

FEDERAL ALMANYA
İDARİ YARGISINDA
İPTAL VE ÖDEV DAVALARI

DOĞU PERİNÇEK
KAMU HUKUKU ASİSTANI

P L A N

G İ R İ Ş

- 1 — GENEL OLARAK İDARİ YARGI YOLU
- 2 — DAVA ÇEŞİTLERİ
- 3 — İPTAL VE ÖDEV DAVALARI
 - A) Tarihi Gelişim
 - B) İptal davası
 - C) Ödev davası

II — İDARİ İŞLEM

- 1 — İPTAL VE ÖDEV DAVALARINDAKİ ÖNEMİ
- 2 — İDARİ İŞLEM KAVRAMI
- 3 — KABİLİ İPTAL İDARİ İŞLEMLER
 - A) İdarî İşlemin Hukuka Aykırılığı ve Bağlayıcılığı
 - B) İdarî İşlemin Sakatlığı
 - C) Sakatlığın Sonuçları
 - D) Sakat İdarî İşleme Boyun Eğme ve İşlemin Islahı

III — DAVA YETKİSİ

- 1 — GENEL OLARAK
- 2 — HAKLARIN İHLAL EDİLDİĞİNİN DERMEYANI
- 3 — ÜÇÜNCÜ ŞAHSIN HAKLARININ İHLALİ
- 4 — BİRLİK VE KURUMLARIN DAVA YETKİSİ
- 5 — ÖZEL KANUNLARA DAYANAN DAVA YETKİSİ

IV — HUKUKİ HİMAYE İHTİYACI**V — ÖN İNCELEME**

- 1 — GENEL OLARAK
- 2 — ANAYASAYA UYGUNLUĞU
- 3 — HUKUKİ MAHİYETİ
- 4 — UYGULAMA ALANI
 - A) İptal Davasında
 - B) Ödev Davasında
 - C) İstisnalar
- 5 — ÖN İNCELEMENİN BAŞLAMASI VE ŞEKLİ HÜKÜMLER
 - A) Şikâyet Mercii
 - B) Yazılı Şekil Şartı
- 6 — ŞİKÂYET KARARI
- 7 — İTİRAZ KARARI
 - A) Mahiyeti ve İtiraz Mercii
 - B) Dinleme Ödevi
 - C) Gerekçe ve Tebligat Zorunluluğu
 - D) Kanun Yolunun Bildirilmesi

VI — DAVA SÜRESİ

- 1 — İPTAL DAVASINDA
- 2 — ÖDEV DAVASINDA
 - A) «Vornahmeklage»
 - B) «Untaetigkeitsklage»

VII — HUSUMET**VIII — DAVA KONUSU**

- 1 — İPTAL DAVASINDA
- 2 — ÖDEV DAVASINDA

IX — İHTİLAF KONUSU**X — MADDİ VE HUKUKİ DURUMUN DEĞİŞMESİ**

- 1 — PROBLEM
- 2 — ULE'NİN GÖRÜŞÜ
- 3 — BACHOF'UN GÖRÜŞÜ
- 4 — UYGULAMA ALANINDAKİ DURUM

K I S A L T M A L A R

age.	adı geçen eser
agm.	adı geçen makale
Anm.	Anmerkung (not)
BFH.	Bundesfinanzhof (Federal Almanya Sayıştayı)
BGBL.	Bundesgesetzblatt (Federal Almanya Resmî Gazetesi)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Federal Anayasa Mahkemesi)
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz (Federal Anayasa Mahkemesi Kanunu)
BVerfGE	Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen (Federal Anayasa Mahkemesi Kararları)
BVerwG.	Bundesverwaltungsgericht (Federal İdarî Mahkeme)
c.	cümle
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
f.	fıkra
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası)
JZ	Juristenzeitung
mad.	madde
NJW.	Neue Juristische Wochenschrift
OVG.	Oberverwaltungsgericht (Yüksek İdarî Mahkeme)
s.	sayfa
SüddVGG.	Verwaltungsgerichtsgesetze in Bayern, Bremen, Hessen und Württemberg (Bayera, Bremen, Hessen ve Württemberg federe devletleri idarî yargı kanunları)
vd.	ve devamı
VGO	Verwaltungsgerichtsordnung (İdarî Yargı Kanunu)
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VO nr. 165	Verordnung nr. 165 der Britischen Militäerregierung über die verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone (İngiliz Askerî hükümetinin İngiliz işgal bölgesindeki İdarî Yargı hakkındaki 165 nolu tüzüğü)

I

G İ R İ Ő

1 — GENEL OLARAK İDARİ YARGI YOLU

Devletin hukukla bağı olacağı ilkesi, kişi için esas itibariyle tek başına bir teminat teşkil etmez. İdarenin hukuka aykırı davranışları karşısında, menfaatleri zedelenenler, yargı yoluna başvurabilmeli ve hukuki bir himaye görmelidir ki, bu ilke pratik bir değer kazansın. Federal Almanya Anayasası, kamu otoritesinin bütün eylem ve işlemlerine karşı genel mahiyette bir hukuki himaye getirmektedir (mad. 19 IV). Bu hükme göre, herhangi bir kimsenin haklarının kamu iktidarı tarafından ihlâl edilmesi halinde, o kimseye dava yolu açıktır (1). Almanya'da yargı içtihatlarında, özellikle Federal İdarî Mahkeme (BVerwG) içtihatlarında Anayasanın yalnız dava yolunu teminat altına almadığı, aynı zamanda uygulama alanında işleyen ve zamanında tecelli eden bir yargı himayesinin söz konusu olduğu görüşü savunulmaktadır.

Federal Almanya'da idarî yargı yolu bütün Kamu Hukuku ihtilâflarına açıktır. Ancak,

a) Anayasa Hukukuna ilişkin ihtilâflar,

b) Özel bir kanunla başka bir yargı düzeninin görevinden sayılan ihtilâflar idarî yargı önüne getirilemezler (VGO mad. 40 I). Federal Almanya Anayasası, kamulaştırmadan doğan tazminat davalarının (GG. mad. 14 III) ve memurun sorumluluğundan doğan zarar ziyan ve rücu davalarının (GG mad. 34) da ağli yargıya tabi olacaklarını öngörmüştür.

İdarî Yargı Kanunu (VGO)nun yukarda sözü edilen 40. maddesinin açıklığı karşısında, zarar ziyan ve tazminat gibi mâmeleki bütün talepler bir Kamu Hukuku ihtilâfı olması şartıyla idarî yargı önüne getirilebilecektir. Tabiatıyla özel bir kanunla başka bir yargı yolu gösterilmesi halleri bunun dışındadır. Bu suretle edâ davasının idarî yargıda açılabilceğı konusundaki bütün şüpheler dağılmıştır. Kanunun edâ davasından özel olarak söz etmemesinden ida-

(1) Türk Anayasası mad. 114 ile karşılaştırınız.

rî yargı yolunun mâmelek hukukuna ait iddialara kapalı olduğu şeklinde bir hüküm çıkarılamıyacağı kabul edilmektedir (2).

2 — DÂVA ÇEŞİTLERİ

Medenî yargılama Usulüne paralel olarak Alman Hukukunda idarî dâvalar muhtevalarına göre üçe ayrılmaktadırlar :

- a) Edâ dâvası «Leistungsklage»
- b) Tesbit dâvası «Feststellungsklage»
- c) Yenilik doğuran dâva «Gestaltungsklage».

Alman Hukukundaki edâ dâvası, Türk İdarî Yargısındaki tam yargı davasını karşılamaştır. Geniş anlamda edâ dâvasının amacı idareyi, bir şey yapmaya (bir edimde bulunmaya) veya yapmama ya mahkûm ettirmektir. Ancak Alman İdarî yargısına has bir dâva olan ödev dâvası «Verpflichtungsklage», —ki bir çeşit edâ dâvasıdır— edâ dâvasının alanını daraltmıştır. Ödev dâvası ile idare, ihmal ettiği veya reddettiği bir idarî işlemi yapmaya zorlanır. Bu sebeple edâ dâvası, idarenin bir işlemde bulunmak dışında bir edimi yerine getirmeğe mahkûm edilmesi için açılır. Değişik bir ifadeyle idarî işlem dışındaki bütün idarî davranışlar «Amtshandlungen» edâ dâvasının konusudur. Edâ dâvası, yalnız para veya bunun gibi şeylerle ifade edilebilen edimlere yönelmemiştir; her türlü Kamu Hukukuna ilişkin yapma veya yapmama bu dâvanın konusu olabilir (3).

Tesbit dâvası, bir hukukî münasebetin varlığı veya yokluğu ya da bir idarî işlemin yokluğunun idarî mahkemelerce tesbit edilmesi amacıyla açılır. Ancak bu dâvanın görülmesi için, dâvacının hukukî durumun derhal tesbitinde haklı bir menfaati olması gerekir (VGO mad. 43 I). Dâvacı, haklarını yenilik doğuran bir dâva veya bir edâ dâvasıyla takip edebiliyorsa veya edebilecekiyse tesbit dâvası caiz değildir. Bir idarî işlemin yokluğu talep edilmişse bu hüküm uygulanmaz (mad. 43 II).

-
- (2) **ULE**, Verwaltungsgerichtsbarkeit, s. 9. 114
KOEHLER, Verwaltungsgerichtsordnung, s. 9, 239 ayrıca bkz. VGO mad. 111 ve 113 III
 - (3) **ZSCHACKE**, Die verwaltungsrechtliche Klage wegen Gewahrung von Geldleistungen, NJW 1956, s. 730

Mevcut bir hukukî durumu ortadan kaldırması dolayısıyla iptal dâvası «Anfechtungsklage» yenilik doğuran bir dâvadır. İptal dâvası, idarenin hukuka aykırı işlemlerine karşı, bu işlemle menfaatleri zedelenmiş olan kişinin başvuracağı en önemli hukuki vasıta dır. İptal dâvası, ödev dâvası ile birlikte önümüzdeki bahislerde etraflıca inceleneceğinden burada daha geniş tafsilata girilmeyecektir.

3 — İPTAL VE ÖDEV DÂVALARI

A) Tarihi gelişim

Almanya'da 19. yüzyılda ortaya çıkan idarî yargı, yalnız bir çeşit dâvaya yer vermişti: İptal dâvası. Bu dâva yoluyla sakat olan ve külfet yükleyici idarî işlemlerin iptali imkânı doğmuştur. Güney Almanya İdarî Yargı Kanunu «Süddeutsche Verwaltungsgesetz» (SüddVGG) ile iptal dâvasının alanı genişledi; bir görevin ihmal edilmesine karşı da iptal dâvası açılması imkânı tanındı. (mad. 35 II) İngiliz işgal bölgesinde uygulanan idarî yargı hakkındaki 165 sayılı Tüzük (VO nr. 165), idarî merciin talep edilen bir idarî işlemi reddetmesi veya iki ay içinde talep hakkında karar vermemesi halinde, bu işlemin yapılmasında hukukî bir iddia sahibi olan kimseye dâva hakkı tanıyordu (VO nr. 165 mad. 24). Güney Almanya İdarî Yargı Kanununun, idarenin ihmali karşısında açılan dâvayı iptal dâvası içinde mütalaâ etmesine karşılık, VO nr. 165 yeni bir dâva tipi getirmektedir. «Vornahmeklage» adı verilen bu dâva, idarenin kaçındığı işlemi yapmasına, yani bir edime yönelmektedir; yoksa idarenin kaçınmasının iptaline değil (4).

21/1/1960 tarihli İdarî Yargılama Kanunu (VGO), VO nr. 165 in açtığı yolu izliyerek iptal dâvası ile ödev dâvasını birbirinden ayırmıştır.

B) İptal dâvası

İptal dâvası VGO mad. 42 I e göre, bir idarî işlemin kaldırılması için açılır. Bu dâva, tam anlamıyla yenilik doğuran bir dâva olarak mevcut hukuki durumun kısmen veya tamamen kaldırılması amacına yönelmiştir. Ancak yoklukla mâlül bir idarî işleme karşı

(4) FORSTHOFF. Lehrbuch des Verwaltungsrechts 1. Band. s. 494

açılması halinde iptal dâvası yenilik doğurucu mahiyette değildir. Çünkü bu suretle esasen olmayan bir işlemin kaldırılması talep edilmektedir; yok hükmündeki işlemin hiçbir hukukî etkisi yoktur (5).

İptal dâvasında mahkemenin dâvacının talebini haklı bulması halinde vereceği hüküm negatif bir yenilik doğuran (= inşaf) hüküm «Gestaltungsurteil» olacaktır. Bu sebeple iptal dâvası müdahaleci idare «Eingriffsverwaltung» alanında görülür (6). İdarenin düzenleyici ve müdahale edici mahiyetteki işlemlerinin kişiye bir mükellefiyet yüklemesi veya kişinin haklarını ihlâl etmesi halinde, bu işlemlerin kaldırılması için başvuru yoldur.

İptal dâvasının kişinin haklarını himaye fonksiyonu yanında, idarî mercilerin önlerine gelen meseleyi etraflı bir şekilde ve dikkatle incelemelerini ve haksızlıktan kaçınmalarını sağlamak gibi bir de idareyi denetleme fonksiyonu vardır.

C) Ödev dâvası

Bir idarî işlemin kişinin menfaatlerini ihlâl edebileceği düşünüldüğü gibi, bazen de bir idarî merciin herhangi bir idarî işlemde bulunmamasının fertlerin menfaatlerini haleldar ettiği görülmektedir. Bu halde mahkmeden idarî makamı belirli bir işlemde bulunmaya zorlayan bir hüküm vermesi talep edilir ki, bu ikinci nevi dâvaya Alman Hukukunda Ödev Dâvası «Verpflichtungsklage» adı verilmektedir.

Ödev dâvası, bir idarî işlemin yapılması talebinin ilgili idarî merci tarafından reddedilmesi veya böyle bir talebin hiç nazarı itibara alınmaması hallerinde söz konusu olur. Bu sebeple bu dâva, iptal dâvasının aksine bir idarî işlemin kaldırılması için değil, bir idarî işlemin yapılmasına hükmedilmesi için açıdır. Yani yenilik doğuran bir dâva olmayıp, edâ dâvasıdır. «Leistungsklage». Bu dâvanın haklı görülmesi halinde verilen hükümle idare, talep edilen idarî işlemi yapmaya veya talep hakkında karar vermeğe mahkûm edilir. (VGO mad. 113 IV). Ödev dâvasının uygulama alanı yapıcı idare «Leistungsverwaltung» dir (7). Böylece ödev dâvası hizmet

(5) FORSTHOFF, age., s. 496

(6) ULE, Verwaltungsgerichtsbarkeit Band I, s. 117

(7) ULE, age. s. 118

eden ve vatandaşlara karşı bazı yükümlülükleri olan idare anlayışının bir teminat olmaktadır. Bu dâva ile fertler idareyi belirli işlemleri yapmaya zorlayabilmektedirler. Yalnız unutulmaması gereken nokta, idarenin bu faaliyet alanında (yapıcı faaliyet) geniş bir takdir yetkisine sahip bulunduğu, ancak bazı genel hukuk prensipleriyle bağlı olduğudur.

Ödev dâvasında idarî merciin, dâvacı tarafından talep edilen idarî işlemi yapmayı açıkça reddetmesi veya susması arasında fark yoktur. Alman Hukukunda birinci halde açılan dâvaya «Vornahmeklage», ikinci halde açılan dâvaya ise «Untaetigkeitsklage» adı verilmektedir. Bu ayırım idarî yargıya başvurulmadan önce idarî mercilerde cereyan eden ön inceleme «Vorverfahren» safhasında ve dâva süresinin tayininde önem kazanmakta olup ödev dâvasının muhtevası bakımından bir anlam taşımaz.

İdarî merciin bir idarî işlemi yapmayı reddetmesi halinde, bu red kararı, mahkemenin dâvayı haklı görmesi ve bir ödev hükmü ile hemen ortadan kalkmaz. Red kararını ortadan kaldırmak, dâvacı tarafından talep edilmiş olan idarî işlemi yapmaya mahkûm edilen idarî merciin görevidir.

