

# İDARE HUKUKUNDA YOKLUK VE ASKERİ YÜKSEK İDARE MAHKEMESİ UYGULAMASI

Dr. Celâl Işıklar\*

*“Yokluk, sen de yoksun, bir var bir yoksun!  
İnsanoğlu kendi varından yoksun...” NFK*

## ÖZET

İdare hukukunda yokluk, işlemin madden var olmamasını (=maddi yokluk) veya geçerlik şartlarının -yetki ve fonksiyon gaspı gibi- ağır ve açık hukuka aykırılık taşımasını (=hukuki yokluk, yokluk benzeri, yok hükmünde olma) ifade eder.

Hukuki yokluk oluşturan haller işlemin unsurlarına göre belirlenir. Ancak bu konuda objektif bir kıstas konulamamıştır.

Maddi yokluk halinde, Fransa’da tespit davası açılabilir. Buna karşılık, Türk idari yargılama usûlüne göre tespit davası yoluna başvurulamaz.. Dava adliye mahkemesinde açılabilir.

Yok hükmünde olan işlemlerin iptali için kural olarak dava açmaya gerek yoktur. Açık ve ağır sakatlık varsa, idare mahkemesinde dava açılabilir. Bu dava iptal davası formatında görülmelidir. Askerî Yüksek İdare Mahkemesi’nin (AYİM) uygulaması da bu şekildedir.

Askerî Yüksek İdare Mahkemesi’nin yoklukla ilgili kararları oldukça geniş ve fazladır. Gerekçeleri ayrıntılıdır. Mahkemeye göre, beş unsurda da (maksat dahil) yokluk olabilir. Ancak teorinin özelliğinden dolayı bazen çelişkili kararlara rastlanmaktadır. Bazı basit hukuka aykırılık halleri de yok hükmünde kabul edilmektedir. Mahkeme, yokluk varsa bazen sadece bunu tespit etmekte, çoğunlukla da ayrıca işlemi iptal etmektedir.

## ANAHTAR KELİMELER

1. Maddi yokluk, 2. Hukuki yokluk, yokluk benzeri, yok hükmünde (keenlemyekün) olma, 3. Ağır ve açık hukuka aykırılık, 4. İdari işlem, 5. İptal, 6. İptal davası, 7. Askerî Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM)

## ABSTRACT

In administrative law, “nonexistence” means that there is not any administrative transaction in reality or it means heavy and clear (explicit) contrariety to law, such as seizing authority and function.

The elements of the nonexistence in the meaning of law can be determined through the components of the administrative transaction.

Nonexistence can be a subject of a judgement (declaratory judgement action) in France. In contrary, declaratory judgement action can not be a subject of an administrative judgement in Turkey only it can be a subject of a judgement by ordinary court of justice.

As a rule, there is no need to open a file against the transactions which are not exist. But, if the nonexistence is heavy and explicit it can be a subject of opening a file by the administrative courts. And it should be handled in the format of an action of annulment. The decisions of the High Military Administrative Court are in the same way.

There are so many decisions of the High Military Administrative Court about "nonexistence". According to the Court it can be a nonexistence in the five elements of an administrative transaction. But, because of the feature of the theory, there are some decisions which are contrary to each other. Some situations which are slight contrary to the law are admitted as "nonexistence" by the Court. In generally if there is a "nonexistence" first the Court makes a decision of declarations and than it makes a decisions of annulment. But sometimes The Court makes only a decision of declarations.

### KEYWORDS

1. Nonexistence, 2. Null and void, 3. Heavy and explicit contrariety to law, 4. Administrative transaction /act, 5. Annulment, 6. Action of annulment, 7. Military High Administrative Court

### GİRİŞ

Bir hukuki işlemin hukuka uygun olup olmaması (legalite) ile geçerli olup olmaması (validity) –her ikisi de hukuk alanına dahil olmakla birlikte- aynı şey değildir. Bu anlamda maddi yokluk, yani işlemin maddi varlığının bulunup bulunmadığı konusu hukukun ötesinde bir sorundur. Bununla birlikte işlemin hükümsüzlüğünün en ileri derecesi olarak kavramsallaştırılan hukuki yokluk hukuk alanına ilişkin bir meseledir. Zira, bir kamu hukuku işlemi olarak idari işlemin hükümsüzlüğü idarenin geri almasından başka, ya iptali ile, ya da yok hükmünde sayılması ile mümkündür.<sup>1</sup>

Bilindiği gibi, idare hukukunda idari işlemin geçerliliğini ortadan kaldıran olağan hukuka aykırılıklara karşı "iptal" yaptırım uygulanmaktadır. İdare hukukunda sakat işlemin yaptırımı iptaldir. Bununla birlikte ortada fiziki varlık taşımayan veya hukuki açıdan yok sayılmasını gerektirecek derecede ağır sakatlığı bulunan işlemler için iptal yaptırımını uygulamak mümkün gözükmemektedir. Zira, ortada kesin ve yürütülebilir bir idari işlem olmadığına göre, teorik olarak bunun iptalinden söz etmek de mümkün değildir. İşte bunun gibi

\* Askerî Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM) Birinci Daire Başkanı, Türkiye Adalet Akademisi (TAA) Genel Kurul, Yönetim Kurulu ve Öğretim Üyesi.

<sup>1</sup> Nur ULUŞAHİN, "Yokluk Teorisinin Anayasa Hukukunda Yeri ve Uygulanabilirliği", Prof. Ergun ÖZBUDUN'a Armağan, C.II: Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2008, s.684.

işlemin yokluğunun söz konusu olduğu hallerde, pratikte ya bu durumun tespiti, ya da bu sonucun doğurduğu etkileri bertaraf etmek için iptalden daha güçlü ve önemli olan yokluk yaptırımına gerek duyulmuştur.

Yokluk teorisi, doğrudan işlemin kendisini ortadan kaldıracak ağırlıkta ve önemli hukuka aykırılıklarda iptal yaptırımının yetersiz kalmasından dolayı, ilk kez Fransa'da ortaya atılmış ve uygulama alanı bulmuştur. Danıştay'ın içtihatlarıyla uygulama alanı bulan yokluk teorisi, idare hukuku doktrininde özel hukuktan etkilenecek geliştirilmiş ve zamanla yaygınlaşmıştır.<sup>2</sup>

Özel hukuktaki yokluk, bazı haller dışında mutlak butlanla eşdeğerdir ve kural olarak kanunla belirlenir. Butlan kavramı idare hukukunda iptal ile karşılanmakla beraber, bunun mutlak ve nispi butlan halleriyle ilgisi yoktur. Aynı şekilde idare hukukunda yokluk, özel hukuktaki butlandan da, yokluktan da farklıdır.<sup>3</sup> Özel hukuktakinin aksine idare hukukunda yokluk teorisi doktrinrin ürünüdür; dolayısıyla subjektif ve soyut bir karakter taşır.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Fransa'da yokluk teorisinin gelişimi, özel hukuktaki mutlak/nispi butlan ve yokluk hallerinden farkı, savunucuları hakkında geniş bilgi için bkz. Ragıp SARICA, "İdare Hukukunda Yokluk ve Butlan", **Ebül'ulâ Mardin'e Armağan'dan Ayrı Bası**, İstanbul 1944, s.1191 vd.; Sabri TANDOĞAN, "Objektif ve Subjektif Tasarruflarda Yokluk", **İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler I**, Ankara, Danıştay Yayınları, Ankara 1976, s.82-106; Celâl ERKUT, "İdare Hukukunda Yokluk Teorisi", **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Y.9, S.1-3, 1998, s. 69 vd.; **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Danıştay Başkanlığı Yayını, Ankara 1990, s.149 vd.; Kemâl GÖZLER, **İdare Hukuku**, C.I, 2.B., Ekin Kitabevi, Bursa 2009, s.1010. Roma hukukundan bugüne dek Batı kamu hukukunda yokluk teorisinin gelişimi ve tartışmalar için bkz. ULUŞAHİN, s.684 vd., 712 vd.

<sup>3</sup> Karşılaştırma için bkz. Sıddık Sami ONAR, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C.I, İstanbul, Hak Kitabevi, 3.B, 1966, s.323 vd.; SARICA, s.1192 vd.; Mukbil ÖZYÖRÜK, **İdare Hukuku Dersleri**, Ankara 1973, s.220 (Teksir); TANDOĞAN, s.41-46; Yılmaz ALİEFENDİOĞLU, "Yönetmelik ve Anayasal Yargıda Yokluk", **Amme İdaresi Dergisi**, C.28, S.2, Haziran 1995, s.3-4. Yokluk teorisini kamu ve idare hukuku alanına ilk tatbik eden ONAR, hukuki tasarruflardaki sakatlıkların yaptırımlarını genel olarak yokluk, mutlak butlan ve nisbi butlan şeklinde ele almaktadır. Bu kavramların idare hukukunda aynen uygulanmasının zor olduğunu, çeşitli ve zıt çıkarların çatışması sebebiyle sakatlık derece ve yaptırımlarının salt mantık yoluyla belirlemenin güç olduğunu, taraflar arasında eşitliğin bulunmadığı ve alınan kararların kapsama ve uygulama alanlarının daha geniş ve üçüncü kişileri de kapsadığı idare hukuku sahasında, yaptırımların etkisinin, sadece ağırlığıyla değil kişi-kamu yararı gözetilerek, sakatlığın doğurduğu zararlı durum ile yaptırımın tatbikinden çıkabilecek sonuç arasında karşılaştırma yapmak suretiyle tayin ve tespit etmek gerektiğini, bu sebeple uygulanacak yaptırımı seçmede hakime takdir yetkisinin tanındığı ve medeni hukuka göre daha yumuşak bir yaptırım teorisinin kurulduğunu, bu itibarla bir sakatlığa değişik hal, ortam ve zamanlarda farklı yaptırım uygulanmasının mümkün olduğunu, kısacası bu yaptırımların mutlak değil izafi olduğunu ayrıntılı olarak açıklamaktadır. C.I, s.323-328

Bu konuda farklı bir yaklaşım YILDIRIM'dan gelmektedir. YILDIRIM, idari işlemlerin geri alınması söz konusu olduğunda yokluğun yanı sıra kesin hükümsüzlük (mutlak butlan) kavramına da başvurulmasının sınırları belirsiz olan açık hata kavramının kullanılmasına engel olacağını, geri alınmanın işlemin hukuk aleminde hiç doğmamış sayılması anlamında yokluk oluşturacağını, işlemin hukukten doğmuş, fakat açık ve ağır sakatlığından dolayı yapıldığı andan itibaren hüküm ifade etmemesi anlamına ge-

Teorinin Fransa'da ortaya konması ve uygulanmasıyla beraber Türk Danıştay'ı da yokluk yaptırımını kabul ve tatbik etmiştir. Yokluk kuram ve kurumu, 1972 yılında Askerî Yüksek İdare Mahkemesi'nin (AYİM) kurulup ayrı ve özel bir yargı yeri olarak yerini almasıyla birlikte, askeri idari yargı alanında da uygulanmaya başlamıştır. O tarihten beri, AYİM kararlarında yokluk teorisinin tartışıldığı veya tatbik edildiği çok sayıda örnek mevcuttur.

## I. GENEL OLARAK YOKLUK YAPTIRIMI

### A. YOKLUK KAVRAMI

Yokluk teorisini Fransız hukukunda ilk defa Laferrière tarafından ortaya atılmış ve bir çok yazar tarafından kabul görmüştür.<sup>5</sup> Bununla birlikte teoriye şiddetle karşı çıkanlar da olmuştur.<sup>6</sup> Türk idare hukukunda ilk savunucuları ONAR ve onu takiben SARICA olmuş, sonradan gelen hemen tüm yazarlar tarafından benimsenmiştir<sup>7</sup>. Teoriye açıkça karşı olan ERKUT idare hukukunda yokluktan bahsedilemeyeceğini ve kabul görse bile çok sınırlı olarak uygulanabileceğini ileri sürmektedir.<sup>8</sup>

İdare hukuku bakımından gerekli ve yararlı olmasına rağmen, yokluk kavramının esaslı bir tanımını yapmak da, teorinin içerik, kapsam ve sınırlarını belli bir sisteme oturtmak da güçtür. Ortada bir işlemin bulunmadığı, maddi varlık taşınmamasına rağmen var sanılan ve hiç doğmamış olan hallerle ilgili net ve kesin bir şey söylemek mümkün ise de, fiziken mevcut fakat aşırı ve ağır şekilde sakatlığı bulunan işlemlerde herkesin anında, tereddüt etmeden ve tartışılmaz sağlamlıkta bir hükme varması imkanı ve ihtimali yoktur. Bu hususta Fransız hukukunda geliştirilen "Görünüm teorisini", sakatlığın idare edilenlerce fark edilebilecek derecede açık olmasını; buna karşılık "Bozulma teorisini", işlemin dış görünüşünden anlaşılmasa bile özünü yitirecek ölçüde ve önemde işlemde çok ciddi hukuka aykırılık bulunmasını ifade etmekte ve yokluk kavramına bu yolla hem bir tanım, hem de bir kapsama ve uygulama alanı kazandırmaya çalışmaktadır.<sup>9</sup>

Bu açıklamalardan hareketle, -maddi yokluk durumunu da kapsayacak şekilde- **idare hukuku alanında yokluk, fakat maddi bir varlık taşınmama**

---

len kesin hükümsüzlüğün bundan farklı olduğunu, bu ayrımın idarenin yetkisini kötüye kullanıp kullanmadığını belirlemede de işe yarayacağını ifade etmektedir. Bkz. Turan YILDIRIM/Melikşah YASİN/H. Eyüp ÖZDEMİR/Gül ÜSTÜN/Özge OKAY, **İdare Hukuku II**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 68-69.

<sup>4</sup> SARICA, s.1263 vd.; ONAR, C.I, s.324-325; ERKUT, s.70-71.

<sup>5</sup> ERKUT, s.73; "İdari İşlemin Kimliği", s.149 ve dp.308; TANDOĞAN, s.48.

<sup>6</sup> Bu kişiler ve itiraz gerekçeleri için bkz. ; SARICA, s.1197; TANDOĞAN, s.50 vd.

<sup>7</sup> Teoriyi savunanların tezleri ve itirazlara cevapları için bkz. ONAR, s. 328; SARICA, s.1197 vd.

<sup>8</sup> ERKUT, "İdari İşlemin Kimliği", s.151.

<sup>9</sup> *Görünüm teorisini*, fiili ajanların tasarruflarını açıklayabildiği halde, dışarıdan görülmesi sağlanan, sebep işlemde mevcut veya uygulaması normal görülmeyle beraber tamamen dayanaksız durumları izah edememektedir. *Bozulma teorisini*, işin künhüne ilişkin ise de gerek fiili ajan işlemleri de kapsadığı, gerek yokluğu fiili yolla özdeşleştirdiği için eleştirilmektedir. Bu tanımlar hakkında bkz. ERKUT, s.72, dp.25 ve 26.

**birlikte var sanılan veya “işlemin kurucu unsurlarında derhal fark edilebilir nitelikte ve kimliğini kaybettirecek derecede ağır ve açık hukuka aykırılık taşıyan işlemlerin yok hükmünde sayılması” olarak tanımlanabilir.**<sup>10</sup>

AYİM'nin bazı kararlarında yokluk şu şekilde tanımlanmakta ve iptal durumundan farkı açıklanmaktadır: “İdari bir işlemin herhangi bir unsurunda fonksiyon gasbı, yetki gasbı ve hukuka ve mevzuata çok ağır derecede aykırılıklar ya da esashi bir unsurdan yoksun olması anlamına gelen “yokluk” halinde işlem hiç yapılmamış, hukuk yaşamında doğmamış gibi değerlendirilir.”<sup>11</sup>

## B. MAHİYETLERİNE GÖRE YOKLUK TÜRLERİ

### 1. Yokluk Türlerinin Belirlenme Esası

Yokluktan söz edildiğinde iki durum söz konusudur. Ya ortada idarenin bir işlemi bulunmamakta, fakat var sanılmaktadır; ya da işlem yok denecek surette sakattır. Dolayısıyla, mahiyeti bakımından bir ayırım yapmak en kestirme ve amaca uygun bir yol olarak gözükmektedir. Gerçekten de, teoride ve uygulamada yokluğun iki türü, gerek içerik ve kapsamları gerekse hüküm ve sonuçları bakımından birbirinden farklılık göstermekte ve maddi (mutlak, düpedüz) ve hukuki yokluk (yokluk benzeri, yok hükmünelik) olarak ikiye ayrılmaktadır.<sup>12</sup>

Gerçekten de, maddi yokluk (Material nonexistence) denen ilk halde, zaten ortada bir işlem mevcut değildir, maddeten bir işlem yoktur. Hukukî yokluk/yokluk benzeri/yok hükmünde sayma (Null and void) halinde ise, maddeten bir işlem bulunmakla beraber taşıdığı ağır ve açık sakatlıklar sebebiyle işlemin yok hükmünde olduğu kabul edilmektedir.<sup>13</sup>

---

<sup>10</sup> Tırnak içindeki ifadenin hukuki yokluğu ifade ettiğini, aslında kavramın doğası gereği tanımlama çabalarının daha çok hukuki yokluğu kapsadığını ve esas aldığını söyleyebiliriz. Bu tanım için bkz.. ERKUT, s.72.

<sup>11</sup> 2.D., 12.6.2002, 2001/667-2002/570; 2.D., 27.11.2002, 202/914; 3.D., 10.2.2005, 2004/408-2005/157; 3.D., 21.4.2005, 2004/1418-2005/575; 3.D., 4.10.2007, 319/1044.

<sup>12</sup> Fransa'da maddi yokluk haline, Georges VEDEL ve Pierre DELVOLVÈ tarafından “mutlak yokluk” ve bazı yazarlarca “madden yok olan işlemler” ve bazen “tam anlamıyla yok olan işlemler” dendiğini aktaran GÖZLER buna “düpedüz yokluk” ismini de eklemektedir, GÖZLER, s.1006.

Buna karşılık, ağır ve bariz sakatlık hali için, Türkçede “yok hükmünde sayma/keenlemeyekün” şeklinde ifade edilebilecek olan “yokluk benzeri=quasi inexistence” kavramının kullanıldığını, Fransız Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesinin ise işlemin “yokluğuna=inexistence/yok olduğuna=inexistant” değil, “geçersiz ve hiç doğmamış=nul et non avenu” veya “geçersiz ve tamamıyla etkisiz= nul et de nul effet” ibarelerini kullandığını belirtmektedir. GÖZLER, s.1012-1013.

<sup>13</sup> Türk öğretisinde genellikle yokluk bu surette ikiye ayrılmaktadır; TANDOĞAN, s.49-50; ERKUT, s.71 vd. ; GÖZLER, s.1001-002, 1005 ve özellikle 1024. ERKUT ve GÖZLER, bu iki türün birbirinden ve iptal/butlandan farkını, kapsam ve uygulama alanı bazında ayrıntılı bir şekilde izah etmektedir, ERKUT, s.71 vd. ; GÖZLER, s.1003 vd. ONAR, bu bağlamda idare hukukunda yokluk yaptırımını açıklarken maddi ve hukuki yokluk ayırımı yapmaksızın her iki tür kapsamına giren sakatlık hallerini yokluk başlığı altında

AYİM'nin bazı kararlarında yokluk türleri ve mahiyetleri şu şekilde açıklanmaktadır:

*"Yokluk teorisine göre, işlemlerde 'geçerlilik' koşulları ile 'varlık' koşullarının birbirinden ayırt edilmesi gerekir. Birincisinin yani geçerlilik koşullarının oluşmaması halinde işlem sadece 'iptal edilebilir' nitelikte iken, varlık koşullarının oluşmaması halinde işlem 'yok'tur. İdari işlemin oluşması için gerekli olan kurucu unsurların işlemde bulunması bir zorunluluk ve bizzatı işlemin 'varlık sebebi'dir."*<sup>14</sup>

Bazı kararlarda ise iki yokluk türü şu ifadelerle açıklanmaktadır:

*"Bilindiği üzere, "yokluk" idari işlemin iki yönünden ortaya çıkabilir. İlki, mevcut sanılan idari işlemin madden var olmaması, fiziki alemde bulunmaması şeklinde açıklanabilecek "maddi, fiili yokluk" hali; ikincisi ise idari işlemin maddi olarak mevcut olmakla beraber hukuki açıdan "ağır ve apaçık bir sakathğına" tekabül eden "yok hükmünde sayılma (Keenlemyekün) durumudur."*<sup>15</sup>

AYİM'nin bazı kararlarında ise her iki açıklamanın bir arada yapıldığı göze çarpmaktadır.<sup>16</sup> Yukarıda alman ifadelerden de anlaşılacağı gibi, AYİM, çelişkili olarak ilkinde yokluğu tamamen varlık şartlarıyla ilişkilendirilmek suretiyle açıklamakta iken, ikinci tür kararlarında bunu maddi yokluk şeklinde tanımlayıp hukuki yokluğu (keenlemyekün) geçerlik unsurlarında ağır ve açık sakatlık haline özgülemektedir. Biz de ikinci tür kararlardaki tanımlama ve ayırma iştirak ediyoruz.

## 2. Maddi Yokluk ve Mahiyeti

Maddi yokluk, işlemin maddi varlığına ilişkindir. Bu durumda, madden ve fiziken yok olan, varlık şartını taşımayan işlem söz konusudur. Buradaki yok olma işlem bakımındandır. Fiziki alemdeki şey veya olguların, hukuk âleminde hiç var olmaması, dolayısıyla işlem olarak varlığından söz edilememesidir. Örneğin, sözlü bir atama yapıldığında, maddi yokluk bu beyanın fiziken ve somut olarak mevcudiyeti değil, atama işleminin hukuk âleminde var olmaması anlamına gelmektedir.

---

incelemekte; yine de esaslı butlan dediği sakatlıkları yok hükmünde sayılma hallerini olarak ele almaktadır. C.I, s.332-336, SARICA da aynı yolu takip etmiş, maddi ve hukuki yokluk arasında ayırım gözetmemiştir; SARICA, s.1191 vd. GÖZÜBÜYÜK'ün "yok hükmünde olan idari işlemler" başlığı altında sadece hukuki yokluk halini dikkate aldığı söylenebilir, A. Şeref GÖZÜBÜYÜK; **Yönetmelik Yargı**, Ankara, Turhan Kitabevi, 26.B., 2007, s.154 vd.

Terminoloji meselesi için bkz. ERKUT,s.71, dp.15 GÖZLER, s.1002-1003, 1011-1014, 1023, özellikle Tablo 10-1 ve 10-2.

<sup>14</sup> 2.D., 12.6.2002, 2001/667-2002/570; 2.D., 27.11.2002, 202/914; 3.D., 10.2.2005, 2004/408-2005/157; 3.D., 21.4.2005, 2004/1418-2005/575; 3.D., 4.10.2007, 319/1044.

<sup>15</sup> 3.D., 15.4.2004, 2003/76-2004/541; 3.D., 15.4.2004, 2003/76-2004/571; 3.D., 21.10.2004, 2003/21-2004/1570; 3.D., 29.12.2005, 496/1446; 1.D., 5.12.2006, 603/1028; 1.D., 10.7.2007, 2006/592-2007804; 3.D., 12.10.2006, 166/1139; 3.D., 2.7.2009, 869/732; 3.D., 24.12.2009, 860/1489.

<sup>16</sup> 3.D., 3.4.2008, 420/589; 3.D., 26.2.2009, 249/193; 3.D., 19.2.2009, 242/166; 3.D., 83.3.2008, 319/470.

Şüphesiz işleme konu şey veya olgunun hiç mevcut olmaması işlemin de varlık şartı taşımaması demektir. Bunun gibi ya da aksi halde araştırma konumuz açısından maddi yokluk kabul edilen halleri ERKUT, idarenin kayıtlarında hiç yer almamış, hayal ürünü şeylerde aramaktadır. GÖZLER, maddi yokluk hallerini üç başlık altında toplamaktadır. Buna göre, var sanılan fakat gerçekte mevcut olmayan *hayali işlemler* ile fiili memur hariç *yetki gaspı* hallerinin yanı sıra bazı ağır şekil sakatlıkları taşıyan işlemlerde maddi yokluk durumunun bulunduğunu belirtmektedir. Son hâle, yazılılık<sup>17</sup> ve *şartları yerine getirilmeyen işlemleri* örnek vermektedir.<sup>18</sup>

Danıştay, belediyenin yıkım kararının yok hükmünde sayılmasına ilişkin bir uyuşmazlıkla ilgili bir kararında, Belediye Başkanlığının encümen tarafından böyle bir karar alınmadığı şeklindeki savunmasına dayanarak olmayan bir işlem aleyhine dava açılmayacağı sonucuna varmıştır.<sup>19</sup> Görüldüğü üzere ortada mevcudu olmayan bir hususta var sanılarak dava açılmış olduğundan maddi yokluk söz konusudur.

AYİM'nin maddi yokluk olarak kabul ettiği olgular çok azdır. Davacı hakkında tutulan kayıtlarda gözüken cezanın yokluğu ileri sürülen bir uyuşmazlıkta, belirtilen disiplin cezasının tesisi, tebliği, infazı ve bu arada savunma ile ilgili hiçbir belge ve bulgu bulunmaması sebebiyle maddi yokluğun söz konusu olduğunu, böyle bir ceza verilmiş olsa dahi savunma hakkı tammaksızım tesis edilen disiplin cezasının, şekil unsuru yönünden ağır ve apaçık hukuka aykırı bulunmakla yok hükmünde sayılmasının gerektiğini belirttikten sonra davacının hakkındaki disiplin cezasının yok hükmünde olduğunu tespiti ile bu cezanın silinmemesi işleminin iptaline karar vermiştir.<sup>20</sup> Aşağıda alıntı yapılarak tekrar değinilecek bir kararda da, cezanın dayandığı maddi olay gerçekleşmediğinden sebep unsuru yönünden yok hükmündeki işlemin iptali cihtine gidilmiştir.<sup>21</sup>

Buna karşılık, bazı sebeplerle kursa ve görev yerine zamanında katılmaktan dolayı verilen disiplin cezalarının, ortada disiplin tecavüzü oluşturan bir fiil bulunmadığından madden yok sayılması yönündeki görüşe itibar edilmemiştir. Söz konusu "cezaların maddi fiille örtüşmediği ve isabetli olmadığı yolunda görüş bildirilmiş ise de, yargı yerinin yerindelik denetimi yapamayacağına ve idarenin takdir yetkisini<sup>22</sup> kaldıracak biçimde yargı kararı veremeyeceğine ilişkin 1602 sayılı Kanununun 21/son maddesi karşısında, açık ve ağır maddi/ fiili yokluk hali bulunmadığından, denetiminin yapılamayacağı değerlendirilmiştir." denilerek açılan dava incelenmeksizin reddedilmiştir.<sup>23</sup>

<sup>17</sup> Zorunlu olduğu halde yazılı olmayan kararlar varlık kazanmaz ve yok sayılırlar, Bkz. ONAR, C.I, s.309.

<sup>18</sup> GÖZLER, s.1007-1008. ONAR da fiili memur hali söz konusu olduğunda yetki ve fonksiyon gasbı sakatlıklarında yokluk ve iptal yaptırımlarının uygulanamayacağını ileri sürmektedir, C.I. s.334-335.

<sup>19</sup> DDDK, 15.5.1970, 1966/564, 1970/335, AİD, C.4, S.1, Mart 1971, s.190-191.

<sup>20</sup> 3.D., 12.10.2006, 155/1139.

<sup>21</sup> 3.D., 15.4.2004, 2003/76-2004/571.

<sup>22</sup> Bkz. Cemil KAYA, **İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi**, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, Beta, C. 1, İstanbul 2001, s. 251 vd.

<sup>23</sup> 3.D., 10.2.2005, 2004/408-2005/157.

### 3. Hukuki Yokluk ve Mahiyeti

Maddi yokluğun kabulü konusunda fazla tereddüt yoksa da, hukuki yokluk/yok hükmünde sayma konusunda fikir birliği bulunmadığı gibi uygulama alanı ve şekli hususunda da belirsizlik mevcuttur. Hukuki yokluk/yok hükmünde sayma (Nun et non avenu=Geçersiz ve hiç meydana gelmemiş) bizzat tatbikattan doğduğu ve bir gerçekliğe sahip olduğu halde, sübjektif özelliğinden dolayı “geçersizlik/butlan (nullité)” yaptırımından ve bunun bunu aracı olan iptal/geçersizleştirme (Annulation) tamamen ayırmak ve kesin bir teorik sınır çizmek güçtür. Maalesef, hukuki yokluk, gerek sistematige kavuşturulmadığından, gerek iptal kavram ve kurumuyla arasında objektif bir ölçüt konulamadığından müphem ve karmaşık bir teori özelliğini sürdürmektedir.

Teorinin doğası gereği, hukuki yokluk/yokluk benzeri/yok hükmünde sayma hali, bir çok izah edilmeye çalışılmıştır. Fransız idare hukukunda yokluk kuramını ilk defa ortaya atan Laferrière, yokluk hallerinin sınırlı sayıda ve sadece yetki unsurunda söz konusu olduğunu, bunların da yetki gaspı ve fonksiyon gaspı gibi kişi yönünden yetkiye ilişkin ağır sakatlıkların oluşturduğu iki gruptan ibaret bulunduğunu ileri sürmüştür.<sup>24</sup> Yokluk hallerini tek grupta ve genel bir formülle açıklamaya çalışan C. Blaeovet ise anayasal ilkelere ihlali kriterini benimsemiştir.<sup>25</sup> J.de Soto, mutlak ve nispi yokluk halleri ayrımı yaparak, idarenin tek yanlı olmayan hukuki tasarrufları ile sözde idare adına alınan kararların mutlak yokluk; idarenin makul ve mantiki temelden yoksun tasarruflarının nispi yokluk oluşturabileceğini savunmuştur.<sup>26</sup> Alcindor’un 4 grupta incelediği hallerin, idare dışındaki diğer organların yada idare içindeki kişilerin yetkisiz işlemleri kapsadığı görülmektedir.<sup>27</sup> Vedel’in ise maddi yokluğu karşılamak üzere “yok işlemler” ve hukuki yokluk için ise “yokluk benzeri/yok hükmünde sayılması gerekli işlemler” kavramlarını kullanmak suretiyle sınıflandırma yaptığı belirtilmektedir.<sup>28</sup>

Bu formülasyon ve kategorik tanımlama denemelerinin yetersizliği karşısında, öğretilerde ve uygulamada, hukuki yokluk probleminin kavramsal olarak açıklanmasından kaçınılmakta; sınırları, kapsamı ve içeriği belli bir kurum olarak tayin ve tespit yerine, pratikte bazı olgular işlemin kurucu unsurları ile ilişkilendirilerek, yokluğun kuramsal çerçevesi örnekleme yoluyla ortaya konulmaya çalışılmaktadır.<sup>29</sup>

<sup>24</sup> Laferrière ve bu görüşte diğer Fransız yazarları için bkz. ONAR, C.I, s.335; SARICA, s.1256-1257; TANDOĞAN, s.50, 59; ERKUT, s.73, dp.32.

<sup>25</sup> Bunlar yetki ve fonksiyon gaspı dahil anayasada teminat altına alınmış hak ve özgürlükleri kapsamaktadır. Bkz. ONAR, C.I, s.335; SARICA, s.1258-1259.

<sup>26</sup> TANDOĞAN, s.60-61; SARICA, s.1259-1261.

<sup>27</sup> TANDOĞAN, s.59; SARICA, s.1257-1258.

<sup>28</sup> ERKUT, s.73.

<sup>29</sup> ONAR, C.I, s.330; ERKUT, s. 73 vd.; ALİEFENDİOĞLU, s.4. ONAR, işlemin kurucu unsurlarına göre yokluk oluşturan halleri “istkrari (tümevarım)” yöntemiyle açıkladıktan sonra, kesin ve katı bir kıstas koymanın – yetki ve fonksiyon gaspı hallerinde bile fiili memur teorisinin işlediği dikkate alındığında- hem mümkün, hem doğru olmadığını belirtmektedir, ONAR, C.I, s.334-335.



Biz Türk öğretisinde ERKUT ve GÖZLER tarafından yapılan maddi ve hukuki yokluk ayırımından hareketle, yokluğu iki tür halinde tasnif ve hukuki yokluk hallerini işlemin unsurları yönünden örnekleme suretiyle ele almayı tercih ediyoruz. Zira, Maddi yokluk halinin olanca açıklığı ve yalınlığı karşısında, sorun, hukuki yokluk konusuna indirgenmektedir. Hukuki yokluk, varlık değil geçerlik şartlarıyla ilgili olduğuna göre, içeriğini işlemin unsurları üzerinden izah etmek zorundayız. Bunun sonucu olarak da, unsurlara ilişkin ağır ve bariz sakatlıklar hukuki yokluk hallerini örnek teşkil edecektir.

## **II. İDARİ İŞLEMİN UNSURLARINA GÖRE (HUKUKİ) YOKLUK DURUMLARI**

### **A. YOKLUK HALLERİ İÇEREN UNSURLARIN BELİRLENMESİ**

Hukuki yokluğun uygulanma alanı konusu, kurucu unsurlardaki ağır ve bariz hukuka aykırılıklar olarak ele alındığında, pratikte bunlardan hangisinde ve ne suretle yokluk sayılabileceği sorusu gündeme gelir. Bazı yazarlar bu hallerin dar tutulması fikrinden hareketle daha çok yetki unsuru üzerinde durmakta, bir kısmı sınırlı sayıda kabul ettiği yokluk hallerini unsurlar açısından tek tek ele almaktan kaçınmakta, bazıları da hemen her unsurda yokluk bulunabileceğini ileri sürmektedir.

Türk idare hukukunda yokluk halleri daha yaygın ve kapsamlı bir kabul görmekte; genel olarak bu hallerin tasnifi işlemin unsurları itibariyle ve örnek verilme suretiyle yapıla gelmektedir. Yokluğu savunan çoğu yazar işlemin birçok unsuru bakımından yokluk haline rastlanabileceğini belirtmektedir. Yokluğu ilk defa ele alan ONAR ve onu takiben SARICA, işlemin maksat hariç 4 unsurunda da yokluk hallerine rastlanabileceğini ifade etmektedir. TANDOGAN, GÖZÜBÜYÜK, GÜNDAY, ÖZAY, GÖZLER, KALABALIK ve KARAVELİOĞLU, R.YILDIRIM gibi yazarlar da aynı kanaattedir. ARTUKMAÇ, yokluğun yetki ve şekil unsurlarında söz konusu olabileceğini, ancak sebepte yokluk ileri sürülemeyeceğini savunmuştur. CANDAN, yetki ve şekil dışında diğer unsurlarda yokluğun mümkün olmadığı fikrindedir. ALİEFENDİOĞLU, bütün unsurlarda yokluk olabileceği görüşündedir.<sup>30</sup> YILDIRIM, hukuken hiç doğmamış sayma anlamında yokluk hallerini yetki gaspı, fonksiyon gaspı ve şekil şartına uymama olarak belirtmekte, sebep ve konu unsurundaki açık ve ağır sakatlıkların kesin hükümsüzlük oluşturduğunu ileri sürmektedir.<sup>31</sup> YENİCE/ ESİN de bunları yokluk hali olarak saymaktadır.<sup>32</sup>

Türk doktrininde sadece ERKUT, idare hukuku ilkeleriyle bağdaşmaması, soyut ve sübjektif olması, tehlikeli hukuki sonuçlara yol açması ve fiili yolla benzeşmesi gibi sebeplerle yokluğun kabulüne ve uygulamasına karşıdır.

<sup>30</sup> Bu yazarlar ile görüşleri ve ilgili kaynaklar ileride işlemin unsurları konusunda ayrıca açıklanacaktır. Ancak, burada bir kısım yazarın pek nadiren veya diğer işlemlerden giderek maksat unsurunda da yokluk olabileceğini savunduğunu belirtmek de yarar var.

<sup>31</sup> YILDIRIM/YASİN/ÖZDEMİR/ÜSTÜN/OKAY, **İdare Hukuku II**, s. 68-69; YILDIRIM, s.245-246.

<sup>32</sup> Kazım YENİCE-Yüksel ESİN; **Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usulü**, Ankara, Arısan Matbaacılık, 1983, s.24-25.

Buna rağmen ERKUT eğer kabul edilecekse bunun işlemin yetki ve şekil ile kısmen konu unsurlarıyla sınırlı tutulması gerektiğini düşünmektedir.<sup>33</sup>

Danıştay kararlarında genellikle unsurlar üzerinden yokluk hallerinin belirlenmesi yoluna gidilmektedir. Danıştay'ın yokluk-iptal edilebilirlik ayrımı ve halleri ile sonuçlarına ilişkin bir içtihadını aktarmak yararlı olacaktır. Gerek yokluk hallerinin kapsamının açıklandığı, gerek yok sayılan işlemin geri alındığı bir uyuşmazlığa esas olayda, 6.7.2004 tarihinde yayımlanan kararname ile atanan yeni üniversite rektöründen önceki eski rektör tarafından yapılan çağrı üzerine 13.7.2004 tarihinde toplanan senato, davacıyı Üniversite yönetim kurulu üyeliğine seçmiş, daha sonra 4 yıllık görev süresi 6.8.2004 tarihinde dolan eski rektörden görevi devralan yeni rektör ise aynı gün tesis ettiği dava konusu işlemle ilgilinin yönetim kurulu üyeliğini yok saymıştır. Davacının açtığı iptal davası sonunda Ankara 8'inci İdare Mahkemesi 24.11.2005 tarihli kararıyla bu işlemi iptal etmiş, Rektörlüğün temyizi üzerine Danıştay 8'inci Dairesi 7.7.2006 tarihinde Senato kararının ağır ve açık yetki gaspından dolayı yok hükmünde olan üye seçimi işleminin yok hükmünde sayılmasında hukuka aykırılık bulunmadığına işaretle kararı bozmuştur. Yerel Mahkemenin 15.12.2006 tarihli ısrar kararı üzerine davayı temyizen inceleyen DİDDK, Senato kararında yokluk hali bulunmadığını, ayrıca yokluk olsa bile bunun rektörce geri alınamayacağını, ancak ilgisinin açtığı davada mahkemece karar alınabileceğini, bu bakımdan hukuka uygun idare mahkemesi kararının oyçokluğuyla onanmasına karar vermiştir. Karşı oy yokluktan dolayı ısrar kararının bozulması gerektiğini, ayrışık gerekçe oyu ise yokluk bulunmamakla beraber kararın yok hükmündeki işlemin sadece mahkeme kararı ile geri alınabileceğine ilişkin kısmına katılmadıklarını belirtmiştir. Danıştay İDDK, kararında, işlemin geçerliliği için gerekli asli unsurlardaki sakatlığın işlemin yok sayılmasına sebep olacağını, buna karşılık tamamlayıcı unsurlardaki eksikliğin iptale yol açacağını belirttikten sonra, şu açıklamalara yer vermiştir:

*"Bu bağlamda, yargısal içtihatlarda ve öğretilerde, yokluk halinin ancak işlemin asli kurucu ögesi olan yetki ögesi yönünden incelemesinde fonksiyon veya yetki gaspı hallerinin saptanması veya yasanın açıkça yasakladığı bir konuda yapılması halinde mümkün olabileceği kabul edilmektedir. Herhangi bir özel hukuk tüzel kişinin kamu kurumu yerine geçerek kamulaştırma kararı alması veya görev süresi sona eren bir kamu görevlisinin görevden ayrıldıktan sonra işlem tesis etmesi 'yetki gaspına'; belediye meclisine yasayla açıkça verilen bir yetkinin doğrudan belediye başkanınca kullanılması ise 'fonksiyon gaspı'na örnek olarak gösterilebilir. Bu gibi durumlarda, işlemin varlık koşulları oluşmamış olduğundan bizzat işlemin yokluğu sonucu doğmakta, işlem hiç doğmamış, var olmamış yayılmakta, bu tür işlemlere karşı açılacak davalarda yargı yeri işlemin yok hükmünde olduğuna karar vermektedir."*<sup>34</sup>

AYİM'nin hukuki yoklukla ilgili kararları disiplin yaptırımlarına ilişkin davalarda yoğunlaşmaktadır. Bilindiği gibi Anayasa'nın ve 1602 sayılı Kanun'un 21'inci maddesi hükümleri uyarınca disiplin cezalarının yargısal denetimi mümkün değildir. Bununla beraber, AYİM istikrarlı bir şekilde, askeri

<sup>33</sup> ERKUT, s.76; ERKUT, "İdari İşlemin Kimliği", s.151.

