



YÜRÜTMENİN DURDURULMASI KURUMUNDA UYGULANMAKLA ETKİSİ TÜKENECEK İŞLEM SORUNSALI

Arş. Gör. Ahmet BAĞRIAÇIK *

Öz

2577 sayılı İYUK'un 27'nci maddesine, 6352 sayılı Kanunun 52'nci maddesiyle dâhil edilen, "uygulanmakla etkisi tükenecek işlem" kavramının idari işlem teorisi kapsamında incelenmesi gerekmektedir. Zira Danıştay içtihatlarında zaman zaman karşılaşmakla beraber, mevzuata ilk kez girmiş bir kavram söz konusudur. Yine 27'nci maddede 6526 sayılı Kanunun 17'nci maddesiyle başka bir değişiklik daha yapılmış ve kamu görevlileri hakkında tesis edilen bazı idari işlemler uygulanmakla etkisi tükenecek olan idari işlem kategorisinden çıkarılmıştır. Kategori dışına çıkarılan işlemlerin niteliği göz önünde bulundurulduğunda, "uygulanmakla etkisi tükenecek işlem" kavramının anlamı daha da karmaşık bir hal almaktadır.

Bu çalışmada, idari işlem teorisi ve özellikle idari işlem türleri açısından "uygulanmakla etkisi tükenecek işlem" kavramının yeri tespit edilmeye çalışılmıştır. 6526 sayılı Kanun'la, ilgili kategorinin dışına çıkarılan işlemlerden özellikle geçici ve sürekli görevlendirme işleminin hukuki niteliği söz konusu kavram kapsamında ele alınmıştır. Ayrıca değişikliğin mahkemeye erişim hakkına olan etkisi değerlendirilmiştir. Çalışmaya ışık tutması amacıyla doktrin ve içtihattan faydalanılmıştır.

* Arş. Gör., Osmaniye Korkut Ata Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri ABD, Osmaniye, Türkiye | Asst., Osmaniye Korkut Ata University, Faculty of Economics And Administrative Sciences, Political Science and Public Management Department, Department of Law, Osmaniye, Turkey.

✉ ahmetbagriacik@osmaniye.edu.tr • ORCID 0000-0001-9288-2343

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: BAĞRIAÇIK Ahmet, "Yürütmenin Durdurulması Kurumunda Uygulanmakla Etkisi Tükenecek İşlem Sorunsalı", *SÜHFD.*, C. 29, S. 1, 2021, s. 693-721.

🔍 **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

Anahtar Kelimeler

Yürütmenin Durdurulması • Uygulanmakla Etkisi Tükenecek İşlem • Geçici ve Sürekli Görevlendirme • Hukuk Devleti • İdarenin Yargısal Denetimi

ADMINISTRATIVE ACTIONS THAT END OF EFFECT BY IMPLEMENTING ON SUSPENSION OF EXECUTION

Abstract

The concept of "administrative action that end of effect by implementation", which is included in the 27th article of the administrative procedure act numbered 2577, article 52 of the Law numbered 6352, should be examined within the scope of the administrative action theory. Again another amendment was made Article 17 of Law No. 6526 and some administrative actions was removed from the category.

In this study aims to determine the place of the concept of "administrative action that end of effect by implementing" in terms of administrative action theory and especially the types of administrative actions. In addition, with the Law No. 6526, the actions that are taken out of the relevant category and especially the legal nature of temporary and permanent assignments from them are considered within the scope of this concept and the effect of this change on the right of access to the court is evaluated.

Key Words

Suspension of Execution • Administrative Actions That End of Effect by Implementing • Temporary and Permanent Assignments • The Rule of Law • The Judicial Review of The Administration

1. Giriş

Yürütmenin durdurulması idari yargılama usulüne özgü, iptal davalarına sıkı sıkıya bağlı bir kurumdur. Yürütmenin durdurulması, bir yandan iptal davalarında ilgililer için vazgeçilmez bir güvence oluştururken, diğer yandan idarenin yargısal denetiminde etkinlik sağlar¹. Başka bir deyişle, kurum marifetiyle bir taraftan dava sonuçlanana kadar işlemin muhatabı işlem den etkilenme ihtimalini ötetelerken, diğer taraftan idarenin hukuka uygun davranma yükümlülüğü, şartların oluşması halinde, en kısa sürede denetlenmiş olur. Bu haliyle yürütmenin durdurulması, adil yargılanma hakkı ve hak arama özgürlüğünün gerçek anlamda

¹ YENİCE, Kazım – ESİN, Yüksel; İdari Yargılama Usulü, 1983, s. 575.

somutlaştığı en kilit kurumlardandır². Öyle ki Anayasanın 125'inci maddesinin 5'inci ve 6'nci fıkralarında yürütmenin durdurulması kurumuna özellikle yer verilmiştir³.

Bilindiği üzere yürütmenin durdurulması sadece iptal davasında talep edilebilir⁴. Kural olarak, idari işleme karşı iptal davası açılmış olması o işlemin yürütmesini durdurmaz⁵. İdarenin kamu gücüyle donatılmış olması nedeniyle, yapmış olduğu idari işlemlerin icrai nitelikte olması ve aynı zamanda hukuka uygunluk karinesinden faydalanan olması, davanın açılmasının işlemin yürütmesini durdurmamasına gerekçe olarak gösterilmektedir⁶. Dolayısıyla açılan bir iptal davasında dava konusu işlemin yürütülmemesi için yürütmenin durdurulması mahkemeden talep edilmelidir.

Çalışmanın çizilen çerçevesini aşmamak amacıyla, burada yürütmenin durdurulmasına ilişkin genel bilgilere (bu kapsamda yürütmenin durdurulması başvurusunun şartlarının tamamına, karar verilebilmesi için gerekli olan şartlara, verilen karara ilişkin itiraz sürecine vb.) yer verilmeyecektir. Ancak yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için idarenin savunmasının gerekip gerekmediği sorununa, uygulanmakla etkisi tükenecek işlem kavramı ve bazı idari işlemlerin bu kavramın kapsamından çıkarılması hususunun varlık nedenini teşkil ettiği için değinmek zaruridir.

² ULUSOY, Ali D.; İdari Yargılama Usulü, 2020, s. 196-197.

³ Buna göre "(5) İdari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebilir. (6) Kanun, olağanüstü hallerde, (...) seferberlik ve savaş halinde ayrıca milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık nedenleri ile yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlayabilir."

⁴ Tam yargı davasında da zarar doğuran idari kaynağın varlığını sürdürüyor olması ihtimali nedeniyle, yürütmenin durdurulması kurumuna yer verilmesinin gerektiği yönünde görüş için bkz. KARAHANOGULLARI, Onur; İdari Yargı, Ankara 2019, s. 531-532.

⁵ İYUK'un 27'nci maddesinin 4'üncü fıkrasında yer alan vergi uyumsuzluklarına ilişkin açılan davalarda, davaların açılması, tarh edilen vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümlerin ve bunların zam ve cezalarının dava konusu edilen bölümünün tahsil işlemlerini durdurur.

⁶ KABOĞLU, İbrahim Özden; "Yürütmenin Durdurulması", Ankara Barosu Dergisi, Y. 1976, S. 4, s. 639-641.

2. Kavramın Ortaya Çıkış Sebebi Olarak: İdarenin Savunmasının Alınması

2012 yılında⁷ İYUK'un 27'nci maddesi değiştirilmeden evvel, yürütmenin durdurulması talebi sonucu Danıştay; talebin davalının birinci savunması alındıktan sonra yeniden karar verilmek üzere kabulüne, talebin davalının savunması alındıktan sonra incelenmesine veya talebin reddine karar verebilmekteydi⁸. Bu kararlardan, davalının birinci savunması alındıktan sonra yeniden karar verilmek üzere yürütmenin durdurulması kararı, İstanbul İdare Mahkemeleri⁹ ve Danıştay¹⁰ tarafından verilmiş, bu kararlar aracılığıyla ilgililerin zaman kaybetmeksizin idari işlemlerin telafisi güç ve imkânsız zararlarından korunması mümkün hale gelmiştir¹¹. Mevzuatta açıkça düzenlenmeyen savunma alındıktan sonra yeniden karar verilmek üzere yürütmenin durdurulması kararına karşı yapılan itirazlarda itiraz mercilerinin, kararı veren yargı yerince yeniden bir karar

⁷ 02.07.2012 tarih ve 6352 sayılı Kanunun 52'nci maddesi.

⁸ Mevzuatta yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için idarenin savunmasının alınması zorunluluğu daha önce 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 128'inci maddesinin 2'nci fıkrasında düzenlenmiş fakat Anayasa Mahkemesi ilgili hükmü iptal etmiştir. AYM, E. 2006/20, K. 2006/25, T. 22.02.2006, RG. T. 10.1.2007 S. 26399. İlgili hükmün içeriği ve AYM'nin iptal kararının detayına ilerde değinilecektir.

⁹ "(...) davalı idarenin birinci savunması alınıp yürütmenin durdurulması istemi hakkında yeniden bir karar verilinceye ya da cevap verme süresi geçirilinceye kadar KABULÜNE, davalı idarenin savunma yapabilmesi için 30 gün süre verilmesine, savunma verilmemesi halinde dosyada mevcut bilgi ve belgelere göre karar verileceği hususunun davalı idareye duyurulmasına (...)" karar verilmiştir. İstanbul 4. İdare Mahkemesi, E. 2006/1671, T. 8.5.2006, Aktaran: KANDİL, Hamit Ali; İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007, s. 62. "(...) katkı payının yatırmayan öğrencinin üniversite ile ilişkisinin kesilmesi işlemine karşı açılan davada işlemin uygulanmasının davacının giderilmesi güç zararlarına neden olabileceği sonucuna varıldığından savunmaya kadar kabul kararı (...)" verilmiştir. İstanbul 4. İdare Mahkemesi, E. 2006/1917, T. 20.6.2006, Aktaran: KANDİL, s. 62.

¹⁰ "(...) kamu kurumlarında görev yapan doktorlara (...) tarihinden itibaren özel muayenehane açma yasağı getirilmesine ilişkin dava konusu işlemin, davalı idarenin savunması gelinceye kadar yürütülmesinin durdurulmasına; davalı idarenin savunma süresinin 15 günle sınırlandırılmasına; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinin 4. fıkrası uyarınca tebligatın memur eliyle yapılmasına, (...) oyçokluğuyla karar verildi." D. 5. D. E. 2010/4406, T. 21.7.2010 (Kazancı). Benzer yönde bkz. D. 10. D. E. 2009/2419, T. 3.7.2009 (Kazancı).

¹¹ GÖK, Hasan; "İdari Yargıda 6352 Sayılı Kanun ile Meydana Gelen Değişikliklerin Değerlendirilmesi", İstanbul Barosu Dergisi, C. 86, S. 6, Y. 2012, s. 117.

verilecek olması nedeniyle itirazı reddetme eğiliminde olduğu gözlenmiştir¹². Aslan'a göre, 2012 yılında yapılan düzenleme, savunma olgusunun mevzuatta olmayışı kaygısını gidermekten ziyade yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlandırma amaçlıdır¹³.