İptal dâvası ve ödev dâvasının mahiyetleri konusundaki bütün bu izahlar sonunda bu iki dava arasındaki en önemli fark şöylece özetlenebilir. İptal dâvası, bir idarî işlemin ortadan kaldırılması gayesine yönelmiştir, dolayısıyla yenilik doğuran bir dâvadır ve müdahale edici idarî faaliyet alanında görülür. Ödev dâvası ile güdülen gaye, bir idarî işlemin yapılmasına hükmedilmesidir. Bu dâva sonucunda idareye bir ödevi yerine getirmek, bir edimde bulunmak mükellefiyeti yüklenmektedir. Bu dâva yapıcı idarî faaliyet alanında söz konusu olan bir edâ dâvasıdır.

Görüldüğü üzere iptal ve ödev dâvaları, vatandaşın hukuk kurallarıyla güvenlik altına alınmış negatif statüsünü, hukuk dışı müdahalelere karşı ve pozitif statüsünü de idarenin bu statüden doğan haklara dayanarak yapılan talepleri reddetmesi ihtimaline karşı hukuken işliyebilir bir himayeye kavuşturmaktadırlar.

İptal dâvası ve ödev dâvasının ayrı ayrı incelenmesi doğru değildir. Çünkü bu iki dâva esas itibarıyla birbirini tamamlamaktadır. Hukuka aykırı bir işlemde bulunmakla, bir idarî işlemin yapılmasının hukuka aykırı olarak ihmal edilmesi arasında kişinin men-

faatlerinin ihlâl edilmesi bakımından hiçbir fark yoktur.

Bu çalışmanın gayesi, Alman Hukukunda Anfechtungsklage (iptal dâvası) ve Verpflichtungsklage (ödev dâvası) adı verilen idarî dâva nevelerini incelemektir. Yalnız hemen belirtmek gerekir ki, bu dâvaları bütün vecheleriyle tetkik etmek bu çalışmanın hudutlarını aşar. Ele alınan hususlar, iptal ve ödev dâvalarında özellik arzeden ana problemlerdir.

II — İDARİ İŞLEM

1 — İPTAL VE ÖDEV DÂVALARINDAKİ ÖNEMİ

Bir idarî işlemin mevcudiyeti veya bir idarî işlemde bulunulması talebinin reddi veya bu talep hakkında hiç karar verilmemesi iptal ve ödev dâvalarının şartlarıdır. Bir idarî merciin herhangi bir tedbirine, idarî bir fiile veya bir tedbirin alınması talebinin reddi veya nazarı itibara alınmamasına karşı açılan iptal ve ödev dâvası caiz değildir. Çünkü ortada idarî bir işlem yoktur. Mahkemenin ilkönce idarî bir işlemin söz konusu olup olmadığını incelemesi gerekir. Bu bakımdan idarî işlem kavramı iptal ve ödev dâvalarında özel bir önem taşımaktadır.

2 — İDARİ İŞLEM KAVRAMI

İdarî işlem terimine Almanya'da ilkönce doktrinde rastlanmaktadır. Bu terimin uygulama alanında, kanunlarda kullanılışı daha sonra olmuştur. Bugün yürürlükte olan idarî yargı kanunlarının çıkışına kadar kanun metinlerinde idarî işlem terimine yer verilmemiş, idarî tasarruflar kaideten emir, karar, hüküm veya muhtevasına göre izin, red, tesbit vs. gibi çeşitli şekillerde adlandırılmıştır. İdarî yargılama kanunları idarî işlemi iptal dâvasının konusu olarak metinlerine aldıktan sonradır ki, bu terim uygulama alanına girmiştir (8).

İdarî işlemi genel anlamında ele alırsak içine gayesine, konu-

(8) **FORSTHOFF**, Lehrbuch des Verwaltungsrechts 1. Band, s. 180 İdarî işlem «Verwaltungsakt» terimine ilkönce Amerikan İşgal Bölgesi İdarî Yargısı Hakkında Kanun «Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit für die amerikanisch besetzte Zone» da 22 ve 25. maddelerde, İngiliz İşgal Bölgesi için 165 sayılı Askerî Hükümet Tüzüğü «Militärregierungs-Verordnung Nr. 165 für die britische Zone»nde, halen yürürlükte olan İdarî Yargı Kanunu (VGO) 42. ve 113. maddelerde ve federe İdarî Yargılama Kanunlarında rastlanmaktadır.

sunu ve özellikle bu tasarrufun Kamu Hukuku mu yoksa Özel Hukuk alanında mı olduğuna bakmaksızın, idarenin münferit bir işlemi olarak ferdileşebilen bütün faaliyetleri girer. Forsthoff'a göre, idarî işlem kavramına bu kadar geniş bir anlam verilmesi muhakkak yanlış olmamakla beraber faydasızdır ve bir sınırlamaya kavuşturulması, daraltılması gereklidir (9).

Burada idarî işlem kavramı üzerinde doktrin alanında görülen tartışmalara girilmeyecek, kanunlardaki tarif verilecek ve idarenin herhangi bir tedbirinin idarî işlem sayılabilmesi için gerekli olan şartlara kısaca temas edilecektir (10). İdarî yargı ile ilgili çeşitli kanunların tarifleri aynıdır: «İdarî işlem, Kamu hukuku alanında münferit bir durumu düzenlemek için idarî bir merciden sadır olmuş olan her türlü tasarruf, emir, karar veya diğer tedbirlerdir» (11).

Tariften idarenin herhangi bir tedbirinin idarî işlem olabilmesi için şu şartları haiz olması gerektiğini çıkartabiliriz :

a) İdarî işlem herşeyden evvel **Kamu Hukuku alanında** görülen bir işlemdir. İdarenin, ilgilinin hukukî durumunda değişiklik meydana getiren bir irade beyanıdır, **tek taraflı emredici** bir tasarruftur. Bu sebeple kamu Hukukundaki çok taraflı münasebetler, meselâ sözleşmeler idarî işlem kavramı dışında kalır. Bu hususta bütün yazarlar birleşmektedirler.

b) Yalnız **doğrudan doğruya hukukî tesiri olan** işlemler idarî işlemdir. Bu sebeple tebliğ, ikaz vs. doğrudan doğruya hukukî bir tesir icra etmediklerinden idarî işlem değillerdir (12).

c) İdarî işlem genel bir kaide ihtiva etmeyip, **münferit ve müşahhas bir durumu düzenler**. Kanun, tüzük, yönetmelik vs. bu bakımdan idarî işlem değillerdir. İdarî işlemi genel hukuk kaidelerinden

(9) **FORSTHOFF**, age. s. 181

(10) Bu konuda geniş bilgi için bakınız:

WOLFF, Verwaltungsrecht. 3. Auflage s. 231 - 240. §. 46

FORSTHOFF, age. s. 180 - 189, §. 11 - 1

ULE, Verwaltungsgerichtsbarkeit, s. 135 - 146, §. 41 1.

KOEHLER. Verwaltungsgerichtsordnung s. 245 - 251, §. 42 A. III.

(11) Yukarıda adı geçen İngiliz işgal bölgesi için 165 sayılı tüzük, mad. 25 f.1 c1; 10/7/1951 tarih, 268 sayılı Saar İdarî Yargı Kanunu (VGG Saarland) mad. 20 f.1; 8/1/1951 tarihli Berlin İdarî Yargı Kanunu (VGG Berlin) mad. 19 ve daha birçok kanunlarda bu tarif verilmiştir.

(12) **FORSTHOFF**, age. s. 182

ayıran husus böylece onun, bir defa cereyan eden, müşahhas bir maddî veya hukukî münasebeti düzenlemesi olmaktadır.

d) İdarî işlemin idarî bir merci tarafından yapılmış olması gerekir. Âmme idaresinde bağımsız olarak teşkilâtlanmış, tedbir alma yetkisine sahip her makam idarî bir mercidir. Bu merciin federasyona, federe devlet idarelerine, belediye idarelerine, müessesese veya teşekküllere bağlı olması arasında hiçbir fark yoktur (13).

İdarî merci, idarî tedbirleri, hükûmet, yasama ve yargı tasarruflarından ayırır. Hükûmet organları, yasamada bulunabilen teşekküller ve mahkemeler idarî merci değildir. Bununla beraber hükûmet organları, meselâ bakanlar, kanun yapan teşekküllerin başkanları ve mahkeme reisleri idarî merci olarak da faaliyette bulunabilirler (14).

Mahkeme kararları, bir kere sadır oldukları merci bakımından, ikinci olarak da kamu hukuku alanındaki münferit bir durumu düzenlemeyip, bir hukukî ihtilâfı gözmesi dolayısıyla idarî işlemlerden ayrılmaktadır (15). Otto Mayer, alt kademelerdeki idarî mercilerde kurulan idarî mahkemelerin kararlarının idarî işlem olarak görülebileceğini ileri sürmüştür (16). Fakat idarî mahkeme kararları, çok sıkı şekle bağlı, sui generis tasarruflar olarak idarî işlemlerden ayrılırlar ve kendi prensiplerine tâbidirler. Bu sebeple yukarıdaki görüşü kabule imkân yoktur (17).

Sonuç olarak idarî işlemlerin, idarî mercilerin münferit ve müşahhas bir durumu düzenleyen, doğrudan doğruya hukukî tesir icra eden tek taraflı emredici tasarrufları olduklarını söyleyebiliriz.

3 — KABİLİ İPTAL İDARİ İŞLEMLER

A) İdarî İşlemin Hukuka Aykırılığı ve Bağlayıcılığı

İptal dâvası hukuka aykırı idarî işlemler aleyhine açılır. Ödev dâvasında da bir idarî işlemin yapılması talebinin hukuka aykırı

(13) ULE, Verwaltungsprozessrecht. s. 92

(14) ULE, Verwaltungsprozessrecht, s. 92

(15) ULE, Verwaltungsgerichtsbarkeit. s. 154

(16) FORSTHOFF, age. s. 188 den naklen.

(17) FORSTHOFF, age. s. 188

olarak reddedilmesi veya nazarı itibare alınmaması gerekir. Bir idarî işlemin bazı hafif hatalarla mâlül olması «Unrichtigkeit», (meselâ yazı hatası, bir ismin yanlış yazılması, hesabın yanlış yapılması gibi), o idarî işlemi hukuka aykırı yapmaz. Çünkü bu halde ilgilinin bir hakkı kayıtlanmış veya ihlâl edilmiş değildir. Aynı şekilde ihtiyaca uygun olmayan «unzweckmaessig» bir işlemin bulunması halinde de hukuka aykırılık söz konusu değildir. Ancak ileride görüleceği üzere yargı yoluna başvurabilmek için idarî mercilerde cereyan etmesi gereken ön inceleme «Vorverfahren» sırasında itiraz mercii, idarî işlemi ihtiyaca uygunluk yönünden de kontrol eder.

Kamu otoritesinin emredici bir beyanı olarak idarî işlem bağlayıcıdır. Hatta hukuka aykırı bir idarî işlem söz konusu olsa bile, ilgilinin talebi üzerine mahkemece iptal edilmedikçe veya yetkili merci tarafından geçici veya devamlı olarak kadırılmadıkça bu idarî işlem, müessir olmakta devam eder; iptal hükmü verilene kadar veya geri alınana kadar geçerli ve yürürlüktedir. Bu sebeple Alman Hukukunda idarî işlemlerin hukuka uygunluğu karinesinden «Vermutung der Rechtmässigkeit» veya muteberiyet karinesinden «Vermutung der Gültigkeit» bahsedilmektedir.

Bir idarî işlemin hukuka uygunluğu ve hukuken müessir oluşu «Rechtswirksamkeit» ayrı meselelerdir. Bu konuda dört halle karşılaşabiliriz (18).

a) Hukuka uygun ve aynı zamanda hukukî bakımdan müessir bir idarî işlemin bulunması halinde hiçbir mesele yoktur. İşlem geçerli ve yürürlüktedir.

b) Hukuka uygun olmakla beraber bir işlem hukuken müessir olmayabilir. Meselâ bir muvafakata ihtiyacı olan idarî işlemin geçerliği, muvafakatın verilmesine kadar sallantıdadır.

c) Hukuka uygun olmayan fakat müessiriyete sahip olan idarî işlemin iptal süresinin dolmasına, icra edilmesi emrine veya ilgilinin usulüne uygun bir surette boyun eğmesine kadar sallantıda olan bir geçerliği vardır. İptal dâvasının konusu, dördüncü şıkda inceleyeceğimiz yok hükmündeki işlemlerle beraber daha çok bu tip işlemlerdir. Geriye doğru «ex tunc» hüküm ifade etmek üzere

kaldırılmaları veya geri alınmaları ile muteberiyetlerini kaybederler.

d) Hem hukuka aykırı hem de hukuken müessir olmıyan idarî işlemler yok hükmündedir. VGO mad. 43 II c. 2 den de anlaşılacağı üzere yok hükmünde bir idarî tasarrufa karşı iptal dâvası açılabilir. Gerçi dâvacının yok hükmünde bir idarî işlem dolayısıyla hakları ihlâl olmaz, çünkü böyle bir idarî işlem hukuken müessir değildir. Bununla beraber yok hükmündeki bir idarî işlem geçerliymiş gibi görünebilir ve ayrıca bir idarî işlemdeki sakatlık, yokluğu mu yoksa yalnız iptal edilebilir olması sonucunu mu doğuracağı konusunda şüphe ve tereddüt bulunabilir. İşte bu düşünceyle kanun koyucu yok hükmündeki idarî işlemlere karşı da iptal dâvası açılmasını caiz görmüştür. Gerçi kanun, VO nr. 165 mad. 23 f. I de olduğu gibi açık bir hüküm koymuş değildir, fakat 43 II c.2. den bu sonuç çıkarılmaktadır. 43. madde f. 2 hükmü şöyledir: «Eğer dâvacı haklarını yenilik doğuran bir dâva veya edâ dâvası ile takip edebilirse veya edebilecektiye tesbit dâvası açamaz. Bir idarî işlemin yokluğunun tesbitinin talep edilmesi halinde bu hüküm uygulanamaz.» İkinci cümle birinci cümleye bir istisna koymakta ve dâvacıya yoklukla mâlul bir idarî işlemin varlığı halinde, eda veya yenilik doğuran dâva açma yetkisine sahip olduğu halde dahi bir tesbit dâvası açmak imkânı vermektedir. Burda yok hükmünde bir idarî işleme karşı yenilik doğuran dâva açılabileceği zımnen kabul edilmiştir. Aksi takdirde ikinci cümle hiçbir anlama sahip olmayacaktır (19). Yoklukla mâlul idarî işlemlere karşı açılan iptal dâvalarında ön inceleme (mad. 68 vd.) ve dâva süresi (mad. 74) ile ilgili hükümlerin uygulanacağı tabiidir. Dâva süresinin geçirilmesi halinde tesbit dâvası açılabilir.

B) İdarî İşlemin Sakatlığı

Hukuka aykırı idarî işlemler, eğer imkânsız değilse sakatlırlar. Burada söz konusu olan sakatlık, dar anlamda sakathıktır «Fehlerhaftigkeit im engeren Sinne». Geniş anlamda sakatlığın içine idarî işlemin ihtiyaca aykırılığı ve hafif bir hata ile mâlul olması «Unrichtigkeit» da girer (20). Kabilî iptal «anfechtbar» olan

(19) ULE, Verwaltungsgerechthafelt, s. 130

(20) WOLFF, Verwaltungsrecht. 3, Auflage, s. 257

her işlem sakat değildir. Yukarıda da belirtildiği gibi yok hükmündeki işlemler de iptal olunabilirler.

Bir idarî işlem, aşağıdaki hallerde sakattır :

a. İdarî işlem yetkili olmayan bir idarî merci tarafından yapılmışsa kaideten sakattır. Fakat bir idarî işlemin yetki yönünden hukuka aykırı olması bazen yokluğuna da sebep olabilir. Meselâ bir idarî merciden sadır olmayan, şaka ile yapılan bir idarî işlem yok hükmündedir (21).