<sup>34</sup> DİDDK, 4.10.2007, 265/1819, DD, Y.38, S.118, Ankara 2008, s.69-72.

disiplin cezaları ister başka bir işlemin hukuki sebebini teşkil etsin, ister tek başına idari işlem durumunda olsun, her iki halde de yok hükmünde sayılmasını gerektiren bir sakatlık bulunup bulunmadığı yönünden ve bununla sınırlı olarak sebep veya sonuç işlemi denetime tabi tutmaktadır. AYİM kararlarında yer alan bazı ifadelere göre; “savunmanın alınmaması, yetkisiz amirin ceza vermesi, cezada zamanaşımı olması, yahut amirin ceza yetkisini aşması gibi haller kanuna açık ve net şekilde aykırılık” teşkil ettiğinden, işlemin yok hükmünde sayılmasının gerektirir.<sup>35</sup> Bir karara göre de, yokluk hali genel olarak; yetki gaspı, fonksiyon gaspı ve kanuna ve hukuka açık aykırılık hallerinde söz konusu olmaktadır.<sup>36</sup> Ancak bazı kararlarda belirttiği üzere, AYİM, yetki gaspı ve kanunen yasak edilen bir konuda işlem yapılması gibi durumlar dışında da, yani gerek öğreti gerekse uygulamada “yokluk” halinin yalnızca “yetki” ve “şekil” unsurlarında değil, “sebeb”, “konu” ve “maksat” unsurlarında da gerçekleşebileceğini kabul etmektedir.<sup>37</sup> Bu konuda çok geniş kuramsal açıklamaların yapıp önceki AYİM uygulamasına da işaret edilen AYİM Dr.l.Kr.l.nun 3.7.1997 tarih ve E.1997/84, K.1997/62 sayılı kararı da “sebeb” unsurunda yokluk halinin tesbitine ilişkindir.

## **B. YETKİ UNSURU YÖNÜNDEN YOKLUK HALLERİ**

### **1. Genel Olarak Yetki Unsuru ve Yokluk**

Yetki idare hukukunda kamu düzenine ilişkindir. Bu sebeple yetki ile ilgili kurallar genişletici bir biçimde yorumlanıp uygulanamaz.<sup>38</sup> Yetkisizlik, davanın her aşamasında ileri sürülebildiği gibi re’sen de incelenebilir.<sup>39</sup> Kamu hukukunda yetki, özel hukuktan farklı olarak aynı zamanda görev ve yükümlülük de ifade eder.

Bir iptal davasında yetki; yer, zaman, kişi ve konu olmak üzere dört bakımdan incelenebilir. Yetki unsurunda sakatlık halleri yetki ve fonksiyon gaspı ile yetki tecavüzü olarak ortaya çıkar. Yetki tecavüzü işlemin yer, zaman ve konu bakımından sakatlık hallerine kapsar.

---

<sup>35</sup> 2.D., 12.4.2000, 1999/804, 2000/454, AYİMD, S.15, s.1047. GÖZLER, bu emsal kararlarda açıklanan tutumu ağır şekilde eleştirmekte ve “savunmanın alınmaması, yetkisiz amirin ceza vermesi, cezada zamanaşımı olması, yahut amirin ceza yetkisini aşması gibi hallerin” hiçbir zaman yokluk hali oluşturmayacağını ileri sürmektedir. GÖZLER, s.1039.

<sup>36</sup> I.D., 22.1.1998, 1997/147-1999/200, AYİMD, S.12, Erişim: [http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_karar\\_detay.asp?](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_karar_detay.asp?), 1.5.2010. Aynı yönde, 2.D., 11.10.2000, 11.317/613, AYİMD, S.15, s.1044. Bu karara esas incelemesi yapıldığı gerekçesiyle yapılan eleştiri için bkz. GÖZLER, s.1036.

<sup>37</sup> I.D. 6.10.1998, 745/775.

<sup>38</sup> GÖZÜBÜYÜK, **Yönetmelik Yargı**, s.203; A.Şeref GÖZÜBÜYÜK- Turgut TAN, **İdare Hukuku, C.2, İdari Yargılama Hukuku**, C.I\_II, Ankara, Turhan Kitabevi, 1999, C.II, s.414; İl Han ÖZAY, **Günışığında Yönetim**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004, s.481; TANDOĞAN, s.66; Metin GÜNDAY, **İdare Hukuku**, Ankara, İmaj Yayıncılık, 7. B, 2003, s.125; Turgut CANDAN, **İdari Yargılama Usûlü Kanunu**, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2005, s.121; GÖZLER, s.747.

<sup>39</sup> Dnş. 5.D., 9.5.1985, 1985/1229, DD, S.60-61, s.230.

Bir idarî kuruluşun yasa ile belirlenen görev konusu dışına çıkması, konu bakımından yetkisizlik durumunu oluşturur. Konu yönünden yetkisizlik, başka bir idarî kuruluşun görevi içine giren konuda karar alınması şeklinde ise olumlu yetki tecavüzü; görevli olduğu halde kendisini yetkisiz sanarak karar almaktan kaçınmak şeklinde ise olumsuz yetki tecavüzünden bahsedilir. Yetki tecavüzü, astın üst yerine ya da üstün ast yerine, bir kuruluşun bir başkası yerine veya aynı kuruluşun organlarından birinin diğeri yerine karar alması gibi şekillere bürünebilir. Birden çok kuruluşun yetkili kılındığı durumlarda bu kuruluşların yetkilerini sıra ile kullanmaları da konu bakımından yetkisizlik teşkil eder. Yöntemine göre yapılmamış yetki ve imza devrine dayanarak yapılmış işlemlerdeki sakatlıklarda konu bakımından yetkisizlik olarak kabul edilir.<sup>40</sup>

Yer yönünden yetki, idari makamların konu yönünden sahip oldukları yetkiyi kullanabilecekleri coğrafi alanı ifade eder.<sup>41</sup> ALİEFENDİOĞLU, yerce yetkisizlikte yokluk olabileceğini, örneğin İzmir Valiliğinin Ankara ili sınırları içinde işlem kurmasının yetki gaspı kavramı olarak değerlendirilebileceğini söylemektedir.<sup>42</sup>

Zaman bakımından yetkisizlik ise, ilgili makamın aslında idari tasarrufu yapmaya yetkisi olmakla birlikte, bunu göreve başlamadan önceki veya görev süresi sona erdikten sonraki bir tarihte, yani görevli değil iken kullanması şeklinde ortaya çıkar.<sup>43</sup>

İdarede ancak belli ve belirli kişiler (makam ve organlar) idare adına irade açıklayabilir. Her ajan irade açıklaması yapamaz. İdare adına irade açıklamasında bulunma ve karar alma yetkisi olmayan bir görevlinin işlemleri kişi yönünden yetkisizlik, yani yetki gasbı olarak nitelendirilir. Bu durumda, karar alma idarenin yetkisi içindedir, fakat kişi yetkisiz olduğundan alınan karar bağlayıcı olmaz. Yetki gaspı, yargı ve yasama organlarının görevine giren konularda idarenin karar alması demek olan görev gasbından farklıdır. Yetki gasbının yol açtığı sakatlık o kadar ağırdır ki, alınan karar yok hükmündedir.<sup>44</sup>

<sup>40</sup> GÖZÜBÜYÜK, **Yönetmelik Yargı**, s.207-214. Benzer şekilde ÖZAY, s.149-151. Ayrıca Yıldızhan YAYLA, **İdare Hukuku**, Beta Yayıncılık, İstanbul 2009, s.120.

<sup>41</sup> GÖZÜBÜYÜK, **Yönetmelik Yargı**, s.204; GÜNDAY, s.127; GÖZÜBÜYÜK-TAN, C.II, s. ; KALABALIK, s.152-153; GÖZLER, s.816; Ramazan YILDIRIM, **İdarî Başvuru**, Konya, Mimoza Yayınevi, 2.B., 2006 s.150; Ramazan YILDIRIM, **İdare Hukuku Dersleri II**, Mimoza Yayınları, Konya 2010, s. 55; YILDIRIM, **İdarî Yargı**, s.150.

<sup>42</sup> ALİEFENDİOĞLU, s.4.

<sup>43</sup> GÖZLER, s.803; Celâl KARAVELİOĞLU, **Açıklama ve En Son İçtihatlarla İdarî Yargı-lama Usulü Kanunu**, C.I-II, 5.B, Ankara, 2001, s.141; R. YILDIRIM, **İdare Hukuku Dersleri II**, s.56-57.

<sup>44</sup> ONAR, C.I, s.301-302, 305; SARICA, s.126; GÖZÜBÜYÜK, **Yönetmelik Yargı**, s.207; TANDOĞAN, s.68; GÜNDAY, s.127; ALİEFENDİOĞLU, s.4; GÖZLER, s.816; YAYLA, s.117; R. YILDIRIM, s.151-152 ; R. YILDIRIM, **İdare Hukuku Dersleri II**, s.66-67; Halil KALABALIK, **İdarî Yargılama Hukuku**, İstanbul, Değişim Yayınları, 2003, s.149; YILDIRIM, **İdarî Yargı**, s.151. GÖZLER'e göre resmi sıfatın tamamıyla yokluğu şeklindeki yetki gasbı halinde yokluk, buna karşılık bu sıfat sona erdikten sonra tesis edilen işlemlerde iptal yaptırımı söz konusudur, GÖZLER, s.816, 1008. ALİEFENDİOĞLU, yetki gasbının kişi yönünden yetkisizlik, yerce yetkisizlik ve fonksiyon gasbı olmak üzere üç durumda görüldüğünü ve hepsinin de yokluk teşkil ettiğini savunmaktadır. ALİEFENDİOĞLU, s.4-5.

Yetki unsuruna ilişkin en ağır hukuka aykırılık hali, fonksiyon gasbıdır. İdarenin dışındaki kişi ve kurumların idare adına işlem yapması veya idari makam ve organların idare fonksiyonu dışında bir karar alması, fonksiyon gaspıdır.<sup>45</sup> Örneğin, 6972 sayılı Kanuna göre, muhtaç çocukları korumaya almak sulh hukuk mahkemesi kararı ile mümkündür. Danıştay, mülki amirin bu kararı mahkeme yerine ilgili idari kurula aldırması halinde fonksiyon gaspının doğacağına, dolayısıyla yoklukla malül olduğuna içtihat etmiştir.<sup>46</sup>

Fonksiyon ve yetki gasbı hallerinde, yapılan işlem yok hükmündedir. Zira her iki halde de işlem idarilik niteliğini yitirmekte, idareye izafe edilememektedir.<sup>47</sup>

Fonksiyon ve yetki gasbı hariç, genellikle konu, yer ve zaman bakımından yetki aşımı hallerinde hukuka aykırılık işlemin yok sayılmasını gerektirecek derecede ağır ve açık değildir.<sup>48</sup> Bazı yazarlar, yetki ve fonksiyon gaspına ilaveten açık ve ağır yetki tecavüzü hallerinde de yokluk olabileceğini söylemektedir.<sup>49</sup> Bunlardan bir tür yetki gaspını maddi yokluk olarak kabul eden GÖZLER, (bir bakanlıkta çalışan memurun başka kurumdaki kamu görevlisini emekliye sevk etmesi gibi) idari işbölümü esaslarına tamamen aykırılık teşkil eden ağır ve bariz yetki tecavüz hallerinin yok hükmünde sayılabileceğini savunmaktadır.<sup>50</sup> ERKUT, yer yönünden yetkisizliğin yokluk oluşturmayacağını, zira yetki gaspının konu itibarıyla yetkisizlikle ilgili olduğunu belirtmektedir.<sup>51</sup>

Danıştay, özel hukuk tüzel kişinin verdiği kamulaştırma kararının<sup>52</sup> ve yeni merciler tarafından kovuşturulması gereken disiplin kovuşturmasının inzibat komisyonuna cezaya bağlanmasının<sup>53</sup> yetki gaspı teşkil ettiğinden yoklukla malul olduğuna içtihat etmiştir. Başka bir olayda, küçük bir belediyede yasal varlık taşımayan köy muhtarı ve ihtiyar heyeti üyelerinin aldığı belediye merkezinin kendi köyleri olması hususundaki kararın feshi talebini, gerek bu

---

<sup>45</sup> ONAR, C.I, s.301; CANDAN, s.122-123; TANDOĞAN, s.71; Hamza EROĞLU, **İdare Hukuku**, 4.B., Ankara, ?, s.415; KARAVELİOĞLU, C.I, s.133; GÜNDAY, s.131; ALİFENDİOĞLU, s.5; YENİCE/ESİN, s.24-25; GÖZLER, s.810 vd.; KALABALIK, s.153; YAYLA, s.117; R. YILDIRIM, s.152; R.YILDIRIM, **İdare Hukuku Dersleri II**, s.66; YILDIRIM, **İdari Yargı**, s.152.

<sup>46</sup> 12.D., 20.10.1971, 1969/531, 1971/2297, Danıştay Başkanlığı, Danıştay Onikinci Daire Kararları, Birinci Kitap, C.II, Ankara 1976, s.460.

<sup>47</sup> GÖZLER, idarenin gerek yasama, gerek yargı fonksiyonunu gasbı halinde, (kaymakamın boşanma kararı alması gibi) bazı durumlarda yoklukta bahsedilebileceğini, ancak genellikle iptal yaptırımının söz konusu olacağını ileri sürmektedir. GÖZLER, C.I, 813-814.

<sup>48</sup> GÖZLER, s. 818 vd.; CANDAN, s.122, 125, 128; KARAVELİOĞLU, C.I, s.133.

<sup>49</sup> ONAR, C.I, s.305; SARICA, s.1228; TANDOĞAN, s.73; EROĞLU, s.415; GÜNDAY, s.131; ÖZAY, s. 486-487; YILDIRIM, s. 151; GÖZLER, s.828; YAYLA, s.117-121; KALABALIK, s.149; YILDIRIM, **İdari Yargı**, s.151.

<sup>50</sup> GÖZLER, s.828, 1016.

<sup>51</sup> ERKUT, s.76. Bunun gibi, Yıldızhan YAYLA, "Yer İtibarıyla Yetki ve Yokluk", Hukuk Araştırmaları, MÜHFM, C.I, S.2, 1986, s.55.

<sup>52</sup> Dnş. 6.D., 21.2.1968, 1966/2621, 1968/524, Danıştay Altıncı Daire Kararları, Birinci Kitap, Danıştay Başkanlığı Yayını, Ankara 1979, s.222/652.

<sup>53</sup> Dnş. Mür.D., 19.3.1980, 1978/6713, 1980/1171, YENİCE/ESİN, s.42-43.

topluluğun belediye meclisi vasfı taşımaması, gerekse konunun belediye meclisinin dahi görev alanına girmemesi sebepleriyle yetkili olmadığından reddetmiştir.<sup>54</sup> Seçilmiş muhtarın mahkumiyetinden dolayı seçilme ehliyetine sahip olmadığı gerekçesiyle seçim kurulu yerine idarece görevine son verilmesi ağır yetkisizlikten (fonksiyon kaybı) dolayı yoklukla maluldür.<sup>55</sup> Belediye Başkanının kanunun Belediye Encümenine tanıdığı yetkiyi kullanarak doğrudan verdiği para cezasının kesinleşmesi üzerine çıkarılan ödeme emri ağır yetki tecavüzü sebebiyle yok hükmünde olup iptali için açılan davada verilen red kararı isabetsizdir.<sup>56</sup>

## 2. Yetki Unsuruna İlişkin Özel Bir Durum: Fiili ajan/memur

İdare adına açıklama yapacak olanlar, seçim, atama veya sözleşme yoluyla yetkili ve görevli kılınırlar. Ancak bazen, savaş, isyan, darbe, afet gibi durumlarda kamu görevlisi bulunamaz yada yetersiz kalır. Bazen de resmi bir statüsü olmadığı halde idarenin oluruna dayanarak veya hukuka aykırı şekilde statü sahibi olup da idari bir görevle işlem tesisi söz konusu olabilir. İşte, olağan dışı hallerde kanunun yetkili ve görevli olmayan kişilerin, atama, sözleşme veya seçim olmadığı halde idare adına faaliyet göstermesi durumuna fiili memurluk/ajanlık denmektedir.<sup>57</sup>

Fiili memurun yapmış olduğu işlemler yok hükmündedir. Zira ortada yetki veya fonksiyon gaspı vardır. Dolayısıyla görevi üstlenen kişiye kazanılmış hak sağlamaz. Bununla beraber, bu hallerde dahi her zaman yokluk teorisinin geçerli olduğu söylenemez.<sup>58</sup> Fiili memur teorisi gereği, durumdan habersiz iyi niyetli üçüncü kişilerin de korunması, bu bakımdan fiili memurun haklarında tesis ettiği yararlandırıcı işlemlerin geçerli kabul edilmesi gerekir.<sup>59</sup> ERKUT'a göre, "görünüm teorisi" gereği bir makam ve mevkide bulduklarından kamu gücüne sahipmiş gibi gözükten fiili ajanların yaptıkları işlemler, iyi niyetli kişiler yönünden geçerli sayılmalıdır. Zira, bunlar hem idareye güvenmek durumundadır, hem de karşısındaki ajanın statüsünü araştırmak zorunda değildirler. Dolayısıyla, böyle bir görevin üstlenilerek işlem tesisi, öngörülebilirliği sebebiyle idareye sorumluluk yüklenebilir mahiyette ise, bunların yok hükmünde, hatta hukuka aykırı sayılması idare hukuku ilkeleri ile bağdaşmaz. Aksine idare hiçbir şekilde yükümlü tutulamiyorsa, hak kazandırması söz konusu olmayacağından bu işlemler her zaman geri alınabilir.<sup>60</sup>

<sup>54</sup> Dnş. 8.D., 8.12.1997, 1997/4974, 1997/3818, bu karar ve burada maddi yokluk oluşturan yetki gaspı bulunduğu görüşü için bkz. GÖZLER, s.1008, 1025.

<sup>55</sup> Dnş. 8.D., 6.6.1985, 157/575, DD, S.60-61, s.365 (Kararda dava açma süresine tâbi olmadığı da belirtilmiştir.)

<sup>56</sup> Dnş. 6.D., 9.3.1988, 215/334, DD, S.72-73, s.325 (Kararda kesinleşmeden söz edilemeyeceği ve dava açma süresine tabi olmadığı da belirtilmiştir.)

<sup>57</sup> ONAR, s.1281, dp.8; GÖZÜBÜYÜK-TAN, s.445; ÖZAY, s.390-393; R. YILDIRIM, **İdare Hukuku Dersleri II**, s. 66; ERKUT, s.81.

<sup>58</sup> ONAR, C.I, s.334-335.

<sup>59</sup> R. YILDIRIM, **İdare Hukuku Dersleri II**, s.66.

<sup>60</sup> ERKUT, S.82-83.

Fiili memurluğun olağan dışı hallere münhasır kalmasından olsa gerek, AYİM tatbikatında, böyle bir işlemin değil yokluğunun, basit hukuka aykırılığının iddia edildiği bir örneğe dahi rastlanmamıştır.

### **3. Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin Yetki Yönünden Yokluk Uygulaması**

AYİM askeri öğrencilikten çıkarma işleminin dayanağını tekil eden disiplin cezalarını yok hükmünde sayılarak sonuç işlemin iptali için açılan davalarda, bazı halleri yetkisizlik olarak addetmekte ve yokluğu tespitle işlemin iptali cihetine gitmektedir. Bu bağlamda diğer öğrencilere kitap özeti satan bir astsubay sınıf okulu öğrencisinin Yönergeye dayanılarak 3 hafta sonu izinsizlikle cezalandırıldığı olayda, Askeri Ceza Kanunu'nun 171'nci maddesine bağlı cetvelde Bölük Komutanı üsteğmen-yüzbaşımın öğrenciye hafta sonu izinsizlik cezası verme yetkisinin iki hafta sonu (dört gün) ile sınırlandırıldığına işaretle yetki gaspı-fonksiyon gaspı ve bariz yetki tecavüzü teşkil eden bu cezanın yok hükmünde sayılmasına karar verilmiştir. Bu cezanın karşılığı puanın iadesi sonucu öğrencilikten çıkarılmaya ilişkin disiplin notu limitinin üstünde kalan davacı hakkındaki işlemin iptaline karar verilmiştir.<sup>61</sup>

Kanaatimizce somut uyuşmazlıkta yetki ve fonksiyon gaspı bulunduğu söylenemez. Amirin aynı cinsten olmakla beraber miktar olarak haddi aşan disiplin cezası yetki tecavüzü oluşturur. Ancak bunun ağır ve bariz olduğu tartışılır. Savunma tarihinin ceza tarihinden sonra olduğu olayda, işlemin sebebiyet verdiği ağır sonucu dikkate alan Mahkemenin hakkaniyete dayanarak iptal kararı verdiği görülmektedir.

Başka bir olayda, ilk amir yerine onun üstü amir tarafından disiplin cezası verilmesinin yetki gaspı teşkil ettiği ileri sürülerek doğrudan tam yargı davası açılmıştır. Mahkeme, herhangi bir hukuka aykırılık görmediği davada manevi tazminat talebini esastan reddetmiştir.<sup>62</sup>

Bir davacı tarafından, Kara Kuvvetleri Komutanlığının yetkisi dâhilinde olması gerekirken Kolordu Komutanlığının yapmış olduğu görevlendirmenin sonucunda almış olduğu bu cezanın da yetkisiz amir tarafından verilmiş bir ceza olduğu belirtilerek 3 günlük göz hapsi cezasının yok hükmünde sayılarak cezanın iptaline karar verilmesi için açılan davada, yetkisizlik görülmemiş ve yokluk bulunmadığından dava incelenmeksizin reddedilmiştir.<sup>63</sup>

Mahkemenin daireleri arasında farklı içtihatlar ortaya çıkabilmektedir. Bir uyuşmazlıkta harp akademisine kabul edilmeme işleminin iptalini inceleyen İkinci Daire bunun sebebinin oluşturduğu disiplin cezasını yok hükmünde saymış-

---

<sup>61</sup> 2.D., 13.7.2005, 2003/904-2005/604. Gerekçede, "... davacıya 09.05.2003 tarihinde verilen 3 hafta sonu (6 gün) izinsizlik cezasının Bölük Komutanı tarafından verilemeyeceği ve idari işlemde yetki - fonksiyon gaspı, ağır ve bariz hukuki sakatlık nedeniyle söz konusu disiplin cezasının "yok hükmünde" olduğuna karar verilmesi gerekmektedir. (Kaldı ki cezanın 9.5.2003 tarihli olduğu, davacının savunmasının 18.6.2003 tarihli olduğu dikkate alındığında ağır ve bariz hukuka aykırılık görülmektedir.)" denilmektedir.

<sup>62</sup> 2.D., 6.7.2007, 61/858.

<sup>63</sup> 3.D., 14.2.2008, 199/323.

ken aynı fiile ilişkin davayı incelemeksizin reddetmiştir. Söz konusu uyuşmazlıkta, bayram iznine giderken arkadaşının kullandığı özel araçta kaza geçiren davacı “gece araç kullanmaktan” dolayı cezalandırılmıştır. Aynı araçta bulunan ve araç sahibi diğer subayın, Harp Akademisine alınmaması üzerine açtığı davada aynı fiilden dolayı almış olduğu 7 gün göz hapsi disiplin cezasının yok hükmünde olduğuna karar verilmiştir. Davacı, bu durumda aynı araçta bulunan arkadaşının disiplin cezası sicilinden silinmesine rağmen, kendisine verilen disiplin cezasının halen sicilinde gözüktüğünü, gece araç kullanılmayacağına dair emrin, kişilerin can güvenliğini sağlamaya yönelik bir tavsiye niteliğinde olduğunu, askeri hizmetle ilişkili bir yönü bulunmadığını, kaldı ki hizmetle ilişki görülse dahi emre itaatsizlikte ısrar suçundan dolayı yargılama yapmaya askeri mahkemelerin yetkili olduğunu, bu suçtan disiplin amirince ceza verilmesinin idarece yargı fonksiyonunun gasbı olduğunu, bu nedenle de yetki unsuru ağır ve bariz sakatlık nedeniyle disiplin cezasının yok hükmünde olduğunu belirterek emir ve talimatlara uymamak suçundan verilen disiplin cezasının yok hükmünde sayılmasına karar verilmesi talep ve dava etmiştir.

Mahkeme, davacının eyleminin disiplin tecavüzü teşkil edip etmediğinin tespitinde disiplin amirinin takdir yetkisi bulunduğunu, davacıya verilen disiplin cezasının, ceza vermeye yetkili disiplin amirinin 1632 Sayılı Kanunda belirtilen yetkileri dâhilinde ve savunma alınmak suretiyle verildiğini ve tebliğ edilerek infaz edildiğini, **dava konusu disiplin cezasının yok hükmünde sayılmasını gerektirecek derecede ağır ve bariz bir hukuka aykırılığın bulunmadığını, aynı araçta bulunan bir başka kişi hakkında verilen disiplin cezasının, bir başka işlemin sebep unsurunun değerlendirilmesi sırasında İkinci Daire tarafından yok hükmünde olduğunun tespit edilmesinin Üçüncü Daireyi bağlamadığını belirterek** davayı incelemeksizin reddetmiştir.<sup>64</sup>

Disiplin cezasının yok hükmünde sayılarak iptaline ve bu nedenle 2000 YTL. manevi tazminata karar verilmesi talebiyle açılan bir davada, ceza zaman aşımı süresi içinde verilmeyen cezanın hukuka aykırı olsa bile açık ve ağır olmadığından yok hükmünde sayılmayacağına karar verilmiştir. Uyuşmazlıkta, davacı astsubayın bir futbol maçında üstü ile giriştiği tartışma esnasında askeri terbiyeye aykırı söz ve davranışlarda bulunduğu, bu sebeple davacının savunmasının alındığı, bu tarihten 33 gün sonra disiplin cezası verildiği, cezanın infaz edildiği uyuşmazlıkta, davacı, Askeri Ceza Kanunu’nun 179’ uncu maddesine göre disiplin tecavüzlerine ve kabahatlerine bir ay sonra ceza verilemeyeceğini ve savunmasının etraflıca her konuda alınmadığını ileri sürerek disiplin cezasının yok hükmünde sayılıp iptaline ve bu işlem nedeniyle manevi tazminat ödenmesine karar verilmesini istemiştir. Davayı yargısal denetiminin mümkün olmaması sebebiyle incelemeksizin reddeden Mahkemeye göre;

*“... Bilindiği üzere idari işlemin iptali isteminde yargı yerinde değerlendirilecek olan husus, işlemin iptalini gerektiren sakatlıkların bulunup bulunmadığıdır. İşlemin yok hükmünde olmasını doğuracak hukuka aykırılıklar ise iptali gerektiren sakatlıklardan çok daha ağır işlemi ortadan kaldıracak derecedeki hukuki aykırılıklardır. Bu durumlar, dava konusu olay ile ilgili olarak disiplin cezasının tamamen yetkisiz bir amir tarafından verilmesi, dava konusunun askeri idare içinde olmayan bir kamu ajanı tarafından verilmesi, yasada hiç belir-*

<sup>64</sup> 3.D., 18.10.2007, 1019/1084. Aynı yönde, 3.D., 7.5.2009, 632/515.



tilmeyen (tamamen amir tarafından icat edilen) bir cezasının uygulanması olarak sayılabilir. Dava konusu disiplin cezasında ise bu denli ağır bir sakatlıktan bahsetmek olanaksızdır. Ayrıca disiplin cezasının verilmesinden evvel davacının savunmasının alındığı, cezaya itiraz edildiği, bu itiraz sonucunda infaz edildiği görülmektedir. **Dava dilekçesinde öne sürülen haller yukarıda belirtilen yokluk hallerine uygun sebepler değil, incelenmesi durumunda belki de hukuka aykırılık halini oluşturabilecek durumlardır.** Bu nedenle yukarıda belirtilen gerekçelerle hakkındaki yasama kısıntısı nedeniyle söz konusu işlemin ve buna bağlı olarak tazminat isteminin yargısal yönden denetlenmesi ve değerlendirilmesi olanaksızdır.”<sup>65</sup>

Mahkemenin, aşağıda sebep unsuru ile tazminat davası için de örnek olarak değinilecek bir kararında irdelenen uyuşmazlıkta davacı uzman çavuş; askeri kural ve nizamlar dışında davrandığı gerekçesiyle aynı gün saat 17:00’ye kadar yazılı savunmasının istenildiğini, savunmasının yeterli görülmeyle 7 gün oda hapsi cezası ile cezalandırılmasına karar verildiğini, cezanın aynı tarihte davacıya tebliğ edildiğini, yaptığı itirazın Deniz Er Eğitim Alay Komutanlığının yazısıyla reddedildiğini, ceza kararını imzalamaması üzerine kendisine zor kullanıldığını kelepçe takıldığını, revire daha sonra da Asker Hastanesine sevk edildiğini, 7 gün psikolojik tedavi gördüğünü, birliğine döndüğünde arka kaya savunma ve yazılı uyarılar verildiğini, cezanın hukuka aykırı olmasının nedeniyle bir üst amire yaptığı müracaatının da reddedildiğini, savunmasını hazırlayabilmesi için sadece iki saatlik süre tanındığını, yeterince zaman tanınmadığını, savunma yazısında cezayı gerektiren eylemin açıkça belirtilmediğini, savunmasının incelenmediğini ve iddialarının araştırılmadığını, cezanın infazı için yeterli hazırlık süresi tanınmadığını, cezanın en yakın disiplin amiri tarafından verilmesi gerektiği kuralının ihlal edildiğini, aslında disiplin cezasını gerektirecek bir eylemin bulunmadığını, disiplin cezasının yok hükmünde olduğunu, iptali gerektiğini belirterek cezanın infazı sırasında ruh sağlığının bozulması nedeniyle maddi ve manevi tazminata hükmedilmesini talep ve dava etmiştir. Mahkeme 60 günlük süre içinde açılan davada; “Yokluk denetimiyle sınırlı olarak yargı denetimine tabi tutulan dava konusu disiplin cezası değerlendirildiğinde; davacının eylemlerin disiplin suçu teşkil edip etmediğinin ve sübuta erip ermediğinin belirlenmesinde disiplin amirinin takdir yetkisinin bulunduğu, davacıya verilen disiplin cezasının, ceza vermeye yetkili amir tarafından, yasal yetkileri çerçevesinde ve savunması alınmak suretiyle verildiği, ceza kararının davacıya tebliğ edildiği, davacının itiraz hakkını da kullandığı, sonuç itibarıyla dava konusu disiplin cezasının yürürlükteki mevzuat hükümlerine uygun olduğu, yok hükmünde sayılmasını gerektirecek ağır ve bariz bir sakatlığın bulunmadığı” gerekçesiyle davayı reddetmiştir.<sup>66</sup> Görüldüğü üzere Mahkeme daha üst amirin ceza vermesini yokluk seviyesinde hukuka aykırı bulmamıştır.

Bir davada verilen cezanın zamanaşımından sonra verildiği, dolayısıyla yok hükmünde olduğu iddia edilmiş ise de, AYİM soruşturma süresini de dikkate alarak yokluk bulunmadığını tespitle davayı incelemeksizin reddetmiştir. AYİM’e göre;

<sup>65</sup> 3.D., 8.5.2008, 562/721.

<sup>66</sup> 3.D., 18.9.2008, 873/1096.

*“Davacı kıta ziyaretine geç katılmak fiiline ilişkin cezanın zamanaşımına uğradıktan sonra takdir edildiğini beyan etmişse de; disiplin amirince 19.11.2003 tarihli eylemle ilgili olarak araştırma ve soruşturma yapıldığı, davacının savunmasının 18.12.2003 tarihli yazı ile talep edildiği, bazı belgelerin davacıdan istenildiği dikkate alındığında 1632 sayılı yasanın 179 ncu maddesinde belirtilen “fiil tahkikatı mucip ise bu husus için itiraz eden zamanın ceza zamanı aşımı süresi olan bir aya dahil olamayacağı” düzenleme karşısında davacının bu yöndeki beyanlarına itibar edilmemiştir. Diğer eylemi sebebiyle ileri sürdüğü hususların ise ancak iptal davasına konu olabilecek ve incelenebilecek olması nedenleriyle yokluk halinin bulunmadığı değerlendirilmektedir.”<sup>67</sup>*

Başka bir davada, davacının cezalandırılan fiili 20.05.2002’de vuku bulunduğu halde, savunmasının 03.07.2002 tarihinde alınıp 15.07.2002 tarihinde cezai işlem tesis edilmekle, Askeri Ceza Kanununun 179’uncu maddesinde öngörülen disiplin cezalarında müruru zamana ilişkin 1 aylık süre geçirilmiş bulunması karşısında, cezanın davacının şikayeti üzerine üçüncü disiplin amiri olan Üs Komutanının denetiminden geçmiş olması, idarenin As.C.K.nun 179’uncu maddesi hükmünün yorumunda hataya düşmesi, fiilin vuku bulunduğu tarih ile öğrendiği ve cezanın tayin edildiği tarihler arasındaki süre farkının net ve uzun olmaması sebepleriyle, disiplin cezalarında müruru zamana ilişkin hükmün ihlalinin, işlemi yoklukla malül kılacak derecede ağır ve apaçık bir hukuka aykırılık teşkil etmediği değerlendirilmiştir.<sup>68</sup>

Askerlik Şube Başkanlığına vekalet eden bir astsubayın, maiyetindeki sivil memura emre itaatsizlikten dolayı verdiği aylıktan kesme cezasının 657 sayılı DMK ile Devlet Memurları Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Yönetmeliğine ve As.C.K.nun 171’inci maddesi hükümlerine göre subay olmadığından ağır ve açık yetki tecavüzü sebebiyle yok hükmünde olduğuna karar verilmiştir.<sup>69</sup>

Başka bir olayda, bazı kamu kurum ve kuruluşlarına gönderdiği evrak, müfettiş incelemesi sonucu suç teşkil etmemekle beraber disiplin ihlali sayılan askeri hakim, 357 sayılı Askeri Hâkimler Kanununun 29/B’uncu maddesine göre verilen kınama cezasının yok hükmünde sayılması istemiyle açtığı davada, idari ve siyasi bir makam olan, öte yandan görev yeri itibariyle hiçbir hiyerarşik bağlantısının olmadığı Millî Savunma Bakanı tarafından kendisine disiplin cezası verildiğini, savunma hakkının kısıtlandığını, soruşturma tarihi itibariyle soruşturma konusu eylemlerin üzerinden iki yıllık bir süre geçtiğini, soruşturmaya konu eylemlerin zamanaşımı süresinin dolduğunu belirterek hakkındaki disiplin cezasının yetki-şekil-zamanaşımı yönlerinden yok hükmünde olduğunun tespitini talep etmiştir. Mahkeme, disiplin cezasının 357 Sayılı Kanunda yazılı yetkili makam tarafından, kanunda öngörülen yetkileri dâhilinde verildiği, soruşturma prosedürüne uyulduğu, davacının savunmasının alındığı,

<sup>67</sup> 3.D., 10.2.2005, 2004/408-2005/157. Aynı yönde, 3.D., 8.12.2005, 894/1352. Keza, cezanın 1 ay 10 gün sonra verilmesinde de yokluk hali görülmemiştir, 3.D., 15.3.2007, 2006/1683-2007/1468.

<sup>68</sup> 3.D., 22.04.2004, 2003/675-2004/590, AYİMD, S.20, Erişim: [http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_karar\\_detay.asp?](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_karar_detay.asp?), 1.5.2010.

<sup>69</sup> 2.D., 5.3.1997, 63/174, AYİMD, S.12, s.142-143. GÖZLER’e göre burada sıradan bir hukuka aykırılık hali vardır. GÖZLER, s.1037.

sabit görülen eyleme göre Kanunda öngörülen cezanın verildiği, cezanın davacıya tebliğ edildiği anlaşıldığından dava konusu disiplin cezasının yok hükmünde sayılmasını gerektirecek derecede ağır ve bariz bir hukuka aykırılığın bulunmadığı sonuç ve kanaatine varmıştır.<sup>70</sup>

Yarbay rütbesini haiz asil komutanın izinli olması sebebiyle komutanlığa vekalet eden binbaşının astı yüzbaşıya verdiği üç gün göz hapsi cezasının, yetki yönünden sakat olduğu belirtilerek yok hükmünde sayılmasına karar verilmesi istenmiş ise de, Mahkeme, vekil olsa da yetkili bulunan bir amirin ceza yetkisi sınırları içinde verilmiş bir cezanın söz konusu olduğunu belirterek ve ağır bir hukuka aykırılığın bulunmadığı gerekçesiyle davayı incelemeksizin reddetmiştir.<sup>71</sup>

Disiplin cezalarından dolayı bağlı yetki sebebiyle sözleşmenin feshi işleminin iptali için açılan davada, Bölük Komutan vekili astsubay tarafından verilen cezanın yok hükmünde olduğuna ve işlemin sebep unsuru yönünden iptaline karar verilmiştir. Çoğunluk görüşü, Subaylara ait bu göreve astsubayların vekalet edemeyeceğini, etseler de As.C.K.nunda bölük komutanı subay için öngörülen ceza yetkisine sahip olmadıklarını, bu bakımdan yetki dışı cezanın yok hükmünde sayılması gerektiğini kabul etmektedir. Karşı oy ise vekalette hukuka aykırılık bulunmadığından yetkisizlik durumunun söz konusu olmadığını ileri sürmüştür.<sup>72</sup>

Görüldüğü üzere, çoğunluğun yok hükmünde saydığı cezayı azınlık hukuka uygun görmektedir. Bölük Komutanlığına vekalet eden astsubayların disiplin cezası veremeyecekleri açık bir düzenlemeden değil, vekaletle ilgili İç Hizmet Yönetmeliğinin 34'üncü maddesi ve AsCK'nun 172'inci maddesi hükmünün yorumuna dayanmaktadır. Yani yetkisizlik olsa bile bu hukuka aykırılığın açık olduğunu söylemek güçtür. Burada yokluk hali ne görünüş, ne de bozulma teorisi ile izah edilebilir.

Harp okulu öğrencisinin disiplinsizlik sebebiyle okuldan çıkarılması işleminin iptali için açılan davada, belli puan sınırını aşan bazı disiplin cezalarının yoklukla malul olduğu ileri sürülmüştür. Çıkarma işlemine esas teşkil eden disiplin cezalarından birine yapılan itirazın mevzuat gereği üst makam yerine cezayı veren aynı makam tarafından sonuçlandırılarak kesinleştirildiği bir olayda, AYİM yokluk bulunduğuna karar vermiştir.<sup>73</sup>

AYİM, bir davacının, Anayasanın 129'uncu maddesinde teminat altına alınan savunma hakkının tanınmadığını, 657 sayılı Kanunun 130 ve As.C.K.nun 175'inci maddelerine isnat olunan hususun açıkça ve yazılı olarak bildirilmesi, yazılı olarak savunmanın istenmesi ve savunma için belli bir süre tanınması gerekirken buna riayet edilmemesinin işlemi şekil yönünden sakatladığını, 5 gün oda hapsi cezası verilmesinin ağır bir yetki tecavüzü olduğunu belirterek, verilen cezanın yok hükmünde olduğunun tespiti ve bir milyar TL tutarında manevi tazminata hükmedilmesini talep ettiği bir davayı esastan reddetmiştir. AYİM'e göre, davacının askerlik görevini yaptığı sırada her ne

<sup>70</sup> 3.D., 9.10.2008, 946/1137.

