

DANIŞTAY KARARI**Danıştay İÇtihatları Birleştirme Kurulundan:****Esas No : 2013/2****Karar No : 2018/2**

ÖZÜ : Sağlık Bakanlığı personeli olup, döner sermaye ek ödemesinden yararlanan ilgililer hakkında tesis edilen naklen atama, ikinci görevin üzerinden alınması gibi işlemlerin iptali istemiyle açılan davalar sonucunda verilen iptal kararları üzerine söz konusu işlemler nedeniyle fiilen çalışılmayan dönemler için döner sermaye gelirlerinden ek ödeme yapılması gerektiği hakkında.

İÇTİHATLARI BİRLEŞTİRME KURULU KARARI

Sağlık Bakanlığı personeli olup, döner sermaye ödemesinden yararlanmakta iken, ilgililer hakkında tesis edilen naklen atama ve ikinci görevin üzerinden alınması gibi işlemlerin iptali istemiyle açılan dava sonucunda verilen iptal kararları üzerine, söz konusu işlemler nedeniyle fiilen çalışmadıkları dönem için döner sermaye gelirlerinden ek ödeme yapıp yapılamayacağı konusunda Danıştay Beşinci Dairesinin 30.05.2007 tarih ve E:2004/4757, K:2007/2687 sayılı kararı ile Danıştay Onikinci Dairesinin 04.05.2010 tarih ve E:2010/898, K:2010/2438 sayılı kararı arasındaki aykırılığın içtihadın birleştirilmesi yoluyla giderilmesinin istenmesi üzerine, isteme konu olan kararlar ile mevzuat incelendikten ve Raportör Üyenin açıklamaları ile Danıştay Başsavcısının düşüncesi dinlendikten sonra gereği görüldü:

İ) İÇTİHADIN BİRLEŞTİRİLMESİ İSTEMİNE KONU KARARLAR:

1- Danıştay Beşinci Dairesince verilen 30.05.2007 tarih ve E:2004/4757, K:2007/2687 sayılı karar :

Balıkesir Devlet Hastanesinde doktor olarak görev yapmakta iken Balıkesir Merkez Balıklı Sağlık Ocağı Tabipliğine atanan ve bu işlemin Bursa 1. İdare Mahkemesince iptal edilmesi üzerine eski görevine iade edilen davacının, bu atama işlemi nedeniyle Devlet Hastanesinde çalışmadığı 22.06.2001 – 24.01.2003 tarihleri arasındaki döneme ilişkin döner sermaye ek ödeme tutarı olan 7.000 TL' nin işlem tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte ve ayrıca uğradığı ruhsal çöküntü, itibar ve moral-motivasyon kaybı nedeniyle 1.000 TL manevi tazminatın ödenmesine hükmedilmesi istemiyle açtığı davada; Bursa 2. İdare Mahkemesinin 23.02.2004 tarih ve E:2003/672, K:2004/116 sayılı kararıyla; Balıkesir Devlet Hastanesinde doktor olarak görev yapmakta iken, 10.05.2001 tarih ve 10122 sayılı işlemlerle aynı ilin Merkez Balıklı Sağlık Ocağına atanan ve yeni görev yerinde 22.06.2001 tarihinde işe başlayan davacının, bu işleme karşı açtığı dava sonucunda Bursa 1. İdare Mahkemesinin iptal kararı uyarınca 24.01.2003 tarihinde Devlet Hastanesindeki görevine başlatıldığı; ilgili mevzuata göre, Sağlık Bakanlığına bağlı döner sermayeli kurum ve kuruluşlarda görevli personele döner sermayeden ek ödeme yapılabilmesi için, ilgili kurum ve kuruluşta fiilen çalışılması ve döner sermaye gelirlerinin elde edilmesine katkıda bulunulması gerektiğinden, davacıya Devlet Hastanesinde fiilen görev yapmadığı bu dönem için döner sermayeden ek ödeme yapılamayacağı ve olayda idareye manevi tazminata hükmedilmesini gerektirecek bir kusur atfedilmesinin mümkün bulunmadığı

gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Bu kararın temyiz edilmesi üzerine, Danıştay Beşinci Dairesinin 30.05.2007 tarih ve E:2004/4757, K:2007/2687 sayılı kararıyla; manevi tazminata yönelik temyiz istemi reddedilmiş, kararın döner sermaye ek ödemesine ilişkin kısmının ise; bir idari işlemin yargı kararıyla iptal edilmesi halinde söz konusu kararın, dava konusu işlemin tesis edilmesi sırasında unsurlarında bulunan sakatlıklarını saptadığı, işlemi yapıldığı andan başlayarak ortadan kaldırdığı, bu özelliği nedeniyle geriye yürüten sonuçlar doğurduğu; başka bir anlatımla, işlemin tesis edildiği tarihten önceki hukuki durumun geçerliğini sağladığının idare hukukunun bilinen ilkelerinden olduğu; idarenin, iptal kararının amaç ve kapsamına göre yeni bir işlem ya da işlemler yapmak, iptal edilen idari işlemde doğan tüm sonuçları ortadan kaldırmak, (idari işlemin hiç yapılmamış sayılması ilkesinin gereği olarak) önceki hukuki durumun geçerliğini sağlamak görevi ile yükümlü bulunduğu; öte yandan, Anayasa'nın 125. maddesinin son fıkrasında, idarenin, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğunun hükme bağlandığı; olayda, davacının Balıkesir Devlet Hastanesinde doktor olarak görev yapmakta iken Merkez Balıklı Sağlık Ocağı Tabipliğine atanmasına ilişkin işlem, Bursa 1. İdare Mahkemesince verilen kararlarla iptal edilerek anılan işlemin hukuka aykırılığı saptanmış olduğundan ve davacının Balıkesir Devlet Hastanesinde "fiilen" çalışmaması, hukuka aykırı bulunan bu işlemde kaynaklandığından; davacının bu işlem sonucu uğradığı zararların davalı idarece tazmininin zorunlu olduğu, buna göre, döner sermaye ek ödemesinin de davacının yoksun kaldığı bir parasal hak olarak, ilgili dönem için adı geçene ödenmesi gerektiği gerekçesiyle bozulmasına karar verilmiş ve Balıkesir İdare Mahkemesince bozma kararına uyularak davanın kabulü ile davacının talebini geçmeyecek şekilde hesaplanacak döner sermaye ek ödemesinin idareye başvuru tarihinden itibaren işletilecek yasal faizi ile birlikte davacıya ödenmesi yolunda verilen 29.01.2008 tarih ve E:2007/1545, K:2008/313 sayılı karar temyiz edilmeyerek kesinleşmiştir.

