



AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



Yakup ÇOKKAŞ

İDARE HUKUKU'NDA İMKANSIZLIK KAVRAMININ İNCELENMESİ

Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

Antalya, 2018



AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



Yakup ÇOKKAŞ

İDARE HUKUKU'NDA İMKANSIZLIK KAVRAMININ İNCELENMESİ

Danışman

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Kürşat ERSÖZ

Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

Antalya, 2018

Akdeniz Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne,

Yakup ÇOKKAŞ'ın bu çalışması, jürimiz tarafından Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Programı tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan : Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ (İmza)

Üye (Danışmanı) : Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Kürşat ERSÖZ (İmza)

Üye : Dr. Öğr. Üyesi Cenk Yaşar ŞAHİN (İmza)

Tez Başlığı: İdare Hukuku'nda İmkansızlık Kavramının İncelenmesi

Onay : Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

Tez Savunma Tarihi : 27/06/2018

Mezuniyet Tarihi : 26/07/2018

(İmza)
Prof. Dr. İhsan BULUT
Müdür

AKADEMİK BEYAN

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “İdare Hukuku’nda İmkansızlık Kavramının İncelenmesi” adlı bu çalışmanın, akademik kural ve etik değerlere uygun bir biçimde tarafımda yazıldığını, yararlandığım bütün eserlerin kaynakçada gösterildiğini ve çalışma içerisinde bu eserlere atıf yapıldığını belirtir; bunu şerefimle doğrularım.

(İmza)

Yakup ÇOKKAŞ





AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU
BEYAN BELGESİ



SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

ÖĞRENCİ BİLGİLERİ	
Adı-Soyadı	Yakup ÇOKKAŞ
Öğrenci Numarası	20165228029
Enstitü Ana Bilim Dalı	Kamu Hukuku
Programı	Tezli Yüksek Lisans
Programın Türü	(X) Tezli Yüksek Lisans () Doktora () Tezsiz Yüksek Lisans
Danışmanın Unvanı, Adı-Soyadı	Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Kürşat ERSÖZ
Tez Başlığı	İdare Hukuku'nda İmkansızlık Kavramının İncelenmesi
Turnitin Ödev Numarası	983672899

Yukarıda başlığı belirtilen tez çalışmasının a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana Bölümler ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam 161 sayfalık kısmına ilişkin olarak, 19/07/2018 tarihinde tarafımdan Turnitin adlı intihal tespit programından Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esasları'nda belirlenen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan ve ekte sunulan rapora göre, tezin/dönem projesinin benzerlik oranı;

alıntılar hariç % 10

alıntılar dahil % 21'dir.

Danışman tarafından uygun olan seçenek işaretlenmelidir:

(x) Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşmıyor ise;

Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporu'nun doğruluğunu onaylarım.

() Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşıyor, ancak tez/dönem projesi danışmanı intihal yapılmadığı kanısında ise;

Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporu'nun doğruluğunu onaylar ve Uygulama Esasları'nda öngörülen yüzdelik sınırlarının aşılmasına karşın, aşağıda belirtilen gerekçe ile intihal yapılmadığı kanısında olduğumu beyan ederim.

Gerekçe:

Benzerlik taraması yukarıda verilen ölçütlerin ışığı altında tarafımca yapılmıştır. İlgili tezin orijinallik raporunun uygun olduğunu beyan ederim.

19/07/2018

(imza)

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Kürşat ERSÖZ

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR LİSTESİ	iv
ÖZET	vii
SUMMARY	viii
ÖNSÖZ	ix
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

İMKÂNSIZLIK KAVRAMININ AÇIKLANMASI VE BENZER KAVRAMLAR İLE İLİŞKİLENDİRİLMESİ

1.1. İMKÂNSIZLIK KAVRAMI	3
1.2. İMKÂNSIZLIĞIN TÜRLERİ	6
1.2.1. Dayandıkları Sebepler Yönünden İmkansızlık Türleri	7
1.2.1.1. Hukukî İmkansızlık	7
1.2.1.1.1. Hukuki İmkansızlık Hallerine İlişkin Olarak Verilen Birtakım Örnekler ...	9
1.2.1.1.1.1. Emeklilik	10
1.2.1.1.1.2. İstifa – Görevden Çekilmiş Sayılma	15
1.2.1.1.1.3. Kurumlararası Nakil	17
1.2.1.1.1.4. Kadrosuzluk	19
1.2.1.1.1.5. Özelleştirme	25
1.2.1.1.1.5.1. Kurumun Özelleştirme İşleminde Önceki Yapısının Sağlanması	27
1.2.1.1.1.5.2. Özelleştirilen Kurumun Personeli	30
1.2.1.1.1.6. Kurum İçi Yeniden Yapılanma (Reorganizasyon)	31
1.2.1.1.1.7. Personelin Nitelik Kaybı veya Değişikliği	35
1.2.1.1.1.8. Mevzuattaki Boşluk ve Değişiklik	36
1.2.1.1.1.9. Süreli Atama veya Görevlendirmeler	41
1.2.1.2. Fiili İmkansızlık	42
1.2.1.3. Hukuki İmkansızlık İle Fiili İmkansızlık Arasındaki İlişki	47
1.2.2. Tam İmkansızlık – Kısmi İmkansızlık	48
1.2.3. Sürekli İmkansızlık – Geçici İmkansızlık	49
1.2.4. Objektif – Sübjektif İmkansızlık	50
1.3. İMKÂNSIZLIĞIN ŞARTLARI	52
1.3.1. Hukuki veya Fiili Sebeplerden Birinin Varlığı	53

1.3.2. İmkansızlığın İdari İşlemin Tesisi veya İcra Edilmesi yahut Yargı Kararlarının Uygulanması Aşamasında Meydana Gelmiş Olması	54
1.3.3. Süreklilik Arz Etme.....	54
1.4. ÖZEL HUKUKTA Kİ VE İDARE HUKUKUNDA Kİ İMKANSIZLIK KAVRAMI İLİŞKİSİ	55
1.4.1. Meydana Geliş Şekilleri Bakımından	55
1.4.2. Hukuki Muameleler ve İradeler Bakımından.....	56
1.5. İMKANSIZLIK VE HUKUKA AYKIRILIK İLİŞKİSİ.....	57
1.5.1. İmkansızlık ile Yokluk Arasındaki İlişki	59
1.5.2. İmkansızlık ile İptal Arasındaki İlişki.....	61

İKİNCİ BÖLÜM

İDARİ MUAMELELER İLE İDARİ YARGI KARARLARINDA İMKANSIZLIK KAVRAMININ İNCELENMESİ

2.1. İDARİ MUAMELELERİN TESİSİ VE İCRASINDA ORTAYA ÇIKAN İMKANSIZLIK	64
2.1.1. İmkansızlık Kavramının İdari İşlemin Unsurları İle Olan İlişkisi	66
2.1.1.1. İmkansızlık Kavramının İdari İşlemin Yetki Unsuru İle İlişkisi.....	66
2.1.1.2. İmkansızlık Kavramının İdari İşlemin Şekil Unsuru İle İlişkisi.....	70
2.1.1.3. İmkansızlık Kavramının İdari İşlemin Sebep Unsuru İle Olan İlişkisi	71
2.1.1.3.1. İdari İşlemin Sebep Unsuruna Yönelik Olarak İmkansızlık Halinin Mevzuatta Açıkça Düzenlenip Düzenlenmeyeceği Sorunu.....	74
2.1.1.4. İmkânsızlık Kavramının İdari İşlemin Konu Unsuru İle İlişkisi.....	76
2.1.1.5. İmkansızlık Kavramının İdari İşlemin Amaç Unsuru İle İlişkisi	82
2.1.2. İdari İşlemlerin Yerine Getirilmesi Aşamasında Oluşan İmkansızlık Kavramının İncelenmesi.....	84
2.1.2.1. İdari İşlemlerin İcraîlik ve Re'sen İcra Edilebilmesi Özelliği.....	84
2.1.2.2. İcraîlik – Kesinlik Ayrımı	86
2.1.2.3. İdari İşlemlerin Yerine Getirilmesinin İmkansızlaşması.....	88
2.2. İDARİ İŞLEMİN YAPILMASINDAN SONRA MEYDANA GELEN İMKÂNSIZLIK KAVRAMININ İNCELENMESİ	90
2.2.1. İdari Yargı Kararlarının Uygulanması Aşamasında Ortaya Çıkan İmkânsızlık	90
2.2.1.1. İdari Yargı Kararların Sonuçları.....	91
2.2.1.1.1. İptal Kararlarının Sonuçları	91
2.2.1.1.1.1. İdari İşlemi Tesis Edildiği Tarihten İtibaren Ortadan Kaldırması	91
2.2.1.1.1.2. İptal Kararı Geçmişe Etkili Olması.....	93

2.2.1.1.1.3. İptal Kararının Genel Etkili Olması	94
2.2.1.1.2. Yürütmenin Durdurulması Kararlarının Sonuçları	95
2.2.1.2. İdarenin Yargı Kararını Uygulama Yükümlülüğü.....	98
2.2.1.3. İdari Yargı Kararını Uygulama Yükümlülüğün Yerine Getirilemediği (Aynen İfa Edilemediği) Durumlar	109
2.2.1.3.1. Yasama Organının İdari Yargı Kararına Müdahale Etmesi.....	116
2.2.1.3.1.1. İdari Yargı Kararının Uygulanmasına İlişkin Yasal Düzenleme Yapılması	117
2.2.1.3.1.2. İdari Yargı Kararının Uygulanmasının Engellenmesine İlişkin Yasal Düzenleme Yapılması	118
2.2.1.3.2. İdari Yargı Kararlarının Özel Hukuk İşlemlerinin Geçerliliğine Etkisi ..	120
2.2.2. İdare Tarafından İşlemin Sona Erdirilmesi Esnasında Meydana Gelen İmkansızlık	126
SONUÇ	133
KAYNAKÇA.....	137
Ö Z G E Ç M İ Ş	147

KISALTMALAR LİSTESİ

ABD	Ankara Barosu Dergisi
AİD	Amme İdaresi Dergisi
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHMK	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AMKD	Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
A.Ş.	Anonim Şirket
AÜEHFD	Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBE	Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
AÜSBFD	Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi
AYM	Anayasa Mahkemesi
AYMK	Anayasa Mahkemesi Kararı
AYİM	Askeri Yüksek İdare Mahkemesi
B.	Bası
bk.	Bakınız
C.	Cilt
ÇED	Çevresel Etki Değerlendirmesi
ÇİTOSAN	Türkiye Çimento ve Toprak Sanayii A.Ş.
D	Danıştay
DD	Danıştay Dergisi
DEÜHFD	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

DİDDK	Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu
DKD	Danıştay Kararlar Dergisi
DVDDK	Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu
DPB	Devlet Personel Başkanlığı
DTYBY	Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları
E.	Esas
GÜHFD	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HES	Hidroelektrik Santral
HGD	Hukuk Gündemi Dergisi
HÜHFD	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İBD	İller ve Belediyeler Dergisi
İHİD	İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi
İKÜHFD	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İKÜSBE	İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜSBE	İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
İYUK	2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu
K.	Karar
KİBB	Kazancı İçtihat Bilgi Bankası
m.	madde
MD	Mülkiye Dergisi
MÜHFD	Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ÖİB	Özelleştirme İdaresi Başkanlığı

ÖYKK	Özelleştirme Yüksek Kurulu Kararı
RG	Resmi Gazete
S.	Sayı
s.	Sayfa
T.	Tarih
TAHD	Terazi Aylık Hukuk Dergisi
TBBD	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TMSF	Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu
UAİBD	Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi
USAŞ	Uçak Servis A.Ş.
UYAP	Ulusal Yargı Ağı Projesi
vd.	ve devamı
YD	Yürütmenin Durdurulması
YSK	Yüksek Seçim Kurulu

ÖZET

İmkansızlık kavramı, sadece Özel Hukuku değil aynı zamanda İdare Hukukunu da ilgilendiren bir kavramdır. Çalışma kapsamında imkânsızlık kavramının İdare Hukukundaki yansımalarına değinilmeye çalışılmıştır. İki bölümden oluşan bu çalışmada öncelikle imkânsızlık kavramına ilişkin açıklama yapılmış ardından imkânsızlık kavramının etkilediği saha tespit edilmeye çalışılmıştır. Buna göre ilk bölümde imkânsızlık kavramı, türleri, şartları, özel hukukta ve idare hukukundaki imkânsızlık kavramına ilişkin benzerlik ve farklılıklar, diğer bazı kurumlarla karşılaştırılması yapılmıştır. İkinci bölümde ise, idari muamelelerin özellikle idari işlemin tesisinde ve icrasında ortaya çıkan imkânsızlık kavramına, idari işlemin geri alınmasında ortaya çıkan imkânsızlığa ve idari yargı kararlarının uygulanmasının istisnası olan hukuki ve fiili imkânsızlığa değinilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Hukuki ve Fiili İmkansızlık, İdari İşlem, İdari Yargı Kararının Yerine Getirilmesi Yükümlülüğü.

SUMMARY

EXAMINING THE CONCEPT OF IMPOSSIBILITY IN ADMINISTRATIVE LAW

The concept of impossibility is not only a private law but also a concept that deals with administrative law. Within the scope of the work, the concept of impossibility in administrative law has been mentioned. In this study consisting of two parts, firstly explanation about the concept of impossibility was made and then it was tried to determine the field that the concept of impossibility affects. Accordingly, in the first chapter, the concept of impossibility, its types, conditions, similarities and differences regarding the concept of impossibility in private law and administrative law have been compared with some other institutions. In the second part, the impossibility of administrative actions, especially the impossibility of appearing in the construction and execution of the administrative proceeding, the legal and actual impossibility of retrocession of the administrative judicial decisions have been mentioned.

Keywords: Legal and Actual Impossibility, Administrative Act, Obligation To Execution of Administrative Judicial Decisions

ÖNSÖZ

Çalışma kapsamında imkânsızlık kavramının idare hukuku boyutu incelenmeye çalışılmıştır. İki bölümden oluşan bu çalışmada öncelikle imkânsızlık kavramına ilişkin açıklama yapılmıştır. Buna göre ilk bölümde imkânsızlık kavramı, türleri, şartları, özel hukukta ve idare hukukundaki imkânsızlık kavramına ilişkin benzerlik ve farklılıklar, diğer bazı kurumlarla karşılaştırılması yapılmıştır. İkinci bölümde ise, idari tasarrufların özellikle idari işlemin tesisinde ve icrasında ortaya çıkan imkânsızlık kavramına, idari işlemin geri alınmasında ortaya çıkan imkânsızlığa ve idari yargı kararlarının uygulanmasının istisnası olan hukuki ve fiili imkânsızlığa değinilmiştir.



GİRİŞ

İdare Hukuku'nda Hukuk Devleti ilkesi, idarenin faaliyet gösterirken hukukla bağılı olması ile eylem ve işlemlerinden dolayı yargısal denetime tabi olmayı gerektirir. Zira, Anayasamızda idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açık olduğu hüküm altına alınmıştır. Yine, Yasama ve Yürütme organları ile idarenin, mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğu; mahkeme kararlarının hiçbir suretle değiştirilemeyeceği ve bunların yerine getirilmesinin geciktirilemeyeceği belirtilmektedir. İdarenin yargı kararlarına uyma ve bu kararları uygulama ödevi bilhassa anılan anayasal hükümlerle temellendirilmiştir.

İdarenin yargı kararlarının gereklerini yerine getirmesi hukuk devleti bakımından vazgeçilmez bir zorunluluktur. Bu zorunluluğa rağmen idarenin bazı durumlarda yargı kararlarını uygulamamasının mazur görülebileceği durumlar gündeme gelebilmektedir. Biz tezimizde idari yargı kararlarının uygulanma zaruretinin istisnası olarak da imkânsızlık hâlini incelerken kronolojik bir sıra ile imkânsızlık halinin evvela idari işlemin tesisine ve icrasına etkilerini daha sonra yargı kararlarının uygulanmasına olan etkilerini değerlendirmeye gayret edeceğiz.

İmkânsızlık, çeşitli hukuk dallarında varlık gösteren bir kavramdır. Hukuk disiplinlerinin karakteristik özelliklerine göre farklı anlamları içinde barındıran ve bu yönüyle kavrama ilişkin farklı bakış açılarını ihtiva eden önemli bir müessesedir. Çalışma kapsamında imkânsızlık kavramının İdare Hukuku bakımından önemi ve etki sahası vurgulanmaya çalışılacaktır. İmkânsızlık kavramı, İdare Hukuku'nda genel itibariyle idari yargı kararlarının uygulanması bakımından incelenmekteyse de, kanaatimize göre kavram yalnızca idari yargı kararlarına özgülenmemelidir. Diğer açılardan da inceleme ve değerlendirmeye muhtaçtır. Tezimizde idari yargı kararlarının yanında diğer açılardan da konuyu ele almaya gayret edeceğiz.

Çalışmamız kapsamında kavram, iki bölümde incelenecektir. İlk bölümde imkânsızlığın kavramsal boyutu, türleri, şartları, medeni hukuk ile idare hukukundaki imkânsızlık hallerinin kıyaslaması ile hukuka aykırılık kavramı ile ilişkisi ve benzer kurumlardan farkları ortaya koyulacaktır. İkinci bölümde ise genel olarak idari tasarrufların bilhassa idari işlemin tesisine ve icrasına etkileri ve idarece işlemin geri alınmasının imkânsız olduğu durumlar ile idari yargı kararlarının uygulanmasının istisnasını oluşturması bakımından imkânsızlığı değerlendirmeye çalışacağız. İmkânsızlık kavramı idari işlemler başlığı altında, işlemin tesisinden önce meydana gelmiş olabilecektir. İşlemin tesisindeki imkânsızlığı unsurlarına ayırarak inceleyeceğiz. Bu bağlamda kavramın doğrudan üzerinde etkide bulunduğu konu

unsuru ile dolaylı olarak etkilediği unsurlarla ilişkisine bakılacaktır. Ayrıca idari işlem tesis edilip maddi aleme etkileri henüz sirayet ettirilmezden önceki dönemde de meydana gelmiş olabilir. Buna işlemin icrası aşamasındaki imkânsızlık denilebilecektir.

İmkânsızlık kavramıyla ilgili yargısal uyuşmazlıklar genellikle idari yargı kararlarının uygulanması aşamasında gündeme gelebilmektedir. Esasında bu aşamada gündeme gelen imkânsızlık durumu, idari işlemin veya eylemin tesis ya da icrasındaki imkânsızlıkla benzer niteliktedir. Zira, idari yargı kararı gereği idarece işlem ve eylem tesis edilmesi bazı hallerde bir zorunluluk olup, imkânsızlık gereği hukuken veya fiilen meydana gelmiş bulunan bir durumdan dolayı yerine getirilmemesi (ifa edilememesi), idari işlem ve eylem tesis veya icrasının özel bir halini teşkil edebilir. Nitekim idari işlemin tesis ve icrasındaki imkânsızlıkta yetkili idare, re'sen faaliyetlerde bulunabileceği gibi ilgililerin başvurusu üzerine de idari işleve ilişkin iradesini ortaya koymuş olabilecektir. Mahkeme kararlarının uygulanmasına yönelik işlem ve eylem tesisinde ise, mahkeme kararının bağlayıcılığı, kesin hükme saygı ilkeleri gibi ilkeler söz konusu olup buradaki hukuken ya da fiilen mümkün olmayan durumlar, mahkeme kararının uygulanmasına yönelik işlem ve eylem tesisini olanaksız hale getirebilmektedir. Bu aşamada, anılan imkânsızlığın mahkeme kararlarının idareye yüklediği aynen ifa yükümlülüğünün tazminen ifa yükümlülüğüne dönüşmesi gibi bir durum gündeme gelebilmektedir.

BİRİNCİ BÖLÜM

İMKÂNSIZLIK KAVRAMININ AÇIKLANMASI VE BENZER KAVRAMLAR İLE İLİŞKİLENDİRİLMESİ

1.1. İmkânsızlık Kavramı

İmkânsızlık, “imkân” kelime kökündeki Arapça bir terimden gelmektedir. İmkan, “*bir işin kolayca yapılabilir olması, bir fiilin gerçekleşmesinde herhangi bir engel bulunmaması, güç yetirilebilir türden olması*”¹, “*yararlanılan özel şart ve durum, olanak*”², “*olabilecek vaziyette bulunma, olabilirlik*”³ veya “*olabilecek durumda bulunma, mümkün olma, olabilirlik, olanak*”⁴ gibi anlamları barındırmaktadır. İmkânsızlık ise, “*meydana gelemeyen, yapılamayan veya var olamayan durum ve şartlar*”⁵ ve “*gerçekleşmesi mümkün olmama, kesin biçimde olamayacak olma, olanaksızlık durumu*”⁶ olarak ifade edilmektedir.

Hukukî terminolojide; Yılmaz’a göre “*bir borcun yerine getirilmesinin herhangi bir nedenle olanaksız olması; olanaksızlık*”⁷; Özcan’a göre “*bir borcun yerine getirilmesinin hukukî, teknik ve maddî sebeplerden birisiyle imkânsız hale gelmesi*”⁸; Dural’a göre “*borcun doğa ve mantık kuralları gereği ifa edilemez oluşu ile bir hukuk kuralı veya hukuken yetkili kılınmış bir makamın kararı ile borcun ifasının engellenmesi*”⁹; Altunkaya’ya göre ise¹⁰, edimin fiilî veya hukukî bir sebepten ifasının mümkün olmaması hâli olarak tanımlanmıştır.

Belirtilen tanımlardan hareketle, imkânsızlık kavramının Özel Hukuk terminolojisinde borcun ifasında söz konusu olduğu söylenilebilir. Ancak, sadece borcun ifasında meydana gelen imkânsızlığı anlatmak için kullanılmamaktadır. Bu anlamda, imkânsızlık kavramının İdare Hukuku cephesinde kazandığı anlam ve boyut oldukça farklıdır. Bu nedenle de mahiyeti gereği Özel Hukuk ve İdare Hukukundaki anlam ve kapsamı bakımından farklılıklar arz etmektedir. Çalışmanın ileriki kısımlarında Özel Hukuk ve İdare Hukukundaki imkânsızlık

¹ <http://www.islamansiklopedisi.info/>, (Erişim Tarihi: 04.10.2017).

² http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&kelime=imk%C3%A2n&uid=24832&guid=TDK.GTS.5ac47cbbd3ce98.45777434, (Erişim Tarihi: 04.10.2017).

³ Devellioğlu, 2013: 498. Yazar, anılan kavramın farklı türden kullanımlarını da göstermek bakımından şunları ifade etmektedir: Adem-i imkân: olamazlık, Adîmü’l-imkân: olamaz.

⁴ Ayverdi, 2011: 1417.

⁵ Garner, 2010: 824.

⁶ Ayverdi, 2011: 1417-1418.

⁷ Yılmaz, 2004: 546.

⁸ Özcan, 1993: 362.

⁹ Dural, 1976: 166-167.

¹⁰ Altunkaya, 2005: 87 vd.

kavramlarının ilişkisi incelenecek olduğundan burada kısaca Özel Hukuktaki imkânsızlık kavramına değinelim¹¹.

Borç kavramı, iki veya daha fazla kişi arasında kurulan ve bunlardan birine, diğerinden belirli bir edimi isteme yetkisi veren, diğerini ise borç ilişkisine karakteristik özelliğini veren edimi ifa ile yükümlendiren bir hukuki ilişkidir¹². Borçlar Hukukunda imkânsızlık, borcun doğumuna engel olan ve borcu sona erdiren imkânsızlık olarak iki ayrı kategoride değerlendirilmektedir¹³. İmkansızlık kavramı, Özel Hukukta hukuki işlemlerde¹⁴ ortaya çıkmaktayken; İdare Hukukunda daha ziyade idari muamelelerin tesisinde ve/veya icrasında ve dahi idari yargı kararlarının uygulanmasında ortaya çıkmaktadır.

İdare Hukukunda imkânsızlık kavramı, içtihatlar¹⁵ ve öğreti¹⁶ bakımından daha ziyade idari yargı kararlarının yerine getirilmesi boyutuyla ele alınmaktadır¹⁷. İdari yargı kararlarının yerine getirilmesi, anayasal¹⁸ ve yasal¹⁹ bir zorunluluktur. Bu nedenle de ilke olarak, mahkemelerin verdiği her türlü kararların idareler tarafından yerine getirilmemesi gerekir^{20, 21}.

¹¹ Detaylı açıklama için bk.: “1.4. Özel Hukuktaki ve İdare Hukukundaki İmkansızlık Kavramı İlişkisi” başlığı.

¹² Eren, 2012: 1.

¹³ İdare Hukukundaki imkânsızlığın idari işlem üzerindeki etkilerinin Borçlar Hukukundaki imkânsızlık kavramına benzer etkiler taşıyıp taşımadığının değerlendirilmesi kavramın bütüncül yapısının anlaşılabilmesi bakımından önem taşımaktadır. Şöyle ki; taban tabana farklı hukuki ilişkileri düzenlediğinden bahsedilse de; kavram olarak imkânsızlığın, iki hukuki ilişkideki işlemler üzerindeki etkilerinin niteliği, imkânsızlık kavramının doğasının belirlenmesi ve anlaşılabilmesi için önemli olacağı kanaatindeyiz.

¹⁴ Bu anlamda hukuki işlem, iradelerin tek yanlı olması veya iki yanlı olması bakımından bir ayrıma tabi tutulmamıştır. Zira, borç ilişkisi kapsamında borcun ifasında ortaya çıkabileceği gibi, tek yanlı tasarruflarda da söz konusu olabileceği için imkânsızlığın hukuki işlem üzerindeki etkileri ile idari işlemler üzerindeki imkânsızlığın etkilerini değerlendirmenin daha doğru bir yöntem olacağını düşünmekteyiz.

¹⁵ D5D, T.20.11.1991, E.1986/1476, K.1988/1823, DD, 1989, S.74-75, s. 254-255; D5D, T.11.02.1991, E.1991/112, K.1991/154, DD, 1992, S.82-83, s. 371; D5D, T.12.02.1991, E.1988/3400, K.1991/178, DD, 1992, S.82-83, s. 385; D5D, T.24.04.1991, E. 1989/2113, K.1991/756, DD, 1992, S.82-83, s. 442.; D8D, T.27.3.1969, E.1967/2122, K.1969/1195, Akt. Kaya, 2013: 66; D16D, T.17.3.2016, E.2015/956, K.2016/1697, UYAP; DİDDK, T.26.6.1997, E.1997/52, K.1997/415, UYAP; D12D, T.9.5.2017, E.2016/8276, K.2017/2383, UYAP; D5D, T.19.11.1998, E.1996/503, K.1998/2723, UYAP; D5D, T.7.3.1950, E.1949/509, K.1950/558, DKD, S.50-53, s.314; Aynı yönde kararlar için bk.: D5D, T.3.6.2008, E.2007/7369, K.2008/3234, DD, 2008, S.119, s.218; D2D, T.13.7.2007, E.2007/1297, K.2007/3247, DD, 2008, S.117, s.107; D10D, T.27.2.2007, E.2004/13990, K.2007/739, DD, 2007, S.116, s.304; D5D, T.2.5.2005, E.2001/2787, K.2005/522, DD, 2005, S.110, s.184; D5D, T.29.9.2004, E.2000/3316, K.2004/3372, DD, 2005, S.110, s.179; D6D, 16.4.2002, E.2001/1396, K.2002/2298, DKD, 2003, S.1, s.248.

¹⁶ Onar, 1966: 1791-1792; Uler, 1970: 100-101; Gözübüyük ve Tan, 2016: 575 vd; Çağlayan, 2015: 510 vd; Akyılmaz, 2007: 450; Kaya, 2013: 63 vd; Kaplan, 2017: 240; Gök, 2013: 547-548; Güçlü, 2010: 129 vd; Altay, 2004: 193 vd; Altay, 2008: 113; Mumcu, 1970: 124; Pınar, 2008: 105 vd.; Keskin, 2009: 45 vd; Yılmaz, 2014b: 196-197.

¹⁷ Kaya, 2012: 100.

¹⁸ **Anayasa m.138/4:** “Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.”

¹⁹ **2577 sayılı İYUK Kararların sonuçları: Madde 28– 1.** (Değişik:10/6/1994-4001/13 md.)“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. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez. (İptal cümle: Anayasa Mahkemesi’nin 10/7/2013 tarihli ve E.: 2012/107 K.: 2013/90 sayılı Kararı ile.)(...) (Ek cümleler: 21/2/2014-6526/18 md.; Değişik üçüncü ve dördüncü cümleler: 10/9/2014-6552/97 md.; İptal üçüncü cümle: Anayasa Mahkemesi’nin

İdari yargı yerlerince verilen iptal kararlarının gereği gibi yerine getirilmesi için dava konusu işlemin meydana getirmiş olduğu hukuki ve/veya fiili etkilerinin her durum ve koşulda işlemin tesis edildiği döneme dönülerek ortadan kaldırılması mümkün olamayabilmektedir²². İşlemin tesis edildiği dönem ile iptal kararının verildiği dönem arasında meydana gelen hukuki ve/veya fiili etkiler, idari yargı kararının “aynen” ve “gecikmeksizin”²³ uygulanmasını imkânsız hale getirebilmektedir.

Yargı kararlarının uygulanmasındaki imkânsızlık, iptal edilen idari işlemin hukuk alanında meydana getirdiği değişikliklerin ortadan kaldırılamaması olarak tabir edilmektedir. Bu nedenle yargı kararının imkânsızlık nedeniyle uygulanamaması ile idari işlemin tesis veya icra edilememesi idarenin iradesinin dışında kalan bir durum olarak değerlendirilebilecektir.

25/11/2015 tarihli ve E.: 2014/86, K.: 2015/109 sayılı Kararı ile.) (...) (İptal dördüncü cümle: Anayasa Mahkemesi'nin 2/10/2014 tarihli ve E.: 2014/149, K.: 2014/151 sayılı Kararı ile.) (Ek cümle: 10/9/2014-6552/97 md.) (...) ancak disiplin hükümleri saklıdır. 2. (Değişik: 2/7/2012 - 6352/58 md.) Konusu belli bir miktar paranın ödenmesini gerektiren davalarda hükmedilen miktar ile her türlü davalarda hükmedilen vekalet ücreti ve yargılama giderleri, davacının veya vekilinin davalı idareye yazılı şekilde bildireceği banka hesap numarası- na, bu bildirim tarihinden itibaren, birinci fıkrada belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde yatırılır. Birinci fıkrada belirtilen süreler içinde ödeme yapılmaması halinde, genel hükümler dairesinde infaz ve icra olunur. 3. Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemeleri kararlarına göre işlem tesis edilmeyen veya eylemde bulunulmayan hallerde idare aleyhine Danıştay ve ilgili idari mahkemede maddi ve manevi tazminat davası açılabilir. 4. (Değişik: 21/2/2014-6526/18 md.) Mahkeme kararlarının süresi içinde kamu görevlilerince yerine getirilmemesi halinde tazminat davası ancak ilgili idare aleyhine açılabilir. 5. Vergi uyuşmazlıklarına ilişkin mahkeme kararlarının idareye tebliğinden sonra bu kararlara göre tespit edilecek vergi, resim, harçlar ve benzeri mali yükümler ile zam ve cezaların miktarı ilgili idarece mükellefe bildirilir. 6. (Değişik: 2/7/2012 - 6352/58 md.) Tazminat ve vergi davalarında idarece, mahkeme kararının tebliğ tarihi ile ödeme tarihi arasındaki süreye 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 48 inci maddesine göre belirlenen tecil faizi oranında hesaplanacak faiz ödenir. Ancak mahkeme kararının davacıya tebliği ile banka hesap numarasının idareye bildirildiği tarih arasında geçecek süre için faiz işlemez.”

²⁰ Ülkemizde idari yargı kararlarının uygulanmasının önlenmesine yönelik olarak özelleştirme işlem ve uygulamalarına ilişkin davalarda verilen YD ve iptal kararlarının uygulanmaması konusunda Bakanlar Kurulunca ilke kararlar alınmıştır. Bunlardan biri, Danıştay 10. Dairesi'nin T.28.5.2004, E.2002/4061 ve K.2004/5219 sayılı kararıyla (bk.: DKD, S.6, s.236-239) iptal edilmiştir. Bunun üzerine yargı kararının uygulanmamasının hukuki dayanağı olarak imkânsızlık kurumu ileri sürülebilme için TBMM'yi harekete geçirerek 6300 sayılı Kanun'un 10.maddesiyle 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'a hüküm eklenmesini sağlayarak Bakanlar Kurulu'na “...ortaya çıkan fiili imkânsızlık...” nedeniyle idari yargı yerlerince verilen özelleştirme uygulamalarının YD ya da iptal kararlarını uygulamama yetkisinin kendisine tanınmasını sağlamıştır (Ek m.5). Bakanlar Kurulu, bu yetkiye dayanarak T.11.6.2012 ve 2012/3240 sayılı Kararnamesiyle, özelleştirme uygulamaları sonucunda nihai devir sözleşmesi imzalanarak devir ve teslim işlemleri tamamlanmış olan özelleştirme işlemleri hakkında verilen yargı kararlarının uygulanmasında ortaya çıkan fiili imkânsızlık nedeniyle, a) Eti Alüminyum AŞ'nin yüzde 100 oranındaki hissesinin satış yöntemiyle, b) Türkiye Denizcilik İşletmeleri AŞ'ye ait Kuşadası Limanı'nın, işletme hakkı verilmesi yöntemiyle, c) Türkiye Denizcilik İşletmeleri AŞ'ye ait Çeşme Limanı'nın işletme hakkı verilmesi yöntemiyle, d) SEKA – Türkiye Selüloz ve Kâğıt Fabrikaları AŞ'ye ait Balıkesir işletmesinin varlık satışı yöntemiyle, e) Türkiye Petrol Rafineleri AŞ'nin yüzde 14.76 oranındaki hissesinin İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Toptan Satışlar Pazarı'nda satılması ve özelleştirilmeleri işlemlerini iptal eden yargı kararlarıyla ilgili olarak geriye ve ileriye yönelik herhangi bir işlem tesis edilmemesi ve Özelleştirme İdaresi Başkanlığınca bu yönde yapılmış olan iş ve işlemlerin devam ettirilerek sonuçlandırılmasına karar vermiş bulunmaktadır (RG: 12.6.2012 – 28321) (bk.: Kaplan, 2013: 9).

²¹ Yaşar, 2013: 148.

²² Şahin, 2018: 204.

²³ “... Anayasanın 2. maddesinde yer alan “Hukuk Devleti” ilkesine uygun bir düzenleme getirmektedir. Söz konusu ilke karşısında, idarenin maddi ve hukuki koşullara göre uygulanabilir nitelikte olan bir yargı kararını “aynen” ve “gecikmeksizin” uygulamaktan başka bir seçeneği bulunmamaktadır.” D5D, T.11.2.1991, E.1991/112, K.1991/154, DD, 82-83, s.369.

Bu nedenle, imkânsızlık hali için uygulamama, yerine getirmemeden ziyade, uygulanamama veya yerine getirilememe tabirinden bahsetmek daha doğru olacaktır²⁴. Nitekim, Danıştay'ın kararlarında da belirtilen bu vurgunun yapılmış olduğu gözlemlenebilmektedir²⁵.

Yüksek mahkeme kararlarında ve öğretinin bir kısım görüşlerinde, imkânsızlık kavramı, yargı kararlarının yerine getirilmesi boyutu ile ele alınmaktadır. İmkânsızlık idari yargı kararlarının yerine getirilememe sebebi olarak ileri sürülmüş olsa da; idari işlemin tesis edilmesi veya işlemin icrası aşamasında da gündeme gelebilecek olan bir kavramdır.

İmkânsızlık, her olayın kendi şartlarında değerlendirilmesinin gerektiği bir kavram olarak değerlendirilmektedir^{26,27}. İdari işlemlerin tesis veya icrasında imkânsızlığın varlığının önceden tespit edilmesi pek mümkün görünmemektedir. Ancak, İdare Hukukunun statü hukuku olması özelliği²⁸ dolayısıyla belli tip uyuşmazlıklarda²⁹ imkânsızlığa daha sık rastlanabileceği söylenilebilir. Bu açıdan bir değerlendirme için kavramı, çeşitli ayrımlara tabi tutacağız.

1.2. İmkânsızlığın Türleri

Buradaki alt başlıklar, kavrama ilişkin öğretideki görüşlerin ve mahkeme içtihatlarının- olabildiğince - derlenmesi neticesinde oluşturulan ve kavramı farklı açılardan değerlendirme imkânı sağlama amacı gütmektedir.

²⁴ Altay, 2008: 122.

²⁵ “...Mahkeme kararları doğrultusunda işlem yapılması için çalışıldığı, bu amaçla bölgede Maliye Hazinesine ait kısımlarda uygulamanın durdurulduğu, konunun çözümü için her tür arayışta bulunulduğu, bu doğrultuda başvuru kurumların ortak görüşünün yargı kararı uygulamasında fiili ve hukuki imkânsızlık olduğu ... Bu durumda, yargı kararının uygulan(a)maması nedeniyle davacı idarenin uğradığı maddi zararın yukarıda belirlenen esaslar çerçevesinde belirlenerek hükmedilmesi gerekirken, davacı zararının tahmini verilere dayandığı, muhtemel nitelik taşıdığı gerekçesiyle davanın reddi yolundaki temyize konu mahkeme kararında hukuka uyarlık görülmemiştir...” Aynı yönde ve fakat yayımlanmayan kararlar için bk.: D6D, T.20.05.2015, E.2012/7287, K.2015/3224; D6D, T.13.7.2017, E.2015/938, K.2017/5784; D6D, T.13.7.2017, E.2015/1068, K.2017/5783; D6D, T.13.7.2017, E.2014/3224, K.2017/5782; D6D, T.13.7.2017, E.2014/1943, K.2017/5780; D6D, T.13.7.2017, E.2014/2269, K.2017/5781; D6D, T.13.7.2017, E.2014/1694, K.2017/5779; D6D, T.13.7.2017, E.2014/9746, K.2017/5778.

²⁶ “...Uygulamada ve öğretide de kabul edildiği gibi temel amaç yargı kararının gerekçesine uygun olarak uygulanması olmasına karşın, kimi özel durumlarda bu kararların uygulanmasında fiili ve hukuki imkânsızlık olabilir. Doğaldır ki imkânsızlık durumunun var olup olmadığı her olayın özelliğine göre kendi içinde değerlendirilecektir...” D1D, T.4.4.1991, E.1991/54, K.1991/53, DD, S. 82-83, s. 55.

²⁷ Keskin, 2009: 45; Altay, 2004: 196; Altay, 2008: 122.

²⁸ İdare Hukuku kuralları, genellikle hukuk düzenine yeni kural getiren, mevcut kuralı değiştiren veya ortadan kaldıran tasarruflar ortaya çıkmaktadır. Bu kuralların hukuk düzeninde yarattıkları durumlar, genel, soyut, sürekli ve kişilikdışıdır. Bu hukuki durumlara statü denmekte olup İdare Hukuku kuralları, pek çok hukuki durumu düzenlediğinden idare hukuku statü hukuku olarak kabul edilmektedir. Akyılmaz vd., 2017: 44.

²⁹ Kamu personel hukukunda personellerin hukuki durumları daha önceden genel, soyut, sürekli ve kişilikdışı kurallarla düzenlenmektedir. Örnek olarak, naklen atama işlemiyle görevinden alınarak başka yere atanan memurun açtığı dava esnasında emeklilik işlemi ile memurluk statüsünden çıkılarak emeklilik statüsüne geçirilme üzerine iptal kararı verilmesi durumunda, İdarenin iptal kararının yerine getirilmesi zımında bu memuru, emeklilik statüsünden çıkarak eski kadrosuna iade etmesi beklenmemektedir.

1.2.1. Dayandıkları Sebepler Yönünden İmkânsızlık Türleri

Hukuk düzeninde sebep; hukuki sebepler ile dış dünyada gözlemlenebilen (maddi / fiili) sebepler olarak değerlendirilir. Bu yönüyle imkânsızlık kavramı da dayandığı sebepler yönünden, hukuki imkânsızlık ile fiili imkânsızlık şeklinde incelenebilecektir³⁰.

1.2.1.1. Hukukî İmkânsızlık

Hukuki imkânsızlık tabiri, imkânsızlığa sebep olan olgunun hukuki bir sebep ile gerçekleşmiş olmasını ifade etmek için kullanılmaktadır. Hukuki sebep, hukuk düzeninin tayin ettiği sınırlar çerçevesinde hareket edebilme olarak değerlendirilebilir. Buna göre hukukî sebep, bir kişinin hukuk düzeninin tayin ettiği sahada hareket edebilme kabiliyetini ifade eder. Hukuk düzeninin hukuki işlem yapabilme yeteneğine, emredici kurallar yoluyla sınırlar çizmesi doğası gereğidir³¹. Kişinin anılan hukukî sınırları ihlal etmeye ilişkin iradesi, hukuka aykırılığı ifade eder. Genel anlamda hakların süjesi konumunda bulunan bir kişinin tayin edilmiş sınırlar dahilinde işlem yapabilme yeteneği, bir hukuki sebep ile engellenmemiş ise hukuki imkânsızlığın oluşmadığını ifade etmek gerekmektedir. Bu yönüyle hukuki imkânsızlık, kişinin hukuk düzeninde belirtilen sahada işlem yapamamasına sebep olan bir durumu ifade etmek için kullanılmaktadır. Kişinin bu sebepten dolayı işlem yapabilmesinin engellenmiş olmasını ifade etmektedir³². Dolayısıyla kişi, hukuki imkânsızlık sebebinden ötürü işlem yapamayacaktır. Kişinin bu hukuki engelle rağmen yapmış olduğu için hukuka aykırılıkla karşılaşacağını söylememiz gerekmektedir.

İdare Hukuku disiplininde, hukukî imkânsızlık kavramını tanımlayabilmek için öncelikle bu hukuk dalının kaynaklarını gözden geçirmek gerekmektedir. İdare Hukuku

³⁰ Nitekim öğreti ve içtihatlar da bu durumu desteklemektedir. bk.: Onar, 1966: 1791 vd; Uler, 1970: 99; Kaya, 2013: 63 vd; Çağlayan, 2017: 510 vd.; Ayrıca bk.: “...Yürütmenin durdurulması kararının gereğinin en geç otuz gün içerisinde yerine getirilmesi yasal bir zorunluluk olduğundan, anılan süre zarfında kararın gereğinin fiili veya hukuki imkânsızlık halleri dışında yerine getirilmemesi ilgililerin hukuki ve cezai sorumluluklarını gerektirmekte ise de, davanın esastan reddedilmesi ile birlikte yürütmenin durdurulması kararı hukuki etkisini yitireceğinden, idari işlem hukuka uygunluk karinesinden yararlanmaya devam eder...” D13D, T.10.02.2009, E.2007/15262, K.2009/1606, KİBB.

³¹ Karahanoğulları, bu hususu şu şekilde açıklamaktadır: “Kurallar, hukuk öznelerinin statülerine ve özneler arası hukuksal ilişkilere uygulanır. Kişilerin toplumsal ilişkilerinin hukuksal görünümü hukuk kurallarıyla yazılıdır. Bu kurallar içinde insanlar, kişiye yani hukuk öznelerine; onların maddi varoluşu hukuksal varlığa; onların kurmuş olduğu ilişkiler de hukuksal ilişkiye dönüşür. Hukuk kuralları, öznelerin iradeleriyle tekil hukuksal durumlar yaratır.”. Karahanoğulları, 2015a: 595.

³² Eren, 2012: 1296.; Eren, hukuki imkânsızlığa örnek kabilinden şu durumları belirtmektedir: Edim konusu şeyin sözleşme konusu olması bir kanun ile yasaklanmış ise, örneğin bir malın alınıp satılması, ihraç veya ithal edilmesi sözleşme yapıldıktan sonra çıkarılan bir kanun ile yasaklanmış ise hukuki imkânsızlık söz konusu olur demektir. Elbette buradaki imkânsızlık Borçlar Hukukunda edimin sonraki imkânsızlığıdır. Dikkat edildiği üzere, bir kanun hükmü ile sözleşme ilişkisine konu edimin yerine getirilmesi (ifası) engellenmiş olmaktadır. Elbette buradaki imkânsızlık hali, eşitlik prensibinin geçerli sayıldığı Borçlar Hukukunda cereyan eden imkânsızlık haline örnek teşkil eder. Bu örnek, genel hukuk mantığı bakımından imkânsızlık durumunun kişilerin işlem yapabilme yetisinin engellenmesi açısından taşıdığı önemi ifade etmek için verilmiştir.

kodlarında hukuki imkânsızlığın tanımına ilişkin herhangi bir düzenleme - inceleyebildiğimiz kadarıyla - yoktur. Danıştay'ın farklı tarihlerde ortaya koyduğu içtihatlarında “*hukuken olanaksızdır*”³³, “*hukuken imkânsızdır*”³⁴, “*hukuken mümkündür*”³⁵ veya “*hukuken mümkün değildir*”³⁶ şeklindeki kelime dizinlerinde ise, doğrudan kavram tarif edilmemektedir³⁷. Kararlardaki bu ifadeler ve terminoloji, çoğunlukla davaya konu olan idari işlemin hukuka aykırılığının denetimi kapsamında belirtilen ibarelerdir.

Hukuki imkânsızlığın tarifi konusunda öğretide farklı ifadeler ve kullanım biçimleri gözümüze çarpmaktadır. Uler, iptal kararının uygulanmasının başka bir hukuk kuralınca engellemesi olarak ifade etmekte ve hukukî imkânsızlık hâlinin kanundan doğabileceğini belirtmektedir. Kanun hükümlerinin işlemlerin yapılmamış sayılmasını ve eski durumun getirilmesini önlediği hallerde hukuki imkânsızlıktan bahsedilebileceğini ifade etmektedir³⁸. Altay ise, iptal edilen işlemin tesisinden sonra meydana gelen hukuksal durum olarak tanımlamakta ve hukuki imkânsızlığın daha çok idari yargı kararının uygulanmasını olanaksız kılması özelliğine vurgu yapmaktadır³⁹.

Hukuki imkânsızlık, bizim de katıldığımız bir görüşe göre idari yargı kararının uygulanmasını engellediği gibi idari işlemin tesisi ve icrasına da etkileri bulunan bir

³³ “... Her ne kadar, dosyada yer alan belgelerden, termik santrali kapsamında yapılacak çalışmalar için acele kamulaştırma kararı alındığı anlaşılmakta ise de, acele kamulaştırmaya ilişkin olarak yukarıda açıklanan özel ve istisnai koşullar bulunmadan ve idarece ortaya konulmadan, salt belirtilen nedenle acele kamulaştırma yapılması hukuken olanaklı değildir...” D6D, T.19.3.2014, E.2013/5072, KİBB.; Aynı yönde bk.: D12D, T.13.4.2012, E.2012/503, K.2012/2148, UYAP.

³⁴ “...Davacıların Anayasaya aykırılık iddiası ciddi ve yerinde bulunmadığı gibi, görev ve yetki alanına ilişkin olarak merkezi idareden bağımsız ve özerk bir kamu kuruluşu olduğu belirlenen T.C. Merkez Bankasının, 3046 sayılı Kanun kapsamında Devlet Bakanlığının “ilgili kuruluşu” şeklinde nitelendirilmesine hukuken imkân bulunmadığından, Banka Meclisinin, 1211 sayılı Kanunun 22. maddesinin (k) bendi ve 32. maddesi uyarınca Bankanın idare, teşkilat ve hizmetleri ile personeline ilişkin düzenlemeleri yürürlüğe koyma konusunda yetkili olduğu ve bu yetkiye dayanarak gelişen hizmet koşullarına göre yeni teşkilatlanmaya gidebileceği kuşkusuzdur...” DİDDK, T.15.6.2006, E.2005/1846, K.2006/746, KİBB.

³⁵ “...İhale sürecinin çeşitli aşamalarında gerçekleşen bu işlemlere karşı doğrudan dava açılması, ihalenin belirli bir aşamasında açılan davalarda, dava açılmadan önceki ihale süreçlerinde gerçekleşmiş olan işlemlerin yargısal denetiminin yapılması hukuken mümkündür...” D13D, T.23.5.2017, E.2012/2330, K.2017/1605, KİBB.

³⁶ “...takdir komisyonu kararının vergilendirmeye yönelik tarhiyatın hazırlayıcısı mahiyetinde olması, tek başına kişinin hukuki durumunda bir değişiklik meydana getirmesinin hukuken mümkün bulunmaması...” DVDDGK, T.8.3.2017, E.2017/113, K.2017/135, KİBB.

³⁷ Hatta kimi zaman bu tabirler, hukuki imkânsızlığı da tarif etmemektedir. Mesela, Danıştay 15. Dairesi’nin T.23.3.2017, E.2016/10000, K.2017/1352 sayılı kararında hukuken imkân bulunmadığı ifadesi, hukuki imkânsızlık kavramını değil; süre aşımı nedeniyle uyuşmazlığın esasının incelenemeyeceğini ifade etmek için kullanılmıştır. “...Mardin İdare Mahkemesince; davacı vekilince 06/07/2015 tarihinde İl Valiliğine yapılan başvuru üzerine 5233 Sayılı Kanunda belirtilen altı aylık sürenin 06/01/2016 tarihinde son bulduğu ve bu tarihten itibaren de 2577 Sayılı Kanunda belirtilen 60 gün içinde en son 06/03/2016 tarihinde bu tarihte hafta sonuna denk gelmesi sebebiyle 07/03/2016 tarihinde idari davanın açılmasının gerekmesine karşın bu süre geçirilerek 08/04/2016 tarihinde açılan iş bu davanın süre aşımı sebebiyle esasının incelenemesine hukuken imkân bulunmadığı...”

³⁸ Uler, 1970: 99.

³⁹ Altay, 2004: 196. Benzer yönde bk.: Çalış, 2018: 173-174.

kavramdır⁴⁰. Bu sebeple, hukukî imkânsızlığın normatif hukuk kurallarının bir idari işlemin tesisini ve icrasını olanaksız hâle getirmesi⁴¹ ve idari yargı kararı neticesinde davaya konu idari işlemlerin yapılmamış sayılmasını ve eski durumun geri getirilmesinin olanaksızlaştırması⁴² olarak tanımlamanın daha doğru bir yaklaşım olacağı kanaatindeyiz. Kavrama ilişkin olarak *Gözler* şu örneği vermektedir⁴³:

“...Yükseköğretim Kurumları Yönetici Öğretim Elemanları ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinin 7/g maddesi uyarınca ‘yönetim görevinden ayırma cezası’ aynı Yönetmeliğinin 4/c maddesi uyarınca Rektörlük, dekanlık, enstitü müdürlüğü, yüksekokul müdürlüğü, bölüm başkanlığı, anabilim dalı başkanlığı, anasanat dalı başkanlığı, bilim dalı başkanlığı veya sanat dalı başkanlığı görevlerini üstlenen kişiler bakımından uygulanması mümkündür. Bu görevlerden birini üstünde taşımayan bir kişi hakkında ‘yönetim görevinden ayırma’ disiplin cezasının uygulanması hukuken imkânsızdır; dolayısıyla böyle bir karar konu unsuru bakımından sakattır.”.

Uyuşmazlığa konu olan bu hususa göre, yöneticilik görevi bulunmayan bir öğretim üyesi hakkında ilgili yönetmelik hükmüne göre “yöneticilik görevinden ayırma” disiplin cezası verilmiştir. İdare mahkemesince bunun yöneticilere uygulanabileceği, davacının bu görevi bulunmadığından işlemin iptaline karar verilmiş ve bu karar Danıştayca onanmıştır⁴⁴.

Hukuki imkânsızlık, somut olaya özgü ortaya çıkacağından bazı uyuşmazlıklarda imkânsızlık vardır bazılarında ise yoktur şeklinde genelleme yapılması mümkün görünmemektedir. Dolayısıyla kavramın İdare Hukukunun hangi alanlarında ortaya çıktığının önceden tespiti pek mümkün değildir. Kavram, idari işlem ile yargı kararının uygulanması bağlamında ortaya çıkabileceğinden esasen her alanda oluşabileceği söylenmelidir. Bununla birlikte hukuki imkânsızlık hallerinin en çok kamu görevlileri ile idare arasındaki statü hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda ortaya çıkabileceği ifade edilebilir⁴⁵. Kamu görevlileri ile İdare arasındaki ilişki, bunu en iyi yansıtan alanlardan biri olduğu için idarenin bu alandaki işlemleri, bazen eski durumun iadesini ihtimal dışı hale getirebilmektedir.

1.2.1.1.1. Hukuki İmkansızlık Hallerine İlişkin Olarak Verilen Birtakım Örnekler

Başlığın terkibi, verilen örneklerin hukuki imkansızlığa ilişkin sınırlandırıcı bir niteliği bulunmadığından ve fakat kavrama ilişkin birtakım örnekleri teşkil ettiğinden bilinçli şekilde oluşturulmuştur.

⁴⁰ Yayla, 2015: 235 vd.

⁴¹ Yayla, 2015: 236.

⁴² Uler, 1970: 99.

⁴³ Gözler, 2009a: 932.

⁴⁴ D8D, T.11.2.1999, E.1996/940, K.1999/416, DD, S.101, s.603-604.

⁴⁵ Altay, 2004:196.

1.2.1.1.1.1. Emeklilik

Emekliliğe yönelik olarak mevzuat hükümlerinden dolayı kamu görevlilerine ilişkin göreve son verme veya naklen atama işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda hukuki imkânsızlıklar meydana gelebilmektedir. Emeklilik işlemlerinden dolayı meydana gelen imkânsızlık, ilgisinin talebinden kaynaklanabileceği gibi, irade dışı⁴⁶ bir nedenden de kaynaklanabilmektedir⁴⁷. Örnek olarak görevinden uzaklaştırılan memurun açtığı davada, lehine karar verilinceye kadar mevzuatta öngörülen zorunlu emeklilik yaşını doldurması hâlinde, mahkemece lehine karar verilmiş olsa bile görevine iade edilebilmesi bakımından ortaya hukukî bir engel çıkmış demektir⁴⁸. Burada yargı kararı gereği göreve son verme işleminin hukuki ve fiili etkilerinin ortadan kaldırılması için işlem tesis edilmesi, yaş haddi⁴⁹ sebebiyle hukuken imkânsız hale gelmiştir. Verilen örnekte ilgisinin iradesi bulunmamaktadır. Buna karşılık, istem üzerine emekliye sevk olunanın durumunda ise, nakil işleminin iptali kararının uygulanması hususunda bireysel başvuruya konu olmuş bir uyuşmazlık değerlendirilebilir⁵⁰.

Belirtilen uyuşmazlıkta idari yargı kararının uygulanmasının mümkün olmaması, dava devam ederken emekliliğe sevke ilişkin istemde bulunulup istemin kabulü ile davacının hukuki statüsünün değişmiş olmasından kaynaklanmaktadır. Davacının hukuki statüsü değiştiğinden diğer bir deyişle, memur statüsünden çıkıp bağımsız bir statüye girmiş olduğundan idarenin iptal kararını uygulamak için davacıyı önce emeklilik statüsünden çıkarıp ardından naklen atama işleminin etkilerini ortadan kaldırmaya yönelik yeni işlem ve

⁴⁶ bk.: <http://www.abchukuk.com/makale/makale314.html>, Erişim Tarihi: 10.03.2018.

⁴⁷ Gök, 2015: 550, Kayhan, 2008: 280.

⁴⁸ Yenice, 1975: 5.

⁴⁹ Yaş sınırı sebebiyle emeklilik durumu, 5434 sayılı Kanun'un 40. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Buna göre, kanunda belirtilen yaşa gelenlerin herhangi bir işlem yapılmaksızın emekliliğe sevkine ilişkin işlemler yapılmaktadır. Anılan madde hükmüne göre genel olarak memurların emekliye ayrılma yaşı, 65 olarak ifade edilmektedirken kimi durumdaki kamu görevlilerinin yaş sınırı daha fazla olabilmektedir. Örneğin, üniversite öğretim üyelerinin 67 olması. Buna karşın kimi durumdaki personelin ise yaş sınırı daha az olabilmektedir. Örneğin, emniyet mensupları için bu sınır 52 ilâ 60 arasındadır. Detaylı açıklama için bk.: Akgüner ve Berk, 2017: 806; Gözler, 2009b: 716.

⁵⁰ Ahmet Yıldırım ve Türkiye Kararı (RG: 15.11.2013 – 28822): "...Başvuru konusu olayda başvuru idari işlemin iptali istemiyle açtığı dava sonuçlanmadan 18/10/2006 tarihinde kendi isteğiyle emekliye ayrılmış, İdare Mahkemesi'nin 12/3/2009 tarihinde naklen atama işleminin iptaline karar vermesi üzerine idareye başvurarak kararın uygulanmasını istemiştir. İdare ise başvuru emekli olması nedeniyle mahkeme kararının uygulama kabiliyetinin bulunmadığını belirterek başvuru talebini reddetmiştir. Mahkeme kararı Danıştay'ın temyiz denetiminden geçerek 27/4/2011 tarihinde kesinleşmiştir. Naklen atama işleminin iptaline ilişkin mahkeme kararı verilmeden önce başvuru emekli olduğundan iptal kararının, verildiği anda uygulama kabiliyetinden yoksun olduğu anlaşılmaktadır. Verildiği anda uygulanma kabiliyeti bulunmayan bir mahkeme kararına ilişkin olarak süregelen ihlalden söz edilmesi mümkün değildir..."

eylemlerin tesisini gerektireceğinden bu durumun hukuken imkânsız olduğu kabul edilmektedir⁵¹.

Bir başka uyuşmazlıkta⁵², genel müdür ve yönetim kurulu başkanı olarak görev yapan kişinin genel müdürlük müşavirliğine atanması üzerine açtığı dava devam ederken emekli olmasının ardından mahkeme tarafından iptal kararı verilmesine müteakip, davacının iptal kararının uygulanması için yaptığı başvuru, davalı idare tarafından reddedilmiştir. Red işleminin iptali ile uğranılan zararların tazmini için dava açılmış olup sonraki dava görülmekteyken önceki iptal kararı Danıştay tarafından bozulmuştur. Bunun üzerine emekliye ayrılma gerekçesiyle uygulanabilirlik niteliğini kaybeden önceki iptal kararının uygulanmamasından dolayı görülen dava reddedilmiş ve yapılan temyiz incelenmesinde dosya onanmıştır. Kararın karşı oyunda idarenin fiili ve hukuki imkânsızlık halleri dışında yargı kararlarını aynen ve gecikmeksizin uygulama görevinin bulunduğu, iptal kararının 2007 yılında, uygulama isteminin 2008 yılında vuku bulduğu, buna göre 2009 yılındaki bozma kararının iptal kararının uygulanmasında dikkate alınabileceği fakat kararın uygulanmasını engelleyici niteliğinin bulunmadığı ifade edilmektedir. Bu uyuşmazlıkta Danıştay'ın verdiği bozma kararının iptal kararının uygulanmasına doğrudan bir etkisi bulunmamalıdır. Burada yargı yerlerinin emekliliğe ilişkin olarak da değerlendirme yapması gerekmektedir. Nitekim ilgili, görevinden alındıktan sonra emeklilik statüsüne dahil olmuş ve bunun üzerine dava süreci başlamış, ardından ise iptal kararı verilmiştir. Anılan uyuşmazlıktaki iptal kararının uygulanabilirlik kabiliyetinin emeklilik statüsüne dahil olunması sebebiyle söz konusu olamayacağını düşünmekteyiz.

Danıştay, istek üzerine emeklilik işlemlerinin mensup olunan kurumun en yüksek idari amirinin onayı ile tekemmül edeceğinin hükme bağlandığını, onay tarihinden sonraki emeklilik isteğinden vazgeçme istemlerinin dikkate alınmasına olanak bulunmadığını, davacının nakil işlemine karşı açtığı davanın sonucunu beklemeden isteği ile emekli olarak kendisi hakkında yeni bir hukuki statü oluşturduğunu, 657 sayılı Kanun'un 93. maddesi ile emekli olan memurların yeniden göreve başlatılması hususunda idareye takdir yetkisi tanındığını ifade etmektedir⁵³. Aynı anlamda, emekli olan personelin göreve dönüşüyle ilgili olarak DPB'nin görüşünün de değerlendirilmesi gerekmektedir. Devlet memuru olarak yirmi iki sene görev yapılmasının üzerine 2015 yılında iradesiyle emekliliğe sevk olunan kişinin

⁵¹ "... Ankara 12. İdare Mahkemesinin 28.02.2007 tarihli kararından önce 25.12.2003 tarihinde kendi isteğiyle emekliye ayrılması sonucu oluşan hukuki imkânsızlık nedeniyle anılan yargı kararının yerine getirilmesinin mümkün olmaması karşısında, davanın reddine ilişkin kararda sonucu itibarıyla hukuka aykırılık bulunma(maktadır)..." D16D, T.5.5.2015, E.2015/8954, K.2015/2296, UYAP.

⁵² D5D, T.21.3.2012, E.2010/1809, K.2012/1257, UYAP.

⁵³ D5D, T.5.5.1999, E.1997/3197, K.1999/1425 KİBB; D5D, T.18.11.2002, E.1999/2300, K.2002/4414 KİBB.

DMK m.93 kapsamında memuriyete dönme talebinde bulunmuştur. DPB, bu başvurularda DMK m.93 ile 5335 sayılı Kanun'un 30. maddesi hükmünü birlikte değerlendirmek suretiyle başvuru kişilerin kamu kurum ve kuruluşlarına doğrudan atanmalarına yönelik yetkisinin bulunmaması ve bu atamalarda boş kadrolarla ilgili mevzuata uyulmak ve hizmet ihtiyaçları ile takdir yetkisi hususlarının da dikkate alınması gerektiğini ifade ederek işlem tesis edilemeyeceğini mütalaa kılmıştır⁵⁴. Görüldüğü üzere, emekli olan personelin istihdamına ilişkin olarak idarelerin hizmet gerekleri ve takdir yetkisi kapsamında karar verecekleri belirtilmektedir. Bu konuda İdareyi yargı kararları ile işlem tesis etmeye zorlamanın, yargı kararının gereği olduğunu düşünmemektediriz. Verilen yargı kararı bu bakımdan aynen ifa edilemeyecekse de; kararın dava konu işlemin tesis edildiği tarihten imkânsızlık sebebinin olduğu tarihe kadarki müktesep ve parasal hakları yönünden uygulanması gerektiğini düşünmekteyiz.

Naklen atama işlemi tesis edildikten sonra ilgili kişi resen emekliliğe sevk edilmişse, dava konusu idari işlemin iptali halinde görevine dönebilmesi için resen emekliliğe sevk işlemini de dava konusu etmiş olması ve bu işlemin de iptal edilmesi, hukuken imkânsızlığın aşılması ve ilgilinin eski görevine iade edilmesi için gerekmektedir⁵⁵.

Göreve son verme ya da başka göreve atama işlemine karşı açılan iptal davasında verilen yürütmenin durdurulması (YD) kararından önce, davacı kendi isteğiyle emekliye ayrılmış veya kendi isteğiyle başka göreve atanmış ise, YD kararının nasıl uygulanacağı tartışması mevcuttur. Bu bağlamda, idarelerin kararın nasıl uygulanacağı hususunda çok ciddi tartışmalar gündeme gelmektedir.

YD kararları da iptal kararları gibi, idari işlemin tesis edildiği tarihten itibaren geçerli olmak üzere o işlemi hukuk alanında hiç doğmamış hale getirmektedir. Bu yönüyle Anayasa'mızın 138. ve İYUK'un 28. maddeleri gereği, YD şeklinde verilen ara kararlar da mahkeme kararlarıdır ve uygulanması bir zorunluluktur⁵⁶. Ancak YD kararlarına karşı gerek bölge idare mahkemelerine yapılan itiraz neticesinde 7 gün içinde kararın kaldırılabilme olanağı⁵⁷, gerek davanın esas yönünden reddi ve gerekse de kanun yollarıyla verilen kararın

⁵⁴ DPB'nin 6/1/2017-80 tarihli görüşü, <http://www.dpb.gov.tr/tr-tr/gorus/emeklilerin-yeniden-istihdami>, (Erişim Tarihi: 04.04.2018).

⁵⁵ Altay, 2004: 196.

⁵⁶ Her uyumsuzluk bakımından söylenebilmesi söz konusu olmayabilmektedir. Zira, Anayasa'mızın 125. maddesinin 6. fıkrasında bazı hallerde YD kararlarının sınırlandırılabilmesine ilişkin hüküm bulunmaktadır. Burada belirtilen sınırlamanın ise, YD kararları verilmesinin ortadan kaldırılmasına yönelik olmayıp, sadece sınırlandırılmasına izin verildiği ve ancak yasal düzenleme ile yapılabileceği kabul edilmektedir. Esen, 2008: 286.

⁵⁷ İYUK m.27/7: "Yürütmenin durdurulması istemleri hakkında verilen kararlar; Danıştay dava dairelerinden verilmişse konusuna göre İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurullarına, bölge idare mahkemesi kararlarına karşı en yakın bölge idare mahkemesine, idare ve vergi mahkemeleri ile tek hakim tarafından verilen kararlara

bozulma ihtimali birlikte değerlendirilince, idarelerin bu kararları her durumda nasıl uygulayacağı tartışmalı bir vaziyet halini almaktadır. Bu duruma bir de, alınmakla etkisi tükenecek olan işlem kategorisi dahil edilince, durum daha da karmaşık bir yapı arz etmektedir⁵⁸. Genel olarak bu konuda Danıştay'ın da bir kararında⁵⁹ ifade etmiş olduğu üzere şunlar söylenilebilir:

“...Burada birbirinden bağımsız iki ayrı işlem mevcuttur. Bu işlemlerden birincisi davacının açmış olduğu iptal davası üzerine iptal edilen veya yürütülmesi durdurulan işlemdir. Diğeri ise, davacının iradesine dayanılarak yani, isteği ile emekliye ayrılması veya başka bir göreve atanması yolunda tesis edilmiş bulunan işlemdir. Bu işlemlerden birincisi hakkında verilmiş bulunan iptal veya yürütmenin durdurulması kararlarının yerine getirilmesi gerekli ise de, davacı kendi isteği ile emekliye ayrılmak veya başka bir göreve atanmak gibi idareye yeni işlemler tesis ettirmiş bulunduğu cihetle hukuki bakımdan ortada yerine getirilmesi gerekli bir Danıştay kararı kalmamış bulunmaktadır. Ancak, verilmiş bulunan iptal kararında davacının isteğiyle emekliye ayrıldığı veya başka bir göreve atandığı tarihe kadarki müktesep ve sübjektif haklarına ilişkin kısımların uygulanmasının zorunlu olduğuna (...) oybirliğiyle (...) karar verildi.”.

Bu hususta değinilmesi gereken bir diğer konu, YD kararı ile görevine iade edildikten sonra rızai olarak emeklilik statüsüne geçilmesi halinde, sonradan verilen iptal kararı gereği ilgilinin emeklilik statüsünden çıkarılıp önceki görevine döndürülüp döndürülmemesi ile ilgilidir⁶⁰. Burada idarenin yargı kararı ile işlem tesisine zorlanamayacağı açıktır. YD

karşı bölge idare mahkemesine kararın tebliğini izleyen günden itibaren yedi gün içinde bir defaya mahsus olmak üzere itiraz edilebilir. İtiraz edilen merciler, dosyanın kendisine gelişinden itibaren yedi gün içinde karar vermek zorundadır. İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir.”.

⁵⁸ Bu anlamda *Ersöz*, mülkiyet hakkını doğrudan ilgilendiren yıkım kararları ile ilgili direkt yapı tatil tutanaklarına iptal davası açılması durumuna ilişkin olarak şu değerlendirmelerde bulunmaktadır: “...*Encümen veya il idare kurulunca verilecek olan nihai kararın uygulanmasından önce açılacak davalarda, yürütmeyi durdurma kararı çıkıncaya kadar, Türkiye gerçekliğinde yıkım kararı çoktan icra aşamasına geçmiş olacaktır...*” (Ersöz, 2015: 113-114). Bu bakımdan yıkım kararı icra edildikten sonra, diğer bir deyişle “*Basra harab olduktan sonra*” (bad-el harab-ül Basra) verilen YD kararının uygulanmasının yıkılan binayı yeniden yapma şeklinde idareye yükümlülük yüklenemeyeceği diğer bir ifadeyle bu konudaki imkânsızlık nedeniyle uygulanması söz konusu olmamaktadır. Uler, burada meydana gelen imkânsızlığı öğretinin aksine hukuki imkânsızlık olarak değerlendirmektedir. Uler, 1970: 100.

⁵⁹ D3D, T.09.03.1978, E.1978/151, K.1978/199, KİBB.

⁶⁰ “...Davacının, ... görevinden alınmasına ilişkin kısmı ile ... atanmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açtığı davada Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 20.11.1992 günlü, E:1992/278 sayılı kararıyla yürütmenin durdurulması üzerine ... görevine iade edildiği, adı geçen ...görevine başladığı, ... ve daha sonra kendi isteğiyle 18.11.1993 tarihinde emekliye ayrıldığı dosyanın incelenmesinden anlaşılmıştır. Davacı, yürütmenin durdurulması kararı uygulanarak görevine iade edildikten sonra kendi isteğiyle emekliye ayrılmış olduğundan iptal kararı üzerine emeklilik statüsünden çıkarılarak İl Müdürlüğü görevine döndürülmesi konusunda idarenin yargı kararı yoluyla zorlanamayacağı açıktır...” D5D, T.21.1.1997, E.1994/2686, K.1997/91, Akt. Altay, 2004: 199-200; Benzer yönde içtihat için bk.: “...Olayın bu gelişimi karşısında, davacının idare mahkemesince verilip, idare tarafından uygulanan yürütmenin durdurulması kararının sonuçlarından kendi isteğiyle vazgeçip, atandığı göreve devam etmek istediği tartışmasız bulunduğu göre bilahare verilen iptal kararının uygulanması konusunda idarenin yargı kararıyla zorlanamayacağı açıktır...” D5D, T.12.2.1998, E.1995/2660, K.1998/352, Akt. Kayhan, 2008: 263-265.

örneğinde olduğu gibi bu durum iptal kararları bakımından da geçerlidir⁶¹. Yerleşik içtihatların aksine⁶² Danıştay'ın istisnai nitelikli kararında davacının emekli olması, yargı kararının uygulanmasının engeli olarak değerlendirilmemiştir⁶³. Buna göre:

“...Söz konusu anayasal ve yasal düzenlemeler uyarınca davalı idarenin bağlı yetki içerisinde bulunduğu açık olup, bu doğrultuda davalı idarenin ilgili idarelerle gerekli koordinasyonu sağlayarak davacıyı ...görevine iade etmesi gerekirken, dava sürmekte iken adı geçen başka bir kuruma geçtiği ve daha sonra emekliye ayrıldığı gerekçesiyle davayı reddeden İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir...”.

Bu kararın azınlık oyunda, ilk derece mahkemesi kararının onanması yönünde görüş bildirilmiştir. Biz bu konuda Danıştay'ın azınlık oyuna katılmaktayız. Çünkü, ortada birbirinden bağımsız iki idari işlem olup son işlem (emekliliğe ayrılma), memuriyet statüsünü sona erdirir nitelikteyken; naklen atama işlemi statü içinde gerçekleşen işlem kategorisindedir. Her iki idari işlem arasında sebep-sonuç ilişkisi kuruluyormuş gibi görünse de, esasen iki bağımsız işlem mevcuttur. Bu sebeple, emekliliğe ayrılma yoluyla memuriyet statüsünden ayrılıp emeklilik statüsüne geçen kişi, lehe karar olsa da eski görevine başlayamayacaktır.

Değinilmesi gereken bir diğer husus, görevden alma işlemine karşı açılan iptal davası esnasında emekli olan davacı, verilen iptal kararının uygulanması zorunluluğunu emekli

⁶¹ “...Hakkında tesis edilmiş bir idari işlemin iptali istemiyle açtığı davada lehine yürütmenin durdurulması veya iptal kararı verilen kamu görevlisinin, bu karar verilmeden veya verilen kararın gerekleri yerine getirilmeden önce kendi isteğiyle emekliye ayrılması hali söz konusu olduğunda, ortada birbirinden bağımsız iki ayrı işlemin mevcut olduğu görülmektedir. Bu işlemlerden birincisi, davacının (yani kamu görevlisinin) açmış olduğu iptal davası üzerine iptal edilen veya yürütülmesi durdurulan işlemdir. Diğeri ise, davacının iradesine dayanılarak, bir başka ifadeyle kendi isteğiyle emekliye ayrılması yolunda tesis edilen işlemdir. Bu işlemlerden birincisi hakkında verilmiş bulunan iptal veya yürütmenin durdurulması kararlarının yerine getirilmesi gerekli ise de; davacı (kamu görevlisi), kendi isteği ile emekliye ayrılmak suretiyle idareye yeni bir işlem tesis ettirmiş olduğundan, artık ortada yerine getirilmesi gerekli bir yargı kararının varlığından söz etmeye hukuken olanak bulunmamaktadır. Bu durumda, idare mahkemesinin; emekli statüsünde olan ve davalı idareye yaptığı 1.10.1996 günlü başvurusunun "kamu görevine açıktan atanma" istemini içerdiğinin kabulü zorunlu bulunan davacının, yukarıda da açıkça belirtildiği üzere "uygulanabilirlik" niteliğini kaybeden (bir başka ifadeyle, hukuken davacının eski görevine atanması sonucunu doğurması mümkün olmayan) bir iptal kararının varlığından bahisle ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun "Emeklilerin Yeniden Hizmete Alınması" başlığını taşıyan 93. maddesi ile bu konuda idareye tanınan takdir yetkisini ortadan kaldırmak suretiyle, eski görevi olan ... Gençlik ve Spor İl Müdürlüğü görevine iade edilmesi sonucunu doğuracak şekilde dava konusu 9.10.1996 günlü, 13702 sayılı işlemin iptali yolunda hüküm kurmasında hukuki isabet görülmemiştir. Öte yandan, yine bu nitelikteki bir davada verilmiş bulunan iptal kararında, idari yargı merciiince hukuka aykırı olduğunun saptanması nedeniyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmesinin yanı sıra, (dava dilekçesinde bu yolda bir istemde bulunulmuş olması nedeniyle) iptal edilen işlemde kaynaklanan parasal ve diğer özlük hakları kaybına ilişkin olarak da hüküm kurulması zorunlu olup; böyle bir durumun varlığı halinde, kararın "davacının emekliye ayrıldığı tarihe kadarki parasal ve diğer özlük hakları farklarının ödenmesine ilişkin" kısmının uygulanmasının idareler için yerine getirilmesi gereken yasal bir yükümlülük olduğu tartışmasızdır...” D5D, T.2.2.1999, E.1998/2407, K.1999/222, DD, 101, s.375 vd.

⁶² D5D, T.5.5.1999, E.1997/3197, K.1999/1425 KİBB; D5D, T.18.11.2002, E.1999/2300, K.2002/4414 KİBB; D5D, T.21.1.1997, E.1994/2686, K.1997/91; D5D, T.12.10.2012, E.2009/5738, K.2012/6184, UYAP; D5D, T.5.10.2012, E.2009/6205, K.2012/5895, UYAP; D5D, T.17.12.2013, E.2011/7021, K.2013/10200, UYAP.

⁶³ D5D, T.9.3.2009, E.2007/81, K.2009/1103, KİBB.

olmak suretiyle ortadan kaldırmış olmasına rağmen; davalı idarece iptal kararına dayanılarak üçüncü kişiler aleyhine işlem tesis edilebilmektedir⁶⁴. *Altay*, uygulanma zorunluluğu bulunmayan mahkeme kararına dayanılarak üçüncü kişiler hakkında herhangi işlem ve eylemde bulunulmasının hukuka aykırı olacağını ifade etmektedir⁶⁵. Biz de bu görüşe katılmaktayız. Aksi halde, aynen uygulanma vasfı bulunmayan mahkeme kararları ile üçüncü kişiler aleyhine durumlar meydana getirilebilir.

1.2.1.1.1.2. İstifa – Görevden Çekilmiş Sayılma

Hukuki imkânsızlığın görüldüğü alanlar bakımından istifa kavramının da değerlendirilmesi gerekmektedir. İdare hukukunda istifa kavramı, kamu görevlisine verilmiş bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu hakkın kullanımı ile memurun memurluk statüsü son bulur⁶⁶. Dolayısıyla istifa, kamu görevlisini memuriyet statüsünden çıkararak bağımsız bir statüye koyan bir işlemdir. Bu bakımdan, dava konusu idari işlemin tesis edilmesinden sonra kamu görevlisinin istifa etmiş olması veya görevden çekilmiş sayılması, davanın seyri bakımından bir etki yaratmamaktadır. Zira, idari işlemler, tesis edildikleri andaki hukuki duruma göre hukuka uygunluk denetimine tabi tutulduklarından esasen belirtilen tarihten sonraki gelişmeler, görülmekte olan davayı etkilememelidir. Belirtmek gerekir ki, naklen atama işlemine karşı iptal davası açıldıktan sonra istifa edilmesi, idari yargı hâkiminin davayı ele alması noktasında hiçbir değişiklik yaratmamalıdır⁶⁷. Halbuki dava konusu işlem ile davacı arasında bir menfaat ilişkisinin kalmadığı şeklinde idarelerin savunmalarına sebep olsa

⁶⁴ “...Dava konusu işleme gerekçe olarak, yasal hakları saklı kalmak kaydıyla emekliye ayrılan önceki müdürün görevden alma işlemine karşı açmış olduğu davada verilen iptal kararının uygulanması gösterilmiş ise de, emekliliğin şarta bağlı bir işlem olmadığı; davacının müdürlük görevinden alınarak anılan kişinin eski görevine ağıktan atanmasının hukukten mümkün görülmediği; emekli kişinin yeniden göreve döndürülmesinin 657 sayılı Yasa'nın 93. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği gerekçesiyle dava konusu işlem iptal edilmiştir...” anılan karar, Danıştay tarafından oybirliğiyle onanmıştır. D5D, T.24.2.1999, E.1998/3976, K.1999/480, Akt. *Altay*, 2004: 2004-205. Anılan olayda, idare, uhdesinde çalışmakta olan bir personelini çalışmakta olduğu görevden alıp yerine başka bir personel ataması yapmıştır. Görevden aldığı personel, hem bu işleme karşı iptal davası açmış hem de bu süreçte emeklilik statüsüne dahil olmuştur. Davacı, halihazırda emeklilik statüsünde iken, açtığı dava neticelenmiş olup işlemin hukuka aykırılığı olduğu iptal kararı neticesinde tespit edilmiştir. Bu durum üzerine işlemi yapan İdare, uygulanmasında hukuki imkânsızlık bulunan iptal kararını gerekçe göstermek suretiyle davacının yerine atanan personeli atanmış olduğu görevden almıştır. Mahkeme kararı üzerine görevinden alınan sonraki personel, işlemin hukuka aykırı olduğunu ve iptalini dava etmiş ve işlem yine iptal edilmiştir.

⁶⁵ *Altay*, 2004: 204.

⁶⁶ *Gündoğan*, 2014: 93.

⁶⁷ “...Davalı idarenin ilgili idarelerle gerekli koordinasyonu sağlayarak davacıyı Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdür Yardımcılığı görevine iade etmesi gerekirken, dava sürmekte iken adı geçen başka bir kuruma geçtiği ve daha sonra emekliye ayrıldığı gerekçesiyle davayı reddeden İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.” D5D, T.9.3.2009, E.2007/81, K.2009/1103, DD, 121, s.226-229. Danıştay'a göre, İdare Mahkemesi önüne gelen bir iptal davasını değerlendirirken ne davanın açıldığı tarihi ne de karar vereceği zamandaki hukuki durumu göz önüne almamalıdır. İptal davasının idari yargı hakim tarafından idari işlemin tesis edildiği andaki hukuki duruma göre değerlendirilmesi gerekmektedir.

da; esasen sadece iptal kararının uygulanması meselesine etki etmektedir⁶⁸. İstifa sonucu kurumuyla ilişkisi kesilen kamu görevlisi hakkında, istifadan önce tesis edilen işlemin iptali ile karar neticesinde görevine iadesi, istifa sebebiyle hukuken imkânsız hale gelmektedir. Danıştay'ın konuya ilişkin bir kararında belirtilen yaklaşımı, şu şekilde ifade edilmektedir⁶⁹:

“...Dava konusu olayda, davacının, davalı İdare tarafından yapılan Hukuk Müşavirliği sınavı sonucu yapılan değerlendirme sonucu başarısız olduğu, görevde yükselme sınavı sonrasında istihdam fazlası konumunda değerlendirilerek Özelleştirme İdaresine yapılan teklife binaen Avukat olarak ... atandığı, bu görevinden 14.12.2012 tarihinde istifa ederek ayrıldığı; Ankara 6. İdare Mahkemesi'nin 22.10.2012 tarihli E:2010/357, K:2012/2671 Sayılı kararı sonucu yeniden hesaplanan puanına göre başarılı bulunarak 25.3.2013 tarih ve 202 Sayılı Olur ile ... Hukuk Müşaviri kadrosuna atandığı, yapılan atamasının istifa ettiğinden bahisle 14.6.2013 tarih ve 6178 Sayılı işlem ile iptal edildiği anlaşılmaktadır...”.

Naklen atama işlemi neticesinde görevine süresi içinde başlanılmaması ile görevinden çekilmiş sayılanlar hakkında, naklen atama işlemine karşı verilen mahkeme kararlarının uygulanma yükümlülüğü, görevden çekilmiş sayılmalarından dolayı hukuki imkânsızlık sebebiyle ortadan kalktığı ifade edilmektedir⁷⁰. Danıştay'ın bir kararında, müstafi addedilme işlemine karşı açılan iptal davasının görülmesi esnasında, davacının davalı idare tarafından yeniden göreve atanması ile iptal davasından ayrı hukuki bir durum meydana getirildiğinden idare mahkemesinin vermiş olduğu iptal kararının uygulanmamış olarak değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir⁷¹. Ancak D1D'nin aksi yönünde bir karar verdiği

⁶⁸ Altay, 2004: 207.

