

İDARE HUKUKUNDA YOKLUK TEORİSİ

Celâl ERKUT (*)

Yokluk teorisi ilk olarak medeni hukuk öğretisinde ortaya çıkmış ve ilk kez evlenme akti dolayısıyla ileri sürülerek mutlak ve nispi butlanın yanında ve onlardan daha ağır bir aykırılık sebebi olarak oluşmuştur (1). Teori, İdare Hukukunda ise ilk kez Fransız hukukçularından Laferrière tarafından ortaya atılmıştır(2). Teoriyi benimseyen tüm hukukçular, yokluk halinin olağan hukuka aykırılıktan farklı olarak bir işlemdeki çok ağır ve bariz sakatlıkların varlığı halinde ileri sürülebileceği kanısında olmakla birlikte; ileride göreceğimiz gibi, teorinin uygulama alanı bakımından, ne belirgin bir sistem öngörmüşler ne de kesinlikle kabul edilebilir bir kriter getirebilmişlerdir. Bu nedenle de teori, İdare Hukukunun ve özellikle de idari yargının en çetrefil, en belirsiz ve en soyut sorunlarından (3). Ancak, teori tüm bu özgünlüğüne karşılık bir hukukçu fantazisi olarak düşünülmemelidir. Yokluk teorisi bizzat hayatın içinden doğup ortaya çıkmış ve kendini kabul ettirmiş (4), birçok ünlü idare hukukçusu tarafından savunulmuştur(5). Bu nedenle İdare Hukukunun yokluk teorisini tanımadığı söylenemez (6).

A - Yokluk Kavramı

Yokluk kavramı, İdare Hukukunda, bazı önemli aykırılıkların sadece işlemin geçerliliğini değil, bizatihi işlemin kendisini ortadan kaldırır nitelikte olduğu tezinden hareketle ve özel hukuktan etkilenererek ortaya çıkmıştır(7). Dolayısıyla bu aşamada yokluk halinin, hu-

(*) Yard. Doç. Dr. Celâl Erkut İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesidir.

(1) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. J.M. AUBY, "L'inexistence des actes administratifs", Paris, 1951, s. 2 vd.; R. SARICA, "İdare Hukukunda Yokluk ve Butlan", Ebül'ulâ Mardin'e Armağan'dan ayrı bası, İst. 1944, s. 1191-1192.

(2) Jean DE SOTO, "La Nullité des Actes Administratifs", Paris, 1942, s. 49; Ayrıca bkz. AUBY, dph: 1, s. 13; SARICA, dph: 1, s. 1193.

(3) George VEDEL-Pierre DELVOLLE, "Droit Administratif", 9 ème éd., 1984 Paris, s. 755; G. VEDEL, "Droit Administratif", 6 ème éd., 1976, Paris, s. 562.

(4) Sabri TANDOĞAN: "Objektif ve Sübjektif Tasarruflarda Yokluk", İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler, C: I, Danıştay Başkanlığı Yayını, Ankara, 1976, s. 44

(5) Nitekim, Fransa'da, Laferrière, Berthélemy, Bonnard, Hauriou, Jèze, Rolland ve ülkemizde de Onar ve Sarca gibi hukuk bilginleri yokluk teorisinin taraftarları ve savunucuları arasındadır.

(6) Marcel WALINE, "Droit Administratif", 9 ème éd., Paris, 1963, s. 446.

(7) VEDEL-DELVOLLE, dph: 3, s. 755

kuka aykırılık (butlan) halinden farklılığını ve idare hukuku ile medeni hukuktaki yokluk kavramının ayrı temellerde olduğunu irdelemek gerekir.

Yokluk ile butlan, idare hukukunda, özel hukuktan tamamen farklı iki kavram olarak ele alınmaktadır. Özel Hukukta yokluk ve mutlak butlan çoğu kez birleşirler. Hatta medeni kanunların hemen hepsi mutlak butlanın yanında ayrıca bir yokluk halinden söz etmez, çünkü gerek yokluk halinde ve gerekse mutlak butlanda hukuki tasarrufun mutlak surette ve doğduğu tarihten itibaren hükümsüz sayılması, tasarrufun doğurduğu ve doğuracağı hükümlerle birlikte ortadan kalkması, hukuk alanında hiçbir etkisinin kalmaması gerekir. Bununla beraber medeni hukukta da yokluk ile mutlak butlan ayrılığı bazı hallerde açıkça görülür. Özellikle evlenmede yokluk, butlandan tamamen ayrı ve bağımsız bir görünümde-dir⁽⁸⁾.

İdare Hukukunda ise butlan, iptal edilebilir nitelikte hukuka aykırı olan işlemler için kullanılmaktadır⁽⁹⁾. Hatta İdare Hukukunda butlanın, iptal davası ile eş anlamlı olduğu söylenebilir⁽¹⁰⁾. Dolayısıyla İdare Hukukundaki butlanın, özel hukuktaki mutlak butlan ve nispi butlan halleri ile hiçbir ilgisi yoktur⁽¹¹⁾; İdare Hukukunda, özel hukuktan farklı olarak, bir işlem hukuka aykırı dahi olsa-iptal edilinceye kadar- kendisine bağlı olan hukuki sonuçları doğurmaya devam eder⁽¹²⁾.

İdare Hukuku ve özel hukuktaki yokluk halleri de eş anlamlı sayılamaz. Herşeyden önce aralarında yapısal bir ayrılık söz konusudur. Yokluk teorisini, özel hukuk "sözleşmenin oluşumu aşamasında", idare hukuku ise "işlemin hukuka uygunluğu dolayısıyla" ele almaktadır⁽¹³⁾. Öte yandan yokluk yaptırımını bakımından da bir fark ileri sürülebilir. Özel hukukta işlemin yokluğunun tespitinin hukuk alanında bir etkisinin bulunmamasına rağmen, idare hukukunda fiili bir takım hukuki sonuçları bulunabilir⁽¹⁴⁾.

(8) Sıddık Sami ONAR, "İdare Hukukunun Umumi Esasları", C: I, İstanbul, 1966, s. 324-325; Nitekim Medeni Kanuna göre mutlak butlan ile sakat olan bir evlenme, hâkimin hükmü ile feshedilinceye kadar hukuki varlığını yitimedigi gibi, fesih tarihine kadar doğmuş olan hükümler de saklı kalır, yani geriye yürür hüküm doğurmaz. Yakın hısımlar veya evlenme yaşına erişmemişler arasındaki evlenmeler ile zaten evli olan bir kimsenin tekrar evlenmesi hallerinde mutlak butlandan söz edilir. Öte yandan, evlenmenin maddi kurucu unsuru sayılan " taraflar arasındaki cinsiyet ayrılığı" ile hukuki kurucu unsuru sayılan "evlenmenin, evlendirme memuru önünde ve aleni olarak yapılması" hakkındaki şekil unsuru mevcut olmadığı takdirde-kanunda açık bir hüküm bulunmasa da-evlenme yok farzedilmek gerekir. (bkz. I/ONAR, s. 325)

(9) SARICA, dpn: 1, s. 1263-1264.

(10) Eralp ÖZGEN, "İdarî Tasarruflardaki Sakatlıklar", AÜHFD., C: XVII, S: 1-4, Ankara, 1960, s. 271; Nitekim, butlan hali Fransa'da "recours en annulation" ya da "recours pour excès de pouvoir" diye isimlendirilen bir dava ile söz konusu olmaktadır ki, bizde bu dava iptal davası olarak anılmaktadır. (bkz. SARICA, dpn: 1, s. 1263-1264)

(11) bkz. SARICA, dpn: 1, s. 1263-1264; ÖZGEN, dpn: 10, s. 271; Diğer yandan Rivero ise, idare hukukundaki olağan hukuka aykırılık halinin medeni hukuktaki mutlak butlan hali ile özdeş sayılabileceği; ayrıca bu durumdan daha hafif olarak nispi butlan hali ile, daha ağır bir aykırılık olan yokluk halinin öngörülmüş olduğu kanısındadır. (Jean RİVERO, "Droit Administratif", 3 ème éd., Paris, 1965, s. 96)

(12) STASSİNOPOULOS, "Traité des Actes Administratifs", Athènes. 1954, s. 33-34.

(13) DESGRANGES, "Essai sur la notion de voie de fait en droit administratif", Poitiers, 1937, s. 111,

(14) I/ONAR, dpn: 8, s. 329

Ayrıca bir başka ayrılık da, özel hukukta yokluk kural olarak kanunla belirlenmiştir; sadece bazı hallere özgü olmak üzere kanunda söz edilmese de bir sözleşmenin yok sayılabileceği kabul edilmektedir. Oysa idare hukukunda yokluk teorisi öğreti tarafından geliştirilmiş ve içtihatlarla yerleşmiştir; dolayısıyla dayanağını kanundan almamaktadır ve tamamen soyut ve sübjektif niteliktedir.

İdare hukukunda yokluk ve butlan birbirlerinden tamamen ayrı kavramlardır⁽¹⁵⁾. Ancak ileride de göreceğimiz gibi, yokluk ve butlan hallerini birbirlerinden kesin surette ayırımsayacak nitelikte bir hukuki kriter bulunmamaktadır. Yokluk teorisine göre işlemlerde "geçerlilik" koşulları ile "varlık" koşullarının birbirlerinden ayırdedilmesi gerekir. Birincisinin oluşmaması halinde işlem sadece "iptal edilebilir" nitelikte iken; "varlık" koşullarının oluşmaması halinde işlem yoktur⁽¹⁶⁾. İşlemin oluşması için gerekli olan kurucu unsurların işlemde bulunması bir zorunluk ve bizatihi işlemin varlık sebebidir; bunlardan bazılarının bulunmaması halinde işlem varolmamış demektir ki, işlemin bu durumu, onun bir işlem olması niteliğini dahi kaybettirir⁽¹⁷⁾. Bu bağlamda, işlemde geçerlilik koşullarının bulunmaması halinde ortada bir idari işlem vardır, ancak geçerli değildir, hukuka aykırıdır; buna karşılık "varlık" koşullarının yokluğu, bizzat idarî işlemin de yokluğu sonucunu doğuracağından, bu son halde işlem hiç doğmamış, dünyaya gelmemiş kabul edilir ve bir idarî işlemin varlığından söz edilemez⁽¹⁸⁾. Dolayısıyla böyle bir durum, tamamıyla fiili bir niteliktedir ve haksız fiil ya da suçtan başka birşey değildir⁽¹⁹⁾.

Doğal olarak, butlandan farklı olarak bu türdeki işlemlerin hiçbir hukuki etkisi yoktur, hiçbir hak ve yükümlülük doğurmazlar⁽²⁰⁾; bir başka işlem hukuki temel oluşturmaz-

(15) Fransızlar yoklukla özürlü işlemler için "acte inexistant", bâtil işlemler için ise "acte annulable" terimlerini kullanmaktadırlar. Ancak "yok hükmünde" ya da "hiç oluşmamış" işlemler anlamında kullandıkları "acte nul et de nul effet" ya da "acte nul et non avenue" deyimleri, hükümsüz işlem anlamına gelen "acte nul" sözcüğü ile karıştırılabilir niteliktedir ve kavram karmaşasına yol açmaktadır. Nitekim, Gözübüyük yok hükmünde bulunan işlemlere, terminoloji bakımından "bâtil işlemler" de denilebileceği görüşündedir. (bkz. A.Ş. GÖZÜBÜYÜK, "Yönetmelik Yargı", 5. bası, Ankara, 1982, s. 120. Grisel de konuyla ilgili sözcük karmaşıklığından bahisle, F. Almanya ve İsviçre'de, Fransız hukukunun aksine, "nullité (Nichtigkeit) ve "annulabilité (Anfechtbarkeit) sözcüklerinin aynı anlamda ele alındığını belirtmiştir. (bkz. André GRİSEL: "Droit Administratif Suisse", 1975, Neuchatel, s. 199). Bu bağlamda da Almanya'da butlan halinde iptal davası "action en annulation" (anfechtungsklage) yokluk halinde ise tespit davası "action en déclaration" (feststellungsklage) açılmaktadır. (bkz. BRAIBANT-WIENER-QUESTIAUX: "Le contrôle de l'administration et la protection des citoyens" 1973, Editions Cujas, s. 61).

(16) Jean DE SOTO, dpn: 2, s. 47; Francis WODİE, "L'inexistence des actes juridiques unilatéraux en droit administratif français", AJDA, 1969/2, s. 77.

(17) Hâluk TANDOĞAN, "La nullité, l'annulation et la résiliation partielles des contrats", thèse, Genève, 1952, s. 22-23.

(18) Bkz. I/ONAR, dpn. 8, s. 323; SARICA, dpn: 1, s. 1195, ÖZGEN, dpn: 10, s. 271; Buna karşılık DUEZ, "İdarenin sorumluluğuna yol açabilecek nitelikte hiçbir işlem -yok hükmünde dahi olsa- idarî işlem niteliğini yitirmez" görüşündedir. (Bkz. DUEZ, "La responsabilité de la puissance publique", Paris, 1938, s. 146).

(19) I/ONAR, dpn: 8, s. 323; SARICA, dpn: 1, s. 1195; ÖZGEN, dpn: 10, s. 271

(20) C. EISENMANN, "Cours de Droit Administratif", t. 2, Paris, 1983, s. 76; WODİE, dpn: 16, s. 87-88.

lar⁽²¹⁾; -iyi niyet halinin varlığında dahi ⁽²²⁾ - hiçbir zaman ve hiçbir şekilde hukuka uygun bir duruma getirilemezler⁽²³⁾ ve dolayısıyla kesin nitelikte işlemler değildirler ⁽²⁴⁾.

Bu itibarla, diyebiliriz ki, bir idari işlemin kurucu unsurlarındaki ağır ve bariz sakatlıklar, onun iptal edilebilirliğini değil ve fakat hukuki sonuçları daha ağır olan yokluğu ortaya çıkaracaktır.

