

## AVRUPA TOPLULUĞU'NA ÜYE DEVLETLERDE, İDARI KARARLAR KARŞISINDA BİREYLERİN GEÇİCİ OLARAK KORUNMASI SORUNU (\*)

*Michel FROMONT (\*\*)*

*Çeviri: Celâl ERKUT (\*\*\*)*

Bir idarî kararın hukuka aykırılığı ileri sürülerek yapılan idarî ya da yargısal başvurulara rağmen, İdare'nin bu kararını icra etmesi ve daha sonra da bu kararın idarî makamlar ya da yargı mercilerince iptal edilmesi karşısında bireyler önemli zararlarla karşı karşıya kalabilirler. Hiç şüphesiz, bu durumda, genel olarak, İdare'nin sorumluluğu söz konusudur<sup>1</sup>; ancak, çoğu kez, bu zarar ya güçlükle telâfi edilebilir ya da telâfi edilemez niteliktedir. Bu nedendir ki, söz konusu telâfi edilemez durumun ortaya çıkmaması, böyle bir zararla karşılaşılmasında amacıyla birçok hukuki sistem öngörülmüştür. Bunların içinde en radikal olanı kuşkusuz, «gerekli başvuru süresi henüz tükenmeden yapılan başvuruların işlem üzerinde 'durdurucu etki' yaratacağı» olgusuna dayanan sistemdir; ancak, bu sistem, üye devletlerin hukuk düzenlerinde çok ender olarak kullanılmıştır<sup>2</sup>. Diğer bir sistem ise, söz konusu durdurucu etkiyi, «başvuru konusu yapılan idarî işlemin ilgili idarî makam ya da yargı mercii önünde inceleniyor olması» olgusuna dayandırmakta, yani «başvuru ile işlemin icrasının kendiliğinden duracağı» ilkesini getirmektedir ki, bu sistem Alman Hukukunda benimsenmiş olup bazı istisnai hallerde diğer üye devletlerin birkaçında da uygula-

\*) Söz konusu makale, «Revue Internationale des Sciences Administratives» isimli derginin 4/1984 sayısında ve 309-327 nci sayfalarında yer almıştır.

\*\*\*) Profesör Michel Fromont, Fransa'nın Dijon Üniversitesi öğretim üyesidir.

\*\*\*) Yard. Doç. Dr. Celâl Erkut, İ.Ü. Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesidir.

1) Bu prensip, İngiliz hukukunda oldukça açık olarak belirlenmiştir.

2) Bu konudaki en önemli örneği, Hollanda'da rekabeti sınırlayıcı uygulama işlemleri bakımından görmek mümkündür. Cf. Auby et Fromont, Les recours juridictionnels contre les actes administratifs dans la CEE., Paris, 1971, s. 41.

ma alanı bulmaktadır. Bu konudaki başka bir sistemde de, işlemin etkisinin durdurulması, bu işlem hakkında başvuruda bulunulan idarî makam ya da yargı merciinden istenilmektedir. Böyle bir istemin, idarî bir makam önünde ileri sürülmesi halinde, bu makamın ilgili işlemin etkisinin durdurulması konusundaki yetkisi, idarî makamlara tanınan genel yetkilerden kaynaklanmaktadır; ancak, başvuruda bulunulan makam hiyerarşi gücünden yoksun ise, böyle bir yetki açıkça bir yasal düzenleme ile öngörülme gerekir. Diğer yandan, doğal olarak, bireyler açısından, itiraz ettikleri idarî kararların icrası karşısında, «yargısal korunma» daha önemli bir güvence oluşturmaktadır. Hiç şüphesiz, bu durum, «durdurucu etkinin yapılan başvuru ile kendiliğinden oluşması» şeklindeki prensibin hemen hemen hiçbir üye devlet tarafından benimsenmemiş olmasının doğal bir sonucudur ki, bu bakımdan, her devlet, az ya da çok, yargı mercileri önünde gerçekleştirilen bir başvuruda, yargıcın, ilgili idarî kararın etkisinin durdurulmasını emredebileceği ilkesini benimsemektedir. Buradan hareketle, ard arda şu başlıkları inceleyeceğiz:

I — Başvuru ile oluşan «durdurucu etki»

II — İdarî başvuru sonucunda verilen «durdurma» kararları

III — İdare'nin işlemleri karşısında geçici yargısal korunma

### I — Başvuru ile oluşan durdurucu etki

İdarî işlemlere karşı yapılan idarî ya da yargısal başvurular sonucunda, işlemin icrasının kendiliğinden duracağı hakkındaki prensip, sadece Almanya'da kabul edilmiş; buna karşılık, bazı üye devletler ise, işlemin icrasının kendiliğinden durmasının ancak yargısal başvurular bakımından mümkün olabileceği esasını benimsemişlerdir.

#### A — Almanya'daki Durum

Öncelikle Alman sistemindeki ilkeleri ana hatlarıyla inceleyip, sonra da bu sistemin uygulanmasından doğan sorunları ve yasakoyucunun bu konuda belirlediği istisnaları açıklayacağız.

##### 1. İlkeler

İdare karşısında yargısal korunma bakımından öngörülen Alman sisteminin özgünlüğü, İdare ve bireyler arasındaki ilişki açısından kabul edilen anlayıştan kaynaklanmaktadır.

Buna göre, bir yandan, bireyler İdare'ye karşı sahip oldukları kamusal nitelikteki sübjektif hakları idare yargıcına başvurmak suretiyle gündeme getirebilirlerken; diğer yandan, İdare de kişilerin bu haklarını tek yanlı işlemler ile sınırlandırabilir. Böyle bir anlayıştan hareketle, İdare'ye karşı etkili bir yargısal denetimin gerekliliği Anayasanın 19 uncu maddesinin 4 üncü fıkrasında benimsenmiştir ki, bu bağlamda, bireyler, idarî kararlara karşı idarî yargı mercilerine itiraz ettikleri takdirde, «eşitlik» açısından idare ile aynı hukuksal statüde kabul edilirler<sup>3</sup>. Nitekim, bu nedenle de, idare mahkemeleri hakkındaki kanunun 80 inci maddesi şu kuralı getirmiştir: «İdarî başvuru ve iptal dâvası, idarî işlemlerin yürütülmesini durdurucu bir etkiye sahiptir. Bu kural, hak doğurucu idarî işlemler bakımından dahi geçerlidir»<sup>4</sup>.

Alman sistemi, söz konusu durdurucu etkiyi sadece yargısal başvuru bakımından değil, idarî başvuru açısından da öngörmektedir; çünkü, yürürlükteki Alman kanunlarına göre, idarî başvuru, yargı yoluna gitmeden önce başvurulması zorunlu bir aşama oluşturmaktadır. İşte, her iki başvuruda da, başvuru ile birlikte, başvurunun konusunu oluşturan idarî işlemin yürütülmesi kendiliğinden durur; bir başka deyişle, «durdurucu etki», başvuru ile birlikte kendini gösterir.

## 2. Sistemde karşılaşılan sorunlar

Bu sorunları üç kategoride toplamak mümkündür:

- «durdurucu etkinin içeriği»ne ilişkin sorunlar,
- «durdurucu etki»nin söz konusu olabileceği işlemlerin belirlenmesi hususundaki sorunlar,
- kabul edilemez nitelikteki başvurulara bağlanan hukuki sonuçlardan kaynaklanan sorunlar.

### 2.1. Durdurucu etkinin içeriği

Böyle bir etkinin, işlemin yürürlüğe girmesini önleyici, durdurucu bir içeriğe mi sahip olduğu, yoksa, sadece işlemin icrasını sağlayan idarî aşamayı durdurucu bir niteliği mi haiz olduğu, bu konudaki en tartışmalı sorundur.

3) Bu açıdan ayrıca bkz. Federal Anayasa Mahkemesi, 1973, B. Verf. GE 35. 265; N.J.W., 1973, 1491.

4) Ayrıca bkz. İdarî yargılama usulü hakkında hazırlanan kanun projesinin 150. maddesi.

Federal İdare Mahkemesi, bu bakımdan sınırlayıcı bir anlayıştan hareket ederek, «başvuru, İdarenin almış olduğu kararları icra edememesi yani bunların uygulanmasına ilişkin işlemler yapamaması hukuki sonucunu doğurur; yoksa, İdare, bu tür kararlar sonrasında alınması gereken diğer karar ve tedbirleri ileriye dönük olarak gerçekleştirebilir» hükmüne varmıştır<sup>5</sup>. Ancak, bu içtihat, öğreti tarafından sık sık eleştiri konusu yapılmıştır; çünkü, söz konusu içtihat, bir işlemin icrası konusundaki karar ve tedbirler ile bu işlemin sonrasında alınacak diğer tedbirler arasında oldukça güç olan bir ayırımın yapılmasını zorunlu kılmaktadır.

## 2.2. *Başvuru sonucunda durdurucu etkinin söz konusu olabileceği işlemler*

Kanunda, hak yaratıcı işlemler hakkında yapılan başvuruların dahi durdurucu bir etki yarattığı hususu belirlenmiş olmakla birlikte; içtihatlarda, bu tür işlemlere karşı yapılan başvuruların, bu işlemlerden sadece bazıları bakımından durdurucu bir etkiye sahip bulunduğu kabul edilmektedir.

Esas olarak, böyle bir etki, ancak borçlandırıcı ya da yükümlendirici idarî kararlar bakımından kendini gösterir ve idarî makamların bireyleri belirli haklardan yararlandırmayı reddeden işlemleri (örneğin, bir inşaat ruhsatı isteminin reddi) hakkında söz konusu edilemez. Aslında, böyle bir müessesenin öngörülmesindeki amaç da, bireylerin idarî kararlar öncesinde süre gelen durumlarının iyileştirilmesi değil ve fakat aynen korunmasını sağlamaktır. Ancak, bu prensibin uygulanması başlıca dört ayrı kategoride yer alan işlemler bakımından çeşitli güçlükler yaratmaktadır. Bir iznin geri alınması konusundaki işlemler; ilgililere hem çeşitli haklar sağlayan hem de yükümlülükler getiren işlemler; ilgililerine bir çıkar sağlayan ve aynı zamanda üçüncü kişilere de çeşitli yükümlülükler yükleyen işlemler ve nihayet kanunun yasakladığı bir faaliyeti men eden işlemler bu dört kategoriyi oluşturur.

Bir iznin geri alınması konusundaki işlemlerin başvuru üzerine yürütülmesinin durdurulması, ancak ilgilinin bu izni devam ettirme hakkına sahip olması durumunda mümkün olabilir; aksi durumlarda ise, iznin geri alınması, yeniden izin verilmesinin reddi anlamına gelir ve böyle bir idarî süreç içinde, eski iznin hüküm ifade edebilmesi de mümkün değildir.

5) B. Verw. GE 13,1.

İlgilisine hem haklar hem de yükümlülükler getiren işlemler (çift karakterli işlemler) bakımından ise başvurunun durdurucu etkisi ancak çok istisnai durumlarda söz konusu olabilir. Çünkü, bu tür işlemlerde bir haktan yararlanma çeşitli yükümlülüklerle uyulmasına bağlıdır ve ilgililer bir yandan işlemin yükümlülüklerle ilişkin kısmına itiraz ederlerken, diğer yandan işlemin yararlandırıcı kısmı ile bağlıdırlar. Dolayısıyla, bu hallerde, başvuru, işlemin yürütülmesini durdurmaz; ancak, istisnaen, eğer işlemdeki her iki kısım birbirinden ayrılamaz nitelikte ise, başvuru üzerine bu işlemin yürütülmesi durur.

İlgilisine haklar, üçüncü kişilere ise yükümlülükler getiren işlemler ise, üçüncü kişiler tarafından, bu tür işlemler dolayısıyla haklarının zarara uğratıldığı iddiasıyla, yargı önüne götürülebilirler. İçtihatlarda, bu durum, özellikle «komşuların haklarını sınırlayıcı nitelikteki bir faaliyete verilen izin» işlemi açısından kabul görmektedir. Bu tür işlemlere karşı yapılan başvuruların «kabul edilebilir» niteliğinin, izin sahibinin bu faaliyeti konusunda önleyici bir etki yaratıp yaratamayacağı da bir başka sorun olarak gündeme gelmektedir. Sorun, «durdurucu etki» kavramının içeriği bakımından (bir başka yönüyle işlemin yürütülmesinin İdare ya da yararlanan kişi tarafından mı durdurulacağı hususu açısından) da çeşitli tartışmalara konu olmuştur<sup>6</sup>. Bu konuda, yüksek yargı mercileri, bu tür başvuruların «durdurucu etki» yaratabilir nitelikte oldukları yönünde açık bir tavır almışlardır<sup>7</sup>. Ancak, başvuru ile yürütmenin kendiliğinden durması yolundaki etki, üçüncü kişilere bu konuda bir çıkar ve avantaj yaratabilir nitelikte olduğundan, içtihatlar, bu bakımdan bir dizi sıkı koşul aramaktadır ki, bunların içinde en önemlisi, başvurunun «kabul edilebilir» nitelikte olması yolundaki koşuldur. Bu konuda, Federal Adalet Bakanlığı'nın himayesinde hazırlanan İdari Yargılama Usulü hakkındaki kanun tasarısı - kısıtlama bakımından daha da ileri giderek - 152 nci maddesinde, işlem karşısında üçüncü kişi durumunda olanların yaptıkları başvuruların otomatik bir durdurma etkisi yaratmayacağını belirlerken; otomatik durdurmanın, ancak işlemin ilgililerinin yapacakları başvurular üzerine gerçekleşeceği ya da işlemin yürütülmesinin durdurulmasına idare yargıcının karar verebileceği hususlarını kabul etmiştir<sup>8</sup>.