Yapılan kanun değişikliği ile İYUK'un 27'nci maddesinin 2'nci fıkrasının ilk cümlesi, "*Danıştay veya idari mahkemeler, (...) davalı idarenin savunması alındıktan veya savunma süresi geçtikten sonra gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebilirler. Uygulanmakla etkisi tükenen olan idari işlemlerin yürütülmesi, savunma alındıktan sonra yeniden karar verilmek üzere, idarenin savunması alınmaksızın da durdurulabilir*" şeklinde değiştirilmiştir. Dolayısıyla artık mahkemeler eğer işlem uygulanmakla etkisi tükenmeyecek türde ise, idarenin savunmasını almadan yürütmenin durdurulması talebine ilişkin herhangi bir karar veremeyecekleri söylenebilir. Ancak uygulanmakla etkisi tükenmeyecek türde bir işlem için yürütmenin durdurulması talep edildiğinde, kanunda hâkimi idarenin savunmasını aldıktan sonra yeniden bir karar verilmek üzere savunma alınmaksızın yürütmenin durdurulması kararı verme adına sınırlayıcı bir hüküm mevcut değildir. Söz konusu hükmün hak arama özgürlüğünü sınırlandırıcı niteliği de göz önünde bulundurulduğunda mevcut hüküm geniş yorumlayarak bu sonuca varmak mümkündür. Çünkü hüküm sonuç itibarıyla, uygulanmakla etkisi tükenen türdeki işlemler adına idare aleyhine bir sınırlandırma içermektedir. Dolayısıyla uygulanmakla etkisi tükenmeyecek bir işlem için savunma alınmaksızın verilecek bir yürütmenin durdurulması kararı sırf savunma alınmadığı için mevcut düzenlemeye aykırı olmayacaktır.

Bu değişiklikte birlikte hâlihazırdaki düzenlemeler sebebiyle yürütmenin durdurulması kararı verilmesi çok zor iken¹⁴ yeni bir kısıtlama hükmü daha yürürlüğe konulmuştur. Aynı değişiklik kapsamında, savunma alınma zorunluluğu düzenlemesine bir istisna getirilerek, uygulanmakla etkisi tükenen türde bir işlem için yürütmenin durdurulması

¹² TEKİNSOY, Ayhan; İdari Yargılama Hukukunda Yürütmenin Durdurulması, Ankara 2013, s. 180-181.

¹³ ASLAN, Zehrettin; İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması, 3. Baskı, Ankara 2017, s. 86.

¹⁴ ASLAN, s. 71-85.

talebinin mevcut olması halinde, idarenin savunması alınmaksızın bu talebin karara bağlanabileceği öngörülmüştür¹⁵. Maddenin değişiklik gerekçesinde savunma alınmasının kural olduğunun belirtilmesi dışında bir açıklamaya yer verilmemiş olup, “yürütmenin durdurulması müessesesi kısmen revize edil(diği)” ifade edilmiştir¹⁶.

¹⁵ “Dava konusu işlemlere bakıldığında, bu işlemlerin uygulanmakla etkisi tükenecek işlemler kategorisinde olduğu anlaşılmaktadır. Çünkü, davaya konu işlemlerin doğal sonucu olarak her yıl yenilenen protokolün feshedilerek yeni protokolün imzalanmaması sebebiyle Sosyal Güvenlik Kurumunun sağlık güvencesi kapsamında bulunan ve davacı Üniversite hastanesinde yatarak ya da ayakta tedavi gören hastaların, 5510 Sayılı Kanun’un sağladığı tedavi yardımıyla faydalanma imkanı ortadan kaldırıldığı için ya doktor ve hastanelerini değiştirmeleri ya da burada tedavilerine devam etmeleri halinde masraflarını kendileri ödemek zorunda kalacağı, bu durumun da maddi imkanı elverişli olmayan kronik veya ağır hastalar için geri dönülemez sonuçlara yol açma ihtimali taşıdığı açıktır.” D. 15. D. E. 2016/1583, T. 18.3.2016 (Kazancı); “(...) Komutanlığı’na bağlı (...) Komutanlığı’nda görevli olan davacı tarafından, 06 Kasım 2019 tarihinde tebliğ edilen (...) 15 gün içerisinde lojmandan tahliyesine ilişkin 31.10.2019 tarih ve (...) sayılı işlemin iptali ve yürütmenin durdurulması istenilmektedir. Dava konusu (...) işlemin, lojman tahliyeye ilişkin olması ve uygulanmakla etkisi tükenecek nitelikte bulunması nedeniyle, olayın niteliği ve davanın durumuna göre davalının birinci savunması (...) alındıktan (...) sonra yeniden incelenmesine kadar 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 27. maddesinin 2. fıkrası uyarınca yürütmesinin durdurulmasına (...) karar verildi.” Ankara 6. İdare Mahkemesi, E. 2019/2129, T. 14.11.2019 (Yayınlanmamıştır). Benzer yönde bkz. D. 15. D. E. 2015/665, T. 20.03.2015 (Kazancı); D. 15. D. E. 2014/9839, T. 18.12.2014, <http://www.venturagumruk.com/mevzuat/mevzuatlar/29486.pdf>, Erişim Tarihi: 13.02.2021.

¹⁶ <https://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0565.pdf>, s. 35, Erişim Tarihi: 27.10.2020. Değişikliğin muhalefet şerhinde, “yapılan değişiklikle, yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için bu maddede (İYUK 27) aranan iki koşula, bir üçüncü koşul daha getiril(ildiği)”, bu yeni şartın “Anayasanın 125’inci maddesinin beşinci fıkrasında, yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için aranan koşullar arasında mevcut” olmadığı ve bu nedenle, Anayasanın anılan düzenlemesine aykırı olduğu, “idarenin savunmasının alınmasına gerek duyulmaksızın verilen yürütmenin durdurulması kararlarının sayısı(nın) ender denilebilecek kadar az” olduğu eleştirileri dile getirilmiştir. Bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss278.pdf>, s. 137-138, Erişim Tarihi: 27.10.2020. Yine muhalefet şerhinde değişikliğe ilişkin bir çelişkiye de vurgu yapılmıştır. Şöyle ki, yapılan değişikliğe göre, “dava dilekçesi ve eklerinden yürütmenin durdurulması isteminin yerinde olmadığı anlaşılırsa, davalı idarenin savunması alınmaksızın istem reddedilebilir” hükmünü ihtiva etmektedir. Yani dava dosyasına ilk bakışta yürütmenin durdurulmasının gerekli olmadığı kanaatine varılırsa savunma istenmeksizin talep reddedilebilecekken, tam tersi durumda yani ilk bakışta telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olduğu anlaşılırsa dahi, idarenin savunmasının istenememesi için işlemin uygulanmakla etkisi tükenecek bir işlem kategorisinde olması gerekmektedir. Muhalefet şerhinde bu husus, “dava dilekçesi ve eklerinden, yürütmenin durdurulması isteminin kabulünün yerinde

Anayasanın 125'inci maddesinde yürütmenin durdurulması kurumu, kararın verilebilmesi için gereken şartları içerecek bir biçimde düzenlenmiştir¹⁷. Normlar hiyerarşisinin bir gereği ve sonucu olarak, İYUK'un 27'nci maddesinde düzenlenen yürütmenin durdurulması kararı verebilme şartlarına, anayasada yer almayan bir şart eklenebilir mi? Anayasa mahkemesi daha önce vermiş olduğu bir kararda bunun mümkün olmadığına karar vermiştir¹⁸. Dolayısıyla mahkemeye göre,

olacağı anlaşılan davalarda, idarenin savunma verebilmesi için gerekli zaman dilimi araya konularak, yürütmesi derhal durdurulması gereken idari işlemin bir süre daha uygulanmasına olanak sağlamak olduğu anlaşılmaktadır" şeklinde ifade edilmiştir. Bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss278.pdf>, s. 137, Erişim Tarihi: 27.10.2020. Buna karşın değişiklik, "getirilen düzenlemeyle uygulamada mahkemelerin ellerini güçlendirecek yasal bir zemin oluşturulması amaçlandığı bu bağlamda getirilen düzenlemenin uygulama ile paralellik sağlanması açısından bir revize hüküm niteliğinde olduğu" gerekçesiyle savunulmuştur. Bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss278.pdf>, s. 78, Erişim Tarihi: 27.10.2020.

¹⁷ Buna göre yürütmenin durdurulması, "uygulanması halinde telifisi güç veya imkânsız zararların doğması" ve "idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması" şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek verilebilen bir mahkeme kararıdır.

¹⁸ 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 128. maddesinin 2'nci fıkrasında yer alan, "Fon Kurulu kararlarına karşı açılacak idari davalarda yürütmenin durdurulması talepleri için ayrıca duruşma yapılır. Bu halde 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 17 nci maddesinin (5) numaralı fıkrasındaki otuz günlük süre uygulanmaz. Yürütmenin durdurulması talepleri, Fonun savunması alınmadan karara bağlanamaz. İlgili taraflar yürütmenin durdurulması talebinin kendisine tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde savunmasını vermek zorundadır. Aksi halde savunma beklenmeksizin karar verilir" hükmünün "Danıştay'ın yürütmeyi durdurma kararı verme yetkisini tümüyle ortadan kaldırmadığı, ancak davanın açıldığı tarihten itibaren somut olayın özelliklerini dikkate alarak yürütmenin durdurulması tedbirine başvurmasını engellediği, ayrıca davacının yürütmenin durdurulması isteminin karara bağlanmasının geciktirildiği gibi davalı idarenin savunma süresinin de kısıtlandığı, böylece davacının hak arama, davalının ise savunma haklarının kısıtlandığı" gerekçeleriyle anayasaya aykırı olduğu iddiasını ciddi gören Danıştay'ın 13. Dairesi, ilgili hükmün iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur. Mahkeme yapmış olduğu incelemede Anayasa'nın 125'inci maddesine de atıfta bulunarak, "Anayasa'da yürütmenin durdurulması ile ilgili olarak başka bir koşul bulunmamaktadır. Buna karşılık itiraz konusu kurala göre "idari işlemin uygulanması halinde telifisi güç veya imkânsız zararın doğması" durumu davanın ilk aşamasında belirlense bile yürütmenin durdurulması kararı verilemeyecek ve süresi kısaltılsa da öncelikle Kurumun savunması alınıp duruşma yapılacağından belli bir sürenin geçmesi gerekecektir. Bu itibarla itiraz konusu kural her ne kadar yürütmenin durdurulması koşullarını değiştirmemekte ise de, mahkemelerin bu konuda karar vermesini geciktirerek kişilerin telifisi imkânsız zararlarla karşılaşmalarına yol açacak niteliktedir. İdari yargıda yürütmenin durdurulması kararıyla güdülen amacın kişilerin hak arama özgürlüklerini daha etkili biçimde kullanabilmelerini sağlamak olduğu gözetildiğinde, böyle bir

anayasada belirtilen iki şartın birlikteliği dışında başkaca bir şartın öngörülmesi, hak arama özgürlüğünü kısıtlamaktadır.

İYUK'un 27'nci maddesinin, 6352 sayılı Kanununun 52'nci maddesiyle değiştirilen 2'nci fıkrasına karşı açılan iptal davasında, Anayasa Mahkemesi'nin benzer yönde bir iptal kararı vermesi beklenirken, ret kararı vermiştir¹⁹. Mahkemeye göre işlemin uygulanması halinde etkisinin tükenip tükenmemesi üzerinden bir ayırım yapılarak savunma mekanizması öngörülmesi Anayasa'nın 125'inci maddesinde belirtilen şartlara yeni bir sınırlama şartı ekleme anlamına gelmemektedir. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Anayasa Mahkemesi'nin önceki içtihadından neden ayrıldığı ile ilgili doyurucu bir değerlendirme yapması gerekmektedir²⁰.

durumun Anayasa'nın 125. maddesinin beşinci fıkrasında öngörülen "idari işlemin uygulanması halinde telifisi güç veya imkânsız zararın doğması" koşulunu etkisiz kılarak yürütmenin durdurulması kararlarıyla gerçekleştirilmek istenen hukuksal yararı olumsuz yönde etkileyeceğinden bu yönden davacının, otuz günlük savunma süresini yedi güne indirerek davalının hak arama özgürlüğünü de zedeleyeceği açıktır (...)" sonucuna varmış ve ilgili hükmün iptaline karar vermiştir. AYM, E. 2006/20, K. 2006/25, T. 22.02.2006, RG. T. 10.1.2007 S. 26399.