Ancak tüm bu belirlemelere karşılık, teorinin subjektif ve soyut niteliğinin de etkisi nedeniyle, yokluk hali için somut bir tanımlama getirebilmek bize pek mümkün gözükmemektedir. Ama yine de, öğretilerde ileri sürülen "**Görünüm Teorisi**" (Théorie de l'Apparence)⁽²⁵⁾ ve "**Bozulma Teorisi**"ni (Théorie de Dénaturation)⁽²⁶⁾ birlikte değerlendirerek şöyle bir tanım verilebilir: **Bir idarî işlemin kurucu unsurlarındaki hukuka aykırılık derhal farkedilebilir nitelikte ve idarî işlemin kimliğini dahi kaybettirecek derecede ağır, açık ve bariz ise, işlem yok hükmündedir.**

Son olarak hemen belirtelim ki, şimdiye kadar incelediğimiz ve bundan sonra da ele alacağımız hep hukuki yokluk halidir ve maddi yokluktan ayırdedilmek gerekir. Maddi yok-

(21) Conseil d'Etat, yokluk teorisi bakımından çok önemli olan ve ileride detaylı olarak inceleyeceğimiz "Rosan Girard" kararında (31. Mayıs. 1957), yok hükmündeki işlemlerin kesin nitelikte olmadıklarını, hiçbir hak doğurmayacaklarını ve bir başka işleme hukuki dayanak oluşturamayacaklarını belirlemiştir. Bu karar için bkz. M.LONG-P. WEIL-G. BRAIBANT, "Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative", 4^{ème} éd., 1965, s. 461-462.

(22) Yargıtay, "yer bakımından yetki" sorununu inceleyen iki kararında, "yokluk ifade eden işlemlerde tarafların iyi niyetlerini araştırmaya dahi gerek olmadığını, bu tür işlemlerin hiçbir şekilde geçerlilik kazanamayacaklarını" belirlemiştir. (Bkz. 2. HD., T. 9.6.1975, E. 4528, K. 5246-YKD. 1975/12, s. 23; ve 2. HD., T. 13. 4. 1978, E. 2855, K. 2974-YKD. 1979/6, s. 778).

(23) EISENMANN, dpn: 20, s. 79

(24) CE. "Rosan Girard" kararı, dpn: 21; Ayrıca bkz. EISENMANN, dpn: 20, s. 76; WODIE, dpn: 16, s. 87; SCHWARTZENBERG, "L'autorité de la Chose Décidée; Paris, 1969, s. 466.

(25) Görünüm Teorisi hakkındaki açıklamalar için bkz. Edmond JOUVE, "Recherches sur la notion d'apparence en droit administratif" RDP. 1968, s. 284 vd. Görünüm teorisi, bir idarî işlemin idare edilenler tarafından tamamıyla dış görünüşü ile değerlendirilmesi olgusuna dayanmaktadır. Buna göre bir idarî işlemdeki açık ve bariz hukuka aykırılık, idare edilenler bakımından dahi derhal farkedilebilir nitelikte olabileceği gibi; ileride "fiili ajanlar" konusunda da değineceğimiz üzere, sadece İdare tarafından bilinebilir, farkedilebilir nitelikte olup, dışarıdan bakıldığında tamamen hukuka uygun da görülebilir. Nitekim, sadece dış görünüşü ile Varolan ve hukuki gerçeğe bağdaşmayan durumları anlatmak için görünüm teorisinden yararlanılmaktadır. (Söz konusu teori için bkz. WODIE, dpn: 16, s. 83 vd.)

(26) Bozulma teorisi diye isimlendirdiğimiz "dénaturation" teorisine göre, bir işlemdeki hukuka aykırılık o kadar ciddi ve önemlidir ki işlem özünü, doğasını kısacası kimliğini yitirir. Nitekim ileride göreceğimiz gibi, bu teori dolayısıyla öğretilerde yokluk hali ve fiili yol özdeş tutulmuştur. (Bozulma teorisi için bkz. Pierre Le MIRE, "Inexistence et Voie de Fait", RDP. 1978, s. 1230 vd.; M. DEBARY, "La Voie de Fait en Droit Administratif", Paris, 1960, s. 169 vd.)

luk halinde ortada herhangi bir işlem yoktur, işlem hiç yapılmamıştır⁽²⁷⁾; İdarenin arşivinde bir işlemin varolduğuna dair hiçbir iz ve ipucu bulunmadığında, işlem maddeten hiç oluşmamıştır⁽²⁸⁾; tamamıyla ilgilinin hayal ürünüdür⁽²⁹⁾. Hukuki yoklukta ise, aksine, işlem maddeten oluşmuştur, fakat hukuken yok hükmündedir. İdarî yargıda, hukuki yokluktaki tereddütlerin aksine, maddi yokluk halinin varlığı her zaman kabul edilmektedir⁽³⁰⁾.

B - Yokluk Teorisinin Uygulama Alanı

Yokluk teorisinin sübjektif değerlendirmelere dayandığını⁽³¹⁾ ve hiçbir somut kriterinin bulunmadığını daha önce belirlemiştik. Teorinin bu niteliği, yokluk hallerini belirsizleştirdiği gibi; öğretilerde çeşitli durumların ve hukuki müesseselerin yokluk hali ile karşılaştırılması, benzeştirilmesi ve hatta özdeş sayılması sonuçlarını da yaratmıştır. Biz bu bağlamda teorik saptamaların yanı sıra, uygulamada teoriyi yönlendirecek ve biçimlendirecek tek yetkin otorite olarak yargı kararlarına da değineceğiz.

1. Genel Değerlendirme:

Yokluk teorisinin uygulama alanını belirli sınıflandırmalara göre değerlendiren idare hukukçuları, bu konuda görüşbirliğine ulaşamamışlardır. İlk kez Laferrière tarafından yapılan sınıflandırmada, yokluk halleri "numerus clausus" esasına göre ele alınmış⁽³²⁾ ve sadece yetki unsurunda belirginleşmiştir. Nitekim Alcindor ve De Soto da aynı sistemi izlemişlerdir⁽³³⁾. Öğretilerde değişik bir sınıflandırma da Vedel tarafından ileri sürülmüştür.⁽³⁴⁾ Vedel "yok hükmündeki işlemler ve "yok hükmünde sayılması gerekli işlemler"⁽³⁵⁾ ayırımını benimseyerek⁽³⁶⁾ birinci haldeki işlemlerin ya hiç gerçekleşmemiş ya da idarî makamlar ve İdarenin ajanları dışındaki kişiler tarafından yapılmış işlemler olduklarını, bu tür

(27) WODİE, dpn: 16, s. 77; LONG-WEİL-BRAIBANT, dpn: 21, s. 462.

(28) ODENT, concl., CE. "Galy", 26. janvier, 1951, Rec. S. 1951/3, s. 52.

(29) WODİE, dpn: 16, s. 77.

(30) F. GAZIER-M. LONG, Chr., AJDA. 1954/ II bis, s. 5/(13); Nitekim Danıştay Dava Daireleri Kurulu da bir kararında, işlemin maddeten yok olduğunu belirlemiştir: " ...Belediye Başkanlığı, ... davacılara ait bu yer için belediye encümenince bir yıkım kararı alındığını iddia etmediğine göre... ortada mevcut bulunmayan... ve bu nedenle yok sayılması gereken işlem aleyhine dava açılması mümkün (değildir). "(DDK., T. 15. 5. 1970, E. 66/564, K. 70/335; AİD., C: 4, S: 1, Mart 1971, s. 190-191).

(31) WODİE, dpn: 16, s. 89

(32) Laferrière, yetki gaspı ile fonksiyon gaspı hallerinin ve icrai karar alma yetkisi bulunmayan ya da tamamen İdare dışındaki kişilerce yapılmış işlemlerin yokluk hali oluşturduğunu belirlemiştir (S. TANDOĞAN, dpn: 4, s. 59)

(33) Bkz. S. TANDOĞAN, dpn: 4, s. 59-60.

(34) Bkz. VEDEL-DELVOLVE, dpn: 3, s. 755; VEDEL, dpn: 3, s. 562.

(35) Kullandığımız bu terim, Conseil d'Etat'nın kararlarında "actes qui doivent être regardés comme inexistant" formülasyonu ile ele alınmakta ve Vedel'in belirlemesine daha uygun düşmektedir. Vedel ise, bu durumu belirlemek için metinde "yok-benzeri işlemler" (actes quasi-inexistants) deyimini tercih etmektedir.

(36) Onar, kitabında "çok esaslı butlan doğurabilen sakatlıklar" başlığı altında Vedel'in "yok-benzeri işlemler" konusundaki belirlemelerini daha değişik bir şekilde ele almıştır. Onar'a göre, böyle bir durumda, işlem hukuk dünyasında mevcuttur ama çok ağır noksanlarla özürlü ve esaslı bir şekilde sakattır. Bu durumdaki işlemler idarî niteliktedir ve sonuçlarını iptal edilinceye kadar doğurur; ancak bu halde de -butlandan farklı olarak- herkes ve her zaman işlemin iptalini isteyebilir (bkz. S.S. ONAR, dpn: 8, s. 335-336). Hemen belirtelim ki, Onar'ın yokluk hallerini işlemin unsurları bakımından ayrı ayrı inceledikten ve amaç unsuru dışındaki tüm unsurlarda yokluk halinin oluşabileceğini kabul ettikten sonra, ayrıca böyle bir ayırımı da benimsemesi karışıklık yaratmaktadır.

işlemlere yokluk teorisinin tüm hükümlerinin uygulanacağını belirlemiştir. Görüldüğü gibi, Vedel'in "yok hükmünde" olarak belirlediği işlemlerde İdare'ye atfedilebilecek hiçbir yükümlülük yoktur; Vedel, işlemin hiç gerçekleşmemesi ile maddi yokluk halini kastetmektedir. Vedel, "yok hükmünde sayılması gerekli işlemler" in ise yasa koyucu tarafından önceden hükümsüz ve yok sayılan veya çok ağır ve önemli hukuka aykırılık taşıyan işlemler olduklarını belirleyerek ⁽³⁷⁾, bizim hukuki yokluk olarak ele aldığımız hali irdelemiştir.

Kanımızca, yokluk halinin işlemin unsurları bakımından ele alınıp değerlendirilmesi gerekir. Nitekim öğretide de yokluk hali daha çok işlemin unsurları bakımından tartışılmaktadır. Hemen belirtelim ki, biz yokluk halinin ancak işlemin aslî kurucu unsuru olan yetki unsuru ile, bunun yanı sıra, işlemin idare hukuku ilkelerinin veya kanunun açıkça yasakladığı bir konuda yapılması ve böyle bir işlemin temel hak ve özgürlüklerin kullanımını engelleyici, sınırlayıcı nitelikte olması halinde de konu unsuru bakımından mümkün olabileceği kanısındayız⁽³⁸⁾.

Öğretide ise bu konuda değişik görüşler bulunmaktadır; ancak maksat unsuru yönünden yokluk iddiasının ileri sürüleceği konusunda hemen hemen görüşbirliği vardır ⁽³⁹⁾, ki bunu maksat unsurunun sübjektif niteliği ile açıklamak mümkündür ⁽⁴⁰⁾. Bununla beraber, öğretide işlemin tüm unsurları açısından yokluk halinin mümkün olduğu görüşünde olan yazarlar bulunduğu gibi ⁽⁴¹⁾, maksat unsuru dışındaki tüm unsurlarda yokluk teorisinin uygulanabileceği düşüncesini ileri sürenler de vardır⁽⁴²⁾.

Biz maksat unsurunun yanında sebep unsurunda da yokluk iddiasının ileri sürüleceği kanısındayız⁽⁴³⁾. Nitekim yokluk teorisinin yandaşlarının çoğu da sebep unsurundaki sakatlıkların ancak iptal edilebilir nitelikte olabileceğini savunmuşlardır⁽⁴⁴⁾. Ayrıca, bu unsorda yokluk halini belirleyen herhangi bir yargı kararına da rastlayamadığımızdan -maksat unsurundaki yokluk iddiası gibi- bu da sadece öğretide tartışılabilir bir tez olmaktan öteye gidememiş ve benimsenmemiştir.

İşlemin biçim unsuru bakımından yokluk, özel hukukta yasaların öngördüğü biçim kurallarına uymama halinde söz konusu olurken ⁽⁴⁵⁾; idare hukukunda biçim unsuruna

(37) Vedel, bu haldeki işlemlerin, "yok hükmündeki işlemler" den farklı olarak, iptal davasına konu olabileceklerini, butlan halinden farklı olarak da, iptallerinin herhangi bir süreye bağlı olmaksızın istenebileceğini; dava süresinin geçirilmesinin bu tür işlemlere kesinlik kazandırmayacağını vurgulamıştır. (VEDEL, dpn. 3, s. 562.)

(38) Debary ise, konu-sebep-yetki-biçim ve maksat unsurlarının işlemin geçirlik sebepleri olduğunu ve yokluk haline hukuki dayanak oluşturamayacakları görüşündedir. (bkz. M. DEBARY, dpn: 26, s. 97-98)

(39) Bkz. AUBY, dpn. 1. s. 94-98

(40) SARICA, dpn. 1, s. 1239.

(41) Bu konuda Duguit ve Bonnard, tamamıyla kamu yararı dışında bir amaç güdülerek yapılan işlemlerin yoklukla özürsüz işlemler sayılması gerektiğini belirtmişlerse de bu konuda herhangi bir içtihat örneği bulunmamakta; müellifler de bu konuda tatmin edici bir açıklama getirmemektedirler (bkz. AUBY, dpn. 1, s. 97-98); Diğer yandan Desgranges da işlemin tüm unsurları bakımından yokluk halinin varolabileceğini ileri sürmektedir (bkz. DESGRANGES, dpn. 13, s. 113 vd.)

(42) Sarica, Onar ve Tandoğan bu görüşü savunmuşlardır. (Bkz. I/ONAR, dpn. 8, s. 330 vd.; SARICA, dpn. 1, s. 1225 vd.; TANDOĞAN, dpn. 4, s. 65 vd.)

(43) Wodié yokluk halinin ancak işlemin yetki ve konu unsurları bakımından ileri sürülebileceği görüşündedir (WODIÉ, dpn. 16, s. 79). De Soto ise, işlemin sebebinin yokluğu halinde dahi ancak iptal edilebilir nitelikte olduğunu belirtmektedir (DE SOTO, dpn. 2, s. 187). Auby de işlemin sebep unsurundaki ayrılıkların yokluk doğurmayacağını ve bu konuda da herhangi bir yargı kararı bulunmadığını vurgulamaktadır. (AUBY, dpn. 1, s. 97-98)

(44) bkz. AUBY, dpn. 1, s. 97.