6) Bu tartışmaların mükemmelce vurgulandığı eser için bkz. G. Lücke, «Vorläufiger Rechtsschutz bei Verwaltungsakten mit Drittwirkung», N.J.W., 1978, 81.

7) Federal Anayasa Mahkemesi, 1973, B. Verf. GE 35, 265; N.J.W., 1973, 1491, note Birk, s. 2196. - Federal İdare Mahkemesi, 1969, N.J.W., 1969, 202.

8) Yürütmenin durdurulması konusunda bkz. infra I.B.

Nihayet, bazı yazarlarca, kanunla yasaklanan bir faaliyeti men edici nitelikteki işlemler aleyhine yapılan başvuruların da, bunların yürütülmesini durdurucu bir etki yaratmadığı kabul edilmektedir<sup>9</sup>. Nitekim, bu yazarlar, bunun aksinin kabulü halinde, izne tâbi olup da herhangi bir izin isteminden kaçınılarak kanuna aykırı bir faaliyete girişen bireylerin durumlarının; böyle bir izin isteminde bulunup da bu istemleri reddedilen bireylerin durumlarına göre hukuken daha çok korunduğu gibi anormal bir sonucun ortaya çıkabileceğini belirtmektedirler. Gerçekten de, birinci halde, bu tür işlemlere karşı yapılan başvurunun kendiliğinden durdurucu bir etki yaratacağı kabul edilseydi, böyle bir anormal sonuç ortaya çıkabilirdi; çünkü, ikinci haldeki işlemlere karşı yapılan başvuruların kendiliğinden bunların yürütülmesini durduramayacağından daha önce söz etmiştik.

### 2.3. *Kabul edilemez nitelikteki başvuruların «durdurucu etki»den yoksun olması*

Kabul edilemez nitelikteki bir başvurunun, başvuru konusu yapılan işlemin yürütülmesini durdurucu bir etki yaratıp yaratamaması sorunu hâlâ tartışmalıdır. Bu konuda, Federal İdare Mahkemesi, 21 haziran 1961 tarihli bir kararında<sup>10</sup>, «açıkça hatalı bir temele dayandırılan ya da kabul edilemez nitelikte olan bir başvuruya rağmen, başvuru konusu yapılan işlemin durdurucu etkiden yararlanacağı» esasını benimsemiş; buna karşılık, 5 şubat 1965 tarihli bir başka kararında ise<sup>11</sup> bunun mümkün olamayacağını vurgulamıştır. Dolayısıyla, görüldüğü gibi, konu hakkında içtihatlarda herhangi bir süreklilik bulunmamaktadır. İchtihatların incelenmesi sonucunda, idare mahkemelerinin birçoğunun, aşağıdaki «kabul edilemez» nitelikteki başvurularda «durdurucu etki»nin oluşmayacağını belirlediklerini görmekteyiz. Buna göre, «başvurulan mahkemenin yetkisiz olması», «başvuruda bulunan kişinin kamusal nitelikteki bir sübjektif hakkının ihlâl edilmemiş olması» ve «başvuru için öngörülmüş olan sürenin geçirilmesi» nedenlerinden birisi dolayısıyla kabul edilemez durumdaki bir başvurunun, söz konusu işlemin icrasını kendiliğinden durdurmayacağı kabul edilmektedir. Öğretide ise, bu konuda, içtihatlarda benimsenen söz konusu ilkenin «ka-

9) Bkz. Eyermann-Fröhler, *Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar*, 7. bası. München, 1970, § 80, note 12.

10) B. Verw. GE. 13,1.

11) B. Verw. GE 20,240.

bul edilemez» nitelikteki tüm başvurular için geçerli olduğu<sup>12</sup> görüşünün yanı sıra; başvurunun «kabul edilemez» niteliğinin açıkça belirgin olması gerektiği de ileri sürülmektedir<sup>13</sup>.

### 3. Sınırlar

Yukarıda belirtilen ilkenin önemli sınırları, istisnaları da vardır. Bir yandan, söz konusu ilke tüm idarî kararlar bakımından uygulanamaz iken, diğer yandan, İdare, bu ilkeyi bertaraf edebilir.

#### 3.1. İlkenin uygulanamayacağı idarî kararlar

İdare mahkemeleri hakkındaki kanunun 80 inci maddesine göre vergi, resim, harç gibi malî yükümlere ilişkin işlemler<sup>14</sup>; güvenlik ve düzenin sağlanması bakımından kolluk görevlilerinin almış oldukları acil önlemler ve federal kanunlarda, «haklarında yapılan başvurunun kendiliğinden durdurucu etki yaratmayacağı» açıkça belirlenen işlemler<sup>15</sup> bakımından söz konusu ilke uygulanmaz. Yine, özel görevli idarî yargı mercileri hakkındaki kanunlardan, malî mahkemelere ilişkin olanı, bu mahkemeler önündeki yargısal başvuruların, kendiliğinden durdurucu etki sağlamadığını düzenlerken (§ 69 FGO); sosyal mahkemelere ilişkin olan kanun da böyle bir etkinin ancak sınırlı hallerde söz konusu olabileceğini vurgulamıştır (§§ 86 ve 97 SGG). Bunun yanı sıra, üç ayrı idarî yargı düzeni için ortak olarak hazırlanan yargılama usulü kanun tasarısı da bu istisnaları korumakta ve ayrıca cebri icra konusunda alınan idarî karar ve tedbirlerin de söz konusu ilkeye istisna oluşturacağını benimsemektedir.

#### 3.2. İdare'nin, idarî kararlar üzerindeki «durdurucu etki»yi bertaraf edebileceği durumlar

İdare mahkemeleri hakkındaki kanunun 80 inci maddesinin 2. fıkrasının 4. bendine göre: «kamu yararının gerekli olduğu hallerde, idarî

12) Lüche, «Vorläufiger Rechtsschutz bei Verwaltungsakten mit Drittwirkung», N.J.W., 1978, 73.

13) Redeker-Oertzen, Verwaltungsgerechtsordnung, 7. bası (1981), § 80, no: 16.

14) Malî yükümlülüklerin düzenlenmesine ilişkin işlemlerin bunun dışında bulunduğu hakkındaki Federal İdare Mahkemesi kararları için bkz. 17.1.1958 ve 23.5.1958, B. Verw. GE 6,134 ve B. Verw. GE 7,54.

15) Örneğin, bulaşıcı hastalıklarla mücadele hakkındaki kanunun 35. maddesinin 2. bendinde yer alan hüküm.

kararı alan ya da kendisine idarî başvuruda bulunulan makamın derhal icrayı emrettiği durumlarda işlemin yürütülmesinin durdurulması mümkün değildir»; öte yandan, yine aynı maddenin 3. fıkrası da, bu halde: «işlem bakımından derhal icrayı gerektiren kamu yararının yazılı bir şekilde doğrulanması gerekir ki, bunun tek istisnasını ise muhtemel bir zarar karşısında ve özellikle de yaşamın, sağlığın ve malların korunması konularında alınacak acil önlemler oluşturmaktadır» hükmünü düzenlemiştir<sup>16</sup>.

Derhal icra müessesesi, Alman sisteminde, başvurunun kendiliğinden ve otomatik olarak yarattığı durdurucu etkiye bir tepki olarak doğmuştur; tıpkı diğer ülkelerdeki başvuruların böyle bir etkiden yoksun olması nedeniyle yürütmenin durdurulması müessesesinin öngörülmüş olması gibi...

Ancak, gerçekte, İdare'ye tanınan «derhal icrayı emretme» yetkisi, Alman sistemini de diğer ülkelerde kabul edilen sisteme yaklaştırmaktadır. Öyle ki, derhal icra kararına karşı herhangi bir özel başvuru olanağı bulunmadığı gibi, bu konuda ilgililerin elinde bulunan yegâne olanak, idarî yargı mercilerine başvurarak, söz konusu kararın yürütülmesinin durdurulmasını idare yargıcından talep etmektir. Diğer yandan, ileride göreceğimiz gibi, başvuru ile durdurucu etkinin oluşması yolundaki ilkenin varlığı, yargıç kararıyla oluşan bir yürütmenin durdurulması kararına oranla farklılıklar taşımaktadır. Nitekim, «derhal icra» kararını inceleyen idare yargıcının vereceği yürütmeyi durdurma kararı, «gerçeğe uygunluk» denetimi sonucunda oluşurken; Alman sisteminin öngördüğü durdurucu etki, sadece başvurunun yapılması ile kendiliğinden oluşmaktadır. Belirtelim ki, pratikte ise, her iki sistemin arasında, ilk anda görüldüğü kadar, büyük bir farklılık yoktur.

### **B — Diğer üye devletlerde durdurucu etkinin bulunmaması**

Başvuru sonucunda durdurucu etkinin oluşacağı ilkesi diğer üye devletlerde kabul görmediği gibi, bu husus, bazen, yasal düzenlemelerde de açıkça belirtilmiştir. Nitekim, Fransa'da Conseil d'Etat hakkında çıkarılan 31 temmuz 1945 tarihli kararnamenin 58 inci maddesi ve İdare Mahkemeleri Hakkındaki Kanununun R96. maddesi ile Lüksemburg'da Conseil d'Etat'nın uygulayacağı usullere ilişkin yönetmeliğin 3. maddesi

16) Gerekçelendirme ilkesinin gerekliliği hakkında bkz. Brême Yüksek İdare Mahkemesi, 14.Mart.1980, Die offentliche Verwaltung, 1980, s. 572.



bu durumu açıkça belirtmişlerdir. Öte yandan, bu konuda Danimarka Anayasası'nın 63 üncü maddesi de «idarî makamların kararlarından doğan uyuşmazlıkların mahkeme önüne götürülmesi, bu kararların gereğini yerine getirme yükümlülüğünü - geçici de olsa - ortadan kaldırmaz» hükmüne yer vermiştir.

Bununla birlikte, çeşitli üye devletlerdeki bazı yasal düzenlemeler, bu durum için bırakım istisnalar da getirebilmektedir. Fransa'da, İdare'nin «çeşitli alacakların tahsili» (13 nisan 1898 tarihli kanununun 54. maddesi) ve «tarihi eser sayılan taşınmazların bakımı ya da tamiri» (31 aralık 1913 tarihli kanununun 9/1. maddesi) konularında almış olduğu kararlara karşı yapılan başvuruların «durdurucu etki»den yararlanacağı kabul edilmiştir<sup>17</sup>.

Belçika'da da malî konulardaki bazı idarî kararlara karşı yapılan başvurular hakkında kabul edilen durdurucu etki, ayrıca, sağlık koşulları elverişsiz, kullanışsız ya da tehlikeli fabrikalar kategorisinde yer alan bir tesisin işletilmesine ilişkin iznin geri alınması bakımından da söz konusu olmaktadır (bu konudaki Genel Yönetmelik, md. 19).

Danimarka'da ise çeşitli mesleklerin icrası konusunda verilen izin işlemlerine karşı yapılan başvuruların durdurucu etki yaratacağı kabul edilmektedir (elektrik ve gaz tesisatçıları hakkındaki 196 ve 132 sayılı kanunlar).

Nihayet, İngiltere'de de yerel idare makamlarının kararlarına karşı ilgili bakanlığa yapılan bazı başvurular durdurucu etkiye sahiptir. Ayrıca, şehircilik alanında da, tarihi eserler bakımından öngörülen yükümlülüklerle ya da şehircilik ilkelerine aykırılıkların giderilmesi yolundaki idarî emirlere karşı yapılan başvurular<sup>18</sup> ile, yine çeşitli mesleklerin icrası konusunda verilen izinlere karşı bakanlığa yapılan bazı idarî başvurular, bu tür işlemlerin yürütülmesini durdurur.

17) Doğanın korunmasına ilişkin 10 Temmuz 1976 tarihli kanununun 2. maddesi «İdare'nin imar hukukuna ilişkin projelere vermiş olduğu izin ya da bu konudaki onay kararı, - acil haller dışında - doğanın korunması bakımından yapılması gereken incelemeler yapılmaksızın oluşturulmuşsa, bu tür idarî kararlara karşı yapılan yargısal başvurularda, idare yargıcı yürütmenin durdurulmasına hükmeder» şeklinde bir düzenleme getirerek, bir tür «otomatik durdurma» öngörmektedir.

18) Şehir Plânlaması Hakkındaki 1971 tarihli Kanununun 88 ve 97 inci bölümleri.

## II — İdarî başvuru sonucunda verilen «durdurma» kararları

İdarî başvuru sonucunda, idarî makamlar tarafından verilecek «yürütmeyi durdurma» kararları sadece Almanya, İngiltere ve Hollanda'da detaylı bir yasal düzenleme ile belirlenmiş; diğer ülkelerde ise, böyle bir «durdurma» kararı, idarî makamların genel yetkileri içerisinde mütalâa edilmiştir.

