevleri esnasında işlenen ve görevden doğmayan suçları kapsam dışı bırakılmış bulunmaktadır. Memurların sadece görevinden doğan suçları ön inceleme kapsamında ele alınırken, işçilerin genel hükümler yerine 4483 sayılı Yasaya göre işleme tabi tutulması mevcut hükümlere uygun düşmemektedir.

Uygulamadaki hukuki düzenlemeler ve yargısal kararlar işçileri kamu görevlisi kapsamında değerlendirmemektedir.

Nitekim Anayasa Mahkemesinin 9.2.1993 gün ve 44/7 sayılı kararı da, işçilerin, Anayasanın 128. maddesindeki memur ve diğer kamu görevlisi sayılmayacağını hüküm altına almıştır.

Benzer bir değerlendirmeye Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 8.2.1995 gün ve 1994/10-79, K: 1995/45 sayılı kararında da yer verilmiş ve anılan kararda, işçilerin diğer kamu görevlilerinden sayılamayacağına işaret edilmiştir. Yürürlükte bulunan yasal düzenlemeler ve özü itibariyle güncelliğini koruyan yargı kararları karşısında işçiler hakkında genel hükümlere göre doğrudan Cumhuriyet savcılığınca soruşturma yapılması gerektiği, bu nedenle İçişleri Bakanının 4.3.2009 tarih ve 2009/6963 sayılı kararının işçiye yönelik kısmının kaldırılması ve genel hükümlere göre Cumhuriyet savcılığınca doğrudan soruşturma yapılması için ilgili savcılığa gönderilmesi gerektiği görüşü ile çoğunluk kararının işçiye yönelik kısmına katılmıyorum.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Birinci Daire
Esas No : 2009/1123
Karar No : 2009/1440

Özeti : Doğrudan temin usulünün bir ihale usulü olmaması nedeniyle, işin yapılması için teklif verenlerin 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 11 inci maddesinde düzenlenen yasaklılar kapsamına girip girmediğine ilişkin bir inceleme yapılmasına hukuken olanak bulunmadığı hakkında.

KARAR

Hakkında Ön İnceleme Yapılanlar:

1- ... - ... Büyükşehir Belediye Başkanı

2- ... - " " Satınalma Dairesi Başkanı, Satınalma Görevlisi

3- ... - ... Büyükşehir Belediyesi Fen İşleri Dairesi Başkanı, Satınalma Görevlisi

4- ... - ... Büyükşehir Belediyesi Destek Hizmetleri Dairesi Başkanı, Harcama Görevlisi

5- ... - ... Büyükşehir Belediyesi Kültür ve Sosyal Hizmetler Dairesi Başkanı

6- ... - ... Büyükşehir Belediyesi Çevre Koruma Dairesi Başkan Vekili, Satınalma Görevlisi

7- ...- ... Büyükşehir Belediyesi Mali Hizmetler Dairesi Başkan Vekili, Satınalma Görevlisi

8- ... - ... Büyükşehir Belediyesi Satınalma Memuru

9- ... - " Gerçekleştirme Görevlisi

10- ... - " Muhasebe Yetkilisi

11- ... - " Gerçekleştirme Görevlisi

12- ... - " Harcama Yetkilisi

İtiraz Edilen Karar : Hakkında ön inceleme yapılanların tümü için soruşturma izni verilmesine ilişkin İçişleri Bakanının 17.6.2009 tarih ve 2009/147 sayılı kararı

Karara İtiraz Edenler : Hakkında soruşturma izni verilen ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ... ve ...

Soruşturulacak Eylem : 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 11 inci maddesine aykırı olarak Belediyenin reklam işlerini ... Elektronik Limited Şirketi ile ... Ofset Limited Şirketine yaptırmak

Eylem Tarihi : 2006 yılı ve sonrası

İçişleri Bakanlığının 7.8.2009 tarih ve 11875 sayılı yazısı ekinde gönderilen dosya, İçişleri Bakanının 17.6.2009 tarih ve 2009/147 sayılı soruşturma izni verilmesine ilişkin kararı ve bu karara yapılan itirazlar, Tetkik Hakimi Serkan Kızılyel'in açıklamaları dinlenildikten sonra 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun uyarınca incelendi;

Gereği Görüşülüp Düşünüldü:

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 11 inci maddesinde, ihaleyi yapan idarenin ihale yetkilisi kişileri ile bu yetkiye sahip kurullarda görevli kişiler ve ihaleyi yapan idarenin ihale konusu işle ilgili her türlü ihale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve onaylamakla görevli olanlar ve belirtilen şahısların eşleri ve üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar kayın hısımları ile evlatlıkları ve evlat edinenlerinin doğrudan veya dolaylı veya alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihalelere katılamayacakları hükmüne yer verildiği, aynı Kanunun 18 inci maddesinde 30.07.2003 tarih ve 4964sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile doğrudan temin yönteminin bir ihale türü olmaktan çıkarıldığı, yine Kanunun 22 nci maddesinde, belli bir miktar parayı aşmayan ihtiyaçların, ihale komisyonu kurma ve 10 uncu maddede sayılan yeterlik kurallarını arama zorunluluğu bulunmaksızın, ihale yetkilisince görevlendirilecek kişi veya kişiler tarafından piyasada fiyat araştırması yapılarak temin edilebileceğinin hükme bağlandığı, öte yandan Kamu İhale Genel Tebliğinin Birinci Bölümünün XV inci maddesinin (B) bendinde, doğrudan teminin bir ihale usulü olmaktan çıkarılması nedeniyle 4734 sayılı Kanunun "İhaleye Katılımda Yeterlik Kuralları" başlıklı 10 uncu maddesi ile "İhaleye Katılamayacak Olanlar" başlıklı 11 inci maddesinin doğrudan temin usulünde uygulanmasının zorunlu olmaktan çıkarıldığının karara bağlandığı görülmektedir.

Dosyanın incelenmesinden, 2006 yılında Belediyenin reklam ihtiyaçlarından bir kısmının karşılanması amacıyla 4734 sayılı Kanunun 22 nci maddesi uyarınca görevlendirilen

satınalma görevlileri tarafından yapılan piyasa araştırma sonrasında en uygun teklifi veren … Elektronik Limited Şirketi'ne işlerin yaptırıldığı, bu dönemde anılan Şirketin ortaklarından birisinin … Büyükşehir Belediye Başkanı …'in damadı olmasına karşın doğrudan temin usulünün bir ihale usulü olmaması nedeniyle, işin yapılması için teklif verenlerin Kanunun 11 inci maddesinde düzenlenen yasaklılar kapsamına girip girmediğine ilişkin bir inceleme yapılmasına hukuken olanak bulunmadığı, bu durumun Kamu İhale Genel Tebliğinde de düzenlendiği, ilgili dönemde gerçekleştirilen alımların cüzi bir kısmını alan … Elektronik Limited Şirketi'nin rayiç bedelin üstünde bir bedelle işleri yaptığı ya da üstlendiği işin yapılmasında kusurlu davrandığına ilişkin dosyada bilgi veya belge bulunmadığı, yine … Ofset Limited Şirketi tarafından doğrudan temin usulüyle üstlenilen işlerin … Elektronik Limited Şirketine yaptırıldığına ilişkin iddianın ise bilgi ve belgeyle desteklenemediği ve muhbir iddiasından öteye geçemediği, bu nedenle rayiç bedel üzerinden hukuka uygun olarak doğrudan temin usulü ile yapılan alımlar nedeniyle ilgililere isnat edilen eylemin, haklarında soruşturma yapılmasını gerektirecek nitelikte bulunmadığı anlaşıldığından, itirazların kabulüyle İçişleri Bakanının 17.6.2009 tarih ve 2009/147 sayılı soruşturma izni verilmesine ilişkin kararının kaldırılmasına, dosyanın İçişleri Bakanlığına, kararın bir örneğinin itiraz edenlere gönderilmesine 21.10.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Birinci Daire
Esas No : 2009/1352
Karar No : 2009/1493

Özeti : Kaynak gösterilmeden alıntı yapıldığı iddia edilen eserlerle ilgili olarak hak sahipliğinin kanıtlanması gerektiği hakkında.

KARAR

Şüpheli **:** …- … Üniversitesi Orman Fakültesi Öğretim Üyesi
Suçu **:** Değişik tarihlerde yayınlanan makalelerinde kaynak belirtmemek, yetersiz kaynak göstermek ve verileri çarpıtarak alıntı yapmak
Suç Tarihi **:** 2000 yılı ve sonrası
İncelenen Karar **:** … Üniversitesi Rektörlüğünce oluşturulan Kurulun 5.8.2009 tarihli lüzum-u muhakeme kararı
Karara İtiraz Eden **:** ... vekili Av. …
İnceleme Nedeni **:** İtiraz üzerine

… Üniversitesi Rektörlüğünün 1.10.2009 tarih ve 53384 sayılı yazısı ve eki soruşturma dosyası ile yukarıda belirtilen Kurul kararı ve bu karara yapılan itiraz,. Tetkik Hakimi Arzu Bozkurt Şen'in açıklamaları dinlenildikten sonra, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 53 üncü maddesi uyarınca incelendi;

Gereği Görüşülüp Düşünüldü:

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 71 inci maddesinin 3 üncü bendinde bir eserden kaynak göstermeksizin iktibasta bulunan kişinin altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılacağı, aynı maddenin 5 inci bendinde bir eserle ilgili olarak yetersiz, yanlış veya aldatıcı mahiyette kaynak gösteren kişinin altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı hükmolunmuş, 75 inci maddesinde ise, 71 inci maddede sayılan suçlardan dolayı soruşturmanın şikayete bağlı olduğu, hak sahiplerinin veya üyesi oldukları meslek birliklerinin haklarını kanıtlayan belge ve/veya nüshaları Cumhuriyet Savcılığına

sunmaları halinde şikayetin geçerli kabul edileceği, ayrıca bu Kanunda yer alan soruşturması ve kovuşturması şikayete bağlı suçlar dolayısıyla başta Milli Eğitim Bakanlığı, Kültür ve Turizm Bakanlığı yetkilileri olmak üzere ilgili gerçek ve tüzel kişiler tarafından, eser üzerinde manevi ve mali hak sahibi kişilerin şikayet haklarını kullanabilmelerini sağlamak amacıyla durumdan haberdar edilecekleri hükme bağlanmıştır.

Yukarıda belirtilen hükümlerden, yanlış ya da yetersiz biçimde kaynak gösterilmesi eyleminin söz konusu olduğu durumlarda, ancak bu eylemden zarar gören eser sahibi ile üyesi oldukları meslek birliklerinin şikayeti üzerine kamu davası açılabileceği, sonucuna ulaşılmaktadır.

Bu durumda, dosyadaki bilgi ve belgelere göre, kaynak gösterilmeden alıntı yapıldığı iddia edilen eserlerle ilgili olarak şikayetçinin hak sahipliğini kanıtlayan bir belgenin dosyada bulunmadığı ve şikayetçinin herhangi bir zararının meydana gelmediği, şüpheliye atılı suçların takibi şikayete bağlı suçlardan olmasına karşın, eser sahibi sıfatıyla hakları tecavüze uğrayanların ya da meslek birliklerinin intihal yapıldığına dair şikayet ve suçlamalarının bulunmadığı anlaşıldığından, eser sahibi olmayan kimsenin yaptığı şikayet nedeniyle soruşturma başlatılmasının mümkün olmaması nedeniyle, … Üniversitesi Rektörlüğünce oluşturulan Yetkili Kurulun 5.8.2009 tarihli lüzum-u muhakeme kararının bozulmasına, şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına, dosyanın … Üniversitesi Rektörlüğüne, kararın birer örneğinin itiraz eden vekiline ve şikayetçiye gönderilmesine 4.11.2009 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

5846 sayılı Yasanın 75 inci maddesinde belirtilen şikayet şartının gerçekleşmesini sağlamak amacıyla, eser sahiplerinin veya üyesi oldukları meslek birliklerinin durumdan haberdar edilmesi için, başta Milli Eğitim Bakanlığı ile Kültür ve Turizm Bakanlığı yetkilileri olmak üzere ilgili gerçek ve tüzel kişilerin bildirim yükümlülükleri bulunduğu, bu yükümlülüğün gereğinin yerine getirilmesinin sağlanması hususunun da karar metnine eklenmesi gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne bu yönüyle karşıyım.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Birinci Daire
Esas No : 2009/1114
Karar No : 2009/1700

Özeti : Suç işlediği iddia edilen kişilerin açık kimlikleri ile görev unvanlarının ön inceleme raporunda ve bu rapora dayanılarak yetkili merci tarafından verilen soruşturma izni verilmesi veya verilmemesi yönündeki kararlarda yer alması ve illiyet bağının irdelenmesi gerektiği hakkında.

KARAR

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının 4.8.2009 tarih ve 6905 sayılı yazısına ekli dosya, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı yetkilileri hakkında soruşturma izni verilmemesine ilişkin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanının 7.7.2009 tarih ve İTK-9 sayılı kararı ve bu karara karşı şikayetçi … vekili Av. … tarafından yapılan itiraz, Tetkik Hakimi Serkan Kızılyel'in açıklamaları dinlenildikten sonra 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkındaki Kanun uyarınca incelendi;

Gereği Görüşülüp Düşünüldü:

4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun 1 inci maddesinde, bu Kanunun amacının memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı yargılanabilmeleri için izin vermeye yetkili merciileri belirlemek ve izlenecek usulü düzenlemek olduğu; 3 üncü maddesinin (e) bendinde, Bakanlar Kurulu kararıyla veya bakanlıkların merkez teşkilatında görevli olup ortak kararla atanan memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında ilgili bakanın soruşturma izni vermeye yetkili olduğu; 5 inci maddesinde, izin vermeye yetkili merciin, bu Kanun kapsamına giren bir suç işlendiğini bizzat veya 4 üncü maddede belirtilen şekilde (ihbar, bildirim ve şikayet) öğrendiğinde bir ön inceleme başlatacağı; 7 nci maddesinde, yetkili merciin belirtilen süreler içinde soruşturma izni verilmesi veya verilmemesi konusunda karar vermek zorunda olduğu; 9 uncu maddesinde yapılan ön inceleme sonucunda verilen kararın Cumhuriyet Başsavcılığına, hakkında inceleme yapılan memur veya diğer kamu görevlisine ve varsa şikayetçiye bildirileceği; soruşturma izni verilmesine ilişkin karara hakkında inceleme yapılan memur veya diğer kamu görevlisinin, soruşturma izni verilmemesine ilişkin karara ise Cumhuriyet başsavcılığı veya şikayetçinin, kararının kendilerine tebliğinden itibaren on gün içinde itiraz edebilecekleri, itirazın 3 üncü maddenin (e), (f) (g) (Cumhurbaşkanınca verilen hariç) ve (h) bentlerinde belirtilen yetkili merci kararına karşı Danıştay İdari Dairesine, diğerleri için yetkili merciin yargı çevresinde bulunduğu bölge idare mahkemesine yapılacağı ve itiraz üzerine verilen kararların kesin olduğu hükme bağlanmıştır.

Anayasanın 38 inci maddesinde cezaların şahsiliği ilkesi benimsenmiştir. Bu ilke, Türk Ceza Kanununda da aynen yer almaktadır. Bu nedenle hakkında suç işlediği iddia edilenlerin açık kimlikleri ile görev unvanlarının ön inceleme raporunda ve bu rapora dayanılarak yetkili merci tarafından verilen soruşturma izni verilmesi veya verilmemesi kararlarında yer alması ve illiyet bağının irdelenmesi gerekmektedir.

4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun uyarınca görevlendirilen soruşturmacı tarafından yapılan ön inceleme aşamasında şikayet dilekçesinde yer alan iddialarla illiyet bağı bulunan kişilerin adı, soyadı, görev yeri bakımından saptanması ve haklarında gerekli ön incelemenin yapılması, varsa tanıkların ve şikayetçilerin ifadelerinin alınması, ilgililere isnat edilen eylemle ilgilerine göre haklarında bir öneri getirilmesi, yetkili mercinin de iddia konusunun ilgililerle illiyet bağını irdelemek suretiyle kimlikleri belirtilmiş şüpheliler hakkında bir karar vermesi gerekmekteyken; belirtilen hususlar dikkate alınmaksızın eksik ön inceleme sonucunda düzenlenen rapora dayanılarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı yetkilileri için soruşturma izni verilmemesine ilişkin karara yapılan itirazın kabulüyle Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanının 7.7.2009 tarih ve İTK-9 sayılı kararının kaldırılmasına; iddiayla illiyet bağı bulunan kişilerin adı, soyadı, görev yeri saptanarak ve sözü edilen eksiklikler tamamlanarak yetkili merci tarafından yeniden karar verilmesi, verilecek kararın türüne göre gerekli tebligatlar yapıldıktan sonra itiraz edilmesi halinde itiraz dilekçeleri de eklenerek incelenmek üzere Dairemize gönderilmesi için dosyanın Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına, kararın bir örneğinin itiraz eden vekiline gönderilmesine 9.12.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Birinci Daire
Esas No : 2009/1503
Karar No : 2009/1722

Özeti : Soruşturmada; şüphelinin adı, soyadı, kimliği, görevi, görev yeri gibi hususlar belirlenerek ve iddia konularıyla illiyet bağı bulunan tüm şüpheliler saptanarak soruşturmanın yürütülmesi, tanıkların ifadelelerinin, şüphelilerin de savunmalarının alınması, iddialarla ilgili tüm delillerin toplanması, gerekiyorsa bilirkişi incelemesi yaptırılması; fezlekede, şüphelilerin isnat edilen eylemle illiyet bağlarına göre haklarında men-i muhakeme veya lüzum-u muhakeme yolunda bir öneri getirilmesi; Yetkili Kurulun da iddia konusu suçun şüphelilerle illiyet bağını irdelemek suretiyle bir karar vermesi gerektiği hakkında.

KARAR

Şüpheliler : … Üniversitesi Tıp Fakültesinde yapılan bazı ihalelerin komisyonlarında görev alan kişiler

Suçları : Beyin Cerrahisi, Ortopedi ve Travmatoloji ve Kardiyoloji Anabilim Dallarının ihtiyacı olan tıbbi malzemelerin alımına ilişkin 26 ihalede mevzuata aykırı davranmak suretiyle görevi kötüye kullanmak

Suç Tarihi : 2006 Yılı

İncelenen Karar : … Üniversitesi Rektörlüğünce oluşturulan Kurulun 7.10.2009 tarihli men-i muhakeme kararı

Karara İtiraz Eden : Yok

İnceleme Nedeni : Yasa gereği kendiliğinden … Üniversitesi Rektörlüğünün 23.10.2008 günlü, 17214 sayılı yazısı ile gönderilen soruşturma dosyası ile yukarıda belirtilen Kurul kararı, Tetkik Hakimi Aylin Coşkun'un açıklamaları dinlenildikten sonra, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 53 üncü maddesi uyarınca incelendi;

Gereği Görüşülüp Düşünüldü:

Dosyanın incelenmesinden, Erzurum Cumhuriyet Başsavcılığının 12.6.2008 tarih ve Soruşturma No:2008/7404-2 sayılı yazısıyla … Üniversitesi Rektörlüğüne, Araştırma Hastanesi bünyesinde yapılan bazı ihalelere fesat karıştırıldığı iddiasıyla yürütülen soruşturmada temin edilen bilirkişi raporunda, 26 adet ihalenin rekabet şartları oluşmadan gerçekleştirildiğinin saptandığı, bu ihalelerde görevli kişilerin görevlerini kötüye kullandıkları belirtilerek haklarında ceza soruşturması yapılmasının ve son soruşturmanın açılıp açılmaması yolunda bir karar tesis edilmesinin istenildiği, bu talebe rağmen Rektörün iddiaların incelenmesi yolunda talimat verdiği ve inceleme sonucunda son soruşturmanın açılmasına yer olmadığına dair karar aldığı, anılan karar üzerine Başsavcılığın 6.4.2009 tarih ve Soruşturma No:2008/7404-2 sayılı yazısıyla Rektörlükten, olaydaki mevcut delillerin ilk soruşturmanın yapılmasını gerekli kıldığı belirtilerek, son soruşturmanın açılıp açılmaması yolunda bir karar verilmesinin istendiği, bu talep nedeniyle Rektörlükçe yaptırılan soruşturmada hazırlanan fezlekede, haklarında soruşturma yapılanların, Araştırma Hastanesi satın alma komisyonunda ve söz konusu ihalelerde görev alan kişiler olarak belirtildiği, ihale

komisyonu başkanı ..., Hastane Müdürü ... ve kalp pili bataryası alımına ilişkin ihalede görev alan ... 'un ifadelerine başvurulduğundan söz edildiği, fezlekenin sonuç kısmında da, iddialarla ilgili delile ulaşılamadığı, vicdani kanaat oluşmadığı, eylemlerin suç teşkil etmediği, bu nedenlerle ihale komisyonunda görev alan kişilerin mahkemeye sevk edilmelerine gerek olmadığı kanaatinin belirtildiği, Yetkili Kurulun 7.10.2009 tarihli men-i muhakeme kararında da, şüphelilerin ismen belirtilmeyerek "ihale komisyonlarında görev alan kişiler" ibaresinin kullanıldığı görülmüştür.

Soruşturmada, şüphelinin, adı, soyadı, kimliği, görevi, görev yeri gibi hususlar belirlenerek ve iddia konularıyla illiyet bağı bulunan tüm şüpheliler saptanarak soruşturmanın yürütülmesi, tanıkların ifadelerinin, şüphelilerin de savunmalarının alınması, iddialarla ilgili tüm delillerin toplanması, gerekiyorsa bilirkişi incelemesi yaptırılması, fezlekede, şüphelilerin isnat edilen eylemle illiyet bağlarına göre haklarında men-i veya lüzum-u muhakeme yolunda bir öneri getirilmesi, Yetkili Kurulun da, iddia konusu suçun şüphelilerle illiyet bağını irdelemek suretiyle bir karar vermesi gerekmektedir.

Rektörlükçe yaptırılan soruşturmada ise, usulsüz olarak yapıldığı ileri sürülen 26 ihalede görev alan kişilerin ve sorumluların yani şüphelilerin, ismen ve görev unvanlarıyla belirlenmediği, ismen belirtilen üç kişinin şüpheli sıfatıyla savunmalarının alındığı ancak bu kişilerin tanık sıfatıyla bilgilerine başvurulmuş gibi fezlekede ifade kullanıldığı, fezlekenin sonuç kısmında şüpheliler yönünden teklif getirilmediği, ihale dosyalarının incelenmediği, doğrudan temin usulüyle yapılan ihalelerde belli firmalara ayrıcalık tanınıp tanınmadığı, ihale dosyalarında eksiklik bulunup bulunmadığı ve malzeme fiyatlarının fahiş olup olmadığı hususlarının araştırılmadığı, iddia konularını aydınlatacak birçok hususun incelenmediği, fezlekenin eksik incelemeye dayalı olarak düzenlendiği anlaşılmıştır.

Açıklanan nedenlerle eksik soruşturmaya dayalı olarak ve şüpheliler ismen belirlenmeksizin tesis edilen ... Üniversitesi Rektörlüğünce oluşturulan Kurulun 7.10.2009 tarihli men-i muhakeme kararının bozulmasına, şüphelilerin ismen belirlenmesi ve savunmalarının alınması, sözü edilen diğer eksikliklerin tamamlanması sonucu düzenlenecek fezleke üzerine yetkili kurulca yeniden bir karar verilmesi, verilecek kararın türüne göre gerekli bildirimler yapıldıktan sonra Yasa gereği veya itiraz edilmesi halinde itiraz dilekçeleri de eklenerek incelenmek üzere Dairemize gönderilmesi için dosyanın ... Üniversitesi Rektörlüğüne iadesine 10.12.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

DANIŞTAY BAŞKANLAR KURULU KARARLARI

T.C.
D A N I Ş T A Y
Başkanlar Kurulu
Esas No : 2009/31
Karar No : 2009/68

Özeti : Uzman erbaş olan davacının, kamu personeli seçme sınavı sonucuna göre yapılan atamasının iptaline ilişkin uyuşmazlığın, Onikinci Dairede çözümlenmesi gerektiği hakkında.

... tarafından, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğüne karşı açılan dava sonucunda, Ankara 16. İdare Mahkemesince verilen 19/12/2007 günlü ve E:2007/913, K:2007/1615 sayılı kararın temyizen incelenmesi aşamasında, Danıştay Onikinci ve Beşinci daireleri arasında çıkan görev uyuşmazlığına ilişkin dosya incelendi.

Gereği görüşülüp düşünüldü :

Dava, 2006 Kamu Personeli Seçme Sınavı sonuçlarına göre Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünün 28/12/2006 günlü onayı ile Ordu-Mesudiye Kadastro Müdürlüğüne aday tekniker olarak ataması yapılan davacı tarafından, "sözleşmeli uzman erbaş" olarak görev yapması nedeniyle atamasının sözleşmesinin sona ereceği 27/08/2007 tarihine kadar ertelenmesi talebinin reddedilerek, atama onayının iptaline ilişkin 14/02/2007 günlü ve 4778 sayılı yazı ekinde gönderilen 05/02/2007 günlü işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

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

Dosyanın incelenmesinden, sözleşmeli uzman erbaş olarak görev yapmakta iken, 2006 yılında yapılan kamu personeli seçme sınavı sonucuna göre Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünün 28/12/2006 tarihli onayı ile Ordu-Mesudiye Kadastro Müdürlüğüne tekniker adayı olarak atanan davacıya, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 62'nci maddesi uyarınca göreve başlaması için bildirimde bulunulduğu, davacı tarafından, sözleşmeli uzman erbaş olarak görev yaptığı gerekçesiyle atamasının sözleşmesinin sona ereceği 27/08/2007 tarihine kadar ertelenmesinin istenildiği, ancak Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünce davacının halen piyade uzman çavuş olarak görev yapması nedeniyle atama onayının iptali yolunda 05/02/2007 tarihli işlemin tesis edildiği anlaşılmaktadır.

İnceleme konusu olayda uyuşmazlığın, kamu personeli seçme sınavında başarılı olan davacının, Ordu-Mesudiye Kadastro Müdürlüğüne tekniker adayı olarak yapılan atamasının iptal edilmesine ilişkin işlemden kaynaklandığı görülmektedir.

Buna göre, adaylığa kabul edilmeye ilişkin kuralların uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlığın görümü ve çözümü görevinin, Danıştay Başkanlar Kurulunun 17/01/1995 günlü ve 1995/8 sayılı kararı uyarınca Onikinci Daireye ait bulunduğuna, dosyanın anılan Daireye gönderilmesine 10/11/2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Başkanlar Kurulu
Esas No : 2009/28
Karar No : 2009/75

Özeti : Sivil Hava ulaşımına açık havaalanları bünyesinde yer alan tesislere işyeri açma ve çalışma ruhsatı verilmesine ilişkin uyuşmazlıkların çözümünün, Onuncu Daireye ait bulunduğu hakkında.

... Birleşik Endüstriyel Sistemleri ve Tesisler A.Ş. tarafından, Ulaştırma Bakanlığı ve Sivil Havacılık Genel Müdürlüğüne karşı açılan davada, Danıştay Sekizinci ve Onuncu daireleri arasında çıkan görev uyuşmazlığına ilişkin dosya incelendi.

Gereği görüşülüp düşünüldü :

Başsavcı ..., Onuncu Daire Başkanı ..., Onbirinci Daire Başkanı ... ile Beşinci Daire Başkanı ...'in, "2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 32'nci maddesinin (a) bendinde; Sekizinci Dairenin: Köy, belediye ve özel idareleri ilgilendiren mevzuatın uygulanmasına ilişkin davaları çözümleyeceği kurala bağlanmış; 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 7'nci maddesinin (g) bendinde de, sivil hava ulaşımına açık havaalanları bünyesinde yer alan tüm tesislere işyeri açma ve çalışma ruhsatı dahil her türlü ruhsatın, Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü tarafından verileceği kuralına yer verilmiştir.

Buna göre, gayrisıhhi işyerleri için işyeri açma ve çalışma ruhsatlarına ilişkin olan ve 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlığın görümü ve çözümü görevi Sekizinci Daireye ait bulunmaktadır." yolundaki ayrışık oylarına karşılık,

Dava, 05/04/2008 günlü ve 26838 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Sivil Hava Ulaşımına Açık Havaalanlarında Yer Alan Gayrisıhhi İşyerleri İçin İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmeliğin (SHY-33/A) "Ruhsat ücretleri" başlıklı 7'nci maddesi ile bu maddeye dayanılarak oluşturulan Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü Hizmet Tarifesinin "İşletme Ruhsatı" ücretlerine ilişkin kısmının iptali istemiyle açılmıştır.

Danıştay Başkanlar Kurulunun 30/03/2004 günlü ve 2004/6 sayılı kararı ile, 03/10/2002 günlü ve 27 sayılı Başkanlar Kurulu kararı gereğince Turizmi Teşvik Kanunu ve Çevre Kanununa ilişkin olanlar hariç Sekizinci Dairede görülmekte bulunan her türlü iş yerleriyle ilgili mevzuattan doğan uyuşmazlıklardan; 3572 sayılı İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulüne Dair Kanuna, 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanununa, 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanununa ve 560 sayılı Gıdaların Üretimi, Tüketimi ve Denetlenmesine Dair Kanun Hükmünde Kararname uyarınca tesis edilen işyeri açma ve çalışma ruhsatlarına ait işlemler ile bu iş yerlerinin geçici ya da süresiz olarak kapatılmasına ilişkin işlemlere karşı açılan davalar ve temyiz başvurularının Sekizinci Dairede görülmeye devam edilmesine, bunların dışında kalanların, bu kararın Resmi Gazete'de yayımını izleyen ay başından itibaren Danıştay Onuncu Dairesinde çözümlenmesine karar verilmiştir.

5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 7'nci maddesinin birinci fıkrasının (g) bendinde, belediye sınırları dışındaki gayri sıhhi müesseseler ile umuma açık istirahat ve

eğlence yerlerine ruhsat verme ve denetlemenin il özel idaresinin yetkisinde olduğu, ancak sivil hava ulaşımına açık havaalanları bünyesinde yer alan tüm tesislere işyeri açma ve çalışma ruhsatı dahil her türlü ruhsatın, Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü tarafından verileceği, bu konuya ilişkin usul ve esasların Sivil Havacılık Genel Müdürlüğünce hazırlanacak bir yönetmelikle düzenleneceği kuralına yer verilmiştir.

2920 sayılı Türk Havacılık Kanunu, 5431 sayılı Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ile 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 7'nci maddesinin birinci fıkrasının (g) bendine dayanılarak hazırlanan dava konusu "Sivil Hava Ulaşımına Açık Havaalanlarında Yer Alan Gayrisıhhi İşyerleri İçin İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin" Yönetmeliğin, 'Ruhsat ücretleri' başlıklı 7'nci maddesinin (1)'inci fıkrasında, gayrisıhhi işyeri açma ve çalışma ruhsatlarına ait bedellerin Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü tarafından yayımlanan ilgili hizmet tarifesiyle belirleneceği kurala bağlanmıştır.

İnceleme konusu olayda uyuşmazlık, İl Özel İdaresi Kanunu'nun 7'nci maddesi uyarınca bu Kanun kapsamı dışında bırakılan, sivil hava ulaşımına açık havaalanları bünyesinde yer alan tesislere işyeri açma ve çalışma ruhsatı verilmesine ilişkin bulunmaktadır. Buna göre, uyuşmazlığın 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'ndan kaynaklanmayıp, bu konuda ayrıca düzenleme getiren, Türk Havacılık Kanunu ile Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun uyarınca hazırlanan, "Sivil Hava Ulaşımına Açık Havaalanlarında Yer Alan Gayrisıhhi İşyerleri İçin İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin" Yönetmelikten kaynaklandığı görülmektedir.

Açıklanan nedenlerle davanın görümü ve çözümü görevinin, 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 34'üncü maddesi ve Danıştay Başkanlar Kurulunun 30/03/2004 günlü ve 27 sayılı kararı uyarınca Danıştay Onuncu Dairesine ait bulunduğuna, dosyanın anılan Daireye gönderilmesine 10/11/2009 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Başkanlar Kurulu
Esas No : 2009/119
Karar No : 2009/84

Özeti : 399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin düzenlenmesi ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname'ye tabi personele ödenecek özel hizmet tazminatından kaynaklanan uyuşmazlığın, Onbirinci Dairece çözümlenmesi gerektiği hakkında.

... tarafından; TEKEL Tütün, Tütün Mamulleri Tuz ve Alkol İşletmeleri Anonim Şirketine karşı açılan dava sonucunda, Bursa 1. İdare Mahkemesince verilen 14/04/2004 günlü ve E:2003/1845, K:2004/667 sayılı kararın temyizen incelenmesi aşamasında, Danıştay Onbirinci ve İkinci daireleri arasında çıkan görev uyuşmazlığına ilişkin dosya incelendi.

Gereği görüşülüp düşünüldü:

Başkanvekili ..., Onüçüncü Daire Başkanı ..., Birinci Daire Başkanı ..., Onbirinci Daire Başkanı ..., Beşinci Daire Başkanı ... ile Onikinci Daire Başkanı ...'ün, "Uyuşmazlık, Bursa Yaprak Tütün İşletmeleri Müdürlüğünde 2 dereceli kadroda sivil savunma uzmanı

olarak, 1. derecenin 4. kademesinden aylık alan davacının, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 152'nci maddesine dayanılarak çıkarılan 98/10548 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının 9'uncu maddesi uyarınca 1. dereceli kadrolu sivil savunma uzmanları için öngörülen oranda özel hizmet tazminatından yararlandırılması isteminin reddine ilişkin işlemden kaynaklanmıştır.

399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 25'inci maddesinin (a) bendinde, ekli 1 sayılı cetvelde kadro, unvan ve dereceleri gösterilen personelin aylık ve özlük hakları bakımından 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu hükümlerine tabi olduğu kurala bağlanmıştır.

Buna göre uyuşmazlığın, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu hükümlerinin uygulanması ile çözümlenecek olması nedeniyle davanın görümü ve çözümü görevi, Danıştay Başkanlar Kurulunun 14/03/2008 günlü ve 2008/6 sayılı kararı uyarınca İkinci Daireye ait bulunmaktadır." yolundaki ayrışık oylarına karşılık,

Dava, Bursa Yaprak Tütün İşletmeleri Müdürlüğünde 2. dereceli kadroda sivil savunma uzmanı olarak görev yapan ve 1. derecenin 4. kademesi üzerinden aylık alan davacı tarafından, 1. derece kadrolu sivil savunma uzmanları için öngörülen oranda özel hizmet tazminatından yararlandırılması yolundaki başvurunun reddine ilişkin 01/08/2003 günlü ve 503-8194 sayılı işlemin iptali ve 14/08/2001 tarihinden itibaren yoksun kaldığı özel hizmet tazminat farklarının başvuru tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açılmıştır.

Danıştay Başkanlar Kurulunun 14/03/2008 günlü ve 2008/6 sayılı kararı ile: Onbirinci Dairede görülmekte olan, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda düzenlenmiş olan parasal haklara (Göstergeler, vekalet görevi, ikinci görev, ders görevi, mali hükümler, 'aylık, katsayı, vekalet aylığı, ikinci görev aylığı, ders ve konferans ücreti, fazla çalışma ücreti, temsil giderleri', parasal ödül, makam tazminatı, yabancı dil tazminatı, lojman tazminatı, ek tazminat, ek ödenek, taban ve kıdem aylığı ile bunlar dışında kalan iş sonu tazminatı ve 657 sayılı Kanunun 152'nci maddesinde düzenlenen zam ve tazminatlar) ilişkin davaların İkinci Dairede görülmesine karar verilmiştir.

399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin (3-b) maddesinde, teşebbüs ve bağlı ortaklıkların genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken asli ve sürekli görevlerinin, genel müdür, genel müdür yardımcısı, teftiş kurulu başkanı, kurul ve daire başkanları, müessese, bölge, fabrika, işletme ve şube müdürleri, müfettiş ve müfettiş yardımcıları ile ekli 1 sayılı cetvelde kadro unvanları gösterilen diğer personel eliyle gördürüleceği ve bunlar hakkında bu Kanun Hükmünde Kararnamede belirtilen hükümler dışında 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu hükümlerinin uygulanacağı; 25'inci maddesinin (a) bendinde de, ekli 1 sayılı cetvelde kadro, unvan ve dereceleri gösterilen personelin aylık ve özlük hakları bakımından 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu hükümlerine tabi olduğu kuralına yer verilmiştir.

İnceleme konusu olayda, Bursa Yaprak Tütün İşletmeleri Müdürlüğünde 2. dereceli kadroda sivil savunma uzmanı olarak, 1. derecenin 4. kademesi üzerinden aylık alan davacı tarafından, 14/08/2001 günlü ve 24493 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 06/07/2001 günlü ve 2001/2783 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı eki (I) sayılı listede, davalı idarenin taşra teşkilatına ait 2 adet 2. dereceli sivil savunma uzmanı kadrosunun iptal edilerek bunun yerine 2 adet 1. dereceli sivil savunma uzmanı kadrosunun ihdas edilmesi üzerine, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 152'nci maddesi uyarınca yürürlüğe konulan, 657 sayılı Yasa ve aynı Yasanın Ek Geçici 9'uncu maddesi kapsamına giren kurumlardan aylık alanlara ödenecek zam ve tazminatlara ilşkin 19/01/1998 günlü ve 98/10548 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının 9'uncu maddesine göre 1. derece kadrolu sivil savunma uzmanı için öngörülen özel hizmet tazminatından yararlandırılması yolundaki başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Davanın çözümünde 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 1 sayılı cetvelinde yer alan personele ödenecek özel hizmet tazminat oranının belirlenmesine ilişkin olarak, aynı Kanun Hükmünde Kararnamenin göndermede bulunduğu 657 sayılı Yasa hükümlerinin değerlendirilecek olması, uyuşmazlığın 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameden kaynaklanmış olma niteliğini ortadan kaldırmamaktadır.

Buna göre, 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname hükümlerinin uygulanmasından kaynaklanan davanın görümü ve çözümü görevinin 14/03/2008 günlü ve 2008/6 sayılı Başkanlar Kurulu kararı uyarınca Onbirinci Daireye ait bulunduğuna, dosyanın anılan Daireye gönderilmesine 04/12/2009 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU KARARLARI

AVUKATLIK İŞLERİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
İdari Dava Daireleri
Kurulu
Esas No:2008/776
Karar No:2009/1605

Özeti : Vergi uyuşmazlıklarına ilişkin davaların büyük bir kısmında, uyuşmazlık konusu meblağın yüksek olması nedeniyle, bu tür davalardaki hukuki yardımlar için ödenecek avukatlık ücretinin Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin (tarife) üçüncü kısmına göre, nispi olarak hesaplanması halinde, dava aleyhine sonuçlanan tarafın yüksek miktarda avukatlık ücreti ödeyecek olmasının, haksız vergi salındığını düşünen kişilerin hak arama yoluna başvurusunu engelleyeceği; vergi davalarının bu niteliği dikkate alındığında, vergi uyuşmazlıklarının konusu para olmasına karşın, vergi mahkemelerinde görülmekte olan dava ve işlerde yapılacak hukuki yardımlarda ödenecek avukatlık ücretinin maktu olarak belirlenmesine yönelik tarifede hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) **:** Adalet Bakanlığı
Diğer Davalı **:** Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı
Vekili **:** Av. …
Karşı Taraf (Davacı) **:** Afyonkarahisar Barosu Başkanlığı
Vekilleri **:** … - Av. …

İstemin Özeti : Danıştay Sekizinci Dairesi'nin 23.1.2008 günlü, E:2007/1110, K:2008/332 sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması davalılardan Adalet Bakanlığı tarafından istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Temyiz isteminin reddi ile Daire kararının onanması gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Şehnaz Gençay Karabulut'un Düşüncesi : Vergi uyuşmazlıklarına ilişkin davaların büyük bir kısmında, uyuşmazlık konusu meblağın yüksek olması nedeniyle, bu tür davalardaki hukuki yardımlar için ödenecek avukatlık ücretinin tarifenin üçüncü kısmına göre, nispi olarak hesaplanması halinde, dava aleyhine sonuçlanan tarafın yüksek miktarda avukatlık ücreti ödeyeceği, bu durumun da haksız vergi salındığını düşünen kişilerin hak arama yoluna başvurusunu engelleyeceği açık olduğundan, dava konusu tarife hükmünün iptaline karar veren Daire kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Gülsen Bişkin'in Düşüncesi : Temyiz edilen kararın savcılık düşüncesi kısmında yer alan hukuksal nedenler ve gerekçe uyarınca istemin kabulü ile

Danıştay 8. Dairesinin 23.1.2008 günlü ve E:2007/1110,K:2008/332 Sayılı Kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

Dava, 13.12.2006 günlü, 26375 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin İkinci Kısım, Birinci Bölüm 4 no'lu alt bendinin iptali istemiyle açılmıştır.

Danıştay Sekizinci Dairesinin 23.1.2008 günlü, E:2007/1110, K:2008/332 sayılı kararıyla; 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 168. maddesi uyarınca hazırlanarak 13.12.2006 günlü, 26375 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin İkinci kısmında, yargı yerlerinde, icra ve iflas dairelerinde yapılan hukuki yardımların; konusu para olsa veya para ile değerlendirilse bile maktu ücrete bağlı olan hukuki yardımlar ile konusu para olmayan veya para ile değerlendirilmeyen hukuki yardımlar olarak ikiye ayrıldığı; iptali istenen Birinci Bölüm'ün 4 no'lu alt bendinde vergi mahkemelerinde takip edilen dava ve işler için:

"a) Duruşmasız ise 350,00 YTL.
b) Duruşmalı ise 500,00 YTL.

Şu kadar ki, davanın ilişkin bulunduğu vergi miktarı duruşmasızlarda 3.000,00 YTL duruşmalılarda 4.000,00 YTL kadar olan işlerde üçüncü kısma göre avukatlık ücreti uygulanır." düzenlemesine yer verildiği; üçüncü kısımda ise yargı yerleri ile icra ve iflas dairelerinde yapılan ve konusu para olan veya para ile değerlendirilebilen hukuki yardımlarda ödenecek ücretlerin düzenlendiği; Tarifenin nispi olarak yargı yerleri ile İcra ve İflas dairelerinde yapılan ve konusu para olmayan veya para ile değerlendirilmeyen hukuki yardımlarda ücreti düzenleyen İkinci Kısım İkinci Bölümünün 14 no'lu alt bendinde de, idare ve vergi mahkemelerinde takip edilecek davalar için maktu avukatlık ücretinin belirlendiği; aynı Tarifenin 12. maddesinde ise, Tarifenin ikinci kısmının ikinci bölümünde gösterilen hukuki yardımların konusu para veya parayla değerlendirilebiliyor ise avukatlık ücretinin Tarifenin üçüncü kısmına göre nispi olarak belirleneceğinin hükme bağlandığı; Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin avukatların gerçekleştirdikleri hukuki yardımlar karşılığında alacakları avukatlık ücretini, yapılacak yardımın niteliği ve uyuşmazlığın çözüleceği yargı merciine göre tasnif eden ve bu ücretlerin asgari sınırını belirleyen bir düzenleme olduğu; Tarifenin dava konusu edilen kısmında vergi mahkemelerinde görülecek uyuşmazlıklar için ödenecek avukatlık ücreti belirlenirken, Tarifenin başka bir kısmında yer almayan şekilde, azami bir sınır getirildiği, öte yandan Tarifenin ikinci kısmının ikinci bölümünün 14 no'lu alt bendinde vergi mahkemelerinde ödenecek avukatlık ücretinin maktu olarak belirlendiği ve 12. maddesi ile konusu para olan ve para ile değerlendirilebilen hukuki yardımlar için vergi mahkemelerinde ödenecek ücretin üçüncü kısımda yer alan nispi oranlar üzerinden hesaplanacağının belirtildiği; dolayısıyla, dava konusu düzenlemenin vergi mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda alınacak avukatlık ücreti için Tarifenin kendi içindeki tutarlığı bozacak nitelikte olduğu, diğer yandan dava konusu düzenleme ile konusu para olsa ve parayla değerlendirilse bile vergi mahkemelerinde görülecek davalar için maktu avukatlık ücreti öngörülmekle birlikte maddenin devamında belirlenen üst limitler için Tarifenin üçüncü kısmına atıf yapılarak, konusu para olan ve parayla değerlendirilebilen uyuşmazlıklarda olduğu gibi nispi oranlar üzerinden yapılacak hesaplamalar için üst sınır getirildiği gerekçesiyle 13.12.2006 günlü, 26375 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin İkinci Kısım, Birinci Bölüm, 4 no'lu alt bendinin iptaline karar verilmiştir.

Davalı idarelerden Adalet Bakanlığı anılan kararı temyiz etmekte ve bireylerin hak arama özgürlüklerinin önündeki engelleri aşmak ve hak arama özgürlüğünün kullanımında

kısmen de olsa eşitliği sağlamak amacıyla vergi davaları için getirilmiş olan dava konusu düzenlemenin hukuka uygun olduğunu ileri sürerek bozulmasını istemektedir.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 168. maddesinde, baro yönetim kurullarının her yıl Eylül ayı içerisinde, yargı yerlerindeki işlemler ile diğer işlemlerden alınacak avukatlık ücretinin asgari hadlerini gösteren birer tarife hazırlayarak Türkiye Barolar Birliğine gönderecekleri, Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulunca, baro yönetim kurullarının teklifleri de göz önüne alınmak suretiyle uygulanacak tarifenin o yılın Ekim ayı sonuna dek hazırlanarak Adalet Bakanlığına gönderileceği, tarifenin Adalet Bakanlığına ulaştığı tarihten itibaren bir ay içinde Bakanlıkça karar verilmediği veya tarife onaylandığı takdirde kesinleşeceği, ancak Adalet Bakanlığının uygun bulmadığı tarifeyi bir daha görüşülmek üzere gösterdiği gerekçesiyle birlikte Türkiye Barolar Birliğine geri göndereceği, geri gönderilen bu tarifenin Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulunca üçte iki çoğunlukla aynen kabul edildiği takdirde onaylanmış, aksi halde onaylanmamış sayılacağı ve sonucun Türkiye Barolar Birliği tarafından Adalet Bakanlığına bildirileceği hükme bağlanmıştır.

Anılan Yasal düzenlemede avukatlık asgari ücret tarifesinin Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu tarafından tüm baroların teklifleri göz önüne alınarak hazırlanacağı ve Adalet Bakanlığından görüş alınarak yürürlüğe gireceği öngörülmekle, tarifenin hazırlanması ve yürürlüğe girmesi aşamasına ilişkin usul hükümleri belirlenmiş, tarifenin hazırlanması aşamasında dikkate alınacak esas ve ölçütler konusunda herhangi bir belirleme yapılmamıştır.

Avukatlık asgari ücret tarifesinin hazırlanması konusunda Türkiye Barolar Birliğine tanınan yetkinin kullanımında, yargının kurucu unsurlarından savunmayı temsil eden avukatın, Avukatlık Kanununun 164. maddesinde öngörüldüğü üzere, emek ve mesaisinin dikkate alınmasının yanısıra, kişilerin hak arama özgürlüğünü kısıtlayıcı nitelikte düzenlemelere de yer verilmemesi gerekmektedir.

Vergi uyuşmazlıklarına ilişkin davaların büyük bir kısmında, uyuşmazlık konusu meblağın yüksek olması nedeniyle, bu tür davalardaki hukuki yardımlar için ödenecek avukatlık ücretinin tarifenin üçüncü kısmına göre, nispi olarak hesaplanması halinde, dava aleyhine sonuçlanan tarafın yüksek miktarda avukatlık ücreti ödeyeceği, bu durumun da haksız vergi salındığını düşünen kişilerin hak arama yoluna başvurusunu engelleyeceği tartışmasızdır.

Nitekim vergi davalarının bu niteliği dikkate alınarak, vergi uyuşmazlıklarının konusu para olmasına karşın, vergi mahkemelerinde görülmekte olan dava ve işlerde yapılacak hukuki yardımlarda ödenecek avukatlık ücreti, dava konusu düzenleme ile maktu olarak belirlenmiştir.

İdarenin düzenleyici işlemlerindeki bir kuralın, hukuka aykırılığı ortaya konulmadıkça, aynı düzenlemede yer alan diğer bir kurala aykırılığından bahisle iptali söz konusu olamaz.

Bu durumda, vergi davalarının niteliği göz önüne alındığında, dava konusu istisnai düzenlemede hukuka aykırılık bulunmadığından, bu düzenlemenin Tarifenin bütünlüğünü bozduğundan da söz edilemeyeceği açıktır.

Yukarıda yer verilen yasal düzenleme uyarınca, ülke çapında kurulu bulunan tüm baro yönetim kurullarının hazırlayarak Türkiye Barolar Birliğine sundukları tarifeler dikkate alınarak anılan Birlikçe son şekli verilen ve Adalet Bakanlığının da incelemesinden geçerek yayımlanan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin İkinci Kısım, Birinci Bölüm 4 no'lu alt bendinde; ülkenin ekonomik ve sosyal durumu, avukatların davanın görümü sırasında harcadığı çaba, gayret ve emeğin karşılığı ile kişilerin hak arama özgürlüğünün önünün açılması hususu dikkate alındığında hukuka aykırılık bulunmadığından, Dairenin iptal kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarelerden Adalet Bakanlığı'nın temyiz isteminin kabulü ile Danıştay Sekizinci Dairesinin 23.1.2008 günlü, E:2007/1110, K:2008/332 sayılı kararının bozulmasına 28.5.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

İDARE SÖZLEŞMELERİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
İdari Dava Daireleri
Kurulu
Esas No:2009/1533
Karar No:2009/1729

Özeti : Bir idari sözleşme türü olan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin konusu doğrudan doğruya kamu hizmetini, kamu malını ve kamu yararını ilgilendirdiği için bu hizmeti görmek ve bu menfaati korumakla görevli olan idarenin imtiyaz sözleşmesinin düzenleyici hükümlerinde tek yanlı değişiklik yapma yetkisine sahip olduğu; ancak idarenin sahip olduğu bu yetkiyi, sözleşmenin akit karakterinin ağır bastığı, örneğin sözleşmeciye ödenen avans, kredi teminatı, tekel hakkı, bazı vergi ve harçlardan muafiyet gibi, mali hükümlerinde tek yanlı değişiklik yapılması yönünde kullanamayacağı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) **:** … Termik Elektrik San. ve Tic. A.Ş.
Vekilleri **:** Av. …
Av. …
Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) **:** Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı

İstemin Özeti : Bakanlar Kurulu'nun 31.3.1998 günlü, 98/10859 sayılı kararı ile Çayırhan Termik Santrali Görev Bölgesinde görevlendirilen davacı şirket ile davalı idare arasında 7.1.1999 tarihinde yapılan İmtiyaz Sözleşmesi hükümleri uyarınca Çayırhan Termik Santralinin 1. ve 2. üniteleri ile Santrala kömür sağlayan OAL (Orta Anadolu Linyitleri) maden sahasının 30.6.2000 tarihinde, 3. ve 4. ünitelerinin ise 5.10.2001 tarihinde davacı şirkete fiilen devredilmesinden sonra İmtiyaz Sözleşmesi ekinde yer alan tarifelerde değişiklik yapılmasına ilişkin 30.1.2004 günlü, 359 sayılı Bakanlık Oluru'nun iptali istemiyle açılan davada; davanın eskalasyona ilişkin kısmı yönünden iptali, diğer kısımlar yönünden reddi yolunda Danıştay Onuncu Dairesince verilen 30.5.2006 günlü, E:2004/2388, K:2006/3661 sayılı kararın, taraflarca karşılıklı olarak temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Davalı İdarenin Savunmasının Özeti : Davacı vekillerinin temyiz nedeni olarak Danıştay Onuncu Dairesi kararının davanın reddine ilişkin bölümünün yerleşmiş Danıştay içtihatlarına aykırı olduğunu iddia ettikleri, ancak hangi yerleşik içtihatlara aykırı olduğunu açıklamadıklarından bu iddiaya katılmanın mümkün olmadığı; davacı vekilerinin yürütmenin durdurulması kararından sonra değişik bir karar verilemeyeceği yönündeki iddialarının da doğru olmadığı, çünkü yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararın uyuşmazlığın çözümü için yeterli olmadığı; imtiyaz sözleşmesinin hükümlerine dayanarak tarife değişikliğinin yapıldığı, davacı şirketin istemi doğrultusunda maden sahalarındaki koordinat değişikliğine dair

31.12.2003 günlü Bakanlık Oluru'nda belirlenen esaslara uygun olarak vergi mevzuatındaki değişikliğin dikkate alındığı ve tarifenin unsurları olan kapasite ve üretim bedeli tablolarının yeniden düzenlendiği, bu yapılırken fiilen kullanılmayan özsermaye nedeniyle tarifeye yansıtılan temettü miktarında düzeltme yapıldığı, öne çekilen yatırım geri ödemelerinin ötelenmemesi halinde belli yıllarda yığılma olacağı ve bunun da nihai olarak tüketiciye yansıyacağı ileri sürülerek davacının temyiz isteminin reddi ile Daire kararının redde ilişkin kısmının onanması gerektiği savunulmaktadır.

Davacının Savunmasının Özeti : Davalı idare tarafından eskalasyonun amacına ve sözleşmeye aykırı hareket edildiği; eskalasyonun mali yıl başında değil de işletme başında uygulanmasının şirketlerinin açıkca aleyhine olduğu belirtilerek davalı idarenin temyiz isteminin reddedilerek Daire kararının tarife değişikliğinin eskalasyona ilişkin kısmının iptaline dair bölümünün onanması gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Muhsin Yıldız'ın Düşüncesi : Davacı ile davalı idare arasında imzalanan İmtiyaz Sözleşmesinin eki tarifelerin revize edilmesine ilişkin işlemden kaynaklanan uyuşmazlığın, söz konusu sözleşme hükümleri uyarınca çözümlenmesi gerekeceğinde kuşku bulunmamaktadır.

Dava konusu tarife revizyonunun yatırım geri ödemeleri ile ilgili kısmı sözleşmenin mali hükümlerinde değişiklik öngördüğünden, bu tür bir değişikliğin idarece tek yanlı olarak yapılmasında hukuka ve sözleşme hükümlerine uyarlık bulunmamaktadır.

Öte yandan, davalı idarece tarifedeki değişikliğin diğer bir nedeni vergi mevzuatındaki değişiklik olarak gösterilmiş ise de, vergi mevzuatında değişiklik öngören 4369 sayılı Yasanın 1.1.1999 tarihinde yürürlüğe girdiği dikkate alındığında, sözleşmenin imza tarihinden (7.1.1999) sonraki mevzuat değişikliğinin tarifeye yansıtılacağına ilişkin sözleşmenin 29. maddesinde öngörülen koşulun gerçekleştiğinden bahsedilemeyeceği açıktır.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kısmen kabulü ile temyize konu kararın yatırım geri ödemeleri ve vergiye ilişkin kısmının reddine dair kısmının bozulması, kararın temettü ödemesi ile ilgili kısmının onanması, davalı idarenin temyiz isteminin ise reddi ile kararın iptale ilişkin kısmının onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Hüseyin Ünal Kara'nın Düşüncesi : Danıştay Onuncu Dairesinin E:2004/2388 sayılı dosyasında bulunan düşüncem doğrultusunda davacı isteminin kabulü ile kararın aleyhe olan kısmının bozulması, davalı temyiz isteminin ise reddi gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

Dava; Bakanlar Kurulu'nun 31.3.1998 günlü, 98/10859 sayılı kararı ile Çayırhan Termik Santrali Görev Bölgesinde görevlendirilen davacı şirket ile davalı idare arasında 7.1.1999 tarihinde yapılan İmtiyaz Sözleşmesi ekinde yer alan tarifenin değiştirilmesine ilişkin 30.1.2004 günlü, 359 sayılı Bakanlık Oluru'nun iptali istemiyle açılmıştır.

Danıştay Onuncu Dairesi 30.5.2006 günlü, E:2004/2388, K:2006/3661 sayılı kararıyla; 5.4.1998 günlü, 23308 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 31.3.1998 günlü, 98/10859 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla davacı şirkete, Ankara Çayırhan Termik Santrali görev bölgesinde yer alan Çayırhan Termik Santralının 1-2. ünitelerinin ve Ankara OAL- Orta Anadolu Linyit İşletmeleri görev bölgesinde yer alan ve adı geçen Santralin 1-2. ünitelerine kömür sağlayan maden sahalarının rehabilitasyonu ve işletilmesi; Ankara Çayırhan Termik Santrali görev bölgesinde yer alan tevsii mahiyetindeki inşaatı devam etmekte olan 3-4. ünitelerinin işletilmesi ve elektrik üretimi ile ticaretini yapmak üzere 20 yıl süreyle görev verildiği, bu görevlendirmeye ilişkin olarak şirket ile Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı arasında görev sözleşmesi imzalanarak, Çayırhan Termik Santralının 1.,2.,3.,4. ünitelerinin

işletme haklarının ilgili maden sahası ile birlikte şirkete devredilmesinin, şirket ile üretilen enerjiyi satın alacak kurum (TEAŞ) arasında 20 yıl süreli enerji satış anlaşması yapılmasının 3096 sayılı Kanunun 3., 5. ve 9. maddeleri uyarınca karara bağlandığı; Çayırhan Termik Santrali Fizibilitesi hazırlanırken, işletme hakkı için ödenen paranın, özkaynak ve kredi olarak gelir-gider tablosunda gider kaleminde gösterildiği, işletme hakkı devir bedeli için kullanılan krediye ait geri ödemelerin yatırım kalemine dahil edildiği, özsermaye geri ödemesi ve temettülerin yıllar itibariyle belirlendiği, kullanılan kredinin alındığı yıldan başlayarak 5 yıl içinde eşit taksitlerle geri ödenmesinin, kullanılan özsermayenin geri ödenmemiş miktarına yıllık %18 temettü verilmesinin öngörüldüğü, rehabilitasyon yatırımlarının 1.ve 2., yatırım dönemi yatırımlarının 3., yenileme yatırımlarının ise 9. ve 10. yıllarda yapılacağının belirtildiği, işletme giderinin ise 1 ve 2 nolu santral ile 3 ve 4 nolu santral için ayrı ayrı düzenlendiği**,** imtiyaz sözleşmesi 7.1.1999 tarihinde imzalanmakla birlikte, davacı şirkete görev verilmesine ilişkin 31.3.1998 günlü, 98/10859 sayılı Bakanlar Kurulu kararının iptali istemiyle dava açılması nedeniyle santralin 1. ve 2. ünitelerinin 30.6.2000, 3. ve 4. ünitelerinin ise 8.1.2001 tarihinde davacı şirkete fiili teslimin yapıldığı; 18 ayda yapılması gereken yatırımları gerçekleştiren davacı şirketin 27.5.2002 tarihinde davalı idareye başvuruda bulunarak, fiili devrin gecikmesi, Çayırhan Belediyesince F maden sahasının önemli bir kısmının fiili devirden sonra imar planı sahasına alınması, A ve F maden sahalarında fiili devirden sonra yapılan sondaj çalışmaları sonucu faylanmanın tespit edildiğinden bahisle A ve F maden sahalarının yanında bulunan G maden sahasından ilave rezerv talebinde bulunduğu, şirketin bu isteminin; şirket tarafından hiçbir hak talep edilmeksizin, A, F ve D maden sahalarından çıkarılmayacak 18,1 milyon tonluk kömür ihtiyacının G maden sahasından karşılanması için gerekli koordinat değişikliğinin yapılması, şirketçe 36. ayda yapılması gereken 25.404.500 USD'lık yatırımın 6. yılda gerçekleştirilmesi, ancak yatırım kredi geri ödemelerinin 7. yıldan itibaren başlatılması, 9. ve 10. yıllarda yapılması gereken yatırımlardan 25.404.500 USD'lık kısmının 3-4 yıl öne alınarak 6. yılda gerçekleştirilmesi, ancak yatırım kredi geri ödemelerinin 10. ve 11. yıllardan itibaren başlatılması, öte yandan vergi mevzuatında meydana gelen değişiklikler de dikkate alınarak tarifelerin bu esaslara göre revize edilmesi koşuluyla uygun görüldüğü; ayrıca sözleşmenin eskalasyonla ilgili hükmü uyarınca şirketin 3. işletme yılını kapsayan 1.7.2002-30.6.2003 ve 4. işletme yılını kapsayan 1.7.2003-30.6.2004 dönemi için sözleşmenin 19. maddesinde yer alan hüküm doğrultusunda enerji birim fiyatı ve ek devreye alma (start) bedeline eskalasyon uygulandığı; imtiyaz sözleşmesinin 7., 19. ve 28. maddelerinde yer verilen hükümler dikkate alındığında davalı idarece tesis edilen dava konusu işlemin sözleşme değişikliği niteliğinde olmayıp, sözleşme hükümlerinin uygulanması niteliğini taşıdığı; 3096 sayılı Yasanın 9'uncu maddesinde tarifelerin belirlenmesinde esas alınacak unsurlar sayılırken vergi yönünden açık bir ifadeye yer verilmemiş ise de, Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketi ve Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi Dışındaki Kuruluşlara Elektrik Enerjisi Üretimi, İletimi Dağıtımı ve Ticareti Konusunda Görev Verilmesi Esasları Hakkında Yönetmeliğin 13/b maddesinde; verginin, işletme bakım giderleri kapsamında tarifenin tespitinde dikkate alınacağı düzenlemesine yer verildiği, bu bağlamda; imtiyaz sözleşmesinde, şirketin üreterek TEAŞ' a sattığı ve/veya program dahilinde üretime hazır hale getireceği elektrik enerjisi karşılığında, fiili devir tarihinden itibaren şirkete yapılacak ödemeler ve dayanağı esaslara ilişkin çizelge olarak tanımlanan tarifenin esaslarının, yukarıda anılan mevzuat hükümleri uyarınca imtiyaz sözleşmesinin 18. maddesinde düzenlenerek, şirkete ödenecek bedelin; 1) Kapasite Bedeli, 2) Üretim Bedeli olarak belirlendiği ve vergiler Kapasite Bedeli içinde gösterilerek yıllık kapasite bedeli tablosunun düzenlendiği; tarife elektrik enerjisi üretimi karşılığı yapılacak ödemelerinin gösterildiği çizelge olarak tanımlandığından, elektrik enerjisi üretim gideri unsuru olmayan ödenmeyen vergilerin tarife yoluyla şirkete verilmesinin söz konusu olamayacağı; davalı idarece, 4369 sayılı Kanunla Gelir Vergisi Kanununun 94. maddesinde yapılan değişiklikle kâr dağıtımı yapılması halinde tevkifat yapılmasının

öngörüldüğü, kâr dağıtımı yapılmaması nedeniyle gelir (stopaj) vergisi ödeme zorunluluğu bulunmadığından bahisle söz konusu verginin dava konusu işlem ile tarifeye yansıtılmadığı, kurum kârı üzerinden ödenen gelir (stopaj) vergisinin elektrik enerjisi gider unsuru olarak görülmesine, dolayısıyla tarife yoluyla davacı şirkete ödenmesine olanak bulunmadığından, %16,5 (fon dahil) oranında hesaplara dahil edilen gelir (stopaj) vergisinin sıfırlanarak tarifenin bu esasa göre belirlenmesinde mevzuata aykırılık bulunmadığı; fizibilite hazırlama kabulleri gereği, konulan özsermaye için geri ödenmemiş sermaye miktarına her yıl %18 temettü ödemesi öngörülmüş ise de; dava konusu işlemle, 3. ve 4. ünitelerin geç devri nedeniyle kullanılmayan 12.500.000 USD'lik özsermaye üzerinden hesaplanan temettünün, 1. işletme yılı temettü tutarından düşüldüğünün görüldüğü, temettü kullanılan ve geri ödemesi yapılmamış özsermaye nedeniyle ödenmesi gereken bir tarife unsuru olduğundan, kullanılmayan özsermayeye ilişkin temettünün davacı şirkete verilmemesi yönünden de dava konusu işlemin hukuka uygun olduğu; öte yandan A, F ve D maden sahalarından istenilen miktarda kömür çıkarılamamasının nedenlerinden birinin de şirketçe kullanılan makina ve teçhizatın teknik özelliği olduğunun dosya içeriğinden anlaşılması karşısında, 36 ayda yapılması gereken yatırımlardan çok az bir kısmının davacı şirketçe yapılmasının yalnızca 3. ve 4. ünitelerin geç teslim edilmesi ve öngörülemezlik kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olamayacağı, bu nedenle, belli yıllarda aşırı yüklenme olmaması ve nihai tüketicinin etkilenmemesi amacıyla öne çekilen yatırımlarda kullanılan kredilerin geri ödemelerinin öne çekilmemesinde hukuka aykırılık bulunmadığı; imtiyaz sözleşmesinde, yılın ilk ayı esas alınarak eskalasyon yapılacağının belirlenmesi nedeniyle takvim yılı esas alınarak eskalasyon yapılması gerekirken, fiili devir tarihine göre belirlenen işletme yılı esas alınarak, işletme yılı ile takvim yılının örtüşmemesi nedeniyle 3. ve 4. işletme yılının ilk 6 aylık döneminde eskalasyon uygulanmaması sonucunu doğuracak şekilde tarifede değişiklik yapılmasında hukuka uyarlık görülmediği gerekçesiyle dava konusu tarife değişikliği işleminin eskalasyona ilişkin kısmının iptaline, davanın diğer kısımlar yönünden reddine karar vermiştir.

Davacı, dava konusu işlem sözleşme hükümlerinin değiştirilmesi niteliğinde olduğundan, Danıştay incelemesinden geçmeden tesis edilen işlemde yetki ve şekil yönünden hukuka uyarlık bulunmadığını, hangi hallerde tarife değişikliği yapılacağının sözleşmede öngörüldüğünü, olayda ise tarife değişikliğini gerektiren koşulların oluşmadığını, sözleşmenin 29. maddesinde, imtiyaz sözleşmesinin imzalandığı tarihten sonra mevzuatta meydana gelebilecek değişikliklerin tarafları etkileyen hükümlerinin sözleşmeye ve tarifeye yansıtılacağının hükme bağlandığını, 1.1.1999 tarihinde yürürlüğe giren vergi mevzuatındaki değişikliğin 7.1.1999 tarihinde imzalanan sözleşme tarihinde zaten yürürlükte bulunduğunu, bu nedenle sözleşmenin 29. maddesinde öngörülen koşulun gerçekleştiğinden bahsedilemeyeceğini, santralin fiili devrinin geç yapılmasında herhangi bir kusurlarının bulunmadığı dikkate alındığında temettü ödemesi yapılmamasında ve kredi geri ödemelerinin öne çekilmemesinde hukuka uyarlık bulunmadığını; davalı idarece ise, eskalasyon uygulamasının işletme yılı esas alınarak yapılmasının sözleşme hükmüne aykırı olmadığını ileri sürerek temyize konu kararın aleyhlerine olan kısımlarının bozulmasını istemektedirler.

Danıştay Onuncu Dairesinin temyizen incelenen 30.5.2006 günlü, E:2004/2388, K:2006/3661 sayılı kararının; dava konusu tarife değişikliği işleminin eskalasyona ilişkin kısmının iptaline yönelik bölümü usul ve hukuka uygun olup, davalı idarece temyiz dilekçesinde ileri sürülen hususlar kararın bu kısmının bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir.

Davacının temyiz istemine gelince;

Dosyanın incelenmesinden; davalı idare ile Bakanlar Kurulunun 31.3.1998 gün ve 98/10859 sayılı kararıyla Ankara Çayırhan Termik Santralı ile Ankara OAL-Orta Anadolu Linyit İşletmeleri Görev Bölgesinde yer alan ve santralin 1. ve 2. ünitelerine kömür sağlayan maden sahasının rehabilitasyonu ve işletilmesi görevi verilen davacı şirket arasında, Çayırhan Termik Santrali ve bu santralin 1. ve 2. ünitelerine kömür sağlayan maden sahasının

rehabilitasyonu, işletilmesi ve üretilecek elektrik enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketine satışı konusunda 7.1.1999 tarihinde imtiyaz sözleşmesinin imzalandığı, ancak davacı şirketin görevlendirilmesine ilişkin 31.3.1998 gün ve 98/10859 sayılı Bakanlar Kurulu kararının iptali istemiyle dava açılması nedeniyle sözkonusu santrallerin 1. ve 2. ünitelerinin fiili devrinin 30.6.2000 tarihinde, 3. ve 4. ünitelerinin fiili devrinin ise 5.1.2001 tarihinde yapıldığı, fiili devrin gecikmesi, F maden sahasının önemli bir kısmının fiili devrinden sonra Çayırhan Belediyesince imar planına alınması, A ve F maden sahalarında fiili devirden sonra yapılan sondaj çalışmaları sonucu faylanmanın tespit edilmesi üzerine davacı şirket tarafından davalı idareye başvuruda bulunularak G maden sahasından ilave rezerv talep edildiği, yapılan incelemeler ve denetimler sonucunda düzenlenen raporlarda; şirket tarafından herhangi bir rezerv kaybına meydan verilmediğinin, çalışmaların madencilik yöntemlerine, mevcut mekanize sistemin uygulanması tekniğine ve sözleşmelere uygun olduğunun görüldüğü, öte yandan şirkete devredilen mevcut tam mekanize teçhizatın teknik özellikleri ve jeolojik, jeoteknik, tektonik ve diğer nedenlerle üretilemeyeceği öngörülen toplam 18,1 milyon ton kömür rezervine karşılık şirket tarafından talep edilen sahanın toplam rezervinin 18,27 milyon ton hesaplandığı, dolayısıyla bu değerlerin birbiriyle uyumlu olduğunun tespiti sonucu şirketin isteminin;

-Şirket tarafından hiçbir hak talep edilmeksizin, A, F ve D sahalarından çıkarılamayacak 18,1 milyon tonluk kömür ihtiyacının G maden sahasından karşılanmasına dair gerekli koordinat değişikliğinin yapılması,

-Şirketçe 36 ayda yapılması gereken 25.404.500 USD'lık yatırımın 6.yılda gerçekleştirilmesi, ancak yatırım kredi geri ödemelerinin 7.yıldan itibaren başlatılması,

-9. ve 10.yıllarda yapılması gereken yatırımlardan 25.404.500 USD'lık kısmının 3-4 yıl öne alınarak 6.yılda gerçekleştirilmesi, ancak yatırım kredi geri ödemelerinin 10. ve 11. yıllardan itibaren başlatılması koşuluyla uygun görüldüğü ve şirket tarifelerinin yukarıdaki esaslara göre revize edildiği, bu arada sözleşme imza tarihinden sonra yürürlüğe girdiği ileri sürülen vergi mevzuatındaki değişikliğin de tarifelere yansıtıldığı anlaşılmaktadır.

Bir idari sözleşme türü olan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin konusu doğrudan doğruya kamu hizmetini, kamu malını ve kamu menfaatini ilgilendirdiği için bu hizmeti görmek ve bu menfaati korumakla görevli olan idare imtiyaz sözleşmesinin düzenleyici hükümlerinde tek yanlı değişiklik yapma yetkisine sahiptir. Zira bu hükümler, sözleşme konusu edimin yerine getirilmesine, sözleşme konusu kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin şartlardır. Ancak idarenin sahip olduğu bu yetki sözleşmenin kamu hizmetini, kamu malını ve kamu menfaatini ilgilendiren hükümlerine ilişkin olduğundan, sözleşmenin akit karakterinin ağır bastığı örneğin, sözleşmeciye sağlanan avans, kredi teminatı, tekel hakkı, bazı vergi ve harçlardan muafiyet gibi, mali hükümlerinde idare tek yanlı değişiklik yapma yetkisine haiz değildir.

Öte yandan, sözleşmenin tarafları arasında çıkacak uyuşmazlıkların sözleşme hükümlerine göre çözümleneceği de tartışmasızdır.

Davalı idare ile davacı şirket arasında yapılan İmtiyaz Sözleşmesinin 7.maddesinde; Bakanlık veya TEAŞ'ın, şirketin yatırım programında değişiklik yapması halinde tarife ve yatırım sürelerinin, etkilenme oranında Bakanlıkça revize edileceği hükme bağlanmış olup, bu madde uyarınca dava konusu işlemin tesis edildiği ve şirket tarifelerinin yeniden belirlendiği anlaşılmaktadır.

Ancak, yukarıda da yer verildiği üzere, şirketin yatırım programında değişiklik yapılmasının nedeni; fiili devrin gecikmesi, maden sahasının önemli bir kısmının fiili devirden sonra Çayırhan Belediyesince imar planına alınması, A ve F maden sahalarında fiili devirden sonra yapılan sondaj çalışmaları sonucu faylanmanın tespiti üzerine şirket taahhüdünün sözleşmede öngörülen sürede yerine getirilemeyeceğinin anlaşılması olup, davalı idarece yaptırılan denetimler sonucu düzenlenen raporlarda da bu konulara ilişkin olarak davacı şirketin herhangi bir kusuru saptanamadığı gibi, fay hattının geçtiği yerin önceden bilinmesi

gerektiğinin de tartışmasız olması karşısında, tarifelerin şirket aleyhine olacak şekilde, kullanılmayan özsermayeye ilişkin temettünün davacı şirkete verilmemesi ve bir kısım yatırım kredi geri ödemelerinin öne çekilmemesi suretiyle revize edilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığı gibi, tarifelerde yapılan bu tür tek yanlı bir değişikliğin, imtiyaz sözleşmesinin akit karakterini zedeleyici nitelikte olduğu da açıktır.

Dava konusu işlemin, vergi mevzuatındaki değişikliğin tarifelere yansıtılmasına ilişkin kısmına gelince;

İmtiyaz Sözleşmesinin 29.maddesinde, sözleşmenin imzalandığı tarihten sonra mevzuatta meydana gelebilecek değişikliklerin tarafları etkileyen hükümlerinin sözleşmeye ve tarifeye yansıtılacağı öngörülmüştür.

1.1.1999 tarihinde yürürlüğe giren 4369 sayılı Kanunla, Gelir Vergisi Kanununun 94.maddesinin 6 numaralı bendinin (b) alt bendinde yapılan değişiklikle, tam mükellef kurumların dağıttıkları kâr paylarından dağıtım sırasında gelir vergisi stopajı yapacakları ve kârın sermayeye eklenmesinin kâr dağıtımı sayılmayacağı öngörülmüş, böylece, gelir vergisi stopajı yapılması kâr payı dağıtılması koşuluna bağlanmıştır.

Dava konusu işlemle, davacı şirketin kâr dağıtımı yapmaması nedeniyle gelir vergisi stopajı yapma zorunluluğunun bulunmadığından bahisle, daha önce %16,5 oranında tarifeye dahil edilen gelir (stopaj) vergisi sıfırlanarak anılan vergi tarifeye yansıtılmamıştır.

Sözleşmenin 29. maddesinde hükme bağlandığı üzere mevzuatta meydana gelecek değişikliklerin sözleşme ve tarifeye yansıtılabilmesi için, mevzuat değişikliğinin sözleşmenin imzalanmasından sonra meydana gelmesi gerekmektedir.

Bunun dışındaki hususların ise tarafların rızasına dayalı olarak imtiyaz sözleşmesi hükümlerinin değişikliğini gerektirdiği açıktır.

Bu durumda, 4369 sayılı Kanunla Gelir Vergisi Kanununda yapılan değişikliğin 1.1.1999 tarihinde yürürlüğe girdiği, dolayısıyla, imtiyaz sözleşmesinin imzalandığı 7.1.1999 tarihinde yürürlükte olduğu görüldüğünden, sözleşmenin 29. maddesinde öngörülen tarife değişikliğine ilişkin koşulun gerçekleştiğinden söz edilemeyeceği açıktır.

Davalı idarece, vergi mevzuatı değişikliklerine ilişkin tarife revizyonlarının, Maliye Bakanlığınca yayımlanan ve mevzuata ilişkin detaylı uygulama usul ve esaslarını belirleyen tebliğler çerçevesinde yapıldığı, dava konusu işleme dayanak oluşturan 67 seri no.lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliğinin ise 6.2.2000 günlü, 23956 sayılı Resmi Gazete'de yayımlandığı, bu tarihin imtiyaz sözleşmesinin imza tarihinden sonraki bir tarih olduğu ileri sürülmekte ise de, söz konusu Tebliğin vergi kanunlarında meydana gelen değişikliklere ilişkin olarak tereddüt edilen konularda açıklama getiren bir düzenleme olduğu ve konuyla ilgili değişikliğin 1.1.1999 tarihinde yürürlüğe giren 4369 sayılı Kanunla gerçekleştirildiği dikkate alındığında, anılan Tebliğin dava konusu işleme dayanak oluşturamayacağı tartışmasızdır.

Öte yandan, 4842 sayılı Kanunla, Gelir Vergisi Kanununun 94.maddesinin 6 numaralı bendinin (b) alt bendinde yapılan düzenleme ile kurum kazançları üzerinden kazancın dağıtımına bağlı olarak stopaj yapılmasının benimsendiği ve bu değişikliğin sözleşmenin imzalanmasından sonra yapıldığı davalı idarece dava konusu tarife değişikliğinin diğer bir nedeni olarak gösterilmiş ise de; 24.4.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4842 sayılı Kanunla 4369 sayılı Kanunla getirilen düzenlemeden farklı olarak, stopaj yönünden, kurum istisna kazançları ile normal kazançları ayrımına son verilerek istisna olsun olmasın tevkifat kârın dağıtılması aşamasına bırakıldığından, davalı idarenin bu iddiasında da isabet görülmemiştir.

Yukarıda yer verilen hususlar birlikte değerlendirildiğinde, dava konusu işlemin; kullanılmayan özsermayeye ilişkin temettünün davacı şirkete verilmemesi, bir kısım yatırım kredi geri ödemelerinin öne çekilmemesi ve hesaplara dahil edilen gelir (stopaj) vergisinin sıfırlanması suretiyle tarifelerin belirlenmesine ilişkin kısmında hukuka ve Sözleşme

hükümlerine uyarlık bulunmadığından, bu kısma ilişkin olarak davanın reddi yolundaki Danıştay Onuncu Dairesi kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulü ile Danıştay Onuncu Dairesinin 30.5.2006 günlü, E:2004/2388, K:2006/3661 sayılı kararının davanın reddine ilişkin kısmının bozulmasina oyçokluğu ile, davalı idarenin temyiz isteminin reddi ile anılan kararın iptale ilişkin kısmının ise onanmasina oybirliğiyle, 16.9.2009 gününde karar verildi.

KARŞI OY

X- İmtiyaz Sözleşmesinin ekinde yer alan tarifelerin revize edilmesine ilişkin dava konusu işlemin, kullanılmayan özsermayeye ilişkin temettünün davacı şirkete verilmemesi ve bir takım yatırım kredi geri ödemelerinin öne çekilmemesine yönelik kısmında mevzuata aykırılık görülmediğinden, Danıştay Onuncu Dairesinin 30.5.2006 günlü, E:2004/2388, K:2006/3661 sayılı kararının davanın reddine ilişkin kısmının belirtilen hususlar yönünden onanması gerektiği oyuyla, karara bu yönden karşıyız.

KARŞI OY

XX- İmtiyaz Sözleşmesinin ekinde yer alan tarifelerin revize edilmesine ilişkin dava konusu işlemin, hesaplara dahil edilen gelir (stopaj) vergisinin sıfırlanması suretiyle tarifelerin belirlenmesine yönelik kısmında mevzuata aykırılık bulunmadığından, Danıştay Onuncu Dairesinin 30.5.2006 günlü, E:2004/2388, K:2006/3661 sayılı kararının davanın reddine ilişkin kısmının bu husus yönünden onanması gerektiği oyuyla, karara bu yönden karşıyız.

KAMU KURUMU NİTELİĞİNDE MESLEK KURULUŞLARI

T.C.
D A N I Ş T A Y
İdari Dava Daireleri
Kurulu
Esas No:2008/2277
Karar No:2009/1694

Özeti : İstifanın, kişinin isteğine bağlı bir işlem olması nedeniyle açık bir irade beyanını gerektirdiği, bunun için de istifa dilekçesinin bizzat istifa eden kişi tarafından imzalanması, uyuşmazlık çıktığında ise kalem marifetiyle imzalanan (ıslak imza) dilekçenin aslının dosyaya ibraz edilmesinin zorunlu olduğu hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Ankara Umum Otomobilciler ve Şoförler Esnaf Odası
Vekilleri : Av. …
Karşı Taraf (Davacı) : …
Vekili : Av. …
İstemin Özeti : Ankara 3. İdare Mahkemesinin 16.5.2008 günlü, E:2008/926, K:2008/1031 sayılı ısrar kararının temyizen incelenerek bozulması davalı idare tarafından istenilmektedir.
Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Muhsin Yıldız'ın Düşüncesi : Temyiz isteminin reddi ile ısrar kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

Dava, Ankara Umum Otomobilciler ve Şoförler Odasının istifa nedeniyle boşalan Yönetim Kurulu Üyeliğine ikinci yedek üye olan davacı yerine beşinci yedek üyenin getirilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Ankara 3. İdare Mahkemesinin 21.5.2007 günlü, E:2006/1763, K:2007/1334 sayılı kararıyla; 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanunu'nun 53. maddesinde, yönetim kurulu üyeleri arasında eksilme olduğu takdirde, yedek üyelerden Genel Kuruldaki seçimde en fazla oy alanların, oyların eşitliği halinde ise listeye göre sırayla yönetim kurulu üyeliğine getirileceği ve yeni üyenin ilk toplantıya yazılı olarak çağrılacağının düzenlendiği; Mahkemelerinin ara kararına cevaben Sanayi ve Ticaret Bakanlığından gelen Ankara Umum Otomobilciler ve Şoförler Odası Yönetim Kurulu üyeliğine davetle ilgili soruşturma raporunda, davacının Yönetim Kurulu yedek üyeliğinden istifa ettiğine dair dilekçenin oda personel müdür yardımcısı tarafından düzenlendiği ve bu dilekçenin PTT kanalıyla odaya gönderildiği, dilekçedeki imzanın kimin tarafından atıldığının tespit edilemediğinin belirtildiği, öte yandan, davacı tarafından verildiği iddia olunan istifa dilekçesi üzerinde Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca yaptırılan bilirkişi incelemesi neticesinde hazırlanan raporda dilekçede yer alan el yazılarının Oda Personel Müdür Yardımcısı …'a ait olduğu, imzanın ise davacı tarafından imzalanmış bir başka belgeden inceleme konusu dilekçeye nakledilip, printer ile basılarak sahte olarak düzenlendiği saptandığından, davacının isteği ve bilgisi dışında düzenlenen istifa dilekçesinin gerçek iradesini yansıttığından söz etmeye olanak bulunmadığı için olağan genel kurulda 2. yedek üye seçilen davacının, boşalan yönetim kurulu asil üyeliğine davet edilmesi gerekirken istifa ettiğinden bahisle 5. yedek üyenin davet edilmesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlem iptal edilmiştir.

Anılan kararın temyiz edilmesi üzerine, Danıştay Sekizinci Dairesi 25.1.2008 günlü, E:2007/8695, K:2008/403 sayılı kararıyla; Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca yaptırılan bilirkişi incelemesinde, bilirkişi olarak tayin edilen kişinin, olayda bilirkişilik yapabilecek nitelikte bilgi birikimine sahip olup olmadığı, bir başka anlatımla konunun uzmanı teknik bilgiyle donanımlı olup olmadığı anlaşılamadığı gibi, anılan raporun uyuşmazlığın çözümünde yeterli olabilecek nitelikte bir rapor olarak değerlendirilmesine de olanak bulunmadığı; bu itibarla, uyuşmazlığın çözümü için istifa dilekçesindeki imza incelemesi hakimin mesleki bilgisini aşan teknik incelemeyi gerektirdiğinden, Mahkemece anılan dilekçenin aslı üzerinde bilgi birikimi yeterli bilirkişiye yaptırılacak inceleme sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeye dayalı olarak verilen kararda hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle mahkeme kararı bozulmuş ise de; Ankara 3. İdare Mahkemesince, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'nca inceleme yaptırılan bilirkişi …'nın Emniyet Genel Müdürlüğü Kriminal Polis Laboratuarı Eski Daire Başkanı ve Krimnilastik (grafoloji ve sahtecilik) uzmanı olduğu ve adıgeçenin Ankara Adli Yargı Adalet Komisyonunca 2006-2007-2008 yıllarında belirlenen bilirkişi listelerinde yer aldığı görülerek konusunda uzman olduğu değerlendirilen

bilirkişi tarafından düzenlenen raporun karara esas alınabilecek nitelikte olduğu sonucuna varılarak dava konusu işlemin iptali yolundaki ilk kararında ısrar etmiştir.

Davalı idare, Ankara 3. İdare Mahkemesinin 16.5.2008 günlü, E:2008/926, K:2008/1031 sayılı ısrar kararını temyiz etmekte ve bozulmasını istemektedir.

İdare Hukukunda istifa (çekilme), kişinin kendi isteği ile bulunduğu statüyü sona erdirmesi olarak tanımlanmaktadır. İstifa, kişinin isteğine bağlı bir işlem olduğundan açık bir irade beyanını gerektirmektedir. Bunun için de istifa dilekçesinin bizzat istifa eden kişi tarafından imzalanması, uyuşmazlık çıktığında ise dilekçenin aslının dosyaya ibraz edilmesi zorunludur.

Olayda, davacı istifa etmediğini iddia etmekte, davalı idare tarafından ise davacıya ait olduğu iddia edilen imzalı istifa dilekçesinin aslının dosyaya ibraz edilmediği görülmektedir.

Öte yandan, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca davacıya ait olduğu iddia edilen dilekçe üzerinde yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen raporda; inceleme konusu dilekçe içeriğindeki el yazıları ile dilekçe sahibi adına atılı imzanın, doğrudan doğruya mürekkepli kalem ile yazılıp, atılmadığı; el yazıları ile imzanın bir başka belgeden nakledilerek bilgisayar ortamında renkli yazıcı ile basıldığı görüşlerine yer verildiğinden, bu rapordan da anlaşıldığı üzere ortada davacı tarafından elle ve kalem marifetiyle imzalanan (ıslak imzalı) bir istifa dilekçesinin bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, Ankara 3. İdare Mahkemesince verilen kararın usul ve hukuka uygun bulunduğu, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenlerinin kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı anlaşıldığından, davalı idarenin temyiz isteminin reddine, Ankara 3. İdare Mahkemesince verilen 16.5.2008 günlü, E:2008/926, K:2008/1031 sayılı kararın onanmasina, dosyanın anılan İdare Mahkemesine gönderilmesine, 25.6.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

MEMURLAR VE DİĞER KAMU GÖREVLİLERİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
İdari Dava Daireleri
Kurulu
Esas No:2007/1108
Karar No:2009/1046

Özeti : Başka bir göreve atanmak üzere görevinden alınan bir memurun, aynı işlemle ya da aynı tarihli ikinci bir işlemle ara verilmeksizin diğer kadroya atanması veya ikinci işlemin aynı gün gerçekleşmemesi durumunda, görevden alma ve atamaya ilişkin işlemlerin birlikte bildirilmesi gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : …
Karşı Taraf (Davalı) : Başbakanlık
İstemin Özeti : Ankara 11. İdare Mahkemesince verilen 9.11.2006 günlü, E:2006/2170, K:2006/3514 sayılı ısrar kararının temyizen incelenerek bozulması davacı tarafından istenilmektedir.
Savunmanın Özeti : Davacının temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Mustafa Karabulut'un Düşüncesi : İdare Mahkemesi kararının ısrara ilişkin kısmının onanması; işin esası yönünden ise bir karar verilmek üzere dosyanın Danıştay Beşinci Dairesine gönderilmesi gerektiği düşünülmektedir.

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

Dava; davacının, Başbakanlık Personel ve Prensipler Genel Müdürlüğünde Genel Müdür Yardımcılığı görevinden alınmasına ilişkin 18.4.2003 günlü, 2003/41808 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Ankara 11. İdare Mahkemesi 26.3.2004 günlü, E:2003/549, K:2004/283 sayılı kararıyla; dava dosyasındaki bilgi ve belgelerin incelenmesinden, davacının, bulunduğu görevin önem ve özelliği ve yapılan eylemlerin niteliği dikkate alındığında, Genel Müdür Yardımcılığı görevinden alınması yolunda kullanılan takdir yetkisinin kamu yararı ve hizmet gerekleri bakımından hukuka uygun olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir.

Anılan karar, karar düzeltme aşamasında Danıştay Beşinci Dairesinin 20.6.2006 günlü, E:2005/6106, K:2006/3632 sayılı kararıyla, başka bir göreve atanmak üzere görevlerinden alınan memurların durumlarının açıklığa kavuşturulması bakımından 657 sayılı Yasa'nın sistematiğine ve bu sistematik içinde yer verilen hükümlere bakmak ve kadro, aylıkatama, yer değiştirme kavramlarını irdelemenin yararlı olacağı, 657 sayılı Kanunun bütününe bakıldığında, "başka bir göreve atanmak üzere görevden alma" kurumuna yer verilmediği, Bölüm 4'te memurluğun sona ermesinin, Bölüm 3'te ise memurların yer değiştirmeleri konusunun düzenlendiği; yer değiştirme suretiyle atamalar, atamanın koşutu işlemler niteliğinde olduğundan, nakledilecek boş bir kadronun varlığının temel koşul olduğu, bir hizmet yeri olan ve kişiyi örgütle bütünleştiren kadronun, memur güvencesinin bir parçası olduğu, anılan Kanunun 33. maddesinde öngörülen, "Kadrosuz memur çalıştırılamaz" hükmüyle de, bu güvencenin yasal koruma altına alınmış olduğu; atamanın ise, kişiyi önceden nesnel olarak belirlenen bir statüye sokan, belli bir göreve getiren yönetsel işlem olup; neden ögesi, bir kamu hizmetinin var olması ve bu kamu görevinin bir kadrosunun bulunması olduğu, 657 sayılı Kanunun, memurun memur statüsü içinde kalmayı sürdürürken, bir süre kadrosuz veya görevsiz duruma düşmesini sayılı ve sınırlı istisnai durumlara özgülemiş olduğu, bunun en belirgin örneğinin, 91. maddeyle getirilen kadronun kaldırılması uygulaması olduğu, Anayasanın, "Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz." hükmünü içeren 6. maddesi, yürütme yetkisinin yasalar çerçevesinde kullanılacağını belirleyen 8. maddesi ve memurların atanmalarını, görev ve yetkilerini, hakları ve yükümlülüklerini... yasayla düzenleme kuralını öngören 128. maddesi hükümleri yasallık ve yasal yönetim ilkelerinin temelini oluşturduğu, başka bir göreve atanmak üzere görevinden alınan bir kamu görevlisinin, aynı işlemle ya da aynı tarihli ikinci bir işlemle derhal, ara verilmeksizin bir diğer kadroya atanması veya ikinci işlemin aynı gün gerçekleşmemesi durumunda, görevden alma ve atamaya ilişkin işlemlerin birlikte bildirilmesi gerektiği, memurun, meslek yaşamındaki yatay ve dikey devinimi, ancak bir kadrodan ve görevden diğerine, kesintisiz-aralıksız geçişle olanaklı olduğu, memurluk sıfat ve statüsünü terk etmemiş memurun, bir yandan memur sıfatını taşırken, öte yandan hem memur statüsü dışında kalması, hem de kadrosuz olmasının olanaksız bulunduğu, bir başka anlatımla, memurun yerine getireceği bir kamu hizmetinin varlığı ve hizmetin de boş bir

kadrosunun bulunması zorunluluğu bulunduğu, nasıl ilerde boşalacak bir kadro için önceden atama yapılması olanağı bulunamazsa, belirsiz bir nitelikte kadroya da, zaman kavramı olmaksızın atama olasılığının söz konusu olamayacağı, görevden alınan, ancak başka bir göreve henüz atanmayan memurun, görevden alınmasıyla bulunduğu statüden çıkarılmış olduğu durumlarda, "başka bir göreve atanmak üzere" biçiminde getirilen bir kayıt, kamu yönetimlerine, memurları istediği zaman tekrar memur sıfatını ve kapsamını belirleme yetkisi verme sonucunu doğurur ki, yasayı aşan ve yasal yönetim ilkesine aykırı olan bu durumun kabul olunamayacağı, öte yandan, memur statüsü dışına çıkmış olma durumları yasada ayrıca düzenlenmiş olduğundan, bu durumlar dışında statü kaybı durumu yaratılamayacağı yaratılması durumunda, 657 sayılı Kanunda yer alan temel kurumların (emekli etme, disiplin cezası uygulama, verdikleri zarardan sorumlu olma, soruşturma yapılması, aylık ödeme vb.) işlerliğinin de ortadan kalkmış olacağı, sonuç olarak, yasal dayanağı bulunmayan ve bulunmadığı içindir ki, görevden alma kararnamelerinde ilgili yasa maddesi yazılamayan bu uygulamanın, 657 sayılı Kanun içine taşınamayacağı, ayrıca, aynı Kanunun 170., 171. ve 172. maddelerinde de sırasıyla izinli veya geçici bir görevde iken asıl görev yeri değiştirilen memurlara izin veya geçici görevin sona ermesine kadar, başka bir göreve atanan ve hesaplarını yerlerine gelenlere devir zorunda bulunan sayman ve sayman mutemetlerine devir sonuna kadar, görev yerleri değiştirilen memurlardan eski görevlerine devamları kurumlarınca tebliğ edilenlere aylıklarının eski görev yerlerinde, kadro tasarrufundan ödeneceği öngörülmüş olup, bu nitelik ve koşulları taşımamaları nedeniyle başka bir göreve atanmak üzere görevinden alınarak herhangi bir kadroya atanmayan memurlara, kadro tasarrufundan aylık ve diğer özlük haklarının ödenmesi mümkün olmadığı gibi, bunun dışında değişik formüllerle yapılan ödemelerinde yasal dayanaktan yoksun olduğu, bu tür ödemelerin, idare yönünden ağır hizmet kusuru, kamu görevlileri yönünden ise kişisel sorumluluk nedeni oluşturacağı, olayda, davacının 18.4.2003 tarihli müşterek kararname ile görevinden alındığı; bu işlemin 21.4.2003 tarihinde tebliğ edildiği ve kararnameden 17 gün sonra 5.5.2003 tarihinde Başbakanlık Basın ve Halkla İlişkiler Müşavirliğine atamasının yapıldığı ve bu işlemin de 14.5.2003 tarihinde davacıya tebliğ edildiği, dolayısıyla her iki işlemin ilgiliye aynı tarihte bildirilmediği anlaşıldığından, yukarıda belirtilen hukuki durum ve değerlendirmeler karşısında, dava konusu işlemde mevzuata ve hukuka uyarlık görülmediği gerekçesiyle bozulmuş ise de; İdare Mahkemesi, bir başka göreve atanmak üzere genel müdür yardımcılığından alınmasına ilişkin müşterek kararnamenin davacıya 21.4.2003 tarihinde tebliği üzerine bu tarihten sonra idari işlem tesisi için makul sayılabilecek süre içinde 5.5.2003 tarihinde davacının Basın ve Halkla İlişkiler Müşavirliğine atandığının anlaşıldığı, davacının görevden alınmasına ilişkin işlemin müşterek kararnameyle, diğer kadroya atanmasına ilişkin işlemin ise Başbakan onayı ile yapılmış olması karşısında, iki işlem arasında geçen sürenin idari işlem tesisi için makul sayılabileceği gerekçesiyle bozma kararına uymayarak, işin esasını incelemek suretiyle davanın reddi yolundaki ilk kararında ısrar etmiştir.

Davacı, Ankara 11. İdare Mahkemesinin 9.11.2006 günlü, E:2006/2170, K:2006/3514 sayılı anılan ısrar kararını temyiz etmekte ve bozulmasını istemektedir.

Danıştay Beşinci Dairesinin bozma kararında da belirtildiği üzere; başka bir göreve atanmak üzere görevinden alınan bir memurun, aynı işlemle ya da aynı tarihli ikinci bir işlemle derhal, ara verilmeksizin bir diğer kadroya atanması veya ikinci işlemin aynı gün gerçekleşmemesi durumunda, görevden alma ve atamaya ilişkin işlemlerin birlikte bildirilmesi gerekir. Çünkü, memurluk sıfat ve statüsünü terk etmemiş memurun, bir yandan memur sıfatını taşırken, öte yandan hem memur statüsü dışında kalması, hem de kadrosuz olması olanaksızdır.

Bir başka anlatımla, memurun yerine getireceği bir kamu hizmetinin varlığı ve hizmetin de boş bir kadrosunun bulunması zorunluluğu vardır. Nasıl, ilerde boşalacak bir kadro için önceden atama yapılması olanağı bulunamazsa, belirsiz bir nitelikte kadroya da,

zaman kavramı olmaksızın atama olasılığı söz konusu olamaz. Görevden alınan, ancak başka bir göreve henüz atanmayan memurun, görevden alınmasıyla bulunduğu statüden çıkarılmış olduğu durumlarda, "başka bir göreve atanmak üzere" biçiminde getirilen bir kayıt, kamu yönetimlerine, memurları istediği zaman tekrar memur sıfatını ve kapsamını belirleme yetkisi verme sonucunu doğurur ki, yasayı aşan ve yasal yönetim ilkesine aykırı olan bu durum kabul olunamaz.

Bu durumda, Başbakanlık Personel ve Prensipler Genel Müdür Yardımcılığı görevinden alınması işlemi ile Başbakanlık Basın ve Halkla İlişkiler Müşavirliğine atama işleminin davacıya aynı tarihte bildirilmediği anlaşıldığından, yukarıda yer alan açıklamalar karşısında, dava konusu 18.4.2003 günlü, 2003/41808 sayılı işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle davacının temyiz isteminin kabulüne, Ankara 11. İdare Mahkemesinin 9.11.2006 günlü, E:2006/2170, K:2006/3514 sayılı ısrar kararının Danıştay Beşinci Dairesi kararı doğrultusunda bozulmasina, dosyanın anılan İdare Mahkemesine gönderilmesine, 9.4.2009 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X- Davacının temyiz isteminin reddi ile İdare Mahkemesi kararının ısrar hükmünün onanması, ancak uyuşmazlığın esası ile ilgili olarak temyiz incelemesinin yapılması için dosyanın Danıştay Beşinci Dairesine gönderilmesi gerektiği oyuyla, karara karşıyız.

GEREKÇEDE KARŞI OY

XX- Dava konusu işlem davacının Personel ve Prensipler Genel Müdür Yardımcılığı görevinden alınmasına ilişkin olduğundan yargısal denetimin bu işlem yönünden (sonraki atama işlemine bağlı olmadan) ve işlem tarihindeki hukuki duruma göre yapılması gereklidir.

Dolayısıyla dava konusu edilen bu işlemin, kendisinden sonra yapılması gereken işlemin yapılmamış olması nedeniyle hukuken sakat sayılması mümkün değildir.

Açıklanan nedenle, idare mahkemesi kararının ısrar hükmünün belirtilen gerekçeyle onanmasına, ancak uyuşmazlığın esası ile ilgili olarak temyiz incelemesinin yapılması için dosyanın Danıştay Beşinci Dairesine gönderilmesi gerektiği oyuyla, karara karşıyız.

YARGILAMA USULÜ

T.C.
D A N I Ş T A Y
İdari Dava Daireleri Kurulu
Esas No: 2008/3275
Karar No: 2009/1059

Özeti : 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 15/4. maddesinde dilekçe ret kararlarına karşı temyiz yoluna başvurulamayacağı hükme bağlanmış ise de; aynı maddenin 5. fıkrasında yer alan, dilekçenin reddedilmesi üzerine yeniden verilen dilekçelerde aynı yanlışlıklar yapıldığı takdirde davanın reddedileceği yolundaki hüküm gereğince, davanın reddi yolunda verilen kararın temyizen incelenmesi sırasında, 2577 sayılı Yasa'nın 15. maddesinin 1.

fıkrasının (d) bendi uyarınca verilen dilekçe ret kararının da, temyiz edilen "davanın reddi" kararının dayanağını oluşturması nedeniyle usul hükümleri yönünden incelemeye konu edileceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : …
Karşı Taraf (Davalılar) : 1-Başbakanlık Devlet Personel Başkanlığı
2-Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Rektörlüğü
Vekili : Av. …

İstemin Özeti : Danıştay İkinci Dairesi'nin 11.9.2008 günlü, E:2008/6021, K:2008/3437 sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması davacı tarafından istenilmektedir.

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

Danıştay Savcısı Celalettin Yüksel'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 İkinci Dairesi'nce verilen kararın onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

Dava, davacının olumsuz olarak düzenlenen 2001, 2002, 2004 ve 2005 yıllarına ait sicil raporlarının yeniden düzenlenmesi için yaptığı başvurunun reddine ilişkin 10.1.2008 günlü, 273 sayılı işlem ile bu işlemin dayanağı olduğu belirtilen ve 19.7.2006 günlü, 26233 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Disiplin Cezalarının Affı ile İlgili Başbakanlık Devlet Personel Başkanlığının 2006/1 sayılı Genelgesi'nin 6. maddesi ve Devlet Memurları Sicil Yönetmeliği'nin 13 ve 17. maddelerinin iptali istemiyle açılmıştır.

Danıştay İkinci Dairesi 11.9.2008 günlü, E:2008/6021, K:2008/3437 sayılı kararıyla; dava konusu edilen ancak tarih ve sayısı belirtilmeyen Başbakanlık Genelgesi'nin açık ve net bir şekilde ortaya konulmadığı, yine bu Genelge'nin tamamının mı yoksa bir kısmının mı iptalinin istenildiğinin açıkça belirtilmediği, dava dilekçesinin konu kısmında tazminat istenmezken, sonuç kısmında 5.000,00 YTL. tutarında manevi tazminatın istenildiği, diğer bir ifadeyle dava dilekçesinin farklı bölümlerinde farklı istemlere yer verildiği, diğer taraftan, disiplin affına ilişkin olduğu anlaşılan Başbakanlık Genelgesi'nin, dava konusu edilen siciller ve Devlet Memurları Sicil Yönetmeliği'nin 13. maddesiyle maddi veya hukuki yönden bağlılık ya da sebep sonuç ilişkisi bulunmadığının anlaşıldığı, bu durumda, 2577 sayılı Kanun'un 3 ve 5. maddelerine uygun olarak düzenlenmeyen dava dilekçesinin reddi gerektiği gerekçesine yer verilmek suretiyle, Dairelerinin 9.4.2008 günlü, E:2008/702, K:2008/1754 sayılı kararıyla 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 3 ve 5/1. maddelerine uygun olmayan dava dilekçesinin, anılan Kanun'un 15/1-d maddesi gereğince bu kararın tebliğ tarihini izleyen günden itibaren otuz gün içinde 3 ve 5. maddelere uygun şekilde yeniden düzenlenmek ve Başbakanlık Genelgesi'ne karşı ayrı, dava konusu siciller ile Devlet Memurları Sicil Yönetmeliği'nin 13. maddesine karşı ayrı dava açılmak üzere reddine karar verildiği ve anılan kararda yeniden verilen dilekçelerde de aynı yanlışlıklar yapıldığı takdirde, 2577 sayılı

Kanun'un 15/5. maddesi gereğince davanın reddedileceğinin de belirtildiği, söz konusu kararın davacı tarafından 4.8.2008 tarihinde tebellüğ edildiği ve 22.8.2008 tarihinde kayda giren dilekçe ile davanın yenilendiği, ancak olumsuz olarak düzenlenen 2001, 2002, 2004 ve 2005 yıllarına ait sicil raporlarının düzeltilmesi amacıyla yapılan başvurunun reddine ilişkin 10.1.2008 günlü, 273 sayılı işlem ile bu işlemin dayanağı olduğu belirtilen ve 19.7.2006 günlü, 26233 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Disiplin Cezalarının Affı ile İlgili Başbakanlık Devlet Personel Başkanlığının 2006/1 sayılı Genelgesi'nin 6. maddesi ve Devlet Memurları Sicil Yönetmeliği'nin 13 ve 17. maddelerinin iptaline karar verilmesi yolundaki istemleri içeren söz konusu yenileme dilekçesinin, Dairelerinin 9.4.2008 günlü, E:2008/702, K:2008/1754 sayılı kararına uygun biçimde hazırlanmadığı, bir başka ifadeyle, anılan kararda belirtilen yanlışlıkların tekrar edildiği gerekçesiyle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 15. maddesinin 5. bendi uyarınca davanın reddine karar vermiştir.

Davacı, Dairenin dilekçe ret kararı gözetilerek dava dilekçesini yenilediğini, Genelgenin tarih ve sayısı ile iptali istenilen maddeyi belirttiğini, yenilenen dilekçede tazminat isteğinde bulunmadığını, ayrıca Genelge ile Yönetmelik arasındaki illiyet bağını da yeniden açıkladığını öne sürmekte ve kararın temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun "Kararın Bozulması" başlıklı 49. maddesinde "usul hükümlerine uyulmamış olunması" bozma sebepleri arasında sayılmış olduğundan, temyiz merciince, temyizi istenen kararın usul hükümlerine uygun olup olmadığı yönünden incelemeye tabi tutulacağı açıktır.

2577 sayılı Kanunun 15. maddesinin 5. fıkrasında yer alan "1 inci fıkranın (d) bendine göre dilekçenin reddedilmesi üzerine, yeniden verilen dilekçelerde aynı yanlışlıklar yapıldığı takdirde dava reddedilir." hükmü gereğince davanın reddi yolunda verilen kararın, temyizen incelenmesi sırasında; 2577 sayılı Kanunun 15. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendi uyarınca verilen dilekçe red kararının da, temyiz edilen dava ret kararının dayanağını oluşturduğundan usul hükümleri yönünden incelemeye konu edilmesi hukuki açıdan kaçınılmazdır.

Her ne kadar, 2577 sayılı Kanunun 15. maddesinin 4. fıkrası, aynı maddenin 1. fıkrasının (d) bendi uyarınca verilen dilekçe red kararlarına karşı temyiz yoluna gidilmesine imkan vermemekte ise de; bu husus, dilekçe red kararlarının, bu kararlar üzerine yeniden verilen dilekçelerde aynı yanlışlıkların yapılması nedeniyle verilen davanın reddi yolundaki kararların temyiz edilmesi üzerine, bu kararlarla birlikte incelemeye tabi tutulmasına engel teşkil edici bir nitelik taşımamaktadır.

Davacının, 31.12.2007 tarihinde idareye başvurarak, ilgili mevzuat hükümlerinde ve yargı kararlarında memurun sicil notunun verilmesinde sicil amirlerinin somut bilgi ve belgeye dayanmasının zorunlu olduğunun belirtildiği halde 2001-2002-2004-2005 yılları sicillerinin sadece o yıllarda almış olduğu disiplin cezaları gerekçe gösterilerek olumsuz verildiği, bunun Zonguldak İdare Mahkemesinde açtığı davada davalı idarece verilen savunmada da belirtildiği, 2006 yılında yürürlüğe giren Memurların Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanun ile memurların 1999-2005 yılları arasındaki disiplin cezalarının tüm sonuçlarıyla birlikte affedildiği, bu nedenle değinilen yıllara ilişkin sicillerinin yeniden düzenlenmesi gerektiğini belirttiği; davalı idarenin bu istemini reddetmesi üzerine düzenlediği dava dilekçesinde, başvurusunun reddine ilişkin işlem ile buna dayanak teşkil eden Başbakanlık Genelgesi hükmünün ve Devlet Memurları Sicil Yönetmeliğinin 13. maddesinin iptalini istediği, dilekçenin sonunda ayrıca 5.000,00.- lira manevi tazminat isteğinde bulunduğu; Danıştay İkinci Dairesinin 9.4.2008 günlü, E:2008/702, K:2008/1754 sayılı kararıyla; dava konusu edilen, ancak tarih ve sayısı belirtilmeyen Başbakanlık Genelgesi'nin açık ve net bir şekilde ortaya konulmadığı gibi, yine bu Genelge'nin tamamının mı yoksa bir kısmının mı iptalinin istendiğinin açıkça belirtilmediği, dava dilekçesinin konu kısmında tazminat istenmezken, sonuç kısmında 5.000,00 YTL. manevi tazminatın istendiği, diğer bir deyişle dava dilekçesinin farklı bölümlerinde farkli stemlere yer verildiği, diğer

taraftan disiplin affına ilişkin olduğu anlaşılan Başbakanlık Genelgesi'nin, dava konusu edilen siciller ile Devlet Memurları Sicil Yönetmeliği'nin 13. maddesiyle maddi veya hukuki yönden bağlılık ya da sebep sonuç ilişkisi bulunmadığı gerekçesiyle Başbakanlık Genelgesine karşı ayrı dava konusu siciller ile Yönetmelik hükmüne karşı ayrı açılmak üzere, 2577 sayılı Kanun'un 3. ve 5. maddeleri gereğince dava dilekçesinin reddedildiği; bunun üzerine davacının, Genelgenin tarih ve sayısını belirtip sadece "Kanun sadece disiplin cezalarının affını öngörmüş olup sicil affı ile bir ilgisi bulunmadığından olumsuz sicil almış olanlar hakkında bu Kanun hükümleri uygulanmayacaktır." hükmünü taşıyan 6. maddesinin iptalini istediği ve ayrıca olumsuz sicillerin dayanağının aynı yıllarda aldığı ve affa uğrayan disiplin cezaları olduğunu belirterek Genelge ile siciller ve Yönetmelik arasındaki maddi ve hukuki bağlantıyı yeniden açıklamak suretiyle dilekçesini yenilediği dosyanın incelenmesinden anlaşılmaktadır.

Olayda davacının olumsuz olarak düzenlenen sicillerinin yeniden düzenlenmesi isteminin temelini, 5525 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanun ile bu Kanuna dayanılarak hazırlanan "Disiplin Cezalarının Affı" konulu Başbakanlık Devlet Personel Başkanlığının 2006/1 sayılı Genelgesi oluşturduğundan; değinilen Genelge ile siciller arasında maddi veya hukuki yönden bağlılık ya da sebep - sonuç ilişkisinin bulunduğu sonucuna varılmıştır.

Bu durumda, uyuşmazlığın belirtilen niteliği gözardı edilerek, Dairece; davanın, aralarında maddi veya hukuki yönden bağlılık ya da sebep sonuç ilişkisi bulunmayan Başbakanlık Genelgesi ile siciller ve Yönetmeliğe karşı bir dilekçe ile açıldığı gerekçesiyle Başbakanlık Genelgesine ayrı, siciller ile Yönetmeliğe karşı ayrı düzenlenecek dava dilekçeleri ile yeniden dava açılmak üzere dilekçenin reddine, daha sonra yenilenen dilekçede aynı yanlışlığın yapıldığından bahisle davanın reddine karar verilmesinde usul hükümleri açısından hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüne, Danıştay İkinci Dairesinin 11.9.2008 günlü, E:2008/6021, K:2008/3437 sayılı kararının bozulmasina, kullanılmayan 22,90.- lira yürütmenin durdurulması harcının isteği halinde davacıya iadesine, 9.4.2009 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

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

T.C.
D A N I Ş T A Y
İdari Dava Daireleri
Kurulu
Esas No: 2007/1835
Karar No: 2009/1266

Özeti : 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasası'nın 28. maddesinde yer alan ve idarenin yargı kararlarının icaplarına göre en geç otuz gün içinde işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecbur olduğu yolundaki hükmün, otuz günlük sürenin geçirilmesi ve ilgililerin bu sürenin geçirilmesi üzerine hemen

tekrar yargı yoluna başvurmaması durumunda, idareleri, kararı uygulama zorunluluğundan kurtarmayacağı; ancak, bu konuda açılacak davalarda, ayrık durumlar dışında, genel zamanaşımı süresinin esas alınması ve lehine ilam olan ilgilinin ilamın kendisine tebliğinden itibaren 10 yıl içinde idareye başvurarak ilam gereklerinin yerine getirilmesini isteyebileceğinin kabulü gerektiği; başvurmadan sonraki durumun ise, 2577 sayılı Yasa'nın 10. ve 11. maddeleri kapsamında değerlendirileceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : …
Vekili : Av. …
Karşı Taraf (Davalılar) : **1-**Başbakanlık
2-Sanayi ve Ticaret Bakanlığı

İstemin Özeti : Danıştay Beşinci Dairesi'nin 26.3.2007 günlü, E:2004/3900, K:2007/1335 sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması davacı tarafından istenilmektedir.

Savunmaların Özeti : Danıştay Beşinci 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 Muhsin Yıldız'ın Düşüncesi : Davada süreaşımı bulunduğundan, davacının temyiz isteminin reddi ile Daire kararının bu gerekçeyle onanması gerektiği düşünülmektedir.

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

Dava; Karadeniz Yağlı Tohumlar Tarım Satış Kooperatifleri Birliği (Karadenizbirlik) Genel Müdürü olarak görev yapmakta iken 10.3.2000 günlü, 1184 sayılı Başbakanlık Oluru ile bu görevinden alınan davacının, bu işlemin iptali istemiyle açtığı davada verilen yargı kararı uyarınca eski görevine iade edilmesi istemiyle 18.3.2004 tarihinde yapmış olduğu başvurunun reddine ilişkin 16.4.2004 günlü, 1-01/247 sayılı Sanayi ve Ticaret Bakanlığı işleminin iptali ve yargı kararının gereklerinin yerine getirilmemesi nedeniyle yoksun kaldığı parasal haklarının yasal faiziyle birlikte ödenmesine hükmedilmesi istemiyle açılmıştır.

Danıştay Beşinci Dairesi 26.3.2007 günlü, E:2004/3900, K:2007/1335 sayılı kararıyla; davacının 4572 sayılı Yasa hükümlerine dayanılarak Birlik tarafından 2000 yılında görevine iade edilmediği; 16.6.2000 tarihinde yürürlüğe giren 4572 sayılı Yasayla Bakanlığın atama yetkisinin kaldırılarak bu yetkinin özerk statüdeki Birlik Organına devredildiği ve aynı Yasanın Geçici 1/c. maddesi uyarınca genel kurul toplantısının yapıldığı 25.11.2000 tarihinde mevcut genel müdür ve yardımcılarının görevlerinin sona erdiği gözönünde tutulduğunda 10.3.2000 tarihli görevden alma işlemiyle ilgili yargı kararı uyarınca Genel Müdürlük görevine iade edilmesine 4572 sayılı Yasa hükümleri karşısında olanak bulunmayan davacının 18.3.2004 tarihinde Genel Müdürlük görevine iade edilmesi istemiyle yaptığı başvurusunun

reddine ilişkin 16.4.2004 günlü işlemde hukuka aykırılık görülmediği; yargı kararının gereklerinin yerine getirilmediği gerekçesiyle talep edilen maddi tazminatın da aynı hukuki durum nedeniyle dayanaktan yoksun bulunduğu gerekçesiyle davayı reddetmiştir.

Davacı, usul ve hukuka aykırı olduğunu iddia ettiği kararı temyiz etmekte ve bozulmasını istemektedir.

Dosyanın incelenmesinden; davacının Karadenizbirlik Genel Müdürlüğü görevinden alınmasına ilişkin 10.3.2000 tarihli işlemin Danıştay Beşinci Dairesi'nin 16.8.2000 günlü, E:2000/1643 sayılı kararıyla yürütülmesinin durdurulduğu; Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın 19.9.2000 tarihli oluru ile davacının Genel Müdürlük görevine iade edilmesi ve yoksun kaldığı parasal ve özlük haklarının Karadenizbirlik tarafından davacıya ödenmesine karar verildiği; 20.9.2000 tarihli Bakanlık yazısıyla bu olurun bir örneğinin Birliğe gönderilerek gereğinin yapılmasının istendiği; ancak, 25.9.2000 tarihli Karadenizbirlik Yönetim Kurulu kararıyla, 16.6.2000 tarihinde yürürlüğe giren 4572 sayılı Kanun uyarınca Bakanlığın Birliğe genel müdür atama yetkisi bulunmadığının bildirildiği ve davacının o tarihte eski görevine iade edilmediği; Danıştay Beşinci Dairesi'nin 28.6.2001 günlü, E:2000/1643, K:2001/2850 sayılı kararıyla, 10.3.2000 tarihli işlemin iptal edildiği ve yoksun kaldığı parasal haklarının davanın açıldığı 10.4.2000 tarihinden itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte davacıya ödenmesine hükmedildiği; bu kararın Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 29.3.2002 günlü, E:2001/863, K:2002/266 sayılı kararıyla onandığı ve aynı Kurulun 20.12.2002 günlü, E:2002/956, K:2002/946 sayılı kararıyla da idarenin karar düzeltme isteminin reddedildiği; davacının 9.9.2003 tarihinde Bakanlığa başvurup, görevden alınmasına ilişkin 10.3.2000 tarihli işlemin iptaline ilişkin yargı kararının kesinleştiğini, idarenin karar düzeltme isteminin reddine ilişkin Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu kararının 27.1.2003 tarihinde davalılara tebliğ edildiğini bildirerek, özlük haklarının 19.9.2000 tarihli onay ve daha sonraki Bakanlık talimatları doğrultusunda ödettirilmesini ve göreve iadesinin sağlanmasını istediği; Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın 28.9.2003 günlü yazısıyla, 4572 sayılı Yasa hükümleri karşısında göreve iadesinin mümkün olmadığı ve anılan yasadan sonra Birlik Genel Kurulunun toplandığı 25.11.2000 tarihine kadarki özlük haklarının ödenmesinin yasa gereği olduğu belirtilerek, istemi hakkında yapılacak bir işlem bulunmadığının bildirildiği; ilgilinin 18.3.2004 tarihinde tekrar idareye başvurarak Genel Müdürlük görevine iade edilmesi istemini yinelediği; Bakanlığın 16.4.2004 tarihli dava konusu işlemiyle de, 28.9.2003 günlü yazıda yer alan Bakanlık görüşünde bir değişiklik olmadığının belirtilmesi üzerine 21.6.2004 tarihinde bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "Kararların sonuçları" başlıklı 28. maddesinde; esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idarenin, gecikmeksizin işlem tesis etmeye ve eylemde bulunmaya mecbur olduğu ve bu sürenin hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden itibaren otuz günü geçemeyeceği; kararların gereklerine göre işlem tesis edilmeyen veya eylemde bulunulmayan hallerde idare aleyhine Danıştay ve ilgili idari mahkemede maddi ve manevi tazminat davası açılabileceği; mahkeme kararlarının otuz gün içinde kamu görevlilerince kasten yerine getirilmemesi halinde ilgilinin, idare aleyhine dava açabileceği gibi, kararı yerine getirmeyen kamu görevlisi aleyhine de tazminat davası açabileceği düzenlemesine yer verilmiştir.

Yargı kararlarının uygulanmaması ya da geç uygulanması nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıklar üzerine açılacak davaların tabi olacağı süre konusunda 2577 sayılı Kanun'da özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinde yer alan ve idarenin yargı kararlarının icaplarına göre en geç otuz gün içinde işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecbur olduğu yolundaki hükmün, otuz günlük sürenin geçirilmesi ve ilgililerin bu sürenin geçirilmesi üzerine hemen tekrar yargı yoluna başvurmaması durumunda idareleri kararı uygulama zorunluluğundan kurtarmayacağı açıktır. Bu konuda açılacak davalarda ayrık durumlar dışında genel zamanaşımı süresinin esas alınması ve lehine ilam olan ilgilinin ilamın kendisine tebliğinden itibaren 10 yıl içinde idareye başvurarak

ilam gereklerinin yerine getirilmesini isteyebileceğinin kabul edilmesi hak ve nesafet ilkelerine uygun düşecektir. 10 yıllık süre idareye başvuru süresi olup dava açma süresi değildir. Dolayısıyla başvurmadan sonraki durumu, 2577 sayılı Kanun'un 10. ve 7. maddeleri kapsamında değerlendirmek gerekmektedir. Buna göre, yargı kararının gereğinin yerine getirilmesi isteminin idarece açık veya kapalı (zımni) olarak reddedilmesi üzerine davanın altmış gün içinde açılması zorunludur.

Bu bağlamda, davacının, yargı kararının uygulanması istemiyle idareye genel zamanaşımı süresi içerisinde 2577 sayılı Kanun'un 10. maddesi kapsamında başvurduğu anlaşılmaktadır. Ancak adıgeçenin bu konuda yaptığı 9.9.2003 tarihli ilk başvurusuna idarece 28.9.2003 tarihli işlemle yanıt verildiği, fakat yazının tebliğine ilişkin herhangi birbilgi ve belge bulunmadığı; daha sonra ilgilinin 18.3.2004 tarihinde ikinci kez aynı istemle idareye başvurduğu, buna göre birinci başvurusuna verilen ret yanıtını en geç ikinci başvuru tarihinde öğrendiğinin kabulü gerekeceğinden, bu tarihten itibaren dava açma süresi içerisinde dava açması mümkün olan davacının bu süre geçirildikten sonra 18.3.2004 tarihli dilekçe ile yeniden yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlem üzerine 21.6.2004 tarihinde açtığı davanın, işlemin iptali istemine yönelik kısmının süreaşımı nedeniyle esastan incelenmesine olanak bulunmamaktadır.

Davanın tazminata ilişkin kısmına gelince;

2577 sayılı Kanun'un 12. maddesinde, "İlgililer hakları ihlal eden bir idari işlem dolayısıyla Danıştaya ve idare ve vergi mahkemelerine doğrudan doğruya tam yargı davası veya iptal ve tam yargı davalarını birlikte açabilecekleri gibi ilk önce iptal davası açarak bu davanın karara bağlanması üzerine, bu husustaki kararın veya kanun yollarına başvurulması halinde verilecek kararın tebliği veya bir işlemin icrası sebebiyle doğan zararlardan dolayı icra tarihinden itibaren dava süresi içinde tam yargı davası açabilirler. Bu halde de ilgililerin 11 inci madde uyarınca idareye başvurma hakları saklıdır. " hükmüne yer verilmiştir.

Davacı 9.9.2003 tarihli başvurusu ile kararın uygulanmasını istemiş bu başvurusunun 28.9.2003 tarihli işlemle reddi üzerine de iptal ve tam yargı davalarını birlikte açma yoluna giderek, hem uygulamama işleminin iptalini hem de bu işlemden kaynaklanan parasal hak kayıplarının tazminini istemiş bulunduğuna göre, uygulamama işlemi nedeniyle oluşan parasal hakları kaybının tazmini istemi yönünden dava açma süresinin başlangıç tarihinin, yine işlemde olduğu gibi aynı istemle ikinci kez başvurduğu 18.3.2004 tarihi olduğu açıktır.

Buna göre, 18.3.2004 tarihinden itibaren süresi içinde dava açmayan davacının, uygulamama işleminden kaynaklanan zararlar yönünden de dava süresini geçirdiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda, Dairece davanın süreaşımı nedeniyle reddine karar verilmesi gerekirken, işin esasının incelenmesi suretiyle verilen kararda hukuki isabet bulunmamakta ise de, karar sonucu itibariyle hukuka uygun bulunmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin reddine, Danıştay Beşinci Dairesinin 26.3.2007 günlü, E:2004/3900, K:2007/1335 sayılı kararının yukarıda belirtilen gerekçeyle onanmasina, 30.4.2009 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X- Davada süreaşımı bulunduğundan, davacının temyiz isteminin kabulü ile davanın süreaşımından reddine karar verilmek üzere Daire kararının bozulması gerektiği oyuyla, gerekçenin değiştirilmesi suretiyle kararın onanmasına ilişkin karara katılmıyoruz.

KARŞI OY

XX- Davada süreaşımı bulunmadığından, işin esasının incelenmesi suretiyle bir karar verilmesi gerektiği oyuyla, karara katılmıyoruz.

T.C.
D A N I Ş T A Y
İdari Dava Daireleri
Kurulu
Esas No:2009/611
Karar No:2009/1769

Özeti : Anayasa Mahkemesinin iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihi ileriye dönük olarak ertelemiş bulunması, öncelikle yasama organına aynı konuda, iptal kararının gerekçesine uygun olarak, yeni bir düzenleme için olanak tanımak ve ortada hukuki bir boşluk yaratmamak amacına yönelik olup; yargı mercilerinin bakmakta oldukları uyuşmazlıklarda hukuka ve Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiş kuralları uygulaması ve uyuşmazlıkları bu kurallara göre çözümlemesi sonucunu doğurmayacağı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : İçişleri Bakanlığı
Karşı Taraf (Davacı) : …
Vekili : Av. …
İstemin Özeti : Gaziantep 1. İdare Mahkemesi'nin 22.10.2008 günlü, E: 2008/961 , K:2008/1128 sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması davalı idare. tarafından istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Tuncay Dündar'ın Düşüncesi : Temyiz isteminin reddi ile ısrar kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Esma Nur Necef'in Düşüncesi : Gaziantep 1 inci İdare Mahkemesinin 16.10.2008 günlü ve E:2008/767, K:2008/1098 sayılı ısrar kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu'nun 6.4.2001 günlü, 4638 sayılı Yasanın 1 inci maddesiyle değişik 55 inci maddesinde polis amirlerinden; Polis Akademesi mezunları, polis Akademisi mezunu sayılanlar ile Emniyet Genel Müdürlüğüne elaman yetiştirmek üzere Polis akademisi bünyesinde en az dört yıllık fakülte ve yüksek okullarından mezun olanların (A), komiser yardımcılığı kursunu başarıyla bitirmiş olanların (B) grubunu oluşturacağı düzenlenmiş, A ve B grubu polis amirleri için ayrı ayrı bekleme süreleri öngörülmüş ve B grubu polis amirlerinin en çok Başkomiser rütbesine kadar yükselebileceği belirtilmiştir.

Söz konusu Yasanın 6.10.2001 günlü ve 4638 sayılı Yasa ile eklenen Geçici 20 inci maddesinde; Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce, dört yıllık yükseköğretim kurumlarından mezun olarak komiser yardımcılığı kursunu bitirenler ile bulunduğu rütbede dört yıllık yükseköğretim kurumlarından mezun olup (B) grubundan (17) grubuna geçen polis amirleri (A) grubunda değerlendirilir denilmiştir.

Anılan Yasa maddesine göre tesis edilmiş işlemlere karşı açılan davalarda, 3201 sayılı Yasanın Geçici 20 inci maddesinin Anayasa'nın 2, 10 uncu maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle yasa hükmünün iptali istemiyle Konya 1 inci İdare Mahekmesi ile Ordu İdare Mahkemesince Anayasa Mahkemesine gönderilmiş Anayasa Mahkemesinin 7.2.2008 günlü E:2005/38, K:2008/53 sayılı kararıyla; 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu'nun geçici 20 inci maddesinde yer alan "dört yıllık yükseköğretim kurumlarından mezun olarak komiser yardımcılığı kursunu bitirenler ile .... "ibaresinin iptal edilmesi nedeniyle davacının durumunun bu karar çerçevesinde incelenmesinde;

Anayasa Mahkemesi kararında; Emniyet Genel Müdürlüğünce açılan komiser yardımcılığı kursu sınavına sadece dört yıllık yüksek öğrenim kurumu mezunu polis memurlarının başvurabileceği belirtildiği bu sınavda başarılı olarak komiser yardımcılığı kursu sınavına sadece dört yıllık yükseköğrenim kurumu mezunu polis memurlarının başvurabileceği belirtildiğinden bu sınavda başarılı olarak komiser yardımcılığı kursuna başlayan kişilerde sözkonusu kursun sonunda (A) gurubu polis amiri olma beklentisi yaratıldığı, bu durumda 4638 sayılı Yasa ile Emniyet Teşkilatı Kanunu'na eklenen geçici 20 inci Madde de Yasanın yürürlüğe girdiği tarihten önce dört yıllık yükseköğretim kurumlarından mezun olarak komiser yardımcılığı kursunu bitirenlerin (A) grubunda değerlendirileceği yolundaki düzenlemenin kapsamına, Yasanın yürürlüğe girdiği tarihte komiser yardımcılığı kursuna devam edenlerin alınmamış olmasının, hukuk güvenliği ilkesi ile Anayasa'nın 2 nci maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edildiği, ayrıca iptal edilen kuralın doğuracağı hukuksal boşluk kamu yararı ihlal edici nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin 4'üncü fıkrasıyla, 2949 sayılı Yasa'nın 53 üncü maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları gereğince iptal hükmünün kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüş 8.4.2008 günlü ve 26841 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

Bu durumda Yüksek Mahkeme tarafından iptali istenilen Yasa hükmünün Anayasanın eşitlik ilkesine ve kazanılmış haklarının korunması prensibine aykırı olmadığı ısrarla belirtilmiş ancak geçici 20 inci maddenin yürürlüğe girdiği tarihte komiser yardımcılığı kursunda olanların, A grubu Polis amirliğine ayrılması gerektiği yolunda bir gerekçeye yer verilmiş olup komiser yardımcılığı kursuna başlamakla taraflarda (A) grubu polis amiri olacağı beklentisi yaratıldığı vurgulanarak madde hükmünün iptaline karar verilmiştir.

Bu durumda davacının 3201 sayılı Yasanın 55 inci maddesi hükmüne göre A grubu polis amiri olamayacağı konusunda kuşkuya yer yoktur.

Yukarıda yapılan açıklamalar karşısında Geçici 20 inci maddenin yürürlüğe girdiği tarihte henüz komiser yardımcılığı kursunu bitirmemiş olanların, yine bu madde hükmüne göre A grubu polis amiri olarak da değerlendirilemeyeceği açık bulunduğundan mahkemenin ısrar kararının bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca Danıştay Beşinci Daire Üyesi …'un davacının komiser yardımcılığı kursunu bitirdiği tarihte durumunu Yasa kuralı gereği bilmesi gerektiğinden bu tarihten çok sonraki başvurusu üzerine kurulani şleme karşı açılan davada, süre aşımı bulunduğu yönündeki oyuna karşılık; davacının statüsüne ilişkin herhangi bir yazılı tebligatın kurs bitim tarihinde yapılmamış olması karşısında davanın süresinde açıldığı kabul edilerek ve dosyanın tekemmül ettiği görüldüğünden davalı idarenin yürütmenin durdurulmasına ilişkin istemi incelenmeksizin işin esası incelendi, gereği görüşüldü:

Dava; komiser yardımcılığı kursunu 24.10.2001 tarihinde bitiren davacının başvurusu üzerine (B) grubu polis amiri statüsünde değerlendirildiğini bildiren 24.5.2005 günlü işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Gaziantep 1. İdare Mahkemesi 22.4.2005 günlü ve E:2004/1828, K:2005/796 sayılı kararıyla; 4638 sayılı Kanunun Geçici 20. maddesi hükmü ile, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte sınavı kazanarak kursa başlamış olanların durumu için açık bir düzenleme getirilmediğinden, bu durumun o dönemde kursta bulunanların aleyhine kazanılmış hakka aykırı sonuç doğuracak şekilde değerlendirilmesinin hakkaniyete uygun düşmeyeceği, bu durumda 28.1.2001 tarihli komiser yardımcılığı sınavını kazanarak komiser yardımcılığı kursuna girmeye hak kazanan ve 5.2.2001 tarihinde başladığı kurstan 24.10.2001 günü mezun olan davacının, 4638 sayılı Kanunun yayımlandığı 21.4.2001 tarihinden sonra kursu

bitirmiş bulunduğundan bahisle (B) grubu polis amiri statüsünde değerlendirilmesine ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle işlemin iptaline karar verilmiştir.

Bu karar temyiz incelemesi sonucu Danıştay Onikinci Dairesinin 1.2.2008 günlü, E:2005/4808, K:2008/356 sayılı kararıyla, polis memuru olarak göreve başladıktan sonra 4 yıllık yüksek öğretim kurumundan mezun olan davacının 5.2.2001 tarihinde başladığı komiser yardımcılığı kursunu,4638 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 21.4.2001 tarihinden sonra 24.10.2001 tarihinde bitirmiş olması hususu ve bu tarihte yürürlükte bulunan hükümler gözetilerek (B) grubu polis amiri statüsünde değerlendirildiğinin bildirilmesine dair işlemde mevzuata aykırılık görülmediği, İdare Mahkemesince her ne kadar davacının (B) grubu polis amiri statüsünde değerlendirilmesinin kazanılmış hak ilkesine aykırı bir durum doğurduğu vurgulanmış ise de; kazanılmış hakkın, kişinin bulunduğu statüden doğan, kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel bir niteliğe dönüşmüş bir hak olması, beklenen statüye bağlı olarak ileriye dönük, beklenen haklar kapsamında olmaması karşısında, komiser yardımcılığı kursunu bitirmeden Kanunun yayım tarihinden önceki yasal duruma dayalı olarak henüz kazanılmayan statünün, polis amiri statüsü yönünden kazanılmış bir hak doğuracağının kabulüne hukuken olanak bulunmadığı gerekçesiyle bozulmuş olup; davacının karar düzeltme istemi de, Dairenin 17.9.2008 günlü, E:2008/2454, K:2008/4713 sayılı kararıyla, Anayasa Mahkemesi'nin 7.2.2008 günlü, E:2005/38, K:2008/53 sayılı kararıyla 3201 sayılı Yasa'nın Geçici 20. maddesinde yer alan "....dört yıllık yükseköğretim kurumlarından mezun olarak komiser yardımcılığı kursunu bitirenler ile...." ibaresinin iptali üzerine uyuşmazlığın yeniden değerlendirildiği, Yüksek Mahkeme tarafından, iptali istenilen Yasa hükmünün Anayasanın eşitlik ilkesine ve kazanılmış hakların korunması prensibine aykırı olmadığının belirtildiği, ancak komiser yardımcılığı kursuna başlamakla kursa katılanlarda (A) grubu polis amiri olacağı beklentisi yaratıldığı vurgulanarak madde hükmünün iptaline karar verildiği, bu kararda, Geçici 20.maddenin yürürlüğe girdiği tarihte komiser yardımcılığı kursunda olanların, (A) grubu polis amirliğine ayrılması yolunda bir gerekçeye yer verilmediği, ancak bu beklentiye uygun yasal bir düzenleme yapılması ve bu şekilde iptal kararının ortaya çıkardığı hukuki boşluğun doldurulması amacıyla yasa koyucuya imkan tanındığı; Anayasa Mahkemesi kararı ve gerekçesi bütün olarak ele alındığında, bu karardan hareketle 3201 sayılı Yasanın Geçici 20. maddesinin yürürlüğe girdiği tarihte komiser yardımcılığı kursuna devam edenlerin (A) grubu polis amiri olarak değerlendirilmesi gerektiğine dair bir sonuca ulaşılmasının mümkün bulunmadığı kanaatine varıldığı gerekçesiyle reddedilmiştir.

Gaziantep 1. İdare Mahkemesi 22.10.2008 günlü, E:2008/961, K:2008/1128 sayılı kararıyla, anılan Anayasa Mahkemesi kararını belirttikten sonra,3201 sayılı Yasa'ya 4638 sayılı Yasa ile eklenen Geçici 20. madde henüz yürürlüğe girmeden önce, komiser yardımcılığı kursuna başlayan ve kursu bitirdiğinde (A) grubu polis amiri statüsünde olma beklentisi içinde olan davacının, (B) grubu polis amiri statüsünde değerlendirilmesine neden olan yasal dayanak Anayasa Mahkemesi'nce hukuki güvenlik ilkesine aykırı bulunarak iptal edildiği dikkate alındığında, her ne kadar Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararının Resmi Gazete'de yayımlanmasından itibaren yürürlüğe girmesine karar verilmiş ise de, Anayasa'ya aykırılığı açıkça ortaya konmuş olan Yasa hükmüne dayanılarak tesis edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varıldığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline dair ilk kararında ısrar etmiştir.

Davalı idare bu kararı temyiz etmekte ve bozulmasını istemektedir.

3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu'nun 6.4.2001 günlü, 4638 sayılı Yasanın 1. maddesi ile değişik 55. maddesinde, polis amirlerinden Polis Akademisi mezunları, Polis Akademisi mezunu sayılanlar ile Emniyet Genel Müdürlüğüne eleman yetiştirmek üzere Polis Akademisi bünyesinde en az dört yıllık fakülte ve yüksek okullarından mezun olanların (A), komiser yardımcılığı kursunu başarıyla bitirmiş olanların (B) grubunu oluşturacağı düzenlenmiştir.

Aynı Yasanın 4638 sayılı Yasa ile eklenen Geçici 20. maddesinde; "Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce, dört yıllık yükseköğretim kurumlarından mezun olarak komiser yardımcılığı kursunu bitirenler ile bulunduğu rütbede dört yıllık yükseköğretim kurumlarından mezun olup (B) grubundan (A) grubuna geçen polis amirleri, (A) grubunda değerlendirilir." hükmüne yer verilmiştir.

Sözü edilen Yasa maddesine göre tesis edilmiş işlemlere karşı açılan davalarda, 3201 sayılı Yasanın Geçici 20. maddesinin Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle Yasa hükmünün iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne bazı idare mahkemelerince başvurulması üzerine 8.4.2008 günlü, 26841 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Anayasa Mahkemesi'nin 7.2.2008 günlü, E:2005/38 K:2008/53 sayılı kararıyla; 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu'nun Geçici 20. maddesinde yer alan "... dört yıllık yükseköğretim kurumlarından mezun olarak komiser yardımcılığı kursunu bitirenler ile ...." ibaresinin; 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu'nun 55. maddesini değiştiren 611 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin Anayasa Mahkemesince iptaline rağmen, Emniyet Genel Müdürlüğü'nce açılan komiser yardımcılığı kursu sınavına sadece dört yıllık yüksek öğretim kurumu mezunu polis memurlarının başvurabileceği belirtildiğinden, bu sınavda başarılı olarak komiser yardımcılığı kursuna başlayan kişilerde söz konusu kursun sonunda (A) grubu polis amiri olma beklentisi yaratıldığı, bu durumda, komiser yardımcılığı kursu devam etmekte iken çıkarılan 4638 sayılı Yasa ile Emniyet Teşkilatı Kanunu'na eklenen Geçici 20. maddede, bu Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihten önce dört yıllık yüksek öğretim kurumlarından mezun olarak komiser yardımcılığı kursunu bitirenlerin (A) grubunda değerlendirileceği yolundaki düzenlemenin kapsamına, anılan Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihte komiser yardımcılığı kursuna devam edenlerin alınmamış olmasının, hukuk güvenliği ilkesine ve Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline karar vermiş, ayrıca iptal edilen kuralın doğuracağı hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edici nitelikte görülerek Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 2949 sayılı Yasa'nın 53. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları gereğince iptal hükmünün kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesi uygun görüldüğü; ancak, bu süre içerisinde yasama organının bu konuda yeni bir düzenleme yapmadığı anlaşılmaktadır.

Anayasanın, Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi başlıklı 152. maddesinde " Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır..... Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır. Ancak, Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkeme buna uymak zorundadır..... " hükmüne yer verilmiş, 153. maddesinde ise; "Anayasa Mahkemesinin kararları kesindir..... Anayasa Mahkemesi kararları Resmi Gazete'de hemen yayımlanır ve yasama,yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar." kuralı yer almıştır.

3201 sayılı Yasa'nın Geçici 20. maddesinde yer alan "...dört yıllık yükseköğretim kurumlarından mezun olarak komiser yardımcılığı kursunu bitirenler ile..." ibaresinin Anayasa Mahkemesince iptal edilmesinden sonra Yasa kuralı " Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin yürürlüğe girdiği tarihten önce (...) bulunduğu rütbede dört yıllık yükseköğretim kurumlarından mezun olup (B) grubundan (A) grubuna geçen polis amirleri, (A) grubunda değerlendirilir. " şeklinde olup bu haliyle yürürlüktedir.

Anayasa'nın 152. ve 153. maddelerinde belirtildiği üzere; mahkemeler bir yasa kuralının Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi halinde yüksek mahkemenin kararına, gerekçesine uygun karar vermek zorundadırlar.

Anayasa Mahkemesince bir kanunun veya KHK'nin tümünün ya da bunların belirli hükümlerinin Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiş olduğu bilindiği halde eldeki davaların Anayasaya aykırılığı saptanmış olan kurallara göre görüşülüp çözümlenmesi, Anayasanın üstünlüğü prensibine ve hukuk devleti ilkesine aykırı düşeceği için uygun görülemez. Bir başka anlatımla, Anayasa Mahkemesinin, iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihi ileriye dönük olarak ertelemiş bulunması öncelikle yasama organına aynı konuda, iptal kararının gerekçesine uygun olarak, yeni bir düzenleme için olanak tanımak ve ortada hukuki bir boşluk yaratmamak amacına yönelik olup yargı merciilerinin bakmakta olduğu uyuşmazlıklarda hukuka ve Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiş kuralları uygulaması ve uyuşmazlıkları bu kurallara göre çözümlemesi sonucunu doğurmayacağı idari yargının yerleşik içtihatlarındandır.Öte yandan, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararında Yasa kuralının tamamında Anayasa'ya aykırılık bulunmadığı, kuralın "eksik düzenleme" nedeniyle iptal edildiği, dolayısıyla bu nedenle kararda süre verildiği de anlaşılmaktadır. Ayrıca ısrar kararının temyiz incelemesinin yapıldığı tarih itibariyle de Anayasa Mahkemesinin verdiği süre içerisinde, yasama organının bir düzenleme yapmadığı ve doğan boşluğun yargı içtihatlarıyla Anayasa Mahkemesi'nce verilen kararın gerekçesi ve hukukun genel prensipleri gözetilerek giderileceği açıktır.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi 23.11.2004 günlü, 25646 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 24.6.2004 günlü, E:2004/18, K:2004/89 sayılı kararından da anlaşıldığı üzere Anayasa Mahkemesince verilen süre içerisinde yeni bir yasal düzenleme yapılmaması nedeniyle oluşan boşluğun Türk Medeni Kanunu'nun 1. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hakim örf ve adet hukukuna göre, bu da yoksa kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre, karar verir" kuralı doğrultusunda mahkemelerce var olan dosyaların incelendiği ve kişiler lehine yorumlar yapıldığı belirtilerek; yeni yasal düzenlemeyi incelerken, bu düzenlemenin verilen süre içerisinde yapılmaması sonucu yargı kararlarıyla oluşan hukuksal durumun gözetilmemesinin hukuk güvenliği ilkesini zedelediğini saptayarak bu düzenlemenin de iptaline karar verdiği görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi kararında belirtildiği üzere, hukuk devleti ilkesinin önkoşullarından biri olan hukuk güvenliği ile kişilerin hukuki güvenliğinin sağlanması amaçlanmaktadır. Hukuk güvenliği ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu'nun 55. maddesini değiştiren 611 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin Anayasa Mahkemesi'nce iptaline rağmen, Emniyet Genel Müdürlüğü'nce açılan komiser yardımcılığı kursu sınavına sadece dört yıllık yüksek öğretim kurumu mezunu polis memurlarının başvurabileceği belirtildiğinden, bu sınavda başarılı olarak komiser yardımcılığı kursuna başlayan kişilerde söz konusu kursun sonunda (A) grubu polis olma beklentisi yaratılmıştır.

Bu nedenledir ki komiser yardımcılığı kursu devam etmekte iken çıkarılan 4638 sayılı Yasa ile Emniyet Teşkilatı Kanununa eklenen Geçici 20. maddede, bu Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihten önce dört yıllık yüksek öğretim kurumlarından mezun olarak komiser yardımcılığı kursunu bitirenlerin (A) grubunda değerlendirileceği yolundaki düzenlemenin kapsamına anılan Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihte komiser yardımcılığı kursuna devam edenlerin alınmamış olması, hukuk güvenliği ilkesine aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle belirtilen Yasa kuralında yer alan ibarenin yüksek mahkemece iptal edildiği ve bu konuda eni bir düzenleme yapılmadığı, kaldı ki yapılacak düzenlemenin de Anayasa Mahkemesi iptal kararı doğrultusunda olacağı hukuksal gerçeği karşısında, dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle Gaziantep 1.İdare Mahkemesinin 22.10.2008 günlü, E:2008/961, K: 2008/1128 sayılı ısrar kararının belirtilen gerekçe ile onanmasına 8.10.2009 gününde, oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Davalı idarenin temyiz isteminin kabulü ile ısrar kararının Danıştay Onikinci Dairesinin 1.2.2008 günlü, E:2005/4808, K:2008/356 sayılı kararında belirtilen gerekçeler ile bozulması oyu ile karara karşıyız.

T.C.
D A N I Ş T A Y
İdari Dava Daireleri
Kurulu
Esas No:2006/4025
Karar No:2009/1811

Özeti : Davacıların askerlik hizmetini yapmakta iken vefat eden oğullarından dolayı 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun uyarınca maaş bağlanması istemiyle yaptıkları başvurunun reddine yönelik işlemin "askeri hizmete ilişkin" olduğundan söz edilemeyeceği; aynı davacılar tarafından vefat eden oğullarından dolayı, İçişleri Bakanlığı aleyhine Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde maddi ve manevi tazminat davası açtıkları ve "askeri hizmete ilişkin" olmanın sözkonusu davada irdeleneceği hususu da dikkate alındığında, dava konusu idari işlemin iptali istemiyle açılan davanın görüm ve çözümünde idari yargının görevli olduğu hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacılar) : 1- …
2- …
Vekilleri : …
Karşı Taraf (Davalı) : T.C.Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı
(Devredilen Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü)

İstemin Özeti : Ankara 2. İdare Mahkemesinin 23.3.2006 günlü, E:2005/1886, K:2006/660 sayılı ısrar kararının temyizen incelenerek bozulması davacılar tarafından istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : İstemin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Şehnaz Gençay Karabulut'un Düşüncesi : Davanın görüm ve çözümünde idari yargının görevli olduğu görüşüyle temyiz isteminin kabulü ile ısrar kararının Danıştay Onbirinci Daire kararı doğrultusunda bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Mehmet Ali Samur'un Düşüncesi : Jandarma Genel Komutanlığı emrinde er olarak görev yapmakta iken vefat eden davacıların oğullarından dolayı aylık bağlanması istemiyle yaptıkları başvurunun reddine ilişkin işleme karşı açılan davayı görev yönünden reddeden İdare Mahkemesi kararını bozan Danıştay Onbirinci Daire kararına uymayarak ilk kararında ısrar eden İdare Mahkemesi kararının bozulması istenilmektedir.

1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununun 20.maddesinde "Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Türk Milleti Adına; askeri olmayan makamlarca tesis edilmiş olsa bile, asker kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların ilk ve son derece mahkemesi olarak yargı denetimini ve diğer kanunlarda gösterilen görevleri yapar" denilmektedir.

Bu hükme göre, Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin bir davaya bakabilmesi için, dava konusu idari işlemin, asker kişiyi ilgilendirmesi ve askeri hizmete ilişkin bulunması şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir.

Olayda, davacıların asker olan oğullarından dolayı aylık bağlanması için yaptıkları başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan işbu davada, yukarıda belirtilen şartların birlikte gerçekleşmemiş olması nedeniyle uyuşmazlığın görüm ve çözümünde Askeri Yüksek İdare Mahkemesi değil, genel idari yargı yeri olarak İdare Mahkemesi görevli bulunmaktadır.

Belirtilen nedenlerden dolayı, temyiz isteminin kabulü ile İdare Mahkemesi kararının Danıştay Onbirinci Daire Kararı doğrultusunda bozulmasına karar verilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

Dava, davacıların askerlik hizmetini yapmakta iken vefat eden oğullarından dolayı 2330 sayılı Kanun uyarınca maaş bağlanmasına ilişkin başvurularının reddine ilişkin işlemin iptali ile ödenmeyen aylık, ikramiye ve diğer tüm yasal haklarının olay tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açılmıştır.

Ankara 2. İdare Mahkemesinin 22.1.2004 günlü, E:2004/38, K:2004/73 sayılı kararıyla; askerlik görevini yürüttüğü sırada el bombasının patlaması sonucu meydana gelen ölüm olayının askeri görevden doğup, doğmadığına ilişkin uyuşmazlığın, askeri gerekler, askeri bilgi, usul ve yöntemler göz önüne alınarak çözümlenmesi gerektiği, dolayısıyla askeri hizmete ilişkin davanın görüm ve çözümünün 1602 sayılı Yasa'nın 20. maddesi uyarınca Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin görevinde bulunduğu gerekçesiyle davanın görev yönünden reddine karar verilmiştir.

Anılan karar temyiz incelemesi sonucunda Danıştay Onbirinci Dairesinin 9.5.2005 günlü, E:2004/1433, K:2005/2376 sayılı kararıyla; Anayasanın 157. maddesinde; Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin, askeri olmayan makamlarca tesis edilmiş olsa bile, asker kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların yargı denetimini yapan ilk ve son derece mahkemesi olduğunun belirtildiği, 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununun 20. maddesinde de aynı kurala yer verildiği, dolayısıyla, Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin bir davaya bakabilmesi için dava konusu idari işlemin, asker kişiyi ilgilendirmesi ve askeri hizmete ilişkin bulunması koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerektiği, dosyanın incelenmesinden; askerlik görevini yürüttüğü sırada 5.10.2002 tarihinde meydana gelen olayda, arkadaşlarıyla şakalaşırken üzerindeki el bombasının bilinmeyen nedenle patlaması sonucu oğulları vefat eden davacıların, oğullarının

görev gereği verilmiş olan el bombasının patlaması sonucunda, yani görevinin neden ve etkisi ile vefat etmesinden dolayı 2330 sayılı Yasa uyarınca maaş bağlanması yolundaki başvurularının reddi üzerine dava açtıklarının anlaşıldığı, 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanunun 1. maddesinde; Kanunun amacının, barışta güven ve asayişi korumak, kaçakçılığı men, takip ve tahkikle görevli olanların bu görevlerinden dolayı ya da görevleri sona 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 ve bu yüzden yaralanmaları halinde ödenecek nakdi tazminatın esas ve yöntemlerinin düzenlenmesi olduğunun, 4. maddesinin (c) bendinde ise; ölenlerin kendilerine bağlanması gereken görev malullüğü aylığının, dul ve yetimlerine intikal ettirileceğinin kurala bağlandığı, olayda; davacıların oğlunun asker kişi olduğu, ancak, görev gereği verilmiş olan el bombasının patlaması sonucunda vefat etmesi nedeniyle, askerlik görevini yaparken ölen oğullarından dolayı davacıların 2330 sayılı Yasanın amacı doğrultusunda maaş bağlanması yolundaki isteklerinin reddine yönelik işlemin askeri hizmete ilişkin olduğundan söz edilemeyeceği, belirtilen durum karşısında, olayda Anayasanın 157. ve 1602 sayılı Yasanın 20. maddelerinde öngörülen, idari işlemin asker kişiyi ilgilendirmesi ve askeri hizmete ilişkin bulunması koşulları birlikte gerçekleşmediğinden, davanın görüm ve çözümü genel idari yargı yerinin görevine girdiğinden idare mahkemesince davanın görev yönünden reddedilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle bozulmuş ise de, İdare Mahkemesi bozma kararına uymayarak, davanın görev yönünden reddi yolundaki kararında ısrar etmiştir.

Davacılar, Ankara 2. İdare Mahkemesinin 23.3.2006 günlü, E:2005/1886, K:2006/660 sayılı ısrar kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedirler.

Temyiz istemine konu dosyanın incelenmesinden, Şırnak Beytüşşebap 5. Jandarma Komando Tabur Komutanlığı emrinde er olarak görev yapmakta iken el bombasının patlaması sonucu vefat eden oğullarından dolayı davacıların 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun hükümlerinden yararlanmak amacıyla maaş bağlanması istemlerinin reddi üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

İdari işlemin, görevli yargı yerinin tespiti yönünden, "askeri hizmete ilişkin" olup olmadığının saptanabilmesi için işlemin konusuna bakılması gerekmektedir. Yargı kararlarında, eğer idari işlem askeri gerçeklere, askeri usul ve yönteme ve askeri hizmete göre tesis edilmiş ise bu işlemin askeri hizmete ilişkin olduğu kabul edilmektedir. Diğer bir ifadeyle, askeri hizmete ilişkin idari işlemler; idarenin bir asker kişinin askerlik yeterlik ve yeteneklerinin, tutum ve davranışlarının, askeri geçmişinin, asker kişi olmaktan kaynaklanan hak ve ödevlerinin, askerlik hizmetinin amacı, askeri görev yerlerinin özellikleri, askeri kural ve gerekler göz önünde tutularak değerlendirilmesi sonucunda tesis edilen işlemlerdir.

Danıştay Onbirinci Dairesinin kararında da değinildiği üzere, 2330 sayılı Yasanın amacı doğrultusunda maaş bağlanması istemiyle yapılan başvurunun reddine yönelik işlemin yukarıda yapılan tanımlama karşısında "askeri hizmete ilişkin" olduğundan söz edilemeyeceği gibi, aynı davacılar tarafından vefat eden oğullarından dolayı, İçişleri Bakanlığı aleyhine Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde maddi ve manevi tazminat davası açıldığı ve "askeri hizmete ilişkin" olmanın söz konusu davada irdeleneceği hususu dikkate alındığında, askeri hizmete ilişkin bulunmayan dava konusu idari işlemin iptali istemiyle açılan davanın görev yönünden reddine ilişkin temyize konu İdare Mahkemesinin ısrar kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davacıların temyiz istemlerinin kabulüne, Ankara 2. İdare Mahkemesinin 23.3.2006 günlü, E:2005/1886, K:2006/660 sayılı ısrar kararının Danıştay Onbirinci Dairesince verilen karar doğrultusunda bozulmasina, işin esası hakkında karar verilmek üzere dosyanın anılan idare mahkemesine gönderilmesine, 22.10.2009 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Temyiz dilekçesinde ileri sürülen hususlar Ankara 2. İdare Mahkemesinin 23.3.2006 günlü, E:2005/1886, K:2006/660 sayılı ısrar kararının bozulmasını gerektirecek nitelikte bulunmadığından, temyiz isteminin reddi ile anılan kararın onanması oyuyla, karara karşıyız.

T.C.
D A N I Ş T A Y
İdari Dava Daireleri
Kurulu
Esas No:2008/1199
Karar No:2009/1816

Özeti : Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren "Güzellik ve Estetik Amaçlı Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik"in kimi maddelerinin iptali istemiyle açılan davada dava açma süresinin, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7. maddesi uyarınca Yönetmeliğin Resmi Gazete'de yayımlandığı tarihi izleyen günden başlayacağı; 2003 yılında yürürlüğe girerek hukuki sonuçlarını doğuran Yönetmeliğe karşı yukarıda belirtilen dava açma süresinde dava açmayan davacı Derneğin, dava açma süresini geçirdikten sonra, Yönetmeliğin kimi hükümlerinin değiştirilmesi için 2577 sayılı Yasa'nın 11. maddesi uyarınca davalı idareye yaptığı başvurunun dava açma süresini yeniden başlatmayacağı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) **:** Türk Dermatoloji Derneği
Vekili **:** Av. ...
Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) **:** Sağlık Bakanlığı
Davalı Yanında Davaya Katılanlar **: 1-**Medikal Estetik Hekimleri Derneği
2-... Cilt Estetiği ve Sağlığı Hizmetleri A.Ş.
3-... Sağlık Eğitim ve Danışmanlık Hizmetleri Tic. Ltd. Şti.

İstemin Özeti : Danıştay Onuncu Dairesinin 5.2.2008 günlü, E:2005/7831, K:2008/403 sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması taraflarca ve davalı idare yanında davaya katılanlarca istenilmektedir.

Davacı Savunmasının Özeti : Davalı idare ile davalı idareler yanında davaya katılanların temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Davalı İdare ile Davalı İdare Yanında
Davaya Katılanların Savunmasının Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Şehnaz Gençay Karabulut'un Düşüncesi : Temyiz istemlerinin reddi ile hukuka uygun bulunan kararın onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Hüseyin Ünal Kara'nın Düşüncesi : Temyiz dilekçesinde ileri sürülen nedenler, temyiz edilen kararın yürütülmesinin durdurulmasını gerektirecek nitelikte görülmedğinden, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 52 nci maddesi uyarınca isteminin reddi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nca, dosyanın tekemmül etmiş olması nedeniyle davalı idarenin ve davaya davalı idare yanında katılanların yürütmenin durdurulması istemi görüşülmeksizin, dosya incelendi, gereği görüşüldü;

Dava; davacı tarafından, Güzellik ve Estetik Amaçlı Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmeliğin 4. maddesinin (e) bendinde tanımlanan sertifikaya sahip olan, aynı maddenin (f) bendinde belirtilen sertifikalı tabiplere; 12. maddenin a, b, c, d, e ve f bendlerinde belirtilen tıbbi işlemleri uygulama ve güzellik uzmanlarına 13. maddenin 1. bendinin (d) alt bölümü ile 2. bendinin (a) alt bölümünde belirtilen işlemleri yapma yetkisi verilmesi işlemlerine son verilmesi, Güzellik Merkezlerinde Yapılacak Tıbbi Uygulamalar İle İlgili Sertifika Eğitimi ve Eğitim Verecek Merkezlerin Nitelikleri, Tespiti, Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönergenin Ek-4'te yer alan Medikal Estetik Teorik Eğitim Programı içinde "Dermatoloji Uzmanı" tarafından 18 maddelik eğitim programının verilmesine dair uygulamanın, Plastik, Rekonstrüktif ve Estetik Cerrahi Uzmanı tarafından 5 maddelik eğitim programının ilk dört maddesinin verilmesine dair uygulamanın, Tıp Doktoru (Uluslararası saç ekimi birliklerinden sertifikalı) tarafından üç maddelik eğitimin ilk maddesinin verilmesine dair uygulamanın, Tıp Doktoru (kozmetik ve estetik alanında deneyimli) (31 saat) başlıklı bölümünün 12, 13, 14 ve 15 nolu maddelerde belirtilen eğitimlerin verilmesine dair uygulamanın, Ek 5'de yer alan Medikal Estetik Uygulamalı Eğitim Programı (60 saat) başlıklı bölümün 9, 10, 11, 12, 13, 14, 22, 25, 26 ve 28. maddelerdeki eğitimlerin verilmesine dair uygulamanın sona erdirilmesi ve anılan Yönetmelik ve Yönerge hükümlerinin üst hukuk normlarına uygun hale getirilmesi istemiyle yapılan başvurunun cevap verilmemek suretiyle reddine ilişkin işlem ile bu işlemin dayanağı olan ve 12.5.2003 tarih ve 25106 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Güzellik ve Estetik Amaçlı Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmeliğin 4. maddesinin (e) ve (f) bendlerinin; 12. maddenin a, b, c, d, e, f bendlerinin; 13. maddenin 1. bendinin (d) alt bölümü ile 2. bendinin (a) alt bölümünde yer alan düzenlemenin ve Güzellik Merkezlerinde Yapılacak Tıbbi Uygulamalar İle İlgili Sertifika Eğitimi ve Eğitim Verecek Merkezlerin Nitelikleri, Tespiti, Çalışma Usul Esaslarına Dair Yönergenin 8. maddesinin (e) bendinin III nolu bölümünde yer alan "Kozmetik ve estetik alanında deneyimli tabip" ibaresinin, Yönergeye ekli "Ek-4" te Medikal Estetik Teorik Eğitim Programı içinde yer alan "Dermatoloji Uzmanı" tarafından 18 maddelik eğitim programının verilmesine dair düzenlemenin, Plastik, Rekonstrüktif ve Estetik Cerrahi Uzmanı tarafından 5 maddelik eğitim programının ilk dört maddesinin verilmesine dair düzenlemenin, tıp doktoru (Uluslararası saç ekimi birliklerinden sertifikalı) tarafından üç maddelik eğitimin ilk maddesinin verilmesine dair düzenlemenin, Tıp Doktoru (kozmetik ve estetik alanında deneyimli) (31 saat) başlıklı bölümünün 12, 13, 14 ve 15 nolu maddelerde belirtilen eğitimlerin verilmesine dair uygulamanın, Ek-5'te yer alan Medikal Estetik Uygulamalı Eğitim Programı (60 saat) başlıklı bölümün 9, 10, 11, 12, 13, 14, 22, 25, 26 ve 28. maddelerdeki düzenlemelerin iptali istemiyle açılmıştır.

Açılan dava sonunda Danıştay Onuncu Dairesince verilen ve davanın kısmen reddine, kısmen dava konusu işlemlerin iptaline ilişkin 5.2.2008 günlü, E:2005/7831, K:2008/403 sayılı kararı, taraflar ve davaya davalı idare yanında katılanlar temyiz etmekte ve bozulmasını istemektedirler.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasası'nın 7. maddesinin birinci fıkrasında, dava açma süresinin, özel yasalarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde Danıştay'da ve idare mahkemelerinde altmış gün olduğu, aynı maddenin dördüncü fıkrasında, ilanı gereken düzenleyici işlemlerde dava süresinin, ilan tarihini izleyen günden itibaren başlayacağı, ancak bu işlemlerin uygulanması üzerine ilgililerin, düzenleyici işlem veya uygulanan işlem yada her ikisine karşı dava açabilecekleri belirtilmiştir.

Buna göre, ilan tarihini izleyen günden itibaren işlemeye başlayan dava açma süresi içerisinde idari davaya konu edilmeyen düzenleyici işlemlerin, bu tarihten sonra davaya konu

edilebilmeleri için, ilgili hakkında uygulama işlemi yapılmış olması, bireysel işlemin ise birlikte dava konusu yapıldığı düzenleyici işlemin uygulanması niteliğinde bulunması gerekmektedir.

Sağlık Bakanlığı tarafından hazırlanan "Güzellik ve Estetik Amaçlı Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik" 12.5.2003 günlü, 25106 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu Yönetmeliğe dayalı olarak hazırlanan "Güzellik Merkezlerinde Yapılacak Tıbbi Uygulamalar ile İlgili Sertifika Eğitimi ve Eğitim Verecek Merkezlerin Nitelikleri, Tespiti, Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönerge" ise 30.7.2003 tarihli Bakanlık Genelgesi ile valiliklere duyurulmuş ve bu tarihten itibaren sertifika eğitimi verecek merkezler belirlenerek, bu merkezlerde birçok tıp doktoruna eğitim ve eğitim sonunda da sertifika verilmek suretiyle "sertifikalı" olarak nitelendirilen bu doktorların, dermatoloji uzmanları ve plastik, rekonstrüktif ve estetik cerrahi uzmanları ile birlikte güzellik merkezlerinde Yönetmelikte belirtilen tıbbi işlemleri yapmak suretiyle çalışmalarına olanak tanınmıştır.

Davacı Türk Dermatoloji Derneği ise, "Güzellik ve Estetik Amaçlı Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik"in Resmi Gazete'de yayımlandığı 12.5.2003 tarihini izleyen günden itibaren 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasası'nın 7. maddesinin birinci fıkrası uyarınca altmış gün içinde dava açma yoluna gitmediği gibi, 2003 yılında uygulanmış ve hukuki sonuçlarını doğurmuş Yönergeye karşı da yasal süresi içinde dava açmamış; ancak, aradan iki yıla yakın bir süre geçtikten sonra, 2.8.2005 tarihinde davalı idareye yaptığı başvurusunun yanıt verilmeyerek reddi üzerine, 21.10.2005 tarihinde bakılan davayı açmıştır.

Davacı Dernek, davalı idareye yaptığı başvurusunda ise, dava konusu düzenlemeler ile Dermatoloji (veya Plastik Rekonstrüktif ve Estetik Cerrahi) uzmanı olmayan doktorlara dermatoloji alanına dahil konularda tıbbi müdahalelerde bulunma ayrıca doktor olmayan güzellik uzmanlarına kimyasal, bitkisel peeling ile iğneli epilasyon uygulaması yapmak yetkilerinin verilmesinin hukuka aykırı olduğunu ileri sürerek, hem bu uygulamalara son verilmesi, hem de bu uygulamalara dayanak oluşturan düzenlemelerin değiştirilmesini istemiştir. Görüldüğü üzere davacı Derneğin davalı idareye yaptığı bu başvuru, Dermatoloji uzmanı olmayanlara dava konusu edilen Yönetmelik ve Yönerge kuralları ile tanınan kimi yetkilerin kullanılması ile ortaya çıkan uygulamaların sona erdirilmesi ve bunun için de Yönetmelik ve Yönerge maddelerinin değiştirilmesi istemiyle yapılmış bir başvurudur. Dolayısıyla bu başvurunun yanıt verilmeyerek reddine ilişkin işlemin, davacı Dernek yönünden bir uygulama işlemi kabul edilmesine olanak bulunmamaktadır. Çünkü, 2577 sayılı Yasa'nın 7. maddesinde sözü edilen "uygulama işlemi" kavramı, kural koyucu nitelikteki düzenleyici işlemlere dayanılarak ilgililer hakkında tesis edilen ve onların menfaatlerinin ihlal edilmesi sonucunu doğuran, başka bir ifadeyle hukuksal durumlarında değişiklik doğuran bireysel nitelikteki işlemleri ifade etmektedir. Dolayısıyla davacının, dava konusu ettiği Yönetmelik ve Yönerge kurallarının değiştirilmesi amacıyla 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasası'nın 11. maddesi kapsamında yaptığı başvurunun reddi sonrasında, değiştirilmesi istenilen düzenleyici işlemleri iptal davasına konu edebileceğinin kabulünün, kamu düzeninden sayılan dava açma süresinin gözardı edilmesi sonucunu doğuracağı açıktır.

Belirtilen durum karşısında, 2003 yılında yürürlüğe girerek hukuki sonuçlarını doğurmuş olan Yönetmelik ve Yönerge'ye karşı dava açma süresi içinde dava açmayan davacı Derneğin, dava açma süresinin geçirilmesinden sonra, sözü edilen Yönetmelik ve Yönerge'nin kimi maddelerinin değiştirilmesi için 2577 sayılı Yasa'nın 11. maddesine göre davalı idareye yaptığı başvuru dava açma süresini yeniden başlatmayacağından, bu başvurunun reddi üzerine açılan davanın süre aşımı nedeniyle incelenemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır.

Davacının temyiz istemine gelince; temyize konu kararın süre yönünden bozulmasına karar verildiğinden, davacının uyuşmazlığın esasına yönelik temyiz iddialarının incelenmesine gerek görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin ve davaya davalı idare yanında katılanların temyiz istemlerinin kabulüne, Danıştay Onuncu Dairesi'nin 5.2.2008 günlü, E:2005/7831,

K:2008/403 sayılı kararının bozulmasına, yürütmenin durdurulması istemi incelenmediğinden, yürütmenin durdurulması harcının davalı idare yanında davaya katılanlara iadesine, dosyanın yeniden bir karar verilmek üzere Danıştay Onuncu Dairesi'ne gönderilmesine 22.10.2009 gününde, oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

Dava, Türk Dermatoloji Derneği tarafından, Dermatoloji uzmanı olmayan doktorlara ve sağlık personeli olmayan güzellik uzmanlarına bu uzmanlık alanına ait tıbbi işlemleri yapma yetkisi verildiğinden bahisle bu işlemlere son verilmesi için yapılan başvurunun cevap verilmemek suretiyle reddine ilişkin işlem ile Güzellik ve Estetik Amaçlı Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmeliğin ve konuya ilişkin Yönergenin bazı maddelerinin iptali istemiyle açılmıştır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasası'nın 7. maddesinin dördüncü fıkrasında, ilanı gereken düzenleyici işlemlerde dava açma süresinin, ilan tarihini izleyen günden itibaren başlayacağı; ancak bu işlemlerin uygulanması üzerine ilgililerin, düzenleyici işlem veya uygulanan işlem yahut her ikisi aleyhine birden dava açabilecekleri hükme bağlanmıştır.

Dava konusu Yönetmelik 12.5.2003 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmış, Yönerge ise 30.7.2003 tarihli Bakanlık Genelgesi ile Valiliklere gönderilmiş; davacı Dernek, Yönetmelik ve Yönergeye dayalı uygulamalara son verilmesi ve üst hukuk kurallarına uygun düzenleme yapılması istemiyle yaptığı başvurunun reddi üzerine bu davayı açmıştır.

Dava konusu işlemler dernek tüzel kişiliğinin herhangi bir menfaatini doğrudan ihlal etmemekte ise de, Danıştay Onuncu Dairesi'nin temyize konu kararında, Derneğin tüzüğünde belirtilen amaçları doğrultusunda bu davayı açmaya ehliyeti olduğu sonucuna ulaşılmış; bu değerlendirme İdari Dava Daireleri Kurulu'nca da kabul edilmiştir.

Dava konusu edilen Yönetmelik ve Yönerge kuralları dikkate alındığında, bu kurallara dayalı olarak davacı Dernek hakkında doğrudan bir uygulama yapılmasına olanak bulunmadığından, bu davayı açmaya ehliyetli olduğu kabul edilen davacı Derneğin içeriği yukarıda yazılı başvurusunun reddinin, bu başvurunun konusunu oluşturan düzenleyici işleme karşı dava açma olanağı yaratacağının da kabulü zorunludur. Öte yandan, ilan edilmeyen bir Yönergenin düzeltilmesi istemiyle yapılan başvurunun da 2577 sayılı Yasa'nın 11. maddesi kapsamında ve süresinde yapılmış bir başvuru olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

Belirtilen nedenlerle, davanın süresi içinde açıldığı anlaşıldığından, temyiz isteminin esas yönünden incelenmesi gerektiği oyuyla, karara katılmıyoruz.

T.C.
D A N I Ş T A Y
İdari Dava Daireleri
Kurulu
Esas No:2007/2107
Karar No:2009/1855

Özeti : Davacı tarafından, dosyanın tekemmül etmesinden sonra davadan feragat edildiğinden, avukatları aracılığı ile usul hükümlerine uygun olarak savunma veren davalı idare lehine avukatlık ücretine hükmedilmesi gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı (devredilen Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığı)

Vekili : Av.

Karşı Taraf (Davacı) : ...

İstemin Özeti : Danıştay İkinci Dairesinin 9.3.2007 günlü, E:2004/8023, K:2007/912 sayılı kararının, davalı idare lehine vekalet ücretine hükmedilmemiş olması nedeniyle temyizen incelenerek bu yönden bozulması davalı tarafından istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Burakhan Melikoğlu'nun Düşüncesi : Davalı idare tarafından, avukatları aracılığı ile usul hükümlerine uygun olarak savunma verildiği ve dosyanın tekemmül etmesinden sonra davacı tarafından davadan feragat edildiği anlaşıldığından, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin 14. maddesi uyarınca vekalet ücretine hükmedilmesi gerekmektedir.

Dava devam ederken iptali istenilen düzenleyici işlem yürürlükten kaldırılmış ve bu yönüyle uyuşmazlık ortadan kalkmış ise de iptali istenilen bireysel işlem geri alınmadığından uyuşmazlığın bu yönüyle devam ettiği, dolayısı ile davanın kabulünün gerçekleşmediği de açıktır.

Bu nedenle, Daire kararının vekalet ücretine hükmedilmemesine ilişkin kısmının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Semra Şentürk'ün Düşüncesi : 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 24/f maddesinde; yargılama giderleri ve hangi tarafa yükletildiğinin kararlarda bulunacak hususlardan olduğu öngörülmüş ve 31. maddesiyle göndermede bulunduğu 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 423/6. maddesinde takdir olunacak vekil ücretleri yargılama giderleri arasında sayılmıştır.

Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin 6 ncı maddesinde; Anlaşmazlığın,davanın konusuz kalması, feragat, kabul ve sulh nedenleriyle, delillerin toplanmasına ilişkin ara kararı gereği yerine getirilmesinden önce giderilirse Tarife hükümleriyle belirlenen ücretin yarısına, karar gereğinin yerine getirilmesinden sonra giderilirse tamamına hükmolunacağı öngörülmüştür.

Dava, davacının davadan feragat etmesi etmesi üzerine sonuçlandığından davalı idare lehine vekalet ücretine hükmedilmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulüyle vekalet ücreti yönünden Danıştay İkinci Dairesince verilen kararın bozulması gerekeceği düşünülmüştür.

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

Dava; davacının sosyal çalışmacı kadrosuna atanmak için yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlem ile bu işlemin dayanağı olan Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığı Personelinin Görevde Yükselmesinde Uygulanacak Usul ve Esaslara İlişkin Yönetmeliğin ilgili maddesinin iptali istemiyle açılmıştır.

Danıştay İkinci Dairesinin 9.3.2007 günlü, E:2004/8023, K:2007/912 sayılı kararıyla; 26.2.2007 tarihinde kayıtlara giren dilekçe ile davadan feragat edildiğinin bildirilmiş olması nedeniyle dava konusu uyuşmazlığın ortadan kalkmış olduğu gerekçesiyle dava konusu uyuşmazlık hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir.

Davalı idare vekilince; lehlerine vekalet ücretine hükmedilmesi gerektiği öne sürülmekte ve daire kararının temyizen incelenerek bozulmasını istenmektedir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun "Kararın Bozulması" başlıklı 49. maddesinde "usul hükümlerine uyulmamış olunması" bozma sebepleri arasında sayılmış olduğundan, temyiz merciince, temyizi istenen kararın usul hükümlerine uygun olup olmadığı yönünden incelemeye tabi tutulacağı açıktır.

13.12.2006 tarih ve 26375 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan ve temyiz istemine konu karar tarihinde yürülükte olan 2007 yılı Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin, "Danıştayda, Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde, bölge idare, idare ve vergi mahkemelerinde görülen dava ve işlerde ücret" başlıklı 14. maddesinin 1. fıkrasında, davaya cevap verme sürelerinin bitimine kadar anlaşmazlığın feragat ya da kabul nedenleriyle ortadan kalkması veya bu nedenlerle davanın reddine karar verilmesi durumunda tarifede yazılı ücretin yarısına, diğer durumlarda tamamına hükmedileceği kurala bağlanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, Sosyal Sigortalar Kurumu İstanbul Sigorta İl Müdürlüğünde memur olarak görev yapan davacının, aynı Kurumda sosyal çalışmacı kadrosuna atanmak için yaptığı başvurunun reddi üzerine bu işlemin ve dayanağı olan düzenleyici işlemin iptali istemiyle bakılan davayı açtığı, davalı idarece avukatları aracılığı ile usul hükümlerine uygun olarak savunma verilmesinden ve dosyanın tekemmül etmesinden sonra, KPSS sonuçlarına göre Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğüne sosyal çalışmacı olarak atanması üzerine, açtığı davadan feragat ettiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda, davacı tarafından dosyanın tekemmül etmesinden sonra davadan feragat edildiğinden, avukatları aracılığı ile usul hükümlerine uygun olarak savunma veren davalı idare lehine yukarıda yer verilen Tarife kuralı uyarınca vekalet ücretine hükmedilmesi gerekmekte olup, Daire kararının, davalı idare lehine vekalet ücretine hükmedilmemesine ilişkin kısmında usul hükümlerine uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle; davalı idarenin temyiz isteminin kabulüne, Danıştay İkinci Dairesinin 9.3.2007 günlü, E:2004/8023, K:2007/912 sayılı kararının vekalet ücreti yönünden bozulmasina, 22.10.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
İdari Dava Daireleri
Kurulu
Esas No:2006/3227
Karar No:2009/1856

Özeti : Derdestlik sebebiyle davanın incelenmeksizin reddi yolunda verilen kararda, davalı idare lehine avukatlık ücretine hükmedilmesinin, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin 14. maddesine uygun olduğu hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : …
Vekili : Av. …
Karşı Taraf (Davalı) : Türkiye Elektrik Dağıtım A.Ş Genel
Vekili : Av. …
İstemin Özeti : Danıştay Onikinci Dairesinin 20.1.2006 günlü, E:2005/4375, K:2006/42 sayılı kararının, vekalet ücreti yönünden temyizen incelenerek bozulması davacı tarafından istenilmektedir.
Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.
Danıştay Tetkik Hakimi Burakhan Melikoğlu'nun Düşüncesi: Derdestlik nedeniyle davanın incelenmeksizin reddi yolunda verilen karar, vekalet ücreti yönünden temyiz edilmiştir.

04.12.2005 tarihli, 26013 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan ve temyiz istemine konu kararın verildiği tarihte yürülükte olan 2006 yılı Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin 7.

maddesinde, davanın açılmamış sayılmasına, delillerin toplanmasına ilişkin ara kararı gereğinin yerine getirilmesinden önce karar verilmesi durumunda, Tarifede yazılı ücretin yarısına, karar gereğinin yerine getirilmesinden sonraki aşamada ise tamamına hükmolunacağı kurala bağlanmıştır.1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunun 194. maddesinden, anılan Tarife kuralında yer alan "davanın açılmamış sayılmasına"ibaresi ile, derdestlik nedeniyle verilen kararların kast edildiği anlaşılmaktadır.

Buna göre, 2006 yılı Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin 7. maddesine uygun olarak vekalet ücretine hükmedildiği anlaşıldığından, Daire kararının bu açıklamanın eklenmesi suretiyle onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Esma Nur Necef'in Düşüncesi : Danıştay 12 nci Dairesinin 20.1.2006 gün ve E:2005/4375, K:2006/42 sayılı kararın avukatlık ücretine ilişkin bölümünün temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Her ne kadar davacı vekili tarafından, temyize konu Danıştay 12 nci Dairesinin kararında dava konusu işlemin Kanuna aykırı olduğu yolunda herhangi bir yargıya varılmadığı gibi aynı işleme karşı Danıştay 12 nci Dairesine açılan ve E2003/2435 sayısında kayıtlı davanın da temyiz aşamasında olduğu ve henüz kesinleşmediğini ileri sürerek 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 31 inci maddesinin atıfta bulunduğu HUMK 416 ve 417 maddeleri uyarınca davalı idare lehine vekalet ücretine hükmedilmemesi gerektiği ileri sürmekte ise de; Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin 14 üncü maddesi gereği bu iddia yerinde görülmemiştir.

Belirtilen nedenlerle temyiz isteminin reddiyle Danıştay 12 nci Dairesi kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

Dava; davalı idarede diş hekimi olarak görev yapan davacının özel muayenehanelerinde çalışmakta olan personelin muayenehanelerini kapatmaları gerektiği, aksi halde gerekli işlemlerin yapılacağının bildirilmesine ilişkin TEDAŞ Genel Müdürlüğü Personel Daire Başkanlığının 12.5.2003 günlü, 4986 sayılı işleminin iptali istemiyle açılmıştır.

Danıştay Onikinci Dairesinin 20.1.2006 günlü, E:2005/4375, K:2006/42 sayılı kararıyla; aynı konuda aynı nedene dayanılarak tarafları aynı olan iki ayrı davanın açıldığı anlaşıldığından, derdestlik sebebiyle davanın incelenmesine olanak bulunmadığı gerekçesiyle davanın incelenmesizin reddine, 400 TL vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalı idareye verilmesine karar verilmiştir.

Davacı vekili tarafından, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunun 416. ve 417. maddelerine göre yargılama giderlerinin davada haksız çıkan tarafa yüklenmesi gerektiği, uyuşmazlığın esası hakkında karar verilmediğinden, dolayısıyla davada haksız çıkan taraf bulunmadığından, aleyhlerine vekalet ücretine hükmedilemeyeceği öne sürülmekte ve daire kararının vekalet ücreti yönünden temyizen incelenerek bozulması istenmektedir.

04.12.2005 tarihli, 26013 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan ve temyiz istemine konu kararın verildiği tarihte yürülükte olan 2006 yılı Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin, "Danıştayda, Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde, bölge idare, idare ve vergi mahkemelerinde görülen dava ve işlerde ücret" başlıklı 14. maddesinde, "Danıştay'da ilk derecede veya duruşmalı olarak temyiz yoluyla görülen dava ve işlerde, idari ve vergi dava daireleri genel kurulları ile dava dairelerinde, bölge idare, idare ve vergi mahkemelerinde davaya cevap verme sürelerinin bitimine kadar anlaşmazlığın feragat ya da kabul nedenleriyle ortadan kalkması veya bu nedenlerle davanın reddine karar verilmesi durumunda tarifede yazılı ücretin yarısına, diğer durumlarda tamamına hükmedilir. Şu kadar ki, dilekçelerin görevli mercie gönderilmesine veya dilekçenin reddine karar verilmesi durumunda avukatlık ücretine hükmolunmaz." kuralı yer almakta olup, derdestlik sebebiyle

davanın incelenmeksizin reddi yolunda verilen kararda, davalı idare lehine avukatlık ücretine hükmedilmesinde Tarifenin anılan kuralına aykırılık görülmemiştir.

Temyiz edilen kararla ilgili dosyanın incelenmesinden; Danıştay Onikinci Dairesi'nce verilen kararın usul ve hukuka uygun bulunduğu, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenlerinin kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı anlaşıldığından, davacı temyiz isteminin reddine, Danıştay Onikinci Dairesinin 20.1.2006 günlü, E:2005/4375, K:2006/42 sayılı kararının onanmasina, 22.10.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
İdari Dava Daireleri
Kurulu
Esas No:2006/4705
Karar No:2009/1863

Özeti : Adli ve İdari Yargı hakim ve cumhuriyet savcıları ile diğer görevlilerine ödenmekte olan yol gideri ve tazminatına sınırlama getiren yasal düzenlemelerin açıklanmasına ilişkin bulunan Genelgenin davacı Baronun menfaatini etkilememesi nedeniyle iptali için dava açma ehliyetinin bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : İzmir Barosu Başkanlığı
Vekili : Av. …
Karşı Taraf (Davalı) : Adalet Bakanlığı
İstemin Özeti :Danıştay Onbirinci Dairesi'nin 22.3.2006 günlü, E:2006/970, K:2006/1482 sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması davacı vekili tarafından istenilmektedir.

Savunmanın 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 Burakhan Melikoğlu'nun Düşüncesi : Temyiz isteminin reddi ile Daire kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Handan Yağuş'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 Onbirinci Dairesi'nce verilen kararın onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

Dava, Adalet Bakanlığı İdari ve Mali İşler Daire Başkanlığının, 3717 sayılı Yasa hükümleri ile Adli ve İdari Yargı hakim ve cumhuriyet savcıları ile diğer görevlilerine ödenmesi öngörülen yol gideri ve tazminata ilişkin usul ve esasları belirleyen 13.2.2006 tarihli, 127 sayılı Genelgesinin iptali istemiyle açılmıştır.

Danıştay Onbirinci Dairesinin, 22.3.2006 günlü, E:2006/970, K:2006/1482 sayılı kararıyla, 2577 sayılı Yasa hükümleri uyarınca iptal davası açabilmek için,dava konusu işlem ile davacı arasında ciddi, makul, kişisel, meşru ve güncel bir ilişkinin bulunması ve işlemin

davacının menfaatini ihlal etmiş olması gerektiği, buna göre, Adli ve İdari Yargı hakim ve Cumhuriyet Savcıları ile diğer görevlilerine ödenecek yol tazminatının ödeme usul ve esaslarının, 3717 sayılı Yasada yapılan değişiklikler nedeniyle yeniden düzenlenmesine ve özü itibariyle ilgili personele verilmekte olan yol tazminatına sınırlama getiren yasal düzenlemelerin açıklanmasına ilişkin bulunduğu anlaşılan dava konusu genelgenin iptalinin istenilmesinde, davacı Baro'nun doğrudan, kişisel ve meşru bir menfaatinin olmadığı, dolayısıyla bu konuda dava açma ehliyetinin bulunmadığı gerekçesiyle, davanın ehliyet yönünden reddine karar verilmiştir.

