

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Ekseninde
Alman İdari Yargılama Hukukuna Özgü Bir Dava
Türü: Yükümlülük Davası

Ahmet Çağrı YILDIZ

2501151383

TEZ DANIŞMANI

Dr. Öğr. Üyesi Cenk Yaşar ŞAHİN

İSTANBUL – 2019



T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



YÜKSEK LİSANS
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : AHMET ÇAĞRI YILDIZ Numarası : 2501151383
Anabilim Dalı / Anasat Dalı / Programı : KAMU HUKUKU Danışmanı : DR. ÖĞR. ÜYESİ CENK YAŞAR ŞAHİN
Tez Savunma Tarihi : 02.09.2019 Saati : 13.00
Tez Başlığı : TÜRK HUKUKUNDA UYGULANABİLİRLİĞİ EKSENİNDE ALMAN İDARİ YARGILAMA HUKUKUNA ÖZGÜ BİR DAVA TÜRÜ: YÜKÜMLÜLÜK DAVASI

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 36. Maddesi uyarınca yapılmış, Sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin KABULÜNE OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1-PROF. DR. AYDIN GÜLAN		KABUL
2-PROF. DR. MELİKŞAH YASİN		KABUL
3- PROF. DR. HAMİDE ÖZDEN ÖZKAYA FERENDECI		Kabul
4-DR.ÖĞR. ÜYESİ CENK YAŞAR ŞAHİN		Kabul
5- DR.ÖĞR. ÜYESİ HALİT UYANIK		Kabul

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1-PROF. DR. NUR ZELİHA KAMAN		
2-PROF. DR. BİLGEHAN ÇETİNER		

ÖZ

Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Ekseninde Alman İdari Yargılama Hukukuna Özgü Bir Dava Türü: Yükümlülük Davası

Ahmet Çağrı YILDIZ

İdarenin, bireylerin sübjektif kamusal haklarının gerçekleştirilmesine yönelik yükümlülüklerini yerine getirmemesi karşısında bireylere sağlanan yargısal koruma bağlamında Alman ve Türk idari yargılama hukuku sistemleri karşılaştırılması çalışmanın konusunu teşkil etmektedir. Karşılaştırmanın metodu olarak öncelikle yükümlülük davasının Alman idari yargılama hukuku içerisindeki yeri, işlevleri ve uygulanma alanları aktarılmış; daha sonra Türk hukukunda aynı işlevlerin karşılanması amacıyla kullanılan araçlarla karşılaştırılarak bir değerlendirme yapılmıştır. Bu değerlendirme sonucunda her iki hukuk sisteminin birbiri karşısındaki durumu belirlenmeye çalışılarak yükümlülük davasının Türk hukukunda uygulanabilirliğine ilişkin hem kararların uygulanması hem de yargılama süreci bakımından idari yargının etkinliğinin artırılması bakımından kanaatler ortaya konulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Alman İdari Yargılama Hukuku, Yükümlülük Davası, Sübjektif Kamusal Hak, Yargısal Emir, Etkili Yargısal Koruma, Eksiksiz Yargısal Koruma

ABSTRACT

A Type of an Action Belongs to German Administrative Procedure Law in Respect of Applicability in Turkish Law: Action for Obligation

Ahmet Çağrı YILDIZ

The subject of this study is the comparison of German and Turkish administrative procedure law systems regarding judicial protection provided to citizens in cases when the administration does not fulfil their subjective public rights. As the method of the comparison, the position, function and the fields of application of the action for obligation in German law are primarily explained. Then the instruments in Turkish law which are applied for fulfilling the same purposes are compared with the action for obligation in German law. After that, a comparative evaluation between two administrative procedure law systems is carried out. As the result of this evaluation, opinions about improving the effectiveness of the administrative judiciary with respect to the administrative judgement process and the enforcement of court decisions in Turkish law have been presented.

Keywords: German Administrative Procedure Law, Action for Obligation, Subjective Public Right, Mandatory Order, Effective Judicial Protection, Complete Judicial Protection

ÖNSÖZ

Bu çalışmada, öğretimizdeki mukayeseli hukuk çalışmalarına katkıda bulunmuş olmak ümidiyle, Alman idari yargılama hukukuna özgü bir dava türü olan yükümlülük davasını Türk hukukunda uygulanabilirliği bağlamında incelemeye çalıştık. Çalışmamızın amacı, farklı hukuk sistemlerini karşılıklı olarak ele alarak hangisinin üstün olduğunu ortaya koymak ve o sistemi savunmak değildir. Amacımız, farklı hukuk sistemlerine ait müesseseleri kendi bağlamlarında kavrayıp; bu sistemlerde ortaya çıkmış fikirleri kendi fikrimiz haline getirmek ve hukukumuz açısından yararlı olacağını düşündüklerimizin öğretime kazandırılmasına çalışmaktır.

Bu bağlamda, Alman hukukuna ait bir dava türü olan yükümlülük davası, öncelikle kendi sistemi içerisindeki yeri ve işlevleri çerçevesinde açıklanmaya çalışılmıştır. Alman idari yargılama hukuku sisteminde temel bir dava türü teşkil eden yükümlülük davasının bir yüksek lisans çalışması konusu olarak ele alınmasının getirdiği sınırlamalar karşısında, bu açıklamaların mümkün olduğunca kısa; fakat gerektiği kadar da detaylı olmasına gayret edilmiştir. Yükümlülük davasının kendi bağlamında anlaşılmasını sağlayacak aktarımların ardından bu dava türü, aynı işlevin hukukumuzda karşılanması amacıyla kullanılan hukuki araç olan iptal davasıyla karşılaştırılmıştır. Bu karşılaştırmanın sonucunda, idarenin yükümlülüklerini yerine getirmediği hallerde bireylere daha etkili bir yargısal korumanın nasıl sağlanabileceği konusunda bir değerlendirme yapılmıştır.

Çalışma sırasında karşılaşılan temel zorluk, bir idari dava türünün anlaşılıp açıklanması için genel idare hukuku bilgisine de sahip olunması gerekmesi olmuştur. Yükümlülük davasına ilişkin bilgilerin doğru bir şekilde aktarılabilmesi için, yabancı olduğumuz ve hukukumuza göre önemli farklılıklar arz eden Alman idare hukuku sisteminin öğrenilmesi zorunluluğu, bu çalışmaya aktarılmayan pek çok hususun anlaşılabilmesi için ayrıca araştırma yapılmasını ve mesai harcanmasını gerektirmiştir. Bunun için danışmanlığımı üstlenerek Berlin Freie Üniversitesi'nde misafir araştırmacı olarak bulunmamı sağlayan Prof. Dr. Philip Kunig'e, çalışma

sürem boyunca sağladığı burs için DAAD'ye ve beni bu konuda destekleyen Türk-Alman Üniversitesi idaresine teşekkürü bir borç bilirim.

Çalışma kapsamında Alman hukukuna ait pek çok kavrama yer verilmiştir. Bunların bir kısmı daha önce öğretimizde yer bulmuş olan kavramlardır. Bir kısmı ise öğretimimize ilk defa tarafımızca tanıtılmaktadır. Bu kavramların Türkçe'ye aktarılması sırasında önceliğimiz kavramların terminolojik olarak ne ifade ettiğinin anlaşılır olması olduğu için kimi zaman kelimelerin sözlük karşılıklarından uzaklaşmış bulunuyoruz. Her birisinin Almanca ifadesine de yer verdiğimiz kavramlara daha iyi Türkçe karşılıklar bulunması bakımından önerilere açık olduğumuzu ifade etmek isterim.

Bu önsöz vesilesiyle; hukukumuzda bulunmayan bir müessese konusunda mukayeseli bir çalışma yapmak konusunda beni yönlendiren ve teşvik eden hocam Prof. Dr. Aydın Gülan'a, çalışmanın danışmanlığını üstlenen ve her aşamada tavsiyeleri ile zihnimi berraklaştırarak çalışmanın amacına yönelmesini sağlayan hocam Dr. Öğr. Üyesi Cenk Şahin'e, bana kıymetli vaktini ayırarak Alman hukukuna ilişkin bilgisi ve tecrübesinden yararlanmamı sağlayan Doç. Dr. Hamide Özden Özkaya Ferendeci'ye, Türk-Alman Üniversitesi'nde göreve başladığım tarihten beri desteğini benden esirgemeyen Araş. Gör. Nida Malbeleşli'ne, bu çalışmaya sabrını katan sevgili eşim Pınar'a ve son olarak, fakat en çok, elde ettiğim her şeyin onlar sayesinde olduğunu çok iyi bildiğim anneme ve babama teşekkür; beni bu insanların evladı, talebesi, çalışma arkadaşı ve eşi yapan Rabb'ime hamd ediyorum.

Ahmet Çağrı Yıldız

Beykoz, Temmuz 2019

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	ii
ABSTRACT.....	iii
KISALTMALAR.....	ix
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ALMAN İDARİ YARGILAMA HUKUKUNDA DAVA TÜRLERİ

I. Kurucu Davalar	1
A. İptal Davası (Die Anfechtungsklage)	1
II. Eda Davaları.....	2
A. Yükümlülük Davası (Die Verpflichtungsklage)	2
B. Norm Tesisi Davası (Die Normerlassklage).....	3
C. Genel Eda Davası (Die allgemeine Leistungsklage)	4
III. Tespit Davaları.....	5
A. Tespit Davası (Die Feststellungsklage).....	5
B. Etkisi Tükenmiş İdari İşlemlere Yönelik Tespit Davası (Die Fortsetzungsfeststellungsklage)	6
IV. Dava Türünün Belirlenmesi	7

İKİNCİ BÖLÜM

YÜKÜMÜLÜLÜK DAVASI, ALT TÜRLERİ VE İŞLEVİ

I. Genel Olarak Yükümlülük Davası.....	1
II. Yükümlülük Davasının Alt Türleri.....	2
A. İdarenin Tutumuna Göre Yükümlülük Davasının Alt Türleri	2
1. Redde Karşı Dava (Die Versagungsgegenklage)	2
2. Hareketsizlik Davası (Die Untätigkeitsklage).....	3
B. İdarenin Talep Edilen İşlemi Tesis Etmek Konusunda Takdir Yetkisinin Bulunup Bulunmamasına Göre Yükümlülük Davasının Alt Türleri	4
1. Tesis Davası (Die Vornahmeklage)	4
2. Karar Davası (Die Bescheidungsklage)	5