<sup>71</sup> 3.D., 25.6.2005, 822/690.

<sup>72</sup> 1.D.25.1.2000, 1999/1066, 2000/87.

<sup>73</sup> 2.D., 19.2.1997, 1996/903, 1997/89, AYİMD, S.12, s.442-447. GÖZLER'e göre burada açık ve ağır değil, sıradan bir hukuka aykırılık söz konusudur. GÖZLER, s.1038.

kadar Askeri Ceza Kanununun 22.03.2000 gün ve 4551 sayılı kanunla değişik 171'inci maddesinde belirlenen yetkilere göre rütbesi itibariyle ancak müfrez buldukları sürece erbaş ve erlere 3 güne kadar oda hapsi cezası verme yetkisi bulunan Kad. Başçavuş rütbesindeki Hizmet Takım Komutanı, müfrez bulunma hali şartı oluşmadığı halde bu değişikliğin yanlış yorumlanması sonucu yetkisini de aşarak 3 günden fazla süreli oda hapsi cezası vermiş ise de; davacıya savunma hakkını tanındığı da dikkate alındığında 05.07.2000 tarihinde verilen 5 günlük oda hapsi cezası, yetki, şekil, sebep ve amaç unsurları yönünden yok hükmünde olmasını gerektirecek herhangi bir hukuka aykırılık taşımamaktadır.<sup>74</sup>

Bir uyumsuzlukta Mahkeme unsurunu belirtmemekle birlikte, uygulanması gereken mevzuat farklılığından dolayı, verilen cezaların yokluğuna, zımnen yetki ve giderek sebep ve konu yönünden hükmetmiş gözükmektedir. Kararın oluşumu bakımından ilgi çekici bu kararı ayrıntılı biçimde incelemek yararlı olacaktır: Bir astsubaya, yapılan bir soruşturmadaki davranışlarından dolayı ilk amiri tarafından verilen ilk disiplin cezasının ve bu cezanın başka bir birlikte infazı esnasındaki disiplinsizlikleri sebebiyle aynı amirce verilen diğer cezaların yok hükmünde olduğu iddia edilmiştir. Davacıya verilen toplam 54 günlük oda hapsi cezasının (6 adet cezanın oluşturduğu) 47 günlük bölümü, verilen ilk oda hapsi cezasının infazı ile başlayan ve kesintisiz devam eden süreçte takdir edilmiştir. AYİM, ilk cezada yokluk bulunmadığını belirleyerek bu işlemi inceleme kabiliyeti bulunmadığından iki hakim üyenin -AİHM kararları karşısında ve AİHS hükümlerine göre artık idare ajanını hürriyeti bağlayıcı ceza verilemeyeceği gerekçesiyle- muhalefeti ve oy çokluğuyla reddetmiştir. Buna karşılık, bu ilk ceza ve ardından diğerleri bir odada infaz edilirken tespit edilen bazı disiplin ihlallerinden dolayı asıl amir tarafından verilen 6 adet cezaı yok hükmünde sayarak iptallerine oy çokluğuyla karar vermiştir. İki muhalif kurmay üye denetim yasağından dolayı bu cezaların da incelenemeyeceği kanaatiyle reddinin gerektiğini ileri sürmüş; Başkan ve hakim üyeler ise iki farklı gerekçeyle yokluğu kabul ve işlemi iptal etmişlerdir.<sup>75</sup> Çoğunluk gerekçesinde;

<sup>74</sup> 3.D., 25.3.2003, 2004/303-2004/537 (tarih ve numaralar karardaki şekliyle yazılmıştır)

<sup>75</sup> 3.D., 24.12.2009, 860/1489. İlki birliğinde, diğerleri infaz sırasında verilen toplam 54 günlük 7 adet hapis cezasının yok hükmünde sayılarak iptali için 22.5.2009 tarihinde açılan davaya konu olaylar şu şekilde gerçekleşmiştir: Davacı hakkında bazı usulsüz davranışları sebebiyle başlatılan idari soruşturma sırasında İl Merkez Jandarma Komutanı tarafından "komutanlarına karşı saygısız tavır ve hakaret içinde olduğu" gerekçesiyle savunmasının alınarak, 25.5.2008 tarihinde 7 gün oda hapsi cezası verilmiştir. Bu ceza 25.5.2008-1.6.2008 tarihleri arasında Ferizli İlçe Jandarma Komutanı infaz edilmiştir. Davacı, cezanın infazı sırasında 30.5.2008 tarihinde "oda hapsi cezasını çekmekte olduğu odada yatağını tertipsiz bıraktığı" için 31.5.2008 tarihinde İl Merkez Jandarma Komutanı tarafından 5 gün oda hapsi cezası ile cezalandırılmıştır. Bu ceza 2.6.2008-6.6.2008 tarihleri arasında infaz edilirken, davacı 4.6.2008 tarihinde "oda hapsi cezasını çekmekte olduğu odaya üstü girdiğinde dikkat çekmediği ve esas duruşta karşılamadığı" gerekçesiyle 5.6.2008 tarihinde 7 gün oda hapsi cezası ile cezalandırılmıştır. Bu cezanın 7.6.2008-13.6.2008 tarihleri arasında infazı sırasında bu kez 12.6.2008 tarihinde "oda hapsi cezasını çekmekte olduğu odada pantolonunun ütüsüz ve ayakkabısının tozlu olması" sebebiyle 7 gün oda hapsi cezasına karar verilmiştir.

subay ve astsubaylar hakkında disiplin tecavüzü veya disiplin suçundan dolayı disiplin amirlerince verilen oda hapsi cezalarının nerede infaz olunacağını, infazın şeklini ve mahiyetini açıklayan Askeri Ceza Kanununun 24'üncü maddesine göre, astsubayların oda hapsi cezasının infazı sırasında, mümkün olduğunca tek başlarına tahsisli bir odada bulunacaklarının, ceza müddetince makam ve rütbelerinin hizmete ilişkin olarak tanıdığı yetkiyi kullanamayacaklarının kayıtlı olduğu; disiplin amirleri tarafından takdir edilen oda hapsi cezalarının infazına ilişkin olan bu mevzuat hükmünde infaz sırasında meydana gelen disiplinsizlikler ve müeyyideleriyle ilgili herhangi bir düzenlemeye yer verilmediği; bu davacı hakkındaki disiplin cezalarının infazı ile ilgili olarak Disiplin Ceza ve Tutukevleri Yönergesinin uygulanması gerektiği; bu çerçevede Yönergede aksine hüküm bulunmayan hallerde Askeri Ceza ve Tutukevlerinin Yönetimine ve Cezaların İnfazına Dair Yönetmelik hükümlerinin kıyasen uygulanacağı belirtilmiş olması karşısında güvenlik ve disipline aykırı eylemlerin nitelik ve ağırlık derecesine göre 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirleri Hakkındaki Kanunda öngörülen disiplin cezalarının uygulanacağını belirtildiği; burada bazı fiillerin disiplin cezası olarak sayılmakla beraber Yönetmeliğin ilgili bölümlerinde hangi eylemlerin hangi disiplin cezasına yol açacağı hususunda 5275 sayılı Kanuna atıf yapıldığı üzerinde durulduktan sonra;

*“Davacının disiplin amiri tarafından verilen oda hapsi disiplin cezasının infazı öncesindeki sevk işlemlerinin kelepçeli ve mevcutlu yapılmasının yanı sıra, bina kapısında nöbetçi bulundurulması karşısında, astsubaylar hakkındaki oda hapsi cezasının infazı ile ilgili As.C.K.nun 24. maddesindeki düzenlemenin dışında bir uygulama yapıldığı anlaşılmaktadır. //...// Davacının 25.05.2008 tarihli ilk oda hapsi cezası hariç olmak üzere, infazlar sırasında verilen diğer oda hapsi cezalarının; yatağın ve elbisenin tertipsiz ve kirli olması, rütbeli personelle muhatap olduğunda uyulması gereken kurallar ile ilgili olduğu görülmektedir. Cezanın infaz edildiği yerin iç işleyişinin yanı sıra emniyet ve disiplinin teminine*

---

Bunun 14.6.2008-20.6.2008 tarihleri arasında infazı esnasında da, 18.6.2008 tarihinde "oda hapsi cezasını çekmekte olduğu odada esas duruşunun bozuk olduğu" gerekçesiyle, bir kez daha aynı ceza verilmiştir.

Bu ceza 21.06.2008-27.06.2008 tarihleri arasında çektirilmiştir. Bu defa 27.6.2008 tarihinde "oda hapsi cezasını çektiği birlikte öğle tatili sırasında şapkasız dolaştığı" için aynı şekilde cezalandırılmıştır. Nihayet sonuncu defa 27.6.2008 tarihinde davacının disiplin ceza odasından çıkarılıp birliğine getirildiği sırada "eski rügan ayakkabı ile dolaştığı" gerekçesiyle İl Merkez Jandarma Komutanı tarafından savunması alınmış ve 30.6.2008 tarihinde İl Jandarma Komutanı tarafından 14 gün oda hapsi cezası ile cezalandırılmıştır.

Davacı vekilinin oda hapsi cezalarının incelenerek kaldırılması yönündeki 02.03.2009 tarihinde Jandarma Genel Komutanlığına yaptığı müracaatın cezalara yapılmış bir itiraz olarak kabul edildiği ve gereği için ilgili birimlere gönderildiği, İl Merkez Jandarma Komutanı tarafından verilen 25.05.2008, 31.05.2008, 05.06.2008, 12.06.2008, 19.06.2008, 27.06.2008 tarihli disiplin cezalarının Sakarya İl Jandarma Komutanı tarafından incelenerek 13.04.2009 tarihinde talebin reddedildiği, keza Sakarya İl Jandarma Komutanı tarafından verilen 30.06.2008 tarihli disiplin cezasının İstanbul Jandarma Bölge Komutanı tarafından incelenerek 04.05.2009 tarihinde talebin reddedildiği anlaşılmaktadır.

yönelik kurallara aykırı fiillerin infaz rejiminin doğası gereği ayrık bir düzenlemeye tabi tutulması gerektiği açıktır. Bu tür fiilleri işleyen cezalı statüsündeki kişilerin, cezanın infaz edildiği yerin yaşayış tarzından kaynaklanan kurallara aykırı bu hareketlerinin disiplin amirleri tarafından cezalandırılması hukuki yönden ağır ve açık bir sakatlık olarak kabul edilmelidir. // Davacının Disiplin Ceza ve Tutukevleri Yönergesi ve atfı maddelerine göre gerçekleştirilen infazı sırasında, infaz yerinde düzenli bir yaşamın sürdürülmesi, güvenliğin ve disiplinin sağlanması amacına özgülenen, idare tarafından uyulması emredilen veya gerekli kılan eylemlerin ihlalinin nitelik ve ağırlığına göre disiplin ihlali kabul edilerek, **infaz rejimine uygun şekilde müeyyidelenilmesi gerekirken, söz konusu eylemlerin disiplin tecavüzü kabul edilerek, disiplin amirleri tarafından cezalandırılmasının ağır ve bariz bir sakatlık olduğu anlaşıldığından** 31.05.2008, 05.06.2008, 12.06.2008, 19.06.2008, 27.06.2008 ve 30.06.2008 tarihli oda hapsi cezalarının yok hükmünde sayılması gerektiği sonuç ve kanaatine ulaşılmıştır.”

Yokluğa katılmayan, fakat cezaları AİHM kararları çerçevesinde Anayasa'nın 90'ncı maddesi delaletiyle AİHS hükümlerine aykırı bulan iki hakim üyenin ayrışık oy gerekçesine göre ise;

“Askeri Ceza Kanununun “Göz ve oda hapsi cezalarının mahiyeti, neticeleri ve yerine getirilmesi” başlıklı 24 ncü maddesinde oda hapsi disiplin cezalarının mümkün olduğu takdirde cezayı tek başına belirli bir hapis odasında geçirecekleri, emir veremeyecekleri, genel hizmet yapamayacakları belirtilmiştir. Askeri Yargıtay'ın bir kararında da işaret edildiği üzere “Her ne kadar oda hapsi cezasının infazı sırasında subay ve astsubaylar genel hizmet yapmaktan ve emir vermekten yoksun iselerse de, rütbe sahibi olmaları nedeniyle bunlarla diğer asker kişiler arasında önceden mevcut olan ast-üst ilişkisinin devam edeceği vurgulanmıştır. (As.Yrg.3.D., 18.06.1996 T., E.363; K.362)” // Davacı hakkında verilen oda hapsi disiplin cezaları birlik içinde tayin edilen bir odada infaz edilmiştir. Oda hapsi disiplin cezasının infazı sırasında davacının İç Hizmet Kanun ve Yönetmeliğinin tanıdığı As.C.K.nun 24 ncü maddesinde belirtilen genel hizmet yapma ve emir verme dışındaki hak, yetki ve sorumlulukları devam etmektedir. Dolayısıyla davacının belirlenen odada disiplin cezasının infazı sırasında disipline aykırı değerlendirilen eylemleri nedeniyle disiplin amiri tarafından As.C.K.nun 171 nci maddesine göre oda hapsi dışında diğer cezalarla cezalandırılabilir. Askeri cezaevinde ve disiplin cezaevinde bulunmadığından Askeri Cezaevi yönetmeliği ve 5275 sayılı Ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazı hakkında kanun hükümlerine göre davacı cezalandırılmaz. **Bu hükümlerin esas alınmamış olması disiplin cezalarının yok hükmünde sayılmasını gerektirmez. Bu nedenle 31.05.2008, 05.06.2008, 12.06.2008, 19.06.2008, 27.06.2008 ve 30.06.2008 tarihlerinde verilen oda hapsi cezalarının yok hükmünde sayılması gerektiği yönündeki görüşe iştirak edilmemiştir.** // Oda hapsi disiplin cezası yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere kişi hürriyetini tahdit eden tutuklama mahiyetindedir. Kişi hürriyetini tahdit eden kararlar yetkili hakim veya mahkeme tarafından verilebilir. Anayasanın 90'ncı maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5 nci maddesine göre disiplin amiri tarafından oda hapsi cezası verilmesi hukuka uygun değildir. Disiplin amiri tarafın-

dan verilen cezanın infazı sonuç olarak kişi hürriyetini tahdit eden bir hal almıştır. **Konu yönünden oda hapsi disiplin cezaları hukuka uygun değildir.** 31.05.2008, 05.06.2008, 12.06.2008, 19.06.2008, 27.06.2008 ve 30.06.2008 tarihli oda hapsi disiplin cezalarının iptaline ilişkin karara bu ayrışık gerekçe ile katıldık. 24.12.2009”

Kararda cezaların hangi unsur bakımından yok hükmünde olduğu belirtilmemiştir. Yokluğa katılmayanların ayrışık iptal gerekçesinde de, konu yönünden hukuka aykırı bulunan cezaların denetiminde dava sürelerinin nasıl aşıldığı açıklanmamıştır. Yokluk gerekçesinde, davacının sevk işlemlerinin kelepçeli ve mevcutlu gerçekleştirilmesi, infaz sürecindeki genel temizlik ve disiplin, açık havaya çıkarılma, sair yasaklar, kıyafet gibi yaşayış tarzına ilişkin işlemlerle, nöbetçi nezaretinde olma gibi hususların yanı sıra disipline ilişkin hususların gözetilmesinden bahisle, olayda cezaevi infaz rejimine ait mevzuatın uygulanmasının gerektiği, fiillerin infaz rejiminin ihlali ve buna göre yaptırma tabi tutulması gerekirken disiplin tecavüzü kabul edilerek, disiplin amirleri tarafından cezalandırılmasının ağır ve bariz bir sakatlık olduğu belirtildiğine göre, zimnen yetki gaspı veya tecavüzü yanında sebep ve konu unsurlarında ağır ve açık sakatlık bulunduğunun kabul edildiği söylenebilir.

Bize göre, yoklukla ilgili bu tespite katılmak mümkün değildir. Kanuna kısmen aykırı uygulama yapılmakla beraber, cezalar, cezaevinde değil disiplin amirlerinin sorumluluğunda bulunan mahsus ve belli bir odada çektirilmiştir. Dolayısıyla, ayrışık gerekçede belirtildiği gibi buradaki disiplinsizliklerde disiplin amiri yetkilidir. Bu bakımdan yokluktan, hatta basit hukuka aykırılıktan dahi söz etmek zordur.

### C. ŞEKİL UNSURU YÖNÜNDEN YOKLUK HÂLERİ

#### 1. Genel Olarak Şekil Unsuru ve Yokluk

İdari işlemde şekil, öncelikle iradenin açıklamasının dış dünyaya yansıyan maddi yönünü ifade etmektedir. Bunun yanında, işlemin yapılmasında izlenen yol ve yöntemleri de ifade etmektedir.<sup>76</sup> Şekil, gerek işlemin maddi varlığını ortaya koyması ve ispata yaraması, gerekse onu yapan hukuk öznesinin iradesini, hangi makam, merci tarafından ve nasıl yapıldığını göstermesi bakımından önemli bir unsurdur.

İdari işlemleri kural olarak yazılı şekle tabi olmakla birlikte, irade açıklaması sözlü veya işaretle de yapılabilir. Her kararın bir sebebe dayanması zorunlu ise de işlemin gerekçesinin yazılı olarak bildirilmesi şart değildir.<sup>77</sup>

Bazı düzenlemelerde işlemin ilgiliye tebliği şart koşulmuş olabilir. Örneğin, binaya ruhsatsız ilave yapıldığına ilişkin tutanağın inşaat sahibine bildirimini gerekir. Bu gibi hallerde, tebligat işlemin asli unsuru olduğundan yokluğu işlemi şekil yönünden sakatlar. Ancak, muhatabın tebliğden kaçınması bundan

<sup>76</sup> GÖZÜBÜYÜK, **Yönetmelik Yargısı**, s.215; GÜNDAY, s.132; ÖZAY, s.491 vd. ; KALABALIK, s.158; R. YILDIRIM, s.166; R. YILDIRIM, **İdare Hukuku Dersleri II**, s57. Genel kabulün aksine şekil unsurunun usulü kapsamadığı da ileri sürülmektedir. GÖZLER, s.828-829; YILDIRIM, **İdari Yargısı**, s.166.

<sup>77</sup> GÜNDAY, s.133; GÖZLER, s. 842; YAYLA, s.122; R. YILDIRIM, s.171. Talep halinde ve disiplin işlemlerinde belirtilmesinin hak teşkil ettiğine dair, KALABALIK, s.160.

müstesnadır.<sup>78</sup> Kanaatimizce, imzalı bildirim bulunmasa da ittila halinde, işlem tebligat bulunmadığından söz edilerek iptal edilemez.

Bir işlemin tesisi için kanunda öngörülen biçim ve yöntem kurallarına uyulmamasıyla ortaya çıkan sakatlıklar, şekil yönünden hukuka aykırılık halini oluşturacağından işlemin iptaline yol açabilir. Belli başlı şekil kurallarına; genel kural olarak işlemin yazılı yapılması, gerekçelendirilmesi, kolektif ve karma işlemlerde toplantı ve karar yeter sayısı, usulde paralellik, idarî yaptırım ve cezalarda ilgilinin savunmasının alınması ve dinlenmesi örnek verilebilir.<sup>79</sup> Bazı hallerde öngörülen usul içinde birden çok iradenin birleşmesi gerekebilir. Bu gibi durumlarda mesele şekil değil, irade bakımından, yani yetki unsuru açısından ele alınır ve sakatlığın durumuna göre yokluk veya iptal yaptırımını söz konusu olur.<sup>80</sup>

Bununla birlikte şekil kurallarına uyulmaması her zaman iptal sebebi değildir. Meselâ, imza sahiplerinin ad ve görevlerinin yazılmaması, tarih atılmaması gibi sonuca etkili ve esaslı olmayan (ikincil) sakatlıklar işlemin iptalini gerektirmez. Ön işlemler icrai nitelik taşımadığından tek başına iptal davasına konu olmazsa da<sup>81</sup>, bunlardaki sakatlıklar asıl işleme karşı açılan davada ele alınır ve yasanın gerektirdiği inha, teklif, danışma gibi esasa etkili kurallara uyulmaması şekil yönünden sakatlandığından işlemin iptali sonucunu doğurur.<sup>82</sup>

Görüldüğü üzere şekil unsurundaki her hukuka aykırılık iptal yaptırımını gerektirmemektedir. Bu yüzden öğretilerde bir görüş şekil unsurunda hukuki yokluk olamayacağı fikrindedir. Buna karşılık bazı ağır ve açık hukuka aykırılıkların işlemin yok hükmünde sayılmasını gerektirebileceği ileri sürülmektedir.<sup>83</sup> Örneğin; (yönetmeliğin ilan edilmemesi gibi) uygulama şartı olarak

<sup>78</sup> YAYLA, s. 128.

<sup>79</sup> E. Ethem ATAY, **İdare Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2006, s.386-390; KARAVELİOĞLU, C.I, s.159-173; GÜNDAY, s.132 vd.; KALABALIK, s.159 vd.; R. YILDIRIM, s.166-174. Bu ve diğer esaslı şekil sakatlıkları hakkında geniş bilgi için bkz. CANDAN, s.130-147; GÜNDAY, s.133-134; KALABALIK, s.159 vd. Şekil ve usul sakatlıkları ayrımı için bkz. GÖZLER, s.828 vd.; YILDIRIM, **İdari Yargı**, s.171 vd.

<sup>80</sup> ONAR, C.I, s.308.

<sup>81</sup> Cemil KAYA, **Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler**, Gazi Ü. HFD, C. IX, 2005, sy. 1-2, s. 261.

<sup>82</sup> GÖZÜBÜYÜK, **Yönetmelik Yargısı**, s.216-222; GÜNDAY, s.133; KALABALIK, s.163. R. YILDIRIM'a göre bu ayrım yersiz olup her türü şekle aykırılık iptal sebebidir, YILDIRIM, s.168.

<sup>83</sup> TANDOĞAN, s.79-82; SARICA, s.1233-1234; ÖZAY, s.924; CANDAN, s.130; GÜNDAY, s.153; KARAVELİOĞLU, s.164. GÖZLER'e göre sözlü disiplin cezası, yayınlanmamış yönetmelik maddi yoklukla maluldür. Bkz. GÖZLER, s.849. ONAR, meclis ve kurulların kanunen öngörülen zaman ve yerde toplanmasıyla alınan kararların yok sayılacağına ifade etmektedir., ONAR, C.I, s.310. ARTUKMAÇ'ın şekil yönünden yoklukla malul ve yok hükmünde sayılması gerektiğini ileri sürdüğü idari karar örnekleri için bkz. Sadık ARTUKMAÇ, **Bizde İdarenin Murakabesi**, Ankara 1950, s.384-385. EROĞLU, maddi varlığı şekle bağlı işlemlerin tesisinde yazılı şekil şartına uyulmamışsa varlık kazanamayacağından yok sayılacağını ifade etmekte ve tüzüklerde Danıştay incelemesinden geçirilmemiş tüzükleri örnek vermektedir, EROĞLU, s.420. R. YILDIRIM, yazılı şekle uymayan, imzasız, kurul toplantı/karar sayısı bulunmayan, elden imza usulüne baş-



kabul edilen şekil şartları, yerine getirilmediği sürece ilgili işlemi, belli bir uygulama bakımından yok sayma sonucunu doğurabilir.<sup>84</sup> Bu açıdan, öğretide birçok yazar düzenleyici işlemlerin kanuni zorunluluğa rağmen yayınlanmamasını, ağır ve bariz hukuka aykırılık olarak kabul etmektedir. Bu bağlamda, ONAR, Fransa'da Danıştay'dan geçirilerek isdar edilmesi zorunlu olan tüzüklerde bu şekil şartına uyulmamasının yokluk sonucu doğuracağına hükmeden içtihatlar bulunduğunu belirtmektedir.<sup>85</sup> SARICA da bu içtihada dayanarak tüzüklerin Danıştay incelemesinden geçmemesini yokluk olarak değerlendirmektedir.<sup>86</sup>

Danıştay, bazen kamuyu ilgilendirdiği için kanun gereği Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe sokulması gerekirken, yayımlanmaksızın uygulamaya konulan Yönetmeliğin ve buna dayanılarak tesis edilen işlemlerin hukuki varlık kazanmadığından yok hükmünde olduğuna karar vermektedir.<sup>87</sup> Bazı 10'uncu Daire kararlarına göre ise yayımlanmayan yönetmelik var, fakat yürürlüğe girmemiştir.<sup>88</sup> Kararlar arasında çelişki bulunmaktadır.<sup>89</sup> Bununla beraber, böyle bir yönetmeliğin iptali istenen davanın, ortada kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem bulunmadığı gerekçesiyle reddedildiği de vakidir.<sup>90</sup>

Danıştay, toplantıya çağrılıp müzakere yapılmaksızın elden imza suretiyle yapılan Fakülte Profesörler Kurulu kararının yok hükmünde olduğunu karara bağlamıştır.<sup>91</sup>

Fransız Danıştay'ın da, deniz aşırı bir toprağa atanan Defterdarın atama kararnamesinde Maliye Bakanının imzasının bulunmamasını yoklukla malül sayan bir kararı olduğu ifade edilmektedir.<sup>92</sup>

---

vrulmuş işlemlerin yok hükmünde olduğunu ileri sürmektedir, R. YILDIRIM, **İdare Hukuku Dersleri II**, s.67-68.

<sup>84</sup> ONAR. C.I, s.333; GÜNDAY, s.132; KALABALIK, s.164; YILDIRIM, **İdari Yargı**, s.245-246.

<sup>85</sup> ONAR. C.I, s.374. Bununla birlikte ONAR, isdar eksikliğinin yokluk değil, "conversion" (Tahvil=Dönüştürme)'e yol açacağını savunmaktadır. ONAR. C.I, s.383

<sup>86</sup> SARICA, s.1233-1234. Aynı görüşte, ALİEFENDİOĞLU, s.4 ; YENİCE/ESİN, s.25

<sup>87</sup> Bu yönde bkz. Dnş. 5.D., 13.6.1988, 1986/1673, 1988-1868, DD, S.72-73, s.293; 5.D., 13.4.1989, 1987/1931-1989/640, DD, S.76-77, s.353. Aynı sonuca yönelik, 5.D., 11.11.1992, 1223/2943, DD, S.87, 264.

<sup>88</sup> Dnş, 10.D., 3.5.1988, 1987/2441-1988/787, DD, S.72-73, s.6191; 10.D., 4.5.1988, 1986/1113-1988/806, DD, S.72-73, s. 655. Bu kabullere yakın bir karar için bkz. DİDDGK, 6.3.1992, DD, S.86, s.100.

<sup>89</sup> YAYLA'ya göre, yayınlanmama yönetmeliğin varlık şartı ve yapıcı unsuru değil, yürürlük ve uygulanabilirlik şartıdır ve yokluğu esaslı şekil noksanlığı oluşturur. İşlem yayınlanmadıkça, tekemmül etmiş olmakla beraber ilgisini etkilemez; ancak idareyi bağlayacağından bu metni yok sayarak daha yeni bir metni yeniden görüsemiz, meğer ki bunu usulüne uygun şekilde ortadan kaldırmış olmasın. Uygulama işlemi iptal edilmiş olsa bile, yayınlanmadığı için yok sayılan yönetmelik aynen yayınlanarak yürürlüğe sokulabilir. Yok sayma yönetmeliğin sadece belli bir uygulaması için söz konusu olabilir. YAYLA, 127-128, dp.290 ve s.150-151, dp.351.

<sup>90</sup> Dnş. 11.D., 14.6.1973, 1972/3480-1973/1479, KARAVELİOĞLU, C.I, s.165. GÖZLER'e göre, dava maddi yokluktan dolayı reddedilmeli idi. GÖZLER, C.I, s.1029.

<sup>91</sup> 5.D, 1.4.1970, 1969/4127, 1970/1162.

<sup>92</sup> Pacha kararı, 22 Januier/F. GAZİER-M.LONG, Chr.AJDA 1954/II.bis, s.5/13, ERKUT, s.74-75'ten naklen.

## 2. Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin Şekil Yönünden Yokluk Uygulaması

AYİM, uzun süredir, özellikle disiplin cezalarının tesisinde savunma alınmamasının şekil unsurunda açık ve ağır hukuka aykırılık oluşturduğunu, dolayısıyla savunma alınmadan verilmiş disiplin cezalarının yok hükmünde olduğunu kabul etmektedir.<sup>93</sup> AYİM'e göre, savunma hakkının evrensel öğretilerde ve uygulamada hukukun temel ilkelerinden biri kabul edilmektedir. Bununla birlikte, savunma hakkına Anayasanın 129/3 ve 1632 sayılı Askeri Ceza Kanununun 175'inci maddeleri hükmü ile pozitif hukukta da yer verilmiş bulunmaktadır. Geniş anlamda savunma hakkı, sadece iddia karşısında yapılan savunmayı değil, aynı zamanda yaptırım uygulanana kadar geçen süreç ve usulde bilgi ve belgelere ulaşma, talebi reddetme gibi hakları da kapsadığından tanınmaması halinde esaslı bir noksanlık söz konusu olur. Zira bu hak tanınmadığı takdirde, sadece usulî bir sakatlık değil, failin yerine başkasının cezalandırılması veya fiilin farklı değerlendirilmesi sonucu daha ağır veya hafif bir yaptırımın uygulanması, yahut her hangi bir cezayı gerektirmemesi, yahut da hafif ceza tayin olunması gibi sebep ve konu unsurlarını etkileyen haller ortaya çıkabilir. Bu bakımdan, savunma hakkı tanınmaması, işlemin diğer kurucu unsurlarına da sirayet etmekte yok hükmünde sayılmayı gerektiren esaslı ve önemli bir sakatlık olarak kabul edilmelidir. Esasen askeri disiplin hukuku bakımından, işlem dosyası dışında bir araştırmayı ve ayrıca bir hukuki değerlendirmeyi gerektirmeyecek ölçüde Askeri Ceza Kanununun 175'inci maddesi hükmünün açık bir ihlali söz konusudur. Bu sebeple, savunma hakkı tanınmaksızın tesis edilen disiplin cezası, şekil unsuru yönünden ağır ve apaçık hukuka aykırı bulunmakla yok hükmünde sayılmalıdır.<sup>94</sup>

Benzer şekilde, AYİM, sicil belgesine ve ceza fişine işlenen ve 0,25 ceza puanı düşürülmek suretiyle uygulanan bir "uyarı"nın hukuki sonuçlar bağlamında disiplin cezası olarak nitelendirilmesi gerektiğine ve savunma hakkı tanınmaksızın davacı hakkında tesis edilen disiplin cezasının şekil unsuru yönünden ağır ve apaçık hukuka aykırı olduğuna, dolayısıyla yok hükmünde sayılmasının gerektiği sonucuna varmıştır.<sup>95</sup> Kezâ, başka bir uyumsuzlukta *"davacıya ceza verildiğine dair hiçbir kaydın bulunmadığı dikkate alındığında maddi yokluğun söz konusu olduğu; kaldı ki böyle bir ceza verilmiş olsa dahi savunma hakkı tanınmaksızın tesis edilen disiplin cezasının, şekil unsuru yönünden ağır ve apaçık hukuka aykırı bulunmakla yok hükmünde sayılmasının gerektiği sonuç ve kanaatine"* varılarak davacının talebine göre, hakkındaki disiplin cezasının yok hükmünde olduğunun tespiti ile bu cezanın silinmemesi işleminin iptali cihetine gidilmiştir.<sup>96</sup>

<sup>93</sup> 2. D., 20.11.2002, 256/883; 2. D., 25.06.2001, 2000/443, 2001/562; 2.D., 27.11.2002, 202/914; 2.D., 17.12.2003, 235/910, AYİMD, S.20.; 3.D., 14.10.2007, 319/1044; AYİM 3. D., 25.02.2004, 2003/72, 2004/231, AYİMD., s. 20, C.2, s.1215-1222; 2.D., 17.12.2003, 235/910; 3. D., 21.10.2004, 2003/21, 2004/1570; AYİMD., s. 20, C.2, s. 1212-1214; 3.D., 29.12.2005, 496/1446; 3.D., 7.4.2005, 2004/677-2005/505.

<sup>94</sup> 3.D., 7.4.2005, 2004/677-2005/505; 3.D., 3.0.3.2006, 2005/1166, 2006/437.

<sup>95</sup> Dr.İ. Krl., 22.12.2006, 91/170, AYİMD, S.22, s.872-881.

<sup>96</sup> 3.D., 12.10.2006, 155/1139, AYİMD, S.22, s.882-884.

Başka bir uyuşmazlıkta, davacıya Kanuna göre savunmasını hazırlayabilmesi için verilmesi gereken süre verilmeden<sup>97</sup> Devlet Memurları Kanununa göre kınama cezası verilmiştir. Bu halin yokluk oluşturduğu ileri sürülmüş ise de, Mahkeme, davacıya isnat edilen suçun yazılı olduğu savunma belgesinin verilerek savunmasını yapmasının istenildiği, davacının da bu aşamada savunmasını hazırlayabilmek için süre talebinde bulunmadığı, kendisine isnat edilen eylemleri bilerek buna göre bildirilen süre içerisinde savunmasını yaptığı, dolayısıyla davacının savunma hakkının mutlak surette kısıtlanmasının söz konusu olmadığı, yapılan usulü eksikliğin ise (Kanuna göre verilmesi gereken savunma süresinin kısıtlanması) yokluk değil iptal edilebilir nitelikte hukuka aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle mevzuat gereğince yargı denetimi dışında olan kınama cezasına ilişkin davanın incelenemeyeceğine içtihat etmiştir. Karşı oy gerekçesinde; davacıya ceza verilmeden önce Kanuna göre savunma için en az yedi gün süre tanınması gerekirken Kanunun öngördüğü bu süre tanınmadan savunmasının alınarak ceza verildiği, dolayısı ile davacının savunma hakkının kısıtlandığı, bu nedenle usul yönünden açıkça hukuka aykırılık bulunduğundan verilen kınama cezasının inceleme kabiliyetinin bulunduğu ve yoklukla malul işlemin iptaline karar verilmesi gerektiği savunulmuştur.<sup>98</sup>

Yukarıda aktarılan örneklerde olduğu gibi AYİM birçok kararında savunma eksikliğini esaslı, hem de açık ve ağır bir sakatlık hali olarak kabul etmiştir.<sup>99</sup> Bununla beraber önemli olan savunma hakkının tanınması olup bunun kullanılmaması sonucu etkilemediğinden, mutlaka savunma içeren belgenin varlığı gerekmekte, hakkın tanındığına dair bir yazışma, ceza yazısındaki bir ifade veya benzeri bir kayıt yeterli görülmektedir.<sup>100</sup> Savunmanın

---

<sup>97</sup> 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 130'ncü maddesi; "*Devlet memuru hakkında savunması alınmadan disiplin cezası verilemez. // Soruşturmayı yapanın veya yetkili disiplin kurulunun 7 günden az olmamak üzere verdiği süre içinde veya belirtilen bir tarihte savunmasını yapmayan memur, savunma hakkından vazgeçmiş sayılır.*" hükmünü taşımaktadır.

<sup>98</sup> 2.D., 12.12.2007, 413/1047, AYİMD, S. 23.

<sup>99</sup> Bu doğrultuda çok sayıda karar mevcuttur. Davanın konu disiplin cezasının yok hükmünde sayıldığı kararlar: 3.D., 20.11.2003, 151/?; 2.D., 17.12.2003, 235/910 (14.6.2002, 2001/667-2002/570 sayılı red kararının düzeltilmesine ilişkin karar); 3.D., 7.4.2005, 2004/677-2005/505 ; 3.D., 30.3.2006, 2005/1166-2006/1437; 3.D., 12.10.2006, 155/1139; 3.D., 4.10.2007, 319/1044.

<sup>100</sup> Örneğin; "*Dava konusu edilen beş adet disiplin cezası fotokopileri ekte gönderilerek bu cezalar nedeni ile yazıların dağıtımını yapılan Keşif Tabur Komutanlığı, 2 nci Bölük Komutanlığı Keşif Tabur Nöbetçi Subaylığı, ... Mknz. P. Tug. K. Yardımcılığı evrak zimmet kayıt defterinde kaydının bulunup bulunmadığı ara kararı ile sorulmuş, 33 ncü P. Tug. K. Yardımcılığının lağvedildiği bildirilerek mevcut zimmet defteri kayıt /fotokopileri gönderilmiştir. Gönderilen kayıtların incelenmesinde; 17.05.2001 tarihinde davacının savunmasının istendiğine, 07.06.2001 ve 05.10.2001 tarihinde davacı hakkında evrak teslim edildiğine dair kayıt bulunduğu, cezalandırma yazılarında amir olarak geçen Tnk. Yzb. ... 2001 yılında sicil amiri, 2000 yılında Tnk. Bnb. ...'ın sicil amiri olarak bulunduğu şahsi dosya ve sicil belgelerinin incelenmesinden görülmüştür.*" 3.D., 29.12.2005, 496/1446. Bunun gibi, savunma yazısının davacı tarafından yırtılması halinde hakkın tanındığı dikkate alınarak bu husustaki ve infaz yapılmadığı yönündeki yokluk iddiasına itibar edilmiştir, 2.D., 27.11.2002, 2002/202-914.

sözlü alınması da yok hükmünde sayılmamaktadır.<sup>101</sup> Bunu ilk incelemede tespit ettiği takdirde esasa geçmeyerek bu aşamada incelemeksizin reddetmektedir.<sup>102</sup>

Danıştay savunma alınmamasını olağan hukuka aykırılık olarak görmektedir. Nitekim, Danıştay 10'uncu Dairesi bir kararında savunma alınmadan memurluktan çıkarma cezasına ilişkin işlemin yöntem bakımından kanuna aykırı bulunduğuna karar vermiş ve bu işlemi iptal eden İdare Mahkemesi kararını onamıştır.<sup>103</sup>

Bununla birlikte, AYİM Üçüncü Dairesinin son zamanlarda salt savunma alınmamış olmasını ağır ve açık bir şekil sakatlığı saymadığı gözlenmektedir. Bu yöndeki içtihatlarla göre, oluşması için gerekli olan kurucu unsurlar işlemde mevcut olup gerektiği halde savunma hakkı şartına uyulmaması işlemi usul bakımından sakatlayan ve iptal edilmesi sonucunu doğuran bir hukuka aykırılık halidir. Bu sebeple disiplin cezasının yok hükmünde sayılması talebine ilişkin davaları incelemeksizin reddetmektedir.<sup>104</sup>

Tebliğat eksikliğinin yokluk oluşturduğu ileri sürülen bir davayı burada özetlemek yararlı olacaktır. Bir astsubay, Erciş/Van da görev yapmakta iken birliğinin lağvı üzerine tüm malzemeleri tamamen teslim etmediği için verilen mesaiye gelmesine ilişkin emirden hiçbir şekilde haberinin olmadığını, buna rağmen P.Tug.K.Yrdc.lığının 06 Haziran 2005 günlü emrinin personel subayı tarafından tebliğ edildiğini, bunun üzerine durumu Tug.K.Yrdc.sma ilettiğini, söz konusu emrin tarafına ulaşmadığı sonucuna varılması üzerine Tug.K.Yrdc.nm bir kabahatinin olmadığını ve ceza yazısının iptali yönünde emir verdiğini, personel subayına konuyu arz ettiğini, yeni birliğine katıldıktan sonra Aralık 2006 tarihinde kişiye özel sayfasında bir ceza olduğunu görmesi üzerine Tayin Dairesinden sorduğunda anılan P.Tug.K.Yrdc.lığının 12 Haziran 2005 günlü emri ile 13-15 Haziran 2005 tarihleri arasında göz hapsi cezası ile cezalandırıldığını öğrendiğini, öyle bir cezadan haberdar olmadığını, bu konuda şahsına herhangi bir tebliğ yapılmadığını ve cezaı hiçbir şekilde çekmediğini, söz konusu cezanın silinmesi isteminin reddedildiğini belirterek disiplin suçu olarak değerlendirilen cezanın yok hükmünde sayılarak iptalini talep etmiştir. AYİM ilk inceleme aşamasında; dosyadaki bilgi ve belgelerden davacının P.Tug.K.Yrdc.lığının 06 Haziran 2005 günlü yazısı ile savunmasının alındığının, savunması yeterli görülünce 12 Haziran 2005 günlü emri ile 13-15 Haziran 2005 tarihleri arasında göz hapsi cezası ile cezalandırıldığının, davacının söz konusu cezanın kayıtlardan silinmesi talebinin K.K.K.lığının 23 Ocak 2007 günlü yazısı ile ceza yazısının hem personelin şahsi dosyasına hem de kendisine dağıtım yapılmış olması nedeniyle reddedildiğinin anlaşıldığını belirttikten sonra; *"...yokluk denetimiyle sınırlı olarak yargı denetimine tabi tutulan dava konusu işlem incelendiğinde; dava dosyasındaki bilgi ve belgelerin yanı sıra*

<sup>101</sup> 3.D., 3.10.2003, 150/82.

