T.C. DANIŞTAY 6. DAİRE
E. 2005/1641, K. 2005/5523 T. 16.11.2005
• PARA CEZASININ FAHİŞ OLUP OLMADIĞININ İRDELENMESİ GEREKTİĞİ (Yapı Tatil Tutanağının Kesin ve Yürütülmesi Zorunlu Bir İşlem Olduğu)
• YAPI TATİL TUTANAĞI (Kesin ve Yürütülmesi Zorunlu Bir İşlem Olduğu Para Cezasının Fahiş Olup Olmadığının İrdelenmesi Gerektiği)
• KESİN VE YÜRÜTÜLMESİ ZORUNLU BİR İŞLEM (Yapı Tatil Tutanağının Kesin ve Yürütülmesi Zorunlu Bir İşlem Olduğu Para Cezasının Fahiş Olup Olmadığının İrdelenmesi Gerektiği)
3194/m.32, 42

ÖZET : Yapı tatil tutanağının kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem olduğu para cezasının fahiş olup olmadığının irdelenmesi gerektiği hk.
İstemin Özeti : Kocaeli İdare Mahkemesinin 10.12.2004 günlü, E:2004/711, K:2004/1640 sayılı kararının usul ve yasaya aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.
Savunmanın Özeti : Temyiz edilen kararda bozma nedenlerinden hiçbiri bulunmadığından, usul ve kanuna uygun olan kararın onanması gerektiği savunulmaktadır.
Danıştay Tetkik Hakimi Şule Tataroğlu'nun Düşüncesi: Bir yapının ruhsatsız ya da ruhsat ve eklerine aykırı olarak yapıldığını tespit eden, düzenlendiği tarihten itibaren en çok bir ay içinde yapının ruhsata uygun hale getirilerek veya ruhsat alınarak yapının imar mevzuatına uygun hale getirilmesini sağlayan yapı tatil tutanağı idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu işlemdir. Dava konusu taşınmazın bulunduğu yerin konumu, yapının kullanım biçimi, ebadı ve niteliği, çevresinde ya da aynı bölgede emsal taşınmazlar için uygulanan imar para cezalarının miktarı da göz önünde bulundurulmak ve gerektiğinde bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle yeniden bir karar verilmesi gerektiğinden mahkeme kararının bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.
Danıştay Savcısı Sedat Larlar'ın Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.
Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.
TÜRK MİLLETİ ADINA
Karar veren Danıştay Altıncı Dairesince Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:
KARAR : Dava, Kocaeli, Gebze, ... Mahallesi, ... ada, ... parsel sayılı taşınmazdaki ruhsatız inşaatın mühürlenmesine ilişkin yapı tatil tutanağı ile 3194 sayılı İmar Kanununun 42. maddesi uyarınca para cezası verilmesine ilişkin 15.1.2004 günlü, 2004/224 sayılı belediye encümeni kararının iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesince; yapı tatil tutanağının kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem olmayıp hazırlayıcı nitelikte bir işlem olması nedeniyle idari davaya konu edilemeyeceği gerekçesiyle davanın bu kısmının incelenmeksizin reddine, davanın para cezası verilmesine ilişkin bölümünün ruhsatsız inşaat yapıldığı açık olduğundan para cezası verilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle incelenmeksizin reddine karar verilmiş, bu karar davacı vekili 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.
Yapı tatil tutanağı, 3194 sayılı İmar Kanununun 32. maddesi uyarınca düzenlenen ve bir yapının ruhsatsız ya da ruhsat ve eklerine aykırı olarak yapıldığını tespit eden, düzenlendiği tarihten itibaren en çok bir ay içinde yapının ruhsata uygun hale getirilerek veya ruhsat alınarak yapının imar mevzuatına uygun hale getirilmesini sağlayan idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu işlemdir.
Bu durumda, işin esasının incelenmesi gerekirken davanın incelenmeksizin reddi yolundaki mahkeme kararında isabet görülmemiştir.
Uyuşmazlığı para cezası verilmesine yönelik kısmına gelince;
3194 Sayılı Yasanın 42. maddesi uyarınca verilecek para cezalarında idareye yasanın belirlediği alt ve üst sınırlar içerisinde ceza tayini olanağı tanınmıştır. Ancak bu takdir yetkisi objektif ölçütler çerçevesinde, hak ve nesafet kurallarına uygun olarak kullanılmalıdır.
3194 sayılı Yasanın 42. maddesinde belirtilen para cezasının miktarının alt sınırının üzerinde takdir edilebilmesi için, idarenin mahallinde yapılacak tespitle, ruhsatsız ya da ruhsata aykırı hususların nelerden oluştuğunu ve niteliğini saptaması önemlidir. Alt sınırın üzerinde para cezası belirlenmesi durumunda, takdir yetkisinin hangi ölçütler çerçevesinde kullanıldığının, ruhsatsız ya da ruhsata aykırı hususların nelerden oluştuğunun ve niteliğinin de belirtilmesi suretiyle idarece açıklanması ve kanunda yazılı alt sınırın üzerindeki miktarda para cezası verilmesinin gerekçelerinin objektif ölçütlere uygun biçimde ortaya konulması zorunludur. Belediye encümeni kararında ya da davalı idarenin savunma dilekçesinde gerekçenin gösterilmemesi durumunda ise, mahkemece kanunda yazılı alt sınırın üzerinde para cezası miktarının belirlenmesinin nedenlerinin araştırılması ve alt sınırın üzerinde para cezası miktarının belirlenmesine yönelik olarak idarece gösterilecek gerekçelerin incelenmesi suretiyle karar verilmesi gerekmektedir. İdare Mahkemesince, işlemde gerekçenin bulunmaması durumunda hiç bir araştırma ve inceleme yapılmaksızın davalı idarenin takdir yetkisi bulunduğu nedeniyle davanın reddine karar verilmesi doğru olmayacaktır.
Bu durumda, İdare Mahkemesince söz konusu taşınmazın bulunduğu yerin konumu, yapının kullanım biçimi, ebadı ve niteliği, çevresinde ya da aynı bölgede emsal taşınmazlar için uygulanan imar para cezalarının miktarı da göz önünde bulundurulmak ve gerektiğinde bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle doğacak sonuca göre uyuşmazlığın para cezasına ilişkin kısmı hakkında yeniden bir karar verilmesi gerektiğinden davanın bu kısmının reddine karar verilmesinde de hukuki isabet görülmemiştir.
SONUÇ : Açıklanan nedenlerle Kocaeli İdare Mahkemesinin 10.12.2004 günlü, E:2004/711, K:2004/1640 sayılı kararının bozulmasına, 22,90 YTL (22.900.000.-lira) karar harcı ile fazladan yatırılan 17,00 YTL (17.000.000.-lira) harcın temyiz isteminde bulunana iadesine, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 16.11.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. D A N I Ş T A Y BEŞİNCİ DAİRE
Esas No : 2010/4406, Karar No : 2011/1696

