

İdari İşlemlerin Yokluğunun Tespitinde Görevli Yargı Düzeni

Gül Fiş ÜSTÜN*

Özet:

Adli yargının ve idari yargının önüne gelen davalarda, idare tarafından tesis edilen işlemlerin hukuki geçerliliğini ve mevcudiyetini inceledikleri görülmektedir. Ancak, aynı konudaki bu tür incelemelerin ve dolayısıyla bu inceleme sonucu tesis edilen kararların birbirleriyle çelişkili olduğu görülmektedir.

Çalışmamızda bu kapsamda söz konusu kararların hangi gerekçelerle tesis edildiğine yer verilmiş olup, bu gerekçeler incelenerek, yok hükmündeki işleme ve bu işlemlerin sonuçlarına, yokluğun hangi yargı düzenince karara bağlandığına; bu durum sonucunda uygulamada yaşanan sorunlara ve çözüm önerisine yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Maddi yokluk, hukuki yokluk, haksız fiil, görev, iptal davası.

Abstract:

The validity and existence of the legal proceedings that may be instituted by the administration is viewed, in administrative and civil judicial proceedings. But, on the same subject which was established as a result of such investigations and therefore the decisions of this review appears to be contradictory to each other. In some cases, the absence of administrative procedures established by the judicial system in both cases that require the determination of the non-jurisdiction decisions can be seen.

In our study, these court decisions, the legal ground of decisions are mentioned and examined, nullity and its results, judicial bodies in charge determining the nullity, problems of these cases in execution and the solutions are subjected.

Keywords: Nonexistence, null and void, tortious act, judicial body in charge, action of annulment.

GİRİŞ

Hukuki bir sonuç doğurmak üzere tesis edilen irade beyanlarının, yöneldiği hukuki sonuçları doğurabilmeleri imkanı yoksa bu işlemlerin hükümsüzlüğünden bahsedilmektedir¹. Ancak, bu hükümsüzlük halleri farklı şekillerde ve farklı sonuçlarla ortaya çıkmaktadır².

İdare Hukukunda ise, iradenin tek taraflı beyanları sonucu tesis edilen idari işlemlerin hükümsüzlüğü iki şekilde ortaya çıkmaktadır³: İptal edilebilir nitelikte hukuka aykırı işlemler⁴ ve yok hükmünde idari işlemler⁵ (yokluk).

Hukuka aykırı işlemlerin iptaline ilişkin uyumsuzlukların idari yargıda görülmemekte olduğu muhakkak olup⁶, uygulamada, işlemin yok hükmünde olduğu yönündeki tespitin ise hem idari hem adli yargıda yapıldığı görülmektedir. Her iki yargı düzeni tarafından yapılan bu tespitin aynı konuda fakat farklı yönde olması uygulamada sorunlara yol açmaktadır.

1. İdare Hukukunda Yokluk

İdare Hukukunda yokluk en tartışmalı kavramlardan biridir⁷. ERKUT, bir idari işlemin, kurucu unsurlarındaki hukuka aykırılık derhal fark edilebilir nitelikte ve idari işlemin kimliğini dahi kaybettirecek derecede ağır, açık ve bariz

* Yrd. Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ REİSOĞLU Safa, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2012, s.145; EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2011, s.298,299; OĞUZMAN M. Kemal, ÖZ M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2005,s.136,137.

² EREN, s.299-311; OĞUZMAN, ÖZ, s.136-144.

³ Ancak, ONAR; “çok esaslı butlan” adı altında, “yokluk” ile “butlan” arasında bir kategori daha olduğunu ileri sürmüş olup, bu durumda, işlemin mevcut olduğunu ancak çok ağır eksikler ve kusurlarla derin ve esaslı bir tarzda sakatlıktan bahsedileceğini, herkesin, her zaman işlemin iptalini isteyebileceğini ifade etmiştir. ONAR, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.1**, İstanbul, 1966, s.335-336.

⁴ ERKUT Celal, “İdare Hukukunda Yokluk Teorisi”, **İHİD**, S.1-3, Yıl: 9, İstanbul, 1988, s.70. İdare Hukukunda “butlan” kavramı da kullanılmakta olup bu kavramı kullanıldığı eserler için bkz. SARICA Ragıp, “İdare Hukukunda Yokluk ve Butlan”, **Ebül’ula Mardin’e Armağan**, Kenan Matbaası, İstanbul, 1944, s.1195-1196; ÖZGEN Eralp, “İdari Tasarruflardaki Sakatlıklar”, **AÜHFD**, Cilt:17, S:1-4, Ankara, 1960, s.271; ERKUT, s.70. Ancak, BALTA, butlan yerine “bozukluk” deyimini kullanmakta ve bozukluk deyiminin hukuki durumu daha iyi belirttiğini ifade etmektedir. BALTA, Tahsin Bekir, **İdare Hukukuna Giriş**, Ankara 1968-1970, s.162; GÜNDAY ise, butlan yerine “hükümsüz kılınma” terimini kullanmanın, yaptırımın niteliğine daha uygun olduğunu ifade etmektedir. GÜNDAY Metin, **İdare Hukuku**, Ankara, 2011, s.164.

⁵ İdarenin iradesindeki sakatlık öylesine ağırdır ki, sakat dahi olsa bir idari işlemin ortaya çıkması mümkün değildir. ÖZYÖRÜK Mukbil, **İdare Hukuku Dersleri**, Ankara, 1973, s.219.

⁶ İdari Yargılama Usulü Kanun’ nun 2. Maddesine göre, İdari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan iptal davaları idari dava türlerinden biridir.

⁷ GÖZLER Kemal, KAPLAN Gürsel, **İdare Hukuku Dersleri**, Bursa, 2012, s.372.

ise, işlemin yok hükmünde olduğunu ifade etmektedir⁸.

GÖZLER ise, bir idari işlemin mevcut olmaması⁹ veya mevcut olan işlemin ağır ve apaçık sakatlıklarla malul olması durumunda yokluktan bahsedilebileceğini belirtmektedir¹⁰.

ONAR, idari işlemin amaç unsuru dışındaki diğer unsurlarındaki sakatlıkların yokluğu doğurabileceğini¹¹, SARICA, tüm unsurlar bakımından yokluğun söz konusu olabileceğini¹², ERKUT ise, sadece yetki ve konu unsuru bakımından yokluğun mümkün olabileceğini¹³ ifade etmektedir¹⁴.

Danıştay 10. Dairesi' nin 02.02.2005 tarih, 2001/4040 E., 2005/ 181 K. sayılı kararında¹⁵, kurucu öğelerinde derhal fark edilebilir nitelikte ağır ve açık sakatlıkları bulunan işlemler, "yok hükmünde" olan işlemler olarak tanımlanmaktadır:

"...İdare hukukunda kurucu unsurlarında derhal farkedilebilir nitelikte ağır ve açık sakatlıkları bulunan işlemler "yok hükmünde" olan işlemler olarak adlandırılmaktadır.

Yargısal ve bilimsel içtihatlarda, yokluk halinin ancak, işlemin, asli kurucu unsuru olan yetki unsuru yönünden incelenmesinde fonksiyon veya yetki gaspı hallerinin saptanması¹⁶ veya kanunun açıkça yasakladığı bir konuda yapılması halinde mümkün olabileceği kabul edilmektedir. Bu gibi durumlarda, işlemin "varlık koşulları" oluşmamış olduğundan bizzat işlemin yokluğu sonucu doğmakta, işlem hiç doğmamış, var olmamış sayılmaktadır. Bu tür işlemlere karşı açılacak davalarda süre aşımı bulunmamakta ve yargı yeri işlemin yok hükmünde olduğunun tespitine karar vermektedir.

⁸ ERKUT Celal, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Ankara, 1990, s. 150.