Davalı vekili tarafından, yargı çalışanlarının parasal haklarına kısıtlama getiren düzenlemenin, yargı yerlerindeki çalışma barışını bozduğu ve işlerin aksamasına neden olduğu, yargı çalışanlarını olumsuz etkileyen bu durumun hukukun üstünlüğü ilkesini zedelediği, dolayısıyla hukukun üstünlüğünü korumakla yükümlü olan davacı Baro'nun söz konusu düzenlemenin iptalini istemekte menfaati bulunduğu ileri sürülerek anılan karar temyiz edilmekte ve bozulması istenilmektedir.

Temyiz edilen kararla ilgili dosyanın incelenmesinden; Danıştay Onbirinci Dairesi'nce verilen kararın usul ve hukuka uygun bulunduğu, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenlerinin kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı anlaşıldığından, davacının temyiz isteminin reddine, Danıştay Onbirinci Dairesi'nin 22.3.2006 günlü, E:2006/970, K:2006/1482 sayılı kararının onanmasina, 22.10.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

VERGİ DAVA DAİRELERİ KURULU KARARLARI

KATMA DEĞER VERGİSİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Vergi Dava Daireleri
Kurulu
Esas No : 2008/623
Karar No: 2009/96

Özeti : 1- Hangi veri ortamında üretildiği, üretildiği koşullar ve dayanakları konusunda başkaca kanıt sunulmayan onaysız bilgisayar kayıtlarının kanıt değeri taşımadığı,
2- Zayi belgesi alınmamışsa da iş yerinde meydana gelen ve bir itfaiye görevlisinin yaşamını yitirdiği yangında defter ve belgelerin de yanmış olabileceği sonucuna ulaşıldığından, davacının deftere kayıt koşulu dışındaki koşulları kanıtlaması halinde katma değer vergisini gerçekten yüklendiğini kanıtlamak koşuluyla indirim konusu yapabileceği ancak, ibraz edilecek faturalar hakkında vergi idaresinin görüşü alındıktan sonra hüküm kurulması gerektiği hakkında.

Temyiz Eden : ...
Vekili : Av. ...
Karşı Taraf : Beşocak Vergi Dairesi Müdürlüğü
İstemin Özeti : Motorin alışının 10.902.375.180 lira tutarındaki kısmını, hakkında gerçek bir emtia teslimine dayanmayan fatura düzenlendiğine ilişkin vergi tekniği raporu ve vergi inceleme raporu bulunan … Petrol Ürünleri Ticaret Limited Şirketine ait faturalarla belgelendirmesi nedeniyle incelenmek istenen 2002 yılına ait defter ve belgelerinin işyerinde çıkan yangında yandığı için ibraz edilmemesi üzerine 2002 yılında yaptığı katma değer vergisi indirimleri kabul edilmeyerek yeniden düzenlenen beyan tablosuna göre ödenecek verginin çıktığı Şubat 2002 dönemi için davacı adına re'sen salınan ve gecikme faizi eklenerek hesaplanan üç kat vergi ziyaı cezalı katma değer vergisi dava konusu yapılmıştır.

Davayı inceleyen Adana 2. Vergi Mahkemesi, 26.01.2006 günlü ve E:2005/523; K:2006/19 sayılı kararıyla; 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 29'uncu, 34'üncü ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 3'üncü, 134'üncü, 256'ncı maddelerindeki düzenlemelere göre, mükelleflerin, muhafaza etmek zorunda oldukları her türlü defter ve belgeyi, muhafaza süresi içinde , yetkili makam ve memurların istemeleri halinde ibraz etmelerinin zorunlu olduğu, ancak, 213 sayılı Kanunun 13'üncü maddesinde belirtilen mücbir sebeplerden birinin varlığının kanunen geçerli bir şekilde ispat edilmemesi halinde belgelerin yasal defterlere kaydedilmiş olması koşulunun gerçekleşmediğinin kabulü gerektiği, farklı adreslerde merkez ve iki şube iş yeri bulunan davacının, 2002 takvim yılına ilişkin defter ve belgelerini şube iş yerine ait "..." adresinde çıkan yangında yanması nedeniyle incelemeye ibraz etmemesi nedeniyle yaptığı katma değer vergisi indirimlerinin kabul edilmediği ve yeniden düzenlenen beyan tablosuna göre ödenecek verginin çıktığı Şubat 2002 dönemi için re'sen tarhiyat

yapıldığı, dosyada mevcut itfaiye raporundan söz konusu iş yerinde yangın çıktığı anlaşılmakta ise de, raporda resmi kurum ve kuruluşlara ait resmi fatura ve benzeri belgelerin yandığı şeklinde muğlak bir ifade bulunduğu, Adana 1. Sulh Hukuk Mahkemesinin 2004/113 D.İş sayılı tespit dosyasında yaptırılan bilirkişi incelemesi raporunda, 2002 yılına ait defter ve belgelerinin yandığına dair herhangi bir tespite yer verilmediği, davacının imzaladığı 20.7.2004 günlü ve 130/46 sayılı yoklama tutanağında ise 2002 yılına ait defter ve belgelerin yandığı yolunda bir ifade bulunmaksızın, işletmede kullanılan fatura ve sevk irsaliyelerinin yandığının ifade edildiği, tüm bu hususlar değerlendirildiğinde, defter ve belgelerin iş yerinde çıkan yangında zayi olduğunun hukuken geçerli şekilde kanıtlanamadığı sonucuna ulaşıldığından, yüklenilen katma değer vergilerinin defterlere kaydına ilişkin koşulun gerçekleştiğinin kabul edilemeyeceği, mahkemeye ibraz edilen faturaların gerçek bir teslime dayandığı ve katma değer vergilerinin yüklenildiğinin kanıtlanmasının katma değer vergisi indirimi için yeterli olmadığı, bu nedenle, dava hakkında karar verilmeden önce davalı idarenin ibraz edilen belgeleri incelemesinin gerekli görülmediği, Vergi Usul Kanununun 344'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında yer alan, vergi ziyaı cezasının hesabında ziyaa uğratılan vergi tutarına, üzerinden hesaplanan gecikme faizinin eklenmesine ilişkin kural, Anayasa Mahkemesinin 6.1.2005 günlü ve E:2001/3, K:2005/4 sayılı kararıyla iptal edilmiş ise de bu karar ile iptal hükmünün, altı ay sonra yürürlüğe girmesi karara bağlandığından, yürürlükte olan yasa hükmüne göre kesilen vergi ziyaı cezasında da hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir.

Davacının temyiz istemini inceleyen Danıştay Üçüncü Dairesi, 29.12.2006 günlü ve E:2006/1881; K:2006/3701 sayılı kararıyla; 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 29'uncu, 34'üncü ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 3'üncü maddelerine göre davacının 2002 takvim yılına ilişkin defter ve belgelerinin, motorin alımlarını belgelendirdiği faturaları düzenleyen ... Petrol Limited Şirketi hakkında 2004 yılında düzenlenen vergi tekniği raporunda, bu şirketin komisyon karşılığı fatura düzenlediğinin saptanması nedeniyle 2005 yılında incelenmek istendiği, ibraz yükümlülüğünün, şube iş yerinde 28.6.2004 tarihinde çıkan yangında zayi olmasına dayanılarak yerine getirilemediği, ibraz edilen bilgisayar çıktılarının onaysız olması nedeniyle kanuni defterlere kayıt şartının gerçekleşmediği ve indirim hakkının doğmadığı görüşüyle tarhiyat yapıldığı, yangından hemen sonra olay yerinde düzenlenip, bir örneği dosyaya sunulan tutanak ve itfaiye raporunda; davacının şube iş yerinde 28.6.2004 tarihinde saat 21.35'te yangın çıktığı, yangının 05.25'te kontrol altına alındığı, müdahale sırasında bir itfaiye erinin yaşamını yitirdiği, bilumum döşeme ve mobilya malzemeleriyle resmi kurum ve kuruluşlara ait fatura ve benzeri belgelerin tamamen yandığı saptandıktan yaklaşık bir ay sonra 20.7.2004 tarihinde mükellef nezdinde düzenlenen tutanakta da işletmede kullanılan fatura, sevk irsaliyesi ve benzeri belgelerle bilgisayar, yazarkasa, para kasası ve döşeme malzemelerinin yandığının belirlendiği, davacı tarafından Türk Ticaret Kanununun 68'inci maddesinde öngörülen zorunluluğa karşın zayi belgesi alınmamış ve yangından sonra düzenlenen tutanak ve itfaiye raporunda, ibraz edilmeyen yasal defter ve belgelerin de tamamen yandığı açık olarak belirtilmemiş ise de, şube iş yerinde bir itfaiye erinin de ölümüyle sonuçlanan büyük bir yangın yaşandığının anlaşıldığı ve yangında ihtilaflı yasal defter ve belgelerin de yanmış olabileceği sonucuna ulaşıldığından, katma değer vergisi indirimlerinin tümü kabul edilmeyen davacının deftere kayıt koşulu dışındaki koşulları kanıtlamasının yeterli görüldüğü, bu nedenle dava dilekçesi ekinde dosyaya sunulan ve ibraz edilemediği için vergi dairesi tarafından evvelce incelenememiş olan ... Petrol Limited Şirketinin düzenlediği motorin faturaları dışındaki emtia ve hizmet alımlarına ilişkin faturalar ile muhasebe ve noterlik hizmetlerini belgeleyen serbest meslek makbuzu örnekleri hakkında davalı vergi idaresinin görüşü alındıktan sonra hüküm kurulmasının olayın özelliğine uygun düşeceği ve vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyetinin saptanmasını sağlayacağı sonucuna ulaşıldığı gerekçesiyle vergi mahkemesi kararını bozmuş; vergi idaresinin karar düzeltme istemini reddetmiştir.

Bozma kararına uymayan Adana 2. Vergi Mahkemesi, 19.2.2008 günlü ve E:2008/59; K:2008/143 sayılı kararıyla, vergi ziyaı cezasının vergi aslının üç katını aşan kısmının 358 sayılı Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği hükümleri uyarınca, davalı idare tarafından 14.6.2006 günlü düzeltme fişiyle kaldırıldığı gerekçesiyle vergi ziyaı cezasının kaldırılan kısmı hakkında karar verilmesine yer olmadığını hüküm altına alarak, davanın salınan katma değer vergisi ve kesilen vergi ziyaı cezasının, verginin üç katı tutarındaki kısmı yönünden reddi yolundaki ilk kararında ısrar etmiştir.

Israr kararı davacı tarafından temyiz edilmiş, şube işyerinde çıkan yangında 2002 yılına ait defter ve belgelerinin yandığı, muhasebecisinin bilgisayarında bulunan ve mahkemeye sunulan muavin defteri kayıtları ve bu kayıtlara ilişkin faturaların da sunulduğu, buna karşın bu konuda araştırma yapılmadan karar verildiği ileri sürülerek ısrar kararının bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti : İstemin reddi gerektiği yolundadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi Murat GÜNGÖR'ün Düşüncesi : Yangında ihtilaflı yasal defter ve belgeler de yanmış olabileceğinden, katma değer vergisi indirimlerinin tümü kabul edilmeyen davacının deftere kayıt koşulu dışındaki koşulları kanıtlaması yeterli olup, mahkemeye ibraz edilen belgelerle ilgili davalı idare görüşü alındıktan sonra karar verilmesi uygun olacağından ısrar kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Nurten KARAÇAY'ın Düşüncesi : Danıştay Üçüncü Daire kararında yazılı gerekçe uyarınca temyiz isteminin kabulü ile vergi mahkemesi israr kararının bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

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, 34'üncü maddede ise, indirilecek katma değer vergilerinin, alış faturası veya benzeri vesikalar üzerinde ayrıca gösterilmesi ve bu vesikaların kanuni defterlere kaydedilmesi gerektiği 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 gösterilerek 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 teslime ilişkin olup olmadığının tespiti önem taşımaktadır.

... Petrol Limited Şirketi tarafından düzenlenen motorin faturalarının gerçek bir emtia teslimi yapılmaksızın düzenlendiği hem Mahkemece hem de Danıştay Üçüncü Dairesince kabul edilmiş ve bu konuda davacı tarafından hakkında düzenlenen vergi inceleme raporunda yer alan saptamalar yönünden bir iddia da ileri sürülmemiştir. Davaya,

söz konusu faturalar dışında kalan alışlara ilişkin faturalarda yer alan katma değer vergisi indirimlerinin kabul edilmemiş olması konu edilmiştir.

Davacı tarafından, muhasebecisine ait tasdiksiz bilgisayar kayıtları da mahkemeye sunulmuş ise de, hangi veri ortamında üretildiği, üretildiği koşullar ve dayanakları konusunda başkaca bir kanıt sunulmayan onaysız bu kayıtların kanıt olarak kabulüne olanak yoktur. Türk Ticaret Kanununun 68'inci maddesinde öngörülen zorunluluğa karşın zayi belgesi de alınmamış ise de şube iş yerinde bir itfaiye erinin de ölümüyle sonuçlanan büyük bir yangın yaşandığı ve yangında ihtilaflı yasal defter ve belgelerin de yanmış olabileceği sonucuna ulaşıldığından, katma değer vergisi indirimlerinin tümü kabul edilmeyen davacının deftere kayıt koşulu dışındaki koşulları kanıtlaması halinde gerçekten yapılmış bir teslime dayanmak ve yüklenilmiş vergilerden oluşmak koşuluyla yaptığı indirimlerin kabulü gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Bu nedenle dava dilekçesi ekinde dosyaya sunulan ve ibraz edilemediği için vergi dairesi tarafından evvelce incelenememiş olan ... Petrol Limited Şirketinin düzenlediği motorin faturaları dışındaki emtia ve hizmet alımlarına ilişkin faturalar ile muhasebe ve noterlik hizmetlerini belgeleyen serbest meslek makbuzu örnekleri ve ibraz edilebilecek diğer faturalar hakkında davalı vergi idaresinin görüşü alındıktan sonra hüküm kurulması olayın özelliğine uygun düşecek ve vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyetinin saptanmasına olanak sağlayacaktır.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulüyle, Adana 2. Vergi Mahkemesinin, 19.2.2008 günlü ve E:2008/59; K:2008/143 sayılı ısrar kararının bozulmasına, yeniden verilecek kararda karşılanacağından, yargılama giderleri hakkında hüküm kurulmasına gerek bulunmadığına, 20.3.2009 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

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

T.C.
D A N I Ş T A Y
Vergi Dava Daireleri
Kurulu
Esas No : 2007/697
Karar No: 2009/111

Özeti : **1-** Emtia teslimine dayanmayan faturaların maliyetleri yüksek göstermek ya da belgesiz alışları belgelendirmek amacıyla kayıtlara dahil edilebileceği,
2- Katma değer vergisi indirimlerinin yukarıdaki nedenle kabul edilmemesinden dolayı yapılan vergilendirmelere karşı açılan davalarda, her iki tarafın defterlerindeki kayıtların yeterli olmadığı, zira katma değer vergisi indirimi yapılabilmesinin, faturadaki teslimin gerçekten ve faturada gösterilen konu, birim fiyat ve tutarla faturayı düzenleyen tarafından yapılmasına bağlı olduğu hakkında.

Temyiz Eden : Ziyapaşa Vergi Dairesi Müdürlüğü
Karşı Taraf : ... İnşaat Hafriyat Taahhüt ve Ticaret Limited Şirketi
Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : 2002 yılında 446872 litre motorin alışının 373921 litresini, hakkında sahte ve içeriği itibarıyla yanıltıcı mahiyette fatura düzenlendiğine ilişkin inceleme raporu bulunan ... Petrol Ürünleri Turizm İnşaat Tekstil Emlak Ticaret Limited Şirketine ait faturalarla belgelendirerek haksız katma değer vergisi indirimi yapması nedeniyle söz konusu faturalarda gösterilen katma değer vergisi tutarının indirim konusu yapılan vergi tutarından çıkarılması suretiyle yeniden düzenlenen beyan tablosuna göre ödenecek verginin çıktığı Şubat 2002 dönemi için davacı adına salınan vergi ziyaı cezalı katma değer vergisi davaya konu yapılmıştır.

Davayı inceleyen Adana 2. Vergi Mahkemesi, 17.1.2007 günlü ve E:2006/546, K:2007/30 sayılı kararıyla; 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 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 indirebileceklerinin kurala bağlandığı, yükümlülerin bu madde hükmünden yararlanarak indirim haklarını kullanabilmelerinin, söz konusu fatura ve benzeri belgelerin gerçeği yansıtması koşuluna bağlı olduğu, ihtilaflı dönemde davacıya fatura düzenleyen ... Petrol Ürünleri Turizm İnşaat Tekstil Emlak Ticaret Limited Şirketi hakkındaki vergi tekniği raporunda; şirketin 15.5.1999 tarihinde ADANA/Karataş yolu üzerinde bulunan bir akaryakıt istasyonunu kiraladığı, gerçek alışlarının yanında gerçek olmayan alışlarının da bulunduğunun karşıt inceleme ile tespit edildiği, şirketin motorin alış faturalarının %83'ü, feul-oil faturalarının %92'si, kal-yak faturalarının %99'unun gerçek bir emtia teslimi yapmaksızın fatura düzenleyen şirketlerden alındığı ve aktifinde kayıtlı 3 adet tankeri, kiralanan istasyonda 6 adet yer altı tankı olduğu, belgeleri üzerinden yapılan incelemede akaryakıt alım ve satımı ile ilgili sadece bir adet nakliye faturasının saptanabildiği, defterlerine kayıtlı faturalardan tespit edilen akaryakıt alışları dikkate alındığında, firmanın tespit edilen araç ve tankları ile bu miktarda akaryakıtı alıp satmasının da olanaklı görülmediği, bu durumun defterlerinde görülen akaryakıtı gerçekte almadığını ortaya koyduğu, aktifine kayıtlı araçları 28.10.2003 tarihinde sattığı göz önüne alındığında, bu araçların aktifine dahil edilmesinin, akaryakıt alım satımında kullanmaktan çok bu görüntüyü vermeye yönelik olduğu, sonuç olarak şirketin satış faturaları arasında bulunan benzin ve türevlerinin tamamının, motorin satışlarının %17'sinin, feul-oil satışlarının %8'inin, kal-yak satışlarının ise %1'inin gerçek satış, diğerlerinin gerçek dışı olduğu, şirketin gerçek amacının fatura ticareti yapmak olduğu, ancak bu faaliyetini gizlemek için bir kısım akaryakıt alım-satımını da gerçekte yaptığı, 2002 yılında düzenlediği sahte faturaların ortalama oranının %84 civarında olduğu tespitlerine yer verildiği, vergi inceleme raporunda da değinildiği üzere davacı şirkete ihtilaflı dönemde fatura düzenleyen ... Petrol Ürünleri Turizm İnşaat Tekstil Emlak Ticaret Limited Şirketinin 2002 yılında gerçek alış ve satışlarının bulunduğu, alışlarının çoğunun sahte olmasının, satışlarının da tamamının sahte olduğunu göstermediği, yapılan incelemede; akaryakıt istasyonu kiraladığı, bu istasyonda yeraltı tanklarının ve akaryakıt istasyonuna ait akaryakıt pompası, su motoru, su tankı gibi muhtelif demirbaşlarının bulunduğunun saptandığı, ayrıca şirketin aktifine kayıtlı araçlarının mevcut olduğu, öte yandan, adı geçen şirketin alımını yaptığı emtia bedelinin düşük ya da yüksek olup olmadığı ve bu alışlardan dolayı davacı şirketin bir çıkar sağladığı yolunda herhangi bir tespit de yapılmadığından, davacı tarafından bilinmesi mümkün olmayan fatura düzenleyen şirket hakkındaki tespitlerden hareketle, davacıya düzenlediği faturaların gerçeği yansıtmadığı sonucuna varılamayacağı, kaldı ki; ... Petrol Ürünleri Turizm İnşaat Tekstil Emlak Ticaret Limited Şirketi hakkında, komisyon karşılığı fatura ticareti yapması nedeniyle 2002 yılı için yapılan cezalı kurumlar vergisi ve gelir (stopaj) vergisi tarhiyatının, Adana 1. Vergi

Mahkemesinin 16.3.2006 günlü ve E:2005/223 (...238), K:2006/197 (...212) sayılı kararlarıyla kaldırıldığı, bu nedenle davacı adına, sözü edilen şirketten alınan faturalarda yer alan katma değer vergisi indirimlerinin kabul edilmemesi suretiyle yapılan tarhiyatta hukuka uygunluk görülmediği gerekçesiyle tarhiyatı kaldırmıştır.

Vergi dairesi müdürlüğünün temyiz istemini inceleyen Danıştay Üçüncü Dairesi, 7.6.2007 günlü ve E:2007/612, K:2007/1838 sayılı kararıyla; davacı şirketin 2002 yılında maliyet kayıtlarına dahil ettiği faturaların düzenleyicisi ... Petrol Ürünleri Turizm İnşaat Tekstil Emlak Ticaret Limited Şirketi hakkında emtia teslim etmeksizin fatura düzenlemekten elde ettiği komisyon gelirini beyan dışı bırakması nedeniyle salınan kurumlar vergisini; şirketin gider kaydettiği faturaların düzenleyicileri hakkındaki tespitlerin faturaların sahte olduğunun kabulüne yeterli bulunmaması ve şirketin satışlarıyla ilgili inceleme yapılmamasının da yasaya aykırı görülmesi nedeniyle kaldıran Adana 1. Vergi Mahkemesinin 16.3.2006 günlü ve E:2005/226, K:2006/200 sayılı kararının, vergi idaresinin temyiz başvurusu üzerine verilen Danıştay Üçüncü Dairesinin 14.12.2006 günlü ve E:2006/2246, K:2006/3408 sayılı kararıyla adı geçen firmanın alış ve satış tutarlarının, sahip olduğu tanker ve yeraltı tanklarının kapasitesiyle uyumlu olup olmadığı araştırılarak adına düzenlenen faturaların sahte olduğu da dikkate alınmak suretiyle yeniden bir karar verilmek üzere bozulduğu, bozma kararı üzerine verilecek kararın sonucu dava konusu tarhiyatı etkileyeceğinden, vergilendirme hakkında, Danıştay Üçüncü Dairesinin söz konusu kararında yer alan esaslar dikkate alınarak yeniden karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle kararı bozmuştur.

Bozma kararına uymayan Adana 2. Vergi Mahkemesi, 21.9.2007 günlü ve E:2007/1372, K:2007/1175 sayılı kararıyla, ilk kararında ısrar etmiştir.

Israr kararı vergi idaresi tarafından temyiz edilmiş, davacının motorin alışlarını, hakkında sahte ve içeriği itibarıyla yanıltıcı mahiyette fatura düzenlendiğine ilişkin inceleme raporu bulunan ... Petrol Ürünleri Turizm İnşaat Tekstil Emlak Ticaret Limited Şirketinden aldığı faturalarla belgelendirdiği, gerçekte bu şirketten emtia almadığı, bu nedenle tarhiyatın hukuka uygun olduğu ileri sürülerek kararın bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti : İstemin reddi gerektiği savunulmuştur.

Danıştay Tetkik Hâkimi Murat GÜNGÖR'ün Düşüncesi : Tarhiyatın dayanağı olan faturalarda yer alan motorini aldığını hukuken geçerli belgelerle, ... Petrol Ürünleri Turizm İnşaat Tekstil Emlak Ticaret Limited Şirketi hakkında düzenlenen raporda da belirtilen belgelerle kanıtlayamayan davacı adına yapılan tarhiyatı, herhangi bir kanıt sunulması istenmeksizin, istemin özeti bölümünde yazılı gerekçeyle kaldıran mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Sefer YILDIRIM'ın Düşüncesi : Danıştay Üçüncü Dairesinin 7.6.2007 gün ve 2007/1838 sayılı kararında yazılı gerekçe uyarınca temyiz isteminin kabulü ile temyize konu Vergi Mahkemesi ısrar kararının bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

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, 34'üncü maddede ise, indirilecek katma değer vergilerinin, alış faturası veya benzeri vesikalar üzerinde ayrıca gösterilmesi ve bu vesikaların kanuni defterlere kaydedilmesi gerektiği kurala bağlanmıştır.

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 teslime ilişkin olup olmadığının tespiti önem taşımaktadır.

Katma değer vergisine tabi işlemler de yapan gelir ve 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 yaptıkları teslim bedelleri üzerinden hesaplanacak katma değer vergisinden indirilmesi suretiyle katma değer vergisinin nihai tüketiciye kadar yansıması öngörülmüştür. Bu nedenle, katma değer vergisi hesaplamak ve yüklendiği bu vergiyi indirmek durumunda olan bir yükümlü adına gelir vergisi tarhiyatı önerilmemiş veya yapılmamış olması, indirilebilir bir katma değer vergisinin varlığı ile ilgili davanın çözümüne etkili değildir. Satıcının ve alıcının bu yöndeki iradesi ile 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 fatura düzenlenmekte, 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 tamamlamaktadır. Sadece fiili bir durum olan bu yapay işlemlere hukuksal sonuç bağlanamayacağı açıktır. Maliyetleri yüksek göstermek amacıyla temin edilmiş faturaların kayıtlara dahil edilmesi halinde de aynı durum söz konusudur.

Gerçek bir teslime 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; 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.

Dava konusu tarhiyatın dayanağı olan vergi inceleme raporunda, davacının 2002 vergilendirme döneminde verdiği katma değer vergisi beyannamelerine göre aylar itibarıyla katma değer vergisi matrahları yüksek olmasına karşın bazı aylarda düşük miktarda ödenecek katma değer vergisi beyan ettiği, Birsu Petrol Ürünleri Turizm İnşaat Tekstil Emlak Ticaret Limited Şirketi tarafından düzenlenen faturaları emtia alış faturası olarak kaydettiği, sözü edilen şirketin komisyon karşılığı fatura düzenlediğine ilişkin vergi tekniği raporu bulunduğunun saptanması nedeniyle bu faturalarda gösterilen vergiler indirilecek katma değer vergisi tutarından çıkarılarak vergilendirme yapıldığı anlaşılmaktadır.

Vergi inceleme raporuna ek tutanağa geçirilen anlatımında davacı şirket temsilcisi tarafından; ... Petrol Ürünleri Turizm İnşaat Tekstil Emlak Ticaret Limited Şirketi ortaklarını tanıdıkları, 2002 yılında düzenlenen faturalardaki motorinin alındığı, ilgili dönemde 20 bin litrelik akaryakıt tanklarının bulunduğu, fatura bedelinin bir kısmının nakit, bir kısmının makbuz karşılığı, bir kısmınında ... ve ... ait hamiline yazılı çeklerle ödendiği, hafriyat işi

yapmaları nedeniyle iş makineleri ve kamyonlarının akaryakıt tükettiği, bu nedenle akaryakıt harcaması yapılmasının zorunlu olduğu ifade edilmiştir.

Davanın çözümü, ... Petrol Ürünleri Turizm İnşaat Tekstil Emlak Ticaret Limited Şirketi adına komisyonla fatura düzenlemesi nedeniyle salınan kurumlar vergisi ihtilafı hakkında verilecek kararla da yakından ilgilidir. Kurulumuzda 20.3.2009 tarihinde karara bağlanan sözü edilen dosyada verilen kararla, faturaları düzenleyen şirket adına yapılan vergilendirmeyi kaldıran ısrar kararı; faturaların düzenlendiği tarihlerde teslim edilebilecek akaryakıt bulunup bulunmadığı ve teslimin yapılmasının olanaklı olup olmadığı da incelendikten sonra dava hakkında yeniden karar verilmek üzere bozulmuştur.

2002 vergilendirme döneminde ... Petrol Ürünleri Turizm İnşaat Tekstil Emlak Ticaret Limited Şirketi tarafından 1.2.2002 tarihinden başlamak üzere düzenlenen yirmibir fatura ile motorin satılmış görünen davacı kurumun, bu faturaları hizmet üretim maliyetine dahil ettiği saptanmıştır. Faturaları düzenleyen şirket hakkındaki vergi inceleme raporuna eklenen ve faturaların tarih ve sayısı, emtia miktarı ve birim fiyatı, düzenlendiği vergi mükellefi ile fatura tutarını gösterecek şekilde hazırlanan listelerin incelenmesinden, basımını yapan matbaadan 17.7.2002 tarihinde teslim edilen A-56101-56600 seri numaralı fatura ciltlerinin ... Petrol Ürünleri Turizm İnşaat Tekstil Emlak Ticaret Limited Şirketi tarafından teslim tarihinden önceki tarihlerde düzenlendiği, bunlardan üçünün davacı adına düzenlenen faturalar arasında bulunduğu belirlenmektedir. Daha önce basım izni ile bastırdığı fatura ciltleri arasında henüz düzenlenmemiş fatura ciltlerinin bulunduğu da aynı listelerden anlaşılan şirketin gelişi güzel fatura düzenlediği anlaşılmaktadır.

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 iddia edene ait olduğu; 229'uncu maddesinde, faturanın, satılan emtia veya yapılan iş karşılığında müşterinin borçlandığı meblağı göstermek üzere emtiayı satan veya işi yapan tüccar tarafından müşteriye verilen ticari vesika olduğu, 230'uncu maddede ise faturalarda asgari olarak, faturanın düzenlenme tarihi seri ve sıra numarası, faturayı düzenleyenin adı, varsa ticaret unvanı, iş adresi, bağlı olduğu vergi dairesi ve hesap numarası, müşterinin adı, ticaret unvanı, adresi, varsa vergi dairesi ve hesap numarası, malın veya işin nev'i, miktarı, fiyatı ve tutarı ile satılan malların teslim tarihi ve irsaliye numarasının bulunması gerektiği hüküm altına alınmıştır.

Taahhüt işi nedeniyle akaryakıt kullanmasının zorunlu olduğunu dava dilekçesinde de ileri süren davacının, 2002 yılında ... Petrol Ürünleri Turizm İnşaat Tekstil Emlak Ticaret Limited Şirketinden KDV hariç 335 milyar lira tutarında 373.921 litre motorin aldığı, diğer motorin alışlarının 72.951 litre olduğu, vergisi ihtilaflı yılda iş makinesi, silindir ve ekskavatör çalışması ile nakliye işi nedeniyle KDV hariç 586 milyar lira tutarında fatura düzenlemişse de bu faturalarda yapılan iş miktarının gösterilmesi gerekirken gösterilmediği, teslim ettiği taahhüt işlerine ait hakediş belgeleri ve düzenlediği faturalarla, tüketilen motorin miktarının söz konusu alışlara uygunluğunu kanıtlaması gereken davacının bu konuda herhangi bir kanıt sunmadığı, bu nedenle faturalardaki akaryakıt alışının gerçekliği yahut faturaların, maliyetleri yükseltmek veya belgesiz alışları belgelendirmek amacıyla temin edilmediği konusunda kendisine düşen kanıt yükünün gereklerini yerine getirmediği saptanmaktadır.

Hangi taahhüt işi için ve hangi hizmet teslimleri nedeniyle yapılmış alışlara ait olduğu tespit edilemeyen faturalarda yer alan akaryakıtın sevk yerinin irsaliyeler ve hakediş belgelerinden belirlenecek teslim yeri ve miktarı ile teslim tarihlerine uygunluğu başka kanıtlarla doğrulanmadıkça, maliyetlere dahil edilen faturaların gerçekten yapılmış bir teslime dayandığının kabul edilmesi olanaklı değildir. Bir ödeme aracı olan çekin tacirler arasındaki

belli bir ticari muameleden doğan borcun ödendiğine kanıt kabul edilebilmesi için bütün unsurlarıyla, varlığı iddia edilen ticari işlemin belgesi olmasına hiçbir kuşkuya yol açmaksızın uygun düşmesi gerekir. Bir faturada satıcının alıcıya teslim ettiği emtia bedelini temsil etmek üzere düzenlenen çek lehdarının satıcı, keşide edenin de alıcı olması gerekir. Bu yüzden, iki tacir arasındaki alım-satıma konu emtia bedelinin ödendiğine kanıt oluşturabilecek ve emtiayı alan tarafından keşide edilen çekin satıcı adına değil de hamiline yazılı düzenlenmesi ticari icaplara uygun değildir.

Yukarıda belirtilen hukuksal durum karşısında ve Vergi Usul Kanununun 3'üncü maddesinin (B) bendindeki kural gereğince vergi mahkemesince bu davanın incelenmesi sırasında; Katma Değer Vergisi Kanununun bu verginin indirim konusu yapılabilmesini, faturaların gerçekten bir emtia teslimine dayanan yüklenilmiş verginin varlığına bağladığı gözetilerek davacıdan; ... Petrol Ürünleri Turizm İnşaat Tekstil Emlak Ticaret Limited Şirketinden, gerçekten faturalarda gösterilen tarihte, aynı birim fiyatla ve faturalarda gösterilen miktarda motorin aldığını, motorinin davacıya ne şekilde ve hangi taşıma araçlarıyla taşınarak teslim edildiğini, fatura tutarlarının makbuz karşılığı, nakten veya çekle ödendiği iddiası ile ilgili belgeleri, çeklere ve tahsilatına ait kayıtların hangi faturadan doğan borca ilişkin olduğunu, yirmibir fatura ile yapılan motorin alışının hangi taahhüt işinin maliyetine dahil edildiğini ve bu işlere ait hakediş belgelerine tarih, teslim yeri ve miktar olarak uygunluğunu kanıtlaması istendikten ve 2002 yılında yapılmış motorin alışlarına ilişkin kayıtlar ile gerekirse mahkeme tarafından istenecek ihale makamındaki kanıtlar da incelendikten sonra faturayı düzenleyen şirket hakkında verilecek karar gözetilerek bir karar verilmesi gerekirken, kanıt yükünün vergi idaresine düşmesine dayanılarak verilen tarhiyatın kaldırılması yolundaki ısrar kararında hukuka uygunluk görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulüyle, Adana 2. Vergi Mahkemesinin, 21.9.2007 günlü ve E:2007/1372, K:2007/1175 sayılı ısrar kararının bozulmasına, yeniden verilecek kararda karşılanacağından, yargılama giderleri hakkında hüküm kurulmasına gerek bulunmadığına, 20.3.2009 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

X- Komisyon karşılığı fatura düzenlediği saptanan ... Petrol Ürünleri Turizm İnşaat Tekstil Emlak Ticaret Limited Şirketinin faturalarını kayıtlarına dahil eden ve faturalarda gösterilen katma değer vergisini indirim konusu yapan davacı adına salınan vergi ziyaı cezalı katma değer vergisinin kaldırılması yolundaki ısrar kararı temyiz edilmiştir.

Fatura; satılan emtia veya yapılan iş karşılığında düzenlenen yasal belge olduğuna göre gerçekten bir emtia teslimi yapılmadığı halde düzenlenmesi ve böyle bir faturanın kayıtlara alınması Vergi Usul Kanunu ve Ticaret Kanununa aykırıdır. Kaldı ki gerçek bir emtia teslimine dayanmayan faturalarda gösterilen katma değer vergisinin indirim konusu yapılamayacağı Katma Değer Vergisi Kanununun 29'uncu ve 34'üncü maddelerinden anlaşılmaktadır.

Davacının kayıtlarına dahil edilen ve indirim konusu yapılan vergileri gösteren faturalar ile düzenleyicisinden, gerçekten faturalarda yazılı emtianın yine faturalarda belirtilen miktar, birim fiyat ve tutarla teslim alındığı, bedelinin ve hesaplanan katma değer vergisinin fatura düzenleyene gerçekten ödendiğini ve alındığı belirtilen motorinin faaliyet konusunda yapılan işlerde kullanıldığını kanıtlayıcı nitelikte davacı tarafından sunulmuş herhangi bir kanıt bulunmadığı yolundaki Kurulumuzca yapılan saptama, söz konusu faturaların belgesiz alışların belgelendirilmesi veya maliyetlerin yükseltilmesi amacıyla temin edildiğini göstermektedir. Faturaları düzenleyen şirket hakkındaki saptamalar da gözetildiğinde ısrar kararının; Katma Değer Vergisi Kanununun 29 ve 34'üncü maddelerine aykırı düşmesi nedeniyle bozulması gerektiği görüşünde olduğumuzdan, kararın gerekçesine katılmıyoruz.

KARŞI OY

XX- Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar ısrar kararının bozulmasını gerektirecek nitelikte bulunmadığından istemin reddi gerektiği görüşüyle karara katılmıyoruz.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Vergi Dava Daireleri
Kurulu
Esas No : 2008/217
Karar No: 2009/118

Özeti : Motorin alışlarını, fatura ticareti yapması nedeniyle adına kurumlar vergisi salınan bir şirketin düzenlediği faturalarla belgelendiren ve inşaat taahhüt işleri yapan davacıdan, faturalarda gösterilen motorinin gerçekten satın alındığını ve hangi taahhüt işinin maliyetine dahil edildiğini kanıtlaması istendikten ve motorin alışlarına ilişkin kayıtlar ile gerekirse ihale makamındaki kayıtlar incelendikten sonra faturaları düzenleyen şirket hakkında verilecek karar gözetilerek karar verilmesi gerekirken, tarhiyatın kadırılmasının hukuka aykırı olduğu hakkında.

Temyiz Eden : Ziyapaşa Vergi Dairesi Müdürlüğü
Karşı Taraf : ... İnşaat ve Ticaret Limited Şirketi
İstemin Özeti : İnşaat taahhüt işi yapan davacının Nisan 2002 vergilendirme döneminde hakkında fatura ticareti yaptığı yolunda vergi tekniği raporu ve vergi inceleme raporu bulunan ... Petrol Ürünleri Turizm İnşaat Tekstil Emlak Ticaret Limited Şirketince düzenlenen ve gerçek bir emtia teslimine dayanmayan faturaları kayıtlarına dahil ederek, faturalarda gösterilen katma değer vergisini indirim konusu yaptığının saptanması nedeniyle adına re'sen salınan bir kat vergi ziyaı cezalı katma değer vergisi dava konusu yapılmıştır.

Davayı inceleyen Adana 2. Vergi Mahkemesi, 5.12.2006 günlü ve E:2006/608, K:2006/875 sayılı kararıyla; davacı hakkında düzenlenen vergi inceleme raporuyla, ... Petrol Ürünleri Turizm İnşaat Tekstil Emlak Ticaret Limited Şirketine ilişkin vergi tekniği raporunun incelenmesi sonucu, bu şirketin 2002 vergilendirme döneminde gerçek alış ve satışlarının da olduğunun tespit edildiği, alışlarının çoğunun gerçek bir emtia teslimine dayanmayan faturalarla belgelendirilmesinin, satışlarının da tamamının gerçek olmadığını göstermeyeceği, yapılan incelemelerde söz konusu şirketin akaryakıt istasyonu kiraladığı, bu istasyonda yer altı tanklarının ve istasyona ait akaryakıt pompası, su motoru, su tankı gibi muhtelif demirbaşların bulunduğunun tespit edildiği, ayrıca şirket aktifinde kayıtlı tankerlerin olduğu, öte yandan gerçek bir emtia teslimine dayanmayan faturalarda gösterilen emtia bedelinin düşük ya da yüksek olduğu ve bu alışlardan dolayı davacının çıkar sağladığı yolunda tespit de bulunmadığı dikkate alındığında, davacı tarafından bilinmesi mümkün olmayan diğer hususların, yani faturaları düzenleyen sözü edilen şirketin alışlarının çoğunun gerçek olmadığı, mevcut akaryakıt tankları ve tankerleri ile defterlerinde kayıtlı miktarlarda akaryakıt alıp satmasının veya stoklamasının mümkün olmadığına ilişkin tespitlerin, anılan şirketin davacıya düzenlediği faturların gerçeği yansıtmadığı sonucunu doğurmayacağı, ... Petrol Ürünleri Turizm İnşaat Tekstil Emlak Ticaret Limited Şirketinin düzenlediği motorin satışına ilişkin faturaların %83' ünün gerçek bir emtia teslimine dayanmadığından hareketle davacının aldığı motorinin de %83' ünün gerçek olmadığının söylenemeyeceği, kaldı ki davacının alımlarının gerçek satışa tekabül etmediğinin de ispatlanamadığı, bununla birlikte

anılan şirket hakkında yapılan kurumlar vergisi, gelir (stopaj) vergisi ve fon payı tarhiyatı ile 2002 takvim yılının muhtelif dönemleri için salınan cezalı katma değer vergileri ve aranmayan geçici vergiler üzerinden kesilen vergi ziyaı cezalarına karşı açılan davalarda Adana 1. Vergi Mahkemesinin 16.3.2006 gün ve E: 2005/223 ila 238, K:2006/197 ila 212 sayılı kararlarıyla tarhiyatların kaldırıldığı göz önüne alınarak uyuşmazlık konusu bir kat vergi ziyaı cezalı katma değer vergisini, hukuka uygun bulunmadığı gerekçesiyle kaldırmıştır.

Vergi idaresinin temyiz istemini inceleyen Danıştay Üçüncü Dairesi, 2.10.2007 günlü ve E:2007/232, K:2007/2580 sayılı kararıyla; davacının gider kaydettiği faturaların düzenleyicisi ... Petrol Ürünleri Turizm İnşaat Tekstil Emlak Ticaret Limited Şirketi hakkında fatura ticaretinden elde ettiği komisyon gelirini beyan etmemesi nedeniyle yapılan kurumlar vergisine ilişkin tarhiyatı, söz konusu şirket hakkındaki tespitlerin faturaların gerçek bir emtia teslimine dayanmadığını kabule yeterli bulunmadığı ve şirketin satışlarıyla ilgili inceleme yapılmamasının da yasaya aykırı olduğu gerekçesiyle kaldıran Adana 1. Vergi Mahkemesinin 16.3.2006 gün ve E:2005/226, K:2006/200 sayılı kararı, davalı idarece yapılan temyiz başvurusu üzerine yeniden bir karar verilmek üzere bozulduğundan ve bozma kararı üzerine verilecek kararın sonucu dava konusu tarhiyatı etkileyeceğinden temyiz istemine konu yapılan kararın da sözü edilen kararda yer alan esaslar gözetilerek yeniden karar verilmek üzere bozulmasına karar vermiştir

Bozma kararına uymayan Adana 2. Vergi Mahkemesi, 14.1.2008 günlü ve E:2008/4, K:2008/36 sayılı kararıyla, ilk kararında ısrar etmiştir.

Israr kararı, vergi idaresi tarafından temyiz edilmiş; 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 vergisinin indirilmesinin ön şartının vergi indirimi yapılacak işlemlerle ilgili faturaların gerçek bir emtia teslimine dayanması olduğu, kanunun aradığı anlamda emtia teslimi yoksa katma değer vergisi ödenmesinin söz konusu olmayacağı, davacı tarafından kayıtlara dahil edilen ... Petrol Ürünleri Turizm İnşaat Tekstil Emlak Ticaret Limited Şirketine ait faturaların gerçek bir emtia teslimine dayanmadığı saptandığından faturalarda gösterilen katma değer vergisinin gerçekte ödenmediği, bu nedenle hazineye intikal etmeyen katma değer vergisi indiriminin kabul edilemeyeceği ileri sürülerek bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.

Danıştay Tetkik Hâkimi Selda GÜRSOYTRAK GÜLSEVEN'in Düşüncesi : Katma Değer Vergisi Kanunu'nun vergi indirimini düzenleyen 29'uncu maddesinde mükelleflerin yaptıkları vergiye tabi işlemler üzerinden hesaplanan katma değer vergisinden, tersine düzenleme bulunmadıkça kendilerine yapılan teslim ve hizmetler dolayısıyla hesaplanarak düzenlenen fatura ve benzeri belgelerde gösterilen katma değer vergisini indirebilecekleri öngörülmüştür.

İndirimin koşulları ise aynı Kanunun 34'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre yurt içinden sağlanan veya ithal olunan mal ve hizmetlere ait katma değer vergisinin, alış faturası veya benzeri vesikalar ve gümrük makbuzu üzerinde ayrıca gösterilmek ve bu belgeler yasal defterlere kaydedilmek koşuluyla indirilebileceği kurala bağlanmıştır.

Vergi Usul Kanunun, vergi kanunlarının uygulanması ve ispatı düzenleyen 3'üncü maddesinin (B) bendinde; vergilendirmede serbest delil sisteminin kabul edildiği, yemin ve vergiyi doğuran olayla ilgisi tabii ve açık olmayan tanık ifadesi dışında hukuken itibar edilebilecek her türlü delilin ispatlama aracı olarak kullanılabileceği benimsenmiştir.

Fatura ticareti yaptığı saptanan bir mükelleften motorin alan davacının emtia alışının gerçek olduğunu iddia etmesi ticari icaplara aykırı olup, yüklenilen katma değer vergisinin indirim konusu yapılabilmesi için gerçekten faaliyet konusuna giren akaryakıtın alındığını kanıtlama yükü davacıya düştüğünden, davanın çözümüne etkili kanıtları ibraz etmesi istenmeksizin verilen ısrar kararında hukuka uygunluk bulunmadığı düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Sefer YILDIRIM'ın Düşüncesi : Danıştay Üçüncü Dairesinin 2.10.2007 gün ve 2007/2580 sayılı kararında yazılı gerekçe uyarınca temyiz isteminin kabulü ile temyize konu Vergi Mahkemesi ısrar kararının bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

Katma Değer Vergisi Kanununun 29'uncu maddesinde mükelleflerin, kendilerine yapılan teslim ve hizmetler dolayısıyla hesaplanarak düzenlenen fatura ve benzeri vesikalarda gösterilen katma değer vergisini indirim konusu yapabileceği, 34'üncü maddesinde ise indirim konusu yapılacak olan katma değer vergisinin alış faturalarında ayrıca gösterilmesi gerektiği kurala bağlanmıştır.

Gerçek bir teslime 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.

Mükellefler tarafından katma değer vergisi indirimi yapılabilmesi için vergisi indirim konusu yapılacak işlemlerle ilgili fatura ve benzeri vesikaların gerçeği yansıtması, faturalarda gösterilerek katma değer vergisinin, gerçekten ödenmiş, yani indirim konusu yapan tarafından yüklenilmiş olması gerekmektedir. Gerçekleşmemiş teslim ve hizmetler dolayısıyla 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 teslime ilişkin olup olmadığının tespiti önem taşımaktadır.

Katma değer vergisine tabi işlemler de yapan gelir ve 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 yaptıkları teslim bedelleri üzerinden hesaplanacak katma değer vergisinden indirilmesi suretiyle katma değer vergisinin nihai tüketiciye kadar yansıması öngörülmüştür. Bu nedenle, katma değer vergisi hesaplamak ve yüklendiği bu vergiyi indirmek durumunda olan bir yükümlü adına gelir vergisi tarhiyatı önerilmemiş veya yapılmamış olması, indirilebilir bir katma değer vergisinin varlığı ile ilgili davanın çözümüne etkili değildir. Satıcının ve alıcının bu yöndeki iradesi ile 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 fatura düzenlenmekte, 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 tamamlamaktadır. Sadece fiili bir durum olan bu yapay işlemlere hukuksal sonuç bağlanamayacağı açıktır.

Dava konusu tarhiyatın dayanağı olan vergi inceleme raporunda, davacının 2002 vergilendirme döneminde verdiği katma değer vergisi beyannamelerine göre sadece Eylül ayında ödenecek katma değer vergisi beyan ettiği, ... Petrol Ürünleri Turizm İnşaat Tekstil Emlak Ticaret Limited Şirketi tarafından düzenlenen faturaları emtia alış faturası olarak kaydettiği, sözü edilen şirketin komisyon karşılığı fatura düzenlediğine ilişkin vergi tekniği raporu bulunduğunun saptanması nedeniyle bu faturalarda gösterilen vergiler indirilecek katma değer vergisi tutarından çıkarılarak vergilendirme yapıldığı anlaşılmaktadır.

Vergi inceleme raporuna ek tutanağa geçirilen anlatımında davacı şirket temsilcisi tarafından; ... Petrol Ürünleri Turizm İnşaat Tekstil Emlak Ticaret Limited Şirketi ortaklarını tanıdıkları, 2002 yılında düzenlenen faturalardaki motorinin alındığı, fatura bedelinin bir kısmının nakit, bir kısmının ise çekle ödendiği, hafriyat işi yapmaları nedeniyle iş makinaları ve kamyonlarının akaryakıt tükettiği, bu nedenle akaryakıt harcaması yapılmasının zorunlu olduğu ifade edilmiştir.

Davanın çözümü, ... Petrol Ürünleri Turizm İnşaat Tekstil Emlak Ticaret Limited Şirketi adına komisyonla fatura düzenlemesi nedeniyle salınan kurumlar vergisi ihtilafı hakkında verilecek kararla da yakından ilgilidir. Kurulumuzda 20.3.2009 tarihinde karara bağlanan sözü edilen dosyada verilen kararla, faturaları düzenleyen şirket adına yapılan vergilendirmeyi kaldıran ısrar kararı; faturaların düzenlendiği tarihlerde teslim edilebilecek akaryakıt bulunup bulunmadığı ve teslimin yapılmasının olanaklı olup olmadığı da incelendikten sonra dava hakkında yeniden karar verilmek üzere bozulmuştur.

2002 vergilendirme döneminde ... Petrol Ürünleri Turizm İnşaat Tekstil Emlak Ticaret Limited Şirketi tarafından 20.3.2002 tarihinden başlamak üzere düzenlenen onaltı fatura ile motorin satılmış görünen davacı kurumun, bu faturaları hizmet üretim maliyetine dahil ettiği saptanmıştır. Faturaları düzenleyen şirket hakkında düzenlenen vergi inceleme raporuna eklenen ve düzenlenen faturaların tarih ve sayısı, emtia miktarı ve birim fiyatı, düzenlendiği vergi mükellefi ile fatura tutarını gösterecek şekilde hazırlanan listelerin incelenmesinden, davacıya; çok farklı birim fiyatlarıyla motorin faturası düzenlendiği, 4.6.2002 ve 10.6.2002 tarihli faturalarda birim fiyatı 827.100 lira olan motorinin, 20.3.2002 tarihli faturada 850.000 liradan, 12.4.2002 tarihli faturada 861.017 liradan, 30.5.2002 tarihli faturada 896.610 liradan, 29.6.2002 tarihli faturada 946.610 liradan ve 31.7.2002 tarihli faturada 907.500 liradan satıldığı görülmektedir.

Taahhüt işi nedeniyle akaryakıt kullanmasının zorunlu olduğunu dava dilekçesinde de ileri süren davacının, miktarca yüksek motorin alışı yaptığı gözetildiğinde, Haziran ayında 827.000 liradan motorin almaktayken yine aynı ayda, Temmuz ayı sonundaki birim fiyat olan 907.500 liradan da yüksek birim fiyat olan 946.610 liradan motorin alması ekonomik ve ticari gereklere uygun düşmediği gibi yaklaşık 300 milyar lira tutarındaki onaltı fatura ile 272.6 ton motorin dışında başka motorin alışı olmadığı takdirde, teslim ettiği taahhüt işlerine ait hakediş belgeleriyle, tüketilen motorin miktarının söz konusu alışlara uygunluğunu kanıtlaması gerekirken herhangi bir kanıt sunmadığı, bu nedenle faturalardaki akaryakıt alışının gerçekliği yahut faturaların maliyetleri yükseltmek veya belgesiz alışları belgelendirmek amacıyla temin edilmediği konusunda kendisine düşen kanıt yükünün gereklerini yerine getirmediği saptanmaktadır.

Yukarıda belirtilen hukuksal durum karşısında ve Vergi Usul Kanununun 3'üncü maddesinin (B) bendindeki kural gereğince vergi mahkemesince bu davanın incelenmesi sırasında; Katma Değer Vergisi Kanununun bu verginin indirim konusu yapılabilmesini, faturaların gerçekten bir emtia teslimine dayanan yüklenilmiş verginin varlığına bağladığı gözetilerek davacıdan; ... Petrol Ürünleri Turizm İnşaat Tekstil Emlak Ticaret Limited Şirketinden, gerçekten faturalarda gösterilen tarihte, aynı birim fiyatla ve faturalarda gösterilen miktarda motorin aldığını, motorinin davacıya ne şekilde ve hangi taşıma araçlarıyla taşınarak teslim edildiğini, fatura tutarlarının nakten veya çekle ödendiği iddiası ile ilgili belgeleri, çeklere ve tahsilatına ait kayıtların hangi faturadan doğan borca ilişkin

olduğunu, onaltı fatura ile yapılan motorin alışının hangi taahhüt işinin maliyetine dahil edildiğini ve bu işlere ait hakediş belgelerine uygunluğunu kanıtlaması istendikten ve 2002 yılında yapılmış motorin alışlarına ilişkin kayıtlar ile gerekirse mahkeme tarafından istenecek ihale makamındaki kanıtlar da incelendikten sonra faturayı düzenleyen şirket hakkında verilecek karar gözetilerek bir karar verilmesi gerekirken, kanıt yükünün vergi idaresine düşmesine dayanılarak verilen tarhiyatın kaldırılması yolundaki ısrar kararında hukuka uygunluk görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulü ile Adana 2. Vergi Mahkemesinin, 14.1.2008 günlü ve E:2008/4, K:2008/36 sayılı ısrar kararının bozulmasına, yeniden verilecek kararda karşılanacağından yargılama giderleri hakkında hüküm kurulmasına gerek bulunmadığına, 20.3.2009 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

X- Komisyon karşılığı fatura düzenlediği saptanan Birsu Petrol Ürünleri Turizm İnşaat Tekstil Emlak Ticaret Limited Şirketinin faturalarını kayıtlarına dahil eden ve faturalarda gösterilen katma değer vergisini indirim konusu yapan davacı adına salınan vergi ziyaı cezalı katma değer vergisinin kaldırılması yolundaki ısrar kararı temyiz edilmiştir.

Fatura; satılan emtia veya yapılan iş karşılığında düzenlenen yasal belge olduğuna göre gerçekten bir emtia teslimi yapılmadığı halde düzenlenmesi ve böyle bir faturanın kayıtlara alınması Vergi Usul Kanunu ve Ticaret Kanununa aykırıdır. Kaldı ki gerçek bir emtia teslimine dayanmayan faturalarda gösterilen katma değer vergisinin indirim konusu yapılamayacağı Katma Değer Vergisi Kanununun 29'uncu ve 34'üncü maddelerinden anlaşılmaktadır.

Davacının kayıtlarına dahil edilen onaltı faturanın düzenlenmesine esas alınan motorin birim fiyatları ile ilgili olarak Kurulumuzca yapılan saptama, söz konusu faturaların belgesiz alışların belgelendirilmesi veya maliyetlerin yükseltilmesi amacıyla temin edildiğini göstermektedir. Faturaları düzenleyen şirket hakkındaki saptamalar da gözetildiğinde ısrar kararının; Katma Değer Vergisi Kanununun 29'uncu ve 34'üncü maddelerine aykırı düşmesi nedeniyle bozulması gerektiği görüşünde olduğumuzdan, kararın gerekçesine katılmıyoruz.

KARŞI OY

XX- Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar ısrar kararının bozulmasını gerektirecek nitelikte bulunmadığından istemin reddi gerektiği görüşüyle karara katılmıyoruz.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Vergi Dava Daireleri
Kurulu
Esas No : 2008/41
Karar No: 2009/156

Özeti : Defter ve belgelerini incelemeye ibraz etmeyen ve komisyon karşılığında fatura düzenlemesi nedeniyle salınan vergilere karşı açtığı davalar reddedilen kişi tarafından düzenlenen faturaların emtia alışlarını belgelendirmek amacıyla temin edildiği anlaşıldığından, bu faturalarda gösterilen katma değer vergisinin indirim konusu yapılamayacağı gerekçesiyle verilen davanın reddi yolundaki ısrar kararında hukuka aykırlık bulunmadığı hakkında.

Temyiz Eden : ... Toptan Tuhafiye Ticaret ve Sanayi Limited Şirketi
Karşı Taraf : Çakabey Vergi Dairesi Müdürlüğü
İstemin Özeti : Emtia alımlarının bir kısmını gerçek bir emtia teslimine dayanmayan faturalarla belgelendirmesi ve yüklenilmeyen vergileri indirim konusu yapması nedeniyle davacı adına Aralık 1999 dönemi için re'sen salınan vergi ziyaı cezalı katma değer vergisi dava konusu edilmiştir.

Davayı inceleyen İzmir 1.Vergi Mahkemesi, 14.10.2005 günlü ve E:2004/964, K:2005/895 sayılı kararıyla; davacıya fatura düzenleyen ... hakkında düzenlenen vergi tekniği raporunda, adı geçen şahsın 30.11.1999-31.12.1999 tarihleri arasında ve Ocak 2000 döneminde sahte ve muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenlediğinin tespit edilmesi üzerine hakkında fatura ticareti yapması nedeniyle tarhiyatlar yapıldığı, (...) unvanıyla faaliyet gösteren ... adına yapılan bu tarhiyatlara karşı İzmir 2.Vergi Mahkemesinde açılan davaların, 30.11.1999 tarihinden sonra düzenlediği tüm faturaların herhangi bir emtia ve hizmet karşılığı olmaksızın komisyon karşılığı düzenlendiği ve komisyon geliri elde edildiği gerekçesiyle reddedildiği, yargı yerince komisyon karşılığı fatura düzenlediğine karar verilen bu şahıstan herhangi bir emtia teslim edilmeksizin temin edilen faturalarda yer alan katma değer vergilerinin indirim konusu yapılmasının mümkün olmadığı, davacının bu belgeleri bilerek kullandığı sonucuna varıldığından, vergi ziyaı cezasında da hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle, davayı reddetmiştir.

Davacının temyiz istemini inceleyen Danıştay Dokuzuncu Dairesi, 31.5.2007 günlü ve E:2005/5374, K:2007/2157 sayılı kararıyla; emtia aldığı ...'nun komisyon karşılığı fatura düzenlemesi nedeniyle davacı şirkete düzenlediği faturaların gerçek teslime dayanmadığı kabul edilmek suretiyle katma değer vergisi indirimlerinin kabul edilmediği anlaşılmakta ise de, davacı şirket hakkında düzenlenen 6.10.2004 tarihli vergi inceleme raporu ile yapılan karşıt inceleme sonucu ... hakkında düzenlenen 9.9.2004 tarihli vergi tekniği raporunun incelenmesinden, her iki tarafın kayıt ve beyanlarında sözü edilen faturaların yer aldığının görüldüğü, bu durumda, yapılan karşıt inceleme sonucu kayıtları bire bir tutan davacı şirketin ...'dan aldığı faturaların sahte olduğunun kabulü mümkün bulunmadığından, davanın reddi yolunda verilen kararda isabet görülmediği gerekçesiyle, kararı bozmuştur.

Bozma kararına uymayan İzmir 1.Vergi Mahkemesi, 18.10.2007 günlü ve E:2007/1125, K:2007/1009 sayılı kararıyla; İzmir 2.Vergi Mahkemesince davacıya fatura düzenleyen ... adına komisyon geliri üzerinden yapılan gelir vergisi tarhiyatına karşı açılan davanın reddi yolundaki karara yöneltilen temyiz isteminin Danıştay Üçüncü Dairesinin 23.5.2006 günlü ve E:2005/2713, K:2006/1372 sayılı kararıyla reddedildiği, herhangi bir emtia teslimine dayanmadığı için komisyon karşılığı düzenlendiği yargı kararıyla belirlenen faturalarda yer alan ve Hazineye intikal etmeyen katma değer vergisinin indirim konusu yapılamayacağı; ancak, vergi ziyaı cezasının, Anayasa Mahkemesince verilen 6.1.2005 günlü ve E:2001/3, K:2005/4 sayılı iptal kararı nedeniyle, gecikme faizi eklenmeksizin ziyaa uğratılan verginin üç katı üzerinden kesilmesi gerektiği gerekçesiyle, davanın katma değer vergisi ve cezanın, bu verginin üç katına isabet eden kısmı yönünden reddi yolundaki hüküm fıkrasında ısrar etmiş, ceza fazlasını kaldırmıştır.

Israr kararını temyiz eden davacı, ... 'dan emtia alındığını ve ödemelerin bir kısmının çekle yapıldığını, Aralık 1999 dönemine kadar faaliyeti gerçek kabul edilen ... 'nun bu dönemden sonraki faaliyetinin gerçek olmadığına dair yeterli tespit bulunmadığını, ... 'nun mal aldığı ... Gıda Sanayi İthalat İhracat Ticaret Limited Şirketi hakkında sahte fatura düzenlediğine dair yapılmış bir vergi incelemesi ve tarhiyat bulunmadığını, bu şahsın alış faturalarının gerçek olmadığı kabul edilse bile satış faturası düzenlediği iyi niyetli üçüncü kişilerin haklarının korunması gerektiğini ileri sürerek kararın bozulmasını istemiştir.

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

Danıştay Tetkik Hâkimi Gönül SAYIN'ın Düşüncesi : Davacının fatura aldığı ... ile ...'nun fatura aldığı ... Gıda Sanayi İthalat İhracat Ticaret Limited Şirketi hakkındaki raporların incelenmesinden, ... Gıda Sanayi İthalat İhracat Ticaret Limited Şirketinin işyerini terk ettiği 22.11.1999 tarihinden sonra düzenlediği faturaların gerçeği yansıtmadığı, 29.2.2000 tarihinde işi terk eden ...'nun ise ... Gıda Sanayi İthalat İhracat Ticaret Limited Şirketinden 30.11.1999-12.1.2000 tarihleri arasında toplam 56311 adet muhtelif bluz, elbise, takım, etek, pantolon, ceket, hırka içerikli 10 adet fatura aldığı, faturaların sıra numarası takip ettiği anlaşıldığından ...'nun ... Gıda Sanayi İthalat İhracat Ticaret Limited Şirketinden aldığı faturaların gerçeği yansıtmadığının kabulü gerekmektedir.

Ancak vergi inceleme raporunda, ...'nun ... Gıda Sanayi İthalat İhracat Ticaret Limited Şirketinden herhangi bir mal almadığı dolayısıyla da bu faturalarda gösterilen emtiaların davacıya satılamayacağı, davacı adına düzenlenen faturaların sahte olduğu kabul edilmiş ise de, ... tarafından, ... Gıda Sanayi İthalat İhracat Ticaret Limited Şirketinden kazak içerikli fatura alınmadığı halde davacıya 1999 yılında toplam 4890 adet kazak satış faturası da düzenlendiği, davacı adına 1999 yılında düzenlenen toplam 171.334.750.000 lira fatura tutarının 53.725.000.000 liralık kısmının çekle ödendiği ve taraflarca faturaların gerçeği yansıtmadığına dair beyanda bulunulmadığı gibi 30.11.1999 tarihine kadar faaliyeti gerçek kabul edilen ...'nun bu tarihte işyerini terk ettiğine veya işyerinde herhangi bir emtia, demirbaş bulunmadığına dair tespit de olmadığından, ...'nun belgesiz aldığı malları ... Gıda Sanayi İthalat İhracat Ticaret Limited Şirketinden temin ettiği faturalar ile belgelendirdiği, 22.3.1999 tarihinden itibaren toptan konfeksiyon ürünleri alım satımına başladığı içinde bu tarihten sonra yüksek tutarda fatura düzenlemesinin ticari teammüllere uygun bulunduğu davacı adına düzenlenen kayıt ve beyanlara intikal ettirilen faturaların gerçek mal teslimine ilişkin olduğu kanaatine varılmıştır.

Vergi dairesince, ... adına 30.11.1999-31.12.1999 tarihleri arasında sahte fatura düzenlemekten sağladığı hasılatı beyan dışı bırakması nedeniyle salınan cezalı vergilere karşı açılan davaları reddeden mahkeme kararlarının kesinleştiği, dolayısıyla adı geçen mükellefin sahte fatura düzenlediğinin mahkeme kararı ile sabit olduğu ileri sürülmekte ve söz konusu mahkeme kararlarının ... tarafından temyiz edilmediği anlaşılmakta ise de, ... tarafından açılan davalarda davacı hakkındaki rapor ile davacının ileri sürdüğü iddialar da incelenerek muamelelerin gerçek mahiyetinin tamamen ortaya konulduğu iddia edilmediğinden, davacı adına düzenlenen faturaların dosyadaki bilgilere göre gerçek olup olmadığının incelenmesine engel bir durum yoktur.

Vergi mahkemesince, ... hakkındaki gelir vergisi tarhiyatına karşı açılan davayı reddeden mahkeme kararının Danıştay Üçüncü Dairesinin 23.5.2006 gün ve E:2005/2713, K:2006/1372 sayılı kararı ile onandığı belirtilmekte ise de söz konusu karar ile vergi dairesinin geçici verginin cezasına ve özel usulsüzlük cezasına ilişkin temyiz istemi incelenerek mahkeme kararının geçici verginin cezasına ilişkin hüküm fıkrası onanmış, kararın özel usulsüzlük cezasına ilişkin hüküm fıkrası ise bozulmuş olup, karar yükümlü tarafından temyiz edilmediğinden cezalı gelir vergisine ilişkin hüküm fıkrasının temyizen incelenmesi yapılmamıştır.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulü ile ısrar kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Buket ORAL'ın Düşüncesi : Danıştay Dokuzuncu Dairesinin bozma kararı uyarınca temyiz isteminin kabulü ile temyize konu vergi mahkemesi ısrar kararının bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunca, tebligat işlemleri tamamlanmış olduğundan yürütmenin durdurulması istemi hakkında karar verilmesine gerek görülmeyerek, dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüşüldü:

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 iddia edene ait olduğu kurala bağlanmıştır.

Mükellefler tarafından Katma Değer Vergisi Kanununun 29'uncu maddesinde düzenlenen katma değer vergisi indiriminin yapılabilmesi için vergisi indirim konusu yapılacak işlemlerle ilgili fatura ve benzeri vesikaların gerçeği yansıtması ve bu fatura ve vesikalarda gösterilerek indirim konusu yapılan katma değer vergisinin de gerçekten ödenmiş, yani indirim konusu yapan tarafından yüklenilmiş olması gerekmektedir. Gerçekleşmemiş teslim ve hizmetler dolayısıyla 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 teslime ilişkin 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 yaptıkları teslim bedelleri üzerinden hesaplanacak katma değer vergisinden indirilmesi suretiyle katma değer vergisinin nihai tüketiciye kadar yansıması öngörülmüştür. Bu nedenle, katma değer vergisi hesaplamak ve yüklendiği bu vergiyi indirmek durumundaki bir yükümlü olan davacı adına vergilendirme döneminde beyan ettiği matrahı 4811 sayılı Yasa uyarınca yükseltmesi nedeniyle gelir vergisi tarhiyatı yapılmamış olmasının, indirilebilir katma değer vergisinin varlığı ile ilgili olan bu davanın çözümüne etkisi yoktur.

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 düzenlenen faturada gösterilen emtia veya hizmet bedeline göre katma değer vergisi hesaplanmakta, amaca ulaşılabilmesi için faturanın tarafları bu işlemi kayıtlarına dahil ederek, aralarındaki işleme gerçek bir teslim görüntüsü verilebilmenin gerektirdiği diğer tüm işlemleri tamamlamaktadır. Sadece fiili bir durum olan bu yapay işlemlere hukuksal sonuç bağlanamayacağından, belgesiz alışları belgelendirmek amacıyla temin edilen faturalarda şeklen gösterilen vergi gerçekten yüklenilmiş bir vergi olmadığından, indirim konusu yapılmasına Katma Değer Vergisi Kanunu hükümleri engel oluşturmaktadır.

Tuhafiye toptan ticareti yapan davacının 1999 ve 2000 takvim yıllarına ilişkin işlemlerinin incelenmesi sırasında komisyon karşılığı fatura düzenlediği saptanan ...'dan alınan 30.11.1999 tarihli üç, Aralık 1999 ayında ondört ve Ocak 2000 ayında yedi fatura ile 48312 adet muhtelif bluz, takım, elbise, pantolon, etek, ceket, hırka ve kazak teslim edildiğini belgelendirmek üzere kayıtlara dahil edilen faturaların düzenlendiğinde ihtilaf yoktur. Davacı bu faturalarda gösterilen emtianın gerçekten ... tarafından kendisine teslim

edildiği iddiasındadır. Bu iddia karşısında, ...'nun davacıya söz konusu emtiayı gerçekten teslim edip edemeyeceğinin belirlenmesi gereklidir.

Davacı tarafından üzerinde yazılı katma değer vergisinin yüklenilmiş vergiler olarak indirim konusu yapılabilmesi için ... tarafından davacıya düzenlenen faturalarla gerçekten faturalardaki tekstil ürünlerinin teslim edilebilmesine olanak bulunmalıdır.

Kurulumuzun E:2008/846 sayılı dosyasında örneği bulunan ve ...'nun aynı dönem işlemlerinin incelenmesi üzerine düzenlenen 9.9.2004 tarihli ve 21/543-44 sayılı vergi tekniği raporunda; 7.10.1994 tarihinde konfeksiyon ürünleri ticaretine başlaması nedeniyle Şirinyer Vergi Dairesi Müdürlüğünce gelir vergisi mükellefiyeti tesis edilen adı geçenin, İzmir, Çankaya İlçesinde 22.3.1999 tarihinde konfeksiyon ürünleri toptan ticareti yapmak üzere şube iş yeri de açtıktan kısa bir süre sonra konfeksiyon ürünleri perakende ticareti yapılan merkez iş yerindeki faaliyetine 1.8.1999 tarihinde son vererek Konak Vergi Dairesi Müdürlüğünün mükellefi olmasından sonra 29.2.2000 tarihinde ticari faaliyetini tamamen terk ettiği, konfeksiyon ürünleri toptan ticareti faaliyetine başladıktan sonra haklarında sahte fatura düzenlediklerine dair vergi inceleme raporları bulunan İzmir Bornova Vergi Dairesi Müdürlüğünün mükellefi ... Giyim ve Tekstil Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi ile İzmir Kemeraltı Vergi Dairesi Müdürlüğünün mükellefi ... Tekstil Konfeksiyon Ürünleri Sanayi Ticaret Limited Şirketi tarafından Mart ve Haziran 1999 dönemlerinde düzenlenen faturaları işletmeye belgesiz giren emtianın belgelendirilmesi amacıyla kayıtlarına dahil ettiği, bu faturalarda gösterilen katma değer vergilerini gerçekte yüklenmediği halde indirim konusu yaptığı tespit edilmiştir. ...'nun 30.11.1999-12.1.2000 tarihlerinde Kahramanmaraş Türkoğlu Malmüdürlüğü mükellefi ... Gıda Sanayi İthalat İhracat Ticaret Limited Şirketinden 56.311 adet muhtelif bluz, takım, elbise, pantolon, etek, ceket ve hırka satın aldığını belgelendirmek üzere kayıtlarına dahil ederek üzerinde gösterilen katma değer vergilerini indirim konusu yaptığı 10 fatura tutarının çok yüksek olması ve satış tarihleri arasında uzunca bir zaman aralığı bulunmasına karşın fatura sayılarının aralıksız birbirini izlemesi nedeniyle davalı vergi idaresi tarafından bilgi ve belge istenmesi üzerine, Türkoğlu Malmüdürlüğünün 14.4.2004 tarihli yazısı ekinde ... Gıda Sanayi İthalat İhracat Ticaret Limited Şirketi hakkında düzenlenmiş 19.9.2000 tarihli ve 2000-46-2/KDVİ-10 sayılı vergi inceleme raporunun gönderildiği saptanmaktadır.

Belirtilen vergi inceleme raporundan; ... unvanlı limited şirketin, 21.9.1999 tarihine kadar İçel İstiklal Vergi Dairesi Müdürlüğünün mükellefi iken, mükellefiyet kaydını Türkoğlu'na nakletmesi üzerine 22.11.1999 tarihinde yapılan yoklamada işyerinde bulunmadığı, 21.2.2000 tarihinde komşusu ve zabıta memuru nezdinde yapılan yoklamada ise faaliyete başladıktan 20 gün sonra iş yerini terk ettiği, Türkoğlu Malmüdürlüğü mükellefi olmadan önce Ağustos 1999 dönemi için pişmanlıkla verdiği beyannameye istinaden aldığı katma değer vergisi iadesinin dayanağı yeminli mali müşavir katma değer vergisi iadesi tasdik raporunun sahte olduğu, raporu düzenlemiş görünen yeminli mali müşavirin söz konusu raporu düzenlemediğini ve iadeye konu alış faturalarını düzenleyen Manisa Mesir Vergi Dairesi Müdürlüğünün mükellefi ... Tekstil Mobilya Dayanıklı Tüketim Malları Züccaciye Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi nezdinde yapılan karşıt incelemede, bu mükellefin ilgili dönemde matrah beyan etmediğinin, alışlarının sahte faturalara dayandığının, ... Gıda Sanayi İthalat İhracat Ticaret Limited Şirketi adına düzenlenen faturaların, faturalarda belirtilen matbaa tarafından basılmadığının tespit edildiği, bu nedenle, ... Gıda Sanayi İthalat İhracat Ticaret Limited Şirketinin katma değer vergisi iadesi almak için Türkoğlu Malmüdürlüğünün mükellefi olduğu ve işyerinde bulunmadığının tespit edildiği tarih olan 22.11.1999 tarihinden sonra düzenlediği faturaların gerçek bir teslime dayanmadığı sonucuna ulaşıldığı anlaşılmaktadır. ... Gıda Sanayi İthalat İhracat Ticaret Limited Şirketi tarafından ... adına düzenlenen faturaların da iş yerinde 20 gün bulunduktan sonra terk edildiğinin saptandığı 22.11.1999 tarihinden sonra ve aralıksız birbirini izleyen sıra numarasını taşıdığı dosyadaki belgelerle kanıtlıdır. Öte yandan ... tarafından davacıya düzenlenen faturaların tarihlerinin, ...

ünvanlı şirketin fatura tarihlerini,içeriklerinin ise aynı emtiayı kapsadığı ve birbirini izleyen sıra numaralarıyla düzenlendiği belirlenmektedir.

1999 ve 2000 vergilendirme dönemlerindeki alış ve satış faturalarının bir kısmı ile yazar kasa (Z) raporlarını incelemeye ibraz etmeyen, dönem başı ve sonu mevcutlarını emtia türlerine göre ayırmayan ve bu yüzden işlemleri emtia envanteri yapılmasına elverişsiz olan ... adına aynı dönemler için komisyon karşılığında fatura düzenlemesi nedeniyle salınan gelir vergisine karşı açılan davaların reddedildiği, katma değer vergisi yönünden davanın reddine ilişkin kararların temyiz edilmeksizin kesinleştiği, aranmayan geçici vergiler üzerinden kesilen cezaları azaltan kararların temyiz edildiği ve istemlerin Danıştay Üçüncü Dairesinin 23.5.2006 günlü ve E:2005/2713, K:2006/1372 sayılı kararıyla reddedildiği saptanmaktadır.

Yukarıda değinilen saptamalar ve yargı kararları karşısında ... tarafından davacı adına düzenlenen faturaların, faturalarda gösterilen emtianın tesliminden dolayı değil, bir kısım alışların belgelendirilmesi amacıyla temin edildiğine kanıt oluşturabilecek niteliktedir.Söz konusu faturaların kayıtlara dahil edilmesinin sonucu olarak yapılan diğer işlemlerin varlığı faturalarda gösterilen verginin indirim konusu yapılmasını gerektirecek etkide görülmediği gibi vergilendirme dönemine ait gelir tablosu karşısında fatura tutarlarının davacının ticari işlem hacmine uygun düşmediği de saptandığından davanın reddi yolundaki ısrar kararında hukuka aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin reddine, 3.4.2009 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X- Temyiz isteminin kabulü ile ısrar kararının, Danıştay Dokuzuncu Dairesinin bozma kararında yer alan hukuksal nedenler ve gerekçe uyarınca bozulması gerektiği oyu ile karara katılmıyoruz.

KARŞI OY

XX- 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 davalarda vergi ziyaı suçu işleyenlere 5479 sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği tarihe kadar vergi ziyaı cezası kesilmemesi gerektiğinden kararın cezaya ilişkin hüküm fıkrasına katılmıyorum.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Vergi Dava Daireleri
Kurulu
Esas No : 2008/809
Karar No: 2009/159

Özeti : Bazı gümrük çıkış beyannamelerine konu ihracatların incelemeye alınması üzerine adreslerini terk eden, alışlarını, düzenledikleri yüksek bedelli faturaları beyannamelerine dahil etmeyen vergi mükelleflerinin faturalarıyla belgelendiren davacının ve müdürü olduğu şirketlerin, kayıt ve beyanlarının birbirine uymaması karşısında, faturaların katma değer vergisi iadesi almak ve indirim konusu yapmak amacıyla temin edildiği sonucuna ulaşıldığından, davanın reddi

yolundaki ısrar kararında hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında.

Kararın Düzeltilmesini İsteyen : Gazikent Vergi Dairesi Müdürlüğü
Karşı Taraf : ...
İstemin Özeti : Eylül 1998 döneminde indirim konusu yaptığı 70.356.210.784 lira katma değer vergisinin,gerçekten yapılmış bir teslime dayanmaması nedeniyle bu tutarın yüklenilmediği,yeniden düzenlenen beyan tablosuna göre Ekim 1998 dönemine 57.883.326.216 lira devreden vergi bulunduğu ve aynı dönemdeki yurt dışı teslimleri dolayısıyla 63.048.651.101 lira katma değer vergisinin, haksız iade edildiği saptanarak davacı adına salınan kaçakçılık cezalı katma değer vergisi davaya konu yapılmıştır.

Davayı inceleyen Gaziantep Vergi Mahkemesi, 30.6.2004 gün ve E:2003/1148, K:2004/772 sayılı kararıyla; gerçek bir teslime dayanmadığı saptanan faturaları düzenleyen şirketlerden ... Tekstil Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi hakkındaki inceleme raporunda; davacıya düzenlediği faturaların, sahte ve muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı olduğu, davacının bu şirketin de %94.8 hisseli ortağı ve müdürü olduğu, yine davacının ortağı ve müdürü olduğu ... Tekstil Ticaret Limited Şirketinin bilinen son adresinde yapılan yoklamada iş yerinin sürekli kapalı olduğu, fiilen faaliyette bulunulmadığı, en son 10.4.2000 tarihinde yapılan yoklamada, iş yerinde başka bir şirketin faaliyet gösterdiğinin saptandığı, 1998 yılında 1.716.036.000.000 lira hasılat, 388.044.724.000 lira maliyet belgesi bulunmasına karşın kurumlar vergisi beyannamesi ekindeki gelir tablosunda 366.511.763.639 lira hasılat beyan ettiği, fatura düzenleyen diğer firma olan ... Tekstil Sanayi Ticaret Limited Şirketi hakkındaki tespitlere göre şirkete ait iş yerinin sürekli kapalı olduğu, ortaklarına ulaşılamadığı, emtia aldığı dokuz ayrı firmadan bir kısmı hakkında gerçek bir teslime dayanmaksızın belge düzenledikleri yönünde inceleme raporları bulunduğu, bir kısmının ise faaliyetsiz oldukları, adreslerinde bulunamadığı, ortaklarına ve temsilcilerine ulaşılamadığının tespit edilmesi nedeniyle, davacının Eylül 1998 döneminde iadesini istediği katma değer vergilerini gerçekte yüklenmediği halde indirim konusu yaptığı sonucuna varılarak vergilendirme yapıldığı;davacının, indirim ve iadeye konu ettiği katma değer vergilerine ait alış faturalarını düzenleyen üç firmadan ikisinin paylarının %90'ından fazlasına sahip ortağı olması, bu firmalar ve davacıya fatura düzenleyen diğer firma hakkında yapılan tespitlerin ve yükümlünün ilgili dönemde indirilebilir katma değer vergisi olarak beyan ettiği 70.356.210.784 liraya ilişkin alış faturalarının, aynı firmalar tarafından bir organizasyon çerçevesinde düzenlendiğinin sabit olması karşısında, izleyen döneme devreden katma değer vergisi tutarının azaltılmasında isabetsizlik görülmediği, nitekim davacı tarafından verilen katma değer vergisi beyannamesi ekindeki yüklenilen katma değer vergisi listesinde yer alan ... Tekstil Sanayi Ticaret Limited Şirketi tarafından düzenlenen bazı alış faturalarının sonradan verilen düzeltme beyannamesi ile listeden çıkarılmasının da haksız katma değer vergisi iadesi almak için organizasyon oluşturulduğunu gösterdiği, her ne kadar inceleme elemanınca davacıya yurt dışı teslimleri nedeniyle mahsup suretiyle iade edilen katma değer vergileri yönünden yurt dışında bulunan müşteriler nezdinde inceleme ve araştırma yapılmamış ise de söz konusu ihracat işlemlerine ait alış faturalarının, gerçekten emtianın temin edildiği tedarikçi firmalardan alınan faturalar olmadığı, bir organizasyon dahilinde birbirine fatura düzenleyen firmalardan temin edilmiş olması nedeniyle, sözü edilen alış faturalarına istinaden katma değer vergisi iadesi yapılmasına yasal olarak imkan bulunmadığı gerekçesiyle, davayı reddetmiştir.

Davacının temyiz istemini inceleyen Danıştay Dokuzuncu Dairesi, 15.11.2005 günlü ve E:2004/3421, K:2005/3259 sayılı kararıyla; davacıya ihtilaflı dönemde fatura düzenleyen ... Tekstil Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi, ... Tekstil Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi ve ... Tekstil Sanayi ve Ticaret Limited Şirketinin düzenledikleri faturalar yönünden yapılan

tespitlerin, bu faturaların gerçekten bir teslime dayanmadığını ispatlamak için yeterli görülmediği ve inceleme raporunda da bu konuda somut bir saptama bulunmadığından, davaya konu yapılan vergilendirmede hukuka uygunluk görülmediği gerekçesiyle, kararı bozmuştur.

Bozma kararına uymayan Gaziantep Vergi Mahkemesi,19.7.2006 günlü ve E:2006/338, K:2006/659 sayılı kararıyla, davanın reddi yolundaki ilk kararında ısrar etmiştir.

Davacının temyiz istemini inceleyen Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu,28.12.2007 günlü ve E:2007/72,K:2007/655 sayılı kararıyla; davacı adına yapılan cezalı tarhiyat ile davacının bir kısım katma değer vergisi indiriminin kabul edilmemesi suretiyle ihtilaflı dönemden sonraki döneme devreden indirilebilir katma değer vergisinin azaltılmasına dayanak olan inceleme raporunda; kabul edilmeyen katma değer vergisi indirimi ve haksız iade edildiği kabul edilen katma değer vergisine ait emtia ve hizmet alışlarına ilişkin faturaları düzenleyen ... Tekstil Ticaret Limited Şirketi, ... Tekstil Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi ve ... Tekstil Sanayi Ticaret Limited Şirketinin faturalarının gerçek dışı olduğu yolunda inceleme raporlarının bulunduğu, bu inceleme raporlarında; davacının %94.8 hisseli ortağı ve müdürü olduğu ... Tekstil Sanayi ve Ticaret Limited Şirketinin, hayali ihracat yoluyla haksız katma değer vergisi iadesi almak için kurulan organizasyonda sahte fatura kullanmak ve düzenlemekle görevli paravan bir şirket olduğu kanaatine varıldığı ve bu nedenle davacıya düzenlediği faturaların sahte ve içeriği itibarıyla yanıltıcı mahiyette olduğu, işyerinin bir yoklamada kapalı olduğu, bir diğer yoklamada başka bir şirketin faaliyette bulunduğunun saptandığı, yine davacının ortağı olduğu ve yöneticiliğini yaptığı ... Tekstil Ticaret Limited Şirketinin bilinen adresinde yapılan yoklamalarda, işyerinin sürekli kapalı olduğu, şirketin fiilen faaliyette bulunmadığı, 1998 takvim yılında yüksek tutarlarda hasılat ve maliyet belgesi bulunmasına karşın verdiği kurumlar vergisi beyannamesinde düşük hasılat beyan ettiği, ... Tekstil Sanayi Ticaret Limited Şirketi hakkındaki tespitlere göre ise iş yerinin sürekli kapalı olduğu, ortaklarına ulaşılamadığı, mal alışlarını haklarında gerçek dışı fatura düzenlemekten inceleme raporları bulunan kişilerden yaptığının saptandığı yolundaki tespitlere yer verilip, davacının Eylül 1998 döneminde bu firmalardan aldığı belgelerle belgelendirdiği katma değer vergisi indiriminin gerçek dışı faturalara dayandığı ve iade edilen ihracattan kaynaklanan katma değer vergisinin de, içeriği itibarıyla yanıltıcı belgelere dayandığı ve bu vergileri gerçekte yüklenmediği sonucuna varıldığının anlaşıldığı, dava konusu tarhiyatın ve diğer işlemlerin dayanağı inceleme raporunda; faturaların içeriği itibarıyla yanıltıcı mahiyette ya da sahte olduğu yolunda somut bir tespit bulunmadığı gibi eleştiri konusu yapılan faturalardaki katma değer vergilerinin davacı tarafından ödenmediğine ilişkin bir saptamaya yer verilmediği, söz konusu faturaları düzenleyen şirketlerin ilgili dönemlerde katma değer vergisi matrahı beyan ettiklerinin de anlaşıldığı gerekçesiyle ısrar kararını bozmuştur.

Vergi idaresi tarafından; katma değer vergisinin indirim konusu yapılabilmesi için indirimin yasal şekilde belgelendirilmesi ve bu belgelerin gerçeğe uygun olması gerektiği, %90 hissesi davacıya ait olan iki şirket ile ... Tekstil Sanayi Ticaret Limited Şirketinin gerçek bir emtia teslimine dayanmadan haksız katma değer vergisi iadesi almak için organizasyon oluşturduğunun tespit edilmesi nedeniyle bu şirketlerden alınan faturalarda gösterilen katma değer vergileri indirim konusu yapılamayacağından, davanın reddi yolundaki kararın bozulması yolundaki Vergi Dava Daireleri Kurulu kararının düzeltilmesi istenmiştir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hâkimi Gönül SAYIN'ın Düşüncesi : Kararın düzeltilmesi dilekçesinde ileri sürülen nedenler, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 54 üncü maddesinde yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi gerekeceği düşünülmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

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 iddia edene ait olduğu kurala bağlanmıştır.

Mükellefler tarafından Katma Değer Vergisi Kanununun 29'uncu maddesinde düzenlenen katma değer vergisi indiriminin yapılabilmesi için vergisi indirim konusu yapılacak işlemlerle ilgili fatura ve benzeri vesikaların gerçeği yansıtması ve bu fatura ve vesikalarda 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 teslime ilişkin 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, yaptıkları teslim bedelleri üzerinden hesaplanacak katma değer vergisinden indirilmesi suretiyle katma değer vergisinin nihai tüketiciye kadar yansıması öngörülmüştür. Bu nedenle, katma değer vergisi hesaplamak ve yüklendiği bu vergiyi indirmek durumundaki bir yükümlü olan davacı adına vergilendirme döneminde beyan ettiği matrahı 4811 sayılı Yasa uyarınca yükseltmesi nedeniyle gelir vergisi ve katma değer vergisi tarhiyatı yapılmamış olması, sonraki döneme devreden veya iade edilen katma değer vergisinin varlığı ile ilgili bu 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 fatura düzenlenmekte, faturada 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 tamamlamaktadır. Sadece fiili bir durum olan bu yapay işlemlere hukuksal sonuç bağlanamayacağı açıktır.

Halı ve tekstil ihracatı yapan ve 19.10.1998 tarihinde verdiği Eylül 1998 dönemine ilişkin katma değer vergisi beyannamesinde ihracat istisnası uygulanacak teslim ve hizmet bedelini 1.121.218.248.000 lira; iadesi gereken katma değer vergisini ise 158.531.556.000

lira olarak beyan eden ancak, beyanname ekindeki 30.9.1998 tarihli 5 adet gümrük çıkış beyannamesi muhteviyatı eşyanın ihraç edildiğini teyit eden Gürbulak Gümrük Müdürlüğünün 22.10.1998 tarihli yazısının yanlış isim ve sahte imza ile katma değer vergisi iadesi almak için düzenlendiğinin 5.11.1998 günlü ve 14946 sayılı yazısı ile bildirilmesi üzerine davacının Eylül 1998 dönemi katma değer vergisi beyanlarının doğruluğu konusunda inceleme başlatılmıştır. Dosyadaki inceleme raporları ve eki belgelerden, gümrük çıkış beyannamelerindeki emtianın, davacının %94,8 paylı ortağı ve müdürü olduğu ... Limited Şirketi tarafından davacı adına düzenlenen faturalarla temin edilen kumaş, pantolon, eşofman takımı ve gömlek gibi emtia olduğu, bu emtia alışına ait faturaların yasal defterlere kaydedilmediği halde sahte gümrük çıkış beyannamesi ile ihraç edilmiş gibi gösterildiği anlaşılmaktadır. Bu saptamadan önce gümrük çıkış beyannamelerinin sorgulandığını öğrenen davacının söz konusu fatura tutarlarını katma değer vergisi beyannamelerinden çıkarmak suretiyle 26.10.1998 tarihinde düzeltme beyannamesi verdiği ve 1.1 trilyon lira bildirilen ihracat istisnası tutarını 431.3 milyar liraya indirdiği belirlenmektedir. Eylül 1998 dönemine ilişkin düzeltme beyannamesinde bildirilen indirim ve iadeye konu katma değer vergilerinin ise ... Tekstil Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi, ... Tekstil Ticaret Limited Şirketi ile ... Tekstil Sanayi Ticaret Limited Şirketinin düzenlediği faturalara dayandığı anlaşılmaktadır.Bu nedenle indirim ve iade tutarının kabul edilebilmesi, sözü edilen kurumlar tarafından faturalarındaki emtianın davacıya gerçekten teslim edilmiş olmasına bağlı kalmaktadır. Davacının bu şirketlerden halı imalatı ve tekstil ürünü ticareti ile uğraşan ... Tekstil Sanayi ve Ticaret Limited Şirketinin %94,8 paylı; tekstil ürünü ticareti yapan ... Tekstil Ticaret Limited Şirketinin ise %92 paylı ortağı ve müdürü olduğunda çekişme bulunmamaktadır. Davacının Eylül 1998 döneminde sahte gümrük çıkış beyannamesi ile hayali ihracat yapmaya çalıştığının tespitinden sonra ... Limited Şirketinin imalathanelerini İstanbul Halkalı Vergi Dairesi Müdürlüğünün mükellefi olan bir firmaya kiraladığı, merkez iş yerini, aynı işhanında faaliyette bulunan davacının iş yeri adresine naklederek İstanbul'da bulunan depoyu da terk ettiği; iş yeri ve ikametgah adresinde bulunamayan davacının ve şirketin iş yerine 1,5 yıldır gelmedikleri, kira ödemedikleri iş yeri malikinin 10.8.2001 tarihli ifadesiyle saptanmışken davacı ve şirket tarafından verilen gelir ve katma değer vergisi matrahlarının 4811 sayılı Yasaya göre artırılmasına ilişkin dilekçelerde aynı adresin bildirildiği, 1998 yılında dönemler itibarıyla yüksek matrahlar beyan edildiği halde sadece Ocak döneminde ödenecek katma değer vergisi gösterildiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla davacı vergilendirme döneminde kendisi ve bu iki şirketle ilgili işlemleri tümüyle ve sadece kendi iradesiyle yürütmektedir.

... Tekstil Sanayi ve Ticaret Limited Şirketinin ve davacının yasal defterleri, Eylül-Kasım 1998 dönemine ilişkin belgeleri ve vergi idaresine verilen (B) formlarının incelenmesinden, davacının emtia alışlarının %66'sının ... Tekstil Sanayi ve Ticaret Limited Şirketinden alınan halı faturalarıyla belgelendirildiği, ... Tekstil Sanayi ve Ticaret Limited Şirketinin alışlarının %90'ını ise ... Tekstil Ticaret Limited Şirketi, ... Tekstil Sanayi Ticaret Limited Şirketi, ... Tekstil Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi, ... Tekstil Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi ile ... İplik Dokuma Tekstil Sanayi Anonim Şirketinden alınmış faturalarla belgelendirildiği dosyadaki belgelerden anlaşılmaktadır. ... şirketinin fatura aldığı firmaların ortaklarının aynı kişiler olduğu, bu firmaların organizasyon halinde fatura düzenlediklerinin, şirketlerin ortaklarından ...'ın faturaları komisyonla ve emtia teslimi yapmaksızın düzenlendiğini anlatımıyla doğruladığı, ... ve ... unvanlı limited şirketlerin ise alışlarının büyük kısmını ... şirketinin faturalarıyla belgelendirdiklerinin haklarında düzenlenen vergi tekniği raporları arasında ilişki kurulduğunda saptanmaktadır. ... Limited Şirketinin davacıya satmış göründüğü halıları, imalatıyla değil, ... Tekstil ve ... Tekstil unvanlı limited şirketlerden yapılmış görünen alışlarla sağlanmış olduğu belirlenmektedir. 1998 vergilendirme döneminde satışlarının %94'ünü 1.7 trilyon lira bedelle ... Limited Şirketine yaptığı (B) formlarından anlaşılan ... Tekstil Ticaret Limited Şirketinin 366.5 milyar lira hasılat ve 388 milyar lira maliyet bildirdiği, ... Tekstil Sanayi ve Ticaret Limited Şirketinin ise yurt içi satışlarının

%86'sını davacıya ve ortağı ve müdürü olduğu ... ve ... Tekstil unvanlı limited şirketlere yapmış göründüğü ancak alışlarını gayrifaal veya fatura düzenledikten sonra faaliyetlerini terk etmiş şirketler ve kişilerin faturalarıyla belgelendirdiği anlaşılmıştır.

Eylül 1998 dönemindeki gümrük çıkış beyannameleri ile ilgili kullandığının tespitler ve bazı gümrük çıkış beyannamelerine konu ihracatların incelemeye alınması üzerine davacı ve ortağı olduğu şirketlerin faaliyet adreslerini terk etmeleri, iş hacmine uygun düşmeyecek ölçüde yüksek bedelli faturalar düzenleyen ancak, bildirimlerine bu belgeleri dahil etmeyen mükelleflerden alış yapılması, davacının doğrudan alış yapmak yerine müdürü olduğu şirketlerin kayıtlarına girmiş emtia faturalarına dayanarak işlem yapması,bu şirketlere fatura düzenleyen şirketlerin de gerçek bir emtia teslimine dayanmaksızın fatura düzenlemeleri, davacının ve müdürü olduğu şirketlerin kayıtları ile beyanlarının birbirine uymaması karşısında faturaların katma değer vergisi iadesi almak ve indirim konusu yapmak amacıyla temin edildiği ve faturalarda gösterilen vergiler gerçekte yüklenilmediğinden indirim ve iadeye konu yapılamayacağı sonucuna ulaşılmaktadır.

Bu nedenlerle 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 28.12.2007 günlü ve E:2007/72,K:2007/655 sayılı kararı kaldırılmasına karar verildikten sonra davacının temyiz istemi yeniden incelendi.

Dayandığı hukuksal nedenler ve gerekçesi yukarıda açıklanan Gaziantep Vergi Mahkemesinin 19.7.2006 günlü ve E:2006/338, K:2006/659 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, 3.4.2009 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Karar düzeltilme dilekçesinde ileri sürülen iddialar, istemin kabulünü gerektirecek nitelikte bulunmadığından, istemin reddi gerektiği oyu ile karara katılmıyoruz.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Vergi Dava Daireleri
Kurulu
Esas No : 2008/9
Karar No: 2009/180

Özeti : 1- Defter ve belgeler vergi idaresine ibraz etmediği için indirim konusu katma değer vergilerinin alış belgelerinde gösterildiği ve defterlere kaydedildiği kanıtlanamamış ise de, katma değer vergisi indiriminin salt bu ön koşulun varlığı kanıtlanamadığı için önlenmesi katma değer vergisinin yansıma özelliğini bozacağından, kanıt olarak vergi mahkemesine sunulan defter ve belgeler hakkında davanın diğer tarafı olan vergi idaresinin bilgi ve tespitlerine başvurulmasında hukuka aykırılık bulunmadığı,

2- İdarenin yapacağı bu saptamayı bir inceleme raporuna dayandırmasının, davacı adına aynı

nedene dayanılarak yeni bir vergilendirme yapılmasına yol açmayacağı hakkında.

Temyiz Eden : Turhal Vergi Dairesi Müdürlüğü
Karşı Taraf : ...
İstemin Özeti : Akaryakıt ticareti ve nakliyecilik yapan ve gerçek bir emtia teslimine dayanmayan faturaları kayıtlarına dahil ederek, faturalarda gösterilen katma değer vergisini indirim konusu yapması nedeniyle davacı adına Şubat ila Aralık 2002 dönemleri için re'sen salınan üç kat vergi ziyaı cezalı katma değer vergisi dava konusu yapılmıştır.

Davayı inceleyen Sivas Vergi Mahkemesi, 27.5.2004 günlü ve E:2003/174, K:2004/161 sayılı kararıyla; ihtilaflı döneme ait defter ve belgelerin incelenmek üzere istenmiş olmasına karşın, inceleme elemanına ibraz edilmemesi nedeniyle katma değer vergisi indirimleri kabul edilmeyen davacı adına yeniden düzenlenen beyan tablosuna göre tarhiyat yapıldığı, tarhiyata karşı açılan dava üzerine Mahkemelerine ibraz edilen defter ve belgelerin idareye tanınan vergi inceleme yetkisi kapsamında incelenmek üzere ve Katma Değer Vergisi Kanununun 29'uncu ve 34'üncü maddeleri uyarınca katma değer vergisi indirimleri açısından biçimsel koşullara uygun olup olmadığının tespiti için davalı idareye gönderilmesi sonucu düzenlenen raporda, davacının katma değer vergisi indirimine esas aldığı alış faturalarının indirim hakkının kullanılabilmesi için yasal koşulları taşımadığı ve gerçek bir emtia teslimine dayanmaksızın düzenlendiği yolunda tespit yapılmadığından, hukuka uygun bulunmadığı gerekçesiyle tarhiyatı kaldırmıştır.

Vergi dairesinin temyiz istemini inceleyen Danıştay Dördüncü Dairesi, 10.10.2006 günlü ve E: 2006/397, K:2006/1801 sayılı kararıyla; defter ve belgelerin ibraz edilmemiş olması nedeniyle re'sen tarh sebebi bulunmakla birlikte, bu durumun ispat ve ibraz yükümlülüğünü ortadan kaldırmaya dayanak sayılamayacağı, yargılama sırasında mahkemeye sunulan defter ve belgeler üzerinde idareye inceleme yaptırılıp, bu incelemenin sonucuna göre hüküm kurulduğu, vergi idaresine ibraz edilmeyen defter ve belgelerin mahkemeye ibraz edilmesi halinde tarhiyatın hukuka uygunluğu konusundaki incelemenin mahkeme tarafından yapılması gerektiği, idari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olduğundan, mahkemelerin idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı vermelerine olanak bulunmadığı, tarhiyatın yapılmasından sonra idarenin defter ve belgeler üzerinde yeniden yapacağı incelemenin, idarenin yeni bir idari işlem tesisine neden olacağı ve davacıya yeni bir dava hakkı vereceği, bu nedenle, tesis edilmiş işlemin mahkeme önünde dava konusu yapılmış olması karşısında, mahkeme kanalıyla idareye ikinci bir işlem tesis etme zorunluluğu getirilmesinin diğer bir ifadeyle, yargılama sırasında ve yargı öncülüğünde davalı idare ajanlarına dava konusu işlem hakkında inceleme yaptırılmasının idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğu hakkında yargı denetimi yapılmasına aykırılık teşkil edeceği, dolayısıyla ispat külfeti kendisine düşen davacı tarafından ibraz edilen defter ve belgelerde gösterilen katma değer vergisi indirim konusu yapılabileceğinden, ibraz edilen defter ve belgeler üzerinden , tüm belgelerin defterlerde kayıtlı ve beyanın da kayıtlara uygun olup olmadığı yolunda, gerekirse bilirkişi incelemesi yaptırılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, kararda yazılı gerekçeyle tarhiyatın kaldırılmasında hukuka uygunluk görülmediği gerekçesiyle kararı bozmuştur

Sivas Vergi Mahkemesi, 2.10.2007 günlü ve E:2007/56, K:2007/362 sayılı kararıyla, ilk kararında ısrar etmiştir.

Israr kararı,davacının 1.2.2000'den itibaren kullandığı defter ve belgelerin, kayıtlara alınan ve gerçek bir emtia teslimine dayanmadığı saptanan belgelerle sınırlı olarak incelenmek üzere istenmesine karşın, mücbir sebep ileri sürülmeden ibrazdan kaçınıldığı, defter ve belgelerin mazeret bildirilmeksizin incelemeye ibraz edilmemesinin defterlerin inceleme sırasında henüz düzenlenmediği, sonradan tedarik edildiği veya kayıtların süresinde

tutulmadığını düşündürdüğü, haklı neden yoksa mahkemeye sunulan defter ve belgelerin incelenemeyeceği, katma değer vergisi indirimden yararlanabilmek için indirime dayanak teşkil eden belgelerin defterlere süresinde kaydedilmesinin şart olduğu, davacının ibrazdan kaçınması nedeniyle katma değer vergisi indirimden yararlanabilmek için aranan şartları taşıdığının saptanamadığı, dolayısıyla indirimlerin kabul edilmemesinde hukuka aykırılık bulunmadığı ileri sürülerek vergi idaresi tarafından temyiz edilmiştir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hâkimi Selda GÜRSOYTRAK GÜLSEVEN'in Düşüncesi : Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar ısrar kararının bozulmasını sağlayacak durumda görülmediğinden istemin reddi gerektiği düşünülmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

Katma Değer Vergisi Kanununun 29'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının (a) bendinde, mükelleflerin yaptıkları vergiye tabi işlemleri üzerinden hesaplanan katma değer vergisinden, kanunda aksine hüküm olmadıkça faaliyetlerine ilişkin olarak kendilerine yapılan teslim ve hizmetler dolayısıyla hesaplanarak düzenlenen fatura ve benzeri vesikalarda gösterilen katma değer vergisini indirebilecekleri, aynı Kanunun 34'üncü maddesinin 1'inci bendinde de, yurt içinden sağlanan veya ithal olunan mal ve hizmetlere ait katma değer vergisinin, alış faturası veya benzeri vesikalar ve gümrük makbuzu üzerinde ayrıca gösterilmek ve bu vesikalar yasal defterlere kaydedilmek koşuluyla indirilebileceği kurala bağlanmıştır. Bu düzenlemeler nedeniyle emtia veya hizmet alışını temsil eden fatura veya yerine geçen belgenin yasal defterlere usulüne uygun olarak kaydedilmesi ve bu belgelerde katma değer vergisinin ayrıca gösterilmesi, katma değer vergisi indirimi yapılabilmesinin ön koşullarıdır. Bu ön koşulların varlığının, sözü edilen defter ve belgelerin ibrazı ve incelenmesiyle saptanabileceği açıktır. Katma Değer Vergisi Kanununun 34'üncü maddesinde bu vergiyi indirim konusu yapacak olanlara yüklenen belgelendirme zorunluluğu dışında, indirim konusu yapılacak verginin gerçekten yüklenilmiş olması da gerekmektedir. Zira 29'uncu madde mükelleflere yapılan teslim ve hizmetler dolayısıyla hesaplanarak, bu teslimler nedeniyle düzenlenen fatura ve benzeri belgelerde gösterilen katma değer vergisinin indirime konu yapılmasına olanak tanımıştır. Bu yüzden, gerçekte yapılmış bir teslime dayanmaksızın düzenlenen faturalarda gösterilen verginin indirilmesi olanaklı değildir.

Belgelendirme koşulunun varlığı gibi indirim konusu yapılan verginin gerçekten yapılmış bir teslime dayandığının saptanması da öncelikle yükümlülerin yasal defter ve belgelerinin, Vergi Usul Kanununun 227'nci maddesi, 171'inci ve 256'ncı maddelerindeki düzenlemelere göre incelenmesini gerektirmektedir.

Vergi Usul Kanununun 227'nci maddesinin birinci fıkrası, aynı yasaya göre tutulan ve üçüncü şahıslarla olan ilişki ve işlemlere ait kayıtların belgelenmesinin zorunlu olduğunu; 171'inci maddesi ise vergi uygulaması bakımından yasal defterlerin, mükelleflerin vergi ile ilgili servet, sermaye ve hesap durumlarıyla, vergi ile ilgili faaliyet ve hesap neticelerini saptamak, vergi ile ilgili işlemleri belirlemek, mükelleflerin vergi karşısındaki durumunu hesap üzerinden denetlemek ve incelemek, bu hesap ve kayıtları yardımıyla üçüncü şahısların vergi karşısındaki durumunu denetlemek ve incelemek amacını sağlayacak şekilde tutulmasını öngörmüştür.

Yukarıdaki düzenlemelerin sonucu olarak 257'nci maddede, saklanması zorunlu her türlü defter, belge ve karneleri muhafaza süresi içinde yetkili makam ve memurların istemi

üzerine ibraz ve incelemeye sunmaya mecbur tutulan vergi yükümlülerince bu zorunluluğun, haklı bir neden olmaksızın yerine getirilmemesi, vergi idaresinin denetiminden kaçınmak ve gizlenmek istenen durumların karşıt inceleme yoluyla ortaya çıkarılmasını da önlemek anlamını taşıyacaktır. Bu yüzden Vergi Usul Kanununun 3'üncü maddesinin (B) bendinde, vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyetinin esas olduğu, vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin işlemlerin gerçek mahiyetinin yemin dışındaki her türlü delille ispatlanabileceğine değinildikten sonra iktisadi, ticari ve teknik gereklere uymayan ve olayın özelliğine göre olağandışı veya alışılmış bir durumun, iddia eden tarafından kanıtlanması gerektiği kurala bağlanmıştır.

Vergi idaresine verilen katma değer vergisi beyannamelerinde yüklenilmiş vergi olarak indirim konusu yapılan katma değer vergilerinin, alış belgelerinde ayrıca gösterildiğini ve bu belgelerin yasal defterlere usulüne uygun şekilde kaydedildiğini, 3065 sayılı Yasanın 34'üncü maddesinden ve söz konusu vergilerin gerçekten yapılmış bir teslime dayandığını ise 29'uncu maddesinden dolayı kanıtlamak zorunda olan taraf vergi yükümlüleridir. Bu konuda inceleme yapılmak üzere istenen defter ve belgelerini herhangi bir neden göstermeksizin ibraz etmeyen davacı, yaptığı indirimin ön koşulunun varlığını belgelendirememiş, aynı nedenle verginin gerçekten yüklenildiğini vergi idaresine kanıtlayamamıştır. Defter ve belgelerin incelemeye ibraz edilmemesi nedeniyle bu belgelerin ne biçimsel yönden ve ne de kapsadığı emtia alışının gerçekliği yönünden incelenmesine olanak tanınmamıştır. Bu nedenle vergi idaresi, indirim konusu vergilerin alış belgelerinde ayrıca gösterildiğini ve defterlere usulüne uygun olarak kaydedildiğini defter ve belgeleriyle kanıtlayamayan davacı adına, 3065 sayılı Yasanın 34'üncü maddesindeki ön koşulların varlığının kanıtlanmamasından dolayı indirimleri matrah kabul ederek dava konusu vergilendirmeyi yapmıştır.

Tarhiyata karşı açtığı davada davacı, indirim konusu yapılan vergileri gerçekten yüklendiği gibi Yasanın öngördüğü belgelendirme koşullarının yerine getirildiğini yargı yerine sunabileceği defter ve belgeleriyle kanıtlayacağını iddia etmiştir. Yasa, 34'üncü maddesindeki koşulların varlığını kanıtlayamayan yükümlülere indirim yapma olanağı tanımamakla birlikte, katma değer vergisinin yansıma özelliği bu vergiye ait yükün, nihai tüketiciye intikal etmesini öngörmektedir. Gerçekten yüklenildiği için indirim konusu yapılan bir katma değer vergisi indiriminin salt ön koşulun varlığı kanıtlanamadığı için önlenmesi, katma değer vergisinin yansıma ve nihai tüketici üzerinde kalmasını öngören özelliğini bozacağından davanın; davacı iddiaları doğrultusunda incelenmesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Katma Değer Vergisi Kanununun 34'üncü maddesinde öngörülen ön koşulun varlığı, yargı yerine ibraz edilen defter kayıtları ve alış belgelerinden saptanabileceği halde beyannamede indirim konusu yapılan söz konusu verginin gösterildiği belgelerin gerçekten yapılmış bir teslime dayanıp dayanmadığının, dolayısıyla yüklenilmiş bir vergi olup olmadığının, Vergi Usul Kanununun yukarıda değinilen kuralları uyarınca aynı Yasada vergi idaresine tanınmış denetim yetkisi ve teknikleri ile ortaya çıkarılabilecek nitelik taşıdığı açıktır.

Kendisinden bu amaçla istenen defter ve belgelerini ibrazdan ve vergi idaresinin denetiminden kaçınan davacının, yargı yerine ibraz edilen defter ve belgeleri üzerinde vergi idaresine tanınmış yetki ve teknikler kullanılamayacağından, indirim konusu yapılan vergilerin gösterildiği faturaların gerçekten yapılmış bir teslime dayandığının ve yüklenilmiş vergi olduğunun yargılama usulünde öngörülen herhangi bir başka incelemeyle ortaya çıkarılması olanaklı değildir. Esasen, davanın konusu, vergi idaresi tarafından kendisine ibrazdan kaçınılması nedeniyle yasanın öngördüğü belgelendirme yükümlülüğünü yerine getirmeyen davacı adına yapılan vergilendirmenin hukuka uygunluğu ile ilgili olduğu halde davanın, diğer taraf olan idarenin henüz bilgisine ulaşmamış defter ve belgeler hakkında hiçbir görüş belirtmesine olanak tanınmadan sonuçlandırılması da İdari Yargılama Usulü Kanununa uygun düşmeyecektir.

Yazılı yargılama yöntemini benimseyen İdari Yargılama Usulü Kanunu, davaların açılması, delillerin toplanması ve ilgililerce sonradan ibraz edilen belgelerin incelenmesini

öngören 3,16,20 ve 21'inci maddelerinde, tarafların eşit koşullar altında istem ve savunma yapmaları esasını öngörmüştür. Bu cümleden olarak, 3'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasında dava konusu işlem ve belgelerin asılları ve örneklerinin dilekçeye karşı taraf sayısından bir fazla sayıda eklenmesi; 16'ncı maddesinin 1'inci fıkrasında dava dilekçesi ve eklerinin birer örneğinin davalıya tebliği; 21'inci maddesinde ise dilekçe ve savunmalarla birlikte verilmeyen belgelerin, bunların zamanında verilmesine imkan bulunmadığına kanaat getirilmesi halinde kabulü ile karşı tarafa tebliği kurala bağlanmıştır. Bu düzenlemeler nedeniyle yargılama aşamasında dosyaya taraflarca sunulan ve sunulması kabul edilen belgeler hakkında diğer tarafın görüşünün alınması ve hüküm verilirken değerlendirilmesi gerekmektedir.

İncelenen bu davanın çözümü, davacı tarafın davasına kanıt olmak üzere yargı yerine sunduğu ancak, daha önce vergi idaresine ibrazdan kaçınılmış faturaların gerçekten yapılmış bir teslime dayandığı ya da aksi yönde bir belge olduğu konusundaki saptamaya bağlı olduğu gibi böyle bir saptama ancak vergi idaresi tarafından yapılabileceğinden, vergi mahkemesine sunulan defter ve belgeler hakkında vergi idaresinin bilgi ve tespitlerine başvurulmasında da hukuka aykırılık bulunmamıştır. Her ne kadar davacıya ait defter ve belgeler üzerinde vergi incelemesi yapılması istenerek davalı idareye gönderilmesi gerekli değilse de yaptığı vergilendirmeye karşı açılan davanın tarafı olan vergi idaresinin, ancak yargılama sırasında ulaşabildiği defter ve belgeler hakkında gerek biçimsel yönden, gerekse belgelerin temsil ettiği hukuki muamelelerin gerçekliği konusundaki saptamaları, kendisine Vergi Usul Kanununun tanıdığı yetki ve tekniklere göre yapacağında kuşku yoktur. Davalı idarenin; vergi mahkemesince gerekli görülmesi üzerine yapacağı saptamayı bir inceleme raporuna dayandırması halinde bu incelemenin, görülmekte olan davanın konusuyla sınırlı olması da gerektiğinden, davacı adına aynı nedene dayanılarak yeni bir vergilendirme yapılmasına olanak sağlamaya elverişli olmayacağı açıktır.

Vergilendirmenin konusunu oluşturan katma değer vergisi indiriminin dayandığı faturalarda bu verginin ayrıca gösterildiğinin, belgelerin yasal defterlere usulüne göre kaydedildiğinin ve temsil ettiği hukuki muamelenin gerçek dışı olduğuna ilişkin herhangi bir saptama yapılmadığının vergi idaresince de saptanmış olması karşısında, tarhiyatın kaldırılması yolunda verilen ısrar kararında yargılama usulüne ve hukuka aykırılık görülmemiştir.

Bu nedenle temyiz isteminin reddine, 17.4.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Vergi Dava Daireleri
Kurulu
Esas No : 2008/358
Karar No: 2009/183

Özeti : Gerçekten yüklenilmeyen katma değer vergilerinin indirim konusu yapıldığı saptanırsa, faturaların, ödenmesi gereken vergiyi azaltmak amacıyla kayıtlara dahil edildiği ve bu eylemin Vergi Usul Kanununun 359'uncu maddesi kapsamında olduğu gözetilerek karar verilmesi gerektiği hakkında.

Temyiz Edenler : 1- ... Modern İplik ve Dokuma Sanayi Anonim Şirketi
Vekili : Av. ...
2- Merter Vergi Dairesi Müdürlüğü

İstemin Özeti : Pamuk ipliği imalatı ve ticaretine ilişkin faaliyeti nedeniyle 2000 vergilendirme döneminde fatura ticareti yaptığı yolunda vergi tekniği raporu bulunan ... Tekstil Ticaret ve Sanayi Anonim Şirketinin düzenlediği faturaları maliyet kayıtlarına dahil eden davacı hakkında karşıt inceleme yapılmak üzere defter ve belgelerini ibraz etmesi yazılı olarak istenmesine karşın, süresi içinde incelemeye sunmaması nedeniyle katma değer vergisi indirimleri kabul edilmeyerek yeniden düzenlenen beyan tablosuna göre ödenecek verginin çıktığı Ağustos 2000 dönemi için davacı adına re'sen salınan üç kat vergi ziyaı cezalı katma değer vergisi davaya konu yapılmıştır.

Davayı inceleyen İstanbul 9. Vergi Mahkemesi, 26.6.2006 günlü ve E:2005/1185, K:2006/1185 sayılı kararıyla; davacı şirketin defter ve belgelerinin 8.12.2004 ve 3.2.2005 tarihli yazılarla istendiği, yazıların şirketin muhasebecisi ...'ya tebliğ edildiği ancak, mazeret bildirilmeksizin defter ve belgelerin incelemeye ibraz edilmemesi üzerine katma değer vergisi indirimleri kabul edilmeyerek tarhiyat yapıldığı, davacı tarafından ileri sürülen ve defter ve belge isteme yazısının şirketi temsile yetkili olmayan kişiye tebliğ edilmesi nedeniyle tebligatta usulsüzlük olduğu yolundaki iddiaya, dosyada mevcut 27.6.2000 tarihli ve 2938 yevmiye numaralı Honoz Noterliğince düzenlenen vekaletnameye göre davacı şirketin ...'ya verdiği yetkiler arasında ticari defter ve belgeleri ibraz etme yetkisinin de bulunması nedeniyle itibar edilemeyeceği, davacı tarafından bu konuda mazeret teşkil edecek mücbir sebep gösterilmediği, dolayısıyla ihtilafın mazeretsiz olarak defter ve belge ibrazından kaçınan mükellefin katma değer vergisi indirimlerinin kabul edilmemesinin hukuka uygun olup olmadığına ilişkin olduğu, Katma Değer Vergisi Kanununun 29'uncu ve 34'üncü maddelerine göre katma değer vergisi indiriminin, belgelendirilmek ve belgeler defterlere kaydedilmek suretiyle olanaklı bulunduğu göz önüne alındığında, salınan katma değer vergisinde hukuka aykırılık bulunmadığı, vergi ziyaı cezasının ise Anayasa Mahkemesinin 6.1.2005 günlü ve E:2001/3, K:2005/4 sayılı kararı uyarınca kaldırılması gerektiği gerekçesiyle tarhiyatı vergi ziyaı cezasını kaldırmak suretiyle değiştirmiştir.

Tarafların temyiz istemini inceleyen Danıştay Dokuzuncu Dairesi, 6.6.2007 günlü ve E:2006/4649 K:2007/2194 sayılı kararıyla; Katma Değer Vergisi Kanununun 29'uncu ve 34'üncü maddeleri uyarınca katma değer vergisinin indirim konusu yapılabilmesi için indirim konusu yapılacak verginin fatura veya benzeri belgeler ile gümrük makbuzu üzerinde ayrıca gösterilmesi ve söz konusu belgelerin kanuni defterlere kaydedilmiş olması gerektiği, bununla birlikte İdari Yargılama Usulü Kanununda re'sen araştırma ilkesinin benimsendiği, aynı Kanunun 31'inci maddesinin atıfta bulunduğu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 275'inci maddesinde, hakimin özel bilgi ve uzmanlık isteyen bir konuda bilirkişi incelemesi yaptırmaya yetkili olduğunun kurala bağlandığı, davacı şirketin, usulüne uygun şekilde istendiği halde defter ve belgelerini incelemeye ibraz etmemesi nedeniyle re'sen takdire gidilmesi yerinde olmakla birlikte, re'sen araştırma ilkesi karşısında vergi mahkemesince defter ve belgelerinin istenmesi, ibraz edilecek olan defter ve belgelerden vergi dairesi müdürlüğünün de haberdar edilmesi suretiyle söz konusu belgelerin davacının gerçekten alış yaptığı emtiaya ilişkin olup olmadığının araştırılması ve gerçek alış faturaları göz önüne alınarak ödenecek verginin tespiti için bu defter ve faturalar üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak oluşan duruma göre karar verilmesi gerektiği, yapılacak inceleme sonucu matrah farkı bulunması halinde vergi ziyaı cezası yönünden, bu konudaki Anayasa Mahkemesi kararının iptal gerekçesinin cezanın miktarı hesaplanırken maddenin dolaylı olarak 6183 sayılı Kanununa yaptığı atıf nedeniyle Bakanlar Kurulunca ne zaman belirleneceği belli olmayan gecikme zammı oranına göre saptanan gecikme faizinin eklenmesi olduğundan, vergi ziyaı cezasının tümüyle kaldırılamayacağı, dolayısıyla cezanın, ziyaa uğratılan vergi tutarına, üzerinden hesaplanan gecikme faizi eklenmeksizin hesaplanmasının hukuka uygun düşeceği, öte yandan matrah farkı bulunması halinde tarhiyatın davacı beyanlarına dayanması nedeniyle cezanın bir kat olarak uygulanması gerektiği gerekçesiyle kararı bozmuştur

Bozma kararına uymayan İstanbul 9. Vergi Mahkemesi, 20.11.2007 günlü ve E:2007/2375, K:2007/2528 sayılı kararıyla; ilk kararında yer alan hukuksal nedenler ve gerekçeyle ısrar etmiştir.

Israr kararı taraflarca temyiz edilmiş; davacı tarafından, vergi mahkemesi kararının iyi niyetli mükellefleri mağdur edecek nitelikte ve Danıştay İçtihatlarına aykırı olduğu, defterlerini mahkemeye ibraz eden yükümlülerin korunması gerektiği, inceleme elemanlarının Vergi Usul Kanununun 139'uncu maddesini uygulamamaları nedeniyle ihtilafların arttığı, incelemenin iş yerinde yapılmasının esas olduğu, davalı tarafından ise gecikme faizi eklenerek üç kat kesilen vergi ziyaı cezasının tümüyle kaldırılmasının hukuka aykırı düştüğü ileri sürülerek bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti : Taraflarca savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hâkimi Selda GÜRSOYTRAK GÜLSEVEN'in Düşüncesi : Dava konusu vergi ziyaı cezasının hesabında, ziyaa uğratılan vergi tutarı üzerinden hesaplanan gecikme faizinin yarısının eklenmesine ilişkin kuralın Anayasa Mahkemesinin K:2005/4 sayılı kararıyla iptal edilmesi nedeniyle cezanın tümünün kaldırılması hukuka uygun bulunmadığından vergi dairesi müdürlüğü temyiz isteminin kabulü ile vergi mahkemesi ısrar kararının vergi ziyaı cezasının kaldırılmasına ilişkin hüküm fıkrasının bozulması gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı Zerrin GÜNGÖR'ün Düşüncesi : Danıştay Dokuzuncu Dairesinin E:2006/4649, K:2007/2194 sayılı ve 6.6.2007 tarihli bozma kararındaki gerekçede belirtilen nedenler doğrultusunda vergi dairesi temyiz isteminin kısmen kabulü, yükümlü şirket 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 görüşüldü:

İncelenmek üzere istenen yasal defter ve belgelerini ibrazdan kaçınan, bu nedenle katma değer vergisi indirimleri kabul edilmeyen davacı adına salınan ve gecikme faizi eklenmek suretiyle hesaplanarak kesilen üç kat vergi ziyaı cezalı katma değer vergisine karşı açılan davada vergilendirmeyi, vergi ziyaı cezasını kaldırmak suretiyle değiştiren ısrar kararı taraflarca temyiz edilmiştir.

Nezdinde düzenlenen 8.2.2004 ve 21.2.2005 tarihli yoklama tutanaklarında da belirtildiği üzere ibraz yazısının, davacının muhasebecisi olan ve kendisine, Honoz Noterliğince 27.6.2000 tarihinde 2938 sayı ile düzenlenen vekâletnamede şirkete ait yasal defter ve belgeleri, istendiğinde ibraz yetkisi tanınan ...'ya tebliğ edilmesine karşın defter ve belgelerin ibraz edilmediğinde ihtilaf bulunmamaktadır.

Katma Değer Vergisi Kanununun 29'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının (a) bendinde, mükelleflerin yaptıkları vergiye tabi işlemleri üzerinden hesaplanan katma değer vergisinden, kanunda aksine hüküm olmadıkça faaliyetlerine ilişkin olarak kendilerine yapılan teslim ve hizmetler dolayısıyla hesaplanarak düzenlenen fatura ve benzeri vesikalarda gösterilen katma değer vergisini indirebilecekleri, aynı Kanunun 34'üncü maddesinin 1'inci bendinde de, yurt içinden sağlanan veya ithal olunan mal ve hizmetlere ait katma değer vergisinin, alış faturası veya benzeri vesikalar ve gümrük makbuzu üzerinde ayrıca gösterilmek ve bu vesikalar yasal defterlere kaydedilmek koşuluyla indirilebileceği kurala bağlanmıştır. Bu düzenlemeler nedeniyle emtia veya hizmet alışını temsil eden fatura veya yerine geçen belgenin yasal defterlere usulüne uygun olarak kaydedilmesi ve bu belgelerde katma değer vergisinin ayrıca gösterilmesi, katma değer vergisi indirimi yapılabilmesinin ön koşullarıdır. Bu ön koşulların varlığının, sözü edilen defter ve belgelerin ibrazı ve incelenmesiyle saptanabileceği açıktır. Katma Değer Vergisi Kanununun 34'üncü maddesinde bu vergiyi indirim konusu yapacak olanlara yüklenen belgelendirme zorunluluğu dışında, indirim konusu

yapılacak verginin gerçekten yüklenilmiş olması da gerekmektedir. Zira 29'uncu madde mükelleflere yapılan teslim ve hizmetler dolayısıyla hesaplanarak, bu teslimler nedeniyle düzenlenen fatura ve benzeri belgelerde gösterilen katma değer vergisinin indirime konu yapılmasına olanak tanımıştır. Bu yüzden, gerçekte yapılmış bir teslime dayanmaksızın düzenlenen faturalarda gösterilen verginin indirilmesi olanaklı değildir.

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 yapması, 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.

Belgelendirme koşulunun varlığı gibi indirim konusu yapılan verginin gerçekten yapılmış bir teslime dayandığının saptanması da öncelikle yükümlülerin yasal defter ve belgelerinin, Vergi Usul Kanununun 227'nci maddesi, 171'inci ve 256'ncı maddelerindeki düzenlemelere göre incelenmesini gerektirmektedir.

Vergi Usul Kanununun 227'nci maddesinin birinci fıkrası, aynı yasaya göre tutulan ve üçüncü şahıslarla olan ilişki ve işlemlere ait kayıtların belgelenmesinin zorunlu olduğunu; 171'inci maddesi ise vergi uygulaması bakımından yasal defterlerin, mükelleflerin vergi ile ilgili servet, sermaye ve hesap durumlarıyla, vergi ile ilgili faaliyet ve hesap neticelerini saptamak, vergi ile ilgili işlemleri belirlemek, mükelleflerin vergi karşısındaki durumunu hesap üzerinden denetlemek ve incelemek, bu hesap ve kayıtlar yardımıyla üçüncü şahısların vergi karşısındaki durumunu denetlemek ve incelemek amacını sağlayacak şekilde tutulmasını öngörmüştür.

Yukarıdaki düzenlemelerin sonucu olarak 257'nci maddede, saklanması zorunlu her türlü defter, belge ve karneleri muhafaza süresi içinde yetkili makam ve memurların istemi üzerine ibraz ve incelemeye sunmaya mecbur tutulan vergi yükümlülerince bu zorunluluğun, haklı bir neden olmaksızın yerine getirilmemesi, vergi idaresinin denetiminden kaçınmak ve gizlenmek istenen durumların karşıt inceleme yoluyla ortaya çıkarılmasını da önlemek anlamını taşıyacaktır. Bu yüzden Vergi Usul Kanununun 3'üncü maddesinin (B) bendinde, vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyetinin esas olduğu, vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin işlemlerin gerçek mahiyetinin yemin dışındaki her türlü delille ispatlanabileceğine değinildikten sonra iktisadi, ticari ve teknik gereklere uymayan ve olayın özelliğine göre olağandışı veya alışılmış bir durumun, iddia eden tarafından kanıtlanması gerektiği kurala bağlanmıştır.

Vergi idaresine verilen katma değer vergisi beyannamelerinde yüklenilmiş vergi olarak indirim konusu yapılan katma değer vergilerinin, alış belgelerinde ayrıca gösterildiğini ve bu belgelerin yasal defterlere usulüne uygun şekilde kaydedildiğini, 3065 sayılı Yasanın 34'üncü maddesinden ve söz konusu vergilerin gerçekten yapılmış bir teslime dayandığını ise 29'uncu maddesinden dolayı kanıtlamak zorunda olan taraf vergi yükümlüleridir. Bu konuda inceleme yapılmak üzere istenen defter ve belgelerini herhangi bir neden göstermeksizin ibraz etmeyen davacı, yaptığı indirimin ön koşulunun varlığını belgelendirememiş, aynı nedenle verginin gerçekten yüklenildiğini vergi idaresine kanıtlayamamıştır. Defter ve belgelerin incelemeye ibraz edilmemesi nedeniyle bu belgelerin ne biçimsel yönden ve ne de kapsadığı emtia alışının gerçekliği yönünden incelenmesine olanak tanınmamıştır. Bu nedenle

vergi idaresi, indirim konusu vergilerin alış belgelerinde ayrıca gösterildiğini ve defterlere usulüne uygun olarak kaydedildiğini defter ve belgeleriyle kanıtlayamayan davacı adına, 3065 sayılı Yasanın 34'üncü maddesindeki ön koşulların varlığının kanıtlanmamasından dolayı indirimleri matrah kabul ederek dava konusu vergilendirmeyi yapmıştır.

Yasa, 34'üncü maddesindeki koşulların varlığını kanıtlayamayan yükümlülere indirim yapma olanağı tanımamakla birlikte, katma değer vergisinin yansıma özelliği bu vergiye ait yükün, nihai tüketiciye intikal etmesini öngörmektedir. Gerçekten yüklenildiği için indirim konusu yapılan bir katma değer vergisi indiriminin salt ön koşulun varlığı kanıtlanamadığı için önlenmesi, katma değer vergisinin yansıma ve nihai tüketici üzerinde kalma özelliğini bozacağından davanın; davacıdan davanın çözümüne dayanak oluşturacak defter ve belgelerin kanıt değeri gözetilerek dosyaya sunulması istenmeksizin karara bağlanması hukuka uygun düşmemiştir.

Katma Değer Vergisi Kanununun 34'üncü maddesinde öngörülen ön koşulun varlığı, yargı yerine ibraz edilen defter kayıtları ve alış belgelerinden saptanabileceği halde beyannamede indirim konusu yapılan söz konusu verginin gösterildiği belgelerin gerçekten yapılmış bir teslime dayanıp dayanmadığının, dolayısıyla yüklenilmiş bir vergi olup olmadığının, Vergi Usul Kanununun yukarıda değinilen kuralları uyarınca aynı Yasada vergi idaresine tanınmış denetim yetkisi ve teknikleri ile ortaya çıkarılabilecek nitelik taşıdığı açıktır.

Kendisinden bu amaçla istenen defter ve belgelerini ibrazdan ve vergi idaresinin denetiminden kaçınan davacının, yargı yerine ibraz edilen defter ve belgeleri üzerinde vergi idaresine tanınmış yetki ve teknikler kullanılamayacağından, indirim konusu yapılan vergilerin gösterildiği faturaların gerçekten yapılmış bir teslime dayandığının ve yüklenilmiş vergi olduğunun yargılama usulünde öngörülen herhangi bir başka incelemeyle ortaya çıkarılması olanaklı değildir. Esasen, konusu, vergi idaresi tarafından kendisine ibrazdan kaçınılması nedeniyle yasanın öngördüğü belgelendirme yükümlülüğünü yerine getirmeyen davacı adına yapılan vergilendirmenin hukuka uygunluğu ile ilgili olduğu halde davanın, diğer taraf olan idarenin henüz bilgisine ulaşmamış defter ve belgeler hakkında hiçbir görüş belirtmesine olanak tanınmadan sonuçlandırılması da İdari Yargılama Usulü Kanununa uygun düşmez.

Yazılı yargılama yöntemini benimseyen İdari Yargılama Usulü Kanunu, davaların açılması, delillerin toplanması ve ilgililerce sonradan ibraz edilen belgelerin incelenmesini öngören 3,16,20 ve 21'inci maddelerinde, tarafların eşit koşullar altında istem ve savunma yapmaları esasını öngörmüştür. Bu cümleden olarak, 3'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasında dava konusu işlem ve belgelerin asılları ve örneklerinin dilekçeye karşı taraf sayısından bir fazla sayıda eklenmesi; 16'ncı maddesinin 1'inci fıkrasında dava dilekçesi ve eklerinin birer örneğinin davalıya tebliği; 21'inci maddesinde ise dilekçe ve savunmalarla birlikte verilmeyen belgelerin, bunların zamanında verilmesine imkan bulunmadığına kanaat getirilmesi halinde kabulü ile karşı tarafa tebliği kurala bağlanmıştır. Bu düzenlemeler nedeniyle yargılama aşamasında dosyaya taraflarca sunulan ve sunulması kabul edilen belgeler hakkında diğer tarafın görüşünün alınması ve hüküm verilirken değerlendirilmesi gerekmektedir.

İncelenen bu davanın çözümü, davacı tarafından daha önce vergi idaresine ibrazdan kaçınılmış faturaların gerçekten yapılmış bir teslime dayandığı ya da aksi yönde bir belge olduğu konusundaki saptamaya bağlı olduğu gibi böyle bir saptama ancak vergi idaresi tarafından yapılabileceğinden, vergi mahkemesine sunulan defter ve belgeler hakkında vergi idaresinin bilgi ve tespitlerine başvurulması da gereklidir. Yaptığı vergilendirmeye karşı açılan davanın tarafı olan vergi idaresinin, ancak yargılama sırasında ulaşabileceği defter ve belgeler hakkında gerek biçimsel yönden, gerekse belgelerin temsil ettiği hukuki muamelelerin gerçekliği konusundaki saptamaları, kendisine Vergi Usul Kanununun tanıdığı yetki ve tekniklere göre yapacağında kuşku yoktur. Vergi mahkemesi tarafından, yukarıdaki saptamalardan sonra durum gerektirdiği takdirde diğer kanıtların, 2577 sayılı Yasanın 31'inci maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca elde edilmesi olanaklıdır. Belirtilen hukuksal nedenlerle, davacının vergilendirme dönemine ilişkin yasal defterleri ve belgelerinin dosyaya sunulması

istenip, defterlerdeki kayıtlar incelenmeden ve bu kayıt ve belgeler hakkında davanın diğer tarafı olan vergi idaresinin görüşü ve saptamaları alınmaksızın verilen ısrar hükmünün bozulması gerekmiştir.

Kesilen vergi ziyaı cezasının dayanağı olan ve Vergi Usul Kanununun 344'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında yer alan hüküm 20.10.2005 gün ve 25972 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Anayasa Mahkemesinin 6.1.2005 gün ve E:2001/3, K:2005/4 sayılı kararı ile "... bu ceza ziyaa uğratılan verginin bir katına, bu verginin kendi kanununda belirtilen normal vade tarihinden cezaya ilişkin ihbarnamenin düzenlendiği tarihe kadar geçen süre için, bu Kanunun 112'nci maddesine göre ziyaa uğratılan vergi tutarı üzerinden hesaplanan gecikme faizinin yarısının eklenmesi suretiyle bulunur" ifadesi, vergi ziyaı cezasının hesaplanmasında esas alınacak gecikme faizine ilişkin oranların yasayla belirlenmesi gerektiği, gecikme faizi oranının Bakanlar Kurulu tarafından ne zaman belirleneceğinin bilinmemesinin uygulanması gereken ceza miktarında belirsizliğe yol açacak olması gerekçesiyle Anayasanın 2'nci ve 38'inci maddelerine aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

Defter ve belgelerin incelenmesi sonucu davacının gerçekte ödemediği ve dolayısıyla yüklenmediği katma değer vergilerini indirim konusu yapmak suretiyle vergi ziyaına sebebiyet verdiği saptanırsa, bu faturaların ödenmesi gereken vergiyi azaltmak amacıyla defterlere kaydedildiği ve eylemin Vergi Usul Kanununun 359'uncu maddesi kapsamında olduğu da gözetilerek karar verilmesi gerekeceğinden, vergi ziyaı cezasının kaldırılması yolundaki hüküm fıkrasının da yeniden karar verilmek üzere bozulması gerekmiştir.

Açıklanan nedenlerle İstanbul 9. Vergi Mahkemesinin 20.11.2007 gün ve E:2007/2375 K:2007/2528 sayılı ısrar kararının bozulmasına, yeniden verilecek kararda karşılanacağından yargılama giderleri yönünden hüküm kurulmasına gerek bulunmadığına, 17.4.2009 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X- Vergi mahkemesinin üç kat kesilen vergi ziyaı cezasını kaldıran hüküm fıkrasına vergi dairesi müdürlüğünce yöneltilen temyiz istemi Danıştay Dokuzuncu Daire kararı ile tarhiyatın davacı beyanlarına dayanması nedeniyle cezanın bir kat olarak uygulanması gerektiği gerekçesiyle bozulmasına karşın sözü edilen hüküm fıkrası karar düzeltme istenmeksizin kesinleştiğinden bozma kararına uyulmayarak verilen ısrar kararının varlığı, vergi ziyaı cezasının bir kat olması gerektiği yönündeki hüküm fıkrasının yeniden temyiz incelemesine tabi tutulmasına imkan vermeyeceğinden davalı idarenin bu konudaki temyiz isteminin incelenmeksizin reddi gerektiği oyu ile kararın bu kısmına katılmıyorum.

KARŞI OY

XX- Davacı adına kesilen üç kat vergi ziyaı cezasının; olayın özelliği ve matrah farkının katma değer vergisi beyannamesinde yer alan indirimlerden tespit edilmesi nedeniyle; vergi mahkemesince gerekli incelemeler yapıldıktan sonra vergilendirilmesi gereken bir fark saptandığı takdirde bir kata indirilmesi gerekeceğinden, ceza hakkında Kurulca verilen bozma hükmüne kısmen katılmıyoruz.

KARŞI OY

XXX- 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 davalarda vergi ziyaı suçu işleyenlere 5479 sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği tarihe kadar vergi ziyaı cezası kesilmemesi gerektiğinden vergi dairesi müdürlüğü temyiz isteminin reddi gerektiği görüşüyle karara katılmıyoruz.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Vergi Dava Daireleri
Kurulu
Esas No : 2008/710
Karar No: 2009/194

Özeti : 1- Adli yargı mercilerince verilen zayi kararlarının, bir durumu tespit isteyenin istemine göre saptayan çekişmesiz yargı kararları olduğu,
2- Tespit isteyen tarafından çekişmeli yargı yerine kanıt olarak sunulması halinde sunuldukları yargı yerinin, diğer tarafın iddialarını da gözeterek değerlendirme yapmasına açık olan takdiri delil oluşturduğu,
3- Sunulan zayi kararı ve dayanakları değerlendirilerek davanın reddi yolunda verilen kararda hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında.

Temyiz Eden : ... Petrol ve Taşımacılık Ticaret ve Sanayi Limited Şirketi
Vekili : Av. ...
Karşı Taraf : Aksaray Vergi Dairesi Müdürlüğü
İstemin Özeti : Yasal defter ve belgelerini zayi olması nedeniyle incelemeye ibraz etmeyen ve zayi belgesi sunan davacı adına katma değer vergisi indirimleri kabul edilmeyerek Ocak-Aralık 2000 dönemleri için re'sen salınan katma değer vergisi davaya konu yapılmıştır.

Davayı inceleyen Konya Vergi Mahkemesi, 27.12.2006 günlü ve E:2005/1115, K:2006/1571 sayılı kararıyla; davanın, 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 3'üncü maddesinin (B) bendi, 30'uncu maddesinin birinci fıkrası ve ikinci fıkrasının 3'üncü bendi ile 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 10'uncu maddesinin (a) bendi ve 29'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının (a) bendindeki kurallara göre çözümlenmesi gerektiği, 28.3.2005 tarihli incelemeye başlama tutanağı ile 2000,2001,2003 ve 2004 yıllarına ait defter ve belgelerinin ibrazı istenen davacı şirketin, 2000 ve 2001 yıllarına ait defter ve belgelerinin bir kısmının muhasebe kayıtlarını tutan ...'nun iş yerinde, diğer kısmının ise kendi iş yerinde su basması nedeniyle zayi olduğunun, bu konuda alınmış Aksaray 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin 12.11.2002 günlü ve E:2002/595, K:2002/746; 13.11.2003 günlü ve E:2003/262, K:2003/814 sayılı zayi kararları bulunduğunun, şirket yetkilisince bu yıllara ilişkin emtia ve hizmet alınan firmaların hatırlanamadığının beyan edildiği, kural olarak mükelleflerin katma değer vergisi indirimlerini kanuni defter ve belgeleriyle kanıtlamaları gerektiği, zayi olması halinde ibraz yükümlülüğünün kalkmayacağı, Türk Ticaret Kanunu uyarınca basiretli bir tüccar gibi davranmak zorunda olan mükkelleflerin, emtia ve hizmet alımlarını kimden yaptıklarını hatırlamaları gerektiği, ayrıca, mücbir sebeple, defter ve belgelerin zayi olması arasında illiyet bağı bulunması gerektiği, defter ve belgelerin zayi olması mücbir sebepten değil de mükellefin kasıt veya ihmalinden kaynaklanmışsa, mücbir sebeple defter ve belgelerin zayi olması arasındaki illiyet bağının kesileceği, bu nedenle satıcıda kalan nüshadan temin edilerek indirimleri ispatlama hakkının doğmayacağı, adli yargı mercilerince verilen zayi kararlarının, maddi anlamda kesin delil niteliğinde olmayıp, takdiri delil olduğu, zayi kararlarının ispatlama vasıtası olarak sunulduğu davada mahkemenin tespitleri yeniden değerlendireceği ve yeterli görmezse zayi kararının o davada ispat gücü kalmayacağı, Mahkemelerince Aksaray 1.Asliye Hukuk Mahkemesinden istenmesi üzerine gönderilen E:2002/595 sayılı tespit dosyasının incelenmesinden, bilirkişi raporundaki tespitlerin yetersiz

olduğu ve defter ve belgelerin mükellefin kusuru bulunmadan zayi olduğunun somut ve doyurucu delilerle ispatlanamadığı sonucuna varıldığı, ara kararı ile davacıdan satıcılardan alış belgelerini temin ederek mahkemeye sunmasının istenmesi üzerine sunulan belgelerin incelenmesinden ise bunlar arasında davacının kendisine kestiği ve zayi olduğu bildirilen akaryakıt faturalarının da bulunduğu, bir kısım belgelerde ise satıcıya ait kaşenin basılı olduğunun görüldüğü, ticari hayatta sadece faturaların alıcıya verilen fatura aslına kaşe basılmasının mutad olduğu, satıcıda kalan nüshaya kaşe basılmadığı, bazı firmalardan ara kararı ile davacı adına düzenlenmiş fatura nüshalarının istenmesi üzerine gönderilen fatura nüshalarında firmaya ait kaşenin basılı olmadığının görülmesi üzerine vergi dairesinden davacı tarafından bu firmalardan fatura fotokopisi temin edilip edilmediği tespit edilmek istendiği, nezdinde tespit yapılan firma yetkililerinin davacı şirkete satış yaptıklarını; ancak, kendilerinden fatura fotokopisi temin edilmediğini beyan ettikleri, bu nedenle, defter ve belgelerin gerçekte zayi olmadığı ve mahkemeye ibraz edilen fatura fotokopilerinin davacı elinde bulunan faturalarından temin edildiği sonucuna ulaşıldığından, gerçekte herhangi bir mücbir sebep bulunmaksızın defter ve belgelerini ibraz etmeyen ve indirim hakkını kanıtlayamayan davacının, katma değer vergisi indirimlerinin kabul edilmemesi nedeniyle yapılan vergilendirmede hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir.

Davacının temyiz istemini inceleyen Danıştay Dokuzuncu Dairesi, 4.12.2007 günlü ve E:2007/1485, K:2007/4539 sayılı kararıyla; davacının yasal defter ve belgelerinin zayi olduğuna ilişkin yargı kararları bulunduğu ve yargı kararları üst yargı yerince bozulmadığı sürece aksine değerlendirme yapılması mümkün olmayan kesin delil niteliğinde olduğundan, defter ve belgelerin mücbir sebep nedeniyle ibraz edilemediğinin kabulü gerektiği, inceleme elemanının da mücbir sebebi kabul edip salınan vergiye ceza kesilmemesini önerdiği, ibraz edilen alış belgesi suretlerinde kaşe bulunmaması gerektiği halde kaşe bulunmasından, bunların aslında mevcut olan asıllarından elde edildiği değerlendirmesinin, sadece ... Petrol Ticaret Anonim Şirketinden alınan üç fatura ile ... Elektrikten alınan bir adet elektrik saati faturası için geçerli olduğu, fatura koçanında kaşe bulunmaması gerektiği düşüncesinin kişisel bir değerlendirme olup, genel bir ticari kural olmadığı, ... Petrol Ticaret Anonim Şirketine ait fatura suretlerinin üzerinde satıcıya ait kaşedekiyle aynı olan telefon numarasının da bulunduğu, faks çıktısı olması nedeniyle bu alış belgelerinin aslında davacının elinde mevcut alış belgelerinin asıllarından temin edildiği yorumu yapılmasında isabet bulunmadığından, davacı şirketin ibraz ettiği alış belgesi suretlerinden vergi dairesi müdürlüğünün de haberdar edilmesi suretiyle söz konusu belgelerin gerçekten satın alınan emtiaya ait olup olmadığının araştırılması ve gerçek alış faturaları gözönüne alınarak ödenecek verginin tespiti için sunulacak faturalar üzerinde gerekirse bilirkişi incelemesi yaptırılarak karar verilmesi gerektiği, gerekçesiyle kararı bozmuştur.

Bozma kararına uymayan Konya Vergi Mahkemesi, 11.6.2008 günlü ve E:2008/723, K:2008/712 sayılı kararıyla; ilk kararında yer alan hukuksal nedenler ve gerekçeye ek olarak, zayi kararları hasımsız olarak verildiğinden çekişmesiz yargıda verilen bu kararların maddi anlamda kesin hüküm gücüne sahip olmadığı, vergi idaresi zayi belgesi istemine ilişkin yargılamada taraf olmadığından, zayi kararları vergi dairesi yönünden kesin delil niteliği taşımadığı gibi çekişmesiz yargıda karşı taraf bulunmadığından, istemde bulunanın lehine karar verilmesi durumunda, bu kararların temyiz yoluyla bozulması hukuken mümkün olmadığından, zayi kararlarının kesin delil değil, takdiri delil niteliği taşıdığı, ayrıca, zayi kararı karşısında davacının kendisine kestiği faturalardan fotokopi çekilmesine olanak bulunmadığı halde bu konuda da fotokopi sunulmasının Mahkemelerince ulaşılan yargıyı doğruladığı, defter ve belgelerin gerçekte zayi olmadığı veya zayi olsalar dahi alış belgelerinin fotokopisi çekildikten sonra asıllarının bilerek yağmura maruz bırakılarak zayi edildiği ve mahkemeye ibraz edilen fatura fotokopilerinin de davacının elinde bulunan veya daha önce fotokopisi çekilen alış faturalarından temin edildiği sonucuna ulaşıldığı gerekçesiyle ilk kararında ısrar etmiştir.

Israr kararı davacı tarafından temyiz edilmiş, defter ve belgelerin yağmur nedeniyle zayi olduğu ve buna ilişkin olarak Türk Ticaret Kanunu uyarınca zayi belgesi alındığı, bu nedenle olayda mücbir sebep bulunduğundan tarhiyatın hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti : İstemin reddi gerektiği yolundadır.

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

Danıştay Savcısı Buket ORAL'ın Düşüncesi : Danıştay Dokuzuncu Dairesinin bozma kararında yazılı gerekçe uyarınca temyiz isteminin kabulü ile Vergi Mahkemesince verilen ısrar kararının bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

İncelenmek üzere istenen defter ve belgelerini ibrazdan kaçınması nedeniyle katma değer vergisi indirimleri kabul edilmeyen davacı tarafından açılan davanın reddi yolundaki ısrar kararı temyiz edilmiştir.

Aksaray ilinde yürütülen olağan vergi denetimleri kapsamında Vergi Denetmenleri Ekip Başkanlığının yazısı uyarınca işlemleri incelenmek üzere şirket müdürü ... nezdinde düzenlenen 28.3.2005 günlü incelemeye başlama tutanağı ile 2000, 2001, 2003 ve 2004 yıllarına ait defter ve belgelerinin 15 gün içinde ibrazının istendiği, aynı kimse nezdinde düzenlenen 25.4.2005 tarihli tutanakta ise incelemeye başlama tutanağında defter ve belgelerin zayi olduğu yönünde bir beyan olmamasına karşın, davacı tarafından 2000 ve 2001 yıllarına ait defter ve belgelerinin bir kısmının, muhasebe kayıtlarını tutan ...'nun iş yerinde, diğer kısmının ise kendi iş yerinde yağmur suyu basması nedeniyle zayi olduğunun belirtildiği ve bu konuda verilmiş Aksaray 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin 12.11.2002 günlü ve E:2002/595, K:2002/746 sayılı; 13.11.2003 günlü ve E:2003/262, K:2003/814 sayılı zayi kararlarının ibraz edildiği ve bu yıllara ilişkin emtia ve hizmet alınan firmaların hatırlanamadığının beyan edildiği saptanmaktadır.

Katma değer vergisi indirimi yapılmasının 3065 sayılı Yasanın 29 ve 34'üncü maddelerinde öngörülen koşulların varlığına bağlı olduğu gözetilerek vergi mahkemesince; davacının defter ve belgelerin zayi olduğu konusunda bildirim yapıp yapmadığı sorulan 16.2.2006 tarihli ara kararına cevaben, bu konuda yapılmış bir bildirim bulunmadığının bildirildiği, 30.3.2006 tarihli ara kararıyla davacıdan satıcılardan alış belgelerini temin ederek mahkemeye sunmasının istenmesi üzerine davacı tarafından sunulan belgelerin incelenmek üzere vergi idaresine gönderildiği, vergi idaresi tarafından inceleme yapılarak, sunulan belgelerin 2000-2001 yıllarına ait fotokopileri sunulan fatura tutarlarının ilgili dönemdeki giderlerin %10'ununu dahi karşılamadığı, vergi inceleme tutanağında emtia alınan firmaların hatırlanamadığının beyan edilmesine karşın, tüm gider ve emtia alımına ilişkin faturaların tarihleri ve seri numaraları da belirtilen bir liste sunulduğu, bu tespitin defter ve belgelerin zayi olmadığını gösterdiği yolunda cevap verildiği, 19.10.2006 tarihli ara kararla, davacıdan, ... Petrol Ticaret Anonim Şirketi, ... Elektrik, ... Petrol Ürünleri Pazarlama Nakliyat Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi ve ... 'tan aldığı faturaların ıslak imza ve kaşeli asıllarının istenmesi üzerine, ... Petrol Ürünleri Pazarlama Nakliyat Sanayi ve Ticaret Limited Şirketine ait ıslak imza ve kaşeli yüzaltı adet, ... Petrol Ticaret Anonim Şirketine ait faksla temin edilen üç adet, ... Elektrik unvanlı firmaya ait bir adet fotokopi olan ve ...'a ait muhasebeci tarafından tasdikli iki adet faturanın liste ile beraber sunulduğu, 19.10.2006 tarihli ara kararıyla, faturaları istenen firmaların, bağlı oldukları vergi dairelerinden, davacı tarafından bu firmalardan fatura fotokopisi temin edilip edilmediği tespit edilmek istendiği, ... Petrol Ürünleri Pazarlama Nakliyat Sanayi ve Ticaret Limited Şirketinin 31.3.2006 tarihinde

mükellefiyet kaydının resen silindiği, daha sonra şirketin tasfiyeye girdiği ve bilinen adresinde bulunamadığının; nezdinde tespit yapılan diğer firma yetkililerinin, davacı şirkete satış yaptıklarını ve kendilerinden fatura fotokopisi temin edilmediğini beyan ettiklerinin vergi dairelerince bildirildiği ve ... Petrol Ticaret Anonim Şirketine ait olan ve davacı tarafından kaşeli fotokopisi sunulan faturanın kaşesiz fotokopisinin gönderildiği belirlenmektedir.

Defter ve belgelerin zayi olduğuna ilişkin kararların bilirkişi raporlarındaki tespitler uyarınca verildiği ve kararlarda; yağmur suyu basmasının ne şekilde olduğu yolunda herhangi bir saptama bulunmadığı, defter ve belgelerin, davacıya ait atıl durumda bulunan ve kullanılmayan bir otelin çatı katı ile muhasebeciye ait işyerinin çatı katında saklandığı sırada yağmur suyu basmasıyla zayi olduğunun yazılı olduğu görülmektedir.

Adli yargı mercilerince verilen zayi kararları, çekişmesiz yargı kararları olup, bir durumu, yargı yeri aracılığıyla ve tespit isteyence tespiti istenen şekliyle saptamaktadır. Çekişmeli yargıda tespit isteyen tarafından kanıt olarak sunulması halinde, yargı yerlerinin; tespiti ve dayanaklarını; incelenen davaya etkisi yönünden diğer tarafın iddialarını da gözeterek değerlendirmesine açık olan takdiri delillerdendir. Bu nedenle, davacı tarafından ibraz edilen zayi kararı ve dayanakları değerlendirilerek verilen kararda bu konuda ulaşılan yargıda usule ve hukuka aykırılık görülmediği gibi dosyada bulunan ve ara kararları uyarınca sunulan, kapsamı yukarıda açıklanan kanıtlar karşısında davacı tarafından ileri sürülen temyiz nedenleri, ısrar kararının bozulmasını gerektirecek durumda bulunmamıştır.

Bu nedenlerle temyiz isteminin reddine, 17.4.2009 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Temyiz isteminin kabulüyle, ısrar kararının Danıştay Dokuzuncu Dairesinin bozma kararında yer alan hukuksal nedenler ve gerekçe uyarınca bozulması gerektiği oyu ile karara katılmıyoruz.

VERGİ USULÜ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Vergi Dava Daireleri
Kurulu
Esas No : 2008/670
Karar No: 2009/173

Özeti : Bilinen adreslerinden hiçbirinde bulunamayan ve başka bir adresi de saptanamayan davacının evvelce değiştirdiği anlaşılan işe başlamada bildirilen ikamet adresine posta yoluyla tebliğe başvurulmasına gerek ve yarar bulunmadığından, ilanen tebliğ yoluna gidilmesinde ve ödeme emrine karşı ilanen tebliğ tarihine göre yasal süreden sonra açılan davanın reddinde hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında.

Temyiz Eden : ...
Vekili : Av. ...
Karşı Taraf : Kalekapı Vergi Dairesi Müdürlüğü

İstemin Özeti : Eylül 1997 döneminde maliyetlerine dahil ettiği gerçek bir emtia teslimine dayanmayan faturalardaki vergileri indirim konusu yapması nedeniyle katma değer vergileri indirimleri kabul edilmeyen davacı adına aynı dönem için resen salınan kaçakçılık cezalı katma değer vergisinin gecikme faiziyle tahsili amacıyla düzenlenen ödeme emri dava konusu yapılmıştır.

Davayı inceleyen Antalya Vergi Mahkemesi, 29.7.2005 günlü ve E:2005/680, K:2005/879 sayılı kararıyla; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 7'nci maddesinin 1'inci fıkrası, 14'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasının (e) bendi, 15'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (b) bendi ile 6183 sayılı Amme Alacakları Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 58'inci maddesinin 1'inci fıkrasındaki kurallara göre beyannamelerini vermeyen ve vergi idaresine bildirmeksizin iş yeri adresini terk eden davacı adına düzenlenen 10.7.2000 günlü ihbarnamenin bilinen adreslerinde tebliğ edilememesi nedeniyle ilan yoluyla tebliğ edildiği, ikametgah belgesinde "Arapsuyu Mahallesi 667 Sokak ... Antalya" olarak gösterilen adresin tebligata elverişli olmadığının Arapsuyu Mahallesinde "667" numaralı sokak bulunmadığına ilişkin 14.5.1998 tarihinde düzenlenen adres tespit tutanağıyla saptandığı, "Yeşilbahçe Mah. ... Sok. ... Antalya" adresinden Eylül 1997 tarihi itibarıyla ve 31.12.1997 tarihinde ayrıldığının ve yeni adresinin bilinmediğinin 5.10.1999, 9.8.2000 ve 6.11.2002 tarihli yoklama tutanaklarıyla tespit edildiği, işyeri adresi olan "100. Yıl Bulvarı ... Antalya" adresinde bulunamadığının 21.10.2002 tarihli tutanakla tespit edildiği, idarenin daha sonra bilgisine giren "Ergenekon Cad. ... Şişli/İSTANBUL" adresinde tanınmadığı, dava dilekçesine ekli vekaletnamede gösterilen "Zuhuratbaba Mah. ... Bakırköy - İstanbul" adresini 1998 yılında terk ettiğinin 27.1.2004 tarihli yoklama tutanağı ile tespitli olduğu, idarece bilinen tüm adreslerinde bulunamadığı saptanan davacı adına düzenlenen ihbarnamenin 13.7.2000 günlü yerel ... Gazetesinde ve 5.7.2002 tarihli ... Gazetesinde, ödeme emirlerinin ise … Gazetesi ile 15.7.2004 tarihinde ulusal çapta yayımlanan … Gazetesinde yayımlanarak ilanen tebliğ edildiği, davacının, ödeme emrinin ilanen tebliğ edildiği tarihten sonra 28.2.2005 tarihinde idareye yaptığı başvuruya verilen yanıt üzerine dava açtığı, bu tespitler doğrultusunda tebliğin usulüne uygun olduğu ve başvuru üzerine verilen cevabın tebligatı yeniden ihya etmeyeceği sonucuna varıldığından, ilanen tebliğ tarihine göre süresinden sonra açılan davanın esası hakkında karar verilmesine olanak bulunmadığı gerekçesiyle ve süre aşımı nedeniyle davayı reddetmiştir.

Davacının temyiz istemini inceleyen Danıştay Dokuzuncu Dairesi, 28.9.2006 günlü ve E:2005/4329, K:2006/3535 sayılı kararıyla; 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 101'inci, 102'nci, 103'üncü ve 107'nci maddelerine göre ilan yoluyla tebliğ, mükellef adresinin bilinmemesi halinde başvurulacak bir tebliğ şekli olduğundan mükellefin bilinen adreslerinde bulunamadığı usulüne uygun şekilde tespit edilmedikçe, yükümlülere bu yolla yapılacak tebliğin hüküm ifade etmeyeceği, vergi ve cezalara ilişkin ihbarname ve ödeme emri davacının bilinen adreslerinde tebliğ edilemediğinden ilanen tebliğ edilmesine karşın, davacının 28.4.1997 tarihinde davalı vergi dairesine yaptığı mükellefiyet tesisine ilişkin başvuru sırasında ikamet adresi olarak bildirdiği "Arapsuyu Mahallesi 646 Sokak ... Antalya" adresine hiç tebligat çıkarılmadığı gibi bu adreste bulunmadığına dair herhangi bir tesbit de yapılmadığı, 14.5.1998 tarihinde ikametgah belgesinde yer alan "Arapsuyu Mahallesi 667 Sokak ..." adresinde arandığında bu mahallede "667" numaralı bir sokak bulunmadığını tespit eden tutanağın davacının bilinen adresinde bulunmadığını gösteren tespitler arasında sayıldığı, diğer ikamet ve iş yeri adresinde bulunmadığına ilişkin bir takım tespitler ile ihbarnamenin tebliğ edilmediğinden söz edilerek ilanen tebliğat yapıldığı, tarh dosyasında bulunan ve mükellefiyet kaydı yapılırken bildirilen adrese hiç tebligat çıkarılmadan ve bu adreste aranıp bulunmadığına ilişkin bir tespit yapılmadan ilanen tebliğ yapılması Vergi Usul Kanununun değinilen kurallarına aykırı olduğundan ve tebliğ işlemleri usulüne uygun şekilde tamamlanmadığından kesinleşmiş bir kamu alacağından söz edilemeyeceği, ıttıla tarihine

göre davanın süresinde açıldığı gerekçesiyle kararı bozmuş; vergi idaresinin karar düzeltme istemini 4.7.2007 günlü ve E:2007/1549, K:2007/2725 sayılı kararıyla, reddetmiştir.

Bozma kararına uymayan Antalya Vergi Mahkemesi, 10.4.2008 günlü ve E:2007/1501, K:2008/531 sayılı kararıyla; ilk kararında yer alan hukuksal nedenler ve gerekçeye ek olarak, davalı idarece karar düzeltme istemine ilişkin dilekçenin ekinde sunulan, 8.10.2001 günlü adres tespit tutanağına göre, davacının, "Arapsuyu Mahallesi 646 Sokak ... Antalya" adresinde ve muhtarlık kayıtlarında bulunmadığı ve tanınmadığının usulüne uygun olarak tespit edildiği, bu tespitin de, ihbarnamenin düzenlenmesinden sonra ve ilanen tebliğden önce yapıldığı gerekçesiyle ilk kararında ısrar etmiştir.

Israr kararı davacı tarafından temyiz edilmiş, mükellefiyet kaydı yapılırken bildirilen adrese tebliğ yoluna başvurulmadan yapılan ilanen tebligatın usulüne uygun olmadığı ileri sürülerek bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti : İstemin reddi gerektiği yolundadır.

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

Danıştay Savcısı Mehmet SAĞLAM'ın Düşüncesi : Antalya Vergi Mahkemesince verilen 10.4.2008 tarih ve E:2007/1501, K:2008/531 sayılı "ISRAR" kararının 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 Vergi Dava Daireleri Kurulunca, dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüşüldü:

6183 sayılı Amme Alacakları Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 8'inci maddesinde, aksine bir hüküm olmadıkça bu kanuna göre tebliğ yapılmasında Vergi Usul Kanunundaki kuralların uygulanması öngörülmüştür. 213 sayılı Vergi Usul Kanununun tebliğlerin yapılmasına ilişkin adresleri düzenleyen 101'inci maddesine göre, bilinen adreslerin, mükellef tarafından işe başlamada, adres değişikliğinde, işi bırakmada, vergi beyannamelerinde bildirilen, yoklama fişinde tesbit edilen, vergi mahkemesinde açılan dava dilekçelerinde ve cevaplarda gösterilen, ilgilinin imzası bulunmak şartıyla yetkili memurlar tarafından bir tutanakla tesbit edilen bina ve arazi vergilerinde komisyonlarca tahrir varakalarında tespit edilen adresler olduğu ve mektupların gönderilmesinde bu adreslerden tarih itibarıyla tebligat yapacak makama en son bildirilmiş veya bu makamca tesbit edilmiş olanın nazara alınacağı; 103'üncü maddesinde ise, muhatabın adresi hiç bilinmezse, muhatabın bilinen adresi yanlış veya değişmiş olur ve bu yüzden gönderilmiş olan mektup geri gelirse, başkaca sebeplerden dolayı posta ile tebliğ yapılmasına imkan bulunmazsa ve yabancı memleketlerde bulunanlara tebliğ yapılmasına imkan bulunmazsa tebliğin ilan yoluyla yapılacağı; ilanın şeklini düzenleyen 104'üncü maddede, ilan yazısı tebliğ yapan vergi dairesinin ilan koymaya mahsus mahalline asılacağı ve 3'üncü bende göre ilana çıkarılacağı, tebliğin konusunun, her biri için ayrı ayrı olmak üzere, bir milyar liradan az vergi veya vergi cezasına ilişkin olması halinde ayrıca 3'üncü bende göre ilan yapılmayacağı ve ilan yazısının askıya çıkarıldığı tarihi izleyen onbeşinci günün ilan tarihi olarak kabul edileceği, ilan yazısının bir suretinin mükellefin bilinen son adresinin bağlı olduğu muhtarlığa gönderileceği, ilânen yapılan tebliğin konusu birmilyar ila yüzmilyar lira arasındaki vergi veya vergi cezasına ilişkin olduğu takdirde ilanın, ilgili vergi dairesinin bulunduğu yerin belediye sınırları içinde çıkan bir veya daha fazla gazetede yayımlanacağı, tutarın yüzmilyar lirayı aşması halinde ilanın, Türkiye genelinde yayın yapan günlük gazetelerden birinde ayrıca yapılacağı kurala bağlanmıştır.

Bu hükümlerden, 6183 ve 213 sayılı Yasalar uyarınca tebliğlerin mükelleflerin bilinen adreslerinde yapılacağı, bilinen adresin ise yükümlüler tarafından mükellefiyetlerinin bulunduğu idareye en son bildirilen veya ilgili idare tarafından tespit edilen adres olduğu, yükümlünün adresi yanlış olursa veya postayla tebligat yapılamazsa tebliğin 104'üncü maddede açıklanan şekilde ilanen yapılabileceği sonucuna varılmaktadır.

Tebliğin yapılacağı tarihten önce bilinen adreslerinden hiçbirinde bulunamayan ve başka bir adresi de saptanamayan davacının, evvelce değiştirdiği anlaşılan işe başlamada bildirilen ikamet adresine posta yoluyla tebliğe başvurulmasına, Vergi Usul Kanununun 101'inci maddesindeki açık düzenlemeden dolayı gerek ve yarar bulunmadığından, davacının temyiz iddiası, aynı hukuksal nedenler ve gerekçe uyarınca Kurulumuzca da uygun bulunan ısrar kararının bozulmasını gerektirecek durumda görülmemiştir.

Bu nedenlerle temyiz isteminin reddine, 17.4.2009 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Temyiz isteminin kabulüyle, ısrar kararının Danıştay Dokuzuncu Dairesinin bozma kararında yer alan hukuksal nedenler ve gerekçe uyarınca bozulması gerektiği oyu ile karara katılmıyoruz.

DÜZENLEYİCİ - GENEL İŞLEMLER

T.C.
D A N I Ş T A Y
Vergi Dava Daireleri
Kurulu
Esas No : 2008/378
Karar No: 2009/135

Özeti : Ticari faaliyetin bir gereği olsa da, atıl kalan paranın bankaya tevdi edilmesinden elde edilen faiz, işyerinde yürütülen etkinlikten doğan bir kazanç değil, nakdi sermayenin getirisi olduğundan, serbest bölgede yürütülen faaliyet nedeniyle elde edilen bir kazanç olarak nitelendirilemeyeceği; bu nedenle, 85 sayılı Kurumlar Vergisi Genel Tebliğinde yapılan ve 3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanununa 5084 sayılı Kanunla eklenen geçici 3'üncü maddede öngörülen istisnanın, faaliyet dışı gelirlere teşmil edilemeyeceğine ilişkin düzenlemede hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında.

Kararın Düzeltilmesini İsteyen : Maliye Bakanlığı
Karşı Taraf : ... Elektronik Medikal Sistemleri Dış Ticaret Limited Şirketi
Vekili : Av. ... - Av. ...
İstemin Özeti : Dava; 4.9.2004 gün ve 25573 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 85 sayılı Kurumlar Vergisi Genel Tebliğinin 2.1.1'inci maddesinin 2'nci fıkrasının "Diğer taraftan, sözü edilen istisna serbest bölgelerde yürütülen faaliyetlerden elde edilen kazançlara ilişkin olduğundan, serbest bölgelerde elde edilmiş olsa dahi faiz, repo ve

benzeri faaliyet dışı gelirlere teşmil edilebilmesi mümkün değildir..." şeklindeki düzenlemesinin iptali istemiyle açılmıştır.

Davayı inceleyen Danıştay Dördüncü Dairesi, 26.12.2006 günlü ve E:2005/1890, K:2006/3186 sayılı kararıyla; 3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanununun muafiyet ve teşvikler başlıklı 6'ncı maddesinde, serbest bölgelerin gümrük bölgesi dışında sayılacağı, bu bölgelerde gümrük ve kambiyo mükellefiyetine dair mevzuat hükümlerinin uygulanamayacağı hükmüne yer verilmiş, aynı Kanuna 5084 sayılı Kanunun 9'uncu maddesiyle eklenen geçici 3'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının (a) bendinde, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla bu Kanuna göre kurulan serbest bölgelerde faaliyette bulunmak üzere ruhsat almış mükelleflerin, bu bölgelerde gerçekleştirdikleri faaliyetleri dolayısıyla elde ettikleri kazançların, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla faaliyet ruhsatlarında belirtilen süre ile sınırlı olmak üzere gelir ve kurumlar vergisinden müstesna olduğunun hükme bağlandığı, bu düzenlemelere ilişkin açıklamalar getirmek üzere Maliye Bakanlığı tarafından yayımlanan 85 sayılı Kurumlar Vergisi Genel Tebliğinin 2.1.1'inci maddesinin birinci fıkrasında, istisnanın, sadece faaliyet ruhsatlarında belirtilen süre ile sınırlı olmak üzere serbest bölgelerde yürütülen faaliyetlerden elde edilen kazançlara ilişkin olduğu, dolayısıyla, serbest bölgelerde şubesi bulunan mükellefler ile işyeri, kanuni yada iş merkezi serbest bölgelerde olan mükelleflerin, bölgeler dışında yürüttükleri faaliyetlerden elde ettikleri kazançların istisna kapsamında olmadığının ifade edilmesinden sonra iptali istenen ikinci fıkrasının düzenlendiği, 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 13'üncü maddesine göre kurumlar vergisinin birinci maddede yazılı mükelleflerin bir hesap dönemi içinde elde ettikleri safi kurum kazancı üzerinden hesaplanacağının kurala bağlandığı, aynı maddede yapılan göndermeden dolayı kurum kazancının, Gelir Vergisi Kanununun 38 ve 39'uncu maddelerine göre tespitinin öngörüldüğü, bu maddelerde gelir türleri açısından bir ayrıma gidilmediği, 75'inci maddesinin ikinci fıkrasının 7 numaralı bendine göre mevduat faizlerinin, menkul sermaye iradı olarak nitelendirildiği, maddenin son fıkrasında "Yukarıda yazılı iratlar, bunları sağlayan sermaye sahibinin ticari faaliyetine bağlı bulunduğu takdirde, ticari kazancın tespitinde nazara alınır" şeklinde bir hükme yer verildiği, bu maddeler birlikte değerlendirildiğinde, yasa koyucunun kurumlar vergisi mükelleflerinin her türlü kazancını ticari kazanç niteliğinde kabul ettiği sonucuna varıldığı, bu gelirlerin bir kısmının menkul sermaye iradı olarak elde edilmesinin, bu iradın elde eden kişiye göre ticari kazanç sayılması ve ticari faaliyetin ayrılmaz bir unsuru olması vasfını değiştirmediği, sermayenin veya naktin bankalarda değerlendirilmesinin ekonomik ve ticari hayatın bir gereği olduğu, bu gelirlerin ticari faaliyetin kapsamı dışında düşünülmeyeceği, nitekim, 3218 sayılı Kanunda da kurumlar vergisi istisnasından yararlanma şartlarının belirlendiği, Kanunda, elde edilen gelirlerin niteliği açısından bir ayrıma gidilmediği, bu durumda, 85 sayılı Genel Tebliğin 2.1.1'inci maddesinin ikinci fıkrasıyla getirilen, kurum kazancının bir unsuru olan banka faiz gelirlerinin ana faaliyet konusu işlerden elde ettikleri ticari kazanç kapsamında olmadığı şeklindeki düzenleme ile Kanunda öngörülmeyen bir sınırlama getirildiği gerekçesiyle 85 sayılı Kurumlar Vergisi Genel Tebliğinin 2.1.1 maddesinin ikinci fıkrasını iptal etmiştir.

Gelir İdaresi Grup Başkanı tarafından imzalanan Maliye Bakanlığının temyiz dilekçesini inceleyen Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, 15.6.2007 günlü ve E:2007/141 sayılı kararıyla; genel düzenleyici işlemlere karşı ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da açılan davalarda, Maliye Bakanı tarafından Gelir İdaresi Grup Başkanlarına yetki devri yapılmasına ilişkin belgenin eklenmesi için onbeş gün süre verilmesine, bu süre içinde eksiklikler tamamlanmadığı takdirde temyiz isteminde bulunulmamış sayılacağının istemde bulunan tarafa duyurulmasına karar vermiştir. Karar üzerine verilen Maliye Bakanlığının dilekçesini inceleyen Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, 9.11.2007 günlü ve E:2007/141, K:2007/373 sayılı kararıyla; Gelir İdaresi Başkanı tarafından imzalanan cevap yazısında, şikayet başvuruları reddolunanların açtığı davalar için Maliye Bakanı tarafından verilen yetkinin, genel düzenleyici işlemlere karşı açılan davaları kapsadığı belirtilmişse de bu sonuca

ulaşılmasına hukuken olanak bulunmadığı gibi 5615 sayılı Kanunla değişik 5345 sayılı Kanunda, genel düzenleyici işlemler yönünden, Gelir İdaresi Başkanlığına Maliye Bakanlığını temsil yetkisi verildiğine ilişkin bir hüküm bulunmadığı, bu durumda, Maliye Bakanlığınca yayımlanan genel düzenleyici işlemlerin iptali istemiyle ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da açılan davalarda verilen kararlara karşı, Gelir İdaresi Başkanlığı grup başkanlarınca kanun yollarına başvurulabilmesi için Maliye Bakanı tarafından bu konuda yetki verilmiş olması gerekmesine karşın, yetki devri yapıldığını gösteren belgenin verilen sürede temyiz dilekçesine eklenmediği anlaşıldığından, 2577 sayılı Kanunun 48'inci maddesinin 2'nci fıkrasına göre temyiz isteminin incelenmesine olanak bulunmadığı gerekçesiyle davalı idarenin temyiz isteminde bulunmamış sayılmasına karar vermiştir.

Maliye Bakanlığı tarafından, Gelir İdaresi Grup Başkanına Bakanlık aleyhine açılan ve düzenleyici işlemleri konu edinen davalara ait dosyalara savunma, itiraz, temyiz, karar düzeltme ve her türlü dilekçeleri "Bakan adına" imzalama yetkisi verildiğine ilişkin 31.1.2008 tarihli yetki belgesi eklenerek; 5084 sayılı Kanun ile 3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanununda yapılan değişikliklerle bu bölgelerde faaliyette bulunanlara uygulanan vergi muafiyeti kaldırılarak, kazanç istisnası getirildiği, bu şekilde haksız rekabetin önlendiği, geçici 3'üncü madde ile daha önce ruhsat alanların kazanılmış haklarının korunduğu, istisnanın sadece bu bölgede yapılan faaliyetler nedeniyle elde edilen gelirlere ve bu gelirler nedeniyle doğan alacaklar için alınan kur farkı ve vade farkına uygulanabileceği, bir miktar paranın bankalara tevdi edilmesinden doğan faiz, repo ve benzeri faaliyet dışı gelirlere istisna uygulanmayacağı ileri sürülerek kararın düzeltilmesi istenmiştir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Murat GÜNGÖR'ün Düşüncesi : Kanunun geçici 3'üncü maddesinde, serbest bölgelerde ticari faaliyette bulunan mükelleflerin tüm kazançları değil, sadece faaliyet konusu ile sınırlı olarak elde ettikleri kazançları vergiden müstesna tutulmuştur. Dolayısıyla, istisna kuralı, iş yerinde yürütülen etkinlik dışında elde edilen kazanç ve iratları kapsamamaktadır. Bu nedenle, ticari faaliyetin bir gereği de olsa atıl kalan paranın bankaya tevdi edilmesinden elde edilen faiz, işyerinde yürütülen etkinlikten doğan bir kazanç olmayıp, nakdi sermayenin getirisi olduğundan; bu bölgede elde edilen tüm kazançlar değil, serbest bölgede yürütülen faaliyet nedeniyle elde edilen kazancı ve bu faaliyetlerden doğan alacaklara ilişkin kur farkı ve vade farkı gelirlerini vergi dışı bırakan ve faiz, repo ve benzeri faaliyet dışı gelirlerin istisna kapsamında olmadığını kurala bağlayan düzenlemenin, 3218 sayılı yasaya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmesinde hukuka uygunluk görülmediğinden, kararın bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Ali Kemal TERLEMEZOĞLU'nun Düşüncesi : Uyuşmazlıkta, Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu'nun "davalı idarenin temyiz isteminde bulunulmamış sayılmasına" ilişkin 9.11.1997 tarih ve E:2007/141; K:2007/373 sayılı kararının düzeltilmesi istenilmektedir.

İdarenin kanunen kendisine tanınmış olan bir yetkiyi kullanırken yapmış olduğu usul hatalarının düzeltilmesini hukuki bir yol olarak kabul etmek gerekmektedir.

Karar düzeltme dilekçesi eki belge ile, Gelir İdaresi Başkanlığı Grup Başkanlıklarınca kanun yollarına başvurulabilmesi için yetki verilmiş olduğu görüldüğünden işin esasının incelenmesine engel bulunmamaktadır.

Bu nedenle düzeltme isteminin kabulü gerekmektedir.

İşin esasının incelenmesine gelince;

Uyuşmazlıkta; yükümlü şirketin, Antalya Serbest Bölgesinde elde etmiş olduğu banka mevduatı faiz geliri istisna kapsamında değerlendirilerek vergiye tabi tutulmaması gerektiği,bu nedenle 85 seri No'lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliğinin 2.1.1 bölümünün ikinci fıkrasının; Serbest Bölgeler Kanununun 5084 sayılı Kanunla değişik 6.maddesi ile bu Kanunun Geçici 3.maddesine aykırı olduğu öne sürülerek iptali istemiyle açılan davayı kabul

eden Danıştay Dördüncü Dairesinin 26.12.2006 tarih ve E:2005/1890, K:2006/3186 sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanununda değişiklik yapan 5084 sayılı Kanunun 6 ncı maddesi ile bu Kanunun Geçici 3 üncü madde eklenmiş,eklenen maddenin 1 inci fıkrasının (a) işaretli bendinde de, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla bu Kanuna göre kurulan serbest bölgelerde faaliyette bulunmak üzere ruhsat almış mükelleflerin, bu bölgelerde gerçekleştirdikleri faaliyetleri dolayısıyla elde ettikleri kazançlarının, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla faaliyet ruhsatlarında belirtilen süre ile sınırlı olmak üzere gelir ve kurumlar vergisinden müstesna olduğu belirtilmiştir.

Maddenin incelenmesinden, öngörülen istisnanın,münhasıran bu bölgelerde faaliyet ruhsatı çerçevesinde yürütülen faaliyetlerden elde edilen kazançlara ilişkin olduğu ve tebliğin iptali istenilen kısmında yasadaki düzenlemelere aykırılık bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 4.9.2004 gün ve 25573 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 85 seri No'lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliğinin 2.1.1 maddesinin ikinci fıkrasını iptal eden Daire kararının bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

Maliye Bakanlığı tarafından, Gelir İdaresi Grup Başkanına Bakanlık aleyhine açılan ve düzenleyici işlemleri konu edinen davalara ait dosyalara; savunma, itiraz, temyiz, karar düzeltme ve her türlü dilekçeleri "Bakan adına" imzalama yetkisi verildiğine ilişkin 31.1.2008 tarihli yazıdan, Gelir İdaresi Grup Başkanının Maliye Bakanlığını temsile yetkili görülmesi nedeniyle, Maliye Bakanlığının 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 9.11.2007 günlü ve E:2007/141, K:2007/373 sayılı kararının kaldırılmasına karar verildikten sonra Maliye Bakanlığının temyiz istemi incelendi.

Temyiz istemi; 85 sayılı Kurumlar Vergisi Genel Tebliğinin 2.1.1'inci maddesinin 2'nci fıkrasındaki serbest bölgelerde elde edilmiş olsa dahi 3218 sayılı Kanuna 5084 sayılı Kanunla eklenen geçici 3'üncü maddenin 1'inci fıkrasının (a) bendindeki istisnanın, faiz, repo ve benzeri faaliyet dışı gelirlere uygulanamayacağı yolundaki düzenlemeyi iptal eden Dördüncü Daire kararının bozulması istemine ilişkindir.

3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanununun 6'ncı maddesi, 5084 sayılı Yasanın 8'inci maddesiyle değiştirilmiş ve 9'uncu maddesiyle 3218 sayılı Yasaya geçici 3'üncü madde eklenmiştir. Geçici 3'üncü maddenin birinci fıkrasına 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 hükme bağlanmıştır. Davaya konu yapılan 85 sayılı Kurumlar Vergisi Genel Tebliği, bu düzenlemenin uygulanmasını göstermek amacıyla yapılmıştır.

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 Serbest Bölgeler Kanununun 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 yükümlüleri 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 kazanç ve iratların da 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, gayrısafi 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 bağ kurulması suretiyle verilen ve 85 sayılı Kurumlar Vergisi Genel Tebliğinin 2.1.1'inci maddesinin ikinci fıkrasında, yasada öngörülmeyen bir sınırlama yapıldığı gerekçesine dayanan kararda hukuka uygunluk görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulü ile Danıştay Dördüncü Dairesinin, 26.12.2006 günlü ve E:2005/1890, K:2006/3186 sayılı kararının bozulmasına, yeniden verilecek kararda hüküm altına alınacağından, yargılama giderleri yönünden hüküm kurulmasına gerek bulunmadığına, 20.3.2009 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X- Gelir İdaresi Grup Başkanına, Maliye Bakanlığı aleyhine açılan ve düzenleyici işlemleri konu edinen davalara ilişkin her türlü dilekçeleri Bakan adına imzalama yetkisinin, dosyada görüşülen 26.12.2006 tarihli temyiz konusu kararın temyiz edildiği 13.4.2007 gününden sonraki bir tarihte, 31.1.2008 gününde verilmiş olduğu anlaşıldığından, temyiz ettiği tarihte temyiz etme ehliyeti ve yetkisi bulunmayan grup başkanının söz konusu kararın düzeltilmesi isteğinin bu nedenle reddi gerekeceği oyu ile karara karşıyım.

KARŞI OY

XX- Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar Danıştay Dördüncü Daire kararının bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmediğinden karara katılmıyoruz.

YARGILAMA USULÜ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Vergi Dava Daireleri
Kurulu
Esas No : 2008/241
Karar No: 2009/87

Özeti : Gümrük para cezasına yöneltilen itirazın davanın açıldığı tarihten bir gün sonra reddedildiği, idarenin savunmasında davanın reddini savunduğu ve tarafların iddialarının itirazın reddine ilişkin kararı konu edindiği anlaşıldığından, tebliğinden sonra dava konusu edilmeyen karara karşı açılan davanın salt vaktinden önce açılması nedeniyle incelenmeksizin reddi halinde, dava açma süresinin geçmesi nedeniyle davacının yargı yoluna başvurma olanağının ortadan kalkacağı gözetildiğinde, davanın esasının incelenmesi yolundaki ısrar hükmünde hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında.

Temyiz Eden : Başbakanlık Gümrük Müsteşarlığı adına
Ege Serbest Bölge Gümrük Müdürlüğü
Karşı Taraf : ... Tekstil İmalatı İthalat İhracat ve Dahili Ticaret Anonim Şirketi
Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Davacı Şirket adına tescilli 4.9.2002 gün ve 7226 sayılı beyanname muhteviyatı eşya kıymetinin noksan beyan edilmesi nedeniyle ek olarak tahakkuk ettirilen gümrük vergisi ve katma değer vergisinin üç katı tutarında hesaplanarak karara bağlanan para cezalarına itiraz edildikten sonra dava açılmıştır.

Davayı inceleyen İzmir 3. Vergi Mahkemesi, 3.11.2004 günlü ve E:2004/604, K:2004/1115 sayılı kararıyla; davacı tarafından gümrük başmüdürlüğüne yapılan itirazın reddine ilişkin karar tebliğ edilmeden dava açılmış ise de dava açıldıktan çok kısa bir süre sonra olumsuz yanıt tebliğ edilerek idari itiraza ilişkin süreç tamamlandığından, davanın incelenmesine engel kalmadığı, Mahkemelerinin 3.11.2004 gün ve E:2003/977; K:2004/1096 sayılı kararı ile para cezalarının dayanağı olan gümrük vergisi ve katma değer vergisine ilişkin ek tahakkuka vaki itirazın reddine ilişkin işlemin iptal edildiği; bu nedenle, para cezalarının dayanağının kalmadığı gerekçesiyle işlemi iptal etmiştir.