2- Danıştay Onikinci Dairesince verilen 04.05.2010 tarih ve E:2010/898, K:2010/2438 sayılı karar:

Tokat Devlet Hastanesi doktoru ve Tokat Vali Recep Yazıcıoğlu Devlet Hastanesi Başhekim Yardımcısı olarak görev yapan davacı tarafından, Tokat Vali Recep Yazıcıoğlu Devlet Hastanesi ile Tokat Cevdet Aykan Devlet Hastanesinin Tokat Devlet Hastanesi adı altında birleştirilmesi sonucu, ikinci görevle yürüttüğü başhekim yardımcılığı görevinin üzerinden alınmasına ilişkin 19.01.2009 tarih ve 739 sayılı işlemin iptali ile maaş ve ek ödeme gelirindeki kaybının yasal faizi ile birlikte tazmini istemiyle açılan davada, Tokat İdare Mahkemesinin 23.11.2009 tarih ve E:2009/93, K:2009/587 sayılı kararıyla; davacının ikinci görevle yürüttüğü başhekim yardımcılığı görevinin üzerinden alınmasına ilişkin işlemde hukuka aykırılık görülmediği gerekçesi ile dava konusu işlemin iptaline, bu işlem nedeniyle davacının maaş ve ek ödemelerinde meydana gelen zararın dava tarihinden işletilecek yasal faizi ile birlikte tazminine hükmedilmiş; temyiz aşamasında Danıştay Onikinci Dairesinin 04.05.2010 tarih ve E:2010/898, K:2010/2438 sayılı kararıyla, kararın; davacının ikinci görevle yürüttüğü başhekim yardımcılığı görevinin üzerinden alınmasına ilişkin işlemin iptali ile maaş farkından doğan zararın dava tarihinden itibaren işletilecek yasal faizi ile birlikte tazminine ilişkin kısmının onanmasına; ek ödemeye ilişkin kısmı yönünden ise; 209 sayılı Sağlık Bakanlığınca Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanun'a, 07.03.2006 tarihinde 5471 sayılı Kanun ile (209 sayılı Kanun'un 5. maddesinin 3. fıkrası); "Personelin katkısıyla elde edilen döner sermaye gelirlerinden, döner sermayeli sağlık kurum ve kuruluşlarında görevli olan memurlar ile bu kurum ve kuruluşlarda 10/7/2003 tarih ve 4924 sayılı Kanun uyarınca sözleşmeli olarak istihdam edilen sağlık personeline ve 13.12.1983 tarih ve 181 sayılı Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Karamamenin ek 3 üncü maddesine göre istihdam edilen sözleşmeli personele mesai içi veya mesai dışı ayrımı yapılmaksızın ek ödeme yapılabilir. Sağlık kurum ve kuruluşlarında Bakanlıkça belirlenen hizmet sunum şartları ve kriterleri de dikkate alınmak suretiyle, bu ödemenin oranı ile esas ve usulleri; personelin unvanı, görevi, çalışma şartları ve süresi, hizmete katkısı, performansı, serbest çalışıp çalışmaması ile muayene, ameliyat, anestezi, girişimsel işlemler ve özellik arz eden riskli bölümlerde çalışma gibi unsurlar esas alınarak Maliye Bakanlığının uygun görüşü üzerine Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle belirlenir." hükmünün eklendiği; 10.02.2006 tarihli Bakan Oluru

ile 01.01.2006 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere Sağlık Bakanlığına Bağlı İkinci ve Üçüncü Basamak Sağlık Kurumlarında Görevli Personele Döner Sermaye Gelirlerinden Ek Ödeme Yapılmasına Dair Yönerge'nin yürürlüğe konulduğu, anılan Yönerge'nin 5. maddesinin (b) fıkrası ile 01.04.2006 tarihinden geçerli olmak üzere 12.05.2006 tarih ve 26166 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurum ve Kuruluşlarında Görev Yapan Personele Döner Sermaye Gelirlerinden Ek Ödeme Yapılmasına Dair Yönetmelik'in 5. maddesinin (b) fıkrasında; personelin döner sermaye ek ödemesinden yararlanmasının kuruma fiilen katkı sağlamasına bağlı olduğunun kurula bağlandığı, olayda; davacının 19.01.2009 tarih ve 739 sayılı işlem ile başhekim yardımcılığı görevinden alındığı ve bu işlemin davacı tarafından 30.01.2009 tarihinde tebliğ edildiği, bu tarih itibarıyla başhekim yardımcılığı görevinden ayrıldığı anlaşıldığından, hastanenin döner sermaye ek ödemesi gelirlerine başhekim yardımcısı olarak fiilen katkı sağlamadığı, dolayısıyla başhekim yardımcısı olarak görev yapmadığı dönemde döner sermaye ek ödemesinden, başhekim yardımcılığı yapmış gibi kabul edilerek (başhekim yardımcısına ödenen miktar kadar) yararlandırılmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle, dava konusu işlem nedeniyle yoksun kalınan döner sermaye ek ödeme gelirindeki kaybın dava tarihinden itibaren işletilecek yasal faizi ile birlikte davacıya tazminine ilişkin kısmının bozulmasına karar verilmiş; taraflarca karar düzeltme talebinde bulunulması üzerine (Onikinci Daire E:2010/8320, Beşinci Daireye Devir E:2013/1427) Danıştay Beşinci Dairesinin 11.10.2013 tarih ve E:2013/1427, K:2013/6763 sayılı kararıyla, davacının karar düzeltme istemi süre aşımı nedeniyle reddedilmiş, davalı idarenin karar düzeltme istemi kabul edilmek suretiyle Onikinci Daire kararının onamaya ilişkin kısmı kaldırılarak mahkeme kararının dava konusu işlemin iptali yolundaki kısmı bozulmuştur.

