

ÖZELLEŞTİRME İŞLEMLERİNİN İPTALİ KARARLARI BAĞLAMINDA İPTAL KARARLARININ UYGULANMAMASI SORUNU

Ayla YILMAZ¹ - Av. Ali ALTAY²

“Hiçbir güdünün olmadığını varsaysak bile, bir kişi aslında doğru olmadığını bildiği bir şeye inanmaya kendini ikna etmişse, o kişiyi kendini aldatan bir kişi olarak adlandıracağımızı söylemek doğrudur. Normal olarak bunu yapmak için bir güdü olduğunu varsayınız; en genel terimlerle genellikle kişinin üzüntüden kaçmanın ya da hazza azamiye çıkarmanın bir yolu olarak kendini aldatmaya yöneldiğini varsayınız.(...) Kendini aldatan, gerçeği kendine itiraf etmekten ‘aciz’dir (derinlerde böyle olduğunu bilse bile). ‘Bilmeme’inde bir tür samimiyet vardır; bu sadece ikiyüzlülük, yalan ya da başkalarını kandırmak değildir. Ama öte yandan bir anlamda istese gerçeği kabul edebileceğini hissederiz. Şimdi Kierkegaard’ı izleyerek Murphy’nin verdiği adla bu paradoksal ‘kasıtlı cehalet’i biraz aydınlatabileceğimize inanıyoruz.”³

31 Aralık 2008 tarih, 27097 sayılı (5.mükerrer) Resmi Gazete’de “Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı” adı altında bir Bakanlar Kurulu Kararı yayımlandı. Programın “(1) Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı (Ulusal Program), Türkiye’nin Avrupa Birliğine katılım sürecinde, kısa ve orta vadede gerçekleştirilmesi öngörülen çalışmaları kapsar. / (2) Ulusal Program, bu alanda yapılacak çalışmaların temel esas ve unsurlarını belirlemek” amacıyla hazırlandığı belirtilmiş ve Programın “Ekonomik Kriterler” başlıklı III. Bölümünde “... Özelleştirme vizyonu çerçevesinde önümüzdeki dönemde, devletin bankacılık (kısa vade: Halk Bankası; orta vade: Halkbank tecrübesinin ardından strateji belirlenmek üzere Ziraat Bankası ve Vakıflar Bankası), hava ve deniz ulaşımı ile lokomotif ve vagon üretimi, et-balık ürünleri piyasası, şeker, tütün ve çay ürünlerinin işlenmesi, petro-kimya sanayi, malzeme alımı, elektrik dağıtım ve toptan ticareti, şans oyunları, İMKB, altın borsası, çeşitli kamu hizmetleri (araç muayene istasyonları, otoyol/köprü işletmeciliği, belediye-çöp/atık toplama ve yeniden değerlendirme), telekomünikasyon ve turizm alanlarından tamamen çekilmesi; bunun yanı sıra, elektrik üretimi, su şebekesi, kanalizasyon altyapısı, sağlık, eğitim, savunma, radyo-televizyon yayıncılığı, doğal gaz piyasası, kömür ve diğer maden işletmeciliğindeki payının azaltılması hedeflenmektedir. Buna karşın, tahıl alımı, tohumluk üretimi, demiryolu ulaşımı altyapısı, petrol arama faaliyetleri, hava meydanları işletmesi, posta hizmetleri, kıyı emniyetinin sağlanması gibi alanlarda faaliyetlerini sürdürmesi”nin “öngörüldüğü” belirtilmiştir. Anlaşılan odur ki, önümüzdeki günler, geriye kalan kamuya ait mal ve hizmetlerin hızla “elden çıkarılacağı” özelleştirme işlemlerine gebe; aksi takdirde Avrupa Birliği Müktesebatına “uyum” sağlanmamış olacak, bu yönde üslenilen görevler tamamlanmamış olacaktır. Oysa Avrupa Birliği Komisyonu Rekabet Sorumlusu Karel van Miert “kamu hizmeti yürüten işletmelerin özel veya kamu sektörü mülkiyetinde olmalarının Komisyon için bir önemi bulunmadığını; asıl amaçlarının bu hizmetin tekeli karakterini ortadan kaldırmak olduğunu açıkça ifade etmişlerdir.”⁴

¹ KİGEM Vakfı Genel Sekreteri

² KİGEM Vakfı Üyesi

³ **Herbert FINGARETTE**, *Kendini Aldatma*, s.32, 42; Ayrıntı Yay., 2003/İstanbul (Çev.:Alev TÜRKER).

⁴ **Ali ULUSOY**, *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, Ülke Kitapları, İstanbul 2004, s.110’dan Aktaran: **Yrd.Doç.Dr. Melikşah YASIN**, *Uygulama ve Yargı Kararları Işığında Özelleştirmenin Hukuki Rejimi*, s.10, dipnot:32; Beta Yay., 2007/İstanbul

demiş, bu haliyle Ulusal Program'ın, özelleştirme işlemlerine hız vermek yönündeki bölümü, uluslararası sözleşmeler ile yükümlülük altına girmiş olmaklığı değil ve fakat “siyasi bir tercih”⁵ yansıttığı ortaya çıkmıştır. Şayet uluslararası düzeyde bir “yükümlülük” için söz vermiş, bunun için “taraf devlet” olarak imza atmışsanız, bunları yerine getirmediğiniz takdirde sorumluluğunuz doğacaktır. Ancak görülen odur ki, Türkiye bu yönde bir yükümlülük altına girmemiştir. Türkiye, sözü edilen “müktesebat” yönünden, yargı yerlerinden verilen özelleştirmenin iptali kararlarını uygulamak yükümü altına girmiştir ve İHAM özelleştirme işleminin iptali kararlarının uygulanmaması nedeniyle Türkiye'yi kerelerce tazminata da mahkûm etmiştir:

“... Yakın tarihlerde Türkiye ile ilgili bu konuya ilişkin kararlarda, yargı kararlarının uygulanmaması nedeniyle ardı ardına AİHM'den ihlal ve tazminat kararları çıkmıştır. Bergama ilçesinde altın madeni arama ve işletme faaliyetlerine karşı açılan iptal başvurularında Danıştay aşamasında kesinleşen yargı kararlarının uygulanmaması (üstelik uygulanmayacağına dair Bakanlar Kurulu Prensip Kararı alınması) AİHM tarafından Sözleşme'nin 6/1. Maddesinin ihlali anlamına geleceği saptamasında bulunulmuştur. ‘...Başbakanlığın talimatıyla verilen bakanlık izinleriyle... başlayan deneme niteliğindeki üretim faaliyetinin hiçbir yasal dayanağı bulunmamakta olması nedeniyle bu durum [iptal edilen ruhsata rağmen faaliyete devam etme] yargı kararının dolandırılması anlamına gelmektedir. Böyle bir durum, hukukun üstünlüğü ve hukuk güvenliği ilkelerinin dayandığı hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturmaktadır...’ / Yargı kararının uygulanmasını istemek aynı zamanda ‘hukuksal kesinlik hakkı’ (right to res judicata)’nın bir gereğidir. Bu nedenle iptal kararının yerine getirilmesi sadece doğan zararın tazmin edilmesi ile sağlanamaz. Kişinin hukuksal durumundaki belirliliğin sağlanmasına yönelik her türlü önlemin alınıp, işlemin olumsuz sonuçlarının silinmesi gerekir. / (...) Keza bir idari işlemi tamamlayan ikincil derecedeki (accessory) ve bağlı nitelikteki işlemler de yerine göre iptale konu olan karardan etkilenmektedir. Fransa uygulamasında bu türden işlemler yargı yeri tarafından ‘sonuç yoluyla iptal’ (annulation par voie de consequence) uygulamasına tabi tutulabilmektedir. Birbirine neden-sonuç bakımından sıkı sıkıya bağlı olan ve biri diğerinin uygulama işlemi olduğu düşünülen bir işlem iptale konu olabilmektedir. (...)”⁶.

Özelleştirme işlemlerinin ya da 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun uyarınca tesis edilen diğer işlemler yönünden verilen iptal kararlarının, “kararın icaplarına uygun bir biçimde uygulanmaması” nedeniyle açılacak tazminat davalarında tazminat isteminin hüküm altına alınabilmesi için iç hukuk düzenlemeleri de yeterli ve emredici niteliktedir.

