

DANIşMA VE İDARİ UYUşMAZLIKLAR İLE MEMURLAR VE DİĞER KAMU GÖREVLİLERİNİN
YARGILANMALARINA İLİşKİN KARARLAR

BİRİNCİ DAİRE KARARLARI

DANIşMA VE İDARİ UYUşMAZLIKLARA İLİşKİN KARARLAR

T.C.
DANIşTAY
Birinci Daire

Esas No : 2011/962

Karar No : 2011/1096

Özeti : Belediyenin, Tıbbi Atıkların Kontrolü Yönetmeliğine uygun olarak tıbbi atıkların toplanması, taşınması ve bertaraf edilmesi için uygun teknoloji ve bertaraf yönteminin seçilmesi, gerekli alt yapı ve tesislerin kurdurulması ve işlettirilmesi işinin 49 yıllığına imtiyaz yolu ile sürdürülmesi hususunda görüş bildirilmesi isteminin, hukuki mahiyetinin anlaşılammaması nedeniyle incelenmeksizin reddi hakkında.

Büyükşehir Belediyesinin görev ve sorumlulukları arasında bulunan tıbbi atıkların, Tıbbi Atıkların Kontrolü Yönetmeliğine uygun olarak toplanması, taşınması ve bertaraf edilmesi için uygun teknoloji ve bertaraf yönteminin seçilmesi, gerekli altyapı ve tesislerin kurdurulması ve işlettirilmesi ile ilgili söz konusu işin 49 yıllığına imtiyaz yolu ile sürdürülmesi için; 5393 sayılı Belediye Kanununun 15 inci maddesi doğrultusunda görüş bildirilmesi istemine ilişkin Ankara Büyükşehir Belediyesi Başkanlığının 23.5.2011 tarih ve 534-2219 sayılı yazısında aynen;

"5216 Sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanununun 7. maddesinin (ı) fıkrasında 'sanayi ve tıbbi atıklara ilişkin hizmetleri yürütmek, bunun için gerekli tesisleri kurmak, kurdurmak, işletmek veya işlettirmek...' Büyükşehir Belediyesinin görevleri arasında belirtilmiştir.

22.07.2005 tarih ve 25883 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Tıbbi Atıkların Kontrolü Yönetmeliğinin 9. Maddesinde; 'Belediyeler;

a) Tıbbi atıkların geçici atık depolarından veya konteynırlarından alınarak toplanması, taşınması, sterilizasyon işlemine tabi tutulması ve bertarafı ile ilgili detayları içeren Tıbbi Atık Yönetim Planı'nı hazırlamak, uygulamak ve halkın bilgilendirilmesini sağlamakla,

b) Tıbbi atıkları geçici atık depolarından alarak bertaraf sahasına taşımak/taşıtırmakla,

c) Tıbbi atık bertaraf/sterilizasyon tesislerini kurmak/kurdurmak, işletmek/işlettirmekle,

d) Kuracakları tıbbi atık bertaraf tesisleri ile sterilizasyon tesisleri için ön lisans/lisans almakla,

e) Tıbbi atık taşıma araçları için taşıma lisansı almakla,

f) Geçici atık depolarına yapı ruhsatı vermekle,

g) Tıbbi atıkların yönetimiyle görevli personelini periyodik olarak eğitmekle/eğitimini sağlamakla,

h) Tıbbi atıkların yönetimiyle görevli personelin özel giysilerini sağlamakla,

i) Sağlık kuruluşlarından toplanan, taşınan ve bertaraf edilen tıbbi atık miktarlarını kayıt altına almak, bu bilgileri yıl sonu itibarı ile valiliğe göndermek ve talep edilmesi halinde

Bakanlığın incelemesine açık tutmakla, yükümlüdürler' şeklinde düzenlenmiş yine aynı yönetmeliğin 31. maddesinde ise;

'Tıbbi atıkların sterilizasyon işlemine tabi tutularak zararsız hale getirilmesi, yakılması veya depolanması suretiyle bertaraf edilmesi ile bu işlemlerin belgelendirilmesinden büyükşehirlerde büyükşehir belediyeleri, büyükşehir belediyesi olmayan yerlerde ise belediyeler veya yetkilerini devrettiği kişi ve kuruluşlar müteselsilen sorumludur.

Tıbbi atık bertaraf tesisi işletmecisi kişi, kurum ve kuruluşlar, tıbbi atıkların bertarafı ile görevli personeli periyodik olarak eğitmek, sağlık kontrolünden geçirmek ve diğer koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdürler' şeklindedir.

5393 Sayılı Belediye Kanununun Belediye meclisinin görev ve yetkilerini düzenleyen 18 maddesinin (j) bendinde 'Belediye adına imtiyaz verilmesine ve belediye yatırımlarının yap-işlet veya yap-işlet devret modeli ile yapılmasına; belediyeye ait şirket, işletme ve iştiraklerin özelleştirilmesine karar vermek' denilmektedir. Aynı Kanunun 15. maddesinde ise ' Belediye, (e), (f) ve (g) bentlerinde belirtilen hizmetleri Danıştay'ın görüşü ve İçişleri Bakanlığının kararıyla süresi 49 (kırkdokuz) yılı geçmemek üzere imtiyaz yoluyla devredilebilir; toplu taşıma hizmetlerini imtiyaz veya tekel oluşturmayacak şekilde ruhsat vermek suretiyle yerine getirebileceği gibi toplu taşıma hatlarını kiraya verme veya 67 nci maddedeki esaslara göre hizmet satın alma yoluyla yerine getirebilir' hükmü yer almaktadır.

Yukarıda belirtilen mevzuat çerçevesinde Ankara Büyükşehir Belediye Meclisince 15/04/2011 tarih ve 1085 Karar no'lu Belediye Meclis kararı alınmış olup Büyükşehir belediyesinin görev ve sorumlulukları arasında bulunan tıbbi atıkların; Tıbbi Atıkların Kontrolü Yönetmeliğine uygun olarak toplanması, taşınması ve bertaraf edilmesi için uygun teknoloji ve bertaraf yönteminin seçilmesi, gerekli altyapı ve tesislerin kurdurulması ve işlettilmesi ile ilgili söz konusu işin 49 yıllığına imtiyaz yolu ile sürdürülmesi için; 5393 sayılı Belediye Kanununun 15. maddesi doğrultusunda görüşlerinizin bildirilmesi hususunu arz ederim."

Gereği Görüşülüp Düşünüldü :

Ankara Büyükşehir Belediyesi Başkanlığının yukarıda aynen yer verilen yazısında, Tıbbi Atıkların Kontrolü Yönetmeliğine uygun olarak tıbbi atıkların toplanması, taşınması ve bertaraf edilmesi için uygun teknoloji ve bertaraf yönteminin seçilmesi, gerekli altyapı ve tesislerin kurdurulması ve işlettilmesi ile ilgili söz konusu işin 49 yıllığına imtiyaz yolu ile sürdürülmesine ilişkin görüş bildirilmesi istenmektedir.

2575 sayılı Danıştay Kanununun 23 üncü maddesinin (e) ve 42 nci maddesinin (f) bentleri hükümlerine göre Danıştayca istişari mahiyette incelenerek düşünce bildirilecek işlerin Cumhurbaşkanlığı veya Başbakanlık tarafından gönderilmesi gerekmektedir.

Diğer taraftan aynı Kanunun 23 üncü maddesinin (d) ve 42 nci maddesinin (c) bentleri uyarınca kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında düşünce bildirilmesi görevi Dairemize verilmiş ise de, düşünce istemine konu yazıda tıbbi atıkların toplanması, taşınması ve bertaraf edilmesi işinin imtiyaz yoluyla devredilmesi amacıyla hazırlanmış ve taraflarca parafe edilmiş bir imtiyaz sözleşmesi metninin yazıya eklenmediği görülmektedir.

Bu nedenle Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığının hukuki mahiyetinin ne olduğu anlaşılamayan istemi üzerine görüş bildirilmesine olanak bulunmadığından istemin incelenmeksizin reddine, dosyanın Danıştay Başkanlığına sunulmasına 1.7.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KAMULAŞTIRMA

T.C.
DANIŞTAY
Birinci Daire

Esas No : 2011/726

Karar No : 2011/1059

Özeti : 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 30 uncu maddesi uyarınca yapılacak devir isteminde, istem konusu binanın zemininden ayrı olarak mülkiyet devrine konu edilemeyeceği hakkında.

Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı ile aralarında çıkan uyuşmazlığın 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 30 uncu maddesi hükmüne göre çözümlenmesi isteğine ilişkin Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğünün 25.4.2011 tarihli dilekçesinde aynen:

1- Mülkiyeti Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığına ait "Bolu İli, Merkez İlçesi, Karamanlı Mahallesi Konuralp Caddesi, ... Ada, ... parselde kayıtlı 1.289,85 m2 arsa üzerinde kain bina, davalı idarenin yeni hizmet binasına taşınması nedeniyle halen boş ve atıl durumdadır. (Ek-1)

Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından tahliye edilen söz konusu taşınmazın müvekkil Kurum Bolu Bölge Müdürlüğü Hizmet Binası olarak kullanılmak üzere, müvekkil Kuruma devri talep edilmiş, davalı idarenin devrin ancak 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 30. Maddesi kapsamında mümkün olacağına bildirilmesi üzerine "Kamu Yararı Kararı" alınmıştır. (Ek-2)

2- Söz konusu taşınmazın; 26.3.2010 tarih ve 82 sayılı Bakan onaylı kamu yararı kararı doğrultusunda Kamulaştırma Kanunu'nun 8. maddesi uyarınca tespit edilen KDV hariç 760.000,00 TL bedel mukabilinde, aynı Kanunun 30. maddesi uyarınca müvekkil Kuruma devri için gerekli muvafakatin verilmesi Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığından talep edilmiştir. (Ek-3)

Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığının 22.2.2011 tarih ve 191360053 sayılı cevabi yazısı ile taşınmaza Kurumlarının ihtiyacı bulunduğu belirtilerek gerekli muvafakat verilmemiştir. (Ek-4)

3- 351 sayılı Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Kanunu'nun 2'nci maddesi uyarınca "Kurumun amacı; yurt içinde ve dışında yüksek öğrenim gören öğrencilere bu kanun gereğince kredi vermek, yurtlar yaptırmak ve yurt işletmesini sağlamak suretiyle Türk gençlerinin yüksek öğrenimlerini, sosyal ve kültürel gelişimlerini kolaylaştırmaktır."

Bu amaçla ülke genelinde 281 Yurt Müdürlüğünde yaklaşık 249.076 öğrenci kapasitesi ile pek çoğu dar gelirli üniversite öğrencilerine barınma hizmeti verilmektedir. Müvekkil Kurum, ayrıca üniversite öğrencilerine 5102 sayılı Kanun gereği karşılıksız burs, 351 sayılı Kanun gereği öğrenim kredisi ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu gereğince katkı kredisi vermektedir. Müvekkil Kurum kar gayesi bulunmayan, sosyal amaçlı bir kurum olup, büyük oranda genel bütçeden sübvansede edilmektedir.

Müvekkil Kurum Bolu, Sakarya, Kocaeli ve Düzce İllerindeki Yurt Müdürlüklerinin bağlı bulunduğu Bolu Bölge Müdürlüğü hizmet binası 1999 depreminde gördüğü hasar üzerine alınan teknik rapor doğrultusunda yıkılmış (Ek-5) ve Bolu İl merkezinde hizmet binası olarak kullanmaya müsait bina bulunmaması sebebiyle, geçici olarak Abant Öğrenci Yurdunun bir bloğunda hizmet vermek zorunda kalmıştır.

Toplam 14 yurt müdürlüğünün bağlı bulunduğu müvekkil Kurum Bolu Bölge Müdürlüğü; hizmet binası olmaması nedeniyle, halen Bolu Abant Yurt Müdürlüğü içerisinde hizmet vermeye çalışmaktadır. (Ek-6) Bolu Bölge Müdürlüğünün müstakil bir hizmet binasına

taşınması halinde, boşalttığı yurt bloğunda 180 öğrencinin daha barınması mümkün hale gelebilecektir.

Bolu İl Merkezinde öğrenci yoğunluğu hat safhada olup, il merkezindeki tüm yurtlar tam kapasite hizmet vermektedir. Özellikle öğretim dönemi başında yoğun öğrenci talebi karşılanamamakta ve çok sayıda öğrenci aylarca yedek sırada beklemekte, pek çoğu zorunlu olarak yüksek ücretli özel yurtlara kayıt yaptırmak veya ev tutmak zorunda kalmaktadır. Abant Yurt Müdürlüğü, 372 kız + 312 Erkek olmak üzere toplam 684 öğrenci kapasiteli olmasına rağmen Bolu Bölge Müdürlüğünün bir blokta hizmet vermesi sebebiyle 252 Kız+ 252 Erkek olmak üzere toplam 504 öğrenci kapasitesiyle hizmet vermektedir. Dolayısıyla istemimizin kabulü halinde 180 üniversite öğrencisine daha Devlet güvencesi altında ve sağlıklı koşullarda barınma imkanı sağlanmış olacaktır.

4- Davalı idare ise yeni bir hizmet binasına taşınmış olup, dava konusu taşınmaza hiçbir ihtiyacı bulunmamaktadır. Nitekim bina tahliye edildiği tarihten bu yana boş va atıl olarak tutulmaktadır.

Bu itibarla üstün kamu yararı gereği ve davalının devre muvafakat etmemesi sebebiyle Kamulaştırma Kanununun 30' uncu maddesi uyarınca iş bu davayı açma zarureti hasıl olmuştur.

5- Konu ile ilgili diğer bilgi ve belgeler ekte gönderilmektedir.(Ek-7)

Hukuki Nedenler : 2942 sayılı Kanun, 2575 ve 2577 sayılı Kanunlar ve ilgili tüm mevzuat

Deliller : Tapu kaydı, kamu yararı kararı, ekli belgeler, yazışmalar ve yıkım kararı, yurt kapasite tabloları, kroki, fotoğraf ve ilgili her türlü delil.

Sonuç Ve İstem : Yukarıda arz ve izah edilen ve re'sen belirlenecek diğer sebepler gereğince, davalı idareye ait Bolu İli Merkez ilçesi, Karamanlı Mahallesi Konuralp Caddesi ... ada, ... parselde kayıtlı 1.282,85 m2 arsa üzerindeki bulunan binanın 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 30'uncu maddesi uyarınca müvekkil Kuruma devrine karar verilmesini vekaleten arz ve talep ederiz." denilmekte olduğundan konu incelenerek;

Gereği Görüşölüp Düşünüldü :

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

Dosyanın incelenmesinden, Bolu İli, Merkez İlçesi, Karamanlı Mahallesi, Konuralp Caddesi, ... ada, ... parsel sayılı, 1.289,85 m2 yüzölçümlü taşınmaz üzerinde bulunan ve geçmişte Bağ-Kur İl Müdürlüğünce hizmet binası olarak kullanılan binanın, Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğü Bolu Bölge Müdürlüğünce hizmet binası olarak kullanılmak üzere Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğü tarafından 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 30 uncu maddesi uyarınca Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığından devrinin istenildiği, söz konusu Başkanlığın taşınmaza ihtiyacı bulunduğunu belirterek devre muvafakat etmemesi üzerine uyuşmazlığın çözümü için Dairemize başvurulduğu anlaşılmaktadır.

Türk Medeni Kanununun 684 üncü ve 718 inci maddelerinde, bir şeye malik olanın onun bütünüleyici parçalarına da malik olacağı, bir arazi üzerindeki mülkiyetin, kullanılmasında yarar olduğu ölçüde, üstündeki hava ve altındaki arz katmanlarını kapsayacağı, bu mülkiyetin kapsamına yapılar, bitkiler ve kaynakların da gireceği hükme bağlandığından, bütünüleyici parçaların zeminden ayrı tutulmak suretiyle mülkiyete ve dolayısıyla 2942 sayılı Kanunun 30 uncu maddesi kapsamında mülkiyet devrine konu olmaları olanaklı değildir.

Bu durumda, Bolu İli, Merkez İlçesi, Karamanlı Mahallesi, Konuralp Caddesi, ... ada, ... parsel sayılı taşınmaz üzerinde bulunan binanın, zeminden ayrı olarak taşınmaz mülkiyetine konu edilerek devrine hukuken olanak bulunmadığından, istemin incelenmeksizin reddine ve dosyanın Danıştay Başkanlığına sunulmasına 29.6.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

MEMURLAR VE DİĞER KAMU GÖREVLİLERİNİN YARGILANMALARINA İLİŞKİN KARARLAR

T.C. DANIŞTAY

Birinci Daire

Esas No : 2011/583

Karar No : 2011/760

Özeti : 657 sayılı Harita Genel Komutanlığı Kanunu'nun Ek 3' üncü maddesine aykırı davranan şüphelilerin yargılanmaları gerektiği hakkında.

KARAR

Şüpheliler :

- 1-... - Hitit Üniversitesinde İngilizce Okutmanı
- 2- ... - Hitit Üniversitesinde İngilizce Okutmanı
- 3- ... -Hitit Üniversitesinde İngilizce Okutmanı
- 4- ... - Hitit Üniversitesinde İngilizce Okutmanı

Suçları : Harita Genel Komutanlığından uygunluk onayı almadan harita bilgisi içeren kitap yayımlamak suretiyle 657 sayılı Harita Genel Komutanlığı Kanununa muhalefet etmek

Suç Tarihi : 2010 Yılı

İncelenen Karar : Hitit Üniversitesi Rektörlüğüne oluşturulan Kurulun ...'ün lüzum-u muhakemesine, ..., ... ve ... 'un men-i muhakemelerine ilişkin 15.3.2011 tarih ve 2011/01 sayılı kararı

Karara İtiraz Eden : ...

İnceleme Nedeni : Yasa gereği kendiliğinden ve itiraz üzerine

Hitit Üniversitesi Rektörlüğü'nün 30.3.2011 tarih ve 46-1386 sayılı yazısı ve eki soruşturma dosyası ile yukarıda belirtilen Kurul kararı ve bu karara hakkında lüzum-u muhakeme kararı verilen tarafından yapılan itiraz, Tetkik Hakimi Neslihan Solmaz'ın açıklamaları dinlenildikten sonra, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 53 üncü maddesi uyarınca incelendi;

Gereği Görüşölüp Düşünüldü :

657 sayılı Harita Genel Komutanlığı Kanununun Ek 3 üncü maddesinde, ülke menfaatlerine uygun olmayan ve uluslararası alanda istismar edilebilecek nitelikteki haritaların üretiminin ve kullanımının önlenmesi maksadıyla; kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişiler tarafından yurt içinde üretilecek, ithal edilecek veya yayımlanacak olan basılı ve sayısal her türlü kara ve hava haritaları, atlas, küre ile benzeri harita ve harita bilgisi içeren her türlü doküman için Harita Genel Komutanlığından uygunluk onayı alınacağı, uygunluk onayı alınmadan harita, atlas, küre ve benzeri dokümanı basanlar, dağıtanlar veya yayımlayanların adli para cezası ile cezalandırılacağı, uygunluk onayı alınmadan basılan, dağıtılan veya yayımlanan dokümanlar, Türk milli menfaatlerini, Türk varlığını, Türkiye Cumhuriyeti'nin devleti ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü, Türklüğün tarihi ve manevi

değerlerini tehlikeye düşürecek nitelikte ise bu harita, atlas, küre ve benzeri dokümanı basanlar, dağıtanlar veya yayımlayanların, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, Üniversitede İngilizce Okutmanı olarak görev yapan şüphelilerin "Visual English For Real Learning" adıyla bir ders kitabı yayımladıkları, kitabın 6 ncı sayfasında yer alan Türkiye haritasında bazı illerin sınırlarımız dışında gösterildiği, harita bilgisi içeren kitap için Harita Genel Komutanlığından uygunluk onayı alınmadığı, söz konusu eyleme şüphelilerden ..., ... ve ...'ın kitabın yazarları, ...'un ise editörü olması nedeniyle dahil olduğu anlaşılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, mevcut delillerin, atılı suçtan dolayı ..., ..., ... ve ... hakkında kamu davası açılması gerektiği hususunda yeterli şüphe oluşturduğu anlaşıldığından, Hitit Üniversitesi Rektörlüğüne oluşturulan Yetkili Kurulun 15.3.2011 tarih ve 2011/01 sayılı kararının ...'ün lüzum-u muhakemesine ilişkin kısmının onanmasına; ..., ... ve ...'un men-i muhakemelerine ilişkin kısmının ise bozulmasına, adı geçenlerin lüzum-u muhakemelerine, şüphelilerin eylemlerine uyan Harita Genel Komutanlığı Kanununun Ek 3 üncü maddesi gereğince yargılanmalarına, yargılamanın Çorum Sulh Ceza Mahkemesinde yapılmasına, dosyanın Çorum Cumhuriyet Başsavcılığına, kararın birer örneğinin Hitit Üniversitesi Rektörlüğü ile itiraz edene gönderilmesine 20.5.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Birinci Daire

Esas No : 2011/924
Karar No : 2011/968

Özeti : Cumhuriyet Başsavcılığınca yapılan itiraz üzerine, incelenen ve karara bağlanan soruşturma izni verilmemesine ilişkin yetkili merci kararına şikayetçi tarafından yapılan itiraz hakkında, ayrıca karar verilmesine yer olmadığı hakkında.

KARAR

Hakkında Ön İnceleme Yapılanlar :

- 1-** ...-Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu Başkanı
- 2-** ...- Aynı yerde Başkan Yardımcısı
- 3-** ...-Aynı Yerde İnsan Kaynakları ve Destek Hizmetleri Daire Başkanı
- 4-** ...-Aynı Daire Başkanlığında Personel

İtiraz Edilen Karar : Hakkında ön inceleme yapılanların tümü için soruşturma izni verilmemesine ilişkin Devlet Bakanı ve Başbakan Yardımcısı ...'ın 23.12.2009 tarih ve 3864 sayılı kararı

Karara İtiraz Eden : Şikayetçi Türk Büro Sen vekili Av. ...

Soruşturulacak Eylemler :

1-Yetkili sendika olarak belirlenen şikayetçi Türk Büro - Sen Sendikasına üye olan 21 personelin üye bildirim formlarını, genel evrak kayıt biriminden geçirilmeden İnsan Kaynakları ve Destek Hizmetleri Daire Başkanlığına elden teslim etmek suretiyle Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu (TAPDK) kayıtlarına intikal ettirmek

2- Şikayetçi Türk Büro-Sen Sendikası işyeri temsilcilerine yönelik görevlendirme işlemlerinde hukuka aykırı davranmak

Eylem Tarihi : 2009 ve 2010 yılları

Ankara Bölge İdare Mahkemesinin şikayetçi Türk Büro-Sen vekili Av. ...'ın itirazının görev yönünden reddine ilişkin 21.4.2011 tarih ve E: 2011/21, K:2011/122 sayılı kararı ile gönderilen dosya, Devlet Bakanı ve Başbakan Yardımcısı ...'ın 23.12.2009 tarih ve 3864 sayılı kararı ve bu karara yapılan itiraz, Dairemizin 22.6.2011 tarih ve E: 2011/1084, K: 2011/971 sayılı birleştirme kararı da dikkate alınarak Tetkik Hakimi Sebahattin Ünal'ın açıklamaları dinlenildikten sonra 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun uyarınca incelendi;

Gereği Görüşölüp Düşünölldü :

Dosyanın incelenmesinden, Devlet Bakanı ve Başbakan Yardımcısı ...'ın 23.12.2009 tarih ve 3864 sayılı soruşturma izni verilmemesine ilişkin kararına, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından itiraz edilmesi üzerine Dairemizin 4.3.2011 tarih E:2011/100, K:2011/381 sayılı kararı ile itirazın kabulü ile eksik ön inceleme nedeniyle yetkili merci kararının kaldırılmasına ve eksikliklerin giderilmesi için dosyanın iadesine karar verildiği anlaşılmıştır.

Devlet Bakanı ve Başbakan Yardımcısı ...'ın 23.12.2009 tarih ve 3864 sayılı soruşturma izni verilmemesine ilişkin kararına, bu defa şikayetçi Türk Büro -Sen vekili Av. ... tarafından Ankara Bölge İdare Mahkemesine verilen 12.1.2011 tarihli dilekçeyle itiraz edildiği, söz konusu itirazın incelenmek üzere Bölge İdare Mahkemesinin 21.4.2011 tarih ve E: 2011/21, K: 2011/122 sayılı görev ret kararıyla Dairemize gönderildiği, ancak itiraz edilen yetkili merci kararının Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının itirazı üzerine Dairemizin 4.3.2011 tarih ve E: 2011/100, K: 2011/381 sayılı kararıyla kaldırıldığı anlaşıldığından, şikayetçi itirazı hakkında ayrıca karar verilmesine yer olmadığına, dosyanın Dairemizin 4.3.2011 tarih E:2011/100, K:2011/381 sayılı kararı ile yeniden ön inceleme yapılması için iade edilen dosya ile birleştirilmek üzere Devlet Bakanlığı ve Başbakan Yardımcılığına ... iadesine, kararın bir örneğinin itiraz eden vekiline gönderilmesine 22.6.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

**T.C.
DANIŞTAY
Birinci Daire**

Esas No : 2011/823
Karar No : 2011/1032

Özeti : İlçe belediye başkanı hakkında yetkisiz merci olan vali tarafından soruşturma izni verilmemesi kararı alınmış ise de, bu karara itirazın bölge idare mahkemesince incelenerek karara bağlanmış olması nedeniyle Danıştaya yapılan şikayetçi itirazının incelenmeksizin reddi hakkında.

KARAR

Trabzon Valiliğinin 3.5.2011 tarih ve 4098 sayılı yazısı ile gönderilen dosya, Rize İli, Güneysu Belediye Başkanı ... ve Güneysu Belediyesi Fen İşleri Memuru ... hakkında Trabzon Valisinin 11.3.2011 tarih ve 15 sayılı soruşturma izni verilmemesine ilişkin kararı ve bu karara şikayetçi ... Çay San.ve Dış Tic. A.Ş tarafından 11.4.2011 tarihli dilekçeyle yapılan itiraz, Tetkik Hakimi Halil Mercan'ın açıklamaları dinlendikten sonra, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun uyarınca incelendi;

Gereği Görüşölüp Düşünölldü :

4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun izin vermeye yetkili merciler başlığını taşıyan 3 üncü maddesinin (b) bendinde, ilde ve merkez ilçede görevli memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında valinin soruşturma izni

vermeye yetkili olduğu belirtilmiş, 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrasında, soruşturma izni verilmesine veya verilmemesine ilişkin kararlara karşı yapılan itirazlara 3 üncü maddenin (e), (f), (g) ve (h) bentlerinde sayılanlar için Danıştayın idari dairesince, diğerkleri için yetkili merciin yargı çevresinde bulunduğu bölge idare mahkemesince bakılacağı dördüncü fıkrasında ise itirazların incelenmesi sonucunda Danıştayca ve Bölge İdare Mahkemelerince verilen kararların kesin olduğu hükme bağlanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, şikayetçi firmaya ait arazinin yakınında bulunan 115 ada, 162 parsel sayılı taşınmaz üzerine ... isimli bir şahsın bina yaptığı, Belediyenin, karayoluna taşan ve trafiğı tehlikeye sokan bu binanın yapımına engel olmadığı iddiasıyla ilgili olarak Trabzon Valiliğince yaptırılan ön incelemede, Güneysu Belediyesinde söz konusu binayla ilgili işlemlerde görevin ihmal edilmediğı, bina için 1999 yılında inşaat ruhsatı düzenlendiğı belirtilerek ... ve ... için soruşturma izni verilmemesine ilişkin Trabzon Valisince 11.3.2011 tarih ve 15 sayılı kararın alındığı, şikayetçi tarafından bu karara hem Trabzon Bölge İdare Mahkemesi, hem de Danıştay Birinci Dairesi Başkanlığı nezdinde itiraz edildiğı, ,Trabzon Bölge İdare Mahkemesine yapılan itiraz üzerine Bölge İdare Mahkemesinin 26.4.2011 tarih ve E:2011/65, K:2011/66 sayılı kararıyla Trabzon Valisinin 11.3.2011 tarih ve 15 sayılı kararının kaldırıldığı ve Güneysu Belediye Başkanı hakkında karar vermeye yetkili merci olan İçişleri Bakanlığına gönderilmek üzere dosyanın Trabzon Valiliğine iade edildiğı anlaşılmıştır.

Trabzon Valisinin 11.3.2011 tarih ve 15 sayılı kararının, Trabzon Bölge İdare Mahkemesince kaldırıldığı ve bölge idare mahkemelerince 4483 sayılı Kanunun 9 uncu maddesi uyarınca verilen kararların kesin olduğu anlaşıldığından, şikayetçi isteminin incelenmeksizin reddine, kararın bir örneğı ile dilekçe ve eklerinin şikayetçiye, dosyanın karar ekli olarak Trabzon Valiliğine gönderilmesine 28.6.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIşTAY
Birinci Daire

Esas No : 2011/819
Karar No : 2011/1087

Özeti : Aynı eylem nedeniyle daha önce yapılan bir ön inceleme üzerine yetkili merci tarafından kararı verilmesi durumunda, bu eyleme ilişkin yeni yapılan şikayetin işleme konulamayacağı hakkında.

KARAR

Hakkında İşleme Konulmama

Kararı Verilen : ... - Sakarya İli, ... Belediye Başkanı

İtiraz Edilen Karar : Şikayetin işleme konulmamasına ilişkin İçişleri Bakanının 6.4.2011 tarih ve İNS:2010.54.5496 sayılı kararı

Karara İtiraz Eden : Şikayetçi ...

Soruşturulacak Eylem : Kıyı kenar çizgisi içerisinde bulunan kaçak yapıların yıkımını yapmamak

Eylem Tarihi : 2009 Yılı ve devamı

İçişleri Bakanlığının 5.5.2011 tarih ve 12701 sayılı yazısıyla gönderilen dosya, İçişleri Bakanının 6.4.2011 tarih ve İNS:2010.54.5496 sayılı şikayetin işleme konulmaması kararı ve bu karara yapılan itiraz, Tetkik Hakimi Neslihan Solmaz'ın açıklamaları dinlenildikten sonra, 4483 sayılı Memurlar ve Diğerk Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun uyarınca incelendi;

Gereği Görüşölüp Düşünölldü :

4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun 5 inci maddesinde, izin vermeye yetkili merciin, bu Kanun kapsamına giren bir suç işlendiğini öğrendiğinde bir ön inceleme başlatacağı, ancak ihbar ve şikayetler konusunda daha önce sonuçlandırılmış bir ön inceleme olması halinde müracaatın işleme konulmayacağı hükme bağlanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, şikayetçi ...'in Karasu Cumhuriyet Başsavcılığına verdiği 29.12.2010 tarihli şikayet dilekçesinde, kıyı kenar çizgisi içerisinde bulunan kaçak yapıların yıkımının yapılmadığını iddia ederek Belediye Başkanı hakkında suç duyurusunda bulunduğu, Başsavcılığın 23.11.2010 tarih ve 2010/2222 sayılı yazısıyla şikayet evrakının 4483 sayılı Yasa uyarınca gereğinin takdir ve ifası için İçişleri Bakanlığına gönderildiğı, Bakanlıkça Sakarya Valiliğine yaptırılan araştırma sonucunda düzenlenen 4.3.2011 tarihli raporda, Belediye ekiplerince 9.2.2011 tarihine kadar kıyı kenar çizgisi içerisinde yer alan 105 adet kaçak yapının yıkımının gerçekleştirildiğı, kalan yapıların yıkım işlemlerine devam edildiğı, bazı yapı sahiplerinin idari yargıya başvurusu nedeniyle söz konusu yapılarla ilgili yıkım sürecinin uzadığı, ayrıca aynı eylem nedeniyle Belediye Başkanı hakkında İçişleri Bakanının 14.7.2010 tarih ve Kont.Bşk.2010/22586 sayılı kararıyla soruşturma izni verilmesi üzerine Karasu Cumhuriyet Başsavcılığınca yapılan soruşturma neticesinde, adı geçen Karasu Sulh Ceza Mahkemesinin E:2010/441 sayılı dosyasında yargılandığı hususlarının tespit edildiğı, dolayısıyla aynı eylem nedeniyle mükerrer soruşturma yapılamayacağı, bu nedenle şikayetin, anılan 5 inci madde kapsamında ön inceleme yapılmasını gerektirmediğı anlaşıldığından, İçişleri Bakanının 6.4.2011 tarih ve İNS:2010.54.5496 sayılı şikayetin işleme konulmaması kararına yapılan itirazın reddine, dosyanın İçişleri Bakanlığına, kararın bir örneğinin şikayetçiye gönderilmesine 30.6.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

**T.C.
DANIŞTAY
Birinci Daire**

Esas No : 2011/810
Karar No : 2011/1112

Özeti : İl belediye başkanının ön inceleme konusu eyleminin su birliğı başkanlığı görev ve sıfatından kaynaklanması durumunda, bu kişi hakkında vali tarafından soruşturma izni verilmesi veya verilmemesi yolunda karar alınacağı, alınan bu karara itirazın da yetkili ve görevli bölge idare mahkemesince bakılacağı hakkında.

KARAR

Danıştay Genel Yazı İşleri Müdürlüğüne 3.5.2011 tarihinde kayda alınan şikayetçi ... vekili Av. ...'nın 3.5.2011 tarihli dilekçesi ve ekleri, Kırıkkale Yeşil Vadi Su Birliğı Başkanı ... ve Kırıkkale Yeşil Vadi Su Birliğı Müdürü Mehmet İşler hakkında soruşturma izni verilmemesine ilişkin Kırıkkale Valisinin 7.4.2011 tarih ve 16 sayılı kararı ve bu karara şikayetçi vekili Av. ... tarafından yapılan itiraz, Tetkik Hakimi Adnan Dikenli'nin açıklamaları dinlenildikten sonra, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun uyarınca incelendi;

Gereği Görüşölüp Düşünölldü :

4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun 3 üncü maddesinin (h), (i) ve (j) bentlerinde mahalli idarelerdeki memurlar ve diğer kamu

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

Öte yandan, aynı Kanunun 3 üncü maddesinin üçüncü fıkrasında, yetkili mercilerin saptanmasında, memur ve diğer kamu görevlisinin suç tarihindeki görevinin esas alınacağı hükmüne yer verilmiştir. Böylece hem birden fazla kamu görevini eş zamanlı olarak ifa eden memurlar ve diğer kamu görevlileri, hem de görev yeri ve unvanı değişen memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında suçun işlendiği tarihteki görevin esas alınması suretiyle izin vermeye yetkili mercinin saptanması gerekmektedir.

Dosyanın incelenmesinden, Kırıkkale Yeşil Vadi Su Birliğince 19.11.2009 tarihinde yapılan içme suyu arıtma tesisi ultrafiltrasyon ve reverse osmosis ünitesi malzemeli bakım onarım ve izleme ihalesinde, rekabetin oluşmasını engellemek suretiyle mevzuata aykırı davrandıkları iddiası nedeniyle haklarında soruşturma izni verilmeyenlerin üzerlerine atılı eylemin, ilgililerin Kırıkkale Yeşil Vadi Su Birliğindeki görevlerinden kaynaklandığı, ...'ın söz konusu eylemden Kırıkkale Belediye Başkanı olarak değil, Kırıkkale Yeşil Vadi Su Birliği Başkanı olarak sorumlu bulunduğu; konuyla ilgili Dairemizce daha önce verilen 28.12.2010 tarih ve E:2010/2035, K:2010/2085 sayılı kararda da belirtildiği gibi, yetkili mercinin saptanmasında 4483 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca memur ve diğer kamu görevlilerine isnat edilen eylem sırasındaki görevin esas alınması nedeniyle Birliğin her kademe personelinin 4483 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin (j) bendi kapsamında değerlendirilmesi ve haklarında yetkili merci tarafından verilen kararlara karşı yapılan itirazlara Kanunun 9 uncu maddesi uyarınca yetkili bölge idare mahkemesi tarafından bakılması gerektiğinden, Kırıkkale Yeşil Vadi Su Birliği Başkanı ve Birlik Müdürü hakkında soruşturma izni verilmemesine ilişkin Kırıkkale Valisinin 7.4.2011 tarih ve 16 sayılı kararına şikayetçi tarafından yapılan itirazın görev yönünden reddine, dosyanın itiraza bakmakla görevli ve yetkili Kırıkkale Bölge İdare Mahkemesine gönderilmesine 5.7.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Birinci Daire

Esas No : 2011/907
Karar No : 2011/1256

Özeti : Isnat edilen eylemle illiyet bağı bulunmayan şüpheliler hakkında 2547 sayılı Kanun'un 53'üncü maddesi uyarınca ceza soruşturması yapılamayacağı ve herhangi bir karar alınamayacağı hakkında.

KARAR

Şüpheliler:

- 1- ...-Gaziantep Üniversitesi Tıp Fakültesi Acil Tıp Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi
- 2- ...-Aynı Anabilim Dalında Araştırma Görevlisi
- 3- ...- " " " " "
- 4- ...- " " " " "
- 5- ...- " " " " "
- 6- ...- " " " " "
- 7- ...- " " " " "

Suçları : Şikayetçi ...'un annesi ...'a gerekli tetkik ve tıbbi müdahaleyi yapmayarak adı geçen in mağduriyetine neden olmak

Suç Tarihi : 22.5.2010

İncelenen Karar : Gaziantep Üniversitesi Rektörlüğünce oluşturulan Kurulun 28.2.2011 tarihli men-i muhakeme kararı

Karara İtiraz Eden : Yok

İnceleme Nedeni : Yasa gereği kendiliğinden

Gaziantep Üniversitesi Rektörlüğünün 11.5.2011 tarih ve 527-4790 sayılı yazısı ekinde gönderilen soruşturma dosyası ile yukarıda belirtilen Kurul kararı, Tetkik Hakimi B. Ufuk Kadıgil'in açıklamaları dinlenildikten sonra, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 53 üncü maddesi uyarınca incelendi;

Gereği Görüşölüp Düşünölldü:

Dosyanın incelenmesinden; ...'un 22.5.2010 tarihinde rahatsızlanması üzerine kızı olan şikayetçi ... tarafından Gaziantep Üniversitesi Tıp Fakültesi Şahinbey Araştırma ve Uygulama Hastanesi Acil Servisine getirildiği, anılan tarihte Acil Servis Nöbetçileri olan şüpheliler ..., ... ve ... tarafından hastaya gerekli tıbbi müdahalelerde bulunulduğu, rahatsızlığı ile ilgili ön tanı konularak dahiliye uzmanından konsültasyon istenildiği, dahiliye uzmanının önerileri doğrultusunda hastaya yönelik tıbbi uygulamaların devam ettirildiği, dolayısıyla adı geçenlerin görevlerini yerine getirdikleri, belirtilen nedenlerle mevcut delillerin, atılı suçtan dolayı ..., ...ve ... hakkında kamu davası açılmasını gerektirecek nitelikte olmadığı anlaşıldığından, Gaziantep Üniversitesi Rektörlüğünce oluşturulan Yetkili Kurulun 28.2.2011 tarihli kararının, adı geçenlerin men-i muhakemesine ilişkin kısmının onanmasına,

Hastanın takip ve tedavi sürecinde yer almayan şüpheliler ..., ..., ... ile ...'in ise, isnat edilen eylemle illiyet bağlarının bulunmadığı, belirtilen nedenle adı geçenler hakkında 2547 sayılı Kanunun 53 üncü maddesi uyarınca bir ceza soruşturması yapılamayacağı ve karar alınamayacağı anlaşıldığından, Gaziantep Üniversitesi Rektörlüğünce oluşturulan Yetkili Kurulun 28.2.2011 tarihli kararının, adı geçenlerin men-i muhakemesine ilişkin kısmının bozulmasına, bu kişiler hakkında ayrıca karar verilmesine yer olmadığına,

Dosyanın karar ekli olarak Gaziantep Üniversitesi Rektörlüğüne gönderilmesine 15.9.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGILAMA USULÜ

T.C. DANIŞTAY Birinci Daire

Esas No : 2011/512
Karar No : 2011/925

Özeti : Yetkili merci kararına kimin itiraz ettiğinin belirsiz olması durumunda, itiraz dilekçesinin işleme konulmayarak iadesi gerektiği hakkında.

KARAR

Av. ... tarafından Dairemize gönderilmek üzere İstanbul İdare Mahkemesince kayda alınan 18.3.2011 tarihli dilekçede, İçişleri Bakanının 28.9.2010 tarih ve Mül.Tef.Ku.Bşk.2010/349 sayılı kararına itiraz edilerek kaldırılmasının istenildiği, ancak bahsi geçen yetkili merci kararının dilekçeye eklenmediği, söz konusu dilekçede kimin adına itirazda bulunulduğunun belirtilmediği gibi temsil edilen şahsa ait vekaletname belgesinin de dilekçe eklerinde yer almadığı, ayrıca adı geçen Avukatın söz konusu dilekçeyi imzalamadığı görülmüş olup, dilekçenin bu haliyle işleme konulmasına olanak bulunmadığından dilekçe ve eklerinin adı geçene iadesine 16.6.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. DANIŞTAY Birinci Daire

Esas No : 2011/1592
Karar No : 2011/1223

Özeti : Belediye meclisinin 5393 sayılı Kanun'un 30' uncu maddesinin birinci fıkrası uyarınca feshi isteminin, Danıştay Sekizinci Dairesince karara bağlanacağı hakkında.

KARAR

5393 sayılı Belediye Kanununun 30 uncu maddesine göre ... Belediye Meclisinin feshi istemine ilişkin İçişleri Bakanlığının 6.9.2011 tarih ve 22378-53651 sayılı yazısı ve eki dosya incelendi;

Gereği görüşülüp Düşünüldü :

5393 sayılı Belediye Kanununun 30 uncu maddesinde, Belediye meclisinin, İçişleri Bakanlığının bildirimi üzerine Danıştayın kararı ile feshedileceği, Danıştayın bu hususu en geç bir ay içinde karara bağlayacağı hükme bağlanmış, 2575 sayılı Danıştay Kanununun 42 nci maddesinin (ı) bendinde ise "Belediye Kanunu ile Danıştay'a verilip idari davaya konu olmayan işleri" incelemek ve gereğine göre karara bağlamak görevi, Birinci Dairenin görevleri arasında sayılmıştır. Aynı Kanunun, ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülecek davalar başlığını taşıyan 24 üncü maddesinin ikinci fıkrasında, "Danıştay, belediyeler ile il özel idarelerinin seçimle gelen organlarının organlık sıfatlarını kaybetmeleri hakkındaki istemleri inceler ve karara bağlar." hükmüne yer verilmiştir. Danıştay Dava Daireleri Arasındaki İşbölümüne İlişkin Danıştay Genel Kurulunun E:2011/13, K:2011/13 sayılı kararında, mahalli idarelerin seçimle gelen organlarının organlık sıfatlarını kaybetmeleri

konusundan kaynaklanan davaların çözümlenmesinde Sekizinci Dairenin görevli olduğu belirtilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, İçişleri Bakanlığının söz konusu yazısında, ... Belediye Meclisinin 6.5.2011 tarih ve 83 sayılı kararıyla 2010 yılı kesin hesabının reddedildiği belirtilerek 5393 sayılı Kanunun 30 uncu maddesinin birinci fıkrası uyarınca ... Belediye Meclisinin feshinin istenildiği anlaşılmıştır.

Yukarıda belirtilen hükümler uyarınca ... Belediye Meclisinin feshine ilişkin uyuşmazlığın görüm ve çözümünde Danıştay Sekizinci Dairesinin görevli olması nedeniyle dosyanın Sekizinci Daire Başkanlığına gönderilmek üzere Danıştay Başkanlığına sunulmasına 13.9.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Birinci Daire

Esas No : 2011/1153

Karar No : 2011/1234

Özeti : Köy muhtarı hakkında kaymakam tarafından verilen soruşturma izni verilmesine ilişkin karara yapılan itiraza, görevli ve yetkili bölge idare mahkemesince bakılması gerektiği hakkında.

KARAR

Danıştay Genel Yazı İşleri Müdürlüğüne 21.6.2011 tarihinde kayda alınan ... vekili Av. ...'ün 11.6.2011 tarihli dilekçesi ve ekleri, ... İli, ... İlçesi, ... Köyü Muhtarı ... hakkında soruşturma izni verilmesine ilişkin ...Kaymakamının 2.6.2011 tarih ve 7 sayılı kararı ile bu karara ... Köyü Muhtarı ... vekili Av.... tarafından yapılan itiraz, Tetkik Hakimi Halil Mercan'ın açıklamaları dinlendikten sonra, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun uyarınca incelendi;

Gereği Görüşölüp Düşünölldü :

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

Bu nedenle, ... Köyü Muhtarı ... hakkında soruşturma izni verilmesine ilişkin ... Kaymakamının 2.6.2011 tarih ve 7 sayılı kararına, adı geçen vekili Av. ... tarafından yapılan itirazın, 4483 sayılı Kanunun 3/j ve 9 uncu maddeleri uyarınca görev yönünden reddine, dosyanın itiraza bakmakla görevli ve yetkili Edirne Bölge İdare Mahkemesine, kararın bir örneğinin itiraz edenin vekiline gönderilmesine 13.9.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGI KARARLARI

BAŞKANLAR KURULU KARARLARI

T.C.
DANIŞTAY
Başkanlar Kurulu
Esas No : 2010/65
Karar No : 2011/61

Özeti : Karadeniz Bakır İşletmeleri A.Ş. Genel Müdürlüğünde Asit Tesis Müdürü olarak görev yapmakta iken, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun uyarınca Sağlık Bakanlığı Araştırma Planlama ve Koordinasyon Kurulu Başkanlığı emrine araştırmacı kadrosuna atanan davacı tarafından, ek göstergesinin 3600 olarak uygulanması gerektiğinden bahisle 2200 olan ek gösterge puanının düzeltilmesi istemiyle yapılan başvurunun zımnen reddine ilişkin işlemin iptali ile yeni görevine başladığı tarihten itibaren uğranılan zararın yasal faiziyle birlikte tazminine karar verilmesi istemiyle açılan davada, uyumsuzluğun 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'dan kaynaklanması nedeniyle görümü ve çözümü görevinin, Danıştay Genel Kurulunun 25/04/2011 günlü ve 2011/13 sayılı kararı uyarınca Beşinci Daireye ait bulunduğu hakkında.

... tarafından, Sağlık Bakanlığına karşı açılan dava sonucunda; Ankara 3. İdare Mahkemesince verilen 23/12/2005 günlü ve E:2005/18, K:2005/2279 sayılı kararın temyizen incelenmesi aşamasında, Danıştay İkinci ve Beşinci Daireleri arasında çıkan görev uyumsuzluğuna ilişkin dosya incelendi.

Gereği görüşülüp düşünüldü :

Danıştay Başkanvekili ... ve ... ile Sekizinci Daire Başkanı ..., Birinci Daire Başkanı Osman Alpak, Onbirinci Daire Başkanı ..., Onikinci Daire Başkanı ..., Üçüncü Daire Başkanı ..., Beşinci Daire Başkanı ... ve Altıncı Daire Başkanı ...'ın, "Uyumsuzluğun, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunundan kaynaklanması nedeniyle davayı temyizen inceleme görevi, Danıştay Genel Kurulunun 25/04/2011 günlü ve 2011/13 sayılı kararı uyarınca İkinci Daireye aittir." yolundaki ayrışık oylarına karşılık,

Dava, Karadeniz Bakır İşletmeleri A.Ş.Genel Müdürlüğünde Asit Tesis Müdürü olarak görev yapmakta iken, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun uyarınca Sağlık Bakanlığı Araştırma Planlama ve Koordinasyon Kurulu Başkanlığı emrine araştırmacı kadrosuna atanan davacı tarafından, ek göstergesinin 3600 olarak uygulanması gerektiğinden bahisle 2200 olan ek gösterge puanının düzeltilmesi istemiyle yapılan başvurunun zımnen reddine ilişkin işlemin iptali ile yeni görevine başladığı tarihten itibaren uğranılan zararın yasal faiziyle birlikte tazminine karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

Danıştay Genel Kurulunun 25/04/2011 günlü ve E:2011/13, K:2011/13 sayılı kararında; kamu görevlileri mevzuatından doğan ve Danıştay, İkinci, Onbirinci ve Onikinci Dairelerinin görevleri dışında kalan işlerden kaynaklanan davaların ve temyiz başvurularının Beşinci Dairece çözümleneceği kuralına yer verilmiştir.

İnceleme konusu olayda; davacının, 4046 sayılı Kanuna dayalı olarak iddialarda bulunması karşısında; uyuşmazlığın, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'ndan kaynaklanmayıp, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'dan kaynaklandığı anlaşılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, kamu görevlileri mevzuatından kaynaklanan uyuşmazlığın görümü ve çözümü görevinin, Danıştay Genel Kurulunun 25/04/2011 günlü ve 2011/13 sayılı kararı uyarınca, Beşinci Daireye ait bulunduğu, dosyanın anılan Daireye gönderilmesine, 21/07/2011 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Başkanlar Kurulu
Esas No : 2011/54
Karar No : 2011/64

Özeti : 7.9.2001 tarih ve 24516 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu Kapsamına Giren Kurum ve Kuruluşların Girdikleri Hizmet Kollarının Belirlenmesine İlişkin Yönetmelik eki listede yer alan, "05" sıra nolu " Basın, Yayın ve İletişim Hizmetleri" hizmet kolunun "04" nolu kurum kodu karşısında yer alan "Türk Telekomünikasyon A.Ş. Genel Müdürlüğü" ibaresinin yönetmelik eki listeden çıkarılmasına ilişkin 12.5.2006 tarih ve 26166 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu Kapsamına Giren Kurum ve Kuruluşların Girdikleri Hizmet Kollarının Belirlenmesine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin iptali istemiyle açılan davada, uyuşmazlığın 4688 sayılı Kanuna dayalı olarak çıkarılan Yönetmelikten kaynaklandığı ve kamu görevlileri mevzuatından kaynaklanmadığından görümü ve çözümü görevinin, Danıştay Genel Kurulunun 25/04/2011 günlü ve E:2011/13 K:2011/13 sayılı kararı uyarınca Onuncu Daireye ait bulunduğu hakkında.

Türk Haber-Sen (Türkiye Haberleşme, Kağıt ve Basın Yayın Hizmet Kolu Kamu Çalışanları Sendikası) vekilleri Av. ..., Av. Dr. ... tarafından, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Maliye Bakanlığı ve Başbakanlık Devlet Personel Başkanlığına karşı açılan davada; Danıştay Beşinci ve Onuncu Daireleri arasında çıkan görev uyuşmazlığına ilişkin dosya incelendi.

Gereği görüşülüp düşünüldü :

Başkanvekili ... ve ... ile İkinci Daire Başkanı ..., Dördüncü Daire Başkanı Vekili ..., Onuncu Daire Başkanı Vekili ... ve Ondördüncü Daire Başkanı Vekili ...'in, "4688 sayılı Kamu

Görevlileri Sendikaları Kanunu'nun, kamu görevlileri mevzuatı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğinden; uyuşmazlığın, 4688 sayılı Kanuna dayalı olarak çıkarılan dava konusu Yönetmelikten kaynaklanması nedeniyle davayı inceleme görevi, Danıştay Genel Kurulunun 25/04/2011 günlü ve E:2011/13, K:2011/13 sayılı kararı uyarınca Beşinci Daireye aittir." yolundaki ayrışık oylarına karşılık,

Dava, 7.9.2001 tarih ve 24516 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu Kapsamına Giren Kurum ve Kuruluşların Girdikleri Hizmet Kollarının Belirlenmesine İlişkin Yönetmelik eki listede yer alan, "05" sıra nolu "Basın, Yayın ve İletişim Hizmetleri" hizmet kolunun "04" nolu kurum kodu karşısında yer alan "Türk Telekomünikasyon A.Ş. Genel Müdürlüğü" ibaresinin yönetmelik eki listeden çıkarılmasına ilişkin 12.5.2006 tarih ve 26166 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu Kapsamına Giren Kurum ve Kuruluşların Girdikleri Hizmet Kollarının Belirlenmesine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin iptali istemiyle açılmıştır.

Danıştay Genel Kurulunun 25/04/2011 günlü ve E:2011/13, K:2011/13 sayılı kararında; vergi davalarına bakan dava daireleri hariç, diğer dava dairelerinin görevi dışında kalan uyuşmazlıklara ilişkin davaların ve temyiz başvurularının Onuncu Dairece çözümleneceği kuralına yer verilmiştir.

İnceleme konusu olayda; 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu, kamu görevlileri mevzuatı kapsamında değerlendirilemeyeceğinden, 4688 sayılı Kanuna dayalı olarak çıkarılan dava konusu Yönetmelikten kaynaklanan uyuşmazlığın kamu görevlileri mevzuatından kaynaklanmadığı anlaşılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, kamu görevlileri mevzuatından kaynaklanmayan uyuşmazlığın görümü ve çözümü görevinin, Danıştay Genel Kurulunun 25/04/2011 günlü ve E:2011/13 K:2011/13 sayılı kararı uyarınca Onuncu Daireye ait bulunduğu, dosyanın anılan Daireye gönderilmesine 21/07/2011 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Başkanlar Kurulu
Esas No : 2010/80
Karar No : 2011/67

Özeti : 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu hükümleri uyarınca, 15/9/2004 tarihinde Kamu İşveren Kurulu ile yetkili sendika ve konfederasyonlar arasında başlayacak toplu görüşme sürecinin, toplu sözleşme şeklinde başlatılması ve sendikalarla toplu sözleşme yapılması yolundaki istemlerinin kabul edilmeyerek, "Toplu Görüşme" şeklinde gerçekleşen işlemin iptaline karar verilmesi istemiyle açılan davada, uyuşmazlığın 4688 sayılı Kanuna dayandığı, kamu görevlileri mevzuatından kaynaklanmadığı gibi; kamu görevlilerinin, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu dışındaki kanunlarla düzenlenmiş olan parasal haklarına ilişkin işlerden de kaynaklanmadığından görümü ve çözümü görevinin, Danıştay Genel Kurulu'nun 25/04/2011 günlü ve E:2011/13, K:2011/13 sayılı

kararı uyarınca Onuncu Daireye ait bulunduğu hakkında.

Kamu Emekçileri Sendikaları Konfederasyonu tarafından, Başbakanlığa karşı açılan dava sonucunda; Ankara 10. İdare Mahkemesince verilen 13/06/2006 günlü ve E:2004/853, K:2006/1933 sayılı kararın temyizen incelenmesi aşamasında Danıştay Onbirinci ve Onuncu Daireleri arasında çıkan görev uyuşmazlığına ilişkin dosya incelendi.

Gereği görüşülüp düşünüldü :

Başkanvekili ... ile Dördüncü Daire Başkanı Vekili ..., Onuncu Daire Başkanı Vekili ... ve Ondördüncü Daire Başkanı Vekili ...'in, "4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nun, kamu görevlileri mevzuatı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğinden; uyuşmazlığın 4688 sayılı Kanundan kaynaklanması nedeniyle davayı temyizen inceleme görevi, Danıştay Genel Kurulunun 25/04/2011 günlü ve E:2011/13, K:2011/13 sayılı kararı uyarınca Beşinci Daireye aittir." yolundaki ayrışık oylarına karşılık,

Dava, 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu hükümleri uyarınca, 15/9/2004 tarihinde Kamu İşveren Kurulu ile yetkili sendika ve konfederasyonlar arasında başlayacak toplu görüşme sürecinin, toplu sözleşme şeklinde başlatılması ve sendikalarla toplu sözleşme yapılması yolundaki istemlerinin kabul edilmeyerek, "Toplu Görüşme" şeklinde gerçekleşen işlemin iptaline karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

Danıştay Genel Kurulunun 25/04/2011 günlü ve E:2011/13, K:2011/13 sayılı kararında; vergi davalarına bakan dava daireleri hariç, diğer dava dairelerinin görevi dışında kalan uyuşmazlıklara ilişkin davaların ve temyiz başvurularının Onuncu Dairece çözümleneceği kuralına yer verilmiştir.

İnceleme konusu olayda; 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu, kamu görevlileri mevzuatı kapsamında değerlendirilemeyeceğinden, 4688 sayılı Kanuna dayalı olarak tesis edilen dava konusu işlemde kaynaklanan uyuşmazlığın, kamu görevlileri mevzuatından kaynaklanmadığı gibi; kamu görevlilerinin, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu dışındaki kanunlarla düzenlenmiş olan parasal haklarına ilişkin işlerden de kaynaklanmadığı anlaşılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, uyuşmazlığın görümü ve çözümü görevinin, Danıştay Genel Kurulunun 25/04/2011 günlü ve E:2011/13 K:2011/13 sayılı kararı uyarınca Onuncu Daireye ait bulunduğu, dosyanın anılan Daireye gönderilmesine 21/07/2011 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU KARARLARI

AVUKATLIK İŞLERİ

T.C.
DANIŞTAY
İdari Dava Daireleri
Kurulu

Esas No : 2007/1263

Karar No : 2011/262

Özeti : Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi kurallarına göre, vekalet ücretinin belirlenmesinde, temel ölçüt, "davanın konusu" olarak belirlendiğinden, maddi tazminat istemine ilişkin davanın reddine karar verilmiş olması durumunda da, "davanın konusu" olan parasal değer esas alınarak vekalet ücretinin hesaplanması gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Radyo ve Televizyon Üst Kurulu

Vekili : Av. ...-

Karşı Taraf (Davacı) : ... Radyo Yayın Yapım ve Reklam A.Ş.

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Ankara 8. İdare Mahkemesinin 6.2.2007 günlü, E:2006/2227, K:2007/71 sayılı ısrar kararının temyizen incelenerek bozulması davalı idare tarafından istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Burakhan Melikoğlu'nun Düşüncesi: Temyiz isteminin kabulü ile ısrar kararının Daire kararı doğrultusunda bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Gülen Aydınöğlu'nun Düşüncesi : Tunceli Bölgesinde yerel yayın frekansı ihalesinin yapılmaması ve bu suretle radyo yayıncılığı lisansının v e izninin verilmemesine ilişkin işlemin iptali ile doğacak maddi zarara ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla toplam 7.000.000.000 TL. zararın tazmini istemiyle açılan davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi Kararının Danıştay 13. Dairesinin 2.5.2006 günlü ve E:2006/670 K:2006/2082 sayılı kararı ile reddedilen tam yargı davasında maktu avukatlık ücreti verilmesinin hukuka uygun bulunmadığı gerekçesiyle avukatlık ücreti yönünden bozulması üzerine Ankara 8. İdare Mahkemesince ısrar edilmek suretiyle davalı idare lehine maktu avukatlık ücretine hükmedilerek verilen kararın temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

İdare Mahkemesince iptal ve tam yargı davasının reddine ilişkin olarak verilen kararda davalı idare lehine reddedilen tazminat miktarı üzerinden nisbi avukatlık ücreti hesaplanarak verilmesi gerekirken, maktu avukatlık ücretine hükmedilmesi yolunda ısraren verilen kararda hukuki isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle temyize konu kararın bozulmasına karar verilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

Dava; Tunceli bölgesinde yerel yayın frekansı ihalesinin yapılmaması ve bu nedenle radyo yayıncılığı lisansının ve izninin verilmemesine ilişkin işlemin iptali ile doğacak maddi zarara ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla 7.000,00.-TL zararın tazmini istemiyle açılmıştır.

Ankara 8. İdare Mahkemesi, 22.6.2005 günlü, E:2004/2430, K:2005/885 sayılı kararıyla; 4756 sayılı Kanunun 24. maddesi gereğince radyo frekans planları ve radyo frekans bantlarıyla ilgili çalışmaları yapma yetkisi Telekomünikasyon Kurumuna verilmiş olduğundan ve bu kurumun hazırlayacağı plan Haberleşme Yüksek Kurulunun onayına sunulmak suretiyle kesinlik kazanacağından , bu konuda yetkisiz olan davalı idarenin olumsuz işlemi hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiş, davalı idare lehine maktu vekalet ücretine hükmetmiştir.

Anılan karar, davacı tarafından işin esası yönünden, davalı Radyo ve Televizyon Üst Kurulu tarafından ise, vekalet ücreti yönünden temyiz edilmesi sonucunda, Danıştay Onüçüncü Dairesinin 2.5.2006 günlü, E:2006/670, K:2006/2082 sayılı kararıyla; davacının temyiz isteminden feragat etmiş olması nedeniyle temyiz istemi hakkında karar verilmesine olanak bulunmadığı; Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun avukatlık ücreti yönünden temyiz istemine gelince, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin 12. maddesinde, Tarifenin ikinci kısmının ikinci bölümünde gösterilen hukuki yardımların konusu para veya para ile değerlendirilebiliyor ise avukatlık ücretinin, Tarifenin üçüncü kısmına göre belirleneceğinin kurala bağlandığı, birlikte açılan iptal ve tam yargı davasının reddine karar verildiği halde, davalı Radyo ve Televizyon Üst Kurulu lehine tam yargı davası esas alınarak reddedilen miktar üzerinden nisbi avukatlık ücreti verilmesi gerekirken maktu avukatlık ücreti verildiği anlaşıldığından avukatlık ücreti yönünden kararda hukuki isabet görülmediği gerekçesiyle feragat nedeniyle davacının temyiz istemi hakkında karar verilmesine yer olmadığına, davalı idarenin temyiz isteminin kabulüyle kararın vekalet ücreti yönünden bozulmasına karar verilmiş ise de, İdare Mahkemesi, bozma kararına uymayarak, konusu para veya para ile değerlendirilebilen davalarda vekalet ücretinin hüküm altına alınan miktar üzerinden hesaplanacağı; tazminat davalarının reddi durumunda hüküm altına alınan belli bir miktar söz konusu olamayacağından vekalet ücretine de hükmedilemeyeceği açıklamasını da ekleyerek vekalet ücretine ilişkin ilk kararında ısrar etmiştir.

Davalı, Ankara 8. İdare Mahkemesinin 6.2.2007 günlü, E:2006/2227, K:2007/71 sayılı ısrar kararını temyiz etmekte ve bozulmasını istemektedir.

Karar tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin 12. maddesinde; Tarifenin ikinci kısmının ikinci bölümünde gösterilen hukuki yardımların (idare ve vergi mahkemelerinde takip edilen davalar da bu kapsamdadır.) konusu para veya para ile değerlendirilebiliyor ise avukatlık ücretinin, Tarifenin üçüncü kısmına göre , yani davanın konusu olan parasal değer üzerinden nispi olarak belirleneceği kurala bağlandıktan sonra, bu kuralın istisnaları da , aynı Tarifenin , görevsizlik, yetkisizlik nedeniyle dava dilekçesinin reddine, davanın nakline veya davanın açılmamış sayılmasına delillerin toplanmasına ilişkin ara kararı gereğinin yerine getirilmesinden önce karar verilmesi durumu ile ilgili 7/2. maddesi, nafaka, kira tespiti ve tahliye davaları ile ilgili 9/1.maddesinin son tümcesi ve manevi tazminat davalarının reddine karar verilmesi durumu ile ilgili 10/3. maddesi olarak sayılmıştır.

Aktarılan Tarife kurallarına göre, sayma yoluyla belirlenen istisnalar hariç olmak üzere, bir davanın konusunun para olması veya para ile değerlendirilebiliyor olması durumunda, davanın sonucunda hükmedilecek vekalet ücretinin Tarifenin üçüncü kısmına göre , nispi olarak belirlenmesi zorunludur.

Aynı kurallara göre, vekalet ücretinin belirlenmesinde, ölçüt, "davanın konusu" olarak belirlendiğinden maddi tazminat istemine ilişkin davanın reddine karar verilmiş olması

durumunda da, "davanın konusu" olan parasal değer esas alınarak vekalet ücretinin hesaplanması gerekmektedir.

Diğer yandan, ısrar kararında belirtilenin aksine, maddi tazminat davalarının reddi durumunda, davacı tarafından talep edilen miktarın reddi hüküm altına alındığından, reddine hükmedilen miktar esas alınarak nispi vekalet ücretine hükmedileceği açıktır.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulüne, Ankara 8. İdare Mahkemesinin 6.2.2007 günlü, E:2006/2227, K:2007/71 sayılı ısrar kararının bozulmasına, dosyanın anılan Mahkemeye gönderilmesine, 21.4.2011 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

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

İDARİ İŞLEMDE SEBEP UNSURU

T.C.

DANIŞTAY

İdari Dava Daireleri

Kurulu

Esas No : 2007/1800

Karar No : 2011/267

Özeti : 1- Genel anlamda bir idari işlemde sebep unsurunun gösterilmemiş olmasının dava açılması durumunda söz konusu işlemin yalnızca bu yönden iptalini gerektirmeyeceği; ancak, idari yaptırım niteliği taşıyan işlemlerde, temel hak ve özgürlükleri sınırlayan, onlara müdahale niteliği taşıyan işlemlerde ve verilmiş bir hakkı, izni veya yetkiyi geri alan işlemlerde, idare edilenler yönünden ağır sonuçlar doğuracağı açık olduğundan, idarenin gerekçe yükümlülüğüne uymasının zorunlu olduğu;

2- Bu bağlamda, davacı şirkete ait işyerinin on gün süreyle kapatılmasına ilişkin işlem, idari yaptırım niteliğinde olduğundan, kapatma gerekçesinin idari işlemde anlaşılması gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Eminönü Kaymakamlığı

Karşı Taraf (Davacı) : ... Eğlence Tur.Gıda Teks.Bio.Kim. Madde Ürn.İth.San. ve Tic.Ltd. Şti.

Vekili : Av....

İstemin Özeti : İstanbul 5. İdare Mahkemesinin 22.11.2006 günlü, E:2006/2454, K:2006/2864 sayılı ısrar kararının temyizden incelenerek bozulması davalı idare tarafından istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : İstanbul 5. İdare Mahkemesince verilen ısrar kararının usul ve hukuka uygun bulunduğu ve temyiz dilekçesinde öne sürülen nedenlerin, kararın

bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı belirtilerek temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

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

Danıştay Savcısı Ahmet Yahya Özdemir'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 görüldü:

Dava; davacı şirkete ait ... isimli işyerinin on gün süreyle kapatılmasına ilişkin Eminönü Kaymakamlığı'nın 11.2.2004 günlü, 2003/D.S.2 sayılı işleminin iptali istemiyle açılmıştır.

İstanbul 5. İdare Mahkemesinin 24.12.2004 günlü, E:2004/376, K:2004/1856 sayılı kararıyla; uyumsuzluk konusu olayda, davacı şirkete ait işyerinde çıkan kavganın zamanında emniyet güçlerine haber verilmediğinden bahisle işyerinin on gün süreyle kapatılmasına karar verilmiş ise de; gerek dava konusu işlemde, gerekse savunmada davalı idare tarafından dava konusu işlemin gerekçesinin gösterilmediği; yasal dayanak gösterilmeksizin tesis edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle kapatma işleminin iptaline karar verilmiştir.

Anılan karar, temyiz incelemesi sonucunda Danıştay Sekizinci Dairesinin 13.6.2006 günlü, E:2005/2781, K:2006/2480 sayılı kararıyla; dava konusu işlemin tesis edildiği tarihte yürürlükte bulunan 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nun 8/f bendinde, polisçe kati delil elde edilmesi halinde ve mahallin en büyük mülki amirinin emriyle yürürlükte bulunan hükümlere aykırı olarak işletilen veya konulan yasaklara uymayan, açılması izne bağlı yerler ile bu Kanunun 12. maddesi hükümlerine uymadığı tespit edilen yerlerin polis tarafından kapatılacaklarının veya faaliyetten men edileceklerinin kurala bağlanarak, aynı yönde düzenlemelere Açılması İzne Bağlı Yerlere Uygulanacak İşlemler Hakkında Yönetmeliğin 30., 32. ve 33. maddelerinde de yer verildiği, işlem tesisine dayanak alınabilecek mevzuatın davalı idare yönünden açık olması ve davalı idarenin temyiz dilekçesinde işlemin dayanağının 2559 sayılı Yasa'nın 8/f maddesi hükmü olduğunun belirtilmiş olması karşısında işlemin yasal dayanağının gösterilmediğinden bahisle verilen iptal kararında hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle bozulmuş ise de, İdare Mahkemesince; bozma kararına uyulmayarak, turizm işletme belgesi bulunan işyerine polisin müdahale yetkisinin 2559 sayılı Yasa çerçevesinde kısıtlı bulunduğundan verilen cezanın hukuki nitelemesinin önem kazandığı, idari yargıda açılan davalarda yargı yerince dava konusu edilen işlemin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden hukuka uygunluk denetiminin yapılabilmesi için cezaya neden olan fiilin tanımlamasının yapılarak, cezanın hukuki dayanağının gösterilmesi gerektiği, aksi bir düşüncenin kabulünün idarenin takdir yetkisine sahip olduğu işlemlerinin yaygınlaşmasına ve keyfiliğe yol açacağı, kamu tüzel kişilerinin kendilerine tanınan yetkiyi kullanarak kişiler aleyhine olumsuz işlem tesis ettiklerinde işlemin yasal dayanağını göstermemelerinin idarenin kanuniliği ilkesine de ters düşeceği yolunda gerekçe de eklenmek suretiyle ilk kararında ısrar edilmiştir.

Davalı idare, İstanbul 5. İdare Mahkemesinin 22.11.2006 günlü, E:2006/2454, K:2006/2864 sayılı kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde; iptal davalarında hukuka uygunluk denetiminin idari işlemlerin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurları üzerinde yapılacağı öngörülmüştür. Gerek yargısal kararlarda gerekse öğretide sebep unsuru, işlemin yapılmasını gerektiren hukuki işlem veya olay olarak tanımlanmaktadır. Sebep, idareyi işlem yapmaya yönelten tüm etkenler olup, işlemin bir tür gerekçesidir. İdari işlemin dayanağı olan sebebin yasalarda açıkça belirtilmemiş olması halinde dahi idari dava açılması durumunda yargı mercii önünde idare tarafından bildirilmesi zorunludur. Esasen 2577 sayılı Yasa'nın 20. maddesinin verdiği yetkiye dayanarak mahkemeler bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeyi kendiliklerinden yapabileceklerinden, bu yetkiye dayanarak yargıç idareden işlemin dayanağı olan sebebin gösterilmesini isteyebileceği gibi bu sebebi kendiliğinden de araştırabilir. Dolayısıyla 2577 sayılı Yasa'nın 20. maddesinin yargıca tanıdığı re'sen araştırma yetkisinin aynı zamanda davacılar da güvence sağlayacağı kuşkusuzdur.

Genel anlamda bir idari işlemden sebep unsurunun gösterilmemiş olması o işlemin şekil şartını oluşturmaktadır. Ancak kararda öngörülen şekil şartı işlemin varoluş şartına ilişkin olmayıp sonucu etkilemeyen, ilgililerin durumunu değiştirmeyen bir özelliğe sahip bulunduğundan, bu kurala uyulmamış olması dava konusu işlemin esasının incelenmesini engellemeyecek ve yalnızca bu yönden iptalini gerektirmeyecektir.

Ancak, idari yaptırım niteliğindeki işlemlerde, temel hak ve özgürlükleri sınırlayan, onlara müdahale niteliği taşıyan işlemlerde ve verilmiş bir hakkı, izni veya yetkiyi geri alan işlemlerde bu işlemlerin idare edilenler yönünden ağır sonuçlar doğuracağı hususu dikkate alındığında, idarenin gerekçe yükümlülüğüne uyması gerekmektedir.

Dava konusu uyuşmazlık bu anlatım çerçevesinde incelendiğinde; davacı şirkete ait işyerinin on gün süreyle kapatılmasına ilişkin işlem idari yaptırım niteliğinde bir işlem olduğundan, kapatma gerekçesinin idari işleminden anlaşılması gerektiği açıktır.

Nitekim, işyerinin kapatılmasına neden olan maddi olay ve dayanağı yasa kuralı, diğer bir anlatımla işlemin gerekçesinin davacıya bildirildiği dava dilekçesi ekinde yer alan 12.1.2004 günlü "Tebliğ ve Tebellüğ Belgesi"nin incelenmesinden anlaşılmakta olup, bu durumda işlemin yasal dayanak belirtilmeksizin tesis edildiğinden söz edilemeyeceğinden, gerekçe gösterilmediğinden bahisle kapatma işleminin iptaline karar veren İdare Mahkemesi kararında hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulüne, İstanbul 5. İdare Mahkemesince verilen 22.11.2006 günlü, E:2006/2454, K:2006/2864 sayılı kararın bozulmasına, işin esası hakkında bir karar verilmek üzere dosyanın İdare Mahkemesine gönderilmesine, 21.4.2011 gününde oybirliği ile karar verildi.

İHALE İŞLERİ

T.C.
DANIŞTAY
İdari Dava Daireleri
Kurulu
Esas No : 2007/1024
Karar No : 2011/260

Özeti : 1- İdarelerce tespit edilen ihtiyaçların karşılanması amacıyla yapılacak ihalelerde, en uygun bedelle mal veya hizmet temininin, çok sayıda istekli arasında rekabet ortamının oluşturulmasıyla mümkün olduğu,

2- Açık ihale usulü ile yapılan ihalede 13 firma çeşitli eksiklikler nedeniyle ihale dışı kalmış ise de, ihaleye 14 firmanın katılarak teklif sunması ve ihale üzerinde kalanın teklifi de dahil olmak üzere tüm tekliflerin yaklaşık maliyetin altında bulunması, dolayısıyla ihalede rekabet ortamının oluşması karşısında, ihalenin iptali isteminin reddine ilişkin Kamu İhale Kurumu kararında hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunanlar :

1- (Davalı) : Kamu İhale Kurumu

Vekili : Av. ... -

2- Davalı Yanında

Müdahil : ... End. Pro. ve Uyg. Tic. Ltd. Şti.

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

Karşı Taraf (Davacı) : ... Güvenlik ve Sosyal Hizmetler Ltd. Şti.

Vekili : Av. ...

İstemın Özeti : Ankara 10. İdare Mahkemesinin 21.2.2007

günlü, E:2007/61, K:2007/293 sayılı ısrar kararını, davalı idare ve davalı idare yanında davaya katılan temyiz etmekte ve bozulmasını istemektedirler.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hâkimi Bülent Küfüdür'ün Düşüncesi : Temyiz isteminin reddi ile İdare Mahkemesinin ısrar kararının onanması gerektiği düşünülmüştür.

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 İdare Mahkemesince verilen ısrar kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

Dava, Kamu İhale Kurulu'nun 22.2.2005 günlü, E:2005/UH.Z-398 sayılı kararının iptali istemiyle açılmıştır.

Ankara 10. İdare Mahkemesinin 27.12.2005 günlü, E:2005/810, K:2005/1698 sayılı kararıyla; 4.1.2005 günlü, 2005/UH.Z-15 sayılı Kamu İhale Kurulu kararı gereğince, İhale üzerinde kalan istekli B. Y.'nin teklif mektubunda teklif geçerlilik süresinin takvim günü olarak belirtilmemesi nedeniyle ihale dışı bırakıldığı, ihaleye teklif veren diğer isteklilerden de ihale konusu iş ile ilgili taahhüdü altındaki ve bitirdiği iş miktarını gösteren belgeyi sunmayanlar değerlendirme dışı bırakıldıktan sonra kalan tekliflerin yeniden değerlendirilmek suretiyle ihale işlemlerine devam edilmesi gerekmekte ise de, ihaleyi yapan tarafından düzeltici işlem tesis edildiği ve bu Kurul kararı gereğince ihaleye teklif veren toplam 14 istekliden 13 isteklinin değerlendirme dışı bırakılması sonucunda ihalenin kalan tek istekli ... Endüstriyel Proje ve Uygulama Ticaret Limited Şirketi üzerinde bırakıldığı ve artık söz konusu ihalede değerlendirmeye alınacak başkaca teklif kalmadığı ve rekabet ortamının da ortadan kalktığı görüldüğü; bu durumda, 4734 sayılı Yasanın 56. maddesi gereğince ihalenin iptal edilmesi gerekirken, ihalenin iptali istemiyle davacı şirket tarafından yapılan başvurunun

reddi yolundaki dava konusu 22.02.2005 gün ve 2005/UH.Z-398 sayılı Kamu İhale Kurulu kararında hukuka ve kamu yararına uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

Anılan karar, temyiz incelemesi sonucunda Danıştay Onüçüncü Dairesinin 3.11.2006 günlü, E:2006/533, K:2006/4190 sayılı kararıyla; olayda, ihaleye 14 firmanın katılmasının rekabet ortamının oluştuğunu gösterdiği, çeşitli eksiklikler nedeniyle 13 firmanın ihale dışı kalmış olması ihalenin iptali için tek başına yeterli sebep teşkil etmeyeceğinden, bütün tekliflerle birlikte ihale üzerinde kalanın teklifinin de yaklaşık maliyetin altında olması karşısında, bu yönden ihalede bir noksanlık bulunmadığından ihalenin iptali isteminin reddine ilişkin Kamu İhale Kurulu kararında hukuka aykırılık bulunmaması nedeniyle, davanın reddi gerekirken dava konusu işlemin iptali yolundaki İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle bozulmuş ise de, İdare Mahkemesi, bozma kararına uymayarak dava konusu işlemin iptali yolundaki ilk kararında ısrar etmiştir.

Davalı idare ve davalı idare yanında davaya katılan, Ankara 10. İdare Mahkemesinin 21.2.2007 günlü, E:2007/61, K:2007/293 sayılı ısrar kararını temyiz etmekte ve bozulmasını istemektedirler.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "Temel İlkeler" başlıklı 5. maddesinde; idarelerin, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumlu oldukları; 9. maddesinde, mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinin, ihalesi yapılmadan önce idarece, her türlü fiyat araştırması yapılarak katma değer vergisi hariç olmak üzere yaklaşık maliyetin belirleneceği ve dayanaklarıyla bir hesap cetvelinde gösterileceği, yaklaşık maliyete ihale ve ön yeterlik ilanlarında yer verilmeyeceği, isteklilere veya ihale süreci ile resmi ilişkisi olmayan diğer kişilere açıklanmayacağı; 19. maddesinde, açık ihale usulünün, bütün isteklilerin teklif verebildiği usul olduğu; 56. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendinde, Kurulun, Kuruma gelen itirazın şikâyet başvurularıyla ilgili olarak gerekçesini belirtmek suretiyle, idare tarafından düzeltme yapılması yoluyla giderilebilecek ve ihale sürecinin kesintiye uğratılmasına gerek bulunmayacak durumlarda, düzeltici işlem kararı verebileceği kurallarına yer verilmiştir.

Diğer taraftan, "Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği"nin 71. maddesinde, hizmet alımı ihalelerinde ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesinde en düşük fiyatın uygulanmasının esas olduğu belirtilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden; Milli Eğitim Bakanlığı İdari ve Mali İşler Dairesi Başkanlığınca 8.11.2004 tarihinde açık ihale usulü ile yapılan Merkez Teşkilatı Hizmet Binalarının Genel Temizlik ve İlaçlama İşi ihalesinin isteklilerden ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibi üzerinde kaldığı, bu ihaleye ilişkin olarak diğer isteklilerden birinin 1.12.2004 tarihinde davalı idareye itirazın şikâyet başvurusunda bulunduğu, bu başvuru üzerine Kamu İhale Kurulunun 4.1.2005 gün ve 2005/UHZ-15 sayılı kararı ile " tekliflerin alınmasından sonra yapılan ve mevzuata aykırılığı tespit edilen ihale işlemlerinin ve ihale kararın iptaline, ihale üzerinde kalanın teklif mektubunda, teklif geçerlilik süresinin takvim günü olarak belirtilmemesi ve ihale konusu iş ile ilgili taahhüdü altındaki ve bitirdiği iş miktarını gösteren belgeyi sunmayan isteklilerin değerlendirme dışı bırakılmasına ve kalan tekliflerin yeniden değerlendirilmesi suretiyle ihale işlemlerine devam edilmesine " karar verildiği, bu kurul kararı gereğince ihale üzerinde kalan isteklinin teklif mektubunda teklif geçerlilik süresini takvim günü olarak belirtmemesi nedeniyle ihale dışı bırakıldığı, ihale konusu iş ile ilgili taahhüdü altındaki ve bitirdiği iş miktarını gösteren belgeyi sunmayan ve ihaleye teklif veren diğer isteklilerin de değerlendirme dışı bırakıldığı ve böylece ihalenin tek istekli üzerinde kaldığı anlaşılmaktadır. Davacı şirket tarafından ihale üzerinde bırakılan istekli Şirketin sunmuş olduğu noter onaylı TS EN ISO 9001:2000 Kalite Güvence Belgesinde yalnızca "Müşteri mahallinde her türlü temizlik ve güvenlik hizmetleri" denildiği ve belgenin Türk Akreditasyon Kurumunca akredite edildiği, ancak bu kurumun belgeyi değil, belgeyi

veren kuruluğu akredite ettiği, düzenlemiş olduğu akredite belgesinin Türkçe tercüme anlamına gelmediği, belgenin Türkçe dışında bir dilde düzenlenmiş olmasına rağmen Türkçe tercümesinin bulunmadığı, Kamu İhale Kurulunun 4.1.2005 gün ve 2005/UHZ-15 sayılı kararıyla ihale konusu iş ile ilgili taahhüdü altındaki ve iş miktarını gösteren belgeyi sunamadıkları için değerlendirme dışı bırakıldıkları, ancak bu ihalenin iptal edilmesi durumunda işin süresinin daha kısa olacağı ve bu sürede iş bitirme belgelerinin yeterli olacağı belirtilerek ihalenin iptal edilmesi ve yeniden ilan edilmesi istemiyle yapılan başvuru üzerine, itirazın şikâyet başvurusunun uygun bulunmadığına ilişkin dava konusu 22.2.2005 gün ve 2005/UH.Z-398 sayılı Kamu İhale Kurulu kararı alınmıştır.

İdarelerce tespit edilen ihtiyaçların karşılanması amacıyla yapılacak ihalelerde, en uygun bedelle mal veya hizmet temininin, çok sayıda istekli arasında rekabet ortamının oluşturulmasıyla mümkün olduğu kuşkusuzdur.

Uyumsuzluk konusu olayda, ihaleye 14 firma katılarak teklif sunmuş, çeşitli eksiklikler nedeniyle 13 firmanın teklifi değerlendirme dışı bırakılmıştır. İhale üzerinde kalanın teklifi de dahil olmak üzere tüm teklifler yaklaşık maliyetin altında bulunmaktadır.

Bu durumda, çeşitli eksiklikler nedeniyle 13 firma ihale dışı kalmış ise de, ihale üzerinde kalanın teklifi de dahil bütün tekliflerin yaklaşık maliyetin altında olması dolayısıyla ihalede rekabet ortamının oluşması karşısında, ihalenin iptali isteminin reddine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Bu itibarla; davanın reddi gerekirken dava konusu işlemin iptaline ilişkin İdare Mahkemesi ısrar kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin ve yanında davaya katılanın temyiz istemlerinin kabulüne, Ankara 10. İdare Mahkemesinin 21.2.2007 günlü, E:2007/61, K:2007/293 sayılı ısrar kararının Danıştay Onüçüncü Dairesinin kararı doğrultusunda BOZULMASINA, kullanılmayan 21,40.-TL. harcın isteği halinde davalı idareye iadesine, 21.4.2011 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

İdare Mahkemesince verilen kararın usul ve hukuka uygun olduğu, temyiz dilekçesinde ileri sürülen hususların kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte bulunmadığı anlaşıldığından, temyiz isteminin reddi ile Ankara 10. İdare Mahkemesinin 21.2.2007 günlü, E:2007/61, K:2007/293 sayılı ısrar kararının onanması gerektiği oyuyla, karara katılmıyoruz.

MEMURLAR VE DİĞER KAMU GÖREVLİLERİ

T.C.
DANIŞTAY
İdari Dava Daireleri
Kurulu

Esas No : 2007/557
Karar No : 2011/212

Özeti : Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının, hakkında soruşturma yapılan kişinin mevzuatta belirtildiği gibi "yasadışı, siyasi, yıkıcı, bölücü ideolojik görüş ve eylem içinde" olup olmadığını tespit etmek amacıyla yapıldığı, kardeşi hakkında edinilen istihbari bilgilere dayanılarak, kendisi hakkında herhangi bir olumsuz tespit

bulunulmayan davacının güvenlik soruşturmasının olumsuz sonuçlandığından bahisle atamasının yapılmamasına yönelik işlemde bu nedenle hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : ...

Karşı Taraf (Davalı) : Boru Hatları ile Petrol Taşıma A.Ş.
(BOTAŞ) Genel Müdürlüğü

Vekili : Av. ...-

İstem Özet: Ankara 6. İdare Mahkemesinin 26.1.2007 günlü, E:2006/2841, K:2007/70 sayılı ısrar kararının temyizen incelenerek bozulması, davacı tarafından istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : İstem reddi gerektiği savunulmuştur.

Danıştay Tetkik Hakimi Burakhan Melikoğlu'nun Düşüncesi : Temyiz isteminin reddi ile ısrar kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Kemal Bilecen'in Düşüncesi : Davacının, Ankara 9. İdare Mahkemesinin 17.4.2003 günlü, E:2002/1381, K:2003/377 sayılı iptal kararı üzerine davalı idarece işlem tesis edilmediğini ileri sürerek yargı kararının uygulanmamasına ilişkin işlemin iptali ve 1.000.000.000,- TL. manevi tazminatın ödenmesine hükmedilmesi istemiyle açtığı davanın reddi yolundaki Ankara 6. İdare Mahkemesinin 7.2.2005 günlü, E:2003/2235, K:2005/117 sayılı kararının bozulmasına dair Danıştay 5. Dairesinin 31.1.2006 gün ve E:2005/4513, K:2006/274 sayılı kararında yer alan gerekçenin hukuka uygun bulunması nedeniyle, davacının temyiz isteminin kabulüyle, temyize konu Ankara 6. İdare Mahkemesinin 26.01.2007 tarihli, E:2006/2841, K:2007/70 sayılı ısrar kararının, bozma kararında belirtilen gerekçe ile bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

Dava; yargı kararının uygulanmamasına ilişkin işlemin iptali ile yargı kararının uygulanmaması nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen manevi zarara karşılık 1.000,00.-TL manevi tazminatın ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

Ankara 6. İdare Mahkemesi 7.2.2005 günlü, E:2003/2235, K:2005/117 sayılı kararıyla; davacının, davalı idare Basın ve Halkla İlişkiler Daire Başkanlığında Basın Müdürü olarak görev yapmakta iken bu görevinden alınarak İnceleme ve Geliştirme Kuruluna uzman olarak atanmasına ilişkin işleme karşı Ankara 10. İdare Mahkemesinde dava açtığı, anılan davanın Mahkemece reddi üzerine davacının karara yönelik temyiz başvurusu sonucunda Danıştay Beşinci Dairesinin 26.6.2002 günlü, E:2002/1128 sayılı kararıyla, söz konusu kararın yürütülmesinin durdurulmasına karar verildiği, bu karar üzerine davacının Sözleşmeler ve Mühendislik Daire Başkanlığı'na bağlı Arşiv ve Dökümantasyon Müdürü olarak atandığı, bu atama işlemine karşı açtığı davada Ankara 9. İdare Mahkemesi'nin 22.1.2003 günlü, 2002/1381 sayılı kararı ile atama işleminin yürütülmesinin durdurulmasına karar verildiği, davacının anılan karar uyarınca 19.3.2003 gününde Basın Müdürü olarak atandığı, akabinde 7.4.2003 günlü olurla Etüd Mühendislik ve Sözleşmeler Daire Başkanlığında geçici olarak görevlendirildiği, davacı tarafından bu görev yürütülmekte iken 5.7.2003 günlü, 2003/7 sayılı Yönetim Kurulu Kararı ile davacının kadrosunun bulunduğu Basın Müdürlüğü'nün bağlı bulunduğu Basın ve Halkla İlişkiler Daire Başkanlığı lağvedilerek yerine Basın ve Halkla İlişkiler Müdürlüğü'nün kurulduğu, Daire Başkanı ve bağlı müdürlerin İnceleme Geliştirme Kurulu Başkanlığına Kurul Üyesi olarak atandıkları, bilahare Ankara 9. İdare Mahkemesinde davacının BOTAŞ Sözleşmeler ve Mühendislik Daire Başkanlığı Arşiv ve

Dökümantasyon Müdürlüğüne atanmasına ilişkin işleme karşı açtığı ve anılan mahkemece yürütmenin durdurulmasına karar verilen davanın esastan karara bağlanarak 17.4.2003 günü, E:2002/1381, K:2003/377 sayılı karar ile işlemin iptal edildiği, kararın 15.9.2003 gününde davalı idare vekiline tebliğ edilmesine rağmen 30 gün içinde davalı idarece hiçbir işlem tesis edilmemesi üzerine davalı idarenin yargı kararını uygulamama yolundaki işlemin iptali ve yargı kararının uygulanmaması nedeniyle uğradığı manevi zarara karşılık 1.000.000.000.- TL manevi tazminatın davalı idareden tahsili amacıyla bakılan davanın açıldığının anlaşıldığı, yürütmenin durdurulması kararlarının dava konusu idari işlemin uygulanmasını durduran başka bir deyimle onun icrailik niteliğini askıya alan ve söz konusu işlemin tesisinden önceki hukuki durumun geri gelmesini sağlayan geçici nitelikte kararlar olduğu, bireysel bir idari işlemin yürütülmesi durdurulmuş ise, idarenin bireyin eski hukuki durumunu kazanması için gereken işlemleri yapmakla yükümlü olduğu, uyumsuzluk konusu olayda, Ankara 9. İdare Mahkemesince verilen yürütmenin durdurulması kararı üzerine Basın Müdürlüğü görevine 19.3.2003 tarihinde iade edilen davacının kısa bir süre sonra BOTAŞ Etüd Sözleşmeler ve Mühendislik Daire Başkanlığında görevlendirilmesine ve Basın Müdürlüğü'nün lağvedilmesi nedeniyle inceleme ve Geliştirme Kuruluna Kurul üyesi olarak atanmasına ilişkin işlemlere karşı dava açmadığı, dolayısıyla hakkında tesis edilen işlemleri kabul ettiği, böylece Basın Müdürlüğü görevi ile hukuki bağının kesildiğinin açık olduğu, kaldı ki, davacı hakkındaki yürütmenin durdurulması kararının davalı idarece davacının Basın Müdürü olarak atanması suretiyle uygulandığı, davacı bu kararın uygulanması sonucunda hakkında tesis edilen işlemleri dava konusu etmediğinden, idarenin iptal kararının uygulama yükümlülüğü bulunduğundan söz etmeye olanak bulunmadığı , bu durumda, dava konusu işlemde hukuka ve mevzuata aykırılık görülmediği gerekçesiyle davayı reddetmiştir.

Anılan karar, temyiz incelemesi sonucunda, Danıştay Beşinci Dairesinin 31.1.2006 günü, E:2005/4513, K:2006/274 sayılı kararıyla; Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin hukuk devleti olduğunun vurgulandığı; 138. maddesinin son fıkrasında yasama ve yürütme organları ile idarenin, mahkeme kararlarına uymak zorunda oldukları, bu organların ve idarenin, mahkeme kararlarını hiç bir suretle değiştiremeyeceği ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyeceği yolundaki buyurucu kurala yer verildiği, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinin 1. fıkrasının birinci tümcesinde de Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idarenin, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecbur olduğu kuralıyla Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devlet ilkesine uygun bir düzenleme getirildiği, söz konusu ilke karşısında, idarenin maddi ve hukuki koşullara göre uygulanabilir nitelikte olan bir yargı kararını aynen ve gecikmeksizin uygulamaktan başka bir seçeneği bulunmadığı; olayda, davacı Ankara 9. İdare Mahkemesince verilen yürütmenin durdurulması kararı üzerine, Basın Müdürlüğü görevine atanmış ve bu atamasından sonraki işlemleri dava konusu etmemiş ise de, Ankara 9. İdare Mahkemesi'nin E:2002/1381 esasına kayıtlı dosyasındaki davasından vazgeçmediği anlaşıldığından dava konusu işlemin iptali biçiminde sonuçlanan davası ile hukuki ilgisinin kesildiğini kabul etme olanağı bulunmadığı, bu itibarla davanın reddi yolunda verilen Mahkeme kararında hukuki isabet görülmediği gerekçesiyle bozulmuş ise de; İdare Mahkemesince, bozma kararına uyulmayarak davanın reddi yolundaki ilk kararda ısrar edilmiştir.

Davacı, Ankara 6. İdare Mahkemesinin 26.1.2007 günü, E:2006/2841, K:2007/70 sayılı ısrar kararını temyiz etmekte ve bozulmasını istemektedir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinin 1. fıkrasının birinci tümcesinde Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idarenin, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecbur olduğu hükmüne yer verilmiştir.

Bu emredici nitelikteki hüküm gereği idarenin en geç, aynı maddede belirtilen 30 günlük sürede işlem tesis etmesi hukuken zorunludur. İdari işleyiş nedeniyle oluşabilecek olası gecikmeler için öngörülen 30 günlük sürenin, karar gereklerinin yerine getirilmesinin geciktirilmesi amacıyla kullanılması hukuken olanaklı değildir. Dolayısıyla, bu süre idarenin işlem tesis etmesi gereken en son tarihi belirlemekte olup, 30 günlük sürenin bitimiyle beraber idarenin yargı kararlarının gereklerine göre işlem tesis etmeme yönündeki iradesi ortaya çıkmış olacaktır.

Bu itibarla 30 günün bittiği tarihte yargı kararının uygulanmaması yolunda bir idari işlem oluştuğunun kabulü, yargı kararlarının gereklerine göre işlem tesisini zorunlu kılan 2577 sayılı Yasanın 28. maddesinin amacına uygun olacaktır.

Bu nedenle, olayda da olduğu gibi, idareye herhangi bir başvuru yapılmaksızın ve idarece de herhangi bir işlem tesis edilmeksizin, 2577 sayılı Yasanın 28. maddesinde öngörülen 30 günlük sürenin bitimi ile birlikte, yargı kararının uygulanmaması yolunda işlem tesis edildiği kabul edilerek açılan iptal davalarının esasının incelenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

Temyiz edilen kararlar ilgili dosyanın incelenmesinden; İdare Mahkemesince verilen ısrar kararının usul ve hukuka uygun bulunduğu, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenlerinin kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı anlaşıldığından, davacının temyiz isteminin reddine, Ankara 6. İdare Mahkemesinin 26.1.2007 günlü, E:2006/2841, K:2007/70 sayılı kararının onanmasına, kullanılmayan 21,40.-TL harcın istemi halinde davacıya iadesine, 7.4.2011 gününde, esasta ve gerekçede oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X- İdari davaya konu olabilecek idari işlemler, idarenin hukuki sonuç doğurmaya yönelik olarak iradesini açıklaması ile ortaya çıkarlar. Bu itibarla, idari işlemin varlığından söz edilebilmesi için, idarenin mevzuat gereği yetkili olan organının iradesini açıklaması şarttır. İstisnai olarak, idarenin hareketsiz kalması da idari işlem olarak kabul edilebilmekte ise de, bu durumun, 2577 sayılı Yasanın, 10. ve 11. maddelerinde düzenlenen 'zımni ret' işlemlerinde olduğu gibi Yasa hükümleriyle açıkça düzenlenmesi zorunludur. Belirtilen istisnai yasal düzenlemeler dışında idarenin hareketsizliğinin idari işlem olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

Bu bağlamda, yargı kararının gereklerine göre, 2577 sayılı Yasanın 28. maddesinde öngörülen 30 günlük süre içinde işlem tesis edilmemesini, dolayısıyla idarenin hareketsiz kalmasını idari işlem olarak nitelendirmeye hukuken olanak görülmemiştir.

Olayda da, davacı tarafından idareye herhangi bir başvuru yapılmaksızın ve idarece de herhangi bir işlem tesis edilmeksizin, 2577 sayılı Yasanın 28. maddesinde öngörülen 30 günlük sürenin bitimi ile birlikte, yargı kararının uygulanmaması yolunda işlem tesis edildiği kabul edilerek temyiz istemine konu dava açılmıştır.

Bu durumda, ortada bir idari işlem olmadığından, davanın idari işleme ilişkin kısmının incelenmeksizin reddi gerekirken, esas incelenmek suretiyle verilen kararda hukuki isabet görülmemiş ise de, davanın reddine karar verilmiş olması nedeniyle kararın belirtilen kısmında sonucu itibarıyla hukuka aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenle, kararın idari işleme ilişkin kısmının belirtilen gerekçeyle onanması gerektiği oyuyla, karara katılmıyoruz.

KARŞI OY

XX- Temyiz isteminin kabulü ile İdare Mahkemesince verilen ısrar kararının tazminata ilişkin kısmının Danıştay Beşinci Dairesinin kararı doğrultusunda bozulması gerektiği oyuyla, karara katılmıyoruz.

T.C.
DANIŞTAY
İdari Dava Daireleri
Kurulu
Esas No : 2007/1957
Karar No : 2011/241

Özeti : **1-** Kural olarak; idarelerin hukuka uygun işlem tesis etmek, işlemlerindeki hukuka aykırılıkları düzeltmek, bu tür işlemlerle ortaya çıkan hukuk ihlallerini ortadan kaldırarak hukuka uygun bir düzeni sağlamak zorunda oldukları; ancak hukuka aykırı bir işlemin uygulanması suretiyle elde edilen bazı kazanımların bir yandan zaman içinde bu yolla idarede sağlanmış olan istikrarın ve kamu düzeninin bozulmaması amacı ile, öte yandan belli bir süre kesintisiz uygulanmak suretiyle ilgili kişinin statüsünün ayrılmaz bir parçası haline dönüşmüş olduğu gözönüne alınarak, yargı kararları ile korunduğu,
2- Bu bağlamda, kanunsuz yapılan bir terfiin memur lehine kazanılmış bir hak doğurmayacağı, ancak, bu işlemin bir çok netice ve etki doğurması sebebiyle idarece her zaman geri alınabileceğini kabul etmenin istikrar ilkesi ile bağdaştırılamayacağı, bu itibarla, davacının memuriyet giriş derecesine kanunsuz olarak eklenen bir derecenin, bu tarihten 8 yıl 3 ay sonra geri alınması işleminin idari istikrarı zedelediği ve hukuka aykırı olduğu hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı): ...

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf (Davalı) : Ankara Valiliği

İstemın Özeti : Ankara 9. İdare Mahkemesinin 23.5.2007 günlü, E:2007/167, K:2007/752 sayılı ısrar kararının temyizden incelenerek bozulması davalı idare tarafından istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Tuğba Demirer Akar'ın Düşüncesi : Temyiz isteminin kabulü ile ısrar kararının Danıştay İkinci Daire kararı doğrultusunda bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Şule Tataroğlu'nun Düşüncesi : Dava, Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Eğitimde Psikolojik Hizmetler Bölümünden mezun olup öğretmen olarak görev yapan davacı tarafından, 657 sayılı Yasanın 36/A-5 maddesi uyarınca 28.2.1995 tarihinde kendisine verilen bir derecenin geri alınmasına ilişkin 30.5.2003 günlü işlemin iptali istemiyle açılmış, davanın reddi yolundaki Ankara 9. İdare Mahkemesinin 31.12.2004 günlü, E:2003/1342, K:2004/1971 sayılı kararının Danıştay İkinci Dairesinin 30.10 2006 günlü E:2005/2983, K:2006/2915 sayılı kararıyla bozulması üzerine İdare Mahkemesince bozmaya uyulmayarak 31.12.2004 günlü, E:2003/1342, K:2004/1971 sayılı kararda ısrar edilmiştir.

Danıştay İkinci Dairesinin 30.10 2006 günlü, E:2005/2983, K:2006/2915 sayılı bozma kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda temyiz isteminin kabulü ile temyize konu İdare Mahkemesinin ısrar kararının bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

Dava; Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Eğitimde Psikolojik Hizmetler Bölümünden mezun olup öğretmen olarak görev yapan davacıya 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 36. maddesinin (A) bendinin 5. fıkrası uyarınca 28.2.1995 tarihinde verilen bir derecenin geri alınmasına ilişkin 30.5.2003 günlü işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Ankara 9. İdare Mahkemesinin 31.12.2004 günlü, E:2003/1342, K:2004/1971 sayılı kararıyla; Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı Yürütme Kurulu'nun 29.12.1989 günlü kararı uyarınca, Eğitim Bilimleri Fakültesi Eğitimde Psikolojik Hizmetler Bölümünden mezun olanların rehber öğretmen unvanını kullanacakları, psikolog unvanını kullanamayacakları belirtildiğinden, davacıya öğretmen olarak görev yapmakta iken 657 sayılı Yasa'nın 36. maddesinin (A) bendinin 5. fıkrası uyarınca verilen bir derecenin geri alınmasına ilişkin işlemde hukuka aykırılık görülmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Anılan kararın davacı tarafından temyiz edilmesi üzerine Danıştay İkinci Dairesinin 30.10.2006 günlü, E:2005/2983, K:2006/2915 sayılı kararıyla; Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu'nun 26.9.1952 günlü, E:1952/15, K:1952/244 sayılı kararında, kanunsuz yapılan bir terfiin memur lehine kazanılmış bir hak doğurmayacağı açık olmakla beraber, bu işlemin bir çok etki ve sonuç doğurduğu ve idarece kanunsuz bir terfi işleminin her zaman geri alınabileceğini kabul etmenin "istikrar ilkesiyle" bağdaştırılamayacağı, memur hakkında kanuna uygun müteaddit terfiiler cereyan ettiği takdirde idare tarafından kanunsuz terfiin geri alınmasının kabul edilemeyeceğinin belirtildiği, "istikrar ilkesinin" de bu kararın ışığı altında, olayların nitelik ve özellikleri de göz önünde bulundurulmak suretiyle idari yargıda uygulanageldiği, davacının, Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Eğitimde Psikolojik Hizmetler Bölümü mezunu olduğunu belirten başvurusu sonucunda, psikolog unvanı nedeniyle 28.2.1995 tarihinde memuriyet giriş derecesine eklenen bir derecenin, bu tarihten yaklaşık 8 yıl, 3 ay sonra 30.5.2003 tarihi itibarıyla geri alınması işleminin, istikrar ilkesiyle bağdaştığını kabul etmenin olanaklı olmadığı, bu nedenle dava konusu işlemde hukuka aykırılık, aksi yöndeki İdare Mahkemesi kararında da hukuki isabet görülmediği gerekçesiyle bozulmasına karar verilmiş ise de, Ankara 9. İdare Mahkemesince, bozma kararına uyulmayarak önceki kararında ısrar edilmiştir.

Davacı, Ankara 9. İdare Mahkemesinin 23.5.2007 günlü, E:2007/167, K:2007/752 sayılı ısrar kararını temyiz etmekte ve bozulmasını istemektedir.

Dosyanın incelenmesinden; davacının 1987 yılında Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Eğitimde Psikolojik Hizmetler Bölümünden mezun olduğu, Üniversitelerarası Kurul'un 25.9.1989 günlü, 30 sayılı kararıyla Eğitimde Psikolojik Hizmetler Bölümü mezunlarının psikolog unvanını kullanmalarının uygun olduğu yönünde görüş belirtmesi ve bu görüşün Yükseköğretim Yürütme Kurulu'na kabul edilmesi üzerine, Milli Eğitim Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü'nün 28.2.1995 günlü yazısı ile anılan bölümden mezun olanların rehber öğretmen değil, psikolog unvanı kullanabileceklerinden bahisle 657 sayılı Yasanın 36/A-5. maddesi uyarınca giriş, derece ve kademelerine bir derece ilave edilmesinin uygun olduğuna karar verildiği, sonrasında davacının da bu kapsamda değerlendirilerek, mezuniyet giriş derecesine bir derece ilave edildiği, ancak daha sonra Milli Eğitim Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü'nün 24.9.1996 günlü yazısı ile söz konusu işlemlerin hatalı olduğundan bahisle verilen bir derecenin geri alınması gerektiğinin belirtilmesi üzerine, dava konusu işlemin tesis edildiği ve davacının bu işlemin iptali istemiyle dava açtığı anlaşılmaktadır.

Danıştay Sekizinci Dairesinin 14.3.1990 günlü, E:1989/301, K:1990/372 sayılı kararıyla; Eğitim Fakülteleri ve Eğitim Bilimleri Fakülteleri eğitimci, Edebiyat ve Fen Fakültelerinin Psikoloji Bölümleri ise psikolog yetiştirmekte ve dolayısıyla bu fakülteler farklı meslek dallarında eğitim yapmakta olup, Eğitim Fakülteleri ile Eğitim Bilimleri Fakültelerinin Eğitimde Psikolojik Hizmetler Bölümü öğrencilerinin, Psikolojinin temel uzmanlık ve alt

dallarından biri olan Eğitimsel Psikoloji Dalında uygulamacı ve uzman olarak eğitildiklerinin anlaşıldığı, bu nedenle bu Bölümü bitenlere, eğitim psikoloğu oldukları ve kendilerine bu unvanın verilebileceği düşünülebilirse de, Psikolojinin temel uzmanlık dalları ile bütün alt dallarını kapsar biçimde eğitim görmediklerinden psikolog unvanı verilemeyeceği gerekçesiyle Eğitim Fakülteleri ile Eğitim Bilimleri Fakültelerinin Psikoloji Bölümü mezunlarına psikolog unvanı verilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Dava konusu işleme dayanak alınan Milli Eğitim Bakanlığı'nın 24.9.1996 günlü, 132976 sayılı işleminde de, gerek konuyla ilgili yargı kararları, gerekse Başbakanlık Devlet Personel Başkanlığı ile Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı'nın konuyla ilgili görüşleri uyarınca, Eğitim Bilimleri Fakültesi ile Eğitim Fakültelerinin Eğitimde Psikolojik Hizmetler Bölümü mezunlarının, görmüş oldukları eğitim itibarıyla rehber öğretmen unvanı kullanabileceklerinden, sağlık bilimleri lisansiyeri sayımları ve 657 sayılı Yasanın değişik 36. maddesinin (A) bendinin 5. fıkrası hükmünden faydalandırılmalarının mümkün olmadığı, daha önce bu kapsamda verilen bir derece yükselmesinin ise bu Genelge tarihi itibarıyla geri alınması gerektiği belirtilmiştir.

Olayda; 28.2.1995 tarihinde davacıya bir derece verildiği, 30.5.2003 günlü dava konusu işleme de verilen derecenin geri alındığı anlaşılmaktadır.

Kural olarak; idareler, hukuka uygun işlem tesis etmek, işlemlerindeki hukuka aykırılıkları düzeltmek, bu tür işlemlerle ortaya çıkan hukuk ihlallerini ortadan kaldırarak hukuka uygun bir düzen sağlamak zorundadırlar.

Genel kural böyle olmakla birlikte, hukuka aykırı bir işlemin uygulanması suretiyle elde edilen bazı kazanımların bir yandan zaman içinde bu yolla idarede sağlanmış olan istikrarın ve kamu düzeninin bozulmaması amacı ile, öte yandan belli bir süre kesintisiz uygulanmak suretiyle ilgili kişinin statüsünün ayrılmaz bir parçası haline dönüşmüş olduğu hususu gözönüne alınarak, yargı kararları ile korunduğu da bir gerçektir.

Nitekim, Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu'nun kanunsuz terfi işlemlerinin geri alınmasına ilişkin 26.9.1952 günlü, E:1952/15, K:1952/244 sayılı kararıyla; kanunsuz yapılan bir terfinin memur lehine kazanılmış bir hak doğurmayacağı aşikar olmakla beraber, bu işlemin bir çok tesir ve neticeler tevhit ettiği ve idarece kanunsuz bir terfi işleminin her zaman geri alınabileceğini kabul etmenin "istikrar ilkesiyle" bağdaştırmayacağı, kanunsuz terfiden sonra memur hakkında kanuna uygun müteaddit terfiler cereyan ettiği takdirde, idare tarafından kanunsuz terfiin geri alınmasının tecviz edilemeyeceği belirtilerek konuyla ilgili farklı içtihatlar bu yönde birleştirilmiştir. İstikrar ilkesi, bu kararın ışığı altında, olayların nitelik ve özellikleri de dikkate alınarak idari yargıda uygulanagelmıştır. Öte yandan, davacıya psikolog unvanı Üniversitelerarası Kurul, Yükseköğretim Kurulu Yürütme Kurulu ve Milli Eğitim Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü yazıları uyarınca verilmiş olup, davacının idareyi yanıltması da söz konusu değildir.

Bu itibarla, davacının memuriyete giriş derecesine 28.2.1995 tarihinde eklenen bir derecenin, bu tarihten yaklaşık 8 yıl 3 ay sonra 30.5.2003 tarihi itibarıyla geri alınması işlemi idari istikrarı zedeleyip hukuka aykırılık teşkil ettiğinden, aksi yönde verilen Mahkemenin ısrar kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüne, Ankara 9. İdare Mahkemesinin 23.5.2007 günlü, E:2007/167, K:2007/752 sayılı ısrar kararının Danıştay İkinci Dairesince verilen karar doğrultusunda bozulmasına, dosyanın anılan İdare Mahkemesine gönderilmesine, 14.4.2011 gününde esasta ve gerekçe de oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

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

GEREKÇEDE KARŞI OY

Üniversitelerarası Kurulun 25.09.1989 gün ve 30 sayılı kararı ile Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı Yürütme Kurulu'nun 01.03.1991 tarihli toplantısında alınan kararda, Eğitim Fakültesi Eğitimde Psikolojik Hizmetler Bölümü mezunlarının "psikolog" unvanını kullanabilecekleri belirtilmiş iken, Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı Yürütme Kurulu'nun 29.12.1989 tarih ve 0103-1991 sayılı kararında, Eğitim Bilimleri Fakültesi Eğitimde Psikolojik Hizmetler Bölümü mezunlarının "psikolog" unvanını kullanamayacaklarının belirtildiği görüldüğünden, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 6 ve 7. maddelerinde Yükseköğretim Kurulu'na verilen görevler ve 11. maddede Üniversitelerarası Kurula verilen görevler göz önüne alındığında, yukarıda belirtilen çelişkinin giderilmesi için, Eğitim Fakültesi Eğitimde Psikolojik Hizmetler Bölümü mezunlarının "psikolog" unvanını kullanıp kullanamayacakları hakkında anılan idarelerden görüş alındıktan sonra bir karar verilmesi gerektiğinden, Ankara 9. İdare Mahkemesi kararının bu gerekçeyle bozulması gerektiği görüşüyle, bozma kararına anılan gerekçeyle katılıyorum.

T.C.
DANIŞTAY
İdari Dava Daireleri
Kurulu
Esas No : 2007/2281
Karar No : 2011/244

Özeti : Sendika yöneticisi memurların toplantı, basın açıklaması ve grev gibi fiiler nedeniyle görev yerlerinin değiştirilmesine ilişkin işlemlerin sendika yöneticiliği güvencesine aykırı olduğu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince de bu durumun sendikal faaliyette bulunma hakkına müdahale olarak kabul edildiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Milli Eğitim Bakanlığı

Karşı Taraf (Davacı) : ...

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Hatay İdare Mahkemesinin 20.3.2007 günlü, E:2006/1213, K:2007/131 sayılı ısrar kararının temyizden incelenerek bozulması, davalı idare tarafından istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Ayşe Çakırca'nın Düşüncesi : Temyiz isteminin reddi ile ısrar kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Şule Tataroğlu'nun Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizden incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, İdare Mahkemesince verilen ısrar kararının dayandığı hukuki ve yasal nedenler karşısında söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile Danıştay İkinci Dairesinin 8.11.2005 günlü E: 2004 /4433 K: 2005/ 3472 sayılı bozma kararına uyulmayarak verilen ısrar kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

Dava, davacının İskenderun Şemsettin Mursaloğlu Lisesi Felsefe Öğretmenliğinden, Şanlıurfa ili emrine atanmasına ilişkin 28.2.2002 günlü, 6659 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Adana 1. İdare Mahkemesi'nin 31.12.2002 günlü, E:2002/721, K:2002/2689 sayılı kararıyla; 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 76. maddesi ile 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanununun 18/1. maddesinden bahisle, davacının Eğitim-Sen İskenderun Şubesi Yönetim Kurulu Üyeliği ve Basın Sekreterliği görevini yürüttüğü ve İskenderun'da yayımlanan SES Gazetesinin 22.6.2001 günlü sayısında hükümetin eğitim ve ekonomi politikalarını eleştiren bir yazısının yayımlanmasından dolayı, yapılan soruşturma sonucunda, yetkili olmadığı halde basına bilgi veya demeç verdiği nedeniyle hakkında dava konusu atama işlemi tesis edildiğinin anlaşıldığı; atama işleminin dayanağı olan gazete yazısında, davacının sendikal faaliyetlerinin bir sonucu olarak sendika ve ülke sorunları hakkında düşünce ve gözlemlerini dile getirdiği ve sendikal etkinlik kapsamında kaleme aldığı yazısı neden gösterilerek sendika yöneticiliği güvencesine aykırı biçimde tesis edilen işlemde hukuka uyarlık görülmediği gerekçesiyle dava konusu işlem iptal edilmiştir.

Anılan karar, temyiz incelemesi sonucu Danıştay İkinci Dairesinin 8.11.2005 günlü, E:2004/4433, K:2005/3472 sayılı kararıyla; davacı hakkında düzenlenen 10.12.2001 günlü soruşturma raporuna göre, davacının İskenderun SES Gazetesinin 22.6.2001 günlü nüshasında hükümet politikalarını eleştiren yazısının yayımlandığının tespiti üzerine yetkisi olmadığı halde basına açıklama yaptığı gerekçesiyle disiplin yönünden 657 sayılı Yasanın 125/D-g maddesi uyarınca 1 yıl kademe ilerlemesinin durdurulması cezası ve idari yönden de başka bir İl'e tayin edilmesi teklifi üzerine dava konusu işlemin tesis edildiğinin anlaşıldığı, yapılan soruşturma sonucu hükümetin politikalarını ve yerel yöneticileri eleştiren yazıyı yetkisiz bir biçimde gazetede yayımlayarak, huzursuzluk yaratan davacı hakkında tesis edilen dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmediği gerekçesiyle bozulmuş ise de, Hatay İdare Mahkemesi, bozma kararına uymayarak dava konusu işlemin iptali yolundaki ilk kararda ısrar etmiştir.

Davalı idare, Hatay İdare Mahkemesinin 20.3.2007 günlü, E:2006/1213, K:2007/131 sayılı ısrar kararını temyiz etmekte ve bozulmasını istemektedir.

Temyiz edilen kararla ilgili dosyanın incelenmesinden; İdare Mahkemesince verilen kararın usul ve hukuka uygun bulunduğu, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenlerinin kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı anlaşılmıştır.

Öte yandan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin "Dernek Kurma ve Toplantı Özgürlüğü"nün düzenlendiği 11. maddesinde; herkesin asayiş bozmayan toplantılar yapmak, dernek kurmak, ayrıca çıkarlarını korumak için başkalarıyla birlikte sendikalar kurmak ve sendikalara katılmak haklarına sahip olduğu, bu hakların kullanılmasının, demokratik toplumda zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amaçlarıyla ve ancak yasayla sınırlandırılabilceği, bu maddenin, bu hakların kullanılmasında silahlı kuvvetler, kolluk mensupları veya devletin idare mekanizmasında görevli olanlar hakkında meşru sınırlamalar konmasına engel olmadığı kuralına yer verilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, sendikal faaliyet kapsamında yer alan(toplantı, basın açıklaması ve grev gibi) fiiller nedeniyle cezalandırılan ve/veya görev yerleri değiştirilen memurların başvuruları üzerine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 11. maddesine dayanarak Türkiye'yi mahkum eden çeşitli kararlarındaki gerekçelere bakıldığında, sendika üyesi veya yöneticisi olan ilgililerin sendikal faaliyetleri nedeniyle görev yeri değişikliği işlemlerinin sendikal faaliyetlerini yürütme hakkına bir müdahale olduğunu, yasal bir

sendikaya üye olan ilgililerin görev yerlerinin değiştirilmesine ilişkin işlemlerin demokratik toplum gereklerine uygun olmadığını kabul ettiği görülmektedir. (Örneğin; Metin Turan/Türkiye No:20868/02, Müslim Çiftçi/Türkiye No:30307/03, Karaçay/Türkiye No:6615/03).

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin reddine, Hatay İdare Mahkemesince verilen 20.3.2007 günlü, E:2006/1213, K:2007/131 sayılı kararın onanmasına, 14.4.2011 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Hatay İdare Mahkemesinin temyize konu ısrar kararının Danıştay İkinci Dairesinin 8.11.2005 günlü, E:2004/4433, K:2005/3472 sayılı kararı doğrultusunda bozulması gerektiği oyuyla, karara katılmıyoruz.

T.C.
DANIŞTAY
İdari Dava Daireleri
Kurulu
Esas No : 2010/1313
Karar No : 2011/250

Özeti : 1- "Hırsızlık" suçu, Türk Ceza Kanununda tanımlanmış bir suç olduğundan, bir fiilin hırsızlık olup olmadığının, ancak ceza mahkemesince verilecek karar ile belirlenebileceği,

2- Bu bağlamda, hırsızlık suçunu işlediğinden bahisle Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü'nün 8. maddesinin 6. fıkrası gereğince meslekten çıkarma cezası ile cezalandırılan davacı hakkında anılan suç işlediğine dair adli yargıda kesinleşmiş bir kararın bulunmadığı, bunun dışında dolandırıcılık suçu nedeni ile yapılan soruşturmanın da takipsizlik kararı ile sonuçlandığı anlaşıldığından davacı hakkında verilen disiplin cezasında hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : ...

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf (Davalı) : İçişleri Bakanlığı

İstem Özet : Şanlıurfa İdare Mahkemesinin 18.2.2010 günlü, E:2010/276, K: 2010/271 sayılı ısrar kararını, davacı temyiz etmekte ve bozulmasını istemektedir.

Savunmanın Özeti : İdare Mahkemesince verilen kararın usul ve hukuka uygun bulunduğu ve temyiz dilekçesinde öne sürülen nedenlerin, kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı belirtilerek temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Gülhan Akyüz'ün Düşüncesi : Temyiz isteminin kabulü ile İdare Mahkemesince verilen ısrar kararının Danıştay Onikinci Dairesinin kararında belirtilen gerekçelerle bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Nazmiye Kılıç'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 İdare Mahkemesi ısrar kararının 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 görüldü:

Dava, davacının meslekten çıkarma cezası ile cezalandırılmasına ilişkin 7.7.2005 günlü, 2005/246 sayılı Emniyet Genel Müdürlüğü Yüksek Disiplin Kurulu kararının iptali istemiyle açılmıştır.

Şanlıurfa İdare Mahkemesinin 14.6.2007 günlü, E:2007/609, K:2007/525 sayılı kararıyla; Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü'nün 8. maddesinin 6. fıkrasından bahisle, Şanlıurfa Emniyet Müdürlüğü emrinde polis memuru olarak görev yapan davacı hakkında düzenlenen soruşturma raporunda, 12.2.2005 gününde davacının Yapı Kredi Bankası ATM cihazının önüne para çekmek için geldiği, davacının önündeki şahsın kredi kartını cihazda unuttuğu halde bunu fark etmeden işinin uzun süreceğini belirterek yerini davacıya verdiği, davacının kendisinden önce cihazı kullanan şahsın kredi kartından arka arkaya 200 YTL, 200 YTL, 200 YTL, 100 YTL, 10 YTL olmak üzere toplam 710 YTL para çektiği, akabinde söz konusu kredi kartını da yanına alarak aracıyla olay yerinden uzaklaştığı, anılan şahsın kredi kartını unuttuğunu fark etmesi nedeniyle tekrar ATM cihazına dönmesi üzerine kredi kartının cihazda olmadığını ve davacının aracıyla uzaklaştığını görmesi üzerine polisi arayarak durumu bildirdiği, davacının aracının durdurularak aranması sonucu üzerindeki 685 YTL paraya ve anılan şahsa ait kredi kartına el konulduğu, davacının soruşturma kapsamında verdiği ifadesinde olay esnasında eşiyile konuşması nedeniyle dalgın olduğu, cihazda arıza olduğunu düşündüğünden gayri ihtiyari tuşlara bastığını ve cihazın para vermeye başladığını, parayı ve kredi kartını Emniyet Müdürlüğüne teslim etmek üzere yolda iken aracın durdurulduğunu, çıkan tartışma sonucu kredi kartını sinirlendiğinden yere fırlattığını belirttiği, soruşturma raporu sonucu para miktarının 5 ayrı işlem neticesinde gerçekleştiği ve bu işlemlerin gayri ihtiyari para çekmekten uzak olduğu, çekilen toplam miktar 710 YTL iken davacının üzerinde bulunan miktarın 685 YTL olduğu, aradaki farkın ise davacı tarafından harcandığı, soruşturma kapsamında ifadesi alınan ve davacının arabasını durduran ekipte yer alan polis memurunun davacının kredi kartını yavaşça ve gizli bir şekilde yere attığına şahit olduğu, bu sebeple davacının hırsızlık suçunu işlediği kanaatine varıldığı gerekçesiyle dava konusu işlemin tesis edildiği, olayın gelişimi ve soruşturma raporunda yer alan ifadelerin değerlendirilmesinden davacının üzerine atılı fiili işlediği sonucuna ulaşıldığından işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Anılan karar, temyiz incelemesi sonucunda, Danıştay Onikinci Dairesinin 7.5.2008 günlü, E:2007/4080, K:2008/2708 sayılı kararıyla; dosyadaki tüm bilgi ile belgeler ile davacının dalgınlık sonucu kendi kartının cihazda bulunduğu kanısı ile işlem yapmaya devam ettiği, durumu fark ettiğinde ise kart ve parayı iade etmek amacıyla emniyet müdürlüğüne gitmek üzereyken yakalandığı yolundaki ifadesi ve müştekinin, davacının hırsızlık kastı ile hareket etmediği ve kendisinden şikayetçi olmadığı yönündeki beyanı ile davacı hakkında kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin savcılık kararının bulunması karşısında, davacının üzerine atılı hırsızlık fiilini işlemediği sonucuna varıldığı, bu durumda, davacının fiilinin hizmet dışında resmi sıfatının gerektirdiği saygınlığı ve güven duygusunu sarsacak eylem ve davranışlarda bulunmak fiili olarak değerlendirilip bu fiile uygun ceza ile cezalandırılması gerektiğinden, dava konusu meslekten çıkarma cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmediği gerekçesiyle bozulmuş ise de, İdare Mahkemesince, olayda her ne kadar davacı yanlışlıkla ATM cihazından para çektiğini belirtse de, bunun 1 ya da 2 kez olabileceği, aynı

yanlışlığın arka arkaya 5 kez yapılmasının hayatın olağan akışına aykırı olduğu, davacının para çektikten sonra kart sahibini aramaya yönelik bir çabasının olmadığı, olaydan sonra en yakın emniyet birimine başvurmak yerine aracına binerek olay yerinden uzaklaştığı, ATM cihazından çekilen para miktarının 710.-TL olduğu, davacının üzerinde bulunan paranın ise 685.-TL olup aradaki farkla benzin aldığı, dolayısıyla adigeçenin iyiniyetli olmadığına açık olduğu gerekçesi de eklenerek davanın reddi yolundaki ilk kararında ısrar edilmiştir.

Davacı, Şanlıurfa İdare Mahkemesinin 18.2.2010 günlü, E:2010/276, K:2010/271 sayılı kararını temyiz etmekte ve bozulmasını istemektedir.

Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü'nün "Meslekten Çıkarma" başlıklı 8. maddesinde, "hırsızlık" meslekten çıkarma cezası gerektiren eylemler arasında sayılmıştır.

Hırsızlık suçu Türk Ceza Kanununda tanımlanmış bir suç olduğundan, bir fiilin hırsızlık olup olmadığı ancak ceza mahkemesince verilecek karar ile belirlenebilecektir.

Dosyanın incelenmesinden, davacı hakkında ATM cihazından başkasına ait kredi kartı ile para çekmesi ile ilgili olarak Cumhuriyet Savcılığınca "dolandırıcılık" suçundan dolayı başlatılan soruşturmada, 7.3.2005 günlü, Hz. No:2005/1934 sayılı karar ile "suçun manevi unsurunun oluşmadığı" gerekçesiyle kovuşturma yapılmasına yer olmadığına karar verildiği, disiplin soruşturması sonucunda ise aynı fiil nedeniyle davacının "hırsızlık" suçunu işlediğinden bahisle dava konusu meslekten çıkarma cezasının verildiği anlaşılmaktadır.

Buna göre davacının hakkında verilen disiplin cezasına esas teşkil eden "hırsızlık" fiilini işlediğine dair adli yargıda kesinleşmiş bir kararın bulunmadığı, bunun dışında dolandırıcılık suçu nedeni ile yapılan soruşturmanın da takipsizlik kararı ile sonuçlandığı dikkate alındığında, davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüne, Şanlıurfa İdare Mahkemesinin 18.2.2010 günlü, E:2010/276, K: 2010/271 sayılı kararının Danıştay Onikinci Daire kararı doğrultusunda bozulmasına, 14.4.2011 gününde oyçokluğu ile karar verildi

KARŞI OY

Temyiz edilen kararlar ilgili dosyanın incelenmesinden Şanlıurfa İdare Mahkemesinin 18.2.2010 günlü, E:2010/276, K:2010/271 sayılı ısrar kararının hukuka uygun olduğu, davacının temyiz dilekçesinde belirtilen hususların anılan kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı anlaşıldığından, davacı temyiz isteminin reddi ile ısrar kararının onanması gerektiği oyuyla, karara katılmıyoruz.

T.C.
DANIŞTAY
İdari Dava Daireleri
Kurulu
Esas No : 2010/1391
Karar No : 2011/273

Özeti : Ceza yargılaması sonucunda, gizli kamera çekimlerinin ceza hukuku yönünden tek başına yeterli bir delil olamayacağı gerekçesiyle verilen delil yetersizliğinden beraat hükmünün, disiplin soruşturması sonucunda aynı delile dayalı olarak disiplin cezası verilmesine engel teşkil etmeyeceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : ...
Karşı Taraf (Davalı) : Başbakanlık Gümrük Müsteşarlığı

İstemin Özeti :İzmir 2. İdare Mahkemesinin 24.3.2010 günlü, E:2010/392, K:2010/378 sayılı ısrar kararının temyizden incelenerek bozulması, davacı tarafından istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.

Danıştay Tetkik Hakimi Burakhan Melikoğlu'nun Düşüncesi : Temyiz isteminin reddi ile ısrar kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Gül Filiz Ercan Aslantaş'ın Düşüncesi : Danıştay Onikinci Dairesinin 26.1.2010 günlü, E:2009/5707, K:2010/258 sayılı bozma kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda temyiz isteminin kabulü ile temyize konu İdare Mahkemesinin ısrar kararının bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

Dava; Adnan Menderes Havalimanında Gümrük Muhafaza Memuru olarak görev yapan davacının, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125/E-(g) maddesi uyarınca "Devlet memurluğundan çıkarma" cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

İzmir 2. İdare Mahkemesi 28.7.2008 günlü, E:2008/1190, K:2008/1259 sayılı kararıyla; 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125/E-(g) maddesine göre, memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmanın Devlet memurluğundan çıkarma cezasını gerektirdiği, 130. maddesinin 2. fıkrasında da, memurun ceza kanununa göre mahkum olması veya olmaması hallerinin, ayrıca disiplin cezasının uygulanmasına engel olamayacağı hükmüne yer verildiği; olayda, İzmir Gümrük ve Muhafaza Başmüdürlüğünde gümrük muhafaza memur olarak görev yapan davacının 11.5.1999 günü Arena programında yayınlanan, personelin iş sahipleri ile para alışverişi ve rüşvet olaylarına ilişkin görüntülerde yer aldığı saptanması üzerine disiplin soruşturması başlatıldığı, soruşturma sonucu düzenlenen raporda, davacı ile bir miktar para aldığı iş takipçisi tarafından, görüntülerdeki kişilerin kendileri olduğunun kabul edildiği, bu hale göre, davacının kayıt işlemleri sırasında iş takipçisi olan kişi ve başka bir şahıs tarafından çekmecisine bırakılan parayı aldığı açıkça görülmesi karşısında, davacı ile iş takipçisi ve başka bir şahıs arasındaki para alışverişinin sabit olduğu, bu fiilin davacı açısından memuriyet sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici harekette bulunmak niteliğinde olduğu sonucuna varıldığı; bu durumda, disiplin soruşturması neticesi davacının sübuta eren bu eylemi nedeniyle Devlet memurluğundan çıkarma cezası ile cezalandırılmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı; her ne kadar, davacı tarafından, ceza verme yetkisinin zamanaşımına uğradığı ve ağır ceza mahkemesinde yapılan yargılamada beraat ettiği iddia edilmekte ise de, yargı sürecinin uzaması ve mevzuat değişiklikleri nedeniyle geçen sürenin ceza zamanaşımına bir etkisinin bulunmadığı, diğer yandan, ceza yargılaması sonucunda davacının beraatine hükmedilen İzmir 3. Ağır Ceza Mahkemesinin 18.12.2002 günlü, E:1999/486, K:2002/510 sayılı kararında, dosyada kaset dışında delil bulunmadığı, kasetin suçun oluşmasında ve unsurlarının gerçekleşmesinde yeterli olmadığı ve unsurları oluşmayan suçtan davacının beraatine karar verildiği, bu kararda suçun unsurlarının oluşmaması durumunun delil yetersizliğine bağlandığı, bu nedenle ceza yargılaması yönünden delil yetersizliğine bağlı olarak verilen bu hükmün, yapılan soruşturma sonucu sübuta eren memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunma eylemini ortadan kaldırmadığı, söz konusu kararda isnat edilen eylemlerin kesin olarak davacı tarafından gerçekleştirilmediği yönünde bir belirleme olmadığı, sadece davacının ceza hukuku yönünden cezalandırılabilmesi için kasetin yeterli delil olamayacağının hüküm altına

alındığı; dolayısıyla anılan Ceza Mahkemesi kararının davacının disiplin cezası ile cezalandırılması açısından bağlayıcı olmadığı sonucuna varıldığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir.

Anılan karar, temyiz incelemesi sonucunda, Danıştay Onikinci Dairesinin 7.4.2009 günlü, E:2008/6445, K:2009/1975 sayılı kararıyla onanmış, ancak, aynı Dairenin 26.1.2010 günlü, E:2009/5707, K:2010/258 sayılı kararıyla; karar düzeltme istemi kabul edildikten sonra onama kararı kaldırılarak, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 125/E-g maddesinde, memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak fiilinin devlet memurluğundan çıkarma cezası ile cezalandırılacağı hükmüne yer verildiği; İzmir Gümrük ve Muhafaza Başmüdürlüğü'nde Gümrük Muayene memuru olarak görev yapan davacının, 11.5.1999 günü Kanal D Televizyonu "Arena" programında yayınlanan görüntülerde, iş takipçisi olan bir kişinin bıraktığı parayı aldığı görüldüğü üzerine açılan soruşturma sonucunda 657 sayılı Devlet Memurları Kanunun 125/E-g maddesi hükmüne göre devlet memurluğundan çıkarma cezası ile cezalandırıldığı; öte yandan, basit rüşvet almak, haksız mal edinmek suçlarından yapılan yargılama sonucunda, İzmir 3. Ağır Ceza Mahkemesinin 18.12.2002 günlü, E:1999/486, K:2002/510 sayılı kararı ile, suçun unsurları oluşmadığı gerekçesiyle beraatine karar verildiği, kararın Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 24.6.2004 günlü, E:2003/2066, K:2004/5231 sayılı kararı ile onandığı; bir kamu görevlisinin işlediği iddia edilen disiplin suçunun aynı zamanda ceza yasasına göre de suç niteliğinde olması ve ceza yargılaması sonucunda suçun unsurlarının oluşmadığı ya da suçun işlenmediğinin anlaşıldığı gerekçesiyle kişinin beraatine karar verilmesi durumunda, bu beraat kararının disiplin hukuku yönünden idari yargı yerlerince yapılacak yargılamada bağlayıcı nitelik taşıyacağı; bu durumda, davacının devlet memurluğundan çıkarma cezası ile cezalandırılmasına neden olan rüşvet almak suçundan dolayı İzmir 3. Ağır Ceza Mahkemesinde yapılan yargılama sonucunda suçun unsurları oluşmadığından beraatine karar verilmiş olduğundan aynı suçtan verilen disiplin cezasında hukuka uyarlık görülmediği gerekçesiyle bozulmuş ise de; İdare Mahkemesince, bozma kararına uyulmayarak davanın reddi yolundaki ilk kararda ısrar edilmiştir.

Davacı, İzmir 2. İdare Mahkemesinin 24.3.2010 günlü, E:2010/392, K:2010/378 sayılı ısrar kararını temyiz etmekte ve bozulmasını istemektedir.

Temyiz edilen kararlar ilgili dosyanın incelenmesinden; İdare Mahkemesince verilen ısrar kararının usul ve hukuka uygun bulunduğu, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenlerinin kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı anlaşıldığından, davacının temyiz isteminin reddine, İzmir 2. İdare Mahkemesinin 24.3.2010 günlü, E:2010/392, K:2010/378 sayılı kararının onanmasına, kullanılmayan 28,15.-TL harcın istemi halinde davacıya iadesine, 21.4.2010 gününde esasta ve gerekçede oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Temyiz isteminin kabulü ile İdare Mahkemesince verilen ısrar kararının Danıştay Onikinci Dairesinin kararı doğrultusunda bozulması gerektiği oyuyla, karara katılmıyoruz.

GEREKÇEDE KARŞI OY

Anayasanın 20. maddesinde, kişilerin özel yaşamlarının gizliliği güvence altına alınmış; 38/6. maddesinde ise, kanuna aykırı olarak elde edilen bulguların delil olarak kabul edilemeyeceği ifade edilmiştir.

Tarafı olduğumuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde de özel yaşamın gizliliği korunmuş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında ise, özel yaşamın gizliliği ilkesine aykırı olarak elde edilen delillerin İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerine aykırılık teşkil edeceği kabul edilmiştir. (Örneğin 26.4.1985 tarihli Malone- İngiltere ve 24.4.1990 tarihli, Fransa-Kruslin/Huoin kararı).

Anayasa ve uluslararası sözleşme kurallarının gereği olarak, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 206/2. maddesinde yasa ve hukuka aykırı delillerin hükme esas alınamayacağı açıklanmıştır.

Anılan hükümlerin yorumlandığı, Anayasa Mahkemesinin 22.6.2001 günlü, E:1999/2, SPK: 2001/2 sayılı kararında; " ... Yasaklanan deliller hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerdir. Hukuka aykırılıktan kasıt ise, tüm pozitif hukuk kuralları ile birlikte hukukun kabul edilmiş evrensel ilkelerine aykırılıktır. Bu anlamıyla yasadışıaktan daha geniş bir içeriğe sahiptir. ...Anayasal haklara ağır bir müdahale söz konusu ise, özel kişiler tarafından hukuka aykırı bir şekilde elde edilen delillerin de delil yasakları kapsamına girmesi gerekir. Çünkü delil yasaklarının asıl amacı, temel insan hak ve özgürlüklerini korumaktır....Buna aksi bir görüşü savunmak, özel kişilere bireylerin temel hak ve özgürlüklerini ihlal etme imkanı verir ki, bu bir hukuk devletinde kabul edilemez insan hakları çiğnenerek elde edilen delillerin mahkemeler tarafından dikkate alınması mümkün değildir. Özel konuşmaları kaydedilen kişilerin en temel hakları ihlal edilmiştir. Çünkü Anayasanın 20. maddesinde özel hayatın gizliliğine dokunulamaz, Bu yol bir kez açılacak olursa, hukuk devletinin temel kurallarından birisi olan ve varlığını Anayasanın 2. maddesindeki 'hukuk devleti ilkesinden' alan delil yasaklarına ilişkin kanun maddesi tüm etkisini yitirecektir. Usul hukukumuzdaki ilkelerden olan 'dürüst işlem ilkesi' de bu şekilde elde edilen bir delilin kullanılmasına olanak vermez. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen adil/dürüst yargılanma hakkı, kişilerin hukuk devletinin kuralları çerçevesinde yargılanmalarını öngörür. Bu kurala aykırılık, işlemin adil olmasını ve dürüst işlem ilkesini ihlal edecektir." denilmiştir.

Öğretide kişilerin sır (mahrem) alanı ve özel-ailevi yaşam alanı dışında kamuya açık ortak yaşam alanındaki, "hileli ve saklı" kamera çekimlerinin de (habercilik faaliyeti çerçevesinde kişilerin bilgisi dahilinde yapılan çekimler hariç) kişilerin özel hayatına müdahale niteliğinde ve hukuka aykırı olduğu kabul edilmektedir. (Hasan Tahsin Gökcan, Gizli Kamera Kaydı Delil Olarak Kabul Edilebilir mi?, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Sayı:42, Şubat 2010, s.73;)

Anayasa Mahkemesinin, hukuka aykırı delillerin niteliğini açıkladığı ve hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin yasaklanmasının amacını "temel insan hak ve özgürlüklerini korumak" olarak saptadığı kararı ve buraya kadar yapılan diğer açıklamalar bir arada değerlendirildiğinde, kişilerin özel hayatının gizliliği ilkesine müdahale niteliği taşıyan gizli kamera çekimlerinin disiplin soruşturması kapsamında da delil olarak kabul edilmesinin hukuken olanaklı olmadığı sonucuna varılmaktadır.

Aksinin kabulü, disiplin soruşturması gerekçesiyle temel insan hak ve özgürlüklerin idare tarafından ihlal edilmesinin önünü açacaktır.

Davacı hakkında yürütülen disiplin soruşturmasında, temel delil olarak, bir özel televizyon kanalınca çekilen gizli kamera görüntüleri kullanılmış, bu çekimlerden hareketle, görüntülerde yer alan davalı idare personelinin ifadelerine de başvurulmuştur.

Alınan ifadelerde ise, davacı ile davacının çekmecesine para bırakan iş takipçisi tarafından, görüntülerde yer alan kişilerin kendileri olduğu ve olayın görüntülerde yer aldığı şekilde gerçekleştiği kabul edilmiş, ancak, paranın çekmeceye ne amaçla bırakıldığı konusunda açıklama getirilmemiştir.

Bu durumda, çalışma saatleri içinde, davacının çalışma odasına girilerek yapılan gizli kamera çekimleri sonucu elde edilen görüntülerin, disiplin soruşturmasında tek başına delil olarak kullanılması ve disiplin cezasına dayanak alınması hukuken olanaklı değilse de, görüntülerden hareketle alınan ifadelerde davacı ile iş takipçisi kişi tarafından, görüntülerde yer alan kişilerin kendileri olduğu ve olayın görüntülerde yer aldığı şekilde gerçekleştiği kabul edilmiş olduğundan, davacının üzerine atılı fiili işlediği sonucuna varılmaktadır.

Söz konusu fiilin, gümrük teşkilatında çalışan davacı açısından memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak fiili kapsamında olduğu da açıktır.

Açıklanan nedenle, temyiz isteminin reddi ile İdare Mahkemesi kararının belirtilen gerekçeyle onanması gerektiği görüşüyle, karara katılmıyoruz.

TAM YARGI DAVALARI

T.C.
DANIŞTAY
İdari Dava Daireleri
Kurulu
Esas No : 2007/1172
Karar No : 2011/254

Özeti : **1-** Kişilerin can ve mal güvenliğinin korunmasının Devletin asli görevi olduğu; idarenin bu görevi yerine getirmek, kamu düzenini ve etkinliğini sağlamak üzere kolluk örgütünü kurması, gerekli araç ve olanakları sağlaması, yeterli önlemleri zamanında alması gerektiği; ancak idare hukuku ilkeleri ve Danıştayın istikrar kazanmış içtihatlarına göre, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumunda olduğu kolluk hizmetinin riskli bir nitelik taşıması nedeniyle idarenin tazmin yükümlülüğünün doğmasının, zararın idarenin ağır hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması koşuluna bağlı bulunduğu,
2- Olayda, davacının annesinin öldürülmesi olayında faillerin ceza zamanaşımı süresi içerisinde yakalanamaması nedeniyle idarenin ağır hizmet kusurunun varlığından söz etme olanağı bulunmadığından, davacının manevi tazminat isteminin reddi gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : İçişleri Bakanlığı

Karşı Taraf (Davacı) : ...

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

İstemin Özeti : İstanbul 2. İdare Mahkemesinin 28.9.2006 günlü, E:2006/1957, K:2006/2025 sayılı ısrar kararının temyizen incelenerek bozulması davalı idare tarafından istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : İstanbul 2. İdare Mahkemesince verilen ısrar kararının usul ve hukuka uygun bulunduğu ve temyiz dilekçesinde öne sürülen nedenlerin, kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı belirtilerek temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Gonca Temizhan'ın Düşüncesi : Temyiz isteminin kabulü ile ısrar kararının Danıştay Onuncu Daire kararı doğrultusunda bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Ergün Özcan'ın Düşüncesi : Davacının annesinin 23.5.1980 tarihinde silahlı saldırı sonucu öldürülmesinden sonra olayın faillerinin 20 yıllık ceza zamanaşımı süresi içinde yakalanmaması nedeniyle idarenin hizmet kusuru bulunduğundan

bahisle uğranıldığı süre sürülen 3.000 YTL manevi zararın yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açılan davada, İstanbul 2. İdare Mahkemesinin, manevi tazminat isteminin kabulü yolundaki ilk kararında ısrar edilmesine ilişkin kararını davalı idare temyiz ederek bozulmasını istemektedir.

Danıştay 10. Dairesinin 23.12.2005 tarih ve E:2003/2087, K:2005/8025 sayılı bozma kararında belirtildiği üzere; dava konusu olayda cinayet faili/faillerinin yakalanması konusunda davalı idare organlarının mevzuat gereği yerine getirmekle yükümlü oldukları görev ve sorumlulukları yerine getirmedikleri, bir ihmal veya kasıt olduğu yolunda bir tespit bulunmadığı gibi aksi yönde, idarece gerekli çaba sarfedilerek olayla ilgili bazı kişilerin yakalanmayıp ve yetkili merciler öne getirilmesi nedeniyle durum annesinin öldürülmesinde faillerin ceza zaman aşımı süresi içinde yakalanmamasında idarenin ağır hizmet kusuru bulunmaktadır.

Açıklanan nedenlerle İstanbul 2. İdare Mahkemesinin ısrar kararının Danıştay 10. Dairesinin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararında belirtilen gerekçe doğrultusunda bozulması gerektiği düşünülmüştür.

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

Dava, davacının annesinin 23.5.1980 tarihinde silahlı saldırı sonucu öldürülmesinden sonra olayın faillerinin 20 yıllık zamanaşımı süresi içinde yakalanmaması nedeniyle idarenin hizmet kusuru bulunduğu bahisle uğranıldığı ileri sürülen 3.000,00.- TL manevi zararın başvuru tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açılmıştır.

İstanbul 2. İdare Mahkemesi 30.9.2002 günlü, E:2000/1500, K:2002/1153 sayılı kararıyla; bakılan davanın davacının annesinin ölümü nedeniyle uğranılan zarara ilişkin bir tazminat davası olmayıp, davacının annesini öldürenlerin 20 yıl olan ceza zamanaşımı süresinde yakalanamamalarından doğan manevi zarara ilişkin olduğundan süre itirazının yerinde görülmediği ve işin esasının incelendiği; 23.5.1980 tarihinde davacının anne ve babasının yaşadığı eve kimliği belirsiz kişiler tarafından yapılan silahlı saldırı sonucunda davacının annesinin öldüğü, babasının yaralandığı, ölüm olayının meydana geldiği tarihten itibaren 20 yıl içinde olayın faillerinin bulunamadığı, olayla ilgili olarak İstanbul Emniyet Müdürlüğü suç kayıt defterine "meçhul siyasi" olarak kayıt düşüldüğü, davacının ölüm tarihinden itibaren 20 yıl sonunda 21.7.2000 tarihinde davalı idareye başvurarak annesinin faillerinin bulunamaması nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen manevi zararın tazmini talebinin zımnen reddi üzerine bakılan davanın açıldığının anlaşıldığı; Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 5., 17. ve 125. maddeleri, 3125 sayılı İçişleri Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun İçişleri Bakanlığının görevlerini düzenleyen 2. maddesi ile Polis Vazife ve Selahiyet Kanununun polisin emniyetle ilgili görevlerini düzenleyen ilgili maddelerinin birlikte değerlendirilmesinden; Türkiye Cumhuriyetinin sosyal bir hukuk devleti olduğu, yaşam hakkının temel kişilik haklarından olduğu, Devletin temel görevlerinden birinin kişinin temel hak ve hürriyetlerini tanımak ve geliştirmek olduğu, vatandaşın Devlete ve hukuka duyduğu güven kavramı içinde, kimsenin kişilik haklarına zarar verilemeyeceği, Devletin buna engel olacağı fakat her nasılsa bu korunmadan yararlanamaz ve zarar görürse Devletin zarar vereni cezalandıracağı inancının da yer aldığı, zarar gören vatandaşın kendi hakkını kendisi aramayarak bu görevi Devlete tevdi etmesinin ve Devletçe zarar verene verilecek ceza ile yetinmesinin nedeninin sosyal bir hukuk devletinde yaşıyor olmasından kaynaklandığı, davacının annesinin öldürüldüğü ve en temel hakkı olan yaşam hakkının elinden alındığı, ölenin yakınlarının ve toplumun vicdanını rahatlatacak yegane sonucun öldürenlerin yakalanması ve cezalandırılması olduğu, bir ölüm olayı sonunda faillerin 20 yıl boyunca

yakalanamamasının İçişleri Bakanlığının hizmet kusuru olduğunu açıkça gösterdiği, bu sonucun vatandaşın ve toplumun Devlete ve hukuka duyduğu güveni sarsacak ve manevi zarara yol açacak nitelikte olduğu, davacının annesini öldürenlerin yakalanamayıp yargılanamamaları ve cezasız kalmaları nedeniyle derin bir üzüntü duyduğunun kuşkusuz olduğu, olayın niteliği gözönüne alındığında davacının manevi zararının tazmin edilebilmesi için takdiren istemi kadar 3.000,00.-YTL manevi tazminata hükmedilmesine, hükmedilen manevi tazminata faiz yürütülmesine yer olmadığına karar vermiştir.

Anılan kararın, davalı idarece usul ve yasaya aykırı olduğu, davacı tarafından da manevi tazminata yasal faiz hükmedilmediği gerekçesiyle temyiz edilmesi üzerine Danıştay Onuncu Dairesinin 23.12.2005 günlü, E:2003/2087, K:2005/8025 sayılı kararıyla; uyuşmazlık konusu olayda, cinayet fail/faillerinin yakalanması konusunda idare organlarının mevzuat gereği yerine getirmekle yükümlü oldukları görev ve sorumlulukları yerine getirmedikleri ve bir ihmâl veya kasıt olduğu yolunda bir tespit bulunmadığı, davacının annesinin öldürülmesi olayında faillerin ceza zamanasını süresi içerisinde yakalanamaması nedeniyle idarenin ağır bir hizmet kusurundan söz etme olanağı bulunmadığı, davacının manevi tazminat isteminin reddi gerekirken aksi yönde verilen Mahkeme kararında hukuki isabet görülmediği gerekçesiyle bozulmuş, davacının temyiz istemi hakkında ise karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiş ise de, İdare Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin "Etkili Başvuru Hakkı" başlıklı 13. maddesinden de bahisle 3.000,00.-TL manevi tazminat isteminin kabulüne ilişkin ilk kararında ısrar etmiş ve davalı idareye başvuru tarihinden itibaren hükmedilen tazminata yasal faiz yürütülmesine karar vermiştir.

Davalı idare, İstanbul 2. İdare Mahkemesinin 28.9.2006 günlü, E:2006/1957, K:2006/2025 sayılı ısrar kararını temyiz etmekte ve bozulmasını istemektedir.

Danıştay Beşinci Dairesi üyeleri ..., ...ile Danıştay Onuncu Daire üyesi Prof. Dr. ...'un Cumhuriyet Başsavcılığına bağlı adli kolluk faaliyetlerinden kaynaklanan tazminat davasına ilişkin uyuşmazlığın görüm ve çözümünde adli yargı yerinin görevli olduğu yolundaki oylarına karşı, İçişleri Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ve Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu uyarınca davalı idarenin anılan Kanunlardan kaynaklanan görevlerini yerine getirip getirmediğinden kaynaklanan uyuşmazlığın çözümünde idari yargı yerinin görevli olduğuna oyçokluğu ile karar verilerek işin esasının incelenmesine geçildi.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 125. maddesinin son fıkrasında; idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu kurala bağlanmıştır.

İdarenin kamu hizmetinin yürütülmesinden doğan zarardan sorumlu tutulmasını gerektiren durumlardan birisi hizmet kusurudur. Genel olarak hizmet kusuru, bir kamu hizmetinin kuruluş ve işleyişindeki aksaklık ve bozukluk olarak tanımlanmaktadır.

Kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması Devletin asli görevidir. İdarenin bu görevi yerine getirmek, kamu düzeni ve esenliğini sağlamak üzere kolluk örgütünü kurması, gerekli araç ve olanakları sağlaması, yeterli önlemleri zamanında alması gerektiği açıktır. Ancak, idare hukuku ilkeleri ve Danıştayın istikrar kazanmış içtihatlarına göre, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumunda olduğu kolluk hizmetinin riskli bir nitelik taşıması nedeniyle idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması, zararın, idarenin ağır hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması koşuluna bağlı bulunmaktadır.

Dosyanın incelenmesinden, 23.5.1980 tarihinde davacının anne ve babasının yaşadığı eve kimliği belirsiz kişi/kişiler tarafından yapılan silahlı saldırı sonucunda davacının annesinin öldürülüp, babasının yaralandığı, olayın failleri olarak ..., ..., ..., ... ve ... isimli kişilerin tespit edildiği, bu kişilerden ... ve ...'nin bu suçtan dolayı İstanbul 2 Numaralı Askeri Mahkemesi'nce yargılanarak 25.12.1986 tarih ve 1986/252 sayılı kararla delil yetersizliğinden beraat ettikleri, ... ve ... isimli kişilerin, başka suçlardan dolayı yakalanarak 30.12.1980 tarih ve 71083 sayılı yazı ile Sıkıyönetim Komutanlığına sevk edilerek tutuklandıkları ancak daha sonra serbest bırakıldıkları, serbest kalmalarından sonra bu kişilerin adresleri belli olmadığı için bu olayla ilgili haklarında işlem yapılamadığı ve daimi aramaya ayrıldıkları, buna karşın

.... isimli kişinin Fransa'dan sınır dışı edilerek Türkiye'ye giriş yaptığı 24.3.1989 tarihinde yakalanıp Şişli Cumhuriyet Başsavcılığı'na sevk edilerek Şişli 1. Sulh Ceza Mahkemesi'nce 31.3.1989 tarihinde tutuklandığı, aynı şekilde isimli kişinin de yine Fransa'dan sınır dışı edilerek Türkiye'ye giriş yaptığı 12.8.1991 tarihinde yakalanarak 14.8.1991 tarihinde İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı'na sevk edildiği, ancak bu kişiler hakkında dava konusu olayla ilgili olarak kamu davası açılmadığı, diğer sanık isimli kişinin ise yakalanamadığı, son olarak İstanbul Emniyet Müdürlüğü'nce suç kayıt defterine olayla ilgili "meçhul siyasi" şeklinde kayıt düşüldüğü, davacı tarafından ise, 21.7.2000 tarihli dilekçe ile olayın faillerinin 20 yıllık ceza zamaşımı süresi içinde yakalanamadığından dolayı idarenin hizmet kusuru bulunduğu gerekçesiyle maddi ve manevi tazminat ödenmesi istemiyle davalı idareye başvurulduğu, bu başvurunun zimnen reddi üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Danıştay Onuncu Daire kararında da belirtildiği gibi, dosyada, cinayet fail/faillerinin yakalanması konusunda idare ajanlarının mevzuat gereği yerine getirmekle yükümlü oldukları görev ve sorumlulukları yerine getirmedikleri, bir ihmal veya kasıt olduğu yolunda bir tespit bulunmamaktadır. Aksine, idarece gerekli çaba sarfedilerek olayla ilgili bazı kişilerin yakalandığı, yetkili merciler önüne çıkarıldığı görülmektedir.

Bu itibarla, davacının annesinin öldürülmesi olayında faillerin ceza zamaşımı süresi içerisinde yakalanamaması nedeniyle idarenin ağır bir hizmet kusurunun varlığından söz etmeye olanak bulunmadığından, davacının manevi tazminat isteminin reddi gerekirken, aksi yönde verilen İdare Mahkemesi ısrar kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulüne, İstanbul 2. İdare Mahkemesince verilen 28.9.2006 günlü, E:2006/1957, K:2006/2025 sayılı kararın Danıştay Onuncu Dairesince verilen karar doğrultusunda bozulmasına, dosyanın İdare Mahkemesine gönderilmesine, 21.4.2011 gününde, esasta ve gerekçede oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X- Davalı idare tarafından temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerden hiçbirisine uymadığından istemin reddi ile İdare Mahkemesince verilen ısrar kararının onanması gerektiği oyuyula, karara katılmıyoruz.

KARŞI OY

XX- Uyuşmazlığın çözümü davalı idarenin yeterli ve etkili soruşturma yapılıp yapılmadığının saptanmasına bağlı bulunmaktadır.

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 5. Maddesinde; "Devletin temel amaç ve görevleri,, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.", 17. maddenin 1. fıkrasında "Herkes yaşam, maddi ve manevi varlığını koruma geliştirme hakkına sahiptir." 125. maddenin son fıkrasında da, "İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür." kurları yer almaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Etkili Başvuru Hakkı" başlıklı 13. maddesinde "Bu Sözleşme'de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, ihlal fiili resmi görev yapan kimseler tarafından bu sıfatlarına dayanılarak yapılmış da olsa, ulusal bir makama etkili bir başvuru yapabilme hakkına sahiptir. " ilkesi getirilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 12.10.2005 günlü Adalı/Türkiye kararında; yaşam hakkının korunmasının önemi karşısında, anılan Sözleşmenin 13. maddesine uygun olan hallerde tazminat ödenmesinin tespiti için sorumlu olanların belirlenmesi ve cezalandırılması sürecinde kapsamlı ve etkili bir soruşturma yapılıp yapılmadığının araştırılması gerektiği, belirli bir durumda bir soruşturmada ilerlemeyi önleyen engeller ve

güçlükler olabileceği, ancak soruşturmayı yürütmekle yetkili ve görevli olanların bir ölümcül güç kullanımı olayını soruşturmadaki süratliliği, kamunun hukukun üstünlüğüne olan güvenini muhafaza etmede ve kanunsuz fiillere karışma ve bu tür fiillere tolerans gösterme görüntüsünü önlemede esas olduğunun düşünölebileceği vurgulanarak sonuçta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 13. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Yine, yakınlarını "faili meçhul cinayetler" sonucunda kaybeden kişilerin yaşam hakkının ihlal edildiği iddiasıyla yapılan başvurular sonucunda verilen 2.9.1988 günlü Yaşa/Türkiye , 8.7.1999 günlü Tanrıkulu/Türkiye, 28.3.2000 günlü Mahmut Kaya/Türkiye kararlarında ulusal makamların bu cinayetlerle ilgili "etkili soruşturma" yükümlölüğünü yerine getirmediikleri gerekçesiyle anılan Sözleşmenin 13. maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre Sözleşmenin 13. maddesi, ihlallerden sorumlu olanların belirlenmesini ve cezalandırılmasını sağlayacak kapsamlı ve etkili bir soruşturmanın yapılmasını, bu soruşturma sürecine mağdurların yakınlarının etkili biçimde katılmasını ve gerektiğinde devletin tazminat ödemesini gerektirmektedir.

Bu bağlamda davacının annesini öldüren kişi veya kişilerin yakalanamaması sonucunu doğuran soruşturma sürecine ilişkin olarak davalı idarece yeterli bir soruşturma yapıp yapılmadığının İdare Mahkemesince araştırılması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekmektedir.

Bu araştırma yapılmadan verilen İdare Mahkemesi ısrar kararının bozulması gerektiği oyuyla, karara gerekçe yönünden katılmıyoruz.

YARGILAMA USULÜ

T.C.
DANIŞTAY
İdari Dava Daireleri
Kurulu
Esas No : 2007/1221
Karar No : 2011/215

Özeti : 1- Danıştay kararlarında, usuli kazanılmış hak ilkesinin uygulandığı ve temyiz incelemesi sonucunda verilmiş olan bozma kararına uyulmak suretiyle verilen kararın, dairesince yeniden temyizen incelenmesinin, bozma kararına uygunluk yönünden yapılacağı,
2- İdare mahkemesince, bozma kararına uyularak verilen iptal kararının dairesince yeniden bozulmasının "usuli kazanılmış hak" ilkesine aykırı olduğu ve bu kuralın uygulanma olanağının bulunmadığı istisnai durumların da olayda söz konusu olmadığı anlaşıldığından, idare mahkemesinin ısrar kararında hukuki isabetsizlik bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı
Vekili : Av. ...
Karşı Taraf (Davacı) : ...
İstemin Özeti : Ankara 5. İdare Mahkemesinin 12.10.2006 günlü, E:2006/2440, K:2006/3156 sayılı ısrar kararının temyizen incelenerek bozulması davalı idare tarafından istenilmektedir.
Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Gonca Temizhan'ın Düşüncesi : Uyuşmazlık konusu olayda "usuli kazanılmış hak" olduğundan, İdare Mahkemesince Danıştay Beşinci Dairesi bozma kararına uyularak verilen iptal kararının Dairesince yeniden bozulmasının "usuli kazanılmış hak" ilkesine aykırı olduğu anlaşıldığından davalı temyiz isteminin reddi ile ısrar kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Celalettin Yüksel'in Düşüncesi : Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığı Muhasebe ve Mali İşler Daire Başkanlığı Şeflik sınavını kazanan davacının, atanması için yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali yolundaki, Ankara 5. İdare Mahkemesi kararının bozulmasına dair, Danıştay İkinci Dairesi kararına uyulmayarak dava konusu işlemin iptali yolundaki ilk kararında ısrarına ilişkin Ankara 5. İdare Mahkemesinin 12.10.2006 günlü E:2006/2440, K:2006/3156 sayılı kararının, davalı idare tarafından temyizi üzerine açılan dosya ve ekindeki bütün bilgi ve belgelerin incelenmesinden; Danıştay İkinci Dairesinin 12.04.2005 günlü 1290 sayılı bozma kararında yer alan esaslar doğrultusunda, davalı idare temyiz isteminin kabulü ile ısrar kararının bozulmasının uygun olacağı düşünülmüştür.

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

Dava; Sosyal Sigortalar Kurumu İdari ve Mali İşler Dairesi Başkanlığı'nda memur olan ve anılan Daire Başkanlığı'ndaki boş şef kadroları için 29.11.1997 tarihinde yapılan sınavı 70 puanla 6. sırada kazanan davacının, şeflik sınavını kazandığından bahisle, anılan Daire Başkanlığı'nda mevcut olan boş şef kadrosuna atanmak istemiyle yaptığı 7.2.2000 tarihli başvurusunun reddine ilişkin 12.2.2000 günlü işlemin iptali ve mahrum kaldığı parasal haklarının yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

Ankara 5. İdare Mahkemesinin 15.12.2000 günlü, E:2000/219, K:2000/1124 sayılı kararıyla; SSK Personelinin Unvan Yükselmesinde Uygulanacak Usul ve Esaslara İlişkin Yönetmelik hükümleri uyarınca 29.11.1997 tarihinde yapılan şeflik sınavını altıncı sırada kazanan davacının, ilk beş kişinin atamasının yapıldığı, ancak boş kadro bulunmadığından atamasının yapılamadığı ve arkasından da 13.1.1999 günlü ve 1999/9 sayılı Başbakanlık Genelgesi ile zorunlu olanların dışındaki atamaların durdurulduğu, bu durumda gerek Başbakanlık Genelgesi doğrultusunda atamalar durdurulmadan önce davacının atanabileceği boş kadronun bulunmaması gerekse sözkonusu Genelge karşısında kurulan dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmediği gerekçesiyle davanın reddine hükmedilmiştir.

Anılan karar, temyiz incelemesi sonucunda Danıştay Beşinci Dairesinin 27.3.2002 günlü, E:2001/3304, K:2002/1309 sayılı kararıyla; 657 sayılı Devlet Memurların Kanunu'nu ile 4792 sayılı SSK Kanunu hükümlerine dayanılarak hazırlanan 27.6.1993 tarihli 21620 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan ve sınavın yapıldığı 29.11.1997 tarihinde yürürlükte bulunan SSK Personelinin Unvan Yükselmesinde Uygulanacak Usul ve Esaslara İlişkin Yönetmeliğin 5. maddesinin (b) bendinde; "Şef" kadrosuna atanma şartlarının belirlendiği, sözkonusu maddede "Şef" olarak atanabilmek için yapılacak yazılı ve sözlü sınavda başarılı olmak şartı getirildiği, "Sınav Açılması" başlıklı 7. maddesinde, "Unvan Yükselmeleri için açılacak sınavlar Genel Müdürlükçe Merkez ve Taşra Örgütlerindeki boş kadro durumu ve ihtiyaçlar gözönüne alınarak her unvan için ayrı ayrı olmak üzere uygun görülen tarihlerde yapılır." hükmü ile "atama" başlıklı 18. maddesinde; sınavı kazananların başarı sırasına göre boş kadrolara atanacakları, ancak sınavı kazanmış olmanın atamaya hak kazandırmayacağı, başarı notunun aynı olması halinde sıralamada hizmet süresinin esas alınacağı, diğerlerinin atamalarının kadro boşaldıkça yapılacağı hükmünün yer aldığı; SSK Başkanlığı İdari ve Mali İşler Daire Başkanlığında memur olarak çalışmakta iken, 29.11.1997 tarihinde yapılan söz konusu Daire Başkanlığı bünyesinde yeralan şeflik sınavını 7 kişinin kazandığı, davacının ise 70 puanla altıncı sırada yer aldığı, ancak atamasının yapılmaması üzerine 7.2.2000 tarihli dilekçe ile

atanma talebinde bulunan davacının bu isteğinin, Başbakanlığın 13.1.1999 tarih ve 1999/9 sayılı Genelgesinden bahisle, atamaların ikinci bir emre kadar durdurulduğu ileri sürülerek dava konusu 12.2.2000 tarih ve 1436 sayılı işlemle reddedilmesi üzerine görülmekte olan davanın açıldığına anlaşıldığı; Dairelerinin 15.11.2001 günlü, E:2001/3304 sayılı ara kararı üzerine davalı idarenin göndermiş olduğu cevabi yazı ve eklerinden ise; sözkonusu sınavı kazanan yedi kişiden ilk beş sıradakilerin atamalarının anılan Genelgenin yayım tarihinden önce yapıldığı, davacıdan sonra gelen ve yedinci sırada bulunan kişinin atamasının da temyize konu karardan sonra 25.9.2001 tarihinde yapıldığı anlaşıldığından, şeflik sınavını kazanarak atamaya hak kazanan davacının, kadrosuzluk nedeni ileri sürülerek atamasının yapılmaması yönünde tesis edilen dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gibi, dava konusu işlemin iptali istemiyle açılan davanın reddi yolunda verilen kararda da hukuki isabet görülmediği gerekçesiyle bozulmuştur.

Ankara 5. İdare Mahkemesi'nin söz konusu bozma kararına uyararak verdiği 13.10.2003 günlü, E:2003/1517, K:2003/1340 sayılı kararıyla da; şeflik sınavını kazanarak atamaya hak kazanan davacının kadrosuzluk nedeni ileri sürülerek atamasının yapılmamasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık görülmediği, idarelerin, hukuka aykırı işlemler nedeniyle kişilerin uğradıkları zararı tazminle yükümlü olduklarının T.C. Anayasası'nın 125. maddesi hükmünün gereği olduğu gerekçesiyle dava konusu işlemin iptali ile bu işlem nedeniyle yoksun kalınan parasal haklarının hesaplanarak davanın açıldığı 1.3.2000 tarihinden itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte davacıya ödenmesine karar verilmiştir.

Bu kez anılan karar, 23.6.2004 günlü, 25501 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Danıştay Başkanlar Kurulu kararı uyarınca temyiz incelemesi yapmakla görevli Danıştay İkinci Dairesi'nin 12.4.2005 günlü, E:2004/5127, K:2005/1290 sayılı kararıyla; sınavın ilan edildiği ve yapıldığı tarihler itibarıyla ve sonrasında İdari ve Mali İşler Dairesi Başkanlığı'nda boş şef kadrosu bulunmadığından ve boşalan şef kadrosuna da başarı sırasına göre ilk sırada yer alan beş kişinin atandığı gerekçesiyle bozulmuş ise de, İdare Mahkemesi, bozma kararına uymayarak dava konusu işlemin iptali ile maaş kaybının davanın açıldığı 1.3.2000 tarihinden itibaren işletilecek yasal faizi ile birlikte tazmini isteminin kabulüne ilişkin önceki kararında ısrar etmiştir.

Davalı idare, Ankara 5. İdare Mahkemesi'nin 12.10.2006 günlü, E:2006/2440, K:2006/3156 sayılı kararını temyiz etmekte ve bozulmasına karar verilmesini istemektedir.

İdare Mahkemesince verilen ısrar kararının incelenmesine geçmeden önce, Ankara 5. İdare Mahkemesi 13.10.2003 günlü, E:2003/1517, K:2003/1340 sayılı kararıyla, Danıştay Beşinci Dairesi'nin 27.3.2002 günlü, E:2001/3304, K:2002/1309 sayılı bozma kararına uyararak dava konusu işlemin iptaline ve tazminat isteminin kabulüne karar verdiğiinden, bu kararın yeniden bozulup bozulamayacağının "usuli kazanılmış hak" ilkesi çerçevesinde incelenip değerlendirilmesi gerekmektedir.

Yargıtay'ın 4.2.1959 günlü, E:1957/13, K:1959/5 sayılı ve 9.5.1960 günlü, E:1960/21, K:1960/9 sayılı içtihadı birleştirme kararlarıyla, hukukta uygulamaya giren usuli kazanılmış hak, bir davada, mahkemenin veya tarafların yapmış olduğu bir usul işlemi ile taraflardan biri lehine (diğeri aleyhine) doğmuş ve kendisine uyulması zorunlu olan hak olarak tanımlanmaktadır. İlk derece mahkemesinin doğru bularak uyduğu bozma kararı üzerine temyiz yerinin bozma kararı ile benimsediği esaslara aykırı şekilde bozma kararı verememesi anlamına gelen bu ilke, davaların uzamasını önlemek, hukuki alanda istikrar sağlamak ve kararlara karşı genel güvenin sarsılmasını önlemek amacıyla Yargıtay uygulamaları ile geliştirilmiş, öğretide de kabul görmüştür.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 12.7.2006 günlü, E:2006/4-519, K:2006/527 sayılı kararında da belirtildiği üzere, bu ilkenin kimi istisnaları da bulunmaktadır. Mahkemenin bozmaya uymasından sonra yeni bir içtihadı birleştirme kararı ya da geçmişe etkili bir yasa çıkması; uygulanması gereken bir yasa hükmünün, hüküm kesinleşmeden önce Anayasa

Mahkemesi'nce iptaline karar verilmesi hallerinde, usuli kazanılmış hakka göre değil, ortaya çıkan yeni hukuki durumlara göre karar verilmesi gerekmektedir. Bunların dışında, görev konusu, hak düşürücü süre, kesin hüküm itirazı, harç ve maddi hataya dayanan bozma kararına uyulmasında olduğu gibi kamu düzeni ile ilgili konularda usuli kazanılmış hakkın uygulanması mümkün değildir.

Öğretide, istisnaların bunlarla sınırlı olmadığı, bugüne kadar artarak geldiği gibi bundan sonra da yeni istisnaların olabileceği savunulmaktadır.

Usuli kazanılmış hak ilkesinin idari yargıda uygulanabilirliğine gelince;

Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 3.3.2000 günlü, E:1999/1126, K:2000/394 sayılı ve 23.10.2003 günlü, E:2001/864, K:2003/744 sayılı kararlarında, usuli kazanılmış hak ilkesi incelenmek suretiyle bir sonuca varılmıştır. Özellikle E:1999/1126 sayılı kararda, "Temyiz incelemesi sonucunda bir mahkeme kararının işin esasına ilişkin olarak bozulması halinde mahkemenin, bozma kararına uymak veya ilk kararında ısrar etmek olanağı bulunmaktadır. Mahkemenin ilk kararında ısrar etmeyerek, bozma kararına uymak suretiyle verdiği kararın temyizi halinde, temyiz mercii, bu kez bozma kararına uygun karar verilip verilmediğini incelemek durumundadır. Temyiz incelemesi sırasında, temyiz mercinin, aynı yasal mevzuatla farklı bir sonuca ulaşması, ilk bozma ve buna uyularak verilmiş olan yargı kararının aynı mevzuat karşısında yeniden değerlendirilmesi, taraflar ve uygulama açısından istikrar ve kazanılmış haklar yönünden, aykırı sonuçlar yaratabilir.

İdari Yargılama Usulü Kanununda, usuli kazanılmış hak ile ilgili açık bir hüküm olmamakla beraber; İdare Mahkemesince, Danıştay'ın ilgili Dairesinin temyiz incelemesi sonucunda vermiş olduğu bozma kararına uyulmak suretiyle verilen kararın, Dairesince yeniden temyizen incelenmesi aşamasında yapılacak inceleme, Mahkeme kararının bozma kararına uygun olup olmadığı, bir başka anlatımla, bozma kararının gereklerinin yerine getirilip getirilmediği, kararın bozma kararı doğrultusunda olup olmadığı konusuyla sınırlı olmak durumundadır." gerekçesine yer verilmiş; Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 24.12.2009 günlü, E:2006/149, K:2009/3386 sayılı kararında da yine "usuli kazanılmış hak ilkesi" ayrıntılı olarak incelenmiştir.

Diğer yandan, Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 21.2.1997 günlü, E:1995/207, K:1997/125 sayılı kararında, "İlk derece mahkemesi kararlarının temyiz mercii olan Danıştay daireleri tarafından bozulmasından sonra davayı yeniden inceleyen ilk derece mahkemelerinin bozma hükmüne uyarak verdikleri kararlara karşı yapılan temyiz başvuruları ancak, bozma esaslarına uygunluk yönünden temyizen incelenebilirler. Aksi halde, karar düzeltme yoluna başvurulmaksızın ya da bu yola başvurulmakla birlikte istemin reddi nedeniyle kesinleşen bozma hükmü ile davanın kesin suretle çözümlendiği ve tarafların bununla bağlı oldukları, davanın bir kez daha incelenmesini isteyemeyecekleri biçiminde açıklanan kesin hükmün sonuçları bertaraf edilmiş olacaktır." gerekçesine yer verilmiştir.

Dolayısıyla, Danıştay kararlarında, usuli kazanılmış hak ilkesinin uygulandığı ve temyiz incelemesi sonucunda verilmiş olan bozma kararına uyulmak suretiyle verilen kararın, Dairesince yeniden temyizen incelenmesinin, bozma kararına uygunluk yönünden yapılacağı belirtilmektedir.

Uyuşmazlıkta, Danıştay İkinci Dairesi 12.4.2005 günlü, E:2004/5127, K:2005/1290 sayılı kararıyla; İdare Mahkemesi'nin Danıştay Beşinci Dairesinin bozma kararına uyarak verdiği kararını bozmuş, İdare Mahkemesi sözü edilen Danıştay Beşinci Dairesi kararında yer alan gerekçelere uygun olarak verdiği kararında ısrar etmiştir.

Yukarıda yapılan açıklamalar birlikte değerlendirildiğinde olayda davacı lehine "usuli kazanılmış hak" olduğundan ve bu kuralın uygulanma olanağının bulunmadığı istisnai durumların da söz konusu olmadığı anlaşıldığından, İdare Mahkemesince bozma kararına uyularak verilen iptal kararının Dairesince yeniden bozulmasının bu ilkeye aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.

Bu itibarla dava konusu işlemin iptali ve tazminat isteminin kabulü yolunda verilen İdare Mahkemesinin ısrar kararında hukuki isabetsizlik görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin reddine, Ankara 5. İdare Mahkemesince verilen 12.10.2006 günlü, E:2006/2440, K:2006/3156 sayılı ısrar kararının onanmasına, dosyanın İdare Mahkemesine gönderilmesine, 7.4.2011 gününde esasta ve gerekçe de oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X- Davalı idarenin temyiz istemi kabul edilerek Ankara 5. İdare Mahkemesince verilen 12.10.2006 günlü, E:2006/2440, K:2006/3156 sayılı ısrar kararının Danıştay İkinci Dairesince verilen karar doğrultusunda bozulması gerektiği oyuyla, karara katılmıyoruz.

GEREKÇEDE KARŞI OY

XX- İdari yargıda ceza yargılamasında olduğu gibi re'sen araştırma usulü benimsenmiştir. Buna göre, idari yargıda hakim, tarafların iddia ve savunmalarıyla bağlı olmayıp, gerekli gördüğü her türlü araştırmayı davanın her aşamasında kendiliğinden yapabilir.

Nitekim, iddiaların araştırılması konusunda hakimın davaya müdahalesine karşın, davacı iddialarının cevaplandırılmaması veya geçirilmesi durumunda, söz konusu iddiaların sübut bulduğunun kabulünün re'sen araştırma ilkesinin doğal sonucu olduğu Danıştay İçtihatlarıyla benimsenmiştir.

İdari yargı hakiminin başlıca görevi hukuka uygunluk denetimi olduğundan, bu denetimin, tarafların iddia ve savunmalarıyla sınırlandırılması kabul edilemez. İdari yargı tarafından verilen kararın sadece davacıyı tatmin amacıyla değil, esasen hukuka dayalı idare ilkesinin yerleşmesi ve hukuk devletinin korunması için verildiği de bilinmektedir.

İdari Yargılama Usulünün önemli araçlarından biri olan re'sen araştırma ilkesinin bu niteliği karşısında, hakimın sadece tarafların iddia ve savunmalarıyla bağlı olduğu özel hukuk uyuşmazlıklarında söz konusu olabilecek usuli kazanılmış hak ilkesinin idari yargılamada uygulanamayacağı açıktır.

Bu itibarla uyuşmazlık konusu olayda, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından davalı idarenin temyiz isteminin reddi ile İdare Mahkemesince verilen ısrar kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

KARŞI OY

XXX- Usuli müktesep hakka ilişkin olarak İdari Yargılama Usulü Kanununda ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda açık bir düzenleme bulunmamakta ise de Yargıtay hukuk daireleri ile Hukuk Genel Kurulu ve hukuk bölümüne ilişkin içtihatları birleştirme kararları ile usuli müktesep hakkın mevcudiyeti kabul edilmiş, ancak bozma kararının açık maddi hataya dayalı olması, bozma kararından sonra aksi yönde bir içtihadı birleştirme kararının çıkmış bulunması, bozmadan sonra o konuda geçmişe etkili yeni bir kanunun yürürlüğe girmesi, uygulanması gereken kanun hükmünün mahkeme kararı kesinleşmeden önce Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi, bozmadan sonra hükme esas alınan hukuki durumun yeni bir yargı kararı nedeniyle değişmesi, bozmadan sonra feragat, kabul veya sulhün vaki olması, görevli olmayan mahkemece verilen kararın görev dışındaki başka yönlerden bozulması ve bu yöndeki bozmaya mahkemece uyulmuş olması hallerinde usuli müktesep haktan söz edilemeyeceği sözü edilen kararlarda vurgulanmak suretiyle bu hakkın mutlak olmadığına işaret edilmiştir.

Öte yandan, hak düşürücü süre geçtikten sonra açılan davada, mahkemece dava açma süresi nazara alınmadan esas hakkında verilen hükmün hak düşürücü süreye değinilmeden davacı yararına bozulmuş olması ve mahkemenin bozmaya uyması ile hak

düşürücü süre bakımından davacı yararına usuli kazanılmış hakkın doğmayacağı, çünkü hak düşüren sürenin geçmiş bulunması nedeniyle dava hakkı ortadan kalktığından ve bu yön kamu düzenine ilişkin olduğundan, mahkemece her zaman re'sen gözönünde tutulmasının zorunlu olduğu keza, kesin hüküm itirazının bozmadan sonra ileri sürülmüş olmasının incelenmesine engel teşkil etmediği, çünkü muhkem kaziye bulunup bulunmamasının kamu düzenine taallük ettiği, bu itibarla mahkemece re'sen nazara alınması icap ettiğinden, usuli kazanılmış hakkın söz konusu olamayacağı, yargı harçlarının alınmasında kamu düzenine ilişkin olduğundan, evvelki kararda harca hükmedilmemesine ve bunun bozma dışında kalmasına dayanarak son kez verilen hükümde ilam harcına hükmedilmemesinin bozma nedeni olduğu ve bu konuda önceki bozma ile kazanılmış usuli haktan söz edilemeyeceği yönünde çok sayıda Yargıtay kararı bulunmaktadır.

Öğretide de davanın hangi safhasında olursa olsun re'sen gözönünde tutulması gereken bir hususa önceki bozma kararında değinilmemiş bulunmasının taraflar lehine usuli kazanılmış hak oluşturmayacağı, keza kamu düzeni ile ilgili hususlarda usuli kazanılmış haktan söz edilemeyeceği, zira bu hususların yargılamanın her aşamasında hakim tarafından re'sen gözetileceği belirtilmektedir. (Hukuk Muhakemeleri Usulü, Prof. Dr. Baki Kuru, 6. baskı, 5. Cilt, sayfa 4797 vd.)

Nitekim, Yargıtay Kararları Dergisinin 1988/9 sayısında yayımlanan 20.1.1988 günlü ve 1-249/28 sayılı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında "... 9.5.1960 gün ve 21/9 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında açıklandığı üzere; bir mahkemenin Yargıtay Dairesince verilen bozma kararına uyması sonunda kendisi için o kararda gösterilen şekilde inceleme ve araştırma yaparak yine o kararda belirtilen hukuki esaslar gereğince karar verme yükümlülüğü meydana gelir ve bu itibarla mahkemenin sonraki hükmünün bozmada gösterilen esaslara aykırı bulunması usule uygun sayılamaz ve bozma sebebidir; meğer ki bu aykırılık sadece bozma kararında gösterilen bir usul kaidesine ilişkin bulunsun ve son kararın neticesini değiştirecek bir mahiyet arz etmesin. Mahkemenin bozma kararına uymasıyla meydana gelen bozma gereğince işlem yapma ve hüküm verme durumu, taraflardan birinin lehine ve diğeri aleyhine hüküm verme neticesini doğuracak bir durumdur ve buna usuli kazanılmış hak denilmektedir. Uzun yıllardan beri Yargıtay uygulamaları ve öğretide benimsenen usuli kazanılmış hak müessesesinin usul hukukunun dayandığı ana esaslardan biri olduğunda ve doğrudan doğruya kamu düzenini ilgilendirmekle mahkemelerce görevden ötürü (re'sen) dikkate alınmasının zorunlu olduğundan kuşku duyulamaz. Genel esaslar böyle olmakla beraber az önce değinilen 9.5.1960 günlü İçtihadı Birleştirme Kararı usuli kazanılmış hak kuralına istisnai bir durum getirmiş ve şu esası benimsemiştir. Sonradan çıkan içtihadı birleştirme kararının, Yargıtay'ın bozma kararına uyulmakla meydana gelen usule ait kazanılmış hak esasının istisnası olarak, henüz mahkemede veya Yargıtay' da bulunan bütün işlere uygulanması gereklidir. Demek ki, bu içtihadı birleştirme kararında benimsenen hukuki esasların sonucu olarak, mahkemece Yargıtay bozma kararına uyulmakla meydana gelen usulü kazanılmış hak karşısında, sonradan bir içtihadı birleştirme kararı çıkarsa bu son içtihadı birleştirme kararının uygulanması icabedecektir.

Usule ait kazanılmış hak kuralına diğer istisnai bir durum da 4.2.1959 gün ve 13/5 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile görev konusunda getirilmiştir. Bu karara göre, Yargıtay'ca bir kararın bozulması ve mahkemenin bozma kararına uyması halinde bozulan kararın bozma sebeplerinin kapsamı dışında kalmış cihetlerinin kesinleşmiş sayılması, davaların uzamasını önlemek maksadıyla kabul edilmiş çok önemli bir usuli hükümdür. Bir cihetin bozma kapsamının şumulü dışında kalması da iki şekilde olabilir. Ya o cihet açıkça bir temyiz sebebi olarak ileri sürülmüş fakat dairece itiraz reddedilmiştir, yahut da onu hedef tutan bir temyiz itirazı ileri sürülmemiş olmasına rağmen dosyanın Yargıtay Dairesince incelendiği sırada dosyada bulunan yazılardan onun bir bozma sebebi sayılması mümkün bulunduğu halde o cihet dairece bozma sebebi sayılmamıştır. Her iki halde de o konunun bozma sebebi sayılmamış ve başka sebeplere dayanan bozma kararına mahkemece uyulmuş olması,

tarafardan birisi lehine usuli bir kazanılmış hak meydana getirir ki, bu hakkı ne mahkeme, ne de Yargıtay halele uğratabilir. Zira genel kazanılmış hakkın tanınması da kamu düzeni düşüncesiyle kabul edilmiş bir esastır. Lakin, vazife konusunda usuli kazanılmış hak prensibinin kayıtsız, şartsız uygulanması usulün az önce anılan mutlak hükmünün değiştirilmesi neticesini doğuracaktır ki, söz konusu maddenin yazılış ve kanuna konuluş gayesi itibarıyla böyle bir netice kaideten caiz görülemez. Ancak ileri sürülen görevsizlik itirazının Yargıtay dairesince reddi ve kararın başka sebeplerden bozulması ve bozmaya uyulması halinde davanın yine görevsizlik sebebiyle reddi yoluna gidilebilmesi, usul hükümlerinin esas gayesini haleldar edebilecek bir mahiyet arz edeceği cihetle haddi zatında nadir olan böyle bir durumda istisnai olarak kanunun 7. maddesinin tatbikini kabul etmemek, menfaatlar vaziyetine gereği gibi uygun düşecektir. Bu gerekçelere dayanıldıktan sonra 4.2.1959 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında kural olarak usuli kazanılmış hak kuralının görev konusunda uygulama yeri olmayacağı ve duruşmanın bittiği bildirilinceye kadar görevsizlik kararı verilebileceği esası benimsenmiştir.

Yargıtay bozma ilamına uyulmakla meydana gelen usuli kazanılmış hak kuralı usul hukukunun ana esaslarından olmakla ve Yargıtay'ca titizlikle gözetilmekle birlikte bu kuralın açık maddi hata halinde dahi katı bir biçimde uygulanması bazı Yargıtay kararlarında adalet duygusuyla, maddi olgularla bağdaşmaz bulunmuş ve dolayısıyla giderek uygulamada uyulan bozma kararının her türlü hukuki değerlendirme veya delil takdiri dışında maddi bir hataya dayanması halinde usuli kazanılmış hak kuralının hukuki sonuç doğurmayacağı esası benimsenmiştir. Örneğin bozma kararının, dava konusu taşınmazın her türlü değerlendirmenin dışında, tartışmaya yol açmayacak bir açıklıkla tapulu olduğu bir gerçek iken, tapusuz olduğu esasına dayanılarak yapılmış olması halinde olduğu gibi. (Usuli kazanılmış hakkın maddi hataya dayalı bozmaya uyma halinde hukuki sonuç doğurmayacağı hakkında taşınmaz malın satış tarihi ile noterden gönderilen ihtarname tarihinin yazılı delillere rağmen yanlış belirlenmesi hallerinde Daire bozma kararlarının maddi hataya dayandığı kabul edilerek usuli kazanılmış hak kuralı, Hukuk Genel Kurulu'nca uygulanmamıştır.) Burada şu husus özellikle belirtilmelidir ki; bozma kararında hukuki yönden bir değerlendirme yapılmış veya deliller belli bir doğrultuda değerlendirilerek bir bozma kararı verilmiş ise , bu bozmaya uyulması halinde, bozmayı yapan daire hukuki görüş veya delil değerlendirmesinin yanlış olduğunu sonradan benimsese dahi burada maddi hatadan söz edilemeyeceğinden, usuli kazanılmış hakkın doğduğunun kabulü gerekir. Ancak Yargıtay Dairesinin verdiği sonuç her türlü değer yargısının dışında hiç bir suretle başka biçimde yorumlanamayacak tartışmasız bir maddi hataya dayanıyorsa ve onunla sıkı sıkıya bağlı ise o takdirde usuli kazanılmış hak kuralı hukuki sonuç doğurmayacaktır." gerekçesine yer verilerek usuli müktesep hakkın dayandığı esaslar ayrıntılı bir şekilde izah edilerek hiç bir pozitif hukuk kuralı ile düzenlenmediği halde içtihatla benimsenmiş olan usuli müktesep hakkın mutlak bir hak olmadığı ortaya konmuştur.

Öte yandan, re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu ceza yargılama usulünde ise usuli müktesep hakkın mevcudiyeti Yargıtay ceza daireleri ve Ceza Genel Kurulunca kabul edilmemiş olup uygulama halen bu yönde sürdürülmektedir.

Bu itibarla, taraflarca hazırlama ilkesinin geçerli olduğu hukuk yargılamasında kabul edilen, re'sen araştırma ilkesine dayanan ceza yargılamasında ise kabul edilmeyen usuli müktesep hakkın; re'sen araştırma ilkesine dayanan ve hukuka uygunluk denetimini sağlamaya yönelik idari yargılama usulünde kabul edilmesi bu yargılama usulünün temel özelliklerine uygun değildir.

Açıklanan nedenlerle ısrar kararı esastan incelenerek bir karar verilmesi gerektiğinden, usuli müktesep hakkın mevcudiyetinden bahisle esasa geçilmeden verilen karara katılmıyorum.

VERGİ DAVA DAİRELERİ KURULU KARARLARI

GELİR VERGİSİ

T.C.
DANIŞTAY
Vergi Dava Daireleri
Kurulu
Esas No : 2008/810
Karar No : 2010/186

Özeti : 1- İlk dava dilekçesinde davaya konu yapılmayan özel usulsüzlük cezasına karşı dava açma süresi, iki kez dilekçe reddedildikten sonra korunamayacağından, dava açma süresi geçtikten sonra konu yapılması nedeniyle esas incelenerek kaldırılmasına ilişkin hükmün hukuka uygun düşmediği,
2- Muhasebeci olan davacının, mensubu olduğu mesleğin kurallarına da aykırı olan fatura ve perakende satış fişlerini herhangi bir komisyon karşılığı düzenlemediği yönündeki iddiasının içerdiği risk gözetildiğinde karşılıksız yapılmasının ekonomik gereklere uygun düşmediği,
3- Muhasebeciliğini yaptığı mükelleflerin bilgisi olmaksızın bastırılan ve özel gider indiriminde kullanılması için düzenlendiği davacı beyanlarıyla da sabit olan fatura ve perakende satış fişlerinden, ele geçirilemeyenlerin imha edilerek düzenlenmediği veya komisyon karşılığı düzenlenmediğini ispat yükü davacıya ait olmasına karşın, Vergi Usul Kanunu'nun 3'üncü maddesinin (B) bendine de aykırı bir şekilde kanıt yükünün davalı vergi idaresinde olduğuna dayanılarak tarhiyatın kaldırılmasının hukuka uygun görülmediği hakkında.

Temyiz Eden : Karadeniz Vergi Dairesi Müdürlüğü

Karşı Taraf : ...

İstemin Özeti : Serbest Muhasebecilik yapan ve muhasebeciliğini yaptığı vergi yükümlüleri adına, bilgileri dışında fatura ve perakende satış fişi bastırarak komisyon karşılığı düzenlediği saptanan davacı adına 2001 takvim yılı için re'sen salınan ve gecikme faizi eklenmeksizin kesilen üç kat vergi ziyai cezalı gelir vergisi, geçici vergi, fon payı ile komisyon gelirini belgelendirmemesi nedeniyle kesilen özel usulsüzlük cezası davaya konu yapılmıştır.

Davayı inceleyen Trabzon Vergi Mahkemesi, 19.2.2007 günlü ve E:2006/459, K:2007/56 sayılı kararıyla; davacı tarafından bastırılarak dağıtılan belgelerden haberdar olmadıklarının, adına belge bastırılanlarca inceleme raporu ekinde yer alan tutanakta saptandığı, davacının bu anlatımları doğrulayarak belgeleri bir menfaat temin etmeden ihtiyacı olan kişilere verdiğini beyan ettiği, bu şekilde bastırılan 23.950 belgeden, 1.529'unun

düzenlendiğinin belirlendiği, 22.361 adet belgeye ulaşılamadığı, ele geçirilen belgelerdeki yazılı tutarın 614.600.000.000 Lira ve belge başına düşen ortalama tutarın 402.000.000 Lira olduğu bu tutar esas alınarak ele geçirilemeyen ancak kullanıldığı kabul edilen belgelere yazılması gereken tutarın 8.989.122.000.000 Lira olacağı ve %2 komisyon geliri hesaplanarak tarhiyat yapıldığı, komisyon gelirinin belgelendirilmemesi nedeniyle özel usulsüzlük cezası kesildiği, dağıtılan belgelerden davacının ne kadar komisyon geliri elde ettiğinin somut olarak saptanması gerektiği, davalı idarece, belgelerin kullanıldığı varsayımı ile belirlenen ortalama tutar üzerinden komisyon geliri belirlenmesi yoluyla tespit edilen matrah üzerinden yapılan tarhiyatta hukuka uygunluk bulunmadığı, 213 sayılı Yasanın 353'üncü maddesinde öngörülen koşullar oluşmaksızın, kesilen özel usulsüzlük cezasının da yasaya uygun olmadığı gerekçesiyle tarhiyatı ve özel usulsüzlük cezasını kaldırmıştır.