II) DANIŞTAY BAŞSAVCISININ DÜŞÜNCESİ:

Sağlık Bakanlığı personeli olup, döner sermaye ek ödemesinden yararlanmakta iken ilgililer hakkında tesis edilen naklen atama ve ikinci görevin üzerinden alınması gibi işlemlere karşı açılan dava sonucunda verilen iptal kararları üzerine söz konusu işlemler nedeniyle fiilen çalışmadıkları dönem için döner sermaye gelirlerinden ek ödeme yapıp yapılmayacağı konusunda Danıştay Beşinci Dairesininin 30.05.2007 tarih ve E:2004/4757, K:2007/2687 sayılı kararı ile Danıştay Onikinci Dairesininin 04.05.2010 tarih ve E:2010/898, K:2010/2438 sayılı kararı arasında aykırılık bulunduğu ileri sürülerek bu aykırılığın içtihatların birleştirilmesi yoluyla giderilmesi istemiyle yapılan başvuru üzerine açılan ve 2575 sayılı Danıştay Kanununun 39. maddesi uyarınca Başsavcılığımıza gönderilen dosya incelendi:

1- Usul Yönünden :

2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 39. maddesinde; "İçtihatları Birleştirme Kurulu, dava dairelerinin veya idari ve vergi dava daireleri kurullarının veya ayrı ayrı verdikleri kararlar arasında aykırılık veya uyumsuzluk görüldüğü veyahut birleştirilmiş içtihatların değiştirilmesi gerekli görüldüğü takdirde, Danıştay Başkanının havalesi üzerine, Başsavcının düşüncesi alındıktan sonra işi inceler ve lüzumlu görürse, içtihadın birleştirilmesi veya değiştirilmesi hakkında karar verir." hükmüne yer verilmiştir.

Buna göre, içtihadın birleştirilmesi yoluna gidilebilmesi için öncelikle birleştirme istemine konu kararlar arasında aykırılık veya uyumsuzluk bulunup bulunmadığının saptanması gerekmektedir. 2575 sayılı Kanun'un yukarıda anılan hükmünde, kararlar arasındaki aykırılık veya uyumsuzluğun ne olduğu açıklanmamış olmakla beraber, bu durumdan söz edebilmek için, kararlara esas alınan maddi olgu ve hukuki dayanaklarda ayniyet olmasına karşın, uyumsuzluğa uygulanan hukuk kuralının değişik yorumu nedeniyle birbirine aykırı karar verilmiş olması gerektiği kabul edilmektedir.

İçtihadın birleştirilmesine konu olan iki uyumsuzlukta;

Danıştay Beşinci Dairesi, ilgiliye yapılacak ek ödemenin iptal kararının sonucu olduğunu ve ilgilinin o dönemde ek ödemeyi gerektiren görevi idarenin hukuka aykırı bir tasarrufu ile yapmadığını, dolayısıyla mahrum kaldığı ek ödemenin uğranılan zararın karşılığı olarak idarece tazmin edilmesi gerektiğini kabul etmektedir.

(Danıştay Beşinci Dairesinin konu ile ilgisi bulunan diğer kararları: 16.04.2010 tarih ve E:2008/3156, K:2010/2308 sayılı karar, 19.04.2010 tarih ve E:2010/18, K:2010/2393 sayılı karar, 28.06.2010 tarih ve E:2008/3326, K:2010/4882 sayılı karar, 20.09.2011 tarih ve E:2009/3444, K:2011/4731 sayılı karar, 11.11.2011 tarih ve E:2011/4217, K:2011/6246 sayılı karar, 03.10.2012 tarih ve E:2009/4283, K:2012/5694 sayılı karar, 12.02.2013 tarih ve E:2010/3353, K:2013/894 sayılı karar, 11.03.2013 tarih ve E:2012/10581, K:2013/1812 sayılı karar, 27.03.2013 tarih ve E:2010/2087, K:2013/2409 sayılı karar, 29.05.2013 tarih ve E:2010/5337, K:2013/4405 sayılı karar, 21.06.2013 tarih ve E:2013/3480, K:2013/5424 sayılı karar.)

Danıştay Onikinci Dairesi ise; 209 sayılı Kanun ve bu Kanun'a dayanılarak çıkarılan Yönetmelik hükümlerini esas alarak döner sermaye ek ödemesinin fiilen katkı sonucuna bağlı olarak ödenebilecek bir parasal hak olduğu ve sebep ne olursa olsun ilgilinin katkısının olmadığı bir ödemeyi alamayacağı yolunda karar vermiştir.

Bu husus Sağlık Bakanlığı döner sermaye ek ödemesinden yararlanan görevden alınarak ek ödemesi olmayan ya da daha az olan başka bir göreve atanan veya görevden alınan ve söz konusu işlem yargı kararı ile iptal edilen ilgilinin ödenmeyen ya da eksik ödenen ek ödemesinin fiilen görev yapmadığı ileri sürülerek ödenmemesi konusunda Danıştay Beşinci ve Onikinci Dairelerinin verdikleri kararlar arasında aykırılık bulunduğunu ortaya koymaktadır.