⁹ Örneğin bir irade beyanının olmaması hali; Danıştay 7. Dairesi' nin 26.09.2002 tarih, 2002/3190 E., 2002/2962 K. sayılı kararı. www.danistay.gov.tr

¹⁰ Bkz. GÖZLER, KAPLAN, s. 373-377.

¹¹ ONAR, s.334, 335.

¹² SARICA Ragıp, "İdari Tasarrufların Unsurlarıyla Yokluk Halleri Arasındaki İlgisi", **İstanbul Barosu Mecmuası**, İstanbul, Temmuz 1943, s.386.

¹³ ERKUT, s.74,75.

¹⁴ Hukuki yokluğun (yok hükmünde sayma) işlemin tüm unsurları bakımından incelenmesi hakkında bkz. detaylı bilgi için ÇAKIR, H. Melih, **Danıştay Kararları Çerçevesinde Yokluk Teorisi**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2010, s. 20-70; İŞIKLAR Celal, "İdare Hukukunda Yokluk ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Uygulaması", **İl Han Özyay' a Armağan**, İÜHFİM C.LXIX, S.1-2, 2011, s.815-852.

¹⁵ Danıştay 10.Dairesi' nin, 02.02.2005 tarih, 2001/4040 E., 2005/ 181 K. sayılı kararı.

Danıştay İdari Dava Daireleri' nin 04.10.2007 tarih, 2007/265 E., 2007/1819 K. sayılı kararında da, aynı ifadelerle yer verilmiştir. Kararlar için bkz. www.danistay.gov.tr

¹⁶ Doktrinde hakim görüşün ağır ve açık yetki tecavüzü halinde işlemin yok hükmünde olması gerektiği yönünde olduğunun söylenebileceği yönünde, TANDOĞAN, Sabri, "Objektif ve Subjektif Tasarruflarda Yokluk", **İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler I**, Ankara, 1976, s.73 vd.

İdari işlemin unsurlarındaki olağan hukuka aykırılıklar ise, işlemin "geçerlik koşulları"na ilişkin olduğundan, böyle bir durumda, ortada hukuka aykırı ve iptal edilebilir, geçerli bir idari işlem bulunmaktadır. Dava açıldığında yargı yerince bu işlemlerin hukuka uygunluk denetimi yapılarak hukuka aykırılığının saptaması halinde iptaline karar verilmektedir..."

Söz konusu ifadelerle göre, işlemin asli kurucu unsuru yetki unsuru olup, bu unsorda fonksiyon veya yetki gaspı hallerinin bulunması durumunda veya kanunun açıkça yasakladığı bir konuda işlem tesis edilmesi durumunda işlemin yok hükmünde olduğunun kabulü gerekmektedir.

Kanımızca ise, idari işlemin unsurlarında derhal fark edilebilir nitelikte ağır ve açık sakatlıklar bulunması durumunda, işlemin yok hükmünde olduğunu söylemek mümkün olabilecektir.

Nitekim, 10. Daire' nin 20.05.1997 tarih, E.1995/397 E., 1997/1911 K. sayılı kararında¹⁷ ise, aşağıdaki ifadelerle yer verilmiştir:

"...Bazı idari işlemler vardır ki, idare hukukunda "yok hükmünde" olan idari işlemler denilen, sakatlıkları çok ağır olan ve hukuk dünyasında hiç doğmamış kabul edilen "batıl" işlemlerdir. Bu tür "batıl" işlemler, ilgililer hakkında hüküm ifade etmezler, hukuksal durumda değişiklik yaratmazlar, çünkü hiç var olmamış sayılırlar. Bir idari işlem, açıkça yasaya aykırı veya idarenin hiç yapamayacağı işlemlerden ise, yok hükmünde bir idari işlem den söz ediliyor demektir..."

Anılan kararda da ifade edildiği üzere, yok hükmünde olan işlemlerin hukuken var olmadıkları, ilgililer hakkında hüküm doğurmadıkları kabul edilmektedir.

2. Yokluğun Sonuçları

Yukarıda da ifade edildiği üzere, yok hükmünde olan işlemler hukuk aleminde hiç doğmamış kabul edileceklerdir. Ancak, irade beyanın hiç olmaması durumu hariç; işlemin unsurlarında ağır ve apaçık bir sakatlık mevcut olması halinde, bu işlemin yokluğu anlaşılınca dek kişiler üzerinde sonuç doğurması muhtemeldir.

Her ne kadar, idari işlem olarak nitelendirilmeyeceğimiz bu işlemler¹⁸, yoklukları yargı organı tarafından ortaya konulana veya idarece yokluğuna karar

¹⁷ www.danistay.gov.tr

¹⁸ Bir işlemin yoklukla sakat olması durumunda, işlem yok kabul edildiğine göre, doğal olarak bunun idari olarak kabul edilmesi de mümkün olmadığı, bunu bir idari işlem saymaya olanak bulunmadığı hakkında bkz. SARICA Ragıp, "Yoklukla Malül İdari Kararlardan Dolayı İdarenin Mali Mesuliyeti Meselesi", **Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Ayrı Bası, C.XIII, S.3, İstanbul, 1947, s.893.

verilene dek¹⁹ idare tarafından uygulanabilecektir²⁰. Dolayısıyla, idare tarafından yok hükmünde olan işlemin uygulanabilmesi; kişilerin bu tür işlemlerden etkilenebilmesi, bu işlemlerin kişiler üzerinde sonuç doğurabilmesi anlamına gelmektedir.

Anayasa Mahkemesi' nin 19.10.1971 tarih, 1970/40 E., 1971/73 K. sayılı kararında²¹, aşağıdaki ifadeler yer verilmiş ise de, kişilerin bu işlemlere uyma zorunluluğunun mevcudiyetini kabul etmek gerekmektedir:

“...Yokluk halinde tasarruf hiç olmamış sayılır. Oysa batıl olma halinde, yetkili merciin kararma kadar bu tasarruf sadece biçimsel olarak ortadadır. Yokluk, özellikle, yetki gasbında önem kazanmaktadır. Örneğin yargı yetkisini kullanan merci bir yasama tasarrufunda bulunmuşsa, böyle bir işlem yok sayılır ve hiç bir kimsenin, bu tasarrufun koyduğu kurallara uyması veya bu kurallar çerçevesinde hak kazanabilmesi beklenemez²². Yokluk halinde tasarrufun batıl olduğunun saptanması için bir hukuk merciinin aracılığına da ihtiyaç yoktur. Böyle bir tasarruf başlangıçtan beri var olmamıştır, doğmamıştır...”

Zira, bireylerin -yokluğun tespiti konusunda yeterli uzmanlığa sahip bulunmamaları muhakkak olmakla birlikte- işlemin yok hükmünde olduğu kanısıyla hareket etmeleri, bu işlemlere riayet etmemeleri; idarenin işlemi uygulaması veya işlemin yok hükmünde olmaması durumunda onları tehlikeli durumlara düşürebilecek²³, bir takım yaptırım ve cezalara muhatap kılabilirler. Böylelikle

¹⁹ Danıştay 6.Dairesi' nin 24.09.1989 tarih, 1988/1339 E., 1989/118 K. sayılı kararında, bir taşınmaz İstanbul İmar Yönetmeliğinin geçici 1.maddesine göre verilen 11.4.1986 günlü imar durumunu yok sayan belediye işleminin iptali istemiyle açılan davada, Yönetmeliğin anılan maddesine göre yönetmeliğin yürürlüğe girmesinden önce alınmış imar durumları için yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 6 aylık süre için imar durumunun vermiş olduğu haklar saklı tutulduğundan ve davacı imar durumunu yönetmeliğin yürürlüğe girdiği 19.11.1985 tarihinden sonra 11.4.1986 tarihinde almış bulunduğu, davacının yönetmeliğin 1.maddesinden faydalanma olanağının esasen bulunmadığından verilen imar durumunu yok sayan işlemde mevzuata aykırılık bulunmadığı yönündeki ilk derece mahkemesi kararı onanmıştır. Karar için bkz. www.danistay.gov.tr

İdarenin resen yokluk tespiti yapması mümkün olmakla birlikte, çalışmamız yargı düzenini konu aldığından bu konuya ilişkin detaylı inceleme yapılmamaktadır.