<sup>102</sup> 3.D., 13.11.2008, 1067/1259.

<sup>103</sup> Dnş., 10.D., 21.11.1984, 1949/1988; DD, S. 58-59, s. 383. Aynı doğrultuda, Dnş. 12.D., 6.3.2009, 2007/1419-2009/1123, DD, S.121, s.411-413; 12.D., 27.3.2009, 2008/2174-2009/1703, DD, S.121, s.415-417.

<sup>104</sup> 3.D., 18.10.2007, 1044/1083; 3.D., 3.5.2007, 2006/1100, 2007/756; 3.D., 7.5.2008, 2007/367, 2008/691.

davacının dava dilekçesinde yer verilen beyanlarından da anlaşıldığı üzere davacının savunmasının alındığı, disiplin cezasının verildiği ve ceza yazısının hem personelin şahsi dosyasına hem de kendisine dağıtımının yapıldığı, buna karşın davacı tarafından ileri sürülmekle birlikte cezanın iptal edildiğine ilişkin herhangi bir belgenin ortaya konulmadığı dikkate alındığında söz konusu cezanın yok hükmünde sayılmasını gerektirecek çok ağır derecede bir hukuka aykırılığın ya da esaslı bir unsurundan yoksunluğun olmadığı” sonucuna varmış ve davayı inceleme kabiliyeti yokluğundan oy çokluğu ile reddetmiştir.<sup>105</sup> Karşı oy gerekçesinde ilgilinin savunmasının alındığı ve ceza yazısının dağıtımının yapıldığı olgusu kabul edilmekle beraber Kanununun amir hükmüne göre cezanın tebliğinin zorunlu olduğu, bu tebliğin tebligat kanunlarına göre yapılması gerektiği, ancak bu suretle kesinleşeceği gerekçesiyle varlık şartı kazanmayan cezanın yok hükmünde olduğu savunulmuştur.<sup>106</sup>

Askeri Ceza Kanunu'nun 181'inci maddesine göre, verilen ceza resmi olarak tebliğ edildiği anda kesinleşir. Burada özel bir bildirim hükmü söz konusudur. Öncelikle belirtelim ki, tebliğ, idari işlemin muhatabına duyurulması demektir. Birel işlemin ilgiliye duyurulması, onu idareye karşı ileri sürülebilir hale getirir. Duyurulmamış olsa da, varlık ve geçerli şartları taşıyan işlem hukuka uygundur. Böyle bir işlem ilgisine yükümlülük getirmedikten ona güvence sağlar.<sup>107</sup> Somut olayda tartışmayı uzatmadan kabul edilmelidir ki, davacıya ceza tebliğ edilmiş ve bunun üzerine amire şikayette bulunulmuştur. Yani ittıla ile ceza kesinleşerek uygulamaya hazır hale gelmiştir.<sup>108</sup> Bu sebeple de işlemin varlığında hiçbir tereddüt olmadığından yok hükmünde sayılmasını gerektirecek bir durum, hatta sıradan bir hukuka aykırılık hali dahi bulunmamaktadır.<sup>109</sup> Danıştay da, bir kararında yazılı bildirim, ilgilileri haberdar et-

<sup>105</sup> 3.D., 21.2.2008, 248/388.

<sup>106</sup> Bu gerekçeye göre; “1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu cezanın katılaşması başlıklı 181 inci maddesi “Bir disiplin cezası resmi surette mahkuma tebliğ edildiği vakit katılaşır...” hükmüne amirdir.// Söz konusu disiplin cezasının davacıya resmi surette tebliğ edilmiş sayılabilmesi için tebliğin; tebliğ edenin ve davacının imzaları ile tebliğin yer ve zamanını gösterir bir belge ile yapılması ve disiplin cezasına ilişkin belgenin bir suretinin verilmesi gerekir. (353 Sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu Ve Yargılama Usulü Kanunu madde. 51; 7201 sayılı Tebligat Kanunu madde. 8) // Ancak dava konusu olayda davalı idarece ceza yazısının davacıya tebliğine ilişkin bir belge ortaya konulamamış, ceza yazısının hem personelin şahsi dosyasına hem de kendisine dağıtımının yapıldığı belirtilmekle yetinilmiştir. Ceza yazısında davacıya dağıtım yapıldığına ilişkin bir kayıt konulmuş olması, bu cezanın davacıya gönderildiğini ve tebliğ edildiğini göstermemektedir. Bunun yanı sıra cezanın infaz edildiğine ilişkin belgeler de ortaya konulamamıştır. // 1632 sayılı Kanununun 181 inci maddesine göre disiplin cezasının hukuken varlık kazanabilmesi için ilgiliye tebliğ edilmesi zorunlu bir koşuldur. Oysa dava konusu uyumsuzlukta bu koşul yerine getirilmemiştir. Hukuken varlık kazanamamış bir işlemin yok hükmünde sayılması” gerekir.”

<sup>107</sup> GÖZLER, C.I, s.1052-1053.

<sup>108</sup> Kaldı ki Tebligat Tüzüğü'nün 51'nci maddesine göre, tebliğ usulüne aykırı yapılmış olsa bile, ilgili tebliğe muttali olmuş ise geçerlidir. İlgilinin her ne suretle olursa olsun tebliğ evrakını veya içeriğini öğrenmesi halinde bildirim gerçekleşmiş sayılır.

<sup>109</sup> Gerçekten de Askeri Ceza Kanunu'nun “Cezanın Katılaşması” başlıklı 181'nci maddesi, cezanın resmi olarak tebliğ edilmesiyle kesinleşeceğini belirtmektedir. Ancak madde

mek ve dava haklarını korumak amacını taşıdığına işaretlerle, tebligat noksanı bulunan işlemin tesis edildiği tarih itibariyle var ve geçerli olduğuna hükmetmiştir.<sup>110</sup>

### Ç. SEBEP UNSURU YÖNÜNDEN YOKLUK HALLERİ

#### 1. Genel Olarak Sebep Unsuru ve Yokluk

İdareyi işlem yapmaya yönelten etkenler sebep unsurunu oluşturur. Sebep, idari işlemin dayanağıdır. Her idari işlem mutlaka kendisinden önce var olan ve nesnel olarak belirli bir sebebe dayanmak zorundadır. Bu, maddi bir olay olabileceği gibi, hukuki bir olgu da olabilir. Sebep gösterilen hukuki durum ve işlemin sakatlığı, nitelendirmede hata ya da olayın gerçeğe uygun olmaması, esas işlemi de hukuka aykırı hale getirir.<sup>111</sup> Sebep ile konu arasındaki ölçüsüzlük de işlemi sebep unsuru yönünden sakatlar.<sup>112</sup>

Kanun bazen idari işlemin sebebini açıkça göstermiş olabilir. Bu takdirde yapılan işlemin kanunda belirtilen sebebe dayanması ve kararda açıkça gösterilmesi gerekir. Kimi durumlarda ise, hukuk kuralları sebep de dahil, işlemin tüm unsurlarını belirlemiş ve bu hususta hareket serbestisi tanımamış

---

hükümünü anlamak için tamamına bakmak ve ayrıca ilgili bazı hükümleri dikkate almak gerekmektedir. Kanununun 181'nci maddesinde, disiplin cezasının veren tarafından kaldırılmayacağı ve değiştirilemeyeceği, cezanın ancak ilgilinin şikayeti veya ceza veren amirin onun lehine yapacağı müracaat üzerine kaldırılacağı, yanlış veya yetkisiz üst tarafından verilen disiplin cezalarının daha yüksek makam tarafından kaldırılacağı veya değiştirilebileceği belirtilmektedir. Kanuna göre; daha üst makamdaki amirler de şikayet veya amirin talebiyle yada denetim yoluyla disiplin cezasını kaldırabilir veya değiştirebilirler (m.183, 188, 189). Bununla birlikte, ceza, tebliği müteakip infaz edilir (m.182) ve yapılan şikayet cezanın infazını geri bırakmaz (m.188/3). Gerek cezanın infaz zaman aşımı, gerek şikayetin yapılması zamanı tebliğden bir gün sonra işlemeye başlamaktadır (m.186, 188/2).

Askeri Ceza Kanunu'nun yukarıdaki hükümleri dikkate alındığında; olağan idari işlemlerden farklı olarak disiplin cezalarının veren yetkili amir tarafından geri alınmayacağı esas pozitif normlarla teyit edilmekte, cezanın kesinliği ile yürürlüğü aynı tebligat işlemine bağlanmakta, bu çerçevede de özel bir tebliğ şekli öngörülüş bulunmaktadır. Cezanın bildirimle kesinleşmesinden maksat, ilgilinin hukuk alanına girdikten sonra artık iptal edilemeyeceğine, kaldırılmayacağına ve geri alınmayacağına dikkati çekmek, aynı zamanda derhal uygulanabileceğinin altını çizerek infaz zaman aşımının ve şikayet hakkının başladığı tarihi belirlemektir. Mühim olan tebliğin gerçekleşmesidir; bunun tebliğinin yazılı olması –her iki taraf için de– ancak ispata ilişkindir. Bu durum ilgili aleyhine olduğu kadar lehinedir de.

<sup>110</sup> Dnş. 4.D., 7.11.1990, 1088/3054, DD, S.82-83, s.353.

<sup>111</sup> ONAR, C.I, s.281 vd.; GÖZÜBÜYÜK, **Yönetsel Yargı**, s.223; GÖZÜBÜYÜK-TAN, C.II, s.472; GÜNDAY, s.142; ÖZAY, s.454-455; GÖZLER, s.894; CANDAN, s.147 vd.; Bahtiyar AKYILMAZ – Murat SEZGİNER – Cemil KAYA, **Türk İdare Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011, s. 409; ATAY, s.393; KALABALIK, s.164-165; R. YILDIRIM, **İdare Hukuku Dersleri II**, s.60; YILDIRIM, **İdari Yargı**, s.182. ÖZAY, bunun idare hukukunun “kozalist” niteliğinden kaynaklandığını belirtmektedir. ÖZAY, s.454-455.

<sup>112</sup> ATAY, s.394; GÖZLER, s.936.

olabilir.<sup>113</sup> “Bağlı yetki” denen bu gibi ve işlemin sebebinin açıkça gösterildiği hâllerde, bu gereğe uyulmaması işlemi sebep yönünden sakatlar.

Kanunlar bazen işlemin sebeplerini açıkça göstermek yerine, “ihtiyaç”, “lüzum”, “millî güvenlik”, “kamu düzeni” gibi belirsiz ifadeler kullanmak suretiyle işlemin bir sebebe dayanması gerektiğini belirtmekle yetinebilir. Bu takdirde de idare kararında belirlediği sebebi göstermelidir.<sup>114</sup>

Bazı hâllerde ise, kanunlar, işlemin sebebinin hiç belirtmediği gibi, idareye bu hususta mecburiyet getirmemiş, bu suretle sebep unsurunu tümüyle idarenin takdirine bırakmış olabilir. Bu takdirde hakimın denetiminin sebebin kamu yararına yönelmesi ve mevcut olması ile sınırlı ve asgari seviyede olduğu söylenebilir.<sup>115</sup> Kararda işlemin dayandığı sebep gösterilmemiş olsa bile, hukuka aykırılığı ileri sürüldüğünde idare yargı merciine işlemin gerekçesini bildirmek zorundadır.<sup>116</sup>

Bir idari işlemin birden fazla sebebi varsa her birinin hukuka uygun olması gerekir. Ancak “sonucu etkileyici nitelikte” bir tek sebebin varlığı dahi işlemin hukuka uygunluğu için yeterlidir.

Bazen işlemin sebep unsurunu diğer bir işlem teşkil edebilir. Sebebi oluşturan bu işlem idari davaya konu edilmemiş olsa bile işlemin sebebi olarak hukuka uygunluğu denetlenebilir.<sup>117</sup>

Sebeup unsurundaki hukuka aykırılıkların, yokluk oluşturabileceği kabul edildiği gibi,<sup>118</sup> yetki ve şekil unsurlarındakilerin aksine işlemi yok hükmünde kılacak derecede ağır sayılamayacağı ifade edilmektedir.<sup>119</sup> Kanaatimizce maddi olayın hiç vuku bulmamış veya gerçekleşse bile davacı ile uzaktan yakından hiçbir ilgisinin bulunmaması gibi “yokluk” hâlleri bundan müstesnadır.<sup>120</sup> Bu

---

<sup>113</sup> ONAR, s.357; AKYILMAZ-SEZGİNER-KAYA, s. 411; YAYLA, s.195-196; R. YILDIRIM, **İdare Hukuku Dersleri II**, s.61.

<sup>114</sup> GÖZÜBÜYÜK, **Yönetmelik Yargı**, s.224; AKYILMAZ-SEZGİNER-KAYA, s. 411; GÜNDAY, s.140; KALABALIK, s.167; GÖZLER, s.897 vd.; YAYLA, s.131; R. YILDIRIM, s.182.

<sup>115</sup> ONAR’a göre kanunda sebebi gösterilmeyen işlemlerde idarenin takdir yetkisi mutlak olup yargısal denetimi yapılamaz. GÜNDAY ve GÖZLER’e göre ise, her işlem kamu yararına yönelik mevcut bir sebebe dayanmak zorunda olduğundan denetime tabidir. GÜNDAY, s.142; GÖZLER, s.894. YAYLA, böyle durumlarda Fransa’da eskiden idare sebep göstermediğinde hakimın resen araştırma yapamayacağı kabul edilirken, günümüzdeki gelişmeler karşısında artık denetim yapılmakta olduğunu belirtmektedir. YAYLA, s.132.

<sup>116</sup> GÖZÜBÜYÜK, **Yönetmelik Yargı**, s.224-225; GÖZÜBÜYÜK-TAN, C.II, s.473 vd.; GÜNDAY, s.139-140; YAYLA, s.131.

<sup>117</sup> GÖZLER, s.894. Bu yönde, 10.D., 21.6.1995, 1993/3000-1995/3339, Cafer ERGEN, **İdari Yargılama Usulü Kanunu Şerhi**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008, s.50

<sup>118</sup> ONAR, s. ; SARICA, s.1230 vd.; TANDOĞAN, s.83-84; EROĞLU, s.417; ALİEFENDİOĞLU, s.5; ÖZAY, s.456.

<sup>119</sup> CANDAN, s.151.

<sup>120</sup> Davacıya ceza verildiğine dair hiçbir kaydın bulunmadığı dikkate alındığında maddi yokluğun söz konusu olduğu; kaldı ki böyle bir ceza verilmiş olsa dahi savunma hakkı tanınmaksızın tesis edilen disiplin cezasının, şekil unsuru yönünden ağır ve apaçık hukuka aykırı bulunmakla yok hükmünde sayılmasının gerektiği hakkında, 3.D., 12.10.2006, 155 /1139, AYİMD, S.22, s.882-884.

bağlamda GÜNDAY, talep ve rıza bulunmaksızın gerçekleştirilen, meselâ bir memurun istemediği halde yaş haddinden önce resen emekliye sevki gibi işlemlerin yok hükmünde olduğunu ileri sürmektedir.<sup>121</sup> ALİEFENDİOĞLU'na göre, imar planında yeşil alan gözükene yere bina ruhsatı verilmesi gibi açık ve ağır sakatlık işlemi yoklukla sakatlar.<sup>122</sup>

## 2. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin Sebep Yönünden Yokluk Uygulaması

AYİM'nin sebep unsurunda yokluk durumu doğrudan ve bizzat sonuç işlemin sebep unsurunda değil, genellikle esas işlemin sebebini oluşturan işlemin unsunlarından birinde ve özellikle şekil veya yetki unsurunda mevcut açık ve ağır sakatlığa bağlı olarak ortaya çıkmaktadır. Asıl işlemin dayanağı olan sebep işlem, genellikle disiplin cezalarında ve çok kere savunma alınmadığından şekil unsuru bakımından yada bazen yetki yönünden yok hükmünde sayılacak derecede sakat görülmektedir.

Bir davacının Kara Harp Okulu son sınıf öğrencisi iken disiplin notunun tamamını kaybettiği gerekçesiyle KKK.lıgınca onaylanan Yüksek Disiplin Kurulu Kararıyla okuldan çıkarıldığı, okuldan çıkarma işleminin iptali istemiyle açtığı davada önce 14.7.1993 tarihinde yürütmenin durdurulmasına, 19.1.1004 tarihinde işlemin iptaline kararının verildiği, davalı idarece yürütmenin durdurulması kararının yerine getirilmesi cümlesinden olarak 1993-1994 eğitim yılı başlarında davacının okula alınıp dördüncü sınıfta yeniden eğitim-öğretime başlatıldığı, kendisine 71 disiplin notu verildiği, bilahare bir çok fiilden dolayı çeşitli disiplin cezaları verildiği, böylece tüm disiplin notlarını kaybettiği gerekçesiyle 24.2.1994 tarihli kararlarla yeniden okuldan çıkarıldığı olayda dava açma süresi geçtikten sonra bu işlemin de iptali dava edilmiştir.

Mahkeme, ilk iptal kararı üzerine yapılan uygulamayı uygun bulmadığı gibi, Dairenin ilk kararına göre Kara Harp Okuluna alınması ve bitirme sınavlarına tabi tutulması, sınavlarda başarılı olursa mevzuat gereği yapılması gereken işlemlere tabi tutulması gereken davacının, dördüncü sınıfta yeniden eğitim-öğretime tabi tutulup disiplin cezasıyla cezalandırıldıktan sonra tekrar okuldan çıkarılmasına karar verilmesi işlemlerinin yok hükmünde olduğunun tespitine içtihat etmiştir.<sup>123</sup> Bu kararda sebep unsuruna vurgu yapılmıştır.

Bir uzman jandarma izinli iken 20 gün istirahat raporu almış, normal süresinde birliğine dönmemesi üzerine izin tecavüzü durumuna düştüğü üst makamlara bildirilmiş, istirahat bitiminde 19 Mayıs 1998 tarihinde birliğine dönmüş, ilgilinin birliğine katıldığı aynı gün mesajla J.Gn.K.lığına bildirilmiştir. Buna rağmen ilgili hakkında herhangi bir soruşturma yapılmadığı gibi kademe ilerlemesi ve terfi işlemleri durdurulmuştur. İlgili 1999 yılında terfi ettirilmemesi üzerine idareye başvurmuş ise de sonuç alamamıştır. Adli müşavirlikçe olayda işlemin dayanağı bulunmadığı şeklinde görüş bildirilmesine rağmen, idare 10.9.2003 tarihli işlemiyle, ilgilinin sonraki rütbelere mahsus 2/3 oranında sicili bulunmadığı gerekçesiyle kısmi bir düzeltme yapmıştır. Bu işlemin

<sup>121</sup> GÜNDAY, s.153.

<sup>122</sup> ALİEFENDİOĞLU, s.5.

<sup>123</sup> 2.D., 7.12.1994, 822/1743, AYİMD, S.9.



davacıya 18.8.2004 tarihinde tebliği üzerine, emsalleri ile rütbe farkı ancak 30.8.2009 tarihinde kapanacağı bildirilen davacı, 23.2.2005 tarihinde emsalleri gibi terfi ettirilmemesi işleminin iptalini talep etmiştir. Davalı idare gibi AYİM başsavcılığı da davada süre aşımı bulunduğu, esasta da sicil şartından dolayı davanın reddinin gerektiği şeklinde düşünce bildirilmiştir. Daire ise, fiilen ve gerçekte var olmayan bir sebebe (izin tecavüzüne) dayanan işlemin yok hükmünde sayılması gerektiğinden davada süre aşımı bulunmadığına, dolayısıyla davacının emsalleri gibi 30.8.1999 tarihinde Uzm. J.II.Kad.Çvş. ve 30.8.2002 tarihinde Uzm. J.III.Kad.Çvş. rütbesine terfi ve kademe ilerlemesi yaptırılmaması işlemlerinin yok hükmünde olduğunun tespiti ile iptaline karar vermiştir.<sup>124</sup>

Bir davada, bir subaya verilen yurt dışı görev yolluğunun fazla ödendiğinin Sayıştay denetiminde tespiti üzerine, idare ilgilinin rızası olmaksızın bu farkı aylığından kesmiştir. Davacı, kesintinin iadesi için yaptığı başvurunun reddi üzerine süresinde iptal davası açmıştır. AYİM, hatalı tahakkuk sonucu fazla ödeme yapılmış olsa bile, kamu görevlisinin haksız fiil ile idareyi zarara uğratması halinde devlet alacağının hükmen tahsili esasının benimsendiği hukuk düzenimizde, idare aleyhine sebepsiz zenginleşme sağladıkları durumlarda idarenin alacağını kendiliğinden ve aylıktan kesinti yapmak suretiyle geri alabilmesini kabul etmenin imkanı bulunmadığını, idarenin herhangi bir yasal kurala veya mahkeme kararına dayanmadan tahsil amacıyla tesis ettiği işlemin sebep unsuru yönünden hukuka uyarlı olmadığını, klâsik bir iptal nedeni olan hukuka aykırılığın çok ötesinde, işlemin kurucu unsurlarında açık ve ağır sakatlık bulunduğunu belirterek işlemin yok hükmünde olduğuna ve kesilen miktarın faiziyle davacıya ödenmesine karar vermiştir.<sup>125</sup>

Kanaatimizce, burada idareyi işlem yapmaya iten maddi ve hukuki bir sebep vardır. Ayrıca, 832 Sayılı Sayıştay Kanunu'nun 28 ve 29'uncu maddelerinde gösterilen ilam usulü ile 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununun 2670 sayılı Kanunla değişik 12 ve 13'üncü maddelerine yer verilen sulhen ve hükmen ödettirme yoluyla kesinti mümkündür. İta amiri bu hükümlere dayanarak -idari istikrar teşkil etmemişse- fazla ödemeyi aylıktan kesebilir. Bu hükümler dışında idarenin hiçbir yetkisi yoktur. Ancak yargı yada Sayıştay ilamı üzerine harekete geçebilir. Burada bir fonksiyon gaspından söz edilebilir. Bu da hukuki yokluk teşkil eder.

TSK'de görevli bir devlet memurunun başka bir sivil kuruma başvurarak atanma isteğinde bulunması üzerine bunun MSB'liğma intikal ettirilmesi üzerine usulsüz müracaatın emre itaatsizlik suçunu oluşturduğu gerekçesiyle 657 sayılı DMK'nuna göre aylıktan kesme cezası verilmiş; ilgili her hangi bir suç oluşturmayan bu başvuru sebebiyle verilen cezanın hukuka aykırı olduğunu iddia ederek iptali için dava açmıştır. AYİM Başsavcılığı sebep unsuru yönünden açık ve ağır sakatlık taşıyan cezanın yok hükmünde sayılması gerektiği şeklinde düşünce bildirmiştir. 11.10.2004 tarihinde tebliğ edilen 27.9.2004 tarihli cezaya karşı 10.12.2004 tarihinde ve süresinde açılan davada, AYİM, bu fiilin oluş şekline göre usulsüz müracaat teşkil ettiğini, 657 Sayılı DMK'nun

<sup>124</sup> 1.D., 25.10.2005, 543/1102.

<sup>125</sup> 1.D. 15.6.1999, 1998/886, 1999/661.

125 nci maddesinin (A) bendinin (d) alt bendinde “usulsüz müracaat ve şikayette bulunmak” fiilin uyarma cezasını gerektiren fiiller arasında sayılmakla beraber 1602 sayılı Kanununun 21’inci maddesine göre disiplin ve fiillerinden ötürü disiplin amirlerince verilen cezaların yargı denetiminin yapılamayacağını, 657 sayılı Kanununun 136/3 maddesine göre de uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunun kapalı olduğunu belirterek yokluk durumu görmemiş ve oy çokluğu ile davayı inceleme kabiliyeti bulunmadığından reddetmiştir. Çoğunluk gerekçesine göre;

“Somut olayda, Milli Savunma Bakanlığının 4 Aralık 2001 gün ve MİY: 4300-4331-01 sayılı prensip emri ile yasaklanmasına ve usulsüz müracaat olarak kabul edileceği bildirilmesine rağmen, davacının naklen atanmak için ilk amiri yerine doğrudan sivil kuruma başvurduğunun anlaşılması üzerine, her ne kadar savunmada emre itaatsizlik denilmekte ise de usulsüz müracaattan dolayı yetkili disiplin amirince aylıktan kesme cezasıyla cezalandırıldığı belirtilmiştir. // Davacı tarafından doğrudan sivil kuruma yapılan başvurunun usulsüz müracaat kabul edilemeyeceği ve ortada suç teşkil eden bir fiilin bulunmamasından dolayı cezanın yok hükmünde sayılması gerektiği ileri sürülmüş ise de, Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanununun 116/a ve 25 nci maddesi hükümleri karşısında, Bakanlığın prensip emri ile öngörülen usul dışında yapılan müracaatın usulsüz olduğu değerlendirilmiştir (Ayrı görüşte; ALPAR, Erol: Türk Silahlı Kuvvetlerinde Görevli Memurların Statüsü, Türk Silahlı Kuvvetleri Dergisi, S. 340, Nisan 1994, s. 121). // Bu çerçevede disiplin amiri tarafından disiplin tecavüzü kabul edilerek Askeri Ceza Kanununun 165 ve 171 nci maddelerine göre tesis edilen aylıktan kesme cezasının yok hükmünde sayılmasını gerektiren ağır ve açık bir hukuka aykırılık hali bulunmadığından, 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununun 21/ son maddesi karşısında yargısal denetiminin yapılarak incelenmesinin mümkün olmadığı sonucuna varılmıştır. // Nitekim, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 2 nci Dairesinin 02 Mayıs 2001 gün ve 2000/748-367 sayılı içtihadında da, oyçokluğuyla, en yakın amirin atlanarak ve doğrudan bir üniversiteye başvurarak yapılan atama talebinin İç Hizmet Kanununun 25, İç Hizmet Yönetmeliğinin 41/4 ncü maddeleri karşısında usulsüz müracaat teşkil ettiği, yoklukla malûl bulunmadığı, Anayasanın 129 ve 657 sayılı Kanununun 136 ncı maddeleri uyarınca yargı yolu kapalı tutulduğundan 657 sayılı Kanununun 125/A-d maddesine göre verilen uyarma cezasının iptaline ilişkin davanın inceleme kabiliyetinin olmadığından davanın reddinin gerektiği kararlaştırılmıştır.<sup>126</sup>

<sup>126</sup> 3.D., 28.4.2005, 26/656. Karşı oyda ise, “Türk Silahlı Kuvvetlerinde Görevli Devlet Memurlarının Disiplin hukuku usulünü özetlemek gerekirse; 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanununun 115 nci maddesi uyarınca 14 ncü maddedeki astlık vazifelerine münhasıran, sivil personelin amirleri karşısında 22.03.2000 tarih ve 4551 sayılı Kanunla yapılan düzenlemelerden sonra 1632 sayılı Askeri Ceza Kanununun 3/2, 165/A-Son ve 171 nci madde hükümlerine göre, emre itaatsizlik ve saygısızlık fiilleri bakımından Askeri Ceza Kanunu ve Disiplin Mahkemeleri Kanunda öngörülen yaptırımlara tabi olduğu, bu personelin Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanununun 116/a ncı maddesine göre 25 nci maddede düzenlenen müracaata ilişkin hak, usul ve sınırlamalara aynen tâbi kılındığı, esasen 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 125/A-d maddesi uyarınca da usulsüz müracaatın uyarma cezasını gerektiren bir disiplinsizlik kabul edildiği, 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununun 21 nci maddesine göre disiplin ve fiillerinden ötürü disiplin amirlerince verilen cezaların yargı denetiminin yapılamayacağı,

Başka bir uyuşmazlıkta, davacı, idarenin intranet sisteminde bilgilerini güncellerken ceza listesinde bir cezasının olduğunu gördüğünü, yaptığı araştırmalar neticesinde 26 Aralık 1997 yılında 7 gün göz hapsi aldığını öğrendiğini, kendisine o dönemde herhangi bir ceza tebliğ edilmediği gibi böyle bir ceza çekmediğini, konuyla ilgili cezanın iptaline ilişkin dilekçe verdiğini, cevabını alamadan Azerbaycan'a gittiğini, görev dönüşünde yoğunluk nedeniyle dilekçeyi unuttuğunu, daha sonra sorduğunda cevabının olumsuz olarak geldiğinin bildirildiğini beyanla verilen cezanın yok hükmünde olduğuna karar verilmesini talep etmiştir. Davayı esastan inceleyen Daire, gerek bu disiplin cezasını gerektiren fiile ilişkin, gerekse bu fiilden dolayı ilgilinin savunmasını istendiğine, savunma yapıldığına, ceza verildiğine ve infaz edildiğine dair hiçbir belge ve bulguya rastlanmadığını, birlige ait evrak zimmet defterlerinde de söz konusu işlemlerin kaydının bulunmadığını, kıt'a ve komutalık şahsi dosyalarında bulunmayan bu cezanın davacının yurt dışına görevli gidişi esnasında ve Harp Akademisi sınavına giriş müracaatlarında düzenlenen nitelik belgelerinde de yer almadığını, hakkındaki kaydı 2001 yılında intranet'teki şahsi bilgilerini güncellerken gören davacının durumu araştırdıktan sonra mağduriyetinin giderilmesi için 21.01.2002 tarihli dilekçeyle idareye yaptığı müracaata olumsuz cevap verildiğini belirlemiştir. Sonuç olarak, maddi bir olaya dayanmayan göz hapsi cezasının sebep unsuru yönünden yoklukla malül olduğu sonucuna varılmış ve yok hükmünde olduğunun tesbiti ile iptaline karar verilmiştir.<sup>127</sup>

Benzer bir davada da, davacı tarafından işlenmiş disiplin suçuna ve cezaya esas teşkil eden bir fiile ilişkin hiçbir belgenin bulunmaması karşısında, disiplin cezasının sebep unsuru yönünden yoklukla malül olduğuna karar verilmiştir.<sup>128</sup>

---

*657 sayılı Kanununun 136/3 maddesine göre de uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunun kapalı olduğu* belirtilerek, Askeri Ceza Kanununda 2000 yılında getirilen sınırlamalardan sonra burada öngörülen astlık görevinden dolayı cezaî müeyyideyi Askeri Ceza Kanununda değil, "Disiplin bozucu eylemleri hakkında ilgili Kanun hükümleri uygulanır" hükmü karşısında, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda ve buna bağlı mevzuatta aramak lazım geldiği, 1602 sayılı Kanununun 21/son maddesindeki denetim kısıntısının askeri disiplin yaptırımlarına ilişkin süreci kapsadığı, Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevli devlet memurları hakkında ikili bir disiplin hukuku rejimi öngördüğü, somut olayda Devlet Memurları Kanuna göre değil, Askeri Ceza Kanunu uyarınca işlem yapılmasının gerektiği, süresinde açılan davada verilen cezanın hukuka aykırı olması sebebiyle iptalinin gerektiği ileri sürülmüştür.

AYİM 3.D., 29.3.2007, 325/512 sayılı red kararı da aynı mahiyettedir.

<sup>127</sup> 3.D., 15.4.2004, 2003/76-2004/571.

<sup>128</sup> Gereğe göre, "...(D)isiplin suç ve tecavüzünü teşkil eden bir fiilin vuku bulup bulmadığı belirlenmelidir. Zira, suçun işlenmesi disiplin cezası işleminin sebebi ve kurucu unsurudur. Eğer, işlenmemiş bir suçtan dolayı ceza verilmişse sebep unsuru yönünden açık ve bariz bir hukuka aykırılık söz konusu olur. Bu açıklamalar çerçevesinde somut olay değerlendirildiğinde, davacı tarafından işlenmiş bir disiplin suçuna ve cezaya esas teşkil eden bir fiile ilişkin, davacının adının sehven bildirildiği idare tarafından açıkça kabul edilen aylık disiplin olayları raporu dışında hiç bir belgeye rastlanılmaması karşısında, üç gün göz hapsi cezasının sebep unsuru yönünden yoklukla malül olduğu sonucuna varılmıştır." 3.D., 23.12.2004, 1606/1837, AYİMD, S.20

Davacı askerlik şube başkanı 2004 yılında açtığı iptal davasında, 1986 tarihinde Askerlik Dairesi Başkanınca kendisine verilen disiplin cezasına esas olayın sonradan isimler bildirildiğinden suç teşkil etmediğini, dolayısıyla tecrübesizken verilen “tevbih” cezasının sebep unsuru yönünden yok hükmünde sayılması gerektiğini ileri sürmüştür. Mahkeme, üst makamca gönderilen çizelgede bazı yükümlülerin yazılmayıp unutulmasının maddî bir vakıa olduğunu, dolayısıyla dava konusu disiplin cezasının sebep unsuru yönünden yok hükmünde sayılmasını gerektirebilecek hukuki bir dayanağın bulunmadığı sonuç ve kanaatine varmış ve esastan inceleme aşamasında inceleme kabiliyeti bulunmayan davayı reddetmiştir.<sup>129</sup>

Bir davacı subay, bölüğündeki loderi bir iş için isteyen asker kişiye verdiğini, daha sonra amiri tarafından loderi müteahhidin emrine vererek devlet malını özel işlerde kullanmak suçunu işlediği iddiasıyla savunması alınarak iki gün göz hapsi cezası verildiğini, cezaya itiraz etmesine rağmen kaldırılmadığını, bu cezanın yok hükmünde olduğunu, zira eğer yaptığı eylem suç ise bunu yargılamak görevinin askeri mahkemeye ait olması gerektiğini, disiplin amirinin yetkisiz olduğunu belirterek söz konusu cezanın yok hükmünde olduğunun tespitini talep etmiştir. AYİM açılan davada iş makinasının habersiz verilmesinden dolayı verilen cezada disiplin tecavüzü halinin bulunduğu gerekçesiyle yokluk iddiasını kabul etmemiştir.<sup>130</sup>

Askerlik Şubesinde görev yapan davacı sivil memurun en yakın amirini atlayarak, bir üniversitede uygun kadroya atanmasının yapılması için doğrudan bu Üniversiteye yaptığı müracaat nedeniyle uyarı cezası ile tecziye edilmesi olayında, yoklukla malül olmadığı anlaşılan cezanın iptaline yönelik davanın inceleme kabiliyeti bulunmadığına karar verilmiştir. Karşı oya göre ise, sivil memurun Silahlı Kuvvetlerle hiçbir ilgisi bulunmayan herhangi bir resmi yada özel sivil kurum yahut kuruluşa başvurması, askeri hiyerarşi içinde olmadığından 657 sayılı yasanın 125’inci maddesi kapsamında usulsüz başvuru mahiyetinde değerlendirilemeyeceğinden, verilen “uyarı” cezası “yok hükmünde”dir.<sup>131</sup>

Başka bir uyuşmazlıkta davacı, nöbet yerini izinsiz terk ettiği gerekçesiyle kendisine verilen göz hapsi cezasının yok hükmünde olduğunu, zira komutanından izin alarak kışla dışına kısa bir süre için çıktığını, dolayısıyla bir suçunun bulunmadığını iddia etmiştir. Yapılan incelemede davacının itirazının da yeterli görülmediği ve olayın sabit olduğu sonucuna varılarak; “*disiplin tesisi için Kanuna uygun olarak tesis edilen disiplin cezasının gerek davacının iddia ettiği gibi sebep unsuru, gerekse yetki, şekil, konu ve amaç unsurları yönünden yok hükmünde sayılmasını gerektirecek bir sakatlığının olmadığı*” gerekçesiyle inceleme kabiliyeti bulunmayan dava reddedilmiştir.<sup>132</sup>

Bir tabip subay, Çanakkale Şehitlerini Anma Törenine katılmadığı gerekçesiyle göz hapsi cezasının verildiğini, itirazı üzerine cezasının 1 gün göz hapsi cezasına çevrildiğini, olay tarihinde bir hastaya acil müdahalede bulunduğunu, dolayısıyla isnat edilen disiplin suçunun oluşmadığını belirterek, Deniz Üs

<sup>129</sup> 3.D., 27.10.2004, 450/1588.

<sup>130</sup> 3.D., 2.6.2005, 2004/1519-2005/759.

<sup>131</sup> 2.D., 02.05.2001, 2000/748-2001/367, AYİMD, S.16.

<sup>132</sup> 3.D., 21.4.2005, 2004/1418-2005/575.

Komutanlığının 1 gün göz hapsi cezasının iptali ile olay sebebiyle uğradığı manevi zararın telafisi amacıyla manevi tazminatın ödenmesine hükmolunması talebiyle iptal davası açmıştır. Süresinde açılan davada AYİM açık bir yokluk iddiası olmamasına rağmen yokluk denetimi yaparak usuli işlemler tamamlandıktan sonra bir karara varmıştır. Kararda;

*“Davacı, dava konusu yaptığı disiplin cezasının yetki, şekil, konu ve amaç unsurları yönünden hukuka aykırı olduğuna ilişkin herhangi bir iddia da bulunmamakta, buna karşın söz konusu disiplin cezasının sebep unsuru yönünden sakatlık içerdiğini zira bir hastaya müdahale etmek üzere hastaneye gitmesi sebebiyle 18 Mart Çanakkale Deniz Zaferi kutlamalarına katılmadığını ve bunun haklı ve geçerli bir mazeret olmasına rağmen yine de kendisine göz hapsi cezası verildiğini ileri sürmektedir. // Dava dosyasında yer alan bilgi ve belgelerden, davacıya verilen 1 gün göz hapsi cezasının 1632 sayılı Askeri Ceza Kanununun 162 ve devamı maddelerinde öngörüldüğü üzere yazılı savunmasının alınarak, süresi içerisinde, yetkili disiplin amirince ve ceza verme sınırı içerisinde verildiği ve bu bakımdan yetki, şekil, konu ve amaç unsurları açısından dava konusu idari işlemi yoklukla malul bırakabilecek herhangi bir sakatlığın mevcut olmadığı sonucuna varılmıştır. // Bu kapsamda şunun da belirtilmesi gerekir ki, her ne kadar davacıya 18.03.2005 tarihinde vuku bulan olaydan bir ay sonra disiplin cezası verilmiş ise de, bu durumun davacının eyleminin önce “emre itaatsizlikte ısrar” suçunu oluşturduğu değerlendirilerek hazırlanan suç dosyasının yetkili askeri mahkemenin bağlı bulunduğu 6.Kolordu Komutanlığına gönderilmesi ve buradan da eylemin disiplin tecavüzü olarak değerlendirilmesi gerektiğinin bildirilerek suç dosyasının birliğe iadesi üzerine gerçekleştiği ve bundan dolayı As.CK.nun 179 ncu maddesi gereği disiplin cezasının verilisinde zamanaşımının söz konusu olmadığı sonucuna varılmıştır. // Öte yandan, dava konusu disiplin cezasının sebep unsuru yönünden ağır ve bariz bir sakatlık içerip içermediğinin irdelenmesi gerekmektedir. Buna göre; davacının acil bir vaka için hastaneye gitmesi nedeniyle törene katılamayacağını amirlerine bildirebilecekken bunun yapılmamasının disiplin tecavüzü olarak nitelendirilerek 1 gün göz hapsi cezası verilmesi işleminde sebep unsuru yönünden ağır ve bariz sakatlık olduğunun söylenemeyeceği değerlendirildiğinden, dava konusu disiplin cezasında sebep unsuru yönünden de işlemi yoklukla malul hale getirebilecek bir durumun mevcut olmadığı sonucuna varılmıştır.”<sup>133</sup>*

Bir askeri hakim subayın, tebligat yapılmadığı gerekçesiyle alarına katılmamasından dolayı Milli Savunma Bakanı tarafından soruşturma sonunda “Uyarma” disiplin cezasıyla cezalandırıldıktan uzun süre sonra açtığı davada, AYİM, bildirim yapılmadığı için alarına icabet etmediğinin anlaşıldığını belirterek sebep unsuru yönünden ağır ve bariz şekilde sakat cezanın yok hükmünde sayılmasına hükmetmiştir.<sup>134</sup>

Seri veya zincir işlem olarak adlandırılan hallerde, asıl işlemin dayanağı halka yada sebep işlemin unsurlarının açık ve ağır hukuka aykırılık taşıması sonucu nihai işlem de yok hükmünde sayılmaktadır. AYİM, özellikle statüden

<sup>133</sup> 3.D., 8.12.2005, 894/1352.