(45) Nitekim, Sungurbey, yasanın buyurduğu biçime uyulmadan yapılan sözleşmelerin çürük ve geçersiz olduğunu ve yokluk anlattığını belirtmektedir (bkz. İsmet SUNGURBEY, "Medeni Hukuk Sorunları", C. 3, İstanbul, 1976, s. 159)

ilişkin sakatlıkların yokluk sonucunu yaratıp yaratmayacağı sorusuna olumlu yanıt veren bir Conseil d'Etat kararı⁽⁴⁶⁾ ile Danıştay'ın bir kararını görmekteyiz⁽⁴⁷⁾. Ancak her iki karar da incelendiğinde, söz konusu hukuka aykırılıkların yokluk doğuracak nitelikte bulunmadıkları görülebilir; kaldı ki her iki yüksek mahkemenin de bundan daha ağır biçimsel sakatlıklarda işlemleri sadece iptal etmekle yetindikleri kararları daha fazladır. Biz biçim unsurundaki sakatlıkların yokluk doğuracağı kanısında değiliz, çünkü biçim unsuru işlemin aslî kurucu unsuru olmayıp, aksine tamamlayıcı bir parçasıdır ve işlemin hukuki varlığını, giderek de bizzat işlemin kendisini ortadan kaldırabilecek herhangi bir etkisi de bulunmamaktadır.

Yokluk teorisi taraftarlarının tamamının benimsedikleri gibi, gerçekten de işlemlerdeki yokluk hali, kendini "yetki" ve "konu unsurlarında göstermektedir.

Yetki unsurunda yokluk, ancak fonksiyon (görev) gaspı ya da yetki gaspı hallerinde söz konusu olabilir. Çünkü her iki halde de, idari işlem bu niteliğini yitirmektedir. Nitekim gerek yetki gaspı⁽⁴⁸⁾ ve gerekse fonksiyon gaspı⁽⁴⁹⁾ içtihatlarında yokluk nedeni olarak öngörülmüştür.

(46) Fransız Yüksek İdare Mahkemesi 22 ocak 1954 tarihli "Pacha" kararında şu sonuca varmıştır: "denizaşırı topraklardan birine defterdar olarak M. Pacha'nın atanmasına ilişkin karamamede Maliye Bakanının inha işleminin bulunmaması, atama işlemini yok hükmünde saymayı gerektiren bir aykırılıktır." (Conseil d'Etat, "Pacha", 22. janvier 1954/F. GAZIER-M. LONG, Chr. AJDA 1954/II. bis, s. 5/13)

(47) Danıştay da söz konusu kararında "...dava konusu profesörler kurulu kararının kurallara uyulmayarak elden ele dolaştırılmak ve imza ettirilmek suretiyle oluşturulduğu anlaşıldığından yoklukla malûl bulunduğu karar verilmiştir." diyerek, işlemdeki usule aykırılığı-kanımızca çok ağır bir değerlendirme ile- yokluk doğuracak nitelikte görmüştür. (Söz konusu Danıştay kararı için bkz. 5. Daire, T.1. 4. 1970, E. 69/4127, K. 70/1162; Danıştay Beşinci Daire Kararları, C. II, s. 398/2606, Danıştay Başkanlığı, Ankara, 1983)

(48) Conseil d'Etat yeni sayılabilecek bir kararında, Cumhurbaşkanlığı karamamesi ile yapılması gereken bir atama işleminin Adalet Bakanlığınca yapılması halini, yetki gaspı olarak nitelendirerek, işlemin yok hükmünde olduğuna karar vermiştir (C.E. "Philippe Maurice", 15. mai. 1981/Information de P. DELVOLVE, Rec. D. S., s. 529-530 (I.R.), 1981).

Danıştay'ın da yetki gaspı halinin yokluk doğurduğuna ilişkin kararlarından bazılarını şöyle özetleyebiliriz:

(a) "... bir hususi hükmi şahıs olan davacı şirketin idare meclisinin özel kişilere ait taşınmaz malın kamulaştırılmasına karar veremeyeceği, İdare'ye ait yetki gasp edilerek verilen bu kararın yok hükmünde olduğu... gerekçesiyle (davanın) reddine..." (6. Daire, T. 21. 2. 1968, E. 66/2621, K. 68/524; Danıştay Altıncı Daire Kararları, Birinci Kitap, Danıştay Başkanlığı, 1979, Ankara, s. 222/652)

(b) "... disiplin kovuşturmasının yeni merciler marifetiyle ele alınıp intacı gerekirken... inzibat komisyonunca verilen dava konusu cezanın yoklukla sakatlığının saptanmasına ve idari tasarruf yok hükmünde bulunmakla ayrıca bir karar verilmesine yer olmadığına..." (Mür. D.T. 19.3. 1980, E. 78/6713, K. 80/1172-YENİCE-ESİN, "İdarî Yargılama Usulü", 1983, s. 42-43'ten naklen).

(49) Fonksiyon gaspına ilişkin bazı Danıştay kararlarını şöyle özetleyebiliriz.

(a) "... karar ittihaz selâhiyetinin ceza mahkemelerine aidiyeti âşikar bulunan bir sahada, İdarenin tesis edeceği tasarruflar yetki gaspı (fonksiyon gaspı) ile malul olur. Yetki gaspı ise tasarrufun hukuk alanında vücut bulmaması sonucunu tevhit edeceğinden... kararın yokluğuna karar verildi." (12. Daire, T. 4.4.1976, E. 65/3706, K. 67/553; Danıştay Kararlar Dergisi, S: 115-118, s. 540)

(b) "... korunmaya muhtaç durumda olan bir çocuğun... durumu hakkında mahalli sulh hukuk mahkemesinin karar (vermesi gerekirken) ... İstanbul Korunmaya Muhtaç Çocuklar Birliğince karar alınması fonksiyon gaspı olduğundan bu kararın yoklukla maluliyetine karar verilmiştir. (12. Daire, T. 20. 10. 1971, E. 69/531, K. 71/2297; Danıştay Onikinci Daire Kararları, C. II, s. 460/3576, Danıştay Başkanlığı, 1976, Ankara)

(c) "... belediye hesaplarının incelenme ve hükme bağlanmasının Sayıştay'ın görevi içinde olduğu... belediye meclisinin belediye muhasibi hakkında zimmet çıkarma... hak ve alacaklarına haciz koyma... yetkisi(nin) bulunmadığı... İdarece, yargı mercilerinin görev ve yetkisine giren hususlarda verilen kararın yok hükmünde olduğu... gerekçesiyle dava konusu işlemlerin yetkisizlik sebebiyle iptaline... (11. Daire, T. 29. 6. 1981, E. 79/4429, K. 81/2333; Danıştay Onbirinci Daire Kararları, s. 103/252, Ankara, 1984)

Ancak Yargıtay yakın bir zamana kadar, yer bakımından yetkisizlik halini de bir yetki gaspı olarak değerlendirmekte⁽⁵⁰⁾ ve bu tür işlemlerin "yok hükmünde" sayılacaklarına karar vermekteydi. Oysa yetki gaspı, yer itibarıyla değil, konu itibarıyla⁽⁵¹⁾ ortaya çıkabilen istisnai ve fahiş bir sakatlık halidir. Bu nedenledir ki, idarî işlemin "yok" sayılmasına değil, sakat olmasına yol açar⁽⁵²⁾. Bu bağlamda, Yargıtay da, son olarak bir içtihadı birleştirme kararında, yer yönünden yetkisizlik halinin işlemi yok hükmünde sayılmasına yol açmayacağını belirlemiştir⁽⁵³⁾. Sonuç olarak, biz, yetki gaspı ve fonksiyon gaspı haricinde, yetki unsurunda oluşabilecek diğer sakatlıkların işlemin yok sayılması sonucunu doğurmayacağı kanısındayız.

İdarî bir işlemin yokluğu konu unsuru yönünden de ileri sürülebilir. Gerçekten de bir işlemin konusundaki ağır ve bariz sakatlıklar, işlemin konusuz kalmasını giderek de konusunun ve dolayısıyla bizatihi işlemin yokluğunu yaratabilir. Nitekim Teoride varılan bu sonuç, içtihatlarda da kendini göstermiştir⁽⁵⁴⁾.

Yinelemek gerekirse, biz yokluk teorisinin uygulama alanının dar tutulması gerektiği kanısındayız. Her ne kadar, Teori, kanunsuz ve keyfi bir İdarenin işlemleri karşısında kişilerin bir korunma mekanizması olarak düşünülebilirse de, ileride göreceğimiz sonuçları bakımından, İdare Hukukunun birçok ilkesi ile çelişmektedir. Hele işlemin yokluğunun tespiti bakımından değerlendirilecek olan "ağır ve bariz hukuka aykırılık" olgusunun soyutluğu ve sübjektifliği karşısında ve üstelik bunun takdirinin kişilere de bırakıldığı bir sistemde, bunun bir zorunluluk olduğu kanısındayız. Bu nedenle kanımızca yokluk teorisinin uygulama alanı ancak fonksiyon gaspı ve yetki gaspı halleri ile bazen de işlemin konu unsuru bakımından söz konusu olabilir.

(50) Söz konusu kararlarda, köy muhtarının kendi idari görev alanı dışında yapmış olduğu evlenme aktinin açık ve ağır bir yetki gaspı oluşturduğu ve yok hükmünde sayılması gerektiği belirtilmiştir. (Bkz. Yarg. 2. H.D., T. 9. 6. 1975, E. 4528, K. 5246/YKD. 1975-12, s. 23 ve Yarg. 2. H.D., T. 13. 4. 1978, E. 2855, K. 2974/YKD. 1979-6, s. 778)

(51) Nitekim Duran, kanunun yasağına aykırı olarak alınacak kararların, butlanla değil yoklukla malul olduğunu ve sırf idarî bir konuda yetkili bulunan İl Genel Meclisinin siyasi alana müdahale etmek suretiyle yaptığı işlemin yok sayılması gerektiğini vurgulamaktadır (Lütfi DURAN, "İdare Hukuku Meseleleri", İstanbul, 1964, s. 12)

(52) Yıldızhan YAYLA, "Yer İtibarıyla Yetki ve Yokluk", Hukuk Araştırmaları MÜHFM, C. 1, S: 2, 1986, s. 55).

(53) Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, T. 13. 12. 1985, E. 85/4, K. 85/9-YKD. 1986-2, s. 165 vd.

(54) Danıştay, rastladığımız iki kararında konu unsuru yönünden işlemdeki yokluk halinin varlığını tespit etmiştir.

(a) "... ihtirain mevzuunun ilaç olması ve İhtira Beratı Kanununun 3. maddesi hükmüne göre, ilaçlara berat itası caiz olmaması sebebiyle, başlangıçta davacı şirket adına zuhulen tescil edilmiş bulunan ihtira beratanın... yok hükmünde addedilmesine dair müesses işlemde mevzuata aykırılık görülme(miştir)..." (12. Daire, T. 30. 1. 1967, E. 65/3290, K. 67/107; Danıştay Onikinci Daire Kararları, C. 1, s. 451/1571, Ankara, 1976)

(b) "... Denizli Belediyesi'nin bir kamu kuruluşu olması nedeniyle ona ait bir taşınmaz mal, diğer bir kamu kuruluşu olan T.E.K. Genel Müdürlüğü tarafından kamulaştırılamaz. Bu sebeplerle, kanuna açıkça aykırı bulunan dava konusu kamulaştırma işleminin yokluğuna karar verildi." (6. Daire, T. 22. 11. 1973, E. 73/736, K. 73/4313; AİD., C. 7, S: 4, s. 207)

Öte yandan Danıştay'da görülen bir davada-esas tartışılmamakla birlikte-uyuşmazlığın konusu "Bakanlar Kurulunun Türk vatandaşı olmayan bir kişi hakkında vermiş olduğu Türk vatandaşlığını kaybettirme kararı"nın iptaline ilişkindir. Danıştay esas hakkındaki görüşünü belirtmemekle beraber, böyle bir işlemin konusunun yok hükmünde olduğunun kabulü gerekir. (Bkz. D. D. Umumi Heyeti, T. 22. 1. 1954, E. 53/13, K. 54/22, Devlet Şurası Kararlar Dergisi, S: 64-65, s. 76-78)

2.) İşlemin Hukuki Değerini Etkileyen Sakatlıklar ve Yokluk Teorisi

İşlemin hukuki değerini etkileyecek derecedeki sakatlıkların yalnız açık hata, hile ve ikrah gibi hallerde söz konusu olabileceği⁽⁵⁵⁾ ve bu nitelikteki işlemlerin "kesin nitelik kazanmaya elverişli olmayan işlemler"⁽⁵⁶⁾ arasında yer aldığı görüşleri, bu durumdaki işlemlerin hukuki sonuçlarının "yok hükmünde" kabul edilenlerle özdeş sayılıp sayılamayacağı sorununun⁽⁵⁷⁾ gerek öğretisi ve gerekse içtihatlarında tartışılmasına yol açmaktadır.

a) Açık Hata Hali

Konumuz bakımından öncelikle açık hata kavramını açıklamak gerekir. Açık hata hali, takdir yetkisinin kullanılması bakımından ortaya çıkabilen bariz bir değerlendirme ya da tercih hatası şeklinde oluşabileceği⁽⁵⁸⁾ gibi; İdarenin bir yasal düzenlemeyi yanlış anlaması ve uygulaması sonucunda da ortaya çıkabilir. İlk halde, doğal olarak, takdir yetkisinin tâbi olduğu denetim mekanizmasının işlemesi gerekirken⁽⁵⁹⁾; ikinci halde durum bu kadar basit değildir ve İdarenin bu tür yanlışlarının sonucunda oluşan işlemlerin hukuki nitelenmesi ve bunların yargısal denetimi tartışmaya açıktır. Bizim bu paragrafta ele alacağımız işte bu ikinci durumdur.