III. Yükümlülük Davasının İşlevi	6
IV. Yükümlülük Davasının Şartları	10
A. Usul Bakımından Kabul Edilebilirlik Şartları (Zulässigkeitsvoraussetzungen)	10
1. Yargı Yolu, Yetkili Mahkeme ve Objektif Ehliyet	10
2. Yükümlülük Davasının Konusu / Davanın Konusu Bakımından Caiz Olması (Statthaftigkeit)	12
a. Yükümlülük Davasının Konusu	12
b. İzole İptal Davası ve İdari İşlemin Yan Hükümlerine Karşı Hukuken Korunma	16
(1) İdarenin Ret İşlemine Karşı İzole iptal Davası	17
(2) İdari İşlemin Yan Hükümlerine Karşı Hukuken Korunma	18
3. Sübjektif Dava Ehliyeti (Klagebefugnis – Dava Yetkisi)	24
a. Muhatap Teorisi (Die Adressatentheorie)	26
b. İhtimal Teorisi (Die Möglichkeitstheorie)	27
c. Koruyucu Norm Teorisi (Die Schutznormtheorie)	28
d. Temel Haklar ve Sübjektif Dava Ehliyeti	31
e. Üçüncü Kişiler Aleyhine Açılan Davalar	33
f. Takdir Yetkisinin Hatasız Kullanılmasına Yönelik Müstakil Talep Hakkı.	35
4. İdari İtiraz Yolunun Tüketilmiş Olması	37
5. Dava Süresi	40
B. Davanın Esas Bakımından İncelenmesi (Begründetheit der Klage)	41
1. Pasif Husumet	42
2. Hukuka Aykırılık	44
a. Talep Hakkı	44
(1) Talep Hakkının İdareye Takdir Yetkisi Tanıyan Bir Norma Dayanması	46
b. Yetkili Olmayan İdareden Talepte Bulunulması	48
3. Hakkın İhlal Edilmiş Olması	49
4. Davanın Karar Verilebilir Olgunluğa Erişmiş Olması (Spruchreife)	50
a. Genel Olarak	50
b. Takdir Yetkisine Dayanan İşlemler	52
(1) Takdir Yetkisinin Sıfıra İndirgenmesi (Ermessensreduzierung auf Null)	54
c. Belirsiz Hukuk Kavramları ve Sebep Unsurunda Takdir Yetkisi	56
(1) Sınav ya da Sınav Benzeri Değerlendirmeler	59
(2) Hizmet İçi Görevlendirme ve Değerlendirme Kararları	60
(3) Karmaşık Olay ve Teknik İnceleme Gerektiren Hususlar	61
(4) Tahmin ve Risk Hesaplaması Gerektiren İşlemler	61
d. Planlama Kararları	62
V. Yükümlülük Davasında Verilen Kararlar Ve Sonuçları	64
A. Yükümlülük Hükümü (Das Verpflichtungsurteil)	64
B. Karar Hükümü (Das Bescheidungsurteil)	66

C.	Geçici Hukuki Koruma.....	68
D.	İkincil Hukuki Koruma	71
1.	Sonuçların Giderilmesine Yönelik Talep Hakkı	71
2.	Memurun Sorumluluğu	72

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YÜKÜMLÜLÜK DAVASININ TÜRK İDARİ YARGILAMA HUKUKUNDAKİ MUHTEMEL YERİ

I.	Türk Hukukunda Genel Olarak İdarenin Yargısal Denetimi.....	1
II.	Türk Hukukunda İptal Hükmü ve Kararların Uygulanması	5
A.	İptal Hükmünün Niteliği ve Sonuçları	5
B.	Kararların Uygulanması Zorunluluğu, Karar Gerekçesi ve Mahkemenin İdareye Emir Vermesi	8
1.	Bağlı Yetkiye Dayalı İdari İşlemlere Yönelik İptal Kararlarının Uygulanması	13
2.	Takdir Yetkisine Dayalı İdari İşlemlere Yönelik İptal Kararlarının Uygulanması	15
C.	Yükümlülük Davasının Türk Hukukundaki İptal Davası ile Mukayesesi. 21	
1.	İdarenin Ret İşlemine Karşı Dava Açma İmkânı Bakımından.....	21
2.	Sübjektif Dava Ehliyeti Bakımından.....	25
3.	Esas İncelemesi Bakımından.....	30
4.	Davada Verilen Hüküm Türleri Bakımından	34
D.	Yükümlülük Davasının Türk Hukukunda Uygulanabilirliği	36
SONUÇ		1
KAYNAKÇA		5

KISALTMALAR

A.e. – Aynı eser

A.g.e. – Adı geçen eser

A.g.m. – Adı geçen makale

AİMK – Alman İdare Mahkemeleri Kanunu (Verwaltungsgerichtsordnung)

AİUK – Alman İdari Usul Kanunu (Verwaltungsverfahrensgesetz)

Bkz. – Bakınız

c. – Cümle

D. – Daire

m. – Madde

İDDK – İdari Dava Daireleri Kurulu

İDDGK – İdari Dava Daireleri Genel Kurulu

İYUK – İdari Yargılama Usulü Kanunu

S. – Sayı

s. - sayfa

vd. – ve devamı

v.d. – ve diğerleri

GİRİŞ

İdarenin her türlü eylem ve işleminin yargısal denetime tabi olması hukuk devletinin temel gereklerinden birisidir. Buna bağlı olarak idari yargılama hukuku sistemimizde idarenin işlemlerinin hukuka uygunluğu iptal davası ile denetlenmektedir. İptal davasıyla sağlanan denetimin kapsamına idarenin re'sen tesis ettiği ve ilgililerinin hak ve menfaatlerini sınırlayıcı nitelikte olan işlemlerin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin yanı sıra, ilgililerin idareden kendi yararlarına birtakım işlemler tesis etmesi taleplerine karşılık olarak idarenin bu talepleri reddetmesi ya da talep karşısında hareketsiz kalması halinde talebin yerine getirilmemiş olmasının hukuka uygunluğunun denetlenmesi de girmektedir. Dolayısıyla hukukumuzda hem idarenin bireylerin hak ve menfaatlerini sınırladığı hem de onlara karşı yükümlülüklerini yerine getirmeyi ihmal ettiği durumlarda uygulanan yargısal denetim aracı iptal davasıdır.

Hukukumuzdan farklı olarak Alman idari yargılama hukukunda iptal davasının yanında yükümlülük davası, genel eda davası ve farklı tespit davası türleri yer almaktadır. Yükümlülük davası, ilgililerin idareden kendi yararlarına bir idari işlem tesis edilmesi taleplerini idarenin açıkça reddetmesi ya da talep karşısında hareketsiz kalması durumunda açılan ve mahkemeden idareyi söz konusu idari işlemi tesis etmeye mahkum etmesi talep edilen bir dava türüdür. Bu çalışmanın konusu, hukukumuza yabancı bir müessese olan yükümlülük davasının, Türk hukukunda uygulanabilirliği ekseninde incelenmesidir.

Çalışmamızda öncelikle Alman idari yargılama hukukundaki dava türleri genel olarak açıklanmış, ardından yükümlülük davasına ilişkin daha detaylı açıklamalara yer verilmiştir. Bu açıklamalarla yükümlülük davasının yapısı, işlevleri, ne tür durumlarda uygulandığı, dava sonucunda verilen hüküm türleri ve Alman hukukunda bu dava türüyle bağlantılı olarak ne gibi tartışmaların yer aldığının genel olarak aktarılması amaçlanmıştır. İfade edilmesi gerekir ki bu çalışmada yükümlülük davasını bütüncül fakat genel bir şekilde ortaya koymaya çalışmakla yetinilmiş, dava türüne ilişkin her türlü meseleye ve detaya yer verme kaygısı güdülmemiştir. Bu

bağlamda çalışmanın ikinci bölümünde davanın temel işlevi, varlık nedeni ve alt türleri; davanın usul ve esas bakımından kabul şartları ve bu kapsamda yer alan bazı tartışmalı hususlar; dava sonucunda verilen kararlar ve sonuçları; yükümlülük davasında kullanılan geçici hukuki koruma araçları ve ikincil hukuki koruma araçları ele alınmıştır.

Üçüncü bölümde ise yükümlülük davasının Türk hukukunda uygulanabilirliğine ilişkin bir değerlendirme yapılmıştır. Bu bölümde öncelikle idarenin eylem ve işlemlerinin yargısal denetimi için Türk ve Alman hukuk düzenlerinde öngörölmüş sistemler genel olarak mukayese edilerek benzerlikleri ve farklılıkları ortaya konulmuştur. Ardından çalışmanın konusunu teşkil eden mukayese bakımından özellik arz eden hususlarla sınırlı kalınarak iptal hükmünün niteliği ve sonuçları; kararların uygulanması zorunluluğu ve idarenin mahkeme kararlarının gerekçeleri ile bağılılığı ve mahkemenin idareye emir vermesi; bağılı yetkiye dayalı idari işlemlere yönelik iptal kararlarının uygulanması ile takdir yetkisine dayalı idari işlemlere yönelik iptal kararlarının uygulanması meseleleri açıklanmış ve eleştiri konusu edilebilecek hususlara dikkat çekilmiştir.

Daha sonra yükümlülük davası ile hukukumuzdaki iptal davasının mukayesesi bakımından özellik arz eden temel hususlar başlıklandırılarak her birine ilişkin tartışmalar açılmaya ve görüşlerimiz ortaya konulmaya çalışılmıştır. Bu bağlamda her iki hukuk düzeninde idarenin idari işlem tesis edilmesi taleplerine verdiği olumsuz yanıtı karşı dava açma imkânı, sübjektif dava ehliyeti, hangi tarihteki hukuki durumun mahkeme kararına esas alındığı ve davada verilen hüküm türlerine ilişkin meseleler yer almaktadır.

Son olarak yükümlülük davasının Türk hukukunda uygulanmasının mümkün ve gerekli olup olmadığı tartışılarak buna ilişkin kanaatlerimiz ortaya konulmuştur.

BİRİNCİ BÖLÜM

ALMAN İDARİ YARGILAMA HUKUKUNDA DAVA TÜRLERİ

Bu bölümde yükümlülük davasının Alman idari yargılama hukukundaki konumunun ve işlevinin daha iyi anlaşılabilmesi için her bir dava türüne ilişkin kısa açıklamalarda bulunulacaktır.

I. Kurucu Davalar

A. İptal Davası (Die Anfechtungsklage)

İptal davası, davacı bakımından külfetlendirici nitelikte olan bir idari işlemin iptal edilerek hukuk âleminde kaldırılmasının talep edildiği bir dava türüdür. Bu dava türünde yalnızca AİUK m. 35 hükmüne göre idari işlem niteliğinde olan işlemlerin iptali talep edilebilir. “*Salt idari eylemler (Realakte)*” gibi “*basit mülki tasarruflar (schlicht-hoheitliches Handeln)*” iptal davasının konusu olamazlar. İptal davasının usul bakımından kabul edilebilmesi için davacının bir subjektif kamusal hakkının ihlal edilmiş olması gerekmektedir. Daha doğru bir ifadeyle, davacının bir subjektif kamusal hakkının ihlal edilmiş olması ihtimalinin bulunması gerekmektedir. Menfaat ihlali iddiası iptal davasının açılabilmesi için yeterli değildir. İptal davası, idari işlemin muhatabı tarafından açılabileceği gibi bazı durumlarda idari işlem nedeniyle bir hakkı ihlal edilen üçüncü bir kişi tarafından da açılabilir¹.