<sup>134</sup> DrI.Krl., 3.7.1997, 84/62, AYİMD, S.12, s.105-113. Olayda tipik bir hukuka aykırılık hali bulunduğu, bu sebeple yokluk teorisinin uygulanarak yargı yolu kapalı ve süresi geçmiş davaya bakılmasında isabet olmadığı ileri sürülmüştür. Bkz. GÖZLER, s.1037.

veya okuldan çıkarma işlemlerinde dayanılan disiplin cezalarındaki yokluk olup olmadığını araştırmaktadır.<sup>135</sup>

Askeri öğrencilikten çıkarma işlemine esas disiplin cezalarından birinin mevzuatta öngörülen cezayı gerektirmediği gibi, usulsüz müracaat fiilinin de gerçekleşmediği kanaatine varan AYİM, cezanın yok hükmünde olduğuna, dolayısıyla kırılan puan hesaptan düşüldüğünde çıkarılma işlemi sakatlanan davacı hakkındaki işlemin iptali gerektiğine karar vermiştir. Mahkemeye göre;

*"Buradan da (davacının savunma yazısından) anlaşılacağı üzere davacı usulsüz müracaatta bulunmak konusunda bir girişimde bulunmuşsa da bu gerçekleşmemiş Alay Komutanı ile görüşülmemiştir. Yani istem düşünce aşamasında kalmış ve gerçekleşmemiştir. Bu durumda davacının hareketini Ceza Hukuku tekniği açısından olmasa da bir anlamda usulsüz müracaata teşebbüs olarak kabul etsekte bunun bir disiplin tecavüzü olacağı yönünde ilgili yönergede bir hüküm bulunmamaktadır. Hareketin bir anlamda disiplin tecavüzü olduğu kabul edilse bile gerçekleşmemiş bir eylemi gerçekleşmiş gibi kabul ederek ilgili yönergeye göre en ağır cezalardan birini vererek oldukça yüksek bir disiplin puanını (28 Puan) kırılmasında hakkaniyetle bağdaşmamaktadır. Bu nedenle oluşmayan bir suçtan dolayı ceza vermek ve bunun karşılığında düşülen disiplin puanı ile davacıyı okuldan ayırmak sakat bir işlem niteliğinde kalmaktadır."*<sup>136</sup>

Bir uzman çavuş, sözleşmenin feshini gerektiren ve toplamı 30 günün aşan hapis cezalarının fesih için "sebeup yaratma amacına dayalı bulunduğundan hukuke geçersiz ve yok hükmünde olduğunu, dava konusu işlemin de bu sebeplerle dayandırıldığından hem sebep ve hem de amaç unsurları yönünden hukuka aykırı olduğunu" ieri sürmüştü; Mahkeme, davacıya verilen disiplin cezalarının tek tek irdelenmesinde disiplin cezalarının yetkili sicil üstlerince ve savunma hakkı tanınarak takdir edildiği ve cezaların tesis ve takdirinde yok

<sup>135</sup> 2.D., 25.4.2001, 2000/761-2001/427.

<sup>136</sup> 2.D. 26.5.1999; E. 1998/1030, K. 1999/366. Kararın karşı oy gerekçesi olayda yokluk olup olmadığı konusunda şüphe uyandırmaktadır: "Davacının özlük dosyasının incelenmesinden 26.6.1998 tarihinde Alay Komutanına amirlerini atlayacak usulsüz müracaatta bulunmak üzere iken B.K.nı tarafından ikaz edilerek bu eyleminden vazgeçtiği anlaşılmaktadır. Verilen ceza yukarıdaki unsurları yönünden hukuka uygundur. Kısaca suç işlenmiştir, bu davacı tarafından da kabul edilmektedir. Savunma alınmıştır ve ceza yetkili amir tarafından verilirken gerekçeleri ile izah edilmiştir. Yalnızca ikaz üzerine davacının bu müracaattan vazgeçmiş olması suçu ortadan kaldırmaz. Çoğunluk görüşüne göre verilen bu cezanın yok hükmünde sayılması idarenin yaptığı bu işlemin yerinde olup olmadığının denetlenmesi sonucunu doğurur ki bu açıkça hukuka aykırılık teşkil eder. // Amirin idari işlemler üzerindeki denetimi yargıcınkinden farklıdır. Amir, işlemin hukuka mevzuata uygunluğunun denetiminden başka kararın yerindeliğini, hal ve şartlara uygun olup olmadığını da denetleyerek işlemi değiştirebilir, düzeltebilir, geri alabilir ya da tamamen kaldırabilir Oysa yargıç sadece hukuka uygunluğuna bakar ve aykırı bulursa iptal etmekle yetinir. Şu halde Anayasa koyucunun idari yargının denetimini hukuka uygunluk denetimi ile sınırlı tutmaktaki maksadı, idare hukukunda yerleşmiş bir kural uyarınca, hakimin yerinde denetimi yapmasını ve idarenin takdir yetkisini tamamen ortadan kaldırmasını önlemektedir".

hükmünde olmayı gerektirecek bir husus bulunmadığı kanatine vararak oy-çokluğu ile feshin iptali davasını reddetmiştir.<sup>137</sup>

Bir uzman erbaşın bir yılda 30 günden fazla disiplin cezası alması sebebiyle bağlı yetki gereği sözleşmesinin feshi ile ilgili davada, cezalardan biriyle ilgili yokluk denetim yapılmış ve “...(S)ınavda haşarızlık gibi bir durumun disiplin amirlerine tanınan disiplin cezası verebilme yetkisi içinde ve disiplin cezası nedeni olarak kabul edilemeyeceğini, dolayısıyla mevcut olmayan bir disiplinsizlik eylemi nedeniyle verilen disiplin cezalarının yok hükmünde olduğu açıktır.” denilerek bu cezanın yok hükmünde olduğuna, buna bağlı olarak da birlik komutanlığı tarafından tesis edilen sözleşme feshi işlemine esas alınan hürriyeti bağlayıcı disiplin cezalarının toplam 27 gün olduğundan son bir yıl içinde 30 günden fazla hürriyeti bağlayıcı disiplin cezası alma şartının sağlanmadığı gerekçesiyle fesih işleminin iptaline karar verilmiştir.<sup>138</sup>

AYİM geçerli bir maddi sebebi bulunmadığı ve/veya dayanılan fiilin disiplinsizlik oluşturmadığı gerekçesiyle verilen cezaların yok hükmünde sayılması talebiyle açılan davalarda, genellikle mevcut belgeleri incelemekle yetinmekte ve ilk inceleme aşamasında davaları reddetmektedir. Bu çerçevede, birlik sosyal tesisinde kalmamak;<sup>139</sup> dilekçe verdiği için malzemeyi sayıp almamak;<sup>140</sup> uygulamaya aykırı olarak göreve giderken araç almak;<sup>141</sup> helikopterin düşmesi olayını bilgisi olmadığından amirine bildirmemek;<sup>142</sup> usulsüz müracaatta bulunmak;<sup>143</sup> bir değeri hatalı bildirmek suretiyle uçuş emniyetini tehlikeye sokmak;<sup>144</sup> usulsüz müracaatta bulunmak;<sup>145</sup> kısa dönem çavuş iken hastaneye gittiği sırada içtimaya katılmamak ve yatağını yapmamak;<sup>146</sup> maaşından kesintiden dolayı şikayet dilekçesinde amirleri hakkında yersiz beyanlarda bulunmak;<sup>147</sup> astına kötü davranmak<sup>148</sup> gibi olaylarla ilgili yokluk iddiaları kabul edilmeyerek açılan davalar yargı yolu kapalı olduğundan reddedilmiştir.

---

<sup>137</sup> 1.D., 5.12.2006, 603/1028 (Karşı oy, hürriyeti bağlayıcı disiplin cezalarının 25 gün gibi kısa bir süre içerisinde fesih işlemine hukuki zemin yaratma amacına yönelik olarak verildiği kanaati uyandırdığından işlemin iptali gerektiği şeklindedir).

Buna karşılık, süresinde açılan ve cezaların yokluğu ileri sürülen aynı mahiyetteki bir davada sık verilen cezaların fesih için zemin ve sebep yaratmayı hedeflediği gerekçeyle –yokluk teorisi ile ilgili açıklamalar yapılmakla birlikte yokluk tespiti yapılmaksızın- olağan sakatlıktan dolayı fesih işlemi oy çokluğu ile iptal edilmiştir. 1.D., 10.7.2007, 2006/592-2007804.

<sup>138</sup> 1.D., 24.6.2008, 2007/1069-2008/626.

<sup>139</sup> 3.D., 10.9.2009, 1042/869.

<sup>140</sup> 3.D., 10.7.2009, 1007/852.

<sup>141</sup> 3D., 10.9.2009, 1023/851.

<sup>142</sup> 3.D., 10.9.2009, 1031/849.

<sup>143</sup> 3.D., 2.7.2009, 869/732.

<sup>144</sup> 3.D., 26.2.2009, 249/193.

<sup>145</sup> 3.D., 19.2.2009, 242/166.

<sup>146</sup> 3.D., 12.6.2008, 694/851.

<sup>147</sup> 3.D., 12.6.2008, 693/860.

<sup>148</sup> Bkz. yuk. 3.D., 18.9.2008, 873/1096.

AYİM' e göre, bir yargı kararı veya kanunun açık hükmü olmaksızın kamu görevlisinin aylığından fazla ödeme sebebiyle kesinti yapılması işlemi yokluk doğurur. Mahkeme, Sayıştay Denetçisince ilgili Defterdarlık hesaplarının denetiminde, içlerinde davacının da bulunduğu bir kısım personele fazla ödemede bulunduğu gerekçesiyle, bir kısım mali sorumlulardan savunma istenmesi, bu yetkililerce davacının aylığından re'sen kesinti yapılmasına haklılık kazandırmayacağından işlem yoklukla batıldır diyerek işlemin yok olduğuna ve (...) tutarındaki kesintilerin dava tarihinden itibaren yasal faiziyle iadesine hükmetmiştir.<sup>149</sup>

## D. KONU UNSURU YÖNÜNDE YOKLUK HALLERİ

### 1. Genel Olarak Konu Unsuru ve Yokluk

Bir idarî işlemin konusu, onun hukuk alanında doğurduğu sonuç, meydana getirdiği hüküm veya değişikliktir.<sup>150</sup> İdarî işlemlerde konu unsuru çoğu kez sebep unsuru ile karıştırılmaktadır. Bir işlemin sebep ve konu unsuru arasında her zaman sıkı bir bağ vardır.<sup>151</sup> Birçok durumda kanun işlemin hem sebebini, hem de konusunu belirtir. Bu gibi hallerde kanunda öngörülen sınır ve şartlara uyulmaması, ya da ilişkinin kopuk olması işlemi sebep veya konu yönünden sakatlar; bağlı yetkide olduğu gibi.<sup>152</sup>

Konu yönünden hukuka aykırılık öncelikle esasa ilişkin hukuk kuralının yanlış uygulanması ya da hiç uygulanmaması şeklinde ortaya çıkar. Bunun yanı sıra, idarî işlemin konusu mümkün veya meşru değilse, yasaksa, yasal dayanağı olmadan bireylere yükümlülük getiriyorsa, kuralın kapsamını ve uygulamayı genişletici ise konu yönünden hukuka aykırılık söz konusu olur.<sup>153</sup> Bunlara statü dışı uygulamalar, geçmişe etkili hüküm ve sonuç doğuran idarî kararlar, bir üst kurala aykırı konular, mahkeme kararlarının ifası gibi hususlar da eklenebilir.<sup>154</sup>

Konu unsurundaki hukuka aykırılıkların, işlemi yok hükmünde kılacak derecede ağır olabileceğini kabul edenler olduğu gibi,<sup>155</sup> aksini savunanlar da vardır.<sup>156</sup> Kanaatimizce gerçek ve uygun bir sebep bulunmakla birlikte, konunun, gösterilen bu sebeple uzaktan yakından hiçbir ilgisinin olmadığı "yokluk"

<sup>149</sup> 1.D. 15.6.1999, 1998/886-1999/661.

<sup>150</sup> ONAR, C.I, s.311; GÖZÜBÜYÜK, **Yönetmelik Yargı**, s.230; ÖZAY, s.497; GÜNDAY, s.123; CANDAN, s.151; AKYILMAZ-SEZGİNLER-KAYA, s.413; ATAY, s.394; GÖZLER, s.1051; KALABALIK, s.168; R. YILDIRIM, **İdare Hukuku Dersleri II**, s.62; YILDIRIM, **İdarî Yargı**, s.194.

<sup>151</sup> GÖZLER, s.936; KALABALIK, s.196.

<sup>152</sup> ATAY, s.396; GÖZLER, s. 937.

<sup>153</sup> GÖZÜBÜYÜK, **Yönetmelik Yargı**, s.232 vd.; GÜNDAY, s.124; GÖZLER, s.937 vd.

<sup>154</sup> GÖZÜBÜYÜK- DİNÇER, s.82-83; GÖZLER, s.931 vd.; KALABALIK, s.170.

<sup>155</sup> SARICA, s.1234-1236; GÜNDAY, s.153-154; EROĞLU, s.418; ALİFENDİOĞLU, s.4; ERKUT, S.74-76. Ayrı bir durum için bkz. KARAVELİOĞLU, C.I, s.188; R. YILDIRIM, **İdare Hukuku Dersleri II**, s.68.

<sup>156</sup> CANDAN, s.151.



halleri hariç tutulmalıdır: Kamu malının kamulaştırılması kararı gibi.<sup>157</sup> ERKUT'a göre, işlemin genel idare hukuku ilkelerinin veya Kanunun açıkça yasakladığı bir konuda yapılması ve böyle bir işlemin temel hak ve özgürlükleri kısıtlanması ve sınırlaması halinde, konu unsuru yönünden yokluk hali olabilir.<sup>158</sup>

İdare bazen tüm açıklığına rağmen bir yasa kuralını aksi yönde uygulamak ister. İster olumlu, ister olumsuz olsun bu tür bir işlem açık ve ağır bir sakatlık taşır. Bu tür işlemler de konu yönünden yok hükmünde sayılmalıdır.<sup>159</sup> YILDIRIM, kanunun yasakladığı bir hususta alman kararın konu yönünden yoklukla sakat olduğunu, bu meydana bir öğretmenin diğer memurlar gibi öğretim döneminde yıllık izine ayrılması işleminin yok hükmünde sayılacağını ileri sürmektedir.<sup>160</sup>

## **2. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin Konu Yönünden Yokluk Uygulaması**

Burada personelin hal ve hareketlerinden dolayı yazılı olarak ikaz edilmesi/uyarılması ile ilgili AYİM kararlarına yer vermek uygun olacaktır. Zira bu işlemlerin her ne kadar savunma alınmadan tesisinin açık ve ağır sakatlık oluşturduğundan yokluğuna karar verilmesi istenmekte ise de, disiplin cezası olarak hukuki sonuç doğurduğu iddia edildiğinden konu yönünden ele alınması uygun olacaktır. Bu tip davalarda, Askeri Ceza Kanunu'nun 166'ncı maddesine uygun olarak tenkit, muaheze (azarlama) ve hatasını göstermek için yapılan ve gerek disiplinin teminine, gerek hizmetin aksamamasına yönelik ikazları içeren yazılı bildirimlerle Kanunun 165 ve 171'inci maddelerinde düzenlenen "tevbih/uyarı"<sup>161</sup> cezasının, 185/A maddesi uyarınca salt infazının yazılı olmasından dolayı aynı ve eşdeğer olduğu belirtilerek özellikle savunma alınmadığından bahisle yargı denetimine tabi tutularak yok hükmünde sayılması talep edilmektedir. AYİM, bir dönem bu başvuruları reddetmeyerek, bu yazıları "tevbih/uyarı" cezası kabul etmiş ve savunma alınmamasını, işlemin yok hükmünde sayılmasının gerektiren ağır ve açık hukuka aykırılık hali olarak değerlendirmiştir.<sup>162</sup>

Buna karşılık, sonraki yıllarda bunların disiplin cezası niteliğinin bulunmadığı gibi, duruma göre idari davaya konu bir idari işlem sayılarak esastan incelenebileceği şeklinde kararlar verilmiştir. Bu kararlara göre; idarenin salt amirin astın hatasını gösteren, eleştiren ve muaheze eden işlemleri ile basit

---

<sup>157</sup> ALİFENDİOĞLU, s.6. Bu doğrultuda, Dnş. 6.D., 25.11.1987, 56/1156, DD, S.70-71, s.302 vd.

<sup>158</sup> ERKUT, s.74.

<sup>159</sup> R. YILDIRIM, **İdare Hukuku Dersleri II**, s.68. Bu doğrultuda, Dnş. 6.D., 736/4313, AİD, C.7, S.4, s.206.

<sup>160</sup> R. YILDIRIM, **İdare Hukuku Dersleri II**, s.68.

<sup>161</sup> Hemen belirtelim ki, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanununun 165/A-1 maddesi ve 171 nci maddeye bağlı cetvelde yer alan tevbih ve şiddetli tevbih cezaları, 22.03.2000 tarih ve 4551 sayılı kanunda yapılan değişiklik sonucu birleştirilerek "Uyarı" cezası adını almıştır. Bunlar her iki halde de askeri disiplin hukukunda en hafif ceza olarak düzenlenmiş bulunmaktadır

<sup>162</sup> Drl.Krl., 22.12.2006, 91/170.

uyarı/ikaz yazıları iç düzen işlemi niteliğinden dolayı idari davaya konu olamaz. Bunların dışında kalan nitelikli ve kapsamlı ikaz/tenkit /muaheze işlemleri aleyhine Askeri Ceza Kanununun 165 ve 171'inci maddelerine göre doğrudan doğruya bir uyarı cezası şeklinde tesis olunmadıkça iptal davası açılabilir. Bu takdirde, kabul şartlarını taşıdıklarından idari davaya konu edilebilse bile bu işlemler hakkında söz gelimi yerindelik denetimi yapılamaz ve takdir yetkisini kaldırarak şekilde karar verilemez. Haliyle şartları varsa yokluk denetimi de yapılabilir.

AYİM, birlik komutanlığı tarafından denetlemeye hazırlık kapsamında yapılan sınavdan alınan düşük puan sebebiyle mesleki yönden bilgisiz ve başarısız kabul edilerek savunma alınmadan verilen uyarının yok hükmünde bir ceza olduğu belirtilerek bu durumun tespitinin ve uyarı cezasının iptalinin talep edildiği bir davada; Başsavcılığın savunma alınmadan tesis edilen bu disiplin cezası işleminin şekil unsurundaki ağır ve bariz sakatlıktan dolayı yok hükmünde sayılması gerektiği şeklindeki düşüncesine itibar etmemiştir. Mahkeme, *"...yok hükmünde olduğunun tespiti istenen 14.01.2003 tarihli yazıda, yapılan sınavdaki başarısızlık bildirilerek ilgilinin gereğinin yapılmaması halinde ceza müeyyide uygulanacağına ihtar edildiği ve dosyasına konmasının dışında hiçbir suretle ceza olarak kayıt düşülmediği dikkate alındığında, Askeri Ceza Kanununun 169/A-İnci maddesi ve 171 nci maddeye bağlı cetvelde gösterilen "uyarı" cezası nevinden bir disiplin cezası gibi kabulünün mümkün olmadığı, şahsı cezalandırma gayesi güdülse dahi maksat işlemi unsuru yönünden sakatlama ihtimali bulunmakla beraber bu hususun motamot eleştirel ikaz yazısını disiplin cezasına dönüştürmeyeceği, davacı üzerinde manevi etkide bulunmasının hukuki sonuç doğurduğu anlamına gelmeyeceği, hizmetin işleyişi içerisinde yetkili amirin disiplin tesis ve tekamülüne ilişkin emredici, fakat iç düzen işlemi kabilinden bir direktifinden ibaret olduğu, idarenin bir olguyu tespit edici nitelikteki bu işleminin salt yazılılıktan dolayı idari işlem olarak telakki edilemeyeceği"* şeklinde bir değerlendirme yapmış; sonuç olarak uyarı yazısının idari dava konusu yapılamayacağına hükmetmiştir.<sup>163</sup>

Bazı ikaz yazılarının yok hükmünde sayılması talepli davalar işlem disiplini cezası olarak kabul edilmemekle beraber duruma göre red<sup>164</sup> veya iptal edilmiştir.<sup>165</sup>

Bir astsubayın adam yaralama fiilinden dolayı adli soruşturma sürerken amiri tarafından disiplin cezasıyla cezalandırıldığı, ardından da savcılığın ön ödemeyi kabul etmesi üzerine takipsizlik kararı verdiği bir olayda, davacı kendisine bir suçtan dolayı ayrı ayrı iki defa ceza verildiğini, bunun da Kanunun amir hükmüne aykırı olduğunu iddia ederek 28 günlük oda hapsi cezasının yok hükmünde olduğunun tespiti ile iptalini talep etmiştir. Buradaki yokluk

<sup>163</sup> 3.D., 29.9.2005, 2004/1075-2005/1116. Benzer mahiyette, 3.D., 2.11.2006, 354/1332; 3.D., 3.4.2008, 420/589.

<sup>164</sup> 3.D., 16.8.2005, 2004/1642-2005/821; 3.D., 1.5.2008, 2007/367-2008/691; 3.D., 11.9.2008, 539/1022; 3. D., 17.9.2009, 902/ 394; 3.D., 10.3.1005, 2004/1507-2005/348; 3.D., 17.9.2009, 782/1353.

<sup>165</sup> *"Mahiyeti itibariyle disiplin cezası niteliğinde bulunmayan basit idari uyarı yazısının disiplin cezası kabul edilerek ceza puanı düşülmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır."* 3.D., 28.9.2006, 267/989.

iddiası, ayrıca Askeri Ceza Kanununa göre de disiplin cezası tesis edilemeyeceği yönünde olduğundan kanaatimizce konu unsuruna ilişkindir. AYİM, Askeri Ceza Kanununun hâkim suç ve ceza esaslarına göre, bu kanuna tabi fiil ve yaptırımların hafiften ağıra doğru Disiplin tecavüzü, Disiplin kabahati, Disiplin suç ve Askeri kabahat, Askeri cürüm şeklinde sıralandığını, Kanunun 162'inci maddesinde Disiplin Tecavüzünün "...hiçbir ceza kanununun maddelere uymayan fiiller ve tekasüller" olarak tanımlandığını, halbuki silahla taksirli yaralamanın Askeri Ceza Kanunu'nun 144'üncü maddesi delaletiyle TCK'nun 459/1'inci maddesinde öngörülen bir cürüm olduğunu, Askeri Ceza ve Disiplin hukuku mevzuatında 657 sayılı DMK'nun 125/4 ve 131/2'inci maddelerinde gösterilen şekilde Ceza Kanuna göre suç takibatı ve mahkumiyet halinin disiplin kovuşturması ve cezasına engel teşkil etmeyeceğine ilişkin hükme benzer bir kuralın bulunmadığı varit ise de, 1630 sayılı Kanun'un 180'inci maddesinde mevcut "*fiil mahkemeye sevki gerektirdiği halde amirce cezalandırılmışsa, yeniden mahkemeye sevk olunur. Verilen ceza mahkemenin verdiği cezadan indirilir*" hükmü, gerek ön ödeme sırasında ve gerekse bilahare verilen cezaya itiraz olunmaması, cezanın infazına dair belge bulunmaması, 1999 yılı sicil belgesine Askeri savcılığın takipsizlik kaydı işlendiği halde söz konusu disiplin amiri cezasının işlenmemesi, kuvvet ve kıta özlük dosyalarında referans alındığına dair kayıt olmaması, cezanın ön ödemeden önce tesisi, olayda kendisinin de iş gücünden olacak şekilde yaralanması gibi hususlar dikkate alındığında aynı fiilinden dolayı tesis olunan, fakat uygulanmayan disiplin cezasından dolayı yok hükmünde kabulünü gerektirecek ölçüde ağır ve bariz bir hukuka aykırılık bulunmadığını belirterek davayı inceleme kabiliyeti olmadığından reddetmiştir.<sup>166</sup>

Disiplin cezalarında disiplinsizlik/disiplin suçu teşkil eden fiile karşılık kanunda gösterilen ceza türü işlemin konusunu oluşturduğuna göre, eski kanunda yer alan maaş kat'ı cezasının aylıktan kesme olarak değiştirmesi halinde, halen maaş katı cezası şeklinde ifade edilmesi açık ve ağır sakatlık taşıyor mu? AYİM bu bağlamda aylıktan kesme yerine maaş kat'ı ibaresi kullanılmasının cezanın yok hükmünde sayılmasını gerektirmediğine içtihat etmiştir.<sup>167</sup>

Benzer bir davada da, GATA Gastroenteroloji Bilim Dalı Başkanı olarak görev yapmaktayken, Yüksek Askeri Şura'nın 01.08.1997 tarihli kararı ile disiplinsizlik nedeniyle ayırma işlemine tabi tutulan tabip subay davacı, disiplinsizlik nedeniyle ayırma işlemine tabi tutulmasına ilişkin YAŞ kararının açık ve bariz bir şekilde hukuka aykırı olduğunu, Anayasa'nın 125'inci maddesi ile YAŞ kararlarının yargı denetimi dışında bırakıldığını, 926 sayılı Kanununun 50/c maddesinde YAŞ'a ayırma yetkisini veren ve 20.07.1983 gün ve 2870 Sayılı Kanunla yapılan değişikliğin hukuka aykırı düştüğünü, Anayasa'nın Geçici 15'inci maddesi uyarınca Anayasaya aykırılığı öne sürülemeyecek olan bu yasa hükmünün, hukuk devleti ilkesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6,8 ve 13'üncü maddeleri ile bağdaştırılmama imkan olmadığını, dolayısıyla öncelikle bu konudaki itirazlarının dikkate alınması gerektiğini, ayrıca Anayasa'nın 130. ve 2955 sayılı Kanununun 26'ncı maddeleri uyarınca GATA'da görevli öğretim üyelerinin yaş haddinden önce emekliye sevk edilemeyeceklerini, 926 sayılı Kanununun 50/c maddesine getirilen değişiklikle YAŞ'a tanınan ayırma yetkisi-

<sup>166</sup> 3.D., 6.10.2005, 269/1141.

<sup>167</sup> 3.D., 11.1.2007, 15/34.

nin, özel statüye ve güvenceye sahip olan GATA'da görevli asker öğretim üyelerine uygulanmaması gerektiğini, bu durumda Yüksek Askeri Şura'ca tesis edilen ayırma işleminin bu yönden de yok hükmünde olduğunu, AYİM'nin şeklen yargı yolunu kapayan mevcut Anayasal hükümle (Anayasa Md. 125/2) kendisini bağlı sayıp davayı reddedecekse, en azından bu yokluğu saptaması gerektiğini, dava konusu işlemin aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin yargı hakkını düzenleyen 6 ve 13; düşünce ve ifade hürriyetlerini düzenleyen 9 ve 10. maddelerine de aykırı bulunduğunu belirterek; Yüksek Askeri Şura kararına dayalı, davacının disiplinsizlik nedeniyle ayırmaya tabi tutulmasına ilişkin işlemin yok hükmünde olduğunun tespit edilerek iptalini talep etmiştir. Mahkeme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin iç hukukta Anayasa üstü kabulü mümkün olmadığı gibi; Anayasa'nın 132'inci maddesindeki özel düzenleme karşısında GATA mensubu bir öğretim üyesinin disiplinsizlik nedeniyle YAŞ kararı ile ayırma işlemine tabi tutulmasında Anayasal bir ihlal de söz konusu olmadığını olmadığından yokluk iddiasının bu yönden de kabulüne imkan bulunmadığına, davacının disiplinsizlik halinin mevcut olmadığına ilişkin iddiaların ise bunların ancak bir iptal nedeni teşkil etmesi ve Anayasa'nın 125/2'inci maddesinin bu tür bir denetimi yasaklamış olması karşısında, incelenbilmesine imkan bulunmadığına, bu çerçevede dava konusu yargı denetimi dışında kalan işlemin inceleme kabiliyeti bulunmadığından davanın reddine karar verilmiştir.<sup>168</sup>

Sebeup unsuru ile de sıkı ilişkisi bulunan konu unsuru yönünden yokluk hali olarak değerlendirilebileceğimiz bir uyuşmazlık Yüksek Askeri Şuranın bir ihraç kararı ile ilgilidir. Bu davada, davacının astsubay statüsündeyken ruhi rahatsızlığı nedeniyle istirahatli olduğu bir sırada, davalı idarenin 29.7.1993 tarihli işlemi ile disiplinsizlik nedeniyle ayırma işlemine tabi tutulduğu ve 17.9.1993 tarihinde TSK.ile ilişkisinin kesildiği, bu işlemin iptali istemiyle mahkememizde açılan davanın kabul edilerek AYİM.1.Dairesinin 22.3.1994 tarih ve E.1993/844, K.1994/422 sayılı kararı ile ayırma işleminin iptal edildiği, bu kararın davalı idarece yerine getirilerek davacının 20.7.1994 tarihinde yeniden statüye alındığı, ruhi rahatsızlığının devam etmesi nedeniyle bu tarihten itibaren art arda GATA Sağlık Kurulunca istirahatler verildiği ve nihayet GATA Sağ.Krl.nun 25.11.1996 tarih ve 7718 sayılı raporuyla "Kronik nitelik kazanmış psikotik bozukluk teşhisiyle "D/15 F-2 TSK'de görev Yapamaz" kararı verildiği, bu raporun 28.2.1997 tarihinde MSB.Sağlık D.Bşk.lığınca onanmak suretiyle kesinleşmesine rağmen, davacı hakkında sağlık nedeniyle emeklilik (adi malülen) işlemi yerine Yüksek Askeri Şura'nın 26.5.1997 tarihli kararma dayanılarak MSB.'lığının 26.5.1997 gün ve 10-102 sayılı kararı ile disiplinsizlik nedeniyle ayırma işlemine tabi tutulduğu, 13.6.1997 tarihinde TSK.ile ilişkisinin kesildiği bu davada,, davacının YAŞ kararının iptali talep edilmiştir. AYİM, *"...akıl hastalığı nedeniyle TSK.' de görev yapamaz kararı raporu kesinleşen ve Emekli Sandığına emeklilik işlemleri sürdürülen, böylece asker kişi statüsü sağlık nedeniyle sona ermiş bulunan davacı hakkında çok daha sonraki tarihte TSK ' de kalması uygun değildir sicili düzenlenerek disiplinsizlik ve ahlaki nedene dayalı olmak üzere re'sen TSK'den ayırma işlemine tabi tutulması konu-*

<sup>168</sup> 1.D., 15.12.1998, 1041/1059. Aynı yönde, 1.D., 16.10.2007, 991/1011; 1.D., 16.10.2007, 994/991.

sunda Kuvvet Komutanlığının Anayasal ve yasal görev ve yetkisi bulunmamaktadır. Ve ayırma işlemi de ağır yetki saptırması nedeniyle sakatlanıp yok hükmüne düştüğünden, 926 sayılı Kanununun 50/c maddesi uyarınca, bu işlem üzerine kurulması zorunlu olan Yüksek Askeri Şur'a kararına hukuki geçerlik tanımak olanaksızlaşmaktadır..." diyerek davacı hakkındaki disiplinsizlik nedeniyle ayırma işleminin hükümsüzlüğüne ve yok hükmünde olduğunun tespitine karar vermiştir.<sup>169</sup>

## E. MAKSAT UNSURU YÖNÜNDEN YOKLUK HALLERİ

### 1. Genel Olarak Maksat Unsuru ve Yokluk

Her idari işlemin bir amacı, yani beklenen ve ulaşılmak istenen nihai bir sonucu vardır. O da kamu yararının gerçekleştirilmesidir. Esasen bu idare hukukunun finalist nitelik taşımasından kaynaklanmaktadır.<sup>170</sup> Bu genel amacın yanında, bazen yasada işlemle verilmek istenen sonuç, açıkça belirtmek suretiyle özel bir amaç öngörülmüş olabilir.<sup>171</sup>

İdari makam ve merciler yetkilerini ancak kamu yararı için kullanabilirler. Kişisel çıkar, üçüncü kişileri koruma, siyasi amaç güdülmesi gibi hallerde işlem amaç yönünden hukuka aykırı olur. İdarenin özel amaçlarla hareket ederek, yani yetki veren kanunun öngördüğü amaç dışında bir amacın gerçekleştirilmesi için işlem tesisi hallerinde Fransa'da "yetki saptırılması" denilen hukuka aykırılık meydana gelir.<sup>172</sup> Buna "amaç saptırması" da denir.<sup>173</sup> Buna benzediği için çoğu kez karıştırılan "usul/yöntem saptırması" ise bir kamu hizmeti ile ilgili mevzuatta öngörülenden başka bir kamu yararı gözetilmek suretiyle idari işlem yapılmasıdır.<sup>174</sup> Başka bir ifadeyle, idarenin, belli bir işlem için öngörülmüş olan usulü, başka bir işlem için kullanmasıdır.<sup>175</sup>

<sup>169</sup> I.D., 24.2.1998, 1997/630-1998/558.

<sup>170</sup> ÖZAY, s.467; YILDIRIM, **İdare Hukuku Dersleri II**, s.63.

<sup>171</sup> ONAR, C.I, s.316; ÖZAY, s.499 vd.; GÖZÜBÜYÜK, **Yönetmelik Yargı**, s.234, 238; GÜNDAY, s.146; CANDAN, s.153 vd.; AKYILMAZ-SEZGİNER-KAYA, s.415; ATAY, s.396; KARAVELİOĞLU, C.I, s.194; GÖZLER, s. 982.

<sup>172</sup> GÖZÜBÜYÜK, **Yönetmelik Yargı**, s.234; İsmet GİRİTLİ "Türk Devlet Şurası İçtihatlarına Göre İdarenin Yetkisini Saptırması", İstanbul 1957, s.8; CANDAN, s.154, 155; GÜNDAY, s.147; GÖZLER, s. 978; KALABALIK, s.171; YAYLA, s.140. Bir görüşe göre, Fransa'da amaca aykırılığı ifade eden yetki saptırılması deyimine nazaran Türkiye'deki "maksat unsuruna aykırılık" hali işlemin sebeplerine ve (usul saptırmasında olduğu gibi) usule de ilişkin olduğundan daha geniş kapsamlı bir kavramdır. Bu görüş ve Fransa'da yetki saptırmasının tanımı, ortaya çıkışı ile saptırma oluşturan haller hakkında geniş bilgi için bkz. Erol DÜNDAR, "Maksat Denetimi (Nazariyeler, Türk ve Fransız İçtihatlarına Göre)", **İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler I**, Ankara, Danıştay Yayınları, Ankara 1976, s..165 vd. R. YILDIRIM'ın, amaca aykırılık hallerine aynı örnekleri vermekle beraber, "amaç ögesindeki sakatlıklar bazen yetki saptırması veya usul saptırması olarak karşımıza çıkar" ifadesinden maksat unsurunu geniş kapsamlı kabul ettiği anlaşılmaktadır, R. YILDIRIM, **İdare Hukuku Dersleri II**, s.73-74.

<sup>173</sup> CANDAN, s.154; ÖZAY, s.500.

<sup>174</sup> ONAR, C.I, s.322; CANDAN, s.154, 155; GÖZÜBÜYÜK, **Yönetmelik Yargı**, s.234, 238; ÖZAY, s.501; KALABALIK, s.173; DÜNDAR, s.178; YILDIRIM, **İdari Yargı**, s.231.

<sup>175</sup> GÖZÜBÜYÜK, **Yönetmelik Yargı**, s.238; GÖZLER, s.989.

Maksat unsurunda sakatlığın tespiti, gerek işlemi yapanın niyetini bilmekle ilgili olduğundan, gerekse kamu yararı kavramının muğlaklığından dolayı sübjektif bir görünüm arz etmektedir. Daha açık bir ifadeyle, diğer iptal sebepleri objektif iken maksat unsuru sübjektif özelliktedir.<sup>176</sup> Ancak sebep unsuru ile birleşebildiği (hukuk kurallarının işlemin sebebinin açıkça göstermesi gibi) bazı durumlarda objektif bir mahiyete bürünebilmektedir. Bu takdirde kanunda gösterilen belli ve somut sebebe dayanmıyorsa idarenin işlemi aralarındaki sıkı ilişkiden ötürü sebep ve dolayısıyla maksat unsuru yönünden de sakat olacaktır. Aksine sebep yönünden hukuka aykırılık görülmez ise ayrıca maksat unsurunun da denetlenmesine gerek kalmayacaktır.<sup>177</sup> Başka bir ifadeyle sebep unsurunun objektifliğinin ispatta sağladığı kolaylık karşısında artık maksat yönünden denetime ihtiyaç yoktur. Bu yüzden birleşme söz konusu olduğunda, maksat denetimi ancak sebep unsurdan ayrılabilirdiği ölçüde olacaktır.<sup>178</sup> Bunun yanında, kamu yararı kavramına dayanıldığımda bu soyut kavramın anlamının objektif kurallara göre tayini gereği ortaya çıkmaktadır ki,<sup>179</sup> bu husustaki belirsizlik, yukarıda sayılan kamu yararından başka amaç ve çıkar gözetme ile usul saptırması halleri maksada aykırılık olarak kabul edilmek suretiyle aşılacaktır.<sup>180</sup> Bu özelliklerinden dolayıdır ki, Fransa'da sebep unsurundaki gelişmelere paralel olarak maksat unsurunun eski önemini kaybettiği ifade edilmektedir.<sup>181</sup>

Maksat unsuru yönünden hukuka aykırılık durumu kamu düzenini ilgilendirmediklerinden resen dikkate alınamayacağı, davacının ileri sürmesi gerektiği belirtilmektedir.<sup>182</sup> Zira, yetki saptırması halleri bulunmadıkça salt ve soyut bir şekilde kamu yararına uygunluk denetimi yapılamaz.<sup>183</sup> Ayrıca, Fransa'da zorluğundan ve yerindelik denetimine dönüşme tehlikesi taşıdığından yetki saptırmasının gerileme dönemine girdiği, bu sebeplerle başka bir amaca yönelik

<sup>176</sup> TANDOĞAN, s.86; KARAVELİOĞLU, C.I, s.195; R. YILDIRIM, **İdare Hukuku Dersleri II**, s.63; DÜNDAR, s.166. Üstelik liberal devlet anlayışından planlamacı sosyal devlet anlayışını geçişle birlikte yetki saptırması kavramında değişmiş ve böylece tespit ve denetimi daha güç hale gelmiştir. DÜNDAR, s.184.