⁶⁹ D5D, T.9.12.2015, E.2014/8720, K.2015/10234. Benzer yönde içtihat için bk.: “...Davacının bu davaya konu işlemin kurulmasına yol açan 1.9.2005 günlü başvurusunun; “emekliye ayrılmış ve bu nedenle kamu görevi ile hukuki irtibatı kesilmiş bir kişinin, henüz kamu görevinde iken hakkında tesis edilmiş bir görevden alma işlemi ile ilgili olarak idari yargı merciince verilmiş iptal kararının uygulanması suretiyle eski görevine iade edilmesi istemi” olarak kabul edilmesi ve anılan yargı kararının uygulanabilirliğinin de bu husus göz önünde bulundurularak değerlendirilmesi gerekmektedir. / Hakkında kurulan görevden alma işleminin iptali istemiyle açtığı davada yürütmenin durdurulması veya iptal kararı verilen kamu görevlisinin, bu karar verilmeden veya verilen kararın gerekleri yerine getirilmeden önce kendi isteğiyle emekliye ayrılması durumunda, ortada birbirinden bağımsız iki ayrı işlemin mevcut olduğu görülmektedir. Bu işlemlerden birincisi, kamu görevlisinin açmış olduğu iptal davası üzerine yürütülmesi durdurulan ya da iptal edilen görevden alma işlemi, diğeri ise, kendi isteğiyle emekliye ayrılması yolunda kurulan işlemidir. / Bu işlemlerden birincisi hakkında verilmiş bulunan yürütmenin durdurulması ve iptal kararlarının yerine getirilmesi gerekli ise de; kamu görevlisinin isteği üzerine idare tarafından emekliye şevki yolunda yeni bir işlem kurulmuş olduğundan, artık ortada yerine getirilmesi gerekli bir yargı kararının varlığından söz etmeye hukuken olanak bulunmamaktadır...”D5D, T.9.3.2009, E.2007/81, K.2009/1103, DD, 121, s.226-229.

⁷⁰ Altay, 2004: 211.

⁷¹ “...Olayda, davacının müstafi sayılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan dava henüz sonuçlanmadan, davalı idarece, davacı yeniden göreve alınmış ve bu kararın tebliğinden önce istifa etmiştir. / Bu durumda, davacının müstafi sayılmasına ilişkin işleme karşı açtığı ilk davanın dışında yeni bir hukuki durum doğduğundan, davacının başvurusunun cevap verilmeyerek reddi yolundaki işlemi mahkemece verilen iptal kararının uygulanmaması olarak değerlendirmeye olanak bulunmadığından, aksi gerekçeyle dava konusu işlemi

görülmektedir⁷². Anılan uyuşmazlığa konu olayda, naklen atama işlemini etkisiz kılmak amacıyla görevinden çekilmiş sayılan bir kamu görevlisi naklen atama işlemine karşı dava açmıştır. Görevinden çekilmiş sayılma için gerekli yasal süre⁷³ geçtikten sonra YD kararı verilmiştir. YD kararının uygulanması bakımından görevinden çekilmiş sayılma, hukuki imkânsızlık olarak değerlendirilmemiştir.

1.2.1.1.1.3. Kurumlararası Nakil

Nakil kavramı, kamu hizmetinin iyi işlemesi, idarenin fonksiyonlarını rasyonel ve verimli biçimde yerine getirebilmesi için başvurulmuş idari bir muamele olarak ifade edilmektedir⁷⁴. Nakil, esasen bir kamu görevlisinin bulunduğu yerden bir başka yere atanmasını ya da coğrafi olarak yer değişikliği yapılmamakla birlikte görev unvanında ya da sınıfında değişiklik yapılmasını ifade etmektedir⁷⁵.

Kurum içi nakil işlemine karşı açılan davada, davacının istemiyle bir başka kuruma naklen atanmasının ardından mahkemece verilen iptal kararının uygulanmasında hukuki imkânsızlık söz konusu olabilmektedir. Nitekim Danıştay içtihatlarında davacının kendi iradesi ile kurumlar arası nakil işlemini talep ettiği ve bu sebeple iptal kararının uygulanmasının imkânsızlaştığı görülmektedir⁷⁶. Ancak *Altay*, kurumlararası nakil işlemi

iptal eden idare mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır...” D8D, T.10.11.1997, E.1997/3307, K.1997/3218, DD, 96, s.402 vd.

⁷² “...657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 62. maddesinde, başka yerdeki görevlere atananların atama emirlerinin kendilerine tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içerisinde o yere hareket ederek belli yol süresini izleyen iş günü içinde işe başlamak zorunda oldukları, 63. maddesinde de, belge ile ispatı mümkün zorlayıcı sebepler olmaksızın yasal süre sonunda yeni görevlerinde işe başlamayanların memurluktan çekilmiş sayılacakları hükmüne bağlanmış bulunmaktadır ise de; bu hükümlerin başka yere atama işlemi aleyhine dava açıp yürütmenin durdurulmasına karar almış olanlar yönünden uygulama olanağı bulunmadığı kuşkusuzdur. yürütmenin durdurulması kararı işlemi tesis edildiği tarihten itibaren hükümsüz hale getireceği cihetle, üstelik yeni göreve başlamak için saptanan yasal süre geçmiş olmasına karşın, idarece, bu nedenle hiçbir işlem yapılmamış, ilgili eski görevine iade edilmişse, artık, memurun hukuki durumunda 62. maddenin uygulanma koşulları bakımından bir değişiklik olduğundan çekilmiş sayılmasının mümkün olamayacağı... mütalaa kılınarak dosyanın Danıştay Başkanlığına sunulmasına 18.6.1983 gününde karar verildi.” D1D, T.18.6.1983, E.1983/124, K.1983/153, KİBB.

⁷³ **Atamalarda Görev Yerine Hareket Ve İşe Başlama Süresi: Madde 62/1** – (Değişik: 23/12/1972 - KHK 2/1 md.): “İlk defa veya yeniden veyahut yer değiştirme suretiyle; a) Aynı yerdeki görevlere atananlar atama emirlerinin kendilerine tebliğ gününü, b) Başka yerdeki görevlere atananlar, atama emirlerinin kendilerine tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içerisinde o yere hareket ederek belli yol süresini, İzleyen iş günü içinde işe başlamak zorundadırlar...”; **İşe Başlamama Halinde Yapılacak İşlem: Madde 63/2** – (Değişik: 23/12/1972 - KHK 2/1 md.): “Başka yerdeki bir göreve atananlardan 62 nci maddedeki süre içinde hareket ederek belli yol süresi sonunda yeni görevlerine başlamayanlara, eski görevlerinden ayrılış ve yeni görevlerine başlangıç tarihleri arasında aylık verilmemek şartı ile 10 günlük bir süre daha verilebilir. Belge ile isbatı mümkün zorlayıcı sebepler olmaksızın bu süre sonunda da yeni görevlerinde işe başlamayanlar memuriyetten çekilmiş sayılırlar.”.

⁷⁴ Can, 1981: 97; Güran, 2003:157; Yavuzdoğan, 2016: 47.

⁷⁵ Sağlam, 2005: 35.

⁷⁶ “...Davalı idareden kendi isteğiyle ayrılarak başka bir kurumda çalışmaya başlayan ve Ankara 2. İdare Mahkemesi’nce verilen iptal kararının hükmüne bağlandığı tarih itibarıyla davalı idare personeli olmayan davacının, “uygulanabilirlik” niteliğini kaybeden bir iptal kararından bahisle, personeli olarak görev yapmadığı bir kurum tarafından açılacak yeterlik sınavına katılması sonucunu doğuracak şekilde verilen İdare Mahkemesi

ilgilisinin iradesi dışında gerçekleştirilmişse, yargı kararının uygulanmasına engel oluşturmayacağını ifade ederek görüşünü⁷⁷ şu içtihadı dayandırmaktadır⁷⁸:

“...Davacı, aldığı iptal kararı nedeniyle eski kurumundaki görevine dönmek için yaptığı başvurusunun reddine ilişkin 27.12.1996 günlü 14498 sayılı işlemin iptali istemiyle dava açmıştır. / ... Müdürü iken ...Matematik Öğretmenliğine naklen atanmasına ilişkin 24.7.1992 günlü işlemin iptali istemiyle açtığı dava devam ederken davacının, talebi üzerine Milli Eğitim Bakanlığı emrine Öğretmen olarak atandığı, 24.7.1992 günlü işlemin Mahkemelerinin 9.3.1996 günlü, E:1996/713, K:1996/762 sayılı kararıyla iptalle sonuçlandığı; maddi ve hukuki koşullara göre uygulanabilir nitelikte olan bu iptal kararının uygulanması gerekirken kurumlararası nakil nedeniyle mahkeme kararının uygulanma kabiliyetinin bulunmadığı yolunda tesis edilen işlemde hukuka uyarlık görülmediği gerekçesiyle dava konusu işlem iptal edilmiştir. / Davalı idare; davacının kendi isteğiyle Milli Eğitim Bakanlığına geçtiğini öne sürmekte ve İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir. / Dairemizin 14.12.1999 ve 28.2.2000 günlü ara kararlarına cevap olarak gönderilen belgelerde davacının kendi isteği ile Milli Eğitim Bakanlığı emrine geçtiği kanıtlanamadığından, bu gerekçeyle dava konusu işlemin iptali gerektiğinden hüküm fıkrası itibarıyla hukuka uygun olan Mahkeme kararında hukuka aykırılık görülmemiştir...”.

Belirtilen uyuşmazlıkta İdare, bir görevlisini naklen bir görevden bir diğer göreve atamıştır. Atama işleminin iptali için dava açılmıştır. Davanın görümü esnasında, İdarenin iddiasına göre davacı, bir başka yere atanma talebinde bulunmuş ve bu talebin gereği yerine getirilmek suretiyle davacı hakkında yeniden bir atama işlemi tesis edilmiştir. Bunun üzerine iptal kararı verilmiştir. İptal kararının uygulanma vasfının kalmadığı gerekçesiyle uygulanması talebi İdarece reddedilmiştir. Red işleminin iptali için açılan davada Danıştay,

kararında hukuki isabet bulunmamaktadır...” D5D, T.15.11.2012, E.2010/1829, K.2012/7396, UYAP; “...İptal kararını alıncaya kadar kendi isteği ile görev yaptığı kurumdan ayrılmak suretiyle idareye yeni bir işlem tesis ettirmiş olduğundan, bunun sonucu olarak da hukuken başka bir kamu kurumunun personeli olduğundan, yargı kararının yerine getirilebilmesi amacıyla sözlü sınavına girebilmesi bakımından hukuksal bir olanaksızlık doğduğu ve davacı lehine artık ortada yerine getirilmesi gerekli bir yargı kararının varlığından söz etmeye hukuken olanak bulunmadığı, bu sebeple dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle dava reddedilmiştir...” D5D, T.9.10.2013, E.2013/4952, K.2013/6566, UYAP. Bu karardan bir üstte yer verdiğimiz T.15.11.2012, E.2010/1829 ve K.2012/7396 sayılı kararında ilk derece mahkemesinin iptal kararı bozularak dosya idare mahkemesince yeniden değerlendirilmiş ve davacının kendi isteğiyle naklen atama gerçekleştirdiği için naklen atama üzerine verilen iptal kararının uygulanmasında imkânsızlık gündeme gelmiştir. Davacının, davalı idareye iptal kararının uygulanması için yaptığı başvuruda idarenin imkânsızlık sebebiyle iptal kararının gereklerinin yerine getirilememesini değerlendiren İdare mahkemesinin bu kararı, zannımızca yerinde bir biçimde Danıştay tarafından onanmıştır.; D5D, T.26.4.2010, E.2010/1829, UYAP; “...İptal davası devam ederken kendi isteğiyle kurumlararası nakil yolu ile ... Üniversitesi Rektörlüğünde bir göreve atanarak 9.11.1994 tarihinde davalı kurumdan ayrılmış bulunmaktadır. Bu durumda davalı idarenin bu tarihten sonra yargı kararını infaz etme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu itibarla 9.11.1994 tarihinden sonrası için idareyi yargı kararını uygulamamaktan dolayı tazminatla yükümlü tutmak olanaksızdır. / Öte yandan, iptal kararının adı geçen kendi isteğiyle davalı idareden ayrılması nedeniyle uygulanmaması ve manevi tazminat verilmesi için de gerekli olan koşulların olayda gerçekleşmediği anlaşıldığından, davacının manevi bir zararı olduğundan da söz edilemez...” DİDDGK, T.9.4.1999, E.1997/529, K.1999/445, Akt. Altay, 2004: 213-214.

⁷⁷ Altay, 2004: 214-215.

⁷⁸ D5D, T.11.4.2000, E.1997/2948, K.2000/1160, Akt. Altay, 2004: 214-215.

idarenin savunmasını tevsik edici hiçbir belge sunamadığından dolayı iptal kararının uygulanma kabiliyeti kalmadığını kabul etmemiştir. Kanaatimizce bu uyuşmazlık, kurumlararası nakilde talebin bulunmaması şeklinde yorumlanmaya müsait değildir.

1.2.1.1.1.4. Kadrosuzluk

657 sayılı DMK'nın 33. maddesi ile, "*Kadrosuz memur çalıştırılmaz.*" ilkesi yasal güvence altına alınmıştır⁷⁹. Bu ilkeye göre, memur statüsündeyken, bir süre kadrosuz veya görevsiz durumda bulunma, istisnai durumlara özgülemiştir. Anılan istisnanın en belirgin örneğini, aynı Yasa'nın 93. maddesi hüküm altına almıştır⁸⁰. Mevzuatımızda kadrolarla ilgili bir de Kanun Hükmünde Kararname bulunmaktadır⁸¹. Anılan KHK'nın amacı ise, kapsamındaki kamu kurum ve kuruluşlarına ait kadroların ihdası, iptali ve kullanılmasına dair esas ve usullerini düzenlemektir.

Danıştay'ın eski tarihli içtihatlarında kamu görevlisinin görevden ayrılmasını sonuçlandıran işlem iptal edilinceye kadar kadroya bir başkasının atanması suretiyle bahse konu kadronun doldurulması durumunda, iptal kararının uygulanmasında hukukî imkânsızlık bulunduğunu belirtilmekteydi⁸². Ancak Danıştay, bu içtihadından vazgeçmiştir. Danıştay, kamu görevlisinin görevden alınması işleminin iptali davası esnasında, mevcut kadroya bir başkasının atanması durumunda, verilen iptal kararının sonraki atamayı da etkileyeceğini ve dava konusu kadronun boşaltılarak lehine iptal kararı verilmiş kişinin, iptal kararının uygulanması bağlamında o kadroya döndürülmesi gerektiğini ifade etmektedir⁸³.

⁷⁹ 657 s. DMK "*Kadroların Tespiti*" m.33/1: "*Kadrosuz memur çalıştırılmaz.*"

⁸⁰ 657. s. DMK Kadroları kaldırılan devlet memurları: Madde 91/1 – (Değişik: 13/2/2011 - 6111/103 md.). "*Kadrosu kaldırılan memurlar, en geç altı ay içinde kendi kurumlarında niteliklerine uygun bir kadroya atanırlar. Bu memurlar, kurumlarında atama imkânı bulunmaması hâlinde aynı süre içinde başka bir kurumdaki kadrolara atanmak üzere Devlet Personel Başkanlığına bildirilir. Bunlar, atama işlemi yapılıncaya kadar kurumlarında niteliklerine uygun işlerde çalıştırılır ve yeni bir kadroya atanıncaya kadar eski kadrolarına ait malî haklardan ve sosyal yardımlardan yararlanmaya devam ederler.*"

⁸¹ 190 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararname. (RG: 14.12.1983–18251 Mükerrer)

⁸² "...Ortada yürütmenin durdurulması veya iptal kararı yokken...(yerine) başka bir teminatlı hakim atandığı, bu atama aleyhine açılmış bir dava veya verilmiş bir yargı kararı bulunmadığına göre, davacının eski görevine atanması hususunda hukuki imkânsızlık bulunduğu..."; DDDK, E.1969/23, K.1973/331, T.25.5.1973, in. DDDK, Birinci Kitap (1965-1978), s.543; "...İptal kararının, konusu olan işlemi verildiği tarihten itibaren ortadan kaldıracağı tabii ise de, emeklilik işleminin iptaline dair Danıştay kararı iptalden önce kanuna uygun şekilde yapılan tayin işlemini yoklukla mualllel kılmayacağı gibi, onun iptalini gerektirir bir durum da ortaya koymaz. İdarenin iptal kararının ışığında yeni bir işlem tesisi yolundaki mükellefiyeti hukuki imkânlarıyla sınırlı olduğundan, davacıdan boşalan kadronun doldurulmuş bulunması sebebiyle eski görevine iade edilmemesi karşısında idare ancak ilgilinin zararını tazminle yükümlü tutulabilir..." DDDK, E.1967/680, K.1968/659, T.18.10.1968, DKD.127-130, s.34; Aynı yönde bk.: D5D, E.1965/41, K.1966/3443, T.22.06.1966, AİD, S.8, s.8.

⁸³ "...Davacının, yerine atandığı kişinin görevden alınmasına ilişkin işlemin iptali yolundaki kararın, onun yerine yapılan atamayı sebep unsuru yönünden hukuka aykırı kıldığından, iptal kararını uygulamak üzere davacının görevden alınması idare yönünden Anayasal ve yasal bir zorunluluktur." D5D, T.11.2.1991, E.1991/112, K.1991/154, DD, 82-83, s.369; "...Yargı kararının, ilgili kişiden boşalan kadroya atanmış olan kişinin görevden alınması suretiyle uygulanması gerekir." D5D, T.19.4.2005, E.2001/4414, K.2005/2065, DD,110, 173-174; "...Davacının Kız Öğretmen okulu müdürlüğü görevinden ilyasbey orta okulu öğretmenliğine

Güneş, görevden alma işleminin iptali kararından önce kadronun doldurulmasının fiili imkânsızlık teşkil ettiğini ifade etmektedir⁸⁴. Ancak Çağlayan, imkânsızlığın mevcut olmayacağını ve yapılması gerekenin idarece kadronun boşaltılarak ilgili görevine iade etmek olduğunu ifade etmektedir⁸⁵. Nitekim Danıştay'ın görüşü de bu yöndedir⁸⁶.

Altay ise kamu görevlilerinin naklen atanma işlemlerinde, iptal kararlarının uygulanmasında, ilgili kadronun boş olup olmamasının bir sonucu bulunmadığını, kadronun dolu olması durumunda, yargı kararının yerine getirilme ödevi karşısında belirtilen kadroda görev yapan kamu görevlisinin görevden alınarak boşaltılan kadroya, iptal kararı gereği davacının atanması gerektiğini ifade etmektedir. Altay, ayrıca, dava konusu işlemin görevden alınmaya ilişkin kısmının reddi ile, atanılan yer yönünden iptali yönünde verilen yargı kararlarının uygulanmasında önceki kadronun da boş olması gerektiğini dile getirmektedir⁸⁷. Söz konusu kadronun dolu olması durumunda, o kadroya iade bakımından hukuki imkânsızlık durumu gündeme gelecektir. Burada ortaya çıkan imkânsızlık sürekli bir imkânsızlık değildir⁸⁸ ve yargı kararının uygulanma zorunluluğunu ortadan kaldırmamaktadır⁸⁹. Bu

nakline ilişkin işlem aleyhine açtığı davada yürütmenin durdurulması kararının verilmiş olması sonucu davacının Kız Öğretmen okulu müdürlüğü göreviyle hukuki bağlantısının devam ettiği ihtilaftır. / Bu nedenle Kız Öğretmen okulu müdürlüğü göreviyle ilgisi hukuken devam eden davacının ... söz konusu görevine iade edilmesi gerekirken adı geçen eski görev kadrosunun dolu olduğundan bahisle aynı okul öğretmenliğine atanması ve hukuken boş olmayan Kız Öğretmen okulu müdürlüğüne de bir başkasının atanması işleminde kanuni ve hukuki isabet bulunmadığından dava konusu işlemlerin iptaline karar verildi... D5D, T.31.3.1982, E.1978/1017, K.1982/3529, KİBB.

⁸⁴ Güneş, 1966: 55-56.

⁸⁵ Çağlayan, 2001: 192.

⁸⁶ "...Mahkeme kararlarının gerektiği şekilde uygulanması İdare açısından bir zorunluluktur ve zorunluluğun yerine getirilmemesinin yerine getirmemeyi haklı kılacak olağanüstü durumlar haricinde mazeretinin olamayacağı açıktır. / Bu durumda; yukarıda yer verilen hükmün 6552 Sayılı Kanun'un 97. maddesiyle yürürlükten kaldırıldığı, yerine getirilen düzenlemenin de Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edildiği hususları bir arada değerlendirildiğinde, Ankara 10. İdare Mahkemesi'nin 30.1.2014 tarih ve E:2013/1832 Sayılı yürütmenin durdurulması kararı uyarınca davacının ilgili daire başkanlığı görevine iade edilmesi gerekirken, davaya konu işlemle uzman olarak görevine devam ettiği anlaşıldığından, davaya konu işlemde ve buna bağlı olarak davacının yoksun kaldığı parasal hakların ödenmesine hükmedilmesi isteminin reddinde hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmıştır..." D5D, T.22.12.2015, E.2015/4037, K.2015/10761, KİBB; ... Malatya Yeşilyurt Kolukisa Anadolu Lisesi Almanca öğretmeni iken Ankara, Altındağ Karapürçek İlköğretim Okuluna sınıf öğretmeni olarak atanan davacının, anılan işleme karşı açtığı davada Malatya İdare Mahkemesince yürütmenin durdurulmasına karar verilmesi üzerine Malatya Gözene Köyü İlköğretim Okuluna sınıf öğretmeni olarak atanmasına ilişkin 8.3.2000 günlü davalı idare işleminin; Anayasa hükümleri uyarınca idarelerin fiili ve hukuki imkânsızlık bulunmadığı hallerde mahkeme kararlarını aynen uygulamak zorunluluğu olduğundan, Ankara İline sınıf öğretmeni olarak atanmasına ilişkin işlem hakkında Mahkemece yürütmenin durdurulması kararı verilmesi üzerine davacının önceki görev yeri olan Yeşilyurt Kolukisa Anadolu Lisesi Almanca öğretmenliğine atanması gerekirken, daha önceki branş değişikliğine ilişkin Valilik onayının Bakanlığa bildirilmediği, dolayısıyla Almanca öğretmeliğine ilk atamasının mevzuata aykırı olduğundan bahisle sınıf öğretmenliğine atanmasına ilişkin işlemde hukuka ve mevzuata uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle iptali (yolunda verilen idare mahkemesi kararı usul ve yasaya uygun olup bozulmasını gerektirecek bir sebep bulunmadığı gerekçesiyle onanmasına)" (parantez içindeki kısım bahis konusu Danıştay kararına uygun olarak tarafımızca itmam edilmiştir). D5D, T.26.2.2003, E.2001/825, K.2003/540, UYAP.

⁸⁷ Altay, 2004: 215.

⁸⁸ bk.: "1.2.3. Sürekli İmkansızlık – Geçici İmkansızlık" başlığı.

sebeple, söz konusu kadrolardan herhangi birinin boşalması durumunda mahkeme kararının uygulanma zorunluluğu kendisini gösterecektir⁹⁰.

Görevden alınan kişinin açtığı dava esnasında belirtilen kadroya bir başka kişinin atamasının gerçekleştirilmesi durumunda, dava konusu idari işlemin hukuka aykırılığının tespit edilmesi üzerine, sonradan atanan kişinin görevden alınarak davacının eski görevine iade edilmesi şeklinde gerçekleştirilen idari işleme karşı sonraki atananın dava açması ve önceki yargı kararının niteliği gözetilmeksizin iptal kararı verilmiş olması durumunda, iptal kararlarından birinin uygulanması için işlem tesis edilmesi bakımından hukuki imkânsızlık ortaya çıkabilmektedir. Nitekim Danıştay'ın kararlarına konu uyuşmazlıklarda bu yönde içtihat geliştirmiş olduğu görülmektedir⁹¹. Bu durumda, ortada iki iptal kararı ve mevcut bir

⁸⁹ Bu hususu Danıştay ise, kararında şu şekilde ifade etmektedir: “...davacının Bakanlık Daire Başkanlığından alınmasına ilişkin ... kararname ile aynı Bakanlığın APK Kurulu Başkanlığına uzman olarak atanmasına ilişkin ... işleminin iptali ve bu işlemler nedeniyle yoksun kaldığı maddi haklarının yasal faiziyle birlikte ödenmesine hükmedilmesi istemiyle açtığı davanın reddi yolunda ...kararın, ... davacının Bakanlık Daire Başkanlığından alınmasına ilişkin kısmının onanmasına, Bakanlık APK Kurulu Başkanlığına uzman olarak atanmasına ilişkin kısmının ise bozulmasına karar verildiği, bu sırada davacının kendi isteğiyle ve kurumlararası nakil yolu ile Üniversitesi Rektörlüğü Genel Sekreterliğine naklen atandığı ve 9.11.1994 tarihinde davalı kurumdan ayrıldığı, anılan bozma kararına uyularak ...adigeçenin APK Kurulu Başkanlığı uzmanlığına atanmasına ilişkin istemin iptaline, maddi tazminat isteminin ise reddine hükmedildiği, davacının bu karar üzerine idareye yaptığı 3.11.1995 günlü başvuru ile, durumuna uygun bir göreve (Başkanlık Müşavirliği, Genel Müdür Yardımcılığı ve Müstakil Daire Başkanlığı) atanmak için başvuruda bulunduğu, bu isteğinin 30.11.1995 günlü, 07435 sayılı işlemle reddedilmesi üzerine bakılan davayı açtığı anlaşılmaktadır... Dairemizin 20.6.1996 günlü, E:1996/31 sayılı ara kararıyla Daire Başkanlığı ile APK Uzmanlığı kadroları arasında yer alan hiyerarşik kadroların hangi kadrolar olduğu sorulmuş, davalı idare tarafından verilen cevapta; belirtilen iki ünvanlı kadro arasında; Bağlı Daire Başkanlığı ile Şube Müdürlüğü kadrolarının bulunduğu, ancak işlem tarihi ve ilamın infazının istendiği tarihler itibarıyla boş kadro olmadığı belirtilmiştir. Davacı tarafından da bu durumun aksi isbatlanamamıştır. / Bu durumda, olayla ilgisi bulunmayan kamu görevlilerinin görevlerinden alınarak haklarını ihlal edecek biçimde kadro boşaltılması yoluna gidilemeyeceğinden bu aşamada sözü edilen kararın uygulanma imkânı bulunmamaktadır. Ancak belirtilen kadroların herhangi birisinin boşalması halinde ilamın infazının sağlanmasının Anayasal bir zorunluluk olduğunu da belirtmek gerekir...” D5D, T.24.1.1997, E.1996/31, K.1997/141, Akt. Altay, 2004: 216-218.

⁹⁰ Altay, 2004: 215.

⁹¹ “...hakkında verilen yargı kararının uygulanması nedeniyle şikayetçi lehine verilen mahkeme kararının uygulanmasına hukuken olanak bulunmadığına karar verildiği, bu nedenle ilgililere isnat edilen yargı kararını uygulamama eyleminin aynı kadro hakkında verilmiş yargı kararının uygulanmış bulunmasından kaynaklanan hukuki imkânsızlık nedenine dayandığı, bu eylemin ilgililerin haklarında hazırlık soruşturması yapılmasını gerektirecek nitelikte bulunmadığı anlaşıldığından, soruşturma izni verilmemesine ilişkin yetkili merci kararına yapılan itirazın reddine...” D1D, T.1.12.2016, E.2006/1020, K.2006/1180, UYAP; Benzer doğrultuda bir başka içtihat için bk.: “...İlke olarak birebir atamalarda görevden alınan kişi yerine bir atama yapılmış ise görevden alınan kişinin lehine bir karar verildiği takdirde, bu kararın yerine atanan kişinin görevden alınması suretiyle uygulanması gerekmektedir. İdarece farklı bir uygulama yapılması durumunda bundan menfaati ihlal edilenlerin açacağı davada bu husus idari yargı merciince değerlendirilecektir. Ancak bu davada öncelikle üzerinde durulması gereken nokta, işlemlerin bu şekilde tesisinde yetkili kişinin davacı olmadığıdır ve uyuşmazlık konusu olayda bu hususun tartışılmasına ...ve ...'nun emekliye ayrılmış olmaları nedeniyle gerek görülmemiştir...” DVDDGK, T.3.12.1999, E.1999/775, K.1999/1200, KİBB. Danıştay'ın bu kararında görevden alınan kişi lehine verilen iptal kararının, yerine atanan kişinin görevden alınması suretiyle uygulanması gerektiği belirtilmiş olup boşalan kadroya atanan kişinin, iptal kararı gereği görevinden alınmasında ilgilinin dava açmamış olması ve dahi her iki kamu personelinin de emekliye ayrılmış olması nedeniyle bu hususun tartışılmasına gerek kalmamıştır. Halbuki, boşalan kadroya atanan kişinin görevden alınması işlemine karşı dava açmış olup her iki personelin de emekliye ayrılmamış olması durumunda bu durumun tartışılacağı

kadro bulunmaktadır. İdarenin mahkeme kararlarından hangisini uygulanacağına yönelik bir duraksama bulunabilmektedir. İdarenin hangisine öncelik vereceği vebuna göre her iki iptal kararını da uygulamış sayılması dikkate değer bir olgudur.

İdare, değerlendirmelerini yaparken davaların usulden mi esastan mı kabul edildiğine bakmalı, yoksa her iki hükmün de gerekçesine göre mi hareket etmelidir? Alternatif olarak, Türk İdare Hukuku sistemimizde “*yargısal emir*” kurumu bulunmadığından, kararların nasıl uygulanacağı hususunda Danıştay idari dairelerine istişari görüş isteminde bulunulabilmektedir⁹². Bu anlamda Danıştay idari daireleri, İYUK m.29 hükmüncü⁹³, başvuruların kararın verildiği mahkemelere yapılmasının gerektiğini ifade etmekte iseler de⁹⁴; diğer bazı uyuşmazlıklarda istişari görüş bildirdikleri de görülebilmektedir⁹⁵. Uyuşmazlık

belirtilmiştir. Dolayısıyla Danıştay burada zımni de olsa oluşan bu imkânsızlık durumunun huzurdaki davada tartışılmaması olarak nitelemiş bulunmaktadır.

⁹² Ersöz, 2017: 54; Farklı yönde görüş için bk.: Kayhan, 2008: 206. Yazara göre, yargı yerlerince verilen kararların uygulanmasına ilişkin olarak istişari görüş isteminde bulunmasına olanak bulunmamakta olup düşülen duraksamanın giderilmesi için İYUK m.29 kapsamında kalan görev ve yetki kararı veren yargı yerine ait bulunmaktadır.

⁹³ **İYUK Açıklama: Madde 29 – 1.** “*Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerince verilen kararlar yeterince açık değilse, yahut birbirine aykırı hüküm fıkralarını taşıyorsa, taraflardan her biri kararın açıklanmasını veya aykırılığın giderilmesini isteyebilir.*”.

⁹⁴ “...Anayasanın 138 inci ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 28inci maddeleri uyarınca, karar gereklerine göre idare, işlem tesis etmeye mecbur olduğundan, istişari kararların niteliği gereği, yargı yerlerinde görülmekte olan yada karara bağlanmış bulunan dava konularıyla ilgili olarak istişari görüş bildirilmesine olanak bulunmadığı gibi, yargı yerlerince verilen bir kararın uygulanmasında düşülen duraksamanın giderilmesi amacıyla belirsiz ve açık olmayan yönlerini ya da birbirine aykırı hüküm fıkralarını ortadan kaldırmak görev ve yetkisi, 2577 sayılı Kanunun 29 uncu maddesinde yer alan “Açıklama” hükümleri çerçevesinde kararı veren yargı yerine ait bulunmaktadır.” D1D, T.5.2.1999, E.1999/15, K.1999/23, KİBB; Aynı yönde bk.: “...kendi isteğiyle ayrılan öğretim üyelerinden, halen bir yükseköğretim kurumunda çalışmakta olanların eski görev yaptıkları kurumlarına dönüp dönemeyecekleri ve bu konuda verilen yürütmeyi durdurma kararının ne şekilde uygulanacağı konusunda düşülen duraksamanın giderilmesi amacıyla düşünce istenilmesi üzerine gereği görüşülüp düşünüldü: / ... iptal davalarında, anılan Kanunun 27. maddesine göre yürütmenin durdurulmasına karar verilebileceği, bu kararlara karşı bölge idare mahkemesinde, kararın tebliğini izleyen günden itibaren yedi gün içinde itiraz edilebileceği, ayrıca, aynı Kanunun 29. maddesi uyarınca da idare mahkemelerince verilen kararlar yeterince açık değilse veya birbirine aykırı hüküm fıkralarını taşıyorsa, taraflarca kararın açıklanmasının veya aykırılığın giderilmesinin istenebileceği yolundaki hükümler karşısında, İdare Mahkemesinde görülmekte olan davada bu yollara başvurulmadan mahkemece verilen yürütmenin durdurulması kararının ne şekilde uygulanacağı konusunda istişari düşünce isteminde bulunulamıyacağından, istemle ilgili düşünce bildirilmesine yer olmadığına karar verildi...” D1D, T.4.7.1991, E.1991/110, K.1991/114, KİBB.

⁹⁵ Öyle ki, ihale kararının mahkeme tarafından iptal edilmesi üzerine, idarenin iptal kararının uygulanması hususunda düşmüş olduğu duraksama ile ilgili olarak Danıştay’a yapmış olduğu müracaat oldukça önem arz etmektedir. Buna göre, idare, “...(1) Döner Sermaye İşletmesi Merkez Müdürlüğü’nün taraf olmadığı davada verilen iptal kararının bu idare yönünden de bağlayıcı olup olmadığı, (2) verilen iptal kararının ne şekilde uygulanması gerektiği, söz konusu kararın mevcut sözleşmenin feshini zorunlu kılp kılmadığı, ihalenin tek taraflı feshi yerine, sözleşmenin feshi için adli yargıda sözleşmenin feshi davası açmanın yargı kararının uygulanması için yeterli olup olmadığı, (3) bu bağlamda tarafı olduğumuz özel hukuk sözleşmesinin ihale kararının yargı kararı ile iptal edilmiş olması nedeniyle, tek taraflı olarak feshinin mümkün olup olmadığı ve (4) ihale iptal edilmiş olsa dahi, aynı ihalenin aynı mahiyette yeniden yapılması mümkün olmadığından, sözleşmenin imzalandığı tarihten bu yana uygulanmakta olup sözleşme süresinin bitimine az zaman kalmış olması, sözleşmenin feshi halinde bu kapsamda yürütülmekte olan ve ilgili kamu hizmetinin yürütülmesi bakımından büyük önem taşıyan işlerin sürdürülemezlik olması da dikkate alınarak yargı kararının uygulanmasında hukuki ve fiili imkânsızlık halinin bulunduğu kabulünün mümkün olup olmadığı konularında istişari düşünce

bağlamında, görevden alınan kişi yerine bir atama yapılmış ise görevden alınan kişinin lehine bir karar verildiği takdirde, bu kararın yerine atanan kişinin görevden alınması suretiyle uygulanması gerekmektedir. Zira, bu iptal kararının sonraki iptal kararının uygulanmasını hukuken imkânsız hale getirdiği Danıştay tarafından ifade edilmektedir⁹⁶. Seçimler sebebiyle istifa eden kamu personelinin istifa ettiği kadronun iptal edilmesi, hukuki imkânsızlık bakımından değerlendirmeye konu olmuştur. Danıştay'ın bu durumu betimleyen kararında⁹⁷:

“...Seçimler nedeniyle istifa edip aday olmayan davacının, eski görevine geri dönme isteminde bulunması halinde bu talebini yerine getirme konusunda davalı idarenin bağlı yetki içinde bulunduğu, ancak, bu yetkisini kullanırken eski görevine dair kadronun boş olması gerektiği, 663 Sayılı ... Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Geçici 4. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, davacının görev yaptığı Araştırmacı kadrosu istifası ile iptal edilmiş olduğundan bu kadroya atanmasında hukuken olanak bulunmadığı görülmektedir. / Davacının istifası ile iptal edilen Araştırmacı kadrosuna atanmadan önce Şube Müdürü olarak görev yaptığı ve araştırmacı kadrosuna tekrar atanamayacağı dikkate alındığında, göreve iade istemiyle başvurusu üzerine ifa ettiği eski görevler de göz önünde bulundurularak Araştırmacı kadrosuna eşdeğer bir görev bulunup bulunmadığı ve var ise bu kadronun boş olup olmadığı hususları araştırılarak atama işlemi tesis edilmesi gerekirken, bu yönde bir araştırma yapmadan davacının doğrudan 3. derece kadrolu şef olarak atanması işleminin hakkaniyetle ve kanunun amacıyla bağdaşmayacağı sonucuna varılmıştır. / Bu duruma göre; davacının iptal edilen araştırmacı kadrosuna tekrar atanamayacağı hususu gözardı edilerek verilen kararda isabet bulunmamakla beraber İdare Mahkemesince verilen iptal kararı sonucu itibarıyla yerindedir...”.

talebinde bulunulmuş...” olup bu başvuru, Danıştay 1. Dairesi tarafından, yargı yerlerinde görülmekte olan ya da karara bağlanmış bulunan dava konularıyla ilgili olarak istişari düşünce bildirilmesine yer olmadığından bahisle reddedilmiştir. Bunun üzerine “...İdarenin yargı kararlarının uygulanması amacıyla eylem ve işlemlerde bulunması sürecinde düşülen duraksamaları istişari düşünce kapsamında Danıştaya sormasında herhangi bir hukuki engel bulunmamaktadır. Yargı kararının uygulanması konusu, yargının karara bağladığı hukuki uyumsuzluktan bütünüyle farklıdır. Danıştayın bu kapsamda verdiği istişari düşünce yargısal faaliyete bir müdahale değildir...” gerekçesiyle, İdari İşler Kurulu’nca 1. Daire’nin kararı kaldırılarak dosyanın esastan görüşülmesi için Daire’ye iadesine karar verilmiştir. (DİİK, T.29.12.2015, E.2015/4, K.2015/4, DD, 141, 2016, s.165 vd). Görülmektedir ki, ihale kararlarının iptali üzerine iptal edilen dava konu işleme dayanılarak aktedilen özel hukuk sözleşmelerine ne gibi etkilerinin bulunacağı konusunda, iptal kararını uygulamakla yükümlü idarelerin de her durumda nasıl davranması gerektiği belli olamamaktadır. Ayrıca, Danıştay’ın bu kararına göre, bu durum iptal kararına konu hukuki uyumsuzluktan bağışık bir vaziyette olup idarenin düştüğü duraksama, iptal kararının nasıl uygulanması gerektiğine ilişkindir.

⁹⁶ “...hakkında verilen yargı kararının uygulanması nedeniyle şikayetçi lehine verilen mahkeme kararının uygulanmasına hukuken olanak bulunmadığına karar verildiği, bu nedenle ilgililere isnat edilen yargı kararını uygulamama eyleminin aynı kadro hakkında verilmiş yargı kararının uygulanmış bulunmasından kaynaklanan hukuki imkânsızlık nedenine dayandığı, bu eylemin ilgililerin haklarında hazırlık soruşturması yapılmasını gerektirecek nitelikte bulunmadığı anlaşıldığından, soruşturma izni verilmemesine ilişkin yetkili merci kararına yapılan itirazın reddine...” D1D, T.1.12.2016, E.2006/1020, K.2006/1180, UYAP.

⁹⁷ D12D, T.09.06.2015, E.2015/271, K.2015/3748, DD, 139, 2015, s.279. Benzer yönde kararlar için bk.:“...İdare Mahkemesi kararının infazı aşamasında, davacının seçimlere katılmak için ayrıldığı Belediye Başkan Yardımcılığı görevine geri dönme istemiyle yaptığı başvuru tarihinde (13.4.2011) anılan kadronun boş olup olmadığı hususunun davalı idarece göz önüne alınacağı, ancak başvuru tarihinde bu kadronun dolu olması halinde davacının eşdeğer bir göreve atanacağı da açıktır...”D12D, T.21.10.2015, E.2012/10463, K.2015/5466, KİBB.

şeklinde ifade edilmiştir. Seçim sebebiyle istifa eden kamu görevlilerine ilgili mevzuat bakımından eski göreve dönme imkânı tanınmıştır. Ancak dönülmek istenen kadronun boş olması şartı mevcuttur. Eski kadroya bir başka atama yapılmış ise veya kadro iptal edilmişse, istifa eden personel, kadroya dönemeyecektir. Eski kadrosuna dönme bakımından hukuki imkânsızlık doğmuş olacaktır. Bu durum ise, mahkeme kararının uygulanması aşamasında değil; doğrudan ilgilinin eski görevine dönme talebi aşamasında oluşmaktadır. Bu cümleden olarak, dönülmek istenen kadro dolu ise veya iptal edilmişse, İdare tarafından eski kadroya eşdeğer bir kadronun bulunup bulunmadığına bakılmalı ve buna göre atama gerçekleştirilmelidir⁹⁸. Belirtilen durum gözetilmeden herhangi bir kadroya atama yapılması bu yönüyle hukuka aykırı olup, söz konusu araştırmanın yapılması, hukuki imkânsızlığı aşmanın bir yöntemi olarak ilgili mevzuatta gösterilmiş bulunmaktadır⁹⁹.

1964 yılında Sarıkamış Belediye Başkanlığı'na seçilen kişinin seçim öncesi işlediği suçtan dolayı açılan ceza davası seçimden sonra altı ay mahkumiyet ile sonuçlanmış ve ceza kesinleşmiştir. İlgili mevzuat gereği kişinin belediye başkanlığı düşürülmüştür. Bu kişi, belediye başkanlığını düşürmeye ilişkin Danıştay Genel Kurulu kararını uygulayan İçişleri Bakanlığı aleyhine iptal davası açmıştır. Boşalan belediye başkanlığı için dava sırasında yeniden seçim yapılmış ve seçilen yeni başkan görevine başlamıştır. Belediye başkanlığı düşürülen eski başkanın açtığı dava kabul edilerek söz konusu işlem iptal edilmiştir. İptal kararının uygulanması için İçişleri Bakanlığı, seçilen yeni başkandan görevini bırakmasını istemiştir. Yeni başkan ise, Bakanlığın bu işlemine karşı YD talepli bir iptal davası açmıştır. Danıştay, son açılan davada 1961 Anayasası'nın 116. maddesine göre¹⁰⁰, seçilen organların

⁹⁸ "...Seçime katılmak üzere istifa edenlerin adaylığı veya seçimleri kaybetmeleri ve Yüksek Seçim Kurulunca seçim sonuçlarını takip eden bir ay içinde başvurmaları halinde esas olan eski görevlerine iade edilmeleri olduğu açık olup, seçimlere katılmak için 1.11.1995 tarihinde görevinden istifa ettikten sonra, adaylıktan seçilerek ..., tarihli dilekçesi ile görevine iadesini isteyen davacının anılan madde kapsamında bulunduğu tartışmasız olup, başvurduğu tarihte boş olduğu anlaşılan eski görevine ait kadroya atanması gerektiğinden, aksi yönde tesis edilen dava konusu işlemde hukuka uyarlık görülmemiştir..." D12D, T.29.4.1997, E.1996/165, K.1997/919, Akt. Kayhan, 2008: 179-181; D12D, T.07.05.1999, E.1997/414, K.1999/538, Akt. Kayhan, 2008: 177-179; "...Milletvekili genel seçimlerine katılmak üzere görevinden istifa eden davacının idareye eski görevine iade için başvurduğu tarihte ilgili kadroda 3056 sayılı Kanunun 36. maddesine göre yapılan görevlendirme nedeniyle bu maddeye göre yapılan görevlendirme işlemi vekalet olarak nitelendirilemeyeceğinden uyumsuzluk konusu olan kadronun dolu olduğunun kabulü gerekir." DİDDK, T.1.10.1999, E.1998/31, K.1999/847, DD, 103, s.95.

⁹⁹ **298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun Ek Madde 7** – (Ek: 15/3/1990 - 3617/1 md.) Yüksek mahkeme üyeleri, hâkimler, savcılar ve bu meslekten sayılanlar ile Subay ve Astsubaylar hariç olmak üzere; milletvekili ve mahalli idareler genel ve ara seçimlerinde aday ve aday adayı olan Devlet memurları ve diğer kamu görevlileri, adaylığı veya seçimi kaybetmeleri halinde, Yüksek Seçim Kurulunca seçim sonuçlarının ilanını takip eden bir ay içinde müracaat etmeleri kaydıyla eski görevlerine veya kazanılmış hak aylık derecelerindeki başka bir göreve dönebilirler.

¹⁰⁰ **1961 Anayasası, "b) Mahalli İdareler" m.116.-** "(1) Mahalli idareler, il, belediye veya köy halkının müşterek mahalli ihtiyaçlarını karşılayan ve genel karar organları halk tarafından seçilen kamu tüzel kişileridir. (2) Mahalli idarelerin seçimleri, kanunun gösterdiği zamanlarda ve 55'inci maddede yazılı esaslara göre yapılır. (3) Mahalli idarelerin seçilmiş organlarının organlık sıfatını kazanma ve kaybetmeleri konusundaki denetim, ancak

organlık sıfatını kazanma ve kaybetme konusundaki denetimin yargı yoluyla gerçekleştirileceği, seçilme yeterliliği kaybedilmedikçe görevden alınamayacağını ifade ederek YD kararı vermiştir¹⁰¹. YSK, yeni başkanın başvurusu üzerine yetkili kaza merciince verilmiş kesin bir karar bulunmadıkça seçimle kazanılan organ sıfatının hiçbir makamca kaldırılamayacağına ve göreve başlamasına engel olunamayacağına karar vermiştir¹⁰².

Anılan uyuşmazlıkta, mahkemece verilen iptal kararının uygulanması için tesis edilen işlem hakkında bir başka mahkeme tarafından verilmiş bir YD kararı söz konusudur. Buradaki özellikli durum, dava konusu edilen görevin yerel seçimlerin sonucunda meydana gelmesidir. Her iki belediye başkanının da usulüne uygun seçimler yapılmak suretiyle göreve geldiğinde tereddüt bulunmamaktadır. Hangi belediye başkanının göreve başlatılması gerektiğine ilişkin bir tartışma söz konusu olmuştur. Burada iptal ve YD kararlarının hüküm fıkraları ile gerekçelerine bakılarak bir çözüme gidilmesi akla gelmektedir.

İçişleri Bakanlığı'nın bu kararları uygulama konusunda bağlı yetki içinde olduğu da unutulmamalıdır. Ancak, her iki kararı da aynı anda uygulamak hukuken imkânsızdır. YSK'nın görüşü kapsamında, sonradan seçilen belediye başkanının görevde kalmasının uygun bulunduğu sonucuna varılmıştır. Eski belediye başkanının göreve dönmesine ilişkin, mahkemece verilen iptal kararının uygulanması hukuken imkânsızlaşmıştır. Sonraki davada verilecek nihai karara göre tablonun değişmesi, göz önünde bulundurularak karar verilmesinin daha isabetli olacağını düşünmekteyiz. Nitekim, YD kararları, dava konusu işlemin uygulanmasını askıya alan ara kararlardır¹⁰³. Aksi yönde uygulama gündeme getirilecekse; lehe iptal kararı uygulanmayan eski belediye başkanının oluşan hukukî engel sonucu oluşan zararlarının imkansızlık sebebinin doğduğu tarihe kadarki kısmının giderimi gereklidir.

1.2.1.1.1.5. Özelleştirme

Özelleştirme kavramı, dar anlamıyla kamu iktisadi teşebbüslerinin hisselerinin kısmen veya tamamen özel kişilere devri¹⁰⁴, geniş anlamıyla KİT'lerin hisselerinin özel hukuk kişisine devrinin yanında yönetimin/işletmenin de özel kişilere devrini, kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesini veya altyapı yatırımlarının sunulmasında kamu-özel işbirliği

yargı yolu ile olur. (4) Mahalli idarelerin kuruluşları, kendi aralarında birlik kurmaları, görevleri, yetkileri, malîye ve kolluk işleri ve merkezi idare ile karşılıklı bağ ve ilgileri kanunla düzenlenir. Bu idarelere, görevleri ile orantılı gelir kaynakları sağlanır."

¹⁰¹ Köksal, 1968: 13-15.

¹⁰² YSK, 15.9.1967 tarih ve 167 sayılı kararı, Akt. Haştemoğlu, 1978: 120 vd.

¹⁰³ Aslan, 2017: 53-55.

¹⁰⁴ Çetinkaya, 2001: 169; Yasin, 2007: 1.

(public - private partnership) gibi farklı uygulamaları da anlattığı ifade edilmektedir¹⁰⁵. Danıştay ise özelleştirmeyi şu şekilde yorumlamaktadır¹⁰⁶:

“...Özelleştirme, mülkiyeti ve yönetimi kamuya ait olan iktisadi üretim birimlerinin özel sektöre devri olarak tanımlanmaktadır. Bu devir genel olarak ya iktisadi birime ait hisse senetlerinin halka arzı yoluyla ya da iktisadi birimin bir bütün olarak (blok satış) kişi veya kurumlara satışıyla gerçekleşmektedir. Bu çerçevede içinde özelleştirme bir bütün olarak devletin ekonomik faaliyetlerinin sınırlandırılmasını ve ekonomide piyasa güçlerinin etkili kılınmasını ifade eden bir kavram olarak görülmektedir...”.

4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun¹⁰⁷ kapsamındaki kamu kuruluşlarının özelleştirme kapsamına alınması kararıyla başlayan özelleştirme sürecinde birçok idari işlem tesis edilebilmektedir¹⁰⁸. Bu anlamda, özelleştirme işlemlerine yönelik olarak mahkeme kararların uygulanması, özelleştirilecek kurumun hukuki veya mali yapısında bir değişiklik meydana getirip getirmediği ve değişikliğin yargı kararının uygulanmasına olan etkileri yönünden değerlendirilerek işlem ve eylem tesis edilmesi zorunluluktur. Bu bağlamda, idarelerin birtakım gerekçelerden ötürü mahkeme kararlarının gereklerini yerine getirme noktasında ne derece “direnc”¹⁰⁹ gösterdiği ve “imkânsızlık” müessesesine dayanılarak anayasal ve de yasal bir ilke olan “yargı kararına uyma ödevini”¹¹⁰ aldığı ilke kararları ile bertaraf etmeye çalıştığı görülmektedir¹¹¹. Her ne kadar İdarenin bu

¹⁰⁵ Tan, 2015: 384.

¹⁰⁶ DİDDGK, T.2.2.2006, YD İtiraz No:2005/864, Akt. Tan, 2016: 384.

¹⁰⁷ RG: 27.11.1994 – 22124.

¹⁰⁸ Yasin, 2007: 227.

¹⁰⁹ Altundış ve Beder, 2009: 88. Yazarlar, genellikle idare makamlarının idari yargı mercilerince verilen kararları uygulamama konusunda ne denli dirençli olduklarının herkes tarafından bilindiği söylemekle yürütme fonksiyonu için olağan hale gelen bu durumun yasama fonksiyonu için de yavaş yavaş gündeme gelmesinin son derece tehlikeli bir gidişi işaret ettiğini ifade etmektedir. Esasen idari yargı kararlarının yürütme tarafından veya yasama tarafından uygulanmaması veya uygulamasının olanaksızlaştırılmaya çalışılması, basit bir hukuksal sorun değildir. Karahanoğulları, bu durumu, hukuk devletin kurucu anayasal mekanizmasının korunması olarak değerlendirmektedir. Karahanoğulları, 2005: 89-97; Ayrıca, AYAYDIN da bu hususta şunları ifade etmektedir: “...Bu fiili direnc, ne yazık ki, bir olayda, hukuki işlemlere de konu olabilmış Bakanlar Kurulu, İdari Yargı Mercii tarafından verilmiş bir iptal kararının uygulanmaması yönünde bir prensip kararı alabilmiştir!”. Ayaydin, 2007:316, dn.55.

¹¹⁰ Özbey, 2009: 47.

¹¹¹ Çitosan’a ait 5 çimento şirketindeki kamu hisselerinin Societe Ciments Français S.A. firmasına ve USAŞ’ın kamu hisselerinin de SAS Servise Partner A/S firmasına satışına dair YPK işlemleri idari yargıda iptal edilmiştir. Bu iptal kararlarının uygulanmasında meydana gelen imkânsızlık ileri sürülerek Bakanlar Kurulunca alınan ilke kararı ile uygulanmamasına karar verilmiştir. İlke kararının gerekçesi şu şekildedir: “...konunun iç hukuku olduğu kadar dış hukuku da ilgilendirecek boyutlara ulaşması ve anılan yargı kararının uygulamaya konulması halinde Türkiye ile yabancı şirketler ve giderek ülkeler arasında yeni hukuki sorunlar doğmasının kuvvetle muhtemel bulunması sebebiyle; durumun, iç hukukumuzdan ziyade, ülkemizin diğer devletler ve milletlerarası kamuoyu nezdindeki itibarı ve çıkarları ile milletlerarası münasebetlerin gerektirdiği işlemler çerçevesinde değerlendirilmesinin daha uygun olacağına şüphe yoktur. / Başka bir deyimle, devletlerin imzaladıkları uluslararası sözleşmelere uyma zorunluluğu getiren ve milletlerarası camia tarafından umumi kabul görmüş bulunan “ahde vefa” gibi bir milletlerarası kuralın yukarıda belirtilen iptal kararı sebebiyle gözardı

konudaki direnci İdari yargı mercilerince kırılmış olsa da; idarenin burada kullandığı argümanın “*imkânsızlık*”¹¹² kavramı olması, konunun ne derece hassas olduğunu göstermesi bakımından oldukça önemlidir¹¹³.

Öte yandan özelleştirme uygulamaları kapsamında meydana gelen hukuki imkânsızlık hallerinin iki şekilde gündeme gelebileceği ifade edilmektedir¹¹⁴. Bunlar, özelleştirilen kurumun hukuki ve mali yapısının eski hale döndürülmesi ile özelleştirilen kurumun personelinin özlük haklarına yönelik verilen mahkeme kararlarının uygulanmasıdır.

1.2.1.1.1.5.1. Kurumun Özelleştirme İşleminin Önceki Yapısının Sağlanması

Özelleştirme işlemlerinin tamamlanıp tüm hüküm ve sonuçları ile uygulanmış olmasının, sonradan verilen mahkeme kararlarının yerine getirilmesinde doğrudan bir imkânsızlık sebebi teşkil etmeyeceği açık olmakla birlikte, mahkeme kararlarının uygulanmasında birtakım güçlükler meydana getirebileceği ifade edilmektedir¹¹⁵.

edilmesinin, maddi ve ekonomik bakımdan Türkiye'nin yararına olmayacağı bir yana, böyle bir uygulamanın milletlerarası hukukun temel prensipleri ile bağdaşmayacağı da izahtan varestedir. / Kaldı ki, genel olarak uygulama incelendiğinde, milletlerarası içtihatların, devletler hukukunun iç hukuka üstünlüğünü kabul ettiği anlaşılmaktadır. Nitekim, Fransa ile Meksika arasındaki 1928 tarihli Pinson olayı dolayısıyla milletlerarası hakem tarafından verilen kararda, devletler hukukunun iç hukuka üstünlüğü sarahaten belirtilmiştir. / Türkiye’de ise, Temyiz Mahkemesi Ticaret Dairesi’nin 23/12/1960 tarihli ve 5064 sayılı, Temyiz Mahkemesi Genel Kurulunun 14/5/1958 tarihli ve 46 sayılı kararlarında, devletler hukukunun prensip ve teamüllerine değer verdiği görülmüştür. Diğer taraftan, 1961 ve 1982 Anayasalarında da, milletlerarası anlaşmalara, kanunlardan farklı bir yer ve kıymet izafe edildiği gözlenmektedir. Bu suretle, devletlerin müşterek iradelerinin mahsulü olan bir tasarrufun, bir iç hukuk organı vasıtası ile iptal edilemeyeceği esası, açıkça olmasa bile zımnen kabul edilmiş bulunmaktadır. / Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu’nun 9/7/1966 tarihli ve E.55/21, K.66/7 sayılı Kararı’nda da belirtildiği gibi, iptal hükmü idari işlemi, idarece verildiği andan itibaren ortadan kaldırmış sayılmakta ise de, iç hukukumuz bakımından geçerli olan bu kuralın, milletlerarası boyut kazanmak suretiyle devletler hukuku alanına dahil olmuş bir olay hakkında ne derece uygulanabileceği meselesi de tartışmaya açıktır. / Gerek yukarıda açıklanan mülahazalar ve gerekse özelleştirme yöntemlerini yeniden belirleyen 7/3/1990 tarihli ve 90/2 sayılı Yüksek Planlama Kurulu Kararı dolayısıyla, anılan satış işlemleri konusunda geriye veya ileriye yönelik şekilde yeniden işlem tesisine hukuken imkân bulunmadığına; Bakanlar Kurulu’nca 27/4/1992 tarihinde karar verilmiştir.”. Bakanlar Kurulu’nun 27.4.1992 tarihinde aldığı anılan Prensip Kararı, D10D, T.28.5.2004, E.2002/4061, K.2004/5219 sayılı kararıyla iptal edilmiş, DİDDK, T.8.6.2006, E.2005/161, K.2006/554 sayılı kararıyla da onanmıştır.

¹¹² Erdem’in de ifade ettiği üzere, iptal kararının uygulanmaması sonucunu doğuracak bir hukuki imkânsızlık bulunduğunu iddia etmek esasında mümkün değildir. Bahsedilen iptal kararının sonuçları ne derece büyük olursa olsun kararı uygulamak ve gerekiyorsa sözleşme hükümlerine göre iptal edilen işlem nedeniyle karşı tarafın zararları tazmin edilmelidir. Erdem, 2005: 44.

¹¹³ Konuya ilişkin olması bakımından şu satırlar oldukça manidardır: “...Bakanlar Kurulu’nun, belediyelerin ve öteki idarelerin son zamanlarda idari yargı mercileri tarafından verilen kararları uygulamama yönünde, yeni bir kavramın arkasına sığındıkları ortaya çıkmaktadır. Bu kavram “*fiili imkânsızlık(olanaksızlık)*”tır. Kişi dava açsa bile, idare hukukuna aykırı işlemler yapsa da, idari yargı mercileri idari işlemi hukuka aykırı bularak iptal etse de, Bakanlar Kurulu, TOKİ ve öteki idareler verilen yargı kararlarının uygulanmasında “*fiili imkânsızlık(olanaksızlık)*” bulunduğu gerekçesi ile yargı kararının hukuksal sonuçlarını ortadan kaldıracabilecekler; kararı uygulamayabileceklerdir. Örnek olarak, kimi özelleştirme işlemlerine ilişkin verilen iptal kararları hakkında idarece herhangi bir işlem tesis edilmemesi konusunda bk. 2012/3240 sayılı ve 11.06.2012 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı. Giritli vd, 2015: 450.

¹¹⁴ Altay, 2004: 218-223.

¹¹⁵ Gök, 2015: 552; Altay, 2004: 218. Yazar, hakkında özelleştirme kararı alınan kurumun mevcut niteliğinin gözetilmesi gerektiğini, karardan sonra kurumun niteliğinde değişiklik bulunup bulunmadığına göre

4046 sayılı Kanun'un 18. maddesinin (B) ve (C) bentleri AYM tarafından iptal edilmiştir¹¹⁶. Bundan önce başlayan özelleştirme uygulamalarına ilişkin işlemlere karşı açılan davalarda verilen mahkeme kararlarının yerine getirilmesi, ÖYK'nın bir kararına konu olmuştur¹¹⁷. Bu duruma örnek teşkil eden bir uyuşmazlığı dile getirmek gerekmektedir¹¹⁸:

“...Limanının, işletme hakkı verilmesine ilişkin ... kararını iptal eden Trabzon İdare Mahkemesinin ... kararı ile ... Limanının, işletme hakkının verilmesi ve ihale yapılmak suretiyle özelleştirileceğine ilişkin işlemi iptal eden Ordu İdare Mahkemesinin ...kararının, Danıştay Onuncu Dairesince onandığı, yukarıda anılan yargı kararlarının gereğini geciktirmeksizin yerine getirmek zorunda olan Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nın; özelleştirilmesine karar verilip, devir ve teslim işlemleri yapılan

imkânsızlığın oluşup oluşmadığının tetkik edilmesi ve buna göre işlem tesis edilmesi gerektiğini ifade etmektedir.

¹¹⁶ AYMK, T.9.4.1997, E.1997/35, K.1997/45 (RG: 08.08.1997 – 23074).

¹¹⁷ ÖYKK, T.06.12.1997, K.97/66: “Anayasa Mahkemesi tarafından 4046 sayılı Yasanın 18'inci maddesinin (B) ve (C) bentlerinin iptal edilmesinden önce yürürlükteki bu madde gereğince yürütülen özelleştirme uygulamalarına ilişkin işlemlerin iptali istemiyle açılan davalar sonucunda; Mahkemelerce, özelleştirme uygulamalarına ilişkin işlemlerin hukuki dayanaktan yoksun kaldığı gerekçesiyle yürütmenin durdurulması ve iptal kararları verilmektedir. / Bu çerçevede, bazı kuruluşların özelleştirilmesine ilişkin, işlemler hakkında verilen yürütmeyi durdurma ve iptal kararları, bu kuruluşların devir ve teslim işlemleri gerçekleşmeden önce Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'na tebliğ edilmiştir. Bunlardan özelleştirme işlemleri tamamlanarak devrine karar verilen ve fakat nihai devir sözleşmesi imzalanarak devir ve teslim edilmemiş bulunan Deniz Nakliyatı T.A.Ş. konusunda verilen yürütmeyi durdurma kararı hakkında Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun 12.11.1997 tarih ve 1997/51 sayılı kararıyla, Erdemir Ereğli Demir ve Çelik Fabrikaları T.A.Ş.'deki kamu hisselerinin satışına ilişkin ihale işlemleri devam etmekte iken verilen iptal kararları hakkında ise Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nın 05.08.1997 tarih ve 499 sayılı kararıyla Mahkeme kararları doğrultusunda işlemler tesis edilmiştir. Ancak, Sümer Holding A.Ş.'ye ait Eskişehir, Nevşehir ve Şanlıurfa İşletmeleri, ORUS-Orman Ürünleri Sanayi A.Ş.'ye ait Vezirköprü, Bafra, Pazarköy, Ayancık İşletmeleri, TDİ-Türkiye Denizcilik İşletmeleri A.Ş.'ye ait Hopa Limanı ile Lalapaşa Çimento Sanayi ve Ticaret A.Ş., Elazığ Altınova Çimento Sanayi ve Ticaret A.Ş., HAVAŞ—Havaalanları Yer Hizmetleri A.Ş., KUMAŞ-Kütahya Manyezit İşletmeleri A.Ş. ve PETLAS-Lastik Sanayi ve Ticaret A.Ş. gibi bazı kuruluşların özelleştirilmesine ilişkin olarak açılan davalar sonucunda verilen yürütmenin durdurulması ve iptal kararları ise bu kuruluşların nihai devir sözleşmeleri imzalanıp devir ve teslim işlemleri tamamlanarak devredilmesinden sonra Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'na tebliğ edilmiştir. Ayrıca, Anayasa Mahkemesinin bahse konu iptal kararından önce, sözleşmeleri imzalanarak devir ve teslim işlemleri tamamlanan bazı kuruluşlarla ilgili olarak açılan davalar da mevcut olup, henüz sonuçlanmamıştır. / Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Daire 4046 sayılı Kanunun 18'inci maddesinin (B) ve (C) bentlerinin Anayasa Mahkemesince iptal edilmesinden önceki dönemde yürürlükte bulunan mevzuata göre Özelleştirme Yüksek Kurulu tarafından alınan kararlar gereğince gerçekleştirilen özelleştirme uygulamaları sonucunda, kuruluşların nihai devir sözleşmelerinin imzalanarak devir ve teslim işlemlerinin tamamlanmasından sonra bu kuruluşlarla ilgili olarak Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'na tebliğ edilen yürütmenin durdurulması ve iptal kararları hakkında; özelleştirme işlemlerinin bütün sonuçlarıyla birlikte tamamlanmış bulunması, söz konusu kuruluşları devralanlar tarafından üretim, yatırım, istihdam ve bunlara bağlı her türlü ticari ve mali tasarruflarda bulunulması ve böylece devir tarihi ile yürütmenin durdurulması veya iptal kararlarının Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'na tebliğ edildiği tarih arasında önceki duruma göre fiilen geri dönülemeyecek bir yapı ortaya çıkması nedenleriyle oluşan fiili imkânsızlık karşısında, bu kuruluşları devir almış olan 3. Şahıs durumundaki gerçek ve tüzel kişilere karşı yürütmenin durdurulması ve iptal kararlarına ilişkin geriye ve ileriye yönelik işlem tesisine imkân bulunmadığına, karar verilmiştir.”.

¹¹⁸ D10D, T.13.11.2002, E.2002/1407, K.2002/4320, DKD, S.1, s.396-397. Kararın devamında: Bu durumda; davacı şirketin ... Liman işletmeciliğini yapmasına olanak veren işlemlerin yargı kararı ile iptal edildiği halde Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığınca kararların gerekleri yerine getirilerek işlem veya eylem yapmaması nedeniyle ... Limanı işletmeciliğini halen sürdürülebildiği dikkate alındığında, sözü edilen sıfatına dayalı olarak açtığı bu davadan elde etmek istediği menfaatin, hukuken korunması gereken meşru bir nitelik taşımadığı açıktır.” ifadelerine yer verilmiştir.

kuruluşlarla ilgili olarak verilen yürütmenin durdurulması ve iptal kararları nedeniyle geriye veya ileriye doğru işlem yapılamayacağı içerikli 6.12.1997 günlü, 97/66 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu kararını dayanak göstererek, kararların gereklerini yerine getirmediği anlaşılmıştır...”.

Söz konusu uyuşmazlığın ana fikri, davacının menfaatinin mevcudiyetine ilişkin bir tartışma olarak görülmektedir. Danıştay’ın buradaki vurgusu, ÖYK kararındaki imkânsızlık gerekçesinin yerinde görülmediği ve yargı kararının yerine getirilmek zorunda oluşudur. Öğretideki görüşler de bu yöndedir¹¹⁹.

Özelleştirme işlemlerinin akabinde mahkemece verilen YD kararlarının nasıl yerine getirileceği konusunda da ciddi tereddütler yaşanmaktadır. Bu tereddütlerin ne ölçüde ve nasıl giderilebileceğine ilişkin örnek, TÜPRAŞ’ın özelleştirilme sürecinde gündeme gelmiştir. TÜPRAŞ’ın %51 oranındaki kamu hissesinin özelleştirilmesine ilişkin 29.4.2005 tarihli kararına karşı açılan YD talepli iptal davasında, Danıştay, YD talebinin reddi yönünde karar vermiştir¹²⁰. Karara itiraz neticesinde DİDDGK, itirazı kabul ederek YD kararı vermiştir¹²¹. Bu süreçte ÖYK, söz konusu işlemi onaylamak suretiyle ihaleyi sonuçlandırmış, ihaleyi kazanan teklif sahibiyle ÖİB arasında hisse satış sözleşmesi imzalanmış, hisse devri de fiili olarak gerçekleştirilmiştir¹²². İdarenin YD kararından sonra kararı uygulamak için hisselerin idareye devrinin gerçekleştirilerek ödenen ihale bedelinin de özel hukuk kişisine iade edilmesi gerekmektedir. Kararın uygulanmasında hukuki imkânsızlık bulunduğu ifade edilmektedir¹²³. Zira, devirden sonraki pay defterine yapılan kaydın silinebilmesi ancak TTK ve ilgili mevzuat neticesinde mümkün olabilecektir. İdarenin tek yanlı işlemi ile pay defterinde değişiklik yapabilmesi mümkün olmadığından bu yöndeki idari yargı kararının uygulanmasında hukuki imkânsızlık bulunduğu ifade edilmektedir¹²⁴. Ayrıca, devralan firmanın kabul etmesiyle ihale bedeli iade edilerek hisselerin İdareye devrinin sağlanabilmesinin önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır¹²⁵.

¹¹⁹ Altay, 2004: 221; Gök, 2015: 553-554.

¹²⁰ D13D, T.7.12.2005, E.2005/8007.

¹²¹ DİDDGK, T.2.2.2006, YD İtiraz No: 2005/864.

¹²² Yasin, 2007: 236-237.

¹²³ Özdemir, 2006: 92; Aksi yönde Tekinsoy, 2006: 17-21.

¹²⁴ Öğretide, özelleştirme uygulamalarında işlemin tamamlanması halinin yargı kararlarının uygulanmasında fiili imkânsızlık sebebi teşkil etmeyeceği ifade edilmektedir. Buna göre, fiili imkânsızlık olabilmesi için, maddi bir engelin bulunması gerekmektedir. Olayda böyle bir maddi engel mevcut değildir. İşlemden önceki duruma gidilmesini engelleyen bir durum yoktur. İdari yargı kararı doğrultusunda hareket ederek, işlemde önceki durumu geri getirip, karar doğrultusunda yeniden işlem tesis edilebileceği ifade edilmektedir. Çağlayan, 2001: 195. Aksi yönde görüş için bk.: Yasin, 2007: 237-238.: Yazar, devir işlemleri tamamlanmış bir şirketin pay defterindeki kayıtlarda değişiklik yapılabilmesinin Ticaret hukuku kuralları neticesinde mümkün olabileceğinden dolayı İdarenin tek yanlı işlemleriyle kayıtların değiştirilebilmesinin mümkün olmadığını ifade etmekte olup anılan görüşe katılmamaktadır.

¹²⁵ Yıldırım, 2010b: 461.

Özelleştirme süreci tamamlandıktan sonra verilen iptal kararlarının ÖYK ve Bakanlar Kurulunca imkânsızlık gerekçesiyle aldıkları karar ve savunmalar, görüldüğü üzere Danıştay tarafından kabul edilmemektedir. Mahkeme kararlarının uygulanması esas olup somut olayın niteliğine göre hukuken veya fiilen imkansızlığın mevcudiyetine bakılmalıdır. Özelleştirme işleminin mahkemece iptali ile eski hale iadenin gerçekleştirilmesi hukuken ve fiilen mümkün ise, imkansızlık gerekçesine dayanılarak tesis edilen Bakanlar Kurulu veya ÖYK kararı iptal edilmelidir. Buna mukabil, mezkûr dava esnasında özelleştirilerek özel hukuk kişisine devredilen işletmenin iflas etmesi veya bir başka özel hukuk kişisine devredilmesi gibi olasılıkların gerçekleşmesi durumunda açılan dava sonucunda özelleştirmenin iptali yönünde verilecek kararın uygulanmasının mümkün olmadığı kabul edilmelidir¹²⁶.

1.2.1.1.1.5.2. Özelleştirilen Kurumun Personeli

Özelleştirilen kurumun memur, sözleşmeli personel, geçici personel ya da işçi statüsündeki personellerine ilişkin maaş, emeklilik ve özlük haklarında tartışmalar gündeme gelebilmektedir. Bu personele ilişkin işlemlere karşı verilen mahkeme kararlarının uygulanmasında davalı kurumun özelleştirilmiş olması birtakım problemlere sebebiyet verebilmektedir. İdarenin yargı kararını uygulamakla yükümlü olmasının özelleştirmenin fiilen gerçekleştirildiği döneme kadarki kısmı kapsadığı ve bu andan itibaren İdarenin yargı kararını uygulamasının olanaksızlaştığı ifade edilmektedir¹²⁷. Danıştay uygulaması da bu hususu desteklemektedir¹²⁸. Aynı konuda DPB'nin verdiği şu mütalaa da konunun izahı bakımından faydalı olacaktır¹²⁹:

¹²⁶ Yasin, 2007: 234; Gök, 2015: 553-554.

¹²⁷ Altay, 2004: 222.

¹²⁸ “...Her ne kadar temyiz dilekçesinde, Özelleştirme Yüksek Kurulu’nun 11.9.1995 günlü, 95/69 sayılı kararına dayanılarak Sümerbank A.Ş.’nin hisselerinin tamamının 17.10.1995 tarihinde İpek İplik Tekstil Sanayi A.Ş.’ne devredildiği; bu nedenle, davanın sonucunda davalı idarece yapılabilecek herhangi bir işlem bulunmayacağı ileri sürülmek suretiyle husumet itirazında bulunulmuş ise de; davalı idarece ileri sürülen bu hususun kararın infazı aşamasına ilişkin bulunduğu açık olduğu gibi; idari yargı mercilerince dava konusu işlemin tesis edildiği andaki hukuki duruma göre yargısal denetim yapıldığı da dikkate alındığında; davalı idarenin bu dava ile ilgili yasal yükümlülüğünün, hisse senetlerinin ilgili Şirkete devredildiği 17.10.1995 tarihine kadar sürdüğünün kabulü zorunlu bulunduğundan, davalı idarenin bu noktaya ilişkin aksi yöndeki iddiasına itibar edilmemiştir...” D5D, T.29.6.1999, E.1996/1948, K.1999/2319, KİBB; “...Her ne kadar davalı idare tarafından temyiz dilekçesine ek olarak sunulan 28.5.1998 günlü dilekçede, “Bankanın 4046 sayılı Yasa çerçevesinde özel sektöre devredildiği ve davacının Banka ile ilişkisi kesilerek aynı Yasanın 22. maddesi uyarınca sicil dosyasıyla birlikte Devlet Personel Dairesi Başkanlığına devrinin yapıldığı, davaya konu talebin muhatabının artık Devlet Personel Dairesi Başkanlığı olduğu” ileri sürülmek suretiyle husumet itirazında bulunulmuş ise de; davalı idarece ileri sürülen bu hususun kararın infazı aşamasına ilişkin bulunduğu açık olduğu gibi; idari yargı mercilerince dava konusu işlemin tesis edildiği andaki hukuki duruma göre yargısal denetim yapıldığı da dikkate alındığında; davalı idarenin bu dava ile ilgili yasal yükümlülüğünün, Bankanın “fiilen” özel sektöre devredildiği tarihe kadar sürdüğünün kabulü zorunlu bulunduğundan, davalı idarenin bu noktaya ilişkin aksi yöndeki iddiasına itibar edilememiştir...” D5D, T.15.9.1999, E.1996/853, K.1999/2498, KİBB.

¹²⁹ DPB’nin 30.04.2003 tarihli mütalaa, <http://www.dpb.gov.tr/tr-tr/gorus/ozelleştirme-ve-yeniden-yapılan-sonucu-istihdam-fazlasi-personel-nakliyle-ilgili-gorusler-993>, (Erişim Tarihi: 22.02.2018).

“...Adı geçenin ... A.Ş. Genel Müdürlüğü’nden ayrılarak ... Bakanlığı’na memur olarak çalışmaya başladığı tarihten, anılan mahkemenin iptal kararı gereğince aynı Bakanlığa atandığı Araştırmacı kadrosuna göreve başladığı tarihe kadar geçen sürede, Müdür ile Memur unvanları arasında özlük hakları bakımından fark bulunması halinde bu farkın Kurumunuz tarafından karşılanması gerekmekte olup, bunun dışında gerek ... İdare Mahkemesinin bahse konu iptal kararı gerekse bu kararı onayan Danıştay ...Dairesinin ...tarihli kararı gereğince ilgilinin, Holdinginizdeki eski görevine iade edilmesinin mümkün olmadığı mütalaa edilmektedir...”.

Özelleştirilen kurumda çalışmakta olan davacı işçinin durumu ile ilgili olarak Yargıtay ise, özelleştirme kapsamına alınan işletmeyi işyeri devri olarak yorumlamıştır. İşyerinde çalışmakta olan işçilerin, davalı işverenin özelleştirmenin ardından tasfiye sürecine girmesi ve başka işyerinin de bulunmaması, ifa imkânsızlığı olarak nitelendirilmemiştir. Bu sebeple de davacı işçinin özelleştirme kapsamında devralan işverenin yanında işe başlatılmasının mümkün olduğu belirtilmiştir¹³⁰.

1.2.1.1.6. Kurum İçi Yeniden Yapılanma (Reorganizasyon)

Kurum içi yeniden yapılanma kavramı (reorganizasyon veya idari reform), kamu hizmetinin sunumunda sosyo-siyasal çevrenin beklentilerini karşılamayan süreçlerin ya da idari yapının değişimini ifade etmektedir¹³¹. Bu anlamda idari reforma ilişkin farklı yaklaşımlar bulunmakla birlikte bunlar kamu yönetiminin konusunu teşkil etmektedir¹³².

¹³⁰ “...Dosya içindeki bilgi ve belgelere göre davacı işçi, davalı şirketin Murgul işletmesine bağlı Hopa Tesis Müdürlüğünde iş sözleşmesinin feshine kadar çalışmıştır. İşyerinin özelleştirme kapsamına alınması sebebiyle iş sözleşmesi feshedilmiş, işe iade davasında görüldüğü bir aşamada 30.6.2006 tarihinde davacının çalıştığı işyeri özelleştirme yoluyla satılmıştır. Davacının işe iade yönünde 11.6.2007 tarihinde başvurusu üzerine davalı işveren, 10.7.2007 tarihli cevap yazısında işyerinin satılması sebebiyle işe başlatmanın mümkün olmadığını açıklamıştır. / Davalı işverene ait olan ve davacının da iş sözleşmesinin feshine kadar çalıştığı Hopa Tesis Müdürlüğü işyerinin 30.6.2006 tarihinde satılarak el değiştirdiği taraflar arasında tartışmasızdır. Bu arada davalı şirketin tasfiyesi kararı alınmış ve tasfiye işlemleri için şirket yönetim kuruluna yetki verilmiştir. Somut olayda üzerinde durulması gereken konu davalı şirketin tasfiyesi değil, işyeri devridir. Gerçekten, davacının bir süre çalıştığı işyeri özelleştirme uygulamaları çerçevesinde satılarak el değiştirmiştir. Bu işlem işe iade davasında yargılamanın devam ettiği bir aşamada gerçekleşmiştir. 4857 sayılı İş Kanununun 6. maddesinde, işyeri veya işyerinin bir bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devri halinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmelerinin bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçeceği hükme bağlanmıştır. Davacının iş sözleşmesi devir tarihinden önce feshedilmiş olsa da, süresi içinde işe iade davası açılmakla iş sözleşmesi devam etmektedir. İşe iade davası sonunda feshin geçerli bir nedene dayanmadığı tespit edilmiş olmakla işveren feshi ortadan kalkmış durumdadır. Davacının işe iade yönünde başvurusunu yaptığı anda işyerinin davalı işverene ait olmaması sonucu etkilememelidir. Nitekim işe iade davasının yargılaması sırasında gerçekleşen işyeri devrine rağmen, işe iade hükmü davalı işveren hakkında kurulmuştur. İşyerinin devredilmesinin ardından davalı şirketin tasfiye sürecine girmiş olması ve davalının işçi çalıştırabileceği başkaca bir işyerinin bulunmaması da işe iade noktasında ifa imkânsızlığı anlamına gelmez. İşçinin devralan işveren yanında işe başlatılması imkân dahilindedir. Bu noktada işe başvuru anında işyerinin kapatılmış olması ve faaliyetin sonlandırılması da önemsizdir. Davalı işverenin işe başlatmamanın sonuçlarından sorumlu tutulması gerekir. İşe başlatmama tazminatı bakımından itirazın iptali gerekirken isteğin reddi hatalı olmuştur...”Y9HD, T.8.7.2008, E.2008/25370, K.2008/19682, KİBB.

¹³¹ Chapman ve Greenway, 1984: 22.

¹³² Söz konusu yaklaşımlar için bk.: Temizel, 2010: 118-127.

Kurum içi yeniden yapılanmada hukuksal durum gözetilmeksizin, doğrudan hukuki imkânsızlığın bulunup bulunmadığına ilişkin bir sonuca ulaşmak hatalı olabilir. Kurumun önceki durumu ile yeniden yapılanma sonucu oluşturulan yeni yapısının karşılaştırılması suretiyle hukuki imkânsızlığın var olup olmadığı yargı yerlerince belirlenmelidir¹³³. İdari yargı tarafından verilen kararların bazılarında kurum içi yeniden yapılanma durumunun hukuki imkânsızlığa sebebiyet vermediği gözlemlenmektedir¹³⁴. Nitekim sadece kadro ismi ve sair hususlarının değiştirilip kadronun hukuki yapısında bir değişiklik yapılmaması

¹³³ Altay, 2004: 224; Gök, 2015: 551.