İdarenin bir yasal metnin yorumunda ya da uygulanmasında açık ve esaslı bir yanılma (erreur manifeste) düşmesi sonucunda oluşan işlemlerin "kesinlik kazanmaya elverişli olmayan işlemler" arasında yer aldığı⁽⁶⁰⁾ ve herhangi bir kazanılmış hak doğurmayacağı⁽⁶¹⁾; buna karşılık, basit hataların işlemin ilgilileri hakkında hak doğumunu engellemediği

(55) T.B. BALTA, "İdare Hukukuna Giriş", Teksir, s. 159.

(56) R. G. SCHWARTZENBERG, *dpn.* 24, s. 467; GALABERT, *conc. C. E.*, "Sieur Silvani", *Ajda*, 1967/Avril, s. 224. Schwartzenberg bu tür işlemler için "actes insusceptibles d'acquérir un caractère définitif" deyimini kullanmaktadır. Hemen belirtelim ki, burada işlemin kesin nitelik kazanmamasından kastedilen, onun nihâi ya da icrai niteliğinin olmaması değil, aksine işlemin herhangi bir hak ya da yükümlülük yaratmaması ve dava süresinin geçirilmesinin dava hakkını düşürmeyeceğidir. Flammé, yokluk, hile ve açık hata hallerinin yanı sıra; hakkında iptal davası açılmış işlemler ile bir talebin reddi ya da bir statüden yararlandırmayı reddetme gibi olumsuz işlemlerin de -özellikle geri alma bakımından- hukuki değerden yoksun olduklarını belirtmektedir. (M.A. FLAMME, "Droit Administratif", t: II, 1979-1980, s. 119-120, Bruxelles).

(57) Schwartzenberg, yok hükmünde sayılan işlemleri, hile ile elde edilmiş veya açık hata taşıyan işlemlerin de yer aldığı "kesinlik kazanmaya elverişli olmayan işlemler" kategorisinde incelemiştir. (bkz. SCHWARTZENBERG, *dpn.* 24, s. 466)

(58) "Açık hata" takdir yetkisi içinde alınan işlemlerde İdarenin yaptığı açık, belirgin, hemen farkedilebilen, getirdiği çözüm adalet duygularına açıkça ters düşen bir değerlendirme veya tercih hatasıdır". Nuri ALAN, "Türk İdarî Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi", *İdarî Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu*, Ankara, 1982, s. 54.

(59) Bu durumda ele alınan açık hata kavramı, Conseil d'Etat içtihatlarında yeni gelişen bir kavramdır. Bu nedenle iptal edilen idarî işlem sayısı da oldukça azdır (Bruno KORNPROBST, "L 'erreur Manifeste", *Rec. D.S.*, 1965, s. 121) Bunun bir nedeni de, idare yargıcının İdarenin faaliyetlerinde belirli bir hata payının bulunabileceği varsayımından hareketle minimum bir denetim yapmasıdır. (GALABERT-GENTO, *Chr.*, *AJDA*, octobre 1962, s. 553).

(60) Bkz. SCHWARTZENBERG, *dpn.* 24, s. 467.

(61) KORNPROBST, *dpn.* 59, s. 121.

(62) kabul edilmektedir (63). Nitekim, medeni hukukta da, her hata halinin değil, sadece esaslı hataların akte tesir ettiği ve esaslı hataya düşen tarafın akitle bağlı olamayacağı (64) ilkesi benimsenmiştir.

Bu aşamada, bir hatanın açık ve esaslı olup olmamasında, bir başka deyişle, bir hatanın açık hataya dönüşümünde gözetilecek kriterin ne olması gerektiği sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu konuda gerek Conseil d'Etat gerekse Danıştay tarafından benimsenmiş herhangi bir kriter bulunmamaktadır. Ancak, açık hata halini, işlemin maddi olgularının nitelemesinde değil, hukuki olguların nitelemesinde yapılan belirgin bir yanılğı (65) olarak ele alıp açıklamak mümkündür. Hatanın "açık" olmasından ise "derhal farkedilebilir", "belirgin" olma kastedilmektedir (66) ve tamamen sübjektif bir olgudur.

Öğretide idarî işlemlerde açık hata halinin varlığı halinde, bu işlemlerin kesin nitelikte olmadıkları, herhangi bir hak kazandırmadıkları ve hukuki değerden yoksun buldukları; dolayısıyla her zaman geri alınabilecekleri kabul edilmiştir. İşleminde açık hata olup olmadığının takdiri ise yargıcın değerlendirmesine bırakılmıştır. Nitekim, bu bağlamda Danıştay'ın daha önce özetlediğimiz bir kararında (67), Yüksek Mahkeme İdarenin yanılmak suretiyle kanuna aykırı olarak yaptığı işlemini geri almasında herhangi bir hukuka aykırılık görmemiştir. Bu itibarla, gerek öğretide gerekse uygulamada benimsenen hukuki sonuçlarıyla işlemdeki açık hata halinin yok hükmündeki işlemlere benzediği söylenebilir. Danıştay, idarî işlemin geri alınması bakımından vermiş olduğu bir içtihadı birleştirme kararında (68), "yokluk, açık hata, memurun gerçek dışı beyanı veya hile hallerinde, İdare, her-

(62) Turgut TAN, "İdarî İşlemin Geri Alınması", Ankara, 1970, s. 78.

(63) Nitekim Danıştay da çeşitli kararlarında bu kanıda olduğunu ortaya koymuştur:

(a) "... itiraz sonucu (ilgilinin) not ortalamasının % 70,52'yi bulmuş olduğunu saptandığı... inceleme sırasında not ortalamasının % 70'i bulmadığı nedeniyle karar verilmesi bir yandan kararın maddi unsurları yönünden sakatlığını ortaya koyduğu, öte yandan **idarî yanılığın bireye yükletilmesi gibi hak ve adalet kuralları ile bağdaşmaz bir durum yaratacağı** gerekçesiyle iptaline..." (DDK, T. 8. 6. 1973, E. 72/6, K. 73/394: Danıştay Dava Daireleri Kurulu Kararları, Birinci Kitap, s. 252-253/404, Danıştay Başkanlığı, 1981, Ankara.)

(b) "... anılan karamamenin görev sütununda, ünvanla ilgili olarak yapılan hatalı yazının düzeltildiği, **hatalı işlemlerden kazanılmış hakların ihlâl edilmemesi koşuluyla her zaman dönülebileceği**, bu işlemin ise ilgisine kazanılmış hak sağlamayacağı..." (5. Daire, T. 29. 1. 1973, E. 70/2329, K. 73/98; Danıştay Beşinci Daire Kararları, C. II, s. 455/2748, Danıştay Başkanlığı, Ankara, 1983)

(64) F. Necmeddin FEYZİOĞLU, "Borçlar Hukuku Genel Hükümler", C. I, İstanbul, 1976, s. 123.

(65) KORNPROBST, dpn. 59, s. 123; Ayrıca, Waline, "maddi hata halinde, idarî işlemin geri alınabilmesi ancak söz konusu maddi hatanın bir niteleme hatasına, yani kanunun yanlış uygulanması ile oluşan bir hukuki hata haline dönüşmesi ile mümkün olabilir" diyerek açık hata halinde işlemin geri alınabileceğini belirtmiştir. (Bkz. Marcel WALINE, note, C.E., "Union Commerciale de Bordeaux-Bassens", 12. janvier, 1951, RDP. 1951, s. 892).

(66) KORNPROBST açıklık kavramını "elle dokunduğunda hissedilebilir, bakıldığında görülebilir" şeklinde açıklamıştır (bkz. dpn. 59, s. 122).

(67) bkz. dpn. 54-a.

(68) Danıştay İçt. Bir. K., T. 22. 12. 1973, E. 68/8, K. 73/14 (RG. 14. 6. 1974/14915; Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararları, 1933-1983, s. 49/105, Ankara, 1984, Danıştay Başkanlığı Yayını)

hangi bir süre ile bağlı olmaksızın işlemini her zaman geri alabilir" diyerek, bu durumdaki işlemler bakımından kalıcı bir hukuki statü yaratmıştır (69).

b) Hile ve ikrah ile elde edilmiş işlemler

Açık hata halinde olduğu gibi, hile ve ikrah ile elde edilen işlemlerin de hukuki değerden yoksun oldukları öğretide kabul edilmektedir (70). Gerçekten de İdare'yi iğfal ederek sağlanan hukuki statüler hiçbir zaman bir hak oluşturmazlar (71). Bu aşamada hemen belirtelim ki, idare hukukunda ikrah halinin varlığı tartışılır niteliktedir. Kanımızca, ikrah hali, işlemi yapan idarî makamın çeşitli baskılar altında tutularak işlem hakkındaki objektif tutumunu terketmesini sağlamak şeklinde ortaya çıkabilir; uygulamada ise böyle bir durum olsa olsa hiyerarşik üstün ast üzerindeki etkinliği dolayısıyla görülebilir. Ancak bu tez dahi "kanunsuz emir" prensibi ile bertaraf edilebilir niteliktedir. Bu nedenle, kanımızca, ikrah yolu ile idarî işlem elde edilmesi -en azından teorik bakımdan- mümkün değildir, çünkü Yasama ve Yargı Güçleri dışında İdare'yi bir işlem yapma konusunda zorlayacak herhangi bir etmenin varlığı düşünülemez; diğer yandan ise bu konuyla ilgili herhangi bir yargı kararı da bulunmamaktadır.

Hileli hareketler (agissement frauduleux) ya da kısaca hile, ilgililerin gerçek-dışı açıklamaları ya da susmaları (hareketsiz kalarak gerçekleri saklamaları) ile İdare'yi yanıltmaları sonucunda ortaya çıkar (72). Dolayısıyla bu halde İdare'ye yükletilebilecek herhangi bir irade sakatlığı bulunmamaktadır; aksine, işlemi hukuka aykırı kılan idare edilenlerin yanıltıcı, hileli iradeleridir. Sonuçta da -ilgili hakkındaki hukuki sonuçları ne olursa olsun- hilenin, işlemi yapan organ açısından "açık hata"dan farkı olmamak gerekir (73). Nitekim hile ile elde edilen işlemlerin de "Fraus omnia corrumpit" ilkesi dolayısıyla (74) herhangi bir hak ve hukuki sonuç doğurmayacakları (75), kesinlik kazanamayacakları (76) ve İdare tarafından tanınmayacakları (77) kabul edilmiştir.

(69) Nitekim Danıştay bir başka kararında da söz konusu içtihat doğrultusunda hareket etmiştir: "... Petrol Ofisi Genel Müdürlüğü... kararıyla ödenen iki aylık tutarındaki ikramiyenin yasal dayanağının bulunmadığının Başbakanlıkça bildirilmesi üzerine, ödenen ikramiyelerin geri alınmasına başlandığı, İdarece yapılan ödemede 1973/14 sayılı içtihatla belirtilen açık hata durumunun bulunduğu uyuşmazlık olmadığından, geri almada 90 günlük sürenin (dava açma süresinin) söz konusu edilemeyeceği..." (5. Daire, T. 11. 10. 1977, E. 74/3979, K. 77/4502; Danıştay Beşinci Daire Kararları, C. I, s. 474-475/1245)

(70) BALTA, dpn. 55, s. 159.

(71) DURAN, dpn. 51, s. 405; DURAN, "İdare Hukuku Ders Notları", s. 424, İst., 1982.

(72) STASSINOPOULOS, dpn. 12, s. 271; TAN, dpn. 62, s. 77.

(73) Bkz. ÖZGEN, dpn. 10, s. 278.

(74) WALİNE, note, dpn. 65, s. 890; Hile ile elde edilmiş işlemler, İdare'yi yanıltarak işlem yapmaya yönelttiğinden; hileli davranışın kanunların sağladığı olanaklardan yararlanması mümkün değildir. Bu, "fraus omnia corrumpit" kuralının bir sonucudur (G. VLACHOS, "Le Retrait des Actes Administratifs", s. 418, Rev. Adm. 1970/Juillet-Août).

(75) WALİNE, note, dpn. 65, s. 890; AUBY-DRAGO, "Traité de Contentieux Administratif", t. III, Paris, 1962, (LGDJ), s. 32; GALABERT, concl., dpn. 56, s. 224.

(76) SCHWARTZENBERG, dpn. 24, s. 467.

(77) GALABERT, concl. dpn. 56, s. 225; Ayrıca bkz. C.E. "Sieur Silvani", 18. novembre. 1966, AJDA, 1967/avril, s. 225.

Bu itibarla, böyle işlemlerin yarattıkları hukuki statülerin her zaman kaldırılabilceği ve geri alınabileceği gerek öğretide gerekse içtihatlarda (78) benimsenmiş bir ilkedir. Buna karşılık Danıştay son kararlarından birinde bu ilkeyi hiçe sayarak, hile ile elde edilmiş bir statünün kazanılmış bir başka statüyü etkilemeyeceğini belirleyerek (78 a) idare hukuku ilkeleri ile bizzat kendi yerleşik içtihatlarına da ters düşmüştür.

Öte yandan, hile hali ile yokluk birbirlerinden farklı hukuki durumlar yaratan, tamamıyla ayrı kavramlar olmalarına (79) karşılık, yarattıkları hukuki sonuçlar bakımından bazı benzerlikler göstermektedirler (80). Nitekim, Danıştay da daha önce sözünü ettiğimiz içtihadı birleştirme kararında (81) bu durumu vurgulamıştır.

Ancak, bu konuya ilişkin açıklamalarımızı bitirmeden önce, hemen belirtelim ki idarî işlemdeki "açık hata" ve "hile" hallerinin "yokluk" ile benzerlikleri olmakla birlikte, kesinlikle özdeş nitelikte sayılamazlar. Herşeyden önce, yokluk teorisi ile güdülen amaç, İdarenin yok hükmündeki işlemleri karşısında bireylerin korunma mekanizmasını güçlendirmektir; hatta bu amaçla-katılmamakla birlikte-söz konusu teori ile, bireyin bu tür işlemleri tanımama ve karşı koyma hakkı benimsenmiştir. Oysa, diğer halde gerçekleştirilmek istenen amaç, idarî işlemdeki "açık hata" ve "hile" dolayısıyla, ilgililerin hak kazanmalarının engellenmesidir ve İdare de bu tür işlemlerle bağlı değildir.