Davacı : Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyi Başkanlığı
Vekili : Av.
Davalı : Sağlık Bakanlığı - ANKARA
Davanın Özeti : Davacı, Sağlık Bakanlığı'nın internet sitesinde 16.7.2010 tarihinde yayımlanan "Tam Gün Kanunu ile İlgili Basın Açıklaması" ile, 5947 sayılı Yasa ve bu Yasa hakkındaki Anayasa Mahkemesi kararına göre, üniversite öğretim üyeleri dışında kamuda çalışan tüm doktorların muayenehane açmaları ve özel sağlık kuruluşlarında çalışmalarının mümkün olmadığı ve bu uygulamanın 30 Temmuz 2010 tarihinden itibaren başlayacağının duyurulmasına ilişkin işlemin iptalini istemektedir.
Savunmanın Özeti : Öncelikle dava konusu işlemin kesin ve yürütülebilir nitelikte icrai bir işlem olmadığı, sadece bir duyurudan ibaret olduğu, bunun da idari davaya konu edilemeyeceği ve davanın incelenmeksizin reddi gerektiği, 1219 sayılı Kanun'un niteliği itibariyle bir meslek Kanunu olduğu ve kamu personeli için statü hukuku ile getirilen sınırlamaları ortadan kaldırmayacağı, bu kanuna göre Türkiye'de kamu sektöründe istihdam edilen hekimlerin özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışabildiği ve muayenehane açabildiği, 1219 sayılı Kanunun genel olarak hekimlerin çalışma alanlarını düzenleyen bir norm olduğu, 1219 sayılı Kanunun hiçbir şekilde kamu alanını düzenlemediği, 21.1.2010 günlü, 5947 sayılı Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 7. maddesiyle, 11.4.1928 günlü, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 12. maddesinin değiştirilerek kamuda kısmi çalışma imkanının engellendiği, kısmi çalışmaya izin veren 2368 sayılı Kanunun da yürürlükten kaldırıldığı, dolayısıyla 12. maddedeki düzenlemenin 2368 sayılı Kanun' un yerine geçen bir düzenleme olmadığı, 2368 sayılı Kanunun yürürlükten kalkmasıyla sağlık personelinin 657 sayılı Yasadaki genel hükümlere tabi bir duruma geldiği, serbest çalışabilecek kamu personelinin 657 sayılı Kanun hükümleri yönünden de kısıtlamalara tabi olduğu ve bu kısıtlamanın 657 sayılı Kanun' un 28. maddesinde açıkça hükme bağlandığı, bütün bu durum karşısında hekimlerin serbest çalışma imkanının kalmadığı, ayrıca 1219 sayılı Yasanın değiştirilen 12. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan düzenlemelerin de hekimlerin serbest çalışmalarını hukuken engellediği ileri sürülerek yasal dayanağı bulunmayan davanın reddi gerektiği savunulmuştur.
Danıştay Tetkik Hakimi :
Düşüncesi : 21.1.2010 günlü, 5947 sayılı Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 7. maddesiyle, 11.4.1928 günlü, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 12. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları aşağıdaki şekilde değiştirilmek suretiyle;
"Tabipler, diş tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, aşağıdaki bentlerden yalnızca birindeki sağlık kurum ve kuruluşlarında mesleklerini icra edebilir:
a) Kamu kurum ve kuruluşları.
b) Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmeli çalışan özel sağlık kurum ve kuruluşları, Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmeli çalışan vakıf üniversiteleri.

c) Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmesi bulunmayan özel sağlık kurum ve kuruluşları, Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmesi bulunmayan vakıf üniversiteleri, serbest meslek icrası.
Tabipler, diş tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, ikinci fıkranın her bir bendi kapsamında olmak kaydıyla birden fazla sağlık kurum ve kuruluşunda çalışabilir. Bu maddenin uygulanması bakımından Sosyal Güvenlik Kurumunca branş bazında sözleşme yapılan özel sağlık kurum ve kuruluşları ile vakıf üniversiteleri yalnızca sözleşme yaptıkları branşlarda (b) bendi kapsamında kabul edilir. Mesleğini serbest olarak icra edenler, hizmet bedeli hasta tarafından karşılanmak ve Sosyal Güvenlik Kurumundan talep edilmemek kaydıyla, (b) bendi kapsamında sayılan sağlık kuruluşlarında da hastalarının teşhis ve tedavisini yapabilir. Sözleşmeli statüde olanlar da dahil olmak üzere mahalli idareler ile kurum tabipliklerinde çalışan ve döner sermaye ek ödemesi almayan tabipler işyeri hekimliği yapabilir. Döner sermayeli sağlık kuruluşları ise kurumsal olarak işyeri hekimliği hizmeti verebilir. Bu maddenin uygulamasına ve işyeri hekimliğine ilişkin esaslar Sağlık Bakanlığınca belirlenir." hükmü getirilmiştir.
Ancak,bu maddenin ikinci fıkrasında yer alan, **"bentlerden yalnızca birindeki"** ibaresinin, Anayasa Mahkemesi'nin 16.7.2010 günlü E: 2010/29, K: 2010/90 sayılı kararıyla iptal edilmesi sonucu, bu fıkrayla getirilmiş olan kısıtlama ortadan kaldırılmıştır.
Öte yandan, maddenin üçüncü fıkrası ise ikinci fıkradan farklı bir konuyu düzenlemek suretiyle, tabipler, diş tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların, ikinci fıkranın her bir bendi kapsamında olmak kaydıyla birden fazla sağlık kurum ve kuruluşunda çalışabilmelerine belli koşullar altında imkan vermekte ve ikinci fıkradaki kısıtlamaya bir ölçüde esneklik sağlamakta ise de bu esnekliğin sınırlarını "ikinci fıkranın her bir bendi kapsamında olmak kaydıyla birden fazla sağlık kurum ve kuruluşu" olarak belirlemektedir.
Sonuç olarak, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 5947 sayılı Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 7. maddesiyle değişik 12. maddesi bir bütün halinde değerlendirildiğinde; bu maddenin ikinci fıkrasında yer alan **" bentlerden yalnızca birindeki"** ibaresinin Anayasa Mahkemesi'nin sözü edilen kararıyla iptal edilmesi sonucu, ikinci fıkrada belirlenen kamu kurum ve kuruluşları yanında sağlık kurum ve kuruluşlarında da olanaklı hale getirildiğinden söz edebilmek, üçüncü fıkradaki "Tabipler, diş tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, ikinci fıkranın her bir bendi kapsamında olmak kaydıyla birden fazla sağlık kurum ve kuruluşunda çalışabilir." ibaresi durduğu sürece hukuken olanaklı değildir. Dolayısıyla maddenin bütünlüğü esas alındığında, üçüncü fıkradaki söz konusu bu ibare yerini koruduğu sürece , Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilen ibareye bağlı olarak yaratılmış olan çalışma serbestisine her durumda engel oluşturmaktadır.
Açıklanan nedenlerle, dava konusu duyuruda hukuka ve ilgili mevzuat hükümlerine aykırılık görülmediğinden, davanın reddi gerektiği düşünülmektedir.
Danıştay Savcısı :
Düşüncesi : Dava; Sağlık Bakanlığı'nın internet sitesinde 16.7.2010 tarihinde yayımlanan "Tam Gün Kanunu ile ilgili Basın Açıklaması" ile 5947 sayılı Yasa ve bu Yasa hakkındaki Anayasa Mahkemesi kararına göre, üniversite öğretim üyeleri dışında kamuda çalışan tüm doktorların muayenehane açmaları ve özel sağlık kuruluşlarında çalışmalarının mümkün olmadığı ve uygulamanın 30 Temmuz 2010