### A — Almanya örneği

Almanya'da, idarî mahkemeler hakkındaki kanununun 80 inci maddesinin 4 üncü fıkrasına göre: «idarî başvuru sonucunda, işlemin yürütülmesinin kendiliğinden durmadığı hallerde, başvuruda bulunulan makam - herhangi bir federal kanunda aksine bir düzenleme yoksa - söz konusu işlemin yürütülmesini durdurabilir. Bu durum, teminat vermek koşulu ile, vergiler ve diğer malî yükümler bakımından da geçerlidir; ancak, bu sonuncu halde, yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için işlemin hukuka uygunluğu hakkında ciddî olarak şüphe duyulması ya da işlemin icrasının vergi yükümlüsü açısından hakkaniyete aykırı ve ağır sonuçlar doğurması olgularından birinin varlığı gerekmektedir».

Söz konusu hüküm, hemen hemen aynı şekilde sosyal ve malî mahkemeler hakkındaki kanunlarda da yer almıştır. Ancak, malî mahkemeler hakkındaki kanunda, durdurma kararının ancak işlemi yapan idarî makam tarafından verilebileceği hüküm altına alınmıştır. Öte yandan, her üç idarî yargı düzeni bakımından ortak olarak uygulanacak usul kurallarını düzenleyen kanun tasarisinin 150 nci maddesi, tüm bu düzenlemeleri ayrıntılı bir metin haline getirmiştir. Bu ise, kanımızca gereksiz bir teşebbüstür; çünkü, pratikte, bir idarî makamın vermiş olduğu kararın kendisi tarafından yürütülmesinin durdurulması nadiren rastlanılabilecek bir durumdur.

### B — Hollanda ve İngiltere örnekleri

Almanya örneğinden farklı olarak, bu devletlerde, bir idarî işlemin yürütülmesinin durdurulmasına hükmedecek idarî makamların nitelikleri çeşitli yasal metinlerle öngörülmüş ve her iki devlet de böyle bir yetkiyi yargısal görevleri de bulunan kamu makamlarına bırakmışlardır. Bu yetki, Hollanda'da Conseil d'Etat, İngiltere'de ise idarî mahkemeler (administrative tribunals) tarafından kullanılmaktadır.

Hollanda'da, Conseil d'Etat'nın Dava Dairesinin Başkanı, inceleme boyunca her zaman «durdurma» (schorsing) kararı verebilir. Conseil d'Etat hakkındaki 9 mart 1962 tarihli kanunun 1975 tarihli bir kanunla değişik 60a maddesi<sup>19</sup>, «idarî kararın icrası dolayısıyla sağlanacak yarar ile ilgilinin maruz kalacağı zarar arasında, ilgili aleyhine önemli bir orantısızlık bulunuyorsa, Dava Dairesi başkanı, yürütmenin durdurulmasına karar verebileceği gibi, söz konusu orantısızlığın giderilmesi amacıyla geçici tedbirler de alabilir» hükmünü getirmiştir. İlgililerin, söz konusu hükme dayanarak yaptıkları başvurular karşısında Conseil d'Etat'nın hangi oranda yürütmenin durdurulmasına karar verdiği konusunda güncel bir bilgi bulunmamakla beraber<sup>20</sup>; yürütmenin durdurulması kararını sık sık gündeme getireceği kanısındayız. Zira, 1976 tarihinde yürürlükten kalkan eski kanun çerçevesinde<sup>21</sup>, bu konuda hukuka uygunluk denetimi yapmaya yetkili olan «Couronne» (Taç), sık sık yürütmenin durdurulmasına karar verebilmişti<sup>22</sup>. Nitekim, özellikle «şehircilik», «karasularının ve doğal kaynakların yönetim ve denetimi» ve «tehlikeli sayılan tesisat işleri» alanlarında kendisine sık sık başvurulmuştu<sup>23</sup>.

İngiltere'de de, idarî mahkemelerin kendilerine yapılan başvurular karşısında, işlem üzerinde hukuka uygunluk ve yerindelik denetimi yaptıktan sonra, yürütmenin durdurulması kararı verebilecekleri kabul edilmekle birlikte<sup>24</sup>; aslında buna gerek de olmamakta, çünkü, İn-

19) Söz konusu 1975 Reformu için bkz. Fromont, «La réforme du contentieux administratif aux Pays-Bas (loi du premier mai 1975)», R.D.P. 1976, s. 1467.

20) Algemene bepalingen van administratief recht, supplément 1976, Groningen, 1976, s. 42-43.

21) Hollanda hukukunun gelişimi konusunda bkz. Fromont op. cit.

22) Eski kanunun öngördüğü rejimde, «bir yabancıнын oturma izninin yenilenmesi talebinin reddi», «denizden, kurutma yoluyla elde ettiği toprakta çiftçilik yapan bir kişiye, bu toprağı terketmesi yolunda yapılan işlem» ve «televizyon ve radyo programlarında ahlâk eğitimine yeniden belirli bir saat ayrılması talebinin reddi» hakkında yürütmenin durdurulması kararları verilmişti (bkz. Kan et Van Marseveen, Wet beroep administratieve beschikkingen, Alphen aan den Rijn, 1964 ve 1976 yılına kadarki yeni basıları). Ayrıca bkz. Algemene bepalingen van administratief recht, Groningen, 1973, s. 387 vd.

23) Dava dairesi önüne getirilen çeşitli idarî başvurular hakkında bkz. Auby et Fromont, Les recours contre les actes administratifs dans les pays de la CEE., Paris, 1971, s. 385.

24) İngiltere'deki «administrative tribunals» hakkında bkz. Fromont, Les «Administrative Tribunals» en Grande-Bretagne, Etudes et Documents du Conseil d'Etat, No: 29, Paris, 1978, s. 303-334 ve Wraith et Hutchesson, Administrative Tribunals, London, 1973.

giliz İdaresi, çoğunlukla, kararlarına itiraz edilmesi halinde, bunları yerine getirmekten kaçınmakta ve itiraz sonucunu beklemektedir. Ancak, yine de yasalar bazı haller için çeşitli mahkeme ve kurulların «yürütmenin durdurulması» kararı vereceğini açıkça öngörmektedir. Nitekim, katma değer vergisi konusunda, Malî Kanun, «bu vergi dolayısıyla çıkacak uyuşmazlıkları çözümlemekle yetkili olan kamu makamları (ki bunlar V.A.T. Tribunal ya da işlemi yapan idarî makamlardır), söz konusu verginin yükümlülerini bu vergiden muaf tutabilirler» hükmünü düzenlemektedir<sup>25</sup>. Yine, İngiltere'deki «Göçmenler Bürosu»nun, «giriş vizesi bulunmadığından ya da sınırdışı edilmesine karar verildiğinden İdare'ce gözaltına alınan yabancıların - bu kararlara karşı Büro nezdinde itiraz etmeleri halinde - teminat karşılığında salıverileceklerine dair bir karar alabilecekleri» hususu 1971 tarihli Göç Kanunu'nda yer almıştır<sup>26</sup>.

### III — İdare Karşısında Geçici Yargısal Korunma

Bireylerin, İdarenin işlemleri karşısında geçici bir yargısal korunmadan yararlanmaları hem idarî yargı mercileri hem de genel yargı yerleri tarafından sağlanabilir<sup>27</sup>. Sistemlerinde ayrı bir idarî yargı düzenine yer veren ülkelerde, bu korunma genellikle idarî yargı mercileri tarafından ve istisnaen de - bazı idarî uyuşmazlıklar konusundaki yetkileri dolayısıyla - genel mahkemelerce gerçekleştirilir. Buna karşılık, sistemlerinde idarî yargı mercileri varolmayan ülkelerde ise, bu yargısal korunma sadece genel mahkemeler tarafından sağlanır.

#### A — İdare mahkemeleri tarafından sağlanan geçici yargısal korunma

AET ülkelerinde, çoğunlukla Conseil d'Etat ve idare mahkemeleri idarî yargı mercii olarak görev yaparlarken, istisna olarak, Almanya örneğinde olduğu gibi, idarî uyuşmazlıklar üzerinde uzmanlaşmış bazı adli yargı mercileri de bu işlevi yerine getirebilmektedir. Bu iki ayrı sistem arasında ise, en azından teorik bakımdan, oldukça derin bir ayrılık bulunmaktadır. Conseil d'Etat ve idare mahkemelerinin öngörüldüğü birinci sistem, İdarenin kanunlara saygılı davranmasını sağlamak amacıyla ve idarî yargının nesnel, objektif niteliği üzerine kurulmuş-

25) 1972 tarihli Malî Kanun (Finance Act 1972), Bölüm 40.

26) Immigration Act 1971, Bölüm 2, Paragraf 28.

27) Ayrıca, Anayasa mahkemeleri düzeyinde gerçekleştirilen bir geçici yargısal korunmadan da söz edilebilir.

tur. Buna karşılık, ikinci sistem ise, temel olarak İdare karşısında bireylerin kamusal sübjektif haklarını korumak amacını gütmektedir. Bundan ötürü, doğal olarak, geçici yargısal korunma mekanizması da her iki sistemde ayrı anlamlar taşımaktadır; öyle ki, birinci sistemde yargısal denetim tamamen platonik, kuramsal bir anlamda biçimlenirken; ikincide, bu denetim, taraflar arasında eşitliğin kurulmasına ve etkin bir korunma yaratmaya yöneliktir. Bu bakış açısıyla, hiç şüphesiz, birinci sistemde yürütmenin durdurulması bir istisna oluştururken; ikinci sistemde ise -durdurucu etkinin kendiliğinden oluşmadığı hallerde - yargısal denetim yoluyla ve bunun sonucunda elde edilen bir yürütmenin durdurulması kararı ile «durdurucu etki» yeniden gündeme gelir. Dolayısıyla, bu son sistemde, yürütmenin ya kendiliğinden ya da yargı kararıyla durması esas ilkedir. İki sistem arasında varolan böylesine bir karşıtlık, bu sistemleri benimseyen üye ülkeler ve bunların usul kanunları bakımından da farklılıklar taşımaktadır.

### 1. *Conseil d'Etat ve İdare Mahkemeleri tarafından sağlanan geçici yargısal korunma*

Sistemlerinde «Conseil d'Etat» tipi bir yargısal örgüte yer veren ülkeler Fransa, İtalya, Yunanistan, Belçika, Lüksemburg ve Hollanda'dır. Ancak, Conseil d'Etat, ilk üç ülkede, idare mahkemelerinin istinaf mercii durumunda iken; diğer üç ülkede ise, genel yetkili tek idarî yargı mercii konumundadır.

İdarî yargıdaki yetki bölüşümünün az ya da çok olmasının, elbette ki idarî uyuşmazlık konusu olan kararların yürütülmesinin durdurulmasına hükmedecek yargıçların yetkilerinin düzenlenmesi bakımından da çeşitli sonuçları bulunmaktadır. Bu nedenle, aynı zamanda bu konuda en eski yasal düzenlemelere de sahip bulunan ilk üç ülkedeki durumu öncelikle ele almak gerekir.

#### 1.1. *Fransa, İtalya ve Yunanistan*

Her üç ülkede de, gerek Conseil d'Etat ve gerekse idare mahkemeleri yürütmenin durdurulmasına hükmedebilir. Bu konuda, her üç ülkedeki yasal metinler de birbirine çok yaklaşık olmakla birlikte, Fransa'daki düzenlemeler İtalya ve Yunanistan'a oranla daha sınırlayıcı niteliktedir.

##### 1.1.1. *Fransa*

Fransa'da Conseil d'Etat hakkındaki 31 temmuz 1945 tarihli ka-

rarnamenin 48. maddesine göre, Conseil d'Etat içtihatları ile aksi belirlenmemişse iptal davası açılmasının durdurucu bir etkisi yoktur.

Metin itibarıyla anlaşılmaz bir bilmece niteliği gösteren bu düzenleme, yerleşik bir içtihat ile terkedilerek, bu husus yeni bir düzenleme konusu oluşturmuştur. Nitekim, bu bağlamda, 30 Temmuz 1963 tarihli kararnamenin - 26 Ağustos 1975 tarihli bir kararname ile değişik - 54. maddesinin 4. bendi: «eğer idarî kararın icrası telâfisi güç hukuksal sonuçlar doğurma riskini taşıyıp, dilekçede açıklanan hususlarda da işlemin iptali yönünde ciddi belirtiler görülüyorsa, yargıç, ilgilinin talebi üzerine yürütmenin durdurulması kararı verebilir» hükmünü getirmiştir<sup>28</sup>. Öte yandan, İdare Mahkemeleri Kanunu'nun R96. maddesinin kavramlarına göre ise, konu şu şekilde biçimlendirilmiştir: «istisnaî olarak, mahkeme tarafından hükmedilmedikçe, idare mahkemelerine yapılan yargısal başvuruların durdurucu bir etkisi bulunmamaktadır»<sup>29</sup>.