(78) Bu konuda Conseil d'Etat'nın "Larribeau" kararı çok ilginç bir örnektir. M. Larribeau, Vichy Hükümetince görevinden alınan memurlardan biridir. Bu memurlara yeniden görevlerine geri dönme ve belirli bir tazminat ödenmesi olanağını sağlayan 29. Kasım. 1944 tarihli bir karardan yararlanarak görevine yeniden başlayan Larribeau, tazminatını aldıktan 15 gün sonra istifa etmiştir. Bunun üzerine İdare, "Larribeau'nun sırf tazminat almak amacıyla görevine başladığı ve bunun kanuna karşı bir hile olduğu" gerekçeleriyle "göreve yeniden alma ve tazminat ödeme" işlemlerini geri almıştır. Larribeau da İdare'nin bu işlemlerine karşı Conseil d'Etat'ya başvurmuş; Yüksek Mahkeme: "1944 tarihli kanun, görevine gerçekten geri dönmek isteyen memura ayrıca bir de tazminat verilmesi amacını gütmektedir. Larribeau'nun amacı ise göreve geri dönmek değil, sadece tazminatı geri almaktır. Tazminatın sebebi 'göreve geri dönme ve sürdürme' olgusudur ki bu ortadan kalktığından ve Larribeau'nun kanuna karşı hilede bulunduğu açık olduğundan, İdarenin işlemi hukuka uygundur" gerekçesiyle Larribeau'nun açmış olduğu iptal davasını reddetmiştir. Böylelikle, Conseil d'Etat söz konusu bu kararı ile hileyle elde edilen işlemlerin her zaman geri alınabileceğini de benimsemiştir. (bkz. Marcel WALINE, note, C.E., "Larribeau", 26, Janvier. 1961, RDP., 1951, s. 900-903).

Nitekim Danıştay'ın da bu konudaki içtihadı yerleşmiş durumdadır. Söz konusu içtihat için bkz. dpn. 68.

Ayrıca, Danıştay'ın bu konudaki bir başka kararından da söz etmek gerekir: "... göreve başladığı tarihte ilkökul mezunu olmadığı halde, sahte bir diploma ile işe girip daha sonra ilkokulu bitirdiği, böylece İdare'yi yanılttığı... anlaşılan davacının görevine son veril(ebileceği)..." (5. Daire, T. 24. 9. 1973. E. 71/1575, K. 73/5535; Danıştay Beşinci Daire Kararları, C. I, s. 445/1165); aynı nitelikteki bir başka Danıştay kararı için de bkz. 5. Daire, T. 24. 2. 1975, E. 72/3185, K. 75/962; Danıştay 5. Daire Kararları, C. I, s. 447/1171.)

(78a) Söz konusu kararda Danıştay, "ÜSS sınavına yerine başkasını sokarak kayıt yaptıran davacının, sahte bir belgeye dayansa bile bir yüksek öğretim kurumuna kaydını yaptırmış durumda olduğu; sahte belgenin ise salt kayıtla ilgili olduğu, eğitim nitelikleriyle ilgili bir sahtekârlık bulunmadığı" şeklindeki, idare hukuku ilkelere ters düşen gerekçesiyle İdarenin "geri alma" işlemini hukuka aykırı bularak iptal etmiştir. (Bkz. Danıştay 8. Daire, E. 85/583, K. 86/113, T. 11. 3. 1986, "Hülya Avşar Kararı", karar yayınlanmamıştır. Danıştay'ın bu konudaki benzer bir kararı için bkz. D. 8. Daire, T. 21. 11. 1985, E. 85/609; K. 85/955; Danıştay Dergisi, S: 62-63, s. 342-344.

(79) GALABERT, concl., dpn. 56, s. 224.

(80) SCHWARTZENBERG, dpn. 24, s. 466.

(81) Bkz. dpn. 68

3.) Fiili Ajanların İşlemleri ve Yokluk Teorisi

Yokluk teorisi, fiili ajanların işlemleri bakımından da ele alınarak tartışılmıştır.

Fiili ajanlar, ya tamamıyla fiili bir durum sonucunda ⁽⁸²⁾, ya resmi bir statüde olmaksızın İdarenin oluru ile ya da statülerinin tamamıyla hukuka aykırı olmasına karşılık ⁽⁸³⁾ idarî bir görevi yerine getiren ve işlemler tesis eden kişilerdir ⁽⁸⁴⁾.

Öğretide fiili ajanların yaptıkları işlemlerin yok hükmünde sayılıp sayılamayacağı tartışma konusudur. Fiili ajanların işlemlerinden iyi niyetli üçüncü kişilerin ya da bizatihi İdare'nin menfaat ve haklarının ihlâl edilmesi durumunda, bu gibi işlemlerin bariz ve ağır hukuka aykırılık taşıdıklarından bahisle yok hükmünde oldukları ileri sürülebilir. Gerçekten de idarî işlemi yapan kişinin idarî hiyerarşi içinde bulunması gerekir. Ayrıca hiyerarşi içinde bulunan ajanların hepsi de idarî karar alma yetkisini haiz değildir. Bu nedenle İdare'ye yabancı olan ya da idarî hiyerarşi içinde bulunmakla birlikte idarî işlem yapma yetkisi olmayan kişilerin işlemleri, idarî işlem niteliği taşıyamaz; bu tür işlemler yoklukla özürlü sayılırlar ⁽⁸⁵⁾. Nitekim, Türk İdare Hukukunda da, "kanunilik" ve "kanuni yönetim" ilkesi şeklinde ifade edilen Anayasa hükümlerine göre, hiçbir kamu makamı, kendisine yasalarla verilmemiş bir yetkiyi kullanamayacağı gibi, yasal yetkilerini de yasanın öngördüğü sebeplerle, yasanın sınırladığı konuda ve çizdiği amaçla kullanabilir ⁽⁸⁶⁾; dolayısıyla idarî karar alma yetkisi dahi bulunmayan kişiler ile İdare'nin dışındaki kişilerin, İdare işlevine ilişkin herhangi bir yetkiyi kullanamayacakları aşikârdır. Bu itibarla, idarî işlemi yapıyor gözükken kişinin İdare adına irade açıklamaya kanunen yetkili kılınmamış, yani İdare'yi hiçbir konuda temsil etme ve bağlama gücüyle donatılmamış olması yetki gaspıdır ⁽⁸⁷⁾.

Ayrıca, konuyu İdare açısından ele aldığımızda; kendisine ait yetkilerin, hukuk-dışı statüde bulunan fiili ajanlarca kullanılmasının ve bu işlemler dolayısıyla ortaya çıkacak sonuçların, İdare bakımından kabul edilebilirliği mümkün değildir. Dolayısıyla, bu işlemlerin ilgililere hiçbir hak kazandırmadıkları, geri alınabilecek nitelikte ve yok hükmünde oldukları İdare tarafından ileri sürülebilecektir.

Konuya ilgililer açısından baktığımızda ise durum tam tersinedir. Gerçekten de "Görünüm Teorisi"ne göre ⁽⁸⁸⁾, fiili ajanlar, görevin tamamen dışında bulunmakla birlikte, göreve ilişkin yetkileri usulüne uygun olarak atanmış ajanlar gibi kullanır görünümündeki

(82) Onar'a göre, fiili memur, birtakım fiili şartlar ve vasıflar içinde mevki işgal eden ve faaliyette bulunan kimse-dir. (II/ONAR, dpn. 8, s. 1281).

(83) Atanması hukuka aykırı olan, istifa eden, belirli bir süre işten el çektirilen ya da görevden alınan veya azledilen ve fakat fiilen göreve devam eden ya da ettirilen kişiler fiili ajan durumundadırlar (DE SOTO, dpn. 2, s. 66).

(84) Güran, bir incelemesinde; yeni bir göreve atamak şeklinde cereyan eden bir işlemlerle, memurun kadrosunun kaldırılmadığı, açığa alınmadığı ve geçici olarak görevden uzaklaştırılmamış veya çıkarılmamış, hatta naklen dahi atanmamış olduğunu belirterek, böyle bir durumdaki memurun "askıdaki memur" olarak nitelendirilebileceğini vurgulamıştır (S. GÜRAN, "Yeni bir buluş: Askıdaki Memur", İHİD, Yıl: 1, S. 1, Mart, 1980, S. 75). Kanımızca, böyle bir statüdeki memurun, yaptığı işlemler bakımından "fiili ajan" sayılması gerekir.

(85) WODİE, dpn. 16, s. 86.

(86) GÜRAN, dpn. 84, s. 77.

(87) YAYLA, dpn. 52, s. 55; DURAN, dpn. 71, s. 407.

(88) Söz konusu teori için bkz. dpn. 25.

kişilerdir; bu itibarla, fiili ajanlar kamu kudretine sahip görünümündedirler ve işlemlerinin geçerli sayılması, iyi niyetli kişilerin bu görünüme inanması olgusuna dayanır⁽⁸⁹⁾. Diğer yandan, idare edilenler karşılarında her zaman güçlü ve güvenilir bir İdare görmek isterler; İdarenin iç-düzeni ile ilgili herhangi bir bilgiye sahip değillerdir⁽⁹⁰⁾. Bu bağlamda, fiili ajanların, hukuk-dışı durumları nedeniyle yapmış oldukları işlemlerin iptal edilmesi halinde, her zaman ve her işde, ilgili ajanın hukuki statüsünü araştırma zorunluluğu ortaya çıkar ki böyle bir külfet kişilere yüklenemez⁽⁹¹⁾; kaldı ki söz konusu işlemi yapmış olan makamda bulunan ajanın görevli ve yetkili olduğu karinesinin varlığı dahi, iyiniyetli kişilerin korunması bakımından yeterli sayılmak gerekir.

Tüm bunların yanında, ayrıca, özel ve istisnai koşullarda ve sosyal gereklilik hallerinde fiili ajanların yapmış oldukları işlemler, bunları yoklukla özürlü işlemler olmaktan çıkarıp, sadece hukuka aykırı ve hatta hukuka uygun hale dönüştürür⁽⁹²⁾. Nitekim Conseil d'Etat, ünlü "Lecocq" kararında bu hususu vurgulamaktadır⁽⁹³⁾.

Görüldüğü gibi, "Fiili Ajan Teorisi"ni, böyle bir ikilem içerisinde ele alıp değerlendirdiğimizde, ortaya çıkan işlemlerin hukuki sonuçları ve bunlara yokluk halinin uygulanıp, uygulanamayacağı konusunda ikili bir ayırım yapmak gerekir kanısındayız.

Eğer bir işlemin fiili ajan tarafından yapılması İdarenin öngöremeyeceği bir durum ise, İdare'ye bu konuda herhangi bir yükümlülük atfedilemiyorsa, bu takdirde İdare bu işlemi yok hükmünde addederek her zaman geri alabilir ve işlem -iyiniyetli de olsa- ilgililere herhangi bir hak kazandırmaz. Tamamıyla fiili bir durum sonucu ve İdarenin hiçbir bilgisi olmaksızın bir idarî makamı işgal eden kişilerin yaptıkları işlemler bu nitelikte sayılmak gerekir⁽⁹⁴⁾.

(89) WODİE, dpn. 16, s. 83; DURAN, dpn. 71, s. 408.

(90) Bir organ veya memur kendisine verilen veya fiilen kendisinin elinde bulunan yetkileri kullanmaya ehil midir gibi ince hukuki noktalar ilgilileri alakadar etmez, dolayısıyla bir memurun atama işlemini tetkike selahiyetleri olmadığı gibi, kudretleri, vakitleri ve mecburiyetleri de yoktur (II/ONAR, dpn. 8, s. 1278).

(91) ÖZGEN, dpn. 10, s. 273.

(92) WODİE, dpn. 16, s. 84.

(93) Conseil d'Etat, "Lecocq" kararında (7. ocak. 1944); fiili ajan teorisini uygulayarak, Fécamp Belediyesi Yerel İdarî Komitesi tarafından, "terkedilmiş mağazaların yeniden açılması", "bunlara birer idareci atanması" ve "gelirlerinden vergi alınması" konularında yapılan işlemler üzerine, Fécamp İdarî Komitesinin vergi koyma konusunda yetkisiz olduğu, yetkisini aştığı hususlarını belirleyerek, hukuka aykırılığı irdelemiş ve fakat işlemi yok hükmünde saymamıştır.

Yüksek Mahkeme, "(Olayda), Belediye Meclisinin toplanmasının ve Valiliğin onayının imkânsızlığı halinde, durumun gerektirdiği tedbirleri almak o yörenin başı olan Belediye Başkanına aittir. Yürürlükteki mevzuatın öngördüğü gelirlerin, Fécamp'ın olağanüstü durumlar sonucunda oluşan yerel ihtiyaçlarının karşılanmasındaki yetersizliği karşısında, Belediye Başkanı mağazaların gelirinden geçici olarak vergi alabilirdi." görüşüne yer vererek; söz konusu karar -yetkisiz olduğu halde- Belediye Başkanının almış olması halinde, kararın hukuka aykırı dahi sayılamayacağını üstü kapalı bir biçimde vurgulamıştır. ("Lecocq" kararı konusundaki açıklamalar için bkz. JEZE, note, RDP. 1944, s. 331; LONG-WEİL-BRAIBANT, dpn. 21, s. 140; WODİE, dpn. 16, s. 83)

(94) Danıştay, bir kararında: "...eğlence yerleri kontrol memuru olarak çalışan davacının, Gençlik Parkı giriş kapısında görevli bulunduğu sırada, gişe memurunun yerinde bulunmamasından yararlanarak, (daha önce) satılan biletleri tekrar sat(tığı)... anlaşıldığından... görevine son verilebilir" sonucuna varmıştır 5. D., T. 28. 12. 1970, E. 68/5780, K. 70/6216; Danıştay Beşinci Daire Kararları, C.I., s. 434/1133). Konumuz bakımından kararın herhangi bir ilgisi olmamakla birlikte; gerçekten de kararda geçen olay, oluşum şekli ile İdarenin öngörmesi mümkün olmayan bir durumdur.

Aksine, bir işlemin fiili ajan tarafından yapılması İdare tarafından öngörülebilir, tahmin edilebilir bir durum ise; böyle bir işlemin yok hükmünde ve hatta hukuka aykırı sayılması İdare Hukuku ilkeleri ile bağdaşmaz. Nitekim fiilen görev yapan kişilerin işlemleri bu ayırım içinde değerlendirilmek gerekir ⁽⁹⁵⁾.