İptal kararlarının uygulanması zorunluluğuna ilişkin olarak Anayasanın 138’inci⁷ maddesi, uygulama için ayrıca ve ek olarak başkaca bir yasal düzenlemeyi

⁵ Özelleştirme işlemlerinin “siyasi iktidarların siyasi bir tercihi olduğu” hususu, Danıştay İDDK tarafından da yargısal gerçeklik düzeyinde saptanmıştır. Sözü edilen DİDDK kararı aşağıda aktarılmıştır.

⁶ Dr. Müslüm AKINCI, *İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı*, s. 408, 412; Turhan Kitabevi, 2008/Ankara.

⁷ “**Mahkemelerin Bağımsızlığı**” başlıklı 138. Madde: “Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler. / Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı

gerektirmeyecek nitelikte açık ve emredici bir hükümdür. Sözü edilen madde, yine Anayasanın “değiştirilmesi dahi teklif edilemeyecek” olan 2. maddesi ile birlikte anılmakta ve uygulanmaktadır. İptal kararlarının, kararların “icaplarına uygun bir biçimde uygulanması” zorunluluğu, aynı zamanda “Cumhuriyet’in Nitelikleri”nden ayrık bir biçimde ele alınamayacak⁸, değerlendirilemeyecektir. Aksi durum, yargı yetkisi ve erkini bağımsız mahkemeler eli ile kullanan Devletin Egemenlik hakkının, diğer erkleri aracılığıyla ihlali anlamına geleceği gibi T.C.Devletin “taraf devlet” sıfatı ile imzaladığı ve “iç hukuk hükümleri gibi” doğrudan uygulanması zorunlu olan “temel hak ve özgürlüklere ilişkin (hak arama hürriyeti, hukuki güvenlik ilkesi, vs)” milletlerarası sözleşmelerin de ihlali anlamına gelecektir. Sözü edilen “ihlal” ise, yargı kararlarını “kamu gücüne” dayalı olarak uygulamayanların iç hukukta sorumluluğunu gerektireceği gibi Devletin milletlerarası düzeyde de sorumluluğunu gerektirecektir.

İptal kararlarının uygulanması zorunluluğu, Anayasal düzeyde hüküm altına alınmış olmasının yanında, bu husus 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 28.maddesinde⁹, yine emredici düzeyde hüküm altına alınmıştır. Aktarılan hükmü, yukarıda aktarılan Anayasa hükmü ile birlikte ele aldığımızda, *her derecedeki idari yargı yerlerinden verilen yürütmenin durdurulması ve iptal kararları, bu kararların icaplarına uygun bir biçimde geciktirilmeksizin / en geç otuz gün içinde uygulanması zorunlu olan kararlardır sonucu ortaya çıkmaktadır.* 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun uyarınca tesis edilen özelleştirme işlemlerinin zincirleme işlemler¹⁰ olması, zincirin her bir halkası yönünden; her bir

yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz. / Görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz. / Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.”

⁸ “T.C. Anayasasının 2. maddesinde “Cumhuriyetin nitelikleri” arasında sayılan hukuk devleti ilkesi, vatandaşların hukuki güvenlik içinde buldukları, idarenin eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olduğu bir sistemi ifade etmektedir. Anayasa Mahkemesi de, hukuk devletini “İnsan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmekle kendisini yükümlü sayan, bütün eylem ve işlemleri yargı denetimine bağlı olan devlet” biçiminde tanımlamıştır. Hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak yine Anayasanın 138. maddesinin son fıkrasında yer alan: “Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.” hükmü ile yargı kararlarının idarece yerine getirme zorunluluğu açık olarak vurgulanmıştır.” (D.13.D., 23.1.2008, 2006/975, 2008/1274).

⁹ “**Kararların Sonuçları**” başlıklı 28. Madde: “1. (Değişik: 4001 - 10.6.1994) Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez. Ancak, haciz veya ihtiyati haciz uygulamaları ile ilgili davalarda verilen kararlar hakkında bu kararların kesinleşmesinden sonra idarece işlem tesis edilir. / 2. (Değişik: 4001 - 10.6.1994) Tam yargı davaları hakkındaki kararlardan belli bir miktar içerenler genel hükümler dairesinde infaz ve icra olunur. / 3. Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemeleri kararlarına göre işlem tesis edilmeyen veya eylemde bulunulmayan hallerde idare aleyhine Danıştay ve ilgili idari mahkemede maddi ve manevi tazminat davası açılabilir. / 4. Mahkeme kararlarının otuz gün içinde kamu görevlilerince kasten yerine getirilmemesi halinde ilgili idare aleyhine dava açabileceği gibi, kararı yerine getirmeyen kamu görevlisi aleyhine de tazminat davası açılabilir. / 5. Vergi uyumsuzluklarına ilişkin mahkeme kararlarının idareye tebliğinden sonra bu kararlara göre tespit edilecek vergi, resim, harçlar ve benzeri mali yükümler ile zam ve cezaların miktarı ilgili idarece mükellefe bildirilir. / 6. Tazminat ve vergi davalarında kararın idareye tebliğinden itibaren infazın gecikmesi sebebiyle idarece kanuni gecikme faizi ödenir.”

¹⁰ “... özelleştirme konusunda ilgili şirketle sözleşme sonucunu doğuracak işlemler zincirini oluşturan her işlemin nihai işlemde ayrı, ondan bağımsız bir hüviyeti ve etkisi olması durumunda, sonuç işlemde ayrılarak ayrı ayrı dava konusu edilebilmeleri mümkün olduğundan, (...)” (D.10.D., 26.11.2004 Gün ve E:2004/8257, K:2004/7618); “Nitekim Danıştay bir içtihatları birleştirme kararı ile, ‘zincir işlemlerde asil hukuki sonuç ortaya çıkmadan önce, hukuka aykırı olduğu öne sürülen halka işlemin bu aşamada iptal davasına konu edilebileceği’ni belirlemiştir. (...)”

halkanın da bağımsız bir davaya konu edilebilir nitelikte ayrı birer işlemler olmaları nedeniyle, tüm bu aşamalarda tesis edilen her bir işlem yönünden açılan davalarda verilecek (yürütmenin durdurulması ve) iptal kararları, yukarıda sözü edilen “uygulama zorunluluğu”ndan bağımsız kararlar değildir; zorunluluk yönünden ayrık bir düzenleme yoktur.

4046 sayılı Kanuna göre tesis edilen işlemlere yönelik olarak iptal istemiyle dava açma hak ve menfaatleri bulunanlar, İdari Yargı Yerlerince, 4046 sayılı Kanunda sayılan işlemlere yönelik olarak açtıkları davalarda yürütmenin durdurulması ya da iptal kararı verilmesi ve bu kararların süresi içinde uygulanmaması halinde, Anayasanın 2, 138 ve İYUK’nun 28.maddesi uyarınca hangi haklara sahiptirler? İdari Yargı Yerlerinden verilen anılan nitelikteki kararların *uygulanmaması*, yalnızca bu yazıya konu edilebilir durumda bir olasılık değildir ve *uygulanmama* eylemi, arzu edilmediği halde, çok sık rastlanılan bir eylem olmakla yerleşik bir “uygulamaya” dönüşmüş durumdadır. Doktrinde, 4046 sayılı Yasada öngörülen işlemlerin iptal edilmesi ya da bu işlemlere ilişkin olarak yürütmenin durdurulması kararları verilmesi halinde, bu kararların “fiili ve hukuki imkânsızlık” sebebiyle uygulanamayacağını savunan görüşler olmakla birlikte, hemen belirtelim ki, biz bu görüşte değiliz. Öyle ki bu yaklaşım, Anayasal ve Yasal düzeyde emredici bir biçimde hüküm altına alınan “kararların uygulanması zorunluluğu”na, *fiili ve hukuki imkânsızlık* gibi mahiyeti bilinmeyen bir “kurum” üzerinden, istisna yaratma yaklaşımıdır. Kaldı ki bu yaklaşım, Anayasanın 2, 138 ve İYUK’nun 28.maddesine açıkça aykırı olduğu gibi, doğrudan 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun’un “Amaç ve Kapsam” başlıklı 1.maddesine de uyarlı değildir.