<sup>177</sup> KALABALIK, s.171; R. YILDIRIM, **İdare Hukuku Dersleri II**, s.63. Benzer şekilde GÖZLER, s.977.

<sup>178</sup> AKYILMAZ-SEZGİNER-KAYA, s.415; KARAVELİOĞLU, C.I, s.1195.

<sup>179</sup> ÖZAY, s.500; KALABALIK, s.171. Kamu yararı kavramı hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. Tekin AKILLIOĞLU, "Kamu Yararı Üzerine Düşünceler", **İdare Hukuku ve İdari İlimler Dergisi**, Y.9, S.1-3, 1988, s.11-22.

<sup>180</sup> ONAR'a göre, maksat unsurunun kanunun lafzından veya ruhundan anlaşılabilirdiği ya da sebep unsuru ile birleşmek suretiyle objektifleştiği haller dışında ispatı güçtür ve ancak hissi, siyasi ve şahsi saiklerle yapıldığını gösteren olaylara dayanılarak ispatlanabilir. ONAR, C. I, s. 318-322.

<sup>181</sup> DÜNDAR, s.166.

<sup>182</sup> GÖZÜBÜYÜK, **Yönetmelik Yargı**, s.235; GÖZLER, s.978; DÜNDAR, s.171; R. YILDIRIM, **İdare Hukuku Dersleri II**, s.63.

<sup>183</sup> DÜNDAR, s.171; Muammer OYTAN, **İptal Davalarında İdari Yargı Denetiminin İlke ve Kuralları**, Ankara, Adalet Bakanlığı Yay. İş.D. Bşk.lığı No: 5, 1999, s.30.

olduğu apaçık anlaşılmadıkça maksat unsuru bakımından iptal kararı verilmemesi gerektiği ileri sürülmektedir.<sup>184</sup>

Maksat unsurundaki sakatlıkların yokluk teşkil etmeyeceği kabul edilmektedir.<sup>185</sup> Bunun sebebi diğer unsurların tamamının objektif nitelikte olmasına karşılık maksat unsurunun sübjektif bir mahiyet göstermesidir. Bu bakımdan yokluk halinin açıkça anlaşılabilmesidir.<sup>186</sup> Maksatla sebep unsurlarının birleştiği hallerde aynı zamanda yokluk olabileceği düşünülebilir ise de, bu takdirde sakatlığı objektif bir unsur olan sebep unsuru yönünden tespit etmek yerinde olacaktır.<sup>187</sup>

AYİM'in maksat unsurunda yoklukla ilgili verdiği dikkat çekici bir kararı mevcuttur. Somut olayda, akıl hastalığı sebebiyle TSK'da görev yapamaz kararı kesinleşmiş sağlık kurulu raporu bulunan bir personel, Emekli Sandığı işlemleri sürerken hakkında daha sonraki bir tarihte TSK'da kalmasının uygun olmadığına dair sicil düzenlenerek disiplinsizlik ve ahlaki sebebe bağlı olarak ilgili kademelerin onayı ile sokulduğu Yüksek Askeri Şura tarafından resen ayıma işlemine tabi tutulmuştur. AYİM, davacı personelin sağlık durumundan dolayı asker kişi statüsünün sona erdiğine, bu sebeple ayırma sicili düzenlenerek YAŞ'a sevkte kuvvet komutanının anayasal ve yasal görev ve yetkisinin bulunmadığına işaretler; "... ayırma işlemi de ağır yetki saptırması nedeniyle sakatlanıp yok hükmüne düştüğünden ... bu işlem üzerine kurulması zorunlu olan Yüksek Askeri Şura (YAŞ) kararına hukuki geçerlik tanımak olanaksızdır.// Açıklanan nedenlerle davacı hakkında disiplinsizlik ve ahlaki nedenlerle ayırma işleminin hükümsüzlüğüne ve yok hükmünde olduğunun tespitine..." karar vermiştir.<sup>188</sup>

## **2. Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin Maksat Yönünden Yokluk Uygulaması**

AYİM'in hangi unsurlarda yokluğa rastlanılabileceğini izah eden bazı kararlarında maksat unsurunun da sayıldığını görmüştük.<sup>189</sup>

AYİM'in bir yükümlünün öncesine ait bazı siyasi faaliyetlerinden dolayı yedek subaylıktan çıkarılması işleminin iptaline ilişkin kararı, öğretide siyasi amaç güdülen bir işlemin maksat yönünden hukuka aykırılık haline örnek

---

<sup>184</sup> GÖZLER, s.867 vd.. Benzer şekilde, DÜNDAR, s.166.

<sup>185</sup> ONAR, C.I, s.334; SARICA, s.1239; TANDOĞAN, s.87; GÖZÜBÜYÜK ve ÖZAY, yokluğun yetki, şekil, sebep ve konu unsurlarında ve giderek maksat unsurlarında bulunabileceğine işaret etmektedir, ÖZAY, s.456. Fransız Danıştay'ının yok hükmünde olduğu değerlendirilen bazı işlemlerle ilgili davalarda dahi yokluğa hükmetmek yerine iptal kararı verdiği belirtilmektedir; DÜNDAR, s.185. Buna karşılık, ALİEFENDİOĞLU, nadiren de olsa maksat unsurunda yokluk olabileceğini savunmaktadır, ALİEFENDİOĞLU, s.6.

<sup>186</sup> Maksat unsurunda yokluk halinin bulunmama sebepleri için bkz. SARICA, s.1246-1257.

<sup>187</sup> ONAR, C.I, s.334; bu görüş ve maksat unsurunda yokluğun mümkün olmama sebepleri ile ilgili ayrıntılı açıklama için bkz. SARICA, s.1236 vd.

<sup>188</sup> I.D., 22.1.1998, 1077/149-1998/203, AYİMD, S.12, s.1132. kararı denetim yasağının aşılması yönünden olumlu olan, YAYLA, s.417.

<sup>189</sup> Bkz. yuk. dp. 31 ve 32 civarı.

gösterilmiştir. Bu olayda, Çanakkale Valiliği ile MİT tarafından legal Türkiye İşçi Partisinin üyesi olduğunun bildirilmesi üzerine davacı hakkında yedek subay adaylığından çıkarılarak er statüsünde askere sevk işlemi tesis edilmiştir. İlgilinin bunun dışında yasa dışı bir faaliyete iştirakine dair belge bulunmamasını dikkate alan, AYİM, kapatılan bir siyasi parti kurucularının dahi, sosyal hukuk devleti gereği mahkumiyetin sonucu kısıtlamalar dışında hiçbir hakkından mahrum bırakılmadığına işaretle, işlemin iptaline karar vermiştir.<sup>190</sup> GÖZÜBÜYÜK-TAN'a göre, ortada yetki saptırması hali vardır. GÖZLER'e göre, amaç unsurunda değil sebep unsurunda bir aykırılık söz konusudur.<sup>191</sup>

Kanaatimizce, somut olayda idarenin ilgilinin siyasi düşüncesine dayanarak işlem tesis ettiği objektif olarak tespit edilebilmektedir. Dolayısıyla işlemin hukuki sebebinde hata söz konusudur. Buna karşılık ilgilinin siyasi düşünce yapısının idare tarafından tasvip edilmediği düşünülse bile, bu art niyeti ortaya koyan net bir belge olmadıkça idarenin siyasi saikle hareket ettiğini kabul etmek bir fanteziden öteye gitmez. Kesin bir delil yada karine söz konusu olmadıkça amaç unsuru ihlalden bahsetmek, durup dururken askerî makamların işlemi siyasi saikle tesis ettiği şeklinde bir algıya yol açabilir. Nitekim Fransız Danıştay, yüksek kademelere memur yetiştiren bir okulun sınavına, komünist oldukları iddiasıyla alınmayan davacılar hakkındaki işlemi iptal ederken idarenin takdir yetkisini siyasi saiklerle kötüye kullandığını belirlediği halde, yetki saptırmasına değil objektif iptal sebebi olan hukuki hataya dayanmıştır.<sup>192</sup>

#### IV. YOKLUK VE FİİLİ YOL İLİŞKİSİ

##### A.FİİLİ YOL KAVRAMI

Fiili yol (voie de fait), idarenin kişilerin temel hak ve hürriyetlerine ve özellikle mülkiyet hakkına ağır ve apaçık bir şekilde hukuka aykırı müdahale etmesine denir.<sup>193</sup> Fiili yol idarenin usûl dışı, haksız maddi ve fiili uygulamalarıdır. İdarenin resen icra yetkisini hukuka aykırı şekilde kullanması sonucu ortaya çıkan durumdur. Fiili yolun unsurları; icrai fiil ve amelîyeler, açık yolsuzluk ve usule aykırılık ile mülkiyet hakkına veya kişi hak ve hürriyetlerine tecavüzdür.<sup>194</sup> Fiili yol oluşturan durumlara, mülkiyetle ilgili olarak kamulaştırma olmaksızın gayrimenkule el atılması ile menkul mülkiyetine tecavüz fiilleri; kişi hak ve hürriyetleri bakımından ise konut dokunulmazlığına saldırı, özel hayatın gizliliğine tecavüz veya din ve vicdan hürriyetinin ihlali örnek verilebilir.<sup>195</sup>

<sup>190</sup> 2.D., 19.3.1975, 1973/463-1975/615.

<sup>191</sup> GÖZLER, s.785.

<sup>192</sup> 1953 tarihli bu "Barel" kararı için bkz, DÜNDAR, s.180-181.

<sup>193</sup> GÖZLER, s.891; R. YILDIRIM, **İdare Hukuku Dersleri II**, s.109-110; Turan YILDIRIM, **İdari Yargı**, Beta Yayınevi, İstanbul 2008 içinde, s.23; Yücel OĞURLU, "İdare Hukukunda 'Fiili Yol' ve Yargısal Denetimi", KHUKA, C.VI, S.1, Mart 2003, s. 59 vd., ve Turan YILDIRIM, **İdari Yargı**, Beta Yayınevi, İstanbul 2008 içinde, s.33.

<sup>194</sup> ONAR, C.III, s.1668 vd.; R. YILDIRIM, **İdare Hukuku Dersleri II**, s.110; OĞURLU, s. 34 vd.

<sup>195</sup> R. YILDIRIM, **İdare Hukuku Dersleri II**, s.110.



Kararlardaki fonksiyon veya yetki gasbı gibi ağır yetkisizlikten dolayı yoklukla malul kararlara dayanılarak yapılan icrai fiil ve ameliyeler, tedbirler fiili yol teşkil eder. Bu hallerde işlem ya hiç yoktur, ya da yok hükmündedir. Bunlara dayanan icrai fiil ve ameliyeler idari fiil mahiyetini kaybederek fiili yola dönüşür. Burada fiili yolun kökü ve kaynağı, hukuki eksikliktir.<sup>196</sup> Haksız fiil teşkil ettiğinden fiili yoldan dolayı idarenin sorumluluğu, idare hukuk esaslarına göre değil, medeni hukuk ve Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde adli yargıda ele alınır.<sup>197</sup> Adli hakim (Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde) tespit yapar, zarar varsa hem görevlinin hem de idare aleyhindeki tazminat davalarını çözümler.<sup>198</sup> Yargıtay'a göre bu takdirde görevli ve idare müteselsilen sorumludur<sup>199</sup>

Danıştay, davalı Milli Savunma Bakanlığına tahsisli orman arazisi üzerindeki davacıya ait binanın idare tarafından yıktırılması sebebiyle açılan davada, idari usul ve esaslar dışına çıkmadığından idarilik karakteri taşımayan, haksız fiil niteliğindeki eylemden doğan uyumsuzluğun adli yargıda çözümlenmesi gerektiğini belirterek görevsizlik kararı vermiştir.<sup>200</sup>

## **B. YOKLUKLA FİİLİ YOL ARASINDAKİ FARK VE BENZERLİK**

Fiili yol ile yokluk arasında kapsamaları ve uygulama alanları bakımından yakınlık vardır. Bir görüşe göre, yok hükmünde olan her işlem aynı zamanda fiili yol teşkil eder; fiili yol oluşturan her işlemin de yok hükmünde sayılması gerekir.<sup>201</sup> Diğer bir görüş, her yokluk durumunun mutlaka fiili yol oluşturmayaacağı, ancak her fiili yol sonucunda yokluğun ortaya çıkacağıdır.<sup>202</sup> Buna karşılık bizim de katıldığımız diğer görüş, fiili yol ile yokluğun birbirine benzemekle beraber eş kavramlar olmadığını, fiili yolun yokluğa nazaran daha geniş bir kapsama sahip olduğunu savunmaktadır. Bu her yokluğun fiili yol oluşturduğu anlamına gelmemektedir.<sup>203</sup>

Gerçekten de maddi yokluk durumu bir kenara bırakılacak olursa, hukuki yoklukta açık ve ağır sakatlık bulunsa da bir idari işlem söz konusu iken

<sup>196</sup> ONAR, C.III, s.1671-73. Fiili yolun bir çeşidi de, (kamu alacağı mahiyetinde olmayan bir alacağının adli icra yollarına müracaat etmeksizin idari yoldan tahsile kalkışmak gibi) yasak bir usüle başvurulması şeklindeki usulî eksikliktir. ONAR, C.III, s.1672.

<sup>197</sup> ONAR, C.III, s.1673, 1167 vd. ve 1880; ÖZAY, s.588; R. YILDIRIM, **İdare Hukuku Dersleri II**, s.110. Yoklukla halinde idarenin fiil yol oluşturun eylem ve uygulamalarına karşı adliye mahkemesinde dava açılır; ancak bazı yokluk hallerinde bunun yanında beklentici mesele şeklinde idari yargıda tespit davası açılabilir. ONAR, Laubadere'den, fonksiyon ve yetki gasbı gibi yokluk hallerinin hiçbir şekilde idari davaya konu olamayacağını, diğer açık ve bariz yokluk hallerinde ise tespit, yani kararın yokluğunu belirtme davası açılabileceğini nakletmektedir. ONAR, C.III, s.1777-1778.

<sup>198</sup> ONAR, s.1674 vd.; ÖZAY, s.589; OĞURLU, s.43 vd. Kısmen farklı görüş için bkz. YILDIRIM, **İdari Yargı**, s.23.

<sup>199</sup> Yarg. 4.CD., 17.11.1986, 4898/7786, YKD, C.XIII, S., 1987, s.200-203.

<sup>200</sup> Dnş. 10.D., 23.11.1993, 1992/3686-1993/4601: DD, S.89, s.586-589.

<sup>201</sup> GÖZLER, s.1017.

<sup>202</sup> OĞURLU, s.47.

<sup>203</sup> ERKUT, s.83-84. Benzer mahiyete açıklamaları için bkz.YILDIRIM, **İdare Hukuku Dersleri II**, s.110.

fiili yol idarenin maddi bir eylemi (fiili) olabileceği gibi icra bağlamında bir işlem de olabilir. Keza, fiili yol, yok hükmündeki ağır sakatlık taşıyan veya olağan hukuka aykırılık bulunan, hatta hukuka uygun idari işlemlerin hukuka aykırı uygulaması şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, bazen hiçbir idari karara dayanmayan hukuka aykırı eylemler olarak da tecelli edebilirler. Diğer taraftan fiili yol oluşturan maddi etkinlik alanı mülkiyet hakkı ile kamu hürriyetleri ile sınırlıdır. Halbuki hukuki yokluk, bundan çok daha yaygın uygulama alanına sahiptir.

Her halükarda idare veya ajanı tarafından gerçekleştirilse bile fiili yol halinde idarilikten söz edilemez; fiili yol oluşturan etkinlikler idareden sadır olsa dahi idareye yabancıdır. Dolayısıyla yok hükmündeki işlemler, zayıf da olsa idareye atıf ve izafe edilebilir bağlantı taşıdıklarından idarilik niteliğine sahip olmakla hâlâ idare hukukunun ve idari yargının konusu olmaya devam ederler. İdarilik özelliği bu iki kavramı birbirinden ayırmakta anahtar işlevi görür.

Ne var ki mesele tatbikatta bu kadar açık ve seçik ortaya çıkmamaktadır. Yokluk hali ile fiil yol olgusu bazen somut durumlarda sıkı bir ilişki içinde ve iç içe geçmiş olabilir. İdarenin, öncesinde ister yokluk durumu isterse hukuka aykırı veya hukuka uygun idari işlemi bulunsun, yahut böyle bir karar olmaksızın doğrudan uygulama şeklinde ortaya çıksın, kişi hak ve hürriyetleri ile mülkiyete yönelik açık ve ağır icra işlemi, münhasıran yok hükmünde sayılmayı gerektirebilir. Zira, bu gibi durumlarda uygulama işlemi, özellikle belli bir statü ve/veya genel hukuki durumla ilgili ve iç içe olabilir. Fransız yüksek yargı yerlerinin literatürde yer alan iki kararı buna örnektir. Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi sonra Danıştay'ın da uyduğu bir içtihatmda, bir subayın kendi konutuna girmesini yasaklayan idari makamların bu işleminin fiili yol teşkil ettiğine ve yok hükmünde olduğuna karar vermiştir.<sup>204</sup> Keza Fransız Danıştay da başka bir davada benzer şekilde hareket etmiş, denizci askeri makamların bir subayın ölümü anında evinde bulunan belgeleri mühür altına almalarını fiili yol olarak değerlendirmiş ve bu sebeple de işlemin yok hükmünde olduğuna karar vermiştir.<sup>205</sup> Görüldüğü gibi hem olayların fiili yol teşkil etmekle birlikte yok hükmünde olduğuna karar verilmiş, hem de uyuşmazlıklar idari yargıda sonuçlandırılmıştır.

Burada bir kez daha altını çizelim ki, geniş kapsamı ve idarilik özelliği dikkate alındığında, tatbikatta fiili yol hallerine daha çok rastlanması muhtemel ve hatta doğaldır. Bununla beraber ikisinin bir arada ve bütünlük içinde görüldüğü hallerde, kanaatimiz -kamu görevlisinin kişisel fiili bulunmadıkça- icrai işlemin idareye izafeten yapıldığının kabulü ile uyuşmazlığın idari yargı yerinde çözümlenmesi gerektirir.<sup>206</sup> Bu hal tarzının, gerek ilgililere etki ve

<sup>204</sup> Fransız UM, 27.6.1966, Guigon, RDCE, 1966, s.830'dan nakleden GÖZLER, s.1017, dp.61.

<sup>205</sup> Fransız Danıştay, 10.10.1969, Muselier, RDCE, (!&), s.432'dan nakleden GÖZLER, s.1017, dp.62.

<sup>206</sup> İki teori arasındaki problematik, belki de Fransız hukukunda fiili yolun tatbikatın içtihatlarıyla ortaya çıktıktan sonra doktrinde geliştirilmesi, aksine yokluğun ise doktrin tarafından keşif ve kabul edildikten sonra içtihatlarla konu olmasından kaynaklanmaktadır. ERKUT, s.84.

kolaylık sağladığından pratik, teorik tartışmalara meydan vermeyeceğinden pragmatik olduğunu, aynı zamanda idare hukuku ilkelerine ters düşmediğini düşünüyoruz.

Örneğin, bir maaş mutemedinin durup dururken bir memurun banka-daki aylık hesabına el koyması fiili yol oluşturur. Bunun tespiti ile ödeme yapılması için açılacak dava adli yargıda görülmelidir. Buna karşılık, mutemedin aynı fiili ita amiri olmayan bir kamu görevlisinin imzaladığı belgeyle yapması halinde ise fiili yol ile hukuki yokluk halleri birbirine karışmış olur. Kanaatimizce, bu takdirde tahsilat işlemi açık ve ağır yetki tecavüzünden dolayı yok hükmündedir; el koyma da aynı açıklıkta ağır bir uygulama olarak fiili yol teşkil eder. İlgili tahsilat işlemine ve icrası kabilinden el koymaya karşı idari yargı da yok hükmünde sayılması ve uygulamaya son verilerek tazmini için dava açılabilir.<sup>207</sup>

Bir başka örnek de, idarenin salt kamu malı sahibi sıfatına dayanarak ilgili memurun rızası ve zaruret hali söz konusu olmadığı halde, memura tahsisli lojmana bir bahaneyle –meselâ onarım yapma, yasak yayın arama, gürültüye müdahale gibi sebeplerle- girilmesidir. İdarenin doğrudan bu eylemi konut dokunulmazlığını ihlal edici mahiyet taşıdığından fiili yol olarak değerlendirilmelidir. Burada müdahalenin kaldırılması veya haksızlığın tespiti yahut zararın tazmini adli yargıya ait bir görevdir. Ancak, idarenin yetki dışı arama talimatı vermesi yada tahsis yetkisini genelleştirerek ve genişleterek konut sakini kamu görevlileri arasındaki komşuluk ilişkilerini düzeltmek için konut ve özel hayatın gizliliğini bozucu kararlar alması halinde, yok hükmündeki bu işlemin icrası cümlesinden konuta girmesi söz konusu olabilir. Böyle bir durumda hukuki yoklukla sakat işlemin uygulaması fiili yol teşkil etmekle birlikte, uyuşmazlığın idari yargıda halli gerektiği kanaatindeyiz. Konuta bir kaçığın yakalanmasına ilişkin arama kararına dayanarak girildiği bir durumda ev eşyasına zarar verilmesi, adli yargının görev alanına dahil fiili yol oluştururken, polisin kamu görevlisinin kütüphanesindeki yayınları zabıt altına alması idarilik özelliğinden dolayı idarenin bir uygulama işlemi olarak düşünülebilir. Bu açık ve ağır şekilde hukuka aykırı uygulamanın, idari yargıda yok hükmünde bir işlem olarak görülmesi mümkündür.

Askeri idari yargının görev alanı itibarıyla fiili yol oluşturan bir olgunun tespiti, bunun sonucu olarak da AYİM'nin fiili yolla ilgili kararına rastlamak zordur. AYİM, görebildiğimiz kadarıyla OHAL bölgesinde mühimmat nakliyatı yaptırılan bir sivilin, terör örgütünün saldırısı sonucu zarara uğramasından dolayı açtığı tam yargı davasına ilişkin bir kararında fiili yol ihtimalinden bahsetmiştir. Olayda idare ajanları mühimmatı taşıması için davacıyı zorlamışlardır. Mahkeme, zarar, ister fiili yol sonucu ortaya çıksın, ister taşıma sözleşmesine aykırı davranıştan doğsun adli yargı yerinin görevli olduğuna karar vermiştir.<sup>208</sup>

AYİM'nin yoklukla ilgili kararlarında aynı zamanda fiili yolun tartışıldığına ve uygulandığına dair bir kararına rastlanmamıştır.

<sup>207</sup> Kamu görevlisini sorumluluğu yönünden idari yargıya başvurulabilmesi için bkz. s.23.

<sup>208</sup> 2.D., 1.6.1994, 994/1137, AYİMD, S.9, s.85-86.

## V. YOKLUKTA YARGISAL DENETİM VE DAVA USULÜ

Burada yok hükmündeki işlemlere karşı yargı yolunun mümkün olup olmadığı mümkün ise, hangi yargı yerine başvurulabileceği, yargısal denetiminin nasıl yapılacağı, denetimi yasaklayan hüküm ve/veya ön şartların etkisi gibi hususları irdelememiz gerekmektedir.

### A. YOKLUKTA YARGI DENETİMİNİN GEREKLİLİĞİ

ONAR'a göre, yokluk halinde ilgililer bunu herkese, her yerde ve her zaman ileri sürebilirler, tanımayabilirler ve karşı gelebilirler. Bu da bir suç teşkil etmez. Yokluk iddiasını süresiz olarak dava ve def'i olarak da öne sürebilirler. Ayrıca gerekirse tespiti için dava da açabilirler. Bu takdirde mahkeme işlemin yoklukla sakat olduğunu tespit edebilir; davacı da bu şekilde iddiasının ispatlayan ve doğrulayan belge edinmiş olur. Mahkeme bundan başka ortada hukuki bir işlem olmadığını tespit ettikten sonra konusu bulunmadığını belirterek davayı reddeder.<sup>209</sup> ONAR'm maddi ve hukuki yokluk ayrımı yapmamakla birlikte, dava konusunu daha çok maddi yokluk bağlamında açıkladığı görülmektedir.

Maddi yokluğun aksine hukuki yokluk/yokluk benzeri halinde yokluk halinde, işlem maddeten var, fakat açık ve ağır surette sakatlık taşımaktadır. Böyle bir işlemin bizzat kendisinin uygulanması veya buna dayanarak başka işlemler tesis ve icrası mümkündür. Bu takdirde bazı kişilerin hak ve menfaatleri etkilenebilir. Bu işlem ve uygulamalar kendiliğinden ortadan kalkmazlar. Bunun için ya idareye başvuru ile geri alınması, ya da doğrudan veya bu talebin reddi üzerine mahkemeye müracaatla yoklukla malul olduklarının ileri sürülmesi ve yargı kararı ile yok hükmünde sayılmaları gerekebilir.

Türk hukukunda, kural olarak yoklukla sakat işlemlere karşı dava açma zorunluluğu bulunmadığı ifade edilmekle beraber, çoğu kez uygulamadan doğan sonuçları ortadan kaldırmak için iptal davası açmanın gerekebileceği fikri hakimdir.<sup>210</sup>

### B. YOKLUK TÜRÜNE GÖRE YARGI YOLU VE YERLERİ

#### 1. Yokluk Türüne Göre Yargı Yolu ve Yeri Ayrımı

ERKUT'un naklettiğine göre, Fransız idare hukuku öğretisinde yokluk halinde açılacak yargı yolu ve yeri tartışmalıdır. Bazı yazarlara göre, yok hükmündeki işlemler için iptal davası yoluna başvurmak mümkündür. Yazarların çoğu iptal değil, tespit davası açmak gerektiğini ileri sürmektedir.<sup>211</sup> İdari yargı içtihatlarında ise, ilgililerin, bir işlemin sakatlık hal ve derecesini belirleme yeti ve yeteneklerine sahip olmadığı ve idarenin resen icra yetkisi dikkate alındığında, ortaya çıkacak istenmeyen durum ve tehlikeli sonuçların bertaraf

<sup>209</sup> ONAR, C.I, s.330. Benzer şekilde, GÖZÜBÜYÜK, s.154.

<sup>210</sup> Yukarıda görüşleri belirtilen yazarlara ilaveten GÖZÜBÜYÜK, s.156; GÜNDAY, s.151-152; TANDOĞAN, s.110.

<sup>211</sup> İptal davasını kabul eden CHAPUS'un aksine çoğunluğun tespit davasında karar kıldığı hakkında, ERKUT, "İdari İşlemin Kimliği", s.152.

edilebilmesi için yargı yoluna başvuruda bulunabileceği kararlaştırılmaktadır.<sup>212</sup>

ONAR'a göre yokluk yaptırımı gerektiren bir tasarrufun söz konusu olduğu hallerde idareye izafe edilecek bir hukuki ve fiili durum bulunmaz. Buna karşılık bunları yapan kişilere, yani kamu görevlilerinin şahsına bağlanabilecek bir haksız fiil oluşturan fiili durumdan söz edilebilir. Bu durumun ve doğurduğu sonuçlarının incelenmesi de idare hukukunun değil, özel hukukun ve dolayısıyla adli yargının görev alanına girer.<sup>213</sup>

GÖZLER, Fransa'da maddi yokluk halinde idari yargı yerlerinde iptal davası açılmamakla beraber bunun tespiti ile işlemin yok hükmünde sayılması için hem idari, hem de adli yargıda dava açılabilceğini ifade etmektedir.<sup>214</sup> Bu açıklamayla yetinmeyerek, kesin bir dille, maddi yokluk halinin bir yaptırımı gerektirmediğini ve bu konuda herhangi bir dava açılmayacağını; yokluk benzeri hallerde ise, Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi kararına işaretle, yok hükmünde sayılan işlemlere karşı adli yargıda da, idari yargıda da dava açılabilceğini belirtmektedir.<sup>215</sup>

Görüldüğü üzere doktrinde GÖZLER dışında hangi çeşit yoklukta, ne tür dava açılacağı konusunda esaslı bir ayırım ve izahat yapan yoktur. Biz GÖZLER'in yaptığı tasnife, aşağıda yeri geldiğinde değineceğimiz bazı farklarla katılıyoruz.

AYİM uygulamasında, maddi ve hukuki yokluk türlerine dikkat çekilmekle birlikte dava usulüyle ilgili bir ayırma gidilmediği görülmektedir. Bir kararda şu açıklama yapılmıştır:

*"Yoklukla malûl bir idari işlemin yargısal denetimi, iptal davasından farklı özellikler gösterir. Bu bağlamda yokluk hâli, kamu düzenine ilişkin olması hasebiyle re'sen dikkate alınması gerektiğinden dava açma süresine bağlı olmama, idarece her zaman geri alınabilme gibi sonuçlar doğurur. Buna paralel olarak, iptal davasının tâbi olduğu hukuki rejimin dışında, aksine bir düzenleme bulunsa bile yargısal denetimi mümkündür".<sup>216</sup>*

## 2. Maddi Yoklukta Yargı Yolu ve Yeri

Maddi yokluk halinde ortada madden hiçbir işlem yoktur. Hiç olmayan, "namevcut" bir işlem den bahsedilemeyeceğinden ve her hangi bir sonuç doğurması mümkün olmadığından bunun hukuk âleminde silinmesi de imkansızdır. Bu sebeple aleyhine bir dava açmak da, bir yaptırımı tabi tutmak da söz konusu olamaz. Fransa'da tespit davası ikame edilebilmekle beraber Türk idari yargılama usulüne göre tespit davası yoluna başvurulamaz. Dolayısıyla bu hususta açılacak muhtemel bir iptal davası ön şartlar yönünden kabul edilmemelidir.

<sup>212</sup> ERKUT, s.84-85.

<sup>213</sup> Şu kadarla ki, hukuki işlem idareye izafe edilemezse de, bu durum hizmet kusuru oluşturacağından idarinin sorumluluğunu gerektirebilir. ONAR, C.I, s.329.

<sup>214</sup> GÖZLER, s.1010-1011.

<sup>215</sup> Tribunal des conflits, 27 Haziran 1966, Guigon, RDCE, 1966, s.830'deki bu karar ve açıklama için bkz. GÖZLER, s.1020 ve dp. 83.

<sup>216</sup> 3.D., 15.4.2004, 2003/76-2004/541.

Kanaatimizce, maddi yokluk halinde idari yargıda dava açılmasına gerek ve cevaz yoktur. Bu takdirde idari davaya konu olabilecek kesin ve icrai bir idari işlem bulunmadığından açılan iptal davasının daha ilk inceleme safhasında incelenmeksizin reddi gerekir.<sup>217</sup> Ancak tespit davası açılırsa, idari yargılama usulümüzde böyle bir dava yolu öngörülmediğinden davanın bu sefer yine ilk inceleme safhasında incelenmeksizin görev yönünden reddinin gerektiği kabul edilmelidir. Zirâ, İdari Yargılama Usulü Kanunu'na (İYUK) göre, gerek "idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı" (m.14/3-d; 15/b), gerekse "görev" (m.14/3-a; 15/a) ilk incelemede ele alınan dava ön şartlarındandır. Şüphesiz bu haller yargılamanın her safhasında resen dikkate alınmalı ve maddi yokluk hali tespit edildiği takdirde dava incelenmeksizin reddedilmelidir.

Maddi yoklukta dava yolu ile ilgili bu açıklamalar askerî idari yargı için de geçerlidir (1602 sayılı Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu: m.36, 44/a, 45/A). Her ne kadar AYİM Kanunu'nda "*idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı*" şartı açıkça düzenlenmemiş ise de, 21 ve 36'ncı madde hükümlerinden bir idari dava olarak iptal davasının idari işlemlerin iptali için açılacağı anlaşılmaktadır.

### 3. Hukuki Yoklukta Yargı Yolu ve Yeri

Yok hükmünde olan işlemlerin iptali için kural olarak dava açmaya gerek yoktur. Ancak idarenin yok hükmündeki işlemi yürütmeye kalkar ve//veya buna dayanarak başka bir işlem tesis ederse, ilgilinin dava açması ve yokluğun tespiti zorunlu olabilir.<sup>218</sup>

ERKUT'a göre bir işlemin yok hükmünde olup olmadığını belirlemeye sadece idari yargı yeri yetkilidir. Zira teori özel hukuktakinden daha farklı esaslara ve uygulama alanına sahip olduğu gibi yokluk hallerinin tespiti ancak idari yargı içtihatlarıyla mümkündür. Dolayısıyla teorinin yapısıyla bağdaşmasa da bu tespit ancak iptal davası açılmak suretiyle yapılabilir.<sup>219</sup>

GÖZLER daha da ileri giderek işlemde açık ve ağır sakatlık bulunduğunu iddia eden ilgililerin iptal davası açarak bunun iptalini istemelerinin zorunlu olduğunu, hukuki yokluk halinde davanın iptal davası formatında görülmesi gerektiğini, eğer açık ve ağır bir sakatlık söz konusu işlemin yokluğuna veya yok hükmünde sayılması gerektiğine değil iptaline karar verilmesi gerektiğini, zira Türk idari yargı sisteminde işlemin iptali veya davanın reddi dışında bir karar türü bulunmadığını savunmaktadır.<sup>220</sup>

KARAVELİOĞLU'na göre ise, genel olarak böyle bir dava iptal talebiyle açılmak zorunda ise de bu teknik ve içerik bakımından bir iptal davası niteliği kazandırmaz. Çünkü iptal edilebilirlik yoktur.<sup>221</sup>

<sup>217</sup> GÖZLER, s.1010.

<sup>218</sup> KALABALIK, s.129.

<sup>219</sup> ERKUT, s.89. Aynı görüşte, ÖZYÖRÜK, s.220; GÖZÜBÜYÜK, s.154. Yokluk halinin bir iptal davası ile tespitinden de öte bir iptal sebebi olarak düşünmenin yanlış olmayacağı hakkında, ÖZAY, s.455.

<sup>220</sup> GÖZLER, s.1028.

<sup>221</sup> KARAVELİOĞLU, s.78.

Kanaatimiz şudur ki, işlemin yok hükmünde açılmasına ilişkin davalar idari yargıda ve iptal davası formatında görülmelidir. Bizi bu düşünceye sevk eden sebepler; hukuki yokluğunun tespitindeki zorluk ve iptali gerektiren hukuka aykırılıklardan ayırmadaki güçlükten dolayı idari yargıcın değerlendirilmesine ihtiyaç duyulması, varlık şartlarını taşıdığından ne derecede sakat olursa olsun işlemin idarilik vasfı taşıması, uygulanmak suretiyle genel veya birel, objektif yada sübjektif hukuki durumlar/statüler oluşturma potansiyeli, ilk bakışta ve görünüş itibarıyla toplumda idari meselelerin idare mahkemesinde halledildiği algı ve düşüncesinin hakim olması, idari yargılama usulünün amaca elverişli, ekonomik ve yalın olması gibi sebeplerdir. İlâveten, açık ve ağır sakatlıktan dolayı hukuken yok yada hiç doğmamış sayılsa da ortada fiziken var olan bir olgunun bulunduğu inkar edilemez. Bunun idare hukuku alanında hukuki sonuç doğurma yeteneğinin belirlenmesi idari yargı yerince yapılabilir.

Danıştay, Bakanlar Kurulunun kaldırma kararına rağmen Türkiye Elektrik Kurumunun toplu konut fonu payını tahsil işlemi aleyhine açılan tespit davasında, açıkça kanuna aykırı batıl ve yok hükmündeki işlemdeki yokluğun tespiti istendiğinden iptal davası formunda görülmesi gerektiğini belirterek idari davaya konu kesin ve icrai işlem bulunmağı gerekçesiyle incelemeksizin davayı reddeden idare mahkemesi kararını bozmuştur.<sup>222</sup> Başka bir kararda da, yok hükmündeki işlemlerin ağır sakatlık taşıdığından hiç doğmamış kabul edilen "batıl" işlemler olduğunu, aslında hukuki durumlarda bir değişiklik yaratamayacağını, esasen dava açmaya gerek yoksa da idarenin bunu yürütmeye devam etmesi halinde ilgilinin bunun iptali için dava açmak zorunda kalabileceğini belirtmektedir.<sup>223</sup>

AYİM yok hükmünde sayılması talebiyle açılan davaları iptal davası formatında görmekte ve sonuçlandırmaktadır. AYİM'e göre;

*"(B)ir işlemin yok hükmünde olduğunun tespitine ilişkin yargı kararı, sonuçta "işlemin iptaline" denmemiş olmakla hukuka uygunluk denetimi karakterinde olmaktan çıkmaz. Çünkü esasen iptal kararı dahi özünde bir tespittir. İlgili işlemin hukuka aykırı olduğunun yargı yerince belirtilmesidir. Bu itibarla, Anayasal kural gereği denetlenemez olan bir işlemdeki sakatlığın, yasal tanımı bulunmayan "yokluk" kuramı nedeniyle ve yalnızca bu açıdan denetlenmesi olanaklı hale gelmez."*<sup>224</sup>

Mahkeme, bazı kararlarında iptal davası formatında görme sebebini şu şekilde açıklamaktadır:

*"Usul bakımından, idari yargıda tespit davası mümkün olmadığından yokluk denetimi iptal davası çerçevesinde görülüp sonuçlandırılmış, bu bağlamda yok hükmünde bulunan işlemin iptali cihetine gidilmiştir."*<sup>225</sup>

<sup>222</sup> Dnş. 10.D., 20.5.1997, 1995/397, 1997/1911, DD, S.94, s.664.

<sup>223</sup> Dnş. 10.D., 1995/397-1997/1911, DD, S.94, s.66.

<sup>224</sup> 1.D., 22.1.1998, 1997/147-1999/200, AYİMD, S.12, Erişim: [http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_karar\\_detay.asp?](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_karar_detay.asp?), 1.5.2010.

<sup>225</sup> 3.D., 7.4.2005, 2004/677-2005/505; 3.D., 23.12.2004, 1606/1837, AYİMD, S.20; 3.D., 30.3.2006, 2005/1166-2006/1437.

## C. YARGILAMA SONUNDA VERİLEN KARARLAR

### 1. Genel Olarak Yargılama Sonunda Verilen Kararlara İlişkin Uygulama

Türkiye’de maddi yokluk halinde idari yargı yerlerinin görevli olmaması ve ortada bir işlem bulunmaması sebepleriyle, ön şart yönünden; ancak kamu görevlisinin haksız fiili ve fiili yol hallerinde görev yönünden davayı ilk inceleme aşamasında ve esasa girmeksizin reddetmesi gerektiğini açıklamıştık. Dolayısıyla verilecek karar usüle ilişkin red kararı olacaktır.

Hukuki yokluk iddiasında davanın iptal davası formatında görülmesi gerektiğini izah etmiştik. Kuşkusuz böyle bir dava özü itibarıyla bir tespit davasına benzer. Bir iptal davasında olduğu gibi hukuka aykırı bulunan bir işlemin batıl/geçersiz () olduğunun belirlenip iptal edilmesi söz konusu değildir. Hukuki yokluk iddiası ile veya böyle hallerde karşı iptal davası şeklinde açılan davalarda, yargılama sonunda çeşitli ihtimaller söz konusu olabilir. Bunların ilki, aslında işlemdeki hukuka aykırılığın açık ve ağır değil basit olması veya hiçbir sakatlık taşımaması, dolayısıyla tamamen iptal davası konusu oluşturmasıdır. Bu takdirde iptal davasının ön şartları ve iptal sebepleri yönünden inceleme yapılacağı, yargılama aşamalarının sürdürüleceği ve buna göre hüküm tesis edileceği izahtan varestedir.