4 -) Fiili Yol ve Yokluk Hallerinin Karşılaştırılması

Öğretide, bazı idare hukukçuları içtihatları yorumlayarak "yokluk" ve "fiili yol" hallerini, "İdare'ye ait bir yetkenin kullanımına bağlanamayan işlemler" olarak nitelendirerek bunların yok hükmünde, hiç oluşmamış işlemler ⁽⁹⁶⁾ olduğunu belirlemekte; sırf bu açıdan da birçok yazar "yokluk" ve "fiili yol" teorilerinin birlik ve benzeşme içinde olduklarına değinmektedirler ⁽⁹⁷⁾. Fiili yol, İdarenin usul-dışı sayılacak maddi fiil ve hareketleriyle kişinin mülkiyet hakkına ya da kamu özgürlüklerine tecavüz etmesidir şeklinde tanımlanabilir ⁽⁹⁸⁾. Bu bağlamda, kamu özgürlükleri ile mülkiyet hakkının ihlal edilmemesi durumunda, açık bir yolsuzluk ve usulsüzlük olsa dahi fiili yolun oluşmayacağı kabul edilmektedir ⁽⁹⁹⁾. Öte yandan, öğretide, görüş birliği içinde yoklukla özürlü bir işlemin icrasının fiili yol oluşturacağı ⁽¹⁰⁰⁾; ayrıca bu tür işlemlerin icrasının usul-dışı olması koşulunun aranmayacağı kabul edilmektedir ⁽¹⁰¹⁾. Bu bakımdan, yokluk fiili yolun oluşmasındaki etkenlerden biridir ⁽¹⁰²⁾. Nitekim her fiili yol hali, yok hükmündeki bir işlemin icrası ile ortaya çıkmaz; sadece hukuka aykırı ve hatta tamamen hukuka uygun bir işlemin yasal düzenlemelere ve usullere aykırı olarak-bir hak ve özgürlüğün ihlâlüne yol açacak şekilde- icra edilmesi sonucunda da fiili yol hali oluşabilir ⁽¹⁰³⁾. Bu itibarla, fiili yol kavramı, her bakımdan yokluk kavramına

- (95) Henüz kadroya atanmamış, kadrosu kaldırılmış, istifa etmiş, emekli olmuş, geçici olarak görevden alınmış, azledilmiş ya da başka göreve atanmış kişilerin, İdarece fiilen görevlendirilmeleri halinde yapmış oldukları işlemler, fiili ajanların işlemleri olarak kabul edilse dahi; bu tür işlemleri İdarenin öngöremeyeceği kabul edilemez ve bu durum işlemin iptali konusunda geçerli bir sebep oluşturmaz.
- (96) Pierre LE MIRE, dpn. 26, s. 1221.
- (97) Bkz. A. DE LAUBADERE, "Traité Élémentaire de Droit Administratif", 3. éd. Paris, 1963, t: 1, s. 263 vd.; Prosper WEIL, "Une Résurrection: La Théorie de l'Inexistence en Droit Administratif", Rec. D., 1958, s. 49 vd.; AUBY, dpn. 1, s. 14, 215 vd.; AUBY-DRAGO, dpn. 75, Nos: 470 ve 1237 vd.; DEBARY, dpn. 26, s. 93 vd. WALINE, dpn. 6, s. 447; WODIE, dpn. 16, s. 82-83.
- (98) III/ONAR, dpn. 8, s. 1668.
- (99) III/ONAR, dpn. 8, s. 1670; WEDEL, dpn. 3, s. 562; P. LE MIRE, dpn. 26, s. 1241.
- (100) FLAMME, dpn. 56, s. 133; WEIL, dpn. 97, s. 52; DESGRANGES, dpn. 13, s. 158; WODIE, dpn. 16, s. 83; EISENMANN, dpn. 20, s. 92; WALINE, dpn. 6, s. 447; Sarıca, yoklukla özürlü bir işlemin icrasının tamamıyla fiili bir durum olduğunu ve bunun böyle bir karar icra eden ajanın bir haksız fiili olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir (SARICA, "Yoklukla Malul İdarî Kararlardan Dolayı İdarenin Malî Mesuliyeti Meselesi", İÜHFİM., C: XIII, 1947, s. 893); Bu bağlamda Le Mire ise, hak ve özgürlüklere bir kısıtlama getirmediği takdirde, yok hükmündeki işlemlerin fiili yola dönüşmeyeceği, buna karşılık her fiili yol halinin, işlemin yok hükmünde sayılmasına yol açacağı görüşündedir (LE MIRE, dpn. 26, s. 1241).
- (101) Vedel, kaynağını yoklukla malul bir işlemin oluşturduğu fiili yolun, hukuka aykırılık ve yokluk hallerinin arasında bir yerde bulunduğu gerekçesiyle, bunlara "yok-benzeri işlemler" adını vermektedir. (bkz. VEDEL, "la juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative", J. C. P., 1950. I., s. 851, No: 3); VEDEL, ayrıca yok-benzeri işlemlerin icrasının ancak kişi hakları ve kamu özgürlüklerini ihlâl etmesi halinde fiili yol oluşturacağını belirtmiştir (VEDEL, dpn. 3, s. 562).
- (102) WEIL, dpn. 97, s. 52.
- (103) EISENMANN, dpn. 20, s. 92; Chr. FOURNIER-BRAIBANT, C.E. "Société des Etablissements Lassalle-Astis", 31. Janvier. 1958, AJDA, 1958, II, s. 90.

oranla çok daha geniştir ⁽¹⁰⁴⁾; kaldı ki, yokluk hali doğrudan doğruya işleme bağlı iken, bunun icrası fiili yol oluşturacağından, uygulamada da fiili yol haline daha çok rastlanmaktadır ve rastlanacaktır ⁽¹⁰⁵⁾.

Diğer yandan, yokluk hali gibi, fiili yol halinin de varolabilmesi için hukuka aykırılığın veya yolsuzluğun derhal anlaşılabilir bir şekilde açık ve bariz olması gerekir ⁽¹⁰⁶⁾. Yani işlemin doğasını, özünü değiştirecek nitelikteki önemli ve ciddi aykırılıklar işlemi fiili yola dönüştürebilir ⁽¹⁰⁷⁾, işlemin idarî niteliğini kaybettirir; dolayısıyla fiili yol halinin bozucu etkisi vardır ⁽¹⁰⁸⁾. Nitekim Yargıtay da, İdarenin sorumluluğunu tartıştığı son kararlarından birinde, "dénaturation" teorisinden hareketle, fiili yolun bozucu etkisini belirlemiştir ⁽¹⁰⁹⁾.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, iki teorinin gelişimleri bakımından ayrılıkları, yokluk teorisinin öğretisi tarafından geliştirilip içtihatlarda kabul edildiği ⁽¹¹⁰⁾, "fiili yol" teorisinin ise içtihatlarla ortaya çıktığı ve öğretisi tarafından isimlendirilip, geliştirildiği ⁽¹¹¹⁾ noktasında belirginleşmektedir.

C - YOKLUK TEORİSİNE BAĞLANAN HUKUKİ SONUÇLAR

Yoklukla özürlü işlemlerin hukukî değerden yoksun, hiçbir etki yaratmayan, hak ve yükümlülük doğurmayan özellikleri dolayısıyla, öğretilerde, ilgililerin yoklukla özürlü işlemlere uyma zorunluluklarının bulunmadığı ve yokluk halinin herkes tarafından, her zaman ileri sürülebileceği, İdarenin de bu türdeki işlemlerini her zaman geri alabileceği kabul edilmektedir. Yine öğretilerde, yoklukla özürlü işlemlere karşı iptal davası açılmayacağı, yokluk halinin tespitinin adli yargı yerleri önünde de yapılabileceği görüşleri ileri sürülmektedir.

Teoriye bağlanan bu hukuki sonuçları ayrı ayrı ele alıp değerlendirmek gerekir.

- Öğretilerde yokluk teorisini kabul eden yazarlar, yok hükmündeki işlemlere karşı ilgilinin karşı koyma hakkı bulunduğu ve bu işlemle bağlı olmadıkları görüşündedirler. Bunlara göre, bu tür işlemlerin geçici ya da sürekli hiçbir hak doğurmamaları ve hiçbir hukukî etkilerinin bulunmaması dolayısıyla, ilgililer işlem hiç yapılmamış gibi davranabilirler ve -butlan halinden farklı olarak- işlemle bağlı olmak zorunda değildirler ⁽¹¹²⁾. Onar, yok hükmündeki

(104) EISENMANN, dpn. 20, s. 92; WODIE, dpn. 16, s. 82.

(105) WEIL, dpn. 97, s. 52.

(106) III/ONAR, dpn. 8, s. 1669.

(107) LE MIRE, dpn. 26, s. 1231; DEBARY, dpn. 26, s. 169; İşlemin doğasını, özünü yitirmesi olarak niteleyebileceğimiz "dénaturation" teorisi dolayısıyla öğretinin büyük bir kısmı, yokluk ile fiili yol teorilerini birbirine benzetmektedir.

(108) DE LAUBADERE, dpn. 97, s. 402.

(109) Söz konusu kararda Yargıtay özetle: "... idareye atı f ve isnat edilebilecek bir nitelikte olmakla beraber işlem ve eylemin bozularak idarî karakterini kaybettiği hallerde bir haksız fiil (fiili yol) hali ... oluş(ur)" demektedir. (Yarg. 4. HD., T. 17. 11. 1986, E. 86/4898, K. 86/7786-YKD., C. 13, Şubat 1987, S: 2, s. 201-202)

(110) DEBARY, dpn. 26, s. 98.

(111) DEBARY, dpn. 26, s. 98; DESGRANGES, dpn. 13, s. 31.

(112) bkz. WODIE, dpn. 16, s. 87-88; AUBY, dpn. 1, s. 295; DE SOTO, dpn. 2, s. 49, EISENMANN, dpn. 20 s. 76-77; ONAR, dpn. 8, s. 330.

işlemlerle ortaya çıkan durumu tanımamanın kanuna ve idarî işleme karşı gelmek anlamında olmadığını; dolayısıyla idarî kararlara karşı gelenlere uygulanabilir cezai yaptırımların bu halde söz konusu olamayacağı görüşündedir (113).

Diğer taraftan ise, idarî yargı içtihatlarında, yoklukla özürlü bir işlemin icrası dolayısıyla, ilgililerin karşı koyma hakkından söz edilmediği gibi; idarî makamlarca yapılmış işlemlerin yok hükmünde olup olmadığı konusundaki değerlendirmenin İdare edilenler tarafından yapılması ve ayrıca yargı önüne gitmeksizin İdare'nin işlemi ile bağlı olmadıkları savları İdare hukukunun temel ilkelerine aykırıdır ve kabul edilmez niteliktedir. Kaldı ki, bir işlemin yoklukla özürlü olması, İdare'yi bunu uygulamaktan alıkoyamaz (114); ancak böyle bir işlemin icrası, daha önce de belirtildiği gibi, "fülî yol" halini oluşturur. Bu bakımdan ilgilinin böyle bir işleme karşı koyabilirliği sadece teoride ileri sürülebilir niteliktedir ve uygulama bakımından herhangi bir işlerliği bulunmamaktadır. Bu bağlamda, ilgililer, bir işlemin yoklukla mı yoksa butlanla mı özürlü olduğunu değerlendirme yetenek ve yeterliliğine sahip olmadıkları gibi; İdare'nin re'sen icra yetkisi açısından da, bu bakımdan herhangi bir fark bulunmaması, ilgilileri çok tehlikeli hukuksal durumlarla karşı karşıya getirilebilir. Sonuç olarak ilgililer, yoklukla özürlü işlemin uygulanmasını önlemek için de mutlaka dava açmak yani yargısal başvuruda bulunmak yoluna gitmek zorundadırlar.

- Teoriye bağlanan bir diğer hukukî sonuç ise, yine aynı gerekçelerle yokluk iddiasının herkes tarafından, her zaman ileri sürülebileceği ve bu tür işlemlerin her zaman geri alınabileceği olgularıdır ki, bunlar Conseil d'Etat'nın ünlü "Rosan Girard" kararında (115) açıkça vurgulanmıştır.

Bu kararı ile Yüksek Mahkeme "yok hükmündeki işlemlerin, bir başka işleme hukukî temel oluşturamayacakları ve ne dava açma bakımından ne de geri alınmaları açısından herhangi bir süre kısıtlamasına tâbi olmadıklarını" belirlemiştir (116). Bilindiği gibi, idarî yargıda süre, salt usulî bir müessese değil, aksine temel bir kavramdır ve hak düşürücü niteliktedir (117). Ancak yokluk iddiası teknik anlamda bir iptal davası ile değil, tespit amacı ile yapılan bir yargısal başvuru ile ileri sürülebileceğinden, herhangi bir süre şartına, kısıtlamasına

(113) ONAR, dpn. 8, s. 330

(114) SARICA, dpn. 1, s. 1212

(115) 31 Mayıs 1957 tarihli bu karar, İdare Hukukunda yokluk teorisinin uygulama alanı bakımından gerçekten önemli bir yer tutmaktadır. Karara konu olan olay Guadeloupe belediye seçimlerine ilişkindir. Yapılan seçimi komünist aday Dr. Girard kazanmış; ancak seçimlerde bir usulsüzlük olmamasına rağmen ve seçim sonuçlarının ilanı gerekirken; Vali, seçim işleminin yok hükmünde olduğunu ilan, yeniden seçime gitme kararı almıştır. Üç ay sonra yapılan seçimi bu kez kazanamayan Dr. Girard, Valiliğin, seçimleri yok hükmünde sayan işlemlerle yeniden seçime gitme konusundaki kararının iptali için dava açmıştır. Conseil d'Etat da, sözkonusu davayı, süre şartını aramaksızın kabul ederek; Valiliğin "seçimleri yok hükmünde sayan" işleminin bizatihi kendisinin yok hükmünde olduğunu ve böyle bir işlemin de bir başka hukukî işleme temel oluşturamayacağını belirlemiştir. Sözkonusu karar için bkz. LONG-WEIL-BRAIBANT, dpn. 21, s. 460 vd.; FOURNIER-BRAIBANT, Chr. AJDA. 1957 II. s. 273.