tarihinden itibaren başlayacağının duyurulmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır.
Davalı idarenin dava konusu edilen duyurunun idari davaya konu edilebilecek nitelikte bir idari işlem olmadığı yolundaki usule ilişkin itirazları yerinde bulunmamıştır.
Öte yandan, 1219 sayılı Yasanın 5497 sayılı Yasanın 7. maddesi ile değiştirilen 12. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "bentlerden yalnızca birindeki" ibaresinin iptali istemiyle açılan davada Anayasa Mahkemesinin 4.12.2010 tarih ve 27775 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 16.7.2010 günlü, E:2010/29, K:2010/90 sayılı kararında, aynı maddenin 3. fıkrasında yer alan ve hekimlerin ikinci fıkranın her bir bendi kapsamında olmak kaydıyla birden fazla sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışabileceğine ilişkin hüküm yönünden de Anayasal denetim yapılmasına karşın 2949 sayılı Kanunun 29/2. maddesine dayanarak re'sen iptal edilmemesi nedeniyle davacı Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyi Başkanlığı'nın 1219 sayılı Yasanın 5497 sayılı Yasanın 7. maddesi ile değişik 12. maddesinin 3. fıkrasında yer alan " hekimler, diş tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, ikinci fıkranın her bir bendi kapsamında olmak kaydıyla birden fazla sağlık kurum ve kuruluşunda çalışabilirler." hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu yolundaki iddiası ciddi görülmemiştir.
30.1.2010 günlü, 27478 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Üniversite Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair 5947 sayılı Yasa'nın 7. maddesi ile değişik 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 12 nci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında, "Tabipler, diş tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, aşağıdaki bentlerden yalnızca birindeki sağlık kurum ve kuruluşlarında mesleklerini icra edebilir:
a) Kamu kurum ve kuruluşları.
b) Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmeli çalışan özel sağlık kurum ve kuruluşları, Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmeli çalışan vakıf üniversiteleri.
c) Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmesi bulunmayan özel sağlık kurum ve kuruluşları, Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmesi bulunmayan vakıf üniversiteleri, serbest meslek icrası." hükmüne yer verilmiş; 5947 sayılı Yasa'nın 19. maddesinin (a) fıkrası ile de, 31.12.1980 günlü, 2368 sayılı Sağlık Personelinin Tazminat ve Çalışma Esaslarına Dair Kanun yürürlükten kaldırılmış, böylece kamuda görev yapan hekimlerin çalışma rejimi 1219 sayılı Yasada 5947 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik sonucu yeniden düzenlenmiştir.
Anayasa Mahkemesi'nin 16.7.2010 günlü, E:2010/29, K:2010/90 sayılı kararıyla; 1219 sayılı Yasa'nın 5947 sayılı Yasa'nın 7. maddesiyle değişik 2. fıkrasının birinci tümcesinde yer alan "...bentlerden yalnızca birindeki..." ibaresinin iptaline karar verilerek, bu ibarenin uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için kararın Resmi Gazete'de yayımlanacağı güne kadar yürürlüğün durdurulmasına karar verilmiştir.
Bu itibarla, 2368 sayılı Yasanın kaldırılmış olmasının, kamuda görevli doktorların muayenehane açmalarının yasal dayanağının ortadan kaldırılması biçiminde yorumlanamayacağı açıktır. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra gerek üniversite öğretim elemanları, gerekse diğer kamu kurumlarında görev yapan doktorların özel muayenehane açma konusunda aynı hukuki düzenlemelere tabi bulundukları kuşkusuzdur.

Buna göre, kamu görevlisi olan hekimlere serbest çalışma yasağı getiren 1219 sayılı Yasa'nın 12. maddesinin değişik ikinci fıkrasında yer alan hükmün Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi ile kamu görevlisi olan hekimlerin, 12. maddenin ikinci fıkrasında yer alan bentlerden yalnızca birisine dahil olan kurumlarda çalışma zorunluluğu ortadan kaldırılmıştır. Anayasa Mahkemesince anılan ikinci fıkrada yer alan "bentlerden yalnızca birindeki" ibaresinin Anayasa aykırı bulunarak iptal edilmesi sonucunda, kamuda görev yapan bir hekiminin 12. maddenin ikinci fıkrasının (b) ve (c) bentlerine dahil birimlerde de çalışabileceği, bu kapsamda, kamuda tam gün esasına göre istihdam edilirken, sekiz saatlik çalışma bittikten sonra özel muayenehane de açabileceği açıktır.
Bu durumda, 1219 sayılı Yasanın 5497 sayılı Yasanın 7. maddesi ile değiştirilen 12. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "bentlerden yalnızca birindeki" ibaresinin iptali istemiyle açılan davada Anayasa Mahkemesinin 4.12.2010 tarih ve 27775 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 16.7.2010 günlü, E:2010/29, K:2010/90 sayılı kararında ikinci fıkra bentlerinin kararda yer alan gerekçeler doğrultusunda yeniden düzenlenmek üzere iptaline ilişkin bir hükme yer verilmediği gibi, istisna düzenlemesi içeren bir hükmün gerekliliğinin de belirtilmemesi ve 1219 sayılı Yasanın 5497 sayılı Yasanın 7. maddesi ile değiştirilen 12. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "bentlerden yalnızca birindeki" ibaresinin uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için kararın Resmi Gazete'de yayımlanacağı güne kadar yürürlüğün durdurulmasına karar verilmiş olması karşısında kamu görevlisi olan hekimlerin serbest çalışmasına ilişkin 5947 sayılı Yasa ile getirilen yasağın anılan iptal kararı ile ortadan kalkmış olması nedeniyle, kamuda çalışan tüm doktorların muayenehane açmaları ve özel sağlık kuruluşlarında çalışmalarının mümkün olmadığı ve uygulamanın 30 Temmuz 2010 tarihinden itibaren başlayacağının duyurulmasına ilişkin işlemde 1219 sayılı Yasanın 12. maddesinin ikinci fıkrası hükmüne uygunluk bulunmamıştır.
Açıklanan nedenlerle, davanın kabulü ile dava konusu işlemin iptaline karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.
TÜRK MİLLETİ ADINA
Hüküm veren Danıştay Beşinci Dairesi'nce dosyanın tekemmül ettiği ve davacı tarafından duruşma isteğinden vazgeçildiği görüldüğünden davacının ikinci kez yönelttiği yürütmenin durdurulması istemi hakkında karar verilmeksizin işin gereği düşünüldü:
Dava, Sağlık Bakanlığı'nın internet sitesinde 16.7.2010 tarihinde yayımlanan "Tam Gün Kanunu ile İlgili Basın Açıklaması" ile 5947 sayılı Yasa ve bu Yasa hakkındaki Anayasa Mahkemesi' nin (16.7.2010 günlü,E: 2010/29 K: 2010/90 sayılı) kararına göre, üniversite öğretim üyeleri dışında kamuda çalışan tüm doktorların muayenehane açmaları ve özel sağlık kuruluşlarında çalışmalarının mümkün olmadığı ve bu uygulamanın 30 Temmuz 2010 tarihinden itibaren başlayacağının duyurulmasına ilişkin işlemin; 1219 sayılı Kanunun değişik 12. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan **"bentlerden yalnızca birindeki"** ibaresinin Anayasa Mahkemesi'nin kararıyla iptal edilmesi sonucu kamuda çalışan tabiplerin özel çalışma yasağının da ortadan kalktığı, Anayasa Mahkemesi' nin bu kararını uygulamakla yükümlü olan davalı idarenin aksine bir davranışla Anayasanın 138. maddesinde yer alan hükümlere uymadığını, Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararı sonrasında öğretim üyeleri dışında kamuda çalışan tüm doktorların özel muayenehane açmalarına ve burada çalışmalarına engel kalmadığı, hekimlerin mesleklerini bu yönde sürdürmelerinin 657 sayılı Kanunun 28. maddesinde yer alan ticaret yasağı