Hukuki yokluk, yani açık ve ağır sakatlık bulunan hallerde, Danıştay ve genel idari yargı yerlerinin yokluğu belirlendikten sonra birbirinden farklı hükme vardıkları görülmektedir. Bunları şu şekilde tasnif edebiliriz:

- Danıştay’ın yoklukla ilgili kararlarının bir kısmında yokluk hali tespit edilmekle yetinilmektedir.<sup>226</sup>
- Bazı kararlarda işlemin yoklukla malul/yok hükmünde olduğu belirtilerek dava reddedilmektedir. Bu takdirde yargılama masrafları davacıya yüklenmektedir.<sup>227</sup>
- Bir çok kararda ise yok hükmündeki işlemin iptali istemi hakkında bir karar verilmesine yer olmadığına hükmedilmektedir.<sup>228</sup>
- Bununla beraber, bazen yok hükmünde sayılan işlemin iptali yoluna da gidilmektedir.<sup>229</sup>

Danıştay ilgili kanuna aykırı olarak Resmi Gazete’de yayımlanmayan yönetmeliğin iptali için açılan davayı yokluk çerçevesinde değerlendirmemiş, kesin ve icrai işlem bulunmadığı gerekçesiyle reddetmiştir.<sup>230</sup>

<sup>226</sup> Dnş. (Eski) 12.D., 4.4.1967, 1965/3706-1967/553, DKD, S.119-122, s.540; 10.D., 17.10.2000, 1999/2143-2000/4224, Yakup BAL/Mustafa KARABULUT/Yahya ŞAHİN, **İdari Yargılama Usulü İle İlgili Danıştay 10. Dairesinin Seçilmiş Kararları**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2000, s.72.

<sup>227</sup> Dnş. 6.D., 30.12.1967, 1966,2714-1967/388, TAN, s. ; 6.D., 22.11.1973, 736/4313, **AİD**, C.7, S.4, s.206; 8.D., 6.12.1978, 1977/1641-1978/6863, YENİCE/ESİN, s.27, dp.32.

<sup>228</sup> Dnş. 12.D., 17.2.1975, 1972/3218-1975/279, ESİN, s.26, dp.31; Mür.D., 6.12.1978, 6195/2166, ESİN, s.27, dp.33.

<sup>229</sup> Dnş. 8.D., 30.9.1965, 1963/395-1965/2579, ALİFENDİOĞLU, s.6, dp.9; 11.D., 22.6.1973, 1972/8887-1973/1621, DD, S.14-15, s.474.



Doktrinde hüküm fıkrasının redle sonuçlanmasının yanlış ve hatalı uygulamaya yol açabileceği belirtilmektedir. Buna göre, amaca uygunluk açısından ya yokluğun tespitiyle yetinilerek “işlemin yok hükmünde sayılmasına” denilmesi,<sup>231</sup> ya da ayrıca “talep hakkında bir karar verilmesine yer olmadığına” ibaresinin eklenmesi tavsiye edilmektedir.<sup>232</sup> Bir yazar da yokluğun tespiti ile işlemin hükümsüzlüğüne karar verilmesinin daha uygun olacağı fikrindedir.<sup>233</sup>

Fransız Danıştay 1908 yıla kadar yokluk halinde ortada idari davaya konu olabilecek bir işlem bulunmadığını belirterek davayı reddetmekte iken bu tarihten sonra verdiği kararlarda işlemin “batıl ve hükümsüz olduğuna” karar vermek gerektiğini duymuştur.<sup>234</sup>

## **2. AYİM'nin Yokluk Kararlarındaki Hükümleri**

AYİM yokluk veya ağır ve bariz hukuka aykırılık iddiasıyla açılan davaları iptal davası formatında görmektedir. Açılan bu davalarda ileri sürülen iddiaları, sunulan ispat araçları çerçevesinde değerlendirerek ve uygulamada benzer davalarda karşılaşılan halleri dikkate almak suretiyle davayı ya hemen ilk inceleme aşamasında reddetmekte, ya da bu aşama tüketilerek usuli sürecin tamamlanmasından sonra durumu değerlendirmektedir. Bu safhada yine açık ve ağır bir sakatlık görülmemişse dava ön şartlar veya yargı kısıntısı sebebiyle incelenmeksizin reddedilmektedir. Ancak işlemin açık ve ağır biçimde sakatlık taşıdığı kanaatine varılırsa davanın esası hakkında bir karar verilmektedir. AYİM'nin esastan inceleme sonucu yokluk hali bulunmadığını tespitle davayı yargı denetimi dışında olduğundan veya ön şartlardan dolayı reddetmesi, iptal davası teorisine uymadığından bahisle ağır şekilde eleştirilmekte ise de,<sup>235</sup> pratikte bu kaçınılmaz bir yol olarak kendini göstermektedir. Bazı davalarda esasa girilip gereksiz yere denetim yapıldığı kabul edilebilir ise de, bunun aynı zamanda yokluk teorisinin sübjektifliğinden ve izafiliğinden kaynaklandığı gözden uzak tutulmamalıdır.

AYİM bir işlemin yoklukla malul veya yok hükmünde olduğunu belirlediği takdirde şu şekilde karar vermektedir:

- İşlemin yok hükmünde olduğunun tespitine/saptanmasına,<sup>236</sup>
- Yok hükmünde olduğu belirlenen/saptanan işlemin iptaline.<sup>237</sup>

---

<sup>230</sup> Dnş. 11.D., 14.6.1973, 1972/3480-1973, KARAVELİOĞLU, C.I, s.165. GÖZLER bu gerekçeyle katılmamakta ve maddi yokluk sebebiyle davanın reddinin gerektiğini ileri sürmektedir. GÖZLER, s.1029.

<sup>231</sup> YENİCE/ESİN, s.27.

<sup>232</sup> YENİCE/ESİN, s.27.

<sup>233</sup> ALİFENDİOĞLU, s.7.

<sup>234</sup> TANDOĞAN, s.33; YENİCE/ESİN, s.26; ALİFENDİOĞLU, s.6.

<sup>235</sup> GÖZLER, s.909 vd..

<sup>236</sup> Drl. Krl., 3.7.1997, 84/62, AYİMD, S.12, s.105 -113; 2.D., 5.3.1997, 63/174, AYİMD, S.12, s.142-143.

<sup>237</sup> 3.D., 20.11.2003, 151/? ; 3.D., 15.4.2004, 2003/76-2004/571; 3.D., 23.12.2004, 1606/1837, AYİMD, S.20; 3.D., 21.10.2004, 2003/21-2004/1570; 3.D., 7.4.2005, 2004/677-2005/505 ; 3.D., 30.3.2006, 2005/1166-2006/1437; 3.D., 12.10.2006, 166/1139; 3.D., 4.10.2007, 319/1044; 3.D., 24.12.2009, 860/1489.

AYİM uygulamasının, ağır ve açık sakatlık halinde yok hükmündeki işlemin iptaline karar verilmek şeklinde geliştiği gözlenmektedir.

### 3. Yok Hükmünde Sayma Kararlarının Sonuçları

İdari yargı yerinin yokluğu tespit ederek işlemi yok hükmünde sayma kararları kesin hüküm teşkil eder.<sup>238</sup> Bu kararlar da iptal kararları gibi herkesi bağlar. Kanaatimize göre objektif niteliğe sahip olduklarından ilgilendirdiği diğer şahıslar tarafından artık başka bir dava açılmasına gerek yoktur. Adli yargıdaki tespit kararlarının infazı söz konusu değilse de bizce yok hükmünde sayılması, haliyle de bu kararın tesis tarihi itibaren bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılması, daha doğrusu geri alınması gerekmektedir. Aksi halde böyle bir dava açmanın gereği yoktur.

### 4. Yargılama Masrafları

Bir yazara göre, yok işlem iptal edilemezse de yargılama masrafları davalı idareye yüklenmelidir.<sup>239</sup> Bir görüş ise, yokluğun tespiti ile işlemin hükümsüzlüğüne de karar verilmesinin ve yargılama masraflarının iptal kararı verilmişçesine karşı tarafa yüklenmesinin hakkaniyete ve hukuki yerindeliliğe uygun düşeceği şeklindedir.<sup>240</sup>

Türkiye’de maddi yokluk/fiili yol halinde, dava, ilk inceleme aşamasında ve esasa girmeksizin reddedilir. Bu karar usüle ilişkin bir red kararıdır. Bu yüzden yargılama masraflarının (vekalet ücreti dahil) davacıya yüklenmesi lazımdır.

Hukuki yokluk durumunda ise gerek işlemin yok hükmünde olduğunun tespiti ile yetinildiği, gerekse yok hükmündeki işlemin iptaline karar verilen hallerde yargılama masrafları (vekalet ücreti dahil) davalı idareye yüklenmelidir. AYİM uygulaması da bu doğrultudadır.

## VI. YOKLUK YAPTIRIMININ / YOK HÜKMÜNDE SAYMANIN SONUÇLARI

Maddi yokluk halinde yargı yerine başvurmak gerekirse, bu ancak tespit davası olabilir ve muhakkak adli yargı yerinde açılabilir. Maddi yokluk halinde, ne başvuru, ne süre, ne geri alma, ne dava, ne de tazminattan bahsedilebilir. Bu sebeple, burada münhasıran hukuki yokluk halinden ve yok hükmünde saymanın sonuçlarından söz edilecektir.

AYİM’in genel kabulüne göre; yok hükmünde bir işlem ise süre kaydına bakılmaksızın idarece her zaman geri alınabilir, keza dava açma süresine bağlı olmaksızın dava konusu yapılabilir, yapıldığı tarihten itibaren uygulanmış bile olsa sonuçları hukuken geçersizdir.<sup>241</sup>

<sup>238</sup> YENİCE/ESİN, s.27, dp.34.

<sup>239</sup> ÖZAY, s.455, s.723.

<sup>240</sup> ALİEFENDİOĞLU, s.7.

<sup>241</sup> 1.D., 22.1.1998, 1997/147-1999/200, AYİMD, S.12, Erişim: [http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_karar\\_detay.asp?](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_karar_detay.asp?), 1.5.2010.

## **A. HUKUKİ YOKLUK KAMU DÜZENİNE İLİŞKİNDİR**

Bir işlemin (hukuki) yokluğu, idare veya yargı önünde ilgililer tarafından ileri sürülmesi dahi kamu düzenine ilişkin olduğundan kendiliğinden ele alınmak zorundadır. Hakim önündeki davada resen yokluğu tespitle dava konusunu teşkil eden işlemin kendisini veya sebebini yok hükmünde sayabilir.<sup>242</sup>

AYİM'in bir çok kararında yokluk hali iddiasının kamu düzenini ilgilendirdiği belirtilmektedir.<sup>243</sup> AYİM uygulamada soyut yokluk iddialarını dikkate almazken, özellikle disiplin cezalarında yokluğu ileri sürülmesi bile yetki gaspını, ağır ve bariz yetki tecavüzünü çağrıştıran halleri, savunma alınmaması gibi beyanları dikkate alarak resen yokluğu araştırmakta ve bu incelemeyi reddettiği davalarda dahi ayrıntılı olarak açıklamaktadır.

## **B. YOK HÜKMÜNDE İŞLEMLER HER ZAMAN GERİ ALINABİLİR**

(Hukuki) Yoklukla malul işlemler idarece her zaman geri alınabilir. Geri alma, hukuka aykırı bir idari kararın idarenin başka bir işlemiyle geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılmasıdır.<sup>244</sup> Geri alma, iptal davasında olduğu gibi, sakat işlemi yapıldığı andan itibaren hükümsüz kılar. Ancak, geri almadaki hukuki aykırılık, iptal davasındakinden daha geniş kapsamlıdır.<sup>245</sup> Bu benzerlikten dolayı, iptal davasına karara bağlanana kadar işlemin geri alınması halinde, dava konusuz kalır.<sup>246</sup>

Geri almanın kurallarından biri de, kazanılmış hak ve idari istikrar ilkelinin ihlal edilmemesidir. Ancak, kazanılmış hak doğursa yada müesses durum oluştursa dahi (hukuki) yoklukla sakat işlem de her zaman geri alınabilir.<sup>247</sup>

Öğretide YILDIRIM, idari işlemlerin ilgilinin hilesi veya idareyi yanıltmasına ilaveten (hukuken hiç doğmamış olmak anlamında) yokluk halinde ve hükümsüzlük durumunda geri alınabileceğini, açık hata yerine yokluğun ve yanı sıra kesin hükümsüzlük (mutlak butlan) kavramına da başvurulmasının maksada uygun düşeceğini savunmaktadır.<sup>248</sup>

Danıştay Üçüncü Dairesi, yetkili uzlaşma komisyonunun bir kaçakçılık suçu cezasıyla ilgili 10.4.1997 tarihli ilk uzlaşma tutanağı kararını, daha sonra

<sup>242</sup> GÖZLER, s.1022; ARTUKMAÇ, s.373.

<sup>243</sup> 3.D., 12.10.2006, 166/1139; 3.D., 3.4.2008, 420/589; 3.D., 83.3.2008, 319/470; 3.D., 2.7.2009, 869/732; 3.D., 26.2.2009, 249/193; 3.D., 19.2.2009, 242/166.

<sup>244</sup> TAN, Turgut; **İdari İşlemin Geri Alınması**, Ankara,1970, s.5; GÜNDAY, s.134; SAVAŞ, Veysi; **Danıştay ve Askeri Yüksek İdari Mahkemesi Kararlarında İdari İşlemlerin Geri Alınması**, Kırıkkale Üniversitesi SBE Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale 2000, s.3; YILDIRIM, Ramazan; **İdari Başvuru**, Konya, Mimoza Yayınevi, 2.B., 2006, s.235.

<sup>245</sup> SAVAŞ, s.21.

<sup>246</sup> GÖZÜBÜYÜK, **Yönetmelik Yargı**, s.166, 192.

<sup>247</sup> GÖZLER, s.1020; ERKUT, s.85-86; OĞURLU, s.200-201; ARTUKMAÇ, s.373; Zuhul BEREKET, **Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay**, Yetkin Yayınevi, Ankara 1996, s.134-138; GÜNDAY, s.152. Ayrıntılı bilgi için bkz. YILDIRIM, s.235-248,199; YILDIRIM, **İdari Yargı**, s.236, 245-246.

<sup>248</sup> YILDIRIM/YASİN/ÖZDEMİR/ÜSTÜN/OKAY, **İdare Hukuku II**, s. 58, 67-69.

İlgili Kanun kapsamı dışında kaldığı gerekçesiyle yok hükmünde sayarak geri alan idarenin 14.10.1997 tarihli işlemi hakkında açılan davada, ilk tutanağın açık ve ağır şekilde hukuka aykırı olduğundan yok hükmünde olduğuna, dolaşısıyla dava açma süresinin sağlık kazandırmayacağına karar vermiştir.<sup>249</sup>

AYİM'e göre; *"(y)oklukla malul bir idari işlemin yargısal denetimi, iptal davasından farklı özellikler gösterir. Bu bağlamda yokluk hali, kamu düzenine ilişkin olması hasebiyle re'sen dikkate alınması gerektiğinden dava açma süresine bağlı olmama, idarece her zaman geri alınabilme gibi sonuçlar doğurur. Bunu paralel olarak, iptal davasının tabi olduğu hukuki rejimin dışında, aksine bir düzenleme bulunsa bile yargısal denetimi mümkündür."*<sup>250</sup>

AYİM birçok kararında yoklukla malul işlemlerin geri alınabileceğini belirtmektedir. Mahkeme'ye genel kurul tarafından üye seçim işleminin iptali için açılan davada, Cumhurbaşkanının üç kişi arasından seçtiği hakim subayın geçmişte kıta subayı iken asta müessir fiil suçundan dolayı ertelenmiş mahkumiyetinin bulunduğu, kanunen hakimliğe mani olup yokluk derecesinde açık ve ağır hukuka aykırı bu durumun üyeliğe aday olmaya ve üye seçilmeye engel teşkil ettiği ileri sürülmüştür. Mahkeme, konuyu idari istikrar ilkesi çerçevesinde ele alarak anılan mahkumiyetin işlemin asli kurucu unsurlarından olmadığına işaretlerle yok hükmünde sayılmayacağına ve (diğer sebepler de varit görmeyerek) davanın reddine karar vermiştir.<sup>251</sup> Mahkeme'ye göre;

*"Diğer taraftan, yokluk, ilgilinin sahteciliği, açık hata gibi hâllerde bir işlemin her zaman geri alınabileceği ortadadır. Oysa söz konusu mahkumiyet, hukuk fakültesinden mezuniyet gibi hakkın doğumuna ilişkin kurucu unsurlardan olmayıp kullanıma ilişkin bir şarttır. Dolayısıyla, konu idari istikrar ilkesi çerçevesinde değerlendirildiğinde, tıpkı psikolog veya tıp doktoru olmayanlar gibi hukuk fakültesi diploması bulunmayan birinin yıllar sonra da olsa hâkimliğine son verilmesi mümkün iken, mesleği icrayı engellemeyen bir hükümlülükten dolayı statüye kabul işleminin geri alınmasına imkân yoktur. Zira somut olayda, askeri hâkimliğe geçişten sonra ilgili hakkında idare tarafından stajyerlik, yardımcılığının kaldırılması, birinci sınıfa ayrılma, rütbe terfii ve kıdem alma gibi birçok işlem tesis edilmiş bulunmaktadır. Bu olgular karşısında, kamu düzenini ve hukuki güvenliği bozacak şekilde, idarenin yerine geçerek davada tarafı olmayan üçüncü bir kişi aleyhine on yılı aşkın bir süredir birçok sonuç doğurmuş bir işlemin geri alınmasının idari istikrar ilkesiyle bağdaşmayacağı sonucuna varılmıştır. Esasen, uygulamada doğrudan bizzat davacılar hakkında tesis olunan ve onları muhatap alan işlemlerin yokluk denetiminin yapıldığı dikkate alındığında, tüm seçim işleminin iptali yerine, bu dava vesilesiyle üçüncü bir kişi hakkındaki kararın yargı denetimine tâbi tutularak sanki geri alınmış gibi yok hükmünde sayılıp sayılmayacağı hususu da yoruma muhtaçtır.*

<sup>249</sup> 3.D., 19.12.2005, 496/1446; Dnş. 3.D., 27.5.1999, 1998/3766-1999/2187, Kazancı Kararlar CD'si, GÖZLER, s.1033, dp.107'ten naklen.

<sup>250</sup> 1.D., 5.12.2006, 603/1028; 1.D., 10.7.2007, 2006/592-2007804; 3.D., 3.4.2008, 420/589; 3.D., 83.3.2008, 319/470; 3.D., 29.12.2005, 496/1446; 3.D., 2.7.2009, 869/732 ; 3.D., 26.2.2009, 249/193.

<sup>251</sup> Drl. Krl., 15.2.2888, 6/7.

Nitekim Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kararlarında, makul süre geçtikten sonra, statüye giriş ve kabul şartlarını taşımamaktan dolayı geri alma işlemlerinin idari istikrar ilkesine ters düştüğüne içtihat edilmiştir. Örneğin, yedi yıl sonra devlet memurluğuna girişe engel mahkumiyetinin bulunduğu anlaşılmaması üzerine ilgilinin memuriyetten çıkarılması (1.D., 23.03.1999, E.1998/637, K.1999/295); çeşitli suçlardan yargılandığı halde kanuna aykırı olarak akademi veya yüksek lisans öğreniminden dolayı verilen kıdemlerin ve rütbe terfii işlemlerinin dört yıl sonra geri alınması (1.D., 11.12.2007, E.2007/480, K.2007/1237); diskromatopsi arızasından dolayı askeri öğrenciliğe kabulüne imkan olmayan kişinin astsubay naspedilmesine az bir süre kala okuldan çıkarılması (2.D., 09.11.2005, E.2005/35, K.2005/783) gibi işlemler, idari istikrar ilkesi doğrultusunda iptal edilmiştir. Danıştay da aynı şekilde, bir mülk bakiyesinin göreve başladıktan yedi yıl sonra giriş esnasında 18 yaşında ve ilkokul mezunu olmadığının tespiti üzerine memuriyetten çıkarılmasını hukuka aykırı bulmuştur (5.D. 06.05.1982, E. 1979/5897, K. 1682/5683).

Bu açıklamalar ışığında, Hâkim Yarbay Y.D.'ın mevcut askeri hâkimlik statüsünün yok hükmünde sayılmasına ve buna bağlı olarak seçim işlemlerinin de aynı şekilde malul olduğunu kabule imkân bulunmadığı değerlendirilmiştir<sup>252</sup>

### C. İDARİ YARGI HUKUKİ YOKLUK HALİNDE GÖREVLİDİR

Yukarıda ayrıntılı şekilde açıklandığı üzere, idari yargı yeri, hukuki yokluk halinde işlemin yok hükmünde sayılmasına ilişkin iptal davası formatında açılacak davaya bakabilir. Bu takdirde, adli yargıda tespit davası açılabileceği, Fransa'da da uygulamanın bu çerçevede olduğu belirtilmekte ise de,<sup>252</sup> kanaatimize göre yokluğa dayanan dava, iptal davası şeklinde ve idari yargı da açılmaktadır.

Yok hükmünde sayılması istenen işlem, askeri hizmete ilişkin ve asker kişiyi ilgilendiriyorsa, dava Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde açılmalıdır. Yukarıdaki kabule göre, bu tip davalar adli yargıda veya genel idari yargıda açılmamalıdır.

### Ç. HUKUKİ YOKLUKTA DAVA AÇMA/GERİ ALMA SÜRESİ YOKTUR

Bir işlemin yokluğunun tespiti ve yok hükmünde sayılması için açılacak davada süre aşımı söz konusu değildir. Kesinleşmeleri söz konusu olmadığından bunlara karşı her zaman dava açılabilir.<sup>253</sup> Aynı sebeple ve şekilde geri alınmaları için belli bir süre öngörülmemiştir.

Fransız Danıştay gibi<sup>254</sup> Türkiye'de de Danıştay, yok sayılan işlemlere karşı açılan davalarda süre şartının aranmayacağını kabul etmektedir.<sup>255</sup>

<sup>252</sup> ERKUT, s.89.

<sup>253</sup> GÖZBÜYÜK, s.156; TANDOĞAN, s.110; GÖZLER, s.1020; GÜNDAY, s.152; ARTUKMAÇ, s.373; ÖZAY, s.45 s.723. Başka bir açıdan, yok hükmündeki işlemlerin süre aşımına uğramadıklarından değil, yokluklarından dolayı dıșsal hukuki etki doğuracak kamu gücünü ihtiva etmedikleri ve idari istikrar söz konusu olmadığı için sürenin başlamayacağı ifade edilmektedir. Kahraman BERK, **İdari Yargılama Usulü Kanunu Kapsamında İlk İnceleme**, Alfa Yayınları, İstanbul, 2008, s.235.

<sup>254</sup> Bkz. GÖZLER, s.1020 ve dp.74'te gösterilen kararlar.

AYİM bir çok kararında yokluk halinde sürenin söz konusu olmadığını, yokluk halinde her zaman dava açılabileceğini belirtmektedir. Örneğin; bir kararda aynen; “Somut olayda, davacının savunması alınmadan (savunma hakkı tanınmadan) “ikaz” cezası ile cezalandırıldığı ve anılan disiplin cezasının “yok hükmünde sayılması” gerektiği sonucuna ulaşılmış, yok hükmünde sayılan işlemlerin nitelikleri itibarı ile süreye bağlı olmaksızın her zaman dava konusu edilebilmesi nedeniyle, davalı idarenin süre aşımı bulunduğu savunmasına iştirak edilmemiştir.”<sup>256</sup>

#### D. BAŞVURU İÇİN MENFAAT ZORUNLUDUR

Bir idari işlemin iptali idari dava açılabilmesi davacının sübjektif ehliyetinin bulunması zorunludur. Buna karşılık, yokluk iddiası söz konusu olduğunda, bir görüşe göre davacının meşru, güncel ve kişisel bir menfaatinin varlığına gerek olmadığı, bu davanın herkes tarafından açılabilmesi kabul edilmektedir.<sup>257</sup> Aksi görüş menfaat şartının aranacağı, dolayısıyla alelade herkesin dava açamayacağı yönündedir.<sup>258</sup>

Maddi yoklukla ilgili tespit davasını herkesin açabileceği ve bunda umumun yararı olduğu kabul edilmelidir. Aynı şekilde iptal davasında davacı olmanın kamu düzeni sebebiyle sınırlandığı dikkate alındığında, teorik olarak herkesin hukuki yoklukla malul işlemlerin yok hükmünde sayılmasını talep edebileceği sonucuna varılabilir. Ancak pratikte bu mümkün olmadığı gibi, aleyhe sonuçlar da doğurabilir. Şöyle ki, yok hükmündeki işlemde asıl etkilenen ve/veya zarar gören iddia ve ispat araçları daha inandırıcı ve kuvvetli iken, buna sahip olmayan herhangi bir üçüncü kişinin açacağı dava zayıf olabilir. Böyle bir davanın reddi ihtimali ilgilininkine nazaran daha yüksektir. İptal davası formatmdaki bu yok hükmünde sayma davası, tespit davasından farklı olarak kesin hükme yol açabilir ki bu da gerçekten menfaati ihlal olanların aleyhine olabilir. Ayrıca yargı yeri gayri ciddi durumlarla karşılaşabilir.

Öte yandan yoklukla malul işlemlerin uygulamasında artık nispeten idarilik ve dolayısıyla iptal davasına konu edilebilirlik özelliği ortaya çıkmaya başlamıştır. Bu durumda da dava hakkı evleviyetle işlemde etkilenenlerin olmalıdır. Bu sebeple, madem ki iptal davası formatmda görülecek, idari yargıda işlemin yok hükmünde sayılması talebiyle açılacak davada herkesin değil, geniş tutulmak ve işlemde bir şekilde dolaylı yada direkt, kesin yada muhtemel etkilenmek kaydıyla ciddi şekilde ilgilendirdiği kişilerin taraf olabileceğini kabul etmek daha yerinde olacaktır. Esasen Danıştay’da olduğu gibi AYİM’de açılan davalarda da, ya işlemin muhataplarının, ya da yoklukla malul işleme dayanan

<sup>255</sup> Dnş. 8.D., 6.12.1985, 157/575, DD, S.60-61, s.365 vd.; 6.D., 25.11.1987, 56/1156, DD, S.70-71, s.302 vd.; 8.D., 25.1.1994, 1993/1701-1994/225, DD, S.90, s.909; 3.D., 27.5.1999, 1998/3766-1999/2187, GÖZLER, s.1033, dp.107.

<sup>256</sup> 3.D., 21.10.2004, 2003/21-2004/1570. Bunun gibi, 1.D., 5.12.2006, 603/1028; 3.D., 29.12.2005, 496/1446; 1.D., 10.7.2007, 2006/592-2007804; 3.D., 12.10.2006, 166/1139.

<sup>257</sup> ERKUT, s.87; SARICA, s.1213; ARTUKMAÇ, s.373.

<sup>258</sup> Bu görüşteki GÖZLER Fransız Danıştay’ının bir (11.10.1961, Fraenkel, DDCE, 1961, s.1961) kararına atıfta bulunmaktadır. GÖZLER, s.1021.

idari karardan veya uygulamasından menfaati ihlal olanların dava açtıkları gözlenmektedir.

### **E. YOK HÜKMÜNDE İŞLEMLER BAŞKA BİR İŞLEME DAYANAK TEŞKİL ETMEZLER**

Yoklukla malul işlemler başka bir işleme yada uygulamaya temel alınmazlar. Yani idare bunlara dayanarak yeni bir işlem tesis edemeyeceği gibi, bir faaliyet de yürütemez ve herhangi bir surette uygulama yapamaz.<sup>259</sup> Örneğin, yoklukla sakat bir disiplin cezasına dayanan ayırma işlemi, yok hükmündeki sicil notuna bağlı kademe ilerlemesi yapamama işlemi de açıkça hukuka aykırı olur. Yukarıda bu konuda örnek olarak AYİM'nin çok sayıda kararına değinilmiştir.

Ancak illi sebepler zincirini ve bu bağlamda yokluğu geriye doğru sonsuz olarak düşünmemek lazımdır. Yani işlemin sebebinin sebebinin sebebinin... oluşturan işlemin yok hükmünde kabulü, kamu düzenini bozabilir ve idari istikrarı ihlal edebilir. Kanaatimizce, bu bağı bu derecede uzatmamak lazımdır. İlk sebebin madden yok olmayıp hukuken yok hükmünde olduğu, hukuki yokluğun izafi bir kavrama tekabül ettiği, baştan sona doğru ve nihai işleme kadar araya "sahih" sebepler/işlemler girdikçe yokluk benzeri durumdan uzaklaştığı gözden kaçırılmamalıdır. Bu takdirde, eğer ilk sebepteki yokluk benzeri hal, birbirini takip eden sebep/işlemler zincirlemesi sonunda giderek gerçeklik kazanmışsa ve nihai işlemde artık geçerlik niteliği hakimse, ortada ağır ve açık sakatlık olduğu ileri sürülememelidir. Hakim, bu olguyu, yokluğun belirlediği unsura ve arzettiği mahiyete göre, gerek "Görünüm teorisi" gerek "Bozulma teorisi" esaslarını dikkate alarak, her somut olayda ayrı ayrı tespit ve tayin edecektir.

Daha önce yetki bahsinde irdelediğimiz bir uyuşmazlıkta, AYİM'nin İkinci Dairesi, aynı olayda aynı fiilleri işleyen iki astsubaydan birine verilen cezayı yok hükmünde saymışsa da, Üçüncü Daire bu karara rağmen diğer astsubaya verilen cezada yokluk hali görmemiştir. Üçüncü Daire, **aynı araçta bulunan bir başka kişi hakkında verilen disiplin cezasının, bir başka işlemin sebep unsurunun değerlendirilmesi sırasında İkinci Daire tarafından yok hükmünde olduğunun tespit edilmesinin kendisini bağlamadığını**, dava konusu disiplin cezasının yok hükmünde sayılmasını gerektirecek derecede ağır ve bariz bir hukuka aykırılığın bulunmadığını belirterek davayı incelemeksizin reddetmiştir.<sup>260</sup>

### **F. YOK HÜKMÜNDE İŞLEMLERDE YARGI DENETİMİ YASAĞI İŞLEMEZ**

#### **1. AYİM'nin Uygulaması**

Bilindiği gibi, 1982 Anayasasının 129/3'üncü maddesinde, "*Uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç, disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılmaz. // Silahlı Kuvvetler mensupları ile hakimler ve savcılar hakkındaki hükümler saklıdır*" hükmü bulunmaktadır. Bu paralelde AYİM Kanununun 21/Son maddesinde; Cumhurbaşkanı, Yüksek Askeri Şuranın tasarrufları ve

<sup>259</sup> ERKUT, s.85.

<sup>260</sup> Bkz. yuk. 3.D., 18.10.2007, 1019/1084. Aynı yönde, 3.D., 7.5.2009, 632/515.

Sıkıyönetim Komutanlarının 1402 sayılı Kanunda yazılı tasarrufları ile disiplin suç ve tecavüzlerinden ötürü disiplin amirlerince verilen cezalar yargı denetimi dışındadır.” hükmü yer almaktadır.

AYİM yokluk iddia edilen yargı denetimi dışı bazı tasarruflara ilişkin davaları ilk inceleme aşamasında reddederken,<sup>261</sup> bazılarını da esas aşamasında yine inceleme kabiliyeti bulunmadığından reddetmektedir.<sup>262</sup> Bunlardan ağır ve açık sakatlık hali bulunanlar ise esastan incelenerek yokluk hali tespit edilerek iptal edilmektedir.<sup>263</sup> Nihai işlemin denetimi mümkün ise dayanağı işlemin yargı denetimi dışı olması halinde uyuşmazlık esastan incelenmekte ve sebep işlem üzerinde yokluk denetimi yapılmaktadır. Buna göre işlem iptal edilmekte veya esastan reddedilmektedir.<sup>264</sup>

AYİM yargı denetimi engelini aşarken gerekçesinde şu ifadelere yer vermektedir:

*“Yukarıda belirtilen mevzuat hükümlerinin Silahlı Kuvvetler mensupları yönünden ayrı bir düzenleme getirdiği, bu meyanda disiplin amirlerince emrindeki personele disiplin suç ve tecavüzleri nedeniyle verecekleri cezalarının yargı denetimi dışında tutulmasını öngördüğü açıkça anlaşılmaktadır. Bu pozitif düzenlemelerin doğal sonucu olarak da bu konuda açılacak iptal davasının inceleme kabiliyeti olmayacağı tabiidir. Hukuki durum böyle olmakla beraber, Türk Pozitif Hukukunda Anayasa ve yasalarda bazı idari işlemlerin yargı denetimi dışı olduğu belirtilmekte ise de tüm idari işlemlerin ‘yokluk haliyle sınırlı olarak yargı denetimine tabi olduğu yadsınamaz. Nitekim bir askeri öğrenci, örneğin; Harp Okulu öğrencisi 160 ahlak notunun yitirmesi sonucu askeri okuldan çıkarma işlemine tabi tutulmaktadır. Bu işlemin ‘hukuki sebebi’ öğrencinin aldığı disiplin cezalarıdır. Gerek AYİM’in gerek Danıştay istikrar bulmuş içtihatlarına göre disiplin cezaları ‘yokluk’ haliyle sınırlı olarak denetlenmekte, yokluk hali saptandığında okuldan çıkarılma işleminin iptaline karar verilmektedir. Keza, aynı askeri öğrenci ya da herhangi bir subay yahut astsubay kendisine verilen disiplin cezasının ‘yoklukla malül’ olduğu her zaman dava edebilmektedir. Bu konuda uygulama istikrar bulmuştur.”*<sup>265</sup>

Başka bir uyuşmazlıkta ise şu gerekçeye yer verilmiştir:

*“Yukarıda belirtilen mevzuat hükümlerinin Silahlı Kuvvetler mensupları yönünden ayrı bir düzenleme getirdiği, bu meyanda disiplin amirlerince emrindeki personele disiplin suç ve tecavüzleri nedeniyle verecekleri cezalarının yargı*

<sup>261</sup> Disiplin cezalarına ilişkin olanlar: 3.D., 26.4.2007, 424/1651; 3.D., 11.1.2007, 15/34; 3.D., 13.11.2008, 1067/1259; 3.D., 83.3.2008, 319/470; 3.D., 12.6.2008, 694/851; 3.D., 3.4.2008, 420/589; 3.D., 8.5.2008, 562/721; 3.D., 12.6.2008, 693/860; 3.D., 2.7.2009, 869/732; 3.D., 26.2.2009, 249/193; 3.D., 19.2.2009, 242/166.

<sup>262</sup> Disiplin cezalarına ilişkin olanlar: 3.D., 27.10.2004, 450/1588; 3.D., 2.5.2005, 2004/1519-2005/759; 2.D., 14.6.2002, 2001/667-2002/570; 3.D., 28.4.2005, 26/656; 3.D., 15.3.2007, 2006/1683-2007/1468; kısmen 3.D., 24.12.2009, 860/1489

<sup>263</sup> 3.D., 12.10.2006, 166/1139; 3.D., 7.4.2005, 2004/677-2005/505; 3.D., 30.3.2006, 2005/1166-2006/1437; 3.D., 4.10.2007, 319/1044; kısmen 3.D., 24.12.2009, 860/1489.

<sup>264</sup> 2.D., 14.6.2002, 2001/667-2002/570; 2.D.25.4.2001;E.2000/761,K.2001/427; 1.D., 5.12.2006, 603/1028.

<sup>265</sup> 3.D., 20.11.2003, 151/?



denetimi dışında tutulmasını öngördüğü açıkça anlaşılmaktadır. Bu pozitif düzenlemelerin doğal sonucu olarak da bu konuda açılacak iptal davasının inceleme kabiliyeti olmayacağı tabiidir. Doktrindeki tanımıyla “yasama kısıntıları” ile denetlenebilecek nitelikte birer idari işlem olmalarına rağmen bir kısım işlemler yasa koyucunun açık iradesiyle denetim dışına itilmişlerdir. Hukuk devleti ilkesi açısından yerindeligi ve yargısal denetimin gerekliliği gibi düşünceler bir yana bu durum somut bir vakıa olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu durumda bir işlemin yargısal yönden bahse konu olabilmesi ancak o işlemin yok hükmünde sayılmasını gerektirecek nitelikte bulunmasıdır.”<sup>266</sup>

Bu çerçevede; düşar olduğu ruhi rahatsızlık nedeniyle yetkili Askeri Hastane Sağlık Kurulunca verilen Silahlı Kuvvetlerde görev yapamayacağı yolundaki raporun kesinleşmesi üzerine, hakkında sağlık nedeniyle (adi malülen) emeklilik işlemleri yürütölmekteyken, artık asker kişi statüsü hukuken sona eren davacı astsubayın, disiplinsizlik nedenine dayalı olarak YAŞ kararı ile ayırma işlemine tabi tutulması yok hükmünde sayılmıştır. Mahkeme'ye göre, 926 Sayılı TSK. Personel Kanununun 128'inci maddesi (c) bendi ikinci fıkrasına göre sıhhi durumları itibariyle hiçbir sınıfın hizmetinde vücutlarından istifade edilemeyeceği anlaşılanlar hakkında bu nedene bağılı olarak T.C. Emekli Sandığı Kanunu hükümleri uygulanır. Bu husus, kanunun emredici buyruğudur ve idare için kesin anlamda bağlayıcı bir yetki ve görevdir. Hukuka bağılı idarenin başka seçeneği sözkonusu değildir. Bu sebeple, ayırma işlemi açık yetki saptırması ve tam kanuna aykırılıkla tesis edilmiştir.<sup>267</sup>

Bir askeri hakimın, Askeri Hakimler Kanununa göre verilen disiplin cezasının (kınama) yok hükmünde sayılması için açtığı davada da, ağır ve açık sakatlık hali görülmediği gibi, kınama cezası yargı denetimi dışı göröldüğünden davanın ilk incelemede esasa girmeksizin reddine karar verilmiştir.<sup>268</sup>

Yokluk hali yargı denetimi dışı işlemlerin denetimine imkan sağlanmakla beraber, yokluk iddiasına itibar edilmeyerek disiplin cezasının yok hükmünde sayılması talebinin incelenmeksizin reddine ilişkin bazı kararlarda, AİHM'nin oda hapsi cezasının hakim yerine kamu görevlisi amir tarafından tesisinin AİHS hükümlerini ihlal ettiğine dair içtihatı üzerine artık yasama kısıntısından söz edilemeyeceği, dolayısıyla denetim yapılabileceği şeklinde azınlıkta da olsa görüş ve bu yönde karşı oylar verilmeye başlanmıştır.<sup>269</sup>

## 2. AYİM'nin Uygulamasının Eleştirisi

AYİM'nin, yargı denetimine tabi olmayan davalarda, işlemin unsurlarındaki hukuka aykırılık durumunu irdelemek suretiyle yokluk halinin varlığını araştırması doktrinde tartışma konusu olmuştur. Bu konuda ağır eleştirilerde bulunan GÖZLER, AYİM'nin disiplin cezalarıyla ilgili bazı kararlarına atıfla,<sup>270</sup>

<sup>266</sup> Bkz. yuk. 3.D., 8.5.2008, 562/721.

<sup>267</sup> 1.D., 22.1.1998, 1997/147-1999/200, AYİMD, S.12, Erişim: [http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_karar\\_detay.asp?](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_karar_detay.asp?), 1.5.2010.

<sup>268</sup> 3.D., 9.10.2008, 946/1137.