Vergi idaresinin temyiz istemini inceleyen Danıştay Üçüncü Dairesi, 21.2.2008 günlü ve E:2007/2072, K:2008/491 sayılı kararıyla; 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 3'üncü maddesinin (B) bendinde vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyetinin esas olduğunun kurala bağlandığı, dosyadan, Trabzon Emniyet Müdürlüğü birimlerince, büfe işletmeciliği yapan ... ile konfeksiyon ürünleri ticareti yapan ... ve ... adlı yükümlülerin işletme büyüklüğünü aşacak sayıda fatura bastırdığının ve bu faturaların Trabzon, Kocaeli, Çanakkale ve İstanbul'da bulunan bazı kamu kurumlarının çalışanları ve emeklilerinin özel gider indirimi beyanlarında kullanıldığının anlaşılması üzerine yürütülen çok yönlü ve kapsamlı araştırma sonucu faturaların, bu yükümlülerin bilgisi dışında muhasebecileri olan davacı tarafından bastırılıp dağıtıldığının tespit edildiği ve Trabzon Cumhuriyet Başsavcılığınca emniyet birimlerinin yaptığı sorgu tutanakları, zaptedilen belgeler ve diğer yazılı belgelerin Gelir İdaresi Başkanlığına intikal ettirilmesi üzerine vergi incelemesi başlatıldığı, Trabzon Emniyet Müdürlüğünce ele geçirilen bilgi ve belgelerin değerlendirilmesi yanında davacı, adına fatura bastırılan yükümlüler, faturaların basıldığı matbaa sahibi ve çalışanının anlatımı ile Trabzon'da bulunan kamu kurumları nezdinde yapılan araştırma sonucu ulaşılan bilgi ve belgelere dayandığı anlaşılan vergi incelemesinin, vergiyi doğuran olayın varlığını ve mahiyetini açık olarak ortaya koyan nitelik ve yeterlikte olduğu, vergi mahkemesinin aksi yöndeki yargısının hukuka uygun görülmediği, davacının, bastırıp düzenlediği, mal veya hizmet karşılığı bulunmayan bu faturaları özel gider indirimi bildirimlerinde kullanılmak üzere çeşitli kişilere teslim ettiğinin anlatımıyla sabit olduğu, faturanın, satılan emtia veya yapılan iş karşılığında düzenlenen yasal belge olduğu, 3568 sayılı Serbest Muhasebecilik Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu hükümlerine göre muhasebecilik yapan davacının, yükümlülerden adına fatura bastırmak için aldığı yetkiyi kullanarak, bilgileri olmadan fatura ve perakende satış fişi bastırması ve bu belgeleri emtia teslimine ya da hizmet ifasına dayanmaksızın belge ticaretine konu yapmasının, Vergi Usul Kanunu, Türk Ticaret Kanunu ve 3568 sayılı Kanun hükümlerine aykırılık teşkil ettiği, 213 sayılı Yasanın 3'üncü maddesinin son fıkrasında, iktisadi, ticari ve teknik icaplara uymayan veya olayın özelliğine göre normal ve mutad olmayan bir durumun iddia olunması halinde ispat külfetinin, iddia eden tarafa ait olduğu düzenlendiğinden, 23.950 adet fatura ve perakende satış fişinden 22.361 adedinin düzenlenmediğini ispat külfeti davacıya düştüğü halde, imha edildiğini ileri sürerek, bastırdığı belgelerin sadece 60 adedini emniyet birimleri ve inceleme elemanına ibraz eden davacının 22.361 adet fatura ve perakende satış fişini de düzenlediğinin kabulünde hukuka aykırılık görülmediği, olayın özelliği dikkate alındığında emtia ya da hizmet karşılığı düzenlenmeyip, belge ticaretine konu yapıldığı durumlarda karşılıksız düzenlenmesinin iktisadi ve ticari icaplara uygun olmayacağı gerçeği de göz önünde bulundurulduğunda, belgelerin komisyon karşılığı düzenlendiği sonucuna varıldığı, bu nedenle inceleme sırasında ele geçirilemeyen belgelerin komisyon karşılığı düzenlendiğini ispat külfeti davalı idareye yüklenerek yazılı gerekçe ile verilen karar hukuka uygun görülmediğinden, tarhiyata karşı açılan dava

hakkında inceleme raporunda belirlenen komisyon kazancının hukuka uygun olup olmadığı yönünden yapılacak inceleme sonucu yeniden karar verilmek üzere kararı bozmuştur.

Bozma kararına uymayan Trabzon Vergi Mahkemesi, 28.7.2008 günlü ve E:2008/396, K:2008/388 sayılı kararıyla ilk kararında ısrar etmiştir.

İsrar kararı vergi idaresi tarafından temyiz edilmiş ve davacının muhasebeciliğini yaptığı mükellefler adına bilgileri olmadan bastırıldığı fatura ve sevk irsaliyelerini, her hangi bir emtia ya da hizmet teslimine dayanmaksızın özel gider indiriminde kullanılması amacıyla farklı illerde çalışan ve emeklilere komisyon karşılığı dağıttığının tespit edildiği, ayrıca, özel usulsüzlük cezası ilk dilekçede davaya konu yapılmadığı halde yenilenen davada kaldırılması istendiğinden, bu yönden davada süreaşımı bulunduğu ileri sürülerek bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hâkimi Murat GÜNGÖR'ün Düşüncesi : Danıştay Üçüncü Dairesince verilen bozma kararında yer alan hukuksal nedenler ve gerekçe doğrultusunda ısrar kararının bozulması gerektiği düşünülmüştür.

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

Serbest Muhasebecilik yapan davacının; muhasebeciliğini yaptığı mükellefler adına, bilgileri dışında fatura ve perakende satış fişi bastrarak komisyon karşılığı düzenlediğinin saptanması nedeniyle adına 2001 takvim yılı için re'sen salınan ve gecikme faizi eklenmeksizin kesilen üç kat vergi ziyai cezalı gelir vergisi, geçici vergi, fon payı ile komisyon gelirini belgelendirmemesi nedeniyle kesilen özel usulsüzlük cezasını kaldıran vergi mahkemesi ısrar kararı temyiz edilmiştir.

Davacı tarafından 23.6.2006 gününde tebliğ edilen vergilendirmelere karşı 24.7.2006 gününde mahkeme kaydına giren dilekçeyle açılan davada, 2001 ila 2004 yıllarına ilişkin üç kat vergi ziyai cezalı gelir vergisi, geçici vergi, fon payı ile katma değer vergilerinin ihbarnamelerinin tarih ve numaraları belirtilerek davaya konu edilmesi üzerine, dava dilekçesinin, yıllara ve vergi türlerine göre vergilendirmelerin herbiri ayrı ayrı davaya konu yapılmak üzere reddedildiği; yenilen dilekçede 2001 yılına ilişkin üç kat vergi ziyai cezalı gelir vergisi, geçici vergi, fon payı ile katma değer vergisinin ihbarnamelerinin tarih ve numaralarına yer verildiği için bu dilekçenin de gelir vergisi ile geçici verginin aynı; katma değer vergisinin ise ayrı dilekçeyle davaya konu yapılması gerektiği belirtilerek reddedilmesinden sonra yenilenen davaya ait dilekçede, 2001 yılına ilişkin üç kat vergi ziyai cezalı gelir vergisi, geçici vergi, fon payı ile daha önce davaya konu yapılmamasına karşın komisyon gelirini belgelendirmemesi nedeniyle kesilen özel usulsüzlük cezası davaya konu yapılmıştır. Reddedilen ilk dava dilekçesinde davaya konu edilmediği halde, dava dilekçesinin ikinci kez reddinden sonra yenilenen dilekçede davaya konu yapılan özel usulsüzlük cezasına karşı dava açma süresi dilekçe ret kararlarıyla korunamayacağından, dava açma süresi geçtikten sonra davaya konu yapılan özel usulsüzlük cezasının kaldırılmasına ilişkin hüküm hukuka uygun düşmemiştir.

213 sayılı Vergi Usul Kanununun 3'üncü maddesinin (B) bendinde, vergilendirmede vergiyi doğuran olayın ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyetinin esas olduğu; vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyetinin, yemin hariç her türlü delille ispatlanabileceği;

ancak, bu olayla ilgisi tabii ve açık bulunmayan şahit ifadesinin ispatlama vasıtası olarak kullanılamayacağı; iktisadi, ticari ve teknik icaplara uymayan veya olayın özelliğine göre normal ve mutad olmayan bir durumun iddia olunması halinde, ispat külfetinin iddia eden tarafa ait bulunduğu hükme bağlanmıştır.

Trabzon Emniyet Müdürlüğü Mali Şube görevlilerince, Trabzon'da; ... Büfe ticari unvanıyla faaliyette bulunan ... ile ... unvanıyla faaliyette bulunan ...'un ticari faaliyetlerini aşacak sayıda fatura ve perakende satış fişi bastırdıklarının tespiti üzerine, 15.1.2005 gününde ilgililerin ifadelerine başvurulduğu, faturaların anlaşmalı ... Matbaasını vekaleten işleten ...'nun ifadesinde, belge bastırmak isteyenlerden vergi levhalarını isteyerek vergi dairesine, dairelerinin mükellefi olup olmadıklarını sorarak basım yaptıklarını ve her ayın 15'inde basımı yapılan belgelere ait bilgilerin vergi idaresine bildirildiği ve birer nüshasının saklandığını, ...'ün vekalet verdiği muhasebecisi ...'ün, 11-12 yıldır belge bastırdığını ve 1999 ila 2004 yıllarında toplam 70 cilt fatura ile 247 cilt perakende satış fişi bastırdığını beyan ettiği; ...'ün ifadesinde, 1999 yılında işyerini açarken 5 cilt fatura ile 10 cilt perakende satış fişi bastırdığını, açılıştan 5 ay sonrasında itibaren yazar kasa fişi kullandığını, yaşlı olmasından dolayı fatura bastırması, maliyet ve hasılatlarını belgelemesi için akrabası olan muhasebecisi ...'e vekalet verdiğini, adına bastırılan toplam 70 cilt fatura ile 247 cilt perakende satış fişinden bilgisinin olmadığını, olaydan Mali Şubeye geldiğinde haberdar olduğunu beyan ettiği; ...'un 2004 yılında adına bastırılan ve ... Matbaası tarafından vergi idaresine bildirilen 35 cilt perakende satış fişiyle ilgili ifadesinde; 2000 yılından itibaren faaliyette bulunduklarını, muhasebicesinin ... olduğunu ve kendisine vekalet vermediğini, ... Matbaasının yerini bilmediğini ve işleticisini tanımadığını, iş yerinde yazar kasa fişi kullandığını, ihtiyacı olan belgeleri başka bir matbaada bastırdığını, bilgisi olmadan adına belge bastırıp piyasaya dağıtan ...'ten şikayetçi olduğunu beyan ettiği; davacı ...'ün yapılan tespitlerle ilgili ifadesinde; ...'ün verdiği vekaletnameye dayanılarak bilgisi olmaksızın, ...'un ise vekaletnamesi ve bilgisi olmaksızın adlarına fatura ile perakende satış fişi bastırarak eşine, dostuna, isimlerini hatırlayamadığı resmi kurumlarda çalışan memurlara özel gider indiriminde kullanılmak üzere her hangi bir menfaat elde etmeksizin düzenlediğini, fatura ile perakende satış fişi ciltlerini, suç olduğu için bir kısmını berberi ...'in iş yerinde, bir kısmını evinde sakladığını, teslim ettiği 56 cilt perakende satış fişi ile 11 cilt fatura dışındaki fatura ve perakende satış fişi ciltlerinden bir kısmının zayi olduğunun, bir kısmını vergi dairesinde çalışanlara verdiğini, 1999 yılına ait olanları zamanasımına uğradığı için kalanını da bilerek ve isteyerek suç unsurunu kaldırmak için imha ettiğini beyan ettiği saptanmıştır.

Düzenlenen 22.2.2006 günlü ve 2006-1684/1 sayılı vergi tekniği raporuna ek tutanaklarda, ... ve ...'un Mali Şube görevlilerine 15.1.2005 gününde verdikleri ifadelerine benzer beyanlarda bulunduğu, matbaacı ...'nun ifadesine ek olarak, ...'un babası ...'un ...'e vekaletname verdiği ve buna dayanılarak belgeleri bastığını ve üç mükellef adına basılan fatura ve perakende satış fişlerini muhasebecileri olan ...'e teslim ettiğine ilişkin bilgi formları bulunduğunu beyan ettiği; bir kısım fatura ile perakende satış fişleri ciltleri dükkanında olan berber ...'in ise tutanakta, ...'ün müşterisi olduğunu, bazen evraklarını ve fatura ciltlerini dükkanına bıraktığını ve bir kaç gün almadığını, fatura düzenlediğini gördüğünü ve amcası ile kayınpederine de fatura düzenlediğini, emniyet görevlileri dışarıda beklediği sırada dükkanına gelerek evraklarını aldığını beyan ettiği; ...'un tutanakta, ... Matbaasında hiç belge bastırmadığını, ...'e işlerini takip etmesi ve belge bastırması amacıyla vekaletname verdiğini ancak, bilgisi dışında bu kişi tarafından adına fatura ve perakende satış fişi bastırarak piyasaya dağıtıldığını, oğlu ... emniyet müdürlüğüne gittiğinde öğrendiğini, işyerinde yazar kasa fişi kullandığını beyan ettiği; Mali Şube görevlilerine verdiği ifadesine ek olarak ...'ün tutanakta, ... ve ... dışında ... adına vekaletnamesine dayanarak bilgisi olmaksızın fatura ve perakende satış fişi bastırarak piyasaya dağıttığını beyan ettiği görülmektedir.

Vergi tekniği raporu ekinde bulunan ve Trabzon'daki kamu kurum ve kuruluşlarıyla yapılan yazışmalarda, değinilen mükellefler adına bastırılan ve Kocaeli, Çanakkale, İstanbul

ve Trabzon illerinde bulundukları belirlenen çok fazla sayıda kişiye düzenlenen fatura ve perakende satış fişlerinin özel gider indiriminde kullanıldığı ve 23.950 adet fatura ve perakende satış fişinden, 1.529 adetinin ele geçirildiği, 60 adetinin kullanılmadığı, 22.361 adetinin ele geçirilemediği ancak, ifadeler, tutanaklar ve yapılan yazışmalar ve davacının anlatımı ve düzenlenmemiş olarak incelemeye sunulmamış olması karşısında bu belgelerin de özel gider indiriminde kullanılmak üzere komisyon karşılığı düzenlendiği kabul edilmiştir.

Fatura, bir ticari işletmeden emtia satın alan kimseye, satıcı tarafından düzenlenerek verilen ve alıcının borçlandığı tutarı gösteren ticari bir belgedir. 3568 sayılı Kanuna göre muhasebecilik yapan davacının, muhasebeciliğini yaptığı mükelleflerden aldığı yetkiyi kullanarak bilgileri olmaksızın adlarına fatura ve perakende satış fişi bastırması ve gerçek bir emtia ya da hizmet teslimine dayanmaksızın özel gider indiriminde kullanılması amacıyla düzenlemesi, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu ile 3568 sayılı Kanun hükümlerine de aykırı düşmektedir.

Davacı, fatura ve perakende satış fişlerini herhangi bir komisyon karşılığı düzenlenmediğini iddia etmekte ise de, mensubu olduğu mesleğin kurallarına da aykırı olan bu eylemin içerdiği risk gözetildiğinde karşılıksız yapılması ekonomik gereklere uygun düşmeyen ve davacı tarafından kanıtlanamayan iddianın kabulüne olanak yoktur.

Muhasebeciliğini yaptığı mükelleflerin bilgisi olmaksızın bastırılan ve özel gider indiriminde kullanılması için düzenlendiği kendi beyanlarıyla da sabit olan fatura ve perakende satış fişlerinden, ele geçirilemeyenlerin imha edilerek düzenlenmediği veya komisyon karşılığı düzenlenmediğini ispat yükü davacıya ait olmasına karşın, Vergi Usul Kanununun 3'üncü maddesinin (B) bendine de aykırı bir şekilde, ele geçirilmeyen fatura ve perakende satış fişlerinden kullanılanların ve bu belgelerdeki tutarların tespiti konusundaki kanıt yükünün davalı vergi idaresinde olduğuna dayanılarak tarhiyatın kaldırılması hukuka uygun görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulü ile Trabzon Vergi Mahkemesinin, 28.7.2008 günlü ve E:2008/396, K:2008/388 sayılı ısrar kararının bozulmasına, yeniden verilecek kararda karşılanacağından, yargılama giderleri hakkında hüküm kurulmasına gerek bulunmadığına, 16.4.2010 gününde özel usulsüzlük cezası yönünden oybirliği, vergilendirme yönünden oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, ısrar kararının dayandığı hukuksal nedenler ve gerekçe karşısında, yerinde ve kararın bozulmasını sağlayacak nitelikte bulunmadığından, vergilendirme yönünden istemin reddi gerektiği oyu ile kararın bu kısmına katılmıyoruz.

KAMU ALACAKLARININ TAHSİLİ

T.C.
DANIŞTAY
Vergi Dava Daireleri
Kurulu
Esas No : 2008/487
Karar No : 2010/160

Özeti : 1- TIR karnesi kapsamında taşınan eşyanın sevk gümrüğünde işlem görmemesi nedeniyle, karne sahibince ödenmesi gereken vergi ve resimlerin, kefil sıfatıyla davacı kurumdan istenmesi yolundaki

işlemin dayanağı 3.5.1985 günlü ve 85/9449 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile TIR Karneleri Himayesinde Uluslararası Eşya Taşınmasına Dair Gümrük Sözleşmesi hükümleri olduğundan, tebliğ edilen işleme karşı 4458 sayılı Kanun'un 242'nci maddesindeki itiraz yolunun izlenmesine gerek bulunmadığı,

2- Ödeme emrinin düzenlenmesine, davacının, vergi ve resimlerin istenmesine ilişkin işleme karşı itiraz yoluna başvurduğunu bildirmemesi dayanak gösterilmiş olması dışında, dava açıldıktan sonra başkaca her hangi bir neden gösterilmeksizin idarece iptal edilmesiyle dava açılmasına idare sebebiyet verdiğinden, açılan davada karar verilmesine yer olmadığına karar veren ve yargılama giderlerini davalı gümrük müdürlüğü üzerinde bırakan vergi mahkemesi ısrar kararında hukuka aykırılık görülmediği hakkında.

Temyiz Eden : Başbakanlık Gümrük Müsteşarlığı

Karşı Taraf : Türkiye Ticaret, Sanayi, Deniz Ticaret Odaları ve Ticaret Borsaları Birliği

Vekilleri : Av. ...

İstem Özet : ... sayılı TIR karnesiyle, Gürbulak Gümrük Müdürlüğünden yurda giriş yaparak Erenköy Gümrük Müdürlüğüne sevk edilen eşyanın, sevk gümrüğünde işlem görmemesi nedeniyle, karne sahibi taşıyıcı firmadan tahsil edilemeyen vergi ve resimler tutarının, kefil kuruluş sıfatıyla davacıdan tahsili amacıyla düzenlenen ödeme emri davaya konu yapılmıştır.

Davayı inceleyen Ankara 2. Vergi Mahkemesi, 16.5.2005 günlü ve E:2004/977, K:2005/587 sayılı kararıyla; Gümrükler Kontrol Genel Müdürlüğünün mahkemelerine sunduğu cevapta, tahakkuka karşı süresinde itiraz edildiğinden, itiraz edilmediği varsayımıyla düzenlenen ödeme emrinin iptal edilmesi yolundaki talimat yazısının, Ankara Gümrük ve Muhafaza Başmüdürlüğüne gönderildiğinin bildirildiği, Gümrükler Kontrol Genel Müdürlüğünün talimatı üzerine, Ankara Gümrük ve Muhafaza Başmüdürlüğüne, davacı adına düzenlenen davaya konu ödeme emrinin iptal edildiğine ilişkin yazıların davacıya bildirildiği ve davacı tarafından da bu yazıların dilekçe ekinde mahkemeye sunulduğu, bu nedenle kabul sebebiyle konusunun kalmadığı gerekçesiyle dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermiştir.

Gümrük İdaresinin temyiz istemini inceleyen Danıştay Yedinci Dairesi, 29.5.2007 günlü ve E:2005/3695, K:2007/2560 sayılı kararıyla; kararın, yargılama giderleri ve vekalet ücretine ilişkin hüküm fıkrasının temyizen incelenmesinin istendiği, dava açılmasından sonra, davacı adına düzenlenen davaya konu ödeme emri idarece iptal edilip, bu durumun davacıya da bildirilmesi, davalı idarenin kabulü olarak değerlendirilerek hüküm kurulmuş ise de; 2577 sayılı Yasanın 31'inci maddesiyle gönderme yapılan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 92 ila 95'inci maddelerinde düzenlenen ve usul hukukunda, davayı sona erdiren ve kesin hükmün bütün hukuki sonuçlarını doğuran taraf işlemlerinden birisi olan "kabul" müessesesinden söz edilebilmesi için davalı idarece, Mahkemeye hitaben yapılmış, açık bir kabul beyanının varlığı gerektiği, olayda ise davalı idarece bu şekilde bir beyanda bulunulmadığı; aksine, iptal edilen ödeme emrinin düzenlenmesine davacının sebep olduğu ileri sürülerek davanın reddinin talep edildiği, bu nedenle "kabul sebebiyle" karar verilmesine yer olmadığı yolundaki hükmün sözü edilen düzenlemeye uygun düşmediği, 2577 sayılı İdari

Yargılama Usulü Kanununun 24'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının (f) bendinde, kararlarda; yargılama giderlerinin ve hangi tarafa yükletildiğinin belirtileceği; 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun, 2577 sayılı Kanunun 31'inci maddesiyle atfı yapılan 417'nci maddesinde, kural olarak yargılama giderlerinin aleyhine hüküm verilen tarafa yükletileceği; 423'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının 6'ncı bendinde de, davanın önemine göre kanun gereği takdir olunacak vekalet ücretinin yargılama giderlerine dahil olduğunun hükmüne bağlandığı, bu hükümlere göre davanın, iptal ile sonuçlanması ve davalı idarenin "dava kabulü" dışında, herhangi bir nedenle "karar verilmesine yer olmadığı" şeklinde sonuçlanması halinde, yargılama giderlerinin davalı idareye yükletilebilmesi için davalının hukuka aykırı işlem tesisine dava açılmasına sebebiyet vermiş olması gerektiği, ödeme talebine ilişkin işlemin tebliğ tarihinden itibaren, TIR Sözleşmesinde öngörülen üç aylık sürede vergileri ödemeyerek, ödeme emrinin düzenlenmesine davacı tarafından sebebiyet verildiğinden, Mahkemenin, dava açılmasından sonra ödeme emrinin davalı idarece iptal edilmesine dayanarak, dava hakkında, "karar verilmesine yer olmadığı" yolundaki kararında sonucu itibarıyla isabetsizlik bulunmamakla birlikte; davada haksız çıkması veya aleyhine karar verilmesi ya da hukuka aykırı işlem tesis edilmesi suretiyle dava açılmasına sebebiyet vermesi söz konusu olmayan idare aleyhine yargılama giderine hükmedilmesinde yargılama hukuku ilkelerine uygunluk görülmediği, öte yandan; kararda davacı lehine vekalet ücretine hükmolunmadığından, davalı idarenin vekalet ücreti yönünden temyiz isteminin incelenmeyeceği gerekçesiyle kararın; yargılama giderlerine ilişkin kısmını bozmuş, temyiz isteminin vekalet ücretine ilişkin kısmının incelenmeksizin reddine karar vermiştir.

Bozma kararına uymayan Ankara 2. Vergi Mahkemesi, 10.1.2008 günlü ve E:2007/1904, K:2008/31 sayılı kararıyla, ilk kararında yer alan hukuksal nedenler ve gerekçeye ek olarak; düzenlendiği tarihte hukuka uygun olan ödeme emri, iptali istemiyle dava açıldıktan sonra hiçbir neden belirtilmeden davalı idare tarafından iptal edildiğinden, davalı idarenin kusurlu olduğu sonucuna varıldığı gerekçesiyle ilk kararında ısrar etmiştir.

İsrar kararı gümrük idaresi tarafından temyiz edilmiş ve tahakkuka karşı dava açıldığının davacı tarafından bildirilmemesi nedeniyle tahakkukun kesinleştiği düşünülmüş, ödeme emri düzenlendiğinden, davanın açılmasında kusurları bulunmadığı ileri sürülerek bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti : İstemin reddi gerektiği savunulmuştur.

Danıştay Tetkik Hakimi Murat GÜNGÖR'ün Düşüncesi : Ödeme emrine karşı açılan davada, ödeme emrini her hangi bir neden göstermeksizin iptal eden davalı gümrük müdürlüğü, davanın açılmasına kusurlu olarak sebebiyet verdiğinden, yargılama giderlerinin üzerinde bırakılması hukuka uygun görüldüğü, bu nedenle, temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmüştür.

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

... sayılı TIR karnesiyle, Gürbulak Gümrük Müdürlüğünden yurda giriş yaparak Erenköy Gümrük Müdürlüğüne sevk edilen eşyanın, sevk gümrüğünde işlem görmemesi nedeniyle, karne hamilinden tahsil edilemeyen vergi ve resimlerin, kefil kuruluş sıfatıyla davacıdan istenmesine ilişkin işleme itiraz edilmediği varsayımıyla vergi ve resimlerin tahsili

amacıyla düzenlenen ödeme emrine karşı açılan davada, Ankara Gümrük ve Muhafaza Başmüdürlüğüne, ödeme emrinin iptal edildiğine ilişkin yazıların davacıya bildirilmesi ve davacı tarafından da bu yazıların dilekçe ekinde mahkemeye sunulması nedeniyle karar verilmesine yer olmadığına ve ödeme emrine karşı dava açılmasında davalı gümrük müdürlüğünün kusurlu bulunduğuna karar veren vergi mahkemesi ısrar kararıyla yargılama giderleri davalı gümrük müdürlüğü üzerine bırakılmıştır.

TIR Karneleri Himayesinde Uluslararası Eşya Taşınmasına Dair Gümrük Sözleşmesinin 6'ncı maddesi uyarınca, 3.5.1985 günlü ve 85/9449 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla Türkiye'de Kefil Kuruluş olarak yetkilendirilen ve TIR karnelerini vermekle görevlendirilen kuruluş Türkiye Ticaret, Sanayi, Deniz Ticaret Odaları ve Ticaret Borsaları Birliğidir.

Değinilen Sözleşmenin 8'inci maddesinin 1'inci fıkrasında, TIR işlemleri ile ilgili olarak bir yolsuzluğun tespit edildiği ülkedeki gümrük kanunlarına ve yönetmeliklerine göre ödenmesi gereken ithal veya ihracat vergi ve resimleri ile bunlara ilişkin gecikme faizlerini kefil kuruluşu ödeyeceği, kuruluşun, yukarıda sözü edilen şahıslardan tahsil edilecek paraların ödenmesinden, bu şahıslarla müştereken ve müteselsilen mesul olduğu; 7'nci fıkrasında, maddenin birinci ve ikinci paragraflarındaki tutarların ödenmesi gerekli hale geldiğinde, yetkili makamların, mümkün olduğu ölçüde, kefil kuruluştan ödeme isteğinde bulunmadan önce doğrudan doğruya sorumlu kişi veya kişilere başvuracağı kurala bağlanmıştır.

Bu düzenlemeler karşısında kefil kuruluş olan davacı adına, TIR karnesi vermesi ve kefil kuruluş olmasından dolayı vergi ve resimlerin ödenmesi yolunda tesis edilen işlemin dayanağı, 3.5.1985 günlü ve 85/9449 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile değinilen Sözleşme hükümleri olduğundan, tebliğ edilen işleme karşı 4458 sayılı Kanunun 242'nci maddesindeki itiraz usulünün izlenmesi gerekmemektedir.

Davalı gümrük müdürlüğü tarafından ödeme emrinin düzenlenmesine, davacının, vergi ve resimlerin istenmesine ilişkin işleme karşı itiraz yoluna başvurduğunu bildirmemesi dayanak gösterilmiş ise de, 4458 sayılı Kanuna tabi olmayan değinilen işlem için itiraz yoluna başvurulması gerekmediğinden, dava açıldıktan sonra başkaca her hangi bir neden gösterilmeksizin ödeme emrinin iptal edilmesiyle davalı idarenin dava açılmasına sebebiyet verdiği anlaşıldığından, açılan davada karar verilmesine yer olmadığına karar veren ve yargılama giderlerinin davalı gümrük müdürlüğü üzerinde bırakan vergi mahkemesi ısrar kararında hukuka aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin reddine, 26.3.2010 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

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

T.C.
DANIŞTAY
Vergi Dava Daireleri
Kurulu
Esas No : 2008/526
Karar No : 2010/183

Özeti : 6183 sayılı Kanun'un 13'üncü maddesine göre ihtiyati haciz kararı alınabilmesi için Vergi Usul Kanunu'nun 344'üncü maddesi uyarınca ceza kesilmesini

gerektiren haller ile 359'uncu maddesinde sayılan hallerle temas eden kamu alacağının salınması için gerekli işlemlere başlanmış olmasının yeterli olduğu, kamu alacağının tarh ve tahakkukuna ilişkin işlemlerin tamamlanmasına ve kesinleşmesine gerek bulunmadığı hakkında.

Temyiz Eden : ...

Karşı Taraf : Suşehri Malmüdürlüğü

İstemin Özeti : Serbest muhasebeci mali müşavirlik yapan ve incelenmek istenen 1998 yılına ilişkin defter ve belgelerini ibraz etmeyen davacı adına re'sen salınması önerilen kaçakçılık cezalı katma değer vergilerinin güvenceye bağlanması amacıyla vergi ve ceza ihbarnamelerinin duyurulmasından önce söz konusu vergi ve ceza için 6183 sayılı Yasanın 17'nci maddesi uyarınca yapılan ihtiyati tahakkuk ve 13'üncü maddesine göre alınan ihtiyati haciz kararı davaya konu yapılmıştır.

Davayı inceleyen Sivas Vergi Mahkemesi, 12.6.2001 günlü ve E:2000/169, K:2001/124 sayılı kararıyla; dava konusu işlemlere dayanak teşkil eden cezalı tarhiyatın bir kısmının Mahkemeleri kararıyla kaldırıldığı, davanın reddedilen kısmının ise ihtiyati tahakkuk ve ihtiyati haciz kararı alınmasını gerektirmeyecek düzeyde kalması nedeniyle ihtiyati tahakkuk ve ihtiyati haciz kararında hukuka uygunluk görülmediği gerekçesiyle işlemleri iptal etmiştir.

Vergi idaresinin temyiz istemini inceleyen Danıştay Yedinci Dairesi, 26.4.2004 günlü ve E:2001/4059, K:2004/1135 sayılı kararıyla; defter ve belgelerini incelemeye ibraz etmeyen davacının katma değer vergisi beyannameleri ve bildirimlerini onayladığı mükellefler hakkında elde edilen verilere göre vergiye tabi hasılatını noksan beyan etmekle yol açtığı vergi kaybının kaçakçılık cezasını gerektirmesi üzerine, 6183 sayılı Kanunun 9'uncu maddesine göre davacıdan teminat istendiğinden, ihtiyati haciz koşullarının da gerçekleştiği, bu nedenle davanın reddine karar verilmesi gerekirken, Dairelerince bozulan mahkeme kararına dayanarak dava konusu işlemi iptal eden mahkeme kararında isabet bulunmadığı gerekçesiyle vergi mahkemesi kararını bozmuştur.

Bozma kararı üzerine Sivas Vergi Mahkemesi, 27.10.2004 günlü ve E:2004/453, K:2004/304 sayılı kararıyla, davayı reddetmiştir.

Davacının temyiz istemini inceleyen Danıştay Dördüncü Dairesi, 20.12.2006 günlü ve E:2006/801, K:2006/3019 sayılı kararıyla; ihtilaf ihtiyati tahakkuk ve ihtiyati haciz kararlarının hukuka uygunluğu ile ilgili olmakla birlikte, davacı adına salınan kaçakçılık cezalı katma değer vergisini değiştiren vergi mahkemesi kararı, Dairelerinin 20.12.2006 günlü ve E:2006/802, K:2006/3018 sayılı kararıyla tarhiyatın hukuka uygun olmaması nedeniyle bozulduğundan, ihtiyati tahakkuk ve ihtiyati haciz kararlarına karşı açılan bu davada, tarhiyata karşı açılan dava hakkındaki bozma kararı gözetilerek yeniden bir karar verilmek üzere vergi mahkemesi kararını bozmuştur.

Bozma kararı üzerine Sivas Vergi Mahkemesi, 17.4.2008 günlü ve E:2007/190, K:2008/152 sayılı kararıyla; Danıştay Yedinci Dairesinin bozma kararına uyararak verdiği davanın reddi yolundaki kararında ısrar etmiştir.

Karar, davacı tarafından temyiz edilmiş ve iş yerinden 144 km uzakta bulunan defterdarlık makamında defter ve belgelerinin ibrazının istendiği, bunun incelenmenin iş yerinde yapılması gerektiğine ilişkin kurala aykırı olduğu, davacının müşterilerinden yıllık ücret aldığı, defterlerini tuttuğu mükelleflerin ifadelerine başvurulması halinde bu durumun açıklığa kavuşturulabileceği ileri sürülerek kararın bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hâkimi Selda GÜRSOYTRAK GÜLSEVEN'in Düşüncesi :

Temyiz dilekçesinde iddia edilen hususlar, vergi mahkemesi ısrar kararının bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmediğinden istemin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı İbrahim ERDOĞDU'nun Düşüncesi : Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında belirtilen nedenlerden hiçbirisine girmediğinden temyiz isteminin reddi ile temyiz konusu vergi mahkemesi ısrar kararının onanması gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

Serbest muhasebeci mali müşavir olan davacı adına, 6183 sayılı Yasanın 17'nci maddesi uyarınca yapılan ihtiyati tahakkuk ile 13'üncü maddesine göre alınan ihtiyati haciz kararına karşı açılan davayı reddeden vergi mahkemesi ısrar kararı temyiz edilmiştir.

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 17'nci maddesinde, aynı Kanunun 13'üncü maddesinin 1,2,3 ve 5'inci bentlerinde yazılı ihtiyati haciz sebeplerinden biri bulunduğu, vergi dairesi müdürünün yazılı isteği üzerine, mükellefin henüz tahakkuk etmemiş vergi ve resimlerinden Maliye Bakanlığınca tespit ve ilan edilecek olanlarla bunların zam ve cezalarının derhal tahakkuk ettirilmesi hususunda Defterdarın yazılı emir verebileceği, 13'üncü maddesinin 1'inci bendinde; 9'uncu madde gereğince teminat istenmesini mucip hallerin mevcudiyeti, 2'nci bendinde; borçlunun belli ikametgahının olmaması, 3'üncü bendinde borçlunun kaçmış olması veya kaçması, mallarını kaçırmaması ve hileli yollara sapması ihtimallerinin varlığı, 5'inci bendinde; mal bildirimine çağrılan borçlunun belli müddet içinde mal bildiriminde bulunmamış olması veya noksan bildirimde bulunmuş olması, ihtiyati haciz uygulanmasını gerektiren sebepler arasında sayılmış, Kanunun 9'uncu maddesinden ise Vergi Usul Kanununun 344'üncü maddesi uyarınca ceza kesilmesini gerektiren haller ile 359'uncu maddesinde sayılan hallere temas eden bir amme alacağının salınması için gerekli muamelelere başlanmış olması yetkili memurlarca yapılan ilk hesaplara göre belirlenen miktar üzerinden tahsil dairelerince teminat istenmesini gerektiren durum olarak düzenlenmiştir.

6183 sayılı Kanunun kamu alacağının korunması ile ilgili hükümleri kapsayan Birinci Kısımın İkinci Bölümünde yer alan teminat istenmesi, ihtiyati haciz ve ihtiyati tahakkuka ilişkin düzenlemeler, henüz kamu alacağı olma niteliğini kazanmamış vergi ve cezaların, tahakkuk ettikleri tarihte karşılaşılabilecek tahsil imkansızlığına bir önlem olarak öngörülmüştür. 6183 sayılı Kanunun aynı bölümündeki 19'uncu maddede; alacağın hususi kanununa göre tahakkukundan sonra, bu tahakkukla ihtiyati tahakkuk arasındaki farkın, hususi kanun uyarınca yapılan tahakkuka göre düzeltileceği ve bu düzeltmenin yapılabilmesi için itirazlı tarhiyatlarda kesinleşmenin meydana gelmesi; Danıştaya başvuru hallerde Danıştay'dan nihai kararın çıkmış olması aranmıştır. Yasanın değinilen bu açık düzenlemelerinden dolayı özel kanunlarına göre henüz tahakkuk etmemiş vergi ve cezalar hakkında, kamu alacağının güvenceye bağlanması amacıyla öngörülen teminat isteme, ihtiyati tahakkuk ve ihtiyati haciz kararlarına karşı açılacak davaların, dava konusu edilmekle tahsili duran vergi ve cezalar hakkında yapılacak yargılamadan ayrı ve bağımsız olarak incelenmesi ve hukuka uygunluk denetiminin de, tedbir niteliğinde tesis edilen bu işlemlerin, tesis edildikleri tarihteki hukuksal duruma göre yapılması gerekmektedir. Tersine yaklaşımla karar verilmesi, 6183 sayılı Yasanın 19'uncu maddesinde öngörüldüğü şekilde, vergi idaresince yapılması gereken düzeltme hakkında idarece bu konuda henüz kurulmuş herhangi bir işlem bulunmadığı halde hüküm kurulmasına ve idari yargı denetiminin sınırlarının aşılmasına yol açacaktır.

Serbest muhasebecilik yapan davacının, 1998 vergilendirme dönemine ilişkin işlemlerinin incelenmesi sonucu düzenlenen 12.9.2000 tarihli yazıya istinaden kaçakçılık

cezalı katma değer vergisi ve özel usulsüzlük cezası olmak üzere 7.4 milyar lira tutarında vergi ve cezanın salınması için işlemlere başlandığı ve ilk hesaplamalara göre belirlenen vergi ve cezaların ihtiyaten tahakkuk ettirilmesinin istendiği, Sivas Defterdarlığının 19.9.2000 tarihli oluruna istinaden, 20.9.2000 tarihinde ihtiyati tahakkuk fişi düzenlendiği, aynı gün ihtiyati haciz varakası tanzim edildiği ve davacıdan 22.9.2000 tarihli yazıyla teminat istendiği, ihtiyati haciz ve ihtiyati tahakkukun 29.9.2000 tarihinde tebliği üzerine görülmekte olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

İhtiyati haciz kararı alınabilmesi ve alınan kararın uygulanabilmesi için Vergi Usul Kanununun 344'üncü maddesi uyarınca ceza kesilmesini gerektiren veya 359'uncu maddesinde sayılan hallere temas eden bir kamu alacağının salınması için gerekli işlemlere başlanması yeterli olup, kamu alacağının tarh ve tahakkukuna ilişkin işlemlerin tamamlanmasına ve kesinleşmesine gerek bulunmamaktadır. Defter ve belgelerini incelemeye ibraz etmeyen davacının tarh dosyası üzerinde yapılan inceleme sonucu kaçakçılık cezasını gerektiren bir vergi farkı bulunduğu saptanması nedeniyle, 6183 sayılı Kanunun 9'uncu maddesi uyarınca davacıdan teminat istendiği açık olduğundan, bu durumun sonucu olarak ihtiyati tahakkuk ve ihtiyati haczin koşulları da gerçekleştiğinden, davanın reddi yolundaki ısrar kararında hukuka aykırılık bulunmamıştır.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin reddine, 16.4.2010 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X- Danıştay Dördüncü Dairesinin bozma kararında yer alan nedenlerle vergi mahkemesi ısrar kararının bozulması gerektiği oyu ile karara katılmıyoruz.

KARŞI OY

XX- 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49'uncu maddesinin 3'üncü fıkrasında, vergi mahkemesi kararının, Danıştay tarafından, maddede belirlenen nedenlerden bozulması halinde, dosyanın kararı veren mahkemeye gönderileceği; mahkemenin dosyayı diğer öncelikli işlere nazaran daha öncelikle inceleyeceği ve varsa gerekli tahkik işlemlerini tamamlayarak yeniden karar vereceği; 4'üncü fıkrasında da, mahkemenin bozmaya uymayarak eski kararında ısrar edebileceği hükümleri yer almıştır.

İdari Yargılama Usulü Kanununun anılan maddesine göre; kararı, Danıştayın ilgili dava dairesince bozulan ilk derece idari yargı yerinin, bozma kararına uyarak gereğini yerine getirmekten ya da ilk kararında ısrar etmekten başka bir seçeneği bulunmamaktadır. İdari mahkemelerin Danıştay Dairelerince verilen bozma kararına uyması sonucunda, bozma kararında gösterilen şekilde inceleme ve araştırma yaparak, yine kararda belirtilen hukuki esaslar doğrultusunda hüküm kurması gerekir. Mahkemenin bozma kararına uyması halinde, lehine bozulan taraf açısından usulî kazanılmış hak oluşur. Mahkemece, bozma kararına uyularak verilen kararda, başka bir hukuka aykırılık sebebi bulunsa dahi, bu husus artık bir bozma sebebi oluşturmaz.

Usulî müktesep hak müessesesi, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda düzenlenmemiş olmakla beraber Yargıtay İçtihatları ile kabul edilmiş ve geliştirilmiştir. İdari Yargılama Usulü Kanununda yer almamakla birlikte yargılama hukukunun temel ilkelerinden olan bu müessesenin Danıştay kararlarında esas alınamayacağı düşünülemez.

Davacı hakkında tesis edilen ihtiyatî tahakkuk ve ihtiyatî haciz kararlarının iptali istemiyle açılan dava dosyasında verilen iptal kararının Danıştay Yedinci Dairesince temyiz incelemesi sonucunda verilen kararla bozulduğu, Mahkemenin 2577 sayılı Yasanın 49.uncu maddesine göre yeniden verdiği kararında bozmaya uyarak davanın reddine karar verdiği, bu kararın temyiz isteminin incelenmesi sırasında yalnızca bozma esasları yönünden inceleme yapılması gerekirken Danıştay Dördüncü Dairesince davacı hakkındaki başka bir

idari işlem nedeniyle açılan dava sonucunda verilen karar dayanak gösterilerek kararın yeniden bozulduğu anlaşılmıştır.

Temyizen incelenen vergi mahkemesi ısrar kararının; Danıştay Yedinci Dairesinin bozma kararında yazılı gerekçelere uygun verildiği açık olduğundan onanması gerekeceği oyu ile karara yönelik temyiz başvurusunun incelenmesi ile verilen karara katılmıyorum.

T.C.
DANIŞTAY
Vergi Dava Daireleri
Kurulu
Esas No : 2008/833
Karar No : 2010/192

Özeti : Haksız çıkma zammının, ödeme emrine karşı açılan davanın reddine ilişkin hükmün kesinleşmesinden sonra istenebileceği hakkında.

Temyiz Edenler : 1- ... Vergi Dairesi Müdürlüğü
2- ... Ticaret ve Sanayi Anonim Şirketi
Vekili : Av.... Av....

İstemin Özeti : Ödeme emrine karşı açılan davanın reddi üzerine düzenlenen ihbarname formu altında, "6183 sayılı Kanunun 58'inci maddesi uyarınca kesinleşen yargı kararları üzerine zam uygulanması halinde zam tutarı yazılacaktır." notuna dayanılarak, ikinci ihbarnamede duyurulan 8.526.22 lira haksız çıkma zammı davaya konu yapılmıştır.

Davayı inceleyen İzmir 3. Vergi Mahkemesi, 27.4.2006 günlü ve E:2005/1297, K:2006/430 sayılı kararıyla; 4811 sayılı Yasa hükümlerinden yararlanarak mevcut borçlarını taksitlendiren ancak, ilk üç taksidinden sonraki taksitlerini ödemeyen davacı adına düzenlenen ödeme emirlerine karşı İzmir 2. Vergi Mahkemesinde açılan davanın reddi üzerine, 6183 sayılı Yasanın 58'inci maddesi uyarınca %10 haksız çıkma zammı hesaplanarak ikinci ihbarname ile davacıya tebliğ edildiği, davacının, ödeme emirlerine karşı açtığı davanın reddedilmesinden sonra süresi içinde temyiz başvurusunda bulunduğu, 6183 sayılı Yasanın 58'inci maddesinin 5'inci fıkrasında tanımlanan ve fer'i bir amme alacağı niteliğinde olan haksız çıkma zammının, ödeme emirlerine karşı açılan davalarda verilen ret kararlarının kesinleşmesinden sonra istenmesi gerektiği, ödeme emrine karşı açılan davalarda verilen kararlar üzerine itiraz ve temyiz yollarına başvurulması halinde kesinleşmiş bir mahkeme kararının varlığından söz edilemeyeceği, ödeme emirlerinin iptali istemiyle açılan davada mahkemece davanın reddi yolunda verilen karara karşı süresi içinde Danıştay nezdinde temyiz talebinde bulunduğu açık olan davacıdan haksız çıkma zammı istenemeyeceği gerekçesiyle dava konusu zammı kaldırmıştır.

Vergi idaresinin temyiz istemini inceleyen Danıştay Üçüncü Dairesi, 12.4.2007 günlü ve E:2006/3134, K:2007/1147 sayılı kararıyla; İdari Yargılama Usulü Kanununun 28'inci maddesinin 5'inci fıkrası uyarınca; vergi uyuşmazlıklarına ilişkin mahkeme kararlarının idareye tebliğinden sonra bu kararlara göre tespit edilecek vergi, resim, harçlar ve benzeri mali yükümler ile zam ve cezaların miktarının ilgili idarece mükelleflere bildirileceği, 6183 sayılı Yasanın 58'inci maddesinin beşinci fıkrasında da, ödeme emrine karşı açtığı davada kısmen veya tamamen haksız çıkan borçludan, hakkındaki itirazın reddolunduğu miktardaki amme alacağının %10 zamlı tahsil edileceğinin kurala bağlandığı, vergi borcunu vadesinde ödemeyen davacı şirket adına amme alacağının tahsili amacıyla düzenlenen ödeme emrine karşı açılan davanın vergi mahkemesince reddi üzerine yukarıda açıklanan yasal düzenleme

uyarınca haksız çıkma zammının ikinci ihbarname ile istenebilmesi için kararın idareye tebliğinin yeterli olduğu, vergi mahkemesi kararının kesinleşmesine gerek bulunmadığından aksi yolda verilen mahkeme kararında hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle kararı bozmuş, davacının karar düzeltme istemini 13.5.2008 günlü ve E:2007/4545, K:2008/1556 sayılı kararıyla reddetmiştir.

Bozma kararına uymayan İzmir 3. Vergi Mahkemesi, 30.6.2008 günlü ve E:2008/884, K:2008/884 sayılı kararıyla; ilk kararında yer alan hukuksal nedenler ve gerekçeye ek olarak; haksız çıkma zammının doğması ve tahsil aşamasına gelmesi alacak aslına yönelik mahkeme kararının kesinleşmesi halinde mümkün olacağından, ödeme emrine karşı açılan davada verilen karara karşı yapılan temyiz isteminin ikinci ihbarnamenin düzenlendiği tarihten sonraki bir tarihte; Danıştay Üçüncü Dairesinin 29.11.2006 günlü ve E:2006/930, K:2006/3146 sayılı kararı ile reddedilmiş olmasının, uyuşmazlığın doğduğu andaki hukuki duruma etkisinin olmadığı, nitekim, Danıştay Dokuzuncu Dairesinin 4.5.2006 günlü ve E:2005/4620, K:2006/1689 sayılı ve Danıştay Dördüncü Dairesinin 23.2.2005 günlü ve E:2004/2323, K:2005/259 sayılı kararlarının da aynı mahiyette olduğu gerekçesiyle, ilk kararında ısrar etmiştir.

İsrar kararı taraflarca temyiz edilmiş ve davacı tarafından, nispi vekalet ücretine hükmedilmesi gerektiği; vergi idaresi tarafından ise vergi mahkemesi kararı üzerine işlem tesis edilebilmesi için kesinleşme şartının aranmadığı, 6183 sayılı Kanunun 58'inci maddesine göre haksız çıkma zammı istenebilmesi için vergi mahkemesinin davayı reddetmesinin yeterli olduğu ileri sürülerek kararın bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti : Taraflarca karşılıklı olarak temyiz istemlerinin reddi gerektiği savunulmuştur.

Danıştay Tetkik Hâkimi Selda GÜRSOYTRAK GÜLSEVEN'in Düşüncesi : Temyiz dilekçelerinde iddia edilen hususlar, vergi mahkemesi ısrar kararının bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmediğinden istemlerin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Sefer YILDIRIM'ın Düşüncesi : Davacı adına tanzim ve tebliğ olunan ödeme emrine karşı açılan davanın vergi mahkemesince reddedilmesi sonucu söz konusu karara istinaden 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 58. maddesine istinaden hesaplanan haksız çıkma zammına karşı açılan davayı kabul eden Vergi Mahkemesi kararı taraflarca temyiz edilmektedir.

Davanın açıldığı tarihte yapılan yargılama sonucunda mahkemece yürürlükte olan Avukatlık ücret tarifesine göre vekalet ücretine hükmedildiği anlaşıldığından, Danıştay bozma kararı üzerine verilen ısrar kararında tekrar avukatlık ücretine hükmedilmesine gerek bulunmadığından ,ısrar kararında hükmedilen vekalet ücretinin maktu değil, nisbi vekalet ücretine hükmedilmesi gerektiğine yönelik davacı şirket temyiz isteminde isabet görülmemiştir.

Vergi Dairesi Müdürlüğü temiz istemine gelince;

Danıştay Üçüncü Dairesinin 12.4.2007 gün ve 2007/1147 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 görüldü:

Davacı adına düzenlenen ikinci ihbarname ile duyurulan 8.526.22 lira haksız çıkma zammını kaldıran ısrar kararı temyiz edilmiştir.

4811 sayılı Kanundan yararlanarak mevcut borçlarını taksitlendiren ancak, ilk üç taksitten sonraki taksitleri ödemeyen davacı adına düzenlenen ödeme emirlerine karşı açılan davanın reddi üzerine, vergi dairesince düzenlenen ikinci ihbarname ile davacıdan karar harcı ve haksız çıkma zammı istendiği anlaşılmaktadır.

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 37'nci maddesinde, amme alacaklarının hususi kanunlarında belli edilen zamanlarda ödeneceği, hususi kanunlarında ödeme zamanı tespit edilmemiş amme alacaklarının, Maliye Vekaletince belirtilecek usule göre yapılacak tebliğden itibaren bir ay içinde ödeneceği, bu ödeme müddetinin son gününün amme alacağının vadesi olduğu, amme borçlusunun isterse borcunu belli zamanlardan önce ödeyebileceği, 55'inci maddesinde, amme alacağını vadesinde ödemeyenlere, 7 gün içinde borçlarını ödemeleri veya mal bildiriminde bulunmaları lüzumunun bir ödeme emri ile tebliğ olunacağı, 58'inci maddesinde, kendisine ödeme emri tebliğ olunan şahsın, borcu olmadığı, kısmen ödediği veya zamanaşımına uğradığı hakkında tebliğ tarihinden itibaren 7 gün içinde itirazda bulunabileceği, itirazında tamamen veya kısmen haksız çıkan borçludan, hakkındaki itirazın reddolunduğu miktardaki amme alacağının % 10 zamlı tahsil edileceği kurala bağlanmıştır.

Dava konusu ikinci ihbarname düzenlendikten sonra, 30.06.2007 tarih ve 26568 sayılı Resmi Gazete yayımlanarak yürürlüğe konulan (1) sayılı Tahsilat Genel Tebliğinin İkinci Kısım, Birinci Bölümünde yer alan (III/5) işaretli bendinde, 6183 sayılı Kanunun 58'inci maddesinin beşinci fıkrasında; "İtirazında tamamen veya kısmen haksız çıkan borçludan, hakkındaki itirazın reddolunduğu miktardaki amme alacağı %10 zamlı tahsil edilir." hükmünün yer aldığı, madde hükmü ile ödeme emrine dava açan borçlunun tamamen veya kısmen haksız çıkması halinde %10 haksız çıkma zammı alınacağının açıkça belirtildiği, bu düzenleme, ödeme emrine karşı mesnetsiz dava açılmasını önlemeye yönelik bir düzenleme olduğundan, ödeme emrine karşı açılan davaların reddi halinde %10 zammın kesinleşecek kararlar üzerine uygulanması gerektiği, Kanunda %10 zammın hangi sürede ödeneceğine yönelik özel bir düzenleme yer almadığından, bu alacağın vadesinin, 6183 sayılı Kanunun 37'nci maddesine göre ilgisine 213 sayılı Kanun hükümlerine göre yapılacak tebliğ ile verilecek bir aylık ödeme süresi ile belirlenmesi gerektiği, haksız çıkma zammına, süresinde ödenmemesi halinde gecikme zammı tatbik edilmeyeceği düzenlenmekle, idarenin de haksız çıkma zammının, ödeme emrine karşı açılan davanın reddine ilişkin hükmün kesinleşmesinden sonra istenebileceği anlayışında olduğu belirlenmektedir.

Adına düzenlenen ödeme emrine karşı açtığı dava reddedilen davacı temyiz yoluna başvurmasına karşın, haksız çıkma zammı, davanın reddine ilişkin hükmün kesinleşmesi beklenmeden istendiğinden, haksız çıkma zammının kaldırılması yolundaki ısrar kararında hukuka aykırılık görülmemiştir.

Avukatlık Asgari Ücret Tarifelerinin ve bu konudaki Tarife değişikliğinin vergi davalarına ilişkin vekalet ücretini belirleyen kısmına karşı açılan davalarda verilen Daire kararının Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu kararıyla bozulmasına ve Tarife değişikliğinin yürütmesinin durdurulmasına karar verildiğinden davacı taraf vekili için maktu tarifeye göre avukatlık ücreti tayin ve takdirinde hukuka aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle taraflar temyiz istemlerinin reddine, 16.4.2010 gününde oybirliği ile karar verildi.

KATMA DEĞER VERGİSİ

T.C.
DANIŞTAY
Vergi Dava Daireleri
Kurulu
Esas No : 2009/157
Karar No : 2010/179

Özeti : **1-** Defter ve belgelerini mücbir sebep olmaksızın incelemeye ibraz etmeyen yükümlünün yüklendiği katma değer vergilerini tevsik edememesi nedeniyle indirim konusu yapamayacağı,
2- Defter ve belgelerin nedensiz olarak ibraz edilmemesinden dolayı davacının bu eylemi Vergi Usul Kanunu'nun 359/a-2 bendine göre gizleme olarak nitelendirildiğinden Vergi Usul Kanunu'nun 344'üncü maddesinin üçüncü fıkrasına göre vergi ziyayı cezasının üç kat kesilmesi gerektiği hakkında.

Temyiz Edenler : **1-** ... Kuaför ve Güzellik Salonu
Ticaret Limited Şirketi

2- Maltepe Vergi Dairesi Müdürlüğü

İstem Özet: 2001 yılında pos cihazı ile tahsil ettiği bir kısım hasılatını kayıt ve beyan dışı bırakması; defter ve belgelerinin bir kısmını, tüm aramalarına karşın bulunamaması nedeniyle ibraz etmediği için katma değer vergisi indirimleri kabul edilmeyen davacı adına, Şubat ila Aralık 2001 dönemleri için salınan ve gecikme faizi eklenerek kesilen üç kat vergi ziyayı cezalı katma değer vergisi davaya konu yapılmıştır.

Davayı inceleyen Ankara 5. Vergi Mahkemesi, 9.5.2005 günlü ve E:2004/1350, K:2005/622 sayılı kararıyla; ibraz edilen belgeler ile bedeli Pos cihazı ile tahsil edilen hasılatın karşılaştırılması sonucu, hasılatının bir kısmını beyan dışı bıraktığı tespit edilen davacı kurum temsilcisi tarafından, bu durumun itirazsız kabul edildiği, bu nedenle saptanan kayıt dışı hasılatın ilgili dönem katma değer vergisi matrahına dahil edilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı, yüklenilen 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, 2001 yılına ait defterlerinin muhasebecisinde olduğu ve bulunamadığını ileri sürerek incelemeye ibraz etmeyen davacının, yasal defterlerinin iradesi dışında kaybolduğunu iddia etmesine karşın, bu iddiasını ispatlayamadığı, mücbir sebep bulunmaksızın defterlerin incelemeye ibraz edilmemesi karşısında, yaptığı katma değer vergisi indirimlerinin kabulüne olanak bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir.

Davacının temyiz istemini inceleyen Danıştay Dördüncü Dairesi, 27.11.2006 günlü ve E:2006/1048, K:2006/2355 sayılı kararıyla; kredi kartlarıyla yapılan satışlardan elde edilen bir kısım hasılatın kayıt ve beyan dışı bırakılmasından bulunan matrah farkına ilişkin olarak ileri sürülen iddiaların, dayandığı hukuksal nedenler karşısında kararın bozulmasını sağlayacak durumda görülmediği, Vergi Usul Kanununun 134'üncü ve 30'uncu maddeleriyle ulaşılmak istenilen amacın matrahın gerçek veya gerçeğe en yakın şekilde saptanması olduğu, kanaate ve varsayıma dayalı vergilendirme yapılamayacağı, defterler incelemeye ibraz edilmediğinden davacının katma değer vergisi indirimlerinin kabul edilmemesinin yasaya uygun olduğu gerekçesiyle dava reddedilmişse de tarhiyatın dayanağı olan inceleme

raporu eki tutanakta; yasal defterlerin incelemeye ibraz edilmediği belirtilmesine karşın, bir klasör gider ve gelir belgelerinin sunulduğunun tespit edildiği, inceleme elemanınca söz konusu belgeler yönünden herhangi bir inceleme ve araştırma yapılmaksızın davacının katma değer vergisi indirimlerinin kabul edilmemesi suretiyle matrah farkı bulunduğu, bu durumun, ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak, tespit etmek ve sağlamak olan vergi incelenmesinin amacına aykırılık oluşturduğu, bu nedenle, davacının katma değer vergisi indirimleri kabul edilmeyerek bulunan matrah farkı nedeniyle yapılan tarhiyatın tamamen kaldırılması gerekirken davanın reddinde yasaya uyarlık bulunmadığı, öte yandan, Anayasa Mahkemesinin 6.1.2005 günlü ve E:2001/3, K:2005/4 sayılı kararı dikkate alınarak vergi ziyai cezası hakkında yeniden bir karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle kararı bozmuştur.

Bozma kararına uymayan Ankara 5. Vergi Mahkemesi, 23.11.2007 günlü ve E:2007/593, K:2007/1434 sayılı kararıyla; ilk kararında yer alan hukuksal nedenler ve gerekçeye ek olarak; Vergi Usul Kanununun 359'uncu maddesinde yazılı fiillerle vergi ziyaya sebebiyet verilmesi halinde ziyaa uğratan verginin üç katı tutarında vergi ziyai cezası kesilmesinin, vergi ziyaya 359'uncu maddede yazılı fiillerle sebebiyet verilmediğinden verginin bir katı üzerinden ceza kesilmesi gerektiği gerekçesiyle katma değer vergisi indirimlerinin kabul edilmemesi suretiyle salınan katma değer vergisine ilişkin ilk kararında ısrar etmiş, kesilen üç kat vergi ziyai cezasını bir kat üzerinden değiştirmiş, ceza fazlasını kaldırmıştır.

Karar taraflarca temyiz edilmiş ve vergi idaresince mücbir sebep göstermeden defterlerin ibraz edilmemesinin Vergi Usul Kanununun 359'uncu maddesinin 2'nci bendi uyarınca gizleme eylemini oluşturduğu, bu nedenle üç kat kesilen cezada hukuka aykırılık bulunmadığı; davacı tarafından ise bozma kararında gelir ve gider belgelerinin incelenmesi gerektiği belirtilmesine karşın bu hususun göz ardı edildiği, inceleme elemanının tespit ettiği hasılatın bir kısmının davacı şirket temsilcisi ve yakınlarına ait kredi kartlarının nakit ihtiyacını karşılamak amacıyla kullanılmasından kaynaklandığı ifade edilmesine karşın, bu konuda araştırma yapılmadığı, diğer yandan Anayasa Mahkemesinin vergi ziyai cezası hakkında verdiği kararın da dikkate alınmadığı ileri sürülerek kararın bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti : Vergi idaresi tarafından temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuş; davacı tarafından savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hâkimi Selda GÜRSOYTRAK GÜLSEVEN'in Düşüncesi : Temyiz dilekçesinde iddia edilen hususların davacı temyiz isteminin kabulünü gerektirecek nitelikte bulunmadığı; vergi kanunlarına göre tutulan veya düzenlenen ve saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan defter ve belgeleri gizleyenler hakkında Vergi Usul Kanununun 359'uncu maddesi hükümlerinin uygulanacağının kurala bağlandığı ve vergi ziyaya 359'uncu maddedeki fiillerle yol açılması halinde vergi ziyai cezasının üç kat kesilmesinin öngörüldüğü, davanın katma değer vergisi indirimlerinin kabul edilmemesine ilişkin kısmı, defter ve belgeleri incelemeye ibrazdan kaçınması nedeniyle reddedilmişken, davacı adına aynı nedenle ve yol açtığı vergi kaybının niteliğine göre üç kat üzerinden kesilen ceza yönünden ilk kararda reddedilmesine karşın, bozma kararına uyulmayarak verilen ve temyiz istemine konu yapılan kararda cezanın gecikme faizinden oluşan kısmının Anayasa Mahkemesinin iptal kararı gereğince kaldırılması gerekirken, bir kat üzerinden azaltılmasının hukuka uygun bulunmadığı gerekçesiyle vergi idaresinin temyiz isteminin kabulü ile ısrar kararının vergi ziyai cezasına ilişkin hüküm fıkrasının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Gülsen BİŞKİN'in Düşüncesi : 2001 yılı işlemleri incelenen davacı adına, kredi kartıyla yapılan satışlardan elde ettiği hasılatın bir kısmını kayıt ve beyan dışı bıraktığı ayrıca defterini incelemeye ibraz etmediğinden katma değer vergisi indirimleri kabul edilmeyerek düzenlenen vergi inceleme raporu uyarınca salınan vergi ziyai cezalı katma değer vergisine karşı açılan davanın reddi yolundaki kararın temyizi üzerine Danıştay 4.Dairesince, kredi kartıyla yapılan satışlar nedeniyle yapılan tarhiyatta yasaya aykırılık

görülmeyerek kararın bu kısmına yönelik temyiz istemi reddedilmiş, defter ve belge ibraz etmeme nedeniyle yapılan tarhiyata yönelik kısmı yeniden karar verilmek üzere bozulmuştur.

Kesinleşen kısma yönelik olarak Mahkemece yeniden hüküm tesisinde yasaya uygunluk bulunmamaktadır. Defter ve belge ibraz etmeme nedeniyle bulunan matrah farkına yönelik kısmın Danıştay 4.Dairenin bozma kararında yer alan hukuksal nedenler ve gerekçe uyarınca bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

Pos cihazı ile tahsil ettiği bir kısım hasılatını kayıt ve beyan dışı bırakması; defter ve belgelerinin bir kısmını, tüm aramalarına karşın bulamadığını ileri sürerek ibraz etmediği için katma değer vergisi indirimlerinin kabul edilmemesi nedeniyle yapılan tarhiyata karşı açılan davada, salınan katma değer vergisi yönünden davanın reddine, kesilen üç kat vergi ziyaı cezasını bir kata indirilmesine ilişkin vergi mahkemesi ısrar kararı taraflarca temyiz edilmiştir.

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. Kuaförlük yapan davacının 2001 vergilendirme dönemine ilişkin defter ve belgelerinin 5.8.2004 tarihli yazı ile incelenmek üzere istendiği, ibraz yazısının aynı gün şirket yetkilisine tebliğ edildiği, şirket müdürü ...'nin 10.8.2004 tarihinde bir klasör gelir-gider belgesini incelemeye ibraz ettiği, 2001 yılı defterlerinin incelemeye ibraz edilmediği, gelir belgelerinin de sadece Z raporlarından oluştuğu, şirket yetkilisinin 2001 yılı defterlerinin muhasebecide olduğu ve tüm aramalara karşın bulunamadığı, bu nedenle ibraz edemediğini ifade ettiği, Maliye Bakanlığı Bilgi İşlem Merkezinden alınan dökümana ve davacı şirket yetkilisinin beyanına göre davacının 2001 yılında ... Bankasına ait iki Pos cihazı kullandığı, 2001 yılında Pos cihazı kullanarak yaptığı satışlarla, aynı dönemlerde beyanlarına intikal ettirdiği hasılat tutarının farklı olduğunun saptandığı, hasılat farkının nedeni sorulduğunda şirket temsilcisinin söz konusu hasılatı sehven belge düzenlenmediğini; bu konuda herhangi bir kasıtlarının olmadığını; satışların tamamının hizmet gelirinden oluştuğunu ve büyük kısmının kredi kartı kullanmak suretiyle yapıldığını beyan ettiği, davacının geçici vergi dönemleri itibarıyla maliyete ilişkin beyanları, incelemeye ibraz edilen belgelerle karşılaştırıldığında beyanı gerekenden yüksek bulunduğu, beyan edilen maliyetle, incelemede bulunan satılan mal maliyeti arasındaki farkın nedeni sorulduğunda, şirket temsilcisinin tüm alışların belgeli olduğu, belgesiz emtia alınmadığı, farkın nedenini bilmediği, belgelerin bir kısmının kaybolmuş olabileceğini ifade ettiği; 2001 vergilendirme dönemi katma değer vergisi beyanlarına göre sadece Temmuz 2001 döneminde ödenecek vergi çıktığı, diğer dönemlerde devreden katma değer vergisi bulunduğu saptanmıştır.

Katma değer vergisi indirimi yapılmasının 3065 sayılı Kanunun 29'uncu ve 34'üncü maddelerinde öngörülen koşulların varlığına bağlı olduğu gözetilerek, vergi mahkemesince verilen kararın; defterlerini muhasebecisinde olduğu ve bulunamadığını ileri sürerek incelemeye ibraz etmeyen davacı, iradesi dışında kaybaldığını iddia etmesine karşın, bu

iddiasını kanıtlayamadığı gibi inceleme sırasında sunduğu gider belgelerindeki harcama tutarı da geçici vergi beyannamelerindeki maliyete kanıt teşkil edecek nitelikte görülmemektedir; yöneltile soruya verilen yanıtta yapılan açıklama karşısında, farkın ibrazdan kaçınılan belgelerden doğduğu anlaşılan davacının katma değer vergisi indirimlerinin kabulüne olanak bulunmadığına ilişkin hüküm fıkrasında hukuka aykırılık görülmemiştir.

Vergi Usul Kanununun 359'uncu maddesinin (a-2) işaretli bendinde, varlığı noter tasdik kayıtları veya sair suretlerde sabit olduğu halde defter ve belgelerin vergi incelemesi yapmaya yetkili kimselere ibraz edilmemesi "gizleme" eylemi olarak tanımlanmış ve vergi kanunlarına göre tutulan veya düzenlenen ve saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan defter ve belgeleri gizleyenler hakkında 359'uncu madde hükümlerinin uygulanacağı kurala bağlanmıştır. Aynı Yasanın 344'üncü maddesinin üçüncü fıkrasında ise vergi ziyaına 359'uncu maddedeki fiillerle yol açılması halinde vergi ziyai cezasının üç kat kesilmesi öngörülmüştür. Davanın katma değer vergisi indirimlerinin kabul edilmemesine ilişkin kısmı, defter ve belgeleri incelemeye ibrazdan kaçınması nedeniyle reddedilmişken ve ilk kararda davacı adına aynı nedenle ve yol açtığı vergi kaybının niteliğine göre üç kat üzerinden kesilen ceza yönünden dava reddedilmişken, bozma kararına uyulmayarak verilen ve temyiz istemine konu yapılan kararda, cezanın sadece gecikme faizinden oluşan kısmının Anayasa Mahkemesinin iptal kararı gereğince kaldırılmasına olanak bulunduğu halde bir kata indirilmesi yargılama usulüne ve hukuka uygun düşmemiştir.

Açıklanan nedenlerle; davacı temyiz isteminin reddine, vergi idaresi temyiz isteminin kabulüyle, Ankara 5. Vergi Mahkemesinin, 23.11.2007 günlü ve E:2007/593, K:2007/1434 sayılı ısrar kararının, vergi ziyai cezasının bir kata indirilmesine ilişkin hüküm fıkrasının bozulmasına, yeniden verilecek kararda karşılanacağından, yargılama giderleri hakkında hüküm kurulmasına gerek bulunmadığına, 16.4.2010 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X- Vergi idaresi tarafından ileri sürülen iddialar, ısrar kararının cezaya ilişkin hüküm fıkrasının bozulmasını gerektirecek durumda bulunmadığından idare temyizinin de reddi gerektiği oyu ile kararın bozma hükmüne katılmıyoruz.

KARŞI OY

XX- Uyuşmazlık, 2001 yılında defter ve belgelerinin bir kısmını ibraz etmemesi nedeniyle davacı adına re'sen takdir edilen matrah üzerinden salınan vergi ziyai cezalı katma değer vergisine ilişkindir.

213 sayılı Vergi Usul Kanununun 134'üncü maddesinde, vergi incelemesinden maksadın ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak, tespit etmek ve sağlamak olduğu belirtilmiştir. Aynı Kanunun 30'uncu maddesinde ise re'sen vergi tarhı ile ulaşılacak istenilen amacın, ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunun gerçek veya gerçeğe en yakın haliyle saptanması olduğu, bu yolla vergi kayıp ve kaçığının önlenmesi ile vergide adaletin sağlanmaya çalışılması öngörülmüştür. Türk vergi sisteminde re'sen vergi tarhiyla, öncelikle vergi mevzuuna giren veya vergilendirme dışında bırakılan kazanç ve iratların maddi olaylar ve delillere dayalı olarak ortaya konulması gerekmekte, kanaate ve varsayıma dayalı vergilendirme mümkün bulunmamaktadır.

Tarhiyata esas alınan inceleme raporu eki tutanakta; yasal defterlerin incelemeye ibraz edilmediği belirtilmesine karşın, içinde gider ve gelir belgelerinin bulunduğu klasör sunulduğu tespit edilmiş ancak inceleme elemanınca söz konusu belgeler yönünden herhangi bir inceleme ve araştırma yapılmaksızın davacının katma değer vergisi indirimlerinin reddi suretiyle matrah farkı bulunmuştur. Bu durum ise, ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak, tespit etmek ve sağlamak olan vergi incelenmesinin amacına aykırılık oluşturmakta ve tarhiyatın eksik incelemeye dayandığını göstermektedir.

Bu nedenle, söz konusu gider belgeleri ile davacının beyanları üzerinde gerekirse bilirkişi incelemesi yaptırılarak sonucuna göre bir karar verilmek üzere davacı temyiz isteminin kabul edilip mahkeme kararının bozulması gerektiği görüşüyle karara karşıyız.

KARŞI OY

XXX- Vergi Usul Kanununun vergi ziyai 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 ziyai suçu işleyenlere 5479 sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği tarihe kadar vergi ziyai cezası kesilmemesi gerektiğinden vergi dairesi müdürlüğü temyiz isteminin reddi gerektiği görüşüyle karara katılmıyorum.

T.C.

DANIŞTAY

Vergi Dava Daireleri

Kurulu

Esas No : 2008/371

Karar No : 2010/182

Özeti : 1- Ne yükümlüler, ne de vergi idaresince tersine işlem yapılamayacağı için devreden indirilebilir katma değer vergisi tutarının azaltılmasına ilişkin inceleme raporlarındaki saptamanın etkili olduğu ve idari davaya konu edilebileceği,

2- İşletme sahibi veya paydaşlarının kredi kartı ve işletmeye tahsis edilen POS cihazı aracılığıyla yapılan işlemlerin kural olarak, işletmenin; işletme sahibi veya paydaşına işletmenin uğraş konusuna giren emtia veya hizmet teslimi yaptığını ifade edeceği, bu işlemin işletme sahibinin kişisel gereksinimlerini yada yakınları ve yakınlık duyduğu kimselerin gereksinmesini karşılamak amacını taşıyan tahsilatlar için yapılmasının, işlem tutarının işletme hasılatı dışında tutulmasını gerektirmeyeceği,

3- Ödenecek vergi çıkmadığı için vergi ziyai cezası da kesilmemesi nedeniyle VUK'nun 336'ncı maddesinin uygulanması olanağı bulunmadığından, katma değer vergisi beyannamelerinin gerçek durumu yansıtmaması nedeniyle kesilen usulsüzlük cezasında hukuka aykırılık görülmediği hakkında.

Temyiz Eden : ...

Karşı Taraf : Burdur Vergi Dairesi Müdürlüğü

İstemin Özeti : 2002 yılında POS cihazı ile yapılan satışlardan doğan bir kısım hasılatını beyanlarına dahil etmediği saptanarak, beyanlarının düzeltilmesi sonucu, 2002 yılından sonraki döneme devreden indirilebilir katma değer vergisinin azaltılması ile 2002 yılı için kesilen usulsüzlük cezası davaya konu yapılmıştır.

Davayı inceleyen Antalya Vergi Mahkemesi, 30.11.2004 günlü ve E:2004/161, K:2004/1086 sayılı kararıyla; konfeksiyon ürünleri ticareti ve emlak komisyonculuğu yapan

davacının 2002 yılında POS cihazı ile yaptığı satışların bir kısmı için belge düzenlemediği saptanarak belgesiz satış hasılatının, ilgili dönem beyanlarına ilave edilmesi suretiyle yeniden düzenlenen katma değer vergisi beyan tablosuna göre 2002 yılından sonraki döneme devreden indirilebilir katma değer vergisinin, 4.928.457.855 Lira azaltıldığı ve adına 213 sayılı Yasanın 337 ve 352'nci maddelerine göre usulsüzlük cezası kesildiği, inceleme elemanı tarafından belgesiz satış tutarına; banka ekstrelerinden tespit edilen kredi kartlı satışların, düzenlenen hasılat faturaları ve katma değer vergisi beyanları ile aylar itibarıyla ayrı ayrı karşılaştırılmasıyla ulaşıldığı, Mahkemelerince verilen ara kararı üzerine gönderilen Üye İşyeri AKPOS Hesap Bildirim Cetvelleri ile inceleme raporuna ekli kredi kartlı satış toplamalarının aynı olduğu, bu tespitler karşısında, yeniden düzenlenen katma değer vergisi beyan tablosuna göre devreden indirilebilir katma değer vergisinin azaltılmasında ve fiilin usulsüzlük cezasını gerektirdiği de göz önünde bulundurularak usulsüzlük cezası kesilmesinde hukuka aykırılık görülmediği gerekçesiyle davayı reddetmiştir.

Davacının temyiz istemini inceleyen Danıştay Dokuzuncu Dairesi, 22.2.2007 günlü ve E:2005/850, K:2007/585 sayılı kararıyla; 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 3'üncü maddesinin (B) bendinde, vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyetinin esas olduğunun hükmüne bağlandığı, davacı tarafından dava dilekçesinde, küçük bir dükkanda konfeksiyon ticareti yapıldığı, inceleme tutanağının okunmadan imzalandığı, incelemenin yapıldığı 2001 ve 2002 yıllarının kriz yılları olduğu, işletmenin kapatılmaması için maliyetine, bazen de zararına satış yapıldığı, mal bedellerinin ödenmesi için alışveriş olmaksızın arkadaşlarının kredi kartlarının pos cihazından geçirilmesi suretiyle nakit ihtiyacının karşılandığı, bazen de verilmiş olan borçların bu yolla tahsil edildiği, işletme küçük olduğundan, çok yüksek tutarlı mal satışları olmadığı, satışların 30.000.000 - 50.000.000 TL. arasında değiştiği, bunların da taksitle ödendiği, bankadan gönderilen bazı slip tutarlarının, yaptığı iş dikkate alındığında bir defada yapılabilecek ödemeden çok yüksek olduğunun görüleceği, kredi kartlarının büyük bir çoğunluğunun aynı kişilere ait olduğu, bazı kredi kartlarının 2002 yılının hemen hemen her ayında kullanıldığı, tutarların ise birkaç milyar lirayı geçtiği, Burdur gibi küçük bir ilde bir kartla, bir seferde bu kadar yüksek mal alışverişinin mantıklı olmadığı, bu kişilerin ifadelerine başvurulmadığı, kredi kartlarının ayrıntılı dökümü olmadan, defter ve belgeleri üzerinde kaydı envanter yapılmadan, %50 karlılık oranı uygulanarak yapılan hesabın hatalı olduğunun ileri sürüldüğü, inceleme elemanınca davacının iş yerinin kapasitesi, iş hacmi, iş yerinin bulunduğu yerin dikkate alınmadığı, kayıtlı mal maliyeti ile bu miktarda satış yapıp yapılamayacağını araştırılmadığı, kayıt dışı kalan hasılatın tamamının kazanç olarak kabul edildiği, satılan mal maliyetinin hesaplara dahil edilmediği, kaydı ve fiili envanter yapılarak, envanter dengesinin ortaya konulmadığı, defter ve belgelerle karşılaştırılmadığı, matrahın tespitine etkili faktörlerin dikkate alınmadığı, bu durumda, ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunun araştırılması ve gerçeğe en yakın haliyle saptanmasına uygun olmayan incelemeye dayanılarak bulunan matrah farkından dolayı devreden katma değer vergisinin azaltılmasında, kesilen cezada ve davayı reddeden vergi mahkemesi kararında isabet görülmediği gerekçesiyle kararı bozmuştur.

Bozma kararına uymayan Antalya Vergi Mahkemesi, 25.10.2007 günlü ve E:2007/1742, K:2007/1639 sayılı kararıyla; davacı adına aynı nedenle salınan gelir vergisine karşı açılan davayı reddeden Mahkemeleri kararına yöneltilen temyiz isteminin, Danıştay Üçüncü Dairesinin 14.9.2005 günlü ve E:2005/601, K:2005/1863 sayılı kararıyla reddedildiği gerekçesiyle ilk kararında ısrar etmiştir.

Israr kararı davacı tarafından temyiz edilmiş ve kararın, Danıştay Dokuzuncu Dairesinin bozma kararı doğrultusunda bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti : İstem reddi gerektiği savunulmuştur.

Danıştay Tetkik Hâkimi Murat GÜNGÖR'ün Düşüncesi : Temyiz dilekçesinde öne sürülen nedenler, sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49'uncu maddesinin birinci

fıkrasında yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi gerektiği düşünülmüştür.

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunca, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun vergi indirimini başlıklı 29'uncu maddesinin olay tarihinde yürürlükte bulunan 2'nci fıkrasındaki, bir vergilendirme döneminde indirilecek katma değer vergisi, mükellefin vergiye tabi işlemleri dolayısıyla hesaplanan katma değer vergisi toplamından fazla olduğu takdirde, aradaki farkın sonraki dönemlere devrolunacağı ve iade edilmeyeceğine ilişkin kuralından dolayı, devreden indirilebilir katma değer vergisi tutarı, izleyen yıllarda mükellefin vergiye tabi işlemleri dolayısıyla hesaplanacak katma değer vergisinden indirilebilen bir unsur olduğu için bir vergilendirme döneminde hesaplanan indirilecek katma değer vergisi toplamının, mükellefin vergiye tabi işlemleri dolayısıyla hesaplanacak katma değer vergisinden daha az olduğunu saptayan vergi inceleme raporları uyarınca o dönem için bir vergilendirme yapılmasa da inceleme raporunda yapılan bu saptamanın, yükümlülerin cari yılda indirilebilecek katma değer vergisinin, ait olduğu dönemden izleyen döneme devreden tutarını etkilediği, böyle bir durumda yükümlüler tarafından, devreden indirilebilir katma değer vergisinin beyan edilen tutarda kabulü suretiyle işlem yapılmasına da olanak kalmayacağı, bir vergilendirme dönemine ilişkin işlemleri incelendiğinde hasılatını noksan bildirmesinden dolayı gerçek duruma aykırı olarak fazla devreden katma değer vergisi indirim tutarı bildirildiğini saptayan ve devreden indirilebilir katma değer vergisi tutarını resen belirleyen vergi inceleme raporlarındaki bu kabulün tersine, ne yükümlüler ve ne de vergi idaresince işlem yapılamayacağı için devreden bu tutarın azaltılmasına ilişkin inceleme raporlarındaki saptamanın etkili olduğuna ve idari davaya konu edilebileceğine; bu konuda bir bozma ve ısrar hükmü bulunmadığından, temyiz isteminin esasının incelenmesi gerektiğine, Yedinci Daire Başkanı ... ve Üyeleri ..., ... ve ...'ın bu konudaki azlık oyları ve oyçokluğu ile karar verildikten ve dosyadaki belgeler ve temyiz istemi incelendikten sonra gereği görüldü:

213 sayılı Vergi Usul Kanununun 134'üncü maddesinde, vergi incelemesinden maksadın, ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak, tespit etmek ve sağlamak olduğu; 3'üncü maddesinin (B) bendinde de, vergilendirmede vergiyi doğuran olayın ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyetinin esas olduğu; vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyetinin, yemin hariç her türlü delille ispatlanabileceği; ancak, bu olayla ilgisi tabii ve açık bulunmayan şahit ifadesinin ispatlama vasıtası olarak kullanılamayacağı; iktisadi, ticari ve teknik icaplara uymayan veya olayın özelliğine göre normal ve mutad olmayan bir durumun iddia olunması halinde, ispat külfetinin bunu iddia eden tarafa ait bulunduğu hükme bağlanmıştır. Aynı Kanunun 171'inci maddesinde; mükelleflerin, bu Kanuna göre tutulması zorunlu görülen defterleri vergi uygulaması bakımından hangi maksatları sağlayacak şekilde tutacakları belirtildikten sonra 227'nci maddesinde; bu Kanunda aksine hüküm olmadıkça bu Kanuna göre tutulan ve üçüncü şahıslarla olan münasebet ve muamelelere ait olan kayıtların belgelendirilmesi zorunluluğu getirilmiştir.

Vergi mükellefleri bakımından, normal ve mutad durum, vergilendirme dönemine ait tüm hasılat ve giderlerin Vergi Usul Kanununda ve bu Kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan idari düzenlemelerde öngörülen belgelerle belgelendirilmesi ve tutulması zorunlu

defterlere zamanında kayıdır. Belirtilen düzenlemeye aykırı durumların varlığı halinde mükellefler, kayıtlarının ve beyanlarının doğruluğunu ispatlama yükü altında kalırlar.

Davacının, 2002 vergilendirme dönemine ilişkin işlemleri, defter ve belgeleri ve bankalardan temin edilen yazılardaki bilgiler doğrultusunda incelenerek, POS cihazı ve kredi kartıyla yapılan tahsilatların bir kısmının kayıt ve beyan dışı bırakıldığı saptandığından, 2002 yılından sonraki döneme devreden indirilebilir katma değer vergisi azaltılmış ve 2002 yılı için adına usulsüzlük cezası kesilmiştir. İnceleme raporu eki tutanağın 5'inci maddesinde, saptanan kayıt dışı bırakılan hasılatın, katma değer vergileri indirim konusu yapılan ve fatura veya perakende satış fişi düzenlenmesi unutulmuş emtia satışına ilişkin olduğu davacının anlatımıyla da doğrulanmıştır.

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

İşletme sahibi veya paydaşlarının kredi kartı ve işletmeye tahsis edilen POS cihazı aracılığıyla yapılan işlem kural olarak, işletmenin; işletme sahibi veya paydaşına, işletmenin uğraş konusuna giren emtia veya hizmet teslimi yaptığını ifade eden bir işlemdir. Bu işlemin, işletme sahibinin kişisel olarak ya da yakınlarının veya yakınlık duyduğu kimselerin gereksinmelerinin giderilmesi amacıyla, sosyal amaçlarla yahut gerçekte müşterilerinden yapılan tahsilatlar için yapılması, işlem tutarının işletme hasılatı dışında tutulmasını gerektirmez. Söz konusu kredi kartı ve POS cihazı aracılığıyla yapılan işlemin, işletme sahibine yukarıda değinilen amaçlardan herhangi biriyle emtia veya hizmet teslimi dışında yapılması, işlemin yapıldığı tarihteki emtia veya üretilebilir hizmet dengesi değişmeksizin, işletme sahibinin işletmeye finansman sağlamasıdır. Bu takdirde işletme, işletme sahibi veya paydaşına borçlanacaktır. Böyle bir borçlanmanın varlığının da işletmenin yasal defterlerindeki alacak-borç kayıtlarıyla kanıtlanması gereklidir. Ticari kazancın tespiti açısından Gelir Vergisi Kanununun 39 ve 41'inci maddelerinde yapılan düzenlemelerin gereği olan bu durumun varlığını ve doğruluğunu kanıtlayamayan davacı tarafından açılan davada verilen kararın, 2002 yılından sonraki döneme devreden indirilebilir katma değer vergisinin azaltılması yönünden davanın reddi yolundaki ısrar hükmünde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Öte yandan, katma değer vergisi beyannamelerinin gerçek durumu yansıtmaması nedeniyle 213 sayılı Kanunun 337'nci maddesine göre aynı takvim yılında aynı neviden birden fazla usulsüzlük yapılması da gözetilerek 352'nci maddesi uyarınca birinci derece iki kat usulsüzlük cezası kesilmesinde hukuka aykırılık görülmediği gibi ödenecek vergi çıkmadığı

için vergi ziyaı cezası da kesilmediği için 336'ncı maddenin uygulanması olanaklı bulunmadığından kararın, kesilen usulsüzlük cezası yönünden davanın reddine ilişkin hüküm fıkrasında da hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin reddine, 16.4.2010 gününde usulde ve esasta oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X- Temyiz başvurusu; 2002 takvim yılı işlemleri vergi incelemesine tabi tutulan davacının, POS cihazı ile yapılan satışlardan doğan bir kısım hasılatını beyanlarına dahil etmediği saptanarak, beyanlarının düzeltilmesi sonucu, 2002 yılından sonraki döneme devreden indirilebilir katma değer vergisinin azaltılması ile 2002 yılı için kesilen usulsüzlük cezası karşı açtığı davayı, esasını inceleyerek reddeden vergi mahkemesi kararının, Danıştay Dokuzuncu Dairesince bozulmasından sonra, aynı Mahkemece verilen direnme (ısrar) kararının bozulması istemine ilişkindir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2'nci maddesinin 1'inci fıkrasının (a) bendinde, iptal davaları, idari işlemlerin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırılıkları sebebiyle iptalleri için açılan idari davalar olarak tanımlanmış, İdari Yargı Uygulaması ile Öğretisinde de; iptal davasına konu edilebilecek nitelikteki idari işlemlerin, kesin; yani, idari prosedürün son aşamasını da geçirmiş durumda olan ve yürütülmesi zorunlu; yani hukuk düzeninde değişiklik meydana getirecek biçimde uygulanması gereken, tek yanlı işlemler olduğu konusunda görüş birliği bulunmaktadır.

İnceleme raporları, kendiliklerinden hukuk düzeninde değişiklik oluşturmaları olanaksız olan; ancak, bu nitelikte işlem yapmaya (vergilendirme işlemi tesisine) yetkili idari makama yapılmış öneriler içeren ön işlemlerdir ve bu nitelikleri bakımından, vergilendirme ile ilgili idari prosedürün son aşamasını geçirmiş olmadıklarından kesin değildirler. Bunun sonucu olarak da, icrailikten yoksundurlar. Dolayısıyla; idari davaya konu edilemezler.

Nitekim; Kanun koyucu da, salt bu nedenle, 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 377'nci maddesinde, idari davaya konu edilebilecek nitelikteki vergi hukuku işlemleri arasında inceleme raporunu saymamıştır.

Öte yandan; vergi idarelerinin, ilgili mükellefin beyanı üzerine inceleme raporunda yapılan öneriler doğrultusunda işlem yapacak olması da, anılan raporlara kesinlik ve icrailik niteliği kazandıramaz. Zira; bu halde kesin ve icrai olan, yapılan işleme dayanak alınan inceleme raporu değil; bu raporu gözönünde bulunduran mükellefin, olasılıkla ihtirazi kayıtlı vereceği beyanname üzerinden yapılacak tahakkuk işlemi veya beyanda bulunulmaması durumunda, vergi idaresince re'sen yapılacak tarh işlemidir. Bu işlemlere ait niteliklerin ön işlem niteliğindeki inceleme raporuna atfedilmesi, idari işlem nitelemesinde hata oluşturacağından, İdari İşlem Teorisine açık aykırılık oluşturmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, mahkeme kararının, 2002 yılından sonraki döneme devreden indirilebilir katma değer vergisinin azaltılmasına ilişkin hüküm fıkrasına yöneltile temyiz isteminin reddi gerektiği oyu ile kararın bu hükme ilişkin gerekçesine katılmıyoruz.

KARŞI OY

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

T.C.
DANIŞTAY
Vergi Dava Daireleri
Kurulu
Esas No : 2008/377
Karar No : 2010/204

Özeti : 3065 sayılı Kanunun 13'üncü maddesinin (d) bendindeki istisna, makine ve teçhizatı münhasıran indirim hakkı tanınan işlemlerde kullanacak olan ve yatırım teşvik belgesine sahip katma değer vergisi mükelleflerine yapılması koşuluyla uygulanabileceği için 87 sayılı Kurumlar Vergisi Genel Tebliğinin, yasaya uygun olan ve davaya konu edilen düzenlemelerinde hukuka aykırılık bulunmadığı; yasada bulunmadığı halde genel tebliğle sınırlama yapıldığı gerekçesiyle davaya konu ibareleri iptal eden daire kararının hukuka uygun görülmediği hakkında.

Temyiz Eden : Maliye Bakanlığı

Karşı Taraf : ... Hayat ve Emeklilik Anonim Şirketi

İstem'in Özeti : Dava; Resmi Gazetenin 18.6.2003 gün ve 25142 sayısında yayımlanan (87) sayılı Katma Değer Vergisi Genel Tebliğinin; "A. Teşvik Belgesi Sahibi Mükelleflere Yapılan Makine-Teçhizat Teslimlerine İlişkin İstisna" başlıklı bölümünde yer alan, "...katma değer vergisi mükellefiyeti bulunmayanlar..."; "...makine ve teçhizatı münhasıran indirim hakkı tanınmayan işlemlerde kullanacak olanlara...", "...katma değer vergisi mükellefiyeti olmayan..."; "...katma değer vergisi mükellefiyetlerinin bulunduğu...", "...makine ve teçhizatı münhasıran indirim hakkı tanınan işlemlerde kullanacaklarına..." ve "...bankalar..." ibarelerinin iptali istemiyle ve Katma Değer Vergisi Kanununun 13'üncü maddesinin (d) bendine aykırı düzenleme yapıldığı iddialarıyla açılmıştır.

Davayı inceleyen Danıştay Dördüncü Dairesi, 22.11.2007 günlü ve E:2006/3228, K:2007/3750 sayılı kararıyla; Katma Değer Vergisi Kanununun 13'üncü maddesinin (d) bendi ve Geçici 18'inci maddesinde yer almayan nitelendirmeler yapıldığından, üst hukuk normuna aykırı olmaması gereken genel tebliğe karşı açılan davanın esasının incelenmesi gerektiği, (87) sayılı Katma Değer Vergisi Genel Tebliğinin davaya konu yapılan bölümünde, teşvik belgesi sahibi mükelleflere belge kapsamında makine-teçhizat teslimlerini vergiden müstesna tutan 3065 sayılı Yasanın 13'üncü maddesine, 4369 sayılı Yasa ile eklenen (d) bendine karşın; teşvik belgesinde yer alsa dahi katma değer vergisi mükellefiyeti bulunmayanlar ile makine ve teçhizatı münhasıran indirim hakkı tanınmayan işlemlerde kullanacak olanlara yapılacak teslimlerde istisna uygulanmayacağı düzenlemesi yapıldıktan sonra 4842 sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği 24.4.2003 tarihine değin yapılan makine ve teçhizat teslimlerinde istisna uygulaması yönünden karşılaşılan yanlış ve uygulamalar gözetilerek; 24.3.2003 tarihi dahil, bu tarihe kadar yapılan teslimler nedeniyle tarhiyat yapılmayacağı, yapılmış olanların düzeltileceği, satıcının bu tarhiyatlar nedeniyle yargı yoluna başvurmuş olması halinde ihtilaftan vazgeçileceğinin duyurulduğu, 4842 sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği tarihten sonra; teşvik belgesinde aksine hüküm bulursa dahi katma değer vergisi mükellefiyeti olmayan veya makine ve teçhizatı münhasıran indirim hakkı tanınmayan işlemlerde kullanacak olanlara yapılacak teslimler ve bu malların ithalinde, katma değer vergisi uygulanacağı, istisna kapsamında mal satın almak isteyen alıcıların, bağlı oldukları vergi dairelerine; katma değer vergisi mükellefiyetleri olduğuna ve makine ve teçhizatı, indirim hakkı tanınan

işlemlerde kullanacaklarına dair yazı alıp, noterde veya yeminli mali müşavirlere onaylatılmış örneklerini gümrük idarelerine veya yurt içindeki satıcılara ibraz edecekleri, gümrük idareleri ve yurt içindeki satıcıların, 69 sayılı Katma Değer Vergisi Genel Tebliğindeki diğer şartları yerine getirmeden ve bu belge ibraz edilmeden istisna kapsamında işlem yapmayacakları, satıcıların, ibraz edilen bu belgeyi, Vergi Usul Kanununun muhafaza ve ibraz hükümlerine göre saklamaları gerektiği düzenlemesine yer verildiği, 3065 sayılı Yasanın 13'üncü maddesine 4369 sayılı Yasa ile eklenen ve 1.8.1998 tarihinde yürürlüğe giren (d) bendinde, yatırım teşvik belgesinde öngörülen şekilde gerçekleşmemesi halinde yapılacak uygulama da belirtilerek, yatırım teşvik belgesi sahibi mükelleflere belge kapsamındaki makine-teçhizat teslimlerinin de vergiden müstesna tutulduktan sonra maddenin sonunda; istisna kapsamındaki teslim ve hizmetleri tanımlama ve istisnaya ilişkin usul ve esasları belirleme konusunda Maliye Bakanlığına yetki tanındığı, maddenin gerekçesinde ise; mal ve hizmet teslimini indirimli orana göre yapan mükelleflerin amortismanına tabi iktisadi kıymetler, genel giderler, nakliye, basım ve benzeri alımlarını genel oranda katma değer vergisine göre yapmaları ve bu teslimleri nedeniyle yüklendikleri verginin, hesaplanan vergiden yüksek olmasından dolayı katlanarak yükseldiği; yıl içinde indirimine olanak kalmayan bu verginin, yıl içindeki teslim ve hizmetlerin bünyesine giren kısmının iadesine olanak tanındığı açıklamasına yer verildiği, 3065 sayılı Yasaya 4842 sayılı Yasa ile eklenip, 24.4.2003 tarihinde yürürlüğe giren Geçici 18'inci maddesinde de; teşvik belgesi bulunan ancak katma değer vergisi mükellefiyeti bulunmayanlara istisnanın, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihe kadar belge kapsamında yapılan makine ve teçhizat teslimlerinde de uygulanmasının kabul edildiği, geçici 18'inci maddenin gerekçesinde ise; mükellefiyeti bulunmayan kamu kurum ve kuruluşlarına teşvik belgesi kapsamında istisna uygulanacağı, uygulamanın geçersiz sayılmasının, kamu kurumunca verilen belgeye güvenen mükellefleri mağdur edeceği, bir yandan da istisnadan haksız yararlanan kamu kurumunu, ilave ödenek bulmaya yönelteceği, düzenlemenin bu duruma yol açmamak için yapıldığı şeklinde açıklandığı, (87) sayılı Genel Tebliğin, bu maddelerin uygulanmasına ilişkin açıklama ve düzenleme içerdiği, geçici maddenin geleceğe dönük bir düzenleme içermediği, geçmişe ilişkin çözüm öngördüğü, 3065 sayılı Yasanın 13'üncü maddesinin ise yatırım teşvik belgesine sahip olunmasını yeterli gören bir düzenleme yaptığı, katma değer vergisi mükellefi olunması veya makine ve teçhizatın indirim hakkı tanınan işlemlerde kullanılması zorunluluğunu öngörmediği, Kanunda yapılan düzenlemenin daraltılması yolundaki (87) sayılı Katma Değer Vergisi Genel Tebliğinin davaya konu bölümlerini hukuka uygun görülmediği gerekçesiyle iptal etmiştir.

Karar Maliye Bakanlığı tarafından temyiz edilmiş ve 3065 sayılı Kanunun 13'üncü maddesi uyarınca istisnadan katma değer vergisi mükellefleri yararlanabileceğinden, genel tebliğin bu hükme dayanılarak düzenlenmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı ileri sürülerek bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti : İstem reddi gerektiği savunulmuştur.

Danıştay Tetkik Hakimi Murat GÜNGÖR'ün Düşüncesi : 3065 sayılı Katma değer vergisi Kanunun 13'üncü maddesinin (d) bendine göre makine ve teçhizat tesliminin, münhasıran indirim hakkı tanınan işlemlerde kullanacak olan ve yatırım teşvik belgesine sahip katma değer vergisi mükelleflerine olması koşuluyla istisna tanınabileceğinden, (87) sayılı Katma Değer Vergisi Genel Tebliğinin iptal edilen ibarelerinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır Bu nedenle iptal edilmesi hukuka uygun düşmediğinden kararın bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı A.Kemal TERLEMEZOĞLU'nun Düşüncesi : Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen nedenlerden hiçbirisine girmediğinden temyiz isteminin reddi ile Danıştay Dördüncü Daire kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

Sigortacılık alanında faaliyet gösteren, kurumlar vergisi, banka ve sigorta muameleleri vergisi ve damga vergisi mükellefi olan; modernizasyonu için yatırım izni ve teşvik belgesi verilen; teşvik belgesinde, % 40 oranlı yatırım indirimi, katma değer vergisi, gümrük vergisi ve toplu konut fonu istisnası bulunan davacının, banka ve sigorta muameleleri vergisi mükellefi olmasından dolayı katma değer vergisinin mükellefi olmaması nedeniyle davaya konu düzenlemenin iptali için dava açtığı anlaşılmaktadır.

87 sayılı Katma Değer Vergisi Genel Tebliğinin davaya konu yapılan düzenlemesinin dayanağının, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 13'üncü maddesine, 4369 sayılı Kanunun 59'uncu maddesiyle eklenen (d) bendi ile 4842 sayılı Kanunun 24'üncü maddesiyle eklenen geçici 18'inci maddesi olduğu saptanmaktadır.

3065 sayılı Yasanın 13'üncü maddenin (d) bendinde, yatırım teşvik belgesi sahibi mükelleflere belge kapsamındaki makine ve teçhizat teslimlerinin katma değer vergisinden müstesna olduğu kurala bağlanmış ve maddenin sonunda, istisna kapsamına girecek teslim ve hizmetleri tanımlamaya ve istisnaya ilişkin usul ve esasları belirlemeye Maliye Bakanlığı yetkili kılınmıştır. Bu hükmün gerekçesinde; eklenen bent ile yatırım teşvik belgesi sahibi mükelleflerin bu kapsamdaki sadece makine ve teçhizat alımlarının vergiden istisna edildiği, her ne kadar mükelleflerin bu kapsamdaki alışları için yüklendikleri vergileri indirim konusu yapmaları mümkün ise de, özellikle yeni yatırımlarda katma değer yaratılabilmesi uzun süre aldığından ve bu süre zarfında yüklenilen vergilerin fiilen indirimi mümkün olmadığından, bu durumun finansman sıkıntısı yarattığı, teşvik belgeli yatırımlarda önemli bir girdi olan makine ve teçhizatın bu mükelleflere tesliminin vergiden istisna edilmesinin, yatırımcıların finansman sıkıntılarını hafifleteceği ve yatırımların teşviki için etken olacağı, madde metnindeki makine ve teçhizatın, vergiye tabi mal ve hizmetin üretiminde kullanılan ve sarf malzemesi niteliğinde olmayan sabit kıymetler olduğu belirtilmiştir. Geçici 18'inci maddede ise bu Kanunun 13'üncü maddesinin (d) bendi hükmünün, teşvik belgesine sahip katma değer vergisi mükellefiyeti bulunmayanlara bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihe kadar belge kapsamında yapılan makine ve teçhizat teslimlerinde de uygulanacağı kurala bağlanmıştır. Bu hükmün gerekçesinde ise, Kanunda teşvik belgesi sahibi mükelleflere yapılan makine ve teçhizat teslimleri vergiden istisna edilmişken, mükellefiyeti bulunmayan kamu kurum ve kuruluşlarına teşvik belgesi kapsamında istisna uygulandığının anlaşıldığı, ancak uygulamanın geçersiz sayılmasının kamu kurumunca verilen belgeye güvenen mükellefleri mağdur ederken, haksız olarak istisnadan yararlandırılan kamu kurumları için ilave ödenek bulunarak, verginin ikmâl edilmesini gerektireceğinden, bu duruma meydan vermemek için geçmişte yapılan uygulamanın geçerli sayıldığı belirtilmiştir.

Sözü edilen kurallar ve gerekçeleri değerlendirildiğinde, 13'üncü maddeye eklenen (d) bendindeki düzenlemenin, alışları nedeniyle ödediği katma değer vergisini satışlarından elde ettiği katma değer vergisinden indirebilecek olan katma değer vergisi mükelleflerine, satacakları vergiye tabi emtia ile hizmetin üretiminde kullanmadıkları ve yatırım teşvik belgesi kapsamında aldıkları demirbaş niteliğindeki makine ve teçhizat nedeniyle ödemeleri gereken katma değer vergisinin, işlemlerin tamamlanması sonrasında indirimine konu yapılması yerine zaman kaybetmeden yatırımın finansmanında kullanılabilmesi amacıyla yapıldığı sonucuna ulaşılmaktadır. Bu düzenleme ile bir anlamda, vergiyi doğuran olay gerçekleştiğinde doğan ve indirilebilecek olan katma değer vergisinin tahsilinden vazgeçilmektedir. Esasen katma değer vergisinden müstesna tutulan işlem, yatırım teşvik belgesi olan katma değer vergisi mükelleflerine yapılan makine ve teçhizat teslimi olmasına karşın, (d) bendinde geçen mükellef tabirinin uygulamada yanlış yorumlanması sonucunda katma değer vergisi mükellefi olmayanlara yapılan teslimlerinde, yatırım teşvik belgelerinde istisna tanınması nedeniyle katma değer vergisinden müstesna tutulduğu ve bu durumun

ortaya çıkardığı aykırılığın giderilmesi amacıyla Kanuna geçici 18'nci maddenin eklendiği anlaşılmaktadır.

Makine ve teçhizat tesliminin, münhasıran indirim hakkı tanınan işlemlerde kullanacak olan ve yatırım teşvik belgesine sahip katma değer vergisi mükelleflerine yapılması koşuluyla 3065 sayılı Kanunun 13'üncü maddesinin (d) bendindeki istisna uygulanabileceği için 87 sayılı Genel Tebliğin, yasaya uygun olan ve davaya konu edilen düzenlemelerinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır. İstisna uygulanması açısından, katma değer vergisi mükellefi olma ve makine ve teçhizatın indirim hakkı tanınan işlemlerde kullanılması koşullarının yasada yer almadığı halde genel tebliğle getirildiği gerekçesine dayanan Daire kararı hukuka uygun görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulüyle, Danıştay Dördüncü Dairesinin, 22.11.2007 günlü ve E:2006/3228, K:2007/3750 sayılı kararının bozulmasına, yeniden verilecek kararda hüküm altına alınacağından, yargılama giderleri hakkında hüküm kurulmasına gerek bulunmadığına, 16.4.2010 gününde oybirliği ile karar verildi.

KURUMLAR VERGİSİ

T.C.
DANIŞTAY
Vergi Dava Daireleri
Kurulu
Esas No : 2009/321
Karar No : 2010/174

Özeti : 1- POS cihazıyla tahsil edilen hasılatın kayıt ve beyan dışı bırakılması nedeniyle yapılan vergilendirmeye karşı açılan davada, maliyetlerin kayıtlı maliyetten daha fazla olduğu iddiasını kanıtlama yükünün davacıya düştüğü,
2- Vergi Dava Daireleri Kurulu'nun bozma kararı üzerine vergi mahkemelerince verilen kararların, bozma esaslarına uygunluk yönünden temyizen incelenebileceği ve temyiz edilen karar bozma hükmüne uygun bulunduğundan istemin reddi gerektiği hakkında.

Temyiz Eden : ... Elektrik Turizm Otomotiv Nakliyat Petrol Ürünleri İnşaat
Taahhüt İthalat İhracat Ticaret ve Sanayi Limited Şirketi

Karşı Taraf : Kaletpe Vergi Dairesi Müdürlüğü

İstemin Özeti : 2002 vergilendirme döneminde pos cihazı ile tahsil ettiği bir kısım hasılatını kayıt ve beyan dışı bırakması, alış kaydında düzeltme yapılmayan ancak, iade edilen emtiaya ait fatura tutarını hasılatı dahil etmemesi ve fazladan maliyet ve gider kayıtları bulunması nedeniyle davacı adına re'sen salınan ve gecikme faizi eklenerek kesilen bir kat vergi ziyai cezalı kurumlar vergisi ve fon payı davaya konu yapılmıştır.

Davayı inceleyen Kırıkkale Vergi Mahkemesi, 19.10.2005 günlü ve E:2005/203, K:2005/376 sayılı kararıyla; davacının satmak üzere aldığı emtiadan iade edilenlere ilişkin olarak ... Anonim Şirketine düzenlediği faturanın sehven deftere kaydı yapılmayarak maliyetlerde dikkate alındığının sabit olduğu ve bu durum kurum temsilcisince de kabul

edildiğinden, fatura tutarının matraha ilavesinde ve iki adet alış faturasının maliyetlere sehven fazla intikal ettirildiği davacı tarafından da kabul edildiğinden bu tutarın giderlerden indirilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı, kayıt dışı bırakılan POS cihazı hasılatı tutarının tümünün matrah farkı olarak kabulüne olanak bulunmadığı, bu farka isabet eden maliyetin düşülmesi gerektiği, bunun mümkün olmaması halinde inceleme elemanınca bir karlılık oranı tespit edilerek, hasılat tutarına uygulanması ve matrah farkının tespit edilmesi gerekirken, bu hususlara uyulmadan tespit edildiği anlaşılan kredi kartı ile yapılan satışlardan kaynaklanan matrah farkında hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle matrahı azaltmak suretiyle tarhiyatı değiştirmiştir.

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

Kırıkkale Vergi Mahkemesi, 26.4.2007 günlü ve E:2007/231, K:2007/207 sayılı kararıyla; vergilendirmenin azaltılan matrah üzerinden yapılan kısmı için kesilen vergi ziyai cezası yönünden bozma hükmüne uymuş, alım satım işlerinde satışların alımlara dayanmasının ekonomik ve ticari zorunluluk olduğu gerçeği karşısında, ticari ve ekonomik icaplara uygun ve olayın özelliğine göre mutad bir durumu iddia eden davacının alımlarını ispat etme yükümlülüğü bulunmadığı, tarhiyatın POS cihazıyla elde edilen hasılatın kaynaklanan matrah farkı üzerinden yapılan kısmının hukuka uygun görülmediği, gerekçesiyle POS cihazı ile elde edilen bir kısım hasılatın beyan dışı bırakılması nedeniyle belirlenen matrah farkı üzerinden yapılan kısmının kaldırılmasına ilişkin ilk kararında ısrar etmiştir.

Vergi dairesinin temyiz istemini inceleyen Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, 21.11.2008 günlü ve E:2007/330, K:2008/727 sayılı kararıyla; vergi mükellefleri bakımından, normal ve mutad durumun, vergilendirme dönemine ait tüm hasılat ve giderlerin Vergi Usul Kanununda ve bu Kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan idari düzenlemelerde öngörülen belgelerle belgelendirilmesi ve tutulması zorunlu defterlere zamanında kaydı olduğu, belirtilen düzenlemeye aykırı durumların varlığı halinde mükelleflerin, kayıtlarının ve beyanlarının doğruluğunu ispatlama yükü altında kalacakları, unvanında belirtilen alanlarda faaliyette bulunan davacı şirket hakkında düzenlenen ve şirket müdürünce itirazsız imzalanan vergi inceleme raporu eki tutanağın 11'inci maddesinde kanuni temsilci tarafından; izahı istenen farkın, bedeli POS cihazı ile tahsil edilen bazı emtia satışları için sehven fatura veya ödeme kaydedici cihaz fişi düzenlenmemesinden kaynaklandığı, 19'uncu maddesinde ise, 2002 takvim yılında kayıtlarına ve beyanlarına yansıtılmayan başkaca alış ve giderinin olmadığı ifade edildiği, davacı kurum yetkilisinin beyanıyla doğruladığı bu tespitler ve vergi incelemesi sırasında davacı kurumun yıllık beyannamesine ek gelir tablosunda gösterilen dönem içinde satılan emtia maliyetlerinin aynen kabul edilmesi karşısında, kayıt ve beyan dışı bırakılan hasılatla ilişkin olup kayıtlara dahil edilmemiş harcamalardan doğan maliyetlerin varlığının davacı tarafından kanıtlanması gerektiği, kredi kartı ve POS cihazı aracılığıyla yapılan işlemlerin tümünün, kendisine POS cihazı tahsis edilen ticari, sınai, mesleki kazanç sahipleri ve diğer hizmet işletmelerinin işletme faaliyetinin konusunu oluşturan emtia ve hizmet teslimlerine ait olmasının; iktisadi, ticari ve teknik gerekçelere uygun düşen durum olduğu, bu durumun aksinin iddia olunması halinde ispat külfetinin iddia sahibine ait olacağı, dava dilekçesinde POS cihazı ile tahsil edilen hasılatla ait olup, kayıtlara dahil edilmeyen ne gibi bir maliyet unsuru bulunduğu konusunda açık bir iddia ileri sürmediği ve inceleme raporuna ek tutanakta kurum yetkilisinin anlatımı ve imzasıyla doğruladığı

şekilde, kayıtlara dahil edilmemiş başka bir gider ve maliyet bulunmadığının saptandığı gözetilmeksizin ve tersinin kabulünü gerektiren hiçbir kanıt sunulmadığı halde, kanıt yükü ile ilgili kuralların gereklerine de aykırı şekilde verilen ısrar kararında hukuka uygunluk görülmediği gerekçesiyle ısrar kararını bozmuştur.

Bozma kararı uyarınca Kırıkkale Vergi Mahkemesi, 9.4.2009 günlü ve E:2009/210, K:2009/134 sayılı kararıyla; Kurul kararında yer alan hukuksal nedenlerle tarhiyatın POS cihazı ile tahsil edilen hasılatın beyan dışı bırakılması nedeniyle belirlenen matrah farkı üzerinden yapılan kısmı ile bir katı tutarındaki vergi ziyayı cezası yönünden davayı reddetmiş, Anayasa Mahkemesinin iptal kararı doğrultusunda ceza fazlasını kaldırmıştır.

Karar, davacı tarafından temyiz edilmiş ve POS cihazı ile yapılan satışların tümünün hatır amaçlı kredi kullanımı olduğu, gerçekte satış yapılmadığı, vergi inceleme elemanının sadece 9 kişiyi dinlediği, öte yandan hasılatının tümünün matraha alınmasının hatalı olduğu, maliyetlerin düşülmesi gerektiği ileri sürülerek kararın bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti : Temyiz İsteminin reddi gerektiği savunulmuştur.

Danıştay Tetkik Hâkimi Selda GURSOYTRAK GÜLSEVEN'in Düşüncesi :

Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar bozma kararı uyarınca verilen kararın bozulmasını sağlayacak durumda görülmediğinden istemin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı A.Kemal TERLEMEZOĞLU'nun Düşüncesi : Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu'nun 21.11.2008 tarih ve E:No:2007/330; K:No:2008/727 sayılı bozma kararına uyulması suretiyle verilen Kırıkkale vergi Mahkemesi kararının bozulması istemiyle 28.5.2009 tarihinde kayda alınan dilekçe üzerine, temyiz başvurusunun kanuni süre içerisinde yapılmadığı gerekçesiyle süre aşımı nedeniyle reddeden Kırıkkale Vergi Mahkemesi kararının temyizden incelenerek bozulması istenilmektedir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 46 ncı maddesinin 2. bendinde, özel yasalarda ayrı süre gösterilmeyen hallerde, Danıştay dava daireleri ile idare ve vergi mahkemelerinin nihai kararlarına karşı tebliğ tarihini izleyen otuz gün içinde temyiz yoluna başvurulabileceği kurala bağlanmıştır.

Vergi Mahkemesince temyiz kanuni süre içerisinde yapılmadığı nedeniyle reddine karar verilmiş isede; dosyaya ibraz edilen PTT Genel Müdürlüğü (PTT Merkez Müdürlüğü'nün) 08.06.2009 tarih ve 1492 sayılı yazısında, temyizden bozulması istenilen karara ait tebliğatin şirket işçisi ... imzasına 28.4.2009 tarihinde teslim edildiği, tebliğ evrakına 27.4.2009 tarihin sehven yazıldığına ifade edildiği görülmüştür.

Tebliğat Kanunu hükümlerine uygun olarak yükümlü şirkete 28.4.2009 gününde tebliğ edilen mahkeme kararına karşı yasal süresi içerisinde 28.5.2009 tarihinde kayda geçen dilekçe ile temyiz başvurusunda bulunulmuştur.

Buna göre, temyiz başvurusunun kanuni süre içerisinde yapıldığı anlaşıldığından işin esasının incelenmesinde bir engel bulunmamaktadır.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunca, İdari Yargılama Usulü Kanununun 49'uncu maddesinin 4'üncü fıkrasında, davanın incelendiği ilk derece yargı yeri kararının temyiz incelemesi sonunda bozulmasından sonra bozmaya uyulmayarak ilk kararda ısrar edilmesi halinde, bu karara karşı yapılan temyiz isteminin İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurulları tarafından inceleneceği ve Kurulların kararlarına uyulmasının zorunlu olduğu öngörülmekle; yargılamanın bu aşamasında, ne bozulmakla kaldırılan ilk karar ve ne de ısrar edilmekle hükmüne uyulmayan bozma kararına göre temyiz incelemesi yapılamayacağı için ısrar kararı,Vergi Dava Daireleri Kurulu kararıyla bozulan vergi

mahkemesi tarafından yeniden verilen karara karşı yapılan temyiz başvurusunun, uyulması yasadan dolayı zorunlu olan Kurulun bozma kararına uygunlukla sınırlı olarak incelenebileceğine ve bu incelemenin, uyulması zorunlu bozma kararını veren Kurulumuz tarafından yapılabileceğine; aynı nedenle temyiz isteminin Kurulumuzca incelenmesi gerektiğine; Yedinci Daire Başkanı ... ve Üyeleri ..., ... ve ...'ın bu konudaki karşı oyları ve oyçokluğu ile karar verilerek dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüşüldü:

Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun bozma kararı üzerine vergi mahkemelerince verilen kararlar, bozma gereklerine uygunluk yönünden temyizen incelenebileceğinden ve Kırıkkale Vergi Mahkemesinin, 9.4.2009 günlü ve E:2009/210, K:2009/134 sayılı kararının, Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun bozma kararındaki esaslara uygun olduğu anlaşıldığından, temyiz isteminin reddine, 16.4.2010 gününde görev yönünden oyçokluğu; esasta oybirliği ile karar verildi.

KARŞI OY

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

2575 sayılı Danıştay Kanununun 38 inci maddesinin 2 nci fıkrasında, Vergi Dava Daireleri Kurulunun, vergi mahkemelerinden verilen ısrar kararları ile vergi dava dairelerinden ilk derece mahkemesi olarak verilen kararları temyizen inceleyeceği hükme bağlanmıştır. Dosyada temyizen bozulması istenilen karar vergi mahkemesince verilmiş bulunduğundan, temyiz başvurusunun Kurulca incelenebilmesi için, söz konusu kararın ısrar (direnme) kararı niteliğinde olması gerekmektedir.

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

Vergi Dava Daireleri Kurulunun bozma kararı uyarınca mahkemece tarhiyat hakkında yeniden inceleme yapılarak verilen kararın direnme kararı niteliğinde olmadığı kuşkusuzdur.

Bu nedenle, dosyanın görevli Danıştay Dördüncü Dairesine gönderilmesi gerektiği oyu ile temyiz isteminin esasının incelenmesi yolundaki karara karşıyız.

T.C.
DANIŞTAY
Vergi Dava Daireleri
Kurulu
Esas No : 2009/204
Karar No : 2010/177

Özeti : Bankalardan elde edilen bilgilere göre kredi kartı ile satış yaptığı ve bedelini POS cihazı ile tahsil ettiği sabit olan davacının hasılatını noksan beyan etmesi nedeniyle yapılan tarhiyata karşı açılan davada, takdir komisyonu kararında takdirin dayanakları gösterildiğinden, vergi mahkemesince kanıt yükü ile ilgili kuralların gereklerine de aykırı şekilde tarhiyatın kaldırılması yolunda verilen ısrar kararında hukuka uygunluk bulunmadığı hakkında.

Temyiz Eden : Beyoğlu Vergi Dairesi Müdürlüğü
Karşı Taraf : ... Giyim Kundura İthalat İhracat Turizm
Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi

İstemin Özeti : 2002 yılında POS cihazı ile tahsil ettiği bir kısım hasılatını kayıt ve beyan dışı bırakması nedeniyle, takdir komisyonunca takdir edilen matrah farkı üzerinden davacı adına re'sen salınan ve gecikme faizi eklenerek kesilen bir kat vergi ziyai cezalı kurumlar vergisi ve fon payı davaya konu yapılmıştır.

Davayı inceleyen İstanbul 1. Vergi Mahkemesi, 11.9.2006 günlü ve E:2005/1020, K:2006/1581 sayılı kararıyla; Maliye Bakanlığınca, kredi kartı ile satış yapıldığı halde aylık dönemlerde elde edilen hasılatı düşük tutarda katma değer vergisi matrahı beyan eden mükelleflerin işlemlerinin incelenmesinin istendiği, böyle bir inceleme için vergi denetmeni sayısının yetersiz kalması nedeniyle bankalardan elde edilen bilgiler doğrultusunda ilgili dönemde beyan dışı bıraktığı hasılatı olduğuna ilişkin deliller bulunan davacının 2001 ve 2002 takvim yılına ait dönem matrahının takdir komisyonunca takdiri yoluna gidildiği, takdir komisyonunca, davacının beyanının dışında katma değer vergisine tabi bir mal teslimi yapıldığı veya hizmet ifa edildiği konusunda kanıt bulunmadığından, yapılan işin türü, iş yeri mevki, emsal mükelleflerin beyan durumu gibi soyut ifadelerle matrah takdir edildiği, matrah takdirine ilişkin komisyon kararında tespit edilen matraha nasıl ulaşıldığına ilişkin somut tespitlerin bulunmadığı, davacının defter ve belgelerinin incelenmediği, takdirin dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle tarhiyatı kaldırmıştır.

Vergi idaresinin temyiz istemini inceleyen Danıştay Dördüncü Dairesi, 15.11.2007 günlü ve E:2007/3594, K:2007/3585 sayılı kararıyla; Vergi Usul Kanununun 3/B maddesinde, vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyetinin esas olduğu, iktisadi, ticari ve teknik icaplara uymayan veya olayın özelliğine göre normal ve mutad olmayan bir durumun iddia olunması halinde ispat külfetinin bunu iddia eden tarafa ait olduğu, aynı Kanunun 134 üncü maddesinde, vergi incelemesinden maksadın ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak, tespit etmek ve sağlamak olduğunun hükme bağlandığı, aynı Kanunun vergi matrahının tamamen veya kısmen defter, kayıt ve belgelere veya kanuni ölçülere dayanılarak tespitine imkan bulunmayan hallerde, takdir komisyonları veya ilgisine göre inceleme elemanlarının matrah takdir edileceğini öngören, 30'uncu maddesinin ikinci fıkrasının 6'ncı bendinde, tutulması zorunlu olan defterlerin veya verilen beyannamelerin gerçek durumu yansıtmadığına dair delil bulunması halinin re'sen takdir sebebi sayıldığı, Maliye Bakanlığınca kredi kartı ile satış yapıldığı halde ilgili aylık dönemlerde elde edilen hasılatı düşük tutarda katma değer vergisi beyan eden mükelleflerin bir

kısımının hesaplarının incelenmesinin istendiği; ancak, denetmen sayısının azlığı ve inceleme sayısının fazlalığı nedeniyle, kredi kartı ile elde edilen (katma değer vergisi dahil) hasılatı ile beyan edilen katma değer vergisi hasılatlarının karşılaştırılmasında 2002 yılı için yirmi milyar lirayı geçmeyen beyan dışı hasılat dolayısıyla katma değer vergisi matrahlarının takdir komisyonu marifetiyle takdirinin uygun olacağının belirtildiği, vergi denetmeninin 25.2.2004 günlü ve 2004/258-33 sayılı yazısında da davacı şirkete ait tarh dosyası üzerinden yapılan tespitlerde, kredi kartlı satışları ile katma değer vergisi beyannameleri ile beyan ettiği tutarlar arasındaki farkın 2002 yılı için 19.4 milyar lira olduğu tespit edildiğinden, davacının kurumlar vergisi matrahının takdir komisyonu tarafından takdir edildiği, takdir yapılırken, kredi kartı ile yapılan aylık satış tutarı, beyan edilen aylık katma değer vergisi matrahından fazla olan mükelleflerle ilgili listenin dikkate alındığı, bu durumda takdir komisyonunca yapılan takdirin dayanağının bulunduğu açık olduğundan, takdirin dayanağının olmadığı yolunda verilen mahkeme kararında hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle kararı bozmuştur.

Bozma kararına uymayan İstanbul 1. Vergi Mahkemesi, 28.10.2008 günlü ve E:2008/1592, K:2008/2958 sayılı kararıyla ilk kararında ısrar etmiştir.

Israr kararı vergi idaresi tarafından temyiz edilmiş ve takdir komisyonunca takdir edilen matrah farkının, davacının katma değer vergisi beyannamelerinin kredi kartıyla yaptığı satışların karşılaştırılmasıyla bulunduğu, bir kısım hasılatın kayıt ve beyan dışı bırakıldığına tespit edilmesi üzerine söz konusu miktar dikkate alınarak hesaplandığı, vergi mahkemesince davacıdan, saptanan farkın satıştan doğmadığına ilişkin delil sunmasının istenmesi gerektiği, satış yapılmadan kredi kartı kullanımının mümkün olmadığı ileri sürülerek kararın bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hâkimi Selda GÜRSOYTRAK GÜLSEVEN'in Düşüncesi :

Bankalardan elde edilen bilgilere göre kredi kartı ile satış yaptığı halde ilgili dönem katma değer vergisi beyannamesinde düşük hasılat beyan ettiği saptanan ve bu konuda aleyhine delil bulunan davacının dönem matrahının, söz konusu delillere istinaden bulunan matrah farkı üzerinden takdir edildiği açık olduğundan, takdir komisyonu kararının dayanağı bulunmadığına ilişkin vergi mahkemesi kararında hukuka uygunluk bulunmamaktadır. Bununla birlikte yeniden verilecek kararda, davacının 20.9.2000 tarihine kadar faaliyette bulunduğu ve bu tarihte şirket adresinin değiştiği ve şirketin gayri faal olduğu, bu dönemde yeni adreste davacı şirket ortaklarından ... ve ...'nın adi ortaklık şeklinde 22.9.2000 tarihinden itibaren 9330149553 vergi numarası ile faaliyette bulunduğu ve POS cihazının adi ortaklık tarafından kullanıldığı, yazar kasa fişlerinin ... ve ... ortaklığınca kesildiği ve gelir vergisi matrahı olarak beyan edildiği yolundaki iddiasını kanıtlayacak delil sunması istenip sunulduğu takdirde değerlendirildikten sonra karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Gülsen BİŞKİN'in Düşüncesi : Danıştay Dördüncü Dairesinin 15.11.2007 günlü ve E:2006/3594 K:2007/3585 sayılı bozma kararının dayandığı hukuki ve yasal nedenlerle temyiz isteminin kabulü ile vergi mahkemesince verilen ısrar kararının bozulması gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

POS cihazı ile tahsil ettiği bir kısım hasılatını kayıt ve beyan dışı bırakması nedeniyle, davacı adına re'sen salınan vergi ziyai cezalı kurumlar vergisini kaldıran vergi mahkemesi ısrar kararı temyiz edilmiştir.

Vergi Usul Kanununun 3'üncü maddesinin "İspat" başlıklı (B) bendinde, vergilendirilmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyetinin esas olduğu ve gerçek mahiyetin yemin dışındaki her türlü delille ispatlanabileceği ancak, iktisadi, ticari ve teknik gereklere uymayan ve olayın özelliğine göre normal ve mutad

olmayan bir durumun iddia olunması halinde ispat külfetinin, bunu iddia eden tarafa ait olduğu kurala bağlanmıştır. Aynı Kanunun 171'inci maddesinde; mükelleflerin, bu Kanuna göre tutulması zorunlu görülen defterleri vergi uygulaması bakımından hangi maksatları sağlayacak şekilde tutacakları öngörüldükten sonra 227'nci maddesinde; aksine hüküm olmadıkça bu Kanuna göre tutulan ve üçüncü şahıslarla olan münasebet ve muamelelere ait olan kayıtların belgelendirilmesi zorunlu kılınmıştır.

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

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

Dosyanın incelenmesinden; Maliye Bakanlığı Gelirler Genel Müdürlüğünün, İstanbul Valiliği Defterdarlık makamına hitaben gönderdiği 7.5.2003 tarihli yazıda, bankaların POS cihazı verdiği üye iş yerlerinin bu cihazları kullanarak yaptığı satışlara ilişkin bilgilerin aylık dönemler halinde vergi istihbarat merkezince bankalardan alınıp değerlendirildiği, 2001 ve 2002 vergilendirme dönemlerine ait bilgilerin değerlendirilmesi sonucu, otomasyonlu vergi daireleri için hazırlanan kredi kartı ile yapılan satış tutarının, beyan edilen katma değer vergisi matrahından fazla olduğunun saptandığı ve farkın yıllık toplamı on milyar liradan fazla olan mükellefler listesinin gönderildiği, listede yer alan mükellefler için kredi kartıyla yapılan satış hasılatı ile ilgili aya ait katma değer vergisi beyannamesinde beyan edilen tutar ve aylık Z raporları karşılaştırılarak sonucun listedeki verileri desteklemesi halinde mükelleflerin incelemeye sevk edilmesi ve sonuçların birer örneğinin Maliye Bakanlığına gönderilmesinin istendiği ve davacının da POS cihazına göre aylık satış tutarı ile beyan ettiği tutar arasındaki fark on milyar liradan fazla olan mükellefler listesinde yer aldığı anlaşılmaktadır.

Beyoğlu Vergi Denetmenleri Ekip Başkanlığının, Beyoğlu Vergi Dairesi Başkanlığına hitaben yazdığı 30.12.2003 tarihli yazıda; Maliye Bakanlığınca, kredi kartı ile yaptığı satışlara ilişkin hasılatın bir kısmını kayıt dışı bırakan mükelleflerin dönem hesaplarının incelenmesinin istendiği, Beyoğlu Vergi Dairesi Başkanlığında görevli denetmen sayısının az ve her bir denetmen üzerindeki inceleme sayısının fazla olduğu, bu nedenle incelemelerde kredi kartı ile elde edilen katma değer vergisi dahil hasılatın, beyan edilenle karşılaştırılması sonucu 2001 vergilendirme dönemi için on beş milyar lira, 2002 vergilendirme dönemi için yirmi milyar liradan az beyan dışı hasılatı olduğu anlaşılan mükelleflerin ilgili dönem matrahının takdir komisyonunca takdir edilmesinin istendiği, Vergi Dairesi Başkan Vekili ...'in 30.12.2003 tarihli olurlu istinaden, 25.2.2004 tarihli Vergi Denetmenleri Ekip Başkanlığı yazısında, davacının tarh dosyası üzerinde yapılan incelemede, kredi kartı ile satış tutarları ve katma

değer vergisi beyannamelerinde beyan ettiği hasılat arasındaki farkın 2001 yılı için 11.1 milyar lira, 2002 yılı için 19.4 milyar lira olduğunun saptandığı ve davacının söz konusu dönemlere ait kurumlar vergisi ve katma değer vergisi matrahının takdir komisyonunca takdir edilmesi gerektiği sonucuna ulaşıldığı, 3.3.2004 tarihli takdire sevk fişine dayanılarak, 1.9.2004 tarihli takdir komisyonu kararı ile kurumlar vergisi matrahının takdir edildiği ve tarhiyat yapıldığı tespit edilmiştir. Bankalardan elde edilen bilgilere göre kredi kartı ile satış yaptığı ve bedelini işletmesine tahsis edilen POS cihazıyla tahsil ettiği sabit olan davacının, katma değer vergisi beyannamelerinin incelenmesinden hasılatını noksan beyan ettiğinin saptandığı ve tespit edilen 19.4 milyar lira matrah farkı esas alınarak matrah takdir edildiğinden, takdir komisyonu kararının dayanaktan yoksun kaldığından söz edilemez.

Öte yandan davacının 20.9.2000 tarihinde şirket merkezinin değiştiği ve bu tarihten itibaren şirketin gayri faal olduğu, yeni adreste davacı şirket ortaklarından oluşan adi ortaklık kurulduğu ve POS cihazının adi ortaklık tarafından kullanıldığına dair iddiasının, ihtilaf konusu dönemlerde ... Giyim Kundura İthalat İhracat Turizm Sanayi ve Ticaret Limited Şirketine ait POS cihazının kullanıldığı açık olduğundan ve davacı adına kayıtlı POS cihazınınadi ortaklığı tarafından kullanılmasının, POS cihazının tahsis amacına aykırı düştüğü ve doğruluğunun davacı tarafından da kanıtlanamadığı göz önüne alındığında sözü edilen iddiaya itibar edilemeyeceği açıktır.

Yukarıda değinilen mevzuat ve takdir komisyonu kararının dayanağını oluşturan saptamalar karşısında vergi mahkemesince kanıt yükü ile ilgili kuralların gereklerine de aykırı şekilde verilen ısrar kararında hukuka uygunluk görülmediğinden, Kurulumuzca verilen karar gereğince verilecek kararda vergi ziyai cezası yönünden Anayasa Mahkemesince verilen 6.1.2005 günlü ve E:2001/3, K:2005/4 sayılı iptal kararı da gözetilmek üzere ısrar kararının bozulması gerekmiştir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulü ile İstanbul 1. Vergi Mahkemesinin, 28.10.2008 günlü ve E:2008/1592, K:2008/2958 sayılı ısrar kararının bozulmasına, yeniden verilecek kararda karşılanacağından, yargılama giderleri hakkında hüküm kurulmasına gerek bulunmadığına, 16.4.2010 gününde kurumlar vergisi ve fon payı yönünden oybirliği, ceza yönünden oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Vergi Usul Kanununun vergi ziyai 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 ziyai suçu işleyenlere 5479 sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği tarihe kadar vergi ziyai cezası kesilmemesi gerektiğinden, Kurul kararının vergi ziyai cezasına ilişkin bozma hükmüne katılmıyoruz.

T.C.

DANIŞTAY

Vergi Dava Daireleri

Kurulu

Esas No : 2008/708

Karar No : 2010/201

Özeti : 1- (1) sayılı Kurumlar Vergisi Genel Tebliği'nin; iştirak kazançları istisnasına ilişkin (5.1) ile iştirak hisseleri, kurucu senetleri ve intifa senetlerine ilişkin (5.6.2.2.2) işaretli bölümlerindeki düzenlemeleri 5422 ve 5520

sayılı Yasalara uygun olduğundan davanın bu düzenlemeler yönünden reddinde hukuka aykırılık görülmediği,

2- Genel Tebliğin avans kâr payı dağıtımına ilişkin (15.6.6) işaretli bölümündeki düzenlemelerin dayanağı gösterilen 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 15'inci maddesinin 1'inci fıkrası ile 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 94'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında kesinti yapılması gerekli olduğu hükme bağlanan ödemeler içinde avans kâr payı dağıtımıyla ilgili bir düzenleme olmadığı gibi maddelerde yer almadığı halde kesinti yapılması gereken farklı ödeme türlerini belirleme konusunda Maliye Bakanlığına yetki verilmediğinden halka açık olmayan şirketler ile diğer sermaye şirketleri yönünden davanın reddinde hukuka aykırılık görülmediği ancak, yapılan düzenlemenin hisse senetleri halka arzedilmiş olan veya halka arzedilmiş sayılan halka açık anonim ortaklıklarla ilgili kurallar içeren 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu uyarınca çıkarılan tebliğdeki düzenlemelere uygun olduğundan, halka açık anonim şirketler yönünden davanın reddinin hukuka uygun düşmediği hakkında.

Temyiz Edenler : 1- ...

2- Maliye Bakanlığı

İstemin Özeti : Dava; (1) sayılı Kurumlar Vergisi Genel Tebliğinin; iştirak kazançları istisnasına ilişkin (5.1); iştirak hisseleri, kurucu senetleri ve intifa senetlerine ilişkin (5.6.2.2.2) ve avans kâr payı dağıtımına ilişkin (15.6.6) işaretli bölümlerindeki düzenlemelerin iptali istemiyle açılmıştır.

Davayı inceleyen Danıştay Dördüncü Dairesi, 30.4.2008 günlü ve E:2007/2323, K:2008/1612 sayılı kararıyla; yeminli mali müşavir olan davacının, davaya konu düzenleme nedeniyle meşru, kişisel ve güncel bir menfaatinin etkilendiği anlaşıldığından, davalı iddialarının bu yönden yerinde görülmediği, dava konusu Genel Tebliğde, kanunda açıkça yer almayan, hukuksal sonuç doğuran ve davacının menfaatini etkileyebilecek düzenlemeler yer aldığından, idarenin idari davaya konu yapılabilecek bir idari işlem bulunmadığı yönündeki iddialarının kabul edilmeyeceği, 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 5'inci maddesinin (1/a-2) işaretli fıkrasında, tam mükellef kurumun kârına başka bir kurumun katılmasına imkân veren kurucu senetleri ile diğer intifa senetlerinden elde edilen kâr paylarının vergiden müstesna tutulduğu, 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 3946 sayılı Yasa ile değişik 8'inci maddesinin 1'inci bendinin gerekçesinde, yeniden düzenlenen 8'inci maddede üniter vergi sistemi gözetilerek, Gelir Vergisi Kanununun 94'üncü maddesi nedeniyle bir kurumun başka bir kurumun sermayesine iştiraki bulunduğu iştiraktan doğan kazancın, iştirak edilen kurumda vergilendirilmiş olacağı için istisna tanındığının belirtildiği, (47) sayılı Kurumlar Vergisi Genel Tebliğinin Birinci Kısımının (1/a) bölümünün üçüncü paragrafında, iştirak kazançları istisnasının, tam mükellefiyete tabi kurumlardan alınan kâr paylarına uygulanacağı; altıncı paragrafında, iştirak kazançları istisnasına ilişkin hükümlerin, tam mükellef kurumlardan 1.1.1994 tarihinden itibaren elde edilen kâr payları hakkında uygulanacağı; yedinci paragrafında, iştirak kazançları istisnasıyla vergilendirmede mükerrerliğin önlenmesinin amaçlandığının belirtildiği, istisnaya konu kazançların, esas itibarıyla kazancın elde edildiği ilk kurumda kurumlar vergisine ve Gelir Vergisi Kanununun

94'üncü maddesinin 6'ncı bendindeki vergi tevkifatına tabi tutulduğu için kazancın kâr dağıtımını yoluyla intikal ettiği diğer kurumlarda yeniden vergilendirilmesinin önüne geçilmek istendiği, bu uygulamanın, sermayeye iştiraktan doğan kazançların vergiden müstesna tutulması amacıyla yapılmadığı, yargı kararlarında da tam mükellef kurumlardan elde edilen kâr paylarının, mükerrerliğin önlenmesi amacıyla vergiden müstesna tutulması şeklinde anlaşıldığı, (1) sayılı Kurumlar Vergisi Genel Tebliğinin iştirak kazançları istisnasına ilişkin (5.1) bölümü ile iştirak hisseleri, kurucu senetleri ve intifa senetlerine ilişkin (5.6.2.2.2) bölümündeki düzenlemelerinde, 5422 ve 5520 sayılı Yasalara aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın belirtilen bölümlere ilişkin kısmını reddetmiş; avans kâr payı dağıtımının, ne 5520 sayılı Yasada ve ne de Türk Ticaret Kanununun 470'inci maddesinde açıkça düzenlenmediği, bu konudaki düzenlemenin, Sermaye Piyasası Kanununda yer aldığı ve 15'inci maddesinin 4'üncü fıkrasında; halka açık anonim ortaklıkların; üçer aylık ara dönemler itibarıyla hazırladıkları mali tablolarında yer alan kârlardan, kanunlara ve esas sözleşmeye göre ayırmak zorunda oldukları yedek akçeler ile vergi karşılıkları düşüldükten sonra kalan kısmın yarısını geçmemek, anasözleşmede hüküm bulunmak ve genel kurul kararıyla ilgili yıla sınırlı olmak üzere yönetim kuruluna yetki verilmesi koşullarıyla temettü avansı dağıtabileceklerinin, her ara dönemde verilecek temettü avansının, bir önceki yılın bilanço kârının yarısını aşamayacağı ve önceki dönemde ödenen temettü avansları mahsup edilmeden ilave temettü avansı verilmesi ve dağıtılmasına karar verilemeyeceği, temettü avansı dağıtım kararı verilmesi ve avansın ödenmesinde Türk Ticaret Kanununun bilanço ve gelir tablosunun kabulü ve kârın dağıtılmasına ilişkin bu maddeye aykırı hükümlerin uygulanmayacağı, ara dönemlere ait bilanço ve gelir tablolarının gerçeği yansıtmaması veya mevzuat, muhasebe ilke ve kurallarına aykırı düzenlenmesinden doğan zararlar için yönetim kurulu üyeleri ve temsilcisi oldukları tüzel kişilerin, şirket denetçilerinin, bağımsız denetim yapanların ve bağlı oldukları gerçek ve tüzel kişilerin; şirkete, pay sahiplerine, şirket alacaklarına ve doğrudan doğruya olmak üzere temettü avansının kararlaştırıldığı veya ödendiği bilanço yılı içinde pay senedi iktisabetmiş kişiler ile üçüncü kişilere karşı müteselsilen sorumlu oldukları ve izleyen düzenlemelerin yapıldığı, dolayısıyla avans kâr payı dağıtımının, halka açık anonim şirketler için geçerli olduğu ve kendine özgü koşulları ve denetim usulleri bulunan bir müessese olduğu, (1) sayılı Kurumlar Vergisi Genel Tebliğinin (15.6.6) işaretli bölümünün dayandırıldığı 5520 sayılı Yasanın 15'inci maddesinde ise hangi kurumlar ve gerçek kişilerin, kurumlara, avanslar da dahil olmak üzere nakten veya hesaben yaptıkları ödemeler üzerinden istihkak sahiplerinin kurumlar vergisine mahsuben %15 kesinti yapmak zorunda oldukları dışında bir düzenleme yapılmadığından, Maliye Bakanlığına avans kâr payı dağıtımını konusunda düzenleme yapma yetkisi tanınmadığı, Kanunda açıkça tanınmış bir yetki bulunmadığı halde Kanunda düzenlenmemiş bir konuda, verginin konulup, değiştirilmesi veya kaldırılması sonucunu da doğurabilecek ve tüm sermaye şirketlerini kapsayacak şekilde yapılan bu düzenlemede hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle (15.6.6) işaretli bölümü iptal etmiştir.

Karar, taraflarca temyiz edilmiş; davacı, kurucu intifa senetleri ile diğer intifa senetlerinden elde edilen kar payları ile bunların elden çıkarılmasından elde edilen kazançların 5422 sayılı Kanun uyarınca iştirak kazançları istisnası kapsamında değerlendirilemeyeceği; vergi idaresi, davacının dava açmakta menfaati bulunmadığı, ayrıca, avans kar payı dağıtımıyla ilgili düzenlemenin, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununa uygun olduğu ileri sürülerek bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti : Davacı tarafından savunma verilmemiş; vergi idaresi tarafından istemin reddi gerektiği savunulmuştur.

Danıştay Tetkik Hakimi Murat GÜNGÖR'ün Düşüncesi : Halka açık anonim şirketlerle ilgili olarak 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu ve bu Kanun uyarınca yayımlanan Tebliğ hükümlerinde yer alan düzenlemelere benzer kuralları içermesi nedeniyle Kararın(15.6.6) işaretli bölümünün halka açık anonim şirketlere ilişkin hüküm fıkrasının

bozulması ile diğer hüküm fıkraları yönünden temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar Kararın bozulmasını gerektirmediğinden bu yönden temyiz istemlerinin reddi gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı A.Kemal TERLEMEZOĞLU'nun Düşüncesi : Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen nedenlerden hiçbirisine girmedüğinden temyiz isteminin reddi ile Danıştay Dördüncü Daire kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunca, 3568 sayılı Kanun hükümleri uyarınca yerine getirmesi gereken işlemlerini hukuka uygun bir şekilde yapması gereken meslek mensupları, beyannamelerini imzaladıkları yahut tasdik raporu düzenledikleri mükellefler adına salınacak vergi, kesilecek ceza ve uygulanacak gecikme faizinden müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulduklarından, yeminli mali müşavir olan davacının, yaptığı işlemlerinde mükelleflerine karşı sorumluluğu bulunması ve vergi kanunları uyarınca yürürlüğe konulan genel tebliğlere de uymakla yükümlü tutulması nedeniyle meşru, kişisel ve güncel bir menfaatinin etkilendiği anlaşıldığından, genel tebliğin bazı bölümlerinin iptali istemiyle dava açmakta ehliyetli bulunduğu; Yedinci Daire Başkanı ... ve Üyesi ... ile Üçüncü Daire Üyeleri ... ile ...'nın bu konudaki karşı oyları ve oyçokluğu ile karar verilip, dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüldü:

Temyiz istemi; (1) sayılı Kurumlar Vergisi Genel Tebliğinin, iştirak kazançları istisnasına ilişkin (5.1); iştirak hisseleri, kurucu senetleri ve intifa senetlerine ilişkin (5.6.2.2.2) ve avans kâr payı dağıtımına ilişkin (15.6.6) işaretli bölümlerindeki düzenlemelerin iptali istemiyle açılan davada, Genel Tebliğin (5.1) ile (5.6.2.2.2) işaretli bölümlerine karşı açılan davayı reddeden; (15.6.6) işaretli bölümünü iptal eden Danıştay Dördüncü Daire kararının bozulmasına ilişkindir.

(1) sayılı Kurumlar Vergisi Genel Tebliğinin, iştirak kazançları istisnasına ilişkin (5.1) bölümü ile iştirak hisseleri, kurucu senetleri ve intifa senetlerine ilişkin (5.6.2.2.2) bölümündeki düzenlemelerinde, 5422 ve 5520 sayılı Yasalara aykırılık görülmediği ve davanın bu düzenlemelere ilişkin kısmının reddi yolundaki Daire kararında yer alan hukuksal nedenler ve gerekçe Kurulumuzca da uygun bulunduğundan, davacının temyiz dilekçesindeki iddialar kararın sözü edilen hüküm fıkralarının bozulmasını gerektirir nitelikte görülmemiştir.

(1) sayılı Kurumlar Vergisi Genel Tebliğinin (15.6.6) işaretli bölümünün birinci paragrafında; Kurumlar vergisi mükelleflerinin, geçici vergi dönemleri itibarıyla doğan ticari kârları üzerinden avans kâr payı dağıtılabilecekleri, mükelleflerce dağıtılabilecek avans kâr payının, geçici vergi dönemleri itibarıyla hazırlanan mali tablolarında yer alan kârlardan, kanunlara ve esas sözleşmeye göre ayrılmak zorunda olan yedek akçeler, vergi ve mali karşılıklar ile varsa geçmiş yıl zararlarının tamamı düşüldükten sonra kalan kısmın yarısını geçemeyeceği, ikinci paragrafında; bir hesap dönemi içinde dağıtılabilecek toplam avans kâr payının da bir önceki yıla ait dönem kârının, kanunlara ve esas sözleşmeye göre ayrılmak zorunda olan yedek akçeler, vergi ve mali karşılıklar ile varsa geçmiş yıl zararlarının tamamı düşüldükten sonra kalan kısmının yarısını geçemeyeceği, üçüncü paragrafında; aynı hesap dönemi içinde birden fazla avans kâr payı ödemesi yapılması durumunda, sonraki geçici vergi dönemlerinde ödenecek avans kâr payı hesaplanırken, önceki dönemlerde ödenen avans kâr paylarının indirileceği, dördüncü paragrafında; Gelir Vergisi Kanununda belirtilen esaslara göre birden fazla takvim yılına yaygın inşaat ve onarım işlerinde dağıtılabilecek avans kâr payının ise devam eden işlerin gerçekleşen maliyet ve hakedişleri arasındaki müspet farktan, kesinti suretiyle ödenen vergiler indirildikten ve varsa geçmiş yıl zararlarının tamamı ile kanunlara ve esas sözleşmeye göre ayrılmak zorunda olan yedek akçeler düşüldükten sonra kalan kısmının yarısını geçemeyeceği, beşinci paragrafında; avans kâr payı dağıtmak isteyen kurumların ana sözleşmelerinde avans kâr payı dağıtımına ilişkin zarar

doğması veya yıllık kârın dağıtılan avans kâr payını karşılamaması halinde, avansın geri çağırılmasına ilişkin hüküm bulunması ile genel kurul kararıyla da ilgili yılla sınırlı olmak üzere yönetim kuruluna yetki verilmesinin zorunlu olduğu, altıncı paragrafında; yönetim kuruluna avans kâr payı dağıtımı için genel kurul tarafından yetki verildiği takdirde, yönetim kurulu (Limited şirketlerde ortaklar kurulu) tarafından ilgili geçici vergi dönemine ilişkin beyannamenin verileceği tarihe kadar avans kâr payı dağıtımı hakkında karar alınması gerektiği, yedinci paragrafında; avans kâr payı dağıtımı yapılması halinde, dağıtılan kâr payları üzerinden elde edenin hukuki niteliğine göre vergi kesintisi yapılacağı ve kesilen vergilerin, avans kâr payı dağıtımının yapıldığı aya ait muhtasar beyanname ile beyan edileceği, sekizinci paragrafında; avans kâr payı dağıtımında kurum ortakları açısından elde etmenin, kurumun yıllık safi kazancının kesinleşip, nakden veya hesaben dağıtıldığı tarihte gerçekleşeceği, şu kadar ki bu sürenin, ilgili hesap dönemine ilişkin beyannamenin verildiği hesap döneminin sonunu geçemeyeceği, dokuzuncu paragrafında; kurumlar vergisi beyannamesinde ya da birden fazla takvim yılına yaygın inşaat ve onarım işlerinin bitiminde, zarar doğması veya safi kazancın avans olarak dağıtımı yapılan kârdan düşük olması halinde, avans kâr payı dağıtmış olan kurumların, dağıtımını yaptıkları kâr payının kazançla karşılanamayan kısmını izleyen hesap döneminde kurumlar vergisi beyannamesinin verilme süresinin sonuna kadar geriye çağırılmaları gerektiği, onuncu paragrafında; geri çağırılan avans kâr payları üzerinden şirket tarafından kesinti suretiyle ödenmiş olan vergilerin, bu işlemin yapıldığı vergilendirme döneminde 252 sayılı Gelir Vergisi Genel Tebliğinin "3. Gelir ve Kurumlar Vergisi ile İlgili Vergi Hatalarından Kaynaklanan İade İşlemleri" bölümünde yapılan açıklamalara göre mahsup veya iade edileceği, onbirinci paragrafında; avans kâr payı dağıtılması halinde, transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı hükümlerinin uygulanmayacağı ancak, hesap dönemi itibarıyla zarar doğması veya safi kazancın avans olarak dağıtımı yapılan kârdan düşük çıkması halleri dışında, avans olarak dağıtılan kâr payının kazançla karşılanabilen kısmının geriye çağırılması durumunda transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı hükümleri uygulanacağı kurala bağlanmıştır.

Maliye Bakanlığı savunmasında; Genel Tebliğin (15.6.6) işaretli bölümünün dayanağının, "avanslar da dahil... ile avans olarak ödenenler dahil" ibarelerinin geçtiği 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 15'inci maddesinin 1'inci fıkrası ile 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 94'üncü maddesinin 1'inci fıkrası olduğu ifade edilmektedir.

5520 sayılı Kanunun 15'inci maddesinin 1'inci fıkrasında, Kamu idare ve kuruluşları, iktisadî kamu kuruluşları, sair kurumlar, ticaret şirketleri, iş ortaklıkları, dernekler, vakıflar, dernek ve vakıfların iktisadî işletmeleri, kooperatifler, yatırım fonu yönetenler, gerçek gelirlerini beyan etmeye mecbur olan ticaret ve serbest meslek erbabı, ziraî kazançlarını bilanço veya ziraî işletme hesabı esasına göre tespit eden çiftçilerin; kurumlara avanslar da dahil olmak üzere nakden veya hesaben yaptıkları bu fıkranın bentlerindeki ödemeler üzerinden istihkak sahiplerinin kurumlar vergisine mahsuben %15 oranında kesinti yapmak zorunda oldukları; 193 sayılı Kanunun 94'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında da, Kamu idare ve müesseseleri, iktisadî kamu müesseseleri, sair kurumlar, ticaret şirketleri, iş ortaklıkları, dernekler, vakıflar, dernek ve vakıfların iktisadî işletmeleri, kooperatifler, yatırım fonu yönetenler, gerçek gelirlerini beyan etmeye mecbur olan ticaret ve serbest meslek erbabı, ziraî kazançlarını bilanço veya ziraî işletme hesabı esasına göre tespit eden çiftçilerin, avans olarak ödenenler dahil olmak üzere izleyen bentlerde sayılan ödemeleri, nakden veya hesaben yaptıkları sırada, istihkak sahiplerinin gelir vergilerine mahsuben tevkifat yapmaya mecbur oldukları kurala bağlanmıştır.

Değinen maddelerde kesinti yapılması gerekli olduğu hükme bağlanan ödemeler içinde avans kâr payı dağıtımıyla ilgili bir düzenleme olmadığı gibi maddelerde yer almadığı halde kesinti yapılması gereken farklı ödeme türlerini belirleme konusunda Maliye Bakanlığına yetki de verilmemiştir.

Kâr payı dağıtımı; sermaye şirketlerinin faaliyet dönemleri içinde elde ettikleri kârın tamamını veya bir bölümünü pay sahiplerine dağıtmasıdır. Dağıtılan kâr paylarına aynı zamanda temettü de denilmektedir. Kâr payı dağıtımıyla ilgili 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 470'nci maddesinin ikinci fıkrasında, kâr payının ancak safi kârdan ve bu gaye için ayrılan yedek akçelerden dağıtılabileceği öngörülmüştür.

Bu hüküm dışında sermaye şirketleri için kâr payı (temettü) dağıtımıyla ilgili bir diğer düzenleme, hisse senetleri halka arzedilmiş olan veya halka arzedilmiş sayılan halka açık anonim ortaklıklarla ilgili kurallar içeren 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununda bulunmaktadır. Kanunun temettü ve bedelsiz payların dağıtımı esasları başlıklı olan ve 15.12.1999 gün ve 4487 sayılı Kanunun 5'inci maddesiyle değişik 15'inci maddesinde, halka açık anonim ortaklıklardaki kâr payı (temettü) dağıtımının usul ve esasları ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş ve maddenin dördüncü fıkrasında da kâr payının (temettü) avans olarak dağıtılabileceği öngörülmüştür.

Değinilen Kanunun 14/a ile 15'inci maddeleri uyarınca hazırlanan Sermaye Piyasası Kanununa Tabi Olan Halka Açık Anonim Ortaklıkların Temettü ve Temettü Avansı Dağıtımında Uyacakları Esaslar Hakkında Tebliğde, temettü avansının ortaklara ara dönem kârından dağıtılacak avans olduğu belirtilerek, avans kâr payının (temettü) dağıtım usul ve esasları düzenlenmiştir.

Genel Tebliğin davaya konu yapılan (15.6.6) işaretli bölümünün ilk altı paragrafı 2499 sayılı Kanun uyarınca çıkarılan Tebliğde halka açık anonim şirketler açısından aynen yer almaktadır. Bu ilk altı paragraf dışındaki paragraflarda ise avans kâr payı (temettü) dağıtılmasındaki vergilendirme ilkelerine ilişkin düzenlemeler bulunmakta, yedinci ve sekizinci paragraflarda; 193 ve 5520 sayılı Kanunlara göre vergilendirme esasları, dokuzuncu ve onuncu paragraflarda; dönem sonunda ortaklık zarar ederse avans olarak fazla dağıtılan kâr payının (temettü) iadesi ile geri çağrılan ödemelere ait vergilerin iadesi esasları ve onbirinci paragrafında; hesap dönemi itibarıyla zarar doğması veya safi kazancın avans olarak dağıtımı yapılan kârdan düşük çıkması halleri dışında, avans olarak dağıtılan kâr payının kazançla karşılanabilen kısmının geriye çağrılması durumunda transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili esaslara yer verilmiştir.

Genel Tebliğin (15.6.6) işaretli bölümündeki düzenleme, 2499 sayılı Kanun uyarınca yürürlüğe konulan Tebliğde halka açık anonim şirketlere, avans kâr payı (temettü) dağıtılması konusunda verilen yetkinin, diğer sermaye şirketlerine de uygulanabileceği varsayımına dayanmakta ve avans kâr payı (temettü) dağıtılması halinde yapılacak vergilendirmeye ilişkin kurallar öngörmektedir.

193, 5520 ve 6762 sayılı Kanunlarda avans kâr payı (temettü) dağıtımı konusunda herhangi bir düzenleme olmaması ve Maliye Bakanlığına bu konuda düzenleme yapma yetkisi verilmemesine karşın, tüm sermaye şirketlerinin avans kâr payı (temettü) dağıtılabilmesinin olanaklı kılınması hukuka uygun görülmesi de, 2499 sayılı Kanuna tabi halka açık anonim şirketler açısından geçerli olan yasal düzenlemelere dayanılarak düzenleme yapılması hukuka aykırı olmadığından, davaya konu edilen (15.6.6) işaretli bölümün tümünün iptal edilmesi hukuka uygun düşmemiştir.

Açıklanan nedenlerle; (1) sayılı Kurumlar Vergisi Genel Tebliğinin; iştirak kazançları istisnasına ilişkin (5.1), iştirak hisseleri, kurucu senetleri ve intifa senetlerine ilişkin (5.6.2.2.2) işaretli bölümleri ile avans kâr payı dağıtımına ilişkin (15.6.6) işaretli bölümünün halka açık olmayan şirketler ile diğer sermaye şirketlerine ilişkin kısmı yönünden temyiz istemlerinin reddine; Maliye Bakanlığı temyiz isteminin kısmen kabulüyle, Danıştay Dördüncü Dairesinin, 30.4.2008 günlü ve E:2007/2323, K:2008/1612 sayılı kararının, avans kâr payı dağıtımına ilişkin (15.6.6) işaretli bölümünün halka açık anonim şirketlere ilişkin hüküm fıkrasının bozulmasına, yeniden verilecek kararda hüküm altına alınacağından, yargılama giderleri hakkında hüküm kurulmasına gerek bulunmadığına, 16.4.2010 gününde usulde oyçokluğu, esasta oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2'nci maddesinin, 1'inci fıkrasının 4577 sayılı Kanunun 5'inci maddesiyle değişik (a) bendinde; iptal davasının, idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılacağı; aynı Kanunun 15'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (b) bendinde ise, ehliyetsiz kişi tarafından açılan davanın reddine karar verileceği belirtilmiştir.

İptal davasının tanımına göre iptal davası açılabilmesi için, davacının medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olması yeterli değildir. Ayrıca, iptali istenilen idari işlemin, davacının güncel, doğrudan 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.

3568 sayılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu hükümlerine göre yeminli mali müşavir olarak görev yapan davacının; müşterisi olan şirketlerin kurumlar vergisi beyannamelerini onaylaması ve bu onayın doğru olmaması halinde, onayın kapsamı ile sınırlı olmak üzere vergi ve cezadan müştereken ve müteselsilen sorumlu olması nedeniyle davalı idarece yayımlanan Kurumlar Vergisi Genel Tebliğinin menfaatini etkilediği iddiasıyla iptali istemiyle dava açıldığı anlaşılmıştır.

Davacının mükellefi olmadığı, yalnızca 3568 sayılı Kanunun 12'nci maddesinde sözü edilen inceleme işlemini yaptığı vergilerle ve onayladığı beyannamelerle ilgili düzenleyici işlemin kişisel bir menfaatini etkilediğinden söz edilemeyeceği açık olduğundan, 2577 sayılı Kanunun 15'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (b) bendi uyarınca reddi gereken dava hakkında uyuşmazlığın esası incelenerek verilen kararda hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenle, davacının temyiz isteminin bu gerekçeyle reddi gerektiği, davalının temyiz isteminin ise kabul edilerek, davanın reddi gerektiği oyu ile karara katılmıyoruz.

İKİNCİ DAİRE KARARLARI

MEMURLAR VE DİĞER KAMU GÖREVLİLERİ

T.C.
DANIŞTAY
İkinci Daire

Esas No : 2009/6329
Karar No : 2011/360

Özeti : Davacının sigorta yükleme memurluğu yazılı sınavında başarılı olduğu, mülakat sınavında ise başarısız sayıldığı ancak başarısız sayılmasına ilişkin işleme karşı dava açmadığı görülmekte olup, geline süreç içerisinde, sigorta yoklama memurluğu ve bu sınava dayanak alınan yönetmeliğin yürürlükten kaldırıldığı, Danıştay İkinci Dairesi kararıyla, mülga yönetmeliğin mülakat yapılmasına ilişkin düzenlemelerinin iptal edilmesi üzerine, davacı tarafından, sigorta yoklama memuru (muadili sosyal güvenlik kontrol memuru) kadrosuna atamasının yapılması istenilmekte ise de; 5502 sayılı Kanun'un Geçici 2 inci maddesinde yer alan "Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce ilan edilmiş bulunan kadrolara görevde yükselme veya unvan değişikliği suretiyle yapılacak atamalar hariç olmak üzere, bu fıkra da belirtilen süre içerisinde devredilen kadrolardan boş bulunanlar ile herhangi bir şekilde boşalan kadrolara atama yapılamaz. ..." hükmü uyarınca, anılan kadronun kaldırılmasından önce, davacının tüm sonuçlarıyla atanma hakkını kazanması gerektiği, sınavın ve ilgili kadronun kaldırılmasının üzerinden uzun bir süre geçtikten sonra sosyal güvenlik kontrol memuru kadrosuna atanmasına olanak bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : ...,

Karşı Taraf : Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı

Vekili : Av. ...

İsteğin Özeti : İstanbul 2. İdare Mahkemesince verilen 19.10.2009 günlü, E:2009/846, K:2009/1713 sayılı kararın 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 düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı : Şule Tataroğlu

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İkinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

Dava, İstanbul Sosyal Güvenlik İl Müdürlüğü, Beşiktaş Sosyal Güvenlik Merkezinde veri hazırlama ve kontrol işletmeni olan davacının, sosyal güvenlik kontrol memurluğuna atanma istemiyle 9.3.2009 tarihinde yapmış olduğu başvurunun zımnen reddine ilişkin işlemin iptali ile 1.7.2005 tarihinden itibaren kontrol memurluğu ek ödeme farkının faiziyle birlikte davacıya ödenmesine hükmedilmesi istemiyle açılmıştır.

İstanbul 2. İdare Mahkemesi'nin 19.10.2009 günlü, E:2009/846, K:2009/1713 sayılı kararıyla; " Danıştay 2. Dairesi'nin 30.4.2007 günlü ve E:2005/858, K:2007/1888 sayılı kararı ile iptal edilen yönetmelik hükümlerine dayanılmak suretiyle yapılan sınavda başarısız olup da anılan sınavın iptali istemiyle dava açan personel açısından hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varılarak bu iptal kararı hükmünden yararlandırılması gerektiği, bunun yanında yapılan mülakat sınavına karşı her hangi bir dava açılmaksızın sonucu kabullenen ve yapılan sınav sonuçları hakkında kesinleşen davacı açısından yönetmelik hükümlerinin iptal edilmiş olmasının anılan iptal kararından yararlanması sonucunu doğurmayacağı kanaatine varıldığından davacı tarafından yapılan atanma isteminin zımnen reddedilmesi işleminde hukuka ve mevzuata aykırılık bulunmadığı" gerekçeleriyle dava reddedilmiştir.

Davacı; mahkeme kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir

4958 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'nun 18/F maddesinde "Kurum, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'nun 130 uncu maddesinde belirtilen görevleri yerine getirmek üzere, sigorta yoklama memurları çalıştırabilir. Bunların nitelikleri, Kurum memurları arasında seçilme ve atanmaları ile çalışma usul ve esasları yönetmelikle düzenlenir." hükmüne yer verilmiş; anılan hükme istinaden hazırlanan ve 2.2.2005 gün ve 25715 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Sosyal Sigortalar Kurumu Sigorta Yoklama Memurları Yönetmeliği'nin Sigorta Yoklama Memuru olarak atanabilmek için gerekli koşulların sayıldığı 5. maddesinin (f) bendinde; " Kurumca yapılacak yazılı ve mülakat sınavında başarılı olmak" ve 6. maddesinde; "Sigorta yoklama memurları, bu Yönetmeliğin 5 inci maddesinde belirtilen şartları taşıyanlar arasından yapılacak yazılı ve mülakat sınavları sonucuna göre seçilirler." hükümleri yer almış; 7. maddesinde ise sınavların yazılı ve mülakat olmak üzere iki aşamada yapılacağı, yazılı sınavda 100 üzerinden en az 70 puan alan adayların mülakata çağrılacağı, mülakat sınavında adayların başarılı olması için sınav kurulu üyelerinin aday hakkında ayrı ayrı verdikleri puanların aritmetik ortalamasının 100 üzerinden en az 70 puan olmasının şart olduğu, başarı listesinin adayların yazılı ve mülakat sınav puanlarının ortalaması alınarak düzenleneceği ve adayların başarı listesindeki sıralamaya göre atanacağı kurala bağlanmıştır.

Anılan Yönetmeliğin 5. maddesinin (f) bendi ile 6. ve 7. maddelerinde yer alan "mülakat sınavı" ibarelerinin iptali istemiyle açılan dava sonucunda, Danıştay İkinci Dairesinin 30.4.2007 gün ve E:2005/858, K:2007/1888 sayılı kararı ile "Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığı Sigorta Yoklama Memurları Yönetmeliği'nin iptali istenen bu maddelerinde mülakat sınavına ilişkin açıklayıcı bir bilgiye yer verilmeyerek sınav konuları ile kapsamı belirli olmayan ve herkese farklı nitelikte soruların sorulmasına ve objektiflikten uzak öznel değerlendirmelere imkan verilmesine neden olunabileceği açık olduğundan, öncelikle davalı idarece, Sigorta Yoklama Memuru olarak atanabilmek için yapılacak yazılı sınavdan sonra ikinci aşamayı teşkil eden sınavın; bütün kriterlerinin ne şekilde uygulanacağına ilişkin ölçütlerin, kriterlerin ağırlığı ve buna göre değerlendirme esaslarının, bir başka anlatımla; yapılacak sınavın mülakat mı yoksa sözlü sınav mı olacağının açık, duraksamaya yer verilmeyecek şekilde düzenlenmesi gerekmekte olup, bu haliyle sözü edilen maddelerde

geçen mülakat sınavı ibarelerinde hukuka uygunluk bulunmamaktadır." gerekçesiyle, anılan Yönetmelik maddelerinde geçen "mülakat sınavı" ibareleri iptal edilmiştir.

Danıştay'ın aynı uyumsuzluğa ilişkin olarak yürütmeyi durdurma kararının gerekçesi doğrultusunda; 6.7.2006 gün ve 26220 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Yönetmelik ile Sosyal Sigortalar Kurumu Sigorta Yoklama Memurları Yönetmeliği'nde değişiklik yapılmış; değişiklik sonrası Yönetmeliğin 5. maddesinin (f) bendi; "Kurumca yapılacak yazılı ve sözlü sınavda başarılı olmak"; 6. maddesi ise "Sigorta yoklama memurları, bu Yönetmeliğin 5 inci maddesinde belirtilen şartları taşıyanlar arasından yapılacak yazılı ve sözlü sınavların sonucuna göre seçilirler." şeklinde düzenlenmiştir. Yönetmeliğin değiştirilen 7. maddesinde de, sınavların yazılı ve sözlü olmak üzere iki aşamada yapılacağı, yazılı sınavda 100 üzerinden en az 70 puan alan adayların sözlü sınava çağrılacağı, yazılı sınavda başarı gösteren adayların, yazılı sınavı kazanma sırasına göre sözlü sınava tabi tutulacağı, sözlü sınavda adayların yazılı sınav konuları ve genel kültür konularındaki bilgilerinin yoklanması yanında; zeka, kavrama, konuşma ve temsil yeteneklerinin de dikkate alınacağı, sözlü sınavda adayların, yazılı sınav konuları 50 puan, genel kültür 20 puan, zeka ve kavrama yeteneği 15 puan, konuşma ve temsil yeteneği de 15 puan ağırlıkta olmak üzere 100 puan üzerinden değerlendirmeye tabi tutulacağı, sözlü sınavda adayların başarılı olması için sınav kurulu üyelerinin aday hakkında her bir bölümden ayrı ayrı verdikleri puanların aritmetik ortalamasının 100 üzerinden en az 70 puan olmasının şart olduğu, başarı listesinin adayların yazılı ve sözlü sınav puanlarının ortalaması alınarak düzenleneceği ve adayların başarı listesindeki sıralamaya göre atanacağı yönünde kural getirilmiştir.

5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun 43/c maddesi ile 4958 sayılı Kanun'un 18/F maddesi yürürlükten kaldırılmıştır.

5502 sayılı Kanun'un 31. maddesinde ise "Sosyal güvenlik il müdürlükleri bünyesinde, sosyal güvenlik mevzuatının uygulanmasına ilişkin tespit, denetim ve taramalarda görevlendirilmek üzere sosyal güvenlik kontrol memuru çalıştırılır. Sosyal güvenlik kontrol memurları, görevleriyle ilgili kayıt ve belgeleri inceleme yetkisine sahiptir. Sosyal güvenlik kontrol memuru kadrosuna atanabilmek için; kurumda en az üç yıl görev yapmış olmak, en az dört yıllık yüksek öğrenim mezunu olmak ya da bunlara denkliği Yükseköğretim Kurulunca kabul edilmiş yurt dışındaki yüksek öğretim kurumlarından mezun olmak ve açılacak sınavda başarılı olmak şartları aranır." hükmü getirilmiş; Geçici 1. Maddesiyle de, 4958 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu ile kurulan Sosyal Sigortalar Kurumu'nun merkez ve taşra teşkilatlarının kadroları ile kadrolarında görev yapan memur ve işçileri, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4. maddesinin (B) bendi gereği çalıştırılan personeli, mevcut statüleri ile birlikte hiçbir işleme gerek kalmaksızın bu Kanun'un yürürlük tarihi itibarıyla görevleri ile birlikte Sosyal Güvenlik Kurumu'na devredilmiştir.

5502 sayılı Kanun'un Geçici 2. Maddesinin (1) fıkrasında; "Kurumun merkez ve taşra teşkilatı ve kadroları kademeli olarak en geç üç yıl içinde bu Kanuna uygun hale getirilir. Üç yıllık süre Bakanlar Kurulu kararı ile iki yıla kadar uzatılabilir. Bu süre içinde Kurumun yürütmekle sorumlu olduğu görevler Kurum personeli ve/veya devredilen kurumların merkez ve taşra teşkilatı personeli tarafından yürütülmeye devam edilir. Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce Kamu Personeli Seçme Sınavı sonucu açıktan ataması yapılmak üzere yerleştirilenler ile ilan edilmiş bulunan kadrolara görevde yükselme veya unvan değişikliği suretiyle yapılacak atamalar hariç olmak üzere, bu fıkra da belirtilen süre içerisinde devredilen kadrolardan boş bulunanlar ile herhangi bir şekilde boşalan kadrolara atama yapılamaz." hükmüne yer verilmiş, aynı maddenin üçüncü fıkrasıyla Sosyal Güvenlik Kurumu'nun merkez ve taşra teşkilatı için Sosyal Güvenlik Kontrol Memuru kadrosu ihdas edilmiş, beşinci fıkrasının son cümlesinde ise devredilen kurumlarda sigorta yoklama memuru kadrosunda bulunanların Kurum bünyesindeki sosyal güvenlik kontrol memuru kadrolarına mevcut kadro dereceleri ile birlikte başka bir işleme gerek kalmaksızın atanmış sayılacakları hükme bağlanmıştır.

5502 Kanun'un 31 ve 41. maddelerine istinaden hazırlanan ve 20.7.2007 gün ve 26588 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Sosyal Güvenlik Kurumu Sosyal Güvenlik Kontrol Memurları Yönetmeliği'nin 19. maddesi ile Sigorta Yoklama Memuru olmak için yazılı ve sözlü sınav öngören 2.2.2005 gün ve 25715 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığı Sigorta Yoklama Memurları Yönetmeliği yürürlükten kaldırılmış, 4.1.2009 gün ve 27100 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Sosyal Güvenlik Kontrol Memurları Yönetmeliği'nin 19. maddesi ile de 20.7.2007 gün ve 26588 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Sosyal Güvenlik Kurumu Sosyal Güvenlik Kontrol Memurları Yönetmeliği yürürlükten kaldırılmış ve bu yönetmeliğin 4/e, 5 ve 6. maddelerinde Sosyal Güvenlik Kontrol Memuru kadrosuna atanabilmek için sadece yazılı sınav öngörülmüş olup, Sosyal Güvenlik Kontrol Memurluğu kadrosuna atanmak için yazılı sınav dışında ayrıca sözlü sınav koşuluna yer verilmemiştir.

Dava dosyasının incelenmesinden; İstanbul Sosyal Güvenlik İl Müdürlüğü, Beşiktaş Sosyal Güvenlik Merkezinde veri hazırlama ve kontrol işletmeni olan davacının, sosyal güvenlik kontrol memurluğuna atanma istemiyle 9.3.2009 tarihinde yapmış olduğu başvurunun zımnen reddine ilişkin işlemin; mülga SSK Başkanlığının sigorta yoklama memurluğu için 15.5.2005 tarihinde yapılan yazılı sınavda başarılı olduğu ancak; yazılı sınav sonrası yapılan 16.6.2005 günlü mülakat sınavında başarısız sayıldığı, Sigorta Yoklama Memurları Yönetmeliği'nin mülakat yapılmasına ilişkin hükümlerinin Danıştay İkinci Dairesi tarafından iptal edildiği, başarısız sayılmasına dayanak alınan Yönetmelik hükümlerinin iptal edilmesi nedeniyle doğrudan atanması gerektiği ileri sürülerek iptali ile 1.7.2005 tarihinden itibaren kontrol memurluğu ek ödeme farkının faiziyle birlikte ödenmesine hükmedilmesi istemiyle bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmıştır.

Yukarıda yer verilen mevzuatın birlikte değerlendirilmesinden; Sosyal Sigortalar Kurumu bünyesinde yer alan "Sigorta Yoklama Memurluğuna" atanmak için yazılı ve mülakat sınavlarında başarı gösterilmesi gerekirken, 5502 sayılı Kanun ile kaldırılan ve tüm personeli ile Sosyal Güvenlik Kurumu'na devredilen Sosyal Sigortalar Kurumundaki Sigorta Yoklama Memurluğu yerine "Sosyal Güvenlik Kontrol Memurluğu" kadrosu ihdas edilmiş olup, yeni ihdas edilen ve 5502 sayılı Kanun'un geçici maddesi uyarınca Sigorta Yoklama Memurlarının nakledildiği bu kadro için yazılı sınav dışında herhangi bir sözlü-mülakat sınavında başarı gösterme koşuluna yer verilmemiştir.

Olayda, davacının sigorta yoklama memurluğu yazılı sınavında başarılı olduğu, mülakat sınavında ise başarısız sayıldığı ancak, başarısız sayılmasına ilişkin işleme karşı dava açmadığı görülmekte olup, geline süreç içerisinde, sigorta yoklama memurluğu ve bu sınava dayanak alınan Yönetmelik yürürlükten kaldırılmıştır. Danıştay İkinci Dairesi kararıyla, mülga Yönetmeliğin mülakat yapılmasına ilişkin düzenlemelerinin iptal edilmesi üzerine, davacı tarafından, sigorta yoklama memuru (muadili sosyal güvenlik kontrol memuru) kadrosuna atamasının yapılması istenilmekte ise de; 5502 sayılı Kanunun Geçici 2 nci maddesinde yer alan "Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce ilan edilmiş bulunan kadrolara görevde yükselme veya unvan değişikliği suretiyle yapılacak atamalar hariç olmak üzere, bu fıkra da belirtilen süre içerisinde devredilen kadrolardan boş bulunanlar ile herhangi bir şekilde boşalan kadrolara atama yapılamaz. ..." hükmü uyarınca, anılan kadronun kaldırılmasından önce, davacının tüm sonuçlarıyla atanma hakkını kazanması gerektiğinden, sınavın ve ilgili kadronun kaldırılmasının üzerinden uzun bir süre geçtikten sonra sosyal güvenlik kontrol memuru kadrosuna atanmasına olanak bulunmamaktadır.

Bu durumda, davacının başvurusunun, mülakat sınavında başarısız sayılmasına ilişkin işleme dayanak alınan düzenleyici işlemin yargı kararı ile iptal edilmesi üzerine yapılmış yeni bir başvuru olduğu açık olmakla birlikte, bu başvuru, başarısız sayılmasına yönelik işleme karşı süresi içinde iptal davası açmaması nedeniyle, sınava girdiği kadro ile ilgili yukarıda ayrıntılı olarak anlatılan süreç de dikkate alındığında, ancak, başvuru tarihinden ileriye dönük hak ve sonuçlar doğuracağından, mülga sigorta yoklama memurluğu kadrosu

için girdiği sınavın yazılı aşamasında başarılı olduğundan bahisle, sosyal güvenlik kontrol memuru kadrosuna atanmasına yönelik talebinin cevap verilmemek suretiyle reddine ilişkin dava konusu işlemde, hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin reddiyle İstanbul 2. İdare Mahkemesi'nin 19.10.2009 günlü, E:2009/846, K:2009/1713 sayılı kararın yukarıda belirtilen gerekçeyle onanmasına, temyiz giderlerinin istemde bulunan davacı üzerinde bırakılmasına 4.2.2011 tarihinde esasta oybirliği, gerekçede oyçokluğuyla karar verildi.

AZLIK OYU

Olayda; davacı, 9.3.2009 günlü başvurusu ile Sigorta Yoklama Memurları Yönetmeliği'nin mülakat yapılmasına ilişkin hükümlerinin Danıştay İkinci Dairesi tarafından iptal edildiğinden bahisle 15.5.2005 tarihli Sigorta Yoklama Memurluğu Yazılı Sınavı'ndan 75 puan almış olmasından dolayı sosyal güvenlik kontrol memurluğuna atanma talebinde bulunduğu göre, bu başvurusunun zımnen reddine ilişkin dava konusu işlemin; 15.5.2005 tarihinde yazılısı yapılan ve davacının başarılı olduğu sınav ile 16.6.2005 tarihinde yapılan mülakat sınavında başarısız sayılarak atamasının yapılmaması işleminden bağımsız bir işlem olarak değerlendirilmesi olanağı bulunmadığından, anılan işleme karşı açılan davada, dava açma süresinin hesaplanmasında 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 7. ve 11. maddelerinin uygulanması gerekmektedir.

Davacının 15.5.2005 tarihinde yapılan yazılı sınav ve 16.6.2005 tarihli mülakat sınavı sonucuna göre ataması yapılan personel arasına giremediğini, sınavı takiben ve en geç bu sınava göre atamaların yapıldığı tarihte öğrendiği açık olup, öğrenme tarihinde işlemeye başlayan yasal dava açma süresi içinde (60 gün) başarısız sayılarak atamasının yapılmaması işlemine karşı dava açmayıp, bu süre geçtikten çok sonra, Sigorta Yoklama Memurları Yönetmeliği'nin mülakat yapılmasına ilişkin hükümlerinin Danıştay İkinci Dairesi tarafından 30.4.2007 tarihinde iptal edildiğinden bahisle ve 15.5.2005 tarihli yazılı sınavdaki başarısının esas alınması gerektiğinden hareketle; sigorta yoklama memurluğu kadrosu yerine 5502 sayılı Kanunla ihdas edilen sosyal güvenlik kontrol memurluğuna atanma talebiyle 9.3.2009 tarihinde yaptığı başvurusu, sona ermiş bulunan dava açma süresini yeniden başlatmayacağı gibi, dava konusu işlemin 2577 sayılı Yasa'nın 10. maddesi kapsamında bağımsız bir işlem yapılması amacına yönelik başvuru üzerine kurulmuş bir işlem olarak da değerlendirilmesine ve dolayısıyla atama konusunda yeni bir dava açma süresi başlatmasına olanak bulunmaması karşısında, 20.5.2009 tarihinde açılan davada süre aşımı bulunduğu görüşüyle çoğunluk kararına gerekçe yönünden katılmıyoruz.

T.C. DANIŞTAY İkinci Daire

Esas No : 2010/2155

Karar No : 2011/363

Özeti : Zorunlu çalışma yükümlüsü olup, eş durumu özrü nedeniyle zorunlu çalışma yükümlülüğü ertelenen öğretmenlerden eşi SSK/Bağ-Kur'lu olarak çalışanların bu özürlerinin devamı için sigortalılığın halen devam ettiğini ve prim borcu bulunmadığını gösterir Bağ-Kur'dan alınacak belgenin, bir dilekçe ekinde ibraz edilmesi gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Milli Eğitim Bakanlığı

Karşı Taraf : ...

İsteğin Özeti : Isparta İdare Mahkemesi'nin 26.2.2010 günlü, E:2009/620, K:2010/85 sayılı kararının dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

Cevabın Özeti : Cevap verilmemiştir.

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 dosyanın tekemmül ettiği görüldüğünden yürütmenin durdurulması istemi hakkında bir karar verilmeksizin işin gereği düşünüldü:

Dava, Isparta İli, Merkez Büyükhacılar Köyü İlköğretim Okulu Grafik ve Fotoğraf-1 öğretmenini olarak görev yapan davacının, Bağ-Kur'lu olarak çalışan eşinin sigorta primlerinin ödendiğine dair belgeyi ibraz edemediğinden bahisle zorunlu hizmet kapsamında Giresun İli, Merkez Kız Teknik ve Meslek Lisesine atanmasına ilişkin 20.8.2009 günlü, 71389 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Isparta İdare Mahkemesi'nin 26.2.2010 günlü, E:2009/620, K:2010/85 sayılı kararıyla; " Her ne kadar yönetmeliğin 23. maddesi ile eş durumu özrü için bağlı olduğu sosyal güvenlik kuruluşunda prim borcunun bulunmaması şartı getirilmiş ise de, bu şartın konulma amacının eş durumu özrünün gerçekliğinin ispatlanması, bir başka deyişle kamu personelinin eşinin özel sektörde gerçekte çalışıp çalışmadığının tespitinin sağlanması olduğu anlaşılmakta olup, prim borcunun olmasının personelin eşinin gerçekte özel sektörde çalışmadığını göstermeyeceği, eş durumu özrünün gerçekliğinin davalı idare ajanlarıncı araştırılabileceği ve araştırılması gerektiği, davacının eşinin Isparta İlinde çalıştığı dosyadaki bilgi ve belgelerle sabit olduğundan, Anayasa ile teminat altına alınan aile birliğinin, Yönetmelikle getirilen prim borcunu ödemeye bağlı kılınması ve bu doğrultuda davacının atamasının yapılması işleminde hukuka uyarlık bulunmadığı" gerekçesiyle işlemin iptaline hükmedilmiştir.

Davalı idare, dava konusu işlemin Yönetmelik ve kılavuz hükümlerine dayalı olarak tesis edildiğini öne sürmekte ve İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

Dava konusu işlem tarihinde yürürlükte bulunan 4.3.2006 günlü ve 26098 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Milli Eğitim Bakanlığı Öğretmenlerinin Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği'nin "Özür durumuna bağlı yer değiştirmeler" başlıklı 23. maddesinin (b) fıkrasında " Eş durumu özrü: Öğretmenlerin zorunlu çalışma yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı veya bulundukları görev yerinde, yerleşim yerinde ya da ilde çalışmalarını gereken süreyi tamamlayıp tamamlamadıklarına bakılmaksızın bu özür durumundan yer değiştirme isteğinde bulunabilmesi için eşinin, atanmak istediği yerde herhangi bir sosyal güvenlik kurumuna bağlı olarak çalıştığını belgelendirmesi gerekmektedir. Bu özür durumundan yer değişikliği isteyenlerden aşağıdaki belgeler istenir.

Eşi; 2.9.1971 tarihli ve 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu (Bağ-Kur) kapsamında çalışanlar ile 17.10.1983 tarihli ve

2926 sayılı Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu kapsamında tarımsal faaliyette bulunanlardan;

1-Yer Değiştirme Formu,

2- İş yerinin çalışır durumda olduğunu gösterir vergi dairesinden alınacak belge veya tarımda kendi hesabına çalışanlardan ilgili kurum/kuruluşlardan alınacak faaliyet belgesi,

3- Başvuru tarihinden itibarıyla geriye dönük iki yıllık süre içinde en az on iki ay sigortalı hizmeti olduğunu, sigortalılığının halen devam ettiğini ve prim borcu bulunmadığını gösterir Bağ-Kur'dan alınacak belge,

4- Vukuatlı aile nüfus kayıt örneği veya son altı ay içindeki evliliklerde onaylı evlenme cüzdanı örneği " hükmü,

2009 yılı Öğretmenlerin İller Arası İsteğe ve Zorunlu Çalışma Yükümlülüğüne Bağlı Yer Değiştirme Kılavuzu'nun 4.3.5 maddesinde ise Zorunlu çalışma yükümlüsü öğretmenlerden eşi SSK/Bağ-Kur'lu olarak çalışanların sosyal güvenlik prim gün sayısı hesabında 31 Ağustos tarihinin esas alınacağı, bu tarih itibarıyla sigortalılık prim gün sayısını dolduracağı ve prim borcu bulunmadığına dair belgeyi bir dilekçe ekinde ibraz edenlerden zorunlu çalışma yükümlülüğünü yerine getirmek üzere istekleri dışında İller Arası İsteğe ve Zorunlu Çalışma yükümlülüğüne Bağlı Yer Değiştirme Başvuru Formu'nun doldurulmasının istenmeyeceği, ancak, bu taahhütte bulunan öğretmenlerden, Eylül ayının ilk haftası sonu itibarıyla sigorta primi ödendiğine dair belgeyi ibraz edemeyenlerin, Bakanlığın Öğretmen Atama ve Yer Değiştirme Dairesi Başkanlığına Eylül ayının ikinci haftasında bildirileceği ve atamalarının Bakanlıkça Eylül ayı içinde gerçekleştirileceği hükmüne bağlanmıştır.

Dava dosyasının incelenmesinden, zorunlu çalışma yükümlüsü olup eş durumu özürlüden yararlanarak Isparta İli, Merkez Büyükhacılar Köyü İlköğretim Okulunda görev yapan ve zorunlu çalışma yükümlülüğü ertelenen davacının eşinin sigorta primlerinin ödendiğine dair belgeyi ibraz edemediğinden zorunlu çalışma yükümlülüğünü yerine getirmek üzere Giresun Merkez Kız Teknik ve Meslek Lisesi'ne 2.6.2009 tarihinde atamasının yapıldığı, davacının, eşinin sigortalılık durumunun devam ettiği ve 31.5.2009 tarihi itibarıyla toplam 51.250,63TL prim ve gecikme zammının bulunduğu ve bu borcu taksitler halinde ödemeyi kabul ettiğini belirterek yaptığı başvurusu üzerine davacının Giresun İline yapılan atamasının 25.6.2009 tarihinde iptal edildiği, ancak Isparta Valiliği'nin 10.8.2009 tarih ve 17493 sayılı yazı ile eki belgelerden davacının borcunu taksitlendirdiğine ya da ödendiğine dair herhangi bir belge ibraz etmediğinin anlaşılması üzerine 20.8.2009 tarih ve 71389 sayılı onay ile Giresun İline yapılan atamasının tekrar yürürlüğe konulması üzerine anılan atama işleminin iptali istemiyle görülmekte olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda, yukarıda yer alan Yönetmelik ve Kılavuz hükümleri uyarınca zorunlu çalışma yükümlüsü olup eş durumu özürlü nedeniyle zorunlu çalışma yükümlülüğü ertelenen öğretmenlerden eşi SSK/Bağ-Kur'lu olarak çalışanların bu özürlerinin devamı için sigortalılığının halen devam ettiğini ve prim borcu bulunmadığını gösterir Bağ-Kur'dan alınacak belgenin bir dilekçe ekinde ibraz edilmesi gerektiği hükmü gözönünde bulundurulduğunda, davacının bu yönde herhangi bir belge ibraz etmediğinin anlaşılması üzerine, 20.8.2009 tarih ve 71389 sayılı onay ile Giresun İline yapılan atamasının Yönetmelik ve Kılavuz hükümlerine uygun olarak tesis edildiği anlaşıldığından, dava konusu işleminde hukuka aykırılık, dava konusu işlemin iptaline ilişkin İdare Mahkemesi kararında ise hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulüyle Isparta İdare Mahkemesi'nin 26.2.2010 günlü, E:2009/620, K:2010/85 sayılı kararının 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1/b fıkrası uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı Kanunla değişik 3. fıkrası gereğince ve yukarıda belirtilen hususlar da gözetilerek yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkeme'ye gönderilmesine, 4.2.2011 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.
DANIŞTAY
İkinci Daire

Esas No : 2009/2301
Karar No : 2011/2108

Özeti : İhtiyaç unsuruna dayalı atama işleminde, personelin dengeli dağılımını sağlayacak şekilde öğrenim, uzmanlık, tecrübe, bilgi, beceri gibi özellikleri ile boş kadro durumuna göre ve hizmetin gereği olarak hazırlanan bir plan dahilinde yapılıp yapılmadığı hususu ile işletme müdür yardımcısı olarak davacının hizmetine yönelik ihtiyacın hangi objektif ölçütlerle belirlendiği ve davacının yerine atama yapılıp yapılmadığı hususunun açıkça ortaya konulması gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Tarım İşletmeleri Genel Müdürlüğü

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : ...

Vekili : Av. ...

İsteğin Özeti : Eskişehir 1. İdare Mahkemesi'nce verilen 6.3.2009 günlü, E:2008/514, K:2009/108 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 : Hürriyet Micozkadioğlu

Düşüncesi : İdare Mahkemesi kararının sonucu itibariyle onanması 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 işin gereği düşünüldü:

Dava, Tarım İşletmeleri Genel Müdürlüğü Anadolu Tarım İşletmesi Müdürlüğü emrinde İşletme Müdür Yardımcısı olarak görev yapan davacının, Kumkale Tarım İşletmesi Müdürlüğü emrine naklen atanmasına ilişkin 19.8.2008 günlü, 171 sayılı Yönetim Kurulu kararının iptali istemiyle açılmıştır.

Eskişehir 1. İdare Mahkemesi'nin 6.3.2009 günlü, E:2008/514, K:2009/108 sayılı kararıyla; olayda,'de bulunan Anadolu Tarım İşletmesi Müdürlüğü emrinde İşletme Müdür Yardımcısı olarak görev yapan davacının, 657 sayılı Kanunun 76. ve 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 5. ve 9. maddeleri ile Tarım İşletmeleri Genel Müdürlüğü Personelinin Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönerge uyarınca Çanakkale'de bulunan ... Tarım İşletmesi Müdürlüğü emrine aynı görevle atandığı, idarece davacının atandığı yerde hizmetine ihtiyaç duyulduğu ve kamu yararı ile hizmet gereklerine uygun olarak işlemin tesis edildiği görülmekte ise de, davacının evli ve eşinin kamuda öğretmen olarak görev yaptığı gözetilerek ataması yapılması gerekirken, aile birliği ve eş durumu dikkate alınmadan tesis edilen işlemin hukuka aykırı bulunduğu gerekçesiyle dava konusu işlem iptal edilmiştir.

Davalı idare, davacının mühendis, teknik şef ve müdür yardımcısı kadrolarıyla yaklaşık aynı hizmet süreleri sonunda hizmetin gerekli ve zorunlu kılması ve idareciler arasındaki yer değişikliğinin bir ihtiyaç olması nedeniyle çalıştığı bölgeden daha iyi bir bölgeye tayin edildiğini, eşi için özür tayini talep etme haklarını kullanmadığını öne sürerek İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 76. maddesinin 1. fıkrasında, "Kurumlar, görev ve unvan eşitliği gözetmeden kazanılmış hak aylık dereceleriyle memurları bulundukları kadro derecelerine eşit veya 68. maddedeki esaslar çerçevesinde daha üst, kurum içinde aynı veya başka yerlerdeki diğer kadrolara naklen atayabilirler." hükmüne yer verilmiştir.

Öte yandan 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 5. maddesinin 1. fıkrasında, teşebbüs genel müdürü ve genel müdür yardımcısı kadrolarına ilgili Bakanın teklifi üzerine ortak kararla atama yapılacağı, 1 sayılı cetvelde yer alan diğer kadrolara yönetim kurulu kararı ile atama yapılacağı belirtilmiş; 9. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesinde, sözleşme süresi içerisinde gelişen hizmet şartlarına göre sözleşmeli personelin görevinin veya görev yerinin değiştirilebileceği hükümleri yer almıştır.

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.

Tarım İşletmeleri Genel Müdürlüğü Personelinin Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönergenin 8. maddesinde, yer değiştirme suretiyle atanmaların her yılın Haziran-Eylül döneminde yapılacağı; yer değiştirme suretiyle atanmalarda göz önünde bulundurulacak hususlar başlıklı 9. maddesinin 1. fıkrasında da, atamaların, personelin dengeli dağılımını sağlayacak şekilde, öğrenim, uzmanlık, tecrübe, bilgi, beceri gibi özellikleri ile boş kadro durumuna göre ve hizmetin gereği olarak hazırlanan bir plan dahilinde yapılacağı hükmü düzenlenmiştir.

Dosyanın incelenmesinden; 1990 yılında göreve başlayan davacının ... İli, ... Tarım İşletme Müdürlüğünde, ... İli, ... Tarım İşletme Müdürlüğünde, ... İli, ... Tarım İşletme Müdürlüğünde Şube Şefi, Sözleşmeli İşletme Amiri unvanlarında görev yaptıktan sonra 2005 yılında atandığı ... İli, Anadolu Tarım İşletmesi Müdürlüğü emrinde İşletme Müdür Yardımcısı olarak görev yapmakta iken 19.8.2008 günlü, 171 sayılı Yönetim Kurulu Kararı ile ...'de bulunan ... Tarım İşletmesi Müdürlüğü emrine aynı görevle atanması üzerine bu işlemin iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmıştır.

Olayda, davalı idarece, dava konusu işlemin ihtiyaç nedeniyle tesis edildiği öne sürülmekte ise de, sözkonusu atamanın personelin dengeli dağılımını sağlayacak şekilde, öğrenim, uzmanlık, tecrübe, bilgi, beceri gibi özellikleri ile boş kadro durumuna göre ve hizmetin gereği olarak hazırlanan bir plan dahilinde yapılıp yapılmadığı hususu ile ... Tarım

İşletmesi Müdürlüğünde İşletme Müdür Yardımcısı olarak davacının hizmetine yönelik ihtiyacın hangi objektif ölçütlerle belirlendiği ve davacının yerine atama yapıp yapılmadığı hususunun açıkça ortaya konulamaması nedeniyle dava konusu işlemde bu gerekçeyle hukuka uyarlık bulunmadığından, dava konusu işlemin iptali yolunda verilen Mahkeme kararında sonucu itibarıyla hukuka aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin reddiyle Eskişehir 1. İdare Mahkemesi'nce verilen ve hüküm fıkrası itibarıyla hukuka uygun bulunan 6.3.2009 günlü, E:2008/514, K:2009/108 sayılı kararın yukarıda belirtilen gerekçeyle onanmasına, temyiz giderlerinin istemde bulunan davalı idare üzerinde bırakılmasına, 25.5.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
İkinci Daire

Esas No : 2010/4762

Karar No : 2011/3009

Özeti : Defterdarlık muhasebe müdürlüğünde gümrük işlemleriyle ilgili fazla çalışılan sürelerle ilgili olarak hem 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun ek 13. maddesi, hem de Gümrük Kanunu'nun 221. maddesi uyarınca ayrı ayrı ödeme yapılmasına olanak bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Samsun Valiliği

Karşı Taraf : ... Adına Büro Memurları Sendikası

Vekili : Av. ...