Yetki yönünden sakatlığa şu misalleri verebiliriz. Bir idarî merci, aynı göreve sahip başka bir idarî merciin faaliyet mahallinde bir işlemde bulduysa, A şehri belediye reisinin B şehri belediyesi alanı içerisinde bir işlem yapması gibi, mahallî yönden bir yetki ihlâli «die Verletzung der örtlichen Zustaendigkeit» (22) vardır. Aynı mahalde görevli idarî mercilerden birinin kendisi ile aynı derecede olmakla beraber başka bir fonksiyona sahip bir idarî merciin görevinden olan bir idarî işlemde bulunması veya alt merciin üstünün görevine dahil bir işlemi yapması hallerinde ise maddî yönden bir yetki ihlâli «die Verletzung der sachlichen Zustaendigkeit» ile karşılaşmaktayız.

b. **Usul yönünden** bir eksikliği veya hatası bulunan işlemler de sakat idarî işlemlerdendir. Usule aykırılığa örnek olarak idarî işlemin yapılmasından önce ilgilinin dinlenmemesi, kanunun öngörmesine rağmen diğer idarî merciin idarî işlemin yapılmasına katılması, bir kurul tarafından alınması gereken bir kararın kurulun başkanı tarafından alınması verilebilir. İdarî işlemin muhtevasını etkileyemeyecek kadar önemsiz usul eksikleri idarî işlemin sakatlığı sonucunu doğurmayıp, hata olarak kabul edilmektedir (23).

c. İdarî işlemdeki **şekil yönünden** kanuna aykırılıklar da sakat olma sonucunu doğurur. Kanunun yazılı şekil öngermesine rağmen sözlü yapılan idarî işlem, şekle bağlı bir tebliğ veya bildirinin şekline uygun surette yapılmaması şekil bakımından hukuka aykırılığa misâllerdir.

(21) WOLFF, age. s. 257

(22) FORSTHOFF, Lehrbuch des Verwaltungsrechts 1. Band, s. 211

(23) OVG Münster 22/9/1958 (DVBl. 1959, s. 74)

BVerwG 28/11/1957 (NJW 1958, s. 274) de imtihan tutanağında kanunun gerekli gördüğü bir imzanan eksikliğinin kararın hukuka uygunluğuna tesir etmeyeceği içtihat edilmiştir.

d. İdarî işlemin icra edilmesine mutlaka engel olmamakla beraber, **ifadede**, idarî merciin iradesinin anlaşılmasını güçleştiren veya imkânsız bir hale getiren bazı müphem, açık olmayan hususların bulunması da idarî işlemin sakatlığına sebep olur. İdarî işlemin muhtevâsından kimin, kimden, neyi talep edebileceği veya hangi hususun teminat altına alındığı veya tesbit edildiği v.s. anlaşılmalıdır (24).

e. Olaya ve hukuka aykırı bir muhtevaya sahip olan idarî işlemler de sakattır. Kanunun yanlış uygulanması, takdirin aşılması, anayasa düzenine veya ahlâka aykırı bir idarî işlemin yapılması, maddî durumun yanlış tesbit edilmesi hallerinde **olaya ve hukuka aykırılık** söz konusudur.

Yetki, şekil, usul veya maddî bakımdan hukuka aykırılık her zaman idarî işlemin sakat olması sonucunu doğurmaz, bazen de yok hükmünde olmasına sebep olur. Yok hükmündeki idarî işlemler de tıpkı sakat idarî işlemler gibi iptal edilebildiğinden bir idarî işlemdeki hukuka aykırılığın hangi hallerde yokluğa sebep olacağı meselesi, bu çalışmanın sınırlarını aştığından münakaşa edilmemiştir. Unutulmaması gereken nokta yukarıda sakatlığın sebebi olarak sayılan hallerin bazen idarî işlemin yokluğu sonucunu doğuracağıdır.

C. Sakatlığın sonuçları

a. İdarî işlemi yapan merci işlemin sakat olduğunu farkederse, işlemi geriye doğru hüküm ifade etmek üzere «ex tunc» geri alabilir, değiştirebilir. Tabiiyle kanunun cevaz vermediği hallerde işlemin geri alınması imkânı yoktur.

b. İşleminde bulunan merci veya itiraz mercii süresi içinde yapılan bir itiraz üzerine sakat idarî işlemi «ex tunc» hüküm ifade etmek üzere kaldırabilir.

c. İtirazdan sonuç alınmaması halinde, yani idarî mercilerde cereyan eden bir ön incelemeden sonra ilgili iptal dâvası açabilir. Eğer idarî işlem gerçekten dâvacının haklarını ihlâl etmişse, idarî mahkeme tarafından «ex tunc» hüküm ifade etmek üzere kaldırılır.

D. Sakat idarî işleme boyun eğme ve işlemin ıslahı :

Eğer ilgili işleme iptal süresinin dolmasından önce boyun eğerse, işlem bozuk olmasına rağmen hukuka aykırı değilmiş gibi hü-

(24) WOLFF, Verwaltungsrecht. 3. Auflage, s. 255

küm ifade edebilir. Artık böyle bir işlemin iptal edilmesine imkân yoktur. Zaruri ölçüleri aşan bir polis tasarrufuna ilgilinin boyun eğmesi halinde işleme karşı iptal dâvası açmak caiz değildir (25). Boyun eğme «Unterwerfung» şekle bağlı değildir, sarîh irade beyanı gerekli olmayıp davranışla da belli edilebilir. Eğer tehdit sebebiyle beyanda bulunulmuş veya bulunulan beyanın ifade ettiği anlam üzerinde aldanılmış veya beyanın etki alanı konusunda hataya düşülmüşse, yani idarî işlemin sakat olduğu bilinmiyorsa ve boyun eğmek mecburiyetinde bulunduğu zannıyla beyanda bulunulmuşsa, ilgili kanun yolu süresi içinde beyanını geri alabilir.

Bazı hallerde ise bozuk bir idarî işlem ıslah olunabilir :

a. Başka bir merciin idarî işlemin yapılmasına katılması gerekirken, bu mümkün olmamışsa eksiklik sonradan giderilerek işlem ıslah edilebilir. Bunun dışındaki usul ve şekil noksanlarının telâfisi caiz değildir.

b. İdarî işlemdeki muhteva eksikliği sonradan tamamlanabilir. Bozuk gerekçenin sonradan düzeltilmesi veya tamamlanması bu konuda misâl olarak verilebilir. Fakat bu halde kanun yolu süresi gerekçenin tamamlanmasından sonra işlemeye başlar.

c. Muayyen bir eksikliği veya sakatlığı olan idarî işlemler, bir kanunla hukuka uygun bir hale getirebilirler. Beamtenrechtsrahmengesetz (BRRG) (26) mad. 11 I, tayin eden merciin yetkisiz olması sebebiyle yok hükmünde olan memur tayinlerinin yetkili merci tarafından ıslah edilebileceğine hükmetmektedir.

Bunlar dışında süresi içinde ve şekil şartlarına da uyularak iptali talep edilmeyen veya dâva sonunda iptali reddedilen idarî işlemler artık iptal olunamazlar.

III — DAVA YETKİSİ

1 — GENEL OLARAK

VGO mad. 42 II iptal ve ödev dâvalarının caiz olabilmesi için dâva yetkisinin varlığı şartını koymaktadır. İptal ve ödev dâvalarının bütün şartları 42. maddede ifade edilmemiştir. Diğer dâva şart-

(25) WOLFF, age. s. 247

(26) 1/7/1957 (BGBl. I 667)

ları, mad. 40, 41 (idarî yargı yolunun caiz olması); mad. 42 I (iptal dâvası için bir idarî işlemin varlığı ve ödev dâvası için de bir idarî işlemde bulunulması talebinin reddedilmiş veya nazarı itibara alınmamış olması şartı); mad. 45 vd. (yetki ve görev); mad. 68 vd. (ön inceleme); mad. 74 vd. (dâva süresi); mad. 81, 82 (dâva dilekçesinin şekil ve muhtevası) de düzenlenmiştir. Yukarıdaki şartların birinin eksikliği halinde dâva mesmu olmayacağından gerekçeli bir ön karar «Vorbescheid» ile reddedilecektir (VGO mad. 84 I). Bu dâva şartlarından ancak iptal ve ödev dâvaları için özellik arzedenleri incelenecektir.

VGO mad. 42 II ye göre, «Özel bir kanun hükmü olmadıkça dâva, ancak dâvacının, bir idarî işlemle veya bir idarî işlemin yapılması talebinin reddi veya idarenin bu talebe hiç cevap vermemesi sebebiyle haklarının ihlâl edildiğini dermeyan etmesi halinde caizdir.»

2 — HAKLARIN İHLÂL EDİLDİĞİNİN DERMEYANI

Bu hükme göre, haklarının bir idarî işlem dolayısıyla ihlâl edildiğini iddia eden herkes dâva açacaktır, daha doğrusu dâvanın esasının incelemesine geçmeden önce bu şart aranacaktır. Bir anlayış yalnız başına bir iddianın mevcudiyetini yeter saymamaktadır (27). Dâvacının ayrıca bir ihlâlin mümkün olabileceğini gösteren vakıaları da serdetmesi gerekir (28). Federal Anayasa Mahkemesi ise, dâvacının, kamu otoritesi tarafından yapılan bir idarî işlemle haklarının ihlâl edildiğini iddia etmesi (zannetmesi) halinde idarî yargı yolunun caiz olacağını kabul etmiştir. Mahkemenin incelemesi sonunda dâvacının herhangi bir hakkının ihlâl olmadığı anlaşılırsa dâva caiz olmadığı için değil, fakat esastan reddedilecektir (29). Bir idarî işlemin, bir idarî işlemin yapılması talebinin reddedilmesi veya idarenin susması keyfiyetinin hukuka aykırı olup olmadığı hususu tamamen dâvanın esasını ilgilendiren bir meseledir. Dolayısıyla bu hususun dâvanın başlangıcında değil, esasa hükmedilirken incelenmesi gerekir. Kanunun dâva yetkisinin varlığı için şart koştuğu dâvacının haklarının gerçekten ihlâl edilmiş olması değildir; dâvacının

(27) **OVG** Koblenz 11/12/1951 (Koehler, Verwaltungsgerichtsordnung, s. 300) **ULE**, Verwaltungsgerichtsbarkeit, s. 121

(28) Meselâ **EYERMANN - FRÖHLER** (Anm. 1 - a mad. 23 VGG) bu görüşte. (Koehler, Verwaltungsgerichtsordnung, s. 301 den naklen) Aynen **ULE** age s. 121

bunu dermeyan etmesi dâvanın mesmû sayılması için kâfidir. Aksi takdirde diğer dâva şartlarının mevcut olması halinde, dâvacının dâva yetkisine sahip olduğu her dâva, aynı zamanda mesnetli olacaktır ki, böylece daha dâvanın başında esasa hükmetmek gibi bir durum ortaya çıkacaktır. Uygulama alanında idarî mahkemeler, kaideten hakların ihlâl edildiğinin iddia edilmesini esasın incelenmesine geçmek için yeter sayıyorlar ve eğer bu iddia, esasın incelenmesi sonunda mesnetsiz görülürse, dâvayı esastan reddediyorlar (30).

Dâvacıya yöneltilmiş olan külfetlendirici bir idarî işlem söz konusu ise, yukarıdaki tartışmanın hiç bir değeri kalmamaktadır. Çünkü böyle bir idarî işleme muhatap olan dâvacının, dâva yetkisini haiz olduğunu, yani haklarının ihlâl olduğunu izaha ihtiyacı olmadığı görüşünde birleşilmektedir. Böylece külfet yükleyen bir idarî işlemin varlığının dâva yetkisinin de mevcudiyetini göstereceği söylenebilir. Federal idarî mahkemenin bir kararına göre bu husus, idarî işlemin yapılması prosedürü esnasında idarî işleme itirazda bulunulup bulunulmamasına bağlı değildir (31).

Talep edilen bir iznin verilmesinde veya iznin gerekli görülmesi hallerinde külfetlendirici bir idarî işlem olmadığı içtihat edilmiştir (32).

Ödev dâvasında ise, dâvacı bir idarî işlemin yapılmasını talep etmiştir, fakat idarî merci ya bu talebi reddetmiş veya susmaktadır. Dâvacı bu red veya susma sebebi ile haklarının ihlâl edildiğini dermeyan ederse dâva mesmu olacaktır.

Bu konuda çok önemli bir mesele, kanunların fertlere sosyal bir yardım talebinde bulunabilme hakkını verip vermediğidir. Federal idarî mahkemenin 24.6.1954 tarihli bir içtihadına göre (33), kanun muhtaç durumda olanların menfaatine sosyal yardımla ödevli kuruluşlara «Traeger der Fürsorge» bir mükellefiyet yüklüyorsa, muhtaç durumda olanlar bu haklara sahiptirler. Buna karşılık bazı federe devletlerin idarî mahkemeleri aksi görüşe temayül etmektedir-

(29) BVerfGE 1. Band, s. 99

(30) KOEHLER, Verwaltungsgerichtsordnung, s. 301

(31) BVerwG v. 5/4/1960 (ULE Verwaltungsgerichtsbarkeit, s. 127)

(32) ULE, a.g.e. s. 127

(33) KOEHLER, Verwaltungsprozessrecht, s. 308

ler. Lüneburg Yüksek İdarî Mahkemesi 22.10.1952 tarihli kararında şu içtihadta bulunmuştur: Bugüne kadarki hukukî duruma göre tüberkülozlu olanlara yardım bulaşıcı hastalıkla mücadele gayesi taşıdığından ve kamusal yardım kurumlarına bir mükellefiyet yüklediğinden, tüberkülozlu olanlara yardım konusunda bir hak iddia edilemez (33a).

Sosyal devlet anlayışı, fertlere devletten bazı olumlu davranışlarda bulunmasını istemek hakkını vermiştir. Bu hakkın yegâne teminatı ise fertlerin kanunlara dayanarak talep ettikleri yardım veya hizmeti elde edememeleri halinde idarî yargı yoluna başvurulabilirlerdir. Esasen ödev dâvasının taşıdığı anlam da budur. Dolayısıyla bu konuda daha geniş bir yorum tarzı tâkip etmek, modern devlet anlayışına daha uygun olsa gerektir.

Ödev dâvasının söz konusu olduğu hallerde karşılaşılan diğer bir mesele de idarî merciin talep edilen idarî işlemi, dâva dilekçesinin gönderilmesi ile mahkemeye ulaşması arasında yapmasıdır. Ule'ye göre bu durumda dâva mesmu görülemez (33b). Lüke ise bu halde dâvanın mesnetsiz olduğu için reddedileceği kanısındadır. (33c).

3 — ÜÇÜNCÜ ŞAHSIN HAKLARININ İHLALİ

Eğer idarî işlem dâvacıya yöneltilmemişse dâvacının, hangi sebepten haklarının ihlâl olduğunu belirtmesi gerekir. Fakat bu belirtme hiç bir zaman ispat etme anlamına alınmamalıdır. Üçüncü bir şahsa yönelmiş olmakla beraber idarî işlemin, dâvacının haklarına dolayısıyla müdahale ettiğinin ifade edilmesi yeter görülmelidir. Bu konuda verilen misâl, bir soyadı değişikliğinin üçüncü bir şahsı ilgilendirmesi halidir. Bu durumda üçüncü şahıs, diğer bir şahsın soyadını değiştirmesinin kendi haklarını hangi sebeple ihlâl ettiğini dermeyan etmelidir ki, dâva yetkisi olsun (33d).

(33a) **KOEHLER**, age. s. 308

(33b) **ULE**, Verwaltungsgerichtsbarkeit, s. 128

(33c) Die Abgrenzung der Klagebefugnis im Verwaltungsprozess, ArchöffR. Band: 84. s. 219 dan naklen **ULE**, age. s. 128)

(33d) **HessVGH** 14/9/1956 dan naklen Ule, age. s. 128 Olaydan Alman Hukukunda soyadı değişikliğinin idarî bir işlemle yapıldığı anlaşılmaktadır.

Bir bankanın idare meclisindeki bir üyenin değişmesinin, bankanın bir borçlusunun hukukî durumuna dokunmayacağı da içtihat edilmiştir (34).

Herhangi bir idarî işlem sebebiyle veya bir idarî işlemde bulunulması talebinin reddi veya cevapsız bırakılması sebebiyle hakları ihlâl olmadığı halde bir kimse, «quivis ex populo» sırf genel olarak vatandaş olması hasebiyle sahip olduğu menfaat dolayısıyla hukuk düzeninin selâmeti namına dâva açarsa, —ki bu dâvaya Alman Hukukunda «Popularklage» adı verilmektedir.— bu dâva mesmu görülmeyecektir. Çünkü dâva yetkisinin varlığı için bir hakkın ihlâli şart sayılmıştır.