Aşağıda açıklanacağı üzere Alman idare hukukunda “*idari işlem (Verwaltungsakt)*” kavramı, hukukumuzdaki idari işlem kavramından farklı olarak

¹ İptal davası ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Schmidt, **Verwaltungsprozessrecht**, 18. Auflage, Hamburg, Verlag Dr. Rolf Schmidt, 2016, s. 46-118, 225-246; Friedhelm Hufen, **Verwaltungsprozessrecht**, 10. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2016, s. 209-283, 411-443; Schenke, s. 62-84, 254-296; Wilfried Erbguth, Anette Guckelberger, **Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht und Staatshaftungsrecht**, 9. Auflage, Baden-Baden, Nomos, 2018, s. 353-374; Thomas Würtenberger, **Verwaltungsprozessrecht**, 3. neu bearbeitete Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2011, s. 133-161; Steffen Detterbeck, **Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht**, 15. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2017, s. 554-570; Jörg Ipsen, **Allgemeines Verwaltungsrecht**, 5., neu bearbeitete Auflage, Berlin, Carl Heymanns, 2007, s. 305-319.

yalnızca birel işlemleri ifade etmektedir. Genel düzenleyici işlemler bu kavramın kapsamı dışında kalmaktadır ve bu tür işlemler iptal davasının konusu olamazlar. Genel düzenleyici işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi AİMK m. 47’de düzenlenen “*norm denetimi usulü (Normenkontrollverfahren)*” kapsamında yüksek idare mahkemeleri tarafından yapılmaktadır².

II. Eda Davaları

A. Yükümlülük Davası (Die Verpflichtungsklage)

İdareden tesis edilmesi talep edilen bir idari işlemin, idare tarafından talebin açıkça reddedilmesi ya da talep karşısında hareketsiz kalınması suretiyle tesis edilmemesi ve bu nedenle davacının bir sübjektif kamusal hakkının ihlal edilmiş olması halinde mahkemeden bu işlemin tesis edilmesine hükmedilmesinin talep edildiği dava türü yükümlülük davasıdır. Bu dava türünde de iptal davasında olduğu gibi yalnızca AİUK m. 35 hükmüne göre idari işlem niteliğinde olan işlemler dava konusu olabilir.

Yükümlülük davasının kabul edilmesi halinde mahkeme, idarenin talep edilen idari işlemi tesis etmesine hükmeder. Ancak idarenin işlemi tesis etmek konusunda takdir yetkisinin bulunduğu hallerde kuvvetler ayrılığı ilkesi gereğince mahkemenin idarenin takdir yetkisini sınırlandırıcı nitelikte bir karar vermesi mümkün değildir. Bu nedenle yükümlülük davasında idarenin takdir yetkisinin bulunduğu ve bulunmadığı durumlar bakımından bir ayrıma gidilmektedir. İdarenin işlemi tesis etmek konusunda takdir yetkisinin bulunmadığı, başka bir ifadeyle, bağlı yetkinin söz konusu olduğu durumlarda mahkeme idarenin işlemi tesis etmesine hükmedebilir. Aynı şekilde idarenin objektif olarak takdir yetkisi bulunmasına rağmen somut olayda takdir yetkisinin sıfıra indirgenmiş olması nedeniyle işlemi tesis etmek zorunda olduğu durumlarda da mahkeme idarenin işlemi tesis etmesine hükmedebilir.

² Norm denetimi usulü ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Rolf Schmidt, **Verwpr.**, s. 187-206, 272-274; Hufen, **a.g.e.**, s. 342-365, 477-488; Wolf Rüdiger Schenke, **Verwaltungsprozessrecht**, 15. Auflage, Heidelberg, Verlag C.F. Müller, 2017, s. 310-332; Erbguth/Guckelberger, **a.g.e.**, s. 482-497; Würtenberger, 201-225; Detterbeck, **a.g.e.**, s. 588-603; Ipsen, **a.g.e.**, s. 338-344.

Ancak idarenin işlemi tesis etmek ya da etmemek konusunda takdir yetkisinin bulunduğu, fakat takdir yetkisinin hukuka aykırı kullanılarak davacının talep ettiği işlemin reddedildiği ya da takdir yetkisi bulunmakla birlikte ret işleminin usule aykırılık gibi nedenlerle hukuka aykırı olduğu durumlarda ise mahkeme Alman öğretisinde “*karar hükmü (Bescheidungsurteil)*” olarak isimlendirilen bir hüküm vererek idarenin takdir yetkisini yeniden ve hukuka uygun şekilde kullanarak bir işlem tesis etmesine hükmedebilir. Bu kararı uygulayacak olan idare, kararın yalnızca hüküm fıkrası ile değil, kararın gerekçesinde yer alan “*mahkemenin hukuki mütalaası (Rechtsauffassung des Gerichts)*” ile de bağlıdır. Nitekim mahkeme, idarenin tesis etmek ya da etmemek konusunda takdir yetkisini haiz olduğu idari işlemlere yönelik yükümlülük davalarında olayı tam kapsamıyla; başka bir ifadeyle, takdir yetkisinin kullanılmasına etki edecek tüm hususları dikkate alarak değerlendirir. Ancak mahkeme, idarenin takdir yetkisini hangi yönde kullanacağına karar veremez ya da idareyi yönlendiremez. Aynı zamanda bu hüküm idarenin, iptal edilen işlemin aksine bir işlem tesis etmek zorunda olduğu anlamına da gelmemektedir. İdare farklı gerekçelere dayanarak ya da usul sakatlıklarını gidererek tekrar aynı yönde bir işlem tesis edebilir. Bu hususlar aşağıda detaylı şekilde açıklanacaktır.

B. Norm Tesisi Davası (Die Normerlassklage)

Yukarıda ifade edildiği gibi Alman idare hukukunda “*idari işlem (Verwaltungsakt)*” kavramı yalnızca birel işlemleri karşılamaktadır. Bu nedenle genel düzenleyici işlemler yükümlülük davasının konusu olamazlar. Başka bir ifadeyle, yükümlülük davası yoluyla bir genel düzenleyici işlemin tesis edilmesi talep edilemez.

Genel düzenleyici işlemlerin tesis edilmesi talebine ilişkin herhangi bir dava yolu kanunen düzenlenmiş değildir. İdarenin bir genel düzenleyici işlem tesis etmesine yönelik bir talep içeren davalar kural olarak kabul edilmemektedir. Bununla birlikte yargı içtihatlarıyla istisnai olarak “tespit davası” ya da “genel eda davası” yoluyla bu tür bir işlemin tesis edilmesine ilişkin bir talebin ya da gerekliliğin tespit edilmesinin ileri sürülebileceği kabul edilmiştir. İstisnai olarak kabul edilen bu

durumun gerçekleşmesi ise yalnızca temel hakların belirli bir konuda genel düzenleyici bir işlemin tesis edilmesini zorunlu kılması halinde mümkündür. Buna göre davacı, bir tespit davası yoluyla temel hakların belirli bir konuda genel düzenleyici bir işlemin tesis edilmesini zorunlu kıldığıнын tespit edilmesini talep edebilir. Yahut eda davası türünde olan ve idarenin, idari işlem sayılmayan işlemlerinin tesis edilmesi talebinin konu edildiği genel eda davası yoluyla bu talebini ileri sürebilir. Bu amaca yönelik olarak açılan genel eda davaları ya da tespit davaları genel olarak “*norm tesisi davası*” olarak isimlendirilmektedir³.

C. Genel Eda Davası (Die allgemeine Leistungsklage)

İdarenin, idari işlem sayılmayan muamelelerine yönelik olarak açılabilen dava türü genel eda davasıdır. Bu dava, idarenin bir eylemde bulunmasına yönelik olabileceği gibi idarenin bir konuda hareketsiz kalmasına ya da bir eylemine son vermesine yönelik de olabilir. İfade edilmesi gerekir ki idari yargı yolu yalnızca kamu hukuku uyuşmazlıkları bakımından açıktır. Dolayısıyla bir idari dava türü olan genel eda davasına idarenin özel hukuka tabi muameleleri konu edilemez.

Genel eda davası, AİMK’da açıkça düzenlenmiş değildir. Ancak Federal Anayasa m. 19/4’te hüküm altına alınan “*hukuken korunma güvencesi (Rechtsschutzgarantie)*” gereğince ve AİMK m. 43/2, 111, 113/4 ve 169’de yer alan ifadelerin bu tür bir dava yoluna işaret etmesi nedeniyle kabul edilmektedir. Genel eda davası, konusunun idari işlem sayılmayan idari muameleler olması dışında yükümlülük davası ile benzerlik göstermektedir.

Genel eda davasının yükümlülük davasından ayrılan yönü ise yükümlülük davasında idare her zaman davalı konumundayken, genel eda davasında idarenin, idari işlem yoluyla sağlayamadığı eylemlerin gerçekleştirilmesini mahkemeden genel eda davasıyla davacı sıfatıyla talep edebilmesidir⁴.

³ Norm tesisi davası konusunda detaylı bilgi için bkz. Schmidt, **Verwpr.**, s. 207-210; Hufen, **a.g.e.**, s. 365-370; Schmidt, **Verwpr.**, s. 388-290, Würtenberger, **a.g.e.**, s. 313-322; Detterbeck, **a.g.e.**, s. 619-623.

⁴ Genel eda davası ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Schmidt, **Verwpr.**, s. 137-147, 259, 267; Hufen, **a.g.e.**, s. 307-311, 461-470; Schenke, **a.g.e.**, s. 115-121, 308-209; Würtenberger, **a.g.e.**, s. 183-189, Detterbeck, **a.g.e.**, s. 575-578; Ipsen, **a.g.e.**, s. 325-328.

III. Tespit Davaları

A. Tespit Davası (Die Feststellungsklage)

Tespit davası yoluyla bir hukuki ilişkinin veya durumun var olduğunun, var olmadığının ya da bir idari işlemin yok hükmünde olduğunun tespit edilmesi talep edilir. AİMK m. 43/2 hükmüne göre, “*Davacının haklarını bir kurucu dava ya da eda davası yoluyla koruması mümkün ise tespit talebinde bulunulamaz. Bu, bir idari işlemin yok hükmünde olduğunun tespit edilmesinin talep edildiği durumlarda geçerli değildir.*”. Bu maddede düzenlenen ilke öğretide, “*tespit davasının ikincilliği (Subsidiarität der Feststellungsklage)*” olarak isimlendirilmektedir. Buna göre bir kurucu dava ya da bir eda davası yoluyla ilgilinin haklarının korunması mümkünse tespit davası açılmaz. Bunun gerekçesi olarak ise usul ekonomisi ilkesi gösterilmektedir. Ancak bu ilke, bir idari işlemin yok hükmünde olduğunun tespit edilmesinin talep edildiği durumlarda geçerli değildir.