4046 sayılı Kanun uyarınca tesis edilen işlemlere yönelik olarak açılan davalarda, işlemin *yetki* ya da *şekil* unsurları yönünden iptal edilmiş olması, diğer tüm idari işlemlerde olduğu gibi, işlemin sözü edilen unsurlarındaki sakatlıklar giderilerek, işlemin yeniden tesis edilmesine engel değildir. Ancak 4046 sayılı Yasa uyarınca tesis edilen işlemler *amaç*, *konu*, *sebepe* unsurları yönünden iptal edilmiş ise, sayılan bu unsurlar bağlamında iptal edilen işlem yeniden tesis edilebilecek midir? Sorun budur. Bize göre, 4046 sayılı Kanun uyarınca tesis edilen ve sebep, konu, amaç unsurları yönünden iptal edilen bir işlem, aynı sonucu doğuracak nitelikte olmak üzere yeniden tesis edilemeyecektir. Hassasiyet, işlemin “amaç” unsuru yönünden iptal edilmesi bağlamında daha da artmaktadır ve böylesi bir durumda İdari Yargı Yerinin karar gerekçesi “*yeni bir özelleştirme işleminin tesisi halinde dahi kamu yararının oluşmayacağı*” yönünde ise, işlemin yeniden tesis edilmesi mümkün olamamalıdır. Örneğin, Yüksek Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu’na ait 27.12.2007 tarih ve YD İtiraz No:2007/939 sayılı yürütmenin durdurulması kararında “... Özelleştirme uygulamaları idari işlemler yoluyla gerçekleştirildiğinden, bu işlemlere karşı açılan iptal davalarının 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü

Kanunu'nun 2. maddesi uyarınca yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden yargısal denetime tabi tutulmaları gerekmektedir. Özelleştirme işlemlerinin iptali istemiyle açılan davalarda yargısal denetimin hukuka uygunluk denetimi olduğu, yerindelik denetimini içermediği hususunun göz ardı edilmesi hukuken mümkün değilse de özelleştirmeye ilişkin işlemlerin teknik özellikler taşıdığı, siyasi iktidarların tercihlerini yansıttığı, dolayısıyla yargısal denetiminin daha ziyade işlemin yetki ve şekil unsurları üzerinde yapılabileceği de hukuken kabul edilemez. Bu çerçevede konu değerlendirildiğinde özelleştirme işlemlerinin yetki, şekil, sebep ve konu unsurlarının yanı sıra maksat yönünden de hukuka uygunluk denetiminin yapılması zorunludur. Bütün idari işlemlerin kamu yararı maksadını taşıması gerektiği tartışmasızdır. İdare işlem tesis ederken kişisel, siyasal, üçüncü kişilere yarar sağlama amacı gütmemeli, mali çıkar sağlama¹¹ amacıyla yetki saptırması içinde bulunmamalı, ayrıca birden fazla kamu yararının çatışması durumunda 'üstün kamu yararını' dikkate almalıdır. Dolayısıyla idari işlemin maksat yönünden yargısal denetimi de işlem ile sağlanan her türlü yarar ve işlemin ortaya çıkardığı tüm sakıncalar göz önüne alınarak yapılmalıdır. Ayrıca, yasada özel bir amaç belirlenmiş ise işlemin bu amaca uygun olması gerektiği de kuşkusuzdur.(...) 4046 sayılı Kanun özelleştirme uygulamalarında ekonomide verimlilik artışı ve kamu giderlerinde azalma sağlamayı amaçladığına göre; petrokimya ürünlerine olan talebin sürekli arttığı ülkemizde, yapılan yatırımlarla üretim kapasitesi artan ve kar eden büyük bir petrokimya kompleksi olan PETKİM'in %51 oranındaki kamu hisselerinin özelleştirilmesinde **üstün kamu yararı** bulunmadığı sonucuna varılmıştır."¹² denilebilmiş olması karşısında, özelleştirme işleminin yeniden tesis edilmesi mümkün değildir.

Yukarıdaki anlatım nedeniyle, idari bir işlemde "sebep", "konu" ve "amaç" unsurlarından anlaşılması gerekenin ne olduğu hususu "aşağıdaki sorulara olumlu cevap alınması gerekir: (...) – **Neden** [sebep]: İdari işlemin yapılmasını gerektiren neden (sebep), gerçekleşmiş midir? / - **Konu**: Yapılan idari işlem ile, beklenen sonuç yasal olarak elde edilmiş midir? – **Amaç**: İdari işlem, yasanın öngördüğü özel amaç için, ya da tüm idari işlemlerin genel amacı olan, kamu yararı için yapılmış mıdır? / Bu soruların tümüne olumlu cevap verildiğinde, idari işlem hukuka uygun olarak yapılmış ve geçerli bir işlem niteliğini kazanır. (...)"¹³ olarak açıklanmıştır.

4046 sayılı Kanun uyarınca tesis edilen işlemlerin "sebep, konu ve amaç" unsurları yönünden hukuka uyarlı olması zorunludur ve bu unsurlardan herhangi birine (bir kaçına, tamamına) aykırı olan işlemler iptal edilmektedir. Ülkemizde 80'li yılların ortalarından itibaren bir "furya" olarak başlatılan ve aynı hızda devam eden özelleştirme işlemlerinin kamu yararını "amaç" edinmesi olmazsa olmaz bir gerek iken,

¹¹ "Mali değerlendirmeler hukuki olarak idarenin mali çıkarlarının tanınması veya bunların tatmin yöntemlerinin üzerinde etkili olsa bile, idarenin mali çıkarları ilke olarak kamu yararı değildir." Prof. Dr. Didier TRUCHET, Fransız Danıştay'ı Kararlarında Kamu Yararı: Kaynağa ve Dengeye Dönüş isimli makale (Çev.:Doç. Dr. E. Ethem ATAY), Prof.Dr. A.Şeref GÖZÜBÜYÜK'e Armağan, s.370-371, Turhan Kitabevi, 2005/Ank.

¹² Aktaran: Kazancı Bilişim

¹³ Prof. Dr. A. Şeref GÖZÜBÜYÜK – Prof. Dr. Turgut TAN, İdari Hukuku C:1 Genel Esaslar, s.419; Turhan Kitabevi, 2004/Ankara.

“beklenen sonuç”un elde edilip edilmediğini yalnızca işlem an’ı ile sınırlandırmanın mümkün olmadığı açıktır. Öyle ki, “sonuç”un, çoğu kere “beklenen sonuç” olmadığına ortaya çıkması, bazen ayları/yılları bulabilmektedir. Beklenen sonuç’un elde edilmemesi halinde “... (Z)aman içerisinde maddi veya hukuksal koşulların değişmesi nedeniyle idarenin yeni bir değerlendirme yapmasını gerektiren konularda 2577 sayılı Yasanın 10. maddesi uyarınca her zaman idareye başvurulabil”-elecek midir?¹⁴ Diğer tüm idari işlemlerden esirgenmeyen bu kural, özelleştirme işlemleri yönünden ihmal edilebilecek midir? Örneğin “Bursa.. Yünlü Sanayi İşletmesi’nin kapatılarak, işletmeye ait arazi ve üzerindeki taşınmazların, öncelikle eğitim, halka açık kültür, sanat, spor ve rekreasyon amaçlarıyla kullanılmak üzere, 4046 sayılı Yasa (m.2/i) uyarınca Büyükşehir Belediyesine bedelsiz olarak devredilmesine ilişkin ÖYK kararının iptali için açılan davada idare mahkemesi, ‘Kaldı ki, 4046 sayılı Yasanın 2.maddesinin (i) fıkrasında, kamu kurum ve kuruluşları ile mahalli idarelere ‘devir’den söz edilmiş olması karşısında, kanun koyucunun özelleştirmeye tabi tutulan işletme, kurum, kuruluş, müessese..vb nitelikteki kurumlara devir halinde, devre tabi tesisin varlık sebebi ve kuruluş amacı olan faaliyetinin malik değilse de devamı amaçlandığı, tesisin faaliyetinin sona ermesi ya da faaliyet niteliğinin değiştirilmesinin amaçlanması halinde kanun koyucunun ‘devir’ dışında bir başka tanım kullanmasının gerekeceğinin kuşkusuz olduğu dolayısıyla Bursa ... Yünlü Sanayi İşletmesi’nin kapatılarak taşınmazların devrinde 4046 sayılı Yasanın genel amacına uygunluk bulunmadığı¹⁵ gerekçesiyle iptal kararı vermiş ve Danıştay tarafından da temyiz istemi üzerine onanmıştır.”¹⁶ denilmiş olması karşısında, sözü edilen işletmenin bu kez, Büyükşehir Belediyesine belirli bir bedel üzerinden devri halinde “genel amaç”a uygun bir işlem tesis edilmiş olmayacaktır. “Zaman içerisinde maddi veya hukuksal koşulların değişmesi”, işlem an’ında ya da ihale şartnamesi gibi işlemlerde belirlenen sürelerin sonunda ortaya çıkan değişiklikler olmayabilecektir. Bu sebeple, 4046 sayılı Yasa’da yer verilmeyen özelleştirme işlemlerinin amaçlarına özelleştirme uygulamaları üzerinden “yeni” amaçların “eklenmesine” icazet verilemeyecektir¹⁷. 4046 s.K., özelleştirme işlemlerinin amacını ekonomide verimlilik artışı ve kamu giderlerinde azalma sağlamak olarak hüküm altına almıştır ve başkaca bir amaç unsuru öngörülmemiştir.

