

**ALMAN İDARİ YARGI HUKUKUNDA  
İPTAL ve ÖDEV DAVALARINI İRDELEME**  
*(Actions For Nullity and Duty in the German  
Administrative Procedural Law)*

*Benim büyük ve güzel insan  
Hocam Ali Rıza OKUR'a...*

**Emin MEMİŞ\***

**ÖZET**

İdari yargının varlığı, esasında iptal davası ve idari işlemlere dayanır. İptal davası objektif ve klasik bir dava türüdür. İptal davası niçin önemlidir? Çünkü hukuk devletinin vazgeçilmez aracıdır. Etkin bir araçtır. Keyfi yönetimin karşı çaresidir. İptal davası, hakkı ihlal olanın hakkını iade eder. Dolayısıyla İptal Kararı geriye yürür. Devletin hukuka bağlı olacağı ilkesi kişileri korumak için yetmez. İdarenin verdiği zararları kaldırma aracı gerekir. Bu iptal davasıdır. Aynı zamanda kişileri koruma içtihatlarla da olur. Alman Hukukunda idarenin kişilere verdiği zararlar sonlandırmak için iptal davası ve ödev davası işlev görür. İdarenin tek yanlı irade açıklaması, idari işlemi oluşturur. Alman Hukukunda makamların yaptığı işlem kişinin hakkını zedelerse kişi önce idari makama başvurur. Yani işleme itiraz eder. İdari makam işlemi ya ret eder ya da yapmaz ve sessiz kalır. Makam kişiyi haklı bulursa işlemi kaldırır ya da değiştirir. Bu şudur: İdare hizmet birimidir. Vatandaş idareye ödevini yerine getir demektedir. Ödev davası, vatandaşın idareyi görevini yapmaya mahkum etmesidir. Bu bir tür eda davasıdır. İptal davası ise itiraz kararlarına karşı devreye sokulur ve işlemin hukuka uygunluğunu sağlar. Tüm kamusal uyumsuzluklar idari yargıya açık değildir. Bizde de tam yargı davası eda davası karşılığında kullanılır.

**Anahtar kelimeler:** İdare mahkemesi, iptal davası ve ödev davası, ön soruşturma, itiraz kararı, yönetmelik

***Abstract***

Essentially it contains two topic *the administrative law court* existence: The action for nullity and administrative procedures. There are two Lawsuit kind in the administrative Law Court of the German Law: The Action for nullity and the action for duty. A administrative procedure be invalidated with the Action

---

\* Prof. Dr., İYÜ Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Öğretim Üyesi

for nullity . It is made a new administrative procedure for supply and demand by administrative competent authority also with an action for duty. So will be ended the problem of the claimant who have a deficit. Above lawsuit kinds complete each other. Indirectly there are these steps in the administrative Law of German: Respectively, the administrative objection, administratively a priori inquiry, action for duty and action for nullity.

Shortly we can say in The German Administrative Law that the action for nullity is very important. And there is an administrative Law Court judicial procedure Law. We can be said that the person rights get protected.

**Keywords:** The administrative Law Court, the action for nullity and the action for duty, a preliminary inquiry, the objection decision, to annul laws of procedure and to change, regulation

### I- Türk İdari Yargı Hukuku Bağlamında bir GİRİŞLE

İptal davası, hukuka aykırı olduğu ileri sürülen bir idari işlemin geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılmasını amaçlayan idari dava biçimidir. Bu haliyle “inşai davalar” (=yenilik doğuran) tipi söz konusu olur. Bu yolla mahkemeden yeni bir hukuksal sonuç üretilmesi veya mevcut hukuki durumun içeriğinin değiştirilmesi (kaldırılması) istenir. Özetle, bu dava türünün uygulanabilmesi için ortada muhakkak bir idari işlem olacak ve bu idari işlemin kişilere yönelik bir hak ihlali oluşturması durumunda, söz konusu işlemin hukuka aykırılığını gideren ve kanuna uygunluğunu sağlamak bağlamında başvurulacak bir idari yargı kolu dava türlerinden en etkin araç, iptal davasıdır.

Hukuk devleti kavramının uygulamaya konmasında vazgeçilmez bir araçtır. O kadar ki, bu dava buluşu ile kural tanımaz-keyfi yönetim anlayışının, hukuk düzeniyle sınırlanmış ölçülü bir yönetme anlayışına dönüştürmenin kaçınılmaz bir çaresi olarak izlenir. Başka söylemlerle idarenin aldığı kararların zaten olması gereken hukuka uygunluk karinesi bazında oluşması gerekirken sapmalar oluşursa, bu sapmaları yok ederek eski uygulamaya dönüşümü sağlar ve hukuk nizamının ölçülü bir düzen halinde sürmesi korunmuş olur.

İptal davası, tarihsel doğumu ile İdare Hukukuna has bir dava biçimidir. Yani taraflar arasında cereyan eden klâsik dava türlerinde farklı-kendine özgü bir klâsik dava yaklaşımıdır. Esasen uyuşmazlıkta davacının davalısı (her ne kadar idare davalı olarak uygulamada görünse de) hak sahipleri üzerinde hukuki değişikliğe neden olmuş olan idarenin işlemidir. “Husumet” idari işleme yöneltilir. Şu var ki: İşlemi savunabilecek olan ve uyuşmazlık üreten işlemi yapan idare olduğu için davalı olarak gösterilir. Uyuşmazlıkta işlemi yapan idarenin kanıtları dosyasında bulunduğu için idare, davacıya göre üstün durumda bulunmaktadır<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Rağıp SARICA, İdari Kaza, s.9;GİRİTLİ – BİLGİN, İdari Kaza, Filiz Kitapevi 1966, s.85-102; Ü. AZRAK: “ İptal Davalarının Objektif Niteliği”,Hukuk Kurultayı 2000, s.332-335.

Türk Hukukunda İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK md.2/1-a) son değişiklikle İPTAL DAVASI için şu tanımı yapar: “İdari işlemler hakkında **yetki, şekil, sebep, konu** ve **maksat** yönlerinden biri ile hukuka aykırılıklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan davalar” (Yeniden düzenleme: 8/6/2000-4577/5.md). Bu tanım, vaktiyle Danıştay Kanunu (İLGA /md.30/A) düzenlemesine bir dönüşü yansıtır.

Adı geçen 2.maddede değişiklik (4001 sayılı Kanun:1994) yapılarak, “menfaat ihlâlî” deyimi (iptal davasının bel kemiği) yerine “kişisel hak ihlâlî” hükmü getirilir ve alan daraltılması hedeflenir. Üstelik çevre,tarihi ve kültürel değerler için açılacak olan davalarda değinilen iki kavram da aranmayacak ve herkes dava açabilecektir.

Anayasa Mahkemesi, iptal davası bazında karmaşa üreten 2.maddeyi 3 ay er-telemeli iptal eder.<sup>2</sup> Dolayısıyla dolmuş olan boşluk içtihatlarla doldurulur. Danıştay dava için aranan öznel-subjektif ehliyet konusunda açıklık getirir: “Kişisel hak ihlâlî” konseptinin “kişisel menfaat ihlâlî” anlamında kullanılması iptal davasının amacına daha uygun düşer.

AYM mahkemesi iptal kararı boşluğu nihayet 4577 sayılı Bölge idare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri...Kanunu ve İYUK’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 5.maddesinde yapılmış değişiklik ve 2577 sayılı İYUK /md.2/1-a yeniden düzenlenmesi (08.06.2000) ile yasal boşluk doldurulur.Değinilen eski Danıştay Kanunu tanımına dönülür: “Menfaatleri ihlâl olanlar” iptal davası açabilecek.

İl idaresi Kanunu 5442/62.maddesinde (iptal davası tanımında) de sayılan kurul ve yetkililerin “yürütülmesi gerekli kararları aleyhine menfaati haleldar olanlar tarafından bu kararların **esas, maksat, yetki ve şekil** itibarıyla kanun ve tüzüğe muhalefetlerinden dolayı açılan **iptal davalarını**” çözümlerler (Ki: Bu hüküm yerini bağımsız mahkemelere bırakır) hükmü öngörülmüş idi.

**İPTAL DAVALARI**, idari yetkili makamın yaptığı bir idari işlemin (a) **konusu bir idari işlem olan ve iptal olunması sonucunu üreten nesnel nitelik bir dava** (davacı iptal sonucundan başka talebi varsa beyan etmeli); (b)**icrai tek yanlı bir karar (işlem) aleyhine açılabilen**, (c)**açılmış davanın sebebini hukuka aykırılığın oluşturması** (açılan davanın kabulü ve idari kararın ya da işlemin işlevinin sonlandırılması-tükenmesini üretecek bir iptal kararı alınması için davanın görülmesine neden olan **iptal sebebini yetki, şekil, sebep, konu** ya da **amaç** unsurları bağlamında hukuka aykırı bulunması gerekir); (d)**davanın açılması için açık bir kanun hükmü gerektirmeyen** (AYM, K. 1963 / 21); **iptal davasında feragatin kamu düzeninin yoğunluğu bağlamında olanaklı olduğu, ancak kimse önceden bu davayı açmaktan vazgeçemez ve vazgeçme yokluk ile “malüldür”** (Fran-

<sup>2</sup> AYM. K.1995/47; RG.10.04.1996-2267.

sız Danıştay'ının 1955 tarihli *Andreani Kararı*) denebilen ve hukuk devleti güvencesi olan (*İDAREYİ HUKUK KURALLARINA UYMAYA ZORLAR ve kişiye idarenin hukuka aykırı işlemini bertaraf etme yetkisi verir, idareyi de kendi yaptığı yönetmeliğe, işlemlere uymaya zorlar*) bir dava biçimidir<sup>3</sup>.

Özetle, iptal davası, idarenin denetimi yollarından birisi ve en önemlisini oluşturur. Bu dava, idareyi hukukun üstünlüğünün uygulanmasına zorlar ya da idarenin hukuka uygun işlem yapmasını tetikler.

İptal davası zaman içinde Fransız Danıştay'ı (Consail de Etat) kanalıyla getirilir.

## II. ALMAN idari Yargısı Bağlamında SORUNA BAKIŞ

### A) Genel Anlamada İdari Yargı Yolu

Teslim olunmalı ki: Devletin hukukla bağlı olacağı (hukuk devleti) ölçütü, yalnızca bu söylem bazında bir güvence oluşturmaz. Çünkü idarenin hukuka aykırı davranarak kişilere verdiği zararlar, diğer ifadeyle **menfaatleri zedelenmiş olanlar**, yargıya başvurup ya da hukuki **bir korumaya** alınmalıdır ki, idarenin ve devletin hukukla bağlı olma ölçütü, pratiklik kazanmış olsun. Yani pratiğe dönüşmeyen bir ölçüt sözde kalır demektir.

Alman Anayasası, kamu otoritesinin (idarenin) eylem ve işlemlerine karşı bu ölçüt için genel bir hukuki koruma hükmünü öngörmüştür: *“Bir kamu gücü tarafından hakları zedelenmiş olan herhangi bir kişiye yargı yolu açıktır. Eğer başka bir yargı yolu kabul edilmiş değilse, genel yargı yolu hükümlerine gidilir. Onuncu maddenin 2.fıkrasının 2.cümlesi hükmü saklıdır”*(Art. 19/4 GG).

Bu koruma biçimi bizim anayasa 125.maddesinde *“idarenin eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır”* biçiminde yer alır.

Alman yargı kararlarında (BVerwGE), sadece anayasa yargı yolunu güvenceye kavuşturmadığı, *uygulamada da oluşturulan bir yargı korumasının* olduğu da izlenebilir.

Alman idari yargısı tüm kamusal uyuşmazlıkların çözümüne açık değildir<sup>4</sup>. Şu var ki, idari yargılama kanunu (VwGO) 40.madde 1.bendine (Zulässigkeits des Verwaltungsgerichts) göre, Federal Kanunlar, başka bir mahkeme eliyle uyuşmazlığın çözümünü açık olarak belirtmemişse, **kamusal uyuşmazlıklar idari yargıda çözümlenir**. Eyaletler bölgelerinde kamusal uyuşmazlıklar, eyalet kanunu ile başka mahkemede çözümü açıkça belirtmiş olabilir. Vurgulanan **40.paragrafın içerdiği genel koşul, verilen zarar-ziyanlarda mala ilişkin istemler şayet kamu hukuku**

<sup>3</sup> GİRİTLİ-BİLGEN, s.86.

<sup>4</sup> K.REDEKER/ H-J von OERTZEN, Verwaltungsgerichtsordnung, Verlag...Stuttgart Berlin Köln Mainz,s.86.

**uyuşmazlığı ise**, özel kanun hükmü saklı kalmak üzere **idari yargı görevli** olacaktır. Böyle olunca **eda davalarının idari yargıda açılması kuşkuları** dağılmıştır. Kanunda **eda davasından söz açılmaması** ve kanunda saptanan durumlar karşısında mala yönelik davaların idari yargıda görülemeyeceği sonucu da çıkarılmış olmamalıdır<sup>5</sup>.