Tespit davasının bu türü öğretide “*genel tespit davası (die allgemeine Feststellungsklage)*” olarak da isimlendirilmektedir. Genel tespit davası, bir hukuki ilişkinin veya durumun var olduğunun tespiti talebini içeren “*olumlu tespit davası (die positive Feststellungsklage)*” ve bir hukuki ilişkinin veya durumun var olmadığının tespiti talebini içeren “*olumsuz tespit davası (die negative Feststellungsklage)*” olarak ikiye ayrılmaktadır. Davacının ileride gerçekleşecek bir külfeti beklemesinin makul olmadığı durumlarda, gelecekteki bir hukuki ilişkiye veya duruma ilişkin bir tespit hükmünün talep edildiği dava ise “*önleyici tespit davası (die vorbeugende Feststellungsklage)*” olarak isimlendirilmektedir. İdari davalarda usuli bir durumun tespit edilmesine yönelik tespit davaları ise “*ara tespit davası (die Zwischenfeststellungsklage)*” olarak isimlendirilmektedir⁵.

Sözü edilen tespit davalarında verilen tespit hükümleri, mevcut duruma ya da ileride gerçekleşecek bir duruma ilişkin hükümlerdir. Geçmişe yönelik tespit hükümleri bakımından ise “*etkisi tükenmiş idari işlemlere yönelik tespit davası (die Fortsetzungsfeststellungsklage)*” dikkate alınmalıdır.

⁵ Tespit davalarına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Schmidt, **Verwpr.**, s. 174-186, 268-271; Hufen, **a.g.e.**, s. 312-326, 471-477; Schenke, **a.g.e.**, s. 125-141, 309-310; Würtenberger, **a.g.e.**, s. 189-200; Erbuth/Guckelberger, **a.g.e.**, s. 579-588; Ipsen, **a.g.e.**, s. 328-331.

B. Etkisi Tükenmiş İdari İşlemlere Yönelik Tespit Davası (Die Fortsetzungsfeststellungsklage)

“*Fortsetzung*” kelimesi sözlük karşılığı itibariyle “*sürdürme*” manasına gelmektedir. Ancak bu çalışmada “*sürdürme tespit davası*” ifadesi yerine, Türkçe ifade bakımından daha isabetli olacağı düşünülerek “*etkisi tükenmiş idari işlemlere yönelik tespit davası*” ifadesi tercih edilmiştir. Zira aşağıda ifade edileceği üzere bu dava ile etkisi tükenmiş bir idari işlemin hukuka aykırı olduğunun geçmişe yönelik olarak tespit edilmesi ve bu yolla işlemin hukuka aykırı olmasının doğurduğu sonuçlara ilişkin hukuki yolların sürdürülmesi; başka bir ifadeyle, işlemin hukuka aykırı olmasından kaynaklanan zararların talep edilebilmesi amaçlanmaktadır.

AIMK m. 113/1 c. 4 hükmüne göre, iptal davasında hükmün verilmesinden önce idari işlemin geri alınması suretiyle ya da farklı bir suretle uyuşmazlık çözümlenmişse mahkeme, talep üzerine, davacının bu tespitin yapılması konusunda geçerli bir menfaati bulunuyorsa, etkisi tükenmiş idari işlemin hukuka aykırı olduğuna ilişkin bir tespit hükmü verebilir. Bu gibi bir durumda uyuşmazlığın çözümlenmiş olması nedeniyle iptal davası konusuz kalacaktır. Ancak bu durum, işlemin bu aşamaya kadar hukuka aykırı olmasının etkilerinin kendiliğinden ortadan kalkacağı anlamına gelmemektedir. Bu nedenle etkisi ortadan kalkmış bir idari işlemin hukuka aykırı olduğuna ilişkin geçmişe etkili bu tür bir tespit hükmü verilmesi ile bu hükme dayanarak idarenin sorumluluğuna ilişkin taleplerde bulunulması mümkün hale gelmektedir.

Bunun yanında özellikle kolluk hukukunda görülen ve doğası gereği uygulanmakla etkisi tükenen idari işlemlerin hukuka aykırılığının tespit edilmesi için açılabilir olan dava türü, etkisi tükenmiş idari işlemlere yönelik tespit davasıdır. Buna örnek olarak polisin, bir kişiyi belirli bir mekandan çıkmaya zorlaması ve geçici olarak girmekten men etmesi durumu verilebilir. Burada polisin tesis ettiği bir idari işlem bulunmakta, ancak uygulanmasıyla birlikte etkisi tükenmektedir. Bu tür bir durumda, davacının tespit hükmünü elde etmek bakımından bir menfaati

bulunuyorsa, geçmişe dönük olarak polisin işleminin hukuka aykırı olduğunun tespiti talep edilebilir⁶.

AİMK m. 113/1 c. 4 düzenlenmesi iptal davası bakımından getirilmiş bir hüküm olmakla birlikte yükümlülük davaları bakımından da kıyasen uygulanmakta ve idarenin sorumluluğu konusu bakımından önem arz etmektedir⁷.

IV. Dava Türünün Belirlenmesi

AİMK m. 86 ve m. 88 düzenlemelerine göre mahkeme, davanın esasını re'sen araştırır; tarafların hukuki nitelendirmeleri ve dilekçelerin lafzı ile bağlı değildir. Mahkeme, dilekçenin amacına ve esasına bakarak davacının talebinin niteliğine göre öncelikle davanın çeşidini kurucu dava, eda davası ya da tespit davası olarak belirler⁸. Ardından talebin konusunu teşkil eden idari tasarrufun niteliğine göre dava türünü belirler. Buna göre tespit davaları kendi alt türleri bakımından değerlendirilir. Kurucu dava veya eda davasının söz konusu olduğu hallerde ise davanın konusu bir idari işlemse dava türü kurucu dava olarak iptal davası, eda davası olarak ise yükümlülük davasıdır⁹. İdari işlem niteliğinde olmayan tasarruflar bakımından ise genel eda davası gündeme gelecektir. Zira bu tür tasarruflar bakımından kurucu bir dava söz konusu olamaz. İdarenin bir eylemde bulunması talebi bir eda talebidir. Bunun yanında mevcut bir idari eyleme son verilmesi talebinin söz konusu olduğu hallerde de bu, kurucu nitelikte bir hüküm ile değil, bir eda hükmü ile söz konusu olur.

⁶ Etkisi tükenmiş idari işlemlere yönelik tespit davası ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Schmidt, **Verwpr.**, s. 148-173; Hufen, **a.g.e.**, s. 329-342, 475-477; Schenke, **a.g.e.**, s. 104-114, 305-307; Würtenberger, **a.g.e.**, s. 292-302; Erbguth/Guckelberger, **a.g.e.**, s. 377-391; Detterbeck, **a.g.e.**, s. 604-618; Ipsen, **a.g.e.**, s. 331-337.

⁷ Bkz. İkinci Bölüm, V, D.

⁸ Schmidt, **Verwpr.**, s. 44; Helmut von Nicolai, içinde: Hans-Joachim von Oertzen, Konrad Redeker v.d., **Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar**, 16. Auflage, Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, 2014, s. 164; Ipsen, **a.g.e.**, s. 305; Würtenberger, **a.g.e.**, s. 132, 133; Klaus Rennert, içinde: Erich Eyermann v.d., **Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar**, 13., überarbeitete Auflage, C.H. Beck, München, 2010, s. 609.

⁹ Schmidt, **Verwpr.**, s. 44; von Nicolai, **a.g.e.**, s. 164; Ipsen, **a.g.e.**, s. 307; Würtenberger, **a.g.e.**, s. 132; Rennert, **a.g.e.**, s. 609.

İKİNCİ BÖLÜM

YÜKÜMLÜLÜK DAVASI, ALT TÜRLERİ VE İŞLEVİ

I. Genel Olarak Yükümlülük Davası

Yükümlülük davasının konusu, tesis edilmesi idareden talep edilen ve davacı bakımından yararlandırıcı nitelikte olan bir idari işlemdir. İdari işlem, Alman İdari Usul Kanunu m. 35'te düzenlenmiş olup, yükümlülük davasının konusu bakımından birinci şart, davaya konu olan işlemin bu madde kapsamına giren bir idari işlem olmasıdır. Davaya konu edilecek işlem “kurucu”, “tespit edici” ya da “emredici” nitelikte bir işlem olabilir¹. Yukarıda ifade edildiği gibi idarenin AİUK m. 35 bakımından idari işlem niteliğinde olmayan muamelelerine yönelik olarak açılacak dava ise “genel eda davası”dır.

Yükümlülük davasının konusu bakımından ikinci şart, talep edilen idari işlemin davacı bakımından yararlandırıcı nitelikte olmasıdır. Alman idare hukukunda idari işlemlerin maddi bakımdan tasnifinde “*yararlandırıcı (begünstigend)*” ve “*külfetlendirici (belastend)*” işlemler şeklinde bir ayrım bulunmaktadır². İşlemin yararlandırıcı nitelikte olması, bu işlemin davacının menfaatine olmasını, ilgisine bir fayda sağlamasını ifade eder. Ancak buradaki menfaat şartı hukukumuzda iptal davası bakımından gerekli olan menfaat şartından farklıdır. Türk idari yargılama hukukunda menfaat, iptal davasında subjektif ehliyet bakımından aranan bir şartken, burada sözü edilen menfaat bizzat idari işlemin nitelendirilmesiyle ilgilidir. Aşağıda ifade edileceği üzere yükümlülük davasında subjektif ehliyet bakımından işlemin davacının salt menfaatine olması yeterli değildir. Davacının işlemin tesis edilmesine yönelik bir hakkının bulunması gerekir. Bu hak, subjektif kamusal bir haktır.

¹ von Nicolai, **a.g.e.**, s. 171; Michael Happ, içinde: Erich Eyermann v.d., **Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar**, 13., überarbeitete Auflage, C.H. Beck, München, 2010, **a.g.e.**, s. 208; Heinrich Amadeus Wollf, Andreas Decker, **Studienkommentar VwGO VwVfG**, 3. Auflage, C.H. Beck, München, 2012, s. 84.

² Bu ayrıma ilişkin detaylı bilgi için bkz. Detterbeck, **a.g.e.**, s. 159; Rolf Schmidt, **Allgemeines Verwaltungsrecht**, 20. Auflage, Hamburg, Verlag Rolf Schmidt, 2017, s. 130-132; Hartmut Maurer, **Allgemeines Verwaltungsrecht**, 18. überarbeitete und ergänzte Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2011, s. 226, 227; Ipsen, **a.g.e.**, s. 124, 125.

II. Yükümlülük Davasının Alt Türleri

AİMK m. 42’de yükümlülük davası temel bir dava türü olarak düzenlenmiş olmakla birlikte yargı kararları ve öğretide yükümlülük davasının alt türleri tanımlanmıştır.