kapsamında değerlendirilmesinin hukuken mümkün olmadığı ileri sürülerek iptali istemiyle açılmıştır.
Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyi Başkanlığı; Danıştay Genel Yazı İşleri Müdürlüğü kaydına 10.3.2011 tarihinde giren aynı tarihli dilekçe ile 1219 sayılı Yasanın 5947 sayılı Yasa'nın 7. maddesiyle değişik üçüncü fıkrasında yer alan "Tabipler, diş tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, ikinci fıkranın her bir bendi kapsamında olmak kaydıyla birden fazla sağlık kurum ve kuruluşunda çalışabilir." hükmünün Anayasanın 11., 13., 17., 49. ve 56. maddelerine aykırılık taşıdığı ve bu nedenle de iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi' ne başvurulmasının gerektiğini ileri sürmüştür.
Başkan ... ile Üye ... **"**İptali istenen işlemin Tam Gün Kanunu ile İlgili Basın Açıklaması olup, kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem niteliğini taşımadığı; 5947 sayılı Yasa'nın 7. maddesinin yürürlük tarihi 30 Temmuz 2010 tarihi olduğundan, dava konusu işlemin tesisi tarihinde henüz söz konusu Yasa'nın uygulanmasından ve bu konuda yetkili makam tarafından kurulmuş bir düzenlemenin varlığından da söz edilemeyeceği; sonuç olarak, basın açıklamasının iptal davasına konu olabilecek icrai bir işlem niteliğini taşımadığı**"**yolundaki karşı oyuna karşılık;
Sağlık Bakanlığı, söz konusu Anayasa Mahkemesi kararının sadece üniversite öğretim elemanlarına bu hakkı tanıdığını, kamuda görev yapan doktorların özel muayenehane açmalarının mümkün olmadığını ve bu yasağın 30 Temmuz 2010 tarihinden itibaren başlayacağını, dava konusu işlemle Bakanlığın internet sitesinde duyurmuş olup kamu gücü ve erkinin, üçüncü kişiler üzerinde, ayrıca bir başka işlemin varlığı gerekmeksizin, doğrudan doğruya hukuki sonuç doğuran ve etkisini gösteren işlemlerinin, yürütülebilir nitelikte işlemler olduğunun kabulü gerektiğinden, 5947 sayılı Yasa hükümlerini Anayasa Mahkemesi'nin kısmen iptal kararı ışığında yeniden yorumlayıp açıklayan, kamuda görev yapan doktorların özel muayenehane açıp açamayacakları konusundaki duraksamaların giderilmesini amaçlayan, Yasa'nın 7. maddesinin yürürlüğe gireceği 30 Temmuz 2010 tarihinden itibaren Bakanlık uygulamasının ne olacağını nihai olarak belirleyen ve Bakan tarafından yazılı ve görsel basında yapılan açıklamalarla da sürekli teyit edilen kamu personelinin özel muayenehane açma yasağına ilişkin dava konusu işlemin; tüm ülke düzeyinde görev yapan kamu görevlisi hekimler için uyulması zorunlu bir işlem olarak yaptırım unsurunu içinde barındırdığı, Anayasa Mahkemesi kararını da yorumlayarak mevcut hukuki durumun sona ereceği tarihi bildirdiği ve bu tarihten sonraki uygulamayı belirlediği; Anayasa Mahkemesi kararını da gözönüne alarak 5947 sayılı Yasa'nın uygulanması konusunda yeni değerlendirme ögeleri getiren, bir başka anlatımla, içinde yaptırım tehdidi bulundurarak emredici ve zorlayıcı nitelik taşıyan düzenleyici bir işlem niteliğinde bulunması nedeniyle iptal davasına konu olabilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu bir idari işlem olduğu sonucuna varılmıştır.
Davacının Anayasaya aykırılık iddiası incelendiğinde;
1219 sayılı Yasa'nın 12. maddesinin değişik üçüncü fıkrasında yer alan **"Tabipler, diş tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar ikinci fıkranın her bir bendi kapsamında olmak kaydıyla birden fazla sağlık kurum ve kuruluşunda çalışabilir"** ilişkin tümcesinin Anayasaya aykırı olduğu iddiası yerinde görülmeyerek işin esasına geçildi.
Anayasa Mahkemesi, 21.1.2010 günlü, 5947 sayılı Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 7. maddesiyle, 11.4.1928 günlü, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 12. maddesinin değiştirilen ikinci fıkrasının birinci tümcesinde yer alan**" … aşağıdaki bentlerden yalnızca birindeki …"** ibaresinin

iptal istemine yönelik olarak vermiş olduğu kararında; *"Anayasa'nın 56. maddesinin üçüncü fıkrasında "Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi arttırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler" denilerek devlete, herkesin maddi ve manevi varlığını geliştirmesi için gerekli şartları hazırlama, kişilerin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlama görevi verilmiştir. Yasakoyucu devlete verilen bu görevin gereği olarak, hasta-hekim ilişkisini düzenlemek, hekimlerin hastalarını gereği gibi takip edebilmeleri ve geri ödeme kuruluşlarınca kullanılan kamu kaynaklarının yerinde harcanabilmesi için gerekli gördüğü önlemleri almak amacıyla, hekimlerin çalışma koşullarını bazı kayıtlara tabi tutabilir.*

Kişinin sahip olduğu hak ve hürriyetler önem dereceleri göz önünde bulundurularak Anayasa'da yer almıştır. Bu bağlamda hekimlik, Anayasanın 17. maddesinde yer alan ve bireyin en önemli hakkı olan yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile doğrudan ilgili bir meslektir. Kişilerin maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilmelerinin mutlu ve huzurlu olabilmelerinin başlıca şartı, ihtiyaç duydukları anda sağlık hizmetlerine ulaşıp bu hizmetlerden yararlanabilmeleridir. Devlet için bir görev ve kişiler için de bir hak olan bu amacın gerçekleştirilmesine bu haktan yararlanmayı zorlaştırıcı ya da zayıflatıcı düzenlemeler Anayasa'ya aykırı düşer.

Sağlık hizmetleri doğrudan yaşam hakkı ile ilgili olması nedeniyle diğer kamu hizmetlerinden farklıdır. Sağlık hizmetinin temel hedefi olan insan sağlığı, mahiyeti itibarıyla ertelenemez ve ikame edilemez bir özelliğe sahiptir. İnsanın en temel hakkı olan sağlıklı yaşam hakkı ile bu yaşamın sürdürülmesindeki yeri tartışmasız olan hekimin statüsünün de bu çerçevede değerlendirilerek diğer kamu görevlileri ile bu yönden farklılığının gözetilmesi gerekir.

Ayrıca bazı dallarda uzman olan hekimlerin sayıca az olması ve kamunun yanında özel sağlık kuruluşlarının da bu dallarda uzman hekimlere ihtiyaç duyması, bu hekimlerin mesleğini mesai saatleriyle sınırlı olmaksızın yaygın bir şekilde icra etmelerini gerekli kılabilir. Hekimlerin insan sağlığının gelişmesi ve yaşam haklarının korunması ile doğrudan ilgili olan bu konumları dikkate alınmaksızın çalışma koşullarının kuralda belirtildiği şekilde sınırlandırılması bireylerin yaşam hakkını zedeleyici nitelik taşımaktadır.

İptal konusu ibarede, tabiplerin, diş tabiplerinin ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların, maddenin ikinci fıkrasında yer verilen bentlerden yalnız birinde yer alan kurumlarda mesleklerini icra edebilecekleri belirtilerek, herhangi bir istisnaya yer verilmeksizin düzenleme yapılmasının, Anayasa'da güvence altına alınan yaşama hakkı ile herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesi ilkesine aykırılık oluşturduğu sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle dava konusu "bentlerden yalnızca birindeki" ibaresi Anayasa'nın 17. ve 56. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir. ... " denilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 17 ve 56 ncı maddelerinde düzenlenen yaşam ve sağlık hakkını dikkate alarak, yasakoyucunun hekimlerin çalışma koşullarını düzenleyebileceğini, bu konuda kamu kaynaklarının yerinde sarfı amacıyla kısıtlamalar yapılabileceğini, ancak hekimlerin kolay ulaşılabilecek biçimde mesleklerini icra edebilmelerinin 56. madde gereği olduğunu ve bu nedenle de hekimlerin mesleklerini icra konusunda diğer kamu görevlilerinden ayrı konumda bulunduklarının kabulü gerektiğini vurgulamış ve hekimlerin bu konumları nedeniyle, mesleklerinin icrasında kısıtlamalar getirilmesinin ve onlara ulaşmayı zorlaştırıcı düzenlemelerin Anayasaya uygun olmadığı hükmüne varmıştır.

Mahkeme, hekimlerin, 1219 sayılı Kanun' un 21.1.2010 günlü, 5947 sayılı Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 7. maddesiyle değişik 12. maddesinin ikinci fıkrasındaki bentlerden yalnızca birinde sayılan kurum ve kuruluşlarda çalışmaları ve serbest mesleklerini de yapabilmeleri konusundaki kısıtlayıcı düzenlemeyi iptal etmiştir. Böylece hekimlerin özel muayenehane açabilmelerinin yanı sıra, kamu veya özel sağlık kurum ve kuruluşlarında aynı zamanda çalışabilmeleri olanaklı hale gelmiştir.

2368 sayılı Yasayla kamuda çalışan hekimlerin mesleklerini serbest olarak icra etmeleri konusunda koşullu olarak imkan sağlanmış iken, 5947 sayılı Yasayla kaldırılan, kamuda çalışan hekimlerin muayenehane açma serbestisini, bu defa 1219 sayılı Yasanın 12. maddesinde yapılan değişiklikle sınırlandırarak yasaklayan ibare iptal edildiğinden, maddeyle getirilen kamuda veya SGK ile anlaşması bulunan kurum ve kuruluşlarda çalışan hekimlerin özel muayenehane açmak suretiyle mesleklerini serbest olarak da yapmaları hususuna ilişkin yasak kalkmıştır.