Davalı idarenin temyiz istemini inceleyen Danıştay Yedinci Dairesi, 23.5.2007 günlü ve E:2005/606, K:2007/2494 sayılı kararıyla; davacı şirket adına karara bağlanan para cezalarının 16.12.2003 tarihinde tebliği üzerine 22.12.2003 tarihinde İzmir Gümrük ve Muhafaza Başmüdürlüğüne itiraz edildiği; itirazın reddi kararı tebliğ edilmeden para cezalarının iptali istemiyle 13.1.2004 tarihinde davanın açıldığı; dava derdest iken, para cezalarına vaki itirazın reddi kararlarının, 6.2.2004 tarihinde tebliğ edildiği; Mahkemece, bu hususun uyuşmazlığın esasını etkilemediği görüşüyle, davanın incelendiği ve iptal kararı verildiği, 4458 sayılı Gümrük Kanununun 242'nci maddesinin 3'üncü fıkrasında; kişilerin, cezalara karşı yedi gün içinde kararı alan gümrük idaresinin bağlı bulunduğu gümrük başmüdürlüğü nezdinde itirazda bulunabilecekleri; 7'nci fıkrasında da, gümrük başmüdürlükleri kararlarına karşı, işlemin yapıldığı gümrük müdürlüğünün bulunduğu yerdeki idari yargı mercilerine başvurulabileceği hükmünün yer aldığı, idari davaya konu olabilecek işlemin, para cezası kararları değil; bu kararlara karşı, Gümrük Kanununun 242'nci maddesinde öngörülen usullere göre yapılacak itiraz üzerine, yine aynı maddede yazılı mercilerce tesis edilecek olumsuz işlem olduğu, bu bakımdan; ek olarak tahakkuk ettirilen gümrük vergisi ve katma değer vergisinin üç katı tutarında hesaplanarak karara bağlanan para cezalarına vaki itirazın reddine dair karar tebliğ edilmeden; bir diğer ifadeyle, idari davaya konu edilebilecek bir işlem olmadan, vaktinden önce açılan davada, bu husus gözetilmeden verilen kararda hukuki isabet bulunmadığı gerekçesiyle kararı bozmuştur.

Bozma kararına uymayan İzmir 3. Vergi Mahkemesi, 13.12.2007 günlü ve E:2007/1464, K:2007/1246 sayılı kararıyla; ilk kararında ısrar etmiştir.

Israr kararını temyiz eden davalı idarece itiraz yolu tüketilmeden dava açıldığı, para cezasının dayanağı ek tahakkukların kaldırılması yolundaki kararlara karşı yapılan itirazların reddine ilişkin bölge idare mahkemesi kararlarının kesinleştiği ileri sürülerek kararın bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Gönül SAYIN'ın Düşüncesi : Anayasanın 125'inci maddesinde idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu hükme bağlanarak yargı denetimi dışında tutulacak işlemler belirtildiğinden, işlemlerin yargı denetimini engelleyecek açık kanun hükmü bulunmadığı ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 14'üncü maddesinde belirtilen davanın incelenmesine engel durumlar olmadığı sürece idari işlemlerin yargı denetimi dışında tutulmaması gerekmektedir. İdari işlemlerin yargı denetimini ortadan kaldıracak şekilde davaların vaktinden önce açılması nedeniyle reddi halinde kişilerin hak arama özgürlükleri engellendiği gibi işlemlerin hukuka uygunluk denetimi de yapılamamış olacaktır.

Olayda, davacı tarafından ek tahakkuklara ve para cezalarına karşı süresinde itirazda bulunulmakla beraber para cezasına ilişkin itiraz ret işleminin tesisi ve tebliği beklenilmeden dava açılmış ise de, dava konusu işlemden bir gün önce açılan davada verilen savunmadan, davalı idare tarafından dava açıldığı öğrenilmeden ve dava dosyasının oluşumu tamamlanmadan dava konusu işlemin tesis ve tebliğ edildiği anlaşıldığından dava konusu işlemin hukuka uygunluğunun incelenmesinde yasaya aykırılık bulunmamaktadır. Aksi takdirde yeni bir dava yoluna gitmesi mümkün olamayacak olan davacı erken dava açması nedeniyle hak kaybına uğrayacaktır.

Bu nedenle temyiz isteminin ısrar hükmü yönünden reddi ile işin esası yönünden temyiz incelemesi yapılmak üzere dosyanın Danıştay Yedinci Dairesine gönderilmesi gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı H.Hüseyin TOK'un Düşüncesi : Temyiz konusu mahkeme ısrar kararının; Danıştay 7'nci Dairesi bozma kararında yazılı gerekçeler dikkate alınarak bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunca, tebligat işlemlerinin tamamlandığı görüldüğünden yürütmenin durdurulması istemi hakkında karar verilmesine gerek görülmeyerek, dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüşüldü:

Temyiz istemine konu yapılan vergi mahkemesi kararının; davanın, gümrük başmüdürlüğüne yapılan itirazın reddine ilişkin karar tebliğ edilmeden açılmasına karşın dava açıldıktan çok kısa bir süre sonra olumsuz yanıt tebliğ edilerek idari itiraza ilişkin sürecin tamamlanması nedeniyle engel kalmadığı gerekçesiyle davanın esasının incelenebileceği yönündeki hüküm fıkrası, Danıştay Yedinci Dairesinin bozma kararına uyulmayarak verildiğinden ısrar hükmü içermektedir. 2575 sayılı Yasanın 38'inci maddesinin 2'nci fıkrasının (a) bendi uyarınca ısrar hükmünün hukuka uygunluğu konusundaki temyiz incelemesinin Kurulumuzca yapılması gerektiğinden istem incelendi.

4458 sayılı Gümrük Kanununun 242'nci maddesinin 3'üncü fıkrasında; kişilerin, cezalara karşı yedi gün içinde kararı alan gümrük idaresinin bağlı bulunduğu gümrük başmüdürlüğü nezdinde itirazda bulunabilecekleri, 7'nci fıkrasında da gümrük başmüdürlükleri kararlarına karşı idari yargı merciine başvurulabileceği hükme bağlandığından, idari yargı yerlerinde, gümrük para cezalarına karşı değil, gümrük başmüdürlüklerinin para cezalarına yapılan itirazların reddine ilişkin kararlarına karşı dava açılabilir.

Dosyanın incelenmesinden, davacı şirket adına tescilli gümrük giriş beyannamesi muhteviyatı eşya kıymetinin noksan beyan edilmesi nedeniyle ek olarak tahakkuk ettirilen gümrük vergisi ve katma değer vergisinin üç katı tutarında hesaplanarak karara bağlanan para cezalarının 16.12.2003 tarihinde tebliği üzerine 22.12.2003 tarihinde İzmir Gümrük ve Muhafaza Başmüdürlüğüne yapılan itiraz hakkında işlem kurulması beklenmeden para cezalarının hukuka aykırı düştüğü iddiasıyla 13.1.2004 tarihinde açılan dava derdest iken itirazın reddine ilişkin 14.1.2004 tarihli kararın davacıya 6.2.2004 tarihinde tebliğ edildiği ve incelenmekte olan davanın derdest olması nedeniyle işlemin tebliğinden sonra dava açılmadığı anlaşılmaktadır.

Para cezasına yöneltilen itirazın reddine ilişkin işlemin tesisi ve tebliği beklenmeden dava vaktinden önce açılmış ise de, itirazın davanın açıldığı tarihten bir gün sonra reddedildiği ve kararın davacıya 6.2.2004 tarihinde tebliğ edildiği idarenin savunmasında bildirilerek davaya konu yapılan işlemin hukuka uygunluğu ve davanın reddi savunulduğundan, tarafların iddia ve savunmasının itirazın reddine ilişkin işlemi konu edindiği; salt vaktinden önce açılmış olması sebebiyle davanın incelenmeksizin reddi halinde tebliğ tarihine göre sürenin geçmesi nedeniyle dava açamayacak ya da açtığı dava incelenemeyecek olan davacının yargı yoluna başvurma olanağının ortadan kalkacağı

gözetildiğinde davanın esasının incelenmesi yönündeki ısrar hükmünde hukuka aykırılık görülmemiştir.

Vergi mahkemesi kararının dava incelenerek verilen hüküm fıkrası üzerinde daha önce temyiz merciince temyiz incelemesi yapılmamıştır. Israr hükmü içermeyen sözü edilen hükmün hukuka uygunluğu konusundaki yargısal denetimin Kurulumuzca değil, ilk derece yargı yerince verilen kararları temyizen incelemekle görevli vergi dava dairesince yapılması gerekmektedir.

Bu nedenle, temyiz isteminin ısrar hükmü yönünden reddine, kararın para cezasını kaldıran hüküm fıkrası temyizen incelenmek üzere dosyanın Danıştay Yedinci Dairesine gönderilmesine, 6.3.2009 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Israr hükmünün, Danıştay Yedinci Dairesinin bozma kararında belirtilen hukuksal nedenler ve gerekçe doğrultusunda bozulması gerektiği oyu ile karara katılmıyoruz.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Vergi Dava Daireleri
Kurulu
Esas No : 2008/890
Karar No: 2009/178

Özeti : 1- Vergilendirmeye karşı açılan davalarda 2577 sayılı Yasanın 31'inci maddesinin 2'nci fıkrası gözetilerek, sunulan veya sunulması sağlanan kanıtların hangi olay veya olgunun kabulünü gerektirdiğinin, kanıtlar arasında ilişki kurularak yargı yerlerince belirlenmesi gerektiği,
2- Defter ve belgelerini ibrazdan kaçınan, hasılat faturasını kayıtları dışında bırakan ve gelir tablosundaki maliyetleri ticari gereklere uygun görülmeyen davacı adına, faaliyet alanındaki kârlılık oranı esas alınarak yapılan vergilendirmeye karşı açılan davada, mahkemeye sunulan defter ve belgeler hakkında öncelikle davanın diğer tarafı olan vergi idaresinin bilgi ve tespitlerine başvurulması gerekirken, yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucuna göre hüküm kurulmasının hukuka aykırı olduğu hakkında.

Temyiz Eden : Fırat Vergi Dairesi Müdürlüğü
Karşı Taraf : … Otomotiv İnşaat Taahhüt Gıda Tarım Ürünleri Besicilik Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi

İstemin Özeti : Oto komisyonculuğu ve gıda maddeleri ticareti yapan davacı şirketin defter ve belgelerinin incelemeye ibraz edilmemesi nedeniyle vergi inceleme raporuyla belirlenen matrah üzerinden adına 2004 vergilendirme dönemi için re'sen salınan üç kat vergi ziyaı cezalı kurumlar vergisi davaya konu yapılmıştır.

Davayı inceleyen Malatya Vergi Mahkemesi, 4.6.2007 günlü ve E:2006/336, K:2007/219 sayılı kararıyla; inceleme sırasında hasılat faturasını kayıtlarına dahil etmemesi nedeniyle hasılatını noksan beyan ettiği ve herhangi bir kira gideri ve işçisi bulunmadığı

halde maliyetlere ilişkin bildirimlerinin yüksek olduğu saptanan davacının oto komisyonculuğu faaliyetiyle uğraşması nedeniyle gayrısafi hasılatın %10'unun gider olarak dikkate alınmasının ticari icaplara uygun olacağı yaklaşımıyla hesaplanan matrah farkı üzerinden cezalı tarhiyat yapılmış ise de, davacı şirketin aynı zamanda gıda maddeleri ticareti yaptığının göz ardı edildiği, bu iki faaliyet alanında geçerli kârlılık oranı ilgili kamu kuruluşlarından sorulmaksızın söz konusu orana göre yapılan tarhiyatın hukuka uygun düşmediği, defter ve belgelerin incelemeye ibraz edilmemesi her ne kadar Vergi Usul Kanununun 30'uncu maddesinde re'sen tarh nedeni olarak öngörülmüşse de, yargılama sırasında ileri sürülen iddiaların ispatı için sunulan kanıtların matrahın hukuka uygunluğunun tespiti amacıyla incelenmesi gerektiği, Mahkemelerince verilen ara kararı uyarınca sunulan davacı şirkete ait yasal defter ve belgeler üzerinde yaptırılan bilirkişi incelemesi üzerine düzenlenen ve idare tarafından yöneltilen itiraz kusurlandırıcı nitelikte bulunmayan bilirkişi raporunda ulaşılan, matrah farkının oluşmadığı sonucunun, Mahkemelerince de benimsendiği gerekçesiyle vergi ziyaı cezasının idarece kaldırılan kısmı hakkında karar verilemeyeceğini de belirterek vergi ve üç katı tutarındaki cezayı kaldırmıştır.

Vergi dairesinin temyiz istemini inceleyen Danıştay Üçüncü Dairesi, 12.6.2008 günlü ve E:2007/3571, K:2008/1984 sayılı kararıyla; Vergi Usul Kanununun 3'üncü maddesinin (B) bendinde, vergilendirmede esas olan vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyetinin yemin dışındaki her türlü delille ispatlanabileceği, iktisadi, ticari ve teknik gereklere uymayan ve olayın özelliğine göre olağandışı veya alışılmamış bir durumun, iddia eden tarafından ispatlanması gerektiği, 135'inci maddesinde vergi incelemesinin, hesap uzmanları, hesap uzman yardımcıları, ilin en büyük mal memuru, vergi denetmenleri, vergi denetmen yardımcıları veya vergi dairesi müdürleri tarafından yapılacağı, 256'ncı maddesinde vergi yükümlülerinin, saklanması zorunlu her türlü defter, belge ve karneleri aynı Kanunun 253'üncü maddesinde öngörülen muhafaza süresi içinde yetkili makam ve memurların istemi üzerine ibraz ve inceleme için arz etmek zorunda olduklarının kurala bağlandığı, değinilen bu zorunluluğun mükelleflerce haklı bir neden olmaksızın yerine getirilmemesinin, yetkili makamların denetiminden kaçınmak ve gizlenmek istenen durumların karşıt inceleme yoluyla ortaya çıkarılmasının önlenmek istenmesi anlamına geleceği, vergi mükelleflerinin beyanı üzerinden vergilendirilmesi esasına dayanan kurumlar vergisi yönünden, 5422 sayılı Kanunun 13'üncü maddesinde yapılan göndermeden dolayı uygulanması gereken Gelir Vergisi Kanununun ticari kazanca ilişkin hükümleri uyarınca hasılat ve gider belgelerinin gerçeğe uygun olmasının zaruri olduğu, usulüne uygun olarak düzenlenen defter ve belgelerle tevsik edilen hukuki muamelenin gerçek durumu yansıtıp yansıtmadığının ortaya çıkarılabilmesinin ise defter ve belgelerin istendiğinde vergi idaresinin denetim ve incelemesine sunulması, usulüne uygun belgelerle tevsik edilen hukuki muamelelerin karşı tarafı nezdinde inceleme ve araştırma yapılması ile olanaklı bulunduğundan, defter ve belgelerin incelemeye yetkili ve görevli kimselere sunulmaması nedeniyle inceleme sırasında hasılat ve giderlerin tevsik edilemediği , alış ve satış belgelerinin ne biçimsel yönden ve ne de kapsadığı emtia alış ya da satışının gerçekliği yönünden incelenmesine olanak tanınmadığı, yapılan inceleme sırasında ibrazı yoluyla ispat olanağı tanınmasına karşın sunulmayıp, verilen ara kararı uyarınca vergi mahkemesine sunulan defter ve belgelerin gerçek bir hukuki muameleyi yansıtıp yansıtmadığı ve bu nedenle davacının kayıtlı hasılatı ya da giderlerinde eleştirilecek bir husus bulunup bulunmadığı hakkında Vergi Usul Kanununun 135'inci maddesi uyarınca karşıt inceleme yetkisine de sahip olan vergi idaresinin görüşünün alınmasından sonra karar verilmesi gerekirken, tarhiyatın defter ve belgelerin bilirkişi tarafından incelenmesi sonucu düzenlenen rapora dayanılarak kaldırılmasında hukuka uygunluk görülmediği gerekçesiyle vergi mahkemesi kararını bozmuştur

Bozma kararına uymayan Malatya Vergi Mahkemesi, 24.9.2008 günlü ve E:2008/645, K:2008/428 sayılı kararıyla, ilk kararında ısrar etmiştir.

Israr kararı vergi idaresi tarafından temyiz edilmiş ve düzenlenen ve kullanılan faturaların gerçek bir teslime dayanıp dayanmadığının, fatura düzenlenmeden önceki safhada gerçek bir ticari ilişkinin varlığı yolundaki incelemenin sonucuna bağlı olduğu, bu incelemenin ise Vergi Usul Kanuna göre incelemeye yetkili inceleme elemanları tarafından yapılabileceği, zira mükelleflerin kayıtlarını incelemede ilgililerin beyanlarına başvurma ve karşıt inceleme yapma görevinin inceleme elemanına ait olduğu, defter ve belgelerin mazeret bildirilmeksizin incelemeye ibraz edilmemesinin defterlerin inceleme sırasında henüz düzenlenmediği, sonradan tedarik edildiği veya kayıtların süresinde tutulmadığını düşündürdüğü, sadece kayıtlar üzerinde yapılan incelemeye dayalı bilirkişi raporunun belirtilen amacı ortaya çıkarmaya elverişli olmadığı, dava hakkında bir karara varılabilmesi için defter ve belgelerin vergi idaresince de incelenmesi ve bu konudaki saptamalar da gözetilerek karar verilmesi gerektiği ileri sürülerek bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hâkimi Selda GÜRSOYTRAK GÜLSEVEN'in Düşüncesi : Vergi hukukunda delil Vergi Usul Kanununun 3'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Vergi sistemimizde yer alan çoğu vergilerin matrahı, mükellefler tarafından tutulan kayıt ve hesaplara dayanılarak tespit ve beyan olunur. Bu kayıtların geçerliliği ise vesikalarla tevsik edilme şartına bağlıdır. Mükellefler, üçüncü şahıslarla olan muamelelerini diledikleri belgelerle değil, Vergi Usul Kanununda belirtilen belgelerle ispat edebilirler. Defter kayıtları ancak hukuki kıymet ifade eden belgelere dayandırılmak şartıyla vergi matrahının belirlenmesinde delil olarak nazara alınabilir.

Defter ve belgelerin kanuni delil niteliğini kazanması için belirli aşamaları geçmiş, genel ve özel şartları taşıyor olması icap eder. Kanunda aranan bütün şartlar gerçekleşmişse yargıç defterleri delil olarak kabul edebilir.

Bilindiği gibi Vergi Usul Kanunu kendi sistematiğinde defter ve belge ibraz etmemenin sonucunu belirlemiş ve Vergi Usul Kanununun 30'uncu maddesinin 2'nci fıkrasının 3'üncü bendinde bu Kanuna göre tutulması mecburi olan defterlerin vergi incelemesi yapmaya yetkili olanlara ibraz edilmemesi re'sen tarh nedeni olarak sayılmıştır. Buna göre yapılan tarhiyata karşı açılan davada re'sen tarhın yerinde olup olmadığı, defter ve belge ibraz edilmemesinde haklı neden olarak kabul edilebilecek bir iddianın bulunup bulunmadığı, hesaplanan matrahta hata olup olmadığı yönünden inceleme yapılması gerekirken mahkemeye ibraz edilen defter ve belgeler delil kabul edilerek incelenmesi sonucu verilen ısrar kararında hukuka uygunluk bulunmadığından bozulması gerektiği düşünülmektedir.

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

İncelenmek üzere istenen defter ve belgelerini ibrazdan kaçınması, hasılat faturasını kayıtları dışında bırakması ve beyannamesine ek gelir tablosundan maliyetlerinin ticari gereklere uygun görülmemesi nedeniyle faaliyet alanında gayrisafi %10 kârlılık oranının geçerli olduğu kabul edilerek saptanan matrah farkı üzerinden davacı adına yapılan vergilendirmenin, bilirkişi raporuna dayanılarak kaldırılması yolundaki ısrar kararı temyiz edilmiştir.

Vergi mükelleflerinin beyanı üzerinden vergilendirilmesi esasına dayanan kurumlar vergisi yönünden, 5422 sayılı Yasanın 13'üncü maddesinde yapılan göndermeden dolayı uygulanması gereken Gelir Vergisi Kanununun ticari kazanca ilişkin hükümleri uyarınca, hasılat ve gider belgelerinin gerçeğe uygun olması zorunludur. Bu zorunluluk, Vergi Usul Kanununun 227'nci maddesi ile 171 ve 256'ncı maddesinde ayrı yönleriyle düzenlenmiştir.

Vergi Usul Kanununun 227'nci maddesinin birinci fıkrası, aynı yasaya göre tutulan ve üçüncü şahıslarla olan ilişki ve işlemlere ait kayıtların belgelenmesinin zorunlu olduğunu; 171'inci maddesi ise vergi uygulaması bakımından tutulan yasal defterlerin, mükelleflerin vergi ile ilgili servet, sermaye ve hesap durumuyla, vergi ile ilgili faaliyet ve hesap neticelerini saptamak, vergi ile ilgili işlemleri belirlemek, mükelleflerin vergi karşısındaki durumunu hesap üzerinden denetlemek ve incelemek, bu hesap ve kayıtlar yardımıyla üçüncü şahısların vergi karşısındaki durumunu denetlemek ve incelemek amacını sağlayacak şekilde tutulmasını öngörmüştür.

Yukarıdaki düzenlemelerin sonucu olarak da 256'ncı maddede, saklanması zorunlu her türlü defter, belge ve karneleri muhafaza süresi içinde yetkili makam ve memurların istemi üzerine ibraz ve incelemeye sunmaya mecbur tutulan vergi yükümlülerince bu zorunluluğun, haklı bir neden olmaksızın yerine getirilmemesi, vergi idaresinin denetiminden kaçınmak ve gizlenmek istenen durumların karşıt inceleme yoluyla ortaya çıkarılmasını da önlemek anlamını taşıyacaktır.

2004 vergilendirme döneminde 34.7 milyar lira hasılatı olan; kurumlar vergisi beyannamesine ek gelir tablosunda 28.8 milyar lira genel yönetim gideri bildiren; önceki yıl stokunda görülen ve vergisi ihtilaflı döneme devreden emtiadan daha az satışı olmasına karşın, dönem başı stokundan fazla emtia alıp, önceki yıl stokundan yüksek miktarda emtia stokunu sonraki yıla devretmesi de ticari gereklere aykırı görülen davacı kurumun, hasılat ve maliyet kayıtlarının gerçek durumu yansıtıp yansıtmadığının, defter ve belgeleri incelenerek saptanması gerekmektedir. Bu amaçla incelenmek üzere istendiğinde ibrazdan kaçınılması nedeniyle hasılat ve maliyet kayıtlarının doğruluğunun davacı tarafından kanıtlanması, Vergi Usul Kanununun 3'üncü maddesindeki düzenleme gereğidir.

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. Dosyaya gerek taraflarca sunulan, gerekse mahkeme tarafından istenerek sunulması sağlanan kanıtların hangi olay veya olgunun kabulünü gerektirdiğinin, kanıtlar arasında ilişki kurularak yargı yerince belirlenmesi ve bu saptama yapılırken, 2577 sayılı Yasanın, yukarıda değinilen 31'inci maddesinin 2'nci fıkrasındaki kural gereğince vergi davalarında, Vergi Usul Kanunu hükümlerine göre değerlendirme yapılması gereklidir. Kanıtların değerlendirilmesi,

yargılamanın en temel etkinliği olup, bu etkinliğin, 2577 sayılı Yasanın 31'inci maddesinin 1'inci fıkrasına dayanılarak bilirkişiye yaptırılması, yargılama hukukuna aykırı düşer.

Vergilendirmeye karşı açılan davalarda; dosyaya sunulan kanıtların İdari Yargılama Usulü Kanununun 31'inci maddesinin 2'nci fıkrası gereğince değerlendirilmesinden sonra hakimlik mesleğinin gerektirdiği bilgi ve deneyimle çözümlenemeyecek ve uzmanlık gerektiren konularda aynı maddenin 1'inci fıkrası ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 275'inci maddesine göre bilirkişi incelemesi yaptırılmasına bir engel de bulunmamaktadır. Ancak bu incelemenin konusunun, Vergi Usul Kanunu hükümlerine göre çözümlenmesi gereken sorun alanları olamayacağı da açıktır.

Belirtilen hukuksal durum karşısında davacıdan, vergi incelemesine ibrazdan kaçındığı defter ve belgeleri vergi mahkemesine sunmasının istenmesinde hukuka aykırılık yoksa da; defter kayıtları ve alış ve hasılat belgeleri üzerinde hiçbir değerlendirme yapılmaksızın ve bilirkişiye hangi nedenlerle ve hangi soruların yöneltileceği dahi belirlenmeksizin, 2004 vergilendirme döneminde zarar beyan eden, aktifine dahil iş yerinde faaliyet gösteren ve muhtasar beyannamelerine göre istihdam ettiği işçisi de olmayan davacının defter ve belgelerine göre kurumlar vergisi beyan tablosu düzenlenip; ödenmesi gereken kurumlar vergisi bulunup bulunmadığını tespit görevi verilerek bilirkişi incelemesi yaptırılması ve bu rapora göre hüküm kurulması hukuka uygun düşmemiştir.

Yazılı yargılama yöntemini benimseyen İdari Yargılama Usulü Kanunu, davaların açılması, delillerin toplanması ve ilgililerce sonradan ibraz edilen belgelerin incelenmesini öngören 3,16,20 ve 21'inci maddelerinde, taraflarının eşit koşullar altında iddia ve savunma yapmaları esasını öngörmüştür. Bu cümleden olarak, 3'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasında dava konusu işlem ve belgelerin asılları ve örneklerinin dilekçeye karşı taraf sayısından bir fazla sayıda eklenmesi; 16'ncı maddesinin 1'inci fıkrasında dava dilekçesi ve eklerinin birer örneğinin davalıya tebliği; 21'inci maddesinde ise dilekçe ve savunmalarla birlikte verilmeyen belgelerin, bunların zamanında verilmesine imkan bulunmadığına kanaat getirilmesi halinde kabulü ile karşı tarafa tebliği kurala bağlanmıştır. Bu düzenlemeler nedeniyle yargılama sırasında dosyaya taraflarca sunulan ve sunulması kabul edilen belgeler hakkında diğer tarafın görüşünün alınması ve hüküm verilirken değerlendirilmesi gerekmektedir.

İncelenen bu davanın çözümü; davacı kurumun vergilendirme dönemindeki gerçek hasılatı ve maliyetinin belirlenmesine bağlıdır. Defter kayıtlarına dahil edilmemiş hasılatı bulunduğunda tartışma yoksa da maliyet kayıtlarına dahil edilen harcamaların gerçekten yapılmış olup olmadığı, taraflar arasında çekişme yaratmıştır. Davacı, kayıtlı harcamalarının gerçekten yapıldığını iddia etmektedir. İncelenmek istenen defter ve belgelerini vergi idaresinin denetimine sunmaktan kaçınan davacı tarafından, mahkemeye sunulan yasal defterlerindeki kayıtlar ve bu kayıtların dayandığını oluşturan belgelerin gerek biçimsel yönden ve gerekse belgelerin temsil ettiği hukuki muamelelerin gerçekliği konusunda vergi idaresince herhangi bir saptama yapılması olanaksız kılınmıştır. Belirtilen konulardaki saptamalar ancak vergi idaresince yapılabileceğinden, vergi mahkemesine sunulan defter ve belgeler hakkında vergi idaresinin bilgi ve tespitlerine başvurulması gereklidir. Yaptığı vergilendirmeye karşı açılan davanın tarafı olan vergi idaresinin, ancak yargılama sırasında ulaşabildiği defter ve belgeler hakkındaki saptamaları, kendisine Vergi Usul Kanununda tanınmış yetki ve tekniklere göre yapacağında kuşku yoktur. Vergi mahkemesi tarafından, yukarıdaki saptamalardan sonra durum gerektirdiğinde diğer kanıtların, 2577 sayılı Yasanın 31'inci maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca elde edilmesi olanaklıdır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 20'nci ve 31'inci maddesinin 2'nci fıkrası gerekleri yerine getirilmeksizin; 31'inci maddenin 1'inci fıkrasında gönderme yapılan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 275'inci maddesinin, çözümü özel ve teknik bilgi gerektiren durumlar için öngördüğü bilirkişinin görüşüne başvurma ile ilgili kuralına dayanarak hukuksal çözüm gerektiren noktada bilirkişi incelemesi yaptırılarak ve aynı

Yasanın 286'ncı maddesinde, takdiri delillerden olması nedeniyle bilirkişi raporunun hakimi bağlamayacağı yönündeki kural ihmal edilerek verilen ısrar kararının bozulması gerekmiştir.

Açıklanan nedenlerle, Malatya Vergi Mahkemesinin, 24.9.2008 günlü ve E:2008/645, K:2008/428 sayılı ısrar kararının, dava hakkında yargılama usulünün gerektirdiği saptama, değerlendirme ve incelemeler yapıldıktan sonra karar verilmek üzere bozulmasına, yeniden verilecek kararda karşılanacağından, yargılama giderleri hakkında hüküm kurulmasına gerek bulunmadığına, 17.4.2009 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, dayandığı hukuksal nedenler ve gerekçesi karşısında ısrar kararının bozulmasını gerektirecek durumda bulunmadığından, istemin reddi gerektiği oyu ile karara katılmıyoruz.

İKİNCİ DAİRE KARARLARI

MEMURLAR VE DİĞER KAMU GÖREVLİLERİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
İkinci Daire
Esas No : 2008/7601
Karar No : 2009/2524

Özeti : Davacının, Lise'de Tarih Öğretmeni olarak görev yapmakta iken, İlköğretim Okulu Sosyal Bilgiler Öğretmenliğine atanmasına ilişkin işlemde; 1991 yılında Lisans Tamamlama Programından mezun olmuş ise de, Milli Eğitim Bakanlığı'nca branşının değiştirilmesi konusunda yapılmış bir işlem bulunmayıp, ilk atama kararnamesindeki alanına uygun olarak tesis edildiğinden, hukuka aykırılık görülmediği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalılar) : 1- Milli Eğitim Bakanlığı
2- Zonguldak Valiliği
Karşı Taraf : ...
Vekili : Av. ...
İsteğin Özeti : Zonguldak İdare Mahkemesi'nce verilen 24.10.2008 günlü, E:2008/493, K:2008/1198 sayılı kararın, dilekçede yazılı nedenlerle 2577 sayılı İdare Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.
Cevabın Özeti : Cevap verilmemiştir.
Danıştay Tetkik Hakimi : Asiye Değirmenci
Düşüncesi : İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.
Danıştay Savcısı : Semra Şentürk
Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

Davacı, Sosyal Bilgiler branşında Zonguldak-Merkez, ... Anadolu Teknik Lisesi, Anadolu Meslek Lisesi, Teknik Lise, Endüstri Meslek Lisesi ve İMEM Müdürlüğünde Tarih Öğretmeni olarak görev yapmakta iken, aynı yer ... İlköğretim Okuluna Sosyal Bilgiler Öğretmeni olarak atanmasına ilişkin 7.2.2008 günlü işlem ile durumunun düzeltilerek ... Anadolu Teknik Lisesi, Anadolu Meslek Lisesi, Teknik Lise, Endüstri Meslek Lisesi ve İMEM

Müdürlüğünde Tarih Öğretmeni olarak görevine devamının sağlanması istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin 13.3.2008 günlü işlemin iptali istemiyle dava açmıştır.

Zonguldak İdare Mahkemesinin 24.10.2008 günlü, E:2008/493, K:2008/1198 sayılı kararıyla; olayda, davacının 3 yıllık Eğitim Enstitüsü Sosyal Bilgiler Bölümü mezunu olduğu görülmekte ise de; daha sonra Tarih branşında Lisans Tamamlama Programından mezun olduğu anlaşıldığından Tarih Öğretmeni olarak mesleğini lise ve dengi okullarda icra etmesinde sakınca olmadığı, bu durumda Tarih branşında lisans tamamlamak suretiyle branşı Tarih Öğretmenliği olan davacının, Sosyal Bilgiler Öğretmeni olması ve görev yaptığı okulda branşına uygun ders yükü ve norm kadro bulunmaması sebebiyle norm kadroyla ilişkilendirilemediğinden bahisle branşına uygun ders yükü bulunan İlköğretim Okuluna atanmasına ve davacının görev yaptığı lisede branşında ihtiyaç bulunmadığı ve alanının Tarih Öğretmeni olarak değiştirilmesinin mümkün olmadığı yönünde başvurusunun reddine ilişkin işlemlerde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemler iptal edilmiştir.

Davalı idareler tarafından, mahkeme kararının, hukuka uygun olmadığı öne sürülerek temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

4.3.2006 tarih ve 26098 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Milli Eğitim Bakanlığı Öğretmenlerinin Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği'nin 14.maddesinin (d) bendinde; "alan değişikliği; öğretmen olarak görev yapanların Talim ve Terbiye Kurulunun öğretmenliğe atanacakların mezun olduğu yüksek öğretim programlarına ilişkin kararı doğrultusunda öğrenimleri itibariyle atanabilecekleri alanlara geçişleri "olarak tanımlanmış, atama şartlarını düzenleyen 6. maddesinin 1.bendi ve bu bendin (a) fıkrasında, "Öğretmenlik görevine atanacaklarda 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 48 inci maddesinde belirtilen genel şartlar yanında aşağıda belirtilen özel şartlar aranır." a) Mezun olduğu yüksek öğretim programının Talim ve Terbiye Kurulunun öğretmenliğe atanacakların tespitine ilişkin kararlarına göre atanacağı alana uygun olmak" hükmüne yer verilmiş, "Alan değişikliğine bağlı yer değiştirmeler" başlıklı 34.maddesinde; "1- Öğrenimine uygun alanı dışında başka bir alana atanan öğretmenler, öğrenimleri birden fazla alana atamaya kaynak olan öğretmenler ile başka bir alanda öğrenim gören öğretmenler, mezuniyetleri itibarıyla atanabilecekleri alanlara alanlarının değiştirilmesini isteyebilirler. 2- Bu durumda bulunan öğretmenlerin alan değişikliğine ilişkin istekleri; a) Adaylıklarının kaldırılmış olması, b) Öğrenimlerinin Talim ve Terbiye Kurulunun öğretmenliğe atanacakların mezun oldukları yüksek öğretim programlarına ilişkin kararında atanacağı alana uygun olması halinde dikkate alınır. 3- Bu kapsamda yapılacak alan değişikliği işlemleri Bakanlıkça belirlenecek takvim çerçevesinde yapılır. 4- Alan değişikliği isteyen öğretmenlerin atamaları, il içindeki tercihleri dikkate alınmak suretiyle hizmet puanı üstünlüğüne göre yapılır. Hizmet puanlarının eşit olması durumunda öğretmenlikteki hizmet süresi daha fazla olana öncelik verilir." hükmüne yeralmıştır.

12.07.2004 gün ve 119 sayılı Talim ve Terbiye Kurulu Kararı'nın "Alanları dışında atananlar" başlıklı 11.maddesinin 2.fıkrasında; "Mezun oldukları yüksek öğretim programı veya aylık karşılığı okutabileceği dersler itibarıyla birden fazla alan öğretmenliğine atanabilecek durumda olanlar, ihtiyaç duyulduğunda isteklerine bakılmaksızın bu alan öğretmenliklerinden her hangi birisinde görevlendirilebilirler. Bunların yer değiştirme suretiyle atamalarında, öğretmenliğe atanmalarına esas olan alan/kurum öğretmenliği esas alınır." düzenlemesine, 3.fıkrasında ise; "Mezuniyetleri itibarıyla atanabilecekleri alanı dışında başka bir alana atamaları yapılmış olanların atandıkları alandaki öğretmen ihtiyacının karşılanmış olması ve öğrenimleri itibarıyla atanabilecekleri alanlarda ihtiyaç bulunması durumunda ilgili mevzuatına göre alanlarına atanabilirler." düzenlemesine yer verilmiş olup, geçici 1. maddesinde de; "Bu Esasların yürürlüğe girdiği tarihte eğitim kurumlarında görev yapan öğretmenler, Talim ve Terbiye Kurulunun daha önceki kararları kapsamında atandıkları alan/kurum öğretmenliği görevlerine devam ederler. Yer değiştirme suretiyle

atamaları da Bakanlıkça düzenlenen en son atama kararlarında belirtilen alanlarda yapılır." düzenlemesine yer verilmiş bulunmaktadır.

Öte yandan Milli Eğitim Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü tarafından hazırlanan ve tüm il Valiliklerine gönderilen 18.11.2005 gün ve 70638 sayılı uygulama yazısında, "Bakanlığımıza bağlı resmi eğitim kurumlarında görevli öğretmenlerimizin atama ve yer değiştirme işlemlerinde karşılaşılan atama alanı/görevlendirme alanı karmaşasına son vermek için alan değişikliğine gidilmiştir. Öğretmen atama ve yer değiştirme hareketlerinin ihtiyaç analizine dayandırılması, hizmet bölgeleri arasında alanlara göre dengeli dağılımın sağlanması ve yer değiştirme suretiyle atamalarda öğretmenlerin mağduriyetinin ortadan kaldırılması amacıyla İLSİS kayıtlarında görev kaydı uygulamasına son verilmiştir. Bundan böyle ilinize ilk defa atama biçimiyle atanacakların yer değiştirme suretiyle il dışından geleceklerin ve il içinde yer değiştirme suretiyle ataması yapılacakların il içi görev yerleri Bakanlıkça atandıkları alanda belirlenecektir." hükmü yer almıştır.

Dava dosyasının incelenmesinden; Trabzon Fatih Eğitim Enstitüsü Sosyal Bilgiler Bölümü mezunu olan ve Sosyal Bilgiler branşında ataması yapılan davacının, çeşitli okullarda Sosyal Bilgiler Öğretmeni olarak görev yaptığı, bu arada Anadolu Üniversitesi Açıköğretim Fakültesinde Tarih branşında Lisans Tamamlama Programından 1991 yılında mezun olduğu, 1996 yılında intibak işleminin yapıldığı, ancak başvuruda bulunmadığından alan değişikliğinin yapılmadığı, 1984 yılında atandığı Zonguldak-Merkez, ... Anadolu Teknik Lisesi, Anadolu Meslek Lisesi, Teknik Lise, Endüstri Meslek Lisesi ve İMEM Müdürlüğünde Sosyal Bilgiler normu olmaması ve Tarih branşıyla ilişkilendirilmediğinden norm fazlası durumunda olduğu, MİIli Eğitim Bakanlığının 4.2.2008 günlü Genelgesinde; görev yaptığı eğitim kurumunda alanlarında ders yükü bulunmayan öğretmenlerin, Bakanlıkça atandıkları alanlar esas alınarak bu alanlarda ders yükü bulunan eğitim kurumlarına atamalarının yapılacağının bildirildiği, davaya konu 7.2.2008 günlü işlemle Sosyal Bilgiler branşında aynı yer ... İlköğretim Okuluna atandığı, 28.2.2008 günlü dilekçesiyle; 1991 yılında Lisans Tamamlama Tarih Programından mezun olduğu, ... Anadolu Teknik Lisesi, Anadolu Meslek Lisesi, Teknik Lise, Endüstri Meslek Lisesi ve İMEM Müdürlüğünde Tarih Öğretmeni olarak görevine devam etmek istediği yolundaki başvurusunun 13.3.2008 gün ve17546 sayılı işlemle; ihtiyaç bulunmadığından alanının Tarih Öğretmeni olarak değiştirilmesi mümkün görülmemekte olup, alan değişikliğine ilişkin yayınlanacak Genelge doğrultusunda başvurması gerektiğinden bahisle reddi üzerine bakılan davanın açıldığı görülmüştür.

Bu durumda, her ne kadar davacı, 1991 yılında Lisans Tamamlama Tarih Programından mezun olmuş ise de Milli Eğitim Bakanlığı'nca davacının branşının değiştirilmesi konusunda yapılmış bir işlem bulunmadığı, ilk atamada alanı Sosyal Bilgiler Öğretmeni olan davacının, Milli Eğitim Bakanlığı'nca tesis edilmiş alan değişikliği işlemi bulunmadığı sürece, Tarih Öğretmeni olarak görev yapması mümkün bulunmadığından, ilk atama kararnamesindeki alanına uygun olarak ilköğretim okuluna Sosyal Bilgiler Öğretmeni olarak atanması yolunda tesis edilen dava konusu işlemde hukuka aykırılık, dava konusu işlemin iptali yolundaki idare mahkemesi kararında ise hukuki isabet görülmemiştir.

Ayrıca, davacının Tarih alanında lisans tamamlamış olması, branşının doğrudan Tarih Öğretmenliği olarak değiştirilmesi sonucunu yaratmayacağı gibi, Milli Eğitim Bakanlığı tarafından Branş Değişikliği ile ilgili Genelge yayımlanması halinde davacının yayımlanacak Genelge emirlerine göre alan değişikliği başvurusunda bulunabileceği ve durumunun değerlendirileceği açıktır.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarelerin temyiz isteminin kabulüyle, Zonguldak İdare Mahkemesi'nce verilen 24.10.2008 günlü, E:2008/493, K:2008/1198 sayılı kararın 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1/b. fıkrası uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı Kanun'la değişik 3. fıkrası gereğince ve yukarıda belirtilen hususlar da gözetilerek yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkeme'ye

gönderilmesine, posta pulundan artan 10,50 TL nin istemi halinde davalı idarelerden MİIli Eğitim Bakanlığına iadesine 15.6.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
İkinci Daire
Esas No : 2008/87
Karar No : 2009/3037

Özeti : Sicil amirlerinin, memurla birlikte ilgili Yönetmelikte öngörülen en az 6 ay çalışma koşulunu taşımaması durumunda; sicilin, üç aydan az olmamak üzere personelle birlikte en fazla çalışan sicil amiri tarafından düzenlenmesi gerekeceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Maliye Bakanlığı
Karşı Taraf : ...
İsteğin Özeti : Ankara 2. İdare Mahkemesi'nce verilen 21.9.2007 günlü, E:2006/1400, K:2007/1736 sayılı kararının dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.
Cevabın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği yolundadır.
Danıştay Tetkik Hakimi : Başar Antürk Yalçınöz
Düşüncesi : İdare Mahkemesi kararının onanması 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, Ankara Defterdarlığı Milli Emlak Daire Başkanlığı Anıt Emlak Müdürlüğü'nde Müdür yardımcısı olarak görev yapan davacının (65) sicil notu ortalaması ile orta olarak düzenlenen 2003 yılı sicil raporunun iptali istemiyle açılmıştır.

Ankara 2. İdare Mahkemesi'nce verilen 21.9.2007 günlü, E:2006/1400, K:2007/1736 sayılı kararıyla; davacın 2003 yılı sicilinde, birlikte 5 ay 29 gün çalıştığı 2. sicil amirinin 91 notla "başarılı" kanaatine varması, 1. sicil amirinin 100 not vermesi, daha önceki ve sonraki yıllarda da sicil notlarının 80 ve üzeri olduğu hususları dikkate alındığında, 2. sicil amirinin sicil notu doldurmak için yeterli süre görev yapmadığından bahisle bu kişinin doldurduğu sicillerin iptal edilmesinin ardından 3.sicil amiri tarafından 65 verilerek davacının 2003 yılı sicilinin orta olarak düzenlenmesinde "Sicillerin Objektifliği" ilkesine uyulmadığı gerekçesiyle söz konusu sicil iptal edilmiştir.

Davalı idare, davacının sicilinin usulüne uygun olarak düzenlendiğini ileri sürmekte ve İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 121. maddesi hükmü uyarınca çıkarılan Devlet Memurları Sicil Yönetmeliği'nin 3. maddesinde, sicil raporu, sicil amirlerinin, mesleki ehliyetinin belirlenmesini sağlayan soruları not usulüyle, şahsiyetle ilgili konuları mütalaa şeklinde değerlendirerek memurların mesleki ehliyetleriyle şahsi meziyet ve kusurlarını

belirledikleri form olarak tanımlanmış; 13. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde, "Haklarında sicil raporu düzenlenecek memurların, değerlendirilmelerini yapacak sicil amirlerinin yanında en az altı ay çalışmış olmaları şarttır." hükmü yer almış, ikinci fıkrasının üçüncü ve dördüncü cümlesinde ise; "Sicil amirlerinin hiçbirinin bulunmaması veya sicil verecek süre görevde kalmamaları halinde sicil raporları sonradan göreve atananlar veya vekilleri tarafından üç aylık bir sürenin sonunda derhal doldurulur. Bu uygulama sonunda da memura o yıl için sicil raporu verme imkanı bulunmazsa sicil raporu, düzenleme döneminde üç aydan az olmamak üzere memurla en fazla çalışan sicil amiri tarafından doldurulur." hükmü yer almıştır.

Sicil raporunun tanımı ile Sicil Yönetmeliğinin anılan hükümleri birlikte değerlendirildiğinde; sicilin, hakkında sicil raporu düzenlenecek memurla birlikte çalışan, onu yakından tanıma ve izleme konumunda bulunan sicil amirleri tarafından, memurun genel durum ve davranışlarının değerlendirilmesi suretiyle oluşan kanaatlerine göre düzenlenmesinin esas olduğu, sicil amirlerinin memurla birlikte Yönetmelikte öngörülen en az 6 ay çalışma koşulunu taşımaması durumunda sicilin üç aydan az olmamak üzere personelle birlikte en fazla çalışan sicil amiri tarafından düzenlenmesi gerekeceği anlaşılmaktadır.

Dava dosyasının incelenmesinden; Ankara Defterdarlığı Milli Emlak Daire Başkanlığı Anıt Emlak Müdürlüğü'nde Müdür yardımcısı olarak görev yapan davacının 2003 yılı sicilinin 65 puanla orta olarak düzenlendiği, 2.1.1987 tarihli, Maliye Bakanlığı Personelinin Sicil Raporlarını Düzenlemeye Yetkili Amirleri Belirleyen Yönetmeliğin Milli Emlak Dairesi Başkanlığında görev yapan personelin sicil amirlerini gösteren hükmüne göre, davacının birinci sicil amirinin emlak müdürü, ikinci sicil amirinin milli emlak dairesi başkanı ve üçüncü sicil amirinin defterdar olarak belirlendiği; 2003 yılı sicil döneminde davacının ikinci sicil amiri olarak ...'ın 1.1.2003-30.6.2003 tarihleri arasında 5 ay 29 gün, ...'un 1.7.2003-3.7.2003 tarihleri arasında 3 gün, ...'ın 3.7.2003-31.12.2003 tarihleri arasında 5 ay 28 gün süreyle görev yaptıkları, 2003 yılı sicilinin önce 1. sicil amiri Emlak Müdürü tarafından 100, 2. sicil amiri Milli Emlak Daire Başkan vekili ... tarafından 91 olarak düzenlendiği, ancak 2. sicil amirinin sicil doldurmak için gereken süre kadar görev yapmadığından bahisle bu kişi tarafından doldurulan sicil iptal edilerek yeniden 1. sicil amiri Emlak Müdürü tarafından 100, 3. sicil amiri Defterdar tarafından 65 puan verilen 2003 yılı sicilinin 3. sicil amirinin verdiği not dikkate alınarak 65 puanla orta düzeyde
düzenlendiği anlaşılmıştır.

Bu durumda, dava konusu sicilin 1. sicil amiri Emlak Müdürü ... ve 2003 yılında davacıyla birlikte 5 ay 29 gün süreyle en fazla süre çalışmış olan ikinci sicil amiri konumundaki Milli Emlak Daire Başkan vekili ... tarafından düzenlenmesi gerekirken, davalı idarece davacının 2. sicil amirinin sicil doldurmak için gereken süre kadar görev yapmadığından bahisle adı geçenler tarafından doldurulan sicilin iptali ile birinci amir sıfatıyla Emlak Müdürü ve davacının üçüncü sicil amiri olan defterdar tarafından düzenlenmesinde hukuka uyarlık görülmediğinden dava konusu işlemin iptali yolundaki İdare Mahkemesi kararının hüküm fıkrası itibariyle hukuka uygun bulunduğu açıktır.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin reddiyle Ankara 2. İdare Mahkemesi'nce verilen 21.9.2007 günlü, E:2006/1400, K:2007/1736 sayılı kararın yukarıda belirtilen gerekçeyle sonucu itibariyle onanmasına, temyiz giderlerinin istemde bulunan davalı üzerinde bırakılmasına, 15.7.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
İkinci Daire
Esas No : 2009/116
Karar No : 2009/3241

Özeti : Anadolu Lisesi Öğretmeni olmadığı halde 2006 yılı Öğretmenlerin İller Arası Yer Değiştirme Kılavuzu kapsamında Anadolu statülü eğitim kurumlarını tercih eden ve Yönetmeliğin 18. maddesinden de yararlanamayacağı açık olan davacının, Anadolu lisesine yapılan atamasının iptal edilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunanlar (Davalı) : Milli Eğitim Bakanlığı
Karşı Taraf : …
İsteğin Özeti : Diyarbakır 2. İdare Mahkemesi'nce verilen 25.9.2008 günlü, E:2007/344, K:2008/1581 sayılı kararın, 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 : Ahmet Çobanoğlu
Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İkinci Dairesi'nce dosyanın tekemmül ettiği ve 4.2.2009 tarihli ara kararı cevabının geldiği görüldüğünden, yürütmenin durdurulması istemi hakkında bir karar verilmeksizin işin gereği düşünüldü:

Dava, davacının, Diyarbakır İli, Ergani İlçesi ... Lisesi'nde Matematik öğretmeni olarak görev yapmakta iken, Bursa İli, Mustafakemalpaşa İlçesi ... Anadolu Lisesi'ne yapılan atamasının, Anadolu lisesi öğretmeni olmadığı gerekçesiyle iptaline ilişkin 29.8.2006 günlü işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Diyarbakır 2. İdare Mahkemesi'nin 25.9.2008 günlü, E:2007/344, K:2008/1581 sayılı kararıyla; Anadolu lisesinde görev yapmakta iken zorunlu hizmet nedeniyle Diyarbakır'a ve buradan ihtiyaç nedeniyle normal liseye atanan davacının Yönetmelikte belirtilen kapsam dışındaki okullarda 3 yıldan az bir süre görev yapma koşulunu taşıdığı sabit olduğundan, Anadolu lisesine atamasının iptaline ilişkin dava konusu işlemin, davacının Yönetmelikte belirtilen diğer şartları da taşıyıp taşımadığı hususu değerlendirildikten sonra tesis edilmesi gerekirken; salt Diyarbakır'da Anadolu lisesi öğretmeni olmadığı ve bu nedenle Anadolu lisesine atanmak için başvuramayacağı, yanlış müracaat ettiği gerekçesiyle tesis edilmesinde hukuka ve mevzuata uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlem iptal edilmiştir.

Davalı idare, dava konusu işlemin hukuka uygun olarak tesis edildiğini ileri sürerek İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

Dava konusu işlem tarihinde yürürlükte bulunan 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 yer verildikten sonra 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, 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 atananlardan; 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 öngörülmüştür.

Anılan hükümlerin birlikte değerlendirilmesinden, esas itibariyle Anadolu Liselerine seçme sınavı ile atama yapılacağı, ancak daha önce Anadolu statülü okullarda görev yapıp çeşitli nedenlerle kapsam dışı okullara geçiş yapan öğretmenler için belirli koşullarla sınav şartının aranmayacağı anlaşılmaktadır. Bu bağlamda Yönetmeliğin 18. maddesi irdelendiğinde, kapsama dahil okulların öğretmenliğine atananlardan, 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 aranmayacağının anlaşılması gerekir. Aksi halde, anılan 18. maddede belirtilen süre kıstasının bir anlamı kalmayacaktır.

Ancak, 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 okullara, atandıkları tarih itibarıyla yürürlükte bulunan mevzuata uygun şekilde atanmış olmaları gerektiği de 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 ilk defa Anadolu statülü okula atananlar, anılan okullara atanırken Yönetmelikte öngörülen sınav şartını yerine getirmiş olmaları halinde 18. maddeden yararlanabileceklerdir.

Dosyanın incelenmesinden; Matematik Öğretmeni olan ve 29.9.2000 tarihinde ilk atama yoluyla Ankara İli, Nallıhan İlçesi Çayırhan ... İlköğretim Okulu'nda göreve başlayan davacının, 17.11.2003 tarihinde Nallıhan ... Anadolu Lisesi'ne atandığı, anılan okulda görev yapmakta iken zorunlu çalışma yükümlülüğüne tabi olması nedeniyle 26.7.2005 günlü Bakanlık Kararnamesiyle Diyarbakır İl Milli Eğitim Müdürlüğü emrine atandığı, Diyarbakır Valiliğince de önce Diyarbakır İli, Merkez ... İlköğretim Okulu'na depo öğretmen olarak, ardından aynı İl, Ergani İlçesi ... Lisesi'ne atandığı, bu okulda görev yapmakta iken; 4.3.2006 günlü ve 26098 sayılı Milli Eğitim Bakanlığı Öğretmenlerinin Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği'nin ilgili maddeleri uyarınca zorunlu bölge hizmetini tamamlamış sayılması ve yer değiştirme isteğinde bulunabilme hakkı verilmesi üzerine 23.5.2006 tarihinde internet

ortamında İller Arası Yer Değiştirme başvurusu ile on adet Anadolu statülü eğitim kurumu tercihinde bulunduğu ve 31.5.2006 tarihli işlemle 2. tercihi olan Bursa İli, Mustafakemalpaşa İlçesi ... Anadolu Lisesi'ne atandığı, ancak, Milli Eğitim Bakanlığı'nın Diyarbakır Valiliği'ne gönderdiği 23.6.2006 günlü yazıyla davacının söz konusu atamasının ikinci bir emre kadar tebliğ edilmemesinin istenildiği, 5.7.2006 günlü yazıyla da Anadolu lisesi öğretmeni olmadığı halde yer değiştirme başvurusu Valilikçe onanan ve ataması yapılan davacının 2006 yılı il dışı görev yeri değişikliğinin yeniden değerlendirmeye alınabilmesi için "Milli Eğitim Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğünün 2006 Yılı Öğretmenlerin İller Arası Yer Değiştirme Kılavuzu" hükümleri çerçevesinde alanında açık kontenjan ilan edilen illerden birine tercihte bulunması gerektiği belirtilerek dilekçesinin Bakanlığa gönderilmesinin istenildiği, bu yazı üzerine davacının 12.8.2006 günlü dilekçeyle ... Lisesi Müdürlüğü'ne başvurarak, Diyarbakır İli, Ergani İlçesi ... Lisesi'ne yapılan atamasının Anadolu lisesine değiştirilmesini ya da Bursa İli, Mustafakemalpaşa İlçesi ... Anadolu Lisesi'ne yapılan atamasının kendisine tebliğ edilmesini istediği, ancak, 29.8.2006 günlü toplu onayla davacının Bursa İli, Mustafakemalpaşa İlçesi ... Anadolu Lisesi'ne yapılan atamasının, yanlış müracaat ettiğinden bahisle iptal edilmesi üzerine bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Her ne kadar davacı, 23.1.2004 ile 17.4.2006 tarihleri arasında Anadolu lisesi öğretmenliği yapmışsa da, 1.1.2000 tarihinden itibaren Anadolu liselerine öğretmen olarak atanabilmek için sınav şartı getirildiğinden, Dairemizin 4.2.2009 günlü ara kararıyla davacının 2000 yılında yapılan söz konusu seçme sınavına girip girmediğinin sorulduğu ve idarece 27.2.2009 günlü yazıyla ara kararına verilen cevaptan davacının bu sınava girmediği anlaşılmıştır.

Bu durumda, Anadolu liselerine öğretmen olarak atanabilmek için öngörülen seçme sınavına girmediği halde, atandığı tarih itibariyle yürürlükte olan mevzuata aykırı olarak, Ankara İli, Nallıhan İlçesi ... Anadolu Lisesi'ne atanan ve dolayısıyla Yönetmeliğin 18. maddesinden de yararlanma olanağı bulunmayan davacının, Anadolu lisesi öğretmeni olmadığı halde 2006 Yılı Öğretmenlerin İller Arası Yer Değiştirme Kılavuzu kapsamında Anadolu statülü eğitim kurumlarını tercih etmesi sonucu atandığı Bursa İli, Mustafakemalpaşa İlçesi ... Anadolu Lisesi'ne yapılan atamasının iptaline ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık, işlemi iptal eden İdare Mahkemesi kararında ise hukuki isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulü ile Diyarbakır 2. İdare Mahkemesi'nce verilen 25.9.2008 günlü, E:2007/344, K:2008/1581 sayılı kararın, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1/b fıkrası uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı Kanunla değişik 3. fıkrası gereğince ve yukarıda belirtilen hususlar da gözetilerek yeniden karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkeme'ye gönderilmesine, posta ücretinden artan 6,00TL'nin isteği halinde davalı idareye iadesine 28.9.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
İkinci Daire
Esas No : 2009/656
Karar No : 2009/3376

Özeti : Olayda, Müdürlük görevinin davacı açısından kazanılmış hak oluşturduğundan bahsedebilmek için, okul müdürlüğüne atamasının mevzuata uygun olması gerektiği; üç yıl okul müdürlüğü

yapmış olmasının, davacı açısından kazanılmış bir hak oluşturmayacağı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : İstanbul Valiliği
Karşı Taraf : ...
Vekili : Av. ...
İsteğin Özeti : İstanbul 3. İdare Mahkemesi'nce verilen 30.10.2008 günlü, E:2008/120, K:2008/2043 sayılı kararın, dilekçede yazılı nedenlerle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.
Cevabın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği yolundadır.
Danıştay Tetkik Hakimi : Hürriyet Micozkadıoğlu
Düşüncesi : İdare Mahkemesi kararının sonucu itibariyle onanması gerektiği düşünülmüştür.
Danıştay Savcısı : Şule Tataroğlu
Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İkinci Dairesi'nce davacının temyize cevap dilekçesinin geldiği ve dosyanın tekemmül ettiği görüldüğünden yürütmenin durdurulması istemi hakkında bir karar verilmeksizin işin gereği düşünüldü:

Dava, Küçükçekmece (X) İlköğretim Okulu Müdürü olan davacının, boş kadrolu bir okul müdürlüğüne atanmayarak yargı kararının uygulandığından bahisle eski görevi olan Küçükçekmece (Y) İlköğretim Okulu Müdür Yardımcılığına atanmasına ilişkin 17.1.2008 günlü, 3290 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

İstanbul 3. İdare Mahkemesi'nin 30.10.2008 günlü, E:2008/120, K:2008/2043 sayılı kararıyla; olayda, davacının müdür olma şartlarına sahip olduğu için ilan edilen münhal müdürlükler için başvurduğu, 17.1.2005 günlü, 290 sayılı davalı idare işlemi ile Küçükçekmece (X) İlköğretim Okuluna müdür olarak atandığı ve üç sene boyunca anılan okulda müdür olarak görev yaptığı, dolayısıyla müdürlük görevinin davacı için kazanılmış hak olduğunun kabulü gerektiği, davacının müktesep hakkının korunarak yargı kararının uygulanması açısından başka bir okul müdürlüğü kadrosuna atanması gerekirken, kazanılmış hakkı gözetilmeksizin eski okuluna müdür yardımcısı olarak atanmasında hukuka uyarlık görülmediği gerekçesiyle dava konusu işlem iptal edilmiştir.

Davalı idare, yargı kararı gereğinin yerine getirildiğini öne sürerek İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

Anayasanın 2. maddesinde; Türkiye Cumhuriyetinin hukuk devleti olduğu vurgulanmakta ve 138. maddesinin son fıkrasında; "Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiç bir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez." yolunda açık, kesin ve buyurucu bir kurala yer verilmektedir. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 28. maddesinin 4001 sayılı Yasayla değişik 1. fıkrasının birinci tümcesi de; "Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur." şeklindeki kuralıyla Anayasanın 2. maddesinde yer alan "hukuk devleti" ilkesine uygun bir düzenleme getirmektedir. Sözkonusu ilke karşısında, idarenin maddi ve hukuki

koşullara göre uygulanabilir nitelikte olan bir yargı kararını "aynen" ve "gecikmeksizin" uygulamaktan başka bir seçeneği bulunmamaktadır.

11.1.2004 gün ve 25343 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Milli Eğitim Bakanlığı Eğitim Kurumları Yöneticilerinin Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği'nin 2.12.2004 tarih ve 25658 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Yönetmelikle değişik 10. maddesinin (h) bendinde yer verilen;"... ilk beş...sıralayarak..." ibareleri ile 22. maddesinin 4. fıkrasındaki; "...beş aday..." ibaresi ve 5. fıkrasında yer verilen; "Bu adaylardan uygun görülmesi halinde birinin atanması atamaya yetkili makamca yapılır" düzenlemesi, Dairemizin 27.4.2007 tarih ve E:2004/8022, K:2007/1848 sayılı kararıyla iptal edilmiş olup, değerlendirme formuna göre hesaplanacak puanı en yüksek olan adayın, birinci tercihinde yer alan okul müdürlüğüne atanması gerekeceği açıktır.

Dosyanın incelenmesinden; Küçükçekmece (Y) İlköğretim Okulunda müdür yardımcısı olarak görev yapan davacının, yapılan sınavda başarılı olması üzerine (X) İlköğretim Okulu Müdürlüğü görevine atanmak için başvurduğu ve 17.1.2005 günlü, 290 sayılı kararname ile atandığı, İstanbul İlindeki "İlköğretim Okullarına Müdür Atamaları" konulu duyuru üzerine başvuran ve sırasıyla Küçükçekmece İlçesi (A)... İlköğretim Okulu, (B) İlköğretim Okulu ve (X) İlköğretim Okulu Müdürlüklerinden birine atanmak isteyip ataması yapılmayan bir başka kişinin açtığı davada verilen iptal kararı üzerine, davacının eski görev yeri olan Küçükçekmece (Y) İlköğretim Okulu müdür yardımcılığına atandığı, bakılan davanın da bu işlemin iptali istemiyle açıldığı anlaşılmıştır.

Olayda müdürlük görevinin davacı açısından kazanılmış hak oluşturduğundan bahsedebilmek için okul müdürlüğüne atamasının mevzuata uygun olması gerektiği açık olup, davacının ise müdürlüğe atanmasına ilişkin işlemin hukuka aykırılığının yargı kararı ile saptandığı dikkate alındığında korunacak bir hakkı bulunmadığı görülmektedir. Bu durumda Mahkeme kararında belirtilenin aksine, üç yıl okul müdürlüğü yapmış olmasının, davacı açısından bir kazanılmış hak oluşturmayacağı açıktır.

Ancak, diğer kişinin açtığı davada İstanbul 5. İdare Mahkemesince verilen 11.6.2007 günlü, E:2005/900, K:2007/1505 sayılı iptal kararının davalı idarece temyizi üzerine Dairemizin 10.2.2009 günlü, E:2007/3606, K:2009/516 sayılı kararıyla; Yönetici Değerlendirme Formu ile hakkında yapılan değerlendirmeye göre 67 puana sahip olan davacının, her üç tercihinde de puanı itibariyle birinci sırada yer aldığı, tercih sırası gözönüne alınarak, İstanbul İli, Küçükçekmece İlçesi (A) İlköğretim Okulu Müdürlüğü görevine en yüksek puanı alan davacının atanması gerekirken, puanı 56 olup, 4. sırada yer alan adayın atanmasına ilişkin işlemde de hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle onandığı görülmüş olup; idarece uygulanması gereken yargı kararının Küçükçekmece İlçesi (A) İlköğretim Okulu Müdürlüğüne ilişkin olduğu, davacının atamasının yapıldığı (X) İlköğretim Okulu Müdürlüğü görevine ilişkin olmadığı, dolayısıyla dava konusu işlemde bu gerekçeyle hukuka uyarlık bulunmadığından, dava konusu işlemin iptali yolunda verilen Mahkeme kararında sonucu itibariyla hukuka aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin reddiyle İstanbul 3. İdare Mahkemesi'nce verilen ve hüküm fıkrası itibariyle hukuka uygun bulunan 30.10.2008 günlü, E:2008/120, K:2008/2043 sayılı kararın yukarıda belirtilen gerekçeyle onanmasına, temyiz giderlerinin istemde bulunan davalı idare üzerinde bırakılmasına, 6.10.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
İkinci Daire
Esas No : 2009/183
Karar No : 2009/3413

Özeti : Sözlü sınavlarda, komisyon üyelerinin her biri tarafından değerlendirme yapılarak tutanağa bağlanmış soruların ve yanıtların neler olduğunun ortaya konulması, ayrıca verilen yanıtların teknolojik imkanlardan yararlanılarak sesli ve görüntülü kayıt altına alınması gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : ...
Vekili **:** Av. ...
Karşı Taraf **:** Milli Eğitim Bakanlığı
İsteğin Özeti **:** Ankara 12. İdare Mahkemesi'nin 22.6.2006 günlü, E:2005/1682, K:2006/1210 sayılı kararının, dilekçede yazılı nedenlerle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.
Cevabın Özeti **:** Temyiz isteminin reddi gerektiği yolundadır.
Danıştay Tetkik Hakimi : Ayhan Göker
Düşüncesi **:** İdare 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 İkinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

Dava, Amasya-... Yatılı İlköğretim Okulu Öğretmeni olan davacının, 29.6.2005 tarihinde gerçekleştirilen Milli Eğitim Bakanlığı Müfettiş Yardımcılığı sözlü sınavında yeterli puanı alamayarak başarısız sayılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Ankara 12. İdare Mahkemesi'nin 22.6.2006 günlü, E:2005/1682, K:2006/1210 sayılı kararıyla; Milli Eğitim Bakanlığı Müfettiş Yardımcılığı yazılı sınavında başarılı olan davacının, değerlendirme formu esas alınarak Tüzük ve Yönetmeliğe uygun biçimde oluşturulan komisyon tarafından, usulüne uygun olarak yapılan sözlü sınavda, komisyon üyelerince subjektif nedenlerle değerlendirme yapılarak karar verildiğinin, somut bilgi ve belgelerle ortaya konulamaması karşısında, dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle dava reddedilmiştir.

Davacı, İdare Mahkemesi kararının hukuka uygun olmadığını öne sürmekte ve temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

T.C. Anayasasının 2. maddesinde belirtilen Türkiye Cumhuriyeti Devletinin temel niteliklerinden olan "hukuk devleti" ilkesi, vatandaşlarına hukuk güvenliğini sağlayan, idarenin hukuka bağlılığını amaç edinen, buna karşılık kamu gücünün sınırsız, ölçüsüz ve keyfi kullanılmasını önleyen en önemli unsurlardan biridir. Nitekim hukuk devleti ilkesinin yaşama geçirilmesini sağlayacak araçlar arasında, Anayasanın 8. maddesinde, yürütme

yetkisi ve görevinin, Anayasa ve kanunlara uygun olarak kullanılacağı ve yerine getirileceği; Anayasanın 125. maddesinde de, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu kuralına yer verilmiştir.

Hukuk devleti ilkesi karşısında, idarenin yargısal denetim yapılmasını ortadan kaldıracak ya da bu denetimin yapılmasını imkansız kılacak işlem ve eylemlerde bulunması mümkün değildir.

Bilindiği üzere kariyer meslekler, yarışma sınavı ile mesleğe yardımcı olarak girilen ve belli bir yetişme dönemi sonunda yapılan mesleki yeterlilik sınavında elde edilen başarı ile mesleğe atanılan görevlerdir. Mesleğe girişte yapılacak yarışma sınavına katılan adaylara salt yazılı sınav yapılabileceği gibi, yazılı sınav yanında, meslek bilgisi ile beraber mesleki ehliyete yönelik diğer özel niteliklere de sahip olunup olunmadığının tespiti açısından tamamlayıcı nitelikte sözlü sınav yapılması da mümkündür.

Sözlü sınavda başarısız sayılma işleminin, diğer tüm idari işlemlerin yargısal denetiminde olduğu gibi yetki, şekil, sebep, konu ve maksat olmak üzere işlemin tüm unsurları yönünden yargısal denetiminin yapılması esas olmalıdır. İdari işlemin yetki, şekil gibi salt usule ilişkin unsurları ile sınırlı olmak üzere yapılan bir yargısal denetimin, hukuk devleti ilkesinin sağladığı güvenceyi temin etmeyeceği açıktır.

Nitekim 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2. maddesinin (1/a) bendi gereğince iptal davalarında, idari işlemlerin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurları yönünden yargısal denetime tabi tutulması zorunlu bulunmaktadır.

Dolayısıyla sözlü sınavda başarısız sayılma işleminin yargısal denetimini sağlayacak altyapının tüm unsurlarıyla oluşturulmasını sağlamak hukuka bağlı idarenin görevidir. Yukarıda da belirtildiği üzere hukuk devleti ilkesinin, idarenin, yargısal denetim yapılmasını ortadan kaldıracak, imkansız kılacak ya da güçleştirecek şekilde bir idari işlem tesis etmesine izin vermesi mümkün değildir.

Dava dosyasının incelenmesinden; Amasya-... Yatılı İlköğretim Okulu Öğretmeni olan davacının, 29.5.2005 tarihinde yapılan Milli Eğitim Bakanlığı Müfettiş Yardımcılığı yazılı sınavına katıldığı ve bu sınavda (95.420) puan almak suretiyle başarılı olması üzerine çağrıldığı ve 29.6.2005 tarihinde gerçekleştirilen sözlü sınavda ise (56.800) puan almak suretiyle başarısız sayıldığı anlaşılmıştır.

Milli Eğitim Bakanlığı Müfettiş Yardımcılığı kadrolarına atama yapmak için 29.5.2005 tarihinde gerçekleştirilen sınavın bir aşamasını oluşturan, dava konusu sözlü sınavda başarısız sayılma işlemi incelendiğinde; bu işlemin hukuka uygunluk denetiminin Anayasanın 125. maddesinde ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2. maddesinde belirlenen hukuki sınırlar içinde yapılabilmesi için davalı idarece, mülakat komisyonu üyelerinin her biri tarafından değerlendirme yapılarak tutanağa bağlanmış soruların ve yanıtlarının neler olduğunun, bu yanıtlara komisyon üyelerince takdir edilen notun gerekçeleriyle ortaya konulmadığı, ayrıca sözlü sınavda verilen yanıtların, teknolojik imkanlardan yararlanılarak kayıt altına alınmadığı, (elektronik ortamda görüntülü ve sesli kayıt gibi) anlaşılmıştır.

Bu durumda, tüm unsurları itibariyle yargısal denetimin yapılabilmesi ve hukuk devleti ilkesinin temini açısından; sözlü sınav komisyonu üyelerinin her biri tarafından değerlendirme yapılarak tutanağa bağlanmış soruların ve yanıtlarının neler olduğunun, bu yanıtlara komisyon üyelerince takdir edilen notun gerekçeleriyle ortaya konulmamış olması, ayrıca sözlü sınavda verilen yanıtların, teknolojik imkanlardan yararlanılarak sesli ve görüntülü kayıt altına alınmaması nedeniyle davacının sözlü sınavda başarısız sayılmasına ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüyle, Ankara 12. İdare Mahkemesi'nce verilen 22.6.2006 günlü, E:2005/1682, K:2006/1210 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, 7/10/2009 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

AZLIK OYU

İdare Mahkemesince verilen karar ve dayandığı gerekçe hukuka ve usule uygun olup, bozulmasını gerektirecek bir neden de bulunmadığından, anılan kararın onanması gerektiği görüşüyle çoğunluk kararına katılmıyorum.

T.C.
D A N I Ş T A Y
İkinci Daire
Esas No : 2008/286
Karar No : 2009/3916

Özeti : Öğretmen olan davacının, yargı kararı üzerine memuriyet intibakında değerlendirilen sigortalı hizmet süresinin; ilgili Yönetmelik maddesi hükmü gereğince hizmet puanı hesabında dikkate alınmasının mümkün olmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı): …
Karşı Taraf **:** Ordu Valiliği
İsteğin Özeti **:** Öğretmen olan davacının, daha önce sigortalı olarak çalıştığı sürenin, hizmet puanının hesabında dikkate alınması için ilsis kayıtlarında görev kaydı, hizmet süresi ve hizmet puanı bölümlerine işlenmesi yönünde yaptığı başvurusunun reddine ilişkin 19.10.2006 günlü işlemin iptali istemiyle açtığı davanın; davacının öğretmenlik mesleğinden önceki sigortalı hizmet süresinin memuriyet intibakında değerlendirilmeyerek derece ve kademe ilerlemesi yapılmaması yolundaki işlemin iptaline karar verildiği, yargı kararına istinaden de davacının bu hizmet süresinin öğretmenlik mesleğindeki hizmet puanı hesabında dikkate alınması için bilgisayar kayıtlarındaki görev kaydı, hizmet süresi ve hizmet puanı bölümlerine işlenmesi talebinin reddi üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmakta ise de, Milli Eğitim Bakanlığı Öğretmenlerinin Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinin 49. maddesi hükmü uyarınca, sigortalı hizmet süresinin hizmet puanı hesabında değerlendirilmesinin mümkün olmadığının açık olması karşısında, bu hizmet süresinin, görev kaydı bölümlerine işlenmemesinde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle reddi yolunda Ordu İdare Mahkemesi'nce verilen 15.5.2007 günlü, E:2006/2385, K:2007/792 sayılı kararın, dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.
Cevabın Özeti **:** Cevap verilmemiştir.
Danıştay Tetkik Hakimi **:** Asiye Değirmenci
Düşüncesi **:**İdare Mahkemesi kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.
Danıştay Savcısı **:** Ahmet Çobanoğlu
Düşüncesi **:** İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İkinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

İdare ve vergi mahkemeleri tarafından verilen kararların temyiz yolu ile incelenerek bozulabilmeleri, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde belirtilen nedenlerden birinin varlığına bağlıdır. Ordu İdare Mahkemesi'nce verilen 15.5.2007 günlü, E:2006/2385, K:2007/792 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 davacı üzerinde bırakılmasına, 2.11.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
İkinci Daire
Esas No : 2008/3555
Karar No : 2009/4123

Özeti : Davacı hakkında düzenlenen soruşturma raporundaki fiillerin davacının görev yeri değişikliğini gerektirip gerektirmediği hususları incelenmeden, soruşturma raporunda getirilen teklif doğrultusunda davacıya 657 sayılı Kanun'un 125/C-a maddesi gereğince verilen 1/30 oranında aylıktan kesme cezası irdelenerek hüküm kurulduğu, dava konusu atama işlemi değerlendirilmeden işlemin iptali yönünde verilen mahkeme kararında hukuki isabet görülmediği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : İstanbul Valiliği
Karşı Taraf : ...
Vekili : Av. ...
İsteğin Özeti : İstanbul 1. İdare Mahkemesi'nin 17.1.2008 günlü, E:2008/5, K:2008/15 sayılı kararının dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.
Cevabın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği yolundadır
Danıştay Tetkik Hakimi : Başar Antürk Yalçınöz
Düşüncesi : İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmüştür.
Danıştay Savcısı : S.Sema Kabukçu
Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İkinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

Dava; davacının, İstanbul - Tuzla ... İlköğretim Okulu Müdürlüğünden Tuzla ... İlköğretim Okulu Müdürlüğüne naklen atanmasına ilişkin 22.11.2005 günlü ve 6783 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Danıştay 2. Dairesi'nin 21.9.2007 günlü, E:2007/1571, K:2007/3510 sayılı bozma kararına uyularak işin esasına girilmek suretiyle İstanbul 1. İdare Mahkemesi'nce verilen 17.1.2008 günlü, E:2008/5, K:2008/15 sayılı kararla; halihazırda İş Bankası ile yapılmış maaş ödeme protokolünün öğretmenlerin görüşleri alınmadan yapılmış olması ve öğrencilerden test parası alınması davacının disiplin cezası ile cezalandırılmasına dayanak alınmış ise de; bankalar ile yapılacak maaş ödenme protokollerine ilişkin idarece düzenlenmiş herhangi bir kural bulunmaması karşısında, idareye ait kusurun davacıya atfedilmesi ve disiplin cezasına dayanak alınmasının hukuken mümkün bulunmadığı, bu durumda davacı üzerine atılı fiiller ile bağlantılı olarak yapılması gereken usul ve esaslar konusunda idarece önceden belli bir usul ve esas belirlenmediği alanlarda, davacının bu usul ve esaslara ne şekilde aykırı davrandığının tespiti maddi ve hukuki açıdan mümkün olmadığından, davacının üzerine atılı fiil ve eylemlerden dolayı da 657 sayılı Kanun'un işleme esas "kurumlarca belirlenen usul ve esaslara" aykırı davrandığından bahsedilmesine hukuken imkan bulunmadığı gerekçesiyle anılan işlem iptal edilmiştir.

Davalı idare, dava konusu işlemlerin soruşturma raporunda yer alan idari yöndeki teklife dayalı olarak tesis edildiğini öne sürmekte ve İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 76. maddesinin 1. fıkrasında; "Kurumlar, görev ve unvan eşitliği gözetmeden kazanılmış hak aylık dereceleriyle memurları bulundukları
kadro derecelerine eşit veya 68. maddedeki esaslar çerçevesinde daha üst, kurum içinde aynı veya başka yerlerdeki diğer kadrolara naklen atayabilirler." hükmüne yer verilmiştir.

Bu madde ile memurların naklen atanmaları konusunda idareye takdir yetkisi tanındığı açık olup, bu yetkinin ancak kamu yararı ve hizmet gerekleri gözardı edilerek kullanıldığının kanıtlanması ya da idari yargı merciince saptanması halinde, sözü edilen bu durumun dava konusu idari işlemin neden ve amaç yönlerinden hukuka aykırılığı nedeniyle iptalini gerektireceği yerleşmiş yargısal içtihatlarla kabul edilmiş bulunmaktadır.

Dava dosyasının incelenmesinden, Tuzla ... İlköğretim Okulunda Müdür olarak görev yapan davacı hakkında düzenlenen 18.6.2005 günlü, 410/74-39 Soruşturma Raporunda 1- Türkiye İş Bankası Tuzla Şubesi ile öğretmen maaş ve alacaklar ile ilgili yapılan sözleşmeyi öğretmenlerin görüşünü almadan yenilediği, 2- Okul yetiştirme kursuna katılan öğrencilerden test parası adı altında ayrıca para toplandığı, 3- Okulda ücret karşılığında fotokopi çekildiği iddialarının sübuta erdiğinden bahisle idari yönden il içinde müdür olarak başka bir okula atanması teklifinin getirildiği, bu teklif uyarınca dava konusu işlemle Tuzla ... İlköğretim Okuluna atamasının yapıldığı, anlaşılmıştır.

İdare Mahkemesince davacı hakkında düzenlenen soruşturma raporundaki fiillerin davacının görev yeri değişikliğini gerektirip gerektirmediği hususlarının incelenmediği, soruşturma raporunda getirilen teklif doğrultusunda davacıya verilen 657 sayılı Kanun'un 125/C-a maddesi gereğince 1/30 oranında aylıktan kesme cezasının irdelenerek hüküm kurulduğu anlaşılmakta olup, dava konusu atama işlemi incelenmeden işlemin iptali yönünde verilen mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulüyle İstanbul 1. İdare Mahkemesi'nin 17.1.2008 günlü, E:2008/5, K:2008/15 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, 11.11.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
İkinci Daire
Esas No : 2008/1091
Karar No : 2009/4153

Özeti : Bir öğrenciye karşı şiddet uyguladığı soruşturma ve yargı kararıyla saptanan davacının yöneticilik görevinden alınarak başka bir okula öğretmen olarak atanmasında hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Edirne Valiliği
Karşı Taraf : ...
İsteğin Özeti : Edirne İdare Mahkemesi'nin 30.11.2007 günlü, E:2007/34, K:2007/1424 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 : Ali Ün
Düşüncesi : Bir öğrenciye karşı şiddet uyguladığı yapılan soruşturma ile sabit olan davacının, idarecilik görevinden alınarak başka bir okula öğretmen olarak atanmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığından, İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.
Danıştay Savcısı : Şule Tataroğlu
Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İkinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

Dava, Edirne İli, Keşan İlçesi, Meslek Lisesi'nde Müdür Başyardımcısı olarak görev yapan davacının, aynı İlçe, ... Lisesi'ne Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi Öğretmeni olarak atanmasına ilişkin 10.11.2006 günlü, 27424 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Edirne İdare Mahkemesi'nin 30.11.2007 günlü, E:2007/34, K:2007/1424 sayılı kararıyla; davacının disiplin cezası gerektiren eylemi nedeniyle görev yerinin değiştirilmesi yerinde olmakla birlikte, gerek almış olduğu disiplin cezasına dayanak eyleminin yöneticilik görevinden alınmasını gerektirecek nitelikte bulunmaması, gerekse bu görevden alınmasını gerektirecek somut veriler ortaya konulmadığı gözönüne alındığında, davacının yöneticilik görevinden alınmak suretiyle öğretmen olarak atanmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka ve mevzuata uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlem iptal edilmiştir.

Davalı idare, davacı hakkında tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmadığını ileri sürmekte ve İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 8. maddesinin (c) fıkrasında, Valilerce lüzumu halinde İl içinde bütün memurların görev yerlerinin değiştirilebileceği hükme bağlanmıştır.

Dava konusu işlem tarihinde yürürlükte bulunan ve 11.1.2004 günlü, 25343 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Milli Eğitim Bakanlığı Eğitim Kurumları Yöneticilerinin Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği'ne 4.3.2006 günlü, 26098 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Yönetmelikle eklenen Ek 3. maddesinde, soruşturma sonucu yöneticilik görevinden ayrılması uygun görülenlerin yöneticilik görevinden alınacakları kurala bağlanmıştır.

Anılan maddeler ile memurların naklen atanmaları konusunda idareye tanınan takdir yetkisinin kullanımının mutlak ve sınırsız olmayıp, kamu yararı ve kamu hizmetinin gerekleriyle sınırlı olduğu ve bu açıdan yargı denetimine tabi bulunduğu İdare Hukukunun bilinen ilkelerindendir.

Buna karşılık, sözü edilen takdir yetkisinin ancak, kamu yararı ve hizmet gerekleri gözardı edilerek kullanıldığının kanıtlanması ya da idari yargı merciince saptanması halinde, sözü edilen bu durumun dava konusu idari işlemin neden ve amaç yönlerinden hukuka aykırılığı nedeniyle iptalini gerektireceği hususunun yerleşmiş yargısal içtihatlarla kabul edilmiş bulunduğunu da vurgulamak gerekir.

Diğer taraftan, 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nun 2. maddesinde, Türk Milletinin bütün fertlerini beden, zihin, ahlak, ruh ve duygu bakımlarından dengeli ve sağlıklı şekilde gelişmiş bir kişiliğe ve karaktere, hür ve bilimsel düşünme gücüne, geniş bir dünya görüşüne sahip, insan haklarına saygılı, kişilik ve teşebbüse değer veren, topluma karşı sorumluluk duyan; yapıcı, yaratıcı ve verimli kişiler olarak yetiştirmek, ilgi, istidat ve kabiliyetlerini geliştirerek gerekli bilgi, beceri, davranışlar ve birlikte iş görme alışkanlığı kazandırmak suretiyle hayata hazırlamak, Türk Milli Eğitiminin genel amaçları arasında sayılmıştır.

Buna göre eğitim sistemi içerisinde yönetsel ve eğitsel işlevlerde bulunan tüm personelin, eğitilenlere karşı tutum, davranış, yaklaşım ve söylemlerinin, yukarıda belirtilen amaçları gerçekleştirmeye yönelik nitelikte olması, bu amaçların gerçekleşmesini engelleyici tutum, davranış ve söylemlerden kaçınmaları gerektiği açıktır.

Bu durumda, bir öğrenciye karşı şiddet uyguladığı yapılan idari soruşturma ve Keşan Sulh Ceza Mahkemesi kararı ile sabit olan davacının, yukarıda anılan niteliklere sahip birey yetiştirilmesi amacıyla bağdaşmayan tutum ve davranışları nedeniyle idarecilik görevinden alınarak, başka bir okula öğretmen olarak atanmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulüyle Edirne İdare Mahkemesi'nin 30.11.2007 günlü, E:2007/34, K:2007/1424 sayılı kararının 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1/b fıkrası uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı Kanun ile değişik 3. fıkrası gereğince ve yukarıda belirtilen hususlar da gözetilerek yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, 13.11.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGILAMA USULÜ

T.C.
D A N I Ş T A Y
İkinci Daire
Esas No : 2009/889
Karar No : 2009/3221

Özeti : Yazılı bildirimin yapılmaması durumunda, idari davalarda dava açma süresinin başlangıç tarihi olarak ilgililerin menfaatlerini ihlal eden

işlemlerden bir şekilde haberdar oldukları tarihin esas alınacağı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) :...'ı temsilen Haber-Sen
Vekili **:** Av. ...
Karşı Taraf **:** PTT Genel Müdürlüğü
Vekili **:** Av. ...
İsteğin Özeti **:** İstanbul 1. İdare Mahkemesi'nin 17.11.2008 günlü, E:2008/609, K:2008/1791 sayılı kararının, dilekçede yazılı nedenlerle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.
Cevabın Özeti **:** Temyiz istemin reddi gerektiği yolundadır.
Danıştay Tetkik Hakimi : Serpil Tunç Yetkin
Düşüncesi **:** Davacının, Şubat ayı bordrosunu aldığında maaşının düştüğünü görmesi üzerine 22.2.2008 tarihinde idareye yapmış olduğu başvuruya verilen 3.3.2008 tarihli cevabi yazı ile 2007 yılı sicilinin (B) düzeyinde verildiğini öğrendiği ve bunun aksinin ortaya konulamadığı dikkate alındığında; başvurusunun reddi yolunda idarece verilen yanıt üzerine 4.4.2008 tarihinde açılan davada süre aşımı bulunmadığından, davacının sicil-başarı notunun (B) düzeyinde düzenlendiğini her yılın Ocak ayı maaşını aldığında başarı hanesinde değişen oranlarda tazminat ödendiği ve bu oranların bordroda yer alması nedeniyle öğrendiği gerekçesiyle davayı süre aşımı yönünden reddeden İdare Mahkemesi kararında yasal isabet görülmemekte olup, bozulması gerektiği düşünülmektedir.
Danıştay Savcısı **:** Semra Şentürk
Düşüncesi **:** Davacının 2007 yılı sicilinin (B) olarak düzenlenmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada, davayı süre aşımı yönünden reddeden İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulması istemidir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 7. maddesinde , idari işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin, yazılı bildirimin yapıldığı tarihi izleyen günden başlayacağı ve dava açma süresinin, özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde Danıştay'da ve İdare Mahkemelerinde altmış gün olduğu öngörülmüştür.

İdari davalarda, dava açma süresi başlangıcının dava konusu edilecek işlemin yazılı bildirimi ile başlayacağı esas olmakla birlikte; uygulamada, bazen idari işlemin yazılı bildiriminin yapılamaması durumunda ilgililerin, menfaatlerini ihlal eden işlemlerden bir şekilde haberdar olduklarını gösterdikleri tarihin, idarece aksi ispat edilmedikçe yazılı bildirim tarihi olarak kabulü suretiyle dava açma süresinin başlangıcına esas alınacağı yerleşmiş içtihatlardandır.

Olayda, dava konusu sicilin davacıya tebliğ edilmediği bu konuda davalı idarenin de sicilin tebliğine dair herhangi bir belgede ibraz etmediği anlaşılmakla davacının itiraz ettiği (22.2.2008) tarihin öğrenme tarihi olarak kabul edilerek bu tarihten itibaren 60 gün içinde (4.4.2008) tarihinde açılan davanın süresinde açılmış bir dava olduğu sonucuna varıldığından davanın süre aşımı yönünden reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulüyle, idare mahkemesi kararının bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İkinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

Dava, ... PTT Merkez Müdürlüğü'nde dağıtıcı olarak görev yapan davacının 2007 yılı sicil notunun (B) düzeyinde belirlenmesine ilişkin işlemin iptali ve bu işlem nedeniyle uğradığı maddi kayıplarının yasal faizi ile birlikte tahsiline hükmedilmesi istemi ile açılmıştır.

İstanbul 1. İdare Mahkemesi'nin 17.11.2008 günlü, E:2008/609, K:2008/1791 sayılı kararıyla; sözleşmeli personel olan davacının sicil notunu her yılın Ocak ayının 15'i itibari ile sicil notuna dayanılarak başarı hanesinde değişen oranlarda tazminat ödemesi ve bu oranların bordroda yer alması nedeniyle öğrendiğinden, bu tarihten itibaren işlemeye başlamış olan 60 günlük dava açma süresinin 22.2.2008 tarihinde yapılan başvuru ile durduğu ve verilen cevabi yazının tebliği üzerine kalan dava açma süresinin 31.3.2008 (Mahkemece sehven 31.5.2008 olarak yazılmıştır.) tarihinde dolduğu, bu tarihten sonra 4.4.2008 tarihinde kayıtlara giren dilekçe ile açılan davanın süresinde olmadığı gerekçesiyle dava süre aşımı yönünden reddedilmiştir.

Davacı, sicil notunun (B) düzeyine düşürüldüğü yönünde tarafına yazılı bir bildirim yapılmadığını, sicil notundaki düşüşün Şubat ayı bordrosunda gösterildiğini, bu durumu fark eder etmez 22.2.2008 tarihinde idareye başvurduğunu, idarenin 3.3.2008 tarihli cevabı üzerine de süresi içinde 4.4.2008 tarihinde dava açtığını ileri sürmekte ve İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7. maddesinde dava açma süresinin, özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde Danıştay'da ve İdare Mahkemelerinde altmış gün olduğu belirtilmiştir.

İdari davalarda, dava açma süresi başlangıcının dava konusu edilecek işlemin yazılı bildirimi ile başlayacağı esas olmakla birlikte; uygulamada bazen idari işlemin yazılı bildiriminin yapılmaması durumunda ilgililerin, menfaatlerini ihlal eden işlemlerden bir şekilde haberdar olduklarını gösterdikleri tarihlerin, idarece aksi ispat edilmedikçe yazılı bildirim tarihi olarak kabulü suretiyle dava açma süresinin başlangıcına esas alınacağı yerleşmiş içtihatlardandır.

Dosyanın incelenmesinden; davacının Şubat ayı bordrosunu aldığında maaşındaki düşüşü fark etmesi üzerine 22.2.2008 tarihinde idareye başvurarak sicil notundaki düşüşün nedenlerini sorduğu, idarenin 3.3.2008 tarihli yazı ile cevap vermesi üzerine de 4.4.2008 tarihinde bakılmakta olan davayı açtığı anlaşılmaktadır.

Maaşın ayrıntılarını gösteren bordro, dava konusu sicil ve başarı değerlemesi raporu ile ilgili gerekli hususları içermediğinden; davacının 2007 yılı Sicil ve Başarı Değerlemesi Raporunun (B) düzeyinde değerlendirildiğini, idareye başvurduğu tarihten önce ve İdare Mahkemesi kararında da belirtildiği üzere Ocak 2008 maaşını aldığında öğrendiğini kabul etmek mümkün değildir.

Bu durumda; davacının 2007 yılı Sicil ve Başarı Değerlemesi Raporunun (B) düzeyinde değerlendirildiğini Şubat ayı bordrosunda maaşındaki düşüşü fark etmesi üzerine idareye yaptığı 22.2.2008 tarihli başvurusuyla öğrendiği ve davalı idarece de bunun aksinin ortaya konulmadığı dikkate alındığında; davacı başvurusuna verilen 3.3.2008 tarihli yanıt üzerine 4.4.2008 tarihinde açılan davada süre aşımı bulunmadığından, Ocak 2007 maaşıyla sicilinin (B) düzeyinde düzenlendiğini öğrendiği gerekçesiyle davayı süre aşımı yönünden reddeden İdare Mahkemesi kararında hukuksal isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüyle İstanbul 1. İdare Mahkemesi'nce verilen 17.11.2008 günlü, E:2008/609, K:2008/1791 sayılı kararın 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1/b. fıkrası uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı Kanun'la değişik 3. fıkrası gereğince ve yukarıda belirtilen hususlar da gözetilerek yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine 24.9.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi,

T.C.
D A N I Ş T A Y
İkinci Daire
Esas No : 2007/3130
Karar No : 2009/3245

Özeti : Davacının başvurduğu okula başkasının atanması, davacının ise atanamaması sonucunu doğuran dava konusu işlemler hakkında Mahkemece ayrı ayrı hüküm kurulması gerekirken, davanın; davacının yerine atanan öğretmenin atanmasına ilişkin kısmı hakkında hüküm kurulurken, davacının atanmamasına ilişkin kısmı hakkında eksik inceleme sonucu bir hüküm kurulmamasında hukuki isabet bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Aydın Valiliği
Diğer Davalı : Milli Eğitim Bakanlığı
Karşı Taraf : ...
İsteğin Özeti : Aydın 1. İdare Mahkemesi'nce verilen 30.11.2006 günlü, E:2005/1450, K:2006/1864 sayılı kararın, dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.
Cevabın Özeti : Cevap verilmemiştir.
Danıştay Tetkik Hakimi : Elif Karakaş
Düşüncesi : İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmüştür.
Danıştay Savcısı : S. Sema Kabukçu
Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İkinci Dairesi'nce 10.6.2009 günlü ara kararı cevabının geldiği görülerek işin gereği yeniden düşünüldü:

Dava, Aydın İli, Kuşadası İlçesi ... Lisesi'nde Matematik öğretmeni olarak görev yapan davacının, aynı ilçe ... Anadolu Lisesi'ne Matematik öğretmeni olarak atanması isteminin, söz konusu okula ... isimli öğretmenin atanması suretiyle reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Aydın 1. İdare Mahkemesi'nin 30.11.2006 günlü, E:2005/1450, K:2006/1864 sayılı kararıyla; Aydın İli, Kuşadası İlçesi ... Lisesi'nde Matematik öğretmeni olarak görev yapan davacının, aynı ilçedeki ... Anadolu Lisesi'ne Matematik öğretmeni olarak atanması isteminin, söz konusu okula ... isimli öğretmenin atanması suretiyle reddine ilişkin işlemde; söz konusu atama işleminin 2.9.2005 gününde tesis edilmesinden yaklaşık beş ay sonra, dayanağı olan Genelgenin Danıştay kararı ile açıkça hukuka aykırılığı saptanarak yürütülmesinin durdurulmuş olması karşısında idari istikrarın kurulmuş olduğundan söz edilemeyeceğinden ve esasen söz konusu atamanın Anadolu liselerine öğretmen atamalarına yönelik Yönetmelik hükümleri uyarınca seçme sınavı sonuçlarına göre yapılması gerektiğinden hukuka uyarlık görülmediği gerekçesiyle ve davacı yönünden ise, anılan okula ... isimli öğretmenin atanması

yolundaki bireysel işlemin hukuka aykırılığının 2005/73 sayılı Genelgenin yürütülmesinin durdurulmasına dayandığı ve davacı tarafından da yine anılan Genelgeye dayanılarak iptal isteminde bulunulduğundan, davalı idarece yukarıda anılan Yönetmelik hükümleri uyarınca yeni bir değerlendirme veya yeni bir düzenleme yapılıncaya kadar dava konusu işlemin iptal edilmiş olmasının davacının doğrudan atanması sonucunu doğurmayacağı gerekçesine yer verilmek suretiyle yapılan atamaya ilişkin işlem iptal edilmiştir.

Davalı idare, dava konusu işlemin mevzuata uygun olarak tesis edildiğini ileri sürerek İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

Dosyanın incelenmesinden; Matematik Öğretmeni olan davacının, 1994 yılında ilk atama yoluyla Kahramanmaraş İli, ... İlçesi Kız Meslek Lisesi'nde göreve başladığı, 30.1.2003 tarihinde ... Anadolu Güzel Sanatlar Lisesi'ne atandığı ve 5.7.2004 tarihine kadar bu okulda görev yaptıktan sonra kapsam dışı bir okul olan Aydın İli, Kuşadası İlçesi, ... Lisesi'ne atandığı, 1.9.2005 günlü başvuru formu ile 2005/73 sayılı Genelge kapsamında Kuşadası ... Anadolu Lisesi'ne atanma isteminde bulunduğu, ancak anılan okula 20.9.2005 günlü Bakanlık kararnamesi ile ... isimli öğretmenin atanması üzerine bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Davacı tarafından, hem Aydın İli, Kuşadası İlçesi ... Anadolu Lisesi'ne ... isimli öğretmenin atanmasına ilişkin işlemin; hem de anılan okula kendisinin atanmamasına ilişkin işlemin iptali istenildiğinden her iki işlemin hukuka uygunluğunun işlem tarihinde yürürlükte bulunan Yönetmelik hükümlerine göre ayrı ayrı incelenmesi gerekmekte iken; temyize konu İdare Mahkemesi kararında, yalnızca ... isimli öğretmenin söz konusu Anadolu lisesine atanmasına ilişkin işlemin hukuka uygunluğu irdelenerek iptal edildiği; davacının anılan okula atanma başvurusunun reddine ilişkin işlem hakkında ise her hangi bir hüküm kurulmadığı görülmektedir.

Bu durumda, aynı Genelge kapsamında aynı Anadolu lisesine atanmak için başvuran ve bu başvuruları birlikte değerlendirmeye tabi tutulan öğretmenlerden ... isimli öğretmenin atanması, davacının ise atanamaması sonucunu doğuran dava konusu işlemlerin; tesis edildikleri tarihte yürürlükte bulunan Yönetmelik hükümleri doğrultusunda ilgililerin Anadolu lisesine atanma koşullarına sahip olup olmadıkları yönünden ayrı ayrı incelenmesi ve her iki işlem hakkında ayrı ayrı hüküm kurulması gerekirken, İdare Mahkemesi tarafından davanın, yalnızca ... isimli öğretmenin atanmasına ilişkin kısmı hakkında hüküm kurulması, davacının anılan okula atanmamasına ilişkin kısmı hakkında ise eksik inceleme sonucu bir hüküm kurulmamasında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulü ile Aydın 1. İdare Mahkemesi'nce verilen 30.11.2006 günlü, E:2005/1450, K:2006/1864 sayılı kararın, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1/b fıkrası uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı Kanunla değişik 3. fıkrası gereğince ve yukarıda belirtilen hususlar da gözetilerek yeniden karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkeme'ye gönderilmesine, 28.9.2009 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

Dava, Aydın İli, Kuşadası İlçesi ... Lisesi'nde Matematik öğretmeni olarak görev yapan davacının, aynı ilçe ... Anadolu Lisesi'ne Matematik öğretmeni olarak atanması isteminin, söz konusu okula ... isimli öğretmenin atanması suretiyle reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

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 hukuken mümkün değildir. Bu durumda, dava konusu işlemlerin tesis edildiği 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 durumun değerlendirilmesi gerektiği 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, devam eden maddelerinde, Anadolu liselerine öğretmen seçme sınavına ilişkin hükümlere yer verilmiş, 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 atananlardan; 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 itibariyle Anadolu Liselerine seçme sınavı ile atama yapılacağı, ancak daha önce Anadolu statülü okullarda görev yapıp çeşitli nedenlerle kapsam dışı okullara geçiş yapan öğretmenler için belirli koşullarla sınav şartının aranmayacağı anlaşılmaktadır. Bu bağlamda Yönetmeliğin 18. maddesi irdelendiğinde, kapsama dahil okulların öğretmenliğine atananlardan, 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 aranmayacağının 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 okullara, atandıkları tarih itibarıyla yürürlükte bulunan mevzuata uygun şekilde atanmış olmaları gerektiği de 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 kez ve sınavsız olarak atananların kapsam dışına çıkmaları halinde 18. madde hükmünden yararlanma olanağı bulunmamaktadır.

Davacı tarafından, Aydın İli, Kuşadası İlçesi ... Anadolu Lisesi'ne ... isimli öğretmenin atanmasına ilişkin işlem ile anılan okula kendisinin atanmamasına ilişkin işlemin iptali istenilmektedir.

Dosyanın incelenmesinden; ... isimli öğretmenin Anadolu statülü bir okula ilk defa dava konusu işlemle atandığı; davacının ve adı geçen öğretmenin 2000 yılında yapılan Anadolu liselerine öğretmen seçimine ilişkin sınava girip girmediğinin sorulmasına ilişkin

Dairemizin 10.6.2009 günlü ara kararına davalı idarece 10.7.2009 günlü yazıyla verilen cevaptan, davacı ile yerine atanan ...'ın anılan seçme sınavına katılmadıkları anlaşılmaktadır.

Bu durumda, hukuka aykırı bulunarak iptaline hükmedilen 2005/73 sayılı Genelge uyarınca Anadolu lisesi öğretmenliğine atanan, ancak, Anadolu liselerine öğretmen olarak atanabilmek için öngörülen seçme sınavına girmemiş olan ve dolayısıyla Anadolu Lisesi öğretmeni olarak atanma koşullarını taşımayan ...'ın Aydın İli, Kuşadası İlçesi ... Lisesi'ne atanmasına ilişkin işlemde hukuka uyarlık ve işlemi iptal eden İdare Mahkemesi kararında hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Öte yandan, davacı tarafından Aydın İli, Kuşadası İlçesi ... Anadolu Lisesi'ne hem ... isimli öğretmenin atanmasına ilişkin işlemin, hem de anılan okula kendisinin atanmamasına ilişkin işlemin iptali istemiyle dava açılmasına karşın, İdare Mahkemesi tarafından davanın, davacının atanmamasına ilişkin işleme yönelik kısmı hakkında hüküm kurulmamasında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin reddiyle, temyize konu kararın, ... 'ın atanmasına ilişkin işlemi iptal eden kısmının yukarıda belirtilen gerekçeyle onanması, davacının atanmamasına ilişkin işlem yönünden ise bu konuda hüküm kurulmaması gerekçesiyle bozulması gerektiği görüşüyle İdare Mahkemesi kararının tümünün bozulması yönündeki çoğunluk kararına katılmıyorum.

T.C.
D A N I Ş T A Y
İkinci Daire
Esas No : 2008/911
Karar No : 2009/4257

Özeti : 2577 sayılı Yasanın 32. maddesinde yetkili idare mahkemesinin gösterilmemiş olması halinde, dava konusu olan idari işlemi yapan idari merciin bulunduğu yerdeki idare Mahkemesinin yetkili olduğunun belirtilmesi nedeniyle davanın dava konusu işlemi tesis eden Çevre ve Orman Bakanlığının bulunduğu yer olan Ankara İdare Mahkemesinde görülmesi gerekirken yetkisiz Tekirdağ İdare Mahkemesince dava hakkında esastan bir karar verilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : ..., İl Çevre ve Orman Müdürlüğü
Karşı Taraf : 1-Çevre ve Orman Bakanlığı
2-Başbakanlık Devlet Personel Başkanlığı

İsteğin Özeti : Tekirdağ İdare Mahkemesi'nce verilen 29.11.2007 günlü, E:2006/420, K:2007/1149 sayılı kararın dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

Çevre ve Orman Bakanlığının Cevabının Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği yolundadır.

Başbakanlık Devlet Personel Başkanlığının Cevabının Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği yolundadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Ayşe Çakırca
Düşüncesi : İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.
Danıştay Savcısı : S.Sema Kabukçu

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İkinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

Dava, Tekirdağ İl Çevre ve Orman Müdürlüğü emrinde Tekniker olarak görev yapan ve İdari ve Mali İşler Şube Müdürü olarak görevlendirilen davacının, münhal Şube Müdürlüğü kadroları için yapılacak olan görevde yükselme eğitimi ve sınavına alınmaması nedeniyle 12.8.2005 tarih ve 6545 sayılı ilan ile 5.10.2005 tarih ve 8065 sayılı ilan uyarınca Çevre ve Orman Bakanlığı Merkez ve Taşra Teşkilatındaki münhal Şube Müdürlüğü kadroları için yapılacak olan görevde yükselme eğitim ve sınavının iptali istemiyle açılmıştır.

Tekirdağ İdare Mahkemesi'nin 29.11.2007 günlü, E:2006/420, K:2007/1149 sayılı kararıyla; davacının görevde yükselme suretiyle atanacağı şube müdürü kadrosu için aranılan dört yıllık yükseköğrenim görme şartını taşımadığı, iki yıllık yükseköğrenim mezunlarının dört yıllık mezun sayılmaları için yukarıda aranılan Genel Yönetmeliğin yayımı tarihi olan 18.4.1999 tarihi itibariyle mezun olmaları gerektiğinden ve belirtilen tarihten sonraki mezuniyetin davacıya hak kazandırmayacağı açık olduğundan, davacının görevde yükselme eğitimine kabul edilmemesinde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle dava reddedilmiştir.

Davacı, dava konusu işlemin hukuka aykırı olarak tesis edildiğini öne sürmekte ve mahkeme kararının bozulmasını istemektedir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 14/3. maddesinde; dilekçelerin, Danıştayda daire başkanının görevlendireceği bir tetkik hakimi, idare ve vergi mahkemelerinde ise mahkeme başkanı veya görevlendireceği bir üye tarafından: a)Görev ve yetki, ... yönlerinden sırasıyla inceleneceği, 15/1-a maddesinde;.....idari yargının görevli olduğu konularda ise görevli veya yetkili olmayan mahkemeye açılan davanın görev veya yetki yönünden reddedilerek dava dosyasının görevli veya yetkili idare mahkemesine gönderilmesine karar verileceği, 32. maddesinde; göreve ilişkin kurallar saklı kalmak şartıyla bu Kanunda veya özel kanunlarda yetkili idare mahkemesinin gösterilmemiş olması halinde, yetkili idare mahkemesinin, dava konusu olan idari işlemi veya idari sözleşmeyi yapan idari merciin bulunduğu yerdeki idare mahkemesi olacağı, bu Kanunun uygulanmasında yetkinin kamu düzenine ilişkin bulunduğu, 33. maddesinde; kamu görevlilerinin atanması ve nakilleri ile ilgili davalarda yetkili mahkemenin, kamu görevlilerinin yeni veya eski görev yeri idare mahkemesi, görevlerine son verilmesi, emekli edilmeleri veya görevden uzaklaştırılmaları ile ilgili davalarda yetkili mahkemenin, kamu görevlisinin son görev yaptığı yer idare mahkemesi, görevle ilişkisinin kesilmesini sonucunu doğurmayan disiplin cezaları ile ilerleme, yükselme, sicil, intibak ve diğer özlük ve parasal haklarıyla ilgili davalarda ise yetkili mahkemenin, ilgilinin görevli bulunduğu yer idare mahkemesi olduğu hükümlerine yer verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden; Tekirdağ İl Çevre ve Orman Müdürlüğü emrinde Tekniker olarak görev yapan davacının, 1.3.2005 tarih ve 1383 sayılı işlemle aynı yerde İdari ve Mali İşler Şube Müdürü olarak görevlendirildiği, 12.8.2005 tarih ve 6545 sayılı ilan ile Çevre ve Orman Bakanlığı Merkez ve Taşra Teşkilatındaki münhal Şube Müdürlüğü kadroları için görevde yükselme eğitim ve sınavının yapılacağının tüm teşkilata duyurulduğu, davacının 16.9.2005 tarihinde görevde yükselme eğitimine katılmak için başvuruda bulunduğu, 5.10.2005 tarih ve 8065 sayılı ilan ile yeterli başvurunun yapılmadığından bahisle başvuru şartı olan kurumda en az iki yıl çalışma şartının aranmayacağı belirtilerek başvuruların tekrar

alındığı, davacının başvurusunun ise; Yönetmelikte aranılan 4 yıllık yüksekokul mezunu olma şartını taşımadığı, iki yıllık yüksekokul mezunlarının ancak, Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Esaslarına Dair Genel Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten önce mezun olmaları halinde başvurularının kabul edilebileceği, davacının daha sonraki tarihli iki yıllık yüksekokul mezunu olması nedeniyle başvurusunun kabul edilemeyeceği gerekçesiyle 10.11.2005 tarih ve 9020 sayılı işlemle reddedilmesi üzerine, davacı tarafından 12.8.2005 tarih ve 6545 sayılı ilan ile 5.10.2005 tarih ve 8065 sayılı ilan uyarınca Çevre ve Orman Bakanlığı Merkez ve Taşra Teşkilatındaki münhal Şube Müdürlüğü kadroları için yapılacak olan görevde yükselme eğitim ve sınavının iptali istemiyle bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmıştır.

Bu durumda, davanın konusunu oluşturan Çevre ve Orman Bakanlığı Merkez ve Taşra Teşkilatındaki münhal Şube Müdürlüğü kadroları için yapılacak görevde yükselme eğitim ve sınavının 2577 sayılı Yasanın 33. maddesinde düzenlenen kamu görevlilerinin atanma, görevlerine son verilme, disiplin cezaları, ilerleme, yükselme, sicil, intibak ve diğer özlük ve parasal haklarıyla ilgili olmadığı, aynı Yasanın 32. maddesinde ise yetkili idare mahkemesinin gösterilmemiş olması halinde, dava konusu olan idari işlemi yapan idari merciin bulunduğu yerdeki İdare Mahkemesinin yetkili olduğunun belirtilmesi nedeniyle davanın dava konusu işlemi tesis eden Çevre ve Orman Bakanlığının bulunduğu yer olan Ankara İdare Mahkemesinde görülmesi gerekirken yetkisiz Tekirdağ İdare Mahkemesince dava hakkında esastan bir karar verilmesinde hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüyle Tekirdağ İdare Mahkemesi'nin 29.11.2007 günlü, E:2006/420, K:2007/1149 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 üzere dosyanın adı geçen Mahkeme'ye gönderilmesine, 18.11.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
İkinci Daire
Esas No : 2009/3324
Karar No : 2009/4611

Özeti : Şube Müdürlüğüne atanabilmek için daha önce yapılan yöneticilik sınavında başarılı olan davacının, yeni kurulan İlçe Milli Eğitim Müdürlüğü Şube Müdürlüğüne duyuru yapılmaksızın yapılan atamanın geri alınmasını istemede menfaati bulunduğu hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : ...'i temsilen Türk Eğitim Sen
Vekili **:** Av. ...
Karşı Taraf **:** Milli Eğitim Bakanlığı
İsteğin Özeti **:** Samsun 2. İdare Mahkemesi'nin 23.3.2009 günlü, E:2009/24, K:2009/245 sayılı kararının dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.
Cevabının Özeti **:** Temyiz isteminin reddi gerektiği yolundadır.
Danıştay Tetkik Hakimi : Hürriyet Micozkadıoğlu
Düşüncesi **:** Öğretmen olan ve daha önce yapılan yöneticilik sınavında başarılı olan davacının ilçe milli eğitim şube müdürlüğüne yapılan atamanın iptalini

istemekte menfaati bulunduğundan, dava konusu uyuşmazlığın esasının incelenerek bir karar verilmesi gerekirken, şube müdürlüğüne yapılan atamanın görevler arası geçiş usulü ile yapıldığı ve davacının görevler arası geçiş ile söz konusu göreve atanabilme koşullarını taşımadığı, işlem ile davacı arasında menfaat ilişkisinin olmadığı gerekçesiyle ehliyetten reddi yolundaki Mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı : Semra Şentürk

Düşüncesi : 2577 sayılı Kanunun 2/1-a maddesinde iptal davaları idari işlemler hakkında yetki şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı, menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan davalar olarak tanımlanmıştır.

Dolayısıyla iptal davasının gerek anılan maddede, gerekse içtihat ve doktrinde belirlenen hukuki nitelikleri gözönüne alındığında, idare hukuku alanında tek taraflı irade açıklamasıyla kesin ve yürütülmesi zorunlu nitelikte tesis edilen idari işlemlerin bu idari işlemle meşru, kişisel ve güncel bir menfaat ilgisi kurabilenler tarafından iptal davasına konu edilebileceği kabul edilmektedir.

Öğretmen olan davacının ilçe milli eğitim müdürlüğüne yapılan atama işlemi ile atama işleminin geri alınması istemiyle yapmış olduğu başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada ilçe milli eğitim müdürlüğü kadrosuna atanma beklentisi olan davacının yapılan atama işlemiyle menfatinin ihlal edildiği anlaşılmakla , dava konusu uyuşmazlığın esasının incelenmesi gerekirken, İdare Mahkemesince davanın ehliyet yönünden reddine karar verilmesinde hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle,temyiz isteminin kabulüyle idare mahkemesi kararının bozulması gerekeceği düşünülmüştür.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İkinci Dairesi'nce davalı idarenin temyize cevap dilekçesinin geldiği ve dosyanın tekemmül ettiği görüldüğünden yürütmenin durdurulması istemi hakkında bir karar verilmeksizin işin gereği düşünüldü:

Dava, öğretmen olan davacının, Canik İlçe Milli Eğitim Müdürlüğü Şube Müdürlüğüne ...'ın atanması işlemi ile bu işlemin geri alınması istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin 17.11.2008 günlü, 104838 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Samsun 2. İdare Mahkemesi'nin 23.3.2009 günlü, E:2009/24, K:2009/245 sayılı kararıyla; taşra teşkilatı şube müdürlüğünün görevde yükselme eğitimi ve sınavına tabi olduğu, ancak eğitim kurumlarında belirli bir süreyle müdür olarak görev yapmakta olanların ise eğitim kurumu müdürlüğünden görevde yükselme eğitimi ve sınavına tabi olmaksızın ilçe milli eğitim müdürlüğü görevine ve daha alt bir görev olan ilçe milli eğitim şube müdürlüğü görevine geçebilecekleri; olayda, idarece münhal şube müdürlüğüne görevde yükselme eğitimi ve sınavı sonuçlarına göre bir atama yapılmayıp, Yönetmelikte öngörülen diğer yöntem olan görevler arası geçiş usulünün tercih edildiği, davacının ise görevler arası geçiş ile atanma koşullarını taşımadığı, işlem ile davacı arasında hukuken korunması gerekli bir menfaat ilişkisinin bulunmadığı gerekçesiyle dava ehliyet yönünden reddedilmiştir.

Davacı, daha önce yapılan yöneticilik sınavını kazandığını, idarenin atama işlemini gerçekleştirirken anılan kadro için duyuru yaparak başvurma süresi öngörmediğini, yapılan atamanın iptalini istemekte menfaatinin bulunduğunu öne sürerek İdare mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2. maddesinde; idari işlem hakkında, yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından dava açılabileceği hükmü düzenlenmiştir.

Dosyanın incelenmesinden; Samsun İlinde yeni kurulan ilçelerden olan Canik İlçesi Milli Eğitim Müdürlüğü Şube Müdürlüğüne 1.9.2008 günlü işlemle atamaların yapıldığı, davacının bu atamaları öğrenmesi üzerine 17.10.2008 tarihinde idareye başvurarak duyuru

yapılmadığından müracaat edemediğini belirtip, yapılan atamaların iptali ile mağduriyetinin giderilmesini istediği, başvurusunun 17.11.2008 günlü işlemle reddi üzerine bu işlemin ve Canik İlçe Milli Eğitim Şube Müdürlüğüne ...'ın atanması işleminin iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Olayda, şube müdürlüğüne atanabilmek için daha önce yapılan yöneticilik sınavını kazanarak 1-27.4.2002 tarihli Eğitim Yönetimi Kurs (Şube Müdür Adayı) Belgesine sahip olan ve şube müdürlüğüne atanma isteğiyle yapılan atamanın geri alınmasını isteyen davacının, sözkonusu atamayla menfaatinin ihlal edildiği açık olup, uyuşmazlığın esasının incelenmesi gerekirken, İdare Mahkemesince davanın ehliyetten reddedilmesinde hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüyle Samsun 2. İdare Mahkemesi'nce verilen 23.3.2009 günlü, E:2009/24, K:2009/245 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 25,60 TL yürütmenin durdurulması harcının isteği halinde davacıya iadesine, 11.12.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ÜÇÜNCÜ DAİRE KARARLARI

KAMU ALACAKLARININ TAHSİLİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Üçüncü Daire
Esas No : 2007/4962
Karar No : 2009/3113

Özeti : Başka bir mükellefin vergi borcu nedeniyle 6183 sayılı Yasanın 79'uncu maddesi gereğince davacı kurum adına düzenlenen haciz bildirisine süresinde itiraz edilmemesi üzerine borç zimmetinde sayılarak düzenlenen ödeme emrinde hukuka aykırılık bulunmadığı, davacı kurumun bu durumun aksini ancak genel mahkemelerde açacağı menfi tespit davasında kanıtlayabileceği hakkında.

Temyiz Eden : ... Doğalgaz İnşaat Sanayi Taahhüt ve Ticaret Limited Şirketi
Vekili : Av. ...
Karşı Taraf : Vergi Dairesi Müdürlüğü-ALİAĞA
İstemin Özeti : ... isimli bir başka mükellefin vergi borcu nedeniyle 6183 sayılı Yasanın 79'uncu maddesi gereğince davacı kurum adına düzenlenen haciz bildirisine süresinde itiraz edilmemesi üzerine söz konusu borcun davacının zimmetinde sayılması suretiyle düzenlenen ödeme emrine karşı açılan davayı; asıl vergi borçlusu gerçek kişinin ortağı olduğu davacı şirkette hakediş ve alacağı varsa haciz şerhi konularak davalı idarenin banka hesabına aktarılmasının istendiği 29.4.2007 tarih ve 773 sayılı haciz bildirisinin davacı kuruma 3.5.2007 tarihinde usulüne uygun olarak tebliğ edilmesine karşın süresinde itiraz edilmemesi üzerine borç zimmetinde sayılan davacı kurumun bu durumun aksini haciz bildirisinin tebliğinden itibaren bir yıl içinde genel mahkemelerde açacağı menfi tespit davasında ileri sürerek kanıtlamasına olanak tanıyan 6183 sayılı Yasanın 79'uncu maddesinin 4'üncü fıkrası dikkate alındığında düzenlenen ödeme emrinde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle reddeden İzmir 3. Vergi Mahkemesinin 9.10.2007 gün ve E:2007/734, K:2007/884 sayılı kararının; haciz bildirisine süresinde itiraz edilmemesinin içeriğinin doğru olduğu anlamını taşımadığı, Aliağa Asliye Hukuku Mahkemesinde açılan menfi tespit davasının bekletici mesele sayılması gerektiği ileri sürülerek bozulması istenmiştir.
Savunmanın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.
Tetkik Hakimi : Ümit KOCATEPE
Düşüncesi : Davacı şirket adına ödeme emri düzenlenebilmesi için öncelikle asıl vergi borçlusunun davacı nezdinde doğmuş bir hak ve alacağının bulunması gerektiği halde davacı şirket nezdinde ödeme emrinin düzenlenmesini gerektirecek bir alacak ya da hak olduğu yolunda bir saptama bulunmadığı gibi asıl amme borçlusunun vergi borcu tutarında düzenlendiği anlaşılan ödeme emrine karşı davacının ileri sürdüğü "borcum yoktur" kapsamındaki iddialar değerlendirilmeksizin karar verildiği anlaşıldığından, haciz bildirisine süresinde itiraz etmeyen davacının borcu olmadığını ancak 6183 sayılı Yasanın 79'uncu maddesi gereğince menfi tespit davası açmak suretiyle ispatlayacağı yolundaki düzenlemenin, dava konusu uyuşmazlıkta vergi mahkemesinin alacak-borç ilişkisini

saptamasına engel teşkil etmeyeceği gözardı edilerek verilen kararın bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Savcı : Sevil BOZKURT

Düşüncesi : 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un "haciz" başlıklı 62 nci maddesinin 1 inci fıkrasında; borçlunun, mal bildiriminde gösterilen veya tahsil dairesince tespit edilen borçlu veya üçüncü şahıslar elindeki menkul malları ile gayrimenkullerinden, alacak ve haklarından amme alacağına yetecek miktarının tahsil dairesince haczolunacağı hükmüne yer verilmiş, aynı Kanunun "üçüncü şahıslardaki menkul malların, alacak ve hakların haczi" başlıklı 79 uncu maddesinin 2 nci fıkrasında da; borçlunun alacağı veya üçüncü şahıstaki bir malı haczedilip de üçüncü şahıs, borcu olmadığı veya malın yedinde bulunmadığı veya haczin tebliğinden evvel borç ödenmiş veya mal istihlak edilmiş yahut kusuru olmaksızın telef olmuş veya alacak borçluya veya emrettiği yere verilmiş olduğu gibi bir iddiada ise keyfiyeti, haczin kendisine tebliğinden 7 gün içinde tahsil dairesine yazılı beyanla bildirmeye mecbur olduğu, bildirmediği takdirde mal elinde ve borcun zimmetinde sayılacağı ve hakkında bu kanun hükümlerinin tatbik olunacağı öngörülmüştür. Bu düzenlemelere göre amme borçlusunun üçüncü şahıslardaki alacakları üzerine haciz uygulanabilmesi için amme borçlusunun üçüncü şahıs nezdinde alacağının bulunduğunu bildirmiş olması veya idarece borçlu şirketin bu şahıslardan alacağı olduğunun tespit edilmesi ve tespit edilen tutar için haciz konulması gerekmektedir.

Olayda, bu şekilde bir tespit olmadığı gibi, 6183 sayılı Kanunun 79. maddesi hükmü uyarınca yasal süresi içerisinde itiraz edilmemiş olması ibraz edilen belgelerin gösterilen delillerin kabul edilmemesi, ileri sürülen iddiaların değerlendirilmemesi sonucunu doğurmaz. Bu nedenle, davacı tarafından ileri sürülen iddiaların "böyle bir borcun olmadığı" kapsamında incelenerek değerlendirilmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yasal süresi içerisinde itiraz edilmemiş olması gerekçesiyle davanın reddinde isabet görülmediğinden Mahkeme kararının bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Üçüncü Dairesince işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Dayandığı hukuki ve kanuni nedenlerle gerekçesi yukarıda açıklanan Vergi Mahkemesi kararı, aynı gerekçe ve nedenlerle Dairemizce de uygun görülmüş olup, temyiz istemine ilişkin dilekçede ileri sürülen iddialar sözü geçen kararın bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığından, temyiz isteminin reddine ve kararın onanmasına, davacıdan 492 sayılı Harçlar Kanununa bağlı (3) sayılı Tarife uyarınca 32.30 TL maktu harç alınmasına, 21.10.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KURUMLAR VERGİSİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Üçüncü Daire
Esas No : 2007/2774
Karar No : 2009/3005

Özeti : Arsa ve konut yapı kooperatifinin üye olabileceği bir üst birlik olduğunun saptanması halinde muafiyet koşullarından birini ihlal etmiş sayılacağından, elde ettiği faiz gelirinin de beyanı gereken kurum kazancının dahil olması gerektiği hakkında.

Temyiz Eden : Yıldırım Vergi Dairesi Müdürlüğü
Karşı Taraf : Sınırlı Sorumlu ... Arsa ve Konut Yapı Kooperatifi
Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Davacı arsa ve konut yapı kooperatifinin 2002 yılı kurumlar vergisi beyannamesini vermemesi nedeniyle takdir komisyonunca belirlenen matrah farkı üzerinden adına re'sen salınan vergi ziyaı cezalı kurumlar vergisi ve hesaplanan fon payına karşı açılan davada; davacı kooperatifin üst birliğe üye olmaması ve banka hesabından faiz geliri elde etmek suretiyle ortak dışı işlem gerçekleştirmesi üzerine muafiyet koşullarını ihlal ettiği sonucuna varılarak adına tarhiyat yapılmış ise de, Bursa Valiliği Sanayi ve Ticaret İl Müdürlüğünün davalı vergi dairesi müdürlüğüne gönderdiği 3.6.2004 tarihli yazıda Bursa ili dahilinde yapı kooperatifleri üst birliği bulunmadığı hususunun açıkça belirtildiği, dört adet yapı kooperatifi bulunmasına karşın bunların nev'inin konut yapı kooperatifinden farklı olması nedeniyle konut yapı kooperatifleri birliğine ortak olmalarının mümkün olmadığının ifade edildiği ve uyuşmazlık döneminde Bursa'da üye olunabilecek bir üst birlik bulunmadığı da açıkca görüldüğünden, üst birliğe üye olunmaması nedeniyle muafiyet şartlarının ihlal edildiğinden bahsedilemeyeceği, öte yandan amacı ortaklarına ekonomik biçimde konut, iş yeri veya bunların yapımına uygun arsa sağlamak olan davacı kooperatifin üyelerinden topladığı aidatları bankada değerlendirerek faiz geliri elde etmesi ortak dışı işlem olarak kabul edilemeyeceğinden re'sen salınan bir kat vergi ziyaı cezalı kurumlar vergisi ve hesaplanan fon payında hukuka uygunluk bulunmadığı, cezanın gecikme faizine isabet eden kısmının ise düzeltme fişiyle terkin edildiği gerekçesiyle cezalı vergi ve fon payını kaldıran, düzeltme fişiyle terkin edilen kısım hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar veren Bursa Vergi Mahkemesinin 7.5.2007 gün ve E:2006/1184, K:2007/1390 sayılı kararının, cezalı vergi ve fon payının kaldırılmasına ilişkin hüküm fıkrasının; Bursa Valiliği Sanayi ve Ticaret İl Müdürlüğü yazısının vergi mahkemesince yanlış değerlendirildiği, toplu iş yeri yapı kooperatiflerinin yazıda belirtilen dört adet konut yapı kooperatifleri birliğine üye olamayacaklarının ifade edildiği, konut yapı kooperatiflerinin bu birliklere üye olmalarına engel bir durum bulunmadığı ve sadece ortaklarla iş görülmesi şartının da ihlal edildiği ileri sürülerek bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti : Kooperatif bir üst birliğe üye olmasa dahi, amacı üyelerini konut sahibi yapmaktan ibaret olduğundan ve banka hesabından elde ettiği faiz geliri kooperatifin ortak dışı işlemi olarak kabul edilmeyeceğinden cezalı vergiyi kaldıran vergi mahkemesi kararında hukuka aykırılık bulunmadığı, temyiz isteminin reddi ve kararın onanması gerektiği düşünülmektedir.

Tetkik Hakimi : Ümit KOCATEPE

Düşüncesi : Davalı vergi dairesi müdürlüğüne hitaben yazılan 3.6.2004 tarihli Sanayi ve Ticaret İl Müdürlüğü yazısında belirtilen davacı kooperatifin üye olabileceği dört adet konut yapı kooperatifinin (Bursa Konut Üretim Yapı Kooperatifleri Birliğinin daha önce üye olunabilecek bir üst kuruluş olarak kabul edilmediği de dikkate alınarak) tescil tarihleri incelenmek suretiyle ilgili vergilendirme olan 2002 yılında davacı konut yapı kooperatifinin üye olabileceği bir üst birlik olup olmadığı araştırıldıktan sonra üye olunabileceği halde olunmayan üst birlik tespit edilmesi halinde muafiyet koşullarının ihlal edildiğinin kabulü gerekeceğinden davacı kooperatifin faaliyeti kapsamında istisna edilmemiş tüm gelirlerinin vergilendirilebileceği de göz önünde bulundurulmak suretiyle matrahın hukuka uygunluğu araştırılarak yeniden karar verilmek üzere karar verilmesi gerekirken söz konusu yazının yanlış değerlendirilmesi sonucu cezalı verginin kaldırılması yolunda verilen vergi mahkemesi kararının temyiz istemine konu edilen hüküm fıkrasının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Savcı : Nurten KARAÇAY

Düşüncesi : Davacı kooperatif adına üst birliğe üye olmaması nedeniyle kurulan mükellefiyet işlemi ve takdir komisyonunca takdir edilen matrah üzerinden re'sen yapılan cezalı tarhiyata karşı açılan davayı kabul eden mahkeme kararı temyiz edilmiştir.

Uyuşmazlık döneminde yürürlükte bulunan Kurumlar vergisi Kanunu'nun 7.maddesinin 16.bendi ile 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 93.maddesinin 4.fıkrası hükümleri uyarınca; kooperatifler, kooperatif birlikleri ve kooperatif merkez birliklerinin, faaliyete geçen üst kuruluşa girmedikleri takdirde kurumlar vergisi muafiyetinden faydalanmaları olanaklı değildir.

Bursa Valiliği Sanayi ve Ticaret İl Müdürlüğünün 3.6.2004 gün ve 4535 sayılı yazılarında Bursa İl sınırları dahilinde yapı kooperatifleri üst birliği bulunmamakla birlikte dört adet Konut Yapı Kooperatifleri Birliğinin bulunduğu bildirilmesi ve davacı kooperatifin de bu dört yapı kooperatifi birliklerinden birine üye olmadığının sabit olması karşısında, davacı kooperatifin kurumlar vergisi muafiyetinden yararlandırılması mümkün bulunmadığından takdir komisyonunca takdir edilen matrah üzerinden yapılan tarhiyatın hukuka uygunluğunun araştırılarak uyuşmazlığın sonuçlandırılması gerekirken davacı kooperatifin muafiyet şartlarını ihlal etmediği gerekçesiyle davanın kısmen kabulü yolunda verilen kararda hukuka uygunluk görülmemiştir.

Açıklanan nedenle temyiz isteminin kabulü ile temyize konu mahkeme kararının bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Üçüncü Dairesince işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Davacı arsa ve konut yapı kooperatifinin üst birliğe üye olmaması ve banka hesabından faiz geliri elde etmek suretiyle ortak dışı işlem yapması nedeniyle muafiyet koşullarını ihlal ettiği sonucuna varılarak 2002 yılına ilişkin olarak vermesi gereken kurumlar vergisi beyannamesini vermemesi üzerine takdir komisyonunca belirlenen matrah farkı üzerinden adına re'sensalınan cezalı vergi ve hesaplanan fon payının vergi mahkemesince kaldırılmasına ilişkin hüküm fıkrası temyiz edilmiştir.

5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun uyuşmazlıkla ilgili yılda yürürlükte olan 2362 sayılı Kanunla değişik 1'inci maddesinde kooperatiflerin kurumlar vergisine tabi olduğu ve kurum kazancının gelir vergisinin konusuna giren gelir unsurlarından oluşacağı hükme bağlanmış, 7'nci maddesinin (16) işaretli bendinde ise, esas mukavelelerinde sermaye üzerinden kazanç dağıtılmaması, idare meclisi başkan ve üyelerine kazanç üzerinden hisse verilmemesi, ihtiyat akçelerinin ortaklara dağıtılmaması ve münhasıran ortaklar ile iş görülmesine dair hükümler bulunması şartı ile kooperatifler vergiden muaf tutulmuş, 4369 sayılı Kanunun 29.7.1998 tarihinde yürürlüğe giren 81/D-7 maddesiyle değişen parantez içi hükmüyle de muafiyet için yukarıdaki şartlarla birlikte üst birliğe üye olma zorunluluğu getirilmiştir.

Bu hükümlerden, kooperatiflerin kural olarak kurumlar vergisi mükellefi oldukları, ancak sözü edilen şartları birarada taşımaları halinde vergiden muaf olacakları anlaşılmaktadır.

Savunma dilekçesi ekinde yer alan Bursa Sanayi ve Ticaret İl Müdürlüğünün davalı Yıldırım Vergi Dairesi Müdürlüğüne hitaben yazdığı 3.6.2004 tarihli yazıda, Bursa ilinde yapı kooperatifleri üst birliğinin bulunmadığı, toplu iş yeri yapı kooperatiflerinin konut yapı kooperatifleri birliğine üye olmalarının mümkün olmadığı ve dört adet konut yapı kooperatifleri birliğinin bulunduğunun belirtilmesine karşın, vergi mahkemesince söz konusu yazıda yapı kooperatifleri ve toplu iş yeri yapı kooperatiflerine yönelik olarak yapılan açıklamaların yanlış değerlendirilmesi sonucunda davacı kooperatifin üye olabileceği konut yapı kooperatifleri üst birliğinin bulunmadığı yolunda yargıya varılması hukuka uygun düşmemiştir.

Bu durumda 29.7.1998 tarihinden itibaren vergiden muafiyet için üst birliğe üye olma şartı getirildiği dikkate alındığında, vergi mahkemesince, 3.6.2004 tarihli yazıda belirtilen üst kuruluşların tescil tarihleri de araştırılmak suretiyle, vergilendirme dönemi olan 2002 yılında üye olunabilecek bir üst birlik olup olmadığının saptanması gerekirken bu yönde bir inceleme yapılmadığı anlaşılmıştır.

Öte yandan, her ne kadar muafiyet şartlarına sahip bir kooperatifin nakit mevcudunu bankaya yatırarak elde ettiği faiz gelirinin ortak dışı bir işlem olarak kabul edilerek vergilendirilmesi mümkün değil ise de, muafiyet şartlarını taşımayan bir kooperatifin kurumlar vergisi mükellefi olarak beyan etmesi gereken kurum kazancına, elde ettiği faiz gelirini de dahil edeceği açık olduğundan vergi mahkemesince yapılacak inceleme sonucunda davacı kooperatifin muafiyet koşullarını taşımadığının saptanması halinde matrahın hukuka uygun olup olmadığı değerlendirilerek karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle verilen kararın cezalı vergi ve fon payının kaldırılmasına ilişkin hüküm fıkrasında hukuka uygunluk görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulüyle Bursa Vergi Mahkemesinin 7.5.2007 gün ve E:2006/1184, K:2007/1390 sayılı kararının söz konusu hüküm fıkrasının bozulmasına, davacıdan 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, 14.10.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Üçüncü Daire
Esas No : 2007/1148
Karar No : 2009/3020

Özeti : 2001 yılından devreden yatırım indirimi tutarının azaltılması yolunda düzenlenen ve dava konusu yapılmayan vergi inceleme raporundaki tespitler irdelenerek 2002 yılına devreden yatırım indirimi tutarının yeniden hesaplanması suretiyle karar verilmesinin hukuka uygun bulunmadığı hakkında.

Temyiz Eden : Karesi Vergi Dairesi Müdürlüğü
Karşı Taraf : ... Kimya Sanayi Ticaret Anonim Şirketi
İstemin Özeti : Tuz imalatı ve ticareti yapan ve 2002 yılı işlemleri incelenen davacı şirket adına, motorin giderlerinin fazla gösterilmesi ve 2001 yılından devreden yatırım indirimi tutarının 2001 yılı için düzenlenen inceleme raporunda hesaplanan tutardan yüksek beyan edilmesi suretiyle dönem kazancının noksan beyanı nedeniyle re'sen salınan kurumlar vergisi ile verginin bir katı tutarında kesilen vergi ziyaı cezasına karşı, vergi ve ceza ihbarnamesinin tebliğinden önce açılan davada; yazılı bildirimin amacının ilgilileri işlemden haberdar etmek ve dava açmalarına olanak sağlamak olduğu gözönünde bulundurulduğunda, adına düzenlenen inceleme raporunda belirlenen tutarda vergi salınacağı ve ceza kesileceğini tarhiyat öncesi uzlaşma toplantısında uzlaşmaya varılamaması nedeniyle öğrenen davacının kendisine ihbarname düzenlenip tebliğ edilmeden açtığı davanın incelenmesine yasal bir engel bulunmadığından, davalı idarenin aksi yoldaki iddiasına itibar edilemeyeceği,düzenlenen inceleme raporunda davacının ... adlı yükümlü tarafından düzenlenen motorin faturalarını gider kayıtlarına aldığının saptanması üzerine yapılan incelemede faturaların ... tarafından da hasılat kayıtlarında gösterildiğinin tespit

edildiği, şirketin akaryakıt kullanımına ilişkin olarak hazırlanan belgede jeneratörün bir saatte 54 litre, günde ortalama 5 saat çalıştığında 250 litre, ayda 26 gün çalışma esasına göre 6.500 litre motorin tükettiği, işletme aktifine kayıtlı kamyonet, kamyon, kepçe, panelvan, forklift ve traktörde aylık motorin sarfiyatının 1.500-2000 litre olduğu belirtildiğinden, davacı şirketin pazarlama-satış-dağıtım giderlerine kaydettiği motorin tutarının doğru olduğunun kabulu gerektiği, ancak ...'dan alınıp genel üretim giderlerine kaydedilen motorinin bir kısmının kabul edilemeyeceği sonucuna varılarak aylık motorin tüketiminin jeneratör için 6.600 litre, diğer iktisadi kıymetler için 1.100 litreden oluşan toplam 7.700 litre olduğu kabul edilerek yapılan hesaplama sonucu belirlenen 6.291.942.585 liranın gider kaydedilemeyeceği, öte yandan, 2001 yılı için düzenlenen inceleme raporunda 2002 yılına devreden yatırım indirimi tutarı 5.607.360.352 lira olarak saptandığı halde davacı tarafından bu tutarın 11.365.476.086 lira olarak hesaplanması ve bu tutarın yeniden değerlemeye tabi tutulması suretiyle 9.155.404.016 lira dönem kazancın haksız mahsup edildiği ileri sürülerek hesaplanan matrah farkı üzerinden tarhiyat yapıldığının anlaşıldığı, davacının gider kayıtlarına aldığı motorin faturalarının düzenleyicisi ... tarafından hasılat kayıtlarına alınmış olması ve davalı idarece sarfedilen elektriğin durumuna göre jeneratörün devreye girdiği ve tüketilen motorin miktarının değişken olduğu gözönünde bulundurulmadan işletmede kullanılan taşıtların kayıtlara alınan miktarda motorin sarfetmediği yolunda bir tespite dayanılmadan jeneratör için aylık 6600 litre, araçlar için 1.100 litre motorin tüketildiği kabul edilerek belirlenen matrah farkının hukuka uygun görülmediği, öte yandan 2002 yılında dönem kazancından fazla mahsup edildiği sonucuna varılan 2002 yılına devreden yatırım indirimi tutarı 2001 yılı için düzenlenen inceleme raporuna dayandığından ve 2001 yılı için davacı adına yapılmış bir tarhiyat bulunmadığından 2002 yılı için yapılan tarhiyata esas matrah farkının hukuka uygun olup olmadığının tespiti bakımından bu raporda yer verilen saptamaların incelenmesi gerektiği, sözü edilen inceleme raporunda davacı şirketin 3750 litre motorini yersiz gider kaydettiği ileri sürülerek matrah farkı hesaplanmış ise de; sahte olduğu yolunda bir tespit bulunmayan faturaların davacı şirket tarafından gider kayıtlarına alınmasında hukuka aykırılık görülmediğinden hesaplanan farkın terkini gerektiği, ancak 2000 yılına ilişkin elektrik tüketim faturasının 2001 yılında gider kaydedilmesi hukuka aykırı olduğundan hesaplanan 3.450.720.240 liranın 2001 yılı kazancına ilavesinin uygun bulunduğu, bu durumda 2002 yılına devreden yatırım indirimi tutarı 8.479.729.929 lira olup, davacının bu tutarı fazla göstermesi nedeniyle hesaplanan fark 4.588.336.388 lira hesaplandığından, bu tutar üzerinden yapılan vergilendirmenin hukuka uygun görüldüğü gerekçesiyle tarhiyatı matrahı azaltarak değiştiren Balıkesir Vergi Mahkemesinin 12.10.2006 gün ve E:2006/345, K:2006/524 sayılı kararının; tarhiyata ilişkin ihbarnamelerin tebliğinden önce açılan davanın incelenemeyeceği, işletmede tüketilen motorin miktarı, davacı şirket tarafından sunulan belgelere göre hesaplandığından, motorin gideri yönünden belirlenen matrah farkında ve inceleme raporu uyarınca yapılan tarhiyatta kanuna aykırılık 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:

Temyize konu yapılan vergi mahkemesi kararının yersiz motorin gideri kaydı nedeniyle hesaplanan farka isabet eden vergi ve cezanın kaldırılmasına ilişkin hüküm fıkrası aynı hukuksal nedenler ve gerekçe uyarınca Dairemizce de uygun görülmüştür.

Tarhiyatın dayanağı 24.4.2006 gün ve 1089/26 sayılı inceleme raporunda davacı şirketin 2002 yılı için verdiği kurumlar vergisi beyannamesinde 2001 yılından devreden yatırım indirimi tutarını, şirketin 2001 yılı işlemlerinin incelenmesi sonucu düzenlenen 24.4.2006 gün ve 2006/1089/24 sayılı inceleme raporunda saptanan 5.607.360.352 lira olarak esas alması gerekirken 11.365.476.080 lira olarak esas alıp, 2002 yılı kurum kazancından mahsup edilen yatırım indirimi tutarını 9.155.404.016 lira fazla göstermesi nedeniyle bu tutarın dönem kazancına ilave edildiği anlaşılmaktadır.

Vergi mahkemesince davacı şirket adına 2001 yılı için düzenlenen inceleme raporu uyarınca tarhiyat yapılmaması ve 2002 yılına ilişkin tarhiyatın 2001 yılından devreden yatırım indirimi tutarına bağlı olduğundan bu rapordaki tespitler irdelenerek karar verilmiş ise de; 2001 yılına ilişkin işlemlerin incelenmesi sonucu düzenlenen raporda yer verilen tespitler esas alınarak belirlenen matrah farklarının, vergi tarhedilmesi sonucunu doğurmasa dahi salt devreden yatırım indirimi tutarının miktarını belirlemesi nedeniyle dava konusu yapılması mümkün olup bu tespitlerle hesaplanan farkların hukuka uygun olup olmadığı hakkında ancak bu raporun dava konusu edilmesi halinde karar verilebilir.

Dava dilekçesi ve dosyada bulunan diğer belgelerin incelenmesinden davacı şirket tarafından 2002 yılı için düzenlenen inceleme raporunda önerilen kurumlar vergisi ve vergi ziyaı cezası için tarhiyat öncesi uzlaşma talebinde bulunulduğu ve toplantıda uzlaşmaya varılamaması üzerine tarhiyata karşı dava açıldığı, ancak 2001 yılı için düzenlenen inceleme raporunun dava konusu yapılmadığı anlaşıldığından, vergi mahkemesince dava konusu yapılmayan inceleme raporundaki tespitler irdelenerek 2001 yılı kazancına ilave edilmesi önerilen matrah farkının azaltılması ve 2002 yılına devreden yatırım indiriminin yeniden hesaplanması suretiyle verilen karar hukuka uygun görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kısmen reddine ve Balıkesir Vergi Mahkemesinin 12.10.2006 gün ve E:2006/345, K:2006/524 sayılı kararının; yersiz motorin gideri kaydı nedeniyle hesaplanan matrah farkına isabet eden kurumlar vergisi ve vergi ziyaı cezasının kaldırılmasına ilişkin hüküm fıkrasının onanmasına, istemin kısmen kabulü ile vergi mahkemesi kararının 2001 yılından devreden yatırım indirimi tutarının fazla gösterilmesi nedeniyle hesaplanan farka isabet eden vergi ve cezaya ilişkin hüküm fıkrasının bozulmasına, 492 sayılı Harçlar Kanununa bağlı (3) sayılı Tarife uyarınca alınması gereken harç dahil olmak üzere yargılama giderlerinin yeniden verilecek kararda karşılanması gerektiğine 14.10.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

VERGİ USULÜ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Üçüncü Daire
Esas No : 2007/2863
Karar No : 2009/2812

Özeti : POS-Imprenter cihazı kullanarak kredi kartı karşılığı hizmet sunan bir işletmenin, üyesi olduğu bankalardan alınan bilgilere göre düzenlenen aylık

satış tutarlarına ilişkin listede yer alan tutarın katma değer vergisi beyannamelerinde toplam tutarın beyan edilen tutardan yüksek olması, kredili satışların bir kısmının kayıt ve beyan dışı bırakıldığının kabulünü gerektirdiğinden, aksini kanıt yükünün davacıya ait olduğu hakkında.

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

İstemin Özeti : Restoran işletmeciliği yapan ve 2002 yılı işlemleri POS-İmprinter cihazı ile yaptığı kredili satışlar yönünden incelenen davacı şirketin hasılatının bir kısmını kayıt ve beyan dışı bırakması nedeniyle adına re'sen salınan vergi ziyaı cezalı kurumlar vergisi, gelir (stopaj) vergisi, geçici vergi üzerinden kesilen vergi ziyaı cezası ve belge düzenlenmemesi nedeniyle kesilen özel usulsüzlük cezasını; tarhiyatın dayanağı inceleme raporu ve eki tutanakta, davacı şirketin kurumlar vergisi beyannamesinde beyan ettiği yıllık satış hasılatının, dönem sonu gelir tablosunda yer alan hasılat tutarıyla uyumlu olduğu ortaya konulmasına karşın yılın üç ayında katma değer vergisi beyannameleriyle beyan edilen hasılat tutarından daha fazla hasılat elde edildiği ve kredi kartı ile yapılan satışlardan elde edilen bu hasılatın bir kısmının kayıt ve beyan dışı bırakıldığı ileri sürülerek matrah farkı belirlenmiş ise de; davacı şirketin kredi kartı aracılığıyla yapılan taksitli satışlarda taksit tutarlarının hesaplara geçtiği aylarda kayıtlara alınan hasılat tutarının katma değer vergisi beyannamelerinde beyan edilen tutardan fazla oluştuğu, taksit tutarlarının karşılığında fatura düzenlenip kayıtlara alındığı yolundaki iddialarının vergilendirmeyi etkileyecek nitelikte olduğu, peşin satışları da bulunan ve yıllık satış hasılatı kurumlar vergisi beyannamelerinde beyan edilen tutarda olan davacı şirketin kredi kartı ile yaptığı satışlarından doğan ve beyan dışı bırakılan hasılatı bulunup bulunmadığı tespit edilmeden dört aylık kredili satışları dikkate alınarak yapılan vergilendirmenin hukuka uygun görülmediği gerekçesiyle kaldıran Gaziantep Vergi Mahkemesinin 24.1.2007 gün ve E:2006/806, K:2007/25 sayılı kararının; Vergi İstihbarat Merkezince bankalardan alınan, POS imprinter cihazı verilen üye iş yerlerinin bu cihazları kullanarak yaptıkları satışlara ilişkin bilgiler ve katma değer vergisi beyanları esas alınarak yapılan inceleme sonucuna dayalı tarhiyatta ve kesilen özel usulsüzlük cezasında kanuna aykırılık bulunmadığı ileri sürülerek bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.
Tetkik Hakimi : Sibel KORUCU

Düşüncesi : İnceleme raporu uyarınca yapılan tarhiyatın hukuka uygun olduğu, bu nedenle tarhiyatın kaldırılması yolunda verilen vergi mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Savcı : Nurten KARAÇAY

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Üçüncü Dairesince işin gereği görüşülüp düşünüldü:

213 sayılı Vergi Usul Kanununun 3'üncü maddesinde vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilşikin muamelelerin gerçek mahiyetinin esas olduğu, ticari gereklere aykırı düşen

normal ve mutad olmayan bir durum iddia edildiğinde, kanıt yükünün iddia edene ait olduğu düzenlenmiştir.

Restoran işletmeciliği yapan davacı şirket adına Maliye Bakanlığı Vergi İstihbarat Merkezi tarafından 2002 yılında üye iş yeri olarak POS-İmprinter cihazını kullandığı bankalardan alınan bilgilere göre hazırlanan listedeki aylık satış tutarları ile katma değer vergisi beyanlarının karşılaştırılması sonucu, Ocak, Şubat ve Mart aylarında yapılan kredili satışlardan elde edilen hasılat tutarının, katma değer vergisi beyannamelerinde yer alan hasılat tutarından fazla olduğu, Aralık ayında ise kredi kartı ile yapılan satışların tümünün beyanlara dahil edildiği saptanmış, Ocak, Şubat ve Mart aylarında elde edilen hasılatın bir kısmının kayıt ve beyan dışı bırakıldığı sonucuna varılarak tarhiyat yapılmış, özel usulsüzlük cezası kesilmiştir.

Vergi ve cezalara karşı, taksitli satışlarda cihazın kullanıldığı ayda belge düzenlendiği için kazancın o ayın gelirine dahil edildiği, dört ayın verilerine göre değerlendirme yapılamayacağı, beyan edilen yıllık hasılat tutarının kredili satış hasılatı tutarından fazla olduğu iddialarıyla açılan davada, vergi mahkemesince davacı iddialarına dayanılarak yıllık beyannamede beyan edilen hasılat tutarı ile gelir tablosunda gösterilen tutarın aynı olduğu, dört aya ait verilerin esas alınması suretiyle yapılan incelemeyle kayıt ve beyan dışı hasılat farkı hesaplanmasının hukuka uygun görülmediği gerekçesiyle vergi ve cezalar kaldırılmıştır.

Müşterilerine POS-İmprinter cihazı kullanarak kredi kartı ile satış hizmeti sunan bir işletmenin, üyesi olduğu bankalardan alınan bilgilere göre düzenlenen aylık satış tutarlarına ilişkin listede yer alan tutarların katma değer vergisi beyannamelerinde beyan edilen tutarlardan yüksek olması, kredili satışların bir kısmının kayıt ve beyan dışı bırakıldığının kabulünü gerektirir. Bu cihazlar kullanılarak yapılan satışların tümünün ya da bir kısmının yasal kayıtlara alınmaması suretiyle hasılatın gizlenmesi halinde bu tutarın, işletme kayıtlarına göre düzenlenerek yıllık beyannameye eklenen gelir tablosunda gösterilemeyeceği açıktır.

Böyle bir durumda gelir tablosu ve yıllık beyannamede aynı tutarda hasılat gösterilmesi ya da peşin satışı da bulunan işletmede kredili satış tutarından daha yüksek tutarda yıllık hasılat beyan edilmesi de hasılatın gizlenmediğine kanıt oluşturmayacağından, vergi mahkemesince yukarıda değinilen kural gereği kredi kartı ile yaptığı satışların tümünü kayıt ve beyanlarına dahil ettiğini kanıt yükü kendisine düşen davacıdan varsa iddialarını kanıtlayan bilgi ve belgeler istenerek, bu bilgi ve belgelerin inceleme raporundaki tespitlerle birlikte değerlendirilmesi suretiyle karar verilmesi gerekirken salt davacı iddialarına dayanılarak yazılı gerekçeyle verilen karar hukuka uygun görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulü ile Gaziantep Vergi Mahkemesinin 24.1.2007 gün ve E:2006/806, K:2007/25 sayılı kararının bozulmasına, 492 sayılı Harçlar Kanununun 13'üncü maddesinin (j) bendi uyarınca alınması gereken harç dahil olmak üzere yargılama giderlerinin yeniden verilecek kararda karşılanması gerektiğine, 30.9.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Üçüncü Daire
Esas No : 2007/1965
Karar No : 2009/3426

Özeti : Vergi-Ceza İhbarnamelerinin yükümlü şirketin bilinen son adresine tebliği yoluna gidilmeksizin ilan yoluyla tebliğinin hukuka uygun bulunmadığı hakkında.

Temyiz Eden : ... Lojistik Hizmetleri Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi
Karşı Taraf : Alemdar Vergi Dairesi Müdürlüğü
İstemin Özeti : Davacı şirket adına Şubat-Eylül ve Aralık 2001 dönemlerine ilişkin muhtasar beyannamelerin verilmemesi nedeniyle salınan ve ilan yoluyla duyurulan gelir (stopaj) vergisi, damga vergisi ve vergi ziyaı cezasının gecikme faiziyle birlikte tahsili amacıyla düzenlenen ödeme emirlerine karşı açılan davada; ilanen tebliğ edilen ve dava konusu yapılmaması nedeniyle kesinleşen cezalı vergilerin gecikme faiziyle birlikte tahsili amacıyla ödeme emri düzenlenmesinin hukuka uygun görüldüğü, ancak Anayasa Mahkemesinin iptal kararı nedeniyle 5479 sayılı Yasa ile yapılan düzenleme gereği ödeme emri içeriği vergi ziyaı cezasının gecikme faizine isabet eden kısmının dayanağı bulunmadığı gerekçesiyle ödeme emrinin gelir (stopaj) vergisi, damga vergisi ve gecikme faizi ile vergi ziyaı cezasının vergi tutarına ilişkin bölümüne isabet eden kısmı yönünden davayı reddeden, ödeme emrinin cezanın gecikme faizine isabet eden kısmını ise iptal eden Kocaeli Vergi Mahkemesinin 30.4.2007 gün ve E:2007/60, K:2007/276 sayılı kararının; ihbarnamelerin usulüne uygun tebliğ edilmediği 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 : 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:

213 sayılı Vergi Usul Kanununun 93'üncü maddesinde tahakkuk fişinden gayri, vergilendirme ile ilgili olup, hüküm ifade eden bilumum vesikalar ve yazıların adresleri bilinen gerçek ve tüzel kişilere posta vasıtasıyla ilmuhaberli taahhütlü olarak, adresleri bilinmeyenlere ilan yolu ile tebliğ edileceği kurala bağlanmış, 101'inci maddesinde, adres değişikliğinde bildirilen adreslerin bilinen adreslerden olduğu düzenlenmiştir.

Davacı şirket adına Şubat-Eylül ve Aralık 2001 dönemi için salınan muhtelif vergi ve cezaların şirkete bilinen adresinde tebliğ edilememesi nedeniyle 29.9.2006 günlü bir yerel gazetede ilanen tebliğ edildiği ve dava konusu yapılmaması üzerine kesinleştiği ileri sürülerek dava konusu ödeme emirleri düzenlenmiştir. Davalı idarece, ödeme emri içeriği vergi ve cezalara ilişkin ihbarnamelerin davacı şirkete 26.7.2005 tarihinde işyerini naklettiği ancak 26.10.2005 tarihinde yapılan yoklamada ve 18.5.2006 günlü adres tespiti sırasında ulaşılamadığı tutanağa bağlanan "..." adresinde ve bu adresten önce faaliyet gösterdiği adreslerde memur eliyle tebliğ edilemediğinden sözü edilerek ihbarnamelerin davacı şirketin 26.9.2006 tarihinde iş yerini naklettiği 3.10.2006 günlü yoklama tutanağına bağlanan "..." adresinde şirkete tebliğ edilemediğine ilişkin 2.11.2006 günlü adres tespit tutanağı da dayanak gösterilerek ilanen tebliğ edildiği anlaşılmaktadır.

"..." adresinde davacı şirkete ulaşılamadığına ilişkin 2.11.2006 günlü adres tespit tutanağının 29.9.2006 tarihinde yapılan ilanen tebligata dayanak olarak kabul edilmesine olanak bulunmadığı gibi, dava dilekçesinde tebligat adresi olarak bildirilen bu adrese Kocaeli Vergi Mahkemesince yürütmenin durdurulması istemi hakkında verilen 30.1.2007 günlü

karar, idarenin savunma dilekçesi ve temyize konu yapılan kararın tebliğ edilmiş olması karşısında tespitin hukuken geçerli olduğundan da söz edilemeyeceği ortadadır.

Yukarıda yer verilen Yasa kuralı gereği davalı idarece ilanen tebliğ yoluna gidilebilmesi için yükümlünün bilinen son adresine posta ya da memur eliyle tebligat yoluna gidilmesi zorunlu olduğundan, şirketin 26.9.2009 tarihinde iş yerini söz konusu adrese naklettiğinin ilanen tebliğ tarihinden önce davalı idarenin bilgisine girip girmediğinin tespiti bakımından Dairemizce verilen 7.10.2009 gün ve E:2007/1965 sayılı ara kararı üzerine davalı idarece; iş yerinin nakledilmesine ilişkin 26.9.2006 günlü ortaklar kurulu kararının aynı tarihte ve Kocaeli 4. Noterliğince tasdik ve ticaret sicilinde tescil ettirildiği, 27.9.2006 gün ve 38691 sayılı dilekçe ile de idarelerince bildirim yapıldığı, bu bildirim üzerine 3.10.2006 gün ve 2006/5786 sayılı yoklama fişinin düzenlendiği açıklanmıştır. Bu durumda ilanen tebliğin yapıldığı 29.9.2006 tarihinde davacı şirketin idarece bilinen son adresi, 27.6.2006 tarihinde idarenin bilgisine giren "..." adresi olup, davalı idarece vergi-ceza ihbarnamelerinin bu adreste tebliği yoluna gidilmeksizin ilanen tebliğ edilmesi hukuka uygun görülmediğinden usulüne uygun olarak kesinleşmiş bir kamu alacağı bulunmadığı sonucuna varılmıştır. Bu nedenle vergi mahkemesince ilanen tebliğ hukuka uygun bulunarak yazılı gerekçeyle verilen kararın bozulması gerekmiştir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulü ile Kocaeli Vergi Mahkemesinin 30.4.2007 gün ve E:2007/60, K:2007/276 sayılı kararının bozulmasına, yargılama giderlerinin yeniden verilecek kararda karşılanması gerektiğine, 4.11.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

DÖRDÜNCÜ DAİRE KARARLARI

KATMA DEĞER VERGİSİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Dördüncü Daire
Esas No : 2007/3699
Karar No : 2009/5106

Özeti : 3065 sayılı Kanun'un 27/5 nci maddesi uyarınca davacının verdiği hizmete ilişkin bedelin Resmi Gazete'de yayımlanan tarifeden düşük olamayacağından tarifede belirlenen ücrete göre katma değer vergisi beyannamesi verilmesi gerektiği hakkında.

Temyiz Eden : Sincan Vergi Dairesi Müdürlüğü
Karşı Taraf : ...
İstemin Özeti : 2004 yılı işlemleri incelenen davacı hakkında düzenlenen inceleme raporu uyarınca 2004/1 ila 7, 9 ila 12, 2005/3 üncü dönemleri için salınan katma değer vergisi ile kesilen vergi ziyaı cezasının kaldırılması istemiyle dava açılmıştır. Ankara 4. Vergi Mahkemesinin 26.1.2007 günlü ve E:2005/1451, K:2007/145 sayılı kararıyla; serbest muhasebeci mali müşavirlik yapan ve 2004 yılı işlemleri katma değer vergisi yönünden incelenen davacının Resmi Gazete'de yayımlanan 2004 yılı serbest muhasebecilik, serbest muhasebeci mali müşavirlik ve yeminli mali müşavirlik asgari ücret tarifesinde belirlenen tutarların altında tahsilat yaptığı, 3065 sayılı Kanunun 27/5 inci maddesinde hizmet bedelinin serbest meslek faaliyetiyle ilgili meslek teşekkülünce tespit edilmiş tarifede gösterilen ücretten düşük olamayacağı hüküm altına alındığından davacının tarifede belirlenen ücret üzerinden katma değer vergisi beyan etmesi gerektiği, buna göre davacı tarafından mükelleflere verilen hizmetler dikkate alınarak her ay için yeniden katma değer vergisi matrahı hesaplandığı, öte yandan, davacının yıl içinde sadece bir işçi olmak üzere toplam otuzdokuz işgünü işçi çalıştırdığı gözönüne alındığında gider kaydedilen giyim harcamalarının demirbaş niteliğinde olduğundan sözedilemeyeceği, 2004 yılı gelirinin % 5 ini geçmeyecek miktarda sağlık ve eğitim harcamalarının gider olarak yazılması gerekirken tamamının gider yazılması nedeniyle bu kısma isabet eden indirim konusu yapılan katma değer vergilerinin reddedildiği, bu şekilde yeniden düzenlenen beyan tablosu uyarınca vergi ziyaı cezalı katma değer vergilerinin salındığı, ancak, davacı tarafından belgesi düzenlenip beyan edilmiş ücretlerin dışında tahsil edildiği halde beyan edilmeyen ücretin olduğuna dair somut bir tespitin olmadığından tarhiyatın bu kısmında hukuka uyarlık bulunmadığı, giyim harcamalarına ait katma değer vergisi ile sağlık ve eğitim giderlerine ait faturalarda yer alan ve beyan edilen gelirin %5 ini aşan harcamalara dair katma değerlerine ilişkin indirimlerin reddinde hukuka aykırılık bulunmadığı, Anayasa Mahkemesince 213 sayılı Kanunun 344/2 nci maddesinin iptaline karar verilmesi nedeniyle vergi ziyaı cezasının gecikme faizsiz olarak hesaplanması gerektiği gerekçesiyle davanın kısmen reddine karar verilmiştir. Davalı İdare, yapılan tarhiyatın hukuka uygun olduğunu ileri sürerek kararın kabule ilişkin kısmının bozulmasını istemektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Tetkik Hakimi Yavuz Şen'in Düşüncesi : Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, temyize konu mahkeme kararının bozulmasını sağlayacak nitelikte bulunmadığından temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dördüncü Dairesince gereği görüşüldü:

2004 yılı işlemleri incelenen davacı hakkında düzenlenen inceleme raporu uyarınca 2004/1 ila 7, 9 ila 12, 2005/3 üncü dönemleri için salınan katma değer vergisi ile kesilen vergi ziyaı cezasının kaldırılması istemiyle açılan davanın kısmen reddine karar veren Vergi Mahkemesi kararının kabule ilişkin kısmı temyiz edilmiştir.

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 27 nci maddesinin 5 inci fıkrasında, serbest meslek faaliyetleri için ilgili meslek teşekküllerince tespit edilmiş bir tarife varsa hizmetin bedelinin bu tarifede gösterilen ücretten düşük olamayacağı öngörülmüş, aynı Kanunun 10 uncu maddesinin c bendinde, kısım kısım mal teslimi veya hizmet yapılması mutad olan veya bu hususlarda mutabık kalınan hallerde, her iki kısmın teslimi veya bir kısım hizmetin yapılması vergiyi doğuran olay olarak belirlenmiştir. 3568 sayılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu'nun 46 ncı maddesinde, ücretin meslek mensuplarının hizmetlerine karşılık olan meblağı ifade ettiği, ücretin asgari miktarının tarife ile belirleneceği, tarifelerin Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe gireceği hüküm altına alınmıştır. 2004 yılı Serbest Muhasebecilik Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Asgari Ücret Tarifesi 31.12.2003 tarih ve 25333 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Dosyanın incelenmesinden serbest muhasebeci mali müşavirlik yapan ve 2004 yılı işlemleri katma değer vergisi yönünden incelenen davacının Resmi Gazete'de yayımlanan 2004 yılı serbest muhasebecilik, serbest muhasebeci mali müşavirlik ve yeminli mali müşavirlik asgari ücret tarifesinde belirlenen tutarların altında tahsilat yaptığı, 3065 sayılı Kanunun 27/5 inci maddesinde hizmet bedelinin serbest meslek faaliyetiyle ilgili meslek teşekkülünce tespit edilmiş tarifede gösterilen ücretten düşük olamayacağı hüküm altına alındığından davacının tarifede belirlenen ücret üzerinde katma değer vergisi beyan etmesi gerektiği, buna göre davacı tarafından mükelleflere verilen hizmetler dikkate alınarak her ay için yeniden hesaplanan katma değer vergisi vergisi matrahı üzerinden tarhiyatın yapıldığı, Vergi Mahkemesince, davacı tarafından belgesi düzenlenip beyan edilmiş ücretlerin dışında tahsil edildiği halde beyan edilmeyen ücretin olduğuna dair somut bir tespitin olmadığından tarhiyatın bu kısmında hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle cezalı verginin bu kısmının kaldırılmasına karar verildiği anlaşılmıştır.

Ancak, davacının verdiği hizmet bedelinin 3065 sayılı Kanunun 27/5 nci maddesi uyarınca 31.12.2003 tarih ve 25333 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 2004 yılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Asgari Ücret Tarifesinde belirlenen ücretten düşük olamayacağından davacının tarifede belirlenen ücret üzerinden katma değer vergisi beyan etmesi gerekmektedir. Bu itibarla, davacı tarafından mükelleflere verilen serbest meslek hizmeti karşılığı asgari ücret tarifesinde belirlenen ücret dikkate alınarak her ay için hesaplanan katma değer vergisi matrah farkı üzerinden yapılan tarhiyatın bu kısmında hukuka aykırılık görülmemiştir.

Bu nedenle, davalı İdarenin temyiz isteminin kabulüyle Ankara 4. Vergi Mahkemesinin 26.1.2007 günlü ve E:2005/1451, K:2007/145 sayılı kararının kabule ilişkin kısmının bozulmasına 26.10.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KURUMLAR VERGİSİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Dördüncü Daire
Esas No : 2009/2933
Karar No : 2009/4672

Özeti : Yürütülen faaliyetle ilgili olarak kullanılmak üzere, arsa ve arazinin de finansal kiralama yoluyla temin edilebileceği hakkında.

Temyiz Eden Taraflar : 1- ...Ayakkabı Deri Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi
Vekili : Av. ...
2- Marmara Kurumlar Vergi Dairesi Müdürlüğü

İstemin Özeti : Davacının 2002 yılı işlemlerinin incelenmesi sonucu, arsa ve arazi kiralamasına yönelik finansal kiralama sözleşmesinin gerçekte arsanın satın alınması amacını taşıdığından muvaazalı olduğu, bu nedenle finansal kiralama ödemelerinin gider olarak kabul edilemeyeceği, yatırım indirimi endeksleme işlemleri ile enflasyon düzeltmesi işlemlerinin hatalı yapıldığı ileri sürülerek, finansal kiralama ödemelerine ilişkin kur farkı gelir ve giderleri de dikkate alınarak düzenlenen vergi tekniği raporu esas alınmak suretiyle, uyuşmazlık dönemi için tanzim edilen inceleme raporu uyarınca 2007/4-6 ayları için geçici vergi salınmış, vergi ziyaı cezası kesilmiştir. İstanbul 6.Vergi Mahkemesinin 5.12.2008 günlü ve E:2008/1506, K:2008/4009 sayılı kararıyla; 12.2.2002 ve 4.6.2002 tarihli finansal kiralama sözleşmeleriyle kiralanan arsa ve arazi için ödenen finansal kira bedellerinin genel yönetim giderlerine intikal ettirildiği, 4 yıllık kira bedelinin büyük kısmının sözleşme anında olmak üzere, %99,5'inin ilk bir yıl içerisinde ödendiği, sözleşmede kira süresinin sonunda 100 Amerikan Doları bedelle gayrimenkulün satın alınacağının kararlaştırıldığı, incelemenin yapıldığı 2007 yılı itibarıyla taşınmazların boş olarak tutulduğu, bir başka finansal kiralama sözleşmesiyle kiralanan üçüncü arsa üzerine inşaata başlanıldığı, bu durumun ise uyuşmazlık konusu taşınmazların kiralanmasının şirketin faaliyetinin yürütülmesiyle ilgili olmadığını gösterdiği, sözleşme hükümleri ve kira bedellerinin ödenme süresi ve şekli ile sözleşmenin sonunda gayrimenkulün kiracı tarafından çok düşük bedelle satın alınacağının kararlaştırılmış olmasının, görünürde finansal kiralama sözleşmesi olan sözleşmenin gerçekte satım sözleşmesi olduğu, muvaazalı işlemle finansal kiralama sözleşmesi olarak gösterilen söz konusu işlemlerle kazancın azaltılmasının amaçlandığı ileri sürülerek finansal kira bedeli olarak giderlere intikal ettirilen tutarların giderlerden çıkartılması ve yatırım indirimi istisnası da dikkate alınmak suretiyle tarhiyat yapıldığının anlaşıldığı, davacı şirket tarafından amortisman yoluyla itfa edilemeyecek bir değer olan boş arsa ve arazilerin satın alınması yerine vergisel avantaj sağlayıcı finansal kiralama yoluyla işletmeye katılmasının amaçlandığı, davacının kira yükünden kurtulmak amacıyla finansal kiralama yolunu seçmiş görülmekle birlikte, dört yılda tamamlanması gereken ödemelerin %99' unun bir yılda ödendiği, anılan taşınmazlar üzerine herhangi bir inşaata da başlanılmadığının görüldüğü, finansal kiralama işleminin ekonomik ve ticari icaplara uygun olabilmesi için finansal kira bedelinin satınalma değerinden düşük olması gerektiği, oysa davacının kira bedellerinin tamamına yakınını ilk

yılda ödediği ve diğer yıllarda ise sembolik ödemeler yaptığı, bu durumda amortisman yoluyla itfa edilemeyecek arsa ve arazinin bedelleri finansal kiralama yoluyla gider yazılarak vergisel avantaj sağlandığı, asıl amacın sözkonusu taşınmazların satın alınması ve sözleşmelerin de satış sözleşmesi mahiyetinde olduğu sonucuna ulaşıldığı, bu nedenle gider yazılan finansal kiralama bedellerinin giderlerden çıkartılması ve 193 sayılı Kanunun geçici 69 uncu maddesinde düzenlenmiş olan yatırım indirimi ile yeniden değerleme durumu da dikkate alınarak bulunan matrah farkının yasaya uygun olduğu, ancak, 193 sayılı Kanunun mükerrer 120 nci maddesi ile dava konusu tarhiyatın dayanağı vergi inceleme raporunda belirtildiği üzere mahsup dönemi geçen geçici vergi aslının aranmasına olanak bulunmadığı gerekçesiyle, geçici verginin kaldırılmasına, vergi ziyaı cezasına ilişkin davanın ise reddine karar verilmiştir. Davacı, toplam yedi adet işyerinden dördünün kira olduğu, kiraların yüksek olması nedeniyle sözkonusu taşınmazlar üzerine işyeri yapılmasının planlandığını, ancak, daha sonra fabrika binasına bitişik olan arsanın da kiralanması nedeniyle inşaat önceliğinin bitişik taşınmaza verildiğini, boş arsa ve arazinin finansal kiralamaya konu edilemeyeceği veya üzerine belirli sürede bina yapılması gerektiği yolunda bir düzenleme bulunmadığı gibi, İstanbul Defterdarlığının boş arsanın da finansal kiralamaya konu edilebileceği yolunda muktezasının bulunduğunu, olayda muvazaa bulunmadığını, zira, tapuya tescilli taşınmazların vadeli satışının sözkonusu olamayacağını, finans kurumunun satış şeklinde bir iradesinin bulunmadığını, satışın ne zaman gerçekleştiği hususuna inceleme raporunda açıklık kazandırılamadığı gibi bu konuda gerekli düzeltmelerin de inceleme elemanınca yapılmadığını, inceleme elemanınca satış kabul edilmesine karşın tapu harcı tarhiyatı önerilmediği ve sonraki sözleşmeyle kiralanan aynı mahiyetteki arsanın da eleştirilmediğini, incelemenin dört yıldan fazla sürdüğünü, matrah farkının muvaaza, kur farkı, yatırım indirimi endekslemesi ve enflasyon düzeltmesi kalemlerinden oluşmasına karşın Mahkemenin sadece muvaaza iddiasını incelediğini, diğer hususları incelemediğini, varsayıma dayalı tarhiyatın yasal olmadığını, davalı İdare ise, geçici vergi aslının da hukuka uygun olduğunu ileri sürerek kararın bozulmasını istemektedirler.

Savunmanın Özeti : Taraflar karşılıklı olarak temyiz istemlerinin reddi gerektiğini savunmuşlardır.

Tetkik Hakimi Mehmet Sönmez'in Düşüncesi : 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanununda, taşınır ve taşınmaz malların kiralama sözleşmelerine konu olabileceği belirtilmiş, Kanunun 5 inci maddesinde sadece patent gibi fikri ve sınai hakların sözleşmeye konu olamayacağı hükmü öngörülmüş, bunun dışında bir konu sınırlandırılması getirilmediği gibi, finansal kiralamaya konu edilen taşınmazlar arasında da bir ayrım yapılmamıştır. Dosyada yer alan bilgi ve belgelere göre, davacının faaliyetiyle ilgili olarak kullanılmak üzere temin edildiği anlaşılan uyuşmazlık konusu taşınmazlara ilişkin finansal kiralama sözleşmelerinin muvaazalı olduğundan sözedilemez. Bu nedenle bulunan matrah farkı yasaya uygun olmadığından, tarhiyatın bu kısmı kaldırılması; yatırım indirimi endekslemesi, enflasyon düzeltmesi işlemleri ile kur farkı gelir ve giderleri yönünden ise yeniden değerlendirme yapılması, yapılacak değerlendirme sonucu matrah farkı bulunması halinde ise geçici verginin mahsup dönemi de dikkate alınarak yeniden karar verilmesi gerektiği, bu nedenle Mahkeme kararının bozulması gerekeceği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Abdurrahman Gençbay'ın Düşüncesi : 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanunu'nun 1 inci maddesinde, kanunun amacının, finansman sağlayama yönelik finansal kiralamayı düzenlemek olarak belirtilmiş, 4 üncü maddesinde, finansal kiralama sözleşmesinin kiralayanın kiracının talebi ve seçimi üzerine üçüncü kişiden satın aldığı veya başka suretle temin ettiği bir malın zilyetliğini, her türlü faydayı sağlamak üzere ve belli bir süre feshedilmemek şartı ile kira bedeli karşılığında kiracıya bırakılmasını öngören bir sözleşme olduğu, 5 inci maddesinde, sözleşmeye, taşınır ve taşınmaz malların konu olabileceği, patent gibi fikri ve sınai hakların bu sözleşmeye konu olamayacağı düzenlemesine yer verilmiştir.

Finansal kiralama sözleşmelerinin konusunu belirleyen anılan Kanunun 5 inci maddesinde taşınır ve taşınmaz malların bu sözleşmeye konu olabileceği belirtilmiş ve madde metninde patent gibi fikri ve sınai haklar dışında bir konu sınırlandırılması getirilmemiştir. Dolayısıyla yükümlünün faaliyetiyle ilgili olarak kullanılan malın finansal kiralamaya konu edilmesine yasal bir engel bulunmamaktadır. Dosya içeriğinden, finansal kiralamaya konu edilen gayrimenkullerin Şirketin faaliyeti eçerçevesinde kullanıldığı anlaşıldığından, bu sözleşme hükümleri çerçevesinde davacının söz konusu gayrimenkulle ilgili olarak yaptığı finansal kiralama ödemelerinin doğrudan gider olarak gösterilmesi yasaya uygundur. Bu giderlerin dönem matrahının tespitinde indirilecek gider olarak kabul edilmemesi suretiyle yapılan tarhiyatta ve tarhiyata karşı açılan davanın bu hususa ilişkin kısmını reddeden Mahkeme kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.

Öte yandan dava konusu edilen cezalı tarhiyatın dayanağı inceleme raporunda yatırım indirimi endeksleme işlemleri ile enflasyon düzeltmesi işlemlerinin hatalı olduğu ileri sürülerek ve finansal kiralama ödemelerine ilişkin kur farkı gelir ve giderleri de hesaplanmak suretiyle matrah farkı tespit edilmiş olmasına karşın Mahkemece bu hususa ilişkin olarak bir değerlendirme yapılmamış ve hüküm kurulmamıştır.

Açıklanan nedenlerle temyiz istemlerinin kabulü ile temyize konu Vergi Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dördüncü Dairesince, dava dosyası tekemmül ettiği için tarafların yürütmenin durdurulması istemlerinin incelenmesine ve duruşma yapılmasına gerek görülmeyerek işin esası incelenip gereği görüşüldü:

Davacının 2002 yılı işlemlerinin incelenmesi sonucu, arsa ve arazi kiralamasına yönelik finansal kiralama sözleşmesinin gerçekte arsanın satın alınması amacını taşıdığından muvaazalı olduğu, bu nedenle finansal kiralama ödemelerinin gider olarak kabul edilemeyeceği, yatırım indirimi endeksleme işlemleri ile enflasyon düzeltmesi işlemlerinin hatalı yapıldığı ileri sürülerek, finansal kiralama ödemelerine ilişkin kur farkı gelir ve giderleri de dikkate alınarak düzenlenen vergi tekniği raporu esas alınmak suretiyle, uyuşmazlık dönemi için tanzim edilen inceleme raporu uyarınca 2007/4-6 ayları için salınan geçici vergiyi kaldıran, vergi ziyaı cezasına ilişkin davayı ise reddeden Vergi Mahkemesi kararı taraflarca temyiz edilmiştir.

193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 40 ıncı maddesinin 1 inci fıkrasının 1 numaralı bendinde, safi kazancın tespitinde, ticari kazancın elde edilmesi ve idame ettirilmesi için yapılan genel giderlerin indirileceği hükmüne yer verilmiş, 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanunu'nun 1 inci maddesinde, kanunun amacının, finansman sağlamaya yönelik finansal kiralamayı düzenlemek olarak belirtilmiş, 4 üncü maddesinde, finansal kiralama sözleşmesinin kiralayanın kiracının talebi ve seçimi üzerine üçüncü kişiden satın aldığı veya başka suretle temin ettiği bir malın zilyetliğini, her türlü faydayı sağlamak üzere ve belli bir süre feshedilmemek şartı ile kira bedeli karşılığında, kiracıya bırakılmasını öngören bir sözleşme olduğu, 5 inci maddesinde, sözleşmeye, taşınır veya taşınmaz malların konu olabileceği, patent gibi fikri ve sınai hakların bu sözleşmeye konu olamayacağı, 6 ncı maddesinde, finansal kiralama bedeli ve ödeme dönemlerinin taraflarca belirlenebileceği, bu bedellerin sabit veya değişken olabileceği, 7 nci maddesinde bu sözleşmelerin en az dört yıl süreyle feshedilemeyeceği ve hangi kiralama hallerinde bu sürenin kısalacağının Bakanlar Kurulunca yürürlüğe konulacak bir yönetmelikle belirleneceği düzenlenmiştir.

Yukarıda anılan Kanun, finansman sağlamaya yönelik özel bir Kanun olup, bu düzenleme ile kiracının sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmesi kayıt ve şartıyla kiralayana gayrimenkulün satın alınması için sözleşmede öngörülen süre içinde yazılı ihbarda bulunmak suretiyle ve belirlenen bedel üzerinden satın alma hakkına sahip olacağı öngörülmüştür.

Finansman sağlamaya yönelik düzenleme ile finansal kiralama konusu mal, finansal kiralama şirketinin mülkiyetinde olduğundan kiralayan tarafından aktife kaydedilmekte, kiracı tarafından ise işletmeye dahil edilememekte, aktife alınamamakta ve bilançoda maddi duran varlıklar içinde gösterilmemektedir. Bu nitelikleri dikkate alındığında finansal kiralama sözleşmesi Medeni Kanunun ilgili maddelerinde düzenlenen mülkiyeti muhafaza kaydıyla satış, taksitli satış gibi sözleşmelerden farklı ve kendine özgü bir sözleşmedir. Bu durumda finansal kiralamanın taksitli satış ya da doğrudan satış işlemi olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.

İncelenen dosyada; Vergi Mahkemesi, davacı şirket tarafından amortisman yoluyla itfa edilemeyecek boş arsa ve arazilerin satın alınması yerine finansal kiralama yoluyla işletmeye katılarak vergisel avantaj sağlanmasının amaçlandığı, davacının kira yükünden kurtulmak amacıyla finansal kiralama yolunu seçmiş görülmekle birlikte, dört yılda tamamlanması gereken ödemelerin %99' unun bir yılda ödendiği, taşınmazlar üzerine herhangi bir inşaata da başlanılmadığının görüldüğü, finansal kiralama işleminin ekonomik ve ticari icaplara uygun olabilmesi için finansal kira bedelinin satınalma değerinden düşük olması gerektiği, oysa davacının kira bedellerinin tamamına yakınını ilk yılda ödediği ve diğer yıllarda ise sembolik ödemeler yaptığı, asıl amacın sözkonusu taşınmazların satın alınması ve sözleşmelerin de satış sözleşmesi mahiyetinde olduğu sonucuna ulaşmıştır.

3226 sayılı Finansal Kiralama Kanunu'nun yukarıda belirtilen hükümlerinde, taşınır ve taşınmaz malların kiralama sözleşmelerine konu olabileceği belirtilmiş, Kanunun 5 inci maddesinde sadece patent gibi fikri ve sınai hakların sözleşmeye konu olamayacağı hükmü öngörülmüş, bunun dışında bir konu sınırlandırılması getirilmediği gibi, finansal kiralamaya konu edilen taşınmazlar arasında da bir ayrım yapılmamıştır. Kanundaki bu hükümler ile dosya içinde yer alan bilgi ve belgelerin birlikte incelenmesinden, davacının faaliyetiyle ilgili olarak kullanılmak üzere temin edildiği anlaşılan uyuşmazlık konusu taşınmazlara ilişkin finansal kiralama sözleşmelerinin muvaazalı olduğundan sözedilemez. Bu nedenle, bulunan matrah farkında yasaya uyarlık görülmemiştir.

Öte yanda, davaya konu matrah farkının, finansal kiralama sözleşmelerinin muvaazalı olduğu iddiasının yanısıra, yatırım indirimi endeksleme işlemleri ile enflasyon düzeltmesi işlemlerinin hatalı yapıldığı ileri sürülerek, ayrıca finansal kiralama ödemelerine ilişkin kur farkı gelir ve giderleri de hesaplanmak suretiyle bulunmasına karşın, Vergi Mahkemesince, yatırım indirimi endeksleme işlemleri, enflasyon düzeltmesi işlemleri, kur farkı gelir ve giderlerinin hukuka uygunluğu ve matraha etkisi yönünden bir inceleme ve değerlendirme yapılmadığı gibi, Vergi Mahkemesi, inceleme raporunda, geçici verginin mahsup dönemi geçtiğinden aranmayacağının belirtildiğini ifade etmesine karşın, inceleme raporunda bu yönde bir belirleme yapılmamış olup, verginin dönemi ile tarhiyatın yapıldığı tarih dikkate alındığında incelenen dönemde mahsup döneminin geçmediği de anlaşılmaktadır.

Bu durumda, finansal kiralama sözleşmelerinin muvaazalı olduğu iddiasıyla bulunan matrah farkı hakkında yukarıda belirtilen hukuki niteleme dikkate alınarak ve diğer matrah kalemleri hakkında ise dosyadaki bilgi ve belgeler ile tarafların sözkonusu hususlara ilişkin iddiaları da araştırılmak suretiyle yeniden bir karar verilmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle, tarafların temyiz istemlerinin kabulüyle, İstanbul 6.Vergi Mahkemesinin 5.12.2008 günlü ve E:2008/1506, K:2008/4009 sayılı kararının bozulmasına 24.9.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Dördüncü Daire
Esas No : 2007/5648
Karar No : 2009/4728

Özeti : Katma değer vergisi matrahını oluşturan mal teslimi ve hizmet bedellerinin maliyet ve gider unsuru dikkate alınmadan kurumlar vergisine esas matrah olarak dikkate alınmasının hukuka aykırı olduğu hakkında.