¹³⁴ “...İptal kararı gereklerinin aynen ve gecikmeksizin yerine getirilmesi zorunlu olduğundan, yeniden yapılandırma sonucunda Genel Müdür Yardımcılığı kadro sayısı dörtten üçe indirilmekle birlikte söz konusu kadro unvanı yeni kurumsal yapıda da korunduğundan ve yeniden yapılandırma yargı kararının uygulanmasına engel oluşturmadığından, davacının Genel Müdür Yardımcılığı görevinden alınması işleminin iptaline ilişkin yargı kararının uygulanmamasında hukuka uyarlık bulunmayıp, ilgilinin maddi ve manevi tazminat isteminin bu çerçevede değerlendirilmesi gerektiği kuşkusuzdur.” D5D, T.27.10.2010, E.2008/1385, K.2010/6441, KİBB; Benzer yönde bir içtihat için bk.: “...TEK Teftiş Kurulu Başkanı olarak görev yapan davacı, Müşavirlik görevine atanmasına ilişkin işlemin iptali yolunda verilen Ankara 9. İdare Mahkemesinin 12.10.1993 günlü, E:1992/1203, K:1993/1246 sayılı kararının onanmasına dair Danıştay 5. Dairesinin 9.3.1994 günlü, E:1994/348, K:1994/1383 sayılı kararının uygulanması amacıyla yaptığı başvurusunun TEAŞ Genel Müdürlüğüne reddine ilişkin 16.6.1994 günlü işlemin iptali istemiyle dava açmıştır. / davacının müşavirliğe atanmasına ilişkin 10.9.1992 günlü işlemin Ankara 9. İdare Mahkemesince iptal edildiği, kararı uygulayan idarenin ertesi gün tesis ettiği ikinci bir işlemle davacıyı bu kez Van Elektrik Dağıtım Müessesesi Müdürlüğüne atadığı ve bu işlemin de Ankara 9. İdare Mahkemesince iptal edildiği, görevine iade edilen davacının yeniden müşavirliğe (Mahkeme kararında sehven "müfettişliğe" yazılmıştır.) atanmasına ilişkin üçüncü işlemin iptali istemiyle açmış olduğu davada Ankara 3. İdare Mahkemesince 29.3.1994 gün ve E:1994/151 sayılı yürütmenin durdurulması kararının verildiği, ancak bu arada Bakanlar Kurulunun 12.8.1993 gün ve 1993/4789 sayılı kararıyla TEK.'nin Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş. (TEAŞ) ve Türkiye Elektrik Dağıtım A.Ş. (TEDAŞ) adlarında iki ayrı İktisadi Devlet Teşekkülü şeklinde teşkilatlandırılmasının kararlaştırıldığı, Bakanlar Kurulunun 94/5166 sayılı kararı ile de Türkiye Elektrik Kurumunun kadro cetvellerindeki Türkiye Elektrik Kurumu Genel Müdürlüğü" ibaresinin "Türkiye Elektrik Üretim-İletim A.Ş. Genel Müdürlüğü" olarak değiştirildiği ve bir kısım kadroların iptal ve ihdaslarına karar verildiği ve TEAŞ'nin 26.4.1994 tarihinde fiilen faaliyete başladığının anlaşıldığı; davacı tarafından yapılan başvurunun ise davalı idarece TEK.nun üst kademeye kadrolarının 9.1.1994 gün ve 94/5166 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile kaldırıldığı, bu kadrolarda bulunan personel hakkında 657 sayılı Yasanın 91. maddesinin uygulanacağı gerekçesiyle reddedildiği; 94/5166 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının 2. maddesinde, 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye ekli cetvellerde yer alan "Türkiye Elektrik Kurumu Genel Müdürlüğü" ibaresinin Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş. Genel Müdürlüğü olarak değiştirilmesinin ve ekli (2) sayılı listede gösterilen kadroların ihdas edilerek anılan K.H.K.'ye ekli (1) sayılı cetvelin ilgili bölümüne eklenmesinin hükme bağlandığı, bu durumda (1) sayılı cetvelle yeniden ihdas edilen kadrolar arasında Teftiş Kurulu Başkanlığı kadrosunun bulunmaması (Mahkeme kararında sehven "bulunması" şeklinde yazılmıştır.) karşısında davacının mahkeme kararı uyarınca kazanılmış hakkı olan Teftiş Kurulu Başkanlığına atanması gerektiği halde atanmamasının, mahkeme kararının uygulanmasından netice olarak kaçınmak, kararı etkisiz bırakmak amacından kaynaklandığı, bu nitelikte bir uygulamanın ise Anayasanın ve 2577 sayılı Yasanın özüne ve sözüne aykırılık taşıyacağına açık olduğu, davacının Mahkeme kararının uygulanarak Teftiş Kurulu Başkanlığına atanmasına ilişkin isteminin reddi suretiyle tesis edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlem iptal edilmiştir. / Davalı idare; TEK Genel Müdürlüğü adının TEAŞ Genel Müdürlüğü olarak değiştirildiği ve kadroların aynen karşılığı kadrolara transfer edilmesi gerektiği savının doğru olmadığını, Başbakanlık Devlet Personel Başkanlığının 24.2.1994 tarihli yazısının da bu düşüncüyü doğruladığını öne sürmekte ve İdare Mahkemesi kararının temyizden incelenerek bozulmasını istemektedir...”. Danıştay, netice itibarıyla bu kararı onamaktadır. Ancak kararın karşı oyu oldukça dikkat çekicidir: “...Esasen söz konusu kararname ile Türkiye Elektrik Kurumu ortadan kaldırılarak yeniden teşkilatlanmış olduğuna göre bu kuruluşa ait kadroların halen muhafaza edildiğini kabul etmek mümkün değildir. / Bu nedenle; iptal kararı, TEK Teftiş Kurulu Başkanlığına ilişkin olup, yukarıda açıklandığı üzere TEK Teftiş Kurulu Başkanı kadrosunun iptal edilmesi sonucu, ilamın hukuki imkânsızlık nedeniyle uygulanmasına olanak bulunmamaktadır...” D5D, T.16.12.1997, E.1995/2059, K.1997/3068, UYAP.

durumunda imkânsızlık kavramının gündeme gelmeyeceği içtihatlarla ortaya konulmuştur¹³⁵. Bu durum öğreti bakımından da savunulmaktadır¹³⁶.

Uyuşmazlığa konu olayda, davalı İdarenin Basın ve Halkla İlişkiler Daire Başkanlığı'nda basın müdürü görevini yürüten kamu görevlisinin görevden alınarak İnceleme ve Geliştirme Kuruluna uzman olarak atanması işlemine karşı açılan dava, reddedilmiştir. Temyiz incelemesinde Danıştay, YD kararı vermiştir. İdare, YD kararını, ilgiliyi Sözleşmeler ve Mühendislik Daire Başkanlığı'na bağlı Arşiv ve Dökümantasyon müdürü olarak atayarak uygulamıştır. Bu işleme karşı açılan davada idare mahkemesi, YD kararı vermiştir. Bunun üzerine ilgili, basın müdürü olarak atanmıştır. Bundan kısa bir süre sonra ilgili, geçici görevlendirme ile Etüd Mühendislik ve Sözleşmeler Daire Başkanlığı'nda görevlendirilmiştir. Alınan bir karar ile Basın ve Halkla İlişkiler Daire Başkanlığı lağvedilerek Basın ve Halkla İlişkiler Müdürlüğü kurulmuş, Daire Başkanı ve ilgili müdürler de İnceleme Geliştirme Kurulu Başkanlığı'na kurul üyesi olarak atanmıştır. Ardından Sözleşmeler ve Mühendislik Daire Başkanlığı'na bağlı Arşiv ve Dökümantasyon müdürü olarak atama işlemi karşı açılan dava iptal ile neticelenmiştir. 30 gün geçmesine rağmen İdarece uygulanmaması üzerine İYUK m.28 mucibince iptal ve tam yargı davası açılmıştır. Söz konusu davada;

“...Basın Müdürlüğü görevine 19.3.2003 tarihinde iade edilen davacının kısa bir süre sonra BOTAŞ Etüd Sözleşmeler ve Mühendislik Daire Başkanlığında görevlendirilmesine ve Basın Müdürlüğünün lağvedilmesi nedeniyle İnceleme ve Geliştirme Kuruluna Kurul üyesi olarak atanmasına ilişkin işlemlere karşı dava açmadığı, dolayısıyla hakkında tesis edilen işlemleri kabul ettiği, böylece Basın Müdürlüğü görevi ile hukuki bağının kesildiğinin açık olduğu, kaldı ki, davacı hakkındaki yürütmenin durdurulması kararının davalı idarece davacının Basın Müdürü olarak atanması suretiyle uygulandığı, davacı bu kararın uygulanması sonucunda hakkında tesis edilen işlemleri dava konusu etmediğinden, idarenin iptal kararının uygulama yükümlülüğü bulunduğundan söz etmeye olanak bulunmadığı, bu durumda, dava konusu işlemde hukuka ve mevzuata aykırılık görülmediği...”

gerekçesiyle idare mahkemesince reddedilmiştir. Bu karar Danıştay ilgili dairesince,

“...idarenin maddi ve hukuki koşullara göre uygulanabilir nitelikte olan bir yargı kararını aynen ve gecikmeksizin uygulamaktan başka bir seçeneği bulunmadığı; olayda, davacı Ankara 9. İdare

¹³⁵ “... kadrolarının yalnız adının değiştirilerek Daire Başkanlığına dönüştürüldüğü, bunun dışında ... teşkilat yapısında herhangi bir değişiklik yapılmadığı anlaşıldığından ... yürütmenin durdurulması kararının uygulanması sonucu davacının ...görevine getirilmesi idare için bir yükümlülüktür. Bu durumda 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinin 3. fıkrası uyarınca davacının maddi ve manevi tazminat istemiyle açtığı davada tazminat isteminin esası incelenmesi gerekirken yargı kararını uygulama imkânsızlığından bahisle davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir...” D5D, T.3.5.1995, E.1992/3071, K.1995/1758, KİBB.

¹³⁶ Gök, 2015: 551.

Mahkemesince verilen yürütmenin durdurulması kararı üzerine, Basın Müdürlüğü görevine atanmış ve bu atamasından sonraki işlemleri dava konusu etmemiş ise de, Ankara 9. İdare Mahkemesi'nin E:2002/1381 esasına kayıtlı dosyasındaki davasından vazgeçmediği anlaşıldığından dava konusu işlemin iptali biçiminde sonuçlanan davası ile hukuki ilgisinin kesildiğini kabul etme olanağı bulunmadığı...”

gerekçesiyle bozulmuştur. Ancak idare mahkemesi, bozma kararına direnmiş ve dosya DİDDK'nın önüne gelmiştir. DİDDK ise idare mahkemesinin ısrar kararını hukuka uygun bulmuş ve bozma-red kararı vermiştir¹³⁷. Burada idari yargı kararının 30 gün içinde uygulanması zorunluluğuna rağmen anılan sürede işlem veya eylem tesis edilmesinin idari işlem olup olmadığı, iptal davası bakımından değerlendirilmiştir. Değerlendirilmesi gereken bir diğer nokta, söz konusu olayda gerçekleştirilen reorganizasyonun mahkeme kararlarının uygulanmasına etkisinin bulunup bulunmadığı yönünden olmalı idi. Yapılan değişiklik kadro durumları ve özlük haklarına ilişkin değil de sadece kadroların isimlerinin değiştirilmesinden ibaret ise, “aynen” ve “gecikmeksizin” ifaya engel bir durum teşkil etmemelidir.

Danıştay'ın bazı kararlarında yeniden yapılandırmanın hukuki imkânsızlığa sebebiyet vermediği görülebilmekteyken bazı kararlarında tam tersi bir durumun meydana geldiği görülmektedir. Nitekim bir olayda, ilgilinin görevinden uzaklaştırılması işlemi hakkında YD kararı verilmeden önce bağlı bulunduğu kadronun kaldırılması sonucu ilgilinin eski görevine iadesinde imkânsızlık gündeme gelmiştir¹³⁸. Yeniden yapılandırmanın her somut olay bakımından değerlendirilmesinden kaynaklanmaktadır. Bu değerlendirmeyi idari yargı yerlerinin yapacağı noktada tereddüt bulunmamaktadır¹³⁹. Nitekim 1402 sayılı Kanun'a göre görevine son verilen bir sosyoloğun görevine iadesi için İdareye yaptığı başvurunun reddine karşı açılan davada, dava konusu red işlemi iptal edilmiştir. Bunun üzerine davacı sosyolog kadrosu yerine memur kadrosuna atanmıştır. İdarenin sosyolog kadrosunun bulunmamasından dolayı memur kadrosuna atama yapılmasından dolayı ileri sürülen imkânsızlık savunması, idari yargı mercilerince kabul görmemiş ve işlem iptal edilmiş olup Danıştay da bu kararı onamıştır¹⁴⁰. Kanaatimize göre burada sosyolog kadrosunun bulunup bulunmadığına ilişkin olarak idarenin yaptığı savunmanın gerçekliği mahkeme tarafından esaslı bir biçimde tetkik edilmelidir. Bu çerçevede yapılacak değerlendirmeye göre, İdarenin önceki iptal kararının gereklerini yerine getirip getirmediğinin tespiti sağlanmalıdır.

¹³⁷ DİDDK, T.7.4.2011, E.2007/557, K.2011/212, KİBB.

¹³⁸ D5D, T.20.3.2006, E.2002/2914, K.2006/1272, UYAP. Bir başka içtihat için bk.: D5D, T.20.9.2005, E.2002/2348, K.2005/3706, KİBB.

¹³⁹ Gözübüyük ve Tan, 2016: 577.

¹⁴⁰ D12D, T.6.12.1999, E.1996/3684, K.1999/2827, UYAP.

1.2.1.1.1.7. Personelin Nitelik Kaybı veya Değişikliği

Devlet memuru olabilmek için DMK’da aranan genel nitelikteki şartlarla birlikte kamu hizmetlerinin niteliğine göre genel şartlara ilave şartlar aranabilmektedir¹⁴¹. Kamu görevlilerinin görevlerini yürütebilmeleri ve devam ettirebilmeleri için aranan şartları kaybetmeleri veya statülerindeki değişikliklerin birtakım imkânsızlıklar meydana getirdiği ifade edilmektedir¹⁴². Bir uyuşmazlıkta, polis okulu sınavına giren öğrenci başarısız sayılmış ve bu işlem mahkemece iptal edilmiştir. Mahkeme kararının uygulanması için yapılan başvuru, İdarece reddedilmiştir. Davacının uğradığı zararları tazmin için red işlemi üzerine açtığı davada, davacının ilgili mevzuatta aranan yaş şartını taşımadığından hukuki imkânsızlık sebebiyle iptal kararının uygulanmamasını hukuka uygun bularak davayı reddetmiştir. Bunun üzerine Danıştay, ilk derece mahkemesinin kararını şu gerekçelerle bozmuştur¹⁴³:

“...mevzuatta öngörülen yaş koşulunu taşıdığı anlaşılan davacının, anılan işlem hakkında verilen iptal kararı üzerine polis okulu öğrencisi adaylığı sınavına kaldığı yerden devam ettirilmesi gerekirken, Mahkeme kararının uygulanacağı tarihte yaş koşulunu taşımadığından bahisle başvurusunun reddinde ve bu işlemin iptali istemiyle açılan davayı reddeden İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır...”.

¹⁴¹ **657 s. DMK Genel ve özel şartlar: Madde 48 – (Değişik: 12/5/1982 - 2670/14 md.):** “Devlet memurluğuna alınacaklarda aşağıdaki genel ve özel şartlar aranır.

A) Genel şartlar:

1. Türk Vatandaşı olmak,
2. Bu Kanunun 40 nci maddesindeki yaş şartlarını taşımak,
3. Bu Kanunun 41 nci maddesindeki öğrenim şartlarını taşımak,
4. Kamu haklarından mahrum bulunmamak,
5. **(Değişik: 23/1/2008 - 5728/317 md.)** Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, (...) zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkûm olmamak.
6. Askerlik durumu itibarıyla;
 - a) Askerlikle ilgisi bulunmamak,
 - b) Askerlik çağına gelmemiş bulunmak,
 - c) Askerlik çağına gelmiş ise muvazzaf askerlik hizmetini yapmış yahut ertelenmiş veya yedek sınıfa geçirilmiş olmak,
7. 53 üncü madde hükümleri saklı kalmak kaydı ile görevini devamlı yapmasına engel olabilecek (...) akıl hastalığı (...) bulunmamak.
8. **(Ek: 3/10/2016 – KHK-676/74 md.)** Güvenlik soruşturması ve/veya arşiv araştırması yapılmış olmak.

B) Özel şartlar:

1. Hizmet göreceği sınıf için 36 ve 41 nci maddelerde belirtilen öğretim ve eğitim kurumlarının birinden diploma almış olmak,
2. Kurumların özel kanun veya diğer mevzuatında aranan şartları taşımak.”

¹⁴² Altay, 2004: 227.

¹⁴³ D8D, T.18.2.2008, E.2007/602, K.2008/1129, UYAP.

Bir başka uyuşmazlıkta müstafi addedilen kişi, açtığı davayı kazanmasına rağmen iptal kararından önce 1402 sayılı Kanun mucibince görevine son verildiğinden mahkeme tarafından verilen iptal kararının uygulanmasının mümkün olmadığına karar verilmiştir¹⁴⁴. Bir diğer uyuşmazlıkta belirli rütbelerde bulunanların girdiği bir sınava giren davacının sınav sonucuna karşı açtığı davada aldığı iptal kararının uygulanmasına, iptal kararı verilene kadarki süreçte bulunduğu rütbenin yükselmesi sebebiyle hukuken olanak bulunmadığı yönünde istişari görüş açıklanmıştır¹⁴⁵.

1.2.1.1.1.8. Mevzuattaki Boşluk ve Değişiklik

Yargı kararlarının uygulanmasına yönelik işlem ve eylem tesis edilebilmesi için yasal düzenleme yapılmasının gerektiği durumlarda düzenlemenin yapılmamış olması sebebiyle oluşan hukuki boşluğun imkânsızlığa sebebiyet verdiği görülebilmektedir¹⁴⁶. Örnek olarak, kamu personelinin bir kurumdan bir başka kuruma devrine ilişkin düzenlemenin AYM tarafından iptal edilmesi üzerine, hangi kurumda çalıştırılacakları noktasında düşülen duraksama istişari görüş istemine konu olmuştur. Danıştay, PTT'ye devir işlemine karşı lehe iptal kararı bulunan personellerin hukuki boşluğa rağmen; yargı kararının uygulanması

¹⁴⁴ “...İdari işlemlerin idari yargı mercilerince iptal edilmesi halinde idarenin bu iptal kararına uygun olarak yukarıda yer alan hüküm gereğince yeni bir işlem tesis etmesi gerekmektedir. Ancak bu uyuşmazlıkta davacının görevine 1402 sayılı yasa hükmü uyarınca son verilmesi nedeniyle, Danıştay ilamının uygulanması esnasında ortaya yeni bir hukuki durum çıktığı, ve davalı idarece bu hukuki durum gözönüne alınarak işlem tesis edildiği anlaşılmış olup, yukarıda yer alan yasa hükmü uyarınca bu şekilde görevine son verilen memurların, bir daha kamu hizmetlerinde çalıştırılması mümkün bulunmadığından, davacının yeniden memuriyet statüsüne dönmesi hukuken mümkün değildir...” D5D, T.16.12.1986, E.1985/1475, K.1986/1433, KİBB.

¹⁴⁵ “...Olayda, bu koşullar 23.6.1981 günlü Yönerge ile düzenlenmiş ve yurtdışına koruma görevlisi olarak gönderilecek koruma görevlilerinin rütbeleri hiçbir takdire yer bırakmayacak biçimde sıralanmış ve amir sınıf olarak komiser muavini, komiser ve bir yılını doldurmamış başkomiserlerin yurtdışına gönderilebileceği kabul edilmiştir... İstişari görüş istemde bulunurken idare, kadro derecesi ve rütbe yönünden yargı kararının uygulanmasında hukuki imkânsızlık olduğu görüşünü belirtmiştir. Memuriyet kadro ve derecelerinin hizmetin gereklerine göre yasalarda belirtilen usullere uyularak her zaman yeniden düzenlenmesi mümkündür. Ancak, yukarıda sözü edilen Yasa, Yönetmelik ve Yönerge hükümleri ve açıklamalara göre, yurt dışı koruma görevlisi sınavını kazandığı tarihten sonra geçen süre içinde, hakkında verilen yargı kararının uygulanması sırasında bu görev için öngörülen en üst rütbe olan başkomiserlik rütbesini de aşan ve halen emniyet amiri rütbesinde bulunan kişinin yurt dışına koruma görevlisi olarak atanmasında hukuki imkânsızlık olduğu sonucuna varıldı.” D1D, T.4.4.1991, E.1991/54, K.1991/53, DD, S.82-83, 1992, s.52-56.Farklı yönde içtihat için bk.: “...Bu durumda, İdare, haklarındaki göreve son verme işlemleri yargı kararıyla iptal edilen memurları, görevlerine iade etmek zorundadır. Bu kişilerin görevden ayrı kaldıkları süre içinde memuriyetle bağdaşmayacak işlerde çalıştıkları Öne sürülerek yargı kararının yerine getirilmesinden kaçınılamaz. Başka bir deyimle, bu durum, yargı kararının yerine getirilmesine engel sayılamaz; ilgilinin bu yeni duruma göre, idarenin yasaların öngördüğü yeni işlemleri yapmasına neden olabilir. / Yukarıda belirtilen nedenlerle, emniyet teşkilâtında görevli iken meslekten ilişkileri kesilenler hakkında verilen iptal kararlarının uygulanmasının zorunlu bulunduğu, ancak, meslekten ilişkilerinin kesilmesini gerektirir yeni bir durumun ortaya çıkması halinde bu nedene dayanılarak yeni bir işlem yapılmasının mümkün bulunduğu oyçokluğuyla mütalâa kılınmakla dosyanın Danıştay Başkanlığına sunulmasına 10.7.1985 gününde karar verildi.” D1D, T.10.7.1985, E.1985/144, K.1985/156, DD.62-63, s.95-100.

¹⁴⁶ Yargı kararlarının uygulanmasına yönelik yasal düzenleme yapılmasıyla imkânsızlık kavramının aşılması konusunda kapsamlı açıklama için bk.: “2.2.1.3.1.1. İdari Yargı Kararının Uygulanmasına İlişkin Yasal Düzenleme Yapılması” başlığı.

zorunluluğu karşısında, AYM kararında belirtilen esaslarca hizmet, personel ve tesislerin aynı kurumda (TRT) birleştirilmesi gerekliliğine vurgu yaparak hukuki boşluğun aşılması gerektiğini bildirmiştir¹⁴⁷. Ayrıca, yargı kararının uygulanmasının ne surette olacağı gösterilmekle kalmamış, devir hakkında dava açmayanlara da teşmil edilmesi gerektiğini isabetli biçimde belirtmiştir. Bu görüşe rağmen; D5D, hukuki boşluğun doldurulmadığından İdarenin yargı kararını uygulayamamasında “kasıtlı” davranmadığını vurgulamaktadır. Bu sebeple, idare mahkemelerince hükmedilen manevi tazminat kararları bozulmuştur¹⁴⁸. Bu minvalde mahkemelerin tazminat taleplerinin reddi kararları onanmıştır¹⁴⁹.

Her hukuki boşluğun, imkânsızlığı tetiklediğini söylemek doğru olmayacaktır. Nitekim AYM tarafından bir kamu idaresinin kuruluş mevzuatına ilişkin iptal kararı yürürlüğe girdikten sonra idarenin açtığı görevde yükselme sınavına girerek başarılı olan memurun atanma talepli başvurusu, zımnen reddedilmiştir. Zımnen red işleminin yargısal denetimi aşamasında Danıştay, şu gerekçelerle imkânsızlığı kabul etmemiştir¹⁵⁰:

“...Her ne kadar davalı idare tarafından davacının atamasının zamanında yapılamamasının haklı bir nedene dayandığı iddia edilmiş ise de, Türkiye çapındaki binası, personeli ve mal varlıklarıyla fiilen mevcut olan ve işlevlerini tümüyle sürdüren davalı idareyi hukuki boşluk sebebiyle yok saymaya olanak

¹⁴⁷ “...Mahkemelerce verilen iptal kararlarının uygulanması ve dava kazanan personelin TRT kurumunda çalıştırılmaları gerekmektedir. Personel, belli bir hizmetin yürütülmesi için çalıştırılır ve yetiştirilir. Anayasa Mahkemesi kararının yürürlüğe girdiği tarihten itibaren PTT'nin hizmeti işletme hakkı kalmamıştır. Ancak hizmetin bekletilmesi söz konusu olamayacağına göre konu hakkındaki yasal düzenleme yapıncaya kadar Anayasa Mahkemesi kararında belirtilen esasların espirisi içinde hizmetin, tesislerin ve personelin aynı kurumda birleştirilmesi yolunda gereken idari kararların alınması zorunludur. Anayasaya aykırılık iddiasıyla dava açan ve haklarında iptal kararı verilen personele ilişkin yargı kararlarının diğer personele de teşmili alınacak idari kararların dayanağını oluşturabilir. / Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesince iptal edilmiş bulunan 3517 sayılı Yasanın Geçici 2.maddesi hükmüne göre TRT'den PTT'ye devredilen personelin hangi kurumda çalıştırılacağı konusunda mevcut hukuksal boşluğun doldurulması için bir an önce yasal düzenleme yapılması yoluna gidilmesi, söz konusu personelden devir işlemine karşı dava açan ve PTT'ye devir işleminin iptali yolunda karar alan personel hakkında verilen bu yargı kararlarının uygulanması zorunluluğu karşısında bu personelin TRT kurumunda çalıştırılmaları gerektiği ve yapılması gereken yasal düzenleme yürürlüğe girinceye kadar Anayasa Mahkemesi kararında belirtilen esasların ışıltı altında alınacak idari kararlarla hizmetin, tesislerin ve personelin aynı kurumda birleştirilmesine karar verildi.” D1D, T.14.6.1991, E.1991/86, K.1991/101, KİBB.

¹⁴⁸ “...Ortaya çıkan yasal boşluğun doldurulamadığı, devredilen personelin mağduriyetinin önlenmesi için Kurumun, gerek Başbakanlık, gerek Ulaştırma Bakanlığı ve gerekse PTT nezdinde her türlü girişimde bulunduğu anlaşılmış olup, belirtilen durum karşısında, İdare Mahkemesince verilen ve davacının TRT Kurumundaki görevine dönmesi sonucunu doğuran iptal kararının davalı idarece “kasıtlı” olarak yerine getirilmediğinden söz edilmesine olanak bulunmamaktadır...” D5D, T.14.10.1996, E.1995/1287, K.1997/2084, KİBB; Benzer yönde ve fakat yayımlanmamış kararlar için bk.: D5D, T.18.9.1997, E.1995/170, K.1997/1772; D5D, T.16.10.1997, E.1995/1655, K.1997/2139; D5D, T.16.12.1997, E.1995/1900, K.1997/3023; D5D, T.16.12.1997, E.1995/1833, K.1997/3022; D5D, T.16.10.1997, E.1995/1647, K.1997/2146; D5D, T.30.12.1997, E.1995/1652, K.1997/3387; D5D, T.14.10.1996, E.1995/1287, K.1997/2084; D5D, T.31.1.1996, E.1993/6303, K.1996/422; D5D, T.30.1.1996, E.1993/6352, K.1996/339; D5D, T.30.1.1996, E.1993/6384, K.1996/338; D5D, T.7.3.1996, E.1993/6432, K.1996/968; D5D, T.13.2.1996, E.1994/513, K.1996/640; D5D, T.9.4.1996, E.1994/514, K.1996/1503; D5D, T.11.6.1996, E.1994/1579, K.1996/2294.

¹⁴⁹ D5D, T.25.12.1997, E.1995/2527, K.1997/3335, UYAP.

¹⁵⁰ D2D, T.14.5.2007, E.2004/7995, K.2007/2085, KİBB.

bulunmadığından ve söz konusu idari işlevlerini sürdürebilmek amacıyla ihtiyacı bulunan memur kadrolarına atama yapmak için açtığı sınavı kazananlar açısından da bağlı yetki içerisine girilmiş olması karşısında söz konusu iddiaya itibar edilemeyeceği açıktır. / Bu durumda, Kurumun, fiilen mevcut olduğu göz önüne alındığında, 617 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Anayasa Mahkemesi'nce iptal edildiği ve buna bağlı olarak kadroların da iptal edildiği, böylelikle atamanın fiilen imkânsız olduğundan bahisle davacı hakkında tesis edilen işlemde hukuka aykırılık görülmediği gerekçesiyle davanın reddi yolundaki Mahkeme kararında hukuki isabet bulunmamaktadır...”.

İdarenin görevde yükselme sınavında başarılı olan memuruna karşı bağlı yetki içinde bulunduğu açıktır. Bünyesinde görev yapan memur lehine işlem tesis etmeme yönünde gösterdiği direncinde imkânsızlık kavramına dayanmışsa da; yargı yerleri Türkiye çapındaki bina, personel ve malvarlığı fiilen mevcut olması karşısında, bu durumu kabul etmemiştir.

Bir diğer örnek ise, AYM'nin iptal kararı üzerine hukuken özelleştirme işlemlerini tamamlayacak ya da iptal edebilecek görevli ve yetkili bir idari merciinin kalmaması üzerine katılımcıların mağdur edilmemeleri adına Başbakanlık, ilgili fona yatırılan bedellerin iadesine karar vermiştir. AYM'nin iptal kararı üzerine özelleştirme işlemlerini yapmaya yetkili idare hukuken ortadan kaldırılmıştır. Ortaya çıkan imkânsızlığın etkilerinin giderilmesi adına bağlı bulunulan Başbakanlığın özelleştirme bedellerinin iadesi yönünde karar aldığı görülmektedir. Hükümetin genel siyasetini yürütmekle yükümlü olan Başbakanlığın oluşan boşluktan ötürü katılımcıların zarar görmemesi için yapılan işlem, Devlet teşkilatının düzenli ve etkili bir şekilde işlemlerini temin etmek için tedbir niteliğinde olup; Danıştay tarafından yetki, şekil, neden, konu ve maksat unsurları bakımından mevzuata ve hukuka uygun bulunmuştur¹⁵¹.

Konumuz bakımından, Danıştay'ın yükseköğretim üyelerinin disiplin işlemleri ile ilgili olarak verdiği bir karar oldukça önem arz etmektedir. AYM tarafından 6528 sayılı Kanun'un 7. maddesi ile değiştiren 2547 sayılı Kanun'un 53. maddesinin (b) fıkrasının ikinci cümlesi¹⁵² iptal edilmiştir¹⁵³. İptal üzerine 2547 sayılı Kanun'a tabi personele uygulanacak disiplin hükümleri konusunda Yüksek Öğretim Genel Kurulunca karar alınmıştır¹⁵⁴. Bu karar

¹⁵¹ D10D, T.28.1.1997, E.1994/7425, K.1997/21, KİBB.

¹⁵² İlgili maddenin iptalden önceki hali şu şekildeydi: **2547 sayılı Kanun m.53/2:** “(Değişik: 1/3/2014 - 6528/7 md.) Öğretim elemanları, memur ve diğer personele uygulanabilecek disiplin cezaları uyarma, kınama, yönetim görevinden ayırma, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması, üniversite öğretim mesleğinden çıkarma ve kamu görevinden çıkarma cezalarıdır. Hangi fiillere hangi disiplin cezasının uygulanacağı, bu bentte sayılan kişilerin disiplin işlemleri ve disiplin amirlerinin yetkileri, Devlet memurlarına uygulanan usul ve esaslar da göz önüne alınmak suretiyle Yükseköğretim Kurulunca düzenlenir.”

¹⁵³ AYM, T.14.1.2015, E.2014/100, K.2015/6. (RG: 07.04.2015 – 29319).

¹⁵⁴ Yüksek Öğretim Genel Kurulu'nun aldığı kararın ilgili kısmı şu şekildedir: “...2547 sayılı Kanun ile adı geçen Yönetmeliğe göre başlatılmış olup da henüz tamamlanmamış olan ve bundan sonra başlatılacak tüm disiplin soruşturmalarında; 2547 sayılı Kanunun 53. maddesinin (a) bendi ile diğer maddelerinde özel olarak düzenlenen disipline dair hususlar dışında 657 sayılı Kanunun disipline ilişkin hükümlerinin; her iki kanunda bulunmayan usul kuralları açısından Yüksek Öğretim Kurumları Yönetici Öğretim Elemanı ve Memurları

üzerine ilgililer, gerek bu kararın gerekse iptal edilen düzenlemeye dayanan yönetmeliğin¹⁵⁵ iptali için YD istemli açılan davada Danıştay, Genel Kurul kararının bir kısmının yürütmesini durdurmuştur. Ancak bu kararın karşı oyunda, Genel Kurul kararının sadece belirtilen kısmı değil, tümü hakkında YD kararı verilmesi gerektiği ifade edilmiştir¹⁵⁶. Disiplin cezalarına

Disiplin Yönetmeliğinde yer alan usule ilişkin hükümlerin uygulanmasına, Disiplin cezalarına ilişkin olarak açılmış olan davalarda yukarıda zikredilen Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu kararında belirtilen gerekçeyle mahkemelerce iptal kararı verilmesi halinde, disiplin cezasına konu olan fiil hakkında yukarıda zikredilen hükümler uygulanmak suretiyle yetkili mercilerce yeniden işlem tesisi yoluna gidilmesine..." karar verilmiştir.<http://www.selcuk.edu.tr/dosyalar/files/105/d%C4%B0KKAT%20eD%C4%B0LMES%C4%B0%20gEREKL%C4%B0%20hUSUS.pdf>, (Erişim Tarihi:01.01.2018).

¹⁵⁵ Yüksek Öğretim Kurumları Yönetici Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği (RG: 21.8.1982 – 17789 - MÜLGA).

¹⁵⁶ "...Olayda, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı daha yürürlüğe girmeden YÖK Genel Kurulunca çıkarılan 12.11.2015 tarihli davaya konu düzenlemeye de kabul edildiği üzere, Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği'nin dayanağının kalmadığı, dolayısıyla artık uygulanamayacağına ve Anayasa Mahkemesi tarafından verilen iptal kararı üzerine bu hususta yasama organınca geçen süre zarfında herhangi bir yasal düzenleme de yapılmadığına göre, öğretim elemanlarının disiplin işlemleri yönünden "kesin bir hukuki boşluk" olduğu tartışmasızdır. Peki bu boşluk nasıl giderilecektir? Davalı idarece, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun yükseköğretim kurumları öğretim elemanlarına da uygulanabileceği/uygulanması gerektiği belirtilerek sorun çözülmeye çalışılmıştır. Dairemiz çoğunluk görüşü de bu çözümü benimsemiştir. / 657 sayılı Kanun'un disiplin hükümlerinin yükseköğretim kurumları öğretim elemanlarına da uygulanabilmesi, ya bir "atıf" yoluyla ya da "yorum" yoluyla kıyasen mümkün olacaktır. Bu nedenle, öncelikle yükseköğretim ile ilgili mevzuatta. 657 sayılı Kanun'un disiplin hükümlerine herhangi bir atıf yapıp-yapılmadığı hususu irdelenecektir: ... / 657 sayılı Kanun'un devlet memurları yönünden "genel bir kanun" olduğu hususunda kuşku bulunmamakla birlikte, yükseköğretim kurumlarında görev yapan öğretim elemanlarının bu Kanunun kapsamı dışında tutuldukları tartışmasızdır. Dolayısıyla 657 sayılı Kanun'un "kural" olarak öğretim elemanlarına uygulanması mümkün değildir. Bu kuralın istisnası ise, ancak "atıf" yolu ile uygulanmasına izin verilen düzenlemelerdir. "İstisna" hükümlerinin ise dar yorumlanacağı bilinen bir yorum ilkesidir. Başka bir ifadeyle, "istisna"nın geniş yoruma tabi tutularak, kapsamının genişletilmesi mümkün değildir. İstisnayı (atıf yapılan hükümleri) genişletme yetkisi ise, sadece istisnayı koyan makama (yasa koyucuya) aittir,, / Yapılan açıklamalardan anlaşılabileceği üzere, ilgili mevzuatta 657 sayılı Kanun'a bazı atıflar bulunmakta ise de, bunların tamamen özlük haklarına ilişkin olduğu, disiplin ve ceza işlemlerine ise hiçbir atıfta bulunulmadığı açıktır. Dolayısıyla, 657 sayılı Kanun'un disiplin hükümlerinin atıf yoluyla ya da yapılan atıfları genişletici yoruma tabi tutmak suretiyle üniversite öğretim elemanlarına da uygulanabileceğini kabul etmeye imkân bulunmamaktadır. / 657 sayılı Kanun'un disipline dair hükümlerinin, öğretim elemanlarının da nihayetinde "memur" oldukları kabulünden hareketle "kıyasen" uygulanıp uygulanamayacağı hususuna gelince; ... / Öğretim elemanları hakkında 657 sayılı Kanun'un (ya da başka bir mevzuatın) disiplin hükümlerinin, yorum ya da atıf yolu ile dahi olsa uygulanmadığı takdirde, uygulamada sorun olabileceği, disiplin suçlarının cezasız kalabileceği, kamu düzeninin bozulabileceği akla gelebilir ise de, bir hukuk devletinde suçların cezasız kalmasından daha vahimi kanunsuz olarak kişilerin cezalandırılması yani temel bir hukuk kuralı(kanunsuz ceza olmaz ilkesi) nın çiğnenmesidir. Diğer taraftan, kesinleşmiş olanlar da dahil olmak üzere adli veya disiplin suç ve cezaları için yasa koyucu tarafından zaman zaman değişik adlar altında "af kanunları" çıkarıldığı bilinmektedir. Dolayısıyla kamu düzeninin bozulabileceği endişesine mahal bulunmamaktadır. Kaldı ki, yasa koyucu tarafından, Anayasa Mahkemesi'nce verilen süreye (ve bu sürenin sona ermesine) rağmen, iptal kararı nedeniyle oluşan boşluğun, kanun çıkarılmak suretiyle doldurulması yoluna gidilmemesinin, başka bir ifadeyle "pasif kalınması"nın bir "zımnî af" iradesinden kaynaklanıp kaynaklanmadığı da göz ardı edilemeyecek bir husustur. Asıl önemlisi ise "Kuvvetler ayrılığı" prensibi gereğince, yargı yerlerinin kamu düzenini sağlamaktan ziyade, hukuka uygunluk denetimi yapmakla yükümlü ve görevli oldukları hususunda ise bir kuşku bulunmaması gerekir. / Bu durumda, Anayasa Mahkemesi kararında da ifade edildiği şekliyle "doğacak hukuksal boşluğun", yasa koyucu yerine yine idare tarafından, (bir idari kararla) pozitif hukuk kurallarına aykırı yorumla veya bir düzenleyici işlemle doldurulmasına imkân bulunmadığı gibi, yürürlüğe girdiği tarihten bu yana (kapsamına dahil olmadıkları için) öğretim elemanları hakkında hiç uygulanmamış bir kanuna (657 sayılı Kanun) dayanarak disiplin soruşturması açılması ve disiplin cezası verilmesi, ilgili Anayasal ve yasal düzenlemeler ile hukukun genel ilkeleri ve yargı kararları karşısında mümkün değildir. / Bu nedenle, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen koşullar, Yükseköğretim Genel Kurulunun 12.11.2015 tarihli toplantısında alınan 2015.14.486 sayılı kararın yürütmesi durdurulan "...her iki kanunda

ilişkin hükümler ancak kanunla düzenlenebilir. Boşluktan ötürü disiplin cezası verilememesi durumu, hukuki imkânsızlıkla açıklanabilir. Boşluğun bulunduğu zaman diliminde 657 sayılı Kanun'a müracaat etmek, karşı oyda da belirtildiği üzere hukuk mantığı bakımından mümkün bir durum değildir¹⁵⁷. Nitekim öğretide, disiplin cezası prosedürü yasayla belirtilmediğinden üniversitelerin işlem yapabilme imkânlarının bulunmadığı belirtilmiştir¹⁵⁸.

Boşluktaki gibi mevzuattaki değişikliklerin de imkânsızlığa sebebiyet verip vermediğinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Mahkeme kararlarının uygulanarak eski hukuki durumun tesisiyle mükellef İdarenin mevzuattaki değişiklikler sebebiyle kararları uygulama imkânı ortadan kalkmış olabilmektedir¹⁵⁹. Bu bakımdan anılan değişikliklerin yargı yerlerince değerlendirilmesi gerekmektedir. Ayrıca, mevzuattaki değişiklikler idareye yapılan başvurulara ilişkin işlem tesis edilmesini de hukuken olanaksız hale getirebilmektedir. Güncel bir örnek, Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Fakültesinin kapatılması için mevzuattaki değişiklik, fakülteye kayıt işlemlerinin tesisi bakımından imkânsızlık doğurabilmektedir¹⁶⁰. İlgilinin Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Fakültesi'nin kapatılması sebebiyle kaydının yapılmaması işleminin idare mahkemelerince iptal edilmesi üzerine Danıştay, davacının fakülteye kaydının imkânsızlık sebebiyle yapılamamasını hukuka uygun bulmuştur¹⁶¹.

bulunmayan usul kuralları açısından Yüksek Öğretim Kurumları Yönetici Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinde yer alan usule ilişkin hükümlerin..." ibaresi yanında diğer kısımları yönünden de birlikte gerçekleşmiş olduğu sonuç ve kanaatine varıldığından, bu kısımlar yönünden de yürütmenin durdurulmasına karar verilmesi gerektiği oyuyla, çoğunluk kararının bu kısmına katılmıyorum." D8D, T.09.03.2016, E.2016/1221, KİBB.

¹⁵⁷ Bu husustaki yasal boşluk, 6764 sayılı Kanun'un 26. ila 34. Maddesi ile 2547 sayılı Kanun 53. ve devamındaki disipline ilişkin madde hükümlerine 2.12.2016 tarihinde yapılan değişiklik ve eklemeler ile giderilmiştir. Diğer bir tabirle, 2547 sayılı Kanun kapsamındaki personellerin disipline ilişkin işlemleri, yapılan bu ilave ve değişikliklerden itibaren doğrudan Kanundaki usüllere göre yapılmaktadır.

¹⁵⁸ http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/turkiye/477695/Ankara_Hukuk_hocalarindan_uyari_niteliginde_makale_Akademisyenlere_sorusturma_acilamaz_.html, (Erişim Tarihi: 17.05.2018).

¹⁵⁹ Gök, 2015: 551.

¹⁶⁰ 6638 sayılı Kanun'un 43. maddesi ile 27.03.2015 tarihinde 4652 sayılı Kanun'a eklenen geçici 7. madde ile bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte başka bir işlem yapılmasına gerek kalmaksızın Güvenlik Bilimleri Fakültesinin, Polis Amirleri Eğitimi Merkezi Müdürlüğüne dönüştürüleceği hüküm altına alınmıştır.

¹⁶¹ "...6638 sayılı Kanunla Güvenlik Bilimleri Fakültesinin kapatılmış olması karşısında davacının Fakülteye kaydı konusunda oluşan fiili ve hukuki imkânsızlık nedeniyle dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığından temyize konu Mahkeme kararının bozulması gerekmektedir..." D8D, T.22.11.2016, E.2016/981, K.2016/9775, UYAP; Aynı minvalde ve yayımlanmayan kararlar için bk.: D8D, T.1.12.2016, E.2016/1566, K.2016/10032; D8D, T.16.11.2016, E.2016/11754, K.2016/9417; D8D, T.22.11.2016, E.2016/1094, K.2016/9773; D8D, T.16.11.2016, E.2016/11790, K.2016/9418; D8D, T.1.11.2016, E.2016/4952, K.2016/8166; D8D, T.26.10.2016, E.2016/9882, K.2016/7953; D8D, T.26.10.2016, E.2016/6069, K.2016/7952, D8D, T.26.10.2016, E.2016/5751, K.2016/7934; D8D, T.26.10.2016, E.2016/6920, K.2016/7935; D8D, T.26.10.2016, E.2016/1091, K.2016/7933; D8D, T.8.12.2016, E.2016/13973, K.2016/10381; D8D, T.1.12.2016, E.2016/2015/1566, K.2016/10032; D8D, T.1.11.2016, E.2016/4952, K.2016/8166; D8D, T.22.11.2017, E.2017/1326, K.2017/8304; D8D, T.22.05.2017, E.2016/13005, K.2017/4145. Benzer bir örnek ise, polis akademisi kadrosundan bir başka polis meslek yüksekokulu müdürlüğüne atama işleminin iptali için açılan davada verilen iptal kararının idarece imkânsızlık gerekçesiyle uygulanamayacağına ilişkin işleminin iptali için açılan davada gündeme gelmiştir. Anılan davada Danıştay, YD talebini aynı gerekçeyle reddetmiştir. D5D, T.23.11.2016, E.2016/23839, UYAP.

Her mevzuat değişikliğinin mutlak bir hukuki engel teşkil etmediği öğreti bakımından da savunulmaktadır¹⁶². Ancak bu değerlendirme yapılırken somut olayın şartları, Anayasa'mızın 2., 38., 40., 125. ve 138. maddeleri gibi muhtelif hükümleri ile İYUK'un 28. maddesi göz önünde bulundurulmalıdır. Aksi durumun kabulü hâlinde, "hukuk güvenliği" ve "idari istikrar" ilkelerine aykırı işlem ve eylemler yapılabilir ve temel hak ve hürriyetler vatandaşlar aleyhine oldukça olumsuz şekilde bozulabilir.

1.2.1.1.1.9. Süreli Atama veya Görevlendirmeler

Belirli sürelerle yapılan atama ve görevlendirmelerde, görevden alma işlemine açılan iptal davasında verilen iptal veya YD kararının uygulanması bakımından görev sürelerinin aşılmamış olması gerekmektedir. Aşılması halinde, iptal ve YD kararlarının uygulanmasında imkânsızlık gündeme gelebilecektir¹⁶³. Danıştay içtihatları da bu yöndedir¹⁶⁴. Görev süresi dolmadan dekanlık görevinden alınan kişinin açtığı iptal davasında, davacının yerine seçilenin süreyi tamamlaması ve üçüncü kişinin iki yıl süreyle dekanlığa seçilmesinin ardından verilen iptal kararının uygulanmasına olanak bulunmamıştır¹⁶⁵. Diğer bir karar ise şu şekildedir¹⁶⁶:

"...Davacı, ...yönetim kurulu üyeliği görevinden alınmasına ilişkin 15.4.1993 günlü, 1572 sayılı Başbakanlık kararının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle dava açmıştır...Olayda ...yeni yönetim kurulu, ... 23.7.1993 tarihinde yapılan olağan genel kurul toplantısında oluşturulmuş bulunduğundan, 29.1.1991 tarihinde yönetim kurulu üyeliğine atanmış olan davacının görev süresinin de bu tarihte (23.7.1993) sona erdiği açıktır. Hal böyle olunca 10.9.1993 tarihinde verilen yürütmenin durdurulması kararının, davacının görevine iade edilmeyerek sadece yönetim kurulu üyeliği ücretleri ödenerek uygulanmasında hukuka aykırılık bulunmamaktadır..."

¹⁶² Altay, 2004: 242-243.

¹⁶³ Altay, 2004: 205; Gök, 2015: 551.

¹⁶⁴ "...Mahkemeler tarafından yürütmenin durdurulmasına ve esasa ilişkin olarak verilen iptal veya yürütmenin durdurulması kararlarının uygulanması gereken süre içinde, dava konusu uyuşmazlığa ilişkin olarak meydana gelen hukuki veya fiili değişikliklerin, idarelerce kararın gereğinin yerine getirilmesinde göz önünde bulundurulabileceği de açıktır. / İdari işlemi idarenin iradesi dışında sona erdiren en önemli sebeplerden biri "idari işlemin süresinin dolması" halidir. İdari işlemler esasen belli bir zaman dilimi için değil süre sınırı olmaksızın yürürlüğe konulurlar. Bununla birlikte bir idari işlem, kendisinin belirli bir süre için veya belirli bir tarihe kadar uygulanacağını öngörebilir. Böyle bir durumda öngörülen sürenin dolması veya öngörülen tarihe gelinmesi idari işlemi kendiliğinden yürürlükten kaldırır. Bir başka anlatımla sürenin dolması veya öngörülen tarihe gelinmesi idari işlemi geleceğe yönelik olarak ortadan kaldıracığı açıktır. / Bu itibarla, dava konusu uyuşmazlıkta olduğu gibi, belirli sürelerle kadrolara yapılan atamalarda veya görevlendirmelerde, görevden alma işlemlerine karşı açılan davalarda, mahkemeler tarafından yürütmenin durdurulmasına ilişkin olarak verilen kararların uygulanması gereken süre içinde, atama yapılan kadroya ilişkin görev süresinin dolması durumunda, idarenin davacıyı yürütmenin durdurulması kararının uygulanması bakımından yürütmenin durdurulması kararının uygulanacağı tarihte uygulanabilecek görevlendirme süresi kalmadığından kadroya ataması zorunluluğu bulunmamaktadır. İdare tarafından, yargı kararının uygulanması ve gereğinin yerine getirilmesi, ilgilinin parasal hak kayıplarının bulunması durumunda bu hak kayıplarının giderilmesi suretiyle olacaktır" D8D, T.25.2.2015, E.2014/10360, K.2015/1223, DD, 139, 2015, s.218.

¹⁶⁵ D5D, T.12.2.1973, E.1972/4031, K.1973/345, AİD, C.6, S.2, s.113.

¹⁶⁶ D5D, T.18.3.1997, E.1997/230, K.1997/605, KİBB.

Davanın açıldığı andaki hukuki durum ile genel kurul toplantısının yapıldığı andaki durum arasında değişiklik olduğundan iptal kararının göreve iade yönünden uygulaması imkânsızlaşmış olup, mali ve özlük haklar yönünden uygulanabileceğini düşünmekteyiz.

1.2.1.2. Fiili İmkânsızlık

Fiili imkânsızlık yerine birçok tabir kullanılmakta olup bunlar, “*maddi imkânsızlık (olanaksızlık)*”¹⁶⁷, “*fiili imkânsızlık (olanaksızlık)*”¹⁶⁸, “*teknik imkânsızlık (olanaksızlık)*”¹⁶⁹ gibi tabirlerdir¹⁷⁰. Fiili imkânsızlık kavramı, imkânsızlığın dış dünyadan kaynaklanan sebeplerle olduğunu ifade etmektedir. Kavramın idari işlem üzerinde bıraktığı etki, hukuki imkânsızlık başlığı altında yapılan açıklama ile benzer biçimdedir.

Uler, fiili imkânsızlığı maddi alandaki engeller nedeniyle yargı kararının uygulanamaması olarak tanımlamaktadır¹⁷¹. Öğretide fiili imkânsızlık yargı kararının uygulanması boyutuyla ele almaktadır¹⁷². Fiili imkânsızlık, bizim de katıldığımız bir görüşe göre idari yargı kararının uygulanmasını engellediği gibi idari işlemin tesisi ve icrasına da etkileri bulunan bir kavramdır¹⁷³.

Kavramın kapsamına ilişkin yapılan değerlendirmeler tanımını da etkilemektedir. Yargı kararının uygulanmasındaki fiili engel şeklinde tanımlarsak kapsam daralmış olacaktır. İdare Hukukunda fiili imkânsızlık dendiğinde, her aşamada meydana geliş şeklini tanıma dahil etmek gerekir. Maddi alemde cereyan eden sebep ve olgular nedeniyle idari işlemin tesis edilememesi, tesis edilen bir idari işlemin uygulanamaması veya yargı kararının gereği gibi yerine getirilememesi şeklinde anlaşılmalıdır kanaatindeyiz. Nitekim, yargı kararının ve/veya idari işlemin sonucu olarak maddi alemdeki değişikliğin maddi sebeplerle imkânsızlaşması veya ortadan kaldırılmasının ya da eski hale getirilmesinin mümkün olmaması olarak

¹⁶⁷ D13D, T.29.11.2005, E.2005/5546, K.2005/5699, DD, S.112, s.410.

¹⁶⁸ “...yürütmenin durdurulması kararının gereğinin en geç otuz gün içerisinde yerine getirilmesi yasal bir zorunluluk olduğundan, anılan süre zarfında kararın gereğinin fiili veya hukuki imkânsızlık halleri dışında yerine getirilmemesi ilgililerin hukuki ve cezai sorumluluklarını gerektirmekte ise de, davanın esastan reddedilmesi ile birlikte yürütmenin durdurulması kararı hukuki etkisini yitireceğinden, idari işlem hukuka uygunluk karinesinden yararlanmaya devam eder...” D13D, T.10.2.2009, E.2007/15262, K.2009/1606; “...koruma kurulunca, sit alanı ilanı ile birlikte, bölgede koruma amaçlı imar planının yapılmasının gerekli olup olmadığının, koruma amaçlı imar planının yapılmasında fiili olanaksızlık bulunup bulunmadığının belirlenmesi...” D6D, T.22.12.2003, E.2001/1955, K.2003/7053, UYAP; D6D, T.22.12.2003, E.2001/5104, K.2003/7054, UYAP.

¹⁶⁹ “...Belediye Encümenince ...inşaat ruhsatına aykırı olarak yapılan inşaat 3194 sayılı İmar Kanununun 32 ve 42 nci maddeleri uyarınca yıkım ve para cezası uygulanmasına ilişkin karar verildiği, ancak İdarenin mali ve teknik imkânsızlıkları nedeniyle yıkma işleminin gerçekleştirilmediği...” D2D, T.6.7.2001, E.2001/917, K.2001/1951.

¹⁷⁰ Öğretide ise yine farklı tabirler kullanılabilir. Onar, bu kavramı ifade etmek için “fiilî durum” tabirini kullanmaktadır. Onar, 1966: 1791.

¹⁷¹ Uler, 1970: 99.

¹⁷² Akgüner ve Berk, 2017: 384.; Çağlayan, 2001: 189.; Zabunoğlu, 1982: 210.; Gök, 2015: 555.

¹⁷³ Yayla, 2015: 246.

tanımlanmaktadır¹⁷⁴. Eş söyleyişle, dış dünyada meydana gelen olgu ve olaylar neticesinde işlem tesisinin veya icrasının engellenmesi ya da iptal kararlarının gereği gibi yerine getirilmesinin olanaksızlaşmasıdır. Nitekim *Sarıca*'ya göre, fiili imkânsızlık durumları, mahkeme kararlarının yerine getirilmesinin engeli olarak değerlendirilmiştir. Yazar, yıkım kararı örneğini vermektedir. İdarece verilen yıkım kararının yargısal denetimi aşamasında, idarenin yıkım kararını icra etmesi, daha sonradan verilecek mahkeme kararının uygulanmasını fiilen olanaksız hale getirmektedir. Yazara göre, fiili imkânsızlığın tespiti bakımından, işlem yapılmasında “maddeten ve mutlak surette” imkânsızlık bulunması gerekmektedir¹⁷⁵. Bu cümleden olarak kamulaştırma işlemlerinin iptali kararlarının uygulanmasında da fiili imkânsızlık hallerinin meydana gelebileceği durumlar söz konusu olabilmektedir. Öğretide *Şahin*, bu durumu şu şekilde dile getirmektedir¹⁷⁶:

“...Acele kamulaştırma yönteminin tatbik edildiği durumlarda, genel olarak davacıların iptal davasından beklediği fayda ve sonuçların elde edilebilmesi her durumda tam anlamıyla mümkün olmamaktadır. Bu gibi hallerde, iptal kararı verilinceye kadar İdarenin dava konusu taşınmaza el atmış ve söz konusu taşınmazda kamulaştırma amacına yönelik olarak faaliyette bulunmuş olması durumunda, geçmişe etkili hüküm doğurması gereken kamulaştırma işleminin iptali kararının, hukuken ve fiilen işlem hiç yapılmamışçasına sonuç doğurması ve eski duruma dönülmesi güçleşmekte, hatta kimi zaman fiilen imkânsız hale gelmekte, iptal kararı davacı için belirli ölçülerde anlam ve işlevini yitirebilmektedir...”

Fiili imkânsızlık örnekleri, hukuki imkânsızlığa nazaran daha az görülebilmektedir. Verilen örneklerden biri, iptal kararından önce yıkılan yapıdır¹⁷⁷. Mevzuattaki koşulları taşımayan yapıların yıkılması öngörülmektedir¹⁷⁸. Bu yönüyle yıkım işlemine karşı açılan dava devam ederken yıkım gerçekleştirilmiş olabilmektedir. Böyle durumlarda verilen iptal kararının uygulanmasında fiili imkânsızlık hali meydana gelmektedir¹⁷⁹. Belirtmek gerekir ki, yıkımın gerçekleştirilmesinin davanın seyrine bir etkisi bulunmamalıdır ve dava menfaat yönünden reddedilmemelidir. Hukuka aykırı işlemten kaynaklanan zararın tazmini için dava açılabilir ya da yıkılan yapının yerine yenisinin yapılması hususunda menfaat oluşabilir¹⁸⁰.

Yıldırım, Bizans döneminden kalan sarnıcın yıkılması işleminin iptal edilmesi üzerine dava esnasında kendiliğinden yıkılması nedeniyle kararı uygulamanın fiilen imkânsızlaştığını

¹⁷⁴ Yayla, 2015: 246. Ayrıca, Güçlü, iptal kararının yerine getirilmesinin kamu yararı açısından çok büyük bir külfet gerektirmesi ve eski hale iade durumunun mümkün bulunmaması halini fiili imkânsızlık olarak değerlendirmektedir. Güçlü, 2010: 135.

¹⁷⁵ Sarıca, 1949: 127.

¹⁷⁶ Şahin, 2018: 205-206.

¹⁷⁷ Gök, 2015: 555.

¹⁷⁸ Yasin, 2009: 19 vd.

¹⁷⁹ Gök, 2015: 555.

¹⁸⁰ Berk, 2008: 148; Gök, 2015: 555.

ifade etmiştir¹⁸¹. Tekinsoy ise, hukuka aykırı yıkım kararıyla yıkılan binanın, kararın iptal edilmesiyle eski haline döndürülememesi durumunu fiili imkânsızlık ile açıklamaktadır¹⁸².

Danıştay'ın konuyu aydınlatıcı birkaç kararından bahsetmek gerekir. Konut tahsis kurasına iştirak ettirilmeme işlemine karşı açılan davada iptal veya YD kararı verilmeye kadar konutların tahsisinin yapılması fiili imkânsızlık olarak değerlendirilmiştir¹⁸³. Bir başka olayda ise, İdareye borcu bulunan bir şirketin menkul mallarının haczi ve ihale yoluyla satışı sonrasında açılan davada işlemin iptaline karar verilmişse de, İdarenin malları alıcılardan geri alma imkânının bulunmaması fiili imkânsızlık olarak değerlendirilmiştir¹⁸⁴.

İdari işlemin tesisi, icrası veya yargı kararının uygulanmasındaki fiili imkânsızlığın dışında bir fiili imkânsızlık kavramı daha vardır ki, yargısal denetimin yapılmasındaki fiili imkânsızlıktır¹⁸⁵. Not verme işlemine karşı açılan davalarda, sınav kağıtlarının kaybolması, imha edilmesi veya çalınması gibi bir sebeplerle yok olması durumunda dava konusu işlemlerin yargısal denetiminin yapılabilmesi konusunda fiili imkânsızlıklar gündeme gelmektedir. Ayrıca, yangın, deprem, su baskını gibi sebeplerden yargılama faaliyetinin yapılmasında fiili engeller ortaya çıkabileceği gibi hâkimin vefat etmesi, hastalanması veya mahkemenin oluşmaması durumları da olabilir¹⁸⁶. Yangın, deprem gibi durumlarda davaların tümünün bir başka mahkemeye gönderilmesi yoluna gidilebileceği, hâkimin vefat etmesi ve sair durumlarda ise, geçici hâkim görevlendirilebileceği belirtilmiştir¹⁸⁷.

Dış dünyada gelişen olgu veya olaylar neticesinde İdarenin karar alması veya icra etmesi engellenmekteyse fiili imkânsızlığın olduğu söylenilebilir. Bu tespitin dikkatli bir şekilde yapılması, fiili güçlük ile ayırt edilmesi gerekir. Tespit, kimi durumlarda hukuki imkânsızlıktaki kadar belirgin olmayabilir¹⁸⁸. Bunu belirlemek, hukuk biliminin dışındaki disiplinlerin konusudur. İdareye bazı idari işlemlerin tesisinin veya icrasının ve de yargı

¹⁸¹ Yıldırım, 2010: 538.

¹⁸² Tekinsoy, 2006: 19. Karşı görüş için bk.: Uler, 1970: 100. Yazar, İdarenin yıkmış olduğu binayı yapmasının, hatta göstereceği özenle aynen ifa etmesinin olanaksız olmadığını, buna karşın idarenin elindeki araçların kamu hizmetlerinin görülmesi amacına atandığını, özel hukukta edimin borçlu tarafından yerine getirilmesi gerekmediği zaman para borcuna dönüştüğü gibi burada da idareye “yıktığın yapıyı yap” deme, onu bu ifaya zorlama imkânımız bulunmadığından meydana gelen imkânsızlığın fiili değil, hukuki olduğunu ifade etmektedir.

¹⁸³ D6D, T.21.5.1985, E.1985/143, K.1985/880, DD, 1986, S.60-61, s.277.

¹⁸⁴ “...İptal hükmünün, mahcuz malların Vergi yönetiminde alıcılardan geri alınması yoluyla yerine getirilmesine olanak bulunmayan durumlarda, yasaya aykırı satış işleminin dolaylı uğradığı zararın, ihale öncesindeki hukuksal duruma bakılarak saptanması zorunludur...” D4D, T.9.11.1988, E.1988/3895, K.1988/3759, DD, 1989, S.74-75, s.191.

¹⁸⁵ Gök, 2015: 556; Yıldırım, 2006: 159.

¹⁸⁶ Yıldırım, 2006: 159-160.

¹⁸⁷ Yıldırım, 2006: 159-160.

¹⁸⁸ Kaldı ki, hukuki imkânsızlığın tespitinde olduğu gibi fiili imkânsızlık durumlarının da somut olaya özgü değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira, İdarenin maddi alemdeki hangi engellerin mutlak bir biçimde fiili imkânsızlığa sonuçladığının tespiti ve değerlendirmesi ancak bu suretle yapılabilir.

kararlarının infazının güç geldiği durumlar bulunabilir¹⁸⁹. Danıştay'ın bazı kararlarında fiili imkânsızlık olarak belirttiği durumların, esasen fiili güçlük olarak nitelendirilebilecek haller olduğu gözlemlenebilmektedir. Nitekim, katma değer vergisinin tahsilini imkânsız kılacak ölçüde zorlaşmış olması, fiili imkânsızlık olarak nitelendirilmiştir¹⁹⁰.

Bir başka olayda ise, İdare tarafından konut tahsisine ilişkin çekilişe katılması engellenen ilgili, bunun aleyhine iptal davası açmıştır. Davada işlemin iptaline hükmedilmiştir. Dava esnasında çekiliş yapıp tahsisat gerçekleştirildiğinden İdarenin iptal kararını uygulamasının fiilen imkânsızlaştığı belirtilmiştir¹⁹¹. Kararın uygulanabilmesi için çekiliş yapılmadan önceki hukuki duruma dönülerek ilgilinin ve onun durumundaki herkesin çekiliş listesine dahil edilmesi ile çekilişin yeniden gerçekleştirilmesi gerekir¹⁹². Danıştay'ın bir kişi için tüm tahsis işlemlerinin iptalini doğru bulmadığını ve tahsis edilen konutların geri alınmasının konutlara yerleşenler açısından ciddi külfetler getireceğinden bu durumu fiili imkânsızlık olarak nitelendiği ifade edilmektedir¹⁹³. İptal kararının gerekleri konut tahsislerinin geri alınması, çekiliş listesinin güncellenerek çekilişin yeniden yapılması ve bunun neticesinde konut tahsisatının gerçekleştirilmesi suretiyle uygulanarak pekala yerine getirilebilir. Konut tahsisi yapılması üzerine mahkeme kararının uygulanması, konutun bir başkasına satım, trampa, miras yoluyla veya başka surette intikal etmemiş olması durumunda söz konusu olabilecektir. Dikkat edilirse, kura sonucu tahsisatın yapılması işlemi ile tahsisat üzerine konutlardaki mülkiyetin bir başkasına devri işlemi iki ayrı işlemdir. Bu işlemlerin

¹⁸⁹ Bu noktada fiili güçlüğü ne olduğu, hangi boyuttaki zorluğa fiili güçlük denebileceği ve neden fiili imkânsızlık olarak değerlendirildiğinin tespit ve teşhisi gerekmektedir. Bu hususlar esaslı bir şekilde irdelenmeksizin İdarenin fiili imkânsızlık gerekçesine sığınmak suretiyle idari işlem tesisinden veya mahkeme kararını uygulamaktan kaçınması, hukuk devleti ilkesi bakımından imkânsızlık kavramının belirlenmesinin ne kadar önemli olduğunu ortaya çıkarmaktadır.

¹⁹⁰ "...katma değer vergisinin re'sen tahsili yoluna gidildiğinde vakfın söz konusu vergiyi aslında gerçek mükellefi olan ve okulla ilişki kalmayan öğrencilerden, bu aşamada tahsil etmesinin güçlüğü açısından düşünüldüğünde fiili olarak imkânsız olacağı hususu da tartışmasıdır. Aslında nihai tüketici olan ve katma değer vergilerinin gerçek mükellefi konumunda bulunan öğrencilere yansıtılabilecek olan bu verginin, öğrencilerden yukarıda açıklanan mevcut durumlar nedeniyle tahsili imkânsız olduğundan, vakıf üzerinde kalacağı ve Katma Değer Vergisi Kanunu'nun temel niteliği olan yansıtılabilirlik özelliğinin ortadan kalkacağı açıktır..." D11D, T.12.6.1995, E.1995/1837, K.1995/1860, KİBB.

¹⁹¹ "...Danıştayca konut tahsis kurasına iştirak ettirilmeme işlemi iptal edilmeye kadar sözü edilen konutların tahsislerinin tamamlanmış olması karşısında, Danıştay'ın iptal kararı doğrultusunda idarenin yeniden işlem tesis etme olanağı bulunmadığından ortada belli, kesin ve gerçekleşmiş maddi zararın varlığından söz edilemez. Ancak, konut tahsis kurasına idarenin hukuka aykırılığı yargı kararı ile tesbit edilmiş işlemiyle iştirak ettirilmeyen davacının bu işlem nedeniyle yaptığı uğraşlar ve çektiği manevi üzüntü yüzünden içine düştüğü ruh hali gözönüne alınarak manevi tazminata hükmedilmesi gerektiği tabiidir. Zira, idarenin fiili imkânsızlık hali ile yargı kararını yerine getirmemesi dahi, davacının manevi üzüntüsünü telafi etme gereğini ortadan kaldıramaz..." D6D, T.21.5.1985, E.1985/143, K.1985/880, KİBB.

¹⁹² Kanaatimizce burada iptal kararının uygulanmasında tahsisat yapıldı diye, doğrudan imkânsızlık gündeme gelmemelidir. Kararın yerine getirilmesi için tüm tahsislerin geri alınarak iptal edilen yasaklama işlemi ile etkilenen tüm kişilerin çekiliş listesine dahil edilmek suretiyle çekilişin baştan yapılması ve buna göre konut tahsislerinin gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

¹⁹³ Gök, 2013: 556.

yapılması durumunda, kuranın iptali yönünde verilen karar, mülkiyetin nakli sonucunu doğuran tasarruflar üzerinde etkili olamayacaktır.

Konut üzerinde mülkiyeti iktisap edenler bakımından iptal kararının uygulanmasına yönelik işlem tesisinde fiili imkânsızlık hâli gündeme getirilebilir. Bu durumun idari usul kuralları ile önlenilecek olduğunu düşünmekteyiz. Kanaatimizce tahsisli konutları kura neticesinde iktisap edenlerin bu işlem yargısal anlamda kesinleşene dek tapu sicilinde konutların devredilemeyeceği şerhi ile belirtilen tartışmaların önü pek ala alınabilecektir.

Bir başka örnekte, kaçak yapının yıkım kararını uygulamayan kamu görevlileri hakkında soruşturma izni verilmesi işlemine itiraz edilmiş olup anılan itirazlar mali ve teknik imkânsızlıklar sebebiyle yıkımın gerçekleştirilemediğinden haklı bulunmuştur¹⁹⁴. “*Mali ve teknik imkânsızlık*” deyimlerinin esasen işlemin icrasında güçlük çekildiğini ifade etmek üzere kullanıldığını düşünmekteyiz. İdarenin yıkımı gerçekleştirebilmek için elindeki tüm imkânları kullandığını ancak yine de işlemi gerçekleştiremediği sonucuna ulaşabiliyorsa, işlemin icrasındaki imkânsızlık ile ifade edilebileceğini düşünüyoruz¹⁹⁵.

Fiili güçlük, maddi anlamda mutlak bir uygulama engeli değilse de; işlemi icra etmenin idareden beklenemeyecek derecede zorlaştığı durumları ifade eder¹⁹⁶. İdare, elindeki yetkileri tesis ettiği işlemleri icra edebilmek için sonuna kadar kullanmalıdır. Bu açıdan İdare, elindeki tüm olanakları kullanarak fiili güçlüğü aşmakla yükümlüdür. Buna rağmen işlemin icra edilememesi, idarenin kasıtlı hareket etmediğini gösterir.

Bir idari işlemin icrası fiili sebeplerden veya idareden kaynaklanan sebeplerden gerçekleştirilememiş olabilir. Bu durumum saptanarak somut olaya dayalı tespitlerin yapılması gerekir. Olayda işlemin idareden kaynaklanan sebeplerle icra edilememesi durumu mevcut ise, idarenin elindeki diğer imkânları da kullanarak işlemin icrasını sağlaması gerekir. İdarenin, işlemini yerine getirmenin güçlüğü her durum ve koşulda fiili imkânsızlık gerekçesine dayandırarak hareket etmesi hukukla bağlı idareden beklenen bir tutum değildir. Fiili güçlük ile fiili imkânsızlığın ayrı kavramlar olduğunun somut olay bakımından değerlendirmesini yapmaya yetkili makam öncelikle muhatap idari yargı mercileridir.

¹⁹⁴ D2D, T.6.7.2001, E.2001/917, K.2001/1951, KİBB; Aynı konuda benzer yönde kararlar için bk.: D2D, T.22.5.2001, E.2000/690, K.2001/1393, KİBB; D2D, T.26.1.2001, E.2000/37349, K.2001/248, KİBB. Aynı konuda farklı yönde bir karar için bk.: “*Haklarında soruşturma izni verilenlerin ... yapı hakkında kaçak olması nedeniyle ... yıkım kararının gereğini yerine getirmedikleri anlaşıldığından, haklarında soruşturma izni verilmesine ilişkin İçişleri Bakanı kararına yaptıkları itirazın reddine*” D2D, T.15.6.2001, E.2001/731, K.2001/1710, KİBB. Bu kararın karşı oyunda haklarında soruşturma izni verilenlerin, kaçak yapının yıkımı için gerekli yazışmaları yaptıkları ve tedbirleri aldıkları, ancak yıkımı teknik donanımlarının yeterli olmaması ve ilgili kurumlardan gerekli yardımları alamamaları nedenleriyle gerçekleştiremedikleri belirtilmiştir.

¹⁹⁵ İdari işlemin icrası aşamasındaki imkânsızlık kavramına ilişkin çalışmanın ikinci kısmında açıklama yapılacaktır.

¹⁹⁶ Yayla, 2015: 247; Çalı, 2018: 175.

1.2.1.3. Hukuki İmkânsızlık İle Fiili İmkânsızlık Arasındaki İlişki

Hukuk ve maddi alem arasındaki ilişki, fiili ve hukuki imkânsızlık türleri arasındaki ilişkinin de sorgulanmasını gerektirmektedir. İmkânsızlığın hüküm ve sonuçlarını doğurması için belirtilen imkânsızlık türlerinin bir arada bulunmaları gerekir mi, yoksa sadece birinin mevcudiyeti yeterli sayılabilir mi yahut, hukuki ve fiili imkânsızlık türlerinde bir öncelik-sonralık veya bir sebep-sonuç ilişkisi kurulması mümkün müdür?

İdari yargı yerlerince verilen bazı kararlarda “*hukuki ve fiili imkânsızlık*”¹⁹⁷ ifadesi yer alırken bazı kararlarda, sadece birinin belirtildiği veya “*hukuki veya fiili imkânsızlık*”¹⁹⁸ ifadesi bulunmaktadır. Kararlara bakıldığında idari yargı mercilerinin, imkânsızlık türlerinin bir arada bulunmasını bir zorunluluk unsuru olarak görmediği anlaşılmaktadır. Hatta denilebilir ki, hukuki ve fiili imkânsızlığın hüküm ve sonuçlarının doğması için bir arada olmasını veya sadece hukuki ya da fiili imkânsızlığı yeterli görmektedir. Aksi halde hukukten mümkün, fiilen imkânsız olan işlemi uygulayamayan idarenin hukuka aykırı davrandığına sonucuna varılacaktır. İdarenin hukuki ve fiili imkânsızlık hallerinin bir arada olması halinde işlem tesis veya icra edememesinin mazur görülebileceği kabul edilirse, bu durumlarda idarenin salt fiili imkânsızlığa dayanması hukuka aykırılık sonucunu doğuracaktır.

Hukuki alemdeki değişimler, fiili alemde etki ve sonuç doğurabilmektedir. Bir nesnenin ve şahsın hukuki statüsündeki değişiklikler şahsa veya nesneye ilişkin hukuk alemini etkileyen değişiklikler olup maddi varlığındaki değişiklikler ise maddi alemde meydana gelmiş olan değişikliklerdir. Bu yönüyle hukuki alemdeki değişiklik, maddi aleme sirayet edebildiğinden birbirinden ayrı olarak düşünülmemelidir. Örneğin, yapının ruhsata aykırılığı dolayısıyla yıkım kararı verilmesi, yapının hukuki statüsünde değişiklik meydana getirir ve kaçak yapı haline gelir. Kararın icra edilmesi ise, yapının maddi aleminde değişiklik doğurur. Dolayısıyla hukuki statüsü değişen yapı, maddi alemde de etkilenmiş olacaktır. Hukuki imkânsızlık, bir hukuk kuralının engellemesi olarak ortaya çıkarken fiili imkânsızlık, dış dünyadaki bir olgu veya olay neticesinde meydana gelmektedir. Ancak imkânsızlığın hukuki ve fiili sebepler yönünü işlemin hukuki ve fiili alemdeki etkilerine benzetmek pek mümkün görünmemektedir. Zira, işlemin maddi alemindeki değişikliklerin sadece fiili imkânsızlık durumları ile engellenmesi söz konusu olmamakla birlikte hukuki imkânsızlık sebepleri ile de maddi alemdeki etkilerin gerçekleştirilmesi engellenmiş olabilmektedir. Dolayısıyla hukuki

¹⁹⁷ DİDDGK, T.26.6.2008, E.2007/1724, K.2008/1706, KİBB; DİDDGK, T.21.3.2007, E.2006/339, K.2007/384, KİBB; D13D, T.29.11.2005, E.2005/5546, K.2005/5699, KİBB; D5D, T.2.2.1999, E.1998/2407, K.1999/222, KİBB; D4D, T.7.2.2013, E.2012/6286, K.2013/462, KİBB; D7D, T.3.12.2002, E.2000/7037, K.2002/3900, KİBB.

¹⁹⁸ D13D, T.10.2.2009, E.2007/15262, K.2009/1606, KİBB; D1D, 4.4.1991, E.1991/54, K.1991/53, KİBB; D2D, T.23.1.2009, E.2007/2869, K.2009/199, KİBB.

ve fiili imkânsızlığın sebep-sonuç ilişkisi her durumda kurulamayabilir. Hukuken mümkün bir durum, fiilen imkânsız ise, sebep-sonuç ilişkisinin varlığı gündeme gelmez. Hukuken imkânsız durumun fiilen mümkün olup olmadığına bakılması da pratik fayda sağlamayacaktır.

1.2.2. Tam İmkânsızlık – Kısmi İmkânsızlık

İmkânsızlık kavramının tam ve kısmi şekilde ayrılmasına, İdare Hukukundan ziyade Özel Hukuktaki imkânsızlık kavramında rastlanılmaktadır. Belirtilen ayrım, edimin bölünebilir olup olmadığına dayanmaktadır. Bu açıdan değerlendirildiğinde, idari işlemin yerine getirilmesinde veya yargı kararının infazında tam veya kısmi imkânsızlık tartışmasının yapıp yapılamayacağı önem arz etmektedir. Ancak Borçlar Hukukundaki sözleşme ile İdare Hukukundaki tek taraflı idari işlemin yapısal farklılıklarının birlikte değerlendirilmelidir.

İdare Hukukunda imkânsızlığı çok pratik anlatan tipik bir örnek, bulunduğu görevden alınan ilgilinin işlemin iptalini talep ettiği sırada memuriyet için gerekli yaş haddini doldurması ve emekliye sevk edilmesidir. Anılan işlem iptal edilmesine rağmen ilgili mevzuat gereği görevine dönememektedir. Buradaki imkânsızlık kanun hükmünden meydana gelmektedir. Ancak iptal kararının tümünden imkânsızlaştığı söylenmemelidir. Kararın imkânsızlaşan kısmı, ilgilisinin kamu görevine dönmesine yönelik kısımdır. Mahkeme kararının göreve iade dışında mali ve birtakım hakların ilgisine verilmesi kısmı ise, yerine getirilmelidir. Özetle, imkânsızlıkla malul iptal kararının veya işlemin ne ölçüde imkânsızlaştığına bakılarak uygulanmanın da ya işlem tesisinin sağlanması gerekir. Belirtilen imkânsızlık hâli, yargı kararının uygulanmasını tümünden olanaksız hâle getirmemektedir. Karar gereği işlemin tesisinden önceki hukukî duruma tam anlamı ile dönülebilmesi söz konusu olabilmektedir. Belirtmek gerekir ki, Özel Hukuktaki kısmi imkânsızlık halinin hüküm ve sonuçları düzenleme altına alınmıştır. Bu yönüyle, kısmi imkânsızlık durumunda tarafların ve mahkemenin bakabileceği bir norm vardır. İdare Hukukunda bu duruma mahsus herhangi bir mevzuat bulunmadığından yaptırım konusunda açık bir kanaate varılamamaktadır. Mümkün olduğu ölçüde işlemin tesisinden önceki durumun sağlanması gerekmektedir¹⁹⁹. Danıştay, uygulanmasında; uygulanması imkânsız iptal kararlarının mümkün oldukça azaltılıp davacının işlemden önceki hukuki durumuna yaklaştırılması esasını kabul edilmektedir²⁰⁰.

¹⁹⁹ Özel hukuktaki sözleşmenin ayakta tutulması şeklinde somutlaştırılan bu gereklilik, İdare hukuku gözünden hukuk devleti ilkesi olarak değerlendirilebilir. Hukuk devleti ilkesinin bir unsuru da yargı kararlarının infazı ise, bu infazın sağlanabilmesi adına her ne kadar adı konulmamış ise de; kısmi imkânsızlığın idare hukukunda var kabul edilmesi ve bu bağlamda her somut olay açısından değerlendirme yapılması gerekebilmektedir.

²⁰⁰ “...Öte yandan, yine bu nitelikteki bir davada verilmiş bulunan iptal kararında, idari yargı merciiince hukuka aykırı olduğunun saptanması nedeniyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmesinin yanı sıra, (dava dilekçesinde bu yolda bir istemde bulunulmuş olması nedeniyle) iptal edilen işlemde kaynaklanan parasal ve

İmkânsızlık sebebiyle uygulanamayan yargı kararlarının hiçbir hüküm doğurmayacağı sonucuna varılmamalıdır. İptale konu işlemin tesis tarihinden imkânsızlığın meydana geldiği tarihe kadar oluşan mali kayıpların davacıya ödenmesi gerektiği öğretisi bakımından da savunulmaktadır²⁰¹. İdare Hukukunda kısmi imkânsızlık yaklaşımının bu açıdan yer alabileceğini ve fakat isminin belirtildiği biçimde ifade edilmediğini söyleyebiliriz.

1.2.3. Sürekli İmkânsızlık – Geçici İmkânsızlık

İmkânsızlık halinin engel olduğu sahanın, her olay bakımından süreklilik arz etmekte olduğunu kabul etmek yanıltıcı sonuçlara götürebilmektedir. Bazı durumlarda imkânsızlık hâlinin geçici nitelikte olduğu görülebilmektedir. Geçici imkânsızlık halinin işlemin ve yargı kararının infazını belirli bir zamansal veya durumsal kesit ile sınırlandırıldığı ifade edilebilir²⁰². Burada imkânsızlaşan işlem üzerinde bir sınırlandırmadan değil; işlemin ya da kararın uygulanmasının süresel bir sınırının bulunduğu izahına çalışılmaktadır. Geçici imkânsızlık halinin sürekli olmadığı ve yargı kararının uygulanma zorunluluğunu ortadan kaldırmayacağı ifade edilmektedir²⁰³.

Geçici imkânsızlığa daha ziyade kamu görevlileriyle ilgili mahiyeti gereği geçici nitelikte olan naklen atama, kurumlar arası geçiş gibi işlemlerde rastlanmaktadır²⁰⁴. Kamu

diğer özlük hakları kaybına ilişkin olarak da hüküm kurulması zorunlu olup; böyle bir durumun varlığı halinde, kararın "davacının emekliye ayrıldığı tarihe kadarki parasal ve diğer özlük hakları farklarının ödenmesine ilişkin" kısmının uygulanmasının idareler için yerine getirilmesi gereken yasal bir yükümlülük olduğu tartışmasızdır... hükmüne varmıştır. İptal kararının verilmesinden evvel davacının yaş haddinden emeklilik statüsüne geçmiş olması, verilen iptal kararının gereklerinin hukuki imkânsızlık neticesinde yerine getirilememesi anlamını taşımaktadır. Ancak, iptal kararının gereklerinin tümü, bu statüsel değişikliğin sonucu değildir. Yani, İdare, davacıyı sadece göreve döndürme bakımından hukuki imkânsızlık ile karşı karşıyadır. Kararda belirtildiği üzere, davacının emekliliğe ayrıldığı tarihe kadarki parasal ve diğer özlük hakları farklarının davacıya ödenmesi gerekmektedir." D5D, T.2.2.1999, E.1998/2407 K.1999/222, DD, 101, s.375 vd.

²⁰¹ Güçlü, 2010: 132. Yazar, ayrıca, lehine iptal kararı verilen kişinin vefat etmesi üzerine kararın uygulanması imkânının ortadan kalktığını ve fakat ölüm tarihine kadar varsa parasal kayıplarının murislerine ödenebileceğini ifade etmektedir.

²⁰² Sınırlandırma tabiri, sürekli imkânsızlığı ifade etmek için kullanılmakta olan "engelleme" kelimesinden ayırmak için bilinçli bir biçimde kullanılmıştır. Zira, geçici imkânsızlık, işlemin veya yargı kararının uygulanmasını engellemekte, sadece belli zaman veya durumla sınırlandırmaktadır.

²⁰³ Altay, 2004: 215.

²⁰⁴ "...Bakanlık Daire Başkanlığı görevinden alınmasına ilişkin müşterek kararname ile aynı Bakanlığın APK Kurulu Başkanlığına uzman olarak atanmasına ilişkin 2.4.1992 günlü, 6773 sayılı işlemin iptali ve bu işlemler nedeniyle yoksun kaldığı maddi haklarının yasal faiziyle birlikte ödenmesine hükmedilmesi istemiyle açtığı dava sonucunda, adigeçenin Daire Başkanlığından alınmasına ilişkin dava reddedilmiş İdari Dava Daireleri Genel Kurulunca onanarak kesinleşmiş, APK Kurulu Uzmanlığına atanmasına ilişkin işlem ise, ... iptal edilmiştir. Bu ilamın infazının ilgilinin Daire Başkanlığı ile APK Uzmanlığı kadroları arasında yer alan hiyerarşik kadrolardan birisine atanmak suretiyle gerçekleştirileceği açıktır. (...) İdare tarafından verilen cevapta; belirtilen iki ünvanlı kadro arasında; Bağlı Daire Başkanlığı ile Şube Müdürlüğü kadrolarının bulunduğu, ancak işlem tarihi ve ilamın infazının istendiği tarihler itibarıyla boş kadro olmadığı belirtilmiştir. Davacı tarafından da bu durumun aksi isbatlanamamıştır. (B)u durumda, olayla ilgisi bulunmayan kamu görevlilerinin görevlerinden alınarak haklarını ihlal edecek biçimde kadro boşaltılması yoluna gidilemeyeceğinden bu aşamada sözü edilen kararın uygulanma ihtimali bulunmamaktadır. Ancak belirtilen kadrolardan herhangi

görevlilerinin naklen atama işlemlerinin iptali kararlarının uygulanmasında dava konusu edilen kadro, iptal kararından önce doldurulmuş ise, anılan kadroda görev yapan kişinin görevden alınarak boşalan kadroya davacının atanması gerekmektedir. Ancak, bu tür davalarda davacının bulunduğu görevden alınmasına ilişkin kısmı yönünden dava reddedilmekle birlikte atanma yönünden işlemin iptali halinde, davacının anılan kadroya iadesi, atanması öngörülen kadronun boş olmasına bağlıdır. Yargı kararında belirtilen kadronun boşalması durumunda kararın uygulanması gerekecektir. Buradaki imkânsızlık halinin yönüyle geçici nitelikte olduğu ve yargı kararının uygulanması mecburiyetini mutlak bir biçimde ortadan kaldırmadığı belirtilmektedir²⁰⁵.