İçtihadın birleştirilmesine konu Danıştay Onikinci Daire kararı ikinci göreve ilişkin olup, Danıştay Genel Kurulunun 21.12.2012 tarih ve E:2012/20, K:2012/20 sayılı kararıyla, daha önce Danıştay Onikinci Dairesinin görevleri arasında bulunan bu tür dava dosyaları Danıştay İkinci ve Beşinci Dairelerine devredilmiş ve Sağlık Bakanlığında görevli kamu personeline ilişkin mevzuattan doğan davalar da Danıştay Beşinci Dairesinin görevinde bulunduğu ikinci görevden kaynaklanan Sağlık Bakanlığı döner sermaye ek ödemesinden doğan davalarla ilgili temyiz başvuruları bundan böyle Danıştay Beşinci Dairesi tarafından incelenecek ise de; Danıştay Onikinci Dairesinde halen Sağlık Bakanlığı personeline ilişkin atama, göreve son verme ve memurluktan çıkarma ile ilgili davaların görüldüğü ve bu konulardan doğan döner sermaye ek ödemesinden kaynaklanan davalarda Dairece bu içtihat doğrultusunda karar verildiği anlaşılmaktadır.

(Danıştay Onikinci Dairesinin konu ile ilgisi bulunan diğer kararları: 22.05.2009 tarih ve E:2008/6828, K:2009/3118 sayılı karar, 15.06.2010 tarih ve E:2008/1377, K:2010/3220 sayılı karar, 23.06.2010 tarih ve E:2008/758, K:2010/3508 sayılı karar, 19.03.2012 tarih ve E:2012/119, K:2012/1601 sayılı karar, 25.06.2012 tarih ve E:2009/8692, K:2012/4381 sayılı karar, 20.09.2012 tarih ve E:2010/9414, K:2012/4892 sayılı karar, 04.10.2012 tarih ve E:2009/9241, K:2012/5774 sayılı karar, 15.10.2012 tarih ve E:2010/9097, K:2012/6496 sayılı karar, 27.03.2013 tarih ve E:2010/3684, K:2013/2155 sayılı karar, 02.04.2013 tarih ve E:2010/944, K:2013/2284 sayılı karar.)

Danıştay Onikinci Dairesinin söz konusu kararlarından sonra 30.10.2013 ve 12.11.2013 tarihlerinde verdiği kararlarda, hukuki durumu içtihatların birleştirilmesine konu kararlardaki kişi ile aynı olan davacıların mahkeme kararıyla iptal edilen işlemler nedeniyle fiilen görev yapmadıkları süreye ilişkin döner sermaye ek ödemesinden yararlandırılmaları gerektiği gerekçesinin benimsendiği görülmüştür. (Danıştay Onikinci Dairesinin 30.10.2013 tarih ve E:2013/5952, K:2013/7479 sayılı kararı, 12.11.2013 tarih ve E:2011/3975, K:2013/7980, E:2010/3011, K:2013/8018 sayılı kararları)

Kaldı ki; İdari Dava Daireleri Kurulunun 02.12.2013 tarih ve E:2010/2084, K:2013/4313 sayılı kararıyla da; İdare Mahkemesince, davacının atama işlemine karşı açtığı davanın iptal ile sonuçlanması üzerine hukuka aykırılığı ortaya konulan işlem nedeniyle yoksun kaldığı döner sermaye ek ödemesinin ödenmesi gerektiği gerekçesiyle tazminat isteminin kabulü yolunda verilen ısrar kararının onandığı anlaşılmaktadır.

Danıştay Dava Daireleri arasındaki işbölümünün belirlendiği Danıştay Başkanlık Kurulunun 01.08.2016 tarih ve K:2016/32 sayılı kararı uyarınca Danıştay Beşinci Dairesi tarafından, Danıştay İkinci Dairesine gönderilen dosyada verilen 28.05.2017 tarih ve E:2016/6817, K:2017/4418 sayılı kararla; Çorum İdare Mahkemesince, Danıştay

Beşinci Dairesinin 20.10.2015 tarih ve E:2015/4089, K:2015/8104 sayılı kısmen bozma kararına uyularak davacının hukuka aykırılığı yargı kararı ile saptanan atama işlemi nedeniyle yoksun kaldığı döner sermaye zararının 10.000 TL'lik kısmının dava açma tarihinden itibaren işletilecek yasal faizi ile birlikte, 17.707,61 TL'lik kısmının ise islah tarihinden itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte davacıya ödenmesine hükmedilmesi yolunda verilen kararın, döner sermaye ek ödemesine ilişkin kısmı onanmıştır.

Bu durumda, içtihatların birleştirilmesiyle beklenen aynı ya da benzer maddi olaylara uygulanan hukuk kurallarının aynı şekilde yorumlanması suretiyle uygulanması amacının gerçekleştiği ve içtihadın Beşinci Dairenin kararı doğrultusunda oluştuğu anlaşıldığından, içtihadın birleştirilmesine gerek olmadığı düşünülmektedir.