Temyiz Eden : Üsküdar Vergi Dairesi Müdürlüğü
Karşı Taraf : ... Sağlık ve Sosyal Hizmetler Medikal Temizlik Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi
Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Defter ve belgelerini incelemeye ibraz etmeyen davacı şirket adına 2002 yılı için takdir komisyonunca belirlenen matrah üzerinden re'sen kurumlar vergisi salınmış, fon payı hesaplanıp, vergi ziyaı cezası kesilmiştir. İstanbul 4.Vergi Mahkemesinin 10.7.2007 gün ve E:2006/1152, K:2007/1711 sayılı kararıyla; 2002 yılı defter ve belgelerinin incelemeye ibraz edilmemesi üzerine takdir komisyonunca belirlenen matrah üzerinden davacı şirket adına re'sen tarhiyat yapıldığından, defter ve belgelerin ibrazına ilişkin yazının usul hükümlerine uygun olarak tebliğ edilip edilmediği hususunun uyuşmazlığın çözümü için önemli olduğu, olayda, defter ve belge isteme yazısının, davacı şirketin tarh dosyasındaki adresine tebliğe çıkarıldığı ancak belirtilen adreste böyle bir apartman bulunmamasının tespiti üzerine şirketin yeni ortak ve yöneticilerine tebliğ çıkarılması gerekirken şirketteki hisselerini 18.10.2002 tarihi itibariyla devreden eski ortağın ikametgah adresinde annesine tebliğ edildiği, her ne kadar inceleme elemanınca düzenlenen basit raporla hisse devrinin geçersiz olduğu, eski ortak ve müdürlerin sorumluluğunun devam ettiği belirtilmekte ise de, inceleme elemanının hisse devrini geçersiz sayma gibi bir yetkisi bulunmadığı, bu hususta dava açılması gerektiğinden eski ortağa defter ve belge isteme yazısı tebliğ edilmesine karşın defter ve belgelerin ibraz edilmediğinden söz edilerek takdir komisyonunca belirlenen matrah üzerinden yapılan tarhiyatta hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle vergi ve cezaların kaldırılmasına karar verilmiştir. Davalı İdare, defter ve belgeleri incelemeye ibraz etmeyen davacı adına yapılan tarhiyatın yasal olduğunu ileri sürerek kararın bozulmasını istemektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Tetkik Hakimi Hülya Z.Yıldırım'ın Düşüncesi : Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, temyize konu mahkeme kararının bozulmasını sağlayacak nitelikte bulunmadığından temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dördüncü Dairesince gereği görüşüldü:

Defter ve belgelerini incelemeye ibraz etmeyen davacı şirket adına 2002 yılı için takdir komisyonunca belirlenen matrah üzerinden re'sen salınan kurumlar vergisi,

hesaplanan fon payı ile kesilen vergi ziyaı cezasının kaldırılmasına karar veren Vergi Mahkemesi kararı temyiz edilmektedir.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 3/B maddesinde, vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyetinin esas olduğu belirtilmiş, 30 uncu madde de, re'sen 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 şeklinde tanımlanarak, re'sen takdir sebepleri bentler halinde sayılmış, 3 üncü bentte, bu kanuna göre tutulması mecburi olan defterlerin vergi incelemesi yapmaya yetkili olanlara herhangi bir sebeple ibraz edilmemesi re'sen takdir sebebi olarak belirtilmiştir. Aynı Kanunun 31 inci maddesinde ise takdir komisyonunca belli edilen matrah veya matrah kısmının takdir kararına bağlanacağı belirtilmiş ve takdir kararlarında mutlaka takdir edilen matrah ve takdirin müstenidatı ve takdir hakkında izahatın bulunması gerektiği açıklanarak, 72 nci maddenin birinci fıkrasına göre kurulan takdir komisyonlarının, 74 üncü maddedeki görevleri dolayısıyla bu Kanunda yazılı inceleme yetkisini haiz oldukları, komisyon yetkilerini belirleyen 75 inci maddenin birinci fıkrasında düzenlenmiştir. 134'üncü maddede de, vergi incelemesinden amacın, ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırarak, tespit etmek ve sağlamak olduğu açıklanmıştır.

Buna göre, Türk Vergi Sisteminde genel kanaate ve varsayıma dayalı olarak vergilendirme yapılması mümkün bulunmamaktadır. Gerçek gelirin vergilendirilmesi amaçlanarak bu amaca yönelik incelemeler yapılıp, Vergi Usul Kanununda usul ve esasları belirtilen tarh şekilleri uygulanarak gerçek veya gerçeğe en yakın biçimde vergiyi doğuran olayın ortaya çıkarılması ve bununla ilgili somut kanıtların ortaya konulması zorunludur.

Dosyanın incelenmesinden, 2002 yılı defter ve belgelerini isteme yazısının 18.10.2002 tarihinde şirketteki hisselerini devreden eski ortak ...'ın annesine 20.11.2003 tarihinde tebliğ edilmesine karşın defter ve belgelerin ibraz edilmemesi üzerine takdir komisyonunca belirlenen matrah üzerinden re'sen tarhiyat yapıldığı ve takdir komisyonunca matrah takdir edilirken davacının 2002/1-12 nci dönem katma değer vergisi beyannamelerinde yer alan teslim ve hizmet bedelleri tutarının esas alındığı anlaşılmaktadır. Takdir komisyonunca belirlenen bu matrah üzerinden yapılan re'sen tarhiyata karşı açılan davada, Mahkemece defter ve belge isteme yazısı, şirketin yeni ortakları ve yöneticilerine tebliğe çıkarılmadan şirket hisselerini 18.10.2002 tarihinde devreden eski ortağa yapılan tebligatın hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle vergi ve cezaların kaldırılmasına karar verilmiş ise de, defter ve belge isteme yazısının yeni ortaklara ikametgah adreslerinde tebliğe çalışıldığı ancak anılan şahıslarının adreslerinde bulunmadığı ve bu hususun dosyaya ekli 31.10.2003 günü düzenlenen 15 ve 19 sıra nolu yoklama fişleri ile tespit edildiği anlaşıldığından vergi Mahkemesinin gerekçesinde hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 20/1 inci maddesinde teslim ve hizmet işlerinde matrah, bu işlemlerin karşılığını teşkil eden bedel olup, üzerinden katma değer vergisi hesaplanmaktadır. Öte yandan, kurumlar vergisinde matrah, mükelleflerin bir hesap dönemi içinde elde ettikleri safi kurum kazancı üzerinden hesaplanmakta ve safi kurum kazancı hesaplanırken maliyet ve gider unsurlarının dikkate alınması gerekmektedir. Dolayısıyla inceleme yetkisine haiz takdir komisyonunca gerçek gelirin vergilendirilmesi ilkesi gereği herhangi bir inceleme ve araştırma yapılmadan katma değer vergisi matrahını oluşturan teslim ve hizmet bedellerinin, maliyet ve gider unsurları dikkate alınmadan vergi matrahı olarak takdir olunmasında hukuka uygunluk bulunmadığından tarhiyatın kaldırılmasına karar veren Vergi Mahkemesi kararında sonucu itibariyla hukuka aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin reddine, İstanbul 4.Vergi Mahkemesinin 10.7.2007 gün ve E:2006/1152, K:2007/1711 sayılı kararının belirtilen gerekçe ile onanmasına 7.10.2009 gününde esasta oybirliğiyle gerekçede oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 93 üncü maddesinin 1 inci fıkrasında tahakkuk fişinden gayri, vergilendirme ile ilgili olup, hüküm ifade eden vesikalar ve yazıların adresleri bilinen gerçek ve tüzel kişilere posta vasıtasıyla ilmuhaberli taahhütlü olarak, adresleri bilinmeyenlere ilan yolu ile tebliğ edileceği belirtilmiş, aynı Kanunun 101 inci maddesinde de bu Kanuna göre bilinen adresler 8 bent halinde sayılarak mektupların gönderilmesinde bu adreslerden tarih itibariyle tebligat yapacak makama en son olarak bildirilmiş veya bu makamca tespit edilmiş olanın nazara alınacağı ifade edilmiştir.

Olayda, defter ve belge isteme yazısı şirket adresinde tebliğ edilememesi ve şirketin yeni ortaklarının adreslerinde bulunamaması üzerine şirketin eski ortağı olan şahsın annesine tebliğ edilmiş, defter ve belgelerin ibraz edilmemesi üzerine 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 30/3 üncü maddesi uyarınca takdir komisyonunca belirlenen matrah üzerinden davacı adına re'sen tarhiyat yapılmış ise de, yukarıda belirtilen 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 101 inci maddesinde sayılan "bilinen adresler" arasında şirketin kanuni temsilcisi veya ortakların ev yada iş adresleri sayılmadığından bu adreslere defter ve belge isteme yazısının tebliğ edilmesine karşın defter ve belgelerin ibraz edilmemesi halinde re'sen takdir sebebinin varlığından söz etmek mümkün değildir.

Dolayısıyla, dava konusu uyuşmazlıkta resen takdir sebebi bulunmadığından yapılan tarhiyatta hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

Bu nedenle, Mahkeme kararı sonucu itibariyla yasaya uygun görüldüğünden temyiz isteminin bu gerekçe ile reddi gerektiği oyu ile kararın gerekçesine katılmıyorum.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Dördüncü Daire
Esas No : 2007/5766
Karar No : 2009/4736

Özeti : Serbest bölgelerin ve ticari işletmelerin kuruluş amaçlarına aykırı görünen bazı faaliyetlerin aslında bu amaçlara aykırı olmadığı, yürütülen faaliyetin özelliğinden veya işletmenin organizasyon şeklinden kaynaklandığının ilgililerince kanıtlanma imkanının ve Mahkemelerce de bu iddiaların incelenme zorunluluğunun bulunduğu hakkında.

Temyiz Eden : Anadolu Kurumlar Vergi Dairesi Müdürlüğü
Karşı Taraf : ... Makina Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi
İstemin Özeti : 2002 yılı işlemleri incelenen davacı adına serbest bölgede bulunan ve ortaklık yapısı bakımından ilişki içinde olduğu firmaya emsaline göre düşük bedelle emtia satarak örtülü kazanç dağıtımında bulunduğu ve bu şekilde vergiye tabi kazancını azalttığı belirtilerek düzenlenen vergi inceleme raporuna göre salınan kurumlar vergisi ile kesilen vergi ziyaı cezasının kaldırılması istemiyle dava açılmıştır. İstanbul 3. Vergi Mahkemesi, 2.7.2007 günlü ve E:2006/3306, K:2007/1795 sayılı kararıyla; 5422 sayılı Kanunun 17 nci maddesinin 1 inci bendinde; şirketin kendi ortakları, ortaklarının ilgili bulunduğu gerçek ve tüzel kişiler, idaresi, murakabesi veya sermayesi bakımlarından vasıtalı

vasıtasız olarak bağlı bulunduğu veya nüfuzu altında bulundurduğu gerçek ve tüzel kişiler ile olan münasebetlerinde emsaline göre göze çarpacak derecede yüksek veya düşük fiyat ve bedeller üzerinden yahut bedelsiz olarak alım, satım, imalat, inşaat muamelelerinde ve hizmet ilişkilerinde bulunması halinde kazancın tamamen veya kısmen örtülü olarak dağıtılmış sayılacağının, 3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanunu'nun 1 inci maddesinde, serbest bölge kurulmasının amacının ihracaat 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 olduğunun belirtildiği, aynı Kanunun 6 ncı maddesinde, serbest bölgeler gümrük hattı dışında sayılarak, Türkiye'deki tam ve dar mükellef gerçek ve tüzel kişilerin serbest bölgedeki faaliyetleri dolayısıyla elde ettikleri kazanç ve iratların Türkiye'nin diğer yerlerine getirildiğinin kambiyo mevzuatına göre tevsiki halinde bu kazanç ve iratların gelir ve kurumlar vergisinden muaf tutulduğu, davacı hakkında düzenlenen inceleme raporunda, serbest bölgede faaliyet gösteren ve ortaklık yapısı bakımından ilişki içinde olduğu firmaya düşük bedelle sattığı malların aynı gün veya bir kaç gün içinde hiç bir değişikliğe tabi tutulmaksızın daha yüksek fiyatlarla yurt dışına ihraç edildiği ve bu şekilde kazancını serbest bölgede faaliyet gösteren firmaya aktardığı belirtilip, aradaki fiyat farkı esas alınarak hesaplanan matrah farkı üzerinden tarhiyat yapıldığının anlaşıldığı, davacı şirket ile ilgili olarak yapılan tespitler 213 sayılı Kanunun 134 üncü maddesinde belirtilen esaslara uygun olmadığı gibi serbest bölgeler için getirilen özel hükümler yok sayılarak ve emsaline göre göze çarpacak derecede düşük bedelle satış yapıldığı hususu tespit edilmeden yapılan tarhiyatın yasal olmadığı gerekçesiyle vergi ve cezaların kaldırılmasına karar vermiştir. Davalı İdare, yapılan işlemlerin yasal olduğunu ileri sürerek kararın bozulmasını istemektedir.

Savunmanın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hakimi Hayrettin Korucu'nun Düşüncesi : Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, temyize konu mahkeme kararının bozulmasını sağlayacak nitelikte bulunmadığından temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dördüncü Dairesince gereği görüşüldü:

2002 yılı işlemleri incelenen davacı adına serbest bölgede bulunan ve ortaklık yapısı bakımından ilişki içinde olduğu firmaya emsaline göre düşük bedelle emtia satarak örtülü kazanç dağıtımında bulunduğu ve bu şekilde vergiye tabi kazancını azalttığı belirtilerek düzenlenen vergi inceleme raporuna göre salınan kurumlar vergisi ile kesilen vergi ziyaı cezasını kaldıran Mahkeme kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

5422 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 17 nci maddesinin 1 nci fıkrasında, şirketin kendi ortakları, ortaklarının ilgili bulunduğu gerçek ve tüzel kişiler, idaresi, murakabesi veya sermayesi bakımlarından vasıtalı, vasıtasız olarak bağlı bulunduğu veya nüfuzu altında bulundurduğu gerçek ve tüzel kişiler ile olan münasebetlerinde emsaline göre göze çarpacak derecede yüksek veya düşük fiyat veya bedeller üzerinden yahut bedelsiz olarak alım, satım, imalat, inşaat muamelelerinde ve hizmet ilişkilerinde bulunulması halinde kazancın tamamen veya kısmen örtülü olarak dağıtılmış sayılacağı, aynı Kanunun 15 nci maddesinin 1 nci fıkrasının 3 numaralı bendinde de,sermaye şirketlerince dağıtılan örtülü kazançların kurum kazancının tespitinde indirim olarak kabul edilmeyeceği belirtilmiştir.

213 sayılı Vergi Usul Kanununun 3 üncü maddesinde, vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyetinin esas olduğu, vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyetinin yemin hariç her türlü delille ispatlanabileceği, iktisadi,ticari ve teknik icaplara uymayan veya olayın özelliklerine göre normal ve mutad olmayan bir durumun iddia olunması halinde ispat külfetinin bunu iddia eden tarafa ait olacağı, 134 üncü maddesinde de vergi incelenmesinden maksadın ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak,tespit etmek ve sağlamak olduğu kurala bağlanmış, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun dosyaların incelenmesi başlıklı 20 nci maddesinin birinci fıkrasında da, Danıştay ile İdare ve Vergi Mahkemelerinin bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yapacakları, Mahkemelerin belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilecekleri hükmüne yer verilmiştir.

3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanunu'nun "Amaç ve Kapsam" başlıklı 1 inci maddesinde, " Bu Kanun, Türkiye'de ihracat için yatırım ve üretimi artırmak, yabancı sermaye ve teknoloji girişini hızlandırmak, ekonominin girdi ihtiyacını ucuz ve düzenli şekilde temin etmek, dış ticaret ve finansman imkanlarından daha fazla yararlanmak üzere, serbest bölgelerin kurulması, yer ve sınırlarının tayini, yönetimi, faaliyet konularının belirlenmesi, işletilmesi, bölgedeki yapı ve tesislerin teşkili ile ilgili hususları kapsar." düzenlemesine yer verilmiş, 6 ncı maddesinin uyuşmazlık dönemi için uygulanacak halinde,serbest bölgeler gümrük hattı dışında sayılmış ve Türkiye'deki tam ve dar mükellef gerçek ve tüzel kişilerin serbest bölgedeki faaliyetleri dolayısıyla elde ettikleri kazanç ve iratların Türkiye'nin diğer yerlerine getirildiğinin kambiyo mevzuatına göre tevsiki halinde, bu kazanç ve iratların gelir ve kurumlar vergisinden muaf tutulduğu belirtilmiştir.

Ticari işletmeler, kar elde etmek amacıyla faaliyet gösteren kuruluşlardır. Satılan malın mümkün olan en yüksek fiyatla satılması ise karı artırıcı bir unsurdur. Satışa konu emtianın mümkün olduğunca aracılar devre dışı bırakılarak doğrudan satılması firmaların lehine bir durum olmakla birlikte, bu husus ticari hayatta her zaman mümkün olmamakta, satıcı firmanın büyüklüğü ve organizasyon yeteneğine göre değişmektedir. Bu durumun yukarıda belirtilen yasal düzenlemelerle birlikte değerlendirilmesinden, serbest bölgede yürütülen faaliyetlerin kuruluş amacına uygun olması gerektiği ve vergi muafiyetinin de bu amacı desteklemeye yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Ancak, serbest bölgelerin ve ticari işletmelerin kuruluş amaçlarına aykırı görünen bazı faaliyetlerin aslında bu amaçlara aykırı olmadığı, yürütülen faaliyetin özelliğinden veya işletmenin organizasyon şeklinden kaynaklandığının ilgililerince kanıtlanma imkanının varlığı ve Mahkemelerce de bu iddiaların incelenme zorunluluğunun bulunduğu açıktır.

İncelenen dosyada, davacı kurumun doğrudan kendisinin ihracat yapması halinde daha yüksek fiyatla satabileceği emtiayı, muvazaalı olarak Serbest Bölge'de vergiden muaf olarak kurulmuş olan ve ortaklık yapısı itibarıyla ilişkide bulunduğu firmaya düşük bedelle satarak karını azalttığı ve bu yolla örtülü kazanç dağıtımında bulunduğu iddiasıyla, serbest bölgedeki firmanın satış fiyatları dikkate alınarak tarhiyat yapılmış olup, Vergi Mahkemesince, aynı emtianın satış bedelleri ile ilgili olarak herhangi bir araştırma yapılmadığı, Vergi Usul Kanununun 3 üncü maddesi uyarınca davacının vergi idaresince saptanan şekilde bir kısım kazançtan vazgeçmesini gerektiren haklı nedenlerin bulunup bulunmadığının gözetilmediği açıktır. Buna göre, davacının, gerçekte yüksek bir maliyete katlanmamış olduğu veya elde edebileceği hasılattan vazgeçmediğine ilişkin olarak; doğrudan kendisinin yaptığı satışlarda, komisyon, tahmil, tahliye, sigorta, paketleme ve navlun bedellerine katlandığı, serbest bölgedeki firmaya satışlarda ise bu maliyetlere serbest bölgedeki firmanın katlandığı ve bu husus dikkate alındığında serbest bölgedeki firmaya satış yaptıkları fiyatların doğrudan satış yaptıklarında uyguladıkları fiyatlardan farklı olmadığının ortaya çıkacağı yolundaki iddiaları ve ibraz ettiği belgeler vergi inceleme raporunda yer alan tespitlerle birlikte incelenerek bir

karar verilmesi gerekirken bu inceleme yapılmadan verilen Mahkeme kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulüyle İstanbul 3. Vergi Mahkemesinin 2.7.2007 günlü ve E:2006/3306, K:2007/1795 sayılı kararının bozulmasına 8.10.2009 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

Temyiz dilekçesinde ileri sürülen hususlar yerinde ve kararın bozulmasını sağlayacak durumda görülmediğinden temyiz isteminin reddi gerektiği görüşüyle karara karşıyım.

VERGİ USULÜ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Dördüncü Daire
Esas No : 2009/2739
Karar No : 2009/4339

Özeti : Özel usulsüzlük cezası, 213 sayılı Kanun'un Ek 1 inci maddesi uyarınca uzlaşma konusuna girmediğinden, ihbarnamenin tebliği üzerine otuz günlük süre içerisinde dava açılması gerektiği hakkında.

Temyiz Eden : ... Deri Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi
Karşı Taraf : Anadolu Kurumlar Vergi Dairesi Müdürlüğü

İstemin Özeti : 2003/1-12 dönemine ilişkin olarak kesilen özel usulsüzlük cezasının kaldırılması istemiyle dava açılmıştır. İstanbul 9.Vergi Mahkemesinin 30.1.2009 günlü ve E:2009/242, K:2009/411 sayılı kararıyla; davacı adına yapılan tarhiyat ile dava konusu özel usulsüzlük cezasına ilişkin ihbarnamelerin 4.12.2008 tarihinde davacıya tebliğ edilmesi üzerine 29.12.2008 tarihinde uzlaşma talebinde bulunulduğu, davalı İdarenin, özel usulsüzlük cezasının uzlaşma kapsamına girmediği gerekçesiyle özel usulsüzlük cezasına ilişkin uzlaşma talebinin yerinde görülmediğini bildiren yazının, 20.1.2009 tarihinde tebliğ edilmesini takiben özel usulsüzlük cezasına karşı 27.1.2009 tarihinde dava açıldığının anlaşıldığı, özel usulsüzlük cezasının 213 sayılı Kanunun Ek 1 inci maddesi uyarınca uzlaşma konusuna girmemesi nedeniyle, ihbarnamenin 4.12.2008 tarihinde tebliği edilmesinden itibaren otuz günlük dava açma süresi içerisinde dava açılması gerekirken 27.1.2009 tarihinde açılan davanın süresinde olmadığı gerekçesiyle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 15/1-b maddesi uyarınca süreaşımı nedeniyle davanın reddine karar verilmiştir. Davacı, özel usulsüzlük cezası için de 213 sayılı Kanunun Ek 7 nci maddesinde öngörülen ilave süreden yararlanılması gerektiğini, davanın süresinde olduğunu ileri sürerek kararın bozulmasını istemektedir.

Savunmanın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hakimi Mehmet Sönmez'in Düşüncesi : Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, temyize konu mahkeme kararının bozulmasını sağlayacak nitelikte bulunmadığından temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Gülsen Bişkin'in Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü

Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dördüncü Dairesince gereği görüşüldü:

Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, bozulması istenilen kararın dayandığı gerekçeler karşısında, yerinde ve kararın bozulmasını sağlayacak durumda görülmemiştir.

Bu nedenle, temyiz isteminin reddine, İstanbul 9. Vergi Mahkemesinin 30.1.2009 günlü ve E:2009/242, K:2009/411 sayılı kararının onanmasına 15.9.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Dördüncü Daire
Esas No : 2007/2453
Karar No : 2009/5018

Özeti : Vergisel sorumluluk bakımında hisse devrinin; ancak Türk Ticaret Kanunu hükümleri uyarınca tescil ve ilan edilmesi, hisse devrinin doğrudan ilgili kişilerce vergi dairesine yazılı olarak bildirilmesi veya vergi dairesinin herhangi bir yolla hisse devrinden haberdar olduğunun belirlenmesi hallerinde geçerli olacağı hakkında.

Temyiz Eden : Çankaya Vergi Dairesi Müdürlüğü
Karşı Taraf : ...
Vekili : Av. ...
İstemin Özeti : ... Telsiz Elektronik İletişim Ticaret ve Sanayi Limited Şirketinin 2004 yılına ait katma değer vergisi borçlarının tahsili amacıyla kanuni temsilci sıfatıyla davacı adına düzenlenen 7.7.2006 tarih ve 7593 ila 7604 takip numaralı ödeme emirlerinin iptali istemiyle dava açılmıştır. Ankara 5.Vergi Mahkemesinin 11.4.2007 günlü ve E:2006/1899, K:2007/513 sayılı kararıyla; davacının şirketteki hisselerinin tamamını 24.7.2003 tarihli noterde düzenlenen hisse devir sözleşmesiyle devrettiği, söz konusu hisse devrinin 21.2.2006 tarihli ortaklar kurulu kararıyla kabul edilmesine karşın, tescil ve Türkiye Ticaret Sicil Gazetesinde ilanının yapılmadığı, ayrıca diğer ortağın da 2004 yılında hissesini devrettiği ve aynı yıl içinde tescil ve ilanının yapıldığının anlaşıldığı, Türk Ticaret Kanunundaki tescil ve ilan edilmiş hususlarda yapılan değişikliklerin de tescil ve ilan edilmesi zorunluluğunu öngören düzenlemenin, bu işlemlerin geçerlilik şartı olarak değil, iyi niyetli üçüncü kişilerin korunması amacıyla öngörüldüğü, bu durumda, davacının iyi niyetli üçüncü kişilere karşı sorumluluğu devam etmesine karşın, ortaklıktan fiilen ayrılmakla, şirketin vergi ödevlerinin yerine getirilmesi hususunda yetkisi kalmayan davacının, 213 sayılı Kanunun 10 uncu maddesi uyarınca şirketin vergi borçlarından sorumlu tutulmasına olanak bulunmadığı gerekçesiyle ödeme emirlerinin iptaline karar verilmiştir. Davalı İdare, ödeme emirlerinin yasaya uygun olduğunu ileri sürerek kararın bozulmasını istemektedir.

Savunmanın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hakimi Mehmet Sönmez'in Düşüncesi : Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, temyize konu mahkeme kararının bozulmasını sağlayacak nitelikte bulunmadığından temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dördüncü Dairesince gereği görüşüldü:

… Telsiz Elektronik İletişim Ticaret ve Sanayi Limited Şirketinin 2004 yılına ait katma değer vergisi borçlarının tahsili amacıyla kanuni temsilci sıfatıyla davacı adına düzenlenen 7.7.2006 tarih ve 7593 ila 7604 takip numaralı ödeme emirlerini iptal eden Mahkeme kararı davalı İdare tarafından temyiz edilmiştir.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 10 uncu maddesinin birinci fıkrasında, tüzelkişilerle küçüklerin ve kısıtlıların, Vakıflar ve cemaatler gibi tüzelkişiliği olmayan teşekküllerin mükellef veya vergi sorumlusu olmaları halinde bunlara düşen ödevlerin kanuni temsilcileri, tüzelkişiliği olmayan teşekkülleri idare edenler ve varsa bunların temsilcileri tarafından yerine getirileceği hükmüne yer verilmiş, maddenin ikinci fıkrasında ise, yukarıda yazılı olanların bu ödevlerini yerine getirmemeleri yüzünden mükelleflerin veya vergi sorumlularının varlığından tamamen veya kısmen alınamayan vergi ve buna bağlı alacakların, kanuni ödevleri yerine getirmeyenlerin varlıklarından alınacağı öngörülmüştür.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 511 inci maddesinde, ortaklar ve müdürlerin ad, soyad ve ikametgahları ile tabiiyetleri; esas sermaye ile ortakların koymayı taahhüt ettikleri sermaye miktarları; şirketin ne suretle temsil edileceği limited şirketlerde tescil ve ilan olunacak hususlar arasında sayılmıştır. Aynı Kanunun, ticaret sicili ve tescilin düzenlendiği ikinci faslında yer alan 33 üncü maddesinde, tescil edilmiş hususlarda vukubulacak her türlü değişikliklerin de tescil olunacağı, 38 inci maddesinde de, ticaret sicili kayıtlarının üçüncü kişiler yönünden ancak gazetede ilan edilmesinden sonra hüküm ifade edeceği kurala bağlanmıştır.

Vergi Mahkemesince, davacının şirketteki hisselerinin tamamını 24.7.2003 tarihli noterde düzenlenen hisse devir sözleşmesiyle devrettiği, söz konusu hisse devrinin 21.2.2006 tarihli ortaklar kurulu kararıyla kabul edilmesine karşın, tescil ve Türkiye Ticaret Sicil Gazetesinde ilan edilmediği ancak, Türk Ticaret Kanunundaki tescil ve ilan edilmiş hususlarda yapılan değişikliklerin de tescil ve ilan edilmesi zorunluluğunu öngören düzenlemenin, bu işlemlerin geçerlilik şartı olarak değil, iyi niyetli üçüncü kişilerin korunması amacıyla öngörüldüğü, bu durumda, davacının iyi niyetli üçüncü kişilere karşı sorumluluğu devam etmesine karşın, hissesini devrederek ortaklıktan ayrılan ve şirketin vergi ödevlerinin yerine getirilmesi hususunda yetkisi kalmayan davacının, 213 sayılı Kanunun 10 uncu maddesi uyarınca şirketin vergi borçlarından sorumlu tutulmasına olanak bulunmadığı gerekçesiyle ödeme emirlerinin iptaline karar verilmiştir.

Türk Ticaret Kanunu uyarınca ticaret siciline tescil ve ticaret sicili gazetesinde ilan edilmeyen hisse devri konusunda vergi dairesi de üçüncü kişi durumundadır. Ticaret sicili gazetesinde ilan edilme zorunluluğunun amacı, şirkette meydana gelen ve daha önce tescil ve ilan edilen hususlardaki değişikliklerden üçüncü kişileri haberdar ederek, menfaatlerinin korunmasını sağlamaktır. Bu kapsamda, vergi alacağının tahsilini sağlamakla görevli olan vergi dairesinin menfaatinin, daha geniş anlamda, kamu yararının korunması ve Anayasal ödev olan vergi ödevinin tam olarak gerçekleştirilmesinin temini bakımından da hisse

devrinden vergi dairesinin bilgilendirilmesi, bu yolla kamu alacağının tahsilinde muhatabın kim olduğunun belirlenmesi gerekmektedir. Bu husus ise, Türk Ticaret Kanunu hükümleri gereği tescil ve ilanla, hisse devrinin doğrudan ilgili kişiler tarafından vergi dairesine yazılı olarak bildirilmesi veya vergi dairelerince herhangi bir yolla hisse devrinden haberdar olunmasıyla gerçekleşebilir.

İncelenen dosyada ise, davacının ... Telsiz Elektronik İletişim Ticaret ve Sanayi Limited Şirketinden hissesini devrederek kanuni temsilciliğinden ayrıldığı hususu tescil ve ilan edilmediği gibi, bu durumun davalı İdareye bildirildiği veya davalı İdarenin bundan haberdar olduğu yolunda herhangi bir belge de bulunmamaktadır. Bu nedenle, davacının kanuni temsilci sıfatının ve bundan dolayı da şirket borçlarından sorumluluğunun devam edeceği açıktır.

Öte yandan, 213 sayılı Kanunun 10 uncu maddesi uyarınca kanuni temsilcilerin takibi ancak, ödeme emrine konu kamu alacağının şirketten tahsiline olanak bulunmadığının açıkça tespit edilmesi, diğer bir anlatımla, borcun şirketten tahsili için öngörülen tüm takip yollarının tüketilmiş olması halinde mümkündür. İncelenen dosyada ise, vergi borcunun şirketin malvarlığından tahsili amacıyla şirket hakkında ne gibi araştırmalar ve işlemler yapıldığına dair herhangi bir belge mevcut olmayıp, sadece davalı İdarenin temyiz dilekçesinde, şirket adına yapılan malvarlığı araştırmaları sonucu tüzelkişilik adına kayıtlı malvarlığına rastlanılmadığı, bu hususa ilişkin belgelerin ihtilaf dosyasında bulunduğu ifade edilmiştir.

Bu durumda, şirket hakkındaki takip yollarının tüketilip tüketilmediğinin, davalı İdare tarafından ihtilaf dosyasında bulunduğu ileri sürülen belgeler de incelenerek belirlenmesi ve sonucuna göre yeniden bir karar verilmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulüyle, Ankara 5.Vergi Mahkemesinin 11.4.2007 günlü ve E:2006/1899, K:2007/513 sayılı kararının bozulmasına 20.10.2009 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, temyize konu mahkeme kararının bozulmasını sağlayacak nitelikte bulunmadığından temyiz isteminin reddi gerektiği görüşüyle karara karşıyız.

DÜZENLEYİCİ – GENEL İŞLEMLER

T.C.
D A N I Ş T A Y
Dördüncü Daire
Esas No : 2007/751
Karar No : 2009/6344

Özeti : 26 Seri Nolu Katma Değer Vergisi Genel Tebliğinin "Diğer Hallerde Kısmi İstisna Uygulaması" başlıklı (G-4) bölümünde yer alan, indirim hakkı tanınan ve tanınmayan işlemleri birlikte yapan yükümlülerin alışlarında yüklendikleri vergileri ne surette hesaplarına intikal ettireceklerine ilişkin düzenlemede hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında.

Davacı : ... Yapı Mobilya Otomotiv Enerji Madencilik Akaryakıt Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi

Vekili : Av. ...

Davalı : Maliye Bakanlığı

İstemin Özeti : 31.12.1987 tarih ve 19681 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 26 Seri Nolu Katma Değer Vergisi Genel Tebliğinin " Diğer Hallerde Kısmi İstisna Uygulaması" başlıklı (G-4) bölümünde yer alan, indirim hakkı tanınan ve tanınmayan işlemleri birlikte yapan yükümlülerin alışlarında yüklendikleri vergileri ne surette hesaplarına intikal ettireceklerine ilişkin düzenlemenin; 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 33 üncü maddesinin 2 nci fıkrası ile tanınan yetkinin aşıldığı ve kısmi vergi indirimi ile ilgili hesaplamanın yıllık değil, aylık olarak yapılmasının hukuka aykırı olduğu iddiasıyla iptali istenmektedir.

Savunmanın Özeti : Dava konusu düzenlemede hukuka aykırılık bulunmadığı, bu nedenle davanın reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hakimi Mustafa Bahtiyar'ın Düşüncesi : Katma değer vergisinde indirim hakkı tanınan ve tanınmayan işlemleri birlikte yapan mükelleflerin alışlarında yüklendikleri vergilerin hesaplara ne surette intikal ettirileceğine ilişkin hesaplamanın ilgili olduğu dönem esas alınarak yapılmasına ilişkin dava konusu düzenlemede hukuka aykırılık bulunmadığından, davanın reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı İbrahim Erdoğdu'nun Düşüncesi : Dava, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 33 'üncü maddesinin uygulanmasına yönelik olarak yürürlüğe konulan 26 Seri No'lu Tebliğin "kısmi vergi indirimi" başlıklı (G) bölümünün 4 'üncü bendindeki "Diğer Hallerde Kısmi İstisna Uygulamasına" ilişkin kısmının iptali isteğiyle açılmıştır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 'uncu maddesinin 4 'üncü fıkrası uyarınca, Vergi Dava Daireleri Kurulunun verdiği kararlara uyulması zorunlu olup, Vergi Dava Daireleri Kurulunca verilen 30.1.2004 gün ve E:2003/358, K:2004/9 sayılı bozma kararına göre davanın esasının incelenmesi gerektiğinden, söz konusu tebliğ hükmünün iptali istemiyle açılan davanın; Danıştay 7 'nci Dairesinin 4.10.2002 gün ve E:2000/6432, K:2002/3112 sayılı kararında yazılı savcı düşüncesinin gerekçesi dikkate alınarak reddine karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dördüncü Dairesince gereği görüşüldü:

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesi uyarınca Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu kararlarına uyulması zorunlu olduğundan, Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 30.1.2004 günlü ve E:2003/358, K:2004/9 sayılı kararı uyarınca uyuşmazlığın esası incelendi:

Dava, 26 Seri Nolu Katma Değer Vergisi Genel Tebliğinin "Diğer Hallerde Kısmi İstisna Uygulaması" başlıklı (G-4) bölümünün hukuka aykırı olduğu iddiasıyla iptali istemiyle açılmıştır.

3065 sayılı Kanunun 30 uncu maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde; vergiye tabi olmayan veya vergiden istisna edilmiş bulunan malların teslimi ve hizmet ifası ile ilgili alış vesikalarında gösterilen veya bu mal ve hizmetlerin maliyetleri içinde yer alan katma değer vergisinin mükelleflerin vergiye tabi işlemleri üzerinden hesaplanan katma değer vergisinden indirilemeyeceği belirtilmiş olup, 39 uncu maddenin 1 numaralı fıkrasında, "katma değer vergisinde vergilendirme dönemi, faaliyet gösterilen takvim yılının üçer aylık dönemleridir. Ancak, Maliye ve Gümrük Bakanlığı mükelleflerin yıllık gayri safi hasılatlarına göre üç aylık vergilendirme dönemi yerine birer aylık vergilendirme dönemi tespit etmeye yetkilidir." denilmektedir.

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 32 nci maddesinde istisna edilmiş işlemlerde indirim (tam istisna) konusu düzenlenmiş olup, Kanunun "Kısmi Vergi İndirimi" başlıklı 33 üncü maddesinde "1- Bu Kanuna göre indirim hakkı tanınan işlemlerle indirim hakkı tanınmayan işlemlerin bir arada yapılması halinde, fatura ve benzeri vesikalarda gösterilen katma değer vergisinin ancak indirim hakkı tanınan işlemlere isabet eden kısmı indirim konusu yapılır." hükmü mevcut olup, maddenin 2 numaralı fıkrasında, "Kısmi vergi indirimine ilişkin usul ve esasları tespite Maliye ve Gümrük Bakanlığı yetkilidir." denilmektedir. Maliye Bakanlığı, Kanunun verdiği bu yetkiye dayanarak daha önce 1 Seri Nolu Katma Değer Vergisi Genel Tebliği ile konuya ilişkin düzenlemeler yapmış, daha sonra dava konusu Genel Tebliğ ile konuya ilişkin usul ve esaslar 1 Ocak 1988 tarihinden geçerli olmak üzere yeniden tespit edilmiştir.

26 Seri Nolu Katma Değer Vergisi Genel Tebliğinin "G-Kısmi Vergi İndirimi" başlıklı bölümünde "Bilindiği üzere, Katma Değer Vergisi Kanununun 32 nci maddesinde sayılan istisnalar tam istisna niteliğinde olup, bunlar dışında kalan istisnalar ise kısmi istisna niteliği taşımaktadır. Kısmi istisna uygulamasında, istisna kapsamına giren işlemlerle ilgili alış ve giderler dolayısıyla yüklenilen vergilerin indirimi veya mükellefe iadesi mümkün değildir. İndirilemeyen bu vergiler gelir ve kurumlar vergisi uygulamalarında gider veya maliyet unsuru olarak gözönüne alınabilecektir. Bu nedenle, kısmi istisna kapsamında işlem yapan mükellefler, bu kapsamda sattıkları mal veya hizmetin satış bedelini belirlerken, indirilemeyen vergileri bir maliyet unsuru olarak dikkate alabileceklerdir. Öte yandan, sözü edilen Kanunun kısmi vergi indirimini düzenleyen 33 üncü maddesinin 1 inci fıkrasında, "Bu Kanuna göre indirim hakkı tanınan işlemlerle indirim hakkı tanınmayan işlemlerin bir arada yapılması halinde, fatura ve benzeri vesikalarda gösterilen katma değer vergisinin ancak indirim hakkı tanınan işlemlere isabet eden kısmı indirim konusu yapılır." hükmü yer almış ve aynı maddenin 2 nci fıkrasında ise, kısmi vergi indirimine ilişkin usul ve esasları tespite, Maliye ve Gümrük Bakanlığının yetkili olduğu belirtilmiştir. Madde hükmünün Bakanlığımıza verdiği yetki uyarınca, kısmi vergi indiriminin usul ve esasları 1 Seri Nolu Katma Değer Vergisi Genel Tebliği'nin (E) bölümünde açıklanmıştı. Bu uygulama ile ilgili olarak, Maliye ve Gümrük Bakanlığı'na intikal eden olaylar ve uygulama sonuçları gözönünde tutularak, "kısmi vergi indiriminin" usul ve esasları 1 Ocak 1988 tarihinden geçerli olmak üzere aşağıdaki şekilde yeniden tespit edilmiştir." denilmiş olup, dava konusu edilen "4. Diğer Hallerde Kısmi İstisna Uygulaması" başlıklı bölümde "İndirim hakkı tanınmayan işlemleri birlikte yapan mükellefler, alışlarında yüklendikleri vergileri, herhangi bir ayırım yapmaksızın tamamen o dönemde indirilebilir katma değer vergisi hesabına intikal ettireceklerdir. Daha sonra aynı dönemde, toplam satışlar içinde indirim hakkı tanınmayan işlemlerin oranı bulunacak, bu oran, o dönemdeki toplam satışlar nedeniyle yüklenilen vergilere uygulanarak, istisna kapsamına giren işlemler dolayısıyla yüklenilen vergi miktarı hesaplanacaktır. Bu şekilde bulunacak, vergisiz satışlara (kısmi istisna kapsamına giren işlemlere) ait yüklenilen vergiler, indirilebilir katma değer vergisi hesabında çıkartılarak, gider veya maliyet hesaplarına intikal ettirilecektir. İndirlecek verginin bulunmaması veya yetersiz olması halinde artan kısım, "fazla ve yersiz hesaplanan" vergi olarak beyan edilecektir." denilmekte ve konuya ilişkin örnekler verilmektedir.

Dosyanın incelenmesinden, hazır beton imalatı ve satışıyla uğraşan davacının, imal ettiği hazır betonun bir kısmını konut yapı kooperatiflerine teslim ettiği, bu teslimin Katma Değer Vergisi Kanununun ilgili dönemde yürürlükte olan geçici 8 inci maddesi kapsamında inşaat-taahhüt işi olduğu görüşüyle katma değer vergisi hesaplamadığı, bu teslim nedeniyle maliyet için yüklendiği katma değer vergisini kimi zaman indirime konu ettiği, kimi zaman maliyete intikal ettirdiği, 1997 yılı işlemlerinin incelenmesi sonucu bu husus eleştirilerek tarhiyat yapılması üzerine de tarhiyata karşı Mahkemede dava açtığı ve tarhiyatın dayanağı olan dava konusu düzenlemenin ise hesaplamanın yıllık olarak yapılmaması nedeniyle hukuka aykırı olduğu iddiasıyla iptali için dava konusu yaptığı anlaşılmaktadır.

3065 sayılı Kanun ile 1.1.1985 tarihinden itibaren uygulamaya geçen katma değer vergisi yansıtmalı bir tüketim vergisi olup, sonuç olarak nihai tüketici tarafından üstlenilmektedir. Vergiyi alıcıdan tahsil ederek idareye ödemekle yükümlü olan mükellef açısından katma değer vergisi genel olarak bir maliyet unsuru olmayıp, Kanunun 29 uncu maddesi uyarınca indirim yoluyla giderilmektedir. Vergiden müstesna edilen işlemlerle ilgili olarak ise; Kanunun 32 nci maddesi uyarınca düzenlenen tam istisna uygulamasında, yüklenilen katma değer vergisinin indirim veya iadesine olanak sağlanmış, kısmi istisna uygulamasında ise istisna kapsamına giren işlemler dolayısıyla yüklenilen verginin indirim veya iade imkanı bulunmayıp, duruma göre maliyet veya gider hesaplarına intikal ettirilmesi öngörülmüştür. Kanunun 33 üncü maddesinde, bu Kanuna göre indirim hakkı tanınan işlemlerle, indirim hakkı tanınmayan işlemlerin bir arada yapılması halinde, fatura ve benzeri vesikalarda gösterilen katma değer vergisinin ancak indirim hakkı tanınan işlemlere isabet eden kısmının indirim konusu yapılacağı belirtilmiştir. Maddede, indirim hakkı tanınan kısım belirtilmiş, ancak bu hesaplamanın ne zaman yapılacağı hususunda bir açıklığa yer verilmemiştir.

Katma değer vergisi beyan esasına dayalı bir vergi olup, vergilendirme dönemi Kanunda açıkça belirlenmiş, bu suretle dönemsellik ilkesi esas alınmıştır. Dava konusu düzenlemede de, 33 üncü madde gereği, indirim hakkı tanınan ve tanınmayan işlemleri birlikte yapan mükelleflerin alışlarında yüklendikleri verginin hesaplanarak gider veya maliyet hesaplarına atılmasında veya indirim konusu yapılmasında ait olduğu "dönem" esas alınmıştır. Davacı tarafından, hesaplamanın yıllık olarak yapılmaması nedeniyle düzenlemenin hukuka aykırı olduğu ileri sürülmekte ise de, katma değer vergisi uygulamasındaki tüm işlemlerde "dönemsellik" esas olduğundan, söz konusu hesaplamanın ve ayrıştırmanın da, indirimine olanak tanınmayan verginin yüklenildiği dönemde yapılmasında Kanunun genel ilkelerine ve 33 üncü madde ile tanınan yetkiye aykırı bir durum görülmemiştir.

Bu durumda, hukuka aykırı bulunmayan dava konusu düzenlemenin iptali istemiyle açılan davanın reddi gerekmektedir.

Bu nedenle, davanın reddine, yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına, davacıdan 32,30 TL karar harcı alınmasına, artan posta ücretinin isteği halinde davacıya iadesine, 30 gün içinde Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu nezdinde temyiz yolu açık olmak üzere 7.12.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGILAMA USULÜ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Dördüncü Daire
Esas No : 2007/5873
Karar No : 2009/5026

Özeti : Mali tatil süresince dava açma süresinin işlemeyeceği hakkında.

Temyiz Eden **:** ... Tarım Ürünleri Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi
Karşı Taraf **:** Denizli Vergi Dairesi Başkanlığı
Çivril Vergi Dairesi Müdürlüğü

İstemin Özeti **:** 2002 yılı işlemleri incelenen davacı adına düzenlenen inceleme raporuna istinaden 213 sayılı Kanunun 353 üncü maddesinin birinci fıkrası uyarınca kesilen özel usulsüzlük cezasının kaldırılması ile 2002/12 nci döneminden sonraki döneme devreden

katma değer vergisi tutarının indirilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle dava açılmıştır. İlk inceleme sonucu verilen Denizli Vergi Mahkemesinin 7.8.2007 günlü ve E:2007/640, K:2007/499 sayılı kararıyla; sonraki döneme devreden katma değer vergisi tutarının indirilmesine ilişkin işlemin Mahkemelerinin E:2007/639, 941, 642 ve 643 sayılı dosyalarında da dava konusu edildiği anlaşıldığından, aynı konuda mükerrer dava konusu yapılan işlemle ilgili bu dosyada karar verilmesine gerek olmadığı, dava konusu özel usulsüzlük cezasına ilişkin ihbarnamenin ise davacı şirkete 29.6.2007 tarihinde tebliğ edildiği halde, davanın yasal dava açma süresinin bitiminden sonra 31.7.2007 tarihinde açıldığı anlaşıldığından esasının incelenmesine olanak bulunmadığı gerekçesiyle özel usulsüzlük cezasına ilişkin istem hakkında davanın süre aşımı nedeniyle reddine, diğer isteme ilişkin ise karar verilmesine yer olmadığına karar vermiştir. Davacı, dava dilekçesinde ihbarnamenin tebliğ tarihi olarak sehven 29.6.2007 tarihi gösterildiğini, ancak tebliğ tarihinin 3.7.2007 tarihi olduğunu, davanın süresinde açıldığını ileri sürerek kararın süreaşımı nedeniyle reddine ilişkin kısmının bozulmasını istemektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Tetkik Hakimi 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 Terlemezoğlu' nun Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dördüncü Dairesince gereği görüşüldü:

2002 yılı işlemleri incelenen davacı adına düzenlenen inceleme raporuna istinaden 213 sayılı Kanunun 353 üncü maddesinin birinci fıkrası uyarınca kesilen özel usulsüzlük cezasının kaldırılması ile 2002/12 nci döneminden sonraki döneme devreden katma değer vergisi tutarının indirilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davanın ilk incelemesi sonucu, özel usulsüzlük cezasına ilişkin kısmı hakkında süre aşımı nedeniyle reddine, diğer kısım hakkında ise karar verilmesine yer olmadığına karar veren Vergi Mahkemesi kararının süre aşımı nedeniyle reddedilen kısmı davacı tarafından temyiz edilmektedir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7 nci maddesinde, dava açma süresinin, özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde Danıştayda ve idare mahkemelerinde altmış ve vergi mahkemelerinde otuz gün olduğu, 61 nci maddesinde, Bölge İdare, İdare ve Vergi Mahkemelerinin her yıl Ağustos'un birinden Eylül'ün beşine kadar çalışmaya ara verecekleri, "sürelerle ilgili genel esaslar" başlıklı 8 inci maddesinin 3 üncü bendinde, ise bu kanunda yazılı sürelerin bitmesi çalışmaya ara verme zamanına rastlarsa bu sürelerin, ara vermenin sona erdiği günü izleyen tarihten itibaren yedi gün uzamış sayılacağı hükme bağlanmıştır.

5604 sayılı Mali Tatil İhdas Edilmesi Hakkında Kanun' un birinci maddesinde, her yıl Temmuz ayının birinden yirmisine kadar (yirmisi dahil) mali tatil uygulanacağı, Haziran ayının son gününün tatil olması halinde, mali tatilin Temmuz ayının ilk iş gününü takip eden günden başlayacağı, aynı maddenin (3) nolu bendinde, Vergi Usul Kanunu hükümlerine göre belirli sürelerde yapılması gereken muhasebe kayıtları, bildirim süreleri ve vergiyle ilgili işlemlere ilişkin dava açma sürelerinin mali tatil süresince işlemeyeceği, belirtilen sürelerin mali tatilin bitiminden itibaren tekrar işlemeye başlayacağı ifade edilmiştir.

5604 sayılı Kanun ile Vergi Usul Kanununun hükümlere göre, belli sürelerde yapılması gereken vergiyle ilgili işlemlere ilişkin dava açma sürelerinin mali tatil süresince işlemeyeceği, sürenin mali tatilin sona ermesinden itibaren tekrar işlemeye başlayacağı açıktır. 2007 yılında, 30 Haziran 2007 günü resmi tatil olan Cumartesiye rastladığından ve Temmuz ayının ilk iş günü de 2 Temmuz olduğundan; 2007 yılında mali tatil, 3 Temmuz 2007 tarihinde başlayacak ve 20 Temmuz 2007 tarihine kadar (bu tarih dahil) devam edecektir.

Vergi Mahkemesince, davacı adına düzenlenen ihbarnamenin 29.6.2007 tarihinde davacı şirkete tebliğ edildiği ve bu ihbarnameye karşı 31.7.2007 tarihinde açılan davanın yasal süresinden sonra açıldığı gerekçesiyle dava süre aşımı nedeniyle reddedilmiş ise de, 29.6.2007 tarihinde tebliğ edilen ihbarname ile başlayan otuz günlük dava açma süresi 5604 sayılı Kanunun anılan (3) nolu bendi uyarınca 3.7.2007 tarihinde durmakta, kalan süre 21.7.2007 tarihinden itibaren tekrar işlemeye devam etmektedir. Bu suretle uzayan sürenin son günü adli tatile rastladığından adli tatil dahi başlamadan 31.7.2007 tarihinde kayda giren dilekçeyle açılan davanın süresinde olduğu anlaşılmaktadır.

Bu nedenle, davanın süre aşımı nedeniyle reddedilmesinde hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, Denizli Vergi Mahkemesinin 7.8.2007 günlü ve E:2007/640, K:2007/499 sayılı kararının süreaşımı nedeniyle reddine ilişkin kısmının bozulmasına 20.10.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

BEŞİNCİ DAİRE KARARLARI

KONUT İŞLERİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Beşinci Daire
Esas No : 2007/1395
Karar No : 2009/4614

Özeti : İdarenin lojmanlarının görev ve sıra tahsisli olarak ayrılmış bulunması nedeniyle, avukat olarak görev yapan davacının görev tahsisli lojmanlardan birinin kendisine tahsisi isteğiyle başvurması halinde bu isteğinin değerlendirmeye alınması ve istem sayısına göre görev tahsisli lojmanlardaki sıraya dahil edilmesi mümkün olmakla birlikte, sıra tahsisli lojman tahsisinden yararlanarak konuta taşındıktan sonra, tahsis biçiminin değiştirilmesi isteğinin haklı ve hukuki dayanağının bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Devlet Hava Meydanları İşletmesi Genel Müdürlüğü
Vekili : Av. ...
Karşı Taraf : ...
İsteğin Özeti : Davalı idarede avukat olarak görev yapan davacıya sıra tahsisli olarak 5 yıl süreyle tahsis edilen lojmanın, unvanı gereği görev tahsisli şekle çevrilmesi isteminin reddine ilişkin 18.8.2005 günlü, 9856 sayılı işlemin iptali yolunda İstanbul 3. İdare Mahkemesi'nce verilen 25.7.2006 günlü, E:2005/2410, K:2006/1692 sayılı kararın, dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.
Cevabın Özeti : Temyiz isteğinin reddi gerektiği yolundadır.
Danıştay Tetkik Hakimi : Vecdi Karanfil
Düşüncesi : İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmüştür.
Danıştay Savcısı : Aylin Bayram
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:

Uyuşmazlık, davalı idarede avukat olan davacının, kendisine tahsis edilen sıra tahsisli lojmanın tahsisin görev tahsisli şekle çevrilmesi isteminin reddinden kaynaklanmıştır.

Davalı idarece, mevcut lojman sayılarının talebe göre yetersiz kalması nedeniyle, bazı unvanların görev tahsisliden sıra tahsisliye dönüştürülmesine Kurum Yönetim Kurulu'nca 10.5.2002 tarihinde 65 karar numarasıyla karar verildiği, bu arada avukat unvan grubunun

da sıra tahsisli konut kontenjanı grubuna alındığı, davacının isteğinin bu nedenle yerine getirilmediği belirtilmiştir.

Mahkemece, Kamu Konutları Yönetmeliği'nin Eki (2) sayılı cetvelin "görev tahsisli konutlar" bölümündeki hükümle, kurum ve kuruluşların yetkili makamlarına personelin görevinin önemi, idareye yararlılığı, yetki ve sorumluluğu ile kilit görevde olması gibi özellikler gözönünde bulundurularak, bu cetvelde sayılan görev unvanlarına eşdeğerde ve en altta belirtilen görev unvanlarından aşağı inmemek üzere görev tahsisli konut tahsis edilerek ek görev unvanlarının tespiti yetkisi verilmiş olduğu, ancak bu yetkinin 2 sayılı listede yer alan unvanların liste dışı bırakılmasına imkan vermeyeceği vurgulanarak, davacının avukat unvanı nedeniyle görev tahsisli konutta oturma hakkının bulunduğu, talebinin reddine ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlem iptal edilmiştir.

Kamu Konutları Yönetmeliği'nin görev tahsisli konut tahsisi yapılacak unvanları belirleyen (2) sayılı cetvelin II. grup 7 nolu bendinde, Bakanlıklar bağlı ve ilgili kuruluşların merkez ve taşra teşkilatındaki unvanlar ayrı ayrı sayılmış ve bu bendde "avukat" unvanı, görev tahsisli konut tahsis edilecekler arasında yer almış olup, anılan cetvelde bulunan ve Mahkeme kararında da değinilen hüküm gereği, görev tahsisli lojman tahsis edilecek unvanlara yenileri eklenebilirse de, kurumlarca bu listede bulunan unvanların listeden çıkarılamayacağı tabiidir.

Bu durumda davacının "avukat" unvanı nedeniyle görev tahsisli lojman tahsis edilecek kişiler arasında yer alacağında tartışma bulunmamaktadır.

Ancak uyuşmazlık, görev tahsisli lojman tahsis edilmesi isteğinden değil, sıra tahsisli lojman tahsisinden sonra bu tahsisin görev tahsisliye çevrilmesi isteğinden kaynaklanmıştır.

İdarece davacının sahip olduğu avukat unvanının, görev tahsisli lojman tahsis edilecek unvanlar arasından çıkarılması Kamu Konutları Yönetmeliği'ne uygun değildir. Fakat, davacı kendisine sıra tahsisli konut tahsisine karşı çıkmayıp lojmana girdikten sonra tahsis şeklinin değiştirilmesini talep etmiş olup, idarenin lojmanlarının görev ve sıra tahsisli olarak ayrılmış bulunması nedeniyle, davacının görev tahsisli lojmanlardan birinin kendisine tahsisi isteğiyle başvurması halinde bu isteğinin değerlendirmeye alınması ve talep sayısına göre görev tahsisli lojmanlardaki sıraya dahil edilmesi mümkün olmakla birlikte, sıra tahsisli lojman olarak ayrılmış olan konutun görev tahsisli hale çevrilmesi ve kendisine yapılan tahsis biçiminin de değiştirilmesi isteğinin haklı ve hukuki dayanağı bulunmamaktadır. Başka bir deyişle, davacının unvanı gereği kendisine görev tahsisli konut tahsisini istemesi ve bu isteğinin değerlendirilmesini beklemesi gerekirken, sıra tahsisli konut tahsisini uygun görüp lojmana girdikten sonra tahsis şeklinin değiştirilmesini istemiş olması yönüyle Yönetmeliğe ve Yönetmeliğin belirlediği uygulamaya uygun düşmeyen isteğinin reddinde hukuka aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Belirtilen durum karşısında, dava konusu işlemin iptaline dair kararda isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulüyle, İstanbul 3. İdare Mahkemesi'nce verilen 25.7.2006 günlü, E:2005/2410, K:2006/1692 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, 22.7.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Beşinci Daire
Esas No : 2008/2840
Karar No : 2009/4575

Özeti : Teftiş Kurulu Başkanı olan davacı hakkında, maiyetinde görevli başmüfettiş ve müfettişler tarafından inceleme yapılmasında mevzuata uyarlık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : …
Karşı Taraf **:** Bayındırlık ve İskan Bakanlığı
İsteğin Özeti **:** Ankara 9. İdare Mahkemesi'nce verilen 4.12.2007 günlü, E:2006/1791, K:2007/2143 sayılı kararının dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.
Cevabın Özeti **:** Davacının temyiz isteminin reddi ile, Mahkeme kararının onanması gerektiği yolundadır.
Danıştay Tetkik Hakimi : Hüseyin Mısır
Düşüncesi **:** Bayındırlık ve İskan Bakanlığı, Teftiş Kurulu Başkanı olarak görev yapan davacının, 657 sayılı Yasanın 137 ve 138. maddeleri uyarınca bu görevinden uzaklaştırılmasına ilişkin dava konusu işleme dayanak alınan ön incelemenin usul hükümlerine uyulmadan yürütülüp sonuçlandırıldığı dava dosyasının incelenmesinden anlaşılmış olup, dava konusu işlemin bu nedenle iptali gerekirken, davanın reddi yolundaki Mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmüştür.
Danıştay Savcısı **:** Saadet Ünal
Düşüncesi **:** İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Beşinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

Dava; Bayındırlık ve İskan Bakanlığı Teftiş Kurulu Başkanı olarak görev yapan davacının, hakkında yürütülecek ön inceleme ve disiplin soruşturmaları gerekçe gösterilerek, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 137 ve 138. maddeleri uyarınca görevinden uzaklaştırılmasına ilişkin 11.7.2006 günlü, 01/1162 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Ankara 9. İdare Mahkemesi'nin 4.12.2007 günlü, E:2006/1791, K:2007/2143 sayılı kararıyla; 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 137 ve 138. maddelerinde yer alan hükümlerden bahisle; dosyada mevcut belge ve bilgilerin birlikte değerlendirilmesi sonucunda, Teftiş Kurulu Başkanlığı görevinde bulunan davacı hakkında düzenlenen (6) adet ön inceleme raporu neticesinde cezai ve disiplin soruşturması yapılmasına karar verildiği, soruşturmaya neden olan olay ve kamu hizmetinin gerekleri açısından, Teftiş Kurulu Başkanı olan davacının görevi başında kalmasının yaratacağı sakıncalar gözönünde bulundurularak görevden uzaklaştırılmasına ilişkin işlemde, hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine hükmedilmiştir.

Davacı, dava konusu işlemde, hukuka ve usul hükümlerine uyarlık bulunmadığını ileri sürerek, İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

4483 sayılı Kanunun 5 inci maddesinde; "Ön incelemenin, izin vermeye yetkili mercii tarafından bizzat yapılabileceği gibi, görevlendireceği bir veya birkaç denetim elemanı veya hakkında inceleme yapılanın üstü konumundaki memur ve kamu görevlilerinden biri veya bir kaçı eliyle de yaptırılabileceği, inceleme yapacakların, izin vermeye yetkili merciin bulunduğu kamu kurum veya kuruluşunun içerisinden belirlenmesinin esas olduğu, işin özelliğine göre bu merciin, anılan incelemenin başka bir kamu kurum veya kuruluşunun elemanlarıyla yaptırılmasını da ilgili kuruluştan isteyebileceği, bu isteğin yerine getirilmesinin ilgili kuruluşun takdirine bağlı olduğu hükme bağlanmıştır.

Dava dosyasında yer alan bilgi ve belgelerin incelenmesinden; davacının yürütmekte olduğu göreviyle ilgili iş ve işlemlere yönelik olarak, ihbar mektubunda yer alan hususların incelenmesi amacıyla, Bakanlık Makamının 31.5.2006 günlü 868 sayılı emirleriyle, Bakanlık Teftiş Kurulu bünyesinde görev yapan iki Başmüfettiş ve bir müfettişten oluşan heyetin görevlendirildiği, bu heyet tarafından hazırlanarak Makama sunulan 4.7.2006 tarihli ve 50/06-06 sayılı rapor uyarınca yine Bakanlık Makamı tarafından 6.7.2006 tarihli emirle davacı hakkında 4483 sayılı Yasa uyarınca ön inceleme başlatıldığı, bu süreçten sonra, 31.5.2006 günlü 868 sayılı emir sonrasında hazırlanan raporun bizzat Bakan tarafından değerlendirilmesi üzerine; söz konusu iddiaların ciddi bulunduğu ve davacı hakkında yeni bir ön inceleme ve disiplin soruşturması yapılmasına karar verildiği ve 10 gün içerisinde başlatılacak bu soruşturmaların da, herhangi bir etki olmadan ve selametle yürütülmesi gerektiği gerekçesiyle,dava konusu işlemle davacının görevinden uzaklaştırılması üzerine temyizen incelenmekte olan davanın açıldığı anlaşılmıştır.

5.4.1991 gün ve 20836 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Bayındırlık ve İskan Bakanlığı Teftiş Kurulu Tüzüğünün 4 üncü maddesi uyarınca, Bakan'a doğrudan bağlı Bakan adına inceleme ve soruşturma yapmak ve anılan Tüzüğün 7 nci maddesi uyarınca da Teftiş Kurulunu yönetmekle görevli olan Teftiş Kurulu Başkanı hakkındaki incelemenin, 4483 sayılı kanunun 5 nci maddesi hükmüne aykırı biçimde Bayındırlık ve İskan Bakanlığı Teftiş Kurulu Başkanı olan davacının maiyetinde ve emri altında görev yapan hiyerarşik astı konumundaki Müfettiş ve Başmüfettişler tarafından yapıldığı görülmüştür.

Yukarıda yer alan mevzuat hükümleri ile dava konusu olay birlikte değerlendirildiğinde; görevden uzaklaştırma işleminin dayanağı olan 31.5.2006 tarihli 868 sayılı inceleme emrinin; Teftiş Kurulu Başkanı olarak görev yapan davacının maiyetindeki Müfettiş ve Başmüfettişler tarafından yerine getirilmiş olması mevzuata aykırı bulunduğundan, bu heyet tarafından yürütülüp sonuçlandırılan incelemenin ve sonucunda hazırlanan raporun hukuka uygun nitelik taşıdığından söz edilmesi olanaklı değildir. Bu nedenle de raporun dava konusu işleme dayanak alınması ve işlemin hukuki nedenini oluşturması isabetli görülmemiştir.

Yetkili merci tarafından bizzat ya da 4483 sayılı Kanun'un 5. maddesine uygun biçimde görevlendirilecek denetim elemanı ve/veya elemanları vasıtasıyla inceleme yapılmaksızın, getirilen teklife istinaden, davacının görevinden uzaklaştırılmasında hukuka ve mevzuata uyarlık bulunmadığından, davanın reddi yönündeki Mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüyle Ankara 9. İdare Mahkemesi'nce verilen 4.12.2007 günlü, E:2006/1791, K:2007/2143 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, 14.7.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Beşinci Daire
Esas No : 2009/3059
Karar No : 2009/7290

Özeti : Davalı idare tarafından Süreç Danışmanlığı kadrosu iptal edilerek KOBİ Uzmanı unvanının uygulamaya konulmasının, daimi ve aslilik arzeden görevler ile bunların unvan ve adetlerinin belirlenmesine ilişkin olduğu ve bu tür bir düzenlemenin, 3624 sayılı Yasa'nın 13. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, ancak Yönetmelik ile yapılabileceği anlaşıldığından, Kurum Personel Yönetmeliği'nde bu tür bir düzenleme yapılmaksızın, davalı idare İcra Komitesi Kararı ile Süreç Danışmanlığı kadrosunun iptal edilmesinde ve bu kadroda görev yapan davacının KOBİ Uzmanı kadrosuna atanmasında hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : (KOSGEB) Küçük ve Orta Ölçekli Sanayi Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı
Vekili : Av. ...
Karşı Taraf : ...
İsteğin Özeti : Ankara 7. İdare Mahkemesi'nin 10.03.2009 günlü, E.2008/511, K.2009/228 sayılı kararının dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.
Cevabın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği yolundadır.
Danıştay Tetkik Hakimi : Jale Kalay
Düşüncesi : Davalı idarenin İcra Komitesi Kararıyla Süreç Danışmanlığı kadrosunun iptal edilerek KOBİ Uzmanı unvanının uygulamaya konulması işlemi, 3624 sayılı Yasa'nın 13. maddesinin 2. fıkrası uyarınca "daimi ve aslilik arzeden görevler ile bunların unvan ve adetlerinin belirlenmesine ilişkin" nitelikte bir işlem olduğundan ve bu tür bir düzenlemenin, 3624 sayılı Yasa'nın 13. maddesinin 2. fıkrası uyarınca ancak Yönetmelik ile yapılabileceği anlaşıldığından, Kurum Personel Yönetmeliği'nde bu tür bir düzenleme yapılmaksızın, davalı idarece İcra Komitesi ile Süreç Danışmanlığı kadrosunun iptal edilerek, bu kadroda görev yapanların KOBİ Uzmanı kadrolarına atanmalarında hukuka uyarlık bulunmadığı düşüncesiyle İdare Mahkemesi kararının bu gerekçeyle onanması gerektiği düşünülmüştür.
Danıştay Savcısı : Mehmet Akkaya
Düşüncesi : Davalı kurumda süreç danışmanı olarak görev yapan davacının KOBİ uzmanlığına atanmasına ilişkin işlem ile KOSGEB İcra Komitesi'nin 4.12.2007 gün ve 2007/-55 sayılı kararının davacı ile ilgili kısmının iptali yolundaki Mahkeme kararının bozulması istenilmektedir.

3624 sayılı Küçük ve Orta Ölçekli Sanayi Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı Kurulması Hakkında Kanun'un "Kuruluşun Görevleri" başlıklı 4. maddesinin (a) bendinde, "Sanayide, araştırma ve geliştirme faaliyetlerinin desteklenmesi ve faaliyetlerin uygulanması için Teknoloji Merkezleri, Teknoparklar, Danışmanlık Merkezleri, Enstitüler ve benzeri birimlerinin kurulmasını sağlamak"; (e) bendinde "Teknik Yardım ve Destek Program ve Projelerini gerçekleştirecek ihtisas Merkezlerini kurmak ve kurulmasını sağlamak"; (f) bendinde, "uygulamalı olarak aktif danışmanlık hizmetlerini verecek olan Danışmanlık

Merkezleri tesis etmek"; (g) bendinde ise "Hizmet Merkezlerinde görev alacak elemanların, özel ihtisas konularında eğitimini teminen Eğitim Uzmanlarının yetiştirilmesi, yaygın eğitim programlarının düzenlenmesi, işletmelerin eğitim ihtiyaçlarının tespiti ve gerekli eğitimlerinin sağlanması ile ilgili uygulamalı Teknik Eğitim Merkezlerini kurmak" hususları kuruluşun görevleri arasında sayılmıştır.

Aynı Kanunun "İcra Komitesinin görevleri" başlıklı . 9. maddesinin (a) fıkrasında, "Genel Kurul'un belirlediği politikalar, amaçlar, hedefler ve ilkeler istikametinde küçük ve orta ölçekli sanayinin geliştirilmesi ve desteklenmesine ilişkin uygulama kararlarını almak ve yürütmek"; (b) fıkrasında, "Başbakanlıkça hazırlanan bütçeyi, personel kadrolarını, geçici nitelikteki danışman sayılarını ve personele ödenecek gündelik miktarlarını onaylamak," hükmüne yer verilmiş, 12. maddesinin (a) ve (r) bentlerinde ise, "İcra Komitesinin aldığı kararları uygulamak" ve "Başkanlıkta istihdam edilecek personelin görev ve kadrolarını, alacakları ücrete ait esasları ve yönetmelikleri İcra Komitesine teklif etmek", KOSGEB Başkanlığı'nın görevleri arasında sayılmış; "Personel Rejimi" başlıklı 13'üncü maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında da; "Başkanlığın asli personeli, idari hizmet sözleşmesi ile sözleşmeli olarak istihdam edilir. Başkanlığın daimi ve aslilik arzeden görevleri ile bunların unvan ve adetleri, bu görevlerde çalışacak personelin tabi olacakları idari, sosyal ve ücret hükümleri, Başkanlığın hazırlayıp İcra Komitesinin onayı ile yürürlüğe konacak yönetmelik ile düzenlenir. Personele ilişkin disiplin hükümleri 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun disiplin hükümlerine uygun olarak düzenlenir." hükmüne yer verilmiş

Dosyanın incelenmesinden, KOSGEB İcra Komitesinin 20.05.1998 gün ve 1998/17 sayılı kararı ile yürürlüğe giren değişim mühendisliği projesi kapsamında KOSGEB'in yeniden yapılandırıldığı ve süreç yöneticiliği, süreç danışmanlığı, uzman-1, uzman-2, uzman-3 gibi yeni kadrolar ihdas edildiği; Devlet Denetleme Kurulu, Yüksek Denetleme Kurulu, Başbakanlık Teftiş Kurulu, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Teftiş Kurulu tarafından KOSGEB ile ilgili düzenlenen inceleme ve soruşturma raporlarında söz konusu yeni yapılanmanın ve ihdas edilen yeni kadroların eleştirildiği; mevcut kadro unvanlarının genel kadro tanımına uymaması nedeniyle Emekli Sandığı işlemlerinde sorunlara neden olduğu belirtilerek bu unvanlarda çalışan personelden etkin ve verimli hizmet alınmasını teminen genel kadro tanımlarına uygun hale getirilmesinin önerildiği; ayrıca KOBİ uzman ve uzman yardımcılarının iş yükünün fazla olduğu, bazı müdürlüklerde görev verilen uzmanlara kişi başına 500 işleten düştüğü bu durumun KOBİ'lere sunulan hizmetin kalitesini azalttığının belirtildiği; bu çerçevede 04.12.2007 gün ve 2007/55 sayılı KOSGEB İcra Komitesi Kararı ile söz konusu kadroların genel kadro tanımlarına uygun hale getirildiği; bu kapsamda süreç yöneticiliği kadrosunun daire başkanlığına, uzman-1, uzman-2, uzman-3 kadrolarının da KOBİ uzmanlığına dönüştürüldüğü; doğrudan doğruya genel kadro tanımlarıyla eşleşmeyen süreç danışmanlığı kadrolarının da iptal edilerek halen bu kadroda görev yapan davacının da aralarında bulunduğu toplam 23 süreç danışmanın tamamının mali hakları saklı kalmak kaydıyla KOBİ uzmanlığı kadrosuna atanmalarının öngörüldüğü anlaşılmaktadır.

Bu durumda, Küçük ve Orta Ölçekli Sanayi Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı Hakkındaki anılan Kanun hükümleri uyarınca danışmanlık merkezleri kurmak, dolayısıyla bu yönde hizmet vermek kuruluşun görevleri arasında sayıldığından, küçük ve orta ölçekli sanayinin geliştirilmesi ve desteklenmesine İlilşkin uygulama kararlarını almak ve yürütmekle görevli olan davalı idare İcra Komitesinin, Cumhurbaşkanlığı Devlet denetleme Kurulunun, Başbakanlık Teftiş Kurulu Başkanlığı'nın Sanayi ve Ticaret bakanlığı Teftiş Kurulu Başkanlığı'nın düzenlediği inceleme ve soruşturma raporlarındaki öneriler ile Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulunun 2000-2005 yılları denetim raporlarında yer alan kurumun değişimin mühendisliği projesinde görülen aksaklıkların giderilmesi tavsiyesinin yerine getirilmesi, kamu hizmetinin düzenli, süratli, etkin, verimli ve ekonomik bir şekilde yürütülmesi ve kaynak israfının önlenmesi amacıyla yeniden yapılanma çerçevesinde Süreç Danışmanlığı kadrosunun iptal edilerek halen bu kadroda görev yapan Süreç Danışmanlarının

mali hakları saklı kalmak kaydıyla Kobi Uzmanı kadrosuna atanmasına yönelik olarak KOSGEB İcra Komitesince tesis edilen 4.12.2007 tarih ve 2007/55 sayılı kararın davacı ile kısmında ve davacının KOBİ uzmanlığına atanmasına ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, temyize konu Mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Beşinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

Dava, KOSGEB Eğitim ve Danışmanlık Merkez Müdürlüğünde Süreç Danışmanı olarak görev yapan davacı tarafından Özel Kalem Müdürlüğü'ne KOBİ uzmanı olarak atanmasına ilişkin 15.1.2008 gün ve 805 sayılı Olur ile bu işlemin dayanağını oluşturan 4.12.2007 tarih ve 2007/55 sayılı KOSGEB İcra Komitesi Kararı'nın kendisiyle ilgili kısmının iptali ve maddi kayıplarının yasal faiziyle birlikte tarafına ödenmesine hükmedilmesi istemiyle açılmıştır.

Ankara 7. İdare Mahkemesi'nin 10.03.2009 günlü, E.2008/511, K.2009/228 sayılı kararıyla; Devlet Denetleme Kurulu'nun 9.5.2006 tarihli ve 2006/5 sayılı Raporu ve anılan Rapor'da belirtilen hususların Başbakanlık Teftiş Kurulu Başkanlığı tarafından incelenmesi ve soruşturulması sonucunda düzenlenen 2.7.2007 tarihli ve 38/07-21 sayılı Rapor ile Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu'nun 2000-2005 yılları denetim raporlarında; "personel uzmanlık gruplarının, tasarlanan kariyer planlamasına uygun bulunmadığı, bazı personel unvanlarının Emekli Sandığı ile uyumlu olmadığı, birimlerin görev tanımlarında mükerrerliklerin bulunduğu ve birimler arasındaki koordinasyonun güçlendirilmesi için Daire Başkanlıkları yapısının yeniden düzenlenmesinin gerekli olduğu" eleştirilerine yer verildiği, KOSGEB İcra Komitesi'nin 4.12.2007 tarihli toplantısında söz konusu hususların değerlendirilmesi sonucunda 2007/55 sayılı kararla davalı İdarenin yeni organizasyon şemasının kabul edildiği; bu çerçevede 23 süreç danışmanı kadrosunun kaldırılarak, KOBİ uzmanı kadrosunun getirildiğinin anlaşıldığı; ancak İcra Komitesi Kararının ekini oluşturan "KOSGEB Yeni Organizasyon Modelinde İptal ve İhdas Edilen Unvanlar" başlıklı EK-5'deki listede "süreç danışmanı" kadrosunun yer almadığı, özel bir karar alınarak Genel Kadro unvanına uygun bir kadro belirleme işlemi yapılmadığı; İcra Komitesi'nin 4.12.2007 tarihli kararının (k) bendinde "Süreç danışmanı kadrosunun iptal edilerek halen bu kadroda görev yapan süreç danışmanlarının mali hakları saklı kalmak kaydıyla KOBİ Uzmanı kadrosuna atanmalarına" karar verildiği; kadrosu değiştirilenlerin şahıslarına bağlı olarak mali haklarının korunmasının ancak Yasa ile sağlanabilecek bir husus olduğu, İcra Komitesi kararının süreç danışmanlarına ilişkin kısmının tümüyle hukuka aykırı bulunduğu; davacının kaldırılan süreç danışmanı kadrosunun sağladığı yetki, sorumluluk, sicil amiri ve ücret belirlenmesindeki kadro çarpanı gibi hususlarda eşdeğer nitelikte bir kadroya atanması gerekirken KOBİ uzmanı olarak atanmasında kamu yararı ve hizmet gereklerine uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle anılan işlemin iptaline, işlem nedeniyle uğranılan maddi kayıpların davanın açıldığı tarihten itibaren işletilecek yasal faizle birlikte davacıya ödenmesine hükmedilmiştir.

Davalı yönetimce, anılan organizasyon değişikliğinin Cumhurbaşkanlığı Devlet Denetleme Kurulu'nun, Başbakanlık Teftiş Kurulu Başkanlığı'nın ve Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Teftiş Kurulu Başkanlığı'nın inceleme ve soruşturma raporlarında getirilen öneriler doğrultusunda, Devlet Personel Başkanlığı'nın 19.12.2007 tarihli ve 150/20785 sayılı uygun görüş yazısı üzerine gerçekleştirildiği; ücret usul ve esaslarının, görev, unvan ve sorumlulukların belirlenmesinde önceki yapıda Süreç Danışmanı ile Uzman-1 kadrolarının aynı grup içersinde yer aldığı göz önüne alınarak yeni yapıda da KOBİ Uzmanlarının aynı gruba dahil edildiği, kadro karşılığı miktar cetvelinde 750/850 çarpan puan ayrımının anılan İcra Komitesi kararı ile eşleştirilerek Süreç Danışmanlarının mali hakları yönünden zarara uğramasının önlendiği belirtilerek yapılan işlemlerin hukuka uygun olduğu ve davacının

maddi kayıplarının bulunmadığı ileri sürülmekte ve İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

3624 sayılı Küçük Ve Orta Ölçekli Sanayi Geliştirme Ve Destekleme İdaresi Başkanlığı Kurulması Hakkında Kanunun 4. maddesinde kuruluşun görevleri sayılmış; (a) bendinde, sanayide, araştırma ve geliştirme etkinliklerinin desteklenmesi ve etkinliklerin uygulanması için Teknoloji Merkezleri, Teknoparklar, Danışmanlık Merkezleri, Enstitüler ve benzeri birimlerin kurulmasını sağlamakla, (e) bendinde ".....Teknik Yardım ve Destek Program ve Projelerini gerçekleştirecek ihtisas merkezlerini kurmak ve kurulmasını sağlamakla" "(f) bendinde ".....uygulamalı olarak aktif danışmanlık hizmetlerini verecek olan Danışmanlık Merkezleri tesis etmekle" ve (g) bendinde "Hizmet Merkezlerinde görev alacak elemanların, özel ihtisas konularında eğitimini teminen Eğitim Uzmanlarının yetiştirilmesi, yaygın eğitim programlarının düzenlenmesi, işletmelerin eğitim ihtiyaçlarının tespiti ve gerekli eğitimlerinin sağlanması ile ilgili Uygulamalı Teknik Eğitim Merkezlerini kurmakla", görevli olduğu belirtilmiştir.

Aynı Kanun'un 9 uncu maddesinde, İcra Komitesinin görevleri düzenlenmiş; maddenin (a) fıkrasında "Genel Kurul'un belirlediği politikalar, amaçlar, hedefler ve ilkeler istikametinde küçük ve orta ölçekli sanayinin geliştirilmesi ve desteklenmesine ilişkin uygulama kararlarını almak ve yürütmek", (b) fıkrasında "Başkanlıkça hazırlanan bütçeyi, personel kadrolarını, geçici nitelikteki danışman sayılarını ve personele ödenecek gündelik miktarlarını onaylamak, "(c) fıkrasında ise "Bu Kanuna göre Başkanlıkça hazırlanan, Başkanlık organlarının çalışma usul ve esasları, görev ve yetkileri ile diğer Yönetmelik taslaklarını incelemek ve uygun göreceği Yönetmelikleri karara bağlayarak bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 6 ay süre içinde yürürlüğe koymak" İcra Komitesinin görevleri arasında sayılmıştır.

Anılan Kanunun "Personel Rejimi" başlıklı 13. maddesinin 2. fıkrasında ise, "Başkanlığın daimi ve aslilik arzeden görevleri ile bunların unvan ve adetleri, bu görevlerde çalışacak personelin tabi olacakları idari, sosyal ve ücret hükümleri, Başkanlığın hazırlayıp İcra Komitesinin onayı ile yürürlüğe konulacak yönetmelik ile düzenlenir. Personele ilişkin disiplin hükümleri 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun disiplin hükümlerine uygun olarak düzenlenir." hükmüne yer verilmiştir.

3624 sayılı Küçük Ve Orta Ölçekli Sanayi Geliştirme Ve Destekleme İdaresi Başkanlığı Kurulması Hakkında Kanunun 13. maddesinin 2. fıkrasına dayalı olarak çıkartılan Küçük ve Orta Ölçekli Sanayi Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı Personel Yönetmeliği'nin 1. maddesinde "Bu Yönetmeliğin amacı, Küçük ve Orta Ölçekli Sanayi Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı, Başkanlık Merkez ve Hizmet Birimlerinde, Kuruluş Kanunu'nun 13. maddesinin 1. fıkrası gereğince istihdam edilen personelin yükümlülük ve sorumluluklarını, haklarını, çalışma esaslarını, atanma, nakil, izin, disiplin cezaları ve bu gibi özlük işlerini belirli esaslara bağlamak ve personele ilişkin işlemlerin bu Yönetmelikte belirtilen hükümler çerçevesinde yürütülmesini sağlamaktır" kuralına yer verilmiş, 2. maddesinde, bu Yönetmelik hükümlerinin, Küçük ve Orta Ölçekli Sanayi Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı, Başkanlık Merkez ve Hizmet Birimlerinde daimilik ve aslilik arz eden işlerde idari hizmet sözleşmesi ile çalışan personeli kapsayacağı belirtilmiş, "Kadrolar, Görev ve Unvanlar" başlıklı 5. maddesinde ise bu Yönetmelik kapsamına tabi personel kadrolarının, kadro unvanlarının ve adetlerinin Başkanlıkça hazırlanacağı ve İcra Komitesi'nin onayını takiben mali yıl itibariyle yürürlüğe gireceği, tüm birimlerin kadro önerilerinin, her yıl bütçe teklifi ile birlikte hazırlanarak Başkanlığa sunulacağı, kadro tekliflerinin değerlendirme ve birleştirme işleminin Başkanlıktaki ilgili birimler tarafından yürütüleceği, gerektiğinde yıl içinde yeniden kadro konulması, aktarılması veya kaldırılmasının Başkanlığın teklifi ve İcra Komitesi'nin onayı ile mümkün olduğu düzenlenmiş; davacı ile davalı Kurum arasında yapılan İdari Hizmet Sözleşmesi'nin 3. maddesinde de KOSGEB Personel Yönetmeliği ve ekleri hükümlerinin bu sözleşmenin asli

hükümleri niteliğinde olduğunun taraflarca peşinen kabul edildiği belirtildikten sonra, 5/b. maddesinde "Mevzuat hükümlerindeki değişiklikler sebebiyle personelin statüsünde değişiklik yapılması gerektiğinde, personelin yeni statüsünde belirlenecek kadro intibakı KOSGEB'ce re'sen yapılır" kuralına yer verilmiştir.

Anılan Yönetmeliğin 5 inci maddesi ile personel kadrolarının, kadro unvanlarının ve adetlerinin belirlenmesi kaldırılması konusunda İcra Komitesine yetki verilmiş ise de; bu düzenlemenin 3624 sayılı Yasanın yukarıda değinilen 13 üncü maddesinin 2 nci fıkrasına aykırı olduğu, anılan Kanun hükmüne göre, davalı Küçük ve Orta Ölçekli Sanayi Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığının daimi ve aslilik arzeden görevlerinin, bu görevlerde hangi unvanlar ile hizmet verileceğinin ve bu unvanlarda kaç kişinin çalıştırılacağı hususlarının, personel kadrolarını onaylamak ile görevli İcra Komitesinin onayı ile yürürlüğe konacak bir yönetmelikle düzenlenmesi gerektiği, daimi ve aslilik arzeden göreve ilişkin bir kadro ihdas ve iptalinin de ancak Yönetmelik değişikliği ile olanaklı bulunduğu anlaşılmaktadır.

Dava dosyasının incelenmesinden; davalı yönetimin daimilik ve aslilik arzeden görevleri yerine getirmek üzere daha önce ihdas ettiği süreç danışmanlığı kadrosunun, Devlet Denetleme Kurulu'nun 12.6.2006 gün ve 0206/5 sayılı Raporu, Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu'nun 2000-2005 Denetim Raporları, Başbakanlık Teftiş Kurulu Başkanlığı'nın 2.7.2007 gün ve 38/07-21 sayılı Soruşturma Raporları, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Teftiş Kurulu Başkanlığı'nın 2006-2007 yıllarında düzenlediği inceleme ve soruşturma raporlarındaki "Kamu kurumları ve Emekli Sandığı uygulamalarında yer almayan görev, unvan ve kadroların kamu genel kadro tanımlarına uygun hale getirilmesi" yönündeki tavsiye kararlarına dayanılarak, Kurum İcra Komitesinin 4.12.2007 tarih ve 2007/55 sayılı kararıyla iptal edildiği; süreç danışmanı unvanıyla görev yapan davacının 15.1.2008 gün ve 805 sayılı Olur'la Özel Kalem Müdürlüğü'ne KOBİ Uzmanı olarak atanması üzerine bu işlem ile dayanağı icra komitesi kararının kendisiyle ilgili bölümünün iptali isteğiyle davanın açıldığı görülmektedir.

Davalı yönetimce Süreç Danışmanlığı kadrosunun iptal edilerek KOBİ Uzmanı unvanının uygulamaya konulmasının, daimi ve aslilik arzeden görevler ile bunların unvan ve adetlerinin belirlenmesine ilişkin olduğu ve bu tür bir düzenlemenin, 3624 sayılı Yasanın 13. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, ancak Yönetmelik ile yapılabileceği anlaşıldığından, Kurum Personel Yönetmeliğinde bu tür bir düzenleme yapılmaksızın, davalı idare İcra Komitesi Kararı ile Süreç Danışmanlığı kadrosunun iptal edilerek, bu kadroda görev yapan davacının KOBİ Uzmanı kadrolarına atanmasında hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna ulaşılmış; Mahkeme kararının bu doğrultuda olmayan gerekçesi isabetli bulunmamış ise de; davalı yönetimce ileri sürülen hususlar, İdare Mahkemesi kararının sonucu itibariyle yerinde olan işleme yönelik kısmının bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir.

Temyize konu kararın parasal haklara yönelik kısmına gelince;

Davalı yönetimce dava konusu işlem nedeniyle davacının parasal bir kaybının doğmadığı, İcra Komitesi kararı ile Süreç Danışmanlarının mali haklarının zarar görmesinin engellendiği savunulmasına karşın, Mahkemece verilen kararda bu hususun araştırılmadığı ve herhangi bir inceleme ve tespit yapılmadan, var olup olmadığı ortaya konulmayan davacının yoksun kaldığı parasal haklarının yasal faiziyle birlikte ödenmesine dair hüküm kurulduğu görülmüş olup, iddia ve istenilen zararın varlığı saptanılmadan verilen kararın bu kısmında hukuki isabet bulunmamıştır.

Açıklanan nedenlerle, Ankara 7. İdare Mahkemesi'nce verilen 10.03.2009 günlü, E.2008/511, K.2009/228 sayılı kararın işlemin iptaline ilişkin kısmının, davalı yönetimin temyiz isteminin reddiyle yukarıda belirtilen gerekçeyle onanmasına; Mahkeme kararının tazminat isteminin kabulüne ilişkin kısmının ise, davalı yönetimin temyiz isteminin kabulüyle, 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 bozulan kısım hakkında yeniden bir karar verilmek üzere

dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, 14.12.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Beşinci Daire
Esas No : 2007/3886
Karar No : 2009/7514

Özeti : 657 sayılı Yasa'nın 108. maddesi hükmüne göre muvazzaf askerliğe ayrılan memurlar askerlik süresince aylıksız izinli bulunduklarından, davacının askerlik hizmetinde geçen süresi Emniyet Hizmetleri Sınıfı Mensupları Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği'nin 43. maddesinin (d) bendi gereğince bölge hizmetine eklenemeyeceği için, adı geçenin, görev yaptığı bölgedeki zorunlu çalışma süresini tamamlamış sayılamayacağı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : …
Karşı Taraf **:** İçişleri Bakanlığı
İsteğin Özeti **:** Gaziantep 2. İdare Mahkemesi'nin 28.2.2007 günlü, E:2006/2368, K:2007/307 sayılı kararının dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.
Cevabın Özeti **:** Temyiz isteminin reddi gerektiği yolundadır.
Danıştay Tetkik Hakimi : Zeynep Karakoç
Düşüncesi **:** İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmüştür.
Danıştay Savcısı **:** Saadet Ünal
Düşüncesi **:** İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Beşinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

Dava, davacının Gaziantep Emniyet Müdürlüğü emrinde görev yapmakta iken, Kastamonu İl Emniyet Müdürlüğü'ne naklen atanmasına ilişkin 21.7.2006 günlü, 2093 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Gaziantep 2. İdare Mahkemesi'nin 28.2.2007 günlü, E:2006/2368, K:2007/307 sayılı kararıyla; davacının Emniyet Hizmetleri Sınıfı Mensupları Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği'nin 23. maddesi kapsamında 8 yıllık zorunlu hizmet süresini doldurduğu, aynı durumda olan 193 personelin topluca naklen atamasının yapıldığı, davacının eş veya öğrenim özrü bulunmadığı, davalı idarenin amacının emniyet hizmetlerinin aksamamasının sağlanması olduğu, kamu hizmetinin daha etkin ve verimli bir şekilde yürütülmesi amacıyla görev yeri değişikliği suretiyle yapılan atamada hizmetin ve özellikle bölgenin konum ve özelliği ayrıca

davacının Gaziantep İli nüfusuna kayıtlı olduğu dikkate alındığında kamu yararı ve hizmet gereklerine aykırı bir yönünün bulunmadığı gerekçesiyle dava reddedilmiştir.

Davacı, dava konusu işlemin hukuka aykırı olduğunu ileri sürmekte ve İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

11.9.1992 tarih ve 21342 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Emniyet Hizmetleri Sınıfı Mensupları Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği'nin "Bölgeler ve Hizmet Süreleri" başlıklı 23. maddesinde, zorunlu hizmet bölgeleri birinci ve ikinci bölge olmak üzere ikiye ayrılmış olup, birinci hizmet bölgesi de A, B, C, D, E, F ve G olmak üzere yedi alt bölgeye ayrılmış, her bir alt bölge için farklı zorunlu hizmet süresi belirlenmiştir.

Anılan Yönetmeliğin "Bölgedeki Hizmet Süresinden Sayılamayacak Süreler" başlıklı 43. maddesinde, hangi durumlarda geçen sürelerin personelin bulunduğu bölgedeki hizmet süresinden sayılamayacağı belirtilmiş, (d) bendinde de "657 sayılı Devlet Memurları Kanunu hükümlerine göre aylıksız izin almak suretiyle geçen süreler" bu kapsamda sayılmıştır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun "Aylıksız İzin" başlıklı 108. maddesinin son fıkrasında "Muvazzaf askerliğe ayrılan memurlar askerlik süresince görev yeri saklı kalarak aylıksız izinli sayılırlar. Bunlar hakkında 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu hükümleri ile bu Kanunun 83 üncü maddesi hükümleri saklıdır." hükmü yer almaktadır.

Dosyanın incelenmesinden; davacının 16.7.1998 tarihinde Gaziantep İl Emniyet Müdürlüğü kadrosuna atandığı, 4.12.1998 tarihinde askerlik hizmetini yapmak üzere aylıksız izinli olarak görevinden ayrıldığı, 31.5.2000 tarihinde de terhis olduğu, 2006 yılı genel atama döneminde 1. Bölgenin (B) alt bölgesinde zorunlu hizmet süresi olan 8 yılı doldurması nedeniyle, dava konusu işlemle Kastamonu İl Emniyet Müdürlüğü emrine atandığı anlaşılmaktadır.

657 sayılı Yasa'nın yukarıda değinilen 108. maddesi hükmü karşısında davacının askerlik hizmetinde geçen süresinin Yönetmeliğin 43. maddesinin (d) bendi gereğince bölge hizmetinden sayılması mümkün olmadığından, 1. bölgedeki zorunlu çalışma süresini doldurmadığı açık olup, hizmet süresini tamamladığı gerekçesiyle kurulan dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüyle Gaziantep 2. İdare Mahkemesi'nce verilen 28.2.2007 günlü, E:2006/2368, K:2007/307 sayılı kararın 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1/b. fıkrası uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı Kanun'la değişik 3. fıkrası gereğince ve yukarıda belirtilen hususlar da gözetilerek yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkeme'ye gönderilmesine, 16.12.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Beşinci Daire
Esas No : 2007/7920
Karar No : 2009/7906

Özeti : 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun dava konusu işlemin kurulduğu tarih itibariyle yürürlükte bulunan 209. maddesinde ve Devlet Memurlarının Tedavi Yardımı ve Cenaze Giderleri Yönetmeliği'nin 3. maddesinde sayılan tedavi yardımından yararlanacaklar bakımından üvey anne-öz anne ayrımı yapılmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : PTT Genel Müdürlüğü
Vekilleri **:** Av. ..., Av. ...
Karşı Taraf **:** ...
İsteğin Özeti **:** Aydın İli ... İlçesi PTT Müdürlüğü emrinde görev yapan davacının, kendisini evlat edinen ... adına verilen sağlık karnesinin geri alınmasına ilişkin 29.11.2006 gün ve 14118 sayılı işlemin iptali istemiyle açtığı davada; Sultanhisar Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 22.11.1996 günlü, E:1996/197, K:1996/225 sayılı kararı ile davacının ... tarafından evlat edinilmesine izin verildiği, Sultanhisar Noterliğinde düzenlenen evlat edinme sözleşmesi ile de Medeni Kanun'da öngörülen şartların yerine getirildiği; bu itibarla adı geçenin davacının hukuken annesi konumunda bulunduğu, Devlet Memurları Kanununun 209. maddesinde ve Devlet Memurlarının Tedavi Yardımı ve Cenaze Giderleri Yönetmeliği'nin "Tedavi ve Yol Giderlerinden Yararlanacaklar" başlıklı 3. maddesinde sayılan tedavi yardımından yararlanacaklar arasında üvey anne, öz anne ayrımı yapılmadığı gözönüne alındığında, davacının isteminin üvey annelerin sağlık yardımından yararlanamayacağı gerekçesiyle reddine ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle iptali yolunda Aydın 1. İdare Mahkemesi'nce verilen 21.9.2007 günlü, E:2006/2613, K:2007/1165 sayılı kararın, dilekçede yazılı nedenlerle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.
Cevabın Özeti **:** Cevap verilmemiştir.
Danıştay Tetkik Hakimi : Mustafa Bölükbaşı
Düşüncesi **:** İdare Mahkemesi kararının onanması gerektiği düşünülmüştür.
Danıştay Savcısı **:** Aylin Bayram
Düşüncesi **:** İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Beşinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

İdare ve vergi mahkemeleri tarafından verilen kararların temyiz yolu ile incelenerek bozulabilmeleri 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde belirtilen edenlerden birinin varlığına bağlıdır. Aydın 1. İdare Mahkemesi'nce verilen 21.9.2007 günlü, E:2006/2613, K:2007/1165 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, 28.12.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Beşinci Daire
Esas No : 2009/3968
Karar No : 2009/4625

Özeti : Valiliğe bağlı birimlere karşı açılan davalarda; davaların izlenmesi ve savunulması illerde daire amiri olan valiye ait olup, 4353 sayılı Yasa'da bu yetkinin devrine ilişkin bir hüküm yer almadığından, bu yetkinin vali adına defterdar tarafından kullanılamayacağı ve bu çerçevede defterdar tarafından imzalanmış olan temyiz dilekçesinin incelenmesine olanak bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Adana Valiliği
Yürütmenin Durdurulmasını İsteyen : Maliye Bakanlığı
Vekili : Av. ...
Karşı Taraf : ...
Vekili : Av. ...
İsteğin Özeti : Adana Defterdarlığı'nda hizmetli olarak görev yapan davacının, Sarıçam Mal Müdürlüğü yerine Karataş Mal Müdürlüğü emrine naklen atanmasına ilişkin 11.11.2008 gün ve 3754 sayılı işlemin iptali yolunda Adana 1. İdare Mahkemesi'nce verilen 12.5.2009 günlü, E:2009/19, K:2009/597 sayılı kararın, Adana Valisi adına Defterdar tarafından imzalanan dilekçede yazılı nedenlerle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca bozulması ve Maliye Bakanlığı'nca yürütmenin durdurulması 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 Mahmut Ersert'in açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler sonra işin gereği düşünüldü:

4353 sayılı Maliye Vekaleti Baş Hukuk Müşavirliğinin ve Muhakemat Müdürlüğünün 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 Danıştay'daki duruşmalarda bu daireler kendi amirleri veya hukuk müşavirleri ve hukuk müşaviri teşkilatı olmıyan dairelerde ilgili şube amiri tarafından temsil olunur..." hükmü bulunmaktadır.

Buna göre Valiliğe bağlı birimler aleyhine açılan davalarda; davaların takip ve müdafaası illerde daire amiri olan Valiye ait olup Yasada bu yetkinin devrine ilişkin bir hüküm de bulunmadığından, vali adına defterdar tarafından kullanılmasına da olanak bulunmamaktadır.

Dosyanın incelenmesinden, Adana 1. İdare Mahkemesi'nin 12.5.2009 günlü, E:2009/19, K:2009/597 sayılı kararının temyizi üzerine açılan dosyada, temyiz dilekçesinin Adana Valiliği adına davalı konumunda olmayan Adana Defterdarlığı'nca verildiği

anlaşılmakta olup, Defterdarın Vali adına temyiz dilekçesi vermek ve vekaleten temyiz etmek yetkisi bulunmadığından, davanın tarafı olmayan Adana Defterdarlığı'nın verdiği dilekçe üzerine temyiz incelemesi yapılması olanağı bulunmadığından temyiz isteminin ve davanın tarafı olmayan Maliye Bakanlığı adına hazine avukatı tarafından yürütmenin durdurulması istenilemeyeceğinden bu yöndeki istemin de incelenmeksizin reddine, dosyanın Adana 1. İdare Mahkemesi'ne gönderilmesine, kullanılmayan 9,00.-TL posta pulu ücretinin isteği halinde Maliye Bakanlığı'na verilmesine, 27.7.2009 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

Temyiz isteğinde bulunan Adana Valiliği olup anılan Valilik davanın tarafıdır, temyiz isteğinde bulunma hak ve ehliyetine sahiptir.

Ancak, sorun Valilik adına verilen temyiz dilekçesini imzalayan kişi ile ilgilidir. Defterdarın Valilik adına temyiz dilekçesi veremeyeceği kabul ediliyorsa - ki, öyledir - temyiz dilekçesinin 2577 sayılı Yasa'nın 48/2. maddesine uygun olmaması söz konusudur. Bu durumda temyiz dosyasının usule uygun biçimde tekemmül etmemiş olması nedeniyle 2577 sayılı Yasa'nın 48/2. maddesi uyarınca, 15 gün içinde Adana Valiliği adına temyiz dilekçesini imzalamaya yetkili Vali tarafından imzalanmış dilekçe ile temyiz isteğinin yenilenmesi hususunun bir kararla davalı idareye tebliği ile temyiz isteğinin yenilenmesi halinde yeniden tekemmül ettirilerek temyiz dosyasının gönderilmesi için dosyanın Mahkemesi'ne iadesine karar verilmesi gerektiği görüşündeyim.

Dairemizin 27.12.2006 günlü, E:2006/8359, K:2006/6915 sayılı ve 12.6.2007 günlü, E:2007/1320, K:2007/3178 sayılı kararları da aynı doğrultudadır.

Karara karşıyım.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Beşinci Daire
Esas No : 2009/2933
Karar No : 2009/4783

Özeti : 406 sayılı Yasa'nın 5457 sayılı Yasa ile değişik Ek 29. maddesi uyarınca, kamu kurumuna nakil hakkı bulunan personelden hizmet sözleşmesi feshedilmiş olanlara, 4046 sayılı Yasa'nın 22. maddesi uyarınca yeniden kamu personeli statüsüne girdiklerinde ödenecek ücretin hesaplanması görevinin "idari" nitelik taşıması ve ayrıca, davacının bir kamu kurumuna atanmak suretiyle kamu personeli statüsüne girmesi karşısında, dava konusu uyuşmazlığın görüm ve çözümünün idari yargının görev alanında olduğu hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : ...
Vekili **:** Av. ...
Karşı Taraf **:** Türk Telekomünikasyon A.Ş. Genel Müdürlüğü
Vekili **:** Av. ...
İsteğin Özeti **:** Adana 2. İdare Mahkemesi'nin 22.1.2009 günlü, E:2008/1733, K:2009/30 sayılı kararının dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

Cevabın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği yolundadır.
Danıştay Tetkik Hakimi : Işın Aka Delice
Düşüncesi : İdare Mahkemesi kararının onanması gerektiği düşünülmüştür.
Danıştay Savcısı : Saadet Ünal
Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü 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:

Davalı idare Adana İl Müdürlüğü'nde sözleşmeli mühendis olarak görev yapmakta iken, özelleştirme nedeniyle 4046 sayılı Yasa'nın 22. maddesi uyarınca MTA Doğu Akdeniz Bölge Müdürlüğü emrine atanan davacı,T. Telekom tarafından düzenlenen maaş nakil ilmuhaberinin yeniden düzenlenmesi istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin T. Telekomünikasyon A.Ş. Adana İl Telekom Müdürlüğü'nün 17.9.2008 günlü, 12816 sayılı işleminin iptali ile yeni görevine başladığı 3.9.2008 tarihinden geçerli olmak üzere maaş farkının yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle dava açmıştır.

Adana 2. İdare Mahkemesi'nin 22.1.2009 günlü, E:2008/1733, K:2009/30 sayılı kararıyla; özelleştirme kapsamında bulunan Türk Telekomünikasyon A.Ş.'deki tamamı Hazineye ait bulunan hisselerden %55'inin, Bakanlar Kurulunun 25.7.2005 tarih ve 2005/9146 sayılı "Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi (Türk Telekom)'nin %55 Oranındaki Hissesinin Blok Olarak Satışına İlişkin Nihai Devir İşlemlerine Dair Kararın Yürürlüğe Konulması Hakkında Karar" uyarınca 14.11.2005 tarihli Hisse Satış Sözleşmesi ile … Telekomünikasyon A.Ş.'ne satılmış olduğunun görülmesi karşısında; idari yargı denetiminin Türk Telekom hisselerinin devrinin fiilen gerçekleştirildiği 14.11.2005 tarihinden önce tesis edilen işlemlerden doğan uyuşmazlıklarla sınırlı olacağı, bu tarihten sonra tesis edilen işlemlerden doğan uyuşmazlıkların görüm ve çözümünün adli yargı mercilerinin görev alanına gireceği, hisse devir tarihi olan 14.11.2005 tarihinden sonra tesis edilmiş olan dava konusu işlemden doğan uyuşmazlığın görüm ve çözümünün idari yargının görev alanında bulunmadığı, adli yargının görev alanına girdiği gerekçesiyle dava görev yönünden reddedilmiştir.

Davacı, tek yanlı irade açıklaması şeklinde kurulan işlemin görüm ve çözüm yerinin idari yargı olduğunu ileri sürmekte ve İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

406 sayılı Yasa'nın 3.7.2005 günlü, 5398 sayılı Yasa ile değişik Ek-29. maddesinde; Türk Telekom hisselerinin devri sonucu kamu payının yüzde ellinin altına düşmesi durumunda; Türk Telekom'da asli ve sürekli görevlerde çalışmakta olanlar ile 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye tabi olarak kadrolu veya sözleşmeli personel statüsünde çalışanlar ve kapsam dışı personelin, kamu görevlerinden yüzseksen gün aylıksız izinli sayılacakları, harcırah, sağlık giderleri, cenaze giderleri ve ölüm yardımı ile diğer mali ve özlük haklarının Türk Telekom tarafından karşılanacağı, bu süre içinde nakle tabi personelden Türk Telekom tarafından hizmetine ihtiyaç duyulmayanların tespit edildikleri tarihten, kendi isteği ile nakil talep edenlerin ise talep tarihinden itibaren en geç doksan gün içinde Türk Telekom tarafından Devlet Personel Başkanlığı'na bildirileceği ve bunların aylıksız izinlerinin bu tarih itibariyle sona ereceği belirtilmiş; maddenin 5457 sayılı Yasayla değiştirilen cümlesinde bu maddenin birinci cümlesinde sayılanlardan aylıksız iznin bitiminden sonra Türk Telekom'un tabi bulunduğu mevzuata ve bu fıkraya istinaden

akdedilen sözleşmeye göre çalışmaya devam edenlerden hisse devir tarihinden itibaren en geç beş yıl içinde iş sözleşmesi herhangi bir nedenle sona erenlerin, bu madde hükümlerine göre işlem yapılmak üzere, sözleşmenin sona erdiği yılın 15 Ocak tarihindeki 3. fıkraya göre hesaplanan ücretleriyle Devlet Personel Başkanlığı'na bildirilecekleri, sözleşmeli personel statüsünde çalışanlar ve kapsam dışı personel statüsünde çalışanlar hakkında, 4046 sayılı Kanun'un 22. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkrası hükümlerinin uygulanmasında, Devlet Personel Başkanlığı'na bildirildikleri tarihteki unvanlar esas alınarak, Yönetim Kurulu'nca 15.4.2004 tarihi itibariyle bu unvana göre belirlenmiş olan ücret ve diğer mali haklarına, bu tarihten Devlet Personel Başkanlığı'na bildirildikleri tarihteki kadro ve pozisyonlarına ilişkin olarak bildirim tarihine kadar geçen süre içinde kamu görevlilerine yapılacak artış, oran ve/veya miktarları uygulanmak suretiyle bulunacak tutarın dikkate alınacağı hükme bağlanmış bulunmaktadır.

Söz konusu düzenleme ile Türk Telekom hisselerinin devri tarihinden itibaren kamu görevinden 180 gün süreyle aylıksız izinli sayılan personelden iznin bitiminden sonra Türk Telekom'da özel hukuk hükümleri uyarınca akdedilen sözleşmeye göre çalışmaya devam edenlerden hisse devir tarihinden itibaren en geç beş yıl içinde sözleşmesi feshedilenlerin, 4046 sayılı Yasa'nın 22. maddesi uyarınca atanmalarının sağlanması için Devlet Personel Başkanlığı'na bildirilmesi ve bu bildirim yapılırken personelin atamaya esas ücretlerinin yasada belirtilen şekliyle hesaplanması görevi, özel hukuk statüsünde olan T. Telekomünikasyon A.Ş.'ne verilmiştir.

T. Telekom hisselerinin devri sonrasında iş kanunu hükümleri uyarınca kamu kurum ve kuruluşlarına geçiş hakkının 5 yıl süreyle saklı tutulduğu 2. tip iş sözleşmesi imzalamak suretiyle Adana İl Telekom Müdürlüğünde mühendis olarak görev yapan davacının, iş sözleşmesinin 6.6.2008 tarihinde feshedilmesi nedeniyle, sözleşme hükümleri uyarınca 4046 sayılı Yasa'nın 22. maddesine göre kamu kurum ve kuruluşlarına atamasının yapılabilmesi için T. Telekom A.Ş. tarafından 406 sayılı Yasanın Ek 29. maddesi uyarınca hesaplanan ücretiyle Devlet Personel Başkanlığına bildirilmesi üzerine, 3.9.2008 tarihinde MTA Doğu Akdeniz Bölge Müdürlüğü emrine atamasının yapıldığı, 12.9.2008 gününde, maaş nakil ilmuhaberinin yanlış düzenlendiğinden bahisle düzeltilerek yeniden düzenlenmesi istemiyle Adana İl Telekom Müdürlüğü'ne başvurduğu, başvurusunun ücret tespitinde yanlışlık bulunmadığı gerekçesiyle reddi üzerine bu işlemin iptali ile eksik hesaplanan maaş farklarının yasal faiziyle birlikte ödenmesi istemiyle dava açtığı anlaşılmıştır.

Özelleştirme kapsamında bulunan Türk Telekomünikasyon A.Ş.'deki tamamı hazineye ait bulunan hisselerden %55'i Bakanlar Kurulu'nun 25.7.2005 günlü, 2005/9146 sayılı kararı uyarınca, 14.11.2005 tarihli Hisse Satış Sözleşmesi ile ... Telekomünikasyon A.Ş.'ye satılmış olup bunun sonucunda Türk Telekom A.Ş.'nin bu tarih itibariyle kamu kuruluşu niteliğinin sona erdiği açıktır.

Ancak, 406 sayılı Yasa'nın Ek 29. maddesinin yukarıda yazılı hükümleri uyarınca, kamu kurumuna nakil hakkı bulunan personelden hizmet sözleşmesi feshedilenlerin 4046 sayılı Yasa'nın 22. maddesi uyarınca yeniden kamu personeli statüsüne girdiğinde kendilerine ödenecek ücretin hesaplanması görevinin idari nitelik taşıdığı, bu hesaplama konusunda T. Telekomünikasyon A.Ş.'nin görevli kılındığı, anılan şirketin belirlediği atamaya esas ücrete göre personele atandığı kurumda ödenecek maaşın tespit edilecek olması dolayısıyla T. Telekomünikasyon A.Ş. tarafından düzenlenen maaş nakil ilmuhaberinin kamu görevlisi olan kişinin hukukunu etkilemesi, öte yandan davacının kamu kurumuna atanmasıyla kamu personeli statüsüne girmesi karşısında, kamu görevlisinin maaşının hatalı hesaplandığı iddiasına dayandırılan ve bu nedenle maaş nakil ilmuhaberinin yeniden düzenlenmesi istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin bir idari uyuşmazlık yarattığı kuşkusuz olup bu nedenle bu işlemin iptali ile parasal hak istemiyle açılan davanın görülmesi ve çözümlenmesi görevi idari yargıya aittir.

Bu durumda, uyuşmazlığın esasının incelenmesi gerekirken, davanın görev yönünden reddi yolundaki Mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüyle Adana 2. İdare Mahkemesi'nce verilen 22.1.2009 günlü, E:2008/1733, K:2009/30 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, 17.9.2009 tarihinde esasta oybirliği, gerekçede oyçokluğuyla karar verildi.

GEREKÇEDE KARŞI OY

Uyuşmazlık, yeni görevinde davacıya ödenecek aylığın saptanmasına ilişkin olup, kamu görevlisine ödenek aylıkla ilgili bir uyuşmazlığın idari yargıda çözümleneceği kuşkusuzdur.

Bu bakımdan davanın görev yönünden reddine dair kararda isabet yoktur.

Ancak idari yargıda görülen davalar idari işlem veya idari eylemlerden kaynaklanan uyuşmazlıklara ilişkin olabilir.

Temyiz edilen karar, idari bir merci olmayan şirketçe düzenlenen maaş nakil bildiriminin iptali istemiyle açılmış bir davada verilmiştir. Maaş nakil bildirimi, düzenleyen şirket dikkate alındığında idari bir işlem olmadığından, kesin ve yürütülmesi gerekli bir işlem de değildir. Bu özellikleri yönünden idari bir davaya konu olması hukuken olanaksız olan işleme karşı açılan davanın 2577 sayılı Kanun'un 15/1-b maddesi uyarınca reddine karar verilmesi gerekirken davanın görev yönünden reddine dair karar verilmesinde hukuka uyarlık görülmemiştir.

Kararın bu gerekçeyle bozulması gerektiği görüşüyle gerekçe yönünden karara karşıyım.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Beşinci Daire
Esas No : 2008/4183
Karar No : 2009/5360

Özeti : Davacının atanmasına ilişkin dava konusu işlemin, 2451 sayılı Yasa'nın 2. maddesi uyarınca müşterek kararname ile gerçekleştirildiği anlaşıldığından, işlemin kurulma sürecindeki etkisi nedeniyle Başbakanlığın da Mahkeme tarafından davalı konumuna alınarak karar verilmesi gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : ...
Vekili **:** Av. ...
Karşı Taraf **:** İçişleri Bakanlığı
İsteğin Özeti **:** Adana 1. İdare Mahkemesi'nce verilen 10.6.2008 günlü, E:2007/1683, K:2008/804 sayılı kararın dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.
Cevabın Özeti **:** Temyiz isteminin reddi gerektiği yolundadır.
Danıştay Tetkik Hakimi : Bekir Şimşek
Düşüncesi **:** Davacının temyiz isteminin kabulüyle eksik hasımla verildiği anlaşılan mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı : Saadet Ünal

Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde 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, Adana İl'inde Vali Yardımcısı olarak görev yapan davacının, Ordu İl'ine Vali Yardımcısı olarak atanmasına ilişkin 28.9.2007 günlü, 2007/9316 sayılı müşterek kararnamenin kendisi ile ilgili kısmının iptali istemiyle açılmıştır.

Adana 1. İdare Mahkemesi'nce verilen 10.6.2008 günlü, E:2007/1683, K:2008/804 sayılı kararla; bulunduğu kadroda verimli olamayacağı anlaşılan davacının, kamu hizmetinin daha etkin ve verimli bir şekilde yürütülmesi amacıyla atanmasına ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı işlemin hukuka aykırı olduğunu ileri sürerek davanın reddine ilişkin Mahkeme kararının bozulmasını istemektedir.

2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne ilişkin Kanunun 2. maddesinde; "Bu Kanuna ekli (1) sayılı cetvelde gösterilen unvanları taşıyan görevlere Bakanlar Kurulu kararı ile, (2) sayılı cetvelde gösterilen unvanları taşıyan görevlere müşterek kararla atama yapılır. Bunların nakilleri ve görevden alınmaları da aynı usule göre olur....."hükmüne yer verilmiştir. Kanuna ekli 2 sayılı cetvelde Vali Yardımcısı da yer almaktadır.

Dosyanın incelenmesinden; davacının atanmasına ilişkin dava konusu işlemin, müşterek kararnameyle gerçekleştirildiği, bu çerçevede, işlemin kurulma sürecindeki etkisi nedeniyle Başbakanlığın da Mahkeme tarafından hasım mevkiine alınarak karar verilmesi gerekirken, bu yapılmadan, dosyanın eksik hasımla tekemmül ettirilmesi suretiyle karar verilmesinde usule uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüyle Adana 1. İdare Mahkemesi'nce verilen 10.6.2008 günlü, E:2007/1683, K:2008/804 sayılı kararın 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendi 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, 14.10.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Beşinci Daire
Esas No : 2007/4049
Karar No : 2009/5478

Özeti : Sendika tarafından adına dava açılan kişinin, söz konusu atama işleminin iptali istemiyle adına dava açılması konusunda sendika avukatını yetkili kılıp kılmadığı; başka bir deyişle, sendikanın, üyesi adına bu davayı açmaya ehliyeti olup olmadığı araştırılmaksızın, Mahkeme'ce uyuşmazlığın esası

hakkında karar verilmesinde hukuki isabet görülmediği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : ...
Vekili : Av. ...
Karşı Taraf : Diyanet İşleri Başkanlığı
İsteğin Özeti : Mersin İdare Mahkemesi'nin 30.10.2006 günlü, E:2006/1863, K:2006/2016 sayılı kararının dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.
Cevabın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği yolundadır.
Danıştay Tetkik Hakimi : Keziban Gülcan Kaya
Düşüncesi : İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmüştür.
Danıştay Savcısı : Saadet Ünal
Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Beşinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

Dava; Silifke İlçe Müftüsü olarak görev yapan davacının, Pozantı İlçe Müftülüğü görevine atanmasına ilişkin 2.2.2006 günlü işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Mersin İdare Mahkemesi'nin 30.10.2006 günlü, E:2006/1863, K:2006/2016 sayılı kararıyla; Silifke İlçe Müftüsü olarak 10 yıl görev yaptığı anlaşılan davacının, Yönetmelik hükmüne dayanılarak Pozantı İlçesi'ne atanmasında hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle dava reddedilmiştir.

Davacı, kararın hukuka uygun olmadığını öne sürmekte ve temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

Anayasa'nın 53. maddesinin üçüncü fıkrasında, "...sendikalar ve üst kuruluşları, üyeleri adına yargı mercilerine başvurabilir..." hükmü yer almış; 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nun 1. maddesinde, bu Kanun'un amacının; kamu görevlilerinin ortak ekonomik, sosyal ve mesleki hak ve menfaatlerinin korunması ve geliştirilmesi için oluşturdukları sendika ve konfederasyonların kuruluşu, organları, yetkileri ve faaliyetleri ile sendika ve konfederasyonlarda görev alacak kamu görevlilerinin hak ve sorumluluklarını belirlemek ve her hizmet kolunda yetkili kamu görevlileri sendikaları ve bunların bağlı bulundukları konfederasyonlar ile Kamu İşveren Kurulu arasında yürütülecek toplu görüşmelere ilişkin esasları düzenlemek olduğu belirtilmiş; aynı Yasa'nın "Sendika ve konfederasyonların yetki ve faaliyetleri" başlığını taşıyan 19. maddesinin ikinci fıkrasının (f) bendinde; "Üyelerin idare ile ilgili doğacak ihtilaflarında, ortak hak ve menfaatlerinin izlenmesinde veya hukuki yardım gerekliliğinin ortaya çıkması durumunda, üyelerini veya mirasçılarını her düzeyde ve derecedeki yönetim ve yargı organları önünde temsil etmek veya ettirmek, dava açmak ve bu nedenle açılan davalarda taraf olmak", sendika ve üst kuruluşlarının yetkileri arasında sayılmıştır.

Kanunkoyucu, 4688 sayılı Kanun'un yukarıda metni yazılı 19/2-f. maddesi hükmü ile, sendika ve üst kuruluşlarını, diğer tüzel kişiliklere genel hükümler uyarınca tanınan taraf olma ve dava açma ehliyetinin dışında, üyelerini ve bunların mirasçılarını temsil etme ve ettirme yetkisiyle de donatmıştır. Kamu görevlilerince kurulan sendika ve konfederasyonların, üyelerinin ortak ekonomik hak ve menfaatlerinin korunması ve geliştirilmesi amacıyla

üyelerini yönetim ve yargı organları önünde temsil etmeye ve dava açmaya yetkili oldukları; üyelerini ilgilendiren genel ve nesnel nitelikteki yönetsel işlemlere karşı yetkili organları aracılığıyla doğrudan dava açabilecekleri kuşkusuzdur.

4688 sayılı Kanun'un 19/2-f. maddesi, sendika ve üst kuruluşlarının, bizzat taraf oldukları hukuki ilişkiler dolayısıyla davacı ve davalı oluş sıfatları ile ortak çıkarların korunması için tanınan davacı olabilme sıfatından başka, hukuki yardım gerekliliğinin ortaya çıkması durumunda üyelerini veya bunların mirasçılarını her derecedeki yargı organları önünde temsil etme ve dava açma hakkı da tanımaktadır. Kanun koyucu, getirdiği bu düzenleme ile, idare tarafından sendika üyesi kamu görevlisi hakkında kurulan bireysel (subjektif) işlemler nedeniyle bu ilişkinin tarafı olmayan sendika ve üst kuruluşa, üyesinin isteğine bağlı olarak uyuşmazlığın çözümünde taraf olarak kendisini temsil etme yetki ve sorumluluğu vermektedir. Bu "hukuki yardım"ın sağlanmasının, sendika üyesinin "isteği"nin bulunması koşuluna bağlı olduğu ve ilgili üye ya da üyeler tarafından bu konuda açık bir temsil yetkisi verilmediği sürece sendikanın bireysel uyuşmazlıklar dolayısıyla üyeleri adına dava açma ehliyetine sahip olmadığı kuşkusuzdur.

Davacı adına, Türkiye Diyanet ve Vakıf Hizmet Kolu Görevlileri Sendikası Vekili tarafından naklen atama işlemine karşı dava açmış ise de; adına dava açılan şahsın, Sendika'ya üye olduğuna ve bu konuda Sendika'yı ve vekilini yetkili kıldığına ilişkin herhangi bir belgenin dava dosyasında bulunmadığı anlaşılmakta olup; dava konusu uyuşmazlıkta adına dava açılan ...'ın, söz konusu atama işleminin iptali istemiyle adına dava açılması konusunda Sendika avukatını yetkili kılıp kılmadığı konusu araştırılıp açıklığa kavuşturulduktan, başka bir deyişle, Sendika'nın, üyesi adına bu davayı açmaya ehliyetli olduğunun saptanmasından sonra, dava konusu uyuşmazlığın esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken, İdare Mahkemesi'nce bu husus araştırılmaksızın uyuşmazlığın esası hakkında karar verilmesinde hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüyle, Mersin İdare Mahkemesi'nce verilen 30.10.2006 günlü, E:2006/1863, K:2006/2016 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, 19.10.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Beşinci Daire
Esas No : 2008/2009
Karar No : 2009/5951

Özeti : Davacının da Mahkeme kararını temyiz etmesine karşın, temyiz dilekçesinin karşı tarafa tebliğ edilmeden, dolayısıyla davacının temyiz istemi yönünden temyiz dosyası tekemmül ettirilmeden karar verilmesinin, kararın düzeltilmesi isteğinin kabulünü gerektirdiği hakkında.

Kararın Düzeltilmesini İsteyen (Davalı) : Maliye Bakanlığı
Karşı Taraf (Davacı) : …
İsteğin Özeti : Ankara 5. İdare Mahkemesi'nin 9.9.2004 günlü, E:2003/1773, K:2004/1408 sayılı kararının gerekçesinin değiştirilmek suretiyle onanmasına ilişkin Danıştay Beşinci Dairesi'nin 8.5.2007 günlü, E:2004/6492, K:2007/2189 sayılı

kararının, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 54. maddesi uyarınca düzeltilmesi istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Bekir Şimşek

Düşüncesi : İstemin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : İsa Yeğenoğlu

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Beşinci Dairesince işin gereği düşünüldü:

Davacı, Ankara Takdir Komisyonu Başkanı olarak görev yapmakta iken Çankırı Gelir Müdürlüğü görevine naklen atanmasına ilişkin 4.11.2003 günlü, 49629 sayılı işlemin iptali istemiyle dava açmıştır.

Ankara 5. İdare Mahkemesinin 9.9.2004 günlü, E:2003/1773, K:2004/1408 sayılı kararıyla, davacının Maltepe Vergi Dairesi Müdürü olarak görev yaptığı dönemdeki eylemi nedeniyle uyarıldığı ve bu eylemden ötürü Ankara Takdir Komisyonu Başkanlığına atandığı belirtildikten sonra, dava konusu işlemin objektif kriterlere dayanılmaksızın hukuka aykırı olarak kurulduğu gerekçesiyle işlem iptal edilmiştir.

Davacı, dava konusu işlemin iptali yolundaki Mahkeme kararının gerekçesinde yer verilen "Maltepe Vergi Dairesi Müdürü olarak görev yaptığı sırada yaşanan olayın atanmasını haklı kılacak nitelikte bulunmadığı, nitekim bu nedenle uyarıldığı, bu olay sebebiyle Ankara Takdir Komisyonu Başkanlığı'na atandığı" yönündeki ibarenin görülmekte olan davanın konusu dışında kaldığını belirtilmek suretiyle kararın bu kısmının, davalı idare ise, dava konusu işlemin hukuka uygun olduğunu öne sürerek Mahkeme kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemiştir.

Danıştay Beşinci Dairesi'nin 8.5.2007 günlü, E:2004/6492, K:2007/2189 sayılı kararıyla; davalı idarenin temyiz isteminin reddine, davacının temyiz isteğinin kabulü ile Ankara 5. İdare Mahkemesince verilen ve hüküm fıkrası itibariyle hukuka uygun bulunan 9.9.2004 günlü, E:2003/1773, K:2004/1408 sayılı kararın gerekçe değiştirilmek suretiyle onanmasına karar verilmiştir.

Davalı idare, dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığını, ayrıca davacının temyiz dilekçesinin kendilerine tebliğ edilmediğini, bu nedenle temyize cevap verilemediğini, savunma haklarının engellendiğini öne sürerek kararın düzeltilmesini ve İdare Mahkemesi kararının bozulmasını istemektedir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 48. maddesinin 3. fıkrasında, temyiz dilekçelerinin, ilgisine göre kararı veren mahkemeye, Danıştaya veya 4. maddede belirtilen mercilere verileceği, 4. fıkrasında, kararı veren Danıştay dairesi veya mahkemenin, cevap dilekçesi verildikten veya cevap süresi geçtikten sonra dosyayı dizi listesine bağlı olarak, Danıştaya veya Kurula göndereceği, 5. fıkrasında ise; yürütmenin durdurulması isteği bulunan temyiz dilekçelerinin, karşı tarafa tebliğ edilmeden dosya ile birlikte, yürütmenin durdurulması istemi hakkında karar verilmek üzere kararı veren mahkemece Danıştay Başkanlığına, Danıştayın ilk derece mahkemesi olarak baktığı davalarda, görevli dairece konusuna göre İdari veya Vergi Dava Daireleri Kuruluna gönderileceği, Danıştayda görevli daire veya kurul tarafından yürütmenin durdurulması istemi hakkında karar verildikten sonra tebligatın bu daire veya kurulca yapılarak dosyanın tekemmül ettirileceği belirtilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden; davacının Ankara Takdir Komisyonu Başkanı olarak görev yapmakta iken Çankırı Gelir Müdürlüğü görevine naklen atanmasına ilişkin 4.11.2003 günlü, 49629 sayılı işlemin iptali yolunda Ankara 5. İdare Mahkemesinin 9.9.2004 günlü, E:2003/1773, K:2004/1408 sayılı kararının davacı ve davalı idarece temyiz edildiği, anılan

İdare Mahkemesi Başkanlığının 3.12.2004 tarihli üst yazısı ile davalı idarece kararın yürütmenin durdurulması istemli olarak temyiz edildiğinden bahisle temyiz dilekçeleri taraflara tebliğ edilmeden, dolayısıyla tekemmül ettirilmeden dosyanın Dairemize gönderildiği, Dairemizce de davalının temyiz isteği incelenerek anılan kararın gerekçe değiştirilmek suretiyle onanmasına karar verildiği görülmüştür. Ancak, davacının hem temyiz isteğinde bulunduğu, hem de davalının temyiz dilekçesine cevaben verdiği dilekçede kararın düzeltilerek onanmasını istediği, bu dilekçelerin davalıya tebliğ edilmeden, dolayısıyla temyiz dosyası tekemmül ettirilmeden karar verildiği anlaşıldığından kararın düzeltilmesi isteğinin kabulü suretiyle Dairemizce verilen 8.5.2007 günlü, E:2004/6492, K:2007/2189 sayılı kararın kaldırılmasına; gerek davalının, gerekse davacının temyiz isteklerinin incelenerek karara bağlanabilmesi için öncelikle 2577 sayılı Yasa'nın 48. maddesinin 5. fıkrası uyarınca dosyanın Dairemizce tekemmül ettirilmesi gerektiğinden yalnızca bu kararın taraflara tebliği ve dosyanın iadesi için esas kaydının kapatılarak dosyanın Ankara 5. İdare Mahkemesi'ne gönderilmesine, 9.11.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Beşinci Daire
Esas No : 2007/375
Karar No : 2009/6571

Özeti : Uyuşmazlık konusu olayda olduğu üzere, maaşın, her türlü zam yansıtılarak güncelleştirilmesi gerektiği savı gibi süreklilik gösteren parasal ödemeler veya kesintiler ile ilgili olarak belli bir uygulama tarihi esas alınarak istekte bulunulan davalarda; davacının başvurusuna idarece cevap verilmeyen hallerde, dava; davacının idareye başvurduğu tarihten önceki son uygulama tarihinden itibaren 120 gün geçirilmeden açılmış ise, davanın açıldığı tarihten geriye doğru 120 günü geçmemek koşuluyla, başvuru tarihinden geriye doğru 60 günlük süre içindeki "ilk uygulama" esas alınarak davacı isteminin esasının incelenmesi gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Cumhuriyet Üniversitesi Rektörlüğü
Vekili : Av. ...
Karşı Taraf : ...
İsteğin Özeti : Sivas İdare Mahkemesi'nin 20.6.2006 tarihli, E:2005/1626, K:2006/1314 sayılı kararının bozulması istenilmektedir.
Cevabın Özeti : Cevap verilmemiştir.
Danıştay Tetkik Hakimi : Hasan Turgut
Düşüncesi : Mahkeme 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 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde 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:

Özelleştirme sebebiyle davalı idareye atanan davacı, 4046 sayılı Yasa'nın 22. maddesi gereğince eski ve yeni kurumlarındaki görevlerine ait parasal hakları arasındaki farkın ödenmesi sırasında, eski görevinin parasal hak unsurlarından şahsa bağlı olarak saklı tutulanların güncel tutarları ile ödenmesi; bir başka deyişle, şahsa bağlı haklarının, kendisinin eski görevinin parasal haklarına yansıtılması, aksi yöndeki uygulama nedeniyle davalı idarede göreve başladığı tarihten itibaren yoksun kaldığı tutarın verilmesi istemiyle yaptığı 16.2.2005 tarihli başvurusunun cevap verilmeyerek reddi üzerine, ödemenin şekline ilişkin işlemin iptali ve davalı idareye atandığı tarihten itibaren yoksun kaldığı parasal haklarının yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle dava açmıştır.

Sivas İdare Mahkemesi'nin 20.6.2006 tarihli, E:2005/1626, K:2006/1314 sayılı kararıyla; 4046 sayılı Yasa'nın 22. maddesinin; 15.8.2003 tarihli, 25200 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 4971 sayılı Yasa ile yürürlükten kaldırılan hükümlerine yer verilmek suretiyle, davacının eski kadrosuna ait aylık, ek gösterge ve her türlü zam ve tazminatın (ek tazminat hariç) şahıslarına bağlı olarak, yani halen eski görevindeymiş gibi ödenmesi gerektiğinden işlemde hukuka uyarlık görülmediği; tazminat istemine gelince; davacının idareye başvuru tarihinden itibaren davanın süresinde olduğu, bu tarihten öncesi için ise davada süre aşımı bulunduğu gerekçeleriyle dava konusu işlemin, davacının idareye başvurusundan sonraki dönemi kapsayan parasal haklara ilişkin kısmının iptaline; idareye başvuru tarihinden önceki döneme ilişkin kısmı yönünden reddine; idareye başvurduğu 16.2.2005 tarihi ile 15.3.2005 tarihleri arasında hak ettiği parasal hak farklarının, idareye başvuru tarihinden itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte davalı idarece davacıya ödenmesine; idareye başvuru tarihinden önceki döneme ilişkin tazminat istemine yönelik davanın ise süre aşımı yönünden reddine karar verilmiştir.

Davalı idare, davacıya yapılan ödemelerde hukuka aykırılık bulunmadığı savıyla İdare Mahkemesi kararının iptal ve kabule ilişkin kısımlarının bozulmasını istemektedir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 12. maddesinde idari işlemlerden doğan zararların karşılanması amacıyla açılacak tam yargı davalarının açılma yöntem ve süresi gösterilmiş bulunmaktadır.

"İptal ve Tam Yargı Davaları" başlığını taşıyan 12. maddede "İlgililer haklarını ihlal eden bir idari işlem dolayısıyla Danıştay ve İdare ve Vergi Mahkemelerine doğrudan doğruya tam yargı davası veya iptal ve tam yargı davalarını birlikte açabilecekleri gibi, ilk önce iptal davası açarak bu davanın karara bağlanması üzerine, bu husustaki kararın veya kanun yollarına başvurulması halinde verilecek kararın tebliği veya 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." hükmü yer almaktadır.

12. maddenin yollamada bulunduğu 11. madde "Üst makamlara başvurma"yı düzenlemekte olup, ilk üç fıkrası "ilgililer tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde istenebilir. Bu başvurma, işlemeye başlamış olan idari dava açma süresini durdurur. Altmış gün içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır. İsteğin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması halinde dava açma süresi yeniden işlemeye başlar ve başvurma tarihine kadar geçmiş süre de hesaba katılır." hükmünü taşımaktadır.

Bu hükümlerle, bir idari işlemin uygulanmasından dolayı ortaya çıkan zararın tazmini istemiyle, zararın doğduğu tarihten itibaren altmış gün içinde doğrudan ya da 11. madde gereğince idareye başvurularak, verilecek cevap üzerine tam yargı davası açılabilmesine olanak tanınmıştır.

Uyuşmazlık konusu olayda olduğu üzere, maaşın, her türlü zam yansıtılarak güncelleştirilmesi gerektiği iddiası gibi süreklilik arzeden parasal ödemeler veya kesintiler ile ilgili olarak belli bir uygulama tarihi esas alınarak istekte bulunulan davalarda, 2577 sayılı Kanun'un 7. maddesine göre uygulama tarihinden itibaren 60 gün içinde; uygulama üzerine davacı idareye başvurmuş ise 12. maddenin göndermede bulunduğu 11. maddeye göre idarenin bu başvuruya cevap vermemiş olduğu hallerde uygulama tarihinden itibaren en geç 120 gün, idarenin cevap verdiği durumlarda ise uygulama tarihinden başvuru tarihine kadar geçen süre de hesaba katılmak koşuluyla cevabın davacıya tebliğ tarihinden itibaren toplam 60 gün içinde idari davanın açılmış olması gerekir.

Başka bir anlatımla dava, başvuruya cevap verilmeyen hallerde davacının idareye başvurduğu tarihten önceki son uygulama tarihinden itibaren 120 gün geçirilmeden açılmış ise, davanın açıldığı tarihten geriye doğru 120 günü geçmemek koşuluyla, başvuru tarihinden geriye doğru 60 günlük süre içindeki "ilk uygulama" esas alınarak davacı isteminin esasının incelenmesi gerekecek; davacının idareye başvurduğu tarihten önceki son uygulama tarihinden itibaren 120 günlük, ya da idarenin cevabının tebliğ tarihinden itibaren, başvuru tarihine kadar işlemiş süreyle birlikte 60 günlük süreler geçtikten sonra açılmış olan davalarda ise, ancak dava tarihinden geriye doğru 60 günlük süre içinde kalan ilk uygulamadan başlayan zararın tazminine ilişkin istek incelenebilecektir.

2002 yılında davalı idareye atanarak yeni görevine başlayan davacının, kendisine bu tarihten itibaren eksik ödeme yapıldığından bahisle 16.2.2005 tarihinde idareye itiraz ettiği, bu başvurusuna altmış gün içinde cevap verilmemesi üzerine 18.4.2005 tarihinde bu davayı açtığı dosyanın incelenmesinden anlaşılmıştır.

Yukarıda yer verilen ilke karşısında, dava, başvuru tarihinden (16.2.2005) önceki son uygulama tarihi olan 15.2.2005 tarihinden itibaren 120 günlük süre içinde (18.4.2005 tarihinde) açılmış olduğundan, başvuru tarihinden (16.2.2005) geriye doğru 60 günlük süre içindeki (16.2.2005 tarihi de dahil edilmek suretiyle 60. gün, 18.12.2004 tarihine rastlamaktadır) ilk uygulama tarihi olan 15.1.2005 tarihi itibariyle dava süresinde olup, tazminat isteğinin bu tarihten sonrasına ilişkin bölümünün incelenmesi gerekir.

Bu durumda, davanın 15.1.2005 tarihinden öncesine ilişkin kısmında süre aşımı bulunduğundan, Mahkeme'nin, "davanın 16.2.2005 tarihinden önceki kısmında süre aşımı bulunduğu" yolundaki gerekçesinde hukuki isabet görülmemiş ise de; davacı temyiz isteminde bulunmamış olduğundan, "aleyhe bozma yasağı" ilkesi karşısında, bu hususun, idarenin temyiz istemi üzerine dikkate alınarak, idare aleyhine sonuç doğuracak biçimde kararın bu kısmının bozulmasını gerektirmeyeceği açıktır.

Davanın süresinde olan, bir başka anlatımla, 15.1.2005 tarihinden sonraki kısmı yönünden işin esasına gelince:

4046 sayılı Yasa'nın 22. maddesinin 4971 sayılı Yasa ile değişik ve işlem tarihinde yürürlükte olan halinde, "Bu madde hükümlerine göre kamu kurum ve kuruluşlarına nakledilen personele, atamayı yapacak kurum ve kuruluş tarafından ikinci fıkra uyarınca atandıkları tarihteki eski kadro ve pozisyonlarına ilişkin olarak almakta oldukları aylık, ek gösterge, ikramiye, her türlü zam ve tazminatları (ek tazminat ve bankacılık tazminatı dahil), makam tazminatı, temsil tazminatı, görev tazminatı, sözleşme ücreti, ücret (fazla mesai ücreti hariç), ek ücret, ek ödeme, teşvik ödemesi, döner sermaye payı ve benzeri adlarla yapılan ödemelerin toplam net tutarı; nakledildiği kurum ve kuruluştaki kadro veya pozisyonlara ilişkin olarak yapılan her türlü ödemelerin (fazla mesai ücreti, fiilen yapılan ders karşılığı ödenen ek ders ücreti hariç) toplam net tutarından fazla olması halinde, aradaki fark tutarı herhangi bir kesintiye tâbi tutulmaksızın ve fark kapanıncaya kadar ayrıca

tazminat olarak ödenir. İsteğe bağlı olarak, atandıkları kurumdaki kadro unvanı veya pozisyonlarında herhangi bir değişiklik olanlarla, başka kurumlara geçenlere fark tazminatı ödenmesine son verilir. 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye ekli (1) sayılı cetvelde belirtilen personel hakkında da bu fıkra hükümleri uygulanır. Ancak bu madde gereğince nakledilen personelden (bu Kanuna göre anonim şirket halinde birleştirilen kuruluşlardaki personel dahil) 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye ekli (1) sayılı cetvelde belirtilen personelin, eski kadrolarına ait aylık, ek gösterge, zam, özel hizmet tazminatı, makam tazminatı, temsil tazminatı, görev tazminatı bir bütün olarak ve atandıkları kurumda ve aynı kadro unvanında kalmaları kaydıyla atamayı yapacak kurum ve kuruluş tarafından ikinci fıkra uyarınca atandıkları tarihi izleyen aybaşından geçerli olmak üzere üç yıl süre ile saklı tutulur. İlgililerin eski kadrosu için, yeni kadroya atandığı tarihten önce mevcut olup saklı haklar kapsamında bulunan gösterge, puan, oran ve katsayı artışları şahsa bağlı haklarda artış sayılır; ancak eski kadro için bu tarihten sonra ihdas edilmiş hiçbir malî ve sosyal hak ve yardım ile sair ödemeler şahsa bağlı hak kapsamında değerlendirilemez. Atanılan kadrodaki derece yükselmeleri veya kademe ilerlemeleri, aylık gösterge ve ek gösterge dışındaki ödemeler haricinde, şahsa bağlı olarak saklı tutulan hakların ödendiği eski kadronun derecelerinin yükseltilmesi veya kademelerinin ilerletilmesi sonucunu doğurmaz." hükmü yer almıştır.

657 sayılı Yasa'ya tabi Devlet memurlarının parasal haklarının belirlenmesinde bulundukları kadrolarla birlikte kazanılmış hak aylık derecelerinin esas alınması anılan Yasa'da temel kural olarak belirlenmiştir.

Bu temel kural gereğince, Devlet memurlarının, bulundukları kadrodan başka kadrolara atanmaları durumunda yeni atanacakları kadronun haklarına sahip olacakları, artık bunlara eski kadrolarının parasal haklarının ödenemeyeceği açıktır.

Ancak, 4046 sayılı Yasa'nın 22. maddesinde yer alan ve yukarıya alınan hükümlerle bu Yasa kapsamında başka kurumlara nakledilenler için, bunların söz konusu atamalar nedeniyle uğrayabilecekleri parasal zararların kısmen de olsa giderilmesi amacıyla bu duruma istisna getirilmiştir.

Buna göre, 4046 sayılı Yasa kapsamında olan ve 399 sayılı KHK'ye ekli 1 sayılı cetvelde yer alan görevlerde iken başka kurumlardaki kadrolara atananlara, esas itibariyle atandıkları kadrolara ait parasal hakların hesaplanarak ödenmesi gerekmekle birlikte, bu kişilerin önceki görevlerine ait parasal haklardan saklı tutulan unsurlar da bu hesaplama sırasında göz önüne alınacaktır.

Bu ise, ilgililerin atandıkları kadrolarda saklı tutulan parasal haklarıyla aynı hakların bulunması halinde bunlardan yüksek olanının dikkate alınmasını; saklı tutulan haklarla aynı nitelikteki hakların yeni kadrolarında bulunmaması halinde ise, saklı tutulan parasal hakların yeni kadronun parasal haklarına eklenmesini gerektirmektedir.

Böylece hesaplanacak yeni göreve ilişkin ödemeler toplamının net tutarının, eski görevinden ayrıldığı sıradaki ödemeler toplamından az olması halinde, aradaki farkın tazminat olarak ödenmesi gerekecektir.

Öte yandan, 22. maddenin 4971 sayılı Yasa ile değişik halinde, 399 sayılı KHK'ye ekli 1 sayılı cetvelde yer alan görevlerde iken başka kurumlara 4046 sayılı Yasa kapsamında atanan personelin parasal haklarıyla ilgili olarak; "Atanılan kadrodaki derece yükselmeleri veya kademe ilerlemeleri, aylık gösterge ve ek gösterge dışındaki ödemeler haricinde, şahsa bağlı olarak saklı tutulan hakların ödendiği eski kadronun derecelerinin yükseltilmesi veya kademelerinin ilerletilmesi sonucunu doğurmaz" kuralından, atanılan kadrodaki derece yükselmeleri veya kademe ilerlemelerinin bazı parasal hak türlerinin hesaplanmasında dikkate alınacağı, yani söz konusu zam ve tazminatın ilgililerin atandıkları yeni kadrolarla ilişkilendirileceği anlaşılmaktadır.

Buradan da yasa koyucunun, şahsa bağlı olarak saklı tutulan hakların, ilgililerin atandıkları yeni kadrolara ait parasal hak unsurlarının yerine konmasını, atanılan kadronun parasal haklarının bu şekilde hesaplanmasını amaçladığı sonucuna varılmaktadır.

Davacının yeni görevinin parasal haklarının, şahsa bağlı hakları da dikkate alınarak yukarıdaki şekilde hesaplanması sonucu kendisine yapılacak ödemelerin toplamının, eski görevinin parasal haklarının eski kurumundan ayrıldığı tarihteki net tutarını geçmemesi mümkündür. Bu durumda,bu tutarın ödenmesinin, davacının şahsa bağlı parasal haklarındaki artışların gözönüne alınmadığını göstermeyeceği açıktır.

Buna göre, davacıya yapılan ödemelerde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

İdare Mahkemesi'nce, yürürlükten kalkan hükümlere dayanılarak işlemin kısmen iptaline ve tazminat isteminin kısmen kabulüne karar verilmesinde hukuksal isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulü ile Sivas İdare Mahkemesi'nin 20.6.2006 tarihli, E:2005/1626, K:2006/1314 sayılı kararının işlemin kısmen iptaline ve tazminat isteminin kısmen kabulüne ilişkin kısımlarının bozulmasına, yukarıda belirtilen hususlar göz önüne alınarak, bozulan kısımlar hakkında yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkeme'ye gönderilmesine, 16.11.2009 tarihinde esasta oybirliği, gerekçede oyçokluğu ile karar verildi.

GEREKÇEDE KARŞI OY

Dava, ilgilinin maaşının unsurları ve miktarı yönünden yapılan ilk belirleme işleminden kaynaklanmakta olup, bu işlemden doğan zararın karşılanması istemiyle birlikte açılmış iptal ve tazminat davasıdır. Bu sebeple de, dava açma süresinin İYUK.'nun 12., 7. ve 11. maddeleri esas alınarak hesaplanması gerekmektedir.

Buna göre, davanın açıldığı tarihten önceki son bir-kaç aylık maaş ödemeleri, ve çeşitli tarihlerde yapılan geri almalar davacının ödenecek maaşının ilk kez belirlenmesinden bağımsız işlemler olmadığından, davacının bu hususta ilk ödemenin yapıldığı, ya da maaş hesaplama unsurlarında bir değişiklik olmuşsa, buna göre ilk ödemenin yapıldığı tarihte başlayan süre içinde dava açmadığı anlaşılmaktadır. 16.2.2005 tarihli başvuru ise 11. maddede belirlenen süre içinde olmadığından dava süresini etkilememektedir.

Uyuşmazlıkta, anılan 12. maddedeki işlemin icrasından doğan tam yargı davası ile ilgili süre başlangıcı hükmünün uygulanması olanağı bulunmamaktadır.

Bu nedenle davanın tamamının süre aşımı yönünden reddi gerektiğinden, İdare Mahkemesi kararının bu gerekçelerle bozulması gerektiği görüşüyle karara katılmıyoruz.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Beşinci Daire
Esas No : 2009/6913
Karar No : 2009/7337

Özeti : Davalı idarenin incelenme olanağı bulunmayan temyiz başvurusuna ilişkin dilekçesinin tebliği üzerine, davacının, 2577 sayılı Yasa'nın 46/3. maddesi uyarınca "karşı temyiz" isteminde bulunmuş sayılmasına olanak bulunmadığı; bu nedenle davalı idarenin temyiz isteminin incelenmeksizin, davacının temyiz isteminin ise süre aşımı yönünden reddi gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Taraflar) :
1- (Davalı) **:** Ankara Valiliği
2- (Davacı) **:** ...
Vekili **:** Av. ...
İsteğin Özeti **:** Ankara 1. İdare Mahkemesi'nin 25.6.2009 günlü, E:2009/458, K:2009/966 sayılı kararının, dilekçelerde yazılı nedenlerle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Beşinci Dairesi'nce 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 14/6. maddesi gereğince Tetkik Hakimi Mustafa Bölükbaşı'nın açıklamaları dinlenildikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği düşünüldü:

Dava; Ankara Anıt Milli Emlak Müdürlüğü'nde memur olarak görev yapan davacının, Çamlıdere Malmüdürlüğü emrine atanmasına ilişkin 11.3.2005 günlü işlemin iptali ve bu işlem nedeniyle her ay uğradığını ileri sürdüğü 307,00.-TL zararın hakediş tarihleri itibariyle yürütülecek yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılmış olup; dava konusu işlemin iptali ve parasal kayıpların davanın açıldığı tarih itibariyle hesaplanacak yasal faiziyle davacıya ödenmesine hükmedilmesi yolunda Ankara 1. İdare Mahkemesi'nce verilen 28.11.2005 günlü, E:2005/559, K:2005/1374 sayılı kararın, davalı idarece temyizen incelenerek bozulması istemi üzerine Danıştay Beşinci Dairesi'nin 28.1.2009 günlü, E:2006/4471, K:2009/345 sayılı kararıyla Mahkeme kararının, iptale ilişkin kısmının onanarak kesinleştiği, parasal kayıpların tazmininin kabulüne ilişkin kısmının ise bozulduğu, Ankara 1. İdare Mahkemesi'nin temyize konu 25.6.2009 günlü, E:2009/458, K:2009/966 sayılı kararıyla da bozulan kısım hakkında bozma kararına uyularak parasal zararların tazmini isteminin reddine hükmedildiği anlaşılmaktadır.

Davalı İdare, Mahkeme kararının işlemin iptaline, davacı ise, parasal kayıpların tazmini isteminin reddine ilişkin kısımlarının bozulmasını istemektedir.

Ankara 1. İdare Mahkemesi'nin 28.11.2005 günlü, E:2005/559, K:2005/1374 sayılı kararının, davacının Çamlıdere Malmüdürlüğü emrine atanmasına dair 11.3.2005 günlü işlemin iptaline ilişkin kısmının Dairemizin anılan kararıyla onanarak kesinleşmesi ve temyizen incelenerek bozulması istenilen kararda da işlemin iptaline dair bir hükme yer verilmemesi nedeniyle, davalı idarenin dava konusu işleme yönelik temyiz isteminin incelenme olanağı bulunmamaktadır.

Davacının temyiz istemine gelince;

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 46. maddesinin 4001 sayılı Kanunla değişik 2. fıkrasında, "Özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde, Danıştay dava daireleri ile idare ve vergi mahkemelerinin nihai kararlarına karşı tebliğ tarihini izleyen otuz gün içinde Danıştayda temyiz yoluna başvurulabilir." hükmü yer almış, 3622 sayılı Kanunla değişik 46. maddesinin 3. fıkrasında ise "Temyiz dilekçeleri, ilgisine göre kararı veren mahkemeye, Danıştaya veya 4 üncü maddede belirtilen mercilere verilir ve kararı veren mahkeme veya Danıştayca karşı tarafa tebliğ edilir. Karşı taraf tebliğ tarihini izleyen otuz gün içinde cevap verebilir. Cevap veren, kararı süresinde temyiz etmemiş olsa bile düzenleyeceği dilekçesinde, temyiz isteminde bulunabilir. Bu takdirde bu dilekçeler temyiz dilekçesi yerine geçer." hükmüne yer verilmiştir.

Bozulması istenilen Mahkeme kararının davacı vekiline, 3.8.2009 tarihinde, davalı idarenin temyiz dilekçesinin ise, 31.8.2009 tarihinde tebliğ edildiği anlaşılmış olup, davalı idarenin temyiz isteminin yukarıda yer verilen gerekçe ile inceleme olanağı bulunmadığından, davacı vekilinin 2577 sayılı Kanun'un 46. maddesinin 3. fıkrası uyarınca karşı temyiz isteminde bulunmuş sayılması mümkün bulunmayıp, Mahkeme kararının tebliğ tarihinden itibaren 30 günlük temyiz süresinin çalışmaya ara verme döneminde bitmesi nedeniyle en

son 11.9.2009 tarihinde yapılması gereken temyiz başvurusunun, bu süre geçirildikten sonraki bir tarih olan 18.9.2009'da kayda giren dilekçe ile yapılmış olması karşısında davacının temyiz başvurusunun süre aşımı nedeniyle esasının inceleme olanağı bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin incelenmeksizin, davacı temyiz isteminin ise süre aşımı nedeniyle reddine, 14.12.2009 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

2577 sayılı Kanun'un 48. maddesinin 3. bendinde, karşı tarafa tebliğ edilen temyiz dilekçesi üzerine, cevap verenin kararı süresi içinde temyiz etmemiş olsa bile düzenleyeceği dilekçesinde temyiz isteminde bulunabileceği hükmü yer almış olup, incelenen dosyada davacının süresinde temyiz etmediği kararı, davalının temyiz dilekçesinin tebliği üzerine cevap dilekçesiyle ve cevap süresinde temyiz ettiği anlaşılmaktadır.

Davalının temyiz isteminin incelenmeksizin reddedilmiş olması davacının 48/3. madde hükmünden yararlanarak yönelttiği temyiz isteminin süresinde sayılmamasını gerektirmeyeceği ve davacının temyiz isteminin incelenmesinin uygun olacağı görüşüyle kararın bu kısmına karşıyız.

ALTINCI DAİRE KARARLARI

İMAR İŞLERİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Altıncı Daire
Esas No : 2007/7463
Karar No : 2009/8344

Özeti : İfraz yapılması istenilen parselin, daha önce ifraz suretiyle elde edilen parsel olması nedeniyle yeniden ifrazının mümkün olmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan **:** Balıkesir Valiliği
Karşı Taraf **:** …
İstemin Özeti **:** Bursa 2. İdare Mahkemesinin 03.04.2007 günlü, E:2006/2166, K:2007/604 sayılı kararının usul ve yasaya aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.
Savunmanın Özeti **:** Savunma verilmemiştir.
Danıştay Tetkik Hakimi İsmet Can'ın Düşüncesi : Temyiz isteminin kabulü ile mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.
Danıştay Savcısı Ekrem Atıcı'ının 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, Balıkesir İli, Bigadiç İlçesi, Güvemçetmi Köyü, Soğucakaltı Mevkii, … sayılı parselin 4 kısma ifraz edilmesi talebinin reddine ilişkin 23.6.2006 günlü, 2763 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesince, dosyanın incelenmesinden, Plansız Alanlar İmar Yönetmeliği'nin 45. maddesinde yasaklanmış olan hususun, ifraz suretiyle elde edilmiş parsellerde ikinci kez ifraz yapılmasının olduğu, uyuşmazlıkta ise, davacı ile komşu parsel maliklerinin talebi üzerine İl İdare Kurulu'nun 01.08.2002 günlü, 1254 sayılı kararıyla öncelikle parsellerin tevhidine sonra da iki kısma ifrazına karar verildiği, davacının ifraz talebinin ise Yönetmelikle yasaklanan ikinci kez ifraz talebi olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığının anlaşıldığından davacının ifraz talebinin reddi yolunda tesis edilen dava konusu işlemde hukuka uyarlık görülmediği gerekçesiyle iptaline karar verilmiş; bu karar davalı idare tarafından temyiz edilmiştir.
Plansız Alanlar İmar Yönetmeliği'nin 45. maddesinde: "(Değişik: 02.09.1999 günlü, 23804 sayılı Resmi Gazete) Köy ve mezraların yerleşik alanlarında ve civarında yapılacak ifraz işlemlerinde parsel genişlikleri (15.00) m.den, parsel derinlikleri de (20.00) m.den az olamaz. İfraz suretiyle en fazla beş adet parsel elde edilir, ifraz suretiyle elde edilen parsellerde ikinci kere ifraz yapılamaz." kuralı yer almıştır.

Yönetmeliğin ifraza yönelik olarak getirmiş olduğu yasaklama, ifraz suretiyle elde edilen parsellerde yeniden ifrazın yapılmaması olup, bu yasağa ilişkin istisnai bir kurala da yer verilmemiştir.

Dosyanın incelenmesinden, İl İdare Kurulu'nun 01.08.2002 günlü, 2002/1254 sayılı kararı ile … ve … sayılı parsellerin tevhid edilerek 7750,00 m2 yüzölçümlü … sayılı parselin elde edilip, ardından da iki kısma ifraz edilerek … ve … sayılı parsellerin oluşturulduğu, bu kez davacı tarafından ifraz yoluyla oluşan … sayılı 4503,36 m2 yüzölçümlü parselin yeniden ifrazı ile dört kısma ayrılması yolunda yapılan başvurunun, ikinci kere ifraz yapılamaz yasağı kapsamında bulunduğu nedeniyle reddi üzerine görülen davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Uyuşmazlıkta, davacı tarafından ifrazı yapılması istenilen parselin, daha önce ifraz suretiyle elde edilen parsel olması karşısında, yeniden ifrazı mümkün olmadığından, davacının isteminin reddine dair dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Bu durumda, davanın reddi gerekirken dava konusu işlemin iptali yolundaki temyize konu mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, Bursa 2. İdare Mahkemesinin 03.04.2007 günlü, E:2006/2166, K:2007/604 sayılı kararının bozulmasina, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 14.09.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Altıncı Daire
Esas No : 2007/7438
Karar No : 2009/8660

Özeti : Belediyelerin, büyükşehir belediyesi belediye sınırları dışında kalmakla birlikte, büyükşehir belediyesi mücavir alanını oluşturan mücavir alanlarının büyükşehir belediye sınırları dışında kaldığı gerekçesiyle 3194 sayılı Yasa'nın 45. maddesinde usul ve esaslar dahilinde belirlenen belediyelere ait mücavir alanların kaldırılmasının yasal dayanağının bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : **1- (Davacı) :**Döşemealtı Belediye Başkanlığı
Vekili : Av. …
2- (Davacı Yanında Davaya Katılan) : S.S.Antalya … Toplu İşyeri Yap. Koop.
Karşı Taraf : Bayındırlık ve İskan Bakanlığı
İstemin Özeti : Antalya 1. İdare Mahkemesinin 26.7.2007 günlü, E:2006/2241, K:2007/1047 sayılı kararının usul ve yasaya aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Temyiz edilen kararda bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, usul ve kanuna uygun olan kararın onanması gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Özlem Şimşek'in Düşüncesi : Temyiz isteminin kabulü ile mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Hüseyin Yıldız'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, Kömürcüler, Kırkgözler, Yağca, Bıyıklı ve Yığmalar Köylerinin Döşemealtı Belediyesi mücavir alanından çıkarılarak Antalya Valiliği'nin denetimine bırakılmasına ilişkin 1.6.2006 günlü, 3650 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesince, 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun 23.7.2004 tarihinde yürürlüğe girmesiyle bu Kanunun geçici 2. maddesi uyarınca Döşemealtı Belediyesinin Antalya Büyükşehir Belediyesi'nin ilk kademe belediyesi haline geldiği ve dava konusu köylerin Antalya Büyükşehir Belediyesi belediye sınırları dışında kaldıkları, belediyelerin 5216 sayılı Kanunun yayımından sonra büyükşehir belediyesi sınırları dışında kalan mücavir alanlarında bulunan kendilerine bağlı köylerin bağlılıklarının devamı konusunda açık bir hükme yer verilmediği, ancak gerek kanunun amacından gerek ilk kademe belediyelerin Büyükşehir Belediye sınırları dışında belediye sınırı olamayacağı yönündeki hükümden, gerekse geçici 2. maddenin 4. paragrafının mefhumu muhalifinden, Büyükşehir belediyesinin sınırlarına dahil olan ilk kademe belediyelerin büyükşehir belediyesi sınırları dışındaki mücavir alanlarında bulunan kendilerine bağlı köylerin, 6 ay içerisinde büyükşehir sınırına dahil olma yönünde başvuruları olmaması durumunda büyükşehir sınırı dışında kalacaklarının anlaşılmasından; büyükşehir sınırlarına dahil olan ilk kademe belediyelerin büyükşehir sınırları dışında hak ve yetkilerinin (artık bu kanunla) bulunmadığı, bu durumda dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacı idare ve müdahil tarafından temyiz edilmiştir.

Belediye sınırı, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 5. maddesine göre belirlenen bir rapor ve krokiye dayalı sınırdır.

Mücavir alan ise imar mevzuatında, belediye sınırı dışında yer alan bir kısım alanların imar denetiminin koruma ve geliştirme amaçlı olarak belediyelerin denetimine verilmesi olarak ele alınmaktadır.

3194 sayılı İmar Kanunu'nun 45. maddesinde mücavir alan kavramına yer verilmiş ve mücavir alana alma ve çıkarma hususunda Bayındırlık ve İskan Bakanlığınca karar verileceği hükme bağlanmıştır.

Diğer taraftan, 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun 5. maddesinde; büyükşehir belediyelerinin sınırları adını aldıkları büyükşehirlerin belediye sınırı olarak tanımlanmış, ilçe belediyelerinin sınırları bu ilçelerin büyükşehir belediyesi içinde kalan kısımlarının sınırları olarak belirlenmiş ve ilk kademe belediyelerinin büyükşehir belediye sınırları dışında belediye sınırı olamayacağı düzenlenmiş bulunmaktadır.

Anılan Kanunun 27. maddesinin 3. fıkrasında da; Büyükşehir Belediyesi mücavir alanlarının ilçe ve ilk kademe belediyeleri arasındaki bölüşümünün büyükşehir belediye meclisince yapılacağı hükme bağlanmıştır.

Yine Yasanın Geçici 2. maddesinde; " Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte; büyükşehir belediye sınırları, İstanbul ve Kocaeli ilinde, il mülkî sınırıdır. Diğer büyükşehir belediyelerinde, mevcut valilik binası merkez kabul edilmek ve il mülkî sınırları içinde kalmak şartıyla, nüfusu bir milyona kadar olan büyükşehirlerde yarıçapı yirmi kilometre, nüfusu birmilyondan iki milyona kadar olan büyükşehirlerde yarıçapı otuz kilometre, nüfusu iki milyondan fazla olan büyükşehirlerde yarıçapı elli kilometre olan dairenin sınırı büyükşehir belediyesinin sınırını oluşturur.

Bu sınırlar içinde kalan köylerin tüzel kişiliği sona ererek mahalleye dönüşür. Bu şekilde oluşan mahallelerin katılacağı ilçe veya ilk kademe belediyesi, büyükşehir belediye

meclisince belirlenir. Orman köylerinin tüzel kişiliği devam eder. Ancak ormanlarla ilgili diğer kanun hükümleri saklı kalmak üzere bu köyler imar bakımından büyükşehir belediyesinin mücavir alanı sayılırlar. Bu köylerde su ve kanalizasyon hizmetlerini yürütme görev ve yetkisi ilgili büyükşehir belediyesine bağlı su ve kanalizasyon idaresine aittir.

Birinci fıkra gereğince büyükşehir belediyesi kapsamına alınan ilçelerin mülkî sınırları içinde kalan belediye ve köyler ile, büyükşehir belediyesi kapsamına alınan belediyelerin mücavir alan sınırları içerisinde bulunan köylerden; birinci fıkrada belirtilen mesafelerin dışında kalan belediye ve köyler, bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren altı ay içinde belediye meclisi veya köy ihtiyar heyetinin talebi üzerine büyükşehir belediye meclisinin kararı ve İçişleri Bakanlığının onayı ile başka bir işleme gerek kalmaksızın büyükşehir belediye sınırları içine alınabilir. Bu köylerin mahalle olarak hangi ilçe veya ilk kademe belediyesine katılacakları aynı meclis kararında gösterilir..."hükümleri yer almıştır.

Bakılmakta olan davada, uyuşmazlık, büyükşehir belediyesi sınırları içinde bulunan ilk kademe belediyelerinin büyükşehir belediyesi sınırları dışında mücavir alanları olup olmayacağı noktasından kaynaklanmaktadır.

Yukarıda yer alan düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde; büyükşehir belediyesi sınırı ile büyükşehir belediyesi mücavir alan sınırının farklı anlamları içeren iki farklı kavram olduğu açıktır.

Büyükşehir belediyelerinin sınırı; 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun Geçici 2. maddesinin 1. fıkrasında tesbiti yapılan sınırdır.

Büyükşehir belediyesinin mücavir alan sınırının ne olduğu hususunda Kanunda açık bir tanımlamaya yer verilmemiş olmakla birlikte; anılan Kanunda yer alan belediye sınırı ve mücavir alanla ilgili bütün düzenlemelerin birlikte irdelenmesinden, büyükşehir belediyesi mücavir alanının 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 45. maddesi uyarınca Bayındırlık ve İskan Bakanlığınca onanan ancak 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte büyükşehir belediyesi sınırları içinde kalan ilçe ve ilk kademe belediyelerinin büyükşehir belediyesi sınırları dışında kalan mücavir alanlarını da kapsadığı sonucuna varılmaktadır.

Nitekim, 5216 sayılı Yasa'nın Geçici 2. maddesinin 3. fıkrasında da, büyükşehir belediyesi kapsamına alınan belediyelerin mücavir alanı sınırları içindeki köylerden; 1. fıkrada belirtilen büyükşehir belediyesi sınırları dışında bulunanların bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren altı ay içinde belediye meclisi veya köy ihtiyar heyetinin talebi üzerine büyükşehir belediye sınırları içine alınabileceği düzenlenerek büyükşehir belediye sınırları dışında belediyelerin mücavir alanları olduğu kabul edilmiş, bu mücavir alanlardaki köylere büyükşehir belediyesi sınırları kapsamına alınma olanağı tanınmıştır.

Ayrıca anılan düzenlemede, belediyelerin mücavir alanında bulunan köylerin büyükşehir belediyesi sınırlarına dahil olma yolunda başvuru hakkını kullanmaması durumunda belediyelerin büyükşehir belediye sınırları dışında kalan mücavir alanlarının ortadan kalkacağı yolunda açık bir düzenlemeye de yer verilmemiştir.

Kaldı ki,Kanunda büyükşehir belediyesi sınırı yanında büyükşehir belediyesi mücavir alanı kavramına da yer verildiğinden,belediyelerin büyükşehir belediyesi sınırı dışında kalan mücavir alanlarının büyükşehir belediyesi mücavir alanını oluşturacağının kabulü gerekmektedir.

Dolayısıyla, 5216 sayılı Kanun kapsamında kalan ilçe ve ilk kademe belediyelerinin büyükşehir belediye sınırları dışında kalan mücavir alanları hiçbir işleme gerek kalmaksızın ayrıca büyükşehir belediyelerinin mücavir alanı sayılmaktadır.

Olayda, büyükşehir belediyesi mücavir alanıyla ilgili düzenlemeleri de içeren 5216 sayılı Yasada belediyelerin büyükşehir belediyesi sınırları dışında kalan mücavir alanlarının kalkacağı yönünde açık bir düzenleme bulunmamasına karşın; 3194 sayılı Yasa'nın 45. maddesinde öngörülen usul ve esaslar çerçevesinde Döşemealtı Belediyesinin mücavir alanına alınmış dava konusu köylerin büyükşehir belediyesinin sınırı içine alınmaları yönünde

başvuruda bulunmadıklarından bahisle büyükşehir belediye sınırı dışında kalmaları gerekçe gösterilerek, bu köylerin Döşemealtı Belediyesinin de mücavir alanından çıkarılmaları yönünde işlem tesis edilmiş bulunmaktadır.

Yukarıda yer alan yasal düzenlemeler ve bu düzenlemelerde yer alan usul ve esaslar ışığında; belediyelerin büyükşehir belediyesi sınırları dışında kalmakla birlikte büyükşehir belediyesi mücavir alanını oluşturan mücavir alanlarının büyükşehir belediye sınırları dışında kaldığı gerekçesiyle kaldırılmasının yasal bir dayanağı bulunmadığından, dava konusu işlemde hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, Antalya 1. İdare Mahkemesinin 26.7.2007 günlü, E:2006/2241, K:2007/1047 sayılı kararının bozulmasina, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 18.9.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Altıncı Daire
Esas No : 2007/7460
Karar No : 2009/8664

Özeti : 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte belediye sınırları il sınırı olan büyükşehir belediyeleri hariç, il çevre düzeni planı ile belediye sınırları dışındaki alanların imar planlarının görüşmek ve karara bağlamak görev ve yetkisinin il genel meclisine ait olduğu hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : …
Vekili : Av. …
Karşı Taraf : Balıkesir Valiliği
İstemin Özeti : Bursa 2. İdare Mahkemesinin 11.04.2007 günlü, E:2006/2696, K:2007/652 sayılı kararının usul ve yasaya aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.
Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.
Danıştay Tetkik Hakimi Özlem Şimşek'in Düşüncesi : Temyiz isteminin reddi ile mahkeme kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.
Danıştay Savcısı Aylin Bayram'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, Balıkesir İli, Merkez, Ayvatlar Köyü, Göldüzü Mevkii, …, … ve … sayılı parseller üzerinde 1/1000 ölçekli mevzi imar planı yapılması talebinin reddine ilişkin Balıkesir Valiliği, Bayındırlık ve İskan Müdürlüğünün 14.11.2006 günlü, 5332 sayılı işleminin iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesince, DSİ 25. Bölge Müdürlüğünce oluşturulan komisyon tarafından yerinde etüd yapılarak hazırlanan raporda, mevzi imar planı yapılmak istenilen

alanın Balıkesir İli, Merkez, Ayvatlar Balsu İçme Suyu İşletme Sahası ve Koruma Alanı içinde kaldığı, Balsu kaynaklarının çevre ve yüzeysel yapılaşmadan etkileneceği için koruma alanı içinde yapılaşma ve sanayi tesislerinin yapımının uygun olmadığının belirtildiği anlaşıldığından, rapordaki olumsuz görüş üzerine davacının sucuk imalathanesi, alışveriş merkezi, restorant, dinlenme tesisleri, idari bina ve sosyal tesis yapmak üzere 1/1000 ölçekli mevzi imar planı yapılması talebinin reddedilmesi yönündeki dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacı tarafından temyiz edilmiştir.

3194 sayılı İmar Kanunu'nun 8. maddesinin 2. fıkrasında; "Belediye ve mücavir alan sınırları dışında kalan yerlerde yapılacak planlar valilik veya ilgilisince yapılır veya yaptırılır. Valilikçe uygun görüldüğü taktirde onaylanarak yürürlüğe girer. Onay tarihinden itibaren Valilikçe tespit edilen ilan yerinde bir ay süre ile ilan edilir." hükmüne yer verilmiştir.

04.03.2005 günlü, 25745 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun İl Genel Meclisinin Görev ve Yetkilerini düzenleyen 10. maddesinin (c) bendinde; Belediye sınırları il sınırı olan Büyükşehir Belediyeleri hariç il çevre düzeni planı ile belediye sınırları dışındaki alanların imar planlarını görüşmek ve karara bağlamak görev ve yetkisi il genel meclisine verilmiş, yine aynı Kanunun "Uygulanmayacak Hükümler" başlıklı 70. maddesinde: "Bu Kanunla, İl Özel İdaresinin sorumlu ve yetkili kılındığı görev ve hizmetlerle ilgili olarak 3194 sayılı İmar Kanunu'nda bu Kanun hükümlerine aykırılık bulunması durumunda bu Kanun hükümleri uygulanır." hükmü yer almıştır.

Anılan mevzuat hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 8. maddesiyle belediye ve mücavir alan sınırları dışında kalan yerlerde plan yapma yetkisinin valiliğe verilmesi yönündeki düzenlemenin 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 10. maddesindeki düzenlemeye aykırı olduğu, bu nedenle anılan Kanunun 70. maddesinde aykırılık halinde 5302 sayılı Yasa hükümlerinin uygulanacağının öngörülmesi karşısında artık 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun yürürlüğe girdiği 4.3.2005 tarihinden itibaren anılan Yasa'nın 10. maddesi uyarınca plan yapma yetkisinin il genel meclisine ait olduğu sonucuna varılmaktadır.

Dava konusu olayda, davacının 7.8.2006 günlü mevzi imar planı yapılması yönündeki başvurusunun il genel meclisine iletilerek il genel meclisince imar planı teklifi hakkında bir karar verilmesi gerekirken, başvuru üzerine Bayındırlık ve İskan Müdürlüğünce dava konusu 14.11.2006 günlü, 5332 sayılı işlemin tesis edildiği anlaşılmaktadır.

Bu itibarla, plan ve plan değişiklikleri hakkında 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu yürürlüğe girdikten sonra il genel meclisince karar verilmesi gerektiğinden, İdare Mahkemesince anılan Yasa hükümleri dikkate alınmaksızın verilen kararda hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, Bursa 2. İdare Mahkemesinin 11.04.2007 günlü, E:2006/2696, K:2007/652 sayılı kararının bozulmasina, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 18.9.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Altıncı Daire
Esas No : 2007/5526
Karar No : 2009/8666

Özeti : 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nun 8. maddesinde öngörülen akaryakıt ve LPG istasyonları arasındaki mesafe koşullarının Kanun yürürlüğe girdiği tarihle birlikte aranacağı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : …
Vekili **:** Av. …, Av. …
Karşı Taraf **: (Davalı):** Iğdır Belediye Başkanlığı
Vekili **:** Av. …
(Davalı İdare Yanında Davaya Katılan) : …
Vekili **:** Av. …
İstemin Özeti **:** Erzurum 1. İdare Mahkemesinin 21.03.2007 günlü, E:2006/4, K:2007/342 sayılı kararının usul ve yasaya aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Özlem Şimşek'in Düşüncesi : 20.12.2003 günlü, 25322 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nun 8. maddesinde, Akaryakıt ve LPG istasyonu arasındaki mesafelerin aynı yönde olmak üzere, şehirler arası yollarda on kilometreden, şehir içi yollarda bir kilometreden az olmamak üzere Kurul tarafından çıkarılacak ve 1.1.2005 tarihinde yürürlüğe girecek yönetmelikle düzenleneceği hükme bağlanmıştır.

Bu kapsamında çıkarılan Petrol Piyasası Lisans Yönetmeliği'nin 45/b. maddesinde de; iki akaryakıt ve/veya LPG istasyonu arasındaki mesafenin, aynı yönde olmak üzere; şehir içi yollarda bir km'den az olamayacağı belirtilmiş, anılan Yönetmeliğin 59/a maddesinde de, bu Yönetmeliğin 45. maddesinin 1.1.2005 tarihinde yürürlüğe gireceği düzenlenmiştir.

Yukarıda yer alan düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanununun 8. maddesinde getirilen düzenlemeyle, iki akaryakıt istasyonu arasındaki mesafenin şehir içi yollarda bir km'den az olamayacağı öngörülerek iki istasyon arasında olması gereken mesafenin en alt sınırının belirlendiği, dolayısıyla Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren de bu şartın aranacağı, ancak en az mesafe şartı getirilmekle birlikte anılan maddede çıkarılacak ve 1.1.2005 tarihinde yürürlüğe girecek Yönetmeliğe atıfta bulunulmak suretiyle Yönetmelikte Kanunla alt sınırı belirlenen bu mesafenin ve/veya bu mesafenin üzerinde bir mesafenin belirlenebileceğine, alt sınırın üzerinde bir mesafe belirlenmesi halinde ise belirlenecek mesafenin Yönetmelikle birlikte yürürlüğe gireceğinin hükme bağlandığı sonucuna varılmaktadır.

Nitekim, bu düzenlemeye dayanılarak yayımlanan Petrol Piyasası Lisans Yönetmeliğinin ilgili maddesinde Yasa'da alt sınırı belirlenen mesafeler aranılacak mesafe koşulu olarak esas alınmış bulunmaktadır.

Anılan açıklamalar ışığında, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihle birlikte Kanunda iki istasyon arasında olması öngörülen ve alt sınırı belirlenen mesafe şartının aranacağı hususundan duraksama bulunmadığından, İdare Mahkemesince, mesafe şartının Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren sağlanması gerektiği yolundaki gerekçesinde hukuki isabet görülmemiştir.

Bu itibarla, işlem tarihinde Petrol Piyasası Kanunu yürürlükte olduğundan, imar planı bütünlüğünün gözönünde bulundurulması suretiyle imar planı değişikliği yapılırken anılan Kanunda belirtilen en az mesafe koşuluna uyulup uyulmadığı incelendikten sonra uyuşmazlık hakkında yeniden karar verilmek üzere idare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı E.Emel Çelik'in Düşüncesi : Iğdır ili, Söğütlü Mevkii, … pafta, … ada, … sayılı parselin akaryakıt satış istasyonu olarak belirlenmesine ilişkin 8.10.2004 günlü, 34 sayılı belediye meclisi kararıyla kabul edilen imar planı değişikliğinin iptali istemiyle açılan davanın reddine ilişkin mahkeme kararı temyiz edilmiştir.

20.12.2003 günlü, 25322 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanununun 8. maddesinde, akaryakıt ve LPG istasyonları arasındaki mesafelerin aynı yönde olmak üzere şehirlerarası yollarda on kilometreden, şehir içi yollarda bir kilometreden az olmamak üzere Kurul tarafından çıkarılacak ve 1.1.2005 tarihinde yürürlüğe girerek yönetmelikle düzenleneceği, hükme bağlanmıştır.

Bu durumda, işlem tarihinde Petrol Piyasası Kanunu yürürlükte olduğundan, imar planı değişikliği yapılırken anılan Kanunda belirtilen en az mesafe koşuluna uyulması zorunlu bulunduğundan plan değişikliğinin Kanuna uygun olup olmadığı araştırılmaksızın davanın reddine karar verilmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenle, temyize konu mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Altıncı Dairesince Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:

Dava, Iğdır İli, Söğütlü Mevkii, … pafta, … ada, … (…) sayılı parselin akaryakıt istasyonu alanı olarak belirlenmesine ilişkin imar planı değişikliğinin onanması yolundaki 08.10.2004 günlü, 34 sayılı belediye meclisi kararının iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesince,davacıya ait akaryakıt istasyonu ile dava konusu akaryakıt istasyonu arasında 1100 m. başka bir istasyon arasındaki mesafenin ise 200 m. olduğu belirtilmiş ise de, Petrol Piyasası Lisans Yönetmeliği'nin 45/b maddesinde; aynı yönde iki istasyon arasındaki mesafenin şehir içinde en az bir km. olması gerektiğinin düzenlendiği, ancak anılan Yönetmeliğin 59/a maddesine göre Yönetmeliğin 45. maddesi 1.1.2005 tarihinde yürürlüğe gireceğinden bu tarihten önce yapılan istasyonlar için bu koşulların aranmayacağı, olayda … sayılı parselin 8.10.2004 günlü, 34 sayılı belediye meclisi kararı ile akaryakıt istasyonu alanı olarak belirlendiği, 16.10.2004 tarihinde de inşaat ruhsatının alındığı, müdahil tarafından yapılan akaryakıt istasyonunun Karayolları Kenarında Yapılacak ve Açılacak Tesislere İlişkin Yönetmelik hükümlerine de aykırılık taşımadığı anlaşıldığından, dava konusu imar planı değişikliğinde şehircilik ilkelerine, planlama esaslarına ve kamu yararına aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacı tarafından temyiz edilmiştir.

20.12.2003 günlü, 25322 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nun 8. maddesinde, Akaryakıt ve LPG istasyonu arasındaki mesafelerin aynı yönde olmak üzere, şehirler arası yollarda on kilometreden, şehir içi yollarda bir kilometreden az olmamak üzere Kurul tarafından çıkarılacak ve 1.1.2005 tarihinde yürürlüğe girecek yönetmelikle düzenleneceği hükme bağlanmıştır.

Bu kapsamında çıkarılan Petrol Piyasası Lisans Yönetmeliği'nin 45/b. maddesinde de; iki akaryakıt ve/veya LPG istasyonu arasındaki mesafenin, aynı yönde olmak üzere; şehir içi yollarda bir km'den az olamayacağı belirtilmiş, anılan Yönetmeliğin 59/a maddesinde de, bu Yönetmeliğin 45. maddesinin 1.1.2005 tarihinde yürürlüğe gireceği düzenlenmiştir.

Yukarıda yer alan düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanununun 8. maddesinde getirilen düzenlemeyle, iki akaryakıt istasyonu arasındaki mesafenin şehir içi yollarda bir km'den az olamayacağı öngörülerek iki istasyon arasında

olması gereken mesafenin en alt sınırının belirlendiği, dolayısıyla Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren de bu şartın aranacağı, ancak en az mesafe şartı getirilmekle birlikte anılan maddede çıkarılacak ve 1.1.2005 tarihinde yürürlüğe girecek Yönetmeliğe atıfta bulunulmak suretiyle Yönetmelikte Kanunla alt sınırı belirlenen bu mesafenin ve/veya bu mesafenin üzerinde bir mesafenin belirlenebileceğine, alt sınırın üzerinde bir mesafe belirlenmesi halinde ise belirlenecek mesafenin Yönetmelikle birlikte yürürlüğe gireceğinin hükme bağlandığı sonucuna varılmaktadır.

Nitekim, bu düzenlemeye dayanılarak yayımlanan Petrol Piyasası Lisans Yönetmeliğinin ilgili maddesinde Yasa'da belirlenen alt sınır aranılacak mesafe koşulu olarak esas alınmış bulunmaktadır.

Anılan açıklamalar ışığında, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihle birlikte Kanunda iki istasyon arasında olması öngörülen ve alt sınırı belirlenen mesafe şartının aranacağı hususunda duraksama bulunmadığından,İdare Mahkemesince, mesafe şartının Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren sağlanması gerektiği yolundaki gerekçesinde hukuki isabet görülmemiştir.

Diğer taraftan, olayda, davacı tarafından davacıya akaryakıt istasyonu ile müdahile ait akaryakıt istasyonu arasındaki mesafenin 1100 m olduğu beyan edildiğinden, dava konusu imar planı değişikliğinde anılan yasal düzenlemelere aykırılık bulunmamaktadır.

Kaldı ki, dava dilekçesine ekli bilgi ve belgelerin incelenmesinden, davacıya ait akaryakıt istasyonu ile müdahile ait akaryakıt istasyonunun aynı yönde olmadığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda, davanın reddine ilişkin İdare Mahkemesi kararında sonucu itibariyle yasal isabetsizlik görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, temyize konu Erzurum 1. İdare Mahkemesinin 21.03.2007 günlü, E:2006/4, K:2007/342 sayılı kararının yukarıda belirtilen gerekçeyle onanmasina, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 18.9.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Altıncı Daire
Esas No : 2007/7095
Karar No : 2009/8894

Özeti : Plan Yapımına Ait Esaslara Dair Yönetmeliğin ekinde yer alan 1/5000 ölçekli nazım imar planı lejantına göre 1/5000 ölçekli planda ticaret alanında kalan taşınmazın, 1/1000 ölçekli planda akaryakıt istasyonu belirlenmesi plan hiyerarşisine aykırı bulunduğundan, dava konusu 1/1000 ölçekli imar planına ve bu plan uyarınca verilen yapı ruhsatına yönelik olarak davanın reddine ilişkin İdare Mahkemesi kararında isabet görülmediği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan	**:** S.S. … Konut Yapı Kooperatifi
Vekili	**:** Av. ...
Karşı Taraf	**:** 1-Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığı
Vekili	**:** Av. ...
	2-Etimesgut Belediye Başkanlığı
Vekili	**:** Av. ...

Davalı İdareler Yanında Davaya Katılanlar **:** 1-Başbakanlık Toplu Konut İdaresi Başkanlığı

Vekili **:** Av. ...

2- … Petrol Ürün Oto. Tur. Tic. A.Ş.

Vekili **:** Av. …

İstemin Özeti **:** Ankara 11. İdare Mahkemesinin 15.3.2007 günlü, E:2006/233, K:2007/405 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 Ahmet Berberoğlu'nun Düşüncesi : Temyiz isteminin kabulü ile mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Altıncı Dairesince Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:

Dava, davacı Kooperatife Komşu Ankara, Etimesgut İlçesi, … ada, … parsel sayılı taşınmaz üzerine yapılan akaryakıt istasyonu için verilen 14.10.2004 günlü, 491/04 sayılı yapı ruhsatı ile bu ruhsatın dayanığı 1/1000 ve 1/5000 ölçekli imar planlarının iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesince, yerinde yaptırılan keşif ve bilirkişi sonucu düzenlenen rapor ile dosyada yer alan bilgi ve belgelerin birlikte değerlendirilmesinden, söz konusu taşınmazın 1/5000 ölçekli nazım imar planında ticaret alanında kaldığı, 1/1000 ölçekli planda akaryakıt istasyonu alanı olarak belirlendiği ve bu amaçla da yapı ruhsatı verildiği, anılan imar planları ve bu planlar uyarınca verilen yapı ruhsatında şehircilik ilkelerine, planlama esaslarına ve kamu yararına aykırılık bulunmadığı sonucuna varıldığından bahisle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacı tarafından temyiz edilmiştir.

3194 sayılı Yasa'nın 6. maddesinde, planlar kapsadıkları alan ve amaçları açısından bölge planları ve imar planları olarak iki ana kategoriye ayrılmış, imar planları da uygulamaya esas alan uygulama imar planları ve bu planın hazırlanmasındaki temel hedefleri, ilkeleri ve arazi kullanım kararlarını belirleyen nazım imar planları olarak sınıflandırılmış, anılan Yasanın 8.maddesinde ise, planlar bölge 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 hükümler uyarınca, alt ölçekli planların üst ölçekli planlara aykırı olamayacağı, arazi kullanım kararlarının alt ölçekli planlarla değiştirilemeyeceği kuşkusuzdur.

Dosyanın incelenmesinden, söz konusu taşınmazın 1/5000 ölçekli nazım imar planında ticaret alanında kaldığı, dava konusu 1/1000 ölçekli planda ise akaryakıt istasyonu olarak belirlendiği, davacının da taşınmazının akaryakıt istasyonu alanı olarak belirlenmemesi gerektiği iddiasıyla bu davayı açtığı anlaşılmaktadır.

Plan Yapımına Ait Esaslara Dair Yönetmeliğin ekinde yer alan 1/5000 ölçekli nazım imar planlarına ilişkin lejantlar arasında ticaret alanları, "Kentsel Çalışma Alanları" başlığı altında, bakım ve akaryakıt istasyonları ise "Kentsel Teknik Altyapı" başlığı altında gösterilmiştir.

Uyuşmazlık konusu 1/5000 ölçekli imar planı hazırlanırken, bu yer akaryakıt istasyonu olarak planlanmak istenseydi, bu duruma uygun lejant ile gösterilmesi gerekirdi. Ancak taşınmaz 1/5000 ölçekli planda ticaret alanı olarak belirlenmiştir.