A. İdarenin Tutumuna Göre Yükümlülük Davasının Alt Türleri

Yükümlülük davasının iki temel alt türü idarenin bir idari işlemin tesis edilmesi talebi karşısındaki tutumuna göre ayrılmaktadır. İdare, davacının talebini bir idari işlem ile açıkça reddetmişse yükümlülük davasının bir alt türü olarak “*redde karşı dava (Versagungsgegenklage)*”, talep karşısında herhangi bir işlem tesis etmeyerek hareketsiz kalmışsa “*hareketsizlik davası (Untätigkeitsklage)*” söz konusu olur.

1. Redde Karşı Dava (Die Versagungsgegenklage)

İdarenin, davacının talebini bir idari işlem vasıtasıyla açıkça reddettiği durumlarda gündeme gelen bu alt dava türünde, yükümlülük hükmünün yanısıra ret işleminin iptali hükmü de gündeme gelmektedir³. Davacının yükümlülük hükmü verilmesi talebini içeren dilekçesinin aynı zamanda zımni olarak iptal talebini de içerdiği kabul edilmektedir. Zira mahkeme ret işlemini iptal etmeksizin yükümlülük kararı veremez⁴. Ancak bu davanın esası ret işlemine değil, idarenin eda yükümlülüğüne yöneliktir⁵. Davanın kabul edilmesi halinde ret işlemine yönelik bir iptal hükmü de verilmekle birlikte davacının esas talebi bu işlemin iptali değil; idarenin, talep ettiği işlemi tesis etmekle yükümlü olduğuna hükmedilmesidir.

³ von Nicolai, **a.g.e.**, s. 173; Würtenberger, **a.g.e.**, s. 154; Klaus Ferdinand Gärditz(Hrsg.) v.d., **Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) mit Nebengesetzen Kommentar**, 2. Auflage, Köln, 2018, s. 213; Schenke, **a.g.e.**, s. 87; Hufen, **a.g.e.**, s. 285; Schmidt, **Verwpr.**, s. 124; Happ, **a.g.e.**, s. 209; Thomas Schmidt-Kötters, Herbert Posser, Heinrich Amadeus Wolff v.d., **VwGO Kommentar**, 2. Auflage, C.H. Beck, München, 2010, s. 143; Ayrıca bir iptal davası açılması gerekmediği konusunda bkz. von Nicolai, **a.g.e.**, s. 172; Ipsen, **a.g.e.**, s. 355; Happ, **a.g.e.**, s. 209; Gerekli olmamakla birlikte şüpheye yer bırakmamak adına bu talebin de dava dilekçesine eklenebileceği hakkında bkz. Wolfgang Kuhla, Jost Hüttenbrink, Jan Endler, **Der Verwaltungsprozess**, 3. überarbeitete und erweiterte Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2002, s. 151.

⁴ Schenke, **a.g.e.**, s. 87; Christian Bickenbach, **Das Bescheidungsurteil als Ergebnis einer Verpflichtungsgegenklage**, Berlin, Duncker&Humboldt, 2006, s. 63; Würtenberger, **a.g.e.**, s. 162; Happ, **a.g.e.**, s. 210.

⁵ Hufen, **a.g.e.**, s. 285; Redeker, içinde: Hans-Joachim von Oertzen, Konrad Redeker v.d., **Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar**, 16. Auflage, Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, 2014, s. 778; Schmidt, **Verwpr.**, s. 124; Thomas Stuhlfauth, içinde: Johann Bader v.d., **Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar**, 7. neu bearbeitete Auflage, Heidelberg, Verlag C.F. Müller, 2018, s. 903.

Yükümlülük hükmüyle birlikte ret işleminin iptal edilmesi, hukuki açıklığa (Rechtsklarheit) hizmet etmektedir⁶. Nitekim ret işleminin iptal edilmesi ile davacının talep ettiği idari işlem kendiliğinden tesis edilmiş sayılmamakta ve davacının ulaşmak istediği sonuç kendiliğinden gerçekleşmemektedir⁷. Burada ret işleminin iptali, yükümlülük davasının bir yan sonucu olarak kabul edilebilir. Zira iptal edici etki, yükümlülük davasının esasından ayrılabilir nitelikte değildir⁸. Bu bakımdan redde karşı dava alt türünde tezahür eden yükümlülük davasının çift karakterli olduğu söylenebilir⁹.

2. Hareketsizlik Davası (Die Untätigkeitsklage)

İdarenin, davacının talebini ne açıkça reddettiği ne de bu talebe karşılık bir işlem tesis ettiği; yani talep karşısında hareketsiz kaldığı durumlarda ise yükümlülük davasının bir alt türü olarak “*hareketsizlik davası (Untätigkeitsklage)*” gündeme gelir. Bu alt dava türü, Alman idari yargılama hukukunda dava şartı olarak idari itiraz yoluna başvurma zorunluluğunun bir istisnasını teşkil eder. AİMK m. 75’e göre idarenin uygun bir süre içerisinde talebe cevap vermemesi halinde idari itiraz yoluna başvurmaksızın dava açılabilir. Ayrıca maddeye göre idarenin idari itirazı cevapsız bırakması halinde de hareketsizlik davası gündeme gelebilir. Kanun metninde idarenin “*uygun bir süre içerisinde talep hakkında esas bakımından karar vermemesi halinde*” ifadesi kullanılmış ve devamında özel düzenlemeler saklı tutulmak kaydıyla “*uygun süre*” kural olarak üç ay olarak belirlenmiştir. Buna göre, idarenin bir işlemin tesis edilmesine yönelik bir talep ya da bir işleme karşı yapılan idari itiraz karşısında üç ay hareketsiz kalması halinde doğrudan yükümlülük davası yoluna başvurulması mümkündür.

⁶ Bickenbach, **a.g.e.**, s. 46; Würtenberger, **a.g.e.**, s. 162; Happ, **a.g.e.**, s. 209; Schmidt-Kötters, **a.g.e.**, s. 143.

⁷ Schenke, **a.g.e.**, s. 86; Schmidt, **Verwpr.**, s. 124; Gärditz, **a.g.e.**, s. 213; Hufen, **a.g.e.**, s. 283; Redeker, **a.g.e.**, s. 779; Würtenberger, **a.g.e.**, s. 339.

⁸ Gärditz, **a.g.e.**, s. 213; Mahkemenin yükümlülük hükmünün idare tarafından yerine getirilerek talep edilen işlemin tesis edilmesinin daha önce tesis edilen ret işleminin iptali anlamına geleceği konusunda bkz. Happ, **a.g.e.**, s. 209.

⁹ Schmidt, **Verwpr.**, s. 124; Kurucu dava karakteri olduğuna ilişkin bkz. Würtenberger, **a.g.e.**, s. 162.

B. İdarenin Talep Edilen İşlemi Tesis Etmek Konusunda Takdir Yetkisinin Bulunup Bulunmamasına Göre Yükümlülük Davasının Alt Türleri

Yükümlülük davası sonucunda esas olarak mahkemenin, idarenin davacı tarafından talep edilen işlemi tesis etmekle yükümlü olduğuna hükmetmesi amaçlanır. Ancak mahkemenin bu hükmü verebilmesi için davacının talep ettiği işlemin tesis edilmesine yönelik maddi hukuktan kaynaklanan sübjektif bir hakkının bulunması, talebinin reddedilmiş veya ihmal edilmiş olması nedeniyle bu hakkının ihlal edilmiş olması ve bunun yanında davanın karar verilebilir olgunluğa erişmiş olması gerekmektedir¹⁰. İdarenin, talep edilen işlemi tesis etmek ya da etmemek konusunda takdir yetkisinin bulunduğu durumlarda kural olarak davanın karar verilebilir olgunluğa erişmiş olmadığı kabul edilir ve kuvvetler ayrılığı ilkesi gereğince, idarenin ret işlemi hukuka aykırı olsa dahi idareyi talep edilen işlemi tesis etmeye zorlayacak bir hüküm verilemez. Bu tür durumlarda idarenin, kararın gerekçesinde bulunan “*mahkemenin hukuki mütalaasına (Rechtsauffassung des Gerichts)*” riayet ederek takdir yetkisini yeniden kullanmasına ve talep konusunda yeni bir karar vermesine hükmedilir.

Davanın karar verilebilir olgunluğa erişmesini sağlayacak tüm şartların gerçekleştiği ve idarenin talep edilen işlemi tesis etmekle yükümlü olduğuna karar verileceği dava türü “*tesis davası (Vornahmeklage)*”, idarenin takdir yetkisini yeniden kullanarak yeni bir işlem tesis etmesine hükmedilmesine yönelik davalar ise “*karar davası (Bescheidungsklage)*” olarak isimlendirilmektedirler.

1. Tesis Davası (Die Vornahmeklage)

İdarenin talep edilen işlemi tesis etmekle kesin olarak yükümlü olduğu durumlarda tesis davası gündeme gelir. Bu davada, ilk ihtimalde talep edilen işlemin bağlı yetki ile düzenlenmiş olması ve davacının buna ilişkin şartların tümünü yerine getirmiş olması söz konusudur. Örnek olarak mevzuat düzenlemelerinde yer alan şartların yerine getirilmesi halinde idarenin vermesi zorunlu olan izinler verilebilir. İkinci ihtimalde ise idarenin işlemi tesis etmek konusunda takdir yetkisi bulunmakla

¹⁰ Davanın karar verilebilir olgunluğa erişmiş olması kavramı ileride açıklanacaktır. Bkz. İkinci Bölüm, IV, B, 4.

birlikte somut olayda takdir yetkisi sıfıra indirgenmiştir ve işlemi tesis etmek zorundadır¹¹. Her iki durumda da mahkeme, idarenin talep edilen işlemi tesis etmekle yükümlü olduğuna hükmeder¹².

2. Karar Davası (Die Bescheidungsklage)

Bu dava türü idarenin talep edilen işlemi tesis etmek ya da etmemek konusunda takdir yetkisinin bulunduğu durumlarda gündeme gelir. Bu davada davacı, elde etmek istediği yararlandırıcı işlemi doğrudan talep etmemekte, yalnızca idarenin talebi konusunda yeni bir karar vermesini amaçlamaktadır. Karar davasının kabul edilmesi halinde idarenin, kararın gerekçe bölümünde yer alan mahkemenin hukuki mütalaasına riayet ederek takdir yetkisini yeniden kullanmak suretiyle talep konusunda yeniden karar vermekle yükümlü olduğuna hükmedilir. Bu hüküm ise, “*karar hükmü (Bescheidungsurteil)*” olarak isimlendirilmektedir. Karar davası, kanunda yer alan bir dava türü değildir. Öğreti ve yargı kararlarıyla tanımlanmış bir yükümlülük davası türü olması nedeniyle davanın usul ve esas bakımından kabul şartlarının incelenmesinde tesis davasına göre bir farklılık bulunmamaktadır¹³. Bununla birlikte davacı bir tesis talebinde bulunmuş olsa da talep edilen idari işlemi tesis etmek konusunda idarenin takdir yetkisinin bulunması halinde mahkeme bir karar hükmü vermek zorundadır¹⁴. Zira dava dilekçesi işlemin tesis edilmesine yönelik doğrudan bir hakkının bulunduğu iddiasına dayanarak yazılmış olsa da talep sonucunun, yükümlülük kararı verilmesine ilişkin şartların mevcut olmaması halinde bir karar hükmü verilmesi talebini de içerdiği kabul edilmektedir¹⁵. Nitekim mahkemenin davanın esasını re’sen araştırması ve dilekçelerin lafzı ile bağlı

¹¹ Takdir yetkisinin sıfıra indirgenmesi konusu ileride açıklanacaktır. Bkz. İkinci Bölüm, IV, B, 4, b.