Dolayısıyla (1) **anayasa uyuşmazlıkları** ve (2) **özel kanunda başka yargı düzeninde uyuşmazlık çözümünü öngörme durumları** idari yargı görevinden dışlanmıştır. Kısaca bizde olduğu gibi her kamusal işlemin çözümü sadece idari yargıya havale edilmiş değildir.

Öte yandan Alman Anayasası, KAMUŞLAŞTIRMA ile ilgili tazminat davaları ( Md.14/3: “**Kamulaştırma, ancak toplum yararı için olanaklıdır... kanuna dayanarak yapılabilir... Tazminat... adil olarak saptanmalıdır...**” ) ve memur sorumluluğu bağlamında (Kamu hizmetinin... ihlâlinden sorumluluk) zarar –ziyanların karşılatırılmasında kamu görevlisine “**rücu**” ( **Kast veya ağır ihmalde “rücu hakkı saklıdır”** /Art.34 GG) *davaları*, adli yargı kolunda çözümlenecektir. Bu bağlamda soruna bakarsak, Alman Hukukundaki eda davalarının (Leistungsklage) bizdeki tam yargı davalarını karşıladığı vurgulanabilir.

## B) Alman İdare Hukukunda Dava Türleri Hakkında Birkaç Söz

Alman Literatüründe medeni usule koşut idari yargılamada içeriklerine göre üç dava biçimini okumaktayız: **1- Leistungsklage** <sup>6</sup> (eda davası), **2- Feststellungsklage** <sup>7</sup> (tespit davası), **3- Gestaltungsklage** (yenilik üreten dava).

Hukukumuzda tam yargı davasını karşılayan eda davasının amaçladığı (Alman Hukukunda geniş anlamda) idarenin bir şeyi yapmaya ( eda etmesine-edimde bulunmasına) ya da yapmamasına hükmedilmesidir (“mecbur” bırakmadır).

Şu var ki: Alman İdari Yargılamasına özgü bir tür eda davası sayılabilen “**Verpflichtungsklage**”<sup>8</sup> (=ÖDEV DAVASI), eda davasının düzlemini küçülttüğü görülebilir. Bu dava ile idare, bir idari işlemle yapmayı ihmal ettiği veya ret ettiği bir şeyi yapmaya ya da yapmamaya baskılanır. Bu cümleden olarak **bir eda davası**, işlemi yapma yanında idarenin bir edimi uygulamasına “mecbur” kılınması için açılır-uygulanır. Şöyle diyebiliriz: İdari işlemler dışındaki tüm idari davranışlar (Amtshandlungen), *idari eda davası* konusu edilebilir. Başka anlatımla *eda davaları*, parasal konular ve benzeri edimlere yöneltilmiş olmayıp **kamusal her tür yapma ve yapmama eylemleri** bu davanın konusu olabilir<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> REDEKER u. Von OERTZEN, s.8-9.

<sup>6</sup> HUFEN, s.289-292.

<sup>7</sup> HUFEN, s.293-320,441-446.

<sup>8</sup> HUFEN, s.385-421.

<sup>9</sup> ZSCHACKE, “Die Verwaltungsrechtliche Klage...”,NJW 730,1956.

(**BİLGİ- TARİHÇE:** Federal Almanya'da uygulamaya giren idari yargı kolu(XIX YY.), sadece İPTAL DAVASINA yer verir. Bu dava yolu ile hukuka aykırı doğan ve bireylere külfet yükümü getiren idari işlemlerin (Verwaltungsakte)<sup>10</sup> iptal edilip ortadan kaldırılması olanağı vücut bulacaktır. Özellikle vurgulanmalı ki, Güney Almanya İdari Yargılama Kanunu (Süddeutsche Verwaltungsgerichtsgesetz: SüddVGG) bağlamında İPTAL DAVASININ düzleminin genişlediğini görebiliriz. Üstelik idarenin bir **ödevini ihmal** etmesi halinde de iptal davasının açılmasına yer verilir(md.35 II).Yine idari yargılamaya yönelik çıkarılmış bir Tüzükte (= VO / no 165 , md.24: İdari Yargılama üzerine İngiliz işgal yöresinde askeri idarenin ürettiği tüzük), idari makam kişinin istemini ret ederse ya da 2 ay içinde ilgilinin istemine cevap vermez ise, istemin içerdiği iddia hakkında sessiz veya olumsuz kalan idareye karşı iddia sahibi istemde bulunan kişiye dava hakkı tanındığı izlenir(md.24). Adı geçen idari yargı kanunu, eğer idare sorunu ihmal ederse, açılacak davayı iptal davası olarak yansıtıırken yine adı geçen tüzük aynı yönde yeni bir dava türü üretmiş oluyordu (Vornahmeklage). Dava, idareyi yapmaktan kaçındığı işlemi yapmaya, bir edim yapmaya yöneltiyordu. Ancak diğer bir deyişle **idarenin işlemi yapmaması ve kaçınmış olmasının iptali söz konusu olmamaktadır**.<sup>11</sup> Nihayet VwOG (İdari Yargı Kanunu) deşindiğim 165 nolu Tüzüğün yönünde (1960) iptal ve ödev davalarını ayırır).

**Tespit Davaları**, bir hukuksal ilişkiyi varlık-yokluk bağlamında saptama ya da bir idari işlemin yokluğunun idari yargıda saptanabilmesi için açılır. Ne var ki: Böyle bir dava açma için veya görülebilmesinde koşul, VwGO madde 43/1. bendine (Feststellungsklage) göre, davacının hukuksal durumunun hemen saptanmasında haklı bir menfaatinin bulunması gereğı (ein berechtigtes Interesse an der baldigen Feststellung) vardır<sup>12</sup>. Eğer davacı Leistungsklage veya Gestaltungsklage ile haklarını takip edebilirse veya edebildiğı kadarıyla Feststellungsklage istenemez( eskilerin deyişiyile “caiz” deşildir). Eğer bir idari işlemin yokluğunun saptanması istenirse, bu durum geçerli deşildir (md.43/2).

İptal davaları, mevcut bir hukuksal durumu ortadan kaldırdığına göre, bu dava kuşkusuz **yenilik üreten bir davadır**. Dolayısıyla idarenin hukuka aykırı olarak yaptığı işlemin hukuk düzeninden kovulması için ya da işlemin kaldırılmasında menfaati olan ilgililerin kullanabileceğı çok önemli bir araçtır.

İptal davası, bir idari işlemin kaldırılması için açılır( VwGO md.42/1). Dava tamamen yenilik üreten bir dava olarak mevcut olan hukuksal durumun,kısmi ya da “küllüyen” kaldırılması esasını içerir. Eğer bir yokluk hali mevcutsa açılacak iptal davası yenilik doğurucu nitelik oluşturmaz. Bunun nedeni, olmayan işlemin kaldırılmasını istemedir. Çünkü yok hükmünde bir işlemin esasen hiçbir etkisi bu-

<sup>10</sup> İdari işlem kavramı için bk. BADURA, ERICHSEN, MARTENS. . . , **Allgemeines Verwaltungsrecht**, s. 160-184 (Fransızca “acte administratif” kavramının tercümesi olarak her idari önlem(sivil veya kamu hukuku ölçüsüne göre) idari tasarrufu yansıtır. Almanya'da kamu hukuku idari işlemi sınırlar. İdari tasarruf kavramı, hukuku koruma bakış açısı ışığında süre gelen zaman içinde anlam kazanır).

<sup>11</sup> E.FORSTHOFF, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, München, Berlin 1961.

<sup>12</sup> Bk. Friedhelm HUFEN, **Verwaltungsprozessrecht**, 8.Auflage, München 2011, s.293-320.

lanmamaktadır. Eğer dava açılmış ve mahkeme davacı istemini kabul etmiş ise, dava bir “Ge staltungsurteil” ( *inşai lolumsuz yenilik üretici karar*) biçimini simgeler. Dolayısıyla iptal davası, bir müdahale eden idare düzleminde içkindir<sup>13</sup>. Demek ki: İdare eğer düzenleyici-müdahale edici (eingrißs verwaltung) bir işlemle ilgililere sorumluluk yüklerse ya da işlem hak ihlâli üretmiş olursa, bu tür işlemlerin kaldırılmasını sağlamak üzere açılan dava *iptal davasını* kavrar. **Davacının mevcut olan ve işlemle kaybettiği hakkı yeniden bıraktığı yerden kazanması yoluna iptal davası denir.** Özetle bu dava türü *kişinin zarar gören haklarını (1)koruma işlevli olup idarenin işlem yaparken haksızlıktan kaçınma ve dikkatli davranmasını sağlayan , (2) denetim işlevli bir davadır.* Ancak idare, etkili işlemiyle kişinin hukuksal durumlarında değişiklik yapması yanında, **kimi zaman istenen işlemi yapmama veya istem karşısında susma** halinde hakkın yerine gelmesi bağlamında aşağıda değinilecek “Verpflichtungsklage”<sup>14</sup> ( ödev davası), Alman İdari Yargısında iptal davasının yanında önemli işlev görecektir.

### C) Tarihsel Gelişim Bağlamında İptal ve Ödev Davalarına Bakış

Bir önceki başlıkta tarihsel gelişim eğrisine değindim. Şimdi İPTAL ve ÖDEV davalarını sorgulayalım:

**1. İPTAL DAVASI (ANFECHTUNGSKLAGE: §42 I 1.Alt.VwGO; §43 Vw VfG İdari Yargı Kanunu, İdari Usul Kanunu)**

**a) İptal davasının amacı: Bir idari işlemi iptal etmek ( Kanuna uygunluk sağlama)**

İptal davası, bir idari işlemin<sup>15</sup> iptalini ya da hükümsüz kılınmasını teşkil eder<sup>16</sup>. Davacı bu dava ile bir idari işlemin iptalini veya değiştirilmesini amaçlar. Başka anlatımla davanın amacı idari işlemin iptalini-hükümsüzlüğünü oluşturmaktır. Bir diğer tanımla, İdari Usulde klâsik bir dava türü olan iptal davası, kamusal münferit durumları düzenlemeler bağlamında kişilere yük yükleyici durumların ya da hak ihlâllerinin kaldırılmasını üretir<sup>17</sup>. Davacı idari işlemin oluşturduğu külfetin iptaliyle yenilik üretici bir hak elde etmeyi ( auf Rechtsgestaltung) amaçlar. Yani idari işlemin § 43 VwVfG anlamında külfet yükleyici etkisini bertaraf etme amaçlanır. Şu var ki: İdari işlemin bir bölümü için iptal önerisi de sınırlanır<sup>18</sup>. Bu durumu, § 113 I 1 VwGO girişindeki “SOWEİT” sözcüğünden

<sup>13</sup> FORSTHOFF, s.496;ULE, s.118.

<sup>14</sup> HUFEN, s.266-276.

<sup>15</sup> İdari işlem nedir? Geniş tanımlamalar için bk.H.MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 10.Aulage, s.174-218,Müchen 1995; E.MEMİŞ, *Genel İdare Hukuku Notları*, s.199-277,İstanbul 2014.

<sup>16</sup> REDEKER/ von Oertzen, s.125.

<sup>17</sup> F.HUFEN, *Verwaltungsprozessrecht*, 2011, s.196.

<sup>18</sup> EHLERS, *Jura* 30,2004.



çıkabiliriz. Çünkü davacının idarenin yaptığı hukuka aykırı işlemde haklarının zedelenmesi deniyor.

Alman İdari Usul Kanununun ( i.S.v. § 35 VwVfG) 35.paragrafını anlamında idari işlem (VA) varlığı, bir varsayımı simgeler. Bu varsayımla idari işlem de tıpkı yasama işlemi gibi kanuna uygunluk karinesiyle yansıtılmış olduğundan açık olarak belirtilen düşünce-konsept ya da davacının iddiası, özetle idari makamın düzenleyici etkin işlemi karşısında yeterli olmaz. Kanuna uygun (caiz) olmayı amaçlayan ve bu yönde işlev görecektir dava türü tarifine (koşuluna), kuşkusuz sadece iptal davası dediğimiz bu türle ulaşılır. İdari makam hangi usule -*biçime uyarak teşhis olunabilir*-göre tanımlanabilir, objektif olan işlem yapma faaliyetinde bulunduğunu, bu yetmez, idare zorunlu hangi usulle faaliyete bulunarak işlem yaptığı ya da işlem yapma şekline uyum önem taşır. Çünkü idari makam yanlış şekli seçerek işlem yaparsa ya da şekle uymazsa bu, yapılan işlemin sebebe uygun oluşturulmadığını ( ya da haklılık teşkil etmediğini) gösterir ve davanın hukuka uygunluğu sorununu teşkil etmez.