¹⁹ Mahkemeye göre, "Kurallarda "uygulanmakla etkisi tükenmeyecek idari işlemler" yönünden idarenin savunmasının alınmasının öngörülmesi ise Anayasa'nın 125. maddesinde belirtilen koşulları değiştiren veya bu koşullara aykırılık teşkil eden bir düzenleme olmayıp idareye yöneltilen iddia karşısında kendisini savunabilme imkânı sağlamaktadır. Bu yönüyle kuralların Anayasa'nın 125. maddesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır. (...) Kurallarda, sadece uygulandığı anda telifisi güç veya imkânsız zararlar doğurması ihtimali bulunmayan ancak belli bir süre uygulanmakla telifisi güç veya imkânsız zararlar doğurma ihtimali olan 'uygulanmakla etkisi tükenmeyecek idari işlemler' yönünden idarenin savunmasının alınması şartının getirildiği, fakat bu tür idari işlemlerin niteliği sebebiyle bunlar yönünden idarenin savunmasının alınması nedeniyle meydana gelecek gecikmenin, kişilerin telifisi güç veya imkânsız zararlarla karşılaşması sonucunu doğurmayacağı, dolayısıyla bu yönden de kuralların hak arama özgürlüğünü sınırlayan bir yönünün bulunmadığı görülmektedir (...)" ve ilgili hüküm anayasaya aykırı değildir. AYM, E. 2012/100, K. 2013/84, T. 4.7.2013, RG. T. 02.08.2013, S.28726.

²⁰ Nitekim ilgili kararın karşı oylarında bu duruma ve Mahkeme'nin eski içtihadına vurgu yapılmıştır. Detay için bkz. AYM, E. 2012/100, K. 2013/84, T. 4.7.2013, s. 77 vd. Örneğin İYUK'un 27'nci maddesine, 5.4.1990 günlü ve 3622 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesiyle "Bu iki şartın (idari işlemin uygulanması halinde telifisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idarî işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartları) birlikte gerçekleşmediği durumlarda yürütmenin durdurulması karan verilemez. Yürütmenin durdurulması kararının gerekçesinde bu iki şartın ne suretle gerçekleşmiş olduğunun da açıkça gösterilmesi gerekir" cümleleri eklenmiştir. İlgili düzenlemeye karşı açılan iptal davasında Anayasa Mahkemesi, "Getirilen yeni hükümlerle Anayasa ile belirlenen yürütmenin durdurulması koşullarında herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Diğer bir anlatımla,

Ayrıca kararda, savunma alınmasına ilişkin getirilen sınırlama hükmünün neden yeni bir şart teşkil etmediğinin gerekçesi de mevcut değildir. Nihayet getirilen düzenlemenin, yürütmenin durdurulması kararının verilmesinin sınırlanmasını düzenleyen Anayasa'nın 125'inci maddesinin 6'ncı fıkrası çerçevesinde tartışması gerekmektedir.

Daha önce de ifade edildiği üzere, 6352 sayılı Kanununun 52'nci maddesiyle getirilen yeni düzenleme sadece savunma alınmasına ilişkin değildir. Aynı düzenleme kapsamında idari işlemler açısından yeni bir ayırım yasa koyucu tarafından "icat edilmiştir". Buna göre, eğer idari işlem uygulanmakla etkisi tükenecek nitelikte ise idarenin savunma alınmadan yürütmenin durdurulması talebi hakkında karar verilebilecek ve bu karar idarenin savunması geldikten sonra tekrar incelenecektir. Dolayısıyla idari işlem teorisi bağlamında ilgili ayırma değinmek zaruridir.

3. İdari İşlem Teorisi Bağlamında: Uygulanmakla Etkisi Tükenecek İşlem

Hukuki işlemlerin bir kısmını, kamu hukuku alanındaki işlemlerin ise büyük bir bölümünü oluşturan idari işlem²¹, idari işlevin yerine getirilmesi için yapılan işlemleridir²². Bu kapsamda idari işlemi, kamu gücü kullanılarak yapılan, kişi veya nesnelere hukuki durumlarını etkileyen, tek yanlı irade açıklaması olarak tanımlamak mümkündür²³. İdari işlemler, tek yanlı ve icrai olma, hukuka uygunluk karinesinden yararlanma ve yargısal denetime tabi olma gibi özelliklere sahiptir. Yine idari işlemler, çeşitli açılardan türlerine ayrılarak incelenmektedir. Klasik olarak idari işlemler, maddi açıdan düzenleyici – birel işlem (şart işlem/sübjektif işlem), iradenin açıklanması bakımından tek – çok iradeli işlem ve açık – zımni işlem, hukuki etkisine göre ise emredici/yapıcı –

Anayasa'nın 125. maddesinin GETİRDİĞİ sınırlama dışında yeni bir sınırlama getirilmemiş ve Anayasa'da ve yasada yer alan hükümlere yeni bir anlatım biçimi ile yaklaşmıştır (...)" görüşüyle düzenlemenin anayasaya aykırı olmadığını ifade ederken 125'inci maddedeki sınırlama sebeplerinin aşılmış aşılmadığını kararında tartışmıştır. Karar için bkz. AYM, E. 1990/20, K. 1991/17, T. 21.06.1991, RG. T. 30.09.1992, S. 21361.

²¹ ERKUT, Celal; İdari İşlemin Kimliği, Ankara 2015, s. 9.

²² GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, Ankara 2011, s. 121.

²³ AKYILMAZ, Bahtiyar – SEZGİNER, Murat – KAYA, Cemil; Türk İdare Hukuku, Ankara 2015, s. 379.

yararlandırıcı/yükümlendirici – etkisi devam eden/geçici işlem alt ayrımları kapsamında ele alınmaktadır.

6352 sayılı Kanun'un gerekçesinde örnek olarak yıkım ve sınır dışı etme kararları belirtilmişse de, idare hukukunda gerek pozitif hukuk metinlerinde gerek yargı içtihatlarında gerek doktrinde ve idare hukuku kitaplarında böyle bir ayrı idari işlem kategorisine teknik olarak yer verilmemektedir²⁴. Ancak idare hukuku literatürüne “kazandırılan” uygulanmakla etkisi tükenecek işlem türünün idari işlem teorisi kapsamında anlamlandırılabilir olması gerekmektedir. Danıştay'ın uygulanmakla etkisi tükenecek idari işlemi tanımladığı kararları mevcuttur²⁵. İlgili tanıma yeri geldiğinde değinilecek olmakla birlikte, öncelikle işlem teorisi açısından uygulanmakla etkisi tükenecek işlem türünün yerinin tespit edilmesi gerekmektedir.

3.1. İcrai – Etkili İşlem

Bilindiği üzere idari işlemlerin en önemli ve karakteristik özelliklerinden birisi icrailiktir. İdari işlemler, ilgilinin rızasına gerek duymaksızın hukuki durumları üzerinde bir takım değişiklikler yaratma özelliğine sahiptir ve bu durum idari işlemin icrai olmasından kaynaklanmaktadır²⁶. İdarenin tek yanlı hukuki sonuç doğuran işlemlerine icrai işlem yerine, “etkili işlem”, “idare edilenlerin hukukunu etkileyen işlem”, “kesin ve yürütülmesi gereken işlem” gibi ifadeler de kullanılmaktadır²⁷.

Esasında icrailik ile ifade edilmek istenen, işlemin hukuki etkisidir²⁸. Diğer bir deyişle, idari işlemler icrailik özelliklerini oluştukları anda

²⁴ ULUSOY, s. 198.

²⁵ Danıştay uygulanmakla etkisi tükenecek idari işlemi, “(...) uygulanmakla tamamlanan, uygulandıkları takdirde geri döndürülemez sonuçlara yol açan ya da yol açma olasılığı bulunan, bu özellikleri itibarıyla da haklarında acil olarak karar verilmesi gereken işlemler (...)” olarak tanımlamaktadır. D. 15. D. E. 2015/665 T. 20.3.2015 (Kazancı); D. 15. D. E. 2016/1583 T. 18.3.2016 (Kazancı)

²⁶ GÜNDAY, s. 124. Erkut'a göre, “Kamu gücü ve kudretinin, üçüncü kişiler üzerinde, ayrıca bir başka işlemin varlığına gerek olmaksızın, doğrudan doğruya çeşitli hukuki sonuçlar doğurmak suretiyle etkisini gösterdiği işlemler (...)” icraî niteliktedir. ERKUT, s. 144.

²⁷ SEZGİNER, Murat, İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı, Ankara 2000, s. 44.

²⁸ AKYILMAZ – SEZGİNER – KAYA, s. 387.

bünyelerinde barındırırlar²⁹. İdari işlemlerin bu tek yanlı hukuki etki özelliği icrailik/etkililik olarak adlandırılır³⁰. İdari işlemin yürürlüğe girişi, kesinliği, ilgilinin menfaatini etkilemesi hususları, icrailik özelliğinden ziyade iptal davasının konusunu oluşturma bakımından anlam ifade etmektedirler³¹. 6352 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik, iptal davası açılan bir davada istenebilecek yürütmenin durdurulması talebine ilişkin olduğu için evleviyetle icrai özelliğini bünyesinde barındıran idari işlemlere ilişkindir³². Çünkü yürütülmesi gereken işlemle icrai işlem kast edilmektedir. Dolayısıyla bahse konu olan uygulanmakla etkisi tükenen idari işlemlerin icrailik unsuru yönünde tartışılacak herhangi bir yönü bulunmamaktadır.

Meseleye bu açıdan yaklaşıldığında uygulanmakla etkisi tükenen işlem türü işlemin etki ögesine vurgu yaptığı için, işlemin etkisi yönünden yapılan ayırım ve dolayısıyla bizi etkili/etkisiz işlem ayırımına yönlendirmektedir³³. Ancak bu yönlendirme de yanıltıcıdır. Çünkü etkisiz bir işlemin iptal davasına konu edilebilmesi ve dolayısıyla yürütmesinin

²⁹ ERKUT, s. 143.

³⁰ KARAHANOĞULLARI, Onur; İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler, Ankara 2018, s. 279. (KARAHANOĞULLARI, Yasallık)

³¹ AKYILMAZ – SEZGİNER – KAYA, s. 387.

³² Zira İYUK'un 14'üncü maddesi uyarınca idari davaya konu olacak idari işlem, kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olmak zorundadır.