İsteğin Özeti : Samsun 1. İdare Mahkemesi'nce verilen 24.3.2010 günlü, E:2009/985, K:2010/275 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 : Mehmet Özyiğit

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, 28.9.2010 tarihli ara kararı cevabının geldiği ve dosyanın tekemmül ettiği görüldüğünden yürütmenin durdurulması istemi hakkında bir karar verilmeksizin işin gereği düşünüldü:

Dava; Samsun Valiliği Defterdarlık Muhasebe Müdürlüğünde Muhasebe Memuru olarak görev yapan davacının, ... İl'inde Gümrük Saymanlık Müdürlüğü olmadığı için gümrük işlemlerinin de Muhasebe Müdürlüğü tarafından yürütüldüğünden bahisle Muhasebe

Müdürlüğü tarafından ödenmeyen fazla mesai ücretlerinin tazmini talebiyle yaptığı başvurunun reddine dair 10.8.2009 günlü, 1792 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Samsun 1. İdare Mahkemesi'nin 24.3.2010 günlü, E:2009/985, K:2010/275 sayılı kararıyla; 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun ek 13. maddesi ile 4428 sayılı Gümrük Kanunu'nun 221. maddesinde yer alan düzenlemelerde, Vergi Usul Yasası'nın ek 13. maddesi kapsamında yapılan fazla çalışma nedeniyle ücret alanlara diğer mevzuat hükümlerine göre fazla çalışma ücreti ödenmeyeceğine ve diğer mevzuat hükümleri uyarınca alınan ek mesai ücretlerinin genel bütçeden alınan mesai ücretlerine engel oluşturduğuna dair somut bir düzenlemenin bulunmadığı hususu dikkate alındığında, davacının fiilen yürüttüğü muhasebe memurluğu görevi dolayısıyla ek ödemedi yararlandırılması gerektiği sonucuna ulaşıldığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline hükmedilmiştir.

Davalı idare; Vergi Usul Kanunu'nun ek 13. maddesi kapsamında yapılan fazla çalışma nedeniyle ücret alanlara, diğer mevzuat hükümlerine göre fazla çalışma ücreti ödenmeyeceğinin Vergi Usul Kanunu'nun Ek 13. Maddesi Uyarınca Yapılacak Fazla Çalışmalara İlişkin Usul ve Esaslar'da açıkça düzenlendiğini, fazla çalışma ücretlerinin fiilen yürütülen görev karşılığında ödenmesi gerektiğini, davacı tarafından her iki görevin birlikte yürütülmesi nedeniyle her iki görev için hak edilen fazla çalışma ücretlerinin ödenmesi gerektiği iddia edilmekte ise de, aynı zaman diliminde yapılan fazla mesai karşılığında ayrı ayrı fazla mesai ücreti ödenmesine imkan bulunmadığını öne sürmekte ve Mahkeme kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 5.4.2007 günlü, 5622 sayılı Yasa'nın 7. maddesi ile değişik 221. maddesinin birinci fıkrasında; yolcuların ve taşıt araçlarının giriş ve çıkışlarına ait işlem dışında, yükleme ve boşaltma ile her türlü gümrük işlemlerinin normal çalışma saatleri içinde yapılması gerektiği, ancak, bu saatler dışında veya tatil zamanlarında hizmet talebinde bulunulduğunda, yazılı olarak yapılacak bu talebin, işin yapılacağı gümrük idarelerince yerinde görülürse, gerekli önlemler alınmak ve çalışacak personelin fazla çalışma ücreti ve varsa hak sahibine ödenecek kanunî yollukları karşılığı tutarlar, talep sahipleri tarafından ilgili muhasebe birimi hesabına yatırılmak koşuluyla kabul edileceği, fazla çalışma ücretinden yararlanan personelin, bu suretle kendilerine verilecek işleri yapmakla görevli olduğu, gümrük idare amirlerinin normal çalışma saatleri dışında verilecek hizmetleri düzenleyeceği ve kontrol edeceği, 18.6.2009 günlü, 5911 sayılı Kanun'un 52. maddesi ile değişik üçüncü fıkrasında; ilgililerden tahsil edilecek fazla çalışma ücretlerinin miktarı ve tahsiline ilişkin usul ve esasların Bakanlar Kurulunca belirleneceği, fazla çalışma ücreti olarak yatırılan tutarların, personelin fazla çalışma süresi, görev yapmış olduğu yer, görevinin önem ve güçlüğü, sınıfı, kadro unvanı gibi hususlar dikkate alınmak suretiyle belirlenecek usul ve esaslar dâhilinde Müsteşarlık merkez ve taşra teşkilâtı kadrolarında fiilen çalışan memurlar ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 üncü maddesinin (B) bendine göre çalışan sözleşmeli personele ödenmek üzere Ankara Gümrük Muhasebe Birimi hesabına aktarılacağı, söz konusu ödemelerin, Maliye Bakanlığının uygun görüşü alınarak aylık miktarı 36.500 gösterge rakamının memur aylık katsayısıyla çarpımı sonucu bulunacak tutarı geçmemek üzere, Müsteşarlığın bağlı olduğu Bakan tarafından belirleneceği, ödenen fazla çalışma ücretinin net tutarının, 222. maddeye göre yapılması öngörülen ek ödemenin net tutarından mahsup edileceği, yapılan dağıtımdan sonra yılsonu itibarıyla hesapta kalan tutarın, takip eden ocak ayı sonuna kadar bütçeye gelir kaydedileceği hüküm altına alınmıştır.

Öte yandan, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'na 3418 sayılı Yasa'nın 32. maddesi ile eklenen ek 13. maddenin 4. fıkrasının (b) bendinde, Maliye Bakanlığı ile Gelir İdaresi Başkanlığı merkez ve taşra teşkilatında çalışan (sözleşmeli olarak istihdam edilenler dahil) personele, normal mesai gün ve saatleri dahilinde, daire dışında yapılan çalışmalarda, aylık toplam 100 saati geçmemek üzere, dışarıda geçirilen her bir saat için, karşılığı genel bütçeden ödenen fazla mesai ücreti esas alınmak suretiyle, bu ücretin üç katını aşmayacak şekilde ödeme yaptırmaya; (c) bendinde, Maliye Bakanlığı ile Gelir İdaresi Başkanlığı

merkez ve taşra teşkilatı kadrolarında çalışan memurlar ile sözleşmeli personele, ayda 100 saati aşmayacak şekilde yaptırılacak ek fazla mesai karşılığında, fazla mesainin yaptırıldığı saatler, çalışma mahalleri, çalışmaların resmi tatil ve bayram günlerinde yaptırılması gibi hususlar dikkate alınmak suretiyle, Genel Bütçeden ödenen fazla mesai ücretinin beş katını aşmayacak şekilde, saat başına farklı fazla mesai ücreti tespitine Maliye Bakanının yetkili olduğu; aynı maddeye 17.9.2004 günlü, 5234 sayılı Yasa'nın 5. maddesi ile eklenen ek paragrafta, bu madde kapsamında bulunan personele yapılan ikramiye, teşvik primi, teşvik ödemesi, döner sermaye katkı payı ödemeleri, döner sermaye gelirlerinden yapılan ek ödemeler ve 4458 sayılı Gümrük Kanunu uyarınca ödenen tutarlar ile Maliye Bakanlığınca belirlenecek benzeri ödemelerin net tutarlarının, bu madde kapsamında yapılan ek ödemenin aylık net tutarından mahsup edileceği, mahsuba ilişkin esas ve usulleri belirlemeye Maliye Bakanının yetkili olduğu, bu ödemenin ilgili mevzuatı uyarınca ödenmekte olan zam, tazminat, ödenek, döner sermaye payı, ikramiye, ücret ve her ne ad altında olursa olsun benzeri ödemelerin hesabında dikkate alınmayacağı hükümlerine yer verilmiştir.

Dava dosyasının incelenmesinden, ... Defterdarlık Muhasebe Müdürlüğünde Muhasebe Memuru olarak görev yapan davacının, Samsun İlinde Gümrük Saymanlık Müdürlüğü olmadığı için gümrük işlemlerinin Muhasebe Müdürlüğü tarafından yürütüldüğünden bahisle, Muhasebe Müdürlüğü tarafından ödenmeyen fazla mesai ücretlerinin ödenmesi amacıyla idareye başvurduğu, 10.8.2009 günlü, 1792 sayılı işlemle; Maliye Bakanlığının fazla çalışmayla ilgili Vergi Usul Kanunu'nun ek 13. maddesi uyarınca Yapılacak Fazla Çalışmaya İlişkin Usul ve Esasların 3. maddesinin (c) bendinde, fazla çalışma zamanının normal çalışma süresinin bitiminden sonraki fiilen çalışılan süreyle, cumartesi günlerinde; 4. maddenin (a) ve (e) bentlerine göre yapılan fazla çalışmalarda 5 saati, (b), (c) ve (d) bentlerine göre yapılan fazla çalışmalarda 8 saati geçmemek üzere fiilen çalışılan süreyi ifade ettiğinin belirtildiği, (ı) bendinde, fazla çalışma ücretinin seyyanen yapılan bir ödeme olmadığı, söz konusu ücretin mesaisine ihtiyaç duyulan ve fiilen fazla çalışma yapan personelin bu çalışmaları karşılığında ödeneceği, 4. maddenin (ı) bendinde ise, bu usul ve esaslar uyarınca fazla çalışma ücreti alanlara diğer mevzuat hükümlerine göre fazla çalışma ücretinin ödenmeyeceği hususunun düzenlendiği, davacının, her ne kadar hem Gümrük, hem de Maliye Bakanlığı fazla mesaisinden birlikte yararlanmak istemekte ise de, Maliye Bakanlığına ait fazla çalışmalara ilişkin Usul ve Esasların 4. maddesinin (ı) bendi uyarınca bunun mümkün olmadığı gerekçesiyle reddi üzerine de görülmekte olan davanın açıldığı anlaşılmıştır.

Uyuşmazlığın çözümü için, öncelikli olarak, Gümrük Saymanlık Müdürlüğü bulunmayan ve gümrük işlemleri Muhasebe Müdürlüğünce yürütülen yerlerde, bu birimde çalışan personele hem 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun ek 13. maddesi, hem de 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 221. maddesi uyarınca fazla çalışma ücreti ödenip ödenmeyeceği hususunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Yukarıda yer alan mevzuat hükümleri birlikte değerlendirildiğinde; 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun Ek 13. maddesinin 4/b fıkrasında, Maliye Bakanlığının merkez ve taşra teşkilatında çalışan personele normal mesai gün ve saatleri dahilinde daire dışında yaptığı çalışmalardan dolayı ödenecek fazla mesai ücretinin; 4/c fıkrasında, Maliye Bakanlığı ile Gelir İdaresi Başkanlığının merkez ve taşra teşkilatı kadrolarında çalışan personele ek fazla mesaisi karşılığında ödenecek fazla mesai ücretinin düzenlendiği; 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 221. maddesinde de, gümrük işlemlerini yürüten birimlerden normal mesai saatleri dışında veya tatil zamanlarında hizmet talebinde bulunulması halinde, hizmet talebinde bulunan ilgililerden tahsil edilecek tutarlar ile fazla çalışma ücreti olarak yatırılan bu tutarların anılan Yasa'nın 221. maddesi kapsamında fazla mesai yapan personele dağıtımıyla ilgili düzenlemelere yer verildiği; 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun ek 13. maddesine 5234 sayılı Yasa ile eklenen ek paragraf uyarınca ise, bu madde (ek madde 13) kapsamında bulunan personele 4458 sayılı Gümrük Kanunu uyarınca ödenen tutarların, bu madde (ek madde 13)

kapsamında yapılan ek ödemenin aylık net tutarından mahsup edileceği sonucuna ulaşılmaktadır.

Bu nedenle, davacıya, davalı idarede fazla çalıştığı sürelerle ilişkin olarak hem 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun ek 13. maddesi, hem de Gümrük Kanunu'nun 221. maddesi uyarınca ayrı ayrı ödeme yapılmasına olanak bulunmamaktadır.

Bu durumda, gümrük işlemleriyle ilgili olarak davacının yapmış olduğu fazla mesai karşılığında, 4458 sayılı Kanun uyarınca hesaplanacak tutarın, 213 sayılı Yasa'nın ek 13. maddesi kapsamında yapılan ödemelerden mahsup edilmesi ve kalan miktarın davacıya ödenmesi gerektiğinden, aksi yöndeki Mahkeme kararında yasal isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle; davalı idarenin temyiz isteminin kabulüyle, Samsun 1. İdare Mahkemesi'nce verilen 24.3.2010 günlü, E:2009/985, K:2010/275 sayılı kararın, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1/b fıkrası uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı Kanun'la değişik 3. fıkrası gereğince ve yukarıda belirtilen hususlar da gözetilerek yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkeme'ye gönderilmesine, 13.7.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGILAMA USULÜ

T.C. DANIŞTAY İkinci Daire

Esas No : 2010/3131
Karar No : 2011/948

Özeti : 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 117. ve 118. maddeleri uyarınca olumsuz sicil raporuna karşı yapılan itirazın atamaya yetkili amir olan İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğüne hitaplı dilekçeyle yapılması esas kural olmakla birlikte; davacının valilik makamına yapmış olduğu itiraz başvurusunun, valilik tarafından ilgili makama iletilmesi gerektiğinin, Anayasa'nın 74. maddesi ve 3071 sayılı Kanun'un 3 ve 5 inci maddelerine göre bir yasal zorunluluk olması karşısında, davacının yapmış olduğu bu başvurunun, 657 sayılı Devlet memurları Kanunu'nun 117. ve 118. maddeleri kapsamında yapılmış olan bir başvuru niteliğinde olduğunun kabulü gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı): ... - ...

Karşı Taraf : 1-İçişleri Bakanlığı
2- Düzce Valiliği

İsteğin Özeti : Sakarya 2. İdare Mahkemesi'nin 3.2.2010 günlü, E:2009/429, K:2010/69 sayılı kararının dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

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

Düzce Valiliği Cevabının Özeti : Cevap verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Başar Antürk Yalçınöz

Düşüncesi : İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı: İbrahim Topuz

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

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, 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; Düzce İl Emniyet Müdürlüğü'nde polis memuru olarak görev yapan davacı tarafından 50 puanla olumsuz olarak düzenlenen 2008 yılı sicil raporu ve sicil raporunun olumsuz olduğuna ilişkin İçişleri Bakanlığı'nın 8.1.2009 günlü uyarı yazısı ile 2008 yılı sicilinin kaldırılması istemiyle yapmış olduğu başvurunun reddine ilişkin 2.2.2009 günlü, 36 sayılı Düzce İl Emniyet Müdürlüğü işleminin iptali istemiyle açılmıştır.

Sakarya 2. İdare Mahkemesi'nin 3.2.2010 günlü, E:2009/429, K:2010/69 sayılı kararıyla; davacının 21.1.2009 tarihli başvurunun ilgili mevzuat hükümleri uyarınca atamaya yetkili amir olan Genel Müdürlük makamına yapılması gerekirken Düzce Valiliğine yapılmış olması nedeniyle İçişleri Bakanlığı'nın davacının 2008 yılı sicil notunun 50 (olumsuz) olduğuna ve uyarılmasına dair 8.1.2009 tarihli yazısının tebliğ edildiği 13.1.2009 tarihini takip eden günden itibaren işlemeye başlayan dava açma süresini durdurmayaacağından, 13.1.2009 tarihini takip eden 60 gün içinde en son 14.3.2009 tarihinde açılması gereken davanın 2.4.2009 tarihinde açılmış olması nedeniyle 2008 yılı olumsuz sicil notu ile olumsuz sicil notu nedeniyle uyarılmasına ilişkin İçişleri Bakanlığı'nın 8.1.2009 tarihli işlemine yönelik kısmının süresinde olmadığından süreaşımı nedeniyle reddine, davanın, davacının 21.1.2009 tarihli başvurunun reddine ilişkin Düzce Valiliğinin 2.2.2009 gün ve 36 sayılı işlemine ilişkin kısmının ise, ilgili mevzuat hükümleri uyarınca olumsuz sicil alan memurların atamaya yetkili amir tarafından uyarılması üzerine sadece uyarı yazısında belirtilen kusur ve noksanlara karşı yapacağı itirazın merciinin atamaya yetkili amirler olması, polis memuru olan davacının bu itirazını Genel Müdürlük makamına yapması gerektiği açık olduğundan ve Düzce Valiliğinin itirazı değerlendirme yetkisi olmadığından, yetkisiz makama yapılan başvurunun reddine ilişkin Düzce Valiliğinin 2.2.2009 gün ve 36 sayılı işleminin incelenebilir bir işlem olmadığı sonucuna varıldığı gerekçesiyle incelenmeksizin reddine hükmedilmiştir.

Davacı; mesleği itibarıyla şikayet ve itirazların silsile yoluyla yapılması gerektiğini, bu nedenle itirazını Düzce İl Emniyet Müdürlüğü'nün bir üst makamı olan Düzce Valiliğine yaptığını, itirazının süresinde olduğunu öne sürmekte ve İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 117. maddesinde, Devlet Memurlarının yetersizlikleri halinde, sicil raporlarında yazılı bulunan kusur ve eksikliklerinin, uyarılmaları bakımından gizli bir yazı ile atamaya yetkili sicil amirleri tarafından kendilerine bildirileceği; aynı Yasa'nın 118. maddesinde de 117. maddeye göre kendilerine tebligat yapılan Devlet Memurlarının buna karşı tebliğ tarihinden itibaren en çok bir ay içinde aynı amirlere itiraz edebilecekleri, atamaya yetkili amirlerin bu itirazla ilgili kararlarını iki ay içinde ilgililere yazı ile bildirecekleri hükümleri yer almıştır.

Devlet Memurları Sicil Yönetmeliğinin 21, 22 ve 23. maddelerinde de aynı yolda hükümlere yer verilmiştir.

Öte yandan, Anayasanın "Dilekçe hakkı" başlıklı 4709 sayılı Kanunla değişik 74 üncü maddesinde, vatandaşların ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye'de ikamet eden yabancıların kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahip oldukları; kendileriyle ilgili

başvuruların sonucunun, gecikmeksizin dilekçe sahiplerine yazılı olarak bildirileceği; bu hakkın kullanılma biçiminin kanunla düzenleneceği hükmüne yer verilmiştir.

3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanunun "Dilekçe hakkı" başlıklı 3 üncü maddesinin birinci fıkrasında da, Türk vatandaşlarının kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında, Türkiye Büyük Millet Meclisine ve yetkili makamlara yazı ile başvurma hakkına sahip oldukları; "Gönderilen makamda hata" başlıklı 5 inci maddesinde ise, dilekçenin, konusuyla ilgili olmayan bir idari makama verilmesi durumunda, bu makam tarafından yetkili idari makama gönderileceği ve ayrıca dilekçe sahibine de bilgi verileceği düzenlenmiştir.

Dosyanın incelenmesinden; Düzce İl Emniyet Müdürlüğünde polis memuru olarak görev yapan davacının 2008 yılı sicil notunun 50 puanla olumsuz düzenlenmesi nedeniyle 657 sayılı Yasanın 117. maddesi ile Devlet Memurları Sicil Yönetmeliğinin 21. maddesi uyarınca İçişleri Bakanlığı'nın 8.1.2009 tarihli yazısı ile uyarıldığı, bu yazının 13.1.2009 tarihinde davacıya tebliği üzerine davacı tarafından 21.1.2009 tarihinde anılan sicil raporunun düzeltilmesi istemiyle Düzce Valiliğine başvurduğu, başvurusunun 2008 yılı sicil notunda mevzuata aykırı bir husus bulunmadığından bahisle Düzce Valiliğinin 2.2.2009 gün ve 36 sayılı işlemi ile reddedildiği, başvurusunun reddine ilişkin işlemin 4.3.2009 tarihinde davacıya tebliği üzerine 2.4.2009 tarihinde temyize konu bu davayı açtığı anlaşılmıştır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 117 ve 118. maddeleri uyarınca 2008 yılı sicil raporunun olumsuz olduğuna dair uyarı yazısı tebliğ edilen davacının, buna karşı yapacağı itirazın atamaya yetkili amir olan İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğüne hitaplı dilekçeyle yapılması esas kural olmakla birlikte; davacının Valilik Makamına yapmış olduğu itiraz başvurusunun, Valilik tarafından ilgili makama iletilmesi gerektiğinin, Anayasanın 74. maddesi ve 3071 sayılı Kanunun 3 ve 5 inci maddelerine göre bir yasal zorunluluk olması karşısında, davacının yapmış olduğu bu başvurusunun, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 117 ve 118. maddeleri kapsamında yapılmış olan bir başvuru niteliğinde olduğunun kabulü ile 13.1.2009 tarihinde tebliğ edilen uyarı yazısına karşı 21.1.2009 tarihinde yapılan itirazın süresinde olduğu anlaşıldığından, bu itirazın reddi üzerine 2.4.2009 tarihinde açılan davada süre aşımı bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüyle, Sakarya 2. İdare Mahkemesi'nin 3.2.2010 günlü, E:2009/429, K:2010/69 sayılı kararının 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, 7.3.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
İkinci Daire

Esas No : 2010/3903

Karar No : 2011/1600

Özeti : Belli bir göreve veya kadroya atanma gibi zaman içerisinde maddi ve/veya hukuksal konuların değişmesi nedeniyle idarenin yeni bir değerlendirme yapmasını gerektiren konularda, ilgililerin ileriye dönük şekilde hukuki sonuçlarından yararlanmak üzere 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 10. maddesi uyarınca, haklarında yasanın öngördüğü işlemin yapılması için her zaman idareye

başvuruları ve isteklerinin reddedilmesi halinde de 10. maddede öngörülen usule uygun olarak idari yargıda dava açmalarının mümkün bulunduğu hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı): ...adına Türkiye Eğitim, Öğretim ve Bilim Hizmetleri Kolu Kamu Çalışanları Sendikası

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : Akdeniz Kaymakamlığı

İsteğin Özeti : Mersin 1. İdare Mahkemesinin 30.3.2010 günlü, E:2009/1383, K:2010/632 sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Cevabın Özeti : Cevap verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Hürriyet Micozkadioğlu

Düşüncesi : İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir..

Danıştay Savcısı : Şule Tataroğlu

Düşüncesi : Biyoloji öğretmeni olan davacının atama istemli başvurusunun reddine ilişkin 7.10.2009 günlü, 5386 sayılı işlemin iptali istemiyle açılan davanın süreaşımı yönünden reddi yolundaki mahkeme kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Davacının atama istemli 2577 sayılı Yasanın 10. maddesi kapsamında yaptığı 18.3.2009 günlü başvuruya idarece cevap verilmemesi üzerine 14.9.2009 günlü dilekçe ile başvurusunu tekrarlayarak ilk başvurusuna cevap verilmesini istediği, dava konusu 7.10.2009 günlü işlem tesis edilerek istemin reddedildiği, 19.10.2009 tarihinde tebellüğ edilen bu işleme karşı 18.12.2009 tarihinde dava açıldığı anlaşılmaktadır.

2577 sayılı Yasanın 10. maddesi uyarınca ilgililerce yapılacak başvuruda amaç idarenin ilgili hakkında idari dava açma hakkı sağlayacak bir işlem veya eylemi yapması için harekete geçmesini sağlamaktır. Yasada zımni ret işleminin oluşmasından sonra ilgilinin sonraki başvurularıyla idarenin harekete geçmesi ya da resen harekete geçmesi gibi bir ayırım yapılmadığı gibi tekrar başvurulmasını engelleyen bir hükme de yer verilmemiştir.

Bu durumda davanın süresinde açıldığı sonucuna ulaşıldığından mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İkinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

Dava, ... Çok Programlı Lisesinde norm fazlası öğretmen olan davacının geçici görevli bulunduğu ... Teknik Lise ve Endüstri Meslek Lisesine atanmak için yaptığı başvurunun reddine ilişkin 7.10.2009 günlü, 15386 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Mersin 1. İdare Mahkemesinin 30.3.2010 günlü, E:2009/1383, K:2010/632 sayılı kararıyla; davacının 18.3.2009 tarihli dilekçesi ile Mezitli Teknik Lise ve Endüstri Meslek Lisesine atanmak için davalı idareye başvuruda bulunduğu, bu başvuruya cevap verilmemesi üzerine 14.9.2009 günlü dilekçesi ile önceki dilekçesine cevap verilmediğinden bahisle cevaplandırılmasını istediği, bu başvurusunun davalı idarenin 7.10.2009 günlü, 15386 sayılı işlemi ile reddi üzerine bakılan davanın açıldığı, ancak 18.3.2009 tarihli başvurusuna cevap verilmemesi suretiyle oluşan zımni ret işlemine karşı 60 gün içerisinde dava açılması gerekirken, bu süre geçirildikten çok sonra açılan davada süre aşımı bulunduğu gerekçesiyle dava süre aşımı yönünden reddedilmiştir.

Davacı zımnen ret işleminden sonra idarenin verdiği cevaba dava açılabileceğini öne sürerek İdare Mahkemesi kararının bozulmasını istemektedir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7 nci maddesinde, Danıştay' da ve idare mahkemelerinde idari dava açma süresinin, kural olarak yazılı bildirimin yapıldığı tarihi

izleyen günden itibaren altmış gün olduğuna işaret edilmiş; aynı Yasa'nın 10 uncu maddesinde ise; "İlgililer haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idari makamlara başvurulabilirler. Altmış gün içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır. İlgililer altmış günün bittiği tarihten itibaren dava açma süresi içinde, konusuna göre Danıştay'a, idare ve vergi mahkemelerine dava açabilirler. Altmış günlük süre içinde idarece verilen cevap kesin değilse ilgili bu cevabı, isteminin reddi sayarak dava açabileceği gibi, kesin cevabı da bekleyebilir. Bu takdirde dava açma süresi işlemez. Ancak, bekleme süresi başvuru tarihinden itibaren altı ayı geçemez. Dava açılmaması veya davanın süreden reddi hallerinde, altmış günlük sürenin bitmesinden sonra yetkili idari makamlarca cevap verilirse, cevabın tebliğinden itibaren altmış gün içinde dava açabilirler." hükmü yer almıştır.

Dosyanın incelenmesinden; ... Çok Programlı Lisesinde norm fazlası öğretmen olan davacının geçici görevli bulunduğu Mezitli Teknik Lise ve Endüstri Meslek Lisesine atanmak için 18.3.2009 tarihinde başvurduğu, başvurusuna cevap verilmemesi nedeniyle 14.9.2009 günlü dilekçesi ile tekrar başvurduğu önceki dilekçesine cevap verilmediğinden bahisle cevaplandırılmasını istediği, bu başvurusunun 7.10.2009 günlü, 15386 sayılı işlemle reddi üzerine bu işlemin iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı görülmektedir.

Belli bir göreve veya kadroya atanma gibi zaman içerisinde maddi ve/veya hukuksal konuların değişmesi nedeniyle idarenin yeni bir değerlendirme yapmasını gerektiren konularda, ilgililerin ileriye dönük şekilde hukuki sonuçlarından yararlanmak üzere 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 10. maddesi uyarınca haklarında Yasanın öngördüğü işlemin yapılması için her zaman idareye başvurmaları ve isteklerinin reddedilmesi halinde de 10. maddede öngörülen usule uygun olarak idari yargıda dava açmaları mümkün bulunmaktadır.

Olayda dava konusu edilen işlemin, davacının 14.9.2009 günlü başvurusunun reddine ilişkin 7.10.2009 günlü, 15386 sayılı işlem olduğu, 2577 sayılı Yasa'nın 10.maddesinde açıklanan usule göre işlemin iptali istemiyle 18.12.2009 tarihinde dava açıldığı görülmekte olup; böylece yasal süresinde açıldığı anlaşılan davanın süre aşımı nedeniyle reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle davacının temyiz isteminin kabulüyle Mersin 1. İdare Mahkemesinin 30.3.2010 günlü, E:2009/1383, K:2010/632 sayılı kararının, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1/b fıkrası uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı Kanunla değişik 3. fıkrası gereğince ve yukarıda belirtilen husus gözetilerek yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, 19.4.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
İkinci Daire

Esas No : 2010/3279

Karar No : 2011/2425

Özeti : İdarelerce tesis edilen işlemlerin, geri alınmadıkları ya da yargı yerlerince iptal edilmedikleri sürece hukuken geçerliliklerini koruyacakları, davacının tekniker kadrosundan feragat etmesini, davanın konusuz kalması sonucunu doğuran bir işlem olarak kabul etmeye olanak bulunmadığından mahkemece davanın esasına girilerek bir karar verilmesi gerekirken, davanın konusuz kaldığı gerekçesine

dayalı olarak hüküm kurulmasında hukuki isabet görülmediği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı): ...

Karşı Taraf : Samsun Valiliği

İsteğin Özeti : Samsun 1. İdare Mahkemesinin 10.3.2010 günlü, E:2009/851, K:2010/228 sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Cevabın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği yolundadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Hürriyet Micozkadioğlu

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, 14.3.2011 günlü ara kararı cevaplarının geldiği görülerek işin gereği düşünüldü:

Dava, ... İli, ... İlçe Tarım Müdürlüğünde teknisyen olarak görev yapan davacının, il dışı tayin talebinin reddine ilişkin 10.6.2009 günlü, 2766-4930 sayılı Samsun Valiliği işleminin iptali istemiyle açılmıştır.

Samsun 1. İdare Mahkemesinin 10.3.2010 günlü, E:2009/851, K:2010/228 sayılı kararıyla; davanın açıldığı tarihte davacının tekniker kadrosunda bulunduğu ve tekniker unvanı ile atanma talep ettiği, 16.6.2009 tarihli dilekçesiyle atamasının yapılmaması üzerine tekniker kadrosundan feragat ettiğini bildirdiği, 8.7.2009 günlü, 680 sayılı Bakanlık onayı ile feragat talebinin kabul edildiği ve teknisyenliğe geri döndüğünün anlaşıldığı, tekniker olarak il dışı naklen atanmak için yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan bu davanın konusunun kalmadığı gerekçesiyle konusu kalmayan davanın esası hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir.

Davacı, uyuşmazlığın esası incelenmeden, eksik inceleme ile verilen kararın hukuka aykırı olduğunu öne sürerek İdare Mahkemesi kararının bozulmasını istemektedir.

Dosyanın incelenmesinden; davacının görevde yükselme sınavında başarılı olması üzerine 27.2.2009 günlü dilekçesiyle Samsun'da kalmak kaydıyla tekniker kadrosunun verilmesi için başvurduğu, 30.4.2009 günlü, 13336 sayılı işlemle ... İlçe Müdürlüğündeki teknisyenlik görevinden ... İl Müdürlüğü emrine tekniker olarak atandığı, ancak atama işleminin kendisine tebliğ edilmediği ve davacının teknikerlik görevine başlatılmadığı, davacının bu kez 21.5.2009 günlü atanma istek formu ile il dışına atanmak istediği, Samsun Valiliğinin 10.6.2009 günlü, 2766-4930 sayılı işlemiyle, tekniker kadrosuna atandığı, 3 yıl nakil talebinde bulunamayacağı gerekçesiyle başvurusunun reddedildiği, bunun üzerine davacının aynı günlü dilekçesiyle tekniker kadrosundan feragat ettiği, davalı idarece feragatı kabul edilerek Samsun Valiliği emrine yapılan atamasının iptal edildiği, bakılmakta olan davanın ise davacının il dışına atanma isteğinin reddine ilişkin Samsun Valiliğinin 10.6.2009 günlü, 2766-4930 sayılı işleminin iptali istemiyle açıldığı görülmektedir.

İdarelerce tesis edilen işlemlerin, geri alınmadıkları ya da yargı yerlerince iptal edilmedikleri sürece hukuken geçerliliklerini koruyacakları tartışmasız olup, davacının tekniker kadrosundan feragat etmesini, davanın konusuz kalması sonucunu doğuran bir işlem olarak kabul etmeye olanak yoktur. Bu nedenle Mahkemece davanın esasına girilerek

bir karar verilmesi gerekirken, davanın konusuz kaldığı gerekçesine dayalı olarak hüküm kurulmasında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle davacının temyiz isteminin kabulüyle Samsun 1. İdare Mahkemesinin 10.3.2010 günlü, E:2009/851, K:2010/228 sayılı kararının, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1/b fıkrası uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı Kanunla değişik 3. fıkrası gereğince ve yukarıda belirtilen husus gözetilerek yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, 10.6.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
İkinci Daire

Esas No : 2010/5435
Karar No : 2011/2544

Özeti : Zonguldak İli, ... İlçe Milli Eğitim Müdürlüğünde şube müdürü olarak görev yapan davacının ... İli, ... İlçesi; İl Milli Eğitim Müdürlüğüne şube müdürü olarak atanma istemiyle yaptığı başvurunun Milli Eğitim Bakanlığınca valiliğin uygun görüşünün bulunması halinde değerlendirileceği belirtilerek reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada uyuşmazlığın esasının incelenerek bir karar verilmesi gerekirken, olayda kesin ve yürütülmesi zorunlu bir idari işlem bulunmadığı gerekçesiyle davanın incelenmeksizin reddi yolunda hüküm kurulmasında hukuki isabet görülmediği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı): ...

Karşı Taraf : Milli Eğitim Bakanlığı

İsteğin Özeti : Zonguldak İdare Mahkemesi'nce verilen 5.8.2010 günlü, E:2010/890, K:2010/1047 sayılı kararın temyizden incelenerek bozulması istenilmektedir.

Cevabın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği yolundadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Hürriyet Micozkadioğlu

Düşüncesi : İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir..

Danıştay Savcısı : Şule Tataroğlu

Düşüncesi : Zonguldak İli, ... İlçesi, ... İlçe Milli Eğitim Müdürlüğü'nde şube müdürü olarak görev yapan davacının Amasya İli, Merzifon İlçesi; İl Milli Eğitim Müdürlüğü'ne şube müdürü olarak atanma istemiyle yaptığı başvurunun değerlendirmeye alınmamasına ilişkin İl Milli Eğitim Müdürlüğü işlemi ile bu işlem ekindeki Milli Eğitim Müdürlüğü Personel Genel Müdürlüğü işleminin iptali istemiyle açılan davanın incelenmeksizin reddi yolundaki idare mahkemesi kararının temyizden incelenerek bozulması istenilmektedir.

Mahkemeye dava konusu işlemle davacı talebinin reddedilmediği, bağlı bulunan Valinin uygun görüşüyle gönderilmesinin istenilmesi niteliğinde olduğu, icrai bir nitelik taşımadığı gerekçesiyle işin esasına geçilmemiştir.

11.6.2003 tarih ve 25135 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Milli Eğitim Bakanlığı Yönetici Atama ve Görevde Yükselme Yönetmeliği'nde getirilen

düzenlemeler değerlendirildiğinde, ikinci kademe yöneticilik görevlerinden olan İl ve İlçe Milli Eğitim Şube Müdürlüğü görevleri arasındaki geçişin; görevde yükselme koşullarına bağlanmadığı, eşdeğer görevler olarak sayıldıklarından, başvuranların, önceki hizmet süreleri ve öğrenim koşulları değerlendirilmek suretiyle atanma istemlerinin, liyakat koşulları içinde değerlendirilmesi gerektiği açıktır.

Davacının başvurduğu tarih itibarıyla, bu kadrolardan birine atanma istemiyle herhangi bir başvuru bulunup bulunmadığı hususu incelenmek ve başvuruların nitelikleri bakımından liyakatli olup olmadıkları değerlendirilmek suretiyle kamu yararı ve hizmet gereği ilkelerine dayalı olarak, en uygun olan adayın atanması gerekeceği kuşkusuzdur.

Bu durumda, davacının aynı yönetim kademesinde bulunan eşdeğer bir kadroya atanma istemiyle yaptığı başvurusunun incelemeye alınması için; Valiliğin uygun görüşü yukarıda anılan Yönetmelikle öngörülmediğinden dava konusu işlemlerde hukuka uyarlık, davanın incelenmeksizin reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararında ise, hukuki isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüyle İdare Mahkemesi kararının bozulmasının uygun olacağı 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, Zonguldak İli, Çaycuma İlçe Milli Eğitim Müdürlüğünde Şube Müdürü olarak görev yapan davacının Amasya İli, Merzifon İlçe Milli Eğitim Şube Müdürlüğüne atanmak için yaptığı başvurusunun değerlendirmeye alınmamasına ilişkin 11.5.2010 günlü, 1619/24164 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Zonguldak İdare Mahkemesinin 5.8.2010 günlü, E:2010/890, K:2010/1047 sayılı kararıyla; dava konusu işlemin talebin reddi niteliğinde bulunmaması ve işlemin talep dilekçesinin atanılmak istenilen görevin bulunduğu yerin bağlı olduğu Valiliğin uygun görüşüyle gönderilmesinin istenilmesi niteliğinde olması, bu sebeple dava konusu işlemin idari davaya konu edilebilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu bir idari işlem olarak değerlendirilemeyeceği, davanın esasının incelenme olanağı bulunmadığı gerekçesiyle dava 2577 sayılı Yasanın 15/1-b maddesi uyarınca incelenmeksizin reddedilmiştir.

Davacı, davalı idarece verilen cevabın isteminin reddi anlamına geldiğini öne sürerek İdare Mahkemesi kararının bozulmasını istemektedir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 10. maddesinde, 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, Danıştaya, idare ve vergi mahkemelerine dava açabilecekleri, altmış günlük süre içinde idarece verilen cevap kesin değilse ilgilinin bu cevabı, isteminin reddi sayarak dava açabileceği gibi, kesin cevabı da bekleyebileceği hükmü düzenlenmiştir.

Dosyanın incelenmesinden; ... İli, ... İlçesi, ... İlçe Milli Eğitim Müdürlüğü'nde şube müdürü olarak görev yapan davacının ... İli, ... İlçesi; İlçe Milli Eğitim Müdürlüğü'ne şube müdürü olarak atanma istemiyle başvurduğu, bu başvurusunun Milli Eğitim Bakanlığının 11.5.2010 günlü, 1619/24164 sayılı işlemi ile benzer müracaatların ihtiyaç duyulmasının belirtilmesi durumunda değerlendirmeye alınabildiği belirtilmek suretiyle reddedilerek Zonguldak Valiliğinin 26.5.2010 günlü, 14141 sayılı işlemiyle davacıya bildirildiği, bu işlemlerin iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı görülmektedir.

Bu durumda Milli Eğitim Bakanlığınca tesis edilen dava konusu işlemle davacının başvurusunun Valiliğin uygun görüşünün bulunması halinde değerlendirileceği belirtilerek reddedildiğinden, uyumsuzluğun esasının incelenerek bir karar verilmesi gerekirken, olayda

kesin ve yürütülmesi zorunlu bir idari işlem bulunmadığı gerekçesiyle davanın incelenmeksizin reddi yolunda hüküm kurulmasında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle davacının temyiz isteminin kabulüyle Zonguldak İdare Mahkemesi'nce verilen 5.8.2010 günlü, E:2010/890, K:2010/1047 sayılı kararın, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1/b fıkrası uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı Kanunla değişik 3. fıkrası gereğince ve yukarıda belirtilen husus gözetilerek dosya tekemmül ettirilmek suretiyle yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, kullanılmayan 28,15 TL yürütmenin durdurulması harcının isteği halinde davacıya iadesine 17.6.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
İkinci Daire

Esas No : 2011/3002
Karar No : 2011/2687

Özeti : 2577 sayılı Kanun'un 10. maddesi kapsamında yapılan başvurunun reddi üzerine, parasal haklarının başvuru tarihinden itibaren hesaplanması gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Milli Eğitim Bakanlığı

Karşı Taraf : ... adına Eğitimciler Birliği Sendikası

Vekili : Av. ...

İsteğin Özeti : Tokat İdare Mahkemesi'nin 24.12.2010 günlü, E:2010/412, K:2010/791 sayılı kararının iptale ilişkin kısmının, dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması istemlerinden ibarettir.

Cevabın Özeti : Cevap verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Nafi Alantar

Düşüncesi : Davacının uzman öğretmen unvanı verilmesi ve idareye başvurduğu tarih olan 23.03.2010 tarihinden sonraki dönem için uzman öğretmenlikten kaynaklanan mali haklardan yararlandırılması isteminin reddine yönelik olarak İdare Mahkemesi'nce verilen iptal hükmünün onanması; başvuru tarihinden önceye ilişkin iptal hükmünün bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Semra Şentürk

Düşüncesi : Öğretmen olarak görev yapan ve 2006 yılında yapılan kariyer basamaklarında yükselme sınavında yeterli puanı alan ancak kontenjan yetersizliğinden dolayı uzman öğretmenlik sertifikası almaya hak kazanamayan davacının, Anayasa Mahkemesinin 21.5.2008 günlü, E:2004/83, K:2008/107 sayılı kararı uyarınca ,davacının uzman öğretmenlik unvanı verilmesi ve buna bağlı haklardan yararlandırılması istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada; uzman öğretmenlik unvanı verilmesi ve 15.3.2010 tarihinden sonraki döneme ilişkin parasal haklardan yararlandırılmaması isteminin reddine dair işlemi iptal eden ve 15.3.2010 tarihinden önceki döneme ilişkin kısmını süre aşımı yönünden kısmen reddeden ,İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulması istemidir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmekte olup, temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, İdare Mahkemesi kararının ,uzman öğretmenlik unvanı verilmesi ve 23.3.2010 tarihinden sonraki döneme ilişkin parasal haklardan yararlandırılmaması isteminin reddine dair işlemin iptaline ilişkin kısmının bozulmasının gerektirecek nitelikte görülmemiştir.

Öğretmen olarak görev yapan ve 2006 yılında yapılan kariyer basamaklarında yükselme sınavında yeterli puanı alan ancak kontenjan yetersizliğinden dolayı uzman öğretmenlik sertifikası almaya hak kazanamayan davacının, Anayasa Mahkemesinin 21.5.2008 günlü, E:2004/83, K:2008/107 sayılı kararı uyarınca ,davacının uzman öğretmenlik unvanı verilmesi ve buna bağlı haklardan yararlandırılması istemiyle yaptığı başvuru ,2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 10 uncu maddesi kapsamında bulunduğundan,davacının idareye başvuru tarihi olan 23.3.2010 tarihinden geriye doğru 120 günlük sürenin işletilerek bu dönem için parasal hakların ödenmesine karar verilmesinde hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davalının temyiz isteminin kısmen kabulüyle İdare Mahkemesi kararının 23.3.2010 tarihinden geriye doğru 120 günlük sürenin işletilerek bu dönem için parasal hakların ödenmesine karar verilmesine ilişkin kısmının bozulması, uzman öğretmenlik unvanı verilmesi ve 23.3.2010 tarihinden sonraki döneme ilişkin parasal haklardan yararlandırılmaması isteminin reddine dair işlemin iptaline ilişkin kısmında ise temyiz isteminin reddi ile Mahkeme kararının onanması gerekeceği düşünülmüştür.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İkinci Dairesince dava dosyasının tekemmül ettiği anlaşıldığından, davalı idarenin yürütmenin durdurulması istemi hakkında bir karar verilmeksizin işin gereği düşünüldü:

Dava, Kariyer Basamaklarında Yükselme Sınavı'ndan yeterli puanı alan, ancak yapılan değerlendirme sonucunda uzman öğretmenlik sertifikası almaya hak kazanamayan davacının, Anayasa Mahkemesi'nin 21.05.2008 günlü, E:2004/83, K:2008/107 sayılı kararından bahisle 2006 yılında yapılan değerlendirme sonucunda söz konusu unvanı elde eden öğretmenlerle aynı tarihten geçerli olmak üzere, uzman öğretmenlik unvanı verilmesi ve aynı tarihten geçerli olmak üzere mali haklardan yararlandırılması istemiyle yaptığı 23.03.2010 günlü başvurusunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Tokat İdare Mahkemesi'nin 24.12.2010 günlü, E:2010/412, K:2010/791 sayılı kararıyla; Milli Eğitim Temel Kanunu'nun 43. maddesine 5204 sayılı Kanun'la eklenen 6. fıkra ile kontenjan sınırlamasına ilişkin hükümler ile uzman öğretmenlik ve başöğretmenlik sayıları ile diğer hususların yönetmelikle düzenleneceğine ilişkin hükmün iptal edildiği ve bu konuda bir düzenleme yapılmadığının anlaşılması karşısında 2005 yılında yapılan Öğretmenlik Kariyer Basamaklarında Yükselme Sınavı'nda başarılı olmasına karşın kontenjan yetersizliği nedeniyle uzman öğretmen sertifikası alamayan davacının kontenjan sınırlamasına tabi olmadığı sonucuna varılarak tarafına uzman öğretmen sertifikası verilmesi ve 2006 yılında yapılan değerlendirme sonucunda söz konusu unvanı elde eden öğretmenlerle aynı tarihten geçerli olmak üzere uzman öğretmenlik unvanına dayalı mali haklardan yararlandırılması isteminin reddine ilişkin 22.04.2010 günlü, 21444 sayılı dava konusu işlemin davacıya uzman öğretmen unvanı verilmesi talebinin reddine ilişkin kısmında hukuka uygunluk bulunmadığı, dava konusu işlemin, davacının, 2006 yılında yapılan değerlendirme sonucunda söz konusu unvanı elde eden öğretmenlerle aynı tarihten geçerli olmak üzere uzman öğretmenlik unvanına dayalı mali haklardan yararlandırılması isteminin reddine ilişkin kısmına gelindiğinde ise, davacının 23.03.2010 tarihinde idareye başvurduğu, 16.06.2010 tarihinde bakılan davanın açıldığı anlaşıldığından, kendisine (davanın açıldığı tarihten geriye doğru 120 günü aşmamak koşuluyla) başvuru tarihinden geriye doğru altmış günlük süre içindeki ilk uygulama esas alınarak uzman öğretmenler için ödenen mali hakların ödenmesinin mümkün olduğu, buna karşın davanın açıldığı tarihten geriye doğru 120 günü ve/veya başvuru tarihinden geriye doğru altmış günlük süreyi aşan dönemdeki uygulamalardan doğan zararların ödenmesine süre aşımı nedeniyle imkan bulunmadığı gerekçeleriyle dava konusu işlemin, davacının uzman öğretmen unvanı verilmesi ve 15.03.2010 tarihinden sonraki dönem için uzman öğretmenlikten kaynaklanan mali

haklardan yararlandırılması isteminin reddine ilişkin kısmının iptaline; 15.03.2010 tarihinden önceki döneme ilişkin kısmının iptali istemi yönünden ise süre aşımı nedeniyle davanın reddine hükmedilmiştir.

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

İdare ve vergi mahkemeleri tarafından verilen kararların temyiz yolu ile incelenerek bozulabilmeleri, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde belirtilen nedenlerden birinin varlığına bağlı olup, davalı idare tarafından ileri sürülen hususlar İdare Mahkemesi kararının dava konusu işlemin, davacının uzman öğretmen unvanı verilmesi ve idareye başvuru tarihi olan 23.03.2010 tarihinden sonraki dönem için uzman öğretmenlikten kaynaklanan mali haklardan yararlandırılması isteminin reddine ilişkin kısmının iptaline ilişkin kısmının bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir.

İdare Mahkemesi kararının dava konusu işlemin, davacının 15.03.2010 tarihinden sonraki dönem için (15.03.2010 tarihi ile idareye başvuru tarihi olan 23.03.2010 tarihi arasındaki dönem için) uzman öğretmenlikten kaynaklanan mali haklardan yararlandırılması isteminin reddine ilişkin kısmının iptaline ilişkin hüküm fıkrasına gelince:

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7. maddesinde, dava açma süresinin, özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde Danıştay'da ve idare mahkemelerinde altmış gün olduğuna işaret edilmiş, 10. maddesinde ise ilgililerin, haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idari makamlara başvurabileceği, altmış gün içinde bir cevap verilmezse isteğin reddedilmiş sayılacağı, ilgililerin altmış günün bittiği tarihten itibaren dava açma süresi içinde, konusuna göre Danıştay, idare ve vergi mahkemelerinde dava açabileceği, altmış günlük süre içinde idarece verilen cevap kesin değilse ilgilinin bu cevabı, istemin reddi sayarak dava açabileceği gibi, kesin cevabı da bekleyebileceği, bu takdirde dava açma süresinin işlemeyeceği, ancak bekleme süresinin başvuru tarihinden itibaren altı ayı geçemeyeceği, dava açılmaması veya davanın süre yönünden reddi hallerinde, altmış günlük sürenin bitmesinden sonra yetkili idari makamlarca cevap verilirse, cevabın tebliğinden itibaren altmış gün içinde dava açılabilmesi hükme bağlanmıştır.

Davaya konu edilecek idari işlemler, ilgilinin idareye başvurusu üzerine tesis edilebileceği gibi idarece kendiliğinden de tesis edilmiş olabilir. Ortada idarece kendiliğinden tesis edilmiş bir işlem yoksa ilgilinin dava açma hakkından ve bu hakkın süresinde kullanılması gereğinden de söz edilemez. Böyle bir durumda ilgililerin kanunda aksine bir hüküm olmadıkça 2577 sayılı Kanunun 10. maddesine göre idareye başvurarak işlem tesis ettirmeleri ve bu işleme karşı 2577 sayılı Yasa'nın 7. ve 10. maddelerinde belirtilen süreler gözetilerek dava açmaları mümkündür.

Bu itibarla, kontenjan yetersizliğinden dolayı uzman öğretmenlik unvanı verilmemesine ilişkin ilk işleme karşı davanın açılmadığı, davanın, davacının 23.03.2010 tarihinde 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 10. maddesi kapsamında yaptığı başvurusunun reddi üzerine, bu ret işleminin iptali istemiyle açıldığı göz önünde bulundurulduğunda, uzman öğretmenlik unvanının verilmemesinden kaynaklanan maaş farkının, idareye başvuru tarihi olan 23.03.2010 tarihinden itibaren hesaplanacağı açıktır.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kısmen reddiyle, Tokat İdare Mahkemesi'nce verilen 24.12.2010 günlü, E:2010/412, K:2010/791 sayılı kararın; dava konusu işlemin, davacının uzman öğretmen unvanı verilmesi ve idareye başvuru tarihi olan 23.03.2010 tarihinden sonraki dönem için uzman öğretmenlikten kaynaklanan mali haklardan yararlandırılması isteminin reddine ilişkin kısmının iptaline yönelik kısmının onanmasına, davalı idarenin temyiz isteminin kısmen kabulüyle, dava konusu işlemin, davacının 15.03.2010 tarihinden sonraki dönem için (15.03.2010 tarihi ile idareye başvuru tarihi olan 23.03.2010 tarihi arasındaki dönem) uzman öğretmenlikten kaynaklanan mali haklardan yararlandırılması isteminin reddine yönelik iptale ilişkin kısım yönünden 2577 sayılı

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1/b. fıkrası uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı Kanun'la değişik 3. fıkrası gereğince ve yukarıda belirtilen hususlar da gözetilerek bozulan kısım yönünden yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkeme'ye gönderilmesine, 22.06.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
İkinci Daire

Esas No : 2010/6325
Karar No : 2011/2944

Özeti : Davacının iptalini istediği gizli değerlendirme belgesinin, Gümrük Kontrolörleri Yönetmeliği'nin 54. maddesi uyarınca düzenlendiği ve teftiş edilen veya denetlenen kuruluş ve birimlerin amir, memur ve görevlileri hakkında kontrolörlerin görüş ve kanaatlerini belirten hazırlayıcı işlem niteliğinde bir belgeden ibaret olduğu, davacının hukuksal durumunda doğrudan değişikliğe yol açabilecek mahiyette bir özellik taşımadığı, dolayısıyla tek başına idari davaya konu edilemeyeceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı): T.C. Başbakanlık Gümrük Müsteşarlığı

Karşı Taraf : ...

Vekili : Av. ...

İsteğin Özeti : Bursa 2. İdare Mahkemesince verilen 30.9.2010 günlü, E:2010/543, K:2010/644 sayılı kararın dilekçede yazılı nedenlerle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

Cevabın Özeti : Cevap verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Hürriyet Micozkadioğlu

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 15.12.2010 günlü ara kararı cevabının geldiği, davacının temyize cevap dilekçesinin gelmediği ve dosyanın tekemmül ettiği görülerek yürütmenin durdurulması istemi hakkında bir karar verilmeksizin işin gereği düşünüldü:

Dava; ... Gümrük ve Muhafaza Başmüdürlüğünde Gümrük Müdürü olarak görev yapan davacının, 24.7.2009-12.8.2009 tarihleri arasında Eskişehir Gümrük Müdürlüğünde geçici görevli olarak bulunduğu sırada anılan Müdürlüğün teftiş incelemesi nedeniyle hakkında düzenlenen ve 20.8.2009 günlü, 67/27 sayılı yazı ekinde gönderilen gizli değerlendirme belgesinin iptali istemiyle açılmıştır.

Bursa 2. İdare Mahkemesinin 30.9.2010 günlü, E:2010/543, K:2010/644 sayılı kararıyla; gerek davacının geçici görevle bulunduğu esnada yapılan olağan teftiş incelemesinin önceki döneme ait iş ve işlemlere ilişkin olması, gerekse davacı hakkında belirtilen olumsuz görüşlerle ilgili herhangi bir bilgi ve belgenin gösterilmemesi, soruşturmaya konu edilmemesi, bu kanaatlerin hukuken itibar edilecek somut olay, bilgi ve belgelerle ortaya konulmaması karşısında subjektif gerekçelerle düzenlendiği anlaşılan ve davacının menfaatini etkileyebilecek nitelikte bulunan gizli değerlendirme belgesinde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlem iptal edilmiştir.

Davalı idare; gizli değerlendirme belgesinin mevzuata uygun olduğunu öne sürmekte ve mahkeme kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesi (a) bendinde; iptal davalarının, idari işlemler hakkında açılacağı, 14/3-d maddesinde; dilekçelerin, idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı yönünden inceleneceği, 15/1-a maddesinde de; dava konusu işlemin, idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem olmadığı takdirde davanın reddedileceği öngörülmüştür.

Dosyanın incelenmesinden; ... Gümrük ve Muhafaza Başmüdürlüğünde Gümrük Müdürü olarak görev yapan davacının, 24.7.2009-12.8.2009 tarihleri arasında Eskişehir Gümrük Müdürlüğünde geçici görevli olarak bulunduğu sırada anılan Müdürlüğün teftişi nedeniyle hakkında düzenlenen ve 20.8.2009 günlü, 67/27 sayılı yazı ekinde gönderilen gizli değerlendirme belgesinin iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı görülmektedir.

Gümrük Kontrolörleri Yönetmeliğinin 54. maddesinin son fıkrasında, Kontrolörlerin muamele ve işlemlerini teftiş ettikleri gümrük görevlileri hakkında edindikleri bilgi ve kanaatlerine göre kısa ve açık birer gizli tezkiye varakası tanzim ederek memur ve hizmetlilerin gizli tezkiye varakalarını muhafaza ile mükellef makamlara gönderecekleri hükmü yer almıştır.

5.4.2006 günlü, 2006/1 sayılı Gümrük Kontrolörleri Çalışma Usul ve Esasları Yönergesinin 27. maddesinde, Gümrük Kontrolörleri Yönetmeliğinin 54 üncü maddesinin son fıkrasında, Kontrolörlerin, muamele ve işlemlerini teftiş ettikleri gümrük görevlileri hakkında edindikleri bilgi ve kanaatlerine göre, kısa ve açık birer gizli tezkiye varakası düzenleyecekleri hükmünün yer aldığı; buna göre; Kontrolörlerin, işlemlerini teftiş ettikleri gümrük idaresinin bütün amirleri ve idarede görev yapan diğer memurlardan bilgi ve kanaat sahibi olunanlar hakkında, kısa ve açık birer gizli tezkiye varakası tanzim edecekleri; Yönergenin 15 numaralı ekini teşkil eden Gizli Tezkiye Varakasının "Amir/Memurun Mesleki Yeterliliği Hakkındaki Notlar" bölümünde yer alan kriterlerin 100 tam puan üzerinden değerlendirileceği, düzenlenen tezkiye varakalarının, "GİZLİ" ve "KİŞİYE ÖZEL" kaşeleri tatbik edilerek kapalı bir zarf içerisinde Personel Dairesi Başkanlığına intikal ettirilmek üzere bir yazı ile Başkanlığa gönderileceği ve bu hususun teftiş raporunda belirtileceği hükmü düzenlenmiştir.

Uyuşmazlık konusu olayda; davacının iptalini istediği gizli değerlendirme belgesinin, Gümrük Kontrolörleri Yönetmeliğinin 54. maddesi uyarınca düzenlendiği ve teftiş edilen veya denetlenen kuruluş ve birimlerin amir, memur ve görevlileri hakkında kontrolörlerin görüş ve kanaatlerini belirten hazırlayıcı işlem niteliğinde bir belgeden ibaret olduğu, davacının hukuksal durumunda doğrudan değişikliğe yol açabilecek mahiyette bir özellik taşımadığı, dolayısıyla; tek başına idari davaya konu edilemeyeceği; ancak, söz konusu değerlendirme belgesine dayanılarak davacı hakkında herhangi bir işlem tesis edilmesi ve buna karşı dava açılması halinde, dava konusu işlemin sebep unsuru olarak değerlendirme belgesinin de idari yargı yerince incelenerek değerlendirileceği kuşkusuzdur.

Bu durumda; idari davaya konu olabilecek nitelikte kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem niteliği taşımayan ve bu nedenle incelenmesi mümkün olmayan işleme karşı açılmış davayı, incelenmeksizin reddetmesi gerekirken, işin esasına girerek iptal eden İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulüyle Bursa 2. İdare Mahkemesince verilen 30.9.2010 günlü, E:2010/543, K:2010/644 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, 11.7.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ÜÇÜNCÜ DAİRE KARARLARI

GELİR VERGİSİ

T.C.
DANIŞTAY
Üçüncü Daire

Esas No : 2010/205
Karar No : 2011/5144

Özeti : Avukat olan ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu uyarınca görevlendirilen davacının, nezdinde sigortalı olarak çalıştığı avukatın serbest meslek makbuzunu kullanması gerektiğinden davacıya ödenmesi gereken ücretin, yanında çalıştığı avukatın vergi borcuna mahsup edilemeyeceği hakkında.

Temyiz Eden : İzmir Valiliği Defterdarlık Muhasebe Müdürlüğü

Karşı Taraf : ...

İstemin Özeti : Avukat olan ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu uyarınca görevlendirilen davacının müdafilik ücretinin tarafına ödenmesi istemiyle yaptığı başvurunun, yanında sigortalı olarak çalıştığı avukatın vergi borcu nedeniyle reddedilmesi yolundaki işlemin iptali ile söz konusu ücretin yasal faiziyle birlikte iadesi istemiyle açılan davada; davacının, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 150'nci maddesi uyarınca bizzat yerine getirdiği müdafilik görevi nedeniyle ücret almaya hak kazandığında tartışma bulunmadığı, 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulanma Şekli Hakkında Kanunun 13'üncü maddesi uyarınca yapılacak ödemeye ilişkin usullerin, Adalet Bakanlığınca çıkarılan ve 2.3.2007 gün ve 26450 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafî ve Vekillerin Görevlendirilmeleri ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelikle belirlendiği, buna göre davacının, nezdinde sigortalı olarak çalıştığı avukatın serbest meslek makbuzunu kullanması gerektiği, bu durum ücretin ödeme usulüne ilişkin bir prosedür olup, serbest meslek makbuzu kullanılan avukatı hak sahibi yapmayacağından, müdafilik görevi yapan davacıya ödenmesi gereken ücretin, yanında çalıştığı avukatın vergi borcuna mahsup edilmesinde hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemi iptal eden, yasal faiz istemi yönünden ise davayı reddeden İzmir 2. Vergi Mahkemesinin 30.9.2009 gün ve E:2009/777, K:2009/1275 sayılı kararının; 1993/6 ve 2002/1 numaralı Tahsilat İç Genelgeleri uyarınca hak sahiplerine yapacakları ödemelerden önce hak sahibinin vergi borcunun bulunup bulunmadığı sorgulandıktan sonra, ödemenin yapılması gerektiği ileri sürülerek bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Tetkik Hakimi : Pelin AKÇA

Düşüncesi : Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar Vergi Mahkemesi kararının bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığından, temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Savcı : Sefer YILDIRIM

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Üçüncü Dairesince işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Dayandığı hukuki ve kanuni nedenlerle gerekçesi yukarıda açıklanan Vergi Mahkemesi kararı, aynı gerekçe ve nedenlerle Dairemizce de uygun görülmüş olup, temyiz istemine ilişkin dilekçede ileri sürülen iddialar sözü geçen kararın bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığından, temyiz isteminin reddine ve kararın onanmasına, 23.9.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KAMU ALACAKLARININ TAHSİLİ

T.C. DANIŞTAY Üçüncü Daire

Esas No : 2009/3350

Karar No : 2011/4930

Özeti : 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 79'uncu maddesi uyarınca düzenlenen haciz bildirisine yapılan itirazın reddine ilişkin işlemin idari davaya konu edilemeyeceği hakkında.

Temyiz Edenler : 1-Karşıyaka Vergi Dairesi Müdürlüğü
2-Küçükköy Belediye Başkanlığı

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

İstemin Özeti : ... Yol İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret Limited Şirketinin vergi borcu nedeniyle davacı adına 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 79'uncu maddesi uyarınca düzenlenen haciz bildirisine yapılan itirazın reddine ilişkin işlemi; söz konusu madde uyarınca kendisine haciz bildirisine tebliğ edilen üçüncü şahsın yedi gün içinde itiraz etmesi halinde amme idaresinin, bir yıl içinde genel mahkemelerde dava açmak suretiyle üçüncü şahsın yaptığı itirazın aksini ispat ederek, borçlu bulunduğu tutarın ödenmesine hükmedilmesini isteyebileceği dikkate alındığında, adına düzenlenen haciz bildirisine süresinde itiraz eden davacının bu itirazının aksinin davalı idare tarafından genel mahkemelerde açılacak dava sonucu ispat edilmesi gerekmesine karşın, kanunda öngörülmeyle şekilde itirazın reddi yolunda tesis edilen işlemde hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle iptal eden İzmir 2. Vergi Mahkemesinin 16.4.2009 gün ve E:2008/1761, K:2009/605 sayılı kararının; davacı tarafından, mahkeme kararının gerekçesinin düzeltilerek onanması gerektiği, vergi dairesi müdürlüğü tarafından ise dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı ileri sürülerek bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti : Temyiz istemlerinin reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hakimi : Ümit KOCATEPE

Düşüncesi : Temyiz dilekçelerinde ileri sürülen iddialar Vergi Mahkemesi kararının, gerekçesinin düzeltilerek onanmasını ve bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığından, temyiz istemlerinin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Savcı : Süreyya ÇAKIN

Düşüncesi : İdare ve 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 Üçüncü Dairesince işin gereği görüşülüp düşünüldü:

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2'nci maddesinde iptal davaları tanımlanmış, 14'üncü maddesinin 3/d bendinde, dilekçelerin idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı yönünden inceleneceği, 15'inci maddesinin 1/b bendinde, 14'üncü maddenin 3/d bendinde yazılı halde davanın reddine karar verileceği kurala bağlanmıştır.

Yasanın 2'nci maddesinde tanımlanan iptal davaları, idarenin tek taraflı irade açıklamasıyla ilgililerin hukuksal durumunda değişiklik yaratan etkili ve yürütülmesi gerekli hukuksal işlemleri konu edinen davalardır. İlgililerin hukuksal durumunda herhangi bir değişiklik yaratmayan işlemlerin, idari makamlar tarafından tesis edilmiş olsa da iptal davasına konu edilmesine olanak bulunmamaktadır.

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 79'uncu maddesinin 3'üncü fıkrasında, kendisine haciz bildirisi tebliğ edilen üçüncü şahsın; borcu olmadığı veya malın yedinde bulunmadığı veya haczin tebliğinden önce borcun ödendiği veya malın tüketildiği ya da kusuru olmaksızın telef olduğu veya alacak borçluya veya emrettiği yere verilmiş olduğu gibi bir iddiada ise durumu, haciz bildirisinin kendisine tebliğinden itibaren yedi gün içinde tahsil dairesine yazılı olarak bildirmek zorunda olduğu, 6'ncı fıkrasında da üçüncü şahsın, haciz bildirisi üzerine yedi gün içinde alacaklı tahsil dairesine itiraz ettiği takdirde, alacaklı amme idaresinin bir yıl içinde, yapılan itirazın aksini genel mahkemelerde açacağı davada ispat ederek, üçüncü şahsın İcra ve İflas Kanununun 338 inci maddesinin birinci fıkrasına göre cezalandırılmasını ve borçlu bulunduğu tutarın ödenmesine hükmedilmesini isteyebileceği hükme bağlanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, ... Yol İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret Limited Şirketinin vergi borcu nedeniyle davacı adına 6183 sayılı Kanunun 79'uncu maddesi uyarınca düzenlenen haciz bildirisine yedi gün içinde itiraz edilmesi üzerine, vergi dairesince davacının haciz bildirisi ile talep edilen borçtan sorumlu olduğu, haczin devam ettiği ve gereği yerine getirilmediği takdirde cebren takip ve tahsil hükümlerinin uygulanacağı belirtilerek, itirazın reddine ilişkin işlemin tesis edildiği anlaşılmaktadır.

Sözü edilen düzenlemede öngörüldüğü şekilde vergi dairesince, itirazın aksinin genel mahkemelerde açılacak dava ile ispat edilmesi gerektiği, bunun dışında idare tarafından uygulanabilecek bir usul olmadığı dikkate alındığında, dava konusu işlemin bu aşamada davacının hukuksal durumunu etkilemeyeceği, ancak idarenin ödeme emri düzenlemesi, haciz kararı alması ve uygulaması gibi cebren takip işlemleri yapması halinde davacının hukuksal durumunda değişiklik olacağı açıktır.

Bu durumda ortada idari davaya konu edilebilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem olmadığından, açılan davanın, 2577 sayılı Yasanın 15'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (b) bendi uyarınca reddi gerekirken, işin esası incelenerek karar verilmesinde hukuka uygunluk görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle İzmir 2. Vergi Mahkemesinin 16.4.2009 gün ve E:2008/1761, K:2009/605 sayılı kararının bozulmasına, 492 sayılı Harçlar Kanununun 13'üncü maddesinin (j) bendi parantez içi hükmü uyarınca alınması gereken harç dahil olmak üzere yargılama giderlerinin yeniden verilecek kararda karşılanması gerektiğine, 19.9.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KATMA DEĞER VERGİSİ

T.C.
DANIŞTAY
Üçüncü Daire

Esas No : 2008/5314

Karar No : 2011/4795

Özeti : Türk Medeni Kanunu'nun 683'üncü, 704'üncü ve 718'inci maddeleri ile İmar Kanunu'nun 20'nci, 22'nci maddeleri uyarınca inşaatın yapıldığı arsanın tapu sicilinde inşaat taahhüt hizmetini alan kooperatif tüzel kişiliği adına tescil edilmiş ve inşaat ruhsatının kooperatife verilmiş olmasını arayan dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığından indirimli oranda katma değer vergisinin uygulanamayacağı hakkında.

Temyiz Eden : Vergi Dairesi Başkanlığı

Karşı Taraf : ... İnşaat Mühendislik Mimarlık Müşavirlik Taşımacılık ve Ticaret

Anonim Şirketi

İstemin Özeti : Davacının indiremediği katma değer vergilerinin iadesi isteminin reddine dair işlemin iptali ve yasal faizi ile birlikte iadesi istemiyle açılan davada; yurt içi ve yurt dışında inşaat ve taahhüt işleri yapan davacı şirketin 23.9.2002 tarihinde ...Sitesi Yapı Kooperatifine inşaat taahhüdünde bulunarak 1.10.2002 tarihinde inşaat işine başladığı, inşaat taahhüdü işinin tek tarafı olarak 13.10.2005 tarihinde anılan kooperatifçe fesh edildiği, davacı şirketçe S.S Sitesi Yapı Kooperatifi'ne 19.10.2005 tarihinde ilgili dönemlerde hazırlanmış 11 adet hak ediş raporuna istinaden 2.460.805 YTL tutarında fatura düzenlendiği, inşaat işinin münhasıran konut yapı kooperatifine yapılması nedeniyle yüklenilen 133.709,42 YTL katma değer vergisinin indirim yoluyla telafi edilemeyeceğinden yeminli mali müşavirce düzenlenen katma değer vergisi iadesi raporuyla iadesinin talep edildiği, iade talebi üzerine Vergi Dairesi Başkanlığı yazısıyla inşaatın bitip bitmediği, projeye uygun girdilerin satın alınıp alınmadığı, belge düzeninin mevzuata uygun olup olmadığı hususlarının tespiti için incelenmesinin istenildiği, inceleme üzerine düzenlenen rapor ile katma değer vergisi iadesi tasdik raporunda, konut yapı kooperatifine yapılan inşaat taahhüt işinin tamamlandığı belirtilmiş olmasına karşın inşaat ve taahhüt işinin henüz tamamlanmadığı, konut yapı kooperatifine yapılan inşaat taahhüt işi kapsamında konut yapı kooperatifinden tahsil edilen bir hak ediş bedeli karşılığında faturaların düzenlenmediği ve beyan edilmediği, projeye uygun girdilerin satın alınıp alınmadığına yönelik olarak sağlıklı bir değerlendirme yapabilecek yeterli veriye tam olarak ulaşamadığının belirtilmesi üzerine Vergi Dairesi Başkanlığınca tespit edilen eksikliklerin giderilmesi halinde iade işleminin yapılacağına bildirildiği, şirketin yeminli mali müşavirince söz konusu eksikliklere ilişkin açıklama yapılarak iadenin tekrar talep edildiği, davacı şirketin bağlı bulunduğu Vergi Dairesi Müdürlüğü'nce davalı Vergi Dairesi Başkanlığı'na yazılan yazı ile davacı şirketçe yapılan izahatın tespit edilen olumsuzlukları karşılayıp karşılamadığı anlaşılamadığından bu hususun karara bağlanması için davalı Başkanlıktan tekrar görüş istenildiği, Gelir idaresi Başkanlığının talimatı üzerine düzenlenen basit raporda davacı şirketin inşaat ve taahhüt işi yaptığı ... Sitesi Konut Yapı Kooperatifi'nin başka bir konut yapı kooperatifinin müteahhidi olarak inşa eden konumunda olması nedeniyle şirket tarafından yapılan inşaat taahhüt işinin indirimli oran kapsamına girdiği tespit edilmesine karşın, davacı şirketin iade talebinin reddedilmesi

üzerine bu işlemin iptali ve yasal faizi ile birlikte 133.709,00 YTL katma değer vergisinin iadesi istemiyle dava açıldığı, olayda, davacı şirketin inşaat taahhüd sözleşmesi imzaladığı Yapı Kooperatifi'nin, davacı şirketçe inşaatın yapılacağı arsanın sahibi ... Konut Yapı Kooperatifi ile 321 adet konut yapımına ilişkin olarak inşaat ve satış vaadi sözleşmesi düzenlediği, şirketçe yapılan inşaat işine ilişkin inşaat yapı ruhsatlarının ... Sitesi Konut Yapı Kooperatifi adına düzenlenmiş olduğu ve adı geçen Yapı Kooperatifi'nin konut yapı kooperatiflerinin kuruluş amacına aykırı faaliyet gösterip göstermediği yolunda vergi inceleme elemanınca yapılan karşıt inceleme talebi üzerine de, Vergi Dairesi Müdürlüğü'nce düzenlenen tutanakla kooperatifin inşaat faaliyeti dışında başkaca bir faaliyetinin olmadığı tespit edildiği, kaldı ki şirketin konut yapı kooperatifine inşaat taahhüt işi yaptığına karşıt incelemeler yapılmak suretiyle açıklığa kavuşturulduğu ayrıca davacı şirketin ... Sitesi Konut Yapı Kooperatifine yapmış olduğu işlerden olmayan 3 adet klima ve buzdolabının yeminli mali müşavir raporunda karşıt incelemeye konu edilmiş olması nedeniyle Mahkemelerince ara kararıyla sorulması üzerine üç adet klima ve buzdolabı alımına ilişkin yeminli mali müşavir raporundaki karşıt incelemenin 84 seri no'lu Katma Değer Vergisi Genel Tebliği uyarınca indirimlerin %80'ninin karşıt incelemesinin yapılması zorunluluğundan kaynaklandığı, alımların demirbaşlara kayıtlanması nedeniyle amortismanına tabi iktisadi kıymet olduğunun belirtildiği buna ilişkin ibraz edilen muhasebe kayıtlarının Mahkemelerince incelendiği ve bu açıklamanın yeterli görüldüğü, davacı şirketin ... Sitesi Konut Yapı Kooperatifi'ne yapmış olduğu inşaat taahhüt işinin yapı kooperatifine yapılan bir teslim olması nedeniyle indirimli orana tabi olduğu, inşaat işinde de imalatların yapılmadığı veya indirimli oran olarak belirlenen işlerden olmadığı yolunda da davalı idarece yapılmış bir tespit bulunmadığından, davacı şirketçe indirim yoluyla telafi edilemeyen katma değer vergilerinin iadesi isteminin reddinde yasal düzenlemelere uyarlık bulunmadığı, yasal faiz istemini ise Danıştay veya vergi mahkemeleri tarafından yükümlülere iadesine karar verilen vergilere, yükümlü lehine kanuni faiz uygulamasını öngören herhangi bir düzenlemenin gerek vergi kanunlarında gerekse 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda yer almadığı gerekçesiyle, dava konusu işlemi iptal eden, yasal faiz istemini ise reddeden Hatay 1.Vergi Mahkemesinin 29.7.2008 gün ve E:2008/269, K:2008/946 sayılı kararının; inşaat yapıldığı arsanın tapu sicilinde inşaatı taahhüt hizmetini alan kooperatif adına tescil yapılmadığı ileri sürülerek bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.
Tetkik Hakimi : Eslem AYZ
Düşüncesi : Temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmüştür.
Savcı : Nurten KARAÇAY
Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların

temyizden incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49'uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Üçüncü Dairesince işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Davacı şirket tarafından ... Sitesi Yapı Kooperatifine yapılan inşaat için alınan mal ve hizmet teslimlerinden doğan ve indirilemeyen katma değer vergilerinin iadesi istemini reddeden davalı idare işlemini iptal eden vergi mahkemesi kararı temyiz edilmiştir.

Türk Medeni Kanununun; taşınmaz mülkiyetinin konusunu arazinin, tapu kütüğünde ayrı sayfalarda kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ile kat mülkiyetine geçilmiş bağımsız bölümlerin oluşturduğuna ilişkin 704'üncü maddesi; malikin, hukuk düzeninin sınırları içinde o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunmaya yetkili olduğuna

ilişkin 683'üncü maddesi ve o şey yok edilmedikçe, zarara uğratılıp, yapısı değiştirilmedikçe ayrılmasına olanak bulunmayan bütünleyici parçalarına da malik olacağı yönündeki 684'üncü maddesi ile arazi üzerindeki mülkiyetin, kullanılmasında yarar bulunduğu ölçüde arz katmanlarını da kapsayacağı ve bu mülkiyetin kapsamına, yasal sınırlamalar saklı kalmak üzere yapıların da gireceğine ilişkin 718'inci maddesi; arazi veya arsa üzerine inşaat yapma yetkisinin taşınmaz malikine tanındığını göstermektedir.

3194 sayılı İmar Kanununun 20'nci maddesi yapının, kendisine ait tapusu bulunan kimseler tarafından arazi, arsa veya parsellerde, imar planı, yönetmelik, ruhsat ve eklerine uygun olarak yapılabileceğini; 22'nci maddesi ise yapı ruhsatı almak için başvurunun, yapı sahipleri veya kanuni vekilleri tarafından dilekçe ile yapılmasını öngördüğünden, inşaat ruhsatının da Türk Medeni Kanununun taşınmaz malikini yetkili kıldığı tasarruf yetkisinin kapsamına girmesi nedeniyle taşınmaz maliki tarafından ve onun adına verilmesi olanaklıdır.

Taşınmaz maliki herkese ve resmi mercilere karşı da ileri sürülebilecek, bu yönüyle mutlak haklardan olan bir aynı hakka sahip olmasına karşın; malike karşı yapı inşaa taahhüdünü içeren sözleşmenin kişisel hak yaratacağı ve müteahhidin, tapu sicil müdürlüğü veya belediye ve valiliklerde malik adına ve onun tanıdığı özel yetkiye dayanarak işlem yapabileceği açıktır. Bu nedenle arazi veya arsa maliki ile arsa payı karşılığı yapı taahhüdünü yüklenen davacı kooperatifin bu taahhüdü, yaptığı ikinci bir sözleşme ile bir inşaat şirketi aracılığıyla yerine getirmesi halinde de yapının bütünü üzerindeki tasarruf yetkisi, arsa veya arazi malikinde kalacaktır. Arsa sahiplerinin onayı olmadıkça yapıdaki herhangi bir bağımsız bölümün veya yapının belli bölümlerinin kooperatif tüzel kişiliği adına tesciline olanak kalmayacağından kooperatifin, ortaklarına mülkiyetini intikal ettirebileceği herhangi bir irtifak payının varlığından söz edilemeyecektir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin yerine getirilmesinden dolayı sözleşmenin tarafları arasında çıkabilecek herhangi bir uyuşmazlık halinde kooperatif ancak, arsa üzerine inşa olunan yapı maliyetinden doğan alacaklarını talep edebilecektir.

Üzerinde inşaat yapılacak arsanın ... Sitesi Yapı Kooperatifi tarafından ... Konut Yapı Kooperatifinden kat karşılığında inşaat ve satış vaadi sözleşmesiyle alındığı, bu arsada inşaat yapılması için de davacı şirketle anlaşıldığı, şirket tarafından inşaat taahhüd işine 1. 10.2002 tarihinde başlanıldığı, ... Sitesi Yapı Kooperatifi tarafından taahhüd işinin 13.10.2005 tarihinde fesh edilmesi üzerine inşaat işinin anılan şirketçe bırakıldığı, şirket tarafından inşaat işinin münhasıran konut yapı kooperatifine yapılması nedeniyle yüklendiği ve indiremediği katma değer vergisinin iadesi istemiyle davalı idareye başvurulduğu, idare tarafından davacının bu istemi ... Sitesi Yapı Kooperatifi ile ... Konut Yapı Kooperatifi arasında akdedilen kat karşılığı inşaat ve satış vaadi sözleşmesiyle mülkiyetin devredildiğinden söz edilemeyeceği, zira taşınmaz mülkiyetinin devir ve intikalinin ancak tapuda yapılabileceği, dolayısıyla üzerinde inşaat yapılan arsanın mülkiyetinin ... Konut Yapı Kooperatifinde kaldığı gerekçesiyle reddedilmiştir.

Türk Medeni Kanununun ve İmar Kanununun yukarıda değinilen düzenlemelerinin de gerektirmesinden dolayı, indirimli oranda katma değer vergisi uygulanabilmesinin, inşaatın yapıldığı arsanın tapu siciline inşaat taahhüt hizmetini alan kooperatif tüzel kişiliği adına tescil edilmiş ve inşaat ruhsatının kooperatife verilmiş olmasını arayan dava konusu işlem bu uygulamanın öngörülüş amacına uygun olduğundan inşaat işindeki yapılan imalatların yapılmadığı veya indirimli oran olarak belirlenen işlerden olmadığı yolunda davalı idarece yapılmış bir tespit bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemi iptal eden mahkeme kararının bozulması gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulü ile Hatay 1. Vergi Mahkemesinin 29.7.2008 gün ve E:2008/269, K:2008946 sayılı kararının bozulmasına, 492 sayılı Harçlar Kanununun 13'üncü maddesinin (j) bendi parantez içi hükmü uyarınca alınması gereken harç dahil olmak üzere yargılama giderlerinin yeniden verilecek kararda karşılanması gerektiğine, 15.9.2011 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun Geçici 15'inci maddesinde, "Bu Kanunun yayımlandığı tarihten önce bina inşaat ruhsatı alınmış olan inşaatlara ilişkin olarak; a) Konut yapı kooperatiflerine yapılan inşaat taahhüt işleri, b) Sadece 150 m²'yi aşmayan konutlara münhasır olmak üzere kanunla kurulmuş sosyal güvenlik kuruluşları ve belediyelere yapılan inşaat taahhüt işleri, katma değer vergisinden müstesnadır." hükmü yer almaktadır.

Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 28'inci maddesinde katma değer vergisi oranının vergiye tabi her bir işlem için %10 olduğu, Bakanlar Kurulunun bu oranı, dört katına kadar artırmaya, %1'e kadar indirmeye, bu oranlar dahilinde muhtelif mal ve hizmetler ile bazı malların perakende safhası için farklı vergi oranları tespit etmeye yetkili olduğu belirtilmiştir. Anılan Kanunun 28 inci maddesinin verdiği yetkiye dayanarak Bakanlar Kurulu'nca çıkarılan 17.7.2002 tarihli ve 2002/4480 sayılı Kararnamenin eki Karar'ın (I) sayılı listesinin 12 nci sırasında "Konut yapı kooperatiflerine yapılan inşaat taahhüt işleri" %1 oranında katma değer vergisine tabi tutulmuştur.

Anılan düzenlemelere göre, konut yapı kooperatiflerinin söz konusu istisna veya indirimli orandan yararlanabilmesi için kooperatifin konut yapı kooperatifi olması ve yapılan inşaat işinin taahhüde dayanması gerekmektedir. Asıl amacı üyelerine ucuz konut temin etmek olan konut yapı kooperatiflerine yapılan inşaat taahhüt işlerinde istisna veya indirimli orandan yararlanılabilmesi için anılan düzenlemelerde başkaca bir şart öngörülmemiştir. Dolayısıyla, dava konusu işlemde, inşaatın yapıldığı arsanın tapu siciline inşaat taahhüt hizmetini alan kooperatif tüzel kişiliği adına tescil edilmiş olmasının da gerektiği şeklindeki açıklama ile Yasada öngörülme ve vergilerin kanuniliği ilkesine aykırı bir şekilde, istisna veya indirimli orandan yararlanma hakkını kısıtlar nitelikte yeni bir şart getirilmiş bulunmaktadır.

Kurumlar vergisi uygulaması açısından muafiyet için öngörülen şartların kendi kanununda açık bir hüküm bulunmadan benzetme ve kıyas yapılarak katma değer vergisi için de uygulanmasına olanak bulunmamaktadır.

Yukarıda yapılan hukuki nitelemelere göre, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun Geçici 15 inci maddesinde ve aynı Kanunun 28 inci maddesinin verdiği yetkiye dayanarak Bakanlar Kurulu'nca çıkarılan 17.7.2002 tarihli ve 2002/4480 sayılı Kararnamenin eki Kararda belirtildiği şekilde indirimli oranda katma değer vergisine tabi olunabilmesi için ilgili yasal düzenlemelerde öngörülen şartların gerçekleşmesi yeterli olup, Kanuna aykırı şekilde sınırlayıcı şartlar getiren dava konusu işlemde hukuka uyarlık görülmediğinden, temyiz isteminin reddi ve kararın bu gerekçeyle onanması gerektiği görüşüyle karara katılmıyoruz.

VERGİ USULÜ

T.C.
DANIŞTAY
Üçüncü Daire

Esas No : 2009/780
Karar No : 2011/1490

Özeti : Yönetim kurulu üyesi olarak ticaret siciline tescil ve ilan edilmiş olan kişinin yönetim kurulu üyeliğinin sona ermesinin tescil edilip Türkiye Sicili Gazetesinde ilan edilinceye kadar üçüncü şahıslar nezdinde hukuki

sonuç doğurmayacağı, fakat üçüncü kişilerin bu hususu bildiklerinin ispatlanması halinde onlara karşı ileri sürülebileceği hakkında.

Temyiz Edenler : 1- ...

Vekili: Av...

2- Vergi Dairesi Müdürlüğü

İstemin Özeti : Davacının yönetim kurulu üyesi olduğu kooperatiftan tahsil edilemeyen Ağustos 2001 dönemine ait kamu alacağının tahsili amacıyla adına düzenlenen ödeme emrini, 1163 sayılı Kooperatifler Kanununun 61'inci maddesinde, yönetim kurulunun, kooperatifi temsile yetkili kılınanların isimlerini, imzalarını ve bu yetkiye dayanan kararların noterlikçe tasdikli örneğini ticaret siciline vereceğinin hükme bağlandığı, kooperatif karar defterinin incelenmesinden davacının yönetim kurulu üyeliği ve saymanlığı görevinden istifasının 18.2.2001 tarihli yönetim kurulu kararıyla kabul edildiğinin anlaşılması karşısında, söz konusu kararın ticaret sicil memurluğuna bildirme yükümlülüğünün davacıya atfının mümkün olmadığı da dikkate alındığında, bu tarihten sonra kanuni temsilci sıfatıyla sorumlu tutulması mümkün olmayan davacı adına düzenlenen ödeme emrinde hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle iptal eden Balıkesir Vergi Mahkemesinin 27.11.2008 gün ve E:2008/761, K:2008/1311 sayılı kararının; davacı vekili tarafından, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca nisbi vekalet ücretine hükmedilmesi gerekirken maktu vekalet ücretine hükmedilmesinde hukuka uygunluk bulunmadığı; vergi dairesi müdürlüğü tarafından, davacının ticaret sicili kayıtlarına göre, 10.4.2000 ile 20.2.2002 tarihleri arasında yönetim kurulu üyesi olduğundan düzenlenen ödeme emrinde hukuka aykırılık bulunmadığı ileri sürülerek bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti : Davalı idare davacının temyiz isteminin reddi gerektiğini savunmuş, davacı ise cevap vermemiştir.

Tetkik Hakimi : Ümit KOCATEPE

Düşüncesi : Türk Ticaret Kanunu'nun tescil ve ilanla ilgili genel hükümleri uyarınca tescil ve ilan edilmiş hususlardaki değişikliklerin tescil ve ilan edilmemesi halinde üçüncü kişileri bağlamayacağı dikkate alındığında, davacının kanuni temsilcisi olduğu kooperatifin iç ilişkisi yönünden hukuki sonuç doğurabilecek olan istifa durumunun dış ilişkide tescil ve ilan edilmeksizin herhangi hukuki sonuç doğurmayacağı kabulü gerektiğinden kamu alacağının kooperatiftan tahsil imkanı bulunup bulunmadığı ve davacının vergi ödevlerinin yerine getirilmesindeki sorumluluğu araştırılarak ulaşılabilecek sonuca göre karar verilmek üzere davalı temyiz isteminin kabulü ile davacı temyiz isteminin ise bu nedenle reddi gerektiği düşünülmektedir.

Savcı : Süreyya ÇAKIN

Düşüncesi : ... ve Köyleri Yaş Sebze ve Meyve Kooperatifinin ödenmeyen vergi borçlarından dolayı 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 10 uncu ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun mükerrer 35 inci maddelerine göre davacı adına tanzim ve tebliğ edilen ödeme emrinin iptali , 390 lira avukatlık ücretinin davacı vekili lehine takdiri yolundaki vergi mahkemesi kararı taraflarca temyiz edilmiştir.

Vergi dairesi Müdürlüğünün temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlere uymadığından istemin reddi gerekmektedir.

Yükümlü temyizine gelince; vergi mahkemesince karar tarihinde yürürlükte olan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi esas alınarak vekalet ücreti belirlenmesi gerekmektedir.

Bu nedenlerle Vergi dairesi Müdürlüğünün temyiz isteminin reddine, yükümlü temyizinin kabulü ile vergi mahkemesi kararının vekalet ücreti yönünden bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Üçüncü Dairesince işin gereği görüşülüp düşünüldü:

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 10'uncu maddesinde; tüzel kişilerin mükellef veya vergi sorumlusu olmaları halinde bunlara düşen ödevlerin yerine getirilmemesi yüzünden mükelleflerin veya vergi sorumlularının varlığından tamamen veya kısmen alınamayan vergi ve buna bağlı alacakların kanuni ödevlerini yerine getirmeyenlerin varlıklarından alınacağı kurala bağlanmıştır.

1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 3'üncü maddesinin 8'inci bendinde yönetim kurulu üyeleriyle kooperatifi temsile yetkili kimselerin ad ve soyadlarının tescil ve ilan olunacağı, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 33'üncü maddesinin birinci fıkrasında; tescil edilmiş hususlarda vuku bulacak her türlü değişikliklerin de tescil olunacağı; 38'inci maddesinin birinci fıkrasında; ticaret sicili kayıtlarının üçüncü şahıslar hakkında, kaydın gazete ile tescil ve ilan edilmesinden sonra hüküm ifade edeceği, 39'uncu maddesinin ikinci fıkrasında da tescili lazım geldiği halde tescil edilmemiş veya tescil edilip de ilanı gerekirken ilan edilmemiş olan bir hususun ancak bunu bildikleri ispat edilmek şartıyla üçüncü şahıslara karşı dermeyan edilebileceği kurala bağlanmıştır.

Yukarıda sözü edilen yasa hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, yönetim kurulu üyesi olarak ticaret siciline tescil ve ilan edilmiş kişinin, herhangi bir sebeple yönetim kurulu üyeliğinin sona ermesinin, tescil edilip, Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilan edilinceye kadar üçüncü şahıslar nezdinde hukuki sonuç doğurmayacağı, fakat üçüncü kişilerin bu hususu bildiklerinin ispatlanması durumunda onlara karşı ileri sürülebileceği açıktır.

Ticaret sicili gazetesinde ilan edilme zorunluluğunun amacı 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 ödevlerinin tam olarak gerçekleştirilmesinin temini bakımından da yönetim kurulu üyeliğinden ayrılma konusunda vergi dairesinin bilgilendirilmesi, bu yolla kamu alacağının tahsilinde muhatabın kim olduğunun belirlenmesi gerekmektedir. Bu husus ise, Türk Ticaret Kanunu hükümleri gereği tescil ve ilanla, değişikliğin doğrudan ilgili kişiler tarafından vergi dairesine yazılı olarak bildirilmesi veya vergi dairelerince herhangi bir yolla söz konusu değişiklikten haberdar olunmasıyla gerçekleşebilir.

Bu durumda vergi borçlusu kurumun kanuni temsilcisi olan davacının yönetim kurulu üyeliğinden istifasının kabulü yolunda verilen 18.2.2001 tarihli yönetim kurulu kararı kurum içi ilişkiler yönünden sonuç doğurmakla birlikte, bu durumun tescil ve ilan edildiği tarihe kadar davacının vergi sorumluluğu bakımından kanuni temsilciliğinin sona erdiğinden söz edilemez.

Ticaret Sicil Memurluğunun 25.12.2007 tarihli yazısında da davacının 10.4.2000 ile 20.2.2002 tarihleri arasında kooperatifi temsil ve ilzama yetkili kılındığı anlaşılmış olup, dosyada davacının yönetim kurulu üyeliğinden istifasına ilişkin hususun ilan edildiğine ilişkin herhangi bir kayıt bulunmadığı gibi bu durumun idarenin bilgisi dahilinde olduğuna yönelik iddia ve belge de yer almamaktadır.

Kooperatifi temsil ve ilzam yetkisinin kamu alacağının ilgili bulunduğu dönemde de devam ettiği anlaşılan davacının kanuni temsilcisi olduğu kooperatif hakkındaki takibatın sonuçlandırılıp sonuçlandırılmadığı araştırıldıktan ve davacının hangi vergi ödevini ne şekilde yerine getirip getirmediği de değerlendirildikten sonra ulaşılabilecek sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, davayı yazılı gerekçeyle sonuçlandıran vergi mahkemesi kararında hukuka uygunluk görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle davalı temyiz isteminin kabulü ile Balıkesir Vergi Mahkemesinin 27.11.2008 gün ve E:2008/761, K:2008/1311 sayılı kararının ödeme emrinin iptaline ilişkin hüküm fıkrası yönünden bozulmasına, davacı temyiz isteminin ise bu nedenle reddine, davacıdan 492 sayılı Harçlar Kanununa bağlı (3) sayılı Tarife uyarınca 38.20 TL

maktu harç alınmasına, yargılama giderlerinin yeniden verilecek kararda karşılanması gerektiğine, 3.5.2011 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

Vergi mahkemesi kararına yöneltilen vergi dairesi müdürlüğü temyiz isteminin kararın dayandığı aynı hukuksal nedenler ve gerekçeyle reddi gerektiği görüşüyle Daire kararına katılmıyorum.

T.C.
DANIŞTAY
Üçüncü Daire

Esas No : 2008/2481

Karar No : 2011/2208

Özeti : 1- Ağır ceza mahkemesince bir yıldan fazla hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkum olması nedeniyle medeni hakları kullanma ehliyetini kaybeden limited şirket kanuni temsilcisinin, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 397'nci maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca şirketle arasında bulunan vekalet ilişkisinin ve dolayısıyla temsil yetkisinin kendiliğinden sona ereceği,
2- Medeni haklarını kullanma ehliyetini kaybeden kanuni temsilciye atanan vasi, şirketin değil, kanuni temsilcinin vasisi olacağından, şirketi temsilen temyiz dilekçesini imzalama yetkisine sahip bulunmadığı hakkında.

Temyiz Eden : ... Otomotiv İnşaat Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi

Karşı Taraf : Ziyapaşa Vergi Dairesi Müdürlüğü

İstemin Özeti : İnşaat taahhüt işini yapan davacı şirket adına, 2002 yılı yasal defter ve belgelerini ibraz etmemesi nedeniyle katma değer vergisi indirimlerinin reddi suretiyle beyanlarının yeniden oluşturulması sonucu 2002 Nisan ila Ağustos, Ekim ve Aralık dönemleri için re'sen salınan vergi ziyai cezalı katma değer vergisine karşı açılan davayı; 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 29'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının (a) bendinde mükelleflerin, vergiye tabi işlemleri üzerinden hesaplanan katma değer vergisinden, kendilerine yapılan teslim ve hizmetler dolayısıyla hesaplanarak, düzenlenen fatura ve benzeri vesikalarda gösterilen katma değer vergisini indirebilecekleri; 34'üncü maddesinin 1'inci bendinde ise yurt içinden sağlanan veya ithal olunan mal ve hizmetlere ait katma değer vergisinin alış faturası veya benzeri vesikalar üzerinde ayrıca gösterilmek ve bu vesikalar kanuni defterlere kaydedilmek şartıyla indirilebileceğinin öngörüldüğü, davacı şirket tarafından 2002 yılı defter ve belgelerinin, bir mükellefe ilişkin olarak karşıt inceleme yapılması amacıyla vergi denetmenine teslim edilmiş olması dolayısıyla ibraz edilemediği ileri sürülmüş ise de Mahkemelerinin 31.5.2007 günlü ara kararına davalı idarece verilen cevapta defter ve belgelerin kendilerinde bulunmadığının bildirilmesi üzerine 27.7.2007 günlü ara kararıyla davacıdan bu iddiasını kanıtlayacak bilgi ve belgeyi sunmasının istendiği, ancak ara kararına cevap verilmediğinden bu iddiaya itibar edilemeyeceği, yasal mazeret olmaksızın defter ve belgelerini ibraz etmediği anlaşılan davacının, katma değer vergisi indirim hakkından yararlanmasına olanak bulunmadığından tarhiyatta hukuka aykırılık görülmediği gerekçesiyle reddeden Adana 1. Vergi Mahkemesinin 11.12.2007 gün ve E:2006/765, K:2007/1483 sayılı kararının; defter ve belgelerin Adana 2. Ağır Ceza Mahkemesinin

E:2003/165 sayılı dosyasında bulunduğunun tespit edildiği ve söz konusu defterler istenip incelendikten sonra bir karar verilmesi gerektiği ileri sürülerek bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hakimi : Ayhan KILIÇ

Düşüncesi : Davacı şirket adına düzenlenen temyiz dilekçesi ve eklerinin incelenmesinden; Adana 2. Ağır Ceza Mahkemesince bir yıldan fazla hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkum olan şirket kanuni temsilcisi ...'ın, medeni hakları kullanma ehliyetini kaybetmesi nedeniyle 818 sayılı Borçlar Kanununun 397'nci maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca vekâlet ilişkisinin ve dolayısıyla temsil yetkisinin de kendiliğinden sona erdiği anlaşılmıştır. Mahkemece temyiz ilk inceleme üzerine verilen 24.3.2008 tarihli ara kararına ... tarafından gönderilen 11.4.2008 tarihli dilekçede şirketin başkaca bir temsilcisinin bulunmadığı ve Mersin E Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu Müdürlüğü'nün talebi üzerine Mersin Cumhuriyet Başsavcılığına Adana 1. Sulh Hukuk Mahkemesine yapılan vasi atama başvurusunun henüz sonuçlanmadığı belirtilmiş ise de vasi adayı sıfatıyla temyiz dilekçesini imzalayan ...'ın vasiliği kesinleşse bile, şirketin değil, kanuni temsilcinin vasisi olacağından, şirketi temsilen temyiz dilekçesini imzalama yetkisi bulunmamaktadır. Dairemizin 16.2.2011 gün ve E:2008/2481 sayılı ara kararı ile davacı şirketten, varsa şirketi temsile yetkili kişi, yoksa kurucu ortakların tümü tarafından imzalanacak iki nüsha temyiz dilekçesinin gönderilmesinin istenmesine ve karar gereğinin verilen süre içinde yerine getirilmemesi halinde 2577 sayılı Kanunun 48'inci maddesinin 2'nci bendine göre temyiz isteminde bulunulmamış sayılmasına karar verileceğini duyuran ara kararının 15.3.2011 tarihinde usule uygun şekilde tebliğ edilmesine karşın karar gereğinin yerine getirilmediği anlaşıldığından, temyiz isteminde bulunulmamış sayılmasına karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Savcı : Sefer YILDIRIM

Düşüncesi : 2002 takvim yılına ait işlemlerinin incelenmesi sonucu belirlenen matrah farkı üzerinden davacı şirket adına re'sen yapılan cezalı tarhiyata karşı açılan davayı reddeden mahkeme kararı temiz edilmektedir.

Türk Medeni Kanunun'un olay tarihinde yürürlükte olan 403' üncü maddesinde, vasinin vesayet altındaki küçüğün veya kısıtlının kişiliği ve mal varlığı ile ilgili bütün menfaatlerini korumak ve hukuki işlemlerde onu temsil etmekle yükümlü olduğu belirtilmiş, 407'inci maddesinde de, bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı bir cezaya mahkum olan her erginin kısıtlı sayılacağı, cezayı yerine getirmekle görevli makamın, böyle bir hükümlünün cezasını çekmeye başladığını, kendisine vasi atamak üzere hemen yetkili vesayet makamına bildirmekle yükümlü kılınmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, şirketin kanuni temsilcisi ve ortağı ... hakkında Adana 2. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından 213 sayılı Vergi Usul Kanununa muhalefet suçu nedeniyle verilen 14.12.2006 gün ve 2003/165 Esas, 2006/491 sayılı kararı gereğince 4 yıl 44 ay 40 gün süreli hükümlü olduğu, Mersin E Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu Müdürlüğünde 19.1.2008 tarihinden beri hükümlü olarak bulunduğu anlaşılmaktadır.

Yukarıda değinilen düzenlemeler karşısında kısıtlı olması sebebiyle ehliyeti bulunmayan ve hüküm infazı sırasında Türk medeni Kanununun 407'nci maddesi uyarınca adına vasi tayin edilmeyen davacının kendisi adına hukuki tasarrufta bulunması mümkün değildir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin ehliyet yönünden reddi gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Üçüncü Dairesince işin gereği görüşülüp düşünüldü:

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 3'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında idari davaların, Danıştay, idare mahkemesi ve vergi mahkemesi başkanlıklarına hitaben yazılmış imzalı dilekçelerle açılacağı, 2'nci fıkrasının (a) bendinde, dilekçelerde; tarafların ve

varsa vekillerinin veya temsilcilerinin ad ve soyadları veya unvanları ve adreslerinin gösterileceği kurala bağlanmış, 48'inci maddesinin 2'nci bendinde ise temyiz dilekçelerinin 3'üncü madde esaslarına göre düzenlenmesi gerektiği, düzenlenmemiş ise eksikliklerin onbeş gün içinde tamamlanmasının, kararı veren Danıştay veya mahkemece ilgiliye tebliğ olunması, bu sürede eksiklikler tamamlanmadığı takdirde temyiz isteminde bulunulmamış sayılmasına, Danıştay veya mahkemece karar verileceği kurala bağlandığından davacı şirketin yargı mercileri önünde kanuni temsilcileri veya kanuni temsilcilerince vekalet yetkisi verilen bir avukat tarafından temsil edilmesi gerekmektedir.

Davacı şirket adına Nisan, Mayıs, Haziran, Temmuz, Ağustos, Ekim, Kasım ve Aralık 2002 dönemleri için re'sen salınan vergi ziyai cezalı katma değer vergisine karşı açılan davayı reddeden mahkeme kararının bozulması istemiyle, şirket kanuni temsilcisi ...'ın vasi adayı sıfatıyla ... tarafından Ziyapaşa Vergi Dairesi Müdürlüğüne karşı temyiz başvurusunda bulunulduğu anlaşılmaktadır.

6762 sayılı Ticaret Kanununun 540'ıncı maddesinde, aksi kararlaştırılmış olmadıkça ortakların hep birlikte müdür sıfatıyla şirket işlerini idareye ve şirketi temsile yetkili ve mecbur oldukları, ana sözleşmede veya genel kurul kararıyla şirketin temsil ve idaresinin ortaklardan bir veya birkaçına bırakılabileceği, kuruluştan sonra şirkete giren ortakların, bu konuda genel kurulun ayrı bir kararı olmadıkça, idare ve temsile yetkili ve mecbur olmadıkları hükme bağlanmıştır.

Öte yandan 818 sayılı Borçlar Kanununun 397'nci maddesinin 1'inci fıkrasında, aksi sözleşmeden veya işin niteliğinden anlaşılmadıkça, vekâletin, vekilin veya müvekkilin ehliyetinin kaybedilmesiyle sona ereceği hükme bağlanmıştır.

Buna göre, ana sözleşme veya ortaklar kurulu kararıyla temsil yetkisi ortaklardan biri veya birkaçına bırakılmadıkça, limited şirket, tüm kurucu ortaklar tarafından, el birliğiyle temsil edilir. Ortaklar kurulu kararıyla müdür tayin edilen ortak ile şirket arasındaki ilişki, hukuki nitelik itibarıyla bir vekâlet ilişkisi olduğundan, tayin edilen kanuni temsilcinin medeni hakları kullanma ehliyetini kaybetmesi durumunda vekâlet ilişkisi ve dolayısıyla temsil yetkisi de kendiliğinden sona erer. Bu durumda ortaklar kurulunca yeni bir müdür tayin edilmedikçe, şirketin temsili genel kural uyarınca kurucu ortaklar tarafından el birliğiyle sağlanır.

Davacı şirket adına düzenlenen temyiz dilekçesi ve eklerinin incelenmesinden; Adana 2. Ağır Ceza Mahkemesince bir yıldan fazla hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkum olan şirket kanuni temsilcisi ...'ın, medeni hakları kullanma ehliyetini kaybetmesi nedeniyle 818 sayılı Borçlar Kanununun 397'nci maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca vekâlet ilişkisinin ve dolayısıyla temsil yetkisinin de kendiliğinden sona erdiği anlaşılmıştır. Mahkemece temyiz dilekçesinin ilk incelemesi sırasında verilen 24.3.2008 tarihli ara kararına cevaben ... tarafından gönderilen 11.4.2008 tarihli dilekçede şirketin başkaca bir temsilcisinin bulunmadığı ve Mersin E Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu Müdürlüğü'nün talebi üzerine Mersin Cumhuriyet Başsavcılığınca Adana 1. Sulh Hukuk Mahkemesine yapılan vasi atama başvurusunun henüz sonuçlanmadığı belirtilmiş ise de vasi adayı sıfatıyla temyiz dilekçesini imzalayan ...'ın vasiliği kesinleşse bile, şirketin değil, kanuni temsilcinin vasisi olacağından, şirketi temsilen temyiz dilekçesini imzalama yetkisi bulunmamaktadır.

Dairemizin 16.2.2011 gün ve E:2008/2481 sayılı ara kararı ile davacı şirketten, varsa şirketi temsile yetkili kişi, yoksa kurucu ortakların tümü tarafından imzalanacak iki nüsha temyiz dilekçesinin gönderilmesinin istenmesine ve karar gereğinin verilen süre içinde yerine getirilmemesi halinde 2577 sayılı Kanunun 48'inci maddesinin 2'nci bendine göre temyiz isteminde bulunulmamış sayılmasına karar verileceğini duyuran ara kararının 15.3.2011 tarihinde usule uygun şekilde tebliğ edilmesine karşın karar gereğinin yerine getirilmediği anlaşıldığından, temyiz isteminde bulunulmamış sayılmasına, 25.5.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Üçüncü Daire
Esas No : 2008/2387
Karar No : 2011/4625

Özeti : 4811 sayılı Yasa'dan faydalanan şirketin herhangi bir ödemede bulunulmaması nedeniyle şirket adına yeniden ödeme emri düzenlemeksizin, tahsil işlemlerinin kaldığı yerden devam edebileceği ve vergi borcundan ilgili olduğu dönem için kanuni temsilcinin sorumlu tutulabileceği hakkında.

Temyiz Eden

: ...

Karşı Taraf

: Vergi Dairesi Başkanlığı

İstemin Özeti

: Davacının kanuni temsilcisi olduğu limited şirketten

tahsil edilemeyen Kasım 1995 dönemine ait kaçakçılık cezalı katma değer vergisi borcunun tahsili amacıyla 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 10'uncu maddesi uyarınca adına düzenlenen ödeme emrine karşı açılan davayı; söz konusu şirket adına ilgili dönem için salınan cezalı vergiye karşı açılan davanın reddi üzerine şirket hakkında ödeme emri düzenlendiği ancak süresinde ödeme yapılmadığı ve dava açılmadığı, tarhiyata karşı açılan davanın reddine ilişkin kararın kesinleşmesinden sonra şirket tarafından 4811 sayılı Yasadan faydalanmak amacıyla yapılan başvuru neticesinde taksit tablosu oluşturularak şirkete tebliğ edilmesine karşın taksit süreleri içinde herhangi bir ödemede bulunulmaması nedeniyle şirket hakkında yeniden takibata başlanmasına karşın mal varlığı araştırmasının sonuçsuz kaldığı anlaşıldığından şirketten tahsil imkanı bulunmayan kamu alacağının tahsili amacıyla ilgili dönemde kanuni temsilci olduğu açık olan davacı adına düzenlenen ödeme emrinde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle reddeden Mersin 2. Vergi Mahkemesinin 18.2.2008 gün ve E:2007/486, K:2008/105 sayılı kararının; söz konusu dönemde herhangi bir vergi kaçakçılığı fiilinin bulunmadığı, taksitlendirme başvurusu şirketteki hisse devrinden sonra yapıldığından vergi borcundan sorumlu tutulmasının mümkün olmadığı ileri sürülerek bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti

: Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hakimi

: Ümit KOCATEPE

Düşüncesi

: Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar Vergi

Mahkemesi kararının bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığından, temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Savcı

: Sefer YILDIRIM

Düşüncesi

: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların

temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49'uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Üçüncü Dairesince işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Dayandığı hukuki ve kanuni nedenlerle gerekçesi yukarıda açıklanan Vergi Mahkemesi kararı, aynı gerekçe ve nedenlerle Dairemizce de uygun görülmüş olup, temyiz istemine ilişkin dilekçede ileri sürülen iddialar sözü geçen kararın bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığından, temyiz isteminin reddine ve kararın onanmasına, davacıdan 492

sayılı Harçlar Kanununa bağlı (3) sayılı Tarife uyarınca 38.20 TL maktu harç alınmasına, 12.9.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Üçüncü Daire

Esas No : 2009/2169

Karar No : 2011/4680

Özeti : Döviz karşılığı alınan amortismanına tabi varlıklara ilişkin olarak aktifleştirme tarihinden önce yapılan ödeme ile aktifleştirme tarihi arasında oluşan kur farkının malın maliyetine kaydedileceği konusunda 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nda açık bir hüküm bulunmadığı gibi genel giderler arasına dahil edilmesine engel bir hüküm de bulunmadığı hakkında.

Temyiz Eden : Vergi Dairesi Başkanlığı

Karşı Taraf : ... Kimyevi Maddeler ve Pet Ambalaj Maddeleri Sanayi Anonim Şirketi

Vekili : Av....

İstemin Özeti : Davacının ... Polyester Sanayi A.Ş.'nden 2006 yılında döviz karşılığı aldığı varlıklara ilişkin olarak aktifleştirme tarihinden önce yaptığı ödeme ile aktifleştirme tarihi arasında oluşan kur farkını, emtianın maliyetine eklenerek amortisman yoluyla itfa edilmesi gerekirken doğrudan gider yazılması nedeniyle izleyen yıla devreden zararını azaltılması yolundaki davalı idare işlemini; 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 262'nci maddesinde maliyet bedeli, iktisadi bir kıymetin iktisap edilmesi ve yahut değerinin artırılması münasebetiyle yapılan ödemelerle bunlara müteferri bilumum giderlerin toplamı olarak tanımlandığı ve aynı Yasanın 270 ve 273'üncü maddelerinde gayrimenkul ve gayrimenkul gibi kıymetlenen iktisadi kıymetler ile alet, edevat, mefruşat ve demirbaş eşyanın maliyet bedeline, satın alma bedelinden başka gümrük vergileri, nakliye, montaj ve komisyon giderlerinin ekleneceğinin belirtildiği halde, döviz cinsinden satın alınan varlıklar için ödenen kur farkının da malın maliyetine intikal ettirilmesi yolunda 213 sayılı Vergi Usul Kanununda herhangi bir hükme yer verilmediği gibi 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun atıfta bulunduğu 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun ticari kazancın tesbitinde indirilecek giderleri belirleyen 40. maddesinin 1'nci bendinde de, safi kazancın tesbiti sırasında ticari kazancın elde edilmesi ve idame ettirilmesi için yapılan genel giderlerin gayrisafi kazançtan indirileceğinin kabul edildiği, buna göre, davacının faaliyetinin niteliği itibarıyla ticari kazancın elde edilmesi ve idame ettirilmesi için satın alınan iktisadi kıymetlere ait borçlardan doğan kur farkının malın maliyetine kaydedileceği konusunda kanunda açık bir hüküm bulunmadığı, kur farkının genel giderler arasına dahil edilmesine engel bir yasa hükmü de bulunmadığı gerekçesiyle iptal eden Adana 1. Vergi Mahkemesinin 16.3.2009 gün ve E:2008/1311, K:2009/184 sayılı kararının; 163, 238 ve 334 Sıra No'lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği birlikte değerlendirildiğinde, döviz karşılığı alınan varlıklardan doğan kur farkının bu varlıkların aktifleştirme tarihinden önce doğması nedeniyle iktisadi kıymetin maliyetine eklenerek amortisman yoluyla itfa edilmesi gerekirken doğrudan gider yazılmasının mümkün olmadığı ileri sürülerek bozulması istenmiştir.

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

Tetkik Hakimi : Ayhan KOLUKIRIK

Düşüncesi : Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar Vergi Mahkemesi kararının bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığından, temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Savcı : Sefer YILDIRIM

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Üçüncü Dairesince işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Dayandığı hukuki ve kanuni nedenlerle gerekçesi yukarıda açıklanan Vergi Mahkemesi kararı, aynı gerekçe ve nedenlerle Dairemizce de uygun görülmüş olup, temyiz istemine ilişkin dilekçede ileri sürülen iddialar sözü geçen kararın bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığından, temyiz isteminin reddine ve kararın onanmasına, 13.9.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.

DANIŞTAY

Üçüncü Daire

Esas No : 2009/4750

Karar No : 2011/4705

Özeti : Limited şirket kanuni temsilcisi olan davacının şirketi temsil ve ilzama yetkili olduğu dönemde gerçekleşen sahte fatura kullanma eylemine ilişkin olarak re'sen yapılan tarhiyatlar hakkında bir başka kanuni temsilci döneminde uzlaşmış olması ve yine davacının dönemine ait bir vergisel yükümlülüğün ihlali nedeniyle kesilen özel usulsüzlük cezasının başka kanuni temsilci döneminde taksite bağlanmış olması, davacının bu borçlara ilişkin sorumluluğunu kaldırmayacağı hakkında.

Temyiz Eden : Vergi Dairesi Müdürlüğü

Karşı Taraf : ...

İstem Özet : Kanuni temsilcisi bulunduğu ... Besicilik İnşaat Emlak Nakliye Limited Şirketinden tahsil edilemeyen vergi borçlarının davacıdan tahsili amacıyla düzenlenen 8.10.2008 gün ve 1 ilâ 11, 22 ilâ 27 sayılı ödeme emirlerine karşı açılan davada; 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 10'uncu maddesinde; tüzel kişilerle küçüklerin ve kısıtlıların, vakıflar ve cemaatler gibi tüzel kişiliği olmayan teşekküllerin mükellef veya vergi sorumlusu olmaları halinde bunlara düşen ödevlerin kanuni temsilcileri, tüzel kişiliği olmayan teşekkülü idare edenler ve varsa bunların kanuni temsilcileri tarafından yerine getirileceği, yukarıda yazılı olanların bu ödevleri yerine getirmemeleri yüzünden mükelleflerin veya vergi sorumlularının varlığından tamamen veya kısmen alınamayan vergi ve buna bağlı alacakların, kanuni ödevleri yerine getirmeyenlerin varlıklarından alınacağının kurala bağlandığı, davacının 19.1.2001 tarihine kadar kanuni temsilcisi bulunduğu ... Besicilik İnşaat Emlak Nakliye Limited Şirketinin sahte fatura kullanması nedeniyle şirket adına re'sen tarh edilen 2000 yılı

Ocak ilâ Aralık ve 2001 yılı Ocak dönemleri vergi ziyai cezalı katma değer vergisi ile kesilen özel usulsüzlük cezası hakkında davacının temsilcilik görevinin sona ermesinden sonra 25.7.2002 tarihinde uzlaşmaya varılmış olup, uzlaşmaya varıldığı tarihte kanuni temsilcilik sıfatı bulunmayan davacının uzlaşılan bu vergilerin ödenmemesinden sorumlu tutulamayacağı, şirketin 2000 yılında mali tabloların doldurulmasına ilişkin kurallara uymaması nedeniyle kesilen özel usulsüzlük cezası, davacının görevden ayrıldığı tarihten sonra 27.3.2003 gününde 4811 sayılı Kanundan yararlanılarak taksitlendirildiğinden, bu cezadan taksitlendirme talebinde bulunan kanuni temsilcilerin sorumlu olduğu, davacının şirket temsilciliğinden ayrıldığı tarihten sonraki temsilciler tarafından 4811 sayılı Kanun kapsamında yapılan matrah artırımı talebi üzerine 2000 yılına ilişkin olarak tahakkuk ettirilen kurumlar vergisinden matrah artırımı talebinde bulunan kanuni temsilcinin sorumlu tutulması gerektiği, 1999 yılı Temmuz dönemi katma değer vergisi beyannamesinin verilmemesi nedeniyle re'sen tarh edilen vergi ziyai cezalı katma değer vergisinin davacıdan tahsilinden önce şirket adına ödeme emri düzenlenip düzenlenmediğinin tespiti amacıyla verilen 19.3.2009 ve 21.4.2009 günlü ara kararları üzerine idarece gönderilen belgeler arasında şirket adına düzenlenen ödeme emrinin şirkete tebliğ edildiğine ilişkin herhangi bir bilgi ve belge bulunmadığından, bu borcun tahsili amacıyla davacı adına düzenlenen ödeme emrinde hukuki isabet görülmediği, şirket adına ödeme emri düzenlendikten sonra mal varlığı araştırması yapıldığı, tespit edilen motorlu aracının haczedilerek satışa çıkarıldığı, tahsil edilen paranın mahsubundan sonra kalan kısım için davacı adına ödeme emri düzenlendiği anlaşıldığından, 2000 yılına ilişkin olarak kesilen usulsüzlük cezası için davacı adına düzenlenen ödeme emrinde hukuka aykırılık görülmediği gerekçesiyle 2000 yılı Ocak ile Aralık ve 2001 yılı Ocak dönemleri vergi ziyai cezalı katma değer vergisi ile kesilen özel usulsüzlük cezasının, 2000 yılında mali tabloların doldurulmasına ilişkin kurallara uymaması nedeniyle kesilen özel usulsüzlük cezasının, 4811 sayılı Kanun kapsamında yapılan matrah artırımı talebi üzerine 2000 yılına ilişkin olarak tahakkuk ettirilen kurumlar vergisi ile 1999 yılı Temmuz dönemi katma değer vergisi beyannamesinin verilmemesi nedeniyle re'sen tarh edilen vergi ziyai cezalı katma değer vergisinin tahsili amacıyla düzenlenen 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 22, 23, 24, 25, 26 ve 27 sayılı ödeme emirlerini iptal eden, 2000 yılına ilişkin olarak kesilen usulsüzlük cezasını içeren 8 sayılı ödeme emri yönünden davayı reddeden Adana 1. Vergi Mahkemesinin 21.5.2009 gün ve E:2008/1200, K:2009/451 sayılı kararının; uzlaşmaya varılması ve borcun taksitlendirilmesinin, verginin doğduğu dönemdeki kanuni temsilcilerin sorumluluğunu kaldırmayacağı, şirket hakkında gerekli yasal takibat yapıldıktan sonra kanuni temsilci adına ödeme emri düzenlendiği ileri sürülerek bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Tetkik Hakimi : Ayhan KILIÇ

Düşüncesi : 19.1.2001 tarihine kadar ... Besicilik İnşaat Emlak Nakliye Limited Şirketinin kanuni temsilcisi bulunduğu anda ihtilaf bulunmayan davacının şirketi temsil ve ilzama yetkili olduğu dönemde gerçekleşen sahte fatura kullanma eylemine ilişkin olarak re'sen yapılan tarhiyatlar hakkında bir başka kanuni temsilci döneminde uzlaşılması ve yine davacının dönemine ait bir vergisel yükümlülüğün ihlali nedeniyle kesilen özel usulsüzlük cezasının bir başka kanuni temsilci döneminde taksite bağlanması davacının sorumluluğunu kaldırmayacağından, vergi mahkemesince, uzlaşmaya varılmak suretiyle kesinleşen ancak ödenmeyen vergi borçları ile taksitide bağlanan özel usulsüzlük cezasına ilişkin sorumluluğun, davacıya değil, uzlaşma ve taksitlendirme talebinde bulunan sonraki kanuni temsilcilere ait olduğu yolundaki gerekçeyle ödeme emirlerinin iptal edilmesi hukuka uygun düşmediğinden kararın bu kısmının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Savcı : Sefer YILDIRIM

Düşüncesi : ... Besicilik Yem İnş.Eml.Top.Mah.Nakliyat Sanayi ve Tic.Ltd.Şti.'nin ödenmeyen ve anılan şirkettende tahsil edilemeyen amme alacağı nedeniyle

kanuni temsilci sıfatıyla davacıdan tahsili amacıyla düzenlenen ödeme emrine karşı açılan davayı kısmen kabul eden Mahkeme kararı temyiz edilmektedir.

213 sayılı Vergi Usul Kanununun 10 uncu maddesinde, tüzel kişi temsilcilerinin vergi ödevlerini kasıt ve ihmalleriyle yerine getirmemeleri yüzünden tüzel kişilerin varlığından tamamen veya kısmen alınamayan amme alacaklarının kanuni ödevlerini yerine getirmeyen temsilcilerin varlıklarından alınacağı hükme bağlanmıştır.

Madde hükmüne göre, kanuni temsilcilerin vergi alacağından sorumlu tutulmaları, kanuni temsilcilerin vergi ödevlerini kasıt ve ihmalleriyle yerine getirmemeleri ve mükellef veya sorumluların varlığından amme alacağının tamamen veya kısmen tahsiline olanak bulunmaması koşullarının birlikte gerçekleşmesine bağlı bulunmaktadır.

Dosyanın incelenmesinden, davacının kanuni temsilcisi olduğu şirketin 2000 takvim yılı ile 2001/Ocak dönemine ait defter ve belgelerinin incelenmesi sonucu düzenlenen raporla sahte ve muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge kullandıkları nedeniyle yapılan cezalı tarhiyat üzerinden tarhiyat öncesi uzlaşmaya varıldığı, uzlaşma sonucunda tahakkuk eden amme alacağının şirketten tahsili için gerekli işlemler yapılmasına rağmen şirketten tahsil edilmemesi üzerine davacı adına 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 10. maddesi uyarınca ödeme emri tanzim ve tebliğ edildiği anlaşılmaktadır.

Dava konusu olayda amme alacağının şirketten tahsilinin mümkün olmadığı hususu sabit olup, bu husus mahkemecede kabul edilmektedir. Öte yandan tarhiyat öncesi uzlaşılan vergi, ceza ve gecikme faizinin süresinde ödenmemesi davacının kanuni temsilcisi olduğu şirketin vergi ile ilgili ödevlerini ihmal sonucu yerine getirmediğini gösterdiği gibi ödeme emriyle tahsiline çalışılan amme alacağı asıl borçlu şirket hakkında içeriği itibarıyla sahte ve yanıltıcı belge kullanmaktan dolayı yapılan cezalı tarhiyattan doğduğundan ve sahte fatura kullanma eylemi kanuni temsilcinin bilgisi dahilinde gerçekleştirilebilecek bir eylem olduğundan, amme alacağının süresinde ödenmemesinde kanuni temsilcinin ihmal ve kastının bulunmadığından söz edilemez.

Bu durumda, amme alacağının tahsil edilebilir hale geldiği tarihte şirketin ödeme güçlüğü içerisinde bulunması kanuni temsilci olan davacının sorumluluğunu kaldırmayacağından, davacının kanuni temsilcilik sıfatı sona erdikten sonra yapılan tarhiyata karşı bir başka kanuni temsilci tarafından uzlaşma talep edilerek uzlaşma sağlanması sonucu kesinleşen amme alacağının bu ödevi yerine getirmeyen yeni kanuni temsilcinin sorumlu tutulmasının gerektiğinden bahisle verilen kararda hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulü ile mahkeme kararının kabule ilişkin hüküm fıkrasının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Üçüncü Dairesince işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Davacı adına düzenlenen 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 22, 23, 24, 25, 26 ve 27 takip numaralı ödeme emirlerini iptal eden vergi mahkemesi kararı temyiz edilmiştir.

Vergi mahkemesi kararının 4811 sayılı Kanun kapsamında yapılan matrah artırım talebi üzerine 2000 yılına ilişkin olarak tahakkuk ettirilen kurumlar vergisi ile 1999 yılı Temmuz dönemi katma değer vergisi beyannamesinin verilmemesi nedeniyle re'sen tarh edilen vergi ziyaı cezalı katma değer vergisinin tahsili amacıyla düzenlenen 11 ve 22 sayılı ödeme emirlerinin iptaline ilişkin hüküm fıkrası aynı hukuksal nedenler ve gerekçeyle Dairemizce de uygun görülmüştür.

213 sayılı Vergi Usul Kanununun "Kanuni Temsilcilerin Ödevi" başlıklı 10'uncu maddesinde , tüzel kişilerin mükellef veya vergi sorumlusu olmaları halinde bunlara düşen ödevlerin kanuni temsilcileri tarafından yerine getirileceği, temsilcilerin bu ödevleri yerine getirmemeleri yüzünden mükelleflerin veya vergi sorumlularının varlığından tamamen veya kısmen alınamayan vergi veya buna bağlı alacakların, kanuni ödevleri yerine getirmeyenlerin varlıklarından alınacağı kurala bağlanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 23, 24, 25, 26 ve 27 sayılı ödeme emirleri içeriğinde yer alan katma değer vergisi, vergi ziyaı cezası ve gecikme faizi ile özel usulsüzlük cezasının şirketin 2000 yılında sahte fatura kullanmasından kaynaklandığı, 10 sayılı ödeme emri içeriğinde yer alan özel usulsüzlük cezasının ise 2000 yılında mali tabloların doldurulması ile ilgili kurallara uymaması nedeniyle kesildiği anlaşılmaktadır.

19.1.2001 tarihine kadar ... Besicilik İnşaat Emlak Nakliye Limited Şirketinin kanuni temsilcisi olduğunda ihtilaf bulunmayan davacının şirketi temsil ve ilzama yetkili olduğu dönemde gerçekleşen sahte fatura kullanma eylemine ilişkin olarak re'sen yapılan tarhiyatlar hakkında bir başka kanuni temsilci döneminde uzlaşılması ve yine davacının dönemine ait bir vergisel yükümlülüğün ihlali nedeniyle kesilen özel usulsüzlük cezasının yine başka kanuni temsilci döneminde taksite bağlanması davacının sorumluluğunu kaldırmayacağından, vergi mahkemesince, uzlaşmaya varılmak suretiyle kesinleşen ancak ödenmeyen vergi borçları ile takside bağlanan özel usulsüzlük cezasına ilişkin sorumluluğun, davacıya değil, uzlaşma ve taksitlendirme talebinde bulunan sonraki kanuni temsilcilere ait olduğu yolundaki gerekçeyle ödeme emirlerinin iptal edilmesi hukuka uygun düşmemiştir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kısmen reddine, Adana 1. Vergi Mahkemesinin 21.5.2009 gün ve E:2008/1200, K:2009/451 sayılı kararının 11 ve 22 sayılı ödeme emirlerine ilişkin hüküm fıkrasının onanmasına, 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 23, 24, 25, 26 ve 27 ile 10 takip numaralı ödeme emirlerine ilişkin hüküm fıkrasına yöneltilen temyiz isteminin kabulü ile sözkonusu hüküm fıkrasının bozulmasına, 492 sayılı Harçlar Kanununun 13'üncü maddesinin (j) bendi parantez içi hükmü uyarınca alınması gereken harç dahil olmak üzere yargılama giderlerinin yeniden verilecek kararda karşılanması gerektiğine, 13.9.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

DÖRDÜNCÜ DAİRE KARARLARI

GELİR VERGİSİ

T.C.
DANIŞTAY
Dördüncü Daire
Esas No : 2010/705
Karar No : 2011/3658

Özeti : Ticaret mahkemesince tespit ve takdir edilen gayrimenkul rayiç değerinin, Gelir Vergisi Kanunu'nun 73'üncü maddesinde düzenlenen emsal kira bedelinin hesaplanmasında dikkate alınamayacağı hakkında.

Temyiz Eden : ...
Vekili : Av. ...
Karşı Taraf : Mecidiyeköy Vergi Dairesi Müdürlüğü
İstemin Özeti : Elde ettiği gayrimenkul sermaye iradını beyan dışı bıraktığı ileri

sürülen davacı adına 2002 yılı için salınan gelir vergisi, hesaplanan fon payı ve kesilen vergi ziyaı cezasının kaldırılması istemiyle dava açılmıştır. İstanbul 10.Vergi Mahkemesinin 25.11.2009 günlü ve E:2008/1541, K:2009/4023 sayılı kararıyla; 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 73 üncü maddesinin 1 inci fıkrasında, kiraya verilen mal ve hakların kira bedellerinin emsal kira bedelinden düşük olamayacağı, bedelsiz olarak başkalarının intifaina bırakılan mal ve hakların emsal kira bedelinin, bu mal ve hakların kirası sayılacağı, bina ve arazide emsal kira bedelinin, yetkili özel mercilerce veya mahkemelerce takdir veya tespit edilmiş kirası, bu suretle takdir veya tespit edilmiş kira mevcut değilse Vergi Usul Kanunu'na göre belirlenen vergi değerinin %5 i olduğunun hükme bağlandığı, davacının 1/3 hissesine sahip olduğu gayrimenkulün değerinin, İstanbul 3.Asliye Ticaret Mahkemesinde açılan tespit davasında bilirkişi incelemesiyle 6.720.000,00TL olarak belirlendiği, emsal kira bedelinin vergi değeri olarak kabul edilen bu tutarın %5 i ve davacının hisse oranı uygulanarak bulunan matrah üzerinden tarhiyat yapıldığı, gerçek kira bedelinin tespit edilememesi veya gerçek kira bedelinin az beyan edilmesi durumunda vergilendirilecek gelirin tespiti bakımından gayrimenkulün rayiç değerinin tespitine ilişkin bilirkişi raporu dayanak olarak alınabileceğinden tarhiyatta hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Davacı, hukuka aykırı olduğunu ileri sürerek kararın bozulmasını istemektedir.

Savunmanın Özeti: Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hakimi B.Barış Özkanay'ın Düşüncesi : 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 73 üncü maddesinde, kiraya verilen mal ve hakların kira bedellerinin emsal kira bedelinden düşük olamayacağı, bedelsiz olarak başkalarının intifaina bırakılan mal ve hakların emsal kira bedelinin, bu mal ve hakların kirası sayılacağı, bina ve arazide emsal kira bedelinin, yetkili özel mercilerce veya mahkemelerce takdir veya tespit edilmiş kirasının, bu suretle takdir veya tespit edilmiş kira mevcut değilse Vergi Usul Kanununa göre belirlenen vergi değerinin % 5 i olduğu belirtilmiştir.

İncelenen dosyada, İstanbul 3. Asliye Ticaret Mahkemesince gayrimenkulün rayiç değerinin tespitine ilişkin bilirkişi raporuyla belirlenen 6.720.000.00 TL rayiç değerin %5 i uygulanmak suretiyle takdir edilen matrah üzerinden tarhiyat yapılmıştır. Ancak Kanun'da emsal kira bedeli olarak gayrimenkullerin rayiç değerine değil, mahkemelerce veya yetkili

özel mercilerce takdir veya tespit edilen kira bedeline, bu yoksa vergi değerinin %5 ine işaret edildiğinden yasal dayanağı bulunmayan matrah takdiri üzerine yapılan tarhiyatta hukuka uyarlık görülmemiştir. Bu nedenle Mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Gülsen Bişkin'in Düşüncesi : Davacı adına, 2002 yılında elde ettiği gayrimenkul sermaye iradını beyan dışı bıraktığı ileri sürülerek salınan gelir vergisi, hesaplanan fon payı ile kesilen vergi ziyai cezasına karşı açılan davanın reddine ilişkin karar temyiz edilmiştir.

Davacının 1/3 hisseyle ortağı olduğu gayrimenkulün kiraya verildiği, 2002 yılında elde edilen toplam kira bedelinin 8000TL olduğu, gayrimenkulün 1/3 hisseli diğer maliklerinden biri olan davacının kardeşinin talebi üzerine İstanbul 3. Asliye Ticaret Mahkemesinde açılan tespit davasında yaptırılan bilirkişi incelemesi neticesinde düzenlenen bilirkişi raporu ile söz konusu gayrimenkul için 6.720.000,00TL değer biçildiği ileri sürülerek davacı hakkında düzenlenen basit raporla 2002 yılı için mükellefiyet tesis edilmesi ve takdir komisyonuna sevk edilmesinin önerildiği, takdir komisyonunca bahsi geçen bilirkişi raporunda yer alan değer esas alınarak dava konusu tarhiyatın yapıldığı anlaşılmaktadır.

Davacının hissesine düşen kira gelirinin 2002 yılında gayrimenkul sermaye iratları için öngörülen beyanname verme sınırının altında kalması nedeniyle tarhiyatın kaldırılması gerekirken davanın reddine karar veren Mahkeme kararında hukuka uygunluk görülmemiştir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dördüncü Dairesince gereği görüldü:

Elde ettiği gayrimenkul sermaye iradını beyan dışı bıraktığı ileri sürülen davacı adına 2002 yılı için salınan gelir vergisi, hesaplanan fon payı ve kesilen vergi ziyai cezasının kaldırılması istemiyle açılan davayı reddeden Vergi Mahkemesi kararı temyiz edilmiştir.

193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 70 inci maddesinin 1 inci fıkrasında; mal ve hakların sahipleri, mutasarrıfları, zilyetleri, irtifak ve intifa hakkı sahipleri veya kiracıları tarafından kiraya verilmesinden elde edilen iratların gayrimenkul sermaye iradı sayılacağı, aynı Kanunun "Emsal Kira Bedeli Esası" başlıklı 73 üncü maddesinde ise, kiraya verilen mal ve hakların kira bedellerinin emsal kira bedelinden düşük olamayacağı, bedelsiz olarak başkalarının irtifakına bırakılan mal ve hakların emsal kira bedelinin, bu mal ve hakların kirası sayılacağı, bina ve arazide emsal kira bedelinin, yetkili özel mercilerce veya mahkemelerce takdir veya tespit edilmiş kirasının, bu suretle takdir veya tespit edilmiş kira mevcut değilse Vergi Usul Kanununa göre belirlenen vergi değerinin % 5 i olduğu hükme bağlanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, davacının 1/3 hissesine sahip olduğu gayrimenkulün ortağı olduğu şirketlere kiraya verildiği, ancak elde ettiği gayrimenkul sermaye iradını beyan sınırını aştığı halde beyan etmediği ileri sürülerek matrah takdiri için takdir komisyonuna sevk edildiği, takdir komisyonunca, İstanbul 3. Asliye Ticaret Mahkemesince yaptırılan bilirkişi incelemesi neticesinde düzenlenen 27.12.2001 günlü bilirkişi raporunda belirlenen 6.720.000,00 TL gayrimenkul değerinin %5 i emsal kira bedeli kabul edilerek matrah takdir edildiği ve davacı adına 2002 yılı için vergi ziyai cezalı gelir vergisi ve fon payı tarhiyatı yapıldığı anlaşılmıştır.

İncelenen dosyada, mahkemelerce veya yetkili özel mercilerce yapılan bir kira bedeli takdiri veya tespiti bulunmamaktadır. İstanbul 3. Asliye Ticaret Mahkemesince gayrimenkulün rayiç değerinin 6.720.000,00 TL olarak tespitine ilişkin bir bilirkişi raporu bulunmakta ise de; Kanun'da emsal kira bedeli olarak gayrimenkullerin rayiç değeri değil, mahkemelerce veya yetkili özel mercilerce takdir veya tespit edilen kira bedeli, bu yoksa vergi değerinin %5 inin esas alınacağı belirtildiğinden, bu raporun matrah takdirine dayanak olarak alınmasına hukuken olanak bulunmamaktadır. Nitekim aynı gayrimenkulün rayiç

değeri, Fatih 2. İcra Müdürlüğünün talebi üzerine düzenlendiği anlaşılan bilirkişi raporunda 2.711.280,00 TL olarak belirlenmiştir.

Bu durumda, kiraya verilen gayrimenkule ait kira bedelinin, Kanunda tanımlanan emsal kira bedelinden düşük olduğuna ilişkin bir tespitin bulunmaması karşısında, yasal dayanaktan yoksun bulunan takdir komisyonu kararı uyarınca yapılan tarhiyatta hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulüne, İstanbul 10.Vergi Mahkemesinin 25.11.2009 günlü ve E:2008/1541, K:2009/4023 sayılı kararının bozulmasına 12.5.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KATMA DEĞER VERGİSİ

T.C.
DANIŞTAY
Dördüncü Daire

Esas No : 2010/1971
Karar No : 2011/5825

Özeti : Serbest meslek erbabı olan avukatların gerek icra dairelerinde borçludan adlarına tahsil edilen, gerekse mahkemelerce karşı tarafa hükmedilen vekalet ücretinin katma değer vergisine tabi olduğu hakkında.

Temyiz Eden : ...

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : Mithatpaşa Vergi Dairesi Müdürlüğü

İstemin Özeti : Avukatlık faaliyetinde bulunan davacının 2006 yılı işlemlerinin

incelenmesi sonucunda düzenlenen vergi inceleme raporunda; muhtelif icra müdürlüklerinden müvekkilleri adına yapmış olduğu icra takipleri sonucunda tahsil ettiği ve serbest meslek kazanç defterine gelir olarak kaydettiği vekalet ücretleri için serbest meslek makbuzu düzenlemediği ve katma değer vergisini iç yüzde yöntemiyle ayırtırmadığı ileri sürülerek adına resen tarh edilen 2006/1-12 dönemi katma değer vergisi ile kesilen vergi ziyai cezasının kaldırılması istemiyle dava açılmıştır. Ankara 4.Vergi Mahkemesi 15.10.2009 günlü ve E:2008/1345, K:2009/1916 sayılı kararıyla; 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 1 inci maddesinde avukatlığın, kamu hizmeti ve serbest bir meslek olduğu hükmüne yer verildiği, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 1 inci maddesinin (1) numaralı fıkrasında ticari, sınai, zirai faaliyet ve serbest meslek faaliyeti çerçevesinde yapılan teslim ve hizmetlerin katma değer vergisine tabi olduğu, 20 nci maddesinin (4) numaralı fıkrasında, belli bir tarife göre fiyatı tespit edilen işler ile bedelin biletle tahsil edildiği hallerde tarife ve bilet bedelinin katma değer vergisi dahil edilerek tespit olunacağı ve verginin müşteriye ayrıca intikal ettirilmeyeceğinin hükme bağlandığı, anılan Kanun maddelerinden, avukatlık mesleğinin, serbest meslek faaliyeti ve bu meslekten elde edilen kazancın da serbest meslek kazancı olduğu, serbest meslek faaliyeti çerçevesinde yapılan teslim ve hizmetlerin ise katma değer vergisine tabi bulunduğu anlaşıldığı, bu bakımdan, serbest meslek erbabı olan avukatların gerek icra dairelerinde borçludan adlarına tahsil edilen gerekse mahkemelerce karşı tarafa hükmedilen vekalet ücretinin katma değer vergisine tabi olduğu ve belli bir tarife göre fiyatı tespit edilen işlerde tarifenin katma değer vergisi dahil edilerek belirlendiğinin dikkate alınmasıyla söz konusu tahsilatlar nedeniyle davacı adına tarh edilen

vergi ve cezada yasaya aykırılık görülmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Davacı, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 423 üncü maddesi uyarınca vekalet ücretinin yargılama gideri olduğunu, karşı tarafa hizmet sunulmadığından vergiyi doğuran olayın gerçekleşmediğini, bu nedenle, katma değer vergisine tabi olmadığını ileri sürerek kararın bozulmasını istemektedir.

Savunmanın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hakimi Gülbin Günhan'ın Düşüncesi : Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, temyize konu mahkeme kararının bozulmasını sağlayacak nitelikte bulunmadığından temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı 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 görüldü:

Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, bozulması istenilen kararın dayandığı gerekçeler karşısında, yerinde ve kararın bozulmasını sağlayacak durumda görülmemiştir.

Bu nedenle, temyiz isteminin reddine, Ankara 4.Vergi Mahkemesi 15.10.2009 günlü ve E:2008/1345, K:2009/1916 sayılı kararının onanmasına 29.6.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Dördüncü Daire
Esas No : 2008/1948
Karar No : 2011/5836

Özeti : Katma değer vergisinde vergiyi doğuran olay, mal teslimi ve hizmet ifası anında gerçekleşeceğinden buna ilişkin vergilendirme döneminde beyan edilmesi gerektiği, mal ve hizmet bedelinin tahsilinin ise bu açıdan öneminin bulunmadığı hakkında.

Temyiz Eden : Denizli Vergi Dairesi Başkanlığı

Karşı Taraf : ... Mühendislik İnşaat Makina Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi

İstemin Özeti : Bir kısım hasılatını kayıt ve beyan dışı bıraktığı ileri sürülen davacı adına 2004/1,2,3,7,9,10 ve 11 inci dönemi için re'sen salınan katma değer vergisi ve kesilen vergi ziyai cezasının kaldırılması istemiyle dava açılmıştır. Denizli Vergi Mahkemesinin 20.11.2007 günlü ve E:2007/226, K:2007/718 sayılı kararıyla; 2004 yılı işlemleri incelenen davacı hakkında düzenlenen vergi inceleme raporu uyarınca, davacının 28.5.1999 ve 8.11.1999 tarihli sözleşmeler ile üstlenmiş olduğu inşaat işlerini 2000 yılında tamamladığı, bu tarihten sonra da S.S. ... Konut Yapı Kooperatifi tarafından şirkete ödeme yapıldığı, ancak bu tahsilatların beyanlara intikal ettirilmediği, 2004 yılında yapılan tahsilatların 2004 yılı geliri olarak kabul edilmesi ve 21.11.2003 tarihinden itibaren indirimli orandan faydalanabilmek için şart koşulan inşaat yapı ruhsatının konut yapı kooperatifi adına olmaması nedeniyle %18 oranında katma değer vergisine tabi olduğu ileri sürülerek tarhiyat yapıldığı, davacı şirketin

sözleşme ile yapmış olduğu işler kapsamında işin bitim tarihinden sonra kendisine yapılan ödemeleri 2004 yılı katma değer vergisi beyanlarına intikal ettirmediklerinin sabit olduğu ancak inşaat işlerinin 2000 yılında tamamlandığı ve mal teslimi ve hizmet ifasının o yılda gerçekleştiği hususu dikkate alındığında %1 oranının uygulanması gerektiği, buna göre Mahkemelerince davacının 2004 yılı beyan tablosunun yeniden düzenlendiği ve ilgili dönemlerde ödenecek vergi çıkmadığından dava konusu tarhiyatlarda hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle vergi ve cezaların kaldırılmasına karar verilmiştir. Davalı İdare hukuka aykırı olduğunu ileri sürerek kararın bozulmasını istemektedir.

Savunmanın Özeti : Cevap verilmemiştir.

Tetkik Hakimi B.Barış Özkanay'ın Düşüncesi : Uyuşmazlıkta vergiyi doğuran olay, inşaatların teslim tarihi olan 2000 yılında gerçekleşmiş olup, 2004 yılı için yapılan tarhiyatlarda hukuka uyarlık bulunmadığından Vergi Mahkemesi kararının bu gerekçeyle onanması gerektiği düşünülmektedir.

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dördüncü Dairesince gereği görüldü:

Bir kısım hasılatını kayıt ve beyan dışı bıraktığı ileri sürülen davacı adına 2004/1,2,3,7,9,10,11 inci dönemi için re'sen salınan katma değer vergisi ve kesilen vergi ziyai cezasını kaldıran Vergi Mahkemesi kararı temyiz edilmiştir.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 19 uncu maddesinde, vergi alacağının vergi kanunlarının vergiyi bağladıkları olayın vukuu veya hukuki durumun tekemmülü ile doğacağı, vergi alacağının mükellef bakımından vergi borcunu teşkil ettiği belirtilmiş, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 10 uncu maddesinin (a) bendinde ise vergiyi doğuran olayın, mal teslimi ve hizmet ifası hallerinde, malın teslimi veya hizmetin yapılması anında meydana geleceği hükme bağlanmıştır.

Buna göre; katma değer vergisinin mal teslimi ve hizmet ifası anında doğacağı ve buna ilişkin vergilendirme döneminde beyan edilmesi gerektiği açıktır. Mal ve hizmet bedelinin tahsilinin ise bu açıdan bir önemi bulunmamaktadır.

Dosyanın incelenmesinden; davacının 28.5.1999 ve 8.11.1999 tarihli sözleşmeler ile S.S. ... Konut Yapı Kooperatifine karşı üstlenmiş olduğu inşaat işlerini 2000 yılında tamamladığı, ancak 2004 yılında bu işlerle ilgili yapılan tahsilatın 2004 yılı katma değer vergisi beyanlarına intikal ettirilmediği ileri sürülerek tarhiyat yapıldığı anlaşılmaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere, katma değer vergisinde vergiyi doğuran olayın mal teslimi ve hizmet ifası anında gerçekleşmesi nedeniyle uyuşmazlıkta vergiyi doğuran olay, inşaatların teslim tarihi olan 2000 yılında gerçekleşmiş olup, 2004 yılı için yapılan tarhiyatlarda hukuka uyarlık bulunmadığından tarhiyatı kaldıran Vergi Mahkemesi kararı sonucu itibarıyla hukuka uygun görülmüştür.

Bu nedenle temyiz isteminin reddine, Denizli Vergi Mahkemesinin 20.11.2007 günlü ve E:2007/226, K:2007/718 sayılı kararının yukarıda belirtilen gerekçeyle onanmasına 29.6.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KURUMLAR VERGİSİ

T.C.
DANIŞTAY
Dördüncü Daire

Esas No : 2009/248
Karar No : 2011/4403

Özeti : Kurumlar vergisi uygulamalarına ilişkin düzenlemeler yapılmak üzere çıkarılan dava konusu sirkülerde katma değer vergisine ilişkin yükümlülükler getirilmesinin, konu unsuru yönünden hukuka uygun bulunmadığı hakkında.

Davacı : ...
Vekili : Av. ...
Davalı : Maliye Bakanlığı

Davanın Özeti : Mülkiyeti Hazineye ait olup Milli Eğitim Bakanlığına tahsisli ve bu Bakanlığa bağlı okul ve kurumlardaki kantin, açık alan, salon ve benzeri yerlerin okul aile birlikleri işletilmesi veya işlettilmesi ile ilgili olarak yapılacak uygulamalara ilişkin kuralların yer aldığı 5.8.2004 tarih ve 11 seri nolu Kurumlar Vergisi Sirküler'inin; 14.6.1973 tarih ve 1739 sayılı Millî Eğitim Temel Kanunu'nun 5257 sayılı Kanunla değişik 16 ncı maddesinin son fıkrasında okul-aile birliklerinin gelirlerinin her türlü vergi resim ve harçtan muaf olduğunun belirtildiği, Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 19 ncu maddesinde diğer kanunlardaki vergi muafılık ve istisna hükümlerinin katma değer vergisi bakımından geçersiz olacağı, getirilecek istisna ve muafiyet hükümlerinin, bu Kanuna hüküm eklemek veya bu Kanunda değişiklik yapmak suretiyle düzenleneceği hükmüne yer verilmiş olsa dahi, 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu ile getirilen muafiyet hükmünün, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'ndan sonra yürürlüğe girdiği dikkate alındığında ve 1739 sayılı Kanunun 16 ncı maddesi hükmünün 3065 sayılı Kanun'un 19 uncu maddesi hükmü karşısında özel ve sonraki kanun hükmü niteliği taşıdığı, bu itibarla, söz konusu muafiyetin katma değer vergisinde kapsadığı iddiasıyla iptali istenilmektedir.

Maliye Bakanlığı'nın Savunmasının Özeti : İdari davaya konu olabilecek düzenleyici bir işlem den söz edilebilmesi için o işlemin, genel ve objektif kurallar koyan nitelikte olması gerektiği, iptali istenen sirküler tek başına yeni kurallar getirmeyip sadece yasal düzenlemeleri açıkladığından, idari davaya konu olabilecek işlem niteliğinde olmadığı, bu nedenle davanın usul yönünden reddi gerektiği, esas yönünden ise, kiraya verenin gerçek usulde katma değer vergisi mükellefiyetinin bulunmaması ve kiralayanın gerçek usulde katma değer vergisi mükellefi olması halinde, kiralamaya ilişkin katma değer vergisinin kiralayan tarafından sorumlu sıfatıyla beyan edilmesi gerektiğinden, bu kapsamdaki kiralamalarda kiraya verenler tarafından beyanname verilmeyeceği, Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 17/4-d maddesi ile iktisadi işletmeye dahil olmayan gayrimenkullerin kiralınması işlemleri vergiden istisna edilmişse de, uyuşmazlıkta kiralamaya konu olan gayrimenkulün kendisi değil işletme hakkı olduğu, işletme hakkının kiralınması halinde söz konusu istisna hükmünün uygulanmasının mümkün olmadığı, buna göre, vergi mükellefiyeti bulunmayan okul aile birliğinden kiralanan okul kantini için ödenen kira bedeline ilişkin katma değer vergisinin kiralayan tarafından sorumlu sıfatıyla beyan edilmesi gerektiği, bu bakımdan Milli Eğitim Bakanlığı'na bağlı okul ve kurumlardaki kantin açık alan, salon ve benzeri yerlerin ticari, eğitsel, kültürel, sosyal ve sportif etkinliklerde kullanılmak üzere okul aile birliklerince üçüncü şahıslara kiralınması üzerine katma değer vergisi hesaplanması ve ilgili dönem

katma değer vergisinin de Sirkülerde bahsi geçen Tebliğe göre beyan edilmesinin gerektiği açıklayan dava konusu Sirkülerde hukuka aykırılık bulunmadığı ileri sürülerek davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Tetkik Hakimi Yavuz Şen'in Düşüncesi : 5.8.2004 tarih ve 11 seri nolu Kurumlar Vergisi Sirkülerinin "Okul ve Kurumlardaki Kantin, Açık Alan, Salon ve Benzeri Yerlerin Okul Aile Birlikleri Tarafından Üçüncü Kişilere Kiraya Verilmesi" başlıklı 3 üncü bölümünün 2,3 ve 4 üncü paragraflarının iptali istemiyle davanın açıldığı, Maliye Bakanlığı tarafından çıkarılan dava konusu 11 seri nolu Kurumlar Vergisi Sirküleri'nin konusu; mülkiyeti Hazineye ait olup Milli Eğitim Bakanlığına tahsisli ve bu Bakanlığa bağlı okul ve kurumlardaki kantin, açık alan, salon ve benzeri yerlerin okul aile birlikleri işletilmesi veya işlettirilmesi ile ilgili kurumlar vergisi uygulamalarına ilişkin düzenlemeler olarak belirlendiği,. kanunların uygulanmasını göstermek veya Kanunun açıkça öngördüğü zorunluluk gereği çıkarılan yönetmelik, tebliğ, genelge, sirküler ve benzeri nitelikteki düzenleyici işlemlerle, düzenleme konusu ve amacı çerçevesinde kurallar içermesi gerektiği, dava konusu Sirküler hükmünde ise, Sirkülerin konusunun dışında, okul ve kurumlardaki kantin, açık alan, salon ve benzeri yerlerin okul aile birlikleri tarafından üçüncü kişilere kiraya verilmesi ile ilgili katma değer vergisi uygulamalarına ilişkin düzenlemelerle kiracılara yükümlülükler getirilmiş olup, bu niteliğiyle Sirkülerde öngörülen konu ve amaca uygun bulunmadığı, bu nedenle, konusu okul ve kurumlardaki kantin, açık alan, salon ve benzeri yerlerin okul aile birlikleri işletilmesi veya işlettirilmesi ile ilgili kurumlar vergisi uygulamaları olan Sirkülerde katma değer vergisi uygulamalarına ilişkin düzenlemelere yer verilmesi hukuka aykırı olduğundan Sirkülerin dava konusu edilen bölümlerinin iptal edilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı A.Kemal Terlemezoglu'nun Düşüncesi : Dava,Mülkiyeti Hazineye ait olup Milli Eğitim Bakanlığına tahsisli ve bu Bakanlığa bağlı Okul ve Kurumlardaki Kantin, Açık alan, Salon ve Benzeri Yerlerin Okul Aile Birlikleri işletilmesi veya işlettirilmesi ile ilgili olarak yapılacak uygulamalarla ilgili açıklamaların yer aldığı 5.8.2004 tarih ve KVK -11/2004-9 /Okul Aile Birlikleri-1. Kurumlar Vergisi Sirküler/11'inin iptali istemine ilişkin bulunmaktadır.

İptali istenilen Maliye Bakanlığı Gelirler Genel Müdürlüğünce yayımlanan sirkülerde, okul aile birliklerinin kantin kiralama işleminin katma değer vergisine tabi olup okul aile birliğinin katma değer vergisi mükellefiyetinin bulunmaması nedeniyle hesaplanan verginin kiralayan tarafından sorumlu sıfatıyla katma değer vergisi beyannamesi ile beyan edilerek ödenmesine yönelik uygulama esasları ile ilgili açıklamalar yapılmıştır.

Danıştayın ilk derece mahkemesi sıfatıyla bakabileceği davalar, 2575 sayılı Danıştay Kanununun 24'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında gösterilmiştir. Bu fıkranın, davayı ilgilendiren (c) bendinde, bakanlıkların düzenleyici işlemleri ile kamu kuruluşları veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca çıkarılan ve ülke çapında uygulanacak düzenleyici işlemlere karşı açılacak iptal ve tam yargı davaları bunlar arasında sayılmıştır.

Görüldüğü üzere, anılan bent uyarınca bir idari davanın ilk derece mahkemesi sıfatıyla Danıştay'da görülebilmesinin ilk koşulu idari davaya konu edilen idari işlemin düzenleyici nitelikte olmasıdır. İdare Hukukunda düzenleyici işlem, idarenin aynı durumda olan idare edilenler için bağlayıcı soyut hukuk kuralı koyan, yani normatif nitelikte olan tek yanlı tasarruflarına verilen addır. Bu nitelikte olmayan, daha önce yürürlüğe konulan üst hukuk normunu yineleyen veya bu üst hukuk normunun nasıl anlaşılması gerektiği konusunda alt idari birimlere ya da idare edilenlere açıklamalar getiren idari tasarruflar, Hukuk Düzeninde herhangi bir değişiklik oluşturmayacaklarından, idare edilenler yönünden bağlayıcı, dolayısıyla da düzenleyici değildirler. İdarenin bu nitelikteki bir işleminin idari yargı denetimine tabi tutulması, bu denetimin varlık nedenine uygun düşmez.

Davada iptali istenilen sirküler, 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 413'üncü maddesinin 4962 sayılı Kanunun 17'nci maddesi ile değişik ikinci fıkrasının Maliye Bakanlığına vermiş olduğu yetki uyarınca yayımlanmıştır. Anılan maddenin ilk fıkrası, mükelleflerin,

Maliye Bakanlığından veya Maliye Bakanlığının bu hususta yetkili kıldığı makamlardan vergi durumları ve vergi uygulaması bakımından müphem ve tereddüdü mucip gördükleri hususlar hakkında izahat isteyebilecekleri; Maliye Bakanlığına yetki veren ikinci fıkrası da, yetkili makamların izahat isteğini, yazı ile veya sirkülerle cevaplamak mecburiyetinde oldukları düzenlemesini içermektedir.

Bu iki fıkrâ hükmünün birlikte değerdendirilmesinden anlaşılaçağı üzere; Maliye Bakanlığına sirküler yayımlama konusunda verilen yetkinin amacı, mükelleflerin, vergi durumları ve vergi uygulaması bakımından müphem ve duraksama yaratan hususlarda istemiş oldukları izahatın (açıklamanın), her mükellefe ayrı yazı ile verilmesi yerine; aynı durumda bulunan tüm mükelleflere, aynı anda ve tek işlemle duyurulmasının sağlanmasıdır. Açıklama (izahat) ise, bir yasa hükmünden ne anlaşılması ve yasa hükmünün nasıl uygulanması gerektiği konusundaki Maliye Bakanlığının görüşüdür. İcerdiği açıklamanın özelliği sebebiyle, kural koyucu nitelik taşımayan sirkülerin, Hukuk Düzeninde herhangi bir değışiklik oluşturmaya olanak bulunmamaktadır.

Bu nedenlerle, ortada, düzenleyici nitelikte bir idari işlem bulunmadığından; davanın, 2577 sayılı Kanunun 15'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (b) bendi uyarınca incelenmeksizin reddi gerektiği düşünölmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dördüncü Dairesince gereği görüşöldü:

Mülkiyeti Hazineye ait olup Milli Eğitim Bakanlığına tahsisli ve bu Bakanlığa bağlı okul ve kurumlardaki kantin, açık alan, salon ve benzeri yerlerin okul aile birlikleri işletilmesi veya işlettirilmesi ile ilgili olarak yapılacak uygulamalara ilişkin kuralların yer aldığı 5.8.2004 tarih ve 11 seri nolu Kurumlar Vergisi Sirkülerinin iptali istemiyle açılan davada,dava dilekçesinde açıklanan durum ile ileri sürölen iddialar dikkate alındığında davanın, Sirkülerin, "Okul ve Kurumlardaki Kantin, Açık Alan, Salon ve Benzeri Yerlerin Okul Aile Birlikleri Tarafından Üçüncü Kişilere Kiraya Verilmesi" başlıklı 3 üncü bölümünün 2,3 ve 4 üncü paragraflarının iptali istemiyle açıldığı sonucuna varılmış ve dava bu kısımlara hasren incelenmiştir.

Dava konusu Sirkülerde yer alan düzenleme, üst hukuk normunun nasıl anlaşılması gerektiği konusunda Kanunda yer alan düzenlemenin yeniden yorumlanmasıyla, davacının menfaatini doğrudan etkiler nitelikte uygulamalar içermesi nedeniyle yürütölmesi zorunlu idari işlem kapsamında göröldüğünden, davaya konu edilmesi mümkün olup, dava konusu işlemler arasında maddi ve hukuki yönden bağlılık bulunması nedeniyle de tek dilekçeyle dava açılabilceğinden, davalı İdarenin usule ilişkin iddialarında yasaya uyarlık görölmemiştir.

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 1 inci maddesinde, Türkiye'de yapılan ve maddede sayılan işlemlerin katma değerd vergisine tabi olduğu belirtilmiş olup, maddenin 3-f bendinde, Gelir Vergisi Kanunu'nun 70 inci maddesinde belirtilen mal ve hakların kiralanması işlemleri bunlar arasında sayılmıştır.

14.6.1973 tarih ve 1739 sayılı Millî Eğitim Temel Kanunu'nun 16.6.1983 tarih ve 2842 sayılı Kanunla değışen ve dava konusu Sirkülerin yayınlandığı tarihte yürürlükteki hali olan XIII-Okul ile ailenin işbirliği başlıklı 16 ncı maddesinde, "Eğitim kurumlarının amaçlarının gerçekleştirilmesine katkıda bulunmak için okul ile aile arasında İşbirliği sağlanacağı, bu maksatla okullarda okul - aile birliklerinin kurulacağı, okul - aile birliklerinin kuruluş ve işleyişleri Milli Eğitim Bakanlığınca çıkarılacak bir yönetmelikle düzenlenir" hükmüne yer verilmiş, 11.11.2004 tarih ve 5257 sayılı Kanunla değışiklik yapılan söz konusu madde, daha sonra 25.6.2009 tarih ve 5917 sayılı Kanunla yeniden değışikliğe uğramıştır.

Mülkiyeti Hazineye ait olup Milli Eğitim Bakanlığına tahsisli ve bu Bakanlığa bağlı okul ve kurumlardaki kantin, açık alan, salon ve benzeri yerlerin okul aile birlikleri işletilmesi

veya işlettilmesi ile ilgili olarak yapılacak uygulamalara ilişkin kuralların yer aldığı 5.8.2004 tarih ve 11 seri nolu Kurumlar Vergisi Sirküleri'nin "Okul ve Kurumlardaki Kantin, Açık Alan, Salon ve Benzeri Yerlerin Okul Aile Birlikleri Tarafından Üçüncü Kişilere Kiraya Verilmesi" başlıklı 3 üncü bölümünün dava konusu edilen 2, 3 ve 4 üncü paragraflarında,

"Ayrıca, Milli Eğitim Bakanlığı'na bağlı okul ve kurumlardaki kantin açık alan, salon ve benzeri yerlerin ticari, eğitsel, kültürel, sosyal ve sportif etkinliklerde kullanılmak üzere okul aile birliklerince üçüncü şahıslara kiralanması işlemi Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 1/3-f bendine göre genel oranda katma değer vergisine tabidir.

Öte yandan, 30 Seri No.lu Katma Değer Vergisi Genel Tebliği'nin "F-Kiralama ve Reklam Verme İşlemlerinde Sorumluluk Uygulaması" alt başlığında " ...kiralama işlemleri ile ilgili katma değer vergisinin; kiraya verenin başka faaliyetleri nedeniyle gerçek usulde katma değer vergisi mükellefiyetinin bulunmaması ve kiralayanın da gerçek usulde katma değer vergisi mükellefi olması durumunda kiralayan tarafından sorumlu sıfatıyla beyan edileceği..." açıklanmıştır.

Buna göre, söz konusu kira bedeli üzerinden katma değer vergisi hesaplanması ve ilgili dönem katma değer vergisinin de bahsi geçen Tebliğ'de yapılan açıklamalar doğrultusunda beyan edilmesi gerekmektedir." şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, davacının Ankara ... İlköğretim Okulu kantinini, okul-aile birliğinden kiraladığı, davacının bağlı bulunduğu Keçiören Vergi Dairesi Müdürlüğü 11 seri nolu Kurumlar Vergisi Sirkülerini dayanak gösterip davacının Okul Aile Birliğine ödediği kira bedeli üzerinden katma değer vergisi tevkifatı yaparak vergi dairesine ödemediği ileri sürülerek takdir komisyonu kararı uyarınca 2008/5 inci dönemi için davacı adına vergi ziyayı cezalı katma değer vergisinin salındığı, bu itibarla, 5.8.2004 tarih ve 11 seri nolu Kurumlar Vergisi Sirkülerinin dava konusu edildiği anlaşılmıştır.

Okul kantinlerinin mülkiyeti hazineye ait olup, hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlar ile, Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerin kiraya verilmesi görev ve yetkisi, 178 sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 13 üncü maddesinin (b) bendine göre Maliye Bakanlığına aittir. Kiralama işlemi esas olarak 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'na ve bu Kanun'un 74 üncü maddesine istinaden çıkarılan Devlete Ait Taşınmaz Mal Satış, Trampa, Kiraya Verme, Mülkiyetin Gayri Ayni Hak Tesis, Ecrimisil ve Tahliye Yönetmeliğine, 19.6.2007 tarihinden itibaren de Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre yürütülmektedir. Milli Eğitim Bakanlığına tahsisli ve bu bakanlığa bağlı okul ve kurumlardaki kantin, açık alan, salon ve benzeri yerlerin okul aile birliklerince işletilmesi ve işlettilmesine ilişkin esaslar Milli Eğitim Bakanlığı Okul Aile Birliği Yönetmeliğinde belirlenmiş, konuyla ilgili ayrıntılı uygulama kuralları Genel Tebliğlerle düzenlenmiştir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2 nci maddesinin 1 inci fıkrasının (a) bendinde, iptal davaları, idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu, maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan davalar olarak tanımlanmıştır. İdari işlemler, idari makamlar tarafından bir kamu hizmetini yürütmek üzere kendilerine tanınan kamu gücü kullanılarak, tek yanlı iradeyle tesis edilen ve tesis edildikleri alanda bulunan kişilerin menfaatini doğrudan etkileyen, onların hak ve menfaatleri ile yükümlülüklerinde değişiklik yapan veya yenilik doğuran her türlü irade açıklamasıdır. İçtihat ve doktrinde belirlenen hukuki nitelikleri gözönüne alındığında, "bir idari bir işlemin doğuracağı hukuksal sonuca" o işlemin konusu denir. Konusu meşru ve mümkün olması gereken idari işlemlerin doğuracağı sonuçlar, önceden yasalarla ve diğer düzenleyici işlemlerle belirtilmiştir. Bu bakımdan, idari işlemlerde ilgililerin işlemin konusunu değiştirmeye, ya da istedikleri gibi belirtmeye yetkileri yoktur.

Maliye Bakanlığı tarafından çıkarılan dava konusu 11 seri nolu Kurumlar Vergisi Sirküleri'nin konusu; mülkiyeti Hazineye ait olup Milli Eğitim Bakanlığına tahsisli ve bu Bakanlığa bağlı okul ve kurumlardaki kantin, açık alan, salon ve benzeri yerlerin okul aile

birliklerince işletilmesi veya işlettilmesi ile ilgili kurumlar vergisi uygulamalarına ilişkin düzenlemeler olarak belirlenmiştir. Kanunların uygulanmasını göstermek veya Kanunun açıkça öngördüğü zorunluluk gereği çıkarılan yönetmelik, tebliğ, genelge, sirküler ve benzeri nitelikteki düzenleyici işlemlerin, düzenleme konusu ve amacı çerçevesinde kurallar içermesi gerekmektedir. ,

Dava konusu Sirküler, okul ve kurumlardaki kantin, açık alan, salon ve benzeri yerlerin okul aile birlikleri tarafından üçüncü kişilere kiraya verilmesi ile ilgili kurumlar vergisi uygulamalarına ilişkin düzenlemeler yapılmak üzere çıkarılmış olup, bu Sirkülerde, mükellefiyete ilişkin kuralları, tarh ve tahakkuku, ödeme usulleri tamamen farklı kurallar içeren katma değer vergisine ilişkin olarak yukarıda belirtilen yerleri kiralayanlara yükümlülükler getirilmesi konu unsuru yönünden hukuka uygun bulunmamıştır.

Açıklanan nedenlerle, 11 seri nolu Kurumlar Vergisi Sirküler'inin "Okul ve Kurumlardaki Kantin, Açık Alan, Salon ve Benzeri Yerlerin Okul Aile Birlikleri Tarafından Üçüncü Kişilere Kiraya Verilmesi" başlıklı 3 üncü bölümünün 2,3 ve 4 üncü paragraflarının iptaline, 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun 13 üncü maddesinin (j) bendi uyarınca davalı İdareden maktu karar harcı alınmasına gerek olmadığına, peşin alınan 32.30 YTL karar harcının istemi halinde davacıya iadesine, aşağıda dökümü yapılan 64.80 TL yargılama gideri ile davacı vekili için Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca takdir edilen 1.100,00 TL vekalet ücretinin davalı İdareden alınıp davacıya verilmesine, artan posta ücretinin isteği halinde davacıya iadesine, kararın tebliğini izleyen günden itibaren otuz gün içinde Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu nezdinde temyiz yolu açık olmak üzere 23.5.2011 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

Dava, mülkiyeti Hazineye ait olup Milli Eğitim Bakanlığına tahsisli ve bu Bakanlığa bağlı okul ve kurumlardaki kantin, açık alan, salon ve benzeri yerlerin okul aile birlikleri işletilmesi veya işlettilmesi ile ilgili olarak yapılacak uygulamalarla ilgili açıklamaların yer aldığı 5.8.2004 tarih ve 11 seri nolu Kurumlar Vergisi Sirküler'inin iptali istemiyle açılmıştır.

Maliye Bakanlığı tarafından yayımlanan 11 seri nolu Kurumlar Vergisi Sirkülerinde, okul aile birliklerinin kantin kiralama işleminin katma değer vergisine tabi olup okul aile birliğinin katma değer vergisi mükellefiyetinin bulunmaması nedeniyle hesaplanan verginin kiralayan tarafından sorumlu sıfatıyla katma değer vergisi beyannamesi ile beyan edilerek ödenmesine yönelik uygulama esasları ile ilgili açıklamalar yapılmıştır.

Dava konusu sirküler, 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 413 üncü maddesinin 4 ikinci fıkrasının Maliye Bakanlığına vermiş olduğu yetki uyarınca yayımlanmıştır. Anılan maddenin ilk fıkrası, mükelleflerin, Maliye Bakanlığında veya Maliye Bakanlığının bu hususta yetkili kıldığı makamlardan vergi durumları ve vergi uygulaması bakımından müphem ve tereddüdü mucip gördükleri hususlar hakkında izahat isteyebilecekleri; Maliye Bakanlığına yetki veren ikinci fıkrası da, yetkili makamların izahat isteğini, yazı ile veya sirkülerle cevaplamak mecburiyetinde oldukları düzenlemesini içermektedir.

Bu iki fıkra hükmünün birlikte değerlendirilmesinden anlaşılabacağı üzere; Maliye Bakanlığında sirküler yayımlama konusunda verilen yetkinin amacı, mükelleflerin, vergi durumları ve vergi uygulaması bakımından müphem ve duraksama yaratan hususlarda istemiş oldukları açıklamanın, her mükellefe ayrı yazı ile verilmesi yerine; aynı durumda bulunan tüm mükelleflere, aynı anda ve tek işlemle duyurulmasının sağlanmasıdır. Açıklama ise, bir yasa hükmünden ne anlaşılması ve yasa hükmünün nasıl uygulanması gerektiği konusundaki Maliye Bakanlığının görüşüdür. İçerdiği açıklamanın özelliği sebebiyle, kural koyucu nitelik taşımayan sirkülerin, hukuk düzeninde herhangi bir değişiklik oluşturmamasına olanak bulunmamaktadır.

Bu nedenlerle, ortada, düzenleyici nitelikte idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem bulunmadığından; davanın, 2577 sayılı Kanunun 15'inci

maddesinin 1'inci fıkrasının (b) bendi uyarınca incelenmeksizin reddi gerektiği görüşüyle davanın esasını karara bağlayan çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

T.C.
DANIŞTAY
Dördüncü Daire

Esas No : 2009/6691

Karar No : 2011/5215

Özeti : Amortismanına tabi kıymetlerin alış bedeli yerine yeniden değerlendirme öncesi değerlerinin esas alınması halinde yeniden değerlemenin vergisel avantajlarından yararlanıldığından söz edilemeyeceği hakkında.

Temyiz Eden : ... Deri Konfeksiyon Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : Güneşli Vergi Dairesi Müdürlüğü

İstemin Özeti : Davacının 2002 yılına ilişkin işlemlerinin incelenmesi sonucu, amortismanına tabi iktisadi kıymetlerini yeniden değerlemeye tabi tutmasına karşın, finansman giderlerini, gider kısıtlamasına tabi tutmadığı ileri sürülerek düzenlenen rapor uyarınca ikmalen salınan kurumlar vergisi, hesaplanan fon payı ile kesilen vergi ziyai cezasının kaldırılması istemiyle dava açılmıştır. İstanbul 9.Vergi Mahkemesinin 9.3.2009 günlü ve E:2007/3534, K:2009/951 sayılı kararıyla; dosyanın incelenmesinden, 2002 yılı işlemleri incelenen davacının aktifine kayıtlı amortismanına tabi iktisadi kıymetlerini her yıl yeniden değerlemeye tabi tutarak sabit kıymetlerin yeniden değerlendirilmiş değerleri üzerinden amortisman hesapladığı, yeniden değerlendirme artışlarını bilançonun pasifine sermaye yedekleri arasında sayılan yeniden değerlendirme artışları hesabına kaydetmiş olmasına karşın davacının yeniden değerlemenin vergisel avantajlarından yararlanılmadığını iddia ederek finansman giderlerini gider kısıtlamasına tabi tutmadığı, bu haliyle, amortismanına tabi sabit kıymetlerini yeniden değerlendirilmesi nedeniyle ilgili dönemde finansman giderlerinin bir kısmını kanunen kabul edilmeyen gider olarak dikkate alınması gerektiği ileri sürülerek bulunan matrah farkı üzerinden dava konusu tarhiyatın yapıldığının anlaşıldığı, dönem sonu stoklarını son giren ilk çıkar yöntemine göre değerleyen veya amortismanına tabi iktisadi kıymetlerini yeniden değerlemeye tabi tutanların, işletmede kullandıkları yabancı kaynaklara ilişkin faiz, komisyon, vade farkı, kar payı, kur farkı ve benzeri adlar altında yaptıkları giderler ve maliyet unsurları toplamına her yıl Maliye Bakanlığınca belirlenecek finansman gider kısıtlaması oranının uygulanmasıyla bulunacak tutarın kurum kazancına ilave edilmesi gerektiği, 55 seri nolu Kurumlar Vergisi Genel Tebliğinde de, iktisadi kıymetlerini yeniden değerlemeye tabi tutmakla beraber, yeniden değerlemenin vergisel avantajlarından yararlanılmaması durumunda, gider indirimi uygulaması açısından yeniden değerlendirme yapılmamış gibi kabul edileceğinin belirtildiği, iktisadi kıymetlerini yeniden değerlemeye tabi tutmakla beraber, yeniden değerlemenin vergisel avantajlarından yararlanmadığında, mükelleflere, finansman giderlerine gider kısıtlamasını uygulamama olanağının tanındığı, davacının cari yılda finansman giderlerini gider kısıtlamasına tabi tutmamak için, bir önceki yılda yeniden değerlendirilmiş değerler üzerinden hesapladığı amortisman tutarı ile cari yılda yeniden değerlendirilmiş değerler esas alınarak hesapladığı amortisman tutarları arasındaki farkı kanunen kabul edilmeyen gider olarak dikkate almasına karşın, bu yolla da yeniden değerlemenin vergisel avantajından yararlanılmış olduğu, zira, gider kısıtlaması uygulaması yapılmayınca, sabit kıymetin, sonraki dönem değerinden önceki dönem değeri (yeniden değerlendirilen

değerler) düşüldüğünde bile amortisman uygulaması bakımından önceki dönemler için yapılan değerlemenin etkisi devam edeceğinden vergisel avantajdan yararlanılmadığından söz edilemeyeceği, bu bakımdan, yeniden değerlemenin vergisel avantajlarından yararlanan davacı şirketin finansman giderlerini gider kısıtlamasına tabi tutmaması nedeniyle yapılan tarhiyatta hukuka aykırılık görülmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Davacı, tarhiyatın hukuka aykırı olduğunu ileri sürerek kararın bozulmasını istemektedir.

Savunmanın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.

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 Nagihan Altekin'in Düşüncesi : Uyuşmazlık, davacının amortisman tabi iktisadi kıymetlerini yeniden değerlemeye tabi tutmasına karşın, finansman giderlerini, gider kısıtlamasına tabi tutmadığı nedeniyle adına yapılan tarhiyata karşı açılan davanın reddi yolundaki mahkeme kararının temyizine ilişkindir.

55 seri nolu Kurumlar Vergisi Genel Tebliğinde, yeniden değerlendirme yapılmasına rağmen, vergiye tabi kazancın tespitinde bu vergisel imkandan yararlanılmaması şartıyla gider kısıtlaması uygulaması açısından yeniden değerlendirme yapılmamış kabul edileceği kurala bağlanmış olup; davacı tarafından da vergisi ihtilaflı dönemde yeniden değerlendirme nedeniyle doğan vergisel avantajdan yararlanılmadığı anlaşıldığından finansman giderlerinin gider kısıtlamasına tabi tutulmamasında hukuka aykırılık bulunmadığı görüşüyle davanın reddi yolunda verilen kararın bozulması gerektiği düşünülmüştür.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dördüncü Dairesince gereği görüldü:

Davacının 2002 yılına ilişkin işlemlerinin incelenmesi sonucu, amortisman tabi iktisadi kıymetlerin yeniden değerlemeye tabi tutulmasına karşın, finansman giderlerini, gider kısıtlamasına tabi tutmadığı ileri sürülerek düzenlenen rapor uyarınca ikmalen salınan kurumlar vergisi, hesaplanan fon payı ile kesilen vergi ziyayı cezasının kaldırılması istemiyle açılan davayı reddeden Vergi Mahkemesi kararı temyiz edilmektedir.

193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 41 nci maddesine 4008 sayılı Kanunla eklenen ve uyuşmazlık tarihinde yürürlükte olan 8 inci bentte, Vergi Usul Kanun hükümlerine göre dönem sonu stoklarını son giren ilk çıkar yöntemine göre değerleyen veya amortisman tabi iktisadi kıymetlerini yeniden değerlemeye tabi tutanların, işletmede kullandıkları yabancı kaynaklara ilişkin faiz, komisyon vade farkı, kar payı, kur farkı ve benzeri adlar altında yaptıkları giderler ve maliyet unsurları toplamına, maddede öngörülen indirim oranının uygulanması suretiyle bulunacak kısmının % 25 inin gider olarak kabul edilmeyeceği, indirim oranının Vergi Usul Kanunu hükümlerine göre o yıl için tespit edilmiş olan yeniden değerlendirme oranının, ilgili kuruluşlardan alınan bilgilere göre Maliye Bakanlığınca o yıl için hesaplanan ortalama ticari kredi faiz oranına bölünmesi suretiyle bulunacağı, bendin uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye Maliye Bakanlığı'nın yetkili olduğu, uyuşmazlık tarihinde yürürlükte olan 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 15 nci maddesinin 13 ncü bendinde ise bankalar, sigorta şirketleri ve finans kurumları dışında kalan kurumların da Gelir Vergisi Kanununun söz konusu bendindeki esaslar çerçevesinde hesapladıkları giderleri kurum kazancından indiremeyecekleri hükmü yer almıştır. Öte yandan, 55 sayılı Kurumlar Vergisi Genel Tebliğinde ise mükelleflerin iktisadi kıymetlerini yeniden değerlemeye tabi tutmakla birlikte yapılan yeniden değerlendirme uygulaması dolayısıyla doğabilecek imkandan yararlanmamaları kaydıyla gider indirimi kısıtlaması açısından yeniden değerlendirme yapılmamış kabul edileceği ifade edilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, 2002 yılı işlemleri incelenen davacı şirketin aktifine kayıtlı iktisadi kıymetlerini yeniden değerlemeye tabi tuttuğu, öte yandan, finansman giderlerini gider kısıtlamasına tabi tutmamak için bir önceki yeniden değerlendirilmiş değerler

üzerinden hesapladığı amortisman tutarları ile cari yılda yeniden değerlendirilmiş değerleri esas alarak yapmış olduğu yeniden değerlendirme neticesinde oluşan değerler üzerinden hesapladığı amortisman tutarları arasındaki farkı kanunen kabul edilmeyen gider olarak dikkate aldığı, ancak, 2002 yılında yapılan yeniden değerlemenin sağladığı amortisman gideri farkının tespitinde, amortisman tabi kıymetlerin alış bedeli yerine yeniden değerlendirme öncesi değerlerinin esas alınması nedeniyle yeniden değerlemenin vergisel avantajlarından yararlanıldığı ileri sürerek bulunan matrah farkı üzerinden davacı adına ikmalen tarhiyat yapıldığı anlaşılmıştır.

Ancak, davacının 2002 yılından önceki dönemlerde yeniden değerlendirme nedeniyle finansman giderlerini gider kısıtlamasına ilişkin hükümlere uygun olarak hesaplanan kısmını kurum beyanına ilave ettiği, finansman giderlerini gider kısıtlamasına tabi tutmadığı dönemlerde de bir önceki yılda yeniden değerlendirilmiş değerler üzerinden hesapladığı amortisman tutarı ile cari yılda yeniden değerlendirilmiş değerler esas alınarak hesapladığı amortisman tutarları arasındaki farkı kanunen kabul edilmeyen gider olarak dikkate alıp kurum kazancına dahil ettiği görülmüştür. Davacı şirket, uyuşmazlık döneminde, amortisman tabi kıymetlerini yeniden değerlemeye tabi tutmuş, iktisadi kıymetlerin yeniden değerlendirilmiş değerleri üzerinden hesapladığı amortisman giderlerinden bu iktisadi kıymetlerin defter kayıtlarındaki yeniden değerlendirme öncesi değerleri üzerinden hesaplanan giderleri arasındaki farkı tespit etmiş ve bu farkı kurumlar vergisi matrahına ilave etmiştir. Bu bakımdan, davacının 2002 yılında yapılan yeniden değerlemenin sağladığı amortisman gideri farkının tespitinde, amortisman tabi kıymetlerin alış bedeli yerine yeniden değerlendirme öncesi değerlerinin esas alınması nedeniyle yeniden değerlemenin vergisel avantajlarından yararlanıldığından söz etmek mümkün değildir.

Bu itibarla, davacının, yeniden değerlemenin vergisel avantajlarından yararlandığı sonucuna ulaşıp finansman gider kısıtlamasına tabi tutmak suretiyle ikmalen yapılan tarhiyatta ve davayı reddeden Mahkeme kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.

Bu nedenle, davacının temyiz isteminin kabulüyle, İstanbul 9.Vergi Mahkemesinin 9.3.2009 günlü ve E:2007/3534, K:2009/951 sayılı kararının bozulmasına 14.6.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Dördüncü Daire
Esas No : 2010/712
Karar No : 2011/5838

Özeti : **1-** Ciroya bağlı olarak belirlenen lisans ücretinin garanti edilen kısmı için, ticari kazançta geçerli olan tahakkuk esasının sonucu olarak vergiyi doğuran olayın gerçekleştiği,
2- Vergilendirme dönemi kapandıktan sonra düzenlenen vergi inceleme raporu uyarınca kesilen özel usulsüzlük cezasında hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Temyiz Eden : Beşiktaş Vergi Dairesi Müdürlüğü
Karşı Taraf : ... Müzik Film Yapım Prodüksiyon Turizm Havacılık Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi

İstemin Özeti : 2003 yılı işlemleri incelenen davacı şirket adına re'sen salınan 2003 yılı kurumlar vergisi, 2003/7-9 dönemi geçici vergi ile kesilen vergi ziyai cezası ve özel

usulsüzlük cezasının kaldırılması istemiyle dava açılmıştır. İstanbul 10. Vergi Mahkemesinin 26.10.2009 günlü ve E:2008/2540, K:2009/3507 sayılı kararıyla; davacının 18.9.2003 tarihli lisans sözleşmesiyle "..." isminin kullanım hakkını 2 yıllığına ... Kozmetik ve Parfümeri Ürünleri Ticaret Limited Şirketi'ne devrettiği, lisans ücretinin, satılacak ürünler üzerinden %10 lisans ücreti+KDV olarak belirlendiği, 125.000 Euro+KDV nin cirodan doğacak lisans ücretine mahsup edilmek üzere garanti edildiği, davacı şirket tarafından elde edilen 125.000 Euro+KDV tutarında bedel için 2004 yılında fatura düzenlenerek kayıt ve beyanlara yansıtıldığı, vergiyi doğuran olayın 2003 yılında gerçekleştiği ileri sürülerek tarhiyat yapıldığı, ticari kazançta geçerli olan tahakkuk esasının gelir ve giderin mahiyet ve miktar itibarıyla kesinleşip, hukuken istenebilir duruma gelmesi olarak tanımlanabileceği, olayda bedelin satışlara bağlı olduğu ve sözleşme tarihi itibarıyla kesinleşmiş sayılamayacağı gibi isim hakkının kullanılmaya başlandığı zaman açısından karşıt inceleme yapılmadığı, bu nedenle tarhiyatta hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle vergi ve cezaların kaldırılmasına karar verilmiştir. Davalı idare, hukuka aykırı olduğunu ileri sürerek kararın bozulmasını istemektedir.

Savunmanın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hakimi B.Barış Özkanay'ın Düşüncesi : Uyuşmazlıkta, "..." isminin kullanım hakkının 18.9.2003 tarihinde devredildiği, lisans ücretinin ciroya bağlı olarak belirlenmesine rağmen 125.000 Euro+KDV kısmının garanti edildiği ve aynı yıl içinde bu tutarın tahsil edildiği, ciroya bağlı olarak belirlenen tutarın garanti edilen tutarı aştığının tespiti halinde aradaki farkın tahsil edileceği anlaşıldığından, vergiyi doğuran olayın 125.000 Euro+KDV açısından 2003 yılında gerçekleştiği sonucu ortaya çıkmaktadır.

Bu durumda, "..." isminin kullanım hakkının devri karşılığında işlem tarihinden itibaren 10 gün içinde fatura düzenlemediği ve 2003 yılı hesaplarına intikal ettirmediği sabit olan davacı adına salınan vergi ve kesilen cezalarda hukuka aykırılık bulunmadığından Vergi Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dördüncü Dairesince gereği görüldü:

2003 yılı işlemleri incelenen davacı şirket adına re'sen salınan 2003 yılı kurumlar vergisi, 2003/7-9 dönemi geçici vergi ile kesilen vergi ziyai cezası ve özel usulsüzlük cezasını kaldıran Vergi Mahkemesi kararı temyiz edilmiştir.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 3 üncü maddesinin 1 inci fıkrasının (B) bendinde, vergilendirmede 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, şu kadar ki vergiyi doğuran olayla ilgisi tabii ve açık bulunmayan şahit 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 eden tarafa ait olduğu belirtilmiş, 19 uncu maddesinde ise, vergi alacağının vergi kanunlarının vergiyi bağladıkları olayın vukuu veya hukuki durumun tekemmülü ile doğacağı hükmüne yer verilmiştir.

Türk vergi sisteminde ticari kazançta tahakkuk esası geçerlidir. Tahakkuk, gelirin mahiyet ve tutar itibarıyla kesinleşmesidir. Bunun için geliri doğuran muamelenin eksiksiz olarak tekemmül etmiş olması gereklidir.

Dosyanın incelenmesinden; davacının 18.9.2003 tarihli lisans sözleşmesiyle "... isminin kullanım hakkını 2 yıllığına ... Kozmetik ve Parfümeri Ürünleri Ticaret Limited Şirketi'ne devrettiği, lisans ücretinin, satılacak ürünler üzerinden %10 lisans ücreti+KDV olarak belirlendiği, 125.000 Euro+KDV nin cirodan doğacak lisans ücretine mahsup edilmek üzere garanti edildiği ve bunun 50.000 Euro+KDV kısmının 7 gün içinde, kalan 75.000 Euro+KDV kısmının ise 2 ay içinde ödeneceğinin kararlaştırıldığı ve söz konusu tutarların 25.9.2003 ve 21.11.2003 tarihlerinde banka kanalıyla tahsil edildiği anlaşılmaktadır.

Uyuşmazlıkta, "..." isminin kullanım hakkının 18.9.2003 tarihinde devredildiği, lisans ücretinin ciroya bağlı olarak belirlenmesine rağmen 125.000 Euro+KDV kısmının garanti edildiği ve aynı yıl içinde bu tutarın tahsil edildiği, ciroya bağlı olarak belirlenen tutarın garanti edilen tutarı aşmasının tespiti halinde aradaki farkın tahsil edileceği hususu tartışmasızdır. Buna göre; vergiyi doğuran olay 125.000 Euro+KDV açısından 2003 yılında gerçekleşmiş olup, bu tutarın talep edilebilir hale geldiği anlaşılmaktadır. Bu bedelin tahsil edilip edilmemesi önem arz etmediği gibi, bu tutarın 2003 yılında tahsil edildiği hususunda da bir ihtilaf bulunmamaktadır.

Bu durumda, inceleme raporunda eleştiri konusu edilen 125.000 Euronun 2003 yılında gelir yazılması gerekmekte olup, tarhiyatı kaldıran Vergi Mahkemesi kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.

Özel usulsüzlük cezasına ilişkin temyiz istemine gelince;

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun, vergi kanunlarının uygulanması ve ispatı düzenleyen 3'üncü maddesinin (A) bendinde, "Vergi Kanunu" tabirinin bu kanun ile bu kanun hükümlerine tâbi vergi, resim ve harç kanunlarını ifade ettiği kurala bağlandıktan sonra ikinci fıkrada; vergi kanunlarının lâfzı ve ruhu ile hüküm ifade edeceği ve lâfzın açık olmadığı hallerde vergi kanunları hükümlerinin, konuluştaki maksat, hükümlerin kanunun yapısındaki yeri ve diğer maddelerle olan bağlantısı göz önünde tutularak uygulanması öngörülmüştür.

Vergi Usul Kanununun vergi cezalarına ayrılmış ikinci kısmının birinci bölümü vergi ziyai cezasına, ikinci bölümü usulsüzlüklere, üçüncü bölümü ise hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılacak vergi suç ve cezalarına ilişkindir. Fatura ve benzeri evrak verilmemesi ve alınmaması ile diğer şekil ve usul hükümlerine uyulmamasının yaptırıma bağlandığı 353'üncü maddede; bu yaptırımın uygulanmasını gerektiren eylemin, gerçekleştiği vergilendirme döneminden sonraki zaman diliminde ve özellikle eylemin vergi kaybı yaratmasından sonra da uygulanıp uygulanmayacağı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Her ne kadar maddenin sondan bir önceki fıkrasında; maddede yazılı usulsüzlükler sonucunda vergi ziyayı da meydana geldiği takdirde bu ziyayı gerektirdiği vergi cezalarının ayrıca kesileceği düzenlenmiş ise de; tersine durumlarda ve özellikle takvim yılının kapanmasından sonra belirlenen ve vergi kaybı bulunan her olayda ilgililere ayrıca özel usulsüzlük cezası da kesileceği yolunda bir düzenleme yapılmamıştır.

Vergilendirme döneminin kapanmasından sonra yapılan vergi incelemeleriyle bir kısım hasılatın veya kimi işlemlerin kayıt ve beyan dışı bırakıldığından saptanmasından dolayı, vergilendirme döneminde yasanın şekle ve usule ilişkin kurallarına da aykırı davranılmış olduğu çıkarımıyla özel usulsüzlük cezası kesilmesine olanak bulunup bulunmadığının, yukarıda belirtilen nedenle ve Vergi Usul Kanununun 3'üncü maddesinin (A) bendindeki düzenleme gereğince özel usulsüzlükler ve cezalarının öngörülmüş amacı ve diğer maddelerle olan bağlantısı gözönünde tutularak belirlenmesi gereklidir.

Yürürlükte kaldığı 31.12.1980 tarihine kadar uygulanan ve 4.1.1961 tarihinde kabul edilen, 10, 11 ve 12 Ocak 1961 günlü ve 10703, 10704 ve 10705 sayılı Resmi Gazetelerde yayımlanarak, 1.1.1961 tarihinde yürürlüğe giren 213 sayılı Vergi Usul Kanununun, 30.12.1980 tarihinde kabul edilen 31.12.1980 günlü ve mükerrer 17207 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak 1.1.1981 tarihinde yürürlüğe giren 2365 sayılı Yasa ile değişmeden önceki 353'üncü maddesinde ilk kez, fatura ve benzeri evrak vermeyen ve almayanların

cezası olarak ve özel usulsüzlük cezası adı altında yapılan düzenlemede de yer aldığı üzere özel usulsüzlük cezası, şekle ve usule aykırılıkların yaptırımıdır.

Yukarıda belirtilen ve yasa yapıcı tarafından fatura ve benzeri belgelerin alınıp verilmemesi suretiyle mükelleflerin belge düzenine aykırı davranışlarının vergi kaybı doğup doğmamasına bakılmaksızın ve vergi kaybı doğmasını önleyici biçimde yaptırımı bağlanmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla 353'üncü madde, takvim yılının kapanmasından sonra ve zamanaşımı içinde vergi incelemesiyle belirlenen ve vergi kaybı doğuran olaylardan yola çıkılarak, yılı içinde belge düzenine de aykırı davranıldığı yaklaşımıyla ceza kesilmesini öngören bir düzenleme içermemektedir.

2003 vergilendirme dönemine ilişkin işlemleri incelenen davacı adına hesap döneminin kapanmasından sonra düzenlenen vergi inceleme raporunda, "..." isminin kullanım hakkının devri karşılığında fatura düzenlenmediği sonucuna ulaşarak özel usulsüzlük cezası kesilmesi maddenin getiriliş amacına uygun düşmediğinden özel usulsüzlük cezasının kaldırılmasına karar veren Vergi Mahkemesi kararı sonucu itibarıyla hukuka uygun görülmüştür.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kısmen kabulüne, İstanbul 10. Vergi Mahkemesinin 26.10.2009 günlü ve E:2008/2540, K:2009/3507 sayılı kararının, vergi ziyai cezalı kurumlar vergisi ve geçici vergi tarhiyatına ilişkin kısmının bozulmasına vergi aslı yönünden oybirliğiyle, vergi ziyai cezası yönünden oyçokluğuyla, özel usulsüzlük cezasına ilişkin temyiz isteminin reddine ve kararın bu kısmının yukarıda belirtilen gerekçeyle onanmasına oyçokluğuyla 29.6.2011 gününde karar verildi.