**Örnek:** İdari makam, özel hukuka ait bir hesabı (faturayı) borçluya sunacağı yerde bir idari işlemle borcu siler. Buna karşı (esasinda sahih formdan bağımsız olarak) iptal davası caiz- kanuna uygundur<sup>19</sup>. Bu, benzer biçimde tam tersi durumda da geçerlidir: İdari makamın bir işlem düzenlemesinin gerekli olmasına karşın *iş hizmet talimatıyla* veya sadece geleceğe yönelik olarak bir keyfiyeti (Fall) düzenler. Bu iptal davası için kanuna uygunluğu sağlamaz. Hem de görünüşte bir idari işlem (Scheinverwaltungssakt) karşı iptal davasını oluşturmaz. Makam sadece görünüş sebebi içeren bir idari işlemi üretir. Bir idari işlem olduğunu söylemek olası ama sadece bir tespit davası çerçevesinde söz konusu hukuksal sorunların bağıntısı açıklanabilir<sup>20</sup>.

Bir idari işlemin varlığıyla ilgili Alman İdari Usul Kanunu ( §35) yalnızca geleneksel kavram niteliği bazında kodife etmeyi yansıtır. Bu maddeye göre bir idari makamın Kamu Hukuku alanında münferit-özel bir hadiseyi düzenlemesini içeren **her tasarruf hakkı**, karar ya da diğer devlet egemenliği kullanımı yetkisiyle alınan önlemlerin alınması bağlamındaki bir idari tasarruftur ve bu tasarruflar dışı karşı doğrudan etki üretir. Genel tasarruf bir işlem yapma uygulamasıdır. Genel tasarruf yapma hakkı, belirli veya belirlenebilir kişisel alanların genel “mümeyyiz” niteliklerine göre birisine yönelik veya bir şeyin kamusal-hukuksal niteliği veya onun genele yönelik olarak kullanılmasına ait olan bir idari işlem yapmadır. Ancak bu görülüyor ki, şematik bir test etmek değildir (aksine sınırlama sorunlarından ileri geliyorsa), sadece işlemin etkisini ölçmek ve karşılamak için derinliğe inmeyi gerektirir. Bunun için bir idari işlemi tanımlama, İdare Hukuku ve İdari Usul Hukuku arasında esaslı-önemli bir yarık üretir. Bu bağlamda idari işlem kavramını ve türlerini genel idare hukuku literatüründen takip etmek gerekir.

<sup>19</sup> BVerwGE,78,3,6(DÖV 521,1990).

<sup>20</sup> HUFEN, s.196-197 ve BULUNK/SCHROEDER, JuS 602,2005.



İptal Davasının hukuka uygunluğu § 35 (VwVfG) kapsamı, yasal tanımlamasının yapılmasıyla ortaya konabilir. Maddenin içeriğine yukarıda değindim. Bunun için maddenin yansıttığı bazı önemli kavramlar açıklanmalıdır:

### (a) Düzenleme(Regelung)

İdari işlemin karşı kavramı *idari eylemler* ya da *idari davranışlardır*. Bizim anayasamız da “**idarenin her türlü işlemleri ve eylemleri**” ifadesini kullanır. Düzenlemenin karakteristiği, onun bir hukuksal bağlayıcılık normu oluşturup oluşturmadığında önem taşır. Başka anlatımla idari işlemle (düzenlemeyle) idari makamın bir irade açıklamasıyla muhataba yönelik (eşyaya-kişiyeye) bir hukuksal sonucun açıklanması öngörülür. Bu hukuksal sonucun açıklanmasında vücut bulan haklar ve/veya borçların sebebi-teşkili, değiştirilmesi, kaldırılması veya ilgilileri bağlayıcı olan saptamalar yansıtılır. Ya da yukarıda geçen 35.paragrafta ( § 35 S.1 VwVfG) bir şeyin (einer Sache) hukuksal durumlarına göre tanımlandığını izleriz (“Somut” idari işlem ).<sup>21</sup>

İdarenin fiili (edimsel) eylemleri, düzenleme oluşturmaz(**Realakte** / İdarenin fiili irade açıklaması). **Örnek:** İstihbarat-bilgi toplama, tutanaklar, rapor-lâyiha-izahat- uygulamaya yönelik tebliğ, fiili icraatlar( birinin zimmetine para geçirmek-suçlu göstermek- nitelikli sorumluluk kuran vergi işlemi gibi) veya fiili yük yükleme ve Immissionen ( Kirletmenin etki üretmesi, gürültü, ışın yayma...) gibi.

Bir somut **emir** veya **yaşagın** tamamlayıcısı, hazırlayıcısı ya da **bağımsız** olmayan(başkasının yardımına muhtaç) hareketler-edimler olarak nitelendirilebilen böyle hareketlerde de idari işlem kavramının niteliği noksanlık taşır. Örnek: İç düzen önlemleri bazında hazırlık kararları, davetler, münferit denetleyici icra işlemi, idari usulünden bağımsız olmayan tespitler-tasnifler ve § 80 II 1 Nr.4 VwGO-BVerwG icra kararlarına göre de<sup>22</sup>. Ancak geçici idari işlemler ve onaylı bölümlerine tamamıyla uygun münferit *olay düzenlemelerinin* ve bu gibi durumlara yönelik iptal davaları “**kabili itiraz**” durum üretir. Aynı biçim, idari tespit işlemlerinde de geçerlidir. İdari işlem-düzenleme kavramı, burada ( bir hukuksal ilişki saptaması bazında) dar anlamda ele alınmalıdır<sup>23</sup>.

### (b)Egemenlik kullanımını simgeleyen işlemler (hoheitliches Handeln)

Gerçi bir idari işlemin oluşturulmasındaki gerekli anlayış ve iptal davasının kanuna uygunluğu varsayımında da en yüksek devlet gücü egemenliğin kullanım niteliğini simgeleyen (idarenin yetkisi bağlamındaki idari davranışlar) davranış biçimleri tümü ile aynı yönlü yansımalar değil midir? Bu davranış biçimleri so-

<sup>21</sup> HUFEN, s.197.

<sup>22</sup> Bk.DÖV 384,1995.

<sup>23</sup> Tartışma için DÖV 491,2004 (OVG Weimar).

nuçta bir işlev görür ve kural gibi rol oynamaz ama İdare Hukuku yöntemi (kamu hukuku uyumsuzluklarında) varsayımı olarak denetim bile olanaklıdır. Demek ki, idarenin gerektiğinde egemenlik temeline dayalı davranış biçimleri sergilemesi de yöntem farkıyla denetim içidir.

### (c) Münferit olay (Einzelfall)

Münferit olay ibaresinin kavramsal nitelik bakımından yasal **genel tasarruf** (Allgemeinverfügung - § 35 S.2 Vw VfG hükmüne göre) olarak tanımlanır. Gerçi daha önceleri birçok sorun (plan saptama kararları düzenlemesiyle) yumuşatılmıştır. Eskiden olduğu gibi alışılmış birkaç anlayış kullanımındaki somut *-bireysel* vb. *soyut-genel* söylemi daha büyük anlam içerir. “Bireysel” kavramının niteliği, bir de genel dil şive kullanımını üzerinden geniş olarak çıkarılabilir ve kişilerin tanımlanabilir genel niteliklerine göre de belirli çerçeveye sokulma çabası gerçekleştirilebilir<sup>24</sup>.

Verilen açıklamalar ışığında, bir **hukuk normu** ve **idari tasarruf** kavramlarına bir sınır çekmeyi şematik gösterebiliriz.

**Örnek:** “*Kişisel*”-*bireysel* (individuel) kavramı (*belirlenmiş ya da tanımlanabilir kişisel daire yönlendirmesiyle*) **somut** figürü yansıtır ya da **soyut** algıyı yansıtır. **So-yut** yansıma örneğin *idare edilenlere* (vatandaşa) belirlenmiş varsayımlar ışığında her zaman yeniden faaliyette olması talimatı algısı, soyut idari tasarruf biçimidir. Ve “**genel**” (*belirsiz adres sahipleri sathı dairesini*) sözcüğü bağlamında “**somut**” olguyu alırsak, bunu idari tasarruf veya normla tanzim edebilme söz konusudur. “**Genel**” sözcüğü bazında “soyut” figür ise sadece norm bağlamında işlev görür. Başka ifadeyle **norm** ya da hukuk kuralı “*genel*” anlamı içerir.

Şematik olarak “**bireysel**” ve “**genel**” sözcüklerine (geleneksel kümelenmede) **somut-soyut** açından yüklenmiş anlamlar bir yandan ve diğer yandan *soyut-genel* anlam formülü geniş ölçüde (weitgehend) sorunsuz bir şema oluşturmaktadır.

*İdari işlemin* ve *hukuk normunun* geniş ölçüde sınırlarının açıklığı karşısında **somut-genel** kapsamlı düzenleme bakımından adı geçen 35.paragraf hüküm getirmiştir. Bu olanaklı hüküm, makamların genel tasarruf (Allgemeinverfügung) biçiminde (somut sorunlar hakkında) idari makamlara karar vermek olanağını sağlar. **Örnek:** Bir hastalığın bir yere bulaşmasına giriş yasağı koyma kararı vermek. Bir somut niyetin plan saptama hükmünde de bu durum rastlanabilir ancak onun muhatap adres sahibi sathı dairesinde bir desteleme yapmayla etkisini izleme daha kolay ve “**genel**” sözcüğünde içkindir.

Bir bireyin-ferdin veya tanımlanabilir adres sahipleri sathı dairesinde bir de ancak soyut bir düzenleme konusuna yön veren düzenlemeler, kuşkusuz *idari tasarruflardır*. Böyle konular gerçi tamamen tanımlanabilir. **Örnek:** Her kirlilik oluş-

<sup>24</sup> HUFEN, s.198.

turma olaylarında veya gelecekte her kar yağışına göre caddelerin bireysel temizleme ödevi yükümlülüğünü düzenleme. Şu var ki: Çeşitli durumlarda (uyuşmazlıklara yönelik) yinelenen fiili durumları veya trafikte muayyen olaylarda somut bir ödevi yansıtacak bireysel kararlar söz konusu konularda oluşturulabilir.

#### (d) İdari makamlar- “resmi merci”- (Behörde)

İdari otorite de dediğimiz idari resmi makamlar § 35 VwVfG anlamında kamu yönetimi ödevlerini ya da işlerini gören yetkili her makamdır<sup>25</sup>. Bu anlamda idari merci, kamu hizmetlerini görmede (değerli kağıtlar, kiralama... gibi) de bir dereceye kadar egemenlikten kaynaklanan idari davranışlarla kamusal işler çevrilir<sup>26</sup>. Bu “merci” kavramında da hatalı (ungenau) durum söz konusudur. Yasama, yürütme ve yargı makamlarını karşılıklı sınırlamada farklılık amacı olduğu esasen açık seçiktir. Parlamento, hükümet ve mahkemeler tanımlanan anlamda “makamlar” değildir (Eğer onlara ait yasama, devlet idaresi ve içtihat-yargı işlevlerinin uygulanması ise). Ancak kapı kapalı değildir: Parlamento idaresi, Bakanlıklar ve mahkemeler (münferit olay idari görevleri) bağlamında “resmi merci” olarak idrak edildiği ve o bakımdan (insoweit) bu kurumların da idari makamlar olarak ödev yapabileceği vurgulanmalıdır.

**Örnek:** Meclis Başkanı, meclis idaresi ile ilgili idari tasarruflar yapma durumuna sahiptir.<sup>27</sup>

#### (e) Dışa etki (Außenwirkung)

Eskiden olduğu gibi, iç idari davranışlarının dışa doğrudan doğruya hukuksal etkisinde en güç sınırlandırma sorunları ya da bunları sınırlandırma (tarif yapmada) konusunda gözlenir. Devlete ait iç alanlarda söz konusu bu nitelik İdari yargı denetiminden tarihsel bazda korunmalıdır. Bu işlev gerçi günümüzde kısmen önemini kaybetmiştir. Ancak iç -idari kararların bir tarafa bırakılmasına halâ hizmet eder. İdari iç düzen davranışlarının dışa etkisi, daha çok özerk tüzelkişiler karşısında medeni hak kullanma ehliyetli kurumlar v.b. dışa karşı etkili işlemler yapılabilir. Ancak bu kesin olan nitelik, Devletin iç alanında veya sair tüzelkişilerde kendi haline bırakmalı ve bir diğer gerçek veya tüzel kişinin de hukuk alanına dokunmayı da.

## 2. İdari işlemin şekli ve şekil bağımsızlığı

İdari tasarrufların tüm şekillerine karşı iptal davası dikkate “şayan” esaslı bir klâsik dava türüdür. Bir *genel tasarruf hakkını* (Allgemeinverfügung) veya plân

<sup>25</sup> §1 IV VwVfG.

<sup>26</sup> Bk. DÖV 533,2007.

<sup>27</sup> Verwaltungsgericht Berlin, NJW 2002.

tespit kararlarının emredici, yenilik doğurucu veya tespit edici idari tasarruf(işlem) olup olmadığını sonuç olarak bu tanımlamadan çıkaramayız. Bir tespit edici idari tasarrufa karşı davada da iptal davası, takriben bir tespit davası değildir. Bizzat bir (adres sahipleri-muhataplar için) lehte olan idari tasarruf, bir iptal davası konusu olabilir (Eğer üçüncü kişilere bir yüküm yüklerse / idari tasarrufun üçüncü kişilere etkisi). Bir de adı geçen “adres sahiplerinin bir biçimde saptanmasına karşı (somut) idari tasarruflar bağlamında (§ 35 S.2, 2. Alt. VwVfG) İPTAL DAVASI esasında kanuni bir biçimdir<sup>28</sup>.