1.2.4. Objektif – Sübjektif İmkânsızlık

İmkânsızlık kavramının objektif ve sübjektif biçiminde ayrımını ortaya koymadan önce objektif ve sübjektif tabirlerinin tahlil edilmesi gerekmektedir. “Objektif” kelimesi, sözlükte “nesnel” şeklinde tanımlanmıştır²⁰⁶. Nesnel kelimesi, “bireyin kişisel görüşünden bağımsız olan” şeklinde ifade edilmiştir²⁰⁷. Sübjektif ise, objektifin nesnelin karşıtı olarak “öznel” şeklinde tanımlanmıştır²⁰⁸.

Özel Hukuktaki imkânsızlık, sözleşmenin konusundaki imkânsızlık veya ifa imkânsızlığı olarak çıkmaktadır. Sözleşmenin konusundaki imkânsızlık, objektif imkânsızlık olarak değerlendirilmektedir²⁰⁹. İfanın imkânsızlaşmasında, objektif ve sübjektif şeklinde bir ayrıma gidilmektedir. Sözleşmenin tarafları bakımından değil herkes açısından imkânsızlık durumu varsa objektif, sadece sözleşmenin taraflarının birinin tutumundan doğması durumunda sübjektif imkânsızlıktan bahsedilmelidir²¹⁰. Yargıtay bu hususu;

birinin boşalması halinde ilamın infazının sağlanmasının Anayasal bir zorunluluk olduğunu da belirtmek gerekir...” D5D, T.24.1.1997, E.1996/31, K.1997/141, KİBB.

²⁰⁵ Altay, 2004: 215.

²⁰⁶ <http://www.tdk.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 14.11.2017).

²⁰⁷ <http://www.tdk.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 14.11.2017).

²⁰⁸ <http://www.tdk.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 14.11.2017).

²⁰⁹ Özçelik, 2014: 571.

²¹⁰ “...Sözleşmedeki edim yerine getirilmemişse borçlu alacaklının uğradığı zararları gidermekle yükümlüdür. Fakat bazen sözleşmedeki edimin yerine getirilmesi; edimin yok olması gibi maddi, sözleşme konusunu yapılamaz kılan hukuki bir nedenle ya da ekonomik, sosyal vs. bir olay niteliğindeki fiili bir nedenle mümkün olmayabilir. Bu durumda ifa imkânsızlığı gündeme gelir...” Y15HD, T.30.1.2017, E.2016/1159, K.2017/350, KİBB. Benzer doğrultuda kararlar için bk.: Y11HD, T.12.11.2015, E.2015/3197, K.2015/11946, KİBB; Y11HD, T.7.11.2014, E.2013/14388, K.2014/17129, KİBB; Y14HD, T.22.11.2011, E.2011/13483, K.2011/14146, KİBB. Benzer yönde karar için bk.: “...İfa imkânsızlığı sözleşme yapılmadan önce var ve bu olgu herkes bakımından aynı sonucu meydana getirmekte ise BK’nın 20. maddesi gereğince sözleşme geçersizdir. İfa imkânsızlığı sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkmış ve eğer borçlunun kusuru olmaksızın edim imkânsızlaşmışsa BK’nın 117. maddesi, borçlunun kusuru sonunda imkânsızlaşmış olursa BK’nın 96. maddesinin uygulanması gerekir...” Y15HD, T.30.1.2017, E.2016/1159, K.2017/350, KİBB.

“...İfa imkânsızlığı; edimin içeriği değişmeksizin borcun aynen yerine getirilmesinin imkânsız hale gelmesi olarak açıklanabilir. Eğer ifa imkânsızlığı sadece sözleşmenin tarafları bakımından değil, herkes için söz konusu ise buna objektif imkânsızlık, yalnız sözleşmenin taraflarından birinin tutumundan doğmuşsa buna da subjektif imkânsızlık denir...”

şeklinde ifade etmektedir²¹¹. Görüldüğü üzere, imkânsızlık kavramının meydana gelişindeki bu ayrım, kusurun atfedilmesi ile ilgili görünmektedir.

İdare Hukuku anlamında bu ayrımı gösteren bir örnekte, köye atanan öğretmenin okul binası ve kalacak yer olmadığından görevine gelmemesinin, İdarece kasten göreve gelmeme olarak değerlendirilerek disiplin cezası verme işlemine tabi tutulması, İdare Mahkemesince göreve gelmede “*fiili imkânsızlık*” bulunması nedeniyle hukuka aykırı bulunmuş ve Danıştay da bu kararı onamıştır²¹². Buradaki imkânsızlık, öğretmenin disiplin cezası almasının sebep unsuru sayılan göreve gelme hususunu yerine getirebilme olanağının ortadan kalkması olarak değerlendirilmektedir²¹³. İmkânsızlık haline rağmen işlem tesis edilmesi durumu, işlemi sebep yönünden sakatladığı ifade edilmektedir²¹⁴. Bir diğer örnekte, grevden dolayı kanunun öngördüğü şartın sağlanamayıp teşvik elde edemeyen bir şirkete ödenen teşvik bedelinin geri alınması işleminin imkânsızlık gerekçesiyle hukuka aykırı olduğu değerlendirilmektedir²¹⁵.

İmkânsızlık bazı durumunda idari işlemlerden de kaynaklanabilmektedir. İdarece önceden mühürlenmiş derneğin intibak işlemlerini yasal süresinde yapmak için mührün fekkedilmesine ilişkin talepte bulunmasına rağmen; bu talebin reddi ile belirtilen sürede intibak işlemleri yapılamamış ve derneğin “*kendiliğinden feshedilmiş*” sayılması gündeme gelmiştir. Danıştay, ilgili yasa gereği kendiliğinden feshedilmiş sayılmanın davalı idarenin zımni red işlemi sebebiyle gündeme geldiğini ve bu yönüyle hukuka aykırı olduğunu dile getirmiştir²¹⁶.

²¹¹ Y15HD, T.30.1.2017, E.2016/1159, K.2017/350, KİBB.

²¹² D12D, T.22.10.1997, E.1995/9733, K.1997/2371, KİBB.

²¹³ Benzer bir olayda Danıştay, meydana gelen depremde ötürü defter ve belgelerin zayi olması ve ilgilisi tarafından ibraz edilememesi nedeniyle usulsüzlük cezası işlemi tesis eden idarenin işlemini hukuka aykırı görmüştür. Bk.: D3D, T.4.7.2001, E.2000/830, K.2001/2680, KİBB; Uyuşmazlıkta sebep unsurunun hukuki yönünde bir sakatlık söz konusu değildir. Ancak maddi yönünde, mücbir sebep dolayısı ile ortaya çıkmış olan bir durum mevcuttur. Burada idari işlemin sebep unsuru ile fiili imkânsızlık arasında bir ilişki vardır. Buradaki imkânsızlık, ne idare tarafını ne de vergi yükümlüsünü ilgilendirmemektedir. Diğer bir anlatımla, söz konusu deprem, ne idare ne de vergi yükümlüsünün tutumundan doğmuş bir durum teşkil etmemektedir. Dolayısı ile ortada bir objektif imkânsızlık hali mevcut olduğundan idarenin buna rağmen tesis ettiği işlem sebep unsurunun hukuki yönünde bir sakatlık mevcut bulunmasa da maddi yönündeki bu objektif imkânsızlık hali nedeni ile hukuka aykırı kabul edilmiştir.

²¹⁴ Yayla, 2015: 263-264.

²¹⁵ D10D, T.2.3.1999, E.1998/4945, K.1999/691, KİBB.

²¹⁶ D10D, T.30.11.1989, E.1987/1918, K.1989/2307, KİBB; Benzer bir örnek için bk.: AYİM 2. Dairesi, T.21.4.2004, E.2004/196, K.2004/408.

İdareye ya da işlem muhatabına ait bir kusur ile imkânsızlığın gündeme gelebileceği ifade edilmektedir²¹⁷. Objektif imkânsızlık, idari işlem yapma yetkisini elinde bulunduran idare veya bu işlemten etkilenen muhatap dışında bir etken sonucu ortaya çıkan durumlar olarak nitelendirilebilir²¹⁸. Sübjektif imkânsızlık ise, imkânsızlığın idarenin veya muhatabının tutumundan kaynaklandığını ifade etmektedir²¹⁹.

İdari işlem muhataplarının aranan şartları yerine getirememesine rağmen haklarında imkânsızlık değerlendirmesi yapılmadan işlem tesis edilmesi hukuka aykırı olmaktadır. İdarenin imkânsızlık sebebi karşısında söz konusu işlemi sona erdirilmelidir. Danıştay'ın eski tarihli istişari bir görüşü de bu fikri destekler niteliktedir²²⁰.

1.3. İmkânsızlığın Şartları

İdare Hukukunda imkânsızlık kavramının şartlarına ilişkin düzenleme söz konusu değildir²²¹. Bu sebeple idari işlem veya yargı kararının uygulanmasında imkânsızlık bulunup

²¹⁷ Yayla, 2015: 265.

²¹⁸ Her ne kadar mücbir sebep ve umulmayan hal kavramları idarenin sorumluluğunu ortadan kaldıran nedenler olarak sayılmış olsa da bu kavramların idarenin veya muhatabın iradesi dışında gerçekleşmiş olmasından ötürü objektif imkânsızlık bahsinde de değerlendirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Zannımızca, mücbir sebebin veya umulmayan hal yoluyla idarenin veya muhatabın iradesi dışında bir imkânsızlık durumu meydana gelebilmektedir. Bu yolla oluşan imkânsızlık, objektif nitelikli bir imkânsızlık olup İdarenin idari işlemi veya yargı kararını yerine getirmesi böyle hallerde kendisinden beklenemez vaziyettir. Onar, mücbir sebebi, takdir ve tahmini kabil olmayan menşei tabii, içtimai veya hukukî olması itibarıyla failin dışında kalan yani özel veya tüzel bir kişinin irade ve fiilinin tamamen dışında kalmış olan ve bu şahıs tarafından önlenmesi mümkün olmayan hadiseler olarak tanımlamıştır. Ayrıca, bu hadiselerin, herhangi bir borcun doğumuna engel olduğunu ve mevcut bir borcu da sona erdirdiğini ifade etmektedir (Onar, 1966: 1719). Bunun yanında, kaza veya beklenmeyen hâlin her zaman idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağını, zira, kaza veya beklenmeyen halin failin (idarenin) içinde bulunduğu bir hadiseden meydana gelmesi bakımından farklı olduğunu ifade etmektedir. Bu yönüyle, mücbir sebebin dışarıdan geldiğini ve failin (idarenin) bunu karşılamasına, mani olmasına maddeten veya hukuken bir imkânın bulunmadığını, ancak kaza veya beklenmeyen halin failin (idarenin) içinden geldiği için zararı failin kendisinin teşkil ettiğini ve o an önleyebilmek imkânına sahip bulunmadığını ifade etmektedir (Onar, 1966: 1719-1720). Aynı yönde bk.: Yayla, 2009: 370-371.

²¹⁹ Objektif ve sübjektif imkânsızlığın esasında imkânsızlıktaki kusurun atfı ile ilgili olduğu ifade edilmisti. Özel hukukta edimin başlangıçtaki imkânsızlığının objektif şekilde olacağı, sonraki imkânsızlığın ise, tarafların kusurundan da kaynaklanabileceği, eş söyleyişle, sübjektif imkânsızlık suretine bürünebileceği ifade edilmektedir. Bu durumda, ifanın imkânsızlaşmasından kusuru nedeniyle sorumlu olan tarafın aynen ifa olmasa da tazminin ifa sorumluluğunun devam ettiği ileri sürülmektedir. İdare hukukuna bu hususun teşmili meselesi önem arz etmektedir. Örneğin, idari işlemin tesisi ya da uygulanmasının idarenin kusuru nedeniyle ortaya çıkacak olumsuz işlem hukuka uygun sayılabilir ise de hizmet kusuruna dayanan sorumluluktan bahsedilebilecektir. Yayla, 2015: 266.

²²⁰ “...Sarıkamış ve Iğdır'da tesisine teşebbüs edilen elektrik fabrikalarının muayyen müddet zarfında ikmal edilerek faaliyete geçirilememesi sebebiyle muafiyet ruhsatnameleri hakkında tatbik olunan iptal muamelesinin, fabrikaların tesis edilememesinin ahvali hazıranın tevhit ettiği imkânsızlıktan ileri geldiği sonradan anlaşıl原因 olarak, kaldırılmış olmasında kanuna mugayeret görülmediği mütalaa olunmuştur...” D1D, T.4.12.1944, E.1944/26, K.1944/26, KİBB.

²²¹ Özelleştirme uygulamaları kapsamındaki idari işlemlere karşı açılan davalarda verilen iptal ve yürütmenin durdurulması kararlarının uygulanması konusunda Bakanlar Kurulu'nun “*fiili imkânsızlık*” sebebine dayanarak anılan iptal ve yürütmenin durdurulması kararlarının uygulanmaması yönünde işlem ve eylem tesis etme yetkisi verilmişti. Söz konusu madde hükmü, AYM'nin verdiği iptal kararı ile ortadan kalkmış olmasına rağmen hüküm iptalden önce şu şekildeydi:

bulunmadığının belirlenebilmesi, her olayın somut kendi özellikleriyle birlikte dikkate alınmasını gerektirmektedir. Bu, mevcut içtihatlardan ve öğretideki görüşlerden hareket edilebilerek gerçekleştirilebilir. Kanaatimizce imkânsızlığın olmazsa olmaz üç şartı bulunmaktadır. Bu şartlar: İmkânsızlığı ortaya koyan hukuki veya fiili sebeplerden en az birinin somut olayda meydana gelmiş olması, idari işlemin veya yargı kararının yerine getirilmesi safhasında ortaya çıkmış olması ve imkânsızlığın süreklilik arz etmesi gerekmektedir.

1.3.1. Hukuki veya Fiili Sebeplerden Birinin Varlığı

Hukuki veya fiili imkânsızlığa ilişkin açıklamalar yukarıda yapılmış olduğundan bu başlıkta ilgili yerlere atıf yapmakla yetiniyoruz²²². İmkânsızlık kavramının hukuki ya da fiili aleme ilişkin bir engeli kapsamı altına alması gerekmektedir. Anılan sebeplerin her olay bakımından birlikte yer alması bir zorunluluk unsuru olarak değerlendirilmemektedir²²³. Hukuki veya fiili imkânsızlık sebeplerinden birinin somut olay bakımından tespit edilmesi belirtilen şartın gerçekleşmiş olduğuna dair bir veri olarak kabul edilebilecektir²²⁴. Ancak imkânsızlık kavramının genellikle hukuki bir engel şeklinde gündeme geldiği de görülmektedir. Bu yönüyle bir konuda sadece hukuki engelin bulunmasının yeterli olacağı gibi, hukuki bir engel söz konusu olmamakla birlikte fiili engellerin de anılan koşulun gerçekleşmesi bakımından yeterli olduğunu söylemek mümkündür. Aksi halde, hukuken imkânsız ancak fiilen mümkün durumların veya hukuken mümkün ancak fiilen imkânsız hallerin belirtilen şartı sağlamaması gibi hukuk mantığına ters bir yorumun yapılması gerekecektir ki, bunu çalışmamızın ilgili yerlerinde eleştirmiştik²²⁵.

26.04.2012 tarihli ve 6300 sayılı Kanun'un 10. maddesiyle, 4046 sayılı Kanun'a eklenen Ek 5. madde: *"Tabii afetler nedeniyle zarar gören çiftçilerin özelleştirme kapsam ve programındaki Türkiye Şeker Fabrikaları A.Ş. 'ye olan borçlarının vade farkı alınmaksızın ertelenmesi veya vadelendirilmesi ile özelleştirme uygulamaları sonucunda kuruluşların nihai devir sözleşmelerinin imzalanarak devir ve teslim işlemlerinin tamamlanmasından sonra özelleştirme işlemlerinin bütün sonuçlarıyla birlikte tamamlanmış bulunması, söz konusu kuruluşları devralanlar tarafından üretim, yatırım, modernizasyon, istihdam ve bunlara bağlı her türlü hukuki, ticari ve mali tasarruflarda bulunulması nedeniyle oluşacak fiili imkânsızlık karşısında geri dönülemeyecek bir yapının ortaya çıkması halinde yargı kararlarının uygulanmasına yönelik olarak, Bakanlar Kurulu tesis edilecek iş ve işlemler konusunda karar almaya yetkilidir."* Bu konuda kapsamlı açıklama için bk.: "2.1.2.3.2. İdari İşlemin Sebep Unsuruna Yönelik Olarak İmkânsızlık Halinin Mevzuatta Açıkça Düzenlenip Düzenlenmeyeceği Sorunu" başlığı.

²²² bk.: "1.3.1. Hukuki veya Fiili Sebeplerden Birinin Varlığı" başlığı.

²²³ Yayla, 2015: 245; Çalış, 2018: 173.

²²⁴ Kaldı ki, bu hususu hukuki ve fiili imkânsızlık arasındaki ilişki başlığında da dile getirdik. Bu hususta kapsamlı açıklama için bk.: "1.2.1.3. Hukuki İmkânsızlık İle Fiili İmkânsızlık Arasındaki İlişki" başlığı.

²²⁵ bk.: "1.2.1.3. Hukuki İmkânsızlık ile Fiili İmkânsızlık Arasındaki İlişki" başlığı.

1.3.2. İmkansızlığın İdari İşlemin Tesisi veya İcra Edilmesi yahut Yargı Kararlarının Uygulanması Aşamasında Meydana Gelmiş Olması

İdari işlemler, İdare Hukukunun süjesi konumundaki İdarelerin kamu gücüne dayanan hukuki durumlarda değişiklik meydana getiren tasarrufları olarak ifade edilebilir. Bu hukuki tasarruflar, kişilerin veya kişilerin sahip olduğu nesnelerin hukuki statüsünde değişiklikler meydana getirmektedir. Tesis edilmesi birlikte hukuki durumlarda değişiklik meydana getiren işlemlerin ilk olarak hukuken veya fiilen mümkün olmayan durumlarla karşılaşması söz konusu olabilmektedir. Buna göre, işlemler unsurlarında belli birtakım sakatlıklara maruz kalabilmektedir. Diğer bir anlatımla, idari işlemin unsurlarının içine girerek idari işlemin muhteviyatını bu suretle bozabilir. İmkansızlık kavramı ikinci olarak ise, işlemin yerine getirilmesinde ortaya çıkabilmektedir. İfade edilen safha işlemin büyük ölçüde icrailik özelliğini etkileyen bir safhadır.

İmkansızlık kavramı, yargı kararlarında da görülebileceği üzere en yaygın olarak yargı kararının yerine getirilmesi aşamasında meydana gelebilmektedir. Bu aşamada meydana gelen imkânsızlık kavramı, mahkeme kararlarının uygulanma yükümlülüğünü ortadan kaldırmaktadır. Aynen ifa yükümlülüğü olan bu yükümlülük tazminen ifa yükümlülüğüne dönüşmüş olmaktadır²²⁶.

1.3.3. Süreklilik Arz Etme

İmkansızlığın geçici olması, belli bir durumun değişmesi ya da belirli bir sürenin geçmesiyle engel hali olmaktan çıkmasını ifade etmektedir²²⁷. Bunun mutlak anlamda hukuki veya fiili bir engel teşkil etmediği ifade edilmektedir²²⁸. Örnek olarak, kamu görevlisinin görevinden alınmasına ilişkin açtığı iptal davasında mahkeme, görev alınmaya ilişkin davayı reddetmekle, atama yönünden iptal edilmesi durumunda kadroların dolu olması, yargı kararının uygulanmasında imkânsızlık doğurmaktadır. Ancak bu imkânsızlık sürekli olarak değerlendirilmemektedir. Geçici niteliktedir ve kadrolardan birinin boşalması ile davacının kadroya alınması gerekecektir. Çalışmamız kapsamında incelediğimiz anlamda imkânsızlık durumu bu örnekte söz konusu olmayacaktır²²⁹. Bu bakımdan imkânsızlık halinin süreklilik arz etmesi gerekmektedir. Geçici nitelikteki imkânsızlık hallerinin, yukarıdaki örnekte de

²²⁶ İmkansızlık kavramının idari işlem veya yargı kararı üzerindeki etkilerine çalışmanın ikinci kısmında yer verilecektir.

²²⁷ Bk.: “1.2.3. Sürekli İmkansızlık – Geçici İmkansızlık” başlığı.

²²⁸ Altay, 2004: 215.

²²⁹ Zira, verilen örnekte mahkeme kararının uygulanma zorunluluğu ortadan kalkmamaktadır. Çalışmanın ikinci kısmında ifade edileceği üzere, imkânsızlık kavramı mahkeme kararlarının uygulanma zorunluluğunu ortadan kaldıran istisnai bir durumdur. Verilen örnekte bu zorunluluğun kalkmaması da imkânsızlık kavramının süreklilik arz etmesini göstermesi bakımından dikkate değer bir olgudur.

görüldüğü üzere imkânsızlık kavramının doğurduğu hüküm ve sonuçlarının meydana getirmemektir.

1.4. Özel Hukuktaki ve İdare Hukukundaki İmkansızlık Kavramı İlişkisi

1.4.1. Meydana Geliş Şekilleri Bakımından

Özel Hukuktaki imkânsızlık kavramının iki aşamada ortaya çıktığı belirtilmektedir²³⁰. Bunlar edimin başlangıçtaki imkânsızlığı ile edimin ifasının imkânsızlaşması şeklinde ifade edilmektedir. Edimin başlangıçtaki imkânsızlığı, sözleşmenin kurulacağı anda, sözleşmenin konusunun objektif şekilde imkânsız olmasıdır. Konusu imkânsız sözleşmeler, tarafları bağlayıcı değildir²³¹. Edimin ifasının imkânsızlaşması, sözleşme kurulduktan sonraki imkânsızlık olarak belirtilmektedir. Tarafların bunlardan sorumlu olup olmamalarına göre (objektif – sübjektif imkânsızlık) sözleşme konusu edimin ifa şekli değişebilmekte ya da sona ermektedir. Sonraki imkânsızlıktan edim borçlusu sorumlu ise, aynen ifa borcu tazminat borcuna dönüşecektir²³². Objektif imkânsızlıkta sözleşme konusu ifa borcu sona erecektir²³³.

İdare Hukukundaki imkânsızlık kavramı, idari işlemin tesis edilmesi veya icra edilmesi ya da işlemle ilgili mahkeme kararının uygulanması aşamalarında cereyan edebilmektedir. İdari işlemin tesis edilmesi anındaki imkânsızlık unsurlar yönünden değerlendirilebilecektir. İşlemin icrası aşamasında meydana gelen imkânsızlık, daha ziyade işlemin özünü oluşturan iradenin hukuk alanında meydana getirdiği değişikliğin maddi aleme sirayet ettirilmesi bağlamında gündeme gelmiş olmaktadır. Yargı kararlarının uygulanmasındaki imkânsızlık, işlemin hukuki veya maddi alemden etkilerinin silinememesi olarak nitelendirilmektedir²³⁴.

İmkansızlığın özel hukuk işlemleri ve idari muamelelere ilişkin etkisi iki şekilde ortaya çıkabilir: hukuki muamelenin tesisinden önce ve tesis edildikten sonra. İlkinde muamelenin konusu yönünden imkânsızlık²³⁵; ikincisinde muamele icra²³⁶ edilmeden gelişen imkânsızlık

²³⁰ Dural, 1973: 25; Serozan, 2002: 155; Altunkaya, 2005: 101 vd; Turan Başara, 2010: 2-3; Erzurumluoğlu, 1970: 10.

²³¹ Başpınar, 1998, s.111; Altunkaya, 2005: 103; Aksoy, 2014: 67.

²³² Dural, 1976: 75; Tandoğan, 2010: 395; Dural, 1973: 24; Başpınar, 1998: 115; Altunkaya, 2005: 105-108; Turan Başara, 2010: 5.

²³³ Altunkaya, 2005: 107.

²³⁴ İdare hukukundaki imkânsızlığın meydana geldiği sahaya ilişkin değerlendirmeler, çalışmanın ikinci bölümünde yapılacağından şimdilik imkânsızlığın bu şekillerde meydana gelebileceğini söylemekle yetinmekteyiz.

²³⁵ Zira, hukuki tasarrufun yahut idarî işlemin tesisi esnasında konusunun mümkün ve meşru olması şartı mevcuttur. Hukuki tasarrufun konusunun mümkün ve meşru olması ise, kurucu bir unsur olarak değerlendirilmektedir.

²³⁶ Burada icra kavramı idari işlemle birlikte anılan bir kavram olup özel hukuk işlemleri bakımından da edimin ifası olarak değerlendirilebileceğini düşünmekteyiz.

gündeme gelmektedir. Özel hukukta yasal düzenleme söz konusudur²³⁷. İdare Hukukunda ise, öğretinin görüşleri ve yargısal içtihatlarla bir sonuca varılmaya çalışılacaktır²³⁸.

1.4.2. Hukuki Muameleler ve İradeler Bakımından

Her iki hukuk dalı bakımından da imkânsızlık kavramı, hukuki muameleler üzerinde meydana gelmektedir. Ancak Özel Hukukta çoğunlukla iki taraflı hukuki muameleler mevcut olmasına rağmen İdare Hukuku bağlamında çoğunlukla tek taraflı idari işlemler²³⁹ söz konusudur²⁴⁰. İmkânsızlık kavramına ilişkin değerlendirmelerde bulunurken bu durum gözden uzak tutulmamalıdır. Nitekim öğretilde medeni hukuk işlemleri ile idare hukuku işlemleri arasında konu unsuru yönünden benzerlik bulunduğu, her ikisinin de, konusunun meşru ve mümkün olması gerektiği ifade edilmektedir²⁴¹. Onar ise bu durumu şu şekilde ifade etmektedir²⁴²:

“Umumî bakımdan hukukî tasarruf (muamele – işlem) bir ve müteaddit şahısların hukukî bir netice husule getirmek üzere iradelerini ızhâr etmeleridir. Bu irade hukukun ehil tanıdığı kimse tarafından ve koyduğu şartlara ve kaidelere uygun bir şekilde ızhâr edilmişse hukuk, iradenin istihdaf ettiği neticenin husule geldiğini kabul eder...Bir çok hukuk mefhumları ve müesseseleri gibi hukukî tasarruf (muamele – işlem) de medenî hukuk sahasında inkişaf etmiş olmakla beraber idare hukuku sahasına girince bünye ve şeklini değiştirmiş, medenî hukuktan idare hukukuna nakledilen diğer müesseseler gibi o da bu hukuka mahsus hususiyetler iktisap etmiştir. Bu itibarla hukukî tasarruf mefhumunu âmme ve idare hukuku bakımından yeniden tetkik etmek ve bu cepheden hususiyetlerini belirlemek lâzımdır. / Borçlar Kanunumuza hâkim prensipleri göz önünde tutarak bir medenî hukuk tasarrufunu tahlil ettiğimiz zaman iki esaslî ve birisi arızî olmak üzere üç unsur görürüz: her hukukî tasarrufta bulunması lâzım gelen, hukukî tasarrufu meydana getiren unsurlar: 1 – ehil bir kimse tarafından ızhâr edilmiş bir irade; 2 – mümkün ve meşru bir mevzu (konu) olmak üzere ikidir.”

²³⁷ **TBK m.27/1:** “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.*”; **TBK m.136/1:** “*Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa, borç sona erer.*”.

²³⁸ Çalışmanın ikinci kısmında bu hususta detaylı açıklamalarda bulunmaktadır.

²³⁹ Çalışmanın ikinci bölümünde ne tür idari işlemler üzerinde imkânsızlığın söz konusu olup olmadığı değerlendirilecektir. Bu bağlamda idari sözleşmeler bakımından imkânsızlık değerlendirmesi yapılacaktır.

²⁴⁰ Özey, Özel Hukuk alanında tek yanlı irade açıklaması ile sonuç doğuran işlemin hemen hemen yok gibi olduğunu, vasiyetin bile, tek taraflı imiş gibi görünse bile, mirasçının kabul etmeme yönündeki bir iradesinin bulunması durumunda hiçbir hüküm doğurmayacağını, dolayısıyla Özel hukukun bir sözleşmeler alanı olup açıklanan her iradenin kendisiyle eşit düzeydeki bir başka irade ile birleşmesi sonucu hüküm ifade edeceğini belirtmektedir. Özey, 2010: 159.

²⁴¹ Tandoğan, 1976: 85; İnanç, 2018: 81-83. Kaplan, bu hususta, maddeten veya hukuken gerçekleşmesi imkânsız olan bir sonuca yönelmiş irade açıklamalarının kendilerinden beklenen sonucu doğuramayacakları gibi, hukukun icazet vermediği veya yasakladığı bir sonuca yönelmiş bulunan irade açıklamalarının da bu sebeple yönelindikleri hukuki sonucu gerçekleştirme gücünden yoksun olduğunu ifade etmektedir. Ayrıca, bu şartların, tek yanlı veya iki yanlı (sözleşme) ayrımı yapılmaksızın her türlü hukuki işlem için geçerli olduğunu hatta bu şartların özel hukuk işlemleri gibi idari işlemler için de geçerli olduğunu belirtmektedir. Kaplan, 2017: 230.

²⁴² Onar, 1966: 274-276.

Konumuz itibariyle hukuki tasarrufun meydana gelebilmesi için gerçekleştirilmesi mümkün bir konu üzerinde yapılmış olması gerekmektedir. Bunun mefhum-u muhalifinden, konusu mümkün olmayan, diğer bir tabirle imkânsız olan hukuki muamelenin esaslı unsurlarından birisini taşımayacağı anlaşılabilecektir²⁴³. *Onar* devamında²⁴⁴:

“...İdare hukukuna gelince durum tamamen aksinedir: burada irade izhar edecek idare adamlarının subjektif hakları ve menfaatleri bahis mevzuu değildir. Bunların salâhiyetleri medenî haklardan istifade mahiyetinde olmadığı gibi bu salâhiyetin istimali de medenî hakların istimalinde olduğu gibi, kendi taktirlerine bırakılmış olamaz. Burada kolektif bir ihtiyacı karşılamak, âmme menfaatini temin etmek için verilmiş bir salâhiyet vardır ve bu salâhiyet ancak bu maksat uğrunda kullanılabilir... Görülüyor ki iki hukukun esasları arasındaki fark idare hukuku tasarruflarının medenî hukuk tasarruflarına nazaran daha mürekkep olmasını intaç etmiş ve bu suretle idare hukukuna mahsus bir hukukî tasarruf nazariyesi meydana getirmiştir...”.

Belirtildiği üzere iki hukuk dalının farklılıkları, hukuki muameleleri ve özelliklerini etkilemektedir. Belirtilen farklılıklardan kaynaklanan etkilerin her iki hukuk dalındaki hukuki muameleler üzerinde oluşan imkânsızlık haline de sirayet etmiş olabilir. Bu suretle imkânsızlık kavramlarının farklı hukuk dallarında farklı anlamları taşıması mümkündür.

1.5. İmkansızlık ve Hukuka Aykırılık İlişkisi

Bir hukukî muamelenin maddî veya hukukî yapıcı unsurlarının yokluğu bu muamelenin de yok, hükümsüz sayılmasını; unsurlarının kanunun emredici hükümlerine aykırı olması mutlak butlanı, muamelelerin tarafların rızalarındaki fesat, bozukluk ise nisbi butlanı meydana getirmektedir²⁴⁵. Hukukî muamelelerde esasen yokluk, mutlak butlan ve nisbi butlan şeklinde üç ayrı hukuka aykırılık gündeme gelebilmektedir²⁴⁶. Bu hukuka aykırılık şekillerinin idari işlem üzerinde doğrudan geçerli olduğu kolaylıkla söylenemeyebilir. Yokluk ile butlan İdare Hukukunda farklı ele alınmaktadır²⁴⁷. Özel Hukuktaki yokluk ve mutlak

²⁴³ İdari işlemin maddeten veya hukuken mümkün olmayan bir konusunun bulunması durumu, çalışmanın ileriki kısımlarında ifade edilmektedir. Bk.: “2.1.2.4. İmkansızlık Kavramının İdari İşlemin Konu Unsuru İle İlişkisi” başlığı.

²⁴⁴ Onar, 1966: 278-279.

²⁴⁵ Oğuzman ve Barlas, 2014: 208-210.

²⁴⁶ Onar, 1966: 323.

²⁴⁷ Özel hukukta hukukî tasarruflara uygulanan yokluk müeyyidesi, bazı haller dışında mutlak butlan ile eşdeğer durumdadır ve kanun ile belirlenmektedir. Örneğin, evlenmede yokluk, butlandan ayrı ve bağımsız bir yaptırım halidir. Bu açıdan Onar, Medeni Kanun’a göre mutlak butlan ile sakat olan bir evlenmenin hâkimin hükmü ile feshedilinceye kadar hukukî varlığını yitirmediğini ve fesih tarihine kadar doğmuş olan hükümlerin de saklı kalacağını, feshin geriye yürür hüküm doğurmayacağını belirtmektedir. Yakın hısımlar veya evlenme yaşına erişmeyenler arasındaki evlenmeler ile zaten evli olan bir kimsenin tekrar evlenmesi hallerinde mutlak butlandan söz edileceğini, öte yandan, evlenmenin maddî kurucu unsuru sayılan “taraflar arasındaki cinsiyet ayrılığı” ile hukukî unsuru sayılan “evlenmenin, evlendirme memuru önünde ve aleni olarak yapılması” hakkındaki şekil

butlan, hukukî muamelenin mutlak surette ve doğduğu andan itibaren hükümsüz sayıldığı, muamelenin doğurduğu ve doğuracağı hükümlerle birlikte ortadan kalktığı, hukuk alanında hiçbir etkisinin kalmadığı kabul edilmektedir²⁴⁸.

İdare Hukukundaki butlan, iptal edilebilir durumdaki hukuka aykırılık barındıran idari işlemler için kullanılmaktadır²⁴⁹. İdare Hukukunda butlan müeyyidesinin Özel Hukuktaki mutlak veya nisbi butlan ile hiçbir ilgisi bulunmamaktadır²⁵⁰. Butlanın İdare Hukuku bakımından iptal davası ile eş anlamlı olduğu ifade edilmektedir²⁵¹. İdare Hukukunda Özel Hukuktakinden farklı olarak bir hukukî muamele olarak adlandırılan idarî işlemin unsurlarında hukuka aykırılıklar bulunsa dahi işlem iptal edilinceye kadar işleme bağlanan tüm hukukî sonuçları doğurmaya devam etmektedir²⁵².

İdare Hukuku sahasında ayrı bir müeyyide türüne ihtiyaç duyulmaktadır. Çünkü özel hukukta bir muamele ile o muamelenin iptalinin üçüncü kişilere etkisi istisnâî niteliktedir; bununla beraber iyiniyet sahibi üçüncü kişileri istisnâî tedbirlerle korunmaktadır. Buna karşılık, idarenin muameleleri âmme için yapılmaktadır. Bu nedenle de etkileri umumi kapsayacak tarzdadır. Bu yüzden idari işlemin iptalinden doğacak neticelerin de daima göz önünde bulundurulması gerekmektedir²⁵³.

İdari işlem bakımından imkânsızlık kavramı, işlemin tesisini veya icrasını engelleyen bir kurum olarak değerlendirilirken hukuka aykırılık, idari işlemin unsurları bakımından yapılan hukuki denetim neticesinde ortaya çıkan bir sonucu ifade etmek için kullanılmaktadır. İdari yargı mercileri pek çok içtihadında bu iki kavramı birbirine eş anlamlı olarak kullanabilmektedir²⁵⁴. Hukuka aykırılığa ilişkin hallerin tümü, imkânsızlık gerekçesine dayanmamaktadır. Hukuka aykırılık, işlemin tesis edildiği andaki hukuk kurallarına aykırılığı ifade etmektedir²⁵⁵.

unsuru mevcut olmadığı takdirde –kanunda açık bir hüküm bulunmasa da- evlenmenin yok farzedilmek gerekeceğini ifade etmektedir. Onar, 1966: 325; Erkut, 1988: 70; Işıklar, 2011: 807.

²⁴⁸ Erkut, 1988: 70.

²⁴⁹ Sarica, 1944: 1263 – 1264, dn. 1; Işıklar, 2011: 807.

²⁵⁰ Sarica, 1944: 1263 – 1264, dn. 1; Özgen, 1960: 271.

²⁵¹ Özgen, 1960: 271.

²⁵² Erkut, 1988: 70.

²⁵³ Onar, 1966: 328.

²⁵⁴ D15D, T.15.3.2017, E.2016/8051, K.2017/789, KİBB; D13D, T.13.3.2017, E.2016/3107, K.2017/623, KİBB; D15D, T.23.1.2017, E.2016/1889, K.2017/396, KİBB; D15D, T.28.12.2016, E.2013/7997, K.2016/6461, KİBB; D9D, T.9.6.2016, E.2016/15550, K.2016/5897, KİBB; DİDDGK, T.20.4.2016, E.2014/5224, K.2016/1672, KİBB; D12D, T.23.3.2016, E.2016/704, K.2016/1587, KİBB; D13D, T.9.3.2016, E.2015/6176, K.2016/625, KİBB; D8D, T.9.3.2016, E.2016/1221, KİBB; D5D, T.3.2.2016, E.2015/6676, K.2016/449, KİBB.

²⁵⁵ Özel hukuk tasarruflarının yokluk, mutlak butlan ve nisbi butlan şeklinde hukuka aykırılık halleri bulunmaktadır. İdare hukukunda ise, iki tür hukuka aykırılık söz konusu olduğu, bunların da iptal ve yokluk şeklinde görüldüğü yukarıda ifade edilmiştir. YAŞAR'a göre, sakat işlemin geçerliliği, askılı geçerlilik olarak adlandırılır. Zira bu geçerlilik ancak iptal edilinceye veya geri alınmaya kadar sürebilir. Yaşar, 2014: 301.

1.5.1. İmkânsızlık ile Yokluk Arasındaki İlişki

Türk Hukukunda çok ağır sakatlıklarla malul işlemlerin müeyyidesini belirlemek için “*keenlemyekün*” terimi kullanılmakta idi. Esasen “*sanki yokmuş, hiç yokmuş, hiç olmamış gibi*” anlamlarına gelmektedir²⁵⁶. Türk Hukukunda ise, “yokluk” olarak kullanılmaktadır. “Maddi yokluk”²⁵⁷ ile “yok hükmünde olma”²⁵⁸ (hukuki yokluk²⁵⁹) arasında söz konusu çeviriden dolayı bir karışıklık mevcuttur²⁶⁰. Esasen iki tür yokluk halinin bulunduğunu, bunların da imkânsızlık halindeki gibi maddi ve hukuki olarak ayrımlandığını ifade etmek gerekmektedir. Bu başlıkta hukuki yokluk²⁶¹ kavramına ve bu kavramın imkânsızlık ile ilişkisi ve farklılıklarına değinilmeye çalışılacaktır.

Yokluk teorisi, ilk olarak Medeni Hukuk dalında ortaya çıkmış olup evlenme ilişkisinde ileri sürülerek butlan türlerine ek ve butlan türlerinden daha ağır bir aykırılık sebebi teşkil etmiştir²⁶². İdare Hukukunda işlemin sadece geçerliliğini değil; özünü ve esasını ortadan kaldırdığı fikrinden hareket eder²⁶³. Yokluk, hukuka aykırılıktan bu yönüyle farklı ve onu aşan bir tartışmadır. Bu nedenle de İdare Hukuku ile Medeni Hukuk terminolojisinde iki ayrı temele oturmaktadır²⁶⁴. Öte yandan, Medeni Hukukta muamele yok olunca hukuk alanında bir tesiri görülmezken, idarenin üçüncü şahıslara yaptığı bir tasarruf, İdare Hukuku bakımından yok olsa bile fiili birtakım sonuçlar meydana getirmiş olabilmektedir²⁶⁵.

Yokluk, hukuka aykırılıktan farklı olarak işlemdeki çok ağır ve bariz sakatlıkların, ileri sürüleceği bir hukuka aykırılık sebebidir²⁶⁶. *Erkut*’a göre, işlemin kurucu unsurlarındaki hukuka aykırılık derhal fark edilebilir nitelikte ve işlemin kimliğini yitirmesine yol açabilecek derecede ağır, açık ve bariz ise işlem yok hükmündedir²⁶⁷. Ayrıca, yokluk ile malul işlemler hak doğurucu nitelikte olmadığı gibi mutlaka hukuk düzeninden de temizlenmelidir²⁶⁸. Hukuki muamelelerin kurucu unsurlardaki çok bariz, ağır sakatlıkların yokluk sonucunu

²⁵⁶ Devellioğlu, 2013: 577.

²⁵⁷ Maddi yokluk, işlemi oluşturan iradenin açıklanmamış olması yahut açıklanan iradenin idareye izafe edilememesi durumlarında söz konusu olmaktadır. Bu durumları birer örnek ile somutlaştırmak gerekirse; Resmi Gazetede yayınlanmamış tüzük, maddi anlamda yoktur. Bu yönüyle de bu tüzüğün hukuk alanında değişiklik meydana getirmesi mümkün değildir. İkinci durum ise bizzat “yetki gaspı”dır. Herhangi bir özel kanun ile kamulaştırma yapma yetkisi bulunmayan özel hukuk tüzel kişisinin bir arazi üzerinde kamulaştırma yapması yetki gaspına örnektir ve müeyyidesi yokluktur. Kapsamlı açıklama için bk.: Gözler, 2009a: 1006.

²⁵⁸ Yok hükmünde olan işlemler yani hukuki yokluk ile malul işlemler, maddi alem bakımından vardır ancak idari işlemin içeriğindeki ağır sakatlıklar nedeniyle “yokmuşçasına” kabul edilmektedir.

²⁵⁹ *Erkut*, 1990: 150.

²⁶⁰ Gözler ve Kaplan, 2012: 375.

²⁶¹ Erdinç, 2013: 116 – 121.

²⁶² Oğuzman ve Barlas, 2014: 210; Onar, 1966: 325; Sarıca, 1944: 1191-1192.; *Erkut*, 1988: 69.

²⁶³ Vedel ve Delvolve, 1984: 755 (Akt. *Erkut*, 1988: 69).

²⁶⁴ *Erkut*, 1988: 69-70.

²⁶⁵ Onar, 1966: 329; Tandoğan, 1976: 88.

²⁶⁶ Selçuk, 1979: 62; Gözübüyük ve Dinçer, 2001: 60.

²⁶⁷ *Erkut*, 1990: 150.

²⁶⁸ Duran, 1982: 405.

doğuracağı açıktır. İdari işlemde yokluk tespitinin unsurlar üzerinde yapılması gerekir. Ancak hangi unsurunda yokluğun olabileceğine dair fikir birliğine varılabilmiş değildir²⁶⁹.

İdari işlemlerin konu unsuru mümkün ve meşru olmalıdır. Konunun imkânsız veya yasak olması halinde işlem yoklukla malul sayılmaktadır. Danıştay, kadro mevcut olmaksızın, daha yüksek kadroya ait maaşın verilmesi işlemini hukuki yoklukla malul saymıştır²⁷⁰. Kadro mevcut olmaksızın, maaşın yükseltilmesi mümkün değildir. Ayrıca, bir kamu tüzelkişiliğine ait olan taşınmaz malların bir başka kamu tüzelkişiliği tarafından kamulaştırılması işlemi hukuken mümkün bulunmadığından işlem, yok hükmünde kabul edilmektedir²⁷¹. Bu örneklerde hukuki imkânsızlık bulunduğu açıktır. İmkansızlığın sebebi hukuki olabileceği gibi maddi de olabilir. Bu durumun önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır.

İdari işlemin konu unsuru bakımından imkânsızlık ile yokluk kavramı arasında böyle bir ilişki vardır. Konunun imkânsız olması sonucu idari işlemin yok hükmünde kabul edilmesi, esasen idari işleme özgü değildir. İdari işlemin aynı zamanda konu unsuru bakımından hukuken veya fiilen imkânsız durumlar üzerinde tesis edeceği işlemlerin de yok hükmünde sayılacağı, kurucu iradede yoksun olacağı, işlemin idarilik vasfının bulunmayacağı ve bu sebeple de hukuk alanında bir değişiklik yaratmayacağı söylenilebilmelidir.

Yok hükmündeki işlemlerden kaynaklanan imkânsızlık halleri, konusunun mümkün olmaması sebebiyle yok hükmünde sayılmasından farklıdır. Bunu şu örnek ile açıklayabiliriz: Bakanlar Kurulu'nun idari yargı kararlarının uygulanmamasına yönelik kararları kanaatimizce hukuki yoklukla maluldür²⁷². Ancak Danıştay'ın kararlarına bakıldığında, yetkisiz işlem olarak değerlendirilmektedir²⁷³. Burada esasen öğretide de belirtildiği üzere fonksiyon (işlev, görev) gaspı söz konusu olup işlem hukuken yoklukla maluldür²⁷⁴.

²⁶⁹ Bu konuda detaylı açıklamalar için bk: Erdinç, 2013: 121 vd.

²⁷⁰ D5D, T.6.2.1967, E.1962/3715, K.1967/416 sayılı kararı Akt. Tandoğan, 1976: 86.

²⁷¹ D6D, T.25.11.1987, E.1987/56, K.1987/1156, DD, 1988, S.70-71, s.303. Benzer bir diğer örnek ise, Vakıflar Bölge Müdürlüğü tarafından kamulaştırılan taşınmazın mazbut Camii Vakfına ait olması ve mazbut vakıfların özel bütçesinin bulunmaması sebebiyle anılan vakıf mallarının Vakıflar Genel Müdürlüğü'nden ayrı düşünmeye olanak bulunmadığından bahisle kamulaştırılması hukuken mümkün değildir. Bu yönüyle işlemin yok hükmünde olduğuna karar verilmesi gerekecektir. Anılan karar için bk.: D6D, T.10.12.1996, e.1996/345, K.1996/5553, DD, 1997, S.93, s.344.

²⁷² İdare, yargı ve yasama erklerinin görev alanına müdahale ederek işlemler yaparsa, yapılan işlemler yoklukla maluldür. Çünkü idare kendi görev alanı dışında kalan, irade açıklamak için yetkili kılınmadığı konularda işlem tesis etmiş olmaktadır.

²⁷³ "...Kanunu gereği mülga TEAŞ'tan devralınan ve sözü edilen sözleşmenin tarafı olan ... A.Ş. Genel Müdürlüğü tarafından ... Bakanlığı'na yazılan ... yazıda; Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce sözleşmenin yürütülmesinin durdurulması yönünde karar alındığı belirtilerek teşekküllerinin finans yapısını telafisi mümkün olmayacak şekilde bozacak ulusal enterkormekte sistemin çalışmasını dengesiz hale getirecek santralin yer aldığı bölgedeki sanayi turizm ve tarımı olumsuz yönde etkileyecek ve ulusal düzeyde programlı elektrik enerjisi kesintilerine neden olacak yargı kararının 30 günlük uygulama süresinin sonu olan 24.08.2005 günü saat 24.00 itibari ile uygulanması gerektiği belirtilerek olumsuzluklarla karşılaşılması için ...Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun hükümleri uyarınca her türlü önlemin alınması gerekirse 1994, 1996 ve 1997 yıllarında Yatağanı Yeniköy ve Kemerköy Termik santrallerinde uygulandığı gibi Bakanlar Kurulu kararının

1.5.2. İmkansızlık ile İptal Arasındaki İlişki

İdare Hukukunda iptal kavramı, idari işleme ilişkin bir kavram olup, işlemin unsurlarında meydana gelen hukuka aykırılıkların varlığı halinde açılmış olan davada verilen iptal kararı ile işlemin mahkeme tarafından sonlandırılması olarak tanımlanır²⁷⁵. Sarıca'nın tanımına göre iptal davası şöyle tarif edilmektedir²⁷⁶:

“İptal davası, idare tarafından ittihaz olunan icraî bir karardan şahsî, meşru ve aktüel bir menfaati muhtel olan bir şahsın, idarî bir mahkemeye müracaat ederek, bu kararın, mevzuata, hukuka –salahiyet, mevzu, şekil veya maksat cihetlerinden biriyle- aykırılığından ötürü bozulmasını istemesidir”.

İdari işlemin iptal edilmesi, hukuka aykırılıkların hâkimin hükmü ile tespiti neticesinde gerçekleşir. Bu sebeple, iptal davasının konusu idarî işlemdir²⁷⁷. Dava neticesinde mahkeme, işlemi kısmen²⁷⁸ ya da tamamen iptal edebilir²⁷⁹. İptal, işlemlerdeki hukuka aykırılığın yargı organı tarafından saptanması olarak ifade edilmektedir²⁸⁰. Hukuka aykırılık taşıdığı hâkim tarafından tespit edilen işlem hukuk düzeninden kaldırılmalıdır. İşlemin tüm etki ve sonuçlarının tesis edildiği ana geri dönülerek kaldırılması ve sonuçlarının silinmesi gerekmektedir²⁸¹. Görüldüğü üzere iptal kararı, işlemin varlığına son verir ve işlemi hukuk âleminden kaldırır²⁸². İptal kararları ortadan kaldırdıkları idarî muamelenin yerine geçmez fakat bazı durumlarda idareyi eski karar yerine yeni bir karar almaya mecbur bırakır²⁸³.

ihdasının istenildiği bu nedenle santral üretiminin kesintiye uğratılmadan devamında kamu yararı bulunduğu gerekçelerinden hareketle yargı yerlerince alınan kararlara karşın dava konusu Bakanlar Kurulu'nun Prensip kararıyla İzmir Doğal Gaz Kombine Çevrim Santrali'nin üretim faaliyetinin devamı yolunda karar alındığı anlaşılmaktadır. 4283 sayılı Kanun hükümleri gereğince elektrik üretim tesisinin kurulması ve işletilmesi hususlarında yeniden işlem tesis etmeye TEAŞ'ın yetkili olup anılan mevzuat ile bu konuda Bakanlar Kurulu'na herhangi bir yetki verilmemiş olması nedeniyle Bakanlar Kurulu'nca ilgili idarenin yerine geçilerek yargı kararının uygulanamaz hale getirilmesi sonucunu yaratan dava konusu işletilmekte olan maksimum 1540 MW baz yük kapasitesini haiz İzmir Doğal Gaz Kombine Çevrim Santrali'nin üretim faaliyetinin devamı konusunda işlemin tesis edilmesinde yetki yönünden hukuka uyarlık görülmemiştir...” şeklinde ifade etmektedir. D13D, T.23.1.2008, E.2006/975, K.2008/1274, DD, 119, s.454 vd. Söz konusu kararda Bakanlar Kurulu'nun prensip kararı yetki yönünden iptal edilmişse de; kanaatimize göre böyle hallerde fonksiyon gaspının mevcudiyeti tespit edilerek işlemin iptal ile değil yokluk ile malul olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. Zira, yargının görev alanına Bakanlar Kurulu eliyle idare, daha genelde ise yürütme dahil edilmek istenmektedir.

²⁷⁴ Erkut ve Soybay, 2001: 336; Gök, 2013: 553; Erdiç, 2013: 131.

²⁷⁵ 2577 sayılı İdari Yargılama Usûlü Kanunu'nun 2/1-a. maddesinde iptal davası, “idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan” davalar olarak tanımlanmıştır.

²⁷⁶ Sarıca, 1949: 10; Benzer nitelikteki tanımlar için bk.: Özdeş, 1978: 6; Keskin, 1986: 143.

²⁷⁷ Çağlayan, Ramazan, *İdari Yargılama Hukuku*, B. 9, Ankara, 2017, s. 442.

²⁷⁸ Kısmî iptal, bir düzenleyici işleme ilişkin olabileceği gibi birel işleme ilişkin de olabilir. Hatta, işlemin bir kelimesi veya bir ibaresi de bu anlamda iptal edilebilir.

²⁷⁹ Çağlayan, 2017: 542 – 543.

²⁸⁰ Sarıca, 1966: 32.

²⁸¹ Çağlayan, 2017: 551; Uler, 1970: 25.

²⁸² Onar, 1966: 1790; Gözübüyük ve Tan, 1999: 555 – 556.

²⁸³ Onar, 1966: 1790.

Mahkeme kararları, gösterici mahiyette olduklarından yeni bir durum doğurmazlar, mevcut hukukî durumu gösterirler, iptal kararları hukukî muamelenin esasen doğmadığını veya hukukî durum meydana getiremeyecek derecede sakat olduğunu gösterir²⁸⁴. İptal kararı ile idari işlemin hukuk aleminde değişiklik meydana getirmediğinin tespiti, işlemin maddi ve hukuk alemindeki etkilerinin ortadan kaldırılması yoluyla gerçekleştirilir. Eş söyleyişle, iptal hükmünün geçmişe etkili (makabline şamil) olması gerekir²⁸⁵. İptal hükmünün geçmişe etkili olmasını güçleştiren birtakım fiilî ve hukukî durumlar vardır²⁸⁶. İptal kararı, etkilerinin maddi ve hukuki alemden silinmesi bakımından birtakım güçlükler çıkarabilir. Örneğin, hukuka aykırı bir işlemle emekliye sevk edilen davacının iptal kararı neticesinde görevine döndürülmesinin önünde, davanın görüldüğü sırada yasal olarak emekli edilmesi gereken yaşa ulaşmış olması vardır. Bu durumda, kararın göreve iadeye ilişkin kısmı, yaş haddinden dolayı uygulanamayacaktır. İptal kararı verildiğinde davacı ölmüşse, kararın uygulanmasında fiili bir imkânsızlık gündeme gelecektir.

Hukuki ve fiili imkânsızlık hâllerinde iptal kararının İdarece aynen ifa edilememesi öğretide kabul edilmektedir²⁸⁷. Ağaçların kesilmesine, eski eserlerin zarar görmesine sebep olan işlemler iptal edilmişse, ağaçların kısa sürede yetiştirilmeleri, yok olan eski eserin yenilenmesi imkânı olamayacağından fiilî imkânsızlıktan bahsedilebilir. Ancak yıkım kararına karşı, iptal kararı verilinceye kadar yapının yıkılması halinde, yıkım kararının iptali kararının icrası esnasında esasen maddî bir imkânsızlıktan söz edilemez. Zira, iptal kararının yerine getirilmesi için binanın aynen yapılması imkânsız değildir. Burada hukukî imkânsızlık gündeme gelmektedir. Bu da, idarenin aynen tazmin yükümünün olmaması kuralından kaynaklanmaktadır. Hukuk, İdareyi aynen ifaya zorlamak istememektedir²⁸⁸.

İşlem muhatabının bir şartı imkansızlık sebebiyle sağlayamamasından dolayı İdarece tesis edilen aleyhe işlemlerin mahkeme tarafından iptal edilmesi ilişkinin diğer yönünü göstermesi bakımından önemlidir. Buna göre, işlem muhatabının yasal gereklilikleri yerine getirememesi sebebiyle İdarenin tesis ettiği işleme karşı açılan davada mahkeme, imkânsızlığa rağmen tesis edilen işlemin hukuka aykırılığını tespit etmektedir. Örnek olarak, grevden ötürü kanunun öngördüğü teşvik şartlarını sağlayamaması nedeniyle teşvik elde edemeyen şirket ile ilgili Danıştay kişiye ödenen teşvik bedelinin geri alınması işlemini

²⁸⁴ Onar, 1966: 1791.

²⁸⁵ Derbil, 1955: 218.

²⁸⁶ Onar, 1966: 1791.

²⁸⁷ Uler, 1970: 99; Gözübüyük, 2013: 253; Çağlayan, 2017: 510; Özeren ve Bayhan, 1992: 118-119.

²⁸⁸ Uler, 1970: 100; Çağlayan, 2017: 511.

imkânsızlık gerekçesiyle hukuka aykırı bulmuştur²⁸⁹. Buradaki imkânsızlık kavramı, konu unsurunu değil, sebep unsurunu etkilemektedir. Sebep unsurundaki imkânsızlık hali, işlemi iptal müeyyidesi ile sakat hale getirmiş olacaktır.

²⁸⁹ D10D, T.2.3.1999, E.1998/4945, K.1999/691, KİBB.

İKİNCİ BÖLÜM

İDARİ MUAMELELER İLE İDARİ YARGI KARARLARINDA İMKANSIZLIK KAVRAMININ İNCELENMESİ

2.1. İdari Muamelelerin Tesisi Ve İcrasında Ortaya Çıkan İmkansızlık

İdari işlem, temelinde bir hukuki işlemdir (tasarruf/muamele)²⁹⁰. Hukuki işlem, hukuk alanında değişiklik meydana getiren ve ehliyetli bir hak sahibinin hukuki bir netice meydana getirebilmek; yeni hukuki durum doğurmak veya mevcut hukuki durumu değiştirmek ya da kaldırmak için izhar ettiği iradeden ibarettir²⁹¹. Hukuki işlemi maddi eylemden ayıran temel husus, hukuki sonuca yönelmiş hukuki durumları etkileme potansiyeli barındıran irade beyanı içermesidir. Bununla beraber ortaya çıkan sonuç, hukuki işlem ile maddi eylemi birbirinden ayırmaktadır²⁹². Dolayısıyla idari işlem, idari makamlarca veya kendisine verilen yetkiye dayanılarak özel hukuk kişilerince tesis edilen hukuki sonuç doğurmaya yönelik ve kamu gücü ayrıcalıklarına dayalı olan hukuki işlemdir²⁹³. İdari işlemin en mühim sonucunun hukuk alanında değişiklik meydana getirmesi olduğu söylenilebilir. İdari işlemin hukuk alanında meydana getirdiği değişiklik esasen işlemin muhatabının bir statüden bir başka statüye geçirilmesini ve o statüde bulundurulmasını ifade etmektedir. İdari işlemin bu etki ve sonucu bazı hallerde söz konusu olamayabilmektedir.

İdari işlemler, kural olarak yetkili idari makamların belli konularda aktif şekilde irade açıklaması yapması sonucu oluşan işlemlerdir. Ayrıca, idari makamların “susmasına” hukuki sonuç bağlanmış olan haller de mevcuttur. Bu durumlarda idari işlem, idarenin açık bir irade açıklaması ile değil, yasada öngörülen sürenin geçmesiyle ortaya çıkabilmektedir²⁹⁴. Zımni red biçimindeki idari işlemlerde de imkânsızlık gündeme gelebilmektedir. Bu bağlamda,

²⁹⁰ Onar, 1966: 274-275; Erkut, 1990: 9; Göçgün, 2017: 7-9.

²⁹¹ Onar 1966: 258; Yıldırım vd, 2015: 363; İnanç, 2018: 80-81; Hatemi, 2013: 143; Oğuzman ve Barlas, 2014: 169-172; Antalya ve Topuz, 2015: 173.

²⁹² Akyılmaz, 2000: 24; Erkut, 1990: 11-12; Ayanoğlu, 2004: 45.

²⁹³ Onar, 1966: 275; Yılmaz, 2014a: 16; Gözler ve Kaplan, 2012: 265.; Akyılmaz vd, 2016: 419 – 423.; Yayla, 2009: 108 – 109; Göçgün, 2017: 9; İnanç, 2018: 82. Karahanoğulları ise, idari işleme ilişkin şu tanıımı yapmaktadır: “İdari işlem terimi, idarenin hukuksal işlemlerinin tümünü değil bir türünü anlatır. İdareden çıkan bir irade açıklaması, kamu hizmetinin üretimine veya kamu düzeninin sağlanmasına yönelik ise ve iradenin ortaya konuluşunda veya içeriğinde kamu gücü ayrıcalık ve yükümlülükleri söz konusu ise idari niteliktedir... İdari işlem, idarenin tek yanlı irade açıklaması ile kişilerin hak ve yükümlülükleri (hukuki statüleri) üzerinde karşı tarafın rızası olmadan sonuç doğurması veya hukuk düzenine yasalar çerçevesinde ve yasalara aykırı olmamak üzere kurallar getirmesidir”. Karahanoğulları, 2015a: 153.

²⁹⁴ Akyılmaz, 2000: 25; Akgüner ve Berk, 2017: 1077.

iradenin açık veya zımni şekilde ortaya çıkmış olmasının esasen bir ehemmiyeti yoktur. Nitekim Danıştay da bu hususu desteklemektedir²⁹⁵:

“...2908 sayılı Dernekler Yasası’nın Geçici 1 inci maddesinde belirtilen süre içinde durumunu yeni yasaya uydurmayan derneklerin kendiliğinden dağılmış sayılacağı ve 55 inci maddeye göre tasfiyelerinin yapılacağı öngörülmüş ise de; dava konusu olayda idarece mühürlenmiş olan ve çalışma merkeziyle lokali aynı binada bulunan derneğin yasada öngörülen sürenin bitiminden önce idareye başvurarak durumunu yeni yasaya uydurmak üzere açılmasına izin verilmesini istediği ancak idarece bu dilekçeye cevap verilmediği ve bu suretle derneğin fiili ve hukuki imkânsızlık nedeniyle intibak işlemlerini yapamadığı anlaşılmakla, hakkında uygulanan işlemin adalet ve hakkaniyet ilkelerine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır...”.

İdari eylemlere ilişkin olarak ise şunlar söylenilebilir. İdari eylem, içerisinde idarenin iradesinin bulunmadığı salt fiziki hareketler olarak ifade edilebilmelidir. Söz konusu fiziki hareketlerin, ya bir idari işlemin uygulanması biçiminde ya da hiçbir hukuki işleme dayanılmaksızın meydana gelen eylemler biçiminde ortaya çıktığı ifade edilmektedir. Bu bakımdan idari eylem, hem bir idari işlemin icrası mahiyetindeki eylemleri, hem de temelinde herhangi bir işlem bulunmayan eylemleri (salt idari eylem) kapsamı altına almaktadır²⁹⁶. İdari eylemlere ilişkin imkânsızlık değerlendirmesi yapılırken bu ikili ayrım nazara alındığında, idari işlemin icrası kapsamında yapılan idari eylemdeki imkânsızlık kavramı, esasında idari işlemin icrasındaki imkânsızlık olarak değerlendirilebilecektir. Bu noktada temelinde idari işlem bulunan eylemlerdeki imkânsızlık kavramına ilişkin değerlendirme için aşağıda yer verilen idari işlemin icrası aşamasındaki imkânsızlık başlığına atıf yapıyoruz. Temelinde herhangi bir idari işlem bulunmayan idari eylemlerde ise, kanaatimizce imkânsızlığın gündeme gelebilmesi mümkün görünmemektedir. Nitekim imkânsızlık kavramı, idarenin idari işlevi gözeten işlemleriyle ilgililerini hukuki ve maddi bir alemden bir başka aleme sokmaktadır. Bu anlamda, salt idari eylemlere karşı muhatabının tam yargı davası açmak dışında bir başka olanağı bulunmamaktadır. Yine, imkânsızlığın idari yargı kararlarını

²⁹⁵ D10D, T.30.11.1989, E.1987/1918, K.1989/2307, KİBB. Eski Dernekler Yasa’sının Geçici 1. maddesinde, Kanun’un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde mevcut konfederasyon, federasyon ve derneklerin durumlarını anılan yasa hükümlerine uydurma yükümü yüklenmiş ve aksi halde sürenin sonunda mülki idare amirinin kararı ile kendiliğinden dağılacağı belirtilmiştir. Bu yasa hükmü karşısında, idarece daha evvelden mühürlenmiş olan davacı dernek lokalinin yasada öngörülen sürenin bitiminden önce durumu yeni yasaya uydurulmak üzerine izin verilmesi talep edilmiş ancak idare tarafından bu talebe cevap verilmemiştir. Bunun üzerine yasada öngörülen süre geçmiş ve derneğin intibak işlemleri yapılamamıştır. Burada ilgisinin başvurusu üzerine idarenin hareketsiz kalması sonucunda oluşan bir imkânsızlık hâli ve bu durumun hukuka aykırılığından söz edilmektedir.

²⁹⁶ Demirkol, 2002: 2; Ayanoğlu, 2004: 48-49.

ilgilendiren boyutuna bakıldığında da, anılan kavramın tam yargı davasına ilişkin değil, yalnızca iptal davasına özgü ve istisnai bir durum olduğu ifade edilmektedir²⁹⁷.

2.1.1. İmkansızlık Kavramının İdari İşlemin Unsurları İle Olan İlişkisi

İdari işlemin yapılması esnasında ortaya çıkan imkânsızlık halini idari işlemin kurucu unsurları bakımından değerlendirmenin geçerli bir hukuki ölçüt olacağı düşünülmektedir²⁹⁸. Bu bakımdan 2577 sayılı İYUK'un 2. maddesinde idari işlemin yargısal denetimi açısından belirlenen unsurlar (yetki, şekil, sebep, konu ve amaç) pozitif dayanak noktası oluşturabilir. Bu bakımdan öğretide bilhassa idari işlemin konu unsuru bakımından imkânsızlığa ilişkin değerlendirmeler yapıldığı görülmektedir²⁹⁹. Bu başlık altında idari işlemin doğrudan ilişkili bulunduğu konu unsurunun yanında dolaylı olarak ilişkili olduğu yetki, şekil ve sebep unsurları ile son olarak amaç unsuru bakımından bir değerlendirme yapılacaktır. Konu unsurundaki imkânsızlığın diğer unsurlara göre daha ön planda olmasını aşağıda ifade etmekteyiz.

2.1.1.1. İmkansızlık Kavramının İdari İşlemin Yetki Unsuru İle İlişkisi

İdare hukukunda esasen tüm idari işlemlerde, işlemi yapan makamın bir hukuk kuralına dayanıyor olması gereklidir. Bu anlamda idarenin işlem yapabilmek için kanuni bir yetkiye ihtiyaç duymasına “*kanuni dayanak ilkesi*” denmektedir³⁰⁰. İdari işlemin yetki unsuru, idari makamın belirli bir konuda iradi karar alma ehliyetini ifade etmektedir³⁰¹. Bir idari işlemin yetki unsurunun yer, zaman, konu ve kişi yönünden dörtlü bir incelemeye tabi tutulması gerekmektedir³⁰². Yetki unsuru bakımından İdare adına irade açıklama ehliyeti, ancak kişi, konu, yer ve zaman bakımından yetkilendirilen makama, bir kişi veya organa verilebilir³⁰³.

²⁹⁷ Keskin, 2009: 45; Akgüner ve Berk, 2017: 1074. Salt idari eylemlerin iptal davasına konu edilemeyeceği hakkında yargısal içtihatlar da bulunmaktadır. Örnek kabilinden olması bakımından bk.: “...İdari eylemler, yapıldıkları anda hukuki sonuçlarını doğrular ve yapılmakla tükenirler. Dolayısıyla yapılmakla hukuki sonuçlarını doğuran ve tükenen idari eylemler hiçbir şekilde iptal davasına konu olamaz(yacaklardır)...” (parantez içindeki kısım karar doğrultusunda tarafımızca eklenmiştir.) D11D, T.20.10.2010, E.2007/4203, K.2010/8279, DD, S.126, s.333.

²⁹⁸ Yayla, 2015: 248.

²⁹⁹ Onar, 1966: 312; Kalabalık, 2015: 189-191; Çağlayan, 2017:527-528; Çağlayan, 2014:475; Sancakdar vd., 2015: 358; Tikveş, 1981: 264; Gözler ve Kaplan, s.349; Gözler, 2009a: 932; Kaplan, 2017: 231-232; Odyakmaz vd., 2011: 268; Erdinç, 2013: 182; Göçgün, 2017: 26-27; Karahanoğulları, s.530-531; Akyılmaz vd., 2017: 451.

³⁰⁰ Akyılmaz vd., 2017: 419; Özay, 1985: 127; Erkut, 1988: 74; Özay, 2004: 481-482; Akyılmaz, 2000: 102; Akbulut, 2013: 271-273; Gözübüyük, 2013: 350.

³⁰¹ Tikveş, 1981: 263; Gözler ve Kaplan, 2012: 305; Gözler, 2009a: 745; Yayla, 2009: 116 vd; Akgüner ve Berk, 2017: 1114.

³⁰² Yer yönünden yetki, sahip olunan yetkinin kullanılabileceği coğrafi alanı; zaman yönünden yetki, yetkinin kullanılabileceği süreyi; konu yönünden yetki, belirli konulara ilişkin kararların hangi idari makamlarca

Yetki unsurunda imkânsızlığa ilişkin olarak bir idari işlemi yapmaya kanunla yetkilendirilen makamın veya organın ortadan kaldırılması değerlendirilebilir. Fransa’da savaş tehlikesi sebebiyle belediye meclisinin organlarının kaçması sonucu ortaya çıkan yetki boşluğunun, imkânsızlığa örnek teşkil edebileceği öğretide ifade edilmektedir³⁰⁴. Bahse konu olayda, belediye meclisinin yetkisinde bulunan bir konuda işlem tesis edilmesinde, kararı alacak üyelerin mevcut olmaması sebebiyle imkânsızlık meydana gelmiştir. İdari makamın fiilen ortadan kalkması ile yetki yönünden oluşan boşluk, yetkili olmayan halktan kişiler tarafından doldurulmuştur³⁰⁵. Fransız Danıştay’ı ise belediye organları yerine fiilen halktan kişilerin yaptığı işlemlerin hukuka uygun olduğunu kabul etmiştir³⁰⁶. Yetki unsurundaki imkânsızlık, halktan kişilerin işlemler tesis etmesiyle aşılmış olmaktadır. Bu durum kanaatimize göre fiili ajan teorisince kamu yararının gerçekleştirilmesi, hizmetlerin sürekliliğinin sağlanması amacıyla aşılmaktadır³⁰⁷. Yetki unsurunda imkânsızlık kavramının olağanüstü dönem ve durumlar haricinde de meydana gelebileceğini göstermek bakımından Danıştay’ın verdiği şu karar oldukça önemlidir³⁰⁸:

“...Türkiye çapındaki binası, personeli ve mal varlıklarıyla fiilen mevcut olan ve işlevlerini tümüyle sürdüren davalı idareyi hukuki boşluk sebebiyle yok saymaya olanak bulunmadığından ve söz konusu idari işlevlerini sürdürebilmek amacıyla ihtiyacı bulunan memur kadrolarına atama yapmak için açtığı

alınabileceğini; kişi yönünden yetki ise, hangi idari makam veya organın irade açıklamasına yetkili olduğunu ifade etmektedir. Akyılmazvd, 2017: 420-424; Akyılmaz, 2000: 103.

³⁰³ Onar, 1966: 300 vd.; Sarica, 1949: 56 vd.; Gözübüyük ve Tan, 2014: 407 – 410; Odyakmazvd, 2011: 262-263.

³⁰⁴ Yayla, 2015: 249.

³⁰⁵ Esasen anılan durum, öğretide fiili ajan teorisi olarak ifade edilmektedir. Teoriye göre, yetkisiz olan bir kişinin bazı koşullarda yaptığı bir işlem geçerli kabul edilmektedir. Bazı olağanüstü durumlarda, kamu hizmetlerinin yürütülmesi mecburiyeti karşısında yetkisi olmayan ve idareye yabancı kişilerin yaptığı, kamu yararının gerçekleştirilmesine yönelik bazı işlemlerin geçerli olduğu ve bu kişilerin “fiili memur” olduğu kabul edilmektedir. Gözler ve Kaplan, 2012: 307-308; Özey, 2004: 487.

³⁰⁶ Gözler, 2009a: 750-751.

³⁰⁷ Onar, fiili ajan teorisiyle ilgili olarak bizdeki durumu şu şeklide izah etmiştir. Bu durum, mütareke ve istiklal harbi esnasında yaşanmıştır. Anadolu’da hukukî bir hükümetin teşekkülüne kadar muhtelif yerlerde fiili memurlar tarafından yapılmış muamelelerle milli hükümetin teşekkülünden sonra İstanbul’da fiili memurlar tarafından icra edilmiş birçok hukuki tasarruf söz konusu idi. Bu muameleler sayesinde kişiler birtakım hukuki durumlar kazanmıştır. O dönem yapılan düzenlemelerle bu tasarrufların geçerli olduğu sonucuna varılmıştır. 7 Haziran 1920 tarihli Kanun tarafından, yalnızca doğrudan doğruya Devlet tüzel kişiliğini ilgilendiren “*muahedat ve mukavelat ve ukudat ve mukarreratı resmîye ve verilmiş imtiyazat ve maadın ferağ ve intikatları ve ruhsatnameleriyle müttakereden sonra akdedilmiş bilcümle muahedatı hafiye ve doğrudan doğruya veya bilvasıta ecnebilere verilmiş imtiyazat ve maadın ferağ ve intikalatı ile ruhsatnameleri keenlemeyekûn*” yani yok hükmünde sayılmıştır. Şahsi hal muameleleri, mahkeme ilamları gibi sırf ferdî münasebetleri alakalandıran muameleler muteber tutulmuştur. / Lozan Muahedesi de aynı esasa dayanan hükümleri ihtiva eder: muaheden 77 nci maddesi İstanbul’un işgalinden sonra İstanbuldaki hükümet tarafından akdedilen ve fiili hükümetin sahasına Şâmil bulunan mukaveleleri yok saymamış, Büyük Millet Meclisinin tasvibine bağlı tutmuştur; Meclis kabul etmezse bir tazminat verilmesi esası da kabul edilmiştir. Şu suretle bu mukavelelere sakat bir hukuki varlık tanınmıştır. Yalnız imtiyaz mukaveleleriyle imtiyazın devrû ferağına müteallik fiili memurların fertlerin münasebetlerine dair olan muamele ve kararlarını muteber saymaktadır...”. Onar, 1966: 1281-1282; Özey, 2004: 487.

³⁰⁸ D2D, T.14.5.2007, E.2004/7995, K.2007/2085, KİBB.

sınavı kazananlar açısından da bağlı yetki içerisine girilmiş olması karşısında söz konusu iddiaya itibar edilemeyeceği açıktır. / Bu durumda, Kurumun, fiilen mevcut olduğu göz önüne alındığında, 617 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Anayasa Mahkemesi'nce iptal edildiği ve buna bağlı olarak kadroların da iptal edildiği, böylelikle atamanın fiilen imkânsız olduğundan bahisle davacı hakkında tesis edilen işlemde hukuka aykırılık görülmediği gerekçesiyle davanın reddi yolundaki Mahkeme kararında hukuki isabet bulunmamaktadır...”.

Anılan uyuşmazlıkta Danıştay, Anayasa Mahkemesi tarafından kuruluş mevzuatı iptal edilen ve fakat Türkiye çapında teşkilat, personel ve malvarlığı ile hayatiyetine devam eden idareyi yok saymaya imkân bulunmadığı ve bahsi geçen sınavı kazananlar bakımından idari işlem tesis etme yönünden bağlı yetki içine girilmesi dikkate alınarak idarenin oluşan hukuki boşluk neticesinde imkânsızlık gerekçesiyle yetki unsuru yönünden işlem tesis edemeyeceği yönündeki savunmasına itibar edilmemiştir. Karardan hareketle öğretide Danıştay'ın vardığı sonucun karşıt anlamından, idarenin sadece kuruluş mevzuatı bakımından değil, tamamen ortadan kalkması durumunda işlemini imkânsız hale getirecek hukuksal bir durum olabileceği sonucuna varılmış ve bu halde ortada mevcut bir idare olmadığı için “yetki” bakımından imkânsızlıktan bahsedilmektedir³⁰⁹.

Yine, AYM'nin iptal kararı üzerine hukuken özelleştirme işlemlerini tamamlayacak ya da iptal edebilecek görevli ve yetkili bir idari merciinin kalmaması üzerine anılan boşluk giderilene kadar katılımcıların mağdur edilmemeleri adına Başbakanlık, ilgili fona yatırılan bedellerin iadesine karar vermiştir. Bu olayda, AYM'nin iptal kararı üzerine özelleştirme işlemlerini yapmaya yetkili idare hukuken ortadan kaldırılmıştır. Ortaya çıkan imkânsızlığın etkilerinin giderilmesi adına bağlı bulunulan Başbakanlığın özelleştirme bedellerinin iadesi yönünde karar aldığı görülmektedir. Hükümetin genel siyasetini yürütmekle yükümlü olan Başbakanlığın mevcut hukukî boşluktan ötürü katılımcıların daha fazla zarar görmemesi adına yapılan bu işlem, Danıştay tarafından Devlet teşkilatının düzenli ve etkili bir şekilde işlemlerini temin etmek amacıyla gerekli gördüğü tedbir niteliğinde olup; yetki, şekil, neden, konu ve maksat unsurları bakımından mevzuata ve hukuka uygun bulunmuştur³¹⁰.

İmkansızlık kavramının yetki unsuru ile ilişkisi kapsamında kamu kurumlarının kapatılması örneğinin de incelenmesi gerekmektedir³¹¹. Bu kapsamdaki güncel örneklerden

³⁰⁹ Yayla, 2015: 250.

³¹⁰ D10D, T.28.1.1997, E.1994/7425, K.1997/21, KİBB.

³¹¹ **4652 sayılı Polis Yüksek Öğretim Kanunu Geçici Madde 7** – (Ek: 27/3/2015-6638/43 md.): “(1) Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte başka bir işlem yapılmasına gerek kalmaksızın Güvenlik Bilimleri Fakültesi, Polis Amirleri Eğitimi Merkezi Müdürlüğüne dönüştürülür ve geçici 6 ncı madde hükümleri çerçevesinde yapılacak atamalarla kadroları tamamlanır. (2) Fakülte öğrencileri, Yükseköğretim Kurulu tarafından belirlenecek üniversitelerin iktisadi ve idari bilimler fakültelerine tercihlerine göre yerleştirilirler. Yerleştirme

biri de Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Fakültesinin kapatılmasıdır. Başvurucuların fakülteye kayıtlarının yapılmaması üzerine (zımnen red) açılan davalarda idare mahkemeleri, dava konusu red işlemlerini iptal etmiştir. Bunun üzerine gerçekleştirilen temyiz incelemesinde Danıştay, söz konusu zımni red işlemlerinin yetkili idarelerin kapatılması sebebiyle oluşan fiili ve hukuki imkânsızlık kapsamında hukuka uygun olduğunu belirterek mahkemelerce verilen iptal kararlarının bozulmasına karar vermiştir³¹². Fakülteye kayıt işlemini yapmaya yetkili kamu kurumunun kapatılması sonucu mezkûr istemlerin reddedilmesinin hukuka uygun olduğu görülmektedir.

İmkânsızlık kavramının yetki unsuru ile ilişkisini ancak idarenin var olmaması veya ortadan kalkmış olması durumları ile sınırlı tutulması gerektiği belirtilmektedir³¹³. Esasen yetki unsuru ile imkânsızlık kavramı ilişkisinin sınırlı tutulması, imkânsızlık kavramının doğası gereğidir. Zira, imkânsızlık hali hukuk düzeninde istisnai bir vaziyettir. Kural olan idarenin yetkili bulunduğu işlemleri tesis edebilmesidir. Bu yönüyle imkânsızlık kavramının yetki unsuru ile dolaylı bir ilişkinin olduğu ifade edilmelidir. Gerçekten de, yetki unsurunda anılan hususlar dışındaki hallerin esasında yetki sakatlığı teşkil edeceği aşîkârdır³¹⁴. Bu yönüyle yetkisiz olarak işlem tesis edilmesi hallerinin, yetkinin bulunmadığından dolayı

yapılacak fakültelerin kontenjanları ile yerleştirmeye ilişkin usul ve esaslar Yükseköğretim Kurulu tarafından belirlenir.”

³¹² “...6638 sayılı Kanunla Güvenlik Bilimleri Fakültesinin kapatılmış olması karşısında davacının Fakülteye kaydı konusunda oluşan fiili ve hukuki imkânsızlık nedeniyle dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığından temyize konu Mahkeme kararının bozulması gerekmektedir...” D8D, T.22.11.2016, E.2016/981, K.2016/9775, UYAP; Aynı minvalde ve yayımlanmayan kararlar için bk.: D8D, T.1.12.2016, E.2016/1566, K.2016/10032; D8D, T.16.11.2016, E.2016/11754, K.2016/9417; D8D, T.22.11.2016, E.2016/1094, K.2016/9773; D8D, T.16.11.2016, E.2016/11790, K.2016/9418; D8D, T.1.11.2016, E.2016/4952, K.2016/8166; D8D, T.26.10.2016, E.2016/9882, K.2016/7953; D8D, T.26.10.2016, E.2016/6069, K.2016/7952, D8D, T.26.10.2016, E.2016/5751, K.2016/7934; D8D, T.26.10.2016, E.2016/6920, K.2016/7935; D8D, T.26.10.2016, E.2016/1091, K.2016/7933; D8D, T.8.12.2016, E.2016/13973, K.2016/10381; D8D, T.1.12.2016, E.2016/2015/1566, K.2016/10032; D8D, T.1.11.2016, E.2016/4952, K.2016/8166; D8D, T.22.11.2017, E.2017/1326, K.2017/8304; D8D, T.22.05.2017, E.2016/13005, K.2017/4145. Bu konuda diğer bir uyumsuzluk ise, bu kamu kurumlarında görevli personel bakımından gündeme gelebilmektedir. Bu anlamda, kapatılan bir polis meslek yüksekokulundan bir diğerine ataması gerçekleştirilen meslek yüksekokul müdürünün, bu işlemin iptali için açtığı davada, idare mahkemesinin imkânsızlık gerekçesine dayanarak davayı reddetmesini, Danıştay onayarak söz konusu olaydaki imkânsızlığın, idareyi bu yönde işlem tesis etmesinin hukuka uygun olduğunu göstermesi bakımından önemlidir. D5D, T.21.3.2017, E.2016/7749, K.2017/8311, UYAP. Benzer diğer bir örnek ise, polis akademisi kadrosundan bir başka polis meslek yüksek okulu müdürlüğüne atama işleminin iptali için açılan davada verilen iptal kararının idarece imkânsızlık gerekçesiyle uygulanamayacağına ilişkin işleminin iptali için açılan davada gündeme gelmiştir. Anılan davada Danıştay, yürütmenin durdurulması talebini aynı gerekçeyle reddetmiştir. D5D, T.23.11.2016, E.2016/23839, UYAP.

³¹³ Yayla, 2015: 250.