KARŞI OY

X- 2003 yılı işlemleri incelenen davacı şirket adına re'sen salınan 2003 yılı kurumlar vergisi, 2003/7-9 dönemi geçici vergi ile kesilen vergi ziyai cezası ve özel usulsüzlük cezasını kaldıran Vergi Mahkemesi kararı temyiz edilmiştir.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 231 inci maddesinin olay tarihinde yürürlükte olan 5 inci bendinde, faturanın, malın teslimi veya hizmetin yapıldığı tarihten itibaren azamî on gün içinde düzenleneceği, bu süre içerisinde düzenlenmeyen faturaların hiç düzenlenmemiş sayılacağı belirtilmiş, Kanunun 353/1 inci maddesinde ise verilmesi ve alınması icabeden fatura, gider pusulası, müstahsil makbuzu ile serbest meslek makbuzlarının verilmemesi, alınmaması veya düzenlenen bu belgelerde gerçek meblağdan farklı meblağlara yer verilmesi halinde her bir belge için özel usulsüzlük cezası kesileceği hüküm altına alınmıştır.

Buna göre; özel usulsüzlük cezası kesilebilmesi için öncelikle maddede sayılan belgelerin verilmemesinin ve alınmadığının belirlenmesi ve bu belgeleri vermeyen ve almayanların saptandığına ilişkin hukuken geçerli bir tespitin mevcut olması gerekmektedir. Öte yandan, Kanun'un 353 üncü maddesinde sayılan belgelerin verilmemesi veya alınmadığı tespitinin olay anında yapılması gerektiği yolunda bir hüküm bulunmamaktadır. Belge düzenlenmesini gerektiren bir işlemde, idari cezalar için de geçerli olan "ceza gerektiren fiilin tüm unsurları tamam olmadan failin cezalandırılmayacağı" yolundaki genel ceza hukuku ilkesi gereği belgeyi almayan ve vermeyen tarafın tespit edilmesi şartıyla belge alınmadığının veya verilmemesinin tespiti her zaman yapılabilir ve bu tespiti dayanarak da zamanaşımı süresi içinde ceza kesilebilir.

Bu durumda, "..." isminin kullanım hakkının devri karşılığında işlem tarihinden itibaren 10 gün içinde fatura düzenlenmediği tartışmasız olan davacı adına 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 353/1 inci maddesinde yer alan unsurlar gerçekleştiğinden özel usulsüzlük cezası kesilmesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Bu nedenle, temyiz isteminin kabulüyle, Mahkeme kararının özel usulsüzlük cezasına ilişkin kısmının da bozulması gerektiği görüşüyle kararın bu kısmına karşıyım.

KARŞI OY

XX- Vergi Usul Kanununun vergi ziyai cezasını düzenleyen 344 üncü maddesinin ikinci fıkrası Anayasa Mahkemesinin 6.1.2005 tarih ve E:2001/3, K:2005/4 sayılı kararı ile iptal edildiğinden, Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organları ile idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlaması nedeniyle, görülmekte olan davalarında vergi ziyai suçu işleyenlere 5479 sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği tarihe kadar vergi ziyai cezası kesilmemesi gerektiği görüşüyle kararın vergi ziyai cezasına ilişkin kısmına karşıyım.

VERGİ USULÜ

T.C. DANIŞTAY Dördüncü Daire

Esas No : 2010/1052

Karar No : 2011/3655

Özeti : Elektronik ortamda verilmesi gereken beyannamelerin yasal süresinde verilmemesi nedeniyle Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 355 inci maddesi gereğince kesilen özel usulsüzlük cezalarında hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında.

Temyiz Eden : Tokat Vergi Dairesi Müdürlüğü

Karşı Taraf : ...

İstemin Özeti : 2008/1 ila 10 uncu dönemi katma değer vergisi ve 2008/1-3, 4-6, 7-9 dönemi geçici vergi beyannamelerini elektronik ortamda yasal süresinde vermeyen davacı adına kesilen özel usulsüzlük cezalarının kaldırılması istemiyle dava açılmıştır. Sivas Vergi Mahkemesinin 18.12.2009 günlü ve E:2009/344, K:2009/810 sayılı kararıyla; 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 355 inci maddesinde bu Kanunun 86, 148, 149, 150, 256 ve 257 nci maddelerinde yer alan zorunluluklar ile mükerrer 257 nci madde uyarınca getirilen zorunluluklara uymayanlara özel usulsüzlük cezası kesileceği, bu hükmün uygulanması için, bilgi ve ibraz ödevinin yerine getirilmesiyle ilgili olarak yapılacak tebliğlerde bilginin verilmesi için tayin olunan sürede cevap verilmemesi, eksik veya yanıltıcı bilgi verilmesi veya defter ve belge ibrazı için tayin olunan süre ile defter ve belgelerin süresinde ibraz edilmemesi durumunda haklarında Kanunun ceza hükümlerinin uygulanması cihetine gidileceğinin ilgililere yazılı olarak bildirilmesinin şart olduğu hükmüne yer verildiği, katma değer vergisi ve geçici vergi beyannamelerinin elektronik ortamda yasal süresinde verilmemesi nedeniyle davacı adına özel usulsüzlük cezası kesildiği, geçici vergi beyannameleri için kesilen cezaların 5.2.2009 ve 6.2.2009 tarihlerinde tebliğ edilmesine karşın 30 günlük dava açma süresi geçtikten sonra 11.3.2009 tarihinde kayda giren dilekçeyle açılan davada süre aşımı bulunduğu, katma değer vergisi beyannameleri için kesilen cezalara gelince, davacı adına özel usulsüzlük cezası kesilebilmesi için söz konusu beyannamelerin verilmemesi durumunda hakkında ilgili madde uyarınca özel usulsüzlük cezası kesileceğinin yazılı olarak bildirilmesi zorunlu olduğu halde bu zorunluluk yerine getirilmeksizin kesilen cezada hukuka uyarlık bulunmadığı, kaldı ki davacının eyleminin 2. derece usulsüzlük cezasını gerektirdiği gerekçesiyle davanın geçici vergi beyannameleri için kesilen özel usulsüzlük cezası yönünden süre aşımı nedeniyle reddine, katma değer vergisi beyannameleri için kesilen özel usulsüzlük cezalarının kaldırılmasına karar verilmiştir. Davalı

İdare hukuka aykırı olduğunu ileri sürerek kararın kabule ilişkin kısmının bozulmasını istemektedir.

Savunmanın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hakimi B.Barış Özkanay' ın Düşüncesi : Elektronik ortamda verilme zorunluluğu getirilen katma değer vergisi beyannamelerinin yasal süresinde verilmediği sabit olduğundan ve Vergi Usul Kanununun mükerrer 355 inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan mükellefe yazılı bildirim şartı ise bilgi ve ibraz ödeviyle ilgili olup uyumsuzlukta uygulanamayacağından davacıya özel usulsüzlük cezası kesilmesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır. Ancak kesilecek ceza miktarı, 5904 sayılı Kanunla 1.8.2009 tarihinden geçerli olmak üzere düşürüldüğünden genel ceza hukuku ilkeleri gereği lehe olan kanun hükmünün davacıya uygulanması gerekmektedir.

Bu nedenle, Vergi Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Mustafa Bahtiyar'ın Düşüncesi : Muhtelif dönemlere ilişkin beyannamelerini elektronik ortamda vermeyen davacı adına 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 355 inci maddesi uyarınca kesilen özel usulsüzlük cezalarını kısmen kaldıran Mahkeme kararı davalı İdare tarafından temyiz edilmiştir.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun "Yetki" başlıklı mükerrer 257'nci maddesinin 4'üncü fıkrasında, bu Kanunun 149'uncu maddesine göre devamlı bilgi vermek zorunda olanlardan istenilen bilgiler ile vergi beyannameleri ve bildirimlerin, şifre, elektronik imza veya diğer güvenlik araçları kullanmak suretiyle internet de dahil olmak üzere her türlü elektronik bilgi iletişim araç ve ortamında verilmesi, beyanname ve bildirimlerin yetki verilmiş gerçek veya tüzel kişiler aracı kılınarak gönderilmesi hususlarında izin vermeye veya zorunluluk getirmeye, beyanname, bildirim ve bilgilerin aktarımında uyulacak format ve standartlar ile uygulamaya ilişkin usul ve esasları tespit etmeye, bu zorunluluğu beyanname, bildirim veya bilgi çeşitleri, mükellef grupları ve faaliyet konuları itibarıyla ayrı ayrı uygulatmaya Maliye Bakanlığı'nın yetkili olduğu hükmüne yer verilmiş, aynı Kanunun mükerrer 355'inci maddesinin 1'inci fıkrasında, bu Kanunun 86, 148, 149, 150, 256 ve 257'nci maddelerinde yer alan zorunluluklar ile mükerrer 257'nci madde uyarınca getirilen zorunluluklara uymayanlara Kanunda belirtilen tutarlarda özel usulsüzlük cezası kesileceği hükme bağlanmış,maddenin son üç fıkrasında ise, elektronik ortamda beyanname verilmemesine ilişkin ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır.

Vergi beyannameleri ve bildirimlerinin internet ortamında gönderilmesi uygulaması ile ilgili olarak açıklamalar getirilmek üzere Maliye Bakanlığı tarafından, Vergi Usul Kanununun mükerrer 257'nci maddesinin verdiği yetkiye dayanarak çıkarılan 346, 351 ve 376 sıra No'lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliğlerinde elektronik ortamda gönderilme zorunluluğu getirilen beyannamelerin, elden veya posta ile gönderilmeleri durumunda, Vergi Usul Kanununun mükerrer 355'inci maddesinde mükellefin durumuna uyan özel usulsüzlük cezası uygulanacağı belirtilmiştir.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 257'nci maddesinin verdiği açık yetkiye dayanarak Maliye Bakanlığı'nca çıkarılan ve Resmi Gazete'de yayımlanarak ilgililere duyurulan Genel Tebliğ hükümleri uyarınca ilgili dönem beyannamesini elektronik ortamda vermesi gereken davacının bu yükümlülüğünü yerine getirmediği sabit olduğundan, kendisine ayrıca bir bildirimde bulunulmadan Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 355'inci maddesi uyarınca kesilen özel usulsüzlük cezası yerindedir.

Bu nedenle, temyiz isteminin kabulüyle Mahkeme kararının cezaların kaldırılmasına ilişkin kısmının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dördüncü Dairesince gereği görüldü:

2008/1 ila 10 uncu dönemi katma değer vergisi ve 2008/1-3, 4-6, 7-9 dönemi geçici vergi beyannamelerini elektronik ortamda yasal süresinde vermeyen davacı adına kesilen

özel usulsüzlük cezalarının kaldırılması istemiyle açılan davada katma değer vergisi beyannameleri için kesilen özel usulsüzlük cezalarını kaldıran Vergi Mahkemesi kararı davalı İdare tarafından temyiz edilmiştir.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu' nun "Yetki" başlıklı mükerrer 257'nci maddesinin 4 üncü fıkrasında, " ... vergi beyannameleri ve bildirimlerin, şifre, elektronik imza veya diğer güvenlik araçları kullanmak suretiyle internet de dahil olmak üzere her türlü elektronik bilgi iletişim araç ve ortamında verilmesi, beyanname ve bildirimlerin yetki verilmiş gerçek veya tüzel kişiler aracı kılınarak gönderilmesi hususlarında izin vermeye veya zorunluluk getirmeye, beyanname, bildirim ve bilgilerin aktarımında uyulacak format ve standartlar ile uygulamaya ilişkin usul ve esasları tespit etmeye, bu zorunluluğu beyanname, bildirim veya bilgi çeşitleri, mükellef grupları ve faaliyet konuları itibarıyla ayrı ayrı uygulamaya Maliye Bakanlığı'nın yetkili olduğu" hükmüne yer verilmiş, aynı Kanunun mükerrer 355 inci maddesinde, bu Kanunun 86, 148, 149, 150, 256 ve 257 nci maddelerinde yer alan zorunluluklar ile mükerrer 257 nci madde uyarınca getirilen zorunluluklara uymayanlar hakkında özel usulsüzlük cezası kesileceği belirtilmiş, 21.7.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5398 sayılı Kanunun 23'üncü maddesiyle eklenen fıkarda, elektronik ortamda beyanname verilmesi mecburiyetine uyulmaması halinde kesilmesi gereken özel usulsüzlük cezasının, beyannamenin kanuni süresinin sonundan başlayarak elektronik ortamda 15 gün içinde verilmesi halinde 1/4 oranında, bu sürenin dolmasını takip eden 15 gün içinde verilmesi halinde ise 1/2 oranında uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

Vergi Usul Kanununun mükerrer 257 nci maddesinin Maliye Bakanlığına verdiği yetkiye istinaden çıkarılan 340, 346, 357, 367, 373 ve 376 Sıra Nolu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliğleriyle vergi beyannamelerinin ve bildirimlerinin internet ortamında gönderilmesi uygulaması ile ilgili düzenlemeler yapılmış, bunlardan 18.10.2007 günlü ve 26674 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 376 Sıra Nolu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliğiyle, ticari, zirai ve mesleki faaliyetlerinden dolayı gerçek usulde vergilendirilen gelir vergisi mükellefleri ile kurumlar vergisi mükelleflerine hiçbir hadle sınırlı olmaksızın gelir vergisi, geçici vergi, katma değer vergisi ve muhtasar beyannamelerini elektronik ortamda gönderme zorunluluğu getirilmiştir.

Buna göre; elektronik ortamda verilme zorunluluğu getirilen beyannamelerin yasal süresinde verilmemesi halinde Vergi Usul Kanununun mükerrer 355 inci maddesi gereğince özel usulsüzlük cezası kesilebilecektir. Maddenin ikinci fıkrasında yer alan "Bu hükmün uygulanması için, bilgi ve ibraz ödevinin yerine getirilmesiyle ilgili olarak yapılacak tebliğlerde bilginin verilmesi için tayin olunan sürede cevap verilmemesi, eksik veya yanıltıcı bilgi verilmesi veya defter ve belge ibrazı için tayin olunan süre ile defter ve belgelerin süresinde ibraz edilmemesi durumunda haklarında Kanunun ceza hükümlerinin uygulanması cihetine gidileceğinin ilgililere yazılı olarak bildirilmesi şarttır" hükmü ise bilgi ve ibraz ödeviyle ilgili olup; defter, belge ve bilgi isteme yazılarının tebliği üzerine bilgi ve ibraz ödevinin yerine getirilmemesi halinde kesilecek özel usulsüzlük cezası için öngörülmüştür.

İncelenen dosyada, 2008/1 ila 10 uncu dönemi katma değer vergisi beyannamelerini elektronik ortamda yasal süresinde vermeyen davacı adına Vergi Usul Kanununun mükerrer 355 inci maddesi gereğince özel usulsüzlük cezası kesilmiş olup, Yasanın verdiği açık yetkiye dayanılarak Maliye Bakanlığınca çıkarılan Genel Tebliğ hükümleri uyarınca ilgili dönem beyannamesini elektronik ortamda vermesi gereken davacı bu yükümlülüğünü yerine getirmemiş olduğundan, davacı adına özel usulsüzlük cezası kesilmesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulüyle, Sivas Vergi Mahkemesinin 18.12.2009 günlü ve E:2009/344, K:2009/810 sayılı kararının kabule ilişkin kısmının bozulmasına, 12.5.2011 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 karşıyım.

YARGILAMA USULÜ

T.C. DANIŞTAY Dördüncü Daire

Esas No : 2011/2014

Karar No : 2011/4464

Özeti : İhtirazi kayıtlı verilen beyanname üzerine düzenlenen tahakkuk fişinin iptali istemiyle açılacak davada dava açma süresinin tahakkuk fişinin düzenlenme tarihinden itibaren başlayacağı hakkında.

Temyiz Eden Taraflar: 1. ... Anonim Şirketi

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

2. Mecidiyeköy Vergi Dairesi Müdürlüğü

İstemin Özeti : Davacı şirket tarafından ihtirazi kayıtlı verilen 2009/11 nci dönemine ilişkin muhtasar beyanname üzerinden tahakkuk eden gelir(stopaj) vergisinin fazla ödenen kısmının kaldırılması ve faiziyle birlikte iadesi istemiyle dava açılmıştır. İstanbul 6.Vergi Mahkemesinin 23.12.2010 günlü ve E:2010/310, K:2010/3573 sayılı kararıyla; Anayasa'nın 153 üncü maddesinin üçüncü fıkrasında, kanun, kanun hükmünde kararname, veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümlerinin iptal kararlarının Resmi Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkacağı, gereken hallerde Anayasa Mahkemesinin iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabileceği, bu tarihin kararın Resmi Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemeyeceğinin hükme bağlandığı, anılan maddenin son fıkrasında ise, Anayasa Mahkemesi kararlarının Resmi Gazetede hemen yayımlanacağı ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlayacağını belirtildiği, Anayasa Mahkemesinin 8.1.2010 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 15.10.2009 günlü E:2006/95, K:2009/144 sayılı kararıyla, Gelir Vergisi Kanununun 103 üncü maddesinde yer alan "fazlası %35 oranında" ibaresinin ücret gelirleri yönünden iptaline, iptal hükmünün altı ay sonra yürürlüğe gireceğine karar verildiği, Anayasaya aykırı olduğuna karar verilerek iptal edilen ve bunun sonucunda hukuk alemindeki varlığı ortadan kalkan yasa hükmüne göre karar verilmesinin "Anayasanın üstünlüğü" ve "hukuk devleti" ilkelerine aykırı olduğu, iptal hükmünün altı ay sonra yürürlüğe gireceğine karar verilmiş olmasının, yasama organına iptal kararının gerekçesine uygun olarak yeni bir düzenleme yapması için olanak tanımak ve ortada bir boşluk yaratmamak amacına yönelik olduğu, bu nedenle gelir vergisi tarifelerinin ücret gelirlerine de uygulanacağına ilişkin yasa hükmünün Anayasa Mahkemesi kararıyla hukuken ortadan kalmış olması neticesinde, ücret gelirlerinin belli bir miktarı aşanlarının %35 oranında vergilendirilmesinin mümkün olmadığı, davacı adına ihtirazi kayıtlı verilen beyanname üzerine yapılan tahakkukun %35 vergilendirme oranı üzerinden vergilendirilen kısmının iptali ile bu kısma isabet eden meblağın ücretlerinden fazla kesinti yapılan asıl mükellef çalışanlara iade edilmek üzere davacı şirkete iadesinin gerektiği gerekçesiyle tahakkukun iptaline ve fazla kesilen kısmın iadesine, faiz isteminin reddine karar verilmiştir. Davacı, faiz verilmesi gerektiğini, davalı İdare, davacı şirketin dava açma ehliyeti olmadığını, ayrıca Anayasa Mahkemesi kararlarının geriye yürümezliği ilkesi uyarınca iptal kararlarının Resmi Gazetede

yürürlüğe girdiği tarihten itibaren ve geleceğe ilişkin olarak hüküm ve sonuçlarını doğuracağı ve Anayasa Mahkemesinin iptal kararının altı ay sonra yürürlüğe gireceğini hükme bağlaması nedeniyle de, yürürlükteki mevzuat hükümleri uyarınca karar verilmesi gerektiğini ileri sürerek, kararın bozulmasını istemektedirler.

Savunmanın Özeti : Davalı İdare tarafından davacı temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuş olup davacı tarafından savunma verilmemiştir.

Tetkik Hakimi Gülbin Günhan'ın Düşüncesi : İhtirazi kayıtla verilen beyanname üzerine tahakkuk eden verginin otuz günlük dava açma süresi içinde dava konusu edilmesi gerekir. Olayda ise, 2009/Kasım dönemi muhtasar beyannamesi ve ihtirazi kayıt dilekçesi 17.12.2009 gününde davalı İdareye verildiğinden en son 18.1.2010 gününde dava açılması gerektiğinden 20.1.2010 tarihinde açılan davanın süreaşımı nedeniyle incelenmesi mümkün değildir. Bu nedenle, Vergi Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Erhan Çiftçi'nin Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Taraflar temyiz dilekçelerinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemlerin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dördüncü Dairesince gereği görüldü:

Davacı şirket tarafından ihtirazi kayıtla verilen 2009/11 nci dönemine ilişkin muhtasar beyanname üzerinden tahakkuk eden gelir(stopaj) vergisinin fazla ödenen kısmının kaldırılması ve faiziyle birlikte iadesi istemiyle açılan davayı kısmen reddeden Vergi Mahkemesi kararı taraflarca temyiz edilmiştir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7 nci maddesinin 1 nci fıkrasında, dava açma süresi, özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde Danıştay'da ve idare mahkemelerinde altmış ve vergi mahkemelerinde otuz gün olduğu, aynı maddenin 2 nci fıkrasının (b) bendinde, dava açma süresinin vergi, resim ve harçlar ve benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezalarından doğan uyumsuzluklarda: tahakkuku tahsile bağlı olan vergilerde tahsilatın; tebliğ yapılan hallerde veya tebliğ yerine geçen işlemlerde tebliğin; tevkif yoluyla alınan vergilerde istihkak sahiplerine ödemenin; tescile bağlı vergilerde tescilin yapıldığı ve idarenin dava açması gereken konularda ise ilgili merci veya komisyon kararının idareye geldiği tarihi izleyen günden başlayacağı hüküm altına alınmıştır.

193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun "Muhtasar Beyanname" başlıklı 98 inci maddesinde, 94 üncü madde gereğince vergi tevkifatı yapmaya mecbur olanların bir ay içinde yaptıkları ödemeler veya tahakkuk ettirdikleri karlar ve iratlar ile bunlardan tevkif ettikleri vergileri ertesi ayın yirmiüçüncü günü akşamına kadar bildirmeye mecbur oldukları belirtilmiştir.

Olayda, davacı tarafından 2009/Kasım dönemi muhtasar beyannamesi ve ihtirazi kayıt dilekçesi süresi içerisinde 17.12.2009 gününde davalı İdareye verilmiştir. Davacının muhtasar beyanname verme süresi içinde ihtirazi kayıt içeren dilekçesini İdareye verdiği ve aynı gün düzenlenen tahakkuk fişi ile ihtirazi kaydın kabul edilmediği hususu tartışmasız olduğundan, tahakkuk fişinin düzenlendiği tarihten itibaren 30 günlük dava açma süresi içinde dava açılması gerekmektedir.

Bu durumda, 17.12.2009 tarihine göre en son 18.1.2010 gününde dava açılması gerekirken 20.1.2010 tarihinde açılan davada süreaşımı bulunduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, dava açma süresi geçirildikten sonra açılan davanın süre aşımı nedeniyle

incelenmesi mümkün bulunmadığından işin esasını inceleyen Vergi Mahkemesi kararında yasaya uygunluk görülmemiştir.

Bu nedenle, İstanbul 6.Vergi Mahkemesinin 23.12.2010 günlü ve E:2010/310, K:2010/3573 sayılı kararının bozulmasına 24.5.2011 gününde esasta oybirliğiyle, usulde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

Davacı şirket tarafından ihtirazi kayıtla verilen 2009/11 nci dönemine ilişkin muhtasar beyanname üzerinden tahakkuk eden gelir(stopaj) vergisinin fazla ödenen kısmının kaldırılması ve faiziyle birlikte iadesi istemiyle açılan davayı kısmen reddeden Vergi Mahkemesi kararı taraflarca temyiz edilmiştir.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 8 inci maddesinde, mükellef, vergi kanunlarına göre kendisine vergi borcu terettübeden gerçek ve tüzel kişi, vergi sorumlusu, verginin ödenmesi bakımından, alacaklı vergi dairesine karşı muhatap olan kişi olarak tanımlanmış, 4 üncü fıkrasında ise, Vergi Usul Kanunu'nun müteakip maddelerinde geçen "mükellef" tabirinin vergi sorumlularına da şamil olduğu açıklanmıştır. Aynı Kanunun "Vergi Mahkemesinde dava açmaya yetkili olanlar" başlıklı 377 nci maddesinde ise, mükelleflerin ve kendilerine vergi cezası kesilenlerin, tarh edilen vergilere ve kesilen cezalara karşı dava açabilecekleri, 378 inci maddesinde de, Vergi Mahkemesinde dava açabilmek için verginin tarh edilmesi, cezanın kesilmesi, tadilat ve takdir komisyonu kararlarının tebliğ edilmiş olması, tevkif yoluyla alınan vergilerde istihkak sahiplerine ödemenin yapılmış ve ödemeyi yapan tarafından verginin kesilmiş olması gerekliliği hükme bağlanmıştır. Aynı Kanunun "Vergi kesenlerin sorumluluğu" başlıklı 11 nci maddesinin, 1 inci fıkrasında ise, yaptıkları ve yapacakları ödemelerden vergi kesmeye mecbur olanların, verginin tam olarak kesilip ödenmesinden ve bununla ilgili diğer ödevleri yerine getirmekten sorumlu oldukları, 2 nci fıkrasında da, bu sorumluluğun bunların ödedikleri vergiden dolayı asıl mükellefe rücu etme hakkını kaldırmayacağı hüküm altına alınmıştır.

Vergi Usul Kanunu'nun 8 nci maddesinde tanımlanan şekliyle vergi sorumlusu, verginin ödenmesi bakımından alacaklı vergi dairesine karşı muhatap olan gerçek ve tüzel kişileri ifade etmektedir. Türk Vergi Sisteminde vergi mükellefi ile hukuki veya iktisadi bir ilişki içine giren gerçek veya tüzel kişinin yani vergi sorumlusunun, mükellefe ödeme yaparken ödenecek tutardan bir kısmını vergi olarak kesip vergi dairesine yatırma sorumluluğu bulunmaktadır. Yaptıkları veya yapacakları ödemelerden vergi kesmeye mecbur olanlar, vergilendirmeye ilişkin işlemin belgeye bağlanması, kesintilerin muhtasar beyanname ile beyanı ve verginin vergi dairesine ödenmesi gibi ödevleri yerine getirirler. Dolayısıyla vergi kesenlerin sorumluluğu, asıl mükelleften keserek vergi dairelerine yatırmaları gereken vergileri kesip yatırmamaları veya kesmemeleri halinde yatırılmayan veya kesilmeyen vergiyle ilgili bir sorumluluk olup, yerine getirilmeyen ödevler nedeniyle tarhiyat vergi sorumlusu adına yapılmakta ve bu halde dava açma hakları bulunmaktadır.

Ancak, vergi sorumlusu tarafından asıl mükellefe yapılan ödeme sırasında, fazla vergi kesilmesi halinde, sorumlunun kendi mal varlığında değil asıl mükellefin mal varlığında bir azalma söz konusu olduğundan menfaatinin ihlal edildiğinden söz edilerek dava açma ehliyetinin bulunduğunu söylemek mümkün değildir.

Bu durumda, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 94 üncü maddesi uyarınca çalışanlarının ücretlerinden yasada öngörülen oranda vergiyi keserek, muhtasar beyanname ile beyan edip, ödeyen davacı şirketin, fazla ödenen bu vergi nedeniyle mal varlığında bir azalma oluşmadığından ihtirazi kayıtla verilen ilgili dönem muhtasar beyannamesi üzerinden fazla tahakkuk ettiren verginin iadesi istemiyle açılan davada dava açma ehliyeti bulunmamaktadır.

Bu nedenle, Vergi Mahkemesi kararının yukarıda belirtilen gerekçeyle bozulması gerektiği görüşüyle karara karşıyım.

BEŞİNCİ DAİRE KARARLARI

DÜZENLEYİCİ – GENEL İŞLEMLER

T.C.
DANIŞTAY
Beşinci Daire

Esas No : 2011/867
Karar No : 2011/1600

Özeti : Düzenleyici işlemlerin, idarelerin ilgili birimlerince gerçekleştirilen çeşitli hazırlayıcı işlemlerin ardından, en üst karar organları veya hiyerarşik olarak en üst makamlarınca kurulduğu; bu işlemlerin, bireysel işlemlerde olduğu gibi dava açılmadan önce idari denetime tabi tutulmasının, bu işlemlerin anılan niteliklerinden dolayı mümkün olmadığı hakkında.

Davacı : Enerji, Sanayi ve Madencilik Hizmetleri Çalışanları Birliği
Sendikası (Enerji-Bir-Sen)

Vekili : Av. ...

Davalı : Başbakanlık (Devlet Personel Başkanlığı)

Davanın Özeti : Davacı Sendika vekili, 04.06.2005 günlü, 25385 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren "Başbakan ve Bakanların Uğurlanma ve Karşılınmaları, Seyahatlar ve Hediye Uygulaması" konulu 2005/16 sayılı Başbakanlık Genelgesi'nin, "Geçici Görev ve Refakat Gibi Nedenlerle Yapılan Seyahat İşlemleri" başlıklı (B) maddesi'nin (3) numaralı bendinde yer alan ve üst düzey yöneticiler dışındaki kamu personeline, görevleri nedeniyle yurtiçi seyahatlerinde uçakla seyahat imkanı tanınmamasına ilişkin hükmün değiştirilmesi ve bahsedilen imkanın bütün kamu personeline tanınması istemiyle yaptığı başvuru üzerine, "konunun Başbakanlığa intikal ettirilmesinin uygun olacağının değerlendirildiği" yolunda Başbakanlık Devlet Personel Başkanlığı'nca kurulan 06.01.2011 günlü, 25561 sayılı işlemin ve anılan Başbakanlık Genelgesi'nin (B) maddesinde yer alan (3) numaralı bendin iptalini istemektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Beşinci Dairesince 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 14/6. maddesi gereğince Tetkik Hakimi Yavuz Kabasakal'ın açıklamaları dinlenildikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği düşünüldü:

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7. maddesinin birinci fıkrasında, dava açma süresinin, özel yasalarında ayrı süre gösterilmeyen durumlarda 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 ya da her ikisine karşı dava açabilecekleri belirtilmiştir.

Buna göre, ilan tarihini izleyen günden itibaren işlemeye başlayan dava açma süresi içerisinde yönetsel 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.

Davacı Sendika 16.12.2010 günlü dilekçe ile Başbakanlık Devlet Personel Başkanlığı'na başvurarak, dava konusu Genelge'nin ilgili hükmünün "kamu personeli arasında eşitsizliğe neden olduğunu" ileri sürmüş ve Genelge'deki eksik düzenlemenin giderilmesini istemiştir. Sendikanın bu başvurusu Devlet Personel Başkanlığınca 06.01.2011 tarihinde cevaplandırılmış, Sendika 16.2.2011 tarihinde Danıştay Genel Yazı İşleri kaydına giren dilekçe ile Başbakanlık Devlet Personel Başkanlığı'nın verdiği 06.01.2011 günlü, 25561 sayılı yanıtın ve anılan Başbakanlık Genelgesi'nin (B) maddesinde yer alan (3) numaralı bendin iptali istemiyle görülmekte olan bu davayı açmış bulunmaktadır.

Davanın süresinde açılıp açılmadığının anlaşılabilmesi, öncelikle düzenleyici işlemlere karşı 11. madde uyarınca idareye başvurulup başvurulamayacağı hususunun açıklığa kavuşturulmasını gerekli kılmaktadır.

2577 sayılı Kanunun "Üst makamlara başvurma" başlıklı 11. maddesinde; ilgililerin idari dava açmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılmasını üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde isteyebilecekleri; bu amaçla yapılan başvurunun işlemeye başlamış olan idari dava açma süresini durduracağı; isteğin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması halinde, dava açma süresinin yeniden işlemeye başlayacağı ve başvuru tarihine kadar geçen sürenin de hesaba katılacağı öngörülmüştür.

Anılan madde, idareye, hiyerarşik denetimi işleterek, hukuka aykırı olduğu ileri sürülen bireysel idari işlemin geri alınması, kaldırılması, değiştirilmesi veya yenisinin yapılması konusunda son bir fırsat tanımak ve bu denetim sonuna kadar ilgililerin dava haklarını korumak amacına yöneliktir. Düzenleyici işlemler ise, idarelerin ilgili birimlerince gerçekleştirilen çeşitli hazırlayıcı işlemlerin ardından, en üst karar organları veya hiyerarşik olarak en üst makamlarınca kurulmaktadır. Çeşitli aşamalardan geçerek idarenin en üst karar organı veya hiyerarşik makamınca kurulan bu işlemlerin, bireysel işlemlerde olduğu gibi dava açılmadan önce idari denetime tabi tutulması, bu işlemlerin anılan niteliklerinden dolayı uygun ve fayda sağlayıcı değildir.

Bu nedenle, değinilen 11. maddenin düzenleyici işlemleri de kapsadığının kabulü mümkün olmayıp düzenleyici işlemlere karşı 11. maddede öngörülen şekilde bir başvurunun dava açma süresini durduğunun kabulü de olanaklı değildir.

Bu durumda, davacı Sendikanın, 16.12.2010 günlü dilekçesiyle, Başbakan ve Bakanların Uçurlanma ve Karşılınmaları, Seyahatlar ve Hediye Uygulaması" konulu 2005/16 sayılı Başbakanlık Genelgesi'nin, "Geçici Görev ve Refakat Gibi Nedenlerle Yapılan Seyahat İşlemleri" başlıklı (B) maddesi'nin (3) numaralı bendinde yer alan ve üst düzey yöneticiler dışındaki kamu personeline, görevleri nedeniyle yurtiçi seyahatlerinde uçakla seyahat imkanı tanınmamasına ilişkin hükmünün değiştirilmesi ve söz edilen imkanın tüm kamu personeline tanınması istemiyle yaptığı başvurunun 2577 sayılı Kanunun 11. maddesi uyarınca dava açma süresini durduran bir başvuru ve bu başvuruya verilen yanıtın aynı Kanun'un 7. maddesinde belirtilen uygulama işlemi olarak kabulüne olanak bulunmamaktadır.

Belirtilen durum karşısında, 2005 tarihli dava konusu Genelge'de yer alan bir hükmün değiştirilmesi için 16.12.2010 tarihinde 2577 sayılı Yasa'nın 11. maddesine göre davalı yönetime yapılan başvuru, dava açma süresini durdurmayaacağından, bu başvurunun yanıtlanması üzerine açılan davanın süre aşımı nedeniyle incelenemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, davanın süre aşımı yönünden reddine, yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına, artan 78,00.-TL. posta ücretinin isteği halinde davacıya verilmesine, 25.3.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

MEMURLAR VE DİĞER KAMU GÖREVLİLERİ

T.C. DANIŞTAY Beşinci Daire

Esas No : 2008/6842

Karar No : 2011/955

Özeti : Sözleşmeli personel statüsünde görev yapan davacının memuriyet derece ve kademesinin bulunduğundan söz edilemeyeceğinden, Anadolu Üniversitesi Açıköğretim Fakültesi İktisadi ve İdari Programlar Bölümü İlahiyat Programından mezun olması nedeniyle 657 sayılı Yasa'nın 36-A 12/d maddesi uyarınca intibakının yapılması yönündeki davacı talebinin reddine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmediği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : ... Adına Birleşik Taşımacılık Çalışanları Sendikası

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : TCDD Genel Müdürlüğü

Vekili : Av. ...

İsteğin Özeti : Malatya İdare Mahkemesi'nce verilen 29.5.2008 günlü, E:2007/651, K:2008/648 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 : Bekir Şimşek

Düşüncesi : İdare Mahkemesi kararının onanması gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı : Mehmet Akkaya

Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü 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, TCDD 5. Bölge Müdürlüğü'nde 399 sayılı KHK uyarınca sözleşmeli personel statüsünde gişe memuru olarak görev yapan davacının, Anadolu Üniversitesi Açıköğretim Fakültesi İktisadi ve İdari Programlar Bölümü İlahiyat Programından mezun olması nedeniyle intibakının yapılması yönündeki talebinin reddine ilişkin 1.2.2007 günlü, 50850 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Malatya İdare Mahkemesi'nce verilen 29.5.2008 günlü, E:2007/651, K:2008/648 sayılı sayılı kararlar; davacının mezun olduğu bölümün, kamu kuruluşlarında din hizmetleri sınıfında çalışan memurların eğitim seviyesini yükseltmek amacıyla açıldığı ve bu nedenle söz konusu diplomada "Diyanet işleri teşkilatında veya din hizmetleri sınıfında çalışanlar için geçerlidir. Başka amaçla kullanulamaz." ifadesinin konulduğu anlaşıldığından din hizmetleri

sınıfında görev yapmayan davacının bu nedenle intibakının yapılması yönündeki talebinin reddine ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı, işlemin hukuka aykırı olduğunu öne sürmekte, Mahkeme kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

Dava dosyasının incelenmesinden, davacının 399 sayılı KHK uyarınca sözleşmeli personel statüsünde görev yaptığı, 657 sayılı Yasa kapsamında memur statüsüne sahip olmadığı ve anılan Yasa uyarınca kadro karşılığı aylık almadığı anlaşılmıştır.

Bu durumda, sözleşmeli personel statüsünde görev yapan davacının memuriyet derece ve kademesinden söz edilemeyeceğinden, davacının Anadolu Üniversitesi Açıköğretim Fakültesi İktisadi ve İdari Programlar Bölümü İlahiyat Programından mezun olması nedeniyle 657 sayılı Yasa'nın 36-A 12/d maddesi uyarınca intibakının yapılması yönündeki talebinin reddine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle; davacının temyiz isteminin reddiyle, Malatya İdare Mahkemesi'nce verilen 29.5.2008 günlü, E:2007/651, K:2008/648 sayılı kararın yukarıda belirtilen gerekçeyle onanmasına, temyiz giderlerinin istemde bulunan davacı üzerinde bırakılmasına, 22.02.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.

DANIŞTAY

Beşinci Daire

Esas No : 2008/5701

Karar No : 2011/1062

Özeti : İlk atamada bazı kadrolar için aynı niteliklerin aranmış olmasının, görevde yükselmeye tabi bir kadro için de aynı niteliklerin aranmasını gerektirmeyeceği, bu yönde bir kıyaslamanın hukuken kabul edilebilir bir yönünün bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Antalya Adli Yargı İlk Derece Mahkemesi Adalet Komisyonu Başkanlığı

Karşı Taraf : ...

Vekili : Av. ...

İsteğin Özeti : Mersin 1. İdare Mahkemesi'nin 29.5.2008 günlü, E:2007/765, K:2008/503 sayılı kararının dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

Cevabın Özeti : Cevap verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Metin Gökdemir

Düşüncesi : Mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı : Mehmet Akkaya

Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Beşinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

Mersin Adliyesi'nde zabıt katibi olarak görev yapan davacı, yazı işleri müdürlüğü kadrosu için yapılan görevde yükselme eğitimi ve sınavında başarılı olarak Antalya Adli Yargı İlk Derece Mahkemesi Adalet Komisyonu'nun 2.2.2007 günlü, 2007/13 sayılı kararı ile Antalya Adliyesi'nde münhal yazı işleri müdürü kadrosuna atanmıştır.

Komisyon kararının onaylanmak üzere gönderildiği Adalet Bakanlığı 8.3.2007 günlü, 21221 sayılı yazıyla, davacının Adalet Bakanlığı Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği'nde öngörülen hizmet süresi şartını taşımadığını belirtmiş ve atamayı onaylamayarak ve kararı geri alınması için Adalet Komisyonuna iade edilmiştir.

Komisyon, 15.3.2007 günlü, 2007/180 sayılı kararıyla atama işlemini geri almış, davacı geri alma işleminin iptali istemiyle bu davayı açmıştır.

Mersin 1. İdare Mahkemesi'nin 29.5.2008 günlü, E:2007/765, K:2008/503 sayılı kararıyla; davacının memuriyete zabıt katipliği sınavını kazanmak suretiyle girdiği, ancak cezaevi katibi olarak atandığı, Adalet Bakanlığı Memur, Sınav, Atama ve Nakil Yönetmeliği'nin 6. maddesi hükmü dikkate alındığında, cezaevi katipliği ve zabıt katipliğinin aynı nitelikte görevler olduğu, davacının görevde yükselme sınavına katıldığı tarih itibarıyla 8 yıl, 11 ay, 13 gün hizmetinin bulunduğu, bu hizmet süresinin tamamının zabıt katipliğinde geçtiğinin kabulü gerektiği, zabıt katipliğinde 5 yıllık hizmet süresini tamamlamadığından bahisle kurulan dava konusu işlemde hukuka uyarlık görülmediği gerekçesiyle işlemin iptaline hükmedilmiştir.

Davalı idare, dava konusu işlemin hukuka uygun olduğunu ileri sürmekte ve Mahkeme kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

25.3.2004 günlü, 25413 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Adalet Bakanlığı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği'nin 8. maddesinin (B) bendinin, (3) numaralı alt bendinde; en az beş yılı zabıt kâtabi kadrosunda olmak üzere toplam en az sekiz yıl hizmeti bulunmak, yazı işleri müdürü kadrosuna atanabilmek için gereken şartlar arasında sayılmıştır.

Dosyanın incelenmesinden; memuriyete 25.12.1997 tarihinde cezaevi katibi olarak başlayan davacının, 3.10.2005 tarihinde zabıt katibi kadrosuna atandığı, 7.8.2006-21.8.2006 tarihleri arasında başvurusu kabul edilerek görevde yükselme eğitimine katıldığı ve ardından 18.11.2006 tarihinde yapılan sınavda başarılı olduğu anlaşılmıştır.

Mahkeme, Adalet Bakanlığı Memur, Sınav, Atama ve Nakil Yönetmeliği'nin 6. maddesi hükmünü dikkate alarak, cezaevi katipliği ve zabıt katipliğinin aynı nitelikte görevler olduğunu ve davacının cezaevi katipliğinde geçen hizmet süresinin zabıt katipliğinde geçtiğinin kabul edilmesi gerektiğini belirterek hüküm kurmuş ise de; ilk atamada bazı kadrolar için aynı niteliklerin aranmış olmasının, görevde yükselmeye tabi bir kadro için de aynı niteliklerin aranmasını gerektirmeyeceği gibi, bu yönde bir kıyaslamanın hukuken kabul edilebilir bir yönü bulunmamaktadır.

Bu durumda, gerek başvuru tarihi itibarıyla, gerek sınav tarihi itibarıyla, Adalet Bakanlığı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği'nin 8. maddesinin (B) bendi hükmü uyarınca, az beş yıl zabıt katibi kadrosunda görev yapmış olmak şartını taşımayan davacının, yazı işleri müdürü kadrosuna atanmasına imkan bulunmadığından, dava konusu işlemde hukuka aykırılık, dava konusu işlemin iptali yolundaki Mahkeme kararında ise hukuki isabet görülmemiştir.

Diğer taraftan, Komisyonun yapmış olduğu atamanın onaylanmamasına ilişkin Adalet Bakanlığı işlemini davacı, Mersin 1. İdare Mahkemesi'nin E:2007/745 sayılı esasında dava konusu etmiş olup, Mahkeme 29.5.2008 günlü, K:2008/502 sayılı kararıyla işlemin iptaline hükmetmiş, karar temyiz edilmeksizin kesinleşmiştir. Bu halde, idarenin kesinleşmiş yargı kararı uyarınca işlem yapması gerektiği, yapmaması halinde ise, davacının bu durumu yargıya götürebileceği tabiidir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulüyle, Mersin 1. İdare Mahkemesi'nce verilen 29.5.2008 günlü, E:2007/765, K:2008/503 sayılı kararın 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3. fıkrası gereğince ve yukarıda belirtilen hususlar da gözetilerek yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkeme'ye gönderilmesine, 28.2.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Beşinci Daire

Esas No : 2008/4676

Karar No : 2011/1109

Özeti : Ülkemizde denkliği tanınmayan bir yüksek lisans programından mezun olan davacının, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 36/A-9. maddesi uyarınca yüksek lisans mezunlarına verilen bir kademe ilerlemesinden yararlandırılmasının hukuken mümkün olmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Ünye Belediye Başkanlığı

Vekili : Av. Mine ...

Karşı Taraf : ...

İsteğin Özeti : Ordu İdare Mahkemesi'nce verilen 24.6.2008 günlü, E:2008/171, K:2008/715 sayılı kararın, dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

Cevabın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği yolundadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : M. Emin Kaçar

Düşüncesi : Dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı dosyanın incelenmesinden anlaşıldığından, davalı idarenin temyiz isteminin kabulü ile işlemin iptali yolundaki İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı : Mehmet Akkaya

Düşüncesi : Ünye Belediye Başkanlığı'nda şef olarak görev yapan davacının, 3.9.2007 tarihinde mezun olduğu Hoca Ahmet Yesevi Uluslararası Türk-Kazak Üniversitesi Ekonomi ve Hukuk Fakültesi Yerel Yönetimler Yüksek Lisans Programının denkliğinin 2007-2008 öğretim yılından itibaren tanınması yolundaki Yükseköğretim Genel Kurulu'nun 22.6.2007 gün ve 2688 sayılı kararının iptali istemiyle açtığı davanın Danıştay Sekizinci Dairesi'nin 6.11.2009 günlü, E:2009/5845, K:2009/6450 sayılı kararıyla reddedilmiş olması nedeniyle, davacının üst öğrenim intibakının yapılmamasına ilişkin işlemde belirtilen yönü ile hukuka aykırılık bulunmamakla, işlemin iptali yolundaki mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Beşinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

Ünye Belediye Başkanlığı'nda şef olarak görev yapan davacı, yüksek lisans öğrenimini tamamlaması nedeniyle bir kademe verilmesi isteğiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin 1.2.2008 tarihli işlemin iptali istemiyle dava açmıştır.

Ordu İdare Mahkemesi'nin 24.6.2008 günlü, E:2008/171, K:2008/715 sayılı kararıyla; 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 36/A-9. maddesinde, memuriyete girmeden önce veya memuriyetleri sırasında yüksek öğrenim üstü master derecesi almış

olanlara bir kademe ilerlemesi uygulanacağını öngörüldüğü; öte yandan, Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kazakistan Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Türkistan Şehrinde Uluslararası Hoca Ahmet Yesevi Türk-Kazak Üniversitesi Kurulmasına Dair Anlaşma'nın 31.9.1992 tarihinde imzalandığı ve bu anlaşmanın 4.5.1993 tarih ve 2157 sayılı Kanun'la uygun bulunarak yürürlüğe girdiği; daha sonra 30.6.1993 tarihinde Uluslararası Hoca Ahmet Yesevi Türk-Kazak Üniversitesi İşbirliği Sözleşmesi'nin imzalandığı; bu sözleşmeye göre hazırlanan Hoca Ahmet Yesevi Uluslararası Türk-Kazak Üniversitesi Tüzüğü'nün 19. maddesinde, "Hoca Ahmet Yesevi Uluslararası Türk-Kazak Üniversitesi'nin diplomaları, Kazakistan ve Türkiye'de aynı alan ve seviyede öğretim yapan yüksek öğretim kurumlarının diplomalarına ve bunların milletlerarası geçerliliğine eşdeğerde olup, sahiplerine aynı hakları sağlar. / Üniversitenin verdiği diplomaların başka devletlerde geçerli olabilmesi, bu devletlerle yapılacak anlaşmalara bağlıdır." hükmüne yer verildiği; İşbirliği Sözleşmesi ile buna dayanarak hazırlanan Tüzüğün 24.9.1993 tarih ve 93/4848 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla onaylanarak yürürlüğe girdiği; dosyanın incelenmesinden, Ünye Belediye Başkanlığı'nda şef olarak görev yapan davacının, 3.9.2007 tarihinde Hoca Ahmet Yesevi Uluslararası Türk-Kazak Üniversitesi Ekonomi ve Hukuk Fakültesi Yerel Yönetimler Yüksek Lisans Programı'ndan mezun olması üzerine, üst öğrenim intibakının yapılması istemiyle yaptığı başvurunun 1.2.2008 tarihli işlemle reddedilmesi üzerine bakılan davanın açıldığının anlaşıldığı; her ne kadar davalı idarece, Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı'nın 15.7.2007 tarih ve 17626 sayılı yazılarına atıfta bulunularak, anılan üniversitenin yüksek lisans programının denkliğinin 2007-2008 öğretim yılından itibaren tanınmasına karar verildiğinden bahisle, 2006-2007 öğretim yılında mezun olan davacının diplomasının denkliğinin bulunmadığı, dolayısıyla intibakının yapılamayacağı gerekçesiyle işlem kurulmuş ise de, yukarıda anılan anlaşma ve bu anlaşmanın TBMM'nce onaylanmasıyla kurulmuş olan Hoca Ahmet Yesevi Uluslararası Türk-Kazak Üniversitesi'nin bir devlet üniversitesi olması ve Bakanlar Kurulu kararıyla kabul edilen Üniversite Tüzüğü'nün yukarıda aktarılan 19. maddesine göre, bu üniversite diplomalarının Türkiye'de aynı alan ve seviyede öğretim yapan yüksek öğretim kurumlarının diplomalarına ve bunların milletlerarası geçerliliğine eşdeğerde olmak kaydıyla sahiplerine aynı hakları sağladığının açık olması karşısında, davacının bitirdiği yüksek lisans programının Türkiye'de aynı alan ve seviyede öğretim yapan yüksek öğretim kurumlarının diplomalarına denk olduğu; bu nedenle, 657 sayılı Yasa'nın 36/A-9. maddesi uyarınca davacının intibakının yapılması gerekirken talebinin reddedilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlem iptal edilmiştir.

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

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 36/A-9. maddesinde, "Memurluğa girmeden önce veya memuriyetleri sırasında yüksek öğrenim üstü master derecesi almış olanlarla yüksek öğrenim kurumlarında en az bir yıl ilave öğrenim yaparak lisans üstü ihtisas sertifikası alanlara bir kademe ilerlemesi ... uygulanır." hükmüne yer verilmiştir.

Davacının 2006-2007 öğretim yılı sonunda 3.9.2007 tarihinde Hoca Ahmet Yesevi Uluslararası Türk-Kazak Üniversitesi Ekonomi ve Hukuk Fakültesi Yerel Yönetimler Yüksek Lisans Programı'ndan mezun olduğu; Yükseköğretim Yürütme Kurulu'nun 14.4.1998 tarih ve 98.13.1027 sayılı kararı uyarınca Hoca Ahmet Yesevi Uluslararası Türk-Kazak Üniversitesi'nin uzaktan eğitim sonucunda vermiş olduğu diplomaların denkliğinin tanınmadığı; ilgilinin, yüksek lisans programını bitirmiş olduğundan bahisle bir kademe verilmesi isteğiyle yaptığı başvurunun 1.2.2008 tarihli dava konusu işlemle reddedildiği; Yükseköğretim Genel Kurulu'nun 22.6.2007 gün ve 2688 sayılı kararının iptali ve geçici mezuniyet belgesinin denkliğinin tanınması istemiyle açtığı başka bir davada, Ankara 6. İdare Mahkemesi'nin 31.12.2008 günlü, E:2007/1602, K:2008/1847 sayılı kararıyla, bu üniversiteden alınan diplomaların 2007-2008 eğitim-öğretim yılından itibaren denkliklerinin tanınmasına ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle Yükseköğretim Genel Kurulu kararının iptal

edildiği; ancak, söz konusu iptal kararının, Danıştay Sekizinci Dairesi'nin 6.11.2009 günlü, E:2009/5845, K:2009/6450 sayılı kararıyla, "... yurtdışındaki yükseköğretim kurumlarından alınmış lisansüstü diplomaların denkliğini tespit etmenin Yükseköğretim Kurulu'nun görevleri arasında olduğu; kişilerin her ne ad altında olursa olsun açık, ekstern, kıyabi eğitim gibi devam zorunluluğu bulunmayan bir eğitim-öğretim sonunda aldıkları diplomalara denklik belgesi verilmeyeceği; davacının lisansüstü eğitime başladığı tarihte Hoca Ahmet Yesevi Uluslararası Türk-Kazak Üniversitesi'nin uzaktan eğitim sonucunda vermiş olduğu diplomalara denklik belgesi verilmediği ve burada okuyan öğrencilerin öğrenciliklerinin tanınmadığı; Hoca Ahmet Yesevi Uluslararası Türk-Kazak Üniversitesi Mütevelli Heyet Başkanlığı'nın 15.4.2007 tarihli başvurusu üzerine, 22.6.2007 tarihli kararla, uzaktan eğitim sonucunda verilmiş olan diplomaların denkliğinin tanındığı; Bakanlar Kurulu'nun 24.9.1993 tarih ve 93/4848 sayılı kararı ile kabul edilen Hoca Ahmet Yesevi Uluslararası Türk-Kazak Üniversitesi Tüzüğü'nün 19. maddesinde, açık, ekstern, kıyabi eğitime ve eğitimin niteliğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediğinden, bu madde hükmüyle, normal, yüz yüze eğitim sonucu alınan diplomaların eşdeğerde olduğunun amaçlandığı sonucuna ulaşıldığı; bu itibarla, yurtdışındaki yüksek öğretim kurumlarından alınmış lisansüstü diplomaların denkliğini tespit etmekle görevli olan Yükseköğretim Kurulu tarafından, söz konusu kararın alındığı tarihe kadar tanınmayan Hoca Ahmet Yesevi Uluslararası Türk-Kazak Üniversitesi'nce uzaktan eğitim sonucunda verilmiş olan diplomaların, 2007-2008 eğitim-öğretim yılından itibaren denkliklerinin tanınmasında hukuka aykırılık bulunmadığı" gerekçesiyle bozulduğu anlaşılmaktadır.

Bu durumda, yüksek lisans öğrenimi dolayısıyla davacıya bir kademe verilmeyeceğine ilişkin dava konusu işlemin kurulduğu 1.2.2008 tarihinde Yükseköğretim Genel Kurulu'nun 22.6.2007 tarihli kararı hakkında verilmiş bir iptal kararı bulunmadığı gibi, Ankara 6. İdare Mahkemesi'nce verilen iptal kararının da Danıştay Sekizinci Dairesi'nin 6.11.2009 günlü, E:2009/5845, K:2009/6450 sayılı kararıyla bozulduğu anlaşılmakta olup; gerek yüksek lisans öğrenimine başladığı tarihte, gerekse 2006-2007 öğretim yılında davacının mezun olduğu yüksek lisans programının denkliğinin Yükseköğretim Genel Kurulu tarafından kabul edilmemiş olması ve daha sonra münhasıran 2007-2008 öğretim yılından itibaren denklik belgesi verilmesini öngören Yükseköğretim Genel Kurulu'nun 22.6.2007 günlü işlemi hakkında verilen iptal kararının Danıştay Sekizinci Dairesi'nce bozulmuş olması karşısında, ülkemizde denkliği tanınmayan bir yüksek lisans programından mezun olan davacının, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 36/A-9. maddesi uyarınca yüksek lisans mezunlarına verilen bir kademe ilerlemesinden yararlandırılması hukuken mümkün bulunmadığından, davacının bu istemle yaptığı başvurunun reddine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık ve işlemin iptali yolundaki İdare Mahkemesi kararında da hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davalının temyiz isteminin kabulüyle, Ordu İdare Mahkemesi'nce verilen 24.6.2008 günlü, E:2008/171, K:2008/715 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, 8.3.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Beşinci Daire
Esas No : 2009/6719
Karar No : 2011/3104

Özeti : "Hukuk alanında temayüz etmiş olma" kavramının; hukuk alanının uygulandığı dallar olarak üniversitelerin hukuk öğretim üyeliği, hakimlik, savcılık, avukatlık ve kurumların hukuk işlerini yürüten birimlerinde kendini kanıtlayarak üst noktalara gelmiş olmayı, bu alanlarda hukukçu olarak seçkin bir yer edinilmesini ifade ettiği hakkında.

Davacı : ...
Davalı : Radyo ve Televizyon Üst Kurulu
Vekili : Av. ...
Davanın Özeti : Davacı; Radyo ve Televizyon Üst Kurulu tarafından TRT Yönetim Kurulu üyeliği için ... ile ...'in aday olarak seçilmesine ilişkin 25.8.2009 günlü işlemin iptalini istemektedir.

Savunmanın Özeti : TRT Yönetim Kurulu Üyeliğinin boşalması üzerine 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanununun 11. maddesi uyarınca aday belirleme süreci başlatıldığı, yapılan müracaatlar değerlendirilerek Üst Kurulun 25.8.2009 tarih ve 2009/46 sayılı toplantısında TRT Yönetim Kurulu Üyeliği için Bakanlar Kuruluna önerilecek iki adayı belirlemek üzere oylama yapıldığı, oylamalarda davacıya hiç oy çıkmadığı, mevzuat gereği hukuk alanında Üst Kurul tarafından iki aday seçilmesi suretiyle isimlerin belirlenmesinde idarelerine ve yürütme yetkisi kullanarak atama yapma durumunda olan makama takdir hakkı tanındığı, bu takdir hakkının kullanılmasında kıstasın seçileceklerin alanlarında temayüz etmeleri gerektiği, seçilen iki kişinin hukuk alanında temayüz eden kişiler olduğu, Üst Kurulun mevzuatın belirlediği sınırlar çerçevesinde kuralları belirlenerek önceden ilan edilmiş yönetime uygun, objektif, makul bir tavırla ve eşitlik kuralları gözeterek kamu görevinin gereklerine uygun bir şekilde ve kamu yararı gözeterek adayları belirlediği gerekçesiyle haksız açılan davanın reddi gerektiği savunulmuştur.

Danıştay Tetkik Hakimi : Nurettin Yunus Uysal

Düşüncesi : Davanın reddi gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı : Metin Gürz

Düşüncesi : Dava, Milli Eğitim Bakanlığı hukuk müşaviri olarak görev yapan ve TRT Yönetim Kurulunun hukuk alanından boşalan üyeliğine adaylık başvurusunda bulunan davacı tarafından, Radyo Televizyon Üst Kurulu'nca TRT Yönetim Kurulu üyeliklerine ... ve ...'in aday olarak seçilmelerine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanununun, "Yönetim Kurulu" başlıklı 11. maddesinde, Kurumun en yüksek karar ve yönetim organı olan Yönetim Kurulunun; elektronik, kitle iletişimi, hukuk, işletme veya ekonomi, sosyal bilim dalları ile sanat ve kültür alanında temayüz etmiş kişiler arasından seçilen ve atanan altı üye ile Genel Müdürden oluşacağı, Yönetim Kurulu Üyelerinin; Radyo ve Televizyon Yüksek Kurulu tarafından teklif edilen on iki aday arasından Bakanlar Kurulu kararı ile atanacağı kuralına yer verilmiş; daha sonra yürürlüğe giren 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanunun 36. maddesinde ise, 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanununun Radyo ve Televizyon Yüksek Kuruluna ilişkin hükümlerinin Üst Kurulun göreve başlaması ile birlikte

yürürlükten kalkacağı ve Yüksek Kurulun görevinin sona ereceği, görevi sona eren Yüksek Kurulun Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu Genel Müdürü ve Yönetim Kurulu Üyelerinin atanmasına ilişkin yetkilerinin Üst Kurula ve iş bu Kanun gereğince Üst Kurula geçenler dışındaki diğer yetkilerinin Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu Yönetim Kuruluna devredileceği hükme bağlanmıştır.

Buna göre; Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu Yönetim Kurulu Üyeliğine atanacak kişilerin uyumsuzluğun konusu itibarıyla "hukuk alanında, temayüz etmiş" kişi niteliğinde olması zorunlu olup, bu niteliğin hem "seçim-teklif" aşamasında, hem de Bakanlar Kurulu'nca "atama" aşamasında gözetilmesi zorunludur. Zira; maddede "temayüz etmiş kişiler arasından "seçilen ve atanan" denilmek suretiyle hem teklif, hem de atama sırasında nitelik değerlendirilmesinin yapılması gerektiği vurgulanmıştır. Kurulca yapılan teklifte adı geçenlerin Yasanın öngördüğü niteliği taşıması durumunda Bakanlar Kurulu'nca teklifin geri çevrilerek yasal niteliğe uygun iki kişinin teklifinin sağlanması ve atamanın niteliği uygun iki kişiden birisinin tercih edilerek gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Uyumsuzluğun çözüme kavuşturulabilmesi için "alanında temayüz etmiş olma" deyiminin açıklığa kavuşturulması önemlidir.

"Temayüz etmek" kelimesinin sözcük anlamı; yükselme, başkalarına oranla üstün duruma geçme, seçkin duruma geçme şeklindedir. Yasa koyucu Türkiye Radyo Televizyon Kurumu'nun önemi nedeniyle yönetim kurulu üyeliğine atanacak kişilerin sayılan altı alan içinde görev yapan herhangi bir kişinin değil, alanında üstün ve seçkin duruma gelmiş kişilerin teklif edilmesi ve atanmasını öngörmüştür.

Hukuk alanında temayüz etmiş olmak, hukuk alanının uygulandığı dallar olarak Üniversitelerin hukuk öğretim üyeliği, hakimlik, savcılık, avukatlık ve kurumların hukuk işlerini yürüten birimlerinde kendini kanıtlayarak üst noktalara ve kariyer görevlere gelmiş olmayı, bu alanlarda hukukçu olarak seçkin bir yer edinilmesini ifade eder.

Öte yandan, 20.11.1994 tarih ve 22117 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Radyo Televizyon Üst Kurulunun Çalışma Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmeliğin 15. maddesinin 1. fıkrasında, Türkiye Radyo Televizyon Kurumu Genel Müdürü ile Yönetim Kurulu Üyelikleri için Üst Kurulca gösterilecek adayların, Üst Kurul üyeleri tarafından önerilen veya üst kurula başvuran kişiler arasından gizli oyla belirleneceği kurala bağlanması nedeniyle adaylarla sınırlı olmak üzere Üst Kurul tarafından yapılacak oylama sonucunda alanlarında "temayüz etmiş" kişilerin aday olarak belirlenecekleri sonucu ortaya çıkmaktadır. Başka bir ifade ile, Üst Kurul üyeleri tarafından önerilen veya üst kurula başvuran kişiler arasından, başarılarının değerlendirilmesi suretiyle yapılacak gizli oylama sonucunda seçilenlerin, diğer adaylık başvurusunda bulunanlara oranla "temayüz etmiş" olmaları nedeniyle tercih edildiklerinin kabulü gerekir. Zira Yasa hükmünde yer alan "temayüz etme" kavramının; bu niteliği belirleme işlevinin, adaylarla sınırlı olarak değerlendirme yapılmasını gerektirmesi ve subjektif bir değerlendirmeyi de içermesi nedeniyle mutlak ve kesin bir üstün başarıyı ifade ettiğinin kabulü olanaksızdır.

Diğer taraftan, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2. maddesinde, idari işlemler üzerindeki yargısal denetimin hukuka uygunluğun saptanması ile sınırlı olduğu, yürütme görevinin Kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemeyeceği kurala bağlanmıştır. Buna göre, idarelerin birden çok seçenekten birisini tercihte takdir yetkisi ile donatıldıkları durumlarda, yargı organlarınca yapılacak denetim idarenin tercih ettiği seçeneğin hukuka uygunluğu ile sınırlı olması nedeniyle davacı ile Radyo Televizyon Üst Kurulu tarafından TRT Yönetim Kurulu üyeliklerine aday olarak seçilen ... ve ...'in durumlarının değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bu durumda, dosyadaki bilgilere göre, Radyo Televizyon Üst Kurulu tarafından TRT Yönetim Kurulu üyeliklerine aday olarak seçilerek, Bakanlar Kurulu'na önerilen iki adayın davacıya oranla, Yönetim Kurulu Üyeliği'ne atanabilme konusunda öncelikli yasal koşul olan

"hukuk alanında temayüz etmiş bir kişi" olduğu sonucuna varıldığından, ... ve ...'in TRT Yönetim Kurulu üyeliklerine aday olarak seçilmelerine ilişkin Radyo Televizyon Üst Kurulu işleminde hukuka ve 2954 sayılı Yasanın 11. maddesine aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, hukuki dayanaktan yoksun davanın reddi gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Beşinçe Dairesi'nce duruşma için önceden belli edilen 8.6.2011 günü davacının gelmediği davalı idareyi temsilen Av. ...'in geldiği görülerek, Danıştay Savcısı Metin Gürz hazır olduğu halde açık duruşmaya başlandı. Duruşmada hazır bulunan tarafa usulüne göre söz verilip dinlendikten ve Savcının düşüncesi alındıktan sonra duruşmaya son verilerek, dosyadaki bilgi ve belgeler de incelenmek suretiyle işin gereği düşünüldü:

Davacı; Radyo ve Televizyon Üst Kurulu tarafından TRT Yönetim Kurulu üyeliği için ... ile ...'in aday olarak seçilmesine ilişkin 25.8.2009 günlü işlemin iptali istemiyle dava açmıştır.

2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanununun, "Yönetim Kurulu" başlıklı 11. maddesinde, "Kurumun en yüksek karar ve yönetim organı olan Yönetim Kurulu; elektronik, kitle iletişimi, hukuk, işletme veya ekonomi, sosyal bilim dalları ile sanat ve kültür alanında temayüz etmiş kişiler arasından seçilen ve atanan altı üye ile Genel Müdürden oluşur. Yönetim Kurulu Üyeleri; Radyo ve Televizyon Yüksek Kurulu tarafından teklif edilen on iki aday arasından Bakanlar Kurulu kararı ile atanır." kuralına yer verilmiş; daha sonra yürürlüğe giren 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanunun 36. maddesinde ise, "2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanununun Radyo ve Televizyon Yüksek Kuruluna ilişkin hükümleri Üst Kurulun göreve başlaması ile birlikte yürürlükten kalkar ve Yüksek Kurulun görevi sona erer. Görevi sona eren Yüksek Kurulun Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu Genel Müdürü ve Yönetim Kurulu Üyelerinin atanmasına ilişkin yetkileri Üst Kurula ve iş bu Kanun gereğince Üst Kurula geçenler dışındaki diğer yetkileri Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu Yönetim Kuruluna devredilir." hükmü yer almıştır.

Alıntısı yapılan yasa kurallarına göre; Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu Yönetim Kurulu Üyeliğine atanacak kişilerin uyumsuzluğun konusu itibarıyla "hukuk alanında, temayüz etmiş" kişi niteliğinde olması zorunlu olup, bu niteliğin hem "seçim-teklif" aşamasında, hem de Bakanlar Kurulu'nca "atama" aşamasında gözetilmesi zorunludur. Zira; maddede "temayüz etmiş kişiler arasından "seçilen ve atanan" denilmek suretiyle hem teklif, hem de atama sırasında nitelik değerlendirilmesinin yapılması gerektiği vurgulanmıştır.

Uyumsuzluğun çözüme kavuşturulabilmesi için "alanında temayüz etmiş olma" deyiminin açıklığa kavuşturulması önemlidir.

"Temayüz etmek" kelimesinin sözcük anlamı; yükselme, başkalarına oranla üstün duruma geçme, seçkin duruma geçme şeklindedir. Yasa koyucu Türkiye Radyo Televizyon Kurumu'nun önemi nedeniyle yönetim kurulu üyeliğine atanacak kişilerin sayılan altı alan içinde görev yapan herhangi bir kişinin değil, alanında üstün ve seçkin duruma gelmiş kişilerin teklif edilmesi ve atanmasını ön görmüştür.

Hukuk alanında temayüz etmiş olmak, hukuk alanının uygulandığı dallar olarak Üniversitelerin hukuk öğretim üyeliği, hakimlik, savcılık, avukatlık ve kurumların hukuk işlerini yürüten birimlerinde kendini kanıtlayarak üst noktalara gelmiş olmayı, bu alanlarda hukukçu olarak seçkin bir yer edinilmesini ifade eder.

Teklif edilen iki adayın ve davacının durumlarının bu bağlamda değerlendirilmesine gelince; her üç adayın da hukuk fakültesi mezunu olduğu, farklı kamu kurumlarında kurumların hukuk işlerini yürüten birimlerinde hukuk müşavirliği, müfettişlik, hakim savcılık gibi kamu hizmetinde görev aldıkları görülmüş olup, Bakanlar Kurulu'na önerilen iki adayın

ve davacının, Yönetim Kurulu Üyeliği'ne atanabilme konusunda öncelikli yasal koşul olan "hukuk alanında temayüz etmiş bir kişi" oldukları anlaşılmıştır.

İdarelerin birden çok seçenekten birisini tercihte takdir yetkisi ile donatıldıkları durumlarda, yargı organlarınca yapılacak denetim idarenin tercih ettiği seçeneğin hukuka uygunluğu ile sınırlıdır.

Bu durumda, atamayı yapacak olan Bakanlar Kurulu'na davalı idarece yapılan oylama sonucu en yüksek oyu alan ve atanma koşulunu taşıyan ... ile ...'in aday olarak seçilmesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle; davanın reddine, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesiince belirlenen 2200. TL vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalıya verilmesine, yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına, 8.6.2011 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

2954 sayılı Kanun'un 11. maddesi hükmüne göre, Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu Yönetim Kurulu üyeliğine "seçilecek" ve "atanacak" kişilerin, maddede belirtilen alanlarda "temayüz etmiş" kişiler olmaları gerekmektedir.

Temayüz etmek, yükselme, başkalarına oranla üstün duruma geçme, seçkin duruma geçmeyi ifade etmektedir. Kanunkoyucu, Kurumun Yönetim Kurulu üyeliğine atanacak kişilerin, sayılan alanlar içinde görev yapan başarılı kişilerden değil, üstün başarı ile seçkin duruma gelmiş, hatta toplumun önemli bir kesimine kendisini tanıtmış, birikimini ve o alanda otoritesini benimsetmiş ve güven kazanmış kişilerden seçilmesini ve atanmasını öngörmüştür. Yalnızca alanlarında önemli görevler yapmış ve üst unvanlara ulaşmış kişilerin "temayüz etmiş" sayılmasının, maddenin amacıyla bağdaştığı kabul edilemez. Zira madde hükmü, sayılan alanlardan kişiler değil, hatta "başarılı" kişiler de değil, "temayüz etmiş" kişiler arasından seçim öngörmüştür.

Dava konusu işlemle seçilerek atanmak üzere teklif edilen kişilerin durumları bu açıklamalara göre değerlendirildiğinde, her iki adayın da görev alanında başarılı geçmişe sahip oldukları ve önemli üst düzey görevler de yaptıkları görülmekle birlikte, yasa hükmünde öngörüldüğü ölçüde "hukuk alanında temayüz etmiş kişi" koşulunu kazanmış bulunmadıkları sonucuna ulaşılmıştır.

Bu durumda, TRT Yönetim Kurulu Üyeliği'ne hukuk alanında yapılacak atama için yapılan seçimle belirlenen adayların 2954 sayılı Kanun'un 11. maddesindeki koşullara sahip olmamaları nedeniyle, dava konusu işlemin hukuka aykırı bulunduğu ve iptali gerektiği görüşüyle karara karşıyım.

T.C. DANIŞTAY Beşinci Daire

Esas No : 2009/373

Karar No : 2011/3380

Özeti : 657 sayılı Kanun'un 72. maddesine dayanılarak çıkartılan Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmeliğin yer değiştirme suretiyle atamalarda göz önünde bulundurulacak hususları düzenleyen 9. maddesinde, yapılacak atamalarda sadece eş ve sağlık durumlarının göz önüne alınacağını belirtildiği; 657 sayılı Kanun'da yer almayan öğrenim özüne dayalı olarak memurun görev yerinin

değiştirilmesi veya görev yerinde bırakılması yönünde talepte bulunmasına olanak tanıyan bir düzenlemeye yer verilmediği hakkında.

Davacı : ...
Vekili : Av. ...
Davalılar : 1- Başbakanlık
2- İçişleri Bakanlığı

Davanın Özeti : İstanbul Emniyet Müdürlüğü emrinde aday polis memuru olarak görev yapmakta iken katıldığı 2008 yılı ÖSS sonucu Adana Çukurova Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi Matematik Bölümünü kazanıp kayıt yaptıran davacı tarafından; Adana İli'ne atanması için yaptığı başvurunun reddine ilişkin 28.11.2008 günlü Emniyet Genel Müdürlüğü işleminin ve Emniyet Hizmetleri Sınıfı Mensupları Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği'nin 26.3.2002 günlü, 24707 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Yönetmelik ile değişik 11. maddesinin iptali istenilmektedir.

Davalı İdarelerin Savunmalarının Özeti : Dava konusu işlem ve dayandığı Yönetmelik maddesinde hukuka aykırılık bulunmadığı, davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Mustafa Bölükbaşı
Düşüncesi : Davanın reddi gerektiği düşünülmektedir.
Danıştay Savcısı : Mehmet Akkaya
Düşüncesi : İstanbul Emniyet Müdürlüğü emrinde aday polis memuru

olarak görev yapmakta iken katıldığı 2008 yılı ÖSS sonucu Adana Çukurova Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi Matematik Bölümünü kazanıp kayıt yaptıran davacı tarafından; Adana İli'ne atanması için yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin ve Emniyet Hizmetleri Sınıfı Mensupları Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği'nin 26.3.2002 günlü, 24707 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Yönetmelik ile değişik 11. maddesinin iptali istenilmektedir.

Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmeliğin "Kapsam" başlıklı 2/b maddesinde, "Aday memurlar, Türk Silahlı Kuvvetler Kadrolarında görevli memurlar, bu Yönetmelik hükümlerine tabi değiller" kuralı yer almıştır.

Emniyet Hizmetleri Sınıfı Mensupları atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinin 11.maddesinde, "Emniyet Teşkilatına girmiş olan her derecede ve rütbedeki memurlar hakkında, adaylık süreleri içinde yer değiştirme işlemi yapılamaz.Ancak, Devlet memurları ile evli emniyet mensuplarının adaylık durumuna bakılmaksızın ataması yapılabilir." hükmüne yer verilmiştir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 55, 56, ve 57.maddeleri uyarınca, aday memurların temel eğitime, hazırlayıcı eğitime ve staja tabi tutulmaları, başarısız olanların, memuriyetle bağdaşmayan hal ve hareketleri bulunanların, göreve devamsızlıkları tesbit edilenlerin ve iki yıl içinde olumlu sicil alamayanların ilişkilerinin kesilmesi mümkün olmakla, emniyet teşkilatında adaylığa kabul edilen personelin sınıfıyla ilgili hazırlayıcı ve stajı kapsayan adaylık döneminde eş durumu özrü dışında bir nedenle yer değiştirme işlemi yapılmaması yolunda yapılan düzenlemede hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Dava konusu yönetmelik hükmü hukuka uygun bulunmakla, İstanbul İl Emniyet Müdürlüğünde 14.6.2008 tarihinde aday memur olarak göreve başlayan ve 2008 yılı ÖSS sonucu Adana Çukurova Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi Matematik bölümüne kayıt yaptıran davacının 29.9.2008 tarihli dilekçesi ile Adana İli'ne atanması istemiyle yaptığı başvurunun reddi yolundaki işlemde de hukuka aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davanın reddi gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Beşinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

İstanbul Emniyet Müdürlüğü emrinde aday polis memuru olarak görev yapmakta iken katıldığı 2008 yılı ÖSS sonucu Adana Çukurova Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi Matematik Bölümünü kazanıp kayıt yaptıran davacı tarafından Adana İli'ne atanması için yaptığı başvurunun reddine ilişkin 28.11.2008 günlü Emniyet Genel Müdürlüğü işleminin ve Emniyet Hizmetleri Sınıfı Mensupları Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği'nin 15.2.2002 gün ve 2002/3814 sayılı kararla değişik 11. maddesindeki "Emniyet Teşkilatına girmiş olan her derecede ve rütbedeki memurlar hakkında, adaylık süreleri içinde yer değiştirme işlemi yapılmaz. Ancak, Devlet memurları ile evli emniyet mensuplarının adaylık durumuna bakılmaksızın ataması yapılabilir." düzenlemesinin, emniyet teşkilatındaki her derece ve rütbedeki memurların eğitim ömrüne bağlı yer değiştirme taleplerine yönelik olarak kural içermediğinden bahisle eksik düzenleme nedeniyle iptali istemiyle dava açılmıştır.

Anayasa'nın 124. maddesinde, "Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla yönetmelikler çıkarabilirler." hükmü yer almaktadır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunun üçüncü bölümünde Devlet memurlarının yer değiştirme esasları düzenlenmiş olup, 72., 73., 74. ve 76 maddeler sırasıyla; yer değiştirme suretiyle atama, karşılıklı olarak yer değiştirme, memurların bir kurumdan diğerine nakilleri, memurların kurumlarınca görevlerinin ve yerlerinin değiştirilmesini kurala bağlamış bulunmaktadır.

Anılan maddelerden 72. maddenin birinci fıkrasında, kurumlarda yer değiştirme suretiyle atamaların, hizmetlerin gereklerine, özelliklerine, Türkiye'nin ekonomik, sosyal, kültürel ve ulaşım şartları yönünden benzerlik ve yakınlık gösteren iller gruplandırılarak tespit edilen bölgeler arasında adil ve dengeli bir sistem içinde yapılacağı hükmüne yer verilmekte; 527 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 5. maddesiyle yeniden düzenlenen ikinci fıkrasında; yeniden veya yer değiştirme suretiyle yapılacak atamalarda; aile birimini muhafaza etmek bakımından kurumlar arasında gerekli koordinasyon sağlanarak memur olan diğer eşin de isteği halinde atamasının, atamaya tabi tutulan memurun atandığı yere 74 ve 76 ncı maddelerde belirtilen esaslar çerçevesinde yapılacağı, yer değiştirme suretiyle atanmaya tabi memurun atandığı yerde eşinin atanacağı teşkilatın bulunmaması ya da teşkilatı olmakla birlikte niteliğine uygun münhal bir görev bulunmaması ve ilgilinin de talebi halinde, bu personele eşinin görev süresi ile sınırlı olmak üzere belirli şartlarda izin verilebileceği; son fıkrasında ise memurların atanamayacakları yerler ve bu yerlerdeki görevler ile kurumların özellik arz eden görevlerine atanabilmeleri için hangi kademelerde ne kadar hizmet etmeleri gerektiği ve yer değiştirme ile ilgili atama esaslarının Devlet Personel Başkanlığınca hazırlanacak bir yönetmelikle belirleneceği kurala bağlanmış bulunmaktadır.

657 sayılı Kanun'un 72. maddesine dayanılarak çıkartılan Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmeliğin yer değiştirme suretiyle atamalarda göz önünde bulundurulacak hususları düzenleyen 9. maddesinde, yapılacak atamalarda sadece eş ve sağlık durumlarının göz önüne alınacağı belirtilmiş, 657 sayılı Kanunda yer almayan öğrenim ömrüne dayalı olarak memurun görev yerinin değiştirilmesi veya görev yerinde bırakılması yönünde talepte bulunmasına olanak tanıyan bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Bu bağlamda; naklen atama istemleri ve ülke çapındaki personel gereksinimi arasında denge kurmak zorunda olan idarenin, 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu'nun verdiği yetkiye dayanılarak çıkarılan ve 11.9.1992 gün ve 21342 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Emniyet Hizmetleri Sınıfı Mensupları ve Atama Yer Değiştirme Yönetmeliği'nin 15.2.2002 gün ve 2002/3814 sayılı kararla değişik 11. maddesinde öğrenim ömrü nedeniyle naklen atama isteminde bulunma hakkını düzenlememesinde hukuka aykırılık görülmemiştir.

2008 yılı ÖSS sonucu Adana Çukurova Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi Matematik Bölümünü kazanıp kayıt yaptıran davacının; Adana İli'ne atanması için yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemine gelince;

Davacının öğrenim ömrüne dayanarak Adana İli'ne atanması istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin dayanağı olan Emniyet Hizmetleri Sınıfı Mensupları Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinin 11. maddesi yukarıda belirtilen gerekçeyle hukuka uygun bulunduğundan, dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, yasal dayanaktan yoksun bulunan davanın reddine, yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına, posta avansından artan 8,00-TL'nin istemi halinde davacıya iadesine, kararın tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu nezdinde temyiz yolu açık olmak üzere, 20.6.2011 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun "Dava açma süresi" başlıklı 7'nci maddesinin 4'üncü fıkrasında; ilanı gereken düzenleyici işlemlerde dava 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; 5'inci maddesinin 1'inci fıkrasında ise, aralarında maddi veya hukuki yönden bağıllık ya da sebep-sonuç ilişkisi bulunması halinde birden fazla idari işlemin bir dilekçe ile idari davaya konu edilebileceği belirtildikten sonra, 14'üncü maddesinin (g) bendinde, dilekçelerin 3 ve 5'inci maddelere uygun olup olmadıkları yönünden inceleneceği; 15'inci maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde de; 3 ve 5'inci maddelere uygun şekilde düzenlenmek veya noksanları tamamlanmak suretiyle otuz gün içinde dava açılmak üzere dilekçenin reddine karar verileceği hükme bağlanmıştır.

İdari Yargılama Usulü Kanununun 7'nci maddesinin yukarıda açıklanan 4'üncü fıkrasında, ilgililerin düzenleyici işlemle uygulama işleminin her ikisi aleyhine birden dava açabileceğinin söylenmiş olması; her iki işleme karşı aynı dilekçeyle ve aynı idari yargı yerinde dava açılabilirliği anlamında değildir. Aynı dilekçe ile dava açılabilir haller, anılan Kanunun 5'inci maddesinin 1'inci fıkrasında gösterilmiş olup; buna göre, birden fazla işleme karşı aynı dilekçe ile dava açılabilmesi, ancak, bu koşullar ile İdari Yargılama Hukukunun gerektirdiği diğer koşulların birlikte gerçekleşmesi halinde olanaklıdır. Sözü edilen fıkra yer alan düzenlemenin amacı da; aynı yargı yerinin görevine giren ve çözümleri ayrı emek gerektirmeyen idari uyumsuzlukların aynı dava içerisinde görülmeleri sağlanarak, gereksiz zaman israfı ile masrafin önlenmesi ve farklı kararların verilebilmesi riskinin ortadan kaldırılmasıdır. Ancak; aralarında maddede aranan biçimde bağıllık ya da ilişki bulunsun bile, birden fazla idari işlemin aynı dilekçeyle idari davaya konu edilebilmesi için; bu durumun, kamu düzeni için öngörülen usul ve görev kurallarını ve bu kurallarla korunan ve Anayasa'nın 37'nci maddesinde öngörülen "kanuni hakim ilkesi"ni ihlal ediyor olmaması da gereklidir. Bir başka anlatımla, Danıştayın ilk derece mahkemesi olarak görevine giren davaya konu edilebilecek nitelikteki bir işlemle, idare veya vergi mahkemelerinin görevine giren davalara konu olması gereken bir işlemin, aynı dilekçe ile idari davaya konu edilmeleri olanaklı değildir.

Bu bakımdan, 2575 sayılı Danıştay Kanununun 24'üncü maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca, ilk derece mahkemesi olarak Danıştayın görevine giren ülke çapında uygulanacak düzenleyici işlem ile 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanunun 5'inci maddesi uyarınca idare mahkemelerinin görevine giren görev yerinin değiştirilmesi isteminin reddine dair işleme karşı aynı dilekçe ile Danıştayda idari dava açılmasına olanak bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenle; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 5'inci maddesinin 1'inci fıkrasına uygun bulunmayan dilekçenin, yukarıda belirtilen şekilde, düzenleyici işleme

ve uygulama işlemine karşı ayrı ayrı dava açmakta serbest olmak üzere reddi gerektiği
oyuyla karara karşıyım.

T.C.
DANIŞTAY
Beşinci Daire
Esas No : 2011/433
Karar No : 2011/3618

Özeti : 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28/1. maddesinde yer alan hüküm uyarınca, yargı kararlarının idareler tarafından gecikmeksizin uygulanması gerektiği; iptal kararlarının, iptali istenen işlem kurulmadan önceki hukuki durumun yürürlüğünü sağlaması özelliği gözönünde bulundurulduğunda, yargı kararının uygulanması amacıyla usulde paralellik ilkesi gözetilmeden işlem kurulabileceği hakkında.

Kararın Düzeltilmesini İsteyen (Davalılar) :

1- Başbakanlık

2- Gümrük ve Ticaret Bakanlığı (Başbakanlık Gümrük Müsteşarlığı)

Karşı Taraf : ...

İsteğin Özeti : Danıştay Beşinci Dairesi'nin 25.10.2010 günlü, E:2008/6755, K:2010/6208 sayılı kararının dilekçede yazılı nedenlerle düzeltilmesi isteminden ibarettir.

Savunmanın Özeti : İstemin reddedilmesi gerektiği yolundadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Sultan Aksoy Kuyumcu

Düşüncesi : Davalı İdarelerin kararın düzeltilmesi yolundaki istemi kabul edilerek Dairemizin 25.10.2010 günlü, E:2008/6755, K:2010/6208 sayılı kararının kaldırılması ve İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Metin Gürz

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

8.6.2011 tarihli 27958 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 640 sayılı Gümrük ve Ticaret Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Geçici 2. maddesi uyarınca Başbakanlık Gümrük Müsteşarlığı hasım konumundan çıkarılıp, dava Gümrük ve Ticaret Bakanlığı husumetiyle incelenerek işin esasına geçildi:

Dava, Başbakanlık Gümrük Müsteşarlığı Gümrükler Muhafaza Genel Müdür Yardımcısı olarak görev yapan davacının, aynı Müsteşarlık bünyesine müsteşarlık müşaviri olarak atanmasına ilişkin 23.11.2007 günlü işlemin iptali ile bu işlem nedeniyle yoksun kaldığı parasal haklarının yasal faiziyle birlikte ödenmesine hükmedilmesi istemiyle açılmıştır.

Ankara 2. İdare Mahkemesi'nce verilen 18.9.2008 günlü, E:2008/92, K:2008/1662 sayılı kararla; dava konusu işlemin, davacının Gümrükler Muhafaza Genel Müdür Yardımcısı

olarak atanmasında uygulanan usul ve esaslara uygun olarak müşterek kararlar kurulması gerektiği, usulde paralellik ilkesine aykırı olarak bakan onayı ile kurulan işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle anılan işlemin iptali ile işlem nedeniyle davacının yoksun kaldığı parasal haklarının davanın açıldığı 23.2.2008 tarihinden itibaren hesaplanacak yasal faiziyle birlikte ödenmesine hükmedilmiştir.

Davalı Başbakanlık ve Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın (Başbakanlık Gümrük Müsteşarlığı) anılan karara karşı yapmış olduğu temyiz başvurusu Danıştay Beşinci Dairesi'nin 25.10.2010 günlü, E:2008/6755, K:2010/6208 sayılı kararıyla onanmıştır.

Davalı Başbakanlık ve Gümrük ve Ticaret Bakanlığı (Başbakanlık Gümrük Müsteşarlığı), ... isimli şahsın Gümrükler Muhafaza Genel Müdür Yardımcılığı görevinden alınmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan dava sonucunda işlemin iptali yolunda verilen yargı kararının süresinde uygulanabilmesi amacıyla davacının Bakan onayı ile görevden alınarak müsteşar oluru ile müsteşarlık müşaviri olarak atandığını ileri sürmekte ve Danıştay Beşinci Dairesi'nce verilen kararın düzeltilmesi suretiyle İdare Mahkemesi kararının bozulmasını istemektedir.

Karar düzeltme dilekçesinde ileri sürülen hususlar, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 54. maddesinin (c) fıkrasına uygun bulunduğundan karar düzeltme isteminin kabulü ile Dairemizce verilen 25.10.2010 günlü, E:2008/6755, K:2010/6208 sayılı karar kaldırılarak uyumsuzluğun esası yeniden incelendi:

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "Kararların sonuçları" başlıklı 28. maddesinin 1. fıkrasında, "Danıştay, Bölge İdare Mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez." hükmüne yer verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden; davacının 3.8.2005 günlü, 2005/7281 sayılı müşterek kararname ile Gümrükler Muhafaza Genel Müdür Yardımcısı olarak atandığı, ... isimli şahsın Gümrükler Muhafaza Genel Müdür Yardımcılığı görevinden alınmasına ilişkin 14.4.2002 günlü, 2002/2749 sayılı müşterek kararnamenin iptali istemiyle açtığı davada Ankara 9. İdare Mahkemesi'nce verilen 28.9.2007 günlü, E:2007/868, K:2007/1286 sayılı kararla anılan işlemin iptaline hükmedildiği, yargı kararının uygulanabilmesi amacıyla davacının Bakan onayı ile görevden alınarak müsteşarlık müşaviri olarak atanması üzerine bakılmakta olan davanın açıldığı ve Mahkemece dava konusu işlemin iptali yolunda verilen kararın Danıştay Beşinci Dairesi'nin 25.10.2010 günlü, E:2008/6755, K:2010/6208 sayılı kararıyla onandığı anlaşılmaktadır.

İdare hukuku ilkelerinden usulde paralellik ilkesi uyarınca bir idari işlemin uygulamadan kaldırılması, geri alınması veya değiştirilmesi, işlem kurulurken uygulanan usul kurallarının izlenmesiyle olanaklıdır. Ancak yukarıda yer verilen Yasa metni uyarınca yargı kararının idare tarafından gecikmeksizin uygulanması gerekmekte olup, iptal kararlarının iptali istenen işlem kurulmadan önceki hukuki durumun yürürlüğünü sağlaması özelliği göz önünde bulundurulduğunda, yargı kararının uygulanması amacıyla usulde paralellik ilkesi gözetilmeden kurulan işlemlerin bu yönüyle hukuka aykırılığından söz edilemez.

Bu nedenle, ...'in Gümrükler Muhafaza Genel Müdür Yardımcılığı görevine iadesi sonucunu doğuran Ankara 9. İdare Mahkemesi'nin 28.9.2007 günlü, E:2007/868, K:2007/1286 sayılı kararının uygulanması amacıyla kurulan dava konusu işlemde usulde paralellik ilkesi bakımından hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle, işin esası incelenmeksizin işlemin iptali yolunda verilen Mahkeme kararında bu yönüyle hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davalı İdarelerin temyiz isteminin kabulüyle, Ankara 2. İdare Mahkemesi'nce verilen 18.9.2008 günlü, E:2008/92, K:2008/1662 sayılı kararın, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1/b fıkrası uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı Kanunla değişik 3. fıkrası gereğince ve yukarıda belirtilen hususlar da

gözetilerek yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, 24.6.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGILAMA USULÜ

T.C. DANIŞTAY

Beşinci Daire

Esas No : 2011/1224

Karar No : 2011/1447

Özeti : İdare mahkemelerince verilen kararların İdari Dava Daireleri Kurulunca incelenmesinin, ancak anılan kararın bozma kararına uymamak suretiyle verilen bir ısrar kararı olması halinde mümkün olduğu hakkında.

KARAR

399 sayılı KHK eki 1 sayılı cetvelde yer alan görevde iken, 4046 sayılı Yasa gereğince Orta Doğu Teknik Üniversitesi'ne atanan ... tarafından, eski ve yeni görevleri arasındaki parasal hak farkının ödenmesi sırasında, eski görevine ait ek tazminatın yeni kurumuna atandığı tarihteki net tutarıyla, şahsa bağlı haklarının güncel tutarı toplanarak eski görevinin parasal hakları belirlendikten sonra yeni kurumundaki aylığıyla aradaki farkın ödenmesi talebiyle yaptığı 19.6.2006 tarihli başvurusunun reddine ilişkin 20.7.2006 günlü, 922 sayılı işlemin iptali ve yoksun kaldığı parasal haklarının yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle Orta Doğu Teknik Üniversitesi Rektörlüğü'ne karşı açtığı davanın reddi yolunda Ankara 9. İdare Mahkemesi'nce verilen 31.12.2007 günlü, E:2006/1902, K:2007/2384 sayılı kararın gerekçesinin değiştirilerek onanmasına dair Danıştay Beşinci Dairesi'nin 26.10.2010 günlü, E:2008/5857, K:2010/6334 sayılı kararının Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 53. maddesinin 1/h bendi uyarınca bozulmasının istenilmesi üzerine dosya incelendi:

2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun "İdari ve vergi dava daireleri kurullarının görevleri" başlıklı 38. maddesinin (1) numaralı fıkrasında;

"1- İdari Dava Daireleri Kurulu ;

a) İdare mahkemelerinden verilen ısrar kararlarını,

b) İdari dava dairelerinden ilk derece mahkemesi olarak verilen kararları,

temyizen inceler." hükmüne yer verilmiştir.

Anılan madde uyarınca, İdare Mahkemelerince verilen kararların İdari Dava Daireleri Kurulunca incelenmesi, ancak anılan kararın bozma kararına uymamak suretiyle verilen bir ısrar kararı olması halinde mümkün olup, Mahkeme kararının temyizen incelenmesi üzerine Danıştay dava dairesince verilen kararın, İdari Dava Daireleri Kurulunda temyizen incelenmesi hukuken mümkün bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davacı isteminin reddine, dosyanın Ankara 9. İdare Mahkemesi'ne gönderilmesine, 21.3.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Beşinci Daire
Esas No : 2011/1088
Karar No : 2011/4455

Özeti : 3046 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca, davacının görev yaptığı il dışında başka bir il'e naklen atanma isteminin değerlendirilerek sonuçlandırılması yetkisinin Maliye Bakanlığına ait olduğu, il defterdarı tarafından kurulan dava konusu işlemde yetki ögesi yönünden hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Kırıkkale Valiliği

Karşı Taraf : ...

İsteğin Özeti : Kırıkkale İdare Mahkemesince verilen 28.1.2011 günlü, E:2010/428, K:2011/45 sayılı kararın, dilekçede yazılı nedenlerle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesi uyarınca temyizden incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

Cevabın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği yolundadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Serap Erkan

Düşüncesi : Davacının naklen atanma isteminin reddine yönelik Defterdar onaylı işlemin yetkisiz makam tarafından kurulmuş olması nedeniyle, anılan işlemde hukuka uyarlık bulunmadığından, İdare Mahkemesi kararının bu gerekçeyle onanması gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı : İsa Yeğenoğlu

Düşüncesi : 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "İdari davalarda genel yetki"yi düzenleyen 32. maddesinin 1 numaralı bendinde "Göreve ilişkin hükümler saklı kalmak şartıyla bu Kanunda veya özel kanunlarda yetkili idare mahkemesinin gösterilmemiş olması halinde, yetkili idare mahkemesi, dava konusu olan idari işlemi veya idari sözleşmeyi yapan idari merciin bulunduğu yerdeki idare mahkemesidir" denilmektedir.

Dava konusu işlemin anılan madde hükmü kapsamında olması nedeniyle, davanın görüm ve çözümünde işlemi tesis eden idarenin bulunduğu yerdeki Ankara İdare Mahkemeleri yetkili bulunmaktadır.

Açıklanan nedenlerle , davanın 2577 sayılı Yasa'nın 15/1-a. maddesi uyarınca yetki yönünden reddi suretiyle, dava dosyası yetkili Ankara İdare Mahkemesine gönderilmek üzere temyize konu kararın bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Beşinci Dairesince dosyanın tekemmül ettiği anlaşıldığından, yürütmenin durdurulması istemi hakkında karar verilmeksizin işin gereği düşünüldü:

Davacı, Kırıkkale İli Keskin Malmüdürlüğünde milli emlak memuru olarak görev yapmakta iken, Ankara Defterdarlığı emrine atanmak istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin 30.7.2010 günlü, 1171 sayılı işlemin iptali istemiyle dava açmıştır.

Kırıkkale İdare Mahkemesinin 28.1.2011 günlü, E:2010/428, K:2011/45 sayılı kararıyla; davacının daha önce iki kez Ankara'ya atanma talebinde bulunmasına rağmen, davacıyla aynı birimde görev yapan ve davacıdan sonra göreve başlayan kişinin, talebi doğrultusunda Ankara Defterdarlığına atanmış olması nedeniyle, davalı idarenin personel ihtiyacı gerekçesinin gerçekçi olmadığı; öte yandan, idarece başka bir sebebin de gösterilemediği; bu itibarla, davacının yüksek lisans ve ailevi nedenlerden dolayı Ankara'ya atanmak istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık görülmediği gerekçesiyle anılan işlemin iptaline hükmedilmiştir.

Davalı idare, İdare Mahkemesi kararının hukuka aykırı olduğunu ileri sürmekte ve anılan kararın temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

3046 sayılı Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esasları Hakkında 174 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname İle 13.12.1983 Gün ve 174 Sayılı Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esasları Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Kaldırılması ve Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında 202 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanunun "Atama" başlıklı 43. maddesinde; 23.4.1981 gün ve 2451 sayılı Kanun hükümleri dışında kalan memurların atanmalarının Bakan tarafından yapılacağı, Bakanın bu yetkisini alt kademelere devredebileceği, Bakanlık bağlı ve ilgili kuruluşlarının kuruluş kanunlarında yer alan atamaya ilişkin özel hükümlerin saklı olduğu hükme bağlanmıştır.

Davacının, Kırıkkale İli Keskin İlçe Malmüdürlüğünde görev yapmakta iken, Ankara Defterdarlığı bünyesinde durumuna uygun bir kadroya atanmak istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin dava konusu işlemin Kırıkkale Defterdarı tarafından kurulduğu dosyanın incelenmesinden anlaşılmaktadır.

Kamu hukukunda bir makama verilen yetkinin, aksine bir hüküm bulunmadıkça o makam tarafından kullanılacağı, bir makamın yetkisinin başka bir kişiye devredilmesi için mevzuatla yetkili kılınması gerekeceği tartışmasız olup; yukarıda bahsi geçen 3046 sayılı Kanunun 43. maddesi uyarınca, davacının görev yaptığı İl dışında başka bir İl'e naklen atanma isteminin değerlendirilerek sonuçlandırılması yetkisi Maliye Bakanlığına ait olduğundan, Kırıkkale Defterdarı tarafından kurulan dava konusu işlemde yetki ögesi yönünden hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Nitekim, 5442 sayılı İl İdaresi Kanununun 8. maddesi ile memurların "İl içinde" görev yerlerinin değiştirilmesi yetkisinin bile valilere verildiği ve bu yetkinin devrinin mümkün olmadığı; aynı Yasanın 9/B maddesi ile devredilebileceği öngörülen yetkinin atama işlemleriyle ilgili yetkiyi kapsamadığı açıktır.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin reddiyle Kırıkkale İdare Mahkemesi'nce verilen ve hüküm fıkrası itibarıyla hukuka uygun bulunan 28.1.2011 günlü, E:2010/428, K:2011/45 sayılı kararın yukarıda belirtilen gerekçeyle onanmasına, temyiz giderlerinin istemde bulunan davalı idare üzerinde bırakılmasına, 12.9.2011 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

Davaya konu edilen işlem bir atama ya da nakil işlemi olmayıp nakil isteğinin reddine dairdir. Yani ortada nakil işlemi yoktur. Bu nedenle yetki konusunda genel kuralın istisnalarını belirleyen, 2577 sayılı Kanununun 33. maddesinin uygulanması olanağı da bulunmamaktadır.

Yetkili mahkemenin İdari Yargılama Usulü Kanununun 32. maddesine göre saptanması zorunlu olup bu uyuşmazlıkta yetkili mahkeme, dava konusu işlemin adına kurulduğu Maliye Bakanlığının bulunduğu yerdeki Ankara İdare Mahkemesidir.

Bu nedenle karara karşıyım.

T.C.
DANIŞTAY
Beşinci Daire
Esas No : 2010/7150
Karar No : 2011/4717

Özeti : "Temyiz istemi üzerine verilmeyen" bir kararın, karar düzeltme istemine konu edilmesinin yasal olarak mümkün olmadığı hakkında.

Kararın Düzeltilmesini İsteyen (Davacı) : ..., İl Sağlık Müdürlüğü Acil Sağlık Hizmetleri Şube Müdürlüğü

Karşı Taraf : Adnan Menderes Üniversitesi Rektörlüğü

İsteğin Özeti : Aydın Bölge İdare Mahkemesi'nin 7.4.2010 günlü, E:2010/447, K:2010/460 sayılı kararının iptali ile yargılamanın yeniden yapılarak 1.000.-TL maddi, 1.000.-TL manevi zararın yasal faizi ile birlikte ödenmesine hükmedilmesi istemiyle açılan davanın incelenmeksizin reddi yolunda Danıştay Beşinci Dairesi'nce verilen 8.6.2010 günlü, 2010/3254, K:2010/3795 sayılı kararın, davacı tarafından, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 54. maddesi uyarınca düzeltilmesi istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : İstemin reddi gerektiği yolundadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Sultan Aksoy Kuyumcu

Düşüncesi : Düzeltilmesi istenilen Danıştay Beşinci Dairesi'nin 8.6.2010 günlü, 2010/3254, K:2010/3795 sayılı kararı, davacı isteminin incelenmeksizin reddi yolunda olup, temyizden verilmiş bir karar niteliğinde olmadığından, kararın düzeltilmesi yolundaki davacı isteminin reddedilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Mehmet Emin Kaçar

Düşüncesi : 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 45. maddesinin 5. fıkrasında, "Bölge idare mahkemesinin kararları kesindir; temyiz yoluna başvurulamaz." hükmü yer almış; aynı Yasa'nın 54. maddesinde ise, "1. Danıştay dava daireleri ve İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurullarının temyiz üzerine verdikleri kararlar ile bölge idare mahkemelerinin itiraz üzerine verdikleri kararlar hakkında, bir defaya mahsus olmak üzere kararın tebliğ tarihini izleyen onbeş gün içinde taraflarca... kararın düzeltilmesi istenebilir. / 3. Kararın düzeltilmesi istekleri esas kararı vermiş olan daire, kurul ve bölge idare mahkemesince incelenir..." hükmüne yer verilmiştir.

"Aydın Bölge İdare Mahkemesi'nin 7.4.2010 günlü, E:2010/447, K:2010/460 sayılı kararının iptali ve yeniden yargılama yapılarak 1000.-TL maddi, 1000.-TL manevi zararın yasal faiziyle birlikte tazmin edilmesi" yolundaki davacı isteminin, Danıştay Beşinci Dairesi'nin 8.6.2010 günlü, E:2010/3254, K:2010/3795 sayılı kararıyla incelenmeksizin reddine karar verilmiş olup; davacı tarafından söz konusu kararın düzeltilmesi isteminde bulunduğu anlaşılmakta ise de, bölge idare mahkemesi kararlarının Danıştay nezdinde temyiz ya da karar düzeltme istemlerine konu edilmesi yasal olarak mümkün olmadığından, istemin incelenmeksizin reddi gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Beşinci Dairesince işin gereği düşünüldü:

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 54. maddesi'nde "Danıştay dava daireleri ve İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurullarının temyiz üzerine verdikleri kararlar ile bölge idare mahkemelerinin itiraz üzerine verdikleri kararlar hakkında, bir defaya mahsus olmak üzere kararın tebliğ tarihini izleyen onbeş gün içinde taraflarca; ... kararın düzeltilmesi istenebilir." hükmüne yer verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden; davacı tarafından Aydın Bölge İdare Mahkemesi'nin 7.4.2010 tarihli, E:2010/447, K:2010/460 sayılı kararının iptali ile yargılamanın yeniden yapılarak 1.000.-TL maddi, 1.000.-TL manevi zararın yasal faizi ile birlikte ödenmesine hükmedilmesi istemiyle açılan davada; Danıştay Beşinci Dairesi'nce verilen 8.6.2010 günlü, E:2010/3254, K:2010/3795 sayılı kararlar, Bölge İdare Mahkemelerinin itiraz üzerine verdikleri yargısal kararlar, iptal davasına konu olabilecek idari işlem niteliği taşımadıklarından bu iptal isteminin incelenmesine olanak bulunmadığı gibi, temyizden incelenmesine olanak bulunmayan sözkonusu karar kaldırılarak yargılamanın yeniden yapılmasına da olanak bulunmadığı gerekçesiyle istemin incelenmeksizin reddine hükmedildiği, görülmekte olan uyuşmazlıkta ise davacı tarafından anılan kararın düzeltilmesi isteminde bulunulduğu anlaşılmaktadır.

Olayda, Danıştay Beşinci Dairesi'nce verilen 8.6.2010 günlü, E:2010/3254, K:2010/3795 sayılı karar, 2577 sayılı Yasa'nın 54. maddesi kapsamında "temyiz üzerine verilen" bir karar olmayıp, anılan kararın, karar düzeltme istemine konu edilmesi yasal olarak mümkün değildir.

Açıklanan nedenlerle davacının isteminin reddine, yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına, 20.9.2011 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

ALTINCI DAİRE KARARLARI

İMAR İŞLERİ

**T.C.
DANIŞTAY
Altıncı Daire**

Esas No : 2010/10876
Karar No : 2011/868

Özeti : Plan değişikliği istemiyle yapılan başvurunun yetkisiz makamca reddedilmesi ve bu işlem ile imar planının iptali istemiyle davanın açılması halinde yetkisiz makamca tesis edilen işlemin iptal edilerek mer'i planın bu aşamada incelenmesi gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : Çanakkale Belediye Başkanlığı

Vekili : Av....

Karşı Taraf : İçişleri Bakanlığı

Vekili : Av....

İstemin Özeti : Çanakkale İdare Mahkemesince verilen 24.08.2010 günlü, E:2010/236, K:2010/591 sayılı kararın 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 Mehmet Sıtkı Çelik'in Düşüncesi : Temyiz isteminin reddi ile mahkeme kararının onanması 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, Çanakkale İli, Merkezi İlçesi, Cevatpaşa Mahallesi'nde bulunan ve askeri hizmetlerde kullanılmak üzere İçişleri Bakanlığı (Jandarma Genel Komutanlığı)'na tahsis edilen ... pafta, ... ada, ... parsel sayılı taşınmazı da kapsayan alanda yapılan ve söz konusu taşınmazı devlet hastanesi, park ve yol alanında bırakan imar planı değişikliklerinin düzeltilerek eski hale getirilmesi istemiyle yapılan başvuruların reddine ilişkin 09.12.2009 günlü, 8387 sayılı ve 11.02.2010 günlü, 1288 sayılı Çanakkale Belediye Başkanlığı işlemlerinin ve bu işlemlerin dayanağı olan 1/5000 ölçekli nazım imar planı ile 1/1000 ölçekli uygulama imar planının iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesince, imar planları, belediye meclisi kararı ile onaylanarak yürürlüğe gireceğinden, yetkide paralellik ilkesi gereği, olayda plan tadilatına ilişkin taleplerin belediye meclisince görüşülerek bir karar verilmesi gerekirken, belediye başkanlığı işlemleri ile reddedilmesinde yetki yönünden hukuka uyarlık

bulunmadığı, diğer yandan, 07.05.1992 tarihli ve 530 sayılı belediye meclisi kararı ile onaylanan imar planları ile hastane alanı olarak düzenlenen dava konusu taşınmazın 1972 yılından beri İçişleri Bakanlığı Jandarma Genel Komutanlığı'na askeri amaçlı kullanılmak üzere tahsisli olduğu ve söz konusu tahsisin halen devam ettiği, davaya konu imar planlarının onayı aşamasında ise İçişleri Bakanlığı'nın uygun görüşünün alınmadığı, bu nedenle 1/5000 ölçekli nazım imar planı ile 1/1000 ölçekli uygulama imar planlarında bu yönüyle hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemlerin iptaline karar verilmiş, bu karar davalı idare vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Temyize konu idare mahkemesi kararının belediye başkanlığı işlemlerinin iptaline ilişkin bölümünde 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1. fıkrasında sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmamaktadır.

Temyize konu kararın imar planlarının iptaline ilişkin kısmına gelince;

Dosyanın incelenmesinden, davacı tarafından uyumsuzluk konusu taşınmazlara ilişkin olarak plan değişikliği talebinde bulunulduğu, bu plan değişikliği talebinin belediye başkanlığınca reddi üzerine bu işlemin ve yürürlükteki 1/5000 ölçekli nazım ve 1/1000 ölçekli uygulama imar planlarının iptali istemiyle bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

3194 sayılı Yasanın 8. maddesinin (b) bendinde, imar planlarının belediye meclislerince onaylanarak yürürlüğe gireceği, bu planların onay tarihinden itibaren bir ay süre ile ilan edileceği, bir aylık ilan süresi içinde yapılan itirazların belediye meclislerince 15 gün içinde incelenerek kesin karara bağlanacağı, onaylanmış planlarda yapılacak değişikliklerde de aynı usullere uyulacağı hükümlerine yer verilmiştir.

Olayda, belediye başkanlığı işlemlerinin iptali sonucunda dava konusu planlarda değişiklik yapılması istemini içeren davacı başvurusunun yetkili organ olan belediye meclisince incelenmesi sırasında dava konusu imar planları ve bu planlarda değişiklik yapılması isteminin birlikte değerlendirilmesi suretiyle karar verileceğinden, planlar hakkında bu aşamada karar verilmesine yer olmadığı yönünde karar verilmesi gerekirken sözü edilen planların iptali yolunda verilen mahkeme kararının bu kısmında yasal isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle Çanakkale İdare Mahkemesinin 24.08.2010 günlü, E:2010/236, K:2010/591 sayılı kararının belediye başkanlığı işlemlerinin iptaline ilişkin bölümünün onanmasına, imar planlarının iptali yolundaki kısmının bozulmasına, bu kararın tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içerisinde kararın düzeltilmesi yolu açık olmak üzere, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine, 18.04.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Altıncı Daire

Esas No : 2009/7072

Karar No : 2011/2372

Özeti : Belediye meclisi üyelerinin kendileri ile ilgili işlemin görüşüldüğü meclis toplantısına katılamayacakları hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : ...

Vekili : Av....

Karşı Taraf : Kulu Belediye Başkanlığı

Vekili : Av....

İstemin Özeti : Konya 2. İdare Mahkemesinin 03.02.2009 günlü, E:2008/836, K:2009/107 sayılı kararının usul ve yasaya aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Harun Coşkun'un Düşüncesi : Temyiz isteminin kabulü ile mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Altıncı Dairesince Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:

Dava, Konya İli, Kulu İlçesi, Karşıyaka Mahallesi, ... ada, ... sayılı parseli kapsayan alanda yapılan plan değişikliğine ilişkin 28.10.2004 günlü, 31 sayılı belediye meclisi kararının iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesince, yerinde yaptırılan keşif ve bilirkişi incelemesi sonucunda düzenlenen raporlar (06.05.2005, 27.06.2005 ve 17.12.2005 tarihli rapor) ile dosyadaki bilgi ve belgelerin birlikte incelenmesinden, kamu yararı ile mülkiyet hakkının çeliştiği noktada, kamu yararının mülkiyet hakkından üstün olduğu ve mülkiyet hakkının kamu yararı ile sınırlandırılabilmesi hususları da gözönüne alındığında dava konusu imar planı tadilatına ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 8.6.2000 günlü, 4577 sayılı Kanunla değişik 2. maddesinde belirtildiği üzere, idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan davalar iptal davası olarak tanımlanmıştır.

5393 sayılı Belediye Kanununun 27. maddesinde: "Belediye başkanı ve meclis üyeleri münhasıran kendileri, ikinci derece dahil kan ve kayın kısımları ve evlatlıkları ile ilgili işlerin görüşüldüğü meclis toplantılarına katılamazlar." hükmü yer almıştır.

Dosyanın incelenmesinden; işlem tarihinde davalı belediye meclisi üyesi olan ...'in imar planı tadilatı talebinde bulunması üzerine, yalnızca davacının mülkiyetinde bulunan ... ada, ... sayılı parsel ile ...'in mülkiyetinde bulunan ... ada, ... sayılı parseli kapsayan alanda yapılan imar planı tadilatının Muhittin Uzel'in de hazır bulunduğu dava konusu meclis kararı ile kabul edildiği anlaşılmıştır.

İşlemin tesis edildiği tarihte yürürlükte olan 1580 sayılı Belediye Kanununda belediye meclisi üyelerinin toplantıya katılamayacakları durumlar sınırlı olarak sayılmış ise de, sonradan yürürlüğe giren 5393 sayılı Belediye Kanunu ile belediye meclisi üyelerinin kendileri ile ilgili işlemin görüşüldüğü meclis toplantısına katılamayacakları hususu açıkça hükme bağlanmıştır.

Olayda ise, belediye meclisi üyesinin yalnızca kendisine ait taşınmazın ve komşu parselde yer alan davacıya ait taşınmazın bulunduğu taşınmazlara ilişkin yapılan imar planı değişikliğinin görüşüldüğü belediye meclisi toplantısına katıldığı, imar planı değişikliği talebinin de bizzat belediye meclis üyesince verildiği görülmektedir.

Bu durumda, dava konusu işlemin şekil ögesi yönünden hukuka aykırı olması nedeniyle iptali gerekirken, davanın reddi yönündeki mahkeme kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, Konya 2. İdare Mahkemesinin 03.02.2009 günlü, E:2008/836, K:2009/107 sayılı kararının bozulmasına, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine, bu kararın tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içerisinde kararın düzeltilmesi yolu açık olmak üzere, 21.06.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Altıncı Daire

Esas No : 2009/14173
Karar No : 2011/2660

Özeti : İlgililerin imar planı tadilatı istemlerinin, idarelerce çevresindeki nüfus, yoğunluk, sosyal donatı dengesi ve kamu yararı yönünden irdelenmesi gerektiği; planlamanın genel ilkelerinin dikkate alınarak uyumsuzluk konusu taşınmaza ayrıldığı amaç için ihtiyaç bulunmadığı sonucuna varılması durumunda plan değişikliğine gidilmesinin mümkün bulunduğu hakkında.

Kararın Düzeltilmesini İsteyen : ... - ...

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

Karşı Taraf : Tarsus Belediye Başkanlığı

Vekili : Av. ...)

İstem Özet i : Danıştay Altıncı Dairesince verilen 06.04.2009 günlü, E: 2007/4501 K:2009/3458 sayılı kararın; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 54. maddesi uyarınca düzeltilmesi istemidir.

Savunmanın Özet i : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Ali Uluçay'ın Düşüncesi : Davacılara ait taşınmazın imar planı tadilatı ile sağlık ocağı olarak planlanmasının plan hiyerarşisi gözetilmek suretiyle şehircilik ilkeleri ve planlama esaslarına uygun olup olmadığı ve plan tadilatı sonrası taşınmazın sağlık ocağı olarak belirlenmesine ihtiyaç bulunup bulunmadığı yönünden yerinde keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle uyumsuzluk hakkında karar verilmesi gerektiğinden mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Ekrem Atıcı'nın Düşüncesi : Kararın düzeltilmesi dilekçesinde ileri sürülen nedenler 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 54 üncü maddesinde yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Altıncı Dairesince Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüldü:

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 3622 sayılı Yasayla değişik 54.maddesinin 1. fıkrasının (c) bendine göre kararın düzeltilmesi istemi yerinde görüldüğünden Dairemizin 06.04.2009 günlü, E: 2007/4501 K:2009/3458 sayılı kararı kaldırılarak işin esası incelendi:

Dava, Mersin İli, Tarsus İlçesi, Caminur Mahallesi, ... ada, ... parsel sayılı taşınmazın plan değişikliği yapılarak sağlık ocağı alanından çıkarılması istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin 01.03.2006 günlü, 3-1(5) sayılı belediye meclisi kararının iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesince, imar mevzuatında imar planı değişikliklerinde, sosyal alt yapı tesisleri alanına ayrılan alanların yerlerinin değiştirilmesine veya planda kaldırılmasına ilişkin

ilke ve kurallar dışında, mülkiyet hakkından yararlanamamak veya az yararlanıyor olmak nedenleriyle imar planlarında değişiklik yapılabileceğine dair mevzuat hükmü veya şehircilik ve planlama ilkesi bulunmadığı, bu nedenle tesis edilen dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden; Mersin İli, Tarsus İlçesi, Caminur Mahallesi, ... ada, ... parselde bulunan davacılar aitt taşınmazın 24.02.1958 tarihli İmar Planı Avan Projesinde ve İmar ve İskan Bakanlığı Planlama ve İmar Müdürlüğü'nün 11.11.1982 yılında onayladığı imar planında "ilkokul alanı" olarak ayrıldığı, 25.10.1996 tarih 12/6-1.(19) sayılı Revizyon İmar Planında da "ilköğretim alanı" olarak belirlendiği, aynı taşınmazın Tarsus Belediye Meclisi'nin 06.10.1999 tarih 12/5-1 (16) sayılı kararı ile "sağlık ocağı" kullanımına tahsis edildiği, imar planında değişiklik yapılarak taşınmaz üzerindeki kısıtlamanın kaldırılmasına yönelik 31.01.2006 tarihli davacıların başvurusunun 01.03.2006 tarih 12/3-1 (5) sayılı belediye meclis kararı ile reddedilmesi üzerine bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

İlgililerin imar planı tadilatı istemlerinin, idarelerce çevredeki nüfus, yoğunluk, sosyal donatı dengesi ve kamu yararı yönünden irdelenmesi gerektiği; planlamanın genel ilkelerinin dikkate alınarak uyumsuzluk konusu taşınmaza ayrıldığı amaç için ihtiyaç bulunmadığı sonucuna varılması durumunda plan değişikliğine gidilmesi mümkün bulunmaktadır.

Bu durumda, idare mahkemesince, plan değişikliği isteminin reddine dair işlemin şehircilik ilkelerine, planlama esaslarına ve kamu yararına uygun olup olmadığı yolunda yapılacak keşif ve bilirkişi incelemesi neticesine göre karar verilmesi gerekirken bu usule uyulmaksızın davanın reddine karar verilmesinde hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle Mersin 1. İdare Mahkemesince verilen 30.01.2007 günlü, E:2006/1585, K:2007/23 sayılı kararın bozulmasına, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 06.07.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KAMULAŞTIRMA

T.C. DANIŞTAY Altıncı Daire

Esas No : 2010/7024
Karar No : 2011/300

Özeti : Rekreatif alanı kavramı ile rekreasyon alan kavramının farklı olduğu ve birinin yapılaşma olanağını içerirken diğerinin bu olanağı sağlamadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : ..., ..., ...

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

Karşı Taraf : Burhaniye Belediye Başkanlığı

Vekili : Av. ...

İsteğin Özeti : Balıkesir İdare Mahkemesince verilen 04.02.2010 günlü, E:2007/1172, K:2010/113 sayılı kararının usul ve yasaya aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Mehmet Sıtkı Çelik'in Düşüncesi : Dava, Balıkesir, Burhaniye, Ören Köyü 739 ada, 1 parselde kayıtlı taşınmazın kamulaştırılmasına ilişkin

1.8.2005 günlü, 129 sayılı işlem ile bu işlemin dayanağı olan ve uyumsuzluk konusu taşınmazı rekreasyon alanı olarak belirleyen 1/1000 ve 1/5000 ölçekli imar planlarının iptali istemiyle açılan davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararını davacı temyiz etmekte ve bozulmasını istemektedir.

Olayda, kıyı mevzuatı uyarınca yapılaşma yasağı olan sahil şeridinin ilk 50 metrelik alanındaki taşınmazın, imar mevzuatı kapsamında belli koşullarda yapılaşmaya izin verilen, rekreasyon alanı olarak belirlendiği, böylece kıyı mevzuatına aykırı bir kullanımın getirildiği anlaşılmaktadır.

Bu nedenle, aksi yorumla verilen temyize konu kararın 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 görüldü:

Dava, Balıkesir, Burhaniye, Ören Köyü ... ada, ... parselde kayıtlı taşınmazın kamulaştırılmasına ilişkin 1.8.2005 günlü, 129 sayılı işlem ile bu işlemin dayanağı olan 1/1000 ve 1/5000 ölçekli imar planlarının iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesince, yerinde yaptırılan keşif ve bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen raporla dosyadaki bilgi ve belgelerin birlikte değerlendirilmesinden, kamulaştırılmasına karar verilen davacılar ait taşınmazın imar planlarında rekreasyon alanı olarak belirlendiği, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunundaki tüm usuli işlemler yerine getirilerek kamulaştırma işleminin yapılmış olması ve dayanağı nazım ve uygulama imar planlarının, taşınmazın mevcut durumu, parselin konumu, imar adalarının genel yapısı, niteliği, üst ölçekli planlar, 3194 sayılı İmar Kanunu, Kıyı Kanunu, Kıyı Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik, şehircilik ilkeleri, planlama esasları ve kamu yararı göz önüne alınarak yapılmış olması nedeniyle kamulaştırma işleminde ve dayanağı imar planlarında hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacıların vekilleri tarafından temyiz edilmiştir.

3621 sayılı Kıyı Kanunu'nun 5 nci maddesinde, sahil şeritlerinde yapılacak yapıların kıyı kenar çizgisine en fazla 50 metre yaklaşabileceği, yaklaşma mesafesi ile kıyı kenar çizgisi arasında kalan alanların, ancak yaya yolu, gezinti, dinlenme, seyir ve rekreatif amaçla kullanılmak üzere düzenlenebileceği, sahil şeritlerinin derinliğinin, 4 üncü maddede belirtilen mesafeden az olmamak üzere, sahil şeridindeki ve sahil şeridi gerisindeki kullanımlar ve doğal eşikler de dikkate alınarak belirleneceği, sahil şeridinde yapılacak yapıların kullanım amacına bağlı olarak yapım koşullarının yönetmelikte belirleneceği kuralı yer almaktadır.

3621 sayılı Kıyı Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Yönetmeliğin 4 üncü maddesinde; sahil şeridi; deniz, tabii ve suni göllerin kıyı kenar çizgisinden itibaren kara yönünde yatay olarak en az 100 metre genişliğindeki alan olduğu, iki bölümden oluşan bu alan kullanım amacı ve doğal eşiklere göre belirleneceği, "Sahil Şeridinin Birinci Bölümü" nün; sahil şeridinin tümü ile sadece açık alanlar olarak düzenlenen; yeşil alan, çocuk bahçesi, gezinti alanları, dinlenme ve Yönetmelikte tamamlanan rekreatif alanlardan ve yaya yollarından oluşan, kıyı kenar çizgisinden itibaren, kara yönünde yatay olarak 50 metre genişliğinde belirlenen bölüm olduğu, Yönetmeliğin aynı maddesinde de, Rekreatif Alanlar: Halkın eğlence ve dinlenme gereksinimlerini karşılamaya dönük, açık olarak düzenlenen oturma ve

yemek yerleri, yemek pişirme yerleri, çeşmeler, oyun ve açık spor alanları, açık gösteri alanları ve yeşil bitki örtüsü bulunan alanlar olarak tanımlanmıştır.

Planlı Alanlar Tip İmar Yönetmeliği'nin 14 üncü maddesinde ise, piknik ve eğlence (rekreasyon) alanları: Kentin açık ve yeşil alan ihtiyacı başta olmak üzere, kent içinde ve çevresinde günübirlik kullanıma yönelik ve imar planı kararı ile belirlenmiş; eğlence, dinlenme, piknik ihtiyaçlarının karşılanabileceği lokanta, gazino, kahvehane, çay bahçesi, büfe, otopark gibi kullanımlar ile, tenis, yüzme, mini golf, oto kros gibi her türlü sportif faaliyetlerin yer alabileceği alanlar olduğu ve bu alanda yapılacak yapıların emsali (0.05) i, yüksekliği (6.50) m. yi geçemeyeceği yolunda düzenlemeye yer verilmiştir.

Yukarıda anılan düzenlemelerden de açıkça anlaşılacağı gibi "Rekreatif Alan" kavramı ile "Rekreasyon Alan" kavramının birbirinden farklı olduğu ve Rekreasyon Alanlarında belli koşullarda yapılaşmaya olanak sağlanırken Rekreatif Alanlarda, yapılaşmaya olanak verilmediği görülmektedir.

Olayda ise, sahil şeridinin ilk 50 metrelik kısmında kalan taşınmazın, rekreasyon alanı olarak belirlendiği, böylece uyumsuzluk konusu taşınmazda imar mevzuatı kapsamında bu tür kullanımlar için yapılacak yapılara izin verilip verilemeyeceği hususunun tartışmalı hale geldiği anlaşılmaktadır. Oysa kıyı mevzuatı uyarınca sahil şeridinin ilk 50 metrelik kısmında yapılaşmaya imkan verilmediği görülmektedir. Bu durumda uyumsuzluk konusu imar planları ile sahil şeridinin ilk 50 metrelik kısmı için getirilen düzenlemede 3621 sayılı Kıyı Kanunu ile bu kanunun uygulanmasına dair yönetmelik hükümlerine uyarlık bulunmadığı sonucuna varıldığından, İdare Mahkemesince, belirtilen hususlar göz önünde bulundurulmak suretiyle uyumsuzluk hakkında yeniden bir karar verilmesi gerekmektedir.

Öte yandan planla ilgili olarak verilecek kararın sonucuna göre kamulaştırma işlemi hakkında da yeniden karar verileceği tabiidir.

Açıklanan nedenlerle, Balıkesir İdare Mahkemesince verilen 04.02.2010 günlü, E:2007/1172, K:2010/113 sayılı kararının bozulmasına, bu kararın tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içerisinde kararın düzeltilmesi yolu açık olmak üzere, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 14.02.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGILAMA USULÜ

T.C.
DANIŞTAY
Altıncı Daire

Esas No : 2008/7042
Karar No : 2010/9636

Özeti : Dava konusu belediye meclisi kararının oylanması sırasında muhalefet ile ilgili görüş belirtmek üzere söz alan olup olmadığı, davacıların karara muhalif kalıp kalmadıklarına ilişkin somut bir belge veya muhalefet şerhinin bulunup bulunmadığı hususu araştırıldıktan sonra yeniden bir karar verilmesi gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : 1-(Davacı).....

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

2-(Davalı İdare)Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığı

Vekili : Av....

Karşı Taraf : 1-Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığı

2-... ..

İstemin Özeti : Ankara 16. İdare Mahkemesinin 14.3.2008 günlü, E:2006/411; K:2008/303 sayılı kararının usul ve yasaya aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Davacının Savunmanın Özeti : Temyiz edilen kararda bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, usul ve kanuna uygun olan kararın onanması gerektiği savunulmaktadır.

Davalı İdarenin Savunmasının Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Yıldırım Şimşek'in Düşüncesi : Davacıların temyiz isteminin reddi ile mahkeme kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Abdurrahman Gençbay'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 dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, tarafların isteminin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Altıncı Dairesince Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüldü:

Dava, Ankara Büyükşehir Belediye Meclisi Üyesi olan davacılar tarafından Aşağı ve Yukarı Yurtçu mevkiinde yapılan 1/5000 ölçekli nazım imar planı ve 1/1000 ölçekli uygulama imar plan değişikliğine ilişkin Ankara Büyükşehir Belediye Meclisinin 10.10.2006 günlü, 2477 sayılı kararının iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesince, yerinde yaptırılan keşif ve bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen raporla dosyada yer alan bilgi ve belgelerin birlikte değerlendirilmesinden, Aşağı ve Yukarı Yurtçu Mevkiini kapsayan 1/5000 ölçekli nazım imar planı değişikliğinin imar mevzuatına şehircilik ilkelerine, planlama esaslarına, kamu yararı ve hizmetin gereklerine uygun olduğu, 1/1000 ölçekli uygulama imar planı değişikliğinin ise; 5216 sayılı Yasa uyarınca 1/5000 ölçekli nazım imar plan yürürlüğe girdikten bir yıl içinde uygulama imar planları ilçe belediyeleri tarafından yapılmazsa büyükşehir belediyesi tarafından uygulama imar planı yapılabileceği öngörüldüğünden davalı idarece bu süreç izlenmeden yapılan dava konusu 1/1000 ölçekli uygulama imar planında hukuka uyarlık görülmediği gerekçeleriyle dava konusu işlemin 1/5000 ölçekli imar planına ilişkin kısmı açısından davanın reddine, 1/1000 ölçekli uygulama imar planına ilişkin kısmı açısından ise işlemin iptaline karar verilmiş, bu karar taraflarca temyiz edilmiştir.

5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 17. ve müteakip maddelerinde Belediye Meclisi'nin görev, yetki, toplantı ve karar alma hususları düzenlenmiş ve aynı Kanun'un 19. maddesine dayanılarak çıkarılan Belediye Meclisi Çalışma Yönetmeliği 09.10.2005 tarih ve 25961 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Söz konusu Yönetmelikle, Belediye Meclisi'nin çalışma usul ve esasları düzenlenerek toplantı gündeminin üç gün önce meclis üyelerine tebliğ edileceği, toplantıya katılanların yoklama ile tespit edileceği, meclis üyelerinin görüşme ve toplantılarda konuşmak için söz alabilecekleri, meclis üyelerinin kabul, ret veya çekimser oldukları yönünde oy kullanacakları, görüşmelerin oylama üzerine görevlilerce tutanağa geçirilerek başkanlık divanınca imzalanacağı ve kararların tutanaklara dayalı olarak yazılacağı hükümlerine yer verilmiştir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulu Kanunu'nun 2. maddesinin (a) bendinde, iptal davaları idari işlemler hakkında yetki, sebep, şekil, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan davalar olarak

tanımlandıktan sonra ilk inceleme konularının düzenlendiği 14. maddenin 3/c bendinde de, dilekçenin ehliyet yönünden inceleneceği, 15. maddenin 1/b bendinde ise, bu hususta kanuna aykırılık görülmesi halinde davanın reddedileceği hükme bağlanmıştır.

İptal davasının subjektif ehliyet koşulu olan "menfaat ihlali" doktrin ve içtihatlar; dava konusu işlemle davacı arasında kurulan makul, meşru, kişisel ve güncel bir menfaat ilişkisi olarak tanımlanmaktadır.

Menfaat ilişkisi koşulunun varlığı davanın esasının incelenebilmesi için aranan ön şartlardan biri olup sınırları hukuki duruma göre değişmekte ve davanın durumuna göre taraf ilişkisinin kurulması idari yargı yerince belirlenmektedir.

Kamu gücü kullanılarak tesis edilmekle birlikte tek bir kişi veya hiyerarşik düzende yer alan birden fazla kişi tarafından tesis edilen işlemler ile birden fazla kişinin ortak iradelerinin birleşmesiyle oluşabilen işlemler (kollektif işlemler) bakımından yargı yerince aranan subjektif ehliyet koşulu hukuki yönden farklı değerlendirilmektedir.

Zira yetkili kişi veya kişilerce tesis edilen idari işlemlere karşı işlemin tesisine katılma imkanı bulunmayan ancak bu işlemde hak ve menfaatleri ihlal edilen kişiler tarafından dava açılabilmesi mümkün ise de, işlemin tesisine katılma yetki ve görevi bulunan kişilerin ortak iradesi ile belirlenen kollektif işlemlere karşı bu kişilerin dava açabilmeleri için karara muhalif kalmaları koşulu aranmaktadır. Nitekim kanunla belediye meclislerine verilen görevlerle ilgili konularda belde halkının hak ve menfaatlerini korumakla görevli olan belediye meclisi üyelerinin meclis tarafından karara bağlanan bir konuda toplantıya katılarak karşı oy kullanmaları halinde bu karara karşı dava açma ehliyetinin (sübjektif ehliyet) varolduğu Danıştay içtihatlarıyla da benimsenmiştir.

Kurul halinde idari karar alınmasındaki amacın farklı görüşlerin beyan edilmesi suretiyle kamusal yarar bakımından hukuken en doğru kararın alınmasının sağlanması olduğu, bu itibarla karara muhalif kalan üyelerin tutanağa geçirilmesinin zorunluğu olduğu kuşkusuzdur.

Davalı idarece verilen temyiz dilekçesinde, söz konusu belediye meclisi toplantısında dava konusu işlemin "oyçokluğu" ile kabul edildiği yolunda tutanak tutulduğu halde muhalif kalan kişilerin davacılar olduğuna ilişkin bir tesbit de yapılamadığı, meclis kararında da muhalefette kalanlar ile gerekçelerine ilişkin bir hususa yer verilmediği belirtilmiştir.

Bu durumda, dava konusu belediye meclisi kararının oylanması sırasında muhalefet ile ilgili görüş belirtmek üzere söz alan olup olmadığı, davacıların karara muhalif kalıp kalmadıklarına ilişkin somut bir belge veya muhalefet şerhinin bulunup bulunmadığı hususu araştırıldıktan sonra sonucuna göre yeniden bir karar verilmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle, Ankara 16. İdare Mahkemesinin 14.3.2008 günlü, E:2006/411; K:2008/303 sayılı kararının bozulmasına, bu kararın tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içerisinde kararın düzeltilmesi yolu açık olmak üzere, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 20.10.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Altıncı Daire

Esas No : 2009/355
Karar No : 2011/1371

Özeti : Adli yargıda görülen dava sırasında parselasyondan söz edilen bilgilerin ilgilinin vekilince bildirilmiş olmasının, ilgilisi açısından dava açma süresini başlatmayacağı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan :...

Vekili : Av....

Karşı Taraf : Eyüp Belediye Başkanlığı

Vekili : Av....

İstem Özet : İstanbul 2. İdare Mahkemesinin 29.07.2008 günlü, E:2008/814, K:2008/1427 sayılı kararının usul ve yasaya aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : 5747 sayılı Yasa uyarınca Göktürk Belediyesinin tüzel kişiliği kaldırılarak Eyüp Belediyesine katıldığından davanın Eyüp Belediye Başkanlığı adına yenilenmesi gerektiği belirtilmektedir.

Danıştay Tetkik Hakimi Mehmet Sıtkı Çelik'in Düşüncesi : Dava, davacıya ait taşınmazın parselasyona tabi tutulmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesince, yargı yerinde görülen dava uyuşmazlık konusu işlemle ilgili bilgileri de içeren bilirkişi raporunun davacı vekiline tebliğ edildiği davacı vekilinin 26.11.2007 tarihi itibarıyla davacının bu davaya konu işlemi bildiğinin kabulü suretiyle 30.1.2008 gününde açılan bu davanın süre aşımı yönünden reddedildiği anlaşılmaktadır.

Olayda, subjektif ve kişisel olduğu kuşkusuz olan işlemin bizzat davacıya tebliğ edildiğine dair kanıtlayıcı bir bilgi veya belge idarece sunulamadığından, davacının işlem hakkında dava açmaya yeterli düzeyde bilgi sahibi olduğunun kabulüne olanak bulunmamaktadır. Bu nedenle sözü edilen raporun vekile tebliği tarihinin dava açmaya esas alınmayacağı sonucuna varıldığından, 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 5747 sayılı Yasanın 2. maddesi uyarınca Göktürk Belediyesinin tüzel kişiliği kaldırılarak Eyüp Belediyesine katıldığından görülmesi ve aynı Yasanın geçici 2. maddesi karşısında husumetin Eyüp Belediye Başkanlığı'na yöneltilmesine karar verilerek işin gereği görüldü:

Dava, İstanbul İli, Eyüp İlçesi, Göktürk Beldesi, eski ... pafta, ... parsel, yeni ... DULV pafta, ... parsel sayılı taşınmazı kapsayan alanda gerçekleştirilen imar uygulamasına ilişkin 2.8.2002 günlü, 210 sayılı belediye encümeni kararının iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesince, 29.6.1999 tarihli ve 114 sayılı belediye encümeni kararının iptali istemiyle İstanbul 4. İdare Mahkemesi'nin 2005/2736 esas sayılı dosyasında açılan davanın devamı esnasında 24.4.2006 tarihli havale ile dosyaya giren davalı idare dilekçesinde bu davaya konu 02.08.2002 tarihli ve 210 sayılı belediye encümeni karardan söz edildiği gibi uyuşmazlık konusu taşınmaz mahallinde yaptırılan keşif ve bilirkişi incelemesi sonucunda düzenlenen bilirkişi raporunda da, anılan 02.08.2002 tarihli ve 210 sayılı belediye encümeni kararına yer verildiği, söz konusu bilirkişi raporunun 26.11.2007 tarihinde davacıya tebliğ edildiğinden, davacının engeç, bu raporun tebliğ edildiği 26.11.2007 tarihinde, dava konusu işlemle ilgili haberdar olduğunun kabulü gerektiğinden bahisle, bu tarihten itibaren 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7. maddesinde öngörülen 60 günlük süre içinde açılması gereken davanın, 30.1.2008 tarihinde açılmış olması nedeniyle süre aşımı yönünden reddine karar verilmiş, bu karar davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

T.C. Anayasasının 125. maddesinde, idari işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin yazılı bildirim tarihinden başlayacağı kurala bağlanmış, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 7. maddesinin 2. fıkrasında da Anayasa kuralına paralel bir düzenleme getirilerek idari uyuşmazlıklarda dava açma süresinin yazılı bildirimin yapıldığı günden başlayacağı belirtilmiş, 7201 sayılı Tebligat Kanununa ilişkin Tebligat Tüzüğü'nün 51.maddesinde ise tebliğin muhatap muttali olmuş ise geçerli olacağı, muhatabın beyan ettiği tarihin tebliğ tarihi sayılacağı ve muhatabın tebliğe muttali olduğunun ve bunun tarihinin iddia ve ispatına cevaz bulunmadığı öngörülmüştür.

Nitekim Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun parselasyon planlarına karşı açılacak davalara ilişkin 12.2.1970 günlü, E:1969/2, K:1970/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında da, Anayasanın idarenin işlemlerinden dolayı açılacak davalarda süre aşımının yazılı bildirim tarihinden başlayacağı hükmü karşısında ilan tarihini dava açma süresine başlangıç tarihi kabul etmenin imkansız olduğu, zira Anayasanın temel hukuk kuralları dışında bir konuyu ayrıntılarıyla düzenlemesi ve bu hükmün daha önceki kanunlarda bulunup da aynı konuyu düzenleyen hükümlere aykırı olması halinde konuyu yeniden düzenleyen Anayasa hükmünün uygulanmasının tabii olduğu hüküm altına alınmıştır.

Diğer taraftan, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca yapılan parselasyon planlarında ve dağıtım cetvellerinde, düzenlemeye giren her taşınmaz mala karşılık sahiplerine verilecek bağımsız veya şuyulu imar parsellerinin parsel büyüklükleri, hisse miktarı, parsellerin konumu gibi hususlar ayrı ayrı gösterildiğinden, bu planların düzenlemeye tabi tuttukları taşınmaz sahipleri için subjektif ve kişisel işlemler oldukları kuşkusuzdur. Bu itibarla idarenin böyle bir işlemi bizzat davacıya 7201 sayılı Tebligat Kanununun ilgili hükümleri uyarınca tebliğ etmesi gerekmektedir.

Anılan hükümler uyarınca, olayda, İstanbul 4. İdare Mahkemesinde açılan davada, davacı vekiline 26.11.2007 tarihinde tebliğ edilen bilirkişi raporunda dava konusu işlemde bahsedilmiş ise de bu raporun davacıya değil, davacının vekiline tebliğ edilmiş olması karşısında, davacının bu tarihte dava konusu işlem hakkında dava açmaya yeterli düzeyde bilgi sahibi olduğunun kabulüne olanak bulunmadığından, bu hususun dava açmaya esas alınmayacağı tabiidir.

Bu nedenle, davalı idarece söz konusu işlemin daha önceki bir tarihte, davacıya tebliğ edildiği veya davacının öğrendiğinin ispatlanamaması halinde, davacının dava konusu işlemi öğrenme tarihi olarak, dava dilekçesinde belirttiği tarihin kabul edilmesi gerektiğinden İdare Mahkemesince anılan gerekçeyle davanın süre yönünden reddine karar verilmesinde isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle İstanbul 2. İdare Mahkemesinin 29.07.2008 günlü, E:2008/814, K:2008/1427 sayılı kararının bozulmasına, bu kararın tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içerisinde kararın düzeltilmesi yolu açık olmak üzere, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine, 16.05.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Altıncı Daire

Esas No : 2010/10709
Karar No : 2011/2200

Özeti : 3194 sayılı Yasa'nın 18. maddesi uyarınca parselasyon işlemleri arsa ve arazilerin malikleri ve diğer hak sahiplerinin muvafakatı alınmaksızın tesis edilebileceğinden, bu işlemlere karşı açılan davaların

da tapuda kayıtlı malikler veya diğer hak sahipleri tarafından açılabilceğı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : Gazipaşa Belediye Başkanlığı

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : ...

İstemın Özeti : Antalya 2. İdare Mahkemesince verilen 17.06.2010 günlü, E:2009/1015, K:2010/726 sayılı kararının usul ve yasaya aykırı olduğı ileri sürölerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Temyiz edilen kararda bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, usul ve kanuna uygun olan kararın onanması gerektiğı savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Nejdett Bayram'ın Düşüncesi : 3194 sayılı Yasa'nın 18. maddesi uyarınca parselasyon işlemleri arsa ve arazilerin malikleri veya diğer haksahiplerinin muvafakatı alınmaksızın tesis edilebileceğinden bu işlemlere karşı açılan davaların da tapuda kayıtlı malikler veya diğer hak sahipleri tarafından açılabilceğı, malik olmayıp ancak taşınmaz üzerinde hak iddia edenlerin ise taşınmazın tapu kaydını adlarına tescil ettirmeleri üzerine dava açabilecekleri gözönüne alındığında davacının dava konusu işlemde yasal ve güncel bir menfaat ilişkisinin bulunmadığı sonucuna ulaşıldığından işlemin iptali yolundaki idare mahkemesi kararının bozulması gerektiğı düşünölmektedir.

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Altıncı Dairesince Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereğı görüşöldü:

Dava, Antalya, Gazipaşa, Aksu Mevkii ... ada, ... parsel sayılı taşınmazın 3194 sayılı Yasa'nın 18. maddesi uyarınca parselasyona tabi tutulmasına ilişkin 16.04.2009 günlü 172 sayılı belediye encümeni kararı ile bu karara yönelik yapılan itirazın reddine ilişkin 29.05.2009 günlü, 208 sayılı belediye encümeni kararının iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesince, parselasyon işleminin tapu kayıtları üzerinden yapılmasının gerektiğı, mülkiyeti ihtilaflı taşınmazın parselasyona tabi tutulmasına ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle iptaline karar verilmiş, bu karar davalı idare vekili tarafından temyiz edilmiştir.

T.C.Anayasasının 2.maddesinde, Türkiye Cumhuriyetinin Hukuk Devleti olduğu belirtilmektedir. Hukuk Devletinin ögesi olan idarece tesis edilen işlemlerin hukuka uygunluğu ve sonuçta idarenin hukuka bağıllığının yargısal denetimi iptal davaları yoluyla sağlanır.

2577 sayılı Yasanın 2.maddesinin 1.fıkrası (a) bendinde iptal davaları idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan davalar olarak tanımlanmıştır. İdari işlemlerin hukuka uygunluğunun yargı yoluyla denetimini amaçlayan iptal davasının görüşölebilmesi için ön koşullardan olan "dava açma ehliyeti" iptal davasına konu kararın niteliğine göre idari yargı yerince değerlendirilmektedir. Bu değerlendirme yapılırken davacı ile dava konusu işlem arasında kişisel, güncel ve meşru bir menfaat ilişkisinin bulunup bulunmadığı hususu gözönüne alınmaktadır.

Davacı tarafından davaya konu taşınmazın tapusunun iptali ve kendi adına tescili istemiyle Gazipaşa Asliye Hukuk Mahkemesinde dava açıldığı ve bu davanın devam ettiği, parselasyon işleminin kurulduğu tarihte tapuda kayıtlı malikler adına tesis edildiği, kaldı ki, söz konusu taşınmazın hiçbir zaman davacı adına tescilinin de olmadığı anlaşılmıştır.

Bu durumda 3194 sayılı Yasa'nın 18. maddesi uyarınca parselasyon işlemleri arsa ve arazilerin malikleri veya diğer haksahiplerinin muvafakatı alınmaksızın tesis edilebileceğinden bu işlemlere karşı açılan davaların da tapuda kayıtlı malikler veya diğer hak sahipleri tarafından açılabilmesi, malik olmayıp ancak taşınmaz üzerinde hak iddia edenlerin ise taşınmazın tapu kaydını adlarına tescil ettirmeleri üzerine dava açabilecekleri gözüne alındığında davacının dava konusu işlemde yasal ve güncel bir menfaat ilişkisinin bulunmadığı sonucuna ulaşılmış, işlemin iptali yolundaki idare mahkemesi kararında isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle İdare Mahkemesinin Antalya 2. İdare Mahkemesince verilen 17.06.2010 günlü, E:2009/1015, K:2010/726 sayılı kararının bozulmasına, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine, bu kararın tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içerisinde kararın düzeltilmesi yolu açık olmak üzere, 14.06.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YEDİNCİ DAİRE KARARLARI

BANKA VE SİGORTA MUAMELELERİ VERGİSİ

T.C.
DANIŞTAY
Yedinci Daire

Esas No : 2009/2905
Karar No : 2010/5932

Özeti : Faaliyet konusu "menkul alım-satım" olan davacının gerçekleştirdiği ters repo işlemlerine ilişkin olarak banka ve sigorta muameleleri vergisi matrahının hesaplanmasında, yapılan repo işlemleri için müşterilerine ödendiği faiz tutarının mahsup edilmesine olanak bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan: ... Menkul Değerler Anonim Şirketi

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı

İstemin Özeti : Faaliyet konusu "Menkul alım- satımı" olan davacının gerçekleştirdiği ters repo işlemlerinin incelenmesi sonucu düzenlenen vergi inceleme raporuna dayanılarak, 2002 yılının Ocak ila Aralık dönemleri için, davacı adına salınan banka ve sigorta muameleleri vergileri ile kesilen vergi zıyaı cezalarına ilişkin işlemlerin iptali istemiyle açılan davayı; 6802 sayılı Gider Vergileri Kanununun 28'inci ve 31'inci maddeleri açıklanarak, repo işleminin, menkul kıymetin geri alım taahhüdü ile satımı; ters repo işleminin ise, menkul kıymetin geri satım taahhüdü ile alımı olduğu; menkul kıymetin, birbirlerinden bağımsız mahiyette olan birden fazla repo, ters repo ve kesin alım satım işlemlerine konu edilebileceği ve yapılan her bir işlem sonucunda da lehe alınan paranın mevcut olması koşuluyla, anılan tutarın banka ve sigorta muameleleri vergisi yönünden vergilendirmeye tabi tutulması gerektiği belirtildikten sonra; olayda, davacı tarafından yapıldığı gibi, ters repo gelirlerine ilişkin olarak banka ve sigorta muameleleri vergisi matrahının hesaplanmasında, müşterilerine yapılan repo işlemleri için ödenen faiz tutarının, 6802 sayılı Kanununun 31'inci maddesinin 3'üncü fıkrasında yer alan, " Vergi matrahından gider ve vergi adı altında indirim yapılamaz." hükmü uyarınca mahsup edilmesine olanak bulunmadığından, tesis edilen işlemin yerinde olduğu gerekçesiyle reddeden İstanbul İkinci Vergi Mahkemesinin 30.12.2008 gün ve E:2007/3113; K:2008/3520 sayılı kararının; ters repo yoluyla edinilen menkul kıymetin, müşterileri ile kurulacak repo işlemleri için zorunlu olduğu, bu nedenle, bu işlemlerin hukuki açıdan bağlı işlemler olduğu kabul edilmek suretiyle, müşteriye ödenecek faizin ters repo işlemleri nedeniyle lehe kalan paranın hesabında maliyet unsuru olarak dikkate alınması gerektiği ileri sürülerek bozulması ve duruşma yapılması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : İstem reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hâkimi İbrahim BAŞ'ın 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.Öğuz ULAŞ'ın Düşüncesi : Davacı kurumun 2002 takvim yılına ilişkin işlemleri ters repo gelirlerinden kaynaklanan banka ve sigorta muameleleri vergisi açısından sınırlı incelenmesi sonucu düzenlenen vergi inceleme raporu doğrultusunda

Ocak-Aralık/2002 dönemi için davacı kurum adına bir kat vergi ziyaı cezalı olarak salınan banka ve sigorta muameleleri vergisine karşı açılan davayı reddeden vergi mahkemesi kararının bozulması istenmiştir.

6802 sayılı Gider Vergileri Kanununun 28'inci maddesinin 1'inci fıkrasında, Banka ve Sigorta şirketlerinin 10.6.1995 tarihli ve 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanuna göre yaptıkları işlemler hariç olmak üzere, her ne şekilde olursa olsun yapmış oldukları bütün muameleler dolayısıyla kendi lehlerine her ne nam ile olursa olsun nakden veya hesaben aldıkları paraların banka ve sigorta muameleleri vergisine tabi olduğu belirtilmiş, Kanunun 31 inci maddesinin 1'inci fıkrasında, banka ve sigorta muameleleri vergisi matrahının 28. maddede yazılı paraların tutarı olduğu, kurala bağlanmıştır.

Menkul kıymetlerin geri alma taahhüdü ile satım veya geri satma taahhüdü ile alım işlemleri, 3794 sayılı Kanun'la değişik 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 22'nci maddesinin verdiği yetkiye dayanarak Sermaye Piyasası Kurulu'nun Seri V No:7 sayılı Tebliği ile düzenlenmiş olup, repo işleminde geri alma taahhüdü ile menkul kıymetin satımı, ters repo işleminde geri satma taahhüdü ile menkul kıymetin alımı söz konusudur. Aracı kurum ters repoda gelir elde edecek, repo işleminde ise faiz gideri yapacaktır. Dava konusu olayda, davacı kurum repo işlemi karşılığında ödediği faizi banka ve sigorta muameleleri vergisinin hesabında gider olarak indirmiştir. Menkul kıymetlerin birden çok repo ve ters repo işlemine konu edilebileceği açık olup, her bir işlem birbirinden bağımsız nitelik taşımaktadır. Vergilendirmenin de her bir işlem için lehe kalan para üzerinden yapılacak olması nedeniyle başka bir işlem için ödenen faizin gider olarak kabulü banka ve sigorta muameleleri vergisi açısından mümkün bulunmamaktadır.

Bu nedenle davacı adına salınan vergi ve kesilen cezada hukuka aykırılık bulunmadığından, temyiz isteminin reddi gerekeceği düşünülmüştür.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Yedinci Dairesince duruşma için belirlenen günde, davacı vekili sıfatıyla Av. ...'un, İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığını temsilen Hukuk Müşaviri ...'nun geldiği görülerek Danıştay Savcısının katılmasıyla yapılan duruşmada taraflara usulüne uygun olarak söz verilip dinlendikten ve Danıştay Savcısının düşüncesi alındıktan sonra Tetkik Hakiminin açıklamaları da dinlenilerek işin gereği görüldü:

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, hüküm altına alınan tutar üzerinden binde 7.92 oranında ve 35,50 (OtuzbeşTürklirasıellikuruş) Türk Lirasından az olmamak üzere hesaplanacak nispi karar harcından, Mahkemece karara bağlanan harcın mahsubundan sonra, kalan harç tutarının temyiz eden davacıdan alınmasına 14.12.2010 gününde oybirliği ile karar verildi.

DAMGA VERGİSİ

T.C. DANIŞTAY Yedinci Daire

Esas No : 2008/141
Karar No : 2010/5078

Özeti : Olayda; davacının, yatırım teşvik belgesi kapsamında kullanılan ve yatırımın gerçekleşen kısmını aşan döviz kredisinin başka bir yatırım belgesine aktarılması yolundaki isteminin Hazine Müsteşarlığınca uygun görülmemesi ve bu yolda tesis edilen işlemin idari yargı yerinde dava konusu edilmemesi karşısında, anılan işleme dayanılarak damga vergisi istisnasının kaldırılması suretiyle tarh edilen verginin ve kesilen cezanın hukuka uygun olduğu hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : Bursa Vergi Dairesi Başkanlığı

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

İstem Özet : Davacı tarafından 3.12.1997 tarih ve 53551 sayılı

yatırım teşvik belgesi kapsamında kullanılan döviz kredisini, damga vergisinden istisna tutulmuşken, bu kredinin yatırımın gerçekleşme değerini aşan kısmına ilişkin olarak 2003 yılının Mart dönemi için salınan damga vergisi ile kesilen vergi zıya cezasına dair işlemi; 3505 sayılı Kanunun Geçici 2'nci maddesi ile, ihracat ve döviz kazandırma taahhüdünde bulunan ve yatırım teşvik belgesine bağlanmış yatırımlar için alınan yatırım kredilerinin damga vergisinden istisna edildiği; öte yandan, Yatırımlarda Devlet Yardımları Hakkında Kararın Uygulanmasına ilişkin 2002/1 sıra No'lu Tebliğin 44'üncü maddesinde ise, teşvik belgesi kapsamında fiilen kullanılan kredilerin, aynı holdinge bağlı diğer firmalar adına düzenlenmiş teşvik belgelerine, aynı firmaya ait yeterli kredi limiti bulunan teşvik belgelerine veya aynı gerçek veya tüzel kişilerin asgari %50 oranında sermayesine ortak oldukları diğer firmalar adına düzenlenmiş teşvik belgelerine müeyyide uygulanmaksızın kısmen veya tamamen aktarılmasına Müsteşarlıkça izin verilebileceğinin öngörüldüğü; olayda, kullanılan döviz kredisine damga vergisi istisnası uygulanmışken, anılan kredinin bir kısmının yatırımın gerçekleşme değerini aştığı, davacının kredinin bu kısmının başka bir yatırım teşvik belgesine aktarılması isteminin Hazine Müsteşarlığınca uygun görülmemesi üzerine, dava konusu işlemin tesis edildiği anlaşılmakta ise de, yukarıda yer alan hükümler uyarınca, davacının fazladan kullandığı kredinin diğer teşvik belgesine aktarılması gerektiğinden, hukuka uyarlık taşımadığı gerekçesiyle iptal eden Bursa Vergi Mahkemesinin 19.10.2006 gün ve E:2005/2260; K:2006/1909 sayılı kararının; Hazine Müsteşarlığınca, fazladan kullanılan kredi miktarının başka bir teşvik belgesine aktarılmasının uygun görülmemesi nedeniyle dava konusu tarh ve ceza kesme işleminin hukuka uygun olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmiştir.

Savunmanın Özeti : İstem reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hâkimi Bülent SEYİTDANLIOĞLU'nun Düşüncesi : Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, 2577 sayılı Kanunun 49'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında sayılan bozma nedenlerine uymadığından, temyiz istemi reddedilerek kararın onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Mukaddes ARAS'ın Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari

Yargılama Usulü Kanununun 49'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Yedinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Dosyanın incelenmesinden; yatırım teşvik belgesi kapsamında davacı tarafından kullanılan döviz kredisine damga vergisi istisnası uygulanmışken, kredinin bir kısmının yatırımın gerçekleşen değerini aştığı, davacının bu kısmın başka bir yatırım teşvik belgesine aktarılması yolundaki isteminin Hazine Müsteşarlığına uygun görülmemesi üzerine tesis edilen tarh ve ceza kesme işleminin, Mahkemece, istemin özeti bölümünde yer alan gerekçeyle iptaline karar verildiği anlaşılmıştır.

3505 sayılı Kanunun 1.1.1989 tarihinde yürürlüğe giren Geçici 2'nci maddesinin 4369 sayılı Kanunla değişik (c) fıkrasında, ihracat veya döviz kazandırma taahhüdünde bulunan ve yatırım teşvik belgesine bağlanmış yatırımlar için alınan yatırım kredileri ile bu belge kapsamındaki şirket kuruluşu ve sermaye artırımı işlemleri ve bu işlemlerle ilgili olarak düzenlenen kâğıtların, 31.12.2003 tarihine kadar, 488 sayılı Kanuna göre, damga vergisinden; ve 492 sayılı Kanuna göre de, harçlardan istisna edileceği belirtilmiş; bu düzenlemeye ilişkin uygulamayı yönlendirmek amacıyla, aynı maddenin son fıkrasına dayanılarak yayımlanan (4) Seri No'lu İhracat ve Yatırımlarda Damga Vergisi ve Harç İstisnası Uygulaması Hakkında Tebliğin, "Yatırımlarla ilgili istisnanın kapsamı" başlıklı 5'inci kısmında da, istisnaların uygulanmasında, işlem anında yatırımcılar adına düzenlenmiş bulunan ve ihracat veya döviz kazandırma taahhüdünü ihtiva eden "Yatırım Teşvik Belgesinin" veya "İzin ve Teşvik Belgesinin" ibrazının şart olduğu; 7.2'nci bölümünde ise, damga vergisi ve harç istisnasından faydalanan ihracatçı ve yatırımcı kişi ve kuruluşlarca temin edilen kredilerin amaç dışı kullanıldığına tespiti halinde istisna konusu alınmayan damga vergisi ve harcın alınacağı düzenlemesi yer almıştır.

Söz konusu yasal ve idari düzenlemelerin birlikte değerlendirilmesinden; yatırım teşvik belgesinde öngörülen teşviklerden yararlanabilmenin, bu belgede yazılı koşulların, yatırım süresi içerisinde ve eksiksiz yerine getirilmesine bağlı bulunduğu; teşvik unsurlarının, belgede öngörülmemiş işlemlere veya belgede belirtilen işlemlerin, belgede öngörülen miktarı aşan kısımlarına da uygulanmasına olanak bulunmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Olayda; davacının, yatırım teşvik belgesi kapsamında kullanılan ve yatırımın gerçekleşen kısmını aşan döviz kredisinin başka bir yatırım teşvik belgesine aktarılması yolundaki isteminin, Hazine Müsteşarlığına uygun görülmediği ve bu yolda tesis edilen işlemin idari yargı yerinde dava konusu edilmediği tartışmasızdır. Bu bakımdan, anılan işleme dayanılarak, damga vergisi istisnasının kaldırılması suretiyle tesis edilen vergi tarhı ve ceza kesme işleminde hukuka aykırılık bulunmadığından, Mahkemece, işbu davanın konusunu oluşturmayan, tarh ve ceza kesme işleminin dayanağı olan işleme ilişkin olarak yapılan yargılama sonucunda verilen kararda 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, 2.11.2010 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Yedinci Daire
Esas No : 2009/2804
Karar No : 2010/5103

Özeti : Yurt dışında yapılacak okul inşaatı işiyle ilgili sözleşmenin, vergi, resim ve harç istisna belgesi almak amacıyla yapılan başvuruda ibraz edilmesiyle vergiyi doğuran olay meydana gelmekle birlikte; 3505 sayılı Kanun'un geçici 2'nci maddesinde öngörülen istisnanın uygulanabilmesi için, söz konusu istisna belgesinin, vergiyi doğuran olayın meydana gelmesinden önce alınma zorunluluğunun bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : ... İnşaat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı

İstemın Özetı : Yurt dışında yapılacak okul inşaatı işiyle ilgili olarak Kuveyt'te mukim ... Trading & Contraction Co. ile 6.12.2003 tarihinde imzalanan "Taşeron Sözleşmesi"nin 30.12.2003 tarihinde "Vergi, Resim ve Harç İstisna Belgesi" almak amacıyla Dış Ticaret Müsteşarlığı İhracat Genel Müdürlüğü Sanayi Dairesi Başkanlığına yapılan başvuruda ibrazı üzerine, davacı adına 2003/Aralık dönemi için damga vergisi salınmasına ve vergi zıyaı cezası kesilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davayı; olayda, sözleşmenin ibraz edilmesiyle vergiyi doğuran olayın meydana geldiği; davacının başvurusu üzerine adına, 20.1.2004 tarihinde "Vergi, Resim ve Harç İstisna Belgesi" düzenlenmekle birlikte; 3505 sayılı Kanunun Geçici 2'nci maddesi ve bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasların düzenlenmesi için çıkarılan 4 Seri Nolu İhracat ve Yatırımlarda Damga Vergisi ve Harç İstisnası Uygulaması Hakkında Tebliğ hükümleri uyarınca, vergiyi doğuran olayın meydana geldiği 30.12.2003 tarihinden sonra verilen belgeye istinaden geriye dönük olarak, istisna uygulanmasının mümkün olmadığı; 27.2.2004 tarih ve 25386 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 1 Seri Nolu Döviz Kazandırıcı Faaliyetlerde Damga Vergisi ve Harç İstisnası Uygulaması Hakkındaki Tebliğ hükümlerinin, olay tarihinde yürürlükte olmaması nedeniyle dikkate alınamayacağı gerekçesiyle reddeden İstanbul Yedinci Vergi Mahkemesinin 15.1.2009 gün ve E:2008/1323; K:2009/199 sayılı kararının; Yurt dışında yapılacak okul inşaatı işiyle ilgili olarak imzalanan taşeronluk sözleşmesinin, vergi, resim ve harç istisna belgesi almak amacıyla yapılan başvuru dilekçesine eklenmesinin, Türkiye'de resmi daireye ibraz hükmünde olmadığı; daha sonra yürürlüğe girmiş olsa dahi, Kanunların nasıl uygulanması gerektiğini gösteren Tebliğ hükümlerinin olayda da uygulanması gerektiği ileri sürülerek bozulması ve duruşma yapılması istemine ilişkindir.

Savunmanın Özetı : İstemın reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hâkimi Ergün GÖKDAM'ın Düşüncesi : 3505 sayılı Kanunun Geçici 2'nci maddesine göre; damga vergisi istisnası uygulanabilmesi için, vergi, resim ve harç istisna belgesinin bulunması yeterli olup; söz konusu belgenin daha önce alınması zorunluluğu öngörülmediğinden, bu hükmün uygulanmasına ilişkin usul ve esasların belirlenmesi amacıyla çıkarılan, 4 Seri Nolu İhracat ve Yatırımlarda Damga Vergisi ve Harç İstisnası Uygulaması Hakkında Tebliğ ile getirilen düzenlemeye dayanılarak verilen temyize konu mahkeme kararında isabet görülmemiştir.

Bu nedenle, temyiz isteminin kabulü ile mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Nazlı YANIKDEMİR'in Düşüncesi : Temyiz başvurusu; davacı Şirket tarafından Kuveyt'te ilkököl, ortaokul ve lise binaları yapılması amacıyla yabancı bir firma ile düzenlenen taşeron sözleşmesinin vergi resim ve harç istisnası belgesinin alınmasından önce imzalanması nedeniyle vergiye tabi olduğundan bahisle damga vergisi tarh edilmesine ve vergi ziyayı cezası kesilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davayı reddeden mahkeme kararının bozulması istemiyle yapılmıştır.

488 sayılı Damga Vergisi Kanununun 1'inci maddesinin 1'inci fıkrasında, bu Kanuna ekli (1) sayılı tabloda yazılı kağıtların damga vergisine tabi olduğu; olay tarihinde yürürlükte olan 2'nci fıkrasında da, bu Kanundaki kağıtlar teriminin, yazılıp imzalanmak veya imza yerine geçen bir işaret konmak suretiyle düzenlenen ve herhangi bir hususu ispat veya belli etmek için ibraz edilebilecek olan belgeleri ifade ettiği; 3'üncü fıkrasında ise, yabancı memleketlerle Türkiye'deki yabancı elçilik ve konsolosluklarda düzenlenen kağıtların, Türkiye'de resmi dairelere ibraz edildiği, üzerine devir veya ciro işlemleri yürütüldüğü veya herhangi bir suretle hükümlerinden faydalandığı takdirde vergiye tabi tutulacağı hükme bağlanmıştır.

Yukarıda yer verilen düzenlemelerden, damga vergisine tabi bir kağıdın varlığı için öncelikle yazılması ve imzalanması veya imza yerine geçen bir işaret konmak suretiyle düzenlenmiş bir kağıdın bulunması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Ancak; yurt dışında düzenlenen kağıtların, Türkiye'de resmi dairelere ibraz edilmesi veya Türkiye'de devir ve ciro edilmesi yahut kağıdın hükümlerinden Türkiye'de faydalanılmış olması halinde vergiyi doğuran olayın meydana gelmesi mümkündür.

Olayda da, davacı Şirket ile yurt dışında yerleşik yabancı bir firma arasında imzalandığı ihtilafsız olan sözleşmenin, vergi resim ve harç istisnası belgesinin alınmasından önce düzenlenmiş olması da yurt dışında imzalanmış olduğu gerçeğini değiştiremeyeceğinden, sözleşmenin hükmünden yurt içerisinde yararlanıldığı gerekçesiyle davayı reddeden mahkeme kararında yasal isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenle, temyiz isteminin kabulü ile mahkeme kararının bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Yedinci Dairesince, duruşma yapılmasına gerek görülmemeyerek işin gereği görüldü:

Dosyanın incelenmesinden; Yurt dışında yapılacak okul inşaatı işiyle ilgili olarak Kuveyt'te mukim yabancı bir firma ile imzalanan taşeron sözleşmesinin, 30.12.2003 tarihinde vergi, resim ve harç istisna belgesi almak amacıyla yapılan başvuruda, Dış Ticaret Müsteşarlığı İhracat Genel Müdürlüğü Sanayi Dairesi Başkanlığına ibrazı üzerine, 20.1.2004 tarihinde kendisine "Vergi, Resim ve Harç İstisna Belgesi" verilen davacı adına, 24.3.2008 tarihinde düzenlenerek 25.3.2008 tarihinde tebliğ edilen ihbarname ile damga vergisi salınmasına ve vergi ziyayı cezası kesilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davanın; Mahkemece, taşeron sözleşmesinin Türkiye'de resmi daireye ibrazı sırasında vergiyi doğuran olayın meydana gelmesinden sonra verilen vergi, resim ve harç istisna belgesine dayanılarak istisna uygulanamayacağı gerekçesiyle reddedildiği anlaşılmıştır.

488 sayılı Damga Vergisi Kanununun 1'inci maddesinin üçüncü fıkrasında, yabancı memleketlerle Türkiye'deki yabancı elçilik ve konsolosluklarda düzenlenen kağıtların, Türkiye'de resmi dairelere ibraz edildiği, üzerine devir veya ciro işlemleri yürütüldüğü veya herhangi bir suretle hükümlerinden faydalandığı takdirde vergiye tabi tutulacağı belirtilmiş; 3505 sayılı Kanunun Geçici 2'nci maddesinin (a) bendinde, ihracat; (b) bendinde de, ihracat teşvik belgesine bağlanan döviz kazandırıcı faaliyetlerle bu belge kapsamındaki ithalat; (c) fıkrasında ise, ihracat veya döviz kazandırma taahhüdünde bulunulan ve yatırım teşvik belgesine bağlanmış yatırımlar için alınan krediler ile bu belge kapsamındaki şirket kuruluşu ve sermaye artırımı işlemleri ve bu işlemlerle ilgili olarak düzenlenen kağıtların, 31.12.1993

tarihine kadar 488 sayılı Kanuna göre damga vergisinden müstesna olduğu hükme bağlanmış; "31.12.1993" tarihi, 3946 sayılı Yasanın 36'ncı maddesi hükmü ile "31.12.1998", 4369 sayılı Kanunla "31.12.2003" olarak değiştirilmiştir.

Yukarıda yer verilen hükme göre; damga vergisi istisnası uygulanabilmesi için, vergi, resim ve harç istisna belgesinin bulunması yeterli olup; söz konusu belgenin daha önce alınması zorunluluğu öngörülmediğinden, bu hükmün uygulanmasına ilişkin usul ve esasların belirlenmesi amacıyla çıkarılan, 4 Seri Nolu İhracat ve Yatırımlarda Damga Vergisi ve Harç İstisnası Uygulaması Hakkında Tebliğ ile getirilen düzenlemeye dayanılarak verilen temyizle konu mahkeme 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, 3.11.2010 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Yedinci Daire

Esas No : 2008/2493

Karar No : 2010/5240

Özeti : Yapı denetim sözleşmeleri nedeniyle yapılan damga vergisi uyuşmazlığı hakkında, anılan sözleşmelerin kaç "nüsha" düzenlendiğinin saptanması amacıyla, söz konusu sözleşme örnekleri getirilerek incelendikten sonra karar verilmesi gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : Antalya Vergi Dairesi Başkanlığı

Karşı Taraf

: ... Yapı Denetim Limited Şirketi

İstemin Özeti : Yapı denetimi faaliyetinde bulunan davacı ile yapı sahipleri arasında düzenlenen 123 adet hizmet sözleşmesine isabet eden damga vergisi yükümlülüğünün yerine getirilmediğinin ve sözleşmelerin üç nüsha düzenlendiğinin vergi inceleme raporu ile tespit edildiğinden bahisle, 2004/Ocak ila Aralık dönemleri için salınan damga vergileri ile kesilen özel usulsüzlük ve vergi zıya cezalarına ilişkin işlemlerin iptali istemiyle açılan davada; olayda, davacı ile yapı sahipleri arasında düzenlenen ve 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanunun 5'inci maddesi uyarınca bir suretinin ilgili idareye verilmesi gereken "yapı denetimi hizmet sözleşmeleri"nin üç nüsha düzenlenmesi Kanunda öngörülmediği gibi, davacı tarafından tek nüsha olarak düzenlendiği iddia edilen sözleşmelerin üç nüsha olduğu yönünde yapılmış somut bir tespit de bulunmadığından, bir nüshaya ilişkin vergi asıllarında ve vergi asıllarının bir katı esas alınarak kesilen vergi zıya cezalarında hukuka aykırılık; tarh ve ceza kesme işlemlerinin iki nüshaya isabet eden kısımlarında ise hukuka uyarlık görülmediği; ayrıca, davalı İdarenin 13.6.2006 tarihli yazısı ve ekindeki düzeltme fişlerinden, kesilen vergi zıya cezalarının vergi asıllarının bir katına isabet eden kısımlarından fazlaya ilişkin gecikme faizi hesaplanarak eklenmesine ilişkin kısımlarının, 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 344'üncü maddesinin Anayasa Mahkemesinin iptal kararı üzerine 5479 sayılı Kanunla değiştirilen ikinci fıkrası uyarınca, işbu davanın açılmasından sonra terkin edildiğinin anlaşıldığı; kesilen özel usulsüzlük cezasına gelince; her ne kadar işlemde ceza, özel usulsüzlük cezası olarak yazılmış ise de, 213 sayılı Kanunun 355'inci maddesinin olay tarihinde yürürlükte bulunan şeklinin b) fıkrasında, damga vergisi mükellefleri için öngörülen ceza, özel usulsüzlük değil, usulsüzlük cezası olduğundan ve aynı

Kanunun 336'ncı maddesinde de, cezayı istilzam eden tek fiil ile vergi zıyayı ve usulsüzlük birlikte işlenmiş olursa bunlara ait cezalardan sadece miktar itibarıyla en ağır kesilebileceğinden, bu hüküm gözetilmeksizin kesilen cezada isabet bulunmadığı gerekçesiyle, işlemlerin, sözleşmelerin iki nüshasına ait vergi asılları ve vergi asıllarının bir katı esas alınarak kesilen vergi zıyayı cezalarına ilişkin kısımları ile özel usulsüzlük cezasına ilişkin kısmının iptali; tarh ve ceza kesme işlemlerinin bir nüshaya isabet eden kısımları yönünden davanın reddi; vergi zıyayı cezalarının düzeltme fişleriyle terkin edilen kısımları hakkında ise karar verilmesine yer olmadığı yolunda verilen Antalya Vergi Mahkemesinin 28.2.2007 gün ve E:2006/298; K:2007/307 sayılı kararının, iptale ilişkin hüküm fıkrasının; sözleşmede iki taraf bulunduğu ve 4708 sayılı Kanunun 5'inci maddesi uyarınca bir suretinin ilgili idareye verilmesi gerektiğinden, üç nüsha düzenlendiği anlaşılan sözleşmelere isabet eden damga vergileriyle ilgili olarak tesis edilen tarh ve ceza kesme işlemlerinde hukuka aykırılık bulunmadığı; vergisinin ödenmediği sabit olan sözleşmeler nedeniyle özel usulsüzlük cezası kesilmesinin 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 355'inci maddesi hükmü gereği olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Tetkik Hâkimi Ergün GÖKDAM'ın Düşüncesi : Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, 2577 sayılı Kanunun 49'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında sayılan bozma nedenlerine uymadığından, temyiz istemi reddedilerek kararın onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Mukaddes ARAS'ın Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Yedinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Temyiz başvurusu; davacı ile yapı sahipleri arasında düzenlenen 123 adet hizmet sözleşmesine isabet eden damga vergisi yükümlülüğünün yerine getirilmediğinin ve sözleşmelerin üç nüsha düzenlendiğinin vergi inceleme raporu ile tespit edildiğinden bahisle salınan damga vergileri ile kesilen özel usulsüzlük ve vergi zıyayı cezalarına ilişkin işlemlerin iptali istemiyle açılan davada; işlemlerin, sözleşmelerin iki nüshasına ait vergi asılları ve vergi asıllarının bir katı esas alınarak kesilen vergi zıyayı cezalarına ilişkin kısımları ile özel usulsüzlük cezasına ilişkin kısmının iptali; tarh ve ceza kesme işlemlerinin bir nüshaya isabet eden kısımları yönünden davanın reddi; vergi zıyayı cezalarının düzeltme fişleriyle terkin edilen kısımları hakkında ise karar verilmesine yer olmadığı yolunda verilen mahkeme kararının iptale dair hüküm fıkrasının bozulması istemine ilişkindir.

213 sayılı Vergi Usul Kanunun 355'inci maddesinin olay tarihinde yürürlükte bulunan şeklinin (b) fıkrasında, damga vergisi ilgili vergi kanununda belli edilen şekilde ifa edilmeyen hallerde, damga vergisi mükellefleri için usulsüzlük cezası kesilmesini öngören hükmü, 5281 sayılı Kanunun 15'inci maddesiyle değişik, 355'inci maddesi ile 1.1.2005 tarihinden geçerli olmak üzere yürürlükten kaldırıldığından ve "lehe olan kanun hükümlerinin geçmişe yürüyeceği" yolundaki Ceza Hukukunun temel ilkesi, idari nitelikte para cezaları için de uygulanması gerektiğinden, mahkeme kararının, özel usulsüzlük cezasının iptaline ilişkin hüküm fıkrası sonucu itibarıyla uygun görülmüş olup, temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, bu hüküm fıkrasının bozulmasını gerektirecek nitelikte bulunmamıştır.

Davaya konu tarh ve ceza kesme işlemlerinin, sözleşmelerin iki nüshasına isabet eden vergi asılları ve vergi asıllarının bir katı esas alınarak kesilen vergi zıyayı cezalarına ilişkin kısımlarının iptaline dair hüküm fıkrasına yönelik temyiz istemine gelince:

488 sayılı Damga Vergisi Kanununun 1'inci maddesinin birinci fıkrasında; bu Kanuna ekli (1) sayılı tabloda yazılı kâğıtların damga vergisine tabi olduğu; ikinci fıkrasının olay tarihinde yürürlükte olan şeklinde; bu kanundaki kâğıtlar 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 ise, bir nüshadan fazla olarak düzenlenen kâğıtların her nüshasının ayrı ayrı aynı miktar veya nispette damga vergisine tabi olduğu belirtilmiş; 24'üncü maddesinde de, vergiye tabi kâğıtların damga vergisinin ödenmemesinden veya noksan ödenmesinden dolayı alınması lazım gelen vergi ve cezadan, mükelleflere rücu hakkı olmak üzere, kâğıtları ibraz edenlerin sorumlu oldukları; birden fazla kişi tarafından imza edilen kâğıtlara ait vergi ve cezanın tamamından imza edenlerin müteselsilen sorumlu oldukları öngörülmüş bulunmaktadır.

Bu düzenlemelerden anlaşılacağı üzere; bir kâğıdın damga vergisine tabi tutulabilmesi için, 488 sayılı Kanuna ekli (I) sayılı Tabloda ismen yer alıyor olması yeterli değildir. Ayrıca; kâğıdın, ilgililerce imzalanmış veya üzerine imza yerine geçen bir işaret konulmuş olması da gereklidir. Aynı hüküm ve kuvveti haiz olmak üzere düzenlenip imzalanan kâğıtlardan her biri olarak tanımlanan "nüsha"nın, kâğıdın 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 kâğıdın, usûlüne uygun olarak çıkarılmış, "aslı gibidir" şerhini taşıyan onaylı örneğidir. Başka anlatımla; suretler, yetkili makam ya da kişinin onayı dışında, kâğıdın aslının ihtiva ettiği imzaları taşımazlar. Bu nedenle de, kâğıdın 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.

Bu hukuki durum karşısında; uyumsuzluğun çözümü, davacı ile yapı sahipleri arasında düzenlenen hizmet sözleşmelerinin kaç "nüsha" düzenlendiğinin tespitini gerektirmektedir.

14.7.2005 tarih ve V.DEN.R-2005-564/36 sayılı Vergi İnceleme Raporu ekinde yer alan ve davacı Şirket yetkilisince de, herhangi bir ihtirazi kayıt konulmaksızın imzalanan 13.7.2005 tarihli tutanağın 3'üncü maddesinde sözü edilen, tutanağa ekli (EK:1/1) ... Yapı Denetim Limited Şirketinin 2004 yılındaki Yapı Denetim Sözleşmelerine Ait Dökümler" de; sözleşmelerin Nüsha Adedi "3" (üç) olarak gösterilmekle birlikte; dosyada sözleşme örnekleri bulunmamaktadır.

Bu bakımdan; Mahkemece, öncelikle 2004 yılında düzenlenen yapı denetim sözleşmelerinin kaç nüsha düzenlendiğinin saptanması amacıyla, anılan sözleşme örnekleri getirtilerek incelendikten sonra karar verilmesi gerekirken, bunlar yapılmaksızın, eksik incelemeye dayalı olarak verilen, işlemlerin, sözleşmelerin iki nüshasına isabet eden vergi asılları ve vergi asıllarının bir katı esas alınarak kesilen vergi zıyaı cezalarına ilişkin kısımlarının iptaline dair hüküm fıkrasında isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle; mahkeme kararının, temyize konu özel usulsüzlük cezasının iptaline ilişkin hüküm fıkrasına yönelik temyiz isteminin reddine; işlemlerin, sözleşmelerin iki nüshasına isabet eden vergi asılları ve vergi asıllarının bir katı esas alınarak kesilen vergi zıyaı cezalarına ilişkin kısımlarının iptaline dair hüküm fıkrasına yönelik temyiz isteminin ise kabulüne ve bu hüküm fıkrasının bozulmasına; kısmen bozma kararı üzerine Mahkemece yeniden verilecek kararla birlikte yargılama giderleri de hüküm altına alınacağından, bu hususta ayrıca hüküm tesisine gerek bulunmadığına, 10.11.2010 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Yedinci Daire
Esas No : 2008/917
Karar No : 2011/233

Özeti : Vergi alacağının doğduğu dönemde kanuni ödevleri yerine getirme hususunda yetki ve sorumluluğu bulunmayan davacının, 213 sayılı Kanunun 10' uncu maddesi uyarınca, kanuni temsilci sıfatıyla, ödeme emri ile takibinde hukuka uyarlık bulunmadığından, bu husus dikkate alınmadan verilen mahkeme kararında isabet görülmediği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : ...

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : İzmir Vergi Dairesi Başkanlığı

İstemin Özeti : Davacı adına, yönetim kurulu üyeliğinde bulunduğu ... Spor Hizmetleri ve Ticaret Anonim Şirketinin ödenmeyen 2001 yılı Ağustos dönemine ait damga vergisi borcunun tahsili amacıyla, kanuni temsilci sıfatıyla düzenlenen ödeme emrinin iptali istemiyle açılan davayı; dosyanın incelenmesinden, 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 10'uncu maddesinde kanuni temsilcilerin vergi alacağından sorumluluğunun, alacağın vergi yükümlüsü ya da sorumlusunun varlığından tamamen veya kısmen tahsiline olanak bulunmadığının tespitine ve kanuni temsilcilerin vergilendirme ile ilgili ödevleri yerine getirmemeleri koşuluna bağlandığı; olayda, davacı iddialarının araştırılması ve borçlu Şirketin isim hakkı satış bedelinin, vergi borçlarını karşılayıp karşılamadığının tespiti amacıyla verilen ara kararı uyarınca Tasarruf Mevduatı Fonunca gönderilen cevabi yazıdan, ... Spor Hizmetleri ve Ticaret Anonim Şirketinin, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna devredilmediği, sadece Kurumun borçlusu olduğu, Kurum tarafından, Şirketin mal, hak ve varlıklarının haczedilerek 1.305.000 lira bedelle satıldığı anlaşıldığı, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tasil Usulü Hakkında Kanunun 75'inci maddesine göre borçlunun haczi caiz malı olmadığı veya bulunan malların satış bedelinin borcu karşılamadığı takdirde borçlunun aciz halinde sayılacağı düzenlendiğinden, mal, hak ve varlıklarının satış bedeli olan 1.305.000 liranın, 13.006.339,24 lira tutarındaki vergi borcunu karşılamasına olanak bulunmayan Şirketin aciz halinde olduğu sonucuna varıldığı; bu bakımdan, 7.1.1999-6.10.2003 tarihlerinde Şirket ortağı ve kanuni temsilcisi olan davacı adına düzenlenen ödeme emrinde mevzuata aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle reddeden İzmir Dördüncü Vergi Mahkemesinin 18.12.2007 gün ve E:2007/168; K:2007/1369 sayılı kararının; Şirketin paraya dönüştürülebilecek mal varlığının bulunması nedeniyle, düzenlenen aciz fişinin hukuken geçerli olmadığı; kendisinin, vergi alacağının doğduğu dönemde, Şirketin kanuni ödevlerini yerine getirme hususunda yetki ve sorumluluğunun bulunmadığı ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : İstem reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hâkimi Munise KABAKULAK'ın Düşüncesi : Dosyanın incelenmesinden; davacının vergi alacağının doğduğu dönemde, yönetim kurulu üyesi olmakla birlikte, Şirketi temsil ve ilzam yetkisini haiz olmadığı anlaşılmakla, kanuni temsilci sıfatının bulunmadığı nazara alınmadan verilen mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Nazlı YANIKDEMİR'in Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizden incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Yedinci Dairesince işin gereği görüldü:

Temyiz başvurusu; ... Spor Hizmetleri ve Ticaret Anonim Şirketinin ödenmeyen kesinleşmiş damga vergisi borcunun tahsili amacıyla, ilgili dönemde yönetim kurulu üyesi olan davacı adına kanuni temsilci sıfatıyla düzenlenen ödeme emrinin iptali istemiyle açılan davanın; davacının, ödeme emrine konu verginin beyan ve ödeme döneminde yönetim kurulu üyesi olduğunun açık olduğu gerekçesiyle reddine dair mahkeme kararının bozulması istemine ilişkindir.

213 sayılı Vergi Usul Kanununun 10'uncu maddesinde, tüzel kişilerle, küçüklerin ve kısıtlıların, vakıflar ve cemaatler gibi tüzel kişiliği olmayan teşekküllerin mükellef veya vergi sorumlusu olmaları halinde, bunlara düşen ödevlerin, kanuni temsilcileri tarafından yerine getirileceği, yukarıda yazılı olanların bu ödevleri yerine getirmeleri yüzünden mükelleflerin veya vergi sorumlularının varlığından tamamen veya kısmen alınamayan vergi ve buna bağlı alacakların, kanuni ödevlerini yerine getirmeyenlerin varlığından alınacağı hükme bağlanmıştır.

6183 sayılı Kanunun 55'inci maddesinde ise, amme alacağını vadesinde ödemeyenlere, yedi gün içinde borçlarını ödemeleri veya mal bildiriminde bulunmaları lüzumunun bir ödeme emri ile tebliğ olunacağı belirtildikten sonra ikinci fıkrasında; ödeme emrinde borcun aslı ve ferilerinin mahiyet ve miktarları, nereye ödeneceği, müddetinde ödemediği veya mal bildiriminde bulunmadığı takdirde borcun cebren tahsil ve borçlunun mal bildiriminde bulununcaya kadar hapis ile tazyik olunacağının kayıtlı bulunacağı düzenlenmiştir.

Bu duruma göre; kanuni temsilcilerin sorumlu tutulabilmesi için, vergi alacağının şirket tüzel kişiliğinden tahsil olanağının kalmaması ve ödeme emri ile takip edilen kanuni temsilcinin, kanuni ödevleri yerine getirme hususunda yetki ve sorumluluğunun bulunması gerektiği açıktır.

Şirketler Hukukuna göre bir sermaye şirketi olan anonim şirketlerin kimler tarafından idare ve temsil edilecekleri Türk Ticaret Kanununda düzenlenmiştir. Buna göre anılan Kanunun 312'nci maddesinin birinci fıkrasında, anonim şirketlerin, esas mukavelesiyle tayin veya umumi heyetçe seçilmiş, en az üç kişiden oluşan bir idare meclisinin bulunacağı öngörüldükten sonra; 317'nci maddesinde, anonim şirketin idare meclisi tarafından idare ve temsil olunacağı belirtilmiş; aynı Kanunun 319'uncu maddesinin birinci fıkrasında ise, esas mukavelede idare ve temsil işlerinin idare meclisi azaları arasında taksim edilebileceğinin ve bunun yönteminin tespit olunabileceği ve idare meclisinin en az bir azasına şirketi temsil selahiyeti verilebileceği; ikinci fıkrasında ise, esas mukavele ile temsil salâhiyetinin idare işlerinin hepsinin veya bazılarının idare meclisi azası olan murahhaslara veya pay sahibi olmaları zaruri bulunmayan müdürlere bırakılabilmesi konusunda, umumi heyete veya idare meclisine salâhiyet verilebileceği hükme bağlanmıştır.

Belirtilen bu hukuki durumdan anlaşılacağı üzere, alacağın anonim şirketin mal varlığından tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen ya da tahsil edilemeyeceği anlaşılan kısmı için, vergi borcunun doğduğu dönemdeki kanuni temsilcilerin belirlenerek, bunlar adına alacağın tahsili amacıyla ödeme emri düzenlenmiş olması, kanuni temsilcilerin vergisel sorumluluğu müessesesinin kuralları gereğidir.

Olayda, ... Spor Hizmetleri ve Ticaret Anonim Şirketinin 16.3.2001 tarih ve 5284 sayılı Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilan edilen 15.5.2000 gün ve 14 sayılı yönetim kurulu kararıyla Şirketin yönetim kurulu üyeliğine seçilen davacının, Şirketi temsil ve ilzam hususunda yetkilendirilendirildiği; 24.5.2001 tarih ve 5302 sayılı Türkiye Ticaret Sicili

Gazetesi'nde ilan edilen 7.5.2001 gün ve 37 sayılı yönetim kurulu kararıyla, önceki imza sirküleri iptal edilerek, temsil ve ilzam hususundaki yetkisine son verildiği, 8.5.2002 tarih ve 5543 sayılı Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilan edilen 1.5.2002 gün ve 71 sayılı yönetim kurulu kararı ile Şirketi yeniden temsil ve ilzam hususunda yetkilendirilendirilen davacının, bu yetkisinin ve yönetim kurulu üyeliğinin ise, 9.6.2005 tarih ve 6321 sayılı Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilan edilen 4.10.2003 gün ve 105 sayılı yönetim kurulu kararıyla sona erdiği anlaşılmıştır.

Bu itibarla, vergi alacağının doğduğu dönemde kanuni ödevleri yerine getirme hususunda yetki ve sorumluluğu bulunmayan davacının, 213 sayılı Kanunun yukarıda anılan 10'uncu maddesi uyarınca ödeme emri ile takibinde hukuka uyarlık bulunmadığından, bu husus dikkate alınmadan verilen mahkeme kararında isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenle, temyiz isteminin kabulüne, mahkeme kararının bozulmasına, bozma kararı üzerine Mahkemece yeniden verilecek kararla birlikte yargılama giderleri de hüküm altına alınacağından, bu hususta ayrıca hüküm tesisine gerek bulunmadığına, 25.1.2011 gününde oybirliği ile karar verildi.

MOTORLU TAŞITLAR VERGİSİ

T.C.
DANIŞTAY
Yedinci Daire

Esas No : 2009/1018
Karar No : 2010/5597

Özeti : Davacının noterde düzenlenen satış sözleşmesi ile sattığı araca ilişkin motorlu taşıtlar vergisi mükellefiyetinin terkinin istemiyle yaptığı başvurunun reddine dair işlemi iptal eden vergi mahkemesi kararında; yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasında ve davacı vekili lehine vekalet ücreti takdir edilmemesinde isabet görülmediği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan Taraflar : 1- ...
Vekili : ...

2- Ankara Vergi Dairesi Başkanlığı

İstem Özet : Davacı tarafından 24.4.1996 tarihli noter kati satış senedi ile satılan araca ilişkin motorlu taşıtlar vergisi mükellefiyetinin terkinin istemiyle yapılan başvurunun reddine dair işlemi; davacıya ait araç, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 20'nci maddesinin (d) bendinde değişiklik yapan 4262 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce satılmış ise de, davacının, söz konusu Kanun hükmünün yürürlükte olduğu tarihteki başvurusu üzerine, davalı İdarece, satışı yapılan araca ilişkin motorlu taşıtlar vergisi mükellefiyetinin iptal edilmesinin kanun hükmü gereği olduğu gerekçesiyle iptal eden Ankara Beşinci Vergi Mahkemesinin 1.2.2008 gün ve E:2006/1458; K:2008/360 sayılı kararının; davacı tarafından, Mahkemece dava konusu işlemin iptaline karar verildiği halde, yargılama giderlerinin kendileri üzerinde bırakıldığı ve davanın avukat aracılığıyla takip edilmesine karşılık vekâlet ücretine de hükmedilmediği; davalı İdare tarafından, 4199 sayılı Kanunun geçici 10'uncu maddesi kapsamında, bir yıl içinde trafik şube veya bürolarına başvurulmadığı; 4262 sayılı Kanunun da yürürlük tarihinden itibaren hüküm ifade edeceği iddialarıyla bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Davalı İdare tarafından savunma verilmemiş olup, davacı tarafından istemin reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hâkimi Müjgan YILMAZ KARA'nın Düşüncesi: Davacı temyiz istemi yönünden, Mahkemece dava konusu işlemin iptal edilmesine ve davanın avukat aracılığıyla takibi yapılmasına rağmen, yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılması ve vekâlet ücretine de hükmedilmemesi nedeniyle, kararın yargılama giderleri ile vekâlet ücreti yönünden bozulması gerekmektedir.

Davalı idarece verilen temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar ise, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında belirtilen nedenlerden hiçbirisine uymadığından, Mahkeme kararının bozulmasını gerektirir nitelikte görülmediğinden, davalı idare temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı M. Oğuz ULAŞ'ın Düşüncesi: Davacının motorlu taşıtlar vergisi mükellefiyetinin kaldırılması istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemi iptal eden vergi mahkemesi kararının taraflarca bozulması istenmiştir.

Davalı idare temyiz dilekçesinde ileri sürülen hususlar, kararın idare lehine bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir.

Davacı temyiz istemi yönünden ise, karar lehine olan ve davayı avukat vasıtasıyla takip eden davacı adına yargılama giderleri ile avukatlık ücretine hükmedilmediği görüldüğünden, kararın bu nedenle bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Yedinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Temyiz başvuruları; davacı tarafından 24.4.1996 tarihli noter kati satış senedi ile satılan araca ilişkin motorlu taşıtlar vergisi mükellefiyetinin terkinin istemiyle yapılan başvurunun reddine dair işlemi iptal eden mahkeme kararının taraflarca bozulması istemine ilişkindir.

Davalı İdarenin temyiz dilekçesinde öne sürdüğü hususlar, mahkeme kararının bozulmasını gerektirir nitelikte görülmemiştir.