Maddede öngörülen «idare mahkemelerinin yürütmenin durdurulmasına istisnaen hükmetmesi» hususu, Conseil d'Etat tarafından da doğrulanmakta; Yüksek Mahkeme, bu konuda, yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için «ileri sürülen hukuka aykırılığın ciddiliği» ve «kararın icrasının telâfisi güç zararlar doğurabilir niteliği» hususlarının birarada bulunması gerektiğini ve bunların belirlenmesinin ise kendi içtihatlarına özgülendiği olgularını gündeme getirmektedir. Bu konuda, Fransız idarî yargı içtihatları, bir bütün olarak oldukça sınırlayıcı bir görünümde. Nitekim, idarî kararın icrası halinde oluşacak zararın «telâfi edilemez» niteliğinin değerlendirilmesinde, içtihatlar, sadece «yeniden onarılması, giderilmesi son derece güç olan zararları» telâfi edilemez nitelikte addetmektedir ki, buna örnek olarak, ağaçların kesilmesi, binaların yıkılmalarına ve yapılmalarına ilişkin kararlar gösterilebilir. Bununla birlikte, bu konuda içtihatlarda asıl kısıtlayıcı yaklaşım, «hukuka aykırılık iddiasının ciddiliği»ni saptama noktasındadır ki, bu bakımdan gösterilen hassasiyet nedeni ile yürütmenin durdurulması kararı verilen uyuşmazlıklarda, ilgili idarî kararın iptal edilmemesi çok ender rastlanılan bir durumdur. Nihayet, daha da önemlisi, idare yargıcı, yürütmenin durdurulması için gerekli her iki koşu-

28) Belirtmek gerekir ki, idare mahkemelerinin bu konudaki yetkilerinin tersine, idarî kararlar ile yürütmenin durdurulması mümkün değildir.

29) Eklemek gerekir ki, 27 Ocak 1983 tarihli kararname öncesinde, idare mahkemeleri, kamu düzenini ilgilendiren idarî kararlar hakkında yürütmenin durdurulması kararı verememekteydi.

lun da gerçekleşmesine rağmen, bazen bir idarî kararın yürütülmesinin durdurulması yönünde karar verme hakkını kendinde görmemektedir ki, özellikle açık bir kamu yararının bulunduğu konularda idarî yargı mercileri bu tutumu benimsemektedirler<sup>30</sup>.

Konuyu usul hukuku bakımından ele aldığımızda, yürütmenin durdurulması, ilgili tarafından açıkça talep edilmelidir; bu talep ise, söz konusu işleme karşı öngörülen dava süresi içinde açılan bir iptal dâvası ile birlikte yapılabilir. Yürütmenin durdurulması talepleri, taraflara en kısa cevap süreleri tanınmak suretiyle ve mümkün olduğu kadar hızlı bir biçimde değerlendirilir ki, bu süre, pratikte sık sık bir ayın üzerine çıkmaktadır<sup>31</sup>. Yürütmenin durdurulması kararı, idarî mahkemeler tarafından verilebileceği gibi, Conseil d'Etat içinde daireler, dava daireleri kurulları ve Genel Kurul tarafından da verilebilir. Bu kararlar, aynı zamanda gerekçeli olmak zorundadır. Diğer taraftan, yürütmenin durdurulması talepleri hakkında idare mahkemelerince verilen kararlar 15 gün içinde istinaf yolu ile Conseil d'Etat önüne götürülebilir. Ayrıca, bu şekilde yüksek mahkeme önüne götürülen ve işlemin yürütülmesinin durdurulmasına ilişkin olan kararlara karşı, bu durmanın kaldırılmasını isteyen ilgililer, Conseil d'Etat Dava Dairesi Başkanlığı'na bir dilekçe vermek suretiyle, söz konusu istinaf başvurusuna katılabilirler. Conseil d'Etat, bu son halde, vereceği kararı gerekçelendirmek zorunda değildir<sup>32</sup>.

Yürütmenin durdurulması müessesesinin genel hukuki rejimi iki özel düzenleme ile tamamlanmıştır. Bunlardan birincisi 10 temmuz 1976 tarihli kanunla getirilmiştir ki, buna göre, «imar projeleri hakkındaki onay işlemleri ve imar ruhsatlarına karşı açılan iptal davalarındaki yürütmenin durdurulması taleplerinde 'yeterli alt yapı ve imar inceleme-

30) Bu içtihat, ilk kez Versailles Adalet Sarayı'nın genişletilmesi yolunda alınan bir idarî karar hakkında açılan iptal davası dolayısıyla benimsenmiştir (C.E., 13 février 1976, Association de Sauvegarde du quartier Notre-Dame, Rec., s. 100; R.D.P. 1976, s. 903, conclusions Morisot).

31) «Avrupa Topluluğu üyesi ülkelerde idarî yargı düzenindeki yüksek mahkemeler ve Conseil d'Etat» konulu 4. kollokyumda Negrier tarafından hazırlanan raporda bu durum belirtilmektedir.

32) Örneğin, Caen İdare Mahkemesi tarafından, «Flamanville nükleer santrali» davasında verilen yürütmenin durdurulması kararına son verilmesi yolundaki talep, Conseil d'Etat Dava Dairesi Başkanı tarafından, 25 Mayıs 1978 tarihinde, gerekçesiz olarak reddedilmiştir (bkz. AJDA-1978, 462, note Colson).

lerinin yapılmadığı' iddia ediliyorsa, idare yargıcı yürütmenin durdurulmasına hükmetmelidir»<sup>33</sup>. Bu konudaki ikinci düzenleme ise, yerel idare birimlerinin (commune, département et régions) hakları ve karar alma özerkliklerine ilişkin olan kanundur. Kanunda, konumuzu ilgilendiren hüküm ise, Valiliklerin, yerel idare birimlerinin kararlarına karşı açmış oldukları iptal davalarındaki yürütmenin durdurulması taleplerine ilişkindir. Buna göre, bu tür taleplerde, idare yargıcı tarafından yürütmenin durdurulmasına hükmedilebilmesi için ileri sürülen iddialardan birinin ciddi görülmesi yeterlidir.

### 1.1.2. İtalya

Conseil d'Etat hakkında yegâne düzenleme olan 26 haziran 1924 tarihli kanunun 39 uncu maddesine göre: «yargısal başvurunun işlem üzerinde durdurucu bir etkisi söz konusu değildir. Bununla birlikte, bir işlemin icrası, ilgilinin talebi üzerine ve önemli bir aykırılığın bulunması halinde, uyuşmazlığın görüldüğü dava dairesi tarafından durdurulabilir. Ancak, bu durumda, ilgili dava dairesi, durdurma gerekçesini kararında belirtmek zorundadır». İdare mahkemeleri hakkındaki 6.12.1971 tarihli kanun ise bu bakımdan daha belirgin ve daha az kısıtlayıcı bir özelliktedir; nitekim, öğretiyeye göre bu kanunun 21 inci maddesindeki hüküm, Conseil d'Etat'nın önceki yerleşik içihadının kodifiye edilmesinden ibaretir. Buna göre, «ilgili, başvurusunda, hakkındaki işlemin icrasının telâfi edilemez nitelikte ve önemli zararlara yol açabileceği savını ileri sürdüğünde, bölgesel idare mahkemesi, bu durumu belirleyerek ve gerekçeli bir karar ile yürütmenin durdurulmasına hükmedebilir».

Söz konusu metinler, yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için sadece «önemli ve telâfisi güç zararın varlığı» koşulunu gerekli görürken; İtalyan öğretisi<sup>34</sup> ve içtihatları, bu koşulun yanı sıra, yürütmenin durdurulması istemlerinin açıkça yapılacak bir yargısal başvuru ile birlikte gündeme gelebileceğini (fumus boni juris) vurgulamaktadır. Ayrıca, yine, gerek içtihatlar ve gerekse öğreti, «önemli ve telâfi

33) Nitekim, bir kolej inşaatı için verilen inşaat ruhsatının iptali için açılan davada verilen yürütmenin durdurulması kararı, bu duruma örnek olarak gösterilebilir (Commune de Roquevaine, AJDA-1983, s. 551).

34) Özellikle bkz. Enrico Foilieri, Giudizio cautelare amministrativo e interessi tutelati, Milan, Giuffrè, 1981; Vittorio Gasparini Casari, Introduzione allo studio della tutela cautelare nei confronti della P.A., Modena, Stem-Mucchi, 1982.



edilemez nitelikteki zarar»dan: «kamu yararı ve özel yarar arasındaki dengenin, özel yarar aleyhine telâfisi mümkün olmayan bir şekilde bozulması» ya da bir başka deyişle «işlemin icrası ile oluşacak hukuksal sonucun yarattığı durumun, daha sonra bu işlem iptal edildiğinde, geriye dönük olarak telâfi edilmesinin mümkün olmaması» hukuksal olgularının anlaşılması gerektiğini kabul etmektedirler. Bu nedenle de, pratikte, yürütmenin durdurulması kararlarının oldukça sık verildiği söylenebilir<sup>35</sup>. Nitekim, bu bakımdan, İtalyan içtihatları, Fransa'dakine oranla, çok daha az sınırlayıcıdır.

İtalya'da, yasakoyucu, bu bağlamda, bazen idare yargıcının yürütmenin durdurulması kararı verme yetkisini sınırlamaya teşebbüs edebilmektedir. Nitekim, kamulaştırmada, acil durumlarda el koyma bakımından verilen kamu yararı kararlarının yürütülmesinin durdurulmasının, ancak gayrimenkulün ya da malikin belirlenmesinde açık ve ağır bir hata yapıldığının saptanması halinde mümkün olabileceğini düzenleyen 22 Ekim 1971 tarihli kanunun 12 nci maddesi hükmü de bu niteliktedir. Ancak, belirtelim ki, İtalyan Anayasa Mahkemesi, böyle bir sınırlamayı Anayasa'ya aykırı görmüştür<sup>36</sup>.

İtalyan sistemindeki usul kuralları da bazı bakımlardan, Fransız sisteminden ayrılmaktadır. Öyle ki, tıpkı Fransa'da olduğu gibi, İtalya'da da yürütmenin durdurulması istemleri, süresi içinde, bir iptal talebi ile birlikte veya daha sonra yapılabilir; ancak, bu istem, İtalyan sisteminde çok daha çabuk ve dosyanın tekemmülü beklenmeksizin incelenir ve duruşmada istem hakkındaki karar ile bunun bildirimini aynı günde gerçekleştirilir. Bölgesel İdare Mahkemelerinde yürütmenin durdurulması istemleri hakkında verilen kararlar Conseil d'Etat önünde istinaf incelemesine konu edilebilirler. Nitekim, İtalyan Yüksek İdare Mahkemesi, bu hususu ilk kez 22 Nisan 1977 tarihli bir kararında kabul etmiştir<sup>37</sup>.

35) dpn. 31'deki kollokyumda sunulan İtalyan raporunda bu husus belirtilmiştir.

36) *Il Foro Italiano*, 1975, I, s. 263. Aynı şekilde 27 Haziran 1974 tarihli kanunun 7 nci maddesi de İtalyan Anayasa Mahkemesinin 17 Haziran 1975 tarihli kararı ile Anayasa'ya aykırı bulunmuştur (bkz. *Il Foro Italiano*, 1975, I, s. 2413).

37) Conseil d'Etat, Section IV, 22 avril 1977, *Rivista di Diritto Processuale*, 1977, s. 548. Sonradan, 3 Ocak 1978 tarihinde çıkarılan bir kanun ile sanayi tesislerinin yapımı ve bayındırlık işleri konusunda açılan davalardaki yürütmenin durdurulması istemleri hakkında bölgesel idare mahkemelerince verilen kararların Conseil d'Etat önünde istinafen incelenemeyeceği belirtilmişti.

### 1.1.3. Yunanistan

Yunanistan'da yürütmenin durdurulması müessesesi hakkındaki güncel düzenleme 21 ve 24 ağustos 1973 tarihli ve 170 sayılı kanun hükmünde kararnamenin 52 nci maddesi hükmünde yer almaktadır ki, daha önce Conseil d'Etat'nın kuruluşunu düzenleyen 1928 tarihli kanunda bu konuda herhangi bir hüküm bulunmamaktaydı. 11 haziran 1975 tarihli Anayasa ile olağan idare mahkemelerinin kurulmasıyla birlikte yürütmenin durdurulması müessesesi bu yargı mercileri bakımından da düzenlenmiştir. Sonuç olarak, günümüzde, yürütmenin durdurulması müessesesi ile ilgili hükümler Conseil d'Etat ve idare mahkemeleri önünde aynı şekilde uygulanmaktadır.

Yunanistan İdare Hukukunda, yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için, biri olumlu ve birisi de olumsuz olmak üzere iki koşul öngörülmektedir. Olumlu koşul, «işlemin icrasının telâfisi güç ya da imkânsız bir zarara yol açması» olgusuna dayandırılmaktadır. Olumsuz koşul ise, «işlemin yürütülmesinin durdurulması kamu kararına aykırı olmamalı ve İdare'nin iyi bir şekilde çalışmasına köstek vurmamalı, İdare Cihazının işleyişini engellememelidir» görüşünden kaynaklanmaktadır. Her iki koşulun birarada ele alınıp değerlendirilmesi sonucunda, Yunan hukukunda, idare yargıcının yürütmenin durdurulması kararı vermesinde bir yandan cimrilik yapacağı; diğer yandan, bazı bakımlardan ise, Fransız Devlet Şur'asına oranla daha eli açık davranacağı izlenimi edinilmektedir.