Bu durumda, 1/5000 ölçekli planda ticaret alanında kalan taşınmazın, 1/1000 ölçekli planda akaryakıt istasyonu belirlenmesi plan hiyerarşisine aykırı bulunduğundan, dava konusu 1/1000 ölçekli imar planına ve bu plan uyarınca verilen yapı ruhsatına yönelik olarak davanın reddine ilişkin İdare Mahkemesi kararında isabet görülmemiştir.

Öte yandan, davacı tarafından söz konusu taşınmaz dava konusu 1/5000 ölçekli nazım imar planında akaryakıt istasyonu alanında kaldığından bahisle, 1/5000 ölçekli planın iptali istenmiş ise de taşınmazın 1/5000 ölçekli planda ticaret alanında kalması nedeniyle 1/5000 ölçekli plana yönelik olarak davanın reddine ilişkin mahkeme kararında, sonucu itibariyle hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, Ankara 11. İdare Mahkemesinin 15.3.2007 günlü, E:2006/233, K:2007/405 sayılı kararının, dava konusu 1/5000 ölçekli plana yönelik olarak davanın reddine ilişkin kısmının yukarıda belirtilen gerekçeyle onanmasina, dava konusu yapı ruhsatı ile bu ruhsatın dayanağı 1/1000 ölçekli plana yönelik olarak davanın reddine ilişkin kısmının ise bozulmasina, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 30.9.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Altıncı Daire
Esas No : 2007/7539
Karar No : 2009/9074

Özeti : Kentsel dönüşüm alanlarının kentin gelişimine uygun olarak eskiyen kent kısımlarını yeniden inşa ve restore etmek, kentin tarihi ve kültürel dokusunu korumak, konut, sanayi ve ticaret alanları oluşturmak ve deprem riskine karşı önlem almak için belirlenmesi gereken alanlar olduğu halde, kentsel dönüşüme konu edilen parsellerin büyük bölümünün boş alanlardan oluşması nedeniyle kentsel dönüşüm alanı olarak belirlenmesinde hukuka uyarlık görülmediği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı
Vekili : Av. …
Karşı Taraf : … Otomotiv Otopark İşletmeciliği Petrol Ürünleri Turizm İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti
Vekili : Av. …

İstemin Özeti : İstanbul 4. İdare Mahkemesinin 26.04.2007 günlü, E:2005/2172, K:2007/1009 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 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, Zeytinburnu İlçesi, Merkez Efendi Mahallesi, … pafta, … ada, … ve … sayılı parseller ile … pafta, … da, … sayılı parsellerin bulunduğu alanının Kentsel Dönüşüm Alanı olarak belirlenmesine ilişkin büyükşehir belediye meclisinin 17.06.2005 günlü, 1281 sayılı kararının davacıya ait … pafta, … ada, … sayılı parsele ilişkin kısmının iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesince, yerinde yaptırılan keşif ve bilirkişi incelemesi üzerine düzenlenen raporun dosyada yer alan bilgi ve belgelerle birlikte değerlendirilmesinden, kentsel dönüşüm alanlarının kentin gelişimine uygun olarak eskiyen kent kısımlarını yeniden inşa ve restore etmek, kentin tarihi ve kültürel dokusunu korumak, konut, sanayi ve ticaret alanları oluşturmak ve deprem riskine karşı önlem almak için belirlenmesi gereken alanlar olduğu halde, kentsel dönüşüme konu edilen parsellerin büyük bölümünün boş alanlardan oluşması nedeniyle kentsel dönüşüm alanı olarak belirlenmesine yönelik tesis edilen dava konusu işlemde şehircilik ilkeleri, planlama esasları ve kamu yararı ile hukuka uyarlık görülmediğinin anlaşıldığı gerekçesiyle iptaline karar verilmiş; bu karar davalı idare vekili tarafndan temyiz edilmiştir.

Dava konusu işlemin yukarıda özetlenen gerekçeyle iptali yolundaki temyize konu İstanbul 4. İdare Mahkemesinin 26.04.2007 günlü, E:2005/2172, K:2007/1009 sayılı kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1. fıkrasında sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, bozma istemi yerinde görülmeyerek anılan mahkeme kararının onanmasina, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 05.10.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Altıncı Daire
Esas No : 2007/9448
Karar No : 2009/9414

Özeti : Her proje için müellif sicil durum belgesi alınması ve yapı ruhsatı için başvuruda bulunurken bu belgenin ibraz edilmesi zorunlu olduğundan, müellif sicil durum belgesi ibraz edilmeden davalı idarece verilen yapı ruhsatında hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : TMMOB Mimarlar Odası Antalya Şubesi
Vekili : Av. …
Karşı Taraf : Mahmutlar Belediye Başkanlığı
İstemin Özeti : Antalya 2. İdare Mahkemesinin 15.6.2007 günlü, E:2006/2655, K:2007/1009 sayılı kararının usul ve yasaya aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.
Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Ahmet Berberoğlu'nun Düşüncesi : Temyiz isteminin kabulü ile mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Altıncı Dairesince Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:

Dava, Antalya İli, Alanya İlçesi, Mahmutlar, Cumhuriyet Mahallesi, … ada, … parsel sayılı taşınmaz üzerinde inşaa edilecek yapı nedeniyle düzenlenen 25.03.2005 günlü, 539 sayılı yapı ruhsatının iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesince, dosyanın incelenmesinden, davacı Oda Başkanlığı tarafından, yapı ruhsatının mimari proje müellifinin sicil durum belgesi Mimarlar Odasından istenmeden ve yapı ruhsatında "büro tescil no" ve "oda belge no" bölümlerinin boş bırakılmak suretiyle hazırlanması nedeniyle proje müellifinin mesleki takibinin yapılmadığı, sicil durum belgesi Odadan sorulmadan ve düzenlenen yapı ruhsatının bir örneği Odaya gönderilmeden yapılan işlemlerin hukuka aykırı olduğu iddiasıyla yapı ruhsatının iptali istemiyle bu davanın açıldığı anlaşılmakta ise de uyuşmazlık konusu yapı ruhsatı ile onaylı mimari proje müellifinin büro tescil belgesinin savunma eki belgelerle birlikte dava dosyasına sunulmuş olması ve müellifin kısıtlık durumunun söz konusu olmaması karşısında asli unsur olarak kabulü mümkün bulunmayan büro tescil numarası ve oda belge numarasının ruhsatta yer almamasının ruhsat iptalini gerektirmeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, davacı TMMOB Mimarlar Odası Antalya Şubesi tarafından, uyuşmazlık konusu yapı ruhsatı düzenlenirken büro tescil numarası, oda belge numarası bilgilerinin ve müellif sicil durum belgesinin meslek odasından istenilmeden yapı ruhsatı düzenlenmesinin mevzuata aykırı olduğu iddiasıyla bu davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

3030 sayılı Kanun Kapsamı Dışında Kalan Belediyeler Tip İmar Yönetmeliği'nin 57. maddesinin beşinci fıkrasında, "Proje müellifi mimarlar ve mühendislerin, 6235 sayılı Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Kanunu uyarınca, ilgili meslek odasına kayıtlı olmaları, büro tescillerini yaptırıp her yıl için yenilemeleri gerekmektedir. İdare, kanuna aykırı uygulama nedeniyle süreli olarak hakları kısıtlanan proje müelliflerinin bu durumunu denetlemek üzere ilgili meslek odasınca düzenlenen, meslek adamının o sıradaki sicil durumunu gösterir, işin adı yazılı belgeyi her proje için ister. Hakkında kısıtlama bulunan meslek adamlarına ait projeler onaylamaz. İdare projeleri incelerken 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununa uygunluğu da gözetir." hükmü yer almaktadır.

Yukarıda yer alan yönetmelik hükmü uyarınca her proje için sicil durum belgesi alınması ve yapı ruhsatı için başvuruda bulunulurken bu belgenin ibraz edilmesinin zorunlu olduğu açıktır. Bu durumda, sicil durum belgesi olmaksızın davalı idarece verilen yapı ruhsatında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Kaldı ki, 3030 sayılı Kanun Kapsamı Dışında Kalan Belediyeler Tip İmar Yönetmeliğinin 57. maddesinin beşinci bendinde yer alan "proje müellifi mimarların her proje için tescil belgesi almaları gerekeceğine" ilişkin hükmün iptali istemiyle açılan dava Danıştay Altıncı Dairesinin 30.11.2005 günlü, E:2003/8223, K:2005/5874 sayılı kararıyla reddedilmiştir.

Açıklanan nedenlerle, Antalya 2. İdare Mahkemesinin 15.6.2007 günlü, E:2006/2655, K:2007/1009 sayılı kararının bozulmasina, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 09.10.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Altıncı Daire
Esas No : 2007/7721
Karar No : 2009/10295

Özeti : Tadilat ruhsatının kat irtifakı sahibi kişilerin imzası, bu kişiler tarafından verilmiş yetki ya da vekaletname olmadan düzenlenmesi halinde, idarece açık hatalı işlemin süre şartı olmaksızın her zaman geri alınabileceği, ilgilileri yönünden kazanılmış hak doğurmayacağı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunanlar : ..., ..., ... ve ...
Vekili : Av. ...
Karşı Taraf : Afyonkarahisar Belediye Başkanlığı
Vekili : Av. ...
İstemin Özeti : Afyonkarahisar İdare Mahkemesinin 07.09.2007 günlü, E:2006/1003, K:2007/518 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, Afyonkarahisar İli, Merkez İlçe, Mareşal Fevzi Çakmak Mahallesi, ... pafta, ... ada, ... parsel sayılı taşınmaz üzerinde inşa edilen yapı için tadilat ruhsatı verilmesi isteminin reddi ile anılan inşaat için daha önce verilen 03.04.2006 günlü, 03/02 sayılı tadilat ve yenileme ruhsatı ile 09.10.2006 günlü, 03/18 sayılı tadilat ruhsatının iptali yolundaki 28.11.2006 günlü, 2496 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesince, dosyanın incelenmesinden, uyuşmazlık konusu yerde inşa edilen yapı için 22.09.2005 ve 02.10.2006 günlü tadilat ruhsatı başvurularına ait dilekçelerde davacılardan ... ve ... 'in imzasının bulunduğu, ... (Mirasçıları) ile kat irtifakı tesis edilen diğer kişilerin imzalarının ise bulunmadığı halde 03.04.2006 günlü, 03/02 sayılı ve 09.10.2006 günlü, 03/118 tadilat ruhsatlarının düzenlendiği, bu ruhsatlarla ilgili olarak 10.02.2006 günü vefat eden arsa sahibi ... veya mirasçıları tarafından ruhsat işlemlerinin yürütülmesi için davacılar adına verilmiş yetki ya da vekaletnamenin olmadığı, 17.11.2006 günlü tadilat ruhsat başvurusuna ait

dilekçede de tüm yapı sahiplerinin imzası bulunmakla birlikte arsa sahibi müteveffa … varislerinin imzasının yer almadığı, 10.02.2006 günü vefat eden …'ın yerine taşınmazla ilgili tasarruf haklarının varislerine geçmesi, idarece açık hata hallerinde süre şartı aranmaksızın hatalı işlemin her zaman geri alınmasının mümkün olması ve anılan ruhsatların ilgilileri yönünden kazanılmış hak oluşturmaması karşısında, söz konusu yapı ruhsatlarının iptali yolunda tesis edilen dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmediğinin anlaşıldığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş; bu karar davacılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davanın yukarıda özetlenen gerekçeyle reddi yolundaki temyize konu Afyon İdare Mahkemesinin 07.09.2007 günlü, E:2006/1003, K:2007/518 sayılı kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1. fıkrasında sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, bozma istemi yerinde görülmeyerek anılan mahkeme kararının onanmasina, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 26.10.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Altıncı Daire
Esas No : 2008/2223
Karar No : 2009/11137

Özeti : Uyuşmazlıkta uygulanacak yasal kural niteliği taşıyan 5189 sayılı Yasa'nın 5. maddesiyle 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'na eklenen ek madde 35'in Anayasa Mahkemesi kararı ile iptal edilip yürürlüğünün durdurulması nedeniyle bu niteliğini kaybetmesi karşısında; uyuşmazlığın 3194 sayılı İmar Kanunu ve ilgili mevzuata göre incelenerek çözümlenmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : … Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş.
Vekili : Av. …
Davacı Yanında Davaya Katılan : … Telekomünikasyon A.Ş.
Karşı Taraf : Elazığ Belediye Başkanlığı
Vekili : Av. ...
İstemin Özeti : Elazığ İdare Mahkemesinin 29.06.2007 günlü, E:2005/686, K:2007/1302 sayılı kararının usul ve yasaya aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi İsmet Can'ın Düşüncesi : Uyuşmazlıkta uygulanacak yasal kural niteliği taşıyan 5189 sayılı Yasanın beşinci maddesiyle 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'na eklenen Ek Madde 35'in Anayasa Mahkemesi'nin 01.10.2009 günlü, E:2006/129, K:2009/121 sayılı karar ile iptal edilip yürürlüğünün ise 13.10.2009 günlü, 27375 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 01.10.2009 günlü, E:2006/129, K:2009/19 (Yürürlüğü Durdurma) sayılı karar ile iptal kararının Resmi Gazete'de yayımlanacağı güne kadar durdurulması ile bu niteliğini kaybetmesi karşısında, temyiz isteminin reddi ile mahkeme kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı M.İclal Kutucu'nun Düşüncesi : Uyuşmazlık konusu olayda, 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun Ek 35. maddesi Anayasa Mahkemesinin 1.10.2009

günlü E:2006/129 K:2009/121 sayılı kararı ile iptal edilmiş, yürürlüğü de 1.10.2009 günlü E:2006/129, K:2009/19 (yürürlüğü durdurma) sayılı kararı ile iptal kararının Resmi Gazete'de yayımlanacağı güne kadar durdurulmasına karar verilmiş olup bu karar 13.10.2009 günlü 27375 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Buna göre temyiz edilen mahkeme kararının 406 sayılı Yasanın Ek 35. maddesine göre incelenmesine hukuken olanak bulunmadığından işin esasının 3194 sayılı İmar Kanunu ve ilgili mevzuata göre görülüp çözümlenmesi gerekmektedir.

Elazığ İli, Merkez İlçe, Harput Mahallesi, Mezarlıklar mevkiinde bulunan GSM baz istasyonunun imar planıyla ayrılan yolda yapıldığı ileri sürülerek yıkılması ve davacı şirket adına 3194 sayılı Yasanın 42. maddesine göre para cezası verilmesine ilişkin belediye encümenin 23.6.2005 günlü 997 sayılı kararının iptali istemiyle açılan davayı reddeden idare mahkemesi kararının bozulması davacı vekili tarafından istenilmektedir.

Temyiz edilen kararın yıkıma ilişkin kısmına yönelik olarak ileri sürülen temyiz nedenleri, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesinin birinci fıkrasında sayılan bozma nedenlerin hiçbirisine uymamaktadır.

Davanın imar para cezasına ilişkin kısmına gelince;

3194 sayılı İmar Kanununun 42. maddesinin birinci fıkrasında, ruhsat alınmadan veya ruhsat ve eklerine veya imar mevzuatına aykırı olarak yapılan yapının yapı sahibine ve müteahhidine, istisnalar dışında özel parselasyon ile hisse karşılığı belirli bir yer satan ve alana 500.000 TL.dan 25 000 000 liraya kadar para cezası verileceği öngörülmüştür.

İtiraz yoluyla yapılan başvuru üzerine Anayasa Mahkemesinin 17.4.2008 günlü ve E:2005/5, K:2008/93 sayılı Kararı ile 3194 sayılı Kanunun 42. maddesinin birinci fıkrasının "....500 000 TL.dan 25 000 000 liraya kadar para cezası verilir." bölümünün Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline, iptal hükmünün, kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak dört ay sonra yürürlüğe girmesine karar verildiği, kararın 5.11.2008 günlü ve 27045 sayılı Resmi Gazetede yayımlandığı, iptal hükmünün 5.3.2009 tarihi itibariyle yürürlüğe girdiği görülmektedir.

Bu durumda dava konusu işlemin dayanağı Yasa hükmünün Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi ve iptal hükmünün yürürlüğe girmesi nedeniyle İdare Mahkemesince bu husus gözönünde bulundurulmak suretiyle yeniden bir karar verilmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle temyiz konusu İdare Mahkemesi kararının para cezasına ilişkin kısmının bozulmasının yıkıma ilişkin kısmının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Altıncı Dairesince Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:

Uyuşmazlıkta, davacı vekili tarafından 5189 sayılı Yasa'nın 5. maddesiyle 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'na eklenen Ek Madde 35 uyarınca, elektronik haberleşmeye ilişkin tesislerin belirli şartlarla 3194 sayılı İmar Kanunu'na tabi olmadığının ileri sürülmesi ve anılan yasal düzenlemenin görülmekte olan davada uygulanacak kural niteliği taşıması nedeniyle, Danıştay Altıncı Dairesi'nin 02.07.2008 günlü, E:2008/2223 sayılı kararı ile söz konusu düzenlemenin iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemiyle başvurulan Anayasa Mahkemesi'nce verilen 01.10.2009 günlü, E:2006/129, K:2009/121 sayılı karar ile söz konusu yasa maddesi iptal edilip yürürlüğü de 13.10.2009 günlü, 27375 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 01.10.2009 günlü, E:2006/129, K:2009/19 (Yürürlüğü Durdurma) sayılı karar ile iptal kararının Resmi Gazete'de yayımlanacağı güne kadar durdurulmuş bulunmaktadır.

Anayasanın 153. maddesinin son fıkrasına göre, Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlaması nedeniyle temyize konu edilen mahkeme kararının, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal

edilip yürürlüğü durdurulan 5189 sayılı Yasanın beşinci maddesiyle 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'na eklenen Ek Madde 35'e dayanılarak incelemesine hukuken olanak bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesince, bir kanun ya da kanun hükmünde kararnamenin tümüyle ya da belirli hükümlerinin Anayasaya aykırı bulunarak iptal edildiği bilindiği halde, eldeki davaların Anayasaya aykırılığı belirlenmiş olan kurallara göre görülüp çözümlenmesi, Anayasanın üstünlüğü prensibine ve hukuk devleti ilkesine aykırı düşecektir.

Uyuşmazlığa konu olayda, görülmekte olan davanın temyiz aşamasında, Anayasa Mahkemesince iptal edilip yürürlüğü durdurulan 406 sayılı Yasaya 5189 sayılı Yasa ile eklenen Ek Madde 35 ile getirilen kuralların, İdare Mahkemesince yargılama sırasında uygulanmamak suretiyle işin esasının 3194 sayılı İmar Kanunu ve ilgili mevzuata göre incelenerek çözümlenmesinde hukuka aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Bu çerçevede, işin esasının incelenmesine geçildi.

Dava, Elazığ İli, Merkez İlçe, Harput Mahallesi, Mezarlıklar Mevki'inde kurulan GSM baz istasyonunun imar planında yola ayrılan alanda yapıldığı belirtilerek yıkılması ve davacı şirket adına 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 42. maddesinin 1.fıkrası uyarınca 1.500,00 YTL para cezası verilmesine ilişkin belediye encümeninin 23.06.2005 günlü, 997 sayılı kararının iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesince; dosyanın incelenmesinden, uyuşmazlığa konu edilen baz istasyonuna ait tesisinin 1/1000 ölçekli uygulama imar planında 4 metrelik yaya yolu üzerinde kaldığı, herhangi bir sahanın imar planında ayrıldığı amaç dışında kullanılması söz konusu olamayacağından, baz istasyonuna ait tesisin kaldırılması ve davacı adına para cezası verilmesi yolunda tesis edilen dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmediğinin anlaşıldığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş; bu karar davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

GSM baz istasyonunun imar planında yola ayrılan alanda yapılması nedeniyle yıkımı yolunda tesis edilen işleme yönelik olarak davanın reddine ilişkin temyize konu mahkeme kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1. fıkrasında sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmamaktadır.

Davanın imar para cezasına ilişkin kısmına gelince;

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın "Anayasa Mahkemesinin Kararları" başlıklı 153. maddesinde:" Anayasa Mahkemesinin kararları kesindir. İptal kararları gerekçesi yazılmadan açıklanamaz.

Anayasa Mahkemesi bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez.

Kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmi Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmi Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez.

İptal kararının yürürlüğe girişinin ertelendiği durumlarda, Türkiye Büyük Millet Meclisi, iptal kararının ortaya çıkardığı hukuki boşluğu dolduracak kanun tasarı veya teklifini öncelikle görüşüp karara bağlar.

İptal kararları geriye yürümez.

Anayasa Mahkemesi kararları Resmi Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar." hükmü yer almıştır.

3194 Sayılı İmar Kanunu'nun 42. maddesinin birinci fıkrasında "Ruhsat alınmadan veya ruhsat veya eklerine veya imar mevzuatına aykırı olarak yapılan yapının yapı sahibine ve müteahhidine, istisnalar dışında özel parselasyon ile hisse karşılığı belirli bir yer satan ve alana 500 000 TL.' dan 25 000 000 liraya kadar para cezası verilir. Ayrıca fenni mesule bu cezaların 1/5'i uygulanır." hükmüne yer verilmiştir.

3.5.1985 günlü, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 42. maddesinin birinci fıkrasının "...500.000 TL. dan 25 000 000 liraya kadar para cezası verilir" bölümü ile ikinci fıkrasının "...500000 TL. dan 10 000 000 liraya kadar para cezası verilir" bölümünün Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri istemiyle itiraz yoluyla Konya 1. İdare Mahkemesi'nce Anayasa Mahkemesine başvurulması üzerine, Anayasa Mahkemesi'nin 17.04.2008 günlü, Esas:2005/5, Karar: 2008/93 sayılı kararıyla: "...3194 sayılı Yasa'nın 42. maddesinin;

A- İkinci fıkrasının itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından bu fıkrada yer alan "…500000 TL.dan 10000000 liraya kadar para cezası verilir" bölümüne ilişkin başvurunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle reddine,

B- Birinci fıkrasında yer alan "…500 000 TL.'dan 25 000 000 liraya kadar para cezası verilir" bölümünün dosyada bir eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine" karar verilmiş, esasın incelenmesi sonucunda ise:

"...İtiraz konusu kuralda, alt ve üst sınırları gösterilmek suretiyle imar para cezası düzenlenmiştir. Yasa'yla gösterilen bu sınırlar arasında elli kat bulunmaktadır. Alt ve üst sınır arasındaki bu geniş alanda, idareye, cezayı belirleme olanağı, başka bir deyişle cezanın alt ve üst sınırları arasında alt sınırdan, alt sınırın üstünde veya üst sınırdan ceza verme konusunda takdir hakkı tanınmıştır...

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "belirlilik"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, yasadan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir. Ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını ayarlar. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Yasa kuralı, ilgili kişilerin mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini makul bir düzeyde öngörmelerini mümkün kılacak şekilde düzenlenmelidir. "Öngörülebilirlik şartı" olarak nitelendirilen bu ilkeye göre yasanın uygulanmasında takdirin kapsamı ve uygulama yöntemi bireyleri keyfi ve öngöremeyecekleri müdahalelerden koruyacak düzeyde açıklıkla yazılmalıdır. Belirlilik, kişilerin hukuk güvenliğini korumakla birlikte idarede istikrarı da sağlar.

... İdari makamların Yasa'nın belirlediği sınırlar arasında cezanın takdirinde esas alacakları objektif ölçütler Yasa'da gösterilmemiştir. Yasa'yla imar para cezasının alt ve üst sınırları gösterilmiş, bu alan içinde cezayı uygulama yetkisi idareye bırakılmıştır. İdarelerin hangi ölçütleri esas alacakları açık, belirgin ve somut olarak Yasa'da yer almamıştır. Yasa kuralı bu anlamda belirli ve öngörülebilir değildir.

Alt ve üst sınır arasında idareye bırakılan takdir alanı geniş, sınırsız ve ölçüsüzdür. Cezanın belirlenmesinin alt ve üst sınır arasında elli kat gibi makul ve ölçülü olmayan şekilde genişliği, uygulamada, yorum ve değerlendirme farklılıklarına dayalı olarak eşitsizliğe, haksızlığa ve keyfiliğe yol açabilecek niteliktedir.

Yasa koyucu, kamu düzeninin korunması amacıyla ceza hukuku alanında hangi eylemlerin suç sayılacağı ve suç sayılan bu eylemlerin hangi tür ve ölçüde cezai yaptırıma bağlanacağı konusunda takdir yetkisine sahip olmakla birlikte, cezaların yasallığı ve hukuksal güvenlik ilkelerinin gereği olarak, farklı ve keyfi uygulamalara neden olmamak için, imar hukukuna uygun geçerli sebepler ve objektif ölçütleri yasada göstermesi gerekir.

Cezanın Yasa'da gösterilen sınırlar arasında idarece belirlenmesinde, yapının, taşkın, heyelan, kaya düşmesi gibi afet alanlarında bulunan, sıhhi ve jeolojik mahsurları olan

veya bunlar gibi tehlikeli durumlar göstermesi nedeniyle imar planlarına veya ilgili idarelerce hazırlanmış, onaylanmış raporlara göre yapılması yasak olan alanlara, imar planlarında umumi hizmet alanlarına, kamu tesis alanlarına ve yapı sahibine ait olmayan alanlara yapılması; hangi amaçla yapıldığı, büyüklüğü ve konut, ticari, sanayi, otel, akaryakıt istasyonu gibi niteliği; fen ve sağlık kurallarına aykırılık taşıması; içinde oturacak veya çalışacak kişiler için tehlike oluşturması; çevresinde ya da aynı bölgede emsal yapılar için uygulanan imar para cezaları; kente ve çevreye etkisi; bitmiş ve kullanılır durumda olması gibi ölçütlere yer verilmemiştir.

Bu tür idari işlemlere karşı yargı yolu açık olmakla birlikte, bu güvencenin uygulama aşamasından sonra ve ancak itiraz yoluyla ortaya çıkacağı göz önünde bulundurulduğunda, yasa kurallarının yürürlükte olduğu sürece keyfiliği ortadan kaldırmaya yeterli olduğu söylenemez. Hukuk kuralları, yargının yorumuna ihtiyaç göstermeyecek ve uygulayıcılar tarafından anlaşılabilecek şekilde açık ve belirgin olmak, uygulayıcılara güvence vermek zorundadır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır ..." gerekçesiyle 03.05.1985 günlü, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 42. maddesinin birinci fıkrasının "...500 000 TL. dan 25 000 000 liraya kadar para cezası verilir" bölümünün iptaline karar verilmiş ve bu iptal kararının doğuracağı hukuksal boşluk, kamu yararını ihlal edici nitelikte olduğundan, gerekli düzenlemelerin yapılması amacıyla iptal kararının, Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak dört ay sonra yürürlüğe girmesi öngörülmüş, bu karar 05.11.2008 günlü, 27045 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış ancak bu tarihten itibaren geçen dört aylık sürede bu konuda yeni bir yasal düzenleme yapılmamış ve karar 05.03.2009 tarihi itibariyle yürürlüğe girmiştir.

Anayasa'nın 153. maddesinde, Anayasa Mahkemesince verilen iptal kararlarının geriye yürümeyeceği kuralı, iptal edilen hükümlere göre kazanılmış olan hakların korunmasına yöneliktir. Öte yandan; Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiş olduğu bilindiği halde görülmekte olan davaların Anayasa'ya aykırılığı saptanmış hükümler dikkate alınarak çözümlenmeleri Anayasanın üstünlüğü ve Hukuk Devleti ilkesine aykırı olduğu gibi, temyiz incelemesinin Anayasaya aykırılığı belirlenerek iptal edilen kurallara göre yapılmasına da olanak bulunmamaktadır.

Bu durumda, dava konusu işlemin dayanağı yasal düzenlemenin Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiş olması ve bu kararın da yürürlüğe girmiş bulunması karşısında, İdare Mahkemesince, hukuka aykırılığı Anayasa Mahkemesi kararı ile saptanmış Yasa maddesi uyarınca verilen dava konusu para cezası hakkında, yukarıda belirtilen hususlar dikkate alınmak suretiyle yeniden bir karar verilmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle, Elazığ İdare Mahkemesinin 29.06.2007 günlü, E:2005/686, K:2007/1302 sayılı kararının, kaldırılmasına ilişkin bölümünün onanmasina, imar para cezasına ilişkin bölümünün ise bozulmasina, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 16.11.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Altıncı Daire
Esas No : 2009/8585
Karar No : 2010/167

Özeti : 2981 sayılı Yasanın 10/b maddesinin uygulanması sonucunda kamu hizmetlerine ayrılan alanları karşılamak üzere terk yapılan alanda 3194 sayılı Yasanın 18. maddesine göre uygulama yapılırken yeniden düzenleme ortaklık payı alınmasına olanak bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : Yıldırım Belediye Başkanlığı
Vekili : Av. …
Karşı Taraf : …
Vekili : Av. …
İstemin Özeti : Bursa 3. İdare Mahkemesinin 29.05.2009 günlü, E:2008/910, K:2009/420 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 İsmet Can'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 görüşüldü:

Dava, Bursa İli, Yıldırım İlçesi, Ortabağlar Mahallesi, … pafta, … ada, … parsel sayılı taşınmazı da kapsayan alanda 3194 sayıl imar Kanunu'nun 18.maddesi ile 3290 sayılı Yasanın Ek 1. maddesi uyarınca yapılan parselasyonun onaylanmasına ilişkin belediye encümeninin 23.09.2008 günlü, 2213 sayılı kararının iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesince, dosyanın incelenmesinden, 2981 sayılı Yasanın 10/b maddesinin uygulanması sırasında kamu hizmetlerine ayrılan alanları karşılamak üzere terk yapılan alanda 3194 sayılı Yasanın 18.maddesine göre uygulama yapılırken yeniden düzenleme ortaklık payı alınmasına olanak bulunmadığı, uyuşmazlık konusu olayda, davacıya daha önce 2981 sayılı Yasanın 10/b maddesinin uygulanması sırasında yaklaşık %35 oranında yol için bedelsiz terk yaptırıldığı halde dava konusu işlemle de davacıdan yeniden düzenleme ortaklık payı alındığı anlaşıldığından, dava konusu işlemde hukuka uyarlık görülmediği gerekçesiyle iptaline karar verilmiş; bu karar davalı idare vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava konusu işlemin yukarıda özetlenen gerekçeyle iptali yolundaki temyize konu Bursa 3. İdare Mahkemesinin 29.05.2009 günlü, E:2008/910, K:2009/420 sayılı kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1. fıkrasında sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, bozma istemi yerinde görülmeyerek anılan

mahkeme kararının onanmasina, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 18.01.2010 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

Uyuşmazlık, 2981 sayılı Yasanın 10/b maddesinin uygulanması sırasında yapılan terklere isabet eden yerlerin, 3194 sayılı Yasanın 18. maddesinde öngörülen düzenleme ortaklık payı ile karşılanacak yerlerle aynı nitelikte olup olmadığı, düzenleme ortaklık payı hesabına katılıp katılamayacağından kaynaklanmaktadır.

2981 sayılı Yasanın 10/b maddesi, ıslah imar planı yapılıp, yapılmadığına bakılmaksızın 2613 sayılı Kadastro ve Tahriri veya 766 sayılı Tapulama Kanunu hükümlerine göre mülkiyet tespit ve tesciline yönelik işlemlerin kadastro müdürlükleri tarafından yapılmasını düzenleyen bir hükümdür. Bu maddenin uygulanması sırasında fiilen kullanılan kısımların mülkiyetlerinin belirlenmesi amaçlamakta, mülkiyet durumlarının tespiti ile tapuya tescilini sağlamaktadır. Diğer bir ifade ile imar uygulamasına altlık teşkil eden kadastral mülkiyet durum tespitidir. Burada yapılan tespitler 3194 sayılı Yasanın 18. maddesi uygulamasına da altlık teşkil edilmektedir. Bu tespit ve tescil işlemleri 3194 sayılı Yasa kapsamı dışında olup bu konudaki ihtilafların halli de özel ihtsas mahkemeleri olan "kadasro mahkemelerinde" çözümlenmektedir.

Bu nedenle söz konusu yasa uyarınca yapılan mülkiyet tespit ve tescil çalışmalarında yapılan kesintilerin yerinde olup olmadığı kadastro mahkemelerinde incelenip hükme bağlanmaktadır.

3194 sayılı Yasanın 18. maddesi ile imar planına uygun parseller elde edilirken planda kamu hizmetlerine ayrılan yerler de kamuya kazandırılır. Söz konusu madde ile ilgili yönetmeliğin Düzenleme Ortaklık Payı Oranına ait esasları düzenleyen 11. maddesinin ikinci fıkrasında düzenleme ortaklık payı oranı hesabına katılmayacak kesintiler düzenlenmiş olup, evvelce yapılan düzenlemelerde alınan payların (ki bu paylar veya kesintilerin İmar Kanunu hükümleri dışında kadastro çalışmaları ve mülkiyet tespitleri esnasında yapılan kesintiler) hesaba katılmayacağı belirtilmiş, aynı maddenin son paragrafında ise, nelerin düzenleme ortaklık payı oranı hesabınna nazara alınması gerektiği açıklanmıştır.

Bütün bu hükümler birlikte düşünüldüğünde, parselasyon işleminin amaç ve kapsamı 2981 sayılı Yasanın 10/b maddesinden farklı olduğundan, düzenleme ortaklık payı ile yapılan kesintilerle anılan maddeye göre oluşan kesintiler aynı niteliği taşımamakta, düzenleme ortaklık payı hesabında dikkate alınmasına hukuken olanak bulunmamaktadır.

Bu durumda, 2981 sayılı Yasanın 10/b maddesi uyarınca yapılan terklerin dava konusu parselasyon işlemi sırasında dikkate alınmamasında hukuka aykırılık bulunmadığından, aksi yönde verilen temyize konu mahkeme kararının bozulması gerektiği oyuyla karara karşıyım.

KAMULAŞTIRMA

T.C.
D A N I Ş T A Y
Altıncı Daire
Esas No : 2007/2626
Karar No : 2009/9349

Özeti : Mutlak tarım arazisi niteliği taşıyan taşınmazın, 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda öngörülen amaç dışında kamulaştırılamayacağı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : Anadolu Üniversitesi Rektörlüğü
Vekili : Av. …
Karşı Taraf : …ve … Mirasçıları; …, …, …, …, …, …
Vekili : Av. …
İstemin Özeti : Eskişehir İdare Mahkemesinin 15.02.2007 günlü, E:2006/23, K:2007/149 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 İbrahim Arslan'ın Düşüncesi : Temyiz isteminin reddi ile mahkeme kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Altıncı Dairesince Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:

Dava, Eskişehir, Muttalip Köyü, Örencik Mevkii, … ada, … parsel sayılı taşınmazın kamulaştırılmasına ilişkin 23.08.2005 günlü, 34 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmış, idare mahkemesince, yerinde yaptırılan keşif ve bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen raporla dosyadaki bilgi ve belgelerin birlikte değerlendirilmesinden, uyuşmazlık konusu taşınmazın mutlak tarım arazisi niteliği taşıdığı, 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun 13. maddesinde bu nitelikteki alanların tarımsal üretim amacı dışında kullanılamayacağının hükme bağlandığı, söz konusu taşınmazı da kapsayan alanın havaalanı ihtiyacını karşılamak amacıyla kamulaştırıldığı, ancak, bu amacın 5403 sayılı Yasanın 13.maddesinde yer alan istisnai haller arasında sayılmadığı, öte yandan, anılan maddede öngürülen usüle de uyulmadığı anlaşıldığından, hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiş, bu karar davalı İdare vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava konusu işlemin yukarıda özetlenen gerekçeyle iptali yolundaki Eskişehir İdare Mahkemesinin 15.02.2007 günlü, E:2006/23, K:2007/149 sayılı kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1. fıkrasında sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, bozma istemi yerinde görülmeyerek anılan mahkeme kararının onanmasina, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 07.10.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGILAMA USULÜ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Altıncı Daire
Esas No : 2007/8653
Karar No : 2009/9641

Özeti : İmar planı belediye meclisince görüşülüp kabul edilmeden askıya çıkarılarak ilan edildiği için,

kesinleşmiş bir imar planı olmadığından; dava konusu edilebilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu işlem bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : …
Vekili : Av. …
Karşı Taraf : Kayırlı Belediye Başkanlığı
Vekili : Av. …
İstemin Özeti : Aksaray İdare Mahkemesinin 13.07.2007 günlü, E:2007/516 , K:2007/812 sayılı kararının usul ve yasaya aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Sedef Polat Türkdoğan'ın Düşüncesi : Temyiz isteminin reddi ile mahkeme kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı E.Emel Çelik'in Düşüncesi : Niğde İli, Kayırlı Kasabasında yapılan ilave imar planının iptali istemiyle açılan davanın incelenmeksizin reddi yolundaki idare mahkemesi kararı temyiz edilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, 4.6.2004 günlü, 3-19 sayılı belediye meclisi kararıyla ilave imar planı yapılmasına karar verildiği, bu karar doğrultusunda hazırlanan ilave imar planının belediye meclisince görüşülüp onaylanmaksızın askıya çıkarılarak ilan edildiği anlaşılmıştır.

Bu durumda, 3194 sayılı İmar Kanununun 8. maddesindeki hükme aykırı olarak belediye meclisince kabul edilmeksizin yürürlüğe konulan ilave imar planının iptali gerekmektedir.

Açıklanan nedenle, davanın incelenmeksizin reddi yolundaki 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 görüşüldü:

Dava, davacının taşınmazının da bulunduğu Niğde İli, Merkez, Kayırlı Kasabası'nı kapsayan ilave imar planına ilişkin 04.06.2004 günlü, 2004/3-19 sayılı belediye meclisi kararının iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesince; dava konusu belediye meclisi kararı ile ilave imar planı yapılmasına karar verildiği, yapılan imar planının belediye meclisince görüşülüp kabul edilmeden askıya çıkarılarak ilan edildiği için kesinleşmiş bir imar planı olmadığı, dava konusu edilebilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu işlem bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, karar davacı vekilince temyiz edilmiştir.

Davanın yukarıda özetlenen gerekçeyle reddi yolundaki temyize konu Aksaray İdare Mahkemesinin 13.07.2007 günlü, E:2007/516 , K:2007/812 sayılı kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1. fıkrasında sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, bozma istemi yerinde görülmeyerek anılan mahkeme kararının onanmasina, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 13.10.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YEDİNCİ DAİRE KARARLARI

DAMGA VERGİSİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Yedinci Daire
Esas No : 2007/5116
Karar No : 2009/4267

Özeti : Taşınmaz mülkiyetinin devrini konu edinen sözleşmelerin, ancak resmi şekilde yapılmaları koşuluyla hukuki değere sahip olacakları; dolayısıyla, taraflar arasında hariçte düzenlenen sözleşmelerin ispat ve belli etme gücünün varlığından söz edilmesine olanak bulunmadığı; bu bakımdan, ortada, 488 sayılı Kanunun 1'inci maddesinde tanımlanan, vergiye tabi kağıdın varlığından söz edilemeyeceğinden, davacı adına yapılan tarhiyatın iptali istemiyle açılan davayı reddeden vergi mahkemesi kararında isabet görülmediği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : … Anonim Şirketi
Vekilleri **:** Av. …
Karşı Taraf **:** İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı
İstemin Özeti **:** Davacının işlemlerinin damga vergisi yönünden incelenmesi sonucunda, konut satışı dolayısıyla alıcılar ile birlikte düzenleyip imzaladığı sözleşmelere ait damga vergisi yükümlülüğünü yerine getirmediğinin tespit edildiğinden bahisle, 2004 yılının değişik dönemleri için salınan damga vergisine, kesilen vergi zıyaı cezasına ve aynı yıl için kesilen özel usulsüzlük cezasına dair işlemlerin iptali istemiyle açılan davada; olayda; arsa payı karşılığında kat yapımı işiyle iştigal eden davacı Şirketin kat tahsis sözleşmelerine ait damga vergisini ödemediği hususunun vergi inceleme raporu eki tutanakta imzası bulunan Şirket yetkililerince kabul edilmiş olması karşısında, dava konusu tarh ve vergi zıyaı cezası kesme işlemlerinde hukuka aykırılık bulunmadığı; öte yandan; damga vergisi yükümlülüğünün yerine getirilmemesi nedeniyle Kanunda özel usulsüzlük cezası öngörülmediği gerekçesiyle özel usulsüzlük cezası kesilmesi işlemini iptal eden; kısmen de davayı reddeden İstanbul Dördüncü Vergi Mahkemesinin 26.6.2007 gün ve E:2007/325; K:2007/1592 sayılı kararının redde ilişkin hüküm fıkrasının; inceleme raporu eki tutanağın tebligat mahiyetinde olması sebebiyle imzalandığı; sözleşmeleri alıcı sıfatıyla imzalayan kişilere ait nüshaların vergilerinin kendilerinden istenilmesinin hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : İstemin reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hakimi Abidin İLDEŞ'in Düşüncesi : Dosyanın incelenmesinden; taşınmaz satışına ilişkin olarak alıcılar ile satıcı olan davacı arasında adi yazılı şekilde düzenlenen sözleşmelere isabet eden damga vergisinin ödenmediğinden bahisle işlem tesis edildiği anlaşılmıştır.

488 sayılı Damga Vergisi Kanununun 1'inci maddesi hükmüne göre, bir kağıdın damga vergisine tabi olması için, yazılıp imzalanması veya imza yerine geçen bir işaret

konulması suretiyle düzenlenmesi ve herhangi bir hususu ispat veya belli etmesi için ibraz edilebilir nitelikte olması gerekir.

2644 sayılı Tapu Kanununun 26'ncı maddesi ile 1512 sayılı Noterlik Kanununun 60'ncı maddesi hükümlerine göre ise, taşınmaz mülkiyetinin nakli borcunu doğuran sözleşmelerin resmi şekilde yapılması zorunludur. Bu şekilde yapılmayan sözleşmeler hukuken geçerli olmadıklarından; dolayısıyla, herhangi bir hususu ispat veya belli etme niteliği taşımadıklarından, damga vergisi yükümlülüğü doğurmalarına olanak yoktur.

Olayda; tarafların kendi aralarında adi yazılı şekilde düzenledikleri sözleşmeler, resmi şekilde yapılmamaları nedeniyle hukuken geçerli olmadıklarından, ortada, damga vergisine tabi mukavele mevcut değildir. Bu bakımdan; söz konusu kağıtların damga vergisine tabi olduğundan bahisle tesis edilen tarh ve ceza kesme işlemlerinde hukuka uyarlık bulunmadığından, mahkeme kararının davanın kısmen reddine dair hüküm fıkrasında isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenle, mahkeme kararının temyize konu hüküm fıkrasının 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 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; davacının, işlemlerinin damga vergisi yönünden incelenmesi sonucunda, konut satışı dolayısıyla alıcılar ile birlikte düzenleyip imzaladığı sözleşmelere ait damga vergisi yükümlülüğünü yerine getirmediğinin tespit edildiğinden bahisle, 2004 yılının değişik dönemleri için salınan damga vergisine, kesilen vergi zıyaı cezasına ve aynı yıl için kesilen özel usulsüzlük cezasına dair işlemlerin iptali istemiyle açılan davada, Mahkemece, davanın damga vergisine ve vergi zıyaı cezasına ilişkin kısmının reddedildiği anlaşılmıştır.

488 sayılı Damga Vergisi Kanununun 1'inci maddesinin birinci fıkrasında; bu Kanuna ekli (1) sayılı tabloda yazılı kağıtların damga vergisine tabi olduğu; ikinci fıkrasında; bu kanundaki kağıtlar teriminin, yazılıp imzalanmak veya imza yerine geçen bir işaret konulmak suretiyle düzenlenen ve herhangi bir hususu ispat veya belli etmek için ibraz edilebilecek olan belgeler ile elektronik imza kullanılmak suretiyle manyetik ortamda ve elektronik veri şeklinde oluşturulan belgeleri ifade ettiği hükme bağlanmış; Kanuna ekli (1) sayılı Tablonun, "I. Akitlerle ilgili kağıtlar" başlıklı bölümünde de, belli parayı ihtiva eden kağıtlardan, mukavelenamelerin, taahhütnamelerin ve temliknamelerin binde 7,5 oranında damga vergisine tabi olduğu açıklanmıştır.

Bu düzenlemelerden; damga vergisinin, kişiler tarafından imzalanan kağıtlara, Devletçe, herhangi bir hususu ispat ve belli etme gücü tanınmasının karşılığı olduğu; dolayısıyla, bu güce sahip bulunmayan; daha açık olarak, bir hususu ispat ve belli edici nitelik taşımayan kağıtların damga vergisine tabi tutulamayacağı anlaşılmaktadır. Bu bakımdan; dosyadaki uyuşmazlığın çözümü, davacı tarafından alıcılar ile birlikte düzenlenip imzalanan kat tahsis sözleşmelerinin açıklanan şekilde hukuki değer taşıyıp taşımadıklarının belirlenmesine bağlı bulunmaktadır.

4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 705'inci maddesinin birinci fıkrasında, taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasının tescille olacağı öngörüldükten sonra, aynı Kanunun 706'ncı maddesinin birinci fıkrasında, taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli

olmasının, resmi şekilde düzenlenmiş bulunmalarına bağlı olduğu hükmüne yer verilmiş; 2644 sayılı Tapu Kanununun 26'ncı maddesinin olay tarihinde yürürlükte olan biçiminde de, mülkiyete müteallik resmi senetlerin, tapu sicil muhafızları veya memurları tarafından düzenleneceği belirtilmiş; 1512 sayılı Noterlik Kanununun 60'ncı maddesinde ise, gayrimenkul satış vaadi sözleşmesinin yapılması noterlerin görevleri arasında sayılmıştır.

Görüldüğü üzere; taşınmaz mülkiyetinin devrini konu edinen sözleşmeler, ancak resmi şekilde yapılmak koşuluyla hukuki değere sahip bulunmaktadır. Sözleşmenin resmi şekilde yapıldığının kabulü ise, tapu sicil görevlilerince veya noter tarafından düzenlenmiş olmasıyla mümkündür. Dolayısıyla; olayda olduğu gibi, taraflar arasında hariçte düzenlenen mülkiyet devrini amaçlayan sözleşmelerin, ispat ve belli etme gücünün varlığından söz edilmesine hukuki olanak yoktur.

Bu itibarla; ortada, Damga Vergisi Kanununun yukarıda sözü edilen 1'inci maddesi anlamında vergiye tabi kağıt bulunmadığından; dava konusu tarh ve ceza kesme işlemleriyle, vergi mahkemesi kararının aksi yolda verilen temyize konu hüküm fıkrasında hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenle, temyiz isteminin kabulüne; mahkeme kararının davanın kısmen reddi yolundaki hüküm fıkrasının bozulmasına; bozma kararı üzerine, Mahkemece, yeniden verilecek kararla birlikte yargılama giderleri de hüküm altına alınacağından, bu hususta ayrıca hüküm tesisine gerek bulunmadığına, 20.10.2009 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, dayandığı gerekçeler karşısında, vergi mahkemesi kararının temyize konu hüküm fıkrasının bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığından, temyiz isteminin reddi ile sözü geçen hüküm fıkrasının onanması gerektiği görüşü ile karara katılmıyorum.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Yedinci Daire
Esas No : 2006/9
Karar No : 2009/4592

Özeti : 488 sayılı Damga Vergisi Kanununda vergiye tabi tutulan kağıtların suretlerinin, yetkili makamın ya da kişinin onayı dışında, kağıdın aslının ihtiva ettiği imzaları taşımadıkları; bu nedenle, kağıdın aslı gibi değil, Damga Vergisi Kanununa ekli I sayılı Tablonun IV'üncü fıkrasının 4'üncü bendi uyarınca, resmi dairelere ibraz edilecek olmaları koşuluyla, nispi vergiye değil maktu vergiye tabi tutulmaları gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan Taraflar : 1- … Limited Şirketi
2- Pamukkale Vergi Dairesi Müdürlüğü

İstemin Özeti : Yapı denetimi faaliyeti ile uğraşan davacı Şirket ile yapı sahipleri arasında imzalanan "yapı denetimi hizmet sözleşmelerine" ait damga vergisinin ödenmediğinden bahisle vergi inceleme raporuna dayanılarak, sözleşmelerin üç nüsha olarak düzenlendiğinin kabulü suretiyle, davacı adına, 2003/Mayıs dönemi için salınan damga vergisine ve kesilen vergi zıyaı cezasına ilişkin işlemlerin iptali istemiyle açılan davada; 488 sayılı Damga Vergisi Kanununun 1'inci ve 5'inci maddelerine yer verildikten sonra; olayda;

mahiyetleri esas alındığında, taraflar arasında hak ve yükümlülükleri de belirleyen sözleşmelerin en az taraf sayısı kadar; yani iki nüsha düzenlenmiş olduklarının kabulü gerektiği; bu bakımdan; söz konusu sözleşmeler iki nüsha ve bir suret olarak düzenlendiklerinden, tarh ve ceza kesme işlemlerinin sözleşmelerin nüshalarına isabet eden kısmında hukuka aykırılık; suretlerine isabet eden kısmında ise hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle davayı kısmen reddeden; kısmen de dava konusu işlemleri iptal eden Denizli Vergi Mahkemesinin 17.11.2005 gün ve E:2005/702; K:2005/698 sayılı kararının redde dair hüküm fıkrasının; vergi incelemesinin iş yerinde yapılmamasının, tarhiyatın türünün hatalı uygulanmasının, vergi/ceza ihbarnamesinde vergi için yasal dayanak gösterilmemesinin ve inceleme raporu eki tutunakta bir asıl ve iki suret olarak düzenlendikleri belirtilmesine karşın sözleşmelerin üç nüsha olarak düzenlenmiş olduklarının kabul edilmesi suretiyle işlem yapılmasının hukuka aykırı olduğu öne sürülerek davacı tarafından; iptale ilişkin hüküm fıkrasının ise, vergi inceleme raporu uyarınca tesis edilen tarh ve ceza kesme işlemlerinde hukuka aykırılık bulunmadığı ileri sürülerek davalı İdarece bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Davalı İdarece istemin reddi gerektiği savunulmuş, davacı tarafından savunma verilmemiştir.

Tetkik Hakimi Abidin İLDEŞ'in Düşüncesi : Davacının temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, mahkeme kararının, imzalanan sözleşmelerin aslına isabet eden damga vergisi ve vergi aslının bir katına isabet eden tutardaki vergi zıyaı cezası yönünden davanın reddi yolundaki hüküm fıkrasının; davalı İdarenin temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar ise, iptale dair hüküm fıkrasının bozulmasını gerektirecek nitelikte bulunmamıştır.

Ancak; gerek inceleme raporu eki tutanakta, gerekse tutanak eki listede, açıkça sözleşmelerin bir asıl ve iki suret olarak düzenlenmiş oldukları belirtildiğinden, yargılamanın buna göre yapılması gerekirken, mahkeme kararının, sözleşmelerin, nüsha oldukları kabul edilen suretlerine isabet eden damga vergisi ile vergi zıyaı cezası yönünden davanın reddi yolundaki hüküm fıkrasında isabet görülmemiştir.

Öte yandan; Anayasa Mahkemesinin, 20.10.2005 gün ve 25972 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, 6.1.2005 gün ve E:2001/3; K:2005/4 sayılı kararı karşısında, mahkeme kararının, sözleşmelerin aslına isabet eden vergi zıyaı cezasının vergi aslının bir katını aşan tutar yönünden davanın reddi yolundaki hüküm fıkrasında da isabet mevcut değildir.

Açıklanan nedenlerle, davacının, mahkeme kararının sözleşmelerin aslına isabet eden damga vergisine ve bu vergi aslının bir katına isabet eden tutardaki vergi zıyaı cezasına ilişkin hüküm fıkrasına yönelik temyiz istemi ile davalı İdarenin temyiz isteminin reddine; davacının, sözleşmelerin nüsha oldukları kabul edilen suretlerine isabet eden damga vergisi ve vergi zıyaı cezası yönünden davanın reddi yolundaki hüküm fıkrası ile sözleşmelerin aslına isabet eden vergi zıyaı cezasının vergi aslının bir katını aşan tutar yönünden davanın reddi yolundaki hüküm fıkrasına yönelik temyiz isteminin ise kabulü ile bu hüküm fıkralarının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Mukaddes ARAS'ın Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçelerinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, taraflar isteminin reddi ile temyiz edilen mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Yedinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Dosyanın incelenmesinden; yapı denetimi faaliyeti ile uğraşan davacı Şirket ile yapı sahipleri arasında imzalanan "yapı denetimi hizmet sözleşmelerine" ait damga vergisinin

ödenmediğinden söz edilerek, vergi inceleme raporuna dayanılarak, sözleşmelerin üç nüsha olarak düzenlendiğinin kabulü suretiyle, davacı adına, 2003/Mayıs dönemi için salınan damga vergisine ve kesilen vergi zıyaı cezasına ilişkin işlemlerin iptali istemiyle açılan davada, Mahkemece, istemin özeti bölümünde yazılı gerekçeyle kısmen davanın reddine, kısmen de işlemlerin iptaline hükmedildiği anlaşılmıştır.

Mahkeme kararının, dayandığı hukuki ve kanuni nedenlerle gerekçesi yukarıda açıklanmış bulunan, davanın sözleşmelerin aslına isabet eden damga vergisi ile bu vergi üzerinden hesaplanan vergi zıyaı cezasının vergi aslının bir katına dair kısmının reddi yolundaki hüküm fıkrası ile iptale ilişkin hüküm fıkrası, aynı gerekçe ve nedenlerle Dairemizce de uygun görülmüş olup, temyiz dilekçelerinde ileri sürülen iddialar, sözü geçen hüküm fıkralarının bozulmasını gerektirecek nitelikte bulunmamıştır.

488 sayılı Damga Vergisi Kanununun 1'inci maddesinin birinci fıkrasında; bu Kanuna ekli (1) sayılı tabloda yazılı kağıtların damga vergisine tabi olduğu; ikinci fıkrasının olay tarihinde yürürlükte olan şeklinde; bu kanundaki kağıtlar teriminin, yazılıp imzalanmak veya imza yerine geçen bir işaret konulmak suretiyle düzenlenen ve herhangi bir hususu ispat veya belli etmek için ibraz edilebilecek olan belgeleri ifade ettiği hükme bağlanmış; 5'inci maddesinde, bir nüshadan fazla olarak düzenlenen kağıtların her nüshasının ayrı ayrı aynı miktar veya nispette damga vergisine tabi olduğu öngörülmüş bulunmaktadır.

Bu düzenlemelerden anlaşılacağı üzere; bir kağıdın damga vergisine tabi tutulabilmesi için, 488 sayılı Kanuna ekli (I) sayılı Tabloda ismen yer alıyor olması yeterli değildir. Ayrıca; kağıdın, ilgililerce imzalanmış veya üzerine imza yerine geçen bir işaret konulmuş olması da gereklidir. Aynı hüküm ve kuvveti haiz olmak üzere düzenlenip imzalanan kağıtlardan herbiri olarak tanımlanan "nüsha"nın, kağıdın aslı gibi damga vergisine tabi tutulmasının nedeni de budur; yani, ilgililerin imzasını veya imza yerine geçen işaretini taşıyor olmasıdır.

Oysa; "suret" ilgililerce düzenlenip imzalanmak suretiyle herhangi bir hususu ispat veya belli etmek için ibraz edilebilecek hale gelen bir kağıdın, usûlüne uygun olarak çıkarılmış, "aslı gibidir" şerhini taşıyan onaylı örneğidir. Başka anlatımla; suretler, yetkili makam ya da kişinin onayı dışında, kağıdın aslının ihtiva ettiği imzaları taşımazlar. Bu nedenle de, kağıdın aslı gibi değil; (I) sayılı Tablonun olay tarihinde yürürlükte olan şeklinin (IV) fıkrasının 4'üncü bendi uyarınca resmi dairelere ibraz edilecek olmaları koşuluyla, bendin karşısında yazılı tutarda maktu damga vergisine tabi tutulurlar.

Olayda ise; vergi İdaresince üç nüsha olarak nispi damga vergisine tabi tutulan sözleşmelerin, bir asıl ve iki suret olarak düzenlendikleri, inceleme raporu ekindeki tutanaklarla sabittir. Dolayısıyla; Vergi İdaresince, suretler de nüsha kabul edilerek yapılan tarh ve ceza kesme işlemlerinde isabet bulunmadığı gibi; Mahkemenin sözleşmelerin iki nüsha olarak düzenlendiklerinin kabulü gerektiği yolundaki gerekçesine katılma olanağı da yoktur.Bu bakımdan; mahkeme kararının, davanın sözleşmelerin nüsha olarak kabul edilen suretlerine isabet eden damga vergisi ile vergi zıyaı cezasına dair kısmının reddi yolundaki hüküm fıkrasında yasal isabet görülmemiştir.

Mahkeme kararının, davanın sözleşmelerin aslına isabet eden damga vergisi üzerinden hesaplanan vergi zıyaı cezasının vergi aslının bir katını aşan tutara ilişkin kısmının reddi yolundaki hüküm fıkrasına gelince:

213 sayılı Vergi Usul Kanununun olay tarihinde yürürlükteki şekliyle 344'üncü maddesinin birinci fıkrasında vergi zıyaı suçu; mükellef ve sorumlu tarafından 341'inci maddede yazılı hallerle vergi zıyaına sebebiyet verilmesi olarak tanımlanmış; ikinci fıkrasında da, vergi suçu işleyenlere vergi zıyaı cezası kesileceği ve bu cezanın, zıyaa uğratılan verginin bir katına, bu verginin kendi kanununda belirtilen normal vade tarihinden, cezaya ilişkin ihbarnamenin düzenlendiği tarihe kadar geçen süre için, 213 sayılı Kanunun 112'nci maddesine göre zıyaa uğratılan vergi tutarı üzerinden hesaplanan gecikme faizinin yarısı eklenmek suretiyle bulunacağı hükme bağlanmış; söz konusu maddenin anılan fıkrası,

Anayasa Mahkemesinin, 20.10.2005 gün ve 25972 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan ve 20.4.2006 tarihinde yürürlüğe girmesi uygun bulunan, 6.1.2005 gün ve E:2001/3; K:2005/4 sayılı kararıyla; vergi zıyaı cezasının, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülük karakteri taşımayan, ancak, vergi zıyaı suçu işleyenlere öngörülen bir yaptırım olduğu; bu durum gözetildiğinde, cezanın hesaplanmasında esas alınacak oranların yasayla belirlenmesi gerektiği; kuralda, zıyaa uğratılan verginin bir katına eklenecek olan cezanın hesaplanmasında esas alınacak olan gecikme zammı oranının Bakanlar Kurulu tarafından ne zaman belirleneceğinin bilinmemesi ve bu durumun sonuçta öngörülecek ceza miktarında belirsizliğe yol açacak olmasının, Anayasanın 38'inci maddesinde sözü edilen "ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur" ve 2'nci maddesindeki "hukuk devleti" ilkelerine aykırılık oluşturacağı sonucuna varılarak, 213 sayılı Kanunun 344'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında yer alan "...bu ceza zıyaa uğratılan verginin bir katına, bu verginin kendi kanununda belirtilen normal vade tarihinden cezaya ilişkin ihbarnamenin düzenlendiği tarihe kadar geçen süre için, Kanunun 112'nci maddesine göre zıyaa uğratılan vergi tutarı üzerinden hesaplanan gecikme faizinin yarısının eklenmesi suretiyle bulunur" bölümünün iptaline ve iptal hükmünün doğuracağı hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğünden, Anayasanın 153'üncü maddesi ile 2949 sayılı Kanunun 53'üncü maddesi gereğince, iptal hükmünün, kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiş; belirlenen süre dolmadan, 8.4.2006 gün ve 26133 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak 1.1.2006 tarihinden geçerli olmak üzere yayımlandığı tarihte yürürlüğe giren, 5479 sayılı Kanunun 12'nci maddesiyle de, 213 sayılı Kanunun 344'üncü maddesinin 2'nci fıkrası değiştirilerek, vergi zıyaı suçu işleyenlere, zıyaa uğrattıkları verginin bir katı tutarında vergi zıyaı cezası kesileceği öngörülmüş; öte yandan, anılan Kanunun 13'üncü maddesiyle eklenen Geçici 27'nci maddesiyle de, 1.1.2006 tarihinden önceki dönemlere ilişkin olarak, bu tarihten sonra ortaya çıkan ve vergi zıyaı cezası kesilmesi gerektiren fiiller için İdarece tesis edilecek işlemler yönünden, zıyaa uğratılan verginin bir katı tutarında vergi zıyaı cezası kesileceği hükme bağlanmıştır.

Anayasa Mahkemesinin iptal kararı; vergi zıyaı cezası konusunda Anayasaya aykırı bulunan hususun, vergi zıyaına yol açan eylemlerin vergi zıyaı cezası ile cezalandırılmasına ilişkin yasal düzenlemenin değil; cezanın miktarı hesaplanırken zıyaa uğratılan vergi üzerinden hesaplanacak gecikme faizinin; maddenin dolaylı olarak atıfta bulunduğu 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uyarınca Bakanlar Kurulunca ne zaman belirleneceği belli olmayan gecikme zammı oranlarına göre saptanmasının, "cezanın kanuniliği" ve "hukuk devleti" ilkeleriyle bağdaşmadığı gerekçesine dayanmaktadır. Yüksek Mahkemenin bu gerekçesi ve iptal hükmünün doğuracağı hukuksal boşluğu kamu yararını ihlal edici nitelikte görerek, iptal hükmünün, kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesine karar vermiş olması dikkate alındığında; görülmekte olan uyuşmazlıkta, vergi zıyaı cezasının, zıyaa uğratılan verginin bir katı olarak uygulanmasının hukuka uygun olacağı sonucuna varıldığından; mahkeme kararının anılan hüküm fıkrasında da isabet mevcut değildir.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kısmen kabulü ile mahkeme kararının, davanın sözleşmelerin nüsha olarak kabul edilen suretlerine isabet eden damga vergisi ile vergi zıyaı cezasına ve sözleşmelerin aslına isabet eden damga vergisi üzerinden hesaplanan vergi zıyaı cezasının vergi aslının bir katını aşan tutara ilişkin kısmının reddi yolundaki hüküm fıkralarının bozulmasına, bozma kararı üzerine, Mahkemece, yeniden verilecek kararla birlikte yargılama giderleri de hüküm altına alınacağından, bu hususta, ayrıca hüküm tesisine gerek bulunmadığına; davacının temyiz isteminin kısmen reddi ile mahkeme kararının, davanın sözleşmelerin aslına isabet eden damga vergisi ile bu vergi üzerinden hesaplanan vergi zıyaı cezasının vergi aslının bir katına dair kısmının reddi yolundaki hüküm fıkrasının onanmasına; bu kısma ilişkin tutar üzerinden binde 7.2 oranında ve 32,30 (OtuzikiTürklirasıotuzkuruş) Türk lirasından az olmamak üzere, hesaplanacak nispi

karar harcından, Mahkemece karara bağlanan harcın mahsubundan sonra kalan harç tutarının temyiz eden davacıdan alınmasına; davalı İdarenin temyiz isteminin ise, reddine; mahkeme kararının iptale ilişkin hüküm fıkrasının onanmasına, 5.11.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

GÜMRÜK VERGİLERİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Yedinci Daire
Esas No : 2006/981
Karar No : 2009/4293

Özeti : Geçici ithalatta düzenlenen ve eşyanın kıymetini içeren "yabancı taşıtlar geçici giriş karnesinin" beyanname yerine geçen belge hükmünde olduğu; eşyaya ait vergilerin söz konusu karnede yer alan kıymet esas alınarak tahakkuk ettirilmesi gerektiği; 4458 sayılı Gümrük Kanununun 238'inci maddesinin 5911 sayılı Kanunla değişik 1'inci fıkrasının ilgililer yönünden lehe sonuç doğurması nedeniyle, "lehe olan kanun hükümlerinin geçmişe yürüyeceği" yolundaki Ceza Hukukunun temel ilkesinin gümrük para cezalarında da uygulanacağı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan Taraflar: 1- Başbakanlık Gümrük Müsteşarlığı adına Antalya Gümrük Müdürlüğü
2- …

Vekili : Av. …

İstemin Özeti : Davacı adına düzenlenen 13.9.2000 gün ve 27517 sayılı yabancı taşıtlar geçici giriş karnesi ile Yurda getirilen aracın hak sahibi olmayan kişiler tarafından kullanıldığından bahisle, tahakkuk ettirilen gümrük, özel tüketim ve katma değer vergileri üzerinden 4458 sayılı Gümrük Kanununun 238'inci maddesi uyarınca hesaplanarak karara bağlanan para cezasına vaki itirazın reddine dair işlemin iptali istemiyle açılan davada; olayda, geçici olarak Yurda getirilen aracın, davacının yanında çalışan ve hak sahibi olmayan kişi tarafından kullanıldığının trafik denetimleri sırasında tespit edilmesi ve bu durumun davacının bilgisi dışında olmasının yasal sorumluluğu ortadan kaldırmaması karşısında; tahakkuk ettirilen vergiler üzerinden para cezası hesaplanmasında hukuka aykırılık bulunmadığı; ancak, İdarece yapılan tahakkukun herhangi bir kıymet araştırmasına dayanmaması nedeniyle, Mahkemelerince, davacının davalı İdareye ibraz ettiği ve davalı İdarece dosyaya sunulan, uluslararası ADAC servisinin ve … marka araçların Almanya'da yerleşik acentesinin bildirdiği iki fiyatın ortalamasının, aracın gerçek satış değeri olduğunun kabul edildiği; bu nedenle, söz konusu değer üzerinden tahakkuk ettirilecek vergi tutarına isabet eden para cezasında isabetsizlik, fazlaya ilişkin para cezasında ise hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle, davanın kısmen reddine, kısmen de işlemin iptaline dair Antalya Vergi Mahkemesinin 16.9.2005 gün ve E:2005/233; K:2005/957 sayılı kararının iptale ilişkin hüküm fıkrasının; aracın kıymetinin tespiti amacıyla … firmasına yazılan yazının sonuçsuz kalması üzerine, Müdürlüklerince kurulan komisyon tarafından takdir edilen kıymet esas alınarak tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı ileri sürülerek, davalı İdare

tarafından; redde ilişkin hüküm fıkrasının ise; aracı kullanan kişinin eyleminden, bilgisi ve kusuru olmayan mükellefin sorumlu tutulamayacağı iddia edilerek, davacı tarafından bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Davacı tarafından istemin reddi gerektiği savunulmuş; davalı İdarece savunma verilmemiştir.

Tetkik Hakimi Yusuf ÖRNEK'in Düşüncesi : Temyiz dilekçelerinde ileri sürülen iddialar, 2577 sayılı Kanunun 49'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında sayılan bozma nedenlerine uymadığından, temyiz istemleri 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 birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Yedinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Dosyanın incelenmesinden; davacı adına düzenlenen yabancı taşıtlar geçici giriş karnesi ile Yurda getirilen aracın hak sahibi olmayan kişiler tarafından kullanılması nedeniyle, geçici ithalat rejimine ilişkin hükümlerin ihlal edildiğinden bahisle, tahakkuk ettirilen vergiler üzerinden hesaplanarak karara bağlanan para cezasına vaki itirazın reddine dair işlemin iptali istemiyle açılan davada, Mahkemece, istemin özeti bölümünde yazılı gerekçeyle kısmen davanın reddine, kısmen de işlemin iptaline karar verildiği anlaşılmıştır.

4458 sayılı Gümrük Kanununun 128'nci maddesinde, geçici ithalat rejimi, serbest dolaşıma girmeyen eşyanın ithalat vergilerinden tamamen ya da kısmen muaf olarak ve ticaret politikası önlemlerine tabi tutulmaksızın, Türkiye gümrük bölgesi içinde kullanılmasını ve bu kullanım sırasındaki olağan yıpranma dışında herhangi bir değişikliğe uğramaksızın yeniden ihracına olanak sağlayan hükümlerin uygulandığı rejim olarak tanımlandıktan sonra, aynı Kanunun 131'inci maddesinde, ithalat vergilerinden tam muafiyet suretiyle geçici ithalat rejiminin uygulanabileceği durumların ve özel şartların Bakanlar Kurulunca tespit edileceği öngörülmüş; anılan yetkiye dayanılarak Bakanlar Kurulunca yayımlanan 7.1.2000 gün ve 2000/69 sayılı Kararın "Özel Kullanıma Mahsus Kara Taşıt Araçları" başlıklı 20'nci maddesinin 2'nci fıkrasında, ilgili kişiler tarafından özel amaçlarla kullanılması suretiyle ithalat vergilerinden tam muaf olarak ithaline izin verilen özel kullanıma mahsus kara taşıtlarının geçici ithalat süreleri içerisinde bir başkasına kiralanamayacağı, ödünç verilemeyeceği ve başkasının kullanımına bırakılamayacağı düzenlemesi yapılmış; sözü edilen Kanunun olay tarihinde yürürlükte olan 181'inci maddesinin 2'nci fıkrasında, gümrük yükümlülüğünün beyannamenin tescil tarihinde başlayacağı; 197'nci maddesinin 1'inci fıkrasında, gümrük vergilerinin, tahakkukundan hemen sonra beyanname veya beyanname yerine geçen belge üzerinde yükümlüye tebliğ edileceği; 238'inci maddesinde ise, geçici ithalat rejimine ilişkin hükümlerin ihlali halinde eşyaya ilişkin gümrük vergilerinin tahsili yanında, bu vergilerin iki katı tutarında para cezası alınacağı hükmüne yer verilmiştir.

Yukarıda yer alan düzenlemelere göre, geçici ithalat rejimine tabi olarak Yurda getirilen taşıtın, öngörülen süre sonuna kadar bizzat bu rejimden yararlanan kişi tarafından kullanılması zorunludur. Bu durumun aksine hareket edilmesi, şartlı muafiyet koşullarının ihlali sonucunu doğurduğundan, öngörülen yaptırımın uygulanmasını gerekli kılmaktadır.

Ayrıca, geçici giriş esnasında düzenlenen ve eşyanın kıymetini içeren karne, İdarece de kabul edilmekle, beyanname yerine geçen belge hükmünde olduğundan, eşyaya ait vergilerin söz konusu karnede yer alan kıymet esas alınarak tahakkuk ettirilmesi icap etmektedir.

Olayda, davacı adına düzenlenen geçici giriş karnesiyle 3.000.- Alman markı kıymetinde beyan ve ithal edilen aracın, hak sahibi olmayan kişiler tarafından kullanılarak geçici ithalat rejimi hükümlerinin ihlal edildiğinin tespit edilmesi üzerine, karnede yer alan eşya kıymeti esas alınarak vergi tahakkuku yapılması gerekirken, beyan edilen kıymetin gerçeği yansıtmadığı yolunda herhangi bir araştırma yapılmadan, Gümrük Müdürlüğünde oluşturulan komisyonca belirlenen kıymet esas alınarak yapılan tahakkukta ve aracın uluslararası servisi ile acentesinden alınan fiyatların ortalamasının, aracın gerçek kıymeti olduğu gerekçesiyle verilen mahkeme kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Diğer taraftan; 4458 sayılı Kanunun olay tarihinde yürürlükte bulunan 238'inci maddesinde, geçici ithalat rejimine ilişkin hükümlerin ihlali halinde uygulanacak para cezası tutarı, eşyaya ilişkin gümrük vergilerinin iki katı olmasına rağmen, söz konusu maddenin 18.6.2009 gün ve 5911 sayılı Kanunla değişik 1'inci fıkrasında, geçici olarak ithal edilen özel kullanıma mahsus taşıtlar için gümrük vergileri tutarının dörtte biri oranında para cezası alınacağı hükmüne yer verildiğinden, bu hükmün, ilgililer yönünden lehe sonuç doğuracağı kuşkusuz olup, "lehe olan kanun hükümlerinin geçmişe yürüyeceği" yolundaki Ceza Hukukunun temel ilkesinin gümrük uyuşmazlıklarındaki para cezalarında da uygulanacağı tabiidir. Bu itibarla, bozma üzerine yeniden verilecek kararda, para cezasının hesaplanması bakımından, 4458 sayılı Kanunda bu yönde getirilen düzenlemenin dikkate alınması gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz istemlerinin 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, 20.10.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Yedinci Daire
Esas No : 2006/3059
Karar No : 2009/4502

Özet : Satış fişlerinin, Gümrük Hattı Dışı Eşya Satış Mağazaları ve Depoları Yönetmeliğinin 19'uncu maddesinde açıklanan usullere uygun olmadığından bahisle 4458 sayılı Gümrük Kanununun 241'inci maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca kesilen usulsüzlük cezasında; bu belgelerde bulunması gereken kuralların, Kanunun, Gümrük Antrepo Rejimini kapsayan hükümleri uyarınca verilen yetkiye dayanılarak yayımlanan Yönetmelikle getirilmesi, bu hükümlerin, antrepo kayıtları ile ilgili usul ve esasların belirlenmesine ilişkin olması; Kanunda, satış belgeleriyle ilgili usul ve esasların yönetmelikle yapılabileceğine dair hüküm bulunmaması karşısında hukuka uyarlık görülmediği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan: … Anonim Şirketi
Vekili : Av. …
Karşı Taraf : Başbakanlık Gümrük Müsteşarlığı adına
Ürgüp Gümrük Müdürlüğü
İstemin Özeti : Davacının Kapadokya Havalimanında faaliyet gösteren gümrüksüz satış mağazalarının 2002 ila 2003 yılları satış fişlerinin incelenmesi sonucu, 322 adet satış fişinde, alıcıya ait pasaport numarası ile adresin yazılmadığı ve satış fişlerinin sıra numarası takip etmediğinin tespit edildiğinden bahisle, 4458 sayılı Gümrük Kanununun 241'inci maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca uygulanan usulsüzlük cezasına vaki itirazın reddine dair işlemin iptali istemiyle açılan davada; olayda, Gümrük Hattı Dışı Eşya Satış Mağazaları ve Depoları Yönetmeliğinin satış belgelerinde bulunması zorunlu bilgileri taşıyan 19'uncu maddesinde yer alan bilgilerin eksik olduğu tespit edilen toplam 322 adet satış fişi nedeniyle, her bir fiş için, 2005 yılında geçerli olan tutarlar esas alınarak usulsüzlük cezası uygulanmış ise de; tespitin yapıldığı 2005 yılına ilişkin değil, satış fişlerinin düzenlendiği yıllarda geçerli olan tutarların esas alınmasının icap ettiği gerekçesiyle, işlemin; 27.481.-Türk lirasına ilişkin kısmını iptal eden; davanın, 23.073.-Türk lirasına ilişkin kısmını ise reddeden Kayseri Vergi Mahkemesinin 25.4.2006 gün ve E:2005/588; K:2006/190 sayılı kararının redde ilişkin hüküm fıkrasının; usulsüzlük cezasına konu edilen satış fişleri nedeniyle, 4458 sayılı Gümrük Kanununun 236'ncı maddesi uyarınca para cezası kesildiği; dolayısıyla, mükerrer ceza uygulandığı; satış fişlerinde bir kısım bilgilerin olmadığına dair tek tespit yapıldığı halde, her bir satış fişi için ceza uygulamasına gidildiği; bilgisayar ortamında düzenlenen satış fişlerine ilişkin kayıtların incelenmediği ileri sürülerek bozulması ve duruşma yapılması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : İstemin reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hakimi Munise KABAKULAK'ın Düşüncesi : Olayda, davacı Şirket tarafından işletilen gümrük hattı dışı eşya satış mağazalarında düzenlenen bir kısım satış fişlerinde, alıcıların (yolcuların) adres ve pasaport numaralarının yer almadığı, isim ve soyadlarının tam olarak yazılmadığı, fişlerin numaralarının sıra dahilinde teselsül ettirilmediği ve bu şekilde olay tarihinde yürürlükte bulunan Gümrük Hattı Dışı Eşya Satış Mağazaları ve Depoları Yönetmeliğinin 19'uncu maddesinde açıklanan usullere aykırı fiş düzenlendiği hususlarının tespit edildiğinden bahisle, saptanan bu satış fişleri ile ilgili olarak, 4458 sayılı Gümrük Kanununun 241'inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca ceza uygulanmıştır.

Yönetmelikte belirlenen kurallara uyulup uyulmadığının, başka bir anlatımla, satış belgelerine ilişkin usul ve şekil kurallarına aykırı davranılıp davranılmadığının, dolayısıyla ceza kesilebilme koşullarının olayda bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerektiğinden, bu belirleme yapılmadan eksik inceleme sonucu verilen kararın temyize konu hüküm fıkrasının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Emel CENGİZ'in Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Yedinci Dairesince, duruşma yapılmasına gerek görülmeyerek işin gereği görüşüldü:

Temyiz başvurusu; davacıya ait gümrüksüz satış mağazalarında 2002 ila 2003 yıllarında yapılan satışlara ilişkin fişlerin incelenmesi sonucu, 322 adet satış fişinde, alıcıya ait pasaport numarası ile adresin yazılmadığı ve satış fişlerinin sıra numarası takip etmediğinin saptandığından bahisle 4458 sayılı Gümrük Kanununun 241'inci maddesinin 1'inci fıkrası

uyarınca uygulanan usulsüzlük cezasına vaki itirazın reddine dair işlemin iptali istemiyle açılan davada; işlemi kısmen iptal eden, kısmen de davanın reddine hükmeden mahkeme kararının redde ilişkin hüküm fıkrasının bozulması istemine ilişkindir.

Olay tarihinde yürürlükte bulunan Gümrük Hattı Dışı Eşya Satış Mağazaları ve Depoları Yönetmeliğinin 2'nci maddesinde, bu Yönetmeliğin 4458 sayılı Gümrük Kanununun Antrepo Rejimini kapsayan hükümleri ile 5.2.2000 tarihli ve 23955 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 13.1.2000 tarih ve 2000/53 sayılı Bakanlar Kurulu Kararına dayanılarak hazırlandığı belirtilmiş, 19'uncu maddesinde de; mağazalarda yapılan satışta, satıcı, alıcı ve satışa konu eşyaya ilişkin bilgileri içeren ve düzenleyen tarafından tarih ve sıra numarasına göre saklanması zorunlu olan satış fişi ya da faturanın düzenleneceği; satış belgesinde; düzenleme tarihi, seri ve sıra numarası; düzenleyen mağazanın adı ve adresi; Yurt dışına gidecek olan ve transit yolcular için biniş (boarding) kartı veya pasaport numarası, satılan eşyanın kod numarası, nev'i, satış fiyatı, satış saati; satışı yapan mağaza görevlisinin adı, soyadı veya bu görevliyi belirleyen her türlü tanıtıcı işaretin bulunacağı; satış belgesinin seri-sıra numarası dahilinde teselsül ettirilip, iki nüsha olarak düzenleneceği kuralına yer verilmiştir.

4458 sayılı Kanunun 99'uncu maddesinde, antrepo rejimine tabi tutulan eşyanın, gümrük antreposuna konuldukları tarihte işletici tarafından kayıtlara geçirileceği; gümrük idareleri tarafından işletilmeyen antrepolardaki tüm eşyanın antrepo kayıtlarının, işletici tarafından tutulacağı; bu kayıtların, her zaman gümrüğün denetlenmesine hazır halde bulundurulacağı; söz konusu antrepo kayıtları ile 100'üncü maddede belirtilen antrepo kayıtlarına ilişkin usul ve esasların yönetmelikle belirleneceği belirtilmiş; 241'inci maddesinin 1'inci fıkrasının olay tarihinde yürürlükte bulunan şeklinde, bu Kanunda ayrı bir ceza tayin edilmiş haller saklı kalmak üzere, bu Kanuna ve bu Kanunda tanınan yetkilere dayanılarak çıkarılan tüzük, yönetmelik, tebliğ ve talimatlarla getirilen şekil ve usullere aykırı hareket edenlere 30.000.000 Türk lirası usulsüzlük cezası uygulanacağı; aynı maddenin 2'nci fıkrasında da, 1'inci fıkrada belirtilen miktarın, her yıl, bir önceki yıla ilişkin olarak 213 sayılı Vergi Usul Kanunu uyarınca belirlenen yeniden değerleme oranında artırılacağı kuralına yer verilmek suretiyle, usulsüzlük cezasının uygulanabilmesi; 4458 sayılı Gümrük Kanununa ve bu Kanunda tanınan yetkilere dayanılarak çıkarılan tüzük, yönetmelik, tebliğ ve talimatla getirilen usullere aykırı davranılması koşuluna bağlı kılınmıştır.

Olayda; davacı hakkındaki ceza kararı, Kanunun, Gümrük Antrepo Rejimini kapsayan hükümleri uyarınca verilen yetkiye dayanılarak yayımlanan Yönetmelikle getirilen satış belgelerine ilişkin usul ve şekil kurallarına aykırı davranıldığından bahisle alınmıştır. Oysa; anılan maddelerde yönetmelikle düzenleneceği belirtilen hususlar, antrepo kayıtları ile ilgili usul ve esaslara ilişkin olup; Kanunda, antrepo kaydı niteliğinde olmayan ve esasen şekilleri 213 sayılı Vergi Usul Kanununda düzenlenen satış belgeleriyle ilgili usul ve esasların yönetmelikle belirlenebileceğine dair herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla; sözü edilen belgelerin, Yönetmelikte Kanunla verilen yetki aşılarak belirlenen usul ve şekil kurallarına aykırılığından bahisle, ceza tayininde hukuka uyarlık bulunmadığından, davanın kısmen reddine dair mahkeme kararında isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulüne; mahkeme kararının temyize konu hüküm fıkrasının bozulmasına, bozma kararı üzerine Mahkemece yeniden verilecek kararla birlikte yargılama giderleri de hüküm altına alınacağından, bu hususta ayrıca hüküm tesisine gerek bulunmadığına, 28.10.2009 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Davacı Şirket tarafından işletilen Gümrüksüz (gümrük hattı dışı eşya) Satış Mağazalarında düzenlenen bir kısım satış fişlerinde, alıcıların (yolcuların) adres ve pasaport numaralarının yer almadığı, isim ve soyadlarının tam olarak yazılmadığı, fişlerin numaralarının sıra dahilinde teselsül ettirilmediği ve bu şekilde Gümrüksüz (Gümrük Hattı

Dışı Eşya) Satış Mağazaları Yönetmeliğinin 19'uncu maddesinde açıklanan usullere aykırı fiş düzenlendiği hususlarının tespit edildiğinden bahisle, saptanan bu satış fişleri ile ilgili olarak, 4458 sayılı Gümrük Kanununun 241'inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca ceza uygulanmıştır.

4458 sayılı Gümrük Kanununun 241'inci maddesinin birinci fıkrasının olay tarihinde yürürlükte bulunan şeklinde, bu Kanunda ayrı bir ceza tayin edilmiş haller saklı kalmak üzere, bu Kanuna ve bu Kanunda tanınan yetkilere dayanılarak çıkarılan tüzük, yönetmelik, tebliğ ve talimatlarla getirilen şekil ve usullere aykırı hareket edenlere, usulsüzlük cezası uygulanacağı hükmü yer almıştır.

Olay tarihinde yürürlükte bulunan Gümrüksüz (Gümrük Hattı Dışı Eşya) Satış Mağazaları Yönetmeliğinin, "Dayanak" başlıklı 2'nci maddesinde, bu Yönetmeliğin 4458 sayılı Gümrük Kanununun Antrepo Rejimini kapsayan hükümleri ile 5.2.2000 tarihli ve 23955 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 13.1.2000 tarih ve 2000/53 sayılı Bakanlar Kurulu Kararına dayanılarak hazırlandığı belirtilmiştir.

Öte yandan, 4458 sayılı Gümrük Kanununun 99'uncu maddesinde, antrepo rejimine tabi tutulan eşyanın, gümrük antreposuna konuldukları tarihte işletici tarafından kayıtlara geçirileceği; Gümrük İdareleri tarafından işletilmeyen antrepolardaki tüm eşyanın antrepo kayıtlarının, işletici tarafından tutulacağı; bu kayıtların, her zaman Gümrüğün denetlenmesine hazır halde bulundurulacağı; söz konusu antrepo kayıtları ile 100'üncü maddede belirtilen antrepo kayıtlarına ilişkin usul ve esasların yönetmelikle belirleneceği, Kanunun 167'nci maddesinin son fıkrasında da, bu maddenin 4 ila 12'nci fıkralarında yer alan eşyayı tanımlamaya, bunların cins, nevi ve miktarları ile muafiyet ve istisna uygulanacak tutarlarını belirlemeye, maktu hadleri sıfıra kadar indirmeye veya iki katına kadar çıkartmaya ve sürelerle ilgili alt ve üst sınırları belirlemeye ve bu muafiyet ve istisnayı farklı eşyalar itibarıyla birlikte veya ayrı ayrı uygulatmaya Bakanlar Kurulunun yetkili olduğu öngörülmüştür.

Sözü edilen son fıkrayla verilen yetki uyarınca yayımlanan 2000/53 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının, Gümrük Kapılarında Bulunan Mağazalardan Eşya İthalatı Başlıklı bölümünde yer alan 45'inci maddesinde; yolcu giriş ve çıkışı yapılan gümrük kapılarında mağaza açma izni vermeye; bu mağazalardan satışı yapılabilecek eşyayı, mağazalardan eşya alabilecek kişileri ve eşya alma sürelerini belirlemeye; mağazaların kuruluş, işleyiş, satış ve gümrük vergilerinin tahsil esaslarını düzenlemeye Müsteşarlığın yetkili olduğu belirtilmiş; bu yetki çerçevesinde Gümrüksüz (Gümrük Hattı Dışı Eşya) Satış Mağazaları Yönetmeliğinin 19'uncu maddesi ile; mağazalarda yapılan satışta, satıcı, alıcı ve satışa konu eşyaya ilişkin bilgileri içeren ve düzenlenen tarafından tarih ve sıra numarasına göre saklanması zorunlu olan satış fişi ya da faturanın düzenleneceği; satış belgesinde; düzenleme tarihi, seri ve sıra numarası; düzenleyen mağazanın adı ve adresi; Yurt dışına gidecek olan ve transit yolcular için biniş (boarding) kartı veya pasaport numarası, satılan eşyanın kod numarası, nev'i, satış fiyatı, satış saati; satışı yapan mağaza görevlisinin adı, soyadı veya bu görevliyi belirleyen her türlü tanıtıcı işaretin bulunacağı; satış belgesinin seri-sıra numarası dahilinde teselsül ettirilip, iki nüsha olarak düzenleneceği kuralı getirilmiştir.

Bu itibarla, 4458 sayılı Kanun hükümlerine dayanılarak yayımlanan ve olay tarihinde yürürlükte bulunan Gümrüksüz (Gümrük Hattı Dışı) Satış Mağazaları Yönetmeliğinin 19'uncu maddesinde yer verilen kurallara aykırı davranılması durumunda, anılan Kanunun 241'inci maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca usulsüzlük cezası kesilmesi yasal düzenlemelerin gereğidir. Ancak, Yönetmelikte belirlenen kurallara uyulup uyulmadığının, diğer bir ifadeyle, satış belgelerine ilişkin usul ve şekil kurallarına aykırı davranılıp davranılmadığının, dolayısıyla ceza kesilebilme koşullarının olayda bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerektiğinden, Mahkemenin bu belirlemeyi yapıp yapmadığının değerlendirilmesi suretiyle, temyiz isteminin esasının incelenmesi gerektiği oyuyla karara karşıyız.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Yedinci Daire
Esas No : 2007/5654
Karar No : 2009/4568

Özeti : İthalat işlemlerinin gümrük müşaviri aracılığıyla gerçekleştirildiği ve eşyanın gümrük vergileri kısmen veya tamamen ödenmeksizin yurda girişinin yapılması durumunda, eşyaya ait vergilerin ödenmesinden ithalatçı ile gümrük müşavirinin müştereken ve müteselsilen sorumlu oldukları; dolayısıyla, bu tür durumlarda, alacaklı kamu idaresince, gümrük vergilerinin tamamının, sorumlulardan, aralarında sıra gözetilmeksizin tahsil edilebileceği; öte yandan, cezalar bakımından, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi gereği müşterek ve müteselsil sorumluluk söz konusu olmadığından, para cezalarından ötürü ithalatçı veya müşavirin sorumluluğuna gidilebilmesi için, ödeme emri düzenlenmeden önce ilgili adına önce ceza kararı alınarak tebliğ edilmesi gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : Başbakanlık Gümrük Müsteşarlığı adına Halkalı Tekstil İhtisas Gümrük Müdürlüğü
Karşı Taraf : …
Vekili : Av. …
İstemin Özeti : … Limited Şirketi adına tescilli 27.2.2003 gün ve 8342 sayılı beyanname muhteviyatı eşyaya ilişkin olarak sahte fatura düzenlemek suretiyle kıymetin düşük beyan edildiğinden bahisle, ek olarak tahakkuk ettirilen gümrük ve katma değer vergileri ile vergiler üzerinden hesaplanarak karara bağlanan para cezalarının, ithalatçı firmadan tahsil edilememesi üzerine, söz konusu firmanın müşaviri olarak ithalat işlemini yürüten davacıdan tahsili amacıyla düzenlenip tebliğ edilen ödeme emrini; 4458 sayılı Gümrük Kanununun 181 ve 229'uncu maddeleri uyarınca, gümrük müşavirinin, beyanname adına tescilli olan firmayla birlikte ithal edilen eşyaya ait vergilerin ödenmesinden sorumlu tutulabilmesi için, vergilerin düşük beyan edilmesine neden olan fiili bildiği ya da bilmesi gerektiği hususunun açık olarak ortaya konulması gerektiği; olayda, davalı İdarece, bu yönde yapılmış somut herhangi bir tespit olmadığı; dolayısıyla, sorumluluk ile ilgili yasal düzenlemelerin öngördüğü hukuki koşulların gerçekleşmediği anlaşıldığından, kamu alacağının müşavirden tahsili yoluna gidilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle iptal eden İstanbul İkinci Vergi Mahkemesinin 22.2.2007 gün ve E:2006/108; K:2007/259 sayılı kararının; 4458 sayılı Gümrük Kanununun 181 ve 229'uncu maddeleri uyarınca, asıl firmadan tahsil edilemeyen kamu alacağının davacıdan tahsili amacıyla düzenlenen ödeme emrinde hukuka aykırılık bulunmadığı ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

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 : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Yedinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Temyiz başvurusu; ... Limited Şirketi adına tescilli 27.2.2003 gün ve 8342 sayılı beyanname muhteviyatı eşyaya ilişkin olarak sahte fatura düzenlemek suretiyle kıymetin düşük beyan edildiğinden bahisle, ek olarak tahakkuk ettirilen gümrük ve katma değer vergileri ile vergiler üzerinden hesaplanarak karara bağlanan para cezalarının, ithalatçı firmadan tahsil edilememesi üzerine, söz konusu firmanın müşaviri olarak işlemlerini yürüten davacıdan tahsili amacıyla düzenlenip tebliğ edilen ödeme emrini iptal eden mahkeme kararının bozulması istemine ilişkindir.

4458 sayılı Gümrük Kanununun 3'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının 11'inci bendinin olay tarihinde yürürlükte bulunan şeklinde, "yükümlü" deyiminin, gümrük yükümlülüklerini yerine getirmekle sorumlu olan bütün kişileri ifade ettiği belirtilmiş; aynı maddenin 1'inci fıkrasının 17'inci bendinde, "beyan sahibi" deyiminden, kendi adına beyanda bulunan kişinin veya adına beyanda bulunulan kişinin anlaşılması gerektiği açıklandıktan sonra, aynı Kanunun 5'inci maddesinin olay tarihinde yürürlükte bulunan şeklinde, bütün kişilerin, gümrük mevzuatı ile öngörülen tasarrufları ve işlemleri gerçekleştirmek üzere gümrük idarelerindeki işleri için bir temsilci tayin edebilecekleri; transit taşımacılık yapan veya arızi olarak beyanda bulunan kişiler hariç olmak üzere, temsilcinin Türkiye Gümrük Bölgesinde yerleşik bulunan kişileri ifade ettiği; temsilin, doğrudan veya dolaylı olabileceği; temsilcinin, doğrudan temsil durumunda başkasının adına hareket edeceği; dolaylı temsil durumunda ise kendi adına, ancak başkasının hesabına hareket edeceği; temsilcinin, temsil edilen kişi namına hareket ettiğini beyan etmek, temsilin doğrudan veya dolaylı olduğunu belirtmek ve sahip olduğu temsil yetki belgesini gümrük idarelerine ibraz etmek zorunda olduğu; bir başka kişi adına veya hesabına hareket ettiğini beyan etmeyen ya da bir temsil yetkisine sahip olmadığı halde, başka bir kişi adına ya da hesabına hareket ettiğini beyan eden kişinin, kendi adına ve kendi hesabına hareket ediyor sayılacağı hükmüne yer verilmiş; aynı Kanunun 181'inci maddesinin yine olay tarihinde yürürlükte bulunan şeklinde, ithalatta gümrük yükümlülüğünün; ithalat vergilerine tabi eşyanın serbest dolaşıma girmesi, ithalat vergilerine tabi eşyanın ithalat vergilerinden kısmi muafiyet suretiyle geçici ithali halinde doğacağı; gümrük yükümlülüğünün, sözkonusu gümrük beyannamesinin tescil tarihinde başlayacağı; ithalatta gümrük yükümlülüğünde yükümlünün beyan sahibi; dolaylı temsil durumunda, hesabına gümrük beyanında bulunulan kişinin de yükümlü olduğu hükmü yer almış; aynı Kanunun 192'inci maddesinde ise, aynı gümrük vergilerinin ödenmesinden birden çok yükümlünün sorumlu olduğu hallerde, bunların söz konusu vergilerin ödenmesinden müştereken ve müteselsilen sorumlu oldukları hükme bağlanmıştır.

Öte yandan; 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 55'inci maddesinde, amme alacağını vadesinde ödemeyenlere, yedi gün içinde borçlarını ödemeleri veya mal bildiriminde bulunmaları lüzumunun bir ödeme emri tebliği ile bildirileceği; 58'inci maddesinde ise, kendisine ödeme emri tebliğ olunan şahsın, böyle bir borcu olmadığı veya kısmen ödediği veya zaman aşımına uğradığı iddialarıyla, tebliğinden itibaren yedi gün içinde dava açabileceği ifade edilmiştir.

Yukarıda yer verilen hükümlerin birlikte değerlendirilmesinden; ithalat işlemlerinin gümrük müşaviri aracılığıyla gerçekleştirildiği hallerde gümrük müşaviri olan gerçek veya

tüzel kişinin; ayrıca, ithalat işlemlerinin adına yürütüldüğü kişinin (ithalatçı) "yükümlü" olduğu; eşyanın gümrük vergileri kısmen veya tamamen ödenmeksizin Yurda girişinin yapılması durumunda, bir başka deyişle, ithalata ilişkin olarak gümrük yükümlülüğünün doğması halinde, vergilerin ödenmesinden ithalatçı ile gümrük müşavirinin müştereken ve müteselsilen sorumlu oldukları; dolayısıyla, bu tür durumlarda, alacaklı kamu idaresince, gümrük vergilerinin tamamının, sorumlulardan, aralarında sıra gözetilmeksizin tahsilinin mümkün olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Beyannamenin adına tescilli olduğu firmaya ilişkin olarak Dairemizin muhtelif esaslarına kayıtlı dosyalarında verilen kararlarla, ithale konu eşyanın beyan edilen kıymetinin doğruluğu ile ilgili olarak Hindistan Gümrük İdaresi nezdinde yapılan araştırma sonucunda elde edilen bilgi ve belgelere göre; uyuşmazlık konusu ithalatla ilgili olarak, Hindistan Gümrük İdaresine sunulan faturalarda yer alan satış fiyatlarıyla, Türkiye Gümrük Makamlarına ibraz edilen faturalarda yer alan kıymetlerin birbiriyle çeliştiğinin; ayrıca, gönderici firma yetkilisinin, ... Limited Şirketine ait fatura, menşe belgesi, satış sözleşmesi ve proforma faturaların kendileri tarafından düzenlenmediğini belirttiğinin anlaşılması karşısında, ithale konu eşyaya ait beyan edilen satış fiyatı yerine, doğruluğu Yurt dışı kıymet araştırmasıyla tespit edilen gerçek kıymetin esas alınması suretiyle yapılan ek tahakkukta hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddi yolunda verilen mahkeme kararları onanarak kesinleşmiş olup, uyuşmazlık konusu olayın, bu kararlarda yapılan hukuki değerlendirmelere esas teşkil eden olayla aynı nitelikte olduğu tespit edilmiştir. Bu bakımdan; olayda, davacı müşavir tarafından, gümrük işlemlerinin yürütüldüğü ithalat işleminde düşük kıymet beyan edilmek suretiyle eşyanın Yurda girişinin yapılması, bir başka anlatımla, 4458 sayılı Kanunun 181'inci maddesi uyarınca gümrük yükümlülüğünün doğması nedeniyle, vergilerin ödenmesinden anılan Kanunun 192'inci maddesi uyarınca asıl firma ile davacı müşavirin müştereken ve müteselsilen sorumlu oldukları tartışmasızdır.

Her ne kadar, Mahkemece, dava konusu ödeme emrinin vergilere ilişkin kısmıyla ilgili olarak, 4458 sayılı Kanunun 181'inci maddesinin olay tarihinde yürürlükte bulunan şeklinin 3'üncü fıkrası uyarınca, davacı müşavirin, beyanname adına tescilli olan firmayla birlikte ithal edilen eşyaya ait vergilerin ödenmesinden sorumlu tutulabilmesi için, vergilerin düşük beyan edilmesine neden olan fiili bildiği ya da bilmesi gerektiği hususunun açık olarak ortaya konulması icap ettiği gerekçesiyle hüküm kurulmuş ise de, anılan maddenin 2'nci fıkrasındaki düzenleme ve bunun yukarıda belirtilen hukuki sonuçları dikkate alındığında, 3'üncü fıkrasının, eşya sahibi ile ithalat işlemine aracılık eden kişi dışında olup düşük kıymet beyanına neden olan diğer kişileri kapsadığı saptandığından, müşavir firma yönünden de geçerli olduğunun kabulü suretiyle dava konusu ödeme emrinin iptali yolunda verilen kararın vergilere ilişkin hüküm fıkrasında hukuki isabet yoktur.

Mahkeme kararının; ödeme emrinin; gümrük ve katma değer vergileri üzerinden hesaplanarak karara bağlanan para cezalarına ilişkin hüküm fıkrasına gelince:

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 51'inci maddesinde, mükelleflerin ithalde beyan ettikleri matrahla, tahakkuk veya inceleme yapanların veyahut tetkike yetkili kılınanların buldukları matrahlar üzerinden hesaplanan vergi farkları hakkında, Gümrük Kanunu uyarınca gümrük vergisindeki esaslar dairesinde ceza uygulanacağı kurala bağlanmış; 4458 sayılı Gümrük Kanununun 234'üncü maddesinin olay tarihinde yürürlükte bulunan şeklinin 1'inci fıkrasının (b) bendinde de, kıymeti üzerinden gümrük vergisine tabi eşyanın beyan edilen kıymetinin, muayene ve denetleme sonucunda, bu Kanunun 23 ila 31'inci maddelerinde yer alan hükümler çerçevesinde belirlenen kıymete göre noksan bulunması halinde, noksanlığa ait vergiden başka bu vergi farkının üç katı para cezası alınacağı ifadelerine yer verilmiştir.

Ceza Hukukunda, kanunun cezalandırdığı eylem olarak tanımlanan suç, isnat kabiliyetine sahip bir şahsın kusurlu iradesinin yarattığı icrai veya ihmali bir hareketin meydana getirdiği, kanunda yazılı tipe uygun, hukuka aykırı ve yaptırım olarak bir cezanın

uygulanmasını gerektiren eylemdir. Bu tanıma göre bir eylemin suç sayılabilmesi için, eylem sahibinin kusurlu iradesinin ürünü olması, kanunda sayılı tipe uygun bulunması ve bir yaptırımın uygulanmasını gerektiriyor olması şarttır. Vergi suçu, verginin mükellefi veya sorumlusu ya da bunlarla hukuki ilişkide bulunan üçüncü kişilerce vergi kanunlarında tanımı yapılan ve genellikle kamu maliyesinin gelir kaybına yol açan, vergi kanunlarıyla getirilen kuralların ihlali sonucunu doğuran eylemdir. Ceza ise, suç tanımına uyan eylemi gerçekleştiren kişilere uygulanacak olan ve nev'i, süresi ve miktarları kanunla belirlenen yaptırımlardır. Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemeyeceği ve kanunun açıkça cezayı arttırıcı bir neden olarak görmediği bir husustan dolayı kimsenin cezasının artırılamayacağı, "suçta kanunilik"; hiç kimsenin belli bir suçla ilgili olarak kanunda öngörülmeyen bir ceza ile ya da kanunda öngörülenden daha ağır bir ceza ile cezalandırılamayacağı ise, "cezada kanunilik" ilkesinin özünü oluşturmaktadır.

Yukarıda yer alan tanımlardan da anlaşılacağı üzere, suç ile onun hukuki müeyyidesi olan cezanın ortak süjesi, suçu işleyen kişidir. "Ceza sorumluluğunun şahsiliği" ilkesi gereği, cezanın muhatabının, iştirak hükümleri saklı kalmak kaydıyla, kanunların suç saydığı eylemi gerçekleştiren kişi olması zorunludur.

Ceza Hukukunun temel ilkelerinden biri olan ve Vergi Hukukundaki suç ve cezalar için de geçerli olduğu konusunda kuşku bulunmayan ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının "Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar" başlıklı 38'inci maddesinin 7'nci fıkrasında kurala bağlanan, "ceza sorumluluğunun şahsiliği" ilkesi, herkesin kendi fiilinden sorumlu tutulması, cezanın yalnız, suçu işleyenlerle iştirak edenlere verilmesi, suça katkısı bulunmayanlara ceza sorumluluğu yükletilemeyeceğini; hiç kimsenin işlemediği bir suçtan dolayı sorumlu tutulamayacağını, bir başkasının işlediği suçun, suçu işlemeyenlere sirayet edemeyeceğini ifade etmektedir.

Gümrük Kanununun "Cezalar" başlıklı Onbirinci Kısmının "Genel Hükümler"e ilişkin Birinci Bölümünün 231'inci maddesinin olay tarihinde yürürlükte bulunan şeklinin 1'inci fıkrasında yer alan, "Bu Kanun hükümlerine aykırı hareket edenlere bu Kanunda yazılı ceza hükümleri uygulanır." hükmü de, anılan ilke doğrultusunda vazedilmiştir. Bu hükümden de anlaşılacağı gibi, ceza kesme işlemi, Gümrük Kanunu hükümlerine aykırı hareket edenler adına tesis edilmek zorundadır.

Yukarıda yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi gereği, cezalar bakımından müşterek ve müteselsil sorumluluk söz konusu olmadığından, ithalat işlemlerinin gümrük müşaviri aracılığıyla gerçekleştirildiği ve eşyanın gümrük vergileri kısmen veya tamamen ödenmeksizin Yurda girişinin yapılması durumunda, vergiler üzerinden hesaplanan ceza kararının, anılan eylemi gerçekleştiren ithalatçı veya gümrük müşavirine tebliğ edilmesi; alacağın süresi içerisinde ödenmemesi halinde ödeme emriyle tahsili yoluna gidilmesi icap etmektedir. Dosyada, ödeme emrinin tebliğinden önce, davacı adına, ayrıca ceza kararı alındığına dair herhangi bir bilgi ve belgenin bulunmaması karşısında, alacağın doğrudan tahsili yolunda tesis edilen ödeme emrinin cezalara ilişkin kısmında isabet bulunmadığından, davaya konu işlemin iptaline dair kararın sonucu itibarıyla yerinde görülen hüküm fıkrasında isabetsizlik görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle; temyiz isteminin kısmen kabulüyle, mahkeme kararının, ödeme emrinin, ek olarak tahakkuk ettirilen gümrük ve katma değer vergilerine ilişkin hüküm fıkrasının bozulmasına; bozma kararı üzerine, Mahkemece yeniden verilecek kararla birlikte yargılama giderleri de hüküm altına alınacağından, bu hususta ayrıca hüküm tesisine gerek bulunmadığına; mahkeme kararının; ödeme emrinin, gümrük ve katma değer vergileri üzerinden hesaplanarak karara bağlanan para cezalarına ilişkin hüküm fıkrasına yönelik temyiz isteminin ise reddine, 4.11.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Yedinci Daire
Esas No : 2007/2
Karar No : 2009/4630

Özeti : Bilgisayarlı Gümrük İdarelerine bağlı özel antrepolarda gümrük işlemlerinin bilgisayar ortamında yapılmasının zorunlu olması karşısında, özet beyan kapsamındaki eşya için ayrıca stok kayıt defteri tutulmadığından bahisle usulsüzlük cezası kesilemeyeceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : Başbakanlık Gümrük Müsteşarlığı adına Manisa Gümrük Müdürlüğü
Karşı Taraf : … Anonim Şirketi
Vekili : Av. …
İstemin Özeti : Davacı Şirkete ait özel antrepoda yapılan sayım sonucu, özet beyan kapsamı olup, geçici depolanan eşya statüsünde bulunan eşyalar için ayrı stok kayıt defteri tutulmadığının saptandığından bahisle, özet beyan sayısınca hesaplanıp, tek işlemle karara bağlanan usulsüzlük cezasına vaki itirazın reddine dair işlemi iptal eden Manisa Vergi Mahkemesinin 12.11.2003 gün ve E:2003/530; K:2003/876 sayılı kararının Danıştay Yedinci Dairesinin 30.3.2006 gün ve E:2004/281; K:2006/1032 sayılı kararıyla bozulması üzerine, yeniden yapılan inceleme sonucu; davacı Şirket hakkında düzenlenen cevaplı raporda, stok kayıtlarının bilgisayar ortamında veya manuel olarak (elle) tutulmadığına dair bir tespit bulunmadığı gibi, davalı İdarenin izahat istenmesine ilişkin 17.3.2003 tarihli yazısının tebliği üzerine, bilgisayar ortamında takip edilen geçici depolama giriş defterine ait listenin davalı İdareye ibraz edildiği anlaşılmakla, geçici depolanan eşyalar için stok defterinin bilgisayarda tutulduğunun kabulü gerektiğinden, ayrı bir stok kayıt defteri tutulmadığından bahisle kesilen usulsüzlük cezasında yasal isabet görülmediği gerekçesiyle, dava konusu işlemi iptal eden Manisa Vergi Mahkemesinin 17.10.2006 gün ve E:2006/353; K:2006/429 sayılı kararının; davacının, 19.7.2002 tarihli denetimde ibraz etmediği bilgisayar çıktılarını 21.3.2003 tarihinde ibraz etmesinin, stok kayıt defteri tutulmadığını gösterdiği 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 Mukaddes ARAS'ın Düşüncesi : Mahkeme kararlarının temyiz incelemesi sonucu bozulması halinde, yeniden verilecek kararlara karşı yapılacak temyiz başvurularının bozma esaslarına uyulup uyulmadığı yönünde incelenmesi mümkün olup, temyize konu Mahkeme kararının Danıştay bozma kararına uyularak verildiği anlaşılmıştır.

Bu nedenle, temyiz dilekçesinde ileri sürülen hususlar kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte bulunmadığından, temyiz isteminin reddi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Yedinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Temyiz başvurusu; Manisa Gümrük Müdürlüğü Ambar-Antrepo Servisinin teftişi sonucu düzenlenen ve bir örneği dosyada mevcut, 19.7.2002 tarih ve beş sayılı cevaplı raporda, davacı Şirkete ait özel antrepoda yapılan sayım sonucu; 30.4.2001 ila 4.11.2002

tarihleri arasında toplam 643 özet beyan kapsamı olup, geçici depolanan eşya statüsünde bulunan eşya için ayrı stok kayıt defteri tutulmadığının saptandığı belirtilerek, her bir özet beyan için ayrı ayrı, 4458 sayılı Gümrük Kanununun 241'inci maddesinin 3'üncü fıkrasının (g) bendi hükmü uyarınca usulsüzlük cezası kesilmesinin önerilmesi üzerine kesilen usulsüzlük cezalarına vaki itirazın reddine dair işlemin iptaline dair mahkeme kararının bozulması istemine ilişkindir.

4458 sayılı Gümrük Kanununun 241'inci maddesinin 1'inci fıkrasının olay tarihindeki şeklinde, bu Kanunda ayrı bir ceza tayin edilmiş haller saklı kalmak üzere, bu Kanuna ve bu Kanunda tanınan yetkilere dayanılarak çıkarılan tüzük, yönetmelik, tebliğ ve talimatlarla getirilen şekil ve usullere aykırı hareket edenlere 30.000.000 Türk lirası usulsüzlük cezası uygulanacağı; aynı maddenin 2'nci fıkrasında da 1'inci fıkrada belirtilen miktarın, her yıl, bir önceki yıla ilişkin olarak 213 sayılı Vergi Usul Kanunu uyarınca belirlenen yeniden değerleme oranında artırılacağı kurala bağlamıştır.

Öte yandan; anılan Kanunun 99'uncu maddesinde, antrepo rejimine tabi tutulan eşyanın, gümrük antreposuna konuldukları tarihte işletici tarafından kayıtlara geçirileceği; gümrük idareleri tarafından işletilmeyen antrepolardaki tüm eşyanın antrepo kayıtlarının, işletici tarafından tutulacağı; bu kayıtların, her zaman gümrüğün denetlenmesine hazır halde bulundurulacağı; söz konusu antrepo kayıtları ile 100'üncü maddede belirtilen antrepo kayıtlarına ilişkin usul ve esasların yönetmelikle belirleneceği hükme bağlanmış; Gümrük Yönetmeliğinin 85' inci maddesinde ise, gümrük işlemlerinin bilgisayarlı gümrük idarelerinde yapıldığı hallerde eşyanın geçici depolama yerine giriş ve çıkışına ilişkin kayıtların bilgisayar ortamında üretileceği, bilgisayar sistemine dahil olmayan gümrük idarelerinde geçici depolama yerlerine alınan ve çıkarılan eşya için işletici kuruluş tarafından boşaltma listesi üzerinden 17 nolu ekte yer alan Geçici Depolama Yeri Eşya Defteri tutulacağı belirtilmiş; aynı Yönetmeliğin 289'uncu maddesinde de, antrepo stok kayıtlarının tutulma esasları açıklanmıştır.

Davada, Mahkemece; bilgisayar ortamında takip edilen geçici depolama giriş defterine ait listenin davalı idareye ibraz edildiğinden, geçici depolanan eşyalar için stok defterinin bilgisayarda tutulduğunun kabulü gerektiği gerekçesiyle hüküm tesis edilmiş olup; geçici depolama eşya defterinin yalnızca bilgisayar sistemine dahil olmayan gümrük idarelerine bağlı geçici depolama yerlerinde kullanılmasının zorunlu olması, Manisa Gümrük Müdürlüğünün 30.4.2001 tarihinden itibaren "Bilgisayarlı Gümrük İdareleri" listesinde yer aldığının anlaşılması karşısında; özet beyan kapsamındaki eşya için, ayrı stok kayıt defteri tutulmasına gerek bulunmadığından, adı geçen defterin tutulmadığı ileri sürülerek usulsüzlük cezası kesilemeyeceği sonucuna varılmakla, davacı tarafından, bilgisayar ortamında tutulan kayıtların "stok kayıt" defteri" olarak kabulü suretiyle verilen mahkeme kararında, sonucu itibarıyla hukuka aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin reddine, 9.11.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Yedinci Daire
Esas No : 2008/1992
Karar No : 2009/4639

Özeti : Bir üretim dalının korunması amacıyla getirilen dampinge karşı vergi ve telafi edici verginin: ithalde alınan vergi olmasına karşın; her türlü ithalatta değil, haksız rekabete yol açacağı

öngörülen bazı ithalatlarda alınması nedeniyle, gerçek anlamda ithalat vergileri olmayıp, bahsedilen ithalatların zarar verici etkilerini gidermek ve yerli üreticiyi korumak amacıyla uygulanan bir tedbir olduğu; dolayısıyla, dampinge karşı vergi ve telafi edici verginin, 4458 sayılı Kanunun yalnızca "usul ve şekle müteallik" hükümlerinin uygulanması bakımından "gümrük vergileri" kapsamında değerlendirilmesi; "esasa ilişkin" hükümleri açısından ise, anılan Kanunun kapsamı dışında tutulması gerektiği;

Bu bakımdan, ithalatçı Firmanın gümrük işlemlerini takip eden davacı müşavirlik Şirketi adına, 4458 sayılı Kanunun gümrük müşavirlerinin vergisel sorumluluğunu düzenleyen ve niteliği itibarıyla "esasa müteallik hükümler" içeren maddeleri uyarınca dampinge karşı vergi tahakkuku ve bu vergi üzerinden katma değer vergisi ek tahakkuku yapılmasının, 3577 sayılı Kanunun 15'inci maddesinin 1'inci fıkrasına aykırı olduğu hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : Başbakanlık Gümrük Müsteşarlığı adına Halkalı Gümrük Müdürlüğü

Karşı Taraf : … Limited Şirketi

Vekili : Av. …

İstemin Özeti : … Limited Şirketi adına tescilli 6.6.2002 gün ve 23658 sayılı serbest dolaşıma giriş beyannamesi muhteviyatı eşyanın Çin menşeli olduğundan bahisle, davacı müşavirlik şirketi adına yapılan dampinge karşı vergi tahakkuku ile katma değer vergisi ek tahakkukuna vaki itirazın reddine dair işlemi; 4458 sayılı Gümrük Kanununun 181'inci maddesi ile 229'uncu maddesinin 2'nci fıkrasını açıklayarak, ithalatçının bildirim ve beyanları ile sunduğu belgelere göre hareket eden müşavirlik şirketinin, vergi kaybına neden olan durumun varlığını bildiği ya da bilmesi gerektiği hususunda herhangi bir somut tespit yapılmadan, tesis edilen işlemde isabet bulunmadığı gerekçesiyle iptal eden İstanbul Yedinci Vergi Mahkemesinin 26.12.2007 gün ve E:2007/2138; K:2007/3181 sayılı kararının; ithale konu eşyanın Çin menşeli olduğundan bahisle, ithalatçı Firma nezdinde yapılan takibatın sonuçsuz kalması nedeniyle, anılan Firmanın gümrük işlemlerini gerçekleştiren davacı müşavirlik şirketi adına yapılan tahakkukta hukuka aykırılık bulunmadığı ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Tetkik Hakimi Yusuf ÖRNEK'in Düşüncesi : Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, 2577 sayılı Kanunun 49'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında sayılan bozma nedenlerine uymadığından, temyiz istemi reddedilerek kararın onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı H. Hüseyin TOK'un Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Yedinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Temyiz başvurusu; … Limited Şirketi adına tescilli serbest dolaşıma giriş beyannamesi muhteviyatı eşyanın Çin menşeli olduğundan bahisle, davacı müşavirlik şirketi adına yapılan dampinge karşı vergi tahakkuku ile katma değer vergisi ek tahakkukuna vaki itirazın reddine dair işlemi iptal eden mahkeme kararının bozulması istemine ilişkindir.

3577 sayılı İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanunun 15'inci maddesinin 1'inci fıkrasında; gümrük mevzuatının, gümrük vergisinin tahsiline, takibine ve teminata bağlanmasına ilişkin bu Kanuna aykırı olmayan usul ve şekle müteallik hükümlerinin, dampinge karşı vergi veya telafi edici verginin tahsili, takibi ve teminata bağlanması işlemlerinde de uygulanacağı, 16'ncı maddesinin 2'nci fıkrasında; bu Kanunun tatbikatında, Gümrük Kanunu ile diğer kanunların, bu Kanuna aykırı olan hükümlerinin uygulanmayacağı hükme bağlanmıştır. Atıfta bulunulan 4458 sayılı Kanunun 3'üncü maddesinin olay tarihinde yürürlükte bulunan şeklinin 8'inci fıkrasında, "gümrük vergileri" deyiminin, yürürlükteki hükümler uyarınca eşyaya uygulanan ithalat vergilerinin tümünü; "ithalat vergileri" deyiminin de, eşyanın ithalinde öngörülen gümrük vergileri ve eş etkili vergileri ifade ettiği belirtilmiş olup, 181'inci maddesinin 3'üncü fıkrasında, ithalatta gümrük yükümlülüğünde yükümlünün, beyan sahibi olduğu, dolaylı temsil durumunda, hesabına gümrük beyanında bulunulan kişinin de yükümlü olduğu, 182'nci maddesinin 3'üncü fıkrasının (a) bendinde, eşyanın kanuna aykırı olarak girişini gerçekleştiren kişilerin, (b) bendinde, eşyanın kanuna aykırı girişine iştirak eden ve girişin kanuna aykırı olduğunu bilen veya normal olarak bilmesi gereken kişilerin, (c) bendinde ise, söz konusu eşyayı elde eden veya elinde bulunduran ve bu eşyayı elde ettiği ve aldığı sırada eşyanın kanuna aykırı olarak girdiğini bilen veya normal olarak bilmesi gereken kişilerin bu Kanun hükümlerine göre gümrük vergilerinden sorumlu olduğu hükümleri yer almıştır.

Yukarıda yer alan hükümlere göre, ithalatta haksız rekabete yol açan dampingin neden olduğu zararlara karşı, bir üretim dalının korunması amacıyla getirilen dampinge karşı vergi ve telafi edici vergi, ithalde alınan vergi olmasına karşın; her türlü ithalatta değil, haksız rekabete yol açacağı öngörülen bazı ithalatlarda alınması nedeniyle, gerçek anlamda ithalat vergileri olmayıp, bahsedilen ithalatların zarar verici etkilerini gidermek ve yerli üreticiyi korumak amacıyla uygulanan bir tedbirdir. Dolayısıyla, bu vergilerin, 4458 sayılı Kanunun yalnızca "usul ve şekle müteallik" hükümlerinin uygulanması bakımından "gümrük vergileri" kapsamında değerlendirilmesi, "esasa ilişkin" hükümleri açısından ise, anılan Kanunun kapsamı dışında tutulması gerekmektedir.

Bu bakımdan, olayda, ithalatçı Firmanın gümrük işlemlerini takip eden davacı müşavirlik Şirketi adına, 4458 sayılı Kanunun gümrük müşavirlerinin vergisel sorumluluğunu düzenleyen ve niteliği itibarıyla "esasa müteallik hükümler" içeren maddeleri uyarınca dampinge karşı vergi tahakkuku ve bu vergi üzerinden katma değer vergisi ek tahakkuku yapılması, 3577 sayılı Kanunun yukarıda bahsi geçen 15'inci maddesinin 1'inci fıkrasına aykırı olduğundan, yazılı gerekçeyle işlemin iptali yolunda verilen mahkeme kararında sonucu itibarıyla isabetsizlik görülmemiştir.

Açıklanan nedenle, temyiz isteminin reddine, 9.11.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Yedinci Daire
Esas No : 2006/3534
Karar No : 2009/4749

Özeti : 4458 sayılı Gümrük Kanununun 236'ncı maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, antrepoda fazla çıkan eşya için, yalnızca; eşyanın tasfiyeye tabi tutularak, hesaplanan vergi miktarı kadar para cezası alınabileceği öngörüldüğünden, ayrıca fazla çıkan eşya için vergi tahakkuku yapılamayacağı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : Başbakanlık Gümrük Müsteşarlığı adına İsdemir Gümrük Müdürlüğü
Karşı Taraf : … Anonim Şirketi
Vekili : Av. …
İstemin Özeti : Davacı tarafından işletilen (A) tipi genel antrepoda 21.6.2005 tarihinde yapılan denetleme sonucunda, fazla çıkan eşyaya ilişkin olarak yapılan gümrük, katma değer ve özel tüketim vergileri tahakkukuna vaki itirazın reddine dair işlemi; 4458 sayılı Gümrük Kanununun 236'ncı maddesinde, gümrük antrepolarında veya gümrük idaresince eşya konulmasına izin verilen yerlerde yapılan sayımlarda, kayıtlara göre noksan veya fazla çıkan eşyaya ilişkin olarak farklı düzenleme getirildiği; maddenin ikinci fıkrasında, fazla çıkan eşya için, eşyaya ait gümrük vergi ve resimlerinin yükümlüsünden aranacağına dair hükme yer verilmediği; yalnızca, fazla çıkan eşyanın tasfiyeye tabi tutulmakla beraber, hesaplanan vergi miktarı kadar para cezası alınacağının öngörüldüğü; bu nedenle, olayda, davacıya ait (A) tipi genel antrepoda yapılan sayım sonucu fazla çıkan eşya için tahakkuk işlemi yapılmasında yasaya uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle iptal eden Hatay Birinci Vergi Mahkemesinin 30.3.2006 gün ve E:2005/435; K:2006/151 sayılı kararının; davacıdan istenen tutarın "para cezası"na isabet eden tutar olduğu; karışıklığın, bu tutarın para cezası değil, tahakkuk olarak adlandırılmasından kaynaklandığı 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 Mukaddes ARAS'ın Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49'uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Yedinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Dayandığı hukuki ve kanuni nedenlerle gerekçesi yukarıda açıklanmış bulunan mahkeme kararı, aynı gerekçe ve nedenlerle Dairemizce de uygun görülmüş olup, temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, sözü geçen kararın bozulmasını sağlayacak durumda

bulunmadığından, temyiz isteminin reddine; kararın onanmasına, 17.11.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

MOTORLU TAŞITLAR VERGİSİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Yedinci Daire
Esas No : 2007/6570
Karar No : 2009/4569

Özeti : Muris tarafından noter satış sözleşmesiyle satılan araca ait motorlu taşıtlar vergisinin ve gecikme zammının muris adına tahakkuk ettirilerek anılan kişi tarafından ödenmesinden sonra; varisçe, kendisine intikal eden mükellefiyetin terkini ve ödenen vergilerin iadesi istemiyle yapılan başvurunun reddine dair işlemin iptali istemiyle açılan davada; davacının kişisel, güncel ve meşru menfaatinin bulunduğu hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : …
Vekili : Av. …
Karşı Taraf : Samsun Vergi Dairesi Başkanlığı
İstemin Özeti : Davacının murisi tarafından 9.5.1991 tarihinde noterde düzenlenen kati satış senedi ile satılan araca ilişkin motorlu taşıtlar vergisi mükellefiyetinin terkini ve murisçe ödenen motorlu taşıtlar vergilerinin iadesi istemiyle, davacı tarafından, vergi dairesi müdürlüğüne yapılan başvurunun reddine dair işlemin iptali ve ödenen vergilerin yasal faiziyle birlikte iadesi istemiyle açılan davada; olayda; ihtilafa konu araç nedeniyle davacı adına değil, davacının murisi olan ... adına motorlu taşıtlar vergisi mükellefiyetinin tesis edildiği; ayrıca, araca ait vergilerin muris adına kesinleşmesi sebebiyle, davacı adına mükellefiyet tesis edilmeksizin, tahsili yolunda işlem tesis edilmesinin mümkün olmadığı; bu durum karşısında, başka bir kişiye ait mükellefiyetin iptali ve ödenen vergilerin iadesi istemiyle, davacı tarafından yapılan başvurunun reddi yolunda tesis edilen işlemin iptalinin istenilmesinde, davacının korunacak hukuki menfaatinin bulunmadığı; öte yandan, faiz isteminin de, yukarıda belirtilen açıklamalar karşısında reddi icap ettiği gerekçesiyle, davanın, işleme ilişkin kısmının ehliyet yönünden; faiz isteminin de buna bağlı olarak reddine dair Samsun Vergi Mahkemesinin 19.4.2007 gün ve E:2006/858 ve K:2007/203 sayılı kararının; 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 12'nci maddesinde, ölüm halinde mükelleflerin ödevlerinin, mirası reddetmemiş kanuni ve mansup mirasçılarına geçeceği yolundaki düzenleme uyarınca, davaya konu işlemin iptali ve ödenen vergilerin yasal faiziyle birlikte iadesini istemekte menfaatlerinin bulunduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : İstemin reddi gerektiği savunulmuştur.

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 Nazlı YANIKDEMİR'in Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Yedinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Dosyanın incelenmesinden; … adlı kişinin sahibi bulunduğu aracın, 9.5.1991 tarihinde noterde düzenlenen kati satış senedi ile satıldığı; yeni malikçe, aracın trafik sicilindeki kaydının üzerine alınmaması ve motorlu vergisi mükellefiyet kaydının eski maliğe ait olması nedeniyle, araca ilişkin motorlu taşıtlar vergilerinin ve gecikme zammının eski malik adına tahakkuk ettirildiği ve bu kişi tarafından ödendiği; sözü geçen kişinin 11.1.2006 tarihinde ölmesi üzerine, mirasının eşi ve çocuklarına intikal ettiği; varislerce, muris adına tesis edilmiş olan mükellefiyetin terkini ve ödenen motorlu taşıtlar vergilerinin iadesi istemiyle yapılan başvurunun, vergi dairesi müdürlüğünce 7.12.2006 tarih ve 17462 sayılı işlemle reddedilmesinin ardından, bu işlemin iptali, ödenen vergilerin yasal faiziyle birlikte iadesi istemiyle açılan davanın, işleme ilişkin kısmının ehliyet yönünden; faiz isteminin de buna bağlı olarak reddi yolunda karar verildiği anlaşılmıştır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2'nci maddesinin 1'inci fıkrasının, 8.6.2000 gün ve 4577 sayılı Kanunun 5'inci maddesiyle değişik, (a) bendinde, iptal davasının tanımı; idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan davalar olarak yapılmıştır. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere; iptal davası açılabilmesi için, davacının medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olması yeterli değildir. Ayrıca, iptali istenilen idari işlemin, davacının güncel, meşru ve kişisel bir menfaatini ihlal ediyor olması da gereklidir. İdari Yargılama Hukukunda, davada taraf olma ehliyetinin bir koşulu olarak kabul edilen menfaat ihlali söz konusu olmaksızın iptal davası açılmasına olanak bulunmamaktadır.

4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 599'uncu maddesinde, mirasçıların, miras bırakanın ölümü üzerine mirası bir bütün olarak, kanun gereği kazanacakları; Kanunda öngörülen ayrık durumlar saklı olmak üzere, mirasçıların, miras bırakanın aynî haklarını, alacaklarını, diğer malvarlığı haklarını, taşınır ve taşınmazlar üzerindeki zilyetliklerini doğrudan doğruya kazanacakları ve miras bırakanın borçlarından kişisel olarak sorumlu olacakları hükme bağlanmıştır.

Sözü edilen yasal düzenlemeyle, Yasa Koyucu, murisin ölümüyle birlikte, terekeye dahil hakların ve borçların mirasçılara bütün olarak intikal etmesi esasını, yani, "külli halefiyet ilkesi"ni kabul etmiştir. Bu ilkenin sonucu olarak, mirasçılar, sadece terekedeki mal ve hakları kazanmazlar; aynı zamanda, murise ait borçları da üstlenmiş olurlar. Dolayısıyla, muris tarafından gerçekleştirilen ve malvarlığını azaltıcı nitelikteki her türlü tasarruf, varise intikal eden tereke miktarını etkileyeceğinden; murisçe, bu türden muamelelere ilişkin olarak, kanuni haklarının korunması amacıyla hangi türden idari başvuru yapılabilecek ve yasal yollara müracaat edilebilecek ise, varisçe de aynı yollara başvurulabileceği ve bunda menfaatinin bulunduğu tartışmasızdır.

Bu bakımdan; muris tarafından satılan araca ait motorlu taşıtlar vergisi mükellefiyetinin terkini ve ödenen vergilerin iadesi istemiyle, davacı tarafından vergi dairesine yapılan başvurunun reddi yolunda tesis edilen işlemin, davacının kişisel, güncel ve meşru menfaatini etkileyeceği açık olduğundan, Mahkemece, dava hakkında, 2577 sayılı Kanunun 14'üncü maddesinde belirtilen diğer ilk inceleme hususlarına uygunluğu yönünden yapılacak yargılamayla ulaşılacak sonuca göre hüküm kurulması gerekirken, söz konusu

işlemin iptali istemiyle açılan davanın ehliyet yönünden reddi yolunda verilen kararda 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, 4.11.2009 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Dayandığı hukuki ve kanuni nedenlerle gerekçesi yukarıda açıklanmış bulunan mahkeme kararı, aynı gerekçe ve nedenlerle uygun görülmüş olup, temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar sözü geçen kararın bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığından, temyiz isteminin reddi ve kararın onanması gerektiği oyu ile karara katılmıyorum.

ÖZEL TÜKETİM VERGİSİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Yedinci Daire
Esas No : 2008/4449
Karar No : 2009/4561

Özeti : İmalatçı olan mükelleflerin, 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanununun tecil- terkin uygulamasına ilişkin hükümlerinden yararlanabilmeleri için, ihraç edilmek şartıyla ihracatçı firmalara teslim ettikleri malların, bizzat ihracatçı firma tarafından, öngörülen süre içerisinde, yurt dışındaki müşteriye teslim edilmesinin, diğer bir ifadeyle, ihracatın bizzat ihraç kaydıyla mal teslim edilen firma tarafından gerçekleştirilmesinin zorunlu olduğu hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : Büyük Mükellefler Vergi Dairesi Başkanlığı
Karşı Taraf : … Anonim Şirketi
Vekili : Av. …
İstemin Özeti : Davacı tarafından, 2007/Mayıs döneminde ihraç edilmek şartıyla ihracatçı firmalara teslim edilen mallara ilişkin olarak tecil edilen özel tüketim vergisinin, terkin edilmesi talebiyle 14.8.2007 tarihinde yapılan başvurunun, 15.5.2007 tarih ve 346372 sayılı ihraç kayıtlı fatura ile … Anonim Şirketine satılan malların ihracatçı firma tarafından 30.4.2007 tarih ve 356176 sayılı fatura ve 2.5.2007 gün ve 85645 sayılı beyannameyle, serbest bölgede mukim … Limited Şirketine satıldığı; serbest bölgede faaliyet gösteren müşterilerin, Yurt dışındaki müşteri kapsamında değerlendirilemeyeceğinden bahisle, söz konusu mallara isabet eden 36.641,03 TL özel tüketim vergisinin terkin edilemeyeceği, bu tutarın ödenmesi gerektiği yolunda tesis edilen işlemi; 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanununun 1, 2. 3, 5 ve 8'inci maddesinin 2'nci fıkrası hükümleri açıklanarak; ihraç kaydıyla satış faturası ile ihracatçı firma tarafından düzenlenen faturalar arasındaki tarih tutarsızlığının (öncelik-sonralık), uygulamada ortaya çıkan zorunluluktan kaynaklandığı yönünde, davacı vekilince ileri sürülen ve taraflar arasında ihtilaflı bulunmayan bu hususun Mahkemelerince de uygun bulunduğu; olayda, davacı tarafından ihraç edilmek şartıyla ihracatçı … Anonim Şirketine satılan, 4760 sayılı Kanuna ekli

IV sayılı Liste kapsamında 8450.11.11.00.00 gümrük tarife ve istatistik pozisyonunda yer alan çamaşır makinalarının, ihracatçı firma tarafından serbest bölgede mukim … Limited Şirketine satılması ve 2.5.2007 gün ve 85645 sayılı beyannameyle de, söz konusu malların, fiilen serbest bölgeye girmeden Suriye'ye ihraç edilmesi ve bu şekilde yapılan ihracatın tecil-terkin müessesesinin bağını koparmaması karşısında, 4760 sayılı Kanunun 8'inci maddesinin 2'nci fıkrasında, özel tüketim vergisinin tecil ve terkin edilebilmesi için öngörülen şartların gerçekleştiği; bu bakımdan, ihracat istisnasının uygulanması, dolayısıyla, tecil edilen özel tüketim vergisinin terkini icap ettiği gerekçesiyle iptal eden İstanbul Dördüncü Vergi Mahkemesinin 16.5.2008 gün ve E:2007/2687; K:2008/1680 sayılı kararının; 4760 sayılı Kanunun 8'inci maddesinin 2'nci fıkrasında öngörülen tecil-terkin uygulamasından yararlanılabilmesi için, ihraç kaydıyla ihracatçıya teslim edilen malın bizzat ihracatçı firma tarafından Yurt dışındaki müşteriye teslim edilmesi gerektiği; serbest bölgeye yapılan teslimler nedeniyle tecil-terkin uygulamasından yararlanılmasının mümkün olmadığı ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : İstemin reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hakimi Ergün GÖKDAM'ın Düşüncesi : Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, 2577 sayılı Kanunun 49'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında sayılan bozma nedenlerine uymadığından, temyiz istemi reddedilerek kararın onanması gerektiği düşünülmektedir.

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Yedinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Temyiz başvurusu; davacı tarafından, 2007/Mayıs döneminde ihraç edilmek şartıyla ihracatçı firmalara teslim edilen mallara ilişkin olarak tecil edilen özel tüketim vergisinin, terkin edilmesi talebiyle 14.8.2007 tarihinde yapılan başvurunun, 15.5.2007 tarih ve 346372 sayılı ihraç kayıtlı fatura ile … Anonim Şirketine satılan malların ihracatçı firma tarafından 30.4.2007 tarih ve 356176 sayılı fatura ve 2.5.2007 gün ve 85645 sayılı beyannameyle, serbest bölgede mukim … Limited Şirketine satıldığı; serbest bölgede faaliyet gösteren müşterilerin, Yurt dışındaki müşteri kapsamında değerlendirilemeyeceğinden bahisle, söz konusu mallara isabet eden 36.641,03 TL özel tüketim vergisinin terkin edilemeyeceği, bu tutarın ödenmesi gerektiği yolunda tesis edilen işlemi, istemin özeti bölümünde yazılı gerekçeyle iptal eden mahkeme kararının bozulması istemine ilişkindir.

4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanununun 8'inci maddesinin 2'nci fıkrasında, ihraç edilmek şartıyla ihracatçılara teslim edilen mallara ait özel tüketim vergisinin, mükelleflerce ihracatçılardan tahsil edilmemesi şartıyla, bu mükelleflerin talebi üzerine vergi dairesince tarh ve tahakkuk ettirilerek tecil olunacağı; söz konusu malların ihracatçıya teslim tarihini takip eden aybaşından itibaren üç ay içinde ihraç edilmesi halinde tecil edilen verginin terkin olunacağı; ihracatın yukarıdaki şartlara uygun olarak gerçekleştirilmemesi halinde, tecil olunan verginin vade tarihinden itibaren 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 51'inci maddesine göre belirlenen gecikme zammı ile birlikte tahsil olunacağı; ancak, ihraç edilmek şartıyla teslim edilen malların 213 sayılı Vergi Usul Kanununda belirtilen mücbir sebepler nedeniyle ihraç edilememesi halinde, tecil edilen verginin, tecil edildiği tarihten itibaren 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 48'inci maddesine göre ilgili dönemler için geçerli tecil faizi ile birlikte tahsil edileceği belirtilmiş; aynı Kanunun "İhracat istisnası" başlıklı 5'inci maddesinin 1'inci

fıkrasında ise, bu Kanuna ekli listelerdeki malların ihracat teslimlerinin aşağıdaki şartlarla vergiden müstesna olduğu; (a) bendinde, teslimin Yurt dışındaki bir müşteriye yapılması gerektiği; Yurt dışındaki müşteri tabirinin; ikametgâhı, işyeri, kanuni ve iş merkezleri Yurt dışında olan alıcılar ile Yurt içinde bulunan bir işletmenin, Yurt dışında faaliyet gösteren şubelerini ifade edeceği; (b) bendinde, 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 açıklanmıştır.

4760 sayılı Kanunun yukarıda yer verilen hükümlerine göre, imalatçı olan mükelleflerin tecil-terkin uygulamasından yararlanabilmeleri için, ihraç edilmek şartıyla ihracatçı firmalara teslim edilen malların, ihracatçı firmalar tarafından, maddede öngörülen süre içerisinde Yurt dışındaki müşteriye teslim edilmesi; diğer bir ifadeyle, ihracatının bizzat ihraç kaydıyla malın teslim edildiği firma tarafından gerçekleştirilmesi zorunludur.

Olayda ise, imalatçı olan davacı Şirketçe ihraç kaydıyla ihracatçı … Anonim Şirketine teslim edilen malların, ihracatçı firma tarafından, serbest bölgede mukim … Limited Şirketine Yurt içinde satılması ve adı geçen Şirketçe de, serbest bölgeye sokulmaksızın Yurt dışına Suriye'ye ihraç edilmiş olması karşısında; tecil edilen verginin terkin edilebilmesi için öngörülen, malın bizzat ihracatçı firma tarafından ihracı şartının olayda yerine getirilmediği açık bulunmaktadır. Bu bakımdan; daha önce tecil edilen özel tüketim vergisinin, terkin edilmemesinde ve bu sebeple tesis edilen davaya konu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığından, aksi yolda verilen temyize konu mahkeme kararında isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulüne; mahkeme kararının bozulmasına; bozma kararı üzerine Mahkemece yeniden verilecek kararla birlikte yargılama giderleri de hüküm altına alınacağından, bu hususta ayrıca hüküm tesisine gerek bulunmadığına, 3.11.2009 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanununun 8'inci maddesinin 2'nci fıkrasına göre, imalatçı olan mükelleflerin tecil-terkin uygulamasından yararlanabilmeleri için, ihraç edilmek şartıyla ihracatçı firmalara teslim edilen malların, ihracatçı firmalar tarafından, maddede öngörülen süre içerisinde ihracatının gerçekleşmesi yeterlidir. İhracatın bizzat ihraç kaydıyla malın teslim edildiği firma tarafından gerçekleştirilmesine gerek yoktur.

Öte yandan; 4458 sayılı Gümrük Kanununun 152'nci maddesinde, serbest bölgelerin, Türkiye Gümrük Bölgesinin parçaları olmakla beraber; (a) serbest dolaşımda olmayan eşyanın herhangi bir gümrük rejimine tabi tutulmaksızın ve serbest dolaşıma sokulmaksızın, gümrük mevzuatında öngörülen haller dışında kullanılmamak ya da tüketilmemek kaydıyla konulduğu, ithalat vergileri ile ticaret politikası önlemlerinin ve kambiyo mevzuatının uygulanması bakımından, Türkiye Gümrük Bölgesi dışında olduğu kabul edilen; (b) serbest dolaşımdaki eşyanın, bir serbest bölgeye konulması nedeniyle normal olarak eşyanın ihracına bağlı olanaklardan yararlandığı yerler olarak tanımlanmış olup; bu hükme göre, serbest dolaşımdaki malların serbest bölgeye teslimi ihracat hükmündedir.

Olayda da, davacı tarafından ihraç edilmek şartıyla ihracatçı … Anonim Şirketine satılan, 4760 sayılı Kanuna ekli IV sayılı Liste kapsamında 8450.11.11.00.00 gümrük tarife ve istatistik pozisyonunda yer alan çamaşır makinalarının, ihracatçı firma tarafından serbest bölgede mukim … Limited Şirketine satıldığı ve 2.5.2007 gün ve 85645 sayılı beyannamenin tescil edildiği; dolayısıyla, söz konusu malların, serbest bölgeye ihraç edildiği ve söz konusu malların, fiilen serbest bölgeye girmeden Suriye'ye ihraç edildiği sabittir.

Bu durumda; özel tüketim vergisinin tecil ve terkin edilebilmesi için öngörülen şartların olayda gerçekleşmiş olması karşısında, tecil edilen özel tüketim vergisinin terkini gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin reddi ile yerinde görülen mahkeme kararının onanması gerektiği oyuyla, karara katılmıyoruz.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Yedinci Daire
Esas No : 2008/4485
Karar No : 2009/4668

Özeti : 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanununun 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (b) bendindeki istisnadan yararlanılarak satın alınan aracın, bu istisnadan faydalanmayan bir kişiye özel tüketim vergisi ödenerek satılmasından sonra, birinci aracın satın alındığı tarihten itibaren 5 yıl geçmeden ikinci araç satın alınmasının, anılan maddenin (b) bendindeki istisnadan yararlanma koşullarına aykırılık oluşturmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan **:** … Limited Şirketi
Karşı Taraf **:** Ankara Vergi Dairesi Başkanlığı
İstemin Özeti **:** Motorlu araç ticaretiyle uğraşan davacı Şirket tarafından, bir müşterisine satılan araç nedeniyle haksız yere özel tüketim vergisi istisnasından yararlanıldığından bahisle, 2007/Ağustos dönemi için salınan özel tüketim vergisine ve kesilen vergi zıyaı cezasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davayı; 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanununun 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasını açıklayarak, anılan madde kapsamında, beş yıl içinde, ancak bir kez özel tüketim vergisi istisnasından yararlanılabileceğinin açık olduğu; olayda, özürlü olan … adlı kişiye, beş yıl içinde ikinci kez araç satılması suretiyle, yukarıda belirtilen Yasa hükmüne aykırı olarak istisnadan yararlanılmasına neden olan davacı Şirket adına tesis edilen dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle reddeden Ankara Birinci Vergi Mahkemesinin 25.4.2008 gün ve E:2007/1482; K:2008/586 sayılı kararının; ilk araçla ilgili olarak istisna kapsamında ödenmeyen verginin, aracın satılması sırasında ödendiği; dolayısıyla, ilk araç nedeniyle istisnadan yararlanılırken farklı bir araç satın alınmadığından, aksi görüşten hareketle tesis edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : İstemin reddi gerektiği savunulmuştur.

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 isteminin 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 birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Tarafların temyiz dilekçelerinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemlerin reddi ile temyiz edilen mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Yedinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Dosyanın incelenmesinden; davacı Şirket tarafından, … adlı özürlü şahsa, 11.12.2003 tarihinde özel tüketim vergisi istisnasından faydalandırılarak Renault marka araç satıldığı; bu kişi tarafından da, sözü geçen aracın, 25.3.2005 tarihinde herhangi bir özrü bulunmayan … adlı kişiye satıldığı ve araca ait özel tüketim vergisinin satın alan kişi tarafından vergi dairesine ödendiği; daha sonra, davacı Şirketçe, … adlı özürlü kişiye, 1.8.2007 tarihinde satılan Citroen marka araç nedeniyle, ismi geçen şahısça, ikinci kez vergi istisnasından yararlanıldığının, konu ile ilgili olarak yapılan inceleme sonucunda belirlenmesi üzerine, beş yıl içinde birden çok kez araç satın alınması ve her iki araç satışı için vergi istisnasından faydalanılmasının, 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanununun 7'nci maddesi hükmüne aykırı olduğundan bahisle dava konusu işlemin tesis edildiği anlaşılmıştır.

4760 sayılı Kanunun 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (b) bendinde, 87.03 (motor silindir hacmi 1.600 santimetreküpü aşanlar hariç), 87.04 (motor silindir hacmi 2.800 santimetreküpü aşanlar hariç) ve 87.11 G.T.İ.P. numaralarında yer alanların, bizzat kullanma amacıyla sakatlığına uygun hareket ettirici özel tertibat yaptıran malûl ve engelliler tarafından beş yılda bir defaya mahsus olmak üzere ilk iktisabının, özel tüketim vergisinden müstesna olduğu belirtilmiş; 15'inci maddesinin 2'nci fıkrasının (a) bendinde de, II sayılı listedeki mallardan kayıt ve tescile tâbi olanların, veraset yoluyla intikaller hariç, ilk iktisabında istisna uygulanan malların istisnadan yararlananlar dışındakilerce iktisabında, ilk iktisabındaki matrah esas alınarak adına kayıt ve tescil işlemi yapılandan, kayıt ve tescili tarihinde geçerli olan oran üzerinden, bu tarihte özel tüketim vergisi alınacağı hükmüne yer verilmiştir.

Anılan Yasanın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (b) bendinde yer alan düzenlemeyle, Yasa Koyucu, özürlülerin, içinde bulundukları özel durum nedeniyle, sosyal yaşama daha rahat adapte olmalarını sağlayarak, Anayasanın 61'inci maddesinin 2'nci fıkrasında ifadesini bulan, Devletin, sakatların korunmalarını ve toplum hayatına intibaklarını sağlayıcı tedbirleri alacağı yolunda üstlendiği ödevlerin yerine getirilmesi amaçlamıştır. Bu hükümdeki "beş yılda bir defaya mahsus olmak üzere ilk iktisap" koşulu, düzenlemede aranılan diğer şartların yanında, özürlü kişi tarafından, istisnadan yararlanılarak iki ayrı araç temin edilmesine engel teşkil etmekte ise de; 15'inci madde uyarınca, özürlü kişilerce, istisnadan faydalanılarak satın alınan aracın, istisnadan yararlanmayan kişilere satılması halinde, araca ait verginin ödenmesinden sonra, istisnadan faydalanılarak diğer bir araç satın alınmasına engel değildir.

Yukarıda açıklanan hukuki durum karşısında, davacı tarafından, istisnadan yararlanılarak satın alınan ilk aracın, vergisi ödenerek satılması nedeniyle, satın alınan ikinci araca ilişkin olarak istisnadan faydalanılmasında hukuka aykırılık bulunmadığından, bu iktisap nedeniyle istisnadan yararlanılamayacağından bahisle, özel tüketim vergisi tarh edilmesi ve vergi zıyaı cezası kesilmesi yolunda tesis edilen işlemin iptali istemiyle açılan davayı reddeden mahkeme kararında isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulüyle, mahkeme kararının bozulmasına, bozma kararı üzerine, Mahkemece yeniden verilecek kararla birlikte yargılama giderleri de hüküm altına alınacağından, bu hususta ayrıca hüküm tesisine gerek bulunmadığına, 11.11.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Yedinci Daire
Esas No : 2008/7430
Karar No : 2009/5579

Özeti : Mahkemece, ihtirazi kayıtla ödeme tarihinin esas alınması suretiyle davada süre aşımı bulunmadığı sonucuna ulaşılmış ise de; gerek 2577 sayılı Kanunda, gerekse ilgili diğer kanunlarda, ihtirazi kayıtla ödemenin dava açma süresini başlatacağı yolunda herhangi bir düzenlemenin yer almaması karşısında; bu şekilde yapılan ödemenin dava açma hakkı vermesi olanaklı olmadığından, dava açma süresinin ödeme tarihine göre belirlenmesinin mümkün bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı
Karşı Taraf : … Limited Şirketi
Vekili : Av. …
İstemin Özeti : Davacı tarafından, ihraç edilmek kaydıyla ihracatçılara teslim edilen eşyaya ilişkin özel tüketim vergisinin tecil-terkin ve mahsup edilmesi istemiyle yapılan başvurunun reddi üzerine tecil-terkin işleminin yapılmasına ve ihtirazi kayıtla ödenen özel tüketim vergisinin hesaplanacak yasal faiziyle iadesine hükmedilmesi istemiyle açılan davada; davalı İdare tarafından, gerçekte 9.2.2006 gün ve 2555 sayılı işlemin dava konusu edildiği, bu işlemin tebliğ edildiği tarihe göre davada süre aşımı bulunduğu ileri sürülmüş ise de; mahsup talebinin reddedildiğinin bu yazı ile bildirilmesi üzerine ihtirazi kayıtla ödenen verginin iadesine hükmedilmesi istemiyle açıldığından, davada süre aşımı bulunmadığı; 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanununun 5'inci maddesinde, ihracat tesliminde, teslim konusu eşyanın Türkiye Cumhuriyeti Gümrük Bölgesinden çıkmış olmasının yeterli olduğunun öngörülmüş olması karşısında, özel fatura düzenlenmesi suretiyle Türkiye'de ikamet etmeyen yolculara yapılan satışlara ilişkin özel tüketim vergisinin tecil ve terkin uygulamasına tabi tutulması gerekirken, verginin davacıdan tahsil edilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle davanın kabulü ile ödenen verginin davacıya iade edilmesi yolunda İstanbul İkinci Vergi Mahkemesince verilen 30.5.2008 gün ve E:2006/932; K:2008/1713 sayılı kararın; ihtirazi kayıtla ödenen verginin iadesine hükmedilmesi istemiyle dava açılmış ise de; dava konusu işlemin davacının tecil-terkin ve mahsup talebinin reddi yolunda tesis edilen 9.2.2006 gün ve 2555 sayılı işlem olduğu, bu işlemin tebliğ edildiği tarihe göre ise davada süre aşımı bulunduğu; özel tüketim vergisi ile ilgili mevzuatta özel fatura ile yapılan teslimlerin istisna kapsamında olduğuna dair düzenleme bulunmadığı 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 H. Hüseyin TOK'un Düşüncesi : Davacının, ihtilaflı dönemlere ilişkin olarak 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanununun 5'inci maddesine göre Türkiye'de ikamet etmeyenlere yaptığı satışlardan dolayı ihracat istisnasından yararlandırılarak yüklendiği özel tüketim vergisinin vergi borçlarına mahsup edilmesi yönündeki talebinin reddine dair davalı İdare işlemine karşı açtığı davada; davanın kabulüne dair mahkeme kararı temyiz edilmektedir.

4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi kanununun 5'inci maddesinde, ihracat istisnası ile ilgili genel şartlar açıklanmış, aynı kanunun 10'uncu maddesinin ikinci fıkrasında da, Maliye Bakanlığının bu Kanunda yer alan istisna ve muafiyetlerin uygulanması ile verginin tecilinde alınacak teminatların türü ve miktarları ile tecil edilen verginin terkinine ilişkin usul ve esasları belirlemeye yetkili olduğu hüküm altına alınmış, bu maddeye göre Maliye Bakanlığınca 22.12.2003 gün ve 25324 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe konulan 5 seri nolu Genel Tebliğ ile değişik 1 seri nolu Özel Tüketim Vergisi Genel Tebliğinin "İhraç Kaydıyla Teslimlerde Verginin Tecili ve Terkini" başlıklı bölümünün üçüncü paragrafında, tecil edilen verginin, malın ihraç edildiğini gösteren gümrük çıkış beyannamesinin aslının veya onaylanmış örneğinin vergi dairesine verilmesi suretiyle terkin edileceği belirtilmiştir. Bu durumda ihracat istisnasından yararlanılabilmek için ihracatın 4760 sayılı Kanunun yukarıda belirtilen 5'inci maddesinde yazılı genel şartları taşımasının yanısıra, söz konusu tebliğe göre ihracatın gümrük çıkış beyannamesiyle yapıldığının belgelendirilmesi gerekmektedir.

Olayda, mal tesliminin Türkiye'de ikamet etmeyenlere yapıldığı, ancak ihraç konusu eşyanın Türkiye gümrük bölgesinden dışarı gönderildiğine ilişkin gümrük çıkış beyannamesine dayandırılmadığı, dolayısıyla davacının ihracat istisnasından yararlandırılmaması yönünde tesis edilen davalı idare işleminde hukuka aykırılık bulunmadığı anlaşılmakla, davanın kabulüne dair verilen mahkeme kararında yasal isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulü ile mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Yedinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Dosyanın incelenmesinden; ihraç edilmek kaydıyla ihracatçılara teslim edilen eşyaya ilişkin özel tüketim vergisinin tecil-terkin ve mahsup edilmesi talebinin reddi yolundaki 9.2.2006 gün ve 2555 sayılı işlemin 10.2.2006 gününde tebliği üzerine, tecil-terkin işleminin yapılmasına ve 16.3.2006 gününde ihtirazi kayıtla ödenen özel tüketim vergisinin hesaplanacak yasal faiziyle iadesine hükmedilmesi istemiyle 17.4.2006 gününde vergi mahkemesi kayıtlarına intikal ettirilen dilekçeyle açılan davada, Mahkemece, istemin özeti bölümünde yazılı gerekçeyle, ödenen verginin iadesine hükmedildiği anlaşılmıştır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun "Dava açma süresi" başlıklı 7'nci maddesinin 1'inci fıkrasında, dava açma süresinin, özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde Danıştayda ve idare mahkemelerinde altmış ve vergi mahkemelerinde otuz gün olduğu; 2'nci fıkrasının (b) bendinde ise, bu sürelerin, tebliğ yapılan hallerde veya tebliğ yerine geçen işlemlerde tebliğin yapıldığı tarihi izleyen günden başlayacağı belirtilmiş; aynı Kanunun 15'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (b) bendinde de, 14'üncü maddenin 3'üncü fıkrasının (e) bendinde ilk inceleme konuları arasında sayılan süre aşımının bulunması halinde davanın reddine karar verileceği hüküm altına alınmıştır.

Olayda; Mahkemece ihtirazi kayıtla ödeme tarihinin esas alınması suretiyle davada süre aşımı bulunmadığı sonucuna ulaşılmış ise de; gerek 2577 sayılı Kanunda, gerekse ilgili diğer kanunlarda, ihtirazi kayıtla ödemenin dava açma süresini başlatacağı yolunda herhangi bir düzenlemenin yer almaması karşısında; ihtirazi kayıtla ödemenin dava açma hakkı vermesi olanaklı olmadığından, dava açma süresinin ödeme tarihine göre belirlenmesi mümkün değildir. Dolayısıyla, 9.2.2006 gün ve 2555 sayılı işlemin tebliği üzerine ödeme yapıldığı göz önünde tutulduğunda, davanın, uyuşmazlığı doğuran bu işlemin iptali istemiyle açıldığının kabulü gerekmektedir.

Bu bakımdan; 10.2.2006 gününde tebliğ edilen anılan işlemin iptali istemiyle, 2577 sayılı Kanunun 7'nci maddesinin yukarıda yer alan 1'inci fıkrası hükmünde öngörülen otuz günlük sürenin geçirilmesinden sonra, 17.4.2006 gününde açılan davanın, aynı Kanunun 15'inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi uyarınca süre aşımı yönünden reddi gerekirken,

işin esasının incelenmesi suretiyle sonuçlandırılması yolundaki vergi mahkemesi kararında isabet görülmemiştir.

Bu nedenle, temyiz isteminin kabulüne ve mahkeme kararının bozulmasına; bozma kararı üzerine, Mahkemece, yeniden verilecek kararla birlikte yargılama giderleri de hüküm altına alınacağından, bu hususta ayrıca hüküm tesisine gerek bulunmadığına, 23.12.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

SEKİZİNCİ DAİRE KARARLARI

AVUKATLIK İŞLERİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Sekizinci Daire
Esas No : 2009/7647
Karar No : 2010/815

Özeti : Davacı hakkında verilen şikayet dilekçesi üzerine disiplin kuralları çerçevesinde hukuki süreç başlatılması gerekirken, yasal bir dayanağı olmayan gözlemci avukat görevlendirilmesi şeklinde izlenen yöntem nedeniyle davacının şikayetçi olduğu avukatlar hakkında soruşturma izni verilmesine ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Kararın Düzeltilmesi İsteminde Bulunan : …
Karşı Taraf : Adalet Bakanlığı
İstemin Özeti : Ankara Barosuna kayıtlı olarak avukatlık yapan davacının görevi kötüye kullanma ve yargı görevi yapanı etkileme suçu işlediklerinden bahisle, şikayette bulunduğu Ankara Barosu Başkanı … ile Avukat Hakları ve Toplumla İlişkiler Merkezi (ATİM) Başkanı …, ATİM üyesi Avukatlardan …, …, … ve … hakkında yapılan inceleme üzerine 28.9.206 tarihli Olur ile soruşturma izni verilmemesini uygun bulan Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 2.10.2006 gün ve 414460 sayılı işleminin iptali istemiyle açılan davada; 1136 sayılı Avukatlık Yasasının 76. maddesi ile 95. maddesinin ikinci fıkrasının 1, 4 ve 5. bent hükümlerine istinaden Baro Yönetim Kurulunun 10.11.2004 gün ve 4/1 sayılı kararıyla kurulan ATİM tarafından Avukat … 'ın şikayeti üzerine davacının karşı taraf vekili müşteki avukat ile girdiği duruşmaları (meslek ahlak ve ilkelerine aykırı davranışları tespit ederek belgelendirmek amacıyla) izlemek ve tutanak tanzim etmek amacıyla gözlemci atanması ile Baro Başkanınca ATİM tarafından görevlendirilen avukatlara ücret ödenmesinde, belirtilen suçların işlendiği yolundaki şikayetin ciddi bilgi, belge ve bulgulara dayanmadığı ve soyut iddia düzeyinde kaldığı anlaşıldığından, soruşturma izni verilmemesine dair davalı idare işleminde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddeden Ankara 14. İdare Mahkemesinin 11.06.2007 gün ve E:2006/39, K:2007/535 sayılı kararını temyizen inceleyerek onayan Dairemizin 20.5.2009 gün ve E:2007/7179, K:2009/3291 sayılı kararının; Avukatlık Yasası ve Yönetmeliğinde yer almayan bir müessese kullanıldığı, hakkındaki şikayet sonucu disiplin kovuşturması açılmasına yer olmadığına karar verildiği, bu kararda yürütülen işlemler hakkında herhangi bir belirleme yapılmadığı öne sürülerek, 2577 sayılı Yasanın 54. maddesi uyarınca düzeltilmesi istenilmektedir.
Savunmanın Özeti : İstemin reddi gerektiği savunulmaktadır.
Danıştay Tetkik Hakimi Melek ŞENDİL YAN'ın Düşüncesi : İstemin kabulü gerektiği düşünülmektedir.
Danıştay Savcısı Yücel BULMUŞ'un Düşüncesi : Kararın düzeltilmesi dilekçesinde ileri sürülen nedenler, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasasının 54 üncü maddesinde yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince davacının duruşma istemi 2577 sayılı Yasanın 17. maddesi uyarınca kabul edilmeyerek işin gereği görüşüldü:

Karar düzeltme istemine ilişkin dilekçede öne sürülen düzeltme nedenleri 2577 sayılı Yasanın 54. maddesine uygun bulunduğundan düzeltme isteminin kabulü ile Dairemizin 20.5.2009 gün ve E:2007/7179, K:2009/3291 sayılı kararı kaldırılarak işin esası incelendi.

Uyuşmazlık, Ankara Barosuna kayıtlı olarak avukatlık yapan davacının görevi kötüye kullanma ve yargı görevi yapanı etkileme suçu işlediklerinden bahisle şikayette bulunduğu Ankara Barosu Başkanı … ile Avukat Hakları ve Toplumla İlişkiler Merkezi (ATİM) Başkanı …, ATİM üyesi Avukatlardan …, …, … ve … hakkında yapılan inceleme üzerine 28.9.206 tarihli Olur ile soruşturma izni verilmemesini uygun bulan Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 2.10.2006 gün ve 414460 sayılı işleminden kaynaklanmıştır.

1136 sayılı Avukatlık Yasasının 58 ve devamı maddelerinde avukatların işledikleri iddia olunan suçlardan dolayı haklarında soruşturma açılmasının Adalet Bakanlığının iznine bağlı olduğu ve bunun hangi usullerde yürütüleceği; 76. maddesinde, baroların kuruluşu, görev ve yetkileri düzenlenmiş; 79. maddesinde, baroların organları sayılarak 95. maddesinde yönetim kurulunun, 107. maddesinde de disiplin kurulunun görevleri belirlenmiştir.

Yine aynı Yasanın 134 ve devamı maddelerinde avukatlar hakkında yürütülecek disiplin işlemleri ve disiplin cezaları ayrıntılı olarak kurala bağlanmış, Avukatlık Yasası Yönetmeliğinin 63. maddesi ve devamında da disiplin kurallarına ilişkin aynı nitelikte ve paralel düzenlemelere yer verilmiştir.

Kamu tüzel kişiliğini haiz ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu olan baroların, Yasada sayılan genel nitelikteki görevlerini yerine getirirken hizmetin etkili ve verimli sunumunu teminen belirli alanlarda çalışmalar yürütecek özel birimler oluşturarak bu birimler aracılığı ile çeşitli faaliyetlerde bulunmasında yasal bin engel bulunmamaktadır. Ancak, bu faaliyetlerinde yine Yasanın öngördüğü görev ve yetki kapsamında yürütülmesi gerekmektedir.

Yetki kurallarının dar ve özel anlamda kamu düzenine ilişkin olduğu, bu nedenle idarenin yetki kurallarına sıkı bir şekilde uymak zorunda bulunduğu idare hukukunun bilinen ilkelerindendir. Dar anlamda yetki unsuru denilen karar alma yeteneği, konu yer ve zaman itibarıyla, Anayasa ve yasalarla belli organ, makam ve kamu görevlilerine tanınmış bir güçtür. Yetki konusunda açık düzenleme yapılmayan hallerde, yetkinin hangi amaçla ve ne şekilde kullanılacağından haraketle bu yetkiyi kullanacak makam belirlenebilecektir. Hakkında karar verilecek kişi, olay ve karara etki eden bütün unsurlar, yetkinin kullanımını da belirleyecektir.Bu şekilde belirlenen ve yetkiyi kullanımı öngörülen makamın, bu yetkiyi devri ve paylaşımının mümkün olup olmadığının ise açıkça düzenlenmesi gerekir.

Kamu hizmetlerinin belli bir düzen içerisinde yürütülmesinin sağlanması ve korunması için bu hizmetin yürütülmesinde görevli personelin, bu düzeni bozan ve disiplin suçu oluşturan eylemlerine karşı getirilen yaptırımlar, disiplin hukuku kuralları ile düzenlenirken disipline konu suçlar ve bunlara uygulanacak cezalar belirlenmiştir. Disipline aykırı olduğu iddia edilen bir fiilin varlığının kesin delillerle sübuta erdiği sonucuna varılarak cezalandırma aşamasına gelinmesi bu konuda yürütülecek bir soruşturmayla ortaya konulacaktır. Disiplin hukukunda önemi yadsınmayacak olan soruşturmaların, yapılışı ve usulüne ilişkin ayrıntılı düzenlemeler yapılmış olmasının nedeni de budur.

Dava dosyasının incelenmesinden; Ankara Barosuna bağlı avukat olan davacının vekil olarak katıldığı Ankara 10. Aile Mahkemesi ve 12. Sulh Ceza Mahkemesinde görülen davalarda karşı tarafın avukatının davacının meslek kurallarına uymayan tutum ve davranışlarda bulunduğundan bahisle duruşmaların izlenmesi için yaptığı başvuru üzerine başvuru dilekçesinin ATİM'e havale edilerek bu merkezin yaptığı görevlendirme ile gözlemci

avukat sıfatıyla merkezin üyesi avukatların anılan Mahkemelerdeki duruşmaları izlemiş oldukları anlaşılmaktadır.

Bakılmakta olan dava; davacının Ankara Barosu ve ATİM Başkanı ile gözlemci olarak görevlendirilen ATİM üyesi avukatlar hakkında görevi kötüye kullanma, yargı görevi yapanı ve adil yargılamayı etkileme ve haksız ücret ödenmesi suçlarını işledikleri yolunda Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına şikayette bulunması üzerine Başsavcılıkça hazırlanan fezlekelerde şikayet konusu eylemlerin suç oluşturmadığından bahisle Bakanlığa sunulması ile Bakanlıkça bu görüş doğrultusunda şikayet olunan avukatlar hakkında soruşturma izni verilmemesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Yukarıda aktarılan Yasa ve Yönetmelik maddeleri ile yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere, avukatlar hakkındaki şikayetlerin disiplin hukuku kuralları çerçevesinde irdelenmesi ve değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bu kuralların uygulanma şekil ve süreci ile hangi makamların yetkili olduğu da Yasa ve Yönetmelikte açıkça düzenlenmiştir. Baroların görevlerini uygulamada yardımcı olmaya yönelik olarak oluşturdukları birimlerin, Yasa ve Yönetmelikte özellikle ve ayrıca düzenleme altına alınan disiplin kurallarını uygulama veya benzeri faaliyetlerde bulunma konusunda herhangi bir görev ve yetkiye sahip olamayacakları açıktır.

Bu açıklamalar karşısında Ankara Barosu Yönetim kurulunun kararı ile kurulmuş bulunan ATİM'in kuruluş amacı ne olursa olsun disiplin hukuku kurallarının işletilmesi gereken bir konuda faaliyette bulunmasının yasal bir dayanağı olmadığı açıktır.

Nitekim davacı hakkında şikayette bulunan avukatın aynı nedenlerle yaptığı başvurusu üzerine Baro Yönetim kurulunca soruşturmacı atanmak suretiyle yapılan soruşturma sonucu, davacı hakkında disiplin kovuşturması açılmasına yer olmadığına karar verilmiş olup hukuki süreç bu şekilde işletilmiştir.

Bu durumda, davacı hakkında verilen şikayet dilekçesi üzerine disiplin kuralları çerçevesinde hukuki süreç başlatılması gerekirken yasal bir dayanağı olmayan gözlemci avukat görevlendirmesi şeklinde izlenen yöntem nedeniyle davacının yaptığı şikayet ve bu şikayetteki iddialarının irdelenerek bir karar verilmesi gerekmekte iken şikayetin ciddi bilgi, belge ve bulgulara dayanmadığı ve soyut iddia düzeyinde kaldığından bahisle reddine ilişkin işlemde ve davanın bu gerekçelerle reddine yönelik olarak verilen kararda hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle Ankara 14. İdare Mahkemesi kararının bozulmasına, dosyanın yeniden bir karar verilmek üzere anılan Mahkemeye gönderilmesine, 19.02.2010 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

AZLIK OYU

Danıştay Dava Daireleri ve İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurulları tarafından verilen kararlar hakkında karar düzeltilmesi yoluna başvurulabilmesi 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasasının 54. maddesinde yazılı nedenlerin bulunmasına bağlıdır.

İstemde bulunan tarafından öne sürülen düzeltme nedenleri ise sözü edilen maddede belirtilen nedenlerden hiçbirisine uymadığından, yasal dayanağı olmayan düzeltme isteminin reddi gerektiği oyu ile aksi yöndeki karara katılmıyorum.

BELEDİYE GELİRLERİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Sekizinci Daire
Esas No : 2009/5562
Karar No : 2009/6909

Özeti : İstanbul genelindeki alışveriş ve ticaret merkezi gibi yerlerin binaya ait hizmet otoparklarına gelen müşterilerden ilk üç saate kadar ücret alınmaması, ilk üç saat dışında alınabilecek ücretin ise İstanbul Büyükşehir Belediyesinin Tarife Komisyonunca belirlenen ücret oranında alınmasına ilişkin UKOME kararında hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı
Vekili : ...
Karşı Taraf : 1- ... Gayrimenkul Yatırım Ortaklığı A.Ş.
Vekili : Av. ...
2- ... İlaç Sanayi ve Tic. A.Ş.
Vekili : Av. Dr. ...
İstemin Özeti : İstanbul genelindeki alışveriş ve ticaret merkezi gibi yerlerin binaya ait hizmet otoparklarına gelen müşterilerden ilk üç saate kadar ücret alınmaması, ilk üç saat dışında alınabilecek ücretin ise İstanbul Büyükşehir Belediyesinin Tarife Komisyonunca belirlenen ücret oranında alınmasına ilişkin İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı Ulaşım Koordinasyon Merkezinin 30.01.2007 gün ve 2007/1-4 sayılı işleminin iptali istemiyle açılan davada; alışveriş ve ticaret merkezlerine ait otoparklardan ücret alınmasının veya alınmamasının trafik, ulaşım yada toplu taşıma yönünden nasıl bir sakınca oluşturduğu konusunda somut herhangi bir tespit yapılmaksızın işlem yapıldığının anlaşıldığı, işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemi iptal eden İstanbul 2. İdare Mahkemesinin 27.03.2009 gün ve E:2007/1204, K:2009/566 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 kabulünün gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Leyla KODAKOĞLU'nun Düşüncesi : Dava, İstanbul İlinde bulunan alışveriş merkezi ticaret merkezi gibi yerlerin binalarına ait hizmet otoparklarından yararlananlardan ilk üç saate kadar ücret alınmamasına, bu sürenin aşılması halinde ise İstanbul Büyükşehir Belediyesinin tarife komisyonunca belirlenen oranda ücret alınmasına ilişkin 30.1.2007 günlü Ulaşım Koordinasyon Merkezi kararın iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesince, dava konusu işlemin iptaline karar verilmiş, bu karar davalı idarece temyiz edilmiştir.

Davacı, otoparkların herhangi bir ayrıma tabi tutulmaksızın üç saat gibi uzun bir süre için ücretsiz kullanılmasına olanak sağlanmasının serbest piyasa kurallarına aykırı olduğunu iddia etmektedir.

Alışveriş ve ticaret merkezleri gibi halkın kullanımına açık yerlerden yararlanan kişilerin, binayı kullanan kişiler kapsamında değerlendirilmesi ve otopark ihtiyaçlarının ticari amaç güdülmeksizin, binaya ait hizmet otoparklarından ve parselinden karşılanması ilgili

mevzuatın gereğidir. Bu gibi merkezlerin inşa edilmesi aşamasında, otopark ihtiyacının parseli içinde karşılanması da yasal zorunluluktur. Bu nitelikteki otoparkların parsel sahiplerince tamamiyle bir ticari işletme olarak kullanılması ise Yasalar ile getirilen bu zorunluluğa aykırı olacaktır. Diğer taraftan, ihtiyaç fazlası otoparkların ilgili yerlerden gerekli izinlerin alınması suretiyle ticari amaçlı olarak işletilmesi mümkündür.

Kaldı ki, alışveriş ve ticaret merkezlerinin hizmet otoparklarından kısa süre için yararlanan kişilerden de ücret alınması nedeniyle bu otoparkların tercih edilmemesi ve parsel dışında otopark çözümü aranmasının trafiği olumsuz etkileyeceği de tabiidir. Bunun yanında, bu gibi otoparkların sınırlama konulmaksızın hizmete açılmasının kötü niyetli kullanıma yol açacağı da değerlendilmelidir.

Belirtilen bu nedenlerle, İstanbul İlinde, ulaşım ve trafiğin yoğun olduğu ve otopark sorununun yaşandığı bölgelerdeki farklı uygulamalardan doğan ve trafiği olumsuz etkileyen hizmet otoparklarının ücretlendirilmesi konusuna genel bir çözüm bulunması ve olası olumsuzlukların da önüne geçilmesi amacıyla tesis edilen dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu işlemin iptali yolundaki idare mahkemesi kararının bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Uyuşmazlık, İstanbul genelindeki alışveriş ve ticaret merkezi gibi yerlerin binaya ait hizmet otoparklarına gelen müşterilerden ilk üç saate kadar ücret alınmaması, ilk üç saat dışında alınabilecek ücretin ise İstanbul Büyükşehir Belediyesinin Tarife Komisyonunca belirlenen ücret oranında alınmasına ilişkin İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı Ulaşım Koordinasyon Merkezi işleminden doğmuştur.

5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Yasası, 5393 sayılı Belediye Yasası, Büyükşehir Belediyeleri Koordinasyon Merkezleri Yönetmeliğinin ilgili hükümleri uyarınca, mahalli ihtiyaç ve şartlara göre trafik düzeni ve güvenliğini sağlamak amacıyla gerekli tedbirleri almak ve trafikle ilgili sorunları çözümlemek konusunda UKOME yetkili bulunmaktadır.

Alışveriş ve ticaret merkezleri gibi özellikle halkın yoğun olarak kullandığı, umuma açık nitelikteki yerlerde, müşteri olarak gelen ve yalnızca belirli bir süre için otopark ihtiyacı söz konusu olan kişilerin bu ihtiyaçlarının binaya ait hizmet otoparklarından karşılanması noktasında bir ücretlendirmeye gidilmesinin, binaya ait hizmet otoparklarının tercih edilmeyerek çevre trafiğinin olumsuz etkilenebilmesi sonucunu doğurabileceği dikkate alındığından, olayın ulaşım ve trafikle yakından ilgili olduğu, bu nedenle de UKOME'nin bu konudaki düzenleyici nitelikte kararlar almakla görevli ve yetkili olduğu tartışmasızdır.

Otopark Yönetmeliği, İstanbul İmar Yönetmeliği ve İstanbul Otopark Yönetmeliğinde hükme bağlandığı üzere, "binayı kullananların otopark ihtiyacının bina içinde veya parselinde karşılanması esas" olduğu gibi, alışveriş merkezlerinin müşterilerinin de "binayı kullananlar" kapsamında değerlendirilmesi ve bu nedenle de otopark ihtiyaçlarının bina içinde veya parselinde karşılanması gerekmekte olup, bunun dışında, bina içinde ayrıca ticari amaçlı ve dışa dönük olarak otopark yapılıp işletilebilmesi ise ancak bağımsız bölüm olarak bodrum ve zemin katlarda olmak kaydıyla ve binayı kullananların otopark ihtiyacının bina içinde veya parselinde karşılanması sağlandıktan ve bu konuda UKOME görüşü alındıktan sonra mümkün olabilecektir.

Ticari amaçlı otoparkların, ancak binanın ihtiyacı olan otoparkın parsel veya bina bünyesinde karşılanması halinde yapılabileceği hüküm altına alındığından alışveriş merkezi, ticaret merkezi, merkezi iş alanlarına ilişkin hizmet otoparklarının (binanın ortak kullanım alanları arasındadır) binanın ihtiyacını karşılamak amacıyla ücretsiz hizmet vermesi, binanın ihtiyacını karşıladığı ve yönetmelikte yer verilen diğer şartları taşıdığı zamanda ticari amaçlı otopark olarak kullanılması gerekir.

Belirtilen durum karşısında; alışveriş merkezlerine müşteri olarak gelenlerin otopark ihtiyaçlarının, esas itibariyla ticari amaç güdülmeksizin ve ücretsiz olarak bina içinde veya parselinde karşılanması gerekmekte olup, söz konusu otoparkların zaman kısıtlaması olmaksızın tamamen ücretsiz olmasının ise amacına aykırı kullanımlara yol açarak kısa süreli otopark yerinin giderek azalması sonucunu doğuracağı, bu durumda da trafiğin yine olumsuz olarak etkileneceği dikkate alındığında, bu sakıncayı da göz ardı etmeyecek bir şekilde, İstanbul genelindeki alışveriş, ticaret merkezi gibi yerlerin binaya ait hizmet otoparklarına gelen müşterilerden ilk üç saate kadar ücret alınmaması, ilk üç saat dışında alınabilecek ücretin ise 5393 sayılı Yasanın yukarıda aktarılan 18/f maddesinden kaynaklanan yetkiye dayalı ve kamu yararına uygun olarak İstanbul Büyükşehir Belediyesinin tarife komisyonunca belirlenen ücret oranında alınması yönünde tesis edilen işlemde hukuka aykırılık görülmemiştir.

Bu durumda, dava konusu işlemin iptali yönünde verilen İdare Mahkemesi kararında isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, İstanbul 2. İdare Mahkemesi kararının bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın anılan Mahkemeye gönderilmesine 23.11.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi .

GAYRİSIHHİ MÜESSESELER

T.C.
D A N I Ş T A Y
Sekizinci Daire
Esas No : 2008/1088
Karar No : 2009/8114

Özeti : İmar planında akaryakıt istasyonu olarak ayrılma ve akaryakıt tesis izni alınmasının; akaryakıt ruhsatı verilmesinde, 5015 sayılı Petrol Piyasası Yasası ve Petrol Piyasası Yönetmeliğinde kurala bağlanan mesafe şartı için kazanılmış hak teşkil etmeyeceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı
Vekili : Av. ...
Karşı Taraf : … LPG Gaz ve Petrol Ürünleri Ticaret Limited Şirketi
Vekili : Av. …
İstemin Özeti : İstanbul İli, Maltepe İlçesi, Cevizli Mahallesi, Bağdat Caddesi, … Numara, … pafta, … ada, … parsel sayılı taşınmazda akaryakıt satış ve servis istasyonu kurmak üzere ruhsat verilmesi istemiyle yapılan 23.6.2004 günlü başvurunun, akaryakıt istasyonu ile aynı istikamette, 800 m öncesinde ruhsatlı başka bir akayakıt istasyonu bulunduğu; 5015 sayılı Petrol Piyasası Yasasının 8. maddesinde yer alan 1 km şartına uyulmadığından bahisle reddedilmesine ilişkin İstanbul Büyükşehir Belediyesi Gayri Sıhhi Müesseseler İnceleme Kurulunun 8.12.2006 gün ve 9846 sayılı işleminin iptali istemiyle açılan davada; taşınmazın planda akaryakıt istasyonu olarak ayrıldığı; davacının başvurusu üzerine akaryakıt yer seçimi ve tesis izni verildiği; akaryakıt istasyonu olarak yapı ruhsatı ve yapı kullanma izin belgesi düzenlendiği tarihte davacının ruhsat isteminin dayanağı olarak gösterilen mesafe şartını getiren Petrol Piyasası Lisans Yönetmeliğinin yürürlükte bulunmasına karşın, işlemlerin yapılarak davacının haklı beklenti içinde yatırım yaptığı; hilesi

ve yalan beyanının bulunmadığı; kazanılmış hakkının korunması gerektiğinden işlemde mevzuata uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemi iptal eden İstanbul 5. İdare Mahkemesinin 19.10.2007 gün ve E:2006/2660, K:2007/2182 sayılı kararının; kazanılmış hakkın bulunmadığı; ruhsatın verildiği tarih itibarıyla aranılan koşulların bulunması gerektiği; Petrol Piyasası Lisans Yönetmeliğinde yer alan mesafe şartının bulunmadığı öne sürülerek 2577 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması istemidir.

Savunmanın Özeti : Mahkeme kararının onanması gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Sibel KARADEMİR'in Düşüncesi : İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık bulunmadığı anlaşıldığından, istemin kabulü gerektiği düşünülmektedir.

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince işin gereği görüşüldü :

Uyuşmazlık; akaryakıt satış ve servis istasyonu kurmak üzere ruhsat verilmesi istemiyle yapılan 23.6.2004 günlü başvurunun reddine ilişkin İstanbul Büyükşehir Belediyesi Gayri Sıhhi Müesseseler İnceleme Kurulunun 8.12.2006 gün ve 9846 sayılı işleminin iptali isteminden kaynaklanmıştır.

20.12.2003 gün ve 25322 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 5015 sayılı Petrol Piyasası Yasasının "bayiler" başlıklı 8. maddesinin 4. fıkrasında; "Kurul, teknik ve ekonomik kriterlere göre bayilik kategorileri oluşturabilir. Bu durumda bayilik lisansları kategorilerine göre düzenlenir. Akaryakıt ve LPG istasyonları arasındaki mesafeler, aynı yönde olmak üzere, şehirlerarası yollarda on kilometreden, şehir içi yollarda bir kilometreden az olmamak üzere Kurul tarafından çıkarılacak ve 01/01/2005 tarihinde yürürlüğe girecek yönetmelikle düzenlenir." hükmü yer almaktadır.

17.06.2004 gün ve 25495 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Petrol Piyasası Lisans Yönetmeliği' nin "Mesafe Kısıtlamaları" başlıklı 45. maddesinde; " İki akaryakıt ve/veya LPG istasyonu arasındaki mesafe, aynı yönde olmak üzere; a) Şehirlerarası yollarda on, b) Şehir içi yollarda bir, kilometreden az olamaz." düzenlemesi yer almaktadır.

Aynı Yönetmeliğin "Yürürlük" başlıklı 59. maddesinde ise; 45. maddenin 1.1.2005 günü yürürlüğe gireceği belirtilmiştir.

Dosyanın İncelenemesinden; İstanbul İli, Maltepe İlçesi, Cevizli Mahallesi, Bağdat Caddesi, … Numara, … pafta, … ada, … parsel sayılı taşınmazda akaryakıt satış ve servis istasyonu kurmak üzere ruhsat verilmesi istemiyle yapılan 23.6.2004 günlü başvurunun, akaryakıt istasyonu ile aynı istikamette 800 m öncesinde ruhsatlı akayakıt istasyonu bulunduğu; 5015 sayılı Petrol Piyasası Yasasının 8. maddesinde yer alan 1 km şartına uyulmadığından bahisle reddedilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri de "belirlilik"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması zorunludur. Ancak bu durumda birey, kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını ayarlayabilir. Bu kapsamda; belirlilik, kamu yararı ve hukuki güvenliği sağlamakla birlikte, kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı yönetimde istikrarı sağlar.

Olayda; akaryakıt satış ve servis istasyonu kurulmak üzere alınan 26.3.2004 gün ve 2004/777 sayılı akaryakıt ve ticaret olmak üzere imar durum belgesi sonrası, 23.4.2004 günü akaryakıt ruhsatı verilmesi istemiyle İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığına başvuruda bulunulmuş; akaryakıt satış ve servis istasyonu inşaatının 10.2.2005 gün ve 9098/437 sayılı akaryakıt yer seçimi ve tesis izni verilmesi sonrası başlanılarak tamamlandığı anlaşılmıştır. Bu nedenle; 5015 sayılı Petrol Piyasası Yasasında açıkça kurala bağlanan ve 01/01/2005 günü yürürlüğe girecek yönetmelikle düzenleneceği belirtilen mesafe şartının akaryakıt yer seçimi ve tesis izni verildiği gün itibarıyla da yürürlükte bulunması ve henüz dava konusu olan akaryakıt ruhsatının düzenlenmemiş olması karşısında, İdare Mahkemesinin haklı beklenti içinde bulunulduğu ve kazanılmış hak edinildiği gerekçesine katılmak, belirlilik ilkesi gereği mümkün değildir.

Öte yandan; yukarıda aktarılan mevzuat hükümlerinde, akaryakıt ve LPG istasyonları arasındaki mesafenin, aynı yönde olmak üzere, şehir içi yollarda bir kilometreden az olamayacağı belirtilmiş olmakla birlikte; bu düzenlemelerde muafiyete veya mesafe şartı ile ilgili geçiş sürecine ilişkin hükümlere de yer verilmemiştir.

Ayrıca; lisans başvuruları için imar planına dayalı olarak muafiyet sağlayan Enerji Piyasası Düzenleme Kurulunun 27.06.2007 gün ve 1232/3 sayılı kararının iptali istemiyle açılan davada da; düzenleyici bir idari işlem niteliğinde olan imar planında taşınmazın akaryakıt istasyonu alanı olarak ayrılmasının, bu yer için 5015 sayılı Yasanın 8. maddesinde öngörülen asgari mesafe gerekliliğini ortadan kaldırmayacağından, dayanağı yasal düzenlemeye uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle Danıştay 13. Dairesinin 16.01.2008 gün ve E:2007/11823 sayılı kararıyla yürütmenin durdurulmasına karar verilmiş; bu karara yapılan itiraz ise, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun E:2008/529 sayılı kararı ile reddedilmiştir.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu kararında da benimsendiği üzere; imar planında taşınmazın akaryakıt istasyonu olarak ayrılmasının 5015 sayılı Yasanın 8. maddesinde öngörülen asgari mesafe gerekliliğini ortadan kaldırmadığı açıktır. Bu açıdan bakıldığında; davaya konu taşımaz için kullanım amacı akaryakıt istasyonu olmak üzere; Petrol Piyasası Lisans Yönetmeliği yürürlükte iken alınan 2.5.2006 gün ve 2006/2-7 sayılı yapı ruhsatı ile 28.9.2006 gün ve 2006/1-31 sayılı yapı kullanma izin belgesinin anılan asgari mesafe gerekliliğini ortadan kaldırmayacağı kabul edilmelidir.