²⁰ Yok, hükmünde olan işlemlerin de uygulanma olasılığı olduğu hakkında GÜNDAY, s.165.

İdarenin açık hata halinde yoklukla malul olan işlemlerini her zaman geri alabileceği ifade edilmekle beraber (Bkz. YILDIRIM Turan, İdari İşlemlerin İptali ve Geri Alınması, **Yıldızhan Yay-la' ya Armağan**, İstanbul, 2003, s. 582), Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu' nun 14.04.2011 tarih, 2007/1957 E., 2011/241 K. sayılı kararında, kanunsuz terfi işleminin memur lehine hak doğurmayacağı aşikar olmakla birlikte, bu işlemin her zaman geri alınabileceğini kabul etmenin idari istikrar ilkesiyle bağdaşmayacağına hükmedilmiştir. Karar için bkz. **Danıştay Dergisi**, Y. 41, S.128, 2011, s.29-32.

²¹ www.anayasa.gov.tr

²² Aksi yöndeki durum için bkz. dn.20' deki Danıştay kararı.

²³ ERKUT, s. 85, ÇAKIR, s. 91.

le, kişiler açtıkları dava sonuçlanıncaya dek²⁴ işlemlerden etkilenebilecek, bu işlemler kişiler üzerinde sonuç doğurabilecektir²⁵.

3. Yokluğun Adli Yargıda Tespiti

SARICA²⁶, yokluk halinde ortada idari bir tasarruf mevcut olmaması nedeniyle, OĞURLU²⁷, yokluğun tespitinden sonraki ilgili davaların yine adli yargıda görülecek olması ve usul ekonomisi sağlanmasının gerekliliği nedeniyle uyuşmazlığın çözüm yerinin adli yargı olması gerektiğini ifade etmektedirler.

Uygulamada ise, adli yargı idari işlemin yokluğunu doğrudan doğruya tespit etmemekte, açılmış bir davanın içerisinde bu değerlendirmeyi yapmaktadır. Örneğin, Yargıtay 20.Hukuk Dairesi vermiş olduğu bir kararında²⁸, önüne gelen davayı, ilgili Kanunda maki tefrik komisyonları kurulacağına ilişkin bir hüküm mevcut olmadığı, bu komisyonların kuruluşunun, yaptığı işlemlerin ve aldığı kararların yasal dayanaktan yoksun olup, yok hükmünde olduğuna karar vererek incelemiştir.

Ancak, aynı konuda maki komisyonlarının ve kararlarının hukuka uygun oldukları yönünde Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca karar tesis edilmesi akabinde²⁹, bu konuda içtihat ayrılığının çözülmesi için başvuru üzerine toplanan İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, aşağıdaki ifadelerle yer vermiştir³⁰:

“ ... İdare tarafından prosedürüne uygun olarak yürürlüğe konulan bir yönetmeliğin, adli yargı tarafından yürürlükten kaldırılması, yürürlüğünün durdurulması, iptal edilmesi veya yok sayılması mümkün değildir. Yönetmeliğin yürürlükten kaldırılması veya değiştirilmesi idareye, iptali ise idari yargıya aittir...

...Öğretide bazı hukukçular yönetmeliklerin kanuna aykırı olmasının adli

²⁴ İşlemlerin uygulanmasından kişilerin kurtulabilmesinin, dava açmaya bağlı olduğu hakkında GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, TAN Turgut, “İdare Hukuku”, Cilt II, Ankara, 2006, s.335.

²⁵Nitekim, Danıştay İdari Dava Daireleri’ nin 04.10.2007 tarih, 2007/265 E., 2007/1819 K. sayılı kararında da, işlemin yok hükmünde olduğunun ancak ilgilisi tarafından açılacak davada yargı yerince tespit edileceği ifade edilmiştir. www.danistay.gov.tr

²⁶ SARICA, s.1214.

²⁷ OĞURLU, Yücel, “İdare Hukukunda Fiili Yol ve Yargısal Denetimi”, **Kamu Hukuku Arşivi**, Y.6, Mart 2003, s.70, 71.

²⁸ Söz konusu karar metnine ulaşılammış olup, bu karar Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu’ nun 22.03.1996 tarih, 1993/5 E., 1996/1 K. sayılı kararına konu edilmiştir. www.kazanci.com; Anılan kararın ve İçtihadı Birleştirme Kararının bir değerlendirmesi için bkz. AYANOĞLU Sedat, YILDIRIM Turan, “Funda ve Makilik Alanlar Hakkında Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının Değerlendirilmesi”, **İ.Ü. Orman Fakültesi Dergisi**, İstanbul, Seri:B, C.43, S.3-4, İstanbul, s.1-26.

²⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’ nun 18.11.1992 tarih, 1992/1-553 E., 1992/659 K. sayılı kararı, www.kazanci.com

³⁰ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu’ nun 22.03.1996 tarih, 1993/5 E., 1996/1 K. sayılı kararı, www.kazanci.com

yargıda incelenemeyeceği, bu gibi hallerde ilgili tarafa idari yargıya başvurarak yönetmeliğin iptalini sağlamak üzere önel verilmesi ve bunun bekletici sorun yapılması gerektiği konusunda görüş bildirmektedirler. Gerek Anayasa'da ve gerekse kanunlarımızda yönetmelikle kanunun çatışması halinde bunun bekletici sorun sayılması gerektiği hususunda bir hüküm bulunmamaktadır. Ayrıca, adli yargı içinde ceza ve hukuk ayırımı yapılarak sonuca varılması da isabetli değildir. Yorum yaparken yargı yolunu bir bütün olarak kabul zorunludur. Yargıtay'ın süregelen uygulamalarında ayırım yapılmaksızın yönetmeliğin kanuna aykırı olması halinde, kanuna değer verilerek uyumsuzlukların çözümlenmesi ilkesi benimsenmiştir. Yönetmeliğin kanuna bağımlı olması açıklanan şekilde yorum ve uygulama yapılmasını gerektirmektedir... ”.

Böylelikle, Genel Kurul bu kararda, Kanuna aykırı Yönetmelik hükümlerini ihmal ederek³¹, hüküm tesis etmiş olmakla aslında Yönetmeliğin bir anlamda yokluğuna karar vermiştir. Hukuk alanında var olmayan bir düzenlemeye dayanılarak karar verilmesinin hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayacağı, bu nedenle adli yargı hakiminin de önüne gelen davada bu meseleyi inceleyebilmesi gerekliliği ifade edilmek suretiyle³², düzenlemenin yok sayılarak hüküm tesis bir anlamda yokluğun tespiti anlamına gelmektedir.

Diğer bir ifadeyle, adli yargı doğrudan doğruya idare tarafından tesis edilen işlemin yokluğunu saptamamakta; önüne gelen uyumsuzluklarda dava konusunun ilgili olması durumunda işlemin mevcudiyetini veya yokluğunu tespit ettiği görülmektedir³³. Ancak, bu tür bir tespit yapmak ve yukarıda bahsedilen İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu kararındaki gibi işlemi ihmal ederek hüküm tesis etmek de sonuçta adli yargının yokluğun tespiti konusunda kendisini görevli gördüğünü ortaya koymaktadır.

Söz konusu kararın yargı yerlerini bağlayıcı olduğu göz önünde bulundurulursa³⁴, bu tür durumlarda adli yargı işlemin yok olup olmadığı hakkında karar tesis edebileceği ifade edilebilecektir.