¹² Bu hüküm türü aynı zamanda “*tesis hükmü (Vornahmeurteil)*” olarak isimlendirilmekle birlikte bu çalışmada “*yükümlülük hükmü (Verpflichtungsurteil)*” ifadesi tercih edilmiştir.

¹³ Matthias Knauff, Klaus Ferdinand Gärditz v.d., **Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) mit Nebengesetzen Kommentar**, 2. Auflage, Köln, 2018, s. 1120; Ipsen, **a.g.e.**, s. 355-357; Detterbeck, **a.g.e.**, s. 571; Jost Pietzcker, içinde: Friedrich Schoch, Jens-Peter Schneider, Wolfgang Bier v.d., **Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar**, 24. Ergänzungslieferung, München, C.H. Beck, München, 2012, § 42, s. 60.

¹⁴ Schenke, **a.g.e.**, s. 299; Christoph Sennekamp, içinde: Michael Quaas, Rüdiger Zuck, Michael Funke-Kaiser v.d., **Prozesse in Verwaltungssachen**, 3. Auflage, Baden-Baden, Nomos, 2018, s. 258; Ipsen, **a.g.e.**, s. 356; Württenberger, **a.g.e.**, s. 163; Detterbeck, **a.g.e.**, s. 571; Jörg Schmidt, içinde: Erich Eyermann v.d., **Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar**, 13., überarbeitete Auflage, C.H. Beck, München, 2010, s. 780; Andreas Decker, Herbert Posser, Heinrich Amadeus Wollf v.d., **VwGO Kommentar**, 2. Auflage, C.H. Beck, München, 2010, s. 846.

¹⁵ von Nicolai, **a.g.e.**, s. 173; Jörg Schmidt, **a.g.e.**, s. 782; Decker, **a.g.e.**, s. 846.

olmaması esasını düzenleyen AİMK m. 86 ve m. 88 düzenlemeleri gereğince davacı talep sonucunda işlemin doğrudan tesis edilmesini talep etmiş de olsa, idarenin takdir yetkisinin bulunduğu varsayımıyla bir karar hükmü de talep etmiş olsa, mahkeme her yükümlülük davasında aynı sistematigi takip ederek davanın usul ve esas bakımından kabul şartlarını inceleyecek ve esas incelemesinin son aşaması olan davanın karar verilebilir olgunluğa erişmiş olması aşamasında idarenin takdir yetkisinin bulunup bulunmamasına göre bir yükümlülük hükmü ya da karar hükmü verecektir.

Karar hükmü, idarenin yerine geçerek işlem tesis etme ve takdir yetkisini sınırlandırıcı nitelikte karar verme yasakları dikkate alındığında kuvvetler ayrılığı bakımından önemli bir işleve sahiptir¹⁶.

III. Yükümlülük Davasının İşlevi

Alman hukukunda “*idare (die Verwaltung)*” kavramı, organik anlamda idare, şekli anlamda idare, maddi anlamda idare, görevlerine ve amaçlarına göre idare ve kullandığı araçların hukuki etkilerine göre idare gibi çeşitli ayrımlara ve tasniflere tabi tutulmaktadır¹⁷. Bu çalışmanın konusu bakımından “*kullandığı araçların hukuki etkilerine göre idare*” tasnifinin önem arz etmesinden ötürü bu tasnif, diğerlerine değinilmeksizin kısaca ele alınacak ve değerlendirilecektir.

Kullandığı araçların hukuki etkilerine göre idare, “*müdahaleci idare (Eingriffsverwaltung)*” ve “*hizmet edici idare (Leistungsverwaltung)*” olarak iki sınıfa ayrılmaktadır. Müdahaleci idare, idarenin vatandaşlara ya da diğer muhataplarına yükümlülükler ya da çeşitli külfetler yüklemek suretiyle özgürlüklerini veya haklarını kısıtladığı durumlar için kullanılan bir ifadedir. Hizmet edici idare ifadesi ise idarenin vatandaşlara ya da diğer muhataplarına hizmetler sunduğu ya da çeşitli yararlar sağladığı durumlar için kullanılmaktadır¹⁸. Müdahaleci idarenin faaliyetlerine örnek olarak faaliyetten men etme, ruhsat veya izinlerin iptali, yıkım kararı gibi çeşitli kolluk yaptırımları, idari para cezaları ya da ödeme

¹⁶ Schenke, **a.g.e.**, s. 88; Würtenberger, **a.g.e.**, s. 171.

¹⁷ Bu hususlarda detaylı bilgi için bkz. Maurer, **a.g.e.**, s. 1-13; Erbguth/Guckelberger, **a.g.e.**, s. 40- 53; Schmidt, **Allg. Verwr.**, s. 1-10; Detterbeck, **a.g.e.**, s. 1-9; Ipsen, **a.g.e.**, s. 15, 16.

¹⁸ Maurer, **a.g.e.**, s. 9; Detterbeck, **a.g.e.**, s. 5; Schmidt, **Allg. Verwr.**, s. 7; Erbguth/Guckelberger, **a.g.e.**, s. 66, 67; Rolf Stober, içinde: Hans Wollf, Otto Bachof, Rolf Stober v.d., **Verwaltungsrecht I**, 13., neu bearbeitete Auflage, München, C.H. Beck, 2017, s. 57; Ipsen, **a.g.e.**, s. 59-61.

gerektiren farklı türlerde işlemler, kamulaştırma, disiplin cezaları ve akla gelebilecek ilgilisi bakımından olumsuz sonuç doğuran her türlü işlem ve eylem verilebilir. Hizmet edici idarenin faaliyetlerine ise temel olarak her türlü kamu hizmetinin sunulması, ruhsat veya izinlerin verilmesi, özendirme ve destekleme faaliyeti¹⁹ kapsamında teşvikler verilmesi, oturma izinleri, memuriyete atama ve ilgilisi lehine sonuç doğuran diğer her türlü idari işlem ve eylem verilebilir. Ancak bunlar birinden farklı iki idare tipi ya da idarenin faaliyet gördüğü iki farklı alan gibi algılanmamalıdır. Bu ayrım yalnızca idarenin kullandığı hukuki araçların doğurduğu hukuki sonuçların niteliğine ilişkin bir ayrımdır. Nitekim bazı idari işlem ve eylemlerin her iki türden hukuki etkiyi de bir arada barındırabileceği²⁰ ve müdahaleci idare ile hizmet edici idare kavramlarının birbirlerine kenetlenmiş vaziyette bulunduğu ifade edilmektedir²¹.

Bu ayrım, idari yargıda dava türlerinin belirlenmesi ve dava türlerinin işlevlerinin anlaşılması bakımından önem arz etmektedir. Zira yukarıda ifade edildiği üzere AİMK düzenlemelerinde sayılan ve yargı kararları ile kabul edilen çeşitli idari dava türleri bulunmakla birlikte, somut olay bakımından geçerli olan dava türünün ne olduğu, davacının talebinin amacının mevcut bir müdahalenin bertaraf edilmesi veya muhtemel bir müdahalenin önlenmesi; ya da idarenin aktif bir edim niteliğinde bir işlem tesis etmesi veya eylemde bulunması oluşuna göre anlaşılır²². Yalnızca idari işlemler bakımından daha basit bir ifadeyle, ele alınacak olursa; eğer davacı bir idari işlem yoluyla yapılan bir müdahalenin ortadan kaldırılmasını amaçlıyorsa iptal davası açacaktır. Buna karşılık davacı, idarenin bir idari işlem yoluyla kendi yararına bir edimde bulunmasını ya da kendisini mevcut durumundan daha iyi bir statüye sokmasını amaçlıyorsa açacağı dava türü yükümlülük davası olacaktır. Özetle iptal davasının amacının ve işlevinin müdahaleci idarenin müdahalelerine karşı hakların korunması olduğu, yükümlülük davasının amacının ise hizmet edici idarenin

¹⁹ Alman hukukunda “*yönlendirme (Lenkung) faaliyeti*” olarak ele alınmaktadır.

²⁰ Çifte etkili idari işlemler olarak isimlendirilmekte olup aşağıda açıklanacaktır. Bkz. İkinci Bölüm, IV, A, 2, b, (2).

²¹ Maurer, **a.g.e.**, s. 10; Stober, **a.g.e.**, s. 61.

²² Ipsen, **a.g.e.**, s. 349; Hufen, **a.g.e.**, s. 205; Amacı bir müdahaleyi önlemek olan dava türleri: İptal davaları, idarenin eylemde bulunmaması talebiyle açılan genel eda davaları, norm denetimi davaları ve olumsuz tespit davalarıdır. Amacı idarenin aktif bir işlem tesis etmesi ya da eylemde bulunması olan dava türleri: Yükümlülük davaları, olumlu genel eda davaları, norm tesisi davaları ve olumlu tespit davalarıdır. Bkz. **a.e.**

yükümlülüklerini yerine getirmemesine karşı hakların korunması olduğu söylenebilir. Bunun yanında, üçüncü kişiler aleyhine ve davacı lehine işlem tesis edilmesi taleplerine yönelik davaların kabul edilmesiyle birlikte yükümlülük davası, müdahaleci idarenin müdahale etmesi gereken durumlara müdahale etmemesinden kaynaklanan hak ihlallerinin önlenmesi işlevini de kazanmıştır²³.