³³ Doktrinde işlem türleri kapsamında etkili ifadesine "Etkisi Devam Eden / Geçici İdari İşlem" ayrımı şeklinde (AKYILMAZ – SEZGİNER – KAYA; s. 408), "Hukuki Etkisini Yitirmiş İşlemler" şeklinde (ERKUT, s. 183) veya "Etkili-Etkisiz İdari İşlemler" şeklinde (YILDIRIM, Turan – YASİN, Melikşah – KARAN, Nur – ÖZDEMİR, H. Eyüp – ÜSTÜN, Gül – OKAY TEKİNSOY, Özge; İdare Hukuku, İstanbul 2015, s. 406 (YILDIRIM vd.)) yer verilmektedir. Nitekim her iki ayırımın da hukuki nitelik itibarıyla konumuzla ilgisi yoktur. Örneğin YILDIRIM vd.'na göre etkisiz işlem, "(...) ilgililer hakkında hukuki sonuç doğurmazlar, hazırlık, görüş, öneri, tavsiye niteliğindeki işlemler bireyler veya nesnelere üzerinde hukuki etkide bulunma"yan türdeki işlemlerdir. "Hatta bu işlemler idari işlem olarak dahi kabul edilmemektedirler." YILDIRIM vd., s. 406. Benzer yönde bkz. KARAHANOĞULLARI, Yasallık, s. 279. Karahanoğulları'na göre işlemin 3 tür etkisi mevcuttur. Yönetmel, hukuki ve maddi etki. Sadece yönetmel etkiye sahip olan "Hukuksal ve fiili durumun saptanması, açıklanması, belirginleştirilmesi, yorumlanması, idari örgüte veya bireylere bir kez daha duyurulması vb. gibi amaçlarla açıklanan iradeler" hukuki ve maddi etkisi olmayan ve dolayısıyla hukuk öznelerinin statülerinde veya kurallar düzenindeki sonucuna tesir etmeyen işlemlerdir. Ki bu tür işlemler için etkisiz idari işlemler terimi yerine, etkisiz işlemler terimini kullanmak daha uygun olacaktır. KARAHANOĞULLARI, Yasallık, s. 278.

durdurulmasının talep edilmesi mümkün değildir. İdarenin irade açıklaması, hukuki sonuç doğurduğu zaman etkilidir ve bu etkisi nedeniyle idari işlem sayılır³⁴. Dolayısıyla bahse konu işlem türü etkili bir idari işlemdir³⁵.

Bu türdeki işlemlerin etkili olduğu tereddütsüz ise işleme karakterini veren husus etkinin tükenip tükenmediği midir? Doktrinde işlemin etkisinin tükenip tükenmediği olgusu genellikle düzenleyici işlem – birel işlem ayrımında kullanılan bir argümandır³⁶. Örneğin AKYILMAZ – SEZGİNER – KAYA’ya göre idari işlem, “(...) *ya geneli soyut, sürekli ve kişilik dışı ya da özel, somut bir kere uygulanmakla tükenen, kişisel bir düzenlemedir*”³⁷. YILDIRIM vd.’ne göre, “*Kural işlemler, bir kez uygulanmakla tükenmezler, kişisel değildir, kapsamına giren kişi ya da kişileri hedef alır bir defa tesis edilmekle hüküm ve sonuçlarını doğurur*”³⁸. GÖZLER’e göre ise, “*Bireysel idari*

³⁴ KARAHANOĞULLARI, Yasallık, s. 278.

³⁵ Ayrıca 6526 sayılı Kanun’la İYUK’un 27’nci maddesine eklenen ve uygulanmakla etkisi tükenmeyecek işlem olarak ifade edilen “*kamu görevlileri hakkında tesis edilen atama, naklen atama, görev ve unvan değişikliği, geçici veya sürekli görevlendirmelere ilişkin idari işlemler*”in etkili işlemler olduğu tartışmasızdır.

³⁶ Buna karşın Danıştay sadece birel işlemi değil düzenleyici işlemi de uygulanmakla etkisi tükenecek işlem niteliğinde kabul etmektedir. Bir kararında bu hususu, “(...) *uygulanmaları durumunda geri döndürülemez sonuçlara yol açma olasılığının bulunması bakımından, düzenleyici ve bireysel işlemler arasında bir fark bulunmamaktadır. Zira, önemli olan, geri döndürülemez sonuçlara yol açma olasılığının bulunması olduğuna göre, tespiti gereken husus işlemin niteliği değil, uygulandığı zaman doğuracağı sonuçtur*” şeklinde ifade etmiştir. D. 15. D. E. 2015/665, T. 20.03.2015 (Kazancı). Örneğin, Adli Kolluk Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin bazı maddelerinin iptali talebiyle açılan davada yürütmenin durdurulmasına idarenin savunmasını almaksızın karar vermiştir. Kararın ilgili kısmına göre, “*Yetki yönünden açıkça hukuka aykırı bulunan dava konusu yönetmelik hükümlerinin; anılan düzenlemenin uygulanmasıyla adli makamların görev ve yetki alanının olumsuz etkileeneceği, telafisi güç veya imkânsız zararlara yol açabileceği sonucuna varılması nedeniyle 2577 sayılı Yasanın 27. maddesi uyarınca yürütülmesinin durdurulması gerekmektedir. (...) davalı idarelerin savunmaları alındıktan veya yasal cevap verme süresi geçtikten sonra bu konuda yeniden bir karar verilinceye kadar yürütülmesinin durdurulmasına, (...) karar verildi.*” D. 10. D. E. 2013/8108, T. 27.12.2013 (Kazancı). Benzer yönde bkz. D. 15. D. E. 2015/665 T. 20.3.2015 (Kazancı); D. 15. D. E. 2014/9839, T. 18.12.2014, <http://www.venturagumruk.com/mevzuat/mevzuatlar/29486.pdf>, Erişim Tarihi: 13.02.2021; D. 15. D. E. 2015/5712, T. 07.07.2015, http://www.mergumder.org.tr/_yuklenenDosyalar/_dernekDuyurulari/Yonetmelik%20Iptali%20YD%20Karar_pdf%2020150720.pdf, Erişim Tarihi: 13.02.2021.

³⁷ AKYILMAZ – SEZGİNER – KAYA, s. 395.

³⁸ YILDIRIM, Ramazan; İdare Hukuku Dersleri II, Konya 2010, s. 45.

*işlemler devamlı değildir; bir kez uygulanmakla kendiliğinden sona ererler, oysa düzenleyici idari işlemler devamlıdır; bir kez uygulanmakla sona ermezler, yürürlükten kalkıncaya kadar uygulanmaya devam ederler*³⁹. İşlemin uygulanmakla tükenen olan etkisinden kasıt hukuki etki olamaz. Çünkü bir idari işlemin hukuki etkisinin uygulanmakla tükenmesi, ilgili işleme karşı dava açılmasına da engel teşkil edecektir⁴⁰. Burada ifade edilmek istenen Ceza Hukukundaki ifadeyle “temadi” edip etmemek ise, yani etkisi “temadi” eden/etmeyen idari işlemler ayrımı yapılıyorsa, aslında verilen tipik örneklerde de (yıkım ve sınır dışı etme işlemleri) işlemin ilgililer üzerindeki etkisi devam etmektedir. Yani aslında hiçbir işlemin etkisi uygulanır uygulanmaz tamamen sona ermez; her işlemin ilgililer üzerindeki maddi, manevi, hukuksal ve psikolojik etkisi devam edebilir. Sonuç itibarıyla bu ifade aslında net bir ayırt edici niteliğe sahip değildir⁴¹. Şayet uygulanmakla tükenen olan etki, örneğin kamu görevlisinin geçici süreli görevlendirme işlemi gibi, idare tarafından hemen uygulama veya niteliği itibarıyla etkisini hemen göstermesi ve tükenmesi gibi maddi dünyada gerçekleşen etki ise, bu durum değişikliğin, işlemin telafisi güç veya imkânsız zarar doğurması niteliğine ilişkin olduğunu göstermektedir⁴². Aynı zamanda işlemin, idare tarafından yapılması ile etkisinin hemen gerçekleşip tükenmesi niteliği, uygulanmakla etkisi tükenen idari işlem türünün uygulaması kendi içinde saklı işlem kavramı ile ilişkisini gündeme getirmektedir.

3. 2. Yürütülmesi Kendi İçinde Saklı İşlem

İlk olarak Fransa’da Hauriou tarafından savunulan ve “*araya başkaca bir işlem girmeksizin, kişilerin hukuki durumlarında değişiklikler doğurabilme yeteneğini haiz ve re’sen icra edilebilir nitelikteki işlemler*”⁴³ olarak

³⁹ GÖZLER, Kemal; İdare Hukuku, C. I., Bursa 2009, s. 668.

⁴⁰ TEKİNSOY, s. 182.

⁴¹ ULUSOY, s. 198.

⁴² TEKİNSOY, s. 183. Ulusoy eserinde değişikliği terminolojik olarak da eleştirmiş ve uygulanmakla etkisi tükenen işlem ibaresi yerine “işlemin çok acil biçimde ve ağır zarar doğuracağı öngörülen hallerde” ibaresinin kullanılmasının daha isabetli olacağını ifade etmiştir. ULUSOY, s. 199. Kanımızca tavsiye edilen ibare, İYUK’un 27’nci maddesinde yer alan “uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması” şartından ayrıksı bir nitelik taşımamaktadır.

⁴³ ERKUT, s. 160.

tanımlanan yürütülmesi kendi içinde saklı olan işlem kavramı, icrailik özelliğini barındıran idari işlemleri, “*hukuksal durumlarda değişiklik yaratma*”⁴⁴ anlamında ikiye ayırmaktadır. Bir başka görüşe göre yürütülmesi kendi içinde saklı işlem, işlemin hukuki etkisinin maddi âleme aktarılması için idarenin başkaca faaliyetlere girişmesi gerekmeyen, bir başka deyişle işlemin hukuki etkisi ile maddi etkisinin aynı anda gerçekleştiği işlem anlamına gelmektedir⁴⁵. Buna göre icrai bir işlemin hukuki etkisi ile maddi dünyada gerçekleştirdiği etki aynı anda ortaya çıkmaktadır⁴⁶. Tam yargı davasının açılabilmesi için gereken, zararın ortaya çıkması şartıyla ilgili açıklama yaparken Sarıca, “(...) *Umumiyetle bir karar ancak icra olunmakla idare edilenler hakkında fiilî birtakım neticeler husule getirebilir (...) Lâkin umumiyetle böyle olmakla beraber; her zaman muhakkak böyle olacağı iddia olunamaz. (...) bazı haller vardır ki bir kararın “ittihazi” ile “icrası” arasında umumiyetle gözetilen fark ortadan kalkar. Yani bir kararın “ittihazi” ve “icrası” olmak üzere iki safhası mevcut olmaz(...)*”⁴⁷ ifadelerine yer vermiş ve yürütülmesi kendi içinde saklı işlemleri bu şekilde tanımlamıştır.

Ruhsat, izin, yetkili kılma gibi işlemler bu kategori için verilen en tipik örneklerdir⁴⁸. Bina yıkımı, sınır dışı etme ve işyeri kapatma işlemleri de yine yürütülmesi kendi içinde saklı işlemler kategorisinde değerlendirilen diğer işlem türlerindenidir⁴⁹. Verilen örneklerinden de anlaşılacağı üzere, yürütülmesi kendi içinde saklı işlem kategorisi kendi içerisinde de ikiye ayrılmaktadır. İşlemin hukuki etkisi ile maddi etkisinin aynı anda

⁴⁴ ERKUT, s. 160.

⁴⁵ GÜNDAY, s. 126; YILDIRIM, Ramazan; Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 3. Maddesinin Tam Yargı Davaları Açısından Değerlendirilmesi, İdari Yargı Uygulaması – Karşılaşılan Sorunlar, Konya 2012, s. 29-30.