4. Yokluğun İdari Yargıda Tespiti

Adli yargının yokluğun tespitinde görevli yargı düzeni olduğunu belirten

³¹ Adli yargıca, bireylerin hak ve özgürlüklerini koruyacaksa yönetmeliği ihmal etme yetkisi tanınması gerektiği hakkında bkz. AYANOĞLU, YILDIRIM, s.122,123.

³² ÇAKIR, s.96.

³³ ÇAKIR, s.97.

³⁴ Yargıtay Kanunu' nun 45. Maddesinde aşağıdaki ifadelerle yer verilmiştir:

“...İçtihadı birleştirme kararları benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar. İçtihadı birleştirme kararlarının niteliğini açıkça belirten özeti, kararın verilmesini izleyen en kısa zamanda Adalet Bakanlığına bildirilir. Adalet Bakanlığı bütün adliye mahkemelerine ve Cumhuriyet savcılıklarına bu kararları gecikmeksizin duyurur. İçtihadı Birleştirme Kurulları, genel kurulların veya dairelerin kararlarındaki gerekçe ve görüşlerle bağlı olmaksızın sorunu başka bir görüşle karara bağlayabilirler”.

görüşlerin yanı sıra, yok hükmünde olsa dahi söz konusu işlemin, idare tarafından tesis edilmesi nedeniyle, yok hükmünde olup olmadığının veya iptal edilebilir özellik taşıyıp taşımadığının kararının idari yargı organlarınca verilmesi gerekliliği de ifade edilmektedir³⁵.

Aynı yöndeki başka bir görüşe göre, İdare Hukukuna ve idarenin işleyişine yabancı olan adli yargı hakiminin, işlemin yok hükmünde olduğunu tespit etmeye görevli olduğunu kabul etmek, uzmanlaşmaya aykırı olacağı gibi, Anayasa’da somutlaşmış adli ve idari yargı ayırımına da ters düşecektir³⁶.

Nitekim, adli yargının önüne gelen bu tür meselelerde, idarenin işlemlerinin kanunlara ve üst normlara aykırılığın ileri sürülmesi durumunda, bu durumun bekletici mesele yapılması gerekliliğini ileri süren görüş de yokluğun tespitinin ancak idari yargı organlarınca yapılacağını savunmaktadır. Bu görüşe göre, adli yargının önüne gelen uyuşmazlıkta idare tarafından tesis edilen işlemin yokluğunu incelememesi, bu hususun araştırılması için idari yargıya başvurulması gerekmektedir. Ancak, bu görüşte, adli yargı hakiminin idari yargıya başvurabilme yetkisi davacı tarafından bu yönde bir talep olmasına bağlı olup, idari yargı yerinin vereceği kararın salt adli yargının önüne gelen dava için etki doğurması kabul edilmektedir³⁷. Kısaca, bu görüşe göre adli yargının önündeki bir uyuşmazlıkta bir idari işlemin yokluğu tartışılmakta ise, yokluk konusunda idari yargı tarafından tesis edilen karar akabinde, adli yargının önüne gelen davada hüküm tesis edilmesi gerekmektedir.

Ancak, idari yargıdaki dava türleri düşünüldüğünde³⁸, tespit davası şekline bir dava türü olmadığından, yokluğun tespiti konulu bir dava da açılmamaktadır³⁹. Fakat, tespit davalarının bir eda davasının öncüsü olma özelliğini taşıdığı

³⁵ ERKUT, s.89, 90.

Kaldı ki, Danıştay 10.Dairesi’ nin, 02.02.2005 tarih, 2001/4040 E., 2005/ 181 K. sayılı kararında ve Danıştay 7. Dairesi’ nin 12.05.2011 tarih, 2009/5247 E., 2011/1460 K. sayılı kararında; ilk derece mahkemesi tarafından yok hükmünde olduğu belirtilen işlemin, yok hükmünde sayılmayacağı, hukuka uygunluk denetiminin yapılması gerekliliği ifade edilmiştir. Bu durum idari yargının dahi yokluğun mevcut olup olmadığı hususunda farklı görüşler geliştirebileceğini göstermektedir. Karar için bkz. kazanci.com

³⁶ ÇAKIR, s.98.

³⁷ DURAN, Lütfi, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, 1982, s.470, 471. DURAN, ancak, bu hususun davacı tarafından ileri sürülmesi ve ancak idari yargı organınca verilecek kararın salt adli yargının önüne gelen dava için etki doğurması gerekliliğinden bahsetmektedir. DURAN, s.471.

³⁸ İdari Yargılama Usulü Kanununun 2. maddesinde, idari işlemlerin unsurlarından birinin sakat olması halinde iptal davası açılacağı, idari eylem ve işlemlerden dolayı hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından tam yargı davası açılacağı ifade edilmiştir. Bu davalar dışında tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalarda da idari yargı çözüm yeri olarak gösterilmiş, 2. Maddede idari yargıda açılacak başkaca bir dava türü öngörülmemiştir.

³⁹ İdari yargıda “tespit davası” niteliğinde bir dava türü bulunmadığı gerekçesiyle davanın esasının

göz önünde bulundurulursa, yokluğun tespiti isteminin bu özelliği taşımadığı, iptal edilmeyen bir işlemin ortadan kaldırılması amacıyla yargı önüne getirildiği bu nedenle, tespit davası olarak nitelendirilmemesi gerekliliği ifade edilmektedir⁴⁰.

Diğer bir yandan, yokluk halinde, idari işlem hiç doğmadığı ve var olan işlem de idari işlem olarak kabul edilemeyeceği için bu işlemlerin iptal davasının da konusunu oluşturamayacağı ifade edilmektedir⁴¹. Kaldı ki, idari yargının yok hükmünde olan bir işlemin yokluğunun tespiti amacıyla iptaline karar vermesi de aslında işlemin mevcudiyetinin kabulü olacaktır. Bu tür durumlarda işlemin sadece, geriye yönelik olarak ortadan kalkması sağlanacak ancak bu halde de idari istikrar ilkesinin ihlali gündeme gelebilecektir⁴².

Her ne kadar, yokluğun tespiti için ayrı dava açılmamakta veya yokluğun tespiti iptal davasına konu edilmemekte ise de, Danıştay 10. Dairesi' nin yukarıda bahsi geçen kararında⁴³, aşağıdaki ifadelere yer verilmek suretiyle, yokluğun tespiti için iptal davası açma zarureti hasıl olmasa dahi, bu tespitin iptal davası formatında görülmesi gerekliliği⁴⁴ zikredilmiştir:

"...Bazı idari işlemler vardır ki, idare hukukunda "yok hükmünde" olan idari işlemler denilen, sakatlıkları çok ağır olan ve hukuk dünyasında hiç doğmamış kabul edilen "batıl" işlemlerdir. Bu tür "batıl" işlemler, ilgililer hakkında hüküm ifade etmezler, hukuksal durumda değişiklik yaratmazlar, çünkü hiç var olmamış sayılırlar. Bir idari işlem, açıkça yasaya aykırı veya idarenin hiç ya-

incelenmediğini gösteren, Danıştay 13.Dairesi'nin, 16.03.2005 tarih, 2005/208 E., 2005/1561 K. sayılı kararı, Danıştay 8. Dairesi' nin 16.03.2004 tarih, 2003/5495 E., 2004/1314 K. sayılı kararı, Danıştay 9. Dairesi' nin 17.01.2008 tarih, 2006/2450 E., 2008/235 K. sayılı kararı, Danıştay 5. Dairesi' nin 03.02.1988 tarih, 1987/2333 E., 1988/408 K. sayılı kararları, www.kazanci.com İdari yargıda tespit davası türü olmadığı hakkında Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü' nün 07.07.2008 tarih, 2007/304 E., 2008/184 K.; 06.07.2009 tarih, 2008/191 E., 2009/169 K.; 11.12.2006 tarih, 2006/200 E., 2006/225 K. sayılı kararları, www.kazanci.com Ancak, idari davayla açılmayan müstakil tespit davasının görülüp görülmeyeceği hususunun idari yargının takdirine ait olduğu yönündeki Uyuşmazlık Mahkemesi kararı için bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi, 21.10.1985 tarih, 1985/14 E., 1985/26 K., R.G.17.3.1986/19050, s.23 vd.