### 1.2. Belçika, Lüksemburg ve Hollanda

İdare mahkemeleri olmaksızın, sadece Conseil d'Etat'nın öngörüldüğü her üç ülke arasında, yürütmenin durdurulması müessesesi yalnız Hollanda'da yasakoyucu tarafından düzenlenip, Conseil d'Etat tarafından da sık bir şekilde uygulanmaktadır.

#### 1.2.1. Belçika

Belçika'da, Conseil d'Etat'nın kurulduğu 23 aralık 1946 tarihli kanunun hiçbir maddesinde yürütmenin durdurulması müessesesine yer

Ancak, Anayasa Mahkemesi, 1 Şubat 1982 tarihli kararında, bu düzenlemeyi Anayasanın «idarî yargı düzeninde 'ikili yargılama' ilkesini benimseyen» 125 inci maddesine aykırı görmüştür (Il Foro Italiano, 1982, I, s. 330).

verilmediği gibi; Conseil d'Etat da, 7 Mayıs 1952 tarihli bir kararında «açılan iptal davaları, ilgili işlemin yürütülmesini hiçbir şekilde durdurmaz» hükmünü sevk ederek<sup>38</sup>, bu konuda kendisinde herhangi bir yetki görmemiştir. Yine, 1946 tarihli kanunda önemli değişiklikler getiren 3 Haziran 1971 tarihli kanun da, bu konuda, idare yargıcına hiçbir yetki vermemiştir.

Bununla birlikte, Belçika'da, yabancılar ve bunların ülkeye girişi, ikâmeti, çalışması, sınırdışı edilmesi hakkındaki 15 Aralık 1980 tarihli kanunun 7 nci maddesine göre, «yabancıların geri gönderilmesi ya da sınırdışı edilmesi konularındaki idarî kararlar hakkında Conseil d'Etat önünde açılan iptal davalarında, ilgili bu kararın hukuka aykırılığını ve uygulanması halinde kendisi hakkında onarılamaz zararlara sebebiyet vereceğini açıkça ortaya koyuyorsa ve yargıç da kararın iptali konusunda ciddi deliller görüyorsa, işlemin yürütülmesinin durdurulmasına hükmedebilir»<sup>39</sup>. Buradan hareketle, Belçika'nın belki de birkaç yıl içinde yürütmenin durdurulması müessesesini kabul edeceği söylenebilir.

### 1.2.2. Lüksemburg

Lüksemburg'da, idarî yargılama usulü hakkındaki 21 Ağustos 1866 tarihli düzenlemenin 3 üncü maddesine göre, «Dava Dairesince karar verilmedikçe, yargısal başvuru kendiliğinden 'durdurucu etki' yaratmaz». Bu konuda, Dava Dairesi, 30 Mart 1965 tarihli bir kararı ile «yürütmenin durdurulması istemlerini içeren başvurular sadece iptal dâvası dolayısıyla değil, tam yargı dâvaları bakımından da kabul edilebilir niteliktedir» görüşünü ileri sürerken<sup>40</sup>; diğer yandan, yürütmenin durdurulması koşulları bakımından günümüzde tamamen terkedilmiş bir içtihadı dayanarak, «ancak, acil durumlarda, açık ve ciddi bir hukuka aykırılık halinde ve işlemin telâfisi imkânsız zararlara sebebiyet vermesi koşullarıyla yürütmenin durdurulmasına karar verilebileceğini»ni

38) Recueil, 1952, s. 398.

39) Conseil d'Etat, ilk kez, 7 Ocak 1983 tarihinde, «davacının sınırdışı edilmesine ilişkin söz konusu idarî karar, sadece ilgilinin ceza mahkumiyetine dayanılarak ve kişisel durumu ele alınmaksızın verildiğinden ve bu karar ilgili açısından telâfi edilemez zararlara da yol açabileceğinden» yürütmenin durdurulmasına hükmetmiştir (J.T., 1983, s. 190).

40) Conseil d'Etat, 30.Mars.1965, Kahn, pas., XVI, s. 251.

hüküm altına almıştır<sup>41</sup>. Nitekim, bu nedenle de, Lüksemburg'da, Yüksek İdare Mahkemesinin pratikte hemen hemen hiçbir zaman yürütmenin durdurulması kararı vermediği görülmektedir.

### 1.2.3. Hollanda

Hollanda'da, Conseil d'Etat hakkındaki 9 mart 1962 tarihli kanunun 1 mayıs 1975 tarihli kanunla (AROB)<sup>42</sup> değişik 80 inci maddesinde, Yüksek Mahkemenin Dava Dairesi Başkanı'nın açılan bir iptal dâvasında, ilgilinin talebi üzerine yürütmenin durdurulmasına hükmedebileceği öngörülmüştür. Öyle ki, bir idarî işlemin icrasının birey üzerinde oluşturacağı zarar, elde edilecek kamu yararına oranla daha fazla ise, Başkan, yürütmenin durdurulmasına karar verebileceği gibi, böyle bir zararın önlenmesi maksadıyla geçici bir takım tedbirler de alabilmektedir<sup>43</sup>. Bu tür tedbirler, «geçici bir sübvansiyon sağlama» ya da «altı ay gibi geçici bir süre ile yararlanma» v.b. tedbirlerdir<sup>44</sup>. Bu nitelikte tedbirler alabilme yetkisi, hiç şüphesiz - Fransa ve İtalya sistemlerine göre - Hollanda'da benimsenen bu sisteme büyük bir yumuşaklık getirmektedir. Nitekim, Fransa'da ve İtalya'da bu tür tedbirlerin alınıp uygulanması nasıl ki imkânsız ise, Hollanda'da, böyle bir tedbir, biza-tihi yürütmenin durdurulması kararı ile sağlanacak geçici korumanın yerini doldurmaktadır. Ancak, bu da Hollanda sisteminin «bireyleri koruyucu» niteliğinden kaynaklanmaktadır<sup>45</sup>.

Hollanda sisteminde önemli bir yer tutan 80 inci madde hükmünün

- 
- 41) Bu konudaki değişik noktalar bakımından bkz. aynı kollokyumda sunulan Lüksemburg raporu.
- 42) 1 Mayıs 1975 tarihli kanun (AROB-Wet Administratieve Rechtspraak Overheidsbeschikkingen), 20 Haziran 1963 tarihli kanununun (BAB-Wet Beroep Administratieve Beschikkingen) yerine geçerek, çeşitli hukuki ihlaller içeren ve herhangi başka bir idarî davaya da konu yapılamıyan idarî kararların ortadan kaldırılması maksadıyla yeni bir tür iptal davası öngörmüştür. Bu dava, doğrudan Conseil d'Etat'nın Dava Dairesinde çözümlenir. Bu hususlarda ayrıntılı bilgi için bkz. Fromont, La réforme du contentieux administratif aux Pays-Bas (loi du 1 mai 1975), R.D.P., 1976, s. 1467.
- 43) Belirtelim ki, Memur Mahkemeleri ve Ekonomik Konsey de aynı şekilde ve koşullarda yürütmenin durdurulması kararı verebilirler.
- 44) Dava Dairesi Başkanının bu konudaki 19 Ekim 1976, 25 Ocak 1977 ve 7 Mart 1977 tarihli kararları için bkz. Ten Berg/Stroink, AROB, yorum sayfaları, Samson, rubrique voorlopige voorziening, nos. 3, 6 ve 7.
- 45) Nitekim, bu bakımdan 1981 yılı itibarıyla yapılan 4482 başvurudan 2782 tanesi karara bağlanmıştır (Ten Berge/Stroink, AROB, yorum sayfaları, Samson, Commentaar Wet Raad van State, art. 80).

bir diğer özelliği de «zararın niteliği»nin belirlenmesi açısından taşıdığı değerdir. Maddede yer alan «zararın kamu yararına karşılık ilgili aleyhine oransız olması» ifadesinden, bu zararın «telâfi edilemez» değil; sadece «güç telâfi edilebilir» nitelikte olduğu anlamı çıkmaktadır<sup>46</sup> ki, buradan hareketle, böyle bir zararın oluşabileceği hususunun ilgili taraftan ortaya konulmasıyla Dava Dairesi Başkanı geçici tedbir alma yoluna başvurabilecektir. Nitekim, çevreyi korumaya yönelik tedbirlerin yetersiz olması nedeniyle, «Çevre için Zararlı Kuruluşlar Kanunu»na dayanılarak, fabrikasının kapatılabileceğini ima eden bir işlem hakkında açılan davada, sanayici için alınan geçici tedbir bu niteliktedir<sup>47</sup>.

Nihayet, 1 Temmuz 1981 tarihli kanundan itibaren, ayrıca, Dava Dairesi Başkanının yürütmenin durdurulması veya geçici tedbir yolundaki kararlarına uymayan kamu makamlarının, Başkan tarafından, mahkeme kararlarına itaatsizlikten ötürü ağır para cezasına çarptırılacağı hususu düzenlenmiştir<sup>48</sup>.

Uygulanacak usul kuralları bakımından ise, belirtmek gerekir ki, Conseil d'Etat Dava Dairesi Başkanı, sadece yapılan yargısal başvurular dolayısıyla değil ve fakat - önceden de değindiğimiz gibi - yapılan idarî başvurular bakımından da ilgili işlem hakkında yürütmenin durdurulması kararı verebilir ya da birey açısından geçici koruma tedbirleri alabilir.

Sonuç olarak, denilebilir ki, yürütmenin durdurulması kararı ya da geçici koruma tedbirleri elde edebilmenin daha bir kolay olduğu Hollanda sistemi, giderek Alman sistemine yaklaşmaktadır.

## 2. *Almanya'da, idare yargıcı tarafından sağlanan geçici yargısal korunma*

Alman sisteminde, İdarenin yargısal denetimi tamamen bireylerin

46) Bu anlamdaki örnekler için bkz. dpn. 44'teki kararlar.

47) Bkz. Ten Berge, op. cit., Commentaar Raad van State, art. 80, s. 11.

48) Örneğin Conseil d'Etat Dava Dairesi Başkanı, bir belediyeyi, vermiş olduğu yürütmenin durdurulması kararının gereğini yerine getirmekte geciktiği için, bu konudaki davayı açan Çevreyi Koruma Derneği'ne, gecikilen her gün için 500 florin para cezası ödemeye mahkûm etmiştir. Başkan, ayrıca, hakkında yürütmeyi durdurma kararı verdiği inşaat ruhsatı dolayısıyla yapılan inşaat çalışmalarının durdurulup, durdurulmadığının her hafta denetleneyeceği, bu nedenle de kararına itaatsizlik gösterildiği hususunu kararında vurgulamıştır (bkz. Ten Berge/Stroink, AROB, Yorum Sayfaları, Samson, rubrique voorlopige voorziening, no: 52).

sübjektif kamusal haklarının korunmasına yöneliktir ve doğal olarak da bireylerin idari kararlar karşısında geçici yargısal korunmadan yararlanmaları oldukça ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Alman hukuku, bu çerçevede, bir yandan idarî işlemler hakkında açılan iptal davalarının, işlem üzerinde kendiliğinden durdurucu etki doğuracağını ilke olarak kabul etmiş; diğer yandan da, bu prensibin dışında kalan idarî işlemler hakkında idare yargıcı tarafından (bazen de idarî makamlarca; bkz. pg. 2) «durdurma» kararı verilebileceği ilkesini getirmiştir. Alman sistemi, ayrıca, ortada bir idarî işlemin var olmadığı durumlarda da, idare mahkemeleri hakkındaki kanunun idare mahkemelerine verdiği yetki çerçevesinde ve bu mahkemelerce geçici tedbir kararları alınabileceğini kabul etmiştir. Bu nedenlerden ötürü, öncelikle idarî işlemler hakkında sağlanan geçici yargısal korunma mekanizmasını ve daha sonra da İdare'nin diğer faaliyet ve eylemleri karşısında sağlanan geçici yargısal korunmayı ele alacağız<sup>49</sup>. Belirtelim ki, bu konuda idare mahkemelerince verilen kararların istinafen üst idare mahkemelerince karara bağlanmasından sonra, artık Federal İdare Mahkemesi'ne gitme olanağının bulunmaması dolayısıyla içtihatlarda tam bir tutarlılık sağlanamaması incelememiz açısından en büyük güçlüğü yaratan noktadır.

### 2.1. İdarî işlemler karşısında geçici yargısal korunma

İdarî mahkemeler kanununun 80 inci maddesinin 5 inci fıkrası: «yetkili mahkeme, başvuruya konu olan işlem bu maddenin 2 nci fıkrasının 1 ve 3 üncü bentlerine ilişkin ise, başvurunun tamamen ya da kısmen durdurucu etkisi olduğuna karar verirken; başvuru konusu yapılan işlem 2 nci fıkranın 4 üncü bendine ilişkin olduğunda, bu kez kendisi, işlemin kısmen ya da tamamen yürütülmesinin durdurulmasına karar verebilir» hükmünü düzenlemiştir.

Yargıç tarafından bir işlemin icrasının durdurulmasına ilişkin olarak verilen kararlar başlıca iki kategoride toplayabileceğimiz durumlarda söz konusu olur. Bu bakımdan, «yargısal başvurunun durdurucu etkisinin kanunla kaldırıldığı haller» birinci kategoride yer alırken; «idarî başvuru sonucunda oluşan durdurucu etkinin, başvuruda bulunulan idarî makamlar tarafından kaldırıldığı haller» ikinci kategoride yer alır.