³¹⁴ “...Bir üst makama verilmiş bir yetkinin mevzuatta bununla ilgili hiçbir hüküm bulunmaksızın alt makam tarafından kullanılarak işlem tesis edilmesi, o işlemin yetki yönünden sakat bir işlem haline gelmesi sonucunu doğurur. Sakatlığın ağırlığına göre ya o işlemin yoklukla malul olacağı yahut iptal edilebilir bir işlem haline gelebileceği idare hukuku esaslarındandır...” D5D, T.2405.1979, E.1976/797, K.1979/1484, DD, 1980, S.36-37, s.361-362; Benzer bir içtihat için bk.: D2D, T.20.10.2004, E.2004/1374, K.2004/930, DKD, 2005, S.6, s.77-78.

imkânsızlık hali olarak belirtilmesi, içinden çıkılması güç problemleri beraberinde getirecektir.

2.1.1.2. İmkansızlık Kavramının İdari İşlemin Şekil Unsuru İle İlişkisi

İdari işlemin şekil unsuru, işlemin maddi biçimi ile işlemin özünü oluşturan iradenin tekemmül etmesi için gerekli süreci ifade etmektedir³¹⁵. İdari işlemin kanunun öngördüğü şekil ve usul kurallarına göre tesis edilmesi gerekmektedir³¹⁶. Bu kurallara riayet edilmeden idari işlemin tesis edilmesi şekil/usul sakatlığı doğuracaktır. Şekil ve usûl kurallarına riayet edilmemesinin asli veya tali olması, idari işlemin mahkemece iptali aşamasında önem kazanan bir husus olup, idari yargıda asli nitelikte olmayan şekil sakatlıklarının idari işlemi iptal veya yokluk müeyyidesi ile sakat hale getirmeyeceği kabul edilmektedir³¹⁷.

Şekil unsuru yönünden imkânsızlık kavramı ile belirli bir korelasyon kurulabileceği ifade edilmektedir. Esaslı olmayan kurallara uymanın hukukken veya fiilen mümkün olmadığı durumlarda, idarenin anılan tali şekil kuralları doğrultusunda işlem tesis etmesi hukuka aykırı olacaktır. Esaslı kurala uymanın hukukken veya fiilen mümkün olmadığı hallerde ise, anılan kurala uymadan işlem tesis edilmesinin hukuka aykırılık halini ortadan kaldıracığından söz edilmektedir³¹⁸.

Danıştay'ın bir kararında, mükelleflere vergi muafiyetinin sağlanması için yasadaki usule göre takvim yılının son günü mükelleflerin idareye sunmak zorunda oldukları bilgi ve belgeleri, ticari faaliyetin de aynı güne kadar devam etmesi durumu, mükelleflerin bu usule riayet edilememesi sonucunu doğurmuştur. Bu noktada, Danıştay, idare tarafından oluşan fiili imkânsızlığın aşılabilmesi için başvuru süresinin uzatılmasını hukuka uygun bulmuştur³¹⁹. Bir diğer karar ise, profesörlüğe yükseltme usulü ile ilgilidir. Doçent olan başvurucunun mevzuattaki usul bakımından profesörlüğe yükseltmesi hususunda Maliye Bakanlığı

³¹⁵ Bu bakımdan şekil unsuru, usul anlamında kullanılmakta olup işlemin yapılmasında izlenen yol ve yöntemi ifade etmektedir. İrade, bazı durumlarda tek bir kişi tarafından doğrudan ve derhal açıklanırken, diğer bazı durumlarda ise, belli aşamalardan geçen bir sürecin sonunda açıklanmaktadır. İşlemin oluşabilmesi için yetkili kişi veya makamın kendisi dışındaki kişi veya makamlardan teklif, inha, danışma ve görüş almak suretiyle işlemi yapması buna örnektir. Kaplan, 2017: 223; Duran, 1982: 408-409; Akgüner ve Berk, 2017: 1125; Gözübüyük, 2013: 351. Aksi yönde görüş için bk.: Gözler, 2009a: 828-829.

³¹⁶ Onar, 1966: 307 vd; Atay, 2014: 486; Tikveş, 1981: 263; Akbulut, 2013:282-287; Odyakmaz vd, 2011: 264.

³¹⁷ Gözübüyük ve Tan, 2016: 439; Duran, 1982: 410; Yıldırım, 2010: 226 vd; Çağlayan, 2014: 457; Yayla, 2009:124-126; Sancakdar vd, 2015: 348; Kalabalık, 2015: 176 vd; Atay, 2014: 497-499; Gözler, 2009a: 848-849.

³¹⁸ Yayla, 2015: 251.

³¹⁹ “...Vergisiz halı ve kilim satın alan muaflik belgesi sahiplerinin, muaflik belgesini aldıkları odaya bir yıllık hesabı, takvim yılının son gününde vermelerinin, alım, satım ve sarf faaliyetlerinin takvim yılının son gününe kadar devam etmesi ve gerekli bilgilerin defter ve belgelere, envanter çalışmaları sonucuna dayanılarak hazırlanıp verilebileceği gerçekleri karşısında, fiilen imkânsız olduğu açıktır...” D5D, T.19.03.1975, E.1975/111, K.1975/167, KİBB.

tarafından tereddüte düşülmüştür. Bunun üzerine bakanlık tarafından üniversiteye gönderilen yazı üzerine üniversite tarafından profesörlüğe yükseltme işleminin ve tanınan özlük haklarının geri alınmasına karar verilmiştir. Danıştay zaman bakımından uygulanması mümkün olmayan usule göre işlemin tesis edilmesini hukuka uygun bulup, kararda belirtilen usule uyulmadığı gerekçesiyle işlemin geri alınmasını hukuka aykırı bulmuştur³²⁰.

İmkansızlık kavramının şekil unsuru yönünden ilişkilendirilmesi görüldüğü üzere oldukça sınırlı örneklerle karşımıza çıkmaktadır. Esaslı kabul edilen şekil ve usûl kurallarına riayetsizliğin imkânsızlık gerekçesine dayandırılması halinde, idari yargı yerleri bu gerekçenin hukuka uygunluğunu denetlerken olaydaki hukuken veya fiilen mümkün olmama durumlarına da dikkat ederek karar vermelidir. İdarenin bu yöndeki savunması haklı bulunursa, anılan kurallara riayet edilmemesi hukuka aykırılığı kaldırıcı bir etkide bulunmalıdır. Esaslı olmayan kurallarda ise, idarenin bu yöndeki savunmalarına itibar edilmemesi gerektiğini düşünmekteyiz. Zira, tali şekil sakatlıkları, halihazırdaki işlemi iptal veya yokluk ile malul kılmayacaktır. İdarelerin bizatihi belirtilen gerekçeyle işlem tesis etmemesi, hukuka aykırı bir durum meydana getirmiş olacaktır.

2.1.1.3. İmkansızlık Kavramının İdari İşlemin Sebep Unsuru İle Olan İlişkisi

İdare hukukunda işlemler, kendilerinden önce gelen, nesnel kurallarla belirlenmiş bulunan bir “sebep”e dayanmalıdır³²¹. İdari işlemin sebep unsuru, idari işlemde önce gelen ve idareyi o işlemi yapmaya sevk eden nesnel hukuk kurallarınca belirlenmiş bulunan etkenler olarak karşımıza çıkmaktadır³²². Benzer bir ifadeyle, idari işlemin sebebini kural olarak, hukuksal bir duruma ilişkin olgu veya olgular ile kendisinden önceki bir işlem oluşturabilir³²³. İşlemin sebep unsurunu idareyi işlem tesis etmeye sevk eden maddi veya hukuki etkenler oluşturmakta olup bunlar, tesis edilecek idari işlemlerden önce mevcut olmalıdır³²⁴. Danıştay’ın bir kararına göre idari işlemin sebep unsuru şu şekilde izah edilmektedir³²⁵:

“...Gerek yargısal kararlarda, gerekse doktrinde sebep unsuru, idari işlemin dışında, idari işlemin yapılmasını gerektiren hukuki işlem veya olay olarak tanımlanmaktadır. Sebep, idareyi işlem yapmaya yönelten tüm etkenler olup; sebep, işlemin bir tür gerekçesidir...”.

³²⁰ D8D, T.27.09.1994, E.1994/1487, K.1994/2300, KİBB.

³²¹ Özay, 2004:454; Gözler, 2009a: 893 vd; Gözübüyük ve Tan, 2016: 460; Giritli vd, 2015: 1258; Tikveş, 1981: 264; Akgüner ve Berk, 2017: 1100; Gözübüyük, 2013: 352.

³²² Günday, 2013: 138; Sarıca, 1949:65; Akyılmaz vd, 2017: 443; Atay, 2014: 499-503.

³²³ Özay, 2004:455; Giritli vd, 2015: 1258; Akbulut, 2013: 287-288; Odyakmaz vd, 2011: 267; Akgüner ve Berk, 2017: 1101.

³²⁴ Gözler, 2009a: 894; Çağlayan, 2014: 466.

³²⁵ DİDDGK, T.17.10.1997, E.1995/769, K.1997/525, KİBB.

İdari işlemin sebep unsurunun maddi bir olay veya bir başka idari işlem olduğu kabul edilmektedir³²⁶. İşlemin sebep unsurunun imkânsızlık ile ilişkisi de bu bağlamda düşünülebilir. Sebebin ya işlemin dayanağı olan hukuki işlem ya da maddi bir olay bakımından imkânsızlık ile ilişkilendirilebilmesi ifade edilmekte olup sebep unsurunu meydana getiren hukuk kuralı, idari işlem tesisini hem yönden hem de hukuki olarak imkânsız hale getirebilecektir³²⁷.

İdari işlemin sebep unsurunu meydana getiren mevzuat hükmünün ortadan kalkması, idarenin bu yönde karar alması veya aldığı uygulaması bakımından hukuken mümkün olmayan bir durum olarak değerlendirilmiştir³²⁸. Sebepe unsurunun bir biçimde ortadan kalkmasının idari işlem tesisi veya uygulanması yönünden hukuken mümkün olmadığını ifade etmek kanaatimize göre doğru değildir. Anılan tarzda bir durum, koşulları oluşmuşsa sebepe unsurunda hukuka aykırılık değerlendirilmelidir. Nitekim AYM tarafından ortadan kaldırılan mevzuat hükmüne dayanılarak çıkarılan düzenleyici işlemin yürürlüğü ile düzenleyici işleme dayanılarak çıkarılan bireysel işlemlerin tesis edilmesinin hukuken mümkün görüldüğü ifade edilmektedir³²⁹. Bu bakımdan Danıştay, atama başvurusu reddedilen kişinin açtığı dava esnasında işlemin dayanağı yönetmelik hükmünün değişmiş olmasını, dava iptal kararı ile neticelendikten sonra iptal kararının uygulanmasına hukuki bir engel olarak görmemiştir³³⁰. Danıştay'ın önüne gelen bu uyuşmazlıkta, iptal kararının ilgili idari işlemin tesis edildiği andaki mevcut hukuki duruma dönülmesi esnasından hareketle, bir başka dava neticesinde iptal edilmiş de olsa yönetmeliğin ilgili hükmünün iptal edilen idari işlem bakımından uygulanması gerektiğine, hukuki imkânsızlık bulunduğu yönündeki idare savunmasında hukuki isabet bulunmadığına hükmetmiştir.

İdari işlemin sebep unsurunu oluşturan bir hukuk kuralından dolayı meydana gelen imkânsızlık hali, Danıştay'ın istisari bir görüşüne konu olmuştur. Olayda ilgili kişi, yurtdışı koruma görevlisi olarak atanmak için idareye başvuruda bulunmuştur. İlgili, yurt dışı koruma görevlisi olarak atanmak için yönergede öngörülen bütün koşulları taşımakta olup yazılı ve sözlü sınavlarda başarılı olmuş ancak hakkında yapılan güvenlik soruşturması sonucu bu göreve atanmamış ve talebi reddedilmiştir. Bunun üzerine açılan davada, işlem iptal edilmiştir. Davanın kesinleşmesine kadarki süreçte davacı, emniyet amiri olmuştur. Kararın

³²⁶ Akgüner ve Berk, 2017: 1101; Akyılmaz vd, 2017: 443; Yıldırım, 2010: 241.

³²⁷ Yayla, 2015: 253-254.

³²⁸ Yayla, 2015:254.

³²⁹ Bülbül, 2010: 105-106. Yazar, iptal edilen kanuna dayanılarak iptal kararından önce çıkarılmış idari işlemlerin hukuki sebebinin geleceğe dönük olarak ortadan kaldırdığını ancak AYM tarafından verilen iptal kararının iptal edilen kanun hükmüne dayanılarak çıkarılmış olan idari işlemleri yürürlükten kaldırma etkisine sahip olmadığını ifade etmektedir. Aksi yönde görüş için bk.: Akgüner ve Berk, 2017: 1152.

³³⁰ D2D, T.23.1.2009, E.2007/2869, K.2009/199, KİBB.

kesinleşmesinden sonraki süreçte idare, belirtilen mahkeme kararını, yönergede anılan azami rütbenin aşılmış olması gerekçesiyle göreve atanma yönünden hukukî imkânsızlığın mevcut olduğunu düşünerek iptal kararının nasıl uygulanması gerektiği yönünde istişari görüş isteminde bulunmuştur. Danıştay, olayda hukukî imkânsızlık bulunduğunu mütalaa etmiştir³³¹. Anılan işlemin sebep unsuru, yönergenin ilgili hükmüdür. Hükme göre, ilgili göreve atanmadaki azami rütbe, baş komiserliktir. Başvurucunun sonradan emniyet amiri rütbesine ataması yapıldığından, yönergenin anılan hükmü gereği belirtilen işlemin tesis edilmesi bakımından hukukî bir engel olarak değerlendirilmektedir. Buna göre, kişinin belirtilen göreve, mahkeme kararının yerine getirilmesine yönelik işlem ve eylem tesis edilmesi zorunluluğuna rağmen gerçekleştirilebilmesi hukukî mümkün görünmemektedir. Bu sebepten dolayı yapılan başvurunun idare tarafından reddi hukuka uygun olup, kişinin uğramış olduğu zararların giderilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Sebeb unsurundaki imkânsızlık kavramının incelemesinde son olarak, kamu görevlilerinin görevlerini ifa edebilmeleri bakımından mevzuatta belirtilen durumları taşıyıp taşımadıklarının değerlendirilmesi gerekmektedir³³². Bu cümleden olarak, 657 sayılı Yasa'nın 132. maddesinin 4. fıkrası³³³, aylıktan kesme yahut kademe ilerlemesinin durdurulması cezası alanların fıkra sayılan görevlere atanamayacaklarını hüküm altına almıştır. Belirtilen görevlerde bulunan kişilerin bu disiplin cezalarını alması durumunda, mevcut görevlerde bulunmaları anılan hüküm gereği hukukî engellenmiş olmaktadır. Anılan hukukî engel, sadece bu disiplin cezasını almış olanların mezkûr görevlere getirilmesini engellememektedir. Aynı zamanda mevcut görevden alınarak alt göreve atanma işleminin sebep unsurunu da oluşturmaktadır³³⁴. İlâveten, koşullardaki eksiklik hâli öğretide Devlet memurluğunun sona ermesi sebeplerinden biri olarak değerlendirilmektedir³³⁵.

³³¹ DİD, T.04.04.1991, E.1991/54, K.1991/53, KİBB.

³³² Bu hususta daha kapsamlı açıklama için çalışmanın ilk bölümündeki hukukî imkânsızlığın ortaya çıkış biçimleri başlığının altında yer alan "Nitelik kaybı veya değişikliği" başlığına bakılabilir.

³³³ **657 s. DMK m.132/VI:** (Değişik dördüncü fıkra: 13/2/2011-6111/112 md.) "*Aylıktan kesme cezası ile tecziye edilenler 5 yıl, kademe ilerlemesinin durdurulması cezası ile tecziye edilenler 10 yıl boyunca daire başkanı kadrolarına, daire başkanı kadrosunun dengi ve daha üstü kadrolara, bölge ve il teşkilatlarının en üst yönetici kadrolarına, düzenleyici ve denetleyici kurumların başkanlık ve üyeliklerine, vali ve büyükelçi kadrolarına atanamazlar.*"

³³⁴ "...*Dairesi Başkanı olarak görev yapan davacı Şube Müdürü olarak atanmasına dair işlemin iptali ve işlem sebebiyle yoksun kalınan parasal hakların yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle dava açmıştır. / Davacı hakkında tesis edilen davaya konu atama işleminin dayanağının iki ayrı aylıktan kesme disiplin cezası olduğu, disiplin cezalarından birinin Mahkemece iptal edilmesine rağmen, diğerinin hala yürürlükte bulunduğu, Daire Başkanlığı görevine atanma koşulunu kaybettiği anlaşıldığından tesis edilen davaya konu işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır...*" D5D, T.24.11.2015, E.2013/3783, K.2015/9388, KİBB.

³³⁵ Kaman Karan, 2003. Atay, bu durumu, koşullarda eksiklik olarak nitelendirmektedir. Atay, 2014: 943.

2.1.1.3.1. İdari İşlemin Sebep Unsuruna Yönelik Olarak İmkânsızlık Halinin Mevzuatta Açıkça Düzenlenip Düzenlenmeyeceği Sorunu

İdari işlemin sebep unsuru, kendinden önce gelen ve nesnel kurallarla belirlenmiş bulunan “sebep”lere dayanmakta olup esasen kanunla düzenlenmektedir. Kanunla düzenlenen bu unsurun herhangi bir biçimde gerçekleşmesi engellenmişse, idari işlemin sebep unsuru yönünden imkânsız halde geldiği söylenilebilir. İmkânsızlık hâlinin varlığı halinde, idarenin bu duruma dayanılarak, hukuk âleminde değişiklik meydana getiren idari işlem tesis edememesi, diğer bir deyişle, imkânsızlık gerekçesiyle red yönünde işlem tesis etmesi hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yasal düzenlemelerle imkânsızlık kavramının sebep unsuru olarak belirlemesi ile idareye bu konuda verilen takdir yetkisi, hukuk devleti bakımından sorgulanması gereken bir durum meydana getirebilecektir. Şöyle ki; 4046 Sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun’a eklenen bir hüküm ile³³⁶ özelleştirme uygulamaları neticesinde “fiili imkânsızlık” gerekçesiyle “geri dönülemeyecek” bir durumun meydana gelmesi halinde yargı kararlarının yerine getirilmemesine yönelik işlemler tesis edilebilmesi bakımından Bakanlar Kurulu yetkilendirilmiştir. Ancak, idareye imkânsızlık sebep ve gerekçesine dayanılarak yargı kararlarının uygulanmaması yönünde işlem tesis etme yetkisi veren nitelikteki düzenlemelerin yapılıp yapılamayacağı ve idari işlemin sebep unsuru olarak fiili imkânsızlık kavramının düzenlenip düzenlenemeyeceği hususları, AYM tarafından değerlendirilmiş ve iptal edilmiştir³³⁷. Hukuki ve fiili imkânsızlık sebeplerinin genel olarak statü değişikliklerinden meydana geldiği, Ek 5. maddedeki durumun da bu kapsamda olduğu, Anayasa’nın 47.

³³⁶ 26.04.2012 tarihli ve 6300 sayılı Kanun’un 10. maddesiyle, 4046 sayılı Kanun’a eklenen Ek 5. madde: “Tabii afetler nedeniyle zarar gören çiftçilerin özelleştirme kapsam ve programındaki Türkiye Şeker Fabrikaları A.Ş.’ye olan borçlarının vade farkı alınmaksızın ertelenmesi veya vadelenendirilmesi ile özelleştirme uygulamaları sonucunda kuruluşların nihai devir sözleşmelerinin imzalanarak devir ve teslim işlemlerinin tamamlanmasından sonra özelleştirme işlemlerinin bütün sonuçlarıyla birlikte tamamlanmış bulunması, söz konusu kuruluşları devralanlar tarafından üretim, yatırım, modernizasyon, istihdam ve bunlara bağlı her türlü hukuki, ticari ve mali tasarruflarda bulunulması nedeniyle oluşacak fiili imkânsızlık karşısında geri dönülemeyecek bir yapının ortaya çıkması halinde yargı kararlarının uygulanmasına yönelik olarak, Bakanlar Kurulu tesis edilecek iş ve işlemler konusunda karar almaya yetkilidir.”.

³³⁷ 6300 sayılı Kanun’un 10. maddesi ile 4046 sayılı Kanun’a eklenen Ek 5. maddenin belirtilen kısmı, Anayasa Mahkemesi tarafından 03.10.2013 tarihinde 2012/73 E. ve 2013/107 K. sayılı kararı ile iptal edilmiştir. (RG: 27.3.2014 – 28954). Kararda belirtilen şu husus oldukça önemlidir: “Dava konusu kuralla, özelleştirme uygulamaları sonucunda verilen yargı kararlarının Başbakanlık ve Özelleştirme İdaresi Başkanlığı tarafından uygulanması engellenmekte, özelleştirme uygulamaları sona eren kuruluşlar hakkında verilen yargı kararlarının uygulanmasına yönelik olarak tesis edilebilecek işlemler konusunda Bakanlar Kurulu’na yetki verilmesi öngörülmektedir. Böylece, özelleştirme uygulamaları sonucunda verilecek yargı kararlarının ilgili idarelerce gecikmeksizin ve derhal yerine getirilmesinin yolu kapatılmış ve özelleştirme uygulamaları sona eren kuruluşlar hakkında verilen yargı kararlarının Bakanlar Kurulu kararı ile uygulanması öngörülmek suretiyle adli ve idari yargı mercilerince verilmiş olan mahkeme kararlarının sonuçsuz kalmasının yolu açılmaktadır. Bakanlar Kurulu kararına karşı yeniden yargı yoluna başvurulabilmesi de bu sonucu değiştirmeyecektir. / İdarenin, mahkeme kararlarını yerine getirmesi, Anayasa’nın 138. maddesinde öngörülen bağlayıcılık ilkesi gereği temel bir ödevi olup kararları uygulamama gibi bir tercih hakkı bulunmamaktadır.”.

maddesine göre³³⁸ özelleştirme ve devletleştirmeye ilişkin usul ve esasların da kanunla düzenleneceği dikkate alındığında, imkânsızlık sebeplerine dayanılarak yargı kararlarının uygulanmamasına yönelik işlem tesis etme yetkisinin kanunla düzenleme altına alınabileceği karşı oy yazısında belirtilmiştir. Karşı oy yazısının devamında, anılan yasal düzenlemenin imkânsızlık kavramının özelleştirme bağlamında şartlarını belirlemeyi ve yasal dayanağını oluşturmayı hedeflediği belirtilmektedir.

Yargı kararlarının uygulanma yükümlülüğünün tek ve yegâne istisnası, imkânsızlıktır. Bunun dışında başkaca herhangi bir sebep ile mahkeme kararının “*aynen*” ve “*gecikmeksizin*” uygulamaktan kaçınılamaz³³⁹. Anılan gerekçeye göre, gerek hukuk düzenindeki kuralların gerekse de maddi, doğa veya fizik kurallarının bir işlem veya eylem tesis ve icra edilmesini ihtimal dahilinden çıkarmaktadır. Bize göre bu husustaki yetkinin yasa ile idareye bırakılması, imkânsızlık kavramının yapısına aykırı düşecektir. Anılan düzenleme, özelleştirme uygulamaları kapsamında mahkeme kararlarının imkânsızlık kavramına dayanılarak uygulanmamasının yasal zeminini hazırlar mahiyettedir. Kaldı ki, mahkeme kararlarının uygulanması konusunda idarenin bağlı yetki içinde bulunduğu hususu, idare hukuku disiplince bilinen bir kuraldır³⁴⁰. Bu yönüyle idareye bu hususta takdir yetkisi verilmesi, hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı prensiplerine de uygun düşmeyecektir.

³³⁸ **Anayasa m.47:** “(1) Kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devletleştirilebilir. (2) Devletleştirme gerçek karşılığı üzerinden yapılır. Gerçek karşılığın hesaplanma tarzı ve usulleri kanunla düzenlenir. (3) (Ek fıkra: 13/8/1999-4446/1 md.) Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla gösterilir. (4) (Ek fıkra: 13/8/1999-4446/1 md.) Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırabileceği veya devredebileceği kanunla belirlenir.”

³³⁹ “...Öğretide ve uygulamada idari yargı yerince verilen iptal kararları, hukuki veya fiili engel yok ise idari işlemi tesis edildiği tarihten itibaren geriye yönelik olarak ortadan kaldıracağı, yürütmenin durdurulması kararlarının ise uygulama tarihinden itibaren hüküm ifade edeceği kabul edilmektedir...” D8D, T.25.2.2015, E.2014/10360, K.2015/1223, DD, 139, 2015, s.216.; Benzer yönde kararlar için bk.: D5D, T. 24.4.1991, E.1989/2113, K.1991/756, DD, 1992, 82-83, s.442; D5D, T.12.2.1991, E.1988/3400, K.1991/178, DD, 1992, 82-83, s.385; D5D, T.11.2.1991, E.1991/112, K.1991/154, DD, 1992, 82-83, s.371; D5D, T.7.6.1988, E.1986/1476, K.1988/1823, DD, 1989, 74-75, s.254-255.

³⁴⁰ “...İdareye dilerse Danıştay kararını uygulamak, dilerse tazminat ödemek tarzlarından birini seçmek gibi bir hak tanınmamıştır.” D8D, T.17.6.1974, E.1974/2123, K.1974/2768, DD, 16-17, s.308.; “...Anayasa ve İdari Yargılama Usulü Kanununda yer alan bu hükümler yargı kararlarının bağlayıcılığını ve uygulanma zorunluluğunu belirtmeleri yönünden temel hükümler olup, idareye keyfi bir biçimde yargı kararını uygulamama olanağı ve yetkisi tanımadıkları gibi, idare bütçesinden ödeyeceği bir tazminatı gözden çıkararak yargı kararını uygulamaktan da kaçınmaz. Böyle bir davranış kesin hükme saygı ve hukuk devleti ilkeleriyle de bağdaşmaz.” D5D, T.15.12.1993, E.1992/5927, K.1993/5798; “...yargı kararlarının uygulanması konusunda Anayasa ve yasalarda ve ademi infaz nedeniyle açılan davalarda yargı yerlerince verilen kararlarda idareye bir seçenek tanınmamıştır. Başka bir anlatımla idarenin, isterse kararı uygulaması istemezse hukuki ve fiili imkânsızlıktan söz ederek tazminat ödeme yolunu seçmesi de kabul edilmemektedir.” D1D, T.14.6.1991, E.1991/86, K.1991/101, KİBB.

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun'un 106. maddesi de başlığın yasal anlamda ortaya koyduğu örneklerden birisidir³⁴¹. Bu hükme göre, yapılacak takip sonunda tahsili imkânsız veya tahsili için yapılacak giderlerin alacaktan fazla olduğu anlaşılan küçük miktartlı alacaklar terkin edilebilecektir³⁴². Bu durum anılan yasa maddesinde bir terkin sebebi olarak hüküm altına alınmıştır. Terkin, öğretide, vergi alacaklısının alacağını silmesi, alacağından vazgeçmesi olarak tanımlanmaktadır³⁴³. Tahsilindeki imkânsızlık nedeniyle terkin edilen vergiler, tahakkuk etmiş ve kesinleşmiş bir kamu alacağıdır³⁴⁴. Bu yönüyle, terkin, vergi alacağını/borcunu bütün hukuki sonuçları ile birlikte ortadan kaldıran bir idari işlemdir. Dolayısıyla söz konusu vergi borcu terkin edildikten sonra, borçlunun rızası ile dahi olsa artık ödenemez hale gelmektedir³⁴⁵. Tahsil imkânsızlığı sebebiyle terkin işlemi, tahsil işleminin iptali suretiyle gerçekleştirilmektedir³⁴⁶. Görüldüğü üzere, vergi alacağının tahsilinin mümkün olmaması durumu, terkin işleminin sebep unsurunu oluşturmaktadır ve bu durum ise, mevzuatta açık bir biçimde düzenleme altına alınmıştır.

2.1.1.4. İmkânsızlık Kavramının İdari İşlemin Konu Unsuru İle İlişkisi

Hukuki tasarrufların konusu, o tasarrufun doğuracağı hukuki sonuçtur³⁴⁷. Hukuksal tasarruf olarak değerlendirilen idari işlemler de hukuk âleminde bir sonuç meydana getirebilmek için yapıldıkları için yaratmış oldukları birtakım hukuki ve/veya maddi sonuçlar vardır³⁴⁸. Her hukuki tasarrufun meşru ve mümkün bir konusunun bulunması gerekmektedir. Hukuki tasarrufun özünü ve esasını teşkil eden iradenin yöneldiği hukuki sonucu gerçekleştirebilmesi için anılan sonucun maddeten ve hukuken mümkün ve yasaklanmamış bir konuda bulunması gerekmektedir³⁴⁹. Aynı zamanda, Özel hukuktaki hukuki tasarrufların aksine, idari işlemin konusunu belirleme noktasında idarenin ya da ilgililerin irade serbestisi

³⁴¹ 6183 sayılı AATUHK "Tahsil İmkânsızlığı Sebebiyle Terkin" Madde 106 – (Değişik: 26/11/1980 - 2347/10 md.) (2)(Değişik birinci fıkra: 25/5/1995 - 4108/15 md.) "Yapılacak takip sonunda tahsili imkânsız veya tahsili için yapılacak giderlerin alacaktan fazla bulunduğu anlaşılan ve 213 sayılı Kanun kapsamına giren amme alacaklarında 10 Türk Lirasına (10 Türk Lirası dahil), diğer amme alacaklarında 20 Türk Lirasına (20 Türk Lirası dahil) kadar amme alacakları, amme idarelerinde terkin yetkisini haiz olanlar tarafından tahsil zamanasını süresi beklenilmeksizin terkin olunabilir. Bakanlar Kurulu, bu tutarları topluca veya ayrı ayrı on katına kadar artırmaya yetkilidir. (3) (Ek: 3/12/1988 - 3505/25 md.) Maliye ve Gümrük Bakanı, yukarıdaki fıkra hükmüne göre terkin edilecek amme alacağının miktarını belirlemeye yetkilidir. (4) Terkin yetkisini haiz olanlar bu yetkilerinin tamamını veya bir kısmını mahalli makamlara bırakabilirler."

³⁴² Bilici, 2014: 147.

³⁴³ Şenyüz vd, 2016: 306; Mutluer ve Dayanç, 2014: 130.

³⁴⁴ Öncel vd, 2014: 149.

³⁴⁵ Oktar, 2016: 152.

³⁴⁶ Karakoç, 2014: 711.

³⁴⁷ Onar, 1966: 311; Göçgün, 2017: 23; Akgüner ve Berk, 2017: 1129; Gözübüyük, 2013: 353; Kaplan, 2017: 230; Karahanoğulları, 2015: 520; Atay, 2014: 503; Akbulut, 2013: 293.

³⁴⁸ Onar, 1966: 311; Tikveş, 1981: 264.

³⁴⁹ Onar, 1966: 311-312; Karahanoğulları, 2015: 520; Kaplan, 2017: 230; Yıldırım, 2010: 68; Erdinç, 2013: 176-177.

yoktur. Ancak kanun tarafından belirlenen konularda idari işlem yapılabilir³⁵⁰. İşlemin konusu, işlem öncesinde objektif olarak belirlendiğinden, tarafların sübjektif belirlemeler yapmaları mümkün değildir³⁵¹. İdarenin kendi iradesine dayanarak hareket etmesi, konusu belirlenmiş işlemi yapıp yapmama ya da konusu belli işlemlerden birini seçip seçmeme noktasında söz konusu olabilmektedir³⁵².

İdari işlemlerin konusunun mümkün ve meşru olabilmesi için ilk olarak değerlendirilen husus, işlemin idarenin görev ve yetki sınırlarında olmasıdır³⁵³. Bu ise, idarenin fonksiyonel ve organik olarak belirli bir faaliyetinin görülmesi için kurulan yapıyı ifade eder³⁵⁴. Bu bakımdan yasamanın ve yargının alanlarına müdahale niteliği bulunan irade açıklamalarının hukuki sonuç doğurabilmesi olanaklı görünmemektedir. Bu tür irade açıklamaları, yokluk ile sakat hale gelmektedir. Nitekim bu husus öğretide genel olarak fonksiyon (işlev, görev) gaspı olarak nitelendirilmektedir. Yasama veya yargı erkinin görev alanına girmesine karşın idari makamlarca alınan kararlar, işlemin yetki ögesi yönünden fonksiyon gaspını teşkil etmektedir. Bu hallerin müeyyidesi ise, yokluk olarak değerlendirilmektedir³⁵⁵. Bu değerlendirme sonucunda, idarenin görev ve yetki sahasında olarak kalarak aldığı kararların da her zaman, konu unsuru yönünden mümkün ve meşru olmayabileceği görülebilmektedir³⁵⁶.

İdari işlemin konu unsurunda meydana gelebilecek imkânsızlık durumu, her zaman hukuk kurallarının bu durumu yasaklaması veya engellemesi suretiyle gündeme gelmeyebilir. Bazı durumlarda ise işin mahiyeti gereği, imkânsızlık hali ortaya çıkabilmektedir³⁵⁷. Mesela, memuriyete atanma başvurusunda bulunmuş bir kişinin bu başvurusunun neticelenme aşamasında (atanmaya ilişkin işlemin tesis edileceği esnada) vefat etmesi üzerine bu kişiye ilişkin olarak yapılmış olan atama kararı, kişi vefat etmiş olduğu için işlemin konu unsuru yönünden imkânsızlaşmış bir işlemdir³⁵⁸. Bu durum bir başka yönden işlemin idari makamın iradesine bağlı olmayan bir fiili sona erme nedeni olarak nitelendirmektedir. Bu kapsamda

³⁵⁰ Belirtilmelidir ki idari işlem konu unsuru yönünden idare hukukunun statü hukuku olması niteliğini yansıtmaktadır. Gözübüyük, 2013: 353.

³⁵¹ Konu unsuru bakımından idarenin takdiri bir yetkisinin bulunup bulunmadığı hususunda detaylı açıklama için bk.: Özkaya Arat, 2015: 115-119.

³⁵² Günday, 2013: 158.

³⁵³ Kaplan, 2017: 230.

³⁵⁴ Akyılmaz vd, 2017: 33.

³⁵⁵ Kaplan, 2017: 230; Sancakdar vd, 2015: 342.

³⁵⁶ Kaplan, bu durum için şu örneği vermektedir: Kamu kurumları ve tüzel kişileri arasındaki taşınmaz mal devri 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 30. maddesinde hüküm altına alınmış iken ihtiyaç halinde, bu hükümdeki usul dairesinde karar alınması gerekmesine rağmen kamulaştırma işlemine başvurulması durumunu, bu hükümden dolayı hukuka aykırı olacağını ifade etmektedir. Kaplan, 2017: 230-231.

³⁵⁷ Kaplan, 2017: 231.

³⁵⁸ Kaplan, 2017: 231; Sancakdar vd, 2015: 358; Kalabalık, 2015: 199; Günday, 2013: 158; Akyılmaz vd, 2017: 451; Gözler, 2009a: 932.

memur olarak atanan bir kişinin ölmesi atama işleminin; otel olarak işletilmesine izin verilen binanın yıkılması ise izin işleminin ortadan kaldırılmasına yol açacağını belirtilmektedir³⁵⁹.

Konu unsuru yönünden imkânsızlık durumunun mevcut olduğu işlemlerdeki hukuka aykırılık durumunun tahliline gelindiğinde ise, konu unsuru yönünden sakat ve hukuka aykırı işlemlerden farklı bir durumun ortaya çıkacağı ifade edilmektedir. Bir kere, konu unsurunun mümkün ve meşru olmaması durumu, o işlemin hukuk alanında bir değişiklik meydana getirememesini netice verecektir. Belirtildiği üzere, konu unsurundaki imkânsızlık durumu, idari işlemin özü niteliğindeki iradeye taalluk ederek o iradenin hukuk alanında bir değişiklik yaratma gücünü etkilemektedir. Dolayısıyla idari işlemin konu unsurunda mümkün ve meşru olmama durumu, işlemin yok hükmünde sayılmasını gerektirecek derecede ve ağırlıkta bir sonucu olan bir durumdur³⁶⁰. Bu durumda, hukuk alanında bir değişiklik meydana getirmediği kabul edilen bir işleme karşı dava açmanın da mümkün ve gerekli olmadığı düşünülebilir ise de, bir idari işlemin bu tür bir sakatlık ile malul olup olmadığına karar verme yetkisi nihai açıdan idari yargı yerlerine ait olacağından dava açmaktan başka bir hukuki yol ve yöntem olmadığı görülmektedir³⁶¹.

Konu unsuru bakımından sakat ve hukuka aykırı işlemler, konu unsuru bakımından mümkün ve meşru olmayan işlemlerden farklı olarak yok hükmünde (keenlemyekün, hukuki yokluk) sayılmazlar. Bu işlemler, sakat ve hukuka aykırı olmasına rağmen hukuka uygunluk karinesinden yararlanmaktadır. Hatta süresinde dava konusu edilip bu hususta da mahkeme tarafından bir YD veya iptal kararı verilmemişse³⁶², sakatlığına rağmen o işlemler hukuk

³⁵⁹ Günday, 2013: 181.

³⁶⁰ Onar, 1966: 312; Tikveş, 1981: 264; Kaplan, 2017: 231-232; Odyakmaz vd, 2011: 268; Erdinç, 2013: 182; Göçgün, 2017: 26-27; Gölcüklü, 2017: 90-91. *Gölcüklü*, konusu imkânsız durumlarda idari işlem tesis edilemeyeceğini ifade etmekle kanaatimizce işlemin yok hükmünde olduğunu ortaya koymaktadır. Farklı yönde görüş için bk.: Karahanoğulları, s.530-531. Yazarın burada imkânsızlık durumu ile ortaya çıkan hukuka aykırılığın geri alma zorunluluğu ile iptal edilebilirlik dışında bir müeyyidesinin olmadığını belirterek yokluk yaptırımının hukuka aykırılık karinesi ayrıcalığına sahip olan idari işlemler bakımından kullanılmasını, yargılama esnasındaki birtakım usûli engellerin aşılması dışında işlevli olmadığını belirtmek suretiyle esasen zımni bir şekilde de olsa konu unsurundaki imkânsızlık halinin yokluk ile ilişkilendirileceği görülmektedir. Öğretide bazı yazarlar bu durumun iptal ile sonuçlandırılacağını düşünmektedir. Çağlayan, 2017:527-528; Çağlayan, 2014:475; Gözler ve Kaplan, 2012: 349; Gözler, 2009a: 932. Diğer bazı yazarlar ise, konu unsurunun mümkün ve meşru olmama durumunu iptal veya yokluk şeklinde bir belirleme yapmaksızın sakat ve hukuka aykırı bir durum olarak ele almıştır. Kalabalık, 2015: 199; Günday, 2013: 158; Sancakdar vd, 2015: 358. Ayrıca, bu durumun hukuka aykırı olduğunu ifade etmekle birlikte idarenin imkânsız bir konuda işlem yapamayacağını ifade etmektedir. İşlem yapamama durumunun bir yokluk ile malul olacağı yahut iptale tabi olup olmadığı noktasında fikir beyan etmemişlerdir. Ancak işlem yapamama durumunu idari işlemin özünü oluşturan iradeyi etkileme bakımından değerlendirdikleri sonucuna varılırsa yokluk yaptırımına yaklaşan bir söylemi benimsedikleri kabul edilebilecektir. Akyılmaz vd, 2017: 451.

³⁶¹ Kaplan, 2017: 231.

³⁶² Anılan durum, iptal davasının objektif niteliğinden kaynaklanmakta olup, Fransız ve Türk İdare Hukuku sistematüğinde Alman İdare Hukuku sistematüğünün tersine, davanın açılması kendiliğinden YD etkisi yaratmamaktadır. İdari işlemin uygulanmasının önüne geçebilmek için YD kararı verilmesi gerekmekte

aleminde varlıklarını sürdürmeye devam edecektir. Dolayısıyla, sakat ve hukuka aykırı işlemlerin müeyyidesi yokluk değil, iptal edilebilirliktir³⁶³.

Konu unsurundaki hukuka aykırılıklar ile hukuki imkânsızlık durumunu birbirinden ayırmak zor ve karmaşık bir durumdur. Danıştay'ın bir kararı bu durumu somutlaştırmamızda faydalı olacaktır. Danıştay³⁶⁴;

“...Kuruluş ve çalışma izni bulunmamasından dolayı yasal olarak faaliyette bulunması imkânsız olan davacıya 560 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 18/A maddesinin (o) bendi uyarınca sorumlu yönetici bulundurmaması nedeniyle para cezası uygulanamayacağı gerekçesiyle dava konusu işlemin (ilgili) kısmının iptaline...”

ilişkin İzmir 3. İdare Mahkemesi kararını usul ve hukuka uygun bularak onamıştır. Davacının kuruluş ve çalışma izni bulunmamasına rağmen bu statüdeki kişilere uygulanabilecek bir idari işlemin davacıya uygulanması hukuki yönden mümkün değildir. Ancak idarenin bu konuda karar alabilmesinin önünde engel de bulunmamaktadır. Nitekim idarenin bu idari işlemi yapmasını ve uygulamasını önleyebilecek hukuki bir mekanizma yoktur³⁶⁵.

Konu unsuru bakımından imkânsızlık durumunu örneklendirmek gerekirse, özel mülkiyete konu taşınmaz hakkında alınan özelleştirme kararı³⁶⁶, kamu kuruluşuna ait bir taşınmaz malının bir başka kamu kuruluşu tarafından kamulaştırılması³⁶⁷, mevcut olmayan bir yapı hakkında yıkım kararı alınması³⁶⁸, emeklilik yaş haddini doldurmuş veya kamu görevlisi olabilme yaşına gelmemiş bir kişinin memuriyete atanması³⁶⁹, üniversite sınavına girmemiş bir kişiyi üniversiteye kayıt işlemi³⁷⁰, hazine arazisi üzerine yapılacak inşaat için özel kişiye inşaat ruhsatı verilmesi³⁷¹ gibi durumlar öğretide verilmiş olan örneklerin bir kısmıdır.

Danıştay, kamuya ait bir taşınmazın kamulaştırılması işleminin müeyyidesini yokluk olarak nitelendirmiştir. Bahse konu uyuşmazlıkta, Sağlık Bakanlığı'na tahsisli ve çay ocağı olarak kullanılmakta olan taşınmaz belediye tarafından kamulaştırılmıştır. İdare Mahkemesi

gerekmektedir. YD kararının şartları ise, mevzuatta objektif birtakım şartlara bağlanmıştır. YD kararı, bu yönüyle istisnai nitelik arz etmektedir. Azrak, 2000: 334-335.

³⁶³ Kaplan, 2017: 232;

³⁶⁴ D10D, T.15.10.2003, E.2001/2741, K.2003/4001, KİBB.

³⁶⁵ Yayla, 2015: 257.

³⁶⁶ Göçgün, 2017: 26.

³⁶⁷ Günday, 2013: 159; Karahanoğulları, 2015a: 530; A. Yıldırım, 2010: 68; Erdinç, 2013: 177; Göçgün, 2017: 26.

³⁶⁸ Akyılmaz vd, 2017: 451; Sancakdar vd, 2015: 358.

³⁶⁹ Çağlayan, 2014:475; Çağlayan, 2017:528.

³⁷⁰ Akyılmaz vd, 2017: 451.

³⁷¹ Akyılmaz vd, 2017: 451.

bu dosyada, “*kamu tüzel kişileri veya kurumlarına ait olan taşınmazların diğer bir kamu tüzel kişisi veya kurumu tarafından kamulaştırılmasının mümkün olmadığı*” gerekçesiyle işlemi iptal etmiş, Danıştay ise, ilk derece mahkemesinin iptal kararını “*yokluk tespiti yapılmadığı*” gerekçesiyle bozmuştur³⁷².

Erdinç’e göre söz konusu karar, yokluk müessesesi bakımından yerinde olmayan bir karardır. İptal kararının işlemin yok hükmünde olduğu belirtilmeden verilmesi gerekçesiyle bozulması değil; işlemin yok hükmünde olduğunun tespiti ile iptali konusunda hüküm verilmesine yer olmadığından bozulması yönünde bir karar verilmesi gerekirdi³⁷³.

Bir diğer uyuşmazlıkta, İngilizce programı ve kursu açma izni bulunmayan bir kursun tamamlanmasıyla alınan sertifika, idare tarafından yok hükmünde sayılarak iptal edilmiştir. Söz konusu işleme karşı açılan davada idare mahkemesi, idarenin geri alma mahiyetli idari işlemini iptal etmişse de; Danıştay kararı bozmuş ve idare mahkemesinin ısrarı üzerine DİDDK, söz konusu idare mahkemesi kararını bozmuş ve idarenin yok hükmünde sayma işlemini hukuka uygun bulunmuştur³⁷⁴.

Olmayan bir kadroya görevlendirme yapılması³⁷⁵ ve yine olmayan bir kadroya ilişkin maaş yükseltilmesi de hukuken mümkün olmayan bir durumdur³⁷⁶. Yine, başka bir kadroya atanmak üzere görevde alma işlemi hukuki yönden imkânsız bir durum olarak değerlendirilmektedir³⁷⁷. Malum olunduğu üzere, görev ve kadro aynı anda var olmakta olup

³⁷² “... hazineye ait taşınmazın kamulaştırılması yolunda tesis edilen işlem yok hükmündedir. Bu durumda, idare mahkemesince dava konusu işlemin yok hükmünde olduğu belirtilmeden iptaline karar verilmesinde hukuki isabet görülmemiştir.” D6D, T.23.12.2002, E.2001/6417, K.2001/6314, DKD, 1,2003, s.243. Benzer bir diğer içtihat için bk.: “...mülkiyeti ... Köyü Muhtarlığı Tüzelkişiliğine ait, ... taşınmazın kullanım hakkı ... Şirketine ait olmak üzere Hazine’ye devrine karar verilmesi istemiyle Dairemize başvurulduğu, ancak anılan Hidroelektrik Santrali için Çevresel Etki Değerlendirmesi Olumlu raporuna karşı ...yürütmenin durdurulması kararının verildiği anlaşılmıştır. / Bu durumda, ... yürütmenin durdurulması ve bu kararın uygulanması nedeniyle ... Hidroelektrik Santralinin yapılması hukuken olanaklı değildir. / ... SONUÇ : Bu nedenle, ... mülkiyeti ... Köyü Muhtarlığı Tüzelkişiliğine ait ... taşınmazın devriyle ilgili ...istemi hakkında bu aşamada karar verilmesine yer olmadığına, ... 13.01.2011 tarihinde oybirliği ile, karar verildi.” D1D, T.13.1.2011, E.2010/2047, K.2011/65, KİBB. Nitekim yokluk müessesesi bakımından verilen karar verilmesine yer olmadığı kararı doğru bir karardır.

³⁷³ Erdinç, 2013: 183, dn. 453.

³⁷⁴ DİDDK, T.11.4.2008, E.2005/2493, K.2008/1095, KİBB.

³⁷⁵ “...Kanun Hükmünde Kararnamenin ekindeki cetvellerde İller Bankası Genel Müdürlüğünde Daire Başkan Yardımcısı kadrosunun bulunmadığı görülmüştür. / Bu bağlamda,... davacının kadrosu olmayan başkan yardımcılığı görevine ...görevlendirilmesi söz konusu olmayacağından, bu görevlendirmenin kaldırılması yolundaki dava konusu işlemde hukuka aykırılık, aksi yöndeki İdare Mahkemesi kararında ise hukuki isbat görülmemiştir...” DİDDK, T.23.10.2008, E.2005/149, K.2008/1840, DD, 121, 2009, s.38.

³⁷⁶ Verilen örnekler yukarıda “1.5.1. İmkânsızlık ile Yokluk Arasındaki İlişki” başlığında kapsamlı şekilde değerlendirilmiştir.

³⁷⁷ “...Başka bir göreve atanmak üzere görevinden alınan bir memurun, aynı işlemle veya aynı tarihli bir işlemle derhal, ara vermeksizin bir diğer kadroya atanması veya ikinci işlemin aynı gün gerçekleşmemesi durumunda, görevden alma veya atamaya ilişkin işlemlerin birlikte bildirilmesi gerekir. Çünkü, memurluk sıfat ve statüsünü terk etmemiş memurun, bir yandan memur sıfatını taşıırken, öte yandan hem memur statüsü dışında kalması, hem de kadrosuz olması olanaksızdır. / ... Nasıl, ilerde boşalacak bir kadro için önceden atama yapılması olanağı bulunamazsa, belirsiz bir nitelikte kadroya da, zaman kavramı olmaksızın atama olasılığı söz konusu olamaz. ... Bu durumda, ... Genel Müdür Yardımcılığı görevinden alınması işlemi ile ... Müşavirliğine atama işleminin

görevden alınan kişi aynı anda bir başka yere atanmamış ise, görevine son verilmiş bir kişi konumundadır³⁷⁸.

İdari işlemin konu unsurunun mümkün olabilmesi bakımından *Gözler* şu örnek durumu ifade etmektedir³⁷⁹:

“...Yükseköğretim Kurumları Yönetici Öğretim Elemanları ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinin 7/g maddesi uyarınca ‘yönetim görevinden ayırma cezası’ aynı Yönetmeliğinin 4/c maddesi uyarınca Rektörlük, dekanlık, enstitü müdürlüğü, yüksekokul müdürlüğü, bölüm başkanlığı, anabilim dalı başkanlığı, anasanat dalı başkanlığı, bilim dalı başkanlığı veya sanat dalı başkanlığı görevlerini üstlenen kişiler bakımından uygulanması mümkündür. Bu görevlerden birini üstünde taşımayan bir kişi hakkında ‘yönetim görevinden ayırma’ disiplin cezasının uygulanması hukuken imkânsızdır; dolayısıyla böyle bir karar konu unsuru bakımından sakattır...”.

Belirtilen husus bir uyuşmazlığa konu olmuştur. Buna göre, herhangi bir yöneticilik görevi bulunmayan bir öğretim üyesi hakkında bahsi geçen Yönetmeliğin anılan hükmüne göre “yöneticilik görevinden ayırma” disiplin cezası tesis edilmiştir. Bu ceza ilk derece mahkemesince yönetim görevinden ayırma cezasının yöneticilik görevinde bulunan kişilere uygulanabileceği, davacının ise herhangi bir idarecilik görevi bulunmadığından verilen cezasının hukuka aykırılığı tespit edilerek dava konusu idari işlem iptal edilmiş ve bu karar Danıştay tarafından onanmıştır³⁸⁰.

Konu unsurundaki imkânsızlık haline verilebilecek diğer bir örnek durum ise şudur³⁸¹:

“Anayasa’nın 169. maddesinin ikinci fıkrasında, devlet ormanlarının mülkiyetinin devrolunmayacağı, bu ormanların zamanaşımı ile mülk edinilemeyeceği ve kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamayacağı hükmü mevcuttur. / Bu durumda, Anayasa ve orman yasasının hükümleri uyarınca kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamayacak olan ve devlet ormanı vasfında bulunan taşınmazın, orman statüsü ve rejiminden çıkarılması ve hazine adına tescili ile Maliye Bakanlığınca Abant İzzet Baysal Üniversitesi adına tahsisi işlemleri yok hükmündedir.”.

Karahanoğulları, idarenin objektif hukuka (kurallar düzeni) ilişkin yetkileri ile subjektif hukuka (statüler düzeni) müdahale edebilmesinin de hukuken imkânsız olduğunu ifade

davacıya aynı gün aynı tarihte bildirilmediği anlaşıldığından ... dava konusu ...işlemden hukuka uyarlılık bulunmamaktadır...” DİDDK, T.09.04.2009, E.2007/1108, K.2009/1046, DD, S.123, 2010, s.82; Aynı yönde diğer bir içtihat için bk.: D5D, T.5.11.2015, E.2015/676, K.2015/8669, UYAP.

³⁷⁸ Karahanoğulları, 2015a: 531.

³⁷⁹ Gözler, 2009a: 932.

³⁸⁰ D8D, T.11.2.1999, E.1996/940, K.1999/416, DD, S.101, s.603-604.

³⁸¹ D8D, T.26.12.2001, E.1999/1382, K.2001/6147, KİBB.

etmektedir³⁸². Yazar bu bağlamda Danıştay'ın bir içtihadını örnek göstermektedir³⁸³. Buna göre idarenin düzenleyici işlemleriyle özel hukuka tabi sözleşme hükümlerine müdahale edebilmesi hukuken mümkün değildir. İdarenin kural koyma yetkisi, normlar alanına ilişkin olup sübjektif hukuki durumlara müdahale anlamında bu yetkinin kullanılamaması gerekmektedir.

İdarenin iradesinin maddi alemde sonuç doğurabilmesi de olanaksız hale gelmiş olabilmektedir. Bu durumda da konusu unsuru yönünden bir değerlendirme yapılabilecektir. idarenin hukuki statüsünü değiştirmeye çalıştığı nesnenin veya kişinin mevcut olmaması, maddi imkânsızlık olarak ifade edilmektedir³⁸⁴.

Netice itibariyle idari işlemin konusu, hukuki bir engelin veya maddi alemdeki değişimlerin sonucu olarak olanaksız hale gelmiş olabilmektedir. Bu sebeple imkânsızlık kavramının, konu unsuru ile doğrudan bir bağlantısı bulunmaktadır. Konudaki imkânsızlığın işlemi ne surette etkilediği hususunda yukarıda belirtilmiş olduğu üzere bir tartışma söz konusudur. Bizim de katıldığımız görüşe göre, konunun mümkün olmaması, işlemi yoklukla sakatlayacaktır. Zira işlemin konusu, meydana getirilmek istenen hukuki sonuç olup konunun mümkün olması ise idari işlemde bulunması gereken kurucu bir unsurdur.

2.1.1.5. İmkansızlık Kavramının İdari İşlemin Amaç Unsuru İle İlişkisi

İdari işlemin amacı, kendisinden beklenen nihai sonuç olan genel veya belirli bir kamu yararının gerçekleştirilmesidir³⁸⁵. İdari işlemler, idarenin görev ve yetkisinin bulunduğu faaliyetlerin (kamu hizmeti/kolluk gibi) gerçekleştirilmesi için tesis edilmektedir. Bu anlamda, gerek kolluk anlamında gerek kamu hizmeti anlamında idarenin ulaşmayı hedeflediği temel gaye kamunun yararadır³⁸⁶. Bu yönüyle idari işlemler bünyesinde kamusal

³⁸² Karahanoğulları, 2015a: 531.

³⁸³ Somut olayda idare, fındık alımı yapmış olup kamu bankasından zamanında kredi alamayınca özel bir bankadan kredi almış ve özel hukuk hükümlerine tabi kredi sözleşmesi imzalanmıştır. Bakanlar Kurulu ise, dava konusu işlem ile özel bir bankadan çekilen özel hukuka tabi kredilerde gecikme faizini kamu bankalarının uyguladığı oran ile sınırlandırmıştır. Danıştay'ın olaya ilişkin yorumu ise şu şekildedir: "...Aktarılan yasa hükmüyle Bakanlar Kuruluna kredi işlemlerinde alınacak faiz oranları ile temin edilecek diğer menfaatleri ve tahsil olunacak masrafların nitelik ve azami sınırlarını önceden tesbit etme konusunda yetki verilmişse de, bu genel yetkiye dayanılarak özel hukuk hükümlerine göre sözleşmeye bağlanan kredilere yönelik olarak sözleşme hükümlerini değiştirir ya da ortadan kaldırır nitelikte, geçmişe yönelik düzenleyici işlem yapmaya olanak bulunmamaktadır. ... Dava konusu düzenleyici işlemin iptali istenilen 2. maddesi, ... ile ... Bankası arasında özel hukuk hükümlerine göre tarafların serbest iradesiyle ve ticari esaslara göre yapılan kredi sözleşmesi hükümlerini ortadan kaldırmaya yönelik olup, yasal dayanaktan yoksun bulunan anılan düzenleme sözleşme serbestisi ve hukuki güvenlikle bağdaşmamaktadır..." D10D, T.10.10.1996, E.1995/926, K.1996/5932, DD, 93, 1997, s.497.

³⁸⁴ Karahanoğulları, 2015a: 532; Sancakdar vd, 2015: 358; Göçgün, 2017: 27.

³⁸⁵ Onar, 1966: 316; Günday, 2013: 160; Atay, 2014: 505; Tikveş, 1981: 265; Karahanoğulları, 2015a: 505 vd; Akgüner ve Berk, 2017: 1132.

³⁸⁶ Uyanık, 2013: 32.

yarar amacı taşımaktadır. İdari işlemler kamu yararı amacı dışında başka bir amaç uğruna yapılırsa amaç unsurunda sakatlık ve hukuka aykırılık meydana gelmektedir. Tüm idari işlemlerin genel ve değişmez amacı olan kamu yararının³⁸⁷ yanında idari işlem ile varılmak istenen amacın mevzuatta açık bir şekilde belirtilmesi de söz konusu olabilmektedir³⁸⁸. Bu durumda belirlenen amacın mevzuat tarafından tanımlanan kamu yararı olduğu kabul edilmektedir³⁸⁹. Bu amaca aykırı veya bu amacın dışına çıkılarak işlem yapılması da amaç yönünden hukuka aykırılığın bir diğer yönüdür. İdare, mevzuatta belirlenmiş bir amaç için kendisine verilen işlem tesis etme yetkisini, bir başka amaçla kullanması durumunda hukuka aykırı bir davranış göstermiş olacaktır³⁹⁰. Öğretide bu durum “yetki saptırması”³⁹¹ veya bunun özel bir türü olan “usul saptırması” olarak ifade edilmektedir³⁹².

İmkânsızlık kavramının idari işlemin amaç unsuru ile ilişkisinde kavramın, kamu yararı ile çelişmemesi gerektiği ifade edilmektedir. Belirtilen görüş, meşhur “*Coutéas*” kararına dayandırılmaktadır³⁹³. Buna göre, işgalcilerin araziden mahkeme kararı gereği işlem veya eylem tesis edilerek çıkarılmasındaki fiili imkânsızlık hali, kamu yararı ile çelişmemektedir. Aksi halde işlemin amaç unsuru sakatlığı doğuracağı belirtilmektedir³⁹⁴. İnceleyebildiğimiz kadarıyla, anılan görüşten başka bir değerlendirme yapılmamıştır. Kanaatimize göre imkânsızlık kavramı ile sübjektif³⁹⁵ mahiyetli³⁹⁶ amaç unsuru arasında doğrudan veya dolaylı böyle bir ilişki söz konusu değildir. İdari işlemin konu unsuru haricindeki yetki, şekil ve sebep unsurlarında kısıtlı da olsa bir değerlendirme imkânı bulunmuştur. Yetki, şekil ve sebep unsurları ile imkânsızlık kavramı arasında dolaylı bir bağlantı kurulduğunun söylenebilmesi mümkündür. Çünkü idari işlemin amacı ile varılmak istenen nihai hedef ve sonuç, genel olarak

³⁸⁷ “... idari işlemlerde maksat daima kamu yararıdır.” D5D, T.06.03.1978, E.1976/8097, K.1978/44, DD, 1979, S.32-33, s.407.

³⁸⁸ Akyılmaz vd, 2017: 456; Akbulut, 2013: 311-312.

³⁸⁹ Akıllıoğlu, 1988: 20. Yayla, bu durumu “özgün kamu yararı” olarak ifade etmektedir. Yayla, 2009: 141.

³⁹⁰ Kaplan, 2017: 233.

³⁹¹ Gözübüyük, 2013: 353.

³⁹² Detaylı bilgi için bk.: Gözler ve Kaplan, 2012: 364-371.

³⁹³ Anılan karar için daha kapsamlı bilgi için bk.: Özeren ve Bayhan, 1992: 63.

³⁹⁴ Yayla, 2015: 260.

³⁹⁵ Özey, amaç unsurunun sübjektif ve tespitinin zorluğunun anlaşılabilmesi için şu örneği vermiştir: Saatini sol kolunda taşıyan bir kimsenin bunu dinsel birtakım sebeplerle mi yoksa sol kolunda bulundurmanın kendisi için zorluğu nedeniyle mi böyle yaptığı bile anlaşılamazken, görüntüde her ikisinin de bulunmaması karşısında böyle davranmakla neyi amaçlamış olduğunu kendisinden başka birinin anlayabilmesi mümkün değildir. Özey, 2004: 500.

³⁹⁶ Onar, 1966: 318; Sarıca, 1949: 91-94; Sezginer, 1991:8-13, Akyılmaz vd, 2017: 457-458. Danıştay’ın da bu hususa ilişkin içtihadı şu şekildedir: “...İdari tasarrufun maksadı, tasarrufu tesis edenin şahsına bağlı olduğundan sübjektif bir unsurdur. Bu sebeple maksat unsurunun hakikate uygunluğunu tesbit etmek suretiyle yargı denetimine tabi tutmak, yani idari tasarrufu kendisinden beklenen amaca uygun olarak tesis edilmediğini anlamak güçtür. Başka bir deyişle, maksat denetiminde sübjektif unsurun ortaya çıkarılması bahis konusudur. İdari yargı mercii bir tasarrufun maksat bakımından yargı denetimine tabi tutarken sübjektif bir durumu tespit etmek, yani tasarrufun kamu yararına uygun olarak yapıp yapılmadığını araştırmak zorundadır.” DİBK, T.03.06.1972, E.1965/20, K.1972/14, DD, 1973, S.9-10, s.195.

kamu yararı kavramı gibi sübjektif karakterli bir sonuçtur. Bu sonucun gerçekleşmesini hukuken veya fiilen gerçekleştirilmesinin mümkün olup olmadığının tespit edilmesi, bizatihi mümkün değildir. Bu yönüyle, amaç unsurunda bu denli bir incelemeyi isabetli bulmamaktayız.

2.1.2. İdari İşlemlerin Yerine Getirilmesi Aşamasında Oluşan İmkansızlık Kavramının İncelenmesi

Bazı hallerde idari işlemin tesisi ve icrası iki ayrı süreç halini alabilmektedir. İmkansızlık kavramının idari işlemin tesisine etki etmesi gibi icrasına da etkileri bulunabilmektedir. İdari işlemin icrası, işleme bağlı olan uygulama eylemleriyle gerçekleştirilmektedir³⁹⁷. Ancak buna geçmeden önce bazı kavramların yerine oturtulması gerekmektedir. Bu anlamda, icrailik, re'sen icra edilebilirlik, kesin ve yürütülebilirlik gibi terimlerin kısaca bahsedilmesinden sonra işlemin icrası esnasındaki imkânsızlık kavramına değinmenin daha doğru bir yaklaşım olacağını düşünmekteyiz.

2.1.2.1. İdari İşlemlerin İcraile ve Re'sen İcra Edilebilmesi Özelliği

İdari işlemler, İdarenin faaliyetlerinden sayılan kamu hizmetlerinin³⁹⁸ yürütülmesinin araçları olarak değerlendirilmektedir^{399,400}. Diğer bir anlatımla, idari makamlarca kamusal güç kullanılarak idare işlevine ilişkin ve idare edilenler bakımından muhtelif hak ve/veya yükümlülükler doğuran tek taraflı irade açıklamaları olarak ifade edilmektedir⁴⁰¹. İdarenin kamu hizmetlerini yerine getirirken kullandığı en tipik kamu gücü ayrıcalıklardan biri ise, İdarenin tek yanlı işlemlerle bireylerin hukuki durumları üzerinde değişiklik yaratıcı işlem

³⁹⁷ Ayanoğlu, 2004: 105.

³⁹⁸ Kamu hizmeti, *Gülan*'a göre, toplum için önem kazanmış olan ortak ve genel bir ihtiyacın tatminine yönelik olarak kamu tüzel kişileri veya onların denetimi altında özel kişilerce yürütülen bir faaliyet olarak tanımlanmaktadır. Gülan, 1988: 148; *Ulusoy*'a göre ise, kamu yararı içermesi ve özel faaliyet olarak gereği gibi sunulmasının mümkün olamaması nedeniyle, yasama organı tarafından özel faaliyetler için söz konusu olamayacak bir ayrıcalıklar ve yükümlülükler rejimine (spesifik hukuki rejim) tabi tutulan ve sorumluluğu ile denetimi son tahlilde bir kamu otoritesi tarafından üstlenilen faaliyet olarak tanımlanmaktadır. Ulusoy, 2004: 13.

³⁹⁹ Akgüner vd., 2017: 375 vd.

⁴⁰⁰ "...Hukuk aleminde idarenin değişiklik, yenilik doğuran irade açıklamaları şeklinde genel ifadesini bulan "idari işlem"ler, Anayasal sınırlar içinde "görev ve yetki"leri haiz olan idarenin yükümlülüklerini yerine getirme ve özellikle kamu hizmetlerini görebilmeye sahip olduğu başlıca vasıtalarından biridir. Kişilerin hukuksal durumlarının, statülerinin belirlendiği idare hukuku alanında bu statülere giriş ve çıkış hep idari işlemler vasıtasıyla olmaktadır..." D12D, T.13.4.2005, E.2004/4077, K.2005/1353, KİBB. Aynı yönde kararlar için bk.: "... İdare hukukunda, idari işlem; bir idari makam tarafından, kamu hizmetlerinin yürütülmesi amacıyla, kamu gücü kullanılarak tek yanlı iradeyle yapılan kesin ve yürütülmesi zorunlu işlem olarak tanımlanmaktadır. Yine anılan Hukukun ilkelerine göre idari işlemin kesinliği, idari prosedürün son aşamasının da bitirilmiş olmasını, yani hukuki sonuç yaratabilmesi için bir başka idari makamın onayına gereksinimi bulunmamasını; yürütülmesinin zorunlu olması da hukuk düzeninde değişiklik meydana getirecek biçimde uygulanmasının gerekli olmasını ifade etmektedir..." D7D, T.30.9.1998, E.1997/2452, K.1998/3120, DD, 1999, 100, s.358-359; D8D, T.7.11.2013, E.2011/7786, K.2013/7707, KİBB.

⁴⁰¹ Yılmaz, 2014a: 26-27.

yapabilme (icrai işlem) ve yasalarla belirlenmiş gerekli durumlarda tek yanlı işlemini araya mahkeme kararı girmeksizin fiilen hayata geçirme (re'sen icra) yetkileridir⁴⁰². Bunlar idari işleme karakteristiğini veren özelliklerdir⁴⁰³.

İdari işlemin bir başka iradenin veya işlemin varlığına gerek duyulmadan kişilerin veya nesnelerin üzerinde doğrudan doğruya hukuki birtakım sonuçlar meydana getirmesine icrailik özelliği⁴⁰⁴ denmektedir⁴⁰⁵. İdari işlemin icrailik vasfı gereği idare tek yanlı irade açıklaması ile idari işlemin yöneldiği kişilerin iradelerine gerek duymaksızın birtakım hukuksal durumlar meydana getirebilmektedir⁴⁰⁶. İcrailik özelliği gereği idari işlemin doğuracağı hukuki etki, muhatabının iradesine bağlı olmadığı gibi herhangi bir mahkeme kararına da bağlı değildir⁴⁰⁷. Ayrıca, irade açıklamasının etki doğurması ve idari işlem sayılabilmesi bakımından fiili değil hukuki etki esas alınmaktadır⁴⁰⁸.

İcrai bir işlem yapılmakla birlikte bu işlem, ilgisinin hukuki durumu üzerinde bir değişiklik meydana getirmektedir. İdari işlemin tesisi ile birlikte hukuki aleme etki eden bu değişiklik, çoğu zaman maddi alemdeki etkilerini de göstermiş olmaktadır. Ancak bazı durumlarda, idari işlemin tesisi, maddi aleme etki göstermemiş olabilmektedir⁴⁰⁹. Bu durumda, İdarenin, işlemin maddi alemdeki etkilerinin de sağlanabilmesi için birtakım ameliyelerde (idari eylemlerde) bulunması gerekebilmektedir⁴¹⁰. *Duran* bu durumu,

“Bütün idari kararlar ...tamamlandıkları anda ilişkin oldukları konuların hukukî durumlarını değiştirir, fakat maddî alanda derhal ve her zaman değişiklik yapmaz. Hukukî değişikliklerin fiilen gerçekleştirilmesi, daha sonra ...uygulama muamelelerinin yapılması ile mümkün olur.”

şeklinde ifade etmektedir⁴¹¹. Örnek olarak, İdare kaçak yapı vasıflı bir binanın yıkılmasına ilişkin işlem tesis etmiş olabilir. Bu işlemin idare tarafından tesis edilmesi, binanın hukuken kaçak yapı konumuna geçmesini sonuç vermekten başkaca bir durumu ifade etmeyecektir. İdarenin bu kararının gereklerini yerine getirmek için yıkım fiilinin

⁴⁰² Bilgen, 1999: 75; Karahanoğulları, 2015b: 159; Gözler ve Kaplan, 2012: 52; Odyakmaz vd, 2011: 294.

⁴⁰³ Gözler ve Kaplan, 2012: 279-282; Atay, 2014: 326-346; Yılmaz, 2014a: 26-31.

⁴⁰⁴ “...İptal davasının konusunu oluşturan idari işlemin diğer bir unsuru ise "icrailik"tir. Kamu gücü ve kudretinin, üçüncü kişiler üzerinde, ayrıca bir başka işlemin varlığına gerek olmaksızın, doğrudan doğruya çeşitli hukuki sonuçlar doğurmak suretiyle etkisini gösterdiği işlemler icrai niteliktedir.” D5D, T.17.5.1996, E.1995/4416, K.1996/1911, DD, 1997, S.92, s.454-455. Aynı doğrultuda bir başka karar için bk.: D6D, T.20.5.2016, E.2013/7266, K.2016/3026, KİBB.

⁴⁰⁵ Onar, 1966: 385-389; Erkut, 1990: 119; Yılmaz, 2014a: 26; Akyılmaz, 2000: 45.

⁴⁰⁶ Kağıtçıoğlu, 2012: 269; Akgüner ve Berk, 2017: 1137-1138.

⁴⁰⁷ Karahanoğulları, 2015a: 277.

⁴⁰⁸ Karahanoğulları, 2015a: 278; Akgüner ve Berk, 2017: 1073.

⁴⁰⁹ Günday, *İdare Hukuku*, s.124-125; Atay, 2014: 445-446; Tekinsoy, 2013: 10

⁴¹⁰ Gözler ve Kaplan, 2012: 281-282; Ayanoğlu, 2004: 105 vd; Akgüner ve Berk, 2017: 1142-1143.

⁴¹¹ Duran, 1982: 413.

gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Yıkım fiilinin gerçekleştirilmesi, maddi aleme etkilerinin yansıtılmasıdır. Bu ise genellikle idari eylemler vasıtası ile meydana gelmektedir.

İdari işlemlerin re'sen icrasından kastedilen husus, idarenin idari işlemlerini kendisinin uygulamasıdır⁴¹². Bu anlamda idare, kendi iradesi ile ortaya koyduğu idari işlemi bizzat kendisi icra edebilir⁴¹³. Danıştay da idarenin idari işlemin yerine getirilmesi bakımından genel olarak resen icra yetkisine sahip olduğu ilkesini benimsemektedir⁴¹⁴.

2.1.2.2. İcraîlik – Kesinlik Ayrımı

İdarenin etkili irade açıklamasının (icraîlik niteliği haiz idari işlemin) idari yargılama hukukundaki karşılığı yürütülmesi gereken işlemdir⁴¹⁵. 2577 sayılı İYUK'un 14. maddesinde ilk inceleme konuları belirtilmiş olup kesin⁴¹⁶ ve yürütülmesi gereken işlem olarak belirtilen işlemlerin iptal davasına konu olabileceği hüküm altına alınmaktadır⁴¹⁷. Buna göre, bu koşulu sağlamayan idari işlemlerin idari yargı yerlerince davanın esası bakımından yargısal denetimi yapılamayacaktır. Danıştay uygulaması bakımından da bu düzenlemenin mevcut olmadığı dönemlerde de davanın konusunu “*kat'i ve lâzîmülcra bir muamele ve karar*”ın oluşturacağı⁴¹⁸ kabul edilmiş ve anılan düzenleme, mezkûr içtihatların pozitif hukuk bakımından da teyidi niteliğini taşımaktadır⁴¹⁹.

⁴¹² Re'sen icra olarak kullanılan tabiri, idari icra olarak ifade etmektedir. Balta, 1970: 204.

⁴¹³ Dursun, 2007: 251.

⁴¹⁴ “...Kamu gücüne dayanarak icrai ve kesin nitelikte işlem tesis etme yetkisine sahip bulunan idarenin bu yetkisini kullanmayarak, fazlalık olarak ödediğini ileri sürdüğü meblağın faiziyle birlikte tahsili için gerçek kişiye karşı idari yargı yerinde açtığı davanın reddedilmesi...” gerektiği ifade edilmektedir. DİDDGK, T.5.6.1992, E.1992/170, K.1992/144, KİBB.

⁴¹⁵ Karahanoğulları, 2015a: 279.

⁴¹⁶ Yılmaz, 2017: 109-110.

⁴¹⁷ **2577 s. İYUK Dilekçeler üzerine ilk inceleme: Madde 14 – “(1). Dilekçeler Danıştayda Evrak Müdürlüğüne kaydedilir ve Genel Sekreterlikçe görevli dairelere havale olunur. (2). (Değişik: 2/7/2012 - 6352/53 md.) Bölge idare, idare ve vergi mahkemelerinde dilekçeler, evrak bürosunca kaydedilerek ilgili mahkemelere havale olunur. Dilekçe sahibine evrakın tarih ve sayısını gösterir ücretsiz bir alındı kâğıdı verilir. (3). (Değişik: 5/4/1990 - 3622/5 md.) Dilekçeler, Danıştayda daire başkanının görevlendireceği bir tetkik hakimi, idare ve vergi mahkemelerinde ise mahkeme başkanı veya görevlendireceği bir üye tarafından: a) Görev ve yetki, b) İdari merci tecavüzü, c) Ehliyet, d) İdari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı, e) Süre aşımı, f) Husumet, g) 3 ve 5 inci maddelere uygun olup olmadıkları, Yönlerinden sırasıyla incelenir. (4). (Değişik: 5/4/1990 - 3622/5 md.) Dilekçeler bu yönlerden kanuna aykırı görülürse durum; görevli daire veya mahkemeye bir rapor ile bildirilir. Tek hakimle çözümlenecek dava dilekçeleri için rapor düzenlenmez ve 15 inci madde hükümleri ilgili hakim tarafından uygulanır. 3 üncü fıkraya göre yapılacak inceleme ve bu fıkra ile 5 inci fıkraya göre yapılacak işlemler dilekçenin alındığı tarihten itibaren en geç onbeş gün içinde sonuçlandırılır. (5). İlk incelemeyi yapanlar, bu noktalardan kanuna aykırılık görmezler veya daire veya mahkeme tarafından ilk inceleme raporu yerinde görülmezse, tebligat işlemi yapılır. (6). Yukarıdaki hususların ilk incelemeden sonra tespit edilmesi halinde de davanın her safhasında 15 nci madde hükmü uygulanır.”**

⁴¹⁸ DDUH, K.1937/179, in. Hocaoglu, 1955: 64.

⁴¹⁹ Tekinsoy, 2013: 11.

Yürütülebilir (uygulanabilir) hale gelen irade açıklaması yani hukuki sonucunu meydana getirmiş olan irade açıklaması iptal davasının konusu olabilmektedir⁴²⁰. Bu yönüyle icrailik niteliği bulunmayan, hukuki netice meydana getirmeyen irade açıklamaları, iptal davasının konusunu teşkil edemeyecektir⁴²¹. İcrailik kavramı, işlemin hukuki etkisini belirtmektedir. İşlemin yürürlüğe girmesi⁴²², kesin olması, ilgisinin menfaatini ihlal etmesi ve sair hususlar işlemin icrailik vasfını değil, işlemin iptal davasına konu edilmesindeki diğer ilk inceleme konularını ilgilendirmektedir⁴²³. İdari işlemin icrai olmasından kastedilen, idarenin iradesinin açıklanması suretiyle mevcut hukuk düzeninde etkiler yaratması, hukuki sonuçlar ortaya çıkarmasıdır⁴²⁴. Eş söyleyişle, “*yürütülmesi gereken*” bir işlem olması deyimini icrailik özelliğini ifade etmektedir⁴²⁵.

Kesinlik kavramı, işlemin uygulanmaya hazır, tamam bir işlem olduğunu göstermektedir⁴²⁶. *Sezginer*, bir idari işlemin yapan makamın o idari işlem ile ilgili olarak nihai iradesini açıkladığı ve idari işlem ile ilgili yapılacak herhangi bir şey yoksa o işlemin kesin olduğunu ifade etmektedir⁴²⁷. Eş söyleyişle, idari karar alma sürecinde nihai işlemin ortaya çıkması olarak tarif edilmektedir⁴²⁸. Sadece idari işlem için zorunlu bir idari başvuru yolu öngörülmüş ise bu yolun tüketilmemiş olması işlemin kesinleşmesine engel olacağı ifade edilmektedir⁴²⁹. *Karahanoğulları* ise kesinlik kavramını, irade açıklamasının hukuki etki doğurabilmesi için eklenmesi zorunlu herhangi bir başka iradenin bulunup bulunmadığını ifade etmek için kullanıldığını söylemektedir⁴³⁰. Zira, zorunlu idari başvuru yolunun bulunduğu durumlarda bu idari başvuru yapılmadan idareye yapılan başvurularda gerek İYUK gerek Danıştay bu durumun idari merci tecavüzü oluşturduğunu ifade etmektedir. İdari mercii tecavüzü ise, idarenin tesis ettiği birtakım idari işlemlere karşı idare edilenlere bu

⁴²⁰ Karahanoğulları, 2015a: 280.

⁴²¹ “...İdari davaya konu olabilecek işlemler idarenin tek yanlı, kesin ve yürütülmesi zorunlu işlemleridir. Belirli konularda bilgi edinmek için idareye sorulan sorular ve yapılan başvurulara karşılık olarak idarenin verdiği cevap ve açıklamalar, belirli bir hukuki durumu ya da olguyu belirtmekle yetinen ‘icrailik’ niteliğinden yoksun işlemlerdir. Bu itibarla bu türden bir işlemin idari bir davaya konu edilmesi mümkün değildir...”. D7D, T.26.5.1998, E.1997/2574, K.1998/2036, KİBB.

⁴²² Akıllıoğlu, 1979: 33-44.

⁴²³ Bu anlamda, İYUK’un 14. maddesindeki hususlardan süre aşımı, işlemin yürürlüğe girmesi ile; ehliyet, menfaat ihlali ile ilişkilendirilmektedir.

⁴²⁴ Akyılmaz vd, 2017: 392; Yılmaz, 2014a: 27.

⁴²⁵ Tekinsoy, 2013: 11.

⁴²⁶ Tan, 1969: 109; Tekinsoy, 2013: 11.

⁴²⁷ Sezginer, 2000: 46-47; Öztürk, bu anlamda, idari işlemdeki normatif iradenin belirgin olması şeklinde ifade etmektedir. Öztürk, 2015: 49.

⁴²⁸ Erkut, 1991: 112.

⁴²⁹ Erkut, 1991: 113.

⁴³⁰ Yazar, kesinlik kavramını, zorunlu idari başvurunun bulunmadığını veya zorunlu idari başvuru yolunun tüketildiği durumlarda idari işlemin kesin olduğunu belirtmektedir. Karahanoğulları, 2015a: 280.

işlemlerle ilgili olarak yasalarda zorunlu idari müracaatlar öngörülmüş olabilmektedir⁴³¹. Bu aşamadaki başvurular, idari tasarruf ile ilgili idarenin nihai/kesin iradesini ortaya koyma amacına münhasırdır⁴³². Bu anlamda, yargı yoluna gidilebilmenin önkoşulu niteliğini taşımaktadır⁴³³. Görüldüğü üzere kesinlik ile icrailik kavramları birbirinden farklı anlamları taşımaktadır. Nitekim Danıştay içtihatları da bu hususu desteklemektedir⁴³⁴.

Bir idari işlemin kesin ve yürütülebilir (uygulanabilir) olması için bu işlemin icrasına başlanmış olması şart değildir. Bu anlamda, idari işlemdeki iradenin hukuken etkili olması ve bu hukuki etki için müracaat edilecek bir başka idari makamın kalmamış olması yeterlidir⁴³⁵.

2.1.2.3. İdari İşlemlerin Yerine Getirilmesinin İmkansızlaşması

İdari işlemin yerine getirilmesi, esasen her durumda idarenin ayrıca birtakım eylemlerde bulunmasını gerektirmemektedir. Ancak bazı durumlarda idarenin tesis ettiği idari işlemin maddi alemdeki etkilerinin de meydana gelebilmesi için idarenin yapmakla yükümlü olduğu birtakım yükümlülükler diğer bir tabirle, idari eylemler (ameliyeler) mevcuttur⁴³⁶. Bu

⁴³¹ Hatipoğlu, 2015: 362-363.

⁴³² Sezginer, 2000: 46-47; Demirkol ve Bereket Baş, 2001: 114.

⁴³³ Duran, 1946: 138-149.

⁴³⁴ "... İdari işlemin kesinliği, idari prosedürün son aşamasının da bitirilmiş olmasını, yani hukuki sonuç yaratabilmesi için bir başka idari makamın onayına gereksinimi bulunmamasını; yürütülmesinin zorunlu olması da, hukuk düzeninde değişiklik meydana getirecek biçimde uygulanmasının gerekli olmasını ifade etmektedir." D7D, T.30.9.1998, E.1997/2452, K.1998/3120, DD, 1999, 100, s.358-359. Aynı doğrultuda kararlar için bk.: "...İdari yargıda davaya konu olma açısından, idari işlemlerin kesin ve yürütülmesi zorunlu nitelikte bulunması gerekmektedir. Buradaki kesinlik kavramı işlemin uygulanmaya hazır, yani nihai bir işlem niteliğinde olduğunu, diğer bir ifadeyle başka bir makamın onayına tabi olmadan doğrudan uygulanabilirliğini göstermektedir. Yürütülmesinin zorunlu olması, yani icracılık vasfı ile de, kamu gücü ve kudretinin üçüncü kişiler üzerinde doğrudan doğruya çeşitli hukuki sonuçlar doğurmak suretiyle etkisini göstermesi olarak ifade edilmektedir." D8D, T.3.2.2016, E.2015/10165, K.2016/534, KİBB.; "...2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde tanımlanan iptal davalarına, idarenin tek yanlı irade beyanıyla, kişilerin hukuksal durumlarında değişiklik meydana getiren kesin ve yürütülmesi zorunlu idari işlemler konu edilir. / Yargı içtihatları ve öğretide, idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi gerekli işlemler, idari makam ve mercilerin kamu gücüne dayanarak idare hukuku alanında tesis ettiği, ilgililer üzerinde ayrıca başka işlemin varlığına gerek olmaksızın, doğrudan doğruya çeşitli hukuki sonuçlar doğurmak suretiyle etkisini gösteren icrai nitelikteki irade açıklamaları olarak tanımlanmaktadır..." D16D, T.15.2.2016, E.2015/14810, K.2016/486, KİBB.; "...İdare Hukukunda, kamu gücünün, idare edilenler üzerinde, ayrıca bir başka işlemin varlığına gerek olmaksızın, doğrudan hukuki sonuçlar doğurmak suretiyle etki yaratan işlemler, icrai (yürütülmesi gerekli) işlemler; idari karar alma sürecinde başkaca bir aşamadan geçmesine gerek kalmayan, yani nihai nitelikte olan işlemler ise, kesin işlemler olarak tanımlanmaktadır..." D7D, T.19.1.2000, E.1999/1760, K.2000/67, DD, 2001, 104, s.371.