⁴⁰ Danıştay 10.Dairesi' nin, 20.05.1997 tarih, E.1995/397 E., 1997/1911 K. sayılı kararı, www.danistay.gov.tr

⁴¹ ERKUT, s.89; ÖZGEN, s.284; SARICA, s.1202, dn.15; ONAR, C.1, s.329; GÜNDAY, s.151; IŞIKLAR, s.806.

⁴² Yok hükmünde olan işlemler her zaman geri alınabilecek olmakla birlikte, bazen yoklukla hükümsüz olan işlemlerin ilgililerin hak sahibi olmasını sağlaması muhtemeldir. Nitekim, dn.20' de de belirtilen Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu' nun 14.04.2011 tarih, 2007/1957 E., 2011/241 K. sayılı kararında, kanunsuz terfi işleminin memur lehine hak doğurmayacağı aşkar olmakla birlikte, bu işlemin her zaman geri alınabileceğini kabul etmenin idari istikrar ilkesiyle bağdaşmayacağına hükmedilmiştir. Karar için bkz. **Danıştay Dergisi**, Y. 41, S.128, 2011, s.29-32.

⁴³ Danıştay 10.Dairesi' nin, 20.05.1997 tarih, E.1995/397 E., 1997/1911 K. sayılı kararı, www.danistay.gov.tr

⁴⁴ Bu gereklilik IŞIKLAR tarafından da zikredilmiştir. IŞIKLAR' ın bu görüşü ve örnek gösterdiği Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kararları için bkz. IŞIKLAR, s.859.

pamayacağı işlemlerden ise, yok hükmünde bir idari işlem den söz ediliyor demektir. Yok hükmünde olan bir idari işlemin iptali için idari yargıda dava açmaya esasen gerek bulunmamaktadır. Fakat, idarenin işlemini yok hükmünde saymayıp yürütmeye devam etmesi, ilgiyi bu işlemin iptali için dava açmaya zorunlu bırakabilir. Bu gibi durumlarda, idari yargı yerinin, dava konusu işlemin yok hükmünde olduğunu saptayıp uyumsuzluğu çözmesi, idarenin her türlü eylem ve işleminin yargısal denetime bağlı tutulmasını gerektiren "Hukuk Devleti" ilkesine de uygun düşecektir.

Uygulamada tesbit davaları, bir olayın veya bir hukuksal ilişkinin var olup olmadığının belirlenmesi amacıyla açılan ve eda davasının öncüsü niteliğindedir. Bakılan dava, soyut bir olayın yargı kararıyla belirlenmesi isteminden çok, açıkça hukuka aykırı olan bir işlemin, mutlak butlanla batıl olması nedeniyle yok hükmünde olduğunun tesbiti istenilmiş olması nedeniyle iptal davası formunda görülmesi gereken bir davadır..."

Nitekim, Danıştay'ın iptal davası formatında gördüğü ve yokluk tespiti yaptığı uyumsuzluklarda, iptal kararının işlemin yok hükmünde olduğunun açıkça belirtilmesi gerekliliği ifade edilmiştir. Örneğin, Danıştay 6. Dairesi'nin bir kararında da⁴⁵, Anayasa'ya açıkça aykırı şekilde olan kamulaştırmanın yok hükmünde sayılmasına ilişkin ilk derece mahkemesi onanmış; diğer bir kararında da dava konusu işlemin yok hükmünde olduğu belirtilmeden tesis edilen ilk derece mahkemesinin iptal kararı bozulmuştur⁴⁶.

Danıştay İdari Dava Daireleri'nin 11.04.2008 tarih, 2005/2493 E., 2008/1095 K. sayılı kararı⁴⁷ ve Danıştay 8. Dairesi'nin 07.02.2005 tarih, 2004/2625 E., 2005/452 K. sayılı kararında⁴⁸ işlemin yok hükmünde sayılarak iptal edilmesinin hukuka uygun olduğuna karar verilmiştir.

Diğer bir yandan, Danıştay'ın idari davaya konu edilebilecek bir idari işlem olmaması gerekçesiyle yokluk tespiti de yaptığı görülmektedir:

Danıştay 6. Dairesi'nin yok hükmünde olan bir başvuru üzerine davalı idarece tesis edilen işlemin idari davaya konu edilebilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu bir idari işlem niteliğinde olmadığı⁴⁹ yönünde hüküm tesis etmiştir.

⁴⁵ Danıştay 6. Dairesi'nin 17.01.1989 tarih, 1988/1400 E., 1989/42 K. sayılı kararı,

www.danistay.gov.tr

İşlemi yok hükmünde sayan ilk derece mahkemesinin kararının onanmasına ilişkin olarak bkz. Danıştay 6. Dairesi'nin 12.11.1992 tarih, 1992/683 E., 1992/4238 K. ; 15.02.1993 tarih, 1992/2315 E., 1993/461 K. sayılı kararları, www.danistay.gov.tr

⁴⁶ Danıştay 6. Dairesi'nin 23.12.2002 tarih, 2001/6417 E., 2002/6314 K. sayılı kararı,

www.danistay.gov.tr

⁴⁷ www.kazanci.com

⁴⁸ www.kazanci.com

⁴⁹ Danıştay 6. Dairesi'nin 03.05.1993 tarih, 1992/2732 E., 1993/1744 K. sayılı kararı,

www.danistay.gov.tr

Danıştay 3. Dairesi' nin 27.05.1999 tarih, 1998/3766 E., 1999/2187 K. sayılı kararında⁵⁰, Uzlaşma Komisyonunun kararının yok hükmünde bulunduğu, hukuki sonuçlar doğuramayacağına, bu nedenle, idari dava konusu da olamayacağına karar verilmesi gerekirken sözü edilen kararın hukuki sonuçlar doğurabilecek ve idari davaya konu olabilecek bir idari işlem olarak kabul edilmesi suretiyle inceleme yapılmış olmasında hukuka uyarlık görülmemiştir.

Danıştay 7. Dairesi' nin diğer bir kararında da⁵¹, vergi dairesince tarh, tahakkuk ve tahsili gereken damga vergisiyle ilgili olarak bu konuda yetkisi olmayan davalı idarece tesis edilen işlemin, yürütülmesi gerekli nitelikte olmayan bir işlem olduğu ifade edilerek, idari davaya konu edilemeyeceği, davanın incelenmeksizin reddedilmesi gerekliliği hükmüne varılmıştır.

Danıştay' ın anılan kararlarında, yok hükmünde olan bir işlemin incelenmemesi gerekliliği diğer bir ifadeyle idari davaya konu edilmeyeceği belirtilerek yokluğu tespit ve beyan edilmiştir.⁵²

Danıştay 8. Dairesi' nin açık ve ağır yetki gaspı olan ve yoklukla malul bulunan bir idari işlemin iptalinin istenilmesine gerek bulunmadığı, anılan işlemin yok hükmünde sayılmasında hukuka aykırılık görülmediği⁵³, yönündeki gerekçeyle de yokluğu tespit ettiği görülmektedir.