Bu durumda; dava konusu işlem tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan, 5015 sayılı Petrol Piyasası Yasası ve Petrol Piyasası Lisans Yönetmeliğinde kurala bağlanan, mesafe şartının sağlanamadığı anlaşıldığından, dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmamıştır.

Açıklan nedenlerle. İstanbul 5. İdare Mahkemesi kararının bozulmasına, dosyanın yeniden bir karar verilmek üzere anılan Mahkemeye gönderilmesine 25.12.2009 gününde oybirliği ile karar verildi .

MEMURLAR VE DİĞER KAMU GÖREVLİLERİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Sekizinci Daire
Esas No : 2007/8684
Karar No : 2009/5081

Özeti : 2547 sayılı Yükseköğretim Yasasına tabi öğretim elemanı kadrolarına atananların, bu kadrolardan kamu kurum ve kuruluşlarına memur statüsünde naklen veya açıktan ilgili mevzuatında belirtilen usul

ve esaslar çerçevesinde atanması hususunun kişinin atanmak istediği kamu kurum ve kuruluşunun takdirinde olduğu ve 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Yasası hükümlerine göre farklı bir personel rejimine tabi olarak çalışmakta iken görevinden kendi isteği ile çekilenlerin diğer kamu kurum ve kuruluşlarındaki memurluk kadrolarına atanmaları durumunda haklarında 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun bekleme sürelerine ilişkin hükümlerinin uygulanmayacağı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan :
Vekili : Av. …
Karşı Taraf : … Üniversitesi Rektörlüğü
Vekili : Av. …
İstemin Özeti : Davacının … Üniversitesi Tıp Fakültesi Genel Cerrahi Ana Bilim Dalı Öğretim Üyeliği görevini yürütmekte olduğu sırada … Eğitim ve Araştırma Hastanesine atanmak için yaptığı başvuru neticesinde Sağlık Bakanlığı tarafından … Üniversitesinden istenilen belgelerin zamanında gönderilmediğinden bahisle uğranıldığı ileri sürülen 16.101.87 YTL maddi, 10.000,00 YTL manevi tazminat istemiyle açılan davada; davacının istifa dilekçesinin aynı gün işleme konularak üniversiteden ilişiği kesilse dahi ilgilinin 657 sayılı Kanunun 97. maddesi uyarınca 6 ay geçmeden memuriyete yeniden başlamasının mümkün olmaması nedeniyle, çalışmaması nedeniyle uğradığını ileri sürdüğü zarara davalı idarenin sebebiyet verdiğinden bahsedilemeyeceğinden davacının maddi tazminat talebinin yerinde olmadığı, öte yandan davalı idarenin davacı ile ilgili olan bazı belgelerin gönderilmesini geciktirmiş olması nedeniyle ortaya çıkan bir ızdırap sözkonusu olmadığından manevi zarardan da bahsedilemeyeceği gerekçesiyle davayı reddeden Şanlıurfa İdare Mahkemesinin 29.06.2007 gün ve E:2007/1654, K:2007/611 sayılı kararının, idarenin gecikmeden ötürü kusurlu olduğu ileri sürülerek, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması istemidir.

Savunmanın Özeti : İstemin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Nilüfer SÜLKÜ'nün 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:

Uyuşmazlık, Davacının … Üniversitesi Tıp Fakültesi Genel Cerrahi Ana Bilim Dalı Öğretim Üyeliği görevini yürütmekte olduğu sırada … Eğitim ve Araştırma Hastanesine atanmak için yaptığı başvuru neticesinde Sağlık Bakanlığı tarafından … Üniversitesinden istenilen belgelerin zamanında gönderilmediğinden bahisle uğranıldığı ileri sürülen 16.101.87 YTL maddi, 10.000,00 YTL manevi tazminat isteminden doğmuştur.

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunun 62. maddesinde, üniversite öğretim elemanlarının özlük hakları için bu kanunun, bu kanunda belirtilmeyen hususlar için

Üniversite Personel Kanununun, bu kanunda da bulunmayan hususlar için genel hükümlerin uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

Öte yandan, 2914 Sayılı Yükseköğretim Personel Kanunun 20. maddesinde de bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu kurallarının uygulanacağı belirtilmiştir.

657 sayılı Kanunun 97. maddesinde;"Memurlardan mali ve cezai sorumlulukları saklı kalmak üzere ;

A) 94. maddenin 2. ve 3. fıkrasına uygun olarak memuriyetten çekilenler altı ay geçmeden ,

B) Bu Kanuna göre çekilmiş sayılanlar ile 94. maddenin 2. fıkrasına uymadan görevlendirilenlerden ayrılanlar bir yıl geçmeden ,

C) 95. maddede yazılı zorunluklara uymayanlar 3 yıl geçmeden,

D) 96. maddeye aykırı hareket edenler hiçbir surette,

Devlet Memurluğuna alınmazlar. "hükmü bulunmakta olup, söz konusu maddede Devlet memurluğundan çekilmiş bulunanların veya çekilmiş sayılanların yine 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi bir memuriyete atanabilmeleri için beklemeleri gerekli olan süreler düzenlenmiş bulunmaktadır.

Dosyanın incelenmesinden; davacının … Üniversitesi Tıp Fakültesi Genel Cerrahi Ana Bilim Dalı Öğretim üyesi olarak görev yapmakta iken … Eğitim ve Araştırma Hastanesine atanmasının yapılması istemiyle 24.01.2005 tarihinde Sağlık Bakanlığı Sağlık Eğitimi Genel Müdürlüğüne başvuruda bulunduğu, anılan başvuru üzerine Sağlık Bakanlığı Sağlık Eğitimi Genel Müdürlüğünce 01.02.2005 tarih ve 717 sayılı işlem ile … Üniversitesi Rektörlüğünden davacının sicil özeti ve son iki yıllık tezkiye fişlerinin gönderilmesinin istenildiği, bu istemin yerine getirilmediğinden bahisle 17.03.2005 tarihinde istifa eden davacının bu kez … Eğitim ve Araştırma Hastanesi 5. Cerrahi Kliniğine açıktan atamasının yapılması istemiyle Sağlık Bakanlığı Sağlık Eğitimi Genel Müdürlüğüne başvuruda bulunduğu, bu başvuru üzerine Sağlık Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğünce 18.03.2005 tarih ve 40775 sayılı işlem ile … Üniversitesi Rektörlüğünden davacının sicil özeti ve son iki yıllık sicil raporlarının gönderilmesinin istendiği, gereğinin yerine getirilmemesi üzerine Personel Genel Müdürlüğünce 05.04.2005 tarih ve 62343 sayılı işlem ile … Üniversitesi Rektörlüğünden davacının sicil özeti ve son iki yıllık sicil raporlarının gönderilmesinin ikinci kez istenildiği, 26.04.2005 tarihinde istenen belgelerin gönderilmesi üzerine 29.06.2005 tarih ve 5414 sayılı Sağlık Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü işlemi ile davacının Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetler Genel Müdürlüğü Daire Başkanlığına açıktan atamasının yapıldığı anlaşılmaktadır.

2547 sayılı Yükseköğretim Kanununa tabi Öğretim Elemanı kadrolarına atananların, bu kadrolardan kamu kurum ve kuruluşlarına memur statüsünde naklen veya açıktan ilgili mevzuatında belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde atanması hususunun kişinin atanmak istediği kamu kurum ve kuruluşlarının takdirinde olduğu ve 2914 sayılı Yüksek Öğretim Personel Kanunu hükümlerine göre farklı bir personel rejimine tabi olarak çalışmakta iken görevinden kendi isteği ile çekilenlerin diğer kamu kurum ve kuruluşlarındaki memurluk kadrolarına atanmaları durumunda haklarında 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun bekleme sürelerine ilişkin hükümlerinin uygulanmayacağı açıktır.

Bu durumda, davacının atanmasında anılan mevzuat gereği zorunlu olan bir bekleme süresi söz konusu olmadığından idarenin kusuru ile meydana gelen gecikme sonucu doğan bir zarar bulunmadığından bahisle tazminat isteminin reddine ilişkin Mahkeme kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, Şanlıurfa İdare Mahkemesi kararının bozulmasına, dosyanın yeniden bir karar verilmek üzere Mahkemeye gönderilmesine 25.09.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Sekizinci Daire
Esas No : 2007/9786
Karar No : 2010/210

Özeti : Seviye Belirleme Sınavında kitapçık türünü "B" olarak kodlaması gerekirken, "A" kitapçık türünü kodlaması ve değerlendirmenin de buna göre yapılmasında öncelikle adayın sorumlu olduğu açık olmakla birlikte; sınava giren öğrencilerin yaşlarının çok küçük olması nedeniyle adayın yanlışlıktan tek başına sorumlu tutulmasının hukuka ve hakkaniyete uygun olmadığı ve kitapçık türünün değiştirilerek değerlendirmenin bu kitapçığa göre yapılmamasına ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : Milli Eğitim Bakanlığı
Karşı Taraf : … 'e velayeten ...
Vekili : Av. …
İstemin Özeti : Davacının, … İlköğretim Okulu öğrencisi olan çocuğunun 10.06.2007 günü yapılan Seviye Belirleme Sınavında düşük puan aldığından bahisle yapılan başvurunun, adayın orjinal cevap kağıdına kitapçık türünü "B" olarak kodlaması gerekirken, "A" kitapçık türünü kodlaması ve değerlendirmenin de buna göre yapılması nedeniyle kitapçık türünün değiştirilmesi yolundaki başvurusunun reddine ilişkin Milli Eğitim Bakanlığı Eğitim Teknoloji Genel Müdürlüğünün 27.07.2007 gün ve 15597 sayılı işleminin iptali istemiyle açılan davada; salon aday yoklama listesinde adayın "B" kitapçık türünde sınava girdiğinin tutanak altına alındığı, cevap kağıdında ise "A" kitapçık türünün işaretlendiği, salon başkanının cevap kağıdında yer alan bilgilerin doğruluğunu kontrol etmekle sorumlu olduğu, sınav sonucunu doğrudan etkileyen kitapçık türünün kontrol edilerek yanlış işaretlenmesi durumunda adayın uyarılması suretiyle doğru seçeneğin işaretlenmesinin sağlanacağı, cevap kağıdında yer alan bilgilerden doğacak zararlar nedeniyle öncelikle adayın sorumlu olduğu açık olmakla birlikte sınava giren öğrencilerin yaşlarının çok küçük olması nedeniyle adayın yanlışlıktan tek başına sorumlu tutulmasının hukuka ve hakkaniyete uygun olmadığı, salon görevlisinin sorumluğunu ortadan kaldırmayacağı, gerekli dikkat ve özen gösterilmeyerek başarısız sayılmasına yol açıldığı, işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle iptal eden Ankara 14. İdare Mahkemesinin 31.10.2007 gün ve E:2007/1828, K:2009/1264 sayılı kararının; adayın gerekli dikkat ve özeni göstermediği öne sürülerek 2577 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması istemidir.

Savunmanın Özeti : İstemin reddi gerektiği savunulmuştur.

Danıştay Tetkik Hakimi Serpil KOÇYİĞİT ERDOĞAN'ın Düşüncesi : İstemin reddi gerektiği düşünülmektedir.

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince işin gereği görüşüldü :

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 22.01.2010 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Sekizinci Daire
Esas No : 2007/9179
Karar No : 2010/317

Özeti : Davacının iradesinin sakatlanması suretiyle evlendiği ve bu evliliğin iptaline karar verildiği açık olup, gerçek iradesini yansıtmayan evlilik akdi nedeniyle davacının öğrencisi olduğu liseden ilişiğinin kesilmesine yönelik dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : …
Vekili : Av. …
Karşı Taraf : Muğla Valiliği
İstemin Özeti : Muğla İli, … Anadolu Ticaret, Anadolu Otelcilik Turizm Meslek Lisesi ve Anadolu Ticaret Meslek Lisesi öğrencisi olan davacının, evli olduğundan bahisle Milli Eğitim Bakanlığı Liseler Yönetmeliğinin 153. maddesi uyarınca ilişiğinin kesilmesine ilişkin 22.12.2006 günlü işlemin iptali istemiyle açılan davada; davacının evli olduğu hususu tartışmasız olduğundan anılan Yönetmelik maddesi hükmü uyarınca ilişiğinin kesilmesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddeden Muğla 1. İdare Mahkemesinin 12.07.2007 gün ve E:2007/56, K:2007/1455 sayılı kararının; davacının zorla evlendirildiği, evliliğin iptali istemiyle açılan davanın kabul edildiği öne sürülerek, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması istemidir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Nihat KOÇAK'ın Düşüncesi : Fethiye 3. Asliye Hukuk Mahkemesinde açılan evliliğin butlanı davasında, davacının evlenmeyi hiç istemediği halde iradesinin sakatlanması suretiyle annesinin baskısıyla evlendiği hususu sabit görülerek evliliğin iptaline karar verildiği ve bu kararın kesinleştiği anlaşıldığından, davacının iradesi hilafına zorla imzaladığı evlilik sözleşmesi nedeniyle tesis edilen dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığından temyize konu kararın bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Elmas MUCUKGİL'in Düşüncesi : Dava, Muğla ili, … Ticaret Lisesi Anadolu Otelcilik ve Turizm Meslek Lisesi öğrencisi olan davacının evli olduğundan

bahisle okulla ilişiğinin kesilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmış olup, davanın reddi yolunda verilen idare mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Temyize konu idare mahkemesi kararında, davacının evli olduğu hususu ihtilafsız olduğundan Lise ve Ortaokullar Yönetmeliğinin 153. maddesi uyarınca okulla ilişiğinin kesilmesine ilişkin olarak tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

Lise ve Ortaokullar Yönetmeliğinin 153. maddesinde, evli, nişanlı olanlar okula öğrenci olarak alınmayacakları, öğrenci iken evlenen ve nişanlananların okulla ilişkilerinin kesileceği kurala bağlanmıştır.

Anılan yönetmelikte yer verilen kuralın tarafların karşılıklı olarak iradeleri ile gerçekleştirdikleri evlilik akdini ifade ettiği açık olup, dava konusu işlemin tesis edildiği tarih öncesinde 12.12.2006 tarihinde davacı tarafından 18.8.2006 tarihinde yapılan evliliğin butlanı davasının açılmış olduğu dikkate alındığında, işleme dayanak oluşturan evliliğin davacının gerçek iradesini yansıttığından söz edilemeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır.

Davacı tarafından Fethiye 3. Asliye Hukuk Mahkemesinde açılan evliliğin butlanı davasının sonuçlandığı ve 18.8.2006 tarihinde yapılan evlenmenin iptaline karar verildiği ve bu kararın 19.11.2007 tarihinde kesinleştiği dosyadaki mevcut belgelerden anlaşılmaktadır.

Bu durumda, yargı kararıyla evlenmenin davacının isteği dışında iradesi yanıltılarak gerçekleştiği, nisbi butlanın şartlarının oluştuğunun kabulü ile evlenmenin iptaline karar verildiği ve bu kararın kesinleştiği dikkate alınarak yeniden bir karar verilmek üzere idare mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Uyuşmazlık, Muğla İli, … Anadolu Ticaret, Anadolu Otelcilik Turizm Meslek Lisesi ve Anadolu Ticaret Meslek Lisesi öğrencisi olan davacının, evli olduğundan bahisle Milli Eğitim Bakanlığı Liseler Yönetmeliğinin 153. maddesi uyarınca ilişiğinin kesilmesine ilişkin 22.12.2006 günlü işlemin iptali isteminden doğmuştur.

Milli Eğitim Bakanlığı Lise ve Ortaokullar Yönetmeliğinin 153. maddesinde; "Evli, nişanlı olanlar okula öğrenci olarak alınmazlar. Öğrenci iken evlenen ve nişanlananların okulla ilişkileri kesilir." hükmüne yer verilmiştir.

Anılan kuralın, tarafların karşılıklı iradeleri ile gerçekleştirdikleri evlilik akdi ya da nişanlılık durumunu ifade ettiği açıktır.

Dosyanın incelenmesinden; … Anadolu Ticaret, Anadolu Otelcilik Turizm Meslek Lisesi ve Anadolu Ticaret Meslek Lisesi öğrencisi olan davacının, 8.8.2006 gününde evlendiği, 12.12.2006 gününde ise evlilik akdini iradesi hilafına anne ve babasının baskısıyla imzaladığı iddiasıyla Fethiye 3. Asliye Hukuk Mahkemesinin E:2006/715 sayılı esasına evliliğin butlanı (iptali) davasını açtığı, evli olduğu gerekçesiyle ilişiğinin kesilmesi üzerine bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Olayda, davacı tarafından açılan evliliğin iptali davasında; temyiz dilekçesine ekli Fethiye Asliye Hukuk Mahkemesinin 14.9.2007 gün ve E:2006/715, K:2007/361 sayılı kararı ile, davacının evlenmeyi hiç istemediği halde, iradesinin sakatlanması suretiyle aile baskısıyla evlendiği hususu sabit görülerek evliliğin iptaline karar verildiği ve bu kararın 19.11.2007 gününde kesinleştiği anlaşılmıştır.

Bu durumda; davacının iradesinin sakatlanması suretiyle evlendiği ve bu evliliğin iptaline karar verildiği açık olup, gerçek iradesini yansıtmayan evlilik akdi nedeniyle davacı hakkında tesis edilen işlemde ve bu işlemin iptali istemiyle açılan davayı reddeden İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, Muğla 1. İdare Mahkemesi kararının bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın anılan Mahkemeye gönderilmesine 27.01.2010 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Sekizinci Daire
Esas No : 2009/4536
Karar No : 2009/7892

Özeti : Yabancı dille okutulan derse yer vermeyen lisans veya lisansüstü programlarda zorunlu yabancı dil hazırlık programı getirilmesinin mümkün olduğu, yabancı dil hazırlık sınıfının zorunlu olduğu bir yükseköğretim kurumunda okuyan davacının, hazırlık sınıfını geçmeden birinci sınıfa kaydının yapılmasının mümkün olmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : Başkent Üniversitesi Rektörlüğü
Vekili : Av. …
Karşı Taraf : …
Vekili : Av …, Av. …
İstemin Özeti : 2008 yılında ÖSYM tarafından yabancı dil hazırlık sınıfından kaydı silinen öğrencilerin yerleştirilmesi sonucunda, Başkent Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Siyaset Bilimi ve Uluslararası İlişkiler Bölümüne yerleştirilen davacının, hazırlık sınıfı okumadan birinci sınıfa kaydedilemeyeceğine ilişkin Başkent Üniversitesi Rektörlüğünün 04.11.2008 gün ve 1149 sayılı işleminin iptali istemiyle açılan davada; 01.04.1996 gün ve 22598 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Yükseköğretim Kurumlarında Yabancı Dil Eğitim-Öğretimi ve Yabancı Dille Eğitim-Öğretim Yapılmasında Uyulacak Esaslara İlişkin Yönetmeliğin 9. maddesi ve ÖSYM tarafından yapılan Yabancı Dil Hazırlık Sınıflarından Kaydı Silinen Öğrencilerin Türkçe Öğretim Yapan Yükseköğretim Programlarına Yerleştirilmelerine İlişkin Açıklamanın 1. ve 5. maddeleri uyarınca, davacının doğrudan birinci sınıfa kaydının yapılması gerekirken, aksi yönde tesis edilen dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle işlemi iptal eden Ankara 13. İdare Mahkemesinin 31.03.2009 gün ve E:2008/1180, K:2009/418 sayılı kararının; davacı üniversiteye kayıt başvurusunda bulunmadığından, iptalini talep edebileceği bir işlemin de mevcut olmadığı öne sürülerek, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması istemidir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Tuğba DEMİRER AKAR'ın Düşüncesi : İstemin kabulü ile İdare Mahkemesi 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 görüşüldü:

Uyuşmazlık, 2008 yılında, ÖSYM tarafından, yabancı dil hazırlık sınıfından kaydı silinen öğrencilerin yerleştirilmesi sonucunda, Başkent Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Siyaset Bilimi ve Uluslararası İlişkiler Bölümüne yerleştirilen davacının, hazırlık sınıfı okumadan birinci sınıfa kaydedilemeyeceğine ilişkin Başkent Üniversitesi Rektörlüğü işleminin iptali isteminden doğmuştur.

2547 sayılı Yükseköğretim Yasasının 49. maddesinde; "Eğitim-öğretimini kısmen veya tamamen bir yabancı dilden yapan yükseköğretim kurumları, kaydını yaptıran öğrencileri, öğrenimde kullanılacak yabancı dilde bir yeterlilik sınavına tabi tutarlar. Yetersiz bulunan öğrenciler için esasları Yükseköğretim Kurulunca tespit edilecek, bir yıla kadar süreli, bir yabancı dil hazırlık öğrenimi uygulanır. Bu lisan öğreniminde başarılı olamayan öğrencilerin bu yükseköğretim kurumu ile ilişkileri kesilir. Normal öğrenimin devamı süresince öğrencilerin yabancı dil bilgilerinin geliştirilmesi için öğretim kurumlarınca gerekli önlemler devamlı şekilde alınır." kuralı yer almaktadır.

Eğitim ve öğretim kurumlarında okutulacak yabancı diller, yabancı dille eğitim ve öğretim yapan okullar ile Türk vatandaşlarının günlük yaşamlarında geleneksel olarak kullandıkları farklı dil ve lehçelerin öğreniminin tabi olacağı esasları düzenleyen 14.10.1983 gün ve 2923 sayılı "Yabancı Dil Eğitimi ve Öğretimi ile Türk Vatandaşlarının Farklı Dil ve Lehçelerinin Öğrenilmesi Hakkında Kanun"un 3. maddesinde ise, yabancı dil eğitimi ve öğretiminin, amaç, program, yöntem ve uygulamalarıyla, yabancı dille eğitim öğretim yapan kurumların tabi olacağı esasları kapsayan yükseköğretim kurumlarıyla ilgili yönetmeliğin Yükseköğretim Kurulunca hazırlanıp yürürlüğe konulacağı öngörülmüştür.

Değinilen yasal düzenlemelere dayanılarak hazırlanan ve 1.4.1996 gün ve 22598 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe konulan "Yükseköğretim Kurumlarında Yabancı Dil Eğitim-Öğretim ve Yabancı Dille Eğitim-Öğretim Yapılmasında Uyulacak Esaslara İlişkin Yönetmelik" ile; yükseköğretim kurumlarında yabancı dil eğitim-öğretiminin ve yabancı dille eğitim-öğretimin amaç, içerik, uygulama ve değerlendirme esaslarıyla yabancı dille eğitim-öğretim yapan yükseköğretim kurumlarının uyması gereken koşullar düzenlenmiş; Yönetmeliğin 4. maddesinde, zorunlu yabancı dil eğitim-öğretiminin amacının; öğrenciye aldığı yabancı dilin temel kurallarını öğretmeyi, yabancı dil kelime hazinelerini geliştirmeyi, öğrencilerin kendilerini ifade edebilmelerini ve kendi konularındaki metinleri anlayabilmelerini sağlamak olduğu, yabancı dil hazırlık sınıfı eğitim-öğretiminin amacının ise; öğrencilerin kayıtlı oldukları programda eğitim-öğretimin yabancı dilde kendi konularında okuduğunu ve duyduğunu anlayabilme, kavrayabilme, metinleri Türkçe'ye çevirebilme, yazı ve söz ile kendilerini ifade edebilme yeteneğini kazanmalarını sağlamak olduğu belirtilmiş; yönetmeliğin 10. maddesinde, Türkiye'deki yükseköğretim kurumlarında öğretim dili Türkçe olarak belirlenmekle birlikte, yapılan düzenlemelerle eğitimin kısmen veya tamamen yabancı dille yapılması, eğitim-öğretim dili Türkçe olup yabancı dil eğitim-öğretimi yapılması imkanı sağlanmıştır.

Anılan Yönetmelikte, 10.7.2007 gün ve 26578 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Yönetmelikle değişiklikler yapılmış, Yönetmeliğin 7 ve 9. maddelerinde yapılan değişikliklerin iptali istemiyle açılan davada, Dairemizin 2.7.2008 gün ve E:2007/6613, K:2008/4927 sayılı kararı ile; dava konusu Yönetmeliğin iptali istenen 9. maddesinin (a) fıkrasında; öğrencilerin öğretim dili Türkçe olan önlisans ve lisans programlarında öğrenim görüyorlar ise, öğrenimlerini tamamlayıncaya kadar yabancı dil yeterlik sınavını başarmak zorunda oldukları; öğrenimlerini tamamlayana kadar yabancı dil yeterlik sınavını başaramayanların kayıtları silinerek, üniversiteden ilişiği kesileceği yolunda düzenleme yapılmış ise de; dava konusu Yönetmelik dayanağını 2547 sayılı Yasanın 49. maddesinden aldığına göre, bu maddedeki eğitim şartları ve sonuçlarının yönetmeliğe tabi olan yükseköğretim kurumlarında da uygulanması gerektiği; maddenin sadece eğitim-öğretimini kısmen veya tamamen bir

yabancı dilden yapan yükseköğretim kurumlarını kapsadığını kabul etmenin yönetmeliğin düzenleniş amacına aykırı olduğu gibi, dayanağını da ortadan kaldırmak olacağı, diğer taraftan zorunlu hazırlık sınıfında başarısız olan ve yeterli yabancı dil öğrenme kapasitesine sahip olmadığı tespit edilen öğrencilere, önlisans ve lisans programlarına devam hakkı tanınması halinde, anılan maddede belirlenen "normal öğrenimin devamı süresince öğrencilerin yabancı dil bilgilerinin geliştirilmesi için öğretim kurumlarınca gerekli önlemlerin devamlı şekilde alınması" kuralı uyarınca, okudukları programlarla ilgili mesleki yabancı dil derslerinde başarılı olmalarının mümkün olmadığı gözönüne alındığında, bu sürecin eğitim ve öğretimin kalitesini düşüreceği; yabancı dil yeterlik sınavının eğitim ve öğretim süresine kadar yayılmasının öğrenciye ve üniversiteye ek yük getireceğinden cihetle, ciddi anlamda mağduriyetlerine sebebiyet vereceği anlaşıldığından, söz konusu değişikliğin kanuna, hakkaniyete, kamu yararına, eğitim ve öğretim esaslarına uygun olmadığı gerekçesiyle Yükseköğretim Kurumlarında Yabancı Dil Eğitim Öğretim ve Yabancı Dille Eğitim-Öğretim Yapılmasında Uyulacak Esaslara İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 9 uncu maddesinin 2 nci fıkrasının (a) bendinin iptaline karar verilmiştir.

Yine Dairemizin 9.10.2009 gün ve E:2009/6889 sayılı yürütmeyi durdurma kararında, yabancı dille okutulan derse yer vermeyen lisans veya lisansüstü programlarda, zorunlu yabancı dil hazırlık programı getirilebileceği belirtilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden; 2006 yılında ÖSYM Başkanlığı tarafından, ODTÜ Kuzey Kıbrıs Kampüsu Siyaset Bölümü ve Uluslararası İlişkiler Bölümüne davacının kaydının yapıldığı; 2006-2007 dönemi ve 2007-2008 dönemi hazırlık sınıfında başarısız olması üzerine kaydının silindiği; bu kez 2008 yılı yabancı dil hazırlık sınıflarından kaydı silinen öğrencilerin yerleştirilmesi sonucunda Başkent Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Siyaset Bilimi ve Uluslararası İlişkiler Bölümüne yerleştirildiği; davacının doğrudan birinci sınıfa kaydının yapılması istemiyle yapmış olduğu başvurunun reddi üzerine bakılan davanın açıldığı, anlaşılmıştır.

Yukarıda aktarılan yasal mevzuat ve Dairemiz kararları uyarınca, yabancı dille okutulan derse yer vermeyen lisans veya lisansüstü programlarda zorunlu yabancı dil hazırlık programı getirilmesi mümkün olup, davalı Başkent Üniversitesi de, Türkçe eğitim veren ve yabancı dil hazırlık sınıfının "zorunlu" tutulduğu bir yükseköğretim kurumudur.

Bu durumda; davacının, yabancı dil hazırlık sınıfının zorunlu olduğu yükseköğretim kurumunda, hazırlık sınıfını geçmeden birinci sınıfa kaydının yapılması mümkün olmayıp, aksi yönde verilen İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, Ankara 13. İdare Mahkemesi kararının bozulmasına, dosyanın yeniden bir karar verilmek üzere anılan Mahkemeye gönderilmesine 21.12.2009 gününde karar verildi.

ÖĞRENİM İŞLERİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Sekizinci Daire
Esas No : 2009/5457
Karar No : 2009/7025

Özeti : 19.6.2002 gününde yayımlanan Tıpta Uzmanlık Tüzüğü uyarınca; uzmanlık sınavına girecek adaylardan askerliğini yapmamış olanların uzmanlık eğitimi yapacakları dal için öngörülen

sürenin sonuna kadar 34 yaşından gün almayacak durumda olması gerektiği açık olduğundan, uzmanlık sınavı tarihi itibariyle 33 yaşında olan ve 5 yıl eğitim süresi gerektiren Göğüs Cerrahisi uzmanlık dalını kazanan davacının, uzmanlık eğitimine başlatılmamasına ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : … Üniversitesi Rektörlüğü
Vekili : Av. …
Karşı Taraf : …
Vekili : Av. …
İstemin Özeti : 2008 yılı Nisan ayında yapılan Tıpta Uzmanlık Sınavı sonuçlarına göre … Üniversitesi Tıp Fakültesi Göğüs Cerrahisi Bölümünü kazanan davacının, ihtisas eğitimine başlamak üzere davalı idareye yaptığı başvurunun, askerlik için yasal yaş sınırını aşmış olduğundan bahisle reddedilmesine ilişkin 30.6.2008 gün ve 2252 sayılı … Üniversitesi Personel Daire Başkanlığı işleminin iptali istemiyle açılan davada; 1111 sayılı Askerlik Yasasına göre askerlik hizmetinin 35 yaşına kadar tecil edilebileceği açık olduğundan, usul ve yasaya uygun bir biçimde Tıpta Uzmanlık Sınavına girerek … Üniversitesi Tıp Fakültesi Göğüs Cerrahisi Bölümünü kazanan ve kayıt tarihi itibariyle 33 yaşında olan davacının, 35 yaşına kadar askerlik yükümlülüğü tehir edilebileceğinden ve 35 yaşına geldiğinde askerlik hizmeti ile yükümlü tutulacağı kesinlik arzetmediğinden yasal yaş sınırı ve askerlik hizmeti gerekçe gösterilerek tesis edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle iptal eden Denizli İdare Mahkemesinin 29.4.2009 gün ve E:2008/1146, K:2009/294 sayılı kararının; Tıpta Uzmanlık Tüzüğü gereği davacının tıpta uzmanlık sınavına giriş şartlarını dahi taşımadığı ileri sürülerek, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması istemidir.

Savunmanın Özeti : Askerlik hizmetinin kişinin eğitim hakkını engelleyici bir unsur olarak görülemeyeceği, davacının kayıt tarihi itibariyle askerlik yaş sınırını aşmadığı ve bu nedenle iptale ilişkin Mahkeme kararının hukuka uygun olduğu belirtilerek temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Volkan ÇAKMAK'ın Düşüncesi : Dava konusu işlem tesis edildiği tarihte uygulanmakta olan Tıpta Uzmanlık Tüzüğünün ve 2008 yılı Nisan Dönemi Tıpta Uzmanlık Eğitimine Giriş Sınavı Kılavuzunun açık hükmü uyarınca Tıpta Uzmanlık Giriş Sınavı şartlarını taşımaksızın sınava girenler, başarılı olsalar bile uzmanlık eğitimine başlatılamayacağından, Tıpta Uzmanlık Sınavında başarılı olan davacının, Tıpta Uzmanlık Sınavına yukarıda anılan idari düzenlemelerde askerlik için öngörülen yaş sınırını aşmak suretiyle girmiş olması karşısında; hukuka uygun olarak hakkında tesis olunan dava konusu işlemi iptal eden temyize konu kararın bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Hüseyin YILDIZ'ın Düşüncesi : 2008 yılı Nisan ayında yapılan Tıpta Uzmanlık Sınavında, … Üniversitesi Tıp Fakültesi Göğüs Cerrahisi Bölümünü kazanan davacının, ihtisasına başlamak üzere davalı idareye yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada, işlemi iptal eden Denizli İdare Mahkemesi kararının davalı idarece temyizen incelenerek bozulması istenmektedir.

19.6.2002 günlü ve 24790 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Tıpta Uzmanlık Tüzüğünün, "Asistanlığa giriş sınavlarının şartları" başlığını taşıyan 14.maddesinin (c) fıkrasında; "Askerlikle ilgili bulunmamak veya askerlik hizmetini yapmış yada yedek sınıfa geçirilmiş yahut 1111 sayılı Askerlik Kanunu'nun 86 ncı ve 89 uncu maddelerinde öngörülen durumlardan birine girmemiş ve askerliğini yapmamış olanlar bakımından uzmanlık eğitimi yapacakları dal için Tüzüğe ekli çizelgede öngörülen sürelerin sonuna kadar 34 yaşından gün almayacak durumda olmak." hükmü yer almış, Aynı Tüzüğün

23.maddesinde ise; "Uzmanlık eğitiminin kesintisiz olması şarttır." Hükmü getirilmiştir. Bu Tüzüğe Ekli çizelgede de, Göğüs Cerrahisi için, 5 yıllık eğitim süresi tanınmıştır.

2008 Tıpta Uzmanlık Eğitimi Giriş Sınavı, Nisan Dönemi Klavuzunun "Başvuru Koşulları" başlığı altında; "Asistanlık giriş sınavı şartlarını taşımaksızın sınava girenler başarılı olsalar bile uzmanlık eğitimine başlatılmazlar. Bu şartlardan herhangi birini taşımadığı sonradan anlaşılanlar ile asistanlıkları sırasında bu şartlardan herhangi birini kaybedenlerin asistanlığına son verilir." kuralı yer almıştır.

Dosyanın incelenmesinden 18.01.1975 doğumlu olup, 34 yaşından gün alıp, askerliğini henüz yapmadığı anlaşılan davacının, 2008 yılı Nisan ayında yapılan Tıpta Uzmanlık Sınavına katıldığı ve sınav sonucunda … Üniversitesi Tıp Fakültesi Göğüs Cerrahisi Bölümünü kazanması üzerine anılan bölüme, asistan olarak atama talebinin davalı idarece reddine ilişkin işlemini dava konusu ettiği anlaşılmıştır.

Yukarıda sözü geçen mevzuat hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden, Tıpta Uzmanlık Giriş Sınavı Şartlarını taşımaksızın sınava girenler, başarılı olsalar bile uzmanlık eğitimine başlatılamıyacağı gibi, bu şartlardan herhangi birini taşımadığı sonradan anlaşılanlar ile asistanlıkları sırasında bu şartlardan herhangi birini kaybedenlerin görevlerine son verilecektir.

Bu durumda, Tıpta Uzmanlık Sınavında başarılı olan davacının, bu sınava mevzuatta askerlik için, öngörülen yaş sınırını aşmak suretiyle girmiş olması karşısında; hakkında tesis olunan dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığından, davanın reddi gerekirken aksi yönde verilen Mahkeme iptal kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, Temyiz isteminin kabulü ile Mahkeme k ararının bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Uyuşmazlık; 2008 yılı Nisan ayında yapılan Tıpta Uzmanlık Sınavı sonuçlarına göre … Üniversitesi Tıp Fakültesi Göğüs Cerrahisi Bölümünü kazanan davacının, ihtisas eğitimine başlamak üzere davalı idareye yaptığı başvurunun, askerlik için yasal yaş sınırını aşmış olduğundan bahisle reddedilmesine ilişkin 30.6.2008 gün ve 2252 sayılı … Üniversitesi Personel Daire Başkanlığı işleminin iptali isteminden doğmuştur.

Dava konusu işlem tesis edildiği tarihte uygulanmakta olan ve 19.6.2002 günlü ve 24790 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiş bulunan Tıpta Uzmanlık Tüzüğünün, asistanlığa giriş sınavına başvuru şartlarını belirleyen 14.maddesinin (c) fıkrasında; askerlikle ilgili bulunmamak veya askerlik hizmetini yapmış yada yedek sınıfa geçirilmiş yahut 1111 sayılı Askerlik Kanunu'nun 86 ncı ve 89 uncu maddelerinde öngörülen durumlardan birine girmemiş ve askerliğini yapmamış olanlar bakımından uzmanlık eğitimi yapacakları dal için Tüzüğe ekli çizelgede öngörülen sürelerin sonuna kadar 34 yaşından gün almayacak durumda olmak, hükmüne yer verilmiş olup, aynı Tüzüğün 23.maddesinde; uzmanlık eğitiminin kesintisiz olacağı belirtilmiş ve Tüzüğe Ekli çizelgede de, Göğüs Cerrahisi için, 5 yıllık eğitim süresi öngörülmüştür.

2008 yılı Nisan Dönemi Tıpta Uzmanlık Eğitimine Giriş Sınavı Kılavuzunda da paralel hükümlere yer verilmiş ve Kılavuzun "Başvuru Koşulları" kısmında; asistanlık giriş sınavı şartlarını taşımaksızın sınava girenlerin başarılı olsalar bile uzmanlık eğitimine başlatılmayacakları ve bu şartlardan herhangi birini taşımadığı sonradan anlaşılanlar ile asistanlıkları sırasında bu şartlardan herhangi birini kaybedenlerin asistanlığına son verileceği belirtilmiştir.

Dava dosyasında yer alan bilgi ve belgeler uyarınca, 18.1.1975 doğumlu olup, sınav tarihi itibariyle 33 yaşında bulunan ve henüz askerlik hizmetini yerine getirmemiş olan davacının Göğüs Cerrahisi Bölümünü ancak 38 yaşında tamamlayabileceği açık olup, yukarıda alıntısı yapılan hukuki düzenlemeler uyarınca 2008 yılı Nisan Döneminde yapılan

Tıpta Uzmanlık Eğitimine Giriş Sınavına girebilmek için yeterli koşulları taşımadığı tartışmasızdır.

Bu duruma göre; dava konusu işlem tesis edildiği tarihte uygulanmakta olan Tıpta Uzmanlık Tüzüğünün ve 2008 yılı Nisan Dönemi Tıpta Uzmanlık Eğitimine Giriş Sınavı Kılavuzunun açık hükmü uyarınca Tıpta Uzmanlık Giriş Sınavı Şartlarını taşımaksızın sınava girenler, başarılı olsalar bile uzmanlık eğitimine başlatılamayacağından, Tıpta Uzmanlık Sınavında başarılı olan davacının, bu sınava askerlik için öngörülen yaş sınırını aşmak suretiyle girmiş olması karşısında; hukuka uygun olarak hakkında tesis olunan dava konusu işlemi iptal eden temyize konu kararda hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenle, Denizli İdare Mahkemesi kararının bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın anılan Mahkemeye gönderilmesine 4.12.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

ÖĞRETİM İŞLERİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Sekizinci Daire
Esas No : 2009/5454
Karar No : 2009/7028

Özeti : Akademik kadrolara yapılacak atamalar için anabilim dalı, bölüm gibi ilgili birimlerin akademik personel ihtiyacına ilişkin görüş ve önerileri alınmadan akademik ilana çıkılmasında ve atama yapılmasında hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : …
Vekili : Av. ...
Karşı Taraf : ... Üniversitesi Rektörlüğü
Vekili : Av. ...
Davalı İdare Yanında Davaya Katılan : …

İstemin Özeti : … Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İktisat Bölümü Başkanı olan davacının, başkanı olduğu bölüme müdahilin doçent olarak atanmasına ilişkin işlemin iptal edilmesi istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin 21.3.2008 gün ve 685 sayılı İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dekanlığı yazısıyla bildirilen işlemin iptali istemiyle açılan davada; 2547 sayılı Yükseköğretim Yasası uyarınca müdahilin doçent olarak atanmak için gerekli şartları taşıdığı, bilim jürisince atanması için olumlu rapor düzenlendiği ve davalı Üniversitenin İktisat Bölümü için dışarıdan öğretim görevlisi görevlendirdiği bir başka ifadeyle bu yönde bir ihtiyacın bulunduğu dikkate alındığında, müdahilin doçent olarak boş bulunan kadroya atanmasında hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddeden Konya 1. İdare Mahkemesinin 27.3.2009 gün ve E:2008/407, K:2009/398 sayılı kararının; atama yapılırken 2547 sayılı Yükseköğretim Yasasında öngörülen usule aykırı davranıldığı, ilgili birimlere görüş sorulmadığı ileri sürülerek 2577 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması durdurulması istemidir.

Savunmaların Özeti : İşlemin, üniversitenin öğretim üyesi üyesi ihtiyacı dikkate alınarak, kamu yararı ve hizmet gerekleri uyarınca yetkili makamlarca hukuka uygun bir biçimde tesis edildiği belirtilerek, temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.

Danıştay Tetkik Hakimi Volkan ÇAKMAK'ın Düşüncesi : Rektörlüğün, İktisat Bölümünde değerlendirilmek üzere doçentlik kadrosu akademik ilanı vermeden önce, bölümün her düzeydeki eğitim-öğretim ve araştırmalarından ve bölümle ilgili her türlü faaliyetin düzenli ve verimli olarak yürütülmesinden, kaynakların etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamaktan ilk elden sorumlu olan bölüm başkanından öneri ve görüş alması gerektiği 2547 sayılı Yasa hükümleri uyarınca açık olduğundan, üniversitelerin kadro ihtiyaçlarının belirlenmesinde gerekli olan süreç izlenmeksizin verilen akademik kadro ilanı sonucu atama yapılmasına ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı, bu nedenle temyize konu kararın bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Ahmet Yahya ÖZDEMİR'in Düşüncesi : Davalı Üniversite İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesinde Doçent kadrosuna Doç. Dr. …'ın atanmasına dair işlemin iptali istemiyle açılan davayı reddeden İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 25/a. maddesinde, "Üniversitelerde veya yüksek teknoloji enstitülerinde doçentlik kadroları boşaldığında, rektörlükçe boşalan kadroları ve o kadro ile ilgili olarak adaylarda aranacak nitelikleri kadronun devamlı veya kısmi statüde olduğunu da belirterek ilan edilir." hükmüne yer verilmiş; aynı Kanunun 13/b-3 maddesinde "Üniversitenin yatırım programlarını, bütçesini ve kadro ihtiyaçlarını, bağlı birimlerinin ve üniversite yönetim kurulu ile senatonun görüş ve önerilerini aldıktan sonra hazırlamak ve Yükseköğretim Kuruluna sunmak" rektörün görevleri arasında sayılmış; 16/b-3 maddesinde ise, "Fakültenin ödenek ve kadro ihtiyaçlarını gerekçesi ile birlikte rektörlüğe bildirmek, fakültenin bütçesi ile ilgili öneriyi fakülte yönetim kurulunun da görüşünü aldıktan sonra rektörlüğe sunmak" dekanın görevleri arasında sayılmıştır.

2547 sayılı Yükseköğretim Yasası temel alınarak çıkarılan Üniversitelerde Akademik Teşkilat Yönetmeliğinin "Anabilim veya Anasanat Dalı" başlıklı 16. maddesinde; anabilim veya anasanat dalı, bölümü oluşturan ve en az bir bilim veya sanat dalını kapsayan eğitim öğretim uygulama ve araştırma faaliyetlerinin yürütüldüğü akademik birim olarak tanımlanmış, "Yöneticilerle İlgili Hükümler" başlıklı 18. maddesinde ise, anabilim dalı başkanı yönetici olarak nitelendirilip seçimi ve görev sürelerine ilişkin usuller tespit edilmiştir.

Ayrıca anılan Yönetmeliğin Anabilim Dalı Kurulu'nun tanımlandığı 16. maddesinin son fıkrasında, anabilim dalı kurulunun ilgili anabilim dalı programlarının planlanması ve uygulanmasında anabilim dalı başkanına görüş bildireceği hüküm altına alınmıştır.

Yukarıda alıntısı yapılan Yasa ve yönetmelik hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden, üniversitelerin kadro ihtiyacını belirleyerek buna göre gerekli prosedürü takip edip ilan vermenin rektörün görevleri içerisinde olmakla birlikte yönetici konumunda olan ana bilim dalı başkanınca programların planlanması ve uygulamasında anabilim dalı kurulundan görüş alacağı dikkate alındığında, anabilim dalı ile ilgili kararların alınmasında, öğretim üyesi ihtiyacının belirlenmesinde ve nihai olarak eğitim öğretim faaliyetinin düzenli ve verimli şekilde yürütülmesinde ilk elden sorumlu olduğu tartışmasızdır.

Davacının başkanı olduğu İktisat Bölüm Başkanlığınca doçent ihtiyacı bulunduğu yolunda Dekanlığa gerekse Rektörlüğe ihtiyaç isteminde bulunulmadığı, Nevşehir Üniversitesi İktisat Teorisi ve Tarihi Anabilim Dalı öğretim üyesi olan Doç. Dr. …'ın akademik gelişimine uygun bulunmayan İktisat Politikası ABD öğretim üyeliğine dava konusu işlemle atandığı iddiaları ile dava açıldığı görülmektedir.

Bu hale göre olayda, kadro ihtiyacı ve niteliklerine ilişkin gerekli olan prosedür tamamlanmaksızın ve Mikro iktisat doçenti olan ilgili kişinin atanmasının iktisat politikası için uygun olup olmadığı irdelenmeksizin yapılan atama işleminde hukuka uyarlık, davanın reddi yolundaki Mahkeme kararında isabet görülmemektedir.

Belirtilen nedenlerle, temyiz konusu kararın bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Uyuşmazlık; … Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İktisat Bölümüne müdahilin doçent olarak atanmasına ilişkin işlemin iptal edilmesi istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin 21.3.2008 gün ve 685 sayılı İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dekanlığı yazısıyla bildirilen işlemin iptali isteminden doğmuştur.

2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 25. maddesinde, "Bir üniversite biriminde açık bulunan doçentlik kadrosu, rektörlükçe, isteklilerin başvurması için ilan edilir. Müracaat eden adayların durumlarını incelemek üzere rektör tarafından varsa biri ilgili birim yöneticisi, en az biri de o üniversite dışından olmak üzere üç profesör tespit edilir. Bu profesörler, adaylar hakkında ayrı ayrı mütalaalarını rektöre bildirirler. Rektör, bu mütalaalara dayanarak, üniversite yönetim kurulunun görüşünü de aldıktan sonra atamayı yapar." hükmüne yer verilmiş; aynı Yasanın 13/b-3 maddesinde "Üniversitenin yatırım programlarını, bütçesini ve kadro ihtiyaçlarını, bağlı birimlerinin ve üniversite yönetim kurulu ile senatonun görüş ve önerilerini aldıktan sonra hazırlamak ve Yükseköğretim Kuruluna sunmak" rektörün görevleri arasında sayılmış; 16/b-3 maddesinde ise, "Fakültenin ödenek ve kadro ihtiyaçlarını gerekçesi ile birlikte rektörlüğe bildirmek, fakültenin bütçesi ile ilgili öneriyi fakülte yönetim kurulunun da görüşünü aldıktan sonra rektörlüğe sunmak" dekanın görevleri arasında sayılmıştır.

Ayrıca aynı Yasanın "Bölüm" başlıklı 21. maddesinde;bölümün bölüm başkanı tarafından yönetileceği ve bölüm başkanının, bölümün her düzeyde eğitim-öğretim ve araştırmalarından ve bölüme ait her türlü faaliyetin düzenli ve verimli bir şekilde yürütülmesinden sorumlu olduğu belirtilmiştir.

2547 sayılı Yükseköğretim Yasası temel alınarak çıkarılan Üniversitelerde Akademik Teşkilat Yönetmeliğinin "Bölümler" başlığı altında yer alan 13. maddesinde, bölüm; fakülte ve yüksekokulların amaç kapsam ve nitelik yönünden bir bütün oluşturan ve lisans düzeyini de içeren en az bir eğitim-öğretim, bilim ve sanat dallarında araştırma ve uygulama yapan birim olarak tanımlanmış, 14. maddede ise; bölüm başkanının, bölümün her düzeydeki eğitim-öğretim ve araştırmalarından ve bölümle ilgili her türlü faaliyetin düzenli ve verimli olarak yürütülmesinden, kaynakların etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamaktan sorumlu olduğu; fakülte veya yüksekokul kuruluna katılacağı, bölümü temsil edeceği, bölümde görevli öğretim elemanlarının görevlerini yapmalarını izleyeceği ve denetleyeceği, her öğretim yılı sonunda bölümün geçmiş yıldaki eğitim-öğretim ve araştırma faaliyeti ile gelecek yıldaki çalışma planını açıklayan raporu, bağlı bulunduğu rektör, dekan veya yüksekokul müdürüne sunacağı hüküm altına alınmıştır.

Yukarıda alıntısı yapılan Yasa ve yönetmelik hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden, üniversitelerin kadro ihtiyacını belirleyerek buna göre gerekli sürecitakip edip ilan vermek hususunda rektörün görevli olduğu açık olmakla birlikte; yönetici konumunda olan bölüm başkanının da; bölümü temsil edeceği, bölümde görevli öğretim elemanlarının görevlerini yapmalarını izleyeceği ve denetleyeceği, her öğretim yılı sonunda bölümün geçmiş yıldaki eğitim-öğretim ve araştırma faaliyeti ile gelecek yıldaki çalışma planını açıklayan raporu, bağlı bulunduğu rektör, dekan veya yüksekokul müdürüne sunacağı dikkate alındığında, bölümün her düzeydeki eğitim-öğretim ve araştırmalarından ve bölümle ilgili her türlü faaliyetin düzenli ve verimli olarak yürütülmesinden, kaynakların etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamaktan ilk elden sorumlu olduğu tartışmasızdır.

Bu duruma göre Rektörlüğün İktisat Bölümünde değerlendirilmek üzere doçentlik kadrosu akademik ilanı vermeden önce, bölümün her düzeydeki eğitim-öğretim ve araştırmalarından ve bölümle ilgili her türlü faaliyetin düzenli ve verimli olarak yürütülmesinden, kaynakların etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamaktan ilk elden sorumlu olan bölüm başkanından öneri ve görüş alması gerekmektedir.

Davacının başkanı olduğu bölüme yapılacak atama için bir istemde bulunulmadığı veya bu konuda Rektörlükçe görüşlerinin alınmadığı, bir başka ifadeyle kadro ihtiyacının belirlenmesine ve akademik kadro ilanına çıkılmasına ilişkin süreç tamamlanmadan Rektörlükçe doçentlik kadrosu ilanı verildiği görülmektedir.

Bu durumda, üniversitelerin kadro ihtiyaçlarının belirlenmesinde gerekli olan süreç izlenmeksizin verilen akademik kadro ilanı sonucu atama yapılmasına ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmadığından aksi yönde verilen temyize konu kararda hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, Konya 1. İdare Mahkemesi kararının bozulmasına, dosyanın yeniden bir karar verilmek üzere anılan Mahkemeye gönderilmesine 4.12.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ÜNİVERSİTE MENSUPLARI

T.C.
D A N I Ş T A Y
Sekizinci Daire
Esas No : 2009/2916
Karar No : 2009/6193

Özeti : 2547 sayılı Yasanın 23. maddesine aykırı olarak oluşturulan, aralarında yardımcı doçentlik kadrosunun ilan edildiği birim yöneticisinin yer almadığı jüri üyelerince hazırlanan raporlar dikkate alınarak davacının yardımcı doçentlik kadrosuna atanma isteminin reddinde hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : …
Karşı Taraf : … Üniversitesi Rektörlüğü
Vekilleri : Av. …, Av. …

İstemin Özeti : Davacının, … Üniversitesi Tıp Fakültesi Mikrobiyoloji Anabilim Dalında ilan edilen yardımcı doçentlik kadrosuna atanmak istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin Rektörlüğün 26.11.2007 gün ve 7558 sayılı işleminin iptali istemiyle açılan davada; 2547 sayılı Yasanın 23. maddesi uyarınca yetkili Rektörlük makamınca objektif ilkelere dayalı olarak takdir yetkisi çerçevesinde tesis edilen dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddeden Afyonkarahisar İdare Mahkemesinin 28.11.2008 gün ve E:2008/87, K:2008/712 sayılı kararının; eksik incelemeye dayalı olarak verildiği öne sürülerek, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması istemidir.

Savunmanın Özeti : İstemin reddinin gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Nihat KOÇAK'ın Düşüncesi : İstemin kabulü ile Mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Radiye TİRYAKİ'nin Düşüncesi : Davacının … Üniversitesi Tıp Fakültesi Mikrobiyoloji Anabilim Dalı Yardımcı Doçent kadrosuna atanmak için yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davayı reddeden idare mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

2547 sayılı Yasanın 23. maddesinde, bir üniversite biriminde açık bulunulan yardımcı doçentliğin isteklilerin başvurması için Rektörlükçe ilan edileceği, fakültelerde ve

fakültelere bağlı kuruluşlarda, dekanın, rektörlüğe bağlı enstitü ve yüksekokullarda müdürlerin, biri o birimin yöneticisi, biride o üniversite dışından olmak üzere üç profesör veya doçent saptayarak, bunlardan adayların her biri hakkında yazılı görüş isteyecekleri kuralı yer almasına karşın, dava konusu olayda yönetmelik hükmüne aykırı olarak ilgili üniversite dışından seçilen üç jüri üyesinin verdikleri olumsuz raporları dikkate alınarak, Fakülte Yönetim Kurulunca davacının yardımcı doçentlik kadrosuna atanmasının uygun görülmemesi üzerine tesis edilen dava konusu işlemde hukuka uyarlık görülmediğinden, davanın reddi yolunda verilen idare mahkemesi kararında isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenle mahkeme kararının bozulması gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince işin gereği görüşüldü :

Uyuşmazlık, davacının, … Üniversitesi Tıp Fakültesi Mikrobiyoloji Anabilim Dalında ilan edilen yardımcı doçentlik kadrosuna atanmak istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin Rektörlüğün 26.11.2007 gün ve 7558 sayılı işleminin iptali isteminden kaynaklanmaktadır.

2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 23. maddesinin (a) bendinde; " Bir Üniversite biriminde açık bulunan yardımcı doçentlik, isteklilerin başvurması için rektörlükçe ilan edilir. Fakültelerde ve fakültelere bağlı kuruluşlarda dekan, rektörlüğe bağlı enstitü ve yüksekokullarda müdürler; biri o birimin yöneticisi, biri de o üniversite dışında olmak üzere üç profesör veya doçent tespit ederek bunlardan adayların her biri hakkında yazılı mütalaa isterler. Dekan veya ilgili müdür kendi yönetim kurullarının görüşünü de aldıktan sonra önerilerini rektöre sunar. Atama, rektör tarafından yapılır." hükmü yer almaktadır.

Bir İdari işlemin tesisinde hangi şekle uyulacağının Anayasa, yasa , tüzük veya yönetmelikçe belirlenmiş olması durumunda işlemin bu şekle uygun olarak tesis edilmesi İdare yönünden zorunluluk taşır. Bu nedenle, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunun 2. maddesi, İdari işlemlerin, yasa veya diğer düzenleyici tasarruflarla öngörülen şekle uyulmadan tesis edilmeleri halini bu işlemlerin iptalini gerektiren nedenlerden biri olarak saymış bulunmaktadır.

Dava dosyasının incelenmesinden; Konya … ve Araştırma Hastanesinde uzman doktor olarak görev yapan davacının, 19.09.2007 tarihinde ilan edilen … Üniversitesi Tıp Fakültesi Mikrobiyoloji Anabilim Dalı 4. derece yardımcı doçentlik kadrosuna atanma istemiyle başvurması üzerine anılan başvuruyu değerlendirmek ve aday hakkında yazılı görüş vermek üzere, İstanbul Üniversitesi Çapa Tıp Fakültesi Mikrobiyoloji ve Klinik Mikrobiyoloji Anabilim Dalı öğretim üyesi Prof. Dr. …, Osmangazi Üniversitesi Tıp Fakültesi Mikrobiyoloji Anabilim Dalı öğretim üyesi Prof. Dr. … ile aynı üniversitenin aynı anabilim dalında öğretim üyesi olan Prof.Dr. …'un jüri üyesi olarak tespit edildiği; adı geçen jüri üyelerinin tamamının davacı hakkında olumsuz görüş bildirmesi ve jüri üyelerinin olumsuz görüş ve raporları dikkate alınarak davacının atamasının yapılmaması üzerine bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Olayda; davalı Üniversite tarafından, davacı hakkında değerlendirmede bulunmak üzere seçilmiş olan üç kişilik jüri üyeleri arasında, 2547 sayılı Yasanın 23. maddesinde açıkça belirtilmesine karşın, … Üniversitesi Tıp Fakültesi Mikrobiyoloji Anabilim Dalı birim yöneticisinin olmadığı, anlaşılmıştır.

Bu durumda; 2547 sayılı Yasanın 23. maddesine aykırı olarak oluşturulan, aralarında yardımcı doçentlik kadrosunun ilan edildiği birim yöneticisinin yer almadığı jüri üyelerince hazırlanan raporlar dikkate alınarak tesis edilen dava konusu işlemde ve bu işlemin iptali istemiyle açılan davayı reddeden İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle Afyonkarahisar İdare Mahkemesi kararının bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın anılan Mahkemeye gönderilmesine 30.10.2009 gününde oybirliği ile karar verildi .

T.C.
D A N I Ş T A Y
Sekizinci Daire
Esas No : 2007/9225
Karar No : 2010/713

Özeti : Aylıktan kesme cezasının, Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinin hükme bağladığı üzere 1/30 ila 1/8 arasında uygulanması gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : …
Karşı Taraf : … Üniversitesi Rektörlüğü
Vekilleri : Av. …

İstemin Özeti : … Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu öğretim görevlisi olan davacının, 1/4 oranında aylıktan kesme cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin 31.5.2006 günlü ve 1067 sayılı … Üniversitesi Rektörlüğü işleminin iptali ve işlem nedeniyle uğradığı özlük ve parasal haklarının tazminine karar verilmesi istemiyle açılan davada; Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinin 4/d ve 8/i maddelerinden söz edilerek; davacının, öğrencisinden Okul Müdürlüğünce verilen öğrenci belgesini aldığı ve geri istendiğinde ise böyle belgeyi almadığını beyan etmesi nedeniyle hizmet içinde taşıdığı resmi sıfatın gerektirdiği itibar ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranışta bulunma fiilinin sübuta erdiği anlaşılmakta olup, davacının fiiline uyan aylıktan kesme cezası ile cezalandırılması yerinde ise de, Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinin 8. maddesi kapsamına giren fiillerden dolayı aylıktan kesme cezası verilmesini gerektiren durumlarda ilgilinin brüt aylığının 1/10 ila 1/8 arasında kesinti yapılması gerektiğinden, davacıya Yönetmelikte getirilen bu sınırlamayı aşar nitelikte brüt aylığının 1/4'ü oranında aylıktan kesme cezası verilmesine ilişkin dava konusu işlemde şekil yönünden hukuka uyarlık bulunmadığı gibi dava konusu işlem nedeniyle davacının yoksun kaldığı tüm parasal ve özlük haklarının dava tarihinden itibaren tazminin icap ettiği gerekçesiyle dava konusu işlemi iptal eden, işlem nedeniyle yoksun kalınan tüm parasal ve özlük haklarının tazminine karar veren Ankara 2. İdare Mahkemesinin 23.3.2007 günlü ve E:2006/1840; K:2007/848 sayılı kararının, eylemin sübuta ermediği, nitekim, mahkeme kararı üzerine 1/10 oranında aylıktan kesme cezası ile cezalandırıldığı ileri sürülerek, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması istemidir.

Savunmanın Özeti : İstemin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Mesude GÜNDÜZ'ün Düşüncesi : İstemin reddi gerektiği düşünülmektedir.

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince işin gereği görüşüldü :

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 15.2.2010 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGILAMA USULÜ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Sekizinci Daire
Esas No : 2009/6279
Karar No : 2009/6723

Özeti : Büyükşehir Belediye Encümeninin olağan toplantılarında belediye başkanının katılamadığı durumlarda genel sekreterin başkanlık yapacağı ve yapmaması halinde alınan kararların iptali isteminde genel sekreterin menfaatinin olduğu hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : …
Vekili : Av. …
Karşı Taraf : ... Büyükşehir Belediye Başkanlığı
Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Gaziantep Büyükşehir Belediye Başkanlığında genel sekreter olan davacının 15.4.2008 gün ve 451 ila 465 numara arasındaki Büyükşehir Belediye Encümen kararlarının iptali istemiyle açtığı davada, 2577 sayılı Yasanın 14. maddesinden söz edilerek, olayda, davacının Büyükşehir Belediye Encümen kararlarının iptalini istemede hukuken korunmaya değer meşru, kişisel ve güncel bir menfaatinin bulunmadığı gerekçesiyle davayı ehliyet yönünden reddeden Gaziantep 1. İdare Mahkemesince verilen 17.3.2009 günlü E:2008/572, K:2009/310 sayılı kararının; Belediye Başkanı yokluğunda encümen başkanı olması gerektiği için davada ehliyetli olduğu ileri sürülerek, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasasının 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması istemidir.

Savunmanın Özeti : İstemin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Mesude GÜNDÜZ'ün Düşüncesi : Temyiz başvurusu; davalı idarede genel sekreter olan davacının 15.4.2008 günlü 457-465 sayılı Belediye Encümen kararının iptali istemiyle açılan davayı ehliyet yönünden reddeden İdare Mahkemesi kararının bozulması istemine ilişkindir.

İdare Hukukunun genel ilkelerine göre iptal davası açılabilmesi için gerçek ya da tüzel kişilerle davaya konu edilen işlem arasında makul ve ciddi bir ilişkinin varlığı yeterli bulunduğundan, olayda davaya konu işlem ile davacı arasında bu ilişkilerin var olduğu sonucuna varılmakla, mahkemece işin esasının incelenerek karar verilmesi gerekmekte iken, davanın ehliyet yönünden reddinde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle kararın 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 görüşüldü :

Uyuşmazlık; … Büyükşehir Belediye Başkanlığında genel sekreter olan davacı tarafından 15.4.2008 gününde alınan belediye encümen kararlarının iptali isteminden doğmuştur.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasasının 2. maddesinde, iptal davalarının, idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılabilecekleri hükme bağlanmıştır.

Yukarıda aktarılan bu hükme göre, iptal davası açılabilmesi için gerçek ya da tüzel kişiler ile dava konusu işlem arasında makul ve ciddi bir ilişkinin varlığı yeterli bulunmaktadır. Başka bir deyişle, İdare Hukukunun genel ilkelerine göre idari işlemin değişiklik yarattığı ya da doğmasına engel olduğu hukuki durumla menfaat bağı olan herkesin bu idari işlemin iptalini isteyebileceği açıktır. Menfaat ilişkisinin dar yorumlanması hak arama yollarını daraltacağı gibi, hukuka bağlı olması gereken idarenin hukuka uygunluğunun yargısal yolla denetiminin de yetersiz kalmasına neden olur.

5216 sayılı Yasanın 16. maddesinde, büyükşehir belediye encümeninin, belediye başkanının başkanlığında, belediye meclisinin her yılın ilk olağan toplantısında kendi üyeleri arasından bir yıl için gizli oyla seçeceği beş üye ile biri genel sekreter, biri malî hizmetler birim amiri olmak üzere belediye başkanının her yıl birim amirleri arasından seçeceği beş üyeden oluşacağı, belediye başkanının katılamadığı toplantılarda, encümen toplantılarına genel sekreterin başkanlık edeceği hükme bağlanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden; … Büyükşehir Belediye Başkanının 15.4.2008 tarihinde il dışında bulunacağından bahisle dönünceye dek başkanlığa vekalet etmek üzere belediye meclis üyesi … isimli şahsı vekaleten görevlendirdiği, 15.4.2008 tarihinde yapılan encümen toplantılarında da, anılan şahsın başkanlığında, davacı ve 5216 sayılı Yasanın yukarıda anılan 16. maddesinde sayılan üyelerin katılımıyla 451 karar numarasından 465 karar numarasına kadar encümen kararları alındığı, davacının bu kararlara, 5216 sayılı Yasanın 16. maddesine aykırı olduğu nedeniyle muhalefet ettiği anlaşılmıştır.

Şu hale göre, davaya konu işlemlerle, belediye genel sekreteri olan davacı arasında yukarıda açıklanan anlamda menfaat ilişkisi bulunduğu tartışmasız olup, İdare Mahkemesince işin esasının incelenmesi gerekmekte iken davanın yazılı gerekçe ile ehliyet yönünden reddinde hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, Gaziantep 1. İdare Mahkemesi kararının bozulmasına, dosyanın yeniden bir karar verilmek üzere anılan Mahkemeye gönderilmesine 16.11.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

DOKUZUNCU DAİRE KARARLARI

KATMA DEĞER VERGİSİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Dokuzuncu Daire
Esas No : 2007/4511
Karar No : 2009/2055

Özeti : Yurtdışına biçerdöver kiralanması işinin hizmet ihracı olduğu ve katma değer vergisi iadesine konu olabileceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan **:** Bafra Vergi Dairesi Müdürlüğü
Karşı Taraf **:** ...

İstemin Özeti : Davacının ticari kiralama yoluyla biçerdöver ihracatı nedeniyle aldığı katma değer vergisi iadesinin ihracata konu hizmetin Türkiye'de yapılmadığı için haksız olduğundan bahisle 2002/Aralık dönemi için adına salınan katma değer vergisi ile kesilen vergi ziyaı cezasının kaldırılması istemiyle açılan davayı; dosyanın incelenmesinden Başbakanlık Dış Ticaret Müsteşarlığı Karadeniz İhracatçı Birlikleri Genel Sekreterliğinden alınan Ticari Kiralama Yoluyla Yapılacak İhracat İznine bağlı olarak Samsun Gümrüğünden hububat hasadı için Rusya Federasyonuna gönderilen biçerdöver ve ekipmanları için hasılat kaydedilmeyerek ilgili dönem katma değer vergisi beyannamelerine yansıtılmadığının, gönderilen biçerdöverlerin 27.10.2005 tarihinde tekrar gümrük giriş beyannameleri ile yurda getirildiklerinin, ihracat bedellerinin 84 nolu Katma Değer Vergisi Genel Tebliğine uygun olarak banka aracılığı ile yurda getirildiğinin, biçerdöverlerin yurtiçindeki sahiplerinden %18 katma değer vergisi ödenerek kiralandığının yüklenilen ve indirim yoluyla telafi edilmeyen katma değer vergisinin ihracat nedeniyle iadesi istenilerek alındığının görüldüğü, davacının gerek kendisine ait gerekse kiralama yoluyla edindiği biçerdöverlerde yurt dışında yararlanıldığı, biçerdöver ve ekipmanlarının yurt dışındaki müşteri tarafından geçici kullanımının sağlanması dolayısıyla bir hizmet ihracı olduğu, davalı idarece 26 seri nolu Katma Değer Vergisi Genel Tebliğinde hizmet ihracatı istisnasından yararlanılabilmesi için Türkiye'de yurt dışındaki müşteri için hizmetin yapılması gerektiği, olayda hizmetin yurt dışında icra edildiği dolayısıyla katma değer vergisinin konusunu oluşturacak bir teslimin yapılmamasının sebep olarak gösterildiği, ancak ticari kiralama yoluyla yapılan hizmet ihracının bir bütün olarak değerlendirilmesi durumunda ihracata ilişkin kiralamanın bir hizmet ihracı olduğunun açık olduğu, yurt dışından dövizin Türkiye'ye getirildiği, biçerdöverlerin kiralanması sırasında katma değer vergisi yüklenildiğinin görüldüğü, burada esas olanın yurt dışına kiralama yoluyla biçerdöverlerin vereceği hizmetten yararlanma olgusunun ihraç edilmiş olduğu, kiralanan biçerdöverlerin Türkiye'de yurt dışında yararlanılmak üzere ihraç edilmiş olduğu, buna göre hizmetin yurt dışındaki müşteri için Türkiye'de yapılma koşulunu içerdiği, bu durumda fiilen ihraç edilen hizmet nedeniyle yüklenilen katma değer vergisinin istisna kapsamında iadesinde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle kabul eden Samsun Vergi Mahkemesinin 7.5.2007 tarih ve E:2006/698, K:2007/247 sayılı kararının; hizmetin Türkiye'de verilmediği, dolayısıyla haksız alınan iade nedeniyle salınan cezalı katma değer vergisinde isabetsizlik bulunmadığı ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Cevap verilmemiştir.

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

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

Tetkik Hakimi İhsan Saçmalı'nın Düşüncesi :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 7.5.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Dokuzuncu Daire
Esas No : 2007/5140
Karar No : 2009/3918

Özeti : Davacı bankanın alacağına karşılık borçlunun kefiline ait gayrimenkulü cebr-i icra yoluyla devralması işleminin, 3065 sayılı Kanunun 17. maddesinin 4 numaralı fıkrasının (r) bendi uyarınca katma değer vergisinden müstesna olduğu hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : Beyoğlu Vergi Dairesi Müdürlüğü
Karşı Taraf : ... Bankası A.Ş
Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Davacı bankaya borcu olan firmanın kefiline ait taşınmazın icra kanalıyla satılması sonucu hesaplanan ve ihtirazi kayıtla ödenen katma değer vergisi ve damga vergisinin iadesi istemiyle açılan davayı; 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun geçici 10. maddesinde, 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun geçici 28. maddesi ile geçici 29. maddesinin birinci fıkrasının (6) ve (7) numaralı bentleri kapsamındaki teslimlerin vergiden müstesna olduğunun hükme bağlandığı, ilgili Kanunlarda borçlu şirketlerin ellerindeki taşınmazların devirlerinin rızaen veya icra kanalıyla yapılmış olması konusunda herhangi bir ayrım yapılmadığından, istisna hükümlerinin uygulanamayacağından bahsedilemeyeceği, bu nedenle davacı banka tarafından ihtirazi kayıtla ödenen katma değer vergisi ve damga vergisinde hukuka uyarlık görülmediği gerekçesiyle kabul eden İstanbul 1.Vergi Mahkemesinin 22.3.2007 tarih ve E:2005/2611, K:2007/456 sayılı kararının; 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununa 4684 sayılı Kanunun geçici 18. maddesiyle 3.7.2001 tarihinden itibaren yürürlüğe girmek üzere eklenen geçici 29. maddesi hükmünün 31.12.2004 tarihine kadar uygulanacağı, bu tarihten sonra bu maddede sayılan işlemler ile

ilgili olarak katma değer vergisi istisnası bulunmadığı, kurumlar vergisi istisnasının uygulanmayacağı bahse konu işlemler için 3065 sayılı Kanunun geçici 10. maddesinde yer alan katma değer vergisi istisnasının uygulanmasının mümkün olmadığı, bu nedenle tahakkuk ettirilerek tahsil edilen katma değer vergisinin ve damga vergisinin yasal olduğu 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 : İleri sürülen iddialar sonucu itibarıyla yerine olan Vergi Mahkemesi kararının bozulmasını gerektirecek nitelikte bulunmadığından temyiz isteminin reddi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dokuzuncu Dairesince işin gereği görüşüldü:

Dosyanın incelenmesinden, davacı bankaya borçlu olan ... Paz. ve Elek. End. A.Ş.'nin aldığı kredinin teminatı olan müteselsil kefili ...'e ait taşınmazın Beyoğlu 1. İcra Müdürlüğünün 2004/834 sayılı dosyasında 18.11.2005 tarihinde yapılan ihale sonucu davacı banka tarafından satın alınması üzerine dava konusu katma değer vergisinin ve damga vergisinin tahakkuk ettirildiği ve 1.12.2005 tarihinde ihtirazi kayıtla ödendikten sonra ödenen bu miktarın iadesi istemiyle iş bu davanın açıldığı, Vergi Mahkemesince, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun geçici 10. maddesinde, 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun geçici 28. maddesi ile geçici 29. maddesinin birinci fıkrasının (6) ve (7) numaralı bentleri kapsamındaki teslimlerin vergiden müstesna olduğunun hükme bağlandığı, ilgili Kanunlarda borçlu şirketlerin ellerindeki taşınmazların devirlerinin rızaen veya icra kanalıyla yapılmış olması konusunda bir ayrım yapılmadığından, istisna hükümlerinin uygulanamayacağından bahsedilemeyeceği belirtilerek davacı banka tarafından ihtirazi kayıtla ödenen katma değer vergisi ve damga vergisinin iadesine hükmedildiği, davalı idarece de; 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununa 4684 sayılı Kanunun geçici 18. maddesiyle 3.7.2001 tarihinden itibaren yürürlüğe girmek üzere eklenen geçici 29. maddesi hükmünün 31.12.2004 tarihine kadar uygulanacağı, bu tarihten sonra bu maddede sayılan işlemler ile ilgili olarak katma değer vergisi istisnası bulunmadığı, kurumlar vergisi istisnasının uygulanmayacağı bahse konu işlemler için 3065 sayılı Kanunun geçici 10. maddesinde yer alan katma değer vergisi istisnasının uygulanmasının mümkün olmadığı, bu nedenle tahakkuk ettirilerek tahsil edilen katma değer vergisinin ve damga vergisinin yasal olduğu ileri sürülerek kararın bozulmasının istenildiği anlaşılmıştır.

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 17. maddesinin 4 numaralı fıkrasına 5281 sayılı Kanunun 33. maddesiyle 1.1.2005 tarihinden geçerli olmak üzere eklenen (r) bendinde; kurumların en az iki tam yıl süreyle aktiflerinde yer alan iştirak hisseleri ile gayrimenkullerinin satışı suretiyle gerçekleşen devir ve teslimleri, bankalara borçlu olanların ve kefillerinin borçlarına karşılık gayrimenkul ve iştirak hisselerinin (müzayede mahallerinde yapılan satışlar dahil) bankalara devir ve teslimlerinin istisna kapsamında olduğu hükme bağlanmıştır.

Anılan maddenin gerekçesinde de; düzenlemenin, kurumların mali yapılarını güçlendirme ve bankaların alacaklarının tahsilini hızlandırma amacını taşıdığı, istisnanın, kurumların en az iki tam yıl süreyle aktiflerinde yer alan iştirak hissesi ve gayrimenkullerin

satışı suretiyle gerçekleşen devir ve tesliminde uygulanabileceği, ancak bankalara borçlu olanlar ile kefillerinin iştirak hisseleri ile gayrimenkullerinin müzayede yoluyla yapılanlar dahil devir ve teslimlerinin ise, mali sektörün özelliği gözönüne alınarak sözkonusu iki yıl süreyle aktifte bulunma şartının dışında tutulduğu açıkça belirtilmiştir.

488 sayılı Damga Vergisi Kanunu'na ekli (2) sayılı tablonun Ticari ve medeni işlerle ilgili kağıtlar başlıklı (IV) bölümünün 2.1.2004 tarihinden geçerli olmak üzere 5035 sayılı Kanunun 30. maddesiyle değişen 23. fıkrasında; bankalar, yurt dışı kredi kuruluşları ve uluslararası kurumlarca kullandırılacak kredilerin temini ve geri ödenmesi amacıyla düzenlenecek kağıtlar ile bu kağıtlar üzerine konulacak şerhlerin (kredilerin kullanımları hariç) damga vergisinden istisna edildiği hükme bağlanmıştır.

Olayda, davacı bankanın anılan Yasa hükmünde belirtildiği şekilde kendisine borçlu olan şirketin kefiline ait ipotekli taşınmazın paraya çevrilmesi için cebr-i icraya başvurduğu ve yapılan takip sonucu borçlu şirketin kefiline ait bu taşınmazın borca mahsuben davacı bankaya devredildiği ihtilafsızdır. Katma değer vergisi istisnasından yararlanmak için genel bir şart olan iki yıl aktifte bulundurma koşulunun bankalara yapılan devirler için aranmayacağı, istisna getiren 5281 sayılı Yasanın gerekçesinde belirtilmiş olup, Yasa metninde cebri-i icra yoluyla yapılan devirlerde istisna hükümlerinin uygulanmayacağına dair hiçbir düzenleme mevcut değildir. Aksine müzayede yoluyla yapılan satışların da istisnaya dahil olduğu hususu açıkça düzenlenmiştir. Davalı idare tarafından, işlemin satış niteliğinde olduğu, olayda Kurumlar Vergisi Kanununun geçici 29/6. maddesinde belirtilen "borca karşılık bankaya devir" işleminin sözkonusu olmadığı ileri sürülmüşse de, yorum yoluyla Yasa maddesinin kapsamının daraltılması hukuka uygun bulunmamaktadır. Bu durumda, davacı bankanın alacağına karşılık borçlunun kefiline ait gayrimenkulü cebr-i icra yoluyla devralması işlemi, 3065 sayılı Kanunun 17. maddesinin 4 numaralı fıkrasına 5281 sayılı Kanunun 33. maddesiyle 1.1.2005 tarihinden geçerli olmak üzere eklenen (r) bendi uyarınca katma değer vergisinden müstesna tutulduğundan, tahakkuk ettirilerek tahsil edilen katma değer vergisinde ve yukarıda belirtilen 488 sayılı Damga Vergisi Kanununa ekli 2 sayılı tablodaki ilgili hüküm uyarınca damga vergisinde isabet bulunmamaktadır. Her ne kadar Vergi Mahkemesince olaya 3065 sayılı Kanunun 17. maddesinin 4 numaralı fıkrasının (r) bendi hükmünün uygulanması gerekirken, olaya 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununa 4684 sayılı Kanunun geçici 18. maddesiyle eklenen geçici 29. madde hükmü uygulanmışsa da, her iki maddenin hükümleri benzer düzenlemeler içerdiğinden, sonucu itibarıyla yerinde olan Vergi Mahkemesi kararında isabetsizlik görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin reddine, sonucu itibarıyla yerinde olan İstanbul 1.Vergi Mahkemesinin 22.03.2007 tarih ve E:2005/2611, K:2007/456 sayılı kararının onanmasına 3.11.2009 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Dosyanın incelenmesinden: davacı bankaya borçlu olan şirketin kefiline ait ipotekli taşınmazın icra yoluyla borca mahsuben 18.11.2005 tarihinde yapılan ihale sonucu davacıya devredildiği, ihtirazi kayıtla ödenen katma değer vergisi ve damga vergisinin iadesine karar verilmesi istemiyle dava açıldığı, vergi mahkemesince, 5422 sayılı Yasaya 4684 sayılı Yasanın geçici 18. maddesiyle eklenen geçici 29. madde hükmünün 31.12.2004 tarihine kadar uygulanacağı, bu tarihten sonra aynı maddede sayılan işlemler ile ilgili olarak istisna hükmü bulunmadığı, buna göre 3065 sayılı Yasanın geçici 10. maddesinde yer alan istisna hükmünün uygulanmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verildiği, davacı tarafından temyiz isteminde bulunulduğu anlaşılmaktadır.

3065 sayılı Yasanın 17. maddesinin 4 nolu bendine 5281 sayılı Yasanın 33. maddesi ile 1.1.2005 tarihinden geçerli olmak üzere eklenen (r) alt bendinde, kurumların en az iki yıl süreyle aktiflerinde yer alan iştirak hisseleri ile gayrimenkullerinin satışı suretiyle gerçekleşen devir ve teslimlerinin; bankalara borçlu olanların ve kefillerinin borçlarına karşılık

gayrimenkul ve iştirak hisselerinin (müzayede mahallerinde yapılan satışlar dahil) bankalara devir ve teslimlerinin katma değer vergisinden istisna olduğu hükmüne yer verilmiştir.

Bu durum karşısında, vergi mahkemesince uyuşmazlığın 3065 sayılı Yasanın yukarıda belirtilen 17. maddesinin 4 nolu bendinin (r) alt bendi esas alınarak irdelenmek suretiyle karara bağlanması gerekirken, böyle bir irdeleme yapılmaksızın ve damga vergisi hiç irdelenmeksizin yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesinde mevzuata uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle vergi mahkemesince yeniden bir karar verilmek üzere temyize konu kararın bozulması gerektiği oyu ile karara katılmıyorum.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Dokuzuncu Daire
Esas No : 2009/5333
Karar No : 2009/4172

Özeti : Davacı şirkete fatura düzenleyen şirketlerin, (Kod) listelerinde yer almaları, başka tespitler olmaksızın, bu şirketler tarafından düzenlenen faturaların sahte olduklarını göstermeyeceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan **:** Büyükçekmece Vergi Dairesi Müdürlüğü
Karşı Taraf **:** ...

İstemin Özeti : 2006/Aralık dönemine ilişkin olarak re'sen tarh edilen vergi ziyaı cezalı katma değer vergisinin kaldırılması istemiyle açılan davayı; dosyanın incelenmesinden; davacı hakkında düzenlenen rapor ile mal alımında bulunduğu ... İnş. ve İnş. Malz. Nak. Tes. San. ve Tic. Ltd. Şti. 'nin adresinde bulunamayanlar ile sarih adresi tespit edilemeyenler listesinde, ... Teks. İnş. Tur. Gıda Day. Tük. Mal. Tic. San. Ltd. Şti. 'nin haklarında rapor bulunmamakla birlikte sahte belge kullandığı konusunda tespit bulunanlar listesinde, ... İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti. 'nin sahte belge düzenleyip kullandığı tespit edilenler listesinde, ... Beton İnş. Nak. San. ve Tic. Ltd. Şti. 'nin defter, belge ibraz etmeyen veya incelemeye sevk edilenler ile birden fazla döneme ilişkin olarak katma değer vergisi beyannamesini vermeyenler listesinde olduklarının tespiti üzerine bu şirketler tarafından davacı adına düzenlenen faturaların sahte ve muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı oldukları kabul edilerek anılan faturalara dayanılarak gerçekleştirilen katma değer vergisi indirimleri reddedilerek dava konusu cezalı tarhiyatın yapıldığının anlaşıldığı, ancak , davacı adına fatura düzenleyen şirketlerin, davalı idarece belirlenen ve çeşitli isimler altında kategorize edilen olumsuz mükellefler (Kod) listesinde bulunmaları, bu şirketler tarafından düzenlenen faturaların sahte ve muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı olduklarını kesin olarak ortaya koymayacağından ve davalı idarece de sözkonusu listeler dışında katma değer vergisi indiriminde kullanılan faturaların gerçek bir mal ve hizmet satışına ilişkin olmadığını ispatlayan somut ve hukuken kabul edilebilir doneler ortaya konulmadığından, salınan katma değer vergisinde ve kesilen cezada isabet görülmediği gerekçesiyle kabul eden İstanbul 11. Vergi Mahkemesi'nin 8.4.2009 tarih ve E:2008/62, K:2009/881 sayılı kararının; cezalı tarhiyatın yasal olduğu 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 : 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 17.11.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Dokuzuncu Daire
Esas No : 2009/7003
Karar No : 2009/4512

Özeti : Özel dershane işleten davacı şirketin, kitap ve dergi satışlarında uygulayacağı katma değer vergisi oranının ne olduğu hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan Taraflar : 1 - ... Özel Eğitim Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.
Vekili : Av. ...
2 - Güzelhisar Vergi Dairesi Müdürlüğü

İstemin Özeti : Özel dershane işleten davacı şirketin kitap ve dergi satışlarında yanlış katma değer vergisi oranı uygulandığından bahisle 2004/Eylül dönemi için re'sen tarh edilen vergi ziyaı cezalı katma değer vergisinin kaldırılması istemiyle açılan davayı; katma değer vergisi oranlarıyla ilgili 95/6431 sayılı kararla değişik 95/3896 sayılı Kararname eki II sayılı listenin (B) alt bendinin 8. sırasında, kitap ve benzeri yayınların (3266 sayılı Kanunla değişik 1117 sayılı Kanun hükümlerine göre poşetlenerek satılanların teslimleri hariç) %8 oranında, aynı Kararname eki I sayılı listenin 7. sırasında, gazete ve dergilerin (3266 sayılı Kanunla değişik 1117 sayılı Kanun hükümlerine göre poşetlenerek satılanların teslimleri hariç) %1 oranında katma değer vergisine tabi tutulduğunun ve 22.12.1992 tarih ve 92/3896 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı eki II sayılı listenin (B) alt bendinin 6. sırasında da, üniversite ve yüksek okullar ile 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu hükümlerine göre ilgili Bakanlıktan faaliyette bulunma izni alan özel okullar ve kreşlerde verilen eğitim ve öğretim hizmetlerine uygulanacak katma değer vergisi oranının %8 olacağının belirtildiği, bununla beraber 625 sayılı Kanun hükümlerine göre ilgili Bakanlıktan izin alarak faaliyette bulunsalar dahi ilk veya orta öğretim hizmeti dışında verilen tamamlama kursları, hazırlık kursları veya yabancı dil kurslarının bu kapsamda bulunmaması nedeniyle sözkonusu kurs hizmetleri için genel oranda, yani %18 katma değer vergisi oranının uygulanacağının açık olduğu, her ne kadar olayda özel dershane işleten davacı şirketin 2004 yılında kursiyerlere teslim ettiği kitap ve dergilerin kurs ücretlerinden ayrı olmadığı, bunların satışa konu edilmeyerek promosyon olarak dağıtıldığı, bu nedenle kitap ve dergilerin %8 ve %1 oranlarında değil, kurs ücretleri için geçerli olan %18 oranında katma değer vergisine tabi

tutulmasının gerektiğinden bahisle dava konusu cezalı tarhiyat yapılmış ise de, inceleme elemanınca sözkonusu kitap ve dergilerin ücretsiz ve promosyon olarak teslim edildiği hususunda herhangi bir somut tespitin ve kursiyerler nezdinde karşıt incelemenin yapılmadığı, aksine davacı şirket tarafından "kursiyerlere teslim edilen kitap ve dergi ücretlerinin kurs ücretlerine dahil olmayıp, ayrıca fatura edileceği hususunun" 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu Ücret Tespit ve Tahsil Yönetmeliği gereğince kurs ücretlerinin ilanında ücret kısmının altında not şeklinde belirtildiği ve bu suretle ilan edildiği, ayrıca satın alınan kitap ve dergilerin kursiyerlere ayrıca ücretleri gösterilerek fatura edildiği, sözkonusu kitap ve dergilerin sadece dershanede kurs gören öğrenciler için hazırlanmadığı, piyasada ayrıca satışa konu edildiği, üzerindeki etiket fiyatlarıyla belli ve bağımsız bir ekonomik değerlerinin olduğu hususları tespit edildiğinden, davacı şirketin kitap teslim bedelleri üzerinden %8, dergi teslim bedelleri üzerinden ise %1 oranında katma değer vergisi hesaplamasında isabetsizlik bulunmadığı gerekçesiyle kabul eden Aydın Vergi Mahkemesinin 21.5.2009 tarih ve E:2009/56, K:2009/890 sayılı kararının; davacı şirket vekili tarafından; Vergi Mahkemesince, nisbi vekalet ücretine hükmedilmesinin gerektiği, davalı idare tarafından ise; kurs ücretinden ayrılmayan ve kurs ücretinin bir promosyonu niteliğinde öğrencilere verilen kitap ve dergiler için kurs ücreti için uygulanan %18 katma değer vergisi oranının uygulanmasının gerektiği, yapılan cezalı tarhiyatın yasal olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Taraflarca karşı taraf temyiz istemlerinin 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 dilekçelerinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemlerin 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, tarafların temyiz istemlerinin 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, tarafların temyiz istemlerine ilişkin dilekçelerde ileri sürülen iddialar, sözü geçen kararın bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığından, tarafların temyiz istemlerinin reddine ve kararın onanmasına, 32.30 TL ilam harcının temyiz isteminde bulunan davacı şirketten alınmasına 9.12.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Dokuzuncu Daire
Esas No : 2008/5128
Karar No : 2009/5109

Özeti : Konut yapı kooperatiflerine yapılan inşaat-taahhüt işlerinin tesliminde %1 mi, %18 mi katma değer vergisi uygulanacağı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan **:** Karşıyaka Vergi Dairesi Müdürlüğü
Karşı Taraf **:** S. S. ... Konut Yapı Kooperatifi

İstemin Özeti : 2007/Temmuz dönemi için ihtirazi kayıtla verilen katma değer vergisi beyannamesi üzerinden fazladan tahakkuk ettirilen 18.706,03 TL'lık katma değer vergisinin kaldırılması istemiyle açılan davayı; uyuşmazlığın konut yapı kooperatiflerine yapılan inşaat-taahhüt işlerinin tesliminde %18 mi, %1 mi katma değer vergisi oranı uygulanacağına ilişkin bulunduğu, olayda, 49 ve 66 seri no'lu Katma Değer Vergisi Genel Tebliğleri ile 5 ve 38 numaralı Katma Değer Vergisi Sirkülerlerinde, arsanın mülkiyetinin kooperatife ait olması ve inşaat ruhsatının münhasıran konut yapı kooperatifi adına düzenlenmesi halinde konut yapı kooperatiflerine yapılan inşaat taahhüt işlerinin %1 oranında katma değer vergisine tabi tutulacağının belirtilmesi nedeniyle, davacı kooperatifin bu koşulları taşımadığından kendisine yapılan inşaat taahhüt işleri için %18 katma değer vergisi oranı uygulandığı ve ihtirazi kayıtla verilen beyanname ile bu oran üzerinden hesaplama yapılarak katma değer vergisi tahakkuk ettirildiğinin anlaşıldığı, ancak, 17.7.2002 tarih ve 2002/4480 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı eki (1) sayılı Listenin 12. sırasında, %1 oranında vergiye tabi olmak için inşaat-taahhüt işinin, konut yapı kooperatifine yapılmış olmasından başka bir koşul getirilmediğinden, davalı idarece, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 28. maddesi ile katma değer vergisi oranını Kanunla getirilen sınırlar içinde yeniden belirlemeye yetkili merci olan Bakanlar Kurulunca alınan kararın kapsamını daraltan ve yeni koşullar getiren yukarıda belirtilen Katma Değer Vergisi Kanunu Genel Tebliğleri ile Katma Değer Vergisi Sirkülerleri esas alınarak, arsanın mülkiyeti ile inşaat ruhsatının kooperatif adına olmadığından bahisle davacı konut yapı kooperatifine yapılan inşaat taahhüt işleri için 2007/Temmuz döneminde %18 oranı üzerinden katma değer vergisi tahakkuk ettirilmesinde isabet bulunmadığı gerekçesiyle kabul eden İzmir 3. Vergi Mahkemesi'nin 28.3.2008 tarih ve E:2007/1014, K:2008/421 sayılı kararının; yapılan işlemin yasal olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

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

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

Tetkik Hakimi Güneş Kurtoğlu Karacık'ın Düşüncesi : İleri sürülen iddialar usule ve hukuka uygun Vergi Mahkemesi kararının bozulmasını gerektirecek nitelikte bulunmadığından temyiz isteminin reddi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dokuzuncu Dairesince işin gereği görüşüldü:

Dayandığı hukuki ve kanuni nedenlerle gerekçesi yukarıda açıklanan Vergi Mahkemesi kararı, aynı gerekçe ve nedenlerle Dairemizce de uygun görülmüş olup, temyiz istemine ilişkin dilekçede ileri sürülen iddialar, sözü geçen kararın bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığından, temyiz isteminin reddine ve kararın onanmasına 21.12.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Dokuzuncu Daire
Esas No : 2007/4939
Karar No : 2009/5111

Özeti : 3065 sayılı Kanunun 13/a maddesi uyarınca maliki olduğu yatın imal ve inşaası ile ilgili olarak yapılan teslim ve hizmetler ile bunların tadili, onarım ve bakımı için katma değer vergisi istisnasından yararlanan davacı şirketin, 48 seri nolu Katma Değer Vergisi Genel Tebliği uyarınca yat işletmeciliği faaliyetini sürekli ve mutad halde yapmadığının tespiti üzerine katma değer vergisi istisnasından yararlandırılmamasında isabet bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan Taraflar :
1) ... Tekstil İnşaat Gıda Turizm Nakliye Mobilya Oto Ticaret ve Sanayi Ltd. Şti.
2) Yıldırım Vergi Dairesi Müdürlüğü

İstemin Özeti : Davacı şirketin 2004 ve 2005 yıllarına ait hesap ve işlemlerinin incelenmesi sonucu düzenlenen vergi inceleme raporlarına dayanılarak 2004/Haziran, Temmuz ve 2005/Nisan-Temmuz dönemlerine ilişkin olarak re'sen salınan katma değer vergileri ile kesilen özel usulsüzlük cezalarının kaldırılması istemiyle açılan davayı; dava dilekçesinin incelenmesinden, salınan katma değer vergilerine bağlı olarak kesilen vergi ziyaı cezalarının dava konusu edilmediği anlaşıldığından, Mahkemelerince vergi ziyaı cezalarına ilişkin olarak herhangi bir inceleme yapılmayarak işin esasına geçildiği, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 13/a maddesinde, faaliyetleri kısmen veya tamamen deniz, hava ve demiryolu taşıma araçlarının, yüzer tesis ve araçların kiralanması veya çeşitli şekillerde işletilmesi olan mükelleflere bu amaçla yapılan deniz, hava ve demiryolu taşıma araçlarının, yüzer tesis ve araçlarının teslimlerinin, bu araçların imal ve inşaası ile ilgili olarak yapılan teslim ve hizmetler ile bunların tadili, onarım ve bakımı şeklinde ortaya çıkan hizmetlerin vergiden müstesna olduğunun hükme bağlandığı, dosyanın incelenmesinden, faaliyet konuları arasında yat turizmi ile ilgili olarak her türlü deniz taşıtlarını almak, kiralamak veya kiraya vermek, deniz taşıtlarını inşa ettirmek, alım-satımı ile ithalat-ihracatını yapmak olan davacı şirketin 31.5.2004 tarihli dilekçesi ile davalı idareden 3065 sayılı Kanunun 13/a maddesi gereğince katma değer vergisi istisnasından yararlanabilmek için "katma değer vergisi istisna belgesi" talep ettiği, vergi dairesi müdürlüğünce bu talebi uygun bulunarak, 2.6.2004 tarihli belgenin verildiği, 2.7.2004 tarihinde Başbakanlık Denizcilik Müsteşarlığı İzmir Liman Başkanlığı Gemi Sicil Memurluğu tarafından ... isimli yatın davacı şirket adına tescil edildiği ve davacı şirketin bu yata ilişkin olarak imal ve inşa giderleri yaparak katma değer vergisi istisnasından yararlandığı, 2004 yılına ilişkin olarak yapılan incelemede davacı şirketin 48 seri nolu Katma Değer Vergisi Kanunu Genel Tebliğinde belirtildiği şekilde yat işletmeciliği faaliyetini sürekli ve mutad halde yapmadığı, bu yatın 12.4.2005 tarihinde satıldığı ve sicil kaydının silindiği, istisna belgesi alınarak yatın inşa edilmesi ile elden çıkarılması arasında geçen sürede herhangi bir faaliyette bulunmadığının tespiti üzerine katma değer vergisi istisnasından yersiz yere yararlandığından bahisle 48 nolu Katma Değer Vergisi Kanunu Genel Tebliğinin müteselsil sorumluluk bölümünde belirtildiği şekilde istisna edilen katma değer vergisinin vergi ziyaı cezalı olarak istenildiği ve davacı şirketin katma değer vergisi istisnası uygulanmasını gerektiren şartları taşımadığı, bu durumda, istisnadan

yararlanarak aldığı mal ve hizmetlere ilişkin olarak düzenlenen faturaların gerçeği yansıtmadığından bahisle de 2004 yılına ilişkin olarak özel usulsüzlük cezasının kesildiğinin anlaşıldığı, ancak, 3065 sayılı Kanunun 13/a maddesi uyarınca sözkonusu yatın imal ve inşaası ile ilgili olarak yapılan teslim ve hizmetler ile bunların tadili, onarım ve bakımı katma değer vergisi yönünden istisna kapsamında bulunduğundan, davacı şirket adına ilgili Genel Tebliğ uyarınca yatın alınması ile satılması arasında faaliyetinin sürekli ve mutad halde yapılmadığından bahisle salınan katma değer vergisinde ve kesilen özel usulsüzlük cezasında isabet görülmediği, yatın liman sicilinden kaydı 12.4.2005 tarihinde silindiği halde satış faturasının 5.10.2005 tarihinde düzenlenmesi nedeniyle yatın satış işlemine esas tutarının 2005/Ekim dönemi matrahından çıkarılarak 2005/Nisan dönemi matrahına eklenmesi suretiyle salınan katma değer vergisinde isabetsizlik görülmediği, satış faturasının satış tarihinden itibaren 7 gün içinde düzenlenmemesi nedeniyle kesilen özel usulsüzlük cezasına gelince; davacı şirketin satış faturasını 2005/Nisan döneminde düzenlemesi gerekirken, 2005/Ekim döneminde düzenlediği hususunda ihtilaf bulunmadığından, salınan katma değer vergisinde ve kesilen özel usulsüzlük cezasında isabetsizlik bulunmadığı gerekçesiyle kısmen kabul ederek 2004/Haziran, Temmuz dönemleri için salınan katma değer vergisini ve kesilen özel usulsüzlük cezasını terkin eden, 2005/Nisan-Temmuz dönemi için salınan katma değer vergisini ve kesilen özel usulsüzlük cezasını onayan Bursa Vergi Mahkemesi'nin 21.5.2007 tarih ve E:2006/1299, K:2007/1493 sayılı kararının; davacı şirket tarafından; Vergi Mahkemesince kesilen vergi ziyaı cezaları hakkında da hüküm tesis edilmesinin gerektiği, yatın fiili satışı 2005/Ekim döneminde gerçekleştiğinden, faturanın bu dönemde düzenlenmesinde isabetsizlik bulunmadığı, davalı idare tarafından ise; 2004/Haziran, Temmuz dönemleri için salınan katma değer vergisi ile özel usulsüzlük cezasının da onanmasının gerektiği ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Davacı şirket tarafından savunma verilmemiştir. Davalı idare tarafından ise, karşı taraf temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

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 dilekçelerinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemlerin 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 tarafların temyiz istemlerinin 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 istemlerine ilişkin dilekçelerde ileri sürülen iddialar, sözü geçen kararın bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığından, davacı temyiz isteminin oybirliği ile reddine, davalı idare temyiz isteminin oyçokluğu ile reddine ve kararın onanmasına, 492 sayılı Harçlar Kanununa bağlı 3 sayılı Tarife uyarınca hesaplanacak ilam harcının temyiz isteminde bulunan davacı şirketten alınmasına 21.12.2009 tarihinde karar verildi.

KARŞI OY

Dosyanın incelenmesinden; davacı şirket adına 2.6.2004 tarih ve 8460 sayılı katma değer vergisi istisna belgesi düzenlendiği ve 3065 sayılı Yasanın 13/a maddesinde düzenlenen istisnadan yararlanılarak imal edilen yatın 2.7.2004 tarihinde davacı şirket adına

tescil edildiği, 12.4.2005 tarihinde aynı yatın ... adına satış işleminin yapılması nedeniyle aynı tarih itibarıyle davacı şirket adına olan sicil kaydının terkin edilerek alıcı adına tescil işleminin yapıldığı, davacı şirketin 12.4.2005 tarihine kadar yat işletmeciliği faaliyetinde bulunmadığı, ibraz edilen faturaların 12.4.2005 tarihinden sonraki tarihleri taşıdığı anlaşıldığından ve yatın sadece aktife kayıtlı olması 3065 sayılı Yasanın 13/a maddesinin uygulanmasını gerektirmeyeceğinden, vergi mahkemesince davanın kısmen kabulüne karar verilmesinde mevzuata uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle davalı idarenin temyiz isteminin kabulü gerektiği oyu ile karara bu yönden katılmıyorum.

VERGİ USULÜ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Dokuzuncu Daire
Esas No : 2007/834
Karar No : 2009/1270

Özeti : Bir anonim şirketin yönetiminde ve temsilinde başka bir anonim şirketin hissesini temsilen bulunan gerçek kişinin, kanuni temsilcinin sorumluluğu kapsamında takibinin mümkün olduğu; burada sorumluluğun gerçek kişide olacağı, temsil ettiği tüzel kişilikte olmayacağı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : ...
Vekili : Av. ...
Karşı Taraf : Boğaziçi Kurumlar Vergi Dairesi Müdürlüğü

İstemin Özeti : Otomobilcilik ve Ticaret A. Ş.'nin ödenmeyen vergi borçlarının şirket yönetim kurulu üyesi ve temsil ve ilzama yetkili kanuni temsilcisi olan davacıdan tahsili amacıyla adına düzenlenen ödeme emirlerinin iptali istemiyle açılan davayı; dosyanın incelenmesinden 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 10. maddesi uyarınca borçlu şirketten tahsil edilemeyen vergi borçlarının şirket yönetim kurulu üyesi ve kanuni temsilcisi olan davacıdan tahsili için dava konusu ödeme emirlerinin düzenlendiğinin görüldüğü, davacının şirket yönetimine ... Holding A. Ş.'ni temsilen katılmasının sonucu değiştirmeyeceği şirkette yönetim kurulu üyesi olması ve şirketi temsil ve ilzama yetkili olması nedeniyle şirketten tahsil olanağı kalmayan vergi borçlarından sorumluluğunu etkilemeyeceğinden adına düzenlenen ödeme emirlerinde isabetsizlik bulunmadığı gerekçesiyle reddeden İstanbul 8. Vergi Mahkemesinin 15.11.2006 tarih ve E:2006/608, K:2006/2286 sayılı kararının; borçlu şirketin kanuni temsilcisi olmadığı ve bu şirkette ... Holding A. Ş.'nin temsilcisi olarak yönetimde bulunulduğu, öncelikle şirkete yönelik takibat yapılması gerektiği ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

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

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

Tetkik Hakimi İhsan Saçmalı'nın 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, 32.30 TL ilam harcının temyiz isteminde bulunandan alınmasına 10.3.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Dokuzuncu Daire
Esas No : 2008/3530
Karar No : 2009/3998

Özeti : Tarhiyatın dayanağı inceleme raporunun ihbarnameye eklenmemesinin ihbarnameyi hükümsüz kılacağından, cezalı tarhiyatta isabet bulunmadığı gerekçesiyle terkin kararı veren Vergi Mahkemesi kararının onanması hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : Muş Vergi Dairesi Müdürlüğü
Karşı Taraf : ... Temizlik Gıda İnşaat San. Tic. Ltd. Şti.

İstemin Özeti : 2002/Kasım dönemi için salınan vergi ziyaı cezalı katma değer vergisine karşı açılan davayı; 213 sayılı Kanunun 35. maddesinin son fıkrasında; takdir komisyonunun kararı üzerine tarh edilen vergilerde, kararın ve re'sen takdiri gerektiren inceleme raporunun birer suretinin ihbarnameye ekleneceğinin belirtildiği, dosyanın incelenmesinden, temizlik işiyle uğraşan davacı şirketin 2002 yılı defter ve belgelerinin incelenmesi sonucu bir kısım emtia alışlarını sahte fatura ile belgelendirerek haksız yere katma değer vergisi indiriminden faydalandığından bahisle ilgili dönem indirimleri reddedilmek suretiyle cezalı tarhiyat öngörüldüğü, tarh edilen vergilere ilişkin ihbarnamelerin, vergi inceleme raporu eklenmeden davacıya tebliğ edildiği, Danıştay kararlarına göre tarhiyatın dayanağı inceleme raporunun ihbarnameye eklenmesinin ihbarnamenin hukuken geçerli olmasının ön koşulu olduğu, bu durumun esasa etkili ve ihbarnameyi hükümsüz kılacak nitelikte bir usul hatası olduğu sonucuna varıldığından dava konusu cezalı tarhiyatta isabet görülmediği gerekçesiyle kabul eden Van Vergi Mahkemesinin 18.3.2008 tarih ve E:2007/529, K:2008/177 sayılı kararının; 213 sayılı Kanunun 108. maddesi karşısında yapılan tebliğde isabetsizlik bulunmadığı, vergi inceleme raporunun savunma ekinde Mahkemeye sunulduğu ve bu şekilde tebliğinin sağlandığı ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Cevap verilmemiştir.

Danıştay Savcısı Mehmet Sağlam'ın Düşüncesi : 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun "Hatalı tebliğler" başlığını taşıyan 108.maddesinde "Tebliğ olunan vesikalar, esasa müessir olmayan şekil hatalarından dolayı hukuki kıymetlerini kaybetmezler; yalnız vergi ihbarı ile ilgili vesikalarda mükellefin adının, verginin nevi veya miktarının, vergi mahkemesinde dava açma süresinin hiç yazılmamış olması veyahut bu vesikaların görevli bir

makam tarafından tanzim edilmemiş bulunması vesikayı hükümsüz kılar." hükmüne yer verilmiştir.

Madde metninde yer alan bu düzenleme ile vergi bildirimine ilişkin ihbarnamede;

-mükellefin adının,

-verginin nevi veya miktarının,

-vergi mahkemesinde dava açma süresinin hiç yazılmamış olması

-veyahut bu vesikaların görevli bir makam tarafından tanzim edilmemiş bulunması hali esasa müessir şekil hatası olarak kabul edilmiş olup bu durumların varlığı halinde vergi ihbarnamesinin hükümsüz sayılacağı açıklanmıştır.

Aynı Yasanın 35.maddesinde, ihbarnamenin şekli unsuru olarak kabul edilen ve ihbarnameye eklenmesi öngörülen inceleme raporunun ihbarnameye eklenmemiş olması hali ise 108.maddede yer alan düzenleme ile esasa müessir şekil hatası olarak kabul edilmemiştir.

Öte yandan tarhiyatın dayanağını teşkil eden inceleme raporu 2577 sayılı Yasanın 16/5.maddesi uyarınca davalı idare tarafından savunma dilekçesi ekinde mahkemeye ibraz edilmiştir.Bu durum karşısında anılan raporun bir örneğinin davacıya tebliğ edilip ikinci dilekçesi ile birlikte savunma yapma olanağı sağlandıktan sonra bir karar verilmesi gerekirken, inceleme raporunun ihbarnameye eklenmediği gerekçesiyle ihbarnamenin hükümsüz sayılarak cezalı tarhiyatın kaldırılmasında yukarıda sözü edilen Yasa hükmüne uyarlık görülmemiştir.

Belirtilen nedenle, yeniden bir karar verilmek üzere temyize konu mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Tetkik Hakimi G. Nalan Hatipağaoğlu'nun 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 5.11.2009 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

İdare Hukuku İlkelerine göre idari işlemler ancak idari yargı yerlerince hukuka uygunluk denetimine tabi tutulmak suretiyle iptal edilebilirler.

2577 sayılı Yasanın 20. maddesinin 1. bendinde Danıştay ile idare ve vergi mahkemelerinin bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yapacakları, mahkemelerin belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilecekleri hükmüne yer verilmiştir.

213 Sayılı Vergi Usul Kanununun 20. maddesinde verginin tarhı: vergi alacağının kanunlarda gösterilen matrah ve nispetler üzerinden vergi dairesi tarafından hesaplanarak bu alacağı miktar itibarıyle tespit eden idari muamele olarak tanımlanmış; 21. maddesinde tebliğ, vergilendirmeyi ilgilendiren ve hüküm ifade eden hususların yetkili makamlar tarafından mükellefe veya ceza sorumlusuna yazı ile bildirilmesi olarak tanımlanmış; 34. maddesinde ikmalen ve re'sen tarh edilen vergilerin ihbarname ile ilgililere tebliğ olunacağı belirtilmiş, "ihbarnamenin muhteviyatı" başlığını taşıyan 35. maddesinin son fıkrasında ise takdir komisyonu kararı üzerine tarh edilen vergilerde kararın ve re'sen takdiri gerektiren inceleme raporunun bir suretinin ihbarnameye eklenmesi öngörülmüştür.

213 sayılı Yasanın yukarıda yer verilen hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden idarece tesis edilen tarh işleminin ihbarname ile ilgililere tebliğ edileceği; bir başka anlatımla ortada bir tarh işlemi, bir de bu işlemin ilgilisine duyurulması işleminin (ihbarname tebliği) bulunduğu anlaşılmış olup, buna göre tarh işleminin iptali istemiyle 2577 sayılı Yasa'nın 2. maddesi uyarınca açılacak davada idari yargı merciince aynı işlemin hukuka uygun olmadığının tespit edilmesi halinde iptal kararı verilebileceği, işlemin tebliğinde usule aykırılık varsa bu durumun işlemi hukuka aykırı hale getirmeyeceği açıktır.

Belirtilen durum karşısında cezalı tarhiyatın terkini istemiyle açılan davada vergi mahkemesince 2577 sayılı Yasanın 20. maddesi uygulanarak vergi inceleme raporu getirtilmek suretiyle tarh işlemi hukuka uygunluk denetimine tabi tutulmaksızın ve dava ihbarnamenin iptali istemiyle açılmış gibi "vergi inceleme raporunun ihbarnameye eklenmemesinin ihbarnameyi hükümsüz kılacak bir usul hatası olduğu sonucuna varıldığından, yapılan tarhiyatta bu açıdan yasal isabet görülmemiştir" gerekçesiyle kabul kararı verilmesinde idare hukuku ilkelerine uyarlık görülmediği gibi ihbarnamenin usule uygun olmamasının tarhiyatı hukuka aykırı hale getirmeyeceği açıktır.

Açıklanan nedenlerle temyize konu kararın esas hakkında karar verilmek üzere bozulması gerektiği oyu ile karara katılmıyorum.

ONUNCU DAİRE KARARLARI

AHVALİ ŞAHSİYE İŞLERİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onuncu Daire
Esas No : 2006/2214
Karar No : 2009/7098

Özeti : Çocuğun, ana ve baba evli ise ailenin; evli değilse ananın soyadını taşıyacağına ilişkin hükmün, hem taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelere hem de Anayasa Mahkemesinin belirtilen kararlarına aykırı sonuçlar doğuracağı hakkında.

Temyiz Eden (Davalı) : Aksaray Valiliği
Karşı Taraf (Davacı) : …
Vekili : Av. …
İstemin Özeti : Konya 2. İdare Mahkemesinin 14.11.2005 tarih ve E:2003/565, K:2005/1235 sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.
Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.
Danıştay Tetkik Hakimi : Mustafa Şişaneci
Düşüncesi : Temyiz isteminin reddi ile usul ve hukuka uygun bulunan mahkeme kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.
Danıştay Savcısı : Yakup Bal
Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince gereği görüşüldü:

Dava; davacı ile … isimli şahsın evlilik dışı ilişkisinden doğan … isimli çocuğun nüfus kaydının davacı hanesine yazılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Konya 2. İdare Mahkemesince; 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 321. maddesinde, anne baba evli değilse, çocuğun annenin soyadını taşıyacağı kuralına yer verildiği; … tarafından davacı aleyhine açılan babalık davasında, Aksaray 3. Asliye Hukuk Mahkemesinin 23.3.2001 tarih ve E:1999/204, K:2001/191 sayılı kararı ile davacının tabiî babalığına hükmedildiği, ancak çocuğun 4721 sayılı Yasa yürürlüğe girmeden önce doğduğu ve açılan babalık davası sonucunda verilen kararın da yine 4721 sayılı Yasa yürürlüğe girmeden önce, 5.7.2001 tarihinde kesinleştiği; dolayısıyla 4721 sayılı Yasanın 321. maddesinde evlilik dışı doğan çocuğun ananın soyadını alacağı hükme bağlanmış olduğundan, evlilik dışı ilişkiden doğan çocuğun annenin hanesine yazılması gerektiği, bu nedenle dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle işlemin iptaline karar verilmiştir.

Davalı idare tarafından, hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek anılan kararın temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Dava konusu uyuşmazlığın uluslararası metinler, Anayasal ve yasal düzenlemeler olmak üzere üç ayrı bölümde irdelenerek çözümü mümkündür.

I- Konuya İlişkin Uluslararası Metinler

Anayasamızın 90. maddesinde, usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmaların kanun hükmünde olduğu; bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı; usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümlerinin esas alınacağı hükme bağlandığından, iç hukukumuzdaki yasa kurallarından farklı hükümler içermeleri nedeniyle uluslararası metinlerin de irdelenmesi gerekmektedir.

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 7. maddesinde, çocuğun, doğumundan hemen sonra derhal nüfus kütüğüne kaydedilmesi gerektiği ve doğumundan itibaren bir isim hakkına ve mümkün olduğu ölçüde ana-babasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakkına sahip olduğu; 8 maddesinde, taraf devletlerin, yasanın tanıdığı şekilde çocuğun kimliğini, tabiyetini, ismi ve aile bağları dahil koruma hakkına saygı göstermeyi ve bu konuda yasadışı müdahalelerde bulunmamayı taahhüt edeceği; çocuğun, kimliğinin unsurlarından bazılarından veya tümünden yasaya aykırı olarak yoksun bırakılması halinde, taraf devletlerin çocuğun kimliğine süratle yeniden kavuşturulması amacıyla gerekli yardım ve korumalarda bulunacağı kuralı;

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 25. maddesinde, temel hak ve özgürlüklere sahip olma bakımından insanlar arasında doğuş ayrımı ve ayrımcılığının olamayacağı; çocukların evlilik içinde doğma ve evlilik dışında doğmuş olmalarına bakılmaksızın aynı sosyal ve hukuki konumdan yararlanmaları gerektiği kuralı;

Avrupa Sosyal Haklar Temel Yasası'nın 17. maddesinde, evlilik durumuna ve aile bağlarına bakılmadan ana ve çocuğun sosyal durumuna uygun iktisadi korunma hakkının bulunduğu kuralı;

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 14. maddesinde, "Bu sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanmanın, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi bir başka durum bakımından hiçbir ayrıcalık yapılmadan sağlanacağı kuralı yer almış;

Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konseyinin 18.5.1973 tarihli kararında da, evlilik içi, evlilik dışı doğan çocukların eşit hukuksal duruma sahip olmaları gerektiği belirtilmiştir.

Bu temel metinler, çocuğun, evlilik içinde veya dışında doğduğuna bakılmaksızın kişiliğini geliştirmesi ve ileride topluma sağlıklı bir birey olarak katılabilmesi için gerekli her türlü olanaktan yararlandırılmasını öngörmektedir.

II- Konuya İlişkin Anayasa Metinleri ve Anayasa Mahkemesi Kararları

Anayasa'nın 10. maddesinde, herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu, Devlet organları ve idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda olduğu belirtilmiştir.

Bu ilke, birbirinin aynı durumunda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını, ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasını engellemektedir. Aynı durumda olanlar için farklı düzenleme eşitliğe aykırılık oluşturur.

Anayasa'nın 41. maddesinde de, "Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar." hükmüne yer verilmiştir.

Maddenin gerekçesinde ise, " … evlilik içi ve dışı çocuklar arasında ayırım gözetilmemesi esası benimsenmiştir. Bu sonuç, esasen "eşitlik ilkesi"nden de çıkarılabilir" açıklamasına yer verilmiştir. Bu suretle Anayasa, ailenin yanı sıra evlilik dışında doğan çocukların da korunmasını devlete bir ödev olarak yüklemiş bulunmaktadır. Medeni Yasa'nın düzenlemesine göre, evlilik dışı çocuğun durumu evlilik içi çocuğa göre elverişsizdir. Bu durum bireyin insan olmaktan doğan kişiliğini özgürce geliştirme temel hakkıyla bağdaşmaz. Medeni Yasa'nın koyduğu bu yasak Anayasa ile uyumlu değildir. Anayasa'da, Devlet, ailenin, özellikle ana ve çocuğun korunması için önlemler almakla yükümlü tutulduğuna göre, çocukların evlilik içinde ya da dışında doğmuş olmasına bakılmaksızın bu görev yerine getirilecektir.

Anayasamızın 153. maddesinde, Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlayacağı yönünde emredici kural yer aldığından, uyuşmazlığın çözümünde Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin kararlarının irdelenmesi kaçınılmazdır.

Mülga Medeni Yasa'nın 310. maddesinin ikinci fıkrasındaki " Münasebeti cinsiye zamanında, müddeialeyh evli ise, hâkim babalığa hükmedemez" şeklindeki hüküm uyarınca hâkim, cinsi ilişki sırasında erkeğin evli olması durumunda babalığa hükmedememekte böylece çocuğun doğal babası ile arasında sahih olmayan nesep ilişkisi, başka bir deyişle hukuksal bağ kurulamamakta; bu durumdaki çocuk, bu nedenle babasının nüfusuna kaydedilmek, mirasçısı olmak, babanın soyadını taşımak gibi kişiliğine bağlı kimi temel hak ve özgürlüklere sahip olamamakta, annesinin ve babasının kusurundan sorumlu tutularak, toplum içinde aşağılanmakta ve kimi haklardan yoksun kılınmakta idi.

Kişisel sonuçlarına göre, babalığa hükmedilebilmesi için gereken olumsuz koşulu içeren ve zina ürünü çocukların babalarına sahih olmayan nesep bağı ile bağlanmalarını engelleyen bu kural, Anayasa Mahkemesi'nin 21.5.1981 günlü ve 1980/29 E., 1981/22 K. sayılı kararıyla iptal edilmiştir.

İptal konusu kural, zina ürünü çocukların babalarına sahih olmayan nesep bağı ile bağlanmalarını engelleyen hükümdür.

Kararın gerekçesinde; "Anayasamızın aile dışında kalan ana ve çocukları koruma ve çıkarları arasında adil bir denge kurma amacına yönelik hükümleri karşısında, ana rahmine düştüğü sırada babası annesinden başka biriyle evli olan çocukla, babası evli olmayan çocuk arasında yapay bir ayırım yaparak, birinci çocuğu babaya karşı nesepsiz durum düşürürken, ikincisine babasına sahih olmayan nesep bağı ile bağlanma olanağı tanınması eşitlik ilkesiyle bağdaşmayacağı gibi bunun haklı nedeni de gösterilemez." denilmiştir.

Diğer taraftan, 743 sayılı Mülga Medeni Kanunun 443. maddesinde yer alan, "Nesebi sahih olmayan hısımlar, ana tarafından nesebi sahih hısımlar gibi mirasçılık hakkını haizdir. Bunların, baba cihetinden mirasçı olabilmeleri; babalarının kendilerini tanımış veya babalıklarına hüküm sudur etmiş bulunmasına mütevakkıftır. Baba tarafından nesebi sahih olmayan bir çocuk yahut füruu, babasının nesebi sahih füruları ile içtima ederse; nesebi sahih bir çocuğa veya ferilerine isabet eden hissenin yarısını alırlar." şeklindeki kuralın iptali istemiyle açılan bir başka davada Anayasa Mahkemesi; "Anaları bakımından tam miras payı alan bu kişilerin, babaları yönünden, sahih nesepli çocukla birleşmesi halinde, mirastan yarım pay almalarını haklı bir nedene dayandırmak mümkün değildir. Meşru evlilikleri teşrik ya da gayrı meşru çocuğun babasının tam olarak tespit edilmesindeki güçlük, bu tür bir ayırım için haklı neden sayılamaz." gerekçesiyle söz konusu kuralı Anayasa'nın kişiler arasında haklı bir nedene dayanmadan ayırım yapılmasını yasaklayan 10. maddesine aykırı görmüştür. (Anayasa Mahkemesi'nin 11.9.1987 tarih ve E:1987/1, K: 1987/18 sayılı kararı)

Yine 743 sayılı Mülga Medeni Kanunun "Birbirleriyle evlenmeleri memnu olanlardan veya evli erkek ve kadınların zinasından doğan çocuk, tanınamaz." şeklindeki 292. madde hükmünün iptali istemiyle açılan bir başka davada; Anayasa Mahkemesi 28.2.1991 tarih ve E:1990/15, K:1991/5 sayılı kararıyla, 743 sayılı Yasanın 310. maddesinin ikinci fıkrasının

Anayasa Mahkemesi'nin, 21.5.1981 günlü, E. 1980/29, K. 1981/22 sayılı kararıyla iptal edilmesinden sonra erkeğin zinası ürünü olan bir çocuğun babalık davası yoluyla nesebinin gayri sahih hale getirilmesine yasal engel kalmadığı; ancak, mahkeme yoluyla, zina ürünü çocukların, neseplerinin gayri sahih hale getirilmesine karşı, "tanıma" suretiyle bu hakkın verilmemesinin bir çelişki olarak ortaya çıktığı; Anayasa Mahkemesinin 11.9.1987 günlü, E. 1987/1, K. 1987/18 sayılı kararı ile de 743 sayılı Medeni Yasa'nın 443. maddesinin ilk fıkrasının ikinci cümlesinin ve aynı maddenin ikinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline karar verilmesi sonucu, evlilik dışı çocukların hukuksal konumlarındaki çarpıklığın büyük ölçüde giderildiği, nesebi gayrı sahih çocukların mirasdan nesebi sahih çocuklar gibi tam pay alması gerektiğinin kabul edildiği; itiraz konusu kuralın zina ürünü çocukların neseplerinin gayri sahih hale getirilmesini önleyip evlilik dışı doğan çocuklar arasında dahi, babalarının evli olup olmamasına göre bir ayrılığa neden olduğu ve bu nedenle anılan 292. maddenin Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olduğuna karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesinin belirtilen kararlarında vurgulandığı üzere, çocuk evlilik dışı dünyaya gelse bile, ana babasını bilmek, babasının nüfusuna yazılmak, bunun getireceği haklardan yararlanmak, ana ve babasından kendisine karşı olan görevlerini yerine getirmelerini istemek gibi kişiliğine bağlı temel haklara sahiptir.

O halde, Anayasanın 41. maddesinin gerekçesinde de, ailenin yanı sıra evlilik dışında doğan çocukların da korunması Devlete bir ödev olarak yüklendiğinden; çocuğun tanınması veya babalığa hükmedilmesinin, evlilik içi ile evlilik dışı doğan çocukların hukuksal statüsünde farklılığa yol açacağının kabulü mümkün değildir.

III- Yasal Düzenlemeler Çerçevesinde Dava Konusu Olay;

Dava dosyasının incelenmesinden, davacı ile İmra Altıner isimli şahsın evlilik dışı ilişkisi sonucunda 20.3.1999 tarihinde … isimli çocuğun dünyaya geldiği; … tarafından 18.5.1999 tarihinde davacı aleyhine açılan babalık davasında, Aksaray 3. Asliye Hukuk Mahkemesinin 743 sayılı Mülga Medeni Kanunun yürürlükte olduğu 23.3.2001 tarihli ve E:1999/204, K:2001/191 sayılı kararı ile davacının tabi babalığına hükmedilmesine karşın, şahsi sonuçlu babalık talebinin reddedildiği, bu kararın 5.7.2001 tarihinde temyiz edilmeksizin kesinleştiği; anılan kararın 10.3.2003 tarihinde Nüfus Müdürlüğü'ne intikal etmesi üzerine, çocuğun, aynı gün davacının hanesine kaydedildiği; davacı tarafından durumun öğrenilmesi üzerine, 18.4.2003 tarihli dilekçe ile yapılan başvuruda, …'nin annesi adına tescil edilmesi gerektiği ileri sürülerek kaydın düzeltilmesinin istenildiği; idarece başvurunun reddedilmesi üzerine de bu işlemin iptali istemiyle bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

1.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 321 maddesinde, çocuğun, ana ve baba evli ise ailenin; evli değilse ananın soyadını taşıyacağı hükmüne yer verilmiştir.

Türk Medeni Kanunu'nun belirtilen 321. maddesinin gerekçesinde "(…) Maddeye göre çocuk, ana ve baba birbirleriyle evli ise ailenin, birbirleriyle evli değilse yani çocuk yasal olmayan bir birleşme sonucunda dünyaya gelmişse ananın soyadını taşır. Baba ile çocuk arasında tanıma ve babalık hükmü ile soybağı kurulduğu hâlde dahi çocuk ananın soyadını alacaktır. (…)" denilmektedir.

4722 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 13. maddesinde de, "Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girmesinden önce olumlu karara bağlanmış olan mali sonuçlu babalık davalarında çocuğun soybağı, yürürlük tarihinden başlayarak bu Kanun hükümlerine göre kurulmuş olur" hükmü yer aldığından, 743 sayılı Mülga Medeni Kanunun yürürlükte olduğu dönemde tabiî (mali sonuçlu) babalık davası olumlu sonuçlanan ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunun yürürlükte olduğu 10.3.2003 tarihinde babası adına tescil edilmesi nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıkta 4722 sayılı Yasanın 13. maddesi uyarınca 4721 sayılı Yasa hükümlerinin dikkate alınması gerekmektedir.

Ancak anılan yasa hükmünün uluslararası sözleşmeler ve Anayasa Mahkemesi kararları çerçevesinde yorumlanması da zorunludur.

Yukarıda belirtildiği gibi, uluslararası belgelerde, evlilik içi ve evlilik dışı ilişkiden doğan çocuk arasında her türlü ayrımcılık yasaklanmış ve ülkelere, bu tür ayrımcılığın giderilmesi yönünde yükümlülükler getirilmiş; uygar ülkeler, nesebi sahih ve nesebi gayri sahih çocuklar arasındaki tüm eşitsizlikleri kaldırmıştır. Yasa üstü normlar olarak niteleyebileceğimiz sözleşmelerde, çocuklar arasında her türlü ayrımcılığa son verilmiştir.

Diğer taraftan, Anayasa Mahkemesi de aynı çizgide kararlar vermek suretiyle sözü edilen iki grup arasında fark içeren hükümlerin Anayasada güvence altına alınan temel haklara aykırı olduğuna hükmetmiştir. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesinin yukarıda değinilen kararları incelendiğinde, bir şahsın, bir çocuğun babalığına hükmedilmesi durumu ile bir şahsın bir çocuğu tanıması arasında çocuğa tanınan güvence ve çocuğun hakları arasında en küçük bir ayrımın söz konusu olamayacağı; esasen tanıma hali ile babalığa hükmedilmesinin çocuğun nüfusa kaydı yönünden özü itibariyle aynı nitelikte olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Nitekim, 1587 sayılı Mülga Nüfus Kanununun 20. maddesi ile 743 sayılı Mülga Medeni Kanunun 312. maddesi hükümleri de bu doğrultuda idi.

O halde, evlilik dışı ilişkiden doğan çocuğun her hal ve şartta anne hanesine yazılması gerektiğinin kabulü, hem taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelere hem de Anayasa Mahkemesinin belirtilen kararlarına aykırı sonuçlar doğurmaktadır.

Kaldı ki, Anayasa Mahkemesinin belirtilen kararlarından sonra 25.4.2006 tarihinde kabul edilen 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunun 28. maddesinde, tanıma halinde çocuğun babanın hanesine yazılacağı öngörülmekle, yasama organı tarafından bu aykırılık giderilmiştir.

Bu durumda, nüfusa kayıt yönünden "tanıma" durumu ile aynı sonuçları doğuran "babalığa hükmedilmesi" durumunda, çocuğun temel haklarına ilişkin bulunan bu aykırılık giderilerek, evlilik dışında doğan çocuğun da baba hanesine yazılması hususunun zımnen kabul edildiğini söylemek mümkündür.

Sonuç olarak hangi nedenle olursa olsun, dünyaya gelen kişinin haklarının engellenmesi veya azaltılması ve böylece nesebi sahih çocuklar yanında ayrıcalıklı hukuki durum yaratılması eşitlik ilkesiyle bağdaşmayacağından, ayrıntılı olarak belirtilen bu durumlar irdelenmeksizin, Anayasada güvence altına alınan "çocuğun korunması" ve "eşitlik" ilkesine aykırı olarak verilen mahkeme kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.

Bu durumda, İdare Mahkemesince yapılan açıklamalar dikkate alınarak yeniden bir karar verilmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca davalı idarenin temyiz isteminin kabulüne, Konya 2. İdare Mahkemesinin 14.11.2005 tarih ve E:2003/565, K:2005/1235 sayılı kararının bozulmasina, dava dosyasının yeniden bir karar verilmek üzere anılan idare mahkemesine gönderilmesine, 29.6.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onuncu Daire
Esas No : 2007/6176
Karar No : 2009/8091

Özeti : Kurusıkı tabancaların 6136 sayılı Yasa kapsamında ateşli silah sayılamayacağı, bununla işlenen suçların Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Yönetmeliğin 16. maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceği hakkında.

Temyiz Eden (Davalı) : Ankara Valiliği
Karşı Taraf (Davacı) : …
Vekili : Av. …

İstemin Özeti : Davacının, silah taşıma ruhsatı verilmesi isteminin reddine ilişkin 20.6.2001 tarihli işlemin iptali istemiyle açtığı dava sonucunda, Danıştay 10. Dairesinin 9.10.2006 tarih ve E:2003//2814, K:2006/5461 sayılı bozma kararına uyularak, davacı hakkında, meskun mahalde silah atmak suçundan dolayı açılan kamu davasının mülga Türk Ceza Kanununun 119/4. maddesi uyarınca ortadan kaldırılmasına karar verilmiş olmasının, Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Yönetmeliğin 16/1-c maddesinin davacıya uygulanmasına engel teşkil etmeyeceği, ancak, söz konusu suçta kullanılan kurusıkı silahın 6136 sayılı Yasa kapsamına girmediği, bir başka anlatımla ateşli silah değil, gaz tabancası olduğu, bu nedenle bahsi geçen suçun ateşli silahla işlendiğinin kabul edilemeyeceği, buna göre davacı isteminin Yönetmeliğin 16/1-c maddesi uyarınca reddine ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptali yolunda verilen kararın, davalı idare tarafından temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Yerinde olmadığı ileri sürülen temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Yunus Çetin

Düşüncesi : Dairemizin bozma kararına uygun olarak verilen mahkeme kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay SavcısI : Yakup Bal

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince gereği görüşüldü:

İdare ve Vergi Mahkemelerinin nihai kararlarının temyizen bozulması 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde yer alan sebeplerden birinin varlığı halinde mümkündür.

Temyizen incelenen karar, usul ve hukuka uygun olup, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenleri kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmediğinden temyiz isteminin

reddi ile Ankara 1. İdare Mahkemesinin 18.6.2007 tarih ve E:2007/369, K:2007/1752 sayılı kararının onanmasina, 18.9.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onuncu Daire
Esas No : 2007/2980
Karar No : 2009/9066

Özeti : Ateşli Silahlar ve Bıçaklar İle Diğer Aletler Hakkında Yönetmeliğin 9/1-h maddesinde yer alan düzenlemenin; birden fazla şirketin yönetim kurulunda yer alan ve birden fazla şirketin genel müdürü olan kişilere, bu şirketlerin toplam cirosu üzerinden silah taşıma ruhsatı verilmesine olanak tanımadığı hakkında.

Temyiz Eden (Davacı) : …
Vekili : Av. …
Karşı Taraf (Davalılar) : 1- İçişleri Bakanlığı
2- Mersin Valiliği

İstemin Özeti : Davacının, ortağı ve yönetim kurulu üyesi olduğu ... Gıda Tekstil İnşaat San. Tic. A.Ş. ile ortağı ve müdürü olduğu ... Dayanıklı Tüketim Malları Pazarlama San. Tic. Ltd. Şti.'nin 2004 yılı ciroları toplamının, silah taşıma ruhsatı verilebilmesi için Bakanlıkça tespit edilen miktarın üzerinde olduğundan bahisle, daha önce almış olduğu silah taşıma ruhsatının yenilenmesi istemiyle yaptığı başvurusunun reddine ilişkin Mersin Valiliğinin 26.10.2005 tarih ve 14 sayılı işlemi ile İçişleri Bakanlığının 7.7.2005 tarih ve 120259 sayılı işleminin iptali istemiyle açtığı dava sonucunda, Mersin 1. İdare Mahkemesince; Ateşli Silahlar ve Bıçaklar İle Diğer Aletler Hakkında Yönetmeliğin 9/1-h maddesiyle, İçişleri Bakanlığınca belirlenen rakamın üzerinde ciroya sahip olan sermaye şirketlerinin yönetim kurulu üye ve başkanlarına, genel müdür ve yardımcılarına silah taşıma ruhsatı verilmesi öngörülmekte olup; birden fazla şirketin yönetim kurulunda olan veya birden fazla şirketin genel müdürü olan kişilere, bu şirketlerin toplam cirosu üzerinden silah taşıma ruhsatı verilmesini öngören bir düzenlemeye yer verilmediği; bu durumda, davacıya, yönetim kurulu üyesi ve müdürü olduğu iki şirketin toplam cirosu üzerinden silah taşıma ruhsatı verilmesi mümkün olmadığından, davacının silah taşıma ruhsatının yenilenmesi isteminin reddine ilişkin Mersin Valiliği işleminde ve iki şirket cirosu toplamı üzerinden silah taşıma ruhsatı verilemeyeceğini öngören İçişleri Bakanlığı işleminde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddi yolunda verilen kararın temyizen incelenerek bozulması davacı tarafından istenilmektedir.

Savunmaların Özeti : Yerinde olmadığı ileri sürülen temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Tarık Armağan

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 görüşüldü:

İdare ve Vergi Mahkemelerinin nihai kararlarının temyizen bozulması 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde yer alan sebeplerden birinin varlığı halinde mümkündür.

Temyizen incelenen karar, usul ve hukuka uygun olup, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenleri kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmediğinden, temyiz isteminin reddi ile Mersin 1. İdare Mahkemesinin 30.11.2006 tarih ve E:2005/2683, K:2006/2859 sayılı kararının onanmasina, 23.10.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

DIŞ EKONOMİK İLİŞKİLER

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onuncu Daire
Esas No : 2009/245
Karar No : 2009/7405

Özeti : İthalat Rejim Kararı uyarınca Dış Ticaret Müsteşarlığı'na tanınan takdir hakkının sınırsız ve mutlak olmadığı, davacıların ithalinin uygun görülmesini istedikleri teknenin, uluslararası sularda bulunduğuna yönelik deniz raporu alınması ve bilirkişi incelemesi sonucu hazırlanan raporda, teknenin temiz, hasarsız ve yapım yılı olarak yeni bir tekne olduğunun belirtilmesi karşısında, dava konusu işlemlerde hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Temyiz Eden (Davalılar): 1-Başbakanlık Dış Dicaret Müsteşarlığı
2-Başbakanlık Gümrük Müsteşarlığı
Karşı Taraf (Davacılar) : 1- ... Sahip ve Donatanı ... Denizcilik Ticaret ve San. A.Ş.
2- ...
Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : ... Denizcilik Ticaret ve San. A.Ş.'ye ait ... isimli geminin, Fransa'nın Port La Nouvelle Limanı'ndan aldığı buğday yüküyle tahliye limanı İzmit/Yarımca'ya seyri sırasında uluslararası sularda bulunduğu iddia olunan 1 adet fiberglas teknenin ithalinin uygun görülmesi isteminin reddine ilişkin Başbakanlık Dış Ticaret Müsteşarlığının 7.11.2007 tarih ve 43318 sayılı işlemi ile söz konusu tekneye Gümrük Kanunu'nun 177. maddesi uyarınca işlem yapılacağı yolundaki Gümrük Müsteşarlığı Antalya Gümrük ve Muhafaza Müdürlüğü'nün 13.11.2007 tarih ve 21673 sayılı işleminin iptali istemiyle açılan dava sonucunda; Antalya 2. İdare Mahkemesince, davalı idarelerden Dış Ticaret Müsteşarlığı tarafından, İthalat Rejim Kararı'nın 7. maddesi uyarınca, ülkemizde yerli

üretimin bulunması ve ülke ekonomisinin korunması nedeniyle dava konusu teknenin ithalatının uygun görülmediği belirtilmiş ise de; İthalat Rejim Kararı uyarınca Dış Ticaret Müsteşarlığı'na tanınan takdir hakkının sınırsız ve mutlak olmadığı, İthalat Rejim Kararının 7. maddesinde, eski, kullanılmış, yenileştirilmiş, kusurlu (defolu) ve yatık (zamanla dayanıklılığını yitirmiş) malların ithalinin izne tabi olduğu belirtildiğinden, sürekli olarak gemi veya tekne ticareti yapmayan davacılar tarafından, 8.6.2007 tarihinde Tuzla Asliye Hukuk Mahkemesinden, ithalinin uygun görülmesini istedikleri teknenin, uluslararası sularda bulunduğuna yönelik deniz raporu almaları ve Antalya 1. Ticaret Mahkemesinin E:2007/634 D.İŞ sayılı dosyasında yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu hazırlanan raporda, teknenin temiz, hasarsız ve yapım yılı olarak yeni bir tekne olduğunun belirtilmesi karşısında, dava konusu teknenin ithalinin uygun görülmesi isteminin reddine ilişkin işlemde ve bu işleme dayalı olarak söz konusu tekneye Gümrük Kanunu'nun 177. maddesi uyarınca işlem yapılacağı yolundaki işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemlerin iptali yolunda verilen kararın, hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek temyizen incelenip bozulması davalı idarelerce istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Aydın Akgül

Düşüncesi : Temyiz istemlerinin 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 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 Onuncu Dairesince dosyanın tekemmül ettiği anlaşılmakla, yürütmenin durdurulması istemi hakkında karar verilmeyerek, işin esasına geçilip, gereği görüşüldü:

İdare ve Vergi Mahkemelerinin nihai kararlarının temyizen bozulması 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde yer alan sebeplerden birinin varlığı halinde mümkündür.

Temyizen incelenen karar, usul ve hukuka uygun olup, dilekçelerde ileri sürülen temyiz nedenleri kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmediğinden temyiz istemlerinin reddi ile Antalya 2. İdare Mahkemesi'nin 19.9.2008 tarih ve E:2007/1999, K:2008/1381 sayılı kararının onanmasina, 6.7.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onuncu Daire
Esas No : 2007/912
Karar No : 2009/8100

Özeti : İthal edilerek gümrük antreposuna konulan malların, ithalatçı ile ihraçatçı arasında ortaya çıkan uyuşmazlık nedeniyle; malın mülkiyeti ile ilgili devri önleyici herhangi bir durumun varlığı halinde, ihracatçıya iade edilemeyeceği hakkında.

Temyiz Eden (Davacı) **:** … Ltd. Şti.
Vekili **:** Av. …
Karşı Taraf (Davalı) **:** İzmir Gümrük Müdürlüğü

İstemin Özeti : … A.Ş.'ye vesaik mukabili gönderilen ve gümrük antreposunda bekletilen 31.3.2002 tarih ve 1291 (2001-02) numaralı ve 20.4.2002 tarih ve 26 (2002-03) numaralı konşimento muhteviyatı malların, para transferinin yapılmadığından bahisle davacı şirkete iade edilmesi istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin 7.7.2003 tarih ve 15435 sayılı davalı idare işleminin iptali istemiyle açılan dava sonucunda; İzmir 4. İdare Mahkemesince, Danıştay 10. Dairesinin 24.4.2006 tarih ve E:2004//8677, K:2006/2623 sayılı bozma kararına uyularak, Gümrük Yönetmeliğinin 291 inci maddesinin ikinci fıkrasında, eşyanın mülkiyeti ile ilgili olarak devri önleyici herhangi bir durumun varlığı halinde bu durum açıklığa kavuşturulmadan devir işleminin yapılmayacağının kurala bağlandığı, davacı şirketin iadesini istediği malların mülkiyet sorununun bulunduğu, bu nedenle tesis edilen işlemde hukuka aykırılık görülmediği gerekçesiyle davanın reddi yolunda verilen kararın 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 **:** Ergün Özcan
Düşüncesi **:** İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince gereği görüşüldü:

İdare ve Vergi Mahkemelerinin nihai kararlarının temyizen bozulması 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde yer alan sebeplerden birinin varlığı halinde mümkündür.

Temyizen incelenen karar, usul ve hukuka uygun olup, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenleri kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmediğinden temyiz isteminin reddi ile İzmir 4. İdare Mahkemesinin 4.10.2006 tarih ve E:2006/1427, K:2006/1690 sayılı kararının onanmasina, 18.9.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

FONLAR

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onuncu Daire
Esas No : 2008/8985
Karar No : 2009/2586

Özeti : Davacı bankanın Bahreyn Şubesi'nin, mevduatının yurtiçi kaynaklı olmasına ve banka şubesi aracılığıyla 2001 yılında kullandırılan kredilerin tamamının Türkiye'de yerleşik kişi ve kurumlara

kullandırılmasına karşın, kaynak kullanımını destekleme fonu kesintisi yapılmadığından dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında.

Temyiz Eden (Davacı) : … A.Ş.
Vekili : Av. …
Karşı Taraf (Davalı) : Boğaziçi Kurumlar Vergi Dairesi Başkanlığı
İstemin Özeti : İstanbul 6. İdare Mahkemesi'nce davanın reddi yolunda verilen 14.4.2008 tarih ve E:2007/170, K:2008/667 sayılı kararın, temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Yerinde olmadığı ileri sürülen temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Aydın Akgül

Düşüncesi : Dava, davacı bankanın Bahreyn şubesi aracılığıyla 2001 yılında kullandırılan kredilerden kaynak kullanımını destekleme fonu kesintisi yapılmadığından bahisle davacıdan 6.907.584,00 TL kaynak kullanımını destekleme fonu ve 21.054.284,00 TL cezai faizin istenilmesine ilişkin 29.12.2006 tarih ve 54174 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Olayda, gerek davacı banka tarafından Gelirler Kontrolörüne sunulan 8.7.2005 tarihli cevabi yazı ekinin, gerekse … A.Ş. Bahreyn Şubesi hakkında Bankalar Yeminli Murakıplarınca hazırlanan 2001 ve 2005 tarihli raporların birlikte değerlendirilmesinden, davacı bankanın Bahreyn Şubesi'nin mevduatının yurtiçi kaynaklı olmasına ve banka şubesi aracılığıyla 2001 yılında kullandırılan kredilerin tamamının Türkiye'de yerleşik kişi ve kurumlara kullandırılmasına karşın, kaynak kullanımını destekleme fonu kesintisi yapılmadığından dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenle, temyiz isteminin reddi ile usul ve hukuka uygun bulunan mahkeme kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Yalçın Macar

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 Onuncu Dairesince, 2577 sayılı Yasanın 17/2 maddesi uyarınca, davacının duruşma istemi yerinde görülmeyerek ve dosyanın tekemmül ettiği anlaşılmakla, yürütmenin durdurulması istemi hakkında karar verilmeyerek, işin esasına geçilip, gereği görüşüldü:

Dava, davacı bankanın Bahreyn şubesi aracılığıyla 2001 yılında kullandırılan kredilerden kaynak kullanımını destekleme fonu kesintisi yapılmadığından bahisle davacıdan 6.907.584,00 TL kaynak kullanımını destekleme fonu ve 21.054.284,00 TL cezai faizin istenilmesine ilişkin 29.12.2006 tarih ve 54174 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

İstanbul 6. İdare Mahkemesince; davacı banka tarafından Bahreyn kanunlarına göre 5.6.1999 tarihinde kurulan Bahreyn şubesine tahsis edilmiş bir öz sermaye olmadığı gibi, bu şubenin yarattığı tüm kaynakların Türkiye'de yerleşik kişi ve kurumlardan sağlandığı, bu şube aracılığıyla kullandırılan kredilerin Türkiye'de yerleşik kişi ve kurumlara kullandırılmasına karşın, kaynak kullanımını destekleme fonu kesintisi yapılmadığından dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı tarafından, hukuka aykırı olduğu iddiasıyla anılan kararın temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

7.6.1988 tarih ve 19835 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 88/12944 sayılı "Kaynak Kullanımını Destekleme Fonu Hakkında Karar" ile, kalkınma planı ve yıllık programlarda öngörülen hedeflere uygun olarak yatırımların yönlendirilebilmesi ve ihtisas kredilerinde kredi maliyetlerinin düşürülmesi amacıyla 1211 sayılı Yasa'nın 3098 sayılı Yasa'yla değişik 40 ıncı maddesinin II-b, c fıkralarına dayanılarak Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası nezdinde "Kaynak Kullanımını Destekleme Fonu" kurulmuş olup, anılan Kararın 3. maddesinde; Fonun kaynakları sayılmış, bunlar arasında bankalarca kullandırılan kredilerde %6 oranında yatırılacak tutara yer verilerek, 4. maddesinde; Fona kesinti yapılmayacak krediler 14 fıkra halinde sayılmış, 5. maddesinde; bankalar, özel finans kurumları ve finansman şirketlerinin Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'nca yayımlanacak tebliğlerde belirtilen esaslara göre tahakkuk ettirdikleri fon kesintileri ile vadeli ithalattta tahsil ettikleri fon kesintilerini tahakkuk veya tahsilatı izleyen ayın 15. günü akşamına kadar Fon'a yatırmak zorunda oldukları; anılan Kararın 96/9006 sayılı Karar ile değişik 8. maddesinin "a" bendinde, zamanında ve tam olarak yatırılmayan fon kesintileri ile fon kesintisi indirimi uygulanan kredilerde, vergi, resim ve harç istisnası uygulaması paralelinde, ihracatın veya taahhüdün gerçekleşmemesi veya ihracat veya taahhüdün kısmen gerçekleşmesi durumunda, indirimli uygulanan fon kesintilerinin tama iblağ edileceği ve tahsili gereken fon kesintilerinin bankalar, özel finans kurumları veya finansman şirketlerinden; "b" fıkrasında, ilgili kararlar ve bu kararlara ilişkin tebliğlere aykırılığın tespiti sonucu geri alınması gereken destekleme primlerinin görevli bankalarca ilgililerden, Fon'a yatırılması gereken fon kesintisi istisnasının uygulandığı, destekleme priminin ödendiği tarihler ile Fon'a yatırıldığı tarih arasında geçen süre için ve bu sürede yürürlükte bulunan cezai faiz oranları üzerinden hesaplanacak cezai faizi ile birlikte geri alınacağı kurala bağlanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden; davacı bankanın Bahreyn şubesinin, 5.6.1999 tarihinde Bahreyn kanunlarına göre kurularak 14.7.1999 tarihinde faaliyete başladığı, Gelirler Kontrolörünce söz konusu şubenin hesaplarının kaynak kullanımını destekleme fonu yönünden incelendiği, inceleme sırasında 9.5.2005 tarih ve 276 sayılı yazıyla davacı bankadan 2000, 2001 ile 2002 yıllarına ilişkin olarak bankanın yurtdışı şubelerinde aylık ve yıllık olarak toplam mevduat tutarlarının, toplam mevduat içerisinde Türkiye'de yerleşik kişi, kurum ve kuruluşlardan alınan mevduat tutarının, bankanın yurtdışı şubelerinin kullandırdığı kredilerin tutarlarının, kullandırılan krediler içerisinde Türkiye'de yerleşik kişi, kurum ve kuruluşlara kullandırılan kredilerin toplam tutarı ile birlikte bir kısım bilgi ve belgelerin istenildiği, davacı banka tarafından sunulan 8.7.2005 tarihli cevabi yazı ekinde, … A.Ş. Bahreyn Şubesinin 2001 yılında toplanan vadeli mevduat toplamının 30.498.529 DEM, 98.069.821 EURO, 1.778.790 GBP, 181.104.010 USD, 2.070.222.506,72 TL; 2001 yılında toplanan vadeli mevduat toplamının Türkiye'de yerleşiklere ait vadeli mevduat toplamının ise 30.498.529 DEM, 98.069.821 EURO, 1.778.790 GBP, 172.330.939 USD, 2.064.557.832,67 TL olduğu, 2001 yılında kullandırılan kredi toplamının 8.000.000 DEM, 5.436.292 EURO, 127.754.774 USD, 820.000 TL; 2001 yılında kullandırılan kredilerin Türkiye'de yerleşiklere ait kredi kullandırımlarının da aynı miktarda 8.000.000 DEM, 5.436.292 EURO, 127.754.774 USD, 820.000 TL olduğu, bu şube aracılığıyla 2001 yılında kullandırılan kredilerin Türkiye'de yerleşik kişi ve kurumlara kullandırılmasına karşın, kaynak kullanımını destekleme fonu kesintisi yapılmaması nedeniyle dava konu işlemin tesis edilmesi üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Dairemizin 5.12.2008 tarih ve E:2008/8985 sayılı ara kararıyla, Türkiye'de yerleşik bankalarca, yurtdışında bulunan şubeleri aracılığıyla kullandırılan kredilerden kaynak kullanımını destekleme fonu kesintisi yapılıp yapılmayacağının T.C. Merkez Bankası A.Ş.'den sorulması üzerine verilen cevapta; T.C. Merkez Bankası A.Ş Sermaye Hareketleri Genelgesinde, Türkiye'de yerleşik kişilerin Türkiye'deki bankaların yurtdışındaki şubelerinden

(Off-Shore şubeler dahil, serbest bölgelerdeki şubeler hariç) temin ettikleri kredilerin kambiyo mevzuatı bakımından yurtdışından sağlanan kredi olarak kabul edileceğinin belirtildiği; 6 Sıra No'lu, 12.5.1988 Tarih ve 88/12944 sayılı Kararnameye İlişkin Kaynak Kullanımını Destekleme Fonu Hakkında Tebliğ'in "Fon'a Kesinti Yapılmayacak Krediler" başlıklı 3 üncü maddesinin 20 nci fıkrasında, Türkiye'de yerleşik kişilerce yurtdışından sağlanan ortalama vadesi asgari 1 yıl olan döviz ve altın kredilerinin (Fiduciary işlemler hariç) Fon kesintisinden muaf tutulduğu; Fiduciary işlemlere açıklık getirilmek amacıyla bankalara gönderilen 5.8.1996 tarih 96/2 sayılı Talimatın 5. maddesinde; Türkiye'de faaliyet gösteren bankaların yurtdışındaki bankalar veya kendi şubeleri adına yurtiçinden kabul ettikleri mevduat veya Türkiye'deki kişilerin yurtdışı bankalara veya şubelere gönderecekleri havalelerle karşılıklı olarak, yurtdışı banka veya kendi şubeleri adına yurtiçinden kabul ettikleri mevduat veya Türkiye'deki kişilerin yurtdışı bankalara veya şubelere gönderecekleri havalelerle karşılıklı olarak, yurtdışı banka veya şube tarafından Türkiye'deki banka nezdinde açılan mevduat hesapları ile yurtdışındaki banka veya şubeden Türkiye'ye gönderilen havalelerin kredi olarak mütalaa edileceği ve vadesine bakılmaksızın fon kesintisine tabi tutulacağı, diğer bir ifadeyle; Türkiye kaynaklı fonların yurtdışında kurulu bir banka veya şube kullanılarak, önce yurtdışına çıkarılması ve daha sonra tekrar yurda getirilmesi şeklinde işleyen "fiduciary" işlemlerden vadesine bakılmaksızın Fon'a kesinti yapılacağı ifadesine yer verilmiştir.

Dairemizin 5.12.2008 tarih ve E:2008/8985 sayılı ara kararıyla, davacı … A.Ş.'nin, Bahreyn Şubesi aracılığıyla kullandırdığı kredilerle ilgili olarak her hangi bir inceleme veya soruşturma yapılıp yapılmadığının Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu'ndan sorulması üzerine verilen cevapta; 2001 yılına ilişkin olarak Banka nezdinde 30.6.2001 tarihli mali tablolar üzerinden yapılan incelemeler sonucunda Bankalar Yeminli Murakıplarınca düzenlenen 30.11.2001 tarih ve R-13, R-4 sayılı Mali Bünye Raporunda; diğer off-shore şubelerde olduğu gibi kredi ve mevduat işlemlerinin tamamen şube adına genel müdürlükçe yerine getirildiği, ancak kayıtlarının şubede izlendiği; şube ile genel müdürlük ve … 'nun diğer bankaları arasında yoğun depo ve kredi işlemlerinin gerçekleştirildiği, bunların bir kısmının karşılıklı olarak bilançoları olduğundan daha büyük göstermek amacıyla, bir kısmının ise döviz kaygısıyla yapıldığı, 31.12.2000-31.3.2001 tarihleri arasında şube bilançosunun % 254,3 oranında arttığı, ancak bu artışın tamamen grup içi hareketlerden kaynaklandığı, şubenin sağlamış olduğu kaynakların büyük tutarda plase edildiği banka ve kuruluşların da … bankaları olmasının dikkat çekici olduğu; Banka nezdinde 30.6.2001 tarihli mali tablolar üzerinden yapılan incelemeler sonucunda düzenlenen 30.11.2001 tarih ve R-13, R-4 sayılı Mali Bünye Raporunda da; Türkiye'de yerleşik kişi ve kuruluşlara kullandırılan kredilere ayrıntılı olarak yer verildiği; 9.11.2005 tarih ve R-3 sayılı … A.Ş. Bahreyn Şubesi hakkında Bankalar Yeminli Murakıplarınca düzenlenen inceleme raporunda; 2005 yılının ilk yarısı itibariyle %34,7 oranında artış gösteren Şube aktif toplamının %80,94'ünün kredilerden oluştuğu; şube aktifinin en büyük ikinci kalemini ise satılmaya hazır menkul değerlerin oluşturduğu, şube'nin pasif toplamının %70'inin bankalardan sağlanan fonlardan, %18,9'unun ise mevduattan oluştuğu; bankalardan sağlanan fonların çok büyük bir bölümünün genel müdürlük ile … İsviçre'deki bankaları … Suisse S.A. tarafından Şube'ye yapılan plasmanlardan oluştuğu; sonuç olarak … A.Ş. Bahreyn Şubesi'nin bir kayıt merkezi gibi çalıştığı, bilançosunda yer alan bankacılık işlemlerine ilişkin faaliyetlerin (kredi pazarlama, yurtdışından kredi temini, kredilerin teminatlandırılması, takibi ...vs) gerçekte Türkiye'deki … A.Ş. şubeleri ve/veya genel müdürlük birimleri tarafından organize edilerek fiilen gerçekleştirildiği hususlarına yer verilmiştir.

Bu durumda, gerek davacı banka tarafından Gelirler Kontrolörüne sunulan 8.7.2005 tarihli cevabi yazı ekinin, gerekse … A.Ş. Bahreyn Şubesi hakkında Bankalar Yeminli Murakıplarınca hazırlanan ve yukarıda belirtilen 2001 ve 2005 tarihli raporların birlikte değerlendirilmesinden, davacı bankanın Bahreyn Şubesi'nin mevduatının yurtiçi kaynaklı

olmasına ve banka şubesi aracılığıyla 2001 yılında kullandırılan kredilerin tamamının Türkiye'de yerleşik kişi ve kurumlara kullandırılmasına karşın, yukarıda belirtilen mevzuat uyarınca kaynak kullanımını destekleme fonu kesintisi yapılmadığından dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesine uygun bulunmayan temyiz isteminin reddi ile İstanbul 6. İdare Mahkemesi'nin 14.4.2008 tarih ve E:2007/170, K:2008/667 sayılı kararının onanmasina, 22,90 TL yürütmenin durdurulması harcının isteminde davacıya iadesine 1.4.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onuncu Daire
Esas No : 2007/6729
Karar No : 2009/8113

Özeti : Kaynak kullanımını destekleme fonu kesintisinin ve cezai faizinin ödenmesinde sorumlu tutulan dönem; fon kesintisi istisnasının uygulandığı tarih ile tahsil edildiği tarih arasında geçen süre olarak kabul edildiğinden; fonun istisna edildiği tarih itibariyle şirketi temsile yetkili olan davacının, idarece tahsili gereken fon kesintisi ve cezai faizin ödenmesinden sorumlu olduğu hakkında.

Temyiz Eden (Davacı) : ...
Vekili : Av. ...
Karşı Taraf (Davalı) : Hasan Tahsin Vergi Dairesi Müdürlüğü
İstemin Özeti : Davacının eski yönetim kurulu üyesi olduğu ... Dış Ticaret A.Ş.'nin, kullanmış olduğu banka kaynaklı krediye ilişkin ihracat taahhüt hesabını kapatamaması üzerine, krediye isabet eden toplam kaynak kullanımını destekleme fonu ve cezai faizinin tahsili amacıyla düzenlenen ödeme emrinin iptali istemiyle açılan dava sonucunda, İzmir 3. İdare Mahkemesince; davacının yönetim kurulu üyesi olduğu ... Dış Ticaret A.Ş.'nin kullanmış olduğu banka kaynaklı krediye ilişkin ihracat taahhüt hesabını kapatamaması üzerine ödeme emrine konu alacağın şirket adına tahakkuk ettirildiği, ancak yapılan malvarlığı araştırması sonucuna göre alacağın şirketten tahsil imkanının bulunmadığının anlaşıldığı, bu nedenle 6183 sayılı Yasanın mükerrer 35. maddesi uyarınca kamu alacağının tahsili amacıyla şirketin kanuni temsilcisi olan davacı adına düzenlenen ödeme emrinde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddi yolunda verilen kararın temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.
Savunmanın Özeti : Cevap verilmemiştir.
Danıştay Tetkik Hakimi : Sevil Mehel Telli
Düşüncesi : Temyiz isteminin reddi ile usul ve hukuka uygun bulunan mahkeme kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.
Danıştay Savcısı : Ergün Özcan
Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince gereği görüşüldü:

7.6.1988 tarih ve 19835 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 88/12944 sayılı Kaynak Kullanımını Destekleme Fonu Hakkında Kararın 8/d maddesinde, vergi, resim ve harç istisnası uygulaması paralelinde ihracatın veya taahhüdün gerçekleşmemesi veya ihracat ve taahhüdün kısmen gerçekleşmesi durumunda indirimli uygulanan ve tahsili gereken fon kesintilerinin, fon kesintisi istisnasının uygulandığı tarih ile tahsil edildiği tarih arasında geçen süre için ve bu sürede yürürlükte bulunan cezai faiz oranları üzerinden hesaplanacak cezai faizi ile birlikte gümrük idarelerince firmalardan tahsil edileceği düzenlemesine yer verilmiştir. Anılan düzenleme uyarınca, fon kesintisi ve cezai faizinin ödenmesinde sorumlu tutulan dönemin, fon kesintisi istisnasının uygulandığı tarih ile tahsil edildiği tarih arasında geçen süre olarak kabul edildiği görülmektedir.

Dava dosyasının incelenmesinden, tahsili istenilen dava konusu kaynak kullanımını destekleme fonunun, davacının yönetim kurulu üyesi olduğu şirket tarafından 1997/12 döneminde kullanılan krediye ilişkin olduğu ve bu dönem itibariyle istisna edildiği anlaşılmaktadır. Davacının 1997/12 döneminde şirkette temsile yetkili yönetim kurulu üyesi olarak görev yaptığı dikkate alındığında, fonun istisna edildiği tarih itibariyle şirketi temsile yetkili olan davacının, idarece tahsili gereken fon kesintisi ve cezai faizin ödenmesinden sorumlu olduğu sonucuna varılmaktadır.

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 3. İdare Mahkemesinin 31.1.2007 tarih ve E:2006/528, K:2007/78 sayılı kararının onanmasina, 18.9.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

MEMURLAR VE DİĞER KAMU GÖREVLİLERİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onuncu Daire
Esas No : 2006/1408
Karar No : 2009/8357

Özeti : Memnu hakların iadesi kurumunun; mahkumiyeti değil, yalnızca mahkumiyetten doğan ehliyetsizlikleri geleceğe yönelik olarak ortadan kaldırması nedeniyle, ilgililerin mahkumiyetlerinden dolayı ilişiklerinin kesildiği görevlere iadeleri veya iptal edilen belgeleri yeniden almaları için yasal engel bulunmadığı; ancak bu konuda, kamu görevine açıktan atamada olduğu gibi idarelerin takdir yetkisinin bulunduğu hakkında.

Temyiz Eden (Davalı) **:** Başbakanlık Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü
Vekili **:** Av. …
Karşı Taraf (Davacı) **:** …
Vekili **:** Av. …
İstemin Özeti **:** Ankara 7. İdare Mahkemesinin 27.10.2005 tarih ve E:2004/1521, K:2005/1274 sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.
Savunmanın Özeti **:** Yerinde olmadığı ileri sürülen temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.
Danıştay Tetkik Hakimi : Nihan Didem Çakmak
Düşüncesi : Memnu hakların iadesi kurumu, mahkumiyetten doğan ehliyetsizlikleri geleceğe yönelik olarak ortadan kaldırdığından, ilgililerin mahkumiyetlerinden dolayı ilişiklerinin kesildiği görevlere yeniden iadeleri veya iptal edilen belgeleri yeniden almaları için yasal engel bulunmamaktadır. Bununla birlikte, görevle ilişiğin kesilmesi sonucunu doğuran disiplin cezaları, özel mevzuatlarında sayılan fiillere dayalı olarak verildiğinden ve bu işlemlere karşı idari yargı mercilerinde açılan davalarda yürütmenin durdurulması ya da iptal kararı verilmedikçe hukuk alemindeki varlıklarını sürdürdüklerinden; ceza mahkumiyetine dayalı ehliyetsizliklerin ortadan kaldırılmasını sağlayan memnu hakların iadesi kurumunun, sözü edilen disiplin cezalarından dolayı görevlerine son verilenler hakkında uygulanma olanağı bulunmamaktadır.

Dava konusu olayda; davacının hakemlik lisansının iptal gerekçesi mahkumiyete değil, disiplin cezası niteliğinde bulunan hak mahrumiyeti cezasına dayandığından (ve bu cezaya karşı herhangi bir dava açılmadığından), memnu hakların iadesi kurumunun, davacının disiplin cezasını da ortadan kaldırdığı şeklinde yorumlanmasına hukuki olanak bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenle, dava konusu işlemin iptali yolundaki 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 Kanununun 49.maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince gereği görüşüldü:

Dava; Taekwondo Federasyonu'na bağlı antrenör ve hakem olarak görev yapmakta iken, ırza geçme suçundan ağır hapis cezasına mahkum olan ve Amatör Spor Dalları Ceza Yönetmeliği uyarınca 5 yıl hak mahrumiyeti cezası verilen davacının, bu cezalara bağlı olarak kullanamadığı antrenörlük ve hakemlik haklarının, ceza mahkemesince memnu haklarının iadesine karar verilmesi nedeniyle iade edilmesi istemli başvurusunun reddine ilişkin 4.3.2004 tarih ve 648 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Ankara 7. İdare Mahkemesince; Eskişehir Ağır Ceza Mahkemesinin 29.5.1992 tarihli kararı ile ırza geçme suçundan ağır hapis cezasına mahkum olması nedeniyle hakkında Amatör Spor Dalları Ceza Yönetmeliği uyarınca 24.3.1994 tarihinde 5 yıl hak mahrumiyeti cezası verilen davacının, başvuru tarihi itibariyle memnu haklarının yargı kararıyla iade edilmesi ve hak mahrumiyeti cezasının süresinin dolması karşısında; gerek disiplin cezasına, gerekse mahkumiyete bağlı ehliyetsizliklerinin ortadan kalktığı, bu nedenle başvurusunun disiplin cezası ve mahkumiyet gerekçe gösterilerek reddedilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

Davalı tarafından; anılan İdare Mahkemesi kararının hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek temyizen incelenip bozulması istenilmektedir.

3289 sayılı Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun 2. maddesinin (e) bendinde, spor federasyonlarının kurulması ve spor dallarını belirlemek için gerekli usul ve esasları tayin ve tespit etmek, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü'nün görevleri arasında sayılmış; aynı Yasanın 11. maddesinde ise, beden terbiyesi ve spor çalışmalarında spor teşekkül ve kişilerince, disiplin ve sportmenliğe aykırı fiillerin ve bunlara uygulanacak müeyyidelerin, yasalara ve milletlerarası teamüllere uygun olarak yapılacak ceza yönetmeliği ile tespit edileceği hükme bağlanmıştır.

Anılan Yasaya dayanılarak, amatör spor faaliyetlerinde disiplini sağlamak için ceza kurullarının teşkili ve milletlerarası esaslara ve teamüllere uygun olarak disiplin suçu teşkil eden fiiller ile müeyyidelerinin belirlenmesi amacıyla çıkarılan Amatör Spor Dalları Ceza Yönetmeliğinin 2. maddesinde, Yönetmeliğin amatör spor faaliyetlerinde bulunan kuruluşları, amatör sporcuları, hakemleri, antrenörleri, yöneticileri ve amatör spor dallarında görevli diğer kişileri kapsadığı belirtilmiş; 18. maddesinde, hak mahrumiyeti cezası; hakemlik, gözlemcilik temsilcilik, saha komiserliği yapmaktan, teşkilat veya teşekkül yöneticisi, idari ve teknik görevli olarak yarışmalarda hazır bulunmaktan, teşekkül mensubu olarak teşkilatla resmi ilişkide bulunmak ve yazmaktan men olarak tanımlanmış; 70. maddesinde de, adabı umumiye aleyhinde suçlardan mahkum olanlarla, ağır hapis veya bir yıldan fazla hapis cezası ile hükümlü olanların üç yıldan beş yıla kadar hak mahrumiyeti cezası ile cezalandırılacağı düzenlenmiştir.

Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun, ırza geçme suçunu işleyenlere uygulanacak cezai tedbirleri belirleyen 414. maddesi de, "Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde İşlenen Cürümler" başlıklı sekizinci babında yer almış; Yasanın 121. maddesinde ise "müebbeden hidematı ammeden memnuiyet ve ceza mahkumiyetinden mütevellit diğer nevi ademi ehliyet cezaları memnu hakların iadesi tarikiyle izale olunabilir." hükmüne yer verilmiştir.

Öte yandan; Taekwondo Hakem Yönetmeliğinin 25. maddesinde, taekwondo hakemi olabilme koşulları belirlenmiş; bunlar arasında ceza kurulları tarafından bir defada 6 ay veya daha fazla ceza almamış olmak; ağır hapis, 6 aydan daha fazla hapis veya yüz kızartıcı bir fiilden affa uğramış dahi olsa ceza almamış olmak sayılmış; Merkez Hakem Kurulunun hakemlik lisansını iptal yetkisini düzenleyen 13. maddesinin (b) bendinde, hakem olabilme şartlarından birini kaybetmek; (f) bendinde ise, Genel Müdürlük Ceza Kurulunca hakkında altı ay ve daha fazla hak mahrumiyeti cezası verilmiş olmak, lisansın iptal sebepleri arasında sayılmış; maddenin devamında da, sayılan hallerden birinin hakemlerce yapılması halinde, Merkez Hakem Kurulunca hakemlik yapma hakkının sona erdirileceği ve lisanslarının iptali için Federasyon Başkanının onayına sunulacağı düzenlenmiştir.

Antrenör Eğitim Yönetmeliğinin 4. maddesinde, antrenör; ilgili spor dalında eğitim gördüğü kademedeki programları başarı ile tamamlayarak bulunduğu kademe için Genel Müdürlükten belge alan, sporcuları veya spor takımlarını ulusal ve uluslararası kural ve tekniklere uygun olarak yetiştirmek, yarışmalara hazırlanmalarını ve yarışmalarını, gelişmelerini takip etmek görev ve yetkisini haiz olan kişi olarak tanımlanmış; 6. maddesinde, antrenör olabilme koşulları arasında, taksirli suçlar hariç olmak üzere ağır hapis cezasına mahkum olmamak ve Amatör Spor Dalları Ceza Yönetmeliğine göre son üç yıl içinde bir defada 6 aydan fazla ve/veya toplam 1 yıldan fazla ceza almamış olmak sayılmış; 16. maddesinde ise, Amatör Spor Dalları Ceza Yönetmeliğine göre üç yıl içinde bir defada 6 aydan fazla ve/veya üç yıl içinde toplam bir yıldan fazla ceza alan antrenörlerin lisanslarının federasyonun teklifi, Genel Müdürlük Makamının onaylaması halinde süresiz olarak geçersiz sayılacağı; Yönetmeliğin 6. maddesinde belirtilen antrenör kurslarına katılacaklarda aranan şartlardan herhangi birini antrenör belgesini aldıktan sonra kaybeden antrenörlerin belge ve

lisanslarının ilgili federasyonun koordinesi alınarak Daire Başkanlığının teklifi ve Genel Müdürlük Makamının onayı ile geçersiz sayılacağı belirtilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden; davacının, Taekwondo Federasyonu'na bağlı antrenör ve hakem olarak görev yapmakta iken, Eskişehir Ağır Ceza Mahkemesinin 29.5.1992 tarih ve E:1991/183, K:1992/148 sayılı kararıyla ırza geçme suçundan 4 yıl, 10 ay, 10 gün ağır hapis; alıkoyma suçundan ise ağır para cezasına mahkum olduğu, anılan kararın Yargıtayca temyizen incelenmesi sonucu, ırza geçme suçuna ilişkin kısmının onanıp, alıkoyma suçuna ilişkin kısmının bozulduğu, Mahkemece bozmaya uyularak alıkoyma suçu nedeniyle miktar olarak daha yüksek bir ağır para cezasına hükmedildiği, söz konusu kararın kesinleşmesi üzerine, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Ceza Kurulunun 24.3.1994 tarihli kararı ile Amatör Spor Dalları Ceza Yönetmeliğinin 70. maddesi uyarınca, adabı umumiye aleyhine suçtan mahkum olması nedeniyle davacıya 5 yıl hak mahrumiyeti cezası verildiği; Merkez Hakem Kurulunun 7.1.2004 tarihli kararında ise, Taekwondo Hakem Yönetmeliğinin 13. maddesinin (f) bendi uyarınca, 5 yıl hak mahrumiyeti cezası alması nedeniyle hakemlik lisansının iptal edildiği; bunu takiben, davacının başvurusu üzerine, mahkumiyet kararını veren ceza mahkemesince 21.1.2004 tarihinde davacının memnu haklarının iadesine karar verildiği; davacı tarafından, gerek memnu haklarının yargı kararıyla iade edilmesi, gerekse hak mahrumiyeti cezasının süresinin dolması nedeniyle kullanamadığı antrenörlük ve hakemlik haklarının iadesi istemiyle davalı idareye başvurulduğu; başvurunun, memnu hakların iadesi kurumunun yalnızca mahkumiyete bağlı ehliyetsizlikleri ortadan kaldırdığı, disipliner nitelikteki hak mahrumiyeti cezasının hüküm ve sonuçlarını etkilemediği gerekçesiyle reddi üzerine bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yukarıda aktarılan 121. maddesinden de anlaşılacağı üzere; memnu hakların iadesi kurumu, mahkumiyeti ortadan kaldırmamakta, yalnızca mahkumiyetten doğan ehliyetsizlikleri geleceğe yönelik olarak ortadan kaldırmaktadır. Dolayısıyla, memnu hakların iadesi kararı geriye yürümediğinden, ilgililerin mahkumiyetlerinden dolayı ilişiklerinin kesildiği görevlere yeniden iadeleri veya iptal edilen belgeleri yeniden almaları için yasal engel bulunmamakta; ancak bu konuda, kamu görevine açıktan atamada olduğu gibi idarelerin takdir yetkisinin bulunduğunun kabulü gerekmektedir.

Buna göre, uyuşmazlığa konu olayda; memnu hakları iade edilen davacı hakkındaki mahkumiyet kararı, iptal edilen hakemlik lisansını yeniden almasına engel oluşturmamakla birlikte; söz konusu lisansı yeniden alabilmesi, idarenin takdir yetkisinde bulunduğundan ve Taekwondo Hakem Yönetmeliğinin 25. maddesi uyarınca, aldığı 5 yıl hak mahrumiyeti cezası -süresi dolmuş olsa dahi- yeniden hakem olabilmesine engel teşkil ettiğinden, başvurusunun reddine ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Bu durumda; Mahkemece, davacının hakem ve antrenör olma koşullarını taşımaması nedeniyle başvurusunun reddedilmesine ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi gerekirken; bu husus göz ardı edilerek verilen kararda hukuki isabet görülmemektedir.

Açıklanan nedenle, davacının temyiz isteminin kabulü ile Ankara 7. İdare Mahkemesinin 27.10.2005 tarih ve E:2004/1521, K:2005/1274 sayılı kararının bozulmasina, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine 30.9.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onuncu Daire
Esas No : 2009/634
Karar No : 2009/7650

Özeti : Adli Tıp Kurumu Trafik İhtisas Dairesince hazırlanan raporda; araç sürücüsünün, asli ve %100 oranında kusurlu olduğu; davalı idarelerin ise kusurlu bulunmadığı belirtildiğinden, kazanın oluşumunda kendilerine atfedilecek bir hizmet kusuru bulunmayan davalı idarelerin, kazada hasar gören ve davacı sigorta şirketince sigortalanan araçta oluşan zararın tazminiyle sorumlu tutulmasına hukuken olanak bulunmadığı hakkında.

Temyiz Eden (Davacı) : … A.Ş.
Vekili : Av. …
Temyiz Eden ve Karşı Taraf (Davalı): Mersin Valiliği
Diğer Davalı : TCDD Genel Müdürlüğü
Vekili : Av. …
İstemin Özeti : Davacı sigorta şirketinin sigortaladığı … plakalı aracın, 23.11.2005 tarihinde Mersin İli, Tarsus İlçesi yönünden Tarsus İlçesi, Yenice Beldesi, Arıklı Köyü yönüne gitmekte iken Yenice/Arıklı Köyü hemzemin geçidinde 62201 sefer sayılı 5706 nolu trenle çarpışması sonucunda meydana gelen kazada hasar gördüğünden bahisle araç için hak sahibine ödenen 20.000,00 TL'nin ödeme tarihinden itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte tazminine karar verilmesi istemiyle açılan dava sonucunda; Mersin 1. İdare Mahkemesince, mahkemelerince yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu İstanbul Adli Tıp Kurumu Trafik İhtisas Dairesince hazırlanan raporda; olayda, tren makinistlerinin alınabilecek önlemleri aldıklarından kusursuz bulunduğu, … plakalı araç sürücüsü …'in bir hemzemin geçitte gerekli özeni gözetmeyerek ve trenlerin geçiş üstünlüğünü tanımayarak tedbirsiz ve dikkatsiz davrandığından, asli ve %100 oranında kusurlu olduğu, TCDD Genel Müdürlüğü'nün ve Mersin Valiliği'nin ise kusurunun bulunmadığı belirtildiğinden, kazanın oluşumunda kendilerine atfedilecek bir hizmet kusuru bulunmayan davalı idarelerin, kazada hasar gören ve davacı sigorta şirketince sigortalanan araçta oluşan zararın tazminiyle sorumlu tutulmasına hukuken olanak bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddi yolunda verilen kararın, davacı tarafından esas yönünden, davalı idarelerden Mersin Valiliği'nce usul yönünden temyizen incelenip bozulması istenilmektedir.

Davacının Savunmasının Özeti : Savunma verilmemiştir.

Davalıların Savunmalarının Özeti : Mersin Valiliği'nce savunma verilmemiş olup; TCDD Genel Müdürlüğü'nce, yerinde olmadığı ileri sürülen temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Aydın Akgül

Düşüncesi : Temyiz istemlerinin 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 Kanunun 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 Onuncu Dairesince gereği görüşüldü:

İdare ve Vergi Mahkemelerinin nihai kararlarının temyizen bozulması 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49 uncu maddesinde yer alan sebeplerden birinin varlığı halinde mümkündür.

Temyizen incelenen karar, usul ve hukuka uygun olup, dilekçelerde ileri sürülen temyiz nedenleri kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmediğinden, temyiz istemlerinin reddi ile Mersin 1. İdare Mahkemesinin 31.10.2008 tarih ve E:2006/3075, K:2008/1003 sayılı kararının onanmasina, 14.7.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGILAMA USULÜ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onuncu Daire
Esas No : 2009/11303
Karar No : 2009/8021

Özeti : Anayasa ve Yasada kamu hizmeti olduğu belirtilen bir hizmetin, özel hukuk hükümlerine tabi gerçek vaya tüzel kişilerce veya bunların çalışanlarınca görülmesi, bu kişilerce görülen hizmetin, kamu hizmeti olduğu gerçeğini değiştirmeyeceği gibi, kamu hizmeti gören kişinin de kamu hizmeti görevlisi kabul edilmesine engel oluşturmayacağı hakkında.

YETKİLİ YARGI YERİNİN BELİRLENMESİ KARARI

... vekili Av. ... tarafından, davacının Mersin İli, Mut İlçesinde bulunan ... Özel Eğitim ve Rehabilitasyon Merkezinde öğretmen olarak görev yaptığı dönemle ilgili olarak yapılan soruşturmaya dayanılarak idari, mali ve disiplin yönünden yapılacak işlemleri bildiren Mersin Valiliği İl Milli Eğitim Müdürlüğünün 3.3.2009 tarih ve 881 sayılı işlemin iptali ile bu işlem uyarınca maaşından tahsil edilen 857.28 TL'nin yasal faiziyle birlikte iadesi istemiyle Mersin Valiliğine karşı açılan dava sonucunda; Mersin 1. İdare Mahkemesinin, davacının halen Kırıkkale İlinde bulunan Özel ... Eğitim ve Rehabilitasyon Merkezinde İşitme Engelliler Sınıf Öğretmeni olarak görev yaptığı anlaşıldığından, 2577 sayılı Yasa'nın 33/3. maddesi uyarınca, uyuşmazlığın görüm ve çözümünde davacının görevli bulunduğu yer idare mahkemesi olan Kırıkkale İdare Mahkemesinin yetkili olduğuna ilişkin 29.4.2009 tarih ve E:2009/396, K:2009/490 sayılı yetki ret kararı ile Kırıkkale İdare Mahkemesinin; kamu görevlisi statüsünde bulunmayan davacı hakkında 2577 sayılı Yasanın 33. maddesinin uygulanamayacağı, bu nedenle aynı Yasanın 32. maddesi uyarınca dava konusu işlemi tesis eden idari merciin bulunduğu yer idare mahkemesi olan Mersin İdare Mahkemesinin yetkili

olduğuna ilişkin 10.7.2009 tarih ve E:2009/519, K:2009/479 sayılı yetki ret kararları üzerine ortaya çıkan yetki uyuşmazlığı üzerine, 2577 sayılı Yasa'nın 43. maddesi uyarınca oluşturulan dava dosyası incelenerek, gereği görüşüldü;

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 33/3. maddesinde "Kamu görevlilerinin görevle ilişkisinin kesilmesi sonucunu doğurmayan disiplin cezaları ile ilerleme, yükselme, sicil, intibak ve diğer özlük ve parasal haklarıyla ilgili davalarda yetkili mahkeme, ilgilinin görevli bulunduğu yer idare mahkemesidir." kuralına yer verilmiştir.

Anayasanın 42. maddesinde, bir kamu hizmeti olan eğitim ve öğretimin Devletin gözetim ve denetimi altında yapılacağı, ilköğretimin kız ve erkek bütün vatandaşlar için zorunlu ve Devlet okullarında parasız olduğu, özel ilk ve orta dereceli okulların bağlı olduğu esasların, Devlet okulları ile erişilmek istenen seviyeye uygun olarak kanunla düzenleneceği, Devletin, maddi imkanlardan yoksun başarılı öğrencilerin, öğrenimlerini sürdürebilmeleri amacı ile burslar ve başka yollarla gerekli yardımları yapacağı, durumları sebebiyle özel eğitime ihtiyacı olanları topluma yararlı kılacak tedbirleri alacağı kurala bağlanmıştır.

Anayasanın, "Kamu hizmeti görevlileriyle ilgili hükümler" bölümünün, "Genel ilkeler" başlıklı 128. maddesinde ise; 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 ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceği kurala bağlanmıştır.

Anayasanın, yukarıda aktarılan maddelerine göre, bir kamu hizmeti olduğu hususunda duraksama bulunmayan eğitim ve öğretim de dahil olmak üzere diğer kamu hizmetlerinin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği, bu itibarla kamu hizmeti görevlisi tabirinin, organik yönden yapılacak bir ayrım sonucunda sadece kamuda çalışan memurlar ve diğer kamu görevlilerini ifade etmediği, Anayasa ve Yasada kamu hizmeti olduğu belirtilen bir hizmetin, özel hukuk hükümlerine tabi gerçek veya tüzel kişilerince veyahutta bunların çalışanlarınca görülmesi, bu kişilerce görülen hizmetin, kamu hizmeti olduğu gerçeğini değiştirmeyeceği gibi, kamu hizmeti gören kişinin kamu hizmeti görevlisi kabul edilmesine de bir engel oluşturmamaktadır.

Nitekim, öğretmen olarak görev yapan davacının ve görev yaptığı özel eğitim ve rehabilitasyon merkezinin tabi olduğu 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu ile; 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 usûl ve esasların düzenlendiği; 6. maddesinde, kurumlarda eğitim-öğretim ve yönetimin, 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanununda ifade edilen Türk Millî Eğitiminin genel amaç ve temel ilkelerine uygun olarak yürütüleceği; 8. maddesinde, kurumların yöneticilik ve eğitim-öğretim hizmetlerinde, en az dengi resmi öğretim kurumlarına atanabilmek için gerekli nitelik ve şartları taşıyanlar, resmi dengi bulunmayan kurumların yöneticilik ve eğitim-öğretim hizmetlerinde ise yönetmelikle belirtilen nitelik ve şartları taşıyanların görevlendirileceği; 9. maddesinde, okullarda yöneticilik ve eğitim-öğretim hizmeti yapanlara, kıdemlerine göre (emekliler hariç) dengi resmî okullarda ödenen aylık ile sosyal yardım kapsamındaki ek ödeme tutarlarından az ücret verilemeyeceği, sosyal güvenlik ve özlük hakları yönünden; 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu ile 4857 sayılı İş Kanununa; yetki, sorumluluk, ödül ve cezalar ile bunların uygulanması bakımından; 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, 1702 sayılı İlk ve Orta Tedrisat Muallimlerinin Terfi ve Tecziyeleri Hakkında Kanun, 4357 sayılı Hususi İdarelerden Maaş Alan İlkokul Öğretmenlerinin Kadrolarına Terfi, Taltif ve Cezalandırılmalarına ve Bu Öğretmenler İçin Teşkil Edilecek Sağlık

ve İçtimaî Yardım Sandığı ile Yapı Sandığına ve Öğretmenlerin Alacaklarına Dair Kanun ile 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümlerine tâbi olduğu, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa göre kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını gerektiren fiillerin işlenmesi halinde bu kişilere kademe ilerlemesinin durdurulması cezası yerine brüt aylığından 1/4'ü ile 1/2'si arasında maaş kesim cezasının, çalışma izni veren makam tarafından verileceği, tekrarı hâlinde ise görevine son verileceği, 1702 sayılı Kanuna göre meslekten çıkarılma veya 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa göre Devlet memurluğundan çıkarma cezasını gerektiren fiil ve hâllerin işlenmesi hâlinde, Bakanlığın görüşü alınmak suretiyle personelin görevine, izni veren makam tarafından son verileceği kuralı yer almıştır.

Görüldüğü üzere, 5580 sayılı Yasada yer alan hükümlerin, özel öğretim kurumlarında çalışan öğretmenlerin, bu Yasaya göre kurumları ile olan iş ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların özel hukuk hükümlerine tabi olması, bu kişilerin kamu idaresi ile olan ilişkilerine, Yasada öngörülen idare hukuku kurallarının uygulanmasına engel oluşturmayacağı gibi, bu kurumlarda verilen ve bir kamu hizmeti olan eğitim ve öğretim hizmetlerini gören öğretmenlerin, yukarıda da belirtildiği üzere kamu hizmeti görevlisi olduğu yönündeki olguyu değiştirmemektedir.