### 3. Kanuna uygunluk varsayımı olarak idari tasarrufun varlığı koşulu

#### A. İdari tasarrufun tebliği (işlemin bildirimi)

Bir idari işlemin hukuksal mevcudiyeti ya da varlık koşulu, işlemin kanuna uygun doğduğu ya da kanuna uygunluk varsayımıdır. Kural olarak işlem konusu muhataba bildirimle işlev üretir (§ 41 VwVfG). İlgilisine bildirim yapılmayan idari tasarrufa karşı iptal davası açmak kanunsuz-hükümsüzdür. Tamamlanmış veya kaldırılmış işlem olsa bile. Davacının doğrudan karşı tarafa tebliğ ettiği işleme kıyasla dava kanuna uygunluk varsayımını yansıtmaz. Üçüncü kişiye yöneltilmiş yük yükleyici işlemle de.

Geçerli kabul (örneğin belirli bir süre geçmesinde) gören ya da müsaade buyrulan uydurma bir icazet- onama şeklinde de bir idari işlem “hukuki varlık”tır. Ancak inşaat yapanın bir komşusu inşaat ruhsatına- yapı icazetine itiraz edebilir. Eğer bu hal geçerli kabul görürse, bir dereceye kadar belirli bir süre zarfında inşaat şikâyeti hakkında karar verilmiş olmalıdır<sup>29</sup>. İcazet-ruhsat ya da bir onama işlemi bağımsızlığı halleri, uydurma onama işleminden fark edilmelidir. Bir geçerli hukuk nizamına karşı, serbestçe bir ruhsat verme niyeti çatışır. Bu durumda inşaat-yapı denetimi bazında komşu sadece bir *ödev davası* (Verpflichtungsklage) açarak idareyi ödevini yapmaya iter.<sup>30</sup> Özel inşaat-yapı kişisi, sadece bağımsız olarak bizzat usul-nizama uygun bir dava mahkemeye açabilir.

#### B. İdari işlemin yok hükmünde oluşu

Yok hükmünde bir idari işleme karşı iptal davası açmak esasında (im Grunde) caiz değil-kanuna aykırıdır. Ve hukuksal nedenlerle böyle bir dava açmanın da bir hukuksal etkisi yoktur. Çünkü burada iptal davasının konusu bulunmamaktadır. Başka ifadeyle yokluk ile “malül” bir şeyin zaten iptali de olanaksızdır. Hukuksal koruma işlevi, yine-bununla birlikte geçerli olan-mevcut bir hukuk belgesine karşı uygulanır. Dolayısıyla bir idari işlemin yokluğuna karşı ancak bir tespit davası açılabilir.<sup>31</sup>

<sup>28</sup> HUFEN, s.200.

<sup>29</sup> Bk. § 42a I VwVfG.

<sup>30</sup> Bk. BVerwG, NJW 2063,1997.

<sup>31</sup> § 43 I 2.Alt. VwGO. Karşı görüş için D.LORENZ, VwProzR, § 17 Rn.43 u. § 22, Rn.34. Bundan

### C. İşlemin tamamlanmış olması

Bir idari işlem henüz tamamlanmış ise dava ile ancak o zaman ortadan kaldırılabilir. Başka söylemle iptal davası açılabilir ve iptal olunabilir veya işlem zamanın-süre geçişi ile konusuz işleme dönüşür. Çünkü iptal davası bağlamında keza işlemin konusu oluşmamış ve noksanlık taşıyorsa, böyle bir işlemin kanuna uygun olmaması söz konusu olacaktır. Bu durum aynı biçimde üçüncü kişiler için de söz konusudur (Şayet üçüncü kişi adres sahibi sorun bağlamında “lehtar” pozisyonunda ya da üçüncü kişi üzerinde “müessir” –etken- olma söz konusu ise). Demek ki: Lehtarın tasarruf hakkı çerçevesinde idari işlem için dava açma hakkından feragat edebilir<sup>32</sup>. Burada “kanuna uygun dava biçimi” anlayışı özlü sözünü çıkarabiliriz. Usulde bir davanın (Rechtsstreit) yolunun açık olması ya da tahrik edilebilme zorunluluğu belirtilir. Ancak tespit davası “arkası” var, devamı gelecek bir durum için dikkate değer anlamını yansıtır.<sup>33</sup>

Madde 113/4 fıkrasında (karar şekli ) işlemin yapılmasının retti veya ihmalinde (hukuka aykırı koşuluyla) davacının haklarının zedelenmesi söz konusu edilir. İşlemin adres sahiplerin ölmesiyle ilgisinin işlemi boş kalır. Belirli durumlarda idari işlem etkin olur. Ancak miras durumunda veya başka hukuki halefe karşı da hukuksal durumun hukuki halefe geçmesi etkileri olabilir. **Örnek:** Bir inşaat teşebbüsü niyetine karşı düzenlemenin bertaraf edilmesinde ve yarar sağlamanın yasaklanmasında; pek çok sosyal yardım alınmasında icrai kararların- mirasa karşı da etkili olması... gibi.<sup>34</sup>

### 4. ÖDEV DAVASINDA sınırlandırma anlayışı

**ÖN BİLGİ:** *Geniş anlamda aldığımızda bizdeki tam yargı davasının karşılığı olan eda davasının güttüğü amaç, idareyi bir şeyi edim yapmaya veya edim yapmamaya iter. Ne var ki, Alman İdari Yargılama Hukukuna özgü bir dava olan **ödev davası**, eda davasının alanını daralttığını yinelemeli- belirtilmeli. Bu dava ile idare bir işlevi yapmaya ya da yapmamaya (örneğin ret ya da ihmal olunan bir idari işlemi yapmaya) mecbur edilir.*

başka § 43 II VwVfG, yanlış anlam veriliyor, işlemin iptali ve etkisinin illiyet bağı olduğu açıklanıyor (T.Würtenberger, VwProzR Rn.272.). Mahkemenin içtihadı gerekçeleri gösteriyor ki: Bir idari işlemin yokluğuna karşı iptal davası açmak caiz olmayan bir durum değildir. Çünkü ekseriyetle ilk olarak usulün işleyişinde yokluk hali çıkarılabilir ve davacı, kanuna uygun olmayan bir dava açma rizikosu bazında bir yük almak istemez(BVerwGE,35,334,335). Davacı seçim yapacağı bir “seçim hukuku” (tabiri caizse) ya da hukukun söylediğinden (idari işlemin yokluğuna) ya tespit davası ya da geçerli olacak iptal davasından konuya çakışanı ele alacaktır. Dava türünün hukuka uygunluğu, daha çok tespit sebebinin gerekliliğinde örneğin tespit davası aracını kullanma ya da işlemin yokluğunu davacı teşhis ederek umumi yola başvuracaktır( BFH,NVwZ 359,1987;§ 86 III VwGO :REDEKER/von ORTZEN,s.439).

<sup>32</sup> Bk. BVerwG, **NVwZ** 464,1990.

<sup>33</sup> Bk. ORTEKER/von ORTZEN, s. 543 (§ 113 I 4 VwGO).

<sup>34</sup> Bk. OVG Münster, **DÖV** 553,1989.

Bir idari işlemin kişi hakkı oluşturabileceği olgudur. Kimi zaman idare, bir idari işlem yapmada bulunmaması nedeniyle kişi haklarının zarara uğradığı izlenebilir. O zaman yargıya giderek idarenin yapmadığı işlemi yapmasını sağlamak yönünde yargı makamından bir hüküm çıkartılabilir ve idare belirli bir işlem yapmak durumunda bırakılabilir. İşte iptal davası yanında yer alan bu girişim yoluna ödev davası (Verpflichtungsklage) denmektedir. Özellikle bu dava, ilgili kişinin idareden işlem yapma istemi ret edildiğinde veya istemin idarece hiç dikkate alınmaması durumunda devreye girer. Öyleyse dava ile idari işlemin yapılması (oysa iptal davasında işlemin iptali söz konusu) istenir. İdare bu zorlama karşısında olumlu davranırsa kişileri hakları korunmuş olacaktır. Demek oluyor ki: Ödev davası yenilik üreten bir dava değil- bir eda davasıdır (Leistungsklage). Bu cümleden olarak açılan ödev davasıyla, idare istem bağlamında karar almaya ve gerekli işlemi yapmaya zorlanır. Başka anlatımla idare işlem yapmaya mahkum edilir( § 113/ 4 VwGO). Dördüncü fıkrada **“bir idari işlemin hukuka aykırı ihmal edilmesi veya ret olunması ve davacının haklarının ihlâl edilmesine göre, mahkeme idari makamın işlemi yapmaya ödevli olduğuna hükmeder...”** denmektedir.

Ödev davasının uygulanma düzlemi, yurttaşlara hizmet idaresinin güvencesi yaklaşımını simgeler. Bu yaklaşım, yapıcı idare (Leistungsverwaltung) kavramını içerir. Diğer söylemlerle idarenin yurttaşlara karşı hizmet sorumluluğu bulunduğu söz konusudur<sup>35</sup>. Burada altı çizilecek nokta, idarenin yapıcı icraat alanında hizmet sunarken geniş bir takdir hakkı (Ermessen) vardır. Şu var ki: İdare genel hukuk ilkeleriyle de bağlıdır.

Ödev Davası bağlamında idarenin idare işlemi açıkça ret etmesi veya hareketsiz kalarak susmasında bir fark yoktur.Alman Hukukunda İdare talep edilen işlemi yapmaz ise (ret etme işlemi) açılacak davaya **“Vornabmeklage”**, susma halinde açılacak davaya da **“Untätigkeitsklage”** denir. Bu davacının istemleri bağlamındaki ayırım, idari yargıya gitmeden önce cereyan eder. İdari makamda “ön inceleme” (Vorverfahren) ve dava süresinin saptanmasında ayırım işlev görür. Ancak ayırımda ödev davasının içeriğiyle ilgili durum söz konusudur.

İdarenin işlemi yapmaması(ret kararı) halinde, ilgiliyi haklı bularak idari yargı yerinin idareyi bir ödevde mahkum etmesi, ret kararını kaldırmaz. Kararı kaldırma idari makamın görevine girer.

Nihayet iptal davası-ödev davası farkı, ilki yenilik üreten dava olup işlemin kaldırılmasını amaçlar(idari faaliyete müdahale edici faaliyet). Ödev davasının amacı idareyi işlem yapmaya sevk etme kararını almaktır. Dava sonuçta idareye bir ödev yapma edimi yüklemektedir: İdarenin edimde bulunma sorumluluğu. Dolayısıyla dava “yapıcı idari faaliyet” düzleminde yer almaktadır. Kısaca her iki dava, kişilerin olumlu- statüleri bağlamında hak zedelenmesi karşısında bir koruma hukuku sağlamakta-

<sup>35</sup> ULE, s.118.

*dır. Bu iki dava tamamlayıcı işlemleriyle birlikte incelenmeli. Çünkü hukuka aykırı işlem yapmakla, işlemin hukuka aykırı olarak yapılmasını ihmal etme arasında kişisel menfaat açısından bir fark yoktur kanısı paylaşılabilir.*

*Bu iki davanın özellik oluşturan yönlerine değinmek istedim. Yoksa bu davaların inceleme alanı, geniş çalışmaları gerektirmektedir. Ancak idari işlem ve dava yetkisi konusuna özetle değinmeyi yeğledim:*

### **a. Alman Yaklaşımıyla İDARİ İŞLEM**

*İdari tasarrufların varlığı, tasarrufun yapılması isteminin ret edilmesi ya da istem için bir karar verilmemesi, iptal ve ödev davalarını koşullarını oluşturur. Şunu söylemeliyim ki, idarenin önlemlerine, eylemlerine ya da önlem alınması istemlerinin ret edilmesine karşı iptal ve ödev davaları açmak, oluşturulmuş işlem olmadığı için eskilerin deyişyle “caiz” (yakışık alan) değildir. Mahkeme bizde olduğu gibi önce işlemin varlığını arar.*

*Öyleyse işlem nedir? Alman Hukukunda işlem kavramı önce doktrinde izlenir. Mevzuata idari işlemin girişine değin, idari işlemler hüküm, karar, emir; içeriklerine binaen tespit, ret, izin vb. isimlerle yansır. Nihayet idari yargı mevzuatında “idari tasarruf”(Verwaltungsakt) terimi iptal davası konusu bağlamında ele alınınca uygulama düzleminin en etkin kavramı haline dönüşür (VwVfG :§ 35 ve 43; VwGO: § 42 ve 113 I,1)..*

*İdari işlem, idarenin münferit işlemi bağlamında kişiselleşen tüm faaliyetlerini içerir. Yazarın dediği üzere bu kavrama geniş anlam verme yanlış olmaz ama yararsız çabadır. İdari işlemin bir çerçeveye sokulması, daraltılması zorunluluğu vardır<sup>36</sup>.*

*İdari işlem tanımlaması mevzuatta hemen aynı saptanmıştır: Kamu Hukuku alanında münferit bir olayı düzenlemek için idari makamlarca oluşturulmuş her tür işlem, karar, emir ya da başka önlemler, idari işlemi simgeler. Bir örnekleme: Değinilen 165 sayılı Tüzük; Berlin İdari Yargı Kanunu(VGG) md.19...*

*Bu açıklamalar ve tanım ışığında idari işlemin niteliklerini sayabiliriz:*

*Kamusal alanda idarenin hukuksal durumunda değişiklik üreten tek yanlı-emredici irade açıklaması (ki, sözleşme bu tanım dışında kalır); doğrudan hukuksal etki üreten (ki, ihtar, tebliği, niyet... gibi doğrudan etki üretmeyen işlemler hariç) idari işlemler; münferit somut olayları tanzim edici (ki, kanun, tüzük, yönetmelik... vb. idari işlem değil- genel hukuk kuralından ayrılan- somut, maddi veya hukuksal ilişkiyi düzenleyen ); idari yetkili makamlarca yapılabilen (Kamu Hukuku alanında bağımsız olarak kurulmuş olup yetkili kılınmış her makam) işlem olması.*

*İdari makam, yasama-yürütme ve yargı makamlarından ayrı olup idari makamın işlemleri de diğer erklerin işlemlerinden ayrılır. Ancak üç erkin de organları idari*

<sup>36</sup> FORSTHOFF, s.181 vd.