Maddedeki **"bentlerden yalnızca birindeki"** ibaresinin iptali ile kamuda çalışan hekimlerin özel muayenehane açmalarını yasaklayan bir hüküm kalmadığı gibi, hekimlerin, maddenin ikinci fıkrasının bentlerinde sayılan kurum ve kuruluşların hepsinde çalışmaları ve özel muayenehane de açmaları hukuken olanaklı hale gelmiştir.

Maddenin üçüncü fıkrasında bulunan **"ikinci fıkranın her bir bendi kapsamında olmak kaydıyla birden fazla sağlık kurum ve kuruluşunda çalışabilir"** ibaresi ise, iptal kararından önce ikinci fıkrada yer alan kısıtlamaya göre, belirtilen kurum ve kuruluşlardan ancak aynı bentte yer alanlarda çalışabilmeleri mümkün olan hekimlerin, bir bent içindeki ve dolayısıyla aynı konumda kabul edilmiş birden fazla kurum ve kuruluşta da çalışabilmelerini amaçlamaktadır. Bu husus dikkate alındığında, bu hüküm iptal edilen ikinci fıkra ile aynı işlevi görmediği gibi; artık, iptal kararı dikkate alınarak ve kararın ortaya çıkardığı duruma göre anlamlandırılması ve uygulanması zorunlu hale gelmiş bir hükümdür.

Hekimlerin mesleklerini serbest olarak icra edebildikleri özel muayenehaneler sağlık kurum ve kuruluşu olmadığı için (c) bendi kapsamında sayılamayacağından, ikinci fıkranın iptalinden sonra özel muayenehane açarak serbest çalışma hakkına sahip bir hekimin, maddenin aldığı bu yeni şekle göre, aynı zamanda, yalnızca (a), yalnızca (b) ya da yalnızca (c) bendindeki sağlık kurum ve kuruluşlarının birden fazlasında da mesleğini icra edebilmesinin olanak dahilinde bulunduğunu kabul etmek gerekmektedir.

Aksine bir düşüncenin kabulü için Anayasa Mahkemesince maddeye ilişkin olarak verilen iptal kararı ile **hangi hükmün iptal edilmiş olduğu** ve **sonuç doğurmayacak bir iptal kararının neden verilmiş olabileceği** sorularının doyurucu gerekçelere dayalı biçimde cevaplandırılması zorunludur.

Bu duruma göre; dava konusu işlemdeki Anayasa Mahkemesinin anılan kararından sonra üniversite öğretim üyeleri dışında **kamuda çalışan doktorların "muayenehane açmalarının mümkün olmadığı"na ilişkin tespitin hukuka uygun olmadığı;** buna karşın, **kamuda çalışan hekimlerin aynı zamanda "özel sağlık kuruluşlarında çalışmalarının mümkün olmadığı"na ilişkin tespitin ise, 1219 sayılı Kanunun 12. maddesinin üçüncü fıkrasındaki kısıtlama nedeniyle hukuka aykırı olmadığı sonucuna varılmıştır.**

Açıklanan nedenlerle, dava konusu işlemin, **kamuda görevli hekimlerin muayenehane açamayacaklarına ilişkin bölümünün iptaline, davanın, kamuda görevli hekimlerin özel sağlık kuruluşlarında çalışmalarının mümkün olmadığına ilişkin bölümünün iptali istemine ilişkin kısmının ise reddine,** aşağıda

dökümü yapılan 123,65 TL.- yargılama giderinin yarısı olan 61,825.-TL'nin davacı üzerinde bırakılmasına, diğer yarısı olan 61,825.-TL nın ise davalı idareden alınarak davacıya verilmesine, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca belirlenen 1.100.-TL avukatlık ücretinin davalı idareden alınarak davacıya verilmesine, yürütmenin durdurulması istemi aşmasında kullanılmayan 30.- TL posta ücreti ile artan 49.- TL posta ücreti ve 30,30.-TL yürütmenin durdurulması harcının isteği halinde davacıya iadesine, 6.4.2011 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

(X) KARŞI OY :

Anayasa Mahkemesi'nin 16.7.2010 günlü ve E:2010/29, K:2010/90 sayılı kararı ile 1219 sayılı Yasanın 12. maddesinin 5947 sayılı Yasanın 7. maddesi ile değişik ikinci fıkrasında yer alan "bentlerden yalnızca birindeki" ibaresi iptal edilmiş, bu karar ile bentlerden yalnızca birisine dahil olan sağlık kurumu ve kuruluşlarında çalışma zorunluluğu ortadan kalkmış, kamuda görev yapan bir hekimin 12. maddenin ikinci fıkrasının (b) ve (c) bentlerine dahil kurumlarda çalışması olanaklı hale gelmiş, kamuda sekiz saat çalışma sonrasında muayenehanede mesleğini serbest icra etme imkanı ortaya çıkmıştır.

1219 sayılı Yasanın 12. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "Tabipler, diş tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, ikinci fıkranın her bir bendi kapsamında olmak kaydıyla birden fazla sağlık kurum ve kuruluşunda çalışabilirler." yolundaki ibare ile hekimlerin aynı bent kapsamında olmak kaydıyla birden fazla sağlık kuruluşlarında çalışmaları amaçlanmış, bu ibare, ikinci fıkrayı kısıtlayıcı bir hüküm olarak öngörülmemiştir. Bir başka anlatımla, Anayasa Mahkemesi'nce ikinci fıkraya yönelik olarak verilen iptal kararının, aynı maddenin üçüncü fıkrası yönünden ortaya çıkardığı yeni bir anlam bulunmamaktadır.

Zira, üçüncü fıkra, yukarıda da değinildiği gibi farklı bir işlev görmekte olup, Anayasa Mahkemesince ikinci fıkrada yer alan "bentlerden yalnızca birindeki" ibaresinin iptal edildiğinden bahisle, bu ibarenin uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç ve olanaksız zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için gerekçeli kararın Resmi Gazete'de yayımlandığı güne kadar anılan ibarenin yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi de bu görüşümüzü doğrulamaktadır.

Belirtilen nedenlerle davalı idarece kurulan kamu kurum ve kuruluşlarında görevli hekimlerin muayenehane açamayacaklarına ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışmalarının mümkün olmadığına ilişkin işlemin iptali gerektiği görüşü ile karara katılmıyorum.

(XX) KARŞI OY :

Anayasa Mahkemesi'nce 1219 sayılı Yasa'nın 21.1.2010 günlü, 5947 sayılı Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 7. maddesiyle değişik 12. maddesinin ikinci fıkrasındaki "bentlerden yalnızca birindeki" ibaresi iptal edilmesine rağmen 12. maddenin üçüncü fıkrasında yer alan "Tabipler, diş tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, ikinci fıkranın her bir bendi kapsamında olmak kaydıyla birden fazla sağlık kurum ve kuruluşunda çalışabilir." hükmü iptal edilmemiştir. İlgili Kanunun 12. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan söz konusu hükmün, ikinci fıkrada hekimlerin çalışmasını da düzenlediğinden, ilgili kanunun 12. maddesinin tüm fıkraları ile birlikte değerlendirildiğinde, kamu görevlisi hekimlerin serbest çalışabilmesi hususunda ilgili yasadaki sınırlama halen devam etmektedir. Ayrıca ilgili yasa ve diğer yasalarda da açıkça kamu görevlisi hekimlerin serbest çalışabileceğine dair

hüküm de bulunmadığından davanın reddi gerektiği görüşüyle çoğunluk kararına katılmıyorum.