Dava dosyasının incelenmesinden, Kırıkkale İlinde bulunan Özel ... Eğitim ve Rehabilitasyon Merkezinde İşitme Engelliler Sınıf Öğretmeni olarak görev yapan davacının, Mersin İli, Mut İlçesinde bulunan Özel ... Eğitim ve Rehabilitasyon Merkezinde öğretmen olarak görev yaptığı dönemle ilgili olarak yapılan bir soruşturmaya dayanılarak idari, mali ve disiplin yönünden yapılacak işlemleri bildiren Mersin Valiliği İl Milli Eğitim Müdürlüğünün 3.3.2009 tarih ve 881 sayılı işleminin iptali ile bu işlem uyarınca brüt aylığının 1/2'si kadarının maaşından kesilerek Defterdarlığa ödenen 857.28 TL'nin yasal faiziyle birlikte iadesi istemiyle Mersin Valiliğine karşı görülmekte olan bu davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda, kamu hizmeti görevlisi olan davacı hakkında, idari, mali ve disiplin yönünden yapılacak işlemleri bildiren Mersin Valiliği İl Milli Eğitim Müdürlüğünce tesis edilen 3.3.2009 tarih ve 881 sayılı işlemin iptali ile bu işlem uyarınca davacının brüt aylığının 1/2'si kadarının maaşından kesilerek Defterdarlığa ödenen 857.28 TL'nin yasal faiziyle birlikte iadesi isteminden kaynaklanan uyuşmazlığın görüm ve çözümünde, 2577 sayılı Yasa'nın 33/3. maddesi uyarınca, davacının görevli bulunduğu yer idare mahkemesi olan Kırıkkale İdare Mahkemesi yetkili bulunmaktadır.

Açıklanan nedenle davanın görüm ve çözümünde Kırıkkale İdare Mahkemesinin yetkili olduğuna, dosyanın Kırıkkale İdare Mahkemesine gönderilmesine, kararın Mersin 1. Mahkemesine ve taraflara bildirilmesine 15.9.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onuncu Daire
Esas No : 2008/3523
Karar No : 2009/8121

Özeti : Sigorta şirketinin, zarar gören sigortalıya sigorta bedelini ödemesi üzerine, halefiyet kuralı uyarınca, sigorta ettiren yerine geçerek o kişinin haklarına sahip olduğu açık olduğundan; dava açma süresi yönünden, sigorta ettirenden her hangi bir farkı bulunmadığı ve idari eylemlerden doğan zararların tazmini istemiyle idari eylemi öğrendiği tarihten

itibaren bir yıl içinde idareye başvurarak dava açması gerektiği hakkında.

Temyiz Eden (Davacı) : ... Sigorta A. Ş.
Vekili : Av. ...
Karşı Taraf (Davalılar) : 1- Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü
2- Elektrik Üretim A. Ş. Genel Müdürlüğü
Vekili : Av. ...
İstemin Özeti : Mersin 1. İdare Mahkemesince; davanın reddi yolunda verilen 29.2.2008 tarih ve E:2005/1293, K:2008/167 sayılı kararın temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmaların Özeti : Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü tarafından cevap verilmemiştir. Elektrik Üretim A. Ş. Genel Müdürlüğü tarafından, yerinde olmadığı ileri sürülen temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Sevil Mehel Telli

Düşüncesi : Temyiz isteminin reddi ile hukuka uygun bulunan mahkeme kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Yalçın Macar

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince, gereği görüşüldü:

Dava; 6-7 Mart 2004 tarihlerinde Mersin İli, Silifke İlçesinde bulunan Gezende Barajının kapaklarının açılması sonucunda, davacı sigorta şirketi tarafından sigortalanan Silifke (Mersin) Atık Su Arıtma Tesisi inşaatının su altında kalması nedeniyle oluştuğu ileri sürülen 17.075 TL maddi zararın, davalı idarelerin hizmet kusurundan kaynaklandığından bahisle yasal faiziyle birlikte tazminine karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

Mersin 1. İdare Mahkemesince; yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu hazırlanan rapor dikkate alındığında, taşkının oluşmasında, baraj gölündeki su seviyesinin kontrolünden doğrudan sorumlu olan DSİ Genel Müdürlüğünün teknik personeli ile işletim eğrisine göre elektrik üretiminin gerçekleşmesini gözetmesi gereken Elektrik Üretim A. Ş. Genel Müdürlüğünün teknik personelinin; Gezende Barajı için DSİ tarafından hazırlanan ve 1.1.2003-1.1.2005 tarihleri arasında geçerli olan işletme programına uymamaları ve ihmallerinin bulunması nedeniyle kusurlu oldukları kanaatine varıldığı; 6-7 Mart 2004 tarihlerinde meydana gelen sel baskınında, davalı idarelerin, elemanlarının kusuru dolayısıyla hizmeti kusurlu işlettiklerinin tespit edilmiş olduğu; ancak, davacı sigorta şirketinin zararının, davacı tarafından sigortalanan Silifke (Mersin) Atık Su Arıtma Tesisi inşaatının bulunduğu parsellerin, Bakanlar Kurulu'nun 6.9.1955 tarih ve 475827 sayılı kararıyla Göksu Nehrinin sağında ve solunda 125 metre genişliğinde saptanmış olan taşkın sahası içinde kalması nedeniyle tazmini olanağının bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı tarafından, anılan idare mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun "Halefiyet" başlıklı 1301. maddesinde, sigortacının sigorta bedelini ödedikten sonra hukuken sigorta ettiren kimsenin yerine geçeceği, sigorta ettiren kimsenin vaki zarardan dolayı üçüncü şahıslara karşı dava hakkı varsa, bu hakkın, tazmin ettiği bedel nispetinde sigortacıya intikal edeceği öngörülmüştür.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu' nun 13. maddesinde; idari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gerektiği; bu isteklerin kısmen veya tamamen reddi halinde, bu konudaki işlemin tebliğini izleyen günden itibaren veya istek hakkında altmış gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren, dava açma süresi içinde dava açılabileceği hükmüne yer verilmiştir.

Sigorta şirketinin, zarar gören sigortalıya sigorta bedelini ödemesi üzerine, halefiyet kuralı uyarınca, sigorta ettiren yerine geçerek o kişinin haklarına sahip olduğu dikkate alındığında; tâbi olacağı dava açma süresi yönünden, sigorta ettirenden her hangi bir farkı bulunmamaktadır. Dolayısıyla, sigorta şirketinin de halefiyet kuralı uyarınca, idari eylemlerden doğan zararların tazmini istemiyle idari eylemi öğrendiği tarihten itibaren bir yıl içinde idareye başvurarak dava açması gerektiği açıktır.

Dosyanın incelenmesinden, 6-7 Mart 2004 tarihlerinde Mersin İli, Silifke İlçesinde bulunan Gezende Barajının kapaklarının açılması sonucunda, davacı sigorta şirketi tarafından sigortalanan, İller Bankası Genel Müdürlüğü 8. Bölge Müdürlüğü tarafından ihale edilerek, ... İnşaat San ve Tic. A. Ş. tarafından yapılmakta olan Silifke (Mersin) Atık Su Arıtma Tesisi inşaatının su altında kaldığı; 8.3.2004 tarihinde davacı sigorta şirketinden zararın tespiti amacıyla ekspertiz talebinde bulunulduğu; bu talep üzerine düzenlenen 10.5.2004 tarihli ekspertiz raporunda belirtilen 17.075,15 TL hasar tutarının, davacı sigorta şirketi tarafından 28.12.2004 tarihinde sigorta ettiren ... İnşaat San ve Tic. A. Ş'ye ödenmesinden sonra, 26.4.2005 tarihinde kayda giren dilekçe ile davalı idarelerden Devlet Su işleri Genel Müdürlüğüne zararın tazmini için başvurulduğu, başvurunun zımnen reddi üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Sigorta ettiren kişinin yerine geçerek, idari eylemden zarar gördüğünü öne süren davacı tarafından, olay tarihinden itibaren bir yıl içinde idareye başvuruda bulunulup, olumsuz yanıt üzerine altmış günlük dava açma süresi içinde dava açılması gerekirken, Yasada öngörülen sürelerden sonra idareye başvurulduğu ve dava açıldığı anlaşılmaktadır.

İdare mahkemesince; davanın yukarıda belirtilen gerekçe ile süre aşımı nedeniyle reddine karar verilmesi gerekirken, uyuşmazlığın esasının incelenmesi suretiyle davanın reddi yolunda verilen kararda sonucu itibariyle hukuki isabetsizlik görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davacı temyiz isteminin reddine, Mersin 1. İdare Mahkemesinin 29.2.2008 tarih ve E:2005/1293, K:2008/167 sayılı kararının yukarıda belirtilen gerekçe ile onanmasina, 18.9.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onuncu Daire
Esas No : 2007/5816
Karar No : 2009/8220

Özeti : Tazminat isteminin, adalet teşkilatının örgütlenmesindeki aksaklıklar sonucunda oluşan gecikmenin hizmet kusuru olduğu iddiasına dayandırıldığı davalarda, davanın yargılama faaliyeti ile ilgisi bulunmadığı; bu itibarla, bu tür davalarda, uyuşmazlığın 2992 sayılı Yasa ile Adalet Bakanlığı'na verilen adalet hizmetinin yerine getirilmesinde hizmet kusurunun bulunup bulunmadığı yönünde bir

araştırma yapılarak çözümlenmesi gerektiği hakkında.

Temyiz Eden (Davacı) : ...
Vekili : Av. ...
Karşı Taraf (Davalı) : Adalet Bakanlığı
İstemin Özeti : Edirne İdare Mahkemesinin 20.3.2007 tarih ve E:2006/316, K:2007/276 sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.
Savunmanın Özeti : Yerinde olmadığı ileri sürülen temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.
Danıştay Tetkik Hakimi : Tarık Armağan
Düşüncesi : Uyuşmazlığın görüm ve çözümünde idari yargı görevli olduğundan, davanın görev yönünden reddi yolunda verilen mahkeme kararında hukuki isabet görülmemektedir.

Bu nedenle, temyize konu mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince gereği görüşüldü:

Dava; davacının 24.7.1988 tarihinde karşı tarafın tam kusurlu olduğu trafik kazası sonucu eşinin ve kızının vefat etmesi üzerine, karşı taraf aleyhine adli yargı yerinde açtığı tazminat davasının geç sonuçlanmasında davalı idarenin hizmet kusuru bulunduğundan bahisle, uğradığını ileri sürdüğü 50.000-TL zararın yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

Edirne İdare Mahkemesince; yargılama sürecine katkıda bulunan işlemler nedeniyle Devletin sorumluluğunun kabul edildiği durumlarda, bu sorumluluğun denetiminin de aynı yargı düzeni içinde yapılması gerektiği; bakılan davada, davacı tarafından yargılamanın geç sonuçlanması nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen zararın yargısal işlemlerden kaynaklanması ve idarenin sorumluluğunu doğuracak yasal bir düzenleme bulunmaması karşısında, bu uyuşmazlığın çözümünde, tazminat istemine konu olan işlemleri yapan mahkemenin dahil olduğu adli yargı mercilerinin görevli olduğu gerekçesiyle davanın görev yönünden reddine karar verilmiştir.

Davacı tarafından, Mahkeme kararının hukuka aykırı olduğu iddiasıyla temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

2992 sayılı, Adalet Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun'un 2. maddesinin (a) bendinde, kanunlarda kurulması öngörülen mahkemeleri açmak ve teşkilatlandırmak; (h) bendinde, Adalet hizmetleriyle ilgili konularda, gerekli araştırmalar ve hukuki düzenlemeleri yapmak, görüş bildirmek Adalet Bakanlığı'nın görevleri arasında sayılmıştır.

Anayasanın 125. maddesinin son fıkrasında; idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır. İdarenin, kamu hizmetinin kurulması veya yürütülmesinden doğan zararlardan sorumlu tutulmasını gerektiren ilkelerden biri "hizmet kusuru" ilkesidir. Genel olarak hizmet kusuru, bir kamu hizmetinin kuruluş ve işleyişindeki aksaklık ve bozukluğu ifade etmektedir.

İdarenin hukuki sorumluluğundan söz edilebilmek için, ortada bir zararın bulunmasının yanında, bunun idareye yüklenebilecek bir işlem veya eylemden doğması, başka bir deyişle zararla idari faaliyet arasında nedensellik bağının kurulabilmesi gerekir. Zararla idari faaliyet arasında nedensellik bağının bulunmaması, zararın idari faaliyetten doğmadığını gösterir.

Dosyanın incelenmesinden; davacının 24.7.1988 tarihinde karşı tarafın tam kusurlu olduğu trafik kazası sonucu eşinin ve kızının vefat etmesi üzerine, karşı taraf aleyhine adli yargı yerinde açtığı tazminat davasının geç sonuçlanmasında davalı idarenin hizmet kusuru bulunduğundan bahisle, uğradığını ileri sürdüğü 50.000-TL zararın yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle bakılan davayı açtığı anlaşılmaktadır.

Uyuşmazlıkta, davacı tazminat istemini, adalet teşkilatının örgütlenmesindeki aksaklıklar sonucunda oluşan gecikmenin hizmet kusuru olduğu iddiasına dayandırdığından, davanın yargılama faaliyeti ile ilgisi bulunmamaktadır.

Bu itibarla, İdare Mahkemesince, dava konusu olayda, 2992 sayılı Yasa ile davalı idareye verilen adalet hizmetinin yerine getirilmesinde hizmet kusurunun bulunup bulunmadığı yönünde bir araştırma yapılarak tazminat istemi hakkında esas yönünden bir karar verilmesi gerekirken, davanın görev yönünden reddine karar verilmesinde hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesine uygun bulunan davacının temyiz isteminin kabulüne, Edirne İdare Mahkemesinin 20.3.2007 tarih ve E:2006/316, K:2007/276 sayılı kararın bozulmasina, dosyanın yeniden karar verilmek üzere anılan Mahkemeye gönderilmesine, 24.9.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ONBİRİNCİ DAİRE KARARLARI

DUL – YETİM VE ŞEHİT AYLIKLARI

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onbirinci Daire
Esas No : 2006/6281
Karar No : 2009/4587

Özeti : İlgililerin Sandıktan olan alacaklarında da 5434 sayılı Kanunun 121. maddesindeki düzenlemenin kıyasen uygulanabileceği, bu nedenle davacının idareye yaptığı başvuru tarihinden itibaren geriye doğru beş yıllık süre içinde kalan istihkaklarını isteyebileceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan Taraflar :
1- (Davacı) : …
Vekili : Av. ...
2- (Davalı) : Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı
Vekili : Av. ...
İsteğin Özeti : Davacı tarafından, 14.1.1961 tarihinde vefat eden eşinden dolayı 8 yıl 7 ay 21 gün hizmet süresi üzerinden bağlanan dul aylığının; 15 yıl üzerinden tahakkuk ettirilmesi yolundaki başvurusunun reddine ilişkin işlemin iptali ile 11.4.2000 tarihinden öncesine ilişkin yoksun kalınan parasal haklarının yasal faiziyle birlikte tazminine karar verilmesi istemiyle açılan davada; Danıştay Onbirinci Dairesince verilen bozma kararı üzerine, 5434 sayılı Kanunun ek geçici 19. maddesi olarak teselsül ettirilen madde ile tevdiatçı veya iştirakçilerden 11.7.1971 tarihinden önce yaş haddi, maluliyet veya ölüm nedeniyle görevlerinden ayrılmış ve hizmetlerinin azlığı veya tevdiatçı olmaları nedeniyle aylık bağlanamamış bulunup da, fiili hizmet süresi 10 yılı geçenlerden hayatta olanların kendilerine, ölenlerin dul ve yetimlerine hizmet sürelerine göre ve 1.6.1976 tarih ve 2013 sayılı Kanunla 5434 sayılı Kanuna eklenen ek 1. madde esaslarına göre intibakları yapılarak, 5434 sayılı Kanunun diğer hükümleri de gözönüne alınmak şartıyla aylık bağlanacağı, anılan Kanunun geçici 28. maddesinde, bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce 3.6.1930 tarihli ve 1683 sayılı Kanuna tabi vazifelerden istifa ve sair sebeplerle ayrılmış olup da bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte açıkta bulunanlar hakkında emeklilik bakımından maddede yazılı hükümlerin uygulanacağı,(b) bendinde ise 21.12.1945 tarihli ve 4805 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce görevden ayrılanlardan bu Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra emeklilik hakkı tanınan vazifelere girenlerin yasada belirtilen süre içerisinde tayinlerini ve fiili ve itibari hizmet müddetlerini bağlı oldukları kurumlar vasıtasıyla Sandığa bildirecekleri hükümlerine yer verildiği, dosyanın incelenmesinden, 40 yaşından sonra iştirakçi olması nedeniyle 5434 sayılı Kanunun mülga 125. maddesi uyarınca Biriktirme Sandığıyla tevdiatçı olarak ilgilendirilen davacının eşinin, Muş İli Bulanık İlçesi Vergi Dairesi Müdürlüğünde memur olarak görev yapmakta iken 14.1.1961 tarihinde vefat ettiği, Sandıkça davacının eşinin 1.11.1923-2.7.1938 tarihleri arasında askerlik ve adaylıkta geçen süreler düşüldükten sonra kalan 2 yıl 5 ay 21 gün hizmetlerinin geçici 28. maddeye göre devralındığı, ayrıca 1.12.1954-1.12.1961 tarihleri arasında 6 yıl 2 ay Sandığa tabi hizmetleri olmak üzere 8 yıl 7 ay 21 gün hizmetinin bulunduğu, askerlik borçlanmasının yapılamadığı, idarece davacıya 8 yıl

7 ay 21 gün hizmet süresi üzerinden aylık bağlandığı, davacı tarafından eşinin hizmet süresinin daha fazla olduğu ileri sürülerek eşinin askerlik hizmet süresi ve daha önce farklı yerlerde geçen hizmet süreleri de esas alınarak tespit edilecek süre üzerinden aylık bağlanması yolundaki başvurusunun reddi üzerine bakılan davanın açıldığı, davacının eşinin 30.01.1932-02.07.1938 tarihleri arasında da maliye tahsildarı olarak görev yaptığı ve bu süreler dikkate alındığında, toplam hizmet süresinin 8 yıl 7 ay 21 gün değil, 10 yıldan fazla olduğu anlaşıldığından, ek geçici 19. madde uyarınca davacıya dul aylığı bağlanması gerekirken, aksi yöndeki dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline, dul aylığının idare tarafından kesildiği 01.06.2000 tarihinden itibaren ödenmesi mümkün olup, geçmiş tarihli fazlaya ilişkin istemlerin tazminine hukuken olanak bulunmadığı gerekçesiyle tazminat isteminin kısmen kabulü ile 01.06.2000 tarihinden itibaren tahakkuk ettirilecek dul aylığının ödenmesine, fazlaya ilişkin tazminat talebinin reddine hükmeden Ankara 10. İdare Mahkemesinin 13.12.2005 gün ve E:2005/1384, K:2005/2178 sayılı kararının aleyhlerine olan kısımlarının taraflarca, hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Taraflarca savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Sevda Bağcı Karataş

Düşüncesi : Davacı temyiz isteminin kabulü gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Mehmet Ali Samur

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onbirinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

İdare 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 idarenin temyiz dilekçesinde ileri sürülen hususlar, kararın iptal ve kabule ilişkin kısmının bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir.

Kararın 01.06.2000 tarihinden önceki döneme yönelik tazminat isteminin reddine ilişkin kısmına gelince;

5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanununun "Fazla veya Yersiz Ödemeye İlişkin İşlemler" başlıklı 121. maddesinde; "Her ne suretle olursa olsun istihkaklarından fazla yapılan ödemeler, ilgililerin, varsa sonraki her çeşit istihkaklarından hüküm alınmaksızın kesilmek suretiyle geri alınır. Ancak ilgili, Sandıkça yapılan bu muamelenin yersizliği hakkında Danıştayda dava açabilir. (Ek fıkra: 07/05/1986 - 3284/17 md.) Herhangi bir nedenle Sandık tarafından ilgililere istihkaklarından fazla veya yersiz olarak yapılan ödemelerin, bu hatalı işlemlerin düzeltildiği tarihten geriye doğru hesap edilecek beş yıllık tutarları tahsil edilir. Tahsilin ne şekilde yapılacağı yönetmelikle düzenlenir." hükmüne yer verilmiştir.

Anılan madde uyarınca ilgililerin de Sandık'tan olan alacaklarında bu hükmün işletilmesi hakkaniyet gereği olup, davacının en son başvuru tarihinden itibaren geriye doğru beş yıllık sürenin içinde kalan aylıkların da hesaplanarak ödenmesi gerekeceğinden, 01.06.2000 tarihinden önceki döneme yönelik tazminat istemini reddeden Mahkeme kararında hukuka uyarlık bulunmamıştır.

Açıklanan nedenle, Ankara 10. İdare Mahkemesinin 13.12.2005 gün ve E:2005/1384, K:2005/2178 sayılı kararının 01.06.2000 tarihinden önceki döneme yönelik tazminat isteminin reddine ilişkin kısmının bozulmasına, diğer kısımlarının onanmasına,

bozulan kısım hakkında yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, 08.05.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onbirinci Daire
Esas No : 2007/11080
Karar No : 2009/8256

Özeti : Ermenistan ile Türkiye arasında imzalanmış bir sosyal güvenlik anlaşması bulunmadığı gözönüne alındığında, davacının Ermenistan vatandaşı olması nedeniyle mütekabiliyet şartını taşımadığından, Sandık emeklisi olup vefat eden eşinden dolayı tarafına dul aylığı bağlanmamasında hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı): …
Vekili : Av. …
Karşı Taraf (Davalı) : Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı
Vekili : Av. ...
İstemin Özeti : Ermeni vatandaşı olan davacının, Sandık emeklisi olup vefat eden eşinden dolayı tarafına dul aylığı bağlanması istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davayı; davacının Ermenistan vatandaşı olması nedeniyle aylık bağlanabilmesi için 5434 sayılı Yasanın Ek 59. maddesinde belirtilen mütekabiliyet şartını taşıyıp taşımadığının belirlenmesi gerektiğinden, Mahkemelerinin ara kararı ile T.C. Dışişleri Bakanlığından Türk vatandaşlığını muhafaza ederek Ermenistan vatandaşı olan kişilerle evli bulunanlara, Ermeni uyruklu eşlerinin ölümü halinde Ermenistan sosyal güvenlik kuruluşlarınca bu ülkede ikamet etmek koşuluyla mütekabiliyet esasına göre aylık bağlanıp bağlanmadığının sorulduğu, verilen cevapta, Ermenistan uyruklu olmayan kişilere aylık bağlanması keyfiyetinin Ermenistan'ın taraf olduğu uluslararası anlaşmalara istinaden düzenlendiğinin bildirildiği, bu duruma göre, Ermenistan ile Türkiye arasında imzalanmış bir sosyal güvenlik anlaşması bulunmadığı gözönüne alındığında, davacının Ermenistan vatandaşı olması nedeniyle mütekabiliyet şartını taşımadığı, dolayısıyla dava konusu işlemde hukuka ve mevzuata aykırılık görülmediği gerekçesiyle reddeden Ankara 8. İdare Mahkemesinin 14.06.2007 gün ve E:2006/1026, K:2007/1598 sayılı kararının, davacı vekili tarafından temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.
Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.
Danıştay Tetkik Hakimi : Harun Hakan Baş
Düşüncesi : Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, 2577 sayılı Kanunun 49. maddesinin 1. fıkrasında sayılan bozma nedenlerine uymadığından, temyiz isteminin reddi ile kararın onanması gerektiği düşünülmektedir.
Danıştay Savcısı : Handan Yağuş
Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onbirinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

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 8. İdare Mahkemesince verilen 14.06.2007 gün ve E:2006/1026, K:2007/1598 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, 12.10.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onbirinci Daire
Esas No : 2007/9382
Karar No : 2009/8555

Özeti : Vefat eden babalarından dolayı yetim aylığı bağlanan davacıların, babalarının öldüğü tarihte 2 ve 4 yaşlarında olmaları ve annelerinin de yeniden evlenmesi durumu mücbir sebep oluşturduğundan; 5434 sayılı Kanunun 118. maddesi uyarınca geçmiş yıllarda birikmiş bulunan yetim aylıklarının ödenmesi gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacılar) : …
(… ve … adına)
Vekili : Av. …
Karşı Taraf (Davalı) : Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı
Vekili : Av. …
İsteğin Özeti : Vefat eden babalarından dolayı yetim aylığı bağlanan davacıların, geçmişe yönelik olarak yetim aylığı ödenmesi yolundaki başvurularının reddine ilişkin davalı idare işleminin iptali ile 2.10.1997-1.1.2006 tarihleri arasında birikmiş bulunan aylıkların yasal faiziyle ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılan davanın reddine karar veren Ankara 10. İdare Mahkemesinin 05.04.2007 günlü, E:2006/1901, K:2007/794 sayılı kararının; davacılar vekili tarafından temyizen incelenerek bozulması istemidir.
Savunmanın Özeti : İstemin reddi gerektiği savunulmaktadır.
Danıştay Tetkik Hakimi : Harun Hakan Baş
Düşüncesi : İstemin kabulü ile Mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.
Danıştay Savcısı : Nazlı Yanıkdemir
Düşüncesi : Temyiz başvurusu; Hakkari Devlet Hastanesinden emekliye ayrılan ve 2.10.1997 tarihinde vefat eden …'ın çocuklarına, 2.10.1997 ila 1.1.2006 tarihleri arasında da yetim aylığı verilmesi gerektiğinden bahisle kayyımları tarafından yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali ile yoksun kalınan tutarın yasal faiziyle ödenmesi istemiyle açılan davayı reddeden mahkeme kararının bozulması istemiyle yapılmıştır.

5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanununun 66'ıncı ve 67'inci maddelerinde, dul ve yetim aylığı bağlanacak haller, belirtildikten sonra, dul ve yetim aylıkları başlıklı yirminci kısmında, dul ve yetim aylıklarının hesaplanması, yararlanacak kişiler ve yararlanabileceği durumları (yaş, evlilik, cinsiyet vs.) ayrıntılı olarak açıklanmış olup; aynı Kanunun 118'inci

maddesinde de, 116 ve 117'nci maddelerin, ilgililerin herbirinin istihkakları hakkında ayrı ayrı uygulanacağı, sandığa müracaat etmemenin makbul veya mücbir bir sebebe dayandığını genel hükümlere göre ispat edenler hakkında yukarıdaki maddeler hükümlerinin uygulanmayacağı, hükmüne yer verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, 2.10.1997 tarihinde vefat eden …'ın, 1993 ve 1995 doğumlu çocuklarını nufusuna kaydettirmediği, daha sonra Gaziantep Birinci Sulh Hukuk Mahkemesinin 7.12.2004 gün ve 2004/1386 sayılı kararıyla davacının kayyım olarak atanması üzerine, kayyım tarafından açılan babalık davasının lehlerine sonuçlandığından bahisle yetim aylığı bağlanması amacıyla yapılan ilk başvurunun, 1.1.2006 tarihi esas alınarak kabul edildiği anlaşılmakta ise de; çocukların, babalarının öldüğü tarihte 2 ve 4 yaşlarında olması ve annelerinin de 1999 yılında evlenmesi nedeniyle ilgisiz kalmaları karşısında, olayda, mücbir sebebin varlığının kabulü gerektiği sonucuna varılmıştır.

Öte yandan; Anayasanın 125 'inci maddesi uyarınca kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olan idare tarafından, davacıların uğradığı parasal kaybın faizi ile birlikte ödeneceği tabiidir. Açıklanan nedenle, temyiz isteminin kabulü ile mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onbirinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Dava; vefat eden babalarından dolayı yetim aylığı bağlanan davacılar tarafından geçmişe yönelik olarak yetim aylığı ödenmesine ilişkin olarak yapılan başvurunun reddine yönelik davalı idare işleminin iptali ile 2.10.1997-1.1.2006 tarihleri arasındaki aylıkların yasal faiziyle ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

Dosyanın incelenmesinden; … 'ın … ve … isminde iki çocuğunu nüfusa kaydettirmediği, 2.10.1987 tarihinde vefat etmesinden sonra açılan babalık davası neticesinde 27.11.2005 tarihinde çocukların …'ın nüfusuna geçirildiği ve idareye yapılan başvuru üzerine çocuklara 01.01.2006 tarihinden itibaren yetim aylığı bağlandığı, çocukların kayyımı tarafından babalarının vefat ettiği 02.10.1997-01.01.2006 tarihleri arasında ödenmeyen yetim aylıklarının da ödenmesi istemiyle yapılan başvurunun dava konusu işlem ile reddedildiği anlaşılmaktadır.

İdare Mahkemesince, adli yargıdaki babalığın tespiti davasının kesinleşmesinden önceki dönemlere ait yetim aylıklarının ödenmesi mümkün olmadığından, mirasçılara murisin ölüm tarihi ile yetim aylığının bağlandığı tarihler arasındaki döneme ait yetim aylıklarının ödenmemesine ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacılar vekili tarafından; babaları vefat ettiğinde çocukların iki ve dört yaşında olmalarının dikkate alındığında olayda kanunda öngörülen mücbir ve makbul sebep olduğu öne sürülerek idare mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanununun 66'ıncı ve 67'inci maddelerinde, dul ve yetim aylığı bağlanacak haller belirtildikten sonra, dul ve yetim aylıkları başlıklı yirminci kısmında, dul ve yetim aylıklarının hesaplanması, yararlanacak kişiler ve bu kişilerin yararlanabileceği durumlar (yaş, evlilik, cinsiyet vs.) ayrıntılı olarak açıklanmış olup; aynı Kanunun 118'inci maddesinde de, 116 ve 117'nci maddelerin, ilgililerin herbirinin istihkakları hakkında ayrı ayrı uygulanacağı, Sandığa müracaat etmemenin makbul veya mücbir bir sebebe dayandığını genel hükümlere göre ispat edenler hakkında yukarıdaki maddeler hükümlerinin uygulanmayacağı hükmüne yer verilmiştir.

Olayda, 2.10.1997 tarihinde vefat eden …'ın, 1993 ve 1995 doğumlu çocuklarını nüfusuna kaydettirmediği, daha sonra Gaziantep Birinci Sulh Hukuk Mahkemesinin 7.12.2004 gün ve 2004/1386 sayılı kararıyla babalık davasının lehlerine sonuçlandığından bahisle yetim aylığı bağlanması amacıyla yapılan ilk başvurunun 1.1.2006 tarihi esas alınarak kabul edildiği anlaşılmakta ise de; çocukların, babalarının öldüğü tarihte 2 ve 4 yaşlarında

olmaları ve annelerinin de 1999 yılında evlenmesi nedeniyle ilgisiz kalması karşısında, olayda, mücbir ve makbul sebebin varlığının kabulü ile 5434 sayılı Yasanın 118. maddesinin uygulanması, 116. ve 117. maddelerde yer alan beş yıllık sürelerin ise uygulanmaması gerektiği açıktır.

Öte yandan; Anayasanın 125 'inci maddesi uyarınca kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olan idare tarafından, davacıların uğradığı parasal kaybın faizi ile birlikte ödeneceği tabiidir.

Bu durumda İdare Mahkemesi kararında hukuka ve mevzuata uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlere, davacıların temyiz isteminin kabulü ile Ankara 10. İdare Mahkemesince verilen 05.04.2007 gün ve E:2006/1901, K:2007/794 sayılı kararın bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine 19.10.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onbirinci Daire
Esas No : 2007/3332
Karar No : 2009/8938

Özeti : 5434 sayılı Kanunun 121. maddesinde, hatalı işlemlerin düzeltildiği tarihten geriye doğru hesap edilecek beş yıllık tutarın tahsil edileceği belirtildiğinden, davacı adına işlem tarihinden geriye doğru beş yılı aşan süre için borç çıkartılamayacağı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : …
Vekili : Av. …
Karşı Taraf (Davalı) : Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı
Vekili : Av. ...
İsteğin Özeti : Ankara 11. İdare Mahkemesince verilen 11.05.2006 gün ve E:2004/3097, K:2006/1407 sayılı kararın; davacı vekili tarafından, hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.
Savunmanın Özeti : İstemin reddi gerektiği savunulmaktadır.
Danıştay Tetkik Hakimi : Sevda Bağcı Karataş
Düşüncesi : Temyiz isteminin kısmen reddi ve kısmen kabulü ile Mahkeme kararının 30.04.1999-30.04.2004 tarihleri arasındaki döneme ilişkin borç çıkarma işleminin iptali isteminin reddine yönelik kısmının onanması, 01.01.1997-29.04.1999 tarihleri arasındaki döneme ilişkin borç çıkarma işleminin iptali isteminin reddine yönelik kısmının bozulması gerektiği düşünülmektedir.
Danıştay Savcısı : Mehmet Ali Samur
Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onbirinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Dava, muhtaçlığının kalkması sebebiyle yetim aylığı kesilen davacı tarafından, 01.01.1997-30.04.2004 tarihleri arasında yersiz ödenen aylık tutarının adına borç çıkarılmasına ilişkin işlemin iptaline karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

İdare Mahkemesince, davacının gelir getirici tarım arazileri, ev ve büyükbaş hayvan sayısı dikkate alınarak İl İdare Kurulunca muhtaç olmadığına dair verilen karara karşı açılan davanın reddedilmesi ve sözkonusu gelirlerin muhtaçlık maaşının bağlandığı 01.01.1997 tarihinden öncede mevcut olduğunun Gerede Kaymakamlığı yazısı ile sabit olması karşısında, davacının muhtaç olmadığından bahisle tesis edilen dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanununun 74. maddesinde; "Ölüm tarihinde iyileştirilmesi olanaksız hastalıklarının veya sakatlıklarının çalışmalarına engel olduğu sağlık kurulunca onaylanacak raporla tesbit edilenlere muhtaç olmaları şartıyla, ölüm tarihindeki yaşları ne olursa olsun ölüm tarihini izleyen aybaşından, sonradan bu şekilde malul ve muhtaç duruma düştükleri anlaşılanlara kendileri veya veli veyahut vasileri tarafından Sandığa müracaat tarihlerini takip eden aybaşından itibaren aylık bağlanır."; işlem tarihi itibariyle yürürlükte olan 108. maddesinde ," Kendisini ve Türk Medeni Kanunun hükümlerine göre bakmağa mecbur olduğu ailesi fertlerini geçindirmeğe yetecek geliri, malı (Para veya o mahiyetteki kıymetler dahil) veya kazancı bulunmayanlara, bu kanun hükümlerinin uygulanmasında (Muhtaç) denir. Muhtaçlık, dul ve yetimler tarafından tanzim ve imzaları ihtiyar heyetlerince tasdik edilecek beyan kağıtları üzerine daimi olarak oturdukları yerlerin bağlı bulundukları il veya ilçe idare heyetleri tarafından muhtaçlık sebepleri açıkça gösterilmek suretiyle verilecek mazbatalarla belirtilir."; 121. maddesinde de, " Herhangi bir nedenle Sandık tarafından ilgililere istihkaklarından fazla veya yersiz olarak yapılan ödemelerin, bu hatalı işlemlerin düzeltildiği tarihten geriye doğru hesap edilecek beş yıllık tutarları tahsil edilir." kurallarına yer verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, davacının babasından dolayı aylık bağlanması talebi üzerine Gerede İlçe İdare Kurulu tarafından muhtaç olduğuna dair karar verildiği ve 01.01.1997 tarihinden itibaren yetim aylığı bağlandığı, Sandık kayıtlarına intikal eden ihbar dilekçesi üzerine yapılan araştırma neticesinde, davacının kendisini geçindirmeye yetecek kadar geliri ve malı olduğu saptandığından muhtaç olmadığına karar verildiği, yetim aylığının kesilerek 01.01.1997-30.04.2004 tarihleri arasında yersiz ödenen aylık tutarının adına borç çıkarılması üzerine bu işlemin iptali istemiyle açılan davanın reddine karar verildiği anlaşılmaktadır.

Buna göre, muhtaç durumda olmadığı anlaşılan davacının yetim aylığının kesilmesinde ve yersiz ödenen tutarın davacı adına borç çıkarılmasında 5434 sayılı Kanun hükümlerine aykırılık bulunmamaktadır. Ancak, 5434 sayılı Kanunun 121. maddesinde hatalı işlemlerin düzeltildiği tarihten geriye doğru hesap edilecek beş yıllık tutarın tahsil edileceği belirtildiğinden borç çıkarma işlem tarihinden geriye doğru beş yılı aşan kısım için davacı adına borç çıkartılmasında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davacı temyiz isteminin kısmen reddi ve kısmen kabulü ile Ankara 11. İdare Mahkemesinin 11.05.2006 gün ve E:2004/3097, K:2006/1407 sayılı kararının 30.04.1999-30.04.2004 tarihleri arasındaki döneme ilişkin borç çıkarma işleminin iptali isteminin reddine yönelik kısmının onanmasına, 01.01.1997-29.04.1999 tarihleri arasındaki döneme ilişkin borç çıkarma işleminin iptali isteminin reddine yönelik kısmının bozulmasına, bozulan kısım hakkında yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, 28.10.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onbirinci Daire
Esas No : 2006/3170
Karar No : 2009/4191

Özeti : Sandıktan emekli, adi malüllük, vazife malüllüğü aylığı ile birlikte dul aylığı da almakta iken evlenen ve bu durumunu Sandığa zamanında bildirmeyerek kendisine yersiz ve haksız ödeme yapılmasını sağlayan kişiler adına çıkartılan borcun, her çeşit istihkak ve aylıkların tamamından mahsup edilmek suretiyle tahsil edileceği ve borcun tamamı tahsil edilmeden ilgiliye herhangi bir ödeme yapılmayacağı yolundaki T.C. Emekli Sandığı Genel Müdürlüğünce İlgililere İstihkaklarından Fazla veya Yersiz Olarak Yapılan Ödemelerin Tahsili Hakkındaki Yönetmeliğin 8. maddesinin iptal edilmesi hakkında.

Davacı : …
Davalı : Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı
Vekili : Av. ...

Davanın Özeti : Eşinden dolayı dul aylığı alan ve 4.7.2000 tarihinde evlendiğini davalı idareye bildirmeyen davacıdan, 1.8.2000- 31.3.2006 tarihleri arasında yersiz olarak ödendiği ileri sürülen toplam 39.924,29.- TL' nın geri istenilmesine ilişkin işlem ile bu işlemin dayanağı olan T.C. Emekli Sandığı Genel Müdürlüğünce İlgililere İstihkaklarından Fazla veya Yersiz Olarak Yapılan Ödemelerin Tahsili Hakkında Yönetmeliğin 8. maddesinin iptali istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : T.C. Emekli Sandığı Genel Müdürlüğünce İlgililere İstihkaklarından Fazla veya Yersiz Olarak Yapılan Ödemelerin Tahsili Hakkında Yönetmeliğin, 5434 sayılı Kanunun 121. maddesine dayanılarak hazırlandığı, eşinden dolayı dul aylığı alan ve evlendiğini davalı idareye bildirmeyerek Sandığı zarara uğratan davacı hakkında tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı ileri sürülerek kanuni dayanağı bulunmayan davanın reddi gerektiği savunulmuştur.

Danıştay Tetkik Hakimi : Nigar Dilimen

Düşüncesi : Borçlar Kanunu ve İcra İflas Kanunu gibi mevcut hukuksal düzenlemelerde ve yerleşik yargısal içtihat ve uygulamalarda çeşitli nedenlerle emekli aylığından kesinti yapılmak suretiyle tahsili gereken alacakların, kişilerin bireysel ve toplumsal yaşamın sürdürülebilmesi için zorunlu gereksinmeleri karşılamaya yetecek en az miktar belirlenerek, aylığın bu miktar dışında kalan bölümü üzerinden tahsili yoluna gidildiği görülmektedir.

Bu durumda, davacının kendisinin ve ailesinin geçimini sağlayacak en az miktar dikkate alınmadan sözkonusu alacağın davacının emekli aylığının tamamından kesinti yapılmak suretiyle tahsiline olanak veren dava konusu Yönetmeliğin 8. maddesi ve bu maddeye dayanılarak tesis olunan bireysel işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenle, dava konusu bireysel işlem ile dayanağı Yönetmelik hükmünün iptali yolunda karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Mehmet Ali Samur

Düşüncesi : Davacıya yersiz ödenen aylıkların istirdadına ilişkin işlem ile dayanağı T.C.Emekli Sandığı Genel Müdürlüğünce İlgililere İstihkaklarından Fazla veya Yersiz Olarak Yapılan Ödemelerin Tahsili Hakkında Yönetmeliğin 8.maddesinin iptali istenilmektedir.

5434 sayılı Sayılı Emekli Sandığı Kanununun 121. maddesinde, her ne suretle olursa olsun istihkaklarından fazla yapılan ödemelerin, ilgililerin, varsa sonraki her çeşit istihkaklarından hüküm altına alınmaksızın kesilmek suretiyle geri alınacağı hükmüne yer verilmiş, bu hüküm uyarınca düzenlenen Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Genel Müdürlüğünce İlgililere İstihkaklarından Fazla Veya Yersiz Olarak Yapılan Ödemelerin Tahsili Hakkında Yönetmeliğin 8. maddesinde, "Sandıktan emekli, adi malüllük, vazife malüllüğü aylığı ile birlikte dul aylığı da almakta iken evlenen ve bu durumunu sandığa zamanında bildirmeyerek kendisine yersiz ve haksız ödeme yapılmasını sağlayan kişiler adına çıkartılan borç; ödeme tarihi itibariyle hesaplanacak kanuni faizi ile birlikte kendisine ödenecek her çeşit istihkak ve aylıklarının tamamından mahsup suretiyle tahsili edilir." hükmü öngörülmüştür.

Yürürlükteki mevzuat ve yerleşik yargısal içtihatlara göre, ekonomik hayatın bir gereği olarak borç-alacak ilişkilerinden doğan haciz uygulamalarında, borçlusunun borcunu karşılayacak miktarın üzerinde bir varlığa sahip olmaması halinde borcuna karşılık yapılacak cebren tahsil işlemi aşamasında, borçlunun hayatını idame ettirebilecek bireysel ve toplumsal ihtiyaçlarına yetecek düzeyde asgari miktarın gözönünde bulundurulması gerektiğinden, bu durum dikkate alınmadan yapılacak böyle bir uygulamanın, insan ve toplum hayatının sürdürülebilirliğine ve aynı zamanda hak ve adalet ilkelerine uygun düşmeyeceği aşikardır.

Olayda, eşinden dolayı dul aylığı alan ve evlendiğini davalı idareye bildirmeyen davacıya ödenen toplam tutarın, kendisinin ve ailesinin geçimini sağlayacak en az miktar dikkate alınmadan emekli aylığının tamamı üzerinden mahsup edilmek suretiyle tahsili yoluna gidilmesine ilişkin dava konusu işlem ve bu durum gözetilmeden düzenlenen dayanağı Yönetmelik hükmünde hukuka uyarlık görülmemiştir.

Belirtilen nedenlerden dolayı, dava konusu bireysel işlem ile dayanağı Yönetmelik hükmünün iptaline karar verilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onbirinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu'nun 121. maddesinde; her ne suretle olursa olsun istihkaklarından fazla yapılan ödemelerin, ilgililerin, varsa sonraki her çeşit istihkaklarından hüküm altına alınmaksızın kesilmek suretiyle geri alınacağı; her hangi bir nedenle Sandık tarafından ilgililere istihkaklarından fazla veya yersiz olarak yapılan ödemelerin, bu hatalı işlemlerin düzeltildiği tarihten geriye doğru hesap edilecek beş yıllık tutarlarının tahsil edileceği, tahsilin ne şekilde yapılacağının yönetmelikle düzenleneceği hükmüne yer verilmiş, anılan hükme dayanılarak 2.10.1998 günlü, 23481 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan T.C. Emekli Sandığı Genel Müdürlüğünce İlgililere İstihaklarından Fazla veya Yersiz Olarak Yapılan Ödemelerin Tahsili Hakkında Yönetmeliğin 8. maddesinde; Sandıktan emekli, adi malullük, vazife malullüğü aylığı ile birlikte dul aylığı da almakta iken evlenen ve bu durumunu Sandığa zamanında bildirmeyerek kendisine yersiz ve haksız ödeme yapılmasını sağlayan kişiler adına çıkartılan borcun ödeme tarihi itibarıyla hesaplanacak kanuni faizi ile birlikte kendisine ödenecek her çeşit istihkak ve aylıklarının tamamından mahsup edilmek suretiyle tahsil edileceği, borcun tamamı tahsil edilmeden ilgiliye herhangi bir ödeme yapılmayacağı belirtilmiştir.

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 71. maddesinde; aylıklar, ödenekler, her çeşit ücretler, intifa hakları ve hasılatı, ilama bağlı olmayan nafakalar, emekli aylıkları, sigorta ve emeklilik sandıkları tarafından bağlanan gelirlerin kısmen haczolunabileceği, ancak haczolunacak miktarın bunların üçte birinden çok dörtte birinden az olamayacağı, asgari ücreti aşmayan aylık gelirlerin onda birinden fazlasının

haczolunamayacağı, İcra İflas Kanununun 83. maddesinde, maaşlar, tahsisat ve her nevi ücretler, intifa hakları ve hasılatı, ilama müstenit olmayan nafakalar, tekaüt maaşları, sigortalar veya tekaüt sandıkları tarafından tahsis edilen iratların, borçlu ve ailesinin geçinmesi için icra memurunca lüzumlu olarak takdir edilen miktar tenzil edildikten sonra haczolunabileceği, ancak haczolunacak miktarın bunların dörtte birinden az olamayacağı hükme bağlanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, eşinden dolayı dul aylığı alan ve 4.7.2000 tarihinde evlendiğini davalı idareye bildirmeyen davacıya 1.8.2000- 31.3.2006 tarihleri arasında yersiz olarak ödendiği ileri sürülen toplam 39.924,29 TL' nın 2006/Temmuz döneminden itibaren anılan Yönetmeliğin 8. maddesi uyarınca emekli aylığının tamamından mahsup edilmek suretiyle tahsili yoluna gidileceğinin 1.6.2006 tarihli işlemle bildirildiği ve davanın bu bildirim üzerine anılan işlem ve dayanağı düzenlemenin iptali istemiyle açıldığı anlaşılmaktadır.

6183 sayılı Kanun ile İcra İflas Kanununda yer alan düzenlemelerde ve yerleşik yargısal içtihat ve uygulamalarda çeşitli nedenlerle emekli aylığından kesinti yapılmak suretiyle tahsili gereken alacakların, bireysel ve toplumsal yaşamın sürdürülebilmesi için kişilerin zorunlu gereksinmelerini karşılamaya yetecek en az miktar belirlenerek, aylığın bu miktar dışında kalan bölümü üzerinden tahsili yoluna gidildiğinden davacının kendisinin ve ailesinin geçimini sağlayacak en az miktar dikkate alınmadan sözkonusu alacağın davacının emekli aylığının tamamından kesinti yapılmak suretiyle tahsiline olanak veren dava konusu Yönetmeliğin 8. maddesi ve bu maddeye dayanılarak tesis olunan bireysel işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, T.C. Emekli Sandığı Genel Müdürlüğünce İlgililere İstihkaklarından Fazla veya Yersiz Olarak Yapılan Ödemelerin Tahsili Hakkında Yönetmeliğin 8. maddesi ile bu düzenleme uyarınca tesis edilen bireysel işlemin iptaline, Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı harçtan muaf olduğundan yargı harcı tutarı olan 62,00-TL'nin davacıya iadesine, 37,00-TL posta giderinin davalı idareden alınarak davacıya verilmesine, 21.4.2009 tarihinde yargı harcı tutarının davacıya iadesine ilişkin hüküm fıkrası yönünden oyçokluğu, diğer yönlerden oybirliği ile karar verildi.

AZLIK OYU

5502 sayılı Kanunun 36. maddesinde Sosyal Güvenlik Kurumunun taraf olduğu davaların harçlardan müstesna olduğu belirtildiğinden, Kurum tarafından açılan davalar sebebiyle Kurumdan harç talebinde bulunulamayacağı gibi Kurumun davalı konumunda bulunduğu davalarda celsenin ertelenmesine Kurum temsilci veya vekilleri sebebiyet vermiş olsalar dahi Kurumdan celse harcı alınamayacağı, keza kurum avukatlarının tasdik ettikleri vekaletname suretleri nedeniyle Kurumca suret harcı ödenmeyeceği ve davanın aleyhine sonuçlanması nedeniyle Kurum tarafından temyiz isteminde bulunulması halinde temyiz başvuru harcı istenemeyeceği konusunda duraksamaya yer yoktur.

Ancak, Kuruma karşı açılan ve Kurum aleyhine sonuçlanan davalarda 2577 sayılı Kanunun 24. maddesinin (f) bendi ve 31. maddesinin yollamada bulunduğu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerine göre hesaplanarak, harçlar da dahil olmak üzere davacı tarafça dava nedeniyle yapılan tüm giderlerin haksız çıkan taraftan alınması esasına dayalı olarak Kuruma yükletilen yargılama giderleri içinde yer alan harçların Kuruma tanınan istisna hükmü ile bir ilgisi bulunmamaktadır.

Başka bir anlatımla, davada haksız çıkması nedeniyle Kuruma yükletilen yargılama giderleri içinde yer alan harç tutarının Kurum tarafından karşı tarafa ödenmesi Kurumun mahkeme kararı ile harç mükellefi haline getirildiği anlamına gelmez.

Zira, Harçlar Kanununun 11. maddesinde yargı harçlarını davayı açan veya harca mevzu olan işlemin yapılmasını isteyen kişilerin ödemekle mükellef olduğu hükmüne yer verilmesi nedeniyle davacı tarafından dava açılırken ödenen harçlar davanın davacı lehine

sonuçlanmasıyla birlikte harç olma niteliklerini yitirerek, haksız çıkan tarafa yükletilmesi gereken yargılama giderlerinin bir parçası haline dönüşür.

Bu itibarla, yargılama giderleri içinde yer alan harçlar Kurumdan harç mükellefi olduğu için değil, davada haksız çıktığı ve yargılama giderlerini haklı çıkan tarafa ödemeye mahkum olduğu için alınır.

Kuruma karşı dava açılması sırasında davacıdan tahsil edilen harcın davada haklı çıkan davacıya iade edilmesi durumunda ise hakkında kanunla tanınmış herhangi bir istisna veya muafiyet hükmü bulunmayan ve davayı açtığı anda harç mükellefi konumuna gelen davacının kanundan doğan mükellefiyetinin yargı kararı ile ve kanun hükmü aşılarak fiilen kaldırılmasının söz konusu olacağı ve böyle bir uygulamanın da Harçlar Kanununa aykırılık teşkil edeceği açıktır.

Belirtilen nedenlerle yargılama giderleri arasında yer alan harçların davalı Kuruma yükletilemeyeceğine ilişkin hüküm fıkrası yönünden karara katılmıyorum.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onbirinci Daire
Esas No : 2009/888
Karar No : 2009/7693

Özeti : Kendi isteği ile emekli olan kıdemli albaylara "kadrosuzluk tazminatı" ödenmesini öngören 5758 sayılı Kanunun 8. maddesinin yürürlük tarihinden önce emekli olanların da 5434 sayılı Kanuna 1101 sayılı Kanunla eklenen ek 9. madde uyarınca bu haktan yararlanabileceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : …
Karşı Taraf (Davalı) : Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı
Vekili : Av. …
İstemin Özeti : Ankara 10. İdare mahkemesince verilen 16.12.2008 günlü ve E:2008/1964, K:2008/2366 sayılı kararın temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.
Savunmanın Özeti : İstemin reddi gerektiği savunulmaktadır.
Danıştay Tetkik Hakimi : Fatma Özlü
Düşüncesi : Kara Kuvvetleri Komutanlığı emrinde kıdemli albay olarak görev yapmakta iken emekli olan davacının, kadrosuzluk tazminatı ödenmesi için yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davayı reddeden İdare Mahkemesi kararının bozulması istenilmektedir.

926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu'na, 5758 sayılı Kanunun 8. maddesiyle eklenen Ek Geçici 30. maddesinde, bu Kanunun ek 5 maddesi kapsamında kadrosuzluk tazminatı almaya hak kazanmış olanlar hariç olmak üzere, 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu hükümlerine göre emeklilik hakkını elde etmiş olan kıdemli albaylardan kendi isteği ile emekli olanlara da yeni bir düzenleme yapılıncaya kadar 49. maddenin (f) bendi esaslarına göre kadrosuzluk tazminatı ödeneceği belirtilmiş, işlemin tesis edildiği sırada yürürlükte olan 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanuna 1101 sayılı Kanunun 1. maddesiyle eklenen Ek 9. maddesinde ise, barem, teşkilat, kadro ve sair kanunlarda yapılacak değişiklikler sonunda aylık tutarda meydana gelecek yükselmelerin aynı rütbe kadro unvan ve dereceden bağlanmış bulunan emekli adi malullük ve vazife

malullüğü aylıkları ile dul ve yetim aylıkları hakkında da uygulanacağı yolunda hüküm öngörülmüştür.

Yukarıda yazılı Yasa hükümlerine göre, emeklilik hakkını elde etmiş olan kıdemli albayların kendi isteği üzerine emekliye ayrılmaları halinde ödenmesi öngörülen kadrosuzluk tazminatının aylık tutarda da yükselme meydana getireceği sabit olup, 5758 sayılı Kanunda öngörülen kadrosuzluk tazminatının yürürlük tarihinden önce emekliye ayrılmış olan davacıya da uygulanması gerekeceğinden, aksi yönde tesis edilen dava konusu işlemde ve bu işleme karşı açılan davayı reddeden İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.

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

Danıştay Savcısı **:** Şenol Bolat

Düşüncesi **:** İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 ncu madesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onbirinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Dava, Kara Kuvvetleri Komutanlığı emrinde kıdemli albay olarak görev yapmakta iken kendi isteği üzerine emekliye sevk edilen davacı tarafından, 9.5.2008 tarih ve 26871 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5758 sayılı Kanunun 8. maddesi ile 926 sayılı Kanuna eklenen Geçici 30. madde uyarınca kadrosuzluk tazminatı ödenmesi için yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali ile kadrosuzluk tazminatının başvuru tarihinden itibaren hesaplanacak yasal faizi ile birlikte ödenmesi istemiyle açılmıştır.

Ankara 10. İdare Mahkemesince, olayda 9.5.2008 tarih ve 26871 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5758 sayılı Kanunun 8. maddesi ile 926 sayılı Kanuna eklenen Geçici maddede bekleme süresini doldurmadan kendi isteği ile emekli olan kıdemli albaylara 49. maddenin (f) bendi esaslarına göre kadrosuzluk tazminatı ödeneceği hüküm altına alınmış ise de, aylıklarında meydana gelecek yükselmelerin aynı rütbe, kadro unvanı ve dereceden aylık bağlanmış bulunan emekli, adi malullük ve vazife malullüğü aylıkları ile dul ve yetim aylıklarına da uygulanacağını öngören 5434 sayılı Kanunun Ek 9. maddesinin 5335 sayılı Kanunun 29. madddesi ile yürürlükten kaldırıldığı, 926 sayılı Kanunda Geçici 30. maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce emekli olanlara kadrosuzluk tazminatı ödeneceğine ilişkin düzenlemenin yapılmadığının görüldüğü, bu durumda 01.01.1991 tarihinde albay rütbesine terfi eden ve bekleme süresini doldurmadan 04.08.1994 tarihinde kendi isteği ile emekliye sevk edilen davacının 926 sayılı Kanuna eklenen Geçici 30. madde uyarınca kadrosuzluk tazminatı ödenmesi istemiyle yapmış olduğu başvurunun reddine ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı tarafından, hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek anılan Mahkeme kararının temyizen incelenip bozulması istenilmektedir.

9.5.2008 tarih ve 26871 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5758 sayılı Kanunun 8. maddesi ile 926 sayılı Kanuna eklenen Geçici 30. maddede, "Bu Kanunun ek 5. maddesi kapsamında kadrosuzluk tazminatı almaya hak kazanmış olanlar hariç olmak üzere, 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu hükümlerine göre emeklilik hakkını elde etmiş olan kıdemli albaylardan kendi isteği ile emekli olanlara da yeni bir düzenleme yapılıncaya kadar, 49. maddenin (f) bendi esaslarına göre kadrosuzluk tazminatı ödenir."hükmüne yer verilmiştir.

Uyuşmazlık; 5758 sayılı Kanunda öngörülen kadrosuzluk tazminatının yürürlük tarihinden önce emekliye ayrılanların aylıkları hakkında da uygulanıp uygulanmayacağından kaynaklanmaktadır.

Dava konusu işlemin tesis edildiği tarihte yürürlükte bulunan 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanununa 1101 sayılı Kanunun 1. maddesiyle eklenen Ek 9. madde uyarınca barem, teşkilat, kadro ve sair kanunlarda yapılacak değişiklikler sonunda aylık tutarda meydana gelecek yükselmelerin aynı rütbe, kadro, unvan ve dereceden bağlanmış bulunan emekli, adi malullük ve vazife malullüğü aylıkları ile dul ve yetim aylıkları hakkında da uygulanması zorunludur.

Buna göre, 926 sayılı Kanunun Geçici 30. maddesi ile emeklilik hakkını elde etmiş olan kıdemli albaylardan kendi isteği üzerine emekliye ayrılanlara da ödenmesi öngörülen kadrosuzluk tazminatıyla aylık tutarda yükselme meydana geldiği açık olup, yükselmenin 5434 sayılı Kanuna 1101 sayılı Kanunun 1. maddesiyle eklenen Ek 9. madde kapsamında emekli aylıklarına da uygulanması gerekmektedir.

Bu durumda, kadrosuzluk tazminatıyla aylık tutarda meydana gelecek yükselmenin 5758 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 9.5.2008 tarihinden önce emekliye ayrılan davacının emekli aylıklarına uygulanamayacağı yolundaki dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığından, anılan işlemin iptali istemiyle açılan davanın reddi yolundaki mahkeme kararında da isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüne, Ankara 10. İdare Mahkemesinin 16.12.2008 gün ve E:2008/1964, K:2008/2366 sayılı kararının bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, 18.09.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onbirinci Daire
Esas No : 2007/9720
Karar No : 2009/8062

Özeti : 3201 sayılı Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanunda; Türk vatandaşlarının yurt dışında geçen ve belgelendirilen çalışma sürelerinin, borçlanmak suretiyle fiili hizmet sürelerine eklenmesine olanak tanındığı; bu haktan yararlanmak için söz konusu çalışma sürelerinin geçtiği tarihte Türk vatandaşı olmak gibi bir koşuldan bahsedilmediğinden, başvuru tarihi itibariyle Türk vatandaşı olması nedeniyle davacının Bulgaristan'da geçen hizmet sürelerinin borçlandırılması gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : …
Karşı Taraf(Davalı) : Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı
Vekili : Av. …

İstemin Özeti : Ankara 9. İdare Mahkemesince verilen 01.06.2006 günlü ve E:2005/610, K:2006/1386 sayılı kararın; davacı tarafından, hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.

Danıştay Tetkik Hakimi : Fatma Özlü

Düşüncesi : Temyiz isteminin kabulü ile mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : H. Gül Yılmaz

Düşüncesi : Davacının, Türk Vatandaşlığına alınmadan önce Bulgaristan'da geçen hizmetlerinin borçlandırılması yolundaki başvurusunun reddine dair işlemin iptali istemiyle açtığı davayı reddeden İdare Mahkemesi kararı temyiz edilmektedir.

Davalı idarece, davacının başvurusu, borçlandırılmasını istediği hizmetlerinin, Türk vatandaşı olmadan önce Bulgaristan'da geçtiği 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu'nun 12'nci maddesi kapsamında bulunmadığı nedeniyle reddedilmişse de, Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 29.12.1983 gün ve E:1983/3, K:1983/12 sayılı kararında, borçlanılacak hizmetin Türk vatandaşlığında geçmesi gerektiğine ilişkin açık bir yasa hükmü bulunmadığı hususu hüküm altına alındığı, dolayısıyla davacının borçlanma isteğinin esasının incelenmesi gerekirken, davacının durumunun 5434 sayılı Yasanın 12' nci maddesi kapsamına girmediği gerekçesiyle tesis edilen dava konusu işlemde ve davayı reddeden İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık görülmediğinden kararın bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onbirinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Dava, davacı tarafından, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlığına geçmeden önce Bulgaristan'da geçen hizmet sürelerinin borçlandırılmamasına ilişkin işlemin iptaline karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

Ankara 9. İdare Mahkemesince, davacının Bulgaristan'da bu ülke vatandaşlığı sırasında geçen hizmet süresinin 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu hükümleri gereği ilgili kurumlarda geçmemiş olması ve kanunlarla getirilen istisnalar arasında da yer almamış bulunması sebebiyle borçlandırılmak suretiyle emeklilik fiili hizmet süresine eklenmesine hukuken olanak bulunmadığından tesis edilen dava konusu işlemde mevzuata aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine hükmedilmiştir.

Davacı tarafından, mahkeme kararının hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

3201 sayılı Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanunun 1. maddesinde, 18 yaşını doldurmuş Türk vatandaşlarının yurt dışında geçen ve belgelendirilen çalışma sürelerinin, bu Kanun hükümlerine göre sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirileceği, aynı Kanunun diğer hükümlerinde ise söz konusu sürelerin ne şekilde borçlanılacağı ve bu borçlanma için hangi kurumlara başvurulacağı ile bağlanacak aylığa ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

Görüleceği üzere, anılan yasal düzenlemeyle, Türk vatandaşlarının yurt dışında geçen çalışma sürelerinin, borçlanma suretiyle sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirilerek, fiili hizmet sürelerine eklenme olanağı tanındığı, bu haktan yararlanmak için, söz konusu çalışma sürelerinin geçtiği tarihte Türk vatandaşı olmak gibi bir koşuldan bahsedilmediği, başvuru tarihi itibariyle Türk vatandaşı olmanın yeterli olduğu sonucuna varılmaktadır.

Dosyanın incelenmesinden, davacının, Bulgaristan'da Bulgar Vatandaşı statüsünde görev yapmakta iken 1989 yılında zorunlu göçe tabi tutularak Türkiye'ye geldiği, Türk

vatandaşlığına geçtiği ve Bulgaristan'da geçen hizmet sürelerinin borçlandırılmaması üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Davacının, Türk vatandaşlığına geçerek Türkiye'de kamu görevi ifa etmesi, müracaat tarihinde Türk vatandaşı olması, gerek 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanununun hizmet borçlanmasına ilişkin hükümlerinde, gerekse 3201 sayılı Kanun hükümlerinde, borçlandırılacak hizmet süresinin Türk vatandaşı olarak geçirilmesi yolunda açık bir düzenleme içermemesi karşısında, davacının yurt dışı hizmetlerinin borçlandırılmaması işleminde ve bu işleme karşı açılan davayı reddeden idare mahkemesi kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.

Kaldı ki, Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 29.12.1983 gün ve E:1983/3, K:1983/12 sayılı kararında da, 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu'nun Sandıktan faydalanacaklara ilişkin 12. maddesinde öngörülen Türk vatandaşı olma koşulunun yalnızca iştirakçi olabilmenin bir şartı olduğu, gerek Sandığa tabi personelin bir kısım hizmet sürelerinin borçlanma yoluyla emeklilik fiili hizmet sürelerine dahil edilmesine imkan veren aynı Kanunun Geçici 65. maddesinde, gerekse çeşitli tarihlerde bu Kanuna eklenen bazı ek ve geçici maddelerde veya bu Kanunun bazı maddelerini değiştiren Kanunlarla getirilen yeni borçlanma hükümlerinde, borçlanma imkanı tanınan personelin statüsünün belirtildiği ve borçlanılacak hizmet sürelerinin de geçici vazife ve hizmetler açıklanmak suretiyle tarif edildiği, hizmetin Türk vatandaşlığında geçmesi gerektiğinin belirtilmediği, bu nedenle öngörülen hizmetlerin borçlandırılmamasında kanunlara, hak ve nesafet ilkelerine uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle içtihatların, sözü edilen hizmetlerin borçlanma yoluyla emeklilik fiili hizmet sürelerine dahil edilmesi yolunda birleştirilmesine karar verilmiştir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulü ile Ankara 9. İdare Mahkemesinin 01.06.2006 gün ve E:2005/610 K:2006/1386 sayılı kararının bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 07.10.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onbirinci Daire
Esas No : 2008/16060
Karar No : 2009/8328

Özeti : Geçici köy korucusu olarak görev yapmakta iken terör örgütü elamanlarınca döşenen mayına basması sonucu sakatlandığı anlaşılan davacının, 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun hükümlerinden yararlanmasına karşın; 3713 sayılı Kanunun ek 1. maddesi uyarınca yalnızca, bu Kanunla tanınan kamu kurumlarında işe alınma hakkından yararlanabileceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : …
Karşı Taraf (Davalı) : Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı
Vekili : Av. ...
İstemin Özeti : Ankara 3. İdare Mahkemesince verilen 25.2.2008 tarih ve E:2007/315, K:2008/302 sayılı kararın, davacı tarafından, hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.
Savunmanın Özeti : İstemin reddi gerektiği savunulmaktadır.
Danıştay Tetkik Hakimi : Ragıp Atlı

Düşüncesi : Dosyanın incelenmesinden; davacının keşif ve gözetleme görevini ifa ederken teröristlerce döşenen mayına basması sonucu meydana gelen patlamada yaralandığı anlaşıldığından, davacının maluliyetinin 2330 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde değerlendirilerek bir karar verilmesi gerekirken, davanın reddi yolundaki mahkeme kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Şenol Bolat

Düşüncesi : Davacı tarafından, geçici köy korucusu olarak görev yapmakta iken 13.12.1993 tarihinde mayına basması sonucu yaralanarak sakat kalması nedeniyle vazife malüllüğü aylığı bağlanması için yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali ile yoksun kaldığı parasal hakların tazmini istemiyle açılan davayı reddeden idare mahkemesi kararının davacı tarafından temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

442 sayılı Köy Kanununun 74. maddesine 3175 sayılı Yasa ile eklenen son fıkrada, köy korucuları ve geçiçi köy korucularının görevde bulundukları süre içinde yaralanmaları, sakatlanmaları veya ölmeleri halinde 2330 sayılı Nakti Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun olay tarihinde yürürlükte olan 21. maddesinde, memur ve kamu görevlilerinden yurtiçinde ve yurtdışında görevlerini ifa ederlerken veya bu sıfatları kalkmış olsa bile bu görevlerini yapmalarından dolayı terör eylemlerine muhatap olarak yaralanan ve sakatlanan, ölen veya öldürülenler hakkında 2330 sayılı Yasa hükümlerinin uygulanacağı açıklanmıştır.

2330 sayılı Yasanın "amaç" başlıklı 1. maddesinde, bu Kanunun amacının, barışta güven ve asayişi korumak, kaçakçılığı men ve tahkikle görevli olanların bu görevlerinden dolayı yada görevleri sona ermiş olsa bile yaptıkları hizmet nedeniyle derhal veya bu yüzden maruz kaldıkları yaralanma veya hastalık sonucu ölmeleri veya sakat kalmaları halinde ödenecek nakti tazminat ile birlikte bağlanacak aylığın ve bu yüzden yaralanmaları halinde ödenecek nakdi tazminatın esas ve yöntemlerinin düzenlenmesi olduğu, aynı kanunun "kapsam" başlıklı 2.maddesinin (e) bendinde, güvenlik ve asayişin korunmasında hizmetlerinden yararlanılması zorunlu olan ve yetkililerce kendilerine bu amaca yönelik görev verilen kamu görevlileri ve sivilleri kapsadığı, "aylık bağlanması" başlıklı 4/d. maddesinde de bu kanun kapsamına girenlerden herhangi bir sosyal güvenlik kurumuna tabi olmayanların sakat kalmaları halinde, öğrenim durumlarına göre 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun değişik 36. maddesi hükmüne göre belirlenecek giriş derece ve kademeleri üzerinden kendilerine, ölümleri halinde dul ve yetimlerine 5434 sayılı Kanun hükümlerine göre görev malüllüğü aylığı %25 artırılarak ödeneceği kuralına yer verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, Hakkari Beytüşşebap İlçesinin Ilıcak Köyünde geçiçi köy korucusu olarak görev yaptığı tartışmasız olan davacının, 13.2.1993 tarihinde Kelereş Tepe'de keşif gözetleme yaparken teröristlerce döşenmiş olan mayına basması sonucu meydana gelen patlamada sol ayağının koptuğu ve sakat kaldığı, vazife malüllüğü aylığı bağlanması için yaptığı başvurunun reddi üzerine açılan davanın mahkemece, Şırnak Valiliği'nince T.C. Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü'ne yazılan 25.12.1999 tarihli yazıda, Beytüşşebap Kaymakamlığı'ndan alınan ilgi yazıda bildirildiği üzere adı geçenin olay tarihinde görevli olmadığının tespit edildiği yolundaki bildirimi esas alınarak davanın reddedildiği anlaşılmaktadır.

Olayda Mahkemece Şırnak Valiliği'nin tarihi belirtilen yazısına dayanılarak hüküm tesis edilmiş ise de davacının,13.12.1993 tarihinde keşif ve gözetleme görevini yaparken terör örgütü mensuplarınca döşenen mayına basması sonucu yaralandığı ve sakat kaldığı dosyada bulunan olay yeri zaptı, İlçe Jandarma Komutanlığınca düzenlenen görev belgesi ve Şırnak İl Jandarma Komutanlığı'nca davacıyla ilgili olarak Jandarma Genel Komutanlığı'na hitaben yazılan 5.4.1994 tarihli yazıdan anlaşıldığından kendisine verilen görevi yerine getirirken sakatlandığı açık olan davacının durumunun anılan Yasa hükümleri kapsamında

değerlendirilmesi gerekirken bu yolda yapılan başvurunun reddine ilişkin dava konusu işlemde ve bu işleme karşı açılan davanın mahkemece reddedilmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenle temyiz isteminin kabulü ile mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onbirinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Dava; Hakkari İli, Beytüşşebap İlçesi, Ilıcak Köyünde geçici köy korucusu olarak görev yapmakta iken 13.12.1993 tarihinde terör örgütü elamanlarınca döşenen mayına basması sonucu yaralanarak sakat kalan davacı tarafından, 2330 ve 3713 sayılı Kanunlar uyarınca vazife malullüğü aylığı bağlanması için yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali ile mahrum kaldığı parasal hakların yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açılmıştır.

İdare Mahkemesince; davacının, sakatlanmasına yol açan olayın gerçekleştiği tarihte 2330 sayılı Kanun ve 3713 sayılı Kanun hükümleri kapsamında bir vazifenin yerine getirilmesi için herhangi bir şekilde görevli bulunmaması nedeniyle, başvurunun reddine ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı tarafından, mahkeme kararının hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

442 sayılı Köy Kanununun 74. maddesinde, köy korucuları ve geçici köy korucularının görevde bulundukları süre içinde yaralanmaları sakatlanmaları veya ölümleri halinde 2330 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağı hükmü yer almıştır.

2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanunun 1. maddesinde, bu Kanunun amacı; barışta güven ve asayişi korumak, kaçakçılığı men, takip ve tahkikle görevli olanların bu görevlerinden dolayı ya da görevleri sona 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 ve bu yüzden yaralanmaları halinde ödenecek nakdi tazminatın esas ve yöntemlerinin düzenlenmesi olarak belirtilmiş; 2. maddesinin (e) bendinde, Kanunun, güven ve asayişin korunmasında hizmetlerinden yararlanılması zorunlu olan ve yetkililerce kendilerine bu amaca yönelik görev verilen kamu görevlileri ve sivilleri kapsayacağı hükme bağlanmış; aylık bağlanması başlıklı 4. maddesinin (d) bendinde; 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 ilkokul mezunu gibi) kendilerine 5434 sayılı Kanun hükümlerine göre T.C. Emekli Sandığınca görev malullüğü aylığının %25 artırılarak bağlanacağı belirtilmiştir.

3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 21. maddesinde, kamu görevlilerinden yurtiçinde ve yurtdışında görevlerini ifa ederlerken veya sıfatları kalkmış olsa bile bu görevlerini yapmalarından dolayı terör eylemlerine muhatap olarak yaralanan, sakatlanan, ölen veya öldürülenler hakkında 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun hükümlerinin uygulanacağı; ek 1. maddesinde ise, genel, katma ve özel bütçeli kurum ve kuruluşlarla mahalli idareler ve sermayesinin yarısından fazlası kamuya ait olan her nevi teşebbüs veya bağlı ortaklıkların, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi memur kadroları ile sözleşmeli personel ve sürekli işçi kadrolarının % 1'ini, bu Kanunun 1. maddesinde yazılı terör eylemleri nedeni ve etkisiyle; şehit olan veya çalışamayacak derecede malûl olan kamu görevlileri, er-erbaş, geçici köy korucuları ve gönüllü köy korucularının varsa eşlerinin, yoksa çocuklarından birisinin, çocukları da yoksa kardeşlerinden birisinin veya malul olup da çalışabilir durumda olanların, istihdamı için ayırmak ve bu fıkra hükümleri çerçevesinde belirlenecek kişileri işe almak veya atamak zorunda oldukları kurala bağlanmıştır.

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, kamu görevlilerinin ise, bu görevlerini yapmalarından dolayı terör eylemlerine muhatap olarak malul duruma düşmeleri halinde kendileri, ölmeleri halinde ise dul ve yetimlerinin, 3713 sayılı Kanunun 21. maddesinde tanınan haklardan yararlanabileceği, buna karşın anılan Kanunun ek 1. maddesinde, terör eylemleri nedeni ve etkisiyle malul olan geçici köy korucularının, kendisinin veya yakının kamu kurumlarında işe alınma hakkından yararlanabilecekleri sonucuna varılmaktadır.

Dosyanın incelenmesinden, Hakkari İli, Beytüşşebap İlçesi, Ilıcak Köyünde geçici köy korucusu olarak görev yapan davacının, 13.12.1993 tarihinde keşif ve gözetleme sırasında terör örgütü mensuplarınca döşenen mayına basması sonucu sakatlandığı, İlçe Jandarma Komutanlığı tarafından düzenlenen 4.3.1994 tarihli Görev Belgesinde, davacının olay tarihinde keşif ve gözetleme yapmak üzere görevlendirildiğinin belirtildiği, Şırnak İl Jandarma Komutanlığınca, Jandarma Genel Komutanlığına hitaben yazılan 5.4.1994 tarih ve 5637-73-94/GKK.(7334) sayılı yazıda ise, davacıya 2330 sayılı Kanun gereği tazminat ödenmesi için gereğinin yapılmasının istenildiği; 2330 ve 3713 sayılı Kanunlar uyarınca vazife malullüğü aylığı bağlanması için yapılan başvurunun reddi üzerine açılan davanın, İdare Mahkemesince, Şırnak Valiliği'nce T.C. Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü'ne yazılan 25.12.1999 tarihli yazıda, Beytüşşebap Kaymakamlığı'ndan alınan ilgi yazıda bildirildiği üzere adı geçenin olay tarihinde görevli olmadığının tespit edildiği yolundaki bildirimi esas alınarak davanın reddedildiği anlaşılmaktadır.

İdare Mahkemesince, Şırnak Valiliği yazısı dayanak alınarak hüküm tesis edilmiş ise de, davacının, 13.12.1993 tarihinde keşif ve gözetleme görevini yaparken terör örgütü mensuplarınca döşenen mayına basması sonucu yaralandığı, dosyada bulunan olay yeri zaptı, İlçe Jandarma Komutanlığınca düzenlenen görev belgesi ve Şırnak İl Jandarma Komutanlığının 5.4.1994 tarihli yazısından anlaşıldığından, kendisine verilen görevi yerine getirirken, görevin sebep ve etkisi nedeniyle sakatlandığı açık olan davacının durumunun, yukarıda belirtilen Kanun hükümleri çerçevesinde değerlendirilerek bir karar verilmesi gerekirken, davanın reddi yolundaki mahkeme kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüne, Ankara 3. İdare Mahkemesinin 25.2.2008 tarih ve E:2007/315, K:2008/302 sayılı kararının bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine, 13.10.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onbirinci Daire
Esas No : 2007/4685
Karar No : 2009/8741

Özeti : Aylıklarını personel kanunlarına göre almayan Sandık iştirakçilerinin emekli kesenek ve karşılıklarının hesaplanmasında uygulanacak ek gösterge rakamının tespitinde; 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanununun Ek 48. maddesi uyarınca, ifa ettikleri görevleri itibariyle Devlet Memurları Kanununa göre girebilecekleri sınıflardaki benzer

görevlerin aynı kadro, unvan ve derecesi için belirlenmiş ek göstergelerinin dikkate alınacağı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı
Vekili **:** Av. ...
Karşı Taraf (Davalı) **:** ...
Vekili **:** Av. ...
İsteğin Özeti **:** T.C Ziraat Bankasında programcı olarak görev yapmakta iken … Finansal Teknoloji Hizmetleri A.Ş'ye naklen atanan ve emeklilik yönünden Emekli Sandığı ile ilgisi devam ettirilen davacının, naklen atanma tarihi itibariyle ulaştığı 3. derecenin 3. kademesi olan kazanılmış hak aylık derecesi korunmayarak, bir derece geri çekilmek suretiyle 4. derecenin 3. kademesi üzerinden yapılan intibakının ve teknik hizmetler sınıfı yerine, genel idare hizmetleri sınıfında yer alan personel için öngörülen ek göstergeden yararlandırılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada, Ankara 10. İdare Mahkemesinin 20.2.2007 tarih, E:2006/2614, K:2007/248 sayılı kararıyla; Hacettepe Üniversitesi Fen Fakültesi matematik bölümü mezunu olduğu anlaşılan davacının, emeklilik intibakı yönünden teknik hizmetler sınıfında bulunan personel için öngörülen derece, kademe ve ek gösterge yerine, ifa ettiği görev itibariyle genel idare hizmetleri sınıfında bulunan personel için öngörülen derece ve kademe esas alınarak belirlenmesinde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline hükmedilmiştir. Davalı idare tarafından, mahkeme kararının hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.
Savunmanın Özeti **:** Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.
Danıştay Tetkik Hakimi : Abdurrahman Şimşeksoy
Düşüncesi **:** Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 7.12.2007 günlü, E:2005/2, K:2007/1 sayılı kararıyla, emekli kesenekleri ile aylıklar yönünden belirlenecek ek gösterge rakamının, öğrenim sonucu elde edilen unvana göre değil, kadro unvanına göre belirlenmesi gerektiğine karar verilmiş olması karşısında, davacının bitirdiği yüksek öğrenimden dolayı elde ettiği unvan yerine, sözleşmeli statüde görev yapması nedeniyle 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanununun Ek 48. maddesi hükmü uyarınca ifa ettiği görev itibariyle Devlet Memurları Kanununa göre girebileceği sınıflardaki benzer görevlerin aynı kadro ve unvanlar için belirlenen derece ve kademe ile ek gösterge rakamının tespitiyle uyuşmazlığın çözümü yoluna gidilmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenle, temyiz isteminin kabulüyle 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 iptale ilişkin kısmının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onbirinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Dosyanın incelenmesinden, ... Üniversitesi Fen Fakültesi Matematik Bölümünden "Matematikçi" ünvanıyla mezun olan davacının, 19.2.1990 tarihinde Ziraat Bankasında 8. derecenin 1. kademesi ile sistem programcı yardımcısı olarak göreve başladığı, 15.2.2002 tarihinde programcı olarak görev yapmakta iken, 3. derecenin 3. kademesiyle ... Finansal Teknoloji Hizmetleri A.Ş'ye naklen geçtiği, 4603 sayılı Kanunun geçici 6. maddesi uyarınca

emeklilik yönünden Emekli Sandığı ile ilgisinin devam ettirildiği, bu ilgilendirme dolayısıyla Emekli Sandığınca yeniden yapılan intibakında, davacının ifa ettiği görev itibariyle teknik hizmetler sınıfı kapsamında bulunmadığından bahisle başlangıç derecesi bir derece geri çekilmek suretiyle intibakının, 4. derecenin 3. kademesi üzerinden yapılması ve teknik hizmetler sınıfı yerine, genel idare hizmetleri sınıfı için belirlenen ek gösterge rakamlarından yararlandırılması üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

5434 sayılı Emekli Sandığı Kanununun Ek 17. maddesinde, aylıklarını personel kanunlarına göre almayan iştirakçilerin emeklilik keseneklerine, tahsil durumları itibariyle personel kanunlarına göre girebilecekleri derece ve kademelerin esas alınacağı, Ek 48. maddesinin (b) bendinde de, aylıklarını personel kanunlarına göre almayan iştirakçilere, genel idare hizmetleri sınıfında görev yapan genel müdürler için belirlenen ek gösterge rakamını geçmemek üzere, ifa ettikleri görevleri itibariyle Devlet Memurları Kanununa göre girebilecekleri sınıflardaki benzer görevlerin aynı kadro, unvan veya derecesi için belirlenmiş ek göstergelerin uygulanacağı hükme bağlanmış, Ek 15. maddesinde ise, "Personel Kanunları" deyiminin, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ile 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu ile bu kanunlara tabi olmayan kamu personelinin aylık ve sair özlük haklarını düzenlemek üzere çıkarılan kanunları ifade edeceği kuralına yer verilmiştir.

Yukarıda yer verilen yasa hükümleri uyarınca davacının, aylıklarını personel kanunlarına göre almayan iştirakçiler statüsünde (kapsamında) bulunduğu, bu itibarla nazari olarak tespit edilecek hizmet sınıfının, ifa ettiği görev itibariyle 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa göre girebileceği hizmet sınıfının tespiti bakımından, aynı Kanunun hizmet sınıflarına ilişkin hükümlerinin de incelenmesi gerekmektedir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 36. maddesinde, bu Kanuna tabi kurumlarda çalıştırılan memurların sınıfları belirlenmiş, anılan maddenin (I) Genel İdare Hizmetleri Sınıfı başlıklı bölümünde, bu Kanunun kapsamına dahil kurumlarda yönetim, icra, büro ve benzeri hizmetleri gören ve bu Kanunla tespit edilen diğer sınıflara girmeyen memurların Genel İdare Hizmetleri sınıfını teşkil edeceği, (II) Teknik Hizmetler Sınıfı başlıklı bölümünde ise, bu Kanunun kapsamına giren kurumlarda meslekleriyle ilgili görevleri fiilen ifa eden ve meri hükümlere göre yüksek mühendis, mühendis, yüksek mimar, mimar, jeolog, hidrojeolog, hidrolog, jeofizikçi, fizikçi, kimyager, matematikçi, istatistikçi, yöneylemci (Hareket araştırmacısı), matematiksel iktisatcı, ekonomici ve benzeri ile teknik öğretmen okullarından mezun olup da, öğretmenlik mesleği dışında teknik hizmetlerde çalışanlar, Mimarlık ve Mühendislik Fakültesi veya bölümlerinden mezun şehir plancısı, yüksek şehir plancısı, yüksek Bölge Plancısı, 3437 ve 9/5/1969 tarih 1177 sayılı Kanunlara göre tütün eksperi yetiştirilenler ile müskirat ve çay eksperleri, fen memuru, yüksek tekniker, tekniker teknisyen ve emsali teknik unvanlara sahip olup, en az orta derecede mesleki tahsil görmüş bulunanların Teknik Hizmetler sınıfını teşkil edeceği hüküm altına alınmış olup, anılan Kanunun 43. maddesinin (B) fıkrasında, bu Kanuna tabi kurumların kadrolarında bulunan personelin aylıklarının, hizmet sınıfları, görev türleri ve aylık alınan dereceleri dikkate alınarak, bu Kanuna ekli (I) ve (II) sayılı cetvellerde gösterilen ek gösterge rakamlarının eklenmesi suretiyle hesaplanacağı, bu ek göstergelerin, ilgililerin belirtilen sınıf ve görevlerde bulundukları sürece ödemelere esas alınıp, terfi bakımından kazanılmış hak sayılmayacağı kuralı öngörülmüştür.

Görüleceği üzere, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda yer alan teknik hizmetler sınıfı kapsamında kabul edilebilmesi için, ilgililerin meslekleri ile ilgili görevleri fiilen ifa etmeleri, yasa hükmünde belirtilen unvanlara sahip olunması ve en az orta dereceli okul mezunu olma şartlarının birarada bulunması gerektiği, bu koşullardan herhangi birini taşımayanların ise bu hizmet sınıfında sayılamayacağı açıktır.

Buna göre, matematikçi unvanına sahip olmakla birlikte, bu unvanlı bir kadro veya pozisyonda görev ifa etmediği açık olan davacının, emekliliğe esas intibakının teknik

hizmetler sınıfı kapsamındaki personel için öngörülen hükümlere göre belirlenmesine olanak bulunmamaktadır.

Ayrıca, Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 7.12.2007 günlü, E:2005/2, K:2007/1 sayılı kararıyla, ek gösterge rakamlarının öğrenim sonucu elde edilen unvana göre değil, kadro unvanına göre belirlenmesi gerektiğine hükmedilmiş olup, 657 sayılı Yasaya tabi personel bakımından ortaya çıkan söz konusu içtihadın, sözleşmeli personelin emekli kesenek ve karşılıklarına esas alınacak derece ve kademe ile ek gösterge rakamlarının tespitinde de dikkate alınması gerekmektedir.

Bu durumda, bitirdiği yükseköğrenimden dolayı sahip bulunduğu matematikçi unvanıyla (matematikçi pozisyon unvanında) görev yapmayan davacının, emekliliğe esas alınacak derece ve kademe ile ek gösterge rakamının tespiti bakımından, genel idare hizmetleri sınıfı kapsamında değerlendirilmek suretiyle intibakının yapılmış olmasında hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Her ne kadar, Maliye Bakanlığının 18.8.1983 tarih ve 56337 sayılı yazısıyla onaylanan 7.7.1983 günlü, 2731 sayılı T.C. Ziraat Bankası Yönetim Kurulu Kararıyla, sistem operatörü, operatör yardımcıları, programcı ve programcı yardımcılarının teknik hizmetler sınıfı kapsamında kabul edildiği görülmekte ise de, 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname hükümleri uyarınca göreve başlayan davacının, göreve başladığı tarihte yürürlükten kaldırılmış olan 2929 sayılı İktisadi Devlet Teşekkülleri ve Kamu İktisadi Kuruluşları Hakkında Kanun ve 1983 Mali Yılı Bütçe Kanunu'nun 29/B maddesi hükümleri uyarınca alınan onayın, onay alınan yıl için geçerli olduğu da açık olup, bu hususun kazanılmış hak kapsamında da değerlendirilemeyeceği açıktır.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulüyle, Ankara 10. İdare Mahkemesinin 20.2.2007 tarih, E:2006/2614, K:2007/248 sayılı kararının bozulmasina, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine, 26.10.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onbirinci Daire
Esas No : 2007/15633
Karar No : 2009/9279

Özeti : Zorunlu Bağ-Kur sigortalısı iken belediye başkanı seçilmekle birlikte görevi süresince T.C. Emekli Sandığı ile ilgilendirilme talebinde bulunmayıp Bağ-Kur sigortalılığını sürdüren ve başvurusu üzerine Bağ-Kur tarafından emekli aylığı bağlanan davacının, belediye başkanlığı hizmetleri nedeniyle Emekli Sandığı ile ilgilendirilemeyeceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : …
Vekili **:** Av. …
Karşı Taraf (Davalı) **:** …
Vekili **:** Av. …
İsteğin Özeti **:** Ankara 2. İdare Mahkemesinin 23.3.2007 günlü ve E:2006/1288, K:2007/868 sayılı kararının; davacı tarafından, temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.
Savunmanın Özeti **:** Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.
Danıştay Tetkik Hakimi : Süleyman Kurt

Düşüncesi : Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, 2577 sayılı Kanunun 49. maddesinin 1. fıkrasında sayılan bozma nedenlerine uymadığından, temyiz isteminin reddi ile kararın onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : H. Gül Yılmaz

Düşüncesi : Niğde İli Bor İlçesi Bahçeli Belediye Başkanlığında geçen hizmetlerinden dolayı T.C. Emekli Sandığı ile ilgilendirilmesi istemiyle yapılan başvurunun zımnen reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararını davacı temyiz etmektedir.

5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'nun 12. maddesinin II/e bendinde,emeklilik hakkı tanınan bir görevde bulunmuş olmaları şartıyla seçilmiş veya tayin edilmiş belediye başkanlarının bu Kanunla tanınan haklardan yararlanacakları öngörülmüş; 2829 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumlarına tabi olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkında Kanun'un 4505 sayılı Kanun ile değişik 8. maddesinin 2. fıkrasında, süresi kanunla belirlenen vazifelere atanma veya seçilme ve bağlı oldukları kurumun kanunla değiştirilmesi hallerinde ilgililere hizmet sürelerinden sonuncusunun tabi olduğu kurumca, kendi mevzuatına göre aylık bağlanacağı hükmü getirilmiş; aynı Kanunun geçici 5. maddesinde de, bu Kanunun yürürlük tarihinden önce kendilerine bu Kanunun 8. maddesinin birinci fıkrası hükmü uygulanmak suretiyle herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşunca aylık bağlananların veya bunlardan ölenlerin dul ve yetimlerinin istekleri halinde müracaat tarihini takip eden aybaşından itibaren aynı maddenin ikinci fıkrası hükmü uygulanmak suretiyle son defa tabi olduğu kurumca ve bu kurum mavzuatına göre aylık bağlanacağı ve ödeneceği, diğer sosyal güvenlik kuruluşlarınca bağlanmış aylıklarının aynı tarihten itibaren kesileceği kuralı yer almıştır.

Davacının Bağkur Genel Müdürlüğünden emekli aylığı almakta iken belediye başkanı seçilmesi üzerine 2829 sayılı Kanunun 8/2 maddesi hükmü uyarınca bağlı olduğu sosyal güvenlik kurumunun değiştiği, bunun üzerine davacının Emekli Sandığı ile ilgilendirilmesi istemiyle davalı idareye başvurduğu anlaşılmakta olup, 5434 Sayılı Kanunun 12. maddesi kapsamında bulunan ve 4505 sayılı Kanunla değişik 2829 sayılı Kanunun geçici 5. maddesi ile getirilen seçimlik hakkını Emekli Sandığı ile ilgilendirilme yönünde kullanan davacının isteminin kabul edilerek Emekli Sandığı ile ilgilendirilmesi gerekmektedir.

Davacının idareye başvuru tarihi itibarıyla 65 yaşını doldurmuş olmasının, daha önceden emeklilik hakkını elde etmesi ve mevcut düzenlemelerin Emekli Sandığı ile ilgilendirilmesine imkan tanıması karşısında önemi bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle İdare Mahkemesi kararının bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onbirinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Dava, zorunlu Bağ-Kur sigortalısı iken 25.3.1984 tarihinde belediye başkanı seçilmekle birlikte görevi süresince T.C. Emekli Sandığı ile ilgilendirilme talebinde bulunmayıp Bağ-Kur sigortalılığını sürdüren ve başvurusu üzerine tarafına 9.12.1987 tarihinde Bağ-Kur tarafından emekli aylığı bağlanan davacının, 1984-1989, 1994-1999 ve 18.4.1999-17.4.2003 tarihleri arasında geçen belediye başkanlığı hizmetleri nedeniyle T.C. Emekli Sandığı ile ilgilendirilmesi istemiyle yaptığı 26.12.2005 tarihli başvurunun zımnen reddine dair işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

İdare Mahkemesince; 2829 sayılı Kanunun 8. maddesinde 4505 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce herhangi bir sosyal güvenlik kurumundan emekli aylığı bağlanması durumunda ilgilinin sosyal güvenlik kurumunun değiştirileceğine ilişkin hüküm bulunmazken, 2829 sayılı Kanununun 8. maddesinin ikinci fıkrasındaki değişiklikle "süresi kanunla belirlenen vazifelere atanma veya seçilme ve bağlı oldukları kurumun kanunla değiştirilmesi" halinin ayrıca düzenlendiği ve geçici 5. maddesi ile de başka bir sosyal güvenlik kurumunca

emekli aylığı bağlanmış olması halinde ilgililere seçimlik bir hak tanınarak 8. maddenin ikinci fıkrası hükmü uygulanmak suretiyle son defa tabi olduğu kurumca emekli aylığı bağlanacağı kuralına yer verildiği, bu durumda Bağ-Kur Genel Müdürlüğünden emekli aylığı almakla birlikte 2829 sayılı Kanunun 8/2. fıkrası hükmü uyarınca "seçilme" nedeniyle bağlı olduğu sosyal güvenlik kurumu değişen ve bu değişiklik üzerine anılan Kanun'un geçici 5. maddesinde tanınan seçimlik hakkını kullanarak T.C. Emekli Sandığı ile ilgilendirilmesi istemiyle davalı idareye başvuran davacının, T.C. Emekli Sandığı ile ilgilendirilmesi gerekmekte ise de 5434 sayılı Kanunun 40. maddesinde iştirakçilerin görevleri ile ilişiklerinin kesilmesini gerektiren yaş haddinin 65 yaşını doldurdukları tarih olduğu belirtildiğinden ve davacı 5.6.1997 tarihinde 65 yaşını doldurduğundan, anılan Kanun maddesi uyarınca Sandıkla ilgilendirilemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı tarafından, 5434 sayılı Kanunun 40. maddesinin devlet memuru olan ya da devlet memurluğuna atanacak kişiler için öngörülmüş bir düzenleme olduğu, belediye başkanlarını kapsamadığı, kaldı ki 65 yaşından öncesine isabet eden 8 yıllık hizmetinin bulunduğu ileri sürülerek Mahkeme kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

5434 sayılı Kanunun 40. maddesinde iştirakçilerin görevleri ile ilişiklerinin kesilmesini gerektiren yaş haddinin 65 yaşını doldurdukları tarih olduğu belirtilmişse de, aynı sayılı Kanunun 43. maddesinde belediye başkanlarının emekliye ayrılma hakkını kazandıklarında veya 61 yaşını doldurduklarında emekliye ayrılma istekleri yerine getirilmekle beraber vazifelerinde bırakılacakları düzenlendiğinden ve 5434 sayılı Kanunun 12/II-n bendinde, Sandıktan veya diğer sosyal güvenlik kuruluşlarından emekli, yaşlılık veya malullük aylığı almakta iken belediye başkanlığına seçilen veya atananların istekleri üzerine Sandıkla ilgilendirilecekleri hüküm altına alındığından, 65 yaşını dolduran belediye başkanlarının istemeleri halinde T.C. Emekli Sandığı ile olan ilgilerinin devam ettirileceği, 65 yaşını doldurduktan sonra belediye başkanlığı görevine seçilenlerin de başvuruları halinde Sandıkla ilgilendirilmeleri gerektiği sonucuna varılmış olup aksi yöndeki Mahkeme kararı gerekçesinde yasal isabet görülmemiştir.

2829 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkında Kanun'un, 12.2.2000 tarihinde yürürlüğe giren 4505 sayılı Yasa ile değişik 8. maddesinin birinci fıkrasında, birleştirilmiş hizmet süreleri toplamı üzerinden, ilgililere son yedi yıllık fiili hizmet süresi içinde fiili hizmet süresi fazla olan kurumca, hizmet sürelerinin eşit olması halinde ise eşit hizmet sürelerinden sonuncusunun tabi olduğu kurumca kendi mevzuatına göre aylık bağlanacağı ve ödeneceği, ikinci fıkrasında ise malüllük, ölüm, 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu'na göre yaş haddinden re'sen emekli olma, süresi kanunla belirlenen vazifelere atanma veya seçilme ve bağlı oldukları kurumun kanunla değiştirilmesi hallerinde ilgililere hizmet sürelerinden sonuncusunun tabi olduğu kurumca, kendi mevzuatına göre aylık bağlanacağı, geçici 5. maddesinde ise bu Kanunun yürürlük tarihinden önce kendilerine bu Kanun'un 8. maddesinin birinci fıkrası hükmü uygulanmak suretiyle herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşunca aylık bağlananların veya bunlardan ölenlerin dul ve yetimlerinin istekleri halinde, müracaat tarihini takip eden aybaşından itibaren aynı maddenin ikinci fıkrası hükmü uygulanmak suretiyle son defa tabi olduğu kurumca ve bu kurum mevzuatına göre aylık bağlanacağı ve ödeneceği, diğer sosyal güvenlik kuruluşlarınca bağlanmış aylıklarının aynı tarihten itibaren kesileceği kurala bağlanmıştır.

Davacı 1984 yılında belediye başkanı seçildiğinde 5434 sayılı Kanunun 12. maddesinin (e) ve (n) bentlerinin o tarihte yürürlükte bulunan hükümleri çerçevesinde T.C. Emekli Sandığı ile ilgilendirilmek için başvurmayıp Bağ-Kur Genel Müdürlüğüne prim ödemeye devam ettiğinden ve 1987 yılında birleştirilmiş hizmet süreleri toplamı üzerinden ve 2829 sayılı Kanunun 8. maddesinin birinci fıkrası hükümleri uygulanmak suretiyle emekli olmadığından, 2829 sayılı Kanunun 8. maddesinin ikinci fıkrası ile geçici 5. maddesi hükümlerinden faydalanması mümkün değildir.

Öte yandan, 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanununun, 24.12.2004 tarihinde yürürlüğe giren 5272 sayılı Kanunun 85. maddesi ve bu Kanunun Anayasa Mahkesince iptali üzerine 13.7.2005 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5393 sayılı Kanunun 85. maddesi ile değişik 12. maddesinin (n) bendinde, sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi görevlerde bulunmadan veya bu kuruluşlara tabi olarak çalışmakta iken illerin daimi komisyon üyeliğine veya belediye başkanlığına seçilen ve atananlar ile Sandıktan veya diğer sosyal güvenlik kuruluşlarından emekli, yaşlılık veya malullük aylığı almakta iken belediye başkanlığına seçilen ve atananların, 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 T.C. Emekli Sandığı ile ilgilendirilecekleri kurala bağlanmıştır.

Davacı, herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşundan emekli ya da yaşlılık aylığı almakta iken belediye başkanı seçilenlerin de Sandıkla ilgilendirilmelerine imkan tanıyan 5272 ve 5393 sayılı Kanunların yürürlük tarihinden önce belediye başkanlığı yapmış olup, anılan Kanun hükümlerinde bu Kanunların yürürlük tarihinden önce belediye başkanlığı yapmış olanların geçmişe dönük olarak Sandıkla ilgilendirilmelerine imkan tanıyan bir düzenleme bulunmadığından, davacının anılan Kanun hükümleri uyarınca Sandıkla ilgilendirilmesi de mümkün bulunmamaktadır.

Bu durumda davacının gerek 5272 ve 5393 sayılı Kanun hükümleri ile değişik 5434 sayılı Kanunun 12. maddesinin (n) bendi, gerekse 4505 sayılı Kanun ile değişik 2829 sayılı Kanunun 8. maddesinin ikinci fıkrası ve geçici 5. maddesi hükümleri uyarınca Sandıkla ilgilendirilmesi mümkün olmadığından, 5.6.1997 tarihinde 65 yaşını dolduran davacının 5434 sayılı Kanunun 40. maddesi uyarınca Sandıkla ilgilendirilemeyeceğinden bahisle davanın reddine karar veren idare mahkemesi kararının gerekçesinde hukuki isabet bulunmamıştır.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin reddi ile sonucu itibarıyla yerinde bulunan Ankara 2. İdare Mahkemesinin 23.3.2007 günlü ve E:2006/1288, K:2007/868 sayılı kararının yukarıda açıklanan gerekçe ile onanmasına, temyiz giderlerinin istemde bulunan davacı üzerinde bırakılmasına, 4.11.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

YARGILAMA USULÜ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onbirinci Daire
Esas No : 2008/14557
Karar No : 2009/8580

Özeti : Sandık iştirakçilerinin fiili hizmet süresi zammından yararlandırılması istemiyle; emekli oluncaya kadar, diğer bir ifade ile iştirakçilik statülerinin devamı süresince; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 10. maddesine göre idareye her zaman başvurabilecekleri ve istemin reddi yönünde tesis edilen işleme karşı da dava açma süresi içinde dava açabilecekleri hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : …
Karşı Taraf (Davalı) **:** Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı
Vekili **:** Av. ...

İsteğin Özeti : … İl Tarım Müdürü olarak görev yapan davacının, fiili hizmet süresi zammının eksik hesaplandığını ileri sürerek, 1979-1982, 1984 yıllarına ait 7 ay 5 gün, 1988 yılına ait 2 ay, 1997 yılına ait 5 gün olmak üzere toplam 9 ay 10 günlük sürenin daha fiili hizmet süresi zammına eklenmesi için yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açtığı davanın süre aşımı yönünden reddi yolunda verilen Ankara 15. İdare Mahkemesinin 27.5.2008 günlü ve E:2007/2254, K:2008/773 sayılı kararının; davacı tarafından hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : İstemin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Füsun Erkin

Düşüncesi : Temyiz isteminin kabulü ile kararın bozulması gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı : Mehmet Ali Samur

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onbirinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

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 olduğu belirtilmiş, 10. maddesinde ise ilgililerin, haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idari makamlara başvurabilecekleri, altmış gün içinde bir cevap verilmezse isteğin reddedilmiş sayılacağı, ilgililerin altmış günün bittiği tarihten itibaren dava açma süresi içinde, konusuna göre Danıştay, idare ve vergi mahkemelerinde dava açabilecekleri, altmış günlük süre içinde idarece verilen cevap kesin değilse ilgilinin bu cevabı isteminin 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 açılabileceği hükme bağlanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, ... İl Tarım Müdürü olarak görev yapan davacının, fiili hizmet süresi zammının eksik hesaplandığını ileri sürerek, 1979-1982, 1984 yıllarına ait 7 ay 5 gün, 1988 yılına ait 2 ay, 1997 yılına ait 5 gün olmak üzere toplam 9 ay 10 günlük sürenin daha fiili hizmet süresi zammına eklenmesi için 2.3.2007 tarihinde Tarım ve Köyişleri Bakanlığına başvurduğu, davacıya 13.9.2007 tarihinde tebliğ edilen 23.8.2007 günlü işlemle talebinin reddedildiğinin davacıya bildirilmesi üzerine 19.9.2007 tarihinde bakılmakta olan davanın açıldığı, Ankara 15. İdare Mahkemesince davacıya 1979-1984 yılları arasında Erzurum-Tortum Hayvancılığı Geliştirme Bölge Proje Müdürlükleri Grup Şefliklerinde geçen hizmetlerinden dolayı fiili hizmet süresi zammından yararlanamayacağının kesin olarak bildirildiği 19.2.2003 tarihinden itibaren 2577 sayılı Yasanın 7. ve 10. maddesinde öngörülen süreler içinde dava açılmadığı gerekçesiyle, davanın süre aşımı yönünden reddine karar verildiği anlaşılmaktadır.

5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'nun 32. maddesinde düzenlenen fiili hizmet süresi zammı uygulamasıyla, anılan madde hükmünde belirtilen bazı ağır ve yıpratıcı görev ve hizmetlerde çalışan iştirakçilerin, daha kısa sürede emekli olabilmelerinin sağlanması amaçlanmıştır. Konuyla ilgili madde hükümleri incelendiğinde, fiili hizmet süresi zammının, iştirakçilerin fiili hizmet süresi zammı hesaplanmasını gerektiren

görevlerdeki yıllık çalışma sürelerine her yıl sonu itibariyle eklenen, bu özelliğiyle emekli oluncaya kadar süregelen ve emekli olunacağı sırada yararlanılan bir hak olduğu anlaşılmaktadır.

Bu nedenle, iştirakçinin fiili hizmet süresi zammından yararlanmaması hali daha geç emekli olmasına yol açabileceği ve böyle bir durumun emeklilik tarihinde etkisini göstereceği olgusu dikkate alındığında, fiili hizmet süresi zammından yararlanma istemiyle emekli oluncaya kadar diğer bir ifade ile iştirakçilik statüsünün devamı süresince 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 10. maddesine göre idareye her zaman başvurulabileceği ve istemin reddi yönünde tesis edilen işleme karşı dava açma süresi içinde dava açılabileceği sonucuna ulaşılmaktadır.

Bu itibarla, dava konusu işlemin süregelen etkisinin bulunması nedeniyle, davacının 2.3.2007 tarihli başvurusu sonucu tesis olunan 23.8.2007 günlü işlemin 13.9.2007 tarihinde davacıya tebliği üzerine 19.9.2007 tarihinde açılan davanın 2577 sayılı Yasanın 10. maddesinde öngörülen süre içinde açıldığı anlaşıldığından, İdare Mahkemesince işin esası incelenerek karar verilmesi gerekirken davanın süre aşımı yönünden reddedilmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulü ile Ankara 15. İdare Mahkemesinin 27.5.2008 günlü, E:2007/2254, K:2008/773 sayılı kararının bozulmasına, dosyanın bozma kararı üzerine yeniden bir karar verilmek üzere anılan Mahkemeye gönderilmesine, 20.10.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onbirinci Daire
Esas No : 2007/5080
Karar No : 2009/8694

Özeti : Süregelen işlemlere karşı açılan davaların süre aşımı nedeniyle reddine dair kararlar; davanın, şekli anlamda sona erdirilmesini sağlayan ve hükmün verildiği tarihe kadarki dönemi kapsayacak şekilde sonuçlar doğuran kararlar olduğundan kesin hükmün ancak bu dönemle sınırlı olarak hüküm ifade edeceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : …
Karşı Taraf (Davalılar) : 1-Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı
Vekili : Av. …
2-Devlet Tiyatroları Genel Müdürlüğü
Vekili : Av. …
İsteğin Özeti : Ankara 10. İdare Mahkemesinin 21.12.2006 günlü ve E:2006/473, K:2006/3792 sayılı kararının; davacı tarafından temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.
Savunmanın Özeti : Davalı idarelerce istemin reddi gerektiği savunulmuştur.
Danıştay Tetkik Hakimi : Yasemin Buyuran
Düşüncesi : Mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmüştür.
Danıştay Savcısı : Mehmet Ali Samur
Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onbirinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Dava; Devlet Tiyatroları Genel Müdürlüğünde sözleşmeli personel olarak görevli iken emekli olan davacı tarafından, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 37. ve 64. maddelerinden yararlandırılması yolunda yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali ile tüm yasal haklarının ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

İdare Mahkemesince; Devlet Tiyatroları Genel Müdürlüğü yönünden, kesinleşen hüküm nedeniyle davanın incelenmeksizin reddine, Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığına karşı açılan kısım yönünden ise, Emekli Sandığının, 657 sayılı Kanunun 37. ve 64. maddelerini doğrudan uygulama yükümlülüğü bulunmadığı gerekçesiyle reddine karar verilmiştir.

Davacı tarafından, Mahkeme kararının hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 10. maddesinde; ilgililerin haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idari makamlara başvurabilecekleri, bu başvuruya altmış gün içinde bir cevap verilmezse isteğin reddedilmiş sayılacağı, ilgililerin altmış günün bitim tarihinden itibaren dava açma süresi olan altmış gün içinde dava açabilecekleri hükme bağlanmıştır.

Bu hüküm, ilgililerin haklarında bir idari işlem yapılması için idareye her zaman için başvuru yapabilmelerine ve bu başvurunun reddedilmesi üzerine dava açabilmelerine olanak tanımaktadır. Daha önce ilgililerin idareye başvuruda bulunmuş veya başvuruda bulunduktan sonra dava açmış olmaları, etkisi devam eden ve her defasında idare tarafından ayrı bir işlem yapılması gereken durumlarda idareye başvuruda bulunup işlem tesis edilmesini isteme ve bunun üzerine dava açma haklarını ortadan kaldırmamaktadır.

Dosyanın incelenmesinden, davacının 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 37. ve 64. maddelerinden yararlandırılmak istemiyle tarihsiz dilekçeyle yaptığı ilk başvurusunun 29.4.1997 tarihli işlemle, 4.2.2000 tarihli başvurusunun 8.2.2000 tarihli işlemle ve 21.6.2004 tarihli başvurusunun 24.6.2004 tarihli işlemle reddi üzerine 1.7.2004 tarihinde açılan davanın, Ankara 6. İdare Mahkemesinin 16.3.2005 gün ve E:2004/2188 , K: 2005/348 sayılı kararıyla süre aşımı yönünden reddedildiği ve kararın temyiz edilmeksizin kesinleştiği, davacının anılan kararın verilmesinden sonra aynı istemle 19.1.2006 tarihinde aynı taleple yeni bir başvuruda bulunduğu ve başvurunun reddi üzerine temyizen incelenmekte olan bu davayı açtığı anlaşılmaktadır.

Her ne kadar İdare Mahkemesince, 17.9.2004 tarihinde emekliye ayrılan davacının, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 37. ve 64. maddelerinden yararlandırılması istemiyle yaptığı 21.6.2004 tarihli başvurusunun reddi üzerine açılan davanın Ankara 6. İdare Mahkemesince süre aşımı yönünden reddedilmesi ve söz konusu kararın kesinleşmesi nedeniyle görülmekte olan bu davanın kesin hüküm nedeniyle incelenmeksizin reddine karar verilmiş ise de, davacının isteminin reddedilmesinin her emekli aylığı aldığında süregelen etkiler doğurması karşısında, ilgililerin bu istemle yapacakları her bir başvuru üzerine tesis edilen işlemin ayrı bir işlem olduğunun kabulü gerekmektedir.

Kaldı ki, yargı kararlarının kesin hüküm sonucunu doğurması ve aynı uyuşmazlığın yeni bir dava konusu yapılamaması için hükmün maddi anlamda kesinleşmiş ve uyuşmazlığı bütün bir gelecek için sona erdirmiş olması gerekmektedir. Davanın süre aşımı nedeniyle reddine dair kararlar sadece davanın sona erdirilmesi amacına hizmet eden ve ilgilinin başvurusu ile hükmün verildiği tarih arasındaki dönemi kapsayan bir sonuç doğuran, uyuşmazlığı esastan çözmeyen şekli anlamda kesin hüküm niteliğindedir.

Davacının 19.1.2006 tarihli başvurusunun reddine ilişkin 13.2.2006 tarihli işlemin süre ret kararına konu işlemden sonraki tarihli bir işlem olması bakımından, aynı işleme ilişkin bir kesin hükmün mevcudiyetinden söz edilemeyeceğinden, davanın kesin hüküm nedeniyle incelenmeksizin reddine karar verilmesinde hukuki isabet görülmemiştir.

Öte yandan, 5434 sayılı Kanunun ek 30. maddesinde, iştirakçilerin, emeklilik keseneğine esas olan derece ve kademelerinin mevzuata uygunluğunun Sandıkça inceleneceği, eksik gönderilen kesenek ve karşılık farklarının kurumlarından tahsil edileceği, fazla gönderilen kesenek ve karşılıkların ise kurumlarına iade edileceği hükme bağlandığından, ilgililerin kurumları tarafından intibakları yapıldıktan sonra emeklilik keseneğine esas olan derece ve kademelerin mevzuata uygunluğunun Sandıkça incelenebileceği açık olup, davanın Emekli Sandığına karşı açılan kısmının 657 sayılı Kanunun 37. ve 64. maddelerini Sandığın doğrudan uygulama yükümlülüğü bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davacı temyiz isteminin kabulü ile Ankara 10. İdare Mahkemesince verilen 21.12.2006 günlü ve E:2006/473, K:2006/3792 sayılı kararın bozulmasına, yeniden karar verilmek üzere dosyanın anılan Mahkemeye gönderilmesine, 23.10.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

ONİKİNCİ DAİRE KARARLARI

MEMURLAR VE DİĞER KAMU GÖREVLİLERİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onikinci Daire
Esas No : 2008/7586
Karar No : 2009/5098

Özeti : Davacının aylıktan kesme cezasına dayanak teşkil eden devamsızlık sürelerinin, 657 sayılı Yasanın 125/E-d maddesi uyarınca verilen Devlet memurluğundan çıkarma cezasına da esas alınabileceği hakkında.

Kararın Düzeltilmesini İsteyen (Davalı): Adalet Bakanlığı
Karşı Taraf : …
Vekili : Av. …
İsteğin Özeti : İzmir 1. İdare Mahkemesince verilen 13.9.2007 günlü, E:2006/1799, K:2007/1171 sayılı kararın onanması yolunda Danıştay Onikinci Dairesinin 27.5.2008 günlü, E:2007/6441, K:2008/3155 sayılı kararının düzeltilmesi ve mahkeme kararının bozulması istenilmektedir.
Savunmanın Özeti : Karar düzeltme isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.
Danıştay Tetkik Hakimi : Oğuz Özkarslı
Düşüncesi :Kararın düzeltilmesi isteminin kabul edilerek işlemin iptali yolunda verilen mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.
Danıştay Savcısı : Nazmiye Kılıç
Düşüncesi : Kararın düzeltilmesi dilekçesinde ileri sürülen nedenler, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 54. maddesinde yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onikinci Dairesince işin gereği düşünüldü:

Dava, ... M Tipi Çocuk Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda diş doktoru olarak görev yapan davacının, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 125/E-d maddesi uyarınca Devlet memurluğundan çıkarma cezası ile cezalandırılmasına ilişkin 12.5.2006 gün ve 72 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

İzmir 1. İdare Mahkemesince verilen 13.9.2007 günlü, E:2006/1799, K:2007/1171 sayılı kararla, davacının 2005 yılı içerisinde göreve gelmediği günlerin bir kısmı için disiplin cezası verildiğinden, disiplin cezası verilmemiş olan 17 günlük süre ise davacının memuriyetten çıkarılması için yeterli bir süre olmadığından, bu haliyle dava konusu işlemin tesisi halinde davacıya daha önce disiplin cezası verilen süreler için mükerrer ceza verilmiş olacağından, dava konusu işlemde bu yönden hukuka uygunluk bulunmadığı gibi; davacıya daha önce özürsüz olarak göreve gelmediği günler için kademe durdurma cezası verilmemiş olduğundan olayda Devlet memurluğundan çıkarmaya ilişkin olarak iki ve üçüncü tekrardan dolayı bir ağır cezanın verilmesine ilişkin 125. madde hükmünün uygulanması şartları bulunmamakta, ayrıca Yüksek Disiplin Kurulunca davacıya usulüne uygun tebligat yapılarak

657 sayılı Kanunun 129. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca savunma yapma hakkının verilmemiş olması nedeniyle dava konusu memuriyetten çıkarma işleminde bu yönlerden de 657 sayılı Kanun hükümlerine uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle işlemin iptaline karar verilmiştir.

Bu kararın temyizen incelenerek bozulmasının istenilmesi üzerine, Dairemizce verilen 27.5.2008 günlü, E:2007/2007/6441, K:2008/3155 sayılı kararla mahkeme kararının onanmasına karar verilmiştir.

Davalı idare, dava konusu işlemin usul ve yasaya uygun olduğunu ileri sürmekte ve Dairemiz onama kararının kaldırılarak, mahkeme kararının bozulmasını istemektedir.

Davalı idarece, kararın düzeltilmesi dilekçesinde öne sürülen hususlar 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 54. maddesinin (c) bendine uygun görüldüğünden Dairemizce verilen 27.5.2008 günlü, E:2007/6441, K:2008/3155 sayılı karar kaldırılarak uyuşmazlığın esası yeniden incelendi.

Dosyanın incelenmesinden, davacının ... M Tipi Çocuk Kapalı Ceza İnfaz Kurumu diş doktoru olarak görev yapmakta iken özürsüz olarak 1 yıl (2005 yılı) içerisinde 31 gün görevine gelmemesi nedeniyle 657 sayılı Kanunun 125. maddesinin (E-d) bendi uyarınca dava konusu işlemle Devlet memurluğundan çıkarma cezası ile cezalandırılması üzerine bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmıştır.

657 sayılı Yasanın 125. maddesinin C fıkrasında "özürsüz olarak göreve bir veya iki gün gelmemek" fiili, aylıktan kesme cezasını, (D) fıkrasında, "özürsüz ve kesintisiz 3-9 gün göreve gelmemek" fiili, kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını, (E) fıkrasında da "özürsüz olarak bir yılda toplam 20 gün göreve gelmemek" fiili ise Devlet Memurluğundan çıkarma cezasını gerektiren fiil ve haller arasında sayılmıştır

Yukarıda yer verilen mevzuatın değerlendirilmesinden; memurun belli aralıklarla görevine gelmemesi ve bu göreve gelmeme gün sayısının 1-2 gün olması durumunun, aylıktan kesme cezasını, 3-9 gün sürmesi durumunun, kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını gerektireceği, memurun bir yıl içinde aralıklı olarak göreve gelmediği gün sayısının 20' yi bulması halinde ise daha önce aldığı cezaların yanında ayrıca Devlet memurluğundan çıkarma cezası ile de cezalandırılabileceği, bu durumun aynı fiil için iki farklı ceza verilmesi olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığı, çünkü davacıya verilen aylıktan kesme cezalarının 1-2 gün göreve gelmemesi eyleminin karşılığı olmasına rağmen, Devlet memurluğundan çıkarma cezasının davacının göreve gelmemeyi alışkanlık haline getirmesi fiilinin cezası olarak verildiği sonucuna ulaşılmıştır.

Aksi bir düşüncenin benimsenmesi halinde; 657 sayılı Yasanın 125/E-d maddesinde ayrıca düzenlenen Devlet memurluğundan çıkarma cezası hükümleri hiçbir zaman uygulanamayacaktır.

Öte yandan, temyize konu İdare Mahkemesi kararında, Yüksek Disiplin Kurulunca davacıya usulüne uygun tebligat yapılarak 657 sayılı Kanunun 129/2.maddesi uyarınca savunma yapma hakkının verilmemiş olması nedeniyle de dava konusu işlemde hukuka uygunluk bulunmadığı belirtilmiş ise de; dava dosyasında mevcut belgelerin incelenmesinden; 14.12.2005 günlü savunma istem yazısı ile disiplin amiri tarafından davacının savunmasının istenildiği ve bu yazının aynı gün davacıya tebliğ edildiği, ayrıca davacı hakkındaki soruşturma evraklarının Bakanlık Yüksek Disiplin Kuruluna intikalini müteakip; 8.2.2006 günlü ara kararı ile davacının savunmasının istenildiği, davacıya söz konusu savunma istem yazısının 10.3.2006 tarihinde tebliğ edildiği, bunun üzerine davacının vermiş olduğu 17.3.2006 tarihli savunmasında; "yazı içerisinde belirtilen günlerde hastalığım ve ailevi sebeplerden dolayı görevime gelemedim. Affınıza sığınıyorum" şeklinde savunma verdiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla; davacıdan usulüne uygun olarak Bakanlık Yüksek Disiplin Kurulunca dava konusu işlem tesis edilmeden önce savunması istenilmiş olup, idare mahkemesi kararında bu yönüyle de hukuki isabet görülmemiştir.

Bu durumda, 1 yıl içerisinde 31 gün göreve gelmediği sabit olan ve 17.3.2006 tarihli savunmasında da göreve gelmediğini kabul eden davacı hakkında tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmadığından, İdare mahkemesince dava konusu işlemin iptali yolunda verilen kararda hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulüyle İzmir 1. İdare Mahkemesinin 13.9.2007 gün ve E:2006/1799, K:2007/1171 sayılı kararının 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1/b fıkrası uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı Yasa ile değişik 3. fıkrası gereğince ve yukarıda belirtilen nedenler gözetilmek suretiyle yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, 30.9.2009 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

İdare Mahkemesi kararı ve gerekçesi usul ve yasaya uygun bulunduğundan, davalı idarenin kararın düzeltilmesi isteminin reddi gerektiği oyu ile karara katılmıyorum.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onikinci Daire
Esas No : 2008/6642
Karar No : 2009/6351

Özeti : Vekaleten yürütülen görevden alınabilmek için geçerli sebeplerin bulunması gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : …
Vekili **:** Av. …
Karşı Taraf **:** Şanlıurfa Valiliği
İsteğin Özeti **:** Şanlıurfa … Devlet Hastanesinde Hastane müdür vekili olarak görev yapan davacının vekalet görevinin üzerinden alınmasına ilişkin 11.8.2005 günlü işlemin iptali istemiyle açılan davanın; davacıya isnat edilen fiilerle ilgili olarak düzenlenen inceleme raporu ile bu fiillerin subuta erdirilmediği görülmekte ise de, vekaleten yapılan atamalarda ilgilinin belli bir nedene dayanmaksızın her zaman vekaleten yürüttüğü görevden alınıp, asıl kadrosuna iade edilebileceği göz önüne alındığında, tesis edilen işlemde hukuka aykırılık görülmediği gerekçesiyle reddi yolunda, Şanlıurfa İdare Mahkemesi'nin 30.6.2007 günlü, E:2007/2976, K:2008/1091 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 : Müjgan Karyağdı
Düşüncesi **:** İdare Mahkemesince verilen karar ve dayandığı gerekçe hukuk ve usule uygun olup, bozulmasını gerektirecek bir neden de bulunmadığından anılan kararın onanması gerektiği düşünülmüştür.
Danıştay Savcısı **:** E. Nur Necef
Düşüncesi **:** İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onikinci Dairesince işin gereği düşünüldü:

İdare ve Vergi Mahkemeleri tarafından verilen kararların temyiz yolu ile incelenerek bozulabilmeleri 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinde belirtilen nedenlerden birinin bulunması halinde mümkündür. Vekaleten bir göreve atanan kamu görevlisinin vekalet görevinin sona erdirilmesi için; vekalete esas olan nedenin ortadan kalkması, boş kadroya asaleten atama yapılmış olması, vekalet görevine atanan kamu görevlisinin vekalet görevini layıkıyla yerine getirememesi veya vekalet görevinin üzerinde kalmasında sakınca bulunduğunun anlaşılması hallerinin bulunması gerekmektedir. Bu nedenle İdare Mahkemesinin ilgilinin belli bir nedene dayanmaksızın her zaman vekaleten yürüttüğü görevden alınıp, asıl kadrosuna iade edilebileceği şeklindeki gerekçesinde isabet olmamakla birlikte, davacıya isnat edilen fiillerle ilgili olarak düzenlenen inceleme raporu sonucunda idarece vekalet görevini yürütmesinde sakınca bulunduğu anlaşılan ilgili hakkında tesis edilen dava konusu işlemde hizmet gereklerine aykırılık bulunmadığından bu husus kararın bozulmasını gerektirir nitelikte görülmemiştir. Şanlıurfa İdare Mahkemesince verilen 30.6.2007 günlü, E:2007/2976, K:2008/1091 sayılı kararın bozulmasını gerektirecek başkaca bir sebep de bulunmadığından temyiz isteminin reddi ile anılan kararın onanmasına, temyiz giderlerinin istemde bulunan davacı üzerinde bırakılmasına, 17.11.2009 . tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onikinci Daire
Esas No : 2007/5381
Karar No : 2009/6552

Özeti : Davacının nokta alt koruma nöbeti bitmekle birlikte görev süresi devam ederken uyuduğu tespit edildiğinden, bu eylemin karşılığı disiplin cezası ile cezalandırılmasında hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı): Diyarbakır Valiliği
Karşı Taraf **:** …
Vekili **:** Av. …
İsteğin Özeti **:** Diyarbakır 1. İdare Mahkemesinin 20.2.2007 günlü, E:2006/1326, K:2007/208 sayılı kararının dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.
Savunmanın Özeti **:** Savunma verilmemiştir.
Danıştay Tetkik Hakimi : Demet Özen
Düşüncesi **:** İdare Mahkemesince verilen karar ve dayandığı gerekçe hukuk ve usule uygun olup, bozulmasını gerektirecek bir neden de bulunmadığından anılan kararın onanması gerektiği düşünülmüştür.
Danıştay Savcısı **:** 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, … İl Emniyet Müdürlüğü kadrosunda polis memuru olarak görev yapan davacının Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğünün 7/D-1 ve 15. maddeleri uyarınca on ay kısa süreli durdurma cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Diyarbakır 1. İdare Mahkemesinin 20.2.2007 günlü, E:2006/1326, K:2007/208 sayılı kararıyla, davacının 04.00 - 05.00 saatleri arasında nokta alt nöbetini tuttuktan sonra teras katına çıkarak bir sonraki nöbete hazırlanıp istirahat ettiği, bu zaman süresinde nöbet görevi bulunmayan davacının görev sırasında uyumak fiilini işlediğinden söz edilemeyeceğinden on ay kısa süreli durdurma cezasıyla cezalandırılmasında hukuka uyarlık görülmediği gerekçesiyle dava konusu işlem iptal edilmiştir.

Davalı idare, günün Nöbetçi Müdürü tarafından yapılan denetlemede davacının uyurken görüldüğünü, nöbet bitiminde de personelin görevinin devam ettiğini, nokta görevinin sadece nöbetten ibaret olmadığını, dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığını öne sürmekte ve İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğünün "Uzun Süreli Durdurma" başlıklı 7/D-1 maddesinde, görev sırasında uyumak fiilinin 24 ay uzun süreli durdurma cezasını gerektirdiği hükme bağlanmış, 15. maddesinde ise, kararın verildiği güne kadar geçmiş hizmetleri olumlu ve sicilleri iyi olan memurlara Tüzükte gösterilen cezanın bir derece aşağısının uygulanabileceğine işaret edilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, davacının 9.11.2005 tarihinde 19.00 - 07.00 saatleri arasında … Polis Danışma Noktasında görevli olduğu, 04.00 - 05.00 saatleri arasında nokta alt koruma nöbetini tuttuktan sonra teras katına çıktığı, … Polis Danışma Noktasının saat 05.20 sıralarındaki denetiminde Nöbetçi Müdür tarafından uyurken görülerek uyandırıldığı anlaşılmıştır.

Olayda, davacının 9.11.2005 tarihinde 19.00 - 07.00 saatleri arasında … Polis Danışma Noktasında görevli olduğu ve nöbet görevinin bitiminde de görevinin devam ettiği açıktır.

Bu durumda, görevi sırasında uyuduğu Nöbetçi Müdür tarafından tespit edilen davacının eylemine uygun olan disiplin cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık, aksi yöndeki İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulüyle Diyarbakır 1. İdare Mahkemesince verilen 20.2.2007 günlü, E:2006/1326, K:2007/208 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, 24.11.2009 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Temyize konu İdare Mahkemesi kararının hukuk ve usule uygun olduğu ve onanması gerektiği görüşü ile karara katılmıyoruz.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onikinci Daire
Esas No : 2007/5084
Karar No : 2009/6597

Özeti : Tekerrür hükmünün amacını aşar şekilde ikinci kez uygulanamayacağı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : …
Vekili **:** Av. …
Karşı Taraf **:** İçişleri Bakanlığı
İsteğin Özeti **:** Sivas İdare Mahkemesinin 13.4.2007 günlü E:2006/3058, K:2007/503 sayılı kararının dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.
Savunmanın Özeti **:** Temyiz isteminin reddi gerektiği yolundadır.
Danıştay Tetkik Hakimi : Müjgan Karyağdı
Düşüncesi **:** Davacı hakkında meslekten çıkarma cezası şeklinde verilen disiplin cezasında Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğünün "Tekerrür" konusunu düzenleyen 14. maddesinin esas alınmasında mevzuata ve disiplin hukuki ilkelerine uyarlık bulunmadığından kararın bozulması gerektiği düşünülmüştür.
Danıştay Savcısı **:** E.Nur Necef
Düşüncesi **:** İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onikinci Dairesince işin gereği düşünüldü:

Polis memuru olarak görev yapan davacının Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğünün 7/D-6 ve 14. maddeleri gereğince meslekten çıkarma cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin 13.2.2006 günlü ve 34 sayılı işlemin iptali istemiyle dava açılmıştır.

Sivas İdare Mahkemesinin 13.4.2007 günlü E:2006/3058, K:2007/503 sayılı kararıyla; davacının Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğünün 7/D-6 maddesi kapsamında meslek mensuplarına ve amirlerine karşı hakaret ettiği açık olduğundan, bu fiili daha önce işlemiş olduğu durumu gözetilerek Tüzüğün 14. maddesi gereği bir üst ceza uygulanarak tesis edilen işlemde mevzuata aykırılık görülmediği gerekçesiyle dava reddedilmiştir.

Davacı; görevden uzaklaştırıldığı ve alkollü olduğu bir zamanda meydana gelen olay nedeniyle sonucu çok ağır olan bir disiplin cezasıyla cezalandırılmasında hukuka aykırılık olduğunu öne sürmekte ve İdare mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğünün 14. maddesinde "Disiplin cezası verilmesine neden olmuş bir eylem, işlem tutum veya davranışın cezaların sicilden silinmesine ilişkin süre içinde yenilenmesinde bir derece ağır ceza uygulanır. Aynı derecede cezayı gerektiren değişik eylem, işlem tutum veya davranışlar nedeniyle verilen disiplin cezalarının üçüncü uygulanmasında da bir derece ağır ceza verilir." hükmü yer almıştır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 124. maddesinde öngörülen tekerrür müessesine paralel düzenleme getiren Tüzüğün 14. maddesinin incelenmesinden iki türlü

tekerrür halinin gerçekleşmesi durumunda kamu görevlisine verilecek cezaların ağırlaştırılmasının öngörüldüğü anlaşılmaktadır.

Olayımızda davacıya uygulanan tekerrür hali ise 14. maddenin "disiplin cezası verilmesine neden olmuş bir eylem, işlem, tutum veya davranışın cezaların sicilden silinmesine ilişkin süre içinde yenilenmesinde bir derece ağır ceza uygulanacağı yolundaki hükmü olup, bu bağlamda Tüzüğün 7/D-6 maddesinde düzenlenen "amir ve üstlerini dövme girişiminde bulunmak ya da hakaret etmek" eyleminden dolayı 19.1.2001 tarihinde 24 ay uzun süreli durdurma cezası olan davacının aynı eylemi 21.12.2003 tarihinde tekrar etmesi nedeniyle ve 14. maddenin uygulanması suretiyle 13.8.2004 tarihli Yüksek Disiplin Kurulu kararıyla meslekten çıkarma cezasıyla cezalandırıldığı, daha sonra 11.6.2004 tarihinde amir ve üstlerine hakaret etmek eyleminden dolayı dava konusu işlem ile Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğünün 7/D-6 maddesi gereğince 24 ay uzun süreli durdurma cezasıyla cezalandırılmasına ancak daha önceden de aynı suçtan disiplin cezasının bulunması nedeniyle Tüzüğün 14. maddesi uyarınca bir derece üst ceza olan meslekten çıkarma cezasıyla cezalandırıldığı dosyanın incelenmesinden anlaşılmıştır.

Görüldüğü gibi olayımızda davacının Disiplin Tüzüğünün 7/D-6 maddesi kapsamında disiplin cezasıyla cezalandırılmasını gerektiren eyleminin 3. kez işlenmesi durumu mevcuttur.Bir başka deyişle ilk kez Tüzüğün 7/D-6 maddesi kapsamında ve 19.1.2001 tarihinde 24 ay uzun süreli durdurma cezasıyla cezalandırılan davacı,cezasının sicilden silinmesine ilişkin süre içinde bu davranışını yenilediği gerekçesiyle 13.8.2004 tarihinde Tüzüğün 7/D-6 maddesi ile 14. maddesinin tatbiki suretiyle 24 ay uzun süreli durdurma cezasının bir üst cezası olan meslekten çıkarma cezasıyla cezalandırılmıştır.Uyuşmazlık konusu olayda davacının bu davranışını 3. kez yenilenmesi durumu mevcut olup, daha önce aynı eylemi nedeniyle cezalandırılması nedeniyle tekrar tekerrür hükmünün uygulanmasının mevzuatta dayanağı bulunmamaktadır.

Davacının 3. kez işlediği bu eylemi nedeniyle ancak eyleminin karşılığı olarak Tüzüğün 7/D- 6 maddesi kapsamında 24 ay uzun süreli durdurma cezasıyla cezalandırılacağı açıktır.Aksi halde ilgililerin Tüzüğün disipline aykırı eylemlerin yenilenmesinde verilecek cezaları ağırlaştıran 14. maddesinin ve disiplin hukukunda yer alan tekerrür müessesinin amacını aşar şekilde ve tekerrür hükmünün ikinci kez uygulanması suretiyle birden fazla ağırlaştırıcı ceza ile cezalandırılmaları söz konusu olur ki bu durumun disiplin hukuku ilkelerine uyarlık göstermeyeceği tartışmasızdır.

Bu nedenle Disiplin Tüzüğü'nün 14. maddesi uygulanarak davacıya verilen meslekten çıkarma cezasında ve bu husus gözardı edilerek verilen idare mahkemesi kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüyle Sivas İdare Mahkemesinin 13.4.2007 günlü E:2006/3058, K:2007/503 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 24.11.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onikinci Daire
Esas No : 2007/5172
Karar No : 2009/6759

Özeti : Meslek Yüksekokulu mezunu olduğu halde lise mezunlarının girdiği sınava katılarak başarılı olan davacının mezuniyet durumu dikkate alınarak atamasının yapılmamasında hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı): …
Vekili **:** Av. …
Karşı Taraf **:** 1-Maliye Bakanlığı
2-Erzincan Valiliği

İsteğin Özeti **:** Lise mezunu olarak girdiği Kamu Personeli Seçme Sınavı sonucuna göre Maliye Bakanlığı'nın 23.8.2005 tarih ve 39289 sayılı işlemi ile Erzincan Defterdarlığı emrine atanan davacının, sınav tarihinden önce meslek yüksekokulu mezunu olması nedeniyle öğrenim şartını taşımadığından bahisle görevine başlatılmamasına ilişkin Erzincan Defterdarlığı'nın 31.8.2005 tarih ve 1503 sayılı işleminin iptali ile bu işlem nedeniyle yoksun kaldığı parasal haklarının yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılan davada, 1999 yılında Maliye Meslek Lisesinden, 15.7.2002 tarihinde ise … Üniversitesi Meslek Yüksekokulu Maliye Programından mezun olarak önlisans diploması alan davacının, aynı yıl dikey geçiş sınavı ile … Üniversitesi … İktisadi ve Ticari Bilimler Fakültesi Maliye Bölümüne kaydını yaptırarak 23.6.2005 tarihinde lisans diploması aldığı, Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezince 10-11 Temmuz 2004 tarihinde yapılan Kamu Personeli Seçme Sınavına, önlisans mezunu olduğu halde lise mezunu olarak girerek başarılı olduğu, Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezince 10.8.2005 tarihinde Ortaöğretim KPSS P94 puanı ile Erzincan Defterdarlığı emrine memur olarak yerleştirildiği, ancak atamasının yapılması için sunduğu belgelerden 15.7.2002 tarihinde meslek yüksekokulu mezunu olduğunun anlaşılması üzerine, atama komisyonunun 31.8.2005 tarihli toplantısında alınan karar ile önlisans mezunu olduğu halde Maliye Meslek Lisesi mezunlarının girdiği sınava katılarak, bu sınavdan aldığı puana göre yerleştirilmesi yapılan davacının Maliye Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğünün 31.8.2005 tarih ve 39896 sayılı yazısına istinaden açıktan atamasının yapılamayacağına karar verildiği, bu halde 2004 Kamu Personeli Seçme Sınavı Kılavuzunun 2-1 maddesindeki "sınav tarihinden önce mezun olmuş olan adayların, bir alt öğrenim düzeyindeki sınava girmeleri halinde bu sınavın sonuçlarına göre atamalarının yapılması mümkün değildir." hükmü uyarınca 15.7.2002 tarihinde meslek yüksekokulu mezunu olan davacının 2004 yılı Kamu Personeli Seçme Sınavına bir alt öğrenim düzeyinden girdiği için atamasının yapılmamasına ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddeden Ankara 12. İdare Mahkemesinin 22.3.2007 günlü, E:2006/38, K:2007/351 sayılı kararının davacı tarafından dilekçede yazılı nedenlerle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Erzincan Valiliğinin Savunmasının Özeti **:** Savunma verilmemiştir.

Maliye Bakanlığının Savunmasının Özet **:** 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 : Leyla Aktaş

Düşüncesi : İdare Mahkemesince verilen karar ve dayandığı gerekçe hukuk ve usule uygun olmadığından, temyiz isteminin kabul edilerek kararın 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:

İdare ve vergi mahkemeleri tarafından verilen kararların temyiz yolu ile incelenerek bozulabilmeleri 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinde belirtilen nedenlerden birinin bulunması halinde mümkündür. Ankara 12. İdare Mahkemesinin 22.3.2007 günlü, E:2006/38, K:2007/351 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, 8.12.2009 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Olayda, davacının 2004 yılı Kamu Personeli Seçme Sınavına Maliye Meslek Lisesi mezunu olarak girdiği, 2005 yılında yapılan yerleştirme sonucunda memur olarak yerleştirmesinin yapıldığı, gerek sınav tarihi itibariyle gerekse yerleştirme ve başvuru tarihleri itibariyle … Üniversitesi … İktisadi ve Ticari Bilimler Fakültesi öğrencisi olduğu anlaşılmaktadır.

Bu durumda, 2004 yılı Kamu Personeli Seçme Sınavı Kılavuzunda, sınav tarihinden önce mezun olmuş adayların bir alt öğrenim düzeyinde sınava giremeyecekleri belirtilmiş olmasına karşın, dikey geçiş yapmak suretiyle lisans öğrenimine devam eden lisans öğrencilerinin durumu hakkında bir düzenlemeye yer verilmediği, sınav tarihi ve yerleştirme başvurusunun yapıldığı tarih itibariyle lisans öğrencisi olduğu tartışmasız olan davacının öğrenim durumu bakımından atanmaya engel bir durumunun bulunmadığı sonucuna varıldığından, davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulü ile, Ankara 12. İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği oyu ile aksi yöndeki çoğunluk kararına katılmıyoruz.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onikinci Daire
Esas No : 2009/4210
Karar No : 2009/7313

Özeti : Öğretmenliğe alınmada yaş koşulu getirilmesinde hukuka aykırılık görülmediği hakkında.

Kararın Düzeltilmesini İsteyen (Davalı): Milli Eğitim Bakanlığı
Karşı Taraf : …
Vekili : Av. …

İsteğin Özeti : Elazığ İdare Mahkemesince verilen 29.5.2008 günlü, E:2007/157, K:2008/1067 sayılı kararın onanmasına dair Danıştay Onikinci Dairesinin 23.1.2009 günlü, E:2008/5450, K:2009/207 sayılı kararının, davalı idare tarafından dilekçede yazılı nedenlerle düzeltilmesi istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Zuhal Öztaş

Düşüncesi : Dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığından karar düzeltme isteminin kabul edilerek Dairemiz kararının kaldırılması ve İdare Mahkemesi kararının bozulması gerekeceği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : E.Nur Necef

Düşüncesi : Kararın düzeltilmesi dilekçesinde ileri sürülen nedenler, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 54.maddesinde yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onikinci Dairesince işin gereği düşünüldü:

657 sayılı Kanunun 4/C maddesi kapsamında kısmi zamanlı geçici öğretici olarak görev yapmakta iken 30.6.2006 tarihinde sözleşmesi sona eren davacı, aynı Kanunun 4/B maddesi uyarınca sözleşmesinin yenilenmesi istemiyle 18.7.2006 tarihinde yaptığı başvurunun "40 yaş koşulunu" taşımadığından bahisle reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle dava açmıştır.

Elazığ İdare Mahkemesinin 29.5.2008 günlü, E:2007/157, K:2008/1067 sayılı kararıyla, sözleşmeli (kısmi zamanlı) öğretmen olarak atandığı tarihte yaş koşulunu yerine getirmiş olan davacının sözleşmesinin yenilenmesi için yaptığı başvurusunun mevzuat hükümlerinin yaş ile ilgili özel koşullarının değiştiği belirtilerek reddedilmesi işleminde, sözleşmelerin dönemsel olarak yapıldığı ve idarenin sözleşmeyi yenilememe konusunda takdir yetkisi olduğu hususu açık olmasına rağmen bu serbestinin kişilerin hukuki durumlarını kısa dönemler içerisinde değiştirme yetkisi vermediği, idarenin hukuki istikrar sağlayacak şekilde uygulamalar sergilemesinin hukuk devleti ilkesinin zorunlu bir sonucu olduğu hususları göz önüne alındığında dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

Davalı idare tarafından yapılan temyiz başvurusu üzerine Danıştay Onikinci Dairesinin 23.1.2009 günlü, E:2008/5450, K:2009/207 sayılı kararıyla İdare Mahkemesi kararı onanmıştır.

Davalı idare, işlemde hukuka aykırılık bulunmadığını öne sürmekte ve Dairemiz kararının kaldırılarak İdare Mahkemesi kararının bozulmasını istemektedir.

Kararın düzeltilmesi dilekçesinde öne sürülen hususlar 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 54.maddesinin (c) bendinde uygun görüldüğünden Dairemizce verilmiş olan 23.1.2009 günlü, E:2008/5450, K:2009/207 sayılı karar kaldırılarak uyuşmazlığın esası yeniden incelendi:

Dosyanın incelenmesinden; davacının 2005-2006 öğretim yılında 1.3.2006 tarihinde kısmi zamanlı geçici öğretici olarak atamasının yapıldığı, 11.3.2006 tarih ve 26125 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 5473 sayılı Kanunla 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4.maddesinin (B) bendinde değişiklik yapılarak Bakanlığa bağlı eğitim kurumlarında norm kadro uygulaması sonucu ortaya çıkan öğretmen ihtiyacının kadrolu öğretmen istihdamıyla kapatılmaması hallerinde sözleşmeli öğretmen istihdam edilmesine imkan sağlandığı, bu kapsamda, 26.8.2005 tarih ve 2005/9345 sayılı Bakanlar Kurulu kararı doğrultusunda 2005-2006 öğretim yılında 657 sayılı Kanunun 4/C kapsamında görev yapmakta iken 30.6.2006 tarihinde sözleşmesi sona eren kısmi zamanlı geçici öğreticilerin örgün eğitim kurumlarında görev yapmak üzere anılan Kanunun 4/B madesi kapsamında istihdamlarına ilişkin hizmet sözleşmelerinin öğretmenler ile İl veya İlçe Mili Eğitim Müdürlükleri arasında karşılıklı olarak

4 Temmuz 2006-31 Temmuz 2006 tarihleri arasında imzalanması hususu 4.7.2006 tarihli 2006/58 sayılı Genelge ile Valiliklere bildirildiği, 4/C maddesi kapsamında görev yapmakta iken 30.6.2006 tarihinde sözleşmesi sona eren davacının "40 yaşından gün almamış olmak" şartını taşımadığı gerekçesiyle davacı ile sözleşme yapılmadığı anlaşılmıştır.

Milli Eğitim Bakanlığı Öğretmenlerinin Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinin 6.maddesinin 1. fıkrasının (d) bendinde, "öğretmenliğe ilk defa atanacaklar bakımından başvuruların ilk günü itibariyle kırk yaşından gün almamış olmak" öğretmenliğe atanacaklarda aranan özel şartlar arasında sayılmıştır.

657 sayılı Yasanın 4/C maddesi kapsamında görev yapmakta iken 30.6.2006 tarihinde sözleşmesi sona eren kısmi zamanlı geçici öğreticilere, anılan Yasanın 4/B maddesi kapsamında istihdam olanağı tanınmış, bu kapsamda sözleşmeli öğretmen olarak istihdam edileceklerde aranan şartlar 4.7.2006 günlü, 2006/58 nolu Genelge ile duyurulmuş olup, anılan Genelgede, öğrenim durumu ve diğer yönlerden Bakanlık kadrolarında halen görev yapan emsali kadrolu öğretmenlerde aranan genel ve özel şartların aranacağı, özel şartlar arasında da "kırk yaşından gün almamış olmak" şartı öngörülmüştür.

Bu durumda, 1.3.2006 - 30.6.2006 tarihleri arasında kısmi zamanlı geçici öğretici olarak görev yapan ve farklı bir statüsü olan 657 sayılı Yasanın 4/B kapsamında görev yapmak üzere sözleşme imzalanması için başvuran davacının 1962 doğumlu olması nedeniyle yukarıda anılan Yönetmelik ve Genelgede açıkça belirtilen yaş şartını taşımadığı gibi, anılan Kanunun 4/C maddesi kapsamında kısmi zamanlı geçici öğretici olarak göreve başladığı 1.3.2006 tarihinde de anılan şartı taşımadığı açık olduğundan davacının başvurusunun reddine ilişkin işlemde hukuka aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulüyle Elazığ İdare Mahkemesince verilen 29.5.2008 günlü, E:2007/157, K:2008/1067 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 22.12.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

ÖZELLEŞTİRME

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onikinci Daire
Esas No : 2007/6042
Karar No : 2009/6444

Özeti : Taşeron firmanın değil İGSAŞ'ın işçisi olduğu yargı kararıyla belirlenen ve bu kuruluşun devri sonrası iş akdi fesh edilen davacının; diğer kamu kurum ve kuruluşlarında geçici personel olarak çalıştırılması için yaptığı başvurunun reddi işleminde hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı): …
Vekili **:** Av. …
Karşı Taraf **:** T.C. Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığı
Vekili **:** Av. …

İsteğin Özeti : Ankara 12. İdare Mahkemesi'nce verilen 15.3.2007 günlü, E:2005/291, K:2007/301 sayılı kararın dilekçede yazılı nedenlerle 2577 sayılı Kanunun 49. maddesi hükmü uyarınca temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Temyizi istenen kararın usul ve kanuna uygun olduğu, ileri sürülen nedenlerin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesine uymadığı, bu nedenle istemin reddi gerekeceği yolundadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Deniz Levent

Düşüncesi : Benzer bir uyuşmazlıkta İdare Mahkemesince işlemin iptaline dair verilen kararın bozulmasına üzerine ilk kararda ısrar edilerek verilen iptal kararı Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 13.3.2008 günlü, E:2007/1259, K:2008/269 sayılı kararıyla onandığı anlaşıldığından, davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararının hukuka aykırı olduğu kanaati ile bozulmasına karar verilmesi gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı : Nazmiye Kılıç

Düşüncesi : Uyuşmazlık; İstanbul Gübre Sanayi A.Ş.'de taşeron firma işçisi olarak çalışmakta iken anılan şirketin özelleştirilmesi nedeniyle sözleşmesi fesh edilen davacının 2004/7898 sayılı Bakanlar Kurulu kararı doğrultusunda işe yerleştirilmesi için yaptığı başvurusunun reddine ilişkin işlemden doğmuştur.

Davacının, İGSAŞ A.Ş.Genel Müdürlüğüne karşı Körfez İş Mahkemesinde Toplu İş Sözleşmesi hükümlerinin uygulanması amacıyla açtığı dava sonucunda, davacının Taşeronun işçisi olmayıp İGSAŞ'ın işçisi olduğu, İGSAŞ ile taşeron arasında yapılan sözleşmelerin muvazaalı olduğu saptanmış davacı ve kendisiyle aynı konumda bulunanlar hakkında toplu iş sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiğine karar verilmiş ve kararlar kesinleşmiştir.

Bakanlar Kurulunun 2004/7898 sayılı kararının Özelleştirme uygulamaları sonucunda işsiz kalmış ve kalacak olan kamu işçilerini ve devir işlemi uygulanan işyerlerindeki tüm işçileri kapsadığı açık olduğundan, işyerlerinin özelleştirilmesi nedeniyle İGSAŞ A.Ş. çalışanlarının, Devlet Personel Başkanlığı kanalıyla diğer kamu kurumlarına geçici işçi olarak geçmek istemelerine ilişkin dilekçelerinin kabul edilmemesinde hukuka uygunluk bulunmadığı görüşüyle, davayı reddeden İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmüştür.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onikinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

Dava, İstanbul Gübre Sanayi A.Ş.'nin taşeron firmasında işçi olan ve İGSAŞ A.Ş.'nin özelleştirilmesi sonucunda sözleşmesi feshedilen davacının, Özelleştirme Uygulamaları Sonucunda İşsiz Kalan ve Bilahere İşsiz Kalacak Olan İşçilerin Diğer Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Geçici Personel Statüsünde İstihdam Edilmesine Dair Bakanlar Kurulu Kararı uyarınca geçici işçi olarak istihdam edilmesi istemiyle yapmış olduğu başvurusunun reddine ilişkin 16.12.2004 günlü işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Ankara 12. İdare Mahkemesinin 15.3.2007 günlü, E:2005/291, K:2007/301 sayılı kararıyla; İş Mahkemesinde açılmış olan dava ve emsali davalarda verilmiş olan kararların ilgililer için kamu işçisi sayılma sonucunu doğurmasının hukuken mümkün olmadığı, bu karardan sonra ilgilinin kamu işçisi sayılması yönünde herhangi bir işlem tesis edilmediği, kamuda asli işçi olabilme koşullarının Kamu Kurum ve Kuruluşlarının asli Kadrolarına İlk Defa İşçi Olarak Alınacaklar Hakkında Uygulanacak Sınav Yönetmeliğinde belirlenmiş olduğu, söz konusu kuruluşun ilgili mevzuat hükümlerinde öngörülen koşul ve prosedürleri uygulamaksızın asli veya geçici işçi istihdamı yoluna gitmesine olanak bulunmadığı, dolayısıyla tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine hükmedilmiştir.

Davacı, kamu işçisi olduğunun kesin olarak belirlendiğini, ilave tediye ödemesi yapılmasına dair verilen kararın kesinleşmesi üzerine ilave ödemenin yapıldığını, 6772 sayılı Kanuna göre, yapılacak ödemenin ancak kamu işçilerine yapılacağından, bu hususun dahi

tek başına İGSAŞ'ın kamu işçisi olduğunu kanıtladığını ileri sürmekte ve İdare Mahkemesi kararının bozulmasını istemektedir.

Özelleştirme Uygulamaları Sonucunda İşsiz Kalan ve Bilahere İşsiz Kalacak Olan İşçilerin Diğer Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Geçici Personel Statüsünde İstihdam Edilmesine Dair Bakanlar Kurulu Kararının 1. maddesinde çeşitli nedenlerle, İş Kanunu hükümlerine tabi daimi veya geçici işçilerden (kapsamdışı personel hariç) iş akdi feshedilenlerden öngörülen şartları taşıyanların istihdam edilmelerinin amaçlandığı; geçici 1. maddesinde de, 1/1/1992 tarihinden bu Esasların Resmî Gazete'de yayımı tarihine kadar 28/5/1986 tarihli ve 3291 sayılı ile 24/11/1994 tarihli ve 4046 sayılı kanunlar çerçevesinde yapılan özelleştirme uygulamaları neticesinde, 1 inci madde kapsamında sayılan kuruluşlara yönelik gerçekleştirilen faaliyetlerden dolayı iş akdi kamu tarafından feshedilmiş olanlara da aynı imkanın sağlandığı görülmektedir.

Dosyanın incelenmesinden; davacı tarafından İGSAŞ A.Ş'ye karşı Körfez İş Mahkemesi'nde açılan davalar sonucu, İGSAŞ A.Ş tarafından ucuz maliyetle işçi çalıştırmak amacıyla taşeron firmalarla iş yapım sözleşmeleri imzalandığı, bu şekilde çalıştırılan işçilerin kadrolu işçilerle aynı işi yaptıkları, buna karşın daha düşük ücret aldıkları, toplu iş sözleşmelerinden yararlandırılmadıkları, taşeronların kendi ifadelerinde de işveren olmadıklarını, çalıştırılacak işçilerin ve bunların çalışma koşullarının İGSAŞ A.Ş tarafından belirlendiği, söz konusu firmaların çok düşük sermayelerinin olmasına karşılık çok yüksek ödemede bulunuyor göründükleri, faaliyet alanlarının da demir - çelik üretimiyle ilgili olmadığı, gerekçesiyle İGSAŞ A.Ş'nin taşeron firmalarla yaptığı iş yapım sözleşmelerinin muvazaalı olduğu sonucuna ulaşılarak davacının İGSAŞ A.Ş'nin işçisi olduğuna karar verildiği anlaşılmıştır.

Bu durumda; İGSAŞ A.Ş'nin işçisi olduğu yargı kararıyla belirlenen ve bu kuruluşun devri sonrasında iş akdi feshedilen davacının, diğer kamu kurum ve kuruluşlarında geçici personel olarak çalıştırılması için yaptığı başvurunun davacının taşeron firma işçisi olduğundan bahisle reddinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Nitekim, benzer bir uyuşmazlıkta İdare Mahkemesi'nce verilmiş olan iptal kararında ısrar edilmesi üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 13.3.2008 günlü, E:2007/1259, K:2008/269 sayılı kararıyla söz konusu ısrar kararının onandığı anlaşılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüyle Ankara 12. İdare Mahkemesince verilen 15.3.2007 günlü, E:2005/291, K:2007/301 sayılı kararın, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1/b fıkrası uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı Yasa ile değişik 3. fıkrası gereğince ve yukarıda belirtilen nedenler gözetilmek suretiyle yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, 20.11.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

YARGILAMA USULÜ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onikinci Daire
Esas No : 2007/3502
Karar No : 2009/5412

Özeti : Davacının görevine son verilmesine dair işlem hukuka aykırı bulunarak iptal edilmiş olduğundan bu işlem nedeniyle yoksun kaldığı parasal haklarının ödenmesi gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : …
Vekili **:** Av. …
Karşı Taraf **:** İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı
Vekili **:** Av. …
İsteğin Özeti **:** İstanbul 1. İdare Mahkemesince verilen 22.12.2006 günlü, E:2003/642, K:2006/2749 sayılı kararın, dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.
Savunmanın Özeti **:** Savunma verilmemiştir.
Danıştay Tetkik Hakimi : Tülay Şeran Balaban
Düşüncesi **:** Kararın manevi tazminat isteminin reddine ilişkin kısmının onanması, maddi tazminat isteminin reddine ilişkin kısmının ise, iptal kararı gereği davacının hukuka aykırı bulunan işlem nedeniyle uğradığı zararların tazmini gerektiğinden ve iptal kararının usulden olmasının, idarenin hatalı işleminden kaynaklanan zararları ödeme yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacağından bozulması gerektiği düşünülmüştür.
Danıştay Savcısı **:** Gül Filiz Ercan 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, aday itfaiye eri olarak görev yapmakta iken 657 sayılı Yasanın 56. maddesi uyarınca görevine son verilen ve bu işlemin iptal edilmesi üzerine görevine dönen davacı tarafından, açıkta kaldığı dönemde yoksun kaldığı tüm özlük ve parasal hakları ile 2.000,00 TL manevi tazminatın yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

İstanbul 1. İdare Mahkemesinin 22.12.2006 günlü, E:2003/642, K:2006/2749 sayılı kararıyla; dosyanın incelenmesinden, davacının aday itfaiye eri olarak görev yapmakta iken temel eğitimde başarısız olduğu nedeniyle 657 sayılı Yasanın 56. maddesi uyarınca görevine son verildiği, bu işleme karşı açtığı davanın reddi yolunda verilen kararın, 1580 sayılı Yasanın 83. madesinin 10. bendinde belediye memurlarının görevlerine son verilmesinin belediye encümenin görevi olduğuna işaret edildiğinden Belediye Başkanınca davacının görevine son verilmesinde yetki yönünden hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle Danıştay Onikinci Dairesinin 31.1.2001 günlü, E:1998/1923, K:2001/275 sayılı kararıyla bozulduğu ve İstanbul 1. İdare Mahkemesince bozma kararına uyularak işlemin iptaline karar verildiği, davacının iptal edilen göreve son verme işlemi nedeniyle uğradığı zararların tazmini istemiyle yaptığı başvurunun reddi üzerine bakılan davayı açtığının anlaşıldığı, olayda, davacının memuriyetle ilişiğinin kesilmesine ilişkin işlemin tesisine eğitim kursuna gitmeyerek kendisinin sebebiyet verdiğinin açık olduğu, işlemin usul hükümlerine uyulmadığı gerekçesiyle iptal edildiği, ayrıca idarenin iptal kararında belirtilen eksikliği gidererek tekrar davacının ilişiğinin kesilmesine karar verdiği, bu işleme karşı açılan ve Mahkemelerinin 2003/644 esasına kayıtlı davada, işlemin hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verildiği, bir idari işlemin yasalara ve hukuka aykırılığı, kural olarak hizmet kusuru sayılmakta ise de; her hizmet kusurunun idarenin tazminat sorumluluğuna yol açmayacağının da bilinen idare hukuku ilkelerinden olduğu, dolayısıyla işlemin tesisine kendi kusuruyla sebebiyet veren davacının açıkta geçen döneme ilişkin yoksun kaldığı özlük haklarının tazminine ilişkin talebinde hukuka uyarlık bulunmadığı, davacının manevi tazminat talebine gelince, davacının şeref ve haysiyetini rencide edici bir olaydan bahsedilemeyeceği gibi, bu işlem nedeniyle duyduğu üzüntü ve

elemin de manevi açıdan tazmin edilmeyi gerektirecek nitelik taşımadığı kanaatine varıldığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı; hukuka aykırı bulunarak iptal edilen işlem nedeniyle uğradığı zararların tazmini gerektiğini öne sürmekte ve İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

İdare ve Vergi Mahkemeleri tarafından verilen kararların temyiz yolu ile incelenerek bozulabilmeleri 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinde belirtilen nedenlerden birinin bulunması halinde mümkün olup, davacı tarafından ileri sürülen hususlar mahkeme kararının manevi tazminat isteminin reddine ilişkin kısmı yönünden bunlardan hiçbirisine uymamaktadır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 12. maddesine göre, ilgililerin haklarını ihlal eden bir idari işlem dolayısıyla Danıştay'a ve idare ve vergi mahkemelerine doğrudan doğruya tam yargı davası veya iptal ve tam yargı davalarını birlikte açabilecekleri gibi ilk önce iptal davası açarak bu davanın karara bağlanması üzerine, bu husustaki kararın veya kanun yollarına başvurulması halinde verilecek kararın tebliği veya bir işlemin icrası sebebiyle doğan zararlardan dolayı icra tarihinden itibaren dava süresi içinde tam yargı davası açabileceği kuşkusuzdur.

Diğer taraftan bir idari işlemin yargısal bir kararla iptali halinde, bu iptal kararlarının işlemin yapılması sırasında unsurlarında bulunan sakatlıkları saptadığı, işlemi yapıldığı andan başlayarak ortadan kaldırdığı, bu özelliği nedeniyle geriye yürüyen sonuçlar doğurduğu, başka
bir anlatımla, işlemin tesis edildiği tarihten önceki hukuki durumun geçerliliğini sağladığı İdare Hukukunun bilinen ilkelerindendir. Yargı mercileri tarafından idari bir işlemle ilgili olarak verilen iptal kararının doğurduğu bu sonucun, verilen iptal kararı ister usul yönünden, isterse esas noktasından verilmiş olsun, hiçbir şekilde değişmeyeceği açıktır.

Zira, anılan İdare Hukuku ilkesinden dolayı idare, iptal kararının amaç ve kapsamına göre yeni bir işlem ya da işlemler yapmak, iptal edilen işlemden doğan sonuçları ortadan kaldırmak, işlemin hiç yapılmamış sayılmasının bir gereği olarak önceki hukuki durumun geçerliliğini sağlamakla yükümlü bulunmaktadır. Dolayısıyla, görevine son verilen bir kamu görevlisinin yargısal yoldan bu işlemin iptalini sağlaması halinde, ister usul yönünden ister esas noktasından verilmiş olsun, idarenin bu karara uygun işlem tesis etmesi ve işlemin doğurduğu hukuki ve fiili bütün sonuçları ortadan kaldırması gerekmektedir.

Bakılan davada, davacının görevine son verilmesine ilişkin işlemin hukuka aykırı olduğu sonucuna ulaşılarak iptaline hükmedilmiş olması karşısında, T.C. Anayasanın 125. maddesinde yer alan, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararları ödemekle yükümlü olduğu kuralı nedeniyle, davacının görevine son verildiği 21.1.1997 tarihinden göreve başlatıldığı 4.2.2003 tarihe kadar yoksun kaldığı parasal haklarının yasal faiziyle birlikte ödenmesine hükmedilmesi gerekirken, dava konusu işlemin usul yönünden iptaline hükmedilmiş olduğu gerekçesiyle davacının parasal haklara ilişkin talebinin reddedilmesinde hukuki isabet görülmemiştir.

Öte yandan, davacının henüz memuriyet statüsünü kazanmadan adaylık dönemi içinde görevine son verilmiş olması nedeniyle özlük hak isteminin karşılanmasının mümkün olmadığı açıktır.

Açıklanan nedenlerle, İstanbul 1. İdare Mahkemesince verilen 22.12.2006 günlü, E:2003/642, K:2006/2749 sayılı kararın, manevi tazminat isteminin reddine ilişkin kısmı yönünden davacının temyiz isteminin reddi ile bu kısmının onanmasına, parasal haklarının yasal faiziyle birlikte tazmini talebinin reddine ilişkin kısmı yönünden ise davacının temyiz isteminin kabulü ile kararın bu kısmının 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1/b fıkrası uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı Yasa ile değişik 3. fıkrası gereğince bu kısım hakkında yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen

Mahkemeye gönderilmesine, 14.10.2009 tarihinde onanan kısım için oy birliği, bozulan kısım için ise oy çokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Davacının parasal haklarının tazmini isteminin reddi yönünden de İdare Mahkemesi kararı hukuk ve usule uygun olduğundan, kararın bu kısmının da onanması gerektiği görüşüyle kararın bozmaya ilişkin kısmına katılmıyorum.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onikinci Daire
Esas No : 2007/5109
Karar No : 2009/5814

Özeti : Mahkeme kararının yargılama giderleriyle ilgili hüküm fıkrasının yanlışlığın düzeltilmesi yöntemiyle değiştirilemeyeceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Taraflar):
1-(Davacı) : …
Vekili : Av. ..
2-(Davalı İdare) : Tedaş Genel Müdürlüğü
Vekili : Av. …
İsteğin Özeti : Ankara 2.İdare Mahkemesinin 31.5.2006 günlü, E: 2005/485, K:2006/1221 sayılı kararının dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.
Davacının Savunmasının Özeti : Savunma verilmemiştir.
Davalı İdarenin Savunmasının 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 : Songül Babayiğit
Düşüncesi : Davacının temyiz isteminin reddedilerek, davalı idarenin temyiz isteminin kabulüyle mahkeme kararının vekalet ücreti yönünden bozulması gerektiği düşünülmektedir.
Danıştay Savcısı : Nazmiye Kılıç
Düşüncesi :İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onikinci Dairesince işin gereği düşünüldü:

Dava, 1998 yılında davalı idarece yapılan koruma ve güvenlik görevlisi sınavını 7.sırada yedek olarak kazanan davacının atama talebinin reddine dair davalı idarenin 14.1.2005 tarih ve 1167 sayılı işleminin iptali istemiyle açılmıştır.

Ankara 2.İdare Mahkemesinin 31.5.2006 günlü, E: 2005/485,K:2006/1221 sayılı kararıyla; davalı idarenin yedek adayların atamalarının yapılıp yapılamayacağı hususundaki görüşlerin bildirilmesini Başbakanlık Devlet Personel Başkanlığından istemesi üzerine alınan

cevabi yazıda; ilk defa atanacak personelin merkezi olarak (17. 10. 2000 tarihinde) yapılan Devlet Memurluğu Sınavına (DMS) katılarak başarılı olanlar arasından seçilmesi gerektiği bildirildiğinden yedek adaylar hakkında yapılan işlemin yürürlükten kaldırıldığının anlaşıldığı, bu durumda ,1998 yılında yapılan sınavı 7.yedek olarak kazanan davacının atamayı gerektirir kazanılmış bir hakkının bulunmaması karşısında aradan uzunca bir süre geçtikten sonra davacının atanma isteminin reddine ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle dava reddedilmiştir.

Davacı, 1998 yılında yapılan sınavı 7. yedek olarak kazandığını dolayısıyla kazanılmış hakkının olduğunu ileri sürerek mahkeme kararının bozulmasını istemektedir.

Davalı idare ise, idare mahkemesince hukuka uygun olarak davanın reddine karar verilmiş olmakla birlikte kurum aleyhine vekalet ücretine hükmedildiğini ileri sürerek kararın bu yönüyle bozulmasını istemektedir.

İdare ve Vergi Mahkemeleri tarafından verilen kararların temyiz yolu ile incelenerek bozulabilmeleri 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinde belirtilen nedenlerden birinin bulunması halinde mümkün olup mahkeme kararının, esasına ilişkin olarak davacı tarafından ileri sürülen hususlar bunlardan hiçbirisine uymamaktadır.

Davalı idarenin temyiz istemine gelince;

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun Yanlışlıkların Düzeltilmesi başlıklı 30. maddesinin 1. fıkrasında; "İki tarafın adı ve soyadı ile sıfatı ve iddiaları sonucuna ilişkin yanlışlıklar ile hüküm fıkrasındaki hesap yanlışlıklarının düzeltilmesinin de istenebileceği" hüküm altına alınmış bulunmaktadır.

Aynı yasanın 31. maddesinin yargılama giderleri konusunda yollamada bulunduğu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 413. maddesinde müddeinin muhakeme masraflarını harç tarifesi mucibince tediyeye mecbur olduğu, 416. maddesinde muhakeme masraflarını peşin tediye eden tarafın haklı çıkması halinde bu masrafın diğer tarafa tahmil olunacağı belirtilmiş, 423. maddesinin 1.fıkrasının 6. bendinde ise davanın ehemmiyetine göre kanunu mucibince takdir olunacak vekil ücretleri yargılama giderleri arasında sayılmıştır.

Dava dosyasının incelenmesinden; 1998 yılında davalı İdare tarafından yapılan Koruma ve Güvenlik Görevlisi sınavını 7.sırada yedek olarak kazanan davacının atama talebinin reddine dair 14.1.2005 gün ve 1167 sayılı işlemin iptali istemiyle bakılmakta olan davanın açıldığı, temyize konu İdare mahkemesi kararı ile açılan davanın reddedildiği, avukatlık ücretinin davalı idareden alınarak davacıya verilmesi şeklinde hüküm kurulduğu, kararın bu haliyle taraflara tebliğ edildiği,10.11.2006 tarihinde kayda giren davalı idare dilekçesi ile hüküm fıkrasındaki bu yanlışlığın düzeltilmesinin istenilmesi üzerine İdare Mahkemesinin 14.11.2006 günlü,E:2005/485 sayılı kararı ile düzeltme isteminin kabulüne karar verildiği ve yapılan düzeltmenin kararın arka sayfasına şerh konulmak suretiyle işlendiği, bu arada 1.12.2006 tarihinde kayda giren dilekçe ile davalı idarece mahkeme kararının hüküm fıkrasının vekalet ücreti yönünden temyizen incelenmesinin istenildiği anlaşılmış olup, İdare mahkemesince açılan davanın reddedildiği görüldüğünden, avukatlık ücretinin davacı üzerinde bırakılması gerekirken davalı idareden alınarak davacıya verilmesi şeklinde hüküm kurulmasında yasal isabet bulunmamaktadır.

Her ne kadar davalı idarenin yanlışlığın düzeltilmesi istemi kabul edilerek yapılan düzeltme mahkeme kararının arka sayfasına şerh konulmak suretiyle işlenmiş ise de; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunun 30. maddesi kapsamında yanlışlığın düzeltilmesi yöntemiyle düzeltilebilecek nitelikte olmayan istemin temyiz konusu olduğu belirtilmek suretiyle İdare mahkemesince reddedilmesi gerektiğinden kararda bu yönden de hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz talebinin reddi ile Ankara 2.İdare Mahkemesinin 31.5.2006 günlü, E: 2005/485, K:2006/1221 sayılı kararının esas yönünden onanmasına, davalı idarenin temyiz isteminin kabulüyle anılan kararın 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1/b fıkrası uyarınca vekalet ücreti yönünden

bozulmasına aynı maddenin 3622 sayılı Yasa ile değişik 3. fıkrası gereğince ve yukarıda belirtilen hususlar gözetilerek bozulan kısım hakkında yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, 27.10.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onikinci Daire
Esas No : 2007/3015
Karar No : 2009/6361

Özeti : Kamuya ait %51 hissesi özelleştirilen davalı kurum tarafından, davacının iş akdinin feshi yolunda tesis edilen işlemin iptali istemiyle açılan davanın görüm ve çözümünün adli yargıya ait bulunduğu hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı): …
Vekili : Av. …
Karşı Taraf : 1-Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığı
Vekili : Av. …
2-TÜPRAŞ-Türkiye Petrol Rafinerileri A.Ş.Genel Müdürlüğü
Vekili : Av. …
İsteğin Özeti : Tüpraş Genel Müdürlüğünde kapsam dışı personel olarak görev yapan davacının iş aktinin feshine ilişkin 26.1.2006 günlü işlemin iptali ile tekrar göreve dönmesi ve yoksun kaldığı parasal haklarının yasal faizi ile birlikte ödenmesi istemiyle açtığı davada, TÜPRAŞ Genel Müdürlüğündeki % 51 oranındaki kamuya ait hissenin satış yöntemiyle özelleştirilmesi amacıyla yapılan ihaleyi özel bir ortak girişimin kazandığı ve ihale sonucunun Özelleştirme Yüksek Kurulunun 7.11.2005 tarihli kararıyla onaylandığı,ihalenin iptali istemiyle açılan davada ise davanın reddine ilişkin olarak verilen kararın da Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulunca onandığı, böylece davalı şirket Tüpraş'ın özel hukuk tüzel kişiliğinin kesinleştiğinin anlaşıldığı, bu durumda kamuya ait %51 lik hissesi özelleştirilen davalı kurum tarafından tesis edilen iş aktinin feshine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada adli yargının görevli olduğu sonucuna varıldığı gerekçesiyle davanın görev yönünden reddi yolunda Kocaeli İdare Mahkemesince verilen 2.3.2007 günlü, E:2006/1696, K:2007/348 sayılı kararın dilekçede yazılı nedenlerle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.
Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.
Danıştay Tetkik Hakimi : Safiye Coşkun
Düşüncesi : İdare Mahkemesince verilen karar ve dayandığı gerekçe hukuk ve usule uygun olup, bozulmasını gerektirecek bir neden de bulunmadığından anılan kararın onanması gerektiği düşünülmüştür.
Danıştay Savcısı : E.Nur Necef
Düşüncesi : Uyuşmazlık; TÜPRAŞ Genel Müdürlüğünde kapsam dışı personel olarak görev yapan davacının, iş akdinin feshine ilişkin TÜPRAŞ İzmit Rafineri Müdürlüğünün 26.1.2006 gün ve 0837 sayılı işlemine ilişkindir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden davalı Şirket Tüpraş Genel Müdürlüğündeki %51 oranındaki Kamuya ait hissenin sahi yöntemiyle blok olarak özelleştirilmesi amacıyla 12.9.2005 tarihinde yapılan ihaleyi en yüksek teklifi veren özel bir ortak girişimin kazandığı,

ihale sonucunun da resmi gazetede yayınlandığı ve Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun 7.11.2005 tarihli kararıyla onayladığı, ancak ihale şartnamesinin istemiyle Danıştay Onüçüncü Dairesine açılan davada, Danıştay Onüçüncü Dairesince verilen yürütmenin durdurulması isteminin reddine ilişkin bulunan 7.12.2005 günlü, E:2005/8007 sayılı karara davacının İdari Dava Dairelerine yapılan itirazı üzerine İdari Dava Dairelerince 2.2.2006 gün ve E:2005/864 sayılı kararla Tüpraş (Türkiye Petrolleri A.Ş.) nin % 51'ine tekabül eden Kamu hissesinin özelleştirilmesine ilişkin 29.4.2005 tarihli ihale şartnamesinin yürütülmesinin durdurulmasına karar verilidği anlaşılmaktadır.

Bu durumda Türkiye Petrolleri A.Ş'nin % 51 hissesinin özelleştirilmesi işleminin yürütmesinin durdurulması kararı ile işlem kaldırılmış olduğu anlaşıldığından kapsam dışı personel statüsünde olan davacının iş akdinin feshi işlemi idari işlem niteliğinde olduğundan İdari Yargının kapsam ve görevine girmektedir.

Belirtilen nedenlerle temyiz isteminin kabulüyle işin esasına girerek yeniden bir karar verilmesi için mahkeme kararının bozulmasmının 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. Kocaeli İdare Mahkemesince verilen 2.3.2007 günlü, E:2006/1696, K:2007/348 sayılı karar ve dayandığı gerekçe hukuk ve usule uygun olup bozulmasını gerektirecek bir sebep de bulunmadığından temyiz isteminin reddi ile anılan kararın onanmasına, temyiz giderlerinin istemde bulunan davacı üzerinde bırakılmasına, 18.11.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onikinci Daire
Esas No : 2007/5203
Karar No : 2009/6398

Özeti : 2577 sayılı Yasanın 12. maddesi uyarınca açılan tam yargı davalarında dava süresinin Mahkemece araştırılması gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı): Eyüp Belediye Başkanlığı (… Belediye Başkanlığı)

Vekili : Av. …

Karşı Taraf : …, …Devlet Hastanesi Başhekim Yardımcısı

İsteğin Özeti : İstanbul 7.İdare Mahkemesince verilen 3.5.2007 günlü, E:2006/572, K:2007/547 sayılı kararın dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

Savunmanın Özeti : Temyizi istenen kararın usul ve kanuna uygun olduğu, ileri sürülen nedenlerin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesine uymadığı, bu nedenle istemin reddi gerekeceği yolundadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Şengül Güler

Düşüncesi : Eksik incelemeye dayalı olarak verilen İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı : Gül Filiz Aslantaş

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.

Davalı idarenin temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile mahkeme kararının temyiz edilen bölümünün onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onikinci Dairesince işin gereği düşünüldü:

Dava, Eyüp ilçesi … Belediyesi'nde Tabip olarak görev yapmakta iken göreviyle ilişiği kesilen davacının, bu işleme karşı açtığı davada İstanbul 6.idare Mahkemesince verilen iptal kararı üzerine, ilişiğinin kesildiği 26.5.2003 tarihi ile yargı kararı gereği görevine başlatıldığı 10.5.2004 tarihi arasına ilişkin maaşları toplamı 10.000.TL.nin yasal faiziyle birlikte tazminine karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

İstanbul 7. İdare Mahkemesinin 3.5.2007 günlü, E:2006/572, K:2007/547 sayılı kararıyla; ara kararı uyarınca davalı idarece gönderilen maaş dökümlerine göre davacının 12 aylık dönemde alamadığı özlük hakları toplamının 9.574.70 TL. olduğunun anlaşıldığı gerekçesiyle 9.574.70 TL'nin 24.5.2003 tarihinden itibaren hesaplanacak yasal faiziyle birlikte davacıya ödenmesine karar verilmiştir.

Davalı idare; davacının ilişiğinin kesilmesine ilişkin işlemin hukuka uygun olduğu gözetilmeden karar verildiğini, davacının alacağının varlığı kabul edilse dahi bu alacağın uzman bilirkişi marifetiyle hesaplaması gerektiğini ileri sürmekte ve İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

Dosyanın incelenmesinden; … Belediye Başkanlığı'nda Tabip kadrosunda görev yapmakta iken askerlik nedeniyle 23.5.2003 günlü işlem ile ilişiği kesilen davacının bu işleme karşı açtığı davanın İstanbul 6.İdare Mahkemesince verilen 30.12.2005 günlü 2678 sayılı kararı ile iptal ile sonuçlanması üzerine, açıkta kaldığı maddi haklarının tazminin talebiyle yaptığı başvurusunun reddi üzerine 8.9.2006 tarihinde Mahkeme kaydına giren dilekçe ile görülmekte olan davanın açıldığı anlaşılmıştır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunun 20. maddesinin 1.fıkrasında, Danıştay ile idare ve vergi mahkemelerinin, bakmakta olduğu davalara ait her çeşit incelemeyi kendiliklerinden yapabileceği hükme bağlanmıştır.

2577 sayılı Yasa'nın "İptal ve Tam Yargı Davaları" başlıklı 12. maddesinde; ilgililer haklarını ihlal eden bir idari işlem dolayısıyla Danıştay'a ve idare ve vergi mahkemelerine doğrudan doğruya tam yargı davası veya iptal ve tam yargı davalarını birlikte açabilecekleri gibi ilk önce iptal davası açarak bu davanın karara bağlanması üzerine , bu husustaki kararın veya kanun yollarına başvurulması halinde verilecek kararın tebliği veya bir işlemin icrası sebebiyle doğan zararlardan dolayı icra tarihinden itibaren dava süresi içinde tam yargı davası açabilirler.Bu halde ilgililerin 11 inci madde uyarınca idareye başvurma hakları saklıdır." hükmüne yer verilmiştir.

Olayda; davacının ilişiğinin kesilmesine ilişkin işleme karşı açtığı davada İstanbul 6. İdare Mahkemesinin 30.12.2005 günlü kararıyla işlemin iptaline karar verildiği, 6.6.2006 tarihli ve 25.7.2006 tarihli dilekçeleriyle açıkta kaldığı süreye ait parasal haklarının tazmini istemiyle yaptığı başvurusunun reddi üzerine 8.9.2006 tarihinde görülmekte olan davayı açtığı, davacının Mahkeme kararının 2006 yılı ortalalarında kendisine tebliğ edildiğini beyan ettiği, ancak iptal kararının davacı tarafından hangi tarihte tebellüğ edildiğinin dosyadan anlaşılamadığı ve İdare Mahkemesi kararında da bu hususun belirtilmediği görülmektedir.

2577 sayılı Yasanın yukarda belirtilen 12. maddesi hükmü gereği, davada süre aşımı bulunup bulunmadığı yönünde bir araştırılma yapılmadan,uyuşmazlığın esası hakkında karar verildiği anlaşılmıştır.

Diğer yandan; davacının açıkta kaldığı 26.5.2003 tarihi ile 10.5.2004 tarihi arasında gelir getirici bir faaliyetinin olması halinde, sebepsiz zenginleşmeye neden olmamak bakımından, bu suretle elde ettiği gelirin, hükmedilecek tazminat miktarından düşülmesi gerektiği açık olup, İdare Mahkemesince Sosyal Güvenlik Kurumun'dan bu durumun araştırılması ve alınacak cevaba göre tazminat miktarının hesaplanarak karar verilmesi gerekirken, bu yolda da bir inceleme ve araştırma yapılmadığı görülmektedir.

Bu durumda eksik incelemeye dayalı olarak verilen İdare Mahkemesi kararında isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulüyle İstanbul 7. İdare Mahkemesince verilen 3.5.2007 günlü, E:2006/572, K:2007/547 sayılı kararın 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1/b fıkrası uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı Yasa ile değişik 3. fıkrası gereğince ve yukarıda belirtilen nedenler gözetilmek suretiyle yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine 18.11.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onikinci Daire
Esas No : 2009/3018
Karar No : 2009/7069

Özeti : Hazine avukatlarının sadece hazineyi ilgilendiren konularda temsile yetkili olduğu hakkında.

Kararın Düzeltilmesini İsteyen (Davalı): Maliye Bakanlığı
Karşı Taraf : …
İsteğin Özeti : Ankara Defterdarlığı İhbarlar ve Denetim Koordinasyon Gelir Müdürlüğünde bekçi olarak görev yapan davacının, 657 sayılı Kanunun 125. maddesinin E-g bendi uyarınca Devlet memurluğundan çıkarma cezası ile cezalandırılmasına ilişkin 18.12.2003 günlü, 2003/37 sayılı işlemin iptali ile mahrum kaldığı maddi haklarının yasal faizi ile birlikte tazmini istemi ile açılan davanın; davacının işlemiş olduğu fiil memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici nitelikte olduğundan tesis edilen işlemde hukuka aykırılık görülmediği gerekçesi ile reddi yolunda Ankara 4. İdare Mahkemesince verilen 27.2.2006 günlü, E:2004/1076, K:2006/255 sayılı kararın davacının temyiz istemi yönünden yapılan incelemesi sonucunda onanmasına dair Danıştay Onikinci Dairesinin 7.11.2008 günlü, E:2006/3446, K:2008/6024 sayılı kararının; davalı idare tarafından, İdare Mahkemesince duruşma yapıldığı ve idarenin hazine avukatı tarafından temsil edildiği halde lehlerine vekalet ücretine hükmedilmemiş olması yönünden temyiz talebinde bulunulduğu halde bu konuda bir karar verilmediği ileri sürülerek düzeltilmesi istenilmektedir.
Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.
Danıştay Tetkik Hakimi : Zuhal Öztaş
Düşüncesi : Karar düzeltme isteminin kabulü gerekeceği düşünülmektedir.
Danıştay Savcısı : E.Nur Necef
Düşüncesi : Kararın düzeltilmesi dilekçesinde ileri sürülen nedenler, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 54. maddesinde yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onikinci Dairesince işin gereği düşünüldü:

Davalı idarenin karar düzeltme dilekçesinde öne sürdüğü hususlar 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 54. maddesinin (c) bendine uygun görüldüğünden Dairemizin 7.11.2008 günlü, E:2006/3446, K:2008/6024 sayılı kararının kaldırılmasına karar verilerek dosya davalı idare temyizi yönünden de yeniden incelendi.

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.

Davalı idarece, davanın retle sonuçlanmasına rağmen vekalet ücretine hükmedilmediği öne sürülmekte ise de duruşmada Maliye Bakanlığını hazine avukatı temsil ettiği görülmekle birlikte; 4353 sayılı Yasanın 22. maddesi 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 müdafaa yetkisinin ise daire amirlerine veya bu dairelerin bağlı bulundukları Bakanlık Hukuk Müşavirlerine tanınması karşısında, bakılan uyuşmazlığın niteliğine göre temsil yetkisi olmadığı halde davalı idareyi temsilen duruşmaya katılan hazine avukatı lehine vekalet ücretine hükmedilmemesinde hukuka aykırılık olmadığı açıktır. Kaldıki Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 5.3.2009 günlü, E:2008/973, K:2009/343 sayılı kararı da bu yöndedir.

Ankara 4. İdare Mahkemesince verilen 27.2.2006 günlü, E:2004/1076, K:2006/255 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 taraflar üzerinde bırakılmasına, 15.12.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

ONÜÇÜNCÜ DAİRE KARARLARI

BANKALAR VE ŞİRKETLER

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onüçüncü Daire
Esas No : 2007/15258
Karar No : 2009/8862

Özeti : 5411 sayılı Yasayla, fon alacaklarının kısa sürede tahsili ve haczedilen varlıkların en yüksek değerde satılarak bu suretle borçlu ve alacaklıların menfaatlerinin en üst seviyede korunması amacıyla ticarî ve iktisadî bütünlük oluşturacak şekilde satış yapılması amaçlandığından, ... A.Ş.'ye ait olan ve 6183 sayılı Yasa hükümleri uyarınca haczedilen varlıklar ve bu varlıkların fer'î ve mütemmiminin cüzü niteliğindeki sözleşmeler ile bu sözleşmelerden doğan tüm mal, hak ve varlıklarından ticarî ve iktisadî bütünlük paketi oluşturulmasında ve bu varlıkların satışına ilişkin kararda hukuka aykırılık bulunmadığından, açılan davanın reddi hakkında.