¹⁴ Danıştay 10.D., 6.3.2002 gün ve E:2002/699, K:2002/565; Aktaran: **Yakup BAL-Mustafa KARABULUT-Yahya ŞAHİN**, İdari Yargılama Usulü, s.130, Seçkin Yay., 2003/Ankara.

¹⁵ Bursa İkinci İdare Mahkemesi’nin 28.09.2001 tarih ve E.2001/89-K.2001/909 sayılı kararını onayan Danıştay 10.D; 12.11.2003, E.2001/5555-K.2003/4384. Aktaran: **Prof. Dr. Turgut TAN**, Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri, s.360 (dipnot no:806).

¹⁶ **TAN**, y.a.g.y., s.360.

¹⁷ “... Yönetim yargıda, yönetim yetkilerinin ‘kamu yararı’ dışında kullanılması iptal nedenlerinden biridir. (...) Yönetim, aldığı karar ya da yaptığı işlemi hangi maksada, amaca dayandırmaktadır? Bütün kararlar ve işlemlerin kamu yararına dayanması gerektiğine göre, yönetimin güttüğü amaç, kamu yararına ‘aykırı’, ‘kamuya zarar veren’, hatta kamu yararı ‘dışında’ bir amaç mıdır? / (...) kamu yararının ne olduğu, en azından bir yasanın somut maddeleriyle ya da açık gerekçeyle belirlenmişse, bu taktirde ‘kamu yararı’ koşulu yargı merciün kendisince de doğrudan doğruya değerlendirilebilecek bir konu olmalıdır. (...) / (...) bu konuda temel metin sayılan 4046 sayılı yasanın 1. maddesindeki (f) bendinde özelleştirmelerin temel amacını şöyle tanımlamaktadır: / ‘Genel ve Katma Bütçeli İdarelerle bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların mal ve hizmet üretim birimleri ve varlıkları... ile bu Yasanın 35. maddesinin (B) fıkrasında belirtilen kamu iktisadi kuruluşlarının temel kuruluş amaçlarına uygun mal ve hizmet üretim birimlerinin işletilmesi haklarının ekonomide verimlilik artışı ve kamu giderlerinde azalma sağlamak için özelleştirilmelerine ilişkin esasları düzenlemek’. / Demek ki, ‘için’ sözcüğünden de anlaşıldığı gibi, bütün özelleştirmelerde, sıf bu açıdan, temel maksat şu iki amaca indirgenmektedir: 1) verimlilik artışını sağlamak; 2) kamu giderlerinde azalma sağlamak.(...)” **Nazım GERİŞ**, Türkiye’de Özelleştirme ve Türk Telekom Örneği, s.164-166; Roma Yay., 2007/Ankara.

Özelleştirme vb nitelikli işlemlerin hukuka uygun olarak tesis edilmediği, idari yargı kararı ile yargısal gerçeklik düzeyinde saptanması sonucu ortaya çıkan yürütmenin durdurulması ve/ya işlemin iptali kararları üzerine, ilgili idare (Özelleştirme İdaresi, vd.) sözü edilen bu kararları, “kararların icaplarına” uygun bir biçimde uygulamak zorundadır. Mevzuatımızda [idari] yargı kararlarının uygulanmaması yönündeki eylemlerin hangi davalar üzerinden karşılanması gerektiği hususunda “net sonuçlara” ulaşılmış ise de, doktrinde bu yöndeki tartışmalar sürmektedir. İdari yargı kararlarının uygulanmaması nedeniyle uygulamanın ulaştığı net sonuçlar, [1] *kararı uygulamakla yükümlü personele yönelik maddi ve manevi tazminat davası açmak ya da kararı uygulamayan idareye yönelik olarak tam yargı (maddi-manevi tazminat) davası açmak* [2] *kararı uygulamayan personele yönelik olarak TCK md.257’de hüküm altına alınan suçu işlediğinden bahisle suç duyurusunda bulunmak suretiyle kamu davası açılmasını sağlamak* olarak yerleşik hale gelmiştir. Bu aşamada, 4046 sayılı Yasaya dayalı olarak tesis edilen işlemlerin kim/kimler tarafından, idari yargı yerleri önünde iptal istemli davalara konu edilebileceği, iptal kararlarının uygulanmaması halinde yapılacak suç duyuruları ve açılacak tazminat davalarında kimlerin hak sahibi olduğu sorularının da yanıtlanması gerekecektir.

İdari Yargılamada “davacı” olabilmek için İYUK md.2’de “*menfaatleri ihlal edilenler*”den olmak gerekecektir. “Menfaat/menfaat ihlali” sözleri Yüksek Danıştay İdari Dava Daireleri [Genel] Kurulu tarafından “*(İ)ptal davasının gerek anılan maddede, gerekse içtihat ve doktrinde belirlenen hukuki nitelikleri gözönüne alındığında, idare hukuku alanında tek taraflı irade açıklamasıyla kesin ve yürütülmesi zorunlu nitelikte tesis edilen idari işlemlerin ancak bu idari işlemle meşru, kişisel ve güncel bir menfaat ilgisi kurabilenler tarafından iptal davasına konu edilebileceğinin kabulü zorunlu bulunmaktadır. / Taraf ilişkisinin kurulması için gerekli olan kişisel, meşru ve güncel bir menfaat alakasının varlığı, davanın niteliğine ve özelliğine göre idari yargı yerlerince belirlenmekte, davacının idari işlemle ciddi ve makul, maddi ve manevi bir ilişkisinin bulunduğuunun anlaşılması, dava açma ehliyeti için yeterli sayılmaktadır. / Ayrıca, iptal davaları ile; idari işlemlerin hukuka uygun olup olmadığının saptanmasına, hukukun üstünlüğünün sağlanmasına, böylece de idarenin hukuka bağlılığının belirlenmesine, sonuçta hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilebilmesine olanak sağlandığından bu davalarda menfaat ilişkisinin bu amaç doğrultusunda yorumlanması gerekmektedir.*”¹⁸ olarak açıklanmıştır.

4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun’a dayalı olarak tesis edilen işlemlere yönelik olarak, özelleştirme işlemine konu edilen işletmede örgütlü Sendikalar ve işletmede çalışanlar, Dernekler, Barolar iptal istemiyle dava açabileceklerdir. (Vakfımızın-KİGEM’in ülkemizde gerçekleştirilen tüm özelleştirme işlemlerine ilişkin olarak iptal istemiyle dava açmakta hukuki menfaati olduğu Yüksek Danıştay kararları ile hüküm altına alınmış, ancak özelleştirme işlemlerini koşulsuz savunan kimi “ne pahasına olursa olsun özelleştirme” yanlıları tarafından KİGEM’in varlık sebebi “*kamuoyu baskısı*”nın aracı olarak

¹⁸ Danıştay İ.D.G.K., 06.10.2005 Gün ve E:2004/3, K:2005/2371 Sayılı Kararı. (Aktaran: Kazancı Bilişim).