⁴⁶ Aslında YILDIRIM’ın “*hukuki etki*” ve “*maddi etki*” ayrımının karşılığı, ERKUT’ta “*hukuksal statü*” ve “*hukuk düzeni*”ne denk gelmektedir. Çünkü ERKUT’a göre, “*Yürütülmesi içinde saklı işlemler, çeşitli yeni hak ve yükümlülükler getiren ve böylelikle de hukuk düzeninde değişiklikler yaratan işlemler olup; hukuksal statüler hakkında çeşitli hukuki sonuçlar doğurmakla birlikte, hukuk düzenine herhangi bir katkıda bulunmayan diğer idari icrai işlemlere oranla daha üstün bir hukuki güç ile donatılmışlardır ve üçüncü kişiler üzerindeki etkilerini daha somut bir biçimde göstermektedirler.*” ERKUT, s. 161.

⁴⁷ SARICA, Ragıp; İdari Kaza, C. I., s. 345.

⁴⁸ GÜNDAY, s. 126; ERKUT, s. 161; ÖZAY, İl Han; Günışığında Yönetim, 2004, s. 407.

⁴⁹ AYANOĞLU, Taner; Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması, İstanbul 2004, s. 86.

gerçekleştiği buna mukabil kişiler üzerinde zorlayıcı etkisi olmadığı iddia edilen⁵⁰ ruhsat, izin, yetkili kılma gibi işlemler ve işlemin hukuki etkisi ile maddi etkisinin aynı anda ortaya çıkmamakla beraber işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zarara sebebiyet verecek veya uygulanmakla etkisinin tükeneceği, bu özelliği dolayısıyla da kişiler üzerinde zorlayıcı etkisi olan yıkım veya sınır dışı etme gibi işlemler⁵¹. Aslında bu ayrımın yürütülmesi kendi içinde saklı idari işlemlerin alt ayrımları olmaktan ziyade kavramın ne anlatmak istediğinin muğlak olması nedeniyle, öğretilerdeki farklı görüşlerin sonucu olduğu da savunulmaktadır⁵².

Uygulanmakla etkisi tükenecek idari işlemlerin, yürütülmesi kendi içinde saklı işlem türünün bu ikinci alt ayrımına denk geldiğini düşünüyoruz. Çünkü yıkım kararı ya da sınır dışı etme kararı⁵³ alınmasıyla beraber ilgilinin taşınmazının yıkımı eylemi veya yine ilgilinin ülke sınırları dışına çıkarılması eylemi hemen uygulanabilir niteliktedir. Aynı zamanda bu tür işlemler ilgili üzerinde uygulanması halinde geri

⁵⁰ ERKUT, s. 161.

⁵¹ İYUK'un 27'nci maddesinin 4'üncü fıkrasına göre, vergi mahkemelerinde, vergi uyuşmazlıklarından doğan davaların açılması, tarh edilen vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümlerin ve bunların zam ve cezalarının dava konusu edilen bölümünün tahsil işlemlerini durdurur. Maddede bahsedilen işlemler de nitelikleri itibarıyla uygulanmakla etkisi tükenecek işlemlerle benzerlik gösterse de bu işlemlere ilişkin açılan davanın kendisi işlemin uygulamasını durdurmaktadır. Başka bir deyişle, bu tür işlemlere karşı yürütmenin durdurulmasını talep etmek gerekmemektedir. Bu yönüyle çalışma konusunun öznesini oluşturan işlemlerden ayrılmaktadırlar.

⁵² YILMAZ, Dilşat; İdari İşlemin İcrailik Özelliği, Ankara 2014, s. 93.

⁵³ Sınır dışı etme işlemi 6352 sayılı Kanun'un gerekçesinde uygulanmakla etkisi tükenecek işlemlerden biri olarak belirtilmiş olmasına karşın, hâlihazırda 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 53'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasına göre, "Yabancı veya yasal temsilcisi ya da avukatı, sınır dışı etme kararına karşı, kararın tebliğinden itibaren yedi gün içinde idare mahkemesine başvurabilir. Mahkemeye başvuran kişi, sınır dışı etme kararını veren makama da başvurusunu bildirir. Mahkemeye yapılan başvurular on beş gün içinde sonuçlandırılır. Mahkemenin bu konuda vermiş olduğu karar kesinidir. Yabancı rızası saklı kalmak kaydıyla, dava açma süresi içinde veya yargı yoluna başvurulması hâlinde yargılama sonuçlanıncaya kadar yabancı sınır dışı edilmez." Dolayısıyla artık yabancı için verilen sınır dışı etme kararına karşı açılan bir dava, işlemin yürütmesini kendiliğinden dava sonuna ertelemektedir. Ancak 6352 sayılı Kanun, 6458 sayılı Kanun'dan önce yürürlüğe girdiği için, sınır dışı etme işleminin uygulanmakla etkisi tükenecek işlemlerden kabul edilmesi ve savunma alınıncaya kadar yürütmesinin durdurulabileceğinin kabulü garipsenmemelidir.

dönülemez nitelikte zorlayıcı birtakım sonuçları içinde barındırmaktadır⁵⁴. Bu nitelikleri sebebiyle idari işlem teorisi kapsamında, yasa koyucunun uygulanmakla etkisi tükenecek idari işlemler ayırımı ile yaratmak istediği alanı ifade edebilecek, idari işlem türleri ve ayrımları içerisinde en yakın kategori olarak uygulaması kendi içinde saklı işlemlerin bu alt türü gözükmemektedir⁵⁵. 6352 sayılı Kanun'un gerekçesinde de uygulanmakla etkisi tükenecek idari işlemler türüne zorlayıcı etkiye sahip olan yıkım ve sınır dışı etme işlemlerine örnek olarak yer verilmiştir⁵⁶.

Yürütülmesi kendi içinde saklı işlemlere karşı açılan bir iptal davasında işlemin yürütmesinin durdurulmasını sağlamak, bu tür işlemlerin ilgililer üzerindeki zorlayıcı yönü nedeniyle, diğer icrai işlemlere kıyasen çok daha mühim olduğu ifade edilmektedir⁵⁷. Ayrıca yürütülmesi kendi içinde saklı işlem kategorisinin Fransız öğretisinde tamamen terminolojik sorunlardan yola çıkarak ortaya konan bir kategori olduğu ve ilgili kategorinin kapsamının belirsiz olması ve çeşitli tehlikeleri bünyesinde barındırmasından dolayı hukuk düzeninden çıkarılmasının gerektiği savunulmaktadır⁵⁸. Çünkü *“Günümüzdeki hali ile iptal davasına konu oluşturma bakımından icrai işlemlerden hiçbir farkı bulunmayan söz konusu kategori, sadece yürütmenin durdurulması kurumunun işlerliği bakımından önemli ve yeni engeller getirebilecek bir konumdadır ve bu niteliği de böyle bir kategoriyi kabule el vermemektedir.”*⁵⁹ Nitekim 6526 sayılı Kanun ile bir takım idari işlemler uygulanmakla etkisi tükenecek işlemler ve dolayısıyla yürütülmesi kendi

⁵⁴ Danıştay da uygulanmakla etkisi tükenecek idari işlemlerin, *“(…) uygulandıkları takdirde geri döndürülemez sonuçlara yol açan ya da yol açma olasılığı bulunan, bu özellikleri itibarıyla da haklarında acil olarak karar verilmesi gereken”* niteliğine vurgu yapmaktadır. D. 15. D. E. 2015/665 T. 20.3.2015 (Kazancı); D. 15. D. E. 2016/1583 T. 18.3.2016 (Kazancı)

⁵⁵ EVSEN, Fuat; *Yürütmenin Durdurulması Kurumunda Uygulanmakla Etkisi Tükenecek İdari İşlemler*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019, s. 72.

⁵⁶ Buna göre, *“Yıkım ve sınır dışı etme gibi uygulanmakla etkisi tükenecek nitelikteki idari işlemler bakımından ise savunma alındıktan sonra yeniden bir karar verilinceye kadar geçici olarak yürütmenin durdurulmasına karar verilebilecektir.”* <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss278.pdf>, s. 15, Erişim Tarihi; 18.11.2020.

⁵⁷ ERKUT, s. 161; KAĞITCIOĞLU, Mutlu; *“İdari İşlemin İcrailiği”*, TBB Dergisi, 2012 (103), s. 271.

⁵⁸ ERKUT, s. 162.

⁵⁹ ERKUT, s. 162.

inde saklı işlemler kategorisinden çıkarılmıştır. Tamamen kanun koyucunun inisiyatifiyle bazı idari işlemler artık uygulanırsa dahi etkisi tükenmeyecek idari işlemlerdendir.

Sonuç itibariyle uygulanmakla etkisi tükenecek idari işlem türü, Erkut'un yukarıda yürütülmesi kendi içinde saklı işlemler kategorisi için yaptığı eleştiriye paralel biçimde, idari işlem teorisi anlamında içeriği net olarak belirlenemeyen muğlak bir kavramdır. 6352 sayılı Kanun'un gerekçesinden anlaşıldığı üzere hangi idari işlemin uygulanmakla etkisi tükenecek işlem kategorisi içerisinde yer aldığı hususunda mahkemelerin takdir yetkisi olduğu anlaşılmaktadır⁶⁰. Bu belirsizlik sebebiyle yasa koyucu, yürütmesinin durdurulmasını en azından bir süre geciktirmek istediği işlemleri pekâlâ bu kategori içerisine sokabilir. Nitekim aşağıda ifade edildiği üzere yasa koyucu gerekçesiz bir biçimde bazı idari işlemleri bu kategorinin dışına çıkarmıştır. Ayrıca 6352 sayılı Kanun'la uygulanmakla etkisi tükenecek idari işlemler için savunma şartı aranmaksızın yürütmenin durdurulmasına karar verildiği (2.7.2012) ancak 6526 sayılı Kanun'la bazı idari işlemlerin henüz kategori dışına çıkarılmadığı (21.2.2014) dönemde, mahkemelerin, uygulanmakla etkisi tükenecek işlem türü konusunda gerekçede belirtilen sınırlı sayıdaki işlem (yıkım ve sınır dışı etme) dışındaki işlemler için de bu kategoriye girdiği iddiasıyla idarenin savunmasını almadan yürütmenin durdurulması yoluna başvurabileceği⁶¹ ve

⁶⁰ GÖK, s. 118.

⁶¹ Nitekim 13.12.2013 tarihinde Trabzon İdare Mahkemesi, hakkında idari soruşturma açılan ve idari ceza verilen okul müdürünün, il için görev yeri değişikliği işlemine karşı açılan davada 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27'nci maddesinde geçen "Uygulanmakla etkisi tükenecek olan idari işlemlerin yürütülmesi, savunma alındıktan sonra yeniden karar verilmek üzere, idarenin savunması alınmaksızın da durdurulabilir" ibaresine atıf yapmış ve, "(...) soruşturmaya konu söz konusu fiilin disiplin cezası yönüyle değerlendirilebilecek nitelikte olduğu, farklı bir okula atanmayı gerektiren bir fiil kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı anlaşılmakla tesis olunan dava konusu işlemlerde hukuka uyarlık bulunmamaktadır. Öte yandan; söz konusu atama işleminin uygulanması halinde davacının görev yerinin değişmesinden kaynaklanan telafisi güç zararların meydana geleceği de açıktır. Açıklanan nedenlerle (...) yürütülmesinin durdurulmasına (...)" karar vermiştir. Trabzon İdare Mahkemesi, E. 2013/1056, T. 13.12.2013, <http://www.birlikegitimsen.org.tr/wpcontent/uploads/2014/01/Y%C3%BCr%C3%BCtmenin-Durdurulmas%C4%B1-karar%C4%B1.pdf>, Erişim Tarihi: 05.12.2020. Benzer yönde kararlar için bkz. EROĞLU DURKAL, Müzeyyen; İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. Maddesi Kapsamında

bu sebeple yasa koyucunun yeni bir takım sınırlayıcı nitelikte değişiklikler yapmak zorunda kalabileceği ifade edilmiş⁶² ve 6526 sayılı Kanun'la ifade edilen türden sınırlama yönünde değişiklik yapılmıştır.