2) Esas yönünden:

209 sayılı Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanun'un 5. maddesinin 1. fıkrasındaki, "personelin katkısı ile elde edilen" ibaresi yürürlükten kaldırılmış ise de, madde metnindeki "ödemenin oranı ile esas ve usulleri; personelin unvanı, görevi, çalışma şartları ve süresi, hizmete katkısı, performansı... gibi unsurlar esas alınarak belirlenir." ibaresi ile Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurum ve Kuruluşlarında Görevli Personele Döner Sermaye Gelirlerinden Ek Ödeme Yapılmasına Dair Yönetmelik'teki "Ek ödeme, personelin kurum ve kuruluşa fiilen katkı sağladığı sürece verilebilir." ibaresi yürürlükte bulunmakta ve 17.08.2012 tarih ve 28387 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşların Taşra Teşkilatında Görevli Personele Ek Ödeme Yapılmasına Dair Yönetmelik ile 14.02.2013 tarih ve 28559 mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumuna Bağlı Sağlık Tesislerinde Görevli Personele Ek Ödeme Yapılmasına Dair Yönetmelik'te de, personelin unvanı, görevi, çalışma şartları ve süresi, hizmete katkısı, performansı gibi unsurlar esas alınarak, döner sermayeden yapılacak ek ödemenin oran, usul ve esaslarının belirleneceği belirtilerek fiilen görev yapma ve katkı sağlama hususları ile birlikte ödemeye esas alınan puan hesabında aktif çalışılan gün sayısına yer verilmektedir.

Ancak, idari işlemin yargısal bir kararla iptaline karar verilmesi durumunda, bu iptal kararlarının işlemin tesis edildiği andan itibaren doğurduğu bütün hukuki ve fiili sonuçlarıyla birlikte ortadan kaldıracığı, başka bir anlatımla işlemin tesis edildiği tarihten önceki hukuki durumun geçerliliğini sağlayacağı idare hukukunun bilinen ilkeleri arasında yer almaktadır.

İdare, iptal kararının amaç ve kapsamına göre yeni bir işlem ya da işlemler yapmak, iptal edilen idari işlemde doğan tüm sonuçları ortadan kaldırmak, idari işlemin hiç yapılmamış sayılması ilkesinin gereği olarak önceki hukuki durumun geçerliliğini sağlamak ve iptal edilen işlemler dolayısıyla ihlal edilmiş olan hak veya menfaat nedeniyle uğranılan zararın karşılanması görevi ile yükümlüdür. Bu nedenle idarenin iptal edilen işlemin doğurduğu hukuki ve fiili bütün sonuçları ortadan kaldırmak için ilgilinin iptal edilen işlemle ilişkisi bulunan bütün maddi haklarını o görev yapılmış gibi ödemesi gerekli bulunmaktadır.

Anayasanın 125. maddesinin son fıkrasında da, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır.

Bu nedenle, ilgililerin "fiilen" çalışmaması hukuka aykırı bulunan işlemde kaynaklandığından ve iptal edilen hukuka aykırı işlem sonucu tüm maddi hakların ödenmesi yukarıda değinilen Anayasa hükmü ve idare hukuku ilkesi gereği olduğundan, döner sermaye ek ödemesinin de yoksun kalınan bir parasal hak olarak uğranılan zarara karşılık ilgili ile aynı yerde ve unvanında görev yapan personelin almış olduğu sermaye ek ödemeleri dikkate alınarak idarece tazmini zorunludur.

Açıklanan nedenlerle, öncelikle usul yönünden içtihadın birleştirilmesine gerek olmadığına karar verilmesi, bunun kabul görmemesi halinde ise aykırı içtihadın Danıştay Beşinci Dairesinin kararı doğrultusunda birleştirilmesi gerekeceği düşünülmektedir.

III) KONUSU İLE İLGİLİ DÜZENLEMELER:

A) 209 sayılı Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanun'un 5. maddesine;

a)07.03.2006 tarih ve 5471 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle eklenen ek fıkra:

"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 üncü maddesine göre istihdam edilen sözleşmeli personele mesai içi veya mesai dışı ayrımı yapılmaksızın ek ödeme yapılabilir. Sağlık kurum ve kuruluşlarında Bakanlıkça belirlenen hizmet sunum şartları ve kriterleri de dikkate alınmak suretiyle, bu ödemenin oranı ile esas ve usulleri; personelin unvanı, görevi, çalışma şartları ve süresi, hizmete katkısı, performansı, serbest çalışıp çalışmaması ile muayene, ameliyat, anestezi, girişimsel işlemler ve özellik arz eden riskli bölümlerde çalışma gibi unsurlar esas alınarak Maliye Bakanlığının uygun görüşü üzerine Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle belirlenir."

b)11.10.2011 tarih ve 663 sayılı KHK'nın 58. maddesiyle değişik hali:

"Personelin katkısıyla elde edilen döner sermaye gelirlerinden, döner sermayeli sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan memurlar ve sözleşmeli personel ile açıktan vekil olarak atanarlara mesai içi veya mesai dışı ayrımı yapılmaksızın ek ödeme yapılabilir. Sağlık kurum ve kuruluşlarında Bakanlıkça belirlenen hizmet sunum şartları ve kriterleri de dikkate alınmak suretiyle, bu ödemenin oranı ile esas ve usulleri; personelin unvanı, görevi, çalışma şartları ve süresi, hizmete katkısı, performansı, tetkik, eğitim-öğretim ve araştırma faaliyetleri ile muayene, ameliyat, anestezi, girişimler işlemler ve özellik arz eden riskli bölümlerde çalışma gibi unsurlar esas alınarak Maliye Bakanlığının uygun görüşü üzerine Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle belirlenir."

c)1. fıkrasındaki "Personelin katkısıyla elde edilen (1)" ibaresi ile 2. fıkrasındaki "ilgili personelin katkısıyla elde edilen (2)" ibaresi 21.02.2013 tarihli ve 6428 sayılı Kanun'un 16. maddesiyle metinden çıkarılmıştır.