Birinci kategorideki hallerde, kanunkoyucu, bazı işlemlerin acil ola-

49) Malî ve Sosyal Mahkemeler hakkındaki kanunlarda yer alan hükümleri sadece dipnot olarak zikredeceğiz.

rak yerine getirilmesinin kamu yararı için gerekli olduğu tezinden hareketle, bu tür işlemler hakkında yapılan yargısal başvuruların kendiliğinden durdurucu etki yaratamayacağını kanunla belirlemiştir<sup>50</sup>; ancak, yasakoyucu, yine kanunla, idare yargıcının, bu konuda, «başvurunun, işlemin yürütülmesini durduracağına hükmedebileceğini kabul etmiştir. Buna rağmen, bu hallerde derhal icra lehine kanuni bir karine olduğu ve bu bakımdan Fransa, İtalya, Hollanda ve Lüksemburg sistemlerinde Conseil d'Etat'ya özgülenen yetkinin bir benzerinin, Alman sisteminde idare mahkemelerine verildiği söylenebilir. Nitekim, idare yargıcının, bu durumda, ancak istisnai hallerde durdurma kararı vermesi de bu nedendir. Öyle ki, bu bağlamda idare yargıcı, idare mahkemeleri hakkındaki kanunun 80 inci maddesinin 4 üncü fıkrasının son cümlesinden esinlenmektedir<sup>51</sup>.

İkinci kategoriye giren hallerde ise, başvurulmuş idarî makam, derhal icra konusunda emir vermek suretiyle, başvurunun durdurucu etkisini ortadan kaldırmaktadır ki, bu duruma da pratikte oldukça sık rastlanılmaktadır. İdare yargıcının bu halde kullandığı yetki oldukça farklıdır; nitekim böyle durumlarda, idare yargıcından işlem hakkında bir «durdurucu etki» tesis etmesi değil, sadece yetkili idarî makamın derhal icra konusunda verdiği emrin doğru ve yerinde olup olmadığının saptanması istenmektedir.

İdare mahkemeleri hakkındaki kanunun 80 inci maddesinin 2 nci fıkrasının 4 üncü bendine göre, «derhal icra kararı, ancak kamunun yararı ya da bir üçüncü kişinin oldukça önem taşıyan menfaatinin korunması amaçlarıyla söz konusu olabilir». Bu itibarla, idarî makam, ancak kamu yararı ya da bir üçüncü kişinin (bu kişi, genellikle bayındırlık işleri ile belirli idarî faaliyetlerden yararlanan durumundadır) yararının, işlemin muhatabı durumundaki ilgilinin karşılaşacağı olumsuzluklara üstün gelmesi halinde «derhal icra kararı» alabilir. İdare yargıcı, bu olgulardan hareketle, işlemin ilgisinin menfaatinin saptanmasında, işlemin bu kişi hakkında meydana getireceği zararın telâfi edi-

50) Bu hallerin bir listesini daha önce I.A.'da belirtmiştik.

51) Söz konusu fıkranın son cümlesinde, kamu kesintilerine ilişkin olarak alınan idarî kararlardan hangileri hakkında idarî makamların durdurma kararı alabileceği belirlenmiştir ki, böyle bir durdurma kararının alınabilmesi için işlemin hukuka uygunluğu hakkında ciddi şüphelerin bulunması ya da işlemin icrasının borçlu bakımından hakkaniyete aykırı bir durum yaratacak olması gerekmektedir. Belirtelim ki, benzer bir hüküm de mali mahkemeler hakkındaki kanunun 69 uncu maddesinde yer almaktadır.

lemez ya da edilebilir niteliğini ve yapılan yargısal başvurunun ilgili lehine sonuç doğurabilme şansının varolup olmadığını birlikte değerlendirir ki, bu da, Fransa'da Conseil d'Etat'nın yürütmenin durdurulması kararı vermek için yaptığı değerlendirme ile benzeşme göstermektedir. Ancak, Alman sisteminde, idare yargıcı, açıkça kabul edilemez nitelikte olan ya da hiçbir geçerli gerekçeye dayandırılmaksızın yapılan başvurular dışında kalan diğer yargısal başvuruların ilgili lehine sonuç doğurabilme şansının varlığından hareket etmektedir<sup>52</sup>. Nitekim, idarî yargı düzeninde yer alan üç ayrı mahkemede uygulanacak usulleri düzenleyen usul kanunu tasarisının 136 ncı maddesi de bu konuda, «yapılan başvurunun ilgili lehine sonuç doğurabilme şansının varlığı halinde, yargıç, yapılan idarî ya da yargısal başvurunun durdurucu etkiye sahip olduğuna karar verir» hükmünü getirmiştir.

Bu çerçevede uygulanacak usul kuralları da bazı özellikler göstermektedir. Herşeyden önce, yapılan yargısal başvuruda, işlemin etkisinin durdurulması istemi, yetkili yargı yeri<sup>53</sup> henüz bu bakımdan herhangi bir incelemeye girişmeden önce de gündeme getirilebilir. Yine, bu istem sadece işlemden doğrudan menfaati ihlâl edilenler tarafından değil, dolaylı olarak menfaati zedelenenler tarafından da yapılabilir. Daha da önemlisi, idare yargıcı, işlemin icrası tamamlanmış olsa bile - diğer ülke sistemlerinden farklı olarak - yine de işlemin etkisinin durdurulmasına karar verebilir; ancak, bu halde, idare yargıcı, vermiş olduğu kararda, «işlemin icrası ile oluşan olumsuz durumların, İdare tarafından, geriye yürürlü olarak ne şekilde bertaraf edilebileceği» hususlarını da göstermek zorundadır. Pratikte, bunun uygulaması az da olsa görülmektedir. Bununla birlikte, günümüzde yasakoyucu bu konuda daha sınırlayıcı kurallar getirme eğilimindedir. Nitekim, idare mahkemeleri hakkındaki eski kanunda, sadece işlemin icrasını durdurmaya reddeden yargı kararlarının istinaf denetimine tâbi olacağı hususu düzenlenmiş iken; 20 aralık 1982 tarihli değişiklik ile, işlemin yürütülmesini durduran yargı kararları da istinaf denetimi kapsamına alınmıştır. Ayrıca, Federal hükümetin 19 mart 1982 tarihli önerisi üzerine Usul Kanunu Tasarısı'nda, «işlemin yürütülmesinin durdurulması konusundaki talebin, ilk inceleme sırasında reddedildikten sonra, istinaf incelemesinde kabul edilmesi

52) Öte yandan, bir işlem üzerinde durdurucu etkinin yargıç kararıyla yeniden kurulması bakımından, imar ve inşaat ruhsatları ile özellikle nükleer santrallerin faaliyetleri konusunda verilen izinlerin ayrıca bir önemi vardır (bkz. Fromont, *Revue de droit public*, 1978, s. 430-441).

53) Acil hallerde, bu istem doğrudan mahkeme başkanına yapılır.



nalinde, işlem üzerinde, durdurucu etki sadece bir ay süre ile geçerli kabul edilir» hükmü yer almaktadır.

## 2.2. İdarenin diğer faaliyetleri karşısında yargısal korunma

İdarî bir işlemin varolmadığı durumlarda, İdarenin faaliyetleri karşısında öngörülen yargısal korunma iki tür dâva ile gerçekleştirilmektedir. Bunlardan ilki, «uyuşmazlık konusu hukuki durumun tespiti» niteliğinde (feststellungsklage) iken; diğer dâva (leistungsklage) İdarenin belli bir şekilde davranmasını ya da belli davranışlardan kaçınmasını yargısal emir (injonctio) yolu ile sağlamak amacıyla açılmaktadır. Bu sonuncu davadan, pratikte, genellikle, bir kamu kuruluşunun - tazminat ve faiz dışında - borçlu olduğu belirli bir para miktarının ödenmesi ya da bir idarî kararın yargı yerince iptal edilmesi sonucunda, bu yargı kararının gereklerinin İdare tarafından yerine getirilmesini sağlamak için yararlanılmaktadır. Ayrıca, düzenleyici idarî işlemlerin hukuki geçerliliklerinin yargısal denetiminde de bu iki dâva türünden yararlanılmaktadır.

Tüm bu hallerde, uyuşmazlık, birel nitelikteki bir idarî işlemin geçerliliği ile ilgili olmadığından, başvurunun kendiliğinden durdurucu etki yaratması ya da böyle bir etkinin idare yargıcı tarafından sağlanması mümkün olamamaktadır. Bununla birlikte, idare mahkemeleri hakkındaki kanunun<sup>54</sup> 123 üncü maddesi, «bu hallerde dahi, yargısal başvuru öncesinde ilgililerin yapmış olduğu talep üzerine, mahkeme, uyuşmazlık konusunu oluşturan idarî faaliyet sonucunda ilgililerin haklarının korunması ve yerine getirilmesinin gerçekleştirilememesi riskinin varlığını saptarsa, geçici bir tedbir kararı (einstweilige Anordnung) alabilir» hükmünü getirmiştir. Her ne kadar, içtihatlar bu maddenin düzenleyici işlemler bakımından uygulanamayacağını belirlemişlerse de; 24 ağustos 1976 tarihli kanunla 47 nci maddeye eklenen 7 nci fıkra, bu konuda: «talep üzerine, mahkeme, uyuşmazlık konusunda ortaya önemli sakıncaların çıkmaması için ya da diğer önemli bir takım nedenlerden ötürü geçici tedbir kararı alabilir» hükmünü getirmiştir.

Geçici tedbir kararının içeriği çok çeşitli olabilir. Nitekim, bu tedbir, «İdarenin kesin bir izin vermek konusunda hareketsiz kaldığı bir

54) Mali mahkemeler hakkındaki kanunun 114 üncü maddesi de benzer bir hüküm taşımaktadır. Ayrıca, usul kanunu projesi, bu düzenlemeyi sosyal mahkemeleri de içine alır şekilde genişletmiştir.

halde, yargı kararı ile geçici bir izin hakkı tanımak» şeklinde gerçekleşebileceği gibi; «bir inşaat ruhsatından yararlanan kişinin, bu inşaatı başlatmaması ya da başlamışsa devam etmemesi konusunda İdare'ye verilen yargısal emir» niteliğinde de olabilir<sup>55</sup>.

Yine, geçici tedbir kararlarının verilmesinde de -durdurma kararlarında olduğu gibi- yargıcın, «kişinin menfaatinin korunmasının, kamu yararının sağlanmasından daha adil ve önemli olduğu» kanısına varması en önemli etmeni oluşturmaktadır. Bu konuda uygulanacak usul kuralları önemli bir özellik taşımamakla birlikte; belirtmek gerekir ki, geçici tedbir kararı isteminin dâva açılmadan önce yapılması zorunludur ve böyle bir tedbir kararına karşı bir üst idare mahkemesine başvuruda bulunmak mümkün değildir. Ayrıca, bu konuda, ancak yazılı ve açık bir talep olduğu takdirde duruşma yapılabilir.

Sonuç olarak, altını çizelim ki, her iki dâva da bireyler açısından önemli birer koruyucu mekanizma oluşturmaktadır; öyle ki, bu iki dâva dolayısıyla, yargıç, oluşması dahi şüpheli bir idarî karar henüz ortada yokken, İdare'ye -yargısal emir vermek suretiyle- müdahale edebilmektedir. Ancak, bu yetki uygulamada çok ender olarak kullanılmaktadır ve genişletilmeyi de hak etmemektedir<sup>56</sup>.

## B — Olağan Mahkemelerce sağlanan geçici yargısal korunma

Hukuk sistemlerinde idarî mahkemelere yer vermeyen ve bunların sahip oldukları yetkileri olağan mahkemelere bırakan ülkeler ile, sistemlerinde idarî mahkemelere yer vermekle birlikte, bunların bazı yetkilerini olağan mahkemelere aktaran ülkeler bakımından, olağan mahkemelerin sağladığı geçici yargısal korunmanın niteliği aynı hukuksal değeri taşımamaktadır.

### 1. İngiltere, İrlanda ve Danimarka'da olağan mahkemelerce sağlanan yargısal korunma

Her üç ülke de, kıta avrupası anlamında idarî yargı mercilerine sa-

55) Diğer örnekler için bkz. Eyermann-Fröhler, *Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar*, 7. 2. edit., 123, nos 10 à 13. İkinci örnek için ayrıca bkz. Hesse yüksek idare mahkemesi, 29 Nisan 1977, Bl. GBW., 1978, 32 (Davada, komşusuna verilen inşaat ruhsatının uygulanması ve inşaatın yapılması halinde evinin tüm görüntüsünün engelleneceği ve inşaatı başlatılmaması konusunda İdare'ye bir yargısal emir verilmesi isteminde bulunulmuştur).

56) Bu sorun hakkında bkz. Ule, «Vorbeugender Rechtsschutz im Verwaltungsprozess», *Verw. Arch.*, 1974, 291; B. Verw. GE, 26.9.1969, B. Verw. GE, tome:

hip değildir. Bu ülkeler, kamusal makamlar ile bireylerin eşit bir platformda ele alınması gereğini benimsemişlerdir.