nitelenebilmiştir¹⁹. Aynı yöndeki görüş sahipleri, özelleştirme işlemlerine yönelik olarak İdari Yargı Yerlerinden verilen iptal kararlarını ise “*yargı yerlerinin özelleştirme işlemlerine direnişi*” olarak nitelemektedirler. Böylesi bir nitelemenin bizatihi kendisi, yargı yerleri üzerinde “baskı” oluşturmak girişimi olarak değerlendirilmelidir ve bir direnişten söz edilecekse bunun, özelleştirme işlemlerinin iptali yönündeki kararları uygulamamak yönünde gelişen bir “direnç kültürü”²⁰ olduğunda kuşku yoktur.). Yüksek Danıştay “satışına karar verilen işletmede işçi olarak” çalışanların da özelleştirmenin iptali istemiyle dava açabileceğine karar vermiş “... *Özelleştirme yüksek kurulunca satışına karar verilen işletmede işçi olarak çalışan davacıların, yürütülmesine katıldıkları kamu hizmetine tahsis edilen malın şeklinin değiştirilmesi işyerinin üretim şekli çalışma koşulları ve işyerinin hukuki nitelikleri ile ilgili değişiklikler oluşturan dava konusu işlemin iptalini istemekte menfaatleri vardır. (...)*” (D.10.D., 1997/2038 E., 1997/2464 K., 17.6.1997 T.)²¹ demek suretiyle bu hususu açıkça hüküm altına almıştır. Yine, Yüksek Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, özelleştirmenin iptali istemiyle açılan bir davada, satışına karar verilen işletmede işçi olarak çalışan isteklinin, davaya katılma istemini, “[Yüksek Danıştay 13. Dairesi’nin] kararının, hakkı ve borcu davanın sonucuna bağlı olan işçiyi ilgilendirdiği görüldüğünden” demek suretiyle kabul etmiştir (3.6.2010 gün ve E:2008/634, K:2010/1254)²². Nihayetle, 4046 sayılı Yasaya dayalı olarak tesis edilen işlemlere yönelik olarak, bu işlemler nedeniyle menfaatleri ihlal edilenler (Sendikalar, işletmede çalışan işçiler ve diğer personel, dernekler, vd) davacı sıfatı ile iptal davası açabileceklerdir.

4046 sayılı Yasaya dayalı olarak tesis edilen işlemlere yönelik, bu işlemler nedeniyle menfaatleri ihlal edilenlerin iptal istemiyle dava açabilecekleri hususu tartışmasız olmakla birlikte, sözü edilenlerin açtıkları davalarda İdari Yargı Yerlerince verilen yürütmenin durdurulması ya da iptal kararlarının uygulanmaması halinde, idari yargılamada lehine karar kurulan diğer hak sujeleri gibi, “idari yargı karar(lar)ının uygulanmaması sebebiyle maddi-manevi tazminat” istemiyle dava açabileceklerinin, aynı sebebe dayalı olarak, kararı uygulamayanlar hakkında suç duyurusunda bulunabileceklerinin de kabulü zorunludur. Öyle ki, verilen yargı kararı ile *kamu hizmetine tahsis edilen malın şeklinin değişmesi, işyerinin üretim şekli ve çalışma koşulları ile işyerinin hukuki niteliğinin* değişmesi önlenmiş olmakta, bu suretle dava açanın (davacının) hukuki güvenliği, hak arama hürriyeti, mahkemelere ulaşma hakkı da koruma altına alınmış olmaktadır. Çünkü idari yargı yerlerinden verilen iptal kararları, işlemi hiç tesis edilmemiş hale getiren, işlemi ve işlemi bağlı tekmil tasarrufları tesis tarihinden itibaren ortadan kaldıran kararlardır:

¹⁹ “Anayasa Mahkemesi’nin özelleştirme kanunu ve türevleri ile ilgili iptallerinin hukuki dayanağı Anayasamızın zımni devletçi ideolojisidir. Her ne kadar 4046 sayılı kanunuyla devletçiliğin tasfiyesi yasal olarak karar altına alınmış ve bazı uygulamalara girilmiş ise de; Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararları ile Anayasa açısından hukuki durum tartışmalıdır. Özelleştirme hareketi dolayısıyla devletçilik günümüzde tekrar tartışmaya açılmış ise de; çok az eleştirisi (G:AKALIN, “Türkiye’de Devletçilik Hareketi ve Sosyo-Ekonomik Maliyet, Liberal Düşünce, Kış-1996, ss.85-92) bulunmakta ve genellikle KİGEM (Kamu İşletmeciliğini Geliştirme Vakfı) tarafından desteklenen devletçiliği savunan yayınlarla kamuoyu baskısı yaratılmaktadır.” Prof. Dr. Güneri AKALIN, KİTLER ve Özelleştirilmeleri, s.265; Gazi Kitabevi, 2003/Ankara

²⁰ AKINCI, y.a.g.y., s.413.

²¹ Aktaran: Kazancı Bilişim.

²² Özel Arşiv.

“... İptal davaları sonunda verilen iptal kararları, idari tasarrufların tesisleri anından itibaren yok hükmünde telakkilerini gerektirdiği cihetle, makabline şamil tesir icra ederler. Yani iptal kararı, idari işlemlerin doğum anında sakat ve hukuki hüküm doğuracak nitelikten yoksun olduklarını tesbit etmiş olur. İptal kararıyla iptal konusu teşkil eden idari tasarruf esasen doğmamış, hukuk âleminde herhangi bir değişiklik husule getirmemiş olduğundan, bu idari tasarruflarla doğrudan doğruya ilgili işlemler ve hukuki durumlar da iptal edilen tasarrufla birlikte ortadan kalkmış olur. (...)” **(D.12.D., 28.12.1968, E:320, K:2512)**²³ denilmiş ve “...işlemin tesisinden önceki hukuki durumun geri gelmesini sağlayan kararlardır. (...)” **(D.5.D., E:1997/13, K:1998/515, 25.02.1998 T.)** denilmiş olup, iptal kararlarının sonuçları, etkileri ve mahiyetleri bağlamında bu yaklaşım yerleşik hale gelmiştir.

“... İptal kararları, idari işlemlerin aksine, zaman bakımından geriye yürüyerek, etki yaratırlar. İdari davaya konu edilen idari işlemi tesis edildiği (yapıldığı) tarihten itibaren ortadan kaldırarak, idari işleminden önceki hukuki durumun geri gelmesini sağlarlar²⁴. Hatta, Danıştay Üçüncü Dairesinin 2.12.1975 gün ve 579 sayılı kararında söylendiğine göre, iptal kararı, yalnızca dava konusu edilen idari işlem üzerinde etki yaratmaz; ona bağlı olarak tesis edilen diğer işlemleri de yapıldıkları tarihten itibaren ortadan kaldırarak tesis edilmemiş hale getirir (İptal kararının bu etkisi Danıştay Üçüncü Dairesinin 12.3.1980 gün ve E:1980/32, K:1980/39 sayılı kararı ile Danıştay Birinci Dairesinin 27.2.2003 gün ve E:2003/14, K:2003/25 sayılı kararında da yinelenmiştir.). (...)”²⁵,

“... Mahkemece iptal edilmiş işleme dayanılarak tesis edilmiş olan işlem ve tasarrufların da iptal kararıyla kendiliğinden ortadan kalkması sonucunun doğduğu kuşkusuzdur. Bu sebeple iptal hükmü idareye, iptal edilen tasarrufların, buna dayanan ve bağlı olan tüm tasarruflardan doğan bütün sonuçları ortadan kaldırarak bu işlemler hiç tesis edilmemiş gibi eski durumu tamamen tesis ve iade etmek görevini yüklemektedir. İdare bu görevi hiçbir sebep ve bahane ile yerine getirmekten kaçınamaz. (...)” **(D.10.D., 28.05.2004 Tarih ve E:2002/4061, K:2004/5219)**²⁶,

“... iptal kararları iptal edilen karara isnat eden, onunla doğrudan doğruya alakalı bulunan tasarruflara da şamil olmakta ve bu suretle iptal hükmü, iptal edilen karara dayanan, onunla bağlı bir mahiyet arz eden tekmil tasarrufları ortadan kaldırmak suretiyle makable şamil olmaktadır. Bu esas, iptal hükmünün yukarıda söylediğimiz umumi ve mutlak mahiyetiyle izah edilebilir.”²⁷

İptal kararlarının uygulanmasının önüne, yapılacak yasa değişikliği ile dahi geçmek mümkün değildir. Bu husus, hem kanunların geriye yürümeyeceği ilkesinin bir sonucu ve hem de yargı yerinden verilmiş bir iptal kararının, yasama işlemi ile

²³ Aktaran: **Dr. Yıldırım ULER**, *İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları*, s.30; AÜHF Yay., 1970/Ankara.

²⁴ Dan.3.D. 2.12.1975, E:1975/542 K:1975/579; Dan.1.D., 10.10.1990, E:1990/211, K:1990/256; Aktaran: **Turgut CANDAN**, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, s.633, dipnot: 792; Maliye ve Hukuk Yay., 2005/Ank.

²⁵ **CANDAN**, y.a.g.y., s. 633-634.

²⁶ Aktaran:Kazancı...