Bu kısma son vermeden önce, hakkında yürütmenin durdurulması kararı verilir verilemeyeceği dahi tartışmalı olan⁶³ olumsuz işlemler ya da başka bir görüşe göre⁶⁴ ret işlemlerine değinmek gerekmektedir. Olumsuz işlem, idarece mevcut hukuk düzeninde bir değişiklik yapılmasına izin verilmemesini veya böyle bir değişikliğin ifa olunmamasını içeren idari tasarruflardır⁶⁵. Ruhsat talebinin reddi, pasaport talebinin reddi gibi işlemler olumsuz işlemlere örnek olarak verilebilir. Olumsuz işlem ya idarenin açık ret iradesiyle ya da süresinde cevap vermemek suretiyle zımni ret olarak ortaya çıkabilir. Konumuz açısından olumsuz işlemler özellik göstermez ve her somut uyuşmazlıkta işlemin uygulanmakla etkisinin tükenip tükenmeyeceği değişkenlik gösterir. Örneğin yurtdışında katılacağı bilimsel bir toplantı için yapılacak pasaport başvurusunun reddi işlemi uygulanmakla etkisi tükenecek niteliktedir ve yürütmenin durdurulması kararı savunma alınmaksızın verilebilir.

Yürütmenin Durdurulması Kararlarında Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi, AÜHFD, 65 (2) 2016, s. 305.

⁶² TEKİNSOY, s. 184.

⁶³ Kural olarak, olumsuz (bir isteği reddeden) kararlara karşı yürütmenin durdurulması kararı verilemeyeceği, ancak olumsuz karar, ilgilinin eskiden var olan fiili veya hukuki durumunda değişiklik yapıyorsa ve «icrai» bir nitelik taşıyorsa, bu tür olumsuz kararlara karşı yürütmenin durdurulması kararı verilebileceği, aksi halde yürütmenin durdurulması kararı verilmesi, yargının, yönetimin yerine geçmesi, onun adına karar alması sonucunu doğuracağı yönünde bkz. GÖZÜBÜYÜK, Şeref; Yönetim Yargı, 35. Bası, Eylül 2016, s. 459. Buna karşın, sadece işlemin doğuracağı hukuki sonuç olan "konu unsuru" yönünden İdarenin çeşitli seçenekler arasından birini tercih hususunda takdir yetkisi bulunur ise, bu seçime ilişkin işlem aleyhine iptal davası açılmış bile olsa yürütmenin durdurulması kararı verilemeyeceği, bunun dışındaki olumsuz işlemler için yürütmenin durdurulması kararı verilebileceği yönünde görüş için bkz. ÖZAY, İl Han; Gün Işığında Yönetim II – Yargısal Korunma, Ekim 2010, s. 267-270. Tekinsoy'a göre ise, özellikle İYUK 11 başvuruları olmak üzere birçok durumda olumsuz işlemlere karşı yürütmenin durdurulması kararı verilebilir. Her somut uyuşmazlık özelinde değerlendirme yapılmalı ve yargı yerinin iptal kararı verebileceği her uyuşmazlıkta yürütmenin durdurulması kararı da verebilmelidir. TEKİNSOY, s. 177.

⁶⁴ TEKİNSOY, s. 177.

⁶⁵ ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. III., 1966, s. 1795.

4. 6526 sayılı Kanun- Uygulanmakla Etkisi Tükenecek

İşlemler: Atama, Naklen Atama, Görev ve Unvan Değişikliği, Geçici veya Sürekli Görevlendirme

21.02.2014 tarih ve 6526 sayılı Kanun'un 17'nci maddesiyle, İYUK'un 27'nci madde 2'nci fıkrasının ikinci cümlesinden sonra gelmek üzere şu cümle eklenmiştir: *"Ancak, kamu görevlileri hakkında tesis edilen atama, naklen atama, görev ve unvan değişikliği, geçici veya sürekli görevlendirmelere ilişkin idari işlemler, uygulanmakla etkisi tükenecek olan idari işlemlerden sayılmaz."*⁶⁶ Yapılan düzenlemeye yönelik olarak madde gerekçesinde herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. Dolayısıyla artık yukarıda sayma yöntemiyle belirlenen idari işlemlere karşı açılacak iptal davasında yürütmenin durdurulması talep edilecek olursa, işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız bir zararın ortaya çıkacak olması ve işlemin açıkça hukuka aykırı olması, idareden savunma alınmadan yürütmenin durdurulması kararı verebilmek için yeterli değildir. Bu işlemler için yürütmenin durdurulması kararı ancak idarenin savunması alındıktan sonra verilebilir. Ancak bu usul, sadece yürütmenin durdurulması yönünde verilecek karar için geçerlidir. Aksi durumda, yani yürütmenin durdurulması talebinin reddedilebilmesi için idarenin savunmasına ihtiyaç yoktur⁶⁷.

İncelemenin bu kısmında öncelikle genel olarak yapılan kanun değişikliği ele alınacak olup daha sonra somut olarak sayma yoluyla belirtilen idari işlemlerin uygulanmakla etkisinin tükenip tükenmediği üzerinde durulacaktır. Başka bir deyişle, 6526 sayılı Kanun'la kategori dışına

⁶⁶ İlgili değişikliğin medyada *"paralel yapı"* olarak adlandırılan ve sonradan FETÖ terör örgütü mensubu emniyet görevlilerini tasfiye etme amacıyla getirildiği gerek Kanun'un meclis görüşmelerinde gerekse doktrinde ifade edilmiş olmakla beraber, bu durum incelememizin esasına ilişkin olmaması hasebiyle çalışmaya dâhil edilmemiştir. Yine de tartışmaya ilişkin bilgi için bkz. YILDIRIM, Turan vd., İdare Hukuku, 2015, s. 817; <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss560.pdf>, s. 42, Erişim Tarihi: 05.12.2020.

⁶⁷ Çünkü İYUK'un 27'nci maddesinin 3'üncü fıkrasına göre, *"Dava dilekçesi ve eklerinden yürütmenin durdurulması isteminin yerinde olmadığı anlaşılırsa, davalı idarenin savunması alınmaksızın istem reddedilebilir."*

çıkarılan idari işlemler, uygulanmakla etkisi tükenen işlemler değil midir?⁶⁸

Kanun yapma tekniği açısından her ne kadar içeriği ve niteliği muğlak olduğu için eleştirilse de, uygulanmakla etkisi tükenecek işlem kategorisi içerisinde yer almayacak idari işlemler sayma yoluyla sınırlı olarak belirlenmiştir. Bu tespit üzerine akıllara gelen belki de ilk soru: belirtilen idari işlemler dışında yer alan tüm idari işlemler uygulanmakla etkisi tükenecek türden midir? Çünkü somut değişiklikte kanun koyucu hükmün kapsamını sayarak belirlemiştir. Bu saymanın anlamı ya sayılmayan şeylerin dışlanması anlamına gelir ki bu durumda kanun sayılmayanlara uygulanmaz ya da sayılmayanların dışlandığı anlamına gelmez ve bu durumda değişiklik sayılmayanlara da uygulanır⁶⁹. Birinci duruma “sınırlandırarak sayma” ya da “*numerus clausus sayma*” adı verilir ve bu usul aynı zamanda “*expressio unius est exclusio alterius* (bir şeyi zikretmek, diğerlerini hariç bırakmaktır)” ilkesinin uygulama örneğidir⁷⁰. Ancak kanun koyucunun kanun maddesinde bir şeyin zikredildiği her durumda *expressio unius* ilkesinin uygulanabileceği söylenemez; çünkü kanun koyucu, “gibi”, “ve benzeri” ve “ve diğer hallerde”, “benzer durumlarda” ifadelerini kullanarak “örneklendirici sayma” yapabilir. Böyle bir durumda ise haliyle *expressio unius* ilkesi geçerli değildir⁷¹. 6526 sayılı Kanun’la yapılan değişikliğin metni incelendiğinde yukarıda yer alan ibareler mevcut değildir⁷². Dolayısıyla bahsi geçen işlemler dışındaki idari işlemlerin en azından teorik olarak uygulanmakla etkisi tükenecek işlemler olduğunun kabulü bir zorunluluktur. Elbette ileride kanun koyucunun başka bir takım idari işlem ya da işlemleri uygulanmakla etkisi tükenmeyecek işlemler kategorisine dâhil etmeyeceğinin garantisi yoktur. Sırf bu endişe dahi,

⁶⁸ Yılmaz’ın ifadesiyle, “(...) söz konusu işlemler hakkında yürütmenin durdurulması kararının daha geç verilmiş olması, geri dönülemez nitelikte sonuç doğurmayacak” mıdır? YILMAZ, s. 38.

⁶⁹ GÖZLER, Kemal; Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. I, Bursa 2011, s. 281. (GÖZLER, Anayasa)

⁷⁰ GÖZLER, Anayasa, s. 281.

⁷¹ GÖZLER, Anayasa, s. 282.

⁷² “Ancak, kamu görevlileri hakkında tesis edilen atama, naklen atama, görev ve unvan değişikliği, geçici veya sürekli görevlendirmelere ilişkin idari işlemler, uygulanmakla etkisi tükenecek olan idari işlemlerden sayılmaz.”

yapılan değişikliğinin hak arama özgürlüğüne ve hukuki güvenlik ilkesine ne denli aykırı olduğunun göstergesidir.

Danıştay'ın ifadesiyle, "(...) uygulandıkları takdirde geri döndürülemez sonuçlara yol açan ya da yol açma olasılığı bulunan, bu özellikleri itibarıyla da haklarında acil olarak karar verilmesi gereken (...)”⁷³ işlemler uygulanmakla etkisi tükenecek idari işlemlerdir. Başka bir deyişle, uygulanmakla etkisi tükenecek işlemler, derhal yürütmenin durdurulması kararı verilmediği takdirde, işlemin bütün sonuçlarının ortaya çıkmış olacağı, davacının daha sonra verilecek bir yürütmenin durdurulması kararı ile hatta iptal kararı ile talep ettiği yargısal korunmaya kavuşamayacağı açık olan işlemlerdir⁷⁴. Dolayısıyla 6526 sayılı Kanun ile kategori dışına çıkarılan idari işlemleri bu çerçevede değerlendirmek gerekmektedir.