### 1.1. İngiltere

Belirtelim ki, İngiltere'de iki egemen hukuk söz konusudur. Bunlar İngiliz ve İskoç hukuklarıdır<sup>57</sup>.

#### 1.1.1. İngiliz hukukundaki durum

İngiliz hukukunda, geçici yargısal korunma bazı yasal düzenlemeler ile açıkça öngörülmüştür. Ancak, bu tür düzenlemelerin olmadığı hallerde de «Common law» ve «equity» prensipleri uygulanmaktadır.

Geçici yargısal korunma bakımından varolan yasal metinlerin hepsi, İdarenin belli bir şekilde hareket edip etmemesi konusunda yargı yerlerinden elde edilecek bir yargısal emir hususunu düzenlemektedir. Nitekim, gerek sağlığa aykırı meskenlerin hukuksal rejimini belirleyen kanun (Housing Act 1957)<sup>57a</sup>; gerek kamulaştırma kanunu (Acquisition of Land - Authorization Procedure - Act 1946)<sup>57b</sup> ve gerekse İmar ve Şehir Plânlaması Hakkında Kanun (Town and Country Planning Act 1971)<sup>57c</sup>, bu konuda çeşitli düzenlemeler içermektedir. Ancak, burada dikkati çeken tek nokta, her üç kanunun da kişi haklarıyla ilgili idari

34, s. 69; 8.9.1972, B. Verw. GE, tome: 40, s. 323 (bu son olayda, bir komün, yargıçtan, komşusu olan komünün imar plânını kendisiyle işbirliği yapmaksızın hazırlamaması yolunda bir «yargısal emir» vermesini istemektedir).

57) Yazar, İngiliz hukukuna çok yakın olan Kuzey İrlanda hukukunu inceleme dışında tuttuğunu ve bu nedenle de İngiltere için özellikle birleşik krallık anlamına gelen «Royaume-Uni» terimini değil, «Grande-Bretagne» kavramını kullandığını vurgulamaktadır (çevirenin notu).

57a) Kanununun 11. bölümüne eklenen 4 üncü madde ile, «Sağlığa aykırı meskenler hakkında verilen idari kararlara karşı, bu kararın bildiriminden itibaren altı hafta içinde açılan davalarda, usulüne uygun bir talep olduğu takdirde, yüksek mahkeme - kesin kararını verinceye kadar - ilgili idari kararın uygulanmasının geçici olarak durdurulması yolunda bir yargısal emir verebilir» hükmü getirilmiştir.

57b) Kamulaştırma kanununda da, kamulaştırma işlemlerinin bildiriminden itibaren altı hafta içinde ilgililerin Yüksek Mahkemeden, bu kararın yürütülmesinin durdurulmasını talep edebilecekleri hususu düzenlenmiştir.

57c) Aynı şekilde, bu kanununun 244 ve 245 inci bölümlerinde, imar ve şehir planlaması konularında alınan (onaylama kararları dışındaki) idari kararlara karşı, bunların bildiriminden itibaren altı hafta içinde açılan davalarda, yargıcın yürütmenin durdurulması kararı verebileceği belirtilmektedir.

kararlar bakımından değil, mallarla ilgili idarî kararlar bakımından bir yargısal korunma öngörmüş olmalarıdır.

Ancak, bunun yanı sıra, gerek «Common law» ve gerekse «equity», bir idarî kararın hukuka aykırılığını ileri süren bireylerin, yargıçtan geçici önlemler almasını talep etme hakkına sahip olduğunu kabul etmektedirler.

Bir idarî kararın, idarî makamlarca yerine getirilmesini önlemek amacıyla öngörülen ve «geçici yargısal emir» istemini de içeren yargısal başvuru, hiç şüphesiz bu bakımdan sağlanan en etkin geçici korunma olanağını meydana getirmektedir. Nitekim, böyle bir başvuru sonucunda, yargıç, İdare'ye - dava süresi boyunca - her tür emri verebilmekte, çeşitli yasaklar getirebilmekte; kısacası, önceden varolan hukuksal durumun (statu quo) korunması amacıyla her türlü tedbiri alabilmektedir. Yargısal emir verilmesi istemi, yargıçtan, henüz davayla ilgili incelemeye başlanılmadan önce de talep edilebilir; bu tür yargısal emir, acil hallerde, istisnaen karşı tarafın (ex parte) yokluğunda da istenebilir<sup>58</sup>. Yargıç, bu tür istemleri haftada iki kez (salı ve cuma günleri) incelediğinden, çok çabuk karar verebilir. Bazı hallerde ise, ilgilinin talebini - esas hakkında derhal karar vereceğini belirterek - reddedebilir<sup>59</sup>. Öngörülen bu tür usul kuralları, çabuk, seri bir yargılamanın yanında etkin bir yargılama sürecine de katkıda bulunmaktadır. Bu bağlamda, yargısal emirlere itaatsizlik olgusu mahkemeye hakaret addedilmekte ve çok ağır bir şekilde cezalandırılmaktadır.

Bununla birlikte, geçici yargısal emir her zaman verilmediğinden, idare edilenler bakımından mutlak ve etkin bir koruma mekanizması oluşturamamaktadır. Aslında, bu konuda bir yargısal emir kararı vermek tamamen yargıcın insafına ve inisiyatifine kalmıştır. Genellikle, yargıç böyle bir kararı vermek hususunda iki koşul aramaktadır. Buna göre, önce usulüne uygun ve açıkça yapılmış bir başvurunun varlığı sonra da başvuru konusu yapılan bu işlem dolayısıyla ilgilinin haklarının ihlâl edilmiş olması ve davanın ilgili lehine sonuçlanması olasılığının bulunması gerekmektedir. Ancak, yargıç çoğunlukla bu iki koşulla yetinmeyerek, başka hususları da incelemektedir. Nitekim, yargıç, böyle bir kararın her iki taraf için yaratacağı sakıncaları değerlendirmekte

58) Bkz. Yüksek Mahkeme önünde uygulanacak usul kurallarını düzenleyen yönetmeliğin birinci bölümü. Bu halde, yargıç, durdurma kararını sadece birkaç gün için vermektedir.

59) İbidem., 5. bölüm.

ve örneğin işlemin icrasının telâfisi mümkün olmayan bir zarara yol açabileceği kanısına vardığında yürütmenin durdurulması kararı vermektedir; diğer yandan, yargıç, bazen de ilgililerin durumlarını göz-önüne almaktadır (örneğin başvuru sahibinin iyiniyetli olup olmadığı, birtakım kirli ya da hileli işlere karışıp karışmadığı veya İdare'nin, işlemin icrasını durdurabilecek veya erteleyebilecek bir durumda olup olmadığı hususları v.b.).

Diğer taraftan, Common Law çerçevesinde benimsenen ilkeye göre, yargıç, Kraliyet (Couronne) işlemleri bakımından bir yargısal emir veremez; çünkü, böyle bir emir bizatihi Kraliçe'ye karşı verilmiş addedilir ki, bu da mümkün değildir. Nitekim, daha sonra bu ilke 1947 tarihli Kraliyet işlemleri hakkında uygulanacak usulleri belirleyen kanunda (Crown Proceedings Act) da yer almıştır. Bununla birlikte, yargıç, bu bakımdan, söz konusu kanunun 21 inci maddesine göre geçici olarak bir tespit kararına hükmedebilirse de, bugüne kadar böyle bir karara da rastlanılmamıştır<sup>60</sup>.

Bu konuda, başka bir husus da, ilgilinin kesin nitelikte bir yargısal emir elde etmesine ilişkindir. İlgili, bu durumda söz konusu idarî işlemin sübjektif haklarından birini ihlâl ettiği ve kendisi hakkında önemli bir zarara sebebiyet vereceği olgularını ortaya koymak zorundadır.

İngiliz sisteminde, yargıcın geçici yargısal emir yoluyla bir işlemin icrasını durdurması örneklerine pratikte pek rastlanılmamaktadır. Çünkü, İngiltere'de, İdare, hakkında yargısal başvuruda bulunulan işlemleri genellikle icra etmemekte ve hatta yargısal bir emirden kaçınmak bakımından, böyle bir işlemin icrasını dâva sonuna kadar durduracağını taahhüt etmektedir. Tüm bunların yanı sıra, üstelik İngiliz yargıcı da bu tür uyuşmazlıkları - geçici tedbir almaya yer olmaksızın - derhal çözümlenmektedir. Bununla beraber, bu konuda bir örnek vermek gerekirse, bir televizyon seyircisinin, «İngiliz örf ve âdetlerine aykırı olan bir yayının durdurulması» konusunda, yüksek mahkemeden, Bağımsız Televizyon Kurumu'na karşı bir yargısal emir elde ettiğini vurgulayalım<sup>61</sup>.

Öte yandan, İngiliz sisteminde 1977 yılı sonlarında gerçekleştirilen

60) Bu bakımdan bkz. Wade, Administrative Law, 5. bası, Oxford, s. 517. Cf. International General Electric Company of New York Ltd. v. Commissioners of Customs and Excise, (1962), 3 W.L.: R. 20.

61) Attorney-General ex rel. Mc Whirter v. Independant Broadcasting Authority (1973) QB 629, (1973) 2 W.L.R. 344.

bir reform sayesinde, İngiliz yargıcına - yargısal emir dışında - geçici tedbirler alma konusunda genel bir yetki tanınmıştır. İngiliz Yüksek Mahkemesinin uygulayacağı usul kurallarını düzenleyen yönetmelik hakkında getirilen ve 11 Ocak 1978 tarihinde yürürlüğe giren<sup>62</sup> bu reforma göre, bir idarî işlem hakkında yapılan yargısal başvurularda birçok istem söz konusu edilebilir<sup>62a</sup>; hatta hukuka aykırılık nedeniyle uğrılan zararın telâfi edilmesi dahi istenebilir. Nitekim, bu konuda İngiliz Yüksek Mahkemesinin uygulayacağı usuller hakkında yönetmelik, geçici tedbirler alma hususunda son derece genel hükümler getirmiştir. Buna göre, kısaca, yargıç, başvuru konusunu oluşturan istem hakkında ve bu istemden beklenen amacın gerçekleşmesini sağlamak üzere - kesin kararına kadar - her türlü geçici tedbir kararını alabilir<sup>63</sup>. Ancak, belirtelim ki, bu usul reformu hakkında bir değerlendirme yapmak için henüz vakit erkendir.

### 1.1.2. İskoç hukukundaki durum

İskoçya'da, yargıçlara yürütmenin durdurulmasına karar verme yetkisi tanıyan yasal metinler hemen hemen İngiliz sistemindeki metinlerin aynısıdır ve bunlar da kamulaştırma, sağlığa aykırı meskenler ve imar konularına ilişkindir<sup>63a</sup>.

İskoçya'da, yürütmenin durdurulması kararı elde etmek amacıyla ve Common Law çerçevesinde gerçekleştirilen başvurudaki istem, İngiliz sisteminde benimsenen «geçici yargısal emir»e (interim injunction) benzemekte ve «geçici yasaklama» (interim interdict) ismi ile anılmaktadır. Bunlar arasında temel fark, İskoçya'da ilgililerin «geçici yasaklama» kararı konusundaki talepleri, İskoç yargıcınca - İngiliz yargıcının «geçici yargısal emir» talepleri karşısındaki tutumuna oranla - çok daha sık kabul edilmektedir. Bununla birlikte, her iki hukuk sisteminde de, imar hukuku konusunda verilen ruhsat ve izinlerin, bu ilişki dışında kalan üçüncü kişilerce dâva edilmesi - menfaat ilişkisinin yokluğu nedeniyle - kabul edilmemektedir.

62) Rules of the Supreme Court (Amendment No: 3) 1977 (S.I. 1977, no: 1955).

62a) Nitekim, bu istemler, tespit, koruma, yasaklama, emir verme v.b. içerikli olabilir (certior, prohibition, mandamus, declaration, injunction).

63) Wade, op. cit., s. 574.

63a) Bu konular şunlardır: Acquisition of Land (Authorization Procedure) (Scotland) Act 1947, annexe 1; Housing (Scotland) Act 1966, annexe 2; Town and Country Planning (Scotland) Act 1972, sections 233, 234.

### 1.2. İrlanda

Bu konuda İrlanda hukukunda benimsenen çözüm, çok geniş bir biçimde İngiliz Common Law sisteminden esinlenmektedir. İrlanda hukukunda, bir idarî kararın icrasının durdurulmasını sağlamak bakımından, ilgili, iki olanağa sahiptir. Bunlardan birincisinde, ilgili, İrlanda Yüksek Mahkemesinden koşullu bir durdurma kararı (conditional order) vermesini isteyebilir. Böyle bir karar, işlemin icrasını belirli bir süre durdurur; bu süre sonunda, yargıç talebin ciddiliği konusunda ikna olmazsa, «durdurma kararı»nı kaldırır. İlgilinin bu konuda sahip olduğu ikinci olanak da, İngiliz hukukunda olduğu gibi, geçici bir yargısal emirden (interim order of injunction) yararlanmaktır ki, bu konudaki talep acil durumlarda, İdarenin haberi olmaksızın (ex parte) dahi yapılabilir. Görüldüğü gibi, bu konuda öngörülen koşullar İngiliz hukukunda benimsenen koşullara çok benzemektedir. Pratikte ise, iskoç yargıcı, genellikle, İdare'den, «dava süresince işlemini icra etmeyeceği» konusunda aldığı bir taahhüt ile yetinmektedir.