Davacının yargılama giderleri ve vekâlet ücreti yönünden temyiz istemine gelince:

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun "Kararlarda bulunacak hususlar" başlıklı 24'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının (f) bendinde, kararlarda, yargılama giderleri ve hangi tarafa yükletildiğinin belirtileceği hüküm altına alınmış; Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun, anılan Kanunun 31'inci maddesiyle atıfta bulunulan, 417'nci maddesinde, yargılama giderlerinin (kural olarak), aleyhine hüküm verilen tarafa yükletileceği, davada iki taraftan her birinin kısmen haklı çıkması halinde ise, Mahkemenin, yargılama giderlerini, haklı çıkma nispetine göre taraflar arasında paylaştıracağı; 423'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının 6'ncı bendinde de, davanın önemine göre, kanun gereği takdir olunacak vekâlet ücretinin yargılama giderlerine dahil olduğu hükmü yer almıştır.

Dosyanın incelenmesinden, davacı tarafından 24.4.1996 tarihli noter kati satış senedi ile satılan araca ilişkin motorlu taşıtlar vergisi mükellefiyetinin terkinin istemiyle yapılan başvurunun reddine dair işlemin iptali istemiyle açılan davada; Mahkemece, dava konusu işlemin iptaline karar verilmesine, dolayısıyla davacının haklı çıkmasına rağmen, yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakıldığı; ayrıca, davanın açılmasının ve takibinin de avukat aracılığıyla yapılmasına, davacı vekilinin Av. ... olduğu da kararda belirtilmesine karşın, davacı lehine vekâlet ücretine hükmedilmediği anlaşılmıştır.

Bu durumda, davada haksız çıkması veya aleyhine karar verilmesi ya da haksız yere dava açılmasına sebebiyet vermesi söz konusu olmayan davacı aleyhine, yargılama giderlerine hükmedilmesinde yasal isabet yoktur.

Başka bir deyişle; iptalle sonuçlanan davada, yargılama giderlerinin davacıya yüklenmesi; yine avukat vasıtasıyla temsil edilen davacı lehine ise vekâlet ücretine hükmedilmemesi yukarıda açıklanan hükümlere aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle, davalı İdarenin temyiz dilekçesinde ileri sürdüğü iddialar, mahkeme kararının bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmediğinden, davalı İdare temyiz isteminin reddine, davacı temyiz isteminin ise kabulüne, mahkeme kararının yargılama giderleri ve vekâlet ücreti yönünden bozulmasına; bozma kararı üzerine Mahkemece yeniden verilecek kararla birlikte yargılama giderleri de hüküm altına alınacağından, bu hususta ayrıca hüküm tesisine gerek bulunmadığına, 30.11.2010 gününde oybirliği ile karar verildi.

ÖZEL TÜKETİM VERGİSİ

T.C.
DANİŞTAY
Yedinci Daire
Esas No : 2008/403
Karar No : 2010/5621

Özeti : Davacıya ait geri dönüşüm tesisinde "sintine"nin işlenmesinden elde edilen ve üretimde yakıt olarak kullanılan motorinin %2,2 oranına isabet eden kısmının, yabancı menşeli veya transit sefer yapan gemilerden alınan "sintine"den imal edildiğinin somut olarak ortaya konulmadığı; "sintine" nin satın alındığı firma hakkında yapılan tespitin ise, o şirket için hukuki sonuç doğurucu nitelikte olduğu; söz konusu oran esas alınarak davacı adına yapılan özel tüketim vergisi tarhiyatında isabet bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı
Karşı Taraf : ... Birlik Süt ve Süt Mamülleri Anonim Şirketi
Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Davacıya ait geri dönüşüm tesislerinde "sintine"nin işlenmesinden elde edilen ve üretimde yakıt olarak kullanılan motorinin %2,2 oranına isabet eden kısmının yabancı menşeli veya transit sefer yapan gemilerden alınan sintineden imal edildiğinden bahisle, davacı adına, 2004/Mart, Haziran, Eylül ve Aralık dönemleri için özel tüketim vergisi salınmasına ve vergi zıyaı cezası kesilmesine ilişkin işlemleri; olayda, motorin imalinde kullanılan sintinenin satın alındığı ... Denizcilik Akaryakıt Pazarlama Nakliyat Ticaret Limited Şirketi hakkında yapılan vergi incelemesi sonucunda, bu Şirketin 2004 yılındaki sintine alışlarının %2,2 oranına isabet eden kısmının yabancı menşeli veya transit sefer yapan gemilerden olduğu hususu, Şirketin yetkilisinin ifadesi ve üretim miktarlarından hareketle tespit edilmiş ise de; davacının, anılan Şirketten satın aldığı sintinenin ne kadarlık kısmının yabancı menşeli veya transit sefer yapan gemilerden temin edildiği yolunda yapılmış somut bir tespitin bulunmaması karşısında, adı geçen Şirket hakkında hukuki sonuç doğurucu nitelikteki tespiti dayanılarak belirlenen oran esas alınarak davacı hakkında tesis edilen işlemlerde hukuka uyarlık görülmediği gerekçesiyle iptal eden İstanbul Yedinci Vergi Mahkemesinin 14.9.2007 gün ve E:2006/859; K:2007/2000 sayılı kararının; Başbakanlık Gümrük Müsteşarlığı Teftiş Kurulu Başkanlığının 14.11.2003 tarihli yazılarında da belirtildiği gibi, geri kazanım tesislerinin işlevsel açıdan rafinerilerden herhangi bir farkının bulunmadığı; yabancı menşeli veya transit sefer yapan gemilerden alınan sintineden imal edildiğinden daha önce özel tüketim vergisine tabi tutulmamış olan motorini, vergiye tabi olmayan süt ve

süt ürünlerinin imalinde yakıt olarak kullanan davacı hakkında tesis edilen işlemlerin yasal olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: İstem reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hâkimi Ergün GÖKDAM'ın Düşüncesi: Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, 2577 sayılı Kanunun 49'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında sayılan bozma nedenlerine uymadığından, temyiz istemi reddedilerek kararın onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Mukaddes ARAS'ın Düşüncesi: Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49' uncu maddesinin 1'inci fıkrasında belirtilen nedenlerden hiçbirisine girmediğinden, temyiz isteminin reddi ile Vergi Mahkemesi kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Yedinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Dayandığı hukuki ve kanuni nedenlerle gerekçesi yukarıda açıklanmış bulunan mahkeme kararı, aynı gerekçe ve nedenlerle Dairemizce de uygun görülmüş olup, temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar sözü geçen kararın bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığından, temyiz isteminin reddine; kararın onanmasına, 1.12.2010 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGILAMA USULÜ

T.C. DANIŞTAY Yedinci Daire

Esas No : 2009/7121

Karar No : 2011/221

Özeti : İthale konu eşyaya ilişkin olarak düzenlenen kimyagerlik tahlil raporunun, tek başına idari davaya konu edilebilecek bir işlem olmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan: ... Mümessillik ve Dış Ticaret Limited Şirketi

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : Başbakanlık Gümrük Müsteşarlığı adına
Atatürk Havalimanı Gümrük Müdürlüğü

İstemin Özeti : Davacı adına tescilli 7.2.2007 gün ve 39560 sayılı serbest dolaşıma giriş beyannamesi kapsamı eşya için yapılan laboratuvar tahliline ilişkin 12.2.2007 gün ve 19 sıra no'lu raporun iptali istemiyle açılan davayı; 21.2.2007 gününde tebliğ edilen dava konusu işlemin iptali istemiyle, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda öngörülen otuz günlük dava açma süresi geçirilerek 3.4.2007 gününde açıldığı gerekçesiyle, süre aşımı nedeniyle reddeden İstanbul Dördüncü Vergi Mahkemesinin 12.6.2009 gün ve E:2009/1567; K:2009/1557 sayılı kararının; dava konusu işlemin Gümrük İdaresince tesis edilen genel nitelikte bir idari işlem olduğu ve dava açma süresinin altmış gün olarak uygulanması gerektiği ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: İstem reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hâkimi Bülent SEYİTDANLIOĞLU'nun 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:

İdari Yargı, Hukuk Devletinde, hukuka bağlılığı esas olan kamu idaresinin eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğunun, bağımsız yargı yerlerince, yargılama yöntemleri kullanılarak denetlenmesinin sağlanması için var olan yargı düzenidir. Bu yüzden; idari yargı denetiminin işleyebilmesi, idarenin Kamu Hukuku alanında faaliyette bulunmasına; idari nitelikte eylem veya işlem yapmasına bağlıdır. Böyle bir faaliyet olmadan, söz konusu denetimin işletilmesine olanak yoktur. Bu bağlamda, kişilerin hukuk aleminde herhangi bir etki doğurmayan, belirli bir hukuki durumu ya da olguyu belirtmekle yetinen "icrailik" niteliğinden yoksun işlemlerin, idari bir davaya konu edilmesi mümkün bulunmamaktadır. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 14'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasının "d" bendinde yer alan, dava dilekçelerinin, ortada idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi gerekli işlemin olup olmadığı yönünden inceleneceğine; aynı Kanunun 15'inci maddesinin 1'inci fıkrasının "b" bendinde de, böyle bir işlemin bulunmaması halinde, davanın sonraki yargılama işlemlerine girililmeksizin reddedileceğine ilişkin kurallar bu ilkeye dayalıdır.

Olayda; davacı adına tescilli serbest dolaşıma giriş beyannamesi kapsamı eşyanın kozmetik ürün olduğu yolunda düzenlenen kimyagerlik tahlil raporu, tek başına idari davaya konu edilebilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu nitelikte bir işlem olmaması sebebiyle, idari davaya konu edilemeyeceğinden, davayı süre aşımı nedeniyle reddeden mahkeme kararında sonucu itibarıyla isabetsizlik görülmemiştir.

Açıklanan nedenle, temyiz isteminin reddine, 25.1.2011 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. DANIŞTAY Yedinci Daire

Esas No : 2009/7907

Karar No : 2011/223

Özeti : Kanunen belli süre içerisinde karara bağlanma zorunluluğu bulunmayan davada, çalışmaya ara verme döneminde nöbetçi mahkemece karar verilmesinde yargılama usulü kurallarına uyarlık görülmediği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan: ... Alternatif Finansal Kiralama Anonim Şirketi
Karşı Taraf : Başbakanlık Gümrük Müsteşarlığı adına
İzmir TIR Gümrük Müdürlüğü

İstemin Özeti : Davacı adına tescilli 22.11.2007 gün ve 2936 sayılı serbest dolaşıma giriş beyannamesi kapsamı eşya nedeniyle ek olarak olarak tahakkuk ettirilen katma değer vergisine vaki itirazın reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davayı reddeden İzmir Dördüncü Vergi Mahkemesinin 17.3.2009 gün ve E: 2008/543; K: 2009/ 365 sayılı kararının temyizden incelenerek bozulması istemiyle yapılan başvuruyu, süre aşımı nedeniyle reddeden İzmir Dördüncü Vergi Mahkemesinin 7.8.2009 gün ve E:2008/543; K:2009/365; Temyiz No: 2009/920 sayılı kararının; davanın reddi yolundaki mahkeme kararının tebliğ edildiği tarih itibarıyla, Av: ...'nın kendilerini temsil yetkisinin bulunmadığı ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : İstem reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hâkimi Bülent SEYİTDANLIOĞLU'nun 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 : Mahkemece; hernekadar süre aşımı nedeniyle temyiz isteminin reddine karar verilmiş ise de, davacı vekili Av. ... adına düzenlenen vekaletnamenin 31.12.2008 tarihine kadar sınırlı süre ile verildiği, dolayısıyla davacı vekilinin 17.3.2009 tarihli mahkeme kararının tebliğ tarihinde temsil yetkisinin bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda temyiz isteminin süresinde yapıp yapılmadığının belirtilen husus dikkate alınmak suretiyle yeniden karar verilmek üzere mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Yedinci Dairesince işin gereği görüldü:

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 61'nci maddesinin 1'inci fıkrasının, 5219 sayılı Kanunun 11/A maddesiyle değişik birinci cümlesinde, bölge idare, idare ve vergi mahkemelerinin her yıl Ağustos ayının birinden Eylül ayının beşine kadar çalışmaya ara verecekleri; 61'inci maddesinin 1'inci fıkrasının devamında, ancak, yargı çevresine dahil olduğu bölge idare mahkemesinin bulunduğu il merkezi dışında kalan idare ve vergi mahkemelerinin çalışmaya ara vermeden yararlanamayacakları, bu mahkemelerin 62'nci maddedeki sınırlamaya tabi olmaksızın görevlerine devam edecekleri belirtilmiş ve 2'nci fıkrasında da, ara verme süresi içinde; bölge idare mahkemesi başkanının önerisi üzerine, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca, her bölge idare mahkemesi merkezinde idare ve vergi mahkemesi başkan ve üyeleri arasından görevlendirilecek üç hakimin katıldığı bir nöbetçi mahkemenin kurulacağı açıklanmıştır. Aynı Kanunun 62'nci maddesinde ise, nöbetçi mahkemenin, çalışmaya ara verme süresi içinde, yürütmenin durdurulmasına ve delillerin tespitine ait işlerle, kanunen belli süre içinde karara bağlanması gereken işleri göreceği hükme bağlanmıştır.

Olayda ise, davacı adına tescilli beyanname nedeniyle ek olarak olarak tahakkuk ettirilen katma değer vergisine vaki itirazın reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davayı reddeden mahkeme kararının temyizden incelenerek bozulması istemiyle yapılan başvuruya ilişkin olan ve kanunen belli süre içerisinde karara bağlanma zorunluluğu bulunmayan davada, 2577 sayılı Yasanın yukarıda yer verilen 61'inci maddesinin 1'inci fıkrasında öngörülen çalışmaya ara verme dönemine rastlayan 7.8.2009 tarihinde, aynı maddenin 2'nci fıkrası uyarınca oluşturulan nöbetçi mahkemece karar verilmesinde, Yargılama Usulü kurallarına uyarlık görülmemiştir.

Bu nedenle, temyiz isteminin kabulü ile temyize konu mahkeme kararının, görevli ve yetkili İzmir Dördüncü Vergi Mahkemesince karar verilmek üzere bozulmasına; bozma kararı üzerine Mahkemece yeniden verilecek kararla birlikte yargılama giderleri de hüküm

altına alınacağından, bu hususta ayrıca hüküm tesisine gerek bulunmadığına 25.1.2011 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Yedinci Daire

Esas No : 2009/6253

Karar No : 2011/447

Özeti : Antrepoda yapılan sayım sonucu fazla çıkan eşyanın, tasfiye işlemine esas olmak üzere stok kayıtlarına alınması gerektiği hususunun bildirilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davanın, idare mahkemesinin görevine girdiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan: ... Anonim Şirketi

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : Başbakanlık Gümrük Müsteşarlığı adına
Yarımca Gümrük Müdürlüğü

İstemin Özeti : Davacının sahibi olduğu antrepoda yapılan sayım sonucu fazla çıkan fuel oil cinsi eşyanın, tasfiye işlemine esas olmak üzere stok kayıtlarına alınması gerektiği hususunun davacıya bildirilmesine ilişkin 26.2.2009 gün ve 1084 sayılı işlemin iptali istemiyle açılan davanın; 4458 sayılı Gümrük Kanununun 242'nci maddesinde, idari kararlara karşı yedi gün içinde kararı alan gümrük idaresinin bağlı bulunduğu gümrük başmüdürlüğü nezdinde itirazda bulunulabileceği, başmüdürlük kararlarına karşı işlemin yapıldığı gümrük müdürlüğünün bulunduğu yerdeki idari yargı mercilerine başvurulabileceği hükmüne yer verildiği; anılan düzenleme uyarınca idari kararlara karşı doğrudan dava açılmasının mümkün olmadığı, davanın da yedi günlük itiraz süresinden sonra açıldığının anlaşılması karşısında dilekçenin merciiine tevdiinde de hukuki yarar olmadığı gerekçesiyle reddine dair Kocaeli Birinci Vergi Mahkemesince verilen 19.8.2009 gün ve E:2009/411; K:2009/1445 sayılı kararın; dilekçede ileri sürülen nedenlerle bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: İstem reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hâkimi Mahmut KENGER'in Düşüncesi: İdare mahkemesinin görevine giren dava konusu işlemin iptali istemiyle açılan davaya vergi mahkemesince bakılmış olmasında, görev yönünden isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenle, temyiz isteminin kabulüyle, mahkeme kararının görev yönünden bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Nazlı YANIKDEMİR'in Düşüncesi: Temyiz başvurusu; davacı Şirkete ait antrepodaki tankta yapılan kontrolde farklılık tespit edilmesi üzerine, bu fazlalığın stok kayıtlarına alınmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davayı reddeden mahkeme kararının bozulması istemine ilişkindir.

2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanunun 3410 sayılı Kanunun 2'nci maddesiyle değişik 6'ncı maddesinde, "Vergi mahkemeleri;

a) Genel bütçeye, il özel idareleri, belediye ve köylere ait vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezaları ile tarifelere ilişkin davaları,

b) (a) bendindeki konularda 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun uygulanmasına ilişkin davaları,

c) Diğer kanunlarla verilen işleri, çözümler." hükmü yer almış; 5'inci maddesinde de, vergi mahkemelerinin görevine giren davalarla ilk derecede Danıştayda çözümlenecek

olanlar dışında, maddede belirtilen davaların idare mahkemelerince karara bağlanacağı hüküm altına alınmıştır.

Olayda ise, vergi mahkemesince bir davaya bakılabilmesi için gerekli olan ve yukarıda yer verilen hükümlerde sayılan davalardan birinin mevcut olmadığı, dava konusu işlemin, vergilendirme ya da verginin tahsili işlemi olmadığı; vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülük niteliği taşımadığı sonucuna varılmakla, idare mahkemesinin görevine giren davaya vergi mahkemesince bakılmış olmasında görev yönünden yasal isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenle, temyiz isteminin kabulü ile mahkeme kararının bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Yedinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Temyiz başvurusu, davacının sahibi olduğu antrepoda yapılan sayım sonucu fazla çıkan fuel oil cinsi eşyanın, tasfiye işlemine esas olmak üzere stok kayıtlarına alınması gerektiği hususunun davacıya bildirilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davayı reddeden vergi mahkemesi kararının bozulması istemine ilişkindir.

2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri hakkında Kanunun 3410 sayılı Kanunun 2'nci maddesiyle değişik 6'ncı maddesinde, "Vergi Mahkemeleri;

a) Genel bütçeye, il özel idareleri, belediye ve köylere ait vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezaları ile tarifelere ilişkin davaları,

b) (a) bendindeki konularda 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun uygulanmasına ilişkin davaları,

c) Diğer kanunlarla verilen işleri, çözümler." hükmü yer almış; 5'inci maddesinde de, vergi mahkemelerinin görevine giren davalarla ilk derece Danıştayda çözümlenecek olanlar dışında, maddede belirtilen davaların idare mahkemelerince karara bağlanacağı hüküm altına alınmıştır.

Yukarıda değinilen Kanun hükmüne göre, vergi mahkemesince bir davaya bakılabilmesi, maddede sayılan davalardan birinin mevcut olması şartıyla olanaklıdır. Olayda ise, vergilendirmeye ilişkin herhangi bir işlem söz konusu olmayıp, antrepoda fazla çıkan eşyanın stok kayıtlarına alınması hususunu bildirilmesine dair işlem dava konusu edildiğinden, idare mahkemesinin görevine giren davaya vergi mahkemesince bakılmış olmasında, görev yönünden isabet görülmemiştir.

Bu nedenle, temyiz isteminin kabulüne, mahkeme kararının, 2577 sayılı Kanunun 49'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının (a) bendinde yer alan, görev ve yetki dışında bir işe bakılmış olmasının bozma sebebi olduğuna dair hüküm uyarınca bozulmasına; bozma kararı üzerine, Mahkemece, yeniden verilecek kararla birlikte yargılama giderleri de hüküm altına alınacağından, bu hususta ayrıca hüküm tesisine gerek bulunmadığına, 16.2.2011 gününde oybirliği ile karar verildi.

SEKİZİNCİ DAİRE KARARLARI

BELEDİYE İŞLERİ

T.C.
DANIŞTAY
Sekizinci Daire
Esas No : 2011/2237
Karar No : 2011/2623

Özeti : İdarenin eylemi nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen zararın tazmini istemiyle açılan davada hukuken geçerli delil niteliği taşıyan sigorta ekspertiz raporlarının dikkate alınması gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : ... Sigorta A.Ş.

Vekili : Av....

Karşı Taraf : Edirne Belediye Başkanlığı

Vekili : Av....

İstemin Özeti : Davacı şirketin sigortalısına ait işyerinin arka cephesinde bulunan rögardan taşan sular nedeniyle bodrum katında bulunan teşhir ürünlerinin hasarlandığından bahisle sigortalıya ödenen 16.000,00 TL zararın 01.09.2009 tarihinden itibaren hesaplanacak yasal faizi ile birlikte rücu tazmini istemiyle açılan davada; sigortalıya ait işyerinde su basması nedeniyle oluşan zararın nedeninin herhangi bir adli veya idari tespite veya özel şahıslarca tanzim edilen bir tutanağa bağlanmadığı ve bu haliyle zarar ile idarenin sorumluluğu arasında illiyet bağı tespit edilemediğinden idareye atfedilebilecek kusurlu veya kusursuz bir eylem bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddeden Edirne İdare Mahkemesinin 16.12.2010 gün ve E:2010/411, K:2010/1040 sayılı kararının; bilirkişi incelemesi yaptırılması gerektiği öne sürülerek, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması istemidir.

Savunmanın Özeti : Yanıt verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Melek ŞENDİL YAN'ın Düşüncesi : İstem kabulü 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, davacı şirketin sigortalısına ait işyerinin arka cephesinde bulunan rögardan taşan sular nedeniyle bodrum katında bulunan teşhir ürünlerinin hasarlandığından bahisle sigortalıya ödenen 16.000,00 TL zararın 01.09.2009 tarihinden itibaren hesaplanacak yasal faizi ile birlikte rücu tazmini isteminden kaynaklanmıştır.

Anayasanın 125. maddesinde, idarenin kendi eylem ve işleminde doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır.

İdarenin kamu hizmetinin yürütülmesinden doğan zarardan sorumlu tutulmasını gerektiren kurumlardan biri hizmet kusuru olup genel olarak bir kamu hizmetinin kuruluş ve işleyişinde aksaklık ve bozukluk olarak ifade edilmektedir.

İdarenin hukuki sorumluluğunun bir sonucu olan tam yargı davalarındaki amaç, idarenin bir eylemi ya da işlemi nedeni ile uğranılan zararın giderilmesidir. Bu türden bir uyuşmazlık çözümlenirken kesin ve gerçek bir zarar oluşup oluşmadığı ve bu zararın idari hizmetin eksik ya da kusurlu işlemesinden kaynaklanıp kaynaklanmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. İlgilisinin, zararın varlığını, nedenleri ve miktarı ile birlikte belgeleyerek ortaya koyması gereği tam yargı davasının ön koşuludur.

Dava dosyasının incelenmesinden, davacı şirket tarafından, sigortalısına ait işyerinin bodrum katında bulunan teşhir ürünlerinin 11.07.2009 tarihinde yağın yağmur nedeniyle meydana gelen su basması sonucu zarar gördüğü ve bu zararın 14.07.2009 tarihinde yapılan ve 14.08.2009 tarihinde rapora bağlanan ekspertiz incelemesi ile tespit ettirildiğinden bahisle sigortalısına ödenen miktarın olayda hizmet kusuru bulunan davalı Belediyeden rücu tazmini istemiyle bakılmakta olan davanın açılmış olduğu anlaşılmaktadır.

Uyuşmazlığın çözümü; zararı doğuran olayın nedenleri ile zararın miktarını belirleyen ekspertiz raporunun hukuki niteliğinin irdelenmesini gerekli kılmaktadır.

5684 sayılı Sigortacılık Yasasının 2/m maddesinde; "Sigorta Eksperti", sigorta konusu risklerin gerçekleşmesi sonucunda ortaya çıkan kayıp ve hasarların miktarını, nedenlerini ve niteliklerini belirleyen ve mutabakatlı kıymet tespiti, ön ekspertiz ve hasar gözetimi gibi işleri mutlak meslek olarak yapan tarafsız ve bağımsız kişi olarak tanımlanmıştır.

Aynı Yasanın 22. maddesinde, sigorta eksperliğinin gerçek veya tüzel kişilerce yapılacağı belirlenerek, sigorta eksperliği ile ilgili ayrıntılı düzenlemelere yer verilerek, sigorta eksperleri olabilmek koşulları, mesleki faaliyetlerinin kapsamı, denetimi ve faaliyetin gereği gibi yerine getirilmemesi halinde uygulanacak müyyediler de belirlenmiştir.

Bu maddenin 17. fıkrasında, maddi hasarla sonuçlanan trafik kazaları için yetkili sigorta eksperleri tarafından düzenlenmiş örneği İçişleri Bakanlığınca tespit olunacak raporun, sigorta tazminatının ödenmesinde Karayolları Trafik Yasasının 99. maddesindeki kaza ve zarara ilişkin tespit tutanağı hükmünde olduğu, eksperler tarafından düzenlenen raporların delil niteliği taşıdığı; 19. fıkrasında da , sigorta eksperlerinin sigortacı veya sigorta ettiren ya da sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler tarafından serbestçe tayin edileceği kurala bağlanmıştır.

Bu maddeye dayanılarak yürürlüğe konulan Sigorta Eksperleri Yönetmeliğinde sigorta eksperliği kursları, sınavları ve stajı düzenlenmiş, stajı tamamlayanlara TOBB'ne başvurmaları üzerine Hazine Müsteşarlığınca ruhsatname verileceği kurala bağlanmıştır.

Bu kurallardan anlaşılacağı üzere, sigorta hukukunda tazminat yükümlüğünün belirlenmesi açısından sigorta ekspertiz müessesine yer verilerek sigorta ekspertizlerine hukuki bir statü kazandırılmıştır.

Ekspertiz raporlarının delil niteliği taşıdığını belirleyen Yasa kuralı ile sigorta ekspertizlerinin sigortalayan ve sigorta ettirene karşı tarafsız ve bağımsız çalışma ilkeleri gereği tazminat yükümlüğünü doğuran olayların nedenlerini de ortaya koyan raporlarının hukuken geçerli belge niteliği taşıdığı kabulü zorunludur.

Uyuşmazlık konusu olayda, davacı sigorta şirketinin talebi üzerine sigortalısının uğradığı zararı tespit eden sigorta ekspertiz şirketi raporunun incelenmesinden, 11.07.2009 günü bölgede yaşanan şiddetli yağış nedeniyle sigortalı işyerinin bulunduğu binanın arka cephesindeki rögarın taşarak sigortalı işyerinin yan cepheye açılan kapısından içeriye dolması sonucu hasarın meydana geldiğinin sigorta ile yapılan görüşme ve incelemeler sonucu tespit edilerek zararın miktarının da hesaplanmış olduğu görülmektedir.

Davalı idarenin savunmasında ise; o tarihte bölgede yağış olduğu kabul edilmekte ve kanalizasyon şebekesinin bakımının zamanında yapılarak yağmur sularına karşı önlemler

alınmış olduğu beyanından başka, zararın idarenin yürüttüğü hizmetin dışında başka bir sebeple gerçekleştiğini ortaya koyacak bir tespitte bulunulmamaktadır.

Bu açıklamalar karşısında uyuşmazlık konusu olayda hukuken geçerli delil niteliği taşıdığı anlaşılan ekspertiz raporu dikkate alınmak suretiyle oluşan zarar ile idarenin yürüttüğü hizmet arasında nedensellik bağının var olduğu kabul edilerek tazminata hükmedilmesi gerekmektedir.

Bu durumda, tazminat istemini reddeden Mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, Edirne İdare Mahkemesi kararının bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın anılan Mahkemeye gönderilmesine 11.05.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Sekizinci Daire

Esas No : 2011/3806

Karar No : 2011/3391

Özeti : 5355 sayılı Mahalli İdare Birlikleri Yasası'ndaki kural ve süreçlerle oluşturulmuş olan ve 6172 sayılı Sulama Birlikleri Yasası'na göre henüz yeniden oluşturulmamış olduğu anlaşılan, Sivas İli Suşehri Sulama Birliği meclis üyeliğinden düşürülme isteminin 5355 sayılı Yasa'daki kurallara göre değerlendirilerek istemin kabulü hakkında.

İstemde Bulunan : Sivas Valiliği

Karşı Taraf : ...

İstemin Özeti : Sivas İli Suşehri Sulama Birliği Meclis üyesi olan ...'in

seçilme yeterliliğini kaybettiğinden bahisle meclis üyeliğinden düşürülmesi istemidir.

Savunmanın Özeti : Kamu haklarından yasaklanmadığı, Sulama Birliği Yasasının yürürlüğe girmesi nedeniyle özel yasanın uygulanması gerektiği, bu Yasa uyarınca seçilme yeterliliğini kaybetmediğinden, istemin reddi gerektiği savunulmuştur.

Danıştay Tetkik Hakimi Melek ŞENDİL YAN'ın Düşüncesi : İstemın kabulü gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Yücel BULMUŞ'un Düşüncesi : İstem, Sivas Valiliğince, Sivas İli Suşehri İlçesi Sulama Birliği meclis üyesi olan ...'in 5393 sayılı Belediye Kanunun 29. maddesinin son fıkrası uyarınca üyelikten düşürülmesine ilişkindir.

5355 sayılı Mahalli İdare Birlikleri Yasasının 11. maddesinin son fıkrasında, birlik meclis üyeliğinin sona ermesi ile ilgili olarak Belediye Kanununun belediye meclislerine ilişkin hükümlerinin uygulanacağı kurala bağlanmış, 5393 sayılı Belediye Kanununun 29. maddesinin son fıkrasında ise, belediye meclis üyeliğine seçilme yeterliliğinin kaybedilmesi durumunda, valinin bildirmesi üzerine Danıştay tarafından üyeliğin düşmesine karar verileceği hükmüne yer verilmiştir.

2972 sayılı Yerel Yönetimler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkındaki Kanunun 9. maddesinde; 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Yasasının 11. maddesinde belirtilen sakıncaları taşımamak şartıyla yirmibeş yaşını dolduran her Türk vatandaşının belediye başkanlığına, il genel meclisi ve belediye meclisi üyeliğine seçilebileceği hükmü yer almış, 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Yasasının 11. maddesinin (e) fıkrasında da , taksirli

suçlar hariç, toplam bir yıl veya daha fazla hapis veya süresi ne olursa olsun ağır hapis cezasına hüküm giymiş olanların milletvekili seçilemeyeceği hükme bağlanmıştır.

Öte yandan 22.3.2011 gün ve 27882 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6172 sayılı Sulama Birlikleri Kanununun Birlik Meclisine üyelik şartları, seçilme esasları, görev ve yetkileri başlıklı 6. maddesiyle özel düzenleme getirilmiş olup, bu 6. maddenin (b) bendinde "26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı beş yıl veya daha fazla süreyle yada Devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan mal varlığı değerini aklama, kaçakçılık, vergi kaçakçılığı veya haksız mal edinme suçlarından hapis cezasına mahkum olmamak" birlik meclisine üyelik şartları arasında sayılmış, yine 6172 sayılı Yasanın 9. maddesinin (1) Nolu bendinde, Başkan'ın, birlik meclisinin üyeleri arasından birlik meclisi tarafından seçileceği, kuralı yer almış aynı 9.maddenin (6) nolu bendinde de, Birlik organlarını oluşturan üyelerin, bu kanunun 6 ıncı maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerindeki gerekçelerle hüküm giyerek seçilme yeterliliklerini kaybetmeleri durumunda; bahse konu üyeler için meclis tarafından kalan süreyi tamamlamak üzere yeni başkan, yönetim veya denetim kurulu üyesi seçileceği, ancak, bu durumda boşalan meclis üyeliği için seçim yapılamayacağı, belirtilerek üyeliğin kaybedilmesine ilişkin de hüküm getirilmiştir bulunmaktadır.

Görüldüğü üzere, yukarıda anılan 6172 sayılı Yasadan önce, birlik meclis üyeliğinin sona ermesiyle ilgili olarak Belediye Kanununun belediye meclislerine ilişkin hükümleri ve dolayısıyla 2972 sayılı ve 2839 sayılı Yasaların ilgili hükümleri uygulanmakta iken, Sulama Birlikleri Kanunu ile özel bir düzenleme yapıldığı anlaşılmaktadır. Her ne kadar bu düzenleme yapılırken, birlik meclis üyeliğinin sona ermesi ile ilgili olarak Belediye Kanununun, belediye meclislerine ilişkin hükümlerinin uygulanacağına ilişkin 5355 sayılı Mahalli İdare Birlikleri Yasasının 11.maddesinin son fıkrasının halen yürürlükte olduğu, bu durumun, sulama birliği üyeliğinin düşürülmesi konusunda hangi Yasanın uygulanacağı konusunda bir tereddüt yarattığı görülmekte ise de, 6172 sayılı Sulama Birlikleri Kanununun birlik organları ve üyeleri ile ilgili özel yasa niteliğinde olduğu ve artık sulama birliği üyeliğinden düşürülme konusunda 6172 sayılı Yasanın üyelik şartlarına ilişkin hükümlerinin uygulanması gerektiği, istem konusu olayında bu Yasa hükümlerine göre değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, Suşehri Sulama Birliği üyesi olan ...'in daha önce birlik başkanı olarak görev yaparken müessir fiil, silahlı müessir fiil ve 6136 sayılı Yasaya muhalefet etme suçu ile yargılandığı ceza davasında Şebinkarahisar Ağır Ceza Mahkemesinin 27.2.2008 gün ve 2008/15 sayılı kararı ile 3 yıl 4 ay hapis cezası ile cezalandırıldığı bu kararın Yargıtayca onandığı, bu mahkumiyet nedeniyle de 2839 sayılı Yasanın yukarıda anılan hükmü uyarınca seçilme yeterliliğini kaybettiği nedeniyle Danıştay Sekizinci Dairesinin 2.6.2010 gün ve E:2009/9144, K:2010/3173 sayılı kararı ile birlik başkanlığından düşürüldüğü, ancak Suşehri Sulama Birliğinin 20.12.2010 tarihinde tekrar ...'i birlik başkanlığına seçmesi üzerine, bu sefer bu kişinin birlik üyeliğinden düşürülmesi isteminin Sivas Valiliğince gündeme getirildiği anlaşılmaktadır.

Olayda ...'in ... Ağır Ceza Mahkemesinin 27.12.2008 günlü kararı ile 3 yıl 4 ay hapis cezası ile cezalandırıldığı, Yargıtay'ca onanan suçunun 6172 sayılı Yasada sayılan ve süre sınırı aranmayan suçlardan olmadığı gibi "kasten işlenen ve 5 yıl ve daha fazla süreyle hapis" gerektiren bir suç olmadığı görüldüğünden, 6172 sayılı yasaya göre sulama birliği üyeliğine seçilme şartlarını kaybetmediği sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenle istemin reddi gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

İstem, Sivas İli Suşehri Sulama Birliği Meclis üyesi olan ...'in seçilme yeterliğini kaybettiğinden bahisle meclis üyeliğinden düşürülmesine ilişkindir.

Anayasanın 127. maddesinde, mahalli idarelere ilişkin kurallara yer verilerek bu maddenin son paragrafında; mahallî idarelerin belirli kamu hizmetlerinin görülmesi amacı ile, kendi aralarında Bakanlar Kurulunun izni ile birlik kurmaları, görevleri, yetkileri, maliye ve kolluk işleri ve merkezî idare ile karşılıklı bağ ve ilgilerinin yasayla düzenleneceği belirlenmiştir.

Anayasanın bu hükmüne dayanan 5355 sayılı Mahalli İdare Birlikleri Yasasının 19. maddesinde, sulama birliklerinin hukuki niteliği düzenlenmişken 22.3.2011 gün ve 27822 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6172 sayılı Sulama Birlikleri Yasasının 21. maddesi ile 5355 sayılı Yasanın 19. maddesi yürürlükten kaldırılarak sulama birliklerinin 5355 sayılı Yasa ile olan bağlantısı sona erdirilmiştir.

Ancak 6172 sayılı Yasanın mevcut birliklerin hukuki durumunu düzenleyen Geçici 1. maddesinin 1. fıkrasında; bu Yasanın yürürlüğe girdiği tarihte 5355 sayılı Mahalli İdare Birlikleri Yasasına göre kurulmuş olan sulama birliklerinin onsekiz ay içinde durumlarını bu Yasaya uygun hale getirmek zorunda oldukları, aksi takdirde bu birliklerin tüzel kişiliğinin kendiliğinden sona ereceği ve bu birliklerin valinin görevlendireceği vali yardımcısı başkanlığında; defterdarlık, tarım il müdürlüğü, DSİ bölge müdürlüğü ve il mahalli idareler müdürlüğü yetkililerinden oluşan tasfiye komisyonu tarafından en geç iki ay içinde tasfiye edileceği, birliğin tüm hak, alacak, borç ve 657 sayılı Devlet Memurları Yasasına tabi olmayan personeli ile birliğe ait taşınır ve taşınmazların bu Yasaya istinaden kurulan yeni birliğe devrolunacağı kurala bağlanmıştır.

Böylece, 5355 sayılı Yasadaki kurallara uygun olarak kurulmuş olan sulama birlikleri için yeni yasal kurallara göre yeniden oluşturulmaları için bir geçiş süreci öngörülmüştür.

Böyle bir geçiş süreci öngörülmesinin sebebi; 5355 sayılı Yasada düzenlenen birliklerin hukuki niteliği ile 6172 sayılı Yasada yapılan düzenlemeler ile sulama birliklerine kazandırılan hukuki niteliğin birbirinden farklı olmasından kaynaklanmaktadır.

5355 sayılı Yasada aralarında sulama birliklerinin de yer aldığı birlikler yerel yönetim niteliği taşımakta ve bu şekilde örgütlenmekte iken sulama birliklerini ayrıca ve özel olarak düzenleyen 6172 sayılı Yasa ile sulama birliklerinin 5355 sayılı Yasada öngörülen şekli ile yerel yönetim niteliğinin ortadan kaldırılmış olduğu anlaşılmaktadır.

5355 sayılı Yasada birlik üyelerinin hukuki statüsü, birlik organlarının oluşumu 6172 sayılı Yasadan tamamen farklı olduğu gibi birlik başkanlığının sona ermesi, meclisin feshi, meclis üyelerinin yükümlülüğü gibi konularda Belediye Yasasına yapılan atfı 6172 sayılı Yasada yer almamıştır.

6172 sayılı Yasada yer alan kurallar incelendiğinde, sulama birliklerinin Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğünden (DSİ) devir alınan tesislere yönelik mahalli ve müşterek ihtiyaç niteliğindeki hizmet ve faaliyetleri yürütmek üzere su kullanıcısı olarak tanımlanan gerçek ya da tüzel kişilerce hazırlanan birlik ana statüsünün DSİ'nin görüşü alınarak DSİ'nin bağlı olduğu bakanlıkça onaylanması sonucu kamu tüzel kişiliği kazandığı belirlenerek birlik organlarını oluşturan üyeler için seçilme yeterliği şartı da ayrıca düzenlenmiştir.

Nitekim 6172 sayılı Yasanın gerekçesinde, sulama birliklerinin belediye ve köy tüzel kişiliklerinin katılımı ile kurulması, görev ve yetkileri konusunda belediye meclisi, başkanı ve encümenin yetkilerine atıfta bulunan hükümler nedeniyle, büyük ölçüde genel ve yerel idarelerin tabi olduğu, ancak sulama işletmeciliğinin tabiatı ve ekonomik işleyişle, doğal kaynak olan su üzerindeki tasarruf açısından denetlemenin yapılabilmesiyle bağdaşmayan yasal düzenlemelerin bu birliklerin işlemlerinde ve denetiminde sıkıntılar yarattığından bu konuda yasal bir düzenlemenin gerektiği belirlenmiştir.

Yine Yasanın gerekçesinde, DSİ'ye ait tesislerin, bu tesislerden istifade eden kişiler tarafından işletilmesinin amaçlanarak bu tesislerin Anayasanın 168 ve 6200 sayılı Devlet Su İşleri Umum Müdürlüğü Teşkilat ve Vazifeleri Hakkında Yasanın 2. maddesinin 1. fıkrasının k bendi uyarınca demokratik katılımcılığı sağlayan yerel sivil toplum örgütü olarak ve mahalli idareler sınırları ile bağlı olmayan sulama birlikleri adı altında kurulacak birliklere devrinin öngörüldüğü ve bu birliklerin yaptığı işlerin kamu hizmeti niteliği taşıması nedeniyle kamu tüzel kişiliği olduğuna işaret edilmiştir.

Bu açıklamalar ve 6172 sayılı Sulama Birlikleri Yasasının mevcut birliklerin hukuki durumunu düzenleyen geçici maddesi dikkate alındığında, 5355 sayılı Yasadaki kurallara göre kurulmuş olan birliklerin tüzel kişilikleri sona erdirilerek 6172 sayılı Yasada öngörülen süreçte göre yeniden tüzel kişilik kazanana kadar hukuki statüsünün oluşturulduğu yasa kurallarına tabi olacağı açıktır.

5355 sayılı Yasa ile oluşturulan birliklerin seçimle gelen organların organlık sıfatlarını kaybetmelerine ilişkin istemler, bu Yasada Belediye Yasasına yapılan atıf doğrultusunda incelenmektedir.

Bu bakımdan, 5355 sayılı Yasadaki kural ve süreçlerle oluşturulmuş olan ve 6172 sayılı Yasaya göre henüz yeniden oluşturulmamış olduğu anlaşılan Sivas İli Suşehri Sulama Birliği meclis üyeliğinden düşürülme isteminin de 5355 sayılı Yasadaki kurallara göre değerlendirilmesi gerekmektedir.

5355 sayılı Mahalli İdare Birlikleri Yasasının 11. maddesinin son paragrafında; birlik meclislerinin toplantıları, kararları, çalışma esas ve usulleri, bilgi edinme ve denetim yolları, feshi, meclis üyeliğinin sona ermesi, ihtisas komisyonu üyelerinin seçimi ile meclis üyelerinin yükümlülükleri hakkında bu Yasada hüküm bulunmayan durumlarda, Belediye Yasasının belediye meclislerine ilişkin hükümlerinin uygulanacağı kurala bağlanmıştır.

5393 sayılı Belediye Yasasının "meclis üyeliğinin sona ermesi" başlıklı 29.maddesinin son paragrafında da, belediye meclisi üyeliğine seçilme yeterliğinin kaybedilmesi durumunda, Valinin bildirmesi üzerine Danıştay tarafından üyeliğin düşmesine karar verilir kuralına yer verilmiştir.

2972 sayılı Yerel Yönetimler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkındaki Kanunun 9.maddesinde; 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Yasasının 11.maddesinde belirtilen sakıncaları taşımamak şartıyla, yirmibeş yaşını dolduran her Türk vatandaşının belediye başkanlığına, il genel meclisi ve belediye meclis üyeliğine seçilebileceği hükmü yer almıştır.

Öte yandan, 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununun 11.maddesinin (e) fıkrasında da; taksirli suçlar hariç, toplam bir yıl veya daha fazla hapis veya süresi ne olursa olsun ağır hapis cezasına hüküm giymiş olanların milletvekili seçilemeyeceği kurala bağlanmıştır.

Halen Sivas İli Suşehri Sulama Birliği Meclis üyesi olan ...'in adı geçen Sulama Birliğinin Başkanı iken müessir fiil, silahlı müessir fiil ve 6136 sayılı Yasaya muhalefet suçu ile yargılanması sonucu Şebinkarahisar Ağır Ceza Mahkemesinin 27.2.2008 gün ve E:2008/1, K:2008/15 sayılı kararı ile 3 yıl 4 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verildiği ve bu karar Yargıtayca onanarak kesinleşmiş olduğundan, Dairemizin 2.6.2010 gün ve E:2009/9144, K:2010/3173 sayılı kararı ile başkanlıktan düşürülmesine karar verilmiştir. Bu karara yapılan itiraz üzerine İdari Dava Daireleri Kurulunun 25.08.2010 gün ve E:2010/2172, K:2010/1332 sayılı kararı ile itiraz reddedilmiştir.

İlgilinin söz konusu hapis cezası nedeniyle 2839 sayılı Yasanın yukarıda aktarılan maddesi hükmü uyarınca meclis üyesi seçilme yeterliğini de kaybettiği açıktır.

Açıklanan nedenlerle, istemin kabulü ile Sivas İli Suşehri Sulama Birliği Meclis üyesi ...'in meclis üyeliğinden düşürülmesine 29.06.2011 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

AZLIK OYU

Sivas İli Suşehri Sulama Birliği Meclis üyesi olan ...'ın Şebinkarahisar Ağır Ceza Mahkemesinin 27.2.2008 günlü ve E:2008/1, K:2008/15 sayılı kararı ile 3 yıl 4 ay hapis cezası ile cezalandırılması ve kararın kesinleşmesi üzerine Sivas Valiliğinin 04.05.2011 tarihli ve 2081 sayılı yazısı ile, adı geçenin, 5393 sayılı Belediye Yasasının 29/son maddesi uyarınca meclis üyeliğinden düşürülmesi talep edilmektedir.

Suşehri Sulama Birliği 5355 sayılı Mahalli İdare Birlikleri Yasasının 19. maddesi çerçevesinde faaliyet gösterirken, birlik başkanlığının sona ermesi, meclisin feshi, meclisi üyelerinin üyelik sıfatlarını kaybetmeleri gibi hususlarda 5393 sayılı Belediye Kanunu, 2972 sayılı Yerel Yönetimler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkındaki Kanun ve 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Yasası hükümlerinin uygulanması ve bu konulardaki istemlerin Danıştayca karara bağlanması öngörülmüştür.

22.3.2011 gün ve 27822 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6172 sayılı Sulama Birlikleri Kanunu ile sulama birlikleri özel olarak düzenlenmiş ve 5355 sayılı Mahalli İdare Birlikleri Yasası kapsamında çıkarılmıştır. Bu çerçevede sulama birliklerinin yapısı, üyelik koşulları, birlik organları ayrıca düzenlenmiştir.

6172 sayılı Kanunun 9/6 maddesinde; birlik organlarını oluşturan üyelerin, Kanunun 6/1-a,b bentlerindeki gerekçelerle hüküm giyerek seçilme yeterliliklerini kaybetmeleri durumunda, bahse konu üyeler için meclis tarafından kalan süreye tamamlamak üzere yeni başkan, yönetim veya denetim kurulu üyesi seçileceği; ancak bu durumda boşalan meclis üyeliği için seçim yapılamayacağı hususu düzenlenmiştir.

Görüldüğü üzere 6172 sayılı Kanun, meclis üyeliğinin sona erdirilmesi hususunda doğrudan doğruya görev vermediği gibi, bu konuda Danıştaya görev veren bir başka düzenlemeye de atıfta bulunmamıştır.

Öte yandan; 6172 sayılı Kanunun Geçici 1. maddesinin ilk cümlesinde, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte (22.3.2011 tarihinde) 26.5.2005 tarihli ve 5355 sayılı Mahalli İdare Birlikleri Kanununa göre kurulmuş olan sulama birliklerinin onsekiz ay içinde durumlarını bu Kanuna uygun hale getirmek zorunda oldukları belirtilmiştir.

Söz konusu maddede, 5355 sayılı Kanununa göre kurulmuş olan sulama birliklerinin durumlarını 6172 sayılı Kanuna uygun hale getirinceye kadar 5355 sayılı Kanuna tabi olacaklarına ilişkin açık bir hüküm bulunmadığı gibi, maddenin yukarıda belirtilen cümlesinden de bu durumdaki sulama birliklerinin 5355 sayılı Kanuna tabi olacakları sonucu da doğmamaktadır.

Yukarıda açıklanan hukuksal gerekçelere adı geçenin sulama birliği meclis üyeliğinden düşürülmesi hususunun 6172 sayılı Kanun çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği; Kanunda bu hususta Danıştaya bir yetki verilmemiş olması karşısında, Sivas Valiliğinin incelemeye konu isteminin incelenmeksizin reddi gerektiği görüşü ile aksi yöndeki çoğunluk kararına katılmıyorum.

KAMU KURUMU NİTELİĞİNDE MESLEK KURULUŞLARI

T.C.
DANIŞTAY
Sekizinci Daire

Esas No : 2008/6707
Karar No : 2011/2949

Özeti : Serbest Muhasebeci Mali Müşavir olan davacının, davalı idareye ait olan internet sitesinin forum

sayfasına aleyhine yazılı olan ve kaldırılması istemiyle başvurmasına rağmen kaldırılmayan hakaret ve küfürler nedeniyle manevi tazminata hükmedilmesi gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : ...

Vekili : Av....

Karşı Taraf : Gaziantep Serbest Muhasebeci ve Mali Müşavirler Odası Başkanlığı

Vekili : Av. ...

İstem Özet : Serbest muhasebeci mali müşavir olan davacının, davalı idareye ait olan internet sitesinin forum sayfasında aleyhine yazılı olan ve kaldırılması istemiyle başvurmasına rağmen kaldırılmayan hakaret ve küfürler nedeniyle 40.000,00 TL manevi tazminata hükmedilmesi istemiyle açtığı davada; davalı idarenin internet sitesindeki forum sayfasının odanın meslekle ilgili olmayan bir faaliyeti olduğu, buradaki görüş ve yayınların bunları yazan kişilerin kişisel görüşlerini ifade ettiği ve bunların kişisel sorumluluklarını doğuracağı, ortada davalı idarenin eylem ve işleminden kaynaklanan bir nedenle davacının acı ve üzüntüye düştüğünden veya şeref ve haysiyetinin incindiğinden söz edilemeyeceğinden manevi tazminat verilmesini gerektirecek bir durumun bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddeden Gaziantep 1. İdare Mahkemesinin 05.03.2008 gün ve E:2007/251, K:2008/312 sayılı kararının; hakaretlerin yayınlanmasında idarenin sorumlu olduğu öne sürülerek, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca temyizden incelenerek bozulması istemidir.

Savunmanın Özeti : Yanıt verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Melek ŞENDİL YAN'ın Düşüncesi : İstem kabulü gerektiği düşünülmektedir.

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince işin gereği görüldü:

Uyuşmazlık, serbest muhasebeci mali müşavir olan davacının, davalı idareye ait olan internet sitesinin forum sayfasında aleyhine yazılı olan ve kaldırılması istemiyle başvurmasına rağmen kaldırılmayan hakaret ve küfürler nedeniyle 40.000,00 TL manevi tazminata hükmedilmesi istemine ilişkindir.

İdarenin hukuki sorumluluğundan söz edilmesi için ortada bir zararın bulunması ve bunun idareye yüklenebilen bir işlem veya eylemden doğması, başka bir deyişle zararlı idari faaliyet arasında illiyet bağı bulunması gerekmektedir. İdarenin kamu hizmetinin yürütülmesinden doğan zarardan sorumlu tutulmasını gerektiren durumlardan birisi de hizmet kusurudur. İdarenin hizmet kusurunu oluşturan eylemi nedeni ile uğranılan zarar tazminle yükümlü olduğu idare hukuku ilkelerindendir. İdarenin hukuki sorumluluğunun bir sonucu olan tam yargı davalarındaki amaç, idarenin bir eylemi ya da işlemi nedeni ile uğranılan zararın giderilmesidir.

Öte yandan, idarenin manevi tazminatla yükümlü kılınabilmesi ise, yine idarenin bir eylem ya da işlemi nedeniyle kişinin manevi ve ruhsal açıdan hissettiği büyük üzüntü ve elemnin adaletin sağlanmış olması duygusu ile azaltılması ve telafi edilmesi amacına yönelik

olabileceği de açıktır. Başka bir anlatımla, manevi tazminat patrimonuanda meydana gelen bir eksilmeyi karşılamaya yönelik bir tazmin aracı olmayıp, manevi tatmin aracıdır. Başka türlü giderim yollarının bulunmayışı veya yetersiz kalışı, manevi tazminatın parasal olarak belirlenmesini zorunlu hale getirmektedir. Manevi tazminata hükmedilmesi için idarenin hukuka aykırı bir işlemi veya eylemi sonucu ağır bir elem ve üzüntü duyulmuş olması veya şeref ve haysiyetinin rencide edilmiş bulunması gerekir.

Dava dosyasının incelenmesinden, davacının davalı idareye ait olan internet sitesinin forum sayfasında yazılar yazdığı, bu yazılara yönelik bazı kişilerin de davacı aleyhine hakaret ve küfür içeren görüşlerini aynı internet sitesinin forum sayfasında yayınladığı, davacının şahsına yönelik bu yazıların yayınlanmasının engellenmesi için 28.10.2005 tarihinde başvurusuna karşın yazıların kaldırılmaması nedeniyle 12.1.2007 tarihinde yaptığı başvuru ile tazminat isteminde bulunarak herhangi bir ödemede bulunulmaması üzerine bakılmakta olan davanın açılmış olduğu anlaşılmaktadır.

Uyuşmazlığın çözümü, davacının kendisini manevi olarak zarara uğrattığını iddia ettiği yayınların niteliğinin belirlenmesinin yanısıra bu yayınların kaldırılması ya da kaldırılmaması konusunda davalı idarenin bir kusuru ve sorumluluğunun bulunup bulunmadığının tespitini gerekli kılmaktadır.

Davalı idareye ait ve genel kullanıma açık olan internet sitesindeki yayınların herkes tarafından okunabildiği açık olup, davalı idarenin kendisine ait internet sitesini denetleme yetkisi bulunmadığından söz etmek mümkün değildir.

Nitekim davacının davalı idareye söz konusu yayınların kaldırılması istemiyle yaptığı başvuruya verilen yanıtta, Odanın internet komisyonunun bu konuda yetkisi olduğu da açıkça belirtilmiştir.

Yine davalı idare, Mahkemeye verdiği savunma dilekçesinde, davacının yayınlanmamasını istediği açıklamaların davacı tarafından ilgili kişi hakkında açılan davada delil olarak kullanılmak üzere silinmeyerek davanın açılmasından sonra da yayınlanmaya devam edildiği beyan edilmiştir.

Öte yandan davacının kendisine bu davanın konusunu teşkil eden ifadeleri nedeniyle hakaret ettiğinden bahisle Kartal 1. Sulh Ceza Mahkemesinde açtığı dava sonucu ilgili kişi adli para cezası ile cezalandırılmıştır.

Bu açıklamalar karşısında, Kartal 1. Sulh Ceza Mahkemesince hakaret suçunun işlendiğine karar verilmiş olduğu dikkate alındığında, davacının hakaret niteliği taşıdığını ileri sürdüğü yayınları denetiminde ve sorumluluğunda bulunan internet sitesinden kaldırmayan davalı idarenin hizmet kusuru işlemiş olduğu açıktır.

Bu durumda, davacının kendisine yönelik hakaret niteliği taşıyan yayınlardan dolayı manevi zarara uğramış olması nedeniyle davacının kişisel durumu ve olayın niteliği gözönüne alınarak takdir edilecek bir oranda manevi tazminata hükmedilmesi gerekmektedir.

Bu nedenle tazminat isteminin reddine ilişkin kararda hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle Gaziantep 1. İdare Mahkemesi kararının bozulmasına, dosyanın yeniden bir karar verilmek üzere anılan Mahkemeye gönderilmesine 01.06.2011 gününde oybirliği ile karar verildi.

KARA ULAŞIMI VE TRAFİK

T.C.
DANIŞTAY
Sekizinci Daire
Esas No : 2008/5755
Karar No : 2011/3923

Özeti : Dairemizin 19.1.2011 gün ve E:2007/8946, K:2011/150 sayılı kararı uyarınca Karayolları Trafik Yönetmeliği'nde belirtilen özellikleri taşısa dahi teknik cihazla yapılan ölçüme itiraz mümkün olduğundan, alkolmetre cihazı ile yapılan ölçüme itiraz ettiği anlaşılan davacı hakkında, sağlık kurumunda yeni bir ölçüm yapılmadan tesis edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : ...

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

Karşı Taraf : İzmir Valiliği

İstemin Özeti : İzmir İl Emniyet Müdürlüğüne bağlı ekiplerce yapılan kontrollerde alkollü olarak araç kullandığı tespit edilen davacının sürücü belgesinin 2918 sayılı Yasanın 48. maddesi uyarınca iki yıl süreyle geri alınmasına ilişkin 18.06.2007 gün ve 26620 sayılı sürücü belgesi geri alma tutanağı ile 561,00 TL idari para cezası verilmesine ilişkin aynı gün ve 914780 sayılı trafik idari para cezası tutanağının iptali istemiyle açılan davada; davacının Karayolları Trafik Yönetmeliğinde belirtilen teknik cihazla yapılan ölçümle alkol oranının tespit edildiği ve anılan Yönetmelik uyarınca kandaki alkol oranının tespiti için ayrıca kan üzerinden bir ölçüm yapılmasına ihtiyaç bulunmadığı anlaşıldığından, Karayolları Trafik Yönetmeliğinde belirtilen alkol sınırını aşan ve sürücü belgesi daha önce 6 ay süreyle geri alınmış bulunan davacı hakkında tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddeden İzmir 2.İdare Mahkemesinin 12.12.2007 gün ve E:2007/1084;K:2007/1819 sayılı kararının; davacının itirazına rağmen sağlık kurumunda ölçüm yapılmadığı ileri sürülerek 2577 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca temyizden incelenerek bozulması istemidir.

Savunmanın Özeti : İstem reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Volkan ÇAKMAK'ın Düşüncesi : Dairemizin 19/1/2011 gün ve E:2007/8946;K:2011/150 sayılı kararı ile oluşan yeni hukuki durum uyarınca, Karayolları Trafik Yönetmeliğinde belirtilen özelliklere sahip olsa da, teknik cihazla yapılan ölçüme itiraz edilmesi mümkün olup bu itiraz üzerine kan üzerinden ya da teknik cihazla yeniden ölçüm yapılması gerektiğinden; alkol oranının tespiti için yapılan ölçüme itiraz ettiği açık olan davacı hakkında itirazı üzerine yeniden bir ölçüm yapılmadan tesis edildiği anlaşılan işlemlerde hukuka uyarlık bulunmadığı ve temyize konu kararın bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Hüseyin YILDIZ'ın Düşüncesi : Davacının, alkollü araç kullandığı iddiasıyla, sürücü belgesinin 2 yıl süreyle geri alınmasına ve 561.000 TL para cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davayı reddeden İzmir 2. İdare Mahkemesinin 12.12.2007 günlü E:2007/1084, K:2007/1819 sayılı kararının davacı tarafından temyizden incelenerek bozulması istenmektedir.

2918 sayılı Trafik Yasasının 48. maddesi ile Karayolları Trafik Yönetmeliğinin 97. maddesinde alkollü içki almak suretiyle araç kullanan sürücülerin tespit ve teşhisinde uygulanacak usul ve esasları belirtilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, 18.6.2007 günü saat 01.57 sıralarında yapılan trafik kontrolünde ... plaka sayılı aracın sürücüsü olan davacının 1.12 promil alkollü olarak araç kullandığının tespiti üzerine ilgilinin trafik ceza tutanağını imzalamaktan kaçındığının söz konusu tutanağı düzenleyen memur tarafından tutanağa not olarak düşünüldüğünün anlaşılması karşısında, davacının tutanak içeriğine itiraz ettiği tartışmasız olduğu halde, kanındaki alkol oranının belirlenmesinin temini için kan tahlili yaptırmak üzere adli tıp merkezine veya Sağlık Bakanlığına bağlı sağlık kuruluşlarına gönderilmesi mevzuat gereği bir zorunluluk iken, bu zorunluluk yerine getirilmeksizin tesis olunan işlem hukuka aykırılık oluşturduğundan iptali gerekirken, aksi yönde verilen mahkeme kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, Mahkeme kararının bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Uyuşmazlık; İzmir İl Emniyet Müdürlüğüne bağlı ekiplerce yapılan kontrollerde alkollü olarak araç kullandığı tespit edilen davacının sürücü belgesinin 2918 sayılı Yasanın 48. maddesi uyarınca iki yıl süreyle geri alınmasına ilişkin 18.06.2007 gün ve 26620 sayılı sürücü belgesi geri alma tutanağı ile 561,00 TL idari para cezası verilmesine ilişkin aynı gün ve 914780 sayılı trafik idari para cezası tutanağının iptali isteminden doğmuştur.

2918 sayılı Yasanın "Alkollü İçki, Uyuşturucu veya Keyif Verici Maddelerin Etkisi Altında Araç Sürme Yasağı" başlıklı 48. maddesinin 1. fıkrasında, uyuşturucu veya keyif verici maddeleri almış olanlar ile alkollü içki almış olması nedeniyle güvenli sürme yeteneklerini kaybetmiş kişilerin, karayolunda araç sürmelerinin yasak olduğu hükme bağlanmış, 2.fıkrasında da uyuşturucu veya keyif verici maddelerin cinsleri ile alkollü içkilerin etki dereceleri ve kandaki miktarlarını tespit amacıyla trafik zabıtalınca teknik cihazlar kullanılacağı, tespit usulleri ve muayene şartlarının Sağlık Bakanlığının görüşüne uygun olarak hazırlanacak yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir.

Yukarıda belirtilen yasa hükmü uyarınca çıkarılan Karayolları Trafik Yönetmeliğinin alkollü içki almış sürücülerin teknik cihazla yapılan ölçüme itiraz etmeleri halinde kan tahlili yoluyla alkol oranının tespit edileceğini belirleyen 97. maddesinin c bendi; 18.05.2007 gün ve 26526 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Karayolları Trafik Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 23. maddesiyle değiştirilmiş olup; cihazla yapılan ölçüme itiraz, yönetmelikte belirtilen teknik özelliklere sahip olmayan cihazlarla ölçüm yapılması, mütevaciz davranışlarda bulunulması veya cihazla yapılan ölçüme mukavemet gösterilmesi gibi şartlara bağlanmış ayrıca itiraz üzerine yapılacak ölçümde yine teknik cihazın kullanılabilmesi veya kan tahlili imkanının bulunmadığı hallerde kurum hekiminin muayene edebileceği hüküm altına alınmıştır.

Dairemizin 19/1/2011 gün ve E:2007/8946;K:2011/150 sayılı kararı ile Karayolları Trafik Yönetmeliğinin 97. maddesinin C bendinin 4 numaralı alt bendinde yer alan; "bu bendin (1) numaralı alt bendinde belirtilen teknik özelliklere sahip olmayan cihazlarla yapılan ölçümlere vaki itirazlar ile mütevaciz davranışlarda bulunulması veya cihazla yapılan ölçüme mukavemet edilmesi gibi durumlarda sürücüler Adli Tıp Kurumu, Adli Tabiplik veya Sağlık Bakanlığına bağlı resmi sağlık kuruluşlarına olay anından itibaren en geç iki saat içinde sevk edilerek" cümlesi iptal edilmiştir.

Bu durumda; Dairemizin anılan kararı ile oluşan yeni hukuki duruma göre, Yönetmelikte belirtilen özelliklerde olsa dahi cihazla yapılan ölçümlere itiraz edilebilmesi ve

itiraz halinde tekrar bir ölçümün kan üzerinden ya da teknik cihazla yapılması gerektiği açıktır.

Somut olayda, davacının, 18.06.2007 günü trafik görevlilerince yapılan kontrolde teknik cihazla yapılan ölçüme ilişkin çıktığı imzalamadığı ve bu ölçüme itiraz ettiği açık olduğundan, yeni bir ölçüme tabi tutulmadan hakkında işlem tesis edildiği anlaşılmaktadır.

Yukarıda yapılan açıklamalar karşısında, davacının teknik cihazla yapılan ölçüme itirazı üzerine yeni bir ölçüm yapılması ve bulunacak sonuca göre işlem tesis edilmesi gerekirken, bu husus dikkate alınmadan tesis edilen işlemlerde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, İzmir 2. İdare Mahkemesi kararının bozulmasına dosyanın yeniden bir karar verilmek üzere anılan Mahkemeye gönderilmesine 15.09.2011 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Sekizinci Daire

Esas No : 2008/5065

Karar No : 2011/3982

Özeti : Davacının alkollü araç kullandığından bahisle sürücü belgesinin iki yıl süreyle geri alınmasına ve idari para cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işlemlerin mevzuat uyarınca davacı hakkında yasal sınırın üzerinde alkol aldığı kabulü ile işlem yapılabilmesi için, davacının idaresindeki aracın karayolunda seyir halinde iken trafik ekiplerince durdurulması ve mevzuata uygun ölçüm yapılması gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : ...

Vekili : Av....

Karşı Taraf : Antalya Valiliği

İstemin Özeti : Davacının alkollü araç kullandığından bahisle sürücü belgesinin 2 yıl süreyle geri alınmasına ilişkin 25.2.2007 gün ve 075252 sayılı geri alma tutanağı ile 561,00 TL trafik para cezası ile cezalandırılmasına ilişkin 25.2.2007 gün ve 312351 sayılı trafik para cezası tutanağının iptali istemiyle açılan davada; davacının 25.2.2007 gününde bir şahıs ile yaşadığı tartışma neticesinde polis merkezine götürüldüğü, burada alınan ifadelerden davacının kavga ettiği şahıs ile karşılaştığı yere alkollü bir şekilde araç kullanarak geldiğinin anlaşıldığı, trafik ekiplerince alkolmetre cihazı ile yapılan ölçümde 1.95 promil alkollü çıkan davacının tutanakları itiraz etmeksizin imzaladığı, hakkında yapılan genel adli muayene raporunda da 2.04 promil alkollü çıktığı belirtilerek dava konusu işlemlerde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddeden Antalya 2. İdare Mahkemesinin 28.12.2007 gün ve E:2007/659,K:2007/2128 sayılı kararının; aracın evin önünde park halinde olduğu, alkollü araç kullanılmadığı öne sürülerek, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması istemidir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Emine Ferdane PANDIR'ın Düşüncesi : İstem in reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Radiye TİRYAKİ'nin Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari

Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince işin gereği görüldü:

Uyuşmazlık; davacının alkollü araç kullandığından bahisle sürücü belgesinin 2 yıl süreyle geri alınmasına ilişkin 25.2.2007 gün ve 075252 sayılı geri alma tutanağı ile 561,00 TL trafik para cezası ile cezalandırılmasına ilişkin 25.2.2007 gün ve 312351 sayılı trafik para cezası tutanağının iptali isteminden kaynaklanmıştır.

2918 sayılı Karayolları Trafik Yasasının 48. maddesinde, uyuşturucu veya keyif verici maddeleri almış olanlar ile alkollü içki almış olması nedeniyle güvenli sürme yeteneklerini kaybetmiş kişilerin kara yolunda araç sürmelerinin yasak olduğu hükme bağlanmış olup, 15.01.2003 gün ve 24994 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 4785 sayılı Yasanın 3. maddesiyle değişik ikinci paragrafında, uyuşturucu veya keyif verici maddelerin cinsleri ile alkollü içkilerin etki dereceleri ve kandaki miktarlarını tespit amacıyla, trafik zabıtasınca teknik cihazlar kullanılacağı, tespit usulleri ve muayene şartlarının, Sağlık Bakanlığının görüşüne uygun olarak hazırlanacak yönetmelikte düzenleneceği belirtilmiş, müteakip paragraflarda da, bu madde hükmüne uymayan sürücülerin derhal araç kullanmaktan men olunacağı, Yönetmelik ile belirtilen miktarların üzerinde alkollü araç kullandığı tespit edilen sürücülerin, suçun işlendiği tarihten itibaren geriye doğru beş yıl içinde ilk defasında sürücü belgelerinin altı ay süreyle geri alınacağı, ikinci defasında iki yıl süreyle geri alınacağı hükme bağlanmıştır.

Karayolları Trafik Yönetmeliğinin değişik 97.maddesinin 3.fıkrasının (c) bendinde, alkollü içki almış sürücülerin ve kanlarındaki alkol miktarının tespit esasları altı fıkra halinde düzenlenmiş, maddenin (c) bendinin 1.fıkrasında, alkollü olarak araç kullandığından şüphe edilen sürücülerin; alkol tespitine ilişkin tarih, saat ve ölçüm sonucu ile cihaza ait seri numarasını gösterir çıktı verebilen ve kalibrasyon ayarı yapılmış teknik cihazlar kullanılarak trafik zabıtası tarafından kontrol edileceği, 4.fıkrasında, bu bendin (1) numaralı alt bendinde belirtilen teknik özelliklere sahip olmayan cihazlarla yapılan ölçümlere vaki itirazlar ile mütevaciz davranışlarda bulunulması veya cihazla ölçüme mukavemet gösterilmesi gibi durumlarda sürücülerin adli tıp kurumu, adli tabiplik veya Sağlık Bakanlığına bağlı resmi sağlık kuruluşlarına olay anından itibaren en geç iki saat içerisinde sevk edilerek (1) numaralı alt bentte belirtilen teknik özelliklere sahip teknik cihazın özelliklerine eşdeğer özelliklerdeki teknik cihazlarla veya kan aldirmek suretiyle alkol tespitlerinin yaptırılacağı, yapılan tespitin değerlendirilmesinde; tespiti yapan kurum/kuruluş tarafından olay anından tespit yapıldığı ana kadar geçen süre de göz önünde bulundurularak sonucun belirleneceği ve çıkan sonuca göre yasal işlem gerçekleştirileceği, 5. fıkrasında, kandaki alkol miktarının teknik cihazlarla ve kan alınarak laboratuvarında tespit imkanlarının bulunmadığı hallerde, alkollü olarak araç kullandığından şüphe edilen sürücülerin en yakın resmi sağlık kuruluşuna sevk edilerek, kurum hekimi tarafından alkol muayenesinden geçirilecekleri düzenlenmiş, (b) bendinin 2.fıkrasında, alkollü içki almış olarak araç kullandığı tespit edilen araç sürücülerinin kanlarındaki alkol miktarı 0,50 promilin üstünde olanların araç kullanamayacakları belirtilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden; 25.2.2007 tarihinde davacının bir şahıs ile market çıkışında yaşadığı tartışma neticesinde Yenikapı Polis Merkezine götürüldüğü, burada alınan ifadelerden davacının alkollü araç kullanarak olay yerine geldiğinin anlaşılması üzerine merkeze trafik ekiplerinin çağrıldığı, trafik ekiplerince merkezde yapılan alkol kontrolünde davacının 1.95 promil alkollü çıkması üzerine dava konusu işlemlerin tesis edildiği ve

davacının bu işlemleri itiraz etmeksizin imzaladığı, davacının market çıkışında bir şahıs ile yaşadığı tartışma nedeniyle darp raporu almak üzere sevk edildiği Antalya Devlet Hastanesinden alınan genel adli muayene raporunda da davacının 2.04 promil alkollü olduğunun saptandığı anlaşılmıştır.

Bu durumda, davacının yukarıda anılan mevzuat uyarınca yasal sınırın üzerinde alkol aldığı kabulü ile hakkında yasal işlem yapılabilmesi için, davacının idaresindeki aracın karayolunda seyir halinde iken trafik ekiplerince durdurulması ve mevzuata uygun ölçüm yapılması gerekirken, yaşanan tartışma olayı nedeniyle götürüldüğü polis merkezine çağrılan trafik ekiplerince yapılan ölçüm sonucu tanzim edilen tutanağa istinaden tesis edilen dava konusu işlemlerde hukuka uyarlık bulunmamıştır.

Açıklanan nedenlerle, Antalya 2. İdare Mahkemesi kararının bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın anılan Mahkemeye gönderilmesine 19.9.2011 gününde oybirliği ile karar verildi.

ÖĞRENCİ İŞLERİ (YÜKSEKÖĞRETİM)

T.C.
DANIŞTAY
Sekizinci Daire
Esas No : 2010/8818
Karar No : 2011/257

Özeti : Yükseköğretim mevzuatında, öğrencilerin kampüse girişinin yasaklanmasına dair bir düzenleme yer almadığından ve davacı hakkında da açılmış bir soruşturma bulunmadığından, davacının üniversite kampüsüne girişinin yasaklanmasına dair işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : ...

Karşı Taraf : ... Üniversitesi Rektörlüğü

Vekili : Av....

İstem Özet : Davacının ... Üniversitesine girmesinin yasaklanmasına dair 08.03.2007 tarihli ilan işleminin iptali istemiyle açılan davada; davacının 5316 sayılı Af Yasasından yararlanarak tanınan üç sınav hakkından başarılı olamaması üzerine Hukuk Fakültesi Yönetim Kurulu kararıyla kaydının silindiği, kampüse her isteyen alınılmasının güvenlik gereği olduğu, kaydı bulunmayan davacının da kampüse alınmasının mümkün olmadığı, bu nedenle tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddeden İstanbul 4. İdare Mahkemesinin 16.04.2010 gün ve E:2010/638, K:2010/693 sayılı kararının; işlem tarihinde halen öğrenci olduğu öne sürülerek, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması istemidir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Yüksel IRİZ'in Düşüncesi : Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği uyarınca, yükseköğretim kurumlarında eğitim gören öğrenciler hakkında soruşturma süresiyle ve yükseköğretim kurumu binalarıyla sınırlı olarak giriş yasağı konabilmektedir. Ne Yönetmelikte ne de diğer yükseköğretim mevzuatında, öğrencilerin kampüse girişinin yasaklanmasına dair bir düzenleme yer almadığından, davacının Üniversite

kampüsüne girişinin yasaklanmasına dair işlemde hukuka uyarlık bulunmamakta olup, aksi yöndeki İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince işin gereği görüldü:

Uyumsuzluk, davacının ... Üniversitesine girmesinin yasaklanmasına dair 08.03.2007 tarihli ilan işleminin iptali isteminden kaynaklanmaktadır.

Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinin "Soruşturma Sırasında Tedbir" başlıklı 18. maddesinde;"Soruşturmacılar; zaruri gördükleri takdirde soruşturma süresince, sanık öğrencilerin yükseköğretim kurumu binalarına girmesinin yasaklanması hususunda karar verilmesini disiplin soruşturmasını yaptırmaya yetkili merciden isteyebilirler. Yetkili mercinin kararı uygulanır.

Öğrencinin, disiplin suçu işlendikten sonra yükseköğretim kurumu içinde yer değiştirmesi veya yükseköğretim kurumunu değiştirmiş bulunması veya yükseköğretim kurumundan her ne sebeple olursa olsun ayrılmış olması, soruşturma açılmasına, devamına ve gerekli kararların alınmasına engel teşkil etmez." hükmü yer almaktadır.

Dosyanın incelenmesinden, ... Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğrencisi iken, azami öğrenim süresi içinde mezun olamadığından bahisle kaydı silinen davacının, 5316 sayılı Yasa uyarınca kaydını yenilemek suretiyle yeniden öğrencilik sıfatı kazandığı, 08.03.2007 tarihinde ders seçmek üzere kampüse geldiğinde, fotoğraflı, kişisel öğrenci bilgilerini içeren ve üzerinde "kampüse girişi yasaktır" ibaresi bulunan belgenin giriş kapısına asılarak, kampüse girişinin özel güvenlik görevlileri tarafından fiilen engellendiği iddiasında bulunarak, ... Üniversitesine girişinin yasaklanmasına dair işlemin iptali istemiyle bu davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Yukarıda aktarılan mevzuat hükmü uyarınca, disiplin suçu işlediği iddia olunan öğrenciler hakkında disiplin soruşturması açıldığında, soruşturmacı, zaruret gördüğü takdirde ve soruşturma süresince, disiplin soruşturmasını yaptırmaya yetkili merciden, sanık öğrencilerin yükseköğretim kurumu binalarına girmesinin yasaklanması hususunda karar verilmesini isteyebilmektedir. Yetkili merci tarafından ilgili öğrencinin yükseköğretim kurumu binalarına girmesinin yasaklanmasına dair bir karar alınması durumunda ise, bu karar uygulanarak öğrencinin anılan yerlere girmesi engellenebilecektir. Ancak, buradaki yaptırım soruşturma süresiyle ve yükseköğretim kurumu binalarıyla sınırlı olarak konabilmektedir.

Bu durumda, ne yukarıda belirtilen düzenlemede ne de yükseköğretim mevzuatında, öğrencilerin kampüse girişinin yasaklanmasına dair bir düzenleme yer almadığından ve davacı hakkında da açılmış bir soruşturma bulunmadığından, davacının Üniversite kampüsüne girişinin yasaklanmasına dair işlemde hukuka uyarlık bulunmamakta olup, aksi yöndeki İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Öte yandan, davacının kaydının silinmesi nedeniyle Üniversite kampüsüne girişinin yasaklandığı belirtilmiş ise de, davacının kaydı 20.03.2007 gün ve 67 sayılı Hukuk Fakültesi Yönetim Kurulu kararıyla silinmiş, dava konusu işlem ise 08.03.2007 tarihinde tesis edilmiştir. Dolayısıyla, işlemin tesis edildiği tarihte davacının kaydı da silinmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, İstanbul 4. İdare Mahkemesi kararının bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın anılan Mahkemeye gönderilmesine 25.01.2011 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Sekizinci Daire
Esas No : 2010/1718
Karar No : 2011/2902

Özeti : Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği'nin 10/h maddesine göre yükseköğretim kurumundan çıkarma cezası verilebilmesi için suça konu fiilin yükseköğretim kurumu içinde işlenmesi gerektiği; kampüs alanı dışındaki fiillerin sözkonusu madde hükmü tatbik edilmek suretiyle cezalandırılmayacağı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : ...

Vekili

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

Karşı Taraf

: Adıyaman Üniversitesi Rektörlüğü

Vekili

: Av. ...

İstemin Özeti

: Adıyaman Üniversitesi Turizm ve Otelcilik İşletmeciliği öğrencisi

olan davacının, Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinin 10/(h) maddesi uyarınca; yükseköğretim kurumundan çıkarma cezası ile cezalandırılmasına ilişkin 4.5.2007 gün ve 2007/13-4 sayılı Adıyaman Üniversitesi Disiplin Kurulu kararının iptali istemiyle açılan davada; davacının yükseköğretim kurumu içinde bıçak taşıdığı hususu, gerek kendi ifadesi gerekse emniyetin 19.1.2009 günlü tutanağı ile sabit olduğundan tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddeden Şanlıurfa İdare Mahkemesinin 30.10.2009 gün ve E:2009/736, K:2009/1725 sayılı kararının; bıçağı üniversite dışında taşıdığı, alt cezanın tartışılmadığı öne sürülerek, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması istemidir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Hilal AKTEMUR DERMANCIOĞLU'nun 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 görüldü:

Uyuşmazlık; Adıyaman Üniversitesi Turizm ve Otelcilik İşletmeciliği öğrencisi olan davacının, yükseköğretim kurumundan çıkarma cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işlemin iptali isteminden doğmuştur.

2547 sayılı Yasanın "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinin c bendinde; "Yükseköğretim Kurumları: Üniversite ile yüksek teknoloji enstitüleri ve bunların bünyesinde yer alan fakülteler, enstitüler, yüksekokullar, konservatuvarlar, araştırma ve uygulama merkezleri ile bir üniversite veya yüksek teknoloji enstitüsüne bağlı meslek yüksekokulları ile bir üniversite veya yüksek teknoloji enstitüsüne bağlı olmaksızın ve kazanç amacına yönelik olmamak şartı ile vakıflar tarafından kurulan meslek yüksekokullarıdır." hükmü yer almaktadır.

Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinin 10. maddesinin (h) bendinde; 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkındaki Kanun"a muhalefet ederek, ateşli silahlarla, mermilerini ve bıçaklarla saldırı ve savunmada kullanılmak üzere özel olarak yapılmış bulunan diğer aletleri, patlayıcı maddeleri taşımak, yükseköğretim kurumları içinde bulundurmak veya bu suçlardan mahkum olmak, fiilin yükseköğretim kurumundan çıkarma cezasını gerektiren disiplin suçlarından olduğu düzenlemesine yer verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden; 19.1.2007 günü Üniversite kampüsü dışında iki öğrenci grubu arasında yaşanan tartışma sonrasında kavga çıktığı, bu kavga sırasında öğrencilerden ikisinin hayati tehlikeye maruz kalacak düzeyde bıçakla yaralanmasının akabinde olayda aktif olarak yer alan ve davacının da içinde olduğu öğrenci grubu hakkında soruşturma başlatıldığı, soruşturmacı tarafından Disiplin Yönetmeliğinin 9 (e) maddesi gereğince cezalandırılmasının önerildiği, mağdur öğrencinin savcılıkta verdiği ifadesinde davacının kendisini bıçaklayan kişi olmamakla beraber kendisini tuttuğunu bildirdiği, Üniversite Disiplin Kurulu tarafından, davacının yaralamaya iştirak ettiği ve bıçak taşıdığını ikrar ettiğinden önerilen ceza uygun bulunmayarak, dava konusu işlemin tesis edilmesi üzerine bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Yukarıda yer alan mevzuat hükümlerinin değerlendirilmesinden; Yönetmeliğin 10/h maddesinde belirtilen fiil nedeniyle, bu Yönetmeliğe göre ceza verilebilmesi için, disiplin cezasına konu fiilin yükseköğretim kurumu içinde işlenmesi gerektiği; tartışmasızdır.

Olayda; davacının disiplin cezasına konu olan eylemin içinde yer aldığı sabit ise de, bıçak taşıma ve yaralama fiilin kampüs dışında ve kamuya açık bir alanda işlendiği görülmüş olup; fiilin cezalandırılmasının önkoşulu olan "yükseköğretim kurumu içinde bıçak taşıma" koşulunun gerçekleşmediği ve olayın adli bir vaka olması nedeniyle adli kovuşturmanın başlatıldığı açıktır.

Bu durumda; davacının eyleminin Yükseköğretim Kurumları Disiplin Yönetmeliğinin 10 (h) maddesi kapsamında değerlendirilerek cezalandırılmasına yönelik işlemde ve aksi gerekçe ile verilen mahkeme kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, Şanlıurfa İdare Mahkemesi kararının bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın anılan Mahkemeye gönderilmesine 30.05.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi .

T.C.
DANIŞTAY
Sekizinci Daire

Esas No : 2011/2516
Karar No : 2011/3616

Özeti : ... Üniversitesi Hukuk Fakültesi dekanından alınan izinle derslere devam zorunluluğuna uymaksızın alınan diplomanın denkliğinin kabul edilemeyeceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : ...

Vekili : Av....

İstemin Özeti : ... Üniversitesi Hukuk Fakültesinden mezun olan davacının, diplomasına denklik belgesi verilmesi talebiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin

Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı Yürütme Kurulu'nun 10.03.2010 günlü ve 8 sayılı kararını bildiren Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı'nın 08.04.2010 günlü ve 12251 sayılı işleminin iptali istemiyle açılan davada; okul idaresinin derslere devam konusunda mazeretini kabul ettiği davacının, sınav dönemlerinde okula devam ederek derslerinde başarılı olmak suretiyle okuldan mezun olarak almaya hak kazandığı diplomaya, beş yıllık eğitim öğretim süresince yurtdışı giriş ve çıkışlarının eksik olduğundan bahisle denklik verilmemesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle işlemi iptal eden Ankara 4. İdare Mahkemesinin 22.12.2010 gün ve E:2010/881 K:2010/2132 sayılı kararının; davacının derslere katılım zorunluluğu olmasına karşın katılmadığı ileri sürülerek, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca temyizden incelenerek bozulması istemidir.

Savunmanın Özeti : İstem reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Mevlüt BEDEL'in Düşüncesi : İstem kabulü ile Mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince işin gereği görüldü:

Uyuşmazlık, ... Üniversitesi Hukuk Fakültesinden mezun olan davacının, diplomasına denklik belgesi verilmesi talebiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı Yürütme Kurulu'nun 10.03.2010 günlü ve 8 sayılı kararını bildiren Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı'nın 08.04.2010 günlü ve 12251 sayılı işleminden doğmuştur.

... Üniversitesi Lisans Eğitim-Öğretim Süresiyle Sınav Ve Değerlendirme Esaslarına İlişkin Yönetmeliğin, "Devam Zorunluluğu" başlıklı 8. maddesinde; öğrencilerin derslere, uygulamalara ve sınavlara katılmak zorunda oldukları, öğrencilerin devam durumlarının ilgili öğretim elemanı tarafından izleneceği kuralına yer verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, 12.9.2003 tarihinde ... Üniversitesi Hukuk Fakültesinde eğitime başlayan davacının, ... Üniversitesi Rektörlüğü'ne verdiği 30.9.2003 tarihli dilekçesi ile ailevi nedenlerden ötürü okula devam etme konusunda istediği izin Rektörlükçe kabul edildiği ve davacının 13.7.2009 tarihinde mezun olarak, 2.2.2010 tarihinde diplomasına denklik verilmesi istemiyle davalı idareye yaptığı başvurunun incelenmesi aşamasında yurtdışı giriş çıkış belgesinden, beş yıllık eğitim öğretim süresince giriş çıkışlarının eksik olduğunun tespit edilmesi üzerine, devam koşulunu taşımayan öğrenciye diploma düzenlendiğinden bahisle davacının denklik başvurusunun reddine ilişkin dava konusu işlemin tesis edildiği, anlaşılmaktadır.

Olayda, davacının devam şartını yerine getirmeden mezun olduğu ihtilafsızdır.

Her ne kadar, davacının Rektörlükten izin almak suretiyle devamsızlık yaptığı sabit ise de, ilgili Yönetmeliklerde kayıt dondurma ya da mazeret sınavına girme şartlarındaki mazeretlerin nasıl ispat edileceği düzenlenmiş olup, mazeret niteliğinde olmayan durumların kabulüne ve Rektörlüğün böyle bir başvuruda izin vermeye yetkili olduğuna ilişkin kurallara yer verilmemiştir.

Bu nedenle, Rektörlükçe davacının mazeretinin kabul edilerek davacıya izin verilmesinde hukuki bir dayanak olmadığı gibi, açık yetki de bulunmamaktadır.

Şu hale göre, ... Üniversitesi Lisans Eğitim Öğretim Süresiyle Sınav Değerlendirme Esaslarına ilişkin Yönetmelikte derslere devam zorunluluğu öngörülmesine karşın; Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyetine giriş ve çıkışlarına ilişkin kayıtlar, davacının devamsızlık

yapabilmek için üniversiteden aldığı izin ve davacı beyanlarından, davacının derslere devam zorunluluğunu yerine getirmediği sabit olduğundan, bu nedenle de Yurtdışı Yüksek Öğretim Diplomaları Denklik Yönetmeliğinin 7/c maddesinde belirtilen mezuniyet için kazanılması gereken, ulusal kredi, bilgi, beceri ve yeterlilik açısından Türk Yükseköğretim programına eşdeğerliliğini sağlamasına olanak bulunmadığından, dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Bu durumda, davanın reddedilmesi gerekirken, aksi yönde verilen Mahkeme kararında yasal isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, Ankara 4. İdare Mahkemesi kararının bozulmasına yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın anılan Mahkemeye gönderilmesine 11.07.2011 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Sekizinci Daire

Esas No : 2008/6792

Karar No : 2011/4077

Özeti : Davacının, öğrencisi olduğu okuldan kaydının silinmesini yazılı olarak istediği ve kendisinin bu talebi üzerine kaydının silindiği anlaşıldığından, davacının daha önce öğrencisi olduğu Gaziosmanpaşa Üniversitesi Niksar Meslek Yüksekokulu Muhasebe Bölümüne yeniden kaydının yapılması isteminin reddine ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : ...

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : Gaziosmanpaşa Üniversitesi Rektörlüğü

Vekili : Av. ...

İstem Özet : Davacının, daha önce öğrencisi olduğu Gaziosmanpaşa Üniversitesi Niksar Meslek Yüksekokulu Muhasebe Bölümüne yeniden kaydının yapılması isteminin reddine ilişkin Niksar Meslek Yüksekokulu Müdürlüğünün 21.5.2007 gün ve 382/428 sayılı işleminin iptali istemiyle açılan davada; davacının öğrencisi olduğu okuldan kaydının silinmesini yazılı olarak istediği ve kendisinin bu talebi üzerine kaydının silindiği anlaşıldığından, Gaziosmanpaşa Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim, Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin 27. maddesinin (f) fıkrası gereğince, davacının yeniden kaydının yapılması isteminin reddine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddeden Tokat İdare Mahkemesinin 24.3.2008 gün ve E:2008/144, K:2008/266 sayılı kararının; davacının psikolojik bir bunalım sonucu oluşan irade bozukluğuna bağlı olarak kaydının silinmesi talebinde bulunduğu öne sürülerek, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması istemidir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi İbrahim ÖZERDEM'in Düşüncesi : İstem reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Yücel BULMUŞ'un Düşüncesi : Uyuşmazlık Gaziosmanpaşa Üniversitesi Niksar Meslek Yüksek Okulunda öğrenci iken kendi talebi ile kaydı silinen davacının tekrar kayıt yapılması isteminin reddedilmesine ilişkin işlemde doğmuştur.

Olayda davacının kendi talebi ile kaydının silindiği açıksa da bunu maddi ve psikolojik sıkıntıya düşerek yaptığı anlaşılmaktadır. Her ne kadar psikolojik bunalıma düştüğüne ilişkin bir sağlık raporu bulunmamakta ise de dosya içeriğinden bu tür bir sıkıntıyla hareket ettiği anlaşılmaktadır. Bu durumda davacının tekrar kayıt talebinin kabulünün hakkaniyete uygun düşeceği sonucuna varıldığından aksi yöndeki mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince işin gereği görüldü:

İdare ve Vergi Mahkemeleri tarafından verilen kararların temyiz yolu ile incelenip bozulabilmeleri 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasasının 49. maddesinin 1. fıkrasında yazılı nedenlerin bulunmasına bağlıdır.

İdare Mahkemesince verilen kararın dayandığı gerekçe usul ve yasaya uygun olup, bozulmasını gerektiren bir neden bulunmadığından, temyiz isteminin reddi ile anılan kararın onanmasına ve yargılama giderlerinin temyiz isteminde bulunan üzerinde bırakılmasına 21.9.2011 gününde oybirliği ile karar verildi.

ÜNİVERSİTESİ MENSUPLARI

T.C. DANIŞTAY Sekizinci Daire

Esas No : 2011/1980
Karar No : 2011/3911

Özeti : Üniversiteye araştırma görevlisi atanmasına ilişkin üniversite yönetim kurulunun getirdiği kriterlerde yetki yönünden hukuka uyarlık bulunmadığı, bu kriterlerin mevzuat uyarınca Üniversite Senatosu tarafından getirilebileceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası

Vekili : Av....

Karşı Taraf : Yıldız Teknik Üniversitesi Rektörlüğü

Vekili : Av....

İstemin Özeti : 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 50/d maddesi uyarınca istihdam edilen araştırma görevlilerinin aynı Yasanın 33/a maddesi uyarınca istihdam edilebilmeleri için öngörülen kriterlere ilişkin Yıldız Teknik Üniversitesi Yönetim Kurulu'nun 10.12.2009 günlü ve 26 sayılı kararının 12. maddesinin iptali istemiyle açılan davada; eğitimin kalitesini yükseltmek amacıyla getirilen atama kriterlerinin nesnel nitelik taşıdıklarından bahisle, dava konusu düzenlemede hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddeden İstanbul 3. İdare Mahkemesinin 26.11.2010 gün ve E:2010/399, K:2010/1925 sayılı kararının; araştırma görevlisi kadrosuna atanmak için getirilen kriterlerin, yardımcı doçentlik kadrosuna atanma kriterleri ile aynı olması nedeniyle, yasaya aykırılık teşkil ettiği öne sürülerek, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca temyizden incelenerek, bozulması istemidir.

Savunmanın Özeti : Mahkeme kararının onanması gerektiği savunulmaktadır .

Danıştay Tetkik Hakimi Mevlüt BEDEL'in Düşüncesi : Yasal mevzuat uyarınca üniversitenin eğitim, öğretim faaliyetlerinin esasları hakkında karar alma yetkisinin,

Üniversitenin akademik organı olan Senatoya ait olması nedeniyle, Üniversite Yönetim Kurulu tarafından kararlaştırılan atama kriterlerinde yetki yönünden hukuka uyarlık bulunmamaktadır. Bu nedenle davanın reddi yönündeki İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Radiye TİRYAKİ'nin Düşüncesi : Yükseköğretim Yasasının 50/d maddesi uyarınca istihdam edilen araştırma görevlilerinin aynı yasanın 33/a maddesi uyarınca istihdam edilebilmeleri için öngörülen kriterlere ilişkin Yıldız Teknik Üniversitesi Yönetim Kurulunun 10.12.2009 gün ve 22 sayılı kararının 12.maddesinin iptali istemiyle açılan davayı reddeden idare mahkemesi kararı temyiz edilmiştir.

2547 sayılı Yasanın senatonun kuruluş ve işleyişi ile görevlerinin belirlendiği 14.maddesinde kurala bağlandığı üzere, üniversitenin eğitim-öğretim faaliyetlerinin esasları hakkında karar alma yetkisi, üniversitenin akademik organı olan Senatoya ait olduğu anlaşılmıştır.

Dava konusu Yönetim Kurulunun 12.maddesi ile getirilen kriterler, yardımcı doçentliğe atama kriteri olduğundan ve bu konuda karar alma yetkisinin üniversitenin akademik organı olan senatoya ait bulunduğundan, dava konusu düzenlemede yetki yönünden hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenle mahkeme kararının bozulması gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince işin gereği görüldü:

Uyumsuzluk, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 50/d maddesi uyarınca istihdam edilen araştırma görevlilerinin aynı Yasanın 33/a maddesi uyarınca istihdam edilebilmeleri için öngörülen kriterlere ilişkin, Yıldız Teknik Üniversitesi Yönetim Kurulu'nun 10.12.2009 günlü ve 22 sayılı kararının 12. maddesinden kaynaklanmaktadır.

2547 sayılı Yükseköğretim Yasasında, Üniversitelerin organları olarak rektör, senato ve yönetim kurulu sayılmıştır. Yasanın 13. maddesinde, rektörün nitelikleri ve görevleri; 14. maddesinde, senatonun kuruluş ve işleyişi ile görevleri; 15. maddesinde de yönetim kurulunun kuruluş ve işleyişi ile görevleri, belirlenmiştir.

Anılan Yasanın 14. maddesinin (b) bendinde, Senatonun Üniversitenin akademik organı olduğu belirtildikten sonra görevleri:

- 1-** Üniversitenin eğitim-öğretim, bilimsel araştırma ve yayım faaliyetlerinin esasları hakkında karar almak,;
 - 2-** Üniversitenin bütününe ilgilendiren kanun ve yönetmelik taslaklarını hazırlamak veya görüş bildirmek;
 - 3-** Rektörün onayından sonra Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girecek olan üniversitenin birimleri ile ilgili yönetmelikleri hazırlamak;
 - 4-** Üniversitenin yıllık eğitim-öğretim programını ve takvimini inceleyerek karara bağlamak;
 - 5-** Bir sınava bağlı olmayan fahri akademik unvanları vermek ve fakülte kurullarının bu konudaki önerilerini karara bağlamak;
 - 6-** Fakülte kurulları ile rektörlüğe bağlı enstitü ve yüksekokul kurullarının kararlarına yapılacak itirazları inceleyerek karara bağlamak;
 - 7-** Üniversite yönetim kuruluna üye seçmek;
 - 8-** Bu kanunla kendisine verilen diğer görevleri yapmak;
- şeklinde sayılmıştır.

Aynı Yasanın 15. maddesinin (b) bendinde ise, Yönetim Kurulunun idari faaliyetlerde rektöre yardımcı bir organ olduğu belirtildikten sonra, görevleri;

- 1-** Yükseköğretim üst kuruluşları ile senato kararlarının uygulanmasında belirlenen plan ve programlar doğrultusunda rektöre yardım etmek;

2- Faaliyet plan ve programlarının uygulanmasını sağlamak, üniversiteye bağlı birimlerin önerilerini dikkate alarak yatırım programını, bütçe tasarısı taslağını incelemek ve kendi önerileri ile birlikte rektörlüğe sunmak;

3- Üniversite yönetimi ile ilgili rektörün getireceği konularda karar almak;

4- Fakülte, enstitü ve yüksekokul yönetim kurullarının kararlarına yapılacak itirazları inceleyerek kesin karara bağlamak;

5- Bu kanun ile verilen diğer görevleri yapmak, olarak belirlenmiştir.

Dosyanın incelenmesinden; Yıldız Teknik Üniversitesi bünyesinde görev yapan araştırma görevlilerinin de üyesi olduğu davacı dernek tarafından, dava konusu Üniversite Yönetim Kurulu kararında, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 50/d maddesi uyarınca istihdam edilen araştırma görevlilerinin, aynı Yasanın 33/a maddesi uyarınca istihdam edilebilmeleri için öngörülen kriterlerin iptali istemiyle bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Yukarıda açıklanan, 2547 sayılı Yükseköğretim Yasasının 14. maddesinde kurala bağlandığı üzere, üniversitenin eğitim-öğretim faaliyetlerinin esasları hakkında karar alma yetkisi, üniversitenin akademik organı olan Senato'ya ait bulunmaktadır.

Nitekim, Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun 02.12.2004 gün ve E:2002/345, K:2004/1932 sayılı kararında da bu husus açıkça belirtilmiştir.

Bu itibarla, Üniversite Yönetim Kurulu'nun dava konusu kararı ile kabul edilen araştırma görevlisi atama kriterlerinin, eğitim- öğretim faaliyetine ilişkin olması ve bu konuda karar alma yetkisinin, Üniversitenin akademik organı olan Senato'ya ait olması nedeniyle, dava konusu düzenlemede yetki yönünden hukuka uyarlık bulunmadığından, davanın reddi yönündeki İdare Mahkemesi kararında yasal isabet görülmemiştir.

Açıklan nedenlerle, İstanbul 3. İdare Mahkemesi kararının bozulmasına, dosyanın yeniden bir karar verilmek üzere anılan Mahkemeye gönderilmesine 15.9.2011 gününde oybirliği ile karar verildi.

DOKUZUNCU DAİRE KARARLARI

HARÇLAR

T.C.
DANIŞTAY
Dokuzuncu Daire
Esas No : 2008/5036
Karar No : 2011/203

Özeti : Sürücü kurslarının (K) sınıfı sürücü belgesi harcının ödenmemesi durumunda müteselsil sorumlulukları bulunduğu hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : Kadıköy Vergi Dairesi Müdürlüğü

Karşı Taraf : ... Eğitim Öğr. Hizm. Pet. Tur. İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti.

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Sürücü kursu işleten davacı şirket adına 2001 ve 2002 yılları hesaplarının incelenmesi sonucu düzenlenen inceleme raporuna istinaden tarh edilen vergi ziyai cezalı trafik harcının terkinin istemiyle açılan davayı; dosyanın incelenmesinden, davacı şirket adına düzenlenen adı geçen harç inceleme raporu ve İstanbul İl Milli Eğitim Müdürlüğü'nün 26.2.2004 tarih ve 1057 sayılı yazısı ile 13.10.2003 tarih ve 2864 sayılı yazı esas alınarak davacı kurumun adına eksik ödenen harç miktarları hesaplanarak dava konusu cezalı trafik harçlarının tarh edildiğinin anlaşıldığı, ancak, (K) sınıfı sürücü belgesinin adaylarca, karayollarında araç kullanmak için alınması zorunlu bir belge olduğu, bu itibarla K belgesi alma zorunluluğu bulunan ve harca mevzu işlemin yapılmasını isteyen sürücü adaylarının bu harcın mükellefi olması gerektiği, harç ödeme mükellefiyeti olmayan davacı şirket adına yapılan vergi ziyai cezalı harç tarhiyatında yasal isabet bulunmadığı gerekçesiyle kabul eden İstanbul 2.Vergi Mahkemesinin 30.11.2007 tarih ve E:2005/659, K:2007/2447 sayılı kararının; dava konusu cezalı harç tarhiyatının harcın mükellefine değil, müteselsilen sorumluluk kapsamında davacı şirket adına yapıldığı, cezalı tarhiyatın yasal olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Cevap verilmemiştir.

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

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

Tetkik Hakimi Fatih Torun'un Düşüncesi : İleri sürülen iddialar usule ve hukuka uygun Vergi Mahkemesi kararının bozulmasını gerektirecek nitelikte bulunmadığından temyiz isteminin reddi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dokuzuncu Dairesince işin gereği görüldü:

Sürücü kursu işleten davacı şirket adına 2001 ve 2002 yılları hesaplarının incelenmesi sonucu düzenlenen inceleme raporuna istinaden tarh edilen vergi ziyai cezalı

trafik harcının terkinini istemiyle açılan davayı kabul eden vergi mahkemesi kararının temyizden incelenerek bozulması istenilmektedir.

Harçlar Kanununun 118'inci maddesinde, trafik işlemlerinden bu Kanuna bağlı (9) sayılı tarifiede yazılı olanların trafik harçlarına tabi olduğu, Kanuna bağlı (9) sayılı tarifiede, Karayolları Trafik Kanunu ve Yönetmeliğine göre verilecek (K) sınıfı sürücü aday belgesi ile vasıfları belirtilen diğer sürücü belgelerinden bir defaya mahsus olmak üzere harç alınacağı, anılan Kanunun 120. maddesinde, trafik harçlarını harca mevzu olan işlemin yapılmasını isteyen kişilerin ödemekle mükellef olduğu, 127. maddesinde, harçların tamamı peşin olarak ödenmeden harca mevzu olan işlemin yapılamayacağı, 128. maddesinde, gerekli harçları tamamen almadan işlem yapan memurların harcın ödenmesinden mükellefler ile müteselsilen sorumlu olduğu kuralına yer verilmiştir.

Öte yandan 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 38'inci maddesinde; (K) sınıfı sürücü belgesinin yönetmelikte belirtilen şartlar ve esaslara göre, sürmeyi öğrenmek isteyen sürücü adaylarına verilen sürücü belgesi olduğu, Karayolları Trafik Yönetmeliğinin 82'nci maddesinde ise; A1, A2, F ve G sınıfları hariç sürücü belgelerinden herhangi birini almak isteyen sürücü adaylarının karayollarında sürmeyi öğrenmek üzere araç kullanabilmeleri için, ilgili sürücü kurslarından "Sürücü Aday Belgesi" almalarının mecburi olduğu, sürücü aday belgesine, sürücü belgesinin verildiği yer, tarih ve numarası yazılıp, fotoğraf yapıştırılarak belgeyi veren sürücü kursu tarafından tasdik edileceği ve verilen (K) sınıfı sürücü aday belgelerinin sıra esasına göre (K) sınıfı aday belgesi kayıt defterine kaydedileceği kurallarına yer verilmiştir.

Bu yasal düzenlemelerden (K) sınıfı sürücü belgesinin trafik eğitimi veren sürücü kursu bünyesinde düzenlenen ve aynı kurs tarafından onaylanan, bir başka deyişle tamamen sürücü kursunun iç bünyesinde yapılan işlemlerle hukuki nitelik kazanan bir belge olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda, Harçlar Kanununun 128'inci maddesindeki gerekli harçları tamamen almadan işlem yapan memurlardan, sürücü kursları görevlilerinin anlaşılması gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle ödenmeyen harçlardan dolayı müteselsilen sorumlu olan davacı şirket adına yapılan tarhiyatı kaldıran Mahkeme kararının gerekçesinde isabet bulunmamaktadır.

Ancak anılan yasal düzenlemeden, (K) sınıfı sürücü aday belgesinde vergiyi doğuran olayın meydana gelmesinin bu belgenin düzenlenmesine bağlı olduğu ortaya çıkmaktadır. Olayda ise (K) sınıfı sürücü aday belgesinin düzenlendiği yolunda somut bir tespit yapılmadığı anlaşıldığından, Mahkemece verilen karar sonucu itibarıyla yerinde görülmiştir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin reddine, İstanbul 2.Vergi Mahkemesinin 30.11.2007 tarih ve E:2005/659, K:2007/2447 sayılı kararının onanmasına 25.1.2011 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Daire kararımızda yer alan 492 sayılı Yasanın 128. maddesi uyarınca sürücü kursu görevlilerinin harcın mükellefi olduğuna ilişkin gerekçeye katılmakla birlikte vergi mahkemesince esas hakkında karar verilmesi gerektiğinin, temyize konu kararın bu nedenle bozulması gerektiği oyu ile karara katılmıyorum.

KATMA DEĞER VERGİSİ

T.C.
DANIŞTAY
Dokuzuncu Daire
Esas No : 2009/4625
Karar No : 2011/566

Özeti : Tam mükellefiyete tabi kurumların iştirak hisselerini ve gayrimenkullerinin satışından doğan kazancın, satışın yapıldığı yılda kurumun sermayesine eklenmesi esasında yapılan teslimlerin katma değer vergisinden istisna olduğu hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : Boğaziçi Kurumlar Vergi Dairesi Müdürlüğü

Karşı Taraf : ... A. Ş.

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Davacı şirket hakkında düzenlenen vergi inceleme raporuna dayanılarak 2004/Nisan-Aralık dönemlerine ilişkin olarak re'sen salınan vergi ziyai cezalı katma değer vergisinin kaldırılması 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 olduğu, uyumsuzluk tarihinde yürürlükte bulunan 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun geçici 28. maddesinin a bendinde ise, 01/01/1999 - 31/12/2004 tarihleri arasında uygulanmak üzere, tam mükellefiyete tabi kurumların iştirak hisselerinin veya gayrimenkullerinin satışından doğan kazancın, satışın yapıldığı yılda kurum sermayesine ilave edilen kısmının, kurumlar vergisinden müstesna olduğu, şu kadar ki, vadeli satış halinde, satışın yapıldığı hesap dönemini takip eden ikinci hesap döneminin sonuna kadar tahsil edilen kazançların tutarının, ilgili yıl kurum kazancından indirileceği, bu tarihten sonra yapılacak tahsilat için bu hükmün uygulanmayacağı, ilk yapılan tahsilatın iştirak hissesi veya gayrimenkulün maliyet bedeline ilişkin olduğunun kabul edileceği hükümlerine yer verildiği, dosyanın incelenmesinden, davacı holdingin aktifine kayıtlı bazı taşınmazları grup şirketlerinden ... Bankası A. Ş. ile ... Perakende Mağazacılık A. Ş.'ye sattığı, satış işlemlerine ilişkin katma değer vergisinin 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun geçici 28. maddesine dayanılarak eksik beyan edildiği, oysa elde edilen kazancın istisna hükmünden yararlandırılmaması gerektiğinden bahisle Aralık/2003 döneminden sonraki döneme devreden katma değer vergisi tutarının 751.873.680.000 TL olarak dikkate alınarak hesaplanan matrah farkı üzerinden dava konusu cezalı tarhiyatın yapıldığının anlaşıldığı, tarhiyata dayanak vergi inceleme raporunda, vergiyi doğuran olayın davacı holdingin kendi bünyesinde olduğu, görünüşteki işlemlerle kazancın istisna kapsamına alındığı, haksız olarak istisna hükmünden faydalandığı tespitlerine yer verilse de, satış işleminin gerçekten yapılmadığı, muvazaalı olduğu veya rayiç değerler üzerinden satılmadığı yönünde herhangi bir tespitin bulunmadığı, satıştan elde edilen kazancın sermayeye ilave edildiği hususları birlikte değerlendirildiğinde elde edilen kazancın 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun geçici 28/a maddesi uyarınca istisna kapsamında tutulması gerektiği, bu durumda ikmalen yapılan cezalı tarhiyatta hukuka uyarlık bulunmadığı, ayrıca Aralık/2003 döneminden devreden katma değer vergisi miktarını etkileyen 2002/Kasım dönemi için yapılan tarhiyatın Mahkemelerinin 27.2.2009 tarih ve E:2007/3282, K:2009/927 sayılı kararı ile kaldırıldığı gerekçesiyle kabul eden İstanbul 3. Vergi Mahkemesinin 27.2.2009 tarih ve E:2007/3281,

K:2009/926 sayılı kararının; cezalı tarhiyatın yasal olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

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

Danıştay Savcısı Dr. Asım 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.

Tetkik Hakimi Engin Karabacak'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 görüldü:

Dayandığı hukuki ve kanuni nedenlerle gerekçesi yukarıda açıklanan Vergi Mahkemesi kararı, aynı gerekçe ve nedenlerle Dairemizce de uygun görülmüş olup, temyiz istemine ilişkin dilekçede ileri sürülen iddialar, sözü geçen kararın bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığı gibi davacı holding adına 2002/Kasım dönemi için yapılan cezalı tarhiyatı kaldıran İstanbul 3. Vergi Mahkemesinin 27.2.2009 tarih ve E:2007/3282, K:2009/927 sayılı kararının Danıştay Dokuzuncu Dairesinin 23.3.2011 tarih ve E:2009/4624, K:2011/565 sayılı kararı ile onandığı anlaşıldığından, temyiz isteminin reddine ve kararın onanmasına 23.3.2011 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.

DANIŞTAY

Dokuzuncu Daire

Esas No : 2010/7338

Karar No : 2011/625

Özeti : Havalimanı Yeni Dış Hatlar Terminal Binası ve Müteimmimleri Projesi kapsamında yer alan otel inşaatının 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 13/e maddesi uyarınca katma değer vergisi istisnasından yararlanıp yararlanamayacağı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : ... Uluslararası Havalimanı Yatırım Yapım ve İşletme A. Ş.

Karşı Taraf : Anadolu Kurumlar Vergi Dairesi Müdürlüğü

İstemin Özeti : Davacı şirket tarafından ihtirazi kayıtlı verilen 2 numaralı katma değer vergisi beyannamesine istinaden 2009/Temmuz dönemine ilişkin yapılan tahakkukun iptali ile bu döneme ilişkin tutarın iadesi istemiyle açılan davayı; ... Uluslararası Havalimanı Yeni Dış Hatlar Terminal Binası ve Müteimmimleri Projesinin yap-işlet-devret modeli ile yapılması işi kapsamında proje içerisinde yer alan otel inşası işinin Katma Değer Vergisi Kanununun 13/e maddesi uyarınca katma değer vergisinden istisna olduğundan bahisle ihtirazi kayıtlı verilen 2 numaralı katma değer vergisi beyannamesi üzerine yapılan katma değer vergisi tahakkukunun iptali ile ödenen tutarın iadesi istemiyle bu davanın açıldığının

anlaşıldığı, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 13/1-e maddesi ile hava meydanlarının inşası, yenilenmesi ve genişletilmesi işlerini fiilen kendisi yapan veya yaptıran mükellefler ile genel bütçeli idarelere bu işlere ilişkin olarak yapılan mal teslimlerinin ve inşaat taahhüt işlerinin katma değer vergisinden istisna olduğunun kurala bağlandığı, 93 seri numaralı Katma Değer Vergisi Genel Tebliği'nde hava meydanının (alanı) ; karada ve su üzerinde içerisindeki bina, tesis ve donatılar dahil hava araçlarının kalkması, inmesi ve yer manevraları için hazırlanmış hava araçlarının bakım ve diğer ihtiyaçlarının karşılanmasına, yük ve yolcu indirilip bindirilmesine elverişli tesisleri bulunan yerler şeklinde tanımlandığı, aynı tanıma 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanununa istinaden çıkarılan Havaalanı Yapım İşletim ve Sertifikalandırma Yönetmeliği'nde de yer verildiği, 14.5.2002 tarihli ve 24755 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Hava Alanı Yapım, İşletim ve Sertifikalandırma Yönetmeliği (SHY-14A)'nın "Kapsam" başlıklı 2. maddesinde; bu Yönetmeliğin kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve özel-tüzel kişilerin hava alanı yapımı, işletimi ve sertifikalandırılması ile ilgili kuralları ve standartları kapsayacağı, "Tanımlar" başlıklı 4. maddesinde "Havaalanı"nın; karada ve su üzerinde, içerisindeki bina, tesis ve donatılar dahil hava araçlarının kalkması, inmesi ve yer manevraları için hazırlanmış, hava araçlarının bakım ve diğer ihtiyaçlarının karşılanmasına, yük ve yolcu indirilip bindirilmesine elverişli tesisleri bulunan yerleri, "Apron" un; bir hava alanında hava araçlarının parklandırılmaları, akaryakıt ikmalleri, yolcu, yük, posta, kargo, indirme-bindirmeleri ve bakımlarının yapılabilmesi için belirlenmiş sahayı, "Hava alanı sertifikası"nın; Bu Yönetmelikte istenen koşulları sağlayan bir hava alanı için bu Yönetmeliğin EK-5 bölümünde bulunan ve Bakanlık tarafından hava alanı işletmecisine verilen belgeyi, ifade edeceği, "Minimum Gereklikler" başlıklı 8. maddesinde; hava alanlarının yapımı, işletimi ve sertifikalandırılması işlemlerinde 05/06/1945 tarihli ve 4749 sayılı Kanunla onaylanan Uluslararası Sivil Havacılık Sözleşmesi gereğince ICAO tarafından yayımlanan EK-2, 3, 9, 10, 11, 14, 15 ile 17 ECAC tarafından yayımlanan Doküman 30 da belirtilen standartların altında bir uygulama yapılamayacağını düzenlendiği, dava dosyasının incelenmesinden; ... Uluslararası Havalimanı Yeni Dış Hatlar Terminali Binası ve Müteimmimleri projesinin yap-işlet-devret modeli ile yaptırılması işi kapsamında, proje içerisinde yer alan anahtar teslimi otel inşası işinin katma değer vergisinden istisna olduğundan bahisle davacı şirket tarafından 2009/7 dönemi 2 numaralı katma değer vergisi beyannamesinin ihtirazi kayıtla verildiği, ödenen tutarın iadesi istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşıldığı, 3065 sayılı Kanunun 13/1-e bendine göre, hava meydanı inşası işine ilişkin yapılan mal teslimleri ve taahhüt işlerinin katma değer vergisinden istisna olduğu, olayda, havalimanı dış hatlar terminali binası projesi kapsamındaki otel inşasının, hava meydanı yapım işi kapsamında dolayısıyla kanunda belirtilen istisna kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususunun önem arzettiği, belirtilen düzenlemelere göre; havaalanının, öncelikle hava araçlarının kalkış, iniş ve manevra yapabilmeleri, bakım ve diğer ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla mevcut olan tüm bina, tesis ve donatıları ifade ettiği, bunun yanında yük ve yolcuların indirim-bindirim yapabilecekleri tesislerin bulunduğu yerleri de kapsadığı, dolayısıyla, hava alanlarının fonksiyonunun hava araçlarının güvenli bir şekilde iniş ve kalkış yapmasının, bakımlarının ve her türlü ihtiyacının karşılanmasının, manevra yapabilmesinin, yük ve yolcuların hava araçlarına indirilip bindirilmesine yönelik olduğu, hava alanının sahip olması gereken minimum teknik gerekliliklerin ve özelliklerin, havaalanlarında bulunması gereken azami hizmet türlerinin uluslararası ve ulusal düzenlemelerle getirilen kriterler ile belirlendiği, hava alanlarında yapılacak otel tesisinin ise; hava alanlarında olması gereken minimum fiziki özellikler ve zorunlu tutulan hizmetler arasında sayılmadığı, yönetmelikte ticari bir işyeri olarak tarif edildiği, havaalanı yer hizmetleri grubuna da dahil edilmediği, bu bakımdan, yük ve yolcu indirilip bindirilmesine doğrudan bir katkısı bulunmayan dinlenme tesisi olarak belirtildiği, ruhsat alınmak suretiyle ticari faaliyet gösterilecek olan otel inşası işinin, 3065 sayılı Kanunun 13/1-e maddesinde ön görülen istisna kapsamında değerlendirilmeyeceği, yapılan tahakkuk işleminde hukuka

aykırılık görülmediği gerekçesiyle reddeden İstanbul 9. Vergi Mahkemesinin 11.3.2010 tarih ve E:2009/2308, K:2010/760 sayılı kararının; 3065 sayılı Kanunun 13/e maddesinde yer alan istisna hükmünden yararlandırılması gerektiği, yapılan tahakkukun yasal olmadığı ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

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

Danıştay Savcısı Dr. Asım 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.

Tetkik Hakimi G. Nalan Hatipoğlu'nun Düşüncesi : İleri sürülen iddialar usule ve hukuka uygun Vergi Mahkemesi kararının bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmediğinden, kararın onanması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dokuzuncu Dairesince işin gereği görüşüldü:

Uyuşmazlıkta, ... Uluslararası Havalimanı Yeni Dış Hatlar Terminal Binası ve Müteimmimleri Projesinin yap-işlet-devret modeli ile yaptırılması işi kapsamında proje içerisinde yer alan otel inşası işinin Katma Değer Vergisi Kanununun 13/e maddesi uyarınca katma değer vergisinden istisna olduğundan bahisle ihtirazi kayıtlı verilen 2 numaralı katma değer vergisi beyannamesi üzerine yapılan katma değer vergisi tahakkukunun iptali ile ödenen tutarın iadesi istemiyle açılan davayı reddeden Vergi Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 13. maddesinin (e) fıkrasında, limanlar ve hava meydanlarının inşası, yenilenmesi ve genişletilmesi işlerini kendisi yapan veya yaptıran mükellefler ile genel bütçeli idarelere bu işlere ilişkin olarak yapılan mal teslimleri ve inşaat taahhütlerinin katma değer vergisinden istisna olduğu hükmü yer almıştır.

5528 sayılı Kanunun 14. maddesiyle yapılan bu düzenlemenin gerekçesinde ise; ülkemizdeki coğrafi özellikler nedeniyle büyük imkanlar vadeden deniz ve hava taşımacılığından beklenen gelişimin sağlanabilmesi için limanlar ile hava meydanlarının sayı olarak artması ve kalite itibarıyla uluslararası standartlara yaklaşmasının önem taşıdığı, bu husus gözönüne alınarak, maddeye eklenen (e) bendi ile yeni liman ve hava meydanları yapılmasını ve mevcutlarının standartlarının artırılmasını teşvik amacıyla liman ve hava meydanlarının inşası, yenilenmesi ve genişletilmesi işlerini kendisi yapan veya yaptıran mükelleflere bu işlere ilişkin olarak yapılan mal ve teslimlerinin ve inşaat taahhüt işlerinin katma değer vergisi yönünden istisna kapsamına alındığı öngörülmüştür.

2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu'nun 3. maddesinde hava meydanları karada ve su üzerinde hava araçlarının kalkması ve inmesi için özel olarak hazırlanmış, hava araçlarının bakım ve diğer ihtiyaçlarının karşılanmasına, yolcu ve yük alınmasına ve verilmesine elverişli tesisleri bulunan yerler olarak ifade edilmiş, 14.5.2002 tarih ve 24755 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Hava Alanı Yapım, İşletme ve Sertifikalandırma Yönetmeliğinin "Tanımlar" başlıklı 4. maddesinde de hava alanı karada ve su üzerinde, içerisindeki bina, tesis ve donatılar dahil hava araçlarının kalkması, inmesi ve yer manevraları için hazırlanmış hava araçlarının bakım ve diğer ihtiyaçlarının karşılanmasına, yük ve yolcu indirilip bindirilmesine elverişli tesisleri bulunan yerler olarak ifade edilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, davacı şirketin 2009/Temmuz dönemi katma değer vergisi beyannamesini ihtirazi kayıtlı verdiği, tahakkuk eden toplam katma değer vergisi tutarının, "... Havaalanı Yeni Dış Hatlar Terminal Binası ve Müteimmimleri İnşası Projesi"

çerçevesinde inşa edilen otele ilişkin teslimlere isabet eden kısmının 3065 sayılı Yasanın 13/1-e maddesi uyarınca istisna kapsamında olduğundan bahisle tahakkukun bu kısmının iptali ve ödenen tutarın iadesi istemiyle bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Uyuşmazlığın çözümü için öncelikli olarak hava limanı teriminden ne anlaşılması gerektiği ve ... Havaalanı Yeni Dış Hatlar Terminali Binası ve Mütemmimleri İnşası Projesinin Yapı-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtılmasına İlişkin Uygulama Sözleşmesi kapsamında yapılan otelin hava limanı tanımı içinde yer alıp almadığının belirlenmesi gerekmektedir.

Hava limanları yukarıda yer verilen yasa ve yönetmelik maddesinde yapıldığı tanımlara göre; karada ve su üzerinde, içerisindeki bina, tesis ve donatılar dahil hava araçlarının kalkması, inmesi ve yer manevraları için hazırlanmış, hava araçlarının bakım ve diğer ihtiyaçlarının karşılanmasına, yük ve yolcu indirilip bindirilmesine elverişli tesisleri bulunan yerler olarak belirlenmiştir.

Hava limanı tanımı içinde yer alan yük ve yolcu indirilip bindirilmesine elverişli tesislere ilişkin unsurun hava limanı bünyesinde bulunan oteli de içine aldığı kabul edilmesi gerekmektedir. Yolcuların hava limanında seyahatleri öncesi veya sonrası ve özellikle uçakların uzun süre rötar yapması durumunda konaklayabilecekleri otelin veya diğer konaklama mekanlarının da modern ve standardı yüksek hava limanlarında bulunması zorunlu unsurlardan olduğu tartışmasızdır.

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 13. maddesini değiştirerek (e) bendini ekleyen 5528 sayılı Kanunun 14. maddesinin gerekçesinde de bu husus "mevcut hava limanlarının standartlarının artırılmasını teşvik amacıyla..." şeklinde ifade edilmiştir.

Bu durumda; hava limanlarını kullanarak seyahat edecek yolcuların barınma ihtiyacını karşılamak amacıyla ... Havaalanı Yeni Dış Hatlar Terminali Binası ve Mütemmimleri Projesinin Yapı-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtılmasına İlişkin Uygulama Sözleşmesi kapsamında yapılan ve yukarıda açıklandığı şekilde hava limanlarının günümüz standartlarında ayrılmaz parçası olan otel inşası işi hava limanlarının mevcutlarının standartlarının artırılmasını teşvik amacıyla liman ve hava meydanlarının inşası, yenilenmesi ve genişletilmesi işlerini kendisi yapan veya yaptıran mükelleflere bu işlere ilişkin olarak yapılan mal ve teslimleri ve inşaat taahhüt işlerine ilişkin tam istisna getiren 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 13. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca tam istisna kapsamında olduğundan, dava konusu tahakkuk işleminde hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

Nitekim bu hususta davacı şirkete hava limanı yapımına başladığı tarihte mükellefi olduğu Pendik Vergi Dairesi Müdürlüğü'nce 8.4.2008 tarih ve B.07.1.GİB.4.34.80.37/11514 sayılı istisna belgesi verilmiş olup, söz konusu belgede "mükellefin ... Hava Alanı'nda bulunan liman/hava meydan inşası/yenilenmesi/genişletilmesi işini yapmakta/ yaptırmakta olduğu, bu işe ilişkin Maliye Bakanlığı Gelirler Genel Müdürlüğü tarafından yayımlanan 93 seri nolu Katma Değer Vergisi Genel Tebliği'nin (1.3) bölümünde belirtilen açıklamalar dahilinde malları/19.3.2008 tarih ve 4725 sayılı sözleşmede belirtilen inşaat taahhüt hizmetini 19.9.2010 tarihine kadar Katma Değer Vergisi Kanununun 13/e maddesi gereğince vergiden istisna olarak alabilmesi için bu belgenin düzenlendiği ve verildiği" ifade edilmiştir. Diğer bir anlatımla mükellefin Katma Değer Vergisi Kanununun 13/e maddesi kapsamında söz konusu projede yer alan inşaat işi nedeniyle istisnaya tabi olduğu idarenin vermiş olduğu istisna belgesi ile de kabul edilmiştir.

Bu durumda, anılan proje kapsamında yer alan otel inşaatı nedeniyle yapılan tahakkuk işlemini yerinde bulan Mahkeme kararının bozulması gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle davacı şirketin temyiz isteminin kabulüne, İstanbul 9. Vergi Mahkemesinin 11.3.2010 tarih ve E:2009/2308, K:2010/760 sayılı kararının bozulmasına 30.3.2011 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Temyize konu kararın onanması gerektiği oyu ile Dairemiz kararına katılmıyorum.

VERGİ USULÜ

T.C.
DANIŞTAY
Dokuzuncu Daire
Esas No : 2008/3056
Karar No : 2010/6321

Özeti : Gaiplik kararı, son haber alma tarihinden itibaren hüküm ifade edeceğinden, hakkında gaiplik kararı alınan kişi adına son haber alma tarihinden sonra vergilendirme ile ilgili olarak tesis edilen işlemlerin hukuk alanında mevcudiyetinden söz edilemeyeceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : Maliye Bakanlığı

Karşı Taraf : ...

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Davacının murisinin 1995 yılına ait defter, kayıt ve belgelerinin incelenmesi sonucunda düzenlenen vergi inceleme raporları ile sahte fatura kullandığının tespiti üzerine, takdir komisyonu kararına istinaden tarhedilen cezalı katma değer vergisine ilişkin vergilendirme işlemlerinin kaldırılması amacıyla yapılan düzeltme şikayet başvurusunun reddine ilişkin davalı idarenin 11.4.2006 tarih ve 26635 sayılı işlemin iptali istemiyle açılan davayı; 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 35. maddesinde, gaiplik kararının, ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı günden başlayarak hüküm doğuracağına düzenlendiği, dosyanın incelenmesinden, davacının murisi ...'ya ait 1995 yılı defter ve belgelerin ibrazı konulu defter belge isteme yazısının 17.5.2000 tarihinde tebliğ çıkarılmasına karşın davacının adresinde bulunamadığından tebliğ edilemediği, bu defa anılan şahsın hesap ve işlemlerinin incelenmesi üzerine düzenlenen basit/vergi inceleme raporları gereği takdir komisyonu kararlarına istinaden resen cezalı tarhiyat yapıldığı, bu tarhiyata ilişkin ihbarnamelerin 25.9.2000 tarihinde ilan edilmediği, bu aşamada, kendisinden 2000/Mart ayından itibaren haber alınamayan ...'nın hak ve menfaatlerinin korunması amacıyla Av. ...'nin kayyım olarak atandığı, daha sonra ...'nin taşınmazına Mecidiyeköy Vergi Dairesi tarafından 1995 yılına ilişkin vergi borçlarının tahsili amacıyla haciz konulduğunun öğrenilmesi üzerine kayyum tarafından vergilendirme işlemlerinde hata bulunduğundan bahisle düzeltme ve şikayet başvurusunda bulunulduğu, bu başvurunun reddi üzerine açılan davada, Mahkemelerinin 20.2.2007 tarih ve E:2006/1748, K:2007/517 sayılı kararı ile, ... hakkında İstanbul 2. Asliye Hukuk Mahkemesi kararıyla gaipliğine karar verildiğinden ...'nın mirasçıları tarafından takip yenileninceye kadar dosyanın işlemde kaldırılmasına karar verildiği, bu defa ...'nın mirasçısı olan davacı tarafından takip yenilerek bakılan davanın açıldığına anlaşıldığı, olayda, İstanbul 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 6.12.2006 tarih ve E:2005/228, K:2006/255 sayılı kararıyla hakkında gaiplik kararı verilen ...'nin bu karar ile ölümünün ispatlandığına görüldüğü, gaiplik kararı son haber alma tarihinden itibaren hüküm ifade edeceğinden ve ...'nin kendisinden en son 2000/Mart döneminde haber alındığından bu tarihten sonra tesis edilen vergilendirme işlemlerinin hukuk alanında mevcudiyetinden söz edilemeyeceği, dolayısıyla 2000/Mart

tarihinden itibaren hukuken ölmüş olan ...'nun vergi mükellefi olması düşünölmeyeceğinden bu kişi adına yapılan cezalı tarhiyatın kaldırılmasına yönelik düzeltme şikayet başvurusunun reddine ilişkin davalı idare işleminde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle kabul eden İstanbul 4. Vergi Mahkemesinin 11.3.2008 tarih ve E:2007/1559, K:2008/835 sayılı kararının; ...'nun gaipliğine karar verildiğine ve kendisine kayyum atandığına ilişkin vergi dairesinin bilgilendirilmediğı, adına yapılan vergilendirme işlemlerinin hukuka uygun olduğı ileri sürölerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiğı savunulmaktadır.

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

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

Tetkik Hakimi Fatih Torun'un Düşüncesi : İleri sürölün iddialar usule ve hukuka uygun Vergi Mahkemesi kararının bozulmasını gerektirecek nitelikte bulunmadığından, temyiz isteminin reddi gerekeceğı düşünölmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dokuzuncu Dairesince işin gereğı görüşöldü:

Dayandığı hukuki ve kanuni nedenlerle gerekçesi yukarıda açıklanan Vergi Mahkemesi kararı, aynı gerekçe ve nedenlerle Dairemizce de uygun görölmüş olup, temyiz istemine ilişkin dilekçede ileri sürölün iddialar, sözü geçen kararın bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığından, temyiz isteminin reddine ve kararın onanmasına 2.12.2010 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Uyuşmazlık, davacının 1995 yılına ait defter, kayıt ve belgelerinin incelenmesi sonucunda düzenlenen vergi inceleme raporları ile sahte fatura kullandığıının tespiti üzerine, takdir komisyonu kararına istinaden tarhedilen cezalı katma değer vergisine ilişkin vergilendirme işlemlerinin kaldırılması amacıyla yapılan düzeltme şikayet başvurusunun reddine ilişkin davalı idarenin 11.4.2006 tarih ve 26635 sayılı işleminin iptali istemiyle açılan davayı kabul eden Vergi Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulması istemine ilişkindir.

213 sayılı Vergi Usul Kanununun 122'nci maddesinde, mükelleflerin, vergi muamelelerindeki hataların düzeltilmesini vergi dairesinden isteyebilecekleri; 124' üncü maddesinde de, vergi mahkemelerinde dava açma süresi geçtikten sonra yaptıkları düzeltme talepleri reddölunanların şikayet yolu ile Maliye Bakanlığına müracaat edebilecekleri açıklanmıştır. Bu maddeler uyarınca düzeltilmesi vergi dairelerinden istenilebilecek vergi hatası, aynı Kanunun 116 'nci maddesinde, vergiye müteallik hesaplarda veya vergilendirmede yapılan hatalar yüzünden haksız yere fazla veya eksik vergi istenmesi veya alınması olarak tanımlanmış 117 'nci ve 118 'nci maddelerinde de, hesap hataları ile vergilendirme hatalarının neler olduğı gösterilmiş bulunmaktadır.

Dosyanın incelenmesinden, davacının murisi ... adına yapılan tarhiyata ilişkin ihbarnamelerin 25.9.2000 tarihinde ilan edilmiş olduğu, bu aşamada, kendisinden 2000/Mart ayından itibaren haber alınamayan ...'nun hak ve menfaatlerinin korunması amacıyla Av. ...'nin kayyım olarak atandığı, daha sonra ...'nun taşınmazına Mecidiyeköy Vergi Dairesi tarafından 1995 yılına ilişkin vergi borçlarının tahsili amacıyla haciz konulduğunun öğrenilmesi üzerine kayyum tarafından vergilendirme işlemlerinde hata bulunduğundan bahisle düzeltme ve şikayet başvurusunda bulunulduğ, bu başvurunun reddi üzerine açılan

davanın, gaiplik kararı son haber alma tarihinden itibaren hüküm ifade edeceğinden ve kendisinden en son 2000/Mart döneminde haber alınan ...'nın bu tarihten itibaren hukuken ölmüş kabul edilmesi gerekeceğinden bu kişi adına vergilendirme işlemi yapılamayacağı ve tarhiyatın kaldırılmasına yönelik düzeltme şikayet başvurusunun reddine ilişkin davalı idare işleminde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle kabulüne karar verildiği anlaşılmaktadır.

Olayda, düzeltme şikayet başvurusuna konu ihtilafın, gaiplik kararının hangi tarihten itibaren geçerli olduğu ve gaip olan şahıs hakkında vergilendirme işlemi yapıp yapılamayacağına ilişkin olduğundan, düzeltme şikayet başvurusundaki iddialar ve bu iddialar çerçevesinde ortaya çıkan uyuşmazlık, herhangi bir kuşku ya da hukuki tartışmaya meydan bırakmayacak şekilde nitelendirilebilecek açık bir vergi hatası kapsamında olmayıp, hukuki bir sorun niteliğinde bulunmaktadır. Diğer bir ifadeyle, ihtilafın çözümü maddi olayların değerlendirilmesi ve yorumunu gerektirmektedir.

Bu durumda, dava konusu ihtilaf, düzeltme ve şikayete konu vergilendirme hatası kapsamında bulunmadığından davanın reddi gerekirken mahkemece yazılı gerekçe ile davanın kabul edilmesinde isabet bulunmamaktadır. Bu nedenle, temyize konu vergi mahkemesi kararının bozulması gerektiği oyu ile karara karşıyız.

YARGILAMA USULÜ

T.C.
DANIŞTAY
Dokuzuncu Daire
Esas No : 2008/8661
Karar No : 2011/422

Özeti : Konusu aynı olmayan dava hakkında iki ayrı mahkemeden ayrı karar çıktığından bahisle yargılanmanın yenilenmesi istenilmeyeceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : ...

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : Bayındır Vergi Dairesi Müdürlüğü

İstem Özet : Yeminli mali müşavir olan davacının düzenlediği katma değer vergisi iadesi tasdik raporları ile ... Nakliyecilik Personel Taşımacılık Turizm İnş. ve San. Ltd. Şti.'nin haksız katma değer vergisi iadesi almasına sebebiyet verdiğiinden bahisle iştirak suçuna bağlı olarak 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 338 ve 344/2. maddeleri uyarınca 1997/Ocak-Nisan dönemleri için kesilen kaçakçılık cezasının kaldırılması istemiyle açılan davayı reddeden İzmir 3. Vergi Mahkemesinin 28.4.1999 tarih ve E:1997/1196, K:1999/254 sayılı kararı hakkında yükümlü tarafından yargılamanın yenilenmesi istemini; dosyanın incelenmesinden; Mahkemelerinin 28.4.1999 tarih ve E:1997/1196, K:1999/254 sayılı kararı ile davanın reddedildiği, davacı tarafından bu kararın temyiz edilmesi sonucunda Danıştay Dokuzuncu Dairesinin 11.6.2003 tarih ve E:1999/2744, K:2003/3396 sayılı kararı ile onandığı ve kararın kesinleştiği, bu defa davacı tarafından yargılamanın yenilenmesinin istenildiğinin anlaşıldığı, olayda, 2577 sayılı Kanunun 53 üncü maddesinde yer alan koşulların oluşmadığı gerekçesiyle reddeden İzmir 3. Vergi Mahkemesinin 17.7.2008 tarih ve E:2008/615, K:2008/949 sayılı kararının; tarafları, konusu ve sebebi aynı olan iki ayrı davada farklı karar verildiği ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özet : Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

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

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

Tetkik Hakimi Engin Karabacak'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:

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 53. maddesinin 1. fıkrasının h bendinde, tarafları, konusu ve sebebi aynı olan bir dava hakkında verilen karara aykırı yeni bir kararın verilmesine neden olabilecek kanuni bir dayanak yokken, aynı mahkeme yahut başka bir mahkeme tarafından önceki ilamın hükmüne aykırı bir karar verilmiş bulunması halinde yargılamanın yenilenmesi istenilebileceği hükmü düzenlenmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, yeminli mali müşavir olan davacı adına, ... Nakliyecilik Personel Taşımacılık Turizm İnş. ve San. Ltd. Şti. hakkında düzenlediği katma değer vergisi iade tasdik raporları nedeniyle haksız katma değer vergisi iadesi alınmasına sebebiyet verdiğinden bahisle iştirak suçuna bağlı olarak 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 338 ve 344/2. maddeleri uyarınca 1997/Ocak-Nisan dönemleri için kaçakçılık cezası kesildiği, bu cezanın İzmir 3. Vergi Mahkemesinin E:1997/1196 sayılı dosyasında dava konusu yapıldığı, davanın 28.4.1999 tarih ve K:1999/254 sayılı karar ile reddedildiği, bu kararın Dairemiz tarafından onanarak kesinleştirildiği, bunun yanında davacı adına müteselsil sorumluluk kapsamında 3568 sayılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununun 12. maddesi uyarınca 1997/Ocak-Nisan dönemleri için kaçakçılık cezalı katma değer vergisi tarhiyatının yapıldığı, cezalı tarhiyatın İzmir 1. Vergi Mahkemesinin E:2000/1395 sayılı esasında dava konusu yapıldığı, davanın 25.9.2003 tarih ve K:2003/1519 sayılı karar ile kabul edilerek cezalı tarhiyatın kaldırıldığı, bu kararın temyiz edilmeksizin kesinleşmesi üzerine davacı tarafından, tarafları, konusu ve sebebi aynı olan bir dava hakkında iki ayrı Mahkemeden birbirine aykırı iki karar çıktığı iddiasıyla yargılamanın yenilenmesinin istenildiği anlaşılmaktadır.

Her ne kadar davacı tarafından, tarafları, konusu ve sebebi aynı olan bir dava hakkında iki ayrı Mahkemeden birbirine aykırı iki karar çıktığı iddia edilse de; yargılamanın yenilenmesini istediği davanın konusu, iştirak suçuna bağlı olarak 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 338 ve 344/2. maddeleri uyarınca 1997/Ocak-Nisan dönemleri için kesilen kaçakçılık cezası iken, diğer davanın konusunun ise; müteselsil sorumluluk kapsamında 3568 sayılı Kanunun 12. maddesi uyarınca 1997/Ocak-Nisan dönemleri için tarh edilen kaçakçılık cezalı katma değer vergisi olduğu anlaşılmış olup, bu durumda, 2577 sayılı Kanunun 53. maddesinin 1. fıkrasının h bendinde belirtilen yargılamanın yenilenmesi sebebinin bulunmadığı görüldüğünden, temyiz isteminin reddine ve kararın onanmasına, 38,20 TL ilam harcının temyiz isteminde bulunandan alınmasına 23.2.2011 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

ONUNCU DAİRE KARARLARI

DÜZENLEYİCİ – GENEL İŞLEMLER

T.C.
DANIŞTAY
Onuncu Daire
Esas No : 2007/1704
Karar No : 2011/2098

Özeti : Sigortalıların gözlük camı ve çerçevesinin karşılanması için sözleşme yapmak isteyen optisyenlerin, bulundukları yerdeki optisyenlik derneğine, dernek yoksa bulundukları yerin bağlı olduğu sağlık işleri il müdürlüğünün bulunduğu ildeki optisyenlik derneğine üye olmaları koşulunu öngören davalı idare yazısının Anayasa'nın 33. maddesinde belirtilen derneğe üye olma ya da olmama özgürlüğüne aykırı olduğu hakkında.

Davacılar : 1-Türkiye Optik ve Optometrik Meslekler Derneği
2-...

Vekili : Av. ...

Davalılar : Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı

Davanın Özeti : Sosyal Güvenlik Kurumu (Devredilen Sosyal Sigortalar Kurumu)'nun, sigortalıların gözlük camı ve çerçevesinin karşılanması için sözleşme yapmak isteyen optisyenlerin bulundukları yerdeki optisyenlik derneğine, dernek yoksa bulundukları yerin bağlı olduğu Sağlık İşleri İl Müdürlüğü'nün bulunduğu il'deki optisyenlik derneğine üye olmaları koşulunu getiren ve tüm Sağlık İl Müdürlüklerine gönderilen 1.12.2006 tarih ve 61306 sayılı yazısının, optisyenlerle Gözlük ve Cam Çerçevesi Sözleşmesi yapılması için optisyen derneğine üyelik şartının Anayasanın 33. maddesine ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 63. maddesine aykırı olduğu iddialarıyla iptali istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Optisyenin bulunduğu ilin derneğine üyeliğinin Gözlük ve Cam Çerçevesi Sözleşmesinin genel şartlarından birisi olarak düzenlendiği, dolayısıyla davacı optisyenin sözleşme yapmak istemesi halinde sözleşmenin şartlarına yerine getirmesi gerektiği, diğer taraftan söz konusu zorunluluk halinin bulunduğu il değilse, herhangi bir dernek üyeliği şekline dönüştürüldüğü, dolayısıyla davanın konusuz kaldığı belirtilerek davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Fuat Kara

Düşüncesi : Dava, Sosyal Güvenlik Kurumu (Devredilen Sosyal Sigortalar Kurumu)'nun, sigortalıların gözlük camı ve çerçevesinin karşılanması için sözleşme yapmak isteyen optisyenlerin bulundukları yerdeki optisyenlik derneğine, dernek yoksa bulundukları yerin bağlı olduğu Sağlık İşleri İl Müdürlüğü'nün bulunduğu il'deki optisyenlik derneğine üye olmaları koşulunu getiren ve tüm Sağlık İl Müdürlüklerine gönderilen 1.12.2006 tarih ve 61306 sayılı yazısının iptali istemiyle açılmıştır.

Anayasa'nın güvence altına aldığı çalışma hakkının, dernek kurma ve derneğe üye olma özgürlüğünün hukuka aykırı olarak sınırlandırılmasına yönelik dava konusu yazıda hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu yazının iptaline karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı: Yalçın Macar

Düşüncesi : Dava, Sosyal Güvenlik Kurumu (Devredilen Sosyal Sigortalar Kurumu)'nun, sigortalıların gözlük camı ve çerçevesinin karşılanması için sözleşme yapmak isteyen gözlükçü/optisyenlerin bulundukları yerdeki optisyenlik derneğine, dernek yoksa bulundukları yerin bağlı olduğu Sağlık İşleri İl Müdürlüğü'nün bulunduğu il'deki optisyenlik derneğine üye olmaları koşulunu getiren genel yazısının iptali istemiyle açılmıştır.

Davalı idarenin gerçek veya tüzel kişiler ile sözleşme yaparak sigortalısını faydalandırdığı sağlık hizmetinin sözleşme yaptığı kişiler tarafından yöntemince ve kaliteli bir şekilde sunulup, sunulmadığını gözetlemek ve denetlemekle yükümlü olduğu ve bu yükümlülüğünü yerine getirmek için gözetim ve denetim sistemi kurmakla yetkili olduğunda duraksama bulunmamaktadır.

Davalı idarenin hazırladığı "Gözlük ve Cam Çerçeveleri Sözleşmesi"nde, optisyen derneklerine kimi kontrol görevleri verilerek, gözlükçü/optisyen ile sigortalı arasında çıkacak sorunların derneğin görüşü doğrultusunda çözümü, gözlükçü/optisyenin sözleşmenin feshini gerektiren ve aynı zamanda 5193 sayılı Optisyenlik Hakkında Yasa'yı ihlal eden fiillerin bağlı bulundukları derneğe bildirilmesi öngörülmüştür. Dava konusu işlemin sözü edilen sözleşme kurallarına uygulama yeteneği kazandırılmasını amaçladığı açık olmakla birlikte, değinilen sözleşme kurallarının uygulanması gözlükçü/optisyenin mutlaka optisyenlik derneğine üye olmasını zorunlu kılmamaktadır. Çünkü bu kuralların, derneğe üye olsun veya olmasın gözlükçü/optisyenin sigortalı ile arasındaki sorunun çözümünü derneğin görüşü doğrultusunda çözüme kavuşturmayı taahhüt etmesini ve sözleşmenin feshinin gözlükçü/optisyenin varsa üye olduğu derneğe bildirilmesini ifade ettiği açıktır. Kaldı ki Anayasa'nın 33. maddesinin ikinci fıkrasında açıkça belirtildiği üzere, hiç kimse bir derneğe üye olmaya ve dernekte üye kalmaya zorlanamaz. Belirtilen hukuksal durum karşısında, dava konusu genel yazı ile sigortalıların gözlük camı ve çerçevesinin karşılanması için sözleşme yapmak isteyen gözlükçü/optisyenlerin bulundukları yerdeki optisyenlik derneğine, dernek yoksa bulundukları yerin bağlı olduğu Sağlık İşleri İl Müdürlüğü'nün bulunduğu il'deki optisyenlik derneğine üye olmalarını zorunlu tutan dava konusu işlemde hukuka ve Anayasa'ya uyarlık bulunmamaktadır.

Öte yandan, dava açıldıktan sonra dava konusu genel yazısının içeriği değiştirilerek, bu defa sigortalıların gözlük camı ve çerçevesinin karşılanması için sözleşme yapmak isteyen gözlükçü/optisyenlerin herhangi bir optisyenlik derneğine üye olması yeterli görülmüş ise de, bu durum görülmekte olan davanın konusunun kalmadığı anlamına gelmemektedir. Zira, sözleşme yapmak isteyen gözlükçü/optisyenlerin derneğe üye olma zorunlulukları kaldırılmamıştır. Açıklanan nedenlerle, dava konusu işlemin iptali gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince, gereği görüldü:

Dava, Sosyal Güvenlik Kurumu (Devredilen Sosyal Sigortalar Kurumu)'nun, sigortalıların gözlük camı ve çerçevesinin karşılanması için sözleşme yapmak isteyen optisyenlerin bulundukları yerdeki optisyenlik derneğine, dernek yoksa bulundukları yerin bağlı olduğu Sağlık İşleri İl Müdürlüğü'nün bulunduğu İldeki optisyenlik derneğine üye olmaları koşulunu getiren ve tüm Sağlık İl Müdürlüklerine gönderilen 1.12.2006 tarih ve 61306 sayılı yazısının iptali istemiyle açılmıştır.

Temel hak ve özgürlükler arasında yer alan çalışma hakkı, Anayasa'nın 48. ve 49. maddesiyle güvence altına alınmış; 48. maddesinde, herkesin, dilediği alanda çalışma ve sözleşme özgürlüğüne sahip olduğu; 49. maddesinde, çalışmanın, herkesin hakkı ve ödevi olduğu; Devletin, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için

Çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği onlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alacağı hükme bağlanmıştır.

Yine, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusu, onemi nedeniyle Anayasa'da düzenlenmiştir. Anayasanın 13. maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin, zne dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak yasayla sınırlanabileceği; bu sınırlamaların, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve llk ilkesine aykırı olamayacağı ifade edilmektedir.

Ayrıca, Anayasanın 6. maddesi; hukuk devleti ilkesinin doğal sonucu olarak, hiçbir kimse veya organın kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağını kurala bağlamıştır. Anayasada yer alan anılan düzenleme karşısında, idarenin, yasayla yetki tanınmamasına rağmen çalışma hakkına müdahalesi, kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisinin kullanılması sonucunu doğuracaktır.

Diğer taraftan, temel hak ve özgürlükler arasında yer alan dernek kurma ve derneğe ye olma zgrlğ Anayasa'nın 33. maddesiyle güvence altına alınmış; Anayasa'nın 33. maddesinde, herkesin, önceden izin almaksızın dernek kurma ve bunlara ye olma ya da üyelikten çıkma özgürlüğüne sahip olduğu; hiç kimsenin bir derneğe ye olmaya ve dernekte ye kalmaya zorlanamayacağı kuralına yer verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden; davalı idarenin, dava konusu yazısı ile sigortalıların ve diğer hak sahiplerinin hekimlerce ihtiyaç gösterilen gzlk cam ve çerçevelerinin teminine yönelik olarak davalı idare ile sözleşme yapmak isteyen optisyenlerin bulundukları yerdeki optisyenlik derneğine, dernek yoksa bulundukları yerin bağlı olduğu Sağlık İşleri İl Müdürlüğü'nin bulunduğu İldeki optisyenlik derneğine ye olmaları koşulunu öngördüğü anlaşılmaktadır.

Temel hak ve özgürlüklere getirilecek sınırlamaların Anayasanın 13. maddesi gözetilerek açık bir yasa hükmüyle yapılması gerektiği açık olup; davalı idareye dernek kurma ve derneğe ye olma özgürlüğüne müdahale etme konusunda düzenleme yetkisi tanınmamıştır.

Bu durumda, Anayasa'nın güvence altına aldığı dernek kurma ve derneğe ye olma özgürlüğüne hukuka aykırı olarak yapılan müdahale niteliğindeki dava konusu yazıda hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Öte yandan, dava açıldıktan sonra dava konusu genel yazının içeriği değiştirilerek, bu defa sigortalıların gzlk camı ve çerçevesinin karşılanması için sözleşme yapmak isteyen optisyenlerin herhangi bir optisyenlik derneğine ye olması yeterli görülmüş ise de, sözleşme yapmak isteyen optisyenlerin derneğe ye olma zorunlulukları kaldırılmadığından, davanın konusunun kalmadığı yönündeki davalı idare iddiasına itibar edilmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin 1.12.2006 tarih ve 61306 sayılı yazısının iptaline, aşağıda dökümü yapılan 52,60 TL yargılama giderleri ile Avukatlık Asgari cret tarifesine göre belirlenen 1.100,00-TL avukatlık ücretinin davalı idareden alınarak davacıya verilmesine, artan posta ücretinin istemi halinde davacıya iadesine, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 48. maddesi uyarınca, bu kararın tebliğ tarihini izleyen günden itibaren 30 (otuz) gün içerisinde İdari Dava Daireleri Kuruluna temyizen başvurulabileceğinin taraflara duyurulmasına, 31.5.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Onuncu Daire
Esas No : 2007/6157
Karar No : 2011/2119

Özeti : Toplantı saatinde toplantı salonuna gelerek, toplantı yapılmasına itiraz dilekçesi veren, toplantı salonunda, toplantının yapılmaması konusunda tartışmalara katılıp, imza tutanağını imzalamadan toplantı salonunu terk eden üyelerin toplantıya katılmış olduklarını kabule hukuken olanak bulunmadığından, toplantı yeter sayısı bulunmadan alınan kararda hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Davacılar : 1-...
2-...

Vekili : Av. ...

Davalı : Çevre ve Orman Bakanlığı

Davanın Özeti : 1.8.2007 tarih ve 26600 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 26.7.2007 tarih ve 6 nolu 2007-2008 Av Dönemi Merkez Av Komisyonu kararının, hukuka aykırı olduğu, toplanma ve karar alma yeter sayıları bulunmadan karar alındığı, olağanüstü toplantı koşullarının oluşmadığı ileri sürülerek iptali istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Dava konusu Merkez Av Komisyonu kararlarında hukuka aykırılık bulunmadığı belirtilerek, haksız ve dayanağı bulunmayan davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Yahya Şahin

Düşüncesi : Dava, 1.8.2007 tarih ve 26600 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 26.7.2007 tarih ve 6 nolu 2007-2008 Av Dönemi Merkez Av Komisyonu kararının iptali istemiyle açılmıştır.

İtiraz dilekçesi veren dokuz üyenin ayrılmasından sonra, toplantı salonunda kalan ve toplantı imza tutanağında imzası bulunan dokuz üyenin Yönetmeliğin 24.maddesinde belirtilen toplantı yeter sayısını (üye sayısının salt çoğunluğu) sağlamaya yetmediği görülmektedir.

Bu durumda, toplantı yeter sayısı oluşmadan yapılan toplantıda alınan dava konusu kararda hukuka uyarlık bulunmamaktadır

Belirtilen nedenle, dava konusu kararın iptali gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : İbrahim Özdemir

Düşüncesi : Dava; 26.7.2007 gün ve 6 nolu 2007-2008 Av Dönemi Merkez Av Komisyonu kararının iptali istemiyle açılmıştır.

Merkez Av Komisyonu İl ve İlçe Av Komisyonlarının Görevleri, Çalışma Esas ve Usullerine Dair Yönetmeliğin 24. maddesinde, "Merkez Av Komisyonu toplantısına Bakan veya Müsteşar başkanlık eder.

Merkez Av Komisyonunun olağan toplantısı, bu Yönetmeliğin 5 inci maddesinde belirtilen ve bu Yönetmelik doğrultusunda seçilen komisyon üyelerine toplantı tarihinden en az onbeş gün önceden komisyon başkanınca yazılı tebligatla bildirilir. Komisyon üyelerinin mazeret belirterek toplantıya katılmayacağını bildirmesi halinde yedek üyeler Merkez Av Komisyonu toplantısına aynı usulle davet edilir.

Merkez Av Komisyonu yılda en az bir kez ve en geç Mayıs ayı sonuna kadar komisyon üye sayısının salt çoğunluğu ile toplanır. Komisyon toplantısında kararlar toplantıya

katılan üye sayısının salt çoğunluğu ile alınır. Oylamada eşitlik halinde başkanın oyu iki oy sayılır.

Toplantı gündemi ve il av komisyonlarından gelen kararların değerlendirildiği taslak karar metni toplantı gününden en az bir hafta önce komisyon üyelerine Bakanlıkça gönderilir.

Toplantı görüşmeleri gündem çerçevesinde taslak metin üzerinden yapılır. Toplantının aynı gün bitmemesi halinde, başkanın belirleyeceği program dahilinde komisyon çalışmalarına devam edilir.

Merkez Av Komisyonu il av komisyonu kararlarını bilimsel raporlar ve çalışmalar ile taraf olunan uluslar arası sözleşmeler çerçevesinde değerlendirir. Komisyon, gerekçe göstererek il av komisyonu görüşünden farklı karar alabilir.

Komisyon olağanüstü durumlarda Bakanın veya komisyon üyelerinin en az 2/3 ünün talebi ile de toplanabilir. Toplantı günü, yeri ve saati Bakanlıkça belirlenir ve komisyon üyelerine tebliğ edilir.

Merkez Av Komisyonu Kanunla Bakanlığa verilen yetkiler haricinde ve bu Yönetmeliğin 25, 26, 27, 28, 29 ve 30 uncu maddelerinde belirtilen görev ve yetkilerinin dışında, avcılığın düzenlenmesi ve yaban hayatının korunması ve geliştirilmesi yönünde gerekli gördüğü kararları alabilir. Merkez Av Komisyonunun aldığı kararlar kesindir.

Merkez Av Komisyonu bu Yönetmelik hükümleri çerçevesinde her yıl yeniden oluşturulur ve aldığı kararlar bir sonraki Merkez Av Komisyonu Kararının Resmi Gazete'de yayımına kadar geçerlidir."hükmü yer almıştır.

Dosyanın incelenmesinden, Merkez Av Komisyonunun 24.5.2007 gününde aldığı avlanma gününün 4 güne çıkarılmasına ilişkin kararda Jandarma Genel Komutanlığının temsilcisinin yazdığı şerhin kararın sonucunun ne olduğu konusunda oluşan tereddütün giderilmesi amacıyla Bakan tarafından yapılan olağanüstü toplantı çağrısı üzerine dava konusu karar ile avlanma gününün 3 gün üzerine Komisyon üyesi olan davacılar tarafından, olağanüstü toplantı şartlarının olmadığı ve kararın kamu yararına aykırı olduğu öne sürülerek bu davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Davalı idarenin savunması ve eki belgelerin değerlendirilmesinden, bahsi geçen şerhin kararın sonucunu etkilebileyecek nitelikte olduğu anlaşıldığından Komisyonun olağanüstü toplantıya çağrılmasında anılan Yönetmelik hükmüne ve hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Öte yandan; ekolojik ve biyolojik dengenin korunması adına sürdürülebilir av ve yaban hayatı için avlanma gününün 3 gün olmasında kamu yararına aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle yasal dayanaktan yoksun bulunan davanın reddi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince gereği görüldü :

Dava, 1.8.2007 tarih ve 26600 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 26.7.2007 tarih ve 6 nolu 2007-2008 Av Dönemi Merkez Av Komisyonu kararının iptali istemiyle açılmıştır.

4915 sayılı Kara Avcılığı Kanunu'nun 3.maddesinin birinci fıkrasında, merkezde, Bakanın veya Müsteşarın başkanlığında, Bakanlık ve Genel Müdürlük merkez teşkilatı ilgili birimlerinden üç, bir bitki koruma uzmanı ve bir veteriner hekim olmak üzere Tarım ve Köyşleri Bakanlığından iki, Jandarma Genel Komutanlığı, Orman Genel Müdürlüğü, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü ile orman fakülteleri ve gönüllü kuruluşları temsilen birer, dokuz coğrafi bölge esas alınarak belirlenecek avcı kuruluşlarından dokuz, özel avlak temsilcisi bir olmak üzere toplam yirmibir üyeden teşekkül eden Merkez Av Komisyonu kurulacağı, anılan maddenin beşinci fıkrasında ise, Merkez Av Komisyonu ile il ve ilçe av komisyonlarının görev, yetki ve sorumluluklarının, üyelerinin seçimi, çalışma usulleri, coğrafi bölgelerin

belirlenmesi, karar alınması, kararların yayın ve yayım esaslarının Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği hükme bağlanmıştır.

Anılan Kanun hükmüne dayanılarak çıkartılan Merkez Av Komisyonu İl ve İlçe Av Komisyonlarının Görevleri, Çalışma Esas ve Usullerine Dair Yönetmeliğin 24. maddesinde; "Merkez Av Komisyonu toplantısına Bakan veya Müsteşar başkanlık eder.

Merkez Av Komisyonunun olağan toplantısı, bu Yönetmeliğin 5 inci maddesinde belirtilen ve bu Yönetmelik doğrultusunda seçilen komisyon üyelerine toplantı tarihinden en az onbeş gün önceden komisyon başkanınca yazılı tebligatla bildirilir. Komisyon üyelerinin mazeret belirterek toplantıya katılamayacağını bildirmesi halinde yedek üyeler Merkez Av Komisyonu toplantısına aynı usulle davet edilir.

Merkez Av Komisyonu yılda en az bir kez ve en geç Mayıs ayı sonuna kadar komisyon üye sayısının salt çoğunluğu ile toplanır. Komisyon toplantısında kararlar toplantıya katılan üye sayısının salt çoğunluğu ile alınır. Oylamada eşitlik halinde başkanın oyu iki oy sayılır.

Toplantı gündemi ve il av komisyonlarından gelen kararların değerlendirildiği taslak karar metni toplantı gününden en az bir hafta önce komisyon üyelerine Bakanlıkça gönderilir.

Toplantı görüşmeleri gündem çerçevesinde taslak metin üzerinden yapılır. Toplantının aynı gün bitmemesi halinde, başkanın belirleyeceği program dahilinde komisyon çalışmalarına devam edilir.

Merkez Av Komisyonu il av komisyonu kararlarını bilimsel raporlar ve çalışmalar ile taraf olunan uluslar arası sözleşmeler çerçevesinde değerlendirir. Komisyon, gerekçe göstererek il av komisyonu görüşünden farklı karar alabilir.

Komisyon olağanüstü durumlarda Bakanın veya komisyon üyelerinin en az 2/3 ünün talebi ile de toplanabilir. Toplantı günü, yeri ve saati Bakanlıkça belirlenir ve komisyon üyelerine tebliğ edilir.

Merkez Av Komisyonu Kanunla Bakanlığa verilen yetkiler haricinde ve bu Yönetmeliğin 25, 26, 27, 28, 29 ve 30 uncu maddelerinde belirtilen görev ve yetkilerinin dışında, avcılığın düzenlenmesi ve yaban hayatının korunması ve geliştirilmesi yönünde gerekli gördüğü kararları alabilir. Merkez Av Komisyonunun aldığı kararlar kesindir.

Merkez Av Komisyonu bu Yönetmelik hükümleri çerçevesinde her yıl yeniden oluşturulur ve aldığı kararlar bir sonraki Merkez Av Komisyonu Kararının Resmi Gazete'de yayımına kadar geçerlidir." kurallarına yer verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, Merkez Av Komisyonunun 24.5.2007 tarih ve 5 sayılı, göçmen kuşların avlanma günü sayısının haftada 4 güne çıkarılmasına ilişkin kararda Jandarma Genel Komutanlığının temsilcisinin yazdığı "göçmen kuşların avlanma gününün dört güne çıkartılması şahsi kararımdır. Jandarma Genel Komutanlığı'nın kararının üç gün olduğu" yolundaki şerhinin, Jandarma Genel Komutanlığı'nın görüşünün esas alınması halinde kararın sonucunu etkileyecek nitelikte olması nedeniyle oluşan tereddütün giderilmesi amacıyla Bakan tarafından olağanüstü toplantı çağrısı yapıldığı, toplantı günü ve saatinde, daha önceki toplantıda dört gün yolunda oy kullanan dokuz üyenin toplantı salonuna gelerek, bu toplantının koşulları oluşmadığından yapılmasını istemedikleri, daha önce bu şerhin olmadığı ve kararın oluşmuş olduğu yolunda itirazlarda bulunup, itiraz dilekçesi verdikleri ve toplantı tutanağını imzalamadan toplantı salonunu terk ettikleri, olağanüstü toplantı imza tutanağında sadece dokuz üyenin imzasının bulunduğu, Doğu Akdeniz Bölgesi temsilcisinin katılmadığının, diğer dokuz üyenin imzalamadığının belirtilmiş olduğu, buna karşın, toplantı tutanağında, Doğu Akdeniz Bölgesi temsilcisi dışında, tüm katılımcılarıyla toplantıya 19 kişi olarak başlandığı belirtilerek, toplantıya itiraz dilekçesinin okunduğu, toplantı şartlarının oluşup oluşmadığı yolunda tartışmaların tutanağa geçirildiği, yaklaşık bir saat sonra itiraz dilekçesi vermiş olan üyelerin toplantının yapılmasını istemediklerini belirterek toplantı salonunu terk ettikleri, kalan üyeler tarafından toplantıya

devam edilerek dava konusu kararın alındığı, komisyon üyesi olan davacılar tarafından, olağanüstü toplantı şartlarının oluşmadığı ileri sürülerek bu davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda, uyuşmazlığın çözümünde öncelikli konuyu, toplantının ne zaman açılmış sayılacağı ve toplantının açılıp açılmadığının tespiti oluşturmaktadır.

Toplantı saatinde toplantı salonuna gelerek itiraz dilekçesi veren dokuz üyenin iradesinin toplantının yapılmaması olduğunda tartışma bulunmamaktadır. Üstelik bu dokuz üyenin toplantı salonunda, toplantının yapılmaması konusunda tartışmalara katılıp, imza tutanağını imzalamadan toplantı salonunu terk etmeleri nedeniyle bu üyelerin toplantıya katılmış olduklarını kabule hukuken olanak bulunmamaktadır.

İtiraz dilekçesi veren dokuz üyenin ayrılmasından sonra, toplantı salonunda kalan ve toplantı imza tutanağında imzası bulunan dokuz üyenin Yönetmeliğin 24.maddesinde belirtilen toplantı yeter sayısını (üye sayısının salt çoğunluğu) sağlamaya yetmediği görülmektedir.

Bu durumda, toplantı yeter sayısı oluşmadan yapılan toplantıda alınan dava konusu kararda hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu Merkez Av Komisyonu Kararının iptaline, aşağıda dökümü yapılan 97,40TL yargılama gideri ile Avkatlık Asgari Ücret tarifesi uyarınca 1.100-TL avukatlık ücretinin davalı idareden alınarak davacıya verilmesine, posta pulundan artan 30-TL nin istemi halinde davacılar iadesine, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 48.maddesi uyarınca, bu kararın tebliğ tarihini izleyen günden itibaren 30 (otuz) gün içerisinde İdari Dava Daireleri Kuruluna temyizen başvurulabileceğinin taraflara duyurulmasına, 1.6.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Onuncu Daire

Esas No : 2007/5427
Karar No : 2011/2289

Özeti : İdarelerin, yeniden düzenleme yaparken, önceki düzenlemeler kapsamında kişilerin kazanılmış haklarını ve haklı beklentilerini korumak zorunda oldukları, bunun hukuk güvenliği ilkesinin bir gereği olduğu hakkında.

Davacı : ...
Vekili : Av. ...
Davalı : Tarım ve Köyşleri Bakanlığı

Davanın Özeti : Gemlik türü zeytin fidanı destekleme ödemesinin dekar başına 250 TL üzerinden 45 TL'ye düşürülmesi hakkında Tarım ve Köyşleri Bakanlığı Tarımsal Üretim ve Geliştirme Genel Müdürlüğü'nün "Sertifikalı Tohum ve Fidan Desteği" konulu 27.2.2007 tarih ve 07-029 sayılı Bakan Onayı ile 28.2.2007 tarih ve 2007/4 sayılı Genelgesinin; çiftçiler tarafından dekar başına 250 TL ödeneceği hakkındaki yürürlükten kaldırılan Genelgeye güvenerek gemlik türü zeytin fidanı dikimi yapıldığı, değişiklikten önce dikim yapanların hakkını korumaması yönünden hukuka aykırı olduğu, Adana ili Ceyhan İlçesinin gemlik türü zeytin fidanının ekolojisine uygun olduğu ve bu nedenle dikiminin bölgede yaygınlaştığı ileri sürülerek iptali ve uğrıldığı ileri sürülen 21.525 TL zararın yasal faiziyle birlikte tazminine karar verilmesi istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : 2006 yılında gemlik türü zeytin fidanı ile bahçe tesisinde dekar başına 250 TL destekleme verildiği; ancak 2006 yılında gemlik türü zeytinin ekolojik

bölgesi dışında dikiminin çok yapıldığının tespiti üzerine, ekolojik bölge dışında dikim yapılması sofralık gemlik zeytini kalitesinin azalmasına neden olacağı; ayrıca gemlik zeytini sofralık zeytin türünden olduğu için ekolojik bölgesi dışında çok fazla yayılması gelecek yıllarda çeşit bazında ürün fazlasına neden olacağı ve dengesiz üretim sonucunda yağlık zeytin üretiminde gerilemeye ve zeytinyağı kalitesinde düşüşe neden olacağından, bu tür olumsuzlukların ortadan kaldırılması amacıyla yapılan düzenlemede hukuka aykırılık bulunmadığı ileri sürülerek davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Sevil Mehel Telli

Düşüncesi : Dava, gemlik türü zeytin fidanı destekleme ödemesinin dekar başına 250 TL üzerinden 45 TL'ye düşürülmesi hakkında Tarım ve Köyşleri Bakanlığı Tarımsal Üretim ve Geliştirme Genel Müdürlüğü'nün "Sertifikalı Tohum ve Fidan Desteği" konulu 27.2.2007 tarih ve 07-029 sayılı Bakan Onayı ile 28.2.2007 tarih ve 2007/4 sayılı Genelgesinin iptali ve uğranıldığı ileri sürülen 21.525 TL zararın yasal faiziyle birlikte tazminine karar verilmesi istenilmektedir.

İdareler, kendi görev alanlarını ilgilendiren yasa ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla düzenleme yaparken, önceki düzenlemeler kapsamında kişilerin kazanılmış haklarını ve haklı beklentilerini korumak zorunda olup; bu durum, hukuk güvenliği ilkesinin bir gereğidir.

Bu itibarla, dava konusu düzenlemeler ile daha önce yayımlanan Genelge kapsamında destekten yararlanmak amacıyla başvuruda bulunan ve bu konuda haklı beklenti içerisinde olan üreticilerin haklarını koruyucu ve gözetici biçimde düzenleme yapılması gerekirken, dava konusu Genelgeden önce başvuruların hakkını koruyucu nitelikte düzenlemeye yer verilmemesi nedeniyle hukuk güvenliğini zedeleyici nitelikte yapılan düzenlemede hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Davalı idarece, 2006 yılı Genelgesi kapsamında idareye başvuran davacıya bu Genelge uyarınca yeniden hesaplanacak destekleme miktarının ödenmesi gerektiğinden, tazminat istemi hakkında bu aşamada karar verilmesine yer bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenle, dava konusu Genelge ile Bakan olurunun iptali ve tazminat istemi yönünden karar verilmesine yer olmadığı yolunda karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Yalçın Macar

Düşüncesi : Dava, Gemlik türü zeytinin ekolojisi dışında yaygınlaştırılması nedeniyle, bu türün sertifikalı fidanıyla bahçe tesisinde destekleme tutarının dekar başına 250 TL'nden 45 TL'ne düşürülmesi yolundaki 27.2.2007 günlü, 29 sayılı Bakan "Olur"u ile 2007/4 sayılı Sertifikalı Tohum ve Fidan Desteği Genelgesi'nin iptali ve yeniden belirlenen destekleme tutarı nedeniyle yoksun kalındığı öne sürülen 21.525 TL destekleme ödemesinin tazmini istemiyle açılmıştır.

4733 sayılı Yasa'nın dava konusu düzenlemelerin tesis edildiği tarihte yürürlükte bulunan 7. maddesinde, tarımsal destekleme politikaları çerçevesinde doğrudan bütçeden veya uluslararası kuruluşlardan sağlanan kaynaklardan, doğrudan ve/veya dolaylı olarak yapılacak her türlü ödemelere ilişkin usul ve esasları belirlemeye Bakanlar Kurulu yetkili kılınmış; Bakanlar Kurulu'nun 28.3.2005 günlü, 2005/8629 sayılı Kararı'yla yürürlüğe konulan "Ulusal Tarım Stratejisi Doğrultusunda Tarımsal Destekleme Ödemelerine ve Sürdürülebilir Çiftçi Kayıt Sisteminin Geliştirilmesine İlişkin Karar"ın 2006/10243 sayılı Karar ile değişik 1., 3. ve 8. maddeleriyle, bitkisel üretim faaliyetinde bulunan çiftçilere, doğrudan gelir desteği ödenmesi, ödemelerin üretim faaliyetini ve bu faaliyeti yapan çiftçiyi tespit edecek belgelere dayandırılması, doğrudan gelir desteği ödemesi yapılan arazilerde toprak analizi, organik tarım gibi teknoloji kullanımı ve çevre koruma önceliklerine göre dekar başına ilave ödemeler yapılabilmesinin yanı sıra sürdürülebilirlik ilkesi çerçevesinde kaliteye, teknoloji kullanımına ve çevre koruma önceliklerine göre bitkisel üretim faaliyetinde sertifikalı tohum ve/veya sertifikalı fidan kullanan çiftçilere dekar başına destekleme ödemesi yapılabilmesi

öngörölmüş; öte yandan bu Kararın uygulanmasına ilişkin usul ve esasların Tarım ve Köyşleri Bakanlığı tarafından hazırlanacak yönetmelik ve tebliğler tarafından belirleneceği ifade edilmiştir.

Böylece, gerek 4733 sayılı Yasa'nın 7. maddesi, gerek "Ulusal Tarım Stratejisi Doğrultusunda Tarımsal Destekleme Ödemelerine ve Sürdürülebilir Çiftçi Kayıt Sisteminin Geliştirilmesine İlişkin Karar" ile davalı idareye, tarımsal üretimin sürdürülebilirliği, kaliteli üretimin artırılması, üretimde teknolojinin kullanımının yaygınlaştırılması, çevrenin korunması ölçütlerini gözeterek, hangi türlerde bitkisel üretim için sertifikalı tohum veya fidan kullanımının özendirilerek, teşvik edilmesi ve bunu sağlamak için yapılacak destekleme ödemesinin tutarını, desteklemeden yararlanmanın yöntemini belirlemek konusunda yetki verildiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Bu çerçevede 10.5.2006 günlü, 26164 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe konulan Sertifikalı Tohumluk Kullanımı ve Sertifikalı Meyve/Asma Fidanı/Çilek Fidesi ile Kapama Bağ/Bahçe Tesis Desteklemeleri Hakkında 2006/19 sayılı Tebliğ ile sertifikalı tohumluk/fidan/fide kullanılarak kapama bağ veya bahçe kurulması nedeniyle desteklemeden yararlanılmasının yöntemi açıklanmış; çiftçilere dekar başına yapılacak destekleme miktarlarının "her yıl" Tarım ve Köyşleri Bakanlığı tarafından belirlenmesi öngörölmüş; diğer yandan destekleme ödemesinden yararlanılması 2006 yılı yazlık ekim/dikimleri için 10.5.2006-7.7.2006, 2006 yılı güz ve 2007 yılı yaz ekim dikimleri için 16.10.2006-6.7.2007 tarihleri arasında başvuruda bulunması koşuluna bağlanmıştır. Buna göre, Bakanlık tarafından ilk defa açıklanacak olan destekleme tutarlarının 2006 yılı dikimlerini kapsayacağı açıktır. Nitekim desteklenecek ürün türleri ve destekleme miktarları 10.5.2006 tarihinde belirlenerek, davalı idarenin aynı günlü yazısıyla tüm valiliklere duyurulmuş; 2006 yılında sertifikalı zeytin fidanı ile kapama bahçe tesisinde dekar başına 250 TL destekleme ödemesi yapılacağı açıklanmıştır. Öte yandan 15.2.2007 günlü Resmi Gazete'de yayımlanan 2007/15 sayılı Tebliğ ile sertifikalı fidan ve fide ile yeni tesis kurarak destekten yararlanacak üreticilerin kullanacağı sertifikalı tür ve çeşitlerin araştırma kuruluşlarınca düzenlenmiş olan "çeşit tavsiye listesi"ne ve üretimine ihtiyaç duyulanlara göre Bakanlıkça belirlenmesi öngörölmüş; ayrıca 2007 yılı güzlük ekim/dikimleri için başvuruların 1.10.2007 tarihinden itibaren 31.12.2007 tarihi mesai bitimine kadar yapılması istenilmiştir.

Dava konusu Genelgeyle, Gemlik türü zeytinin bilinen ekolojik bölgeleri dışında dikilmesinin bu tür zeytinin sofralık değerini düşürdüğü gibi, yağlık olarak işlenmesi halinde kalite ve kantite kayıplarına neden olduğunun anlaşıldığı noktasından hareketle, Gemlik çeşidi fidan ile bahçe tesisinde destekleme tutarı, 2006 yılı dikimleri ayık tutularak, 2007 yılı için 45 TL'na indirilmiştir. Davalı idarenin her yıl için destekleme miktarını ve desteklenecek ürün türlerini sertifikalı tür ve çeşitlerin araştırma kuruluşlarınca düzenlenmiş olan çeşit tavsiye listesine ve üretimine ihtiyaç duyulanlara göre belirleme yetkisine sahip olması karşısında, ortaya koyduğu gerekçelere dayanarak ekolojik bölgesi dışında Gemlik türü zeytin fidanı ile bahçe tesisinde destekleme miktarını ayrıca belirlemesinde hukuka ve dayanan düzenlemelere aykırı bir yön bulunmamaktadır. Bununla birlikte, getirilen düzenleme ekolojik bölgesi içinde Gemlik türü zeytin fidanı ile bahçe tesisinde de destekleme miktarının dekar başına 45 TL olarak uygulanmasına yol açmaktadır. Oysa davalı idarenin ortaya koyduğu bilimsel nedenler karşısında, ekolojik bölgesi dışında Gemlik türü zeytin fidanı ile bahçe tesisinin desteklenmesine devam edilmesinin, buna karşılık ekolojik bölgesi içinde Gemlik türü zeytin fidanı ile bahçe tesisinin, diğer türlerden farklı olarak, dekar başına 250 TL yerine 45 TL ödenerek desteklenmesinin haklı ve hukuken kabul edilebilir nedenleri bulunmadığı gibi, bu durumun bilimsel gerekleri de ortaya konulmadığından, dava konusu düzenlemede ekolojik bölgesi içinde Gemlik türü zeytin fidanı ile bahçe tesis edenler yönünden kamu yararı ve hizmet gereklerine uyarlık bulunmamaktadır.

Uyuşmazlığın, ekolojik bölgesi dışında Gemlik türü zeytin fidanı ile bahçe tesisi nedeniyle davacının yararlanacağı destekleme ödemesinin miktarına ilişkin kısmına gelince; yukarıda açıklandığı üzere, 2006 yılında setifikalı zeytin fidanı ile kapama bahçe tesisinde dekar başına 250 TL destekleme ödemesi yapılacağına tartışma yoktur. Dava dosyasında bulunan 12.4.2007 günlü "Sertifikalı Fidan ve Tohumluk Desteklemesi Arazi Tespit Tutanağı"nı ile 105.468 m2 alanda dikimi yapılan 2800 adet zeytin fidanının bir yaşında olduğunun saptandığı, zeytin fidanlarının Aralık ayının başından ve Mart ayının sonuna kadar dikiminin yapılması gerekliliği de dikkate alındığında, 2006 yılı güz döneminde bahçe tesis edilmesi nedeniyle ve dekar başına destekleme ödemesinin 45 TL'na indirilmesinden önce 19.2.2007 tarihinde desteklemeden yararlanmak için başvuruda bulunulduğu anlaşılmaktadır. Bu haliyle aranan diğer koşulların varlığı durumunda davacının dekar başına 250 TL destekleme ödemesinden yararlandırılmasının 2006/19 sayılı Tebliğin ve davalı idarenin dekar başına ödeme tutarını ve dönemini belirleyen 10.5.2006 günlü işeminin gereği olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu işlemlerin, ekolojik bölgesi içinde Gemlik türü zeytin fidanı ile bahçe tesis edenler yönünden iptali; aranan diğer koşulları taşıdığının belirlenmesi durumunda, dekar başına 250 TL üzerinden hesaplanacak destekleme tutarının 2006/19 sayılı Tebliğe göre ödeneceği tarihten itibaren hesaplanacak yasal faiziyle birlikte davacıya ödenmesine karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince gereği görüldü;

Dava, Gemlik türü zeytin fidanı destekleme ödemesinin dekar başına 250 TL üzerinden 45 TL'ye düşürülmesi hakkında Tarım ve Köyşleri Bakanlığı Tarımsal Üretim ve Geliştirme Genel Müdürlüğü'nün "Sertifikalı Tohum ve Fidan Desteği" konulu 27.2.2007 tarih ve 07-029 sayılı Bakan Oluru ile 28.2.2007 tarih ve 2007/4 sayılı Genelgesinin iptali ile uğranıldığı ileri sürülen 21.525 TL zararın yasal faiziyle birlikte tazminine karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

İşlem tarihinde yürürlükte olan 4733 sayılı Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun 7. maddesinde, tarımsal destekleme politikaları çerçevesinde doğrudan bütçeden veya uluslararası kuruluşlardan sağlanan kaynaklardan, doğrudan ve/veya dolaylı olarak yapılacak her türlü ödemelere ilişkin usul ve esasları belirlemeye Bakanlar Kurulu'nun yetkili olacağı düzenlenmiştir.

2005/8629 sayılı Ulusal Tarım Stratejisi Doğrultusunda Tarımsal Destek Ödemelerine ve Sürdürülebilir Çiftçi Kayıt Sisteminin Geliştirilmesine İlişkin Bakanlar Kurulu Kararının 1. maddesinde, "Bitkisel üretim faaliyetinde bulunan çiftçilere, doğrudan gelir desteği ödenir. Ödemeler, üretim faaliyetini ve bu faaliyeti yapan çiftçiyi tespit edecek belgelere dayandırılır. Doğrudan gelir desteği ödemesi yapılan arazilerde, sertifikalı tohumluk kullanımı, toprak analizi, arazi toplulaştırılması gibi teknoloji kullanımı ve çevre koruma önceliklerine göre dekar başına ilave ödemeler yapılabilir.", 8. maddesinde "Bu Kararın yürütülmesine ilişkin usul ve esaslar, Tarım ve Köyşleri Bakanlığı tarafından hazırlanacak yönetmelik ve tebliğlerle belirlenir." kuralına yer verilmiştir.

2006/10243 sayılı Ulusal Tarım Stratejisi Doğrultusunda Tarımsal Destek Ödemelerine ve Sürdürülebilir Çiftçi Kayıt Sisteminin Geliştirilmesine İlişkin Kararda Değişiklik Yapılmasına Dair Bakanlar Kurulu Kararının 2. maddesinde ise, 2005/8629 sayılı Kararın 3. maddesinin "Sürdürülebilirlik ilkesi çerçevesinde kaliteye, teknoloji kullanımına ve çevre koruma önceliklerine göre bitkisel üretim faaliyetinde sertifikalı tohum ve/veya sertifikalı fidan kullanan çiftçilere dekar başına destekleme ödemesi yapılabilir." şeklinde değiştirildiği belirtilmiştir.

Yukarıda yer verilen düzenlemeler uyarınca 10.5.2006 tarih ve 26164 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren "Sertifikalı Tohumluk Kullanımı ve Sertifikalı

Meyve/Asma Fidanı/Çilek Fidesi ile Kapama Bağ/Bahçe Tesisi Desteklemeleri Hakkında Tebliğ (Tebliğ No: 2006/19)"ın 5. maddesinde, ödemelerin, bu Tebliğde belirtilen usul ve esaslara göre, yurt içinde üretilip sertifikalandırılan, sertifikalı fidan/fide kullanarak; en az 5 dekar bodur ve yarı bodur meyve fidanları ile kapama bahçe, en az 10 dekar diğer meyve/asma fidanları ile kapama bağ ve bahçe ve en az 3 dekar çilek fidesi ile çilek bahçesi tesis eden çiftçilere yapılacağı; 6. maddesinde, bu Tebliğin 5. maddesinde belirtilen türlerin sertifikalı tohumluklarını kullanarak ekim/dikim yapan çiftçilere dekar başına yapılacak destekleme miktarlarının her yıl Bakanlıkça belirleneceği; 7. maddesinde, 2006 yılı yazlık ekim/dikim için başvuruların bu Tebliğin yayımlanmasından itibaren 7.7.2006 tarihi mesai saati bitimine kadar, 2006 yılı güzlük ekim/dikimleri ve 2007 yılı yazlık ekim/dikimleri için başvuruların ise 16.10.2006 tarihinden 6.7.2007 tarihi mesai bitimine kadar il/ilçe müdürlüklerine yapılması gerektiği kuralı yer almıştır.

Hukukun üstünlüğünün egemen olduğu bir devlette hukuk güvenliğinin sağlanması hukuk devleti ilkesinin yerine getirilmesi zorunlu koşullardandır. Yapılan düzenlemelerde istikrar, belirlilik ve öngörülebilirlik göz önünde bulundurularak hukuki güvenlik sağlanır. Bireyin insan olarak varlığının korunmasını amaçlayan hukuk devletinde vatandaşların hukuk güvenliğinin sağlanması zorunludur. Devlet açık ve belirgin hukuk kurallarını yürürlüğe koyarak bunları uyguladığı zaman hukuk güvenliği sağlanır.

Haklı beklenti, yönetimin bir düzenleyici işlemine veya bir taahhüdüne veyahutta uzun süren bir uygulamasına güvenerek olsun, bireylerin çıkarlarına ya da lehlerine olan bir sonuca ulaşabileceklerini ümit etmeleridir.

İdareler, kendi görev alanlarını ilgilendiren yasa ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, her zaman yönetmelik, tebliğ, genelge çıkarılma ve bu düzenlemelerle, değişen koşullar dikkate alınarak, daha önceki düzenlemeler ile doğmuş bulunan objektif hukuki durumları, ileriye yönelik olarak yürürlükten kaldırma yetkisine sahip bulunmaktadır. Ancak idareler, bu konudaki yetkilerini kullanırken önceki düzenlemeler kapsamında kişilerin kazanılmış haklarını ve haklı beklentilerini korumak zorundadırlar. Bu durum, hukuk güvenliğinin ve hukuki istikrarın sağlanması açısından vazgeçilmez niteliktedir.

Dosyanın incelenmesinden; 10.5.2006 tarih ve 2560 sayılı Bakan Onayı ile sertifikalı zeytin fidanı dikimi için tür ayrımı yapılmaksızın dekar başına 250 TL destekleme yapılmasına karar verildiği; ancak zeytinde gemlik çeşidinin ekolojisi dışında yaygınlaşması nedeniyle 27.2.2007 tarihli Bakan onayı ile gemlik türü zeytin dışındaki zeytin fidanları için dekar başına destekleme miktarı 250 TL olarak ödenmesine devam edilirken, gemlik türü zeytin fidanı dikiminde dekar başına destekleme miktarının 250 TL'den 45TL'ye düşürüldüğü, bu hususun 28.2.2007 tarih ve 2007/4 sayılı Genelge ile duyurulduğu; davacının Adana ili, Ceyhan ilçesinde bulunan arazisine 2006 yılının Aralık ayı içinde gemlik türü zeytin fidanı diktikten sonra, 19.2.2007 tarihinde desteklemeden yararlanmak üzere idareye başvurduğu; 12.4.2007 tarihinde davacının arazisi üzerinde 2800 adet zeytin fidanının dikilmiş olduğunun tespit edildiği; ancak davacıya destekleme ödemesinin yapılmaması nedeniyle, 10.7.2007 tarihinde dekar başına 250 TL'den ödeme yapılması yolunda yapılan başvurunun reddi üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Davalı idarenin, tarım politikaları ile gıda güvencesi ve güvenliğinin güçlendirilmesi amacı dikkate alınmak suretiyle, çiftçilere hangi ürünler ve tarımsal faaliyetler nedeniyle destekleme yapılacağını ve ödenecek destekleme miktarını belirleme yetkisi bulunmaktadır. Bu kapsamda, davalı idarece ödenecek destekleme miktarlarının artırılması, azaltılması veya tamamen desteklemenin kaldırılması da mümkündür. Ancak, davalı idare bu düzenlemeleri yaparken ilgililerin haklarını ihlal etmeksizin haklı beklentilerini koruyucu düzenleme yapmakla yükümlüdür.

Dava konusu düzenlemeden önce yayımlanan 2006 yılı Genelgesi kapsamında dekar başına 250 TL olan destekleme miktarının, tarım politikaları ile gıda güvenliği ve kalitesi

dikkate alınarak dava konusu düzenleme ile dekar başına 45 TL'ye düşürülmesi konusunda davalı idarenin yetkisi olmakla birlikte, önceki Genelge kapsamında destekten yararlanmak amacıyla başvuruda bulunan ve bu konuda haklı beklenti içerisinde olan çiftçilerin haklarını koruyucu ve gözetici biçimde düzenleme yapılması gerekmektedir. Bu yönüyle dava konusu düzenleme ile üreticilere ödenecek destekleme miktarları üreticilerin haklı beklentilerinin karşılanması amacıyla dikim tarihi esas alınmak suretiyle, daha önceki Genelge kapsamında dikim yapan çiftçilerin hakkını koruyacak nitelikte düzenleme yapılmadığından, dava konusu Genelge ve Bakan onayındaki hukuk güvenliğini zedeleyici nitelikteki eksik düzenlemede hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Davacının uğradığını ileri sürdüğü 21.525 TL zararın yasal faiziyle birlikte tazminine karar verilmesi istemi yönünden;

Davacı, 2006 yılı Genelgesinin yürürlükte olduğu tarihte bu Genelge ile getirilen düzenlemeye güvenerek 2006 yılının Aralık ayı içinde gemlik türü zeytin fidanı diktikten sonra, 19.2.2007 tarihinde desteklemeden yararlanmak üzere idareye başvurmuştur. Davacıya, gemlik türü zeytin fidanını diktiği ve idareye başvurduğu tarih itibarıyla yürürlükte bulunan 2006 yılı Genelgesi uyarınca dekar başına 250 TL üzerinden ödeme yapılması gerekmektedir.

Bu durumda, davalı idarece davacının hak ettiği destekleme miktarı yeniden hesaplanarak ödeme yapılacağından, tazminat istemi yönünden bu aşamada karar verilmesine yer bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, Tarım ve Köyşleri Bakanlığı Tarımsal Üretim ve Geliştirme Genel Müdürlüğü'nün "Sertifikalı Tohum ve Fidan Desteği" konulu 27.2.2007 tarih ve 07-029 sayılı Bakan Oluru ile 28.2.2007 tarih ve 2007/4 sayılı Genelgesinin eksik düzenleme nedeniyle iptaline, tazminat istemi yönünden karar verilmesine yer olmadığına, aşağıda dökümü yapılan 77,20 TL yargılama giderlerinin ve kararın verildiği tarihte yürürlükte olan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca belirlenen 1.100 TL avukatlık ücretinin davalı idareden alınarak davacıya verilmesine, artan posta ücretinin isteği halinde davacıya iadesine, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 48. maddesi uyarınca, bu kararın tebliğ tarihini izleyen günden itibaren 30 (otuz) gün içerisinde İdari Dava Daireleri Kuruluna temyizen başvurulabileceğinin taraflara duyurulmasına, 14.6.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Onuncu Daire

Esas No : 2007/6843
Karar No : 2011/2365

Özeti : Ceza muhakemesi Kanununa Göre Uzlaştırmacının Uygulanmasına ilişkin Yönetmelik'te yer alan; tarafların üzerinde anlaştıkları bir avukatın ya da hukuk öğrenimi görmüş kişinin uzlaştırmacı olarak görevlendirilebileceği; hukuk bilgisine programlarında yeterince yer veren siyasal bilgiler, idari bilimler, iktisat ve maliye alanlarında en az dört yıllık yüksek öğrenim görmüş olanların "hukuk öğrenimi görmüş uzlaştırmacı" olarak kabul edileceği yolundaki düzenlemelerde hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında.

Davacı : İstanbul Barosu Başkanlığı

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

Davalı : Adalet Bakanlığı

Davanın Özeti : 26.7.2007 tarih ve 26594 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Uzlaştırmanın Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 13. maddesinin 2. ve 4. fıkralarının, 14. maddesinin 2. fıkrasının, 15. maddesinin 1. fıkrasının "b" ve "c" bentlerinin ve 25. maddesinin 3. fıkrasının; 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu'nun 253/9. maddesinde " tarafların üzerinde anlaştığı uzlaştırıcı"ya yer verilmediği halde Yönetmelikle tarafların üzerinde anlaştığı uzlaştırmacının görevlendirilmesine olanak tanındığı; Yasada hukuk öğrenimi görmüş kişilerin uzlaştırmacı olacağı düzenlendiğinden, sadece hukuk fakültesi mezunlarının uzlaştırmacı olması gerektiği, yönetmelikle hukuk formasyonu yeterli olmayan fakülte mezunlarının da uzlaştırmacı olarak kabul edilmesinin Yasaya aykırı olduğu; uzlaştırmacının Yasada sadece soruşturma aşaması için öngörülmesine rağmen yönetmelikle kovuşturma aşamasında da öngörüldüğü; hakimnin davaya bakamayacağı veya reddini gerektiren hallerin uzlaştırmacı için de geçerli olduğu, Yasa uyarınca hakimnin reddine karar verirken, Yönetmelikle uzlaştırmacının reddine Cumhuriyet savcısının karar vermesi yolunda yapılan düzenlemenin Yasaya aykırı olduğu; uzlaştırmacının avukat olması halinde Avukatlık Kanunu uyarınca tarafsızlığını şüpheye düşürecek durumda görevden çekilmesi gerektiği; 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu'nun 156. maddesi uyarınca müdafinin soruşturmanın yapıldığı yer barosunca görevlendirilmesi öngörüldüğünden, uzlaştırmacının da soruşturmanın yapıldığı yer barosunca görevlendirilmesi gerektiği ileri sürülerek iptali istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Baroların veya Cumhuriyet savcılarının, tarafların üzerinde anlaştığı bir kişiyi uzlaştırmacı olarak görevlendirmelerinin mümkün olduğu; tarafların üzerinde anlaştığı uzlaştırmacının görevlendirilmesinin baroların veya Cumhuriyet savcılarının yetkilerini ortadan kaldırmadığı; Yasa koyucunun uzlaştırmacı olarak görevlendirilecekleri, hukuk fakültesi mezunu olarak sınırlamak istemesi halinde bu hususu yasada açıkça belirtmesi gerektiği, Yasada bulunan "hukuk öğrenimi almış" ifadesinden bu öğrenimin alındığı fakülteler olarak geniş yorumlanması gerektiği, aksi takdirde uzlaştırmacı bulunmasında zorluk yaşanacağı; Yasanın 253. maddesine paralel olarak, uzlaştırmacı görevlendirmesi yapıldıktan sonra ortaya çıkan durumlar nedeniyle uzlaştırmacının görevden alınması için Cumhuriyet savcısına yetki verildiği, ancak tarafların rızalarının bulunması halinde uzlaştırmacının görevini yapmasında hukuka aykırılık bulunmadığı; uzlaştırmacı görevlendirilmesinin müdafii görevlendirilmesi ile ilgili olmadığı, tarafların üzerinde anlaştığı uzlaştırmacı avukatın soruşturmanın yapıldığı yerden başka bir baroya kayıtlı olabileceğinden bu durumda görevlendirmenin bu baro tarafından yapılmasının, avukatın baro tarafından görevini ihmal yada kötüye kullanma eylemleri yönünden takibini sağlayacağından dava konusu edilen Yönetmelik maddelerinde hukuka aykırılık bulunmadığı savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Sevil Mehel Telli

Düşüncesi : Dava, 26.7.2007 tarih ve 26594 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Uzlaştırmanın Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 13. maddesinin 2. ve 4. fıkralarının, 14. maddesinin 2. fıkrasının, 15. maddesinin 1. fıkrasının "b" ve "c" bentlerinin ve 25. maddesinin 3. fıkrasının iptali istenilmektedir.