"...(1) döner sermaye gelirlerinden, döner sermayeli sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan memurlar ve sözleşmeli personel ile açıktan vekil olarak atanarlara mesai içi veya mesai dışı ayrımı yapılmaksızın ek ödeme yapılabilir. Sağlık kurum ve kuruluşlarında Bakanlıkça belirlenen hizmet sunum şartları ve kriterleri de dikkate alınmak suretiyle, bu ödemenin oranı ile esas ve usulleri; personelin unvanı, görevi, çalışma şartları ve süresi, hizmete katkısı, performansı, tetkik, eğitim-öğretim ve araştırma faaliyetleri ile muayene, ameliyat, anestezi, girişimsel işlemler ve özellik arz eden riskli bölümlerde çalışma gibi unsurlar esas alınarak Maliye Bakanlığının uygun görüşü üzerine Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle belirlenir."

Bakanlık merkez teşkilatı ile Türkiye Halk Sağlığı Kurumu (laboratuvarlar hariç) ve Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumunun merkez teşkilatında görev yapanlar dışındaki personele, ...(2) döner sermaye gelirlerinden bir ayda yapılacak ek ödemenin tutarı,..."

B) 209 sayılı Kanun'un 5. maddesine dayanılarak hazırlanan 12.05.2006 tarih ve 26166 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurum ve Kuruluşlarında Görevli Personele Döner Sermaye Gelirlerinden Ek Ödeme Yapılmasına Dair Yönetmelik'in yürürlükte bulunan 5. maddesinde (Değişik: RG-06.07.2011 tarih ve 27986);

"a) Bu Yönetmelik kapsamındaki sağlık kurum ve kuruluşlarının, sağlık hizmetlerinden elde edilen gelirlerinin tamamı döner sermayeye gelir kaydedilir. İlgili kurum ve kuruluşun o dönemde elde ettiği gayrisafi hasıllattan öncelikle Hazine payı, (Değişik ibare:RG- 8.2.2012 - 28198) 24.5.1983 tarihli 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu'nun 18 inci maddesinin birinci fıkrasının (k) bendi gereğince ayrılacak pay ve Bakanlık merkez payı ayrıldıktan sonra kalan miktarın kurumlarda asgari %50'si, kuruluşlarda ise %35'i, 2.9.1961 tarihli ve 10896 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine

Verilecek Döner Sermaye Hakkındaki 209 sayılı Kanun Gereğince İşletme, İdare ve Muhasebe İşlerine Dair Yönetmelik hükümleri doğrultusunda kurum ve kuruluşların ihtiyaçlarının karşılanması ve vadesi gelen borçların ödenmesi için ayrılır. Kalan kısım personele ek ödeme olarak dağıtılabılır.

b) Ek ödemeye, personelin kurum ve kuruluşta fiilen katkı sağladığı sürece verilebilir. Personelin katkısıyla elde edilen döner sermaye gelirlerinden, o kurumda görevli personele yapılabilecek ek ödeme toplamı, (ilgili kurum veya kuruluşun o dönemdeki), (Değişik ibare: RG-8.2.2012 - 28198) 24.5.1983 tarihli ve 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanununun 18 inci maddesinin birinci fıkrasının (k) bendi gereğince ayrılacak pay Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu payı ve Bakanlık merkez payı ayrıldıktan sonra kalan miktarın kurumlarda %50'sini (Mülga ibare: RG-8.2.2012 - 28198) (...) aşamaz."

IV) KONUNUN İÇTİHADIN BİRLEŞTİRİLMESİNE GEREK OLUP OLMADIĞI YÖNÜNDEN İNCELENMESİ:

2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 39. maddesinde; "İçtihatları Birleştirme Kurulu, dava dairelerinin veya idari ve vergi dava daireleri kurullarının veya ayrı ayrı verdikleri kararlar arasında aykırılık veya uyumsuzluk görüldüğü veyahut birleştirilmiş içtihatların değiştirilmesi gerekli görüldüğü takdirde, Danıştay Başkanının havalesi üzerine, Başsavcının düşüncesi alındıktan sonra işi inceler ve lüzumlu görürse, içtihadın birleştirilmesi veya değiştirilmesi hakkında karar verir." hükmüne yer verilmiştir.

Buna göre, içtihadın birleştirilmesi yoluna gidilebilmesi için öncelikle birleştirme istemine konu kararlar arasında aykırılık veya uyumsuzluk bulunup bulunmadığının saptanması gerekmektedir. 2575 sayılı Kanun'un yukarıda anılan hükmünde, kararlar arasındaki aykırılık veya uyumsuzluğun ne olduğu açıklanmamış olmakla beraber, bu durumdan söz edebilmek için, kararlara esas alınan maddi olgu ve hukuki dayanaklarda ayniyet olmasına karşın, uyumsuzluğa uygulanan hukuk kuralının değişik yorumu nedeniyle birbirine aykırı karar verilmiş olması gerektiği kabul edilmektedir.

İçtihadın birleştirilmesi istemine konu olan Danıştay Beşinci Daire kararı Sağlık Bakanlığı personelinin naklen atanmasına, Danıştay Onikinci Daire kararı ise ikinci göreve ilişkin olup, 31.12.2016 tarih ve 29934 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Danıştay Dava Daireleri arasındaki iş bölümünün belirlendiği Danıştay Başkanlık Kurulunun 29.12.2016 tarih ve K:2016/72 sayılı kararıyla; Yükseköğretim kurumları öğretim elemanları hariç olmak üzere; yükseköğretim kurumlarında çalışan diğer kamu görevlileri hakkında uygulanan mevzuattan doğan ve Danıştay Beşinci, Onbirinci ve Onikinci Dairelerinin görevleri dışında kalan işlerden kaynaklanan uyumsuzluklara ilişkin davaların ve temyiz başvurularının İkinci Dairece çözümleneceği kurala bağlanmış; anılan Dairece bu tarihten sonra benzer uyumsuzluklarda verilen kararların, döner sermaye ek ödemelerinin fiili çalışmaya bağlı olmaksızın ödenmesi gerektiği yolunda istikrar kazandığı gözlenmiştir.