(116) LONG-WEIL-BRAIBANT, dpn. 21, s. 461-462.

(117) WEIL, dpn. 97, s. 55

da tabi olmamak gerekir ki, bu durum Yüksek Mahkemenin bir iki kararında daha vurgulandığı gibi ⁽¹¹⁸⁾, öğretide de tamamen benimsenmektedir ⁽¹¹⁹⁾.

Bu arada, Yüksek Seçim Kurulu da, oldukça yeni bir kararında ^(119 a), anayasanın "milletvekili seçilme yeterliliği" başlığı altındaki 76'ncı maddesinde yer alan hususların, seçilme yeterliliğini kaybettirici nitelikte olduğunu; bu hususların seçim sürecinin hangi aşamasında ortaya çıkarsa çıksın, seçimin kesinleşip kesinleşmediğine bakılmaksızın dikkate alınacağını; sonuç olarak "**tam kanunsuzluk**" hallerini oluşturan bu hususların ileri sürülmesinde herhangi bir süre kaydının da bulunmadığını irdelemiştir. Bu kararı ile, Yüksek Seçim Kurulu, "tam kanunsuzluk" terimi altında Seçim Hukuku açısından, "yokluk" teorisini uygulamıştır denilebilir.

Ayrıca, yokluk halinde, iptal davasına özgü olan davacının yasal, güncel ve kişisel bir menfaatinin var olması koşulu da aranmaz; yokluk iddiası herkes tarafından ileri sürülebilir ⁽¹²⁰⁾.

Yok hükmündeki bir işlemin her zaman geri alınabileceği de hem öğretide ⁽¹²¹⁾, hem de yargı kararlarında ⁽¹²²⁾ kabul edilmektedir.

- (118) a) C.E., "Laffitte", 28. 10. 1932, kararı ile "dava dilekçelerinin süre geçirilmeden verilmesi gerektiğini ancak yoklukla özürlü işlemlerde bunun mutlak bir kural olarak uygulanamayacağı"nı belirlemiş ve zımnen yokluk halinin her zaman ileri sürülebileceğini kabul etmiştir. (Bkz. AUBY, dñn., 5. 289). Nitekim, Mestre de -Yokluk teorisinin karşısında olmakla birlikte- bu açıdan Yüksek Mahkemenin kararına katılmaktadır (Bkz. MESTRE- Note, C.E. "Laffitte" Rec. S. 1933. III. s. 65). b)Yüksek Mahkemenin Philippe Maurice" kararı da bu konu bakımından önemlidir. Fransa'da 28. 11. 1958 tarihli yasal düzenleme ile adalet yargıçlarının Cumhurbaşkanlığı karamamesi ile atanacakları belirlenmiş; 4. 8. 1975 tarihli bir kanunla da, adliye hiyerarşisi içinde 2. derecede birinci grup hizmetlerin yürütülmesi konusunda yargıç tayini yetkisi Adalet Bakanlığına verilmiştir. Maurice isimli bir yargıç 2. derece 1. grup hizmetlerin görülmesi konusunda Adalet Bakanlığı'nca Meaux Asliye Hukuk yargıçlığına atandıktan 5 gün sonra yine bakanlığın bir başka kararı ile 2. derece 2. grup hizmet yeri olan Paris Asliye Hukuk yargıçlığı görevine getirilmiş; her iki karar da peş peşe Resmi Gazete'de yayınlanmıştır. Maurice'in, ikinci kararın iptalini istemesi üzerine, Yüksek Mahkeme, ikinci kararın yok hükmünde olduğunu belirledikten sonra, yoklukla özürlü işlemlerin dava konusu olmaları halinde ilgililerin herhangi bir süre kayıtlamasına bağlı olmadıklarını kabul etmiştir. (Bkz. Information de Pierre DELVOLVE, Rec D.S. (I.R.), s. 529-530, 1981)
- c) Conseil d'Etat oldukça yeni bir kararında da Belediye Meclisi yerine doğrudan belediye başkanının karar alması ve bunu uygulamaya koyması üzerine açılan iptal davasında, yokluk halini tespit ederken, yokluk iddiasının ileri sürülmesinin herhangi bir süre ile kısıtlı olmadığını belirlemiştir. (Bkz. obs. Jacques MORAU, sur. CE "Commissaire de la République des Landes", 28. 2. 1986, AJDA 1986, s. 326; ayrıca Bkz. J.C. DOUENCE, "Nouvelles Précisions Jurisprudentielles", rfd. 2/1987, s. 219-220) CE'nın bu konuya ilişkin "Rosan Girard" kararı için de bkz. dñn. 115.
- (119) Bkz. AUBY, dñn.1,s. 287; DE SOTO, dñn, 2. s. 53; WODIE dñn. 16 s. 86; WEILL dñn. 97, s. 55; ONAR. dñn. 8, s. 330; DURAN, "İdare Hukuk Meseleleri", s. 11 SARICA, dñn. 1, s. 1195 ve 1222.
- (119 a) Bkz. Yüksek Seçim Kurulu, Karar No: 1382, İtiraz No: 1299, T. 6. 7. 1989 R. 12. 7. 1989 / 20223 s. 27.
- (120) SARICA, dñn. 1, s. 1213
- (121) TAN, a.g.e., s. 74, AUBY, dñn. 1, s. 286, WODIE, dñn. 16, s. 88, Jean COPPER-ROYET, "Les conditions du retrait d'un acte administratif individuel", AJDA-1954/I, s. 144 vd.; Jacques PUISOYE, "Le retrait des actes administratifs", AJDA 1960/7-8, s. 120-121.
- (122) Conseil d'Etat, 3. 2. 1956 tarihli "Fontbonne" (Bkz. PUISOYE, a.g.m., s. 120); 30. 6. 1950 tarihli "Massanaud" (Bkz. WODIE, a.g.m., s. 82-88; PUISOYE, a.g.m., s. 120-121) 20. 4. 1951 tarihli "Houdaille du Meix" (PUISOYE, a.g.m., s. 121) kararlarında yok hükmündeki işlemlerin her zaman geri alınabileceğini kabul etmiştir. Bunun yanında, Danıştay da yukarıda sözünü ettiğimiz içtihadı birleştirme kararında (Bkz. dñn. 68), yokluk halinde İdare'nin işlemini her zaman geri alabileceğini kabul etmiştir. ayrıca Yargıtay da 27. 1. 1973 tarih ve E. 72/6, K.73/2 sayılı içtihadı birleştirme kararında aynı durumu vurgulamıştır. (Bkz. Yargıtay içtihadı birleştirme kararları, Hukuk Bölümü, C.V., 1957 - 1980, Ankara, 1981, Yargıtay Yayınları No. 12, s. 609 vd.).

Hukuka aykırı işlemlerin ancak dava açma süresi içinde geri alınabileceği genel prensibinin (123) bir istisnasını oluşturan bu durum, yok hükmündeki işlemlerin herhangi bir hak doğurmamaları ve dolayısıyla yapay bir sıhhat kazanmalarının da mümkün olmaması nedeniyle benimsenmiştir. (124) Kaldı ki, işlemin geri alınmasına ilişkin klasik teori sadece hukuka aykırılık hali için geçerlidir (125).

Öğretide, yokluk teorisinden yana olanlar tarafından teoriye bağlanabilen bir diğer hukuki sonuç olarak, "yok hükmündeki bir işlemin icazet yolu ile geçerlilik kazanamayacağı" kabul edilmektedir. Ayrıca Fransız Devlet Şurası da bu kanıdadır ve 20.3. 1986 tarihli "Commune d'Auxy" kararında (126) bu durumu irdelemektedir (127).

Diğer yandan sadece yokluk halinde değil basit yetkisizlik durumlarında dahi -meden hukuktan farklı olarak- icazetin kabul edilmemesi gerekir (128). Bu durum kamu hukukunda "yetkilerin kişiselliği" ilkesinin zorunlu bir sonucudur (129); kaldı ki, icazet işleminin "geriye yürürlü olarak geçerli kılma" etkisi, "işlemlerin geriye yürümezliği" ilkesi ile de bağdaşır nitelikte değildir (130). Bu nedenlerle kamu hukukunda icazet müessesesinin kabulüne olanak olmadığı gibi (131) biz yasal düzenlemeler ile dahi, hukuka aykırı işlemler

- (123) Kural olarak, bir işlemin geri alınması ancak dava açma süresi içinde mümkündür; geri alma süresinin başlangıcı olarak da işlemin tamamlanması tarihi esas alınmalıdır. Fakat, eğer hakkında iptal davası açılmış ise, işlem dava sonuçlanıncaya kadar da geri alınabilir (Alain BOCKEL, "Sur le retrait des actes administratifs unilatéraux" RDP., 1973, s. 137; Ayrıca bkz. COPPER-ROYET, a. g. m. s. 141; DURAN, a.g.e, s. 424).
- (124) TAN, a.g.e, s. 74; DURAN, a.g.e, s. 426, WODIE, dpn. 16, s. 88.
- (125) COPPER-ROYET, a.g.m., s. 143.
- (126) İdarî işlemlerde icazet sorununun tartışıldığı çok az karar vardır. Fransız Devlet Şurasının "Commune d'Auxy" kararı 1896 tarihli olmasına rağmen bu konudaki en önemli karardır. Gerçi Yüksek Mahkeme bu konudaki kararında icazet (ratification) değil, onama, teyid etmek (confirmation) sözcüğünü kullanmaktadır; ama söz konusu onay, geriye yürürlü bir etki yarattığından bunun icazet olarak kabulü gerekir. Olayda, Auxy Belediye başkanı, Meclisin çeşitli tarihlerde almış olduğunu iddia ettiği üç ayrı kararı yürürlüğe koymuş; ancak Vali, Belediye başkanının belirttiği tarihlerde Meclisin herhangi bir toplantı yapmamış olduğunu, bu konularda alınmış kararların da bulunmadığını saptayarak her üç işlemin de yok hükmünde olduğuna karar vermiştir. Bunun üzerine Auxy Belediyesi Valiliğin bu karara karşı iptal davası açarak Belediye Başkanının her üç işleminin de sonradan Meclis tarafından onaylandığını ve dolayısıyla yapıldıkları tarihten itibaren geçerli olduklarını savunmuş; Yüksek Mahkeme ise davayı redderek, bu konuda "confirmation" işleminin geçersiz olduğunu vurgulamıştır (Bkz. EISENMANN, dpn. 20, 5. 88)
- (127) Ayrıca C.E.'nin aynı nitelikteki "Gaubert" kararı için bkz. AUBY, dpn. 1, s. 275
- (128) AUBY, dpn. 1, s. 276; EISENMANN, dpn. 20, s. 87-89; WODIE, dpn. 16, s. 85; WALINE, dpn. 16, s. 448, P. LE MIRE, dpn. 26, s. 1246
- (129) JEZE, "Essai d'une théorie générale de la compétence pour l'accomplissement des actes juridiques en droit public français RDP 1923, s. 70; EISENMANN, dpn. 20, s. 87-89.
- (130) Bu konuda C.E. "Chevreau" kararında, bir polis memurunun görevinden alınmasına ilişkin Belediye Başkanının kararının daha sonradan işlemin asıl yetkisi olan Vali tarafından onaylanmasının (icazetin) söz konusu hukuka aykırılığı gidermediği" gerekçesi ile, icazet işlemini iptal etmiştir. (C.E. "Chevrau", 13. 8. 1936, in AUBY, dpn. 1, s. 278).
- (131) AUBY, dpn. 1, s. 276; EISENMANN, dpn. 20, s. 89; buna karşılık De Soto, hukuka aykırı işlemlerin icazet yolu ile geçerlilik kazanmadığı görüşündedir. (bkz. DE SOTO, dpn. 2, s. 53)

üzerinde, "icazet" etkisinin mümkün olmadığı kanısındayız (132). Ancak, Türk hukukunda, ülkemizin sosyal gerçekleri karşısında ve tamamen kamu düzeninin bir gerekliliği sonucunda yasa koyucu her beş - on yılda bir dini nikahla meydana gelen hukuk-dışı birleşmeleri geçerli kabul eden yasalar çıkarmak zorunda kalmaktadır. Nitekim, bunun en son örneği de 2526 sayılı, "bir evlenme akdine dayanmayan birleşmelerden doğan çocukların neseplerinin düzeltilmesine ve bu birleşmelerin evlilik olarak tescillerine ilişkin kanun"dur (133). Öte yandan C.E.da bir kararında (134) "...karnamedeki hukuka aykırılığın yasa koyucu tarafından onaylandıktan sonra giderildiği" kanaatine varmıştır.

Diğer taraftan hukuka aykırı bir işlem ilgilisi ya da ilgililerinin rızası ya da muvafakati ile hukuka uygun hale getirilebilir mi sorunu da akla gelebilir. Medeni hukukta, yokluk halinde bunun mümkün olmadığı kabul edilmesine rağmen örf, adet ile kamu düzenine ters düşmeyen bazı aykırılıkların, işlemin ilgisinin muvafakati ile giderilebileceği de öngörülmektedir. İdare Hukukunda ise, gerek yokluk gerekse hukuka aykırılık halleri kamu düzenini etkileyebileceğinden, böyle bir durumun kabul edilmesine olanak bulunmadığı kanısındayız(135).

- Kanaatimizce, yokluk teorisinde ileri sürülen en önemli hukuki sonuç ise, yoklukla özürlü işlemlerin teknik anlamda iptal davasına konu olmamalarıdır.

Chapus, iptal davasına konu olabilecek başvuruları: a) bir işlemin iptali istemi ile yapılan başvuru (recours pour excès de pouvoir); b) bir işlemin hukuka uygun olup olmadığının tespiti için yapılan başvuru (recours en appréciation de légalité) (136), c) bir işlemin yok hükmünde olduğunun tespiti bakımından yapılan başvuru (recours en déclaration d'inexistence) (137) olmak üzere üçe ayırmış (138) ve her üç başvurunun da iptal davası niteliğinde olduğunu vurgulayarak, yok hükmündeki işlemlerin de iptal davasının konusu olabileceğini kabul etmiştir (139).