Yönetmeliğin 13. maddesinin 2. fıkrası ile, tarafların üzerinde anlaştıkları bir avukatın ya da hukuk öğrenimi görmüş kişinin de uzlaştırmacı olarak görevlendirilmesine olanak tanınmış, aynı maddenin 4. fıkrasında, hakimnin davaya bakamayacağı haller ile tarafsızlığını şüpheye düşürecek nedenlerden dolayı reddini gerektiren nedenlerin durumların uzlaştırmacının görevlendirilmesi sırasında da dikkate alınması öngörülerek, uzlaştırmacıyı bu hallerin varlığını Cumhuriyet Savcısı'na bildirmekle yükümlü kılındıktan sonra; tarafların rızası varsa uzlaştırmacının görevine devam edebilmesine olanak sağlanmış; 14. maddesinin 2. fıkrasında, tarafların üzerinde anlaştığı avukatın soruşturmanın yapıldığı yer barosuna kayıtlı

olmasının gerekmediği; bu durumda görevlendirmenin avukatın bağlı bulunduğu baro tarafından yapılacağı düzenlenmiş; 15. maddesinin 1. fıkrasının (b) ve (c) bentlerinde, hukuk fakültelerinden mezun olanlar dışında, hukuk veya hukuk bilgisine programlarında yeterince yer veren siyasal bilgiler, idari bilimler, iktisat ve Maliye alanlarında en az dört yıllık öğrenim yapan veya yüksek lisans ya da doktora yapmış olanların da "hukuk öğrenimi görmüş uzlaştırmacı" olarak kabul edilmiş; 25. maddesinin 3. fıkrasında, mahkeme aşamasında yapılan uzlaşma önerisinin reddedilmesine karşın, taraflara, uzlaştıklarını gösteren belge ile en geç duruşmanın sona erdiğinin açıklanıp, hüküm verilmeden önce mahkemeye başvurarak uzlaştıklarını beyan etme olanağı getirilmiştir.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Yasası'nın 253. ve 254. maddeleri dikkate alındığında Yönetmeliğin dava konusu edilen maddelerinde, hukuka ve dayanağı Yasaya aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmaktadır.

Açıklanan nedenle, davanın reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı: Yalçın Macar

Düşüncesi : Dava, 26.7.2007 günlü, 26594 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, "Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Uzlaştırmacının Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik" in 13. maddesinin 2. ve 4. fıkralarının; 14. maddesinin 2. fıkrasının; 15. maddesinin 1. fıkrasının (b) ve (c) bentlerinin ve 25. maddesinin 3. fıkrasının iptali istemiyle açılmıştır.

Ceza Muhakemesi Yasası'nın "uzlaştırma" kurumu düzenleyen 253-255. maddelerine göre "uzlaştırma"nın, Yasa'da suç sayılan fiiller ile sınırlı olarak, suçun işlenip, failinin bulunması için ceza muhakemesinin başlatılmasından sonra, failin suçu kabullenme ve suçtan doğan zararı karşılama, suçtan zarar görenin ise bu zararının giderilmesi koşuluyla failin ceza yaptırımlarından kurtulması iradesini içerdiği; bu haliyle ceza soruşturmasının/kovuşturmasının askıya alınmasına ve uzlaşmanın sağlanması ve buna göre de failin suçtan kaynaklanan zararları gidermesi durumunda ceza soruşturmasının/ortadan kaldırılmasına yol açtığı anlaşılmaktadır. Bu haliyle uzlaştırmacının işlevi yalnızca failin suçu kabullenme, suçtan zarar görenin ise suçtan doğan zararın giderilmesi iradelerinin tespit etmekle sınırlı olmayıp; bunun yanında suç sayılan failin niteliğinin, fiil ile zarar arasındaki neden-sonuç ilişkisinin ve gerçek zararın belirlenmesini de kapsamaktadır. Bu nedenle 5271 sayılı Yasa'da, fail ile mağdur arasındaki uzlaşmanın, soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı, kovuşturma aşamasında ise mahkeme tarafından gerçekleştirilmesi öngörülmüş; ayrıca bu faaliyetlerin avukat ya da hukuk öğrenimi görmüş kişiler arasından görevlendirilecek uzlaştırmacı tarafından yapılabilmesine de olanak tanınmıştır. Buna göre uzlaştırmacının, uzlaştırma görevini üstlendiği Cumhuriyet savcısı ya da adli yargı hakiminde aranan niteliklere sahip olması gerektiğinde duraksama yoktur. Nitekim bu nedenle Ceza Muhakemesi Yasası'nın 253. ve bu maddeye yollamada bulunan 254. maddesi gereğince, uzlaştırmacının avukat veya hukuk öğrenimi görmüş kişiler arasından "Cumhuriyet savcısı" ya da "mahkeme" tarafından "görevlendirilmesi" esası benimsenmiş; yargıcın davaya bakamayacağı haller ile reddi nedenlerinin uzlaştırmacının görevlendirilmesi sırasında da gözönünde bulundurulacağı belirtilmiş; öte yandan 5271 sayılı Yasa'nın 253. maddesinde 6.12.2006 günlü, 5660 sayılı Yasa'yla yapılan değişiklikle "fail ve mağdurun bir avukat üzerinde anlaşması" yöntemiyle uzlaştırmacının belirlenmesi esasından vazgeçilmiştir.

Yapılan bu açıklamalar karşısında Yönetmeliğin uzlaştırmacının görevlendirilmesinde tarafların üzerinde anlaşmaları bir avukat ya da hukuk öğrenimi görmüş kişinin tercih edilebileceği yolundaki 13. maddesinin 2. fıkrası ile hakimin davaya bakamayacağı ve tarafsızlığını şüpheye düşürecek hallerin uzlaştırmacı yönünden de varlığına karşın uzlaştırmacının tarafların imzasıyla görevini yapmasına veya sürdürmesine olanak tanıyan 13. maddesinin 4. fıkrasının ve tarafların üzerinde anlaştığı avukatın soruşturmanın yapıldığı yer barosuna kayıtlı olmasının gerekmediği, bu durumda görevlendirmenin avukatın bağlı

bulunduğu baro tarafından yapılacağı yolundaki 14. maddesinin 2. fıkrasının Cumhuriyet savcısı veya mahkemenin görevlendirme yetkisiyle bağdaşmadığı gibi uzlaştırma kurumunun niteliğine de aykırı olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

"Uzlaştırma"nın niteliği ve hukuksal etkilerinin yanı sıra 5271 sayılı Yasa'nın 253. maddesinin 9. fıkrasında duraksamaya yer bırakmayacak açıklıkta, uzlaştırmacının "hukuk öğrenimi görmüş", dolayısıyla hukuk fakültesinden mezun olmuş kişiler arasından da görevlendirilebileceğinin belirtilmiş olması karşısında, Yönetmeliğin 15. maddesinin hukuk fakültelerinden mezun olanlar dışında, hukuk veya hukuk bilgisine programlarında yeterince yer veren siyasal bilgiler, idari bilimler, iktisat ve maliye alanlarında en az dört yıllık yüksek öğrenim yapanlar ile hukuk dalında yüksek lisans ya da doktora yapmış olanların "uzlaştırmacı" olarak görevlendirilmesine olanak tanıyan (b) ve (c) bentlerinde de Yasa'ya uygunluk yoktur.

Yönetmeliğin 25. maddesinin dava konusu edilen 3. fıkrasında ise, "Mahkeme aşamasında yapılan uzlaşma teklifi reddedilmesine rağmen, taraflar uzlaştıklarını gösteren belge ile en geç duruşmanın sona erdiğinin açıklanıp, hüküm verilmeden önce mahkemeye başvurarak uzlaştıklarını beyan edebilirler." kuralı yer almaktadır. 5271 sayılı Yasa'nın "Mahkeme tarafından uzlaştırma" başlıklı 254. maddesinin 1. fıkrasında, kamu davasının açılmasından sonra, kovuşturma konusu suçun uzlaşma kapsamında olduğunun anlaşılması durumunda uzlaştırma işlemlerinin 253. maddede gösterilen esas ve usule göre mahkeme tarafından yapılacağı belirtilmiştir. Yollamada bulunan 253. maddede ise soruşturma aşamasında uzlaştırmacının esas ve usulleri düzenlenmiştir. 253. maddenin 18. fıkrasında uzlaştırmacının sonuçsuz kalması halinde tekrar uzlaştırma yoluna gidilemeyeceği belirtilmiş ise de, 16. fıkrasında uzlaşma teklifinin reddedilmesine rağmen şüpheli ile mağdurun veya suçtan zarar görenin uzlaştıklarını gösteren belge ile en geç iddianamenin düzenlendiği tarihe kadar Cumhuriyet savcısına başvurarak uzlaştıklarını beyan etmeleri, dolayısıyla uzlaşmanın hukuki sonuçlarından yararlanmaları olanağı korunmuştur. Görüldüğü üzere, Yönetmeliğin 25. maddesinin dava konusu edilen 3. fıkrasıyla, 5271 sayılı Yasa'nın 253. maddesinin 16. fıkrasında soruşturma aşamasında uzlaştırmaya ilişkin olarak getirilen kuralın, Yasa'nın 254. maddesinde 253. maddeye yapılan yollamadan hareketle, kovuşturma aşamasında da uygulanması öngörülmüştür. Ancak 5271 sayılı Yasa'nın 254. maddesi kovuşturma aşamasında uzlaştırmayı düzenlediğinden, soruşturma aşamasında uzlaştırmaya ilişkin kuralların hangilerinin kovuşturma aşamasında uygulanacağını, başka bir ifadeyle 253. maddeyle yapılan yollamanın kapsamının, uzlaştırmacının niteliği, ilkeleri ve hukuksal sonuçlarının da dikkate alınarak ceza mahkemesince belirleneceği açıktır. Bu haliyle, davalı idarenin, 5271 sayılı Yasa'nın 253. maddesinin 24. fıkrasında yer alan "Uzlaştırmacının uygulanmasına ilişkin hususlar yönetmelikle düzenlenir." kuralına dayanarak, yargı yerinin değerlendirileceği bir konuyu, yani Yasa'nın 254. maddesinin 1. fıkrasında yer alan yollamanın anlamını ve kapsamını idari işlemle belirlemesinde hukuka ve Yasa'ya uygunluk bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle "Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Uzlaştırmacının Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik" in dava konusu edilen kurallarının iptali gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren, Danıştay Onuncu Dairesince, gereği görüldü:

Dava, 26.7.2007 tarih ve 26594 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Uzlaştırmacının Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 13. maddesinin 2. ve 4. fıkralarının, 14. maddesinin 2. fıkrasının, 15. maddesinin 1. fıkrasının "b" ve "c" bentlerinin ve 25. maddesinin 3. fıkrasının iptali istemiyle açılmıştır.

"Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Uzlaştırmacının Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik" 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Yasası'nın 253. maddesi ve diğer yasalarda

uzlaşma kapsamında olduğu belirtilen suçlar bakımından, şüpheli veya sanık ile mağdur veya suçtan zarar gören gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi arasında uzlaştırma işlemlerinin yapılmasına ilişkin kuralları kapsamaktadır. Bu çerçevede, sözü edilen Yönetmeliğin dava konusu edilen kurallarının hukuka uygunluğunun denetimi için öncelikle 5271 sayılı Yasa'nın 253-255. maddelerinde düzenlenen "uzlaştırma" kurumunun niteliğinin, yönteminin ve hukuksal sonuçlarının üzerinde durulması gerekmektedir.

Ceza sisteminde suç mağdurlarının yararlarının korunması biçiminde ve gittikçe güçlenen duyarlılığın gereği olarak, suça karşı yalnızca ceza yaptırımının uygulanması yeterli görülmemekte, suçtan kaynaklanan zararın giderilmesi de önem kazanmaktadır. Bu noktadan hareketle kimi suç fiilleriyle sınırlı olarak, suçun işlenmesinden sonra fail ile mağdur arasındaki çekişmenin uzlaşma yoluyla çözümlenmesine olanak tanınarak, hem adaletin sağlanması, hem mağdurun tatmin edilmesi, hem de yargı yerinin iş yükünün azaltılması amacıyla uzlaştırma kurumu geliştirilmiştir. Başka bir ifadeyle, uzlaşma yönteminde fail, suçu işlediğini ve bunun sorumluluğunu kabul ederek suçtan kaynaklanan zararı gidermek suretiyle toplumla bütünleşme olanağını kazanmakta, böylece cezalandırmanın suçlunun ıslahı biçimindeki temel amacı elde edilmekte, mağdur ise uğradığı zararın giderilmesi yoluyla tatmin edilmekte, sonuç olarak, ihlal edilmiş hukuk kurallarının geçerliliği vurgulanarak kamu yararı sağlandığı gibi, devlet hem yargılama faaliyetinden, hem de suçluya yaptırım uygulanmasından kaynaklanan bir çok harcamadan kurtulmaktadır.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "uzlaştırma" kurumunu düzenleyen 253. maddesinde; Soruşturma konusu suçun uzlaşmaya tâbi olması halinde, Cumhuriyet savcısı veya talimatı üzerine adli kolluk görevlisinin, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görene uzlaşma teklifinde bulunacağı; uzlaşma teklifinde bulunulması halinde, kişiye uzlaşmanın mahiyeti ve uzlaşmayı kabul veya reddetmesinin hukukî sonuçlarının anlatılacağı; birden fazla kişinin mağduriyetine veya zarar görmesine sebebiyet veren bir suçtan dolayı uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, mağdur veya suçtan zarar görenlerin hepsinin uzlaşmayı kabul etmesi gerektiği; uzlaşma teklifinde bulunulması veya teklifin kabul edilmesinin, soruşturma konusu suça ilişkin delillerin toplanmasına ve koruma tedbirlerinin uygulanmasına engel olmadığı; şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görenin uzlaşma teklifini kabul etmesi halinde, Cumhuriyet savcısının uzlaştırmayı kendisinin gerçekleştirebileceği gibi, uzlaştırmacı olarak avukat görevlendirilmesini barodan isteyebileceği veya hukuk öğrenimi görmüş kişiler arasından uzlaştırmacı görevlendirebileceği; bu Yasada belirlenen hâkimin davaya bakamayacağı haller ile reddi sebeplerinin, uzlaştırmacı görevlendirilmesi ile ilgili olarak göz önünde bulundurulacağı; görevlendirilen uzlaştırmacıya soruşturma dosyasında yer alan ve Cumhuriyet savcısı tarafından uygun görülen belgelerin birer örneğinin verileceği; Cumhuriyet savcısının uzlaştırmacıya, soruşturmanın gizliliği ilkesine uygun davranmakla yükümlü olduğunu hatırlatacağı; uzlaştırmacının, dosya içindeki belgelerin birer örneği kendisine verildikten itibaren en geç otuz gün içinde uzlaştırma işlemlerini sonuçlandıracağı; uzlaştırma müzakerelerinin gizli olarak yürütüleceği; uzlaştırma müzakerelerine şüpheli, mağdur, suçtan zarar gören, kanunî temsilci, müdafî ve vekilin katılabileceği; şüpheli, mağdur veya suçtan zarar görenin kendisi veya kanunî temsilcisi ya da vekilinin müzakerelere katılmaktan imtina etmesi halinde, uzlaşmayı kabul etmemiş sayılacağı; uzlaştırmacının, müzakereler sırasında izlenmesi gereken yöntemle ilgili olarak Cumhuriyet savcısıyla görüşebileceği, Cumhuriyet savcısının, uzlaştırmacıya talimat verebileceği; uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde, tarafların imzalarını da içeren raporda, ne suretle uzlaşıldığının ayrıntılı olarak açıklanacağı; uzlaşma teklifinin reddedilmesine rağmen, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören uzlaştıklarını gösteren belge ile en geç iddianamenin düzenlendiği tarihe kadar Cumhuriyet savcısına başvurarak uzlaştıklarını beyan edebilecekleri; Cumhuriyet savcısının, uzlaşmanın, tarafların özgür iradelerine dayandığını ve edimin hukuka uygun olduğunu belirlerse raporu veya belgeyi mühür ve imza altına alarak soruşturma dosyasında muhafaza edeceği; uzlaştırmacının

sonuçsuz kalması halinde tekrar uzlaştırma yoluna gidilemeyeceği; uzlaşma sonucunda şüphelinin edimini def'aten yerine getirmesi halinde, hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verileceği, edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arzemesi halinde, şüpheli hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verileceği; erteleme süresince zamanaşımının işlemeyeceği; kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararından sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, kamu davasının açılacağı; uzlaşmanın sağlanması halinde, soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılmayacağı; açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılacağı ve uzlaştırmanın uygulanmasına ilişkin hususların yönetmelikle düzenleneceği kuralına yer verilmiş olup; 254. maddesinde, kamu davası açıldıktan sonra kovuşturma konusu suçun uzlaşma kapsamında olduğunun anlaşılması halinde, uzlaştırma işlemlerinin 253. maddede belirtilen esas ve usûle göre, mahkeme tarafından yapılacağı; uzlaşma gerçekleştiği takdirde, mahkemenin, uzlaşma sonucunda sanığın edimini def'aten yerine getirmesi halinde, davanın düşmesine karar vereceği; edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arzemesi halinde; sanık hakkında, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verileceği, geri bırakma süresince zamanaşımının işlemeyeceği, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildikten sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, mahkeme tarafından hükmün açıklanacağı; 255. maddesinde, aralarında iştirak ilişkisi olsun veya olmasın birden çok kişi tarafından işlenen suçlarda, ancak uzlaşan kişinin uzlaşmadan yararlanacağı düzenlenmiştir.

Bu düzenlemeler dikkate alındığında, "uzlaştırma"nın, Yasa'da suç sayılan fiiller ile sınırlı olarak, suçun işlenip, failinin bulunması için ceza muhakemesinin başlatılmasından sonra, failin suçu kabullenme ve suçtan doğan zararı karşılama, suçtan zarar görenin ise bu zararının giderilmesi koşuluyla failin ceza yaptırımlarından kurtulması istemine bağlı olarak yürütüldüğü; bu haliyle ceza soruşturmasının/kovuşturmasının askıya alınmasına ve uzlaşmanın sağlanması ve buna göre de failin suçtan kaynaklanan zararları gidermesi durumunda ceza soruşturmasının/kovuşturmasının ortadan kaldırılmasına yol açtığı anlaşılmaktadır.

26.7.2007 tarih ve 26594 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, "Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Uzlaştırmanın Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik"in 13. maddesinin 2. ve 4. fıkraları, 14. maddesinin 2. fıkrası yönünden;

Yönetmeliğin 13. maddesinin 2. fıkrasında, tarafların üzerinde anlaştıkları bir avukatın ya da hukuk öğrenimi görmüş kişinin uzlaştırmacı olarak görevlendirilmesine olanak tanınmış; 4. fıkrasında, hakim davaya bakamayacağı haller ile tarafsızlığını şüpheye düşürecek nedenlerden dolayı reddini gerektiren durumların uzlaştırmacının görevlendirilmesi sırasında da dikkate alınması öngörülmüş; diğer yandan uzlaştırmacı bu hallerin varlığını Cumhuriyet Savcısı'na bildirmekle yükümlü kılınmış; ancak tarafların rızası varsa uzlaştırmacının görevine devam edebilmesine olanak sağlanmıştır. Yönetmeliğin 14. maddesinin 2. fıkrasında, tarafların üzerinde anlaştığı avukatın, soruşturmanın yapıldığı yer barosuna kayıtlı olmasının gerekmediği; bu durumda görevlendirmenin avukatın bağlı bulunduğu baro tarafından yapılacağı düzenlenmiştir.

5271 sayılı Yasa'yla, uzlaşmanın suç sayılan fiilin niteliğinin, fiil ile zarar arasındaki neden-sonuç ilişkisinin, gerçek zararın belirlenmesini de gerektirdiği dikkate alınarak fail ile mağdur arasındaki uzlaşmanın, soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı, kovuşturma aşamasında ise mahkeme tarafından gerçekleştirilmesi öngörülmüş; ayrıca bu faaliyetlerin avukat ya da hukuk öğrenimi görmüş kişiler arasından görevlendirilecek uzlaştırmacı tarafından yapılabilmesine de olanak tanınmıştır. Ceza Muhakemesi Yasası'nın 253. ve bu maddeye yollamada bulunan 254. maddesi gereğince, Cumhuriyet savcısının veya mahkemenin uzlaştırmacı olarak avukat görevlendirilmesini barodan istemesi veya Cumhuriyet savcısı ya da mahkeme tarafından hukuk öğrenimi görmüş kişiler arasından uzlaştırmacı görevlendirilmesi esası benimsenmiş; yargıcın davaya bakamayacağı haller ile

reddi nedenlerinin uzlaştırmacının görevlendirilmesi sırasında da gözönünde bulundurulacağı belirtilmiştir.

Uzlaşmanın esasının mağdur ile failin anlaşmasına dayandığı ve uzlaştırmacı görevlendirmesinin Cumhuriyet savcısı veya hakim tarafından yapılacağı dikkate alındığında, tarafların üzerinde anlaştığı bir avukat veya hukuk öğrenimi görmüş kişinin görevlendirilmesini; yargıcın davaya bakamayacağı haller ile reddi nedenlerinin uzlaştırmacının görevlendirilmesi sırasında da gözönünde bulundurulmasını öngören düzenlemede ve tarafların üzerinde anlaştığı avukatın soruşturmanın yapıldığı yer barosuna kayıtlı olmasının gerekmediği, bu durumda görevlendirmenin avukatın bağlı bulunduğu baro tarafından yapılacağı yolundaki düzenlemede dayanağı Yasa maddelerine ve hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Öte yandan, hakimin davaya bakamayacağı ve tarafsızlığını şüpheyne düşürecek hallerin uzlaştırmacı yönünden de varlığına karşın uzlaştırmacının tarafların imzasıyla görevini sürdürmesi; mağdur veya failin hakkını ihlal edebileceğinden, bu yöndeki düzenleme, "uzlaştırma" kurumunun asıl amacı ile bağdaşmamaktadır. Bu nedenle yargıcın davaya bakamayacağı haller ile reddi nedenlerinin uzlaştırmacı yönünden de varlığı halinde görevini yapmaya devam etmesine olanak tanıyan Yönetmeliğin 13. maddesinin 4. fıkrasında yer alan "ancak tarafların rızası halinde görev yapabilir" ibaresinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Yönetmeliğin 15. maddesinin 1. fıkrasının (b) ve (c) bentleri yönünden;

Yönetmeliğin 15. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde; hukuk veya hukuk bilgisine programlarında yeterince yer veren siyasal bilgiler, idari bilimler, iktisat ve Maliye alanlarında en az dört yıllık yüksek öğrenim yapmış olanlar; (c) bendinde, hukuk dalında yüksek lisans veya doktora yapmış olanlar, "hukuk öğrenimi görmüş uzlaştırmacı" olarak kabul edilmiştir.

5271 sayılı Yasa'nın 253. maddesinin 9. fıkrasında; uzlaştırmacının, hukuk öğrenimi görmüş kişiler arasından da görevlendirilebileceği belirtilmiştir. Yasa koyucunun, sadece hukuk fakültesi mezunlarının uzlaştırmacı olarak görevlendirebileceğini kabul etmesi halinde, bunu açıkça Yasada belirteceği; ancak Yasada bu şekilde bir sınırlandırmaya yer verilmeksizin hukuk öğrenimi şartının yeterli görülmesi karşısında; hukuk fakültelerinden mezun olanlar dışında, hukuk veya hukuk bilgisine programlarında yeterince yer veren siyasal bilgiler, idari bilimler, iktisat ve maliye alanlarında en az dört yıllık yüksek öğrenim yapanlar ile hukuk dalında yüksek lisans ya da doktora yapmış olanların "uzlaştırmacı" olarak görevlendirilmesine olanak tanıyan Yönetmeliğin 15. maddesinin (b) ve (c) bentlerinin Yasa'ya aykırı olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Yönetmeliğin 25. maddesinin 3. fıkrası yönünden,

Yönetmeliğin 25. maddesinin, dava konusu edilen 3. fıkrasında, "Mahkeme aşamasında yapılan uzlaşma teklifi reddedilmesine rağmen, taraflar uzlaştıklarını gösteren belge ile en geç duruşmanın sona erdiğinin açıklanıp, hüküm verilmeden önce mahkemeye başvurarak uzlaştıklarını beyan edebilirler." hükmüne yer verilmiştir.

5271 sayılı Yasa'nın "Mahkeme tarafından uzlaştırma" başlıklı 254. maddesinin 1. fıkrasında, kamu davasının açılmasından sonra, kovuşturma konusu suçun uzlaşma kapsamında olduğunun anlaşılması durumunda uzlaştırma işlemlerinin 253. maddede gösterilen esas ve usule göre mahkeme tarafından yapılacağı belirtilmiştir. Yollamada bulunan 253. maddede ise soruşturma aşamasında uzlaştırmacının esas ve usulleri düzenlenmiştir. 253. maddenin 18. fıkrasında, uzlaştırmacının sonuçsuz kalması halinde tekrar uzlaştırma yoluna gidilemeyeceği belirtilmiş ise de, 16. fıkrasında, uzlaşma teklifinin reddedilmesine rağmen şüpheli ile mağdurun veya suçtan zarar görenin uzlaştıklarını gösteren belge ile en geç iddianamenin düzenlendiği tarihe kadar Cumhuriyet savcısına başvurarak uzlaştıklarını beyan etmeleri, dolayısıyla uzlaşmanın hukuki sonuçlarından yararlanmaları olanağı korunmuştur.

Görüldüğü üzere, Yönetmeliğin 25. maddesinin dava konusu edilen 3. fıkrasıyla, 5271 sayılı Yasa'nın 253. maddesinin 16. fıkrasında soruşturma aşamasında uzlaştırmaya

ilişkin olarak getirilen kuralın, Yasa'nın 254. maddesinde 253. maddeye yapılan yollamadan hareketle, kovuşturma aşamasında da uygulanması öngörülmüştür.

Ancak, 5271 sayılı Yasa'nın 254. maddesi kovuşturma aşaması uzlaştırmayı düzenlediğinden, soruşturma aşamasında uzlaştırmaya ilişkin kuralların hangilerinin kovuşturma aşamasında uzlaştırma için uygulanacağını, başka bir ifadeyle; 253. maddeyle yapılan yollamanın kapsamının, uzlaştırmamanın niteliği, ilkeleri ve hukuksal sonuçlarının da dikkate alınarak ceza mahkemesince belirleneceği açıktır. Bu haliyle, davalı idarenin, 5271 sayılı Yasa'nın 253. maddesinin 24. fıkrasında yer alan "Uzlaştırmamanın uygulanmasına ilişkin hususlar yönetmelikle düzenlenir." kuralına dayanarak, yargı yerinin değerlendireceği bir konuyu, yani Yasa'nın 254. maddesinin 1. fıkrasında yer alan yollamanın anlamını ve kapsamını idari işlemle belirlemesinde hukuka ve Yasa'ya uygunluk bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 26.7.2007 tarih ve 26594 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Uzlaştırmamanın Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 13. maddesinin 4. fıkrasında yer alan "ancak tarafların rızası halinde görev yapabilir" ibaresi ile 25. maddesinin 3. fıkrasının iptaline, 13. maddesinin 2. fıkrasının ve 4. fıkrasında yer alan "ancak tarafların rızası halinde görev yapabilir" ibaresi dışında kalan diğer ifadeler ile 14. maddesinin 2. fıkrası, 15. maddesinin 1. fıkrasının "c" bendi yönünden davanın reddine oybirliğiyle, 15. maddesinin 1. fıkrasının "b" bendi yönünden davanın Reddine oyçokluğuyla, kararın verildiği tarihte yürürlükte olan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre belirlenen 1.100 TL avukatlık ücreti ile aşağıda dökümü gösterilen yargılama giderinin yarısı 55,55 TL'nin davalı idareden alınıp davacıya verilmesine, yargılama giderinin diğer yarısı 55,55 TL'nin davacı üzerinde bırakılmasına, 19,50 TL artan posta ücretinin isteği halinde davacıya iadesine, bu kararın tebliğini izleyen 30 (otuz) gün içerisinde Danıştay İdari Dava Daireleri Kuruluna temyizden başvurulabileceğinin taraflara duyurulmasına, 20.6.2011 tarihinde karar verildi.

KARŞI OY

5271 sayılı Yasa'nın 253. maddesinin 9. fıkrasında duraksamaya yer bırakmayacak açıklıkta, uzlaştırmacının, avukat veya "hukuk öğrenimi görmüş kişi" olması zorunlu tutulmuştur. Bu durumda, Yönetmeliğin 15. maddesinin, hukuk fakültelerinden mezun olanlar dışında, hukuk veya hukuk bilgisine programlarında yeterince yer veren siyasi bilgiler, idari bilimler, iktisat ve maliye alanlarında en az dört yıllık yüksek öğrenim yapanların "uzlaştırmacı" olarak görevlendirilmesine olanak tanıyan (b) bendinin de Yasa'ya aykırı olduğu sonucuna ulaşıldığından anılan hükmün iptali gerekmektedir.

Nitekim, Yasadaki "hukuk öğrenimi görmüş" ifadesinden, hukuk alanında lisans veya lisansüstü öğrenim görmüş olmanın anlaşılması gerektiğinde duraksama bulunmamaktadır. Zira belli bir alanda "yükseköğrenim görme" ile kastedilen, o alan ile bağlantılı bir alanda da yükseköğrenim görme değil, bizzat o alanda lisans veya lisansüstü öğrenim görerek diploma almaktır.

Açıklanan nedenlerle, kararın 26.7.2007 tarih ve 26594 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Uzlaştırmamanın Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 15. maddesinin 1. fıkrasının "b" bendi yönünden davanın reddine ilişkin kısmına katılmıyoruz.

KAMU KURUMU NİTELİĞİNDE MESLEK KURULUŞLARI

T.C. DANIŞTAY Onuncu Daire

Esas No : 2007/1630

Karar No : 2011/1376

Özeti : Davacı Birliğin, Destekleme ve Fiyat İstikrar Fonundan tahsis edilen krediyi erken çekerek özel bankalarda repo yoluyla elde ettiği haksız kazanç niteliğindeki tutarın, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun'un 1. maddesinde belirtilen kamu alacakları kapsamında olmadığı açık olup, ancak adli yargı yerinde açılacak alacak davası ile takip ve tahsilinin mümkün olduğu hakkında.

Temyiz Eden (Davacı) : ... Genel Müdürlüğü

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf (Davalı) : Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı

İstemin Özeti : Ankara 9. İdare Mahkemesince, davanın reddi yolunda

verilen 27.4.2006 tarih ve E:2004/3336, K:2006/932 sayılı kararın temyizden incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Fuat Kara

Düşüncesi : 6183 sayılı Yasa kapsamında olmayan alacağın tahsili amacıyla tesis edilen dava konusu işlemlerde hukuka uyarlık bulunmamaktadır. Söz konusu alacağın adli yargı yerinde açılacak alacak davası ile takip ve tahsil edilmesi mümkündür.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu işlemin iptaline karar verilmesi gerekirken, aksi yönde verilen kararın bozulmasına karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Ergün Özcan

Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizden incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince gereği görüldü:

Dava; davacı Birliğe 1999/2000 ve 2000/2001 yıllarında Destekleme ve Fiyat İstikrar Fonundan ürün alımlarında kullanılmak üzere tahsis edilen kredilerin, Bakanlar Kurulu Kararı ile Para Kredi Koordinasyon Kurulu kararında belirlenen usul ve esaslar dışında kullanıldığından bahisle, ortalama ticari kredi faiz oranları kullanılarak söz konusu krediler için hesaplanacak faiz tutarının bir ay içerisinde ... Bankası Destekleme ve Fiyat İstikrar Fonu hesabına gelir kaydedilmek üzere yatırılması; verilen süre içerisinde yatırılmaması halinde 6183 sayılı Yasa uyarınca tahsil edileceğine ilişkin 5.11.2004 tarih ve 68400 sayılı işlem ile söz konusu işlemin uygulamaya konulması yolundaki 5.11.2004 tarih ve 68399 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Ankara 9. İdare Mahkemesince, Bakanlar Kurulu Kararları ile Para Kredi Koordinasyon Kararlarına aykırı olarak Destekleme ve Fiyat İstikrar Fonu Kaynaklarından ürün alım bordrolarının ibrazı kaydıyla doğrudan ürün teslimi yapan çiftçilere ödeme yapılmak üzere tahsis edilen krediden, erken çekim yaparak özel bankalarda repo yoluyla üzerinde hak sahibi olmadığı paralar üzerinden faiz geliri elde eden Birliğin haksız kazanç elde ettiğinin sabit olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı tarafından, hukuka aykırı olduğu ileri sürülen Mahkeme kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 1. maddesinde, Devlete, vilayet hususi idarelerine ve belediyelere ait vergi, resim, harç, ceza tahkik ve takiplerine ait muhakeme masrafı, vergi cezası, para cezası gibi asli, gecikme zammı, faiz gibi fer'i kamu alacakları ve aynı idarelerin akitten, haksız fiil ve haksız iktisaptan doğanlar dışında kalan ve kamu hizmetleri tatbikatından doğan diğer alacakları ile; bunların takip masrafları hakkında bu kanun hükümleri tatbik olunacağı hüküm altına alınmıştır.

Sözü edilen Yasanın 1. maddesinde, kamu görevlilerinin veya üçüncü kişilerin eylem veya işlemlerinden dolayı Hazine tarafından uğranılan zararların takip ve tahsilinde, bu Yasa hükümlerinin uygulanacağı yönünde bir kural bulunmamaktadır.

5.10.2000 tarih ve 24191 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 2000/1236 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nın 1. maddesinde, çeşitli tarım ürünlerinin desteklenmesi, iç talebin karşılanmasıyla birlikte üreticilerin fiyat hareketlerinden korunması amacıyla Destekleme ve Fiyat İstikrar Fonu ödeneğinden Tarım Satış Kooperatifleri Birlikleri ve tarımsal KİT'lerin ürün alım bedellerinin karşılanmasında kullanılmak üzere ... Bankası'na kaynak aktarılacağı, 2. maddesinde aktarılan kaynağın, ... Bankası tarafından ortaklarından, ürün alım bedellerinin ödenmesinde kullanılmak üzere Tarım Satış Kooperatifleri Birliklerine ve tarımsal KİT'lere 30/6/2000 tarihinden itibaren yıllık %25 basit faizli kredi olarak kullanılacağı, 3. maddesinde, Birliklere teslim edilecek ürün bedellerinin ... Bankası'nca peşin olarak doğrudan üreticilere ödeneceği, 4. maddesinde, ... Bankası'nca üreticilere yapılan ödemelerde Birliklerce düzenlenecek ürün alım bordrosu esas alınacağı, 8. maddesinde, ... Bankası'nca Birliklere ve tarımsal KİT'lere kullandırılan ve kullandırılacak kredilerin faizleri ile birlikte, Hazine Müsteşarlığı'nın bağlı olduğu Bakan tarafından belirlenen vadelerde ödenmemesi halinde kredi alacakları 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunda öngörülen gecikme zammına eşit oranda faiz ile birlikte aynı Kanun hükümlerine göre Maliye Bakanlığı'nca tahsil edileceği kurala bağlanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden; davacı Birliğin 1999-2000 ve 2000-2001 ürün alım dönemlerinde Destekleme ve Fiyat İstikrar Fonundan kredi kullandığı, kullandığı kredileri kararlarda belirlenen faiz tutarıyla birlikte zamanında geri ödediği, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı müfettişleri ve ... Bankası Müfettişleri tarafından yapılan inceleme sonucunda hazırlanan raporda; Birliğe tahsis edilen kredinin Bakanlar Kurulu Kararları ve Para- Kredi ve Koordinasyon Kurulu Kararlarında belirlenen usul ve esaslara aykırı olarak erken kullanıldığı, bu uygulamanın herhangi bir cezai yada hukuki sorumluluk doğurmayan bir "projesine uymama hali" olarak değerlendirilerek, bu konuda yapılacak bir işlemin bulunmadığı ve Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı'nın da herhangi bir zararının söz konusu olmadığı belirtiliği, ancak Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı tarafından yolsuzlukların sebeplerinin, sosyal ve ekonomik boyutlarının araştırılarak alınması gereken önlemlerin belirlenmesi amacıyla kurulan Meclis Araştırma Komisyonu tarafından düzenlenen raporda ise özetle; 1999-2000 ve 2000-2001 ürün alım sezonlarında davacı Birliğe Destekleme ve Fiyat İstikrar Fonundan tahsis edilen kredilerin, Birlik tarafından kullanılması sırasında Bakanlar Kurulu Kararı ile belirlenen kredi kullanım prosedürüne aykırı işlemler yapıldığı, belirtilen kredinin erken çekilerek Birliğe ait ... Bankası Antalya Şubesindeki hesaba aktarım yapıldığı, bu suretle faiz geliri elde edildiği, dolayısıyla Birlik yöneticileri tarafından Bakanlar Kurulu Kararı ile Para-Kredi ve Koordinasyon Kurulu Kararına aykırı olarak Destekleme ve

Fiyat İstikrar Fonundan ürün alım bordrolarının ibrazı kaydıyla doğrudan ürün teslimi yapılan çiftçilere ödeme yapılmak üzere tahsis edilen krediden, erken çekim yapılarak özel bankalarda repo yapıldığı anlaşıldığından, birlik yöneticilerinin hazine kaynaklarını istismar etmek suretiyle görevlerini kötüye kullandıkları ve bu nedenler cezai ve hukuki sorumluluklarının bulunduğu hususlarının tespit edildiğinin belirtildiği, bu rapor uyarınca Hazine Müsteşarlığı tarafından dava konusu işlemlerin tesisi üzerine de bakılan davanın açıldığı anlaşılmıştır.

Destekleme ve Fiyat İstikrar Fonundan Tarım Satış Kooperatif Birlikleri'ne kredi kullandırılmasına ilişkin 2000/1236 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı uyarınca, söz konusu kredilerin vadelerinde ödenmemesi üzerine kredi alacaklarının 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre Maliye Bakanlığı tarafından tahsil edileceği tartışmasızdır. Davacı Birliğin, Destekleme ve Fiyat İstikrar Fonundan tahsis edilen krediyi erken çekerek özel bankalarda repo yoluyla elde ettiği haksız kazanç niteliğindeki tutarın, 6183 sayılı Yasanın 1. maddesinde belirtilen kamu alacakları ve anılan Bakanlar Kurulu Kararı uyarınca kullanılan kredinin ödenmesi kapsamında bulunmadığı, bu itibarla da davalı idarece adli yargı yerinde açılacak alacak davası ile takip ve tahsil edilmesi gerektiği açıktır. Bu durumda, 6183 sayılı Yasa kapsamında olmayan alacağın tahsili amacıyla tesis edilen dava konusu işlemlerde hukuka uyarlık, davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulü ile Ankara 9. İdare Mahkemesinin 27.4.2006 tarih ve E:2004/3336, K:2006/932 sayılı kararının bozulmasına, yeniden karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, 4.4.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

SÖZLEŞMELİ PERSONEL

T.C.
DANIŞTAY
Onuncu Daire
Esas No : 2011/37
Karar No : 2011/1621

Özeti : Sözleşmeli personel statüsünde koruma ve güvenlik görevlisi olan davacıya 5188 sayılı Yasa kapsamında değil, 2330 sayılı Yasa uyarınca nakti tazminat ödeneceği hakkında.

Temyiz Eden (Davalı) : TCDD İşletmesi Genel Müdürlüğü – Gar
Vekili : Av. ...
Karşı Taraf (Davacı) : ...
Vekili : Av. ...
İstemin Özeti : Ankara 14. İdare Mahkemesinin 4.11.2010 tarih ve E:2010/661, K:2010/1507 sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.
Savunmanın Özeti : Cevap verilmemiştir.
Danıştay Tetkik Hakimi : Sevil Mehel Telli
Düşüncesi : Sözleşmeli personel statüsünde kamu görevlisi olduğu anlaşılan davacıya, güvenlik ve koruma görevini ifa ederken yaralandığı olay nedeniyle 2330 sayılı Yasa kapsamında tazminat ödenmesi gerektiğinden başvurunun reddine ilişkin işlemlerde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenle, dava konusu işemin iptali yolunda verilen kararın anılan gerekçe ile onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Demet Ünal

Düşüncesi : İdare Mahkemesince, davacının yaralanmasına sebep olan olayın 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun kapsamında değerlendirilmesi sonucunda, davacıya nakdi tazminat ödenmesi gerektiği belirtilerek dava konusu işlemin iptaline karar verilmiş ise de; kamu görevlisi olduğu anlaşılan davacıya 2330 sayılı Yasa kapsamında tazminat ödenmesi gerekmekte olup, mahkeme kararının anılan gerekçeyle onanması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince, dosyanın tekemmül ettiği görülmekle davalı idarenin yürütmenin durdurulması istemi hakkında karar verilmeyerek işin esasına geçildi, gereği görüldü:

Dava; TCDD Ankara Garında koruma ve güvenlik görevlisi olarak görev yapan davacının, 17.1.2010 tarihinde Gar önünde yapılan TEKEL işçilerine destek mitinginde darp edilerek yaralanması olayı nedeniyle kendisine nakdi tazminat ödenmesi yolunda yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Ankara 14. İdare Mahkemesince; 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun gereğince, nakdi tazminat ödenebilmesi için ölüm ya da yaralanma olayının anılan Yasanın 1'inci maddesinde sayılan görev ve hizmetlerin etkisiyle meydana gelmesi gerekmekte ise de, 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun'un 15'inci maddesinin son fıkrasında yer verilen hüküm uyarınca, 2330 sayılı Yasanın 1'inci maddesinde sayılan görev ve hizmetlerin tesiri ile meydana gelmemiş olsa bile, kamu kurum ve kuruluşlarında 5188 sayılı Yasada yazılı görevleri yerine getirirken yaralanan veya sakatlanan özel güvenlik görevlilerine 2330 sayılı Yasa hükümlerine göre hesaplanacak tazminatın ödenmesi gerektiğinden, davalı idarede koruma ve güvenlik görevlisi olarak görev yapan ve 5188 sayılı Yasa'da yazılı görevleri yerine getirirken yaralandığı sabit olan davacının başvurusunun reddine ilişkin işlemde hukuka uygunluk görülmediği gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

Davalı idare tarafından, anılan idare mahkemesi kararının hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun'un 1. maddesinde, Yasanın amacı; barışta güven ve asayişin 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 saptanması olarak belirlenmiş olup; 2. maddesinde, bu Yasanın içgüvenlik ve asayişin korunması veya kaçakçılığın men, takip ve tahkiki konularında görevlendirilen Jandarma Genel Komutanlığı, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Sahil Güvenlik Komutanlığı personelini, Silahlı Kuvvetler mensuplarını, Milli İstihbarat Teşkilatı mensuplarını, Çarşı, mahalle ve kır bekçilerini, orman memurları ve personeli ile Gümrük Muhafaza memurlarını; güven ve asayişin ihlal eden eylemlere ve kaçakçılığa ilişkin olayların soruşturma ve kovuşturma işlemlerini yürüten adli ve askeri hakimleri, Cumhuriyet savcı ve yardımcılarını askeri savcı ve yardımcılarını; güven ve asayişin ihlal eden eylemlerin önlenmesi esnasında güvenlik kuvvetleriyle birlikte olay mahallinde bizzat görev yapan mülki idare amirlerini; ceza ve tutukevlerinin iç ve dış güvenliğini sağlamakla görevli bulunan personeli; güven ve asayişin korunmasında hizmetlerinden yararlanılması zorunlu olan ve yetkililerce kendilerine bu amaca yönelik görev verilen kamu görevlileri ve sivilleri; iç güvenlik ve asayişin korunmasında veya kaçakçılığın men, takip ve tahkiki ile ilgili olarak güvenlik kuvvetlerine kendiliklerinden yardımcı olmuş ve

faydalı oldukları yetkililerce tevsik edilmiş şahısları; Devlet güçlerini sindirme amacına yönelik olarak yapılan saldırılara maruz kalan kamu görevlilerini; yukarıdaki bentlerde sayılanların yaptıkları görevler veya yardımlar sebebiyle saldırıya maruz kalan eş, fûru, ana, baba ve kardeşlerini kapsadığı hükmüne yer verilmiştir.

2330 sayılı Yasa'nın 10. maddesine dayanılarak çıkarılan Nakdi Tazminat Verilmesi ve Aylık Bağlanması Hakkında Yönetmeliğin 2. maddesinde, Yönetmelik kapsamına giren personel sayıldıktan sonra, söz konusu Yönetmeliğin, belirtilen personelin bu görev ve yardımlarından dolayı veya görev ve yardımları sona ermiş olsa bile yaptıkları bu görev ve yardımlar nedeniyle ya da devlet güçlerini sindirme amacına yönelik saldırı sonucu, derhal veya bu yüzden maruz kaldıkları yaralanma ve hastalık sonucu ölmeleri halinde Kanunda belirtilen hak sahiplerine verilecek nakdi tazminat ile dul ve yetimlerine bağlanacak aylıkların; sakat kalmaları halinde kendilerine verilecek nakdi tazminat ile bağlanacak aylığın; yaralanmaları halinde ise kendilerine verilecek nakdi tazminatın esaslarını kapsayacağı; anılan Yönetmeliğin 13. maddesinde ise; Yönetmelikte belirtilen tazminatların ödenip ödenmemesi hususunun, ilgili bakanlık veya kurumca belirlenecek personel, maliye, hukuk ve sağlıkla görevli birim amirleriyle konu ile ilgili diğer yetkililerden oluşan bir komisyon tarafından inceleneceği ve komisyon kararlarının ilgili bakanlık veya kurumun en üst amiri veya bunların yetkili kılacağı merci tarafından onaylanacağı kurala bağlanmıştır.

5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun'un 1. maddesinde, bu Yasanın amacının, kamu güvenliğini tamamlayıcı mahiyetteki özel güvenlik hizmetlerinin yerine getirilmesine ilişkin esas ve usulleri belirlemek olduğu; 3. maddesinde, kişilerin silahlı personel tarafından korunması, kurum ve kuruluşlar bünyesinde özel güvenlik birimi kurulması veya güvenlik hizmetinin şirketlere gördürülmesi özel güvenlik komisyonunun kararı üzerine valilik iznine bağlı olduğu, toplantı, konser, sahne gösterileri ve benzeri etkinliklerde; para veya değerli eşya nakli gibi geçici veya acil hallerde, komisyon kararı aranmaksızın, vali tarafından özel güvenlik izni verilebileceği, Kişi ve kuruluşların talebi üzerine, koruma ve güvenlik ihtiyacı dikkate alınarak, güvenlik hizmetinin istihdam edilecek personel eliyle sağlanmasına, kurum ve kuruluşlar bünyesinde özel güvenlik birimi kurulmasına ya da bu hizmetin güvenlik şirketlerine gördürülmesine izin verileceği; 15. maddesinde, bu Yasada yazılı görevleri yerine getirirken yaralanan, sakatlanan özel güvenlik görevlilerine veya ölen özel güvenlik görevlisinin kanuni mirasçısına, iş sözleşmesinde veya toplu iş sözleşmesinde belirlenen miktar ve esaslar çerçevesinde tazminat ödeneceği; ancak, genel hükümlere göre daha yüksek miktarda tazminat ödenmesine mahkemelerce hükmedilmesi halinde, iş sözleşmesine veya toplu iş sözleşmesine dayanılarak ödenen tutarların mahsup edileceği, birinci fıkra hükümleri gereğince ödenecek tazminatın, 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında ödenmesi gereken diğer tazminatlarla ilişkilendirilmeyeceği; kamu kurum ve kuruluşlarında bu Kanunda yazılı görevleri yerine getirirken yaralanan, sakatlanan özel güvenlik görevlilerine veya ölen özel güvenlik görevlisinin kanuni mirasçısına; iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi veya 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun hükümlerinde belirtilen tazminat miktarlarından hangisi yüksek ise o miktarın ödeneceği hükmüne yer verilmiştir.

Yukarıda yer verilen mevzuat uyarınca, 2330 sayılı Yasanın içgüvenlik ve asayişin korunması veya kaçakçılığın men, takip ve tahkiki konularında görevlendirilenler hakkında uygulanacağı; 5188 sayılı Yasanın ise özel güvenlik görevlilerine ilişkin düzenlemeler getirdiği görülmektedir. 5188 sayılı Yasanın 15. maddesiyle, özel güvenlik görevlisi çalışanına işveren tarafından ödenecek tazminatın hesaplanmasında, iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi uyarınca ödenecek meblağdan fazla olması halinde, 2330 sayılı Yasa uyarınca ödenecek miktarın esas alınacağı belirlenmiştir.

Dosyanın incelenmesinden; davalı idarede 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname hükümleri uyarınca sözleşmeli personel statüsünde koruma ve güvenlik görevlisi olarak görev yapan davacının, 17.1.2010 tarihinde Ankara Garı'nda görevli olduğu sırada Gar

önünde toplanan miting katılımcılarından iki kişinin Gar önüne yazmak istedikleri yazıya müdahale etmesi üzerine 15-20 kişilik bir grup tarafından darp edildiği, darp sonucu yaralanan davacıya toplamda 11 gün iş göremezlik raporu verildiği, davacının olay nedeniyle kendisine nakdi tazminat ödenmesi istemiyle yaptığı başvurunun zımnen reddi üzerine bakılan davayı açtığı anlaşılmaktadır.

Uyuşmazlıkta, davacının 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun uyarınca özel güvenlik görevlisi olarak çalışmadığı, 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname uyarınca sözleşmeli kamu görevlisi olarak görev yaptığı görülmektedir.

Bu durumda, yukarıda açıklanan hususlar ve mevzuat hükümleri çerçevesinde, davalı idarede güvenlik ve koruma görevini yerine getirirken yaralanan ve kamu görevlisi olan davacıya, 2330 sayılı Yasa kapsamında nakdi tazminat ödenmesi gerekirken, nakdi tazminat isteminin reddi yolunda tesis edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmadığından, dava konusu işlemin iptali yolunda verilen İdare mahkemesi kararında sonucu itibarıyla hukuki isabetsizlik bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin reddi ile Ankara 14. İdare Mahkemesinin 4.11.2010 tarih ve E:2010/661, K:2010/1507 sayılı kararının yukarıda belirtilen gerekçe ile onanmasına, 28,15 TL yürütmenin durdurulması harcının isteği halinde davalı idareye iadesine, 27.4.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

TAM YARGI DAVALARI

T.C. DANIŞTAY Onuncu Daire

Esas No : 2007/8088
Karar No : 2011/1629

Özeti : Kanunda açık bir hüküm olmadığı sürece, Yabancı Taşıtlar Geçici Giriş Karnesi ile yurda giriş yapan aracın, gümrük ambarına konulması sırasında alınan taahhütnamede belirtilen süre içerisinde teslim alınmaması suretiyle, taahhüde aykırı davranıldığı ileri sürülerek mülkiyet hakkının sona erdirilmesi sonucunu doğuran tasfiye işlemlerine tabi tutulmasında hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Temyiz Eden (Davacı) :...

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf (Davalı) : Başbakanlık Gümrük Müsteşarlığı

İstem Özet: : Ankara 1. İdare Mahkemesince davanın reddi yolunda verilen 11.4.2007 tarih ve E:2004/2658, K:2007/1025 sayılı kararın, temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Erkan Yılmaz

Düşüncesi : Geçici ithalat rejimi kapsamındaki bir aracın, mülkiyet hakkının sona erdirilmesi sonucu doğuran tasfiye hükümlerine tabi tutulabilmesi için, tasfiyelik hale gelmenin gerekçesini oluşturan işlemlerin yasal dayanağın bulunması, hangi durumlarda tasfiye hükümlerinin uygulanacağına yasa açıkça gösterilmesi zorunludur. Nitekim Gümrük Kanunu'nun tasfiye edilecek eşyaya ilişkin işlemleri düzenleyen 177.

maddesinde, Yasanın hangi maddeleri kapsamında olan eşyaların tasfiye hükümlerine tabi tutulacağı tek tek sayılmak suretiyle gösterilmiştir. Ancak, 4458 sayılı Yasanın 177. maddesinde, Yabancı Taşıtlar Geçici Giriş Karnesi ile yurda giriş yapan kara taşıtlarının tasfiyeye tabi tutulacağı yolunda bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Bu durumda, aracın tasfiye edilmesine ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmadığından, tasfiye edilen araçtan dolayı uğranılan zararın ilgili yerlere sorulmak suretiyle tespit edilecek bedelinin davacıya ödenmesi gerekirken, davanın reddi yolunda verilen mahkeme kararında isabet görülmemektedir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulü ile mahkeme kararının bozulmasına karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı: Yakup Bal

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince işin gereği görüşüldü:

Dava; mülkiyeti davacıya ait aracın süresi içinde gümrük ambarından teslim alınmaması nedeniyle Devlet malı sayılarak tasfiye edilmesine ilişkin işlemde kaynaklandığı ileri sürülen 19.961,00 TL maddi zararın yasal faizi ile birlikte tazmini istemiyle açılmıştır.

Ankara 1. İdare Mahkemesince, gümrük ambarına bırakılan aracın üç ay içinde teslim alınmaması ve süre uzatım talebinde bulunulmaması nedeniyle Devlet malı sayılarak tasfiye edilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle tazminat isteminin reddine karar verilmiştir.

Davacı tarafından, hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek anılan İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Uyuşmazlık tarihinde yürürlükte bulunan 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 128. maddesinde; geçici ithalat rejiminin, serbest dolaşıma girmemiş eşyanın ithalat vergilerinden tamamen ya da kısmen muaf olarak ve ticaret politikası önlemlerine tabi tutulmaksızın, Türkiye Gümrük Bölgesi içinde kullanılması ve bu kullanım sırasındaki olağan yıpranma dışında, herhangi bir değişikliğe uğramaksızın yeniden ihracına olanak sağlayan hükümlerin uygulandığı rejim olarak tanımlanmış; 130. maddesinde; ithal eşyasının yeniden ihraç edilmesi veya gümrükçe onaylanmış yeni bir işlem veya kullanıma tabi tutulması için gerekli sürelerin, izin verilen kullanımın amacına uygun olacak şekilde Müsteşarlıkça belirleneceği, 131 inci madde uyarınca tespit edilecek süreler saklı kalmak üzere, eşyanın geçici ithalat rejimi altında kalma süresinin azami yirmi dört ay olarak belirleneceği, bununla birlikte gümrük idarelerinin, ilgili kişinin de kabul etmesiyle daha kısa süreler saptayabileceği belirtilmiş; 131. maddesinde ise; ithal vergilerinden tam muafiyet suretiyle geçici ithalat rejiminin uygulanabileceği durumlar ve özel şartların Bakanlar Kurulunca tespit edileceği kurala bağlanmıştır.

Gümrük Yönetmeliğinin 415. maddesinde; geçici ithalat rejimi, dayanağı Yasa kuralına paralel biçimde; "serbest dolaşıma girmemiş eşyanın ithalat vergilerinden tamamen ya da kısmen muaf olarak ve ticaret politikası önlemlerine tabi tutulmaksızın Türkiye Gümrük Bölgesi içinde kullanılması ve bu kullanım sırasındaki olağan yıpranma dışında herhangi bir değişikliğe uğramaksızın yeniden ihracına olanak sağlayan hükümlerin uygulandığı rejimdir." şeklinde tanımlanmış; 416. maddesinde, 7.1.2000 tarih ve 2000/69 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nca belirlenen haller ve özel şartları taşıyan eşya için gümrük vergilerinden tam muafiyet suretiyle geçici ithalat rejimi uygulanacağı; Eşyanın Rejim Altında Kalma Süresi

başlıklı 422. maddesinde ise; "İthalat vergilerinden tam muafiyet suretiyle geçici ithalat rejiminden yararlandırılacak eşya hakkındaki 7.1.2000 tarih ve 2000/69 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nda özel olarak belirlenen süreler saklı kalmak üzere, eşyanın geçici ithal rejimi altında kalma süresi Gümrük Kanununun 130 uncu maddesinin 2 nci fıkrası uyarınca azami 24 ay olarak belirlenir." kuralına yer verilmiştir.

Yukarıda bahsedilen 4458 sayılı Yasanın 131. maddenin verdiği yetkiye istinaden yayımlanan, 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun Bazı Maddelerinin Uygulanması Hakkında 2000/69 sayılı (Geçici İthalat) Karar'ın 20. maddesinde; ithalat vergilerinden tam muafiyet suretiyle geçici ithalat rejiminin özel kullanıma mahsus kara taşıtları için tanınacağı, özel kullanıma mahsus kara taşıtları deyiminin; motorlu taşıtlarla birlikte kullanılabilecek karavan ve römorklar da dahil olmak üzere, her türlü kara taşıt aracı anlamına geleceği; özel kullanıma mahsus kara taşıt araçları için ithalat vergilerinden tam muafiyet uygulanması için bunların; a) Türkiye Gümrük Bölgesi dışında kişiler tarafından ithal edilmiş olması, b) ilgili kişiler tarafından özel amaçlarla kullanılması, c) Türkiye Gümrük Bölgesi dışında yerleşik bir kişi adına ve bu bölge dışında tescil edilmiş olması gerektiği belirtilmiş; bu maddede yer alan ve ilgili fıkralarında Türkiye Gümrük Bölgesinde kalış süreleri belirtilmeyen taşıt araçlarının herhangi bir 12 aylık dönem içinde aralıklı veya aralıksız olarak 6 ay süreyle Türkiye Gümrük Bölgesinde kalabileceği; belirtilen sürenin uzatılması için gümrük idarelerince taşıtın Türkiye Gümrük Bölgesinde tespit edilen kalış süresi içerisinde olmak koşuluyla ilgili kişi tarafından gümrük idarelerine başvuruda bulunulması ve idarece alınan önlemlere riayet edilmesi gerektiği kurala bağlanmıştır.

2000/69 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının 20. maddesine dayanılarak çıkarılan ve uyumsuzluk tarihinde yürürlükte bulunan Gümrük Genel Tebliğinde, (Özel Kullanıma Mahsus Kara Taşıtları Seri No:2) Türkiye Gümrük Bölgesi dışında yerleşik kişiler tarafından Gümrük Yönetmeliğinin 584. maddesinde belirtilen Yabancı Taşıtlar Geçici Giriş Karnesi ile Yönetmeliğin diğer maddelerinde öngörülen benzeri belgelerin düzenlenmesine ve ithalat vergilerinden tam muafiyet uygulanmak suretiyle Türkiye'ye getirilen özel kullanıma mahsus kara taşıtlarının geçici ithaline ilişkin işlemlerin yürütülmesine ilişkin esas ve usuller düzenlenmiştir.

Dosyanın incelenmesinden; Alman uyruklu olan davacının ikamet tezkeresine dayanarak Muğla/Datça'da ikamet ettiği, 10.10.2003 tarihinde yukarıda aktarılan mevzuat hükümlerine uygun olarak Marmaris Gümrüğünden 178258 sayılı karne ile yurda sokmuş olduğu K-ZL-..., 1994 model, ... marka aracını, Almanya'da devam eden işlerini takip etmek amacıyla Türkiye dışına çıkmak zorunda olması nedeniyle 11.11.2003 tarihinde Antalya Gümrük Müdürlüğüne geçici olarak bıraktığı, davacının aracı üç ay içinde gümrük idaresinden teslim almaması, süre uzatım talebinde bulunmaması, yurt dışı etmemesi nedeniyle 4458 sayılı Gümrük Kanununun 177 maddesinin 1. fıkrasının (a) ve (h) maddeleri uyarınca aracın tasfiyelik hale geldiği kabul edilerek 29.7.2004 tarihinde ... adlı şahsa satıldığı; davacının, hukuka aykırı olarak aracın Devlet malı kabul edilerek el konulması ve akabinde aracın tasfiye edilmesi sonucunda uğradığı 19.961,00 TL maddi zararın tazmini istemiyle yapmış olduğu başvurunun reddi üzerine görülmekte olan bu davayı açtığı anlaşılmaktadır.

Uyumsuzluk tarihinde yürürlükte olan 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun tasfiye edilecek eşyaya ilişkin işlemleri düzenleyen 177. maddesinde 4458 sayılı Yasanın hangi maddeleri kapsamında olan eşyaların tasfiye hükümlerine tabi tutulacağı tek tek sayılmak suretiyle belirtilmiş olup; bu maddeler arasında Türkiye'de oturma iznine sahip yabancıların, ikamet yerlerinde adlarına kayıtlı olan ve Türkiye Gümrük Bölgesine getirilen, Özel Kullanıma Mahsus Kara Taşıtlarının ambar bekleme süresi içinde teslim alınmaması, bu araçların yurttan kalma süresinin dolması veya süre uzatım talebinde bulunulmaması veya süre bitiminden itibaren yurt dışı edilmemesi hallerinde tasfiye edileceğine ilişkin bir kural bulunmamaktadır.

Geçici ithalat rejimi kapsamındaki bir aracın, mülkiyet hakkının sona erdirilmesi sonucu doğuran tasfiye hükümlerine tabi tutulabilmesi için, tasfiyelik hale gelmenin

gerekçesini oluşturan işlemlerin yasal dayanağın bulunması ve hangi durumlarda tasfiye hükümlerinin uygulanacağını yasada açıkça gösterilmesi zorunludur. Nitekim Gümrük Kanunu'nun tasfiye edilecek eşyaya ilişkin işlemleri düzenleyen 177. maddesinde, Yasanın hangi maddeleri kapsamında olan eşyaların tasfiye hükümlerine tabi tutulacağı tek tek sayılmak suretiyle gösterilmiştir. Ancak, 4458 sayılı Yasanın 177. maddesinde, Yabancı Taşıtlar Geçici Giriş Karnesi ile yurda giriş yapan kara taşıtlarının tasfiyeye tabi tutulacağı yolunda bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Bu durumda, 4458 sayılı Gümrük Kanununun Bazı Maddelerinin Uygulanması Hakkında 2000/69 sayılı (Geçici İthalat) Karar hükümleri kapsamında, Yabancı Taşıtlar Geçici Giriş Karnesi ile yurda giriş yapan aracın, gümrük ambarına teslim edilmesi sırasında, Gümrük Genel Tebliği (Özel Kullanıma Mahsus Kara Taşıtları Seri No:2) hükümleri uyarınca alınan taahhütnamede belirtilen süre içerisinde aracın teslim alınmaması ve dolayısıyla taahhüde aykırı davranıldığından bahisle tasfiye edilmesine ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

İdare Mahkemesince; yukarıda yapılan açıklama ve değinilen mevzuat hükümlerine aykırı olarak tesis edilen tasfiye işleminden dolayı davacının araç bedeli kadar uğradığı zararın, davacıya ödenmesine karar verilmesi gerekirken, aksi yolda verilen kararda isabet görülmemektedir.

Açıklanan nedenlerle, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca davacının temyiz isteminin kabulü ile Ankara 1. İdare Mahkemesinin 11.4.2007 tarih ve E:2004/2658, K:2007/1025 sayılı kararının bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen idare mahkemesine gönderilmesine, 27.4.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Onuncu Daire

Esas No : 2007/3359
Karar No : 2011/2296

Özeti : İdarenin hukuka aykırı işlemine güvenerek faaliyette bulunan davacının zararının tazmini gerektiği hakkında.

Temyiz Eden (Davacı) : ... Kozmetik Faktör Elektronik Sanayi ve Tic. Ltd. Şti.
Vekili : Av. ...
Karşı Taraf (Davalı) : Tarım ve Köyişleri Bakanlığı
İsteğin Özeti : Ankara 8. İdare Mahkemesinin 15.9.2006 tarih ve E:2005/1915, K:2006/1560 sayılı kararının, temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.
Savunmanın Özeti : Yerinde olmadığı ileri sürülen temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Sevil Mehel Telli

Düşüncesi : Dava; davacı şirkete ait, aloe vera içeren içecekleri ithal edebileceği hakkındaki kontrol belgesinin iptaline ilişkin 3.6.2005 tarih ve 9891 sayılı işlem nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen 25.905 TL zararın dava tarihinden itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte idarece tazminine karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

Davacının uğradığını ileri sürdüğü zarar, davalı idarece, davacı şirket adına 17.12.2004 tarihli kontrol belgesi düzenlenmesine ilişkin işlemde kaynaklanmış olup, bu işlem nedeniyle uğranılan zarar, idarenin hukuka uygun olan belge iptaline ilişkin işlemi sonucunda oluşmuştur.

Davacı adına kontrol belgesi düzenleyerek hizmeti kusurlu işleten davalı idarenin, hukuka aykırı işlemine güvenerek faaliyette bulunan davacıya ait kontrol belgesinin, insan sağlığının korunması amacıyla iptal edilmesinden kaynaklanan zararın tazmin edilmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenle, İdare Mahkemesince, davanın reddi yolunda verilen kararın bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı: Hüseyin Ünal Kara

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

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

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulü ile idare mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince, gereği görüldü.

Dava; davacı şirkete ait, Aloe Vera içeren içecekleri ithal edebileceği hakkındaki kontrol belgesinin iptaline ilişkin 3.6.2005 tarih ve 9891 sayılı işlem nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen 25.905 TL zararın dava tarihinden itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte idarece tazminine karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

Ankara 8. İdare Mahkemesince; yaygın olarak kullanılmakla birlikte, Aloe Vera Jelinden imal edilen ürünlerin, özellikle dahili kullanımına ilişkin klinik ve laboratuvar çalışması bulunmaması, insan sağlığına etkileri bakımından bilimsel verilere dayalı, kesin bir sonucun oluşturulamamış olması, bu nedenlere dayalı olarak Dünya Sağlık Örgütü tarafından sözü edilen ürünün dahili kullanımına ilişkin kabulünün bulunmaması, bazı yerli ve yabancı tıp uzmanlarının, anılan ürünü kullanan hastalar üzerindeki literatüre geçen gözlemlerinde, hastalığın Aloe Vera Jel içeren gıda kullanımına bağlanması, bazı ülkelerde satışı yapılan ürün etiketi üzerinde zorunlu ikazların yer alması, ürünün sunumunun, gıda niteliğinden çok hastalıkların tedavisinde kullanılmasına yönelik açıklamalara yer verilmesi ve ürünün ilaç niteliğinde olup olmadığına ilişkin kesin bir belirlemenin yapılamaması, konuyla ilgili akademik tartışmaların yoğun şekilde sürmesi nedeniyle sözü edilen ürünün insan sağlığına zararı bulunduğuna ilişkin somut veri bulunmamakla birlikte, özellikle dahili kullanımında, yararları bulunduğu veya zararlı etki oluşmayacağına ilişkin bilimsel veri de bulunmaması karşısında; "insan sağlığı üzerinde zararlı bir etkinin olması ihtimalinin belirmesi ve bilimsel belirsizliklerin sürmesi" nedeniyle ürüne ilişkin ithal, satış, üretim aşamalarında verilen izinlerin tedbir niteliğinde durdurulması ve verilen kontrol belgelerinin iptal edilmesine ilişkin işlemin insan sağlığı ve gıda güvenliği bakımından hukuka aykırılığından söz edilemeyeceğinden; uyuşmazlıkta idarenin tazmin sorumluluğunun bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı tarafından, İdare Mahkemesi kararının, temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Anayasanın 125. maddesinin son fıkrasında; idarenin eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu hükmüne yer verilmiştir.

İdarenin kamu hizmetinin yürütülmesinden doğan zarardan sorumlu tutulmasını gerektiren kuramlardan birisi hizmet kusurudur. İdarenin yürütmekle yükümlü olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel nitelikli, bozukluk, aksaklık veya boşluk olarak tanımlanabilen hizmet kusuru; hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde gerçekleşmekte ve idarenin tazmin yükümlülüğünün doğmasına yol açmaktadır.

Öte yandan, idarenin hukuki sorumluluğundan söz edebilmek için, ortada bir zararın bulunmasının yanında, bunun idareye yüklenebilen bir işlem veya eylemden doğması, başka bir deyişle, zararlı idari faaliyet arasında nedensellik bağının kurulabilmesi gerekir.

Uyuşmazlık tarihinde yürürlükte bulunan Mülga 441 sayılı Tarım ve Köy işleri Bakanlığı'nın Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 2. maddesinin (d) bendinde; gıda ve diğer tarım ve hayvancılık ürünlerinin kalite ve standartlara uygun olarak üretimi, işlenmesi, korunması, pazarlanması ve değerlendirilmesini temin ve düzenlemek için gerekli kontrol sistemi ve kuruluşlarını tesis etmek, işletmek ve bu konularda çiftçinin teşkilatlanmasında yardımcı olmak Tarım ve Köy işleri Bakanlığı'nın görevleri arasında sayılmıştır.

Uyuşmazlık tarihinde yürürlükte olan Mülga 5179 sayılı Gıdaların Üretimi, Tüketimi ve Denetlenmesine Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun'un 1. maddesinde, bu Yasanın amacının, gıda güvenliğinin temini, her türlü gıda maddesinin ve gıda ile temasta bulunan madde ve malzemelerin teknik ve hijyenik şekilde üretim, işleme, muhafaza, depolama, pazarlama ve halkın gereği gibi beslenmesini sağlamak, üretici ve tüketici menfaatleriyle halk sağlığını korumak üzere gıda maddelerinin üretiminde kullanılan her türlü ham, yarı mamul ve mamul gıda maddeleri ile gıda işlemeye yardımcı maddeler ve gıda ile temasta bulunan madde ve malzemelerin güvenliğine ilişkin özelliklerinin tespit edilmesi, gıda maddeleri üreten ve satan işyerlerinin asgari teknik ve hijyenik şartlarının belirlenmesi, gıda maddeleri ile ilgili hizmetler ile denetimine dair usul ve esasları belirlemek olduğu hükmüne yer verilmiş; 10. maddesinde, insan sağlığı üzerinde zararlı bir etkinin olması ihtimalinin belirlenmesi ve bilimsel belirsizliklerin sürmesi gibi özel durumlarda, kapsamlı bir risk değerlendirmesine imkân sağlayacak ileri düzeyde bilimsel veriler elde edilinceye kadar, geçici risk yönetimi tedbirlerine başvurulabileceği; 19. maddesinde, ihracat ve ithalatta gıda maddeleri ve gıda ile temasta bulunan madde ve malzemelerin gıda güvenliği ve kalitesi yönünden denetim esaslarını oluşturmaya Tarım ve Köy işleri Bakanlığı'nın yetkili olduğu, ithalatta istisnalar hariç Türk Gıda Kodeksine uygunluk aranacağı; 23. maddesinde, bu Yasa ve bu Yasaya istinaden çıkarılan mevzuatın uygulanmasına ilişkin olarak tüm gıda maddeleri ve gıda ile temas eden madde ve malzemeleri üreten, satan işyerleri ile bu yerlerde üretilen, satılan tüm gıda maddelerinin ve gıda ile temasta bulunan madde ve malzemelerin piyasa gözetimi ve denetimi, ilgili kurum ve kuruluşlarla işbirliği içinde yapılacağı, ancak, halk sağlığını ilgilendiren acil durumlarda gerektiğinde, Sağlık Bakanlığı'nın müdahale hakkının saklı olduğu kurala bağlanmıştır.

Öte yandan, 181 sayılı Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 2. maddesinde, herkesin hayatını bedenlen, ruhen ve sosyal bakımdan tam iyilik hali içinde sürdürmesini sağlamak için fert ve toplum sağlığını korumak ve bu amaçla ülkeyi kapsayan plan ve programlar yapmak, uygulamak ve uygulatmak, her türlü tedbiri almak, gerekli teşkilatı kurmak ve kurdurmak Sağlık Bakanlığı'nın görevleri arasında sayılmıştır.

Yukarıda yer verilen mevzuat uyarınca, doğrudan tüketime sunulan ve insan sağlığıyla yakından ilgili gıdaların üretimi, ithali ve denetimi hakkında Tarım ve Köy işleri Bakanlığı'nın Sağlık Bakanlığı ile işbirliği yaparak, insan sağlığına zararlı olma ihtimali olan gıdaların üretimini, ithalini ve dağıtımını yasaklayabileceği açıktır.

Dava dosyasının incelenmesinden; Aloe Vera ürün menşeli gıda kullanımının ve reklamlarının yaygınlaşması, bir kısım şikayetlerin artması nedeniyle Sağlık Bakanlığı tarafından yapılan inceleme sonucunda, Dünya Sağlık Örgütü'nün bu ürünün dahili kullanımını önermediği, Aloe Vera Jel ürününün mikroplar için iyi bir üreme ortamı olduğu ve kolon kanseri oluşturma riski bulunduğu tespit edildiğinden, Sağlık Bakanlığı'nın 8.6.2004 tarihli yazısı ile Tarım ve Köy işleri Bakanlığı'na aloe vera içeren dahilen alımı olan tüm ürünlerin izinlerinin iptal edilmesi, sadece haricen kullanılan ürünlerin denetim altında satışına müsaade edilmesi konusunda gereğinin yapılmasının istenildiği; Tarım ve Köy işleri

Bakanlığınca konu ile ilgili ayrıntılı bilgiye ihtiyaç duyulduğundan 2.7.2004 tarihli yazı ile Sağlık Bakanlığı ile birlikte toplantı yapılmasının kararlaştırıldığı ve Sağlık Bakanlığı ile Tarım ve Köyişleri Bakanlığı yetkilileri tarafından 6.7.2004 tarihinde yapılan toplantıda, Sağlık Bakanlığınca alınan kararın uygulama için bağlayıcı olduğu ve kesinlikle uygulanması gerektiği yolunda tutanak imzalandığı; buna karşın davacı şirket tarafından ithal edilmek istenilen Aloe Vera Jel (İçecek) için 17.12.2004 tarih ve 0434005395 sayılı kontrol belgesinin düzenlendiği; aloe vera jel içeren ürünlerin satışlarına devam edildiğinin Sağlık Bakanlığı tarafından tespiti üzerine, Sağlık Bakanlığı'nın 30.3.2005 tarih ve 16102 sayılı yazısı ile Tarım ve Köyişleri Bakanlığınca anılan ürünlerin izinlerinin iptal edilmesi gerektiğinin bildirildiği; bu yazı üzerine davalı idarece 26.5.2005 tarihli Genelge ile, Sağlık Bakanlığınca alınan yazıda; Aloe Vera Jel içeren ürünlerin "her derde deva" niteliğinde pazarlandığı, ancak, sözü edilen bitkiyle ilgili ciddi bir kaynak ve klinik çalışması bulunmaması nedeniyle Dünya Sağlık Örgütünün Monografında dahili kullanımının kabul edilmediği, uzun süreli ve yanlış kullanımı halinde karsinojenik etkiler gösterdiği, bu itibarla Aloe Vera içeren ve dahili kullanımı olan ürünlerle ilgili izinlerin iptal edilmesi gerektiği belirtildiğinden, halk sağlığı açısından Aloe Vera Jel içeren ve dahili kullanımı olan ürünlere kontrol belgesi verilmemesi, verilmiş olanların iptal edilmesi, ithaline ve yurt içinde üretimine izin verilmemesi, piyasada bulunan ürünlerin toplatılmasının istendiği, bu yazıya dayanılarak İstanbul Valiliği İl Tarım Müdürlüğü'nün 3.6.2005 tarihli işlemi ile davacı şirkete verilen izin iptal edilerek ürünlerin toplatılması gerektiğinin davacı şirkete bildirildiği; davacı tarafından, izin verildiği tarih ile iptal edildiği tarih arasında Aloe Veralı içeceğin ithalatı, reklam ve pazarlaması için yapılan masraflar karşılığı uğranıldığı ileri sürülen zararın idarece tazminine karar verilmesi istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Uyuşmazlıkta, davalı idarenin, insan sağlığına zararlı olduğu tespit edilen Aloe Veralı içeceğin ithalatını ve satışını yasaklayarak, bu kapsamda davacıya ait kontrol belgesini iptal etmesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Ancak, Sağlık Bakanlığı'nın 8.6.2004 tarihli yazısı ile sağlığa zararlı olması nedeniyle ithalinin ve satışının yasaklanması gerektiği yolunda davalı idarenin uyarılması ve 6.7.2004 tarihinde yapılan toplantıda bu hususun değerlendirilmesine rağmen; davalı idarenin, Sağlık Bakanlığının 30.3.2005 tarihli yazısına kadar Aloe Vera Jel içerikli gıda maddelerinin ithali veya satışını engellemediği; dolayısıyla 5179 sayılı Yasanın 10. maddesi kapsamında, "insan sağlığı üzerinde zararlı bir etkinin olması ihtimalinin belirmesi ve bilimsel belirsizliklerin sürmesi" durumu söz konusu olduğu halde gerekli tedbirleri almadığı anlaşılmaktadır.

Bu kapsamda, davalı idarece, Sağlık Bakanlığı'nın 8.6.2004 tarihli yazısından ve 6.7.2004 tarihli toplantıdan sonra davacı şirkete Aloe Vera Jel içeren içeceklerin ithaline izin verecek kontrol belgesinin düzenlendiği görüldüğünden, insan sağlığına zararlı olduğu konusunda Sağlık Bakanlığınca uyarılmasına rağmen, davacı şirket adına kontrol belgesi düzenlenmesinde idarenin hizmet kusuru olduğunun kabulü gerekmektedir.

Davacının uğradığını ileri sürdüğü zarar, davalı idarece, davacı şirket adına 17.12.2004 tarihli kontrol belgesi düzenlenmesine ilişkin işlemden kaynaklanmış olup, bu işlem nedeniyle uğranılan zarar, idarenin hukuka uygun olan belge iptaline ilişkin işlemi sonucunda oluşmuştur.

Davacı adına kontrol belgesi düzenleyerek hizmeti kusurlu işleten davalı idare, hukuka aykırı işleminin sonucuna katlanmak zorundadır. Bu nedenle, idarenin hukuka aykırı işlemine güvenerek faaliyette bulunan davacının, kontrol belgesinin iptal edilmesi nedeniyle uğradığı zararın, davalı idarece tazmin edilmesi hakkaniyet gereğidir.

Bu itibarla, İdare Mahkemesince, davacı şirketin kontrol belgesine dayanarak yaptığı faaliyetlerden kaynaklanan zararının, uğradığını ileri sürdüğü zarar kalemleri dikkate alınarak, şirketin defter, kayıt ve belgeleri üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle tespit edilmesi ve belirlenen zararın tazmini yolunda karar verilmesi gerekirken davanın reddi yolunda verilen mahkeme kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulü ile Ankara 8. İdare Mahkemesinin 15.9.2006 tarih ve E:2005/1915, K:2006/1560 sayılı kararının bozulmasına, dosyanın yeniden karar verilmek üzere adı geçen İdare Mahkemesine gönderilmesine, 14.6.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Onuncu Daire

Esas No : 2007/5554
Karar No : 2011/2297

Özeti : Eşyanın gümrüğe terki, Anayasa'yla güvenceye bağlanmış olan mülkiyet hakkından vazgeçilmesi anlamına geldiğinden, ilgilinin kesin ve tereddüte yol açmayacak bir açıklıktaki irade beyanını gerektirdiği hakkında.

Temyiz Eden(Davacı) : ...
Vekili : Av. ...
Karşı Taraf (Davalı) : Edirne Gümrük ve Muhafaza Başmüdürlüğü
İstemin Özeti : Edirne İdare Mahkemesinin 4.4.2007 tarih ve E:2006/2344, K:2007/340 sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Cevap verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Sevil Mehel Telli

Düşüncesi : Dava, davacı tarafından İpsala Gümrüğünde bulunan Tasfiye Genel Müdürlüğü Edirne İşletme Şube Müdürlüğüne ait ardiyeye teslim edilen oto yedek parçalarının, teminat karşılığı yurtdışı edilmek üzere taraflarına teslimi veya refakatçi memur tayinine karar verilmesi istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin Edirne Gümrük ve Muhafaza Başmüdürlüğü'nün 27.7.2006 tarih ve 6DA.031-7418 sayılı işleminin iptali istemiyle istemiyle açılmıştır.

Davacı tarafından imzalanan, yolculardan alınan eşyaya ait ambar makbuzu incelendiğinde, makbuzda "kati terk" ifadesine yer verilmekle birlikte, aynı zamanda, üç ay içinde Gümrükten çekilmeyen eşyanın tasfiyeye tabi tutulacağı ve devlet malı haline geleceği ibaresine de yer verildiği; bu ifadeye dayanarak davacı vekilince üç aylık süre dolmadan 27.7.2006 tarihinde eşyanın gümrükten çekilmesi istemiyle başvurduğu görüldüğünden, işleme dayanak alınan makbuzun, davacının gümrüğe terk konusundaki iradesini kesin ve tereddüte yer vermeyecek açıklıkta ortaya koyacak nitelikte bir belge olarak kabul edilemeyeceği; İran uyruklu olup, İran'da yaşayan davacının yeterince Türkçe bilmediği de dikkate alındığında, kati terk ifadesinin ne anlama geldiğini bilemeyeceği açık olduğundan, davacının iradesinin gümrüğe kati terk yönünde olmadığı kabulü gerekmektedir.

Bu durumda davacı vekilinin başvurusunun reddedilmesine ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmadığından davanın reddi yolunda verilen kararın bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı: Yalçın Macar

Düşüncesi : Dava, İtalya üzerinden İran'a transit geçiş yapmak üzere Türkiye'ye giriş yapan araçta, tır karnesi içeriğinde yer almayan ve beyan edilmeyen çeşitli nitelikte oto yedek parçasının, teminat karşılığında veya refakatçi memur tayini ile İran'a transit geçişinin yapılması koşuluyla teslimi için yapılan başvurunun, söz konusu eşyanın İran uyruklu araç sürücüsü tarafından 4458 sayılı Gümrük Yasası'nın 164. maddesi çerçevesinde gümrüğe terk edildiğinden bahisle reddi işleminin iptali istemiyle açılmıştır.

4458 sayılı Gümrük Yasası'nın 164. maddesinde, serbest dolaşımda olmayan eşyanın, Hazine'ye hiçbir masraf getirmeyecek şekilde gümrüğe terk edilmesine olanak tanınmış; aynı Yasa'nın 177. maddesinin 1. fıkrasının (h) bendinde, gümrüğe terk edilen eşyanın tasfiye edileceği belirtilmiş; 179. maddesinin 3. fıkrasında ise, bu nitelikteki eşyanın satış bedelinden hizmet karşılığı alacaklar ve yapılmış masraflar, ithalat vergileri, satış için yapılmış masraflar, para cezaları ayrılarak hak sahiplerine verilmesi, kalanın 3007 sayılı Gümrük Mevzuatına Göre Tasfiye Edilecek Eşya Hakkında Döner Sermaye Yasası hükümlerine göre dağıtılması, artanın ise doğrudan Hazine'ye irat olarak kaydedilmesi öngörülmüştür.

Görüldüğü üzere eşyanın gümrüğe terk edilmesi, eşya sahibinin, eşya üzerindeki mülkiyetini sona erdiren, tasarruf yetkisinin gümrük idaresine geçmesi sonucunu doğuran hukuka uygun bir irade açıklamasının yanı sıra eşyanın gümrüğe terkinden dolayı Hazine'ye mali bir yük getirmemesi koşullarına bağlıdır. Bu koşulların gerçekleşmemesi, örneğin eşya sahibinin eşyasını gümrüğe terk iradesinin olmaması, bu işlemin temsile yetkili olmayan kişi tarafından yapılması veya bu hallerin sonradan anlaşılması gibi durumlarda eşyanın gümrüğe terk edildiğinden söz edilemez.

Dosyanın incelenmesinden, davacının İran uyruklu olduğu, İran'da yerleşik bir şirkete ait araçla taşımacılık yaptığı, İtalya üzerinden İran'a transit geçiş yapmak üzere Türkiye'ye giriş yapan araçta tır karnesi içeriğinde yer almayan ve beyan edilmeyen çeşitli nitelikte oto yedek parçasının bulunduğu, davacı tarafından gümrük idaresine sunulan faturalarına göre bu eşyanın taşımacılık yaptığı şirkete ait olduğu, ele geçirilen eşyanın kaçak eşya olarak nitelendirilerek yasal işlem yapılmasının istenilmesine karşılık ilgili Cumhuriyet savcılığı tarafından eşyanın yasak eşya niteliğinde olmadığı, araçta gizli bölmelerde taşınmadığı, transit rejimine tabi olduğu, dolayısıyla 4458 sayılı Gümrük Yasası gereğince idari işlem yapılması gerektiğinin davalı idareye bildirildiği, bunun üzerine davacının eşyayı gümrüğe terk ettiği yolunda imzalı yazılı beyanının alınarak eşyanın depoya konulduğu anlaşılmaktadır.

Ancak davacının terk edilen eşyanın sahibi olmadığı, dolayısıyla maliki olmadığı eşya üzerinde tasarrufta bulunamayacağı, öte yandan İran uyruklu olması nedeniyle, imzaladığı yazılı Türkçe beyanının gerçek iradesini yansıtmayı, yansıtmadığını, bu iradesinin sonuçlarını bilip, bilmediğini ortaya koyacak şekilde yanında yeminli tercüman bulundurulmadığı, gümrüğe terk işleminden yaklaşık iki ay sonra davacının teminat karşılığında veya refakatçi memur tayini ile İran'a transit geçişinin yapılması koşuluyla bu eşyanın kendisine teslimi için başvuruda bulunduğu dikkate alındığında, eşyanın gümrüğe terki yolunda hukuken geçerli bir iradenin varlığından söz edilemez.

Açıklanan nedenlerle, davacının eşyanın teslimi hakkındaki başvurusunun reddine ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmadığından, temyiz isteminin kabulüyle davanın reddi yolundaki temyize konu kararın bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince gereği görüldü:

Dava, davacı tarafından İpsala Gümrüğünde bulunan Tasfiye Genel Müdürlüğü Edirne İşletme Şube Müdürlüğüne ait ardiyeye teslim edilen oto yedek parçalarının, teminat karşılığı yurtdışı edilmek üzere tarafına teslimi veya refakatçi memur tayinine karar verilmesi istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin Edirne Gümrük ve Muhafaza Başmüdürlüğü'nün 27.7.2006 tarih ve 6DA.031-7418 sayılı işleminin iptali istemiyle istemiyle açılmıştır.

Edirne İdare Mahkemesince; uyuşmazlıkta davacı tarafından oto yedek parçalarına ilişkin eşyaların, hiçbir zorlama altında kalmaksızın kendi rızası ile 4458 sayılı Gümrük Kanunu hükümleri uyarınca Devlete kati olarak terk edildiği anlaşıldığından dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı tarafından; anılan Mahkeme kararının hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek, temyizen incelenip bozulması istenilmektedir.

1982 Anayasasının 35. maddesinde, herkesin mülkiyet ve miras hakkında sahip olduğu; bu hakların ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabileceği hükmü yer almıştır.

4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun, dava konusu işlemin tesis edildiği tarihte yürürlükte olan, 48. maddesinde, yolcu beraberinde getirilip gümrüğe sunulmasından sonra gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutuluncaya kadar yolcu eşyasına mahsus gümrük ambarlarına konulan eşyanın buralarda kalabileceği sürenin üç ay olduğu; 164. maddesinde, serbest dolaşımda olmayan eşyanın Hazineye hiçbir masraf getirmeyecek şekilde, gümrük idaresinin gözetiminde imhası veya gümrüğe terk edilmesinin mümkün olduğu; 177. maddesinde Yasanın 164. maddesine göre gümrüğe terk edilen eşyanın yasanın 178. maddesine göre tasfiye edileceği; 178. maddesinde, 177 nci maddede belirtilen eşyanın, ihale yoluyla satış suretiyle, yeniden ihraç amaçlı satış suretiyle tasfiyeye tabi tutulacağı, tasfiyeye ilişkin usul ve esasların tüzükle belirleneceği kuralına yer verilmiştir.

Mülga Gümrük Yönetmeliği'nin 132. maddesinde, yasaklama veya kısıtlamaya tabi olması nedeniyle teslimine imkan bulunmayan eşyanın, cezai kovuşturmalar saklı kalmak üzere sahip veya temsilcilerinin yazılı talebi doğrultusunda gümrüğe terk veya mahrece iade edilebileceği veya üçüncü bir ülkeye gönderilebileceği; eşyanın gümrüğe terk edilmesi halinde, bu eşya yine sahip veya temsilcilerinin yazılı talebi ile Gümrük Kanunu'nun 178. maddesi (b) ve (e) fıkraları hükümleri çerçevesinde yeniden ihraç amaçlı satış veya imha suretiyle tasfiyeye tabi tutulacağı düzenlenmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, İran uyruklu olan araç sürücüsü davacının 19.5.2006 tarihinde İran'a transit gitmek üzere İpsala Gümrüğüne müracaat etmesi üzerine sözlü beyana davet edildiği, araçta gümrüğe tabi eşya olmadığına beyan edildiği, ancak gümrük memurlarınca aracın dorse kısmının alt bölümünde gümrüğe tabi olmasına rağmen beyan edilmeyen oto yedek parçalarının bulunduğu tespit edilmesi üzerine 20.5.2006 tarihinde tutanak tutulduğu, söz konusu tutanağı avukatı ile birlikte davacının da imzaladığı, kaçakçılık şüphesi nedeniyle olayın Savcılığa bildirilmesi sonucunda aynı gün eşyanın muhafaza altına alındığı, yine aynı gün Savcılık soruşturması sonucunda, Savcılık tarafından eşyanın uyuşturucu ve yasak eşya niteliğinde olmadığı, aracın transit rejimine tabi olması nedeni ile Gümrük Kanunu uyarınca işlem yapılması gerektiğine karar verildiği; idare tarafından 9.6.2006 tarihinde düzenlenen yolculardan alınan eşyaya ait ambar makbuzunun davacıya imzalatılması ile 30 parça oto yedek parçasının ambara alındığı, bu makbuzda "kati terk" ibaresi yazılmak suretiyle eşyaların 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 164. maddesi uyarınca davacı tarafından Devlete kati olarak terkinin yapıldığı gerekçesiyle işlem yapıldığı; 27.7.2006 tarihinde davacı vekili tarafından, anılan eşyaların teminat karşılığı yurtdışı edilmek üzere taraflarına teslimi veya refakatçi memur tayini istemiyle idareye yapılan başvurunun reddi üzerine bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Davalı idare tarafından, davacının yeterince Türkçe bildiği ve kendi iradesiyle Gümrük Kanunu'nun 164. maddesi uyarınca eşyayı gümrüğe terk ettiğinden, Gümrük Kanunu'nun 177. maddesi uyarınca eşyanın tasfiyelik hale geldiğinden bahisle dava konusu işlem tesis edilmiştir.

Eşyanın gümrüğe terki, Anayasayla güvenceye bağlanmış olan mülkiyet hakkından vazgeçilmesi anlamına geldiğinden, ilgilinin kesin ve tereddüte yol açmayacak bir açıklıktaki irade beyanını gerektirdiği tartışmasızdır.

Uyuşmazlıkta, davacı tarafından imzalanan, 9.6.2006 tarihli yolculardan alınan eşyaya ait ambar makbuzu incelendiğinde, makbuzda "kati terk" ifadesine yer verilmeyle birlikte, aynı zamanda, üç ay içinde Gümrükten çekilmeyen eşyanın tasfiyeye tabi tutulacağı ve devlet malı haline geleceği ibaresine de yer verildiği; bu ifadeye dayanarak davacı vekilince üç aylık süre dolmadan 27.7.2006 tarihinde eşyanın gümrükten çekilmesi istemiyle

başvurduğu görüldüğünden, işleme dayanak alınan makbuzun, davacının gümrüğe terk konusundaki iradesini kesin ve tereddüte yer vermeyecek açıklıkta ortaya koyacak nitelikte bir belge olarak kabul edilemeyeceği sonucuna varılmaktadır.

Öte yandan, İran uyruklu olup, İran'da yaşayan davacının yeterince Türkçe bilmediği, makbuz düzenlenmeden önce 20.5.2006 tarihinde ifadesi alınırken yanında Avukatının bulunmasına karşın makbuzu imzaladığı sırada avukatın bulunmadığı da dikkate alındığında, kati terk ifadesinin ne anlama geldiğini bilemeyeceği açık olduğundan, davacının iradesinin gümrüğe kati terk yönünde olmadığı kabulü gerekmektedir.

Bu durumda, davacının başvurusunun, eşyanın Gümrüğe terk edildiğinden bahisle reddine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığından, davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, 2577 sayılı Yasanın 49.maddesine uygun bulunan davacının temyiz isteminin kabulüyle, Edirne İdare Mahkemesinin 4.4.2007 tarih ve E:2006/2344, K:2007/340 sayılı kararının, bozulmasına dosyanın esas hakkında yeniden karar vermek üzere anılan Mahkemeye gönderilmesine, 14.6.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGILAMA USULÜ

T.C. DANIŞTAY Onuncu Daire

Esas No : 2011/1371

Karar No : 2011/1607

Özeti : Okul binalarının, yürütülen eğitim ve öğretim hizmetinin bütünleyici parçası olduğu ve bu hizmetten bağımsız olarak düşünülemeyeceği dikkate alındığında; kamu malı niteliğinde bulunan devlet okuluna ait bina ve bahçede meydana gelen olay nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen zararın tazmini isteminden doğan uyuşmazlığın, idare hukuku ilkeleri çerçevesinde idarenin hizmet kusuru bulunup bulunmadığının saptanması suretiyle idari yargı yerince çözümlenmesi gerektiği hakkında.

Temyiz Eden (Davacılar): 1- ...

2- ...

3- ...

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf (Davalı) : Milli Eğitim Bakanlığı

İstemin Özeti : Van 1. İdare Mahkemesi'nin 26.3.2010 tarih ve E:2007/2784, K:2010/265 sayılı kararının, temyizen incelenerek bozulması davacılar tarafından istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Yerinde olmadığı ileri sürülen temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : A. Habip Yıldırım

Düşüncesi : Tazminat isteminin dayanağı olayın, eğitim ve öğretim hizmetinin yürütülmesi amacıyla davalı İdareye tahsis edilen ve kamu malı niteliğinde bulunan Okul binası ve bahçesinde meydana geldiği; Okul binasının, yürütülen kamu

hizmetinin bütünüleyici bir parçası olduğu ve yürütülen hizmetten bağımsız olarak düşünülmemeyeceği de dikkate alındığında, uyuşmazlığın çözümü, davalı İdare tarafından yürütülen hizmetin işleyişindeki bozukluk, aksaklık veya eksiklik olup olmadığının saptanmasına bağlı olup; bu hususların ortaya konulması ise idare hukuku görev ve yetkileri uyarınca idare mahkemelerinin görevinde bulunmaktadır.

Bu nedenle, davanın görev yönünden reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı: İbrahim Özdemir

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; Danıştay Sekizinci Dairesinin 10.1.2011 tarih ve E:2010/9759, K:2011/14 sayılı "gönderme kararı" uyarınca, dava dosyasının tekemmül ettiği anlaşıldığından, davacının yürütmenin durdurulması istemi hakkında bir karar verilmeksizin işin esasına geçildi, gereği görüldü:

Dava; davacılar, Zeki Şaman'ın, 3.5.2007 tarihinde, kardeşinin eğitim gördüğü Van İli, Merkez Mustafa Cengiz İlköğretim Okulu bahçesinde bulunduğu sırada, okul binasının bacasından kopan sac parçasının üzerine düşmesi nedeniyle sakat kaldığından bahisle 50.000 TL maddi ve 40.000 TL manevi zararın yasal faiziyle birlikte tazminine karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

Van 1. İdare Mahkemesi'nce, tazminat isteminin dayanağı olayın, davalı İdarenin kendisine Kanunla verilen kamu hizmetinin görülmesine ilişkin olmadığı; söz konusu maddi olay bakımından davalı İdarenin özel hukuk kişileri ile aynı statüde olduğu, davalı İdarenin sahibi olduğu binanın çatısındaki sac parçasının davacılar ...'ın üzerine düşmesi nedeniyle zararın gerçekleştiği, taraflar arasındaki ilişkinin, kamu otoritesine veya yetkisine dayalı, tek yanlı ve resen yapılan idari işlem veya eylemden kaynaklanmadığı; bu nedenle özel hukuk kapsamındaki ilişkiden doğan zararın giderilmesi istemiyle açılan davanın Borçlar Kanununun 58. maddesi kapsamında çözümlenmesi gerektiği gerekçesiyle, davanın görev yönünden reddine karar verilmiştir.

Davacılar tarafından, usul ve hukuka aykırı olduğu iddiasıyla, anılan İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Anayasanın 125. maddesinde idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu belirtildikten sonra son fıkrasında, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2/1-b maddesinde, idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan ihlal edilenler tarafından açılacak tam yargı davaları, idari dava türleri arasında sayılmıştır.

İdare kural olarak yürüttüğü kamu hizmetiyle nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlü olup; idari eylem ve işlemlerden doğan zararlar idare hukuku kuralları çerçevesinde, hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk ilkeleri gereği tazmin edilmektedir. İdarenin yürütmekle görevli olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya eksiklik şeklinde tanımlanabilen hizmet kusuru; hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde gerçekleşmekte ve idarenin tazmin yükümlülüğünün doğmasına yol açmaktadır.

Dava dosyasının incelenmesinden, davacılar, ...'ın, 3.5.2007 tarihinde, kardeşinin eğitim gördüğü Van İli, Merkez Mustafa Cengiz İlköğretim Okulu bahçesinde

bulunduğu sırada, okul binasının bacasından kopan sac parçasının üzerine düşmesi nedeniyle yaralandığı; davacılar tarafından, söz konusu sac levhanın okul bacasına sabitlenmemiş olması nedeniyle olayda hizmet kusuru bulunduğundan bahisle uğranılan zararın yasal faiziyle birlikte tazminine karar verilmesi istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

İdare Mahkemesi tarafından, meydana gelen olayın, davalı İdarenin kendisine Kanunla verilen kamu hizmetinin görülmesine ilişkin olmadığı; söz konusu maddi olay bakımından davalı İdarenin özel hukuk kişileri ile aynı statüde bulunduğu, bu nedenle, uyuşmazlığın çözümünün adli yargının görevinde olduğu gerekçesiyle davanın görev yönünden reddine karar verilmiş ise de; 818 sayılı Borçlar Kanununun 58. maddesinde düzenlenen "bina malikinin sorumluluğu" ancak, gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan binaların yapılması veya muhafazasındaki kusur nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıklarda uygulanabilecek bir hükümdür.

Bakılan uyuşmazlıkta, dava konusu olayın, eğitim ve öğretim hizmetinin yürütülmesi amacıyla davalı İdareye tahsis edilen ve kamu malı niteliğinde bulunan Okul binası ve bahçesinde meydana geldiği; Okul binalarının, yürütülen kamu hizmetinin bütünleyici bir parçası olduğu ve yürütülen hizmetten bağımsız olarak düşünülmemeyeceği de dikkate alındığında, uyuşmazlığın çözümü, davalı İdare tarafından yürütülen hizmetin işleyişindeki bozukluk, aksaklık veya eksiklik olarak tanımlanabilen hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının saptanmasına bağlı olup; bu hususların ortaya konulması ise idare hukukunun temel ilkeleri uyarınca idare mahkemelerinin görevinde bulunmaktadır.

Bu durumda, İdare Mahkemesi tarafından uyuşmazlığın esasının incelenmesi suretiyle bir karar verilmesi gerekirken, davanın görev yönünden reddi yolunda verilen temyize konu Mahkeme kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesine uygun bulunan davacılar temyiz isteminin kabulüne, Van 1. İdare Mahkemesi'nin 26.3.2010 tarih ve E:2007/2784, K:2010/265 sayılı kararının bozulmasına, dava dosyasının yeniden karar verilmek üzere adı geçen İdare Mahkemesine gönderilmesine, 26.4.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Onuncu Daire

Esas No : 2007/7733

Karar No : 2011/2292

Özeti : Tazmini istenilen zararın işlemde kaynaklanan zarar olduğu ve tazminat davasının zararın oluştuğu tarihten itibaren altmış gün içinde açılması gerektiği hakkında.

Temyiz Eden (Davacı) : ... Bankası A. Ş. Genel Müdürlüğü

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf (Davalı) : Tarım ve Köyşleri Bakanlığı

İstemin Özeti : Ankara 11. İdare Mahkemesince, davanın reddi yolunda verilen 2.5.2007 tarih ve E:2006/1345 , K:2007/740 sayılı kararın temyizden incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti :Yerinde olmadığı ileri sürülen temyiz isteminin reddi savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Sevil Mehel Telli

Düşüncesi : Dava konusu uyuşmazlıkta, davalı idarenin işleminden doğduğu ileri sürülen zararın, davacı bankanın mahkeme masrafını ve avukatlık ücretini ödediği 9.8.2005 tarihinde oluştuğunun kabulü gerekeceğinden, bakılan davada, ödeme tarihinden itibaren 2577 sayılı Yasanın 12. maddesi uyarınca altmış gün içinde idareye bavorulması veya dava açılması gerekirken bu süre geçtikten sonra 26.1.2006 tarihinde idareye yapılan başvurunun reddi üzerine 12.5.2006 tarihinde açılan davada süre aşımı bulunmaktadır.

Açıklanan nedenle, davanın esasının incelenmesi suretiyle reddi yolunda verilen kararda sonucu itibarıyla hukuki isabetsizlik bulunmadığından, temyiz isteminin reddi ile mahkeme kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Ergün Özcan

Düşüncesi : Davacı bankanın, Tarımsal Kooperatiflerin Yardım Faaliyetlerine Yapılacak Devlet Yardımı Yönetmeliği ve bu Yönetmelik çerçevesinde davalı idare ile yaptığı protokol uyarınca kredi kullandığı S.S. Gölbaşı Tarımsal Kooperatifinin krediden kaynaklanan borcunu ödememesi nedeniyle bu alacağın tahsil ve takibi için yaptığı 10.060 TL. mahkeme masrafının ödenmesi istemin reddine ilişkin işlemin iptali ve anılan miktarın yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılan davada, idare mahkemesince, davanın esası incelenerek reddi yolunda verilen kararın temyizen incelenip bozulması istenilmektedir.

Dava konusu olayda uyuşmazlık, davacı bankanın kullandığı kredinin, kefillerden tahsili ve takibi konusunda Asliye Ticaret Mahkemesinde açılan dava sırasında yapılan masrafın rücu tahsili isteminden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla Asliye Ticaret Mahkemesinde açılan davada, davacı banka aleyhine hükmedilen yargılama masraflarının davalı idareden tahsili isteminden kaynaklanan bu davanın, bir rücu davası olduğunun kabulü gerekir.

Buna göre, idari bir uyuşmazlık ve tam yargı davası niteliği taşımayan, konusu bir kamu alacağı olmayan bu rücu davasının görüm ve çözümü, Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca adli yargı yerinin görevine girmektedir.

Bu durumda, adli yargı yerinin görevine giren uyuşmazlığın esasını inceleyerek davanın reddine karar veren idare mahkemesi kararında, hukuki isabet görülmediğinden kararın bozulması gerektiği düşünülmüştür.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince gereği görüşüldü:

Dava, Tarımsal Kooperatiflerin Yardım Faaliyetlerine Yapılacak Devlet Yardımı Yönetmeliği ve bu Yönetmelik çerçevesinde davacı banka ile Tarım ve Köyişleri Bakanlığı arasında imzalanan protokoller uyarınca, davacı banka tarafından kredi kullandırılan S.S. Gölbaşı Tarımsal Kooperatifinin krediden kaynaklanan borcunun ödememesi üzerine alacağın tahsili amacıyla yapılan ve yargılama gideri ile avukatlık ücretinden oluşan 10.060 TL masrafın ödenmesi yolundaki başvurunun reddine ilişkin işleminin iptali ile 10.060 TL'nin ödeme tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte tazminine karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

Ankara 11. İdare Mahkemesince; uyuşmazlıkta Banka ile davalı idare arasında yapılan protokol uyarınca ve davalı idarenin 10.12.2001 tarihli işlemi üzerine, davacı bankanın Adana Şubesi tarafından kullandırılan krediye ilişkin borcun tahsili amacıyla icra yolu ile takip yapıldığı; ancak yapılan takipte kefillerin sorumlu olduğu miktarlar üzerinde icra takibi yapılması nedeniyle banka aleyhine mahkeme masrafı ve avukatlık ücretine hükmedildiği, dolayısıyla davacının davalı idarenin işleminden dolayı uğradığını ileri sürdüğü zararın bankanın kendi kusurundan kaynaklandığı anlaşıldığından, davalı idarenin tazmin sorumluluğundan söz edilemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı tarafından, kararın usul ve hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek temyizen incelenip bozulması istenilmektedir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7. maddesinde, dava açma süresinin özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde idare mahkemelerinde altmış gün olduğu belirtilmiş, 12. maddesinde ise; ilgililerin haklarını 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 açabilecekleri, bu halde de ilgililerin 11 nci madde uyarınca idareye başvurma haklarının saklı olduğu kurala bağlanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, 30.4.1990 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan Tarımsal Kooperatiflerin Yatırım Faaliyetlerine Yapılacak Devlet Yardımı Yönetmeliği ve bu yönetmeliğin uygulanması ile ilgili olarak Tarım ve Köyşleri Bakanlığı, Teşkilatı ve Destekleme Genel Müdürlüğü ile Ziraat Bankası arasında imzalanan protokol uyarınca S.S. Gölbaşı Tarımsal Kalkınma Kooperatifine, 18.3.1998 tarih ve 3746 sayılı Tarımsal Krediler Genel Sözleşmesi ve bu sözleşmenin eki ikraz sözleşmelerine dayanılarak kredi kullandırıldığı, kooperatif ortaklarının genel kurul toplantısına katılmamaları ve kooperatife sahip çıkmamaları sebebiyle kooperatifin acze düştüğünün tespiti üzerine, Tarım ve Köyşleri Bakanlığının 10.12.2001 tarihli onayı ile kooperatife yapılan devlet yardımlarının cezai faiziyle birlikte tahsil edilmesinin kararlaştırıldığı; alacağın tahsil işlemlerini yapmak üzere Ziraat Bankası Şubesine talimat verilmesi üzerine, bankaca kefiller aleyhine icra takibine geçildiği, kefil limitinin üzerinde icra takibi yapılması nedeniyle Ankara 2. Asliye Ticaret Mahkemesinin 1.2.2005 tarihli kararı ile davacı banka aleyhine mahkeme masrafı ve avukatlık ücretine hükmedilmesi üzerine, davacı banka tarafından icra dosyasına mahkeme masrafı ile avukatlık ücretine ilişkin 10.060 TL'nin 9.8.2005 tarihinde yatırıldığı; ilgili mevzuat uyarınca kullandırılan kredinin icra takip ve tahsil işlemleri ile ilgili olarak yapılmak zorunda kalınan 10.060 TL masrafın davalı idarece ödenmesi istemiyle 26.1.2006 tarihinde yapılan başvurunun reddi üzerine 12.5.2006 tarihinde bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Uyuşmazlıkta, tazmini istenilen zarar, kooperatife yapılan devlet yardımlarının cezai faiziyle birlikte tahsilinin davacı banka tarafından yapılmasına ilişkin Tarım ve Köyşleri Bakanlığının 10.12.2001 tarihli işlemi ile bu işlem uyarınca bankaya gönderilen talimata ilişkin işlemten kaynaklanmakta olup; bu zararın, banka tarafından icra dosyasına mahkeme masrafı ve avukatlık ücreti için 10.060 TL'nin yatırıldığı 9.8.2005 tarihinde oluştuğu görülmektedir.

Buna göre, davacı banka tarafından, işlemten doğan zararın tazmini istemiyle, icra dosyasına ödeme yapıldığı 9.8.2005 tarihinden itibaren, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 12. maddesinde öngörülen altmış günlük süre içerisinde dava açılması veya davalı idareye başvurulması gerektiğinden bu tarihten itibaren altmış gün geçtikten sonra 26.1.2006 tarihinde idareye yapılan başvurunun reddi üzerine 12.5.2006 tarihinde açılan davada süre aşımı bulunmaktadır.

Bu durumda, davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında sonucu itibarıyla yasal isabetsizlik görülmemektedir.

Açıklanan nedenlerle, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca davacının temyiz isteminin reddine, Ankara 11. İdare Mahkemesinin 2.5.2007 tarih ve E:2006/1345 , K:2007/740 sayılı kararının, yukarıda belirtilen gerekçeyle onanmasına, 14.6.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Onuncu Daire
Esas No : 2010/6912
Karar No : 2011/2679

Özeti : Yabancı mahkemelerce hukuk davaları ile ilgili olarak verilen kararların tenfizi isteminin adli yargının görevinde olduğu hakkında.

Temyiz Eden (Davacı) : ...
Karşı Taraf (Davalı) : ... Off Shore Limited
İstemin Özeti : Ankara 9. İdare Mahkemesinin 8.1.2010 tarih ve E:2009/1815, K:2010/11 sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.
Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.
Danıştay Tetkik Hakimi : Erkan Yılmaz
Düşüncesi : 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun "Görev ve yetki" başlıklı 51. maddesinin 1. fıkrasına göre, yabancı mahkemelerce hukuk davaları ile ilgili olarak verilen kararlarla ilgili olarak tenfiz kararı vermekle görevli ve yetkili mahkemenin asliye mahkemesi olduğu hususunda bir duraksama bulunmamaktadır.
İdare Mahkemesince; tenfiz kararı verilmesi istemiyle açılan davanın asliye hukuk mahkemesinin görevinde olduğu hususu gözetilmeden davanın incelenmeksizin reddi yolunda verilen kararda usul hükümlerine uyarlık görülmemektedir.
Açıklanan nedenle, temyiz isteminin kabulü ile mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.
Danıştay Savcısı : İbrahim Özdemir
Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.
Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince gereği görüldü:

Dava, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyetinde faaliyet gösteren davalı bankada açtırmış olduğu vadeli Türk Lirası mevduat hesabında bulunan 35.292.96 TL'sinin 6.7.2003 tarihinden ödeme tarihine kadar yıllık %45 oranında işletilecek faiziyle birlikte davacıya ödenmesi yolunda Lefkoşa Kaza Mahkemesince verilen 23.1.2006 tarih ve Dava No:3382/04 sayılı kararın tenfizi istemiyle açılmıştır.

Ankara 9. İdare Mahkemesince; uyuşmazlığın Lefkoşa Kaza Mahkemesinin 23.1.2006 tarih ve Dava No:3382/04 sayılı kararının tenfizi isteminden kaynaklandığı, sözü edilen kararın idari davaya konu olabilecek nitelikte bir işlem olmadığı gerekçesiyle davanın incelenmeksizin reddine karar verilmiştir.

Davacı tarafından, hukuka aykırı olduğu ileri sürülen idare mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Yabancılik unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, yabancı kararların tanınması ve tenfizi 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun ile düzenlenmiştir.

Bu Kanunun "Tenfiz kararı" başlıklı 50. maddesinin 1. fıkrasında, "Yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan ilâmların Türkiye'de icra olunabilmesi yetkili Türk mahkemesi tarafından tenfiz kararı verilmesine bağlıdır." kuralı yer almış, ."Görev ve yetki" başlıklı 51. maddesinin 1. fıkrasında ise, tenfiz kararları hakkında görevli mahkemenin asliye mahkemesi olduğu kurala bağlanmıştır.

Lefkoşa Kaza Mahkemesince; davacının Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyetinde faaliyet gösteren davalı bankada açtırmış olduğu vadeli Türk Lirası mevduat hesabında bulunan 35.292.96 TL tutarındaki alacağının 6.7.2003 tarihinden ödeme tarihine kadar yıllık %45 oranında işleyecek faiziyle birlikte davacıya ödenmesine karar verilmiş, bu kararla ilgili olarak tenfiz kararı verilmesi istemiyle idare mahkemesinde tenfiz davası açılmıştır.

Bu durumda, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun yukarıda aktarılan hükümlerine göre, yabancı mahkemelerce hukuk davaları ile ilgili olarak verilen kararlarla ilgili olarak tenfiz kararı vermekle görevli ve yetkili mahkemenin asliye mahkemesi olduğu hususunda bir duraksama bulunmamaktadır.

İdare Mahkemesince; tenfiz kararı verilmesi istemiyle açılan davanın asliye hukuk mahkemesinin görevinde olduğu hususu gözetilmeden yukarıda özetlenen gerekçeyle davanın incelenmeksizin reddi yolunda verilen kararda usul hükümlerine uyarlık görülmemektedir.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulü ile Ankara 9. İdare Mahkemesinin 8.1.2010 tarih ve E:2009/1815, K:2010/11 sayılı kararının bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dava dosyasının adı geçen mahkemeye gönderilmesine 1.7.2011 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

ONBİRİNCİ DAİRE KARARLARI

EMEKLİLİK VE EMEKLİ SANDIĞI İŞLERİ

T.C.
DANIŞTAY
Onbirinci Daire
Esas No : 2010/4531
Karar No : 2011/2940

Özeti : Emekli Sandığına ait dinlenme ve bakımevlerinden yararlananlardan alınan oda bakım ücretinin, SHÇEK'e tabi huzurevleri için belirlenen en yüksek aylık bakım ücretini aşamayacağı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı): Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf (Davalı) : ...

İstem Özet i : Ankara 11. İdare Mahkemesinin 14.1.2010 tarih ve E:2009/1134, K:2010/12 sayılı kararının, davalı idare tarafından, temyizden incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Füsun Erkin

Düşüncesi : Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, 2577 sayılı Kanun'un 49. maddesinin 1. fıkrasında sayılan bozma nedenlerine uymadığından, temyiz isteminin reddi ile kararın onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Şenol Bolat

Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizden incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onbirinci Dairesince işin gereği görüldü:

Dava, Sosyal Güvenlik Kurumu 75. Yıl Dinlenme ve Bakımevi'nde kalan davacı tarafından, Sosyal Güvenlik Kurumu Yönetim Kurulunun 11.6.2009 gün ve 2009/238 sayılı, kuruma bağlı dinlenme ve bakımevlerinde tahsil edilmekte olan oda/bakım ücretlerinin tespitinde esas alınan gösterge rakamlarının 1.7.2009 tarihinden itibaren %30 oranında artırılmasına ilişkin kararının iptaline karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

İdare Mahkemesince, dava konusu kararın tesis edildiği 2009 yılı Temmuz ayı itibarıyla aylık ve yıllık bazda üretici ve tüketici fiyatlarında meydana gelen değişimlere göre Türkiye İstatistik Kurumu tarafından tespit edilen tüketici fiyatları endeksinin %8,52, üretici fiyatları endeksinin ise %5,47 olarak açıklandığı, verilen hizmetlerin karşılığı olarak açıklanan enflasyon oranlarında dinlenme ve bakımevi sakinlerinden alınan aylık ücretlere zam yapılabileceği tabii ise de, kapsamlı bir araştırma ve inceleme yapılmaksızın kurumun gelir gider dengesindeki bozulmanın sakinlerden alınacak ücretlerle karşılanması yoluna gidilmesinin, kamu hizmetleri içinde yer alan ve kâr-zarar ilkesine dayalı olarak işletilen

alanlardan olmayan dinlenme ve huzurevleri ücretlerine %30 oranında zam yapılmasının dinlenme ve bakımevi olanaklarından gelir düzeyi ne olursa olsun herkesin eşit ve güvenli bir şekilde yararlanması olanağını ortadan kaldıracığı, Anayasa'da yer alan ilkelere, hakkaniyete ve külfetlerin adil dağıtılması ilkesine aykırı olacak şekilde tesis edilen dava konusu işleminde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

Davalı idare tarafından, hukuka aykırı olarak karar verildiği ileri sürülerek Mahkeme kararının bozulması istenilmektedir.

5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'nun, 28.4.1982 tarih ve 2665 sayılı Kanunla eklenen Ek 41. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı'nın, belediye hudutları içinde veya dışında, uygun görülen yerlerde, emekli, adi malullük, vazife malullüğü, dul ve yetim aylığı alanlarla, vatani hizmet tertibinden aylık alanlar için dinlenme ve bakımevleri tesis edeceği ve işleteceği, Ek 42. maddesinde, dinlenme ve bakımevlerinde kalanların masraflarının kendileri tarafından ödeneceği, masraflar karşılığında yapılacak kesinti miktarlarının yönetmelikle tespit edileceği, masraflar karşılanmadığı takdirde aradaki farkın Emekli Sandığı'nca ödeneceği, Ek 43. maddesinde, yıllık yatırım programlarında yer alan, dinlenme ve bakımevlerinin yatırımlarının gerçekleştirilmesi ve işletilmesi için Sandık ihtiyatlarından, Maliye Bakanlığı'nın muvafakatı ile yeteri kadar karşılık ayrılacağı, Ek 45. maddesinde, dinlenme ve bakımevlerinden yararlanacaklarda aranacak nitelikler, istenecek belgeler, kabul şartları, bunları inceleyecek kurul, işletme şekli ve esasları ile başka hususların, Sandıkça hazırlanıp Maliye Bakanlığınca onaylanacak bir yönetmelikle tespit edileceği kurala bağlanmış, 2665 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde de, kurulacak dinlenme ve bakımevlerinde kalacakların masraflarının almakta oldukları emekli, dul ve yetim aylıklarından karşılanması esası getirilmiş, bu gibilerden masraf karşılığı alınacak miktarın aylıkların 3/4'ünü geçmemesi, aylıklarının 3/4'ü masraflarını karşılamayanlar için, masrafların kalan kısmının Sandıkça ödenmesi öngörülmüştür.

27.5.1983 tarih ve 18059 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu'nun, 1. maddesinde Kanun'un amacı, korunmaya, bakıma veya yardıma muhtaç aile, çocuk, özürlü, yaşlı ve diğer kişilere götürülen sosyal hizmetlere ve bu hizmetleri yürütmek üzere kurulan teşkilatın kuruluş, görev, yetki ve sorumluluklar ile faaliyet ve gelirlerine ait esas ve usulleri düzenlemek olarak belirtilmiş, 2. maddesinde Kanun'un kapsamı, sosyal hizmetlerle ilgili tüm kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek kişiler ve özel hukuk tüzelkişileri, sosyal hizmet kurum ve kuruluşlarında çalışan personel, sosyal hizmetlerden faydalananlar ve faydalananak durumda olanlar olarak tanımlanmış, 4. maddesinde ise, Kanun kapsamına giren sosyal hizmetlere ilişkin faaliyetlerin, Devletin denetim ve gözetiminde, sivil toplum kuruluşları ile halkın gönüllü katkı ve katılımı da sağlanarak bir bütünlük içinde yürütüleceği, sunulacak bakım ve diğer hizmetlerin kapsamı ve bu hizmetleri verecek olan gerçek ve tüzel kişilerin izin, çalışma usûl ve esasları ve diğer hususların Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle düzenleneceği kuralına yer verilerek ve sosyal hizmetlere ilişkin faaliyetler Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu bünyesinde birleştirilerek bu faaliyetlerin gözetim ve denetimi bu Kuruma verilmiştir.

2828 sayılı Kanun'un 9. maddesinin (g) bendinde; Kuruma bağlı olanlar dışında kurulacak sosyal hizmet kuruluşlarının, özel eğitim ve rehabilitasyon hizmeti verenler hariç olmak üzere açılış iznine, her türlü standartlarına ve işleyişlerine ilişkin esasları, varsa ücret tarifelerini tespit etmek, onaylamak, denetimini yapmak ve bu esaslara uymayanların faaliyetlerini durdurmak, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu'nun görevleri arasında sayılmış, 34. maddesinde ise, Kurum dışındaki kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek kişiler ve özel hukuk tüzelkişilerince bu Kanun kapsamına giren sosyal hizmet kuruluşlarının kurulmasına, teşvik edilmesine ve açılış izinlerinin verilmesine, varsa ücret tarifelerinin tespitine ilişkin usul ve esaslar ile bu kuruluşların hizmet ve personel standartlarının bir

yönetmelikle düzenleneceği, sosyal hizmet kuruluşlarını kuranların ve işletenlerin bu yönetmelik hükümlerine uymakla yükümlü oldukları belirtilmiştir.

2828 sayılı Kanun'un 34. maddesine dayanılarak yürürlüğe konulan Kamu Kurum ve Kuruluşları Bünyesinde Açılacak Huzurevlerinin Kuruluş ve İşleyiş Esasları Hakkında Yönetmeliğin " ücret tespiti " başlıklı 18. maddesinde, kuruluşlarda ücret alınması halinde yaşlı başına alınacak bakım ücretinin kamu kurum ve kuruluşunun ilgili birimlerince her mali yıl başında tespit edileceği, tespit edilen tavan ücret miktarının Başbakanlık Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğüne bağlı huzurevleri için belirlenen en yüksek aylık bakım ücretini aşamayacağı, kuralı getirilmiştir.

Bakılan dosya ile Dairemizin E:2010/2739 esasına kayıtlı emsal dava dosyasının incelenmesinden; 2009 yılı için Sosyal Hizmetler Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü'ne bağlı huzurevleri için belirlenen en yüksek aylık oda bakım ücretinin, tek kişilik suit oda için KDV dahil 525.00- TL. olduğu, dava konusu Emekli Sandığı Yönetim Kurulu kararı ile gösterge rakamlarının artırılması üzerine Sandığa ait dinlenme bakımevlerinde tek kişilik suit oda için belirlenen en yüksek ücretin ise 943.00-TL. olduğu anlaşılmıştır.

Bu durumda, yukarıda yer verilen yasal düzenlemeler uyarınca, 2009 yılı için Sosyal Hizmetler Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü'ne bağlı huzurevleri için belirlenen en yüksek aylık oda bakım ücretini aşacak şekilde Emekli Sandığı'na ait dinlenme ve bakımevlerinden yararlananlardan tahsil edilmekte olan oda/bakım ücretlerinin tespitinde kullanılan gösterge rakamlarının artırılmasına ilişkin dava konusu işlemde ilgili mevzuata uyarak bulunmamaktadır.

Davalı idare tarafından, 5434 sayılı Kanun uyarınca Sosyal Güvenlik Kurumu'nun kendisine ait dinlenme ve bakımevi açma ve işletme ve bunlardan yararlanacaklardan alınan ücreti tespit etme yetkisi bulunduğu ileri sürülmeğe de, 5434 sayılı Kanun'un konuyla ilgili Ek 41-45. maddelerinin, 28.4.1982 tarihinde kabul edilen 2665 sayılı Kanunla yürürlüğe girdiği, 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kurumu Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu'nun ise bir yıl sonra 27.5.1983 tarihinde yürürlüğe girdiği ve sosyal hizmetlere ilişkin özel bir kanun niteliği taşıdığı, dolayısıyla 5434 sayılı Kanunla getirilen kurallara göre uygulama önceliği bulunduğu dikkate alındığında, davalı idarenin iddiasına itibar edilmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin reddi ile, Mahkeme kararının yukarıda belirtilen gerekçe ile onanmasına, temyiz giderlerinin istemde bulunan üzerinde bırakılmasına, .27.4.2011 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Onbirinci Daire

Esas No : 2008/2778
Karar No : 2011/4298

Özeti : Sandıktan emekli aylığı bağlanan kişinin bir kamu kuruluşunda sigortalı olarak çalışması nedeniyle emekli aylıklarının kesilmesi, kişinin emeklilik statüsünden çıkarılması sonucu doğurmamakta olup, bu hususun kişinin sandık sağlık hizmetlerinden yararlandırılmayacağı anlamına gelmeyeceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı
Vekili : Av. ...
Karşı Taraf (Davacı) : ...

Vekili : Av. ...
İstem'in Özeti : Ankara 9. İdare Mahkemesince verilen 17.10.2007 gün ve E:2005/987, K:2007/1401 sayılı kararın; davalı idare tarafından temyizden incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Gülsen Akın

Düşüncesi : Temyiz isteminin reddi gerekeceği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Handan Yağuş

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onbirinci Dairesince işin gereği görüldü:

Dava, davalı idareden emekli aylığı almakta iken sosyal güvenlik destekleme primi ödemek suretiyle özel hukuk hükümlerine tabi olan BURULAŞ'da görev yapan davacının, 28.2.2000-28.2.2005 tarihleri arasında sandıktan yersiz kullanılan muayene, ilaç ve diğer tedavi giderlerinin adına borç çıkarılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

İdare Mahkemesince; bir sosyal güvenlik kuruluşunun güvencesine sahip olan davacı adına çıkartılan borcun, tabi olduğu Sosyal Sigortalar Kurumundan tahsili gerekirken, davacıdan istenilmesinde hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

Davalı idare tarafından, emekli olmakla birlikte başka bir sosyal güvenlik kurumuna tabi olarak görev yapan davacı hakkında tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı ileri sürülerek İdare Mahkemesi kararının temyizden incelenerek bozulması istenilmektedir.

İdare ve vergi mahkemeleri tarafından verilen kararların temyiz yolu ile incelenerek bozulabilmeleri 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde belirtilen nedenlerden birinin bulunması halinde mümkün olup, davalı idare tarafından ileri sürülen hususlar, kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir.

5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'nun Geçici 139. maddesinde, Sandıktan emekli, adi malüllük veya vazife malüllüğü aylığı bağlanmış olanların, muayene ve tedavilerinin Sandıkça karşılanacağı hükme bağlanmıştır.

Olayda, Emekli Sandığından emekli aylığı almakta iken, bir kamu kuruluşunda sigortalı olarak çalışan davacının, 5434 sayılı Kanun'un Ek 11. maddesi hükmü uyarınca emekli aylığı kesilmiş olması nedeniyle Sandık sağlık hizmetlerinden yararlandırılmasına son verilmiş ise de, anılan yasa hükümleri uyarınca davacının emekli aylıklarının kesilmesi, emekli aylığı ödemelerinin belirsiz bir süreyle askıya alınması sonucunu yaratır. Zira sözleşmesinin feshedilmesi halinde Emekli Sandığına emekli aylıklarının yeniden ödenmeye başlanacağı açıktır. Bu itibarla, emekli aylıklarının kesilmesi hali, "Sandıktan emekli aylığı bağlanmış" kişinin emeklilik statüsünden çıkarılması sonucunu doğurmayacağından, bu husus Sandık sağlık hizmetlerinden yararlandırılmayacağı anlamına da gelmemektedir.

Nitekim, 5434 sayılı Kanun'un Geçici 139. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde, 5473 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile Emekli Sandığına muayene ve tedavileri karşılanacak olanlar kapsamına, 5335 sayılı Kanun hükümleri uyarınca emekli aylığı kesilenlerin de dahil edildiği görülmektedir.

Buna göre, davacının emekli aylığının kesilmesine bağlı olarak, Sandık sağlık hizmetlerinden yararlandırılmasına son verilmesine ilişkin işlem ile bu işlem nedeniyle Sandık

Sağlık hizmetlerinin yersiz kullanımı nedeniyle oluşan giderlerin davacı adına borç çıkarılmasına ilişkin işlemde hukuka uygunluk bulunmamıştır.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin reddiyle, İdare Mahkemesi kararının yukarıda belirtilen gerekçe ile sonucu itibarıyla onanmasına, temyiz giderlerinin istemde bulunan üzerinde bırakılmasına, 4.7.2011 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

MEMURLAR VE DİĞER KAMU GÖREVLİLERİ

T.C.
DANIŞTAY
Onbirinci Daire
Esas No : 2009/4694
Karar No : 2011/614

Özeti : Görevde bulunduğu sürede limit dahilinde fonda biriken vekalet ücretinden yararlanan davacıya, emekli olması nedeniyle fonda biriken ve dağıtımı yapılmayan limit dışı vekalet ücretlerinin ödenmesine hukuki olanak bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Et ve Balık Kurumu Genel Müdürlüğü

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf (Davacı) : ...

İstemin Özeti : Ankara 4.İdare Mahkemesince dava konusu işlemin iptali ile vekalet ücretleri fonunda biriken tutarın yasal faizi ile birlikte davacıya ödenmesine, fazlaya ilişkin faiz isteminin ise reddi yolunda verilen 31.5.2007 tarih ve E:2006/1688, K:2007/1507 sayılı kararın; davalı idare tarafından, iptal ve kabule ilişkin kısmının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : İstemin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Sibel Kaya Sağmal

Düşüncesi : 399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname'nin 37.maddesi, anılan Kanun Hükmünde Kararnamenin atıfta bulunduğu 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 146. maddesi ile bu maddeye dayanılarak hazırlanan Limit Dışı Kalan Vekalet Ücretlerinin Dağıtım Esasları Hakkında Yönetmelik hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden, davalı idarede kamu personeli statüsünde hukuk müşaviri olarak görev yapmakta iken emekli olan ve görevde bulunduğu sürede limit dahilinde fonda biriken vekalet ücretinden yararlandığı hususunda tartışma bulunmayan davacıya, emekli olması nedeniyle, fonda biriken ve dağıtımı yapılmayan limit dışı vekalet ücretleri tutarının ödenmesinin hukuken olanaklı bulunmaması karşısında, dava konusu işlemin iptaline karar veren İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Celalettin Yüksel

Düşüncesi : Et ve Balık Genel Müdürlüğünde 1.Hukuk Müşaviri olarak görev yapmakta iken emekli olan davacının, Vekalet Ücretleri Fonunda toplanan limit dışı vekalet ücretlerinin kendisine ödenmesi isteminin reddine ilişkin işlemin iptali yolundaki idare mahkemesi kararının bozulması davalı idare tarafından istenilmektedir.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 4667 sayılı Kanunla değişik 164.maddesinin son fıkrasında, "Dava sonunda, kararla tarife dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücreti avukata aittir." hükmü yer almıştır.

657 sayılı Devlet memurları Kanununun 146.maddesinde ise "Bu kanunun birinci maddesinin birinci fıkrası kapsamına giren memurlar aylık, ücret, ödenek hizmetle ilgili her çeşit ödeme ve bunların şekil ve şartları bakımından bu karardaki hükümlere, aynı maddenin ikinci fıkrası kapsamına giren memurlar özel kanunlardaki hükümlere tabidir. Memurlara kanun, tüzük ve yönetmeliklerin ve amirlerinin tayin ettiği görevler karşılığında bu kanunla sağlanan haklar dışında ücret ödenemeyeceği hiçbir yarar sağlanamayacağı, Ancak 1389 sayılı kanun ile katma bütçeli kurumların İl Özel İdareleri ve Belediyeler ile bunlara bağlı birliklerin davalarını sonuçlandıran avukat vesaireye verilecek vekalet ücretine ilişkin sair kanun hükümleri saklıdır. Şu kadar ki, vekalet ücretinin yıllık tutarı, hukuk müşavirleri ve avukatlar için 10.000, diğerleri için 6000 gösterge rakamının memur aylıklarına uygulanan katsayı ile çarpımı sonucu bulunacak aylık brüt tutarının on iki katını geçemez. Bu esasa göre yapılacak dağıtım sonunda artan miktar merkezde bir hesapta toplanarak Maliye Bakanlığınca hazırlanacak bir yönetmeliğe göre diğer avukatlar arasında yukarıdaki miktarı aşmamak üzere eşit olarak dağıtılır" hükmüne yer verilmiştir.

22.05.1964 tarihli Et ve Balık Kurumu Hukuk İşleri Vekalet Ücretleri Yönetmeliğinin 16.maddesinde, "Hukuk İşleri Müdürlüğü görevini yapan şahıs kurumdan veya Hukuk İşleri Müdürlüğünden ayrıldığı takdirde;

a) Görevde bulunduğu sırada sonuçlanan dava ve icra takiplerinden dolayı bilahare kurumca tahsil olunan vekalet ücretlerinden bu Yönetmeliğe göre belli olan miktarı,

b) Görevden ayrıldığı sırada henüz neticelenmemiş bulunan işlerde, dava veya takibini görevden ayrılma anındaki durumuna göre, mevcut hukuk işleri müdürünce teklif olunan ve Genel müdürlükçe uygun görülen miktarı kendisine verilir.

(a) fıkrasında yazılı hallerde mevcut hukuk işlemi müdürü avukatlar için ayrılan paya eşit olarak iştirak eder." hükmüne yer verilmiştir.

399 sayılı KHK:nin 37.maddesinde "mahkeme ve icra dairelerince teşebbüs ve bağlı ortaklık lehine hükmedilip borçlusundan tahsil olunan vekalet ücretlerinin, davaları izleyen ve sonuçlandıran avukatlara dağıtımında 657 sayılı DMK.unun ilgili hükümlerinin esas alınacağı belirtilmiş, 657 sayılı DMK.nun değişik 146.maddesinde belirlenen ve limit dışı kalan vekalet ücretlerinin dağıtılmasına ilişkin esasların ise, 19.04.1983 tarih ve 18023 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan "Limit Dışı Kalan Vekalet Ücretlerinin Dağıtım Esasları Hakkında Yönetmelik "'te düzenlendiği, bu dağıtım sırasında kanuni limiti dolduranlardan artan miktarın bir sonraki yıl kullanılmak emanet hesabında bekletileceği ve bir sonraki yıl tahsil edilen limit dışı vekalet ücretinin önceki yıla ait emanet hesabındaki meblağ ile birleştirilmek suretiyle dağıtımına tabi tutulacağı" hükmüne bağlanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, 11.07.1981 tarihinde avukat olarak göreve başlayan ve hukuk müşaviri görevinde iken 16.5.2006 tarihinde emekli olan ve 399 sayılı KHK.ye tabi olarak kamu personeli statüsünde görev yapmış olan davacının, çalıştığı dönemde fonda biriken vekalet ücretlerinden, 657 sayılı Kanunun 146.maddesine göre belirlenmiş olan limite bağlı olarak yararlandığı, başkaca kadrolu avukat bulunmadığından limiti aşan ve halen fonda birikmiş olan vekalet ücretleri tutarının kendisine ödenmesi istemiyle yaptığı başvurunun reddi yolundaki işlemin idare mahkemesi kararı ile iptal edildiği anlaşılmıştır.

Uyuşmazlık, çalıştığı dönemde Fonda biriken vekalet ücretlerinden limitler dahilinde yararlanmış olan davacının, emekli olduktan sonra da limit dışı kalan ve fonda biriken vekalet ücretlerinden kendisine ödeme yapıp yapılmayacağından kaynaklanmaktadır.

1136 sayılı Avukatlık Kanununun 164.maddesinde yapılan değişiklikle, " her halükarda mahkemenin tarife kararına dayalı olarak haksız çıkan tarafa yükletilecek vekalet ücretinin diğer taraf avukatına ait olduğu" hükmüne bağlanmışsa da, bu durum serbest faaliyette bulunan avukatlar yönünden söz konusu olup, 657 sayılı Yasanın 36.maddesinin

(V) bendinde düzenlenen Avukatlık hizmetleri sınıfında yer alan ve idarelerini yargı mercilerin de temsil yetkisine haiz olan avukatları kapsamadığı, çünkü kurum(idare) avukatları, memur olmaları itibarıyla, diğer memurların tabi oldukları yasa hükümlerine bağlı oldukları gibi idarenin haklı çıktığı davalar da da hükmedilen vekalet ücretlerinin kendilerine ödenmesinde konuya ilişkin özel yasa hükümlerine tabidirler. Sonuç olarak, serbest avukatlar, mahkemece hükmedilen vekalet ücretinin tamamının alabildikleri halde, görevli olduğu kurumu temsile yetkili memur olan kurum avukatları ise, mahkemece hükmedilen vekalet ücretini özel yasada gösterilen şekil ve miktarda almaktadırlar.

399 sayılı KHK'nin 37. maddesinde KİT'lerde vekalet ücretlerinin dağıtımında 657 sayılı Yasa hükümlerinin esas alınacağı belirtilmiş ve anılan yasanın 146.maddesinde belirlenen esaslara dayalı olarak, limit dışı kalan vekalet ücretlerinin dağıtılmasına ilişkin esasları düzenleyen yönetmelik, 19.04.1983 günlü 18023 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girdiğinden,artık 22.05.1964 tarihli Et ve Balık Kurumu Hukuk İşleri Vekalet Ücretleri Yönetmeliğinin uygulanma olanağı kalmadığı açıktır.

Bu durumda görevde bulunduğu süre içinde limit dahilinde ilgili Fonda biriken vekalet ücretinden pay alan davacıya, emekli olduktan sonra, oluşumununa katkı da bulunduğu gerekçesiyle ve limit dışı biriken vekalet ücretlerinin tamamının konuya ilişkin yasa hükümleri karşısında ödenmesi mümkün olmadığından,(bu halde, mahkemelerce hükmedilmiş olan vekalet ücretinin tamamı kurum avukatına ödenmiş olacağından) dava konusu işlemde hukuka aykırılık, dava konusu işlemin iptaline ilişkin idare mahkemesi kararında ise hukuki isabet görülmemiştir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onbirinci Dairesince işin gereği görüldü:

Dava, Et ve Balık Kurumu Genel Müdürlüğü'nde 1. Hukuk Müşaviri olarak görev yapmakta iken emekli olan davacının, vekalet ücreti fonunda toplanan limit dışı vekalet ücretlerinin ödenmesi için yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali ile emekli olduğu tarihe kadar fonda toplanan tutarın, aynı tarihten itibaren işleyecek reeskont faizi ile birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

İdare Mahkemesince, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesinin son fıkrası, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 146. maddesi ile 22.5.1964 tarihinde yürürlüğe giren Et ve Balık Kurumu Hukuk İşleri Vekalet Ücretleri Yönetmeliği'nin 16. maddesinin uyuşmazlık konusu olayla birlikte değerlendirilmesinden, fonda biriken miktardan çalıştığı dönemler için belirlenen limitler dahilinde yararlanan davacının, vekalet ücretlerinin oluşumuna katkıda bulunduğu konusunda herhangi bir şüphenin bulunmadığı, halen limit dışı kalan vekalet ücretinin dağıtımının yapılmamış olması ve mevzuat hükümlerinde konuyla ilgili bir düzenlemenin de yer almaması karşısında, limit dışı kalan vekalet ücretlerinin davacıya ödenmesinin hakkaniyet gereği olduğu sonucuna ulaşıldığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline, fonda bulunan ve davacının oluşumuna katkıda bulunduğu vekalet ücreti tutarının davanın açıldığı tarihten itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte davacıya ödenmesine, fazlaya ilişkin faiz isteminin ise reddine karar verilmiştir.

Davalı idare tarafından, İdare Mahkemesi kararının iptal ve kabule ilişkin kısmının bozulması istenilmektedir.

399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname'nin 37.maddesinde, mahkeme ve icra dairelerince teşebbüs ve bağlı ortaklık lehine hükmedilip borçlusundan tahsil olunan vekalet ücretlerinin, davaları izleyen ve sonuçlandıran avukatlara dağıtımında 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun ilgili hükümlerinin esas alınacağı, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 146. maddesinin 2.

fıkrasında, memurlara kanun, tüzük ve yönetmeliklerin ve amirlerin tayin ettiği görevler karşılığında bu Kanunla sağlanan haklar dışında ücret ödenemeyeceği, hiçbir yarar sağlanamayacağı, 3. fıkrasında, 1389 sayılı Kanun ile katma bütçeli kurumların, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı birliklerin davalarını sonuçlandıran avukat ve saireye verilecek vekalet ücretine ilişkin sair kanun hükümlerinin saklı olduğu, 4. fıkrasında ise, vekalet ücretinin yıllık tutarının; hukuk müşavirleri ve avukatlar için 10000, diğerleri için 6.000 gösterge rakamının memur aylıklarına uygulanan katsayı ile çarpımı sonucu bulunacak aylık brüt tutarın oniki katını geçemeyeceği, bu esasa göre yapılacak dağıtım sonunda artan miktarın merkezde bir hesapta toplanarak Maliye Bakanlığınca hazırlanacak bir yönetmeliğe göre diğer avukatlar arasında, yukarıdaki miktarı aşmamak üzere eşit olarak dağıtılacağı kurala bağlanmış, 1389 sayılı Devlet Davalarını İntaç Eden Avukat ve Saireye Verilecek Ücreti Vekalet Hakkında Kanun ve anılan Kanun'a dayanılarak çıkarılan 1389 sayılı Kanuna Göre Vekalet Ücreti Tevzi Yönetmeliği ile, Devlet lehine sonuçlandırılan davalarda mahkemelerce Hazine lehine hüküm ve tahsil edilen vekalet ücretlerinin dağıtım oran ve usulleri düzenlenmiştir.

657 sayılı Kanun'un 146. maddesinde belirtilen limit dışı kalan vekalet ücretlerinin dağıtılmasına ilişkin usul ve esaslar ise 19.4.1983 tarih ve 18023 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Limit Dışı Kalan Vekalet Ücretlerinin Dağıtım Esasları Hakkında Yönetmelik'te düzenlenmiş olup anılan Yönetmeliğin 7. maddesinde, kanuni limiti dolduranlardan artan miktarın geri kalan hak sahipleri sayısına bölünmek suretiyle eşit olarak dağıtımına devam olunacağı, ancak, bu dağıtımlardan artan miktarın bir sonraki yıl kullanılmak üzere adi emanet hesabında bekletileceği, bir sonraki yıl tahsil edilen limit dışı vekalet ücretinin önceki yıla ait emanet hesabındaki meblağ ile birleştirilmek suretiyle dağıtımına tabi tutulacağı belirtilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, davalı idarede 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine tabi sözleşmeli avukat olarak göreve başlayan ve 1. hukuk müşaviri olarak görev yapmakta iken emekli olan davacının, çalıştığı dönemde fonda biriken vekalet ücretinden 657 sayılı Kanun'da belirtilen limite bağlı olarak yararlandığı, emekli olmadan önce kurumuna başvurarak, kurumda kadrolu başka avukat bulunmadığından limiti aşan ve halen fonda birikmiş olan vekalet ücretleri tutarının kendisine ödenmesini istediği, başvurusunun reddi üzerine dava açıldığı anlaşılmıştır.

Uyuşmazlık, çalışırken limit dahilinde vekalet ücretinden yararlanan davacıya, emekli olması nedeniyle fonda biriken ve dağıtımı yapılmamış vekalet ücreti tutarından ödeme yapılıp yapılmayacağına ilişkindir.

Davacının emekli olmadan önce 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye tabi kurum avukatı, daha sonra hukuk müşaviri olarak kamu personeli statüsünde görev yaptığı ve ücret ve özlük haklarının bu Kanun Hükmünde Kararnameye göre belirlendiği konusunda taraflar arasında çekişme bulunmamaktadır.

399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 37. maddesinde kamu iktisadi teşebbüslerinde vekalet ücretlerinin dağıtımında 657 sayılı Kanun hükümlerinin esas alınacağı belirtildiğinden ve 657 sayılı Kanun'un 146. maddesinde belirlenen esaslara dayalı olarak limit dışı kalan vekalet ücretlerinin dağıtımına ilişkin Limit Dışı Kalan Vekalet Ücretlerinin Dağıtım Esasları Hakkında Yönetmelik 19.4.1983 tarih ve 18023 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girdiğinden, 22.5.1964 tarihli Et ve Balık Kurumu Hukuk İşleri Vekalet Ücretleri Yönetmeliğinin uygulanma imkanı bulunmamaktadır.

Yukarıda yer verildiği üzere Limit Dışı Kalan Vekalet Ücretlerinin Dağıtım Esasları Hakkında Yönetmeliğin 7. maddesinde de, dağıtımlardan artan miktarın bir sonraki yıl kullanılmak üzere adi emanet hesabında bekletileceği, bir sonraki yıl tahsil edilen limit dışı vekalet ücretinin önceki yıla ait emanet hesabındaki meblağ ile birleştirilmek suretiyle dağıtımına tabi tutulacağı belirtilmiş olup, anılan Yönetmelik'te, fonda biriken ve dağıtımı yapılmayan limit dışı kalan vekalet ücreti tutarının, oluşumuna katkıda bulunan kişinin emekli

olması halinde bu kişiye sınırlamaya tabi olmadan ödeneceğine ilişkin bir hükme yer verilmemiştir.

Bu durumda, görevde bulunduğu sürede limit dahilinde fonda biriken vekalet ücretinden yararlanan davacıya, emekli olması nedeniyle, fonda biriken ve dağıtımı yapılmayan limit dışı vekalet ücretlerinin ödenmesine yukarıda yer verilen mevzuat hükümleri karşısında olanak bulunmadığından dava konusu işlemin iptaline karar veren İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idare temyiz isteminin kabulü ile Mahkeme kararının bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın Mahkemeye gönderilmesine, 26.1.2011 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Onbirinci Daire

Esas No : 2008/14107

Karar No : 2011/2618

Özeti : Valilik emri ile kaymakam vekili olarak görevlendirilen ve söz konusu görevlendirme nedeniyle 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 63. maddesi uyarınca il özel idaresi ödeneği ödenen vali yardımcısına, ayrıca vali yardımcılığı görevinden dolayı aynı kaynaktan ikinci kez ödeme yapılamayacağı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Rize İl Özel İdare Müdürlüğü

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf(Davacı) : ...

İstemin Özeti : Gaziantep 1. İdare Mahkemesinin 17.6.2008 günlü, E:2007/1311, K:2008/855 sayılı kararının; davalı idare tarafından, hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Nigar Dilimen

Düşüncesi : Davalı idare temyiz isteminin kabulü ile Mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Şenol Bolat

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onbirinci Dairesince işin gereği görüldü:

Dava, 2.10.2001 tarihli ve 2179 sayılı Müsterek Kararname ile Rize Vali Yardımcılığı görevine atanan ve Rize'nin değişik ilçelerinde kaymakamlık görevini vekaleten yürüten davacı tarafından, 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 63. maddesi uyarınca vali yardımcılara ile kaymakamlara ödenmekte olan ek ödeneğin 5391 sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği 13.7.2005 tarihinden itibaren ve İçişleri Bakanlığı Mahalli İdareler Genel Müdürlüğü'nün 2.7.2007 tarihli ve 2007/70 sayılı Genelgeleri doğrultusunda tarafına

ödenmesi için yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemin iptaline ve 13.7.2005 tarihinden itibaren yoksun kaldığı il özel idaresi ödeneğinin 19.9.2007 tarihinden itibaren işletilecek yasal faizi ile birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

İdare Mahkemesince, İçişleri Bakanlığı Mahalli İdareler Genel Müdürlüğü tarafından yayımlanan 2.7.2007 tarihli ve 70 sayılı Genelgede, İl Özel İdaresi görevlerini asaleten veya vekaleten ifa eden mülki idare amirlerine 5302 sayılı Kanun'un 63. maddesinde öngörülen ödeneğin ödeneceğinin, mülki idare amirleri tarafından yürütülen her bir görev için (kaymakamlık ve/veya vali yardımcılığı) ayrı ayrı ek ödeneğin ödenmesi gerektiğinin, ayrıca farklı uygulamalar nedeniyle özel idare ödeneğini alamamış vali yardımcılarının 13.7.2005 tarihinden itibaren ödeme yapılacağına belirtildiği, olayda davalı idarece davacının vekaleten kaymakamlık yaptığı dönemde vali yardımcılığı görevinin uhdesinde olmadığı iddia edilmiş ise de; davalı idarenin dosyaya eklediği görevlendirme olurlarında (kaymakam vekilliği olurları) ilgilinin kaymakamlık görevini yürüttüğü dönemlerde asli görevi olan vali yardımcılığı görevinin de uhdesinde kaldığının açıkça belirtildiği, dolayısıyla davacıya sorumluluğunu yüklediği vali yardımcılığı görevinin uhdesinde kaldığı dönemlere ilişkin il özel idaresi ödeneğinin ödenmesi gerekirken, aksi yönde tesis edilen işlemde hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline ve vali yardımcılığı görevinin uhdesinde kaldığı dönem için davacıya ödenmeyen il özel idaresi ödeneğinin idareye başvuru tarihinden itibaren işletilecek yasal faizi ile birlikte ödenmesine karar verilmiştir.

Davalı idare tarafından, vali yardımcılar ve kaymakamlara il özel idaresi bütçesinden 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 63. maddesinde belirtilen ek ödeneğin verilebilmesi için, valinin görevlerinden bir kısmını usulüne uygun olarak vali yardımcısı ve kaymakamlara devretmiş olması gerektiği, valinin yetki devri suretiyle görev vermediği vali yardımcısı ve kaymakamlara ek ödenek verilemeyeceği ileri sürülerek mahkeme kararının bozulması istenilmektedir.

5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 63. maddesinde; vali yardımcılar ve kaymakamların valinin verdiği il özel idaresinin görevlerini yapmakla yükümlü ve görevlerin yapılmasından valiye karşı sorumlu olduğu, vali yardımcılarının ve kaymakamlara yaptıkları görevler karşılığında 12000 gösterge rakamının Devlet memurlarına uygulanan aylık katsayıyla çarpımı sonucu bulunacak miktarda aylık ödenek verileceği bu madde ile 28. maddede belirtilen ödeneklerin ödenmesinde, 4505 sayılı Sosyal Güvenlikle İlgili Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Temsil Tazminatı Ödenmesi Hakkında Kanunun 5. maddesinin (c) fıkrası ile 631 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlerinin Mali ve Sosyal Haklarında Düzenlemeler ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 16. maddesi hükümlerinin uygulanmayacağı kuralına yer verilmiştir.

İçişleri Bakanlığı Mahalli İdareler Genel Müdürlüğü'nün 2.7.2007 tarihli ve 2007/70 sayılı Genelgesinde; İl Özel İdaresi Kanunu'nun 63. maddesinde öngörülen ödeneğin, il özel idaresi görevlerinin bizzat yapılması karşılığında ödendiği dikkate alındığında, asaleten veya vekaleten bu görevi ifa eden mülki idare amirlerine anılan ödeneğin ödeneceğinin aşikar olduğu, bu nedenle ortaya çıkan tereddütlerin giderilmesi ve uygulama birliğinin sağlanması amacıyla il özel idaresi ödeneğinin ödenmesinde uyulması gereken esas ve usullerin bu Genelge ile belirlendiği, buna göre vali yardımcılığına vekalet eden kaymakamların ve diğer görevlerde bulunan mülki idare amirlerinin bu ödeneği alabilecekleri, ancak kaymakamların kendi ilçelerindeki görevlerinin uhdelerinde kalmaları durumunda kendi ilçelerinde de bu ödeneği alabilecekleri, sadece vali yardımcılığı görevini yürüten kaymakamların ise, vali yardımcısı vekili olarak bu ödeneği alabilecekleri belirtilmiştir.

Yukarıda yer verilen 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 63. maddesinde, vali yardımcılarının ve kaymakamlara valinin verdiği il özel idaresinin görevlerini yapmaları karşılığında aylık ödenek verileceği hükme bağlanmış olup, valinin verdiği görev sayısına göre birden fazla ek ödeme verileceği yönünde bir düzenleme bulunmamaktadır.

Dosyanın incelenmesinden, davacının 2.10.2001 tarihli ve 2179 sayılı Müsterek Kararname ile Rize Vali Yardımcılığına atandığı, 13.7.2005-19.9.2007 tarihleri arasında Rize İli'nin değişik ilçelerinde kaymakam vekili olarak görevlendirildiği, kaymakam vekili olarak görevlendirilmesi nedeniyle il özel idaresi ödeneğini aldığı halde aynı zamanda vali yardımcılığı görevinden dolayı ek ödeme alamadığı, davacı tarafından İçişleri Bakanlığı Mahalli İdareler Genel Müdürlüğü'nün 2.7.2007 tarihli ve 2007/70 sayılı Genelgesi uyarınca vali yardımcılığı görevi için de ayrıca ek ödeme verilmesi için yapılan başvurunun reddi üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda, İl Özel İdaresi teşkilatının merkez ve ilçe teşkilatı ile bir bütün olduğu, ilçe özel idare birimlerinin ayrı bir tüzel kişiliğinin bulunmadığı, İl Özel İdaresinin hizmet alanının ilin tamamı olduğu ve vali yardımcısı olan davacının Valilik emri ile Rize'nin değişik ilçelerinde kaymakam vekili olarak görevlendirildiği, söz konusu görevlendirilmeler nedeniyle davacıya il özel idaresi ödeneğinin ödendiği ve 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 63. maddesinde valinin verdiği görev sayısına göre birden fazla ek ödeme verileceği yönünde bir düzenleme bulunmadığı dikkate alındığında, davacıya aynı zamanda vali yardımcılığının uhdesinde kaldığından bahisle aynı kaynaktan birden fazla ödeme yapılamayacağı sonucuna varılmış olup, davacı hakkında tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Bu itibarla, İdare Mahkemesince dava konusu işlemin iptali ile vali yardımcılığı görevinin uhdesinde kaldığı dönem için davacıya ödenmeyen il özel idaresi ödeneğinin idareye başvuru tarihinden itibaren işletilecek yasal faizi ile birlikte ödenmesi yolunda verilen kararda hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle; davalı idare temyiz isteminin kabulü ile Mahkeme kararının bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın Mahkemeye gönderilmesine, 11.4.2011 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Onbirinci Daire
Esas No : 2008/15105
Karar No : 2011/2838

Özeti : Davacıya ödeme yapılmasına dayanak olan yargı kararının Danıştayca bozulması nedeniyle yargı kararı gereği yapılan ödemelerin geri istenilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı, ancak Borçlar Kanunu'nda belirtilen şekilde temerrüte düşmeyen davacıdan faiz istenemeyeceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : ...

Karşı Taraf (Davalı) : İzmir Valiliği

İstem Özet: İzmir 3. İdare Mahkemesinin 29.2.2008 gün ve E:2006/1467, K:2008/473 sayılı kararının; davacı tarafından, hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : İstem reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Sibel Kaya Saçmalı

Düşüncesi : Davacıya ödeme yapılmasına dayanak olan yargı kararının Danıştay'ca bozulması nedeniyle yargı kararı gereği yapılan ödemelerin hukuki dayanağı ortadan kalktığından idare tarafından davacıya yapılan ödemelerin geri istenilmesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır. Ancak söz konusu ödemeler konusunda Borçlar Kanunu'nda belirtilen şekilde temerrüde düşmeyen davacıdan faiz istenilmesine

olanak bulunmadığından temyiz isteminin kısmen kabulü, kısmen reddi ile Mahkeme kararının, dava konusu işlemin, davacıya yapılan ödemelerin geri istenilmesine ilişkin kısmının onanması, faize ilişkin kısmının ise bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Handan Yağuş

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onbirinci Dairesince işin gereği görüldü:

Dava, İzmir Atatürk Eğitim ve Araştırma Hastanesi'nde hemşire olarak görev yapan ve özel hizmet tazminatı ve yan ödemelerinin mesleki öğrenim görmüş sağlık personeline ödenen oran üzerinden ödenmemesine ilişkin işleme karşı açtığı davada verilen iptal kararı üzerine kendisine mesleki yüksek öğrenim görmüş sağlık personeli için öngörülen oran üzerinden ödeme yapılmaya başlayan davacı tarafından, anılan kararın Danıştay'ca bozulması üzerine yapılan ödemelerin kanuni faiziyle birlikte geri alınması yolunda tesis edilen işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

İdare Mahkemesince, davacıya yapılan ödemenin dayanağı olan idare mahkemesi kararının Danıştay tarafından bozulması üzerine davalı idarece, yargı kararının yerine getirilmesi amacıyla tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı, kararın hukuka aykırı olduğunu ileri sürerek Mahkeme kararının bozulmasını istemektedir.

Davacı tarafından ileri sürülen hususlar, İdare Mahkemesi kararının, dava konusu işlemin, davacıya yapılan ödemelerin geri istenilmesine ilişkin kısmının bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir.

Kararın, dava konusu işlemin, davacıdan geri istenilen ödemelere faiz işletilmesine ilişkin kısmına gelince;

Dosyanın incelenmesinden, hemşire olarak görev yapan davacının, Anadolu Üniversitesi Açıköğretim Fakültesi Sağlık Kurumları İşletmeciliği Bölümü Önlisans Programını bitirmesi üzerine yüksek öğrenim görmüş sağlık personeline ödenen oran üzerinden özel hizmet tazminatı ve yan ödemelerden yararlandırıldığı, söz konusu ödemelerin bitirdiği bölümün meslekle ilgisi olmadığından bahisle durdurulması üzerine bu işleme karşı açtığı davada, dava konusu işlemin iptaline, parasal hakların yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar verildiği, bu karar üzerine davacıya tekrar ödeme yapılmaya başlanıldığı, ancak ödeme yapılmasına dayanak yargı kararının Danıştay'ca bozulduğu, idare mahkemesince bozma kararına uyularak davanın reddedildiği, bu nedenle, davalı idare tarafından yapılan ödemelerin yasal faiziyle birlikte geri istenilmesi yolunda dava konusu işlemin tesis edildiği anlaşılmıştır.

Kamu görevlisine ödeme yapılmasına dayanak olan yargı kararının bozulması üzerine, yargı kararı gereği yapılan ödemelerin hukuki dayanağı ortadan kalktığından, davalı idarece yapılan ödemeler geri istenebilecektir.

Ancak, Borçlar Kanunu hükümlerine göre, faiz alacağının doğması için borçlunun temerrüde düşürülmesi gerekmektedir. Bu nedenle, idarenin borcunu ödemesi için kamu görevlisine borcun ifasını isteyen bir ihtarda bulunması, bu ihtara rağmen borcun ödenmemesi halinde borçlunun temerrüde düştüğü tarihten itibaren faiz uygulanması gerekmektedir.

Bu durumda, belirtilen şekilde temerrüde düşmeyen davacıdan yargı kararı üzerine ödenen tutarın "faiziyle birlikte" geri istenilmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kısmen reddi ve kısmen kabulü ile İdare Mahkemesi kararının; dava konusu işlemin, davacıya yapılan ödemelerin geri istenilmesine ilişkin kısmının onanmasına, faize ilişkin kısmının ise bozulmasına, dosyanın bozulan kısım hakkında yeniden bir karar verilmek üzere Mahkemeye gönderilmesine, 20.4.2011 tarihinde oyçbirliği ile karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Onbirinci Daire
Esas No : 2008/13492
Karar No : 2011/2889

Özeti : 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 4. maddesi uyarınca kadastro ekibinde orman sınırlarının belirlenmesi faaliyetine katılan orman mühendisinin, 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 71. maddesi uyarınca ödenen fazla çalışma ücretinin yanında, ayrıca 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 3. maddesi uyarınca kadastro personeline verilen ödenekten yararlanamayacağı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : ...

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf (Davalılar) : 1- Orman Genel Müdürlüğü

Vekili : Av. Perihan Kaya

Orman İşletmesi Müdürlüğü - ANTALYA

2- Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü

İstemin Özeti

: Antalya Orman Bölge Müdürlüğünde orman mühendisi olarak görev yapan davacı tarafından, 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 4. maddesi uyarınca Antalya Bölge Müdürlüğünce görevlendirilmek suretiyle 19.9.2006-16.3.2007 tarihleri arasında Antalya İli, Manavgat İlçesi, Düzağaç Köyünde kadastro ekibi ile birlikte orman sınırlarının belirlenmesi faaliyetine katıldığı için 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 71. maddesi uyarınca ödenen fazla çalışma ücretinin yanında, ayrıca 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 3. maddesi uyarınca kadastro personeline verilen aylık ödenekten yararlandırılması için yapılan başvurusunun reddine ilişkin işlemin iptaline ve bu işlem nedeniyle yoksun kaldığı parasal hakların hak ediş tarihinden itibaren işletilecek yasal faizi ile birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılan davada; Orman İdaresi personeline yaptığı fazla çalışmanın karşılığında fazla çalışma ücreti ödeneceğinin Orman Kanun'unda, Tapu ve Kadastro personeline arazide fiilen çalışmalarının karşılığında aylık ödenek ödeneceğinin ise Kadastro Kanun'unda düzenlendiği, yani her iki Kanunda da söz konusu Kurumların kendi personeline yaptığı ek işe karşılık ek ödeme yapılmasının öngörüldüğü, orman idaresi personeli olan ve katıldığı orman sınırlarının belirlenmesi faaliyetine (tek işe) karşılık kendi kurumundan fazla çalışma ücretini alan davacıya, ayrıca Tapu ve Kadastro personeli için öngörülen (ve de bir emeğe karşılık ikinci ücret niteliğindeki) ödeneğin verilemeyeceği dikkate alındığında, davacı hakkında tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle, davanın reddi yolunda Antalya 1. İdare Mahkemesince verilen 30.4.2008 gün ve E:2007/765, K:2008/779 sayılı kararın; davacı tarafından temyizden incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü tarafından istemin reddi gerektiği savunulmuş olup, Orman Genel Müdürlüğü'nce savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Nigar Dilimen

Düşüncesi : Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, 2577 sayılı Kanunun 49. maddesinin 1. fıkrasında sayılan bozma nedenlerine uymadığından, temyiz isteminin reddi ile kararın onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Mehmet Ali Samur

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onbirinci Dairesince işin gereği görüldü:

İdare mahkemeleri tarafından verilen kararların temyiz yolu ile incelenerek bozulabilmeleri 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinde belirtilen nedenlerden birinin bulunması halinde mümkündür. İdare Mahkemesince verilen 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, 25.4.2011 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.

DANIŞTAY

Onbirinci Daire

Esas No : 2010/6405

Karar No : 2011/2893

Özeti : Üniversite rektörlüğü güvenlik müdürlüğünde güvenlik görevlisi olarak görev yapmakta iken, sağlık uygulama ve araştırma merkezinde görevlendirildiği için 2009 yılında 2547 sayılı Kanun'un 58. maddesi uyarınca döner sermaye katkı payından yararlanan davacıya, 375 sayılı KHK'nin Ek 3. maddesine göre yapılacak ek ödemede, 2009 yılında almış olduğu döner sermaye katkı payının, 2010 yılında emsali personele ödenen 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Ek 3. maddesi uyarınca ödenecek ek ödeme tutarından mahsuplaştırılmak suretiyle ödeneceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Çukurova Üniversitesi Rektörlüğü

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf(Davacı) : ...r

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Adana 2. İdare Mahkemesinin 29.4.2010 tarihli, E:2009/1660 K:2010/508 sayılı kararının; davalı idare tarafından, hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : İstemin reddi gerektiği savunulmaktadır.
Danıştay Tetkik Hakimi : Nigar Dilimen
Düşüncesi : Davalı idare temyiz isteminin kabulü ile Mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Şenol Bolat

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onbirinci Dairesince dosyanın tekemmül ettiği görülerek yürütmenin durdurulması istemi hakkında karar verilmeksizin için gereği görüşüldü:

Dava, Çukurova Üniversitesi Rektörlüğü Güvenlik Müdürlüğünde güvenlik görevlisi olarak görev yapmakta iken 1.1.2008 tarihinde Sağlık Uygulama ve Araştırma Merkezinde (Balcalı Hastanesi) görevlendirilen davacı tarafından, 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin Ek. 3. maddesi uyarınca ek ödeme yapılması için yaptığı başvurunun; 2009 yılında 2547 sayılı Kanun'un 58. maddesi uyarınca almış olduğu döner sermaye ek ödemeleri net tutarının, 2010 yılında 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin Ek. 3. maddesinin 1. fıkrasına göre yapılması öngörülen toplam net tutarına ulaştığı tarihten itibaren ek ödeme yapılmaya başlanacağından bahisle reddine ilişkin işlemin iptaline ve yoksun kalınan ek ödeme tutarının yasal faizi ile birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

İdare Mahkemesince, 2009 yılında Çukurova Üniversitesi Tıp Fakültesi Balcalı Hastanesinde güvenlik görevlisi olarak görev yapmakta iken aynı zamanda 2547 sayılı Kanun'un 58. maddesi uyarınca döner sermaye ek ödemesinden de yararlandığı ihtilafsız olan davacının, döner sermaye ek ödemesi yapılmayan Rektörlük emrine atanması üzerine bir önceki yıl olan 2008 yılında aldığı döner sermaye tutarı (2.806,30-TL) ve 2009 yılı Kasım ayı da dahil emsali personelin aldığı ek ödeme tutarı (2.892,57TL) ile yapılan mahsuplaştırma sonucu 2009/Kasım ayında 86,18-TL, 2009/Aralık ayında ise 270,93-TL ek ödemeden yararlandığına, 2010 yılı için ise ancak bir önceki yıl olan 2009 yılında almış olduğu döner sermaye ödemeleri toplam net tutarının (2.964,58-TL) 2010 yılında 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Ek. 3. maddesinin 1. fıkrasına göre yapılması öngörülen toplam net tutara ulaştığı tarihten itibaren ek ödeme yapılmaya başlanacağı belirtilerek dava konusu işlemin tesis edildiğinin anlaşıldığı, bu itibarla davacının 2010 yılı içerisinde döner sermaye ek ödemesinden faydalanamayacağına kuşkusuz olduğu, davacının 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Ek. 3. maddesinin 3. fıkrası kapsamında olmadığı, dolayısıyla 2010 yılı denge tazminatı ödemelerinde 2009 yılı içerisinde aldığı döner sermaye tutarlarının dikkate alınmaması gerektiği, aksi düşüncenin Kanun'un amacına ters düşeceği sonucuna varıldığından, davacının 2009 yılında almış olduğu döner sermaye ödemelerinin net tutarının 2010 yılında 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin Ek. 3. maddesinin 1. fıkrasına göre yapılması öngörülen toplam net tutara ulaştığı tarihten itibaren ek ödeme yapılmaya başlanacağına ilişkin işlemde hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle, dava konusu işlemin iptaline, bu işlem nedeniyle davacıya ödenmeyen 2010 yılına ilişkin ek ödemelerin her ay ödenmesi gereken tarihten itibaren işletilecek yasal faizi ile birlikte ödenmesine karar verilmiştir.

Davalı idare tarafından, Mahkeme kararının hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

5473 sayılı Değişik Adlar Altında İlave Ödemesi Bulunmayan Memurlara ve Sözleşmeli Personele Ek Ödeme Yapılması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 1. maddesi ile 27.6.1989 tarihli ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Ek. 3. maddesinde; "Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Sayıştay, Yüksek Seçim Kurulu, Adalet Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı (Kefalet Sandığı dahil), Millî Eğitim Bakanlığı, Bayındırlık ve İskân Bakanlığı, Ulaştırma Bakanlığı, Tarım ve Köyşleri Bakanlığı, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, Kültür ve Turizm Bakanlığı, Çevre ve Orman Bakanlığı, Savunma Sanayii Müsteşarlığı, Avrupa Birliği Genel Sekreterliği, Diyanet İşleri Başkanlığı, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Başkanlığı ile bağlı kuruluşları, Türk Patent Enstitüsü Başkanlığı, GAP Bölge Kalkınma İdaresi Başkanlığı, Özel Çevre Koruma Kurumu Başkanlığı, Millî Savunma Bakanlığı Akaryakıt İkmal ve NATO POL Tesisleri İşletme Başkanlığı, Yükseköğretim Kurulu, üniversiteler ile yüksek teknoloji enstitüleri, Emniyet Genel Müdürlüğü, Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü, Karayolları Genel Müdürlüğü, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü, Orman Genel Müdürlüğü, Tarım Reformu Genel Müdürlüğü, Petrol İşleri Genel Müdürlüğü, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü, Basın-Yayın ve Enformasyon Genel Müdürlüğü, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü, Vakıflar Genel Müdürlüğü, Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü, Devlet Opera ve Balesi Genel Müdürlüğü, Devlet Tiyatroları Genel Müdürlüğü, Elektrik İşleri Etüt İdaresi Genel Müdürlüğü, İller Bankası Genel Müdürlüğü, Türkiye ve Orta-Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Genel Müdürlüğü, Maden Tetkik ve Arama Genel Müdürlüğü, il özel idareleri ve belediyeler ile bunların bağlı kuruluşları, il özel idareleri ve belediyelerin kurdukları mahallî idare birlikleri ile Atatürk Orman Çiftliği Müdürlüğünün merkez ve taşra teşkilâtı ile varsa bunların döner sermaye kadrolarında 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa göre istihdam edilen memurlar ile aylıklarını 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu ve 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanununa göre alanlara, subay, sözleşmeli subay, astsubay, sözleşmeli astsubay, uzman jandarma ve uzman erbaşlara, 1/1/2006 - 30/6/2006 tarihleri arasında 950 gösterge rakamının, 1/7/2006 tarihinden itibaren ise 1850 gösterge rakamının memur aylıklarına uygulanan katsayı ile çarpımı sonucu bulunacak tutarda her ay ek ödeme yapılır.

Birinci fıkraya kapsamına giren personelden; her derece ve türdeki örgün ve yaygın eğitim kurumlarında görev yapan yönetici ve öğretmenler ile sosyal hizmet kuruluşlarında görev yapan öğretmenler hariç olmak üzere fiilen yapılmayan ders karşılığı ek ders ücretinden yararlananlara, bu Kanun Hükmünde Kararnamenin ek 2 nci maddesi, 19/6/1979 tarihli ve 2252 sayılı Kanunun 4 üncü maddesi, 16/4/2003 tarihli ve 4848 sayılı Kanunun 32 nci maddesinin üçüncü fıkrası, 1/5/2003 tarihli ve 4856 sayılı Kanunun 35 inci maddesinin üçüncü fıkrası, 22/2/2005 tarihli ve 5302 sayılı Kanunun 63 üncü maddesi, 10/11/2005 tarihli ve 5431 sayılı Kanunun 25 inci maddesinin son fıkrasında öngörülen ödemelerden yararlananlar ile makam, yüksek hâkimlik, temsil veya görev tazminatından yararlananlara, kadro karşılığı sözleşmeli olarak istihdam edilenlere, bir kadroya açıktan, kurum içinden veya kurum dışından vekâlet ettirilene vekâlet edilen görev nedeniyle birinci fıkraya göre ödeme yapılmaz. Söz konusu ödemelerin ilgili mevzuatında yer alan hükümlere göre idarî veya başka nedenlerle aylık veya dönemsel olarak ödenmemesi bu sürelerde birinci fıkraya göre ödeme yapılması sonucunu doğurmaz.

Birinci fıkrada sayılan personelden bir önceki yılda (2005 yılı dahil); 3/6/1938 tarihli ve 3423 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin ikinci fıkrası, 21/12/1967 tarihli ve 969 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin son fıkrası, 4/11/1981 tarihli ve 2547 sayılı Kanunun 58 inci maddesi, 4/2/1983 tarihli ve 2797 sayılı Kanunun 55 inci maddesinin beşinci fıkrası, 24/5/1983 tarihli ve 2828 sayılı Kanunun 19 uncu maddesinin onbirinci fıkrası, 25/4/2001 tarihli ve 4652 sayılı Kanunun 29 uncu maddesinin son fıkrasında öngörülen ödemelerden yararlananlar ile 8/5/1991 tarihli ve 3717 sayılı Kanunun 2 nci maddesi uyarınca yol tazminatının yarısı olarak kamu bankalarına yatırılan tutarlardan ödeme yapılanlara, Bezm-i

Alem Valide Sultan Vakıf Gureba Hastanesi döner sermaye gelirlerinden döner sermaye katkı payı ödenenlere birinci fıkraya göre ödeme yapılmaz. Ancak, bir önceki yılda söz konusu ödemelerden yararlananlar ile birinci fıkra kapsamına girmeyen personelden bir önceki yılda 14/4/1982 tarihli ve 2659 sayılı Kanunun 30 uncu maddesine göre ödeme yapılanlar ve Sağlık Bakanlığı merkez teşkilâtı personeli hariç 4/1/1961 tarihli ve 209 sayılı Kanunun 5 inci maddesine göre ödeme yapılanlara, bu fıkrafta sayılan hükümlere göre önceki yılda yapılmış olan ödemelerin toplam net tutarına, birinci fıkraya göre yapılması öngörülen ödemeler toplam net tutara ulaştıktan sonra birinci fıkraya göre ödeme yapılmaya başlanır. Aynı yıl içerisinde yukarıda belirtilen ödemelerden yararlananlara 15 Aralık tarihinde yapılacak ödeme bir sonraki yılın 1 Ocak-14 Ocak dönemini kapsamayacak şekilde gün hesabıyla ödenir. Bu şekilde yapılacak ödemeler, Sağlık Bakanlığına bağlı sağlık kurum ve kuruluşları ile Adli Tıp Kurumu kadrolarında bulunan personele döner sermaye bütçelerinden yapılır." hükmüne yer verilmiştir.

5473 sayılı Kanun'un gerekçesinde; birinci fıkrafta sayılan idarelerde görev yapan personelden bir kısmı değişik aralıklarla düzensiz olarak veya yılda bir defa döner sermaye payı; üretimi teşvik pririmi veya değişik adlarla ödemelerden yararlandığı, ayrıca birinci fıkrafta sayılmakla birlikte Sağlık Bakanlığına bağlı sağlık kurum ve kuruluşları ile Adli Tıp Kurumunda elde edilen gelirlerin belirli bir kısmı personele döner sermaye payı olarak ödendiği, söz konusu ödemelerden yararlanan personelin birinci fıkrafta belirtilen ödemeden doğrudan yararlanması amaca uygun düşmekle birlikte, yararlandıkları ilave ödemelerin yıllık tutarının birinci fıkrafta öngörülen ödemenin yıllık tutarının altında olması ihtimali bulunduğu, bahsedilen sıkıntıların önlenmesi bakımından, maddenin üçüncü fıkrası ile birinci fıkraya göre aylık dönemler halinde yapılması öngörülen ödeme toplam tutarının, ilgililerin bir önceki yılda fiilen yararlandıkları söz konusu ödemeler toplam net tutarına ulaştıktan sonra takip eden aydan başlamak üzere yıl sonuna kadar ilgililere birinci fıkraya göre yapılmasının amaçlandığı diğer taraftan, ilgili personelin fıkrafta sayılan ödemelerin aynı yıl içerisinde yararlanacağı tutarların önüne geçilmemekle birlikte bu ödemelerin bir sonraki yılda yapılacak hesaplamalarda dikkate alınacağı, hususlarına yer verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, davacının Çukurova Üniversitesi Rektörlüğü Güvenlik Müdürlüğünde güvenlik görevlisi olarak çalışmakta iken, 1.1.2008 tarihinde Sağlık Uygulama ve Araştırma Merkezinde (Balcalı Hastanesinde) görevlendirildiği, söz konusu Hastane bünyesinde görev yapması nedeniyle davacıya 2547 sayılı Kanun'un 58. maddesi uyarınca döner sermaye katkı payı ödendiği, 15.9.2009 tarihinde görevlendirmesi biten davacının tekrar eski görevine döndüğü, 30.10.2009 tarihinde 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Ek. 3. maddesi uyarınca tarafına ek ödeme yapılması için yaptığı başvurunun; 2009 yılında almış olduğu döner sermaye katkı payı ödemeleri toplam net tutarın, 2010 yılında 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin Ek. 3. maddesinin birinci fıkrasına göre yapılması öngörülen toplam net tutarına ulaştığı tarihten itibaren ek ödeme yapılmaya başlanacağı gerekçesiyle reddi üzerine bakılan davanın açıldığı, davacının 2008 yılında 2547 sayılı Kanun'un 58. maddesi uyarınca 2.806,39-TL döner sermaye katkı payı aldığı, emsali personelin 2009 yılında 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin Ek. 3. maddesi uyarınca, 2.892,57-TL ek ödeme aldığı, aradaki farkın Kasım ve Aralık aylarında davacıya ödendiği, 2009 yılında ise 2.964,58-TL döner sermaye katkı payı aldığı, idarece emsali personelin 2010 yılında alacağı ek ödeme tutarının bu meblağa ulaştığı tarihten itibaren ödeme yapılmaya başlanacağını belirttiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda, 5473 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle, 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Ek. 3. maddenin 3. fıkrasında, anılan Kanunun birinci fıkrasında sayılan personelden, bir önceki yılda 2547 sayılı Kanun'un 58. maddesinde öngörülen ödemelerden yararlananlara ödeme yapılmayacağını, bir önceki yılda söz konusu ödemelerden yararlanan personelden, bu fıkrafta sayılan hükümlere göre önceki yılda yapılmış olan ödemelerin toplam net tutarına ulaştıktan sonra birinci fıkraya göre ödeme

yapılmaya başlanacağına kurala bağlandığı dikkate alındığında, davacının 2547 sayılı Kanun'un 58. maddesi uyarınca 2008 yılında almış olduğu döner sermaye katkı payının 2009 yılında, 2009 yılında almış olduğu döner sermaye katkı payının 2010 yılında emsali personele 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Ek. 3. madde uyarınca yapılan ek ödemeyle mahsuplaştırılmak suretiyle ödeme yapılması gerektiğinden, Kanuna ve gerekçesine uygun olarak davacının 2009 yılında almış olduğu döner sermaye katkı payı ödemeleri toplam net tutarının, 2010 yılında 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Ek. 3. maddesinin birinci fıkrasına göre yapılması öngörülen toplam net tutarına ulaştığı tarihten itibaren ek ödeme yapılmaya başlanacağı yolunda tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varıldığından, İdare Mahkemesince dava konusu işlemin iptali, dava konusu işlem nedeniyle davacıya ödenmeyen 2010 yılına ilişkin ek ödemelerin her ay ödenmesi gereken tarihten itibaren işletilecek yasal faizi ile birlikte ödenmesi yönünde verilen kararda hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle; davalı idare temyiz isteminin kabulü ile Mahkeme kararının bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın Mahkemeye gönderilmesine, 25.4.2011 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Onbirinci Daire
Esas No : 2008/531
Karar No : 2011/3179

Özeti : Ankara Devlet Tiyatrosunda görev yapan davacıya 2005 yılı Aralık ayı teşvik ikramiyesinin ödenmemesinin dayanağını oluşturan "bir ay raporlu olanlar" ibaresinin Danıştayca iptal edilmesi karşısında, bu ibareye dayanılarak bir aydan fazla raporlu olması nedeniyle teşvik ikramiyesinin ödenmemesinde hukuka uygunluk bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : ...

Karşı Taraf (Davalı) : Devlet Tiyatroları Genel Müdürlüğü

Vekili : Av. ...

İstem Özet i : Ankara 11. İdare Mahkemesinin 15.10.2007 gün ve E:2006/565, K:2007/1504 sayılı kararının; davacı tarafından, hukuka aykırı olduğu ileri sürülmekte ve temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özet i : Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.

Danıştay Tetkik Hakimi : Gülsen Akın

Düşüncesi : Dosyanın incelenmesinden; 16.6.2005 gün ve 6293 sayılı Kültür ve Turizm Bakanı'nın onayı ile yürürlüğe giren "2005 yılı Teşvik İkramiyesi Ödeme Kistasları"nın 1. maddesinde yer alan, kurumlarında en az 4 ay süre ile görevde bulunmayanlara teşvik ikramiyesinin ödenmeyeceğine ilişkin düzenlemenin açıklaması niteliğinde olan parantez içinde yer alan "bir ay raporlu olanlar" ibaresi Danıştay Onbirinci Dairesinin 27.11.2006 gün ve E:2005/5591, K:2006/5475 sayılı kararı ile iptal edildiği anlaşıldığından, anılan düzenlemeye dayanılarak tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmamakta olup, aksi yöndeki İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı : Handan Yağuş

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onbirinci Dairesince işin gereği görüldü:

Dava, kondüvit olarak görev yapmakta iken koroner arter hastalığı nedeniyle koroner bypass operasyonu geçiren davacının, 31.10.2005 tarihinden itibaren 3 ay süre ile istirahatının uygun olduğuna ilişkin sağlık kurulu raporu nedeniyle 2005 yılı (II). dönem teşvik ikramiyesinin ödenmeyeceğine ilişkin davalı idare işlemin iptali ile mahrum kaldığı parasal haklarının ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

İdare Mahkemesince, 7.5.1987 gün ve 87/11782 sayılı Bakanlar Kurulu kararının 9. maddesinin 2. fıkrası uyarınca Kültür ve Turizm Bakanının 16.6.2005 gün ve 6293 sayılı oluru ile 2005 yılı Haziran ve Aralık aylarında sözleşmeli olarak görev yapan personele ödenecek teşvik ikramiyesi için kıstasların belirlendiği, bu kıstaslar arasında, teşvik ikramiyesi dönemi içinde bir ay raporlu olanların teşvik ikramiyesi ödemesinden yararlanamayacağı kuralına yer verildiği, buna göre, 2005 yılında 1 aydan fazla raporlu olduğu anlaşılan davacı hakkında tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı tarafından, Mahkeme kararının hukuka aykırı olduğu ileri sürülmekte ve temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

657 sayılı Yasanın Ek Geçici 16. Maddesinin 1. fıkrasında, teknik bünyeye dahil olmayan ve haklarında Devlet Memurları Kanunu hükümlerinin uygulanması gerekenler hariç, bu Kanunun Ek Geçici 12, 13 ve 14'üncü maddeleri kapsamına dahil personel ile Kültür ve Turizm Bakanlığının sanatla ilgili merkez ve taşra birimlerine bağlı olarak çalışan orkestra, koro ve topluluk sanatçıları, sanatkarları ve sanatçı öğretmenleri ile Devlet sanatçıları söz konusu maddelerin mali hükümlerine bağlı kalınmaksızın sözleşmeli olarak çalıştırılabileceği, 2. fıkrasında, sanatçı sıfatını kazananlardan yönetici kadrolara atananların da, bu kadrolar karşılık gösterilmek suretiyle sözleşmeli olarak çalıştırılabileceği, 378 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 5. maddesi ile değişik 3. fıkrasında ise, yukarıdaki fıkralara göre sözleşmeli olarak çalıştırılacakların sözleşme esaslarının, bunlara ödenebilecek ücretin üst sınırları ve sağlanacak sosyal yardımlar ile diğer mali hakların, ilgili bakanlığın önerisi ve Maliye ve Gümrük Bakanlığı'nın görüşü üzerine Bakanlar Kurulunca kararlaştırılacağı öngörülmüştür.

7.5.1987 gün ve 87/11782 sayılı Bakanlar Kurulu kararı eki "Devlet Sanatçıları ve Sanatçıların Sözleşmeli Olarak Çalıştırılmalarına Dair Esaslar"ın 27.07.1993 gün 1993/4664 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile değişik 9. maddesinin 2. fıkrasında, "Sözleşmeli olarak çalışanlara, çalıştıkları günlerle orantılı olarak (hastalık ve senelik izin süreleri dahil) Ocak, Nisan, Temmuz ve Ekim aylarında ödenmek üzere mali yıl içinde dört aylık ücret ikramiye olarak verilir. Ayrıca, olağanüstü gayret ve çalışmaları sonucunda emsallerine göre başarılı görev yaptıkları tespit edilenlere ilgili Bakanın teklifi ve Başbakanlık onayı ile iki aylığa kadar (iki aylık dahil) ücret teşvik ikramiyesi olarak verilebilir." kuralına yer verilmiştir.

Buna göre, teşvik ikramiyesi ödenmesinin dayanağı olan Devlet Sanatçıları ve Sanatçıların Sözleşmeli Olarak Çalıştırılmalarına Dair Esasların 27.07.1993 gün 1993/4664 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile değişik 9. maddesinin 2. fıkrasında; olağanüstü gayret ve çalışmaları sonucunda emsallerine göre başarılı görev yaptıkları tespit edilenlere teşvik ikramiyesi ödenmesi konusunda idareye takdir yetkisi tanındığı anlaşılmakta olup, bu yetkinin kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olarak kullanılması gerektiği kuşkusuzdur.

Anılan Bakanlar Kurulu Kararına göre hazırlanan ve Kültür ve Turizm Bakanı'nın 16.6.2005 gün ve 6293 sayılı onayı ile yürürlüğe giren "2005 yılı Teşvik İkramiyesi Ödeme Kistasları"nın 1. maddesinde, kurumlarında en az 4 ay süre ile görevde bulunmayanlara teşvik ikramiyesinin ödenmeyeceği belirtilmiş, maddenin devamında yer alan ve açıklama niteliğinde olan parantez içi düzenlemede ise (emekli olanlar, askerlikle ilişkisi olanlar, bilgi-görgü kapsamında yurtdışında bulunanlar, bir aydan fazla raporlu olanlar v.b durumda olanlar dahil) denilmek suretiyle en az 4 ay süre ile görevde bulunmama koşulu açıklanmış olup, parantez içinde yer alan "bir ay raporlu olanlar" ibaresi, parantez içi düzenlemenin açıklaması niteliğinde olduğundan, bu düzenlemenin maddede esas olarak öngörülen 4 ay süre ile görevde bulunmama koşuluna uyumlu olması gerektiği belirtilerek Danıştay Onbirinci Dairesinin 27.11.2006 gün ve E:2005/5591, K:2006/5475 sayılı kararı ile iptal edilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden; Ankara Devlet Tiyatrosunda kondüvit olarak görev yapan davacının, koroner arter hastalığı nedeniyle koroner bypass operasyonu geçirdiği ve 31.10.2005 tarihinden itibaren 3 ay süre ile istirahatının uygun olduğuna ilişkin sağlık kurulu raporu bulunduğu, kullanmış olduğu bu raporun 2 aylık kısmının 2005 yılına ait olduğu anlaşılmaktadır.

Bu durumda, davacıya 2005 yılı Aralık ayı (II). teşvik ikramiyesi ödenmemesinin dayanağını oluşturan "bir ay raporlu olanlar" ibaresinin Dairemizce iptal edilmesi karşısında, olağanüstü gayret ve çalışmaları sonucunda emsallerine göre başarılı görev yaptıkları tespit edilenlere teşvik ikramiyesi ödenebileceği hususu göz önünde bulundurularak, idarece bu konuda yeniden bir değerlendirme yapılması gerekmekte olup, bir aydan fazla raporlu olması nedeniyle teşvik ikramiyesi ödenmemesine ilişkin olarak davacı hakkında tesis edilen işlemlerde ve davanın reddine karar veren İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulü ile Mahkeme kararının bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın Mahkemeye gönderilmesine, 16.5.2011 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.

DANIŞTAY

Onbirinci Daire

Esas No : 2010/8603

Karar No : 2011/4211

Özeti : 112 Acil sağlık hizmetleri istasyonu emrinde acil tıp teknikeri olarak görev yapan davacıya, acilde çalışan personel için belirlenen riskli birim ek ödeme katsayısı üzerinden döner sermaye ek ödemesi yapılmayacağı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Aksaray Valiliği

Karşı Taraf (Davacı) : Türkiye Sağlık ve Sosyal Hizmetler Kolu Kamu Görevlileri

Sendikası (...'yu Temsilen)

Vekili : Av. ...

İstem Özeti : Aksaray İdare Mahkemesinin 12.8.2010 tarihli, E:2010/129 K:2010/876 sayılı kararının; davalı idare tarafından, hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Nigar Dilimen

Düşüncesi : 209 sayılı Kanun'a ve Sağlık Bakanlığı'na Bağlı Sağlık Kurum ve Kuruluşlarında Görevli Personele Döner Sermaye Gelirlerinden Ek Ödeme Yapılmasına Dair Yönetmeliğe uygun olarak tesis edilen işlemde hukuka aykırılık görülmediğinden davalı idare temyiz isteminin kabulü ile Mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Handan Yağuş

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

Temyiz dilekçelerinde öne sürülen hususlar, 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 dosyanın tekemmül ettiği görülerek yürütmenin durdurulması istemi hakkında karar verilmeksizin işin gereği görüldü:

Dava, Aksaray İl Ambulans Servisi Başhekimliği'ne bağlı 2 Nolu 112 Acil Sağlık Hizmetleri İstasyonu emrinde acil tıp teknikeri olarak görev yapan davacı tarafından, acil servis hizmetlerini fiilen yürüttüğünden bahisle döner sermaye ek ödemesinin acilde çalışan personel için belirlenen riskli birim ek ödeme katsayısı üzerinden hesaplanarak ödenmesi için yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin iptaline karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

İdare Mahkemesince, doğrudan kendilerine başvuran veya il ambulans servisi başhekimliğine bağlı ekipler tarafından getirilen acil hasta ve yaralılara acil tıbbi müdahale yapma görevi olan acil servis çalışanları için öngörülen riskli birim ek ödeme katsayısının; aynı nitelikte ve bazen daha büyük risk altında çalışma zorunluluğu bulunan ve acil tıbbi müdahale yaptığı tartışmasız olan 112 Acil Sağlık İstasyonu çalışanlarına uygulanmamasının hakkaniyete uygun olmadığı, dolayısıyla davacı hakkında tesis edilen işlemde hukuka uygunluk bulunmadığı, gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

209 sayılı Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanun'un 5. maddesinin 3. fıkrasında; personelin katkısıyla elde edilen döner sermaye gelirlerinden, döner sermayeli sağlık kurum ve kuruluşlarında görevli olan memurlar ile bu kurum ve kuruluşlarda 10.7.2003 tarihli ve 4924 sayılı Kanun uyarınca sözleşmeli olarak istihdam edilen sağlık personeline ve 13.12.1983 tarihli ve 181 sayılı Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Ek 3. maddesine göre istihdam edilen sözleşmeli personele mesai içi veya mesai dışı ayrımı yapılmaksızın ek ödeme yapılabileceği, sağlık kurum ve kuruluşlarında Bakanlıkça belirlenen hizmet sunum şartları ve kriterleri de dikkate alınmak suretiyle, bu ödemenin oranı ile esas ve usullerinin; personelin ünvanı, görevi, çalışma şartları ve süresi, hizmete katkısı, performansı, tetkik, eğitim ve araştırma faaliyetleri ile muayene, ameliyat, anestezi, girişimsel işlemler ve özellik arz eden riskli bölümlerde çalışma gibi unsurlar esas alınarak Maliye Bakanlığı'nın uygun görüşü üzerine Sağlık Bakanlığı'nca çıkarılacak yönetmelikle belirleneceği , 4. fıkrasında ise; personelin katkısıyla elde edilen döner sermaye gelirlerinden personele bir ayda yapılacak ek ödemenin tutarının, ilgili personelin bir ayda alacağı aylık (ek gösterge dahil), yan ödeme ve her türlü tazminat (makam, temsil ve görev tazminatı ile yabancı dil tazminatı hariç) toplamının; klinik şefleri ve şef yardımcıları ile uzman tabip kadrosuna atanan profesör ve doçentlerde yüzde 800'ünü, uzman tabip ve tıpta uzmanlık mevzuatında belirtilen dallarda bu mevzuat hükümlerine göre uzman olanlar ile uzman dış tabiplerinde yüzde 700'ünü, pratisyen tabip ve dış tabiplerinde yüzde 500'ünü, idari sağlık müdür yardımcısı, hastane müdürü ve eczacılarda yüzde 250'sini, başhemşirelerde yüzde 200'ünü, diğer personelde ise yüzde 150'sini geçemeyeceği, işin ve hizmetin özelliği dikkate alınarak yoğun bakım, doğumhane, yeni doğan, süt çocuğu, yanık, diyaliz, ameliyathane, enfeksiyon, özel bakım gerektiren ruh

sağlığı, organ ve doku nakli, acil servis ve benzeri sağlık hizmetlerinde çalışan personel için yüzde 150 oranının yüzde 200 olarak uygulanacağı kurallarına yer verilmiştir.