²⁷ **ONAR, c.3, s.1794'ten** Aktaran: **M.YASİN**, y.a.g.y., s.231.

etkisizleştirilemeyeceği, iptal kararına uymak zorunda olanlar arasında Yasama'nın da sayılmış olması nedeniyle böyledir. Nitekim benzeri bir Yasama işlemine ilişkin olarak "... Anayasa Mahkemesi 24.12.2003 günü verdiği bir kararla, yargı kararlarına uymayan yasama organının da böyle bir yetkisinin olmadığını; bu nedenle verilmiş bir mahkeme kararının sonuçlarını bertaraf etmek için yapılan bir yasal düzenlemenin anayasaya aykırı olduğunu tespit ve kabul ederek iptaline hükmetmiştir. Sorun, THK'nun çalışmalarını düzenleyen tüzüğün Bakanlar Kurulu kararıyla yürürlükten kaldırılması ve yine bu kararla kurumun yöneticilerinin görevlerine de son verilerek hükümetçe yeni bir tüzük hazırlanıp yürürlüğe konulmasından kaynaklanmıştır. Görevden alınanlar hukuka aykırı olan bu düzenleme dolayısıyla yürütmeyi durdurma istemi ile adli ve idari yargıda davalar açmışlar; her iki yargı yeri de dava sonuna kadar yürütmeyi durdurmaya karar vermiştir. İşte bu kararların gereklerini yerine getirmekten kaçınmak amacıyla Bakanlar Kurulu acele olarak bir yasa tasarısı hazırlamış ve Meclise sunmuştur. / Meclis bu tasarıyı ivedilikle görüşerek kabul edip kanunlaştırmıştır. Bunun üzerine davaları görmekte olan Danıştay ve Yargıtay, sözü geçen yasanın, davaların konusu ile doğrudan ilgili hükümlerinin anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle iptalini dava ettiler. / Yukarıda andığım Anayasa Mahkemesi iptal kararı, işte bu dava üzerine verilmiş olan karardır. Bu kararın ağırlık noktası şudur: Yürütme ve idare başta olmak üzere hiçbir organ, kişi veya makam yargı kararlarına aykırı işlem yapamaz ve kararın gereklerini yerine getirmekten kaçamaz. Bu sayıma yasama organı da dahildir. (...) / Mahkeme kararı terimi, bir dava ilişkisi içinde mahkemenin vereceği bütün kararları kapsar. Yani, bu kapsama yürütmeyi durdurma kararları da girer. Çünkü onlar da mahkeme kararıdır. (...)"²⁸ denilebilmiştir.

4046 s.K.'na göre tesis edilip de iptal edilen işlemler yönünden her ne kadar iptal kararıyla iptal konusu teşkil eden idari tasarruf esasen doğmamış, hukuk âleminde herhangi bir değişiklik husule getirmemiş ise de diye başlayan bir tümce kurmak, etkili ve yürürlü mevzuatımız yönünden mümkün değildir. 4046 sayılı Kanun'da ya da benzeri yöndeki kanunlarda, özelleştirme işlemlerinin iptal edilmesi ile ilgili iptal kararlarının uygulanmayacağı ya da bazen uygulanıp bazen uygulanmayacağı ya da "aradan geçen süreler" nedeniyle uygulanmayacağı yönünde bir düzenleme yoktur. Bu haliyle 4046 s.K.'a göre tesis edilen işlemlerin (özelleştirme, vd) iptali istemiyle açılan davalarda verilen (yürütmenin durdurulması ve) iptal kararlarının uygulanması bağlamında ayrık bir durum söz konusu değildir²⁹. Nitekim bu husus "... Anayasa'nın 2. maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti Demokratik, Sosyal bir Hukuk Devleti'dir. Hukuk Devleti insan hak ve özgürlüklerine ön planda tutan, bu hakları koruyucu, adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu sürdürmekle kendini yükümlü sayan, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm

²⁸ Aydın AYBAY, *Yargı Kararlarının Uygulanması*, Cumhuriyet Gazetesi, 16.09.2004 tarihli nüsha, s.2; "mevzuatta meydana gelen değişikliğin, yargı kararının uygulanmasını imkansız kılmayacağı" yönünde karar için bkz: **D.1.D., 11.12.2003, E:2003/159, K:2003/169**.

²⁹ Yargı kararlarının, Anayasanın 138.maddesine rağmen, uygulanmayacağı ile ilgili, özellikle "yaş tashihi" kararları bağlamında kimi yasal düzenlemelere rastlamak mümkündür. Ancak belirli bir alana özgülü bu düzenlemeleri, diğer tüm alanlarda verilen kararlara etkili hale getirmek mümkün değildir.

devlet organlarına egemen kılan Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yönetenlerin her türlü işlem ve eylemlerinin yargı denetimine tabi olan bir devlettir. Gerçekte de, bireylerin devlete karşı güven duyabilmeleri, maddi ve manevi varlıklarını serbestçe, korkusuzca geliştirebilmeleri, ancak hukuk güvenliğinin sağlandığı bir sistem içinde olanaklıdır. Şu durum karşısında Hukuk Devleti ilkelerinin yaşamda tutulması, amacının sağlanması için bağımsız yargı kararlarına uymak kaçınılmaz bir zorunluluk olduğu açıktır, işte bu nedendir ki, yasa koyucu, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine yargı yolunu açık tutmuş, yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uyma zorunluluğunu hükme bağlamıştır (Anayasa Md.125, 138). (...)” (YHGK., 2000/4-843 E., 2000/856 K., 03.05.2000 T.)³⁰ denilmek ve “... Anayasa kuralları, buyurucu ve bağlayıcı Hukuk kurallarıdır. Mahkeme kararlarının geciktirilmeden yerine getirilmesi zorunludur. İnsan hak ve özgürlüklerini; sosyal adaleti, toplumun huzur ve refahını gerçekleştirmeyi ve güvence altına almayı amaçlamış demokratik bir Hukuk Devletinde, açıklanan Anayasa ve kanun kurallarına rağmen bir Mahkeme kararının yerine getirilmemesi düşünülemez. Aksi halde bu kanun kuralları kâğıt üzerinde kalmaya zorunlu, değersiz sözcükler olmaktan öteye gidemez. (...) Bir bakan ya da Danıştay kararlarını uygulama durumunda bulunan diğer Kamu görevlilerinin yukarıda açıklanan Kanuni kuralları bilmedikleri ileri sürülemez. Öyle ise; açık, kesin ve emredici Kanun kurallarına bilerek aykırı davranış da kişisel kusur kabul edilmek gerekir. (...) Görülüyor ki, Yargıtay ve Danıştay kararlarında, suçun oluşması için Danıştay kararını yerine getirmeyen Kamu görevlisinin ayrıca garaz, kin, husumet ve benzeri duyguların etkisiyle hareket etmesi aranmamaktadır. Sadece kararın uygulanmaması suç teşkil ettiğine göre bu suçtan bir zarar meydana gelmişse, zararın ödetilmesi de doğaldır. (...)” (YİBGK, E:1978/7, K:1979/2, 22.10.1979 T.)³¹ denilmek suretiyle açıkça belirtilmiş, hüküm altına alınmıştır.

4046 sayılı Kanun uyarınca tesis edilip de, yargı yerlerince iptal edilen işlemler “hukuk âleminde hiç doğmamış, hukuk âleminde hiçbir değişiklik yaratmamış” sayılacak, bu işlemlere dayalı olarak tesis edilen başkaca işlemler/tasarruflar da ek bir iptal kararına gerek kalmaksızın ortadan kalkmış sayılacaktır. (4046 sayılı Kanun uyarınca tesis edilen idari işlemlerin yanı sıra bu işlemlerle “neden sonuç” yönünden bağlı, bu işlemlere dayalı olarak ve bu işlemlerin ayrılmaz parçası olarak tesis edilen, özel hukuka tabi olduğu belirtilen kimi tasarrufların da, hukuk âleminde hiç doğmamış/yok hükmünde oldukları açıktır. Bu husus, Anayasanın 138.maddesi ile İYUK’nun 28.maddesinin bir sonucu olduğu gibi, Anayasanın

³⁰ Aktaran: Kazancı Bilişim.

³¹ 2797 sayılı Yargıtay Kanunu’nun 16/son maddesinde “Yargıtay Büyük Genel Kurulunun kararları kesin olup, bu kararlar aleyhine başka bir yargı merciine başvurulamaz.” hükmüne, 45/5-6. maddesinde “İçtihadı birleştirme kararları benzer hukukî konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar. / İçtihadı birleştirme kararlarının niteliğini açıkça belirten özeti, kararın verilmesini izleyen en kısa zamanda Adalet Bakanlığınca bildirilir. Adalet bakanlığı bütün adliye mahkemelerine ve Cumhuriyet savcılıklarına bu kararları gecikmeksizin duyurur.” hükmüne yer verilmiştir. Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurul Kararları, aynı yönde verilecek yeni YİBBGK ile ortadan kaldırılabilen kararlardır ve aktarılan kararın ortadan kaldırılmasını gerektirecek bir durum söz konusu değildir.