Bu yeni görevlendirme çerçevesinde, artık bundan böyle, içtihat aykırılığı doğmayacağı düşünülebilir ise de; kararların kapsam ve niteliğine bağlı olarak uyumsuzluğun geniş bir çevreyi ilgilendirdiği gözönüne alındığında, kurul ve dairelerce verilen kararların bir kısmının çoğunlukla alındığı ve değişime ihtimali bulunduğu, bu nedenle konunun bağlayıcı bir çözüme kavuşturulması ve geleceğe dönük hukuki istikrarın sağlanması gerektiği görüşü benimsendiğinden, içtihatların birleştirilmesinin gerekli olduğu sonucuna ulaşılmış ve oyçokluğu ile esasın incelenmesine geçilmiştir.

V) KONUNUN ESAS YÖNÜNDEN İNCELENMESİ:

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Anayasa'nın 125. maddesinin son fıkrasında, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu kurala bağlanmıştır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinde ise, "Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur" kuralına yer verilmiştir.

Bir idari işlemin yargı kararıyla iptal edilmesi halinde, söz konusu kararın, dava konusu işlemin tesis edilmesi sırasında unsurlarında bulunan sakatlıkları saptadığı, işlemi yapıldığı andan başlayarak ortadan kaldırdığı, bu özelliği nedeniyle geriye yürüten sonuçlar doğurduğu, başka bir anlatımla, işlemin tesis edildiği tarihten önceki hukuki durumun geçerliliğini sağladığı idare hukukunun bilinen ilkelerindedir.

İdare, iptal kararının amaç ve kapsamına göre yeni bir işlem ya da işlemler yapmak, iptal edilen idari işlemde doğan tüm sonuçları ortadan kaldırmak ve önceki hukuki durumun geçerliliğini sağlamakla yükümlü olup, iptal edilen işlem nedeniyle uğranılan zararların tazmini de bu kapsamda yer almaktadır. Dolayısıyla, hukuka aykırılığı yargı kararıyla saptanarak iptal edilen işlem nedeniyle fiilen bu görevi yapamadığı açık olan davacıların, bu işlem sonucu uğradığı zararların davalı idarece tazmini, Anayasa hükmü gereğidir.

Bu nedenle, ilgililerin "fiilen" çalışmaması hukuka aykırı bulunan işlemde kaynaklandığından ve iptal edilen hukuka aykırı işlem sonucu tüm maddi hakların ödenmesi yukarıda değinilen Anayasa hükmü ve idare hukuku ilkesi gereği olduğundan, döner sermaye ek ödemesinin de yoksun kalman bir parasal hak olarak, uğranılan zarara karşılık idarece tazmini gerektiği açıktır.

Her ne kadar 209 sayılı Kanun'un 5. maddesine dayanılarak hazırlanan 12.05.2006 tarih ve 26166 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurum ve Kuruluşlarında Görevli Personele Döner Sermaye Gelirlerinden Ek Ödeme Yapılmasına Dair Yönetmelik'in yürürlükte bulunan 5. maddesinde; döner sermaye ek ödemesinin, personelin kurum ve kuruluşa fiilen katkı sağladığı sürece verilebileceği kuralı yer almakta ise de, söz konusu düzenlemenin, normal işleyiş içerisinde anılan gelirlerin dağılımına ilişkin düzenleme içerdiği, bu ek ödemenin yararlanan kişinin hukuka aykırı bir işlemle ek ödeme gelirinden mahrum bırakılması ve bu hukuka aykırılığın sonradan yargı kararlarıyla giderilmesi halini öngörmediği açıktır.

VI) SONUÇ:

Sağlık Bakanlığı personeli olup, döner sermaye ek ödemesinden yararlananlar hakkında tesis edilen naklen atama, ikinci görevin üzerinden alınması gibi işlemlerin iptali istemiyle açılan davalar sonucunda verilen iptal kararları üzerine, ilgililerin fiilen çalışmaması hukuka aykırı bulunan işlemde kaynaklandığından ve iptal edilen hukuka aykırı işlem sonucu tüm maddi hakların ödenmesi yukarıda değinilen Anayasa hükmü ve idare hukuku ilkesi gereği olduğundan, döner sermaye ek ödemesinin de davacıların yoksun kaldığı parasal haklardan sayılarak ilgili dönem için kendilerine ödenmesi gerektiği görüşü benimsenerek, içtihatların Danıştay Beşinci Dairesi kararları doğrultusunda birleştirilmesine, 12.12.2018 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

Esas No : 2013/2

Karar No : 2018/2

(X) KARŞI OY

İçtihatların birleştirilmesinden beklenen amaç, Dava Dairelerinin, İdari ve Vergi Dava Daireleri Kurullarının kendi kararları veya ayrı ayrı verdikleri kararlar arasında, süregelen aykırılıkların giderilmesi suretiyle kararlarda istikrarın sağlanmasıdır.