12.5.2006 tarihli ve 26166 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurum ve Kuruluşlarında Görevli Personele Döner Sermaye Gelirlerinden Ek Ödeme Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 4. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde; 112 acil sağlık istasyonları "kuruluş", (c) bendinde, Bakanlığa bağlı ikinci basamak (entegre ilçe hastaneleri dahil) ve üçüncü basamak yataklı tedavi kurumları "kurum" olarak tanımlanmış, 5. maddesinin (y) bendinde, kurumlarda özellik arz eden riskli bölümlerin; ameliyathane, yoğun bakım, doğumhane, yeni doğan, süt çocuğu, yanık, diyaliz, acil servis-poliklinik, ruh sağlığı ve hastalıkları hastanelerinin psikiyatri servisleri ve kemik iliği nakil üniteleri olduğu, özellik arz eden riskli birimlerde kısmi süreli çalışan personelin, çalıştığı süre kadar riskli birimler için öngörülen katsayılar üzerinden değerlendirileceği, 5. maddesinin (jj) bendinde ise, kuruluşlarda sağlık müdürlüğü, sağlık grup başkanlıkları ile 112 acil sağlık hizmetlerinde çalışan personel ve o dönem eğitim faaliyetlerinde görevli eğitimcilere il performans puan ortalamasının %10'u oranında ek puan verileceği kurala bağlanmıştır.

Anılan Yönetmeliğin 5. maddesinin (y) bendinde; kurumlarda özellik arz eden riskli bölümler sayma yolu ile gösterilmiş ve bu birimlerde çalışan personelin, çalıştığı süre kadar riskli birimler için öngörülen katsayılar üzerinden değerlendirileceği, 5. maddesinin (jj) bendinde ise, *kuruluş niteliğinde olan* 112 acil sağlık hizmetlerinde çalışan personele il performans puan ortalamasının %10'u oranında ek puan verileceği belirtilmiş olup, 112 acil sağlık hizmetlerinde çalışan personel ile kurumlarda riskli birimlerde çalışan personele ödenecek ek ödeme oranları ayrı ayrı düzenlenmiştir. Buna göre Yönetmelikte kurumlarda özellik arz eden riskli bölümler için riskli birim ek ödeme katsayısı belirlendiği halde, kuruluşlar için bu yönde bir düzenleme yapılmadığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda, yalnız kurumların acil -servis polikliniklerinde çalışan personelin acilde çalışan personel için belirlenen riskli birim ek ödeme katsayısından yararlanması mümkün olduğundan, *kurum niteliğinde olmayan* 112 acil sağlık hizmeti istasyonunda çalışan davacı hakkında tesis edilen işlemin iptali yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamıştır.

Açıklanan nedenlerle; davalı idare temyiz isteminin kabulü ile Mahkeme kararının bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın Mahkemeye gönderilmesine, 22.6.2011 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

SÖZLEŞMELİ PERSONEL

T.C.
DANIŞTAY
Onbirinci Daire
Esas No : 2008/13936
Karar No : 2011/4407

Özeti : 399 sayılı KHK'ye tabi çalışan sözleşmeli personele, asilde aranan şartları taşıması durumunda vekalet aylığı ödenebileceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : ...

Karşı Taraf (Davalılar) : 1-Türkiye Kömür İşletmeleri Kurumu Genel Müdürlüğü

Vekili : Av. ...

2-Garp Linyitleri İşletmesi Müessese Müdürlüğü

Vekilleri : Av. ...

İstemın Özeti : Eskişehir 1. İdare Mahkemesince verilen 1.5.2008 gün ve E:2007/1330, K:2008/542 sayılı kararın; davacı tarafından hukuka aykırı olduğu ileri sürölerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Davalı idarelerden Türkiye Kömür İşletmeleri Kurumu Genel Müdürlüğü tarafından istemin reddi savunulmuş, diğler davalı idare Garp Linyitleri İşletmesi Müessese Müdürlüğü tarafından ise savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Füsun Erkin

Düşüncesi : Dava, Türkiye Kömür İşletmeleri Kurumu Genel Müdürlüğü'ne bağılı Garp Linyitleri İşletmesi Müessese Müdürlüğü'nde 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin eki (II) sayılı Cetvele tabi olarak sözleşmeli personel statüsünde başmühendis olarak görev yapan ve 12.8.2004 tarihinden itibaren Makine İşletme Şube Müdürlüğü görevini vekaleten yürüten davacı tarafından, asilde aranan şartları taşıdığı ileri sürölerek 12.8.2004 tarihinden itibaren vekaleten ifa ettiğı görevle ait vekalet aylığı ve özlük haklarının ödenmesi için yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali ve vekaleten atandığı 12.8.2004 tarihinden itibaren hakettiğı vekalet aylığı ve özlük haklarının hesaplanarak yasal faizi ile birlikte ödenmesi istemiyle açılmıştır.

399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 58. maddesinde, bu Kanun Hükmünde Kararnamede hüküm bulunmayan hallerde 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun ilgili hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiş olup, sözleşmeli personelin vekaleten görevlendirilmesi durumunda vekalet aylığı ödenip ödenemeyeceğı hususunda 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'de bir düzenleme bulunmadığından, atıf hükmü uyarınca 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun bu konudaki hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 175. maddesinin 2. fıkrasında, kurum içinden veya diğler kurumlardan vekalet edenlere vekalet aylığı ödenebilmesi için, vekilin asilde aranan şartları taşımasının zorunlu olduğı düzenlemesine yer verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, davacının asaleten şube müdürü kadrosuna atanabilmek için gerekli şartları taşıdığı anlaşılmıştır.

Bu durumda, ilgili mevzuat kuralları uyarınca davacıya talebi doğrultusunda vekalet ettiğı kadroya ilişkin olarak aylık ve özlük haklarının idareye başvuru tarihinden itibaren ödenmesi gerekirken davacının talebinin reddi yolunda tesis edilen dava konusu işlemde ve bu işlemin iptali istemiyle açılan davanın reddi yolunda verilen Mahkeme kararında hukuka uyarlık bulunmayıp bozulması gerektiğı düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı : Handan Yağuş

Düşüncesi : T.K.İ Kurumu Genel müdürlüğüne bağılı Garp Linyitleri İşletmesi Müessese Müdürlüğünde 399 sayılı K.H.K kapsamında II sayılı cetvelde mühendis kadrosunda görev yapmakta iken Makine İşletme Şube Müdürlüğüne vekaleten atanan davacı vekalet aylığı ve özlük haklarının verilmesi talebiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali talebiyle açılan davada, mahkemece verilen ret kararı davacı tarafından temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Dava konusu olayda; 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine tabi sözleşmeli personel olarak görev yapan davacıya, 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname uyarınca vekalet aylığı adı altında bir ücret ödenmesi mümkün bulunmamakla birlikte T.C. Anayasası'nın 18. maddesinde, hiç kimsenin zorla çalıştırılmayacağı ve angaryanın yasak olduğı hükmü dikkate alındığında, vekalet görevinden dolayı vekalet aylığına eş değler tutarda bir meblağın tazminat olarak ödenmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle davanın reddine yönelik mahkeme kararının bozulması gerektiğı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onbirinci Dairesince işin gereği görüldü:

Dava, Türkiye Kömür İşletmeleri Kurumu Genel Müdürlüğü'ne bağlı Garp Linyitleri İşletmesi Müessese Müdürlüğü'nde 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye tabi olarak sözleşmeli statüde başmühendis olarak görev yapmakta iken 12.8.2004 tarihinden itibaren Makine İşletme Şube Müdürlüğü görevine vekaleten atanan davacının, vekalet ettiği göreve ilişkin aylık ve özlük haklarından yararlandırılması istemiyle yaptığı başvurunun reddine dair işlemin iptali ile vekaleten atandığı günden bu yana hak edilen özlük hakları ve aylığın hesaplanarak yasal faizi ile birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

İdare Mahkemesince, 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede belirtilen ödemeler dışında vekalet aylığı adı altında bir ücret ödemesinin düzenlenmediği, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu uyarınca aylıksız vekaletin asıl olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı tarafından, Anayasada angaryanın yasaklandığı ileri sürülerek Mahkeme kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin "Aylık ve Ücretler" başlıklı 25. maddesinin (c) fıkrasında, sözleşmeli personele ödenecek sözleşme ücretinin; temel ücret ile başarı ve kıdem ücretleri toplamından oluşacağı ve bu ücretin asgari ücretin altında olamayacağı, sözleşme ücretlerinin tavanının her yıl bütçe kanunları ile belirleneceği, kamu personeli için uygulanan aylık katsayısının mali yılın ikinci yarısı için değiştirilmesi veya mali yıl içinde 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun mali ve sosyal haklara ilişkin hükümlerinde değişiklik yapılması halinde sözleşmeli personel ücretlerinin tavanını değiştirmeye Bakanlar Kurulunun yetkili olduğu, "Fazla Çalışma ve Diğer Ödemeler" başlıklı 30. maddesinin son fıkrasında; sözleşmeli personele bu Kanun Hükmünde Kararnamede belirtilen ödemeler dışında herhangi bir ödeme yapılamayacağı, "Uygulamanın İzlenmesi" başlıklı 58. maddesinde ise; sözleşmeli personele ilişkin olarak bu Kanun Hükmünde Kararnamede hüküm bulunmayan hallerde, Devlet Personel Başkanlığının görüşü alınmak kaydıyla 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun ilgili hükümlerinin uygulanacağı kuralına yer verilmiş olup, bu Kanun Hükmünde Kararnamede, bir görevi vekaleten yürütmek üzere görevlendirilen sözleşmeli personele vekalet ücreti ödeneceği yolunda bir düzenleme bulunmamaktadır.

Öte yandan, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 86. maddesinde; memurların kanuni izin, geçici görev, disiplin cezası uygulaması veya görevden uzaklaştırma nedenleriyle işlerinden geçici olarak ayrılmalari halinde yerlerine kurum içinden veya diğer kurumlardan veya açıktan vekil atanabileceği, aynı Kanun'un 175. maddesinin 2. fıkrasında ise, kurum içinden veya diğer kurumlardan vekalet edenlere vekalet aylığı ödenebilmesi için, vekilin asilde aranan şartları taşımasının zorunlu olduğu düzenlenmesine yer verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, Türkiye Kömür İşletmeleri Kurumu Genel Müdürlüğüne bağlı Garp Linyitleri İşletmesi Müessese Müdürlüğünde 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin eki (II) sayılı Cetvele tabi sözleşmeli statüde başmühendis olarak görev yapan davacının 12.8.2004 tarihinden itibaren Makine İşletme Şube Müdürlüğü görevini vekaleten yürütmekle görevlendirildiği, aynı zamanda asilde aranan şartları da taşıyan davacının 30.1.2007 tarihli başvurusu ile vekaleten yürüttüğü şube müdürlüğü görevinin aylık ve özlük haklarından yararlandırılması istemiyle yaptığı başvurunun reddi üzerine bakılan davanın açıldığı, TKİ Yönetim Kurulu'nun 19.4.2007 tarih ve 9/277 sayılı kararı ile davacının anılan şube müdürlüğü görevine asaleten atandığı anlaşılmıştır.

399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 58. maddesinde yer alan, sözleşmeli personele ilişkin olarak bu Kanun Hükmünde Kararnamede hüküm bulunmayan hallerde 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun ilgili hükümlerinin uygulanacağı kuralına ilişkin atıf uyarınca, asilde aranan şartları taşıması kaydıyla, 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname kapsamında sözleşmeli olarak görev yapmakta iken başka bir görevi yürütmek üzere

vekaleten atanan personelin yürüttüğü bu görev nedeniyle vekalet aylığından yararlandırılması gerekmektedir.

Bu itibarla, asilde aranan şartları taşıyan ve 19.4.2007 tarihinden itibaren de asaleten şube müdürlüğü görevine atanan davacının, vekil olarak görev yaptığı süre boyunca asilin yetki ve sorumluluğunu taşıdığı anlaşıldığından, yürütmüş olduğu şube müdürlüğü görevi nedeniyle vekalet aylığından yararlandırılması gerektiğinden, davacının bu istemle yaptığı başvurunun reddi yolunda tesis edilen işlemde ve bu işlemin iptali istemiyle açtığı davanın reddi yolunda verilen Mahkeme kararında yasal isabet görülmemiştir.

Öte yandan, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7., 11. ve 12. maddeleri uyarınca, belli bir uygulama tarihi esas alınarak parasal hak talebinde bulunulan davalarda, davanın açıldığı tarihten geriye doğru 120 günü geçmemek üzere başvuru tarihinden geriye doğru 60 gün içinde kalan ilk uygulamanın yapıldığı tarihten itibaren parasal hakların tazminine hükmedilmesi mümkün bulunduğundan, bozma kararı üzerine Mahkemeye davacının parasal hak talebi hakkında yeniden karar verilirken, bu hususun da gözetileceği tabiidir.

Açıklanan nedenlerle, davacı temyiz isteminin kabulü ile Mahkeme kararının bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın Mahkemeye gönderilmesine, 8.7.2011 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

ONİKİNCİ DAİRE KARARLARI

MEMURLAR VE DİĞER KAMU GÖREVLİLERİ

T.C.
DANIŞTAY
Onikinci Daire
Esas No : 2008/5948
Karar No : 2011/2591

Özeti : Türk Ceza Kanunu'nda yer alan lehe olan kanun hükmünün uygulanması ilkesinin niteliğine uygun düştüğü ölçüde memur disiplin hukukuna da uygulanması gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı): ...,

Vekilleri : Av. ...

Karşı Taraf : Başbakanlık Denizcilik Müsteşarlığı

İsteğin Özeti : Ankara 3. İdare Mahkemesinin 10.4.2008 günlü, E:2007/1098, K:2008/638 sayılı kararının, dilekçede yazılı nedenlerle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Temyizi istenen kararın usul ve kanuna uygun olduğu, ileri sürülen nedenlerin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesine uymadığı, bu nedenle istemin reddi gerekeceği yolundadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Tufan Teke

Düşüncesi : Dava konusu işlemin iptali istemiyle açılan davada, temyiz aşamasında yargı süreci devam ederken disiplin cezasının verilmesine esas alınan Kanun bendi yürürlükten kaldırılarak yeni bir hukuki durum ortaya çıktığı konusunda duraksamaya yer bulunmamaktadır. Ancak, ceza hukukunun amacı kamu düzenini ve toplumu korumak iken, memur disiplin hukukunun amacı ise kurum düzenini korumak suretiyle kamu hizmetinin gereği gibi yerine getirilmesini sağlamaktır. Bu nedenle, ceza hukukunda esaslı olarak uygulanan lehe olan kanun hükmünün uygulanması ilkesinin memur disiplin hukuku için de geçerli olduğu kabul edilebilecek ise de, anılan ilkenin, amacı ceza hukukundan farklı olan disiplin hukukunda çok katı uygulanmaması gerekir. Aksi bir durumun, disiplin hukukunun amacında sapmalara yol açabilecektir. Buna göre, suçun işlendiği tarihte yürürlükte bulunan mevzuata göre işlem tesis edilmesi disiplin hukukunun amacına uygun düşecektir. Ancak, verilen bir disiplin cezasına yasal olarak tanınmış itiraz süresi içinde yapılan lehe kanun değişikliğini ayrı tutmak gerekir.

Bu nedenle, İdare Mahkemesi kararının esası hakkında temyiz incelemesi yapılarak bir karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Esmâ 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:

Dava, davalı idare Muhabere ve Elektronik Dairesi'nde programcı olarak görev yapan davacının, aynı yerde müsteşarlık müşaviri olarak görev yaptığı dönemde işlediği öne sürülen fiilleri nedeniyle 657 sayılı Kanun'un 125/C-g maddesi uyarınca 1/30 oranında aylıktan kesme cezası ile cezalandırılmasına ilişkin 14.5.2007 günlü işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Ankara 3. İdare Mahkemesinin 10.4.2008 günlü, E:2007/1098, K:2008/638 sayılı kararıyla; dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı, İdare Mahkemesi kararının hukuk ve usule uygun olmadığını öne sürmekte ve temyizden incelenerek bozulmasını istemektedir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125/C-g maddesinde, ikamet ettiği ilin hudutlarını izinsiz terketmek fiili, aylıktan kesme cezasını gerektiren fiil ve haller arasında sayılmış, ancak anılan Kanun maddesi, 25.2.2011 günlü, 27857 sayılı 1. Mükerrer Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6111 sayılı Kanun'un 111. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, davacının, davalı idarede müsteşarlık müşaviri olarak görev yapmakta iken 6.10.2005 tarihinde davalı idarenin Muhabere ve Elektronik Dairesi birimine programcı olarak atandığı, davalı idareye tarih ve adres belirtilmeden sahte isimle verilen bir şikayet dilekçesinde davacının 2004 ve 2005 yılları içinde bazı günlerde izinsiz il dışına çıktığının öne sürüldüğü, sözkonusu iddialarla ilgili olarak başlatılan disiplin soruşturması sonucunda düzenlenen 10.3.2007 günlü soruşturma raporunda davacının 2005 yılında toplam sekiz gün ikamet ettiği ilin hudutlarını izinsiz terkettiğinin tespit edildiğinden bahisle fiilin karşılığı olan 657 sayılı Kanun'un 125/C-g maddesi uyarınca 1/30 oranında aylıktan kesme cezası ile cezalandırılmasının teklif edildiği, teklif doğrultusunda 14.5.2007 günlü işlemle dava konusu disiplin cezasının davacıya verildiği, bu işlemin iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Uyuşmazlıkta, davacının aylıktan kesme cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işleme dayanak alınan 657 sayılı Kanun'un 125/C maddesinin (g) bendi, fiilin işlendiği tarih ile işlemin tesis edildiği tarihte yürürlükte ise de, işlemin iptali istemiyle açılan dava süreci devam etmekte iken yürürlükten kaldırılmış bulunmaktadır. Bu bağlamda, (g) bendinin yürürlükten kaldırılmış olmasının, yargı süreci devam eden ve temyiz aşamasında olan işbu davaya olan etkisinin ve yeni hukuki durumun davacı lehine uygulanıp uygulanamayacağı hususunun ortaya konulması gerekmektedir.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Zaman Bakımından Uygulama" başlıklı 7. maddesinde, suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümlerinin farklı olması durumunda, failin lehine olan kanun hükmünün uygulanıp infaz olunacağı kuralı öngörülmüş iken, memur hukukunun temel kanunu sayılabilecek 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ile benzer nitelikteki diğer mevzuatta 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda belirtilen kurala koşut bir düzenlemenin yer almadığı görülmektedir. Ancak, bir ceza kanunu müessesesi olan lehe olan kanun hükmünün uygulanması ilkesinin niteliğine uygun düştüğü ölçüde memur disiplin hukukuna da uygulanabileceğinin kabulü gerekmektedir.

Olayda, dava konusu işlemin iptali istemiyle açılan davanın yargı sürecinin devam ettiği temyiz aşamasında, henüz işlem kesinleşmeden davacının aylıktan kesme cezası ile cezalandırılmasına dayanak alınan 657 sayılı Kanunun 125/C maddesinin (g) bendinin yürürlükten kaldırılmasıyla davacı lehine bir düzenleme yapılarak ortaya çıkan yeni hukuki durum karşısında; bir ceza kanunu müessesesi olan lehe olan kanun hükmünün uygulanması ilkesinin memur disiplin hukukunun niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanabileceği hususu göz önüne alındığında, artık davacının disiplin hukuku anlamında konusu suç olan bir fiilinin

varlığından söz edilemez. Bu itibarla, sözkonusu ilkenin dava konusu olayla birlikte değerlendirilmesinden, davacının 657 sayılı Kanunun 125/C maddesinin yürürlükten kaldırılarak suç olmaktan çıkarılan (g) bendi uyarınca aylıktan kesme cezası ile cezalandırılmasına ilişkin dava konusu işlemde lehe olan kanun hükmünün uygulanması ilkesi uyarınca hukuka uyarlık bulunmadığından davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüyle Ankara 3. İdare Mahkemesinin 10.4.2008 günlü, E:2007/1098, K:2008/638 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, 25.5.2011 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Onikinci Daire

Esas No : 2009/1922
Karar No : 2011/3449

Özeti : Sırf askeri suçlar nedeniyle askeri mahkemelerce verilen hapis cezalarının niteliği gereği, 657 sayılı Kanunun 48/A-5. maddesi kapsamında Devlet memurluğuna atanmaya engel teşkil edemeyeceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı): Sağlık Bakanlığı

Karşı Taraf : ...,

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

İsteğin Özeti : Diyarbakır 2. İdare Mahkemesince verilen 22.10.2008 günlü, E:2008/521, K:2008/1782 sayılı kararın dilekçede yazılı nedenlerle, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Hukuk ve usule uygun bulunan İdare Mahkemesi kararının onanması gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Tufan Teke

Düşüncesi : Mahkeme kararının gerekçesinin değiştirilerek onanması gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısıb : Gülen Aydınoğlu

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onikinci Dairesince işin gereği düşünüldü:

Dava, özürlü kontenjanında sağlık memuru olarak görev yapan davacının, 657 sayılı Kanun'un 48/A-5 ve 98/b maddeleri uyarınca görevine son verilmesine ilişkin 23.7.2007 günlü işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Diyarbakır 2. İdare Mahkemesince verilen 22.10.2008 günlü, E:2008/521, K:2008/1782 sayılı kararla; özürlü kontenjanında sağlık memuru olarak görev yapan davacının, Askeri Mahkemece hakkında 23.12.2003 günlü kararla verilen ve kesinleşen 10 ay hapis cezası mahkumiyetinin bulunması nedeniyle 657 sayılı Kanun'un 48/A-5 maddesinde yer alan ve memuriyete girişte aranılan 6 aydan fazla hapis cezası ile hükümlü olmamak koşulunu kaybettiği öne sürülerek aynı Kanun'un 98/b maddesi uyarınca 23.7.2007 günlü işlemle görevine son verildiği, öte yandan, 657 sayılı Kanun'un 48/A-5 maddesinde 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle hapis cezası sınırının 1 yıla çıkarıldığı, bu bağlamda, kural olarak idari işlemlerin tesis edildiği tarih itibarıyla hukuka uygunlukları yargı denetimine tabi ise de; dava devam ederken lehe olarak yapılan yasal değişikliklerin hukukun genel ilkesi kapsamında uyumsuzlukların çözümünde dikkate alınmasının gerektiği, bu durumda, davacının görevine son verilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davanın görülmesi sırasında memuriyete girişte aranılan hapis cezasının 6 aydan 1 yıla çıkarıldığı anlaşıldığından yeni kanun değişikliğinin davacı lehine olması nedeniyle işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

Davalı idare, İdare Mahkemesi kararının hukuk ve usule aykırı olduğunu öne sürmekte ve temyizden incelenerek bozulmasını istemektedirler.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun dava konusu işlemin tesis edildiği tarihte yürürlükte olan 48/A-5 maddesinde; "Taksirli suçlar ve aşağıda sayılan suçlar dışında tecil edilmiş hükümler hariç olmak üzere, ağır hapis veya 6 aydan fazla hapis veya affa uğramış olsalar bile Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlarla, zimmet, ihtilas, irtikap, rüşvet, hırsızlık dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyeti kırıcı suçtan veya istimal ve istihlak kaçakçılığı hariç kaçakçılık, resmi ihale alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma suçlarından dolayı hükümlü bulunmamak" Devlet memurluğuna alınacaklarda aranan genel şartlar arasında sayılmıştır. Anılan madde, 8.2.2008 tarihli Resmi Gazete yayımlanarak yürürlüğe giren 23.1.2008 gün ve 5728 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, "Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, (İptal ibare: Anayasa Mah.nin 25/02/2010 tarihli ve E. 2008/17, K. 2010/44 sayılı Kararı ile.) zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkûm olmamak." halini almıştır.

Mülga 3682 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun 4/a maddesi ile 1.6.2005 günlü Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun 5/1-a maddesinde, sırf askeri suçların adli sicile kaydedilemeyeceği, 765 sayılı (Eski) Türk Ceza Kanunu'nun 87/3. maddesi ile 5237 sayılı (Yeni) Türk Ceza Kanunu'nun 58. maddesinde sırf askeri suçlarla diğer suçlar arasında tekerrür hükümlerinin uygulanamayacağı hükümleri yer almıştır.

1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 47/A maddesinde, "Askeri mahkemelerden Askeri Ceza Kanununun Üçüncü Bab'ının Dördüncü Faslında yazılı suçlardan dolayı verilen cezalar tecil edilemez ve para cezasına veya tedbirlerden birine de çevrilemez. Aynı Kanunun Üçüncü Bab'ının Üçüncü Fası ile 84 üncü maddesi hariç olmak üzere 5 inci ve 130 uncu maddesi hariç olmak üzere sekizinci fasıllarında yazılı suçlardan dolayı verilen cezalar tecil edilemez." hükmüne, aynı Kanun'un 3. Bab, 3. Fasil, 66. maddesinde firar suçuna ve bu suçun müeyyidesine, Kara Kuvvetleri Komutanlığı Askeri Mahkemesi kararının verildiği tarihte yürürlükte olan Mülga 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun'un 4/son maddesinde sırf askeri suçlar nedeniyle verilen hapis cezalarının para cezasına veya diğer tedbirlerden birisine çevrilemeyeceği hükümlerine yer verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, davacının 2002 yılında er olarak Ankara Etimesgut Askeri Birliklerde askerlik hizmetini yaptığı sırada, firar suçundan yargılandığı Kara Kuvvetleri Komutanlığı Askeri Mahkemesinin 23.12.2003 günlü, E:2003/1182, K:2003/1276 sayılı kararıyla Askeri Ceza Kanun'un 66/1-a maddesi uyarınca neticede 10 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına, sanığın sabit görülen suçunun sırf askeri suç niteliğinde olması nedeniyle Askeri Ceza Kanunu'nun 47/A ve 647 sayılı Kanun'un 4. maddesi uyarınca verilen cezanın ertelenmesine ve paraya çevrilmesine yer olmadığına karar verildiği, anılan kararın Askeri Yargıtay tarafından 26.10.2005 günlü kararla onanarak kesinleştiği, bu arada davacının, özürlü kontenjanından girdiği sınavda başarılı olarak Diyarbakır Lice Halis Toprak Vakfı Devlet Hastanesi'nde sağlık memuru olarak atanarak 21.4.2006 tarihinde göreve başladığı, Askeri Mahkemece verilen mahkumiyetin infazıyla ilgili bilgi ve belgelerin davalı idareye bildirilmesi üzerine davacının kesinleşen 10 ay hapis cezası mahkumiyetinin bulunması nedeniyle 657 sayılı Kanun'un 48/A-5 maddesinde yer alan ve memuriyete girişte aranılan 6 aydan fazla hapis cezası ile hükümlü olmamak koşulunu kaybettiği öne sürülerek aynı Kanun'un 98/b maddesi uyarınca 23.7.2007 günlü işlemle görevine son verildiği, bu işlemin iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Uyuşmazlıkta, davacının askerlik hizmetini yapmakta iken işlediği firar suçundan yargılanarak aldığı hürriyeti kısıtlayıcı cezanın, 657 sayılı Kanun'un 48/A-5 maddesi kapsamında bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi, bu bağlamda da "sırf askeri suç" kavramının niteliğinin ortaya konulması gerekmektedir.

1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun, "Askeri Suçlar ve Kabahatler ve Cezalar" başlıklı Birinci Kısım ile "Disiplin Cezaları" başlıklı İkinci Kısım olmak üzere iki kısımdan oluştuğu, Birinci Kısım Birinci Bap 1. maddesinde, Türk Ceza Kanunu'na göre cürümler ve cezalar hakkında umumi suretle cari olan esasların bu kanunda hilafı yazılı olmadıkça askeri cürümler ve cezalar hakkında da tatbik olunacağı, 1/1. maddesinde, bu kanunun ölüm, ağır hapis ve hapis cezalarıyla cezalandırdığı suçların askeri cürümler; 1/2. maddesinde ise, bu kanunun kısa hapis cezasıyla cezalandırdığı suçların askeri kabahatler olduğu, 2. maddesinde, askeri şahısların askeri olmayan suçları için Türk Ceza Kanunu hükümlerinin tatbik olunacağı, Birinci Kısım Üçüncü Bab'ta da cürümler ve cezaların düzenlendiği görülmektedir. Dolayısıyla, Askeri Ceza Kanununda 49/C ve Ek 8/2. maddelerinde olduğu gibi bazı maddelerinde sırf askeri suç kavramına yer verilmiş ise de, söz konusu kavramın açık bir tarifinin yapılmadığı görülmüştür.

26.10.1975 günlü, 15395 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Askeri Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurulu'nun 20.6.1977 günlü, E:1975/6, K:1975/4 sayılı kararıyla sırf askeri suç kavramına açıklık getirilmiş, anılan Kurul Kararı'na göre, hiç bir Ceza Kanunu ile cezalandırılmayan askeri suçlardan, yalnız askerler tarafından işlenebilen suçlar, hem failinin yalnızca asker olabilmesi, hem de suçun tüm unsurları ve cezalarının yalnız Askeri Ceza Kanununda yer alması niteliğindeki suçlar sırf askeri suçlar olarak tanımlanmış, aynı Kararda, Askeri Ceza Kanunu'nun 66. maddesinde düzenlenmiş olan firar suçunun da sırf askeri suç olduğu belirtilmiştir. Bu tarif doğrultusunda, Askeri Yargıtay'ın içtihatlarıyla Askeri Ceza Kanunda yer alan suçlardan firar, askeri itaat ve inkıyadı bozan suçlar gibi bir kısım suçlar sırf askeri suç olarak kabul edilmiştir.

Yukarıda yer alan mevzuatın değerlendirilmesinden, firar suçunun sırf askeri suç kapsamında bulunduğu, sırf askeri suçlardan verilen cezaların Askeri Ceza Kanununun 47/A maddesi uyarınca paraya çevrilmesi ve ertelenmesinin mümkün bulunmadığı, Adli Sicil Kanunu hükmü uyarınca sırf askeri suçlardan verilen cezaların adli sicile işlenmediği, memuriyete engel suçların düzenlendiği 657 sayılı Kanunun 48/A-5 maddesinde sırf askeri suçların ayrıca sayılmadığı anlaşılmaktadır.

Olayda, firar suçunun Askeri Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu kararı uyarınca sırf askeri suç kapsamında bulunması, sırf askeri suçların yukarıda açıklanan niteliği göz önüne alındığında memuriyete engel teşkil eden suçların düzenlendiği 657 sayılı Kanunun 48/A-5

maddesinde sayılmaması karşısında; sırf askeri suçlar nedeniyle Askeri Mahkemelerce verilen hapis cezalarının, 657 sayılı Kanunun 48/A-5 maddesi kapsamında Devlet memurluğuna atanmaya engel teşkil ettiğinin kabulüne olanak bulunmadığından, davacının askerlik hizmetini yaptığı sırada işlediği firar suçundan dolayı Askeri Mahkemece yargılanması sonucu verilen ve kesinleşen 10 ay hapis cezası mahkumiyetinin bulunması nedeniyle 657 sayılı Kanun'un 48/A-5 maddesinde yer alan ve memuriyete girişte aranılan 6 aydan fazla hapis cezası ile hükümlü olmamak koşulunu kaybettiği öne sürülerek aynı Kanun'un 98/b maddesi uyarınca görevine son verilmesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Bu durumda, davacının görevine son verilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davanın görülmesi sırasında memuriyete girişte aranılan hapis cezası miktarının 6 aydan 1 yıla çıkarıldığı anlaşıldığından yeni kanun değişikliğinin davacı lehine olması nedeniyle işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptali yolunda verilen İdare Mahkemesi kararının gerekçesinde hukuki isabet bulunmamakta ise de, karar sonucu itibarıyla yerindedir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin reddiyle Diyarbakır 2. İdare Mahkemesince verilen 22.10.2008 günlü, E:2008/521, K:2008/1782 sayılı kararın yukarıda belirtilen gerekçelerle onanmasına, temyiz giderlerinin istemde bulunan davalı idare üzerinde bırakılmasına, 24.6.2011 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Onikinci Daire

Esas No : 2008/4925
Karar No : 2011/3569

Özeti : Soruşturmaya konu olayla ilişkisi olan, bu eylemden zarar gören kişinin davacı hakkında soruşturma yapmasının disiplin hukuku ilkelerine uygun bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı): Gelir İdaresi Başkanlığı

Karşı Taraf : ...

Vekili : Av. ...

İsteğin Özeti : Ankara 13. İdare Mahkemesince verilen 14.5.2008 günlü, E:2007/2163, K:2008/878 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 : Şengül Güler

Düşüncesi : İdare Mahkemesince verilen karar ve dayandığı gerekçe hukuk ve usule uygun olup, bozulmasını gerektirecek bir neden de bulunmadığından anılan kararın onanması gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı : 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:

Dava; Vergi Dairesi Müdürü olarak görev yapan davacının, 657 sayılı Yasa'nın 125/D-ı maddesi uyarınca üç yıl süreyle kademe ilerlemesinin durdurulması cezası ile cezalandırılmasına, ancak, öğrenim durumu itibarıyla yükselebileceği derecenin son kademesinde bulunması nedeniyle, bu cezanın, brüt aylığının 1/2 oranında kesilmesi suretiyle uygulanmasına ilişkin 26.7.2007 günlü Merkez Disiplin Kurulu kararının iptali, bu işlem nedeniyle yoksun kaldığı özlük ve parasal haklarının yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açılmıştır.

Ankara 13. İdare Mahkemesinin 14.5.2008 günlü, E:2007/2163, K:2008/878 sayılı kararıyla; davacının 3.11.2006 ve 7.11.2006 tarihlerinde, Teftiş Kurulu Başkanı ve gayrimenkul satın aldığı bir kişi ile ilgili olarak VEDOP sisteminden sorgulama yaptığının, hakkında yapılan soruşturma ile sübuta erdiği anlaşılmakla birlikte, davacının bu eyleminin, disiplin cezasının yasal dayanağı olan "görevin yerine getirilmesinde kişilerin yarar veya zararını hedef tutan davranışlarda bulunmak" fiili ile hukuken bağdaşmadığı, bu nedenle dava konusu işlemde hukuka ve mevzuat hükümlerine uyarlık görülmediği gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline, bu işlem nedeniyle yoksun kaldığı parasal haklarının davacıya iadesine karar verilmiştir.

Davalı idare; davacının fiilinin karşılığı olan disiplin cezası ile cezalandırıldığını ileri sürmekte ve İdare Mahkemesince verilen kararın temyizden incelenerek bozulmasını istemektedir.

Olayda; İdare Mahkemesince, davacının eyleminin "kişilerin yarar ve zararını hedef tutan davranışlarda bulunmak" kapsamında kabul edilemeyeceği sonucuna varılarak hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlem iptal edilmiş ise de; davacı ve diğer kişilerle ilgili olarak VEDOP sistemine girilerek iştirak halinde usulsüz sorgulamalar yapıldığı ve verilen yetkilerin suistimal edilerek bu kişilerin ve kurumların kişisel verilerinin hukuka aykırı şekilde ele geçirildiği suçlamasıyla disiplin soruşturması açılmış olup, davacının, disiplin soruşturmasını başkan sıfatıyla yürüten Teftiş Kurulu Başkan Vekili olan kişi ve bu kişinin geyrimenkul satın aldığı kişi hakkında VEDOP sisteminde usulsüz sorgulama yaptığı için dava konusu disiplin cezası ile cezalandırıldığı hususu göz önüne alındığında; soruşturma konusu olayla ilgisi bulunan ve anılan eylemden zarar gördüğü açık olan Teftiş Kurulu Başkan Vekilinin aynı zamanda soruşturmacı sıfatıyla davacı hakkında soruşturma yapması disiplin hukuku ilkelerine uygun bulunmadığından, söz konusu soruşturma raporuna dayalı tesis edilen işlemde bu nedenle hukuka uyarlık görülmediğinden, İdare Mahkemesince dava konusu işlemin bu gerekçeyle iptali gerekirken yukarıda belirtilen gerekçeyle işlemin iptaline karar verilmesinde hukuki isabet bulunmamakta ise de, karar sonucu itibarıyla yerinde görülmüştür.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin reddi ile Ankara 13. İdare Mahkemesince verilen 14.5.2008 günlü, E:2007/2163, K:2008/878 sayılı kararın, yukarıda belirtilen gerekçe ile sonucu itibarıyla onanmasına, yargılama giderlerinin istemde bulunan davalı idare üzerinde bırakılmasına, 30.6.2011 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Onikinci Daire
Esas No : 2011/5000
Karar No : 2011/3620

Özeti : Davacı kendisi hakkında tesis edilen 3 ayrı disiplin cezasından bir tanesi hakkında iptal talebinde bulunduğu halde, mahkemece diğer cezalar hakkında da hüküm kurulmasında hukuka uyarlık bulunmadığı gibi; bir alt cezayı, esas cezayı vermeye yetkili kurulun vermesi gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan(Davacı): ...

Karşı Taraf : 1) Tarım ve Köy İşleri Bakanlığı
2) Hatay Valiliği

İsteğin Özeti : Hatay İdare Mahkemesi'nce verilen 7.3.2008 günlü, E:2006/957, K:2008/261 sayılı kararın, dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Tarım ve Köy İşleri Bakanlığı Savunmasının Özeti : Tarım ve Köy İşleri Bakanlığı: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.

Hatay Valiliği Savunmasının Özeti: Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : N.Başak Mahmat

Düşüncesi : İdare Mahkemesince verilen karar ve dayandığı gerekçe hukuk ve usule uygun bulunmadığından, anılan kararın bozulması gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı : Gülen Aydınöğlu

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onikinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

Dava, Hatay Valiliği İl Disiplin Kurulunun 12.7.2005 gün ve 16 sayılı kararı ile Hatay Tarım İl Müdürlüğü'nün 12.8.2005 günlü ve 6969 sayılı işleminin iptali istemiyle açılmıştır.

Hatay İdare Mahkemesi'nin 7.3.2008 günlü, E:2006/957, K:2008/261 sayılı kararıyla; davacının, Bursa -Karacabey'e düzenlenen üç gezinin giderlerinin Tarım İl Müdürlüğü'nce karşılanmasına rağmen geziye katılan çiftçilerden para toplayarak haksız menfaat elde ettiği,görevinin sağladığı ayrıcalığı kullanarak bazı çiftçilere sertifikasız tohum satıp faturalarını vermediği,tarım danışmanlarınca hazırlanan projeleri para karşılığı sattığı ve 28.2.2005 tarihli Valilik Olur'una istinaden Mersin-Tarsus'a gidilmesi gerekirken bu olura dayanarak Osmaniye ve Adana'ya gidildiği, yapılan şikayetler üzerine yapılan soruşturma neticesinde muhakkik tarafından davacıya tohum satışı ve projelerin çiftçilere ücretli satılması ile ilgili olarak aylıktan kesme, gerçeğe aykırı yolluk bildirimi düzenlemesi ile ilgili olarakta kademe ilerlemesinin durdurulması cezalarının teklif edildiği, İl Disiplin Kurulu tarafından, davacının tohum ve proje satışı ile ilgili fiilinin hizmet içinde Devlet memurunun

itibar ve güven duygusunu sarsacak nitelikte bulunduğu gerekçesiyle aylıkTan kesme , gerçeğe aykırı beyan sonucu usulsüz yolluk olarak Hazineyi zarara uğrattığı gerekçesiyle muhakkik tarafından teklif edilen kademe ilerlemesinin durdurulması cezası yerine, davacının 5 yıllık sicil notlarının iyi olması nedeniyle bir alt ceza olan aylıktan kesme cezası ile cezalandırılabilceği, bu cezaların ise kurumun kendi disiplin amiri tarafından uygulanması gerektiğinin belirtildiği, bunun üzerine uygulanan disiplin cezasına ilişkin dava konusu işlemde, dosyada ve soruşturma raporunda yer alan bilgi, belge, tanık ifadelerinden, hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine hükmedilmiştir.

Davacı; işlemin hukuk ve usule aykırı olduğunu öne sürmekte ve İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

Dosyanın incelenmesinden;Hatay Tarım İl Müdürlüğünde Şube Müdürü olarak görev yapan davacı hakkında üç disiplin cezası teklif edildiği, İl Disiplin Kurulu tarafından uygun görülen disiplin cezalarının kurumun disiplin amiri tarafından uygulanması gerektiği, bu hüküm uyarınca sadece usulsüz yolluk olarak Hazineyi zarara uğrattığı gerekçesiyle davacı hakkında teklif edilen kademe ilerlemesinin durdurulması cezası yerine 5 yıllık sicil notlarının iyi olması nedeniyle bir alt ceza olan aylıktan kesme cezası ile cezalandırıldığı anlaşılmaktadır.

Bununla birlikte; davacı hakkında üç disiplin cezası verildiği, bu cezalardan disiplin amiri tarafından uygulanan gerçeğe aykırı yolluk bildirim düzenlemesi ile ilgili olarak teklif edilen kademe ilerlemesinin durdurulması cezası yerine davacının 5 yıllık sicil notlarının iyi olması nedeniyle bir alt ceza olan aylıktan kesme cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işlemin davacı tarafından dava konusu edildiği, diğer iki disiplin cezasının ise uygulanıp uygulanmadığı hakkında bir belgeye rastlanılmadığı, bu sebeple anılan iki disiplin cezası yönünden İdare Mahkemesi tarafından hüküm kurulmasında hukuka uyarlık bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Öte yandan uyarma, kınama, aylıktan kesme ve kademe ilerlemesinin durdurulmasına ilişkin disiplin cezalarının hangi makamlar tarafından karara bağlanacağı, karara bağlanan bu disiplin cezalarının ise hangi makamlar tarafından onaylanacağı yasa ile belirlenmiştir. Bu kapsamda, disiplin kurullarının ayrı bir ceza tayinine yetkisi olmadığı hususu açık olmakla birlikte, kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını gerektiren eylem nedeniyle yapılan soruşturma sonucu soruşturmacı tarafından önerilen cezayı değerlendiren yetkili disiplin kurullarının eylemi sabit görmesi, fakat geçmiş hizmetleri sırasındaki çalışmaları olumlu olanlar ve iyi veya çok iyi derecede sicil alanlar için bir alt ceza uygulanması yönünde kanaate varması halinde; disiplin kurullarının bu yetkilerini kendilerinin kullanacağı, verecekleri kararların ise Kanun'da belirtilen makamlar tarafından onaylanacağı kuşkusuzdur.

Davacı hakkında yapılan soruşturma sonucunda 657 sayılı Yasa'nın 125/D-f maddesi uyarınca kademe ilerlemesinin durdurulması cezası ile cezalandırılmasının teklif edildiği, İl Disiplin Kurulunca ise teklif uygun görülmeyle birlikte, davacının son 5 yıllık sicil notlarının olumlu olduğu göz önüne alınarak, 12.7.2005 günlü ve 16 sayılı karar ile alt ceza uygulanarak davacının aylıktan kesme cezası ile cezalandırılmasının gerektiğinin belirtilmesi üzerine kurumun disiplin amiri tarafından bu ceza ile cezalandırıldığı anlaşılmıştır.

Bu durumda, kanunda öngörülen koşulların varlığı halinde bir alt ceza uygulanması ayrı bir disiplin cezası niteliği taşımadığından, başka bir ifade ile asıl ceza yetkili disiplin kurulu veya disiplin amiri tarafından uygun görülen ceza olduğundan, doğrudan kademe ilerlemesinin durdurulması cezası vermeye yetkili olmayan vali tarafından alt ceza uygulanmak suretiyle aylıktan kesme cezası ile cezalandırmaya ilişkin olarak tesis olunan dava konusu işlemde yetki unsuru açısından hukuka uyarlık bulunmadığı anlaşıldığından İdare Mahkemesince işin esasına girilerek karar verilmesinde hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüyle Hatay İdare Mahkemesi'nce verilen 7.3.2008 günlü, E:2006/957, K:2008/261 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, 1.7.2011 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Onikinci Daire

Esas No : 2010/3131
Karar No : 2011/3621

Özeti : 6111 sayılı Yasa'nın 113. ve 117. maddeleri karşısında artık uyarma ve kınama cezalarının incelenmesi gerektiği hakkında.

Kararın Düzeltilmesini İsteyen (Davacı): ...

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : 1- Başbakanlık
2- Dışişleri Bakanlığı

İsteğin Özeti : Ankara 4. İdare Mahkemesince verilen 11.7.2007 günlü, E:2007/437, K:2007/1712 sayılı kararın onanmasına dair Danıştay Onikinci Dairesinin 8.12.2009 günlü E:2007/6660, K:2009/6762 sayılı kararının düzeltilmesi isteminden ibarettir.

Başbakanlık'ın Savunmasının Özeti : İleri sürülen nedenlerin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 54. maddesine uymadığı, bu nedenle istemin reddi gerekeceği yolundadır.

Dışişleri Bakanlığı'nın Savunmasının Özeti : İleri sürülen nedenlerin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 54. maddesine uymadığı, bu nedenle istemin reddi gerekeceği yolundadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : N Başak Mahmat

Düşüncesi : Anayasa ve 657 sayılı Yasanın ilgili maddelerinde yapılan değişiklikten sonra uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolu açılmış olup, İdare Mahkemesince yeni oluşan hukuki durum gereği dava konusu kınama cezası hakkında işin esasına girilerek bir karar verilmesi gerektiğinden kararın bozulması gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı : Gül Filiz Ercan Aslantaş

Düşüncesi : Davacının 657 sayılı Yasa uyarınca kınama cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davanın incelenmeksizin reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararının onanmasına ilişkin Danıştay 12. Dairesi kararının davacı tarafından düzeltilmesi istenilmektedir.

Hak arama özgürlüğüne yönelik temel hükümler içeren ve uluslararası ölçekli insan hakları hukukunun kaynağı olan ve Türkiye tarafından imzalanarak yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medeni Haklar Uluslararası Sözleşmesinin "adil yargılanma hakkı" başlıklı 14.maddesinin mahkemeye başvurma hakkının hiçbir şekilde kısıtlanmamasını öngören hükümleri ile "uyarma" ve "kınama" cezalarına karşı yargı yolunu kapayan iç hukuk düzenlemelerinin aynı konu hakkında farklı hükümler içermesi nedeniyle, Anayasa'nın 90.maddesinde yargı organlarını da bağlayıcı şekilde yapılan değişiklik sonrasında oluşan son hukuki durum karşısında, BM Siyasi ve Medeni Haklar Uluslararası Sözleşmesinin 14/1.maddesinin bu uyumsuzlukta esas alınması gereken hukuk kuralı olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Bu itibarla "uyarma" ve "kınama" cezalarına karşı yargı yolunu kapayan iç hukuk kuralları yerine, "adil yargılanma hakkı", "hak arama özgürlüğü" ve "mahkemeye başvurma hakkı" ilkeleri doğrultusunda dava açılması gerektiğini kurala bağlayan anılan Sözleşme hükmünün uyumsuzlukta esas alınması suretiyle davacıya 657 sayılı Yasauyarınca verilen "kınama" cezasına karşı açılan davanın esasının incelenmesi gerekmektedir.

Belirtilen nedenle davacının karar düzeltme isteminin kabul edilerek, davanın incelenmeksizin reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararının bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onikinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

Dava, Dış Ticaret Müsteşarlığı Brüksel Ticaret Müşavirliğinde yerel uzman olarak görev yapan davacının, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125/A-d maddesi uyarınca kınama cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Ankara 4. İdare Mahkemesince verilen 11.7.2007 günlü, E:2007/437, K:2007/1712 sayılı kararla; Anayasanın 129. maddesi ve 657 sayılı Yasa'nın 135. ve 136. maddeleri uyarınca kınama cezasına karşı yargı yolu kapatılmış olduğundan, davanın esasının incelenmesine olanak bulunmadığı gerekçesiyle davanın incelenmeksizin reddine karar verilmiş, bu kararın temyiz istemi üzerine Danıştay Onikinci Dairesinin 8.12.2009 günlü E:2007/6660, K:2009/6762 sayılı kararıyla onanmasına karar verilmiştir.

Davacı; dava konusu işlemin hukuk ve usule uygun olmadığını öne sürmekte ve Danıştay Onikinci Dairesince verilen 8.12.2009 günlü E:2007/6660, K:2009/6762 sayılı kararın düzeltilerek Mahkeme kararının bozulmasını istemektedir.

Kararın düzeltilmesi dilekçesinde öne sürülen nedenler 2577 sayılı İdari Yargılama Kanununun 54.maddesinin (c) bendine uygun görüldüğünden Danıştay Onikinci Dairesinin 8.12.2009 günlü E:2007/6660, K:2009/6762 sayılı kararının kaldırılmasına karar verilerek uyumsuzluğun esası yeniden incelendi;

T.C. Anayasası'nın 129. maddesinde yer alan uyarma ve kınama cezaları dışında disiplin kararlarının yargı denetimi dışında bırakılamayacağına ilişkin düzenleme 5982 sayılı Kanun'un 13/3. maddesi ile disiplin kararlarının yargı denetimi dışında bırakılamayacağı şeklinde değiştirilmiştir.

25.2.2011 günlü, 27857 sayılı 1. Mükerrer Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6111 sayılı Kanun'un 113. maddesi ile 657 sayılı Kanun'un 135. maddesi "Disiplin amirleri tarafından verilen uyarma, kınama ve aylıktan kesme cezalarına karşı disiplin kuruluna, kademe ilerlemesinin durdurulması cezasına karşı yüksek disiplin kuruluna itiraz edilebilir. İtirazda süre, kararın ilgiliye tebliği tarihinden itibaren yedi gündür. Süresi içinde itiraz edilmeyen disiplin cezaları kesinleşir.İtiraz mercileri, itiraz dilekçesi ile karar ve eklerinin kendilerine intikalinden itibaren otuz gün içinde kararlarını vermek zorundadır. İtirazın kabulü hâlinde, disiplin amirleri kararı gözden geçirerek verilen cezayı hafifletebilir veya tamamen kaldırabilirler. Disiplin cezalarına karşı idari yargı yoluna başvurulabilir." şeklinde değiştirilmiş, aynı kanunun 117. maddesi ile de, uyarma ve kınama cezalarına karşı 7 gün içinde itiraz edilebileceğini, itiraz edilmeyen veya itiraz üzerine verilen kararların kesin olduğunu ve bu kararlar aleyhine yargı yoluna başvurulamayacağını düzenleyen 657 sayılı Kanunun 136. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır.

Davanın açıldığı ve temyize konu kararın verildiği tarihte uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolu kapalı olmakla birlikte, yukarıda yer verilen Anayasa ve yasa değişiklikleri uyarınca uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolu açılmış olup, İdare Mahkemesince yeni oluşan hukuki durum gereği dava konusu uyarma cezası hakkında işin esasına girilerek bir karar verilmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz talebinin kabulü ile Ankara 4. İdare Mahkemesince verilen 11.7.2007 günlü, E:2007/437, K:2007/1712 sayılı kararının 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, 1.7.2011 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Onikinci Daire

Esas No : 2008/1695
Karar No : 2011/3752

Özeti : 657 sayılı yasa uyarınca kınama cezası ile cezalandırılan davacının bu ceza nedeniyle ayrıca ek ödemesinin ve ikramiyesinin kesilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : ...

İsteğin Özeti : Ankara 12. İdare Mahkemesi'nce verilen 22.2.2007 günlü, E:2005/2411, K:2007/149 sayılı kararın, dilekçede yazılı nedenlerle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Tülay Şeran Balaban

Düşüncesi : İdare Mahkemesince verilen karar ve dayandığı gerekçe hukuk ve usule uygun olup, bozulmasını gerektirecek bir neden de bulunmadığından anılan kararın onanması gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı : 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 Onbirinci ve Onikinci Daireleri'nce 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun Ek 1. maddesi uyarınca birlikte yapılan toplantıda işin gereği düşünüldü:

Dava, Bağ-Kur Genel Müdürlüğünde müfettiş olarak görev yapan davacının, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125/B-m maddesi uyarınca kınama cezası ile cezalandırılmasına ilişkin 9.8.2005 günlü işlemin iptali ile bu ceza nedeniyle kesilen ek ödeme ve ikramiye tutarlarının yasal faiziyle birlikte tazminine karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

Ankara 12. İdare Mahkemesi'nin 22.2.2007 günlü, E:2005/2411, K:2007/149 sayılı kararıyla; dosyasının incelenmesinden davacının yaptığı soruşturma sonucunda düzenlediği 5.2.2001 tarihli ve 1 sayılı rapor ile ilgili hususları basına intikal ettirdiği gerekçesiyle hakkında açılan soruşturma sonucunda düzenlenen raporda, daha önce yazdığı ve kendisinden başka bir kimsenin detaylarını bilmesi mümkün olmayan soruşturma raporunun Personel ve Eğitim Dairesi Başkanı ...'ı hedef alan içeriğinin ve üst yönetimi hedef alan yorumlarının Cumhuriyet Gazetesi'nin 20.12.2003 tarihli nüshasında yayımlanmasını

sağladığı belirtilmekle birlikte, Bağ-Kur Genel Müdürlüğü Teftiş Kurulu Başkanlığı'nca ... Gazetesinde 20.12.2003 tarihinde yayımlanan soruşturmaya konu haberin yazarına, bu konudaki bilgileri kimden aldığı, haberinin kaynağının kim olduğunun sorulduğu halde herhangi bir yanıt alınamadığı, soruşturma raporunu basına davacının sızdırdığına ilişkin başka bir somut kanıt da bulunmadığı, buna rağmen davacının 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125. maddesinin B/m bendi uyarınca kınama cezası ile cezalandırılmasının teklif edildiği, bu teklif doğrultusunda kınama cezası ile cezalandırıldığı, öte yandan bu işlem nedeniyle Bağ-Kur Genel Müdürlüğü İkramiye Yönerge'sinin 16. ve Ek Ödemeye İlişkin Usul ve Esasların 16. maddesi uyarınca davacının maaşında ek ödeme ve ikramiye kesintisi yapıldığının anlaşıldığı, olayda, dava dosyasında ve soruşturma raporunda yer alan bütün bilgi ve belgelerin birlikte değerlendirilmesinden, kendisi tarafından hazırlanan 5.2.2001 gün ve 1 sayılı soruşturma raporunda yer alan bilgileri basına sızdırdığına ilişkin yeterli, somut bilgi ve belge bulunmadığı sonuç ve kanaatine ulaşıldığından, davacının kınama cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işlemde hukuka uyarlık görülmediği, öte yandan, hukuka aykırılığı saptanan dava konusu işlem nedeniyle davacının maaşından yapılan ek ödeme ve ikramiye kesintilerinin de Anayasa'nın 125. maddesi uyarınca davacıya ödenmesi gerektiği gerekçesiyle işlemin iptaline, bu işlem nedeniyle davacının maaşından yapılan ek ödeme ve ikramiye kesintilerinin davanın açıldığı 1.12.2005 tarihinden itibaren hesaplanacak yasal faiziyle birlikte davacıya ödenmesine karar verilmiştir.

Davalı idare, davacı hakkında tesis edilen işlemlerin hukuka uygun olduğunu ileri sürmekte ve İdare Mahkemesince verilen kararın temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

Davanın açıldığı ve temyize konu kararın verildiği tarihte uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolu kapalı olduğundan, idare mahkemesince kınama cezasına ilişkin kısımları yönünden davanın incelenmeksizin reddi gerekirken işin esasına girilerek karar verildiği görülmekle birlikte, uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunu kapatan Anayasa hükmü ve 657 sayılı Yasa'nın ilgili maddelerinde yapılan değişiklikten sonra söz konusu cezalara karşı yargı yolu açıldığından, yeni oluşan hukuki durum gereği bu husus kararı sakatlayacak nitelikte görülmemiştir.

657 sayılı Kanun'un ilgili maddelerinde, Devlet memurları tarafından disiplin cezasını gerektirecek fiillerin işlenmesi durumunda, bu fiiller nedeniyle verilecek disiplin cezaları belirlenmiştir. Bu cezalar arasında uyarma ve kınama cezası da bulunmaktadır.

Herhangi bir disiplin cezası alanlara ayrıca bir de aylıktan kesme cezası niteliğinde, belli bir süre hiç ek ödemediği yararlandırmama veya ek ödeme tutarından kesinti yapılması yoluna gidilmesinde hukuka uygunluk bulunmamaktadır. Zira disiplin cezasına konu eylemler için uygulanacak yaptırım mevzuatta belirlenmiş olup, idari düzenlemeyle disiplin cezasının yanında aynı eylemden dolayı bir de gelir mahrumiyetine yol açacak biçimde düzenleme getirilmesine olanak tanıyan bir yetki davalı idareye tanınmamış olup, Devlet Memurları Kanunun 125. maddesi uyarınca kınama cezası ile cezalandırıldığı anlaşılan davacının, bu cezalar nedeniyle ek ödemesinin ve ikramiyesinin kesilmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Bu durumda, davacının, disiplin cezası ile cezalandırıldığından bahisle kesilen ek ödeme ve ikramiye tutarlarının yasal faiziyle birlikte tazminine karar verilmesi isteminin, yukarıda belirtilen gerekçeyle kabulü gerekirken, dayanağı kınama cezası işleminin hukuka aykırılığı saptandığından ve Anayasanın 125. maddesinde idarenin işlem ve eylemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu hükmü gereğince, dava konusu işlem nedeniyle davacının ödenmeyen ek ödeme tutarlarının hesaplanarak dava açma tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte tazminine hükmedilmesinde gerekçe yönünden hukuki isabet bulunmamakla birlikte kararın bu kısmı sonucu itibarıyla yerindedir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin reddi ile Ankara 12. İdare Mahkemesi'nce verilen 22.2.2007 günlü, E:2005/2411, K:2007/149 sayılı kararın, yukarıda

belirtilen gerekçelerle onanmasına, temyiz giderlerinin istemde bulunan davalı idare üzerinde bırakılmasına, 8.7.2011 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.

DANIŞTAY

Onikinci Daire

Esas No : 2008/6128

Karar No : 2011/3854

Özeti : Davacının kıdem durumu, mevcut boş kadro sayısı ve terfi edenlerin çoğunluğunun sicil ve başarı durumları karşısında davacının 1. sınıf emniyet müdürlüğüne yükseltilmemesinde hukuka aykırılık görülmediği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı): İçişleri Bakanlığı

Karşı Taraf : ...

Vekili : Av. ...

İsteğin Özeti : Elazığ İdare Mahkemesince verilen 21.4.2008 günlü, E:2007/1356, K:2008/816 sayılı kararın dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

Savunmanın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.

Danıştay Tetkik Hakimi : Oğuz Özkarlı

Düşüncesi : İdare Mahkemesince verilen karar ve dayandığı gerekçe hukuk ve usule uygun olup, bozulmasını gerektirecek bir neden de bulunmadığından anılan kararın onanması gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı : Gül Filiz E. 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, 2. sınıf emniyet müdürü olarak görev yapan davacının, 2007 yılı terfi döneminde 1. sınıf emniyet müdürlüğü rütbesine terfi ettirilmemesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Elazığ İdare Mahkemesince verilen 21.4.2008 günlü, E:2007/1356, K:2008/816 sayılı kararla; 2. sınıf emniyet müdürü olarak görev yapan davacının, 2007 yılında bir üst rütbeye terfi değerlendirmesine alınan 2. sınıf emniyet müdürleri için hazırlanan kıdem tablosunda 173. sırada yer aldığı, 110 personelin terfi ettirildiği, kıdem ve liyakat yönünden bir üst rütbeye terfi için gerekli yeterliliğe sahip olan davacının, kendisinden daha kıdemsizlerin terfi ettirilmesine karşın hukuken kabul edilebilir mahiyette ve haklı bir neden olmaksızın bir üst rütbeye terfi ettirilmemesine ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline hükmedilmiştir.

Davalı idare; 425 2. sınıf emniyet müdürünün durumunun görüşülüp 110 kişinin 1. sınıf emniyet müdürlüğü rütbesine yükseltildiğini, davacının 173. sırada yer aldığını, işlemde hukuka aykırılık bulunmadığını öne sürmekte ve İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu'nun 4638 sayılı Yasa ile değişik 55.maddesinde; emniyet müdürlüğü sınıfları ve en az bekleme süreleri belirtilen terfilerin kıdem ve liyakata göre yapılacağı, rütbede belirlenen zorunlu bekleme süreleri sonunda bir üst rütbeye terfi edebilmek için bekleme süresi kadar olumlu sicil alıp bir üst rütbede boş kadronun olması gerektiği ve kıdem sırasının her yıl duyurulacağı, polis amirlerinin bir üst rütbeye terfiinde bu rütbedeki fiili çalışma süresinin esas alınacağı ve kıdem sırasının tesbitinde bulunulan rütbeye terfi tarihinin esas alınacağı hükme bağlanmıştır.

10.8.2001 günlü 24489 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Emniyet Hizmetleri Sınıfı Personeli Rütbe Terfileri ve Değerlendirme Kurullarının Çalışmalarına İlişkin Yönetmeliğin 9.maddesinde, polis amirlerinin rütbelere terfilerinin bu Yönetmeliğin 11. maddesinde belirtilen şartları taşımak kaydıyla kıdem ve liyakata göre yapılacağı vurgulanmış olup, 10. maddesinde rütbe yükselme şartları belirtilmiş, 16. maddesinde de kıdem sırasının tesbitinde nelerin belirleyici olduğu kurallara bağlanmıştır.

Yukarıda belirtilen mevzuatın değerlendirilmesinden; Yüksek Değerlendirme Kurulunca, bir amirin bir üst rütbeye terfi ettirilip ettirilemeyeceği hususundaki değerlendirmesini, ilgili amirin kıdem ve liyakatini göz önünde bulundurmak suretiyle yapacağı, liyakatin yerinde olup olmadığının değerlendirilmesinde ise personelin aldığı sicil, ödül ve takdirnamesi, eğitim ve öğrenimle kazanılan bilgi, beceri ve davranışlar ile geçmiş hizmetlerinde almış olduğu cezalar, geçirdiği ve devam eden soruşturmaların niteliğine göre belirlenecek terfi yeterliliği gibi unsurları dikkate alacağı kuşkusuzdur.

Dosyanın incelenmesinden, 2. Sınıf Emniyet Müdürü olan davacının, 1. sınıf Emniyet Müdürlüğü rütbesine yükselmeyi hak eden emniyet müdürleri için hazırlanan 2007 yılı kıdem listesinde, 173. sırada yer aldığı, 2007 yılında Emniyet Genel Müdürlüğü Yüksek Değerlendirme Kurulunca 110 emniyet müdürünün 1. sınıf Emniyet Müdürlüğü rütbesine terfi ettirilmesine karar verildiği, davacının sicil not ortalamasının 92 olduğu, anlaşılmıştır.

Yüksek Değerlendirme Kurulunun disiplin ve hiyerarşiyi bozmamak için mevcut boş kadrolara en kıdemli ve liyakatliyi tespit ederek bu sıralamaya göre terfi işlemlerini yapması gerekmektedir. Polis amirlerinin bir üst rütbeye atanmalarında öncelikle kıdem esas olduğu ancak, bulundukları rütbedeki en az bekleme sürelerini dolduranların da, liyakat esasına göre yasa ve yönetmelikte yer alan diğer hususların değerlendirilmesi sonucu bir üst rütbeye atanabilecekleri açıktır.

Bu durumda; 1. sınıf emniyet müdürlerinin ünvanlarının konumu, kadro sayısının sınırlı olması nedeniyle kıdem ve liyakata sahip 2. sınıf emniyet müdürlerinin hepsinin 1. sınıf emniyet müdürlüğü görevine atanma olanağının olmaması, 3201 sayılı Yasa'nın 55. maddesi uyarınca, bu kadrolara yapılan atamalarda idarenin kişileri kıdem ve liyakata göre değerlendirmeye tabi tutarak atarken kamu yararı ve hizmet gerekleri ile sınırlı olarak takdir yetkisini kullanabileceği hususları birlikte değerlendirildiğinde ve davacının kıdem sıralamasında terfi edecek ilk 110 kişi arasına giremeyerek 173. sırada yer alması, sicil ortalamasının ve takdir-taltif sayısının terfi eden personelin büyük bölümüne göre düşük kalması hususları da dikkate alındığında; davacının 1. sınıf emniyet müdürlüğü rütbesine yükseltilmemesinde hukuka aykırılık bulunmadığı kanaatine ulaşıldığından, dava konusu işlemin iptaline dair İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulüyle Elazığ İdare Mahkemesince verilen 21.4.2008 günlü, E:2007/1356, K:2008/816 sayılı kararın 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1/b fıkrası uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı Yasa ile değişik 3. fıkrası gereğince ve yukarıda belirtilen nedenler gözetilmek suretiyle yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, artan 6,00 TL. posta pulu ücretinin istemi halinde davalı idareye iadesine, 11.07.2011 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Davalı idarenin temyiz istemi reddedilerek hukuk ve usule uygun bulunan İdare Mahkemesi kararının onanması gerektiği görüşü ile aksi yöndeki çoğunluk kararına katılmıyoruz.

T.C.

DANIŞTAY

Onikinci Daire

Esas No : 2011/4211

Karar No : 2011/4109

Özeti : Davalı idarece yapılan komiser yardımcılığı kursu sınavında sorulan 100 sorudan 12 tanesinin hatalı bulunarak iptal edilmesi karşısında, sınava giren adayların puanlarının protokol hükümleri uyarınca yeniden hesaplanması gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalılar): 1. İçişleri Bakanlığı
2. Milli Eğitim Bakanlığı

Karşı Taraf : ...

İsteğin Özeti : Ankara 16. İdare Mahkemesince verilen 14.3.2011 günlü, E:2010/909, K:2011/252 sayılı kararın, dilekçede yazılı nedenlerle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Mahkeme kararının onanması gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Tufan Teke

Düşüncesi : Mahkeme kararının sonucu itibarıyla onanması gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı: Esmâ 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 dosya esastan tekemmül ettirildiğinden yürütmenin durdurulması istemi hakkında bir karar verilmeyerek işin gereği düşünüldü:

Dava, davacının, 2.5.2009 tarihinde yapılan komiser yardımcılığı kursu sınavında sorulan bazı soruların İdare Mahkemesi kararıyla iptal edilmesi üzerine yeniden yapılan değerlendirme sonucuna göre başarısız sayılmasına ilişkin işlemin iptali ile almış olduğu 77,93 puanın altında puan alarak kursa devam eden kursiyerlerin emsal alınarak sınavı kazanmış sayılması ve 2010 yılında açılacak olan komiser yardımcılığı kursuna katılmasına karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

Ankara 16. İdare Mahkemesince verilen 14.3.2011 günlü, E:2010/909, K:2011/252 sayılı kararla, Emniyet Genel Müdürlüğü'nün polis amiri ihtiyacını karşılamak amacıyla 2009-2010 eğitim öğretim yılında kurs görmek üzere 1.200 kontenjan için komiser yardımcılığı kursu açılmasının uygun görüldüğü, Emniyet Genel Müdürlüğü ile Milli Eğitim Bakanlığı arasında imzalanan protokol hükümleri uyarınca Milli Eğitim Bakanlığı tarafından 2.5.2009 tarihinde sınavın yapıldığı, anılan sınavda davacının başarısız olduğu, sınavın bazı sorularının hatalı olduğu öne sürülerek açılan iptal davasında Ankara 2. İdare Mahkemesince verilen yürütmenin durdurulması kararı üzerine 12 soru değerlendirme dışı bırakılarak 88 soru üzerinden idarece yeniden yapılan değerlendirme sonucunda davacının yine başarısız olduğu

ve kursa alınmadığı, bu işlemin iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı, olayda, polislik mesleği gibi hiyerarşinin asıl olduğu bir meslekte sınav soruları iptal edilerek yeniden yapılan değerlendirmede davacıdan daha düşük puan alan kişilerin, idarece salt birinci listede asıl sırada yer alarak kursa alınanların kazanılmış hakları olduğundan bahisle komiser yardımcılığı kursuna giderek bu kurs sonunda başarılı oldukları takdirde davacının amiri olacakları hususu düşünüldüğünde, davacının bir çok adaydan daha yüksek puan aldığı halde kursa gidemeyerek komiser yardımcılığı rütbesine terfi etme olanağını kaybetmesinin hakkaniyete ve hukuka uygun olmadığı anlaşıldığından, hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline, "2010 yılında açılacak olan komiser yardımcılığı kursuna katılması" istemi yönünden ise idari işlem niteliğinde yargı kararı verilmesine hukuken olanak bulunmadığına karar verilmiştir.

Davalı idareler, İdare Mahkemesi kararının hukuk ve usule aykırı olduğunu öne sürmekte ve temyizden incelenerek bozulmasını istemektedirler.

2.5.2009 tarihinde yapılan komiser yardımcılığı kursu yazılı sınavına katılan bir polis memuru tarafından, başarısız sayılmasına ilişkin işlemin iptali ile sınavda sorulan bazı soruların iptali istemiyle Ankara 2. İdare Mahkemesinin E:2009/1072 sayılı dosyasına açılan davada, Mahkemece bilirkişi incelemesi yaptırılıp aldırılan bilirkişi raporu yeterli görülerek onbir sorunun hatalı olduğunun tespit edildiği, neticede anılan Mahkemenin 30.6.2010 günlü, K:2010/1051 günlü kararıyla, davacının başarısız sayılmasına ilişkin işlemin iptaline, öte yandan, idarece iptal edilen bir soru da dahil edilmek üzere toplam oniki soru değerlendirme dışı bırakılarak tüm adayların puanlarının 88 soru üzerinden protokol hükümleri uyarınca hesaplanarak yeniden bir başarı sırası yapılarak davacının başarı durumunun bu sıralamaya göre yeniden belirleneceğine karar verildiği, anılan Mahkeme kararının temyiz edilmesi üzerine Dairemizin 16.3.2011 günlü, E:2010/8408, K:2011/1170 sayılı kararıyla, bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle sınavda hatalı soruların varlığının tespit edilmesi sonucunda davacının başarısız sayılmasına ilişkin işlemin iptali yolunda verilen İdare Mahkemesi kararı hukuka uygun bulunmakla birlikte, kararın "öte yandan, davalı idareler tarafından iptal edilen bir soru da dahil edilmek üzere toplam oniki soru değerlendirme dışı bırakılarak tüm adayların puanlarının 88 soru üzerinden protokol hükümleri uyarınca hesaplanarak yeniden bir başarı sırası yapılacağı" şeklindeki yeni başarı listesinin oluşturulması amacıyla davalı idarelerce izlenecek yöntemi gösteren kısmında, Protokol'de öngörülen "hatalı bulunan soruların doğru kabul edilerek 100 puan üzerinden değerlendirme yapılacağı" kuralına uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle İdare Mahkemesi kararının gerekçe değiştirilerek sonucu itibarıyla onanmasına karar verilmiştir.

Bu durumda, temyiz incelemesi neticesinde Dairemizin E:2010/8408 sayılı dosyasından verilen karar uyarınca idarece üçüncü bir liste yapılarak yeniden oluşturulacak başarı sıralamasına göre davacının başarılı olup olmadığının belirleneceği karşısında, idarece yapılan ikinci değerlendirme listesi sonucunda davacının başarısız sayılmasına ilişkin dava konusu işlemde bu aşamada hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Bu nedenle, dava konusu işlemin iptali yolunda verilen İdare Mahkemesi kararı, sonucu itibarıyla yerindedir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarelerin temyiz istemlerinin reddiyle Ankara 16. İdare Mahkemesince verilen 14.3.2011 günlü, E:2010/909, K:2011/252 sayılı kararın, yukarıda belirtilen gerekçelerle onanmasına, temyiz giderlerinin istemde bulunan davalı idareler üzerinde bırakılmasına, 13.9.2011 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Onikinci Daire

Esas No : 2009/477
Karar No : 2011/4593

Özeti : Davacının seçimlere katılmak için ayrıldığı müşavirlik kadrosuna atanmak için başvuruda bulunduğu tarihte bu kadronun dolu olması karşısında kazanılmış hak aylık derecesindeki uzman kadrosuna atanmasına ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı): Başbakanlık Denizcilik Müsteşarlığı

Karşı Taraf : ...

Vekili : Av. ...

İsteğin Özeti : Davalı idarede müşavir olarak görev yapmakta iken milletvekili seçimlerine katılmak üzere istifa eden davacının başvurusu üzerine Strateji Geliştirme Daire Başkanlığı uzmanlığına atanmasına ilişkin işlem ile bu kadroya bir başkasının atanmasına ilişkin işlemin iptali ve yoksun kaldığı parasal haklarının yasal faizi ile birlikte tazmini istemi ile açılan davada, davacının uzmanlığa atanmasına ilişkin işlemin iptali, diğer istemler yönünden ise davanın reddi yolunda Ankara 9. İdare Mahkemesince verilen 8.7.2008 günlü, E:2007/607, K:2008/1554 sayılı kararın iptale ilişkin kısmının dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : N.Başak Mahmat

Düşüncesi : İdare Mahkemesince verilen kararın başvuru tarihinde eski kadrosu dolu olan davacının kazanılmış hak aylık derecesindeki başka bir göreve atanmasında hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varıldığından dava konusu işlemin iptaline ilişkin kısmının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Gül Filiz Ercan Aslantaş

Düşüncesi : 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunun Ek 7. maddesinde; "Subay, Astsubaylar hariç olmak üzere; milletvekili ve mahalli idareler genel ve ara seçimlerinde aday ve aday adayı olan Devlet memurları ve diğer kamu görevlileri, adaylığı veya seçimi kaybetmeleri halinde, Yüksek Seçim Kurulunca seçim sonuçlarının ilanını takip eden bir ay içinde müracaat etmeleri kaydı ile eski görevlerine veya kazanılmış hak aylık derecelerindeki başka bir göreve dönebilirler." hükmüne yer verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden Denizcilik Müsteşarlığında müşavir olarak görev yapmakta iken Milletvekili Genel Seçimlerine katılmak için istifa eden davacının aday olamaması üzerine önceki görevi yerine Strateji Geliştirme Daire Başkanlığı uzmanlığına atandığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda,seçimlere katılmak için istifa eden kamu görevlilerinin adaylığı ya da seçimi kaybetmeleri halinde istekleri üzerine eski görevlerine döndürülmeleri asıl olmakla birlikte başvuru tarihinde kadronun dolu olması durumunda kazanılmış hak aylık derecelerindeki başka göreve atanmalarının öngörüldüğü yasa hükmü karşısında,davacının başvuruda bulunduğu tarihte eski kadrosunun dolu olduğu anlaşıldığından kazanılmış hak aylık derecesindeki başka bir göreve atanmasında hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, temyize konu İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onikinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

Dava, Denizcilik Müsteşarlığında Müşavir olarak görev yapmakta iken 22.07.2007 tarihinde yapılan milletvekili genel seçimlerine katılmak üzere görevinden istifa eden davacının, milletvekili adayı olamaması üzerine eski görevine dönmek üzere yaptığı başvuru sonucunda Strateji Geliştirme Daire Başkanlığına uzman olarak atanmasına ilişkin 20.6.2007 tarih ve 20256 sayılı davalı idare işlemi ile bu kadroya bir başkasının atanmasına ilişkin işlemin iptali ve işlem nedeniyle uğradığı parasal kayıplarının tazmini istemiyle istemiyle açılmıştır.

Ankara 9. İdare Mahkemesi'nce verilen 8.7.2008 günlü, E:2007/607, K:2008/1554 sayılı kararla; davacının eski kadrosuna döndürülmesi talebiyle başvuruda bulunduğu 14.6.2007 tarihinde eski kadrosunun dolu olduğu, bununla birlikte müşavir kadrosu ile uzman kadrosunun eşdeğer kadro olmadığı sonucuna varıldığından, davacının müşavir kadrosuna eşdeğer bir kadroya atanması gerekirken uzman kadrosuna atanmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı, müşavirlik kadrosuna ...'nın atanmasına ilişkin işlem yönünden davanın ve davacının bu aşamada maddi bir kaybının varlığından söz edilemeyeceğinden tazminat isteminin reddi gerektiğinden, davacının uzmanlığa atanmasına dair işlemin iptaline, müşavirlik kadrosuna ...'nın atanmasına ilişkin işlem ve tazminat istemi yönünden davanın reddine hükmedilmiştir.

Davalı idare, dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığını öne sürmekte ve İdare Mahkemesi kararının davacının uzman kadrosuna atanmasına ilişkin işlemin iptaline dair kısmının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun'un Ek-7. maddesinde; "Yüksek mahkeme üyeleri, hakimler, savcılar ve bu meslekten sayılanlar ile Subay ve Astsubaylar hariç olmak üzere; milletvekili ve mahalli idareler genel ve ara seçimlerinde aday ve aday adayı olan Devlet memurları ve diğer kamu görevlileri, adaylığı veya seçimi kaybetmeleri halinde, Yüksek Seçim Kurulunca seçim sonuçlarının ilanını takip eden bir ay içinde müracaat etmeleri kaydıyla eski görevlerine veya kazanılmış hak aylık derecelerindeki başka bir göreve dönebilirler." hükmü yer almaktadır.

Dosyanın incelenmesinden; davacının Denizcilik Müsteşarlığında müşavir (1. kadro ve aylık derecesinin 4. kademesinde) olarak görev yapmakta iken 22.07.2007 tarihinde yapılan genel seçimlere katılmak üzere 08.05.2007 tarihinde istifa ederek görevinden ayrıldığı, milletvekili adayı olamaması üzerine 14.6.2007 tarihinde eski görevine döndürülmesi talebiyle davalı idareye başvuruda bulunduğu, davalı idarenin 20.6.2007 tarih ve 20256 sayılı işlemiyle (1. kadro ve aylık derecesinin 4. kademesinde) Strateji Geliştirme Daire Başkanlığına uzman olarak atandığı milletvekili seçimlerinde aday olmak için istifa ederek boşalttığı müşavir kadrosuna atanması gerektiğini öne sürerek anılan işlemin ve bu kadroya bir başkasının atanmasına ilişkin işlemin iptali ile parasal ve özlük haklarının yasal faiziyle birlikte tazminine karar verilmesi istemiyle bakılan davayı açtığı, davalı idarenin, davacının başvuru tarihinde milletvekili seçimlerine katılmak üzere ayrıldığı müşavirlik kadrosunun dolu olduğunu belirttiği görülmektedir.

298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun'un Ek-7. maddesi hükmü dikkate alındığında; milletvekili ve mahalli idareler genel ve ara seçimlerinde aday ve aday adayı olan Devlet memurlarının, adaylığı veya seçimi kaybetmeleri halinde bir aylık yasal süre içinde başvurmaları halinde, eski görevlerine veya kazanılmış hak aylık derecelerindeki başka bir göreve dönebilecekleri, başvuruda bulundukları tarihte eski kadrolarının boş olması halinde eski görevlerine atanmaları

gerektiği, bu kadronun dolu olması halinde ise kazanılmış hak aylık derecelerindeki başka bir göreve atanacakları anlaşılmaktadır.

Olayda; davacının milletvekili seçimlerinde aday olmak için istifa ettiği eski görevine ait kadronun, tekrar atanmak için başvurduğu 14.6.2007 tarihi itibariyle dolu olması karşısında, kazanılmış hak aylık derecesindeki Strateji Geliştirme Daire Başkanlığına uzman kadrosuna atanmasına ilişkin işlemde herhangi bir hukuka aykırılık bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda, 298 sayılı Yasa'nın Ek-7. maddesinde; seğimlerde aday olmak isteyenlerden eski kadrosu dolu olanların yeniden atamaları yapılırken kazanılmış hak aylık derecelerinin korunması dışında herhangi bir kriter getirilmemiş olması karşısında; davacının uzman kadrosuna atanmasına ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptalinde hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulüyle Ankara 9. İdare Mahkemesi'nce verilen 8.7.2008 günlü, E:2007/607, K:2008/1554 sayılı kararın 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi'nin 1/b fıkrası uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı Yasa ile değişik 3. fıkrası gereğince ve yukarıda belirtilen nedenler gözetilmek suretiyle yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine, 7.10.2011 tarihinde oy birliği ile karar verildi.

YARGILAMA USULÜ

T.C. DANIşTAY Onikinci Daire

Esas No : 2011/4365
Karar No : 2011/4361

zeti : Dava konusu uyuramazlık, davacının katılmış olduğu komiser yardımcılığı kursu sınavında yedek sırada yer almak suretiyle başarısız sayılması işleminden kaynaklanmış bulunduğundan, bu uyuramazlığın görüm ve üzümünde 2577 sayılı Yasa'nın 32/1. maddesi uyarınca Ankara İdare Mahkemesinin yetkili olduğu hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalılar): 1. İçişleri Başkanlığı
2. Milli Eğitim Bakanlığı

Karşı Taraf : ...

İsteğin zeti : Ordu İdare Mahkemesince verilen 2.3.2011 günlü, E:2011/156, K:2011/173 sayılı kararın, davalı idarece dilekçede yazılı nedenlerle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın zeti : Savunma verilmemiştir.

Tetkik Hakimi : Tufan Teke

Düşüncesi : İdare Mahkemesi kararının yetki yönünden bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onikinci Dairesince 2577 sayılı Kanun'un 14/6. maddesi uyarınca Tetkik Hakimi Tufan Teke'nin açıklamaları dinlendikten sonra işin gereği düşünüldü:

Dava, Ordu İl Emniyet Müdürlüğü'nde polis memuru olarak görev yapan davacının, 2.5.2009 tarihinde yapılan komiser yardımcılığı kursu sınavında sorulan 12 sorunun hatalı olduğu gerekçesiyle Ankara 2. İdare Mahkemesince yürütmenin durdurulması kararı verilmesi üzerine sınava giren tüm adaylara yönelik yapılan yeni değerlendirme sonucunda başarısız sayılmasına ilişkin işlemin iptali ile Ekim 2010 döneminde açılacak olan komiser yardımcılığı kursuna çağırılmasına ve mağduriyetinin giderilmesine karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

Ordu İdare Mahkemesince verilen 2.3.2011 günlü, E:2011/156, K:2011/173 sayılı kararla dava konusu işlemin iptaline hükmedilmiştir.

Davalı idare tarafından, İdare Mahkemesi kararının hukuk ve usule aykırı olduğu öne sürülmekte ve temyizden incelenerek bozulması istenilmektedir.

2577 sayılı Kanun'un 32/1. maddesinde, göreve ilişkin hükümlerin saklı kalması koşuluyla, bu Kanun'da veya özel kanunlarda yetkili idare mahkemesinin gösterilmemiş olması halinde yetkili idare mahkemesinin, idari işlemi yapan idari merciin bulunduğu yerdeki idare mahkemesi olduğu hükme bağlanmıştır.

Dava dosyasının incelenmesinden; Emniyet Genel Müdürlüğü'nün polis amiri ihtiyacını karşılamak amacıyla 2009-2010 eğitim öğretim yılında kurs görmek üzere 1.125 erkek, 75 kadın olmak üzere 1.200 kontenjan için komiser yardımcılığı kursu açılmasının uygun görüldüğü, Emniyet Genel Müdürlüğü ile Milli Eğitim Bakanlığı arasında imzalanan protokol hükümleri uyarınca Milli Eğitim Bakanlığı tarafından 2.5.2009 tarihinde sınavın yapıldığı, davacının 76 puan alarak başarısız olduğu, sözü edilen sınavın bazı sorularının hatalı olduğu öne sürülerek açılan iptal davasında Ankara 2. İdare Mahkemesince verilen yürütmenin durdurulması kararı üzerine 12 soru değerlendirme dışı bırakılarak 88 soru üzerinden idarece yapılan yeni değerlendirme sonuçlarının 13.4.2010 tarihinde Emniyet Genel Müdürlüğü Eğitim Daire Başkanlığı Pol-Net İnternet sitesinde ilan edildiği, davacının yeni değerlendirme sonucunda da 76,069 puan alarak yedek sırada yer almak suretiyle başarısız olduğu ve kursa katılamadığı, yeni değerlendirme sonucunda davacının başarısız sayılmasına ilişkin işlemin iptali ile Ekim 2010 döneminde açılacak olan komiser yardımcılığı kursuna çağırılmasına ve mağduriyetinin giderilmesine karar verilmesi istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda, dava konusu uyuşmazlığın, Emniyet Genel Müdürlüğü Eğitim Daire Başkanlığının Pol-Net İnternet sitesinde 13.4.2010 tarihinde ilan edilen sınav sonucuna göre davacının yedek sırada yer almak suretiyle başarısız sayılması işleminden kaynaklandığı göz önüne alındığında, uyuşmazlığın görüm ve çözümünde 2577 sayılı Kanun'un 32/1. maddesi uyarınca dava konusu işlemi tesis eden mercii olan Emniyet Genel Müdürlüğü'nün yargı çevresi yönünden bağlı bulunduğu Ankara İdare Mahkemesi yetkili bulunduğundan, Ordu İdare Mahkemesince uyuşmazlığın yetki yönünden reddedilerek dosyanın Ankara İdare Mahkemesine gönderilmesi gerekirken işin esasına girilerek dava konusu işlemin iptaline hükmedilmesinde hukuki isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulü ile Ordu İdare Mahkemesince verilen 2.3.2011 günlü, E:2011/156, K:2011/173 kararın, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1/a fıkrası uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı Yasa ile değişik 3. fıkrası gereğince ve yukarıda belirtilen nedenler gözetilmek suretiyle yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, 27.9.2011 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

ONÜÇÜNCÜ DAİRE KARARLARI

DÜZENLEYİCİ - GENEL İŞLEMLER

T.C.
DANIŞTAY
Onüçüncü Daire
Esas No : 2009/2719
Karar No : 2011/3306

Özeti : 4733 sayılı Kanun'a 01.07.2006 tarih ve 5538 sayılı Kanun'la eklenen ek maddeyle, Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu'na idarî yaptırımlar konusunda düzenleme yapma ve uygulama yetkisi tanınmış ise de, bu yetkinin ancak ek maddenin yürürlüğe girdiği tarihten sonra gerçekleşen eylemler için kullanılabileceği, dava konusu uyarı işlemi idarî yaptırım niteliği taşıdığından ve tesis edildiği tarihte yürürlükte bulunan 4733 sayılı Kanun'da davalı kuruma alkollü içkiler piyasasında meydana gelen aykırılıklar dolayısıyla idarî yaptırım uygulama yetkisi verilmemiş olması karşısında, kanuna aykırı yönetmelik hükmüne dayalı dava konusu işlemin hukuka uygun bulunmadığı, hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : ... Alkollü İçkiler Sanayi ve Ticaret A.Ş.

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf (Davalı) : Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu

Vekili : Av. ...

İstem Özet i : Ankara 8. İdare Mahkemesi'nin 30.10.2008

tarih ve E:2007/103, K:2008/1511 sayılı kararının; dava konusu işlemin tesis edildiği tarihte yürürlükte olan 4733 sayılı Kanun hükümleri uyarınca davalı Kurum'a alkollü içkiler piyasasında meydana gelen aykırılıklar dolayısıyla idarî yaptırım uygulama yetkisi verilmediği, Kurum'dan habersiz, yetkisiz veya usülsüz hiçbir satış işleminin bulunmadığı ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Temyiz isteminin reddi ile usul ve yasaya uygun olan idare mahkemesi kararının onanması gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi Osman ÇOLAK'ın Düşüncesi : Temyiz isteminin kabul edilerek mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Mehmet KARAOĞLU'nun Düşüncesi : Dökme etil alkol ticaretine ilişkin herhangi bir izni bulunmayan ... İçki ve Sanayi Ticaret Anonim Şirketi'ne etil alkol satarak, Alkol ve Alkollü İçkilerin İç ve Dış Ticaretine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğinin "İç Ticaret" başlıklı 9. maddesi hükmüne aykırı hareket ettiğinden bahisle, aynı Yönetmeliğin 20/2. maddesi uyarınca davacı şirket hakkında uyarı yaptırımı uygulanmasına ilişkin, Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurulu kararının uygulanmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davanın reddine dair idare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

4733 sayılı Kanunun 3. maddesinin (d) fıkrasında, 4207 sayılı Tütün Mamullerinin Zararlarının Önlenmesine Dair Kanunda yer alan hükümler saklı kalmak kaydıyla, tütün ve

alkol tüketiminden kaynaklanan kamusal, toplumsal ya da tıbbi nitelikteki her türlü zararlı etkileri önleyecek düzenlemeleri yapmak, bunlarla ilgili kararları almak; (e) fıkrasında, bu Kanunun uygulanmasıyla ilgili sektörel düzenlemeleri yapmak, Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurulu'nun görev ve yetkileri arasında sayılmış; 8. maddesinde "Kuruluş ve faaliyet iznini almadan tütün ve tütün mamulleri ile alkollü içkiler üretmek üzere fabrika, tesis veya imalathane kuran ve işletenlere; işyerleri veya ikametgâhlarında söz konusu maddeleri üretenlere bir yıldan üç yıla kadar hapis ve ikiyüzyirmibeş liradan az olmamak üzere üretilmiş tütün ve tütün mamulleri ile alkollü içkiler piyasa değerinin on katı tutarında ağır para cezası verilir. Bu hüküm 6 ncı maddenin ikinci ve üçüncü fıkrasına aykırı hareket edenler hakkında da uygulanır. Satış belgesi almadan satış yapanlar, ellerindeki mamulâta el konulmakla birlikte ruhsat harcının on katı tutarında ağır para cezası ile cezalandırılır. Belirtilen suçları işleyenlere yardım edenler hakkında asıl faille verilecek cezaların yarısı hükmolunur. Bu fiillere katılan memur ve görevliler de asıl failer gibi ceza görürler." hükmüne yer verilmiştir.

06.06.2003 tarih ve 25130 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren "Alkol ve Alkollü İçkilerin İç ve Dış Ticaretine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik" in 9. maddesinde, yurtiçinde üretilen ve bu Yönetmeliğin 6 ncı maddesinin (c) bendi uyarınca ithal edilen dökme gıda alkollü, sanayi tipi etil alkol, alkollü karışımlar ve metanolün, üretici veya ithalatçıdan teslim alınarak bu ürünleri girdi olarak kullanan üretici firmaların üretim yerlerine ulaştırılmasının sağlanması, Kurumun yetkili alkol dağıtım firmaları listesinde yer alan ithalatçı veya üretici firmalar eliyle yapılacağı, 20. maddesinin ikinci fıkrasında ise, bu yönetmelik veya diğer ilgili mevzuat ile belirlenen düzenlemelerin ihlal edilmesi halinde ihlalden sorumlu gerçek ve tüzel kişilerin Kurum tarafından uyarılacağı, aynı nitelikteki ihlalin ilk ihlal tarihini izleyen iki yıl içinde tekrerrü halinde, ihlalin niteliği göz önüne alınarak, ithalata uygunluk belgeleri ve/veya dağıtım yetki belgelerinin altı aya kadar geçici süreyle askıya alınmasına veya bu belgelerin iptaline Kurulca karar verilebileceği kurala bağlanmıştır.

Anılan yasa hükümlerinin incelenmesinden, Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu'na, Kanun'un gösterdiği çerçevede alkollü içkiler piyasası ile ilgili düzenlemeler yapma yetkisi verilmesine ayrıca, adli kovuşturmalara ilgili olarak suç ve cezalar belirlenmesine karşın, Kurum'a, bu piyasada faaliyet gösteren firmalarca mevzuat ile belirlenen düzenlemelerin ihlal edilmesi durumunda, ihlalin anılan Yönetmelikte belirtildiği süre içerisinde tekrerrü halinde, firmaların ithalata uygunluk ve/veya dağıtım belgelerinin askıya alınması veya iptali sonucunu doğuracak şekilde uyarılması konusunda idari yaptırım uygulama yetkisi verilmediği görülmektedir.

4733 sayılı Kanuna 5538 Sayılı Kanunun 16. maddesiyle eklenen Ek 1. madde ile idari yaptırımlar konusunda Kurum'a verilen düzenleme yapma ve uygulama yetkisinin ise; anılan maddenin yürürlüğe girdiği 12.07.2006 tarihinden sonra gerçekleşen eylemler için kullanılabileceği kuşkusuzdur.

Dava konusu işlemin tesis edildiği tarihte yürürlükte bulunan 4733 sayılı Kanun hükümleri uyarınca davalı Kurum'a, alkollü içkiler piyasasında meydana gelen aykırılıklar dolayısıyla idari yaptırım uygulama yetkisi verilmemiş olması karşısında, Yönetmeliğin anılan hükmü hukuka ve mevzuata aykırı olduğundan, davacı şirketin söz konusu hükme dayanılarak uyarılmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmamakta olup; davayı reddeden idare mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulüyle temyize konu kararın bozulmasına karar verilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüldü:

Dava; davacı şirketin, dökme etil alkol ticaretine ilişkin herhangi bir izni bulunmayan ... İçki ve Sanayi Ticaret Anonim Şirketi'ne etil alkol satarak, Alkol ve Alkollü İçkilerin İç ve Dış Ticaretine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin "İç Ticaret" başlıklı 9. maddesindeki "... Yurt içinde üretilen ve bu Yönetmeliğin 6. maddesinin (c) bendi uyarınca ithal edilen dökme gıda alkolü, sanayi tipi etil alkol, alkollü karışımlar ve metanolün, üretici veya ithalatçıdan teslim alınarak bu ürünleri girdi olarak kullanan üretici firmaların üretim yerlerine ulaştırılmasının sağlanması, Kurum'un yetkili alkol dağıtım firmaları listesinde yer alan ithalatçı veya üretici firmalar eliyle yapılır ..." hükmüne aykırı hareket ettiğinden bahisle, aynı Yönetmeliğin 20. maddesinin ikinci fıkrası gereğince uyarı yaptırımı uygulanmasına ilişkin Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurulu'nun 01.02.2006 tarih ve 2388 sayılı kararının B-5 numaralı bendinin iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesi'nce; davacı şirketin piyasaya arz amaçlı alkol üretme, ambalajlama ve denatürasyon hususlarında davalı idareden alınmış bir iznin bulunmadığı, 11.06.2004 tarihinde tütün mamülleri, alkol ve alkollü içki dağıtmaya ve satmaya yetkili olmak üzere verilen toptan satıcılık belgesi izninin davacı şirkete değil ... İçki Sanayi ve Ticaret A.Ş.'ye verilmiş bir izin olduğu ve ilgili şirketin de bu belgeyle, etil alkolü ancak şişelenmiş etil alkol ile kimyasal analizler için kullanılan ve özel ambalajlarında, analitik saflıkta etil alkol olarak piyasaya arz edebileceği, ayrıca ismi belirtilen şirket ile davacı şirketin farklı tüzel kişiler olduğu, Etil Alkolün Piyasaya Arzı Hakkında Tebliğ'in geçici maddesinde belirtilen altı aylık uyum sürecinin, sadece piyasada dağıtım yetkisine haiz firmaları kapsadığı, Tebliğ'in yürürlüğe girdiği tarihte davacı şirketin dağıtım yetkisine sahip olmadığı, davacı şirkete sadece 06.01.2005 tarihinde dökme etil alkol ithalatı ve dağıtım için uygunluk belgesi verildiği, Tebliğ'de de belirtildiği üzere, dökme alkolün yetkili alkol dağıtım firmaları tarafından, 250 litreden büyük hacimli kap veya tankerlerle, üretiminde girdi olarak etil alkol kullandığı belirlenen imalatçılara satış yapılan alkol olduğu, buna göre de davacı şirketin etil alkolü hiç bir şekilde ambalajlı ve dökme olarak piyasaya arz etme yetkisinin bulunmamasının yanında, etil alkolü dökme dağıtım yetkisine sahip olmayan ... İçki ve Sanayi Ticaret A.Ş.'ye satması eyleminin Alkol ve Alkollü İçkilerin İç ve Dış Ticaretine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 9. maddesine aykırılık teşkil ettiği açık olduğundan, davalı idarece tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varıldığı, ayrıca, her ne kadar davacı şirket tarafından, davalı idare Kurul kararının davaya konu (5) numaralı bendinin, aynı Kurul kararının (1) ve (2) numaralı bentlerinde de idarî yaptırıma konu edildiği, aynı eylem nedeniyle mükerrer idarî yaptırım uygulanmasının Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanunu'na aykırılık teşkil ettiği ileri sürülmekte ise de, Kurul kararının (1) ve (2) numaralı bentlerinde belirtilen eylemlerin farklı eylemler olduğu görüldüğünden, davacı şirketin bu iddialarının yerinde görülmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacı şirket tarafından temyiz edilmiştir.

Dava konusu işlemin tesis edildiği tarihte yürürlükte olan 4733 sayılı Tütün, Tütün Mamülleri, Tuz ve Alkol İşletmeleri Genel Müdürlüğü'nün Yeniden Yapılandırılması ile Tütün ve Tütün Mamüllerinin Üretimine, İç ve Dış Alım ve Satımına, 4046 Sayılı Kanun'da ve 233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde, "4207 sayılı Tütün Mamüllerinin Zararlarının Önlenmesine Dair Kanun'da yer alan hükümler saklı kalmak kaydıyla, tütün ve alkol tüketiminden kaynaklanan kamusal, toplumsal ya da tıbbî nitelikteki her türlü zararlı etkileri önleyecek düzenlemeleri yapmak, bunlarla ilgili kararları almak", (e) bendinde, "Bu Kanun'un uygulanmasıyla ilgili sektörel düzenlemeleri yapmak" Tütün, Tütün Mamülleri ve Alkollü İçkiler Piyasası Düzenleme Kurulu'nun görev ve yetkileri arasında sayılmış; "Cezaî hükümler" başlıklı 8. maddesinde, "Kuruluş ve faaliyet iznini almadan tütün ve tütün mamülleri ile alkollü içkiler üretmek üzere fabrika, tesis veya imalathane kuran ve işletenlere; işyerleri veya ikametgâhlarında söz konusu maddeleri üretenlere bir yıldan üç yıla kadar hapis ve ikiyüzymibeş liradan az olmamak üzere üretilmiş tütün ve tütün mamülleri ile alkollü içkiler piyasa değerinin on katı tutarında ağır para cezası verilir. Bu hüküm 6. maddenin ikinci ve

üçüncü fıkrasına aykırı hareket edenler hakkında da uygulanır. Satış belgesi almadan satış yapanlar, ellerindeki mamulâta el konulmakla birlikte ruhsat harcının on katı tutarında ağır para cezası ile cezalandırılır. Belirtilen suçları işleyenlere yardım edenler hakkında asıl faillere verilecek cezaların yarısı hükmolunur. Bu fiillere katılan memur ve görevliler de asıl failler gibi ceza görürler." hükmüne yer verilmiştir.

06.06.2003 tarih ve 25130 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren "Alkol ve Alkollü İçkilerin İç ve Dış Ticaretine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik" in 1. maddesinde; bu yönetmeliğin amacının, alkol ve alkollü içkilerin iç ve dış ticaretine ilişkin usul ve esasları belirlemek, alkol tüketiminden kaynaklanan kamusal, toplumsal ve tıbbî nitelikteki her türlü zararları önleyecek düzenlemeleri yapmak olduğu, 2. maddesinde; bu yönetmeliğin, alkol, alkollü içkiler ve metanolün iç ve dış ticareti, dağıtımı ile izin, izleme ve denetim usul ve esaslarını kapsadığı, 3. maddesinde; bu yönetmeliğin, 4619 sayılı Kanun ile değişik 4250 sayılı İspirto ve İspirtolu İçkiler İhisi Kanunu, 4733 sayılı Tütün, Tütün Mamulleri, Tuz ve Alkol İşletmeleri Genel Müdürlüğünün Yeniden Yapılandırılması ile Tütün ve Tütün Mamullerinin Üretimine, İç ve Dış Alım ve Satımına, 4046 sayılı Kanun'da ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ve 4703 sayılı Ürünlerle İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun hükümlerine dayanılarak hazırlandığı belirtildikten sonra, 06.04.2005 tarih ve 25778 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan Yönetmelik değişikliği ile değiştirilmiş olan "Yaptırımlar" başlıklı 20. maddesinin ikinci fıkrasında; bu yönetmelik veya diğer ilgili mevzuat ile belirlenen düzenlemelerin ihlâl edilmesi halinde, ihlâlden sorumlu gerçek ve tüzel kişilerin Kurum tarafından uyarılacağı, aynı nitelikteki ihlâlin ilk ihlâl tarihini izleyen iki yıl içinde tekerrürü halinde, ihlâlin niteliği göz önüne alınarak, ithalata uygunluk belgeleri ve/veya dağıtım yetki belgelerinin altı aya kadar geçici süreyle askıya alınmasına veya bu belgelerin iptaline Kurulca karar verilebileceği kurala bağlanmıştır.

İdarî yaptırımların cezaî niteliği haiz olmaları, bu yetkinin yasalarla düzenlenen alanlarda, yine yasalarla belirlenen şartlarda kullanılmasını gerekli kılmaktadır. İdarenin yasal belirleme ve dayanak olmadan herhangi bir davranışın yaptırım gerektirdiğini takdir edip kendi düzenleme yetkisi çerçevesinde bu konuda kural koyması hukuk devleti ilkesine uygun düşmeyecektir.

4733 sayılı Kanun'un, yukarıda belirtilen ve dava konusu işlemin tesis edildiği tarihte yürürlükte olan hükümleri ile Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu'na, Kanun'un gösterdiği çerçevede alkollü içkiler piyasası ile ilgili düzenlemeler yapma yetkisi verilmesine, ayrıca, adli kovuşturmalara ilgili olarak suç ve cezalar belirlenmesine karşın, Kurum'a, bu piyasada faaliyet gösteren firmalarca mevzuat ile belirlenen düzenlemelerin ihlâl edilmesi durumunda, ihlâlin anılan Yönetmelikte belirtildiği süre içerisinde tekerrürü halinde, firmaların ithalata uygunluk ve/veya dağıtım belgelerinin askıya alınması veya iptali sonucunu doğuracak şekilde uyarılması konusunda idarî yaptırım uygulama yetkisi verilmediği görülmektedir.

Her ne kadar, 4733 sayılı Kanun'a 01.07.2006 tarihli 5538 sayılı Kanun'un 16. maddesiyle eklenen Ek 1. maddede; bu Kanun kapsamındaki satış belgelerinin, Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelik çerçevesinde il özel idarelerince verileceği, satış belge bedellerinden il özel idarelerine ayrılacak hizmet payları ile bu idarelerce yapılacak denetim, belgelerin iptali ve iptale ilişkin itirazlar ile diğer idarî yaptırımlara ilişkin usul ve esasların bu yönetmelikle düzenleneceği, bu maddede öngörülen yönetmelik yürürlüğe konuluncaya kadar, mevcut düzenlemelerin uygulanmasına devam olunacağı öngörülerek, idarî yaptırımlar konusunda Kurum'a düzenleme yapma ve uygulama yetkisi tanınmış ise de, bu yetkinin ancak Ek 1. maddenin yürürlüğe girdiği 12.07.2006 tarihinden sonra gerçekleşen eylemler için kullanılabileceği açıktır.

Bu durumda; Alkol ve Alkollü İçkilerin İç ve Dış Ticaretine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 20. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan hüküm uyarınca, mevzuata

aykırı işleyiş gösteren firmaların, ihlâlin tekerrürü halinde, fiilin ağırlığına ve gerçekleşme koşullarına göre sahibi bulunduğu ithalata uygunluk ve/veya dağıtım belgelerinin askıya alınması veya iptaline esas alınacak şekilde Kurum tarafından uyarılması yönünde tesis edilen işlemlerin idarî yaptırım niteliği taşıması ve dava konusu işlemin tesis edildiği tarihte yürürlükte bulunan 4733 sayılı Kanun hükümleri ile davalı Kurum'a, alkollü içkiler piyasasında meydana gelen aykırılıklar dolayısıyla idarî yaptırım uygulama yetkisi verilmemiş olması karşısında, hukuka ve mevzuata aykırı olan söz konusu Yönetmelik hükmüne dayanılarak davacı şirketin uyarılmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık görülmediğinden, dava konusu işlemin iptali gerekirken davanın reddi yönünde hüküm kuran idare mahkemesi kararında hukukî isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle; 2577 sayılı İdari Yargılama Usûlü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca temyiz isteminin kabulü ile Ankara 8. İdare Mahkemesi'nin 30.10.2008 tarih ve E:2007/103, K:2008/1511 sayılı kararının bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkeme'ye gönderilmesine, 04.07.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İHALE İŞLERİ

T.C.
DANIŞTAY
Onüçüncü Daire
Esas No : 2008/11551
Karar No : 2011/3272

Özeti : 1- Mülkiyeti belediyeye ait taşınmazların 2886 sayılı Kanun'un 35. maddesi hükümleri uyarınca satışı mümkün olmakla birlikte, hizmet binası inşaatı işinin 4734 sayılı Kanun'un hükümleri uyarınca yapılacak ihaleyle gerçekleştirilmesi gerektiği,
2- Edirne Belediye Başkanlığı tarafından 2886 sayılı Kanun'un 35. maddesi uyarınca kapalı teklif usulü ile yapılan belediyeye ait taşınmazlar ile taşınmazlar üzerinde belediye sarayı inşaatının birlikte satış işi ihalesine ilişkin olarak belediye meclis üyelerinin Kamu İhale Kurulu'na başvurması üzerine, iki işin 2886 sayılı Kanun'a göre birlikte ihale edilmesine olanak bulunmadığından, bu hususlar değerlendirilmek ve bu aykırılıkların gerçekleşmesinde sorumluluğu olanlar hakkında gerekiyorsa inceleme ve/veya soruşturma başlatılmak üzere konunun İçişleri Bakanlığı'na bildirilmesi yolunda alınan Kamu İhale Kurul kararında hukuka aykırılık bulunmadığı, hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : Edirne Belediye Başkanlığı
Vekili : Av. ...
Karşı Taraf (Davalı) : Kamu İhale Kurumu
Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Ankara 4. İdare Mahkemesi'nin 30.06.2008 tarih ve E:2008/111, K:2008/1687 sayılı kararının; dava konusu ihalenin 2886 sayılı Kanun uyarınca yapıldığı, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na göre yapılan ihalelerin temel özelliğinin idarelerin harcamada bulunarak gider yapması olduğu, dava konusu ihalede eser sözleşmesi ile belediye hizmet binası yaptırılması öngörüldüğünden belediyenin gelir elde edeceği, kat karşılığı inşaat sözleşmesi kapsamında yapılan işin 4734 sayılı Kanun'a tabi olmadığı ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Temyiz isteminin reddi ve mahkeme kararının onanması gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi Fedayi KURT'un Düşüncesi : Temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Ünal DEMİRCİ'nin Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü 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

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüldü:

Dava; Edirne Belediye Başkanlığı tarafından 20.09.2007 tarihinde 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 35. maddesinin (a) bendinde belirtilen kapalı teklif usulü ile yapılan "Belediyeye ait Edirne Merkez ... Pafta: ... Ada: ... ve ... sayılı Taşınmazlar ile Söz Konusu Parseller Üzerinde Bulunan Belediye Sarayı İnşaatı ile Birlikte Satış İş'i" ihalesine ilişkin olarak Kamu İhale Kurumu'na yapılan başvuru üzerine tesis edilen Kamu İhale Kurulu'nun 19.11.2007 tarih ve 2007/UY.Z-3709 sayılı kararının iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesi'nce; Edirne Belediye Meclisi'nin 02.05.2007 tarih ve 2007/85-332 sayılı kararı ile, mülkiyeti belediyeye ait Edirne Merkez Kirişhane Mevkii ... pafta, ... ve ... sayılı parsellerin 2886 sayılı Kanun'un 45. maddesi hükmüne göre satışına karar verildiği, Edirne Belediye Encümeni'nin 23.08.2007 tarih ve 2007/1425 sayılı kararı ile, söz konusu taşınmazların üzerinde yer alan belediye sarayı ile birlikte satışına ilişkin şartnamenin kabulüne karar verildiği, 23.08.2007 olur tarihli onay belgesi ile, belediyenin göstereceği taşınmaz üzerine belediye hizmet binasının bedelsiz yapımı karşılığı söz konusu taşınmazların üzerinde yer alan belediye sarayı ile birlikte satışına ve tahmini satış bedelinin 15.750.000,00.-TL olacağına onay verildiği, Edirne Belediye Encümeni'nin 20.09.2007 tarih ve 2007/1505 sayılı kararı ile de, taşınmazların 21.750.000,00.-TL bedel karşılığında ... Proje Geliştirme İnşaat Ticaret A.Ş.'ye satışına karar verildiği, bir kısım Edirne Belediye Meclis Üyeleri tarafından Kamu İhale Kurumu'na yapılan başvuru üzerine, 4734 sayılı Kanun'un 56. maddesinin ikinci fıkrasının (c) bendi gereğince başvurunun uygun bulunmadığına, 4734 sayılı Kanun kapsamında ihalesi yapılması gereken işin 2886 sayılı Kanun kapsamında ihalesinin yapılmasının mevzuata aykırı olduğu tespit edildiğinden, bu hususlarda değerlendirilmek ve bu aykırılıkların gerçekleşmesinde sorumluluğu olanlar hakkında gerekiyorsa inceleme ve/veya soruşturma başlatılmak üzere konunun İçişleri Bakanlığı'na bildirilmesine yönelik Kamu İhale Kurulu'nun 19.11.2007 tarih ve 2007/UY.Z-3709 sayılı kararının alındığı, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 1. maddesinde belirtildiği üzere, satış işlerinin anılan Kanun hükümlerine tabi olduğu, dolayısıyla mülkiyeti belediyeye ait taşınmazların 2886 sayılı Kanun'un 35. maddesi hükümleri uyarınca satılması hususunda herhangi bir duraksama bulunmadığı, uyumsuzluğun, belediyeye ait parsellerin satış ile birlikte belediyenin göstereceği taşınmaz üzerine belediye hizmet binasının bedelsiz yapımının 2886 sayılı Kanun hükümleri uyarınca yapılp

yapılamayacağı üzerine olduğu, ihalenin yapısı değerlendirildiğinde, mülkiyeti belediyeye ait taşınmazların satışı ile belediye hizmet binasının yapımı işi şeklinde iki ayrı ihalenin bulunduğu görüldüğü, her ne kadar davalı idare tarafından, belediye hizmet binasının eser sözleşmesi kapsamında bedelsiz olarak yapılacağı iddia olunmakta ise de, taşınmazların satışı ihalesine giren kişilerin belediye hizmet binası işini, teklif edeceği bedelden düşmek suretiyle teklif fiyatını oluşturacağının açık olduğu, bu durumda, mülkiyeti belediyeye ait taşınmazların 2886 sayılı Kanun'un 35. maddesi hükümleri uyarınca satışı mümkün olmakla birlikte, belediye hizmet binası ihalesinin 4734 sayılı Kanun hükümleri uyarınca yapılması gerektiği, hizmet binası ihalesinin, bedelsiz olarak yapılacağından bahisle 2886 sayılı Kanun hükümleri kapsamında yapılmasına olanak bulunmadığı, 4734 sayılı Kanun'un 53. maddesi uyarınca Kurumun, gerekli gördüğü takdirde, bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine aykırılık bulunduğu ilişkin iddiaları da inceleyip sonuçlandırabileceği, Kamu İhale Kurumu'na başvuruda bulunanların meclis üyeleri olması nedeniyle, başvurunun "iddiaların incelenmesi" kapsamında değerlendirilmek suretiyle İhalelere Yönelik Yapılacak Başvurular Hakkında Yönetmelik'in 25. maddesi uyarınca verilen kararda mevzuata aykırılık görülmediği gerekçeyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacı belediye tarafından temyiz edilmiştir.

Davanın yukarıda özetlenen gerekçeyle reddi yolundaki temyize konu Ankara 4. İdare Mahkemesi'nin 30.06.2008 tarih ve E:2008/111, K:2008/1687 sayılı kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49.maddesinin 1. fıkrasında sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, temyiz istemi yerinde görülmeyle anılan Mahkeme kararının onanmasına, dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, 04.07.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Onüçüncü Daire

Esas No : 2009/1854
Karar No : 2011/3367

Özeti : İstanbul Büyükşehir Belediyesi Fen İşleri Daire Başkanlığı tarafından belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan "Levazım-Zincirli Dere Arası Karayolu Tüneli İnşaatı" ihalesinin ön yeterlilik aşamasında yeterli bulunmayan şirket tarafından yapılan itirazın şikâyet başvurusu üzerine ihale işlemlerinin iptali yönünde verilen Kamu İhale Kurulu kararının iptali istemiyle açılan davada, bir şirketin sunduğu iş denetleme belgesinin mevzuata uygun olduğu halde benzer işe uygun olmadığı gerekçeyle değerlendirme dışı bırakıldığı, yönetmeliğe aykırı olarak yüksek miktarda kullanılmamış nakit kredisi veya kullanılmamış teminat mektubu kredisi ya da serbest mevduatı gösterir belgeler istendiği, teklifi değerlendirme dışı bırakılması gereken isteklinin ise ön yeterlilik değerlendirmesinde yeterli kabul edildiği anlaşıldığından, mevzuata ve rekabete aykırı ihale işlemlerinin iptaline ilişkin dava konusu Kamu İhale Kurulu kararında hukuka aykırılık bulunmadığı, iptali

istemiyle açılan davanın reddi yolunda verilen mahkeme kararının onanması hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : 1-(Davacı) İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı Vekili : Av. ...

Davacı Yanında Müdahil) İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş.

Vekili : Av. ...

Davacı Yanında Diğer Müdahil : ... İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş.

Karşı Taraf (Davalı) : Kamu İhale Kurumu

Vekili : Av. ...

İstem Özet : Ankara 13. İdare Mahkemesi'nin 14.10.2008 tarih ve

E:2008/354, K:2008/1429 sayılı kararının, davacı ve davacı yanında müdahil ... İnşaat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi tarafından; Kamu İhale Kurumu'nun inceleme yetkisinin kapsamı değerlendirilmeksizin Mahkemece eksik inceleme yapılarak karar verildiği, İhalelere Yönelik Yapılacak Başvurular Hakkında Yönetmelik'in 20. maddesinde incelemenin kapsamının başvuru iddiaları ve sayma yöntemi ile belirlenmiş konulardan ibaret olduğunun belirtildiği, bu maddede sayılanların dışında inceleme yapan Kamu İhale Kurumu'nun yetkisini aştığı, ihale dokümanına karşı süresinde itirazın şikâyet başvurusunda bulunulmadığı halde inceleme yapan davalı idarenin, ihale dokümanındaki söz konusu aykırılıklar ancak, aykırılıkların "ihalenin sağlıklı bir şekilde sonuçlandırılmasına etkisi olup olmadığı" noktasında araştırılabileceği, fakat dava konusu işlemde bu araştırmanın yapılmadığı, başvuru sahibinin kalite yönetim sistemi ile çevre yönetim sistemi belgelerinin fotokopi olması nedeniyle değerlendirme dışı bırakılmasının hukuka aykırı olduğu iddiasıyla itirazın şikâyet başvurusunda bulunduğu dikkate alındığında, eşit muamele ilkesi uyarınca yapılan değerlendirmelerin, ihaleye katılan diğer isteklilerin sadece anılan belgeleriyle sınırlı olması gerektiği, Kamu İhale Kurumu'nun re'sen inceleme yapma yetkisinin kaldırıldığı, 05.12.2008 tarih ve 27075 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 5812 sayılı Kanun'un 20. maddesi uyarınca Kamu İhale Kurumu'nun yetkisinin başvuru iddiaları ile sınırlandırıldığı, Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 36. maddesindeki %10'luk oranın "en az" olarak belirlendiğinden, belirtilen bu oran, asgari tutara ilişkin olup, idare tarafından daha yüksek tutar istenilerek, ihale konusu işin, uzman ve maliyetleri karşılayabilecek firmalara verilmesinin amaçlandığı, ihaleyi yapan idarece firmaların yeterlikleri ile ilgili yapılan değerlendirmelerin yerinde olduğu, dava konusu kararda ismi geçen şirketlere ilişkin yapılan tespitlerin hukuka aykırı olduğu ve bu tespitlerin ihalenin iptali sebebi sayılmayacağı, mahkemece bilirkişi incelemesi yapılmadan karar verildiği, ihale konusu tünel yapım işinin tamamlanmasında kamu yararı bulunduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Temyiz istemlerinin reddi ve hukuka uygun mahkeme kararının onanması gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi Zühal Aysun SUNAY'ın Düşüncesi : Temyize konu İdare Mahkemesi kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra, işin gereği görüldü:

Dava; İstanbul Büyükşehir Belediyesi Fen İşleri Daire Başkanlığı tarafından 04.07.2007 tarihinde belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan "Levazım-Zincirli Dere Arası Karayolu Tüneli İnşaatı" ihalesinin ön yeterlilik aşamasında yeterli bulunmayan ... İnşaat İmalat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi tarafından yapılan itirazın şikâyet başvurusu üzerine ihale işlemlerinin iptali yönünde verilen 27.11.2007 tarih ve 2007/UY.Z-3860 sayılı Kamu İhale Kurulu kararının iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesi'nce; Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 33., 36. ve 45. maddesine göre; ön yeterlik aşamasında istenen bilgi ve belgelerin, Yönetmelikte düzenlenen esas ve usullere uygun biçimde belirlenmesinin ve değerlendirilmesinin zorunlu olduğu, bankalardan temin edilecek belgelerin, adayların iş hacmini gösteren belgeler ve iş deneyim belgeleri üzerinden öngörülecek kriterlerin, idarece işin niteliğine uygun ve yaklaşık maliyetle uyumlu biçimde, parasal tutar olarak belirleneceği ve yeterlik kriteri olarak isteneceği, yeterlik belgeleri ile fiyat tekliflerinin birlikte verildiği ihalelerde; teklif edilen bedelin % 10'undan az olmamak üzere, istekli tarafından belirlenecek tutarda bankalar nezdindeki kullanılmamış nakit kredisini veya kullanılmamış teminat mektubu kredisini ya da serbest mevduatını gösterir yerli veya yabancı bankalardan alınacak belgelerin verilmesinin zorunlu olduğu, isteklilerin ekonomik ve mali yeterlikleri ile mesleki ve teknik yeterliklerinin değerlendirilmesi amacıyla idarelerce istenilecek her türlü bilgi, belge, doküman ve değerlendirme kriterlerinin rekabeti engelleyici sonuç doğuracak şekilde belirlenemeyeceğinin açık olduğu, ihalenin ön yeterlik şartnamesinin 9.2.1. maddesinin davacı idare tarafından; "Bankalardan temin edilecek belgeler: Adayın 75.000.000,00 TL 'den az olmamak üzere, aday tarafından belirlenecek tutarda bankalar nezdindeki kullanılmamış nakit kredisini veya kullanılmamış teminat mektubu kredisini ya da serbest mevduatını gösterir yerli veya yabancı bankalardan alınacak belgelerin verilmesi zorunludur." şeklinde düzenlendiği, diğer yandan, ön yeterlik değerlendirmesi neticesinde yeterlik olarak ihaleye teklif veren adaylardan, ... Adi Komandit Şirketi'nin sunduğu ve DSİ Genel Müdürlüğü tarafından düzenlenen, Dicle Barajı ve HES tesisleri inşaatı işine ilişkin iş bitirme belgesinin benzer işlere ait tutarının, asgari yüzde yetmişlik kısmının son 15 yıl içinde gerçekleşmiş olma koşulunu sağlamamasına rağmen ihaleye davet edildiği; ... İnşaat Anonim Şirketi'nin ise, ön yeterlik başvurusunda, inşaat mühendisi ... adına İSKİ Genel Müdürlüğü tarafından düzenlenen "XI, X3 (Tuzla Sahil) ve X5 (Orhantepe Tuzla) Kolektör Ø 4500 mm. Tünel Bölümleri İnşaatı" işine ait 2.432.208.222.360 TL (1996 B.F.) + 1.407.822,85 USD tutarındaki iş denetleme belgesini sunmasına, söz konusu belgede uygulanan yapı tekniğinin, "Konvansiyonel, mekanize, aç-kapa ve zemin sağlamlaştırma yöntemleri ile Ø 4500 mm iç çaplı L= 6.195 m. Atıksu Tüneli ve şaft imalatları, 1200/1800 mm. yumurta kesitli L=732 m. atıksu tüneli" olarak belirtilmesine ve Yapım İşlerinde İş Deneyiminde Değerlendirilecek Benzer İşlere Dair Tebliğde "su tünelleri"nin (A)Alt Yapı İşleri-III. Grup İşler arasında sayılmasına rağmen Utay İnşaat Anonim Şirketi'nin, iş deneyim belgesinin kabul edilmeyerek benzer işe uygun olmadığı gerekçesiyle değerlendirme dışı bırakıldığının anlaşıldığı, bu durumda, Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'ne göre teklif edilen bedelin % 10'undan az olmamak üzere, istekli tarafından belirlenecek tutarda bankalar nezdindeki kullanılmamış nakit kredisini veya kullanılmamış teminat mektubu kredisini ya da serbest mevduatını gösterir yerli veya yabancı bankalardan alınacak belgelerin verilmesi mümkün iken, yaklaşık maliyeti 109.649.319,64-TL olan ihalede, ön yeterlik şartnamesinin 9.2.1. maddesi ile 75.000.000,00-TL'den az olmamak üzere kullanılmamış nakit kredisini veya kullanılmamış teminat mektubu kredisini ya da serbest mevduatını gösterir belgeler istenmesinin rekabeti ihlal edici olduğu, teklifi değerlendirme dışı bırakılması gereken isteklinin ön yeterlik değerlendirmesinde yeterli kabul edildiği, teklifi değerlendirme dışı bırakılmaması gereken isteklinin ise ön yeterlik değerlendirmesinde yeterli kabul edilmediği hususu da dikkate alındığında, mevzuata aykırı bir biçimde düzenlenen ve gerçekleştirilen ihalenin iptal edilmesine ilişkin Kamu İhale Kurulu kararında hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varıldığı, her ne kadar davacı tarafından, "itirazın şikâyet başvurularında yapılacak

incelemenin başvuru sahibinin iddiaları ve Yönetmelikte sayılan hususlarla sınırlı olduğu, ancak şikâyet konu edilmiş iddiaların itirazen şikâyet başvurusuna taşınabileceği, aksi durumun işlemi yetki ögesi yönünden sakatlayacağı, Kurul'un ihale dokümanını inceleme yetkisini Yönetmeliğin 20. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendinden almasına rağmen iptal gerekçesi olarak (ğ) bendini kullanmasının işlemi yetki ve konu ögeleri yönünden sakatladığı, davalı idarenin (ğ) bendi uyarınca yaptığı incelemede tespit ettiği aykırılıkların yalnızca ihalenin sağlıklı bir şekilde sonuçlandırılmasına etkisi olup olmadığı yönünden etkili olabileceği, bunun ihalenin iptaline dayanak gösterilemeyeceği, zira ihale dokümanına yönelik herhangi bir şikâyet ya da itirazen şikâyet başvurusunun bulunmadığı" ileri sürülmekte ise de, Kamu İhale Kurulu'nun uygulamayı yönlendirmek görevinin yanı sıra 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun temel ilkeleri olan saydamlık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik, kamuoyu denetimi, ihtiyaçların uygun şartlarda karşılanması ve kaynakların verimli şekilde kullanılmasının da bir gereği olarak, itirazen şikâyetlerde şikâyetçinin iddiaları ile bağlı olmaksızın ihale işlemlerini ve kararının her yönüyle mevzuata uygunluk açısından inceleyebileceği ve ihale dosyalarında saptadığı mevzuata aykırılıkları Kanun'da belirtildiği şekilde sonuçlandırarak, Kanun'un 56. maddesinin 2. fıkrasındaki kararlardan birini alacağı açık olduğundan davacının bu iddialarına itibar edilmediği belirtilerek, dava konusu Kurul kararında hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacı ile davacı yanında müdahil ... İnşaat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi tarafından temyiz edilmiştir.

Davanın yukarıda özetlenen gerekçeyle reddi yolundaki temyize konu Ankara 13. İdare Mahkemesi'nin 14.10.2008 tarih ve E:2008/354, K:2008/1429 sayılı kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1. fıkrasında sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, temyiz istemi yerinde görülmeyle anılan Mahkeme kararının onanmasına, dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, 06.07.2011 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Onüçüncü Daire
Esas No : 2008/678
Karar No : 2011/3674

Özeti : **1-** İhale komisyonu kararlarının ihale yetkilisince onaylanması aşamasında kamu yararı ve hizmet gerekleri doğrultusunda takdir yetkisi kullanılması gerektiği, ihale işlemlerinin takdir yetkisinin denetiminde, 4734 sayılı Kanun'un 5. maddesindeki temel ihale ilkelerinin gözetilmesi gerektiği gibi, idare hukukuna hâkim olan hukukî güvenilirlik, idarî istikrar gibi ilkelerin de dikkate alınmasının zorunlu olduğu,
2- Uyuşmazlık konusu ihalede yeterli ödeneğin bulunduğu, mevcut ödeneğin ihalede yenilen teklifleri karşıladığı, beş istekli tarafından verilen tekliflerin tamamının yaklaşık maliyetin altında kaldığı, rekabetin olduğu, 4734 sayılı Kanun'un 5. maddesindeki durumlara aykırı bir hususun saptanmadığı dikkate alındığında, ihalenin iptal edilebilme şartları arasında yer almayan ve sürekli

değişiklik gösterebilecek olan ihale ilân tarihi ile ihale tarihi arasındaki borç-alacak yapısında meydana gelen değişiklikler veya nakit akışındaki farklılıklar ileri sürülerek ihalenin iptal edilmesinde ve itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığından, iptali istemiyle açılan davanın reddi yolunda verilen mahkeme kararının bozulması hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : ... Yapı İnşaat Ticaret ve Sanayi Ltd. Şti.

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf (Davalı) : Kamu İhale Kurumu

Vekili : Av. ...

İstem Özet : Ankara 15. İdare Mahkemesi'nin 29.11.2007 tarih ve

E:2007/1329, K:2007/1681 sayılı kararının; 18.08.2006 tarihli ihale onay belgesinde kullanılabilir ödenek tutarının mevcut olduğunun idare tarafından belirtilmesine rağmen ihale sonuçlandıktan sonra ödeme sıkıntısı çekileceği gibi çelişkili bir gerekçeyle ihalenin iptal edilmesinin hukuka aykırı olduğu, ihalede rekabetin sağlandığı, verilen tekliflerin yaklaşık maliyetin altında olduğu, ihale yetkilisince 4734 sayılı Kanun'un 5. maddesindeki temel ilkelere herhangi bir aykırılığın da tespit edilmediği, nakit akışındaki olumsuzluğun ihalenin iptali için haklı bir gerekçe oluşturmayacağı, takdir yetkisinin keyfi olarak kullanıldığı ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

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

Danıştay Tetkik Hâkimi Burcu SİNOPLU'nun Düşüncesi : 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda ihalenin iptal edilebilme şartları arasında yer verilmeyen, idarenin borç-alacak yapısında meydana gelen değişiklikler veya nakit akışındaki farklılıklar ileri sürülerek ihalenin iptal edilmesinde kamu yararı ve hizmet gereklerine uyarlık görülmediğinden itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin tesis edilen dava konusu işlemin iptali gerekirken, aksi yönde verilen İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Mürteza GÜLER'in Düşüncesi : Elazığ Araştırma Hastanesi Baş Tabipliğince 20.09.2006 tarihinde Açık İhale Usulü ile yapılan "Eski Hastane Binasının Deprem Güçlendirme, Tadilat ve Çevre Tanzimi" ihalesinin iptal edilmesi üzerine yapılan itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin Kamu İhale Kurulu'nun 11.12.2006 günlü, 2006/UY.Z-3141 sayılı kararının iptali istemiyle açılan davanın reddi yolunda İdare Mahkemesince verilen kararı, davacı şirket temyiz etmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "Temel İlkeler" başlıklı 5.maddesinin ilk fıkrasında "İdareler, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur." hükmüne, beşinci fıkrasında da "ödenegi bulunmayan hiçbir iş için ihaleye çıkamaz." hükmüne yer verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden; 20.09.2006 tarihinde Açık İhale Usulü ile yapılan "Eski Hastane Binasının Deprem Güçlendirme, Tadilat ve Çevre Tanzimi" ihalesine beş isteklinin katıldığı, yaklaşık maliyetin 7.980.282.26-YTL olduğu, 6.630.021.11-YTL teklif veren davacı şirkete ihalenin bırakıldığı, ancak ihale yetkilisi tarafından 26.09.2006 tarihinde ihalenin iptal edildiği, ihalenin iptal gerekçesi olarak, hastanenin alacaklarının yeterince tahsil edilememiş olması nedeniyle mali sıkıntı yaşanmasının belirtildiği, davacı şirketin itirazın şikâyet başvurusu üzerine Kurul'ca, ihale ilan tarihinde mevcut olan alacakların, ihale tarihi itibarıyla yeterince tahsil edilemediği, idarenin borçlarının arttığı, bu nedenle mali sıkıntıya düşüldüğü,

saymanlık yazısı ile de bu durumun tevsik edildiği, ihale bedelinin ödenmesinin hastanenin işleyişinde aksaklıklara yol açabileceğinden ihalenin iptal edilmesinde mevzuata aykırılık bulunmadığından itirazın şikâyet başvurusunun reddine karar verildiği, davacı şirket tarafından ise bu kararın iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Olayda, İhale ilan tarihi itibarıyla yeterli ödeneğin bulunduğu hususunun tartışmasız olduğu, beş istekli tarafından verilen tekliflerin tamamının yaklaşık maliyetin altında kaldığı, yani ödeneğin teklifleri karşıladığı, 4734 sayılı Kanun'un 5. maddesinde belirtilen temel ilkelere aykırı bir durumun mevcut olmadığı anlaşılmakla, Kanunun aradığı ihalenin iptal edilebilme şartları arasında yer almayan ve sürekli değişiklik gösterebilecek olan, ihale ilan tarihi ile ihale tarihi arasında idarenin alacak-borç yapısında meydana gelen değişiklikler veya nakit akışındaki farklılıklar ileri sürülerek itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin tesis edilen dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Belirtilen nedenlerle, davanın reddi yolunda İdare Mahkemesince verilen kararda hukuki isabet bulunmadığından, temyiz isteminin kabulü ile İdare Mahkemesi kararının bozulmasına karar verilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüldü:

Dava, 20.09.2006 tarihinde açık ihale usulü ile yapılan "Eski Hastane Binasının Deprem Güçlendirme, Tadilat ve Çevre Tanzimi İşleri" ihalesinin ihale yetkilisince iptali üzerine yapılan itirazın şikâyet başvurusunun uygun bulunmadığına ilişkin olarak alınan 11.12.2006 tarih ve 2006/UY.Z-3141 sayılı Kamu İhale Kurulu işleminin iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesi'nce, ihaleye beş isteklinin katıldığı, yaklaşık maliyeti 7.980.282,26 TL olan ihalede, 6.630.021,11 TL teklif veren davacı şirkete ihalenin bırakıldığı, ancak 26.09.2006 tarihinde ihale yetkilisi tarafından ihalenin iptal edildiği, Kamu İhale Kurulu'nca da itirazın şikâyet başvurusunun uygun bulunmadığının anlaşıldığı, olayda ihale ilan tarihi olan 28.08.2006 tarihi itibarıyla ihaleyi yapan idarenin alacak ve borç dengesinin ihalenin bedelini karşılamaya yettiği, ancak dosyada bulunan saymanlık yazısında da belirtildiği üzere ihalenin yapıldığı tarih olan 20.09.2006 tarihi itibarıyla alacakların tahsil edilemediği gibi borçların da arttığı ve alacak-borç dengesinin bozulduğu, bu durum itibarıyla ihalenin bedelinin karşılanamayacağı, ihaleyi yapan idarenin hastane olması ve maddi imkanlarının öncelikle hastanenin aslı giderlerinin karşılanması amacıyla kullanılmasının gerektiği ve bu ihale tarihinden sonra güçlendirme faaliyetleri için bir ihale yapılmadığı, bu ihtiyaçların kısmen de olsa idare tarafından kendi imkanlarıyla karşılandığı göz önüne alındığında, idarenin mali sıkıntıya düştüğü, ihale bedelinin ödenmesinin hastanenin işleyişinde aksaklıklara yol açabileceğinin anlaşıldığı, bu nedenle ihalenin iptal edilmesi üzerine yapılan itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacı tarafından temyiz edilmiştir.

İhale tarihinde yürürlükte bulunan haliyle 4734 sayılı Kanun'un 5. maddesinde idarelerin, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumlu oldukları belirtilmiş, maddenin 5. fıkrasında ödeneği bulunmayan hiçbir iş için ihaleye çıkılamayacağı öngörülmüş, Kanun'un 62. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde, yatırım projelerinin planlanan sürede tamamlanarak ekonomiye kazandırılabilmesi amacıyla, birden fazla yılı kapsayan işlerde ihaleye çıkılabilmesi için, işin süresine uygun olarak yıllar itibarıyla ödeneğin bütçelerinde bulunmasını sağlamak üzere programlamanın yapılmış olmasının zorunlu olduğu, ilk yıl için öngörülen ödeneğin proje maliyetinin %10'undan az olamayacağı ve başlangıçta daha sonraki yıllar için programlanmış olan ödenek dilimlerinin sonraki yıllarda azaltılamayacağı

belirtilmiştir. Kanun'un 40. maddesinin 1. fıkrasında da, 37. ve 38. maddelere göre yapılan değerlendirme sonucunda ihalenin, ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren isteklinin üzerinde bırakılacağı, aynı maddenin 5. fıkrasında, ihale komisyonunun gerekçeli kararını belirleyerek, ihale yetkilisinin onayına sunacağı, kararlarda isteklilerin adları veya ticaret unvanlarının, teklif edilen bedellerin, ihalenin tarihi ve hangi istekli üzerine hangi gerekçelerle yapıldığının, ihale yapılmamış ise, nedenlerinin belirtileceği hükme bağlanmış, 6. fıkrasında ihale yetkilisinin karar tarihini izleyen en geç beş iş günü içinde ihale kararını onaylayacağı veya gerekçesini açıkça belirtmek suretiyle iptal edeceği, 7. fıkrasında ise, ihalenin, kararın onaylanması halinde geçerli, iptal edilmesi halinde ise hükümsüz sayılacağı belirtilmiştir.

İhale komisyonu kararlarının ihale yetkilisince onaylanması aşamasında kamu yararı ve hizmet gerekleri doğrultusunda takdir yetkisinin kullanılması gerektiği açıktır. İdarece takdir yetkisi kullanılırken hukuken geçerli seçenekler arasından uygun olanın tercih edilmesi veya işlemin yapılıp yapılmaması noktasında makul ve meşru sebepler dikkate alınarak karar verilmesi gerekmektedir. Kamu yararının ve hizmet gereklerinin somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğinin denetimi ise yargı yerlerince yapılabilecektir. İhale işlemleri bakımından takdir yetkisinin denetiminde, 4734 sayılı Kanun'un 5. maddesindeki temel ihale ilkelerinin gözetilmesi gerektiği gibi idare hukukuna hakim olan hukukî güvenilirlik, idari istikrar gibi ilkelerin de dikkate alınması gerekmektedir.

Bu bağlamda, idareler ihaleye çıkma kararını almadan önce yapılacak işe ilişkin olarak yeterli ödeneğin alınmasını sağlamalıdır. İhale süreci devam ederken idare bütçesinde meydana gelebilecek değişimlerden etkilenmemek amacıyla ayrılan ödenek, yaklaşık maliyet dikkate alınarak ayrılmalıdır. Yeterli ödeneği bulunan bir işin ihalesinde idarenin alacak-borç dengesine yönelik değişimlerin ise ihalenin iptali için geçerli sebep oluşturmaması gerekir. Aksi halde idari istikrar ilkesine aykırılık oluşacağı gibi, kamu hizmetinin yürütümünde de aksaklıklar ortaya çıkması riski doğar.

Dosyanın incelenmesinden, 20.09.2006 tarihinde açık ihale usulü ile davaya konu ihalenin yapıldığı, ihaleye 5 isteklinin teklif verdiği, ihalenin davacı üzerinde kaldığı, ancak ihale yetkilisinin 26.09.2006 tarihli işlemiyle "Hastanemizin 15.000.000,00 TL alacağı mevcuttur. Şu ana kadar kamu alacaklarının yeteri kadar tahsil edilememiş olması ve bu tarih itibarıyla borçlu durumda olmamız nedeniyle, hastanemizin ihtiyaç ve işlevleri göz önünde bulundurulduğunda söz konusu ihalede, ihale süresi içerisinde ödeme sıkıntısı çekileceğinden ve hastanemizin mali sıkıntıya düşeceği öngörüldüğünden ihalenin iptal edilmesi uygun görülmüştür" gerekçesiyle ihalenin iptaline karar verildiği, davacı şirket tarafından yapılan şikâyet başvurusunun reddi üzerine itirazın şikâyet başvurusu sonucunda Kamu İhale Kurumu'nun dava konusu işlemiyle, ihalenin iptal edilmesinde mevzuata aykırılık bulunmadığından itirazın şikâyet başvurusunun uygun bulunmadığına karar verildiği anlaşılmıştır.

Bu durumda, yaklaşık maliyeti 7.980.282,26 TL olan ihalede yeterli ödeneğin bulunduğu, mevcut ödeneğin ihalede verilen teklifleri karşıladığı, beş istekli tarafından verilen tekliflerin tamamının yaklaşık maliyetin altında kaldığı, rekabetin olduğu, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 5. maddesindeki durumlara aykırı bir hususun tespit edilmediği dikkate alındığında, ihalenin iptal edilebilme şartları arasında yer almayan ve sürekli değişiklik gösterebilecek olan ihale ilân tarihi ile ihale tarihi arasındaki borç-alacak yapısında meydana gelen değişiklikler veya nakit akışındaki farklılıklar ileri sürülerek ihalenin iptal edilmesinde ve itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin tesis edilen dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığından, davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulü ile, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi gereğince Ankara 15. İdare Mahkemesi'nin 29.11.2007 tarih ve E:2007/1329, K:2007/1681 sayılı kararının bozulmasına, yeniden bir

karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkeme'ye gönderilmesine, 13.09.2011 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

RADYO VE TELEVİZYON ÜST KURULU İŞLERİ

T.C.
DANIŞTAY
Onüçüncü Daire
Esas No : 2010/367
Karar No : 2011/3019

Özeti : **1-** Suç ve cezaların yasallığı ilkesi gereği Türk Ceza Kanunu'nun 7. maddesinde öngörülen; bir suçun işlendiği zamandaki kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanun hükümlerinin birbirinden farklı olması halinde failin lehine olan kanunun uygulanması şeklinde ifadesini bulan lehe uygulama ilkesinin idarî yaptırımlar açısından da uygulanması gerektiği,
2- Dava konusu uyarı yaptırımına konu edilen fiilin yasal değişiklikle ihlâl konusu olmaktan çıkarıldığı anlaşıldığından lehe düzenleme yoluyla ortaya çıkan yeni hukukî durumun dikkate alınarak, yeniden bir karar verilmesi zorunlu görüldüğünden, işlemin iptali istemiyle açılan davanın reddi yolunda verilen temyize konu mahkeme kararının bozulması hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan(Davacı) : ... Televizyon Yayıncılık A.Ş.

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf(Davalı) : Radyo ve Televizyon Üst Kurulu

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Ankara 3. İdare Mahkemesi'nin 05.10.2009 tarih ve E:2008/1475, K:2009/1318 sayılı kararının; uyarı yaptırımı uygulanan yayında 3984 sayılı Kanun'un 23. maddesinin 1. fıkrasının ihlâl edilmediği, Avrupa Sınır Ötesi Televizyon Konvansiyonu ve bu konvansiyonun açıklayıcı notunda sponsorun isim ve/veya logosunun programın başı ve/veya sonu dışında diğer zamanlarda konulmasının yasaklanmadığını, anılan Kanun'un 23. maddesinin 3. fıkrasının ihlâli için destek verene ait mal ve hizmetlere atıfta bulunmanın yeterli olmadığı, bu mal ve hizmetlerin alınması, satılması ve kiralanmasının teşvik edilmesi gerektiği, uyuşmazlık konusu yayında teşvik unsurunun gerçekleşmediği ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Temyize konu mahkeme kararının hukuka uygun olduğu ileri sürülerek temyiz isteminin reddi, mahkeme kararının onanması gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Emre ERMAN'ın Düşüncesi : Dava, davacı şirkete ait ... Tv logosuyla yayın yapan televizyon kalında 27.04.2008 tarihinde yayınlanan ... isimli programda yer alan ifade ve görüntüler nedeniyle ihlal konusu yayın tarihinde yürürlükte bulunan 3984 sayılı Kanun'un 23. maddesinin 1. fıkrasının ihlal edildiğinden bahisle aynı Kanun'un 33. maddesi gereğince uyarılmasına ilişkin Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nun 14.08.2008 tarih ve 2008/39 sayılı toplantısında alınan 20 nolu kararının iptali istemiyle açılmıştır.

Dava dosyasının incelenmesinden; davacı şirkete ait ... Tv logosuyla yayın yapan televizyon kanalında 27.04.2008 tarihinde yayınlanan ... isimli programda modanın yanı sıra bazı spor merkezleri, restoranlar, oteller, dekorasyon mağazaları gibi yerler ile bazı şirketlerin inşaatlarıyla ilgili örneklerin ekrana getirildiği, programa kısmi destek sağlayan bazı firmaların tanıtımlarının yapıldığı ve bu firmaların ürünlerinden örneklerin ekrana getirildiğinin belirtildiği ancak sözü edilen durumların ihlal konusu yayın tarihinde yürürlükte bulunan 3984 sayılı Kanun'un 23. maddesinin 3. fıkrasında yer alan kurallar kapsamında bulunmasına rağmen dava konusu işlemde, bu konuda herhangi bir değerlendirmede bulunulmadan, ihlal konusu yayında sponsor firmanın kimliğinin, programın reklamla kesildiğinde, kesintiden sonra belirtilmesi gerekirken, aynı zamanda kesintinin başında da verildiğinden davacı yayın kuruluşunun 3984 sayılı Kanun'un 23. maddesinin 1. fıkrasında yer alan hükümleri ihlal ettiği gerekçesiyle dava konusu uyarı yaptırımının tesis edildiği 06.05.2008 tarih ve 34172/778 sayılı izleme raporu ile buna ekli 29.04.2008 tarihli uzman raporunun dava konusu işlemle birlikte değerlendirilmesinden anlaşılmaktadır. Bu anlamda uyumsuzluğun dava konusu ihlal tarihinde yürürlükte bulunan 3984 sayılı Kanun'un 23. maddesinin 1. fıkrasında yer alan kuralların ihlal edilip edilmediği hususuna özgülenmesi gerekmektedir.

Uyumsuzluğun çözümü için öncelikle idari yaptırımlar hakkında bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.

İdari yaptırımlar, Anayasa Mahkemesi'nin 23.10.1996 tarih, E:1996/48, K:1996/41 sayılı kararında; idarenin bir yargı kararına gerek olmadan yasaların açıkça verdiği bir yetkiye dayanarak idare hukuku ile bazı ceza hukuku ilkelerini dikkate almak suretiyle idari işlemlerle uyguladığı yaptırımlar, verdiği cezalar olarak tanımlanmıştır.(RG, 18.09.1997, S. 23114) Bu tanımdan hareketle denilebilir ki; idari yaptırımlar cezai nitelikleri olan idari işlemlerdir. Bu anlamda bir idari yaptırımın iki belirgin özelliğinden biri idari işlem olmaları diğeri ise cezalandırıcı nitelik barındırmalarıdır.

İdari yaptırımların cezai nitelikleri ve bu anlamda ceza hukukunu ilgilendiren yönleri mevcut olduğundan bunların idare tarafından uygulanması ve yargısal denetimi açısından klasik idari işlemlerden ayrıldığı da açıktır. Bu çerçevede savunma hakkı, suç ve cezaların kanuniliği, lehe olan kanunun uygulanması, cezaların zorunluluğu, cezaların bireyselliği ve ölçülülük ilkelerine idari yaptırımlar alanında uyulması zorunlu görülmüştür.

Nitekim AİHM yerleşik içtihadına göre,cezai yönden AİHS'in 6/1 maddesinin uygulanabilirliği çoğunlukla Engel Kriterleri olarak bilinen üç kriter temelinde incelenmektedir.a) iç hukukta suçun sınıflandırması b)suçun niteliği ve c) ilgili kişinin çarptırıldığı suçun ağırlık derecesi (Hüseyin Turan/Türkiye,4.3.2008 Başvuru No:11529/02)Konumuzla ilgili üçüncü kıstas ise olaya uygulanacak yasanın öngördüğü azami ceza miktarı göz önüne alınarak tespit edilir(Campbell ve Fell/Birleşik Krallık 28.06.1984, Seri A no.,§72-Demicoli/Malta 27.11.1991,Seri A no. 210 §34 Kararları)(Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi –İçtihadın Temel Noktaları,Mahkemenin Konu Bakımından Yetkisi-Madde 6-Cezai Alanda Kişiyi Yöneltilen Suçlama Kavramı)İdari Yaptırımlar yönünden AİHM özerk yoruma başvurarak belirlediği kriterleri içine giren yaptırımları cezai sahada kabul etmektedir

Diğer yandan idari yaptırımların diğer benzer idari tasarruflardan ayırt edici özelliğinin cezalandırma iradesi olması nedeniyle amacı hukuka aykırı bir davranışı cezalandırmak olmayıp ilgili idari kararı uygulamaya zorlayan, zorlayıcı tedbirlerin ve kamu düzeninin bozulması tehlikesini önleme amacı güden kolluk tedbirlerinin de idari yaptırım olarak nitelendirilemeyeceği bu anlamda bu alanda belirtilen ceza hukukuna ilişkin ilkelerin uygulama alanı bulamayacağı açıktır.

Bu çerçevede dava konusu uyarı işlemi, kamu düzeninin bozulması tehdidinin önlenmesine yönelik bir kolluk tedbiri olmadığı gibi ilgilileri idari kararı uygulamaya zorlayan bir zorlayıcı tedbir de olmadığı açıktır. Diğer yandan uyarı işlemi icrai niteliği gereği bir ihtar niteliği de taşımamaktadır. Sonuç olarak uyarı işleminin hukuki niteliği bakımından 6112

sayılı Kanun'da belirtilen ilkelerin ihlali neticesinde ve bu ihlalin cezalandırılmasına yönelik uygulanan bir idari yaptırım olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Ceza hukukunun temel ilkelerinden olan suçta ve cezada kanunilik ilkesinin İdari yaptırımlar açısından da uygulanması, hangi fiillerin idari yaptırım gerektirdiğinin yasada açıkça tanımlanması, bunun doğal sonucu olarak bir eyleme yaptırım uygulanabilmesi için yaptırım uygulanacak eylemin belirli olması ve kıyas yoluyla yaptırma başvurulmaması gerekmektedir. Bu ilkenin doğal bir sonucu ise ceza öngören kanunlarda lehe olmadıkça geçmişe etkili olarak uygulama yasağıdır. Türk Ceza Kanunu'nun 7. maddesinde öngörülen; bir suçun işlendiği zamanki Kanun ile sonradan yürürlüğe giren Kanun hükümlerinin birbirinden farklı olması halinde failin lehine olan Kanun'un uygulanması şeklinde ifadesini bulan lehe uygulama ilkesinin de idari yaptırımlar açısından uygulanması gerekeceği açıktır.

O halde, idari işlemin yargısal denetimi açısından işlemin tesis edildiği andaki hukuki duruma göre değerlendirilme yapılması kural olmakla beraber idari yaptırımlar alanında, ihlalin işlendiği tarihten sonra yürürlüğe giren kanun, fiili, ihlal konusu olmaktan çıkıyorsa veya o fiil için öngörülen yaptırımı azaltıyorsa ilgili kuralalar geriye yürürlü olarak uygulanacak, yargısal denetim de bu çerçevede yapılacaktır.

İhlal tarihinde yürürlükte bulunan 3984 sayılı Kanun'un 23. maddesinin 1. fıkrası yukarıda anılan yönetmelikle birlikte değerlendirildiğinde yayınlanan herhangi bir programa tamamen veya kısmen mali destek sağlandığı taktirde, destek verenlerin kimliğinin programın başında ve/veya sonunda görsel ve/veya işitsel unsurlarla, televizyonda yazıyla, radyoda ise sözle toplam en fazla 10 saniye, reklam kuşakları ile program tanıtımı kesintilerinin sonunda toplam en fazla 5 saniye süre ile belirtilebileceği, dava konusu işlemle, ihlal konusu yayında programda reklam kuşağı girişinde sponsor firmanın kimliğinin belirtildiğinden bahisle davacıya uyarı yaptırımı uygulandığı anlaşılmakla 3984 sayılı Kanun'u yürürlükten kaldıran 6112 sayılı Kanun'un 12. maddesinde; bir programın tamamen veya kısmen destek görmesi halinde, bu hususun programın başında, program içindeki reklam kuşaklarına giriş ve çıkışta ve programın sonunda belirtilebileceği kuralına yer verildiği dolayısıyla, ihlalin gerçekleştirildiği zaman yürürlükte bulunan kanun hükmü, anılan değişiklikle yürürlükten kaldırılarak uyarı yaptırımına konu edilen fiil ihlal konusu olmaktan çıkarıldığı anlaşıldığından, idari yaptırımlarda, ceza verilmesinin dayanağı kural kuralın yürürlükten kaldırılması veya lehe düzenleme yapılması yoluyla ortaya çıkan yeni hukuki durumun dikkate alınması gerekmektedir.

Bu durumda yeni hukuki duruma göre davacı yayın kuruluşunun yaptırma konu teşkil eden fiili ihlal konusu olmaktan çıkarıldığından, davacı şirkete uyarı yaptırımı uygulanmasına ilişkin davalı idare işleminde hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle temyizle konu mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

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

Temyiz 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

Karar veren Danıştay 13. Dairesi'nce Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüldü:

Dava, davacı şirkete ait ... TV logosuyla yayın yapan televizyon kalında 27.04.2008 tarihinde yayınlanan ... isimli programda yer alan ifade ve görüntüler nedeniyle ihlâl konusu yayın tarihinde yürürlükte bulunan 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları

Hakkında Kanun'un 23. maddesinin 1. fıkrasının ihlâl edildiğinden bahisle aynı Kanun'un 33. maddesi gereğince uyarılmasına ilişkin Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nun 14.08.2008 tarih ve 2008/39 sayılı toplantısında alınan 20 nolu kararının iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesi'nce; dava konusu işleme esas alınan yayına ait kayıtların incelenmesinden, dava konusu programın bir inşaat firması tarafından destek gördüğü ve yayınının sağlanmasında sponsor olduğu, bu hususun söz konusu programın başında ve sonunda ekrana gelen ifadeler ile ortaya konulduğu, aynı zamanda program içerisinde ismi anılan firmaların ürün yelpazesinden ürünler gösterildiği, herhangi bir programın gösteriminin mali destek görmesi suretiyle sağlanması durumunda, bu hususun yayıncı kuruluşun tercihinin göre programın başında ve/veya sonunda uygun biçimde dile getirilerek belirtileceği, ancak program içeriğinde gerek örtülü reklam gerekse mali destek sağlayan firmaların tanıtım ve reklamının yapılmasına yönelik yayın yapılamayacağı sonucuna ulaşıldığı, bu durumda yaptığı yayınlara 3984 sayılı Kanun'un 23. maddesini ihlâl eden davacı yayın kuruluşunun uyarılmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka ve mevzuata aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Dava konusu işlemin tesis edildiği tarihte yürürlükte bulunan 3984 sayılı Kanun'un "Program Desteklenmesi" başlıklı 23. maddesinin 1. fıkrasında; bir program veya dizinin tamamen veya kısmen mali destek görmesi halinde, bu hususun programın başında ve/veya sonunda uygun ibarelerle belirtileceği, 3. fıkrasında; desteklenen programlarda, destek verene veya üçüncü bir kişiye ait mal ve hizmetlere atıfta bulunulması ve bunların alınması, satılması ve kiralanmasının teşvik edilemeyeceği kurala bağlanmış, anılan Kanun'un 33. maddesinde ise Üst Kurulun, öngördüğü yükümlülükleri yerine getirmeyen, izin şartlarını ihlâl eden, yayın ilkelerine ve bu Kanunda belirtilen diğer esaslara aykırı yayın yapan özel radyo ve televizyon kuruluşlarını uyaracağı veya aynı yayın kuşağında açık şekilde özür dilemesini isteyeceği hükümleri bulunmaktadır.

Bu kanun hükümlerine uygun olarak çıkartılan 17.04.2003 tarih ve 25082 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Radyo ve Televizyon Yayınlarının Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmeliğin, "Program Desteklemesi" başlıklı 20. maddesinde ise; yayın kuruluşlarının, program, konulu film veya diziler için gerçek veya tüzel kişilerden tamamen veya kısmen mali destek alabileceği, yayınlanan herhangi bir programa tamamen veya kısmen mali destek sağlandığı taktirde, destek verenlerin kimliğinin programın başında ve/veya sonunda görsel ve/veya işitsel unsurlarla, televizyonda yazıyla, radyoda ise sözle toplam en fazla 10 saniye, reklam kuşakları ile program tanıtımı kesintilerinin sonunda toplam en fazla 5 saniye süre ile belirtilebileceği, desteklenen programların tanıtımlarında destekleyen gerçek ve tüzel kişilere atıfta bulunulamacağı ve destekleyen firma ismi program adının bir parçası olarak kullanılamacağı kurallarına yer verilerek, yukarıda anılan kanun hükümlerinin içerikleri belirlenmiştir.

Diğer yandan, 03.03.2011 tarih ve 27863 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un 48. maddesinin 1. fıkrası ile 3/4/1994 tarihli ve 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun yürürlükten kaldırılmıştır. Yine bu Kanun'un Geçici 2. maddesinin 1. fıkrasında; yeni kanuna uygun yönetmelikler yürürlüğe konuluncaya kadar mevcut düzenleyici işlemlerin bu Kanuna aykırı olmayan hükümlerinin uygulanmasına devam edileceği hükme bağlanmış ve geçici 5. maddesinde yer alan 3984 sayılı Kanun döneminde verilen idari yaptırımların yeni dönemde tekröre esas alınmayacağı hükmü dışında idari yaptırımlar açısından bir geçiş hükmüne yer verilmemiştir.

Anılan kanunun "Program desteklemesi" başlıklı 12. maddesinde; bir programın tamamen veya kısmen destek görmesi halinde, bu hususun programın başında, program içindeki reklam kuşaklarına giriş ve çıkışta ve programın sonunda uygun ibarelerle belirtileceği, program tanıtımlarında programı destekleyene atıfta bulunulamayacağı, desteklenen programlarda, destek verene veya üçüncü bir kişiye ait mal ve hizmetlere atıfta

bulunulamayacağı ve bunların alınması, satılması ve kiralanması teşvik edilemeyeceği hükme bağlanmış, Kanun'un "İdari Yaptırımlar" başlıklı 32. maddesinin 2. fıkrasında; 8. maddenin birinci fıkrasının diğer bentleri ile ikinci ve üçüncü fıkralarında ve bu Kanunun diğer maddelerinde belirlenen ilke, yükümlülük veya yasaklara aykırı yayın yapan medya hizmet sağlayıcılarının uyarılacağı kuralı getirilmiştir. Görüldüğü gibi, yeni yasada yer alan konu ile ilgili kuralların davacı lehine olduğu kuşkusuzdur.

Dava dosyasının incelenmesinden; davacı şirkete ait televizyon kanalında 27.04.2008 tarihinde yayınlanan ... isimli programda modanın yanı sıra bazı spor merkezleri, restoranlar, oteller, dekorasyon mağazaları gibi yerler ile bazı şirketlerin inşaatlarıyla ilgili örneklerin ekrana getirildiği, programa kısmi destek sağlayan bazı firmaların tanıtımlarının yapıldığı ve bu firmaların ürünlerinden örneklerin ekrana getirildiğinin belirtildiği ancak sözü edilen durumların ihlâl konusu yayın tarihinde yürürlükte bulunan 3984 sayılı Kanun'un 23. maddesinin 3. fıkrasında yer alan kurallar kapsamında bulunmasına rağmen dava konusu işlemde, bu konuda herhangi bir değerlendirmede bulunulmadan, ihlâl konusu yayında sponsor firmanın kimliğinin, programın reklamla kesildiğinde, kesintiden sonra belirtilmesi gerekirken, aynı zamanda kesintinin başında da verildiğinden davacı yayın kuruluşunun 3984 sayılı Kanun'un 23. maddesinin 1. fıkrasında yer alan hükümleri ihlâl ettiği gerekçesiyle dava konusu işlemin tesis edildiği anlaşılmaktadır.

Bu bağlamda, suç ve cezaların yasallığı ilkesi gereği Türk Ceza Kanunu'nun 7. maddesinde öngörülen; bir suçun işlendiği zamanki Kanun ile sonradan yürürlüğe giren Kanun hükümlerinin birbirinden farklı olması halinde failin lehine olan Kanun'un uygulanması şeklinde ifadesini bulan lehe uygulama ilkesinin de idari yaptırımlar açısından da uygulanması gerekmektedir.

Dolayısıyla, ihlâl tarihinde yürürlükte bulunan 3984 sayılı Kanun'un 23. maddesinin 1. fıkrası yukarıda anılan yönetmelikle birlikte değerlendirildiğinde; yayınlanan herhangi bir programa tamamen veya kısmen mali destek sağlandığı taktirde, destek verenlerin kimliğinin programın başında ve/veya sonunda görsel ve/veya işitsel unsurlarla, televizyonda yazıyla, radyoda ise sözle toplam en fazla 10 saniye, reklam kuşakları ile program tanıtımı kesintilerinin sonunda toplam en fazla 5 saniye süre ile belirtilebileceği, dava konusu işlemle, ihlâl konusu yayında, reklam kuşağı girişinde sponsor firmanın kimliğinin belirtildiğinden bahisle davacıya uyarı yaptırımı uygulandığı anlaşılmakla 3984 sayılı Kanun'u yürürlükten kaldıran 6112 sayılı Kanun'un 12. maddesinde; bir programın tamamen veya kısmen destek görmesi halinde, bu hususun programın başında, program içindeki reklam kuşaklarına giriş ve çıkışta ve programın sonunda belirtilebileceği kuralına yer verildiği, ihlâlin gerçekleştirildiği zaman yürürlükte bulunan kanun hükmü, anılan değişiklik ile yürürlükten kaldırılarak uyarı yaptırımına konu edilen fiil ihlâl konusu olmaktan çıkarıldığı anlaşıldığından, idari yaptırımlarda, ceza verilmesinin dayanağı kuralın yürürlükten kaldırılması veya lehe düzenleme yapılması yoluyla ortaya çıkan yeni hukuki durumun dikkate alınması gerektiği kuşkusuzdur.

Bu durumda yeni hukuki duruma göre davacı yayın kuruluşunun yaptırıma konu teşkil eden fiili ihlâl konusu olmaktan çıkarıldığından, İdare Mahkemesi'nce bu husus dikkate alınarak yeniden bir karar verilmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. Maddesinin 1/c bendi uyarınca temyiz isteminin kabulüne, Ankara 3. İdare Mahkemesi'nin 05.10.2009 tarih ve E:2008/1475, K:2009/1318 sayılı kararının bozulmasına, dosyanın yeniden bir karar verilmek üzere anılan Mahkemeye gönderilmesine, 22.06.2011 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

REKABET KURULU İŞLERİ

T.C.
DANIŞTAY
Onüçüncü Daire
Esas No : 2008/4519
Karar No : 2011/1655

Özeti : İhbar ve şikâyet başvurularında ileri sürülen iddia ve deliller ile re'sen araştırma sonucunda elde edilen bilgi ve bulguların noksan olduğu ve dolayısıyla ön araştırmaya konu edilen olayın soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı yönünde kesin bir kanaate ulaşmaya yetecek ölçüde aydınlatılmadığı hallerde kurulca soruşturma açılmasına karar verilerek 4054 sayılı Yasa'nın 43. ve devamı maddelerinde düzenlenen idarî usulün uygulanması sonucunda yapılacak değerlendirmenin 48. maddede öngörülen nihai kararla sonuçlandırılması gerektiği, aksi takdirde rekabet kurallarının ihlâl edildiğine ilişkin iddialar açıklığa kavuşmadan soruşturma açılmaması yönünde alınan kararın rekabetin korunması amacına hizmet etmeyeceği, yapılan şikâyet hakkında belirtilen anlamda inceleme ve değerlendirme yapılmaksızın verilen dava konusu Rekabet Kurulu kararında hukuka uygunluk bulunmadığı, iptali hakkında.

Davacı : ... İletişim Hizmetleri A.Ş. (...)
Vekilleri : Av. ..., ..., Av. ...
Davalı : Rekabet Kurumu
Davalı Yanında Müdahil : ... İletişim Hizmetleri A.Ş.
Vekilleri : Av. ..., Av...., Av. ...
Davanın Özeti : Davacı şirketin, ... İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin (...), katıl

kazan türündeki kampanyalara ilişkin olarak mobil pazarlama hizmetleri sunan firmalarla yapmış olduğu münhasırlık içeren anlaşmalar yoluyla 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddesini ihlâl ettiğine ilişkin şikâyet başvurusu üzerine yapılan önaraştırma sonucunda, ...'in mobil pazarlama hizmetleri pazarında faaliyet gösteren firmalarla yapmış olduğu ve Rekabet Kurulu'nun 10.2.2005 tarih ve 05-10/86-33 sayılı kararı ile grup muafiyetinden yararlandığı tespit edilen, ancak, Kurul kararından sonra yürürlüğe giren 2007/2 sayılı Tebliğ ile değişik 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin 2. maddesi uyarınca, ...'in pazar payı nedeniyle, Tebliğ kapsamı dışında kalan anlaşmalarda yer alan münhasırlık şartının, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddenin (c) bendi kapsamında ilgili pazardaki rekabeti önemli ölçüde ortadan kaldırdığı yönünde ciddi ve yeterli deliller bulunması nedeniyle bireysel muafiyetten yararlanamayacağına, dolayısıyla 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında olduğuna, bu çerçevede, 2007/2 sayılı Tebliğ ile değişik 2002/2 sayılı Tebliğ'in 2. maddesi uyarınca Tebliğ kapsamı dışında kalan anlaşmaların, derhal 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde düzenlenen şartlara uygunluğunun sağlanmasının gerektiği hususunda teşebbüse görüş yazısı gönderilmesine ilişkin olarak davacı şirkete 12.03.2008 tarih ve 842 sayılı işlemle bildirilen 27.12.2007 tarih ve 07-92/1191-461 sayılı Rekabet Kurulu kararının, ...'in mobil pazarlama firmaları ile yaptığı münhasır sözleşmelerin 4054

sayılı Kanun'u ihlal ettiği iddialarının Kanun'un yalnızca 4. maddesi kapsamında değerlendirildiği, ancak konunun 6. madde kapsamında da değerlendirilmesi sonucunda ... hakkında soruşturma açılabilmesi, usul ekonomisi gibi bir nedenle soruşturma açılmamasına hükmedilmesinin, adli yargıda açılması muhtemel bir tazminat davasında, Kurul'un bu kararı gerekçe gösterilerek, başvuru sahibini davanın reddedilmesi sonucuyla karşı karşıya bırakabileceği ve bu durumun başvuru sahibini mağdur edebileceği, ...'in daha önce imzalamış olduğu bazı anlaşmaları, imzaladığı ek protokoller yoluyla tadil ederek, 01.07.2007 tarihinden sonra da 2007/2 sayılı Tebliğ'e aykırı davrandığı, yine bu bağlamda ...'in dava konusu Kurul kararından sonra aykırı uygulamalarına devam ettiği, bu kapsamda Kanun'un 16. maddesinin (d) bendince cezalandırılması gerektiği, ileri sürülerek iptal edilmesi istenilmektedir.

Davalı İdarenin Savunmasının Özeti : Ana sözleşmeler dışında ek protokollerde münhasırlık hükmüne yer verilip verilmediğine ilişkin olarak her hangi bir bilgi veya belgeye sahip olunmamasıyla birlikte, daha önce Kurul kararı ile grup muafiyetinden yararlandığı tespit edile şikâyet konusu anlaşmalara ek olarak imzalanan protokollerin ikincil nitelikte bağitlar olduğu ve ana sözleşmede yer alan rekabet etmeme yükümlülüğü sınırlarını aşan bir yükümlülük getiremeyeceği dikkate alındığında, bu protokollerin yeni bir sözleşme olarak değerlendirilerek, 4054 sayılı Kanun'un 4.maddesine aykırı olduğunun kabul edilmesinin mümkün olmadığı, davacı şirketin iddiasının aksine, konunun dava konusu kararda 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında da değerlendirildiği, 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesi uyarınca alınan ihlale son verme kararları ile Kanun'un 4. ve 6.maddelerine aykırı olan durumların yasaklandığı ileri sürülerek davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Davalı Yanında Müdahilin Savunmasının Özeti : Dava konusu Rekabet Kurulu kararı ile haklarında soruşturma açılmaksızın, şikâyet konusu anlaşmaların 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde düzenlenen şartlara uygunluğunun sağlanması konusunda gönderilen görüş yazısının gereği yerine getirilerek, katma değerli hizmetlerin sunumuna yönelik olarak, münhasır çalışma yükümlülüğü içeren sözleşme imzalanmış olan tüm firmalara, münhasır çalışma yükümlülüğünün kaldırıldığı ve bundan sonra hiçbir biçimde münhasır çalışma yükümlülüğü konulmayacağı konusunda ihtarname gönderildiği, öte yandan mobil pazarlama hizmeti sunan firmaların diğer operatörleri, sözleşmede yer alan münhasırlık şartı nedeniyle değil, hizmet kalitesi ve altyapı sorunları ve marka gücü gibi sebepler dolayısıyla tercih etmedikleri, sözkonusu anlaşmaların, 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddesini ihlâl edici nitelikte olmadığı belirtilerek davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi Betül ÖZYİĞİT'in Düşüncesi : Davacı şirketin, ...'in mobil pazarlama şirketleri ile yapmış olduğu münhasırlık hükümleri içeren anlaşmalar yoluyla 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddelerini ihlâl ettiğine ilişkin olarak yapılan şikâyet başvurusu üzerine, yapılan ön araştırma sırasında, taraflar arasında, katma değerli hizmetlerin sunumuna ilişkin genel hüküm ve koşulları düzenlemek amacıyla "İçerik Temin, Reklâm & Pazarlama, Sunucu Barındırma, Uygulama Geliştirme & İşletme Hizmet Çerçeve Sözleşmesi"nin imzalanmış olduğunun, bu sözleşmenin matbu nitelikte olup, kampanyanın kurgusuna göre taraflar arasında, kampanyaya özel ilişkiyi düzenlemek amacıyla ek protokollerin de imzalandığının tespit edilmiş olması karşısında, Kurul tarafından, davacı şirketin ...'in 4054 sayılı Kanun'u ihlâl ettiği iddiasına ilişkin olarak, matbu sözleşmeyle birlikte ek protokollerin de incelenmesi ve değerlendirilmesi suretiyle bir karar verilmesi gerekirken, sadece matbu sözleşmelerin incelenmesi suretiyle karar verilmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Öte yandan, davacı şirketin, ... tarafından 4054 sayılı Kanun'un sadece 4. maddesinin değil, 6.maddesinin de ihlâl edildiğinin öne sürülmüş olması ve raporörlerin görüşlerinde ve Kurul kararında, ...'in hakim konumuna ve Kanun'un 6. maddesinin ihlâl edildiğine ilişkin olarak ciddi değerlendirmelere yer verilmesine rağmen, kararın sonuç

kısımında, Kanun'un 6. maddesi yönünden her hangi bir tespite yer verilmemiş olması yönünden de dava konusu karar hukuka uygun bulunmamıştır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu işlemin iptali gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Pınar İMİRZALIOĞLU'nun Düşüncesi : Dava, ... İletişim Hizmetleri A.Ş. tarafından, Türkcell İletişim Hizmetleri A.Ş'nin münhasır anlaşmalar yoluyla 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'u ihlal ettiğinden bahisle yapılan şikayetin reddine ilişkin Rekabet Kurulu kararının iptali istemiyle açılmıştır.

Dosyanın incelenmesinden; davacı şirketin, ...'in mobil pazarlama şirketleri ile yapmış olduğu münhasırlık hükümleri içeren anlaşmalar yoluyla 4054 sayılı Yasanın 4 ve 6. maddelerini ihlal ettiğine ilişkin olarak yapmış olduğu şikayet başvurusu üzere, davalı idarece 4. madde ihlaline ilişkin olarak yeterli inceleme yapılmaksızın, sözleşmelerin Yasaya uygun hale getirilmesi yolunda ...'e yazı yazılması ile yetinildiği ayrıca, ...'in şikayete konu eylemlerinin 4054 sayılı Yasanın 6. maddesine uygun olup olmadığı hususunda bir karar da tesis edilmediği anlaşılmış olup, dava konusu Rekabet Kurulu Kararında bu nedenle hukuka uyarlık bulunmamıştır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu işlemin iptaline karar verilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüldü:

Dava, davacı şirketin, ...'in katıl kazan türündeki kampanyalara ilişkin olarak mobil pazarlama hizmetleri sunan firmalarla yapmış olduğu münhasırlık içeren anlaşmalar yoluyla 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddesini ihlâl ettiğine ilişkin şikâyet başvurusu üzerine yapılan önaraştırma sonucunda, ...'in mobil pazarlama hizmetleri pazarında faaliyet gösteren firmalarla yapmış olduğu ve Rekabet Kurulu'nun 10.2.2005 tarih ve 05-10/86-33 sayılı kararı ile grup muafiyetinden yararlandığı tespit edilen, ancak, Kurul kararından sonra yürürlüğe giren 2007/2 sayılı Tebliğ ile değişik 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin 2. maddesi uyarınca, ...'in pazar payı nedeniyle Tebliğ kapsamı dışında kalan anlaşmalarda yer alan münhasırlık şartının, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddenin (c) bendi kapsamında ilgili pazardaki rekabeti önemli ölçüde ortadan kaldırdığı yönünde ciddi ve yeterli deliller bulunması nedeniyle bireysel muafiyetten yararlanamayacağına, dolayısıyla 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında olduğuna, bu çerçevede, 2007/2 sayılı Tebliğ ile değişik 2002/2 Tebliğ'in 2. maddesi uyarınca Tebliğ kapsamı dışında kalan anlaşmaların, derhal 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde düzenlenen şartlara uygunluğunun sağlanmasının gerektiği hususunda teşebbüse görüş yazısı gönderilmesine ilişkin olarak, davacı şirkete 12.03.2008 tarih ve 842 sayılı işlemle bildirilen 27.12.2007 tarih ve 07-92/1191-461 sayılı Rekabet Kurulu kararının iptali istemiyle açılmıştır.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 1. maddesinde, bu Kanun'un amacının, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamak olduğu belirtilmiş; 3. maddesinde, Teşebbüs, "piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler" olarak tanımlanmış; 4. maddesinde, belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan doğruya veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemlerinin hukuka aykırı ve yasak olduğu belirtilmiş; 6. maddesinde de; bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı

anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanmasının hukuka aykırı ve yasak olduğu belirtilmiş; Kanun'un 16/2. maddesinde ise, bu Kanun'un 4. ve 6. maddelerinde yasaklanmış olan davranışları gerçekleştirdiği, sabit olanlara Kanun maddesinde belirtilen miktarda para cezası verileceği hükmüne bağlanmış bulunmaktadır.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 27. maddesinin (a) bendinde, bu Kanun'da yasaklanan faaliyetler ve hukukî işlemler hakkında, başvuru üzerine veya re'sen inceleme, araştırma ve soruşturma yapmak; bu Kanun'da düzenlenen hükümlerin ihlâl edildiğinin tespit edilmesi üzerine, bu ihlâllere son verilmesi için gerekli tedbirleri alıp bundan sorumlu olanlara idarî para cezaları uygulamak Rekabet Kurulu'nun görevleri arasında sayılarak, 40.maddesinde, Rekabet Kurulunun re'sen veya kendisine intikal eden başvurular üzerine doğrudan soruşturma açılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının tespiti için önaraştırma yapılmasına karar vereceği, önaraştırma yapılmasına karar verildiği takdirde önaraştırma yapmakla görevlendirilen raportörün elde ettiği bilgileri, her türlü delilleri ve konu hakkındaki görüşlerini Kurula yazılı olarak bildireceği; 41.maddesinde, önaraştırma raporunun Kurula teslimini takiben Kurulun elde edilmiş olan bilgileri değerlendirerek soruşturma açılmasına veya açılmamasına karar vereceği belirtilmiş, 43.,44.,45.,46. ve 47.maddelerinde ise Kurulun soruşturmaya başlaması halinde uygulanacak idari usul çerçevesinde delillerin toplanması, tarafların bilgilendirilmesi, tebligat ve cevap verme ve sözlü savunma toplantısına ilişkin kurallara yer verilmiştir.

Yasanın bu düzenlemesine göre soruşturma açılmasına yeterli bilgi ve belge varsa doğrudan soruşturma açılmasına karar verilebileceği, doğrudan soruşturma açılmasına yetecek bilgi ve belge bulunmadığı hallerde ise daha fazla bilgi veya belge elde edebilmek için önaraştırma yapılabilmesi ve önaraştırma yapmakla görevlendirilen raportörün elde ettiği bilgi ve deliller ile önaraştırma raporu Kurulca değerlendirilerek soruşturma açılmasına veya açılmamasına karar verilebileceği, bu iki karar türünden birini verme hususunda Rekabet Kurulunun takdir yetkisinin bulunduğu ve bu yetkinin 4054 sayılı Yasanın 1.maddesinde belirtilen amaçları gerçekleştirme hedefi doğrultusunda kullanılması gerektiği açıktır.

Bu bağlamda, önaraştırma sonucunda rekabet kurallarını ihlâl eden eylem, karar ve anlaşmaların söz konusu olmadığına hiç bir kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde ortaya çıkması halinde Kurulca soruşturma açılmamasına karar verileceği, ancak önaraştırma sonucu elde edilen bilgi ve delillerin bu sonuca ulaşmaya elverişli olmaması veya yetersizliği halinde ise soruşturma açılmasına karar verilmesi gerektiği konusunda duraksamaya yer yoktur.

Başka bir anlatımla, ihbar ve şikayet başvurularında ileri sürülen iddia ve deliller ile re'sen araştırma sonucunda elde edilen bilgi ve bulguların noksan olduğu ve dolayısıyla önaraştırmaya konu edilen olayın soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı yönünde kesin bir kanaate ulaşmaya yetecek ölçüde aydınlatılmadığı hallerde Kurulca soruşturma açılmasına karar verilerek 4054 sayılı Yasanın 43. ve devamı maddelerinde düzenlenen idari usulün uygulanması sonucunda yapılacak değerlendirmenin 48.maddede öngörülen nihai kararlar sonuclandırılması gerekir.

Aksi takdirde rekabet kurallarının ihlal edildiğine ilişkin iddialar açıklığa kavuşmadan soruşturma açılmaması yönünde alınan kararın rekabetin korunması amacına hizmet etmeyeceği kuşkusuzdur.

Öte yandan, 2002/2 Sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin 25.05.2007 tarih ve 26532 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 2007/2 sayılı Tebliğ ile değişik 2. maddesinde, bu Tebliğ ile sağlanan muafiyetin, sağlayıcının dikey anlaşma konusu mal veya hizmetleri sağladığı ilgili pazardaki pazar payının %40'ı aşmaması durumunda uygulanacağı, 8. maddesinde, bu Tebliğ hükümlerine göre tanınmış muafiyetin, Kanunun 6 ncı maddesinin uygulanmasını engellemeyeceği ve Geçici 2. maddesinde, 2007/2 sayılı Tebliğ'in yürürlüğe girdiği tarihte 2002/2 sayılı Tebliğ ile sağlanan grup muafiyetinden

yararlanmakta olan, ancak 2002/2 sayılı Tebliğ'in 2007/2 sayılı Tebliğ ile değişik 2 nci maddesinde öngörülen kapsamın dışında kalan anlaşmaların bu Tebliğ'in yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde 4054 sayılı Kanun'un 5 inci maddesinde düzenlenen şartlara uygunluğunun sağlanmasının gerektiği, bu süre içerisinde anılan anlaşmalara 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesinde öngörülen yasaklamanın uygulanmayacağı hükümlerine yer verilmiştir

Dosyanın incelenmesinden, davacı şirket tarafından Rekabet Kurumu kayıtlarına 02.04.2008 tarih ve 2049 sayı ile giren başvuru ile, katıl kazan türü kampanyaların firmaların satış faaliyetlerinin bir parçası olduğu, marka bilinirliğinin ve marka imajının olumlu bir şekilde artırılması için uygulanan bir yöntem olduğu, bu tür kampanyaların son dönemde çok sayıda firma tarafından tercih edilmekte olduğu, bu kampanyalar kapsamında genellikle, ürünü alan tüketicilerin ürünün içinden çıkan şifreyi ve irtibat bilgilerini anlaşmalı GSM operatörüne kısa mesaj (KMS) olarak göndererek kampanyaya katıldıkları, kampanya sonunda yapılan çekilişle kazanan talihliye ödül verildiği, diğer tür kampanyalarda ise tüketicilerin aldıkları ürünün yanında ürün satıcısı ile GSM işletmecisi arasındaki anlaşma kapsamında GSM işletmecisinden hediye kontör/dakika kazandıkları, başlarda mütevazı bütçelerle yapılan bu kampanyaların tüketici ilgisi ve katılım yoğunluğu sonucunda oldukça büyük bütçelere ulaştığı, bu tür kampanyaları düzenleyen firmaların kampanyayı gerçekleştirebilmek için GSM operatörlerinden hizmet tedarik etmek zorunda oldukları, ancak ... firmasının, bağlantılı çalıştığı reklâm ajansları yoluyla hizmet tedarikini tek elden satın alma şartına bağladığı, bu nedenle firmaların, pazarda %60 paya sahip olan bir teşebbüsü dışarıda bırakarak başarılı bir kampanya gerçekleştiremeyeceği düşüncesiyle münhasıran ... ile çalışmak zorunda kaldıkları, hizmet tedariki teklifi ile gidilen firmaların, ...'in bahse konu şartı nedeniyle ... ile çalışmayacaklarını ifade ettikleri, ...'in bu tür faaliyetlerini sadece kendisine hizmet veren yetkili reklâm ajansları ile gerçekleştirdiği, katıl kazan kampanyalarında ...'in münhasıran hizmet vermesinin kaynağının reklam ajansı ile ... arasındaki sözleşmeden mi yoksa reklam ajansı ile firma arasındaki sözleşmeden mi kaynaklandığının bilinmediği, fakat sözleşme durumu ne olursa olsun nihayetinde ... ile çalışan firmaların ... ile çalışmayı kabul etmedikleri, rekabeti kısıtlayıcı bu anlaşmaların 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine aykırı olup aynı Kanun'un 5. maddesinde yer alan muafiyet şartlarını da taşımadığı ve ...'in alıcı firmalarla münhasırlık içeren sözleşmeler imzalamasının pazarın kapanmasına neden olduğu, dolayısıyla bu uygulamaların 4054 sayılı Kanun'un 6.maddesinin (a) ve (e) bentlerine de aykırı olduğu ifade edilerek, bu nedenle 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesi kapsamında ... firmasına Katıl Kazan türü kampanyalarda, firmalara tek elden satın alma yükümlülüğü içeren münhasırlık uygulamasına son vermesinin bildirilmesi, ... firmasının 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddelerini ihlal ettiğinin tespit edilmesi ve bu firmanın idari para cezası ile cezalandırılmasının talep edilmesi üzerine yapılan önaraştırma sonucunda, raportörler tarafından hazırlanan 19.12.2007 tarih, 2007-2-192/ÖA-07-FT sayılı Önaraştırma Raporunun, 07-92 sayılı Kurul toplantısında görüşülmesi sonucu alınan dava konusu Kurul kararı ile, GSM operatörlerinin altyapıları üzerinden sunulan katma değerli hizmetlerin, pazarın kendine has özellikleri de dikkate alınarak, reklâm/tanıtım amacıyla mobil telefonları mecra olarak değerlendirmek isteyen firmalara yönelik hizmet veren firmaların faaliyet gösterdiği mobil pazarlama hizmetleri; oyun, logo, melodi gibi eğlence amaçlı servislerle, haberler, hava durumu gibi bilgilendirme amaçlı servislerin yer aldığı içerik hizmetleri ve araç/stok takip, müşteri hizmetleri gibi servisleri içeren kurumsal hizmetler olarak üç ayrı kategoriye ayrılmasının mümkün olduğu, mobil pazarlama hizmetlerinin ise, firmaların, marka/ürün tanıtımlarını yapmak, marka/ürün hakkında bilgi vermek, satışlarını artırmak, tüketicilerin marka/ürün üzerindeki tutumları üzerinde etkili olmak vb. amaçlarla mobil telefonları üzerinden son kullanıcılara ulaşmak yoluyla gerçekleştirdikleri bir pazarlama çeşidi olduğu, mobil pazarlama hizmetleri pazarının işleyişine bakıldığında; GSM üzerinden sağlanan katma değerli hizmetlerin, hizmetin içeriği ve/veya mobil şebekelerde kullanımı için

gerekli yazılımın üçüncü kişiler olarak nitelenen hizmet sağlayıcı firmalardan alındığı, erişim altyapısının ise GSM operatörü tarafından sağlandığı ve bu ilişki sonucunda hizmetten elde edilen gelirlerin GSM işletmecisi ve hizmet sağlayıcısı teşebbüs ile belli oranlarda paylaşıldığı ya da hizmet sağlayıcısı teşebbüse prim ödendiği iş modellerinin uygulandığı, mobil pazarlama hizmeti veren firmaların, müşterilerine yönelik olarak; katıl kazan, kampanya kurgulama, tanıtım/reklâm için toplu KMS, MMS gönderimi, profileme (veri tabanı sorgulama) ve benzeri kampanyalar/uygulamalar hazırladığı, mobil pazarlama hizmetlerinin niteliği/amacı itibarıyla diğer katma değerli hizmetlerden farklılaştığı, bu hizmetler ile diğer katma değerli hizmetler arasında herhangi bir ikame olanağının bulunmadığı, mobil pazarlama faaliyetlerinde bulunan teşebbüslerin bu alanda uzmanlaşmış profesyonel teşebbüsler oldukları, bu nedenle eğlence ve bilgi edinme gibi içerik hizmetleri sunan teşebbüsler (logo, melodi, haber, hava durumu servisleri) ile mobil pazarlama faaliyetlerinde bulunan teşebbüsler arasında arz ikamesi seviyesinin de düşük olduğu hususları dikkate alınarak ilgili ürün pazarlarından birinin, hem ürünlerin nitelik olarak farklılaşması hem de arz ikamesinin sınırlı olması nedeniyle katma değerli hizmetler pazarının bir alt pazarı olan "mobil pazarlama hizmetleri", öte yandan, mobil pazarlama hizmetlerinin sunulması için gerekli olan altyapı GSM operatörleri tarafından sağlandığından ve GSM operatörlerinin de kendi aralarında, mobil telefon kullanıcılarına erişim olanağı sağlayan erişim mecrası/altyapı sağlayıcısı olarak rekabet halinde olduklarından ilgili diğer ürün pazarının ise, "mobil pazarlama hizmetlerinin sunumu için gerekli olan altyapı hizmetleri" pazarı olarak, GSM hizmetlerinin ve dolayısıyla GSM şebekesi üzerinden sunulan katma değerli hizmetlerin tüm Türkiye'de sunuluyor olması nedeniyle ilgili coğrafi pazarın ise "Türkiye Cumhuriyeti sınırları" olarak belirlendiği, dosya konusu şikâyet kapsamında incelenen ve katıl kazan ve benzeri hizmetler için ...'in teşebbüsler ile yapmış olduğu "İçerik Temin, Reklâm & Pazarlama, Sunucu Barındırma, Uygulama Geliştirme & İşletme Hizmet Çerçeve Sözleşmesi"nin (sözleşme) matbu nitelikte olup, katma değerli hizmetlerin sunumuna ilişkin genel hüküm ve koşulları düzenlediği, bu matbu sözleşmeye ek olmak üzere, uygulanacak kampanyanın kurgusuna göre değişen ek protokollerin de imzalanabildiği, sözleşmenin konusunun, 2. maddesinde, ... tarafından verilen katma değerli servisler kapsamında kuruluştan alacağı hizmetlerin esaslarını ve tarafların karşılıklı hak ve yükümlülüklerini düzenlemek olarak ortaya konduğu, sözleşmenin tanımlar bölümünde sözleşmenin kapsamını oluşturan "katma değerli hizmetler"in, ... tarafından, ... GSM şebekesi üzerinden abonelere sunulan oyun, yarışma, oylama, bilgi eğlence ve benzeri etkinlikler olarak, "ek sözleşme"nin ise taraflar arasında mutabık kalınan hususlara istinaden, kuruluşun ... adına sağlayacağı hizmetlerin kapsamını yine ...'in sunacağı katma değerli servis bazında düzenleyen ve o uygulamaya ilişkin gelir paylaşımı, fiyatlandırmalar ve ödeme zamanları gibi koşulları belirlemek üzere imzalanarak, sözleşmenin ayrılmaz bir parçasını oluşturan ve sadece sözleşme ile hüküm ifade eden sözleşme olarak tanımlandığı, ... ile sözleşmeye taraf olan kuruluş arasındaki münhasırlık ilişkisinin ise, sözleşmenin, kuruluşun sözleşme süresince ... ile rekabet ortamı içerisinde bulunan kişi ve kuruluşlarla sözleşme konusu veya benzeri bir servise ilişkin çalışmalarda bulunmayacağını hükme bağlayan 10.12. maddesi ile kurulduğu, bu sözleşme ile Rekabet Kurulu'nun 10.02.2005 tarih ve 05-10/86-33 kararı çerçevesinde incelenen ve 2002/2 sayılı Tebliğ ile öngörülen grup muafiyetinden yaralandığı tespit edilen sözleşmenin temelde aynı hükümleri içerdiğinin anlaşıldığı, ancak geline bu noktada, ilgili ürün pazarları, belirtilen 10.02.2005 tarihli Kurul kararı'nda, "GSM şebekeleri üzerinden sunulan katma değerli hizmetler" ve "GSM şebekeleri üzerinden katma değerli hizmetler sunmak için gerekli olan içerik temin ve uygulama hizmetleri" olarak tanımlanan ilgili ürün pazarlarına kıyasla daha dar kapsamda tanımlandığı için, ...'in mobil pazarlama hizmeti veren firmalara yönelik getirdiği rekabet etmeme yükümlülüğünün, bu pazara olan etkisi açısından yeniden değerlendirilmesi gerektiğinin anlaşıldığı, şikâyet konusunun, ...'in mobil pazarlama firmaları ile aralarında imzaladığı anlaşmalarda münhasırlık şartının bulunması dolayısıyla

diğer GSM operatörlerinin mobil pazarlama firmalarına yönelik olarak altyapı hizmeti verememeleri olduğu, bir GSM operatörünün belirtilen ilgili pazarda faaliyette bulunabilmesi için katma değerli hizmetleri nihai kullanıcıya ulaştırabilecek altyapıya sahip olması gerektiği, bu gereklilik açısından değerlendirildiğinde, piyasada bulunan üç GSM operatörünün de birbirine benzer özelliklere sahip olduğunun ortaya konulabildiği, ancak, altyapıya sahip olmanın rekabet gücü açısından tek başına yeterli olmadığı, altyapı üzerinden sağlanan hizmetin rakiplere karşı bir üstünlük sağlayabilmesi için olabildiğince fazla nihai kullanıcıya ulaşmasının gerekmekte olduğu, bu bağlamda, mobil pazarlama hizmetlerinin sunumu için gerekli olan altyapı hizmetleri pazarında rekabet halinde bulunan GSM operatörlerinin "GSM hizmetleri" pazarındaki gücünün önem kazanmakta olduğu, Telekomünikasyon Kurumu'ndan sağlanan veriler dikkate alındığında Haziran 2007 tarihi itibarıyla, yaklaşık 58 milyon GSM abonesinin %58'inin ..., %27'sinin ..., %15'inin ise ... abonesi olduğu, pazar payları net satışlara göre değerlendirildiğinde ise, 2006 sonu itibarıyla, ...'in %72'lik bir paya sahip olduğu görülürken, ...'un %15, ...'nın ise %13 oranında pazar payına sahip olduğunun anlaşıldığı, öte yandan, mobil pazarlama hizmetlerinin sunumu için gerekli olan altyapı hizmetleri pazarındaki ciro ve pazar payı rakamları incelendiğinde, ilgili pazarda ... dışındaki operatörlerin "anamlı" bir varlığından söz edebilmenin olanaklı olmadığı, bu durumda, ...'in münhasırlık sözleşmeleri yüzünden pazarın tamamının diğer GSM operatörlerine kapanma riskinin söz konusu olduğu, bu şekilde, ...'un 2006 yılında faaliyetlerine yeni başlamış olması ve yapılanmasını yeni tamamlamış olması nedeniyle daha gerçekçi bir değerlendirme yapılmasını sağlayacak olduğu düşüncesiyle 2007 yılı rakamlarıyla, GSM operatörlerinin gerek GSM hizmetleri pazarında gerek katma değerli hizmetler piyasasında elde ettiği gelirler birlikte ele alındığında, Rekabet Kurulu'nun 10.2.2005 tarih ve 05-10/86-33 sayılı kararında yer verilen değerlendirmeye benzer şekilde, GSM operatörlerinin mevcut şebeke büyüklükleri ve GSM gelirlerine orantılı bir katma değerli hizmetler gelirleri elde ettiğinin anlaşıldığı ancak, aynı değerlendirme ile, mobil pazarlama hizmetlerinin sunumu için gerekli olan altyapı hizmetleri pazarı açısından benzer sonuçlara ulaşmanın olanaklı olmadığı, GSM operatörlerinin ilgili pazardaki ciro ve pazar payı rakamları incelendiğinde mobil pazarlama hizmetlerinin sunumu için gerekli olan altyapı hizmetleri pazarında ... dışındaki operatörlerin pazar payı toplamının yok denecek kadar az olduğu, raporlarla yapılan incelemeler kapsamında mobil pazarlama firmalarından da konuya ilişkin olarak görüşlerinin talep edilmesi üzerine, firmalardan gelen cevaplar incelendiğinde, ...'le münhasır çalışan tüm firmaların, ... ve ... ile çalışmalarının önünde engel olmadığını belirtmiş olmalarının, ...'in pazardaki gücünü ortaya koyan bir diğer önemli gösterge olduğu, hâlihazırda ... ile mobil pazarlama firmaları arasında "rekabet etmeme" yükümlülüğünün hüküm altına alındığı, bu kapsamda mobil pazarlama hizmetleri sunan firmaların diğer operatörlerle çalışmalarının önünde yapılan anlaşmalar kapsamında bir engel bulunmadığı, diğer yandan mobil pazarlama firmalarının diğer operatörlerle çalışmama gerekçeleri incelendiğinde, marka sahiplerinin tercih etmediği, operatörlerin teknik altyapılarının yetersiz olduğu yönünde açıklamalara yer verilmiş olduğu, bu gerekçelerin doğru ve yerinde olduğunun kabul edilmesi durumunda, mobil pazarlama firmalarının, hâlihazırda anlaşmalarda yer alan münhasırlık şartının anlaşma hükümlerinden çıkarıldığı takdirde dahi, diğer operatörlerle çalışmayabileceklerinin anlaşıldığı, bu durumda, ...'le mobil pazarlama hizmetleri sunan firmalar arasında imzalanan ve münhasırlık hükümleri içeren sözleşmelerin rekabeti gereğinden fazla kısıtlayarak, piyasa kapama etkisi yaratacak biçimde alıcının sağlayıcıya ve/veya sağlayıcının alıcıya erişimini kısıtlayan sonuçlar doğurduğunun anlaşıldığı, öte yandan, 10.2.2005 tarihli Kurul kararı ile grup muafiyetinden yararlandığı tespit edilmiş olmakla birlikte, 2007/2 sayılı Tebliğ ile değişik 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin 2. maddesinde belirlenen pazar payıyla ilgili olarak %40'lık eşik sebebiyle, Tebliğ kapsamı dışına çıktığı anlaşılan anlaşmalarda yer alan münhasırlık şartının, ilgili piyasanın önemli bölümünde rekabetin ortadan kalkması sonucunu doğurabilecek

nitelikte olması nedeniyle, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin (c) bendi kapsamında bireysel muafiyetten de yararlanamayacağı, dolayısıyla bu anlaşmaların 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında olduğu tespit ve değerlendirmelerine yer verilerek bu anlaşmaların derhal 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde düzenlenen şartlara uygunluğunun sağlanmasının gerektiği hususunda teşebbüse görüş yazısı gönderilmesine karar verildiği, 28.03.2008 tarih ve 1085 sayılı Kurum yazısıyla bu kararının gereğinin yerine getirilmesinin ...'e bildirilmesi üzerine, ... tarafından konuya ilişkin olarak davalı idareye gönderilen 10.04.2008 tarihli yazı ile, mobil pazarlama hizmetleri dahil olmak üzere katma değer hizmetlerin sunumu konusunda münhasır çalışma yükümlülüğü içeren anlaşma imzalanmış olan tüm firmalara 02.04.2008 tarihli noter ihtarnamesi ile, ihtarnamenin taraflarına tebliğ edildiği tarihten itibaren, anlaşmalar ve ek protokoller yoluyla getirilmiş olan münhasır çalışma yükümlülüğünün kaldırılmış olduğunun ve taraflar arasında devam edecek iş ilişkisinde hiç bir biçimde münhasır çalışma yükümlülüğü içerisinde olmayacaklarının bildirilmesi suretiyle Kurul kararının gereğinin yerine getirildiğinin belirtildiği anlaşılmaktadır.