11.maddesinin³² de bir sonucu ve “yokluk kurumunun bir sonucudur. Bu sebeple, iptal kararlarının etki alanlarının 4046 sayılı Kanuna dayalı olarak tesis edilen idari işlemler ile sınırlı olduğunu, bu işlemlerin iptali yönünde verilen iptal kararlarının özel hukuk işlemlerine etkili olmadığını söylemek, iptal kararı ile birlikte iptal edilen işleme dayalı olarak tesis edilen “tekmil tasarruflar”ın da yok hükmünde olduğu ve fakat bu tekmil tasarruflar içinde özel hukuk işlemlerinin olmadığını söylemek Anayasanın 2, 11, 125, 138 ve 141. maddeleri ile İYUK’nun 28.maddesine aykırı bir yaklaşımdır.). 4046 sayılı Kanun uyarınca tesis edilen işlemlerin iptal edilmesi üzerine bu kararları uygulamakla yükümlü olan idarenin, bu kararların kendilerine tebliğinden itibaren 30 günü geçmemek üzere³³, “... tesis edeceği işlem, iptal kararının yerine getirilmesine matuf ve kararın maksadına uygun olmalıdır. İdarenin başkaca bir tercih ve taktir hakkı yoktur. (...)” (DGK., 13.04.1978, 1978/20-26 E.K.).

“... İdare, iptal kararlarının amacı ve kapsamı dışında bir işlem tesis edemez. İptal kararları üzerine idarenin tesis edeceği işlem, iptal kararının yerine getirilmesine yönelmiş ve kararın maksadına uygun olmalıdır. İdarenin başkaca bir tercih ve taktir hakkı yoktur. İdare, iptal edilen işlemde ve buna dayanan, buna bağlı olan tüm işlemlerden doğan sonuçları ortadan kaldırarak, bu işlemler hiç tesis edilmemiş gibi eski durumu tamamen iade etmekle yükümlüdür. İdare, herhangi bir nedenle bu görevini yerine getirmekten kaçınmaz. (...)”³⁴,

“... İdari karar nasıl başlangıçta kanuna uygunluk karinesinden yararlanırsa, yargı kararı da ‘hukuksal gerçeklik’ niteliğinden yararlanır ve İdarenin yasal gerçeği arama zorunluluğu düşer. Yani artık ancak, karara uygun bir işlem tesis etmekle, karar hukukilik niteliğine bürünür ve böylece yargı kararına uygun işlem artık kanunilik gibi bir ‘karine’den değil, ‘hukuksal gerçeklik’ gibi daha güçlü bir nitelikten, dolayısıyla tam bir meşruiyetten yararlanır. (...)”³⁵.

İptal kararlarının sonuçları ve etki alanları yukarıda açıklandığı gibi olmakla, 4046 s.K. uyarınca tesis edilip de yargı yerince verilen iptal kararlarının bu sonuçlar ve etkiden arınmış olduğunu söylemek mümkün olmadığı gibi iptal kararının uygulanması aşamasında “Özelleştirme kararından sonra söz konusu kurumun niteliğinde değişiklik olup olmadığı ve olmuş ise bu değişikliğin kararın uygulanmasını imkânsız kılıp kılmayacağı değerlendirilmeli ve bu değerlendirme sonucuna göre işlem tesis edilmelidir. Kararın uygulanmasını imkânsız kılacak derecedeki nitelik değişiminin olumlu yönde olabileceği gibi olumsuz yönde de

³² Anayasa’nın “Anayasa’nın Bağlayıcılığı ve Üstünlüğü” Başlıklı 11.Maddesi: “Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve **kişileri** bağlayan temel hukuk kurallarıdır.”

³³ “... Kanunda belirlenen otuz günlük süre, olanakları derhal infaza imkân vermeyen idarenin yararlanabileceği azami bekleme süresidir. Yani, idare, ‘Kanun bana idari yargı yerince verilen kararların icaplarına göre işlem tesis etmek veya eylemde bulunmak için otuz günlük süre tanımıştır. Ben, bu süreyi istediğim gibi kullanırım. Kimse, beni son günden önce işlem tesisine veya eylemde bulunmaya zorlayamaz..’ diyemez. İdareye böyle bir olanağın tanınmasının, Hukuk Devleti İlkesi ile bağdaşmayacağını söylemeye gerek olmadığını sanıyoruz. (...)” **CANDAN**, y.a.g.y., s.648, 649.

³⁴ **Evren ALTAY**, İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Uyuşmazlıklar, s.17, Turhan Kitabevi, 2004/Ankara.

³⁵ **Yrd.Doç.Dr. Nuri YAŞAR**, İdari Yargı Kararlarının Etkinleştirilmesi Arayışında İdari Yargı İdari Yargıç ve Yargısal Emir, s.104, 105; Filiz Kitabevi, 2002/İstanbul.

*olabileceği unutulmamalıdır*³⁶ demek de mümkün değildir. Böylesi bir durumda, şayet Sosyal Devletin / Hukuk Devletinin acze düştüğü, moratoryum ilan ettiği de belirtilmiyorsa, bu yaklaşımı kabul etmek olanaksızdır. Kaldı ki, böylesi bir “imkânsızlık”, hak sahibinin tazminat istemli dava açmasına engel değildir: “... işlemin nesnel alanda yarattığı değişiklikler ile bu değişikliklere yol açan işlemin hukuka uygun olup olmadığı ayrı şeylerdir. İptal davasında iptal kararından bir takım somut sonuçlar beklenir ise de yargıç önüne getirilen yalın sorun hukuka aykırılık sorunudur ve yargıç öncelikle bu sorunu çözmekle görevlidir. Davada, tam uygulamanın, bütünüyle eski durumu geri getirmenin olanaksız olduğunun görülmesi yargıcın bu görevini etkilemez. (...)”³⁷. Yüksek Danıştay, özelleştirme işlemlerinin iptali kararları üzerinden yaygın bir tutuma dönüştürülmek istenilen “fiili imkânsızlık” gibi bir kurumu kabul etmemiş, verilen iptal kararının uygulanması halinde uluslararası ilişkilerin bozulacağı sebebiyle tesis edilen Bakanlar Kurulu [Prensip] Kararını ve Özelleştirme Yüksek Kurulu Kararlarını da iptal etmiştir.

İdari Yargı Yerlerinden verilen iptal (yürütmenin durdurulması) kararlarına karşı, “prensip kararı” adı altında Bakanlar Kurulu tarafından tesis edilen işlemler, iptal kararlarının uygulanmaması ile ilgili “yeni bir yöntem” olmalıdır. Bakanlar Kurulu’nun ve Özelleştirme Yüksek Kurulu’nun, özelleştirme ve 4046 s.K.’da sayılan diğer işlemlerin iptal edilmesi üzerine, “prensip kararı” adı altında kararlar almaları, bu kararların kerelerce Yüksek Danıştay tarafından iptal edilmesine rağmen aynı yönde karar almaya devam etmeleri, aldıkları bu kararları Resmi Gazete’de yayımlamamaları, Bilgi Edinme Hakkı Kanununa dayalı olarak talep edilmesine rağmen kararlara erişilmesini “*kamu güvenliği*” ve sair gerekçelerle engellemeleri, sözü edilen bu kararlara ilişkin olarak ayrıca iptal istemli dava açılmasının önünde engel değildir³⁸. Nitekim Yüksek Danıştay bu yönde “... *dava dilekçesine kendisine yazılı olarak bildirilmemiş ve yaptığı tüm başvurulara rağmen elde edememiş olduğu Bakanlar Kurulu Kararını eklememesinin dava açma hakkının kullanılmasına engel oluşturmaması gerekir. Zira böyle bir fiili imkânsızlık durumunda idari yargı mercilerinin re’sen inceleme yetkisini kullanarak dava konusu Bakanlar Kurulu Kararının varlığını araştırması ve bu araştırma sonucuna göre bir karara varması mümkün bulunmaktadır. (...)*” (D.İ.D.D.G.K., E:2002/1149, K:2003/103, 07.03.2003) demek suretiyle sözü edilen “edinilememiş, erişilememiş” kararlara yönelik olarak da iptal davası açılabileceğini hüküm altına almıştır. Bakanlar Kurulu ve Özelleştirme Yüksek Kurulunun iptal (ya da yürütmenin durdurulması) kararlarının uygulanmaması için “prensip kararı” adı altında işlem tesis etmeleri doktrinde de haklı olarak eleştirilmiş ve bu yöndeki kararların “*Anayasa suçu oluşturduğu*” belirtilmiştir: “*ERKUT-SOYBAY, Bakanlar Kurulunun yargı kararlarının uygulanmasını engellemeye yönelik bu kararının ‘kamu*

³⁶ E.ALTAY, y.a.g.y., s.218, 219.