T.C. DANIŞTAY 6. DAİRE
E. 2004/718, K. 2007/454, T. 30.1.2007

• KAMULAŞTIRMA (Bedel Tespiti ve İdare Adına Tescil Davasının Dilekçe ve Eklerinin Pazarlığa İcabet Etmeyen İlgililerine Tebliğ Edilmeden İptal Davası Açılması - Vaktinden Önce Açılmış Dava/Esasın Bu Davada İncelenemeyeceği)
• KAMU YARARI KARARI (Tek Başına İdari Davaya Konu Olabilecek Kesin ve Yürütülmesi Zorunlu İşlem Niteliğinde Olmadığı - Sadece Bir Hazırlık İşlemi Niteliğinde Olduğu)
• BEDEL TESPİTİ VE İDARE ADINA TESCİL DAVASI (Dilekçe ve Eklerinin Pazarlığa İcabet Etmeyen İlgililerine Tebliğ Edilmeden İptal Davası Açılması - Esasın Bu Davada İncelenemeyeceği/Vaktinden Önce Açılmış Dava)
• VAKTİNDEN ÖNCE AÇILMIŞ DAVA (Kamulaştırma/Bedel Tespiti ve İdare Adına Tescil Davasının Dilekçe ve Eklerinin Pazarlığa İcabet Etmeyen İlgililerine Tebliğ Edilmeden İptal Davası Açılması - Esasın Bu Davada İncelenemeyeceği)
2942/m. 8, 10, 14
ÖZET : Davalı belediye encümenince kamu yararı kararı alındığı, kamulaştırılacak taşınmazın maliklerinin pazarlığa davet edildiği, maliklerin icabet etmemesi üzerine kamulaştırma kararı alındığı ve devamında da Asliye Hukuk Mahkemesinde bedelinin tespiti ve idare adına tesciline karar verilmesi istemiyle dava açıldığı, bakılan davanın ise 25.1.2002 günlü, 167 sayılı kararın gün ve sayısı verilmek ve kamulaştırma işlemi olarak nitelendirilmek suretiyle iptaline karar verilmesi istemiyle 22.1.2003 gününde açıldığı, Asliye Hukuk Mahkemesince de nezdinde açılan bedel tespiti ve tescil davasının dilekçe ve eklerinin 18.2.2003 gününde ilgilisine tebliğ edildiği anlaşılmaktadır.
Kamulaştırma işlemine karşı dava açılabilmesi için Asliye Hukuk Mahkemesince ilgiliye tebligat yapılması gerektiğinden ve kamu yararı kararı da tek başına idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu işlem niteliğinde olmadığı, sadece bir hazırlık işlemi niteliğinde olduğundan, davaya konu olamayacağı ve dava konusu işlemin kamulaştırma kararı olarak değerlendirilmesi halinde ise henüz tamamlanmamış işleme karşı açılan davanın vaktinden önce açılmış dava niteliğinde olacağı ve esasının bu davada inceleme olanağı bulunmamaktadır.
İstemin Özeti : Bursa 2. İdare Mahkemesinin 9.9.2003 günlü, E:2003/86, K:2003/1082 sayılı kararının usul ve yasaya aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.
Savunmanın Özeti : Temyiz edilen kararda bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, usul ve kanuna uygun olan kararın onanması gerektiği savunulmaktadır.
Danıştay Tetkik Hakimi Mehmet Sıtkı Çelik'in Düşüncesi : Temyiz isteminin reddi ile mahkeme kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.
Danıştay Savcısı Sedat Larlar'ın Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.
TÜRK MİLLETİ ADINA
Karar veren Danıştay Altıncı Dairesince Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:
KARAR : Dava, Bursa, Osmangazi, Küçükbalıklı Mahallesi, ... pafta, ... ada, ... parsel sayılı taşınmazın kamulaştırılmasına ilişkin 25.1.2002 günlü, 167 sayılı belediye encümeni kararının iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesince, kamulaştırma görev ve yetkisi büyükşehir belediyesine ait olan meydanda kalan taşınmazın bu konuda yetkisi olmayan ilçe belediye encümenince kamulaştırılmasında yetki yönünden hukuka uyarlık bulunmadığı ve Bursa Büyükşehir Belediye Başkanlığı ile davalı Osmangazi Belediye Başkanlığı arasında imzalanan ve davalı belediyeye yetki devrini öngören protokolün de yasal dayanağı bulunmadığından dava konusu işleme hukuki geçerlilik kazandırmayacağı gerekçesiyle iptaline karar verilmiş, bu karar davalı idare vekilince temyiz edilmiştir.
2942 sayılı kamulaştırma Kanununun 4650 sayılı kanunla değişik 8.maddesinde idarenin, kıymet takdir komisyonunca tespit edilen tahmini bedeli belirtmeksizin, kamulaştırılması kararlaştırılan taşınmaz mal, kaynak veya bunların üzerindeki irtifak haklarının bedelinin peşin veya bu Kanunun 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasına göre yapılıyor ise, bu fıkradaki usullere göre taksitle ödenmesi suretiyle ve pazarlıkla satın almak veya idareye ait bir başka taşınmaz malla trampa yoluyla devralmak istediğini resmi taahhütlü bir yazıyla malike bildireceği, bu madde uyarınca satın alınan veya trampa edilen taşınmaz mal, kaynak veya irtifak hakkının, sahibinden kamulaştırma yolu ile alınmış sayılacağı ve bu şekilde yapılan kamulaştırmaya veya bedeline karşı itiraz davaları açılamayacağı, anlaşma olmaması veya ferağ verilmemesi halinde bu Kanunun 10. maddesine göre işlem yapılacağı, aynı Yasanın 10. maddesinde; kamulaştırmanın satın alma usulüyle yapılamaması halinde idarenin asliye hukuk mahkemesine müracaat edeceği, mahkemece, malike doğrudan çıkarılacak meşruhatlı davetiyede veya ilan yoluyla yapılacak tebligatta; 14. maddede öngörülen süre içerisinde, tebligat veya ilan tarihinden itibaren kamulaştırma işlemine idari yargıda iptal davası açabileceklerinin belirtileceği, Yasanın 14. maddesinde de; kamulaştırmaya konu taşınmaz malın maliki tarafından 10. madde gereğince mahkemece yapılan tebligat tarihinden itibaren otuz gün içinde, kamulaştırma işlemine karşı idari yargıda iptal davası açılabileceği hükme bağlanmıştır.
Yukarıya alınan hükümlerde, kamulaştırma işleminin nasıl tamamlanacağı sıkı şekil kurallarına bağlanmıştır. Bu işlemin tekemmül edebilmesi için yasada öngörülen prosedürün tamamlanması gerekir, bu prosedür de dava açılması halinde Asliye Hukuk Mahkemesinde görülecek bedel tespiti ve idare adına tesciline ilişkin dava dilekçesi ve eklerinin kamulaştırmaya konu taşınmazın malikine tebliğ edilmesiyle tamamlanır. Başka bir anlatımla kamulaştırma işleminin yukarıda anılan kanun hükümlerinde öngörülen bütün unsurları ile birlikte ilgilisine tebliğ edildikten sonra dava açılabileceği ve kamulaştırma işlemini oluşturan unsurlardan sadece biri veya birkaçının idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu işlemler niteliğinde olmadığı gibi öngörülen yasal prosedür tamamlanmadan açılacak iptal davasının da vaktinden önce açılmış dava niteliğinde olacağı sonucuna varılmaktadır.
Dosyanın incelenmesinden, davalı belediye encümenince 25.1.2002 günlü, 167 sayılı kamu yararı kararı aldığı, 2.1.2003 ve 3.1.2003 günlerinde kamulaştırılacak taşınmazın maliklerinin pazarlığa davet edildiği, maliklerin icabet etmemesi üzerine 14.1.2003 gününde kamulaştırma kararı alındığı ve devamında da Asliye Hukuk