2007/2 sayılı Tebliğ ile getirilen değişikliğe uyum sağlamak için tanınan 1 yıllık sürenin 01.07.2007 tarihinden önce imzalanmış olan mevcut sözleşmeler için öngörülmüş olması nedeniyle, dava dilekçesinde, davacı şirket tarafından, ...'in 01.07.2007 tarihinden sonra da, bu matbu sözleşmelere ek protokoller imzalamak suretiyle münhasırlık içeren yeni uygulamaları ile 4054 sayılı Kanun'u ihlâl ettiğinin ileri sürülmesi karşısında, davalı idare tarafından savunma dilekçesinde, ön araştırma sırasında yapılan incelemeler sonucunda, şikâyet konusu uygulamaların, ... ile mobil pazarlama hizmeti sunan teşebbüsler arasında imzalanan "İçerik Temin, Reklâm & Pazarlama, Sunucu Barındırma, Uygulama Geliştirme & İşletme Hizmet Çerçeve Sözleşmesi" adı altında imzalanmış bulunan ve taraflar arasında, katıl kazan ve benzeri hizmetlerin sunumuna ilişkin genel hüküm ve koşulları düzenleyen matbu nitelikteki sözleşmelere dayandığının ve taraflar arasında ayrıca, kampanyanın kurgusuna göre, her bir kampanyaya özel ilişkiyi düzenlemek amacıyla ek protokollerin de imzalandığının tespit edilmiş olmasına rağmen, ek protokollerin ikincil nitelikte bağıtlar olduğu dolayısıyla bu protokoller yoluyla ana sözleşmenin sınırlarını aşan rekabet etmeme yükümlülüğü getirilemeyeceği düşüncesiyle ek protokollerin yeni bir sözleşme olarak kabul edilemeyeceği sonucuna varılarak, yalnızca matbu nitelikte olan ana sözleşmelerin getirtilerek incelendiği, bu sözleşmelerin Rekabet Kurulu'nun 10.02.2005 tarih ve 05-10/86-33 sayılı kararı ile, 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nde öngörülen grup muafiyetinden yararlanıyorken, anılan Kurul kararından sonra, 01.07.2007 tarihinde yürürlüğe giren, 2007/2 sayılı Tebliğ ile değişik 2002/2 sayılı Tebliğ'in 2. maddesi uyarınca, ...'in pazar payının %40'ı aşması nedeniyle Tebliğ kapsamı dışında kalmış olduğunun ve ayrıca yapılan değerlendirmeler sonucunda, mobil pazarlama hizmetleri pazarında yer alan firmalarla yapılan bu anlaşmalarda yer alan münhasırlık şartının, 4054 sayılı Kanun'un, 5. maddesinin (c) bendi kapsamında ilgili pazarda rekabeti önemli derecede ortadan kaldırdığı yönünde ciddi ve yeterli deliller bulunmuş olması nedeniyle, bireysel muafiyetten de yararlanama olanağı bulunmadığının, dolayısıyla, Kanun'un 4. maddesine aykırı hale geldiğinin tespit edilmesine rağmen, 2007/2 sayılı Tebliğ ile öngörülen bir yıllık geçiş sürecinin dolduğu 01.07.2008 tarihine kadar Kanun'un 4. maddesi çerçevesinde ceza uygulanamayacağı için, söz konusu anlaşmaların derhal Kanun'un 5. maddesine uygun hale getirilmesi yönünde ...'e görüş yazısı gönderilmesine karar verilmesi suretiyle Kurul'un görevini 4054 sayılı Kanun'a uygun olarak yerine getirdiği belirtilmekteyse de, 4054 sayılı Kanun'un rekabetin korunması amacı doğrultusunda, Kurul'un re'sen veya kendisine intikal eden başvurular üzerine, doğrudan soruşturma açılmasına yetecek bilgi ve belge bulunmadığı hallerde, daha fazla bilgi ve belge elde edebilmek için açmış olduğu önaraştırma neticesinde, ancak, rekabet kurallarını ihlâl eden her hangi bir eylem, karar ve anlaşmanın bulunmadığının hiç bir kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde ortaya çıkarılması halinde soruşturma açılmamasına karar verebileceğinin açık olması karşısında, resen inceleme ve

araştırma yetkisi bulunan davalı idarenin, ...'in katıl kazan kampanyalar türündeki uygulamaları ile 4054 sayılı Kanun'u ihlâl ettiği iddiasına ilişkin olarak soruşturma açılıp açılmayacağına, şikâyet konusu uygulamaların dayanağı olan ve aynı zamanda kendi bilgisi dahilinde de olan ek protokolleri de getirterek, matbu sözleşme ile birlikte incelemek ve değerlendirmek suretiyle karar vermesi gerekirken, bu protokollerin ikincil nitelikte bağitlar olduğu ve davacı şirketin şikâyet dilekçesinde ...'in 01.07.2007 tarihinden sonra imzaladığı protokoller yoluyla 4054 sayılı Kanunu ihlâl ettiği yönünde bir iddiası bulunmadığı gerekçesiyle, sadece matbu sözleşmeleri getirterek, eksik inceleme yapmak suretiyle karar vermesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Öte yandan, rekabet hukukunun amaç ve ilkeleri ve 4054 sayılı Kanun'da öngörülen usul açısından, 4054 sayılı Kanun'un ihlâl edildiği iddiasına dayanan bir şikâyet hakkında soruşturma açmaya gerek olup olmadığını anlamak için yapılan önaraştırma sonucunda, eylemin veya anlaşmanın 4054 sayılı Kanun kapsamında bir ihlâl olup olmadığının tespit edilmesi suretiyle soruşturma açılıp açılmayacağına karar verilmesinin zorunlu olması karşısında, davacı şirketin, 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin de ihlâl edildiği iddiasına ilişkin olarak, dava konusu Kurul kararında, ...'in pazar gücü ve hakim konumuyla ilgili olarak önemli ve ciddi tespitlere ve uygulamanın dikey anlaşmalar yoluyla piyasanın rakiplere kapanması şeklinde ifade edilen hakim durumun kötüye kullanılması haline uygunluk gösterdiğine ilişkin değerlendirmelere yer verilmesine rağmen, kararın sonuç kısmının, şikâyet konusu bu uygulamanın Kanun'un 6. maddesi kapsamında olup olmadığına ilişkin olarak herhangi bir tespit içermeyecek şekilde tesis edilmesi yönünden de, dava konusu Kurul kararı hukuka uygun bulunmamıştır.

Açıklanan nedenlerle; dava konusu işlemin iptaline, aşağıda dökümü yapılan 111,80-TL yargılama giderinin davalı idareden alınarak davacıya verilmesine, yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca belirlenen 1.100,00-TL avukatlık ücretinin davalı idareden alınarak davacı vekiline verilmesine, artan posta ücretinin istemi halinde davacıya iadesine 18.04.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.

DANIŞTAY

Onüçüncü Daire

Esas No : 2008/3874

Karar No : 2011/2603

Özeti : Aralarında davacının da bulunduğu teşebbüslerin günlük yayın yapan siyasî gazeteler ve spor gazeteleri pazarlarında, gazete satış fiyatlarını kendi bağımsız davranışları yerine geçen uyumlu eylem ile belirledikleri saptandığından, tarafların bu eylemlerinin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (a) bendini ihlâl ettiğinden bahisle, aynı Kanun'un 16. maddesinin ikinci fıkrası gereğince idarî para cezası uygulanmasına ilişkin dava konusu Rekabet Kurulu kararının davacı şirkete ilişkin kısmında hukuka aykırılık görülmediği, iptali istemiyle açılan davanın reddi hakkında.

Davacı : ... Gazetecilik ve Matbaacılık A.Ş.
Vekili : Av. ...
Davalı : Rekabet Kurumu Başkanlığı

Vekili : Av. ...

İstemnin Özeti : ... Gazetecilik ve Matbaacılık A.Ş., ... Gazetecilik A.Ş., ... Yayıncılık A.Ş. ve ... Yayıncılık ve Dağıtım A.Ş.'nin, günlük yayın yapan siyasi gazeteler ve spor gazeteleri pazarlarında, ..., ..., ... ve ...-..., ... gazetelerinin satış fiyatlarını kendi bağımsız davranışları yerine geçen uyumlu eylemler ile belirlediklerinden bahisle, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 16. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca 246.142,70-TL idari para cezası uygulanmasına ilişkin Rekabet Kurulu'nun 26.07.2007 tarih ve 07-62/742-269 sayılı kararının davacı şirkete ilişkin kısmının; dava konusu kararın yeni bir karar olduğu, 4054 sayılı Kanun'da öngörülen usul ve kurallara uygun olarak tesis edilmediği, ihlâl iddialarının incelenip araştırılırken uyulması gereken kuralların 4054 sayılı Kanun'un 40. maddesinde belirlendiği, bu düzenlemenin amacının idarenin keyfi davranışının önüne geçilerek savunma hakkının güvence altına alınması olduğu, ancak bu hükme rağmen bilgi notu ve başkanlık önergesi ile soruşturma açılması kararının ve soruşturma raporunun kendilerine tebliğ edilemediği ve yazılı savunmalarının alınmadığı gibi sözlü savunma toplantısının da yapılmadığı, sözlü savunmadan yaklaşık 7 yıl sonra alınan dava konusu kararın yasal süreleri aşması nedeniyle Kanun'un 43. maddesine aykırı olduğu, Rekabet Kurulu'nun hukukî yapısı ile fiziki yapısı arasında uyumsuzluk olduğu, 8 kişiden oluşan Rekabet Kurulu'nun yapısının, yetki ve esasa etkili şekil sakatlığı yönünden 4054 sayılı Kanun'un 22. maddesine aykırı olduğu, Kurul'un piyasadaki gelişmeleri yanlış değerlendirdiği, hatalı ve hukuka aykırı karar verdiği, maliyetlerin, kamu yararı kaygısının, toplumsal ve ekonomik gerçeklerin, traj kayıpları korkusunun ve teammüllerin fiyat tespitinde rol oynadığı, piyasada paralellik olsa da tarafların uyumlu eylem saikiyle hareket etmediği, taraflar arasında mal ve hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma veya kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran veya doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası bir anlaşma mevcut olmadığı gibi bu yönde uyumlu eyleme ilişkin bir anlaşmanın da mevcut olmadığı, anlaşma olduğu konusunda Rekabet Kurumu tarafından herhangi bir belgenin tespit edilemediği, uyumlu eylem içinde bulunduğu karinesinin ekonomik ve rasyonel belgelerle çürütüldüğü, rekabet ilkelerinin ihlâl edilmediği, Kurul'un yanlış değerlendirme sonucu karar verdiği, idarece Türkiye'deki gazete yayıncılığının diğer sektörlerle eşit tutulduğu ve sektörün kendine özgü özelliklerinin dikkate alınmadığı, gazete ve gazete yayıncılığını başka başka ticari ürün ve ticari işletme gibi ele alıp değerlendirme yapıldığında varılan sonuçların doğal olarak yanlış olacağı, Rekabet Kurulu Kararında kamu yararı ilkesinin dikkate alınmadığı, basın piyasasında gazete fiyatlarının yıllardır birbirine paralel gittiği ve asla satış fiyatlarının üretim maliyetlerinin üzerinde olmadığı, bunun nedeninin ise, halkın satın alma gücü olduğu, ... Gazetecilik A.Ş.'nde elde edilen ve uyumlu eyleme dayanak olarak gösterilen bir takım belgelerden uyumlu eylem anlamının çıkarılamayacağı, fiyat hareketleri ile ilgili bazı hataların bulunduğu ve uyumlu eylemin tesbitinin tamamen yanlış ve önyargılı olduğu, üç buçuk yılı aşan bir sürede soruşturma konusu üç gazetenin yalnızca sekiz kez aynı günde fiyat artışı yaptıkları, 1990-1995 yılları arasındaki fiyat değişimlerinde de en az bu kadar aynı tarihte fiyat artışı yapıldığı ve piyasanın teamülü haline gelen bu uygulamanın varlığına ilişkin delil ve savunmaların dikkate alınmadığı, karara esas alınan tablodaki fiyat düşüşlerinin aynı tarihlerde gerçekleşmediği, satış fiyatları arasında zaman zaman iki veya üç kata varan farklar olduğu, uyumlu eylem gerçekleşmiş olsaydı fiyat artışları gibi fiyat indirimlerinin de aynı tarihte gerçekleştirilmesinin gerekeceği, gazete fiyatlarının halkın alım gücüne bağlı olduğu, toplam satışın (tirajın) fiyat hareketlerinden çok hassas olduğu, herhangi bir gazetenin diğer gazetelerin üzerinde bir fiyatla satılmasının tirajı düşüreceği, bunun da reklam gelirlerinin azalması sonucunu doğuracağı, pazardaki teşebbüslerin de hiç bir engel olmamasına karşın diğer gazetelere göre paralel fiyatlar izledikleri, halkın alım gücünün düşük olması nedeniyle fiyatların artırılamadığı, oysa uyumlu eylemde bulunma amacının arkasından fiyatın daha yüksek seviyelere çıkarılması iradesinin var olması gerektiği, koordinasyon ve işbirliği içinde

bulunmadıkları, oligopol piyasada rakiplerin birbirini takip etmelerinin normal olduğu, dava konusu kararın aynı pazara ilişkin olarak alınan diğer Rekabet Kurulu kararları ile çeliştiği, ilk karardan sonraki mevzuat değişikliğinin aleyhe olduğu, verilen cezanın gerekçeleri ile değerlendirmeye dayanak alınan ağırlaştırıcı ve hafifletici sebeplerin kararda yer almadığı, zamanaşımı bulunduğu, verilen kararın hukuka uygun olmadığı ileri sürülerek iptali istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : 17.07.2000 tarihinde alınan ve Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce iptal edilen 00-26/291-161 sayılı kararın yerine alınan dava konusu kararın, Danıştay'ın iptal gerekçesi yaptığı usul noksanlığı giderilmek suretiyle yeni soruşturma süreci başlatılmadan eski dosya üzerinden verildiği, bilgi notunun kurum içi bilgilendirme amaçlı bir yazı olduğu, sözlü savunma toplantısının 05.07.2000 tarihinde yapıldığı, davacı şirkete 3 yazılı, 1 sözlü olmak üzere 4 savunma hakkı tanındığı, davacı şirkete dosyanın kendilerini ilgilendiren kısımlarının çeşitli aşamalarda tebliğ edildiği, soruşturmanın 6 aylık süre uzatımıyla Kanun'a uygun olarak 1 yıl içinde tamamlandığı, Kanun'un 48. maddesindeki 15 günlük sürenin uygulanmasını beklemenin ise mümkün olmadığı, Kurul kararının toplantı ve karar nisabına uygun olduğu, gazetelerin uzun yıllardan beri hep aynı veya yakın fiyatları uygulamış olabileceği, ancak yapılan saptamanın salt fiyatların aynı olması değil tarafların, rekabet hukukuna aykırı olarak bu fiyatları belirlemek için zaman zaman biraraya gelerek toplantılar yaptıkları, bu toplantılarda alınan kararların ise bazı dönemler uygulanmamakla birlikte bazı dönemlerde de uygulandıkları hususlarının toplantı notlarıyla ispat edildiği, Kanuna aykırı bir davranış olan, rakiplerle biraraya gelmek suretiyle fiyatların belirlenmesinin kamu yararıyla ilgisi bulunmadığı, gazete yayıncılığında gelir unsurunun sadece gazete satışlarından değil reklam ve ilanlardan da oluştuğu, 4054 sayılı Kanun'un yürürlüğünden önceki rekabet karşıtı davranışlara yaptırım uygulamanın mümkün olmadığı, dolayısıyla Kurumun sadece Kanunun yürürlük tarihinden sonraki eylemler bakımından ihlalin olup olmadığını araştırdığı, ... Gazetesinde elde edilen İcra Kurulu toplantı notlarında şirket yöneticilerinin imzaları bulunmasa dahi, bu belgelerin şirkette elde edilen kararlarda yer alan ve ...-... ve ... Gazeteleri arasındaki uyumlu eyleme yönelik görüşmelerin yer aldığını gösteren ve 4054 sayılı Kanunun 59/2. maddesi çerçevesinde kullanılması mümkün olan ispat vasıtalarından biri olduğu, bu toplantı notlarında belirtilen tarihlerde fiyat değişikliklerinin gerçekleştirildiği, bu tip davranışların rekabet hukukunda rakibin davranışlarını kontrol etmek değil, biraraya gelen tarafların rekabetçi davranışlarının koordinasyonu olarak değerlendirildiği, ... ile ...'ın ve ... ile ...'ın aynı günde fiyat artışı yaptıkları gibi, bir gün yada bir kaç gün arayla her üç gazetenin de fiyat artışı yaptığı, uyumlu eylemin gerçekleşmesi için fiyatların mutlaka aynı günde artırılmasının gerekmediği, önemli olanın fiyatların paralel gitmesi ve bunu gösteren korelasyon olduğu, siyasi gazete pazarında belli dönemlerde çok kısa süreler için farklı fiyatlar uygulanırken, spor gazeteleri piyasalarında 1997 yılından itibaren sürekli bir paralellik olduğu, anlaşarak birlikte fiyat belirleme durumunda tiraj kaybı ihlalinin büyük ölçüde bertaraf edileceği, uyumlu eylemde her zaman fiyatların yükselmediği, Kurul kararının karine değil delil ve belgelere dayalı olduğu, fiyatların piyasanın oligopol yapısından ve şeffaflığından kaynaklanmadığı, zamanaşımının söz konusu olmadığı, kararda ağırlaştırıcı ve hafifletici unsurlar değerlendirilerek davacı şirket lehine fahiş olmayan hafif bir ceza verildiği öne sürülerek davanın reddi gerektiği savunulmuştur.

Danıştay Tetkik Hâkimi Zühal Aysun SUNAY'ın Düşüncesi : Dava dosyası ve eki soruşturma raporundan, ... Gazetecilik ve Matbaacılık A.Ş., ... Gazetecilik A.Ş.,... Yayıncılık A.Ş ve ... Yayıncılık ve Dağıtım A.Ş.'nin, günlük yayın yapan siyasi gazeteler ve spor gazeteleri pazarlarında, ..., ..., ... ve ..., ..., ... gazetelerinin satış fiyatlarını kendi bağımsız davranışları yerine geçen uyumlu eylemler ile belirledikleri anlaşıldığından, davacı şirket hakkında 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (a) bendinin ihlâlinden dolayı aynı Kanun'un

16. maddesi uyarınca para cezası verilmesi işleminde hukuka aykırılık bulunmadığından davanın reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı BirgÜL KURT'un Düşüncesi : Dava, Rekabet Kurulu'nun 26.7.2007 tarih ve 07-62/742-269 sayılı Kararının davacıya ilişkin kısmının iptali istemiyle açılmıştır.

İşlem tarihinde yürürlükte olan 4054 sayılı Kanun'un 19. maddesinde, Kurul'un parası cezası verme yetkisinin istisnalar hariç beş yıl zamanaşımına tabi olduğu, bu sürenin ihlâlin vuku bulunduğu gün işlemeye başlayacağı, tekrarlanan ihlâller söz konusu ise sürenin ihlâlin sona erdiği ya da en son tekrarlandığı günden itibaren başlayacağı, karar aleyhine yargı yoluna başvurulmuş olmasının zamanaşımı süresinin keseceği hükmüne bağlandığı, Kurul kararında 1999 tarihine kadar devam ettiği ifade edilen ihlâl için Yasa'da öngörülen 5 yıllık süre içinde para cezası verme yetkisinin kullanıldığı yargılama sürecinin zaman aşımını kestiğinden, para cezasının sebebi olan eylemler açısından beş yıllık zamanaşımı süresinin dolduğu;

13.07.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5388 sayılı Kanun'un ile 4054 sayılı Kanun'da yapılan değişiklik sonrası, Rekabet Kurulu'nun üye sayısını yediye indirildiği, nihai kararlarda toplantı sayısı en az 5 ve karar yeter sayısı da en az 4 olarak yeniden belirlendiği, üye sayısının halen yediden fazla olduğunu gözönüne alarak Geçici 4. madde ile de Kurul'un üye sayısı yediye ininceye kadar boşalan üyelikler için seçim ve atama yapılmamasını düzenlediği, Kurul'un üye sayısının belirsiz olmayıp, en çok ve en az kaç üyeyle toplanacağı ve karar alacağı yasayla düzenlendiği, dava konusu kararın da getirilen düzenlemeye uygun olarak beş üyenin toplanması ve oybirliği ile alındığı, davacının rekabet kurulunun 8 üyeli yapısı sürerken 7 üyenin toplantıya katılma yetkisine sahip olduğu, hangi üyelerin karar toplantısına katılacağı insiyatife bırakılmasının kararın esasına etki edecek sakatlık olduğu;

Rekabet Kurulu'na intikal eden soruşturma konusu şikayet hakkındaki tüm bilgi ve belgelerin, önaraştırma ve soruşturma raporları ile yazılı ve sözlü savunmalarda yer aldığı görüldüğünden, yeniden soruşturma açılmasını ve yapılmasını gerekli kılan bir hususun da bulunmaması nedeniyle, Danıştay kararındaki gerekçe doğrultusunda, soruşturmacı üyenin katılmadığı Kurul toplantısında, mevcut üyelerle yeniden karar alınmasında hukuka aykırılık görülmediğinden, dava konusu kararın verilış sürecine ilişkin davacı iddiaları yerinde görülmemiştir.

4054 sayılı Kanun'un 4'ncü maddesi ile; belirli bir mal ve hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma veya kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı bulunarak açıkça yasaklanmış olup; 16. madde hükmü ile 4. maddede yasaklanmış davranışları gerçekleştirdikleri Kurul Kararı ile tesbit edilenlere para cezası verileceği hüküm altına alınmıştır.

Dava dosyasının incelenmesinden, Uluslararası ... Yayıncılık A.Ş.'nin, "... ve ... Gazetelerinin satış fiyatlarını, aynı tarihlerde veya bir gün ara ile aynı oranda artırdıkları ve bu uygulamayı belirli aralıklarla devam ettirdikleri, gazete fiyatlarının uzunca bir süredir birlikte belirlenmesinin sözkonusu üç gazetenin oluşturduğu bir teşebbüs birliği vasıtasıyla gerçekleştirildiği iddialarını içeren şikayet dilekçesi üzerine yapılan soruşturma sonucunda;

Ulusal yayın yapan günlük siyasi gazete pazarında ...-... ve ... Gazetelerinin 25.6.1995-14.12.1998 tarihleri arasındaki, ...-... ve ... Gazetelerinin 7.5.1997-17.4.1999 dönemindeki ve ... ve ...Gazetelerinin 13.10.1996-16.3.1998 fiyat hareketlerine ilişkin tabloların incelenmesinden; aynı yayın grubuna ait ... ve ... Gazetelerinin fiyatlarının çoğunlukla aynı gün, aynı miktarda arttığı veya azaldığı, farklı bir yayın grubuna ait ... Gazetesinin ise 3.5 yıllık dönemde diğer iki gazete ile 8 kez aynı tarihte ve oranda fiyat artışı gerçekleştirdiği, ayrıca bir kez ..., bir kez de ... Gazetesi ile aynı gün ve miktarda fiyat artışı

yapıldığı, bunların dışında ... Gazetesinin 16.3.1998 tarihinde diğer iki gazeteden bir gün sonra gazete fiyatını, diğer iki gazete ile aynı miktarda artırarak eşitlediği, bu dönemlerin dışında bazı dönemlerde gazeteler arasında fiyatların farklılaştığının görüldüğü, ancak en kısa sürede bu farkların kapatılarak birbirlerine paralellik sağlandığı, ... ve ... ilgili dönemde 6 fiyat değişikliğinin aynı gün, 3 değişikliğin ise takip eden günlerde, ulusal yayın yapan günlük spor gazeteleri, ...-... ve ... Gazetelerinde ise fiyat artışlarının hemen hemen aynı günlerde yapıldığı, yerinde inceleme sonucu elde edilen belgelerden günlük siyasi gazete ve spor gazetelerinde uygulanacak fiyatlar konusunda ortak hareket edildiği, verilen promosyonlara ve uygulanan reklam tarifelerine ilişkin kararlar alındığının belirlendiği, gazete fiyatlarındaki değişikliklerin enflasyon ve hammadde fiyatlarının değişikliği ile açıklanamayacağı, gazete fiyatlarında paralelliğin oligopol piyasasının ve gazete pazarının doğal sonucu olmadığına tespit edildiği anlaşılmıştır.

Bu durumda, davacının rakip teşebbüslerin hareketlerini etkileyen, onların bağımsız hareket etme durumlarını ortadan kaldıran bir ortak tavır içinde bulunduğu, fiyatların uyumlu eylem ile belirlendiği 4054 sayılı Yasanın 4/a maddesini ihlal ettiği nedeniyle 16/a maddesi uyarınca para cezası verilmesine ilişkin Rekabet Kurulu Kararı hukuka aykırı bulunmamıştır.

Kararın idari para cezası verilmesinde 1997 net satışlarının %0,5 i esas alınarak ceza tutarının belirlenmesine ilişkin kısmına gelince;

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 Kabahatlar 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 Kanunu'nun 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.

Dava konusu kararda, en son spor gazetelerinin 17.4.1999 tarihinde ki fiyat artışının incelendiği, buna göre fiilin 1999 yılında da sürdüğü görülmekte olup, 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 hükmü uyarınca idari para cezası tutarı belirlenirken, 1998 yılının esas alınması gerekirken 1997 yılının alındığı, ancak davacının talebi aşılarak aleyhine ağırlaştırıcı durum yaratılamayacağından, 1997 ,1998 ve 5728 sayılı Yasa değişikliği uyarınca da 2006 yıllarına ilişkin net satışlarının değerlendirilmesi, davacı lehine olanın dikkate alınması suretiyle idari para cezası yönünden yeniden bir karar verilmesinin gerekmekte olduğu görülmektedir.

Açıklanan nedenlerle dava konusu kararın, idari para cezası verilmesine ilişkin kısmı yönünden iptali, davaya konu diğer kısımları yönünden ise davanın reddi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onüçüncü Dairesince, duruşma için taraflara önceden bildirilmiş bulunan 12.04.2011 tarihinde, davacı vekili Av.... ile davalı Rekabet Kurumu Başkanlığını temsilen Av....'ın geldikleri, Danıştay Savcısının hazır olduğu görülmekle açık duruşmaya başlandı. Taraflara usulüne uygun olarak söz verilerek dinlendikten ve Danıştay Savcısının düşüncesi alındıktan sonra taraflara son kez söz verillerek duruşma tamamlandı.

Dairemizin 12.04.2011 tarihli ara kararı cevabının geldiği görülmekle dava dosyası yeniden incelendi, işin gereği görüldü:

Dava; ... Gazetecilik ve Matbaacılık A.Ş., ... Gazetecilik A.Ş., ... Yayıncılık A.Ş. ve ... Yayıncılık ve Dağıtım A.Ş.'nin günlük yayın yapan siyasi gazeteler ve spor gazeteleri pazarlarında, ..., ..., ... ve ...-..., ... gazetelerinin satış fiyatlarını kendi bağımsız davranışları yerine geçen uyumlu eylem ile belirlediklerinden bahisle 4054 sayılı Yasanın 16. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca 246.142,70-TL idari para cezası uygulanmasına ilişkin Rekabet Kurulu'nun 26.07.2007 tarih ve 07-62/742-269 sayılı kararının davacı şirkete ilişkin kısmının iptali istemiyle açılmıştır.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un, işlem tarihinde yürürlükte olan 19. maddesinde, Kurul'un para cezası ve süreli para cezası verme yetkisinin, teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin başvurusu veya bildirimle, bilgi verme ya da yerinde inceleme yapılmasıyla ilgili hükümlerin ihlâli halinde üç yıl, diğer hallerde beş yıl zamanaşımına tabi olduğu, bu sürenin ihlâlin vuku bulduğu gün işlemeye başlayacağı, sürekli veya tekrarlanan ihlâller söz konusu ise sürenin ihlâlin sona erdiği ya da en son tekrarlandığı günden itibaren başlayacağı, bu ihlâle ilgili olarak Kurul'un inceleme veya araştırma amacıyla yapacağı herhangi bir işlemin, bu işlemin ilgili taraflardan herhangi birine tebliği anından itibaren zamanaşımını keseceği, karar aleyhine yargı yoluna başvurulmuş olmasının zamanaşımı süresini keseceği hükme bağlanmıştır.

Davacı tarafından, ihlâlin gerçekleştiği tarih itibarıyla para cezasının zamanaşımına uğradığı öne sürülmekte ise de; ihlâlin 1999 yılına kadar tekrarlanarak devam etmesi, bu konuda zamanaşımı süresi içinde tesis edilen 17.07.2000 tarihli ilk Kurul kararının Danıştay'ca usul yönünden iptal edilmesi üzerine verilen dava konusu 26.07.2007 tarihli kararın alınmış olması, bununla birlikte, 4054 sayılı Kanun'un Kurul kararlarının tesis edildiği tarihte yürürlükte bulunan ve para cezalarında zamanaşımını düzenleyen 19. maddesinde, zamanaşımı süresinin beş yıl olarak öngörülmesi ve bu sürenin, ihlâlin vuku bulduğu günden, sürekli veya tekrarlanan ihlâller söz konusu ise, ihlâlin sona erdiği ya da en son tekrarlandığı günden itibaren işlemeye başlayacağı, karar aleyhine yargı yoluna başvurulmuş olması halinde zamanaşımı süresinin kesileceğinin hükme bağlanmış olması karşısında, davacının bu iddiası yerinde görülmemiştir.

Davacı şirketin usule ilişkin diğer iddiaları ise dava konusu işlemi kusurlandırıcı nitelikte bulunmayarak işin esasına geçildi:

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4'ncü maddesinde, "Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma yada 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 yada satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kar gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tespit edilmesi,

b. Mal veya hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynaklarının veya unsurlarının paylaşılması ya da kontrolü,

c. Mal veya hizmetin arz ya da talep miktarının kontrolü veya bunların piyasa dışında belirlenmesi,

d. Rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması veya piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin boykot ya da diğer davranışlarla piyasa dışına çıkartılması yahut piyasaya yeni gireceklerin engellenmesi,

e. Münhasır bayilik hariç olmak üzere, eşit hak, yükümlülük ve edimler için eşit durumdaki kişilere farklı şartların uygulanması,

f. Anlaşmanın niteliği veya ticari teamüllere aykırı olarak, bir mal veya hizmet ile birlikte diğer mal veya hizmetin alınmasının zorunlu kılınması veya aracı teşebbüs durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın ya da hizmetin diğer bir mal veya hizmetinde alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da arz edilen bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da arzedilen 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, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı bulunarak açıkça yasaklanmış olup; 16. madde hükmü ile 4. maddede yasaklanmış davranışları gerçekleştirdikleri Kurul Kararı ile tesbit edilenlere para cezası verileceği hüküm altına alınmıştır.

Dava dosyasının incelenmesinden; Uluslararası ... Yayıncılık A.Ş.'nin, "... ve ... Gazetelerinin satış fiyatlarını, aynı tarihlerde veya bir gün ara ile aynı oranda artırdıkları ve bu uygulamayı belirli aralıklarla devam ettirdikleri, gazete fiyatlarının uzunca bir süredir birlikte belirlenmesinin sözkonusu üç gazetenin oluşturduğu bir teşebbüs birliği vasıtasıyla gerçekleştirildiği iddialarını içeren şikayet dilekçesi üzerine önaraştırma yapıldığı, akabinde 04.02.1999 tarihli kurul toplantısı ile soruşturma açılmasına karar verildiği, 04.02.2000 tarihinde tamamlanan soruşturma sonucu düzenlenen raporun Kurul'da görüşüldüğü ve Kurul'ca; önaraştırma sırasında elde edilen belgelerden ... ve ... gruplarının zaman zaman biraraya geldikleri ve uygulayacakları davranışlar üzerinde tartıştıkları, elde edilen belgelerde günlük siyasi gazete ve spor gazetelerinde uygulanacak ve uygulanan reklam tarifelerine ilişkin kararlar alındığının gözlemlendiği, her üç gazetenin de, 16.11.1995, 12.12.1995, 13.01.1996, 14.04.1996, 01.06.1996, 29.11.1997, 20.12.1997, 14.12.1998 tarihlerinde tam sekiz kez aynı tarih ve oranda fiyat artışı gerçekleştirdiği, ayrıca 26.06.1995 tarihinde ... ve ... Gazeteleri, 07.02.1997 tarihinde ise ... ve ... Gazetelerinin aynı gün ve miktarda fiyat artışı gerçekleştirdiği, bazı dönemlerde bu üç gazetenin birbirine çok yakın tarihlerde aynı miktarlarda artış yaptığı, 1994 yılından sonra gazete fiyatlarının sürekli olarak artmadığı, bazı dönemlerde de azaldığı, soruşturmanın ilgili olduğu dönemde gerçekleşen fiyat hareketlerine ait korelasyon katsayıları incelendiğinde, aynı ekonomik birlik içinde yer alan ... ve ... gazetelerinin fiyatları arasındaki korelasyon kat sayısının, 0,99 olduğu; ... ve ... Gazeteleri fiyatları arasında 0.91 ve ... ve ... Gazeteleri fiyatları arasında ise 0.90 olarak gerçekleştiğinin görüldüğü, bu rakamlardan, aynı grup içinde yer alan ... ve ... Gazeteleri arasında fiyat politikaları açısından tam bir uyum bulunduğunun anlaşıldığı, ayrıca ... gazetesinin fiyatını 40.000.TL'ye indirdiği 03.03.1997 tarihinden 06.04.1997 tarihine kadar yaklaşık bir aylık dönemde ... ve ... gazetelerinin fiyat indirimine gitmediğinin, hatta fiyatlarını önce 90.000.TL,

sonra da 120.000.TL'ye çıkardıklarının ve bu bir aylık dönem sonunda tekrar ... Gazetesi ile fiyatlarını paralel hale getirdiklerinin, bu dönemde hafta içi ve hafta sonu fiyatlarında Bilgin grubunun farklılaştırmaya gittiğinin, fakat ... grubunun bu yöntemi tercih etmediğinin tesbit edildiği, bu nedenle, mevcut fiyat hareketleri verilerinden, bu bir aylık dönem çıkarılarak korelasyon katsayıları tekrar hesaplandığında ...,... 0.94; ...-... 0.94; ...-... 0.99 olarak tesbit edilerek, ... Gazetesinin fiyat hareketleri ile ... ve ... Gazetelerinin fiyat hareketleri arasındaki paralelliğin daha çarpıcı hale geldiği, aynı şekilde spor gazetelerinin fiyat hareketlerinin çok daha paralel bir seyir izlediği sonuca varıldığı, paralel fiyatlandırmanın zorunlu olmadığı, siyasi gazetelerde ve spor gazetelerinde çok kısa dönemler haricinde, fiyatların birbirine çok yakın hatta fiyat artış oran ve tarihlerinin aynı olduğunun tesbit edildiği, haklarında soruşturma yürütülen tarafların genellikle maliyet rakamlarının birbirlerinden farklı olduğunun görüldüğü, bu nedenle gazete fiyatlarının aynı seviyede tutulmasının maliyetlerin aynı olduğu gerekçesine dayandırılmayacağı, tirajları dolayısıyla gazete satış gelirleri birbirine yakın olan ancak reklam gelirleri birbirinden farklı olan ..., ... ve ... Gazetelerinin fiyatlarını aynı seviyede tutmalarını, fiyatlarını aynı günde ve aynı oranda artırmalarını benzer maliyetlere dayandırmalarının ekonomik ve rasyonel bir gerekçe olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı, dağıtım kanalı ve bayiler aracılığı ile rakibin fiyat stratejilerinin öğrenildiği, bu nedenle de fiyat artışlarının aynı tarihe denk geldiği savunmasının ise, yapılan fiyat artışlarının, raportörler tarafından yapılan yerinde inceleme esnasında elde edilen ve fiyat değişikliği yapılacağına ilişkin bilgiler içeren toplantı notlarındaki tarihlerden sonra gerçekleşmesini açıklamaktan uzak olduğu, özellikle 1997 yılında taraflarca fiilen uygulanan fiyatların enflasyon ve hammadde fiyatlarının yükselmesi sonucu ortaya çıkan maliyet artışlarıyla da açıklanmasının mümkün olmadığı, çünkü, bu dönemde, fiyatların oldukça yüksek oranlarda aşağı çekildiği ve bu durumun yaklaşık on ay kadar devam ettiği, bu dönemde ortaya çıkan fiyat düşüşleri ve yıl sonuna doğru tekrar indirim öncesindeki fiyat seviyesine yükselmelerinin tarafların benzer maliyet yapılarına sahip olmaları ile izah edilemeyeceği, soruşturmaya konu günlük siyasi ve spor gazeteleri pazarlarının oligopolistik bir özellik taşıdığı, her iki grubun da malzeme teminini yurtdışından sağlamaları nedeniyle benzer maliyet yüküyle karşı karşıya kaldığını ancak, özellikle reklam gelirlerindeki farklılığın maliyet yapılarına ve dolayısıyla fiyata etki ettiği, bu nedenle maliyetlerin belli kalemlerinin benzer olması iki grubun belli dönemlerde aynı fiyat düzeyinde satılmasını hatta bazı dönemlerde (tarihlerde) aynı gün ve oranda artış yapılmasını haklı çıkaracak nitelikte bulunmadığı, belli dönemlerde, her iki grubun bazı oligopolist piyasalarda sıkça yaşanan fiyat ve fiyat dışı rekabete girdiklerinin anlaşıldığı, ancak bu durumun kısa sürdüğü ve fiyatların benzer, hatta, aynı düzeye geri döndüğü, siyasi gazete pazarında belli dönemlerde çok kısa süreler için farklı fiyatlar uygulanırken spor gazeteleri pazarında 1997 yılından itibaren sürekli bir paralelliğin bulunduğu, taraflarca, rakip teşebbüsün zam sirkülerini dağıtım şirketlerine en az iki gün önceden duyurduğu ve alt bayilerinde iki grubun ortağı olmaları nedeniyle iki saat gibi kısa bir sürede rakiplerin fiyat artışlarının öğrenildiği ve bu doğrultuda fiyat artışı yapıldığı ifade edilmekte ise de; bu durumun, tarafların biraraya gelerek fiyat konusunda çeşitli kararlar aldıklarını gösteren belgelerin varlığını açıklayamadığı, gazete fiyatlarının belirlenmesiyle ilgili toplantılar yapıldığı, bu konuda kararlar alındığı, hatta uygulamaya geçildiği dikkate alındığında, gruplar arasında günlük siyasi ve spor gazeteleri pazarında işbirliği olduğunun açıkça anlaşılabileceği, bu işbirliği ve yapılan toplantıların, firmalar arasında rekabetin temelini oluşturan "bağımsız olarak karar alma" gerekliliğini ortadan kaldırdığı, 4054 sayılı Kanun'un 4.maddesinin genel olarak yasaklanan faaliyetleri sayarken, üçüncü fıkrasında uyumlu eylem karinesinin açıklandığı, ... Gazetecilik ve Matbaacılık A.Ş., ... Gazetecilik A.Ş., ... Yayıncılık A.Ş ve ... Yayıncılık ve Dağıtım A.Ş'nin günlük yayın yapan siyasi gazeteler ve spor gazeteleri pazarlarında, ..., ..., ... ve ... - ... - ... gazetelerinin satış fiyatlarını kendi bağımsız davranışları yerine geçen uyumlu eylemler ile belirledikleri, tarafların bu eylemlerinin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini (a) bendini ihlâl ettiğinden bahisle, aynı

Kanun'un 16.maddesinin ikinci fıkrası gereğince idari para cezası verilmesi yönünde alınan 17.07.2000 tarih ve 00-26/291-161 sayılı Kurul kararının, Danıştay Onüçüncü Dairesi'nin 12.12.2007 tarih ve E:2007/12794, K:2007/8706 sayılı kararı ile usul yönünden iptal edilmesi üzerine soruşturma konusunun yeniden değerlendirilmesiyle dava konusu Kurul kararının verildiği anlaşılmıştır.

Dava dosyasında bulunan ...-... ve ... Gazetelerinin 25.6.1995-14.12.1998 tarihleri arasındaki fiyat hareketleri ile ...-... ve ... Gazeteleri (07.05.1997-17.04.1999) ile ... ve ... Gazetelerinin (13.10.1996-16.03.1998) fiyat hareketlerine ilişkin tabloların incelenmesinden; aynı yayın grubuna ait ... ve ... Gazetelerinin fiyatlarının çoğunlukla aynı gün, aynı miktarda arttığı veya azaldığı, farklı bir yayın grubuna ait ... Gazetesinin ise 3.5 yıllık dönemde diğer iki gazete ile sekiz kez aynı tarihte ve oranda fiyat artışı gerçekleştirdiği, ayrıca bir kez ..., bir kez de ... Gazetesi ile aynı gün ve miktarda fiyat artışı yapıldığı, bunların dışında ... Gazetesinin 16.03.1998 tarihinde diğer iki gazeteden bir gün sonra gazete fiyatını, diğer iki gazete ile aynı miktarda artırarak eşitlediği, bu dönemlerin dışında bazı dönemlerde gazeteler arasında fiyatların farklılaştığının görüldüğü, ancak en kısa sürede bu farkların kapatılarak birbirlerine paralellik sağlandığı, ... ve ... ile ...-... ve ... Gazetelerinde ise fiyat artışlarının hemen hemen aynı gün ve miktarda arttığı görülmektedir.

Davacı şirket tarafından, uyumlu eylem içinde bulunmadıkları önce sürülmekte ise de, tarafların içerisinde bulunduğu şartlar, ekonomik durum ve gazete piyasasının durumu, tarafların menfaatlerinin ortak olduğu hususları gözönüne alınarak olay bir bütün halinde değerlendirildiğinde, her iki grubun nadiren fiyat ve promosyon gibi konularında rekabete girdikleri görülmekle birlikte, bu durumun fazla sürmediği ve en kısa sürede gazete fiyatlarında bir paralellik sağlandığı, hatta bazı dönemlerde fiyatların eşitlendiği, spor ve siyasi gazetelerde ise fiyatlardaki uyumun çok daha bariz olduğu anlaşılmakta olup; gerek fiyatlardaki yükseliş ve düşüş oranlarının hemen hemen benzer olması, artış ve düşüşlerin yakın aralıklarda birbirini takip etmesi, fiyat hareketlerine ait korelasyon katsayılarının 0.91 ve 0.99 arasında gerçekleşmesi ve gerekse her ne kadar imzasız da olsa ... Gazetecilik A.Ş.'nde yapılan incelemeler sırasında elde edilen İcra Kurulu Kararlarının bu hususu desteklemesi karşısında rakip teşebbüslerin hareketlerini etkileyen oranların bağımsız hareket etme durumlarını ortadan kaldıran bir ortak tavır içinde bulunulduğu, fiyatların uyumlu eylem ile belirlendiği sonucuna varlığından, 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesi uyarınca para cezası verilmesine ilişkin Rekabet Kurulu Kararı hukuka aykırı bulunmamıştır.

Öte yandan; 12.04.2011 tarihli ara kararı üzerine verilen belgelerin incelenmesi ve davacı şirketin 1997 ,1998 ve 5728 sayılı Yasa değişikliği uyarınca da 2006 yıllarına ilişkin net satışlarının değerlendirilmesi sonucu, dava konusu işlemde davacı lehine uygulama yapıldığı anlaşıldığından, Kurul kararında bu yönüyle de hukuka aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle; davanın reddine, aşağıda dökümü yapılan 186,70-TL yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca 2.200,00-TL vekâlet ücretinin davacıdan alınarak davalıya verilmesine, artan posta ücretinin istemi halinde davacıya iadesine, 01.06.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

SERMAYE PİYASASI İŞLERİ

T.C.
DANIŞTAY
Onüçüncü Daire
Esas No : 2009/4155
Karar No : 2011/2326

Özeti : Holding A.Ş.'den hisse senedi almak üzere para yatıran davacının, Sermaye Piyasası Kurulu'nun anılan şirket üzerinde denetim ve gözetim yetki ve görevini zamanında ve etkin bir şekilde yerine getirmeyerek ağır hizmet kusuru işlediğinden bahisle, bu şirkete yatırdığı parayı geri alamaması nedeniyle uğradığını ileri sürdüğü zararın yasal faiziyle ödenmesine karar verilmesi istemiyle açtığı davayı, kişisel malî yatırım zararlarının Sermaye Piyasası Kurulu'nca karşılanacağına ilişkin bir düzenleme bulunmadığı, idarenin yasa ile verilen görevlerini yaptığı, zararlar illiyet bağı kurulabilen bir idarî işlem veya eylem bulunmadığı gerekçesiyle reddeden mahkeme kararının hukuka uygun bulunduğunu, onanması hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : ...

Karşı Taraf (Davalı) : Sermaye Piyasası Kurulu

Vekili : Av....

İstemin Özeti : Ankara 11. İdare Mahkemesi'nin 24.12.2008 tarih ve

E:2008/356, K:2008/2485 sayılı kararının; Türkiye'de faaliyet gösteren şirketlerin yasa dışı yollarla yurt dışından para topladıkları, davalı idarenin gözetim ve denetim görevini zamanında yerine getirmeyerek hizmet kusuru işlediği, davalı idarenin hizmet kusuru nedeniyle uğradığı zararın ödenmesine karar verilmesi gerekirken isteminin reddi yolunda verilen Mahkeme kararının hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Temyiz isteminin reddi ile usul ve yasaya uygun olan idare mahkemesi kararının onanması gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi Cengiz MASYAN'ın Düşüncesi : Temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüldü:

Dava, ... Holding A.Ş.'den hisse senedi almak üzere para yatıran davacının, Sermaye Piyasası Kurulu'nun anılan şirket üzerinde denetim ve gözetim yetki ve görevini

zamamında ve etkin bir şekilde yerine getirmeyerek ağır hizmet kusuru işlediğinden bahisle, bu şirkete yatırdığı parayı geri alamaması nedeniyle uğradığını ileri sürdüğü zararın yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılmış, İdare Mahkemesi'nce; davacının, özel bir şirketin hisse senedinden aldığı ancak daha sonra şirketin kâr payı ve hisse senedi bedellerini ödememesi üzerine 08.01.2003 tarihli dilekçe ile durumu davalı idareye bildirdiği, izleyen süreçte uğradığı zararın davalı idarenin yasal yükümlülüklerini yerine getirmemesinden kaynaklandığından bahisle bakılan davayı açtığı, davalı idarece verilen savunmalar ve gönderilen bilgi ve belgelerden merkezi Konya ve Yozgat olan bazı şirketlerin Kurul'a kayıt yükümlülüğünü yerine getirmeden sermaye arttırımı yaparak veya paylarını çoğunluğu yurt dışında bulunan vatandaşlara hukuksal geçerliliği olmayan belgeler karşılığında sattıklarının belirlendiği, davalı idarece bu konuda yapılan araştırmalar sonucu tasarruf sahiplerinin şirket yöneticilerine güveni ve vaad edilen yüksek kâr payları nedeniyle bu yatırımları yaptıkları, ancak şirketlerin verimsiz çalıştığı ve kâr edemedikleri, dava konusu şirket hakkında Cumhuriyet Savcılığı'na suç duyurusunda bulunulduğu, bunun yanında yurt dışında yaşayan yatırımcıların amacıyla gazetelere ilanlar verilerek yurt içinde ve yurt dışında toplantılar yapıldığı, Sermaye Piyasası Kanunu'nda kişisel malî yatırım zararlarının davalı idarece ödeneceğine ilişkin bir hüküm bulunmadığı gibi davalı idarece olayın öğrenilmesi üzerine bilgilendirme toplantıları yapıldığı, dava konusu şirkete idarî para cezaları verilerek suç duyurusunda bulunmak suretiyle Yasa ile verilen görevleri yerine getirdiği görüldüğünden davacının uğradığını ileri sürdüğü zarar ile davalı idarenin herhangi bir eylem veya işlemi arasında illiyet bağı bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Davanın yukarıda özetlenen gerekçeyle reddi yolundaki temyize konu Ankara 11. İdare Mahkemesi'nin 24.12.2008 tarih ve E:2008/356, K:2008/2485 sayılı kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1. fıkrasında sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, temyiz istemi yerinde görülmeyle anılan Mahkeme kararının onanmasına, dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine 18.05.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Onüçüncü Daire

Esas No : 2010/2126

Karar No : 2011/2385

Özeti : 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 46/1-i maddesi uyarınca, bir yatırımcının, menkul kıymetler borsasında işlem yapmasını önlemek için, kişinin borsada yaptığı işlemlerin arz ve talebi etkilemeye, aktif bir piyasa izlenimini uyandırmaya, fiyatları aynı seviyede tutmak, artırmak, veya azaltmak amacına yönelik olduğunun belirlenmesi gerektiği, davacının yatırımcı grubuyla birlikte hareket ettiği iddiasıyla tesis edilen işlemin, daha önce başka bir hisse senedinde gerçekleştirilen manipülatif işlemlerde yatırımcı grubuyla birlikte hareket etmesine dayandırıldığı, bu verilere göre davacının, inceleme döneminde yaptığı işlemlerin miktarı ve yatırımcı grubuyla birlikte hareket ettiği dosyadaki belgelerden anlaşılamadığından, işlemin iptali

istemiyle açılan davanın reddine ilişkin temyize konu mahkeme kararının bozulması hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : ...

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf (Davalı) : Sermaye Piyasası Kurulu

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

İstemın Özeti : Ankara 10. İdare Mahkemesi'nin 19.03.2010

tarikh ve E:2009/2140, K:2010/419 sayılı kararının; çalışma özgürlüğünün kısıtlandığı, emsal davalarda iptal kararı verildiği, manipölasyon yapmaya elverişli alım ve satım yapmadığı yatırımcı grubu ile birlikte hareket etmediği ileri sürölerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Temyiz isteminin reddi ile usul ve yasaya uygun olan idare mahkemesi kararının onanması gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi Cengiz MASYAN'ın Düşüncesi : Temyiz isteminin kabulüyle mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:

Dava, ... Sanayi A.Ş. hisse senetlerinde 04.09.2007-21.09.2007 tarihleri arasında, aralarında davacının da bulunduğuy yatırımcı grubunun yapmış olduğı alım-satım işlemlerinin manipölasyon suçunu oluşturduğı ileri sürölerek, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 4487 sayılı Kanun ile değışik 46. maddesinin 1. fıkrasının (i) bendi uyarınca davacı hakkında borsalar ve teşkilâtlanmış diğery piyasalarda geçici işlem yapma yasağı uygulanmasına ve işlem yasağı getirildiğı tarih itibarıyla ... A.Ş. nezdindeki hesaplarına işlem yasağı kaydının işlenmesine ve davacıya ait suça konu edilmiş kaydi payların takas işlemlerine konu edilmelerinin önlenmesini teminen yasaklı paylar, suça konu edilmiş kaydi payların dışındaki kaydi payların ise borsada işlem görmeyen paylar statüsünde izlenmesi hususlarında ... A.Ş.'nin bilgilendirilmesine ilişkin 25.09.2009 tarih ve 30/820 sayılı davalı idare işleminin iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesi'nce; 2499 sayılı Kanun'un 47. maddesinin A/2 bendinde, yapay olarak sermaye piyasası araçlarının, arz ve talebini etkilemek, aktif bir piyasanın varlığı izlenimini uyandırmak, fiyatlarını aynı seviyede tutmak, arttırmak veya azaltmak amacıyla alım satımını yapan gerçek kişilerle, tüzel kişilerin yetkilileri ve bunlarla beraber hareket edenlerin cezalandırılacaklarının; 4487 sayılı Kanunla 46. maddenin 1. fıkrasına eklenen (i) bendinde ise, Kurul'un bu Kanun uyarınca yaptığı inceleme ve denetlemeler sonucunda, 47. maddenin (A) bendinde sayılan fiillere doğrudan ya da dolaylı olarak iştirak ettikleri tespit edilen gerçek veya tüzel kişilerin, borsalar ve teşkilâtlanmış diğery piyasalarda geçici veya sürekli olarak işlem yapmalarının önlenmesini teminen gerekli tedbirleri almaya yetkili olduğunun hükme bağlandığı, Sermaye Piyasası Kurulu uzman raporunun incelenmesinden, Kanun'un 47. maddesinin A/2 bendinde tanımlanan yapay fiyat ve yapay piyasa oluşturulmasına yönelik davranışlarda bulunduğı tespit edilen davacı hakkında sermaye piyasasının güven, açıklık ve kararlılık içinde çalışmasını, tasarruf sahiplerinin hak ve yararının korunmasını sağlamak amacıyla tesis edilen işlemde hukuka

aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 47. maddesinin A/2 bendinde, yapay olarak, sermaye piyasası araçlarının, arz ve talebini etkilemek, aktif bir piyasanın varlığı izlenimini uyandırmak, fiyatlarını aynı seviyede tutmak, arttırmak veya azaltmak amacıyla alım satımını yapan gerçek kişilerle, tüzel kişilerin yetkilileri ve bunlarla beraber hareket edenlerin cezalandırılacakları; 4487 sayılı Kanunla 46. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (i) bendinde ise, Kurul'un bu Kanun uyarınca yaptığı inceleme ve denetlemeler sonucunda, 47. maddenin (A) bendinde sayılan fiillere doğrudan ya da dolaylı olarak iştirak ettikleri tespit edilen gerçek veya tüzel kişilerin, borsalar ve teşkilâtlanmış diğer piyasalarda geçici veya sürekli olarak işlem yapmalarının önlenmesini teminen gerekli tedbirleri almaya yetkili olduğu hükme bağlanmıştır.

Yukarıda sözü edilen Kanun'un 46/1-i maddesi uyarınca, bir yatırımcının, menkul kıymetler borsasında işlem yapmasını önlemek için, kişinin borsada yaptığı işlemlerin arz ve talebi etkilemeye, aktif bir piyasa izlenimini uyandırmaya, fiyatları aynı seviyede tutmak, arttırmak veya azaltmak amacına yönelik olduğunun belirlenmesi gereklidir. Bu belirlemenin yapılabilmesi için de, kişinin, manipülasyon yapıldığı öne sürülen hisse senedine ilişkin izleme dönemindeki alım ve satımlarının kronolojik sırası ve sayısı ile, toplam işlem hacmi içerisindeki oranı ve yatırımcı bir grupla birlikte hareket ediyor ise grupla ilişkisinin ortaya konulması zorunlu bulunmaktadır.

Dava konusu işlemin dayanağı olan, dosyada mevcut 01.09.2009 tarih ve XXIII-3/1-1 sayılı denetleme raporundan; 04.09.2007-21.09.2007 tarihlerini kapsayan inceleme döneminde davacının ... Sanayi A.Ş. hisse senedi üzerinde yapmış olduğu alım ve satım işlemlerinin, bu işlemlerin İstanbul Menkul Kıymetler Borsası alım ve satım işlem miktarına oranının ortaya konulmadığı, davacının, yatırımcı grubuyla birlikte hareket ettiği iddiasının ise, davacının daha önce ... hisse senedinde gerçekleştirilen manipülatif işlemlerde yatırımcı grubu ile birlikte hareket etmesi nedenine dayandırıldığı anlaşılmaktadır.

Bu veriler çerçevesinde, davacının, inceleme döneminde yaptığı işlemlerin miktarı ve yatırımcı grubuyla birlikte hareket ettiği dosyadan anlaşılamadığından davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca davacının temyiz isteminin kabulüne, temyize konu Ankara 10. İdare Mahkemesi'nin 19.03.2010 tarih ve E:2009/2140, K:2010/419 sayılı kararının bozulmasına, dosyanın yeniden bir karar verilmek üzere anılan Mahkeme'ye gönderilmesine, 24.05.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGILAMA USULÜ

T.C.
DANIŞTAY
Onüçüncü Daire
Esas No : 2008/6819
Karar No : 2011/2532

Özeti : Dava konusu işlem, uyumsuzluk konusu ihaleyle ilgili yapılan itirazın şikâyet başvurusu üzerine, Kamu İhale Kurulu'nun, tekliflerin yeniden değerlendirilmesi ve bu aşamadan sonraki ihale işlemlerinin mevzuata uygun olarak yeniden gerçekleştirilmesi gerektiği

yönündeki kararı uyarınca, tekliflerin yeniden değerlendirilerek ihalenin sonuçlandırılmasına ilişkin olduğundan, diğer bir deyişle ihalenin kaldığı aşamaya dönülerek, Kamu İhale Kurulu kararı uyarınca ihale işlemleri kaldığı yerden yeniden yapıldığından, tesis edilen bu yeni işleme karşı 4734 sayılı Kanun hükümleri uyarınca, öncelikle idareye şikâyetle bulunulması, anılan idarenin kararı üzerine de Kamu İhale Kurulu'na itirazın şikâyet başvurusu yapılması idarî dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu yollar olduğundan ve bu yollar tüketilmeksizin açılan davalarda, 2577 sayılı Kanun'un 14. ve 15. maddeleri hükümlerinin uygulanması gerektiğinden, dava konusu işleme karşı idarî başvuru yolları tüketilmeden açılan davada merciine tevdi kararı verilmesi gerekirken, dava konusu işlemin kesin ve yürütülmesi zorunlu bir idarî işlem olmadığı gerekçesiyle davanın reddi yolunda verilen temyize konu mahkeme kararında usul hükümlerine uyarlık bulunmadığı, bozulması hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : ... İnşaat Plan Proje ve Taahhüt Ticaret

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf (Davalı) : Çandarlı Belediye Başkanlığı

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : İzmir 4. İdare Mahkemesi'nin 31.12.2007 tarih ve

E:2007/1156, K:2007/2200 sayılı kararının; uyuşmazlığa konu ihalenin üzerinden alınmasına dayanak gösterilen Kamu İhale Kurulu kararının iptali istemiyle dava açıldığı, bu dava derdest iken ihaleyi alan firma ile sözleşme yapılmasının hukuka aykırı olduğu, uyuşmazlığın esasının incelenmesi gerektiği ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hâkimi Fedayi KURT'un Düşüncesi : İdarî başvuru yolları tüketilmeden açılan davada, idarî merci tecavüzü nedeniyle, dava dilekçesinin öncelikle işlemi tesis etmesi nedeniyle şikâyet mercii olan Çandarlı Belediye Başkanlığı'na tevdi kararı verilmesi gerektiğinden, davanın reddi yolunda verilen temyize konu mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Gülen AYDINOĞLU'nun Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü 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

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüldü:

Dava; Çandarlı Belediye Başkanlığı tarafından 16.01.2007 tarihinde açık ihale usulü ile yapılan "Otobüs Terminali Yapım İş'i" ihalesinin ... İnşaat Medikal Temizlik Tarım ve Hayvancılık Ürünleri İthalat İhracat ve Ticaret Ltd. Şti. ve ... İnşaat Taahhüt Ticaret... ortak girişiminin üzerinde bırakılmasına ilişkin 27.04.2007 tarih ve 2007/332 sayılı işlemin iptali

istemiyle açılmış, İdare Mahkemesi'nce; nihai ihale kararlarına karşı öncelikle ilgili idareye şikâyet başvurusu yapıldıktan sonra verilen karara karşı Kamu İhale Kurumu'na itirazın şikâyet başvurusunda bulunulması, bu idarî süreç tüketildikten sonra Kamu İhale Kurulu kararının iptal davasına konu edilmesi gerektiği, Çandarlı Otobüs Terminali yapım işine ait ihalenin S... İnşaat Medikal Temizlik Tarım ve Hayvancılık Ürünleri İthalat ve İhracat Ticaret Ltd. Şti. ve ... İnşaat Taahhüt Ticaret-... iş ortaklığına verildiğinin bildirilmesi üzerine bu karara karşı davacı şirket tarafından şikâyet ve itirazın şikâyet başvurusunda bulunulmadığı, kaldı ki söz konusu firma ile davalı idare arasında sözleşmenin de imzalandığı anlaşılmakta olup, kesinleşen ihale kararının bildirilmesine ilişkin dava konusu işlemin idarî davaya konu edilebilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem niteliğinde bulunmadığı gerekçesiyle 2577 sayılı Kanun'un 15/1-b maddesi uyarınca davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacı tarafından temyiz edilmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun dava konusu işlemin tesis edildiği tarihte yürürlükte olan 54, 55, 56 ve 57. maddeleri uyarınca, ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde ihale makamı tarafından yapılan işlemlere karşı, yapım müteahhidi, tedarikçi veya hizmet sunucusu tarafından doğrudan dava açılmasına olanak bulunmayıp, bu işlemlere karşı, anılan Kanun hükümlerinde öngörülen usullere göre ihaleyi yapan idareye yapılacak şikâyet başvurusundan sonra, Kamu İhale Kurumu'na yapılacak itirazın şikâyet başvurusu sonucu Kamu İhale Kurulu tarafından verilen kararlara karşı dava açılabilmesi mümkün olduğundan, bu işlemlere karşı şikâyet ve itirazın şikâyet başvurularında bulunulduktan sonra Kurulca verilen kararın dava konusu edilmesi gerekmektedir.

Öte yandan, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 14. maddesinde, açılan davada idarî merci tecavüzü bulunup bulunmadığının ilk inceleme sırasında inceleneceği; 15. maddesinde de, idarî merci tecavüzü halinde, dilekçelerin görevli idarî mercie tevdiine karar verileceği hükme bağlanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden; Çandarlı Belediye Başkanlığı tarafından 16.01.2007 tarihinde açık ihale usulü ile yapılan, yaklaşık maliyetin 2.066.128,38 TL olduğu Otobüs Terminali Yapım İş İhalesine üç isteklinin katıldığı, ... İnşaat Taahhüt Ticaret- ...+ ... İnşaat Medikal Temizlik Tarım ve Hayvancılık Ürünleri İthalat ve İhracat ve Ticaret Limited Şirketi'nin 1.396.000,00 TL, ... İnşaat Plan Proje ve Taahhüt Ticaret -...'un 1.444.000,00 TL, Karter İnşaat Limited Şirketi'nin 1.445.000,00 TL fiyat teklifi verdiği, 23.01.2007 tarihli İhale Komisyonu Kararı ile, en düşük teklifi veren ... İnşaat Taahhüt Ticaret-... (+) ... İnşaat Medikal Temizlik Tarım ve Hayvancılık Ürünleri İthalat İhracat ve Ticaret Limited Şirketi iş ortaklığının, sunmuş olduğu banka referans mektubunun ve mali durum bildirimin sadece pilot ortak tarafından imzalandığı, diğer ortağın bu belgeleri sunmadığı sebebiyle tekliflerinin değerlendirme dışı bırakıldığı ve ihalenin, davacı ... İnşaat Plan Proje ve Taahhüt Ticaret - ... üzerinde bırakılmasının uygun görüldüğü, bunun üzerine adı geçen iş ortaklığı isteklinin 29.01.2007 tarihinde idareye şikâyet başvurusunda bulunduğu, idarenin 06.02.2007 tarihli işlemi ile şikâyet başvurusunu reddettiği, şikâyetçinin de 08.02.2007 tarihinde Kamu İhale Kurumu kayıtlarına alınan dilekçesi ile itirazın şikâyet başvurusunda bulunduğu, Kamu İhale Kurulunca yapılan inceleme neticesinde; tekliflerin değerlendirilmesi işlemlerinin mevzuata aykırılık taşıması nedeniyle, tekliflerin yeniden değerlendirilmesi ve bu aşamadan sonraki ihale işlemlerinin mevzuata uygun olarak yeniden gerçekleştirilmesi için, tekliflerin alınmasından sonra yapılan ve mevzuata aykırılığı tespit edilen ihale işlemlerinin ve ihale kararının iptaline, tekliflerin yeniden değerlendirilmesi hususunun 4734 sayılı Kanunun 56. maddesinin (a) bendi gereğince düzeltici işlem olarak belirlenmesine yönelik olarak 26.03.2007 tarih ve 2007/UY.Z-1143 sayılı işlemin tesis edildiği, bu karar üzerine tekliflerin yeniden değerlendirilmesi sonucu dava konusu ihalenin ... İnşaat Medikal Temizlik Tarım ve Hayvancılık Ürünleri İthalat İhracat ve Ticaret Ltd. Şti. (+) ... İnşaat Taahhüt Ticaret-... ortak

girişiminin üzerinde bırakılmasına ilişkin 27.04.2007 tarih ve 2007/332 sayılı dava konusu işlemin tesis edildiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda; dava konusu işlemin, uyuşmazlık konusu ihale ile ilgili yapılan itirazın şikâyet başvurusu üzerine tekliflerin yeniden değerlendirilmesi ve bu aşamadan sonraki ihale işlemlerinin mevzuata uygun olarak yeniden gerçekleştirilmesi gerektiği yönündeki Kamu İhale Kurulu kararı uyarınca, ihaleye katılan firmaların tekliflerinin yeniden değerlendirilmesi üzerine ihalenin sonuçlandırılmasına yönelik olarak tesis edildiği, diğer bir deyişle, ihalenin kaldığı aşamaya döndüğü, Kamu İhale Kurulu kararı uyarınca ihale işlemleri kaldığı yerden itibaren yeniden yapıldığından, tesis edilen bu yeni işleme karşı, 4734 sayılı Kanun hükümleri uyarınca, öncelikle ihaleyi yapan idareye şikâyetle bulunulması, anılan idarenin kararı üzerine de Kamu İhale Kurumu'na itirazın şikâyet başvurusu yapılması, idarî dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu yollar olduğundan ve bu yollar tüketilmeksizin açılan davalarda, 2577 sayılı Kanun'un 14. ve 15. maddeleri hükümlerinin uygulanması gerektiğinden, dava konusu işleme karşı idarî başvuru yolları tüketilmeden açılan davada, idarî mercii tecavüzü bulunması nedeniyle, 4734 sayılı Kanun'un belirtilen hükümleri doğrultusunda merciine tevdi kararı verilmesi gerekirken, dava konusu işlemin idarî davaya konu edilebilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem niteliğinde bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddi yönünde karar verilmesinde usul hükümlerine uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49/1-c maddesi uyarınca İzmir 4. İdare Mahkemesi'nin 31.12.2007 tarih ve E:2007/1156, K:2007/2200 sayılı kararının bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın anılan Mahkeme'ye gönderilmesine, 30.05.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ONDÖRDÜNCÜ DAİRE KARARLARI

GECEKONDU İŞLERİ

T.C.
DANIŞTAY
Ondördüncü Daire
Esas No : 2011/10738
Karar No : 2011/331

Özeti : Alt yapı tesisleri tamamlanmayan taşınmazda, 775 sayılı Kanun'un 27. maddesinde öngörülen sürede inşaaat başlanılmadığı gerekçesiyle söz konusu kanun hükümleri uyarınca yapılan tahsisin iptal edilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : 1 - ...
2 - ...
3 - ...
4 - ...

Vekil : Av. ...
Karşı Taraf : İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı
Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : İstanbul 5. İdare Mahkemesinin 30.11.2010 günlü, E:2007/1740, K:2010/1741 sayılı kararının, usul ve yasaya aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Halil İbrahim ABAY

Düşüncesi : Temyiz isteminin kabulü ile Mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Abidin ÇELİK

Düşüncesi : Beşiktaş, Ortaköy Mahallesi, ... pafta, ... Ada, ... Parsel sayılı taşınmazın 775 sayılı Kanun uyarınca davacı adına yapılan tahsis işleminin iptaline ilişkin 30.03.2005 günlü, 496-2-285-8 8 sayılı işlemin iptali için açılan davanın redine dair İstanbul 5. İdare Mahkemesinin 30.11.2010 günlü, E:2007/1740, K: 2010/1741 sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Dosyanın incelenmesinden, tahsisi yapılan taşınmazın bulunduğu bölgedeki alt yapı hizmetlerinin tamamlanmadığı anlaşıldığından, henüz inşaaat başlanılmadığı gerekçesiyle tahsisin iptal edilmesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Belirtilen nedenlerle, temyiz isteminin kabulü ile mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Altıncı Dairesince, Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra, dosyanın tekemmül ettiği görüldüğünden yürütmenin durdurulması istemi hakkında karar verilmeyerek işin gereği görüldü:

Dava; İstanbul, Beşiktaş, Ortaköy Mahallesi, ... pafta, ... ada, ... parsel sayılı taşınmazın 775 sayılı Kanun uyarınca davacı adına yapılan tahsis işleminin iptaline ilişkin

30.3.2005 günlü, 496-2-285-8 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesince, Danıştay Altıncı Dairesinin 15.05.2007 günlü, E:2007/649, K:2007/2865 sayılı bozma kararına uyularak, dosyadaki diğer belgeler ve bilirkişi raporunun birlikte değerlendirilmesinden, davacıların murisi ... adına uyumsuzluk konusu parselin 775 sayılı Yasa gereği bedelinin tamamı ödenmek suretiyle 13.1.1978 yılında tahsis edildiği ve tapuda tescilinin yapıldığı, anılan taşınmaz üzerinde üç katlı bina yapılmış olmasına karşın davalı idarece 1982-1986 yıllarında hava fotoğraflarından yapılan tespitlerde parsel üzerinde işgal bulunmadığı, 16.2.1990 tarihli Beşiktaş Belediye Başkanlığı yazısından da dava konusu taşınmaza ilişkin inşaat izni veya herhangi bir müracaatın bulunmadığı, bu nedenle, 775 sayılı Yasada belirtilen süre içinde yapı yapılmadığı gerekçesiyle tahsis işleminin iptal edildiğinin anlaşıldığı, davacıya tahsisin yapıldığı tarihte dava konusu yere bina yapılmasını engelleyen herhangi bir kısıtlamanın olmadığı, davalı idarece 1982-1986 yıllarındaki hava fotoğraflarından taşınmazın boş ve işgalsiz olduğunun anlaşıldığı, tahsis tarihinden itibaren yasa uyarınca en geç 2 yıl içinde konut yapılmadığı hususunun sabit olduğu bu nedenle dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Tahsis işleminin iptal edildiği 29.3.1995 tarihinde yürürlükte olan İmar Planı Yapılması ve Değişikliklerine Ait Esaslara Dair Yönetmeliğin 3. maddesinde belirtildiği üzere alt yapı; elektrik, hava gazı, içme ve kullanma suyu, kanalizasyon ve her türlü ulaştırma ve artırım gibi servislerin temini için yapılan tesisler ile açık veya kapalı otopark kullanışlarını kapsamaktadır. Gecekondü Kanunu Uygulama Yönetmeliği'nin 84.maddesinin 6.bendinde ise "Alt Yapı tesisleri konut yapımına başlanmadan bitirilmelidir." hükmü yer almıştır.

Dosyanın incelenmesinden; 775 sayılı Yasa uyarınca davacılar murisine Beşiktaş İlçesi, Ortaköy Mahallesi, ... pafta, ... ada, ... parsel sayılı taşınmazın tahsis edildiği, 29.3.1995 tarihinde, 775 sayılı Yasanın 27. ve uygulama yönetmeliğinin 15.maddesine aykırı davranıldığı gerekçesiyle tahsis işleminin iptal edildiği anlaşılmaktadır.

775 sayılı Yasa ve uygulama yönetmeliği hükümleri uyarınca tahsisi yapılan taşınmazlarda inşai faaliyete başlanılabilmesi için tahsis işlemi yeterli olmayıp, söz konusu bölgede alt yapı tesislerinin (elektrik, su, kanalizasyon, yol vb) tamamlanması, bir başka ifadeyle konut yapılacak alanda bu alt yapı hizmetlerinin fiilen sağlanmış olması gerekmektedir.

İstanbul 5. İdare Mahkemesince; 23.01.2008 ve 03.06.2009 tarihli ara kararları ile İSKİ Genel Müdürlüğü, Beşiktaş Belediye Başkanlığı ve BEDAŞ'tan dava konusu taşınmazın bulunduğu alana ilişkin alt yapı hizmetlerinin hangi tarihlerde yapıldığı sorulmuş, verilen cevaplarda; alt yapı tesislerinin ne zaman yapıldığı hususunda herhangi bir bilgi ve belgeye ulaşılamadığı bildirilmiştir. Düzenlenen bilirkişi raporunda da; dava konusu alana ilişkin alt yapı hizmetlerinin ne zaman tamamlandığının tespit edilemediği belirtildiğinden, tahsis tarihinde, davacıya tahsisi yapılan taşınmazın bulunduğu bölgedeki alt yapı hizmetlerinin tamamlandığının kabulüne olanak bulunmamaktadır.

Bu durumda; alt yapı tesislerinin tamamlanmadığı taşınmazda, henüz inşaatla başlanılmadığı gerekçesiyle tahsisin iptal edilmesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığından, davanın reddi yolunda verilen idare mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, İstanbul 5. İdare Mahkemesinin 30.11.2010 günlü, E:2007/1740, K:2010/1741 sayılı kararının bozulmasına, dosyanın Mahkemesine gönderilmesine, bu kararın tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içerisinde kararın düzeltilmesi yolu açık olmak üzere, 29.06.2011 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

İMAR İŞLERİ

T.C.
DANIŞTAY
Ondördüncü Daire
Esas No : 2011/5192
Karar No : 2011/5

Özeti : 3194 sayılı Kanun'un 32. maddesinde belirtildiği şekilde usulüne uygun olarak düzenlenmiş yapı tatil tutanağı olmadan, sadece tespit tutanağına dayanılarak tesis edilen yıkım işleminde hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı): ...

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : Turgutreis Belediye Başkanlığı

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Muğla 1. İdare Mahkemesinin 29.6.2010 günlü, E:2010/205, K:2010/1747 sayılı kararının, usul ve yasaya aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Tarık Kavak

Düşüncesi : Temyiz isteminin kabulü ile Mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : M. İclal KUTUCU

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Ondördüncü Dairesince, Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra dosyanın tekemmül ettiği görülerek yürütmenin durdurulması istemi hakkında karar verilmeden işin gereği görüldü:

Dava, Muğla İli, ... İlçesi, ... Beldesi, ... Köyü, ... Mevkii, ... parsel sayılı taşınmaz üzerindeki S.S. Bodrum Kalekent Sitesi içerisindeki 35 bağımsız bölüm numaralı yapının onaylı mimari projeye aykırı yapılan kısımlarının 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 32. maddesi uyarınca bir ay içerisinde yıktırılması, yıktırılmadığı takdirde belediyece yıktırılarak masrafların tahsil edileceğine dair ... Belediye Encümeninin 1.9.2009 günlü, 2009/853 sayılı kararının iptali istemiyle açılmış, İdare mahkemesince; dosyanın incelenmesinden; davacının mevcut ruhsatlı binasına, kaçak yapılar yaptığı hususunun ihtilafsız olduğu, sözkonusu yapıların yıkılarak ruhsata uygun hale getirilmesine ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacı tarafından temyiz edilmiştir.

3194 sayılı İmar Kanunu'nun 32. maddesinde; "Bu Kanun hükümlerine göre ruhsat alınmadan yapılabilecek yapılar hariç; ruhsat alınmadan yapıya başlandığı veya ruhsat ve eklerine aykırı yapı yapıldığı ilgili idarece tespiti, fenni mesulca tespiti ve ihbarı veya herhangi

bir şekilde bu duruma muttali olunması üzerine, belediye veya valiliklerce o andaki inşaat durumu tespit edilir. Yapı müherlenerek inşaat derhal durdurulur.

Durdurma, yapı tatil zaptının yapı yerine asılmasıyla yapı sahibine tebliğ edilmiş sayılır. Bu tebligatın bir nüshası da muhtara bırakılır.

Bu tarihten itibaren en çok bir ay içinde yapı sahibi, yapısını ruhsata uygun hale getirerek veya ruhsat alarak, belediyeden veya valilikten mühürün kaldırılmasını ister.

Ruhsata aykırılık olan yapıda, bu aykırılığın giderilmiş olduğu veya ruhsat alındığı ve yapının bu ruhsata uygunluğu, inceleme sonucunda anlaşılırsa, mühür, belediye veya valilikçe kaldırılır ve inşaatın devamına izin verilir.

Aksi takdirde, ruhsat iptal edilir. Ruhsata aykırı veya ruhsatsız yapılan bina, belediye encümeni veya il idare kurulu kararını müteakip, belediye veya valilikçe yıktırılır ve masrafı yapı sahibinden tahsil edilir." kuralı yer almıştır.

Bu düzenlemeye göre, ruhsat ve eklerine aykırı olarak yapılan yapıların yıktırılmasına karar verilebilmesi için, idarece yapı hangi aşamada olursa olsun yapı tatil tutanağının düzenlenmesi ve bu tutanakta ruhsata aykırılıkların somut ve ayrıntılı olarak belirtilmesi gerekmektedir.

Dosyanın incelenmesinden; uyuşmazlık konusu taşınmazda davalı idare elemanlarınca düzenlenen 22.06.2009 günlü "Tespit Tutanağı"nda, yasal bir belirlemeye yer verilmeksizin, yerinde gerçekleştirilen tespit ve ölçülemelere göre, inşaatın yapı ruhsatı ve eki onaylı projesine aykırı kısımlarının bulunduğu ve yapının kullanılır durumda olduğu belirlenerek tespiti yapanlar tarafından imza altına alındığı, bu tespiti dayalı olarak 3194 sayılı Yasanın 32. maddesi uyarınca dava konusu yıkım işleminin tesis edildiği anlaşılmıştır.

Uyuşmazlığa konu olayda, davalı idare elemanlarınca davacıya ait taşınmaz üzerindeki ruhsatlı yapıda ruhsata aykırı olarak yapılan imalata yönelik olarak 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 32. maddesinde öngörülen şekilde, "o andaki inşaat durumunun" somut ve ayrıntıya yer verilerek yapı tatil zaptı ile tespit edilmesi, ruhsata aykırı kısmın mühürlenerek inşaatın derhal durdurulması, durdurmanın yapı tatil zaptının yapı yerine asılması ile yapı sahibine tebliğ edilmiş sayılması üzerine bu tebligatın (yapı tatil zaptının) bir nüshasının muhtara bırakılması, tebliğ edilmiş sayıldığı bu tarihten itibaren en çok bir ay içinde yapı sahibine yapısını ruhsata uygun hale getirerek veya ruhsat alarak mühürün kaldırılmasını isteme hakkının tanınması, ruhsata aykırılık olan yapıdaki bu aykırılığın giderilmiş olduğu veya ruhsat alındığı ve yapının bu ruhsata uygunluğunun yapılan inceleme sonucunda anlaşılması halinde mühürün kaldırılarak inşaatın devamına izin verilmesinin sağlanması, aksi takdirde yapı ruhsatı iptal edilerek ruhsata aykırı veya ruhsatsız yapılan binanın alınacak karar üzerine idarece yıktırılıp masrafının yapı sahibinden tahsil edilmesi yoluna gidilmesi gerekirken, 3194 sayılı Yasa'nın 32.maddesine uygun şekilde yapı tatil tutanağı düzenlenmeden dava konusu yıkım işlemi tesis edilmiştir.

Bu durumda, 3194 sayılı Yasaya uygun olarak düzenlenmeyen tespit tutanağına dayalı olarak tesis edilen dava konusu yıkım işlemde hukuka uyarlık bulunmadığından, davanın reddi yolundaki temyize konu mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, Muğla 1. İdare Mahkemesinin 29.6.2010 günlü, E:2010/205, K:2010/1747 sayılı kararının bozulmasına, dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, bu kararın tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içinde kararın düzeltilmesi yolu açık olmak üzere, 01.06.2011 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

YIKMA İŞLERİ

T.C.
DANIŞTAY
Ondördüncü Daire
Esas No : 2011/5159
Karar No : 2011/3

Özeti : İmar planında LPG istasyonu alanı olarak ayrılmamış taşınmaz üzerindeki LPG istasyonunun insan sağlığını, can ve mal güvenliğini tehlikeye soktuğundan bahisle, 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun 7. maddesinin 1. fıkrasının (z) bendi uyarınca yıktırılmasına ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : ...

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığı

Vekili : Av. ...

İstem Özet i : Ankara 7. İdare Mahkemesinin 24.6.2010 günlü, E:2009/1906, K:2010/1160 sayılı kararının, usul ve yasaya uygun olmadığı ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Kutlay TELLİ

Düşüncesi : Temyiz isteminin reddi ile Mahkeme kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Sedat LARLAR

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

Temyiz dilekçesinde 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 Ondördüncü Dairesince, dosyanın tekemmül ettiği görüldüğünden yürütmenin durdurulması istemi hakkında karar verilmeyerek, işin gereği görüldü:

Dava; Ankara İli, Altındağ İlçesi, Siteler, Taşdelen Caddesi No. 148 adresinde, ... ada, ... parsel sayılı taşınmazda bulunan LPG istasyonunun 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanununun 7. maddesinin 1. fıkrasının (z) bendinin Büyükşehir Belediyelerine verdiği yetkiye istinaden yıkımına ve eski konumuna getirilmesine ilişkin Ankara Büyükşehir Belediye Encümeninin 16.4.2009 gün ve 465 sayılı kararının iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesince, davalı idarenin süre itirazının yerinde olmadığı, dava konusu taşınmaz üzerinde bulunan LPG istasyonunun imar planında işaretlenmediği ve davalı idareden yapı ruhsatı alınmamış olması nedeniyle mevcut haliyle insan sağlığını, can ve mal güvenliğini tehlikeye sokacak nitelikte olduğundan, yıkılması yönünde tesis olunan dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar; davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davanın, yukarıda özetlenen gerekçeyle reddi yolundaki temyize konu Ankara 7. İdare Mahkemesinin 24. 06. 2010 günlü, E: 2009 / 1906, K: 2010 / 1160 sayılı kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu' nun 49. maddesinin 1.fıkrasında sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, bozma istemi yerinde görülmeyle anılan mahkeme kararının onanmasına, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine, bu kararın tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içerisinde kararın düzeltilmesi yolu açık olmak üzere, 30.05.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Ondördüncü Daire
Esas No : 2011/9985
Karar No : 2011/272

Özeti : Ruhsat alınması için verilen bir aylık sürede 3194 sayılı Kanun'un 22. maddesinde belirtilen belgeler eklenilmek suretiyle ruhsat başvurusunda bulunulmaması ve aynı süre içerisinde ruhsat alınmamış olması halinde tesis edilen yıkım işleminde hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : Ünye Belediye Başkanlığı
Vekili : Av. ...
Karşı Taraf : ... Kömür İç ve Dış Tic. Ltd. Şti.
Vekili : Av....
İstemın Özeti : Ordu İdare Mahkemesinin 03.06.2010 günlü, E:2009/1240, K:2010/750 sayılı kararının, usul ve yasaya uygun olmadığı ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.
Danıştay Tetkik Hakimi : Sinan ÇINAR
Düşüncesi : Temyiz isteminin kabulü ile Mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

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

Karar veren Danıştay Ondördüncü Dairesince, dosyanın tekemmül ettiği görüldüğünden yürütmenin durdurulması istemi hakkında karar verilmeyerek Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüldü.

Dava, Ordu ili, Ünye ilçesi, Cevizdere köyü, Söğütlüpınar mevkiinde ruhsatsız olarak kömür depolama ve paketlenme tesisi yapıldığından bahisle sözü edilen yapının 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 32. maddesi uyarınca yıkımına ilişkin 03.09.2009 günlü, 199 sayılı Ünye Belediye Encümeni kararının iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesince; davacı şirkete ait uyumsuzluk konusu kömür depolama ve paketlenme tesisinin ruhsatsız olduğundan bahisle

mühürlenmesi üzerine verilen otuz günlük süre içinde mevzuata uygun hale getirilmediğinden bahisle söz konusu yapının yıkımına karar verilmiş ise de, davacı şirketin anılan yapının mühürlenmesi üzerine tarafına verilen otuz günlük süre içinde davalı idareye başvuruda bulunarak uyumsuzluk konusu yapı için yapı ruhsatı verilmesini talep ettiğinin anlaşılması karşısında, davalı idarece davacının ruhsat başvurusu ve ekinde eksiklik olduğunun tespit edilmesi üzerine bu eksikliklerin giderilmesi için davacı şirkete belirli bir süre verilerek, verilen süre içinde anılan eksikliklerin giderilmemesi durumunda uyumsuzluk konusu yapının yıkımına karar verilmesi gerekirken, davacı şirketin ruhsat başvurusu hakkında nihai bir karar alınmadan ve 3194 sayılı Kanun'un 32. maddesindeki hukuki süreç izlenilmeden tesis edilen dava konusu yıkım işleminde mevzuata ve hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiş, karar davalı idare vekili tarafından temyiz edilmiştir.

3194 sayılı İmar Kanunu'nun "Ruhsat Alma Şartları" başlıklı 22.maddesinde: "Yapı ruhsatı almak için belediye, valilik (....) bürolarına yapı sahipleri veya kanuni vekillerince dilekçe ile müracaat edilir. Dilekçeye sadece tapu (istisnai hallerde tapu senedi yerine geçecek belge), mimari proje, statik proje, elektrik ve tesisat projeleri, resim ve hesapları, röperli veya yoksa, ebatlı kroki eklenmesi gereklidir. Belediyeler veya valiliklerce (....) ruhsat ve ekleri incelenerek eksik ve yanlış bulunmuyorsa müracaat tarihinden itibaren en geç otuz gün içinde yapı ruhsatı verilir. Eksik veya yanlış olduğu takdirde; müracaat tarihinden itibaren onbeş gün içinde müracaatçıya ilgili bütün eksik ve yanlışları yazı ile bildirilir. Eksik ve yanlışlar giderildikten sonra yapılacak müracaattan itibaren en geç onbeş gün içinde yapı ruhsatı verilir." hükmüne yer verilmiştir.

Aynı Kanun'un 32. maddesinde ise; "Bu Kanun hükümlerine göre ruhsat alınmadan yapılabilecek yapılar hariç; ruhsat alınmadan yapıya başlandığı veya ruhsat ve eklerine aykırı yapı yapıldığı ilgili idarece tespiti, fenni mesulce tespiti ve ihbarı veya herhangi bir şekilde bu duruma muttali olunması üzerine, belediye veya valiliklerce o andaki inşaat durumu tespit edilir. Yapı mühürlenerek inşaat derhal durdurulur. Durdurma, yapı tatil zaptının yapı yerine asılmasıyla yapı sahibine tebliğ edilmiş sayılır. Bu tebligatın bir nüshası muhtara bırakılır. Bu tarihten itibaren en çok bir ay içinde yapı sahibi, yapısını ruhsata uygun hale getirerek veya ruhsat alarak, belediyeden veya valilikten mühürün kaldırılmasını ister. Ruhsata aykırılık olan yapıda, bu aykırılığın giderilmiş olduğu veya ruhsat alındığı ve yapının bu ruhsata uygunluğu, inceleme sonunda anlaşılırsa, mühür, belediye veya valilikçe kaldırılır ve inşaatın devamına izin verilir. Aksi takdirde, ruhsat iptal edilir, ruhsata aykırı veya ruhsatsız yapılan bina, belediye encümeni veya il idare kurulu kararını müteakip, belediye veya valilikçe yıktırılır ve masrafı yapı sahibinden tahsil edilir." hükmüne yer verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden; Ordu İli, Ünye İlçesi, Cevizdere köyü, Söğütlüpınar mevkiinde davacı şirket tarafından ruhsatsız olarak inşa edilen kömür depolama ve paketleme tesisinin 25.06.2009 günlü yapı tatil tutunağı ile tesbit edildiği, 09.07.2009 günlü, 123 sayılı belediye encümeni kararıyla da, ruhsatsız yapının 1 ay içinde ruhsatlandırılmasına, ruhsatlandırılmadığı takdirde yıkılmasına karar verildiği, yapının ruhsatlandırılması istemiyle yapılan başvurunun; dilekçe ekine, yapı ruhsatına esas olacak elektrik, makine tesisat projeleri, harita teknik uygulama sorumluluk belgelerinin sunulmadığı ve kadastral parselin imar planına uygun olarak imar parseline dönüştürülmediği, belirtilen eksikliklerin giderilmesi durumunda ruhsat talebinin yeniden değerlendirileceği görüşü ile reddedildiği, 01.09.2009 tarihli tutanak ile ruhsatsız yapının encümen kararı ile verilen süre içerisinde yıkılmadığı ve ruhsata başlanmadığının tespit edildiği, İdare Mahkemesince yapılan ara kararına verilen cevaptan da; davacının, 3194 sayılı Kanun'un 32. maddesinde yer verilen bir aylık süre içerisinde, eksiklikleri gidermek suretiyle yeniden ruhsat başvurusunda bulunmadığı ve yapıya ilişkin ruhsatın halen alınmadığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda, belediye encümeni kararında ruhsat alınması için 1 aylık süre verilmesine karşın, davacının bir aylık süre içerisinde 3194 sayılı Kanun'un 22. maddesinde

belirtilen belgeler eklenmek suretiyle ruhsat başvurusunda bulunmadığı ve belirtilen süre içerisinde yapının ruhsata bağlanmadığı görülmüş olup, dava konusu yıkım işleminde hukuka aykırılık bulunmadığından, işlemin iptali yolundaki temyize konu İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, Ordu İdare Mahkemesinin 03.06.2010 günlü, E:2009/1240, K:2010/750 sayılı kararının bozulmasına, dosyanın Mahkemesine gönderilmesine, bu kararın tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içerisinde kararın düzeltilmesi yolu açık olmak üzere, 24.06.2011 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

YARGILAMA USULÜ

T.C.
DANIŞTAY
Ondördüncü Daire
Esas No : 2011/5212
Karar No : 2011/7

Özeti : İmar mevzuatına aykırı yapıların, öngörülen sürede kaldırılması, aksi takdirde 3194 sayılı Kanun'un 32. ve 42. maddeleri ile Türk Ceza Kanunu'nun 184. maddesi uyarınca işlem yapılacağı yönünde tesis edilen işlemlerin idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu işlem niteliğinde olduğu hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : ... T.A.Ş

Vekili : Av....

Karşı Taraf : Pendik Belediye Başkanlığı

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : İstanbul 1. İdare Mahkemesinin 8.10.2010 günlü, E:2010/1489, K:2010/1416 sayılı kararının, usul ve yasaya uygun olmadığı 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 : Yavuz Cengiz

Düşüncesi : Temyiz isteminin kabulü ile mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı: Dr. Ülkü Özcan

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Ondördüncü Dairesince, dosyanın tekemmül ettiği görüldüğünden yürütmenin durdurulması istemi hakkında karar verilmeyerek, işin gereği görüldü:

Dava; İstanbul İli, Pendik İlçesi, Velibaba Mahallesi, Ankara Caddesi üzerinde davacı bankaya ait ATM cihazının üç (3) gün içinde kaldırılması, aksi takdirde İmar Kanunu'nun 32. ve 42. maddeleri ve Türk Ceza Kanun'unun 184. maddesi uyarınca işlem yapılacağına dair 28.6.2010 tarih ve 4655-37976 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesince dosyasının incelenmesinden; dava konusu işlemin, encümen tarafından alınacak olan yıkım ve para cezasına ilişkin işlemler yönünden idarece yapılan bir ön çalışma niteliğinde olduğu, tek başına davacının menfaatini ihlal eden kesin ve yürütülmesi zorunlu nitelik taşımadığı, bu haliyle bir yaptırım içermediği gibi icrailik niteliği bulunmadığı anlaşıldığından, davanın esasını inceleme olanağı bulunmadığı gerekçesiyle davanın incelenmeksizin reddine karar verilmiş, bu karar davacı tarafından temyiz edilmiştir.

3194 sayılı İmar Kanununun 32.maddesinde; bu Kanun hükümlerine göre ruhsat alınmadan yapılabilecek yapılar hariç, ruhsat alınmadan yapıya başlandığı veya ruhsat ve eklerine aykırı yapı yapıldığının ilgili idarece tespiti, fenni mesulce tespiti ve ihbarı veya herhangi bir şekilde bu duruma muttali olunması üzerine, belediye veya valiliklerce o andaki inşaat durumunun tespit edileceği, yapının mühürlenerek inşaatın derhal durdurulacağı,durdurmanın yapı tatil zaptının, yapı yerine asılmasıyla yapı sahibine tebliğ edilmiş sayılacağı, bu tarihten itibaren en çok bir ay içinde yapı sahibince yapının ruhsata uygun hale getirilmemesi halinde ruhsata aykırı yapının yıktırılması yolunda işlem tesis edileceği hükme bağlanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden; davacı bankaya ait ATM cihazının ruhsatsız olduğu, üç (3) gün içinde kaldırılması gerektiği, aksi takdirde İmar Kanunu'nun 32. ve 42. maddeleri ile Türk Ceza Kanunu'nun 184. maddesi uyarınca işlem yapılacağına dair davalı Pendik Belediye Başkanlığı işleminin iptali istemiyle bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

İdari işlemlerin iptal davasına konu olabilmesi için kesin ve yürütülmesi zorunlu işlem olması gerekmektedir. Bir idari işlemin kesin ve yürütülebilir sayılabilmesi, hukuk düzeninde bir sonuç doğurabilmesi için gerekli olan bütün aşamaların gerçekleştirilmiş olmasına, başka bir makamın onayına ihtiyaç gösterilmeksizin hukuk düzeninde değişiklikler meydana getirebilmesine bağlıdır.

Dava konusu 28.6.2010 tarih ve 4655-37976 sayılı Pendik Belediye Başkanlığı işleminin doğuracağı hukuki ve fiili sonuçlar dikkate alındığında, işlemde belirtilen yasa hükümleri ile davacının nasıl bir yaptırım ile karşı karşıya kalacağı öngörülmüş olup, bu haliyle idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi gerekli icrai bir işlem niteliğinde olduğu anlaşıldığından, iptali istenen işlemin hazırlık işlemi olduğu, bu nedenle kesin ve yürütülmesi zorunlu işlem olmadığı gerekçesiyle davanın incelenmeksizin reddi yolundaki temyize konu İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, İstanbul 1. İdare Mahkemesinin 8.10.2010 günlü, E:2010/1489, K:2010/1416 sayılı kararının bozulmasına, tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltilmesi yolu açık olmak üzere, dosyanın belirtilen hususlar gözönüne alınarak yeniden bir karar vermek üzere adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, 1.6.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Ondördüncü Daire
Esas No : 2011/13742
Karar No : 2011/796

Özeti : Baroların, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 76. maddesinde belirtilen görev alanları dışındaki konularda dava açma ehliyetlerinin bulunmadığı hakkında.

Davacı : Balıkesir Barosu Başkanlığı

Davalı : Çevre ve Şehircilik Bakanlığı

Davanın Özeti : Gebze - Orhangazi - İzmir Otoyolu (İzmit Körfez Geçişi

ve Bağlantı Yolları Dahil) projesi için Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği hükümlerinin uygulanmasına gerek bulunmadığına ilişkin Çevre ve Orman Bakanlığı Çevresel Etki Değerlendirmesi ve Planlama Genel Müdürlüğü'nün 15.4.2011 günlü, 33538 sayılı işlemi ile işlemin dayanağı olan Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği'nin geçici 3. maddesinde değişiklik yapılmasına ilişkin 14.04.2011 günlü ve 27905 sayılı Resmi Gazete'de Yayımlanan "Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik" in 1. maddesinin iptali istenilmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Ondördüncü Dairesince, 644 ve 648 sayılı Kanun Hükmünde Karamameler uyarınca husumet, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'na yöneltilerek, Tetkik Hakimi Selçuk Tosun'un raporu ile dosyadaki belgeler 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 3622 sayılı Kanunla değişik 14. maddesi uyarınca incelendikten sonra işin gereği görüldü:

Dava, Gebze - Orhangazi - İzmir Otoyolu (İzmit Körfez Geçişi ve Bağlantı Yolları Dahil) projesi için Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği hükümlerinin uygulanmasına gerek bulunmadığına ilişkin Çevre ve Orman Bakanlığı Çevresel Etki Değerlendirmesi ve Planlama Genel Müdürlüğü'nün 15.4.2011 günlü, 33538 sayılı işlemi ile işlemin dayanağı olan Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği'nin geçici 3. maddesinde değişiklik yapılmasına ilişkin 14.04.2011 günlü ve 27905 sayılı Resmi Gazete'de Yayımlanan "Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik" in 1. maddesinin iptali isteminden ibarettir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin (a) fıkrasında, idari davaların idari işlemler hakkında yetki, sebep, şekil, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırılı olduklarından dolayı menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılacağı belirtildikten sonra ilk inceleme konularının belirlendiği 14. maddenin 3/c bendinde dilekçenin ehliyet yönünden inceleneceği, 15. maddenin 1/b bendinde ise bu hususta kanuna aykırılık görülmesi halinde davanın reddedileceği hükme bağlanmıştır.

İdari işlemlerin hukuka uygunluğunun yargı yoluyla denetimini amaçlayan iptal davasının görüşülebilmemesinin ön koşullardan birisi olan "dava açma ehliyeti", her idari işleme karşı herkes tarafından iptal davası açılmasının idare ile işlemlerinde istikrarsızlığa neden olmaması ve idarenin işleyişinin bu yüzden olumsuz etkilenmemesi için, dava konusu edilecek işlem ile dava açacak kişi arasında belli ölçütler içinde menfaat ilişkisinin varlığını ifade etmektedir. Her olay ve davada, idari işlem ile dava açacak kişi arasında öngörülen subjektif ehliyet koşulu olarak menfaat ihlalinin kişisel, meşru ve güncel bir menfaat olması ölçütleri ekseninde yargı mercilerince değerlendirilerek takdir edilecektir.

Anayasanın kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarını düzenleyen 135. maddesinde; kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının; belli bir mesleğe mensup

olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlakını korumak maksadı ile kurulan kamu tüzelkişilikleri olduğu, kuruluş amaçları dışında faaliyette bulunamayacakları düzenlenmiştir.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun baroların kuruluş ve niteliklerini düzenleyen 76. maddesinin birinci fıkrasında baroların; avukatlık mesleğini geliştirmek, meslek mensuplarının birbirleri ve iş sahipleri ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni sağlamak; meslek düzenini, ahlakını, saygınlığını, hukukun üstünlüğünü, insan haklarını savunmak ve korumak, avukatların ortak ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla tüm çalışmaları yürüten, tüzel kişiliği bulunan, çalışmalarını demokratik ilkelere göre sürdüren kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları olduğu; Baro Yönetim Kurulu'nun görevlerinin sayıldığı 95. maddesinde ise, hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmak, korumak ve bu kavramlara işlerlik kazandırmakla görevli olduğu hükmüne yer verilmiştir.

Baroların hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmak, korumak ve bu kavramlara işlerlik kazandırmak konusunda yasal olarak yetkili kılındığı konusunda duraksama bulunmamakla birlikte, Baroların hukukun üstünlüğünü savunma görevinin avukatlık mesleğinin geliştirilmesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğinden, Baronun avukatlık mesleğini ilgilendirmeyen ve avukatların ortak menfaatlerini koruma amacı dışında kalan işlemleri dava konusu etmesi durumunda, bu davaların subjektif ehliyet koşulunun bulunmaması nedeniyle reddedileceği tabiidir.

Her ne kadar, Danıştay kararlarında, çevre, tarihi ve kültürel değerlerin korunması, imar uygulamaları gibi kamu yararını ilgilendiren konularda dava açma ehliyeti geniş yorumlanarak, özellikle yörede ikamet eden vatandaşların da dava açma ehliyetlerinin bulunduğu kabul edildiği görülmekte ise de, çevreyi geliştirmeyi, çevre sağlığını korumayı, çevre kirliliğini önlemeyi Devlete bir ödev olarak veren, ayrıca herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğunu belirten Anayasa'nın 56. maddesine dayanılarak, yaşadığı çevre ile ilgili işlemler nedeniyle, Anayasal hakkı ihlal edilen kişilerce açılan söz konusu davaların, bu dava için emsal oluşturmayacağı açıktır. Ayrıca, odalar gibi kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının, kendi görev alanlarını ilgilendiren, bu bağlamda çevre, imar planı gibi konularda dava açma ehliyetine sahip olmaları, kuruluş kanunlarında yer alan ve görev alanları ile ilgili konularda dava açmalarına olanak veren düzenlemelere dayanmakta olup, Barolar ile ilgili mevzuatta benzer bir düzenleme bulunmadığından, söz konusu meslek kuruluşları tarafından açılan davaların da, bu davaya örnek teşkil etmesi hukuken olanaklı görülmemiştir.

Sonuç olarak Balıkesir Barosu Başkanlığı'nın, Gebze - Orhangazi - İzmir Otoyolu (İzmit Körfez Geçişi ve Bağlantı Yolları Dahil) projesi için Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği hükümlerinin uygulanmasına gerek bulunmadığına ilişkin işlem ile bu işlemin dayanağı olan Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği'nin, söz konusu yönetmelik hükümlerinden muafiyeti düzenleyen geçici 3. maddesinde değişiklik getiren Yönetmelik hükmünün iptalini istemekte, baroların yukarıda yer verilen kuruluş amaçları dikkate alındığında, meşru, kişisel ve güncel bir menfaatinin etkilenmediği, dolayısıyla menfaat ilişkisinin bulunmadığı anlaşıldığından, davanın ehliyet yönünden reddi gerektiği sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 3622 sayılı Kanunla değişik 14. maddesinin 3. fıkrasının (c) bendi ve 15. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi uyarınca davanın ehliyet yönünden reddine, yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına, artan posta avansının istemi halinde davacıya iadesine, kararın tebliği tarihinden itibaren 30 gün içerisinde Danıştay İdari Dava Daireleri Kuruluna temyiz yolu açık olmak üzere, 21.09.2011 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

Anayasa'nın 56. maddesinde, herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu, çevreyi geliştirmenin, çevre sağlığını koruma ve çevre kirlenmesini önlemenin Devletin ve vatandaşların ödevi olduğu hükmü ile 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 30. maddesinde, çevreyi kirleten veya bozan bir faaliyetten zarar gören veya haberdar olan herkesin, ilgili mercilere başvurarak faaliyetle ilgili önlemlerin alınmasını veya faaliyetin durdurulmasını isteyebileceği hükmüne yer verilmiştir.

İdarenin eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğunun yargısal denetim yoluyla sağlanmasında en etkin araçlarından biri iptal davaları olduğundan, iptal davalarında "menfaat ihlali" olarak tanımlanan subjektif ehliyet koşulunun, subjektif hak ihlallerinin giderilmesiyle birlikte idari işlemlerin hukuka uygunluğunun denetlenebilmesi kapsamında belirlenmesi gereği açıktır.

İdari yargının; idari işlemin, etkin ve yaygın biçimde hukuka uygunluk denetiminin sağlanması işlevi gözönünde bulundurularak, gerçek veya tüzel kişilerin menfaat ilgisini kurdıkları idari tasarrufları iptal davası yoluyla yargı yeri önüne getirmeleri durumunda, iptal davası ile "menfaat" ilgilerinin bulunup bulunmadığının belirlenmesinde davacının idari işlem karşısındaki durumu, statüsü ve sıfatının ortaya konması gerekmektedir.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 76. maddesinde; Barolar, avukatlık mesleğini geliştirmek, meslek mensuplarının birbirleri ve iş sahipleri ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni sağlamak; meslek düzenini, ahlakını, saygınlığını, hukukun üstünlüğünü, insan haklarını savunmak ve korumak, avukatların ortak ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla tüm çalışmaları yürüten, tüzel kişiliği bulunan, çalışmalarını demokratik ilkelere göre sürdüren kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olarak tanımlanmış, yine aynı Kanunun Baro Yönetim Kurulunun görevlerinin sayıldığı 95.maddesinde de, yönetim kurulunun, hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmak, korumak ve bu kavramlara işlerlik kazandırmakla görevli olduğu düzenlenmiştir.

Baroların; mesleki bir örgüt olmanın ötesinde hukukun üstünlüğünü, insan haklarını savunmak ve korumak gibi bir işlev yüklenmesi nedeniyle diğer meslek örgütlerinden farklı bir konuma sahip olduğu açıktır.

Çevre, tarihi ve kültürel değerlerin korunması, imar uygulamaları gibi kamu yararını ilgilendiren konularda dava açma ehliyetinin bu durum göz önünde bulundurularak geniş yorumlanmak suretiyle saptanacağı, coğrafi alana bağlı kalınmayacağı, Danıştay içtihatlarıyla kabul edilmiş bulunmaktadır.

Bu itibarla, Balıkesir Barosu Başkanlığı'nın, çevre sorunlarına neden olabilecek nitelikte bir işlem olduğunu öne sürerek iptalini istediği otoyol projesi için Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği hükümlerinin uygulanmasına gerek bulunmadığına ilişkin işlem ile işlemin dayanağı olan yönetmelik hükmünün iptalini istemekte menfaat ilgisinin, dolayısıyla dava açma ehliyetinin bulunduğu açık olduğundan aksi yöndeki çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

T.C.
DANIŞTAY
Ondördüncü Daire
Esas No : 2011/10527
Karar No : 2011/312

Özeti : 3621 sayılı Kıyı Kanunu'nun 15. maddesi uyarınca, idari yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idari yargının görev alanına giren kararın da verildiği işlemlerin iptali istemiyle

açılan davaların çözümlenmesinde idari yargının görevli olduğu hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : ... Tatil Sitesi Yönetimi

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

Karşı Taraf : Erdemli Kaymakamlığı

İstem Özet: : Mersin 1. İdare Mahkemesinin 26.11.2010 günlü, E:2010/1857, K:2010/1798 sayılı kararının, usul ve yasaya aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : İstem reddi gerektiği savunulmuştur.

Danıştay Tetkik Hakimi : Yasemin Buyuran

Düşüncesi : Temyiz isteminin kabulü ile Mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı : Elmas Mucukgil

Düşüncesi : Davacı sitenin Mersin İli, Erdemli İlçesi, Limonlu Beldesi, Akdeniz Mahallesi, Milli Egemenlik Caddesi üzerinde kıyıda beton düzenleme üzerine sabit olmayan gölgelik, masa, sandalye konulup, tel örgü çekilmek suretiyle engel oluşturulduğundan bahisle para cezası verilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan dava sonucunda, davanın görev yönünden reddi yolunda verilen Mersin 1.İdare Mahkemesi kararının, temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

3621 sayılı Kıyı Kanunu'nun 15. maddesinde, anılan Yasa uyarınca cezanın tebliğ tarihinden itibaren en geç 7 gün içinde yetkili İdare Mahkemesine İtiraz edilebileceği yolunda yer alan düzenleme, 23.1.2008 tarihinde 5728 Sayılı Yasanın 466. maddesi ile değiştirilmiş, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 3 maddesinin (b) fıkrasında "Diğer genel hükümleri, İdari para cezası veya mülkiyetinin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanır." 27. maddesinin 1. fıkrasında "İdari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç on beş gün içinde Sulh Ceza Mahkemesine başvurulabilir. Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde idari yaptırım kararı kesinleşir." aynı maddenin 8. fıkrasında, "İdari yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idari yargının görev alanına giren kararlarında verilmiş olması halinde idari yaptırım kararına ilişkin hukuka aykırılık iddiaları bu işlemin iptali talebiyle birlikte idari yargı merciinde görülür." hükümlerine yer verilmiştir.

3621 sayılı Yasanın 15. maddesinde yapılan yeni düzenleme ile aykırılığın durumuna göre Türk Ceza Kanunu, Kabahatler Kanunu, Çevre Kanunu, İmar Kanunu hükümleri uyarınca ceza verilmesi dolayısıyla, aykırılık türüne göre görevli yargının değişmesi esası benimsenmiştir.

Dava dosyasının incelenmesinden, mülkiyeti davacı siteye ait kıyıda kalan taşınmaz üzerinde fayans, sabit olmayan gölgelik yapıldığı, masa ve sandalye konulduğu, Şire Tatil Sitesi binasının güney tarafına tel örgü çekildiği ve kıyıda kaldığının 23.07.2010 tarihli tutanak ile tespit edilmesi sonrasında Kaymakamlık yazısı ile Belediyeden işgalin kaldırılmasının istenildiği ve dava konusu para cezası verilmesine ilişkin işlemin tesis edildiği, bu işleme karşı Erdemli Sulh Ceza Mahkemesine açılan davanın görev yönünden ret edilmesi üzerine bu davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

3621 sayılı Yasanın değişik 15. maddesinde, yasa hükmüne aykırılık türüne göre görevli yargı yeri açıkça anlaşılan haller dışındaki durumlarda, anılan Yasa hükmü ile 5326 sayılı Yasanın 27/8 fıkrası ve Anayasa Mahkemesi'nin 15.5.1997 günlü, E:1996/72, K:1997/51 sayılı kararı birlikte değerlendirildiğinde, 3621 sayılı Yasanın değişik 15. maddesi uyarınca verilen idari para cezası kapsamında herhangi bir idari işlem tesis edilmiş ise idari yargının görevli olduğu sonucuna varılmaktadır.

Bu durumda, 3621 sayılı Yasanın 15. maddesi hükmü uyarınca para cezası verilmesine ilişkin olarak tesis edilen işlemin iptali istemiyle açılan bu davanın esasının incelenmesi gerektiğinden, görev yönünden davanın reddi yolunda verilen kararda hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenle, temyiz isteminin kabulü ile İdare Mahkemesi kararının bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Ondördüncü Dairesince Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüldü:

Dava; Mersin İli, Erdemli İlçesi, Limonlu Beldesi, Akdeniz Mahallesi, Milli Egemenlik Caddesi üzerinde kıyıda beton düzenleme yapmak ve üzerine sabit olmayan gölgelik, masa, sandalye konulup, tel örgü çekilmek suretiyle engel oluşturulduğundan bahisle 2.290,00 TL idari para cezası verilmesine ve sözkonusu engellerin 5 gün içinde kaldırılmasına ilişkin 17.8.2010 günlü, 38 sayılı Erdemli Kaymakamlığı işleminin iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesince; 3621 sayılı Yasa uyarınca verilen para cezalarına karşı açılacak davalarda idare mahkemesinin görevli olduğuna ilişkin 3621 sayılı Yasanın 15. maddesinin (b) fıkrası, 8.2.2008 günlü, 26781 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 466. maddesiyle kaldırıldığı, 3621 sayılı Yasa uyarınca verilen para cezalarında 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 3. ve 27. maddesi gereğince sulh ceza mahkemesi görevli olduğundan, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasasının 15. maddesinin 1/a bendi uyarınca davanın görev yönünden reddine karar verilmiş, karar, davacı vekili tarafından, temyiz edilmiştir.

Kıyı Kanununun 14. maddesinde; "Bu Kanun kapsamında kalan alanlarda ruhsatsız yapılar ile ruhsat ve eklerine aykırı yapılar hakkında 3194 sayılı İmar Kanununun ilgili hükümleri uygulanır." hükmüne yer verilmiş, 3194 sayılı yasanın 32 ve 42. maddelerinde ise ruhsatsız yapılar ile ruhsat ve eklerine aykırı olarak yapılmış yapılar hakkında yapılacak işlemler ile bu yapıların maliklerine verilecek cezalara ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 16. maddesinin birinci fıkrasında; kabahatler karşılığında uygulanacak olan idari yaptırımların, idari para cezası ve idari tedbirlerden ibaret olduğu hüküm altına alınmış, aynı Kanun'un 27. maddesine, 19.12.2006 günlü, 26381 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 5560 sayılı Kanun ile eklenen sekizinci fıkra; idari yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idari yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması halinde; idari yaptırım kararına ilişkin hukuka aykırılık iddialarının, bu işlemin iptali talebiyle birlikte idari yargı merciinde görüleceği kurala bağlanmış, bu maddenin gerekçesinde de; bu hükümle, Kabahatler Kanunu'ndaki düzenlemelerin ortaya çıkardığı bağlantı sorununa çözüm getirilmesinin amaçlandığı belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesince, 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 31. maddesiyle değiştirilen 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin iptali istemiyle açılan davaya yönelik olarak verilen 5.4.2007 günlü E:2007/35, K:2007/36 sayılı kararda da; Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesinin, "idari yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idari yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması hali'nin varlığını aradığı, bu çerçevede, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 42. maddesi uyarınca para cezası verilmesi işlemi, imar mevzuatına aykırı bir yapılanmanın tespiti, önlenmesi veya giderilmesine yönelik idari bir işlemin devamı niteliğinde bulunduğundan, Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesinin (8) numaralı fıkrası uyarınca idari yaptırım kararının yanı sıra idari yargının görev alanına giren başka bir kararın da verilmiş olduğunun ve buna bağlı olarak söz konusu para cezalarına karşı açılacak davalarda idari yargının görevli olduğunun kabulü gerektiğini, bu durumda,

İmar Kanunu'nun 42. maddesi uyarınca verilen para cezasına karşı Sulh Ceza Mahkemesinde açılan davanın, itiraz başvurusunda bulunan Sulh Ceza Mahkemesinin görevine girmedeği belirtilerek itiraz başvurusu Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddedilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, mülkiyeti davacı siteye ait kıyıda kalan taşınmazın üzerinde bulunan betonun fayans ile kaplandığı, üzerine sabit olmayan gölgelik yapıldığı, masa ve sandalye konulduğu, Şire Tatil Sitesi binasının güney tarafına tel örgü çekildiği ve bu tel örgünün de kıyıda kaldığının 23.07.2010 tarihli tutanak ile tespit edilmesi sonrasında Kaymakamlık yazısı ile Belediyeden işgalin kaldırılmasının istenildiği ve 3621 sayılı Kıyı Kanunun 6. maddesine aykırılık olduğundan bahisle dava konusu 2.290,00 TL idari para cezası verildiği, para cezasının kaldırılması istemiyle Erdemli Sulh Ceza Mahkemesine açılan davanın görev yönünden reddi üzerine temyizen incelenmekte olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Olayda; dava konusu işlemin Kıyı Kanunu ile uygulama yönetmeliği ve 3194 sayılı yasaya göre tesis edildiği, idari yaptırım kararında para cezası uygulanacağını belirtilmesinin yanında dava konusu taşınmazdaki engellerin beş gün içinde kaldırılması gerektiği aksi takdirde Limonlu Belediyesinde kamu gücü kullanılarak kaldırılacağını belirtildiği yani "idari yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idari yargının görev alanına giren karar"ın da verildiği anlaşılmıştır.

Bu durumda; uyuşmazlığın çözümü, idari yargının görev alanına girdiğinden, Mahkemece uyuşmazlığın esasına girilerek karar verilmesi gerekirken, görev yönünden davanın reddine karar verilmesinde hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, Mersin 1. İdare Mahkemesinin 26.11.2010 günlü, E:2010/1857, K:2010/1798 sayılı kararının bozulmasına, yeniden karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde kararın düzeltilmesi yolu açık olmak üzere 29.6.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ONBEŞİNCİ DAİRE KARARLARI

TAM YARGI DAVALARI

T.C.
DANIŞTAY
Onbeşinci Daire
Esas No : 2011/2234
Karar No : 2011/251

Özeti : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararı üzerine başvuran kişilere ödenen tazminat, AİHM'ne başvurulduğu tarihe kadar olan ve başvuruda belirtilen zarar unsurları ile sınırlı olup, Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılansısı Hakkında Kanun uyarınca yapılan başvurularda, AİHM'nce hükmedilen tazminat unsurlarının da dikkate alınması gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan ve Karşı Taraf (Davacı) : ...

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

Temyiz İsteminde Bulunan ve Karşı Taraf (Davalı) : Tunceli Valiliği

İstem Özet : Malatya İdare Mahkemesinin 30.10.2009 tarih ve E:2009/660, K:2009/1016 sayılı kararının temyizden incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmaların Özeti : Taraflarca savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : A. Habip Yıldırım

Düşüncesi : Dava; davacının ikamet ettiği, ... İli, ... İlçesi, ... Köyü,

... Mezrasında meydana gelen terör olayları sonucu uğradığı zararların 5233 sayılı Yasa kapsamında tazmini istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin Tunceli Valiliği Zarar Tespit Komisyonu'nun 30.1.2009 tarih ve 2009/3-1946 sayılı kararının iptali istemiyle açılmıştır.

Davacının 5233 sayılı Yasa kapsamında uğradığı zararların tazmini istemiyle yaptığı başvuru Komisyon tarafından, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde dava açarak tazminat aldığı gerekçesiyle reddedilmiş ise de, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde dostane çözüm ile sonuçlanan ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Birinci Dairesi'nin 22.5.2001 tarihli kararında belirtilen tazminat miktarı ile davacının, evi ve müstemlatı (ahır vb.), ev eşyaları, hayvanlarının telef olması ve tarım arazilerinde meydana gelen zarar ile arazilerinde tarımsal faaliyette bulunulamaması (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde davanın açıldığı 1998 yılına kadarki döneme kadar) nedeniyle uğradığı zararlar karşılandığından, davacının tarım arazileri ile sınırlı olarak malvarlığına ulaşamadığı 1998 yılından, Köye dönüşlerin başladığı 2003 yılına kadarki döneme ilişkin uğradığı zararın 5233 sayılı Yasa kapsamında tazmini gerekmektedir.

Buna göre, İdare Mahkemesi tarafından, davacının, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde dava açıldığı 1998 yılı ile Köye dönüşlerin başladığı 2003 yılına kadar olan dönemde tarım arazilerine ulaşamaması nedeniyle uğradığı zararın 5233 sayılı Yasa kapsamında tazmini gerektiği gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmesi gerekirken, diğer zarar unsurlarını da (ev, ev eşyaları ve telef olan hayvanlar) kapsayacak şekilde ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce verilen karar tarihinden (22.5.2001) mezraya dönüşü izin verildiği tarihe kadar geçen süreyle sınırlı olarak uğradığı zararların

tazmini gerektiği gerekçesiyle işlemin iptali yolunda verilen kararda hukuki isabet bulunmamaktadır.

Belirtilen nedenlerle, taraflar temyiz istemlerinin kabulü ile uyuşmazlığa ilişkin olarak yukarıda yapılan açıklamalar dikkate alınarak İdare Mahkemesi tarafından yeniden bir karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle kararının bozulmasının yerinde olduğu düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Tuncay Dünder

Düşüncesi : Davacının 1998 yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurarak evi, ev eşyaları, ekili tarım arazileri, meyve ağaçları ve telef olan hayvanlarına ilişkin tazminat isteminde bulunduğu, istemin dostane çözüm yoluyla sonuçlandığı, köye dönüşlerin ise 2003 yılında başladığı anlaşılmaktadır.

Bu nedenle davacının ev, ev eşyaları ve telef olan hayvanlarına ilişkin zararı karşılandığından, 1998 ile 2003 yılına kadar olan dönemde tarım arazilerine ulaşamaması nedeniyle uğranılan zararın 5233 sayılı Yasa uyarınca tazmini gerekeceğinden Mahkemece verilen kararın bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onbeşinci Dairesince, dosyanın tekemmül ettiği görülmekle yürütmenin durdurulması istemi hakkında karar verilmeyerek işin esasına geçildi, gereği görüldü:

Dava; davacının ikamet ettiği, ... İli, ... İlçesi, ... Köyü, ... Mezrasında meydana gelen terör olayları sonucu uğradığı zararların 5233 sayılı Yasa kapsamında tazmini istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin Tunceli Valiliği Zarar Tespit Komisyonu'nun 30.1.2009 tarih ve 2009/3-1946 sayılı kararının iptali istemiyle açılmıştır.

Malatya İdare Mahkemesince; ... İli, ... İlçesi, ... Köyü, ... Mezrasında ikamet etmekte iken, söz konusu mezranın 1994 yılında terör olayları nedeniyle boşaldığı, evi ve evdeki eşyaları ile tarım arazilerinin tahrip olduğu, 150 adet büyükbaş ve küçükbaş hayvanın telef olduğundan bahisle zararlarının karşılanması istemiyle davacı tarafından Cumhurbaşkanlığı, Başbakanlık ve Hozat Kaymakamlığı'na yapılan başvuruların sonuçsuz kalması üzerine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne şikayet başvurusunda bulunulduğu; söz konusu başvurunun toplam 12.000 sterlin ödenmesi karşılığında dostane çözüm ile sonuçlanarak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Birinci Dairesi'nin 22.5.2001 tarihli kararı ile başvurunun zabıtlardan düşürülmesine karar verildiği; 5233 sayılı Yasa kapsamında uğradığı zararların karşılanması amacıyla davacı tarafından 17.8.2004 tarihinde davalı idareye de bir başvuru yapıldığı ve söz konusu başvurunun, davacının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde dava açarak tazminat aldığı gerekçesiyle reddedilmesi üzerine bakılan davanın açıldığından anlaşıldığı; buna göre, Hadişar Mezrasının terör eylemleri nedeniyle tamamen boşaldığı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde dostane çözüm ile sonuçlanan başvuruya ilişkin kararın verildiği 22.5.2001 tarihinden sonra da davacının güvenlik kaygısı nedeniyle mevrada bulunan malvarlığına ulaşamadığı; bu nedenle, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce verilen karar tarihinden (22.5.2001) mevraya dönüşü izin verildiği tarihe kadar geçen süreyle sınırlı olarak davacının uğradığı zararların tazminine karar verilmesi gerekirken, başvurunun reddine ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu Komisyon kararının iptaline karar verilmiştir.

Taraflarca, anılan Mahkeme kararının aleyhlerine olan kısımlarının hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek temyizen incelenip bozulması istenilmektedir.

27.7.2004 tarih ve 25535 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanunun 1. maddesinde, bu Yasanın amacının, terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle maddi zarara uğrayan kişilerin, bu zararlarının karşılanmasına ilişkin esas ve usulleri belirlemek olduğu; 2. maddesinde, bu Yasanın, 3713 sayılı Terörle

Mücadele Kanununun 1 inci, 3 üncü ve 4 üncü maddeleri kapsamına giren eylemler veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle zarar gören gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişilerinin maddî zararlarının sulhen karşılanması hakkındaki esas ve usullere ilişkin hükümleri kapsadığı belirtilmiştir; (c) bendinde ise, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlâl edildiği gerekçesiyle Sözleşmenin 41 inci maddesine göre hükmedilen veya Sözleşme hükümleri uyarınca dostane çözüm yoluyla uzlaşılan tazminatın ödenmesi sonucunda karşılanan zararların 5233 sayılı Yasa kapsamı dışında olduğu kurala bağlanmıştır.

Dava dosyasının incelenmesinden, ... İli, ... İlçesi, ... Köyü, ... Mezrasında ikamet etmekte iken, söz konusu mezranın 1994 yılında terör olayları nedeniyle boşaldığı, evi ve evdeki eşyaları ile tarım arazilerinin tahrip olduğu, 150 adet büyükbaş ve küçükbaş hayvanın telef olduğundan bahisle zararlarının karşılanması istemiyle davacı tarafından Cumhurbaşkanlığı, Başbakanlık ve Hozat Kaymakamlığı'na yapılan başvurudan sonuç alamaması üzerine, evi, ev eşyaları ve tarlaları ile ağaçlarının tahrip edildiği, ayrıca 150 adet büyükbaş ve küçükbaş hayvanının telef olduğundan bahisle davacı tarafından 1998 yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne şikayet başvurusunda bulunulduğu; söz konusu başvurunun görüşülmesi devam etmekte iken 2000 yılında Türkiye Cumhuriyeti Devleti tarafından, dostane çözümünden yana olduklarının bildirilmesi üzerine, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Birinci Dairesi'nin 22.5.2001 tarihli toplantısında, "...Türkiye Cumhuriyeti Hükümetinin 7.9.2000 tarihli mektubunda, dostane çözümünden yana olduğunun bildirildiği; başvuru tarafından gönderilen cevap mektubunda kendisinin de böyle bir çözümünden yana olduğunun beyan edilerek, manevi zarar çerçevesinde 5.000 sterlin, maddi zarar çerçevesinde 5.000 sterlin, masraf ve harcamalar çerçevesinde 2.000 sterlin olmak üzere toplam 12.000 sterlin karşılığında davacının Türkiye karşısındaki tüm iddialarından vazgeçtiği, bunun sonucunda imzalanan metin ile tarafların dostane çözümde anlaştıkları ve bu nedenle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi uyarınca başvurunun zabıtlardan düşürülmesine..." karar verildiği; 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanunun yürürlüğe girmesi üzerine 17.8.2004 tarihinde davacı tarafından davalı idareye başvurularak 5233 sayılı Yasa kapsamında uğradığı zararların tazmininin de istenildiği; başvuru üzerine Hozat Kaymakamlığı tarafından oluşturulan bir heyet tarafından mahallinde yapılan keşif sonucunda, "...Kalecik Köyü, Hadişar Mezrasının 1994 yılı sonbaharında terör olayları nedeniyle tamamen boşaldığı, 2003 yılına kadar boş kaldığı, 2003 yılından sonra bazı köylülerin arazilerinde tasarruf ettikleri..." belirtilerek, davacıya ait arazi ve yıkılan evlerine ilişkin zarar hesabını içeren bilirkişi raporlarının İl Zarar Tespit Komisyonuna sunulduğu; Tunceli Valiliği 3 Nolu Zarar Tespit Komisyonunun 27.11.2007 tarih ve 2007/3-552 sayılı kararı ile, davacının başvurusunun yasal şartları taşıdığı, malvarlığına ulaşamamaktan kaynaklanan ev, ahır, sulak ve kiraç arazi zararları olmak üzere toplam 22.156,93 TL'nin ödenmesine karar verildiği, bu tutarın davacı tarafından kabul edilmesi üzerine de sulhname imzalandığı; ancak, konu ile ilgili olarak daha sonradan yapılan inceleme sonucunda Tunceli Valiliği 3 Nolu Zarar Tespit Komisyonu tarafından, davacının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde dava açarak tazminat aldığı ve zararlarının karşılandığı, bu nedenle önceki Komisyon kararının iptal edilerek talebinin reddine karar verilmesi üzerine, anılan Komisyon kararının iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

5233 sayılı Yasanın yukarıda belirtilen maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, 5233 sayılı Yasa kapsamında, terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle maddî zarara uğrayan kişilerin uğradıkları tespit edilen zararlardan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlâl edildiği gerekçesiyle Sözleşmenin 41 inci maddesine göre hükmedilen veya Sözleşme hükümleri uyarınca dostane çözüm yoluyla uzlaşılması

sonucunda ödenen tazminatın, 5233 sayılı Yasanın 2/c maddesi uyarınca indirilmesi gerekmektedir.

Buna göre, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Birinci Dairesi'nin 22.5.2001 tarihli kararı incelendiğinde, davacı tarafından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne 1998 yılında yapılan başvurunun, evi, ev eşyaları, ekili tarım arazileri, meyve ağaçları ve telef olan büyükbaş ve küçükbaş hayvanlarına ilişkin olduğu, taraflar arasında dostane çözüm ile sonuçlanan başvuru sonucunda ödenen tazminatın da, davacının başvurusunda belirttiği, ev ve müştemilatı (ahır vb.), ev eşyaları, tarım arazilerinde meydana gelen zarar ile hayvanlarının telef olması nedeniyle uğradığı zararlarla sınırlı ve sadece Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde davanın açıldığı 1998 yılına kadar ki döneme ilişkin olduğunun kabulü gerekmektedir.

Bu durumda, Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile davacı arasında dostane çözüm ile sonuçlanan ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Birinci Dairesi'nin 22.5.2001 tarihli kararında belirtilen tazminat miktarı ile davacının, evi ve müştemilatı (ahır vb.), ev eşyaları, hayvanlarının telef olması ve tarım arazilerinde meydana gelen zarar ile arazilerinde tarımsal faaliyette bulunulmaması (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde davanın açıldığı 1998 yılına kadarki döneme kadar) nedeniyle uğradığı zararlar karşılanmış olup; sadece tarım arazileri ile sınırlı olarak, davacının malvarlığına ulaşmadığı 1998 yılından, Köye dönüşlerin başladığı 2003 yılına kadarki döneme ilişkin uğradığı zararın 5233 sayılı Yasa kapsamında tazmini gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Sonuç olarak, İdare Mahkemesi tarafından, davacının, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde dava açıldığı 1998 yılı ile Köye dönüşlerin başladığı 2003 yılına kadar olan dönemde tarım arazilerine ulaşamaması nedeniyle uğradığı zararın 5233 sayılı Yasa kapsamında tazmini gerektiği gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmesi gerekirken, diğer zarar unsurlarını da (ev, ev eşyaları ve telef olan hayvanlar) kapsayacak şekilde ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce verilen karar tarihinden (22.5.2001) mezraya dönüşü izin verildiği tarihe kadar geçen süreyle sınırlı olarak davacının uğradığı zararların tazmini gerektiği gerekçesiyle işlemin iptali yolunda verilen kararda hukuki isabet bulunmadığından, İdare Mahkemesi tarafından, yukarıda yapılan açıklamalar ve tespitler uyarınca uyumsuzluğa ilişkin olarak yeniden bir karar verilmesi gerekmektedir.

Öte yandan, davacı tarafından, İdare Mahkemesi'nce dava konusu işlemin iptaline karar verilmekle birlikte avukatlık ücretine hükmedilmemesi nedeniyle kararın bozulması istenilmiş ise de, bozma kararı uyarınca İdare Mahkemesi'nce yeniden bir karar verileceğinden, bu aşamada avukatlık ücretine ilişkin kısım incelenmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, taraflar temyiz istemlerinin kabulü ile Malatya İdare Mahkemesinin 30.10.2009 tarih ve E:2009/660, K:2009/1016 sayılı kararının bozulmasına, dosyanın, yeniden bir karar verilmek üzere anılan Mahkemeye gönderilmesine 15.6.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Onbeşinci Daire
Esas No : 2011/9952
Karar No : 2011/628

Özeti : 5233 sayılı Kanun uyarınca sulhname imzalanmasından sonra dava açılmasına hukuken olanak bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : ...

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf (Davalı) : Tunceli Valiliği

İstemin Özeti : ... İli, ... İlçesi, ... Köyünde ikamet etmekte iken terör

olayları ve güvenliğin sağlanamamasından dolayı terk etmek zorunda kaldığından bahisle mal varlığına ulaşamaması ve taşınır, taşınmaz mallarının kullanılamaz hale gelmesi nedeniyle uğradığını ileri sürdüğü zararın 5233 sayılı Kanun kapsamında tazmini istemiyle yaptığı başvurunun kısmen reddine ilişkin Tunceli Valiliği Zarar Tespit Komisyonu Başkanlığı'nın 04.11.2008 tarih ve 2-1380 sayılı işleminin iptali istemiyle açılan davada; Malatya İdare Mahkemesince; Mahkemelerince yapılan ara kararı uyarınca davalı idarece gönderilen belgelerden, Tunceli Valiliği Zarar Tespit Komisyonu Başkanlığı'nın 04.11.2008 tarih ve 2-1380 sayılı kararı ile davacıya söz konusu köyde bulunan malvarlığı nedeniyle toplam 20.157,06 TL ödenmesine karar verildiğinin ve dava devam ederken davacı ile davalı idare arasında 27.10.2009 tarihinde sulhname imzalandığının anlaşıldığı, gerekçesiyle konusu kalmayan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığı yolunda karar verilmiş, davacı vekili tarafından, imzalanan sulhnamenin maliki olduğu taşınırlara yapılan zarar ile köydeki evini kullanamamasından kaynaklı zararı kapsamadığı, evini terör olayları nedeniyle terk ettiği, taşınırlarına zarar verildiği, bu kısımlar üzerinden sulhnamenin imzalanmadığı ileri sürülerek, anılan İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hâkimi : Temel Kaleli

Düşüncesi : Temyiz isteminin reddi ile usul ve hukuka uygun bulunan mahkeme kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Tuncay Dünder

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 Onbeşinci Dairesi'nce işin gereği görüşüldü:

İdare mahkemeleri tarafından verilen kararların temyiz yolu ile incelenerek bozulabilmeleri 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde belirtilen nedenlerden birinin bulunması halinde mümkündür.

İdare Mahkemesi'nce verilen karar ve dayandığı gerekçe, hukuk ve usule uygun olup bozulmasını gerektirecek bir sebep de bulunmadığından temyiz isteminin reddi ile Malatya İdare Mahkemesi'nin 10.03.2010 tarih ve E:2009/1464, K:2010/718 sayılı kararının onanmasına, 06.07.2011 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

TÜKETİCİNİN KORUNMASI İŞLERİ

T.C.
DANIŞTAY
Onbeşinci Daire
Esas No : 2011/443
Karar No : 2011/150

Özeti : Sanayi ve Ticaret Bakanlığı onaylı garanti belgesi bulunmadan satışı yapılmamış olsa bile, satışa sunulan her bir ürün için 4077 sayılı Kanun'un 13. maddesi ihlal edildiğinden, her bir ürün için ayrı ayrı para cezası uygulanması gerektiği hakkında.

Temyiz Eden (Davalı) : İstanbul Valiliği
Karşı Taraf (Davacı) : ... Ticaret Merkezi A.Ş.
Vekilleri : Av. ... - Av. ...
İstemin Özeti : İstanbul 7. İdare Mahkemesi'nin 19.02.2008 tarih ve E:2007/934 K:2008/235 sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.
Savunmanın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.
Danıştay Tetkik Hakimi : Hüseyin Aydın
Düşüncesi : Dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığından, dava konusu işlemin iptali yolunda verilen Mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.
Danıştay Savcısı : İbrahim Özdemir
Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.
Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onbeşinci Dairesince gereği görüldü:

Dava, davacı şirket tarafından satışa sunulan ürünlerin Sanayi ve Ticaret Bakanlığı onaylı garanti belgesi bulunmaması nedeniyle 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 13. maddesinin ihlal edildiğinden bahisle aynı Kanun'un 25/2. maddesi uyarınca 10.920-TL idarî para cezası verilmesine ilişkin 29.09.2006 tarih ve D-415 sayılı davalı idare işleminin iptali istemiyle açılmıştır.

İstanbul 7. İdare Mahkemesi'nce; davacı şirkete ait işyerinde yapılan denetimde 70 adet mobilya malzemesinin Sanayi ve Ticaret Bakanlığı onaylı garanti belgesi bulunmadan satışa sunulduğu, 4077 sayılı Kanunun 25. maddesinde hangi hallerde ne şekilde para cezasının uygulanacağını belirttiği, anılan Kanun'un 13. maddesine aykırılık tespit edildiğinde her bir ürün için ayrı ayrı para cezasının uygulanacağını öngörülmediği, tek bir tutanakla 70 adet ürün için ayrı ayrı para cezası verilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

Davalı idarece, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı onaylı garanti belgesi bulunmayan her bir ürün için ayrı ayrı idarî para cezası verilmesi gerektiği belirtilerek, söz konusu Mahkeme kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un "Garanti Belgesi" başlıklı 13.maddesinde "İmalatçı veya ithalatçılar ithal ettikleri veya ürettikleri sanayi malları için Bakanlıkça onaylı garanti belgesi düzenlemek zorundadır. Mala ilişkin faturanın tarih ve sayısını içeren garanti belgesinin tekemmül ettirilerek tüketiciye verilmesi sorumluluğu satıcı, bayi veya acenteye aittir. Garanti süresi malın teslim tarihinden itibaren başlar ve asgari iki yıldır. Ancak, özelliği nedeniyle bazı malların garanti şartları, Bakanlıkça başka bir ölçü birimi ile belirlenebilir." hükmüne yer verilmiştir.

4077 sayılı Kanun'un 25. maddesinin 2. fıkrasında ise; 4. maddenin 6. fıkrasında, 5. maddede, 6. maddenin 6. fıkrasında, 6/A maddesinde, 6/B, 6/C maddeleri uyarınca Bakanlıkça belirlenen usul ve esaslarda, 7. maddenin 5. fıkrasında, 9. maddede, 9/A maddesinde, 10. maddede, 10/A maddesinde, 10/B maddesinde, 11/A maddesinin 2. ve 4. fıkralarında, 12, 13, 14 ve 15. maddelerde belirtilen yükümlülüklerden her birine aykırı hareket edenlere ikiyüz Türk Lirası idarî para cezası verileceği düzenlenmiştir.

Dava dosyasının incelenmesinden; davacı şirkete ait işyerinde yapılan denetimde 30 adet ..., 5 adet ..., 35 adet ... marka mobilya malzemesinin Sanayi ve Ticaret Bakanlığı onaylı garanti belgesi bulunmaması nedeniyle 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 13. maddesinin ihlal edildiğinden bahisle aynı Kanun'un 25/2. maddesi uyarınca 10.920-TL idari para cezası verilmesine ilişkin davalı idare işleminin iptali istemiyle bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Yukarıda yer alan Kanun hükümlerinin değerlendirilmesinden, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı onaylı garanti belgesi bulunmadan satışa sunulan her bir ürün için 4077 sayılı Kanun'un 13. maddesi ihlal edildiğinden, her bir ürün için ayrı ayrı para cezası uygulanması gerektiği açıktır.

Bu durumda; davacı şirket tarafından satışa sunulan ürünlerin garanti belgesi bulunmaması nedeniyle her bir ürün için ayrı ayrı olmak üzere toplam 10.920-TL idari para cezası verilmesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığından, 4077 sayılı Kanun'un 13. maddesine aykırılığı tek bir tutanakla tespit edilen birden fazla ürün için ayrı ayrı para cezası verilmesinin anılan Kanun'da öngörülmediği gerekçesiyle dava konusu işlemi iptal eden Mahkeme kararında hukukî isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulü ile İstanbul 7. İdare Mahkemesi'nin 19.02.2008 tarih ve E:2007/934, K:2008/235 sayılı kararının bozulmasına yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkeme'ye gönderilmesine, 10.6.2011 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

AZLIK OYU

Davacı şirket tarafından satışa sunulan ürünlerin garanti belgesi bulunmaması nedeniyle 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 13. maddesinin ihlal edildiğinden bahisle aynı Kanun'un 25/2. maddesi uyarınca 10.920-TL idarî para cezası verilmesine ilişkin 29.09.2006 tarih ve D-415 sayılı davalı idare işleminin iptali istemiyle açılan davada, İstanbul 7. İdare Mahkemesince dava konusu işlemin iptali yolunda verilen 19.02.2008 tarih ve E:2007/934, K:2008/235 sayılı kararın davalı idare tarafından temyizden incelenerek bozulması istenilmektedir.

4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un "Garanti Belgesi" başlıklı 13.maddesinde, "İmalatçı veya ithalatçılar ithal ettikleri veya ürettikleri sanayi malları için Bakanlıkça onaylı garanti belgesi düzenlemek zorundadır. Mala ilişkin faturanın tarih ve sayısını içeren garanti belgesinin tekemmül ettirilerek tüketiciye verilmesi sorumluluğu satıcı, bayi veya acenteye aittir. Garanti süresi malın teslim tarihinden itibaren başlar ve asgari iki yıldır. Ancak, özelliği nedeniyle bazı malların garanti şartları, Bakanlıkça başka bir ölçü birimi ile belirlenebilir." hükmüne yer verilmiştir.

Anılan Kanun maddeleri uyarınca satıcının satış üzerine kanunen vermekle yükümlü olduğu Sanayi ve Ticaret Bakanlığı onaylı garanti belgesini tüketiciye vermemesi, cezai

yaptırıma uğraması bakımından gerekli ve yeterlidir. Kanun'un amacı dikkate alındığında, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı onaylı garanti belgesi verilmeden yapılan her bir satışta 4077 sayılı Kanun'un ihlal edildiği ve bu şekilde satışı gerçekleşen her bir ürünün satışı için ayrı ayrı para cezası uygulanması gerektiği açıktır.

Öte yandan, satışı yapılmamış ürünler açısından satıcının Sanayi ve Ticaret Bakanlığı onaylı garanti belgesi verme yükümlülüğünün henüz doğmaması nedeniyle anılan Kanun hükmünün ihlal edildiğinden söz edilemeyeceğinden, bu doğrultuda bir tespit yapılmadan, sadece rafta satışa sunulduğu tespit edilen ürünler açısından verilen para cezasında bu yönüyle hukuka uyarlık bulunmadığından, dava konusu işlemin iptali yolunda verilen Mahkeme kararı sonucu itibarıyla yerinde görülmüştür.

Açıklanan nedenle temyize konu Mahkeme kararının yukarıda belirtilen gerekçeyle onanması gerektiği oyu ile çoğunluk kararına karşıyız.

T.C.
DANIŞTAY
Onbeşinci Daire

Esas No : 2011/336
Karar No : 2011/165

Özeti : 5326 sayılı Kanun'un 3.maddesinde; kanunun genel hükümlerinin diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanacağı kurala bağlandığından 5326 sayılı Kanun'un kabahatlerin zamanaşımı süresine yönelik düzenleme açısından özel nitelikli kanun olduğu, 4077 sayılı Kanun uyarınca uygulanan idari yaptırımlar açısından da 5326 sayılı Kanun'un soruşturma zamanaşımına ilişkin 20. maddesinin uygulanacağı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Sanayi ve Ticaret Bakanlığı

Karşı Taraf (Davacı) : ...

İstemin Özeti : Ankara 10. İdare Mahkemesi'nin 20.03.2008 tarih ve E:2008/98, K:2008/657 sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Erhan ERYAT

Düşüncesi : Temyize konu mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : İbrahim TOPUZ

Düşüncesi : 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun "Tanım" başlıklı 2. maddesinde "Kabahat deyiminden; kanunun, karşılığında idarî yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık anlaşılır." hükmü ile kabahat kavramı tanımlanmıştır. Aynı Kanun'un 5560 sayılı Kanun'la değişik "Genel Kanun Niteliği" başlıklı 3/1(b) maddesinde yer alan; "Bu Kanun'un diğer genel hükümleri, idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanır." hükmü ile de diğer kanunlarda yer alan kabahatler hakkında da 5326 sayılı Kanun'un genel hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüştür.

4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un "Ticari Reklamlar ve İlanlar" başlıklı 16. maddesinde yer alan hükümlere aykırı hareket edenler hakkında, aynı Kanun'un 25. maddesi ile idari yaptırım uygulanacağı öngörüldüğünden, 5326 sayılı Kabahatler

Kanunu'nun 2. ve 3. maddeleri gereği, 4077 sayılı Kanun da Kabahatler Kanunu'nun genel hükümlerine tabidir.

4822 sayılı Kanun ile değişik 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da ceza zamaşımı süresi bir yıl olarak düzenlenmiştir. Ancak, yukarıda da ifade edildiği üzere 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun kanun yoluna başvuru dışındaki genel hükümleri 4077 sayılı Kanun'da yer alan kabahatler hakkında da uygulanacağından, zamaşımı süreleri ile ilgili olarak 5326 sayılı Kanun'da yer alan hükümleri dikkate almak gerekecektir.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu, "Kabahat" olarak nitelenen idari para cezaları için genel hükümleri düzenleyen özel bir kanundur. Kabahatlerin zamaşımı hususunu düzenleyen özel nitelikli ve sonraki kanun hükümlerinin, tüketicilerin korunmasına yönelik olarak düzenlenen Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un idari para cezalarına ilişkin öngörmüş olduğu zamaşımı sürelerini bertaraf edeceği açıktır.

5326 sayılı Kanun'un "Soruşturma Zamaşımı" başlıklı 20/b maddesinde soruşturma zamaşımı süresi; "Ellibin Türk Lirası veya daha fazla idari para cezasını gerektiren kabahatlerde dört yıldır" hükmü düzenlenmiştir.

Dosyadaki belgelerin incelenmesinden; idari para ve durdurma cezasına konu reklamın 05.05.2006 tarihinde yayınlandığı, söz konusu reklamla ilgili olarak, davacı hakkında 08.05.2007 tarih ve 140 sayılı Reklam Kurulunda, 4077 sayılı Kanun'un 4822 sayılı Kanun'la değişik 17 ve 25/8 inci maddeleri uyarınca 54.913,-TL idari para cezası ve anılan reklamları durdurma cezası verilmesine karar verildiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, idari para cezasının, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da düzenlenen 1 yıllık ceza zamaşımı süresini değiştiren 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nda öngörülen "dört yıllık" zamaşımı süresi içerisinde verildiği görülmektedir.

Açıklanan nedenlerle idare mahkemesi kararının bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onbeşinci Dairesi'nce işin gereği görüşüldü:

Dava; davacının sahibi olduğu ... adresli internet sitesinde yayınlanan reklamların 4077 sayılı Kanun'un 16. maddesine aykırılık taşıdığından bahisle 54.913-TL idarî para cezası ve reklam durdurma cezası verilmesine ilişkin 08.05.2007 tarih ve 140 sayılı davalı Bakanlık Reklam Kurulu kararının iptali istemiyle açılmıştır.

Ankara 10. İdare Mahkemesi'nce; davacıya ait ... adresli internet sitesinde ... ve ... adlı sitelerin reklamının yapıldığı, bu durumun Milli Piyango İdaresi Genel Müdürlüğü tarafından davalı idareye bildirilmesi üzerine konunun incelemeye alındığı, yasadışı kumar sitesi niteliğinde olan söz konusu sitelerin reklamının yapılmasının mevzuata aykırılık taşıdığından bahisle dava konusu işlemin tesis edildiğinin görüldüğü, davacının mevzuat hükümlerine aykırı yayın yaptığı öne sürülmeekteyse de 05.05.2006 tarihinde işlenen ve dava konusu cezayı gerektiren fiil için, 08.05.2007 tarihinde verilen cezanın 4077 sayılı Kanun'un 26/4. maddesi hükümlerine göre 1 yıllık zamaşımı süresi dolduktan sonra tesis edildiği anlaşıldığından, dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

Davalı idare tarafından; 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle idarî yaptırımlara karşı bu Kanun'da düzenlenen hükümlerin uygulanması gerektiği, Kanun'un 20. maddesinde soruşturma zamaşımı süreleri düzenlenmiş olduğundan, tüm idarî yaptırımlara karşı bu sürelerin uygulanması gerektiği ileri sürülerek kararın temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Dava dosyasının incelenmesinden, Reklam Kurulunun 08.05.2007 tarih ve 140 sayılı toplantısında; davacıya ait ... adresli internet sitesinde 05.05.2006 tarihinde ... ve ... adlı sitelerin reklamının yapıldığı, bu durumun Milli Piyango İdaresi Genel Müdürlüğü tarafından davalı idareye bildirilmesi üzerine konunun incelemeye alındığı, yasadışı kumar sitesi

niteliğinde olan söz konusu sitelerin reklamının yapılmasının mevzuata aykırılık taşıdığından bahisle idarî para cezası ve reklam durdurma cezası verilmesine ilişkin dava konusu işlemin tesis edildiği, bakılmakta olan davanın bu işlemin iptali istemiyle açıldığı anlaşılmaktadır.

4077 sayılı Kanun'un, 14.03.2003 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 4822 sayılı Kanun'un 34. maddesi ile değişik 26. maddesinde; bu Kanun'da düzenlenen idari para cezalarının verilmesine ilişkin cezai zamanaşımı süresinin bir yıl olduğu; zamanaşımı süresinin, bu Kanun hükümlerine aykırı fiilin işlendiği tarihte başlayacağı hükme bağlanmış; 08.02.2008 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 5728 sayılı Kanun'un 477. maddesi ile de 4077 sayılı Kanun'un 26. maddesinde yer alan bir yıllık zamanaşımını düzenleyen fıkra yürürlükten kaldırılmıştır.

31.03.2005 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 3. maddesinde; bu Kanun'un genel hükümlerinin diğer yasalardaki kabahatler hakkında da uygulanacağı; aynı Kanun'un "Soruşturma Zamanaşımı" başlıklı 20. maddesinde ise; soruşturma zamanaşımı süresinin; a) Yüzbin Türk Lirası veya daha fazla idarî para cezasını gerektiren kabahatlerde beş; b) Ellibin Türk Lirası veya daha fazla idarî para cezasını gerektiren kabahatlerde dört, c) Yirmibin Türk Lirası veya daha fazla idarî para cezasını gerektiren kabahatlerde üç, d) Yirmibin Türk Lirasına kadar idarî para cezasını gerektiren kabahatlerde iki yıl olduğu; zamanaşımı süresinin, kabahate ilişkin tanımdaki fiilin işlenmesiyle veya neticenin gerçekleşmesiyle işlemeye başlayacağı kurala bağlanmıştır.

Uyuşmazlıkta, idari para cezası ve durdurma cezasının dayanağı yayın 05.05.2006 tarihinde yapılmakla birlikte, söz konusu yayın ile ilgili olarak 08.05.2007 tarihli Reklam Kurulu toplantısında idari para cezası ve durdurma cezası verilmesine karar verildiğinden; idari para cezasının verilebilmesi açısından cezai zamanaşımı süresinin belirlenmesi önem taşımaktadır.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesinde; Kanun'un genel hükümlerinin diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanacağı kurala bağlandığından, 5326 sayılı Kanun'un, kabahatlerin zamanaşımı süresine yönelik düzenleme açısından özel nitelikli Kanun olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Buna göre; 5326 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi ile 4077 sayılı Kanun'un, idari para cezalarına ilişkin öngörmüş olduğu bir yıllık zamanaşımı süresinin artık uygulanamayacağı ve 4077 sayılı Kanun'un, zamanaşımına ilişkin hükümleri açısından 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 20. maddesine tabi olacağı açık olup; dava konusu idari para cezasının, 5326 sayılı Kanun'un 20. maddesi uyarınca zamanaşımı süresi dolmadan tesis edildiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda, İdare Mahkemesi'nce işin esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken, dava konusu işlemin zamanaşımı bulunduğu gerekçesiyle iptaline karar verilmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davalının temyiz isteminin kabulü ile Ankara 10. İdare Mahkemesi'nin 20.03.2008 tarih ve E:2008/98, K:2008/657 sayılı kararının bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkeme'ye gönderilmesine 10.06.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Onbeşinci Daire
Esas No : 2011/1830
Karar No : 2011/341

Özeti : 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunda internet sitesinin içeriğinden dolayı sorumluluğun içerik sağlayıcısına ait olduğu, yer sağlayıcının ise, site içeriğinden dolayı sorumlu tutulmasının mümkün olmadığı, sadece hukuka aykırı içerikten haberdar edilmesi halinde ve teknik olarak imkan bulunduğu ölçüde hukuka aykırı içeriği yayından kaldırmakla yükümlü olduğu şeklinde düzenlemeye yer vermiştir.

Milli Piyango İdaresi Teftiş Kurulu Başkanlığı'nca yaptırılan incelenme raporu kapsamında davalı Sanayi ve Ticaret Bakanlığına şikayette bulunulması sonucunda "... adlı internet sitesinde poker oynatan kumarhanelerin (casino) reklamlarına yer verilmesi ve oyun oynanması için kumarhanelere yönlendirme yapılması nedeniyle Sanal Ortamda Oynatılan Talih Oyunları Hakkında Yönetmelik'in 5. maddesi ve 4077 sayılı Kanun'un 16. maddesi ihlal edildiğinden 5651 sayılı Kanun'da her ne kadar yer sağlayıcıya, yer sağladığı içeriği kontrol etme veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırma yükümlülüğü getirmemiş ise de, yer sağlayıcı, yer sağladığı hukuka aykırı içerikten haberdar edilmesi halinde hukuka aykırı içeriği yayından kaldırmakla yükümlüdür. Davacının da söz konusu yükümlülüğünü yerine getirdiği anlaşıldığından dava konusu işlemin iptali yolunda verilen Mahkeme Kararının idari para cezasına ilişkin kısmı sonucu itibarıyla yerinde görüldüğüne ilişkin karar hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Sanayi ve Ticaret Bakanlığı

Karşı Taraf (Davacı) : ... Tasarım Yazılım Müh. İnter. Tek.Ltd. Şti.

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Ankara 5. İdare Mahkemesi'nin 30.10.2008 tarih ve E:2008/1189, K:2008/2063 sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma süresinde verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Hüseyin Aydın

Düşüncesi : Temyize konu Mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Demet Ünal

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onbeşinci Dairesi'nce işin gereği görüşüldü:

Dava; "... adlı internet sitesinde, poker oynatan kumarhanelerin (casino) reklamlarına yer verilmesi ve oyun oynanması için kumarhanelere yönlendirme yapılması suretiyle Sanal Ortamda Oynatılan Talih Oyunları Hakkında Yönetmelik'in 5. maddesinin ihlal edildiği gerekçesiyle 4077 sayılı Kanun'un 16. ve 25/8. maddeleri uyarınca 54.913 TL idarî para cezası ve reklam durdurma cezası verilmesine ilişkin 15.4.2008 tarih ve 151 sayılı Reklam Kurulu kararının iptali istemiyle açılmıştır.

Ankara 5. İdare Mahkemesi'nce; 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun uyarınca site içeriğinden dolayı yer sağlayıcı kuruluşların sorumlu tutulamayacağı, internet sitelerinde yer alan reklamlardan dolayı 4077 sayılı Kanun'da öngörülen cezaların ancak içerik sağlayıcı kuruluşlar için uygulanması gerektiği sonucuna varıldığından dava konusu işlemde hukuka uyarlılık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

Davalı idare tarafından, hukuka aykırı olduğu ileri sürülen Mahkeme kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un "Amaç ve Kapsam" başlıklı 1. maddesinde; "Bu Kanunun amaç ve kapsamı; içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı, erişim sağlayıcı ve toplu kullanım sağlayıcıların yükümlülük ve sorumlulukları ile internet ortamında işlenen belirli suçlarla içerik, yer ve erişim sağlayıcıları üzerinden mücadeleyle ilişkin esas ve usûlleri düzenlemektir." hükmü yer almış; "Tanımlar" başlıklı 2. maddesinin (f) bendinde; içerik sağlayıcının, internet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişileri; aynı maddenin (m) bendinde ise; yer sağlayıcının hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek veya tüzel kişileri ifade edeceği belirtilmiştir.

Anılan Kanun'un "İçerik Sağlayıcının Sorumluluğu" başlığı altında yer verilen 4. maddenin 1. fıkrasında; "İçerik sağlayıcı, internet ortamında kullanıma sunduğu her türlü içerikten sorumludur." kuralı ile "Yer Sağlayıcının Yükümlülükleri" başlığı altında yer alan 5. maddenin 1. fıkrasında; "Yer sağlayıcı, yer sağladığı içeriği kontrol etmek veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildir." hükmüne ve aynı maddenin 2. fıkrasında; "Yer sağlayıcı, yer sağladığı hukuka aykırı içerikten, ceza sorumluluğu ile ilgili hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu Kanunun 8 inci ve 9 uncu maddelerine göre haberdar edilmesi halinde ve teknik olarak imkân bulunduğu ölçüde hukuka aykırı içeriği yayından kaldırmakla yükümlüdür." hükmüne yer verilmiştir.

Yukarıda yer alan mevzuat hükümlerinin değerlendirilmesinden internet sitesinin içeriğinden dolayı sorumluluğun içerik sağlayıcısına ait olduğu, yer sağlayıcının ise, site içeriğinden dolayı sorumlu tutulmasının mümkün olmadığı, sadece hukuka aykırı içerikten haberdar edilmesi halinde ve teknik olarak imkân bulunduğu ölçüde hukuka aykırı içeriği yayından kaldırma yükümlü olduğu sonucuna varılmıştır.

Öte yandan, Sanal Ortamda Oynatılan Talih Oyunları Hakkında Yönetmelik'in "Sanal ortamda oyun, faaliyet ve reklam yasağı" başlığı altında düzenlenen 5. maddesinde; "Sanal ortamda talih oyunları işletmeleri kurulamaz, araç ve gereçleri ile benzeri aletler çalıştırılmaz. Her ne ad altında olursa olsun talih oyunları oynanmasına yönelik sanal ortam oluşturulamaz ve bu ortamda talih oyunları düzenlenemez ve oynatılamaz." hükmü ile sanal ortamdaki her türlü talih oyunları yasaklanmıştır.

Dava dosyasının incelenmesinden, Milli Piyango İdaresi Teftiş Kurulu Başkanlığı tarafından hazırlanan 11.12.2006 tarih ve i-2006/11-7 sayılı incelenme raporunda; "... " adlı internet sitesinde, poker oynatan kumarhanelerin (casino) reklamlarına yer verildiğinin ve oyun oynanması için kumarhanelere yönlendirme yapıldığının tespit edilmesi üzerine, davacı şirket aleyhine haksız rekabetin önlenmesi talebiyle adli yargı yerinde açılan davada, Ankara 20. Asliye Hukuk Mahkemesi'nce yaptırılan bilirkişi incelemesinde, davacı şirketin yer sağlayıcı olduğu ve hukuka aykırı içerikten dolayı sorumlu tutulamayacağıının belirtilmesi üzerine anılan Mahkeme'ce, söz konusu davanın içerik sağlayıcı şirkete açılması gerektiğinden bahisle davanın husumet yokluğundan reddine karar verildiği, Milli Piyango İdaresi Teftiş Kurulu Başkanlığı'nca yaptırılan incelenme raporu kapsamında davalı Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'na şikayette bulunulması sonucunda "... " adlı internet sitesinde poker oynatan kumarhanelerin (casino) reklamlarına yer verilmesi ve oyun oynanması için kumarhanelere yönlendirme yapılması nedeniyle Sanal Ortamda Oynatılan Talih Oyunları Hakkında Yönetmelik'in 5. maddesinin ihlal edildiğinden 4077 sayılı Kanun'un 16. ve 25/8. maddeleri uyarınca idarî para cezası ve reklam durdurma cezası verilmesi nedeniyle bakılmakta olan bu davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda; "... " adlı internet sitesinde poker oynatan kumarhanelerin (casino) reklamlarına yer verildiğinin ve oyun oynanması için kumarhanelere yönlendirme yapıldığının Milli Piyango İdaresi Teftiş Kurulu Başkanlığı'nca yaptırılan inceleme raporu ile tespit edilmesi ve bu fiiller ile Sanal Ortamda Oynatılan Talih Oyunları Hakkında Yönetmelik'in 5. maddesi ile 4077 sayılı Kanun'un 16. maddesinin ihlal edilmesi nedeniyle dava konusu işlemin durdurma cezasına ilişkin kısmında mevzuata aykırılık bulunmamaktadır.

Davalı idarenin, idarî para cezasına ilişkin temyiz istemine gelince;

Her ne kadar 5651 sayılı Kanun, yer sağlayıcıya, yer sağladığı içeriği kontrol etme veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırma yükümlülüğü getirmemiş ise de, yer sağlayıcı, yer sağladığı hukuka aykırı içerikten haberdar edilmesi halinde hukuka aykırı içeriği yayından kaldırmakla yükümlüdür. Ankara 20. Asliye Hukuk Mahkemesi'nce yaptırılan bilirkişi raporu ile "... " adlı internet sitesine 07.06.2008 tarihi itibarıyla erişimin mümkün olmadığı tespit edildiği, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 24.1.2008 tarih ve Sor. No: 2007/10544 ve K: 2008/8182 sayılı kovuşturmayla yer olmadığına dair kararında da davacı şirket yetkilisinin hukuka aykırı içeriği yayından kaldırma yükümlülüğünü yerine getirdiğinin belirtildiği, böylece davacının 5651 sayılı Kanun'un 5/2. maddesinde yer alan yükümlülüğünü yerine getirdiği anlaşıldığından dava konusu işlemin iptali yolunda verilen Mahkeme kararının idari para cezasına ilişkin kısmı sonucu itibarıyla yerinde görülmüştür.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kısmen kabulü ile Ankara 5. İdare Mahkemesinin 30.10.2008 tarih ve E:2008/1189, K:2008/2063 sayılı kararının, reklam durdurma cezasına ilişkin kısmının bozulmasına oybirliğiyle, kararın idari para cezasına yönelik temyiz isteminin reddi ile bu kısmın anılan gerekçe ile onanmasına oyçokluğuyla, dava dosyasının bozulan kısım için yeniden karar verilmek üzere adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, 22.6.2011 tarihinde karar verildi.

AZLIK OYU

Bir internet sitesinde yayınlanan reklamlar nedeniyle para cezası ve reklam durdurma cezası verilmesine ilişkin işlemi iptal eden İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Dosyanın incelenmesinden; Sanal ortamda oynatılan Talih Oyunları Hakkında Yönetmelik hükümlerine aykırı faaliyetler yapıldığı yolundaki iddiaların incelemesi sonucu Milli Piyango İdaresi Genel Müdürlüğü Teftiş Kurulu Başkanlığı müfettişlerince düzenlenen 11.12.2006 tarihli inceleme raporunda, ... adlı internet sitesinde, poker oynatan gazinoların tanıtımları ile reklamlarına yer verildiği, ayrıca bu gazinolarda oyun oynanması için

yönlendirme yapıldığı, bu durumun sanal ortamda oyun, faaliyet ve reklam yasağına aykırı hareket niteliğinde olduğu tespitlerine yer verildiği, bu tespitler üzerine Milli Piyango İdaresi Genel Müdürlüğünce davalı idareye şikayette bulunulması üzerine dava konusu işlemin tesis edildiği anlaşılmaktadır.

5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'da, yer sağlayıcının, hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek ve tüzel kişiler olduğu belirtilmiştir.

Davacı şirketin İngiltere'de faaliyet gösteren bir şirkete sanal ortamda yer sağladığı anlaşıldığından, internet ortamında yapılan ve 4077 sayılı Kanun'a aykırılığı tespit edilen yayınlardan yer sağlayıcıların sorumluluğunun bulunmadığının tespiti uyuşmazlığın çözümünde önem kazanmaktadır.

4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 6/3/2003 tarih ve 4822 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle değişik 3. maddesinin (n) bendinde, "Mecra kuruluşu: Ticari reklam veya ilanı hedef kitleye ulaştıran iletişim kanallarının ya da her türlü aracın sahibi, işleticisi veya kiralayıcısı olan gerçek veya tüzel kişiyi ifade edeceği" belirtilerek, anılan Kanun'un 6/3/2003 tarih ve 4822 sayılı Kanun'un 23 maddesiyle değişik 16. maddesinde, "Ticari reklam ve ilanların kanunlara, Reklam Kurulu'nca belirlenen ilkelere, genel ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına uygun, dürüst ve doğru olmaları esastır. Tüketiciyi aldatıcı, yanıltıcı veya onun tecrübe ve bilgi noksanlıklarını istismar edici, tüketicinin can ve mal güvenliğini tehlikeye düşürücü, şiddet hareketlerini ve suç işlemeyi özendirici, kamu sağlığını bozucu, hastaları yaşlıları, çocukları ve özürlüleri istismar edici reklam ve ilanlar ve örtülü reklam yapılamaz. Aynı ihtiyaçları karşılayan ya da aynı amaca yönelik rakip mal ve hizmetlerin karşılaştırmalı reklamları yapılabilir. Reklam veren, ticari reklam veya ilanda yer alan somut iddiaları ispatla yükümlüdür. Reklam verenler, reklamcılar ve mecra kuruluşları bu madde hükümlerine uymakla yükümlüdürler." hükümlerine yer verilmiş; 25. maddesinin sekizinci fıkrasında, 16. maddeye aykırı hareket edenler hakkında reklam ve ilânın durdurulması ve/veya düzeltme ve/veya para cezası uygulanacağı öngörülmüştür.

Sanal ortamda talih oyunları işletmeleri kurulamayacağı, araç ve gereçleri ile benzeri aletlerin çalıştırılmayacağı, her ne ad altında olursa olsun talih oyunları oynanmasına yönelik sanal ortam oluşturulamayacağı, bu ortamda talih oyunları düzenlenemeyeceği ve oynatılmayacağı mevzuat hükmü gereği olduğundan bu durumun aksine faaliyetin 4077 sayılı Kanun'a aykırılık oluşturacağına duraksama bulunmamaktadır.

İngiltere'de faaliyet gösteren bir şirkete sanal ortamda yer sağlayarak aracılık yapan ve bu suretle Türkiye'deki kullanıcıların erişimine imkan sağlayan davacı şirketin, 4077 sayılı Kanun'a aykırılıktan dolayı yer sağladığı ortamdaki yayınlardan sorumlu tutulması yasal zorunluluktur.

Aksi halin kabûlü, yurt dışında faaliyet gösteren şirketlerin 4077 sayılı Kanun'a aykırı faaliyetlerinin, yurt içinde erişime açık olan kişilere sunulması sonucunu doğurur ki bu durum tüketicinin korunması amacını güden 4077 sayılı Kanun'un amacı ve mecra kuruluşlarının sorumluluğunu kabul eden 16. maddesiyle bağdaşmaz.

Bu durumda, 4077 sayılı Kanun'a aykırı faaliyet nedeniyle tesis edilen işlemde hukuka ve mevzuata aykırılık bulunmadığından davanın reddi gerekirken dava konusu işlemin iptali yolundaki mahkeme kararının bozulması gerektiği oyu ile çoğunluğu kararına katılmıyoruz.

T.C.
DANIŞTAY
Onbeşinci Daire
Esas No : 2011/357
Karar No : 2011/512

Özeti : 5326 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi ile 4077 sayılı Kanun'un, idari para cezalarına ilişkin öngörmüş olduğu bir yıllık zamanaşımı süresinin artık uygulama olanağının kalmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Sanayi ve Ticaret Bakanlığı

Karşı Taraf (Davacı) : ... Sağlık Hizmetleri ve Hastane İşletmeciliği Ltd. Şti.

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Ankara 1. İdare Mahkemesi'nin 22.05.2008 tarih ve E:2007/1333, K:2008/1141 sayılı kararının iptale ilişkin kısmının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Temyiz istemin reddi gerektiği savunulmuştur.

Danıştay Tetkik Hakimi : Yusuf Özçelik

Düşüncesi : 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesinde, bu Kanun'un genel hükümlerinin diğer yasalardaki kabahatler hakkında da uygulanacağı öngörülmüştür. Bu hüküm nedeniyle, dava konusu uyumsuzlukta, 5326 sayılı Kanun'da düzenlenen zamanaşımı süreleri uygulanması gerekirken, 4077 sayılı Yasanın 26. maddesine göre idari para cezasının verilmesinde zamanaşımı bulunduğu gerekçesiyle idari para cezasını iptal eden mahkeme kararının iptale ilişkin kısmının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : İbrahim Topuz

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 Onbeşinci Dairesi'nce işin gereği görüşüldü:

Dava; davacı şirkete ait olup, ... Dergisi'nin 1.6.2006 tarihli nüshasında yayımlanan "Hayata Çıplak Gözle Bakın. Excimer Lazer Operasyonu ile Tatilin ve Yazın Keyfini Doyasıya Yaşayın!" başlıklı reklamda yer alan ifadelerin 4077 sayılı Kanun'un 16. maddesine aykırı olduğundan bahisle, 5.491-TL idarî para cezası ve reklam durdurma cezası verilmesine ilişkin 10.07.2007 tarih ve 142 sayılı Reklam Kurulu kararının iptali istemiyle açılmıştır.

Ankara 1. İdare Mahkemesi'nce; 01.06.2006 tarihinde işlenen ve dava konusu cezayı gerektiren fiil için 10.07.2007 tarihinde verilen idari para cezasının, 4077 sayılı Kanun'un 26/4. maddesi hükümlerine göre bir yıllık zamanaşımı süresi dolduktan sonra tesis edildiği anlaşıldığından, dava konusu işlemin para cezasına ilişkin kısmında hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle iptaline, davanın reklam durdurma cezasına ilişkin kısmı yönünden reddine karar verilmiştir.

Davalı idare tarafından, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 20. maddesinde soruşturma zamanaşımı sürelerinin düzenlendiği, tüm idarî yaptırımlara karşı bu sürelerin uygulanması gerektiği ileri sürülerek, kararın para cezasının iptaline ilişkin kısmının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Dava dosyasının incelenmesinden, Reklam Kurulu'nun 10.07.2007 tarih ve 142 sayılı toplantısında; davacı şirkete ait olup, ... Dergisi'nin 1.6.2006 tarihli nüshasında yayımlanan "Hayata Çıplak Gözle Bakın. Excimer Lazer Operasyonu ile Tatilin ve Yazın Keyfini Doyasıya Yaşayın!" başlıklı reklamda yer alan ifadelerin, Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün görüşü doğrultusunda yanıltıcı ve benzer sağlık kuruluşları aleyhine haksız rekabete yol açabilecek nitelikte olması ve Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkındaki Yönetmelik'in 58. maddesi, Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik'in 5. ve 7. maddelerine aykırı olması nedeniyle 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 16. maddesinin ihlal edildiğinden bahisle, aynı Yasanın 17. ve 25. maddesinin 8. fıkrası uyarınca 5.491-TL idari para cezası verilmesi ve reklam durdurma cezası uygulandığı, bakılmakta olan davanın bu kararın iptali istemiyle açıldığı anlaşılmaktadır.

4077 sayılı Kanun'un, 14.03.2003 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan 4822 sayılı Kanun'un 34. maddesi ile değişik 26. maddesinde; bu Kanun'da düzenlenen idarî para cezalarının verilmesine ilişkin cezai zamanaşımı süresinin bir yıl olduğu, zamanaşımı süresinin, bu Kanun hükümlerine aykırı fiilin işlendiği tarihte başlayacağı hükme bağlanmış; 08.02.2008 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan 5728 sayılı Kanun'un 477. maddesi ile de 4077 sayılı Kanun'un 26. maddesinde yer alan bir yıllık zamanaşımını düzenleyen fıkra yürürlükten kaldırılmıştır.

31.03.2005 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesinde, bu Kanun'un genel hükümlerinin diğer yasalardaki kabahatler hakkında da uygulanacağı; aynı Kanun'un "Soruşturma Zamanaşımı" başlıklı 20. maddesinde ise; soruşturma zamanaşımı süresinin; a) Yüzbin Türk Lirası veya daha fazla idarî para cezasını gerektiren kabahatlerde beş; b) Ellibin Türk Lirası veya daha fazla idarî para cezasını gerektiren kabahatlerde dört; c) Yirmibin Türk Lirası veya daha fazla idarî para cezasını gerektiren kabahatlerde üç; d) Yirmibin Türk Lirasına kadar idarî para cezasını gerektiren kabahatlerde iki yıl olduğu; zamanaşımı süresinin, kabahate ilişkin tanımdaki fiilin işlenmesiyle veya neticenin gerçekleşmesiyle işlemeye başlayacağı kurala bağlanmıştır.

Uyuşmazlıkta, idarî para cezası ve durdurma cezasının dayanağı yayın 01.06.2006 tarihinde gerçekleşmekle birlikte, söz konusu yayın ile ilgili olarak 10.07.2007 tarihli Reklam Kurulu toplantısında idarî para cezası ve durdurma cezası verilmesine karar verildiğinden; idarî para cezasının verilebilmesi açısından cezai zamanaşımı süresinin belirlenmesi önem taşımaktadır.

5326 Sayılı Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesinde; Kanun'un genel hükümlerinin diğer yasalardaki kabahatler hakkında da uygulanacağı kurala bağlandığından, 5326 sayılı Kanun'un, kabahatlerin zamanaşımı süresine yönelik düzenleme açısından özel nitelikli Kanun olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Buna göre; 5326 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi ile 4077 sayılı Kanun'un, idarî para cezalarına ilişkin öngörmüş olduğu bir yıllık zamanaşımı süresinin artık uygulama olanağının kalmadığı ve 4077 sayılı Kanun'un, zamanaşımına ilişkin hükümleri açısından 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 20. maddesine tabi olacağı açık olup; dava konusu idarî para cezasının, 5326 sayılı Kanun'un 20. maddesi uyarınca zamanaşımı süresi dolmadan tesis edildiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda, İdare Mahkemesi'nce işin esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken, dava konusu işlemin idari para cezası yönünden zamanaşımı bulunduğu gerekçesiyle iptaline karar verilmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulü ile Ankara 1. İdare Mahkemesi'nin 22.05.2008 tarih ve E:2007/1333, K:2008/1141 sayılı kararının iptale ilişkin kısmının bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkeme'ye gönderilmesine, 04.07.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Onbeşinci Daire
Esas No : 2011/1810
Karar No : 2011/652

Özeti : Poliklinik faaliyeti uygunluk belgesi bulunan davacı şirket hakkında dava konusu işlem tarihinde yürürlükte bulunan Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre karar verilmesi gerekirken, Güzellik ve Estetik Amaçlı Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik hükümleri dikkate alınarak verilen Reklam Kurulu kararında hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : ... Özel Sağlık Hizmetleri Tic. Ltd. Şti.
Vekili : Av.Dr. ...
Karşı Taraf (Davacı) : Sanayi ve Ticaret Bakanlığı
İstem Özet i : Ankara 5. İdare Mahkemesi'nin 11.09.2008 tarih ve E:2008/83, K:2008/1751 sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.
Savunmanın Özet i : İstem reddi gerektiği savunulmaktadır.
Danıştay Tetkik Hakimi : Hüseyin Aydın
Düşüncesi : Temyize konu Mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.
Danıştay Savcısı : Demet Ünal
Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.
Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onbeşinci Dairesi'nce işin gereği görüldü:

Dava; davacı şirkete ait "... adlı internet sitesinde, uygunluk belgesinde yer alan "... Güzellik Merkezi" ismi yerine "... Saç Kliniği" isminin kullanıldığı, Güzellik ve Estetik Amaçlı Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre güzellik merkezi bünyesinde saç ekim işlemi uygulanamayacağı halde, bir güzellik merkezi olan davacı şirketin bünyesinde saç ekim işleminin uygulandığına ilişkin tanıtımlara yer verildiği, bununla birlikte söz konusu tanıtımlarda "... Kendi Saçlarınızla Doğal, Kesin, Sağlıklı ve Estetik Çözümler Sunar." ifadesine yer verilmek suretiyle sağlık kuruluşuna ticari bir görünüm verildiğinden, Güzellik ve Estetik Amaçlı Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik'in 24. ve 33. maddeleri ile 4077 sayılı Kanun'un 16. maddesine aykırı reklam yapıldığı gerekçesiyle, aynı Kanun'un 25/8. maddesi uyarınca reklam durdurma cezası verilmesine ilişkin 11.12.2007 tarih ve 147 sayılı Reklam Kurulu kararının iptali istemiyle açılmıştır.

Ankara 5. İdare Mahkemesi'nce; davacı şirkete ait internet sitesinde yapılan tanıtımlarda, Güzellik ve Estetik Amaçlı Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik'in 24. ve 33. maddeleri ile 4077 sayılı Kanun'un 16. maddesine aykırı reklam yapıldığı sonucuna varıldığından, dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı tarafından, usul ve hukuka aykırı olduğu ileri sürülen Mahkeme kararının temyizden incelenip bozulması istenilmektedir.

Dava konusu işlemin tesis edildiği tarihte yürürlükte bulunan ve 09.03.2000 tarih ve 23988 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan (Mülga) Ayakta teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmeliğin "Kapsam" başlıklı 2. maddesinde "Yönetmelik, ayakta teşhis ve tedavi yapılan özel sağlık kuruluşları ile bu kuruluşların sahip ve işletenlerini ve bunların faaliyetlerini kapsar." hükmü ile 12.05.2003 tarih ve 25106 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan (Mülga) Güzellik ve Estetik Amaçlı Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmeliğin "Kapsam" başlıklı 2. maddesinde "Bu Yönetmelik, bağımsız işyerleri şeklinde veya tıp merkezi, özel dal merkezi, özel hastane, otel, tatil köyü gibi kurum ve kuruluşlar bünyesinde güzellik ve/veya estetik amaçlı olarak açılan sağlık kuruluşları ile bu sağlık kuruluşlarının sahibi olan gerçek veya tüzel kişileri kapsar." hükümleri ile anılan yönetmeliklerin kapsamı belirlenmiştir.

Yukarıda yer alan mevzuat hükümlerinin incelenmesinden, dava konusu Reklam Kurulu kararının verildiği tarihte poliklinik ruhsatına sahip sağlık kuruluşlarının (Mülga) Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik hükümlerine tâbi olduğu, güzellik merkezi ruhsatına sahip işletmelerin ise Güzellik ve Estetik Amaçlı Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik hükümlerine tâbi olduğu anlaşılmıştır.

Dosyanın incelenmesinden; davacı ... Özel Sağlık Hizmetleri Ticaret Limited Şirketi'ne ait "... " adlı internet sitesinde yayınlanan reklâmlarda uygunluk belgesinde yer alan "... Güzellik Merkezi" ismi yerine "...Saç Kliniği" isminin kullanıldığı, Güzellik ve Estetik Amaçlı Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre güzellik merkezi bünyesinde saç ekim işlemi uygulanamayacağı halde bir güzellik merkezi olan davacı şirketin bünyesinde saç ekim işleminin uygulandığına ilişkin tanıtımlara yer verildiği, bununla birlikte söz konusu tanıtımlarda "... Kendi Saçlarınızla Doğal, Kesin, Sağlıklı ve Estetik Çözümler Sunar." ifadesine yer vermek suretiyle sağlık kuruluşuna ticari bir görünüm verildiği gerekçesiyle davacı şirket hakkında Güzellik ve Estetik Amaçlı Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik'in 24. ve 33. maddelerine aykırı hareket edildiğinden bahisle reklam durdurma cezası uygulanmış ise de, davacı şirketin dava dilekçesi ile birlikte sunduğu İstanbul Valiliği İl Sağlık Müdürlüğü'nce verilen 22.11.2007 tarih ve 15906 sayılı uygunluk belgesinden davacı şirketin poliklinik uygunluk belgesine sahip olduğu, davalı idarenin denetimleri sırasında elde ettiği İstanbul Valiliği İl Sağlık Müdürlüğü'nün 05.07.2007 tarih ve 8769 sayılı ... Güzellik Merkezi isimli şirkete ait güzellik merkezi uygunluk belgesinin ise davacı şirketle herhangi bağlantısının bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Bu itibarla, poliklinik faaliyeti uygunluk belgesi bulunan davacı şirket hakkında dava konusu işlem tarihinde yürürlükte bulunan Ayakta teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre karar verilmesi gerekirken, Güzellik ve Estetik Amaçlı Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik hükümleri dikkate alınarak verilen 11.12.2007 tarih ve 147 sayılı Reklam Kurulu kararında hukuka uyarlık bulunmadığından davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle; davacı şirketin temyiz isteminin kabulü ile Ankara 5. İdare Mahkemesi'nin 11.09.2008 tarih ve E:2008/83, K:2008/1751 sayılı kararının bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkeme'ye gönderilmesine, 08.07.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGILAMA USULÜ

T.C.
DANIŞTAY
Onbeşinci Daire
Esas No : 2011/73
Karar No : 2011/340

Özeti : Uyuşmazlık tarihinde yürürlükte bulunan 4077 sayılı Kanun'un 26/2. maddesinde itiraz üzerine idare mahkemesinde verilen kararların kesin olduğu hükmüne bağlandığından idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna başvurulabilmesi imkanı, 08.02.2008 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5728 sayılı Kanun'un 477. maddesi ile yukarıda yer alan 4077 sayılı Kanun'un 26. maddesinin değiştirilmesi suretiyle getirildiği; bu nedenle 4077 sayılı Kanun uyarınca verilen idari para cezalarının iptali istemiyle açılan davalarda idare mahkemelerince verilen kararların, 30 günlük temyiz süresi içerisinde ve 08.02.2008 tarihinden önce yapılan temyiz başvurularının incelenme olanağı bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : ... Sağlık Tesisleri İşletmeciliği ve Ticaret A.Ş.(... Tıp Merkezi)

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf (Davalı) : Sanayi ve Ticaret Bakanlığı

İstemnin Özeti : Davacı şirkete ait ... Tıp Merkezi ile ilgili ... Gazetesi'nin

03.04.2005 ve 08.05.2005 tarihli nüshalarında yayımlanan reklamlarda 4077 sayılı Kanun'un 16. maddesinin ihlâl edildiğinden bahisle aynı Kanun'un 25/8. maddesi uyarınca 50.012,20 TL idarî para cezası verilmesine ilişkin 14. 03.2006 tarih ve 126 sayılı Reklam Kurulu kararının iptali istemiyle açılan davada, Ankara 1. İdare Mahkemesi'nce davanın süre aşımı yönünden reddi yolunda verilen 13.06.2007 tarih ve E:2007/270, K:2007/1695 sayılı kararın temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Hüseyin Aydın

Düşüncesi : Anayasası'nın 11. maddesinde, Anayasa hükümlerinin yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olduğu, 40. maddesinde ise Devletin, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorunda olduğu hükmüne yer verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden; davacı şirkete 50.012,20 TL idari para cezası verilmesine ilişkin Reklam Kurulu'nun 14. 3.2006 tarih ve 126 sayılı kararının bildirildiği 5.6.2006 tarih ve 16794 sayılı ceza tebligatında davacıyı yanıltıcı şekilde, verilen cezaya karşı 15 gün içinde yetkili sulh ceza mahkemesine itiraz edilebileceğinin belirtildiği, dava süresi ve görevli mahkeme hakkında yanlış bilgilendirme içeren dava konusu işleme güvenilerek 15 günlük süre içinde görevsiz adli yargı yerinde açılan ve adli yargı yerince verilen görevsizlik kararı üzerine idari yargı yerinde açılan davanın süre aşımı nedeniyle reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmadığından, temyiz isteminin kabulüyle, Mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Ergün Özcan

Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onbeşinci Dairesi'nce 2577 sayılı Kanun'un 14. maddesi uyarınca hazırlanan Tetkik Hâkimi'nin raporu ve sözlü açıklamaları dinlenildikten sonra gereği görüldü :

Uyusmazlık tarihinde yürürlükte bulunan 4077 sayılı Kanun'un 26/2. maddesinde, bu Kanun'da öngörülen para cezalarına karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içerisinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebileceği, itirazın idarece verilen cezanın yerine getirilmesini durdurmayacağı ve zaruret görülmeyen hallerde evrak üzerinde inceleme yapılarak en kısa sürede sonuçlandırılacağı, itiraz üzerine idare mahkemesince verilen kararların kesin olduğu hükmüne bağlanmıştır.

4077 sayılı Kanun uyarınca verilen idarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna başvurulabilmesi imkânı, 08.02.2008 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5728 sayılı Kanun'un 477. maddesi ile yukarıda yer alan 4077 sayılı Kanun'un 26. maddesinin değiştirilmesi suretiyle getirilmiştir. Dolayısıyla, 4077 sayılı Kanun uyarınca verilen idarî para cezalarının iptali istemiyle açılan davalarda idare mahkemelerince verilen kararların, 30 günlük temyiz süresi içerisinde ve 08.02.2008 tarihinden önce yapılan temyiz başvurularının incelenme olanağı bulunmamaktadır. Anılan Mahkeme kararının 10.10.2007 tarihinde davacı vekiline tebliğ edildiği, davacı vekilinin 9.11.2007 tarihinde Ankara 1. İdare Mahkemesi'nde kayda giren dilekçesi ile kararı temyiz ettiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda, 4077 sayılı Kanun uyarınca verilen para cezalarına yapılan itiraz üzerine idare mahkemesince verilen kararlar kesin olduğundan, bu kararların temyizen incelenmesine hukukî olanak bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin incelenmeksizin reddine, dosyanın Ankara 1. İdare Mahkemesi'ne gönderilmesine, 22.06.2011 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

AZLIK OYU

Dava, davacı şirkete 50.012,20 TL idarî para cezası verilmesine ilişkin Reklam Kurulu'nun 14. 3.2006 tarih ve 126 sayılı kararının iptali istemiyle açılmıştır.

Ankara 1. İdare Mahkemesi'nin 13.06.2007 tarih ve E:2007/270; K: 2007/1695 sayılı kararıyla davanın süre yönünden reddine karar verildiği, kararın tebliğ tarihi itibarıyla 4077 sayılı Kanun'un 26/2. maddesine göre itiraz üzerine idare mahkemesi kararlarının kesin olduğunun belirtildiği görülmekle birlikte Kanun'da yer alan kararların kesinliğine ilişkin ifadelerin, 4077 sayılı Kanun hükümlerine göre verilen kararları ifade ettiği, diğer bir ifadeyle bu Kanun hükümlerinin yargı merciince değerlendirilmesi suretiyle işin esasına yönelik verilen kararların kesin olduğu, temyize konu kararın ise idari yargılama usulüne ilişkin olduğu dikkate alındığında, dava açma süresine ilişkin kararın temyiz incelemesinin yapılması gerektiği görüşü ile temyiz isteminin incelenmeksizin reddi yönünde verilen çoğunluk kararına katılmıyorum.

T.C.
DANIŞTAY
Onbeşinci Daire
Esas No : 2011/358
Karar No : 2011/1493

Özeti : Tarafları, konusu ve sebebi aynı olan bir dava görülmekte iken, ikinci davanın esasının derdestlik nedeniyle incelenemeyeceği hakkında.

Temyiz Eden (Davalı) : Gümrük ve Ticaret Bakanlığı (Sanayi ve Ticaret Bakanlığı)

Karşı Taraf (Davacı) : ... Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş.

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Ankara 15. İdare Mahkemesinin 26.03.2008 tarih ve E:2007/1082, K:2008/444 sayılı kararının temyizden incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Yusuf Özçelik

Düşüncesi : Uyuşmazlıkta, dava konusu işlemin iptali istemiyle bakılmakta olan dava açılmadan önce, davacı tarafından aynı işleme karşı açılmış derdest bir davanın da bulunduğu görülmektedir.

Bu itibarla, davanın derdestlik nedeniyle reddine karar verilmesi gerekirken, işin esasının incelenmesi suretiyle dava konusu işlemin iptali yolunda verilen temyize konu kararın bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Ergün Özcan

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onbeşinci Dairesi'nce işin gereği görüşüldü:

08.06.2011 tarih ve 27958 sayılı mükerrer Resmî Gazete'de yayımlanan 635 ve 640 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameler uyarınca Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın tüzel kişiliğinin kaldırıldığı ve Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın kurularak Tüketicinin Korunması ve Piyasa Gözetimi Genel Müdürlüğü'nün adı geçen Bakanlığa bağlandığı anlaşıldığından, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın davacı idare olarak kabul edilmesinden sonra işin esasına geçildi:

Dava, davacı şirkete ait "...-Bayanlara Özel" adlı bitkisel çay karışımına ilişkin 19.06.2005 tarihli ... Gazetesi'nin Pazar Eki'nde yayımlanan reklâm nedeniyle 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 16'ncı maddesinin ihlâl edildiğinden bahisle, aynı Kanun'un 17. ve 25. maddesinin 8. ve son fıkrası uyarınca iki kat olarak 100.024,40-TL idarî para cezası verilmesi ve anılan reklâmın durdurulmasına ilişkin Reklâm Kurulu'nun 09.05.2006 tarih ve 128 sayılı kararının iptali istemiyle açılmıştır.

Ankara 15. İdare Mahkemesince; davacı şirkete ait "...-Bayanlara Özel" adlı bitkisel çay karışımına ilişkin 19.06.2005 tarihli ... Gazetesi'nin Pazar Eki'nde yayımlanan reklâmda kullanılan ifadelerin, tüketicileri aldatıcı veya yanıltıcı olmadığı ve mevzuat hükümlerine aykırılık teşkil etmediğinden, dava konusu işlemde hukuka uyarlık görülmediği gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

Davalı idare tarafından, hukuka uyarlık bulunmadığı ileri sürülerek, anılan idare mahkemesi kararının temyizden incelenip bozulması istenilmektedir.

Dosyanın incelenmesinden, davacı tarafından, Reklâm Kurulu'nun 09.05.2006 tarih ve 128 sayılı kararının iptali istemiyle Ankara 9. İdare Mahkemesi'nin E:2006/2089 sayılı dosyasında kayıtlı davanın açıldığı; anılan dava derdest iken, bu kez aynı işlemin iptali istemiyle temyizden incelenmekte olan ve Ankara 15. İdare Mahkemesinin E:2007/1082 sayılı dosyasında karara bağlanan işbu davanın açıldığı; davacının dilekçesinde daha önce Ankara 9. İdare Mahkemesinin E:2006/2089 sayılı dosyasında kayıtlı davayı açtığını belirtmesine karşın, Mahkemece bu husus değerlendirilmeden uyuşmazlığın esası incelenerek temyize konu kararla dava konusu işlemin iptaline karar verildiği anlaşılmaktadır.

Tarafları, konusu ve sebebi aynı olan bir dava görülmekte iken, ikinci davanın esasının derdestlik nedeniyle incelenemeyeceği usul hukukunun genel ilkelerindendir.

Bu durumda, Reklâm Kurulu'nun 09.05.2006 tarih ve 128 sayılı kararının iptali istemiyle Ankara 9. İdare Mahkemesi'nin E:2006/2089 sayılı dosyasında açılan dava derdest iken, aynı işlemin iptali istemiyle aynı davacı tarafından Ankara 15. İdare Mahkemesinin E:2007/1082 sayılı dosyasında mükerrer olarak açılan bu davanın esasının incelenme olanağı bulunmadığından, derdestlik nedeniyle davanın reddi gerekirken, işin esasının incelenmesi suretiyle dava konusu işlemin iptali yolunda verilen temyize konu kararda hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulü ile Ankara 15. İdare Mahkemesinin 26.03.2008 tarih ve E:2007/1082, K:2008/444 sayılı kararının bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkeme'ye gönderilmesine, 20.09.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.