*işlem türü işlemler yapabilir. Bir kez mahkeme kararı uyumsuzluk çözücü (münferit durumu düzenlemez) niteliği işlemleriyle idari işlem niteliğinden ayrılır. Ve mahkeme kararları, sıkı biçimsel kurallara bağlı(sui generis işlemler) olup idari işlemlerden ayrılır. Özetle idari işlem, idari makamların münferit ve somut durumları düzenleyici ve tek yanlı emredici işlemleri simgeler<sup>37</sup>.*

### **b. İptali Olanaklı İdari İşlemler**

*Hukuka aykırı oluşturulmuş işlemler hakkında iptal davası açılırken, işlemin yapılması isteminin hukuka aykırı ret edilmesi(dikkate alınmaması) durumunda da ödev davası açılabilir. İşlemin hafif sakatlıklar taşıması (Unrichtigkeit), onun iptalini gerektirmez. “Kabili iptal” nitelik oluşturmaz. Örnek: İşlemden yazı ve isim, hesap hataları gibi. Bunlar zaten hak ihlali yapmaz. Şu var ki: Gereksinime uygun düşmeyen(unzweckmässig) işlem hukuka aykırılık üretmez. Bu nitelik ön inceleme (Vorverfahren) sırasında idarece dikkate alınır.*

### **c. ÖN İNCELEME (Vorverfahren)**

*İptal davası açılmadan önce bir idari işlemin hukuka ve gereksinimlere uygunluğu bir ön incelemeyle denetlenmeli (VwGO: § 68 ). Şayet idari işlemi yapma istemi ret olunmuş ise 1.fıkra kapsamı ödev davası için de geçerlidir.*

*Ön inceleme (medeni yargıdan fark etme), ya makamın görevi gereği ya da istem üzerine yapılır. Ancak bu safha, idari yargıda bir safhadır. Eğer kişi, hak ihlaline uğramışsa önce idari sıralı makamlardan (işlemi yapan makam, üst makam, kurul...) işlemin değiştirilmesi veya kaldırılmasının istenmesi zorunludur. Ön inceleme, kabul gören bir görüştür. İdarenin bu inceleme sonucunda verdiği karar kesin değildir. Muhatap itiraz edince ve ret kararı verilirse (itiraz kararı) yargı yolu açıktır. Burada önemli bir itiraz, idarenin ön incelemede davanın yargıca olması görüşüdür. Ancak yargı yolu açık olduğuna göre bu görüş uygun değildir. Dolayısıyla idareye itirazla hukuka aykırı işlemleri kaldırma ya da değiştirme olanağının pratik yararları da vurgulanabilir. Önce işlem, gereksinimi karşılama bağlamında denetlenmekte, sonra yargı yerinin yükü de azalmış olmaktadır ve davalar doğası gereği uzun sürmektedir. Ön inceleme bağlamında idari denetimde, yargı denetiminden gereksinime uygunluk (hukuka uygunluk yanında) bakımından sapma görülür. Gereksinime uygunluğu denetim öznel bir nitelik taşır.*

*Anayasaya uygunluk itirazı (ön inceleme kesitinin) GG 19.madde bağlamında varit midir? Madde hak ihlallerinde (kamu makamınca) yargı yolu açıktır der. Bir kere idari yargıya gitmeden böyle bir tepe norm bazında zorunluluk konması yargı yolunu koşullamakta mıdır? Bir görüş, hukuki koruma için bir sınır çekilmekte, önce idari başvuru yolu anayasa güvencesini dışlamaktadır. İşlem zamanında kaldırılmış olmazsa, yargı korumasından beklenen koruma yerine getirilmiş olmayacaktır. Anayasa*

<sup>37</sup> Bk.FORSTHOFF,s.188;ULE,s.92(Verwaltungsprozessrecht),154(Verwaltungsgerichtsbarkeit).

*hükümü karşısında kişinin hemen gitmesi gereken yolu, yargı yolu olmalıdır. Diğer bir görüş ise anayasaya aykırılık yoktur. Esasen “ön inceleme” idari makam kavramıyla çakışır. Asıl sorun yargı yolunun açık olmasıdır. Alman sistemi zaten çok basamaklı değildir(Avusturya örneği gibi tek basamaklı da olsa 19.maddeye aykırılık olabilir). Ön inceleme zaten idari yargının bir bölümünde içkindir. Alman Anayasa Mahkemesi de aykırılık tezini benimsememiştir<sup>38</sup>*

**ÖN İNCELEMENİN** hukuksal kapsamı, eğer bir bu safha cereyan etmemiş ise davanın görülemeyeceği anlamı (Klagevoraussetzung) çıkarılmamalıdır. Bu koşul bir usul hukuku sorunu değildir. Mahkemenin uyuşmazlık hakkında karar vermesi-verememesi konusu, usul hukuku ilişkisi doğumuyla ilişkili değildir. Bu ilişki dava koşulları(Prozessvoraussetzungen) bulunmasa dahi oluşur. Bu cümleden olarak ön inceleme, idari yargının karar vermesi için bir gerekli koşulu içerir. İtirazın süresi geçmiş değilse, davayı açtıktan sonra da itiraz olunabileceği olanaklıdır. Şayet mahkemede sözlü duruşma sonlanmamış ise ve idari makam karar vermiş olursa, yargı esasa ait karara imza atacaktır. Ancak ön inceleme yapılmış olmazsa kanımca bir karar verilemez<sup>39</sup>.

#### **d. ÖN İNCELEMENİN UYGULAMA alanı**

İptal davalarında (istisnalar hariç) ön inceleme gerekir. Tespit davasında söz konusu değildir (md.68). Ödev davasında, ilgilinin idareden işlem yapma isteği ret edilirse, istem karşısında susma olursa, bu dava için ön inceleme gerekmez. Her ödev davası için de ön inceleme gerekmez (md.68). ÖN İNCELEMEDE şu istisnalar sayılabilir: Özel durumlar kanunda yazılı değilse (md.68); idari işlem en yüksek federal-federe organlarca yapılmış ise; ön incelemede alınan itiraz kararı, üçüncü kişiyi yükümlendirmişse, bir itiraz davası açmadan önce ön incelemeye gereksinim gerekmez; işleme karşı itiraz etmekten feragat olunabilir. Feragat, sözlü bağlamda tutanağa geçirme olarak yapılabilir. Feragat idari yargı yolunu keser. Dolayısıyla değinilen istisnalar dışında gözlenir.

Ön incelemede, **şikayet yapma İŞLEMİN BİLDİRİMİNDEN İTİBAREN** (yapan makama) bir ay içinde yazılı ve tutanağa geçirmekle oluşur (md.69). İlk incelemeyi-işlemi yapan makam yapar ki, buraya başvuruya **ŞİKAYET** denmekte ve **ŞİKAYETTİN RET** edilmesi durumunda bir üst makam başvuruya da **İTİRAZ** (Widerspruch) denmektedir. (md.70). Eğer tebliğ yapılmamışsa, şikayetçinin bir biçimde işlemin içeriğini-kapsamını öğrenmesi yeterlidir.

<sup>38</sup> KNIESCH, NJW 576-577,1958; ULE, s.66,249 ve DVBI 536,1959; BVerfGE(Band 5,s.194 vd.).

<sup>39</sup> Bk. ULE, Verwaltungsprozessrecht, s.80 vd. , Verwaltungsgerichtsbarkeit,s.250 vd., DVBI 539,1959.

### e. ŞİKAYET KOŞULU

Yazılı biçimdir (yazılı ya da tutanağa geçirme). Yazılı biçimde şikâyet eden veya vekili imza koymalıdır. Mühür ya da daktilo yazısı ile imza geçersizdir. İlginç bir yargı kararında şikâyet süresi geçtikten sonra imza atılarak “ıslah” yapılabileceği bildirilir. *Başka kararda daktilo ile yazılmış (onaylanmış not) ve atılmış imza yeterli bulunmuştur. Zaten kanunda (VwGO md.82/1,2), noksanlıklar varsa yargıç tamamlama istemektedir. Şikâyet için de “ıslâh” kabul olunabilir görüşü vardır<sup>40</sup>. Nihayet şikâyetin yazılı mı veya sözlü mi yapılacağı idarenin takdirine bırakılmış değildir. Şikâyetçi iki yoldan birini seçebilir. Eğer hakkı kötüye kullanma olursa, idare sözlü şikâyetin tutanağa geçirilmesini ret eder. Tutanağın şikâyetçi imzasını gerektirmediğini savunan bir görüş bulunur. Ve tutanak yetkili kamu görevlisince tutulmuş olduğu anlaşılırsa, ama imzası eksik ise tutanak etkisini yitirmez görüşü ve bu görüşü paylaşmayanlar vardır. Telefonla şikâyet de kabul olunmaz, ancak hemen tutanağa aktarma söz konusu ise geçerli olacağını kabul eden görüş de bulunur. Ne var ki, kanun yazılı olma koşulunu arar. VwGO şikâyet dilekçesinde ŞEKİL koşulu aramakta ama içerik koşulu aramaz. Fakat dilekçede kaldırılma ya da değişim istenmiş idari işlem ya da işlem yapılması isteminin retti kararı vurgulanmalı.<sup>41</sup>*

*Şikâyet hakkında ön inceleme başlatılır. Denetim, idari işlemi yapan makamca (anlatıldığı gibi) şikâyet üzerine yapılır. Denetim maddi durum boyutlarıyla ele alınır. İptali istenmiş işlemin gerekçesi değiştirilebilir. Kapanmış işlem yapılmış konuda gerek maddi, gerekse hukuksal durumlara bağlı olma söz konusu değildir. Eğer şikâyetçi ile makam anlaşılırsa, şikâyetçi şikâyetinden vazgeçer ya da şikâyeti geri alır. İdare de iptali istenmiş işlemin yerine yeni işlem yapar. Ön inceleme süreci de sonlandırılır. Kuşkusuz yapılan şikâyet hukuka ve gereksinime uygunluk denetimi bağlamında haklı bulunursa kabul görecektir (§ 72VwGO). Dolayısıyla işlem ya kaldırılır ya da değiştirilir. Başka ifadeyle işlemin yapılması talebi ret olunmuş ise, istem yönünde işlem yapılır.<sup>42</sup>*

### f. İTİRAZ KARARI (Widerspruchsbescheid) sorununa gelince

*Şikâyet üzerine işlemi yapan makam, itirazı duyulmuş ya da dayanaklı bulmazsa, kuşkusuz bir itiraza uğrama kararına gereksinim vardır. İşte şikâyet üzerine değinilen ön incelemede işlemi yapan ve şikâyeti (istemi) ret eden makam birinci basamağı simgeler. İkinci basamak ise bireyin hakkında yapılan işleme yaptığı şikâyet verimsiz (akim) kalırsa, devreye girebilir. Ve şikâyetin amacı gerçekleşirse bir itiraza uğrama kararına gerek kalmaz. Bu karar, istemi içeren şikâyetin ret edilmesine yöneliktir. **İtiraz makamı işlemi yapan makamın üstüdür.** Üst makam ilgili Federasyon kapsamında mevzuatta ön görülmüştür. Şayet üst makam, en üst federal ya da federe makamsa, yapılan itiraz hakkındaki kararı işlemi yapan makam verir (§ 73/ (1), (2) : Widerspruchsbescheid).*

<sup>40</sup> Bk. Alexander KOEHLER, **Verwaltungsgerichtsordnung**, Kommenter, Berlin und Frankfurt, 1960 ve 1962 (OVG ve BVverwG Kararları için s-532-533 vd.).

<sup>41</sup> KOEHLER, s.533.

<sup>42</sup> KOEHLER, s.538.