Ayrıca doğrudan yokluğun tespitinin istenmediği, idari yargının da önüne gelen uyuşmazlıkta, uyuşmazlığın dayanağı işlemin yokluğunu tespit ettiği de görülmektedir. Örneğin Danıştay' ın yok hükmündeki işleme dayanılarak tesis edilen işlemi iptal eden kararlarında, dayanak işlemin yokluğuna karar verilmiştir.⁵⁴

Öte yandan, aksi yönde yani yoklukla hükümsüz olan işlemlerin idari yargı denetimine tabi olmayacağını belirten Danıştay kararları da mevcuttur:

Danıştay 7. Dairesi' nin 03.10.2002 tarih, 2001/337 E., 2002/3092 K. sayılı kararında⁵⁵ aşağıdaki ifadelere yer verilmiştir:

“... daha önce yürürlüğe konulan üst hukuk normunun belirlediği sınırları

⁵⁰ www.kazanci.com

⁵¹ Danıştay 7. Dairesi' nin 04.11.2008 tarih, 2006/228 E., 2008/4347 K. sayılı kararı,

www.danistay.gov.tr

⁵² Bu durum da yokluğun, idari yargı yerlerince resen dikkate alınacağı sonucunu doğurmaktadır olduğu hakkında, ÇAKIR, s.118.

⁵³ Danıştay 8. Dairesi' nin 14.11.2001 tarih, 2001/2054 E., 2001/5012 K. sayılı kararı,

www.danistay.gov.tr

Aynı yönde aynı Daire' nin 07.07.2006 tarih, 2006/970 E., 2006/2893 K. sayılı kararı,

www.kazanci.com

⁵⁴ Danıştay 5. Dairesi' nin 30.05.1983 tarih, 1980/4102 E., 1983/4293 K. sayılı kararı, Danıştay 7.

Dairesi' nin 08.11.2007 tarih, 2007/695 E., 2007/4612 K. sayılı kararı, www.danistay.gov.tr

⁵⁵ www.kazanci.com

aşan idari tasarruflar, yok hükmünde olmaları nedeniyle, Hukuk Düzeninde herhangi bir değişiklik oluşturamayacaklarından, idare edilenler yönünden bağlayıcı, dolayısıyla da düzenleyici değildirler. İdarenin bu nitelikteki bir işleminin idari yargı denetimine tabi tutulması, bu denetimin varlık nedenine uygun düşmez...”

Söz konusu kararda açıkça ifade edilmemişse de, idari tasarrufun idarilik niteliğini kaybettiği, bu nedenle, haksız fiil kapsamında değerlendirilerek adli yargının denetimine tabi olması gerekliliği ortaya konmaktadır. Ancak, kanımızca üst hukuk normunun belirlediği sınırları aşan tasarrufun herhangi bir değişiklik oluşturmayacakları, kişileri bağlamayacakları yönündeki ifadeler pek yerinde görülmemektedir. Zira, önceden de ifade edildiği üzere, idare bu tür düzenlemeleri hukuka aykırılığı veya yokluğu tespit edilinceye kadar kişiler üzerinde uygulayabilecektir.

5. Yokluğun Tespitinin Hangi Yargı Düzeni Tarafından Yapılacağı Hususunda Çözüm Önerisi

Adli ve idari yargı kararlarına bakıldığında; idari yargının önüne gelen uyuşmazlıkta uyuşmazlık konusuna veya dayanağına ilişkin olarak yokluk tespiti yaptığı, adli yargının da önüne gelen uyuşmazlıkta uyuşmazlık konusunun dayanağı olan idarenin işleminin yokluğunu tespit ettiği görülmektedir. Ancak, bu durumda söz konusu idari işlemin yokluğu veya hukuka uygunluğu konusunda farklı yargı düzenlerinin farklı kararları mevcut olabilecek, bu durum hüküm uyuşmazlığına neden olabilecektir.

Nitekim, bu konuda ilginç bir örnek, Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü'nün 01.10.2012 tarih, 2011/224 E., 2012/190 K. sayılı kararı⁵⁶ olup, bu kararda, idari işlemin hukuka uygunluğu yönündeki idare mahkemesi kararıyla, aynı idari işlemin yok olduğu yönündeki gerekçeyle bu işleme dayanılarak tesis edilen işlemin haksız fiil olduğu yönündeki asliye hukuk mahkemesi kararı arasındaki hüküm uyuşmazlığı incelenmiştir:

2002 tarihli Kadastro Mahkemesi kararı uyarınca, kadastro komisyonu tarafından dava konusu taşınmaz aleyhine yapılan orman tahdidi kaldırılmış ve taşınmazın orman vasfı taşımadığı tespit edilerek, gerçek kişi davacılar lehine tapuya tescili sağlanmıştır. Akabinde bu davacıardan bir anonim şirket söz konusu taşınmazı satın almış, burası için turizm işletme yatırımlarına başlamış, bu sırada Çevre ve Orman Bakanlığı tarafından taşınmazın bir kısmı özel orman rejimi altına alınmıştır. Şirket tarafından bu işleme karşı açılan davada, İdare Mahkemesi, idare tarafından tesis edilen işlemin hukuka uygun olduğuna karar verirken, tapudaki kaydın düzeltilmesi istemli davada, Asliye Hukuk Mahkemesi, kesinleşen Kadastro Mahkemesi kararına rağmen tesis edilen işlemin mülki-

⁵⁶ R.G. 16.11.2012, S. 28469.

yet hakkına müdahale niteliği taşıyan haksız fiil niteliğinde olduğu yönündeki gerekçelerle, el atmanın önlenmesiyle özel orman kararının iptali ve tapudaki şerhin kaldırılmasına karar vermiştir.

Uyuşmazlık Mahkemesi, önüne gelen bu uyuşmazlıkta kesin hüküm niteliğindeki yargısal kararlara rağmen aynı davanın tekrar yargı önüne getirilmesine ve özel mülkiyetin yersiz tahdidine neden olan İdare Mahkemesi kararının kaldırılmasına karar vermiştir.

Oysa ki, söz konusu kararın karşı oyunda da belirtildiği üzere, hüküm uyuşmazlığının temelinde, Bakanlık işleminin hukuki geçerliliği konusunda hangi yargı organının söz sahibi olduğu sorunu yatmaktadır. Nitekim, karşı oyda, dava konusu Bakanlık işleminin idari usul kurallarına dayanılarak tesis edilmesi nedeniyle bu işlemin yok hükmünde olup olmadığına karar verecek yargı düzeninin idari yargı olduğu ifade edilmiştir. Temel sorunun yokluğun mevcut olup olmadığı ve bu tespiti hangi yargı düzeninin yapması gerektiği olduğunu ileri süren, Danıştay Başsavcısının görüşünde de, adli yargının verdiği kararın dayanağının özel orman rejim altına alma kararının yokluğu olduğu ancak, bu yokluk kararının da idari yargı organları tarafından verilmesi gerekliliği ifade edilmiştir. Başsavcıya göre, tesis edilen işlemin hukuki geçerliliği konusunda aslında iki ayrı yargı düzeninin farklı kararları vardır ki, kanımızca da, - Başsavcının belirttiği gibi- hüküm uyuşmazlığının giderilmesi de bu sorunun çözümüne bağlıdır. Zira, söz konusu uyuşmazlıkta mülkiyet hakkına müdahaleden ziyade, Bakanlığın işleminin hukuken geçerli olup olmadığı, diğer bir ifadeyle yok hükmünde olup olmadığı hususunun tartışılması gerekmektedir. Bu konuda tespiti yapmaya, hüküm vermeye görevli yargı düzeninin kararı ise yapılan işlem ve eylemlerin hukuka uygun olup olmadıklarını ortaya koyacaktır.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı da görüşünde, benzer şekilde, işlemin yetki ve şekil bakımından sakatlığından, dolayısıyla hukuki anlamda yok hükmünde olduğundan söz edilebileceği ancak, maddi açıdan tapu siciline şerh düşülmesi suretiyle işlemin sonuç doğurucu olduğu, dolayısıyla haksız fiil niteliği taşıdığı; haksız fiil sonucu mülkiyet hakkının sınırlandırılmasına ilişkin davaların da adli yargı yerinde görülmesi gerektiğinden bahsetmiş, bu hususa gerekçe olarak da yargı kararını değiştirir nitelikte olan işlemin yok sayılması gerekliliğini belirtmiştir.