Eğer bir kimse kamu hukukuna dayanarak kamu otoritesinden veya üçüncü bir şahıstan muayyen bir şeye katlanmasını, muayyen bir davranışta bulunmasını talep edebiliyorsa bir sübjektif kamu hakkının varlığından bahsedilebilir. Fakat unutulmaması gereken nokta, hakları ihlâl olan kimse yalnız kamu haklarına müdahale edilen kimse olmayıp, hukukan tanınmış ve korunan herhangi bir menfaati bir idarî işlemin yapılması veya yapılmaması sebebiyle tahdit edilen kimsedir. Mad. 42 II deki haklar kavramı, kamu hakları şeklinde dar bir yoruma tâbi tutulamaz (35). Van Husen, daha geniş bir yorumda bulunarak aklın bir hukukî himayeye mazhar olan her ferdî menfaati bu kavrama dahil etmektedir (36).

Dâva yetkisi olması için bir idarî işlem sonucu dâvacının hukukî durumuna doğrudan doğruya müdahale edilmiş olması (37), ve dâvacının bundan doğrudan doğruya zarar görmüş olması gerekir (38). Bu idarî işlemin doğrudan doğruya dâvacıya yönelmiş olması şart değildir, doğrudan doğruya onu etkilemesi kâfidir. Yani üçüncü şahısların da, haklarına müdahale edilmesi halinde dâva yetkileri vardır. Meselâ bir kiracının oturma hakkının kiralayana yöneltilen bir idarî işlemle ihlâl edilmesi halinde, kiracı iptal dâvası açma yetkisine sahiptir (39).

(34) VGH Stuttgart v. 3/9/1953 (Ule, age. s. 128)

(35) KOEHLER, Verwaltungsgerichtsordnung. s. 310

(36) VAN HUSEN. Anm. 2 zu § 23 SuddVGG den naklen Koehler, age. 310

(37) OVG Hamburg 11/6/1952 (Koehler, age. s. 310)

(38) VGH Kassel 31/5/1950 (Koehler, age. s. 310)

(39) VGH Stuttgart 15/5/1957 (NJW 1957. s. 1375)

Bir idarî işlemin yapılması veya yapılmaması bir kimsenin hukukan korunmuş bir menfaatını değil de, iktisadî, politik veya kültürel menfaatlerini ihlâl ediyorsa dâva, dâva yetkisi bulunmadığından mesmu görülmeyecektir. Meselâ avukat, doktor, noter, eczacı gibi serbest meslek sahipleri, diğer bir kimsenin bu mesleklerden birini icra etmek için yetkili mercilere başvurarak izin almaları halinde, bu izin aleyhine iptal dâvası açamazlar. Çünkü bu meslekleri icra etmenin bir izne tâbi tutulması kamu yararı düşüncesiyledir, yoksa aynı mesleği icra eden şahısların korunması gayesini taşımaz (40). İktisadî menfaatlerin ihlâli bir hak ihlâli değildir. Herhangi bir mesleği icra etmek hakkı anayasadaki iktisadî hükümler muvacehesinde bir meslekî ayrıcalık veya tekel anlamına gelmez; bu hak yeni bir rekabete karşı bir kamu hukuku himayesi bahsetmez ve rekabetten doğacak tehlikelere karşı bir sigorta değildir (41). Kişiliği serbestçe geliştirmek hakkı (GG mad. 2) ve meslek seçimi hürriyeti (mad. 12) anayasaca güvenlik altına alınmıştır. Mevcut bir teşebbüsün kârlılığını korumak anayasaya aykırıdır (42). Bu bakımdan bir kimsenin iktisadî başarı imkânlarının kayıtlanması kâfi olmayıp haklarına da müdahale edilmiş olmalıdır. Ayrıca bu müdahale ile idarî işlem arasında doğrudan doğruya illî bir bağ bulunmalıdır ki, dâva yetkisi olsun (43).

Yeni bir cadde açılması sonucunda işyerinin eski caddede kalması iktisadî menfaatlerin ihlâli olmakla beraber haklara müdahale değildir. Bu olayda bir iptal dâvası yetkisi söz konusu olmayacağı gibi tazminat da talep edilemez (44).

Bir mesleğin icrasına izin verilmesi halinde, o meslek mensuplarının bu izine karşı iptal dâvası açma yetkileri olmayacağı gibi, diğer müracaatçıların da açtıkları iptal dâvaları mesmu görülmeyecektir (35). Bunun istisnası diğer müracaatçının önceden kazandığı bir muntazar hakkı olması halidir (46). Bir müracaatçıya izin veril-

(40) ULE, Verwaltungsprozessrecht, s. 105

OVG Lüneburg 6/9/1950 (Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, s. 124)

(41) HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht, I. Band, s. 674

(42) OVG Koblenz 18/12/1953 (Koehler, Verwaltungsgerichtsordnung s. 311)

(43) KOEHLER, age. s. 311

(44) KOEHLER, age. s. 312

(45) VGH Stuttgart 17/7/1952 (Koehler, age. s. 124)

(46) KOEHLER, age. s. 124

mesi ve bir diğèrinin talebinin reddedilmesi aynı idarî işlemle yapılmışsa, bu işlemle karşı diğèr müracaatçı tarafından da iptal dâvası açılabilir. (47). Aynı şekilde Berlin Yüksek İdarî Mahkemesi, eczahane işletmeğe devam etmek için izin talep eden bir eczacının dilekçesinin, bir başkasına aynı izin verildiği halde reddedilmesi olayında, bu red aleyhine eczacının dâva yetkisi olacağına içtihat etmiştir (48). Baronun aleyhte raporuna rağmen bir avukata ruhsat verilmesi olayında ise, Federal İdarî Mahkeme, Baronun haklarının ihlâl olmadığını içtihat etmiştir (49).

Bir inşaata izin verilmesi halinde üçüncü şahıslar ne zaman dâva yetkisine sahip olacaklardır? Bir inşaat tüzüğü, inşaatları bazı kayıtlara tabi tutmuşsa, bu kayıtların kamu yararı düşüncesiyle mi konduğu, yoksa muayyen bir vatandaş grubunun menfaatini mi ilgilendirdiğini (meselâ o semt sâkinleri veya komşuları) tesbit etmek gerekir. Hukuka aykırı olarak bir inşaat ruhsatı verilmişse ve bir komşu bu sebeple bir zararla karşı karşıya kalmışsa, zarar gören komşu inşaat nizamnamesinin bir hükmüne dayanmak şartıyla dâva yetkisine sahiptir (50). Bir kısım içtihatlar ise komşunun inşaat nizamnamesine dayanan bir hakkı sebebiyle dâva yetkisi olamayacağı görüşünü savunmaktadırlar. Yalnız başına usul hükümlerinin ihlâli komşuya bir dâva yetkisi vermez (51). Yeni içtihatlar genellikle birinci fikri benimsemektedirler.

İnşaat yapan kimse komşusunun özel hukuktan doğan haklarını ihlâl etmiş ve inşaata bir idarî merci izin vermişse durum ne olacaktır? Burada komşunun hakları kamu otoritesi tarafından değil, inşaat yapan kimse tarafından ihlâl edilmiştir. Bu sebeple komşunun bir iptal dâvası açma yetkisi yoktur (52).

Bu konuda sonuç olarak şunu söyleyebiliriz: Bir inşaata ruhsat verilmesi hususundaki tahditler üçüncü şahısları korumak için konmuşsa ve bu tahditlere aykırı olarak bir inşaata izin verilmişse, bu

(47) **EYERMANN - FRÖHLER**, Verwaltungsgerichtsordnung, Anm. III 2b zu. § 42 den nakten Koehler, age. s. 124

(48) **OVG** Berlin 10/11/1954 (Koehler, age. s. 304)

(49) **BVerwG** 23/1/1958 (Koehler, age. s. 304)

(50) Bu konudaki içtihatlar listesi için bakınız: **ULE**, Verwaltungsgerichtsbarkeit, s. 125

(51) **OVG** Koblenz 8/1/1959 (Ule. age. s. 125)

(52) **KOEHLER**, Verwaltungsprozessordnung, s. 303

izin aleyhine zarar gören üçüncü şahısların iptal dâvası açma yetkileri olacaktır. Dâvacının haklarının ihlâl olup olmadığı meselesi, ihlâl edildiği iddia olunan hakların dayandığı kanun veya tüzüğün hükümlerinin yorumlanması ile aydınlanacaktır.

Üçüncü bir şahıs bir idarî işlemin yapılmasını talep etmiş, talebi reddedilmiş veya idare susmuşsa, red veya susma dolayısıyla hakları ihlâl olan kimsenin dâva yetkisi vardır. Buna karşılık esas dilekçeyi veren kimse, eğer hakları ihlâl olmamışsa dâva yetkisini haiz değildir. Aksi kabul edilmiş olsaydı herkes hukukî bir sebep olmaksızın başkası menfaatine de idarî mercilerden bir talepte bulunduktan sonra bu talebin reddi veya nazarı itibara alınmaması hallerinde, hakları ihlâl edilmemiş olmasına rağmen dâva açabilecekti. Meselâ B, A' dan herhangi bir yetki veya vekâlet almaksızın, A' ya içki satma ruhsatı verilmesi için idarî mercie bir dilekçe vermiş ve dilekçe reddedilmiştir. Bu halde B tarafından açılacak olan bir ödev dâvası mesmu görülmiyecektir. Çünkü ruhsatın verilmemesi B nin haklarını ihlâl etmemektedir (53).

4 — BİRLİK VE KURUMLARIN DÂVA YETKİSİ

Birlik, dernek, meslekî veya iktisadî kurumlar, üyelerinin hakları bir idarî işlemin yapılması veya yapılmaması sebebi ile ihlâl edilmişse, söz konusu idarî işlem veya olumsuz davranışa karşı dâva açabilecekler midir? Yalnız devletin bir hakimiyet tasarrufu dolayısıyla hakları ihlâl edilen kimsenin Anayasa Mahkemesine şikâyette bulunabileceğini ifade eden Federal Anayasa Mahkemesi, yukarıdaki soruya olumsuz cevap vermektedir (54). İdarî mahkemelerin de aynı görüşü paylaştıkları bazı içtihatlardan anlaşılmaktadır. Meselâ ticarî bir birlik, birliğin bütününe ilgilendirmeyen üyelerinden birinin kamu hakkını kendi adına dermeyana yetkili görülmemiştir (55).

Ule, Alman Hukukunda, iktisadî veya meslekî birlik ve derneklerin, üyelerinin haklarını —hattâ onların iradeleriyle olsa bile—, dâva yoluyla dermeyan edemeyeceklerini ileri sürerek doktrin ala-

(53) ULE Verwaltungsprozessrecht. s. 107

(54) BverfGE, Band 2. s. 294 Aynı yönde 14/10/1959 tarihli karar (NJW 1959, s. 2109)

(55) OVG Münster v. 10/9/1958 (Ule Verwaltungsgerichtsbarkeit, s. 126)

nunda Federal Anayasa Mahkemesinin görüşüne katılmaktadır. Yazara göre, Krüger'in fikri hilâfına bu birliklerin kamu statüsünde olduklarından veya kamusal fonksiyona sahip bulduklarından bahsederek üyelerinin iktisadî veya hukukî menfaatlerini kendi menfaatleri haline getirdikleri kabul edilemez (56).

Ferdin yalnız başına yaşamadığı, çeşitli birlik ve grupların üyesi bulunduğu bugünkü plüralist düzen içerisinde bu görüşe katılmak güçtür. Kişileri sahipsiz bırakmak, daha doğru bir ifadeyle onları mensup olduğu çeşitli birlik ve grupların himayesinden yoksun kılmak modern toplum gerçeğine de, idealine de aykırıdır.

Şu hususu da hemen belirtmek gerekir ki, biraz ilerde temas edileceği üzere Alman Hukukunda özel kanunların açık olarak birlik ve teşekküllerin dâva yetkisini kabul ettiği istisnalar vardır.

Kilise menfaatlerinin ihlâli, bu menfaatler hukukan himaye olmamışsa dâvanın mesmu olması için yeter görülmemektedir. Ancak bir kilise cemaati «Kirchgemeinde», serbestçe ve rahatsız edilmeden ibadet etmek hakkının (GG mad. 4. II), kilisenin çok yakınındaki bir lokantaya içki satış ruhsatı verilmesi halinde ihlâl edilmiş olacağını ileri sürerse dâva caizdir (57). Çünkü Anayasaca korunan bir temel hakkın ihlâli söz konusudur.

5 — ÖZEL KANUNLARA DAYANAN DÂVA YETKİSİ

VGO mad. 42. II «Özel bir kanun hükmü olmadıkça» demek suretiyle bazı hallerde, bazı kişilerin istisnâî olarak dâva yetkisine sahip olacaklarını öngörmüştür. Dâva yetkisinin kanun yoluyla genişletilmesi yalnız federal ve federe kanunlara münhasır olmayıp bir kilise kanunu ile de yapılabilir (58).

Kanuna dayanan bir dâva yetkisinin mevcudiyeti halinde artık dâvacının haklarının ihlâl olduğunu dermeyeran etmesine ihtiyaç yoktur.

Özel kanunlara dayanan dâva yetkisine misâller :

Handwerksordnung (59), esnaf odaları ile sanayi ve ticaret odalarına bazı hallerde iptal dâvası açma yetkisi vermektedir.

(56) ULE. Verwaltungsgerichtsbarkeit, s. 126, 127

(57) BVerwG. 18/12/1959 (Ule, age. s. 122)

(58) ULE, age. s. 134

(59) 17/9/1953 BGBl I. s. 1411

Gaststaettengesetz mad. 19 II. c. 2 ye göre otel ve lokantacılık mesleklerinde işverenlerin kurdukları iktisadî birliğin özel bir dâva yetkisi vardır.

9/6/1953 tarihli Gençliğe Zararlı Yayınlar Hakkında Kanun «Gesetz über die Verbreitung jugendgefahrdenden Schriften» da özel bir dâva yetkisi tanımıştır.

Nordrhein - Westfalen federe devletinin Aufbaugesetz mad. 23 II ye göre ise gayrimenkulün ferağına izin verilmemesi halinde gayrimenkulü iktisap edenin de dâva yetkisi vardır.

IV — HUKUKİ HİMAYE İHTİYACI

Hukukî himaye ihtiyacının varlığı dâva şartıdır. Yokluğu halinde dâva mesmu görülemeyeceğinden reddedilecektir. Dâvacının idarî yargıya başvurmakta hukukî bir menfaatinin bulunması bütün dâva çeşitleri ve her türlü kanun yolu için gereklidir. Yalnız başına hukukî bir ihtilâfın mevcudiyeti, maddî bir menfaata dayanmadıkça yani bu ihtilâfın çözümlenmesinde dâvacının hukukî bir menfaati olmadıkça bir idarî yargı dâvasına konu olamaz.

VGO mad. 113 I e göre, idarî işlem hukuka aykırı ise (objektif şart) ve dâvacının haklarını ihlâl ediyorsa (sübjektif şart) mahkeme bu tasarrufu iptal eder. Eğer idarî işlem icra edilmişse, mahkeme talep üzerine idarî işlemin icrasının ilgili merci tarafından nasıl geri alınacağını kararlaştırır. Fakat idarî işlem daha önce geri alınmakla veya başka bir surette sona erdiyse, talep üzerine dâvacının haklı bir menfaati olması şartıyla idarî işlemin hukuka aykırı olduğu tesbit edilir. Bu madde, idarî işlemin fiilî bir anlam taşımadığı, icrasının sona erdiği bir sırada hukuka aykırılığının tesbiti için, dâvacının bunda hukukî bir menfaatinin bulunması gerektiğini belirtmesi bakımından ilgi çekicidir. VGO nun iptal ve ödev dâvalarını düzenleyen maddelerinde hukukî himaye ihtiyacının dâva şartı olduğunu belirten açık bir hüküm yoktur. Bunun sebebi böyle bir hükme lüzum olmadığıdır. Çünkü bir dâva açabilmek için hukukî bir menfaatin bulunması şartı gerek medenî usulün gerekse idarî yargılamasının en önemli prensiplerindedir.