FEDERAL Anayasa Mahkemesi, taraf olunmuş uyuşmazlığın hakimi olunamaz ilkesi bazında, idari makam da verdiği kararın yargıcı olamaz demmiştir.<sup>43</sup>

Özerk idari makam (Selbsterwaltungsbehörde) işlemlerinde, aksi kanunda kararlaştırılmamış ise, itiraz makamı özerk idari makamdır (§ 73/1-3).

Aşağıda değindiğim gibi itiraz kararında işlemin kaldırılması ya da değiştirilmesi olayı, üçüncü kişilere zarar verebilir, külfet yükümü getirebilir. Kanuna göre, kararı almadan önce adres sahibinin dinlenilmesi gereği vardır (§ 71:Anhörung von Dritten). İtiraz makamı, buna riayet etmez (ödevi yerine getirmeme durumunda) ise, alınan itiraz kararı hukuka aykırı olmaz. Burada koşul, dinleme ödevi keyfi nedenlerle (takdiri değil de) olmamalı.<sup>44</sup>

İtiraz kararı gerekçeli olmalı (§ 73/3). Gereksiz karar, yok hükmü oluşturmaz ama akıbeti, iptal davası (kabili iptal bir itiraz kararı olma) beklemektedir. Madde 73/3, **itiraz kararının tebliğ edilmesini** de içerir. Öyleyse karar yazılı olmalıdır. Kuşkusuz bildirim, dava süresini başlatır. Kararda (§ 73/3) kanun yolu da (Rechtsmittelbelehrung) vurgulanmalı. Bu hüküm 58.madde ile anlam kazanır. Çünkü ilgilinin karar ardından nasıl davranacağı belirtilir. **Örnek:** Sürenin bildirimiyse işleme (58/1). Kararda masrafların karşılayıcısı da vurgulanır. Noksan veya yanlış bildirimde (kanun yolunun), tebliğden, yüze karşı söyleme ya da ilandan itibaren 1 yıl içinde kanun yoluna başvurulabilir (58/2). Yanlış bildirim yetkili olmayan mahkeme bildirimiyse oluşur. Eğer tebliğde süreden uzun süre gösterilmiş ise bu sürede temyize gitmek kabildir.<sup>45</sup>

İptal davası açma süresi 1 aydır. Süre itiraz kararını bildirimle başlar. Kararın tebliği koşuldur. Eğer ön inceleme basamağı gerekli olmamışsa, süre idari işlemin tebliğiyle işlemeye başlar (§ 68, 74,84). Madde 60 bağlamındaki koşullar bulunursa “eski hale iade” istenebilir. Burada aranan koşul, davacının kusursuz olması gerekir. Bir engel bulunması gerekir.

## g. ÖDEV DAVASINDA SÜRE SORUNU

Ödev davası (Verpflichtungsklage) bağlamında yukarıda değindiğim gibi, Alman İdari Yargı mevzuatında iki dava türü isimlendirmesi olduğu izlenir: **1-Vornahmeklage** (ki, bu biçim idari işlemin ret olunması istemine karşı açılan ödev davasıdır), **2- Untätigkeitsklage** (ki, bu biçim de idarenin işlemleri yapma istemine yeterli sebep göstermeden gerekli bir sürede esasa ilişkin karar verilmemesi-hareketsiz kalınmasına yönelik açılan ödev davasıdır). Bu ikinci halde idari makamın hareketsiz kalmasında iki olasılık vardır: (a) Paragraf 75 kapsamı varsayımı ışığında, makamın karar vermeden işin sonunu beklemesi, (b) Paragraf 70 buw. Ve 74 bağlamında itiraz kararına yönelik iptal ya da ödev davasının açılması (bir aylık sürede).<sup>46</sup>

<sup>43</sup> BVerfGE, 377(Band 3).

<sup>44</sup> KOEHLER, s.537.

<sup>45</sup> ULE, **Verwaltungsprozessrecht**, s.119-120.

<sup>46</sup> REDEKER / von OERTZEN, s.382-383.

**SÜRE**, idari makamın işlem yapması istemi ret olunursa, itiraz üzerin vb. **Anfechtungs-oder Vornahme Klage** açmadaki süre, iptal davasındaki süredir (§ 70, 74/1). Bir itiraz üzerine ya da bir dilekçe vererek idari işlemin yapılması (uygulanması) hakkındaki istem bağlamında yeterli bir neden olmaksızın (uygun sürede) esas hakkında bir cevap verilmez ise **Untätigkeitsklage** ( idarenin işlemi yapmama-atıl kalma davası) açılır. İtiraza karar verilmemesi karşısında iptal davası yöntemi seçilebileceği gibi işlem yapılmaması ve isteme yönelik karar verilmemesi de ödev davasını devreye sokar.

### **Untätigkeitsklage:**

İlga edilmiş olan paragraf 76.maddede<sup>47</sup> DAVA AÇILMASI durumu şöyleydi: Bir itiraz = şikayet yapılmasından itibaren (ya da işlemin yapılması istemi dilekçesi verilmesinden) 1 yıl içinde dava açılır (§ 76 VwGO). Zorunlu saik(mücbir neden) ya da özel haller ve koşullar bağlamında 1 yıl içinde dava açmak olanaksız olursa bu dava açılmaz. Özel hal nedeniyle 1 yıllık süreye uyulmayabilir. Bir izin isteminde idare uygun sürede cevap vermez ise 1 yıllık süre dilekçe vermeye geçmiş olsa da idarenin atıl kalmasından ötürü dava açılabilir. Dava, kural olarak itiraz yapılması ya da bir idari işlem yapma isteminden itibaren 3 ay içinde açılmaz. Ama özel durumlar daha önce dava açmayı olanaklı kılabilir. Buna ancak yargı karar verebilir. Dava vakitsiz ika olunursa ret edilir. Karar verilinceye dek 3 aylık süre dolarsa "ıslâh" olma söz konusudur. Mahkeme süreyi geciktirebilir. İtiraz üzerine olumlu karar alınır ya da işlem yapılırsa uyumsuzluk çözülmüş olur. Eğer itiraz veya işlem yapılması için ön mesele çözümü gerekiyorsa belirli bir süre saptama isabet eder. Örneğin işlemin yapılması için Alman vatandaşlığında olma koşulu ( dilekçe verilmiş ama 3 y geçmiş cevap yoksa) aranıyorsa beklenir (§ 74-75, 161).

**Untätigkeitsklage** (ödev davası) açılması için bir **ön inceleme** (vorverfahren) gerekmemektedir. Madde 68 bağlamında sadece bir idari işlem yapılması istemi retti durumunda dava açılmadan bir **ön inceleme** ya da tabkikat yapılması ön görülmüştür. Öte yandan idari işlemin yapılması istemi bazında idari makamın karar vermemesi durumunda açılacak bir davada bir ön tabkikatın gereği vurgulanmış değildir. İdarenin işlem yapma dileği karşısında paragraf 75 kapsamında en erken dilekçe (itiraz-işlemi yapma istemi) verme sorunu bulunur ki, dilekçenin verilmesinde başlayarak 3 ay içinde dava açılmaz. Ancak hususi durum ve koşullarda (besonderer Umstände des Falles) süre geçmeden de dava icra olunabilir. Buna ancak yargı yeri karar verebilir. Böyle özel durumlar saptanamazsa dava açma dileği ret olunur. Mahkeme eğer itiraz veya işlem yapma istemi dilekçelerinin verilmediği zamanada yeterli bir gerekçe bulursa, bir süre saptayıp davayı bu süre sonuna bırakabilir( § 75). Masraflar kuralda davalıya yüklenir (§ 161). Karar verilmiş olmazsa süre uzatılabilir. Ya da esasa girme mahkemenin insiyatifindedir. Ancak süre içinde dilekçe istemleri (itiraz veya işlem yapma) ret edilirse, yargı yeri esas karar için inceleme yapacaktır.

<sup>47</sup> REDEKER... s.388.

Mahkemenin bulacağı yeterli nedene göre süre saptayıp davayı geciktirebilir mantığı Almanya'da içtihatlarla oluşturulmuştur. Örneğin idari makamın 3 ay içinde karar vermesi olası ise kanuna göre yeni bir neden gösterme fikri vardır<sup>48</sup>. Diyelim ki: Davacının itiraz-işlem yaptırma istemleri hakkında karar almak için bir ön mesele çözümünü söz konusu ise ve bir mahkemede dava konusu olmuş ise yargıcın belli bir süre saptaması mantıksaldır. Örnek vatandaşlık başvurusunun çözülüp çözülmemesi söz konusu ise mahkeme bekleyebilir.<sup>49</sup>

## h. Davalı sorunu (HUSUMET)

İptal davası, işlemi yapana, ödev davası ise işlemi yapmayan makamın bağlı olduğu Federasyon, federe devlet ya da kuruluşa açılır (§ 78 I). Kuruluş (teşekkül) kavramı geniş alınır. Kamu kurumları da bu kavrama girer.<sup>50</sup>

### 1. İptal Davası Konusu: İRDELEME

Kural önce idareye başvurudur. Sonuç alınmaz ise bu dava açılır. **Ön inceleme** gerekli değilse, işlem dava edilebilir. Eğer **ön inceleme** yapılmış ise dava konusu, esas itiraz kararı bazında oluşan durumdur (§ 79). İtiraz kararı bağlamında davacının itirazı ret olmuşsa, iptal davası işlemin kaldırılmasını hedefler. İtiraz kararı değişiklik getirmiş ise söz konusu olan işlemin aldığı biçimdir. Şayet itiraz kararı ilk kez üçüncü bir kişiyi hak zedelenmesine sevk ediyorsa (§ 79) ya da ek bir zarar üçüncü kişiye yönelmiş oluyorsa sorun tek başına iptal davası konusu olabilir. İtiraz kararı usul hükmüne çelişirse, zarar bağımsız bir sorumluluğu simgeler. Örneğin itiraz makamı yetkisizse, maddi durumu yeteri aydınlatmama, sözlü durumun bozulumu, gerekçenin yazılması vb.

Genel olarak iptal davası, bir ön inceleme yürütülmesine göre, ilk önce idari makama itiraz kararı bağlamında idari işlem yapılmasının ret edilmesi üzerine dava açılır. İşlemin iptalinde yenilik doğurucu dava olan iptal davası konusu kanunla düzenlenmiş olmalıdır. Ki, paragraf 79 ve 78 sorunu yansıtır. Ancak değinildiği üzere Vornahmeklage türünde uygun bir düzenleme görülmez. Çünkü dava edilecek kuruluşu veya makamın belirtilmesine uygun bir düzenlemeye gereksinim vardır. Belki burada tespit veya eda davası devreye girebilir<sup>51</sup>.

Yineleme pahasına ilk önce **idari işlem dava konusu oluşturur** saptamasını yapmalıyız. Bir itiraz kararıyla oluşturulan idari işlem formu, esaslı işlemdir. Bu temel kuraldır. Kanun iki basamaklı idari işlemleri birlik içinde karşılar ve davacının şikayetinden doğan en büyük önemi esas alır. İtiraz kararının hangi dava türü ön incelemede geçerlidir ( sadece iptal davası değil, aksine eda ve tespit davası gibi Vornahmeklage

<sup>48</sup> Bk.NJW 1340, 1959 (BFH 03.03.1959).

<sup>49</sup> ULE, **Verwaltungsprozessrecht**, s.118.

<sup>50</sup> Bk. ULE, **Verwaltungsgerichtsbarkeit**, s.269-270 vd.

<sup>51</sup> ODEKER... s.394.



de )? Sorusunda bu karara göre açılan dava daima iptal davasıdır. Eğer bir üçüncü kişi itiraz kararına ilk kez şikâyet ediyorsa, dava konusu bu itiraz kararıdır. Özellikle bu durum, çift etki üreten bir idari işlem oluşumunu tetiklemez. Dolayısıyla idari davranış üçüncü kişiye zeval verdiği için onun da iptal davası açma hakkı doğar. Üçüncü kişinin itirazı, çift etkiyle lehe bir idari işleme karşı yönelir.<sup>52</sup>

Aslında işlem ve itiraz kararı birbirini tamamlar. Ama yoğunluk işlemindedir. Bu iki format birlikte mi yoksa ayrı olarak mı iptal olunacağını BETTERMANN 4 biçimde vurguluyor: **1-** İşlem, itirazla kalkıyorsa, karar aleyhine işlemde yarar sağlayan iptal davası açar (Örnek: İdari işlem kiranın yükseltilmesi iznini sağlıyor; kiracı itiraz ediyor ve itiraz kararıyla izin kalkıyor ve kiralayan iptal davası açabilecektir, çünkü itiraz kararı esas işlemin dışında üçüncü şahsa bağımsız zarar veriyor), **2-** İtiraz kararı idari işlemi değiştirirse itiraz kararı yeni bir idari işlemde. Çünkü tartışmalı olan yeni somut bir durum üretilmiş olmaktadır. Bu düzenlemenin kısmen ya da tümüyle yapılması fark etmez. İtiraz işlemin ürettiği zararı kaldırmamakta ve yeni bir yüküm getiriyorsa, bu sorumluluğa yönelik dava açılır. Düzenleme üçüncü kişinin zararına olmuşsa, üçüncü kişinin dava konusu da itiraz kararı olur, **3-** İtiraz uğruna verilen karar, itirazı ret etmiş ise, sadece işlem aleyhine dava açılır. İşlemin iptali, itiraz kararını anlamsız kılar. Burada dikkat edilmesi gereken, idari makam (ön incelemede) hukuka aykırılık yanında gereksinime aykırılık-uygunluk denetimi yapmamışsa mahkeme bunu dikkate alacaktır ve yerindelik denetimine ortak olacaktır. Mahkeme takdir yetkisi alanına kuşkusuz girmemelidir. Başka bir sorun da bir itiraz halinde idare, işlemin yapılmasından sonra oluşan maddi-hukuki değişimleri dikkate almadan ret kararı vermiş ise dav konusu, işlem mi, itiraz ret kararı mı olmalı? Burada iki durumu birlikte ele almalıyız, savunmasına katılma olabilir, **4-** İdari işlem hakkındaki itiraz kararının kısımlarında sıkı geçişme yoksa işlem kısmi olarak kaldırılabilir. Üçüncü kişi itiraz kararına muhatap olarak kısmi iptal kararıyla zarara uğramış olursa, alınan itiraz kararına dava açmaktan başka çaresi kalmaz<sup>53</sup>.