### 1.3. Danimarka

Danimarka Anayasası'nın 63 üncü maddesi, «idarî kararların, yargısal başvuru yolu ile mahkeme önüne götürülmeleri, ilgililere, bunlara, geçici olarak da olsa, uymama hakkını vermez» hükmünü getirerek; yargısal başvuruların «durdurucu etki»sini kabul etmemektedir. Bu bakımdan, sadece, idarî kararın uygulanmasının telâfisi güç zararlara sebebiyet vereceği durumlarda, mahkemenin yürütmenin durdurulmasına hükmedebileceği kabul edilmektedir.

Bununla beraber, son derece istisna olmakla birlikte, kanunla «yargısal başvuru'nun 'durdurucu etki' yaratacağı» esasının benimsendiği hallerde, kamusal makamlara da derhal icra yetkisi tanınmakta ve aynı zamanda, yargıca da bu kararları durdurma yetkisi verilmektedir. Ayrıca, böyle bir yetkinin sadece mesleki faaliyetlerin düzenlenmesi ve icrası (örneğin, taksi, otobüs, uçak ve gemi kullanma ruhsatları) konularındaki uyuşmazlıklar için öngörüldüğünü de belirtmek gerekir.

### 2. Diğer ülkelerde, olağan mahkemelerce sağlanan geçici yargısal korunma

Böyle bir koruma özellikle Hollanda'da önem taşımaktadır.

## 2.1. Hollanda

Hollanda'da, olağan mahkemelerin İdarenin denetimi konusundaki yetkileri son derece geniştir. Gerek 24 ağustos 1815 tarihli Hollanda Anayasası'nın 167 nci maddesi ve gerekse Adliye Teşkilâtı hakkındaki 18 nisan 1817 tarihli kanunun 2 nci maddesi «borç ve yükümlülükler ile mülkiyet hakkından kaynaklanan tüm uyuşmazlıkların olağan mahkemeierce karara bağlanacağı»nı hüküm altına almıştır. Dolayısıyla, İdare'nin medeni hakları ihlâl eden kararları ile zarar verici faaliyetleri konusunda olağan (adli) mahkemeler yetkilidir. Nitekim, yargıç bu konuda Hollanda Medeni Kanununun 1401 inci maddesine dayanarak ve İdarenin kanunlara uygun davranmak zorunluluğundan bahisle, bireylerin hukuka aykırı idarî kararlar dolayısıyla maruz kaldıkları zararların telâfisi yolunda karar verebilir ki, böyle bir hüküm madden ya da aynen tazmin şeklinde olabilir. Nitekim, aynen tazmin şeklinde verilen bir hüküm, yargıcın İdare'ye belli bir şekilde hareket edip etmemesi bakımından vermiş olduğu bir yargısal emir niteliğindedir.

Diğer yandan, yargıç, İdarenin sorumluluğu tartışmasını gündeme getirdiğinde, ilgili, «seri yargılama» usulünü tercih ederek, mahkeme başkanından geçici tedbirler almasını isteyebilir. Başkan, bu aşamada söz konusu idarî kararın hukukiliği konusunda kısa bir inceleme yaparak ilgilinin talebi hakkında bir karar verir.

Geçici önlemler alınırken, hep İdarenin sorumluluğu çerçevesinde hareket edildiğinden, bu önlemler ile «zarar» kavramı arasında bir bağlantı kurmak güçtür, çünkü adliye yargıçları sadece muhtemel bir zarar ile yetinmektedirler. Bu nedenle de asıl önemi olan, işlemin «hukukiliği» hakkındaki değerlendirmedir. Örneğin, belediyeden bir kamping işletmek için izin alan ilgili, bu konuda verilecek olan ruhsatın vesayet makamınca reddedilmesi işleminin yürütülmesinin durdurulması hakkında tedbir alınması için mahkeme başkanına müracaat ettiğinde, başkan, vesayet makamının kanuna aykırı bir tutum izlemediği ve işlemin de İdarenin iyi ve düzenli çalışması ilkesine aykırı olmadığı gerekçesiyle ilgilinin bu talebini reddetmiştir<sup>64</sup>.

Öte yandan, belirtmek gerekir ki, mahkemece alınan tedbir kararları da sadece teorik olarak geçici niteliktedir, çünkü genelde taraflar olağan yargılama usulünü tercih etmekte ve yerel mahkeme kararları-

64) Hoge Raad, 8 Nisan 1974, N.J., 1974, no: 394 (note W.F.P.), cité par Tak, Overheidsbestur en privaatrecht, 1978, s. 218.



na karşı istinaf ve hatta temyiz başvurularında bulunmaktadırlar ki, idarî yargı hakkındaki 1975 reformuna göre de, yeni bir başvuru, tedbir kararını ortadan kaldırmaktadır. Dolayısıyla, pratikte, böyle bir usulün «koruyucu» nitelikte olduğu söylenemez.

## 2.2. Belçika ve Fransa

Belçika ve Fransa'da adli yargıçlar İdarenin önemli bazı hukuka aykırılıklar taşıyan kararları için idarî fiili yol teorisini geliştirmişlerdir. Buna göre, adliye yargıçları İdare'ye bu tür kararlarını icra etme konusunda emir verebilmektedirler. Ancak teori, her iki ülkede de aynı içeriğe sahip değildir.

Belçika'da, fiili yol kavramı oldukça geniş bir çerçevede ele alınmaktadır. Buna göre, İdare'nin hukuki dayanaktan yoksun fiileri eğer ilgilinin medeni haklarını ve özellikle de mülkiyet hakkını ihlâl eder nitelikte ise fiili yoldan söz edilmektedir<sup>65</sup>. Tüm bu hallerde, yargıç, işlemin hukuka aykırılığını tespit etmekle kalmayıp, ayrıca, kararı alan idarî makamlara «yargısal emir» de verebilir. Bu sonuncu yetki, bazen «seri yargılama» usulünü uygulayan yargıç tarafından «fiili yol» durumunu İdare'ye bildirmek ya da bu durumun kaldırılmasını sağlamak amaçlarıyla kullanılmaktadır. Nitekim, ilgilinin, sahip olduğu toprak parçası üzerinde, rızası olmaksızın ve herhangi bir kamulaştırma kararı da bulunmaksızın yapılan kaldırım çalışmasının durdurulması hakkında yargıcın verdiği emir, bu konuda örnek olarak gösterilebilir<sup>66</sup>. Ayrıca, yargısal emir verme yetkisi bazen esas incelemeyi yapan yargıçlara da tanınmıştır. Nitekim, Bruxelles istinaf mahkemesi, bu konuda, bir şehrin yollarını genişletmek amacıyla - kamulaştırma yapmaksızın - kişilerin mülkiyetindeki yerlerden de yol geçiren İdare'ye, «kişilerin isteği doğrultusunda ya aynen ya da nakten tazminat ödenmesi» yolunda bir «yargısal emir» yollamıştır<sup>67</sup>. Bu son halde, geçici bir yargısal korunmadan söz edilemez ise de; böyle bir korumanın da hemen hemen aynı hukuksal sonuçları sağladığı söylenebilir.

Fransız hukukundaki «fiili yol» kavramı ise, Belçika'dakine oranla

65) Ünlü «Commune de Vedrin» kararı için bkz.: Réf. Namur, 11 septembre 1956, J.T. 1958, s. 149 ve Cour d'Appel Liège, 18 décembre 1956, J.T. 1958, s. 148 observations de Cyr Cambier. Ayrıca, fiili yol konusunda bkz. Flammé, «Pour un contrôle juridictionnel plus efficace de l'Administration», J.T., 1972, 417; Huberlant, «Le problème de sursis à exécution des décisions administratives en Belgique», R.D.A.J.C.E., 1975, 81.

66) Réf. Courtrai, 19 juin 1958, Pas., 1960, III, 23.

67) Cour d'Appel de Bruxelles, 7 février 1961, Pas., 1962, II, 152.

oldukça dardır ve Fransız adli mahkemeleri sadece özel mülkiyetin ve kişi haklarının doğal koruyucusu olma geleneğine dayanarak, sadece bu çerçevede fiili yol teorisini uygulayabilir. Öyle ki, bu bakımdan fiili yol halinin gerçekleşebilmesi için de açık bir hukuka aykırılık ve cebri icra koşullarının birarada bulunması gerekir. Fransız hukukunda fiili yol hallerine örnek olarak şunlar gösterilebilir: gerekli idarî usulleri yerine getirilmeden, «yıkılmaya yüz tutmuş olduğu» gerekçesiyle bir bina-  
nın yıktırılması<sup>68</sup>; elektrik ya da telefon hattı için kullanılan iletken direklerin, gerekli idarî usullere uymaksızın dikilmesi<sup>69</sup>; bir komün sınırları içinde yer alan yolun, gerekli usullere uyulmaksızın ve özel mülkiyete tecavüz edilerek genişletilmesi<sup>70</sup>.

Tüm bu hallerde, Fransa'da, adliye yargıcı, ilgili idarî makamlara «haksız yere işgal ettikleri bu yerleri terketmesi» yolunda yargısal emir verme yetkisini haizdir. Ancak, yargıcın bu yetkisi «kamusal faaliyetlerin dokunulmazlığı» ilkesi ile sınırlı olup; yargıç, böyle bir faaliyetin ortadan kaldırılmasına değil<sup>71</sup>, sadece bu faaliyetin durdurulmasına<sup>72</sup> karar verebilir.

Görüldüğü gibi, Fransa'da fiili yol teorisinin kapsamı daha sınırlayıcı bir niteliktedir.

### 2.3. İtalya ve Almanya

İtalya'da acil hallerde dahi, adliye yargıcı İdare'ye yargısal emir verme konusunda yetkili değildir<sup>73</sup>. Almanya'da da durum aynıdır ve kamulastırma konusunda dahi adliye mahkemeleri (Baulandkammern) sadece vürütmenin durdurulması emredebilirler<sup>74</sup>.

SONUC: 1 — Danimarka ve Belçika haric, Avrupa Topluluğu üyesi ülkelerin hepsi, ilgililer bakımından bir geçici yargısal korunma mekanizması öngörmektedirler.

68) Tribunal des conflits, 1 juillet 1935, Escard, Recueil des décisions du Conseil d'Etat, s. 1236.

69) Conseil d'Etat, 31 décembre 1959, dame Veuve Ranchin, Rec., s. 719. Cour de Cassation, Chambre civile I, 18 novembre 1968, Sirgues, Bull. civ., I, no: 277, s. 211.

70) Cour de Cassation, Ch. civile I, 11 mars 1975, Maire de Chasseneuil du Poitou c. Liège, Bull. civ., I, no: 104, s. 90.

71) Tribunal des conflits, 10 février 1949, Rouband, s. 591.

72) Tribunal des conflits, 6 février 1956, Consorts Sauvy, s. 586; Cour de Cassation, Chambre civile, I, 17 février 1965, Bull. civ., I, no: 137, s. 101, R.D.P. 1965, 934, note Waline.

73) Bachelet, Gerichtsschutz gegen die Executive, Köln, 1969, I, s. 503.

74) § 64 Bundesbaugesetz: bkz. Honne, Das öffentliche Bau- und Bodenrecht, Raumplanungsrecht, München, 1981, no: 826, s. 483.

2 — Hollanda, Belçika, Lüksemburg, Fransa, İtalya, İngiltere ve İrlanda'da, bu yargısal korunma gerek idarî ve gerekse adli yargı mercilerince olaydan olaya değişken bir biçimde gerçekleştirilmekte; sadece Almanya bu kuralın dışında kalmaktadır. Almanya, bir idarî işleme karşı yapılan idarî ve yargısal başvuruların kendiliğinden «durdurucu etki» yaratacağı ilkesini benimsemiştir. Ancak, Almanya'da dahi, İdare'nin yapmış olduğu işlemlerin derhal icra edilmesini emretme yetkisine sahip olduğu kabul edilmekte; bu durumda ise, İdarenin derhal icra kararının yerinde olup olmadığını değerlendirme ve yürütmenin durdurulmasına karar verme yetkisi yine yargıca bırakılmaktadır. Diğer yandan, Almanya'da her üç idarî yargı düzeni bakımından ortak usul kuralları öngören kanun tasarısı, «bir idarî işlemin - ilgilileri (muhatapları) dışındaki - üçüncü kişilerce idarî ya da yargısal başvuruya konu yapılması halinde, başvurunun kendiliğinden bir «durdurucu etki» yaratmayacağı ve bu durumda sadece yargıcın yürütmeyi durdurma kararı verebileceği» kuralını benimsemektedir.

3 — Geçici yargısal korunma bakımından öngörülen çeşitli sistemlerin etkililiği konusunda belirli bir ayırım ortaya koyabilmek güç olmakla birlikte; bu açıdan en az etkili sistemin Belçika ve Danimarka, en etkili olanların ise Almanya ve Hollanda sistemleri olduğu söylenebilir. (\*).

\*) Çevirideki 57a, 57b, 57c, 62a, 63a numaralı dipnotları asıl metinde yer almayıp; metindeki bazı hususlar çeviren tarafından bu dipnotlarda belirtilmiştir.