Dâvacıyı ilgilendiren bir idarî işlem varsa ve bu işlemin kaldırılması talep edilmişse, kaideten bir hukukî himaye ihtiyacının bulun-

duğu kabul edilmektedir (60). Hukukî himaye ihtiyacı ancak bazı özel hallerde yoktur. Meselâ dâvacının iptalini istediği idarî işlemin aslında isteğine uygun olması (61), veya idarî işlemin hukukî durumun değişmesi sebebiyle hukukî anlamını, önemini kaybetmiş olması (62), veya dâvacının bir idarî işlemde bulunulması isteğinin reddedilmesinin dâvacıya artık bir zarar vermemesi (63), hallerinde hukukî himaye ihtiyacının olmadığına hükmedilmiştir. Buna karşılık ihtilâflı olan meblâğın çok önemsiz olması, hukukî himaye ihtiyacını ortadan kaldırmaz. Mahkeme posta ücretine karşı açılan bir dâvada hukukî himaye ihtiyacı görmüştür (64).

İdarî mahkeme dâvanın bütün safhalarında hukukî himaye ihtiyacının mevcut olup olmadığını inceler (65). Bu şartın mevcut bulunmadığının tesbit edilmesi halinde dâva usulden reddedilir. Federal İdarî Mahkeme, birinci derecede mahkemede görüldükten sonra hukukî himaye ihtiyacı herhangi bir sebeple kalmamışsa dâvanın mesmu görülmüştür reëdedileceđini içtihat etmiştir (66).

İlgi çekici bir konu da bir hukukî ihtilâfta dâvacı ve dâvalının aynı şahıs olması halinde, yani «Insichprozess» tabir edilen dâvada hukukî himaye ihtiyacının olup olmadığıdır. İptal ve ödev dâvalarında da medeni usulde olduğu gibi, iki tarafın bulunması gereklidir. Bu husus Usul Hukukunun genel bir prensibidir. Hiç kimse kendi kendisini dâva edemez. Çünkü bunda bir menfaati yoktur. Davalı ve dâvacının aynı şahıs olması halinde, gerçekte dâvada bir tek şahıs vardır. Bir idarî dâvada dâvacı ve dâvalının aynı şahıs olması, ancak kanunlarda açıkça gösterilen hallerde mümkündür (67).

Birbirleriyle ast - üst münasebeti olan iki devlet mercii, aralarındaki bir ihtilâfta idarî mahkemelere başvuramazlar. Meselâ bir işlemi İl Hukuk Komisyonu «Kreisrechtsausschuss» tarafından kaldı-

(60) ULE age. s. 130

(61) VGH Stuttgart 17/7/1958 (Ule, age. s. 130)

(62) OVG Hamburg 14/5/1954 (Ule, age. s. 130)

(63) OVG Berlin 3/10/1958 (Ule, age. s. 130)

(64) OVG Münster 28/2/1961 (NJW 1961, s. 1643)

(65) VGH Stuttgart 12/3/1953 (Koehler, Verwaltungsprozessordnung, s. 241)

(66) BVerwG 12/2/1955 (Koehler, s. 241)

(67) VGH Kassel 17/5/1956 (Koehler, age. s. 241)

rılmış olan bir kaymakamın komisyona karşı bir dâva hakkı yoktur (68). Buna karşılık Hessen ve Rheinland - Pfalz federe devletlerinde kanun böyle bir dâvaya cevaz vermektedir. Bir belediyenin, bir federe devletin kurul halinde karar veren komisyonu «kollegialer Beschlussausschuss» na karşı dâva açması «Insichprozess» olarak görülmemiştir (69). Aynı hakkın hamili olan idarî makamlar arasında bir iptal dâvasının cereyan edemeyeceği hususunda ise şüphe yoktur (70).

Hukukî himaye ihtiyacının varlığı, dâvacının başka mahkemeler önünde üçüncü borçlu şahsa karşı eda veya tesbit dâvası açabileceği gerekçesi ile de reddedilemez. Çünkü bu yollardan bir sonuç alınması şüpheli olabilir ve ayrıca dâvacıya aynı menfaati sağlayamayabilir (71).

Başka idarî mahkemelerde görülen bir iptal dâvasının değişik gerekçe ile yeniden açılması mümkün değildir.

Federal İdarî Mahkeme, federe devletlerin Yüksek İdarî Mahkemelerine göre hukukî himaye ihtiyacının varlığını kabulde daha ihtiyatlı davranmaktadır.

Bazen bir özel hukuk muamelesinin geçerliği bir idarî işleme bağlı olmaktadır. Meselâ «Kleingartenschutzverordnung» (72) adlı tüzüğe göre hasılat kirasının feshine idarî mercilerce izin verilmektedir. Federal İdarî Mahkemenin itçihadı, feshe izin verilmemesine karşı hasılat kiralayanın iptal dâvası açmasında bir hukukî himaye ihtiyacının olduğunu kabul etmektedir (73). Buna karşılık kiracının izin verilmesi halinde izne karşı iptal dâvası açmasında hukukî himaye ihtiyacı görülmemiştir (74). Tabiatıyla kiralayanın, kendisi tarafından istenen bir iznin verilmesine karşı ve kiracının da böyle bir iznin verilmemesine karşı iptal dâvası açmalarında bir hukukî himaye ihtiyacı mevcut değildir. Federal İdarî Mahkemenin; izin verilmesi ha-

(68) OVG Saarlouis 14/11/1957 (Koehler, age. s. 242)

(69) OVG Münster 7/1/1959 (Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, s. 135)

(70) ULE, age. s. 134

(71) VGH Freiburg 5/4/1954 (Koehler, Verwaltungsgerichtsordnung, s. 242)

(72) 15/12/1944, BGBl I s. 347

(73) BVerwG 13/3/1957 (Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, s. 131)

(74) BVerwG 7/5/1954 (Ule, age. s. 131)

linde kiracıya iptal dâvası yetkisi tanımaması münakaşa götüren bir konudur. Çünkü kiracıya iznin iptali için dâva yetkisi vermemekle, sözleşmenin feshedilmesinin doğuracağı sonuçlara katlanması zorunluluğunu yüklemektedir. Halbuki kiralayan izin talebinin reddi aleyhine dâva açabilmektedir.

Benzer hukukî durum, en yüksek federe merciin, anne olacak bir kadın işçi ile yapılan sözleşmenin Mutterschutzgesetz mad. 9 a göre feshine muvafakat etmesi halinde vardır. OVG Münster bir kararında (75) işçinin bu muvafakata karşı iptal dâvası yetkisi olmadığını içtihat etmiştir. Mahkemenin idarî yargı yolunu kapayan bu kararı tenkid edilmektedir. İdarî merciin feshe muvafakat etmesi halinde, işçinin bu muvafakatin iptalini istemesinde bir hukukî himaye ihtiyacı vardır. Çünkü feshin muteber olması, muvafakatin müessir olması ile aynı şartlara bağlıdır (76). İşverenin böyle bir muvafakat talebinin reddine karşı dâva açabileceği açıktır.

Hukukî ihtilâfın adlî yargı önüne getirilebileceği hallerde, hukukî himaye ihtiyacının varlığı meselesi münakaşalıdır. Federal İdarî Mahkeme bir kararında, borçlu üçüncü şahsın, adlî yargı yoluna başvurarak menfi bir tesbit dâvası açması mümkünken, FürsorgepflichtVO mad. 21 e göre nakil tebligatı «Überleitungsanzeige» na karşı dâva açmasında bir hukukî himaye ihtiyacı görmemiştir (77). Bavyera VGH ise aksini içtihat etmiştir (78). Patent dairesi, eşyaların markalarının tescilini benzer oldukları için reddettiyse veya tescil edilmiş olan eşyaların markalarını sildirdiyse, bu hallerde adlî mahkemelerde dâva açmak imkânı olmasına rağmen içtihatta, idarî yargıya başvurulmasında hukukî himaye ihtiyacı kabul edilmiştir.

Bir hukukî ihtilâfın adlî mahkemeler önüne getirilmesi imkânı olduğu halde, idarî mahkemelerde bir iptal dâvası açmak bir kimse- nin hukukî menfaatine daha uygun olabilir ve bu suretle daha elverişli bir sonuç elde edebilir. Bu sebeple bu gibi durumlarda hukukî himaye ihtiyacının bulunduğu kabul etmek yerinde olacaktır.

(75) 16/10/1957 (Ule. age. s. 132)

(76) **ULE**, age. s. 132

(77) 23/11/1960 (Ule, age. s. 132)

(78) 6/12/1960 (Ule. age. s. 132)

V — Ö N İ N C E L E M E

1 — GENEL OLARAK :

VGO mad. 68 f. I. c. 1. «İptal dâvası açılmadan önce idarî işlemin hukuka ve ihtiyaca uygunluğu bir ön inceleme (Vorverfahren) de kontrol edilir,» ve f. II de «Eğer bir idarî işlemin yapılması talebi reddedilmişse 1. fıkra hükmü ödev dâvası için de muteberdir.» hükmünü koymaktadır.

Ön inceleme, idarî yargı ile medenî yargılama usulü arasındaki en önemli farktır. Çünkü mahkeme dışı bir ön prosedür medenî usulde yoktur. İdarî yargıda ön inceleme, idarî bir merci tarafından görevi dolayısıyla veya talep üzerine yapılır. Bununla beraber ön inceleme idarî yargının bir bölümüdür. Vatandaş haklarını ihlâl eden bir idarî işlemle karşılaştığı zaman ilk önce idarî teşkilât içinde (idarî işlemi yapan merci, üst merci veya bir komisyon olabilir) bu idarî işlemin değiştirilmesi veya kaldırılmasını talep etmek mecburiyetindedir. Yoksa idarî yargı yoluna giderek bir hüküm istihsal edemez. Ön inceleme hâkim teori ve görüşlere göre isabetli kabul edilmektedir (79). Ön incelemeye, biraz ilerde izah edilecek olan Anayasaya aykırı olduğu itirazı dışında, diğer önemli bir itiraz da, idarenin bu safhada kendisinin de taraf olduğu bir dâvanın yargıcı olması bakımından yapılmaktadır. İdarenin ön inceleme sonunda verdiği karar kesin değildir; ilgili, itirazının reddedilmesi halinde her zaman yargı yoluna başvurabilecektir. Bu sebeple bu itiraz yerinde görülemez. Ayrıca idareye hukuka aykırı işlemlerini bir itiraz veya şikâyet sonunda düzeltmek veya kaldırmak imkânını vermek bir çok pratik faydalar sağlamaktadır. Bir kere bu suretle idarî işlem ihtiyaca uygunluk yönünden de kontrol edilmiş olmaktadır. İkinci olarak mahkemelerin yükü azaltılmaktadır. İdarî dâvaların, idarî mercilerde yapılan bir incelemeye nazaran daha uzun süreceği hususu da unutulmamalıdır.

Ön incelemede idarî merciler tarafından yapılan kontrol, mahkeme incelemesinden, hukuka uygunluk yanında ihtiyaca uygunlu-

(79) KNIESCH, Zur Verfassungsmaessigkeit des Vorverfahrens der Verwaltung als Voraussetzung des Verwaltungsgerichtsprozesses NJW 1958, s. 576

ğün da araştırılması bakımından ayrılır. Mahkeme, bir idarî işlemin, bir idarî işlemin yapılması talebinin reddedilmesi veya bu talebe hiç cevap verilmemesinin hukuka aykırı olup olmadığı hususunu tetkik eder. İdarenin takdir alanına giren idarî işlemin ihtiyaca uygunluğu mahkeme tarafından araştırılmaz. İhtiyaca uygunluk, esas itibariyle idarî işlemin, yapılmasına sebep olan ihtiyacı karşılayabilecek nitelikte olup olmadığı meselesidir; bu bakımdan sübjektif, herkese göre değişebilen bir kavramdır.

2 — ANAYASAYA UYGUNLUĞU

İdarî yargıya başvurmadan önce bir ön incelemenin cereyan etmesi zorunluluğu, GG mad. 19 IV e aykırı mıdır? Bu soruya Alman İdare Hukukçuları farklı cevaplar vermektedirler. GG mad. 19 IV hükmüne göre, «Herhangi bir kimsenin hakları kamu otoritesi tarafından ihlâl edilirse, o kimseye hukuk yolu açıktır.» İdarî yargı yoluna başvurmadan evvel, idarî mercilerde bir itirazda bulunma imkânı verilmeyip böyle bir mecburiyetin konması, yani bu hükmün bir imkân bahşetmeyip bir zorunluluk ihtiva etmesi acaba yargı yolunu kayıtlamak mıdır? Kniesch'e göre bu durum, hukukî himayenin varlığı ve tanınması için bir tahdit koymaktadır. Külfetlendirici bir idarî işlemle hakları ihlâl olmuş bir kimsenin bir yargı hükmüne kavuşması için önce çok basamaklı ve uzun bir idarî ön prosedürün cereyan etmesi zorunluluğu karşısında 19 IV ün getirdiği teminat anlamını yitirmektedir. İdarî işlemin zamanında kaldırılmaması sebebiyle vatandaş gerçek bir yargı himayesinden beklenen sonuçları elde edemeyecek, yazarın ifadesiyle, neticede eline «ekmek yerine taş» geçecektir (80). Bu birinci görüşe nazaran GG mad. 19 IV ün taşıdığı anlam, esas itibariyle adil olmayan veya keyfi kabul edilen bir idarî işleme karşı vatandaşın derhal talep edebileceği bir hukukî himayedir.

Ule ise, Kniesch'in görüşünün aksine ön incelemenin anayasaya aykırı olmadığını savunmaktadır. Yazara göre, GG mad. 19 IV ferde kamu otoritesinin hukuka aykırı işlemlerine karşı «derhal» ve «doğrudan doğruya» bir mahkemeye müracaat imkânı vermemekte, fakat yargı yoluna başvurma imkânının esas itibariyle açık lı bir idarî kontrol söz konusu olsaydı, bu durumun anayasaya ay-

(80) KNIESCH, agm. s. 577

kırı olduğu kolaylıkla söylenebilirdi. Ön inceleme, yani idarî mer-
olduğu anlamını taşımaktadır. Yargı yolunu kapayan tek basamak-
ciler nezdinde şikâyet ve itiraz safhası esas itibariyle idarî yargı-
nın bir bölümüdür ve yargı yolunu kapatmamaktadır (81). Esas
mesele idarî yargının tek veya çok basamaklı olması değil, hukuk
yolunun açık olmasıdır. Avusturya'da olduğu gibi tek basamaklı
olmakla beraber GG mad. 19 IV e aykırı bir sistem olabilir. Kaldı
ki Alman sistemi çok basamaklı olarak da kabul edilemez. Çünkü,
ön inceleme idarî yargının bir bölümüdür.

Anayasa Mahkemesi de hukuk yolunun, muayyen şekli şartla-
rın yerine getirilmesine bağlı olmasında anayasaya aykırılık olma-
dığını kabul etmiştir (82).

Yargı yolunu kapamaması sebebiyle ön incelemenin GG mad.
19 IV e aykırı olmadığını kabul etmek gerekir. Ule'nin gerekçesi
bu konuda inandırıcı görünmektedir.

3 — HUKUKİ MAHİYETİ

Ön inceleme, genel olarak, mevcut olmaması halinde davanın
mesmu görülmiyeceği anlamında bir dava şartı «Klagevorausset-
zung» olarak anlaşılmalıdır. Daha doğrusu ön inceleme usul hu-
kuku münasebetinin doğması için gerekli olan bir şart değildir.
Mahkemenin herhangi bir ihtilaf hakkında karar vermeğe mezun
olup olmaması hususu, usul hukuku münasebetinin doğmasıyla ilgili
değildir. Çünkü usul hukuku münasebeti dava şartları «Prozess-
voraussetzungen = Sachurteilsvoraussetzungen» olmasa bile mey-
dana gelmektedir. İşte ön inceleme, mahkemenin hüküm verebilme-
si için bulunması gerekli olan bir şarttır (83).