<sup>269</sup> 3.D., 14.2.14.2.2008, 212/321; 3.D., 18.9.2008, 873/1096.

<sup>270</sup> Örneğin, 2.D., 11.10.2000, 3/613, AYİMD, S.15, s.1044; Drl.Krl., 3.7.1997, 84/62, AYİMD, S.12, s.105-113; Drl. Krl., 11.12.1997, 10/132, AYİMD, S.12, s.117-134.

yasama kısıntısına rağmen yokluk denetimi adı altında hukuka uygunluk denetimi yapıldığını öne sürmektedir. Yazara göre bu kararların çoğunda yokluk teorisi yanlış uygulandığı gibi, denetim yasağına aykırı olarak esastan inceleme yapılmıştır.<sup>271</sup>

Gerçekten de, disiplin cezalarının ve YAŞ'ın ihraç kararlarının yok hükmünde sayılması talepli birçok davada AYİM, sunulan belgelere ve/veya tatbikatta karşılaştığı durumları karinelere dayanarak, bu tip işlemlerin mahiyetinden dolayı bazen ilk inceleme sırasında, bazen de usuli süreç tamamlanarak dosya esastan önüne geldiğinde işlemin unsurlarını irdeleyerek bir sonuca varmaktadır. Bunun doğal sonucu olarak da yokluk tespit edilmediğinden incelemeksizin reddettiği davalarda, bir bakıma hukukilik denetimi yapmış gibi görünmektedir. Ne var ki bu uygulama işin mahiyetinden kaynaklandığı gibi, meselenin, yokluk kuramını açıklamak için başvuru "görünüm" teorisinin yetersiz kalmasından dolayı "Bozulma" teorisi çerçevesinde çözümlenmeye çalışılmasından kaynaklanmaktadır. Eklemek gerekir ki, başka bir çözüm şekli de bulunmamaktadır. Öte yandan, bu tip denetim yasaklarının, ilk inceleme şartları arasında sayılmadığından bir sırasının olduğu söylenemez. Bazen konunun yasak kapsamında olup olmadığının anlaşılması için, gerek ön şartlar gerek içeriği yönünden durumu açıklığa kavuşturmak icap edebilir. Nitekim, bir disiplin cezası olarak öngörülen "uyarı" (2000 yılından önce Tevbih/Şiddetli tevbih) cezasının, kanunun tanıdığı yetki çerçevesinde yapılan toplu yada kişisel ikaz, ihtar, tenkit, dikkatini çekme gibi işlemlerden farkını irdeleyen birçok karar mevcuttur. Sözün özü, kesin ve yürütülebilir bir idari işlemin varlığı dava ön şartı ise de, var olmayan yada idarenin bile yok sayması gereken bir durumun denetim yasağı kapsamında kabulü, hem hak arama hürriyeti hem de hukuk mantığıyla bağdaşmaz. Şüphesiz bu çıkarım, her soyut, mesnetsiz ve uluorta yokluk beyanının dikkate alınacağı ve işin esasına girilmesi gerektiği anlamına gelmemektedir.

Bu bakımdan bazı kararlarda yokluk denetimi yapılırken, yani açık ve ağır bir durum olup olmadığı değerlendirilirken, (iptal edilebilirlikle ilgili) olağan hukuka aykırılık halinin varlığına işaret edilmesi bizce de hatalı ise de, Mahkemenin bu yaklaşımının tamamen öngörülen yasağın ihlali olarak kabulü ile abartılmasını aşırı bulmaktayız.

Danıştay, ilk inceleme aşamasında reddetmemekte, dosya tekemmül ettikten sonra bu konudaki kararını vermektedir.<sup>272</sup> Yokluk iddia edilen somut birkaç uyuşmazlıkta, idare mahkemeleri ilk inceleme aşamasında ve dosya tekemmül etmeden davayı reddetmiştir. Danıştay, ilk inceleme konularının sınırlı sayıda olduğu dikkate alındığında, yok hükmünde sayılan işlemler hakkında dosya tekemmül etmeden ilk inceleme aşamasında karar verileceğine dair bir yasa hükmü bulunmaması karşısında, davanın bu safhada reddinin usul hükümlerine aykırılık teşkil ettiğine karar vermiştir.<sup>273</sup>

<sup>271</sup> GÖZLER, s.1035-1039.

<sup>272</sup> Dnş., 6.D., 7.10.1985, 597/1195 (Karar düzeltme kararı), KARAVELİOĞLU, C.I, s.78, dp.45.

<sup>273</sup> Dnş. 6.D., 7.10.1985, 597/1199, DBB; 10.D., 8.6.2005, 2001/4040-2005/181, DBB.

Bir işlemin yok hükmünde olup olmadığı, unsurlarının incelenmesi sonunda ortaya çıkar. Yokluk iddiası halinde öncelikle yok sayılmayı gerektiren hallerin bulunup bulunmadığını, yokluk sebepleri yoksa işlemin geçerlik şartlarını taşıyıp taşımadığını tespit dosyanın tekemmül edip esastan incelenmesiyle mümkündür. Bu yüzden ilk inceleme aşamasında yokluk sebebiyle dava reddedilemez.<sup>274</sup>

## **VII. İDARENİN YOKLUKLA MALUL İŞLEMLERDEN DOLAYI SORUMLULUĞU**

### **A. SORUMLULUK VE ZARAR HALLERİ**

İdarenin yoklukla malul işlemlerden dolayı hukuki sorumluluğu ayrıca incelenmeye değer bir konudur. Yokluk halinde idarenin hukuki sorumluluğu var mıdır, varsa hangi yargı düzeninde ve ne surette dava edilecektir? Bu sorulara verilecek cevap, iddia edilen yokluk türüne, sorumluluğun kaynağına ve zararın sebebine göre farklılık göstermektedir. Zira, birçok halden dolayı sorumluluk ve zarar doğabilir.

Sorumluluk ve zarar doğan halleri örneklemek suretiyle kategorize etmek mümkündür:

Zararlı sonucun sebebi olarak,

I- Doğrudan ve bizzat: (a) maddi (yerel gazetede çıkan hayali *malulen emeklilik haberi*) veya (b) hukuki yokluk (*yetki gasbıyla/kendi bakanlığı yerine başka bakanlıkça emekliye sevk*) olgusunun kendisi gösterilebileceği gibi,

II- Zarara bunların dayanak teşkil ettiği uygulamaların yol açtığı da iddia edilebilir. Dolaylı ve ardıl bu zararlı uygulamalar, *birinci tür olarak*, ya (c) maddi yokluğa rağmen idarenin buna dayanarak durup dururken bir tasarrufta bulunması (*gazete haberine itibar eden Sandığın maluliyet yardımı yapması*) veya (ç) fiil ifası (*hiç sebepsiz tedavi altına alması*); *ikinci tür olarak*, ya (d) yok hükmündeki işlemin icrası kabilinden idarenin bir başka işlemi (*yetki gasbıyla sakat işleme dayanarak emekli aylığı bağlanması*) veya (e) eylemi (*yetki gasbıyla sakat işleme dayanarak kişiyi iş yerine almamak*); *son türde*, ya da ister işlemde maddi veya hukuki yokluk bulunsun, ister işlem hukuka uygun bulunsun, idarenin ajanlarının kendiliğinden kişinin mülkiyet hakkına veya özgürlüğüne tecavüz etmesi (*ortada emeklilik durumu yokken yahut emeklilik kararının onanması üzerine ilişik kesmeye gelen kişinin kurumdan uzaklaştırılması, özel eşyalarına el konulması*) şeklinde ortaya çıkabilir.

### **B. SORUMLULUK HALİNE GÖRE TÂBİ OLUNAN YARGI REJİMİ**

Yoklukla ilgili tam yargı davasına ilişkin Fransız ve Türk hukukundaki doktriner görüşleri aktardıktan sonra bu ihtimalleri inceleyelim:

Fransız hukukunda J.de Soto'nun yok hükmündeki işlemlerin icrasından doğan zararların tazmini davalarına idare mahkemelerinde bakılamayaca-

---

<sup>274</sup> BERK, s.27.

ğını;<sup>275</sup> buna karşılık Couzinet ve P. Laroque'nin bazı haller hariç idari yargı yerlerinde de tam yargı davası açılabilceğini savunduğu ifade edilmektedir.<sup>276</sup>

Öncelikle belirtelim ki, maddi yokluk halinde bir iptal veya tespit davası açılmayacağı gibi idarilik söz konusu olamayacağından tam yargı davası da açılmaz. Maddi yokluk durumuna rağmen idarenin sanki işlem varmış gibi icraya kalkıştığı, yani maddeten var olmayan bir olguya dayanılarak idari işlem tesis edildiği veya idari eylem gerçekleştirildiği hallerde, bunlardan doğan zararın idareye bağlandığı ölçüde, idari yargıda tazmini istenebilir. Buna karşılık, idarenin ve/veya ajanının fiili yol oluşturan uygulamalarından doğan zararların tazmini ise mahiyeti ve konusu gereği ancak adli yargıda talep ve dava konusu edilebilir.

Hukuki yoklukla malul işlemin yok hükmünde sayılması dava edilsin edilmesin, bundan ve/veya böyle bir işlemin icrasından doğan zararlar aleyhine idari yargıda tam yargı davası açılıp açılmayacağı tartışmalıdır. ONAR ve ÖZGEN'e göre yokluk halinde fiili durum, yani ortada idareye isnat ve izafe edilecek bir işlem söz konusu olamaz. Bu durumda yok kararı uygulayan idarenin ajanları haksız fiilden dolayı şahsen sorumludurlar.<sup>277</sup> GÖZLER yok hükmünde sayılan işlemler fiili yol oluşturdıklarından bunlardan doğan zararlara karşı idari yargıda değil, ancak adli yargıda dava açılabilceğini ileri sürmektedir.<sup>278</sup>

Buna karşılık bazı yazarlar, işlemin yok hükmünde sayılması istenen işlemin idariliği ile bunun uygulamasından doğan zararlardan dolayı sorumluluğun aynı şey olmadığı, birbirinden ayrı konular olduğu fikrindedir. ONAR, idare hukukunda yokluğun idareye izafe edilemeyecek şekilde tamamen fiili ve haksız bir duruma yol açtığı, genellikle memurların şahsi fiili halinde ortaya çıktığından onların sorumluluğunu gerektirdiğini söylemekle beraber, idareye isnat ve izafe edilemeyen bir yok işlemin hizmet kusuru oluşturarak idarenin sorumluluğunu gerektirebileceğine de işaret etmektedir.<sup>279</sup> SARICA'nın açıklığı kavuşturduğu gibi, yok sayılan bir işlemin tesis edilip yürütülmesi, başlı başına ve ayrıca ispatı gerektirmeyecek ölçüde hizmetin iyi işlemediğine karine teşkil eder.<sup>280</sup> Keza, idareyi, iptal sebepleri taşıyan hukuka aykırı işlemlerin uygulamasından doğan zararlardan sorumlu tutup da daha ağır ve açık sakatlığı bulunan işlemlerden veya icrasından kaynaklanan zararlardan dolayı sorumlu tutmamak hukuk mantığı ile bağdaşmaz. Bunun gibi, idarenin, hukuka uygun işlemler sonucu doğan zararları, kusursuz sorumluluk esaslarına göre

<sup>275</sup> Necdet ÖZDEMİR, **Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu**, Ankara 1963, s.90'dan naklen.

<sup>276</sup> Ragıp SARICA, "Yoklukla Malul İdari Kararlardan Dolayı İdarenin Mali Mesuliyeti Meselesi", **İHF M**, C.XIII, S.1-4, İstanbul 1947, s.894; TANDOĞAN, s.89.

<sup>277</sup> ONAR, C.I, s.329; Tahir BALTA, **İdare Hukukuna Giriş**, s.115; Eralp ÖZGEN, "İdari Tasarruflardaki Sakatlıklar", **AÜHF D**, C.XVII, S.1-4, Ankara 1960, s.284

<sup>278</sup> Bu görüş ve örnek gösterilen Fransız Danıştay'ının 15.3.1951 tarihli *Comptoir linier* kararı için bkz. GÖZLER, s.1022 ve dp.86.

<sup>279</sup> ONAR, s.329.

<sup>280</sup> SARICA, s.905. Aynı yönde, BALTA, s.161; ÖZDEMİR, s.92; ARTUKMAÇ, s.445 vd.; TANDOĞAN, s.89-91.

tazminle yükümlü olduğu da dikkate alınmalıdır.<sup>281</sup> Şüphesiz, kamu görevlisinin salt kişisel kusurundan kaynaklanan, dolayısıyla illiyet bağının kesildiği haller bundan müstesnadır.<sup>282</sup> ANAYURT ve (R) YILDIRIM da benzer şekilde basiretli bir idarenin yokluk taşıyan işlemleri uygulamamasının gerektiğini, bu sebeple işlemi tesis eden ve kamu görevlisinin kötü niyet, kasıt, kin ve garaz, intikam ve çok ağır ölçüde dikkatsizlik gibi hizmetle ilişkisini kesen bir kusuru bulunmadığı sürece yoklukla sakat işlemin uygulamasından doğan zararlardan idarenin hizmet kusuru esaslarına göre sorumlu tutulmasının gerektiğini belirtmektedir.<sup>283</sup>

Toparlarsak, yukarıda işlemin yok sayılmasının idari yargı yerinde ve iptal davası biçiminde yapılması konusunda ortaya koyduğumuz gerekçeler tam yargı davası için de geçerlidir. Nasıl bir işlemin kendisinden veya icrasından doğan zararlara ilişkin davalar idari yargıda ve iptal davasına bağlı tam yargı davası şeklinde görülüyorsa, (salt maddi yokluk ve fiili yol hali hariç) yoklukla malul işlemlerden doğan tam yargı davalarına da yine ve aynı idare mahkemesinde bakılmalıdır.

Danıştay, şeref kartı verilmemesi işlemin iptali kararı verilmesine rağmen, idarenin eski kararında ısrarla aynı mahiyette tesis ettiği yeni işlemin yok hükmünde olduğuna, dolayısıyla iptali hakkında bir karar verilmesine yer olmadığına karar vermiş; ayrıca talep doğrultusunda davalı idareyi manevi tazminata mahkum etmiştir.<sup>284</sup>

İdari yargı yerlerinde çözümlenecek yoklukla ilgili tam yargı davaları şu hallere münhasırdır:

- Bizzat hukuki yokluk taşıyan/yok hükmündeki işlemlerden doğan,
- Maddi yokluk/Hukuki yokluk/ Fiili yol hallerini izleyen ve dayanak yapan (bizzat) icra işlem ve eylemlerinin yol açtığı,
- Hukuka uygun işlemin icrasının açık ve ağır şekilde sakat (salt fiili yol oluşturmeyen ve bir şekilde idarilik vasfı içeren) işlemle yapılmasından kaynaklanan zararların tazmini halleri.

Bu açıklama karşısında, yukarıda kategorize edilen örnekteki: I-b ile II-c ve d halleri yokluktan doğan tam yargı davaları olarak; II-ç ve e halleri doğrudan idari eylemden kaynaklanan tam yargı davaları olarak idari yargıda görülmelidir. Buna karşılık, I-a ve II-e hallerinde idarilik bulunmadığından davaya adliye mahkemesinde bakılmalıdır.

Örneklenen bazı hallerle ilgili açılmış davaya rastlanmamakla beraber, genel hatlarıyla AYİM uygulamasının da bu şekilde olduğu söylenebilir.

---

<sup>281</sup> Serdar ÖZGÜLDÜR, **AYİM Kararları Işığında Tam Kargı Davaları**, Yetkin Yayınları, Ankara 1996. s, 18.

<sup>282</sup> SARICA, "İdarenin Mali Mesuliyeti", s.905; BALTA, s.161; ARTUKMAÇ, s.445 vd.; ÖZDEMİR, s.93; ÖZGÜLDÜR, s.48.

<sup>283</sup> Ömer ANAYURT, *Türk Hukukunda İdarenin Kusura Dayanan Sorumluluğu*, GÜSBE, Ankara 1989, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s.70; (R) YILDIRIM, s.203.

<sup>284</sup> Dnş. 12.D., 17.2.1975, 1972/3218-1975/279, ESİN, s.26, dp.31.

## C. YOKLUKTAN DOĞAN SORUMLULUK HALİNE GÖRE TÂBİ OLUNAN YARGI REJİMİ

### 1. Genel olarak

Hukuka aykırı işlemlerin kural olarak hizmet kusuru teşkil ettiğini dik-kate alan AYİM yokluğu tespit olunan bir işlemin tesisi ve/veya bunun icrası sebebiyle uğranılan zararların tam yargı davası yoluyla giderilebileceğini kabul etmektedir. AYİM'e göre, idare, iptali gerektiren işlemlerin uygulanmasından doğan zararlardan, hatta hukuka uygun işlemlerden dolayı, hizmet kusuru ya da kusursuz sorumluluk kuramları çerçevesinde sorumlu tutulmakta ise, daha açık ve ağır hukuka aykırılık hallerinde de sorumlu olmalıdır. Esasen, AYİM, genellikle yokluğun tespiti ile işlemin iptali yönünde karar verdiğinden, bu davayla beraber veya ayrıca açılan tam yargı davalarını esastan sonuçlandırıp tazminata hükmetmektedir. Bununla birlikte, yokluk tespit edilsin edilmesin, davanın reddi kararma rağmen, AYİM Kanununun 42'nci maddesi uyarınca bu davayla beraber veya müstakil olarak tam yargı davası ikamesine bir engel bulunmamaktadır.

### 2. Yargı Denetimi Yasağına Tâbi Hallerde Tam Yargı Davası İkamesi

Anayasanın 125/2 ve 1602 S.K.un 21/son maddeleri gereğince Yüksek Askeri Şuranın tasarrufları yargı denetimi dışındadır. Burada tartışılacak bir mesele, yargı yolu kapalı işlemlerle ilgili yokluk tespiti istenen davalarda, esastan veya incelemeksizin ret kararlarına rağmen, tam yargı davasının mümkün olup olmadığıdır. AYİM'e göre ret kararma rağmen kusursuz sorumluluk esasları çerçevesinde tazminat talep etmek mümkündür. AYİM birçok kararında, gerek YAŞ kararlarının ve disiplin cezalarını yokluğunun tespit edildiği hallerde kusur sorumluluğu; yokluk tespit etmediği veya edemediği hallerde ise kusursuz sorumluluk esaslarına göre davayı ele almakta ve sorumluluk şartları varsa zararı tazmin cihetine gitmektedir.<sup>285</sup>

AYİM adi maluliyeti bulunan bir davacının YAŞ kararı ile disiplinsizlikten ayrılması işleminin yok hükmünde sayılmasına ilişkin yukarıda daha önce değinilen kararma esas olayla ilgili tam yargı davasını esastan kabul etmiş ve tazminata hükmetmiştir. AYİM'e göre;

*“Davacının manevi zararına yol açtığı öne sürülen işlem, Dairemiz kararıyla YOK HÜKMÜNDE olduğu saptanan, YAŞ kararına dayalı disiplinsizlik nedeniyle ayırma işlemidir. İdari bir işlemdeki hukuka aykırılığın bir “Yokluk” sebebi teşkil etmesi halinde, bunun uygulanmasından birtakım zararlar meydana gelmesi doğaldır. Gerçekten, iptali gerektiren işlemlerin uygulanmasından doğan zararlardan, hatta hukuka uygun işlemlerden dolayı, hizmet kusuru ya da objektif sorumluluk esaslarına göre idareyi sorumlu tutmak esas olduğuna göre; iptali sebeplerinden daha ağır hukuka aykırılık hallerinde idareyi sorumlu tutmamanın hukuk mantığıyla bağdaşır bir yönü olamaz.// ... // Dava konusunda da, yok*

<sup>285</sup> Örneğin, AYİM, 1962 neşetli subayların kadrosuzluktan dolayı YAŞ kararı ile 1961 neşetli subaylarla birlikte ve 1 yıl erken emekliye sevk edilmelerine ilişkin bir dizi davada hukuka aykırılık görmemekle beraber, ilgilerin uğradığı manevi zararın kusursuz sorumluluk esasına göre tazmininin gerektiğini kararlaştırmıştır (DrI.Krl, 28.12.1995, E.1994/9, K.1955/30; DrI.Krl. 28.12.1995, E.1994/18, K.1995/31.

*hükmünde olduğu Dairemiz kararıyla saptanan ayırma işlemi nedeniyle davacının adi malülen emeklilik hakkından mahrum bırakıldığı, iki yıla yakın bir süre bu hakkını elde edemediği, yukarıda özetlenen bir dizi yargısal işlemler sonunda ancak 7.5.1999 tarihinde davalı idarece adi malülen emekliye ayrılabilirdiği maddi bir vakıa bulunduğundan; yoklukla malül ayırma işlemi nedeniyle bir manevi zarara maruz kaldığı şüphesiz olup, doğan sözkonusu zararın hizmet kusuru esasına göre davalı idarece tazmini gerektiği açıktır.”<sup>286</sup>*

AYİM, bu işlem nedeniyle davacının uğradığı manevi zararın hizmet kusuru esasına göre tazmini gerekli bulunmakla beraber, idarece güdülen amaç dikkate alındığında, sembolik bir tazminata hükmedilmesi yerinde olacağını değerlendirerek somut olayda neticeten Bir milyon TL. manevi tazminata hükmetmiştir.<sup>287</sup>

Bununla beraber, bazı kararlarda YAŞ kararlarına ilişkin denetim yasağının, sadece iptal davasını değil, tam yargı davasını da kapsadığı, dolayısıyla gerek disiplinsizlik gerek kadrosuzluk sebebiyle YAŞ kararı üzerine emekleye sevk işlemlerinden dolayı açılan tam yargı davalarının incelenemeyeceği hükmü verilmiştir.<sup>288</sup>

AYİM yokluk iddiasının kabul görmediği disiplin cezaları gibi yargı denetimi dışı işlemlerden dolayı tazminat talebi halinde, kusursuz sorumluluk kuramı esaslarına göre inceleme yapmaktadır. Bu çerçevede, bir davacının disiplin cezasının 1 aylık ceza zamanaşımından sonra verilmesi ve yetki gasbıyla en yakın amir yerine daha üst amir tarafından tesisi sebebiyle ayrı ayrı yok hükmünde sayılarak (iptal davası açılmaksızın doğrudan) manevi tazminata hükmedilmesi talebiyle açılan dava, kusursuz sorumluluk bakımından esastan incelenmiş ve “söz konusu disiplin cezası işleminde, yok hükmünde sayılmayı gerektirecek bir durum bulunmadığı gibi, kusursuz sorumluluk ilkesi gereği tazminat ödenmesini gerektiren bir durumun da söz konusu olmadığı, davacının manevi tazminat isteminin reddi gerektiği sonucuna varılmıştır.”<sup>289</sup>

Bunun gibi, cezanın yokluğunun tespiti ile manevi tazminata hükmedilmesi istenen bir davayı, yokluk hali bulunmadığını belirterek esastan reddetmiştir. Mahkeme, disiplin cezasının davacının askerlikle bağdaşmayan tutum ve davranışları üzerine verildiğinin anlaşılması, bunun yanı sıra söz konusu cezanın yok hükmünde olmadığı sonucuna varılması karşısında, şartları oluşmadığından manevi tazminat verilemeyeceğine hükmetmiştir.<sup>290</sup>

<sup>286</sup> 1.D., 25.5.1999, 92/539, AYİMD, S.14, Erişim: [http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_karar\\_detay.asp?](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_karar_detay.asp?), 1.5.2010. Aynı şekilde, AYİM'nin disiplinsizlikten dolayı YAŞ kararı ile TSK'den ayırma işlemlerine karşı açılan tazminat davalarının bir kısmını kusursuz sorumluluk yönünden incelendiği (Drl.Krl, 26.05.1994, 1994/13-12, esastan red), yahut bir kısmının incelenebileceği yönünde muhalefet görüşü ihtiva ettiği (1 nci D, 08.12.1998, 240/1028, AYİMD, S.13, s.967-971; Drl. Krl. 28.12.1995, E.1994/18, K.1995/31; 28.12.1995, 194/5, K.1995/30) görülmektedir.

<sup>287</sup> 1.D., 25.5.1999, 92/539.

<sup>288</sup> 1.D., 22.6.2000, 1999/121-2000/56, AYİMD, S.15, s.1047-1049. Ayrıca yuk. 8.12.1998 sayılı karar.

<sup>289</sup> 3.D., 7.6.2007, 61/858.

<sup>290</sup> Bkz. yuk. değinilen 3.D., 25.3.2003, 2004/303-2004/537 (tarih ve numaralar karardaki şekilde yazılmıştır).

AYİM, yine ceza aşımına uğradıktan sonra verilen cezanın yok hükmünde olduğundan uğranılan manevi zararın tazmini için doğrudan açılan tam yargı davasında ise; zaman aşımı süresi geçtikten sonra hukuka aykırı şekilde verilen disiplin cezası yargı denetimi dışında olmakla ve yok hükmünde bulunmamakla beraber, davacının uğradığı manevi zararın hak ve nesafet uyarınca kusursuz sorumluluk ilkesine göre karşılanmasının gerektiğine hükmetmiştir. AYİM, yargı denetimi dışı bir uyuşmazlıkta bu davada hizmet kusuruna dayanmaksızın, icradan dolayı uğranılan zararın kusursuz sorumluluk esaslarına göre tazminini kararlaştırırken şu gerekçeyi ortaya koymuştur:

*“... (D) davacının idarenin işleminden dolayı uğradığı zararın hak ve nesafet kuralı gereği karşılanması lüzumu ortadadır. Davacının, zaman aşımı dışında verilen ve yok hükmünde sayılması halinde hizmet kusuru oluşturabilecek cezaya ilişkin süresinde açtığı manevi tazminat davasının yasa hükmü gereği yargı denetiminin yapılmaması, başlı başına adalet ve hakkaniyet ilkelerine tezat teşkil etmektedir. Hal böyle olunca, üç gün göz hapsinde tutulmak gibi olağan dışı ve özel bir zarar bulunan davacının duyduğu elem ve üzüntünün giderilmesinin icap ettiği değerlendirilmiştir.”<sup>291</sup>*

AYİM, yokluk iddiasının kabul görmediği bir disiplin cezasına ilişkin incelemesizin red kararında davacının maddi ve manevi tazminat talebini de reddederken, yasama kısıntısının tam yargı davasını da kapsadığını belirtmektedir. Mahkeme, daha önce bir özeti verilen davada gerek cezanın verilmesi, gerekse infazı esnasında kötü davranılması (ceza kararı imzalamaması üzerine kendisine zor kullanıldığı ve kelepçe takıldığı, revire daha sonra da Asker Hastanesine sevk edildiğini, 7 gün psikolojik tedavi gördüğü, birliğine döndüğünde arka arkaya savunma ve yazılı uyarılar verildiği, cezanın hukuka aykırı olması nedeniyle bir üst amire yaptığı müracaatının da reddedildiği, savunmasını hazırlayabilmesi için sadece iki saatlik süre tanındığı, yeterince zaman tanınmadığını, savunma yazısında cezayı gerektiren eylemin açıkça belirtilmediği, savunmasının incelenmediğini ve iddialarının araştırılmadığı, cezanın infazı için yeterli hazırlık süresi tanınmadığını cezanın en yakın disiplin amiri tarafından verilmesi gerektiği kuralının ihlal edildiği, aslında disiplin cezasının gerektirecek bir eylemin bulunmadığı) sebebiyle işlemin yok hükmünde sayılmasının ve maddi ve manevi tazminat ödenmesinin istendiği davada;

*“Her ne kadar davacı tarafından miktarları ayrı ayrı belirtilmemekle birlikte maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulmuş ise de tazminata hükmedilebilmesi için işlemin dayanağını oluşturan disiplin cezasının hukuka uygun olup olmadığının denetlenmesinin zaruri olduğu, dolayısıyla işlemin hukuka uygunluk denetiminin yapılmasından sonra bu konuda hüküm verilmesinin gerekeceği dikkate alındığında davanın; doğrudan doğruya disiplin cezalarının yargı denetimine tabi olup olmaması sorunu ile ilgili bulunmasından ve disiplin amirlerince verilen cezalara karşı yargı denetimi yapılamayacağından, davacının tazminat ödenmesi istemiyle açtığı davanın da, inceleme kabiliyeti bulunmadığı sonuç ve kanaatine varılmıştır. **Bir başka ifadeyle yargı denetimi kısıntısı, tam yargı davalarını da kapsamaktadır.**”<sup>292</sup>*

<sup>291</sup> 3.D., 22.04.2004, 2003/675-2004/590, AYİMD, S.20, Erişim: [http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_karar\\_detay.asp?](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_karar_detay.asp?), 1.5.2010.

<sup>292</sup> 3.D., 18.9.2008, 873/1096.



Kararın karşı oyunda ise, yargı yerince verilmeyen hapis cezasından dolayı AİHS'nin ihlal edilmesinin söz konusu olduğu, bu yüzden esastan inceleme yapılması gerektiği savunulmakta ve bu çerçevede;

*“Oda hapsi disiplin cezasının kişi hürriyetini tahdit eden tutuklama mahiyetinde bulunduğu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından tespit edilmiştir. AİHS hükümleri ile 1602 sayılı Kanununun 21 nci maddesi arasında farklı hükümler bulunmaktadır. Uyuşmazlığın çözümünde Anayasanın 90 nci maddesi uyarınca temel hak ve hürriyetlere ilişkin AİHS nin 5 nci madde hükümlerinin esas alınması gerekir. Bu nedenle oda hapsi disiplin cezasının iptali ile manevi tazminata hükmedilmesine ilişkin isteminin esastan incelenmesi mümkündür.*

## SONUÇ

Fransa'da klasik okulun buluşu olan “yokluk teorisi” onu takip eden Eleştirel okul tarafından reddedilmiştir.<sup>293</sup> Buna göre hukuka uygunluk gibi aykırılığın da hukuk tarafından belirlendiği, işlemdeki hukuki eksikliğin, hükümsüzlüğün kabulü ile sonuçlarının hukuk alanına dahil olduğu, maddi eksikliğin ise hukukun dışında bir mesele olduğunu, işlem varsa bunun doğmuş olduğunun da kabulünün gerektiği, bu sebeple teorinin tutarsız olduğu ileri sürülmektedir. Öte yandan hukuki güvenlik bakımından bir işlemin maddi olarak var, ancak hukuken yok olarak nitelenmesi sakıncalıdır. İşlemin hukuk alanında aslında geçersiz fakat görünüşte hukuk alanında geçerli bir işlemin yaptırımının iptal olması gerekirken gerçeklik dünyasında yokluğundan söz etmek tutarsızdır.<sup>294</sup>

Genel kabul idare hukukunda yokluğun sübjektif ve soyut bir karakter taşıdığı, bu sebeple yokluk oluşturan hallerin izafi, farklı ve olayına özgü olduğudur. Hakim, her somut olayda, yokluğu mevcut hal ve şartları dikkate alarak ve özel bağlamına göre tespit ve tayin edecektir. Yokluk teorisinin doğasında içkin bu belirsizlik ve görecelik gerek doktrinde gerekse uygulamada kendini göstermektedir. Her şeyden önce, doğup geliştiği ülkedeki sistematize etmedeki çabaların yetersizliğine, mütereddit yaklaşımlara ve çekincelere rağmen, yokluğun, Türkiye’de genel bir tasdik gördüğü gibi geniş bir tatbik alanı bulduğu gözlemlenmektedir.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin kararlarına bakıldığında; Türk doktrininin ortaya koyduğu yaklaşıma paralel şekilde teorinin vardığı sınırların zorlandığı, yerli ve yabancı kaynaklara müracaatla ve mevcut başka içtihatlardan yararlanarak yokluk yaptırımının azami ölçüde uygulandığı gözden kaçmamaktadır. Bunun sebeplerinden biri AYİM'nin ilk ve son derece mahkemesi olması, diğeri YAŞ tasarrufları ve disiplin cezaları gibi yasama kısıntısı hallerini hukuk devleti çerçevesinde denetime tâbi kılma zorunluluğu ise, şüphesiz en önemlisi işin mahiyetidir. Gereği ne olursa olsun, yokluk konusundaki bu geniş tatbikat ister istemez kimi zaman teorik tutarsızlıkları ve olay bazında çelişkili çözümleri davet etmektedir.

Mahkeme'nin özellikle yokluk yaptırımı uyguladığı içtihatlarında, maddi ve hukuki yokluk ayırımına her fırsatta dikkat çekilmesine rağmen, bunların

<sup>293</sup> ULUŞAHİN, s.712-713, 732.

<sup>294</sup> ULUŞAHİN, s.732-733.

tanımında pek çok kez “varlık” ve “geçerlik” kavramlarının karıştırılması; yokluk iddiasının iptal davası formatında görülmesindeki kararlılığın yanı sıra varılan hükümlerdeki farklılık; her olguyu özenle ele alıp gerekçelendirmedeki yoğun ve tatminkar denebilecek mesaiye karşılık, bu yaklaşımın tam ve açık olarak sistematize edilememiş olması; yokluk halleri tümevarımcı şekilde tadadi olarak sayılıp örneklendirilirken, tündengelim yoluyla tahdidi ve kategorik tasniften uzak durulması; sakatlığın işlemin unsurlarında aranmasındaki görüş birliğine rağmen, bazen yokluğun hangi unsura tekabül ettiğinin anlaşılmasını; bir kısım basit ve salt kanun hükmü ihlallerinin ağır ve bariz hukuka aykırılık olarak kabulündeki isabet derecesinin tartışmaya açık olması gibi hususlar göze çarpmaktadır. Bununla beraber, yokluk davalarının azami dikkat ve özenle ele alınıp incelendiği, literatürün yakından takip edildiği, başka mahkemelerin içtihat birikiminden ve öğretiden büyük çapta yararlandığı da bir vakıdır.

### KAYNAKLAR

- ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz; “Yönetmel ve Anayasal Yargıda ‘Yokluk’”, **Amme İdaresi Dergisi**, C.28, S.2, Haziran 1995, s.3-10
- ANAYURT, Ömer; **Türk Hukukunda İdarenin Kusura Dayanan Sorumluluğu**, GÜŞBE, Ankara 1989, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)
- AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNLER, Murat/ KAYA, Cemil, **Türk İdare Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011.
- ARTUKMAÇ, Sadık; **Bizde İdarenin Murakabesi**, Ankara 1950
- BAL, Yakup/KARABULUT, Mustafa/ŞAHİN, Yahya; **İdari Yargılama Usulü İle İlgili Danıştay 10. Dairesinin Seçilmiş Kararları**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2000
- BALTA, Tahir; **İdare Hukuku Giriş**,
- BERK, Kahraman **İdari Yargılama Usulü Kanunu Kapsamında İlk İnceleme**, Alfa Yayınları, İstanbul, 2008
- CANDAN, Turgut; **İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2005
- DÜNDAR, Erol; “Maksat Denetimi (Nazariyeler, Türk ve Fransız İchtihatlarına Göre)”, **İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler I**, Ankara, Danıştay Yayınları, Ankara 1976, s.161-189
- ERGEN, Cafer; **İdari Yargılama Usulü Kanunu Şerhi**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008
- ERKUT; Celâl; “İdare Hukukunda Yokluk Teorisi”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Y.9, S.1-3, 1998, s. 69-91
- ; **İptal Davasının Konusunun Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Danıştay Başkanlığı Yayını, Ankara 1990
- EROĞLU, Hamza; **İdare Hukuku**, 4.B., Ankara, ?
- GİRİTLİ, İsmet; “Türk Devlet Şurası İchtihatlarına Göre İdarenin Yetkisini Saptırması”, İstanbul 1957,
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref; **Yönetim Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi, 21.B, 2004
- ; **Yönetmel Yargı**, Ankara, Turhan Kitabevi, 26.B., 2007

- GÖZLER, Kemâl; **İdare Hukuku**, C.I, Ekin Kitabevi, Bursa 2003
- GÜNDAY, Metin; **İdare Hukuku**, Ankara, İmaj Yayıncılık, 7. B, 2003
- KALABALIK, Halil; **İdari Yargılama Hukuku**, İstanbul, Değişim Yayınları, 2003
- KARAVELİOĞLU, Celal; **Açıklama ve En Son İçtihatlarla İdari Yargılama Usulü Kanunu**, C.I-II, 5.B, Ankara, 2001
- KAYA, Cemil, **İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi**, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, Beta, C. 1, İstanbul 2001
- KAYA, Cemil, **Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler**, Gazi Ü. HFD, C. IX, 2005
- OĞURLU, Yücel; "İdare Hukukunda 'Fiili Yol' ve Yargısal Denetimi", KHUKA, C.VI, S.I, Mart 2003, Turan YILDIRIM, **İdari Yargı**, Beta Yayınevi, İstanbul 2008 içinde, s.32-51
- ONAR, Sıddık Sami; **İdare Hukukunun Umumî Esasları**, C.I, İstanbul, Hak Kitabevi, 3.B, 1966
- ÖZAY, İl Han; **Günışığında Yönetim**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004
- ÖZDEMİR, Necdet; **Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu**, Ankara 1963
- ÖZGEN, Eralp; "İdari Tasarruflardaki Sakatlıklar", **AÜHFD**, C.XVII, S.1-4, Ankara 1960, s.284
- ÖZGÜLDÜR, Serdar; **AYİM Kararları Işığında Tam Yargı Davaları**, Yetkin Yayınları, Ankara 1996
- ÖZYÖRÜK, Mukbil; **İdare Hukuku Dersleri**, Ankara 1973 (Teksir)
- SARICA, Ragıp; "Yoklukla Malul İdari Kararlardan Dolayı İdarenin Mali Mesuliyeti Meselesi", **İHFM**, C.XIII, S.1-4, İstanbul 1947, s.904-905
- ; "İdare Hukukunda Yokluk ve Butlan", **Ebül'ulâ Mardin'e Armağan'dan Ayrı Bası**, İstanbul 1944, s.1191 vd
- SAVAŞ, Veysi; **Danıştay ve Askeri Yüksek İdari Mahkemesi Kararlarında İdari İşlemlerin Geri Alınması**, Kırıkkale Üniversitesi SBE Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale 2000
- TAN, Turgut; **İdari İşlemin Geri Alınması**, Ankara,1970,
- TANDOĞAN, Sabri; "Objektif ve Subjektif Tasarruflarda Yokluk", **İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler I**, Ankara, Danıştay Yayınları, Ankara 1976, s.82-106
- ULUŞAHİN, Nur; "Yokluk Teorisinin Anayasa Hukukunda Yeri ve Uygulanabilirliği", **Prof. Ergun ÖZBUDUN'a Armağan, C.II: Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara 2008, s.684
- YAYLA, Yıldızhan; **İdare Hukuku**, Beta Yayıncılık, İstanbul 2009
- ; **İdare Hukuku I**, İstanbul, 2.B., Filiz Kitabevi, 1990
- ; "Yer İtibariyle Yetki ve Yokluk", **Hukuk Araştırmaları**, MÜHFM, C.I, S.2, 1986, s.55

YENİCE, Kazım - ESİN, Yüksel; **Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usulü**, Ankara, Arısan Matbaacılık, 1983

YILDIRIM, Ramazan; **İdare Hukuku Dersleri II**, Mimoza Yayınları, Konya 2010

----- ; **İdari Başvuru**, Konya, Mimoza Yayınevi, 2.B., 2006

YILDIRIM, Turan; **İdari Yargı**, Beta Yayınevi, İstanbul 2008

YILDIRIM, Turan /YASİN, Melikşah/ ÖZDEMİR, H.Eyüp / ÜSTÜN, Gül / OKAY, Özge; **İdare Hukuku II**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2010

YORGANCIOĞLU, Erçetin; “Danıştay Yargılama Usûlünde Resen İnceleme Yetkisi”, **İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler I**, Ankara, Danıştay Yayınları, Ankara 1976, s.218-253