Atama işlemiyle bir kişi ilk defa bir kamu görevi yapma yetkisine dâhil edilmesi, naklen atama ile memurun bir yerden başka bir yere nakledilmesi söz konusudur. Bu işlemde tükenmeyecek olan etki nedir? Öncelikle hiçbir işlemin etkisi uygulanır uygulanmaz tamamen sona ermez; her işlemin kişiler üzerindeki maddi, manevi, hukuksal ve psikolojik etkisi devam edebilir⁷⁵. Ayrıca söz konusu etki işleme yaratılan yeni statü ile mi alakalıdır yoksa işlemin kendisi ile mi sınırlıdır? Başka bir deyişle, işleme yaratılan hukuki etkiler bu işlem sonucu ortaya çıkan etki mi yoksa yeni oluşacak statü ve durumun sonucu ortaya çıkan etki midir?⁷⁶ İşlemin kendisinin etkisinin tükenmesi söz konusu ise, artık bu işleme karşı dava açmak da mümkün olmamak gerekir⁷⁷. Oluşan yeni statünün sonucu ortaya çıkan etki söz konusu ise bu durumda da oluşan yeni hukuki statünün etkisinin tükenmesi pratik olarak mümkün değildir. Örneğin yeni görev yerine atanan bir memurun atanma işleminden kaynaklanan ve menfaati etkilendiği için süresi içerisinde dava açma ve

⁷³ D. 15. D. E. 2015/665, T. 20.3.2015 (Kazancı). Benzer yönde bkz. D. 15. D. E. 2014/9839, T. 18.12.2014, <http://www.venturagumruk.com/mevzuat/mevzuatlar/29486.pdf>, Erişim Tarihi: 13.02.2021; D. 15. D. E. 2015/5712, T. 07.07.2015, http://www.mergumder.org.tr/_yuklenenDosyalar/_dernekDuyurulari/Yonetmelik%20Iptali%20YD%20Karar_pdf%2020150720.pdf, Erişim Tarihi: 13.02.2021.

⁷⁴ GÖK, s. 118.

⁷⁵ ULUSOY, s. 198.

⁷⁶ CANDAN, Turgut; Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Ankara 2017, s. 689.

⁷⁷ TEKİNSOY, s. 182.

yürütmenin durdurulmasını talep edebileceği birçok etki mevcuttur. Ancak söz konusu etkiden kasıt, geri dönülemez sonuçlara yol açacak türden ve dolayısıyla uygulanmakla telafisi güç veya imkânsız nitelikte zarar doğurucu etki ise atama işlemi bu tür bir işlem kabul edilmeyebilir. Ulusoy'a göre de, bir memurun görevine son verilmesi işlemi telafisi güç veya imkânsız zarar doğurabilecekken, memurun aynı il sınırları içinde bir görevden başka bir göreve atanması halinde ise aynı şeyi söylemek kolay değildir⁷⁸. Sonuç itibariyle atama işlemi uygulanmakla etkisi tükenecek işlem türü içinde kabul etmek teorik olarak mümkün değildir. Dolayısıyla idarenin savunmasının beklenmesi en azından ilk bakışta hak arama özgürlüğünü zedeleyici bir nitelik arz etmemektedir. Ancak bu sonuç kanun koyucunun haklılığını ortaya koymaz. Çünkü atama veya naklen atama işlemi gibi örneğin idari para cezası kesme ya da öğrencilik kaydının yapılması gibi işlemler de pek tabii uygulanmakla etkisinin tükenmeyeceği türden işlemler olarak kabul edilebilir. Kanun koyucu uygulanmakla etkisi tükenmeyecek işlemleri sayma yoluyla sınırlı olarak belirttiğine göre, bahsi geçen işlemler hakkında talep edilecek olan yürütmenin durdurulması talebi her durumda kabul mü edilecektir? Bu soruya olumlu yanıt verilemeyeceği aşikârdır. Aynı görüşleri görev ve unvan değişikliği işlemleri içinde savunmak mümkündür. Nitekim aynı kurum içerisinde veya kurumlar arasında, sınavla veya sınavsız olarak görev yapan kamu görevlilerinin yaptıkları görevin veya buldukları kadroyu etkileyen görev veya unvanın değiştirilmesi işlemleri, mevzuat gereğince idarenin takdir yetkisi kapsamında olmakla birlikte bu yetkinin kullanımı, kamu yararı ve hizmet gerekleri ile sınırlandırılmıştır.⁷⁹ Fakat teorik olarak görev veya unvanın değiştirilmesi işlemleri, geri dönülemez sonuçlara yol açacak ve dolayısıyla uygulanmakla telafisi güç veya imkânsız nitelikte zarar doğurucu bir etkiye sahip değildir. Ancak aynı şeyi görevlendirme işlemi ve özellikle geçici görevlendirme için söylemek mümkün değildir.

Özel bir takım şartlar altında uygulanabilecek bir işlem olan görevlendirme ve özellikle geçici süreli görevlendirme, memurların kendi

⁷⁸ ULUSOY, s. 202.

⁷⁹ D. 5. D. E. 2016/464, T. 15.2.2016 (Kazancı); D. 2. D. E. 2016/7911, K. 2020/248, T. 9.1.2020 (Kazancı); D. 2. D. 2016/13970, K. 2020/249, T. 09.01.2020 (Kazancı).

kurumları bünyesinde veya başka kurumlarda, kural olarak sahip oldukları kadroları ile bağlantıları devam etmek suretiyle geçici süreli olarak görevlendirilmeleri mümkün olabilmektedir⁸⁰.

Kamu görevlisinin geçici görevlendirilmesi, 2017/1250 esas numarasına kayıtlı BİM ve 1987/2378 esas numarasına kayıtlı Danıştay kararlarından da anlaşılacağı üzere, sürekli olarak görev yeri değiştirme ve dolayısıyla sindirme/bezdirme yöntemi (bir çeşit mobbing aracı) olarak kullanılmıştır ve kullanılmaya da devam edilebilecek potansiyeli bünyesinde barındırmaktadır. Örneğin, geçici olarak 10 gün – 20 gün başka bir birime ya da kuruma görevlendirilen kamu görevlisinin işlem karşı açtığı iptal davasında talep ettiği yürütmenin durdurulabilmesi için, dosyanın

⁸⁰ ÇINARLI, Serkan – ÇELİKTAŞ, Özge; Bölge İdare Mahkemesi (İstinaf) Kararları Işığında Devlet Memurlarının Geçici Görevlendirilmesi, Terazi Hukuk Dergisi, C. 13, S. 143, Temmuz 2018, s. 31. Örneğin, 3201 Sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu'nun 96'ncı maddesine göre, "Emniyet Umum Müdürlüğü, merkez ve vilayetler teşkilatında maaş veya ücretle istihdam etmekte olduğu herhangi bir memur veya müstahdemi, ifası Emniyet Umum Müdürlüğüne ait bir iş için orada emniyet teşkilatı ve münhal vazife bulunup bulunmaması ile mukayyet olmaksızın, kadroda gösterilen tahsisat ile dilediği yerde kullanılabilir." Aynı şekilde 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 13/b-4'üncü maddesine rektör, "Gerekli gördüğü hallerde üniversiteyi oluşturan kuruluş ve birimlerde görevli öğretim elemanlarının ve diğer personelin görev yerlerini değiştirmek veya bunlara yeni görevler vermek" yetkisine sahiptir. Ancak Danıştay'a göre, kamu hizmetinin yürütülmesinde, memurun bir başka yerde geçici görevle görevlendirilmesi, olağan bir yöntem olmayıp, kamu yararı ve hizmet gerekleri açısından zorunluluk bulunması halinde istisnai olarak başvurulabilecek bir müessesedir. D. 2. D. E. 2018/192, K. 2018/3090, T. 8.5.2018 (Kazancı); D. 11. D. E. 2010/2424, K. 2013/9429, T. 5.11.2013 (Kazancı). İzmir Bölge İdare Mahkemesi, "(...)memurların görevlendirilmeleri konusunda idareye tanınan takdir yetkisinin mutlak ve sınırsız olmayıp, kamu yararı amacı ve hizmet gereği ilkeleriyle sınırlı olduğu, takdir yetkisine dayalı olarak tesis edilen işlemlerin hukuken geçerli sebeplere dayanması gerektiğinin İdare Hukukunun bilinen ilkelerinden olduğu, kurum içi geçici görevlendirmelerin belirli bir hizmetin yürütülmesini sağlamak üzere zorunlu nedenlerin ortaya çıkması durumunda belirli sürelerle sınırlı olmak üzere hizmet gereği olarak başvuru olan bir yöntem olup; tüm idari işlemler gibi geçici görevlendirme işlemlerinin de kamu yararı ve hizmet gerekleri esas alınarak tesis edilmesinin gerektiği, bakılan davada, geçici görevlendirmeye duyulan ihtiyacın nedenlerinin somut ve objektif bir biçimde gösterilmediğinden(...)" ilk derece mahkemesinin iptal ettiği işleme karşı yapılan istinaf başvurusunun reddine karar vermiştir. İzmir BAM 1. İdari Dava Dairesi Başkanlığı, E. 2017/1250, K. 2017/1238, T. 21.11.2017, Aktaran: ÇINARLI – ÇELİKTAŞ, s. 38. Yine Danıştay'a göre 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 13/ b-4'üncü maddesi, "(...) belirtilen amaçlarla ve hizmetin gerektirdiği süre ile sınırlı(dır), bu nedenle de sürekli olarak görev yerini değiştirme veya yeni görevler verme şeklinde kullanıla(maz)". D. 5. D. E. 1987/2378, K. 1989/2045, T. 27.11.1989 (Kazancı)

görüşülmesi, idarenin savunması için karar yazılması, idarenin savunma süresi içerisinde savunmasını mahkemeye sunması ve mahkemenin yürütmenin durdurulması kararı vermesi ihtimalinde süreler toplandığında, kamu görevlisi uzun zaman önce eski görev yerine dönmüş, belki de yeni bir idari işlemle başka bir birime ya da kuruma geçici olarak görevlendirilmiş olacaktır. Bu haliyle geçici süreli görevlendirme işleminin uygulanmakla etkisi tükenecek işlem olduğu, izahtan varestedir⁸¹. Dolayısıyla yapılan değişiklik ile geçici görevlendirme işlemine muhatap olan bir kamu görevlisi için mahkemeye erişim hakkı ölçüsüz bir biçimde sınırlandırılmış, hatta bu hak etkisiz hale getirilmiştir⁸². Hak arama hürriyetinin temel unsurlarından biri mahkemeye erişim hakkıdır. Mahkemeye erişim hakkı, hukuki bir uyuşmazlığın bu konuda karar verme yetkisine sahip bir mahkeme önüne götürülmesi hakkını da kapsar. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin en etkili ve güveneli yolu yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir⁸³. Anayasa'nın 13'üncü maddesine göre ise, temel hak ve hürriyetler özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Ayrıca kanunla yapılacak sınırlama hakkın özüne dokunamayacağı gibi Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

Dokunulamayacak "öz", her temel hak ve özgürlük açısından farklılık göstermekle birlikte kanunla getirilen sınırlamanın hakkın özüne

⁸¹ Çünkü Danıştay'ın ifadesiyle, "(...) uygulandıkları takdirde geri döndürülemez sonuçlara yol açan ya da yol açma olasılığı bulunan, bu özellikleri itibarıyla da haklarında acil olarak karar verilmesi gereken (...)" idari işlemler uygulanmakla etkisi tükenecek niteliktedir. D. 15. D. E. 2016/1583, T. 18.3.2016 (Kazancı)

⁸² Örneğin, (...) İl Müdürlüğünde sözleşmeli memur olarak görev yapan davacının, geçici görevlendirme süresinin 2 ay süreyle uzatılmasına ilişkin 30.3.2012 gün ve (...) sayılı işlemin iptali istemiyle açılan davada derece mahkemesi 30.11.2012 tarihinde işlemin iptaline karar vermiş ve Danıştay 12.11.2015 tarihinde kararı bozup dosyayı ilk derece mahkemesine göndermiş ancak hâlihazırda davacının görevlendirilmesi 9.5.2012 tarihli işlemle sona erdirilerek görevine iade edilmiştir. İlgili karar için bkz. D. 5. D. E. 2013/3162, T. 12.11.2015 (Kazancı)

⁸³ AYM, E. 2018/62, K. 2018/117, T. 27.12.2018, RG. T. 08.03.2019, S. 30708.

dokunmadığının kabulü için temel hakların kullanılmasını ciddi surette güçleştirip amacına ulaşmasına engel olmaması ve etkisini ortadan kaldıracı bir nitelik taşıması gerekir⁸⁴. 6526 sayılı Kanun'la görevlendirme işleminin uygulanmakla etkisi tükenmeyecek işlem kategorisine alınmasıyla birlikte artık görevlendirme işlemine muhatap olan ilgilinin dava açarak talep edeceği yürütmenin durdurulması kurumunun pratikte bir sonucu olmayacaktır. İdarenin savunmasının zorunlu hale gelmesiyle birlikte yürütmenin durdurulması hakkında karar verilmeye dek ilgilinin görevlendirme süresi sona erecek ve verilen kararın bir önemi kalmayacaktır. Bu yönüyle yapılan düzenleme Anayasa'nın 36'nci maddesinde yer alan hak arama hürriyetinin özüne dokunmakta ve ilgili hakkı işlevsiz hale getirmektedir.