Bazı mahkeme kararlarında, ön incelemenin yapılmamış olma-
sı halinde davanın mesmu görülmiyeceği içtihat edilmekle beraber

(81) ULE, Verfassungsrecht und Verwaltungsprozessrecht, DVBI 1959 s.
536

ULE, Verwaltungsprozessrecht, s. 66

ULE, Verwaltungsgerichtsbarkeit, s. 249

(82) BVerfGE, Band 5 s. 194

(83) ULE, Verwaltungsprozessrecht, s. 80

(84), son on yıl içinde doktrin ve içtihatlardaki gelişmeler sonucunda, genellikle davacının, itirazını eğer itirazın yapılması için konmuş olan süre henüz geçmemişse, davayı açtıktan sonra da yapabileceği, tamamlayabileceği kabul edilmektedir. Sözlü duruşma sona ermeden önce itiraz hakkında idarî merci karar verirse, mahkeme esasa hükmedecektir (85). Ön inceleme yapılmamışsa herhalde hüküm verilemez.

4 — UYGULAMA ALANI

A) İptal Davasında

Tesbit ve edâ davalarında ön inceleme söz konusu değildir. İptal davasında kanunun koyduğu istisnalar dışında bir ön inceleme gereklidir. Bu ön incelemede idarî işlemin hukuka ve ihtiyaca uygunluğu kontrol edilir (VGO mad. 68 I c. 1).

B) Ödev Davasında

Her ödev davası, iptal davası gibi bir ön incelemeye tâbi değildir. Bir idarî işlemde bulunulması talebinin reddine karşı açılan ödev davası «Vornahmeklage» nda ön inceleme gereklidir (mad. 68 II). Bir idarî işlemin yapılması talebine idarenin hiç cevap vermesi, susması üzerine açılan ödev davası «Untätigkeitsklage» nda ise bir ön incelemenin cereyan etmesine lüzum yoktur.

C) İstisnalar

VGO 68. mad. hükmüyle bazı hallerde bir ön incelemeye ihtiyaç olmayacağı hükmünü koymaktadır. Bu haller şunlardır :

a) Eğer bir kanun ön incelemeyi özel hallere münhasır kılmışsa, bu özel haller dışında ön inceleme gerekli değildir (mad. 68 I c. 2).

b) Bir federal veya federe kanununun aksine hüküm taşıdığı haller dışında, eğer idarî işlem en yüksek federal veya federe merci tarafından yapılmışsa, bir ön incelemeye ihtiyaç yoktur (mad. 68 I bend: 1). Federal bakanlıklar ve Federal Sayıştay «Bundesrech-

(84) Bu yöndeki kararlar için bakınız; ULE, Verwaltungsgerichtsbarkeit. s. 250

(85) ULE, Verfassungsrecht und Verwaltungsprozessrecht DVBI 1959, s. 539

nungshof» en yüksek federal mercilerdir. Federe devletlerdeki bakanlıklar ve sayıştaylar ise en yüksek federe mercilerdir.

c) Ön inceleme sonunda verilen itiraz kararı üçüncü bir şahsı ilk defa külfet altına sokabilir veya bir zarara uğratabilir. Bu halde itiraz kararının kaldırılması için iptal davası açmadan önce bir ön incelemenin cereyanına ihtiyaç yoktur (mad. 68 1 bend: 2).

d) İdarî işlemle hakları ihlâl olan itirazda bulunmaktan feragât edebilir. Feragât idarî işlemi yapan mercie yazılı olarak veya tutanağa geçirilmek suretiyle sözlü şekilde yapılır. Feragât, idarî yargı yoluna başvurma imkânını kaldırır. Bu bakımdan diğer istisnalardan ayrılır.

5 — ÖN İNCELEMENİN BAŞLAMASI VE ŞEKLİ HÜKÜMLER

A) Şikâyet Mercii

VGO mad. 69 uyarınca ön inceleme şikâyetin yapılması ile başlar (86). Şikâyet, idarî işlem şikâyetçiye bildirildikten sonra bir ay içinde yazılı olarak veya tutanağa geçirilmek suretiyle idarî işlemde bulunan mercie yapılır (mad. 70 I c. I). Tebliğ yapılmamakla beraber şikâyetçinin idarî işlemin muhtevasını başka bir şekilde öğrenmiş olması kâfidir (87).

B) Yazılı Şekil Şartı

Kanun şikâyetin yazılı olarak veya tutanağa geçirilmek suretiyle yapılmasını öngörmektedir. Yazılı şekil, şikâyette bulunanın veya vekilinin beyanı bizzat imzalamalarını gerektirmektedir (88). Federal İdarî Mahkeme de bu görüşü paylaşmaktadır (89). Mühür

(86) VGO 69. maddede itiraz «Widerspruch» terimini kullanmaktadır. Lâkin izah edileceği üzere ön inceleme iki safhada cereyan eder. Birinci safha idarî işlemi yapan mercideki incelemedir ki, karışıklığa meydan vermemek için bu mercie yapılan müracaat için şikâyet, şikâyetin reddedilmesi halinde üst mercideki inceleme safhası için de itiraz terimleri kullanılacaktır.

(87) EYERMANN - FRÖHLER, Anm. 3 a zu §. 39 Südd. VGG den naklen Koehler, Verwaltungsgerichtsordnung. s. 532

(88) OVG Münster 10/5/1955 (Koehler, age. s. 532)

(89) BVerwG 30/7/1955 (Koehler, age. s. 532)

veya makine yazısıyla imza yeter sayılmamaktadır (90). Bir içtihat ise, şikâyetin süre geçtikten sonra imzalanarak ıslâh edilmesini kabul etmiştir (91). Federal İdarî Mahkeme, bir idarî merciin temyiz dilekçesi ve lâyihasında yanında tasdik edilmiş bir not bulunan makine ile yazılmış imzayı kâfi görmüştür (92).

VGO mad. 82 II ye göre, davada Mad. 82 I de sayılan eksiklerin bulunması halinde, davacıya bunları tamamlaması için bir süre verilmektedir. Koehler, şikâyette de böyle bir ıslâhın kabul edilmesine taraftardır (93).

Şikâyetin yazılı mı yapılacağı, yoksa sözlü olarak yapılıp tutanağa mı geçirileceği hususu idarenin takdirine bırakılmamıştır. Şikâyeti yapan menfaatine göre bu iki yoldan birini seçecektir. Ancak bu hak kötüye kullanılırsa, idarî merci sözlü bir şikâyetin tutanağa geçirilmesini reddeder (94). Sözlü yapılan ve tutanağa geçirilmeyen bir şikâyet hukukî bakımdan etkili değildir. Eyermann - Fröhler tutanağın şikâyetçi tarafından imzalanmasını mutlaka gerekli bulmuyor (95). Aynı şekilde tutanağın yetkili memur tarafından düzenlendiği tereddütsüz anlaşılıyorsa bu memurun imzasının eksikliği tutanağı tesirsiz bir hale getirmez (96). Fakat bu görüşe bazı yazarlar katılmamaktadır.

Telefonla yapılan sözlü bir şikâyet de geçerli kabul edilmemekte ve nazarı itibare alınmamaktadır. Eyermann - Fröhler bu fikrin aksini savunmaktalar, hemen tutanağa geçirilmesi ve şikâyette bulunana okunarak muvafakatı alınması şartıyla böyle bir şikâyetin geçerli olduğunun kabul edilmesinin yerinde olacağını ileri sürmektedirler (97). Fakat bu görüş, kanunun öngördüğü yazılı şekil şartına aykırı olduğu için kabul edilemez.

VGO şikâyet dilekçesinde bir şekil şartı aramakla beraber muhteva şartı aramamıştır, dilekçenin muhtevasında hangi hususların bulunacağı kanunda tesbit edilmemiştir. Buna rağmen dilek-

(90) OVG Lüneburg 24/2/1955 (Koehler, age. s. 533)

(91) OVG Lüneburg Senat v. 11/3/1957 (Koehler, age. s. 533)

(92) BVerwG 15/6/1959 (Koehler, age. s. 533)

(93) Koehler, age. s. 533

(94) OVG Münster 28/10/1953 (Koehler, s. 533)

(95) Anm. I zu §. 49 SüddVGG den naklen Koehler, age. s. 533

(96) KOEHLER, age. s. 533

(97) Anm. I. zu §. 49 Südd VGG den naklen Koehler. s. 533

çede değiştirilmesi veya kaldırılması istenen idarî işlem veya idarî işlemde bulunulması talebinin reddi kararı belirtilmelidir.

İlgili isterse bir vekil vasıtasıyla da şikâyette bulunabilir.

6 — ŞİKÂYET KARARI

Ön incelemede ilkönce idarî işlemi yapan veya idarî işlemin yapılması talebini reddeden mercie başvurulacağını ifade etmiştik. Bu merci şikâyeti mesmu, gayrimesmu, mesnetli veya mesnetsiz görür. İnceleme hem hukuka hem de ihtiyaca uygunluk yönlerinden yapılır. Bu kontrolde maddî durum bütün hukukî ve fiilî cepheleriyle tetkik edilir. Bu sebeple iptali istenen idarî işlemin gerekçesini değiştirmek mümkündür (98).

Önceden karar verilmiş ve kapanmış bir konu hakkında hüküm verilmemek şartıyla ön incelemede daima karar zamanındaki maddî ve hukukî durumla bağlı olunmaz (99).

Şikâyette bulunan kimse ile idarî işlemde bulunan merci anlaşılırsa, şikâyetçi şikâyetini geri alır ve idarî merci de iptali istenen idarî işlem yerine yeni bir idarî işlemde bulunur ve bu suretle ön inceleme sona ermiş olur (100).

Şikâyet hukuka veya ihtiyaca uygunluk yönünden haklı görülürse kabul edilir (mad. 72). Bu takdirde idarî merci, iptali istenen idarî işlemi kaldırır veya değiştirir, eğer bir idarî işlemin yapılması talebi reddedilmişse, talep edilen idarî işlemi yapar.

7 — İTİRAZ KARARI

A) Mahiyeti ve İtiraz Mercii

İdarî işlemi yapan merci, şikâyeti mesmu veya mesnetli görmezse, bir itiraz kararına ihtiyaç vardır. Ön incelemenin iki safhasını birbirine karıştırmamak icabeder. Birinci safha, idarî işlemi yapan veya yapılması isteğini reddeden mercii inceleme safhasıdır ki, bu çalışmada bu safha için şikâyet terimi kullanılmıştır. İtiraz kararı, şikâyetin reddedilmiş olmasına bağlıdır. Şikâyetin kabul edilmesi halinde böyle bir karara ihtiyaç yoktur.

(98) LVG Hamburg 2/12/1953 (Koehler, age. s. 538)

(99) MENDER, System des Verwaltungsverfahrenlichen Reshtsschutzes, s. 216 dan naklen (Koehler, age. s. 538)

(100) KOEHLER, age. s. 538

İtiraz mercii, idarî işlemi yapan veya idarî işlemin yapılması isteğini reddeden mercii bir üst merciidir (VGO mad. 73 I bend: I). Bir üst mercii hangi makam olduğu Federasyon ve federe devletlerin genel idarî teşkilât kanunlarından veya özel idarî kanunların hükümlerinden anlaşılır. Eğer bir üst merci en yüksek federal veya federe merci ise, itiraz kararını idarî işlemi yapan merci verir (mad. 73 I bend: 2).

Özerk idarelerin yaptığı işlemlerde ise, kanunlarda başka bir hüküm yoksa, özerk idarî merci itiraz merciidir (VGO mad. 73 I bend: 3). Federal Anayasa Mahkemesi bir kararında, hiç kimsenin kendisinin taraf olduğu bir ihtilafın yargıcı olamayacağı prensibinin, bir idarî mercii, idarî usulde herhangi bir mesele hakkında verdiği kararlar için söz konusu olmadığı, bu prensibin bu konuda uygulanamayacağı içtihat edilmiştir (101).

B) Dinleme Ödevi

İtiraz hakkında verilen kararda idarî işlemin kaldırılması veya değiştirilmesi, üçüncü bir şahsa bir külfet yükleyebilir veya ona zarar verebilir. Bu halde kararın verilmesinden önce bu şahsın dinlenmesi gerekir (VGO mad. 71) Bu hükme aykırı hareket, yani itiraz mercii bu ödevi yerine getirmemesi halinde, itiraz kararı hukuka aykırı olmaz. Meğer ki, dinleme ödevi takdiri değil de keyfi sebeplerle ihmal edilmiş olmasın (102).

C) Gerekçe ve Tebligat Zorunluluğu

VGO mad. 73 III e göre itiraz kararının gerekçeli olması gerekir. İtiraz kararının gerekçesiz olması, kararın yok hükmünde olması sonucunu doğurmaz, lâkin sakat olması dolayısıyla hukuka aykırı, yani kabili iptal bir idarî karar olmasına sebep olur (103).

VGO mad. 73 III, itiraz kararının ilgiliye tebliğ edilmesinin de lâzım geldiğine hükmetmektedir. Bütün bunlardan anlaşılacağı üzere kanun, itiraz kararının yazılı olmasını âmirdir.

Tebliğatin önemi, dâva süresinin başlangıç noktası olmasıdır.

(101) BVerfGE, Band 3, s. 377.

(102) ULE, Verwaltungsgerichtsbarkeit, s. 256. KOEHLER, age, s. 537.

(103) ULE, age, s. 256 - KOEHLER, age, s. 545.

D) Kanun Yolunun Bildirilmesi «Rechtsmittelbelehrung»

İtiraz kararında, kanun yolunun bildirilmesi de gereklidir (VGO mad. 73 III). Bu hüküm VGO 58. maddē hükmüyle karşılaştırıldığı zaman bir anlam kazanır. 58. maddenin koyduğu genel hükme göre, herhangi bir kanun yoluna başvurmak için öngörölmüş olan dâva süresi, ancak ilgiliye

- a) Kanun yolu,
- b) Kanun yoluna gitmek üzere başvurulacak idarî merci veya mahkeme,
- c) Bu merci veya mahkemenin bulunduğu yer,
- d) Sürenin bildirilmesi ile işlemeğe başlar (mad. 58 I).

Kanun yolunun bildirilmemesi veya yanlış veya eksik bildirilmesi halinde, tebliğden veya hükmün tefhimi veya ilânından itibaren 1 sene içinde kanun yoluna gidilebilir (mad. 58 II). Eksik bildirmeğe misâl olarak, temyiz yolunun açık olduğunun bildirilmesinde temyiz lâyihası müddetine işaret olunmaması (104), yanlış bildirmeğe misâl olarak da, yetkili olmıyan bir mahkemenin bildirilmesi (105) verilebilir.

İtiraz kararında ayrıca masrafların kime yükleneceğine de hükmolunur (mad. 73 III VGO).

Kanun yolunun tebliğinde kanunun öngördüğü süreden daha uzun bir süre bildirilmişse, süre işlemeğe başlamakla beraber, kanun yoluna yanlış bildirilen, yani daha uzun olan süre içinde gidilebilir (106).

VI — DAVA SÜRESİ**1 — IPTAL DAVASINDA**

İptal dâvasında süre bir ay olarak kabul edilmiştir. Bir ay içinde iptal dâvasının açılması gerekir. Sürenin başlangıç anı, itiraz kararının tebliğ edildiği tarihtir. İtiraz kararının yazılı veya sözlü olarak bildirilmesi kâfi olmayıp tebliğ edilmesi lâzım gelir.

(104) BVerwG 5/7/1959 (Ule, Verwaltungsprozessrecht. s. 119.

(105) BVerwG 20/6/1958 (Ule, age. s. 119.)

(106) VGH Stuttgart, 13.2.1958 (Ule, age. s. 119).

VGO mad. 68 e göre bir ön incelemenin gerekli olmadığı istisnaî hallerde (Özel bir kanun hükmü bulunması, idarî işlemin en yüksek federal veya federe mercilerden biri tarafından yapılması, üçüncü bir şahsın bir itiraz kararı ile ilk defa bir mükellefiyet altına sokulması veya bir zarara maruz bırakılması) süre, idarî işlemin ilgiliye bildirildiği andan itibaren işlemeğe başlar (mad. 74 I).

Eğer iptal dâvası, süre geçtikten sonra açılırsa, mesmu görülmeyecek ve VGO mad. 84 I de anılan bir ön karar ile reddedilecektir. Bununla beraber VGO mad. 60 daki şartların bulunması halinde eski halin iadesi imkânı vardır. Bunun için ilgilinin kanunî bir süreye, bir mani sebebiyle kusuru olmaksızın riayet edememiş olması gerekir. Eski halin iadesi meselesi konumuzu doğrudan doğruya ilgilendirmediği için üzerinde durulmayacaktır (107).