(132) Bu görüşümüz yasa koyucunun ancak ileriye dönük olarak düzenlemelerde bulunabileceği esasına dayanmaktadır. Nitekim, yasa koyucu bu bağlamda daha önceden hukuka aykırı sayılan işlemleri, ileriye yönelik olarak geçerli kabul edebilir. Aynı görüş için bkz. R. CARRE DE MALBERG "Contribution à la théorie générale de l'État" t: I, 1922 s. 684; aksi görüş için bkz. WALINE, dpn. 6, s. 448

(133) bkz. RG, 22. 9. 1981/17466

(134) C.E. "Guiolet", 9. 3. 1951, in WALINE, dpn. 6, s. 448

(135) Bize göre, İdare Hukukunda, olsa olsa "vice de forme" durumunda ileri sürülebilecek bu sorun hakkında herhangi bir yargı kararına da rastlayamadık.

(136) Söz konusu başvuru, ilk bakışta yorum davalarına (recours en interprétation) benzetilebilirse de, büyük farklılıklar taşımaktadır. Yorum davaları doğrudan doğruya açılır ve bir idarî işlem metninin yorumlanmasını veya belirsizlik gösteren yerlerinin açıklığa kavuşturulmasını, kısacası "işlemin nitelenmesi" sorununun çözümünü amaçlar. Oysa işlemin hukuka uygun olup olmadığının tespiti için yapılan başvuru, dolaylı niteliktedir. Adli yargı mercilerinin önündeki bir uyuşmazlıkta, "idarî bir işlemin hukuka uygun olup olmadığı" ya da "yapıldığı anda hukuka uygun olan bir işlemin, sonradan hukuka aykırı bir duruma gelip, gelmediği" konularının, bekletici sorun (question préjudicielle) olarak nitelendirilerek, bunların idari yargı yerlerinden sorulması ile oluşur. (bkz. CHAPUS, "Droit du Contentieux Administratif", s. 284-292).

(137) Bü tür yargısal başvuruda, sadece işlemin hukuksal açıdan "yok" olduğunun belirlenmesi amaçlanmıştır. Bu da ancak bir iptal davası ile mümkündür ki, idare yargıcı bu durumda, "işlemin hiç oluşmadığı ve yoklukla özürlü bulunduğu"nu saptamakla yetinecektir. (CHAPUS, a.g.e., s. 64-65)

(138) bkz. CHAPUS, a.g.e., s. 64-65.

(139) bkz. dpn. 137.

Ancak öğretide çoğunluk -Chapus'nün aksine- yokluk iddiasının bir iptal davası şeklinde değil, ancak bir tespit davasıyla ileri sürülebileceği görüşündedir. Bu bağlamda, yoklukla özürlü işlemlerin hiç doğmamış işlemler (140) olmaları ve bunların "idari işlem" olarak değerlendirilemeyecekleri (141) gözönünde tutulduğunda, bu tür işlemlerin iptalinin de istenemeyeceği sonucuna varılmaktadır. Bu itibarla, işlemin yokluğunun tespiti için açılan dava bir iptal davası değildir; böyle bir işleme karşı iptal davası açılmamasının nedeni, varolmayan bir işlemin ortadan kaldırılmasının da mümkün olmayacağıdır (142). Dolayısıyla açılacak dava bir tespit davası niteliğinde olmak gerekir (143).

Öğretide ayrıca, yokluğun tespitinin, herhangi bir yargı mercii önünde istenebileceği; adli yargı mercilerinin de bu konuda görevli olduğu (144) ve hatta kural olarak yokluk tespitinin adli mahkemelerce yapılması gerektiği (145) ileri sürülmüştür.

Bizim düşüncemiz ise bu doğrultuda değildir. Kanımızca, bir işlemin yok hükmünde olup olmadığının değerlendirmesini yapabilecek yetkinlikteki yegâne mercii idari yargı hakimidir. Bunun nedeni, İdare Hukukunda yokluk teorisinin özel hukuktan farklı esaslara ve uygulama alanına sahip olması ve bir işlemin yok hükmünde olup olmadığının idari yargı içtihatları ile belirlenmesidir. Dolayısıyla, idare hukukunda yokluk halinin tespiti sadece idari yargı yerlerince yapılmak gerekir, ki bu da -her ne kadar Teorinin yapısına ters düşse de- uygulamada ancak bir iptal davası açılmak suretiyle mümkündür (146). İlgililer açısından, yoklukla özürlü işlemi "var" kabul ederek iptal davası açmak ve işlemin yok hükmünde ya da sadece hukuka aykırı olup olmadığının değerlendirmesini idare yargıcına bırakmak en mantıklı çözüm yolu olacaktır. Öyle ki, hukuksal bir statünün belirlenmesi, o statünün niteliği ile doğrudan ilgili olduğundan; henüz bu aşamada o statüyü doğuran işlemin kimliği ikincil bir sorun olarak ele alınabilir.

Nitekim, İdarenin iradesi ile hukuk düzeninde belirginleşen bir statü ve buna bağlanan hukuksal sonuçlar, hukuken ölü doğmuş ya da hiç doğmamış kabul edilseler dahi, olgudaki varlıkları inkâr edilemez; dolayısıyla hukuksal niteleme ancak varolan durumun içerdiği maddi olguların değerlendirilmesinden sonra günışığına çıkarılabilir. Bu da, hiç şüphe yok ki, doğal yargıcın önünde çözümlenebilir. Öyleyse, sonuç olarak denilebilir ki, hukuk düzenindeki varlığı itibarıyla "idari" kimliğe sahip bir işlem -bu kimliğini yitirecek derecede ağır ve bariz bir sakatlık taşısa dahi- olgudaki varlığı ve oluşturduğu hukuksal durum ve sonuçlar bakımından "idari" niteliktedir ve bu konudaki değerlendirme de -ister bir iptal davası

(140) Sarıca'ya göre, hiç doğmamış veya ölü doğmuş bir insanın öldürülmesi nasıl imkânsız ise, hukuken mevcut olmayan bir işlemin iptali de düşünülemez (Bkz. SARICA, "İdari Kaza", İst. 1949. s. 57).

(141) EISENMANN, dpn. 20, s. 80; DE SOTO, dpn. 2, s. 49; WALINE, dpn. 6, s. 447; ONAR, dpn. 8, s. 329.

(142) WALINE, dpn. 6. s. 447; SARICA, "İdare Hukuku Ders Notları", İst. 1971-1972, s. 92.

(143) YENİCE-ESİN, a.g.e., s. 27/dpn. 34.

(144) DE LAUBADERE, dpn. 97, s. 207; VEDEL-DELVOLVE, dpn. 3, s. 755, EISENMANN, dpn. 20, s. 80, WALINE, dpn. 6, s. 447; DE SOTO, dpn. 2, s. 49, SARICA, dpn. 1, s. 1195; ONAR, dpn. 8, s. 329-330; ÖZGEN, a.g.m., s. 285; TANDOĞAN, dpn. 4, s. 56.

(145) DE SOTO, dpn. 2, s. 52, SARICA, dpn. 1, s. 1214, TANDOĞAN, dpn. 4, s. 56.

(146) Bu konuda bkz. Mukbil ÖZYÖRÜK, "İdare Hukuku Dersleri", Teksir, Ankara, 1973, s. 220; GÖZÜBÜYÜK, a.g.e., s. 121.

ile ister bir tespit davası ile talep edilmiş olsun- ancak idare yargıcı tarafından gerçekleştirilebilir.

Bununla birlikte, Uyuşmazlık Mahkemesi, son kararlarından birinde ⁽¹⁴⁷⁾. "...davacının açtığı tespit davası hakkında esasa ilişkin kararın idari yargı yerlerince verilmesi gerektiği açıkça (ortadadır). Dolayısıyla, (İdare yargıcı), ya Adli Yargı'da olduğu gibi kanunda açık bir hükümle düzenlenmemiş olmasına rağmen, tespit davalarının bir dava türü olarak idari Yargı'da kabul edilebileceği sonucuna ulaşacak ve elindeki tespit davasını karara bağlayacak; ya da İdari Yargı'da müstakil bir tespit davası açılmayacağını belirterek... davayı reddedecektir" hükmünü tesis ederek, idari yargı yerlerinde açılan müstakil bir tespit davasının incelenmesinin takdirinin idare yargıcına ait olduğu hususunu vurgulamıştır. Her ne kadar böyle bir karara sonuçları bakımından katılabilmek mümkün olmasa da ⁽¹⁴⁸⁾; konumuz itibarıyla, Yüksek Mahkeme, idari bir dava ile birlikte açılan tespit davasının, idari yargı düzeninde inceleneceğini kabul ederek, hiç olmazsa bu açıdan, sorunu çözümlenmektedir.

- Son olarak da, idare yargıcının yokluk durumunu belirlerken ne yolda karar vermesi gerektiği sorununa değinmek istiyoruz.

Yokluk, sübjektif nitelikte bir kavramdır ve yargı politikasının bir aracı olarak idare yargıcı tarafından her sorunda değişken ve birçok kuraldan bağımsız bir şekilde yönlendirilebilir özelliğine sahiptir. Bir işlemin yok sayılması ya da sadece iptal edilebilir nitelikte olması, yalnızca idare yargıcının değerlendirmesine bırakılmıştır ki, bunun sonucunda da tutarsız ve çelişik içtihatlar ortaya çıkması kaçınılmazdır. Nitekim Danıştay bir kararında işlemin yok hükmünde olduğunu belirlemesine rağmen, ayrıca işlemi de iptal etmiş ⁽¹⁴⁹⁾; bir diğerinde ise yine işlemin yok hükmünde olduğunu belirlemesine karşılık, bu kez de davayı reddetmiştir ⁽¹⁵⁰⁾. Diğer yandan, öğretide de, yokluk koşullarını taşıyan bir işlemin iptal edilebileceği gibi, sadece yokluk halinin belirlenmesi ile de yetinilebileceği görüşü ileri sürülmüştür ⁽¹⁵¹⁾. Biz, bu görüşe katılabilmemizin mümkün olmadığı kanısındayız. Herşeyden önce, teorik bakımdan yoklukla özürlü bir işlemin iptal edilmesi mümkün değildir. Ayrıca, bu tür işlemlere karşı iptal davası açma gereği bu konuya özgü herhangi bir idari dava

(147) UM., T. 21. 10. 1985, E. 85/14, K. 85/26-RG. 17. 3. 1986/19050, s. 23 vd.

(148) Söz konusu karar ile Yüksek Mahkeme, bir yandan, kesin olarak görevli yargı yerini belirlemekten kaçınarak, bu tür uyuşmazlıkların çözümü bakımından İdare yargıcının takdir hakkının arkasına sığınmakta ve dolayısı ile kabul edilemez nitelikte bir çözüme ulaşmakta; diğer yandan ise karşı oyda ileri sürülen hususları kararında karşılamamaktadır.

(149) Bkz. dpn. 49/c'deki Danıştay kararı.

(150) Bkz. dpn. 48/a'daki Danıştay kararı; "kararın hüküm fıkrasının redle düğümlenmesi uygulayıcı idareleri hatalı bir yoruma götürebileceğinden yokluğun saptanmasından sonra 'ayrıca bir karar verilmesine yer olmadığına' denilmesi, karardan beklenen amaca en uygun olanıdır". (Bkz. YENİCE-ESİN, a.g.e., s. 27; ayrıca aynı görüş için bkz. ÖZYÖRÜK, a.g.e., s. 220).

(151) Bkz. WEIL, dpn. 97, s. 53; Yazar, bu görüşünün gerekçesini şöyle açıklamaktadır: "eğer ki, yoklukla özürlü bir işlemin iptali bu işlemin uygulanmasını engelleyebilecek nitelikte ise yargıç işlemin iptali yoluna gidebilir; yok eğer iptal davalarının hukuki rejimine göre işlemin iptali ile arzu edilen hukuki sonuç ortaya çıkmayacaksa, yargıç, işlemin yük hükmünde olduğunu açıklamalıdır" (id., s. 54).

öngörülmemiş olmasındandır. Kaldı ki, açılan dava da teknik anlamda bir iptal davası olarak değil, yokluk halinin tespitini sağlamak bakımından başvurulacak tek hukuki yol olarak değerlendirilmek gerekir. Bu nedenle, idare yargıcı da yokluk koşullarını taşıyan bir işlemin iptali yoluna gitmemelidir. İdare yargıcı, bu durumda işlemdeki "yokluk" halini belirlemekle yetinmeli ve "iptal istemi hakkında karar vermenin hukuken mümkün olmadığı" hususunu da irdelemelidir.

Genel Değerlendirme

Tüm açıklamalarımız sırasında da görüldüğü gibi yokluk teorisi öğretilde çok çeşitli açılardan ele alınarak değişik değerlendirmelere tabi tutulmuş, ancak somut bir öneri ortaya konulamamıştır. Yokluk kavramının sübjektifliği ve teorinin soyutluğu her yoruma elverişli; özel hukukla benzeştirme çabaları da, teorinin özellikle de hukuki sonuçları bakımından İdare Hukukunun temel prensipleri ile ters düşmesi olgusunu yaratmıştır. Bu konumu itibarıyla yokluk teorisi sadece "dava süresi" ve "yokluk halinin tespiti sonrasındaki hukuksal etkileri" bakımından benimsediği ilkeler dolayısıyla, kişiler açısından bir yargısal korunma güvencesi taşımaktadır ve sırf bu nedenlerle dahi benimsenmesi gerekir.

Bununla birlikte, İdarenin Kamu Gücü ve Kudreti dolayısıyla her türlü işlemini re'sen icra edebilme ayrıcalığını haiz olması karşısında; yokluk teorisinin benimsediği diğer hukuksal sonuçların sadece teoride kaldığı ve daha da önemlisi bireyler için bir güvence mekanizması görünümü altında büyük bir tehlike oluşturduğu son derece açıktır.

Tüm bu nedenlerle, ilgililer, İdarenin haklarında yapmış olduğu işlemlerin "yok hükmünde" olduğu kanısını taşıyalar dahi, bu değerlendirmelerini bir yana bırakarak, mutlaka yargısal bir başvuruda bulunmalı ve giderek idari yargı düzeninde bir iptal davası açarak işlemin yokluğunu tespit ettirmelidir.