### **i. Ve ödev davasının konusu**

Paragraf 42, iptal ve ödev davalarını ayırmıştır. Paragraf 79 sadece iptal davası konusunu (Gegenstand der Anfechtungsklage) düzenler. Şu var ki: Hüküm belirli bir idari işlemin idareden yapılmasının istenmesinin ret edilmesi durumuna karşı açılmış ödev davasında da uygulanır.

### **k. Uyuşmazlık Konusu**

Önce şu sorunu çözmeli: Dava ve uyuşmazlık konuları nedir? Bu iki konu ça-

<sup>52</sup> Çok bilgi için bk. ODEKER...394-396.

<sup>53</sup> Bk. K.A.BETTERMANN, "Verwaltungsakt und Rechtsmittelsbescheid als Gegenstand der Anfechtungsklage", NJW 81 vd., 1958 (Yazar itiraz kararı yerine "Rechtsmittelbescheid" sözcüğünü kullanır. Yargı yoluna gitmeden önce verilmiş kararları (ret, itiraz, şikâyet..) içerdiği söylenebilir.



kışmaz mı? Bir kez uyuşmazlık konusu, dava taraflarının anlaşamadığı ve anlaşmazlığı sadece geçerli olarak yargı yerinin çözümleyeceği sorun ya da eski deyişle “ihtilâftır”. O nedenle, iptal davasında uyuşmazlık konusu, idari işlem, işlemin düzenlediği olay değildir diye vurgulamalar vardır. BETTERMANN’a göre, uyuşmazlık sorunu, davacının öznel iptal ettirme hakkının varlığıdır. Başka deyişle idari işlemin kaldırılması iddiasını sunmadır. Çünkü diyor, idari işlemin hukuka aykırılığı sorunu bir “ön meseledir”. Yani uyuşmazlık konusu değildir<sup>54</sup>.

ULE ve bazı görüş sahibi, asıl sorunun işlemin hukuka aykırılık ve davacının haklarının idari işlemle ihlâl olup olmadığı noktasında toplandığıdır. İptal davası ile işlemin hukuka aykırılığının saptanması ve işlemin kaldırılması söz konusu edilir. Ve işlemin iptali istenmektedir. İptal davasının tamamlayıcısı ödev davasında ise, işlemin yapılması isteminin hukuka aykırı ret edilmesi ya da idari makamın istem karşısında atıl- susmuş olmasıdır. İşte bu davayı, hakkı zarar gören açacaktır. Demek ki, **nesnel hukuka aykırılık uyuşmazlık konusudur**. Oysa BETTERMANN, bu saptama tek başına işlemin kaldırılması bazında bir iptal nedeni olamaz demektedir. Kanımca kişi hak ihlâline uğramalı yaklaşımı için iptal davası üretilmiştir. Uyuşmazlık konusu asıl buraya yönelik çözüm temelini oluşturur. Ve dava konusu ile uyuşmazlık konusu hak zedelenmesi çakışmasıdır. İptal davası kabulü için bulunması gerekli koşulların ( görev, yetkili yargı, ön inceleme, dilekçe biçimi... gibi) usul ve şekil kuralları bağlamında ele alınması savunulabilir. Asıl temel, hak zedelenmesi sebebinin sonlandırma olup işlemin verdiği zararı sıfırlamaktır. İşlem nesnel niteliğiyle hak bozulmasını üretmiş değilse dava açmanın davacı açısından yararı olmayabilir. Çözüm bağlayıcı etki üretir. Memur hakkında bir sorumluluk çözümü başka yargı yerlerinde dikkate alınır. Ya da çözüm ön mesele çözümünü tahrir edebilir.

**Maddi ve hukuki durumun değişmesi:** İptal davasında bir görüşe göre, davacı yapılan işlemle haklarına karışma olduğu savılır. İşlemin yapıldığı andaki maddi ve hukuksal durumun geçerliği önemlidir. İşlem sonradan değişimle hukuka aykırı olmaz. Örnek: İçkili- sarhoş olarak çalışma yerine gelen kişinin ihracı nedeniyle açılan iptal davasında duruşma sırasında içkiyi bırakması durumunda davanın reddi gerekmez mi? ULE, bu vazgeçme sorunu çözmez der. İhraç işlem yapılma nedenidir. Ve bu an dikkate alınmalıdır. Ama diyelim ki, geçmişe etkili bir mevzuat çıkarılsa ve geçmişe etki üretmesi hükmü taşımış olsa, yürürlüğe girince önceden yapılmış işlem sebebi kalktığı varsayımı devreye girecek mi? İdari makam bu yeni düzenleme ile artık ihraç kararını kaldıracaktır.

Alman örneğinde, ikameti yasaklanmış bir yabancı (Auslander) iptal davası açar ve kazanır. Uygulama istenince mahkeme işlem sırasında davacının Alman vatandaşı olmaması nedeniyle davayı ret eder. Ancak davacı bir ödev davası açabilir<sup>55</sup>.

<sup>54</sup> Aktaran ULE, *Verwaltungsprozessrecht*, s.112.

<sup>55</sup> Bk. ULE, *Verwaltungsgerichtbarkeit*, s.366-368; Otto BACHOF, Zur ma geblichen Rechts- und Sachlage bei Anfechtungs- und Vornahmeklagen, *NJW* 301-302, 1958.

*Hukuki değişiklik idari makama işlemleri kaldırma –değiştirme olanağı sağlar mı? Burada konmuş hükmün zaman bazında geçerli iradeyi simgeleme konusu söz konusudur. Sorun bir maddi hukuk sorunudur. Örneğin değişimleri yeni kanun ön görmekte midir? Mahkeme işlem yapılma zamanına mı yoksa yeni kanun hükmüne mi itibar edecektir? Yeni düzenlemeye bağlı olunamaz. Çünkü “makale şamil kanun olmaz” diyen BACHOF, İPTAL VEYA ÖDEV DAVASI AÇMA BAğLAMINDA BİR FARK gözetilemez demektedir. İşlem henüz icra olunmamışsa idarenin işlemi kaldırma yetkisi bulunur. Mahkemeye işlem iptal için gidildiğinde, işlemi kaldırma yetkisinin de hüküm anında devam edeceği istemine karar verilmesi istenecek. Ve yeni kanun iradesi böyle bir kaldırmaya yer verecek. Bu halde maddi durum değişmiş olsa da uygulama olabilecektir. Örnek, bulaşıcı hastalığa tutulan birisinin çalışma ruhsatı alınmasına karar verilmiş ama henüz uygulanmadan hasta iyileşmiş ve iptal davası açmıştır. Ancak mahkeme hüküm anında iyileşme olmasına karşın, işlemin iptaline karar almıştır<sup>56</sup>*

*Uygulamada Federal İdare Mahkemesi, yürürlükte olan mevzuatı dikkate alma eğilimini değiştirmesine şu örnek gösterilebilir. Örnek: İnşaatın yıkımı kararı verilir. İşlem daha uygulanmadan inşaatlar için yeni düzenleme yapılır. Ama yıkma kararına karşı da iptal davası açılır. Ancak gerek başlangıç, gerekse istinaf yerinde eski düzenleme bağlamında ret kararı verilir. Temyize gidildiğinde, temyiz yeni hukuka göre karar alınmasına hükmeder. Bu olayda gözlenebilir ki, icra edilmemiş işlem için yeni hükümlerin uygulanmasının daha gerçekçi olacağı savunulabilir.*

**(Şimdi BİLGİ SUNUMU arkasından yeniden yukarıdaki (4) numaralı başlığa dönelim !)**

### **(Değerlendirmeleri Sürdürme)**

#### **a. Esas**

İptal ve ödev davalarının yekdiğerine (karşılıklı) iştirak etmediği ama tamamlayıcı olduğu da esaslı bir durumdur. Davaların birbirlerine dayanışma nispetinde yardımı yoktur, aksine alternatiflik bağıntısından-nispetinden söz edilebilir. Davanın amacı daima her davacının görüşüyle ilgilidir. İptal davasıyla davacı idari işlemin kendisine yüklediği sorumluluktan-yükümden kurtulmak için dava ıka eder. İşlemin davacıya yüklediği kötü durumun bertaraf edilmesi amaçlanır. Davacı, iptal istemiyle eski durumuna dönüş (Rückkehr) istemektedir( zum status qua ante). Davacı işlem vasıtasıyla uğradığı olumsuzluktan olumlu bir duruma geçmeyi ya da işlemin bertaraf edilmesini istemekle işlem öncesi duruma geçmek istemektedir. Onun için iptal davası, tam / yerinde olan bir dava türüdür. Koruyucu-lehe olan bir idari işlemin yasal tanımlanmasına yardımcı olan bir sınırlandırma § 48 I 2 'de (VwVfG) öngörülmüştür: Bir hak veya hukuki önemli (“şayanı kayıt”) bir yarar sağlayan veya gerçekleştiren “bir hukuki tasarruf”. Böylesine koruyucu-lehe olan idari işlemin ret edilmesine göre de ret durumunun bertaraf edilmesi değil, aksine asıl dava amacının (karşı davanın yasağı) kendiliğinden bağımsız koruyucu

<sup>56</sup> Bk. BACHOF, s.303-304.

işlev görmesidir. Bir yük yükleyici idari işlemin ret edilmesi tabirinde yanlış anlama mahsulü (“suitefehhüme yer veren) söz konusudur. Çünkü sonuç olarak bir yüküm yükleme değil, aksine orta yerde bir koruyuculuk-lehe durum mevcut değildir. Ortada gerçek dava türü olsa olsa adı geçen ÖDEV DAVASIDIR.

### **b. İşlemin muhatabına kısmi yüküm getirmek**

Eğer kişiye kısmi yük getiren kararlar alınmışsa, bunlara karşı açılacak davalarda öyle büyük güçlükler yoktur. Bu durumda işlemin muhatabı davacı, yüküm getiren kısmın bertarafını ister. Burada kanuna uygun dava türü kuşkusuz iptal davasıdır. Buna karşı davacı, noksansız bir koruma sağlamayı- ister, sözünü dinletmeyi ister ve dolayısıyla ödev davası ikame edilmelidir. Örnek: İptal davası aşırı bölümü bakımından yüksek masraf çıkaran bir kararda; yanlış hesaplanmış bir sosyal yardımın ret edilmiş kısmı için ödev davası söz konusu olmalıdır.

### **c. İşlemin üçüncü kişilere yük yüklemesinde dava hakkı**

Amaç olarak davacıların perspektifiyle lehe durum gereği sonuca daha çok iş-trakçilerin üçgen bağıntısıyla da ulaşmak olanaklıdır. Eğer idari işlem üçüncü kişilerin hakkını zedeliyorsa, üçüncü kişiye etki kuramı bağlamında zarar gören işlemin kaldırılmasını-iptalini isteyebilir. Çünkü söz konusu işlem ona bir yük getiriyor. Dolayısıyla üçüncü kişi işlem hakkında bir iptal davası ikame edebilir. Bu durum dava açma süresiyle bağıntılıdır. Eğer işlemin iptali için bir süre izni varsa, bu süre üçüncü kişi için de geçerlidir. Paragraf 42 a, iptal kararı vermek için saptanan dava açma süresinde üçüncü kişinin dava açabileceğini belirtir (dava açma izin süresi fiksasyonu). Yine aynı fıkrada (42a-1), süre hukuksal kuralla düzenlenmiş ise, dava dilekçesi o sürede verilmelidir. İdari işlemlerin mevcut gücü hakkındaki hükümler ve hukuki önlem alma usulüne koşut geçerli uygunluk içerir.<sup>57</sup> Üçüncü kişi, komşusunun ona yük yüklemesi bağlamında onun kendine özgü haklarının zarar görmesi halinde bu zararın kaldırılmasını gidermek-bertaraf etmek hakkını kullanabilir. Bu durumda iptal davası dikkate değer bir işlev görür. Eğer izin gerekli değilse de aynı biçimde bu dava geçerli olur (izinli sayılma özgürlüğü).