5. Sonuç

6352 sayılı Kanun ile yürütmenin durdurulması kararının verilebilmesi için ek şartlar getirmiş ve bu haliyle yürütmenin durdurulması kararı vermek zorlaştırılmıştır. Mahkemelerin gecikmesinde sakınca bulunan idari işlemler için geliştirdikleri savunma alınuncaya kadar yürütmenin durdurulması içtihadı, bir yandan yasal altyapıya kavuşmuş diğer yandan dar bir alana hapsedilmek istenmiştir. Ortaya konulan "uygulanmakla etkisi tükenecek işlem" kavramı gerek idari işlem teorisi açısından gerek yargısal içtihat bakımından hatalıdır. Nitekim çalışmada da ifade ettiğimiz üzere, uygulanmakla etkisi tükenecek işlem kavramı idari işlem teorisi açısından ayrı bir kategori yaratmayan etkili ve icrai işlemi karşılamaktadır. Yürütmenin durdurulması kurumu açısından ise, uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğmasına yol açabilecek işlemden başka bir şey değildir⁸⁵. Yapılan değişiklik sonrası kavram

⁸⁴ AYM, E. 2019/50, K. 2019/96, T. 25.12.2019, RG. T. 24.03.2020, S. 31078.

⁸⁵ Nitekim mahkemeler, idarenin savunması alınuncaya kadar verdikleri yürütmenin durdurma kararlarında kavram seti olarak hala sadece "uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması" ibaresine yer vermektedirler. "(...) Komutanlığı bünyesinde (...) olarak görev yapan ve (...) Lojmanlarında ikamet eden davacının oturduğu lojmanı Türk Silahlı Kuvvetleri Konut Yönergesi'nin 4. Bölümünü 1. maddesinin 1. fıkrası uyarınca tahliye etmesine ilişkin (...) 06.11.2019 tarih ve (...) sayılı işleminin iptali ve yürütmenin durdurulması"(nın) istenildiği uyuşmazlıkta mahkeme, "Dava konusu işlemin lojman tahliyesine ilişkin olması nedeniyle uygulanması halinde telafisi güç zararlar doğabileceğinden, davalı idarenin savunması alınuncaya ve ara karar cevabı gelinceye ya da savunma ve ara karar süresi geçtikten sonra yeniden bir karar verilmeye kadar yürütmenin

eleştiriye açık dahi olsa, hangi idari işlemin uygulanmakla etkisi tükenecek işlem olduğunun tespiti, gerekçede belirtilen yıkım ve sınır dışı etme işlemler de göz önünde bulundurularak, yargı organlarının takdir yetkisi içerisinde olması gerekirken, 2014 yılında 6526 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik kavramı daha karmaşık bir hale getirmiştir.

6526 sayılı Kanun'la bazı idari işlemler kategorik olarak uygulanmakla etkisi tükenmeyecek işlem kabul edilmiştir. İlgili idari idari işlemlerin sayma yoluyla sınırlı olarak belirlenmesi akıllara sayılmayan tüm idari işlemlerin uygulanmakla etkisi tükenecek işlem midir sorusunu getirmektedir. Sorunun yanıtı pekâlâ olumsuz olacaktır ancak burada amaç kanun yapma tekniğinin zaafına işaret etmektir. Sayma yoluyla belirlenen idari işlemlerden özellikle geçici görevlendirme işlemi, tam olarak uygulanmakla etkisi tükenecek nitelikte bir işlem iken, Kanun'la kategori dışına çıkarılmış, böylece mahkemeye erişim hakkının ve dolayısıyla hak arama hürriyetinin özünü ortadan kaldırılmıştır. Çünkü geçici süreli görevlendirilen bir kamu görevlisinin iptal davası açması ve dava sonuna kadar işlemin etkisinden kurtulmak üzere yürütmenin durdurulmasını talep etmesi pratik olarak etkisizleştirilmiştir.

Bu kapsamda, çözüm önerisi olarak kanun metninden öncelikle uygulanmakla etkisi tükenmeyeceği kabul edilen işlemler çıkarılmalı ve

durdurulmasına (...)" karar vermiştir. Ankara 9. İdare Mahkemesi, E. 2019/2140, T. 14.11.2019 (Yayınlanmamıştır). Aynı yönde, "(...) Komutanlığı bünyesinde (...) Komutanlığı emrinde görev yapmakta olan davacı tarafından, hakkında (...) kamu davası açılması akabinde görevinden uzaklaştırıldığı, bunun üzerine (...) kendisine tahsis edilen kamu konutundan çıkarılmasına ilişkin 24.10.2019 tarih ve (...) sayılı işlemin iptali ile yürütmenin durdurulmasına karar verilmesi istenilmektedir. (...) Dava konusu işlemin lojman tahliyesine ilişkin olması ve uygulanması halinde tafisi güç zarar doğurabilecek nitelikte bulunması nedeniyle, davalı idarenin savunması (...) alınıp (...) yeni bir karar verilmeye kadar dava konusu işlemin yürütülmesinin durdurulmasına karar verildi." Balıkesir 2. İdare Mahkemesi, E. 2019/997, T. 08.11.2019 (Yayınlanmamıştır). "(...) Komutanlığı emrinde görev yapmaktayken, Türk Silahlı Kuvvetleri Konut Yönergesi uyarınca hakkında (...) kamu davası açıldığından bahisle (...) davacıya tahsis edilen kamu konutunun 15 gün içerisinde tahliye edilmesine ilişkin işlemin iptali ile öncelikle yürütmenin durdurulması istenilmektedir. Davaya konu kamu konutunun tahliyesi işleminin, uygulanmakla etkisi tükenecek nitelikte olması ve uygulanması halinde giderilmesi güç zararlar doğurabilecek nitelikte olması nedeniyle; davalı idarenin birinci savunması alındıktan sonra yeni bir karar verilmeye kadar dava konusu işlemin teminat aranmaksızın yürütülmesinin durdurulmasına karar verildi." Gaziantep 1. İdare Mahkemesi, E. 2019/868, T. 22.08.2019 (Yayınlanmamıştır)

hangi uyuşmazlıkta işlemin uygulanmakla etkisinin tükenip tükenmeyeceği yargı yerinin takdirine bırakılmalıdır. Ayrıca uygulanmakla etkisi tükenecek işlem kavramı da muğlak olması ve yeni bir kategori yaratmaması sebebiyle kanun metninden çıkarılmalıdır. Çünkü mevcut düzenlemedeki işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması şartı, işlemin uygulanmakla etkisinin tükenip tükenmeyeceği hususunda hâkimin başvurabileceği yeterli bir ölçüttür. Ayrıca yapılan değişiklikler anayasanın 125'inci maddesinde yer alan şartlara yenilerini eklemesi bakımından da hukuka aykırıdır.

KAYNAKLAR

- AKYILMAZ, Bahtiyar – SEZGİNER, Murat – KAYA, Cemil; Türk İdare Hukuku, Ankara 2015
- ASLAN, Zehrettin; İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması, 3. Baskı, Ankara 2017
- AYANOĞLU, Taner; Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması, İstanbul 2004
- CANDAN, Turgut; Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Ankara 2017
- ÇINARLI, Serkan – ÇELİKTAŞ, Özge; Bölge İdare Mahkemesi (İstinaf) Kararları Işığında Devlet Memurlarının Geçici Görevlendirilmesi, Terazi Hukuk Dergisi, C. 13, S. 143, Temmuz 2018
- ERKUT, Celal; İdari İşlemin Kimliği, Ankara 2015
- EROĞLU DURKAL, Müzeyyen; İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. Maddesi Kapsamında Yürütmenin Durdurulması Kararlarında Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi, AÜHFD, 65 (2) 2016
- EVSEN, Fuat; Yürütmenin Durdurulması Kurumunda Uygulanmakla Etkisi Tükenecek İdari İşlemler, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019
- GÖK, Hasan; İdari Yargıda 6352 Sayılı Kanun İle Meydana Gelen Değişikliklerin Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu Dergisi, C. 86, S. 6, Y. 2012
- GÖZLER, Kemal; Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. I, Bursa 2011
- GÖZLER, Kemal; İdare Hukuku, C. I., Bursa 2009
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref; Yönetmelik Yargı, 35. Bası, Eylül 2016
- GÜNDAY, Metin; İdare Hukuku, Ankara 2011
- KABOĞLU, İbrahim Ö.; Yürütmenin Durdurulması, Ankara Barosu Dergisi, Y. 1976, S. 4
- KAĞITCIOĞLU, Mutlu; İdari İşlemin İcra İlişkisi, TBB Dergisi, 2012 (103)
- KANDİL, Hamit Ali; İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007
- KARAHANOĞULLARI, Onur; İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler, Ankara 2018 (KARAHANOĞULLARI, Yasallık)
- KARAHANOĞULLARI, Onur; İdari Yargı, Ankara 2019
- ÖZAY, İl Han; Günışığında Yönetim, İstanbul 2004

- ÖZAY, İl Han; Gün Işığında Yönetim II – Yargısal Korunma, Ekim 2010
- SEZGİNER, Murat, İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı, Ankara 2000
- TEKİNSOY, Ayhan; İdari Yargılama Hukukunda Yürütmenin Durdurulması, Ankara 2013
- ULUSOY, Ali D.; İdari Yargılama Usulü, 2020
- YENİCE, Kazım – ESİN, Yüksel; İdari Yargılama Usulü, 1983
- YILDIRIM, Ramazan; Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. Maddesinin Tam Yargı Davaları Açısından Değerlendirilmesi, İdari Yargı Uygulaması – Karşılaşılan Sorunlar, Konya 2012
- YILDIRIM, Ramazan; İdare Hukuku Dersleri II, Konya 2010
- YILDIRIM, Turan – YASİN, Melikşah – KARAN, Nur – ÖZDEMİR, H. Eyüp – ÜSTÜN, Gül – OKAY TEKİNSOY, Özge; İdare Hukuku, İstanbul 2015
- YILMAZ, Dilşat; İdari işlemin İcrailik Özelliği, Ankara 2014