Federal Alman Anayasası m. 19/4, kamu gücüne karşı mümkün olduğunca eksiksiz ve etkili bir yargısal korumayı güvence altına almaktadır²⁴. “*Eksiksiz hukuki koruma (lückenloser Rechtsschutz)*”, idari yargı bakımından, idarenin tüm kamusal faaliyetlerinin denetlenmesini; daha açık bir ifadeyle, yargısal denetimin yalnızca idarenin müdahalelerine yönelik değil, aynı zamanda idarenin gerçekleştirmekle yükümlü olduğu muameleleri gerçekleştirmediği durumlara yönelik olması ve tüm temel haklar bakımından güvence sağlayan bir yargısal sistem bulunması gerektiğini ifade etmektedir²⁵. Bunun yanında eksiksiz yargısal koruma, hukuken korunma talebine uygun bir türde bir karar verilmesinin ve verilen kararın, etkisi bakımından hukuken korunma talebini karşılamaya elverişli olmasının güvence altına alınmasını gerektirmektedir²⁶. Yargısal korumanın eksiksiz olmasının, hukuka aykırılıkların giderilmesinin yanında idare bakımından “eğitici” bir etkisi olduğu ifade edilmektedir²⁷. Zira böyle bir yargısal koruma düzeni karşısında idare, tüm muamelelerinde yargısal yollara başvurulabileceği ihtimalini düşünmek zorunda olacaktır. Nitekim Federal Alman Anayasası m. 19/4 düzenlemesi ile güvence altına alınan yargısal koruma, ilkesel olarak subjektif kamusal hakların korunmasına yönelik olmakla birlikte, idari yargı yerleri tarafından yapılan denetim aynı zamanda

²³ Bkz. İkinci Bölüm, IV, A, 3, e.

²⁴ Hans Hofmann, içinde: Bruno Schmidt-Bleibtreu, Hans Hofmann, Axel Hopfau v.d., **Kommentar zum Grundgesetz**, 12. Auflage, Lavis, Carl Heymanns, 2011, s. 612; Peter Michael Huber, içinde: Hermann v. Mangoldt, Friedrich Klein, Christian Starck v.d., **Kommentar zum Grundgesetz**, 6., vollständig neuarbeitete Auflage, München, Franz Vahlen, 2010, s. 1889; Ipsen, **a.g.e.**, s. 291; Würtenberger, **a.g.e.**, s. 2; BVerfGE, 49, 256; BVerfGE 46, 178; BVerfGE 42,130; BVerfGE 41, 323; BVerfGE 40, 274 (<https://www.bundesverfassungsgericht.de>).

²⁵ Hofmann, **a.g.e.**, s. 637; Huber, **a.g.e.**, s. 1889; Hans D. Jarass, Bodo Pieroth, **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar**, 12. Auflage, Nördlingen, C.H. Beck, 2012, s. 487; Würtenberger, **a.g.e.**, s. 2; Eberhard, Schmidt-Aßmann, Wolfgang Schenk, içinde: Friedrich Schoch, Jens-Peter Schneider, Wolfgang Bier v.d., **Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar**, 24. Ergänzungslieferung, München, C.H. Beck, München, 2012, Einleitung s. 9; BVerfGE, 11, 262; BVerfGE 10,129; BVerfGE 7, 363; BVerfGE 7, 87; BVerfGE 6, 303 (<https://www.bundesverfassungsgericht.de>).

²⁶ Huber, **a.g.e.**, s. 1889; Schmidt-Aßmann/Schenk, **a.g.e.**, Einleitung s. 22; BVerfGE, 60, 253.

²⁷ Huber, **a.g.e.**, s. 1854; BVerfGE, 60, 253 (<https://www.bundesverfassungsgericht.de>)

bir objektif hukuka uygunluk denetimidir ve hukuk devletinin gerçekleştirilmesine hizmet etmektedir²⁸.

Sübjektif kamusal hak, “bir bireye, devletten ya da diğer kamu tüzel kişilerinden somut olarak yapma, yapmama ya da katlanma talebinde bulunma yetkisi veren haklar” olarak tanımlanabilir²⁹. Ancak bir hakkın mevcut olması ile bunun gerçekleştirilmesi aynı şey değildir. Nitekim anayasal düzenlemeye konu olan hukuki koruma güvencesi başlı başına bir temel hak teşkil etmekle birlikte, sübjektif kamusal hakların teminini sağlamaz. Bilakis sübjektif kamusal hakların korunması, hukuken korunma hakkının gerçekleştirilmesi şartına bağlıdır³⁰. Yargısal korumanın anayasa tarafından güvence altına alınması, belirli bir yargı düzeninin anayasa tarafından düzenlenmesi anlamına da gelmemektedir³¹. Anayasa tarafından bireylere tanınan bu hakkın korunması için gerekli olan yargı düzeninin kanun koyucu tarafından tasarlanarak ilgili düzenlemelerin yapılması ve mümkün olan en etkili ve eksiksiz yargısal korumanın sağlanmasına çalışılması gerekmektedir³². Yargısal başvuru yollarının belirli olması ilkesiyle birlikte değerlendirildiğinde, bu gerekliliklerin karşılanmasını sağlayacak dava türlerinin, hüküm türlerinin ve kararların etkili şekilde uygulanmasını sağlayacak icra imkânlarının bulunması ve bunların belirli olması gerekmektedir³³. Eksiksiz hukuki koruma, Federal Alman Anayasası m. 19/4 c. 2 ile idari uyuşmazlıklar bakımından gerekli yargı yollarının düzenlenmemiş olduğu durumlar bakımından, “başka bir yetki düzenlemesi yapılmamışsa, adli yargı yolu açıktır” ifadesiyle kesin olarak güvence altına

²⁸ Huber, **a.g.e.**, s. 1854; Eberhard Schmidt-Aßmann, içinde: Theodor Maunz, Günter Dürig, Roman Herzog v.d., **Grundgesetz Kommentar**, München, C.H. Beck, 2012, s. 17; Jarass/Piero, **a.g.e.**, s. 475; Würtenberger, **a.g.e.**, s. 4; İdari yargı denetiminin sübjektif bir denetim olduğu fakat bu denetimin bir yan etkisi olarak objektif denetimin de sağlandığı ile ilgili olarak bkz. Walter Krebs, “Subjektiver Rechtsschutz und Objektive Rechtskontrolle”, **System des Verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Festschrift für Christian-Friedrich Menger zum 70. Geburtstag**, Kassel, Carl Heymanns, 1985, s. 193; İdari yargı denetiminin objektifliğinin bir yansıma olduğuna ilişkin bkz. Huber, **a.g.e.**, s. 1855.

²⁹ Würtenberger, **a.g.e.**, s. 129; von Nicolai, **a.g.e.**, s. 181; Bickenbach, **a.g.e.**, s. 39; Sennekamp, **a.g.e.**, s. 287; Huber, **a.g.e.**, s. 1867.

³⁰ Huber, **a.g.e.**, s. 1867; Würtenberger, **a.g.e.**, s. 2; Schmidt-Aßmann/Schenk, **a.g.e.**, Einleitung s. 17.

³¹ Schmidt-Aßmann **a.g.e.**, s. 19; Jarass/Piero, **a.g.e.**, s. 475; Ipsen, **a.g.e.**, s. 291; Schmidt-Aßmann/Schenk, **a.g.e.**, Einleitung s. 7.

³² Schmidt-Aßmann, **a.g.e.**, s. 19; Huber, **a.g.e.**, s. 1891; Jarass/Piero, **a.g.e.**, s. 482; Ipsen, **a.g.e.**, s. 291; Würtenberger, **a.g.e.**, s. 2; Schmidt-Aßmann/Schenk, **a.g.e.**, Einleitung s. 7, 23; BVerfGE 77, 275; BVerfGE 60, 253; BVerfGE 109, 279 (<https://www.bundesverfassungsgericht.de>).

³³ Huber, **a.g.e.**, s. 1891; Jarass/Piero, **a.g.e.**, s. 486; Würtenberger, **a.g.e.**, s. 2, 3; Schmidt-Aßmann/Schenk, **a.g.e.**, Einleitung s. 22.

alınmıştır. Ancak bu kural tamamlayıcı (subsidiär) niteliktedir³⁴. Nitekim Alman kanun koyucu, çeşitli dava ve hüküm türleri ile idari yargı bakımından, eksiksiz hukuki korumayı sağlayacak müesseseleri oluşturmaya çalışmıştır.

İdari yargılama hukukunun “klasik dava türü” olarak nitelendirilen ve hukukumuzda olduğu gibi Alman hukukunda da kaynağını Fransız idari yargılama hukukundan alan iptal davası, verilen kurucu bir hükümle müdahaleci idarenin müdahalelerinin doğrudan etkili olacak şekilde önlenmesi bakımından büyük önem arz etmektedir. Alman hukuku bakımından tarihi daha kısa olan yükümlülük davası ise hizmet edici idarenin yükümlülüklerini yerine getirmesini ve bunun yanında müdahaleci idarenin müdahale etmesi gereken durumlarda müdahale etmekten imtina etmemesini bir eda hükmü ile sağlayan ve Fransız idari yargılama hukuku sisteminden ayrılan önemli bir müessesedir. Elbette yükümlülük davasında verilen hüküm, bir “*eda hükmü*” niteliğinde olması nedeniyle iptal davasından farklı olarak doğrudan etki doğurmamakta, idarenin hükmü uygulayarak talep edilen işlemi tesis etmesi gerekmektedir. Buna ilişkin detaylı açıklamalar aşağıda yapılacaktır.

Genel olarak ifade edilecek olursa denilebilir ki iptal davası müdahaleci idareye karşı, yükümlülük davası ise hizmet edici idareye karşı subjektif hakları güvence altına alan birer yargısal koruma aracıdır. Her iki dava türünde ileri sürülen talep türleri de birbirinden ayrılmaktadır. İptal davasında ileri sürülen talepler “*bertaraf etme talepleri (Beseitigungsansprüche)*” iken yükümlülük davasında “*hakkın yerine getirilmesi talepleri (Gesetzerfüllungsansprüche)*”³⁵ ileri sürülmektedir.

IV. Yükümlülük Davasının Şartları

A. Usul Bakımından Kabul Edilebilirlik Şartları (Zulässigkeitsvoraussetzungen)

1. Yargı Yolu, Yetkili Mahkeme ve Objektif Ehliyet

AİMK m. 40 düzenlemesine göre, anayasal özellik taşımayan ve özel hükümlerle farklı bir yargı yoluna tabi kılınmamış olan tüm kamusal uyumsuzluklar

³⁴ Schmidt-Aßmann, **a.g.e.**, s. 19; Jarass/Pieroth, **a.g.e.**, s. 483; Ipsen, **a.g.e.**, s. 291.

³⁵ “*Kanunun yerine getirilmesi*” anlamına gelmekle birlikte, “*kanun*” kavramı geniş anlamda kullanıldığı için “*hukukun yerine getirilmesi*” ifadesi tercih edilmiştir.

idari yargı yoluna tabidir. Eyalet hukuku alanında bulunan kamusal uyuşmazlıklar bakımından eyalet kanunlarıyla farklı mahkemeler de görevli kılınabilir. Maddenin devamında çeşitli türlerden tazminat talepleri ve malvarlığına ilişkin uyuşmazlıklara dayanan bazı taleplerin bu madde kapsamı dışında kalacağı ve adli yargının görev alanında bulunduğu düzenlenmiş olmakla birlikte, bu düzenlemelere bu çalışma kapsamında değinilmeyecektir.