Davacı : … Gıda Mad. Paz. Dağıtım İth. İhr. San. ve Dış Tic. Ltd. Şti.
Vekilleri : Av. …, Av. …
Davalı : Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu (Fon)
Vekili : Av. …
Davanın Özeti : 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 134. maddesine göre Fon Kurulu'nun 27.04.2007 tarih ve 2007/183 sayılı kararı ile … Ticarî ve İktisadî Bütünlüğünün, Fon Kurulu'nun 28.6.2007 tarih ve 2007/282 sayılı kararı ile belirlenen 39.000.000 USD muhammen bedel üzerinden 25.09.2007 tarihinde yapılan ihalesinde, en yüksek teklifi veren … Turizm ve Tanıtım Tic. A.Ş.'ye 77.050.000 USD bedel ile ihale edilmesine ilişkin 27.09.2007 tarih ve 2007/488 sayılı Fon Kurulu kararının; davacı tarafından, … Ticarî ve İktisadî Bütünlüğüne ait menkul, gayrimenkul, marka ve sair hususlar ile ilgili ayrı ayrı kıymet takdiri yapılması gerekirken bunun yapılmadığı, satış ilânının Resmî Gazete'de ilân edilmesi gerekirken bunun da yapılmadığı, işlemin mevzuata aykırı olduğu, kendilerinin … A.Ş.'nin marka hakkı üzerinde haczi bulunduğu, anılan ihale yönteminde şirketin marka değerinin düşük belirlendiği, sıra cetvelinde alacağını tahsil edemediği ileri sürülerek iptali istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Davanın çözümünün Danıştayın görevine girmediği, öncelikle görev yönünden reddi gerektiği, davacının menfaatinin bulunmadığı ayrıca, dava konusu işlemin hukuka uygun bulunduğu belirtilerek davanın usul ve esastan reddi gerektiği savunulmuştur.

Danıştay Tetkik Hâkimi Aytaç KURT'un Düşüncesi : Davanın reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Mehmet KARAOĞLU'nun Düşüncesi : Dava, 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 134. maddesine göre (TMSF) Fon Kurulunun 27.4.2007 tarih ve

2007/183 sayılı Kararı ile oluşturulan … Ticari ve İktisadi Bütünlüğünün, Fon Kurulunun 28.6.2007 tarih ve 2007/282 sayılı kararı ile belirlenen 39.000.000 USD muhammen bedel üzerinden 25.,09.2007 tarihinde yapılan ihalesinde, en yüksek teklifi (77.050.000 USD) veren … Turizm ve Tanıtım Tic.A.Ş.ye ihale edilmesine ilişkin 27.09.2007 tarih ve 2007/488 sayılı (TMSF) Fon Kurulu Kararının iptali istemiyle açılmıştır.

Davalı idarenin usule yönelik iddiaları yerinde görülmemiştir.

Davacı tarafından; … Ticari ve İktisadi Bütünlüğüne ait menkul, gayrimenkul, marka ve sair hususlar ile ilgili ayrı ayrı kıymet takdiri yapılması gerekirken bunun yapılmadığı, satış ilanının Resmi Gazetede ilan edilmesi gerekirken bunun da yapılmadığı, işlemin mevzuata aykırı olduğu öne sürülmektedir.

5411 sayılı Bankacılık Kanununun 134/6.maddesinde; "Fon alacaklarının tahsilini teminen, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uyarınca haczedilen aktif değerler ile lisans, ruhsat ve imtiyaz sözleşmelerinden doğan haklar ve bu varlıkların feri veya mütemmim cüzü niteliğindeki sözleşmelerden doğan,ancak başlı başına iktisadi değeri olmayanlar da dahil olmak üzere diğer tüm hak ve varlıkları bir araya getirerek, ticari ve iktisadi bütünlük oluşturarak alıcısına geçişini sağlayacak şekilde satışına, hacizli malların birden fazla borçluya ait olması ve/veya birden fazla alacakların haczi olması halinde de satışı yaptırmaya, ihale bedelinin ödenme şeklini, para birimini,alıcıların sahip olması gereken şartları,ödeme tarihini ve ihalenin sair usul ve esasları ile satış şartlarını 6183 sayılı Kanun hükümlerine bağlı olmaksızın belirlemeye, satışa konu ticari ve iktisadi bütünlüğü alacağına mahsuben satın almaya, satışa konu varlıkların ait olduğu şirketlerin teknik bilgi, yazılım, donanım, ekipman, mal ve hizmet alımından doğan geçmiş dönem borçlarını ihale bedelinden ödemeye veya ihale alıcısına ödetmeye Fon Kurulu yetkilidir. Fon Kurulu, satış kararıyla birlikte, bu satış kararıyla birlikte, bu satışı gerçekleştirmek üzere en az üç kişiden oluşan bir satış komisyonu oluşturur ve başkanını belirler. Satış komisyonu, toplam üye sayısının salt çoğunluğu ile toplanır ve toplam üye sayısının salt çoğunluğu ile karar alır. Ticari ve iktisadi bütünlüğün muhammen bedeli, satış komisyonu tarafından, uzman gerçek veya tüzel kişilerin kıymet takdiri raporu dikkate alınarak, daha önce bütünlüğü oluşturan varlıkların ayrı ayrı kıymet takdirlerinin yapılmış olması ile bağlı olmaksızın düzenlenecek rapor çerçevesinde Fon Kurulu tarafından belirlenir. Ticari ve iktisadi bütünlük oluşturan mahcuzlar üzerinde birden fazla kişinin ayni veya şahsi hakkının bulunması veya bunların mülkiyetinin birden fazla kişiye ait olması durumunda bu mal, hak ve/veya varlıkların değeri ayrı ayrı tespit edilir. Bu madde hükümleri uyarınca yapılacak satış sürecinde, satış ilanının Resmi Gazetede yayımlanması ilgililere yapılacak tebliğ hükmündedir. Ticari ve iktisadi bütünlük oluşturduğuna karar verilen mahcuzların satışı, kapalı zarf veya açık artırma usullerinden biri veya ikisi birlikte uygulanmak suretiyle yapılır. Bundan sonra, Fon Kurulunun gerekli görmesi halinde, ihalelere pazarlık usulü ile devam edilebilir. Bu usullerden hangisinin uygulanacağına, ticari ve iktisadi bütünlük oluşturan mal, hak ve varlıkların nitelikleri dikkate alınarak Fon Kurulu tarafından karar verilir. İhale bedelinin dağıtımına esas sıra cetveli satış komisyonu tarafından düzenlenir. İhalenin sonuçlanması, Fon Kurulunun onayına bağlıdır.hükmü yer almış bulunmaktadır.

Dava dosyasında mevcut bilgi ve belgelerin incelenmesinden; BDDK.nun 9.7.2001 tarih ve 383 sayılı kararı ile temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimi TMSF'na devredilen … A.Ş.nin hakim ortakları olan … Grubuna dahil firmalarla diğer alacaklı 13 kuruluş arasında, … Grubu firmalarının alacaklı kuruluşlara olan borçlarının yeniden yapılandırılması amacıyla, 25.10.2002 tarihinde Finansal Yeniden Yapılandırma Sözleşmesi, 27.3.2003 ve 12.1.2005 tarihlerinde de Finansal Yeniden Yapılandırma Ek Sözleşmelerinin imzalandığı, … Grubu'nun 31.3.2005, 30.6.2005 ve 30.9.2005 tarihli taksit ödemelerini yapmaması nedeniyle temerrüde düşmesi ve anılan sözleşmelerin geçersiz hale gelmesi üzerine Fon Kurulu'nun 13.4.2007 tarih ve 2007/165 sayılı Kararı ile; Fon alacaklarının tahsili amacıyla, Alacaklı Bankalar Konsorsiyumunda yapılan müzakereler çerçevesinde; … Grubuna

dahil şirketlerden … Gıda Üretim Pazarlama San ve Tic.A.Ş. hakkında 6183 sayılı (A.A.T.U.H.) Kanun hükümlerinin uygulanmasına karar verildiği, borçlu şirket hakkında 20.4.2007 tarihli 2007/16 sayılı ihtiyati haciz varakası düzenlenip, 26.4.2007 tarihli, 103377 sayılı ödemeye çağrı mektubunun tebliğinden itibaren süresinde ödeme yapılmayınca da 3.7.2007 tarih ve 15589 sayılı ödeme emri düzenlenip tebliğ edildiği ve sonucunda da, borçlu şirketin fabrikasının faaliyetlerinde kullanılan tüm mal, hak ve varlıklar, gayrimenkuller ve menkul mallar ile markaların haczedildiği, Fon Kurulun 27.4.2007 tarih ve 2007/183 sayılı kararı ile, anılan şirket mülkiyetinde bulunan aktif değerler ve bu varlıkların mütemmin cüzü niteliğindeki sözleşmeler ile bu sözleşmelerden doğan ancak başlı başına iktisadi değeri olmayanlar da dahil olmak üzere diğer tüm mal, hak ve varlıkların bir araya getirilerek … Ticarî ve İktisadî Bütünlüğünün oluşturulmasına, bu bütünlüğün satışına, satışın kapalı zarf ve açık artırma usullerinin birlikte uygulanması suretiyle gerçekleştirilmesine karar verildiği, iktisadi Bütünlük kapsamında yer alan varlıkların herbirinin kıymet takdirlerinin ayrı ayrı hesaplandıktan sonra Ticari ve İktisadi Bütünlüğün toplam değerinin tespit edildiği ve Fon Kurulunun 28.6.2007 tarih ve 2007/282 sayılı kararı ile, muhammen bedelin 39,000.000 ABD Doları olarak belirlenmesine ve Satış Komisyonu tarafından hazırlanan satış şartnamesinin onaylanmasına karar verildiği ve buna göre oluşturulan satış ilanının 16.7.2007 tarih ve 26584 sayılı Resmî Gazete'de yayımlandığı, 25.9.2007 tarihinde gerçekleştirilen ihalede en yüksek teklif (77.050.000-ABD Doları) veren … Turizm ve Tanıtım A.Ş'ne ihale edilmesine karar verildiği ve ihale bedelinin ihale alıcısı tarafndan 16.10.2007 tarihinde ödendiği, ayın gün alıcı ile devir teslim anlaşması imzalanarak … Ticarî ve İktisadî Bütünlüğü'nün alıcıya devredildiği anlaşılmakta olup; söz konusu işlemler ile dava konusu işlemde yasaya aykırılık saptanmamıştır.

Davacının diğer iddiaları ise yerinde görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle davanın reddine karar verilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:

Dava, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 134. maddesine göre Fon Kurulu'nun 27.04.2007 tarih ve 2007/183 sayılı kararı ile … Ticarî ve İktisadî Bütünlüğünün, Fon Kurulu'nun 28.6.2007 tarih ve 2007/282 sayılı kararı ile belirlenen 39.000.000 USD muhammen bedel üzerinden 25.09.2007 tarihinde yapılan ihalesinde, en yüksek teklifi veren … Turizm ve Tanıtım Tic. A.Ş.'ye 77.050.000 USD bedel ile ihale edilmesine ilişkin 27.09.2007 tarih ve 2007/488 sayılı Fon Kurulu kararının iptali istemiyle açılmıştır.

Davalı idarenin usule yönelik iddiaları yerinde görülmemiştir.

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 134. maddesinin altıncı fıkrasında, "Fon alacaklarının tahsilini teminen, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uyarınca haczedilen aktif değerler ile lisans, ruhsat ve imtiyaz sözleşmelerinden doğan haklar ve bu varlıkların fer-î veya mütemmim cüzü niteliğindeki sözleşmelerden doğan, ancak başlı başına iktisadi değeri olmayanlar da dahil olmak üzere diğer tüm hak ve varlıkları bir araya getirerek, ticari ve iktisadi bütünlük oluşturarak alıcısına geçişini sağlayacak şekilde satışına, hacizli malların birden fazla borçluya ait olması ve/veya birden fazla alacakların haczi olması halinde de satışı yaptırmaya, ihale bedelinin ödenme şeklini, para birimini, alıcıların sahip olması gereken şartları, ödeme tarihini ve ihalenin sair usul ve esasları ile satış şartlarını 6183 sayılı Kanun hükümlerine bağlı olmaksızın belirlemeye, satışa konu ticari ve iktisadi bütünlüğü alacağına mahsuben satın almaya, satışa konu varlıkların ait olduğu şirketlerin teknik bilgi, yazılım, donanım, ekipman, mal ve hizmet alımından doğan geçmiş dönem borçlarını ihale bedelinden ödemeye veya ihale alıcısına ödetmeye Fon Kurulu yetkilidir. Fon Kurulu, satış kararıyla birlikte, bu satış kararıyla birlikte, bu satışı

gerçekleştirmek üzere en az üç kişiden oluşan bir satış komisyonu oluşturur ve başkanını belirler. Satış komisyonu, toplam üye sayısının salt çoğunluğu ile toplanır ve toplam üye sayısının salt çoğunluğu ile karar alır. Ticari ve iktisadi bütünlüğün muhammen bedeli, satış komisyonu tarafından, uzman gerçek veya tüzel kişilerin kıymet takdiri raporu dikkate alınarak, daha önce bütünlüğü oluşturan varlıkların ayrı ayrı kıymet takdirlerinin yapılmış olması ile bağlı olmaksızın düzenlenecek rapor çerçevesinde Fon Kurulu tarafından belirlenir. Ticarî ve iktisadî bütünlük oluşturan mahcuzlar üzerinde birden fazla kişinin ayni veya şahsi hakkının bulunması veya bunların mülkiyetinin birden fazla kişiye ait olması durumunda bu mal, hak ve/veya varlıkların değeri ayrı ayrı tespit edilir. Bu madde hükümleri uyarınca yapılacak satış sürecinde, satış ilanının Resmî Gazete'de yayımlanması ilgililere yapılacak tebliğ hükmündedir. Ticarî ve iktisadî bütünlük oluşturduğuna karar verilen mahcuzların satışı, kapalı zarf veya açık artırma usûllerinden biri veya ikisi birlikte uygulanmak suretiyle yapılır. Bundan sonra, Fon Kurulunun gerekli görmesi halinde, ihalelere pazarlık usulü ile devam edilebilir. Bu usullerden hangisinin uygulanacağına, ticari ve iktisadi bütünlük oluşturan mal, hak ve varlıkların nitelikleri dikkate alınarak Fon Kurulu tarafından karar verilir. İhale bedelinin dağıtımına esas sıra cetveli satış komisyonu tarafından düzenlenir. İhalenin sonuçlanması, Fon Kurulunun onayına bağlıdır..." kuralına yer verilmiştir.

Dava dosyasının incelenmesinden; Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun 09.07.2001 tarih ve 383 sayılı kararı ile temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimi Fon'a devredilen … A.Ş.'nin hâkim ortakları olan … Grubuna dahil firmalarla diğer alacaklılar arasında, … Grubu firmalarının alacaklı kuruluşlara olan borçlarının yeniden yapılandırılması amacıyla, 25.10.2002 tarihinde Finansal Yeniden Yapılandırma Sözleşmesi, 27.03.2003 ve 12.01.2005 tarihlerinde de Finansal Yeniden Yapılandırma Ek Sözleşmelerinin imzalandığı, … Grubu'nun 31.03.2005, 30.06.2005 ve 30.09.2005 tarihli taksit ödemelerini yapmaması nedeniyle temerrüde düşmesi ve anılan sözleşmelerin geçersiz hale gelmesi üzerine Fon Kurulu'nun 13.04.2007 tarih ve 2007/165 sayılı kararı ile; Fon alacaklarının tahsili amacıyla … Grubuna dahil şirketlerden … Gıda Üretim Pazarlama San ve Tic. A.Ş. hakkında 6183 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmasına karar verildiği, borçlu şirket hakkında 20.04.2007 tarihli 2007/16 sayılı ihtiyati haciz varakası düzenlenip, 26.04.2007 tarihli, 103377 sayılı ödemeye çağrı mektubunun tebliğinden itibaren süresinde ödeme yapılmayınca da 03.07.2007 tarih ve 15589 sayılı ödeme emri düzenlenip tebliğ edildiği ve sonucunda da, borçlu şirketin fabrikasının faaliyetlerinde kullanılan tüm mal, hak ve varlıklar, gayrimenkuller ve menkul mallar ile markaların haczedildiği, Fon Kurulu'nun 27.04.2007 tarih ve 2007/183 sayılı kararı ile, anılan şirket mülkiyetinde bulunan aktif değerler ve bu varlıkların mütemmin cüzü niteliğindeki sözleşmeler ile bu sözleşmelerden doğan ancak başlı başına iktisadî değeri olmayanlar da dahil olmak üzere diğer tüm mal, hak ve varlıkların bir araya getirilerek … Ticarî ve İktisadî Bütünlüğü'nün oluşturulmasına, bu bütünlüğün satışına, satışın kapalı zarf ve açık artırma usullerinin birlikte uygulanması suretiyle gerçekleştirilmesine karar verildiği, iktisadî ve ticarî bütünlük kapsamında yer alan varlıkların herbirinin kıymet takdirlerinin ayrı ayrı hesaplandıktan sonra ticarî ve iktisadî bütünlüğün toplam değerinin tespit edildiği ve Fon Kurulu'nun 28.06.2007 tarih ve 2007/282 sayılı kararı ile, muhammen bedelin 39,000.000 ABD Doları olarak belirlenmesine ve Satış Komisyonu tarafından hazırlanan satış şartnamesinin onaylanmasına karar verildiği ve buna göre oluşturulan satış ilânının 16.07.2007 tarih ve 26584 sayılı Resmî Gazete'de yayımlandığı, 25.09.2007 tarihinde gerçekleştirilen ihalede en yüksek teklifi veren … Turizm ve Tanıtım A.Ş.'ne 77.050.000 USD bedel ile ihale edilmesine karar verildiği anlaşılmaktadır.

Yasaya göre, ticarî ve iktisadî bütünlük oluşturacak şekilde satış yapılmasının amacı, 6183 sayılı Kanun'un öngördüğü varlıkların tek tek satışı yöntemi yerine, daha yüksek getiri sağlayacak bir bütünlük halinde satışının gerçekleştirilerek, Fon alacaklarının kısa sürede tahsili ve haczedilen varlıkların en yüksek değerde satılarak bu suretle borçlu ve alacaklıların menfaatlerinin en üst seviyede korunmasıdır. Dolayısıyla, … Gıda Üretim Pazarlama San. ve

Tic. A.Ş.'ne ait olan ve 6183 sayılı Kanun hükümleri uyarınca haczedilen varlıklar ve bu varlıkların ferî veya mütemminin cüzü niteliğindeki sözleşmeler ile bu sözleşmelerden doğan ancak başlı başına iktisadî değeri olmayanlar da dahil olmak üzere diğer tüm mal, hak ve varlıklardan ticarî ve iktisadî bütünlük paketi oluşturulması ve bu varlıkların satışına ilişkin kararda hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Davacı tarafından şirketin marka değerinin düşük belirlendiği ileri sürülmekteyse de, şirketin ticarî ve iktisadî bütünlük oluşturularak tespit edilen muhammen bedelinin çok üstünde bir bedelle satılmış olması nedeniyle bu iddia yerinde görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davanın reddine, aşağıda dökümü yapılan yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına, yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca 575,00.-TL avukatlık ücretinin davacıdan alınarak davalı idareye verilmesine, artan posta giderinin istemi halinde davacıya iadesine, 02.10.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onüçüncü Daire
Esas No : 2007/11844
Karar No : 2009/8872

Özeti : Tebliğ uyarınca yabancı para işlemlerinden kaynaklanan gelirlerin veya giderlerin yabancı para kâr/zarar hesaplarına kaydedilmesi ve türev finansal araçlardan elde edilen kâr veya zarar hesapları ile kambiyo işlemlerinden sağlanan kâr ve zarar hesaplarının ayrı tutulması suretiyle muhasebeleştirilmesi gerektiğinden; aykırı muhasebe kaydı tutan davacı bankaya idarî para cezası verilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığından açılan davanın reddi hakkında.

Davacı : … Bankası A.Ş.
Vekili : Av. …
Davalı : Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu
Vekili : Av. ...

Davanın Özeti : Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun (Kurul) 24.05.2007 tarih ve 2191 sayılı kararı ile bu karara yönelik başvurunun reddine dair 12.07.2007 tarih ve 2235 sayılı Kurul kararının; Bankanın kendi kredilerine ilişkin raporların her zaman denetime tabi tutulduğu, kastın oluşmadığı; ilgili düzenlemenin amacı da dikkate alındığında bu kural ihlâl edilmediğinden, kendilerine idarî para cezası verilemeyeceği ileri sürülerek iptali istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Davacı banka nezdinde yapılan inceleme sonucu tesis edilen işlemde mevzuata aykırılık bulunmadığı belirtilerek davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi Aytaç KURT'un Düşüncesi : Davanın reddi gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı Ünal DEMİRCİ'nin Düşüncesi : Dava; Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulunun (Kurul) 24.05.2007 tarih ve 2191 sayılı kararı ile bu karara yönelik başvurunun reddine dair 12.07.2007 tarih ve 2235 sayılı Kurul kararının iptali istemiyle açılmıştır.

5411 sayılı Bankacılık Kanununun 37. maddesinde: "Bankalar, kuruluş birliklerinin ve Türkiye Muhasebe Standartları Kurulunun görüşü alınmak suretiyle Kurul tarafından uluslararası standartlar esas alınarak belirlenecek usul ve esaslara uygun olarak muhasebe sistemlerinde tekdüzeni uygulamak; tüm işlemlerini gerçek mahiyetlerine uygun surette muhasebeleştirmek; finansal raporlarını bilgi edinme ihtiyacını karşılayabilecek biçim ve içerikte, anlaşılır, güvenilir ve karşılaştırılabilir, denetime, analize ve yorumlamaya elverişli zamanında ve doğru şekilde düzenlemek zorundadır.

Bankalar, kanuni ve yardımcı defter ve kayıtlarını, şubeleri, yurt içi ve yurt dışındaki muhabirleri ile hesap mutabakatı sağlamadan bilançolarını kapatamazlar.

Yayımlanan finansal tabloların gerçeğe aykırı olduğunun tespiti halinde Kurul gerekli tedbirleri almaya yetkilidir" hükümleri; işlem tarihinde yürürlükte olan Tekdüzen Hesap Planı ve İzahnamesi Hakkında Tebliğin (Tebliğ) 5. maddesinde: "Her grup içerisinde yer alan hesaplar, Türk parası ve yabancı para olarak ikiye ayrılmıştır. Yabancı para olarak belirtilen hesaplar, bankaların yabancı para işlemlerine ilişkin tutarların kaydedildiği hesaplardır. Bu hesaplardaki yabancı para bakiyeler ilgili Türkiye Muhasebe Standardı hükümleri çerçevesinde dönem sonlarında değerlemeye tabi tutularak ilgili hesaplara intikal ettirilir. Yabancı para hesaplardan ve işlemlerden sağlanan yabancı para faiz, komisyon ve gelirler, işlem tarihindeki kurdan Türk parasına çevrilir ve ilgili yabancı para kâr/zarar hesaplarına kaydedilir. Yukarıda belirtilen gelirler yabancı para yerine Türk parası üzerinden tahsil edilse dahi, yine ilgili yabancı para kâr-zarar hesaplarına kaydedilir." ifadeleri yer almaktadır.

Görüldüğü üzere, bankalarca yapılan türev işlemler sonucunda elde edilen kârların veya zararların izleneceği muhasebe skontları Tebliğ'de belirtilmiş olup, anılan Tebliğ'de:

753-Türev Finansal Araçlardan Kârlar-Yabancı Para skontunun açıklamasında;

"Yabancı para türev finansal araçlardan sağlanan kârların Türk parası karşılıklarının kaydedildiği bir hesaptır."

873-Türev Finansal Araçlardan Zararlar-Yabancı para skontunun açıklamasında da;

"Yabancı para türev finansal araçlardan doğan zararların Türk parası karşılıklarının kaydedildiği bir hesaptır." ifadesine yer verilmiş,

Ayrıca Tebliğ'de;

"752-Türev Finansal Araçlardan Kârlar-Türk Parası

Türev finansal araçlardan doğan kârların kaydedildiği bir hesaptır. Söz konusu kârlar sermaye piyasası işlem kârı niteliğindedir.

771-Kambiyo Kârları

Kambiyo hesapları kapsamında efektif, döviz ve kıymetli maden alım-satımı ve değerlemeden ve arbitraj işleminden elde edilen kârlar gibi çeşitli kambiyo kârlarının Türk parası karşılıklarının kaydedildiği bir hesaptır. Yardımcı hesapları aşağıda gösterilmiştir.

86101-Efektif Döviz Alım-Satım ve Değerleme Zararları

Efektif ve döviz alış kurları ile satış kurları arasında banka aleyhine oluşan farkın ve değerleme zararının izlendiği bir hesaptır.

872-Türevi Finansal Araçlardan Zararlar-Türk Parası

Türev finansal araçlardan doğan zararların kaydedildiği bir hesaptır.

Şeklinde düzenleme yapılmıştır.

Yukarıda yer alan düzenlemelerin birlikte değerlendirilmesinden; yabancı para (YP) işlemlerden kaynaklanan gelirlerin veya giderlerin yabancı para kâr/zarar hesaplarına kaydedilmek ve türev finansal araçlardan elde edilen kâr ve zarar hesapları ile kambiyo işlemlerinden sağlanan kâr ve zarar hesaplarının ayrı ayrı tutulmak suretiyle muhasebeleştirilmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır.

Dosyanın incelenmesinden; davacı banka nezdinde yapılan inceleme sonucu düzenlenen 29.11.2006 tarih ve R-18, R-13, R-4 sayılı raporla, davacı bankanın bankalararası piyasada gerçekleştirilen vadeli döviz alım satım işlemleri ile ilgili olarak FX-FX niteliğinde farklı para birimlerinin alınıp satılması sonucu oluşan kâr veya zararı ayrı ayrı

gösterdiği, bununla birlikte yabancı para vadeli döviz alım satım işlemlerinden elde edilen kâr veya zararı 753-Türev Finansal Araçlardan Kârlar-YP veya 873 Türev Finansal Araçlardan Zararlar-YP hesapları yerine, 752-Türev Finansal Araçlardan Kârlar-TP veya 872-Türev Finansal araçlardan Zararlar-TP hesaplarında muhasebeleştirdiğinin tespit edildiği, konunun Kuruma intikal ettirilmesi üzerine Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulunun 24.05.2007 tarih ve 2191 sayılı kararı ile davacı banka hakkında 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 146. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca Tebliğ hükümlerine aykırı olarak FX/FX işlemlerinden elde edilen kâr/zararların TP olarak muhasebeleştirilmesi nedeniyle 10.980.-YTL, türev işlemlerden kârlar/zararlar hesabı yerine kambiyo kârları/zararları hesabının kullanılması sebebiyle 11.836.-YTL olmak üzere toplam 22.816.-YTL idari para cezasının uygulandığı, bu karara yönelik itirazın reddedilmesi üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda, davacı banka tarafından, bankalararası piyasada gerçekleştirilen vadeli döviz alım satım işlemleri ile ilgili olarak FX-FX niteliğinde farklı para birimlerinin alınıp satılması sonucu oluşan kâr veya zararın ayrı ayrı hesaplarda gösterilmesi, türev bir finansal araç olan vadeli döviz alım satımı sonucunda oluşan kâr veya zararın kambiyo kâr veya zararı olarak muhasebeleştirmesi karşısında, Tebliğ hükümlerine aykırı muhasebeleştirme işlemi yaptığı saptanan davacı banka hakkında tesis olunan dava konusu kararda mevzuata 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:

Davalı idarenin usule yönelik itirazları yerinde görülmeyerek işin esasına geçildi:

Dava, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun (Kurul) 24.05.2007 tarih ve 2191 sayılı kararı ile bu karara yönelik başvurunun reddine dair 12.07.2007 tarih ve 2235 sayılı Kurul kararının iptali istemiyle açılmıştır.

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 37. maddesinde: "Bankalar, kuruluş birliklerinin ve Türkiye Muhasebe Standartları Kurulunun görüşü alınmak suretiyle Kurul tarafından uluslararası standartlar esas alınarak belirlenecek usul ve esaslara uygun olarak muhasebe sistemlerinde tekdüzeni uygulamak; tüm işlemlerini gerçek mahiyetlerine uygun surette muhasebeleştirmek; finansal raporlarını bilgi edinme ihtiyacını karşılayabilecek biçim ve içerikte, anlaşılır, güvenilir ve karşılaştırılabilir, denetime, analize ve yorumlamaya elverişli zamanında ve doğru şekilde düzenlemek zorundadır. Bankalar, kanuni ve yardımcı defter ve kayıtlarını, şubeleri, yurt içi ve yurt dışındaki muhabirleri ile hesap mutabakatı sağlamadan bilançolarını kapatamazlar.Yayımlanan finansal tabloların gerçeğe aykırı olduğunun tespiti halinde Kurul gerekli tedbirleri almaya yetkilidir" hükmü bulunmaktadır. Aynı Kanun'un 146. maddesinin 1/(e) bendinde de, bu Kanunun 37. maddesinin birinci fıkrasına aykırı davranılması hâlinde on bin Türk Lirasından yirmibeş bin Türk Lirasına kadar idarî para cezası uygulanacağı kurala bağlanmıştır.

Dava konusu işlemin tesis edildiği tarihte yürürlükte olan Tekdüzen Hesap Planı ve İzahnamesi Hakkında Tebliğ'in (Tebliğ) 5. maddesinde : "Her grup içerisinde yer alan hesaplar, Türk parası ve yabancı para olarak ikiye ayrılmıştır. Yabancı para olarak belirtilen hesaplar, bankaların yabancı para işlemlerine ilişkin tutarların kaydedildiği hesaplardır. Bu hesaplardaki yabancı para bakiyeler ilgili Türkiye Muhasebe Standardı hükümleri çerçevesinde dönem sonlarında değerlemeye tabi tutularak ilgili hesaplara intikal ettirilir. Yabancı para hesaplardan ve işlemlerden sağlanan yabancı para, faiz, komisyon ve gelirler, işlem tarihindeki kurdan Türk parasına çevrilir ve ilgili yabancı para kâr/zarar hesaplarına

kaydedilir. Yukarıda belirtilen gelirler yabancı para yerine Türk parası üzerinden tahsil edilse dahi, yine ilgili yabancı para kâr-zarar hesaplarında kaydedilir." kuralına yer verilmiştir.

Görüldüğü gibi, anılan Tebliğ uyarınca yabancı para işlemlerinden kaynaklanan gelirlerin veya giderlerin yabancı para kâr/zarar hesaplarına kaydedilmek ve türev finansal araçlardan elde edilen kâr veya zarar hesapları ile kambiyo işlemlerinden sağlanan kâr ve zarar hesaplarının ayrı ayrı tutulmak suretiyle muhasebeleştirilmesi gerekmektedir.

Dosyanın incelenmesinden; davacı banka nezdinde yapılan inceleme sonucu düzenlenen 29.11.2006 tarih ve R-18, R-13, R-4 sayılı raporla, davacı bankanın bankalararası piyasada gerçekleştirilen vadeli döviz alım-satım işlemleri ile ilgili olarak farklı para birimlerinin alınıp satılması sonucu oluşan kâr veya zararı ayrı ayrı gösterdiği, bununla birlikte yabancı para vadeli döviz alım satım işlemlerinden elde edilen kâr veya zararın yabancı para hesapları yerine, Türk parası hesaplarında muhasebeleştirdiğinin tespit edildiği, Kurul'un 24.05.2007 tarih ve 2191 sayılı kararı ile davacı banka hakkında 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 146. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca Tebliğ hükümlerine aykırı olarak söz konusu işlemlerden elde edilen kâr/zararların Türk parası olarak muhasebeleştirilmesi nedeniyle 10.980.-TL; türev işlemlerden kârlar/zararlar hesabı yerine kambiyo kârları/zararları hesabının kullanılması sebebiyle 11.836.-TL olmak üzere toplam 22.816.-TL idarî para cezası verildiği, bu karara yönelik itirazın reddedilmesi üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Davacı banka tarafından, yukarıda aktarılan Tebliğ hükümlerine aykırı muhasebeleştirme işlemi yapıldığının tespit edilmesi üzerine, davacıya 5411 sayılı Kanun'un 37. ve 146 1/e maddeleri uyarınca idarî para cezası verilmesine ilişkin Kurul kararında hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davanın reddine, yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına, 575,00.-TL avukatlık ücretinin davacıdan alınarak davalı idareye verilmesine, 02.10.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onüçüncü Daire
Esas No : 2008/12927
Karar No : 2009/9141

Özeti : 6762 sayılı Yasa hükümlerine göre anonim şirketlerin kanunî temsilcisinin yönetim kurulu olduğu, yönetim kurulunun da gerçek kişilerden oluşacağı dikkate alındığında; 6183 sayılı Yasaya göre temsilci sıfatıyla ortaya çıkan sorumluluğun yönetim kurulu üyelerine ait olması gerektiği; para cezası verilen anonim şirketin ortağı olan ve bu şirketin yönetim kurulunda kendisini temsilen bir gerçek kişi bulunan davacı şirketin yasal olarak yönetim kurulu üyesi olmaması nedeniyle şirket borçlarından dolayı 6183 sayılı Kanun'un mükerrer 35. maddesi uyarınca takibinin mümkün olmadığı, işlemin iptali gerekirken, davanın reddine karar veren mahkeme kararının bozulması hakkında.

Temyiz Eden (Davacı) **:** … Tekstil Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.
Vekili **:** Av. …
Karşı Taraf (Davalı) **:** Bursa Vergi Dairesi Başkanlığı
İstemin Özeti **:** Bursa 1. İdare Mahkemesi'nce verilen 16.07.2008 tarih ve E:2007/2137, K:2008/809 sayılı kararın; para cezasını gerektiren fiil suç olmaktan çıkarılması nedeniyle ödeme emrinin konusu borç ortadan kalktığı, uyuşmazlık konusu ödeme emrine konu para cezasından sorumlu … Tekstil Giyim ve Konfeksiyon Sanayicileri Dış Ticaret Anonim Şirketinin ortağı olarak bu şirketin yönetim kurulunda temsilen bir gerçek kişi bulundurulduğu, anılan şirketin borçlarından dolayı 6183 sayılı Kanun'un mükerrer 35. maddesi uyarınca şirketin değil bu gerçek kişinin takibinin yapılması gerektiği 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 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, yönetim kurulu üyesi bulunduğu anonim şirket hakkında 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun'a muhalefet nedeniyle asliye ceza mahkemesince verilen para cezasının asıl borçludan tahsil edilemeyeceğinin anlaşılması nedeniyle davacı şirket adına 6183 sayılı Kanun'un mükerrer 35. maddesi uyarınca düzenlenen 26.11.2007 tarih ve 2003/1718 sayılı ödeme emrinin iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesince, ortağı ve yönetim kurulu üyesi bulunduğu … Tekstil Giyim ve Konfeksiyon Sanayicileri Dış Ticaret A.Ş. hakkında verilen ve kesinleşen adli para cezasının şirket malvarlığından tahsil edilemeyeceğinin anlaşılması nedeniyle söz konusu kamu alacağının tahsili için kanuni temsilci sıfatıyla davacı şirket hakkında düzenlenip tebliğ olunan dava konusu ödeme emrinde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacı vekilince temyiz edilmiştir.

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un mükerrer 35.maddesinde "Tüzel kişilerle küçüklerin ve kısıtlıların, vakıflar ve cemaatler gibi tüzel kişiliği olmayan teşekküllerin mal varlığından tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacakları, kanuni temsilcilerin ve tüzel kişiliği olmayan teşekkülü idare edenlerin şahsi mal varlıklarından bu Kanun hükümlerine göre tahsil edilir." hükmü yer almıştır.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 312. maddesinde "Anonim şirketlerin esas mukavelesiyle tayin veya umumi heyetçe intihap edilmiş en az üç kişiden ibaret bir idare meclisi bulunur. İdare meclisi pay sahibi aza ortaklardan teşekkül eder. Ancak pay sahibi olmıyan kimseler aza seçildikleri takdirde bunlar pay sahibi sıfatını kazandıktan sonra işe başlıyabilirler. Pay sahibi olan hükmi bir şahıs idare meclisi azası olamaz. Fakat hükmi şahsın temsilcisi olan hakiki şahıslar idare meclisine aza seçilebilirler. 275 inci madde hükmü mahfuzdur.", 317. maddesinde, "Anonim şirket idare meclisi tarafından idare ve temsil olunur." kuralları bulunmaktadır.

Bu hükümlere göre, anonim şirkette hissesi bulunan bir tüzel kişilik yönetim kurulu üyesi olamayacak, fakat bunların temsilcisi olan gerçek kişiler yönetim kurulunda görev alabilecek, genel kural olarak anonim şirket yönetim kurulu tarafından temsil edilecek ve yönetilecektir.

Dosyanın incelenmesinden, davacı şirketin ortağı bulunduğu … Tekstil Giyim ve Konfeksiyon Sanayicileri Dış Tic. A.Ş. hakkında 1567 sayılı Kanuna muhalefet nedeniyle asliye ceza mahkemesince verilen para cezasının asıl borçludan tahsil edilemeyeceğinin anlaşılması nedeniyle 6183 sayılı Kanun'un mükerrer 35.maddesi uyarınca kanuni temsilci sıfatıyla davacı şirket adına dava konusu ödeme emrinin düzenlendiği anlaşılmıştır.

6762 sayılı Yasanın yukarıda sözü edilen hükümlerine göre, anonim şirketlerin kanuni temsilcisinin yönetim kurulu olduğu, yönetim kurulunun da gerçek kişilerden oluşacağı dikkate alındığında, 6183 sayılı Yasaya göre temsilci sıfatıyla ortaya çıkan sorumluluğun yönetim kurulu üyelerine ait olması gerekmektedir. Dolayısıyla … Tekstil Giyim ve Konfeksiyon Sanayicileri Dış Ticaret Anonim Şirketinin ortağı olan ve bu şirketin yönetim kurulunda kendisini temsilen bir gerçek kişi bulunan davacı şirketin yasal olarak yönetim kurulu üyesi olmaması nedeniyle anılan şirketin borçlarından dolayı 6183 sayılı Kanun'un mükerrer 35. maddesi uyarınca takibi mümkün değildir.

Bu itibarla, davacı şirket adına düzenlenen ödeme emrinde hukuka uygunluk bulunmadığından aksi yönde karar veren temyize konu mahkeme kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca temyiz isteminin kabulüne, Bursa 1. İdare Mahkemesi'nin 16.07.2008 tarih ve E:2007/2137, K:2008/809 sayılı kararın bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, 19.10.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ENERJİ PİYASASI İŞLERİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onüçüncü Daire
Esas No : 2007/9328
Karar No : 2009/9333

Özeti : 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nun 20. maddesinin 1. fıkrasında, giderilmesi mümkün olan aykırılıkların saptanması halinde ön araştırma veya soruşturma başlatılmasının öngörüldüğü; anılan maddenin 2. fıkrasında ise kaçak veya menşeî belli olmayan ürün ikmal edenlerin lisansının iptal edileceğinin hükme bağlandığı; dağıtıcısı haricinde kaçak ve menşeî belli olmayan akaryakıt ikmal ettiği tespit edilen davacının savunmasının alınarak idarî para cezası uygulanmasında ve bayilik lisansının iptal edilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı, açılan davanın reddi hakkında.

Davacı : … Akaryakıt Gıda Turizm Makina Hayvancılık Otomotiv Nakliyat Tekstil Elektronik İnşaat Ürünleri Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.
Vekilleri : Av. …, Av. …
Davalı : Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu
Vekili : Av. …

Davanın Özeti : Davacı şirkete, dağıtıcısı haricinde kaçak ve menşei belli olmayan akaryakıt ikmali yaptığından bahisle idarî para cezası verilmesine ve bayilik lisansının iptal edilmesine ilişkin Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu'nun 15.03.2007 tarih ve 1133/52 sayılı kararının; ön araştırma veya soruşturma yapılmaksızın ve savunması alınmadan işlem tesis edildiği, eylem ile cezanın orantısız olduğu, hukuka aykırı olarak delil elde edildiği, numunelerin analiz edilmediği ileri sürülerek iptali istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: 5015 sayılı Kanun'un 14. maddesinin verdiği yetki çerçevesinde yapılan denetimlerde, davacının bayisi olduğu dağıtıcı dışında akaryakıt ikmali yaptığının tespit edildiği, bu tespite 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 Birgül KURT'un Düşüncesi : Dava; davacı şirkete, idari para cezası verilerek bayilik lisansının iptali yolundaki kararın ve uygulama işlemlerinin iptali istemiyle açılmıştır.

5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nun 20. maddesinde "Lisans sahibi kişiler hakkında, bu Kanuna, bu Kanuna göre yürürlüğe konulmuş yönetmeliklere, Kurumun yazılı talimatlarına veya lisanslarına kayıtlı hususların herhangi birine riayet edilmediği takdirde, Kurum tarafından ön araştırma veya soruşturma başlatılır. Ayrıca, ilgiliye onbeş gün içerisinde aykırılıkların giderilmesi, aksi halde bahse konu piyasa faaliyetlerinin geçici bir süre için durdurulabileceği veya doğrudan doğruya iptal yaptırımının uygulanacağı ihbar edilir. Bu ihbara rağmen onbeş günlük sürenin bitiminde aykırılıklar giderilmezse, Kurum piyasa faaliyetini otuz günden az yüzseksen günden çok olmamak üzere geçici olarak durdurur. Geçici durdurma süresince, tehlikeli eylemin veya kötü niyetin veya ürünlerde zarar oluşmasının önlenmesi ile faaliyetin durdurulmasına neden olan durumun ortadan kaldırılmasına ilişkin faaliyetler dışında hiçbir piyasa faaliyeti yapılamaz. Lisans iptalleri Kurumca yapılacak soruşturma neticesine göre karara bağlanır.

Kaçak veya menşei belli olmayan ürün ikmal edenlerin lisansı iptal edilir. Teknik düzenlemelere uygun olmayan ürün ikmal edenler zararı tazmin etmekle yükümlüdür..." 21. maddesinde ise "Kurul, re'sen veya kendisine intikal eden ihbar veya şikâyetler üzerine doğrudan soruşturma açılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının tespiti için ön araştırma yapılmasına karar verir.

Ön araştırma ve soruşturmada takip edilecek usul ve esaslar, Kurum tarafından yürürlüğe konulacak yönetmelikle düzenlenir..." hükmüne yer verilmiştir.

Petrol Piyasasında Yapılacak Denetimler İle Ön Araştırma ve Soruşturmalarda Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin Yönetmelik'in 25. maddesinde; ön araştırma ve soruşturma prosedürüne gerek olmayan, 26. maddesinde; doğrudan para cezası uygulanabilecek ve 27. maddesinde de denetim raporlarının soruşturma raporu gibi değerlendirilebileceği hallere ilişkin kurallar getirilmiştir.

Yukarıda anılan 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunun hükümleriyle, idari para cezası ya da diğer idari yaptırımlar açısından her hangi bir ayrımda bulunulmadan, lisans sahiplerine idari yaptırım uygulanmadan önce soruşturma açılmasının gerektiği ve bir lisansın iptal edilebilmesinin soruşturma sonucuna bağlı olduğu açıkça belirtilmiştir.

Lisans sahipleri hakkında idari yaptırım işlemi tesis edilmeden önce soruşturma yapılması, bu tür idari işlemlere yönelik olarak Yasa ile öngörülen bağlayıcı bir usul kuralı olduğundan, yasal bir düzenleme ile istisna getirilmediği sürece, idari yaptırıma konu olarak

görülen halin niteliğinden yola çıkılarak, soruşturma yapılması usulüne ilişkin olarak Yönetmelikle yapılan düzenlemelerin, lisans sahipleri için öngörülen soruşturma yapılması usulünü bertaraf ettiğinin kabulüne olanak bulunmamaktadır.

Öte yandan; 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nun 19. maddesi ile bir idari yaptırım olan idari para cezalarına özgü olarak genel düzenleme yapılmış, madde yer alan hallere uyulmaması halinde verilecek cezalara yönelik kurallar belirlenmiş olması karşısında, bu maddenin lisans sahibi kişilere ilişkin olarak uygulamasında, anılan Yasanın 20. maddesi hükmünün ihmal edilemeyeceği de ortadadır.

Dava dosyasının incelenmesinden; istasyonlu bayilik lisansı olan davacı şirkete hakkında soruşturma yapılmadan idari para cezası verildiği ve lisansının iptal edildiği anlaşılmıştır.

Bu durumda; 5015 sayılı Yasanın öngördüğü usule aykırı olarak alınan karar ve işlemde mevzuata uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle dava konusu kararın ve işlemin iptal edilmesi gerektiği düşünülmüştür.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:

Dava; bayilik lisansı sahibi olan davacı şirkete, dağıtıcısı haricinde kaçak ve menşei belli olmayan akaryakıt ikmali yaptığından bahisle 5015 sayılı Kanun'un 19. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendinin (4) numaralı alt bendi uyarınca 142.892,-TL idarî para cezası verilmesine ve bayilik lisansının iptal edilmesine ilişkin Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu'nun 15.03.2007 tarih ve 1133/52 sayılı kararının iptali istemiyle açılmıştır.

5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nun 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, onuncu fıkrasının (ı) bendinde; lisans kapsamında olsun veya olmasın piyasa ile ilgili faaliyetlerin yönlendirilmesi, gözetimi, denetimi ve benzeri konulara ait usul ve esasların Kurumca çıkarılacak yönetmeliklerle düzenleneceği belirtilmiş; 8. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendinde, bayilerin, bayisi olduğu dağıtıcı haricinde diğer dağıtıcı ve onların bayilerinden akaryakıt ikmali yapılmaması ile yükümlü oldukları hükme bağlanmıştır.

5015 sayılı Kanun'un verdiği yetkiye dayanılarak çıkarılan Petrol Piyasası Lisans Yönetmeliği'nin 38. maddesinin (d) bendinde, bayilik lisansı sahiplerinin bayisi oldukları dağıtıcı haricinde akaryakıt temini yapamayacakları hüküm altına alınmıştır.

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 belirtilmiş, olay tarihinde yürürlükte bulunan 19. maddesinin ikinci fıkrasının (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; 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 değerleme oranında artırılmak suretiyle uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nun 20. maddesinin 1. fıkrasında, "Lisans sahibi kişiler hakkında, bu Kanuna, bu Kanuna göre yürürlüğe konulmuş yönetmeliklere, Kurumun yazılı talimatlarına veya lisanslarına kayıtlı hususların herhangi birine riayet edilmediği takdirde, Kurum tarafından ön araştırma veya soruşturma başlatılır. Ayrıca, ilgiliye onbeş gün içerisinde aykırılıkların giderilmesi, aksi halde bahse konu piyasa faaliyetlerinin geçici bir süre

için durdurulabileceği veya doğrudan doğruya iptal yaptırımının uygulanacağı ihbar edilir. Bu ihbara rağmen onbeş günlük sürenin bitiminde aykırılıklar giderilmezse, Kurum piyasa faaliyetini otuz günden az yüzseksen günden çok olmamak üzere geçici olarak durdurur. Geçici durdurma süresince, tehlikeli eylemin veya kötüniyetin veya ürünlerde zarar oluşmasının önlenmesi ile faaliyetin durdurulmasına neden olan durumun ortadan kaldırılmasına ilişkin faaliyetler dışında hiçbir piyasa faaliyeti yapılamaz. Lisans iptalleri Kurumca yapılacak soruşturma neticesine göre karara bağlanır." hükmü yer almış; 2. fıkrasında ise, kaçak veya menşei belli olmayan ürün ikmal edenlerin lisansının iptal edileceği hükmüne yer verilmiştir.

Dava dosyasının incelenmesinden; 5015 sayılı Kanun'un verdiği yetkiye dayanılarak davacıya ait akaryakıt istasyonunda yapılan denetim sonucu düzenlenen tutanak ile, davacı tarafından dağıtıcısı haricinde kaçak ve menşei belli olmayan akaryakıt ikmali yapıldığının saptandığı anlaşılmaktadır.

5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nun 20. maddesinin 1. fıkrasında, giderilmesi mümkün olan aykırılıkların saptanması halinde ön araştırma veya soruşturma başlatılması öngörülmüş olup, anılan maddenin 2. fıkrasında ise, kaçak veya menşei belli olmayan ürün ikmal edenlerin lisansının iptal edileceğinin hükme bağlanmış olması karşısında davacının savunması alınarak idarî para cezası uygulanmasına ve bayilik lisansının iptaline ilişkin olarak verilen Kurul kararında mevzuata aykırılık bulunmamaktadır.

Bununla birlikte, davacıya idarî para cezası 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, dağıtıcı haricinde akaryakıt ikmali eylemi nedeniyle idari para cezası verilmesi işleminin tesis edildiği tarihte yürürlükte bulunan 5015 sayılı Kanun'un 19. maddesinin ikinci fıkrasının (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; dördüncü fıkrasında ise, bayiler için bu cezaların beşte birinin uygulanacağı belirtilmiştir. Maddede, ayrıca tahsil, zamanaşımı, 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 belirlenmiştir.

5015 sayılı Kanun'un 19. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendinin (4) numaralı alt bendinde, 5728 sayılı Kanun'un 522. maddesiyle yapılan değişiklikle, 5, 6, 7, 8, 16, 17 ve 18 inci maddelerin ihlali halinde sorumlulara altıyüzbin Türk Lirası idarî para cezası uygulanacağı kuralına yer verilmiş; tahsil, zamanaşımı, artırma konularındaki düzenlemelere ise madde metninde yer verilmemiştir.

5728 sayılı Kanun'da 08.02.2008 tarihinden önce Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu'nca 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 zamanaşımı 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 deyiminin; 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, "İdari 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 değerleme 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 miktarının 714.460,- TL, 2008 yılındaki ceza miktarının 906.553,- TL olmasına karşın, 08.02.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5728 sayılı Kanun ile yapılan düzenleme sonucu ceza 600.000,- TL'ye indirilmiş, 2009 yılı için ise 672.000,- TL olarak belirlenmiştir. Görüldüğü üzere, yeniden değerleme 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, faaliyette bulunduğu 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.

Açıklanan nedenlerle; davanın reddine, aşağıda dökümü yapılan toplam 108,40.-TL yargılama giderinin davacı üzerinde bırakılmasına, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca 575,00.-TL vekâlet ücretinin davacıdan alınarak davalı idareye verilmesine, artan posta giderinin istemi halinde davacıya iadesine, 23.10.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onüçüncü Daire
Esas No : 2008/3503
Karar No : 2009/8348

Özeti : 2886 sayılı Kanun'un 51/a maddesi ve Devlete Ait Taşınmaz Mal, Satış, Trampa, Kiraya Verme Yönetmeliği'nin 65. maddesi uyarınca Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerin kiraya verilmesine ilişkin ihalelerin, Kanun maddesinde belirlenen tutarın altında kalsa dahi 51/a maddesine dayanılarak pazarlık usulüyle yapılamayacağı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı): Eskişehir İl Özel İdaresi
Vekili : Av. …
Karşı Taraf (Davacı) : Çifteler Belediye Başkanlığı
Vekili : Av. …
İstemin Özeti : Eskişehir 2. İdare Mahkemesi'nin 29.02.2008 tarih ve E:2007/622, K:2008/283 sayılı kararının; davacı tarafından ihalenin hukuka aykırı olduğu ileri sürülürken kiralama yetkisinin kendilerinde olduğu iddiasına dayanıldığı, Mahkemece İl Özel İdaresi'nin yetkili olduğu tespit edildiğinden davanın reddedilmesi gerektiği, ihalenin pazarlık usulüyle yapılması nedeniyle ilân yapıp yapmamak konusunda serbest olunmasına rağmen ihale ilânının Valilik'e, D.S.İ. 3. Bölge Müdürlüğü'ne, Tarım İl Müdürlüğü'ne, Seyitgazi Kaymakamlığı'na, Çifteler Kaymakamlığı'na ve Musaözü Muhtarlığı'na gönderildiği, ihale ilânının Kaymakamlık'ça 08.06.2007 tarihinde ilan panosuna asılarak ilgililere duyurulduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Burcu SİNOPLU'nun Düşüncesi : 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 51/a maddesi ve Devlete Ait Taşınmaz Mal Satış, Trampa, Kiraya Verme, Mülkiyetin Gayrı Aynî Hak Tesis, Ecrimisil ve Tahliye Yönetmeliği'nin 65/3. maddesi uyarınca süreklilik arzeden kiralama ihalesinin Kanun'un 51/a maddesine göre pazarlık usulüyle yapılamayacağından sonucu itibariyle hukuka uygun bulunan İdare Mahkemesi kararın gerekçeli onanması 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 Hakiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:

Dava, Sakarya Başı Göleti'nin deniz bisikleti çalıştırmak üzere kiraya verilmesine ilişkin Eskişehir İl Özel İdaresi İl Encümeni'nin 12.06.2007 tarih ve 127 sayılı işleminin iptali

istemiyle açılmış; İdare Mahkemesince, Çifteler Belediyesi sınırları içerisinde bulunan Sakarya Başı Göleti'nin Sakarya Nehri'nin çıktığı kaynak noktasından başladığı ve su akışına doğru yaklaşık 500 metrelik bir alanı kapsadığı, söz konusu yerin Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan kaynak niteliğinde olduğu, 167 sayılı Yasa hükmü gereğince bu suyun sportif veya sair tesislerde kullanılması için kiralama yetkisinin İl Özel İdaresi'ne ait olduğu sonucuna varıldığı, dava konusu ihalenin pazarlık usulü ile yapıldığı, ihale öncesi anılan göletin çevresindeki taşınmazların sahibi olan belediyenin ve beş yıl boyunca aynı yerde ihale konusu işi yapan işletmecilerin anılan ihaleden haberdar edilmesinin ve pazarlık usulüyle yapılacak ihalede bunların yazılı veya sözlü tekliflerinin alınmasının ihalede açıklık ve rekabetin sağlanması ve kamu yararının maksimizasyonu için zorunlu olduğu, buna göre, ihalede açıklık ve rekabetin sağlanması amacına uygun hareket edilmediğinden hukuka uyarlık görülmediği gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiş, bu karar davalı idare tarafından temyiz edilmiştir.

167 sayılı Yeraltı Suları Hakkında Kanun'un 4. maddesinin üçüncü fıkrasında kuyu açan kimsenin, bulunan suyun ancak kendi faydalı ihtiyaçlarına yetecek miktarını kullanmaya yetkili olduğu, bu miktarı aşan sular ile sulama, kullanma ve işlenerek veya doğal haliyle içme suyu olarak satılmak üzere çıkarılan yeraltı sularının, Hazine'nin özel mülkiyetinde veya Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerdeki kaynak sularının (mazbut vakıflara ait sular hariç) 2886 sayılı Kanun hükümlerine uyularak il özel idarelerince kiraya verileceği hükme bağlanmıştır.

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 17/5. maddesinde pazarlık usulü ile yapılacak ihaleler için idarelerin ilân yapıp yapmamakta serbest olduğu belirtilmiş, Kanun'un 50. maddesinde pazarlık usulü ile yapılan ihalelerde teklif alınmasının belli bir şekle bağlı olmadığı, ihalelerin komisyon tarafından işin nitelik ve gereğine göre bir veya daha fazla istekliden yazılı veya sözlü teklif almak ve bedel üzerinde anlaşmak suretiyle yapılacağı, pazarlığın ne suretle yapıldığı ve ne gibi tekliflerde bulunulduğu ve üzerine ihale yapılanların neden dolayı tercih edildiğinin pazarlık kararında gösterileceği hükme bağlanmış, 51. maddesinin (a) bendinde de yer, özellik (askeri birliklerin kuruluş özellikleri dahil) ve nitelikleri itibariyle her yıl Genel Bütçe Kanununda gösterilecek belli tutarları aşmayan ve süreklilik göstermeyen, bu Kanunun 1 inci maddesinde gösterilen işlerin pazarlık usulüyle yapılabileceği hükmüne yer verilmiştir.

Öte yandan, ihale tarihinde yürürlükte olan Devlete Ait Taşınmaz Mal Satış, Trampa, Kiraya Verme, Mülkiyetin Gayrı Aynî Hak Tesis, Ecrimisil ve Tahliye Yönetmeliği'nin 65. maddesinin 3. fıkrasında Kanun'un 51. maddesinin (a) bendine göre her yıl genel bütçe kanununda gösterilecek belli tutar içinde kalsa dahi kiralama ihalesinin pazarlıkla yapılamayacağı belirtilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden Sakarya Başı Göleti'nde deniz bisikleti işletmek üzere 12.06.2007 tarihinde Eskişehir İl Özel İdaresi tarafından 2886 sayılı Kanun'un 51. maddesinin (a) bendi uyarınca pazarlık usulüyle ilk yıl 4.000,00-TL muhammen bedel üzerinden 3 yıl süreli kiralama ihalesinin yapıldığı, ihaleye ilişkin duyuru metinlerinin Valilik, Devlet Su İşleri 3. Bölge Müdürlüğü, Tarım İl Müdürlüğü, Seyitgazi Kaymakamlığı, Çifteler Kaymakamlığı ve Musaözü Köyü Muhtarlığı'na gönderilerek ihalenin kamuya duyurulduğu, ihaleye katılan … adlı şahısla 26.06.2007 tarihinde sözleşme imzalandığı, davacı Belediye tarafından ise kiralama yetkisinin kendilerinde olduğu ileri sürülerek ihalenin iptali istemiyle bu davanın açıldığı anlaşılmıştır.

Bu durumda, ihalenin İl Özel İdaresi tarafından yapılmasında hukuka aykırılık bulunmamakta ve pazarlık usulünde önceki işletmecilerin haberdar edilerek tekliflerinin alınması zorunluluğu olmamakta ise de, 2886 sayılı Kanun'un 51. maddesinin (a) bendinde süreklilik arzeden işlerin bu madde kapsamında ihale edilemeyeceğinin öngörüldüğü ve Devlete Ait Taşınmaz Mal Satış, Trampa, Kiraya Verme, Mülkiyetin Gayrı Aynî Hak Tesis, Ecrimisil ve Tahliye Yönetmeliği'nin 65. maddesinin 3. fıkrasında Kanun'un 51. maddesinin

(a) bendi uyarınca belirlenen tutarın altında kalsa dahi kiralama ihalesinin pazarlık usulüyle yapılamayacağının belirtildiği göz önünde bulundurulduğunda, ihalenin Kanun'un 51. maddesinin (a) bendi uyarınca yapılmasında hukuka uyarlık bulunmadığından İdare Mahkemesi kararı sonucu itibariyle hukuka uygun bulunmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, temyize konu Eskişehir 2. İdare Mahkemesi'nin 29.02.2008 tarih ve E:2007/622, K:2008/283 sayılı kararında 2577 sayılı Kanun'un 49. maddesindeki bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, davalı idarenin bozma istemi yerinde görülmeyerek anılan mahkeme kararının belirtilen gerekçeyle onanmasına dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine, 14.09.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onüçüncü Daire
Esas No : 2009/4856
Karar No : 2009/8839

Özeti : Davacı şirketin %50' den fazla hisseye sahip ortağına ait 01.01.2003 tarihinden önce alınmış iş deneyim belgesi, ihale komisyonuna sunulurken, belge tutarı ihale indirimi düşülmeden hesaplandığından, eksik hususlara ilişkin resmî kurumlardan alınmış tevsik edici belgelerin davacı tarafından eklenmesi gerektiği; bu belgelerin teklifin esasını etkileyecek nitelikte olmasından dolayı sonradan idarece tamamlatılmasının mümkün olmadığı; diğer yandan davacı şirketin anahtar teknik personelinin ihale tarihi itibariyle şirket bünyesinde çalıştığına dair ihale dosyasında belge bulunmadığından, şikâyet ve itirazen şikâyet başvurusu sırasında ibraz edilmesinin de ihale dosyasındaki eksikliği ortadan kaldırmayacağı; davacı şirketin teklifinin değerlendirme dışında bırakılmasında ve şikâyet başvurusunun reddi üzerine yaptığı itirazen şikâyet başvurusunun reddi işleminde hukuka aykırılık bulunmadığı, işlemi iptal eden mahkeme kararının bozulması hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Kamu İhale Kurumu
Vekili : Av. ...
Karşı Taraf (Davacı) : ...
Vekili : Av. …
İstemin Özeti : Ankara 11. İdare Mahkemesi'nce verilen 13.05.2009 tarih ve E:2008/1984, K:2009/685 sayılı kararın; Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'ne göre 01.01.2003 tarihinden önce alınmış iş deneyim belgesinin ihale indirimi düşülmeden hesaplanmış olmasından dolayı geçerli sayılabilmesi için istekli tarafından belgeyi düzenleyen merciden eksikliklere ilişkin alınmış resmî yazıyla birlikte sunulması gerektiği, ihale dosyasında bu nitelikte tevsik edici bilgi ve belgelerin bulunmadığı anlaşıldığından davacı tarafından sunulan iş deneyim belgesinin geçersiz sayılarak teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasının hukuka uygun olduğu, söz konusu belgenin teklifin esasına

yönelik bir belge niteliğinde olması sebebiyle 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 3. maddesi uyarınca sonradan tamamlatılmasının mümkün olmadığı, diğer yandan, ihale dosyasına davacı tarafından anahtar teknik personel olarak bildirilen kişilerin işe giriş bildirgelerinin sunulmasına karşın bu kişilerin ihale tarihi itibarıyla davacının bünyesinde çalıştığına ilişkin tevsik edici belgelerin sunulmamış olmasının da Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 41. maddesine aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : 01.01.2003 tarihinden önce alınan ve Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nde belirtilen aslî şartları taşıyan belgelerin iş deneyimini tevsik eder belge olarak kullanılabileceği, yönetmeliğin esnek bir düzenleme getirdiği ve 01.01.2003'ten önce alınmış iş deneyim belgesi sahiplerini korumayı amaçladığı, eksik belgenin teklif zarfı içinde sunulması zorunlu olan belgelerden olmadığı, bu nedenle idarece tamamlatılmasının mümkün olduğu ileri sürülerek temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi Burcu SİNOPLU'nun Düşüncesi : Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 58. maddesine göre, 01.01.2003 tarihinden önce alınan iş bitirme, iş denetleme ve iş yönetme belgelerinin, bu Yönetmelikte öngörülen şartları sağlamaları halinde, ihalelerde iş deneyimini tevsik eder belge olarak kullanılabileceği ve bu Yönetmelikte belirlendiği şekilde değerlendirilmeye tabi tutulacağı, söz konusu belgelerin uygulanan yapı tekniği, iş ortaklıklarında ortaklık oranı, belge tutarının ihale indirimi düşülmeden hesaplanmış olması gibi eksik bilgiler taşıması halinde, konunun belgeyi düzenleyecek merciden alınacak ilave resmî yazılarla tevsik edilmesi kaydıyla, bu belgelerin, ihale komisyonlarınca gerekli değerlendirmeler ve hesaplamalar yapılarak iş deneyiminin değerlendirmesinde kabul edileceği belirtilmiş, 62. maddesinin 5. fıkrasında da, ihale dokümanında başvuru veya teklif zarfı içinde sunulması istenilen belgeler ve ve belgelere ilgili mevzuat gereğince eklenmesi zorunlu olan eklerinden herhangi birinin adaylarca veya isteklilerce sunulmaması halinde, bu eksik belgeler ve eklerinin idarelerce tamamlatılamayacağı hükme bağlanmıştır. Bu duruma göre, davacı tarafından sunulan 01.01.2003 tarihinden önce düzenlenmiş iş yönetme belgesinin tutarının ihale indirimi düşülmeden hesaplanmış olmasından dolayı mevzuata göre eklenmesi zorunlu olan resmî belgelerle birlikte verilmesi gerektiği, ihale komisyonunun eksikliğin giderilmesine yönelik işlem yapma yükümlüğünün bulunmadığı kanaatine varıldığından ve davacının anahtar teknik personelinin ihale itibariyle şirket bünyesinde çalıştıklarına ilişkin belgelerin ihale dosyasında bulunmadığı anlaşıldığından davacının teklifinin değerlendirme dışı bırakılması yönündeki işlemin hukuka uygun olduğu sonucuna varılmakla temyize konu Mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Birgül KURT'un Düşüncesi : Dava, davacı şirketin itirazen şikâyet başvurusunun reddine ilişkin 15.07.2008 tarih ve 2008/UY.Z-3050 sayılı kararın, davacı şirket tarafından ihaleye sunulan iş yönetme belgesinin, bilgi eksikliği mahiyetindeki belge tutarı ihale indirimini içerecek şekilde temin edilerek tekliflerin yeniden değerlendirilmesi ve ihale tarihi itibariyle şirket bünyesinde bulunduğu onaylı belgelerle kanıtlanan taahhüt edilen anahtar teknik personel hususlarında 4734 sayılı Kanun'un 56. maddesinin (a) bendi uyarınca davalı idarece düzeltici işlem belirlenmesine karar verilmesi gerekirken, itirazen şikâyet başvurusunun reddine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptalin yolunda verilen kararın temyizen incelenmesi istenilmektedir.

Dosyanın incelenmesinden, 07.01.2008 tarihinde açık ihale usulü ile Aydın Bayındırlık ve İskan Bakanlığı'nca "… 500 Kişilik Öğrenci yurdu İnşaatı İşi" ihalesinin yapıldığı, davacının anahtar teknik personelinin ihale tarihi itibariyle şirket bünyesinde çalıştığına dair belgelerinin bulunmadığı ve 01.01.2003 tarihinden önce düzenlenmiş olan …'e ait iş yönetme belgesinin belge tutarı ihale indirimi belirtilmediğinden ihale dosyasında da iş deneyim belgesinin ilgili olduğu yapım işine ilişkin tevsik edici belgeler bulunmadığından değerlendirme dışı bırakılması gerektiğine ilişkin Kurul kararı uyarınca Aydın Bayındırlık ve İskan Müdürlüğü'nce

davacının teklifi değerlendirme dışı bırakılarak ihale işlemlerine devam edildiği, davacının itirazen şikâyet başvurusunun dava konusu kararla reddedildiği anlaşılmaktadır.

Davacının %50'den fazla hisseye sahip ortağı …'e ait ve 01.01.2003 tarihinden önce düzenlenmiş olan iş yönetme belgesinin geçerli sayılabilmesi için konunun belgeyi düzenleyecek merciden alınacak ilave resmî yazılarla tevsik edilmesi kaydıyla ihale komisyonunca gerekli değerlendirmeler ve hesaplamalar yapılarak iş deneyiminin değerlendirmesinde kabul edilebileceği, söz konusu tevsik edici resmi yazıların davacı tarafından ihale komisyonuna sunulmasının gerekli olduğu, başvuru veya teklif zarfı içinde sunulması istenen belgeler veya bu belgelere ilgili mevzuat gereğince eklenmesi zorunlu olan eklerinden herhangi birinin isteklilerce sunulmaması halinde bunların idarece tamamlatılmasının mümkün olmadığı, iş yönetme belgesi ekinde sunulması gereken belgenin teklifin esasını etkilemeyecek nitelikte önemsiz belge-bilgi eksikliği niteliğinde kabul edilemeyeceği sonucuna varılarak, davacının teklifinin değerlendirme dışı bırakılması yolundaki dava konusu Kamu İhale Kurulu kararında, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun ihale tarihinde yürürlükte bulunan "İhaleye Katılımda Yeterlilik Kuralları" başlıklı 10. maddesinin (b) bendi ve 37. maddelerine aykırılık bulunmadığından, dava konusu işlemin iptali yolundaki İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenle temyize konu kararın bozulması gerekeceği düşünülmüştür.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra dosya tekemmül ettiğinden yürütmenin durdurulması istemi hakkında ayrıca bir karar verilmeden işin gereği görüşüldü:

Dava, Aydın Bayındırlık ve İskan Müdürlüğü'nce 07.01.2008 tarihinde açık ihale usulü ile yapılan " … 500 Kişilik Öğrenci Yurdu" ihalesine ilişkin olarak davacı şirketin yaptığı şikâyet başvurusunun reddi üzerine davalı idareye yapılan itirazen şikâyet başvurusunun davacı şirketin teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasında mevzuata aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle reddine ilişkin 15.07.2008 tarih ve 2008/UY.Z-3050 sayılı davalı idare işleminin iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesi'nce, 01.01.2003 tarihinden önce alınmış olan iş bitirme, iş yönetme ve iş denetleme belgelerinin 4734 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce böyle bir ayrım olmaması nedeniyle yönetmelikte öngörülen şartları sağlamaları halinde ihalelerde iş deneyimini gösterir belge olarak kullanılabileceği ve söz konusu belgelerin uygulanan yapı tekniği, iş ortaklıklarında ortaklık oranı, belge tutarının ihale indirimi düşülmeden hesaplanmış olması gibi eksik bilgiler taşıması halinde, konunun belgeyi düzenleyecek merciden alınacak ilave resmî yazılarla tevsik edilmesi kaydıyla, bu belgelerin ihal komisyonlarınca gerekli değerlendirmeler ve hesaplamalar yapılarak iş deneyiminin değerlendirilmesinde kabul edileceğinin hükme bağlandığı, 01.01.2003 tarihinden önce düzenlenen ve …'e ait olan iş yönetme belgesinin bu hüküm çerçevesinde iş deneyiminin belge tutarı ihale indirimini içerecek şekilde temin edilerek tekliflerin yeniden değerlendirilmesi hususu ile, idareye ve kuruma yapılan itirazen şikâyet başvuruları ekinde sunulan, anahtar teknik personel taahhütnamesinde yer alan mühendislerin ihale tarihi itibariyle şirket bünyesinde bulunduğuna ilişkin sosyal güvenlik kurumu onaylı belgelerin varlığı karşısında söz konusu hususun davalı idarece düzeltici işlem olarak belirlenmesi gerektiği sonucuna varıldığı, bu durumda, davacı şirket tarafından ihaleye sunulan iş yönetme belgesinin, bilgi eksikliği mahiyetindeki belge tutarı ihale indirimini içerecek şekilde temin edilerek tekliflerin yeniden değerlendirilmesi ve ihale tarihi itibariyle şirket bünyesinde bulunduğu onaylı belgelerle kanıtlanan taahhüt edilen anahtar teknik personel hususlarında 4734 sayılı Kanun'un 56. maddesinin (a) bendi uyarınca davalı idarece düzeltici işlem belirlenmesine karar verilmesi gerekirken itirazen şikâyet başvurusunun reddine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiş olup, bu karar davalı idare tarafından temyiz edilmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun ihale tarihinde yürürlükte bulunan "İhaleye Katılımda Yeterlilik Kuralları" başlıklı 10. maddesinin (b) bendinin 2. fıkrasında meslekî ve teknik yeterliliğin belirlenmesi için isteklinin ihale konusu iş veya benzer işlerde; mal ve hizmet alımları için son beş yıl içinde, yapım işleri için ise son on beş yıl içinde kamu veya özel sektörde o işe ait sözleşme bedelinin en az % 70'i oranında gerçekleştirdiği veya % 50'si oranında denetlediği veyahut yönettiği idarece kusursuz kabul edilen benzeri işlerle ilgili deneyimini gösteren belgelerin istenebileceği, 4. fıkrasında ise, isteklinin organizasyon yapısına ve ihale konusu işi yerine getirmek için yeterli sayıda ve nitelikte personel çalıştırdığına veya çalıştıracağına ilişkin bilgi ve/veya belgelerin istenebileceği hükme bağlanmış, Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 41. maddesinin 2. fıkrasında, asgari yeterlik kriteri olarak anahtar teknik personel öngörülmesi halinde, ilgilinin en az beş yıl deneyimli mimar veya mühendis olmasının yeterli olduğu, ancak bu kişilerin ihale tarihinden önce işe alınmış ve ihale tarihi itibariyle isteklinin bünyesinde çalışıyor olması şartlarının aranmasının zorunlu olduğu, bu kişilerin isteklinin bünyesinde bulunuyor olduğu hususunun ilgili adına prim ödendiği veya ilgilinin işe alındığını gösteren sosyal güvenlik kurumu onaylı belgelerle tevsik edileceği öngörülmüş, 58. maddesinde 01.01.2003 tarihinden önce alınan iş bitirme, iş denetleme ve iş yönetme belgelerinin, bu Yönetmelikte öngörülen şartları sağlamaları halinde, ihalelerde iş deneyimini tevsik eder belge olarak kullanılabileceği ve bu Yönetmelikte belirlendiği şekilde değerlendirilmeye tabi tutulacağı, söz konusu belgelerin uygulanan yapı tekniği, iş ortaklıklarında ortaklık oranı, belge tutarının ihale indirimi düşülmeden hesaplanmış olması gibi eksik bilgiler taşıması halinde, konunun belgeyi düzenleyecek merciden alınacak ilave resmî yazılarla tevsik edilmesi kaydıyla, bu belgelerin, ihale komisyonlarınca gerekli değerlendirmeler ve hesaplamalar yapılarak iş deneyiminin değerlendirmesinde kabul edileceği hükme bağlanmıştır.

Öte yandan, 4734 sayılı Kanun'un 37. maddesinin 2. fıkrasında tekliflerin değerlendirilmesinde öncelikle belgeleri eksik olduğu veya teklif mektubu ile geçici teminatı usulüne uygun olmadığı 36. maddeye göre ilk oturumda tespit edilen isteklilerin tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılmasına karar verileceği, ancak teklifin esasını değiştirecek nitelikte olmamak kaydıyla belgelerin eksik olması veya belgelerde önemsiz bilgi eksikliğinin bulunması halinde, idarece belirlenen sürede isteklilerden bu eksik belge veya bilgilerin tamamlanmasının yazılı olarak isteneceği, belirlenen sürede eksik belge veya bilgileri tamamlamayan isteklilerin değerlendirme dışı bırakılacağı belirtilmiş, Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 62. maddesinin 5. fıkrasında ihale dokümanında başvuru veya teklif zarfı içinde sunulması istenilen belgeler ve belgelere ilgili mevzuat gereğince eklenmesi zorunlu olan eklerinden herhangi birinin adaylarca veya isteklilerce sunulmaması halinde, bu eksik belgeler ve eklerinin idarelerce tamamlatılamayacağı, ancak geçici teminat ve teklif mektuplarının Kanunen taşıması zorunlu hususlar hariç olmak üzere, sunulan belgelerde teklifin esasını değiştirecek nitelikte olmayan bilgi eksikliklerinin bulunması halinde, bu tür bilgi eksikliklerinin giderilmesine ilişkin belgeler ile adaylarca veya isteklilerce sunulan ve başka kurum, kuruluş ve kişilerce düzenlenen belgelerde, belgenin taşıması zorunlu aslî unsurları dışında, içeriğine ilişkin tereddüt yaratacak nitelikte olan ve belgeyi düzenleyen kurum, kuruluş veya kişilerden kaynaklanan bilgi eksikliklerinin giderilmesine ilişkin belgelerin idarelerce tamamlatılabileceği belirtilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, 07.01.2008 tarihinde açık ihale usulü ile Aydın Bayındırlık ve İskan Müdürlüğü'nce "… 500 Kişilik Öğrenci yurdu İnşaatı İşi" ihalesinin yapıldığı, ihalede en avantajlı teklif sahibinin … İnşaat Ticaret Limited Şirketi olarak belirlendiği, davacının ise 2. en avantajlı teklif sahibi olduğu, ihale dışı bırakılan … İnşaat San. ve Tic. Tur. Ltd. Şti. tarafından yapılan itirazen şikâyet başvurusu sonucunda Kamu İhale Kurulu'nun 28.04.2008 tarih ve 2008/UY.Z-1781 sayılı kararıyla başvuru sahibinin değerlendirilme dışı bırakılmasının yerinde olduğu belirlendikten sonra, en avantajlı teklif sahibinin aşırı düşük teklif sorgulamasında inşaat işlerine ilişkin analiz ve piyasadan alınan

fiyat tekliflerini sunmadığı ve iş deneyim belgesinin ihale dokümanına aykırı olduğu tespit edilerek teklifinin değerlendirme dışı bırakılması gerektiği, davacının ise anahtar teknik personelinin ihale tarihi itibariyle şirket bünyesinde çalıştığına dair belgelerinin bulunmadığı ve 01.01.2003 tarihinden önce düzenlenmiş olan …'e ait iş yönetme belgesinin belge tutarı ihale indirimi belirtilmediğinden ihale dosyasında da iş deneyim belgesinin ilgili olduğu yapım işine ilişkin tevsik edici belgeler bulunmadığından değerlendirme dışı bırakılması gerektiği belirtilerek 4734 sayılı Kanun'un 56. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendi uyarınca düzeltici işlem tesis edilmesine karar verildiği, bunun üzerine Aydın Bayındırlık ve İskan Müdürlüğü'nce davacının teklifi değerlendirme dışı bırakılmak suretiyle ihale işlemlerine devam edildiği, davacı tarafından yapılan şikâyet başvurusunun reddi üzerine yapılan itirazen şikâyet başvurusu neticesinde Kamu İhale Kurulu'nun dava konusu 15.07.2008 tarih ve 2008/UY.Z-3050 sayılı kararıyla, Kurulca verilen 28.04.2008 tarihli karara göre davacının teklifinin değerlendirme dışı bırakılması gerektiği, 26.05.2008 tarihli ihale komisyon kararı ile de idarece başvuru sahibinin teklifinin anılan karara uygun olarak değerlendirme dışı bırakıldığının anlaşıldığı gerekçesiyle, 4734 sayılı Kanun'un 56. maddesinin 2. fıkrasının (c) bendi gereğince itirazen şikayet başvurusunun uygun bulunmadığına karar verildiği, davacı tarafından anahtar teknik personelin ihale tarihi itibariyle şirket bünyesinde çalıştığına dair taraflar arasında ihtilaf kalmadığı belirtilerek iş deneyim belgesinin geçerli olduğu, eksik olan hususların idarece tamamlatılabileceği ileri sürülerek söz konusu Kamu İhale Kurulu kararının iptali istemiyle bu davanın açıldığı anlaşılmıştır.

Bu durumda, davacının %50'den fazla hisseye sahip ortağı …'e ait ve 01.01.2003 tarihinden önce düzenlenmiş olan iş yönetme belgesinin geçerli sayılabilmesi için konunun belgeyi düzenleyecek merciden alınacak ilave resmî yazılarla tevsik edilmesi kaydıyla ihale komisyonunca gerekli değerlendirmeler ve hesaplamalar yapılarak iş deneyiminin değerlendirmesinde kabul edilebileceği, söz konusu tevsik edici resmî yazıların davacı tarafından ihale komisyonuna sunulmasının gerekli olduğu, başvuru veya teklif zarfı içinde sunulması istenen belgeler veya bu belgelere ilgili mevzuat gereğince eklenmesi zorunlu olan eklerinden herhangi birinin isteklilerce sunulmaması halinde bunların idarece tamamlatılmasının mümkün olmadığı, iş yönetme belgesi ekinde sunulması gereken belgenin teklifin esasını etkilemeyecek nitelikte önemsiz belge-bilgi eksikliği niteliğinde kabul edilemeyeceği açık olup, davacının teklifinin değerlendirme dışı bırakılması yolundaki dava konusu Kamu İhale Kurulu kararında mevzuata aykırılık bulunmadığından, dava konusu işlemin iptali yolundaki İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Öte yandan, anahtar teknik personelin ihale tarihi itibariyle davacı şirket bünyesinde çalıştığına ilişkin belgelerin ihale dosyasına sunulmadığı dikkate alındığında, sonradan davacının yaptığı şikâyet ve itirazen şikâyet dilekçeleri ekinde bu belgelerin sunulmasının ihale dosyasındaki eksikliği ortadan kaldırmayacağı sonucuna varıldığından, İdare Mahkemesi kararında bu yönüyle de hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulü ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi gereğince Ankara 11. İdare Mahkemesi'nce verilen 13.05.2009 tarih ve E:2008/1984, K:2009/685 sayılı kararın bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkeme'ye gönderilmesine, 30.09.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onüçüncü Daire
Esas No : 2009/2769
Karar No : 2009/8848

Özeti : 4734 sayılı Kanun'un 56. maddesinde 5812 sayılı Kanun'un 23. maddesiyle yapılan değişiklik öncesinde, ihalenin iptaline ilişkin işlem ve kararlar herhangi bir ayrıma tutulmaksızın şikâyet ve itirazen şikâyet başvurularına konu edilebilirken; yapılan değişiklikle, ihalenin iptaline ilişkin işlem ve kararlardan, sadece şikâyet ve itirazen şikâyet üzerine alınan iptal kararlarına karşı 5 gün içinde doğrudan Kamu İhale Kurumu'na başvuruda bulunmak suretiyle itirazen şikâyet başvurusunda bulunulabileceği öngörüldüğünden; re'sen alınan ihalenin iptaline ilişkin Kurul kararının doğrudan dava konusu edilebileceği dikkate alınmadan merciine tevdi yolunda verilen mahkeme kararında hukuka uyarlık bulunmadığı ve bozulması hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı): … İnşaat Turizm ve Ticaret Limited Şirketi
Vekilleri **:** Av. … - Av. ...
Karşı Taraf (Davalı) **:** Ankara Su ve Kanalizasyon İdaresi (ASKİ) Genel Müdürlüğü
İstemin Özeti **:** Ankara 1. İdare Mahkemesi'nce verilen 26.02.2009 tarih ve E:2009/226, K:2009/269 sayılı kararın; 4734 sayılı Kanun'un 5812 sayılı Kanun ile değişik 56 maddesinde, ihalenin iptaline ilişkin işlem ve kararlardan, sadece şikâyet ve itirazen şikâyet üzerine alınanların itirazen şikâyete konu edilebileceği ve bu kararlara karşı beş gün içinde doğrudan Kuruma başvuruda bulunulabileceğinin hükme bağlandığı, 28.01.2009 tarih ve 27124 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Tebliğin 8. maddesinin de aynı yönde olduğu, 4734 sayılı Kanunu değiştiren 5812 sayılı Kanun'un geçici 8. maddesi ile başlamış ihalelerle ilgili hüküm getirildiği, Mahkemenin dilekçeyi Kamu İhale Kurumu'na tevdii üzerine Kamu İhale Kurulu tarafından verilen 19.03.2009 tarih ve 2009-UY.I-1147 sayılı kararda; 4734 sayılı Kanun'un 56. maddesinde yapılan değişikliğin gerekçe gösterilerek iptal tarihinden önce idareye yapılmış şikâyet başvurusu bulunmadığı, bu nedenle iptal kararı ve işlemi ile ilgili olarak Kamu İhale Kurumu'nun inceleme görev ve yetkisi bulunmadığının belirtilerek başvurunun görev yönünden reddedildiği ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.
Savunmanın Özeti **:** Savunma verilmemiştir.
Danıştay Tetkik Hâkimi Zühal Aysun SUNAY'ın Düşüncesi : Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair 5812 sayılı Kanun'un ilgili maddelerinin birlikte değerlendirilmesinden 05.12.2008 tarh ve 27075 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 5812 sayılı Kanun'un 35. maddesinin (b) bendi uyarınca; 4734 sayılı Kanun'un 56. maddesini değiştiren 23. maddesinin Resmî Gazete'de yayım tarihinden 30 gün sonra yani 04.01.2009 tarihinde yürülüğe girdiği, 4734 sayılı Kanun'a 5812 sayılı Kanun'un 30. maddesiyle eklenen geçici 8. maddesinin ikinci fıkrasına göre ise 35 inci maddesinin (b) bendinde sayılanların yürürlüğe girdiği tarihe kadar yani 04.01.2009 tarihine kadar yapılmış olan şikâyet başvuruları ile 4734 sayılı Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine

aykırılık iddiaları içeren başvuruların, başvurunun yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan mevzuat hükümlerine göre sonuçlandırılacağı sonucuna ulaşılmaktadır.

Bununla birlikte, 4734 sayılı Kanun' un 56. maddesinde 5812 sayılı Kanun'un 23. maddesiyle yapılan değişiklik öncesinde, ihalenin iptaline ilişkin işlem ve kararlar herhangi bir ayrıma tutulmaksızın şikâyet ve itirazen şikâyet başvurularına konu edilebilirken, yapılan değişiklikle, ihalenin iptaline ilişkin işlem ve kararlardan, sadece şikâyet ve itirazen şikâyet üzerine alınan iptal kararlarına karşı 5 gün içinde doğrudan Kamu İhale Kurumu'na başvuruda bulunmak suretiyle itirazen şikâyet başvurusunda bulunabileceği hükme bağlanmıştır.

Bu durumda, 4734 sayılı Kanun'un 56. maddesini değiştiren 5812 sayılı Kanun'un 23. maddesinin 04.01.2009 tarihinde yürürlüğe girmesinden sonra, 29.01.2009 tarihli dava konusu edilen ihalenin iptali kararının şikâyet ve itirazen şikâyet üzerine alınmayıp re'sen alındığı dikkate alındığında, anılan işleme karşı Kamu İhale Kurumu'na itirazen şikâyet başvurusunda bulunmaksızın, anılan işlemin iptali istemiyle doğrudan dava açılması mümkün olduğundan, davada mercii tecavüzü bulunduğu gerekçesiyle dava dilekçesinin 2577 sayılı Kanun'un 15/1-e maddesine göre Kamu İhale Kurumu'na tevdiine karar veren idare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Birgül KURT'un Düşüncesi : Davacı şirketin en avantajlı teklif sahibi olarak belirlendiği kanalizasyon inşaat işine ilşkin inşaat ihalesinin iptali işleminin iptali istemiyle açılan davada verilen dava dilekçesinin Kamu İhale Kurumuna tevdiine ilişkin kararın temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

4734 sayılı Yasanın 4.1.2009 tarihinde yürürlüğe giren 5812 sayılı Yasanın 23. maddesi ile değişik 56. maddesinde; "İdareye şikâyet başvurusunda bulunan veya idarece alınan kararı uygun bulmayan aday, istekli veya istekli olabilecekler tarafından 55 inci maddenin dördüncü fıkrasında belirtilen hallerde ve sürede, sözleşme imzalanmadan önce itirazen şikâyet başvurusunda bulunulabilir.İhalenin iptaline ilişkin işlem ve kararlardan, sadece şikâyet ve itirazen şikâyet üzerine alınanlar itirazen şikâyete konu edilebilir ve bu kararlara karşı beş gün içinde doğrudan Kuruma başvuruda bulunulabilir." hükmü yer almış olup, bu dava açılmadan önce 4734 sayılı Yasa hükmünde yapılan değişiklik sonucunda, tüketilmesi zorunlu başvuru yolu olarak öngörülen usul kuralının dava konusu işlemi de kapsayacak şekilde kaldırıldığı anlaşıldığından, Kamu İhale Kurumuna itirazen şikâyet yapılmadığı gerekçesiyle, dava dilekçesinin Kamu İhale Kurumuna tevdii yolunda verilen kararda usul hükümlerine uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle temyiz konusu kararın bozulması gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra, dosya tekemmül ettiğinden yürütmenin durdurulması istemi hakkında ayrıca bir karar verilmeksizin esasa geçilip işin gereği görüşüldü:

Dava, Ankara Su ve Kanalizasyon İdaresi (ASKİ) Genel Müdürlüğü tarafından 08.10.2008 tarihinde yapılan "Ankara'nın Mücavir Alanı İçinde (Keçiören, Altındağ) İlçeleri Muhtelif Cadde ve Sokaklar Pissu ve Yağmursuyu Kanalizasyon İnşaatı" işi ihalesine sunulan bütün tekliflerin reddedilerek anılan ihalenin iptal edilmesine ilişkin 26.01.2009 tarihli işlemin iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesi'nce; davada, davacı şirket tarafından davalı idareye ihalenin iptali gerekçelerinin bildirilmesi için yapılan 03.02.2009 tarih ve 8388 sayılı başvurunun 4734 sayılı Kanun kapsamında yapılmış bir şikâyet başvurusu olarak yorumlanarak bu başvuruya verilen cevap üzerine Kamu İhale Kurumu'na itirazen şikâyet başvurusu yapılması gerekirken Kamu İhale Kurumu'na başvurulmadan, yani zorunlu başvuru yolları tüketilmeden dava konusu işlemin iptali istemiyle açılan davada mercii tecavüzü bulunduğu gerekçesiyle dava dilekçesinin 2577 sayılı Kanun'un 15/1-e maddesine

göre Kamu İhale Kurumu'na tevdiine karar verilmiş, bu karar davacı şirket vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, ASKİ Genel Müdürlüğü tarafından 08.10.2008 tarihinde "Ankara'nın Mücavir Alanı İçinde (Keçiören, Altındağ) İlçeleri Muhtelif Cadde ve Sokaklar Pissu ve Yağmursuyu Kanalizasyon İnşaatı" işi ihalesinin yapıldığı, anılan davacı şirketin pilot ortağı olduğu … İnşaat İthalat İhracat Müş. Ticaret Limited Şirketi-… İnşaat Turizm ve Ticaret Limited Şirketi iş ortaklığı tarafından anılan ihaleye teklif verildiği, ihale komisyonunun 26.01.2009 tarihli kararı ile ihaleye sunulan bütün teklifler reddedilerek ihalenin iptal edildiği, davacı şirket tarafından 03.02.2009 tarihli dilekçe ile ihalenin iptaline ilişkin gerekçelerin sorulduğu, davalı idare tarafından verilen 10.02.2009 tarihli cevapta rekabet ortamının oluşmaması nedeniyle ihalenin iptal edildiğinin belirtildiği, ihalenin iptaline ilişkin 26.01.2009 tarihli işlemin iptali istemiyle bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmıştır.

5812 sayılı Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 23. maddesi ile değişik 4734 sayılı Kanun'un 56. maddesinde; İdareye şikâyet başvurusunda bulunan veya idarece alınan kararı uygun bulmayan aday, istekli veya istekli olabilecekler tarafından 55 inci maddenin dördüncü fıkrasında belirtilen hallerde ve sürede, sözleşme imzalanmadan önce itirazen şikâyet başvurusunda bulunulabileceği, ihalenin iptaline ilişkin işlem ve kararlardan, sadece şikâyet ve itirazen şikâyet üzerine alınanların itirazen şikâyete konu edilebileceği ve bu kararlara karşı beş gün içinde doğrudan Kuruma başvuruda bulunulabileceği, Kurum'un itirazen şikâyet başvurularını başvuru sahibinin iddiaları ile idarenin şikâyet üzerine aldığı kararda belirlenen hususlar ve itiraz edilen işlemler bakımından eşit muamele ilkesinin ihlal edilip edilmediği açılarından inceleyeceği, idare tarafından şikâyet veya itirazen şikâyet üzerine alınan ihalenin iptal edilmesi işlemine karşı yapılacak itirazen şikâyet başvurularının ise idarenin iptal gerekçeleriyle sınırlı inceleneceği, Kanunda belirtilen sürelere ve usule uyulmadan sözleşme imzalanmış olması veya itirazen şikâyet başvurusundan feragat edilmesinin itirazen şikâyet başvurusunun incelenmesine ve 54 üncü maddede sayılan kararlardan birinin alınmasına engel teşkil etmeyeceği düzenlemesine yer verilmiştir.

4734 sayılı Kanun' a 5812 sayılı Kanun'un 30. maddesi ile eklenen "Başlanmış olan ihaleler" başlıklı Geçici 8. maddesinde " Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar ilan edilmiş veya yazılı olarak duyurulmuş ihaleler hakkında, bu Kanunun yayımlandığı tarihte yürürlükte bulunan kanun hükümlerinin uygulanmasına devam edilir.

Bu Kanunun 35 inci maddesinin (b) bendinde sayılanların yürürlüğe girdiği tarihe kadar yapılmış olan şikâyet başvuruları ile bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine aykırılık iddiaları içeren başvurular, başvurunun yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan mevzuat hükümlerine göre sonuçlandırılır." hükmü yer almıştır.

5812 sayılı Kanun'un 35. maddesinin (b) bendinde ise anılan Kanun'un "b) 14, 21, 22 ve 23 üncü maddeleri ile 20 nci maddede yer alan "53 üncü maddesinin (b) fıkrasının (9) numaralı bendinden sonra gelen paragraf yürürlükten kaldırılmış" ibaresi ile aynı madde ile Kanunun 53 üncü maddesinin (j) fıkrasında değişiklik yapan hükmün yayımı tarihinden otuz gün sonra" yürürlüğe gireceği hükme bağlanmıştır.

Yukarıdaki hükümlerin birlikte değerlendirilmesinden 05.12.2008 tarh ve 27075 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 5812 sayılı Kanun'un 35. maddesinin (b) bendi uyarınca; 4734 sayılı Kanun'un 56. maddesini değiştiren 23. maddesinin Resmî Gazete'de yayım tarihinden 30 gün sonra yani 04.01.2009 tarihinde yürürlüğe girdiği, 4734 sayılı Kanun'a 5812 sayılı Kanun'un 30. maddesiyle eklenen geçici 8. maddesinin ikinci fıkrasına göre ise 35. maddesinin (b) bendinde sayılanların yürürlüğe girdiği tarihe kadar yani 04.01.2009 tarihine kadar yapılmış olan şikâyet başvuruları ile 4734 sayılı Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine aykırılık iddiaları içeren başvuruların, başvurunun yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan mevzuat hükümlerine göre sonuçlandırılacağı, bu tarihten sonra yapılan

başvuruların ise yürürlükteki mevzuat hükümlerine göre sonuçlandırılacağı sonucuna ulaşılmaktadır.

Ayrıca 4734 sayılı Kanun' un 56. maddesinde 5812 sayılı Kanun'un 23. maddesiyle yapılan değişiklik öncesinde, ihalenin iptaline ilişkin işlem ve kararlar herhangi bir ayrıma tutulmaksızın şikâyet ve itirazen şikâyet başvurularına konu edilebilirken, yapılan değişiklikle, ihalenin iptaline ilişkin işlem ve kararlardan, sadece şikâyet ve itirazen şikâyet üzerine alınan iptal kararlarına karşı 5 gün içinde doğrudan Kamu İhale Kurumu'na başvuruda bulunmak suretiyle itirazen şikâyet başvurusunda bulunabileceği hükme bağlanmıştırr.

Bu durumda, 4734 sayılı Kanun'un 56. maddesini değiştiren 5812 sayılı Kanun'un 23. maddesinin 04.01.2009 tarihinde yürürlüğe girmesinden sonra, 29.01.2009 tarihli dava konusu edilen ihalenin iptali kararının şikâyet ve itirazen şikâyet üzerine alınmayıp re'sen alındığı dikkate alındığında, anılan işleme karşı Kamu İhale Kurumu'na itirazen şikâyet başvurusunda bulunmaksızın, anılan işlemin iptali istemiyle doğrudan dava açılması mümkün olduğundan, davada mercii tecavüzü bulunduğu gerekçesiyle dava dilekçesinin 2577 sayılı Kanun'un 15/1-e maddesine göre Kamu İhale Kurumu'na tevdiine karar veren idare Mahkemesi kararında usul kurallarına uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49/1-c maddesi uyarınca Ankara 1. İdare Mahkemesi'nin 26.02.2009 tarih ve E:2009/226, K:2009/269 sayılı kararının bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, 30.09.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onüçüncü Daire
Esas No : 2008/2779
Karar No : 2009/9319

Özeti : İdarenin ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verebilmek için açılmış olan ceza davası ve alacak davasının sonucunu bekleme zorunluluğu bulunmadığı; idarî yaptırım niteliğindeki yasaklama kararının hukukî denetimi yapılırken mahkemece, idare hukuku ilkeleri çerçevesinde değerlendirme yapılarak ve yasaklamayı gerektiren fiilin aynı zamanda suç teşkil etmesi halinde açılmış olan ceza davasının sonunda fiilin işlenmediğinin anlaşılması nedeniyle verilmiş bir beraat kararı olup olmadığı da araştırılarak karar verilmesi gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) **:** İçişleri Bakanlığı
Karşı Taraf (Davacı) **:** … İnşaat San. ve Tic. A.Ş.
Vekili **:** Av. …
İstemin Özeti **:** Ankara 1. İdare Mahkemesi'nce verilen 23.10.2007 tarih ve E:2006/1760, K:2007/2354 sayılı kararın; Bayındırlık ve İskan Bakanlığı'nca görevlendirilen müfettişlerce hazırlanan 19.08.2005 tarihli inceleme raporunda davacı şirketin taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar verecek işler yaptığının tespit edildiği, söz konusu müfettiş raporuna dayanılarak yasaklama kararının alındığı, davacının iyiniyet kurallarına aykırı davrandığı ve kamu zararına yol açtığı, müfettiş raporunun geçersiz sayılmasını gerektirecek herhangi bir sebebin olmadığı, 2886 sayılı Kanun'un 83. ve 84. maddelerinde bu yolda bir hüküm bulunmamasına karşın yargı sürecinin bitmediği gerekçe

gösterilerek dava konusu işlemin iptaline karar verilmesinin usul ve yasaya aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hâkimi Burcu SİNOPLU'nun Düşüncesi : Temyize konu Mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce, Tetkik Hâkimi'nin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:

Dava, davacı şirketin 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 84. maddesi uyarınca 1 yıl süreyle bütün ihalelere katılmaktan yasaklanmasına ilişkin 01.07.2006 tarih ve 26215 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan davalı idare işleminin iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesince, davacı firma hakkında, evrakta sahtecilik yaparak ve dava konusu işin yapımı sırasında davalı idareyi zarara uğratarak haksız kazanç sağladığından bahisle Bilecik Cumhuriyet Başsavcılığı nezdinde suç duyurusunda bulunulduğu, ayrıca idarece davacı firmaya fazla ödendiği ileri sürülen 1.283.901,95-TL'nin firmadan tahsili amacıyla ödeme emri düzenlendiği, söz konusu ödeme emrine karşı Eskişehir İdare Mahkemesi'nde açılan davada, Mahkemenin 23.05.2006 tarih ve E:2005/2298, K:2006/1089 sayılı kararı ile ihtilaf konusu alacağın 6183 sayılı Kanun kapsamı dışında kaldığı, ortada özel hukuk hükümlerine tabi ve sözleşmeden kaynaklanan bir alacak-borç ilişkisi bulunduğu, bu nedenle de önce adlî yargıda bir alacak davası açılması ve bu davanın sonucuna göre hareket edilmesi gerektiği belirtilerek ödeme emrinin iptaline hükmedildiği, bu durumda, davacı firmanın taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar verici işler yaptığı, işin yapımı sırasında hileli usuller kullandığı iddiasının, hakkında açılacak ya da açılmış bulunan alacak davası ve suç duyurusuna bağlı olarak Cumhuriyet Savcılığı'nca yapılacak inceleme ya da suçun Savcılıkça sabit görülmesi halinde açılacak ceza davasıyla daha açık ve tüm delilleriyle saptanacak olması karşısında, söz konusu yargısal aşamaların sonucu ya da bu aşamalarda elde edilecek bilirkişi incelemesi sonucu beklenilmeden yalnızca idarenin aksi yöndeki saptamalarına bağlı kalınarak davacı şirketin bir yıl süreyle tüm ihalelere katılmaktan yasaklanmasına yönelik işlemde hukuka uyarlık görülmediği gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiş; bu karar davalı idare tarafından temyiz edilmiştir.

2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 83.maddesinde ihale işlemlerinin hazırlanması, yürütülmesi, sonuçlandırılması sırasındaki yasak fiil ve davranışlar sayılmış olup maddenin (c) bendinde, ihale işlemlerinde sahte belge veya sahte teminat kullanmak veya kullanmaya teşebbüs etmek, taahhüdünü kötü niyetle yerine getirmemek, taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar verecek işlemler yapmak veya işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç ve usuller kullanmanın yasak olduğu kuralına yer verilmiştir. Anılan Yasanın 84. maddesinin birinci fıkrasında ise, 83. maddede belirtilen fiil ve davranışlarda bulundukları anlaşılanların, bu fiil ve davranışları ihale safhasında vaki olmuşsa idarelerce o ihaleye iştirak ettirilmeyecekleri gibi fiil veya davranışlarının özelliğine göre ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili bakanlık tarafından, hakkında bir yıla kadar bütün ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verileceği hükme bağlanmıştır.

Öte yandan, Kanun'un 85. maddesinde, 83 üncü maddenin (c) bendinde yazılı fiil ve davranışları bu durumları iş tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra anlaşılmış

olsa dahi tespit edilenler ile, o işteki ortak veya vekilleri haklarında ceza kovuşturması yapılacağı; hükmolunacak ceza ile birlikte bir yıldan üç yıla kadar bütün ihalelere girmekten mahkeme kararı ile yasaklanacakları düzenlenmiştir.

Yasa'nın 84. maddesinde; 83. maddede belirtilen fiil veya davranışların tesbitine bağlı olarak ihaleye katılma yasağı verme konusunda idarelere yetki tanınmış olup, 85. madde de ise, 83. maddenin (c) bendinde sayılan fiil veya davranışlardan Türk Ceza Kanunu'na göre suç teşkil edenlere ilişkin olarak; ayrıca mahkemece ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verileceği düzenlenmiş bulunmaktadır.

Anılan düzenlemeler uyarınca 83. maddenin (c) bendinde belirtilen bir fiil veya davranış nedeniyle kişiler hakkında cezaî kovuşturma açılmış olmasının aynı fiil veya davranış nedeniyle 84. madde uyarınca idare tarafından ihaleden yasaklanma kararı verilmesine engel teşkil etmediği açıktır. Ancak bu kişilerin ceza yargılaması sonucunda eylemi işlemediği yargı kararıyla belirlendiği takdirde, idarece verilen yasaklama kararı da mesnetsiz kalacağından bu durumun 84. madde uyarınca tesis edilen yasaklama kararına karşı açılan bir iptal davasında değerlendirileceği tabiidir. Konuyla ilgili açılan bir alacak davası ise taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinden kaynaklanan alacak/borçlara ilişkin uyuşmazlığı çözümlemeye yönelik olması nedeniyle idari yaptırım kararının hukuka uygunluğunun denetiminde sınırlı şekilde dikkate alınabilecektir.

Dosyanın incelenmesinden, davacı şirketin yüklenicisi olduğu … Merkez Polis Okulu ile ilgili iddialar üzerine Bayındırlık ve İskan Bakanlığı müfettişlerince hazırlanan 19.08.2005 tarihli inceleme raporuna göre, imalat sırasında kullanılan ahşap kalıp iskelesi, demir imalatı ile ilgili malzeme nakillerinde fazla hesaplamalara bağlı olarak 2004 yılı birim fiyatlarıyla davacı firmaya toplam 1.238.901,95 TL fazla ödemede bulunulduğu, bu nedenle idareyi zarara uğrattığı belirlenen davacı şirketin 2886 sayılı Kanun'un 83/c maddesine uyan eyleminden dolayı 1 yıla kadar tüm devlet ihalelerine katılmaktan yasaklanmasının teklif edildiği, bu doğrultuda 2886 sayılı Kanun'un 84. maddesi uyarınca davacı şirketin 1 yıl süreyle bütün ihalelere katılmaktan yasaklanmasına karar verildiği, anılan işlemin iptali istemiyle bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda, idarenin yasaklama kararı verebilmek için konuyla ilgili yürütülen ceza soruşturması ve adlî yargıda açılan alacak davasında yaptırılacak olan bilirkişi incelemesi sonucunu bekleme zorunluluğu bulunmadığından, açılan davalar sonuçlanmadan da idari yaptırım niteliğindeki yasaklama kararını verebileceği açık olup, yasaklama kararının hukukî denetimi yapılırken, davacının idareyi zarara uğratıp uğratmadığının idare hukuku ilkelerine göre yapılacak değerlendirme neticesinde tespit edilmesi ve yasaklamaya neden olan fiil nedeniyle açılan ceza davası varsa, fiilin işlenmediğinin anlaşılması nedeniyle verilmiş bir beraat kararı olup olmadığı dikkate alınmak suretiyle karar verilmesi gerekirken, İdare Mahkemesi'nce, davacı hakkında açılan alacak davası ve ceza davasına ilişkin yargısal aşamaların sonucu beklenilmeden idarece ihaleden yasaklama kararı verilmesinin hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle dava konusu işlemin iptali yolunda verilen kararda hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi gereğince davalı tarafın temyiz isteminin kabulüne, Ankara 1. İdare Mahkemesi'nce verilen 23.10.2007 tarih ve E:2006/1760, K:2007/2354 sayılı kararın bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkeme'ye gönderilmesine, 23.10.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ÖZELLEŞTİRME

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onüçüncü Daire
Esas No : 2007/15156
Karar No : 2009/10177

Özeti : PETKİM Petrokimya Holding A.Ş.'nin sermayesindeki %51 oranındaki kamu hissesinin blok satış yöntemiyle özelleştirilmesi amacıyla 05.07.2007 tarihinde yapılan ihale sonucu ihale şartları belgesi çerçevesinde ve Rekabet Kurumu'ndan alınan 08.11.2007 tarih ve 883 sayılı yazı doğrultusunda … Ortak Girişim Grubuna satılmasına ilişkin Özelleştirme Yüksek Kurulu' nun 22.11.2007 tarih ve 2007/63 sayılı kararında hukuka aykırı bir yön bulunmadığından, açılan davanın reddi hakkında.

Davacı : Petrol-İş Türkiye Petrol Kimya Lastik İşçileri Sendikası
Vekili : Av …
Davalı : Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığı
Vekili : Av. …

İstemin Özeti : PETKİM Petrokimya Holding A.Ş.'nin %51 oranındaki kamu hissesinin, blok satış yoluyla özelleştirilmesi amacıyla 05.07.2007 tarihinde yapılan ihale sonucu İhale Şartları Belgesi çerçevesinde ve Rekabet Kurumu'ndan alınan 08.11.2007 tarih ve 883 sayılı yazı doğrultusunda … Ortak Girişim Grubuna satılmasına ilişkin Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun 22.11.2007 tarih ve 2007/63 sayılı kararının;dava konusu işlemin dayanağı Petkim'in özelleştirme stratejisini belirleyen 08.02.2007 tarih ve 13 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu kararının hukuka aykırı olduğu, ihaleye katılacak firmalara sektörel tecrübe gibi bazı yeterlilik ölçütleri getirmenin yanı sıra, rekabet hukuku açısından da özelleştirme sonrasında tekel durumunun oluşmasına engel olmaya yönelik ihaleye katılım sınırlandırmalarının belirlenmesi gerekirken, şartnamenin önemli unsurlarını da içerir ilân metninde, firmalara getirilen tek ön yeterlik ölçütünün sermaye şartı olduğu, sektörel tecrübe, tekelleşmeye yönelik olası katılımları engellemeye yönelik şartlara ilişkin hiçbir şart, sınırlama ve düzenlemenin yapılmadığı, özelleştirmeden beklenen amaçlara ulaşılabilmesi için ciddi bir ön hazırlık sonucunda ihale sürecine başlanılması gerekirken, sadece finansal analizler/tespitler üzerinden sürecin tasarlanmasının, kamu yararını oluşturan toplumsal ve ulusal menfaatlerin gözardı edilmesine neden olduğu, ihale sürecinin kamusal denetimi sağlamaya elverişli araçlar olmaksızın düzenlendiği, ihaleyi kazanan Ortak Girişim Grubunda yer alan … Grubu firmalardan olan … Petrolcülük A.Ş. hakkında 15.10.2007 tarih ve 26671 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan bir yıl süreyle tüm ihalelere katılma yasağının ihale sürecinde göz ardı edildiği ileri sürülerek iptali istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Uyuşmazlığa konu işlemlere dayanak Özelleştirme Yüksek Kurulu kararının hukuka uygun olduğu, davacının iddialarının aksine, özelleştirmenin sebep ve amaçları ile sonuçlarının titizlikle gözetildiği, Petkim'in özelleştirilmesine ilişkin gerekli bütün özel şartlar ve yeterlilik kriterlerinin eksiksiz ihale ilanı ve ihale şartnamesinde belirlendiği, ihale şartnamesinin hazırlanması ve ihale oluru kararının alınması dahil her aşamada usule uygun hareket edildiği, ihalede en yüksek teklifi veren ortak girişim grubunun ihale dışı bırakılmasının kamu yararına uygun ve meşru bir gerekçesi olduğu, ihaleyi kazanan

ortak girişim grubunu oluşturan şirketlerden hiçbiri hakkında kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama yönünde bir karar mevcut olmadığı, dava konusu Kurul kararının kamu yararına ve kanun ve usule uygun olduğu ileri sürelerek davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi Fikret ERKAN'ın Düşüncesi : Dava dosyasındaki bilgi ve belgelerin incelenmesinden Petkim'in sermayesindeki %51 oranındaki kamu hissesinin blok satış yöntemiyle özelleştirilmek amacıyla 05.07.2007 tarihinde yapılan ihale sonucu İhale Şartları Belgesi çerçevesinde ve Rekabet Kurumu'ndan alınan 08.11.2007 tarih ve 883 sayılı yazı doğrultusunda … Ortak Girişim Grubuna satılmasına ilişkin Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun 22.11.2007 tarih ve 2007/63 sayılı kararında hukuka, mevzuata ve kamu yararına aykırı bir yön bulunmadığı anlaşıldığından yasal dayanaktan yoksun bulunan davanın reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Mehmet KARAOĞLU'nun Düşüncesi : Dava, PETKİM Petrokimya Holding A.Ş.'nin %51 oranındaki kamu hissesinin, blok satış yoluyla özelleştirilmesi amacıyla 05.07.2007 tarihinde yapılan ihale sonucu İhale Şartları Belgesi çerçevesinde ve Rekabet Kurumu'ndan alınan 08.11.2007 tarih ve 883 sayılı yazı doğrultusunda … Ortak Girişim Grubuna satılmasına ilişkin Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun 22.11.2007 tarih ve 2007/63 sayılı kararının iptali istemiyle açılmıştır.

4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un 1.maddesinin (A) fıkrasında, bu Kanunun amacının, bu maddede sayılan kuruluşların ekonomide verimlilik artışı ve kamu giderlerinde azalma sağlamak için özelleştirilmesine ilişkin esasları düzenlemek olduğu belirtilmiş, 2. maddesinde, özelleştirme uygulamalarındaki ilkeler sayıldıktan sonra son fıkrasında, Kanundaki amaç ve ilkeler doğrultusunda alınacak kararlarda öncelikler ile bunların tabi olacağı özelleştirme uygulamalarına ilişkin esas ve usullerin, kuruluşların nitelikleri ve ülke ekonomisinin gerektirdiği şartlar da dikkate alınarak Özelleştirme Yüksek Kurulu'nca saptanacağı hükme bağlanmış, 3/c maddesinde de, kuruluşların; satış, kiralama, işletme hakkı devri, mülkiyetin gayrî ayni hakların tesisi ve işin gereğine uygun sair hukukî tasarruflar ile devredilmelerine ilişkin özelleştirme yöntemlerinden hangisi ile özelleştirileceğini belirlemenin Kurul'un görevleri arasında olduğu kuralı belirtilmiş, 18/b maddesinde ise, özelleştirme programına alınan kuruluşların değer tespiti çalışmalarının bu Kanuna göre idarece oluşturulan değer tespit komisyonları tarafından yürütüleceği hükme bağlanmış bulunmaktadır.

Dava dosyasında mevcut bilgi ve belgelerin incelenmesin; idareye ait hisseleri Bakanlar Kurulu'nun 19.09.1987 tarih ve 87/12184 sayılı kararı ile özelleştirilmesine karar verilmesi nedeniyle 4046 sayılı Kanun'un Geçici 11. maddesi uyarınca özelleştirme programına alınmış sayılan ve Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü'ne ait %7 oranındaki hissenin ise, 09.06.2006 tarih ve 2006/03 sayılı Özelleştirme Yüksek kurulu kararı ile özelleştirme programına alınan ve 08.02.2007 tarih ve 13 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu kararı ile de özelleştirme yöntemi belirlenen Petkim'in, ihale şartnamesinde belirtilen usul ve koşullarla yukarıda belirtilen Kanun hükümlerine uygun olarak ihaleye çıkarıldığı, değer tespit komisyonu ile ihale komisyonunun oluşumunun Yasaya uygun olduğu, değer tespitinin %51 oranındaki hisse için indirgenmiş nakit akımı yönteminin uygulanmasıyla bulunan değeri 1.012.000.000 ABD Doları olarak tespit edildiği, bu değer esas alınarak pazarlık usulüyle yapılan ihalede sekiz teklif sahibinden kapalı zarf içerisinde teklif alınmak suretiyle ihaleye başlandığı, bir elemesiz ve üç elemeli turdan oluşan pazarlık görüşmeleri sonucu, açık artırmaya geçildiği, İhale Komisyonu tarafından 05.07.2007 tarihinde açık artırma suretiyle yapılan görüşmelerde 2.040.000.000 ABD Doları bedelle ihale için peşin fiyat esasına göre nihai ve kesin teklif olarak ve ihale şartnamesinde yazılı olan ödeme koşullarına uygun şekilde ödeneceği tutanakla tespit edilen en yüksek ikinci teklifi veren … Ortak Girişim Grubuna ihale edildiği, ihale edilen firma için Rekabet Kurulu'nun 08.11.2007 tarih ve 07-85/1047-407 sayılı kararıyla Petkim'in sermayesindeki %51'e karşılık gelen kamu payının adı geçen ortak girişim grubuna devredilmesine izin verildiği, uyuşmazlığa konu 22.11.2007 tarih

ve 2007/63 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu kararı ile de anılan satışın onaylandığı anlaşılmaktadır.

Dava konusu hisselerin satış yöntemi ile özelleştirilmesine, satışın blok satış yoluyla gerçekleştirilmesine ilişkin 8.2.2007 tarih ve 13 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu kararının ve ihaleye çıkarılmasına dair ihale oluru ile ihale şartnamesinin iptali istemiyle açılan Davalar ise, Danıştay Onüçüncü Dairesinin 11.2.2008 tarih ve E:2007/5180, K:2008/2188; E:2005/7558, K:2008/2189 sayılı kararlarıyla reddedilmiş bulunmaktadır.

4046 sayılı Kanunun amacına ve getirdiği özelleştirme usul ve esaslarına uygun olarak tesis edilmiş bulunan ve anılan kamu hizmetinin gereklerine, kamu yararına uygun bulunduğu anlaşılan dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Davacının diğer iddiaları ise yerinde görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle davanın reddine karar verilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü.

Dava, PETKİM Petrokimya Holding A.Ş.'nin %51 oranındaki kamu hissesinin, blok satış yoluyla özelleştirilmesi amacıyla 05.07.2007 tarihinde yapılan ihale sonucu İhale Şartları Belgesi çerçevesinde ve Rekabet Kurumu'ndan alınan 08.11.2007 tarih ve 883 sayılı yazı doğrultusunda … Ortak Girişim Grubuna satılmasına ilişkin Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun 22.11.2007 tarih ve 2007/63 sayılı kararının iptali istemiyle açılmıştır.

4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un "Amaç ve Kapsam" başlıklı 1.maddesinin (A) fıkrasında, bu Kanunun amacının, bu maddede sayılan kuruluşların ekonomide verimlilik artışı ve kamu giderlerinde azalma sağlamak için özelleştirilmesine ilişkin esasları düzenlemek olduğu belirtilmiştir. Kanun'un 2. maddesinde özelleştirme uygulamalarındaki ilkeler sayıldıktan sonra son fıkrasında Kanundaki amaç ve ilkeler doğrultusunda alınacak kararlarda öncelikler ile bunların tabi olacağı özelleştirme uygulamalarına ilişkin esas ve usullerin, kuruluşların nitelikleri ve ülke ekonomisinin gerektirdiği şartlar da dikkate alınarak Özelleştirme Yüksek Kurulu'nca saptanacağı hükme bağlanmıştır. Kanun'un 3/c maddesinde de, kuruluşların; satış, kiralama, işletme hakkı devri, mülkiyetin gayrî ayni hakların tesisi ve işin gereğine uygun sair hukukî tasarruflar ile devredilmelerine ilişkin özelleştirme yöntemlerinden hangisi ile özelleştirileceğini belirlemenin Kurul'un görevleri arasında olduğu kuralı yer almıştır.

Kanun'un "Özelleştirme Yöntemleri, Değer tespiti, İhale Yöntemleri" başlıklı 18. maddesinin (B) bendinde ise; özelleştirme programına alınan kuruluşların değer tespiti çalışmalarının bu Kanuna göre idarece oluşturulan değer tespit komisyonları tarafından yürütüleceği öngörülmüş; bu bendin (c) alt bendinde de komisyonun görevleri belirlenirken, Komisyon'un "...değer tespit çalışmalarını, özelleştirilecek kuruluşun niteliği, gördüğü hizmetin özelliği, gelecekteki nakit akımı potansiyeli, faaliyette bulunduğu sektör ve pazarın özellikleri, sahip olduğu sınaî, ticarî ve sosyal tesisler, makine araç ve gereçler, teçhizat, malzeme ve hammadde ile yarı mamul ve mamul madde stokları, her türlü taşınır ve taşınmaz malları, vasıfları ve hali hazır durumları, senetli ve senetsiz bütün alacak ve borçları ile bilumum hak ve yükümlülükleri ve özelleştirilecek kuruluşa uygulanacak özelleştirme yöntemini de dikkate alarak uluslararası kabul görmüş olan; indirgenmiş nakit akımları (net bugünkü değer), defter değeri, net aktif değeri, amortize edilmiş yenileme değeri, tasfiye değeri, fiyat/kazanç oranı, piyasa kapitalizasyon değeri, piyasa değeri/defter değeri, ekspertiz değeri, fiyat/nakit akım oranı metodlarından en az ikisini uygulamak suretiyle yürütür." şeklinde kural öngörülmüş, aynı maddenin "İhale Komisyonlarının Oluşumu ile İhale Usul ve İşlemleri" başlıklı (C) bendinde ise, bu maddenin (A) bendinde yer alan özelleştirme yöntemlerinin uygulanmasına ilişkin ihale işlemlerinin bu Kanuna göre

oluşturulan ihale komisyonları tarafından yürütüleceği belirtilmiş, komisyonun oluşumu, çalışması ve görevleri düzenlenmiş, ihale usulleri arasında sayılan pazarlık usulü: "İhalelere birden fazla teklif sahibinden kapalı zarf içerisinde teklif almak şartıyla başlanabilir... Teklif sahipleri ile birden fazla pazarlık görüşmesi yapılabilir. Pazarlık görüşmeleri teklif sahipleri ile ayrı ayrı yapılır. Pazarlık görüşmelerinin, ihalenin herhangi bir aşamasında pazarlık görüşmelerine devam edilen teklif sahipleri ile müştereken yapılmasına komisyonca karar verilebilir. Komisyonca, pazarlık görüşmeleri sırasında ortaya çıkabilecek yeni durumlar karşısında, rekabete engel teşkil etmemek, ihale ilânında ve/veya şartnamede yer alan hususlara aykırı olmamak ve pazarlık görüşmelerine devam edilen teklif sahiplerine eşit olarak uygulanmak kaydı ile yeni esaslar belirlenebilir. Komisyonca gerekli görüldüğü takdirde ihale, pazarlık görüşmesine devam edilen teklif sahiplerinin katılımı ile açık artırma suretiyle sonuçlandırılabilir. Bu husus ilânda ve/veya şartnamede belirtilir. Görüşmeler komisyon tarafından bir tutanakla tespit edilir, tutanak komisyon üyeleri ve teklif sahiplerince imzalanır." şeklinde düzenlenmiştir. Maddenin son fıkrasında ise, ihale işlemleri sonucunda ihale komisyonunca verilen kararların idare tarafından Kurulun onayına sunulacağı, ihale sonuçlarının Kurul tarafından onaylanacağı öngörülmüştür.

Dava dosyası ve eki işlem dosyasının incelenmesinden, idareye ait hisseleri Bakanlar Kurulu'nun 19.09.1987 tarih ve 87/12184 sayılı kararı ile özelleştirilmesine karar verilmesi nedeniyle 4046 sayılı Kanun'un Geçici 11. maddesi uyarınca özelleştirme programına alınmış sayılan ve Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü'ne (Sandık) ait %7 oranındaki hissenin ise 09.06.2006 tarih ve 2006/03 sayılı Özelleştirme Yüksek kurulu kararı ile özelleştirme programına alınan ve 08.02.2007 tarih ve 13 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu kararı ile de özelleştirme yöntemi belirlenen Petkim'in, ihale şartnamesinde belirtilen usul ve koşullarla yukarıda belirtilen Kanun hükümlerine uygun olarak ihaleye çıkarıldığı, değer tespit komisyonu ile ihale komisyonunun oluşumunun Yasaya uygun olduğu, değer tespitinin danışmanlık hizmeti veren firmaya yaptırılan değerleme raporu ve değer tespit sonuç raporundaki veriler esas alınarak %51 oranındaki hisse için indirgenmiş nakit akımı yönteminin uygulanmasıyla bulunan değerini 1.012.000.000 ABD Doları olarak tespit edildiği, bu değer esas alınarak pazarlık usulüyle yapılan ihalede sekiz teklif sahibinden kapalı zarf içerisinde teklif alınmak suretiyle ihaleye başlandığı, bir elemesiz ve üç elemeli turdan oluşan pazarlık görüşmeleri sonucu, açık artırmaya geçildiği, İhale Komisyonu tarafından 05.07.2007 tarihinde açık artırma suretiyle yapılan görüşmelerde 16.11.2007 tarihli Özelleştirme İdaresi Başkanlığının yazısı da dikkate alınarak 2.040.000.000 ABD Doları bedelle ihale için peşin fiyat esasına göre nihai ve kesin teklif olarak ve ihale şartnamesinde yazılı olan ödeme koşullarına uygun şekilde ödeneceği tutanakla tespit edilen en yüksek ikinci teklifi veren … Ortak Girişim Grubuna ihale edildiği, ihale edilen firma için Rekabet Kurulu'ndan izin alınması istemiyle başvurulduğu ve Rekabet Kurulu'nun 08.11.2007 tarih ve 07-85/1047-407 sayılı kararıyla Petkim'in sermayesindeki %51'e karşılık gelen kamu payının adı geçen ortak girişim grubuna devredilmesine izin verildiği, uyuşmazlığa konu 22.11.2007 tarih ve 2007/63 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu kararı ile de anılan satışın onaylandığı anlaşılmaktadır.

Davacı Sendika tarafından Petkim'in %51 oranındaki kamu hissesinin, satış yöntemi ile özelleştirilmesine, satışın blok satış yoluyla gerçekleştirilmesine ilişkin 08.02.2007 tarih ve 13 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu kararının ve bu karar sonrası ihaleye çıkarılmasına ilişkin davalı idare "ihale oluru" kararı ile bu karar ekinde yer alan ve ihale koşullarını belirleyen ihale şartnamesinin iptali istemiyle açılan davalar, Danıştay Onüçüncü Dairesinin 11.02.2008 tarih ve E:2007/5180, K:2008/2188 sayılı ve 11.02.2008 tarih ve E:2005/7558, K:2008/2189 sayılı kararlarıyla reddedilmiştir.

Davacı sendika, ihale sürecinin ve düzenlemelerin yeterli/gerekli denetim noktalarını içermediği, ihaleye katılması mümkün olmayan kişi/grupların ortaya çıkarılmasını sağlayacak önleyici bir mekanizmanın olmadığının kanıtının ise, sekiz katılımcının katıldığı 05.07.2007

tarihli ihale sonucunda, Petkim'de bulunan %51 oranındaki kamu payına en yüksek teklifi veren Ortak Girişim Grubu'nun gerekçe gösterilmeksizin ihale dışı bırakılması ve Rekabet Kurumu'na izin başvurusu ikinci sıradaki Ortak Girişim Grubunun gönderilmesi olduğunu iddia etmekte ise de; ihale şartnamesinin 10. maddesinde; İdarenin, ihalenin herhangi bir aşamasında teklif sahipleri ile ilgili Vergi Daireleri, Sosyal Sigortalar Kurumu v.b. diğer Türk kamu kurum ve kuruluşlarından, uluslararası kuruluşlardan ve gerekli görebileceği diğer kaynaklar ile teklif sahiplerinden ek bilgi ve belge alma hakkını saklı tutacağı, bu suretle temin edilen ek bilgi ve belgelerin de değerlendirmelerde Komisyon'ca dikkate alınacağı kuralına yer verildiği, 06.07.2007 tarihli İhale Komisyonu kararı ile, 05.07.2007 tarihinde teklif sahiplerinin müştereken katılımı ile yapılan nihai pazarlık görüşmelerinde alınan nihai tekliflerin oluşması sonrası Komisyonca yapılan değerlendirmede, kamunun yüksek menfaatlerinin korunması amacıyla; İhale Şartnamesinin 10. maddesi çerçevesinde teklif sahipleri hakkında ek bilgi ve belge sağlanarak gerekli inceleme ve değerlendirmenin yapılması için İdareye bildirimde bulunulmasına ve yapılacak bu araştırma sonuçlarına, temin edilecek bilgi ve belgelere göre Komisyonca karar verilmesine karar verildiği, 16.10.2007 tarihli İhale Komisyonu kararı ile de, bu surette yapılan araştırmalar sonucu 16.10.2007 tarih ve 97 sayılı Başkanlık makamı yazısında belirtilen tespitlerin Komisyonca değerlendirilmesi neticesi ihalenin ikinci en yüksek teklifi veren Ortak Girişim Grubu üzerinde bırakıldığı anlaşıldığından davacı sendikanın iddialarına itibar edilmemiştir.

İhale sürecinin kamusal denetimi sağlamaya elverişli araçlar olmaksızın düzenlendiği, ihaleyi kazanan Ortak Girişim Grubunda yer alan … Grubu firmalardan olan … Petrolcülük A.Ş. hakkında 15.10.2007 tarih ve 26671 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan bir yıl süreyle tüm ihalelere katılma yasağının ihale sürecinde göz ardı edildiği iddiasına ilişkin olarak;

Petkim'in %51 oranındaki kamu hissesinin satılmasına karar verilen … Ortak Girişim Grubu yapısı incelendiğinde, bu Ortak Girişim Grubunun "… Enerji A.Ş." ve "… Holding …." unvanlı iki şirket tarafından oluştuğu, bu iki şirketin kamu ihalelerine katılmalarına engel bir durum olmadığı ve aksine bir iddia bulunmadığı, 15.10.2007 tarih ve 26671 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Karayolları Genel Müdürlüğünce ihalelere katılmaktan yasaklanma kararında; ilgili şirketin … Petrolcülük Anonim Şirketi (Eski Unvanı: … Petrolcülük Anonim Şirketi) unvanlı şirket olduğu, ortak ve/veya ortaklıkları hakkında ise bir yasaklama olmadığı gibi, …'ın ortaklık yapısı incelendiğinde kamu ihalelerinden yasaklanan bu şirketin ortaklık yapısı içerisinde olmadığı anlaşıldığından bu yöndeki iddiası ciddi bulunmamıştır.

Bu durumda, yukarıda anılan yasal düzenlemelere uygun özelleştirme ve ihale sürecinin onaylanmasına ilişkin 22.11.2007 tarih ve 2007/63 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu kararında hukuka aykırılık bulunmamakta olup, davacının diğer iddiaları da dava konusu işlemi kusurlandıracak nitelikte görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, yasal dayanağı bulunmayan davanın reddine, yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına, yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca belirlenen 575.00.-TL avukatlık ücretinin davacıdan alınarak davalı idareye verilmesine, artan posta giderinin istemi halinde davacıya iadesine, 20.11.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onüçüncü Daire
Esas No : 2007/11836
Karar No : 2009/10667

Özeti : Sosyal Güvenlik Kurumu'na (T.C. Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü) ait Bursa … Otelinin satış yöntemiyle özelleştirilmesi amacıyla 17.08.2007 tarihinde yapılan ihalede hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında.

Davacılar : 1- Kamu Emekçileri Sendikaları Konfederasyonu (KESK)
2- Büro Emekçileri Sendikası (BES)
Vekili : Av. …
Davalı : Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığı
Vekili : Av. …

İstemin Özeti : Sosyal Güvenlik Kurumu'na (T.C. Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü) ait Bursa … Otelinin satışına ilişkin ihalenin; 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun Geçici 3. maddesinin 4. fıkrasında, "Geçici 2. madde hükümlerine göre Kurum Yönetim Kurulu oluşuncaya kadar, devredilen kurumlara ait oteller, iştirakler ve taşınmazlardan özelleştirme programına alınmış olanların satış işlemleri, bu Kanunla yürürlükten kaldırılan mevzuat hükümlerine göre yürütülür." hükmüne yer verildiği, buna göre, devredilen Kurumlara ait oteller, iştirakler ve taşınmazlardan özelleştirme programına alınmış olanların satış işlemlerinin ancak Kurum Yönetim Kurulu oluşuncaya kadar 4046 sayılı Kanun hükümlerine göre yürütülebileceği, dava konusu ihaleye ilişkin ilânın yapıldığı tarihte Kurum Yönetim Kurulu oluştuğundan, özelleştirme işlemlerinde 4046 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanamayacağı, özelleştirme işlemlerinin 5502 sayılı Kanun hükümlerine göre yürütülerek, Yönetim Kurulundan bu konuda yeniden karar alınması gerektiği, Otelin Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma mevzuatı hükümlerine aykırı olarak ve değerinin altında ihale edildiği, aylık geliri ve kurum bütçesine yük getirmemesi dikkate alındığında Otelin satışının özelleştirme amacına ve kamu yararına aykırı olduğu ileri sürülerek iptali istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Söz konusu Otel'in mülkiyetinin iştirakçilere değil, Sosyal Güvenlik Kurumuna devredilen Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü'ne ait olması nedeniyle üyelerin hukuki yararını olumlu ya da olumsuz yönde etkilemediğinden dava konusu ihalenin iptaline dair açılan davada davacıların hukuki yararının bulunmadığı, ihalenin geçici teminatın belirlenmesi ve fiyatın oluşması dahil hukuka ve kamu yararına uygun olarak gerçekleştirildiği, 21.02.2006 tarih ve 2006/18 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu kararı ile Kurum Yönetim Kurulu oluşmadan önce anılan otel özelleştirme kapsam ve programına alındığından Otel'in özelleştirilmesine ilişkin işlemlerin 5502 sayılı Kanun'un geçici 3. maddesinin 4. fıkrasında yer alan düzenleme çerçevesinde yürütüldüğü ve Yönetim Kurulundan bu konuda yeniden karar alınmasına gerek olmadığı, Otel'in mali değeri yanında tarihsel ve kültürel önemi de hassasiyetiyle gözetilerek özelleştirilmesinin yapıldığı, dava konusu ihalenin 4046 sayılı Kanun'un verdiği yetkiye dayalı olarak anılan Kanun kapsamında belirtilen esas ve usuller çerçevesinde gerçekleştirildiği, ihale sürecinde kanun ve usule aykırılık bulunmadığı ileri sürülerek davanın usul ve esastan reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi Fikret ERKAN'ın Düşüncesi : Dava dosyasındaki bilgi ve belgelerin incelenmesinden Sosyal Güvenlik Kurumu'na (T.C. Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü) ait Bursa … Otelinin satış yöntemiyle özelleştirilmek amacıyla 17.08.2007

tarihinde yapılan ihalede hukuka, mevzuata ve kamu yararına aykırı bir yön bulunmadığı anlaşıldığından yasal dayanaktan yoksun bulunan davanın reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Ünal DEMİRCİ'nin Düşüncesi : Dava; Sosyal Güvenlik Kurumu'na (T.C. Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü) ait Bursa … Otelinin (Otel) satışına ilişkin ihalenin iptali istemiyle açılmıştır.

Davalı idarenin usule ilişkin itirazı yerinde görülmemiştir. İşin esasına gelince;

5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanununun 5228 sayılı Kanunla değişik 20. maddesinde: "T.C. Emekli Sandığı Genel Müdürlüğünün mülkiyetinde bulunan ve doğrudan hizmetleriyle ilgili olmayan gayrimenkulleri ile iştirak payları, aşağıdaki usul ve esaslara göre satılabilir. Sandığa ait gayrimenkuller ile iştirak paylarından hangilerinin satılacağına Sandık Yönetim Kurulunca karar verilir." hükmüne yer verildikten sonra, maddenin devamında, Sandığa ait olup Sandık Yönetim Kurulunca belirlenecek gayrimenkul ve iştirak payları satışının, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı tarafından gerçekleştirilmek üzere Özelleştirme İdaresi Başkanlığına bildirilebileceği, bu durumda, ilgili gayrimenkul veya iştirak payının özelleştirme programına alınmak üzere Özelleştirme Yüksek Kuruluna sunulacağı, Özelleştirme Yüksek Kurulunun kararı üzerine satış işlemlerinin 4046 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde gerçekleştirileceği belirtilmiş; 5434 sayılı Kanunun 20. maddesini yürürlükten kaldıran ve 20.05.2006 tarih ve 26173 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanununun geçici 3. maddesinin dördüncü fıkrasında ise: "Geçici 2 nci madde hükümlerine göre Kurum Yönetim Kurulu oluşuncaya kadar, devredilen kurumlara ait oteller, iştirakler ve taşınmazlardan özelleştirme programına alınmış olanların satış işlemleri, bu Kanunla yürürlükten kaldırılan mevzuat hükümlerine göre yürütülür." düzenlemesine yer verilmiştir.

Yukarıda yer alan hükümlerin birlikte değerlendirilmesinden; Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü'ne ait olup, Sosyal Güvenlik Kurumu Yönetim Kurulu'nun oluşmasından önce özelleştirme programına alınmış bulunan oteller, iştirakler ve taşınmazların satış işlemlerinin 5434 sayılı Kanunun 20. maddesi hükmü uyarınca yürütüleceği, Kurum Yönetim Kurulu oluştuğunda henüz özelleştirme programına alınmamış oteller, iştirakler ve taşınmazların ise 5502 sayılı Kanun çerçevesinde satışının yapılabileceği sonucuna varılmaktadır.

Dosyanın incelenmesinden; Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun 06.04.2007 tarih ve 2007/24 sayılı kararıyla Otel ve taşınmazın "satış" yöntemiyle ayrı ayrı özelleştirilmelerine ve özelleştirme işlemlerinin 04.07.2008 tarihine kadar tamamlanmasına karar verildiği, değer tespiti için indirgenmiş nakit akımları ile ekspertiz değeri yönteminin kullanıldığı, Otelin değerinin indirgenmiş nakit akımları yöntemine göre 28.947.328.- USD, ekspertiz değeri yöntemine göre 40.094.069.- USD olarak hesaplandığı ve halen faaliyette bulunan ve gelecekte de faaliyetine devam edeceği öngörülen Otelin gerçek değerini, değerleme metodolojileri arasında her türlü operasyonel faaliyetleri ayrıntılı olarak inceleyen ayrıca sektördeki gelişmeleri takip ederek gelecekteki faaliyetleri projeksiyon dönemine yansıtan ve çok farklı parametreler göz önünde bulundurarak hesaplanan bir yöntem olması nedeniyle en iyi indirgenmiş nakit akımları yöntemine göre hesaplanan değerin yansıtacağı düşüncesiyle Değer Tespit Komisyonunun 18.06.2007 tarih ve 2 sayılı kararı ile indirgenmiş nakit akımları yöntemine göre tespit edilen değerin dikkate alınmasına karar verildiği, başta Resmî Gazete olmak üzere tirajı yüksek gazetelerde 21.06.2007 tarihinden itibaren yayımlanan ilânlarla Otelin özelleştirilmesi amacıyla ihaleye çıkıldığı, son teklif verme tarihi olan 10.08.2007 tarihi itibariyle dokuz teklif alındığı, 17.08.2007 tarihinde teklif sahipleriyle yapılan nihai pazarlık görüşmeleri sonucunda ihalenin sonuçlandırıldığı ve Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun 15.10.2007 tarih ve 2007/59 sayılı kararına istinaden 05.11.2007 tarihinde imzalanan Varlık Satış Sözleşmesi ile Otelin 38.900.000.- USD bedelle peşin olarak … Yapı Yatırımları İnşaat, Turizm, Makina Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.'ne satıldığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda, indirgenmiş nakit akımları yöntemine göre tespit edilen değer, ekspertiz değeri yöntemine göre bulunan değerden daha düşük olmasına rağmen Otelin özelleştirilmesinde indirgenmiş nakit akımları yöntemine göre tespit edilen 28.947.328.- USD dikkate alınmış ise de, daha önce 22.06.2006 tarihinde yapılan ihalede Otel ile birlikte taşınmaz için verilen 31.600.000.- USD teklifin yeterli görülmemesi nedeniyle Otelin satışının yapılamaması ve dava konusu ihalede ise sadece Otel için verilen 38.900.000.- USD'lık teklifin de ekspertiz değeri yöntemine göre belirlenen 40.094.069.-USD'ye yakın olması karşısında, satışın 38.900.000.- USD peşin bedel üzerinden yapılmasında hukuka ve kamu yararına aykırı bir yön görülmemiştir.

Her ne kadar davacılar tarafından, 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanununun geçici 3. maddesinin dördüncü fıkrasına göre, devredilen Kurumlara ait oteller, iştirakler ve taşınmazlardan özelleştirme programına alınmış olanların satış işlemlerinin ancak Kurum Yönetim Kurulu oluşuncaya kadar 4046 sayılı Kanun hükümlerine göre yürütülebileceği, dava konusu ihaleye ilişkin ilânın yapıldığı tarihte Kurum Yönetim Kurulu oluştuğundan, özelleştirme işlemlerinde yürürlükten kalkan Kanun hükümlerinin, dolayısıyla 4046 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanamayacağı, özelleştirme işlemlerinin 5502 sayılı Kanun hükümlerine göre yürütülerek, Yönetim Kurulundan bu konuda yeniden karar alınması gerektiği ileri sürülmekte ise de, Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü'ne ait olup, Sosyal Güvenlik Kurumu Yönetim Kurulu'nun oluşmasından önce özelleştirme programına alınmış bulunan oteller, iştirakler ve taşınmazların satış işlemlerinin 5434 sayılı Kanunun 20. maddesi hükmü uyarınca yürütüleceği, aksine bir yorumun özelleştirme süreci başlamış varlıkların satışı aşamasında iki farklı mevzuatın uygulanması sonucunu doğuracağı açık olduğundan, bu iddiaya itibar edilmemiştir.

Kaldı ki, 5502 sayılı Kanunun geçici 3. maddesinin ikinci fıkrasında da, oteller ve iştirak paylarının özelleştirilmesi konusunda, 5434 sayılı Kanunun 20. maddesi hükmüne paralel bir düzenleme yapılmış bulunmaktadır.

Davacıların, kültürel ve tarihi değeri olan Otelin özelleştirilmesinde anılan niteliğin dikkate alınmadığına ilişkin iddiasına gelince;

Dosyada mevcut belgelerin incelenmesinden; 2. grup korunması gerekli kültür varlığı ve eski eser kapsamında bulunan Otele ait yapılar için 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 13. maddesi uyarınca Kültür ve Turizm Bakanlığı'nın 17.02.2006 tarih ve B.16.0.KVM.200.11.10.02/53/491-21349 sayılı yazısı ile Bursa Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Kurulu'nun 24.12.2005 tarih ve 42 sayılı kararı doğrultusunda, yapılacak her türlü uygulama öncesi Koruma Bölge Kurulundan izin alınması ve bu hususlarda tapu kayıtlarına şerh düşülmesi şartıyla Otelin satış yoluyla özelleştirilmesinde 2863 sayılı Kanunun 13. maddesi kapsamında sakınca bulunmadığının bildirildiği görülmektedir.

Nitekim, Bursa Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Kurulu'nun 24.12.2005 tarih ve 42 sayılı kararı dikkate alınarak, İhale Şartnamesinin 18/a maddesinde: "Alıcı, maddi değerinden çok 2. grup korunması gerekli kültür varlığı olan Otel'deki hamam ve otel yapılarının mimari, sanatsal, tarihsel ve anı değeri açısından önemini, Atatürk'ün direktifleri ile inşaa edilmiş olmalarını, Bursa kent tarihindeki değerini, Cumhuriyet Dönemi turizm kültürü ile dönemini simgeleyen mekansal düzenlemeleri açısından karakterini dikkate alacağını ve bu değerleriyle korunmasını ve yaşatılmasını güven altına alacağını, yapılacak her türlü uygulama öncesi ilgili Koruma Bölge Kurulundan izin alacağını ve bu hususlarda tapu kayıtlarına şerh düşüleceğini kayıtsız, şartsız, bila kaydı rücu kabul, beyan ve taahhüt eder." hükmüne yer verilmiş, aynı hüküm alıcı ile imzalanan 05.11.2007 tarihli Varlık Satış Sözleşmesinin 3. maddesinde de yer almıştır.

Buna göre, Otelin özelleştirilmesi işleminde, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma mevzuatı hükümlerine de aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle davanın reddine karar verilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce duruşma için taraflara önceden bildirilmiş bulunan 08.12.2009 tarihinde, davacılar vekili Av …'ın ve davalı idare vekili Av. … 'nın geldiği, Danıştay Savcısı'nın hazır olduğu görülmekle, açık duruşmaya başlandı. Taraflara usulüne uygun olarak söz verilerek dinlendikten ve Danıştay Savcısı'nın düşüncesi alındıktan sonra taraflara son kez söz verilip, duruşma tamamlandı. Dava dosyası incelenip, gereği görüşüldü:

Dava, Sosyal Güvenlik Kurumu'na (T.C. Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü) ait Bursa … Otelinin satışına ilişkin ihalenin iptali istemiyle açılmıştır.

5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'nun 5228 sayılı Kanunla değişik 20. maddesinde, "T.C. Emekli Sandığı Genel Müdürlüğünün mülkiyetinde bulunan ve doğrudan hizmetleriyle ilgili olmayan gayrimenkulleri ile iştirak payları, aşağıdaki usul ve esaslara göre satılabilir. Sandığa ait gayrimenkuller ile iştirak paylarından hangilerinin satılacağına Sandık Yönetim Kurulunca karar verilir." düzenlemesine yer verildikten sonra, maddenin devamında, Sandığa ait olup Sandık Yönetim Kurulunca belirlenecek gayrimenkul ve iştirak payları satışının, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı tarafından gerçekleştirilmek üzere Özelleştirme İdaresi Başkanlığına bildirilebileceği, bu durumda, ilgili gayrimenkul veya iştirak payının özelleştirme programına alınmak üzere Özelleştirme Yüksek Kuruluna sunulacağı, Özelleştirme Yüksek Kurulunun kararı üzerine satış işlemlerinin 4046 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde gerçekleştirileceği kurala bağlanmıştır.

5434 sayılı Kanunun yukarıda yer verilen 20. maddesini yürürlükten kaldıran ve 20.05.2006 tarih ve 26173 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun Geçici 3. maddesinin 4. fıkrasında ise, "Geçici 2. madde hükümlerine göre Kurum Yönetim Kurulu oluşuncaya kadar, devredilen kurumlara ait oteller, iştirakler ve taşınmazlardan özelleştirme programına alınmış olanların satış işlemleri, bu Kanunla yürürlükten kaldırılan mevzuat hükümlerine göre yürütülür." düzenlemesine yer verilmiştir.

Dava dosyasının incelenmesinden; Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun 04.07.2005 tarih ve 2005/76 sayılı kararı ile 5434 sayılı Kanunun 20. maddesi çerçevesinde Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü'ne ait aralarında Bursa … Otelinin de bulunduğu bazı otellerin kullanımlarında bulunan tüm taşınmazlarla birlikte özelleştirilme kapsam ve programına alınmasına, söz konusu taşınmazların satış yöntemi ile özelleştirilmesine ve satışın, varlık satışı suretiyle gerçekleştirilmesine, özelleştirme işlemlerinin bir yıl içerisinde tamamlanmasına karar verildiği, 21.02.2006 tarih ve 2006/18 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu kararına istinaden Bursa … Oteli ile bu Otelle birlikte özelleştirilmesine karar verilen Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü'ne ait Bursa İli, Osmangazi İlçesi, Çekirge Mahallesi, …, … parselde kayıtlı arazi ile üzerinde yer alan taşınmazın özelleştirilmesi amacıyla yapılan ve iki isteklinin katıldığı 22.06.2006 tarihli ihalede Otel ve taşınmaz için verilen 31.600.000.- USD teklifin yetersiz olması nedeniyle ihalenin iptal edilmesinin ardından, ilk ihalede nitelik ve nicelik açısından yeterli katılımın oluşmadığı gözönünde bulundurularak Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun 06.04.2007 tarih ve 2007/24 sayılı kararıyla Otel ve taşınmazın "satış" yöntemiyle ayrı ayrı özelleştirilmelerine ve özelleştirme işlemlerinin 04.07.2008 tarihine kadar tamamlanmasına karar verildiği, bu karar uyarınca başta Resmî Gazete olmak üzere tirajı yüksek gazetelerde 21.06.2007 tarihinden itibaren yayımlanan ilânlarla Otelin özelleştirilmesi amacıyla ihaleye çıkıldığı, son teklif verme tarihi olan 10.08.2007 tarihi itibariyle dokuz teklif alındığı, 17.08.2007 tarihinde teklif sahipleriyle yapılan nihai pazarlık görüşmeleri sonucunda ihalenin sonuçlandırıldığı ve Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun 15.10.2007 tarih ve 2007/59 sayılı kararına istinaden 05.11.2007 tarihinde imzalanan varlık satış sözleşmesi ile Otelin

38.900.000.- USD bedelle peşin olarak … Yapı Yatırımları İnşaat, Turizm, Makina Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.ne satıldığı anlaşılmaktadır.

Dairemizin 11.02.2008 tarihli ara kararına istinaden gönderilen Değer Tespit Komisyonu Raporunun incelenmesinden, Otelin değerinin tespiti için indirgenmiş nakit akımları ile ekspertiz değeri yönteminin kullanıldığı, Otelin değerinin indirgenmiş nakit akımları yöntemine göre 28.947.328.- USD, ekspertiz değeri yöntemine göre 40.094.069.- USD olarak hesaplandığı ve "halen faaliyette bulunan ve gelecekte de faaliyetine devam edeceği öngörülen Otelin gerçek değerini, değerleme metodolojileri arasında her türlü operasyonel faaliyetleri ayrıntılı olarak inceleyen ayrıca sektördeki gelişmeleri takip ederek gelecekteki faaliyetleri projeksiyon dönemine yansıtan ve çok farklı parametreler göz önünde bulundurarak hesaplanan bir yöntem olması nedeniyle en iyi indirgenmiş nakit akımları yöntemine göre hesaplanan değerin yansıtacağı" düşüncesiyle Değer Tespit Komisyonunun 18.06.2007 tarih ve 2 sayılı kararı ile indirgenmiş nakit akımları yöntemine göre tespit edilen değerin dikkate alınmasına karar verildiği görülmüştür.

İndirgenmiş nakit akımları yöntemine göre tespit edilen değer, ekspertiz değeri yöntemine göre tespit edilen değerden daha düşük olmasına rağmen Otelin özelleştirilmesinde indirgenmiş nakit akımları yöntemine göre tespit edilen 28.947.328.- USD dikkate alınmış ise de; Otelin özelleştirilmesi amacıyla yapılan daha önceki ihalede (22.06.2006 tarihli) Otel ile birlikte taşınmaz için verilen 31.600.000.- USD teklifin yeterli görülmemesi nedeniyle Otelin satışının yapılamaması, dava konusu ihalede yalnızca Otel için verilen 38.900.000.- USD lık teklifin de ekspertiz değeri yöntemine göre tespit edilen değere (40.094.069.- USD) yakın olması karşısında satışın 38.900.000.- USD peşin bedel üzerinden yapılmasında hukuka ve kamu yararına aykırılık bulunmamaktadır.

Dava dilekçesinde, 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun Geçici 3. maddesinin 4. fıkrasında, "Geçici 2. madde hükümlerine göre Kurum Yönetim Kurulu oluşuncaya kadar, devredilen kurumlara ait oteller, iştirakler ve taşınmazlardan özelleştirme programına alınmış olanların satış işlemleri, bu Kanunla yürürlükten kaldırılan mevzuat hükümlerine göre yürütülür." hükmüne yer verildiği, buna göre, devredilen Kurumlara ait oteller, iştirakler ve taşınmazlardan özelleştirme programına alınmış olanların satış işlemlerinin ancak Kurum Yönetim Kurulu oluşuncaya kadar 4046 sayılı Kanun hükümlerine göre yürütülebileceği, dava konusu ihaleye ilişkin ilânın yapıldığı tarihte Kurum Yönetim Kurulu oluştuğundan, özelleştirme işlemlerinde yürürlükten kalkan Kanun hükümlerinin dolayısı ile 4046 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanamayacağı, özelleştirme işlemlerinin 5502 sayılı Kanun hükümlerine göre yürütülerek, Yönetim Kurulundan bu konuda yeniden karar alınması gerektiği ileri sürülmekte ise de; anılan maddenin, Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü'ne ait olup, Sosyal Güvenlik Kurumu Yönetim Kurulu'nun oluşmasından önce özelleştirme programına alınmış bulunan oteller, iştirakler ve taşınmazların satış işlemlerinin 5434 sayılı Kanunun 20. maddesi hükmü uyarınca yürütüleceği, Kurum Yönetim Kurulu oluştuğunda henüz özelleştirme programına alınmamış oteller, iştirakler ve taşınmazların ise 5502 sayılı Kanun çerçevesinde satışının yapılabileceği şeklinde yorumlanması gerekmekte olup, aksine bir yorumun özelleştirme süreci başlamış varlıkların satışı sürecinde iki farklı mevzuatın uygulanması sonucunu doğuracağı tartışmasızdır.

Kaldı ki, 5502 sayılı Kanunun Geçici 3. maddesinin 2. fıkrasında da, oteller ve iştiraklerin özelleştirilmesi konusunda, 5434 sayılı Kanunun 20. maddesi hükmüne paralel bir düzenlemeye yer verilerek, anılan varlıkların özelleştirilmesi konusunda önceki mevzuattan farklı bir yöntem öngörülmemiştir.

Davacıların, mali değerinin yanısıra kültürel ve tarihi değeri olan Otelin özelleştirilmesinde bu hususun gözardı edildiğine yönelik iddiasına gelince;

Dairemizin 24.03.2008 tarihli ara kararı ile 2. grup korunması gerekli kültür varlığı ve eski eser kapsamında bulunan Otele ait yapılar için 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 13. maddesi uyarınca Kültür ve Turizm Bakanlığı'ndan izin alıp

alınmadığı sorulmuş, ara kararına verilen yanıtta, Otelin özelleştirilmesini teminen yapılan hazırlık çalışmaları kapsamında Kültür ve Turizm Bakanlığı'nın görüşüne başvurulduğu, Kültür ve Turizm Bakanlığı'nın 17.02.2006 tarih ve B. 16.0.KVM.200.11.10.02/53/491-21349 sayılı yazısı ile, Bursa Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Kurulu'nun 24.12.2005 tarih ve 42 sayılı kararı doğrultusunda, yapılacak her türlü uygulama öncesi Koruma Bölge Kurulundan izin alınması ve bu hususlarda tapu kayıtlarına şerh düşülmesi koşuluyla Otelin satış yoluyla özelleştirilmesinde 2863 sayılı Kanunun 13. maddesi kapsamında sakınca bulunmadığının bildirildiği ifade edilmiştir.

Bursa Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Kurulu'nun 24.12.2005 tarih ve 42 sayılı kararı dikkate alınarak, ihale şartnamesinin 18/a maddesinde, "Alıcı, maddi değerinden çok 2. grup korunması gerekli kültür varlığı olan Otel'deki hamam ve ve otel yapılarının mimari, sanatsal, tarihsel ve anı değeri açısından önemini, Atatürk'ün direktifleri ile inşaa edilmiş olmalarını, Bursa kent tarihindeki değerini, Cumhuriyet Dönemi turizm kültürü ile dönemini simgeleyen mekansal düzenlemeleri açısından karakterini dikkate alacağını ve bu değerleriyle korunmasını ve yaşatılmasını güven altına alacağını, yapılacak her türlü uygulama öncesi ilgili Koruma Bölge Kurulundan izin alacağını ve bu hususlarda tapu kayıtlarına şerh düşüleceğini kayıtsız, şartsız, bila kaydı rücu kabul, beyan ve taahhüt eder." hükmüne yer verilmiş, aynı hüküm alıcı ile imzalanan 05.11.2007 tarihli varlık satış sözleşmesinin 3. maddesinde de yer almıştır. Öte yandan, Otelin yanında yer alan ve 1973 yılından itibaren müze olarak kullanılan "Atatürk Evi" de ihale kapsamı dışında tutulmuştur.

Yukarıda yer verilen hususlar birlikte değerlendirildiğinde, söz konusu Otelin özelleştirilmesinde Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma mevzuatı hükümleri yönünden de hukuka aykırılık görülmemiştir.

Bu durumda, sözü edilen Otel'in satış yöntemiyle özelleştirilmesi amacıyla 17.08.2007 tarihinde yapılan ihalede hukuka, mevzuata ve kamu yararına aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle; yasal dayanağı bulunmayan davanın reddine, yargılama giderlerinin davacılar üzerinde bırakılmasına, yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca belirlenen 1.250,00.-TL avukatlık ücretinin davacılardan alınarak davalı idareye verilmesine, artan posta giderinin istemi halinde davacılara iadesine 08.12.2009 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Dava, Sosyal Güvenlik Kurumu'na (T.C. Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü) ait Bursa … Otelinin satışına ilişkin ihalenin iptali istemiyle açılmıştır.

Dava dosyasının incelenmesinden, Otelin özelleştirilmesinde indirgenmiş nakit akımları yöntemine göre tespit edilen değerin, ekspertiz değeri yöntemine göre tespit edilen değerden daha düşük olduğu, idarece bunun esas alındığı, Dairemizin 11.02.2008 tarihli ara kararı ile davalı idareden değer tespitinde neden indirgenmiş nakit akımları yönteminin dikkate alındığının sorulmasına rağmen, davalı idarece ara kararına verilen yanıttan, anılan yöntemin tercih gerekçelerinin somut bir şekilde ortaya konulamadığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda, değer tespitinde dikkate alınan yöntemin tercih gerekçelerinin somut bir şekilde ortaya konulamaması karşısında, özelleştirmenin varlık satışı suretiyle gerçekleştirilmesi nedeniyle, mülkiyetin devri sonucunu doğuracak olan bu özelleştirmede indirgenmiş nakit akımları yöntemine göre tespit edilen değerden ihaleye çıkılmasında hukuka ve kamu yararına uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu işlemin iptali gerektiği oyuyla davanın reddine yönelik karara katılmıyorum.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onüçüncü Daire
Esas No : 2008/3705
Karar No : 2009/8701

Özeti : Davacı şirkete ait televizyon kuruluşunda saat 16:30'da yayımlanan dizi filmde, silahlı kişilerin kanlı görüntüleri eşliğinde fiziksel şiddet ve tehdit içeren sahnelerin yer alması nedeniyle 3984 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (z) bendinde yer alan "Gençlerin ve çocukların fiziksel, zihinsel ve ahlâki gelişimini zedeleyecek türden programların, bunların seyredebileceği zaman ve saatlerde yayınlanmaması" yayın ilkesinin ihlâl edildiği anlaşıldığından, yayın kuruluşunun uyarılmasına ilişkin işlemde hukuka aykırılık görülmediği, açılan davayı reddeden Mahkeme kararının onanması hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) **:** … Televizyon Yayıncılık A.Ş.
Vekilleri **:** Av. …
Karşı Taraf (Davalı) **:** Radyo ve Televizyon Üst Kurulu
Vekili **:** Av. ...

İstemin Özeti : Ankara 3. İdare Mahkemesi'nin 21.11.2007 tarih ve E:2007/276, K:2007/2501 (2006/2501) sayılı kararının; bilirkişi raporunun karara esas alınacak nitelikte olmadığı, eksik incelemeye dayandığı, ihlâle konu programın bir bütün olarak değerlendirilmediği, programın kurgudan ibaret olduğu ve işlemde belirtilen yayın ilkesinin ihlâl edilmediği ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Temyiz isteminin reddi ile usul ve yasaya uygun olan idare mahkemesi kararının onanması gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi S. Betül MÜFTÜOĞLU'nun Düşüncesi : Temyiz isteminin reddi 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 Hâkimi'nin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:

Dava, davacı şirkete ait "... TV" logosuyla yayın yapan televizyon kuruluşunun 07.01.2007 tarihinde saat 16:30'da yayınladığı "..." isimli dizi filmde, silahlı kişilerin kanlı görüntüleri eşliğinde fiziksel şiddet ve tehdit içeren sahnelerin yer alması nedeniyle 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un 4. maddesinin (z)

bendinde yer alan "Gençlerin ve çocukların fiziksel, zihinsel ve ahlâkî gelişimini zedeleyecek türden programların, bunların seyredebileceği zaman ve saatlerde yayınlanmaması" yayın ilkesinin ihlâl edildiği belirtilerek yayın kuruluşunun uyarılmasına ilişkin Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nun 16.03.2007 tarih ve 2007/21-6 sayılı kararının iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesi'nce; dava konusu programın Kanun'un 4. maddesinin (z) bendinde belirtilen yayın ilkesini ihlâl edip etmediğinin tespiti amacıyla yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen raporda; ihlâle konu programda yer alan, yere yatırılmış yüzü kanlar içindeki kişinin boğazına silah dayanmak suretiyle sözlü ve fiziksel olarak tehdit edilmesine, eli silahlı beş kişi tarafından gerçekleştirilecek infazını bekleyen bir kadına ve kendisine silah doğrultup rus ruleti oynayan bir adama ilişkin şiddet içeren görüntülerin, çocuklarda ve gençlerde endişe ve korku yaratarak, duygusal travma yaşantısını tetikleyebileceği, olumsuz rol modeli oluşturarak şiddet ve saldırganlığa teşvik edebileceği, programın çocukların ve gençlerin fiziksel, zihinsel ve ahlâkî gelişimini zedeleyecek türde olduğu görüşünün yer aldığı, bilirkişi raporunun Mahkemece de yeterli görülerek anılan yayın ilkesinde getirilen esaslara aykırı yayın yapan davacının uyarılmasına ilişkin 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 3. İdare Mahkemesi'nin 21.11.2007 tarih ve E:2007/276, K:2007/2501 (2006/2501) sayılı kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1. fıkrasında sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, bozma istemi yerinde görülmeyerek anılan Mahkeme kararının onanmasına, dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine 28.09.2009 tarihinde, oybirliğiyle karar verildi.

REKABET KURULU İŞLERİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onüçüncü Daire
Esas No : 2007/1055
Karar No : 2009/9212

Özeti : Aralarında davacı Şirketin de bulunduğu teşebbüslerin Ege Bölgesi torbalı çimento pazarında uyumlu eylem halinde fiyat tespiti yaparak 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlâl ettikleri saptandığından ve davacının satış sistemine bakıldığında yaptığı anlaşmalarla 2002/2 sayılı Tebliğ'in sağladığı muafiyetten yararlanamayacağından, muhtemel zararın ağırlığının ve ihlâl süresinin uzunluğunun ağırlaştırıcı neden olarak gözününde bulundurularak idarî para cezası verilmesine ilişkin Rekabet Kurulu kararında hukuka aykırılık görülmediği, açılan davanın reddi hakkında.

Davacı : … Çimento Fabrikası T.A.Ş.
Vekilleri : Av. …, Av. …
Davalı : Rekabet Kurumu
Vekilleri : Av. ..., Av. ...

Davanın Özeti : Ege Bölgesi torbalı çimento pazarında faaliyet gösteren aralarında davacı şirketin de bulunduğu teşebbüslerin uyumlu eylem halinde fiyat tespit etmek suretiyle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesini ihlâl ettikleri, ayrıca davacı şirketin bayilerle yaptığı anlaşmaların da 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine aykırı bulunduğu belirtilerek, aynı Kanun'un 16. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca idarî para cezası verilmesine ilişkin Rekabet Kurulu'nun 19.10.2006 tarih ve 06-77/992-287 sayılı kararının davacı şirkete yönelik kısımlarının; savunma hakkının kısıtlandığı, Kurul kararında belirtilen davranışların, 4054 sayılı Kanun kapsamında bir anlaşmanın varlığını ortaya koymadığı, ceza takdirinde hataya düşüldüğü, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin son iki fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülerek iptali istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Ege Bölgesi torbalı çimento pazarında faaliyet gösteren aralarında davacı şirketin de bulunduğu teşebbüslerin rekabet ihlâlinde bulunduğunun yapılan soruşturma sonucunda saptandığı belirtilerek, davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi Ahmet EĞERCİ'nin Düşüncesi : Dava dosyası ile Dairemizin E:2005/7388 sayılı dava dosyasındaki bilgi ve belgeler, mevzuat hükümleriyle birlikte değerlendirildiğinde; dava konusu Rekabet Kurulu kararıyla aralarında davacı şirketin de bulunduğu teşebbüslerin uyumlu eylem halinde fiyat tespiti yaparak, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlâl ettikleri, diğer yandan davacı şirket tarafından bayilerle yapılan anlaşmaların da 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine aykırı bulunduğu 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 uyarınca idarî para cezası verilmesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenle, davanın reddine karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Birgül KURT'un Düşüncesi : 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesinin ihlâl edildiği belirtilerek verilen Rekabet Kurulu'nun 19.10.2006 tarih ve 06-77/992-287 sayılı kararının davacı ... Çimento Fabrikası T.A.Ş. 'ye yönelik kısımlarının iptali istenilmektedir.

Davacının, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin son iki fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğu iddiası ciddî bulunmamıştır.

4054 sayılı Yasanın "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar" başlıklı 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."

"Bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder.

Ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir." hükmü yer almıştır.

4054 sayılı Yasanın 4. maddesinde yapılan düzenleme ile piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesinin, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil edeceği kabul edilmiş, böyle bir durumda uyumlu eylem içinde bulunmadığının ispat yükü, ilgili teşebbüsler üzerine bırakılmıştır.

Açılan soruşturma sonucu; Ege Bölgesinde dört teşebbüsün çimento arzını sağladığı, 2002 yılında Ocak-Nisan ayları arasında torbalı çimento pazarlarında fiyatlar düşerken, bu tarihten itibaren Ege Bölgesi genelinde fiyatların büyük bir ivmeyle artmaya başladığı, özellikle Nisan-Ekim ayları arasında teşebbüslerin uyguladığı fiyatlar incelendiğinde

% 57.28 ila % 130.76 arasında değişen oranlarda zam yapıldığı, nakliye subvansiyonlu bu fiyatlara, nakliye maliyetinin eklenmesiyle pazardaki nihai fiyatların, birbirine çok yakın yada aynı hale geldiği, söz konusu dönemde; enflasyonun % 21 ve kur artışının ise, % 23 olduğu, şirketlerin 2002 yılı torbalı çimento maliyetlerinin yıl boyunca neredeyse stabil olmasına rağmen, fiyatların oldukça değişken bir seyir izlediği, söz konusu fiyat artışlarının maliyetlerden bağımsız olarak gerçekleştirildiği, yine 2003 yılının Haziran – Aralık döneminde, Körfez Bölgesi ile Aydın, İzmir ve Manisa illeri başta olmak üzere diğer illerde de torbalı çimento pazarlarında, benzer şekilde maliyetlerde bir değişme olmamasına rağmen fiyatlarda ani yükselme başladığı, bu durum, fiyat artışlarına yönelik rakipler arası anlaşmaların gerçekleştiği pazar özelliklerine benzerlik gösterip, uyumlu eyleme karine teşkil ettiği; öte yandan diğer bölgelere göre Ege Bölgesi'nde, fiyatların yüksek olduğu şikayetleri dikkate alınarak, Ege Bölgesi fiyatları ile Ankara bölgesi fiyatlarının karşılaştırılması sonucunda; Ege Bölgesi fiyatlarının, Ankara çimento fiyatlarına göre zaman zaman % 65' daha fazla olduğu, bir firma yetkilisine ait yazıdan, İzmir İlinde 23 Temmuz'da toplanıldığı, soruşturma kapsamındaki başka firmada yapılan yerinde incelemede bulunan "işin tarifi" başlıklı bir belgeden ise; kâr hedefli marjinal pazar uygulamalarını düzenlemesi, vade - prim - yıl sonu priminin saptanması, pazarda eşit fiyatlı mal olma ilkesinin benimsenmesi, bölge dışı fabrikaların uygulamalarına karşı müşterek kararlar alınması "işin" organizasyonunun, sekretaryasının kimler tarafından yapılacağı gibi konuların belirlendiği, ayrıca davacı şirketin; bayileri ile arasında akdedilen ve 1998- 2004 yıllarında yürürlükte bulunan standart yetkili satıcılık anlaşmalarından "Tek Elden Dağıtım Anlaşması"nın aktif satış yasağını düzenleyen hükümünün genişletilip, "Tek Elden Satın Alma Anlaşması" bakımından ise, aktif satışları dahi kısıtlama imkanı bulunmadığı halde, bu bayiler bakımından da bölgesel kısıtlama getirilerek, uygulamada bölge dışına yapılacak aktif ve pasif satışların yasaklandığı tespitleri yapıldığı,

Dava konu karar ile; soruşturma kapsamındaki şirketlerin, tüm Ege Bölgesi torbalı çimento pazarında uyumlu eylem halinde fiyat tespit ettiklerine, bu nedenle davacı şirkete;

4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin 2. fıkrası uyarınca 2002 yılı net satışlarının takdiren %3'ü olmak üzere 2.769.394.92- YTL, Kanun'un 4. maddesini ihlal eder nitelikteki söz konusu anlaşmalar nedeniyle, %0,2 oranında olmak üzere 184.626,33 YTL idari para cezası verilmesine,

"Tek Elden Dağıtım Anlaşması" ve "Tek Elden Satın Alma Anlaşması" adları altında akdettiği standart yetkili satıcılık anlaşmalarının, uygulamalar ile birlikte değerlendirildiğinde 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal eder nitelikte olduğuna ve 1997/3, 1997/4 sayılı Tebliğlerle sağlanan grup muafiyetinden ve "Tek Elden Dağıtım Anlaşması"nın 2002/2 sayılı Tebliğlerle sağlanan grup muafiyetinden yararlanamayacağına,

4054 sayılı Kanun'un 9. maddesi uyarınca, rekabetin tesisi ve ihlalden önceki durumun korunmasını teminen, ihlale son verilmesi gereğinin bildirilmesine karar verildiği anlaşılmaktadır.

Dosyada bulunan fiyat grafikleri ile diğer bilgi ve belgeler incelendiğinde; 2002 ve 2003 yıllarında Ege Bölgesi torbalı çimento pazarındaki paralel fiyat artışlarının, pazarın oligopolistik yapısı ile izah edilemeyeceği, fiyatların uyumlu eylem halinde tespit edildiğinin destekleyici bulgularla da ortaya konulduğu, davacının açıklamalarının ise uyumlu eylem içinde olunmadığının ispatı için yeterli olmadığı, uygulamada bölge dışına yapılacak aktif ve pasif satışların yasaklandığı,bölgelerde münhasırlık bulunmadığı dikkate alındığında davacının aktdettiği standart yetkili satıcılık anlaşmalarının da 2002/2 sayılı Tebliğin sağladığı muafiyetten yararlanamayacağı, sonucuna ulaşılmakta olup, kararın davacıya ilişkin kısmının 2002 yılı sonunda oluşan gayri safi gelirlerinin esas alınarak idari para cezası verilmesi dışında, hukuka uygun bulunduğu görülmektedir.

Davacının bu kısma ilişkin iddialarında ise isabet bulunmamaktadır.

Öte yandan; 4054 sayılı Yasanın işlem tarihinde yürürlükte bulunan 16. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "...yasaklanmış olan davranışları gerçekleştirdiği, bir yıl önceki mali

yıl sonunda oluşan yıllık gayri safi gelirinin yüzde onuna kadar para cezası" verilebileceği yolundaki hüküm, 8.2.2008 tarihli ve 26781 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 5728 sayılı Yasanın 472. maddesi ile"...nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idarî para cezası verilir." şeklinde değiştirilmiş,

Yine 5728 sayılı Yasanın 474. maddesi ile 4054 sayılı Yasanın 55. maddesinde yapılan düzenleme sonucu ise "Kurul kararlarına karşı yargı yoluna başvurulması kararların uygulanmasını ve idarî para cezalarının takip ve tahsilini durdurmaz." kuralı getirilmiştir.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun "Genel Kanun Niteliği" başlıklı 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 da uygulanacağı ;

"Zaman Bakımından Uygulama" başlıklı 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının gönderme yaptığı, 5237 sayılı Türk Ceza Kanu'nunun 7. maddesinin (2) numaralı fıkrasında ise; "Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur." hükmü yer almıştır.

Yukarıda değinilen yasal hükümler karşısında; rekabet ihlali nedeniyle verilecek idari para cezasının hesaplanmasında esas alınacak mali yılın bu dava konusu nihai karardan bir önceki mali yıl olduğunda, ilgili lehine bir durum oluşması halinde, Rekabet Kurulu'nca verilen idari para cezalarına karşı yargı yoluna başvurulmasının kararların uygulanmasını ve idarî para cezalarının takip ve tahsilini durdurmayacağı da dikkate alındığında, davacı şirketin ilgili yıllara ilişkin yıllık gayri safi gelirlerinin incelenerek değerlendirilmesinden sonra davacının lehine olan mali yılın gayri safi gelirleri dikkate alınarak idari para cezası yönünden yeniden bir karar verilmesinin gerekmekte olduğu açıktır.

Açıklanan nedenlerle 19.10.2006 tarih ve 06-77/992-287 sayılı kararın davacı şirkete idari para cezası verilmesine ilişkin kısmı yönünden iptali, davaya konu diğer kısımları yönünden ise davanın reddi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce, duruşma için önceden belirlenen 26.05.2009 tarihinde davacı vekili Av. Dr. ... ile davalı Kurum vekili Av. ...'ın geldikleri, Danıştay Savcısının hazır bulunduğu görülmekle açık duruşmaya başlandı. Taraflara usulüne uygun olarak söz verilip dinlendikten ve Danıştay Savcısı'nın düşüncesi alındıktan sonra, taraflara son kez söz verilip duruşma tamamlandı. Aynı gün yapılan ara kararı gereğinin taraflarca yerine getirilmesi üzerine dava dosyası incelenerek gereği görüşüldü;

Dava, Ege Bölgesi torbalı çimento pazarında faaliyet gösteren aralarında davacı şirketin de bulunduğu teşebbüslerin uyumlu eylem halinde fiyat tespit etmek suretiyle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesini ihlâl ettikleri, ayrıca davacı şirketin bayilerle yaptığı anlaşmaların da 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine aykırı bulunduğu belirtilerek, aynı Kanun'un 16. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca idarî para cezası verilmesine ilişkin Rekabet Kurulu'nun 19.10.2006 tarih ve 06-77/992-287 sayılı kararının davacı şirkete yönelik kısımlarının iptali istemiyle açılmıştır.

Davacı şirketin, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin son iki fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğu iddiası ciddî bulunmamıştır.

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,

Bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder.

Ekonominin ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir" 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 yasaklandığı gibi, "uyumlu eylem" ilkesi getirilerek, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemlerinin hukuka aykırı ve yasak olduğu, bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesinin, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil edeceği, ekonomik ve rasyonel gerekçelere dayanmak koşuluyla taraflardan her birinin uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabileceği vurgulanmıştır.

4054 sayılı Kanun'un davaya konu eylem ve işlem tarihinde yürürlükte bulunan "Para Cezaları" başlıklı 16. maddesinin ikinci fıkrasında ise; 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.

Bu yasal düzenleme karşısında, Rekabet Kurulu'nca 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinde belirtilen yasak fiil ve davranışlarda bulunduğu saptananlara, eylem tarihi dikkate alınarak para cezası verileceği açık olup, para cezası uygulamasının; yasak fiil ve davranışın saptanarak soruşturmanın açıldığı tarihte devam eden ihlaller yönünden, soruşturmanın açıldığı tarihin eylem tarihi olarak kabul edilerek, bu tarihten bir yıl önceki malî yıl sonunda oluşan yıllık gayri safî gelirleri üzerinden, yasak fiil ve davranışın belli bir dönemi kapsadığı, diğer bir deyişle, soruşturmanın açıldığı tarihden önce yasak fiil ve davranışın sona erdiği durumda ise, son eylem tarihinden bir yıl önceki malî yıl sonunda oluşan yıllık gayri safî gelirleri üzerinden yapılması gerekli bulunmaktadır.

Dava dosyası ile Dairemizin E:2005/7388 sayılı dava dosyasına ekli işlem dosyasındaki bilgi ve belgelerin birlikte incelenmesinden; Ege Bölgesi çimento pazarında, İzmir-Merkez'de kurulu … Çimento Fabrikası Türk A.Ş. ve … Çimento Sanayii A.Ş., Aydın/Söke'de kurulu … Çimento Sanayii T.A.Ş., Denizli-Merkez'de kurulu … Çimento Sanayii Ticaret A.Ş. ve Çanakkale-Merkezde kurulu Akçansa Çimento Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin faaliyet göstermekte olduğu, … Çimento Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin Çanakkale merkezli olması nedeniyle bölgeye uzak görünmesine karşın, Çanakkale Fabrikası aracılığıyla Kuzey Ege'de, İzmir/Aliağa'daki terminali aracılığıyla da İzmir'de faaliyet gösterdiği, dolayısıyla Ege Bölgesi'nde çimento arzının bu teşebbüsler tarafından sağlandığı, teşebbüslerden alınan satış fiyatları incelendiğinde, 2002 yılında Ocak-Nisan aylarında fiyatlar düşerken, bu tarihten itibaren Ege Bölgesi genelinde büyük bir ivmeyle artmaya başladığı ve 4 ay gibi kısa bir sürede bazı teşebbüslerin torbalı çimento fiyatlarını iki katına çıkardığı, söz konusu dönemde enflasyon ve kur artışlarının % 20 civarındayken, teşebbüslerin maliyetlerinde de bir değişmenin olmadığı, 2003 yılında da benzer bir şekilde, maliyetlerde bir değişme olmamasına rağmen, Haziran ayında fiyatlarda ani bir yükselmenin başladığı, yapılan fiyat artışlarının maliyetlerden kaynaklanmadığı, bu durumun, fiyat artışlarına yönelik rakipler arası anlaşmaların gerçekleştiği pazar özelliklerine benzerlik gösterip, uyumlu eyleme karine teşkil etmekte olduğu, Ege Bölgesi'ndeki çimento fiyatlarının oldukça yüksek olmasının, zaman zaman başka bölgelerden bölgeye çimento getirilmesini cazip hale getirdiği, oysaki çimento gibi yükte ağır pahada hafif ürünlerde nakliye maliyeti oldukça önemli bir yer tuttuğundan, satış yapılabilecek bölgelerin 200–300 km ötesine geçememesi gerektiği, bu kapsamda Ege Bölgesi fiyatlarının Ankara çimento pazarı ile karşılaştırılması sonucunda, Ege Bölgesi'nde, Ankara çimento fiyatlarından zaman zaman %65'lere ulaşan daha yüksek fiyatların oluştuğunun görüldüğü, bu denli yüksek fiyat farklılıklarının, Ege Bölgesi torbalı çimento pazarında rekabetin bozulduğuna, paralel fiyat artışlarının uyumlu eylem halinde rekabetin ihlâl edildiğine işaret ettiği, bu şekilde aralarında davacı şirketin de bulunduğu teşebbüslerin, 2002 yılı Nisan ve 2003 yılı Haziran ayından başlayarak Ege Bölgesi torbalı çimento pazarında uyumlu eylem halinde fiyat tespiti yaparak 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlâl ettikleri sonucuna varılmaktadır.

Öte yandan, yine işlem dosyasında yer alan belgelerden; davacı şirketin bayilik anlaşmalarının, Tek Elden Dağıtım Anlaşması (TEDA) ve Tek Elden Satım Anlaşması (TESA) olarak adlandırılan iki tip sözleşmeden oluştuğu, bu sözleşmelerin 1997/3 ve 1997/4 sayılı Tebliğ'lere göre hazırlandığı, teşebbüs yetkililerinin de ifade ettiği üzere, şirket merkezinin bulunduğu bayilerle TESA, bunun dışındaki bayilerle ise TEDA anlaşmalarının yapıldığı, davacı şirket ile bayiler arasında akdedilen TEDA'daki aktif satış yasağının genişletilerek, pasif satışları da kapsadığının, TESA bakımından ise, aktif satışları dahi kısıtlama imkânı bulunmazken, bu bayiler bakımından da bölgesel kısıtlama getirildiğinin görüldüğü, uygulamalarla birlikte değerlendirildiğinde, dikey anlaşmalar yoluyla, yetkili satıcıların davacı şirket ürünleri ile rekabet halindeki ürünleri üretmesi ve satmasının yasaklanmak suretiyle rekabet yasağı getirildiği ve yetkili satıcıların belirli bölgeler dışına aktif ya da pasif satış yapmasının engellendiği, ayrıca, söz konusu kısıtlamaların uygulanmasının çeşitli şekillerde denetlendiği ve aykırı davrananlar için yaptırım uygulandığı, dolayısıyla, bu anlaşmalar yoluyla getirilen dikey kısıtlamaların, rekabeti bozucu amaç ve etkiye sahip olduğu ve bu suretle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlâl ettiği, bu aşamada sözleşmelerin 2002/2 sayılı Tebliğ çerçevesinde de değerlendirilmesi gerektiği, 2002 yılı içinde 1997/3, 1997/4 ve 1998/7 Sayılı Tebliğler yürürlükten kaldırılarak, bunların yerine 14.07.2002 tarihinde yürürlüğe giren 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin yürürlüğe girdiği ve bu Tebliğ'le dikey anlaşmalar bakımından yeni bir grup muafiyeti sisteminin getirildiği, bu Tebliğ'in geçici 1. maddesine göre, Tebliğ'in yürürlüğe girdiği tarihte uygulanmakta olan ve bu Tebliğ'le kaldırılan Tebliğ'lerden herhangi birisine göre grup muafiyeti kapsamında olan anlaşmaların yeni Tebliğ'e uyarlanabilmesi için bir yıllık bir geçiş

sürecinin öngörüldüğü, ancak, 2002/2 sayılı Tebliğ'le ilga edilen Tebliğ'lere göre muafiyet tanınamayacak durumdaki anlaşmalar bakımından söz konusu geçiş sürecinden yararlanma imkânının bulunmadığı, anlaşmaları 2002/2 sayılı Tebliğ'in kapsamı dışına çıkaracak olan hükümler incelendiğinde, anlaşmalardaki satış bölgesinin ve nihaî satış fiyatının belirlenmesine dair olan sınırlamaların, Tebliğ'e uygunluğu ortadan kaldıran ağır sınırlamalar ve herhangi bir anlaşmada söz konusu sınırlamaların bulunması halinde, söz konusu anlaşmanın tamamını muafiyet kapsamı dışına çıkarmakta olduğu, davacının satış sistemine bakıldığında, TEDA'ların yanı sıra TESA'lar bakımından da bölge sınırlaması getirildiği ve bölge dışına yapılacak aktif ve pasif satışların yasaklandığı görüldüğünden, bu anlaşmaların 2002/2 sayılı Tebliğ'in sağladığı muafiyetten yararlanamayacağı, bu uygulamalarla davacı şirketin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlâl ettiği anlaşılmaktadır.

Rekabet Kurulu'nca bu durumun saptanması üzerine, usulüne uygun olarak yürütülen soruşturma neticesinde davacı şirkete, uyumlu eylemde bulunmaktan ötürü, 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, soruşturmanın 24.04.2003 tarihinde açıldığı dikkate alınarak, 2002 yılı sonunda oluşan gayri safi gelirinin takdiren %3'ü oranında idarî para cezası; bayilerle yaptığı anlaşma nedeniyle de yine aynı hüküm uyarınca 2002 yılı sonunda oluşan gayri safi gelirinin %0,2'si oranında idarî para cezası verilmesi yoluna gidilmiştir.

Ancak, 4054 sayılı Kanun'un işlem tarihinde yürürlükte bulunan 16. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan, yasaklanmış olan davranışların gerçekleştirildiği tarihten bir yıl önceki malî yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirinin yüzde onuna kadar para cezası verileceği yolundaki hüküm, 08.02.2008 tarihli ve 26781 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 5728 sayılı Kanun'un 472. maddesi ile "Bu Kanunun 4, 6 ve 7 nci maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihaî karardan bir önceki malî yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihaî karar tarihine en yakın malî yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idarî para cezası verilir." şeklinde değiştirilmiştir.

Diğer taraftan, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun "Genel Kanun Niteliği" başlıklı 3. maddesinde; bu Kanun'un idarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde, diğer genel hükümlerinin, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanacağı, "Zaman Bakımından Uygulama" başlıklı 5. maddesinin 1. fıkrasının göndermede bulunduğu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 7. maddesinin 2. numaralı fıkrasında ise; suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümlerinin farklılığı halinde, failin lehine olan kanunun uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

Bu yasal düzenlemeler uyarınca, 4054 sayılı Kanun 16. maddelerinin ikinci fıkrasında yapılan değişikliğin davacı lehine bir sonuç doğurup doğurmadığı önem arzetmektedir.

Davacı şirkete, 4054 sayılı Kanun'un işlem tesis tarihinde yürürlükte olan 16. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, süregelen eylemin saptandığı tarih olan, soruşturmanın açıldığı 24.04.2003 tarihinden bir önceki mali yıl olan 2002 yılı gayri safi geliri üzerinden para cezası verildiğinden, anılan maddede yapılan değişiklik uyarınca ise, nihai karar tarihi olan 19.10.2006 tarihinden bir önceki mali yıl olan 2005 yılı gayri safi geliri üzerinden para cezası verilmesi gerektiğinden, Dairemizin 26.05.2009 tarihli ara kararı ile taraflardan, davacı şirketin 2005 yılı gayri safi geliri sorulmuş olup, gelen yanıtlarla dosyada mevcut 2002 yılı gayri safi gelirinin karşılaştırılmasından, daha düşük olduğu belirlenen 2002 yılı gayri safi geliri üzerinden para cezası verilmesinin davacı şirketin lehine bulunduğu, diğer bir deyişle, 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin ikinci fıkrasında daha sonra yapılmış olan değişikliğin davacı şirket lehine bir durum yaratmadığı saptanmıştır.

Bu durumda; Ege Bölgesi çimento pazarında faaliyet gösteren aralarında davacı şirketin de bulunduğu teşebbüslerin uyumlu eylem halinde fiyat tespit etmek suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlâl ettikleri, ayrıca davacı şirketin bayilerle yaptığı anlaşmaların da 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine aykırı bulunduğu açık olduğundan, davacı şirkete, aynı Kanun'un işlem tesis tarihinde yürürlükte olan 16. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca 2002 yılı sonunda oluşan yıllık gayri safî gelirlerinin %3 ve %0,2'si üzerinden idarî para cezası verilmesine ilişkin dava konusu Rekabet Kurulu kararında hukuka aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle; davanın reddine, aşağıda dökümü yapılan 128,40-TL yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca 1.250-TL avukatlık ücretinin davacıdan alınarak davalıya verilmesine, artan posta ücretinin istemi halinde davacıya iadesine, 19.10.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.