Mahkemesinde bedelinin tespiti ve idare adına tesciline karar verilmesi istemiyle dava açıldığı, bakılan davanın ise 25.1.2002 günlü, 167 sayılı kararın gün ve sayısı verilmek ve kamulaştırma işlemi olarak nitelendirilmek suretiyle iptaline karar verilmesi istemiyle 22.1.2003 gününde açıldığı, Asliye Hukuk Mahkemesince de nezdinde açılan bedel tespiti ve tescil davasının dilekçe ve eklerinin 18.2.2003 gününde ilgilisine tebliğ edildiği anlaşılmaktadır.
Bu durum karşısında; olayda, kamulaştırma işlemine karşı dava açılabilmesi için Asliye Hukuk Mahkemesince ilgiliye tebligat yapılması gerektiğinden ve kamu yararı kararı da tek başına idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu işlem niteliğinde olmadığı, sadece bir hazırlık işlemi niteliğinde olduğundan, davaya konu olamayacağı ve dava konusu işlemin kamulaştırma kararı olarak değerlendirilmesi halinde ise henüz tamamlanmamış işleme karşı açılan davanın vaktinden önce açılmış dava niteliğinde olacağı ve esasının bu davada inceleme olanağı bulunmadığı sonucuna varılmıştır. Bu sonuca göre İdare Mahkemesince, uyuşmazlık hakkında yeniden bir karar verilmesi gerekmektedir.
SONUÇ : Açıklanan nedenlerle, Bursa 2. İdare Mahkemesinin 9.9.2003 günlü, E:2003/86, K:2003/1082 sayılı kararının BOZULMASINA, 16,09 YTL karar harcı ile fazladan yatırılan 11,97 YTL harcın temyiz isteminde bulunana iadesine, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine, 30.01.2007 gününde oyçokluğuyla karar verildi.
KARŞI OY :
Temyiz edilen İdare Mahkemesi kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49.maddesinin 1.fıkrasında sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, bozma istemi yerinde görülmeyerek anılan mahkeme kararının onanması gerektiği oyuyla karara katılmıyoruz.

10. Daire 2006/7165 E., 2008/8312 K.
"İçtihat Metni"
Kırıkkale İdare Mahkemesinin 5.7.2006 tarih ve E:20Ö6/872, K:2006/1013 sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması davacı tarafından istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi: Yunus Çetin Düşüncesi : Tam yargı davalarında hasım düzeltilerek dava dilekçesinin mahkemece tespit edilecek gerçek hasma tebliğ edilmesinin önünde yasal bir engel bulunmamaktadır.

Ancak, idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından idari yargı yerlerinde açılan tam yargı davalarında, husumetin kamu idarelerine yöneltilmesi gerekmekte olup, idari yargı yerlerinde gerçek kişiler aleyhine açılan davaların görülmesine olanak bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, özellikle kamu görevlilerinin idari bir tasarruf yaparken, mevzuatın, üstlendiği ödevin ve yürüttüğü hizmetin kural, usul ve gereklerine aykırı olarak, kendisine izafe edilebilecek boyutta ve biçimde, ancak gene de resmi yetki, görev ve olanaklarından yararlanarak, onları kullanarak hareket ettiği, bu nedenle de idaresinden tamamen ayrılmasını önleyen ve engelleyen eylem ve kusurları, görevle ilgili olarak işlenen "görev kusuru" niteliğinde hizmet kusurunu oluşturmaktadır.

Böyle bir durumda, zarar gören kişilerin, idarenin personeline karşı değil, onları çalıştıran idareye karşı dava açmaları gerekmektedir.

Bu halde, gerçek kişi hasım gösterilerek açılan davalarda, gerçek kişinin hasım mevkiinden çıkarılarak onun yerine, mahkemece tespit edilen idarenin davalı konumuna alınması mümkün olmadığından, ancak hasım olarak gösterilen gerçek kişinin yanında asıl davalı olması gereken idarenin de hasım konumuna alınarak uyuşmazlığın çözümlenmesi gerekmektedir.

Bu gibi durumlarda, mahkemece, gerçek kişi yönünden davanın reddedilmesi, davalı konumuna alınan İdare yönünden ise, hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının incelenmesi suretiyle uyuşmazlığın esasının çözümlenmesi gerekir.

Davacının kolunun mühürlenmesi işlemi, Cumhuriyet savcısının yargısal faaliyetlerinden ayrılabilen nitelikte bir idarî işlem olup; Cumhuriyet savcılarının idari nitelikteki faaliyetlerinden doğan zararların tazmini için de hizmet kusuru ilkesi dayanılarak Adalet Bakanlığı aleyhine tam yargı davası açılması mümkündür.

Bu nedenle, Adalet Bakanlığımın hasım konumuna alınıp işin esasına girilerek karar verilmesi gerekirken davanın görev yönünden reddi yolunda verilen idare mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Hüseyin Ünal Kara Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı îdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekir.

Temyiz dilekçelerinde öne sürülen hususlar, sözkonusu maddede yazılı nedenlerden hiç birisine uymadığından, istemlerin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince gereği görüşüldü:

Dava, Kırşehir Cumhuriyet Savcısının, davacının kolunu mühürleyerek 10.9.2004 ile 29.9.2004 tarihleri arasında hastanelere sevk etmesi ve hastanede yaşanan olaylar nedeniyle davacının mağdur olduğundan bahisle uğranıldığı ileri sürülen maddi ve manevi zararın yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açılmıştır.

İdare Mahkemesince; idari yargı yerinde açılan iptal veya tam yargı davasına bakılabilmesi için diğer dava koşullarının yanında davanın idare aleyhine açılmış olması gerektiği, idari yargı yerlerinde kamu görevlisi olan gerçek kişiler aleyhine dava açılmasına hukuken olanak bulunmadığı, kamu görevlisine karşı dava açılması durumunda, mahkemenin davacı yerine geçerek davalıda değişiklik yapması, davalı olmayan idarenin davalı konumuna getirilmesine yasal olanak bulunmadığı, öte yandan, kamu görevlisinin görev ve yetkilerini kullandığı sirada doğan zararın giderilmesi istemiyle görev kusurunu kapsayan hizmet kusuru esasına dayanılarak idari yargıda ve ancak idare aleyhine dava açılabilmesi mümkün olmakla birlikte,

kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken kin, garez ve husumet gibi duygular altında hareket ederek ya da suç düzeyine ulaşan ve hizmetten ayrılabilen kişisel kusurlarından dolayı adliye mahkemelerinde tazminat davası açılabileceği, uyuşmazlıkta, tazminatın konusunu oluşturan zararın, kamu görevlisinin kasta varan şahsi kusurundan doğduğu iddiasıyla ve doğrudan doğruya kamu görevlisine karşı dava açıldığından idarenin sorumluluğunun tespitine olanak bulunmadığı, bu nedenle uyuşmazlığın çözümünün adli yargının görevinde bulunduğu gerekçesiyle davanın görev yönünden reddine karar verilmiştir.

Davacı, hukuka aykırı olduğunu ileri sürdüğü anılan Mahkeme kararının bozulmasını istemektedir.

Anayasa'nın "Genel Esaslar" başlıklı Birinci Bölümünde, egemenliğin kayıtsız şartsız Milletin olduğu ve Türk Milletinin egemenliğini, Anayasa'nın koyduğu esaslara göre Yasama, Yürütme ve Yargı organları eliyle kullanacağı öngörülmüş, 9. maddesinde; yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemeler tarafından kullanılacağı; 125. maddesinin 1. fıkrasında ise, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu; aynı maddenin son fıkrasında da; idarenin, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu, 140/6. maddesinde de, hâkim ve savcıların idari yönden Adalet Bakanlığına bağlı olduğu hükümlerine yer verilmiştir.

Fonksiyonel bakımdan yargı organlarının, yasama ve yürütmeden ayrı olduğu, bağımsız bir organ olan yargının, yargılama süreci ile ilgili işlemleri, Anayasa'nın 125. maddesinde öngörülen "idari işlemler" kapsamına girmemektedir.

İdari yönden Adalet Bakanlığına bağlı olan, ancak, yargılama görevi kapsamında yürüttükleri hizmet nedeniyle Adalet Bakanlığı'nın ajanı konumunda olmayan savcıların verdiği kararlardan dolayı, yürütme fonksiyonu içinde yer alan Adalet Bakanlığı'nın sorumlu tutulmasına olanak bulunmamaktadır.