⁴³⁵ "...Bir idari işlemin kesin ve yürütülebilir hale gelmesi için işlemdeki iradenin yaptırımsal içeriğe sahip olması yeterli olup, işlemin icrasına henüz başlanmamış olması ya da daha önceden tesis edilen ve kesinleşen bir idari işleme dayanması, yaptırımsal içeriğe sahip işlemin kesin ve yürütülebilir nitelikte olmadığı anlamına gelmez..." D14. D, T.6.2.2017, E.2014/6661, K.2017/520, KİBB.

⁴³⁶ Duran, 1982: 413; Gözler ve Kaplan, 2012: 281-282; Ayanoğlu, 2004: 105 vd; Akgüner ve Berk, 2017: 1073-1074.

tür eylemlere “uygulama eylemi” denilmektedir⁴³⁷. Uygulama eyleminden başka bir de yalın idari eylemler söz konusu olup bunların da yasal dayanaklarının bulunması zorunludur⁴³⁸.

İdari işlemin icrası, esasen kanun ile idareye verilmiş bulunan kamu hizmeti sunma faaliyetlerini ifa ederken idarenin idari işlem tesis etme yetkisinin sonucudur⁴³⁹. İdarenin idari işlem ile yüklenmiş olduğu maddi alemdeki değişiklik yapma yükümlülüğünün yerine getirilmesi, belirtilen yükümlülüğün ifa edilmesi anlamını taşımaktadır⁴⁴⁰. Anılan yükümlülüğün yerine getirilmesi hukuken veya fiilen mutlak bir biçimde mümkün olmayabilmektedir⁴⁴¹. Burada, idari işlemin icrasındaki imkânsızlık kavramı ile ilintili bir değerlendirme yapma zorunluluğu meydana gelmektedir. Ayrıca, maddi alemdeki etkilerin meydana getirilmesi idari eylemler vasıtasıyla yapılmış olmaktadır⁴⁴². Bu sebeple de uygulama eylemlerinin yerine getirilmesinde imkânsızlık kavramı gündeme gelmiş olabilmelidir.

Danıştay’ın konuya ilişkin bir kararı şu şekilde ifade edilmiştir. Arsa Ofisi Genel Müdürlüğü’nden (E) tipi “Arsa edinme sertifikası” alan ilgilinin, tahsisin yapılmasına ilişkin başvurusu reddedilmiş olup bu işlemin iptali istemiyle dava açılmıştır. İdare mahkemesince İzmir ilinde "E" tipi arsa üretilmediği için davacının talebinin karşılanmadığının anlaşıldığı, fiili olanaksızlık dolayısıyla arsa tahsisi yerine davacıya ait sertifika karşılığının faizi ile birlikte geri verilmesinde yasaya aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Bahsedilen karar, Danıştay’ca da hukuka uygun bulunmuştur⁴⁴³.

İlgiliye arsa tahsisinin gerçekleştirilmesine yönelik işlem tesis edildikten sonra anılan vasıfta arsa tipinin üretilmemesi sebebiyle idari işlemin uygulanması mahiyetindeki eylemlerin yapılamaması yargı mercileri tarafından fiili imkânsızlık olarak değerlendirilmiştir. Bu sebepten dolayı davacının ödediği sertifika bedelinin faiziyle birlikte iadesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık tespitinde bulunulmamıştır. Kararlardan ve gerekçelerden çıkarımımız, idari işlemin icrası biçiminde ortaya çıkan eylem formundaki

⁴³⁷ Akgüner ve Berk, 2017: 1165.

⁴³⁸ Yalın idari eylemlerin kanuni dayanağının bulunması gerekliliği, aynı zamanda eylemin idariliğini de sağlamaktadır. İdarenin sunmakla görevli olduğu kamu hizmetinin kanuni dayanağı bulunmaksızın meydana getirmiş olduğu fiiller, yalın idari eylem olarak değil, haksız fiil olarak değerlendirilir. Ayanoğlu, 2004: 96 vd.

⁴³⁹ Karahanoğulları, 2015a: 101. Yazar, yasayı uygulamanın sadece idari işlem biçiminde değil, aynı zamanda yasayı uygulama iradesinin idari eylem formunda da meydana gelebileceğini belirtmektedir. Bu anlamda yasayı uygulamanın idareye bir yükümlülük yüklediği ifade edilmektedir.

⁴⁴⁰ İcrai nitelikteki işlemin tamamen veya kısmen idareye borç yükleyen bir yönünün bulunabileceği, böyle durumlarda işlemin yürütülmesini sağlamanın idareye düşen bir yükümlülük olduğu ifade edilmektedir. Bazı durumlarda ise, icrai işlemler işlemin muhataplarına birtakım haklar tanımış olabilmektedir. Bu durumlarda ise idareye bu haklara engel olmama yükümlülüğü düşmekte olduğu belirtilmektedir. Akgüner ve Berk, 2017: 1143.

⁴⁴¹ İdari işlemin icrasının mümkün olmayabileceği hallerinde idarenin genel olarak re’sen icra yetkisinin bulunduğu kabul edilmekte olup buna göre idare işlemi kendisi yürütmektedir. Akgüner ve Berk, 2017: 1145.

⁴⁴² Ayanoğlu, 2004: 98.

⁴⁴³ D10D, T.28.10.1998, E.1996/2527, K.1998/5479, KİBB.

uygulamalardaki birtakım hukuki ve fiili durumun imkânsızlık kavramı içinde değerlendirilebilecek olmasıdır. Öte yandan, idari tasarrufların bütünü dikkate alındığında bu aşamadaki imkânsızlık hali, uygulama eylemi denilen idari eylemlerle de ilişki içerisinde bulunmaktadır. Sonuç olarak imkânsızlık kavramının idari işlemin icrasıyla da doğrudan bir ilişkisi gündeme getirilebilmelidir.

2.2. İdarî İşlemin Yapılmasından Sonra Meydana Gelen İmkânsızlık Kavramının İncelenmesi

İdari işlemin yapılmasından sonraki durum deyimiyle, idari işlemin işlemi tesis eden idare veya mahkeme tarafından iptal edilmesini kastetmekteyiz. Bu başlık altında her iki türdeki iptal neticesinde meydana gelen durum ile bu aşamadaki imkânsızlık hali değerlendirilmeye çalışılacaktır.

2.2.1. İdari Yargı Kararlarının Uygulanması Aşamasında Ortaya Çıkan İmkânsızlık

Yargı kararlarının uygulanması zorunluluğunun anayasa ile belirlenmesine bir hukuk devletinde gerek bulunmamasına rağmen anayasa ve yasalarla yargı kararına uyulmadığı takdirde yaptırımların düzenlenmiş olmasına rağmen; yargı kararlarına uyulmaması hukuk devleti ilkesi bakımından⁴⁴⁴ kabul edilebilir bir durum değildir⁴⁴⁵. Yargı kararlarının uygulanmasında idari yargı mercilerince verilen kararlar, önem arz etmektedir. Zira, özel hukuk kişilerinin yargı kararlarına direnmesi halinde, yargı kararlarını yerine getiren adliye teşkilatı bulunmasına rağmen idari yargı mercilerinde verilen idari yargı kararlarını uygulayabilecek ayrı bir kurum veya idareden üstün bir kudret bulunmamaktadır. Mahkeme kararlarının uygulanmasını davanın tarafı konumunda bulunan ve davaya konu işlemi tesis eden, düzenlemeyi yapan veya eylemi gerçekleştiren idare sağlamaktadır⁴⁴⁶.

İdarenin aleyhindeki mahkeme kararlarını uygulamakta isteksiz davranmaya yönelik tutumları, kararı uygulamamak için haklı gerekçe aramasına sebep olan bir olgudur⁴⁴⁷. İmkânsızlık kavramı mahkeme kararlarının uygulanmamasında idareye bir sığınma ortamı sağlamaktadır⁴⁴⁸. Bu nedenle de mahkeme kararlarının uygulanması zorunluluğuna rağmen idarelerin belirtilen tutumları karşısında imkânsızlık kavramının mahiyetinin

⁴⁴⁴ Hukuk devletinin en belirleyici unsurlarından birinin idarenin yargısal denetimi olduğu ve yargısal denetim sonucu verilen kararların gerekleri mutlaka idare tarafından yerine getirilmesi gerektiğini ifade edilmektedir. Altınok, 2008: 50.

⁴⁴⁵ Altay, 2004: 2; Kaya, 2013: 43; Özeren ve Bayhan, 1992: 44.

⁴⁴⁶ Güçlü, 2010: 48.

⁴⁴⁷ Altay, 2004: 4; Güçlü, 2010: 48-49.

⁴⁴⁸ Kapsamlı açıklama için bk.: Akgüner ve Berk, 2017: 384-386.

belirlenmesi oldukça mühimdir. Bu kapsamda mahkeme kararlarının uygulanması zorunluluğu karşısında imkânsızlık kavramının istisnai yapısının korunması bir gerekliliktir. Aksi halde yargı organlarının uygulanabilirliği olmayan kararlar vermesi gündeme gelecektir⁴⁴⁹.

2.2.1.1. İdari Yargı Kararların Sonuçları

İdari yargı kararlarının uygulanmasındaki imkânsızlık halleri değerlendirilmeden önce idari yargı mercilerince verilen iptal ve YD şeklinde tezahür eden kararların hüküm ve sonuçları üzerinde durmak gerekmektedir. Nitekim idari yargı kararlarını uygulamada karşılaşılan en büyük güçlükler anılan şekildeki kararlarda gündeme gelmektedir⁴⁵⁰.

2.2.1.1.1. İptal Kararlarının Sonuçları

İdari yargıda verilen iptal kararlarının sonuçlarının, dava konusu idari işlemin birel veya düzenleyici işlem olmasına göre bazı farklılıkları bulunabilmektedir. Bu başlık altında hem düzenleyici işlem yönünden, hem de birel işlemler yönünden sonuçlarına değinilecektir. Ancak imkânsızlık kavramının etkilediği saha; düzenleyici işlemlerden ziyade birel işlemler üzerinde hüküm ve sonuçlarını doğurduğundan iptal kararlarının birel işlemler yönünden sonuçlarına ağırlık verilecektir.

2.2.1.1.1.1. İdari İşlemi Tesis Edildiği Tarihten İtibaren Ortadan Kaldırması

İptal kararları geçmişe yürür nitelikte olup dava konusu idari işlemi tesis edildiği tarihten itibaren geçerli olmak üzere (makable şamil olarak/geriye geçerli olarak) ortadan kalkmasına, hukuk alanında hiç doğmamış sayılmasına yol açmaktadır. Bunun sonucunda eski durum kendiliğinden geri gelmektedir⁴⁵¹. İptaline karar verilen işlemten önceki durumun kendiliğinden geri gelmesi birtakım fiili ve hukuki sebeplerle zor ve hatta imkânsız

⁴⁴⁹ Altay, 2008: 122.

⁴⁵⁰ Gözübüyük ve Dinçer, 2001: 700.

⁴⁵¹ Uler, 1970: 13-15; Gözübüyük ve Dinçer, 2001: 701-702; Kaya, 2013: 31; Gözübüyük, 2015: 414-415. Danıştay'ın bu husustaki görüşü şu şekildedir: "...İptal davasının konusunu oluşturan idari işlemler, kişiler üzerinde yeni bir hukuki durum yaratma veya değiştirme gibi sonuçlar doğurmakta olup, görevli ve yetkili yargı merciince iptal edilinceye veya işlemi tesis eden idarece geri alınıncaya, kaldırılınca, değiştirilinceye veya düzeltilinceye kadar hukuki geçerliliğini korumaktadır. / 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 idare hukukunun bilinen ilkelerindendir. Dolayısıyla, iptal kararları, iptali istenilen idari tasarrufu ve ona bağlı işlemleri tesis edildikleri tarihten itibaren ortadan kaldırarak bu tasarruf ve işlemlerin tesisinden ve icrasından önceki hukuki durumun yürürlüğünü sağlar. Diğer bir deyimle iptal edilmiş olan işlemi, hukuk alanında hiç doğmamış hale getirir..." D8D, T.10.6.2015, E.2015/5090, K.2015/5847, DD, 140, 2015, s.137.

olabileceği için her zaman mümkün olamayabilmektedir⁴⁵². Eski hukuki durumun geri gelmesini sağlama işi, davalı idarenin ödevi olup genellikle bu duruma iptal kararlarının uygulanması/yerine getirilmesi denmektedir⁴⁵³.

İdari işlemin nasıl ortadan kaldırılacağı hususunda görüş farklılıkları bulunmaktadır. Kimi yazarlar, idari işlemin iptal kararı ile ortadan kalkmadığını, iptal edilen işlemin hukuk düzenindeki etkilerinin silinmesi için idarenin işlemi geri alması gerektiğini savunmaktadır. Bu yazarlar şu örnekleri vermektedir: Bir kapatma işlemi iptal edildiğinde, idare, kapatma işlemi geri alıncaya kadar işyeri kapalı kalmaya devam etmektedir. İlgili, işyerini kendiliğinden açamamakta olduğunu ve yine, düzenleyici işlemin iptali durumunda, idare bu işlemi geri alıncaya kadar işlem uygulanmaya devam ettiğini ifade etmektedirler⁴⁵⁴. Kimi yazarlar ise, yargısal iptal üzerine dava konusu işlemin kendiliğinden hukuk aleminde kalkacağını ve idarenin herhangi bir işlemine gerek bulunmadığını belirtmektedir⁴⁵⁵.

Çağlayan ise, iptal kararının hukuksal sonucu ile iptal kararının gereklerinin idarece yerine getirilmesinin farklı şeyler olduğunu ifade etmektedir⁴⁵⁶. Yazara göre, iptal kararı etkisini otomatik olarak doğurmaktadır. Bu nedenle de iptal edilen işlemin, idare tarafından geri alınmasına gerek yoktur. İptal kararı karşısında idareye düşen ödev, iptal edilen idari işlem neticesinde meydana gelmiş sonuçları gidermek; hukuka aykırı durumdan hukuka uygun hale mahkeme kararı doğrultusunda dönülmesini sağlamaktır⁴⁵⁷.

İptal kararlarının, dava konusu idari işlemi yapıldığı tarihten itibaren geriye yürür şekilde ortadan kaldırdığı, Danıştay'ın eskiden beri istikrarlı şekilde uygulamakta olduğu içtihadıdır⁴⁵⁸. İptal kararlarının idari işlemin geriye yürümezliği prensibinin istisnası olması ve dava konusu işlemi hukuk aleminde hiç yapılmamış saydığına göre kendiliğinden hukuki sonuçlarını meydana getirdiği ifade edilmelidir⁴⁵⁹. İdari yargı içtihatlarıyla ortaya konan iptal kararlarının geçmişe etkili hüküm ve sonuçlar doğurması kuralı, Yargıtay tarafından da dikkate alınmaktadır. Nitekim bir banka hakkında BDDK'nın almış olduğu TMSF'ye devir

⁴⁵² Kaplan, 2017:237.

⁴⁵³ Gözübüyük, 2013: 249-250; Kaplan, 2017: 237.

⁴⁵⁴ Sarıca, 1949:121-123; Çağlayan, 2001: 127; Keskin de Sarıca'ya katılmakta olduğunu ifade etmektedir. Keskin, 1986: 156. Sarıca, daha sonraki yazılarında iptal kararının fiili neticelerini direkt olarak meydana getirmeyeceğini ifade ettikten sonra bu durumun bazı istisna hallerinin olabileceğini belirtmiştir ve düzenleyici işlemin mahkeme tarafından iptali kararının sonuçlarının direkt olarak ortaya çıkacağını ifade etmiştir. Sarıca, 1966: 32.

⁴⁵⁵ Mumcu, 1970: 106; Aksoy, 1977: 318-319.

⁴⁵⁶ Çağlayan, 2001: 128-129.

⁴⁵⁷ Çağlayan, 2001: 129.

⁴⁵⁸ "... İptal hükümlerinin, davanın tevcih edildiği idari muamele ve kararın ittihaz edildiği tarihe kadar tesirde bulunması idarenin maruf bir kaidesidir." DDDUH, T.25.1.1938, E.1937/202, K.1938/14, DKD, S.3, s.46; "...İptal kararı, idari tasarruf ve ona bağlı işlemleri ittihaz edildiği tarihten itibaren ortadan kaldırarak, o tasarrufun ittihazından önceki durumu ortaya koyar." DDDK, T.4.2.1966, E.1965/473, YBD, s.695.

⁴⁵⁹ Gözübüyük ve Tan, 2016: 544.

kararının Danıştay tarafından iptali üzerine, iptal kararının devir tarihinden itibaren sonuç doğuracağı, devirden iptale kadarki dönemde TMSF'nin anılan bankayı temsilen katıldığı genel kurulda, yetkisiz temsil hükümlerine göre hareket ettiğinden bahisle alınan kararların butlan ile sakatlanacağı belirtilmektedir⁴⁶⁰.

İptal kararının idari işlemi tesis edildiği tarihten itibaren ortadan kaldırması ile ilgili olarak atama işlemi iptal edilen kişinin yaptığı ve yapacak olduğu işlemlerin durumunun ne olacağı önem arz etmektedir. *Uler*, atama işlemi iptal edilen kişinin iptal kararından önce yapmış olduğu işlemlerin geçerli olduğunu ve üçüncü kişilerin haklarının korunduğunu dile getirmektedir⁴⁶¹. *Çağlayan* ise bu kişiyi fiili ajan⁴⁶² kabul edip üçüncü kişilerin haklarının korunmasının hukuk mantığına uygun olduğunu ifade etmektedir⁴⁶³. Anılan işlemlerin geçerliliği konusunda iptal kararının verildiği ana kadarki kısımda tereddüt bulunmasa da, iptal kararından sonraki kısmı bakımından bir tereddüt meydana gelmektedir. Danıştay'ın konuya ilişkin yaklaşımı, bir uyuşmazlığa yansımıştır. Uyuşmazlıkta, Emekli Sandığı Müdürler Kurulu üyelerinden iki kişinin görevlerine son verilerek yerlerine yeni atamalar yapılmıştır. Belirtilen işlem mahkeme tarafından iptal edilmek suretiyle ilgili kişiler görevlerine dönmüştür. Ancak bir ay sonra görevlerine yeniden son verilmiştir. Bu işlem de mahkeme tarafından iptal edilince yerlerine atanan kişiler, görevlerinden ayrılmayarak bir kamu görevlisinin naklen atanması işlemine katılmışlardır. Belirtilen naklen atama işlemi için açılan davada Danıştay, işlemin şu gerekçeyle hukuka aykırı olduğuna hükmetmiştir⁴⁶⁴:

“...yürütmenin durdurulması ve iptal kararları karşısında idare adına işlem tesisine yetkili bulunmayan kişilerin...müdürler kuruluna üye sıfatıyla katılmaları ve dava konusu kararı tesis etmeleri yetki yönünden hukuka uygun düşmez...”.

2.2.1.1.1.2. İptal Kararı Geçmişe Etkili Olması

İptal kararı, dava konusu işlemin varlığına son vermekte olup; bunun hangi tarihten itibaren geçerli kabul edileceği, önem arz etmektedir. İdari işlemler, kural olarak yürürlüğe

⁴⁶⁰ “...Danıştay'daki davanın sonucunda davalı bankanın TMSF'na devri işleminin iptaline karar verildiği takdirde; karar, işlem tarihi itibarıyla sonuç doğuracağından iptali istenen genel kurulda TMSF'nin payları temsil yetkisi ortadan kalkacaktır. Yetkisiz temsilcilerin katılımı sonucu alınan genel kurul kararının da butlan ile sakatlığı gündeme gelecektir...” Y11HD, T.19.9.2006, E.2005/6406, K.2006/8969, KİBB.

⁴⁶¹ Uler, 1970: 99.

⁴⁶² Bir kimsenin görevli olarak İdare adına hareket edebilmesi, onun hakkında atama, seçim ya da sözleşme gibi bir işlemin yapılmış olmasına bağlıdır. Böyle bir işlem olmadan idare adına hareket eden kişiye fiili ajan denilir. Özay, 2004:487.

⁴⁶³ Çağlayan, 2001: 192.

⁴⁶⁴ D5D, E.1976/9529, K.1978/1206, T.05.04.1978, DD.32-33, s.458.

girdikleri andan itibaren etki ve sonuçlarını göstermektedir⁴⁶⁵. Bu durum, yasaların geriye yürümemesi ilkesinin idari işleme uyarlanması olarak değerlendirilmektedir⁴⁶⁶. Geriye yürümezlik ilkesi, mutlak şekilde uygulanan bir ilke değildir. Bu ilkenin mutlak olmadığı istisnalarının da bulunduğu kabul edilmektedir⁴⁶⁷. İdari işlemin yargı kararı ile iptal edilmesi de; bu istisnalar kapsamında değerlendirilmektedir⁴⁶⁸.

İptal kararının geçmişe etkili olması kuralına aykırılık teşkil edebilecek nitelikte bazı idari işlemler tesis edilebilmektedir. Nitekim, ihalelere katılmaktan yasaklama kararına karşı YD ve iptal istemiyle açılan davada mahkeme, YD kararı vermiş olup yasaklama kararının kaldırıldığı RG’de ilan edilmiştir. Ardından dava konusu işlem mahkemece iptal edilmiştir. İstinaf incelemesinde ise, idare mahkemesinin kararı kaldırılarak dava reddedilmiştir. Bunun üzerine RG’de ihaleden yasaklama kararının kaldığı yerden devam edeceği ilan edilmiştir⁴⁶⁹. İptal kararı, idari işlemi geçmişe etkili olarak hukuk alanında hiç olmamış gibi etki doğurmaktadır. Ancak, iptal kararından sonra dosyanın incelenerek yeniden karar verilmesi üzerine ihalelere katılmaktan yasaklanmaya ilişkin işlemin kaldığı yerden devam etmesi, bu etkiyi bertaraf edici nitelik arz edebilmektedir.

İptal kararının işlemi tesis edildiği tarihten itibaren ortadan kaldırması kuralının geleneksel içtihadı bir anlayışla gerçekleştirildiği, ancak bazı hallerde birtakım hukuksal sorunlara sebebiyet verebileceği belirtilmektedir⁴⁷⁰. Ancak bu görüş azınlıkta olup genel kabul ve yargının uygulaması, yukarıda belirtildiği üzere mahkeme kararının verildiği tarihten itibaren değil, işlemin tesis edildiği tarihten itibaren geçerli olduğu yönündedir.

2.2.1.1.1.3. İptal Kararının Genel Etkili Olması

İptal kararı, iptal edilen idari işlemten etkilenen herkes bakımından hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadır. Bu genel etki, öncelikle işlemin yöneldiği kişiler bakımından geçerli olup işlemin doğrudan yönelmemiş olduğu kişilere ve işlemlere etki etmektedir⁴⁷¹.

⁴⁶⁵ Çağlayan, 2001: 129.

⁴⁶⁶ Bıyıklı, 1973: 86.

⁴⁶⁷ Akıllıoğlu, 1984: 33-54.

⁴⁶⁸ Karahanoğulları, 2015a: 597-599. Yazar, geçmişe etkili idari işlem yapmanın hukuka aykırı olduğunu, ancak yargı kararının uygulanması için geçmişe etkili idari işlem yapılabileceğini ifade etmektedir.

⁴⁶⁹ Orman ve Su İşleri Bakanlığı’na bağlı DSİ Genel Müdürlüğü’nün İhaleye Katılmaktan Yasaklama Kararının Kaldığı Yerden Devam Edeceği Hakkında İlan (RG: 26.05.2018-30432).

⁴⁷⁰ Kaplan’a göre yargısal iptal kararı ile idari işlemin tesis edildiği andaki hukuki duruma dönülmesi ilkesi, içtihadı olup yasal temeli bulunmadığı için bu ilkeye istisna getirebilmek için yasal bir zorunluluğa ihtiyaç bulunmamaktadır. İdari yargı hâkiminin iptal kararının kolayca uygulanabilirliğini sağlamak, kararın, tekemmül etmiş ya da etmekte olan hukuksal ilişkileri yıkıma uğratmasına izin vermemek ve nihayet kamu yararı ile adaletin etkinliği ilkelerini bağdaştırmak için bu geleneksel etkiden sıyrılarak kararını vermesi gerektiğini ifade etmektedir. Kaplan, 2017: 237-238; Kaplan, 2013: 31-38

⁴⁷¹ Uler, 1970: 44; Çağlayan, 2001: 135.

Öğretide düzenleyici işlemler ile birel işlemlerin iptalinin genele olan etkisi bakımından bir ayırım yapılmamaktadır⁴⁷². Buna göre genel düzenleyici işlemlerin iptalinde iptal kararının genel etkisi açıkça gözlemlenebilmektedir⁴⁷³. Nitekim bu husus Danıştay'ın içtihatlarını da etkilemiştir⁴⁷⁴.

2.2.1.1.2. Yürütmenin Durdurulması Kararlarının Sonuçları

Türk İdare Hukuku esaslarına göre, bir idari işlemin iptali için yargı mercilerinde dava açılması, tek başına o idari işlemin icrasını durdurmaya yeterli değildir. Bir idari işlemin icrasını durdurabilmek için⁴⁷⁵ idari yargı mercilerinin bu hususta ayrıca İYUK m.27 ve m.52 hükümlerine göre karar vermesi gerekmektedir. Bu karara YD kararı denilmektedir⁴⁷⁶. YD kararlarının dava konusu idari işlem üzerindeki hukuki etki ve sonucunun ne şekilde olduğunu hüküm altına almış olan herhangi bir mevzuat hükmü, bulunmamaktadır. Kanunlarda YD kararının verilebilmesi için gerekli şartla sayılmaktadır⁴⁷⁷.

Öğretide çoğunlukla YD kararlarının, nihai karar niteliğinde bulunmamakla birlikte iptal kararının tüm hüküm ve sonuçlarını ihtiva ettiği ifade edilmektedir⁴⁷⁸. Ancak Onar bu hususta genel kabulün dışında birtakım fikirler dile getirmektedir⁴⁷⁹:

“...Fer'i ve geçici mahiyette bir ihtiyatî tedbirden ibaret olan icranın tehiri kararının, ancak asıl dâvanın nihai kararının yani iptal hükmünün doğurabileceği bu kadar ağır bir etkisi ve hükmü olacağını kabule

⁴⁷² Uler, 1970: 44; Çağlayan, 2001: 135-136; Güçlü, 2010: 67-68. Aksi yönde bir görüş için bk.: Kaya, 2013: 30.

⁴⁷³ Azrak, 2000: 335; Kaya, 2013: 15; Çalış, 2018: 150-151.

⁴⁷⁴ “...Bir genel düzenleyici işlemin iptal edilmesi durumunda, verilen yargı kararının, sadece o davayı açanı değil, bu genel düzenleyici işlem ile ilgili diğer kişileri de etkileyeceği kuşkusuzdur. İptal kararı ile bu düzenleyici işleme dayanılarak yapılan işlemler hükümsüz hale gelir ve doğurduğu tüm etki ve sonuçlar ortadan kalkar. Bu nedenle iptal edilen bir düzenleyici işlemde dolayı, menfaati ihlal edilen veya kişisel hakkı etkilenen kişinin, verilen iptal kararının doğurduğu sonuçlardan yararlanmak amacıyla [İYUK m. 10 anlamında] idareye başvurabileceği tabiidir...” DİDDK, T.5.5.2005, E.2005/470, K.2005/1158, DD, 2006, S.111, s.84; Aynı doğrultuda kararlar için bk.: D7D, T.28.5.2009, E.2007/6171, K.2009/2660, DD, 2009, S.122, s.338; D11D, T.1.2.2008, E.2005/4697, K.2008/676, DD, 2008, S.119, s.392-393.

⁴⁷⁵ Dava konusu idari işlemin hukuka aykırı olduğu saptanmasına rağmen, uygulamasının sürdürülmesi hususu, tüm eylem ve işlemleri hukuka uygunluk karinesine dayanan hukuk devleti ilkesine aykırı bir durum yaratacak, davacı yönünden ise, telafisi güç zarara neden olacaktır. Zira, işlemin yürütülmesinin durdurulmasına karar verilmemesi halinde; hukuka aykırı bulunan işlemin etki alanına bağlı olarak ilgili açısından oluşacak zarar, işlemin uygulanmasına devam olunmasıyla artacak, yargılamanın sonunda verilecek iptal kararı ile önceki halin iadesi de zorlanmış olacaktır. Bu gerekçeye dayanarak verilen YD kararı için bk.: D5D, T.2.2.2016, E.2015/6912, UYAP. Öğretide ise, anılan müessesesinin iptal kararının uygulanmasını imkânsızlıktan kurtaran bir yönü olduğu belirtilmektedir. Tekinsoy, 2013: 158-159.

⁴⁷⁶ Özdeş, 1979: 5.

⁴⁷⁷ 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun “Yürütmenin durdurulması” başlıklı 27. maddesinin 2. fıkrasının ilk cümlesinde anılan şartlar hüküm altına alınmıştır: “...Danıştay veya idari mahkemeler, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, davalı idarenin savunması alındıktan veya savunma süresi geçtikten sonra gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebilirler...”

⁴⁷⁸ Sarıca, 1966: 33; Güçlü, 2010: 135; Tekinsoy, 2006: 18; Gözübüyük ve Dinçer, 2001: 698.

⁴⁷⁹ Onar, 1966: 1971-1972.

imkân yoktur. Çünkü idarî tasarruf ve icraî karar henüz hukukî varlığını ve değerini muhafaza etmektedir. Böyle hukuken mevcut ve henüz iptal edilmediği için muteber olan bir hukukî tasarrufa dayanarak yapılmış işlem ve eylemleri, hükümsüz saymak hukukî esaslara da kamu hizmeti ihtiyaçlarına uymaz. Hukukî esaslara uymaz, çünkü icraî kararın ortaya koyduğu ve kapsadığı hukukî esas ortadan kalkmamıştır. Tehiri icra kararı ancak bundan sonraki eylemleri, icraî ameliyeleri durdurmuştur... Kanaatimizce icranın tehiri diğer deyimle yürütmenin durdurulması kararının hükümlerini, kararın alındığı tarihteki duruma göre düşünmek lazımdır: iptali istenilen tasarrufun, icraî kararın uygulanması için henüz bir işlem ve eylem yapılmamışsa yürütmenin durdurulması kararı artık bu işlem ve eylemlerin yapılmasına hukuken imkân vermez...”.

Nitekim bazı uyuşmazlık tipleri bakımından YD kararının hukuki etki ve sonuçlarının *Onar*'ın ifade ettiği biçimde olmasını savunan yazarlar da mevcuttur. Bu görüşün gerekçesi şu şekilde ortaya konmuştur⁴⁸⁰:

“...Henüz sonuçlanmamış özelleştirme uygulamalarında, özelleştirme sürecindeki işlemler hakkında yürütmenin durdurulması kararı verilmesi halinde, süreç işlemeyecektir. Diğer bir ifade ile özelleştirme işlemleri, dava sonucuna veya yürütmenin durdurulması kararı devam edinceye kadar bekletilecektir... hakkında yürütmenin durdurulması kararı verilen işleme dayanılarak tesis edilen diğer işlemlerin, ONAR'ın görüşü doğrultusunda, dava sonuçlanıncaya kadar geri alınmaması, daha uygun bir çözüm olacaktır. Aksi bir uygulama karmaşık sorunları da beraberinde getirecektir...”.

Tekinsoy ise, YD kararının iptal kararı gibi hukuki etki ve sonuçlar doğurmasının neden olacağı sorunları göz ardı etmemekle birlikte, YD kararını iptal kararının yerine getirilmesinin hukuken veya fiilen imkânsız hale gelmesini engelleme konusundaki en önemli ve etkili bir araç olarak değerlendirmektedir. Bu yönüyle, mahkeme kararlarının uygulanmasını sağlayıcı bir aracın sınırlı etki doğurmasının, anılan amaca uygun düşmediğini ifade etmektedir. Yine, belirli tip uyuşmazlıklar üzerinden anılan hukuksal kurumun etkilerinin belirlenmesinde anlamı olmadığını belirtmektedir⁴⁸¹. Nitekim *Şahin* de, bu tür durumlarda YD kararının taşıdığı önemi şu şekilde dile getirmektedir⁴⁸²:

“...Acelelik kararının iptaline yönelik kararın, İdarenin taşınmaza el koyup sonradan geri döndürülmesi hukuken ve/veya fiilen mümkün olmayan birtakım müdahalelerde bulunduktan sonra verilmesi durumunda, sonradan kamulaştırma kararı da iptal edilse bile, kamulaştırma işleminin iptali kararının işlem hiç yapılmamışçasına sonuç doğurabilmesi, işlemin tesis edildiği tarihteki hukuki ve fiili duruma dönülmesi mümkün olamayabileceğinden, sonuçta, hukuka aykırı bir acelelik kararı alınmış olmakla, malikin iptal kararından beklediği faydayı sağlayabilmesinin önüne geçilmiş olacaktır. / Esasen acele

⁴⁸⁰ Yasin, 2007: 236.

⁴⁸¹ Tekinsoy, 2013: 158-159.

⁴⁸² Şahin, 2018: 211.

kamulaştırma sürecinin el koyma safhasının doğurduğu sonuçlar sebebi ile iptal kararlarının gereği gibi uygulanmasını zorlaştıracı bu niteliği, bu tür kamulaştırmalarda gerek acelelik kararı gerekse kamulaştırma kararlarının iptali talebi ile açılan davalarda yürütmenin durdurulması kararlarının taşıdığı anlam ve değeri ortaya koymaktadır...”.

Burada göz ardı edilmemesi gereken bir gerçeklik de şudur ki, iptal kararının verilmesi sürecine kadarki süreçte dava konusu idari işlem çoktan icra edilerek hukuki ve maddi alemdeki etkilerini doğurmuş olabilmektedir. Bu noktadaki değişimler bazı durumlarda eski hale iadenin mümkün olamayacak kadar uzak bir noktaya ulaşabilmektedir⁴⁸³. Bu yönüyle YD kararları, gerçekten de, imkânsızlık kavramını aşıcı etkileri bulunan bir hukuksal müessese olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca, YD kararlarına ilişkin olarak çalışmanın ilk bölümünde yapılan açıklamalar dikkate alındığında, verilen bir YD kararının itiraz sonucu kaldırılması veya davanın nihai olarak YD kararının tersi yönünde çözüme bağlanması gibi durumlarda, YD kararını iptal kararı gibi uygulamak gerçekten içinden çıkılması güç problemlere gebe hale gelebilmektedir. YD kararlarının hukuki etki ve sonuçları bakımından yerleşik içtihat ve çoğunluk görüşü iptal kararı gibi değerlendirirse de, bu kararların nasıl uygulanacağına ilişkin bir düzenleme gerektiği çok açıktır. Ancak her idari işlemin konusu ve alanı bakımından nasıl uygulanacağı noktasında farklılıklar da gündeme gelebilecektir. Bu yönüyle düzenleme yapılması fikri de eleştirilmektedir. Ayrıca, YD kararının nasıl uygulanacağına ilişkin olarak YD yargıcına yargısal emir ve talimat verme yetkisinin tanınması gerektiği ileri sürülmüştür⁴⁸⁴. YD kararının uygulanmasında YD yargıcına verdiği kararın uygulanması için emir ve talimat verme yetkisi de yine anayasal ve yasal düzenleme ve değişiklikler neticesinde söz konusu olabilecektir. *Güran* ise bu durumu, ister yürütmenin durdurulması, ister iptal kararında olsun, durdurma ve iptal kararı verdikten sonra, hüküm neden somut ve belli bir şeyi yapma veya yapmama buyruğu ile tamamlanmasın, şeklinde ifade etmiştir⁴⁸⁵.

Danıştay’ın tutumu da bu düşüncüyü destekler nitelikte ve istikrarlı şekildedir⁴⁸⁶. YD kararlarının hukuki mahiyetini aşağıdaki karar net bir biçimde betimlemiştir⁴⁸⁷:

⁴⁸³ Öğretide YD kararı verinceye kadar dava konusu işlemin eyleme dönüştüğü durumlar üzerinde durulmuştur. Buna göre, idari eyleme dönüşen tasarrufu idarenin uygulaması durumunda, örnek olarak yıkım kararının iptali istemiyle açılan davanın görülmesi esnasında yıkım işlemlerine başlanmış ise, YD kararının verildiği tarihte, binanın yıkılması eylemi, o andaki vaziyet itibarıyla durdurulacaktır. Ancak, maddi alemde oluşan bu değişikliğin giderilmesi ile eski hâlin iadesi bu durumda mümkün olmayacaktır. Ayrıca, eyleme dönüşmeyen durumlar için böyle bir ihtimalin söz konusu olmadığı ifade edilmektedir. Aslan, 2017: 119.

⁴⁸⁴ Tekinsoy, 2013: 159.

⁴⁸⁵ Güran, 1995: 199.

⁴⁸⁶ “...Danıştay’ın otuz seneyi aşan istikrar kazanmış içtihatlarına göre, yürütmenin durdurulması kararları dava konusu işlemin uygulanmasını durduran, başka bir deyimle onun icrailik niteliğini askıya alan ve söz

“...İdare hukuku ilkesine göre iptal kararları, iptali istenen idari tasarrufu ve ona bağlı işlemleri itti haz edildiği tarihten itibaren ortadan kaldırarak o tasarrufun itti hazından önceki hukuki durumu ortaya koyar. Bir iptal davasında verilmiş bulunan yürütmenin durdurulması kararı da aynı niteliktedir. Yani henüz ortada bir iptal kararı bulunmadığı halde, iptali istenen idari tasarrufu ve onun sonucu olan işlemleri durdurur ve bu tasarruf ve işlemlerin itti haz ve icrasından önceki hukuki durumun yürürlüğünü sağlar...”.

YD kararları bazı hallerde, kendisinden önceki idari işlemlerin tesis veya icrasını engelleyebilmektedir. Nitekim Danıştay’ın bir kararı bu hususta yol gösterici mahiyettedir. Uyuşmazlıktaki olaya göre, HES inşası için ilgili idare, özel hukuk kişisine üretim lisansı vermiş olup bu kapsamda ÇED olumlu raporu alınmıştır. HES inşası için bir köy tüzel kişiliğine ait olan taşınmazın hazineye devrine karar verilmesi istemiyle ilgili mevzuat⁴⁸⁸ gereklerine göre Danıştay’a başvurulmuştur. Bu esnada bir başka idare mahkemesinde, ÇED olumlu raporuna karşı açılan davada yürütmesinin durdurulmasına karar verilmiştir. Söz konusu başvuruyu değerlendiren D1Dise, YD kararının uygulanması nedeniyle HES inşasının hukuken imkânsız olduğunu belirterek kendisine yapılmış olan müracaat hakkında oy birliği ile karar verilmesine yer olmadığına hükmetmiştir⁴⁸⁹.

2.2.1.2. İdarenin Yargı Kararını Uygulama Yükümlülüğü

Bir hukuk devletinde, yargı yetkisini kullanan mahkemelerin vermiş oldukları herhangi bir kararın uygulanmaması gibi bir sorun ile karşılaşılması teorik düzlemde mümkün olmamalıdır. Nitekim bu sorunun hukuki bir sorun olmaktan ziyade, siyasal bir sorun olduğu ifade edilmektedir⁴⁹⁰. Anayasa’mızın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti’nin bir “hukuk

konusu işlemin tesisinden önceki hukuki durumun geri gelmesini sağlayan geçici nitelikte kararlardır. Eğer bireysel bir idari işlemin yürütülmesi durdurulmuş ise idare, bireyin eski hukuki durumunu kazanması için gereken işlemleri yapmakla yükümlüdür.” D5D, T.11.3.1997, E.1996/2957, K.1997/546, KİBB; “...Davaya konu işlemin hukuka aykırı olduğu saptanmasına rağmen uygulamanın sürdürülmesi, tüm eylem ve işlemleri hukuka uygunluk karinesine dayanan hukuk devleti ilkesine aykırı bir durum yaratacak, davacı yönünden telafisi güç zarara neden olacaktır. Zira işlemin yürütülmesinin durdurulmasına karar verilmemesi halinde, hukuka aykırı bulunan işlemin etki alanına bağlı olarak ilgili açısından oluşacak zarar, işlemin uygulanmasına devam olunmasıyla artacak, yargılamanın sonunda verilecek iptal kararı ile önceki halin iadesi zorlaşacaktır.” D5D, T.2.3.2016, E.2016/434, KİBB.

⁴⁸⁷ DİDDK, T.4.2.1966, E.1965/473, Akt. Özdeş, 1979: 6.

⁴⁸⁸ **2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu “Bir idareye ait taşınmaz malın diğer idareye devri” Madde 30/1 ve 30/2 – (Değişik: 24/4/2001 - 4650/17 md.)“(1) Kamu tüzelkişilerinin ve kurumlarının sahip oldukları taşınmaz mal, kaynak veya irtifak hakları diğer bir kamu tüzelkişisi veya kurumu tarafından kamulaştırılamaz. (2) Taşınmaz mala; kaynak veya irtifak hakkına ihtiyacı olan idare, 8 inci madde uyarınca bedeli tespit eder. Bu bedel esas alınarak ödeyeceği bedeli de belirterek mal sahibi idareye yazılı olarak başvurur. Mal sahibi idare devire muvafakat etmez veya altmış gün içinde cevap vermez ise anlaşmazlık, alıcı idarenin başvurusu üzerine Danıştay ilgili idari dairesince incelenerek iki ay içinde kesin karara bağlanır.”**

⁴⁸⁹ D1D, T.13.1.2011, E.2010/2047, K.2011/65, KİBB.

⁴⁹⁰ Savcı, 1977: 90. Ayrıca bk.: Tuncay, 1972: 66.: “Kuşkusuz gerçek bir hukuk devletinde bu konu, üzerinde uzun uzun durulmaya değer bir konu olarak görülmez. Hatta idarelerin mahkeme ilamlarını infaz

devleti” olduğu hüküm altına alınmıştır⁴⁹¹. Hukuk devleti, hukuku tüm Devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendisini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa’nın bulunduğu bilincinden uzaklaşıldığında niteliğinin geçersiz kılacağını bilen devlet olduğundan⁴⁹², hukukun ve adaletin en somut yansıması olan mahkeme kararlarının uygulanmadığı bir yerde hukuk devletinden bahsedilmesi mümkün değildir⁴⁹³. Mahkemelerin idare aleyhine verdikleri kararların idareler tarafından uygulanması hukuk devleti ilkesi bakımından şarttır⁴⁹⁴. İdarenin yargı kararlarına uyması ve bu kararların gereklerine göre işlem yapması veya eylemde bulunması hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır⁴⁹⁵. Anayasa’mızın 138. maddesinin 4. fıkrasında ise, “*Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.*” hükmü yer almaktadır. Bu anlamda her kamusal mercii gibi idarenin de yargı kararına uyma yükümlülüğünün bulunduğu ifade edilmektedir⁴⁹⁶. Mahkemelerin verdiği kararlardan hangisine uyma ödevinin bulunduğu konusunda 2577 sayılı İYUK’un 28. maddesine değinilmelidir⁴⁹⁷. Maddenin ilk fıkrası,

“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. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez.”

etmediklerinden dolayı aleyhlerine tazminat davası açılması da pek istisnai bir hal olarak görülür... Bu bakımdan memleketimizdeki esas uygulamanın, hukuk açısından olduğu kadar pratik açıdan da yerinde olduğu kabul edilmek gerekir. Aksine bir düşünce ve uygulamanın, gerçekten kargaşalıklara yol açabileceği unutulmamalıdır.”. Aksi yönde görüş için bk.: Karahanoğulları, 2005: 89.

⁴⁹¹ **Türk Anayasası, “Cumhuriyetin nitelikleri” MADDE 2.** – “Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir”.

⁴⁹² AYMK, T.16.6.1992, E.1992/8, K.1992/39, AMKD, S.28, C.2, s.440.

⁴⁹³ Altay, 2004: 2; Yaşar, 2013:143-144.

⁴⁹⁴ Güçlü, 2010: 47.

⁴⁹⁵ Kaya, 2013:43-44; <https://turgutcandan.com/2012/09/30/idari-yargi-kararlarinin-sonuclari/>, (Erişim Tarihi: 04.06.2018); Kandemir, A., “Hakkın Dava Yolu İle Aranması-3 İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması”, <https://www.memurlar.net/haber/11221/hakkin-dava-yolu-ile-aranmasi-3.html>, (Erişim Tarihi: 12.02.2018). Ayrıca, yargı kararlarının uygulanması zorunluluğunun hukuk devleti ilkesinin bir gerekliliği olduğu yönündeki kararlar için bk.: D5D, T.12.2.1991, E.1988/3400, K.1991/178, DD, 1992, 82-83, s.385; Danıştay T.8.10.1987, E.1987/367, K.1987/352, DD, 70-71, s.71; D9D, T.26.11.1987, E.1986/2538, K.1987/3466, DD, 70-71, s.522; D5D, T.9.12.1987, E.1986/1934, K.1987/1740, DD, 70-71, s.287.

⁴⁹⁶ Balta, 1970: 53.

⁴⁹⁷ İYUK m.28 hükmü olmasaydı da, idarenin yargı kararını uygulama yükümlülüğünün bulunduğunu söylemek mümkündür. Anılan anayasal ve yasal düzenlemeler bulunmamasıydı da idarelerin yargı kararlarını uygulamakla yükümlü olduğu tartışmasız biçimde söylenebilmektedir. Bu düzenlemelerin sebebinin bu konuda sıklıkla sorun meydana getirmesinden ileri geldiği ifade edilmektedir. Erdem, 2005: 33; Keskin, 2009: 44.

hükümünü amirdir. Bu cümleden olarak temyiz incelemesi neticesinde verilen kararlara göre idarenin işlem ve eylem tesis etme zorunluluğunun bulunmadığı ifade edilmektedir⁴⁹⁸. Ayrıca, Danıştay'ın şu içtihadı da bu hususta yol gösterici olacaktır⁴⁹⁹:

“...İdarenin, icaplarına uygun işlem tesisine veya eylemde bulunmaya mecbur olduğu kararlar; Danıştay'ın ilk derece mahkemesi sıfatıyla baktığı idari davalarda, bölge idare mahkemelerinin ise itiraz üzerine ilk derece mahkemesi kararının bozulduktan sonra işin esası hakkında verdikleri kararlar ile idare ve vergi mahkemelerince verilen kararlardır. / Danıştayın temyiz başvurusu üzerine verdiği kararlar ise sözü edilen 28'inci madde uyarınca infazı gereken kararlardan değildir. Zira, Danıştayın alt derece idari yargı yerlerinin nihai kararları üzerindeki temyiz denetimi, bir hukuka uygunluk denetimi olup, Danıştayın bozma kararının gereklerinin yerine getirilmesi, 2577 sayılı Kanunun 49'uncu maddesi uyarınca, kararı bozulan ilk derece idari yargı yerince gerçekleşir. Bozma kararları, dava konusu işlemin hukuka uygunluğu konusunda kesin yargı içerebileceği gibi bazı araştırma, inceleme ve değerlendirmelerin noksan yapıldığı gerekçesine de dayalı olabilir. Her iki halde de bozma kararına uyan mahkeme, dava hakkında yeniden karar verir veya mahkeme eski kararında direnebilir. Bu nedenle davanın reddi yolundaki mahkeme kararlarının Danıştayca bozulması durumunda idarece herhangi bir işlem yapılmasına gerek bulunmayıp, mahkemenin yeni kararının beklenmesi gerekmektedir...”

Danıştay'ın idarelerin mahkeme kararlarının uygulanması konusundaki görüşü özü itibariyle şu şekildedir⁵⁰⁰:

“...Mahkeme kararlarına ‘uymak’ ‘Hukuk Devleti'nin’ olmazsa olmaz koşuludur. Demokratik bir hukuk devletinde, hukuki güvenlik ve istikrarın teminatı olan bağımsız ve tarafsız mahkemelerin kararlarının uygulanmasının, davanın tarafı olan idarelerin takdirine bırakılamayacağı kuşkusuzdur. Dolayısıyla hukuk devleti ilkesinin gereği olarak, hukuka saygılı bir idarenin, hukuka aykırılığı ve sebepleri bir yargı kararında belirtilen işlemi ortadan kaldırması ve sonuçlarını silmesi ‘hukuka uygun davranma yükümlülüğünden’ doğan bir zorunluluktur. Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ‘...idare, verilen iptal kararını uygulamak için karara konu işlemin etkilerini ortadan kaldırmaya ve eski hâlin yeniden tesisine çabalamalıdır. Bu bağlamda, kararı tartışılan idare hakkında verilen iptal kararının, sadece hüküm fıkrasının değil, aynı zamanda gerekçelerinin de bağlayıcı olduğunu belirtmek gerekir. Dolayısıyla, hakkında böyle bir karar verilen idare, iptal kararını uygularken, mahkeme tarafından tespit edilmiş gerekçe ve değerlendirmelere uygun olarak hüküm fıkrasında ortaya konulan hedefe ulaşmak için gerekli tüm kararları ve tedbirleri almakla yükümlüdür. İdare, hiçbir durumda hakkında verilen

⁴⁹⁸ Tekinsoy, 2014: 47; Kaya, 2013: 44.

⁴⁹⁹ D3D, T.17.06.2010, E.2008/2633, K.2010/2177, DD, 125, 2010, s.164; Aynı yönde bk.: “...Davanın reddi yönünde verilen nihai kararların temyizen incelenmesi sonucu Danıştayca verilen bozma kararındaki hüküm fıkrası, Mahkeme kararının bozulmasına yönelik olup, davaya konu işlemin iptali veya davanın reddi sonucunu doğurmadığından, 2577 Sayılı Kanunun 28. Maddesinde sözü edilen ve ilgili idarelerce uygulanması zorunlu bir karar niteliğinde de değildir...” D16D, T.10.3.2015, E.2015/12563, K.2015/637, DD, 139, 2015, s.388-390.

⁵⁰⁰ D13D, T.16.02.2015, E.2014/4872, K.2015/539, DD, S.139, 2015, s.106-107.

kararları değiştiremez, uygulanmasını geciktiremez veya reddedemez.’ (Süzer ve Eksen Holding A.Ş. Türkiye) demiştir...”.

Türk İdare Hukukunda idari yargı kararlarını uygulama görev ve yetkisi idareye aittir. İdari yargı hakimi verdiği kararın uygulanması aşamasında yetkili değildir. İdari yargı hakimi bir iptal davasında, idare yerine geçerek iptal ettiği işlemin yerini alacak yeni bir idari işlem tesis edemeyeceği gibi; kararın uygulanması amacıyla yargısal emir veremez ve zorlayıcı para cezası uygulayamaz⁵⁰¹. İdarenin de idari yargı hakiminin verdiği kararın yerine getirilip getirilmemesinde herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır⁵⁰². Buna yönelik olarak yapılmış olan her türlü işlem ve eylem hukuka aykırı olup; bu konuda idareye yasa ile yetkilendirme yapılması da, söz konusu olamayacaktır⁵⁰³. Yargıtay’ın vermiş olduğu bir kararlarda bu husus oldukça güzel bir şekilde dile getirmiştir⁵⁰⁴:

“...Yasalar da ve yargı kararları da yanlış olabilirler ve bilimsel katta her zaman eleştirilebilirler, eleştirilmelidirler de. Ancak bunları uygulamak durumunda bulunan yargıçlar ve görevliler, yasaları ya da yargı kararlarını ‘yanlış’ özüne dayanarak öznel ve kişisel yorum ve gerekçelerle uygulamaktan alıkoymazlar. Onlara düşen, ne ve nasıl olursa olsunlar, yasaları ve yargı kararlarını uygulamaktır. Zira yasalara doğru oldukları için değil, yasa oldukları için, yargı kararlarına da haklı oldukları için değil, yargı kararı oldukları için uyulur...”.

Danıştay ise, konuya ilişkin olarak idarenin yargı kararını uygularken bağlı yetkiyle hareket ettiğini ve kararı uygularken hiçbir şekilde takdir yetkisinin bulunmadığını ifade etmektedir⁵⁰⁵. Nitekim öğretide de bu konuda idarelerin imkânsızlık sebebi mevcut olmadıkça,

⁵⁰¹ Kaya, 2013: 11.

⁵⁰² Gözübüyük, 2015: 417.

⁵⁰³ Örnek olarak, özelleştirme uygulamaları kapsamındaki işlemlere ilişkin mahkemelerce verilen kararların fiili imkânsızlık sebebiyle uygulanmaması yönünde Bakanlar Kurulu’na verilen işlem ve eylem tesis etme yetkisi, AYM tarafından T.03.10.2013, E.2012/73, K.2013/107 sayılı karar ile iptal edilmiştir. (RG: 27.3.2014 – 28954).

⁵⁰⁴ Y4HD, T.22.1.1998, E.1997/10, K.1998/1, KİBB.

⁵⁰⁵ “...İdareye dilerse Danıştay kararını uygulamak, dilerse tazminat ödemek tarzlarından birini seçmek gibi bir hak tanınmamıştır.” D8D, T.17.6.1974, E.1974/2123, K.1974/2768, DD, 16-17, s.308.; “...Anayasa ve İdari Yargılama Usulü Kanununda yer alan bu hükümler yargı kararlarının bağlayıcılığını ve uygulanma zorunluluğunu belirtmeleri yönünden temel hükümler olup, idareye keyfi bir biçimde yargı kararını uygulamama olanağı ve yetkisi tanımadıkları gibi, idare bütçesinden ödeyeceği bir tazminatı gözden çıkararak yargı kararını uygulamaktan da kaçınmaz. Böyle bir davranış kesin hükme saygı ve hukuk devleti ilkeleriyle de bağdaşmaz.” D5D, T.15.12.1993, E.1992/5927, K.1993/5798.; “...İdare, bir idari işlemin iptaline ilişkin yargı kararına uymak zorundadır... / Yukarıda anılan Anayasa hükmü ve idare hukuku ilkesi karşısında, idare, iptal kararının amaç ve anlamına göre yeni bir işlem yapmak, iptal edilen işlemde doğan sonuçları ortadan kaldırmak, işlemin hiç yapılmamış sayılması ilkesi gereği olarak, önceki hukuki durumu yürürlüğe koymakla yükümlüdür. / Karar uygulanmasa bile ilgilinin zararının tazminat ödemekle giderilebileceğini düşünmek de olası değildir. Çünkü yargı kararlarının uygulanması konusunda Anayasa ve yasalarda ve ademi infaz nedeniyle açılan davalarda yargı yerlerince verilen kararlarda idareye bir seçenek tanınmamıştır. Başka bir anlatımla idarenin, isterse kararı uygulaması istemezse hukuki ve fiili imkânsızlıktan söz ederek tazminat ödeme yolunu seçmesi de kabul edilmemektedir.” D1D, T.14.6.1991, E.1991/86, K.1991/101, KİBB.

tazminat ödenmekle dahi iptal kararının uygulanması zorunluluğundan kurtulunamayacağı belirtilmektedir⁵⁰⁶. Mahkemece verilen kararların uygulanması konusunda idarelerin almış olduğu ilke kararları ile takdir yetkisine varan nitelikte ifadelere yer verildiği görülmektedir. Mahkeme kararlarının ne şekilde uygulanacağına ilişkin olarak 4.3.1988 tarih ve 21 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıkları Koruma Yüksek Kurulu'nun ilke kararı⁵⁰⁷ ile Kültür Varlıkları Koruma Yüksek Kurulu'nun 25.2.2016 tarih ve 533 sayılı ilke kararı⁵⁰⁸ bulunmaktadır. Buna göre, anılan kararlarda geçen “*idari davaya konu işlemin yürütülmesinin durdurulması kararlarında belirtilen gerekçe doğrultusunda karar alınabileceğine*” ve “*dava konusu kararın içeriğini etkilemeyecek şekilde koruma bölge kurulunca değerlendirilebileceğine*” ibarelerinde idareye mahkeme kararının uygulanıp uygulanmaması hususunda takdir yetkisi bırakıldığı anlamının çıktığı ifade edilmektedir⁵⁰⁹.

İdarelerin kararları farklı biçimlerde uygulamadığı durumlar gündeme gelebilmektedir. Bu durumlar genel olarak hiç uygulamama⁵¹⁰, geç uygulama⁵¹¹, geriye yürür şekilde uygulamama⁵¹², eksik veya yanlış uygulama şeklinde karşımıza çıkabilmektedir⁵¹³. Geriye yürür biçimde uygulamama, kararın geçmişe değil, geleceği etkili biçimde uygulanmasını; hiç uygulamama, karar karşısında hareketsiz kalınmasını; geç uygulama, kararın derhal uygulanması ilkesine veya 30 günlük süre bittikten sonra uygulanmasını; değiştirerek uygulama veya aynen uygulamama, kararın gerektiği gibi uygulanmamasını; şeklen uygulama, kararın sureten uygulanmasını; eksik uygulama, kararın tam olarak

⁵⁰⁶ Gölcüklü, 2017: 265.

⁵⁰⁷ “... İdare Mahkemelerinde iptal davası açılan kurul kararlarının, İdare Mahkemelerinde görüşülmesi sonuçlanmadan, koruma kurullarınca ele alınmasının yargı organının henüz kararını ortaya koymaması nedeni ile, uygun bulunmadığına, kurulların kararlarında ısrar etmesi halinde bu tutumun bir yerde yargı organını etkileme anlamını da taşıyabileceğine, bu nedenle İdare Mahkemelerine intikal eden konular için ayrıca ilgisince yapılacak yeniden görüşme isteklerinin gündeme alınmasının İdare Mahkemesinin kararı alınıncaya kadar ertelenmesine, bu aşamada sadece İdare Mahkemesince istenmesi halinde tekrar-i müzakere yapılabileceğine prensip olarak, karar verildi.”. bk.: <http://www.kulturvarliklari.gov.tr/TR,44306/ilke-karari--karar-no-21--karar-tarihi-04031988.html>, (Erişim Tarihi:16.4.2018).

⁵⁰⁸ “...İdari davaya konu işlemin yürütülmesinin durdurulması kararında belirtilen gerekçe doğrultusunda karar alınabileceğine, Davaya konu sit alanı veya tescilli taşınmazın dava sonuçlanıncaya kadar herhangi bir koruma kararı alınmaksızın hasara uğrayacağına veya ortada korunacak bir kültür varlığının kalmayacağına anlaşılmaması halinde Koruma Bölge Kurulunca kültür varlığının devamlılığını sağlamak üzere gerekli kararların alınabileceğine, Bu tür kararlara karşı açılan davalarda, davacı ve mecburi dava arkadaşı dışındaki kişilerce yapılan başvuruların dava konusu kararın içeriğini etkilemeyecek şekilde koruma bölge kurullarınca değerlendirilebileceğine, Koruma Amaçlı İmar Planlarının bütününe iptali için ada veya parsel ölçeğinde gerekçe gösterilerek idari yargıda açılan davalarda, dava konusu ada veya parseller dışındaki taşınmazlara ilişkin konuların ilgili koruma bölge kurullarınca görüşülebileceğine...” 25.2.2016 tarih ve 533 sayılı KVKYK karar için bk.: <http://teftis.kulturturizm.gov.tr/TR,156274/533-nolu-ilke-karari.html>, (Erişim Tarihi: 16.04.2018).

⁵⁰⁹ Ersöz, 2017: 302-303.

⁵¹⁰ D5D, T.16.4.1975, E.1974/3344, K.1975/4394, DD, 1976, S.20-21, s.349-350.

⁵¹¹ D5D, T.19.2.1987, E.1986/1335, K.1987/246, DD, 1988, S.68-69, S.342-343.

⁵¹² D5D, T.12.5.1975, E.1972/1494, K.1975/2663, DD, 1976, S.20-21, s.347-348.

⁵¹³ Gözübüyük, idarenin ilamı infaz etmekte gecikebileceğini veya ilam icaplarına göre yapılması gereken değişikliğin yapılmayabileceğini ya da eski kararının aynı yönünde karar almakla yenileyebileceğini ifade etmektedir. Gözübüyük, 1961: 121.

uygulanmamasını, yanlış uygulama ise, kararın hatalı biçimde uygulanmasını ifade etmektedir⁵¹⁴. Bu durumlarda genellikle idarelerin mahkeme kararlarını herhangi bir gerekçe göstermeksizin uygulamadığı, görülmektedir. Ancak öyle bazı haller vardır ki idareler, böyle hallerde mahkeme kararlarının gereklerini yerine getirmemek için yerine getirmeme şeklindeki eylem veya işlemini hukuki kılıfa büründürme ihtiyacı duymaktadır. Bu durumlar genellikle mahkeme kararının uygulanmaması veya bir diğer ifadeyle, *‘nasıl uygulanacağıının gösterildiği’* ilke (prensip) kararları olarak karşımıza çıkabilmektedir. Bu kararların meşhur örneklerinden biri yukarıda bahsedildiği üzere, ÇİTOSAN ve USAŞ’ın özelleştirilmesine ilişkin işlemlere karşı verilen mahkeme kararlarının uygulanması sürecinde verilen Bakanlar Kurulu ilke kararıdır⁵¹⁵. Buna göre kararın gerekçe kısmı şu şekildedir:

“...Anılan yargı kararının uygulamaya konulması halinde Türkiye ile yabancı şirketler ve giderek ülkeler arasında yeni hukuki sorunlar doğmasının kuvvetle muhtemel bulunması sebebiyle; durumun, iç hukukumuzdan ziyade, ülkemizin diğer devletler ve milletlerarası kamuoyu nezdindeki itibarı ve çıkarları ile milletlerarası münasebetlerin gerektirdiği işlemler çerçevesinde değerlendirilmesinin daha uygun olacağına şüphe yoktur. / Başka bir deyimle, ... “ahde vefa” gibi bir milletlerarası kuralın yukarıda belirtilen iptal kararı sebebiyle gözardı edilmesinin, maddi ve ekonomik bakımdan Türkiye’nin yararına olmayacağı bir yana, böyle bir uygulamanın milletlerarası hukukun temel prensipleri ile bağdaşmayacağı da izahtan varestedir. / Kaldı ki, genel olarak uygulama incelendiğinde, milletlerarası içtihatların, devletler hukukunun iç hukuka üstünlüğünü kabul ettiği anlaşılmaktadır. Nitekim, Fransa ile Meksika arasındaki 1928 tarihli Pinson olayı dolayısıyla milletlerarası hakem tarafından verilen kararda, devletler hukukunun iç hukuka üstünlüğü sarahaten belirtilmiştir. / Türkiye’de ise, Temyiz Mahkemesi Ticaret Dairesi’nin 23/12/1960 tarihli ve 5064 sayılı, Temyiz Mahkemesi Genel Kurulunun 14/5/1958 tarihli ve 46 sayılı kararlarında, devletler hukukunun prensip ve teamüllerine değer verdiği görülmüştür. Diğer taraftan, 1961 ve 1982 Anayasalarında da, milletlerarası anlaşmalara, kanunlardan farklı bir yer ve kıymet izafe edildiği gözlenmektedir. Bu suretle, devletlerin müşterek iradelerinin mahsulü olan bir tasarrufun, bir iç hukuk organı vasıtası ile iptal edilemeyeceği esası, açıkça olmasa bile zımnen kabul edilmiş bulunmaktadır. / Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu’nun 9/7/1966 tarihli ve E.55/21, K.66/7 sayılı Kararı’nda da belirtildiği gibi, iptal hükmü idari işlemi, idarece verildiği andan itibaren ortadan kaldırmış sayılmakta ise de, iç hukukumuz bakımından geçerli olan bu kuralın, milletlerarası boyut kazanmak suretiyle devletler hukuku alanına dahil olmuş bir olay hakkında ne derece uygulanabileceği meselesi de tartışmaya açıktır. / ... dolayısıyla, anılan satış işlemleri konusunda geriye veya ileriye yönelik şekilde yeniden işlem tesisine hukuken imkân bulunmadığına; ... karar verilmiştir.”.

⁵¹⁴ Kaya, 2013: 59.

⁵¹⁵ Bakanlar Kurulu’nun 27.4.1992 tarihli prensip kararı için bk.: Altay, 2004: 219-220.

Aşağıda belirtilen gerekçelerle Bakanlar Kurulu tarafından anılan ilke kararının hukuka aykırılığı yerinde bir biçimde tespit ve tescil edilmiştir⁵¹⁶:

“...İptal kararları, iptal konusu tasarrufun unsurlarındaki sakatlıkların tasarrufun doğuşunda mevcut olması dolayısıyla hukuki bir durum yaratmadığını, hukuk alanında bir değişiklik meydana getirmediğini gösterirler. iptal davasında idari kararın iptal edilmesi halinde bu karar ve bu kararda doğmuş olan hukuki durum ortadan kalkmış olur. Ancak, iptal kararları, ortadan kalkmış olan idari tasarrufun yerini almaz. Bu sebeple idare iptal edilen kararın yerine bir karar almak zorunluluğundadır. Tabii ki idarenin yeniden alacağı karar mahkemenin iptal hükmüne uygun olmalıdır. / Mahkemece iptal edilmiş işleme dayanılarak tesis edilmiş olan işlem ve tasarrufların da iptal kararıyla kendiliğinden ortadan kalkması sonucunun doğduğu kuşkusuzdur. Bu sebeple iptal hükmü idareye, iptal edilen tasarruftan, buna dayanan ve bağlı olan tüm tasarruflardan doğan bütün sonuçları ortadan kaldırarak bu işlemler hiç tesis edilmemiş gibi eski durumu tamamen tesis ve iade etmek görevini yüklemektedir. İdare bu görevi hiç bir sebep ve bahane ile yerine getirmekten kaçınmaz. / Mahkeme kararlarına göre işlem tesis edilmeyen veya eylemde bulunulmayan hallerde maddi ve manevi tazminat davası açılabilmesinin 2577 sayılı İYUK’un 28. maddesinde belirtilmiş olması, idareye; iptal kararını uygulamayı onun yerine tazminat ödeme yoluna gitme seçeneğini de sunmaz. / Gerek Anayasa ve gerekse İYUK’un yukarıda belirtilen maddeleri çok açıktır. Değil mahkeme kararının yerine getirilmemesi yerine getirilmesinin geciktirilmesi bile hukukten imkânsızdır. / Bu durumda, mahkemenin iptal kararı doğrultusunda işlem tesis edilmesi gerekirken bu konuda yeniden işlem tesisine "hukukten imkân bulunmadığına" ilişkin olarak alınan kararda hukuka uyarlık görülmemiştir...”.

İptal kararının uygulanmasına yönelik işlem ve eylem, iptal kararının amaç ve gereklerine uygun olmalıdır⁵¹⁷. İptal kararının uygulanması amacıyla tesis edilen işlem ve eylemin kanuna uygun ve objektif esaslara dayanması gerekmektedir. İptal kararından sonra maddi veya hukuki bir değişiklik olmaması halinde iptal edilen işlem ile aynı doğrultuda ve aynı sebebe dayanılarak işlem tesis, iptal kararına aykırı düşecektir. Bu yönüyle iptalden sonra aynı sebeple tesis edilen işlem, kararın uygulanmaması anlamına gelecektir⁵¹⁸.

İdarenin yargı kararlarına uyması için bazı hallerde pasif kalması eski hukuki durumun geri getirilmesi bakımından yeterli olurken bazı hallerdeyse aktif bir biçimde eylem ve işlemler tesis etmesi gereklidir. İdari yargı yerleri tarafından verilen iptal kararlarının tümü, idari işlemler üzerinde aynı etkiyi göstermezler. Bazı durumlarda iptal kararları ile idari işlemin tesis edildiği andaki hukuki duruma kendiliğinden dönmüş olmaktadır. Bazı

⁵¹⁶ Anılan Prensip Kararı, D10D, T.28.5.2004, E.2002/4061, K.2004/5219 sayılı kararıyla iptal edilmiş, DİDDK, T.8.6.2006, E.2005/161, K.2006/554 sayılı kararıyla da onanmıştır (KİBB).

⁵¹⁷ “...İdare, iptal kararlarının maksat ve kapsamı dışında bir işlem tesis edemez. İptal kararları üzerine idarenin tesis edeceği işlem, iptal kararının yerine getirilmesine matuf ve kararın maksadına uygun olmalıdır. İdarenin başkaca bir tercih ve takdir hakkı yoktur...” D3D, T.9.3.1978, E.1978/151, K.1978/199, KİBB.

⁵¹⁸ Kaya, 2013: 59-60.

durumlarda ise, o durumun veya koşulların sağlanabilmesi için idarenin birtakım eylem ve işlemlerde bulunması gerekmektedir.

Kendiliğinden sonuç doğuran iptal kararları çoğunlukla genel düzenleyici işlemlere⁵¹⁹ ilişkin olup birtakım birel işlemlerin⁵²⁰ iptalinde de işlem veya eylem tesisine gerek kalmamaktadır⁵²¹. Bir düzenleyici işlemin mahkemece iptali ile idarenin o düzenleyici işleme dayanarak işlem tesis etmemesi dışında yapması gereken bir durum söz konusu olmamaktadır. Bu yönüyle iptal hükmü kendiliğinden sonuç doğurmuş olmaktadır⁵²². Kural olarak düzenleyici işlemin iptali, kendisinden önceki düzenleyici işleme yürürlük kazandırmaktadır. İptal kararı sonucunda, işlemin tesisinden önceki hukuki durumun geri gelmesi esassından hareketle Danıştay, istikrarlı içtihatlar üretmiş ve düzenleyici işlemlere ilişkin olarak bakış açısını ortaya koymuştur⁵²³. Ancak Danıştay, imar planlarına ilişkin bu görüşünden ayrılmaktadır. Danıştay, imar planlarını düzenleyici işlem saymakta olup⁵²⁴, plan

⁵¹⁹ Özay, genel düzenleyici işlemleri şöyle tarif etmektedir: Genel, soyut, kişisel olmayan ve özellikle uygulanmakla tükenmeyen nitelikteki idari işlemlerdir ki; bunlardan İdare alanındaki başlıca örnekleri, Kanun hükmünde kararname, tüzük ve yönetmeliktir. Özay, 2004: 427.

⁵²⁰ Birel işlemler ise özel, somut, bir kere uygulanmakla tükenen, kişisel bir düzenleme taşıyan idari işlemlerdir. Akyılmaz vd, 2017: 404.

⁵²¹ Çağlayan, 2017:558; Gözübüyük ve Dinçer, 2001: 703.

⁵²² Onar, 1966: 1786; Sarıca, 1966: 22-23; Uler, 1970: 14; Özeren ve Bayhan, 1992: 49; Çağlayan, 2001: 139; Gözübüyük, 2015: 415; Nohutçu, 2015: 229.

⁵²³ “...Danıştay’ın otuz seneyi aşan istikrar kazanmış içtihatlarına göre iptal kararları dava konusu işlemi hiç tesis edilmemiş kulan ve önceki hukuki durumun geri gelmesini sağlayan kararlardır. / Eğer bireysel bir idari işlem iptal edilmiş ise idare, bireyin eski hukuki durumunu kazanması için gereken işlemleri yapmakla yükümlüdür; dava konusu işlem gibi düzenleyici bir işlem iptal edilmiş ise, ortada hukuken doldurulması zorunlu bir boşluk oluşmadıkça, verilen yargı kararı idarenin herhangi bir uygulama işlemine gerek kalmaksızın hukuki sonuçlarını ortaya koyar, başka bir anlatımla iptal edilen düzenleyici işlemin uygulanabilirlik (icrailik) niteliği son bulur ve işlemin yapılmasından önceki hukuki durum yürürlük kazanır. Örneğin herhangi bir tüzük veya yönetmeliğin belli bir maddesini kaldıran veya değiştiren bir tüzük veya yönetmelik için iptal kararı verilmiş ise değişiklik yapan hüküm uygulanmaz ve değiştirilen hüküm yürürlükte kalır. / Anayasa Mahkemesi’nin bir yasayı yürürlükten kaldıran yasanın iptal edilmiş olmasının, yürürlükten kalkan yasanın kendiliğinden yürürlüğe girmesi sonucunu doğurmayacağı yolundaki içtihadının, idari yargıda iptal (ve yürütmenin durdurulması) kararlarının hukuki sonuçları yönünden kabulü olanaksızdır. Çünkü Anayasa Mahkemesinin söz konusu içtihadı Anayasa’nın 153 üncü maddesinde ifadesini bulan ve Anayasa Mahkemesince verilen iptal kararlarının geriye yürümeyeceği yolundaki kuralın zorunlu ve doğal sonucudur. Oysa idari yargıda iptal kararları (ve buna bağlı olarak yürütmenin durdurulması kararları), yukarıda açıklandığı ve bilimsel ve yargısal içtihatlarda tartışmasız kabul edildiği gibi dava konusu işlemin tesis edildiği andan itibaren hukuki sonuç doğurdularından, bir düzenleyici işlemi kaldıran veya değiştiren yeni bir düzenleyici işlemin idari yargı yerince iptal edilmesi (veya yürütülmesinin durdurulması) halinde, eski düzenleyici işlem hiç değiştirilmemiş ve kaldırılmamışçasına uygulanma niteliğini sürdürür. Aksi bir yorumu, hukuk düzenine vaki ihlalleri ihlalin vukuu bulunduğu tarihten itibaren ortadan kaldırmayı amaçlayan iptal davaları ve bu davaların hukuksal araçları olan iptal (ve yürütmenin durdurulması) kararları ile bağdaştırmak mümkün değildir...” D5D, T.24.5.1999, E.1998/4622, K.1999/1685, DD, 102, 2000, s.334-335. Aynı doğrultuda kararlar için bk.: D5D, T.25.2.1998, E.1997/13, K.1998/515, DD, 97, 1999, s.313-314; D5D, T.24.11.1998, E.1998/1979, K.1998/2760, KİBB. Aksi yönde bir içtihat için bk.:“...Düzenleyici işlemlerin yargı kararı ile iptali üzerine, hukukî bir boşluğun doğması durumunda, idarece, yargı kararında yer alan gerekçe doğrultusunda ve usulüne uygun olarak yeniden düzenleme yapılabileceği, iptal edilen düzenleyici işlemden önceki düzenleyici işlemin kendiliğinden yürürlüğe girmeyeceği idare hukukunun bilinen ilkelerindendir....” D13D, T.17.02.2016, E.2010/2498, K.2016/338, DD, 142, 2016, s.237.

⁵²⁴ D6D, T.22.1.2010, E.2008/11947, K.2010/496, DD, 119, 2010, s.264; D6D, T.12.3.2008, E.2006/527, K.2008/1720, DD, 119, 2008, s.237; D6D, T.9.3.2007, E.2005/214, K.2008/1461, DD, 116, 2007, s.192.

değişikliğine ilişkin işlemin iptalinde eski imar planlarının kendiliğinden yürürlüğe girmeyeceğine işaret etmektedir⁵²⁵. Bu sebeple iptal kararı doğrultusunda yeni imar planı yapılması bir zorunluluk olarak değerlendirilmektedir.

Birel işlemlerin iptalinin bazı durumlarda kendiliğinden etkilerini meydana getirebileceği bilinmektedir. İdarenin bu durumda herhangi bir tasarrufta bulunmasına gerek kalmamaktadır⁵²⁶. Örnek olarak disiplin cezasının mahkemece iptali halinde, idarenin mahkeme kararını uygulamak amacına yönelik olarak ayrıca bir idari işlem veya eylem tesis etmesine gerek bulunmamaktadır. Bu durum iptal kararı üzerine disiplin cezasının personelin özlük dosyasından çıkarılması şeklinde ifade edilebilir. Buna karşın kamu görevlilerinin atanmalarına ilişkin işlemlerin mahkeme tarafından iptali ile atamaya bağlı biçimde yapılan diğer atamaların eski hale döndürülmesi gereklidir. Burada ise idarenin yargı kararını uygulamak için birtakım idari işlem ve eylemler tesis etmesi gerekmektedir⁵²⁷.

İptal kararının uygulanmasında işlemin hukuk alanında bir değişiklik meydana getirmesi (olumlu işlem) veya anılan değişikliğin meydana getirilmesi talebinin reddi ya da ifa edilmemesine (olumsuz işlem) göre farklı bir durum meydana gelebilecektir⁵²⁸. Olumlu işlemin iptali, o işlemin tesisinden önceki hukuki durumu kendiliğinden getirmekte olduğundan idarenin iptal kararı gereği işlem tesis etmesi kural olarak gerekmemektedir. Örnek olarak, emekliliğe sevk, görevden alma veya başka bir göreve atama işlemleri, ilgilinin hukuki durumunda değişiklik yarattığı için olumlu işlem olarak nitelendirilmektedir. Bu işlemlerin iptali halinde, lehine karar verilen memurun göreve başlaması için yeni bir atama işlemine ihtiyaç bulunmamaktadır. Ancak kanaatimize göre, kişinin hak kaybına uğramasının önlenmesi bağlamında idarenin ilgiliye yazılı şekilde göreve başlaması veya belli süre içinde başlamaması durumunda sonuçlarını bildirmesi, hukuk devleti bakımından olması gerekeni ifade etmektedir.

İptal kararı verilinceye kadar memurun kadrosuna bir başka atama gerçekleştirilmiş ise, mevcut kararın uygulanmasının kolaylaştırılması için idarenin dava konusu kadroyu boşaltmak için işlem ve eylem yapması gerekmektedir. Bir şeyi yapmamak veya hukuki tasarrufta bulunmamak şeklinde bir idari işlem ise, buna olumsuz işlem denilmektedir. Bu

⁵²⁵ “...Turizm amaçlı imar planı veya değişikliklerinin, idari yargıda iptali halinde, önceki planların kendiliğinden yürürlüğe girmesi hukuken mümkün değildir. İdarece iptal kararı doğrultusunda yeni bir plan yapılması zorunludur...” D1D, T.6.10.1995, E.1995/203, K.95/204, DD, 91, s.31-33. Benzer yönde diğer kararlar için bk.: D6D, T.13.5.1998, E.1997/4680, K.1998/2489, DD, 98, 1999, s.323-326; D6D, T.23.6.1994, E.1993/2911, K.1994/2704, DD, 90, 1996, s.90.

⁵²⁶ Çağlayan, 2017: 563; Akyılmaz vd, 2017: 478.

⁵²⁷ Akyılmaz vd, 2017: 478.

⁵²⁸ İdari işleme ilişkin olarak olumlu-olumsuz ayrımının esası, kişilerin veya nesnelerin hukuk düzeninde bir değişiklik meydana getiren işlemlerin olumlu yönde olması, bu değişikliğin reddi yahut ifa edilmemesine ilişkin işlemler olumsuz yönde olmasına dayanmaktadır. Onar, 1966: 1795; Aliefendioğlu, 1975: 17-18.

durumda, mahkeme kararlarının gereklerine göre işlem veya eylem tesis edileceği ifade edilmektedir. Örnek olarak bina inşaatı için belediyeye yapılan ruhsat başvurusunun reddi şeklindeki olumsuz işlemin mahkemece iptali halinde, davacının ruhsat varmış gibi kendiliğinden inşaatla başlayamayacağı, belediyeye müracaat ederek mahkeme kararına uygun işlem tesisini isteyebileceği dile getirilmektedir⁵²⁹.

İptal edilen işlem, olumsuz mahiyetteyse, iptal hükmüyle beraber o işlem kendiliğinden (idarenin herhangi bir işlem veya eylemde bulunmasına gerek olmaksızın) ortadan kalkacaktır⁵³⁰. Bu durumda iptal kararı olumsuz işlem yerine geçmemektedir. Nitekim bu durum yargı mercilerinin idare yerine geçerek işlem ve eylem tesis edememesi esasının bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır⁵³¹. Olumlu işlemin iptali halinde, dava konusu idari işlem hiç tesis edilmemiş sayılacağından kural olarak hiçbir değişiklik olmamış kabul edilmesi gerekmektedir. Bu fiktif bir olgu olmanın ötesinde olup idarenin eski durumun gelmesi için yükümlülüklerini yerine getirmesi gerekmektedir⁵³². İdarenin iptal kararından önceki hukuki durumu tanınması ve anılan durumun hükümlerinin yerine getirilmesi ile eski durumun iadesi için idari işlem ve eylemlerin tamamen ifa ve icrası gerekmektedir⁵³³. Bu anlamda iptal kararının “aynen” ve “gecikmeksizin” ifa edilebilmesi için bazı usul ve esaslara uyulmaması dahi kabul edilebilmektedir⁵³⁴. Nitekim bu hususa öğretilerde de yer verilmiştir⁵³⁵. Örnek olarak, görevden alınma işleminin iptali davası devam ederken mezkûr göreve bir başka kamu görevlisi getirilmiş olabilmektedir. Söz konusu davada iptal veya YD kararı verildiğinde,

⁵²⁹ Aliefendioğlu, 1975: 17-18.

⁵³⁰ Çağlayan, 2001: 167; Çelikkaya, 1977: 69.

⁵³¹ Sarıca, 1949: 123; Onar, 1966: 1795; Çelikkaya, 1977: 69; Çağlayan, 2001: 167; Çalış, 2018: 157.

⁵³² Gözübüyük, 2015: 416.