**Örnek:** Bir inşaat yapma ruhsatı alınmasına karşı, inşaata komşu kişinin iptal davası açma özgürlüğü bulunur. Dava, sestem koruma sorumluluğu taşıyan komşunun sorumluluğuna yönelik ise bu bir ödev davası (Verpflichtungsklage) biçimidir<sup>58</sup>.

Tercih edilen bir idari işleme karşı zarar görenin ödev davası aracını kullanması yöntemini üçüncü kişi zarar gördüğünde ( davacıların içtimaı- üçüncü kişinin “müsabık” olması hali) kullanabilir. Bu duruma “pozitif rakipler” davası (“positive

<sup>57</sup> Bk. § 42 a VwVfG.

<sup>58</sup> Bk. NVwZ 534,1988 (BVerwG).

Konkurrentenklage”) denmektedir. Burada kural olarak rakiplerin ortak bir noktada dava açma bağlamında korunmasının bertaraf edilmesi değil, aksine izinli sayılma gibi kendine özgü bir isimlendirme söz konusu edilir. İptal davası, eğer sırf davacıya yönelik onun rakibinin lehine durumu bertaraf etmek içinse - takriben rekabet sebeplerinden- sadece o zaman onunla ilgilidir (“negative Konkurrentenklage”).

#### **d. İşlemin geri alınması veya kaldırılmasıyla iptal - itiraz kararının iptali**

İdari işlemi yapan makam, işlem hakkında bir yakınmayı işitilmiş (mesmu) ya da dayanaksız görmez ise bir itiraza uğrama kararına- itiraz kararına (Widerspruchsbeseheid) gereksinim vardır.

Davacının amacı, kuşkusuz aykırılık içeren bir idari itiraz kararının mevcudiyetini dava türüyle de belirleyebilir. Bu durum yükümlülük getiren işlemi güçlendirir ya da “legalize eder”. Bu cümleden olarak iptal davası açma kanuna uygun yoldur. İtiraz ya da ret kararı veren makamın bir inşaat sahibini yükümlendirici koruma sorumluluğunu ret etmiş olursa, inşaatın varlığıyla zarar görebilecek komşusu o nedenle hakkını mücadeleyle kazanmak için bir *ödev davası* açmak zorunluluğu doğar. Bir inşaat ruhsatının itiraz makamınca komşu itirazıyla kaldırılması, konunun geri çevrilmesi-ruhsatın hükümsüz kılınması ancak doğmatik güçlükle tanzim olunabilir. Bu cümleden olarak bir iptal davasıyla inşaat sahibinin engellenmesi bağlamındaki itiraz kararı hukuka uygun duruma dönüşür. Bu başarı yeniden itiraz olunan (aykırılık üreten) idari işlemin yeniden kaldırılmasıyla ya da geri alınmasıyla gerçekleşir<sup>59</sup>. Bu durum, aynı yönde bir lehe durumu içeren idari işlemin geri alınması ve kaldırılmasına karşı hukuku koruma bağlamında geçerlidir.

Burada pürüzlü-güç doğmatik olan bu yeniden canlanmanın (“Wiederaufleben) düzenlenmesinin ya da tanziminin “esbabı mucibesini” eşgüdümlü hale sokmak(gereken nedenleri göstermek) öne çıkıyor. Şurası muhakkak ki, kaldırılan itiraza uğrama kararı henüz kesinleşmedikçe geçerli olduğu da ortadadır. Ancak bir idari işlem kaldırıldığında etki gücü bertaraf edilmiş olur<sup>60</sup>. İşlemin asli koruyuculuğu-lehe durum görüşünden hareketle itiraza uğrama kararının verilmesine kadar iptal edilme etkisiyle bertaraf edilen-düzeltilen askıdaki durum- kaldırmadan-kaldırmaya- oluşacaktır. İşlemin kaldırılması-tersine işlem kuramı- halinde, ileriye doğru etki eder. Şayet itiraz kararı yargıca iptal olunmuşsa, geriye etki nedeniyle askıdaki durum aralığı son bulacaktır.<sup>61</sup>

İdari işlemin etkilediği üçüncü kişi, basit seri bir girişimle (baskın) iptal davasını ikame etmek, kural olarak bir davanın gerekliliğinde de “geri alma” yani

<sup>59</sup> Bk. HUFEN, s.203 ve W-R.SCHENKE, *VwProzR*, Rn.239,281a

<sup>60</sup> § 43 II VwVfG.

<sup>61</sup> Aktaran HUFEN, s.204.

işlemin koruyuculuğunun kaldırılmasındaki ödev de önden gitme işlevidir. Böylece bir üçüncü kişinin bir inşaat ruhsatının geri alma ya da kaldırma amaçlı davası, şurası muhakkak ki bir iptal davası gerçekliğinde-olayında ve sadece böyle bir hukuka- kanuna uygunluk bazında onun varlık gücünün başlamasına kadardır. Üçüncü kişinin menfaatini ilgilendiriyorsa (idarenin bireysel somut olayı düzenleme işlemine karşı) Ödev Davası( mevcut gücünün başlamasına göre geri alma veya kaldırma bağlamında) gerçi kanuna uygundur. Ancak bu sadece değişik bir konu veya hukuksal durumu nazar-ı dikkate almak mülahasasıyla olabilir. Çünkü her ne olursa olsun dava hakkı kullanımı için süre önem taşır. Aynı şekilde dava için bir teminatın kaldırılması da geçerlidir. Davacı , her iki halde amacına, icraata mahkumiyetle (edimsel mahkumiyet) değil, aksine işlemin geçerli- koruyucu niteliğine son vermayla, başka anlatımla, işlemi iptal-kaldırmayla ya da bir bozmayla (nakız) ulaşabilir.<sup>62</sup>

#### e. İptal davasını izalasyona uğratma ya da ayırmak

Kendisine bir şey gönderilmiş olanın, ret edilen veya sadece kısmen kabul görmüş (adres sahibi) bir şikayetin (talep) ret edilmiş işleminde, koruma-lehe durum bazında rettin ve ödevin iptali arasında normal durumda bir seçim yoktur. Davaların sıklığında da iptal ve ödev davaları dikkate değer görülmez. Her iki halde çoğu kez ödev davası kanuna uygun ya da caiz olur.<sup>63</sup>

Davanın amacında, kabul –ikrar olunan değerlendirici gerekçelerden rettin bertarafını sınırlayan durumlar da bulunabilir. Çünkü davacı, henüz bir koruyucu yarar sağlamaya gereksinim istememektedir. Ancak ret olgusunun etkisi bertaraf edilmelidir. Çünkü bir korumanın ret edilmesi, gerçi maddi varlık gücünden husule gelmez. Örneğin eksik bir inşaat yapma yüzünden bir koruma bazında hak mevcut değildir. Ancak daima bu durum tespit olunabilir. Burada münferit olaylarda kanuna uygunluk taşıyan ve ret edilmiş kararların (aynı zamanda korumada ödev davası olmadan) izole iptal davası görülebilir ve bir dereceye kadar bir idari işlemin ret edilmesi olayında mevzu bahis olan bir olgu izlenebilir<sup>64</sup>. İdari işlem koruyuculuğunun retti olaylarında açık kavramsal gerekçeler bağlamında izole edilen iptal davasını sınırlandırma söz konusu olmalıdır. Dava İşlemin yük getirici bölümüne karşı veya ilk kez muhataba yük yükleyici itiraz uğruna karar, bir izole edilmiş iptal davası için söz konusu değil, aksine yükümlendirici bölüm için iptal davası söz konusudur.

Nihayet iptal davasının Alman Hukukunda incelenmesi gereken şu konuları vurgulamalıyım: Müdahalenin-el atmanın önlenmesi davasında sınırlandırma konusunda münferit soru sorma; iptal davası ve norm denetiminin sınırlandırılması bazında münferit soru sormak; noksanlık taşıyan dışa etki yapma konularına sınır koyma;

<sup>62</sup> HUFEN, s.204.

<sup>63</sup> Bk.BVerwGE 37,151 (aktaran HUFEN, s.204).

<sup>64</sup> Bk.LAUBINGER, FS (Festschrift(für) Menger 1985,449;HUFEN, s.204.

bir idari işlemin bir bölümünün iptali davasına sınır çekme; itiraz kararının iptaline sınır çekme (§ 79 I Nr.2 und II VwGO); yakın hüküm ya da tariflerin iptali konuları ve alt başlıkları incelenmeye değer konular olarak görülmektedir.

### SONUÇ:

Bir idari işlem, kişinin hakkını zedelemiş ise önce ilgili idari makama başvurulup işlemin kaldırılmasını veya değiştirilmesini istemek, kişisel hak kullanımı gereğidir. Alman Hukukunda idarenin davranışıyla oluşan hak zedelenmesinde ilk önce idareye başvurularak bir “ön inceleme” yaptırma kabul gören bir görüştür. İdarenin verdiği kararlar kesin değildir. Hakkı zedelenen kişiler, idareye başvurusu idarece ret edilirse ( itiraz kararı) ya da idarenin cevap vermeyip sessiz kalmasına karşı yargı yolu açıktır. İdarenin ön incelemesini, dava yargıcısı olarak değerlendirenler vardır. Oysa idari davranışlara (işleme) karşı idare dava yargıcısını göstermiştir. Ön inceleme mahkemenin yükünü azaltmaktadır. Şayet idare istemleri ret ederse ön inceleme gerekmez. Aslında idari işleme, idareye itiraz kararı birbirlerini tamamlar.

Alman idari yargısında **iptal ve ödev davaları** hak ihlallerini yok etmek için öngörölmüş araçlardır.

Bizde ise idareden işlem yapmasını isteme kuralı yoktur. Zaten bu yönde Danıştay içtihadı vardır. Ancak idari usul kanunumuz yoksa da İYUK'da (md.11) dava açmadan önce işlemin geri alınması, kaldırılması ve değiştirilmesini isteme hakkı bulunur. Ama bu düzenlemeye karşın sonuca ulaşmak sıkıntılıdır. Oysa Alman Hukukunda hukuk devleti gereği olarak, vatandaşa hizmet sunması gereken idareden olumlu davranış bekleme bağlamında hakları zedelenenlerin idareyi gereğini yapmaya zorlaması çözüm için kabul gören bir anlayıştır. Kanun gereğidir. Esasen mahkeme kararlarının mevzuata karşın uygulanmama durumundan yakınılan bir ortamda idareyi işlem yapamaya zorlamanın ne kadar doğru olacağı da söylenebilir. Ancak sorun hak zedelenmesi yapan ve hizmet sunan idareleri hakkı teslim etmeye de zorlamak hukukun üstünlüğü anlamına gelmelidir.

İdarenin işlemlerinin denetimi hiç kuşkusuz insan haklarına dayanan bir yaklaşımın onsuз olmazdır. Ama bu aracın işletilmesi de o denli önem arz etmektedir. Söylem eyleme yansıtılmalıdır. Ve hukuk devleti olduğunu yansıtan bir anayasal düzenin hakları idarece zedelenmesinin önüne geçmek için idari davranışların hiç kuşkusuz kanuna uygunluğu karinesinin pratiğe yansıtılmasını içeren hukuka uygun koruyucu işlem yapma usullerini içtenlikle ele almalıdır. Kanunlar yetmez, kanunlara uygunluğu sağlayan araçların sağlanması ve kanunlaştırılması hep söylediğimiz hukuk devleti ölçüğünün gereğidir. Tekrarlayalım: Usul esaslı belirler.

**KAYNAKÇA**

- P.BADURA, H.U.ERİCSEN, W.MARTENS, I.v.MÜNCH, F.OSSENBÜHL, w.RUDOLF, W.RÜFNER, J. SALZWEDWL, **Allgemeines Verwaltungsrechts**, Berin Newyork, 1986.
- R. SARICA, **İdari KAZA**, C.I,1949.
- İ. GİRİTLİ, P. BİLGEN, **İDARİ KAZA Ders Notları**, İstanbul 1966.
- F. HUFEN, **Verwaltungsprozessrecht**, 8.Auflage, München 2011.
- E. FORSTHOFF, **Lehrbuch des Verwaltungsrechts**, München Berlin 1961.
- E.R. KOEHLER, **Verwaltungsgerichtsordnung**,Kommentar, Berlin und Frankfurt, 1960,1962.
- C. H. ULE, **Verwaltungsprozessrecht**, Müchen Berlin, 1960.
- Verwaltungsgerichtsbarkeit, Berlin 1962.
- “Verfassungsrecht und Verwaltungsprozessrecht” DVBI 1959, s.536.
- E.MEMİŞ, **Demokratik ve Sosyal Hukuk Devletinde İdare ve İdare Hukuku**, İstanbul 2014.
- K. August BETTERMANN, “Verwaltungsakt und Rechtsmittelbescheid als Gegenstand der Anfechtungsklage”, **NJW** 1958.
- REDEKER/ von OERTZEN, **Verwaltungsgerichtsordnung**, 9.Auflage, Stuttgart Berlin Köln Mainz 1988.