İçtihadın birleştirilmesine konu olan Danıştay Beşinci Dairesince verilen kararlar, davacının naklen atama işleminin iptal edilerek hukuka aykırılığının saptandığı ve fiilen çalışmamasının hukuka aykırı olan bu işlemde kaynaklandığı gerekçesine yer verilerek fiilen çalışılmayan dönem için döner sermaye gelirlerinden ek ödeme yapılması sonucuna ulaşıldığı; Danıştay Onikinci Dairesinin ise içtihadın birleştirilmesi istemine konu karardan sonra verdiği kararlarda, hukuki durumu içtihatların birleştirilmesine konu kararlardaki kişi ile aynı olan davacıların mahkeme kararıyla iptal edilen işlemler nedeniyle fiilen görev yapmadıkları süreye ilişkin döner sermaye ek ödemesinden yararlandırılmaları yönündeki gerekçenin benimsendiği görülmüştür. (Danıştay Onikinci Dairesinin 30.10.2013 tarih ve E:2013/5952, K:2013/7479 sayılı kararı, 12.11.2013 tarih ve E:2011/3975, K:2013/7980, E:2010/3011, K:2013/8018 sayılı kararları)

Öte yandan; 31.12.2016 tarih ve 29934 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Danıştay Dava Daireleri arasındaki iş bölümünün belirlendiği Danıştay Başkanlık Kurulunun 29.12.2016 tarih ve K:2016/72 sayılı kararıyla; Yükseköğretim kurumları öğretim elemanları hariç olmak üzere; yükseköğretim kurumlarında çalışan diğer kamu görevlileri hakkında uygulanan mevzuattan doğan ve Danıştay Beşinci, Onbirinci ve Onikinci Dairelerinin görevleri dışında kalan işlerden kaynaklanan uyumsuzluklara ilişkin davaların ve temyiz başvurularının İkinci Dairece çözümleneceği kabul edilmiş ve Danıştay İkinci Dairesince; Danıştay Beşinci Dairesinin gerekçesi benimsenerek, iptal edilen işlemler nedeniyle fiilen çalışmayan davacılara, döner sermaye ek ödemelerinin fiili çalışmaya bağlı olmaksızın ödenmesi yolunda kararlar verildiği anlaşılmıştır. (Danıştay İkinci Dairesinin 28.05.2017 tarih ve E:2016/6817, K:2017/4418 sayılı kararı).

İdari Dava Daireleri Kurulunun 02.12.2013 tarih ve E:2010/2084, K:2013/4313 sayılı kararıyla da; atama işleminin yargı kararıyla iptal edilmesi üzerine hukuka aykırılığı ortaya konulan işlem nedeniyle yoksun kalınan döner sermaye ek ödemesinin ödenmesi gerektiği gerekçesiyle tazminat isteminin kabulü yolunda verilen ısrar kararı onanmıştır.

Bu durumda; içtihatların birleştirilmesiyle beklenen aynı ya da benzer maddi olaylara uygulanan hukuk kurullarının aynı şekilde yorumlanması suretiyle uygulanması amacının gerçekleştiği, içtihadın doğal seyrinde birleştiği, dolayısıyla içtihadın Danıştay Beşinci Dairesinin kararı doğrultusunda oluştuğu anlaşıldığından, içtihadın birleştirilmesine gerek olmadığı oyu ile çoğunluk kararına katılmıyoruz.

Esas No : 2013/2

Karar No : 2018/2

(XX) KARŞI OY

209 sayılı Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanun'un 5. maddesinin 1. fıkrasındaki, "personelin katkısı ile elde edilen" ibaresi yürürlükten kaldırılmış ise de, madde metnindeki "ödemenin oranı ile esas ve usulleri; personelin unvanı, görevi, çalışma şartları ve süresi, hizmete katkısı, performansı... gibi unsurlar esas alınarak belirlenir." ibaresi ile Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurum ve Kuruluşlarında Görevli Personele Döner Sermaye Gelirlerinden Ek Ödeme Yapılmasına Dair Yönetmelik'teki "Ek ödeme, personelin kurum ve kuruluşu fiilen katkı sağladığı sürece verilebilir." ibaresi yürürlükte bulunmakta ve 17.08.2012 tarih ve 28387 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşların Taşra Teşkilatında Görevli Personele Ek Ödeme Yapılmasına Dair Yönetmelik ile 14.02.2013 tarih ve 28559 mükerrer sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumuna Bağlı Sağlık Tesislerinde Görevli Personele Ek Ödeme Yapılmasına Dair Yönetmelik'te de, döner sermayeden yapılacak ek ödemelerin, personelin unvanı, görevi, çalışma şartları ve süresi, hizmete katkısı ve performansı gibi unsurların esas alınması suretiyle belirleneceği kurala bağlanarak, fiilen görev yapma ve katkı sağlama hususları ile birlikte ödemeye esas alınan puan hesabında aktif çalışılan gün sayısına da yer verilmektedir.

Yukarıda yer alan mevzuat hükümlerinden de anlaşılacağı üzere, personelin döner sermaye ek ödemesinden yararlanma koşulunun kuruma fiilen katkı sağlamasına bağlı olduğu kurala bağlanmıştır.

Böyle olunca; 209 sayılı Kanun ve bu Kanun'a dayanılarak çıkarılan Yönetmelik hükümlerine göre döner sermaye ek ödemesinin fiilen katkı sonucuna bağlı olarak ödenebilecek parasal bir hak olduğu ve sebep ne olursa olsun ilgilinin katkısının olmadığı bir ödemeye de hak kazanamayacağı tartışmasızdır.

Öte yandan; 209 sayılı Kanun'un anılan hükmünde de vurgulandığı üzere, personelin katkısıyla elde edilen döner sermaye gelirlerinden, fiilen görev yapan personelin yararlanması gerektiği açık olup, ilgililerin görev yapmaması nedeniyle katkı sunmadığı, bir başka anlatımla fiilen çalışmak suretiyle diğer personelin elde ettiği döner sermaye gelirleri üzerinden dağıtılan döner sermaye ek ödemesinden, bu görevi ifa ederek katkı sağlayanlarla birlikte yararlandırılması mümkün değildir.

Bu bakımdan, sözü edilen Kanun ve Yönetmelik'in aksine yoruma müsait olmayan hükmü karşısında, İçtihadın Danıştay Onikinci Dairesinin 04.05.2010 tarih ve E:2010/898, K:2010/2438 sayılı kararı doğrultusunda birleştirilmesi gerektiği oyu ile çoğunluk kararına katılmıyoruz.