⁵³³ Bu kapsamda Danıştay’ın uygulamasını göstermek bakımından şu örnek durum faydalı olacaktır: “...Bilindiği gibi, idare hukukunda idari yargı yerlerince verilen iptal kararları, iptal edilen işlemi tesis edildiği tarih itibarıyla hukuk aleminden kaldırır ve işlemin tesis edilmesinden önceki hukuki durumun yeniden gelmesini sağlar. Bir başka ifade ile iptal kararıyla işlem, hiç tesis edilmemiş veya doğmamış hale gelir. / Bu itibarla, müstafi sayılmasına dair işlemin yargı kararıyla iptal edilmesi üzerine davacının, anılan işlemde önceki hukuki durumuna yani memuriyet statüsüne kendiliğinden kavuşacağı tartışmasızdır. İdarenin yargı kararı üzerine davacıyı görevine iade etmek üzere tesis etmiş olduğu işlem, anılan yargı kararının uygulanmasını sağlamak üzere idari iş ve işleyişe dair bildirici, belirleyici ve tamamlayıcı bir idari işlemdir. / 657 Sayılı Kanun’un 62. maddesinde belirtilen yeniden atama işlemi ise, kurucu (inşai) nitelikte bir idari işlem olup, bu yönüyle davacının yargı kararı uyarınca görevine iade edilmesine dair işlemin, 657 Sayılı Kanun’un 62. maddesinde belirtildiği şekliyle yeni bir atama işlemi olarak değerlendirilmesi hukuken olanaklı değildir.” D12D, T.15.3.2017, E.2016/8051, K.2017/789, KİBB.

⁵³⁴ Ancak idarenin iptal kararının gereklerini yerine getirirken bağlı yetki içinde olup bu yetkisini “açık takdir hatası”na varacak şekilde kullanmasının hukuken mümkün olmadığını düşünmekteyiz. Nitekim Danıştay’ın bu husustaki kararı bu durumu destekler niteliktedir: “...İl Müdürlüğü görevini daha önce yürüten ...’nın görevden alınması işleminin yargı yerinde iptali nedeniyle bu göreve iadesini sağlamak üzere davacının görevden alınmasından sonra davacının hizmet süresi, dava konusu işlemin tesis edildiği tarihe kadar bulunduğu görevler, alındığı ve atandığı görevlerin ünvan ve nitelikleri, bu iki görev arasındaki hiyerarşik kademeler ve değişik hizmet kadroları dikkate alınmadan, davacının mühendis kadrosuna atanması işleminde “İdarenin açık takdir hatası” bulunmakta olup, davanın bu kısmının reddinde hukuki isabet görülmemiştir.” DİDDK, T.22.3.1999, E.1997/134, K.1999/407, KİBB.

⁵³⁵ Akgüner ve Berk, 2017: 1122.

göreve getirilen kişinin aynı usûl ile görevden alınması yasada öngörülen sürede⁵³⁶ gerçekleştirilmesinin mümkün olmaması halinde, anılan göreve sonradan getirilmiş olan kişinin yetkide ve usûlde paralellik ilkesine aykırı biçimde görevden alınmış olması Danıştay tarafından hukuka uygun bulunmaktadır⁵³⁷.

İfade edilmesi gereken bir diğer husus, mahkeme kararlarının uygulanmasının yalnızca davalı idareden beklenilmesinin meydana getirebileceği problemlerdir. Mahkeme kararının uygulanmaması halinde başvurulabilecek yasal düzenleme İYUK'un 28. maddesidir. Buna göre, hükmün İYUK'un 28. maddesine göre genel hükümler dairesinde infaz ve icra olunacağı belirtilmektedir. Belirtilen genel hükümler, İcra ve İflas Kanunu'na ilişkin hükümlerdir. İİK'nın 82/1. maddesine göre, Devlet malları ile özel kanunlarında haczi caiz olmadığı gösterilen mallar haczedilememektedir⁵³⁸. Esasen bu hüküm, hukuka aykırı işlem ve eylemlere karşı dava açarak lehe karar almış olan davacıların mahkeme ilamı ile tespit edilen haklarına kavuşmasını önemli ölçüde güçleştirmekte hatta kimi zaman imkânsız hale getirmektedir. Meselenin boyutunu ortaya koyması bakımından AYM'nin kararına konu bir olay oldukça önemlidir⁵³⁹. DSİ Genel Müdürlüğü aleyhine verilen bir mahkeme kararının uygulanması için icra dairesine yapılan müracaat sonucu borçlu idarenin mallarının haczi, anılan hüküm gereği söz konusu olamamıştır. İlamın icraya konulmasından itibaren üç yıl geçmesine rağmen mezkûr alacak da tahsil edilememiştir. Aynı kararı değerlendiren *Gülan* ise, borcunu ödemeyen Devlete karşı ne yapılabilir sorusuna AYM'nin de onayladığı yasal yorum karşısında yalnızca bütçenin müsait olmasının ve Devletin (yetkili ita amirlerinin) kendiliğinden ödemek istemesinin beklenebileceğini ifade etmektedir⁵⁴⁰.

Ayrıca, mahkeme kararlarının uygulanmaması halinde idare aleyhine maddi ve manevi tazminat davası açılacaktır. Ancak tazminata hükmedilmesi, mahkeme kararının uygulanma yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır. Mahkeme kararlarının uygulanma

⁵³⁶ **2577 sayılı İYUK “Kararların Sonuçları” m.28/1** – “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. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez.”

⁵³⁷ “...İdare hukuku ilkelerinden usulde paralellik ilkesi uyarınca bir idari işlemin uygulamadan kaldırılması, geri alınması veya değiştirilmesi, işlem kurulurken uygulanan usul kurallarının izlenmesiyle olanaklıdır. Ancak yukarıda yer verilen Yasa metni uyarınca yargı kararının idare tarafından gecikmeksizin uygulanması gerekmekte olup, iptal kararlarının iptali istenen işlem kurulmadan önceki hukuki durumun yürürlüğünü sağlaması özelliği göz önünde bulundurulduğunda, yargı kararının uygulanması amacıyla usulde paralellik ilkesi gözetilmeden kurulan işlemlerin bu yönüyle hukuka aykırılığından söz edilemez.” D5D, T.24.6.2011, E.2011/433, K.2011/3618, DD, 128, s.172-174. Aynı yönde bir başka karar için bk.: D5D, T.6.11.1996; E.1996/1997, K.1996/3334, DD, 93, s.311-313.

⁵³⁸ **2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu “Haczi caiz olmayan mallar ve haklar:” Madde 82/1** – (Değişik: 18/2/1965-538/46 md.) “Aşağıdaki şeyler haczolunamaz:

1. Devlet malları ile mahsus kanunlarında haczi caiz olmadığı gösterilen mallar, ”.

⁵³⁹ Anılan uyumsuzluk, AMKD'nin 29. sayısının 1. cildinde s.169-185 aralığında yayımlanmıştır.

⁵⁴⁰ *Gülan*, 1995: 21.

yükümlülüğünü ortadan kaldıran sebeplerden biri çalışmamız kapsamında hukuki veya fiili imkânsızlık halidir.

2.2.1.3. İdari Yargı Kararını Uygulama Yükümlülüğün Yerine Getirilemediği (Aynen İfa Edilemediği) Durumlar

İptal hükmü, dava konusu işleme kaim değildir. Bu yönüyle de idarenin iptal hükmünün gereklerini, hükmün amaç ve gerekçesini dikkate alarak yerine getirmesi bir zorunluluktur⁵⁴¹. Asıl olan iptal kararlarının aynen ifasıdır⁵⁴². Bununla beraber Danıştay'ın yerleşik uygulamasına bakıldığında⁵⁴³, imkânsızlık hâlinin iptal kararlarının uygulanması zorunluluğunu ortadan kaldıran bir durum olarak ele alındığı görülmektedir⁵⁴⁴. Hukuken veya fiilen yerine getirilmesi mümkün olmayan hallere münhasır olan bu durumun istisnai nitelikte olduğu ve sorumluluğun objektif bir sorumluluk olduğu belirtilmektedir⁵⁴⁵. Diğer bir anlatımla, iptal kararlarının gereklerinin hukuki veya fiili imkânsızlık halleri dışında idare tarafından uygulanmasının gerekli olduğu kabul edilmektedir⁵⁴⁶.

İptal edilen işlemin meydana getirdiği hukuki veya fiili sonuçların, iptal kararından önce meydana gelen hukuki veya fiili birtakım sebeplerle değişime uğradığı haller söz konusu olabilmektedir. Bu haller, iptal kararının uygulanmasını, diğer bir tabirle dava konusu işlemin meydana getirdiği hukuki veya fiili sonuçların ortadan kaldırılmasını olanaksız hale getirmiş olabilmektedir⁵⁴⁷. Eş söyleyişle, yargı kararının uygulanması bir başka hukuk kuralı veya nesnel alandaki engeller nedeniyle mümkün olmamaktadır⁵⁴⁸. Örnek olarak, görevinden

⁵⁴¹ "...İdare, iptal kararlarının maksat ve kapsamı dışında bir işlem tesis edemez. İptal kararları üzerine idarenin tesis edeceği işlem, iptal kararının yerine getirilmesine matuf ve kararın maksadına uygun olmalıdır..." D3D, T.9.3.1978, E.1978/151, K.1978/199, KİBB.

⁵⁴² Özdeş, 1977: 39.

⁵⁴³ "...Öğretide ve uygulamada idari yargı yerince verilen iptal kararları, hukuki veya fiili engel yok ise idari işlemi tesis edildiği tarihten itibaren geriye yönelik olarak ortadan kaldıracak, yürütmenin durdurulması kararlarının ise uygulama tarihinden itibaren hüküm ifade edeceği kabul edilmektedir." D8D, T.25.2.2015, E.2014/10360, K.2015/1223, DD, 139, 2015, s.216.; Benzer yönde kararlar için bk.: D5D, T. 24.4.1991, E.1989/2113, K.1991/756, DD, 1992, 82-83, s.442; D5D, T.12.2.1991, E.1988/3400, K.1991/178, DD, 1992, 82-83, s.385; D5D, T.11.2.1991, E.1991/112, K.1991/154, DD, 1992, 82-83, s.371; D5D, T.7.6.1988, E.1986/1476, K.1988/1823, DD, 1989, 74-75, s.254-255.

⁵⁴⁴ Genel menfaatlerin zaruri kıldığı ve fiili imkânsızlık hallerinde yürütme makamının mahkeme kararlarının yürütülmesinin bir süre veya tamamen durdurabileceği ifade edilmektedir. Tuncay, 1972: 210. Ayrıca bk.: Kent, 2011: 50; Çalış, 2018: 172-173.

⁵⁴⁵ Özdeş, 1977: 39; Özdeş, 1979: 11-12.

⁵⁴⁶ Uler, 1970: 99; Özeren ve Bayhan, 1992: 118-119; Yıldırım, 2004: 2; Altay, 2004: 195; Çağlayan, 2017: 575; Yıldırım, 2008: 459-460; Güçlü, 2010: 129; Kaya, 2013: 63; Kaplan, 2017: 240; Gözübüyük, 2015: 416-417; Çalış, 2018: 155.

⁵⁴⁷ Mahkeme kararlarının gereklerinin idari işlem ve eylem tesis edilmesiyle mümkün olduğu, kararın yerine getirilmesinin ise bazı hallerde mümkün olamayabileceği, böyle durumlarda kamu görevlisinin kişisel kusurunun mevcut olmadığı ifade edilmektedir. Akyılmaz, 2007: 463.

⁵⁴⁸ Uler, 1970: 99; Altay, 2004: 196, 253; Kaya, 2012: 100; Kayhan, 2008: 139-140; Gözübüyük ve Dinçer, 2001: 705.

uzaklaştırılan kamu görevlisinin bu işleme karşı açtığı iptal davası sürmekte iken davacının yaş haddinden emekli edilmesi üzerine görevden uzaklaştırma işleminin hukuka aykırılığı tespit edilip iptal edildiğinde karar gereğinin yerine getirilmesi bakımından imkânsızlık söz konusu olacaktır⁵⁴⁹. Yine, belediye tarafından bir işyeri hakkında kapatma kararı alınmasından dört gün sonra aynı işyeri hakkında, ilçe hıfzısıhha komisyonu tarafından da kapatılma kararı verilmiştir. Danıştay, işyerinin belediyece kapatılması işleminin mahkemece iptal edilmesinden sonra açılmaması üzerine açılan tazminat davasını; mahkeme kararlarının uygulanmasında imkânsızlık bulunduğu gerekçesiyle reddetmiştir⁵⁵⁰.

Danıştay'ın özellikle kamu personellerine ilişkin uyuşmazlıklarda; imkânsızlığa ilişkin bir değerlendirme yapılacağında dava konusu idari işlemin tesisinden sonra meydana gelen hukuki veya maddi değişikliklerde, davacının iradesinin bulunup bulunmadığı şartı arandığı görülmektedir. Danıştay, merkez emrine alınan bir vali, bu işlemin iptalini dava ettiği esnada Cumhurbaşkanı tarafından Danıştay üyesi olarak seçilmiş, sonrasında da dava konusu işlem, merkez emrine alınması kısmı bakımından iptal edilmiştir. Davacı, iptal kararının uygulanması için idareye başvuru yapmış, bu başvurusu da zımnen reddedilmiştir. Bunun üzerine, red işleminin iptali ile uğranılan zararın tazmin edilmesi talepli dava açılmıştır. Bu davada İdare, davacının Danıştay'a kendi isteği ile seçildiği için mahkeme kararının uygulanmasında, hukuki imkânsızlık bulunduğu yönünde savunma yapmıştır. Danıştay, Cumhurbaşkanı'nın atama işlemini tesis ederken herhangi bir organın görüşüne veya önerisine bağlı olmadığını ve ilgilinin Danıştay üyeliğini istemesini, atama işleminin oluşması bakımından zorunlu bir unsur olmadığına hükmederek yargı kararının uygulanmasında hukuki imkânsızlık bulunmadığını hükme bağlamıştır⁵⁵¹.

Meydana gelen hukuki veya fiili imkânsızlık neticesinde uygulanamayan iptal kararlarının, hiçbir hüküm ifade etmeyeceği düşünülmemelidir. İptal edilen işlemin tesis tarihinden imkânsızlık sebebinin olduğu tarihe kadarki mali kayıpların, iptal kararı “aynen” ifa edilemediği için “tazminen” ifası bağlamında, giderilmesi gerekmektedir⁵⁵². Nitekim, iptal kararının idareye yüklediği eski hukuki durumun geri getirilmesi “aynen” ifa olarak değerlendirilmektedir. Bu durumun önündeki fiili veya hukuki engeller anılan yükümlülüğünün sağlanmasını mutlak biçimde engellese bile burada idarenin aynen ifa

⁵⁴⁹ Gözübüyük ve Tan, 2016: 575. Bu hususta daha önce de belirtmiş olduğumuz “1.2.1.1.1.1. Emeklilik” başlığının altındaki örnek içtihatlarla bakılabilir.

⁵⁵⁰ D8D, T.27.3.1969, E.1967/2122, K.1969/1195, Akt. Kaya, 2013: 66.

⁵⁵¹ DİDDGK, T.12.6.1998, E.1996/623, K.1998/276, DD, 1999, S.98, s.51-52.

⁵⁵² Lehine iptal kararı verilen kişinin kararın uygulanması aşamasında hayatını kaybetmesi üzerine kararın uygulanma imkânının kalmadığı ancak ölüm tarihine kadarki parasal kayıpların yukarıda anılan yükümlülük kapsamında müteveffanın murislerine ödenmesi gerektiği ifade edilmektedir. Güçlü, 2010: 131-132.

yükümlülüğü sona ermek yerine, tazminin ifa yükümlülüğüne dönüşmüş olacaktır⁵⁵³. İdarenin kararın imkânsızlaşan kısmını uygulayamaması durumu, davacının müktesep veya sübjektif haklarının sağlanmasına engel oluşturmaz⁵⁵⁴. Nitekim öğretide de, iptal kararının hukuki veya fiili imkânsızlık hallerinin meydana geldiği ana kadarki müktesep veya sübjektif haklar yönünden uygulanmasının zorunlu olduğu ifade edilmektedir⁵⁵⁵. Ayrıca, anılan hallerden sorumlu tutmanın hakkını arayan bir kişinin uğramış olduğu zararlara kendisinin katlanmasını beklemek anlamını taşıyacağından adil bir çözüm olmayacağı belirtilmektedir⁵⁵⁶. Nitekim Danıştay da bu hususu destekler nitelikte içtihat üretmektedir⁵⁵⁷.

⁵⁵³ “...Davalı idare emrinde uzman mühendis olarak görev yapmakta iken, 61 yaşını doldurduğundan bahisle yaş haddi nedeniyle hizmet sözleşmesi re'sen feshedilen davacının, bu işlemin iptali istemiyle açtığı davada, dava konusu işlemin iptaline karar verilmesi üzerine, 5.1.2007 tarihinde 65 yaşını doldurmuş olduğundan fiili ve hukuki imkânsızlık nedeniyle işe başlatılamayacağına ve yoksun kaldığı parasal haklarının işleyecek yasal faiziyle birlikte 5.1.2007 tarihine kadar ödeneceğine ilişkin 4.1.2010 tarih ve 38 sayılı işlemin iptali istemiyle açılan davayı reddeden Ankara 15. İdare Mahkemesinin 30.12.2010 tarih ve E:2010/165, K:2010/1675 sayılı kararının ... (temyizen incelenerek bozulmasının istendiği bu dosyada Daire, ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır)” (Parantez içindeki ifade, Danıştay’ın onama kararına uygun bir biçimde tarafımızca eklenmiştir), D16D, T.17.3.2016, E.2015/956, K.2016/1697, UYAP. Aynı yönde kararlar için bk.: “...Yargı kararlarının uygulama zorunluluğunu açıkça belirtmekte, idareye kararı uygulamama olanağı tanımamaktadır. Kararların uygulanmasında fiili ve hukuki imkânsızlıklar olabildiği bazı hallerde idareye seçenek olarak tazminat ödeme yükümlülüğü yüklenmiştir...” DİDDK, T.26.6.1997, E.1997/52, K.1997/415, UYAP; D12D, T.9.5.2017, E.2016/8276, K.2017/2383 UYAP; D5D, T.19.11.1998, E.1996/503, K.1998/2723, UYAP.

⁵⁵⁴ Nitekim, re'sen emekliliğe sevk olunan bir ilginin bu işleme karşı açtığı iptal davasında, iptal kararının verildiği esnada davacının 65 yaşını doldurmuş olması, iptal kararı gereği davacının görevine iade edilmesi bakımından hukuki imkânsızlık sebebi teşkil ettiği için davacının re'sen emeklilik tarihinden 65 yaşına kadarki zaman dilimi içindeki parasal haklarının iade edildiği ancak bunun da tam bir şekilde gerçekleştirilmemesi üzerine açılan davada Danıştay, “...Mahkemenin iptal kararı üzerine, 65 yaşını doldurması nedeniyle göreve yeniden başlatılamayan davacıya re'sen emeklilik işleminin tesis edildiği tarihten itibaren 65 yaşını doldurduğu tarihe kadar tüm parasal haklarının ödenmesi gerekmektedir. Bu dönemde davacının idarenin hukuka aykırı işlemi nedeniyle çalışmadığı açık olup, Yönetmeliğe ekli I sayılı cetvelde görev ve ünvanının yer alması ve davalı idare tarafından da davacının belirtilen görevde çalışmadığı yolunda bir iddiada bulunulmaması karşısında Yönetmeliğin 10.maddesi uyarınca ödenmesi gereken destekleme hizmet ücretinin ödenmemesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.” şeklinde ifade etmiştir. D10D, T.4.2.1999, E.1998/6781, K.1999/421, UYAP.

⁵⁵⁵ Keskin, 2009: 46; Gözübüyük ve Dinçer, 2001: 705; Çalış, 2018: 172-173; Gölcüklü, 2017: 265. İptal ve yürütmenin durdurulması kararlarının uygulanmasında imkânsızlık bulunması durumunda ilgilinin uğradığı zararın maddi manevi tazminat davası açarak talep etme hakkının bulunduğunu ifade edilmektedir. Farklı yönde bk.: Çoban Atık, 2013: 50. Buna göre, iptal kararının geçmişe dönük olarak kazanılmış hak tesis edebileceği ifade edilmektedir. Danıştay’ın hukuki ve fiili imkânsızlık durumlarında dava konusu işlemin tesis edildiği tarihten itibaren imkânsızlık sebebinin doğduğu tarihe kadarki müktesep ve parasal hakların korunmasına ilişkin içtihatlardan hareketle anılan görüş temellendirmektedir. İdarenin uygulamakla yükümlü bulunduğu bir iptal kararını uygulayamaması durumu söz konusudur. Bu anlamda, iptal kararının idareye yüklemiş olduğu aynen ifa yükümlülüğünün yerine getirilememesinden bahsedildiğinden, belirtilen yükümlülüğün lehe hüküm almış olan kişiyi koruma düşüncesiyle tazminin ifa yükümlülüğüne dönüşmüştür. Burada kazanılmış haklara ilişkin bir tartışma açılması esasında, kanaatimizce iptal kararının idari işlem yerine geçtiğinin de örtülü şekilde kabul edildiğini gösteren bir durum arz edeceğinden anılan görüşe katılmamaktayız.

⁵⁵⁶ Gök, 2015: 556.

⁵⁵⁷ “... İptal veya yürütmenin durdurulması kararlarının yerine getirilmesi gerekli ise de, davacı kendi isteğiyle emekliye ayrılmak veya başka bir göreve atanmak gibi idareye yeni işlemler tesis ettirmiş bulunduğu cihetle hukuki bakımdan ortada yerine getirilmesi gerekli bir Danıştay kararı kalmamış bulunmaktadır. Ancak verilmiş bulunan iptal kararında davacının emekliye ayrıldığı veya başka bir göreve atandığı tarihe kadarki müktesep ve sübjektif haklarına ilişkin kısımların uygulanmasının zorunlu olduğuna ... oybirliğiyle ... karar verildi.” D3D, T.9.3.1978, E.1978/151, K.1978/199, Akt. Altay, 2004: 199; Aynı yönde bk.: D16D, T.17.3.2016, E.2015/956, K.2016/1697, UYAP. Aksi yönde içtihat için bk.: “...Mahkemece kesinleşen yargı kararının tam ve zamanında uygulanmasının Hukuk Devletin temel esaslarından olduğu belirtilmiş, ancak olayda davacının

İdari yargı kararlarının uygulanmaması, idarenin ağır hizmet kusuru kabul edilirken⁵⁵⁸, hukuki ve fiili imkânsızlık sebebiyle uygulanamamasının ise, idarenin kusursuz sorumluluğuna⁵⁵⁹ yol açacağı ileri sürülmektedir⁵⁶⁰. Anılan durumların idarenin kusursuz sorumluluğuna yol açacağı kabul edilmekle birlikte tüm hukuki veya fiili imkânsızlık sebeplerinden dolayı idarenin kusursuz sorumluluğunun değişmesi fikri, bazı eleştirilere konu

askerlik şubesinde bakaya olarak arandığının anlaşılması karşısında, idarenin mahkeme kararını uygulayamamasının fiili ve hukuki imkânsızlıktan kaynaklandığından tazmin borcunun doğmadığı gerekçesiyle dava reddedilmiştir. / Gerçekten de, idarenin kesinleşmiş yargı kararını yerine getirmesi için her türlü çabayı gösterdiği halde mevcut maddi ve hukuki bir engelin buna imkân vermemesi halinde tazmin sorumluluğunun ortadan kalkacağı idare hukukunun bilinen temel ilkelerindendir. Ancak, bu durumun söz konusu olabilmesi için sorumluluğu ortadan kaldıran engelin idarenin kendi eylem yahut işleminden kaynaklanmaması gerekir. / Olayda ise, davacının askerlik şubesinde bakaya olarak aranması ve bu nedenle okula kabul edilememesinin yargı kararının uygulanması imkânsız hale getirdiği ilk bakışta doğru olarak görünmekteyse de; bu hukuki imkânsızlık halinin bizzat davalı idarenin hukuka aykırı olduğu yargı kararı ile saptanmış bulunan okuldan çıkarma işleminin sonucu olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Böyle olunca, anılan hukuki imkânsızlık nedeniyle idarenin tazmin sorumluluğunun ortadan kalkması düşünülemez. O itibarla, mahkeme kararının gerekçesinde hukuki isabet yoktur. / Davacının istediği maddi tazminat, ilerde oluşması muhtemel bir zararı ifade etmekte olup, varsayıma dayalı olarak tazminata hükmedilemeyeceğinden davanın bu kısmının reddi sonucu itibarıyla yerindedir. / İşin manevi tazminata yönelik kısmına gelince; Yukarıda da değinildiği gibi, idarenin hatalı işleminden dolayı yargı kararının uygulanamaması hali meydana gelmiş, başka bir deyişle okuldan çıkarma cezası ile davacı askerlik hukuku yönünden yükümlü olmuş, yeniden öğrenci statüsüne dönmesi de mümkün olamamıştır. Bu durumda, hukuka ve adalete olan güven duygusunun kaybı ile manevi tazminata hak kazandığının kabulü zorunludur.” D8D, T.12.4.2001, E.1999/3509, K.2001/1641, UYAP. Aksi yönde olduğunu ifade ettiğimiz bu kararda, ilk derece mahkemesi ve Danıştay’ın imkânsızlık kavramının tazminat sorumluluğuna ilişkin olarak yapmış olduğu değerlendirme, zannımızca hatalıdır. Çünkü, hukuki veya fiili imkânsızlık sebebi, herhangi bir kusura dayanan bir sorumluluk esasını gerektirmemektedir. Nitekim, öğretide de, imkânsızlık kavramının objektif sorumluluk esasını gerektirdiği ifade edilmektedir. Özdeş, 1977: 39. Danıştay’ın manevi tazminata ilişkin değerlendirmesini ise haklı bulmaktayız. Nitekim, ortada uygulanamayan bir mahkeme ilamı vardır ve bu ilamdan ötürü ilgililer, asli bir korunma temin edememektedirler. Bu yönüyle, hukuka ve adalete güven duygusunun kaybı, manevi tazminata hak kazanılmasını zorunlu kılmaktadır.

⁵⁵⁸ “...Kazai ilâmların maddi ve kanunî imkânsızlık mevcut olmadıkça, derhal infaz edilmemesi hizmet için **ağır bir kusur** teşkil edeceğine binaen müracaat tarihi ile tayin tarihi arasındaki aylık tutarlarının davacıya tazminat olarak ödenmesi...” gerekir. D5D, T.7.3.1950, E.1949/509, K.1950/558, DKD, S.50-53, s.314; Aynı yönde kararlar için bk.: D5D, T.3.6.2008, E.2007/7369, K.2008/3234, DD, 2008, S.119, s.218; D2D, T.13.7.2007, E.2007/1297, K.2007/3247, DD, 2008, S.117, s.107; D10D, T.27.2.2007, E.2004/13990, K.2007/739, DD, 2007, S.116, s.304; D5D, T.2.5.2005, E.2001/2787, K.2005/522, DD, 2005, S.110, s.184; D5D, T.29.9.2004, E.2000/3316, K.2004/3372, DD, 2005, S.110, s.179; D6D, 16.4.2002, E.2001/1396, K.2002/2298, DKD, 2003, S.1, s.248.

⁵⁵⁹ İdare Hukukunda kusursuz sorumluluk hali, idareye ve ajanına atfi kabil olmayan bir sebepten dolayı kişilerin uğramış oldukları zararların giderilmesini ifade etmektedir. Özgüldür, 2004: 845; Ersöz, 2016: 268.

⁵⁶⁰ Çağlayan, 2001: 271-272; Ayçiçek, 2002: 65-66; Erdem, 2005: 89-90; Kaya, 2013: 78; Çalış, 2018: 175. Nitekim, Özeren ve Bayhan yargı kararlarının yerine getirilememesiyle ilgili olarak Coutéas kararından bahsetmektedirler. Karara göre, Coutéas isimli Fransız vatandaşı, Sousse Adliye Mahkemesi’nin 1908 tarihli bir kararı ile Tunus’ta 38.000 hektarlık bir araziye sahip olmuştur. Mahkeme, Coutéas’a arazi üzerindeki yerli kabileleri buradan çıkarma hakkını da vermiştir. Ancak, 8.000 kişilik yerli, araziye terk etmemiştir. Bunun üzerine Coutéas, bu kişilerin kendi mülkünden çıkarılması için idareye defaatle talepte bulunmuş olmasına rağmen İdare, bölgede kamu düzeni ve güvenliğinin tehlikeye düşeceğini gerekçe göstererek talepleri reddetmiştir. İşgalcileri mülkünden çıkaramayan Coutéas, tazminat istemiyle Danıştay’a başvurmuştur. Bunun üzerine, idarenin red işleminin yasalara aykırı olmadığını, bu durumda herhangi bir kusurunun da söz konusu olmadığını ancak Coutéas’ın da uğradığı zararın yalnız kendi üzerinde bırakılmasının kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine aykırı düşeceği gerekçesiyle tazminata hükmetmiştir. Özeren ve Bayhan, 1992: 63. İdarenin kamu düzeni ve güvenliğine yönelik gerekçelerinin Yayla tarafından imkânsızlık kavramı içinde değerlendirilebileceği ifade edilmektedir. Yayla, 2015: 260.

olmuştur. Bu fikre göre mahkeme kararlarının yerine getirilebilmesi için yasal düzenleme yapılması gereken imkânsızlık hallerinden, idarenin sorumlu tutulmaması gerekmektedir⁵⁶¹.

Mahkeme kararlarının uygulanması bakımından imkânsızlık kavramı yalnızca iptal davasına özgü olan oldukça istisnai bir durumdur⁵⁶². Bu bakımdan bir idari işlemin hukuka uygun olup olmadığı, kural olarak⁵⁶³ yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan hukuk kurallarına göre değerlendirilmekte olup⁵⁶⁴; hukuka aykırılık tespitiyle sakat hale gelen dava konusu idari işlemin iptal edilmesi gerekmektedir⁵⁶⁵. İptal kararının verilmesinden sonra kararın uygulanmasındaki imkânsızlık, idari yargı hakiminin davayı reddetmesini gerektirecek bir durum olmayıp davanın bu sebeple reddi, hukuka aykırı olacaktır⁵⁶⁶. Nitekim, idari yargı

⁵⁶¹ Gök, 2015: 557. Yazar, görüşünü şu içtihada dayandırmaktadır: “...Başbakanlığın...Genelgesi’nin ... Bakanlar Kurulu Kararı’nın ... boş kadro değişikliği yapılmasına ilişkin kısmının ve ... davacının 3.dereceli şef kadrosuna atanmasına ilişkin kısmının iptaline; davanın ...kurumdaki diğer personel hakkındaki atama işlemleriyle ilgili bölümünün iptali istemine ilişkin kısmının ise menfaat ilişkisi yokluğu nedeniyle reddine karar verildiği, davacının ise anılan kararın idarece tam olarak uygulanmadığı, yalnızca kendisinin şef olarak atanmasının yapıldığı, bu nedenle uygulamamadan doğan maddi ve manevi zararların tazminat olarak ödenmesi istemiyle bakılan davayı açtığı anlaşılmıştır./ Dairemizin, ... kararının sonucuna göre; Aile Araştırma Kurumu’nun hukuksal statüsünün çıkartılacak bir yasayla belirlenmesi gerekmektedir Keza, Bakanlar Kurulu Kararıyla kadro kullanımı ve kadro değişikliği yapılması ve bu düzenlemenin sonuç doğurabilmesi de örgüt yapısını belirleyen yasanın yürürlüğe girmesine bağlıdır. Belirtilen yasal düzenlemenin yapılması görevinin ise, yasama organına ait bulunması nedeniyle, yukarıdaki karar gereğinin yerine getirilmediği hususunda davalı idarenin kusurlandırılmasına olanak bulunmamaktadır.” D5D, T.17.6.2003, E.1999/6257, K.2003/3013, Akt. Altay, 2004:241-242.

⁵⁶² Keskin, 2009: 45.

⁵⁶³ Danıştay’ın bir kararı bu duruma istisnai bir durumu göstermektedir: “...Ceza Hukuku kökenli bir ilke olan lehe olan hükmün uygulanması ilkesi; işlendiği zamanın hukuki normları uyarınca suç sayılan bir fiil sonradan yürürlüğe giren bir düzenleme ile suç olmaktan çıkarılmış bulunuyorsa veya sonradan yürürlüğe giren düzenleme suçun işlendiği zaman mevcut olan düzenlemeye göre suçlunun lehinde ise, sonraki normun daha önce işlenmiş olan fillere uygulanmasını öngörmektedir. Kural olarak idari işlemlerin yargısal denetimi, tesis edildiği tarihte yürürlükte bulunan mevzuata göre yapılmaktadır. Bu anlamda idari işlem niteliğindeki disiplin yaptırımının da tesis edildiği tarihte yürürlükte bulunan mevzuata göre yargısal denetiminin yapılması gerekmekte ise de, ilke olarak suç ve cezada lehe olan normun uygulanması kuralının disiplin cezaları yönünden de geçerli olduğunun kabulü gerekmektedir. Dolayısıyla, fiilin işlendiği tarih itibarıyla yürürlükte bulunan mevzuat ile daha sonra yürürlüğe giren mevzuat hükümleri farklı ise disiplin cezası ile cezalandırılacak olan kişilerin lehine olan mevzuat hükmü dikkate alınmalıdır. Ancak lehe hükmün uygulanması amacıyla verilecek bir iptal kararının, davacının eylemine uyan başka bir disiplin cezasının uygulanmasına engel olmayacağı da açıktır...” DİDDK, T.20.4.2017, E.2015/4973, K.2017/1715.

⁵⁶⁴ Bilgen, 1999: 100. Bu husustaki Danıştay içtihatları için bk.: D8D, T.28.9.1988, E.1988/705, K.1988/620, DD, 74-75, s.469; D8D, T.11.3.1991, E.1990/563, K.1991/457, DD, 82-83, s.606; D10D, T.192.1985, E.1984/1404, K.1985/249, DD, 60-61, s.435; D5D, T.22.11.1988, E.1988/2845, K.1988/2749, DD, 74-75, s.285.

⁵⁶⁵ Bilgen, 1999: 255.

⁵⁶⁶ Altay, 2004: 196. Ayrıca Danıştay’ın bu hususta vermiş olduğu isabetli bir içtihat için bk.: “...davacının ... görevinden alınmasına ilişkin 7.9.1999 günlü müşterek kararnamenin Danıştay Beşinci Dairesi’nin 30.11.2002 günlü, E:1999/4627, K:2002/4108 tarihli kararıyla iptal edildiği, anılan kararın Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu’nun 24.3.2005 günlü, E:2003/262, K:2005/158 sayılı kararıyla onandığı; iptal davası devam ederken, davacının 31.1.2000 tarihinde kurumlararası nakil yoluyla ...geçtiği ve Eylül 2000 tarihinde de emekliye ayrıldığı anlaşılmaktadır. Yukarıda da değinildiği üzere, 7.9.1999 tarihli görevden alınma işlemi nedeniyle, davanın açıldığı tarih itibarıyla davacının menfaatinin ihlal edildiği açık olup, davacının bu işlemle ilişkisinin dava sonuna kadar sürmesi gerekmemektedir. / Bu durumda, söz konusu anayasal ve yasal düzenlemeler uyarınca davalı idarenin bağlı yetki içerisinde bulunduğu açık olup, bu doğrultuda davalı idarenin ilgili idarelerle gerekli koordinasyonu sağlayarak davacıyı... görevine iade etmesi gerekirken, dava sürmekte iken adı geçen başka bir kuruma geçtiği ve daha sonra emekliye ayrıldığı gerekçesiyle davayı reddeden İdare

hâkiminin iptal davasındaki rolü ve önemi, dava konusu işlemin tesis edildiği anda mevcut hukuk kurallarına uygun olup olmadığını saptamaktan ibarettir. Kaldı ki, imkânsızlık hali mahkemeyi değil, kararı uygulama mevkiinde bulunan idareyi ilgilendiren bir konudur. İdari yargı organlarının verecekleri kararın kişinin hukukunda herhangi bir değişiklik yaratmayacağı gerekçesiyle idari işlemi iptal etmekten kaçınmamalıdır⁵⁶⁷. Buna rağmen aksi yönde mahkeme kararları da bulunmakta ise de bu kararlar yerleşik değildir⁵⁶⁸.

İptal kararının uygulanmasında olanaksızlık durumunun güncel örneklerinden birini, Kentbank ile ilgili iptal davasına konu olmuş bir uyuşmazlık oluşturmaktadır. TMSF'ye devredilen bahsi geçen bankanın, devir işlemini iptal eden mahkeme kararı üzerine; devir kararının alındığı tarihteki hukuki ve mali yapının tesis edilmesi suretiyle, davacıya iadesinde meydana gelen imkânsızlık durumunun değerlendirilmesi gerekmektedir. Buna göre, Kentbank A.Ş.'nin bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izni, BDDK'nın 13.12.2001 tarih ve 522 sayılı işlemi ile kaldırılmıştır. Ancak BDDK'nın bu işlemi, Danıştay'ın 21.6.2004 tarih ve 2004/5576 sayılı kararı ile iptal edilmiştir. İptal kararının uygulanması için yapılan başvuru, BDDK'nın 24.9.2004 tarih ve 1400 sayılı işlemiyle uygun görülmemiştir. Bu red işleminin iptali için açılan iptal davasında Danıştay, yürütmenin durdurulma talebini şu gerekçe ile reddetmiştir⁵⁶⁹:

“...Fonun, kendisine devredilen, bankacılık yapma ve mevduat kabul etme izni kaldırılmış olan Kentbank hakkında, Bankalar Kanunu'nun 15. maddesi uyarınca yaptığı, üçüncü kişileri de ilgilendiren hukuki tasarruflar ve bankanın tüzel kişiliğinin sona ermesi nedeniyle, idarece, BDDK'nın anılan bankanın Fona devrine ilişkin işlemini iptal eden Danıştay Onuncu Daire kararının gereğinin yerine getirilmesinin olanaksız olduğu, başka bir anlatımla, devir kararının alındığı tarihteki Kentbank'ın hukuki ve mali yapısının tesisi suretiyle davacıya iadesinde hukuki ve maddi (fiili) imkânsızlık bulunduğu ve idarenin idari yargı kararını uygulayamadığı sonucuna ulaşılmıştır...”.

Anılan uyuşmazlıkla ilgili olarak Danıştay, BDDK'nın imkânsızlık gerekçesine dayanılarak mahkeme kararının gerekleri yönünde işlem tesis etmeyip, davacının talebini reddettiği işlemin yargısal denetiminde esas bakımından incelemesi neticesinde davayı aynı

Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir....” D5D, T.9.3.2009, E.2007/81, K.2009/1103, DD, 121, s.226-229.

⁵⁶⁷ Kaya, 2013:63.

⁵⁶⁸ “...Giresun Vilayeti vali muavini iken 14.1.1952 tarihinde re'sen emekliye sevkolunan davacı 1954 yılında yaş haddini doldurmakla hükmen emekli durumuna düşmüş bulunmasına ve emekliliğin iptali hususunda verilecek kararın hukukuna bir tesiri olamayacağına binaen davanın bu sebeple tetkik kabiliyeti bulunma(maktadır)” (parantez içi ifade karar doğrultusunda tarafımızca yazılmıştır), D5D, T.27.12.1963, E.1963/2199, K.1963/4567, DKD, 1965, 91-92, s.112.

⁵⁶⁹ D13D, T.4.5.2005, E.2005/5545, KİBB.

gerekçelerle reddetmiş⁵⁷⁰ ve bu karar DİDDK tarafından da onanmıştır⁵⁷¹. Buna karşın, bu uyuşmazlığın karar düzeltme safhasında;

“...Devir kararının iptal edilmesi üzerine devir kararının alındığı tarihteki hukuki ve mali yapısının tekrar tesis edilmesi ve bankanın o zamanki durumu ile davacılara iade edilmesinin mümkün olmadığı anlaşılmakla birlikte, iptal kararının bir gereği olarak ve başkaca bir hukuki engel yoksa davalı idarenin, davacılara Bankalar Kanunu hükümleri çerçevesinde tekrar bankacılık faaliyetinde bulunabilecek koşulları sağlaması ve bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izni tanınmak suretiyle banka kurmalarına izin vermesi gerekir...”

denilmek suretiyle, D13D’nin belirtilen kararı bozulmuştur⁵⁷². Bu uyuşmazlıkta, iptal kararının uygulanma zorunluluğunun devam ettiğini ifade edebilmek için uygulanmada herhangi bir hukuki engelin bulunmamasının ve maddeten geri dönülemeyecek bir durumun ortaya çıkmamış olmasının ortaya konulması gerekmektedir. İdarenin mahkeme kararlarının gereklerini yerine getirememesi sadece hukuki ve fiili imkânsızlık olgularının meydana geldiğinin somut göstergeler ile belirlenmesi durumunda gündeme gelmelidir.

Anılan uyuşmazlıkta idarenin tek taraflı işlemleri ile karar gereklerini yerine getirmesinin mümkün olmadığı belirtilmektedir. Mahkeme kararlarının gereklerinin idarenin tek taraflı işlemiyle yerine getirilememesi durumu *Yıldırım* tarafından imkânsızlık kavramıyla açıklanmamaktadır. Buna göre, özelleştirme işlemlerinde devredilen hisselerin geri alınmasında, satış yoluyla özel mülkiyete geçen taşınmazlarda ihalenin iptali ile idarenin tek

⁵⁷⁰ D13D, T.29.11.2005, E.2005/5545, K.2005/5698, UYAP.

⁵⁷¹ Onama gerekçesinde: “...bank’ın 09.07.2001 tarihli BDDK kararı ile 4389 sayılı Kanunun 14.maddesi uyarınca temettü hariç, ortaklık hakları ile yönetim ve denetiminin Fon’a devredildiği, bu karar sonrasında, Kanunun 15.maddesinde yer alan, kendisine devredilen bir bankanın yönetimi ve denetimi ile ortaklık hakkına, malî bünyesinin güçlendirilmesi, yeniden yapılandırılması ve üçüncü kişilere devri konusunda yetkili olan Fon’ca, ...bank’ın yönetim ve denetiminin ele alınarak hisse senetlerinin tamamı ile bankanın ödenmiş sermayesine karşılık 50 trilyon TL (50.000.000 YTL) tutarındaki kısmının Fon hesabına kaydedildiği, BDDK’nca Kentbank’ın 13.12.2001 tarihinde bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izninin iptal edildiği, bankanın tasfiyesine karar verildiği, Tasfiye Halinde ...bank A.Ş. Genel Kurulunda, tasfiyenin kaldırılarak bankanın ...bank A.Ş. bünyesinde birleştirildiği ve tasfiyesiz infisahın gerçekleştiği, ...bank’ın tüzel kişiliğinin ticaret sicilinden silinerek sona erdiği anlaşılmaktadır. / Bu durumda, Fonun kendisine devredilen, bankacılık yapma ve mevduat kabul etme izni kaldırılmış olan ...bank hakkında, Bankalar Kanununun 15.maddesi uyarınca yaptığı, üçüncü kişileri de ilgilendiren hukuki tasarruflar ve bankanın tüzel kişiliğinin sona ermesi nedeniyle, idarece, BDDK’nun anılan bankanın Fona devrine ilişkin işlemi iptal eden Danıştay Onuncu Daire kararının gereğinin yerine getirilmesinin olanaksız olduğu, başka bir anlatımla, devir kararının alındığı tarihteki ...bank’ın hukuki ve malî yapısının davalı idarece tesisi suretiyle davacıya iadesinde hukuki ve maddi (fiili) imkânsızlık bulunduğu ve idarenin idari yargı kararını uygulayamadığı sonucuna ulaşıldığından, dava konusu işlemlerde hukuka aykırılık bulunmamaktadır...” D13D, T.29.11.2005, E.2005/5546, K.2005/5699, DD, 2006, S.112, s.410. Anılan karar, DİDDK tarafından onanmıştır. Bk.: DİDDK, T.21.03.2007, E.2006/339, K.2007/384, DD, 2008, S.117, s.40-44.

⁵⁷² DİDDK, T.26.6.2008, E.2007/1724, K.2008/1706, DD, S.120, s.28. Karar düzeltme aşamasında verilen bu kararla, iptal kararının uygulanabilmesi adına idarenin davacılara bankacılık ve mevduat kabul etme izni verilmesi ve nasıl davranması gerektiği izah edilmiştir. OZANSOY, bu kararı, idari yargının idarenin yerine geçmiş olması yönünden eleştirmektedir. Ozansoy, 2012: 21-22. Bu hususta daha kapsamlı bilgi için bk.: Tan, 2015: 449-454.

tarafli işlemiyle nasıl geri alınacağı belirsizdir. Böyle hallerde, yargı kararının uygulanabilmesi için özel hukuk kişilerinin iradelerine ihtiyaç duyulmaktadır. İlgilinin rıza göstermemesi durumunda idarenin adli yargı yoluna müracaat etmesinin düşünülebilecektir. Bu kapsamda, taşınmaz satışına ilişkin işlemlerin iptali halinde adli yargıda açılacak bir dava yoluyla tapu kaydının düzeltilmesinin istenebileceği ve ilgisinin ödediği bedelin de iadesinin gerekeceği ifade edilmektedir⁵⁷³.

Fiili ve hukuki imkânsızlık hâlleri, iptal kararları gibi yürütmeyi durdurma kararlarının da yerine getirilmesi zorunluluğunun istisnasını teşkil etmektedir. Nitekim idarenin fiili veya hukuki imkânsızlık durumlarında yürütmeyi durdurma kararının gereğini yerine getirememesi söz konusu olabilmektedir⁵⁷⁴. Diğer bir anlatımla, bir idarî işleme karşı yürütmeyi durdurma talepli açılan iptal davasında idari yargı mercii yürütmeyi durdurma talebini kabul ettiği anda o idarî işlem ile ilgili olarak hukuka uygunluk karinesi askıya alınmaktadır. Eş söyleyişle, yürütmeyi durdurma kararının nihai karar verilinceye kadar iptal kararı gibi etkileri olmaktadır. Pek çok durumda yürütmeyi durdurma kararı verildiğinde, esasen dava konusu idarî işlem sanki hukuk alanında hiç olmamışçasına tersine işlemler tesis olunmaktadır. Ancak hukukî ve maddi imkânsızlık durumları iptal kararlarında olduğu gibi bunun da istisnasını oluşturmaktadır.

2.2.1.3.1. Yasama Organının İdari Yargı Kararına Müdahale Etmesi

Anayasamızın 138. maddesinin son fıkrası, yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez, hükmünü amirdir. Bu

⁵⁷³ Yıldırım, 2010: 461.

⁵⁷⁴ “...Danıştay’ın istikrar kazanmış içtihatlarına göre, yürütmenin durdurulması kararları dava konusu idari işlemin uygulanmasını durduran, başka bir deyimle onun icraîlik niteliğini askıya alan ve söz konusu işlemin tesisinden önceki hukuki durumun geri gelmesini sağlayan geçici nitelikte kararlardır. Eğer bireysel bir idari işlemin yürütülmesi yargı kararı ile durdurulmuş ise kural olarak idare, bireyin eski hukuki durumunu kazanması için gereken işlemleri yapmakla yükümlüdür. Ancak bir işlemin hukuka aykırılığının tespit edilerek yürütmesinin durdurulması ile bu kararın uygulanma şeklini her olayın özelliğine göre inceleyip değerlendirmek gerekmektedir. / Olayda (2.5.1994 günlü, E: 1993/4255, K: 1994/429 sayılı kararımızda da vurgulandığı gibi) yem sanayii T.A.Ş.’nin yeni yönetim kurulu, Yüksek Planlama Kurulu’nun ... Ana Sözleşmenin 10. maddesi uyarınca 23.7.1993 tarihinde yapılan olağan genel kurul toplantısında oluşturulmuş bulunduğu, 29.1.1991 tarihinde yönetim kurulu üyeliğine atanmış olan davacının görev süresinin de, bu tarihte (23.7.1993) sona erdiği açıktır. Hal böyle olunca 10.9.1993 tarihinde verilen yürütmenin durdurulması kararının, davacının görevine iade edilmeyerek sadece yönetim kurulu üyeliği ücretleri ödenerek uygulanmasında hukuka aykırılık bulunmamaktadır...” D5D, T.18.03.1997, E.1997/230, K.1997/605, KİBB. Bir başka içtihad için bk.: “...Bilindiği üzere, yürütmenin durdurulması kararları idari işlemi, esas hakkında karar verilinceye kadar askıya alan, davanın esastan karara bağlanmasıyla birlikte etkisini yitiren ve iptal kararının yerine getirilmesinde ileride yaşanabilecek zorlukları ortadan kaldırmaya hizmet eden geçici tedbir niteliğinde kararlardır. Yürütmenin durdurulması kararının gereğinin en geç otuz gün içerisinde yerine getirilmesi yasal bir zorunluluk olduğundan, anılan süre zarfında kararın gereğinin fiili veya hukuki imkânsızlık halleri dışında yerine getirilmemesi ilgililerin hukuki ve cezai sorumluluklarını gerektirmekte (dir)...” (parantez içi tarafımızca eklenmiştir) D13D, T.10.2.2009, E.2007/15262, K.2009/1606, KİBB.

hükümün içinde mahkeme kararlarının ara kararlarının dahi uygulanacağı yönündeki ilkeden öte bir anlam daha vardır ki o da, Yasama organına hitap etmekte ve bir yargı kararının sonuçlarını değiştirmek, yerine getirilmesini önlemek veya ertelemek için yasama yolundan müdahalede bulunulamayacağına ilişkindir⁵⁷⁵.

2.2.1.3.1.1. İdari Yargı Kararının Uygulanmasına İlişkin Yasal Düzenleme Yapılması

İdari yargı kararlarının imkânsızlık sebebiyle “aynen” ve “gecikmeksizin” yerine getirilememesi durumlarında, kişinin zararının giderilmesi için tazminat verilmesi veya yasama organının düzenleme yapması yoluna gidilebilmektedir⁵⁷⁶. Yasamanın yargı kararını uygulamamak adına düzenlemeler yapması söz konusu olabilmektedir⁵⁷⁷. Nitekim Anayasamızın 138. maddesinin 4. fıkrasında mahkeme kararlarına uyma yükümlülüğünden bahsedilmektedir⁵⁷⁸. Anılan anayasal hükümden çıkan sonuca göre, yasal düzenleme ile mahkeme kararının uygulanması hiçbir surette değiştirilemez ve geciktirilemez vaziyet içindedir⁵⁷⁹. Bu anlamda kuvvetler ayrılığı ve kesin hükme saygı ilkeleri gereği, iptal edilmiş idari işlemlerin uygulanmaya devam edilmesine engel olmak, yargı kararının yerine getirilmesini kolaylaştırmak veya iptal kararından doğacak olan boşluğu doldurmak maksadıyla müdahalede bulunulması gerekmektedir⁵⁸⁰. Anılan bağlamda Fransız Danıştay’ından geçmiş ilgi çekici bir iptal kararını nakledeyim⁵⁸¹:

“...Bir okul için 1947 yılında yapılan giriş sınavına karşı iptal davası açılmış ve giriş sınavı da 1949 yılında Danıştay tarafından iptal edilmiştir. Bu iptal kararının uygulanması halinde, iki yıldan beri okuyan, sınıflarını geçen öğrencilerin, öğrencilik durumlarının ortadan kalkması ve bunların okulla ilişkilerinin kesilmesi gerekmekte idi. Bu haksızlığı gidermek için, yasama organı işe karışmış ve çıkarılan bir yasa ile iptal edilen giriş sınavı ile okula kaydını yaptıranların durumu korunmuş ve bu işten zarar görenler için de özel bir giriş sınavı açılması öngörülmüştür...”.

Fransız İdare Hukukunda mahkeme kararına uyma ödevinin idari işlemi geriye yürür şekilde geçerli hale getirerek gerçekleştirileceği kabul edilmekle birlikte bu anlamda yapılan

⁵⁷⁵ Özyörük, 1972-1973: 251.

⁵⁷⁶ Gözübüyük ve Dinçer, 2001: 705; Yaşar, 2013: 129-130; Gözübüyük ve Tan, 2016: 564.

⁵⁷⁷ Yaşar, 2013: 130.

⁵⁷⁸ Anayasa, **I. Genel hükümler A. Mahkemelerin bağımsızlığı MADDE 138.** – “(4) Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.”.

⁵⁷⁹ Altundış ve Beder, 2009: 88.

⁵⁸⁰ Gözübüyük ve Dinçer, 2001: 705; Gözübüyük ve Tan, 2016: 564.

⁵⁸¹ Vedel, 1984: 828; C.E., T.18.3.1949, Chavlon-Demersay, Rec., s.134, RDP, 1949, s.217 (Akt. Gözübüyük ve Tan, 2016: 564).

yasal düzenlemelerin anayasal ilkelere uyması gerektiği belirtilmektedir⁵⁸². Türk İdare Hukukumuz bakımından da bu durumun geçerli olduğu söylenebilir. Nitekim, Anayasamıza göre yasama organının yargı kararını etkisiz kılma olanağı bulunmamaktadır. Yasama organının Anayasa m.138 gereği sadece yargı kararının uygulanmasını kolaylaştırmak ve iptal kararlarından doğan boşluğu doldurmak için müdahalede bulunabileceği ifade edilmektedir⁵⁸³.

2.2.1.3.1.2. İdari Yargı Kararının Uygulanmasının Engellenmesine İlişkin Yasal Düzenleme Yapılması

Yasal düzenleme yoluyla mahkeme kararlarının uygulanmasının engellenmesine yönelik müdahalenin iki şekilde meydana gelebileceğini ifade edilmektedir. Buna göre, ya geçmişe etkili bir norm düzenlemesi yapmak suretiyle hukuka aykırı bir idari işleme sıhhat verilebileceği veya mahkeme kararının hukuk düzenindeki etkileri yasal bir norm ile tadil veya izale edilebilecektir⁵⁸⁴. Mahkeme kararlarının ardından mevzuatın değişmesi, idari yargı kararlarının uygulanmasına engel bir durum olarak değerlendirilmektedir⁵⁸⁵. Anılan Anayasal hüküm ve ilkelere rağmen mahkeme kararlarının işlevsiz bırakılma girişimleri bulunulabilmektedir⁵⁸⁶. Yasama organının idari yargı kararlarının uygulanmasını olanaksızlaştırmasına örnek olarak aşağıdaki uyuşmazlıkların değerlendirilmesi gerekmektedir⁵⁸⁷.

Kaymakam adaylığı sınavının yazılı kısmını kazanan bir adayın mülakat aşamasında başarısız sayılmasına ilişkin işlemin ve dayanağı “Kaymakam Adayları Yönetmeliği”nin⁵⁸⁸ belirli maddelerinin iptali istemiyle Danıştay’a açılan iptal davasında, işlem hakkında YD kararı verilmiş olup karar kesinleşmiştir⁵⁸⁹. YD kararına ilişkin itirazların değerlendirdiği

⁵⁸² Chapus, 1966: 890 (Akt. Gözübüyük ve Tan, 2016: 564).

⁵⁸³ Gözübüyük ve Tan, 2016: 564.

⁵⁸⁴ Özyörük, 1972-1973: 251.

⁵⁸⁵ “...Danıştay ilamlarının kesin hüküm teşkil ettiği şüphesizdir. / Ancak, Danıştay kararlarının kesin hüküm teşkil etmesi sonradan yürürlüğe girmiş olan mevzuat hükümlerinin uygulanmasına engel teşkil etmeyeceği gibi yasama organının veya idarenin düzenleme yetkisini sınırlayıcı bir sonuç doğurması da mümkün değildir...” D5D, T.20.1.1975, E.1973/13108, K.1975/84, DD, S.20-21, 1977, s.336. Aksi yönde bir karar için bk.: “...Davalı idarece mahkeme kararının uygulanması suretiyle davacının eşine sağlık karnesi düzenlenip verilmesi gerekirken, mahkeme kararının verildiği tarihten sonra yürürlüğe giren ve geçmişe yürütüleceği yolunda bir hükme yer vermeyen yasa değişikliği gerekçe gösterilerek tesis edilen işlemde ... hukuka uyarlık görülmemiştir...” D11D, T.28.1.2003, E.2000/8818, K.2003/403, DKD, 2003, S.1, s.458.

⁵⁸⁶ Altundış ve Beder, 2009: 89-90.

⁵⁸⁷ Başkaca örnekler için bk.: Gözübüyük ve Tan, 2016: 565-568.

⁵⁸⁸ 6.5.2006 – 26160 tarih ve sayılı RG’de yayımlanan Kaymakam Adayları Yönetmeliği’nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 2. Maddesiyle 23.3.1994 – 21883 tarih ve sayılı RG’de yayımlanan Kaymakam Adayları Yönetmeliği’nin 10. Maddesi değiştirilmiştir. Değişiklikten sonraki yönetmelik hükmü dava konusu edilmiştir. Ayrıca mezkûr yönetmelik 6.7.2011 – 27986 tarih ve sayılı RG’de yayımlanan “Kaymakam Adayları Yönetmeliği”nin 31. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

⁵⁸⁹ YD kararına yapılan itirazı inceleyen İdari Dava Daireleri Kurulu 13.11.2008 tarih ve YD İtiraz No:2008/774 sayılı kararıyla Bakanlığın yürütmeyi durdurma kararına karşı yaptığı itirazı reddederek ayrıca, Kaymakam

kararının gerekçesinde, sözlü sınav komisyon üyelerinin her biri tarafından değerlendirme yapılarak tutanağa bağlanmış soruların ve yanıtlarının neler olduğunun, bu yanıtlara komisyon üyelerince takdir edilen notun gerekçeleriyle ortaya konulması ve ayrıca sözlü sınavda verilen yanıtların teknolojik imkânlardan yararlanarak sesli ve görüntülü kayıt altına alınması gerektiği üzerinde durulmuştur⁵⁹⁰.

Yüksek Mahkeme, sözlü sınavlarla ilgili geliştirdiği içtihatla sınavlarda idarenin tesis ettiği işlemlerin yargısal denetiminin daha sağlıklı olabilmesi için sözlü sınavlarda sorulan sorular ile verilen cevapların teknolojik imkânlardan yararlanarak sesli ve görüntülü kayıt altına alınmasını aramaktadır. İdarenin anılan kararlar bağlamında, mahkeme kararını uygulaması ve sözlü sınavlarda bu esasları gerçekleştirmesi gerekirken bir yasal düzenleme yapılmak suretiyle⁵⁹¹ söz konusu mahkeme kararının uygulanması hukuken olanaksız hale getirilmiştir⁵⁹². Benzer bir örnek bir başka mülakat sınavına ilişkin uyuşmazlıkta yaşanmıştır⁵⁹³. Danıştay benzer gerekçelerle, mülakatın teknolojik imkânlar kullanılarak idarenin kayıt altına alması gerektiğine karar vermiştir. İdarenin mahkeme kararlarını uygulaması gerekirken ilgili yasa⁵⁹⁴ hükmünde değişikliğe gidilmek suretiyle⁵⁹⁵ mahkeme kararının uygulanmasına yönelik işlem ve eylem tesis edilmesinin yolu kapatılmıştır⁵⁹⁶.

Bir diğer örnek ise, 4046 sayılı Yasa'ya eklenen Ek m.5 hükmünün⁵⁹⁷ AYM tarafından iptal⁵⁹⁸ edilmesinin üzerine, 2014 yılında 6552 sayılı Yasa'nın 109. Maddesi ile 4046 sayılı Yasa'ya eklenen bir hüküm aynen şöyledir:

Adaylığı Yönetmeliği'nin 10. maddesinin 5. fıkrasında yer alan “dört katı kadar aday” ifadesinin yürütmesinin de durdurulmasına karar vermiştir.

⁵⁹⁰ DİDDK, T.13.11.2008, E.2008/774.

⁵⁹¹ 5917 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle 1700 sayılı Dâhiliye Memurları Kanunu'na 2/A maddesi eklenmiştir (RG, 10.7.2009 – 27284).

⁵⁹² Dahiliye Memurları Kanunu'nun “Kaymakam adaylığı yazılı sınavı, mülakatı ve atama” başlıklı 2/A maddesinin 4. fıkrasının ilk iki cümlesinde açıkça “Adaylar, komisyon başkan ve üyeleri tarafından ikinci fıkranın (a) ile (e) bentlerinde yazılı özelliklerin her biri için yirmişer puan üzerinden değerlendirilir, verilen puanlar ayrı ayrı tutanağa geçirilir. Bunun dışında mülakat ile ilgili herhangi bir kayıt sistemi kullanılmaz.” hükmü yer almaktadır.

⁵⁹³ Bu uyuşmazlığı nakleden Altundış ve Beder, 2009: 89 – 90.

⁵⁹⁴ 21.2.1967 tarih ve 832 sayılı Sayıştay Kanunu, 3.12.2010 tarih ve 6085 sayılı Sayıştay Kanunu'nun 82. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır (RG: 19.12.2010 – 27790).

⁵⁹⁵ 19.11.2009 tarih ve 5924 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle 21.2.1967 tarih ve 832 sayılı Sayıştay Kanunu'nun “Denetçilerin nitelikleri, mesleğe alınmaları, atanmaları ve yükseltilmeleri:” başlıklı 9. Maddesi değiştirilmiştir (RG: 26.11.2009 - 27418 Mükerrer).

⁵⁹⁶ Anılan değişiklikten sonraki madde metninde ilgili kısım şu şekilde değiştirilmiştir: “Adaylar, komisyon tarafından (a) ile (d) bentlerinde yazılı özelliklerin her biri için yirmişer puan üzerinden değerlendirilir ve verilen puanlar ayrı ayrı tutanağa geçirilir. Bunun dışında mülakat ile ilgili herhangi bir kayıt sistemi kullanılmaz.”

⁵⁹⁷ **26.04.2012 tarihli ve 6300 sayılı Kanun'un 10. maddesiyle, 4046 sayılı Kanun'a eklenen Ek 5. madde:** “Tabii afetler nedeniyle zarar gören çiftçilerin özelleştirme kapsam ve programındaki Türkiye Şeker Fabrikaları A.Ş.'ye olan borçlarının vade farkı alınmaksızın ertelenmesi veya vadelendirilmesi ile özelleştirme uygulamaları sonucunda kuruluşların nihai devir sözleşmelerinin imzalanarak devir ve teslim işlemlerinin tamamlanmasından sonra özelleştirme işlemlerinin bütün sonuçlarıyla birlikte tamamlanmış bulunması, söz

“Bu maddenin yayımı tarihi itibarıyla devir ve teslim işlemlerinin tamamlanmasının üzerinden beş yıl geçmiş olan özelleştirmeler hakkında verilmiş olan yargı kararları ile ilgili olarak sözleşmelerinde belirtilen haller dışında bu kuruluşların geri alınması yönünde herhangi bir işlem tesis edilemez.”.

Buna göre, anılan hüküm, mahkeme kararlarının uygulanmasının engellenmesine yönelik iradeyi ortaya koymuştur. Ancak bu hüküm de AYM tarafından iptal edilmiştir⁵⁹⁹.

2.2.1.3.2. İdari Yargı Kararlarının Özel Hukuk İşlemlerinin Geçerliliğine Etkisi

İptal ve YD kararlarının uygulanmasında meydana gelen imkânsızlık bakımından değerlendirilmesi gereken bir diğer husus ise, idari işlemlere dayanılarak yapılmış olan özel hukuk işlemlerinde iptal ve YD kararlarının, ne gibi etkiler meydana getireceğidir. Bu bakımdan iptal kararları üzerine Bakanlar Kurulu ve diğer idari organlar tarafından mahkeme kararlarının uygulanmamasına yönelik tesis edilen işlemleri değerlendirmek gerekmektedir.

USAŞ ve ÇİTOSAN’ın blok satış⁶⁰⁰ yöntemiyle özelleştirilmesine ilişkin Yüksek Planlama Kurulu (YPK) kararlarının, idari yargı yerlerince iptal edilip onanmasına karşın; özelleştirme işlemine dayanılarak satış sözleşmesinin yapılıp, devir işlemlerinin iptal kararından önce tamamlanması sebebiyle, iptal kararları uygulanmamıştır. YPK, iptal kararlarının özelleştirme süreci tamamlanan kurumlar bakımından uygulanmasının hukuken imkânsız olduğu yönünde kararlar vermiştir⁶⁰¹. Bu kararların ardından Bakanlar Kurulu, aynı doğrultuda bir ilke kararı almıştır⁶⁰². Bakanlar Kurulu’nun aldığı ilke kararı, Danıştay tarafından iptal edilmiş⁶⁰³ olup temyiz incelemesinde onanarak kesinleşmiştir⁶⁰⁴. Bir diğer uyuşmazlıkta ise, Yatağan, Yeniköy ve Kemerköy termik santrallerin faaliyetlerinin

konusu kuruluşları devralanlar tarafından üretim, yatırım, modernizasyon, istihdam ve bunlara bağlı her türlü hukuki, ticari ve mali tasarruflarda bulunulması nedeniyle oluşacak fiili imkânsızlık karşısında geri dönülemeyecek bir yapının ortaya çıkması halinde yargı kararlarının uygulanmasına yönelik olarak, Bakanlar Kurulu tesis edilecek iş ve işlemler konusunda karar almaya yetkilidir.”.

⁵⁹⁸ 6300 sayılı Kanun’un 10. maddesi ile 4046 sayılı Kanun’a eklenen Ek 5. maddenin belirtilen kısmı, Anayasa Mahkemesi tarafından 03.10.2013 tarihinde 2012/73 E. ve 2013/107 K. sayılı kararı ile iptal edilmiştir. (RG: 27.3.2014 – 28954).

⁵⁹⁹ AYM, T.02.04.2014, E.2014/149, K.2014/151 (RG: 01.01.2015-29223).

⁶⁰⁰ Blok satış yöntemi, özelleştirme uygulamaları içerisinde en çok kullanılan uygulama olup bu uygulama ile, belli orandaki şirket hissesinin özel girişimcilere devri gerçekleştirilmektedir. Yaşar, 2007: 49.

⁶⁰¹ YPK, T.7.3.1990, 90/2 sayılı kararı; YPK, T.4.4.1990, 90/8 sayılı kararı.

⁶⁰² 27.4.1992 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı. (Bu karar Resmi Gazete’de yayımlanmamıştır). Karar için bk.: Altay, 2004: 219-220.

⁶⁰³ D10D, T.28.5.2004, 2002/4061, K.2004/5219, DKD, S.6, s.236 vd. Öğretide bu kararla ilgili olarak birtakım eleştiriler sunulmaktadır. Buna göre, “Resmi Gazete’de yayınlanmamış bir Bakanlar Kurulu kararının uygulanabilirliği (ve hatta hukuki mevcudiyeti) davalı idare konumunda olmayan Bakanlar kurulunun iptal kararını uygulamaması yönünde vereceği bir kararın uygulanabilirliği ve idarenin kendi fonksiyonu dışına çıkarak aldığı mahkeme kararının uygulanmaması yönündeki kararın hukuki mevcudiyeti ele alınıp incelenmeli idi. Denilebilir ki, hukuken uygulama gücünü kazanmamış olan, konusu idare işlevine girmeyen ve hiçbir hukuki dayanağı ve sonucu bulunmayan söz konusu işlemin <yok hükmünde> olduğuna hükmedilemsi yoluna gidilmesi ve davanın da bu gerekçeyle reddedilmesi daha hukuki bir yöntem olacak idi”. Ayaydın, 2007: 316, dn.55.

⁶⁰⁴ DİDDGK, T.8.6.2006, E.2005/161, K.2006/554.

durdurulmasına yönelik istemlerin reddedilmesi üzerine açılan iptal davalarında dava konusu red işleminin iptal edilmesi ve temyiz incelemesi neticesinde onanmasına rağmen⁶⁰⁵; Bakanlar Kurulu tarafından, bu termik santrallerin faaliyetlerinin devam ettirilmesi yönünde ilke kararı alınmıştır⁶⁰⁶. Benzer bir karar da İzmir Doğal Gaz Kombine Çevrim Santrali'nin üretime devam etmesi için alınmıştır⁶⁰⁷. Danıştay, bu kararı yetki unsurundaki sakatlık sebebiyle⁶⁰⁸ hukuka aykırı bulup iptal etmiştir⁶⁰⁹. Davacıların Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM) başvurması üzerine AİHM Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 6. maddesinin 1. fıkrasında yer alan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir⁶¹⁰.

Yukarıdaki örneklerden de görüldüğü üzere, idari yargı yerleri tarafından verilen iptal kararlarının yerine getirilmesinin engellenmesi ve hukuka aykırılığı tespit edilen dava konusu idari işlemlerin sürdürülmesi için, Bakanlar Kurulu ve ilgili diğer idari otoritelerin imkânsızlık kavramı gerekçe gösterilmek suretiyle, ilke kararlar alınabilmektedir. Danıştay ise, mahkeme kararlarının uygulanmamasına yönelik olarak alınan kararları, hukuka aykırı bulup iptal etmektedir. Bu aşamada, iptal edilen işleme dayanılarak yapılan özel hukuk işlemleri, iptal kararından nasıl etkilenecektir sorusu, oldukça önemlidir. Zira bu konu tam anlamıyla bir çözüme kavuşturulabilmiş değildir⁶¹¹. İptal kararlarının özel hukuk işlemlerine doğrudan veya dolaylı olarak ne gibi etkilerinin bulunduğunu ifade edebilmek için genel bir kural koymak oldukça güçtür⁶¹².

⁶⁰⁵ D6D, T.3.6.1998, E.1997/2919, K.1998/2928. (Akt. Gözübüyük ve Tan, 2016: 571).

⁶⁰⁶ Bakanlar Kurulu'nun 11.6.1997 tarihli kararında, "... Her üç termik santral milyonlarca dolarlık dış kredi ile yapılmış olup, Kemerköy ve Yeniköy Santrallerinin faiz ve ana para ödemeleri devam etmektedir. Ülkenin üretime dönüşmeyen bu borçları nedeniyle de uğrayacağı ve geri dönüşü olmayan zararlarının olacağı açıktır. Sonuç olarak Yeniköy, Kemerköy ve Yatağan Termik Santrallerinin kapatılması halinde ülke ekonomisi ile insan ve çevre sağlığına verilecek onulmaz ve onarılmaz zararların sorumluluğuna herkesin katlanması gerekecektir." Gereğesiyle faaliyetlerinin devam etmesi yönünde karar verilmiştir. Alıcı, 2005: 272.

⁶⁰⁷ Bakanlar Kurulu, T.22.8.2005, 2005/1 sayılı kararı.

⁶⁰⁸ Bu karara ilişkin kapsamlı açıklama için bk.: "1.5.1.İmkansızlık ile yokluk arasındaki ilişki" başlığı.

⁶⁰⁹ D13D, T.23.1.2008, E.2006/975, K.2008/1274, KİBB.

⁶¹⁰ AİHMK, T.12.7.2005, 36220/97 sayılı karar (OKYAY vd. – TÜRKİYE kararı), TBBD, S.62, 2006, s.449 vd.; Ayrıca AİHMK, T.10.11.2004, 46117/99 sayılı (TAŞKIN vd. – TÜRKİYE kararı) kararında da adil yargılanma hakkının ihlali tespiti yapılmış ve Bakanlar Kurulu'nun idari yargı kararlarının uygulanmamasına dair aldığı ilke kararının "hukukun altını oyar nitelikte olduğuna" hükmetmiştir. Seyhan, 2016: 565. Bu hususta diğer bir karar ise, BDDK tarafından TMSF'ye devredilip devir kararı Danıştay tarafından iptal edilen Kentbank kararına ilişkindir. Bu karar için bk.: AİHM 2. Dairesi, 23.10.2012 tarih ve 6334/05 sayılı Süzer ve Eksen Holding A.Ş. – TÜRKİYE davası.

⁶¹¹ Nitekim, Yılmaz da özel hukuk işlemlerinin geçerliliğine olan etkilerini sorunlu bir nokta olarak değerlendirerek kamu ihale hukuku örneğindeki gibi; özel hukuk sözleşmelerinde, salt idare hukuku boyutunu aşan bir bakış açısının geliştirilmesi gerektiğini, sözleşmelere özgü kavramların da değerlendirilmesi ihtiyacından bahsetmektedir. Yılmaz, 2014b: 197.

⁶¹² Öyle ki, ihale kararının mahkeme tarafından iptal edilmesi üzerine, idarenin iptal kararının uygulanması hususunda düşmüş olduğu duraksama ile ilgili olarak Danıştay'a yapmış olduğu müracaat söz konusu olmuştur. Buna göre idare, "... (1) Döner Sermaye İşletmesi Merkez Müdürlüğünün taraf olmadığı davada verilen iptal kararının bu idare yönünden de bağlayıcı olup olmadığı, (2) verilen iptal kararının ne şekilde uygulanması gerektiği, söz konusu kararın mevcut sözleşmenin feshini zorunlu kılıp kılmadığı, ihalenin tek taraflı feshi yerine, sözleşmenin feshi için adli yargıda sözleşmenin feshi davası açmanın yargı kararının uygulanması için yeterli

Kamu ihale hukuku kapsamında, idarenin taraf olduğu özel hukuka tabi sözleşmelerde karşı tarafın belirlenmesi ve sözleşmenin tabi olduğu hukuki rejim kanunlarla hüküm altına alınmıştır. Bunlar sırasıyla 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'dur. İdare, diğer tarafı belirleme konusunda serbest değildir. Anılan yasa hükümlerine dayanılarak diğer tarafı belirleyebilmek için sözleşme öncesi birtakım idari işlemler tesis edilmektedir. Bu işlemler, özel hukuk sözleşmesinden ayrılarak dava konusu edilebilmekte olup bu işlemlere “*ayrılabilir işlem*” denmektedir⁶¹³.

Ayrılabilir işlemin iptalinin, sözleşme üzerinde direkt bir etkisinin olduğu esasen kabul edilmemekle beraber; özellikle idare bakımından bu hükme uyma yükümlülüğünün mevcut olduğunu söylemek mümkündür⁶¹⁴. Ayrılabilir işlemin iptalinden sonra idare kararı uygulamak için sözleşmenin hukuka uygun hale getirilmesi veya sözleşme yargısına başvurma olarak iki seçeneğin bulunduğu, ifade edilmektedir⁶¹⁵. *Akyılmaz*'a göre, hukuka aykırılığın idareye atfı mümkünse sözleşmedeki eksikliklerin giderilebileceği ancak sözleşmenin konusunda bir eksikliğin mevcut olması durumunda, idarenin tek yanlı bir biçimde sözleşme hükümlerini değiştiremeyeceğini ancak karşı tarafın rızası ile

olup olmadığı, (3) bu bağlamda tarafı olduğumuz özel hukuk sözleşmesinin ihale kararının yargı kararı ile iptal edilmiş olması nedeniyle, tek taraflı olarak feshinin mümkün olup olmadığı ve (4) ihale iptal edilmiş olsa dahi, aynı ihalenin aynı mahiyette yeniden yapılması mümkün olmadığından, sözleşmenin imzalandığı tarihten bu yana uygulanmakta olup sözleşme süresinin bitimine az zaman kalmış olması, sözleşmenin feshi halinde bu kapsamda yürütülmekte olan ve ilgili kamu hizmetinin yürütülmesi bakımından büyük önem taşıyan işlerin sürdürülemeyecek olması da dikkate alınarak yargı kararının uygulanmasında hukuki ve fiili imkânsızlık halinin bulunduğu kabulünün mümkün olup olmadığı konularında istişari düşünce talebinde bulunulmuş...” olup D1D tarafından yargı yerlerinde görülmekte olan ya da karara bağlanmış bulunan dava konularıyla ilgili olarak istişari düşünce bildirilmesine yer olmadığından bahisle reddedilmiştir. Bunun üzerine “...İdarenin yargı kararlarının uygulanması amacıyla eylem ve işlemlerde bulunması sürecinde düşülen duraksamaları istişari düşünce kapsamında Danıştaya sormasında herhangi bir hukuki engel bulunmamaktadır. Yargı kararının uygulanması konusu, yargının karara bağladığı hukuki uyumsuzluktan bütünüyle farklıdır. Danıştayın bu kapsamda verdiği istişari düşünce yargısal faaliyete bir müdahale değildir...” gerekçesiyle, İdari İşler Kurulu'na 1. Daire'nin kararı kaldırılarak dosyanın esastan görüşülmesi için Daire'ye iadesine karar verilmiştir. (DİİK, T.29.12.2015, E.2015/4, K.2015/4, DD, 141, 2016, s.165 vd). Görülmektedir ki, ihale kararlarının iptali üzerine iptal edilen dava konu işleme dayanılarak akdedilen özel hukuk sözleşmelerine ne gibi etkilerinin bulunacağı konusunda, iptal kararını uygulamakla yükümlü idareler tarafından her durumda nasıl davranması gerektiği bilinmemektedir.

⁶¹³ “...İhale işlemleri nitelikleri bakımından birbirinden ayrılabilen zincir işlemlerden oluşmakta ve ihale sürecinin her aşamasında gerçekleşen bu işlemler, ihale sürecinin sonraki aşamalarını da hukukten etkileyebilmektedir. Özel bir idari usulün belirlendiği durumlar dışında, kural olarak, ihale sürecinin çeşitli aşamalarında gerçekleşen bu işlemlere karşı doğrudan dava açılması, ihalenin belirli bir aşamasında açılan davalarda, dava açılmadan önceki ihale süreçlerinde gerçekleşmiş olan işlemlerin yargısal denetiminin yapılması hukukten mümkündür...” D13D, T.23.5.2017, E.2012/2330, K.2017/1605, KİBB.

⁶¹⁴ Sezginer, 2000: 172.

⁶¹⁵ Pouyaud, 1991: 327, Akt. Sezginer, 2000: 172.

yapılabileceğini, karşı tarafın rızasının bulunmaması durumundaysa, sözleşmenin geçerliliği hakkında karar verilmesi için sözleşme yargıcına başvurulabileceğini ifade etmektedir⁶¹⁶.

Gözler'e göre bu durum şu şekilde ifade ve izah edilmektedir⁶¹⁷:

“...Ayrılabilir işlemin iptal edilmesinin sözleşmenin iptal edilmesi sonucunu doğurmamasının altında yatan sözleşmelerin tarafların iradelerinin uyumu ile ortaya çıkmış olmasıdır. Tarafların karşılıklı iradelerinin uyumu ile oluşmuş bir işlem, tarafları bağlar(tarafların kanunu “loi des parties”)dur; böyle bir işlem yine, tarafların iradelerinin uyumu ile veya tarafların birinin istemi üzerine sözleşmenin hakiminin (juge ducontract) kararı ile sona erdirilebilir. Üçüncü kişinin istemiyle açılmış bir iptal davasına bakan hakimin (juge de l’excès du pouvoir) tarafların iradesiyle oluşmuş bir sözleşmeyi iptal etme gibi bir yetkisi yoktur. Dolayısıyla ayrılabilir işlem iptal edildi diye, sözleşmenin bundan otomatik olarak etkilenmesi beklenemez. Nasıl bir sözleşmeden tarafların tek yanlı iradesiyle vazgeçilemezse, ayrılabilir işlemin iptal edilmesi de sözleşmenin varlığını ortadan kaldırmaz. Dahası, sözleşme, sözleşmenin tarafları arasında sübjektif haklar ve borçlar yaratmıştır. Ayrılabilir işlem iptal edildi diye, sırf bu nedenle tarafların arasındaki hak ve borçların kendiliğinden değişmesi mümkün değildir...”.

Buz'un bu konudaki görüşünü ise, şu şekilde nakletmemiz mümkündür⁶¹⁸:

“...Ancak bir kez devletin özel hukuk alanında faaliyet göstereceği kabul edilirse, onun bu hukuk sahasında geçerli olan oyun kurallarına riayet etmesi gerekir. Bir yandan sözleşmeyi özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirip, ama öte yandan idare hukuku alanındaki kavram ve kuralların olduğu gibi özel hukuka aktarılması kabul edilemez. “İdare hukukunun kontrolünde”, “idari yargının vesayeti altında” bir özel hukuk sözleşmesi düşünülemez. İdari yargıda verilmiş bir iptal kararının, geriye etki kuralı gerekçesiyle özel hukuk sözleşmesinin de kendiliğinden geçersizliğine yol açması, kamu hukuku-özel hukuk ayrımı ile bağdaşmayacak bir sonuçtur. Bir özel hukuk sözleşmesinin hukuk yazgısı hususunda karar verme yetkisi, münhasıran adli yargıya aittir...”.

Nitekim yargı kararının uygulanması için özel hukuk sözleşmesini geçersiz saymak yerine, aleyhinde hukuka aykırılık yapıldığı mahkemece tespit ve tescil edilen ilgiliye tazminat ödenmesi yoluyla da sağlanabileceği ifade edilmektedir⁶¹⁹.

⁶¹⁶ Akyılmaz, 2000: 172. Bu konuda bir diğer sorun ise, sözleşmenin taraflarının ayrılabilir işlemin iptali kararını uygulamak üzere zorlamanın mümkün olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Bu konuda tarafların sözleşme yargıcına başvurmalarını sağlamak için bir para cezası olan “astreinte” kararının verilebileceği ifade edilmektedir. Şüphesiz ki, bu durum, sözleşmenin tarafı konumunda bulunmayan 3. kişilerin sözleşme öncesi ayrılabilir işlemlere karşı açmış olduğu iptal davasında davacı konumunda bulunmaları ve bunun üzerine iptal kararı verilmesi halinde söz konusu olabilmektedir. Kapsamlı açıklama için bk.: Akyılmaz, 2000: 173-176.

⁶¹⁷ Gözler, 2009b: 225. Aynı yönde bk.: Karahanoğulları, 2015b: 347-348. Yazara göre, idarenin sözleşme yapma iradesi sözleşmeden bağımsız olarak iptal davasına konu olabilmektedir. Ancak, mahkemenin vereceği bir iptal kararının sözleşme üzerinde etkisinin tartışmalı olduğunu belirtmekle, yargı kararının uygulanması için idarenin sözleşmenin feshetmesi gerektiği ifade edilmektedir.

⁶¹⁸ Buz, 2007: 106-107.

Sancakdar ise, emredici hukuk kurallarına aykırılık bulunması durumunda 6098 sayılı TBK'nın 27. maddesine göre⁶²⁰ sözleşmenin kesin hükümsüz hale geleceğini, emredici hukuk kurallarına aykırı bir durumun bulunmadığı hallerde, 4735 sayılı Kanun'un 21. maddesine göre⁶²¹ bir ayırım yapılması gerektiğini ifade etmektedir. Buna göre, taahhüt edilen işin %80'inin bitmişse sözleşmenin feshine gidilemeyeceğini, eş söyleyişle, anılan kanun hükmünün idari yargı kararının uygulanmasını hukuken imkânsız hale getirdiğini ifade etmektedir. Ancak, emredici hukuk kurallarına aykırı olmayan durumlarda, işin %80'inin yargı kararının verildiği esnada bitmemiş olması karşısında, yargı kararının yerine getirilme yükümlülüğü bağlamında sözleşmenin feshedilerek karşı tarafın zararının tazmin edilmesi ve idari yargı kararına konu olan işlem ile sonrasındaki işlemlerin yeniden yapılması gerektiğini ifade etmektedir⁶²².