Ancak; savcıların yargılama fonksiyonu dışında, yasalarla verilmiş idari görevleri de bulunduğundan, yaptıkları idari görevler nedeniyle ve bu kapsamda tesis edilen işlemlerden dolayı Adalet Bakanlığının sorumlu tutulabileceği açıktır.

Dosyanın incelenmesinden; davacının, Kırşehir Cumhuriyet Savcısı olarak görev yapan davalının kolunu mühürleyerek 10.9.2004 ile 29.9.2004 tarihleri arasında hastanelere sevk etmesi ve hastanede yaşanan olaylar nedeniyle mağdur olduğundan bahisle uğradığını ileri sürdüğü maddi ve manevi zararın yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle adli yargı yerinde bu davayı açtığı, adli yargıdaki yargılama aşamasında, davacı tarafından 20.000 YTL'lik tazminat talebinin 1.000 YTL'sinin çalışamamasının karşılığı, 19.000 YTL'sinin ise manevi tazminat olduğunun beyan edildiği, adli yargı yerince davanın görev yönünden reddedilmesi üzerine bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Bu haliyle, uyuşmazlığın çözümünde görevli yargı yerinin tespiti bakımından bir kişinin kolunun mühürlenerek hastaneye sevk edilmesinin idari bir işlem mi, yoksa adli yargıdaki yargılama sürecinin bir parçası mı olduğunun belirlenmesi gereklidir.

Adli rapor aldırılacak kişilerin sol kolunun mühürlenmesi ile ilgili uygulama Adalet

Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 11.1.1982 tarih ve 3-5 sayılı Genelgesine dayanmaktadır.

Olayda, davacının, Cumhuriyet Başsavcılığına belirli aralıklarla değişik tarihlerde dilekçe verdiği, sürekli aynı kişi ve konulardan bahsederek şikayet etmek şeklinde davranışta bulunduğundan bahisle ruhsal yapısının ve akli melekeleri yönünden rahatsızlığının bulunup bulunmadığının tespiti amacıyla muayenesinin yapılarak vesayet altına alınması gerektirir bir durumunun olup olmadığı yolunda bir rapor düzenlenmesi amacıyla sol kolunun mühürlenerek hastaneye gönderildiği, davacı tarafından da tazminat isteminin gerekçesinin kolunun mühürlenmesi suretiyle teşhir edilmesine dayandırıldığı anlaşılmaktadır.

Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 11.1.1982 tarih ve 3-5 sayılı Genelgesiyle getirilen uygulamaya dayalı olarak davacının kolunun mühürlenmesi işlemi, Cumhuriyet savcısının yargısal faaliyetlerinden ayrılabilen nitelikte bir idari işlem olup; Cumhuriyet savcılarının idari nitelikteki faaliyetlerinden doğan zararların tazmini için de hizmet kusuru ilkesine dayanılarak Adalet Bakanlığı aleyhine tam yargı davası açılması mümkündür.

Anayasanın 125. maddesinde, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu belirtildikten sonra son fıkrasında, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır.

İdare kural olarak yürüttüğü kamu hizmetiyle nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlü olup; idari eylem ve/veya işlemlerden doğan zararlar idare hukuku kuralları çerçevesinde, hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk ilkeleri gereği tazmin edilmektedir.

Zarar ile idari eylem arasında nedensellik bağının kurulabildiği hallerde idare hukuku kuralları çerçevesinde öncelikle hizmet kusurunun bulunup, bulunmadığının araştırılması, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkesine göre zararın tazmin edilip edilemiyeceğinin belirlenmesi gerekmektedir.

Öte yandan, 2577 sayılı Yasanın 2. maddesinde, idari dava türleri; iptal, tam yargı ve kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar olarak sayılmış; 14. maddesinde, dava dilekçelerinin ilk inceleme sırasında "idari merci tecavüzü" ve "husumet" yönlerinden de inceleneceği ve bu hususların ilk incelemeden sonra tespit edilmesi halinde de davanın her safhasında 15. madde hükmünün uygulanacağı kurala bağlanmış; 15. maddesinin (1-c) işaretli bendinde davanın hasım gösterilmeden veya yanlış hasım gösterilerek açılması halinde dava dilekçesinin mahkemece tespit edilecek gerçek hasma tebliğine karar verileceği hükme bağlanmıştır.

Aktarılan bu yasa hükümlerinin 2577 sayılı Yasada öngörülen idari dava türlerinin tümü bakımından geçerli olduğu, başka bir anlatımla, sadece iptal davalarında uygulanacak usul kuralları olmadığı kuşkusuzdur.

Görüldüğü gibi, tam yargı davalarında hasım düzeltilerek dava dilekçesinin mahkemece tespit edilecek gerçek hasma tebliğ edilmesinin önünde yasal bir engel bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, özellikle kamu görevlilerinin idari bir tasarruf yaparken, mevzuatın, üstlendiği ödevin ve yürüttüğü hizmetin kural, usul ve gereklerine aykırı olarak, kendisine izafe edilebilecek boyutta ve biçimde, ancak gene de resmi yetki, görev ve olanaklarından yararlanarak, onları kullanarak hareket ettiği, bu nedenle de idaresinden tamamen ayrılmasını önleyen ve engelleyen eylem ve kusurları, görevle ilgili olarak işlenen "görev kusuru" niteliğinde hizmet kusurunu oluşturmaktadır.

Bu halde, zarar gören kişilerin, idarenin personeline karşı değil, onları çalıştıran idareye karşı dava açmaları gerekmektedir. Çünkü, Anayasa'nın 125. maddesinin son fıkrasında, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu kuralına yer verildikten sonra, 129. maddesinin 5. fıkrasında da; memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak ancak idare aleyhine açılabileceği hükme bağlanmıştır.

Böyle bir durumda, gerçek kişi hasım gösterilerek açılan davalarda, gerçek kişinin hasım mevkiinden çıkarılarak onun yerine, mahkemece tespit edilen idarenin davalı konumuna alınması mümkün olmamakla birlikte; hasım olarak gösterilen gerçek kişinin yanında idarenin de hasım konumuna alınması suretiyle uyuşmazlığın çözümlenmesi yoluna gidilmelidir, îdari yargı yerinin, gerçek kişi yönünden davayı görev yönünden reddetmesi, davalı konumuna alınan idare yönünden ise, yukarıda aktarılan açıklamalar doğrultusunda tazmin sorumluluğunun bulunup bulunmadığını inceleyerek uyuşmazlığın esasını çözümlemesi gerekmektedir.

Esasen, ilk olarak adli yargı yerinde açılan bu davada, Kırşehir Asliye 2. Hukuk Mahkemesinin 29.4.2006 tarih ve E:2005/41, K:2006/51 sayılı kararıyla, Kırşehir Cumhuriyet Savcısının, davacının kolunu mühürleyerek rapora göndermesi işleminin idari nitelikte bir işlem olduğu, maddi ve manevi tazminat isteminin bu işlemden kaynaklandığı bu nedenle uyuşmazlığın çözümünde idare mahkemesinin görevli olduğu gerekçesiyle mahkemelerinin görevsizliğine karar verilmiştir.

Bakılan davada, hizmetin yürütülmesinde hizmet kusuru bulunduğuna yönelik iddialarının olması, davacının kolunun mühürlenmesi işleminin idari nitelik taşıması nedeniyle, Adalet Bakanlığının dava dilekçesinde "davalı" olarak gösterilen kişinin yanında hasım konumuna alınarak, dosyanın Adalet Bakanlığı yönünden tekemmül ettirildikten sonra karar verilmesi ve İdari Yargılama Usulü Kanununa göre gerçek kişiler aleyhine açılan davaların idari yargı yerlerinde görülüp çözümlenmesi mümkün olmadığından bu konuda ayrıca bir karar verilmesi gereklidir.

Dolayısıyla, davanın görev yönünden reddi yolunda verilen idare mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüyle, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesi uyarınca Kırıkkale İdare Mahkemesinin 5.7.2006 tarih ve E:2006/872, K:2006/1013 sayılı kararının yukarıda belirtilen gerekçeyle bozulmasına, 26.11.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.