2 — ÖDEV DÂVASINDA

A) «Vornahmeklage»

Bir idarî işlemin yapılması talebinin reddine karşı açılan ödev dâvasına Alman İdare Hukukunda «Vornahmeklage» adı verilmektedir. Bu dâvada, süre konusunda VGO nun iptal dâvası için tesbit ettiği hüküm uygulanacaktır (mad. 74 II). İptal dâvasında süre konusunda söylenenler bu dâva için de geçerlidir.

B) «Untaetigkeitsklage»

«Untaetigkeitsklage», bir itiraz veya bir idarî işlemin ele alınması, yapılması talebi hakkında, yeter sebep olmaksızın münasip süre içinde esasa karar verilmemiş olması halinde açılır (mad. 75 c. 1). Bu durumda «Untaetigkeitsklage», yapılan bir itiraz hakkında karar verilmemiş olması halinde bir iptal dâvası olacağı gibi, bir idarî işlemde bulunulması talebinin karara bağlanmamış olması halinde bir ödev dâvası olabilir. Ön mesele hakkında karar verilmesi veya bir ara kararının önemi yoktur. Esas hakkında karar verilmedikçe bir «Untaetigkeitsklage» açılabilir.

Bu dâvanın açılması için bir ön incelemeye ihtiyaç yoktur. VGO mad. 68 II bir idarî işlemin yapılması talebinin reddi aleyhine

(107) Bu konuda etraflı bilgi için bakınız:

ULE, Verwaltungsgerichtsbarkeit, s. 221 vd.

KOEHLER, Verwaltungsgerichtsordnung s. 441 vd.

ULE, Verwaltungsprozessrecht, Anhang zu §. 37.

ödev dâvası açmadan önce bir ön incelemenin cereyan edeceğine hükmetmiş, idarî işlemin yapılması talebi hakkında idarî merciin hiçbir karar vermemesi üzerine açılan dâvada böyle bir ön incelemenin gerekli olduğundan bahsetmemiştir.

«Untaetigkeitsklage», esas itibariyle itiraz (şikâyet)in yapılmasından itibaren veya idarî işlemin yapılması için bir dilekçe verilmesinden itibaren bir sene içinde açılacaktır (VGO mad. 76). Mücbir sebep veya özel ahval ve şartlar «besondere Verhaeltnisse des Einzelfalles» dolayısıyla bir sene içinde dâva açmak mümkün olmazsa bu hüküm uygulanmaz. Mücbir sebepten fevkalâde itinaya rağmen önlenemiyen olay anlaşılmalıdır (108).

Özel ahval ve şartlara kanunun gerekçesinde şu misâl verilmiştir (109). Bir barajın inşasına izin veya hububatın tohumluk olup olmadığına karar vermek için bir yıldan uzun süren bir araştırmaya ihtiyaç vardır. Bununla beraber bu hallerde dilekçenin, diğer dilekçelere tekaddüm etmesi, karar verilirken önemli bir rol oynamaktadır; dolayısıyla bir yıllık süre dolmadan önce dâva süresinin yeniden işlemeğe başlamasını sağlamak için yeni bir dilekçe vermeğe mecbur kalmak, bu yeni dilekçenin diğer dilekçelere artık tekaddüm edemeyeceği düşünülürse dilekçe sahibine zarar verecektir. İşte bu halde, özel durum sebebiyle bir yıllık dâva süresi şartına riayet edilmeyebilir. İzin verilmesi talebi hakkında idarî merci münasip süre içinde karar vermezse, yukarıdaki olayda dilekçenin verilmesinden itibaren bir yıl geçmesine rağmen «Untaetigkeitsklage» açma imkânı vardır.

«Untaetigkeitsklage» de dâvacının dâvayı ne zamana kadar açabileceği meselesi yanında, bir de en erken ne zaman açabileceği problemi vardır. VGO mad. 75 c. 2 ye göre, dâva kaideten itirazın yapılması veya bir idarî işlemde bulunulması talebini havi dilekçenin verilmesinđen itibaren üç ay içinde açılmaz. Anılan madde bazı istisnalar koymaktadır bu kaideye. Özel ahval ve şartlar, «besondere Umstaende des Falles» daha kısa bir süre içinde dâva açılmasını gerektiriyorsa, üç aylık süre geçmeden de dâva açılabilir. Böyle bir halin mevcut olup olmadığına mahkeme karar verir. Özel

(108) KOEHLER. age. s. 438.

(109) Bundestag Drucksache 1955, 3 Wahlperiode, s. 39 dan naklen Koehler. age. s. 558.

ahval ve şartlar olmamasına rağmen vakitsiz açılan dâva mesmu görülmiyerek reddedilir. Mahkemenin karar vermesine kadar üç aylık süre dolarsa, erken açılan dâvanın bu eksikliği ıslah olmuş olur (110).

Mahkeme, itiraz veya bir idarî işlemde bulunulması talebi hakkında karar verilmemiş olmasında yeter sebep görürse, bir süre tesbit eder ve davayı bu sürenin sonuna tâlik edebilir (mad. 75 c. 3). Bu süre içinde itiraz hakkında müsbet bir karar verilir veya talep edilen idarî işlem yapılırsa, esas hakkındaki hukukî ihtilâf sona ermiş olur (mad. 75 c. 4). Bu durumda mahkeme masrafları kaideten davalıya yüklenir (mad. 161 III). Bu süre içinde karar verilmemesi halinde süre uzatılabilir veya mahkeme süreyi uzatmayarak esasa girer. Bu süre içinde itiraz veya idarî işlemin yapılması talebi reddedilirse, mahkeme gene esas hakkında hüküm vermek üzere incelemede bulunacaktır.

Hangi haller itiraz veya talep hakkında karar verilmemiş olması için yeter sebep sayılacaktır ki, mahkeme uygun bir süre tesbit ederek davayı tâlik edebilsin. Bu husus Almanya'da idarî mahkemelerin içtihatlarıyla işlenmiştir. Dilekçe hakkında karar verebilmek için aydınlatılması gerekli maddî durum üç ay içinde aydınlatılamamakla beraber, idarî merciin itiraz veya idarî işlemin yapılması talebi hakkında karar vermesi muhtemelse, yeni bir süre tâyin etmek için kanunun aradığı yeter sebep vardır (111). İtiraz veya idarî işlemin yapılması talebi hakkında karar verebilmek için bir ön meselenin çözülmesi gerekiyorsa ve bu ön mesele bir mahkemede dava konusu ise, belirli bir süre tayini gene isabetli olacaktır. Meselâ bir idarî işlemin yapılması için ilgilinin Alman tabiiyetinde bulunması şart ise, bu işlemi yapacak merci, Alman tabiiyetinin ilgili tarafından kazanılmış olup olmadığı konusunda görülmekte olan davanın sonunda verilecek olan hükme göre hareket edecektir. İlgili, dilekçesini verdiği tarihten itibaren üç ay geçmesine rağmen bir cevap alamaması sebebiyle dava açarsa, idarî mahkeme yukarıda izah olunan durum sebebiyle belirli bir süre tesbit edebilir (112).

(110) ULE. Verwaltungsgerichtsbarkeit, s. 263.

(111) BFH 3.3.1959 (NJW 1959, s. 1340).

(112) ULE, Verwaltungsprozessrecht, s. 118.

VII — HUSUMET

İptal dâvası, idarî işlemi yapan ve ödev dâvası da yapılması istenen idarî işlemi ihmal eden merciin bağlı bulunduğu Federasyon, federe devlet veya teşekkül aleyhine açılacaktır. Dâvalının belirtilmesi için merciin beyan edilmesi kâfidir (mad. 78 I bend: 1). Bu suretle eski Alman idare hukukunda olduğu gibi dâvalının yanlış beyan edilmesinin dâvacıya hukukî bir zarar vermesine son verilmektedir (113).

Anılan maddede geçen teşekkül «Körperschaft» kavramı geniş mânâda anlaşılmalıdır. Kamu Hukuku kuruluşları, kurumları ve tabiatıyla belediyeler bu kavramın kapsamına girerler. Meselâ Alman Posta İdaresinin yaptığı bir işlemin iptali için federasyona karşı değil, Posta İdaresinin kendisine karşı dâva açılır. Esasen bu hükmü, Postverwaltungsgesetz mad. 4 I koymaktadır. Eğer bir merci çeşitli teşekküllere bağlı olarak faaliyette bulunuyorsa, işlemi hangi teşekkül adına yapmışsa, dâva onun aleyhine açılır (114).

Bir itiraz kararının bir üçüncü şahsı ilk defa bir yük altına sokması veya ona zarar vermesi söz konusu ise, dâva itiraz merciinin bağlı olduğu teşekkül, federasyon veya federe devlete karşı açılacaktır.

VIII — DÂVA KONUSU

1 — İPTAL DÂVASINDA

Bir idarî işlemin iptali için dâvacının kaideten ilkönce idareye başvurması gerektiğini, bu müracaattan bir sonuç alınamaması üzerine idarî yargı yoluna gidilerek bir iptal dâvasının açılabileceğini tesbit etmiştik. Böyle bir ön incelemenin gerekli olmadığı hallerde idarî işlem dâvanın konusu olacaktır. Bir ön inceleme cereyan etmişse iptal dâvasının konusu, esas idarî işlemin itiraz kararı ile almış olduğu şekildedir (mad. 79 I bend: 1). İtiraz kararı ile dâvacının itirazı tamamen reddedilmiş ise, açılan iptal dâvası esas idarî işlemin kaldırılmasına yönelmiştir. Ayrıca itiraz kararının iptaline lüzum yoktur. Esas idarî işlem itiraz kararı ile değişikliğe uğramışsa, dâva konusu, esas idarî işlemin bu itiraz kararı sonucunda bü-

(113) BVerwG 21.5.1954 (NJW 1954, s. 1731).

(114) ULE, Verwaltungsgerichtsbarkeit, s. 270.

ründüğü şekildedir. Eğer itiraz kararı, üçüncü bir şahsı ilk defa olarak bir zarara maruz bırakıyorsa (mad. 79 I bend: 2) veya idarî işleme ilâveten ayrıca müstakil bir zarar tahmil ediyorsa (mad. 79 II c. 1) yalnız başına iptal dâvasının konusu olabilir. İtiraz kararının önemli bir usul hükmünün ihlâline dayanmasında bu ihlâl müstakil bir zarar, müstakil bir mükellefiyet olarak kabul edilir (mad. 79 II c. 2). Usul ihlâline misâl olarak, itiraz merciinin yetkisiz olması, sorgunun ihlâli, maddî durumun yeter derecede aydınlanmaması, sözlülük prensibinin ihlâli (115), gerekçenin ihmali (116) gösterilebilir.

Esas itibariyle idarî işlem ve itiraz kararının birbirlerinden bağımsız oldukları sanılmamalıdır; ikisi bir birlik teşkil etmekle beraber, görüldüğü gibi ağırlık daha çok idarî işlemdir. İtiraz kararının idarî işlemle beraber mi, yoksa yalnız başına mı iptal edileceği hususunda yukarıdaki prensiplere göre dört halle karşılaşmamız mümkündür (117).

a) İtiraz kararı (118), bir idarî işlemi ortadan kaldırırsa, bu halde bu karar aleyhine idarî işlemde istifade eden kimse iptal dâvası açabilir. Çünkü bir hakkı veya hukukî durumu ihlâl edilmiştir. Meselâ bir idarî işlemle kiracının yükseltilmesine izin verilmiş, fakat bu izin, kiracının itirazı üzerine idarî merciin bu itiraz hakkında verdiği bir kararla kaldırılmıştır. Bu durumda kiralayana itiraz kararına karşı iptal dâvası açabilecektir (119). Çünkü itiraz kararı esas idarî işlemde ayrı olarak üçüncü şahsı yeni ve müsta-

(115) OVG Münster 25.1.1955 (Ule, age. s. 269).

OVG Lüneburg 29.11.1956 (Ule, age. s. 269).

(116) OVG Lüneburg 21/10/1952 (Ule, age. s. 270)

(117) **BETTERMANN**, Verwaltungsakt und Rechtsmittelbescheid als Gegenstand der Anfechtungsklage (NJW 1958. s. 81 vd.) adlı makalede bu konuda geniş bilgi vardır. Bu bölüm geniş ölçüde agm. den faydalanılarak yazılmıştır.

(118) Bettermann agm. de «Rechtsmittelbescheid» terimini kullanmaktadır ki, bu terim yargı yoluna başvurulmadan, daha doğrusu iptal dâvası açılmadan önce idarî mercilere yapılan itiraz, şikâyet ve ref talebi hakkındaki bütün kararları kapsamaktadır. Bu çalışmada VGO nun terminolojisine uyularak itiraz kararı «Widerspruchsbescheid» terimi kullanılacaktır.

(119) **BETTERMANN**, agm. s. 81.

kil bir zarara maruz bırakılmaktadır. Bu karar esasen müstakil olarak ele alındığında bir idarî işlemdir, zira ortadan kaldırdığı idarî işlemin düzenlediği durumu yeniden düzenlemektedir.

b) İtiraz kararı idarî işlemi kaldırmamakla beraber değiştirilebilir. Bu takdirde de itiraz kararı bir idarî işlemdir, çünkü ihtilâflı olan müşahhas bir hali düzenlemektedir. Düzenlemenin kısmen veya tamamen yapılması arasında fark yoktur. Eğer bu itiraz kararı, itirazda bulunana esas idarî işlemin yüklediği mükellefiyeti veya zararı ortadan kaldırmamakta fakat yeni bir mükellefiyet daha yüklemekteyse aleyhine dâva açılır. İdarî işlemin üçüncü bir kişinin zararına değiştirilmesi söz konusu ise, bu kimsenin açtığı dâvanın konusu, gene itiraz kararı olacaktır.

c) İtiraz kararı, itirazın reddi şeklinde tecelli ederse, yalnız idarî işlem aleyhine dâva açılabilir. Daha doğru bir ifadeyle iptal dâvasının konusu esas idarî işlem olmakla beraber, idarî işlem ve itiraz kararı bir birlik meydana getirdikleri için esas idarî işlemin iptali maksadı sağlar. İdarî işlemin iptal edilmesi itiraz kararını esassız ve anlamsız bir hale getirir.

Ancak hemen belirtmek gerekir ki, bazı istisnâfi durumlarda yalnız itiraz kararı aleyhine de dâva açılabilir. Eğer idarî işlem yalnız hukuka aykırılık sebebiyle iptal edilmeyip, ihtiyaca aykırılık yönünden de iptal edilebiliyorsa idarî işlemde ayrı olarak itiraz kararı aleyhine dâva açmakta dâvacının bir hukukî menfaati vardır. Çünkü itiraz kararı verilirken idarî merci, idarî yargıdaki gibi yalnız hukuka aykırılık değil, ihtiyaca aykırılık yönünden de meseleyi incelemek durumundadır. Bu sebeple itiraz kararı aleyhine dâva açıldığı takdirde, mahkeme, idarî merciin itiraz hakkında karar verirken işlemi ihtiyaca uygunluk bakımından inceleyip incelemeyeceğini kontrol edecektir. Bettermann'ın 1958 yılında yazdığı bir makâlede ifade ettiği ve Ule tarafından da kabul edilen bu görüş ihtiyatla ele alınmalıdır (120). Çünkü idarî işlemin ihtiyaca uygunluğu idarenin takdir alanına giren bir husustur ve ancak idarî mercilerdeki incelemede söz konusu olur. İdarî mahkemeler esas hakkında hüküm verirken idarî işlemi hukuka aykırılık yönünden inceleyecektir. İtiraz merciinin kanunun hükmüne rağmen idarî işlemi ihtiyaca uygunluk yönünden hiç kontrol etmemesi, (meselâ böyle

bir yetkiye sahip olduğundan haberdar olmaması dolayısıyla) hukuka aykırı bir davranıştır. Lâkin mahkeme böyle bir incelemenin yapılmadığını tesbit ederek bu incelemeyi bizzat yapabilir mi? Bu kabul edilirse, idarî mahkeme, idarî işlemin ihtiyaca uygunluğunu tetkik etmek suretiyle idarenin takdir alanına müdahale etmek durumuna düşecektir. Buna karşılık mahkemenin böyle bir incelemede bulunmaması dolayısıyla ön incelemede ihtiyaca uygunluk bakımından kontrol edilmeyen idarî işlem, ihtiyaca aykırı olsa dahi, eğer hukuka uygunsa iptal edilemeyecektir. Kanunda bu problemi çözen bir hüküm yoktur. Bununla beraber ön incelemede idarî işlemin ihtiyaca uygunluk yönünden hiç kontrol edilmemesi halinde bu kontrolü mahkeme yapabilmelidir, inceleme yapılmışsa, mahkemenin bu inceleme sonucunda itiraz merciinin verdiği hükmün isabetini tetkik etmesi ise doğru olmasa gerektir.