Söz konusu Uyuşmazlık Kararı, idari yargıda dava konusu edilen bir idari işlemi, adli yargının önüne gelen uyuşmazlıkta, uyuşmazlık konusunun dayanağı olması nedeniyle incelemesi durumunda; her iki yargı düzenince farklı karar tesis edilebileceğini göstermektedir. Zira, bu uyuşmazlıkta aynı idari işlem idari yargı tarafından hukuka uygun bulunmakta iken, bu işlem gereği tesis edilen işlemlerin dava konusu edildiği adli yargıda, adli yargı hakimi tarafından idari işlemin yokluğuna karar verilerek, akabinde tesis edilen işlemlerin haksız fiil olduğuna karar verilmektedir.

İdari işlemin hem hukuka uygun olduğunu belirten bir yargı kararı hem de yok hükmünde olduğunu belirten bir yargı kararı mevcut olup, söz konusu hüküm uyuşmazlığını ortadan kaldırmak Uyuşmazlık Mahkemesinin görev alanında⁵⁷ ise de, ideal olan bu tür bir uyuşmazlığın hiç yaşanmamasıdır. Bu nedenle, idare tarafından tesis edilen işlemin yokluğunun tek bir yargı düzenince tespiti sağlanmalıdır.

Her ne kadar İdari Yargılama Usulü Kanunu yokluğun tespiti davasına izin vermemekte ise de, kanımızca adli yargının bu uyuşmazlığı çözüme yetkisi bulunmamaktadır. Zira, her ne kadar ağır sakatlıklar içerse de idare tarafından tesis edilen işlemler sonuçta idari usul ve kurallara göre tesis edildiklerinden bu konuda uzmanlık sahibi olan idari yargı yerlerince bu tür işlemlerin incelenmesi daha makul bir çözüm olacaktır. Nitekim, bir işlemin yok hükmünde olacak kadar ağır sakatlık ihtiva edip etmediğine ya da bu sakatlığın sadece iptal sonucunu doğurup doğurmayacağına ancak bu konuda uzmanlık sahibi olanlar karar vermelidir.

Ancak, bu durumda ortaya çıkacak sorun da yokluğun tespiti yönünde bir dava türünün idari yargıda mevcut olmaması halidir. Bu tür bir durumda ise, doktrinde belirtilen doğrultuda, iptal davası açılması gerekmektedir. Açılan bu iptal davasında, mahkemenin yok hükmünde olan işlemi iptal etmek ya da bu işleme karşı açılmış olan davanın incelenmeksizin reddine karar vermek yerine, esasa girerek, işlemin yok hükmünde olduğunu tespit etmesi yahut yok hükmünde olmasından dolayı karar verilmesine yer olmadığı yönünde hüküm kurması yolunu tercih etmesi gerekmektedir⁵⁸.

Adli yargının önüne gelen davada ise, uyuşmazlığın temel sorunu, idare tarafından tesis edilen işlemin yok hükmünde olup olmaması ise, bu durumda adli yargının varsa işleme ilişkin açılmış idari davayı bekletici mesele yapması sağlanmalıdır. Şayet, adli yargının önüne gelen uyuşmazlıkta dava konusu olaya ilişkin idarenin işlemi, idari davaya konu edilmemişse, adli yargı, bu işleme karşı açılacak idari davayı önündeki davada bekletici mesele yapmalıdır⁵⁹.

Bu çözüm önerisinde, DURAN' ın belirttiği yönde⁶⁰, adli yargı organın davacı tarafından ileri sürülen bu iddiayı idari yargı organına iletmesi ve idari yargıca tesis edilecek kararı bekletici mesele yapması gerekmektedir. Yani, bu durumda davacılar dava ikame etme yükümlülüğü öngörülmemekte, sadece idarenin işleminin yok hükmünde olduğunu ifade etme zorunluluğu yüklenmektedir.

⁵⁷ 2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanun' un 24. Maddesi

⁵⁸ ERKUT, s.91; SARICA, s.1223; ATAY Ender Ethem, **İdare Hukuku**, Ankara, 2006, s.413.

⁵⁹ Her iki durumda da, adli yargı önüne gelen uyuşmazlığın çözümünde temel sorun olan idari işlemin mevcudiyetini, hukuka uygunluğunu, aykırılığını kendi araştırmamakta, meseleyi incelemek üzere idari yargıya taşımaktadır. Tesis edilen idari yargı kararı uyarınca önüne gelen davadaki uyuşmazlığı çözümlenmektedir.

⁶⁰ DURAN, s.470, 471.

Diğer bir yandan, aynı yetkinin salt davacı talebine tabi tutulmasına da gerek bulunmamaktadır. Başka bir ifadeyle, adli yargı hakimi işlemin yokluğu yönünde bir kanaat oluşturması durumunda davayı geri bırakarak, meseleyi idari yargıya taşıması hususunda takdir yetkisine sahip olmasında da herhangi bir sakınca bulunmamaktadır.

Ancak, bu çözümün uygulanabilmesi; kanunkoyucunun bu duruma izin veren bir düzenleme yapmasına bağlıdır. Yokluğun tespiti veya daha genel ifadeyle dava konusu uyuşmazlığın dayanağını teşkil eden idarenin işleminin hukuki geçerliliği konusunda idari yargıya yönlendirme yapılmasını sağlayacak bir düzenlemeye yer verilmesi, kanımızca yerinde olacaktır.

Söz konusu düzenleme aslında önceden kanunlarımızda mevcut olan⁶¹ yorum davasının⁶² tekrar yasal dayanağa sahip olmasını sağlayacaktır⁶³. Ancak bu düzenleme kanımızca, hem 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda hem de 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda öngörülmelidir. Her ne kadar 6100 sayılı Kanunun 165. Maddesinde, yargı merciine başvurunun bekletici sorun (mesele) olabileceği ifade edilmekte ise de⁶⁴; adli yargı hakiminin resen meseleyi idari yargıya taşıması başvurusu, bu yetkinin 6100 sayılı Kanunda öngörülmesine, idari yargının adli yargının bu kararıyla bağlı olması⁶⁵ ancak bu

⁶¹ Yorum davasının Türk İdare Hukukundaki tarihçesi için bkz. ODER Burak, AYANOĞLU Taner, "Yorum ve Tespit Davaları", **İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü**, Ankara 11-12 Mayıs 2001, s. 107-113.

⁶² Adalet mahkemesinde görülen bir davada, davayla ilgili bir idari işlemin bulunması, bu işlemin anlamı ve yorumu konusunda bir uyuşmazlığın çıkması durumunda mahkeme tarafından meselelerin halli için idare mahkemesinde açılan davanın yorum davası olduğu hakkında, ONAR, Siddik Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.3**, İstanbul, 1960, s.1807.

İdari işlemin yorumlanmasının asıl uyuşmazlığın çözümü için bir ön sorun olması durumunda yorum davası açılmasına ihtiyaç duyulmaktadır. ODER, AYANOĞLU, s. 105.

Adliye mahkemesinin bakmakta olduğu davada görevi dışında bir iddiayla karşılaşması ve bu iddianın idari yargının görevi içinde bulunması, bu iddia hakkında karar verilmedikçe esas davanın karara bağlanmasının mümkün olmaması durumunda mahkeme idari yargı merciinde dava açılmasına karar verir, açılan bu davalara da yorum davası denilmektedir. Bkz. GÖKALP Ali Sıtkı, "Yorum (Tefsir) Davaları, **Yüzyıl Boyunca Danıştay**, Ankara, 1968, s.597.

⁶³ Yorum davasında da, adli yargı hakimi idari yargı tarafından tesis edilecek kararı beklemek ve uygulamak durumundadır. ESİN Yüksel, **Danıştay' da Açılacak Tazminat Davaları, Birinci Kitap: Usul**, Ankara, 1976, s.9.