³⁷ ULER, y.a.g.y., s.36.

³⁸ Önemle belirtilmelidir ki, aslen iptal (yürütmenin durdurulması) kararlarının uygulanmaması uğruna tesis edilen Bakanlar Kurulu Prensip Kararları, “yok hükmünde”dir ve ayrıca bir iptal davası ile bu kararların iptal edilmesine gerek yoktur. Ancak uygulamada bir tespit davası ile çözülebilecek bu sorun iptal istemli davalara konu olabilmektedir.

*hukuku ilke ve kuralları ile mevcut hukuk düzenimiz bakımından açık bir fonksiyon gaspı örneği olup, yok hükmünde olduğu, öte yandan söz konusu kararın, genel prensip olarak telakki edilerek, idari yargı mercilerinin ileride de bu alanda verilecek kararlarının yerine getirilmesinin önünü kesen niteliği, yargı organının iradesine ipotek koyma amacı güden ve anayasal suç oluşturan bir tutum olduğu kanaatinde dirler³⁹. Gerçekten de, hukuk devleti ilkesinin en önemli unsurlarından olan yargı kararlarının uygulanmasının, uygulanmasının engellenmesine yönelik bu tür işlemlerin, hangi haklı nedene dayanırsa dayansın, kabul edilmesi mümkün değildir. (...)*⁴⁰. Aktarılan içerikte kararlarda imzaları bulunanların ve bu kararları sebep göstermek suretiyle iptal (ya da yürütmenin durdurulması) kararlarını uygulamayanlar hakkında suç duyurusunda bulunulabileceği, bunların “davalı” tahtında gösterildiği haliyle maddi/manevi tazminat davaları açılabilirliği açıktır.

4046 sayılı Kanun uyarınca tesis edilen ve yargı yerince verilen iptal kararlarının uygulanmaması halinde, edildiği kararın haklı olarak uygulanmasını bekleyenler (sendikalar, dernekler, çalışanlar), kararın uygulanmaması halinde, kararı uygulamakla yükümlü olan idare ajanları hakkında Adli Yargı yerlerinde tazminat istemiyle dava açabilecekler ve açacakları davayı “iptal kararının uygulanması uğruna tesis edilmesi gereken işlemlerde, imzaları ‘olmazsa olmaz’ nitelikte bulunanlar”a davalarını yöneltebileceklerdir. Yüksek Yargıtay bu yönde “...Kamuda yapılan ortak çalışmalarda, bu ortak çalışmaya belli ölçüde katılan tüm görevlilerin doğan sonuçtan sorumlu olmaları asıldır. Bu görevliler, görevlerini yaparken yazılı ve sözlü kuralları işin gereğine göre uygulamak durumundadırlar. Özellikle emir almak durumunda olanlar sırf kendilerine emredileni, emredildiği biçimde yaptıkları savunmasında bulunamazlar. Bazı durumlarda emri verenin yazılı emrinin uygulayıcıyı sorumluluktan kurtardığı halde, diğer bazı hallerde yazılı emir bulunsa da görevlinin o işi emre göre değil yazılı kurallara göre yapması gerekir. Yapılması suç olan bir işin yapılması emre uygun da olsa, işi yapan memuru cezadan ve sorumluluktan kurtaran bir neden değildir. Belirtilen durumlarda dikkat edilmesi gereken husus, görevlinin görevini yaparken kendisine de belli ölçüde yetki ve sorumluluk verilmiş olmasıdır. (...)” **(4.H.D., 2000/4065 E., 2000/4250 K., 01.05.2000 T.)**⁴¹ demek suretiyle sorumluların saptanması açısından yol göstermiştir. Yüksek Yargıtay bir başka kararında, iptal kararının uygulanmaması nedeniyle açılan tazminat davalarında, “davalı” tahtında gösterilenlerin ayrıca kin, garez ve kastlarının kanıtlanmasına gerek olmadığını, aynı yöndeki 1979 tarihli YİBGK’na gönderme yapmak suretiyle net bir biçimde ortaya koymuştur:

“...Anayasanın 138. maddesinde, yasama ve yürütme organları ile idarenin, mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğu belirtildikten başka, kararların değiştirilemeyeceği ve uygulamasının da geciktirilemeyeceği yer almış

³⁹ **ERKUT Celal-SOYBAY Selçuk**; *Anaya ve İdari Yargılama Hukukuna İlişkin Kanunlar*, Yenilenmiş 5.Bası, Beta yay., İstanbul 2001, s.336.

⁴⁰ **M.YASİN**, y.a.g.y., s.233.

⁴¹ Aktaran: Kazancı...

bulunmaktadır. Yine bu bağlamda, 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanununun 28. maddesinde de, mahkeme kararlarını 30 gün içinde uygulamayan kamu görevlileri hakkında tazminat davası açılabileceği ifade edilmiştir. Açıklanan bu yasal düzenlemeye paralel olarak Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 24.09.1979 gün ve 7/2 sayılı kararında da, yargı kararını yerine getirmeyen kamu görevlisinin hukuki sorumluluğu bulunduğuna işaret edilmiştir. Bir kararın uygulanmaması durumunda, uygulamayan kamu görevlisinin kin garaz kasıt gibi kusurlarının varlığının aranması gerekmez. Diğer bir anlatımla zarar gören, davalının kasten uygulamadığını kanıtlamakla yükümlü olmadığı gibi davalı da kastının bulunmadığını kanıtlamakla sorumluluktan kurtulamaz. Somut olayda, davacı tarafından alınan idari yargı kararlarının uygulanmadığı tartışmasızdır. Tartışmalı olan yön davanın kamu kurumu olan belediye aleyhine mi, yoksa kararı uygulamayan kamu görevlileri aleyhine mi yöneltileceği noktasında toplanmaktadır. Yukarıya alınan Anayasal ve yasal düzenlemeler davanın idare aleyhine açılabileceği gibi, kamu görevlisi aleyhine de açılabileceğini göstermektedir. Davacı isterse, idari yargı yerinde kurum aleyhine de dava açabilir. Şu durumda (...) kararları uygulamamak suretiyle (...) kararlarda adı olan ve bu kararları vermede yetkili ve görevli olan kimselerin (...) hasım olabilecek olanlar davada gösterilmişlerse haklarında hüküm kurulmalıdır. (...)" **(4.H.D., 09.06.1999 T., 1999/3555 E., 1999/5498 K.)**.

Bitirirken ve tekrara düşmek pahasına söylenmesi zorunludur: İptal kararlarının uygulanmaması nedeniyle açılan tazminat davalarında verilen tazminat hükmü, iptal kararının uygulanmasına kaim değildir. Başka bir anlatımla, iptal kararlarının uygulanmaması nedeniyle açılan tam yargı davaları ya da doğrudan doğruya iptal kararını uygulamakla sorumlu olan idare ajanlarına yönelik olarak açılan tazminat davalarında, iptal kararının uygulanmadığı yargısal gerçeklik düzeyinde saptandıktan sonra hüküm altına alınan tazminat kararları, uygulanmayan iptal kararının yerine geçerek, iptal kararının uygulanması zorunluluğunu ortadan kaldırmaz, tazminat kararı iptal kararını "uygulanmış" hale getirmez. İç hukukumuzda, 4046 sayılı Kanun'a dayalı olarak tesis edilip de iptaline karar verilen işlemler yönünden, iptal kararlarının uygulanmasının zorunlu olduğuna dair düzenleme, sözü edilen iptal kararlarının "bazen uygulanıp bazen uygulanamayabileceği" gibi bir istisnai düzenlemeye yer vermeksizin açık ve emredici bir biçimde hüküm altına alınmıştır. Tazminat kararları, iptal kararlarının uygulanma zorunluluğunu ortadan kaldırmaz.