Yasin ise, ihale işleminin hukuka aykırı olduğunun mahkeme tarafından tespiti halinde, sözleşmenin hukuki dayanağının ortadan kalkacağını ve sözleşmenin feshi yoluna gidilerek sözleşmenin tarafı kişinin zararlarının tazmininin gerekeceğini, ayrıca, sözleşmelere ayrılabilir işlemlerin yargı yerlerince iptali durumunda bu durumun bir fesih sebebi teşkil edeceği yönünde hüküm konulabileceğini belirtmektedir⁶²³. Yazar, ayrıca, idari yargı kararlarının doğrudan bir özel hukuk ilişkisini hukuka aykırı hale getirebilmesinin mümkün olmadığını, ancak özel hukuk ilişkisinin temelindeki idari işlem veya eylemin hukuka aykırılığının özel hukuk ilişkisinin dayandığı hukuk kurallarının elverdiği ölçüde ilişkiyi etkileyeceğini ifade ederek bu durumu iki örnek üzerinden aktarmaktadır. Buna göre, 4046 sayılı Kanun kapsamında satışı yapılarak tapuda tescil edilen bir taşınmazın, satışına veya değer tespitine ilişkin bir işlemin iptali halinde, idare, tescilin hukuki dayanağının sakat

⁶¹⁹ Buz, 2007: 109-110.

⁶²⁰ **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu II. Kesin hükümsüzlük MADDE 27-**“ (1) Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. (2) Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.”.

⁶²¹ **4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu “Sözleşmeden önceki yasak fiil veya davranışlar nedeniyle fesih” Madde 21-**“(1) Yüklenicinin, ihale sürecinde Kamu İhale Kanununa göre yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilmesi halinde, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir. (2) Ancak, taahhüdün en az % 80'inin tamamlanmış olması ve taahhüdün tamamlattırılmasında kamu yararı bulunması kaydıyla; **a)** İvediliği nedeniyle taahhüdün kalan kısmının yeniden ihale edilmesi için yeterli sürenin bulunmaması, **b)** Taahhüdün başka bir yükleniciye yaptırılmasının mümkün olmaması, **c)** Yüklenicinin yasak fiil veya davranışının taahhüdünü tamamlamasını engelleyecek nitelikte olmaması, Hallerinde, idare sözleşmeyi feshetmeksizin yükleniciden taahhüdünü tamamlamasını isteyebilir ve bu takdirde yüklenici taahhüdünü tamamlamak zorundadır. Ancak bu durumda, yüklenici hakkında 26 ncı madde hükmüne göre işlem yapılır ve yükleniciden kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların tutarı kadar ceza tahsil edilir. Bu ceza hakedişlerden kesinti yapılmak suretiyle de tahsil edilebilir.”.

⁶²² Sancakdar, 2015: 25.

⁶²³ Yasin, 2007: 230.

olduğundan bahisle tapu iptal ve tescil davası açıp açamayacağı veya hisse devrinden sonra pay defterindeki kaydın değiştirilmesi için idarenin dava açma yoluna gidip gidemeyeceği değerlendirilmektedir. Bu bağlamda yazar, bu yollara gidilip sonuç alınabilmesi için uygulanacak hukuk kurallarının bu duruma cevaz vermesini ve idari yargıda verilen kararın özel hukuk açısından sonuç doğurucu niteliğinin bulunması gerektiğini ifade etmektedir⁶²⁴.

Aktarılan görüşlerin aksine Özey, özelleştirme işlemlerine karşı verilen mahkeme kararlarının, özel hukuk sözleşmeleri üzerinde etkisini, şu şekilde dile getirmektedir⁶²⁵:

“...Görevlendirme kararı’nın iptali üzerine aradaki sözleşmenin kurucu iradelerinden biri ortadan kalkmıştır. Çünkü, İdari yargının verdiği iptal kararları, ‘geriye yürür’, ‘retroaktif’ tir yani o işlem ve karar ‘hiç yapılmamış gibi’ bir ‘fiktif sonuç’ doğurur. ‘Eğer görevlendirme hiç yapılmamış ise’, ona dayalı sözleşmenin de yapılmış bulunması bir anlam taşımaz. Diğer bir söyleyişle, görevlendirmenin iptali ile sözleşme de baştan itibaren geçersiz hale gelmiştir...”.

Ülkemizdeki uygulamaya bakıldığında, adli yargı yerlerince verilen içtihatlar da ayrılabilir işlemler hakkında verilen mahkeme kararlarının özel hukuk işlemlerinin geçersizliğine etki etmediğine hükmedilmektedir⁶²⁶. İdari yargı yerleri tarafından verilen kararlarda ise, sadece mahkeme kararlarının uygulanma zorunluluğuna değinilmekle birlikte yargısal görevleri bulunmayan DİD’nin bu konuda verdiği bir karar söz konusudur⁶²⁷. Buna göre, iptal kararlarının özel hukuk işlemlerini dayanaksız hale getirdiğini ifade edilmektedir⁶²⁸.

Sözleşmeden ayrılabilen işlemlerinin iptalinin sözleşmeyi geçersiz hale getirdiği görüşü kabul edilirse, iptal kararının verildiği ana kadar edimlerin bir kısmı ifa edilmiş olabilecektir⁶²⁹. Bu aşamadan sonra sözleşmenin tasfiye sürecinin başlayacağı ve bunun ise

⁶²⁴ Yasin, 2007: 238.

⁶²⁵ Özey, 2004: 529. Yazarın bu görüşü, bir uyuşmazlıkta mütalaa konusu olmuştur. Bu durumu aktaran BUZ, yazarın görüşünün tahkim heyetinde esas alınmadığını ifade etmektedir. Buna göre, verilen mahkeme kararının sözleşmeyi geçersiz hale getirmeyeceği ve idarenin tazminat ödeme yükümlülüğü altında bulunduğunu ifade etmektedir. Buz, 2007: 100-101.

⁶²⁶ YHGK, T.21.3.2001, E.2001/19-257, K.2001/285, YKD, 2002/3, s.355 vd.

⁶²⁷ Danıştay’ın 1. Dairesi idari daire olup yargısal görevleri bulunmadığı ifade edilmektedir. Anılan kararların da inceleme ve danışma şeklinde belirtildiğini ayrıca kanunlarla verilen diğer idari görevleri de ihtiva ettiği, bahse konu istişari nitelikte olup bağlayıcılık vasfının bulunmadığından söz edilmektedir. Akyılmaz vd, 2017: 276. Bazı yazarlar ise, inceleme kararlarının bağlayıcı olduğunu, danışma kararlarının ise istişari nitelikte olduğunu düşünmektedir. Altay, 2005: 224. Atay ise, ‘uygun görüş’ kararlarının, ‘zorunlu’ inceleme görevi neticesinde alınan kararların ve kanunlarla verilen idari görevlerin yerine getirilmesine yönelik kararları bağlayıcı olarak değerlendirmektedir. Atay, 2014: 259-260.

⁶²⁸ DİD, T.27.2.2003, E.2003/14, K.2003/25, DKD, 2003, Y.1, S.1, s.3 vd, aynı yönde bk.: DİD, 12.7.2001, E.2001/88, K.2001/99, Akt. Buz, 2007:101.

⁶²⁹ Yılmaz, 2014b: 201.

bazı hukuki veya fiili imkânsızlıklar meydana getirebileceği ifade edilmektedir⁶³⁰. Buna mukabil, idari yargı kararı neticesinde verilen kararın sözleşmenin geçerliliğine etki etmediği kabul edildiğinde ihale sürecine dahil olan ve zarara uğrayanların çeşitli taleplerinin bulunabileceği belirtilmektedir⁶³¹. Ayrıca, ihale dökümanı olan şartnamenin Kamu İhale Kurulu'nca hukuka uygun bulunmasına ilişkin işleminin (itirazen şikayet başvurusunun reddi işlemi) yargısal denetiminde ilgililerin Kurul'un kararına karşı tam yargı davası açmaları veya sözleşme öncesi kusurlu davranışa "culpa in contrahendo"⁶³² dayanılarak idareden zararlarını tazmin etme olanaklarının bulunduğu gündeme getirilmektedir⁶³³.

İptal ve YD kararlarının özel hukuk ilişkilerine ne gibi etkilerinin bulunduğuyla ilişkin açıklama yapılırken, idarenin bu tür kararların uygulanması için yargı yoluna başvurma zorunluluğunun bulunup bulunmadığının da değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu konuda *Özdemir*, İYUK'un 28. maddesinde yer alan idari yargı yerlerince verilen kararların icaplarına göre, idare gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunma yükümlülüğünün, idarenin yargı organlarına başvurmamasını ve dava açma zorunluluğunu kapsamadığını ifade etmektedir⁶³⁴. *Yasin* ise, işlem tesisi ile eylemde bulunmanın geniş yorumlanması gerektiğini, idarenin yargı kararlarını uygulaması için yargı yoluna başvurulması gerekiyorsa, başvuru yükümlülüğünün bulunduğunu, aksi bir anlayışın idari yargı kararlarının uygulanmasında hukuki imkânsızlık meydana getireceğini ifade etmektedir⁶³⁵.

2.2.2. İdare Tarafından İşlemin Sona Erdirilmesi Esnasında Meydana Gelen İmkansızlık

İdari işlemin yargısal iptalinin yanında, idari iptali olan işlemin geri alınması bahsinde de imkânsızlık durumları gündeme getirilebilir. İdari işlemin geri alınması, onun yapıldığı tarihten itibaren geçerli olmak üzere (extunc) hukuki alemden etkilerinin silinmesini ifade etmektedir⁶³⁶. Eş söyleyişle, hukuka aykırı olan idari işlemin geriye yürür biçimde düzeltilerek⁶³⁷ tesis edildiği tarihten itibaren birtakım hukuki etki ve sonuçlarını ortadan

⁶³⁰ Yılmaz, 2014b: 201; Uz, 2004: 459.

⁶³¹ Yılmaz, 2014b: 201.

⁶³² Sözleşme görüşmeleri sırasında kurulan güven ilişkisine, dürüstlük kuralına aykırı davranışların anılan kavram kapsamında sorumluluk meydana getireceği belirtilmektedir. İhale süreçleri de bu minvalde değerlendirilerek ihaleyi açan idare ile istekliler arasında bir güven ilişkisinin doğduğu kabul edilmektedir. Bu konuda kapsamlı açıklama için bk.: Buz, 2007: 156-175.

⁶³³ Yılmaz, 2014b: 208-209.

⁶³⁴ Özdemir, 2005: 93.

⁶³⁵ Yasin, 2007: 239. Yazara göre, özelleştirme işlemleri gibi sonuçları genellikle özel hukuk alanında meydana gelen idari işlemlere ilişkin mahkeme kararlarının uygulanmasında, özel hukuk alanında dava açılması yolunu gerektiren haller bulunabilir.

⁶³⁶ Tan, 1970: 5.

⁶³⁷ Balta, 1970: 174.

kaldırması⁶³⁸ şeklinde ifade edilebilir. Bu yönüyle, idari işlemin tesis edildiği tarih ile geri alınması işleminin tesis edildiği tarih arasındaki dönemde doğurmuş olduğu hukuki durumların “*gayri sahih ve gayri muteber*”⁶³⁹ sayılmasını gerektirmektedir. İfade etmek gerekir ki, geri alma işlemi⁶⁴⁰ ile beraber söz konusu idari işlem ortadan kalmakta olup geri alınan işlemin yapıldığı tarihten itibaren meydana gelen hukuki durumlar etkilenmektedir⁶⁴¹.

Geri alma işleminin önceki işlemi geçmişe etkili biçimde ortadan kaldırmış olması (makabline şamil) özelliği, mahkeme kararıyla iptal edilmesi durumundaki sonucu meydana getirmesi yönünden benzerlik⁶⁴² taşımaktadır⁶⁴³. Bir diğer benzerlik ise, hukuka aykırı işlemler bakımından söz konusu olmasıdır. Bu yönüyle geri alma ve yargısal yönden iptal kararlarının amaçları bakımından birbirine çok benzeyen iki ayrı müessese olduğu ifade edilmelidir. Ayrıca, her iki yolun sonuçlarının da benzer olduğu için görülmekte olan bir iptal davasında, dava konusu idari işlemin geri alınmış olmasının davayı konusuz bırakacağı belirtilmektedir⁶⁴⁴.

Lehe hukuki durum meydana getiren hukuka aykırı idari işlemlerin geri alınması, esasen dava açma süresi ile sınırlı tutulmaktadır⁶⁴⁵. Bu işlemlerin dava açma süresi geçtikten sonra geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılması mümkün olmamaktadır⁶⁴⁶. Kural olarak idarenin dava açma süresi içinde hukuka aykırı işlemini geri alması gerektiği kabul edilmektedir⁶⁴⁷. Bu durum, “hukuki istikrar ve güven ilkesi”nin sonucudur⁶⁴⁸. Ancak

⁶³⁸ Güneş, 1965: 171.

⁶³⁹ Duran, 1962: 536.

⁶⁴⁰ Geri alma işlemi, idarenin önceki işlemini ortadan kaldıran yeni bir idari işlem olarak ifade edilmektedir. Akyılmaz vd., 2017: 490.

⁶⁴¹ Tan, 1970: 5.

⁶⁴² “...Bir idari işlemin tesis edildiği andan itibaren bütün hukuki sonuçlarıyla birlikte ortadan kalkması yargı kararı ya da idarece idari işlemin bütün hukuki sonuçlarıyla birlikte geri alınmasıyla olur...” D9D, T.23.3.1999, E.1998/423, K.1999/1264, DD, 101, 2000, s.649.

⁶⁴³ Chapus, 2000: 1154, (Akt. Akyılmaz vd., 2017: 490); Akgüner ve Berk, 2017: 1153.

⁶⁴⁴ Tan, 1970: 10-11; Gözübüyük ve Tan, 2016: 323.

⁶⁴⁵ Lehe hukuki durum meydana getiren ve hukuka uygun olan idari işlemlerin ise, hiçbir şekilde geri alınmasının mümkün olmadığı kabul edilmektedir. Akgüner ve Berk, 2017: 1160.

⁶⁴⁶ Buna karşın ilgilisi lehine herhangi bir kazanım oluşturmayan işlemlerin her zaman geri alınabileceği belirtilmektedir. Akgüner ve Berk, 2017: 1159.

⁶⁴⁷ Tan, 1970: 116; Onar, 1966: 551; Duran, 1980: 67; Akyılmaz vd., 2017: 490-491; Özyörük, 1972-1973: 217; Oğan, 1976: 637. Bu konuda karşı görüş için bk.: Karahanoğulları, 2015a: 628-629.: “...Dava açma süresi ile idari işlemin geri alınması arasında hiçbir mantıksal bağ bulunmamaktadır. Dava süresi, idarenin işlemini dava etmek isteyen kişiye yöneliktir. İşlemin hukuksal kaderi üzerinde yargılama sonucunda mahkeme karar vermektedir. Bu da genellikle bir yılı aşkın bir yargılama sonucunda gerçekleşmektedir. Geri almada da işlemin kaderi hakkında, idare karar vermektedir; en azından bunun için gerekli olan inceleme süresi, ilgililerin kendisini uyarması için gerekli süreler düşünülebilir. Nitekim, idare, hukuka aykırılığı hedefleyerek işlem yapmaz, idarenin kamu yararını takip ettiği ve işlemlerinin hukuka uygun olduğu varsayılır. İdarenin yapmış olduğu işlemlerinin hukuka aykırı olması genellikle iç denetimlerde veya ilgililerin başvuruları ile ortaya çıkar. Bu durumda, altmış günlük dava açma süresi geçti, bu işlemi geri alamam denilemez. İdarenin iç denetimi ve idari başvurular da bir hukuka uygunluk denetimi yoludur. İdarenin işleyiş mantığına uygun bir esnekliğe sahip olması gereken bu yolun, iptal davası koşullarına bağlanması tutarlı değildir.”.

Danıştay'ın geri almada dava açma süresi yerine makul bir süre tabirini kullandığı da görülebilmektedir⁶⁴⁹. Bu bakımdan yokluk⁶⁵⁰, açık hata⁶⁵¹ ve hileli işlemlerin⁶⁵² ayrı bir nitelendirmeye tabi tutulması gerekir⁶⁵³. Görüldüğü üzere lehe hukuki durum meydana getiren hukuka aykırı idari işlemin yokluk, açık hata ve hileli davranışların varlığı halinde, herhangi bir süreye tabi tutulmadan geri alınabileceği ifade edilmektedir⁶⁵⁴.

⁶⁴⁸ Bu ilke, esasen idarenin tesis ettiği işlemlerin sık sık ve keyfi bir biçimde değiştirilmesini engelleyen ve mahkemece işlemin iptal edilmesini sağlayan bir ilke olmayıp iyi idarenin tesisi için öngörülen bir kamu yönetimi prensibi teşkil etmekte olduğu ifade edilmektedir. Altındağ, 2016: 35; Boz, 2017: 79. Ayrıca, temel hak ve hürriyetleri güvence altına alma amaç ve hedefi doğrultusunda idari yargı hâkimi tarafından geliştirilen prensipler olarak da değerlendirilmektedir. Erkut, 1996: 74; Dalkılıç, 2016: 106.

⁶⁴⁹ “...İdare Mahkemesince; yasaya aykırı ve hatalı işlemlerin her zaman değil makul bir sürede geri alınabileceği; yokluk, açık hata ve bu işlemlerden yararlananın hilesinin söz konusu olması halinde ise idarenin işlemini her zaman geri alabileceği belirtilerek davanın reddine karar verilmiştir... Hukuka aykırı olarak tesis edilen idari işlemlerden dolayı ilgili yararına hak veya korunması gereken yerleşmiş bir durum veya hukuki statü doğmuş ise, bu işlemin ancak yokluk ve mutlak butlan halleri ile malül olması, kişinin gerçek dışı beyan veya hilesinin ya da idarenin mevzuatta açıkça öngörülen hükmün uygulanmasında hataya düşmesi sonucunda tesis edildiğinin anlaşılması hallerinde, idare tarafından herhangi bir süre şartına bağlı olmaksızın geriye doğru yürür şekilde her zaman geri alınabileceği, aksi durumda hak doğuran idari işlemlerin ancak iptal davası süresi içerisinde geri alınabileceği; bu sürenin geçmiş olması halinde ise, idareye güven ve idari istikrar prensipleri gereğince bu tür idari işlemlerin yapay bir kesinlik kazanacağı doktrin ve içtihatlarda kabul edilmektedir... Davalı idare tarafından hak sahibi kabul edilerek topraklandırılan davacının, hak sahibi yapılması yönünde alınan Mahalli İskan Komisyonu kararının aradan çok uzun bir süre geçtikten sonra geri alınmasına ilişkin işlemin idari istikrar ve idareye güven ilkelerine aykırı olduğu ve bu nedenle davanın reddine dair kararda hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmıştır...” D8D, T. E.2016/10678, K.2016/7710, DD, 2017, S.148, s.146-148.

⁶⁵⁰ Yokluk, idari işlemin bir unsurundaki çok ağır hukuka aykırılığı veya esaslı bir eksikliği ifade etmektedir. Bu anlamda, hangi hallerin yoklukla malul bir durum meydana getireceği tartışmalı ise de, yetki unsurundaki “ağır ve bariz yetki tecavüzü”, “fonksiyon gaspı”, “yetki gaspı” gibi durumların idari işlemi yoklukla malul kılacağı kabul edilmektedir. Aliefendioğlu, 1995: 3; Gözler, 2009a: 1014 vd. Yoklukla malul işlemlerin hukuki durumlar üzerinde herhangi bir etkisi bulunmadığı kabul edildiğinden her zaman geri alınabileceği ifade edilmektedir. Duran, 1964: 11; Erkut, 1988: 84.

⁶⁵¹ Kanunun açıkça yasakladığı bir şeyin yapılması veya açıkça emrettiği bir işin yapılmaması öğretide açık hata olarak değerlendirilmektedir. Çağlayan, 2014: 511-512. Nitekim, Danıştay da bu hususta şu değerlendirmelerde bulunmaktadır: “...Görev yaptığı dönemde ödenen ... makam ve görev tazminatları tutarının yersiz ödendiğinden bahisle söz konusu tutarın adına borç çıkartılması ve bu borcun ... hükümleri uyarınca ödenmesi gerektiği yönünde tesis edilen işlemin iptali istemiyle açılmıştır ... Yapılan ödemenin her zaman geri alınabilmesi olanağını tanıyan "Açık hata" halinin ise, yapılan ödemede, ödemenin muhatabı olan kişinin (idare edilenin) kolayca anlayabileceği kadar açık bir hatanın mevcudiyetinin ifade edildiğinin kabul edilmesi gerekmektedir. Uygulamada bu çoğu kez ilgili Mevzuata aykırı bir şekilde yapılan ödemeler şeklinde ortaya çıkmaktadır... Davacıya makam ve görev tazminatı ödeneceğine ilişkin mevzuatta bir düzenleme yer almadığından dolayı mevzuatın yanlış yorumlanmasından da bahsetme imkânı bulunmadığı dikkate alındığında, davacıya yapılan yersiz ödemelerin "açık hata" kapsamında yapılan ödemeler olduğu açıktır. / Bu durumda, açık hata kapsamında kabul edilmesi gereken söz konusu fazla ödemenin dava açma süresi ile bağlı olmaksızın geri alınmasında hukuka aykırılık bulunmadığından, işlemin iptali yolunda verilen Mahkeme kararında hukuka uygunluk bulunmamaktadır.” D11D, T.11.6.2015, E.2015/2048, K.2015/3062, DD, S.141, 2016, s.283-286.

⁶⁵² Hileli işlemlere ilişkin olarak ise, ilgisinin idareyi aldatmasına veya gerçek dışı beyanına dayanılarak tesis edilen işlemlerin de her zaman geri alınabileceği kabul edilmektedir. Çağlayan, 2014: 512.

⁶⁵³ Çağlayan, 2014: 510-511.

⁶⁵⁴ Lehe hukuki durum meydana getiren hak doğurucu birel işlemlerin geri alınabilmesinde süre koşulunun istisnası anlamına gelebilecek ilk önemli karar Yargıtay tarafından 1973 tarihli bir içtihadı birleştirme kararı ile ortaya konulmuştur. YİBK, T.27.1.1973, E.1972/6, K.1973/3, (R.G. 4.4.1973-14497. Yaklaşık bir sene sonra Danıştay'ın da aynı konuda içtihadı birleştirme kararı verdiği görülmektedir. Bk. DİBK, T.22.12.1973, E.1968/8, K.1973/14, (RG: 14.6.1974-14915).

Açık hataya ilişkin Danıştay'ın verdiği bir karar oldukça ilgi çekicidir. Görevde yükselme sınavında sorulan bazı soruların mahkemece iptali üzerine, kararın İdareye tebliğinden önce kişinin kurumundan istifa etmesi sebebiyle uygulanamayacağı gerekçesiyle daha önce sehven yapılmış olan ataması idarece iptal edilmiştir. Söz konusu atamanın iptali üzerine açılan iptal davasında, ilk derece mahkemesi, atamanın geri alınmasının hukuka aykırı olmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiş ve Danıştay bu kararı onamıştır⁶⁵⁵:

“...Dava konusu olayda, davacının, davalı İdare tarafından yapılan Hukuk Müşavirliği sınavı sonucu yapılan değerlendirme sonucu başarısız olduğu, görevde yükselme sınavı sonrasında istihdam fazlası konumunda değerlendirilerek Özelleştirme İdaresine yapılan teklife binaen Avukat olarak Balıkesir Vakıflar Bölge Müdürlüğü'ne atandığı, bu görevinden 14.12.2012 tarihinde istifa ederek ayrıldığı; Ankara 6. İdare Mahkemesi'nin 22.10.2012 tarihli E:2010/357, K:2012/2671 Sayılı kararı sonucu yeniden hesaplanan puanına göre başarılı bulunarak 25.3.2013 tarih ve 202 Sayılı Olur ile TEDAŞ Uludağ Temsilciliği emrine 1. Dereceli (GİH) Hukuk Müşaviri kadrosuna atandığı, yapılan atamasının istifa ettiğinden bahisle 14.6.2013 tarih ve 6178 Sayılı işlem ile iptal edildiği anlaşılmaktadır.”.

Geri alma işlemi, idari işlemlerin geriye yürümezliği ilkesinin istisnasını teşkil etmektedir. İdari işlemin geri yürümezliği ilkesi, kazanılmış hakların korunması ve hukuki ilişkilerdeki güven ve istikrarı gerçekleştirmek ihtiyacından doğmuştur. Hukukî veya fiili imkânsızlık bulunmayan durumlarda, hukuka uygunluğu tesis etmek bir zorunluluk olduğundan, hukuka aykırı işlemlerin geri alınmak suretiyle hukuka uygunluğun sağlanması gerekmektedir. Bu bakımdan idari işleme bağlı olarak geçmişte meydana gelen her uygulamanın ortadan kaldırılması mümkün olamayabilmektedir. Bu yönüyle idari işlemin tesis edildiği tarihten idari işlemin geri alınması arasında meydana gelen hukuki veya maddi durumlardan ancak mümkün olanlarının ortadan kaldırılabilceği ifade edilmektedir⁶⁵⁶. Geri alma işleminin konu unsurunun, hukuka aykırı işlemin yapıldığı tarihten itibaren hukuk aleminden kaldırılması olarak ifade edilmektedir⁶⁵⁷. Konu unsurunun mümkün olmaması, geri almadaki imkânsızlığı ifade eder. Danıştay bunu şu şekilde değerlendirmektedir⁶⁵⁸:

⁶⁵⁵ D5D, T.9.12.2015, E.14/8720, K.2015/10234, KİBB; Aynı konuda bir başka karar için bk.: Doçent olan başvuruçunun mevzuattaki usul bakımından profesörlüğe yükseltilmesi konusunda Maliye Bakanlığı tarafından tereddüte düşülmüştür. Bunun üzerine Bakanlık tarafından üniversiteye gönderilen yazı üzerine üniversite tarafından profesörlüğe yükseltme işleminin ve tanınan özlük haklarının geri alınmasına karar verilmiştir. Geri alma işlemi üzerine açılan davada ilk derece mahkemesi işlemi iptal etmiştir. Bunun üzerine Danıştay, zaman bakımından uygulanması mümkün olmayan usule göre tesis edilen işlemi hukuka uygun bulmuş ve kararda belirtilen usule uyulmadığı gerekçesiyle işlemin geri alınmasını ise hukuka aykırı bularak ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır. D8D, T.27.09.1994, E.1994/1487, K.1994/2300, KİBB.

⁶⁵⁶ Akyılmaz vd., 2017: 490.

⁶⁵⁷ Çağlayan, 2000: 48.

⁶⁵⁸ D13D, T.16.2.2015, E.2014/4872, K.2015/539, DD, S.139, 2015, s.108-109.

“...İdari işlemin geri alınması, onun yapıldığı tarihten itibaren hukuki hayattan silinmesi, çıkarılması anlamına gelmektedir. Geri alma kararının idari bir karar olduğunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Geri alma işleminin, idari işlemlerin geriye yürümezliğine istisna getirdiği, idari işlemlerin geri yürümezliği ilkesinin kazanılmış hakları korumak ve hukuki ilişkilerde istikrarı sağlamak ihtiyacından doğduğu açık olup; hukukî ve fiili imkânsızlık bulunmayan hâllerde hukuka uygunluğu tesis etmek zorunlu olduğundan, hukuken sakat işlemlerin geri alınarak hukuka uygunluğun sağlanması gerekmektedir. Nitekim toplumda istikrar ve güvenlik sağlamanın da hukukun amacı olduğu açıktır. Hukuken sakat olduğu iddiasıyla bir idari işlemin dava konusu edilmesi hâlinde, bu işlemin hukuken sakat olduğu kanaatine varan, işlemi tesis etmiş olan idarenin, tesis etmiş olduğu işlem hakkında yeni bir durum oluşturmaya engel bulunmamaktadır. İlk işlemi hukuk aleminden kaldıran bu geri alma kararının idari bir karar olduğunda herhangi bir tereddüt bulunmadığından, söz konusu geri alma işleminin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir...”.

Grevden dolayı kanunun öngördüğü şartı sağlayamayıp teşvik elde edemeyen bir şirkete ödenen teşvik bedelinin geri alınması işlemini imkânsızlık gerekçesiyle hukuka aykırı olarak değerlendirilmektedir⁶⁵⁹.

Üniversiteden kaydı silinen öğrencinin durumu ile ilgili olarak Danıştay, öğrencinin ilgili mevzuattan yararlanma başvurusunun reddine ilişkin işlemin iptali yolundaki yargı kararı üzerine öğrenimine devam ederek mezun olması karşısında, davacının yargı kararına dayanılarak sağladığı bu başarının kendisi için kazanılmış hak olarak kabul edilmesi gerektiğini ve mezuniyet belgesinin iptalinde hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır⁶⁶⁰. Davacı, hukuka aykırı bir idari işlem ile öğrencilik statüsünden çıkarılmışsa da, mahkemenin işlemi iptal etmesi üzerine tekrar öğrencilik statüsüne girmiş ve öğretime devam ederek mezun olmuştur. Davalı idarenin temyiz başvurusu ile iptal kararının bozulması üzerine davalı idare, mezuniyet işlemini iptal (geri alma) etmiştir. Mezuniyet belgesinin geri alınması mahiyetindeki işlemin iptali için açılan davada ilk derece mahkemesi, işlemi iptal etmiş ve Danıştay ilgili Dairesi ise, iptal kararını davacının yargı kararına dayanılarak sağladığı başarının kendisi için kazanılmış hak olduğunu belirterek onamıştır. Anılan uyuşmazlıkta bozma kararı üzerine davalı idarece bozma kararının gereklerinin yerine getirilmesi⁶⁶¹ hususunda mezuniyet işleminin iptal edilmesinde kanaatimizce hukuki bir engel bulunmaktadır ve bu engel, kararda “kazanılmış hak” olarak ifade edilmektedir.

⁶⁵⁹ D10D, T.2.3.1999, E.1998/4945, K.1999/691, KİBB.

⁶⁶⁰ DİDDK, T.3.2.2016, E.2014/5525, K.2016/129, DD, 142, 2016, s.98 vd.

⁶⁶¹ Bozma kararı, İYUK m.28 kapsamında yerine getirilmesi gereken kararlar arasında sayılmamıştır. Davalı idarenin bozma kararının gereklerini yerine getirmesi hususunda bir yükümlülüğünün bulunmadığı ifade edilmektedir. Öğretide de bu bakımdan, bozma kararlarının gereklerinin idarece yerine getirilmesi gereken kararlardan bulunmadığı ifade edilmektedir. Tekinsoy, 2014: 47; Kaya, 2013: 44.

Üniversiteden kaydı silinen bir başka kişinin kaydının silinmesine dair işlemin iptali için açılan davada, verilen YD kararı üzerine davacının eğitimine devam ederek 1.10.1980 tarihinde lisans mezuniyet belgesi verilmesinin üzerine 7.10.1980 tarihinde davanın reddedildiğinin bildirilmesi üzerine bu kararın ne surette uygulanacağı hususunda düşülen duraksama Danıştay'ın kararına şu şekilde yansımıştır⁶⁶²:

“Her ne kadar Fakülte Yönetim Kurulunca tesis edilmiş olan işlemin iptali için açılan dava 13.5.1980 tarihinde reddedilmiş ise de; kararın idareye tebliğ edildiği güne kadar geçen zaman içinde, idare tarafından öğrenci için kazanılmış haklar doğuran bir takım işlemler tesis edilmiştir. İptal davalarında verilen red kararlarının mutlak kaziye teşkil edemeyeceği ve idarenin yeni işlemler tesis etmekte serbest olduğu yolundaki idare hukuku kuralları karşısında, bahis konusu öğrencinin Siyasal Bilgiler Fakültesini bitirme sınavlarını kazanmak suretiyle elde etmiş olduğu belgelerin ve diğer kazanılmış hakların, Danıştay Sekizinci Dairesince, açılan iptal davasının reddedilmiş olduğu gerekçesine dayanılarak geri alınmasının hukukten mümkün olmadığı görüşüne oybirliğiyle varılarak dosyanın birinci Başkanlığa sunulmasına 14.5.1981 gününde karar verildi.”.

Üniversiteden kayıt silinmesine dair işlemin yürütülmesinin durdurulması ile işlemin hukuki etkileri askıya alınmış ve davacı, üniversiteye geri dönmüştür. Bunun sonucu olarak girdiği sınavlardan başarılı olmak suretiyle, fakülteden mezun olmasını Danıştay, kazanılmış bir hak olarak değerlendirmekte ve açılan iptal davasının reddedilmesine dayanılarak mezuniyet işleminin geri alınması işlemini, hukukten mümkün bulmamaktadır. Bu noktada, kazanılmış hak olarak nitelendirilen durumun, idari işlemin geri alınmasına hukuki bir engel oluşturduğu, ifade edilebilmelidir.

Bir diğer uyuşmazlıkta, İngilizce programı ve kursu açma izni bulunmayan bir kursun tamamlanmasıyla alınan sertifika, idare tarafından yok hükmünde sayılarak iptal edilmiştir. Söz konusu işleme karşı açılan davada idare mahkemesi, idarenin geri alma mahiyetli iptal işlemini iptal etmişse de, Danıştay ilgili dairesi kararı bozmuş ve idare mahkemesinin ısrarı üzerine DİDDK, söz konusu idare mahkemesi kararını bozmuş ve idarenin yok hükmünde sayma işlemi hukuka uygun bulunmuştur⁶⁶³. Sertifika verme işleminin konu unsurundaki imkânsızlık durumu, işlemin yok hükmünde sayılmasını gerektirmektedir. Nitekim burada da, daha sonradan farkına varılan bir eksiklik, fark edildikten sonra sertifika yok hükmünde sayılarak iptal edilmiştir. Danıştay, kazanılmış haktan söz edebilmek için elde edilen hakların meşru bir zemine dayanması gerektiğini, meşruiyet zemini bulunmayan herhangi bir hak veya belgenin yok hükmünde sayılacağını ifade etmektedir.

⁶⁶² D3D, T.14.5.1981, E.1981/84, K.1981/87, DD, S.44-45, 1982, s.77-79.

⁶⁶³ DİDDK, T.11.4.2008, E.2005/2493, K.2008/1095, KİBB.

Kazanılmış hak kavramının muhteviyatına ilişkin olarak bir belirsizlik⁶⁶⁴ söz konusu olmakla birlikte; mevcut hukuk kurallarınca bireyler lehine meydana gelen hak veya hukukî durumları ifade etmekte olup bu hakların iktisap edilmesinden sonra herhangi bir biçimde ortadan kaldırılması mümkün olmadığı şeklinde belirtilmektedir⁶⁶⁵. Bu anlamda, objektif ve genel nitelikli bir kuralın uygulanması sayesinde birel işlemler yoluyla hukuki durumlara dönüşmesi anlatılmaktadır. Kazanılmış haklar, doğrudan hukuk güvenliği ile ilgili olup, kanunların geleceğe etkili biçimde ortaya konulması ve geriye etki yapmaması gerekliliği ile bireysel hukuki durumların dokunulmazlığını sağlamaktadır⁶⁶⁶. Bunun sonucu olarak da kazanılmış hak, karşılanmadıkça yahut boşluğu doldurulmadıkça geri alınamamasını sonuçlandıran bir yetki sağladığı ifade edilmektedir⁶⁶⁷. Kazanılmış hak kavramından bahsedebilmek için korunmaya değer meşru bir menfaatin bulunması gerekmekte olup bu menfaatin hukuka uygun şekilde kazanılmasının zorunlu olduğu ifade edilmektedir⁶⁶⁸.

Danıştay’a göre idari işlemin geri alınmasında kazanılmış hakların korunması gerekir. “Kazanılmış hak” ise, işlemin geri alınmasının önündeki hukuki engel olarak karşımıza çıkar. Nitekim, hukuki imkânsızlık kavramının esasen hukuki bir engel olduğu çalışmanın önceki kısımlarında ifade edilmişti. Bu noktadan hareketle, kazanılmış hakkın da işlemin geri alınmasının önündeki hukuki bir engel olduğu söylenebilir. Ancak, kazanılmış hak ile hukuki imkânsızlık kavramları farklı şeyleri ifade etmek için kullanılmaktadır⁶⁶⁹. İdari işlemin idarece geri alınmasında da, hukuki engeller söz konusu olabilmektedir. İdari işlemin geri alınmasında ise, konunun hukuken ve fiilen mümkün olan tüm hususlarının dikkate alınarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir⁶⁷⁰.

⁶⁶⁴ Uzun yıllar hukukla iştigal eden ve İdare hukukunun kurucularından sayılan Fransız hukukçu Leon Duguit dahi anılan kavrama ilişkin şu açıklamalarda bulunmuştur: “...Burada ihtirazi kayıtlar ileri süreceğim: Çünkü, size açıkça söylüyorum, bir kaç aya kadar hukukla uğraşmağa başlayalı elli yıl olacak, ama mütesep hakkın ne demek olduğunu daha bilmiyorum. Bir hakkın ne demek olduğunu biliyorum, bundan da pek emin değilim ama mütesep hakkın ne demek olduğunu bir türlü öğrenemedim, insanın ya hakkı vardır veya yoktur, eklenen mütesep kelimesi, hak sözü ile ifade edilen fikre hiç bir şey katmamaktadır. Bundan dolayı, mütesep hak sözü merhametsizce süpürülüp atılmalıdır, çünkü bu sözün manası yoktur.” Duguit, 1954: 157-158.

⁶⁶⁵ Çoban Atik, 2013: 12.

⁶⁶⁶ Akıllıoğlu, 2012: 24-26.

⁶⁶⁷ Boz, 2017: 69-71; Alpar, 2001: 6; Tolon, 1980: 179.

⁶⁶⁸ Oğurlu, 2003: 20; Tolon, 1980: 172; Akgüner ve Berk, 2017: 1160.

⁶⁶⁹ Nitekim öğretide bir görüş, mahkemece iptal kararının verilmesinden önce davacının kendi isteğiyle birtakım yeni işlemler tesis ettirmesi durumunda iptal kararının aynen ifa yükümlülüğünün anılan imkânsızlık gerekçelerine dayanılarak tazminat yükümlülüğüne dönüştürülmesi yönündeki müstekar içtihatlarla atfen burada iptal kararının geçmişe dönük kazanılmış hak tesis edebileceğini ifade etmektedir. Çoban Atik, 2013: 50.

⁶⁷⁰ Akyılmaz, 2017: 490, dn.416.

SONUÇ

İmkânsızlık kavramı, muhtelif hukuk dallarında varlık gösterebilen ve anılan hukuk dalına göre farklı bir anlam ve derinlik ihtiva etmekte olan bir kavramdır. İdare Hukukundaki imkânsızlık kavramının idari tasarruflar ve idari tasarrufların yargısal denetimi neticesinde verilen mahkeme kararları aşamasında ortaya çıktığı gözlemlenmiştir.

Hukuki imkânsızlık, hukuk kurallarının işlem tesisini veya icra edilmesini ya da bunların bir türü olan yargı kararlarının uygulanmasını hukuken engellemesi olarak ifade edilebilir. Hukuki imkânsızlığın tespiti, somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmelidir. Çalışmada hukuki imkânsızlığa ilişkin verilen örnekler, idari yargı kararlarının derlenmesinden ortaya çıkan bir çalışma olup hukuki imkânsızlık hallerinin görüldüğü saha, bu hallere özgülenmemelidir. Fiili imkânsızlık ise, doğa ve fizik kurallarınca oluşan engellemelerdir. Fiili imkânsızlığın belirlenmesi, kanaatimize göre hukuk biliminin dışındaki bir konudur. İdari işlemin etkilediği sahada veya uyuşmazlığın görülmekte olduğu alanda geçerli olan kuralların değerlendirilerek olayda fiili imkânsızlık belirlemesi yapılmalıdır. Bu değerlendirme, kanaatimize göre hukuki imkânsızlıktan derece daha zor bir değerlendirmedir. İdarenin düşmüş olduğu her fiili zorluğun fiili imkânsızlık olarak değerlendirilmesi ise, İdarenin hukuka uygun davranması noktasında tereddütler yaratabilir.

Özel Hukuktaki imkânsızlık, sözleşmelerde gündeme gelirken; İdare Hukukundaki imkânsızlık, esasen tek taraflılık ve icrailik vasıflarıyla bilinen idari işlemlerde meydana gelir. Bu yönüyle, çalışmada kurulan korelasyon, sadece imkânsızlık kavramının ortaya çıkmış olduğu zaman dilimi ve hukuki tasarrufun konusu ile ilintilidir.

İdari işlemin tesisindeki imkânsızlığın ne tür hukuka aykırılık meydana getirdiği öğretinin görüşleri ve mahkeme içtihatlarında netlik kazanabilmiş gibi görünmemektedir. Hatta öyle ki, işlemin unsurlarına göre farklı değerlendirmeler yapılabilmektedir. Bu noktada, yetki, şekil ve sebep unsuru bakımından ayrı, konu unsuru bakımından ayrı değerlendirme yapılmaktadır. Mevcut değerlendirmelerde, konu unsurunda imkânsızlığın meydana gelebileceğini savunan birtakım yazarlar, diğer unsurlar bakımından ise bir değerlendirmede bulunmamaktadır. Öğreti bakımından oldukça karmaşık bir hâl alan bu durum, yargı kararlarında da benzer bir hâldedir. İdari işlemin konu unsurunda meydana gelen imkânsızlığı kabul eden yazarlardan bazıları, bu durumunun yokluk kavramı ile açıklanabileceğini ifade etmekteyken diğerleri, iptal sonucunu bağlamakta, başka birtakım yazarlar ise, buradaki hukuka aykırılığın ağırlığının yokluk ile izah edilebileceğini ancak salt yokluğun tespitinin yeterli gelmeyeceğini, bu durumda işlemin iptal edilmesi gerektiğini ifade etmektedirler.

Diğer unsurlar bakımından öğretide pek bir görüş bulunmamakla birlikte, birkaç yazarın değerlendirmeleri mevcuttur. Yetki, şekil ve sebep unsurları bakımından içtihatlarda bulabildiğimiz kadarını değerlendirmelerinize sunduk. Bizce, diğer unsurlardaki imkânsızlık hali de işlemi hukuka aykırı hale getirmektedir ve bu durumda en nihayetinde işlemin iptal edilmesinin en doğru çözüm olacağı kanaatindeyiz. Bu konuda değinilmesi gereken bir diğer husus ise, imkânsızlık gerekçesiyle hukuka uygun işlem tesis edilebilmesinin mümkün olmadığı durumlarda, idarenin red şeklinde tesis ettiği işlemin idari yargısal denetim neticesinde hukuka uygun kabul edildiğinin ifade edilmesi gerektiğidir. İmkânsızlıktan dolayı İdarelerin işlem tesis edememesini idari yargı yerleri hukuka uygun bulmaktadır.

İdari işlemin yerine getirilmesi, hukuk aleminde etkiler doğuran işlemin maddi aleme etkilerinin sirayet ettirilebilmesidir. İdarenin kendisine kanunen verilen yetkilerden kaynaklanan yükümlülükler, yapılması gereken birtakım idari eylemler mevcuttur. Bu aşamada meydana gelen imkânsızlık ise, meydana geliş esnası bakımından özel hukuktaki edimin sonraki imkânsızlığına benzetilebilir. Bu anlamda, özel hukukta akdi bir ilişki neticesinde doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesinin imkânsızlaşmasından söz edilirken; idare hukukunda, kanunen idareye verilmiş bulunan yetkilerin yerine getirilmesinde birtakım imkânsızlık halleri meydana gelebilmektedir. İdarenin bu imkânsızlığının ifa engeli olarak yorumlanmasının yanlış bir mantık olmayacağı kanaatini taşımaktayız. İdarenin idari işlemin yerine getirilmesinde meydana gelen imkânsızlığın kanunen kendisine verilen yetkilerin ifasında bir ifa engeli olarak değerlendirilmesi durumunda, söz konusu idari işlemin icrasındaki imkânsızlıktan sorumlu olup olmadığı gündeme gelmektedir. Bu konu idari sorumluluk bahsiyle ilintili olup çalışmamızın kapsamı dışında kalmakta ise de; bizce İdare Hukukundaki imkânsızlık genel itibarıyla objektif imkânsızlıktır. Bu anlamda, idarenin kusurunun bulunup bulunmadığını değerlendirmenin bir ehemmiyeti bulunmamaktadır.

İmkânsızlık kavramının öğretisi ve içtihatlar bakımından en çok tartışıldığı alan ve belki de en can alıcı nokta, idari yargı kararlarının uygulanması aşamasıdır. Nitekim günümüzde idarelerin hukuki ve fiili imkânsızlık gerekçesini bir kalkan olarak kullanıp, idari yargı kararlarının dava konusu idari işlemler üzerindeki ‘yıkıcı’ etkisini bertaraf etmeye çalıştıkları artık herkesin malumudur. Bu durum, bizi hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil edici sonuçlara götürebilir. Hatta, bu hâlin kurumsallaşması ve imkansızlık kavramının yerli yersiz kullanımı, bizleri hukuk devleti fikrinden uzaklaştırır.

İdari yargı kararlarının uygulanmasındaki imkânsızlığın tespiti idari yargı hâkimine düşmektedir. Ancak idari yargı hâkimi bunu yaparken, önündeki davada var ise, imkânsızlık durumunu tespit edip davaya kaldığı yerden devam etmelidir. Zira, davaya konu idari işlem,

tesis edildiği zaman dilimindeki hukukî duruma göre hukuka uygunluk denetimine tabi tutulmaktadır. İfade etmek gerekir ki, iptal ve YD kararları, dava konusu idari işlemin tesis edildiği tarihten itibaren geçerli olmak üzere hukuk aleminde sanki herhangi bir sonuç doğurmamış hale getiren nitelikleri bulunmaktadır. Aynı zamanda, iptal davası, davanın açıldığı esnadaki hukuki duruma göre bir değerlendirme yapılmasını gerektirmektedir. Bunun sonucu olarak da, davanın açılmasından sonra meydana gelen hukuki veya fiili değişimler esasen idari yargı hâkimini bağlamamalıdır. İdari yargı hâkimi, idari işlemin tesis edildiği andaki hukuki duruma göre idari işlemin hukuka uygunluk denetimini yapmakla mükelleftir. Bu denetimin neticesinde eğer işlemi hukuka aykırı buluyorsa, iptal ile sonuçlandırması gerekmektedir. Bu aşamada, idari yargı hâkiminin anılan değişimlerden dolayı uygulanamaz nitelikte bir iptal kararı vereceğinin bilincinde olması, mevcut sistemimiz bakımından durumu değiştirmemektedir. Bir de, böyle durumlarda davalı idarelerin menfaat koşulunun ortadan kalktığına ilişkin savunmaları da dikkate alınmamalıdır. Nitekim, iptal davası ile idari işlemin tesis edildiği andaki hukuka uygunluğun denetimi sağlanmaktaysa; idari işlemin tesis edildiği anda davacıların menfaatinin etkilenmiş olması yeterli görülmelidir.

Mahkeme kararlarının uygulanması anayasal ve yasal bir zorunluluktur. Buna riayet etmemenin idari, cezai ve mali sorumlulukları bulunmaktadır. Mezkûr zorunluluğun bir tek istisnası, imkânsızlık kavramıdır. İmkânsızlık kavramının sınırlarının doğru bir biçimde tespiti, belirtilen sakıncalardan korunmaya yöneliktir. İmkânsızlık durumlarında İdarelerin iptal kararının gereklerini aynen ifa edemeyecekleri ifade edilmiştir. Aynen ifa edilemiyorsa diğer bir tabirle, iptal ve YD kararlarının gereklerine göre işlem ve eylem tesisi hukuken veya fiilen mümkün değilse mahkeme tarafından verilen kararın dava konusu idari işlemler üzerinde nasıl bir etkisi bulunacaktır sorusu akla gelmektedir. İdare Hukuku, Özel Hukuktaki imkânsızlık kavramına benzer çözümler üretmiştir. Buna göre, iptal veya YD kararının idareye yüklediği ve yukarıda belirtilen yükümlülük, imkânsızlık gereği aynen yerine getirilemiyorsa, idari işlemin tesisi tarihinden imkânsızlık sebebinin meydana geldiği tarihe kadarki müktesep ve parasal hakların davacıya iade edilmesi gerekmektedir. Bu anlamda, İdarenin aynen ifa yükümlülüğü tazminen ifa yükümlülüğüne dönüşecektir. İptal veya YD kararı, kişiye en azından bu yönüyle bir tali koruma sahası meydana getirmiş olmaktadır.

Mahkeme kararlarının uygulanması ödevi, imkânsızlık durumlarında sadece tazminat yükümlülüğü şeklinde olmamaktadır. Yasama organının mahkeme kararlarının aynen ifası için müdahale etmesi durumları da gündeme gelebilmektedir. Mahkeme kararlarının toplumdaki tüm kişi ve kurumları bağladığı gerçeği karşısında bu durumun hukuk devleti ilkesine uygun olduğu sonucuna varılabilir. Belli durumlarda, mahkeme kararlarının

uygulanmasının engellenmesi anlamında ve kuvvetler ayrılığı prensibine aykırı biçimde; yasama ve yürütme organlarının müdahalesi olabilmektedir. Yürütmenin aldığı ilke kararları benzeri kararları idari yargı genel olarak fonksiyon gaspı ile nitelendirmektedir. Yasamanın bu yöndeki faaliyetleri ise anayasa yargısı tarafından engellenmektedir. Ancak, bahsedilen hallerin “imkânsızlık perdesi” altında gündeme getirilmesi, dikkate değer bir olgudur.

İptal ve YD kararlarının dava konusu idari işlemlere dayanılarak yapılan özel hukuk tasarruflarına ne gibi etkilerinin bulunduğu değerlendirilmesi, konunun bir diğer yönüdür. Öğreti bakımından bu konu oldukça tartışmalıdır. Burada mahkeme kararının uygulanması zorunluluğu ile özel hukuk sözleşmelerindeki irade ve sözleşme serbestisi kavramlarının yarıştığı görülmektedir. Özel hukuk işlemlerinin dayanağının mahkeme tarafından iptal veya YD sonucu, doğrudan bu ilişkiyi kesin hükümsüz hale getirdiği görüşü pek kabul gören bir görüş değildir. Hatta öyle bazı durumlarda, mahkeme kararlarının uygulanması suretiyle idarenin tek yanlı işlem ve eylem tesis etmek yükümlülüğünün mezkûr sözleşmeleri ortadan kaldırmaya imkân vermeyebileceği ifade edilmiştir. Ayrıca, İYUK m.28’de mahkeme kararlarının uygulanması için işlem ve eylem tesis edilmesi geniş yorumlanmak suretiyle, idarenin mezkûr sözleşmeyi feshetmek için adli yargı yolunda dava açması da bu kapsamda değerlendirilen görüşlerdendir. Bahsedilen bu problemler kamu hukuku ve özel hukuk ayrımını ortadan kaldıran sahalarda gündeme gelmektedir. Bu anlamda kamu ihale hukuku gibi alanlara ilişkin hukuki rejimlerin kodifikasyonlarında bu hususların da nazara alınarak yeniden düzenlenmesine ihtiyaç bulunduğunu düşünmekteyiz. Nitekim, salt İdare Hukuku bakışı veya salt Özel Hukukçu bakış bu tür sorunsalların izalesinde yeterli gelmemektedir.

İdari işlemlerin geri alınmasında da birtakım hukuki engeller gündeme gelebilmektedir. Bu bakımdan imkânsızlık tartışmasının yapıp yapılamayacağı içtihatlar üzerinden değerlendirilmiştir. Kazanılmış hak kavramı gibi hukuki engellerin hukuki imkânsızlıktan ayrı, ancak ilişkili kavramlar olduğu üzerinde durulmuştur.

Çalışma kapsamında kronolojik sıra takip edilmeye çalışıldı. Kavramın içeriğine girerek muhteviyatını bozmadığı bir sahanın yok denecek kadar az olduğu gözlemlendi. Sonuç olarak denilebilir ki, imkânsızlık kavramı, hukuk düzeninin virüsüdür ve bu virüse karşı tedavilerin gerçekleştirilmesi gerekmektedir. İmkânsızlık, istisnai nitelikli durumları ifade etmektedir. İstisna olduğu için de dar yorumlanması ve kuralsallaştırılmaması gerekir. Bunun için de kavramın doğru bir şekilde tespit edilmesi gerekir. Hukukla bağlı idarelerin yükümlülüğü, kavrama ilişkin doğru tespitlerin yapılarak faaliyetlerin gerçekleştirilmesidir. Bu anlamda idari yargının hukukilik denetimi kapsamında, kavramın sınırlarının belirlenmesindeki yeknesaklığı sağlaması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Akgüner, T. ve Berk, K. (2017). *İdare Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul.
- Akıllıoğlu, T. (2012). “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı ve Kazanılmış Hak Üzerine Bazı Önemli Gözlemler”, *İHİD*, 15(2): 9-27.
- Akıllıoğlu, T. (1988). “Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler”, *İHİD*, Prof. Dr. Lûtfi Duran’a Armağan Özel Sayısı, 9(1-3).
- Akıllıoğlu, T. (1979). “Yönetmelik İşlemlerinde Yürürlüğe Giriş Sorunu”, *AİD*, 12(2): 33-44.
- Akıllıoğlu, T. (1984). “Ekonomik Alanda Yönetmelik İşlemlerinin Geriye Yürümezlik Kuralı Karşısında Çeşitli Durumlar”, *Aziz Köklü Armağanı*, 33-54.
- Aksoy, M. (1977). “Danıştay Kararlarına Saygı”, *ABD*, 34(2):
- Aksoy, H. C. (2014). *Impossibility in Modern Private Law*, Springer, Almanya.
- Akyılmaz, B., Sezginer, M. ve Kaya, C. (2017). *Türk İdare Hukuku*, B. 8, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Akyılmaz, B. (2007). “Yargı Kararlarının Yerine Getirilmesinden Doğan Sorumluluk”, *GÜHFD*, 11(1-2): 449-469.
- Akyılmaz, B. (2000). *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü*, Yetkin, Ankara.
- Alıca, S. S. (2005). *İdari Yargı Kararları Çerçevesinde 2872 Sayılı Çevre Kanunu İle İlgili Yönetmeliklerin Uygulanmasından Doğan Uyuşmazlıklar*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, AÜSBE.
- Aliefendioğlu, Y. (1995). “Yönetmelik Ve Anayasal Yargıda Yokluk”, *AİD*, 28(2): 3-10.
- Aliefendioğlu, Y. (1975). “Danıştay Kararlarına Uyulması”, *DD*, 5(16-17): 16-21.
- Altay, E. (2008). “Yargı Kararlarının Uygulanması”, in *Danıştay Ve İdari Yargı Günü 139. Yıl*, Danıştay Tasnif Ve Yayın Bürosu Yayınları: 74, Ankara.
- Altay, E. (2005). “Danıştay’ın İdari Görevleri ve Kararları”, *TBBD*, 2005(56): 189-238.
- Altay, E. (2004). *İdari Yargı Kararlarının Uygulanmasından Doğan Uyuşmazlıklar*, Ankara.
- Altınok, E. (2008). *İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İKÜSBE.
- Altundiş, M. ve Beder, B. (2009). “Yasama Ve Yürütme Fonksiyonlarının Yargı Bağımsızlığına Müdahalesi”, *Yasama Dergisi*, 2009(13): 85-121.
- Altunkaya, M. (2005). *Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı*, Ankara.
- Alpar, E. (2001). “İdare Hukukunda Kazanılmış Hak Kavramı ve Uygulaması”, *AYİMD*, S.15, s.3-55.
- Antalya, G. ve Topuz, M. (2015). *Medeni Hukuka Giriş*, Legal, İstanbul.

- Aslan, Z. (2017). *İdari Yargı'da Yürütmenin Durdurulması*, B. 3, Seçkin, İstanbul.
- Atay, E. E. (2014). *İdare Hukuku*, Turhan, Ankara.
- Ayanoğlu, T. (2004). *Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması*, Legal, İstanbul.
- Ayanoğlu, T. (1997). *Teori Ve Uygulamada Yürütmenin Durdurulması Kararları Ve Uygulanması*, Celâl Erkut'un Doktora Seminer Ödevi, İstanbul.
- Ayaydın, C. (2007). "İdare Hukukçuları İçin Yeni Bir Hukuk Düzeni", Erdoğan Teziç'e Armağan, Galatasaray Üniversitesi Armağan Dizisi, No:5, 289-379.
- Ayçiçek, H. İ. (2002). *İdari Yargı Kararlarının Yerine Getirilmesi*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), GÜSBE.
- Ayverdi, İ. (2011). *Misalli Büyük Türkçe Sözlük*, C. 2, Kubbealtı.
- Azrak, A. Ü. (2000). "İptal Davalarının Objektif Niteliği", *Hukuk Kurultayı*, Ankara.
- Balta, T. B. (1970). *İdare Hukukuna Giriş*, Sevinç Matbaası, Ankara.
- Başpınar, V. (1998). *Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yay., Ankara.
- Berk, K. (2008). *İdari Yargılama Usulü Kanunu Kapsamında İlk İnceleme*, Alfa, İstanbul.
- Bıyıklı, H. İ. (1973). "Fransız Ve Türk Hukuk Sistemlerinde İdari İşlemlerin Geriye Yürümezliği İlkesi", *DD*, 3(11): 82-132.
- Bilgen, P. (1999). *İdare Hukuku Dersleri İdare Hukukuna Giriş*.
- Bilici, N. (2014). *Vergi Hukuku*, Savaş, B.34, Ankara.
- Boz, S. S. (2017). *İdare Hukukunda Haklı Beklentinin Korunması*, Seçkin, Konya.
- Buz, V. (2007). *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, Yetkin, Ankara.
- Bülbül, E. (2010). *İdari İşlemlerin Yürürlükten Kaldırılması*, Beta, İstanbul.
- Can, C. (1981). "Kamu Personelinde Nakil (Yer ve Görev Değişikliği)", *DD*, Atatürk'ün Doğumu 100. Yılı Özel Sayısı.
- Chapman, R. A. ve Greenway, J. R. (1984). *The Dynamics of Administrative Reform*, London, Croom-Helm.
- Çağlayan, R. (2017). *İdarî Yargılama Hukuku*, B. 9, Ankara.
- Çağlayan, R. (2014). *İdare Hukuku Dersleri*, Adalet Yayınevi, B. 2, Ankara.
- Çağlayan R. (2001). *İdari Yargı Kararlarının Sonuçları Ve Uygulanması*, B. 2, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Çağlayan, R. (2000). "İdari İşlemin Geri Alınması Üzerine", *AÜEHFD*, 4(1-2): 43-58.
- Çalış, H. S. (2018). *İdari Yargının Varlık Sebebi Olarak İptal Davası*, Yetkin, Ankara.

- Çelikkaya, İ. (1977). “İptal Kararının Geçmişi Etkileyip Etkilemeyeceği Sorunu”, *İBD*, 33(376): 69-72.
- Çetinkaya, Ö. (2001). *Türkiye’de Devlet İşletmeciliği ve Özelleştirme*, Ekin, Bursa.
- Çoban Atık, A. (2013). “İdare Hukukunda Kazanılmış Hak İlkesi”, *SÜHFD*, 30. Yıl Armağanı, 21(1): 11-53.
- Dalkılıç, E. E. (2016). *Avrupa ve Türk İdare Hukukunda Hukuki Güvenlik ve Meşru Beklentinin Korunması*, Turhan, Ankara.
- Demirkol, S. ve Bereket Baş, Z. (2001). *İdari Yargıda Dava Açma ve Davaların Takip Usulü*, B. 2, Beta, İstanbul.
- Derbil, S. (1955). *İdare Hukuku*, Ankara.
- Devellioğlu, F. (2013). *Osmanlıca – Türkçe Ansiklopedik Lûgat*, B. 30, Aydın Kitabevi, Ankara.
- Dural, M. (1976). *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (BK 117)*, İstanbul.
- Dural, M. (1973). “İmkansızlık Kavramı ve Türleri”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 7(1): 11-58.
- Duran, L. (1982). *İdare Hukuku Ders Notları*, Fakülteler Matbaası, İstanbul.
- Duran, L. (1980). “Danıştay’ın 1979 Yılı Kararları Üzerinde Kısa Mülahazalar”, *AİD*, 13(2): 47-71.
- Duran, L. (1964). *İdare Hukuku Meseleleri*, İstanbul.
- Duran, L. (1962). Kronik, 5. Daire 19 Nisan 1962 Topuzoğlu, *İÜHFM*, 28(2): 449-475.
- Duran, L. (1946). “İdari Müracaatlar ve Bunlar Karşısında İdarenin Sükutu Meselesi”, *İÜHFM*, 12(1): 130-199.
- Dursun, H. (2007). “İdari İşlemlerin İdare Tarafından Re’sen İcrası”, *TBBD*, 2007(72): 247-275.
- Eren, F. (2012). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, B. 14, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Erdem, J. G. (2005). *İptal Kararlarının Uygulanmaması Ve Bundan Doğan Tazminat Davaları*, , Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, *AÜSBE*.
- Erdinç, B. (2013). *İdari İşlem Kuramında “Yokluk”*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, *AÜSBE*.
- Erkut, C. ve Soybay, S. (2001). *Anayasa Ve İdari Yargılama Hukukuna İlişkin Kanunlar*, Beta Yayınları, B. 7, İstanbul.
- Erkut, C. (1996). *Hukuka Uygunluk Bloku*, Kavram, İstanbul.

- Erkut, C. (1991). “İdari Davaya Konu Olabilecek Kesin Ve Yürütülebilir İşlem Kavramı”, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap, İdari Yargı, Ankara, 1-4 Mayıs 1990, Danıştay Matbaası.
- Erkut, C. (1990). *İptal Davalarının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği*, Danıştay Matbaası, Ankara.
- Erkut, C. (1988). “İdare Hukukunda Yokluk Teorisi”, *İHİD*, 9(1-3): 69-91.
- Ersöz, A. K. (2017). *Türk İdare Hukuku Kapsamında Kültür ve Tabiat Varlıklarının Korunması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- Ersöz, A. K. (2016). *İlaç Hukuku Bağlamında İdarenin Sorumluluğu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- Ersöz, A. K. (2015): “Bir İdari İşlem Olarak Yıkım Kararı” *GÜHFD*, 29(3): 103-149.
- Erzurumluoğlu, E. (1970). *Borçlar Hukuku Sistemine Göre Borçluya Yüklenemeyen Nedenlerden Dolayı Edimin Yerine Getirilememesi*, Ankara.
- Esen, S. (2008). *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye’de Olağanüstü Hal Rejimi*, Adalet, Ankara.
- Garner, B. A. (2010). *Black’s Law Dictionary*, West.
- Giritli, İ., Bilgen, P., Akgüner, T. ve Berk, K. (2015). *İdare Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul.
- Göçgün, M. (2017). *İdari İşlemin Konu Unsuru*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- Gök, H. (2013). “Danıştay Kararlarından Hareketle İdari Yargı Kararlarının İmkansızlık Nedeniyle Uygulanamadığı Haller”, *İÜHFM*, 31(1): 547 – 558.
- Gölcüklü, M. A. (2017). *Acele Kamulaştırma*, Seçkin, Ankara.
- Gözübüyük, A. Ş. ve Dinçer, G. (2001). *İdari Yargılama Usulü*, B. 2, Turhan, Ankara.
- Gözübüyük, Ş. ve Tan, T. (2016). *İdari Yargılama Hukuku*, C. 2, Turhan Kitabevi, Ankara.
- Gözübüyük, Ş. ve Tan, T. (2014). *İdare Hukuku*, Turhan, Ankara.
- Gözübüyük, A. Ş. (2015). *Yönetim Hukuku*, B. 33, Turhan, Ankara.
- Gözübüyük, A. Ş. (2013). *Yönetişel Yargı*, B.33, Turhan, Ankara.
- Gözübüyük, T. (1961). “İptal ilamlarının infazı ve Danıştay’ın tutumu”, *AÜSBFD*, 16(2): 119-126.
- Gözler, K. ve Kaplan G. (2012). *İdare Hukuku Dersleri*, Bursa.
- Gözler, K. (2009a). *İdare Hukuku Cilt I*, Ekin, Bursa.
- Gözler, K. (2009b). *İdare Hukuku Cilt II*, Ekin, Bursa.
- Güçlü, Y. (2010). *Danıştay Ve Yargıtay İçtihadları Işığında İdari Yargı Kararlarının Uygulanması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Gülen, A. (1995). “Borcunu Ödemeyen Devlete Karşı Ne Yapılabilir?”, *İHİD*, 16(1): 11-21.

- Gülan, A. (1988). “Kamu Hizmeti Kavramı”, *İHİD*, (Prof. Dr. Lütfi Duran’a Armağan Özel Sayısı), 9(1-3): 147-159.
- Günday, M. (2013). *İdare Hukuku*, İmaj, B. 10, Ankara.
- Gündoğan, T. (2014). “Devlet Memurluğunda İstifa”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(2): 75-105.
- Güneş, T. (1966). *Danıştay Kararları ve Yürütmenin Durdurulması*, Türk Hukuk Kurumu Yayınları No: 24-113, Ankara.
- Güneş, T. (1965). *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri*, Ankara.
- Güran, S. (2003). *Kamu Personeli Sorunları İdare Hukuku Sempozyumu*, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Eskişehir.
- Güran, S. (1995). “Anayasanın Kuvvetler Ayrılığı İlkesine ve Yönetim Yargı İlişkisine Bakış Açısında Değişiklik” in Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesinin 32. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Sunulan Bildiriler (28-29 Nisan 1994), Ankara.
- Güran, S. (1963). “İdari Lüzum Sebebiyle Memurun Tahvili ve Müstafi Addi”, *İÜHFM*, 29(1-2): 157-184.
- Haştemoğlu, G. (1978). *Belediye Başkanlarının Düşürülmesi, Belediye İl Genel Meclislerinin Feshi, Muhtarların Görevine Son Verilmesi Konuları Hakkında İnceleme*, Ankara.
- Hatemi, H. (2013). *Medeni Hukuk’a Giriş*, B. 7, Vedat, İstanbul.
- Hatipoğlu, C. (2015). “İdari Merci Tecavüzü ve Dört Gri Alan”, *TAAD*, 6(21): 359-384.
- Hocaoğlu, A. Ş. (1955). *Devlet Şurası ve Uyuşmazlık Mahkemesi Karar Hulâsaları*, Yeni Desen Matbaası, Ankara.
- Işıklar, C. (2011). “İdare Hukukunda Yokluk Ve Askeri İdare Mahkemesi Uygulaması”, *İÜHFM*, 69(1-2): 805-880.
- İdari Yargı Kararlarının Hukuk Düzenindeki Etkileri ve Uygulamadaki Sorunlar Sempozyumu, (2012). Konuşmacı: Ozansoy, C.
- İnanç, M. (2018). *Özel Hukuk Tüzelkişilerinin İdari İşlemleri*, Oniki Levha, İstanbul.
- Kağıtçıoğlu, M. (2012). “İdari İşlemin İcrailiği”, *TBB*, 2012(103): 267-284.
- Kalabalık, H. (2015). *İdari Yargılama Usulü Hukuku*, Sayram Yayınları, Konya.
- Kaman Karan, N. (2003). *Devlet Memurluğunun Sona Ermesi*, Seçkin, Ankara.
- Kaplan, G. (2017). *İdari Yargılama Hukuku*, Ekin.
- Kaplan, G. (2013). “İptal Kararların Etki Ve Sonuçlarının Zaman Yönünden Yargıç Tarafından Sınırlandırılması”, *HÜHFD*, 3(2): 30-38.
- Karahanoğulları, O. (2015a): *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık Ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, Turhan Kitabevi, Ankara.

- Karahanoğulları, O. (2015b). *Kamu Hizmeti (Kavram Ve Hukuksal Rejim)*, B.3, Turhan, Ankara.
- Karahanoğulları, O. (2005). “İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorununa Danıştay Başsavcılığının Müdahale Olanakları”, *MD*, 29(279): 89-97.
- Karakoç, Y. (2014). *Genel Vergi Hukuku*, Yetkin, B.7, Ankara.
- Kaya, C. (2013). *İdari Yargı Kararlarının Uygulanması Konusuna Danıştay’ın Yaklaşımı (İyük Madde 28 Üzerine Bir İnceleme)*, Legal Yayıncılık, İstanbul.
- Kaya, C. (2012). “İdari Yargıda Mahkeme Kararlarının Uygulanması ve Karşılaşılan Sorunlar”, İn İdari Yargı Uygulaması Ve Karşılaşılan Sorunlar, Konya.
- Kaya, C. (2011). *İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi*, XII Levha, İstanbul.
- Kayhan, M. (2008). *İdari Davalarda Yürütmeyi Durdurma*, Ankara.
- Kent, B. (2011). “İdari Yargıda Mahkeme Kararlarının Uygulanmasını Güçlendirici Alternatif Mekanizma Olarak Zorlayıcı Para Cezası”, *ABD*, 2011(4): 45-66.
- Keskin, B. (2009). “İdari Yargı Kararlarının Uygulanmasında Hukukî Veya Fiilî İmkânsızlık”, *TAHD*, 4(38): 41-54.
- Keskin, O. K. (1986). “İdari İşlemler Hakkında Verilen İptal Kararının Kapsamı Ve Hukukî Sonuçları”, *AD*, 77(4): 139-163.
- Köksal, S. (1968). “Danıştay Kararlarının İnfazı Konusu”, *Mülkiyeliler Birliği Dergisi*, Danıştay’ın 100. Yıl Özel Sayısı, 1968(11): 13-15.
- Mumcu, U. (1970). “Türk Hukukunda İptal Kararlarının Yerine Getirilmesi Ve Sorumluluk”, *AÜHFD*, 27(3): 97-128.
- Mutluer, M. K. ve Dayanç, N. N. (2014). *Vergi Hukuku Genel Ve Özel Hükümler*, Turhan, B.4, Ankara.
- Nohutçu, A. (2015). *İdari Yargı*, Savaş kitap ve yayınevi, Ankara.
- Odyakmaz, Z., Kaymak, Ü., Ercan, İ. (2011). *Anayasa Hukuku İdare Hukuku*, B. 14, Oniki Levha Yayıncılık, Ankara.
- Oktar, A. (2016). *Vergi Hukuku*, Türkmen, B.11, İstanbul.
- Onar, S. S. (1966). *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul.
- Oğan, M. A. (1976). “Kazanılmış Hak Sorunu”, *ABD*, 1976(4): 636-638.
- Oğurlu, Y. (2003). *İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu*, Ankara.
- Oğuzman, K. ve Barlas, N. (2014). *Medenî Hukuk Giriş*, B.20, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- Oğuzman, K. ve Öz, T. (2012). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 1, Vedat Kitapçılık, B. 10, İstanbul.

- Öncel, M. vd. (2014). *Vergi Hukuku*, Turhan, B.23, Ankara.
- Özay, İ. (2010). *Günüşiğinde Yönetim II Yargısal Korunma*, XII Levha Yayıncılık, İstanbul.
- Özay, İ. (2004) *Günüşiğinde Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- Özay, İ. (1985). *İdari Yaptırımlar: Kuramsal Bir Deneme*, İstanbul.
- Özbey, Ö. (2009). “İdari Yargı Kararlarının Uygulanmasından Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk”, *ABD*, 2009(4): 45-63.
- Özcan, H. (1993). *Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü*, B. 7, Alfa Yayınevi, İstanbul.
- Özçelik, Ş. B. (2014). “Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukukî İmkânsızlık ve Sonuçları”, *AÜHFD*, 63(3): 569-621.
- Özdemir, H. E. (2006). “İdari Yargı Organları Tarafından Verilen Yürütmenin Durdurulması Kararlarının Uygulanması Ve Hukuki İmkansızlık Hali”, *MÜHFD*, 2006(1):
- Özdeş, O. (1977). “Danıştay Kararlarının Yerine Getirilmesi Zorunluluğu”, *DD*, 6(20-21): 24-45.
- Özdeş, O. (1979). “İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması ve Niteliği”, *DD*, 9(32-33): 3-22.
- Özeren, A. Ş. ve Bayhan, T. (1992). *İdari Yargı Kararlarının Uygulanması*.
- Özgen, E. (1960). “İdarî Tasarruflardaki Sakatlıklar”, *AÜHFD*, 17(1-4): 255-289.
- Özgüldür, S. (2004). “İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları”, in Özay, İ. *Günüşiğinde Yönetim*, Filiz, İstanbul.
- Özkaya Arat, N. (2015). *Türk İdare Hukuku’nda İdarenin Hukuk Sınırları İçinde Hareket Serbestisi “Takdir Yetkisi” Ve Bunun Sınırları Üzerine Bir İnceleme*, Beta, İstanbul.
- Öztürk, K. B. (2015). *Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Zorunlu İdari İtiraz*, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Özyörük, M. (1972-1973). *İdare Hukuku Dersleri*, Ankara.
- Pınar, İ. (2008). *İdari Yargı Kararlarının Uygulanması Ve Anayasa Mahkemesince İptal Edilen Hükümlerin Yeniden Yürürlüğe Konulması*, Ankara.
- Sağlam, M. (2005). “Kendi İstekleriyle Naklen Atanan Devlet Memurlarına Harcırah Ödenmesi”, *Beklenen Mahalli İdareler Dergisi*, 15(137):
- Sancakdar, O., Us, E., Kasapoğlu Turhan, M. ve Önüt, L. B. (2015). *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, Seçkin Yayıncılık, B. 5, Ankara.
- Sancakdar, O. (2015). “Kamu İhale Kurulu Kararlarının Yargısal Denetimi Bağlamında Yürütmenin Durdurulması Ve Hukukî Sonuçları”, *TAHD*, 7(66): 7-37.
- Sarıca, R. (1966). “Danıştay Kararları Ve Yürütmenin Durdurulması”, Türk Hukuk Kurumu Yayınları No:24-113, Ankara.
- Sarıca, R. (1949). *İdari Kaza*, Kenan, İstanbul.

- Sarıca, R. (1944). “İdare Hukukunda Yokluk Ve Butlan”, *Ebül’ulâ Mardin’e Armağan*, İstanbul.
- Savcı, B. (1977). “İdari Yargı Kararlarının Uygulanması Sempozyumundaki Konuşma Özeti”, *DD*, 6(20-21): 90-92.
- Selçuk, S. (1979). “Yönetimde Yasallık İlkesi Ve Bunun Sağlanması”, *DD*, 9(32-33): 45-85.
- Serozan, R. (2002). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt III*, B. 3, Filiz, İstanbul.
- Seyhan, S. (2016). “Yargı Kararlarının İdarece Uygulanmaması Durumuna Fransız Hukukunda Getirilen Çözüm: Yargısal Emir”, *İKÜHFD*, 2(2): 561-583.
- Sezginer, M. (2000) *İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı*, Ankara.
- Sezginer, M. (1991). *İdari İşlemlerde Amaç Unsuru Bakımından Hukuka Aykırılık*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, SÜSBE.
- Şahin, C. Y. (2018). *Acele Kamulaştırma*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- Şenyüz, D. vd. (2016). *Vergi Hukuku (Genel Hükümler)*, Ekin, B.7, Bursa.
- Tan, T. (2015). *Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri*, B. 2, Turhan, Ankara.
- Tan, T. (1970). *İdari İşlemin Geri Alınması*, Sevinç Matbaası, Ankara.
- Tan, T. (1969). “İdarenin Kesin İşlemleri Ve 5917 Sayılı Kanunun Uygulanması”, *AİD*, 2(4): 99-115.
- Tandoğan, H. (2010). *Türk Mes’uliyet Hukuku*, Vedat, İstanbul.
- Tandoğan, S. (1976). “Objektif Ve Sübjektif Tasarruflarda Yokluk”, *İdare Hukuku Ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler I*, DTYBY, No: 21, Ankara.
- Tekinsoy, M. A. (2014). “Danıştay’ın Temyiz İncelemesi Üzerine Verdiği Kararların Uygulanması”, *İN ÜHFD*, 5(2): 23-50.
- Tekinsoy, M. A. (2013). *İdari Yargılama Hukukunda Yürütmenin Durdurulması*, Savaş Kitap ve Yayınevi.
- Tekinsoy, M. A. (2006). “Tüpraş’ın Özelleştirilmesi, Yürütmenin Durdurulması Kararları ve Sorunlar”, *HGD*, 4(1): 17-21.
- Temizel, H. (2010). “Kamu Yönetimi Reformları ve Reformların Temel Özellikleri”, *SÜİİBF Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi*, 10(20): 115-144.
- Tikveş, Ö. (1981). “İdarî Davâ Kavramı Üzerine Bir İnceleme”, *Seha L. Meray’a Armağan*, *AÜSBFY No: 465*, Ankara.
- Tolon, K. D. (1980). “İptal ve Tam Yargı Davalarında Kazanılmış Hak”, in *İdare Hukuku ve İdarî Yargı ile İlgili İncelemeler III*, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No: 29, Ankara, ss.163-209.

- Tuncay, A. H. (1972). *İdare Hukuku Ve İdari Yargının Bazı Sorunları*, Danıştay Yayınları.
- Turan Başara, G. (2010). “Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık Sebebiyle Borcun Sona Ermesi”, *ÇÜHFD*, 7(1): 1-22.
- Ulu, G. (2012). *İdari İşlemin Yetki Unsuru*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Ulusoy, A. (2004). *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, Ülke Kitapları, İstanbul.
- Uler, Y. (1970). *İdari Yargı Kararlarının Sonuçları*, Sevinç, Ankara.
- Uyanık, H. (2013). *Ekonomik Kamu Yararı Kavramının Türk İdare Hukukundaki Anlam ve İşlevi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- Yasin, M. (2009). *İmar Hukukunda İdarenin Yıkma yetkisinin Kullanımının Usul ve Esasları*, XII Levha, İstanbul.
- Yasin, M. (2007). *Uygulama Ve Yargı Kararları Işığında Özelleştirmenin Hukuki Rejimi*, B. 2, Beta, İstanbul.
- Yaşar, H. N. (2014). *İdare Hukuku*, Der Yayınları, B. 2, İstanbul.
- Yaşar, H. N. (2013). *İdari Yargı Kararlarının Etkinleştirilmesi Arayışında İdari Yargı İdari Yargıç Yargısal Emir*, Oniki Levha, 2013.
- Yavuzdoğan, S. (2016). *Devlet Memurları Kanunu Uyarınca Naklen Atama*, Adalet, Antalya.
- Yaşar, S. (2007). *Türkiye’de Kullanılan Özelleştirme Yöntemlerinin Analizi*, Beta, İstanbul.
- Yayla, A. (2015). “Fiili Veya Hukuki İmkansızlığın İdari İşleme Etkisi Üzerine Bir Deneme”, *DEÜHFD*, 17(2): 233-271.
- Yayla, Y. (2009). *İdare Hukuku*, B. 1, Beta, İstanbul.
- Yenice, K. (1975). “Karara Saygı”, *DD*, 5(16-17): 3-6.
- A. Yıldırım, R. (2010). *İdare Hukuku Dersleri II*, Mimoza Yayınları, Konya.
- Yıldırım, R. (2006). *Açıklamalı Kaynakçalı İdare Hukuku Kavramları Sözlüğü*, Mimoza, Konya.
- Yıldırım, T. vd. (2015). *İdare Hukuku*, B. 6, Oniki Levha, İstanbul.
- B. Yıldırım, T. (2010). *İdari Yargı*, Beta, İstanbul.
- Yıldırım, T. (2004). “Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu”, *UAİBD*, 1(1): 1-12.
- Yılmaz, D. (2017). “Türk İdare Hukuku’nda İdari İşlemin “Kesin”liği Üzerine Bir Değerlendirme: “Kime Göre?”, “Ne İçin?” Kesinlik”, *GÜHFD*, 21(2): 105-153.
- Yılmaz, D. (2014a). *İdari İşlemin İcrailik Özelliği*, Astana Yayınları, Ankara.
- Yılmaz, D. (2014b). *Kamu İhale Hukukunda Şartnameler*, B. 2, Gazi Kitabevi, Ankara.
- Yılmaz, E. (2004). *Hukuk Sözlüğü*, B. 8, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Zabunoğlu, Y. K. (1982). *İdare Hukuku Dersleri*, Ankara.

İnternet Kaynakları

http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/turkiye/477695/Ankara_Hukuk_hocalarindan_uyari_nite_liginde_makale_Akademisyenlere_sorusturma_acilamaz_.html, (erişim tarihi: 17.05.2018).

<http://www.dpb.gov.tr/tr-tr/gorus/ozellestirme-ve-yeniden-yapilan-sonucu-istihdam-fazlasi-personel-nakliyle-ilgili-gorusler-993>, (erişim tarihi: 22.02.2018).

<http://www.dpb.gov.tr/tr-tr/gorus/emeklilerin-yeniden-istihdami>, (erişim tarihi: 04.04.2018).

<http://www.islamansiklopedisi.info/>, (erişim tarihi: 04.10.2017).

<http://www.memurlar.net/haber/11221/hakkin-dava-yolu-ile-aranmasi-3.html>, (erişim tarihi: 12.02.2018).

<http://www.selcuk.edu.tr/dosyalar/files/105/d%C4%B0KKAT%20eD%C4%B0LME S%C4%B0%20gEREKL%C4%B0%20hUSUS.pdf>, (erişim tarihi: 01.01.2018).

<http://www.tdk.gov.tr/>, (erişim tarihi: 14.11.2017).

<http://www.kulturvarliklari.gov.tr/TR,44306/ilke-karari--karar-no-21--karar-tarihi-04031988.html>, (erişim tarihi: 16.4.2018).

<http://teftis.kulturturizm.gov.tr/TR,156274/533-nolu-ilke-karari.html>, (erişim tarihi: 16.04.2018).

<https://turgutcandan.com/2012/09/30/idari-yargi-kararlarinin-sonuclari/>, (erişim tarihi: 04.06.2018).

Ö Z G E Ç M İ Ş

Adı ve SOYADI	Yakup ÇOKKAŞ
Doğum Yeri - Tarihi	Tomarza – 24.09.1993
EĞİTİM DURUMU	
Mezun Olduğu Lise	Amiral Vehbi Ziya Dümer Anadolu Lisesi
Lisans Diploması	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi - 2015
Yabancı Dil	İngilizce - YDS 62,50
İŞ DENEYİMİ	
Stajlar	Avukatlık Staj Eğitimi
Çalıştığı Kurumlar	İstanbul Barosu (Serbest Avukatlık) Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi (26.04.2017 – Devam Ediyor)
E-Posta	yakupckks@gmail.com