⁶⁴ Maddenin konuya ilişkin 2. Fıkrasında aşağıdaki ifadelerle yer verilmiştir:

"Bir davanın incelenmesi ve sonuçlandırılması başka bir davanın veya idari makamın çözümüne bağlı ise mahkeme, ilgili tarafa görevli mahkemeye veya idari makama başvurusu için uygun bir süre verir. Bu süre içinde görevli mahkemeye veya idari makama başvurulmadığı takdirde, ilgili taraf bu husustaki iddiasından vazgeçmiş sayılarak esas dava hakkında karar verilir".

⁶⁵ Aksi durumda, adli yargı hakimi bu davayı idari yargının önüne getiremeyeceği gibi; idari yargının önüne gelen davada idari yargıda tespit ve yorum davası bulunmamasından ötür, türü, süresi vs. bakımdan 2577 sayılı Kanun hükümlerine tabi olacağı, idari yargı hakiminin, adli yargı hakiminin verdiği kararı görmezden gelerek kendi yargı düzeni kurallarınca davayı inceleyeceği muhakkaktır. Konuya ilişkin olarak bkz. ODER, AYANOĞLU, s.109, dn. 25.

konudaki bir düzenlemenin 2577 sayılı Kanunda bulunmasına bağlıdır. Tesis edilecek düzenlemede, uyuşmazlığın sürüncemede bırakılmaması için, Anayasamızın “Anayasaya Aykırılığın Diğer Mahkemelerde İleri Sürülmesi” başlıklı 152. Maddesindeki⁶⁶ gibi, adli yargı hakiminin belirli bir süre idari yargı kararını beklemesi, bu süre içerisinde karar tesis edilmemesi durumunda işlemin hukuka uygun olduğunu kabul ederek karar tesis etmesi gerekliliğinin zikredilmesi de mümkündür.

SONUÇ

İdari işlemin hukuken geçerli olup olmadığı, yoklukla malul olup olmadığı, kimi zaman adli yargının kimi zaman idari yargının önüne gelen uyuşmazlıklarda temel sorun olarak ele alınmaktadır. Adli yargı önüne gelen davalarda uyuşmazlık konusunun dayanağı olan idarenin işlemini inceleyerek yokluk tespiti yapmakta iken, idari yargı uyuşmazlık konusu işlemin veya uyuşmazlık konusu işlemin/eylemin dayanağı işlemin yokluğunu tespit etmektedir.

Çalışmamız kapsamında her iki yargı düzeninin hangi gerekçelerle bu tespiti yaptıkları ele alınarak, eleştirileri yapılmıştır. Yapılan bu inceleme sonucunda, işlemin idari usul kurallarınca tesis edildiği ve söz konusu işlemin yokluk derecesinde ağır olup olmadığını belirleme yetkisinin bu konuda uzman olan idari yargı düzenine ait olduğu kanısına sahip olunarak, yokluğun tespitinin idari yargıda bir iptal davası formatında görülmesi gerekliliği benimsenmiştir. Ancak, iptal davası olarak görülen bu davalarda tesis edilecek kararlarda açıkça işlemin yok hükmünde olduğunun belirtilmesi gerekliliği muhakkaktır.

Yokluğun gündeme geldiği adli yargıda görülen davalarda ise, kanımızca adli yargının yokluk yönündeki iddiayı veya resen bu yöndeki tespitini idari yargıya iletmesi, açılan idari davayı bekletici mesele yapması ve önündeki uyuşmazlığı idari yargı tarafından tesis edilecek karar uyarınca incelemesi sağlanmalıdır. Bu olanağı sağlayan bir düzenlemenin 6100 sayılı Kanun ve 2577

⁶⁶ Madde hükmü şu şekildedir:

“Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır.

Mahkeme, Anayasaya aykırılık iddiasını ciddi görmezse bu iddia, temyiz merciince esas hükmümlerle birlikte karara bağlanır.

Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır. Ancak, Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkeme buna uymak zorundadır.

Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvurulamaz”.

sayılı Kanun’ da öngörülmesi, bu düzenlemede Anayasamızın 152. maddesindeki gibi bir süre öngörülmesi, idari yargı tarafından tesis edilecek kararın, adli yargı hakimî tarafından süresiz bir şekilde beklenmesinin de önüne geçebilecektir.

KAYNAKÇA

ATAY Ender Ethem, **İdare Hukuku**, Ankara, 2006.

AYANOĞLU Sedat, YILDIRIM Turan, “Funda ve Makilik Alanlar Hakkında Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının Değerlendirilmesi”, **İ.Ü. Orman Fakültesi Dergisi**, İstanbul, Seri: B, C.43, S.3-4, İstanbul.

BALTA, Tahsin Bekir, **İdare Hukukuna Giriş**, Ankara 1968-1970.

ÇAKIR, H. Melih, **Danıştay Kararları Çerçevesinde Yokluk Teorisi**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2010.

DURAN, Lütfi, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, 1982,

EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2011.

ERKUT Celal, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Ankara, 1990.

ERKUT, Celal, “İdare Hukukunda Yokluk Teorisi”, **İHİD**, S.1-3, Yıl: 9, İstanbul, 1988.

ESİN Yüksel, **Danıştay’ da Açılacak Tazminat Davaları, Birinci Kitap: Usul**, Ankara, 1976.

GÖKALP Ali Sıtkı, “Yorum (Tefsir) Davaları, **Yüzyıl Boyunca Danıştay**, Ankara, 1968.

GÖZLER Kemal, KAPLAN Gürsel, **İdare Hukuku Dersleri**, Bursa, 2012.

GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, TAN Turgut, **“İdare Hukuku”, Cilt II**, Ankara, 2006.

GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, Ankara, 2011.

İŞIKLAR Celal, “İdare Hukukunda Yokluk ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Uygulaması”, **İl Han Özyay’ a Armağan**, İÜHFM C.LXIX, S.1-2, 2011

ODER Burak, AYANOĞLU Taner, “Yorum ve Tespit Davaları”, **İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü**, Ankara 11-12 Mayıs 2001.

OĞURLU, Yücel, “İdare Hukukunda Fiili Yol ve Yargısal Denetimi”, **Kamu Hukuku Arşivi**, Y.6, Mart 2003.

OĞUZMAN M. Kemal, ÖZ M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2005,

ONAR, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.1**, İstanbul,

1966.

ONAR, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.3**, İstanbul, 1960.

ÖZGEN, Eralp, “İdari Tasarruflardaki Sakatlıklar”, **AÜHFD**, Cilt:17, S:1-4, Ankara, 1960.

ÖZYÖRÜK, Mukbil, **İdare Hukuku Dersleri**, Ankara, 1973.

REİSOĞLU Safa, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2012.

SARICA, Ragıp, “İdare Hukukunda Yokluk ve Butlan”, **Ebül’ula Mar-din’e Armağan**, Kenan Matbaası, İstanbul, 1944.

SARICA, Ragıp, “İdari Tasarrufların Unsurlarıyla Yokluk Halleri Arasındaki İlgisi”, **İstanbul Barosu Mecmuası**, İstanbul, Temmuz 1943.

SARICA Ragıp, “Yoklukla Malül İdari Kararlardan Dolayı İdarenin Mali Mesuliyeti Meselesi”, **Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Ayrı Bası, C.XIII, S.3, İstanbul, 1947.

TANDOĞAN, Sabri, “Objektif ve Subjektif Tasarruflarda Yokluk”, **İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler I**, Ankara, 1976.

YILDIRIM Turan, İdari İşlemlerin İptali ve Geri Alınması, **Yıldızhan Yay-la’ ya Armağan**, İstanbul, 2003.

Danıştay Dergisi, Y. 41, S.128, 2011.

www.danistay.gov.tr

www.kazanci.com

R.G. 17.3.1986/19050.

R.G. 16.11.2012, S. 28469.