Diğer bir mesele de şudur: itiraz merciî idarî işlemin yapılmasından sonra meydana gelen maddî veya hukukî durumdaki değişiklikleri nazarı itibara almadan itirazı reddetmişse dâvanın konusu itiraz kararı mı yoksa idarî işlem mi olacaktır. Bu halde esas idarî işlemle itiraz kararı arasındaki birliği parçalamaya lüzum yoktur (121). Çünkü itiraz kararı ile yeni bir zarar veya mükellefiyet yüklenmemektedir. Hukukî ve maddi durumun idarî işlemin yapılması ile hükmün verilmesi arasında değişmesi dolayısıyla ortaya çıkan problemler ileride tartışılacaktır.

d) İtiraz kararı, bölümleri arasında sıkı bir bağ yoksa, idarî işlem kısmen kaldırılabilir, bu halde dâvanın konusu esas idarî işlemdir. Üçüncü kişi bu kısmî iptal sebebiyle bir zarara maruz kalıyorsa itiraz kararına karşı dâva açılabilecektir.

2 — ÖDEV DÂVASINDA

Hernekadar mad. 42 iptal ve ödev dâvalarını birbirlerinden ayırmış ve 79. madde yalnız iptal dâvasından bahsediyorsa da, bu maddenin düzenlemesi, belirli bir idarî işlemin yapılması talebinin reddedilmesi halinde açılan ödev dâvasında da uygulanır (122).

(121) ULE, age. s. 270.

(122) KOEHLER, Verwaltungsprozessrecht. s. 567.

IX — İHTİLÂF KONUSU

Dâva konusu «Gegenstand der Klage» ile ihtilâf konusunu «Streitgegenstand» birbirine karıştırmamak gerekir. İhtilâf konusu mahkemenin çözmesi, aydınlatması gereken meseledir, tarafların anlaşamadığı, ihtilâflı oldukları hususdur.

Bu sebeple iptal dâvasındaki ihtilâf konusu, iptali talep edilen idarî işlem değildir. Taraflar idarî işlemin mevcut olduğu veya olmadığı hususunda ihtilâflı değildir. İdarî işlemin düzenlediği olay da, bu konuda taraflar arasında her zaman bir ihtilâf olması şart olmadığı için ihtilâf konusu değildir.

Bettermann'a göre ihtilâflı mesele, dâvacının sübjektif iptal hakkıdır, idarî işlemin kaldırılması iddiasıdır. İdarî işlemin hukuka aykırılığı bir ön meseledir, ihtilâf konusu değildir (123).

Ule ve Niese ise, ihtilâf konusunun VGO mad. 42 II ve mad. 113 I c. 1 e göre, idarî işlemin hukuka uygun olup olmadığı ve dâvacının haklarının bu işlemlerle ihlâl edilip edilmediği meselesi olduğunu savunmaktadırlar. İptal dâvası ile bir idarî işlemin kaldırılması, bu işlemin hukuka aykırı olduğu iddiasıyla istenmektedir. Ödev dâvasında ise, bir idarî işlemin yapılması talebinin hukuka aykırı olarak reddedildiği veya idarenin hukuka aykırı bir şekilde sustuğu iddia edilmektedir. Dâvayı ise ancak bu hukuka aykırı davranışla hakları ihlâl olanlar açabilmektedirler (124). Bu bakımdan idarî işlemin objektif olarak hukuka aykırılığı, Bettermann'ın fikrinin aksine ihtilâf konusuna dahil olmaktadır. Bettermann'ın itirazı, idarî işlemin hukuka aykırılığı, işlemin idarî mahkemelerce kaldırılması için yegâne maddî hukuk şartı değildir, şeklindedir. Lâkin bu itiraz kabul edilemez. Çünkü diğer şartlar, iptal dâvasının kabul edilmesi için bulunması gerekli olan dâva şartları (idarî yargı yolunun caiz olması, yetki, görev, ön incelemenin yapılması, dâva süresine riayet, dâva dilekçesinin kanuna uygun olması, dâva yetkisi, hukukî himaye ihtiyacı) olup, dâvanın esasının unsurları değildir (125).

(123) **BETTERMANN**'dan naklen Niese, Über den Streitgegenstand der Anfechtungs- und Vornahmeklagen im Verwaltungsprozess, JZ 1952, s. 353 vd. ve **ULE** Verwaltungsprozessrecht, s. 112.

(124) **NIESE**, agm. s. 358

(125) **ULE**, Verwaltungsprozessrecht, s. 112

İhtilâf konusunun, davacının haklarının bir idarî işlemle ihlâl edilip edilmediği, dolayısıyla idarî işlemin objektif olarak hukuka aykırılığı olması şu bakımdan önemlidir: İdarî işlemin hukuka aykırılığı dâva konusuna dahil olunca, idarî mahkemenin hukuka aykırılık bakımından verdiği hüküm, adalet mahkemeleri için de bağlayıcı olacaktır. Başka bir dâvada bu husus bir ön mesele teşkil edebilir. Meselâ memurun mesuliyeti dâvasında idarî mahkemenin hükmü bağlayıcı olacaktır (126).

X — MADDİ VE HUKUKİ DURUMUN DEĞİŞMESİ

1 — PROBLEM

İptâl dâvası ile dâvacı hukuka aykırı bir idarî işlemle haklarının ihlâl edildiğini iddia etmektedir. Bir idarî işlemin hukuka aykırılığı, hukukî durumun değişmesi halinde işlemin yapıldığı zamanki hukuka göre mi, yoksa mahkemenin hüküm vereceği zaman yürürlükte olan hukuka göre mi tesbit edilecektir? Bunun gibi, idarî işlemin yapıldığı zamanki maddî durum mu, yoksa hükmün verildiği zamanki maddî durum mu hükme esas teşkil edecektir? Bu konudaki görüşleri kısaca özetliyecek ve yargı içtihatlarının tutumunu belirteceğiz.

2 — ULE'NİN GÖRÜŞÜ

İptal dâvası ile dâvacı, hukuka aykırı bir idarî işlemle haklarına müdahale edilmesine karşı kendini savunmaktadır. Bu savunmanın idarî işlemin yapıldığı zamanki maddî ve hukukî duruma dayanması gerekir. Yapıldığı zaman hukuku uygun olan bir idarî işlem, hukukî veya maddî durumun sonradan değişmesi sebebiyle hukuka aykırı bir hale gelemez. Meselâ israf ve içki iptilası sebebiyle azledilen bir memurun, azil işlemine karşı açtığı iptal dâvasında hüküm verilirken memurun işlemin yapıldığı zaman gerçekten müsrif ve içkiye müptelâ olup olmadığına bakılacaktır. İşlem anında içkiye müptelâ olan memurun duruşma sırasında iptilâsından vazgeçmesi iptal dâvasının reddine engel değildir (127).

(126) ULE, age. s. 112

(127) ULE, Verwaltungsgerichtsbarkeit, s. 366, 367

Ule'ye göre bu kural istisna tanımaz. Tesiri sona ermiş veya devam eden idarî işlem ayırımına itibar etmeksizin, işlem zamanındaki hukukî duruma göre hüküm verilecektir.

Ancak geçmişe şâmil bir kanunun, yürürlüğe girmeden önce yapılmış fakat henüz iptal edilmemiş işlemleri de kapsamak istemesi halinde, bu yeni kanunun nazarı itibara alınması gerekir. Bunun sebebi kanunun açıkça veya dolaylı olarak buna hükmetmesidir. Böyle bir halde mahkeme idarî işlemin hukuka aykırılığına değil, idarî merciin bunu kaldırmakla ödevli olduğuna hükmedecektir (128).

Almanya'da ikameti yasaklanmış bir yabancının, ikamet yasağına karşı iptal dâvası açtıktan sonra Alman tâbiyetini kazanmasına rağmen mahkeme, işlem zamanında dâvacının Alman tâbiyetinde olmaması sebebiyle dâvayı reddedecektir. Lâkin ilgilinin bir ödev dâvası açmak suretiyle ikamet yasağının kaldırılmasını talep etmesi imkânı vardır (129).

3 — BACHOF'UN GÖRÜŞÜ

Bir hukukî değişiklik bir idarî işlemin varlığı üzerinde müessir midir, yani işlemi yapan merciye onu kaldırma veya değiştirme ödevini yükler mi? Burda yeni hukukun zaman itibariyle geçerlik iradesi «Geltungswillen» söz konusudur. Bu bir maddî hukuk meselesidir. Usul hukukuna taallük eden mesele ise, yeni kanunun zaman itibariyle geçerlik iradesi, bu kanun yürürlüğe girmeden önce yapılan ve henüz icra edilmemiş idarî işlemleri de kapsamakta mıdır (130)? Mahkeme yeni kanunu mu işlemin yapıldığı zaman yürürlükte olan kanunu mu uygulayacaktır? Yeni kanun geçmişte sona ermiş, icra edilmiş bir işlemi kapsamiyacaktır. Aksi takdirde geçmişe şâmil olur. Bu sebeple icra edilmiş idarî işlemler, işlemin yapıldığı zamanki hukuka tâbidir. İptal dâvası ve bir idarî işlemin yapılması talebinin reddine karşı açılan dâva «Vornahmeklage» arasında bu konuda bir fark yoktur. İdarî işlemin yapılması ile hüküm arasındaki hukukî değişiklikler şu şartların bulunması halinde nazarı itibara alınacaktır:

(128) ULE, age. s. 368

(129) ULE, age. s. 368

(130) BACHOF, Zur massgeblichen Rechts- und Sachlage bei Anfechtungs- und Vornahmeklagen. JZ 1958, s. 302

a) Tasarruf henüz icra edilmemiş olacak, yani idarî merciin işlemi kaldırma yetki ve ödevi bulunacak. Mahkemece, yalnız idarî işlemin yapıldığı anda hukuka uygun olup olmadığı hususunda bir hüküm vermesi talep edilmemiş, fakat idarî merciin bu işlemi kaldırma yetki ve ödevinin hüküm anında da devam etmekte olduğuna karar verilmesi istenmiş olacak.

b) Eski düzenlemeyle çelişme içinde bulunan yeni kanun zaman itibariyle olayı kapsayacak, yeni kanunun muteberiyet iradesi böyle bir yetkinin kullanılmasına cevaz verecek (131).

Clerck'in de katıldığı bu görüş, maddî durumun değişmesi halinde de aynen uygulanacaktır. Misal olarak zikredilen olay şudur: İdarî merci bulaşıcı bir hastalığa yakalanan bir seyyar satıcının ruhsatının alınmasına karar vermiş ve satıcı, karar henüz icra edilmeden iyileşmiş ve iptal dâvası açmıştır. Bu durumda mahkeme idarî işlemin yapıldığı anda hasta olmakla beraber hüküm ânında iyileşmiş bulunması sebebiyle idarî işlemin iptaline karar vermesi gerektir (132).

4 — UYGULAMA ALANINDAKİ DURUM

Federal İdarî Mahkemenin 14/11/1957 tarihli kararı (133) na kadar içtihatlar, iptal dâvasında prensip olarak işlemin yapıldığı zaman yürürlükte olan hukukun, bir idarî işlemin yapılması talebinin reddine karşı açılan dâva «Vornahmeklage» da ise, hüküm verildiği an yürürlükte olan hukukun uygulanması eğilimindeydi.

Bu anlayışın dayandığı gerekçe şudur: İptal dâvasında dâvacı, idarî işlemin mahkeme hükmüyle geçmişe de şâmil olmak üzere kaldırılması amacını gütmektedir. Bu sebeple mahkeme geçmişte cereyan etmiş bir olay hakkında hüküm vermektedir, dolayısıyla işlemin yapıldığı zamanki hukukî ve maddî durumun hükme esas alınması gerekir (134).

(131) BACHOF, agm. s. 303

(132) DE CLERCK, Zur massgeblichen Sach- und Rechtslage bei Anfechtungs- und Vornahmeklagen, NJW 1959, s. 969

(133) Karar için bakınız: JZ 1958, s. 320

(134) BVerWG 19/11/1953 (JZ 1954, s. 446)

DE CLERCK, agm. s. 968

14/11/1957 tarihli kararıyle Federal İdarî Mahkeme, iptal dâvaları için de hükmün verildiği zaman yürürlükte olan hukukun esas olacağına karar vererek içtihadını değiştirmiştir. Bu değişikliğe sebep olan olay şöyle özetlenebilir: Bir inşaatın yıkılmasına karar veriliyor. Karar henüz icra edilmeden inşaatlar yeni bir düzenlemeye tâbi kınıyor. Bu arada yıkma kararına karşı açılan iptâl dâvası bidâyet mahkemesinde ve istinafta eski düzenlemeye dayanılarak reddediliyor. Temyiz üzerine Federal İdarî Mahkeme yeni hukukî duruma göre karar verilmesi gerektiğini ve bu suretle yıkma kararının iptaline hükmedilmesi lâzım geldiğini içtihat etmiştir.

Bu içtihat değişikliğindeki isabet olaydan çok iyi anlaşılmaktadır. İcra edilmemiş idarî işlemlere karşı açılan iptal dâvalarında hüküm anındaki hukukî ve maddî durumun uygulanmasının daha doğru olacağı şeklindeki görüş akla yakın gözükmektedir.

B İ B L İ Y O G R A F Y A

GENEL ESERLER

- FORSTHOFF, Ernst** : Lehrbuch des Verwaltungsrechts 1. Band (München Berlin: 1961)
- HUBER, E. Rudolf** : Wirtschaftsverwaltungsrecht 1. Band (Tübingen: 1953)
- KOEHLER, Alexander** : Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar. Berlin und Frankfurt a.m.: 1960)
- KOEHLER, Alexander** : Verwaltungsgerichtsordnung. Ergaenzungsband. Berlin, Frankfurt a.m.: 1962)
- MAUNZ - DURIG** : Grundgesetz. Kommentar. (München und Berlin: 1961)
- ULE, Carl Hermann** : Verwaltungsgerichtsbarkeit. Band 1 (Berlin: 1962)
- ULE, Carl Hermann** : Verwaltungsprozessrecht. (München, Berlin: 1960)
- WOLFF, Hans J.** : Verwaltungsrecht. 3. Auflage (München, Berlin: 1959)

MAKALELER

- BACHOF, Otto** : Zur massgeblichen Rechts - und Sachlage bei Anfechtungs - und Vornahmeklagen, JZ. 1958, s. 301 vd.
- BETTERMANN, Karl August** : Verwaltungsakt und Rechtsmittelbescheid als Gegenstand der Anfechtungsklage, NJW 1958. s. 81
- DE CLERCK** : Zur massgeblichen Sach - und Rechtslage bei Anfechtungs und Vornahmeklagen. NJW 1959, s. 968 vd.
- KNIESCH** : Zur Verfassungsmaessigkeit des Vorverfahrens der Verwaltung als Voraussetzung des Verwaltungsgerichtsprozesses, NJW 1958, s. 576 vd.
- KÖHLER, Heinz** : Der massgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der Verwaltungsgerichtlichen Aufhebungsklage, DVBI 1959. s. 650
- NIESE, Werner** : Über den Streitgegenstand der Anfechtungs - und Vornahmeklagen im Verwaltungsprozess, JZ 1952, s. 353 vd.
- ULE, Carl Hermann** : Verfassungsrecht und Verwaltungsprozessrecht, DVBI 1959, s. 536 vd.
- ZSCHACKE** : Die verwaltungsrechtliche Klage wegen Gewaehrung von Geldleistungen, NJW 1956, s. 730 vd.