

## SERBEST AVUKATLIKTA GEÇEN SÜRELERİN MEMURİYETTE DEĞERLENDİRİLMESİ

özeti : Serbest avukatlıkta geçirilen sürenin memuriyet kazanılmış hak aylığında değerlendirilebilmesi için bu hizmetin yapıldığı tarihler arasında ilgilinin baroya kayıtlı olmakla birlikte, fiilen serbest avukatlık yaptığının tespiti için vergi mükellefi olduğunu belgelendirmesi gerektiği hakkında.

Danıştay 5. Dairesinin 08/03/2013 tarihli ve E:2010/6281, K:2013/1751 sayılı Kararı.

Karşılıklı Temyiz İsteminde Bulunanlar

1- (Davacı) : ...

Vekili : Av. ...

2- (Davalı) : Maliye Bakanlığı

İsteğin Özeti : Samsun 1. İdare Mahkemesi'nin 18/05/2010 günlü, E:2009/1313, K:2010/518 sayılı kararının dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

Davalı İdarenin Cevabının Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği yolundadır.

Davacının Cevabının Özeti : Cevap verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Jale Kalay

Düşüncesi : İdare Mahkemesi kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Beşinci Dairesince işin gereği düşünüldü:

Dava, Samsun İli, Vezirköprü İlçesi Mal Müdürlüğü Hazine Avukatı olarak görev yapan davacının, 05/02/2003 - 08/05/2003 günleri arasında serbest avukatlık, 08/05/2003-31/12/2005 günleri arasındaki sigortalı avukatlık olarak geçen sürenin, 3/4'ünün kademe ilerlemesinde değerlendirilmesi istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin 23/05/2009 gün 13357 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Samsun 1. İdare Mahkemesi'nin 18/05/2010 günlü, E:2009/1313, K:2010/518 sayılı kararıyla; 657 sayılı Yasanın 36. Maddesinin C-3.bendinde yer alan avukatlık hizmetleri sınıfına girenlerin memuriyete girmeden önce veya memurluktan ayrılarak serbest avukatlıkta geçirdikleri sürelerin 3/4'ünün memuriyette geçmiş sayılacağını hükme bağlandığı, ancak aralarında vekaletname olsa dahi bir kişi ya da kuruluşa bağlı olarak, sigorta primi ödenmek suretiyle çalışmanın "serbest avukatlık" yapılması anlamına gelmediği gerekçesiyle, davacının herhangi bir kişi ya da kuruluşa bağlı olmadan serbest avukatlık yaptığı 05/02/2003-08/05/2003 günleri arasındaki dönemin kazanılmış hak aylığı yönünden değerlendirilmesi gerektiği, sigorta primleri avukat kadrosunda çalıştığı şirket tarafından ödenmek suretiyle 08/05/2003-31/12/2005 günleri arasında iş akdine istinaden yürüttüğü hizmetlerinin serbest avukatlıkta geçen süre olarak kabul edilemeyeceği, dava

konusu işlemin, 05/02/2003-08/05/2003 günleri arasındaki döneme ilişkin kısmının iptaline, 08/05/2003- 31/12/2005 günleri arasındaki döneme ilişkin kısmı yönünden ise davanın reddine hükmedilmiştir.

Davacı, 08/05/2003-31/12/2005 tarihleri arasında iş akdine istinaden yürüttüğü hizmetlerinin serbest avukatlıkta geçen süre olarak kabul edilmesi gerektiğini öne sürerek İdare Mahkemesi kararının redde ilişkin kısmının; davalı idare ise davacının 05/02/2003-08/05/2003 tarihleri arasında sigortalı çalıştığından bahisle kazanılmış hak aylığı yönünden değerlendirilmesi gerektiğini öne sürerek Mahkeme kararının iptale ilişkin kısmının temyizden incelenerek bozulmasını istemektedirler. Davacının temyiz dilekçesinde ileri sürülen hususlar Mahkeme kararının iptale ilişkin hüküm fıkrasının bozulmasını gerektirir nitelikte bulunmamıştır.

Davalı idarenin temyiz istemine gelince; 657 sayılı Yasa'nın 36. maddesinin, C bendinin 3. fıkrasında, "Avukatlık hizmetleri sınıfına girenlerin memuriyete girmeden önce veya memurluktan ayrılarak serbest avukatlıkta geçirdikleri sürelerin 3/4'ü memuriyette geçmiş sayılarak, bu sürelerin her yılı bir kademe ilerlemesine ve her üç yılı bir derece yükselmesine esas olacak şekilde değerlendirilir.", hükmüne yer verilmiştir.

Diğer yandan, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun "Emekliliğe tabi görevden önceki avukatlığın kıdeme sayılması" başlıklı 195. maddesinde, "Bu Kanun gereğince topluluk sigortasına girmiş olup sigortalılığı devam eden bir avukat emekliliğe tabi bir göreve veya hizmete atandığı yahut seçildiğinde, sigortalılığına esas alınan avukatlık süresinin dörtte üçü kıdemine eklenerek intibakı yapılır ve görev veya hizmet aylığı ile emeklilik keseneğine esas aylığı yükseltilir." hükmü yer almaktadır.

Dava dosyasının incelenmesinden; davacının Ankara Barosuna kayıtlı olarak 05.02.2003 tarihinde topluluk sigortasına giriş yaparak evini büro şeklinde kullanarak 05/02/2003 - 08/05/2003 tarihleri arasında serbest avukatlık yaptığını ileri sürdüğü anlaşılmaktadır. Serbest avukatlık gelir elde etmek amacı ile yapılabilecek serbest meslek faaliyeti olduğuna göre, serbest avukatlıkta geçen ve 36/C-3 madde anlamında kazanılmış hak aylığının belirlenmesinde değerlendirilebilmesi için bahse konu sürelerin kazanılmış hak aylığı yönünden değerlendirilebilmesi için hizmetin yapıldığı tarihler arasında ilgilinin baroya kayıtlı olmakla birlikte, fiilen serbest avukatlık yaptığının tesbiti için vergi mükellefi olduğunu belgelendirmesi gerekmekte, başka bir ifadeyle fiili çalışmanın esas olması dolayısıyla bu durumun vergi mükellefiyeti ile kanıtlanması gerekmektedir. Aksine düşünce ise, Baroya kayıtlı olup aidat ödeyen, fakat fiilen avukatlık yapmayan kişinin kayıtlı olduğu sürelerinin memuriyette geçmiş gibi değerlendirilmesi sonucunu doğurur. Bu durumda, 05/02/2003 - 08/05/2003 tarihleri arasında vergi mükellefiyeti bulunmayan davacının sigortalı olarak serbest avukatlık yaptığından bahisle 657 sayılı Yasa'nın 36. Maddesinin C-3.bendi uyarınca kazanılmış hak aylığı yönünden değerlendirilmesi yolunda isteminin reddine ilişkin işlemde hukuka aykırılık, işlemin bu kısmını iptal eden Mahkeme kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin reddiyle Samsun 1. İdare Mahkemesi'nce verilen 18/05/2010 günlü, E:2009/1313, K:2010/518 sayılı kararın, redde ilişkin kısmının onanmasına; buna karşılık, davalı idarenin temyiz isteminin kabulüyle, kararın iptale ilişkin kısmının 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1/b fıkrası uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı Kanunla değişik 3. fıkrası gereğince ve

yukarıda belirtilen hususlar da gözetilerek yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, 08/03/2013 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

## KARŞI OY

Hazine avukatı olan davacının, 05/02/2003 - 08/05/2003 tarihleri arasında serbest avukatlık, 08/05/2003-31/12/2005 tarihleri arasında iş akdine istinaden yürüttüğü hizmetlerinin 657 sayılı Kanun'un 36. maddesi C-3 bendi uyarınca değerlendirilmesi istemiyle yaptığı başvurunun reddi üzerine açılan davada; dava konusu işlemin, 05/02/2003-8/5/2003 günleri arasındaki döneme ilişkin kısmının iptaline, 08/05/2003-31/12/2005 günleri arasındaki döneme ilişkin kısmı yönünden ise davanın reddine hükmedilmiştir.

Avukatlık Kanunu'nun 1. maddesinde yer alan "Avukatlık, kamu hizmeti ve serbest bir meslektir" hükmü karşısında, memuriyet öncesinde avukatlık hizmetinin yapılmasında herhangi bir kuşkunun bulunmaması dikkate alınarak, davacının bir hizmet akdine dayanarak avukatlık hizmetini yürütmüş olması serbest avukatlık yaptığı sonucunu doğurmaktadır. Bu gerekçeyle, davalı idarenin temyiz isteminin reddi, davacının temyiz isteminin kabulüyle, İdare Mahkemesi kararının, anılan istem yönünden davanın reddine ilişkin kısmının bozulması gerekmektedir. Bu sebeple, kararın bu kısmı itibarıyla çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.