Yetkili mahkeme bakımından konu bakımından yetki ve yer bakımından yetki ayrımı yapılmaktadır. Konu bakımından yetki AİMK m. 45’de düzenlenmiş olup bu maddeye göre, “*İdare mahkemesi, ilk derecede idari yargı yolunun açık olduğu tüm uyuşmazlıklar hakkında karar verir.*”. Yer bakımından yetki ise AİMK m. 52’de beş fıkra halinde detaylı şekilde çeşitli kurallar ve istisnalar ile düzenlenmiş olmakla birlikte, bu çalışmanın konusu bakımından önem arz etmemesi nedeniyle bu hususlar aktarılmayacaktır.

Davanın tarafları AİMK m. 63’de düzenlenmiş olup bunlar; davacı, davalı, müdahil ve Federal İdare Mahkemesi’nde “*Federal yarar temsilcisi (der Vertreter des Bundesinteresses)*”³⁶ ya da davaya katılma hakkını kullanması durumunda “*kamu yararı temsilcisi (der Vertreter des öffentlichen Interesses)*”³⁷ olarak sayılmıştır. Taraf ehliyeti ise AİMK m. 61’de düzenlenmiştir. Bu maddeye göre davada gerçek ve tüzel kişiler, hak sahibi olabildikleri hallerde birlikler, eyalet hukuku ile belirlenmiş olan idari makamlar taraf ehliyetini haizdir.

Dava ehliyeti ise AİMK m. 62’de düzenlenmiş olup maddeye göre medeni hukuka göre fiil ehliyetini haiz olanlar ve medeni hukuka göre sınırlı ehliyetli olmakla birlikte medeni hukuk ya da kamu hukuku düzenlemeleriyle dava ehliyetleri tanınmış olanların idari yargı nezdinde dava ehliyeti bulunmaktadır.

³⁶ Bu kavram AİMK m. 35’te düzenlenmiştir. Bu maddeye göre Federal Hükümet, Federal İçişleri Bakanlığı bünyesinde görev yapmak üzere, Federal İdare Mahkemesi nezdinde bir Federal yarar temsilcisi tayin eder. Temsilci, Federal İdare Mahkemesi önündeki tüm süreçlere katılabilir. Temsilci, Federal Hükümet’in talimatları ile bağlıdır. Federal İdare Mahkemesi temsilciye açıklama yapma imkânı vermek zorundadır.

³⁷ Bu kavram AİMK m. 36’da düzenlenmiştir. Bu maddeye göre eyalet hükümeti, (eyalet) yüksek idare mahkemesi ve idare mahkemesi nezdinde bir kamu yararı temsilcisi tayin eder. Temsilciye, tüm ya da belirlenen davalarda eyaleti ve eyalet makamlarını temsil etme görevi verilebilir.

2. Yükümlülük Davasının Konusu / Davanın Konusu Bakımından Caiz Olması (Statthaftigkeit)

a. Yükümlülük Davasının Konusu

Yükümlülük davasının konusu, idareden tesis edilmesi talep edilen ve davacı bakımından yararlandırıcı nitelikte olan bir idari işlemdir. Hangi idari muamelelerin idari işlem niteliğinde olduğunun belirlenmesi için ise AİUK m. 35 düzenlemesinin esas alınması gerekir. Bu maddede idari işlem, “*Bir idari makamın, kamu hukuku alanında birel bir hukuki durumu düzenlemeye yönelik olarak tesis ettiği ve doğrudan harici bir hukuki etkiye yönelmiş her türlü muamelesi, kararı ve mülki tasarrufudur.*” şeklinde tanımlanmıştır. Madde hükmünün ikinci cümlesinde “*Genel karar, genel özellikleri belirlenmiş veya belirlenebilir bir kişi topluluğuna yönelmiş ya da bir eşyanın kamu hukuku niteliğini veya kamu tarafından kullanım şeklini belirleyen bir idari işlemdir.*” ifadesi yer almaktadır³⁸. Bu hükme bağlı olarak öğretide idari işlemin özellikleri;

1. Tek taraflı bir düzenleme olması (Regelung)³⁹,
2. Birel nitelikte olması (Einzelfallregelung),
3. Mülki olması (Hoheitlichkeit); başka bir ifadeyle, kamu gücü kullanılarak tesis edilmesi,
4. Bir idari makam tarafından tesis edilmesi,
5. Doğrudan harici bir hukuki etki doğurması şeklinde sayılmaktadır.⁴⁰

İdari işlemin “*düzenleme*” olması, bir hukuki durumun belirlenmesi, değiştirilmesi ya da ortadan kaldırılması sonucunu doğurmasını ifade etmektedir⁴¹. Başka bir ifadeyle, idari işlem, bir hukuki sonuç doğurmaya yönelik bir irade

³⁸ Alman İdari Usul Kanunu’nun 01.01.2017 tarihinde yürürlüğe giren 35a maddesi: “*Bir idari işlem, kanun ya da düzenleyici işlemlerle düzenlenmişse ve idarenin takdir yetkisi bulunmuyorsa, otomatik sistemler tarafından tam kapsamıyla tesis edilebilir.*”

³⁹ Buradaki *düzenleme* ifadesinin hukukumuzdaki düzenleyici işlemlerle karıştırılmaması gerekir. Alman hukukundaki anlamıyla bireysel bir hukuki durumun düzenlenmesini/değiştirilmesini ifade etmektedir.

⁴⁰ İdari işlemin özellikleri konusunda detaylı bilgi için bkz. Maurer, **a.g.e.**, s. 200-214; Erbguth/Guckelberger, **a.g.e.**, s. 158-180; Detterbeck, **a.g.e.**, s. 132-157; Schmidt, **Allg. Verwr.**, s. 144-173; Ipsen, **a.g.e.**, s. 98-115.

⁴¹ Ipsen, **a.g.e.**, s. 107; Detterbeck, **a.g.e.**, s. 138.

beyanıdır. Bu irade beyanı tek taraflıdır; muhatabının katılımı aranmamaktadır⁴². İşlemin birel nitelikte olması, belirsiz sayıda kişi ya da eşyaya yönelmiş olmamasını; başka bir ifadeyle, soyut-genel bir düzenleme olmamasını ifade etmektedir. Buna göre idari işlemin somut-kişisel bir düzenleme olması gerekmektedir⁴³. Alman idare hukukunda idari işlemin bu özelliği, hukukumuzda bulunan genel düzenleyici işlem ile birel işlem ayrımını ortadan kaldırmakta ve yalnızca hukukumuzda birel işlem olarak ifade edilen işlemleri idari işlem kavramının kapsamına almaktadır.

İdari işlemin “*mülki (hoheitlich)*” nitelikte olması; başka bir ifadeyle, kamu gücü kullanılarak tesis edilmesi ise işlemin kamu hukuku alanında bulunmasını ifade etmektedir. İdarenin, özel hukuk alanında tesis ettiği işlemler idari işlem sayılmamaktadır⁴⁴. Bu noktada ayrıca işlemin kamu hukuku alanında olmasının idari işlem olarak nitelendirilmesi bakımından yeterli olmadığı; idare hukuku alanında bulunan bir işlem olması gerektiği ifade edilmektedir. Nitekim anayasa hukuku, usul hukuku, kilise hukuku ya da devletler hukuku alanlarındaki işlemler de kamu hukuku alanında bulunmakla birlikte idari işlem değildir⁴⁵.

İşlemin idari makam tarafından tesis edilmesi ifadesiyle ise organik anlamda idare kastedilmemektedir. Nitekim AİUK m. 1/4’de, “*Bu kanun bakımından (idari) makam, kamu idaresinin görevlerini yerine getiren her mercii ifade eder.*” hükmü yer almaktadır. Buna göre organik anlamda idare olmayan yasama ve yargı organlarından sâdır olan işlemler de işlevsel anlamda değerlendirilerek idari işlem sayılabilmektedir⁴⁶. Özel hukuk kişileri kural olarak idari işlem tesis edememekle birlikte kanunen düzenlenmiş olması halinde idare, bazı görevlerini geçici olarak özel hukuk kişilerine devredebilir. Bu, Alman idare hukukunda, Türkçede kelime anlamı itibariyle “*ödünç*” olarak karşılık bulan “*Beleihung*” kavramı ile açıklanmaktadır. “*Kamu görevlerinin ödünç verilmesi*” olarak da ifade edilebilecek

⁴² Maurer, **a.g.e.**, s. 200; Ipsen, **a.g.e.**, s. 103; Detterbeck, **a.g.e.**, s. 137.

⁴³ Maurer, **a.g.e.**, s. 204; Ipsen, **a.g.e.**, s. 109; Detterbeck, **a.g.e.**, s. 142.

⁴⁴ Bu noktada “idari özel hukuk” ya da “idarenin özel hukuku” olarak isimlendirilebilecek olan (Verwaltungsprivatrecht) kavramı dikkate alınmalıdır. İdari özel hukuk, idarenin özel hukuk işlemlerinin tabi olduğu hukuki rejimi ifade etmektedir. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Maurer, **a.g.e.**, s. 452-467; Erbguth/Guckelberger, **a.g.e.**, s. 498-515; Schmidt, **Allg. Verwr.**, s. 353-365. Detterbeck, **a.g.e.**, s. 333-352; Ipsen, **a.g.e.**, s. 64, 65..

⁴⁵ Maurer, **a.g.e.**, s. 203; Detterbeck, **a.g.e.**, s. 138.

⁴⁶ Maurer, **a.g.e.**, s. 208; Ipsen, **a.g.e.**, s. 104; Detterbeck, **a.g.e.**, s. 133.

bu durum, bazı kamusal görevlerin ve yetkilerin geçici olarak bir özel hukuk kişisine devredilmesini ifade eder. Bu durumda yetkili özel hukuk kişisi idari işlem tesis edebilir ve sorumluluk kendisine aittir⁴⁷. Buna bağlı olarak özel hukuk kişisi bu işlemleri bakımından AİUK m. 1/4'e göre idari makam sayılmaktadır ve idari davalarda davalı sıfatını taşıyabilir⁴⁸. Kamu görevini ödünç alan özel hukuk kişilerinden (*Beleihene*) farklı olarak “*idare yardımcıları (Verwaltungshelfer)*”, kamu görevlerinin yerine getirilmesinde ve yetkilerin kullanılmasında idarenin faaliyetine katılmakla birlikte kendileri idari işlem tesis edemezler ve tesis edilen idari işlemler bakımından sorumluluk üstlenmezler. Bu nedenle AİUK m. 1/4 hükmü bakımından idari makam sayılmamaktadırlar⁴⁹.

İdari işlemin doğrudan harici bir hukuki etki doğurması özelliği ise “*idarenin dahili hukuku (das Innenrecht der Verwaltung)*” ve “*idarenin harici hukuku (das Außenrecht der Verwaltung)*” ayrımına işaret etmektedir. İdarenin dahili hukuku, idarenin teşkilatı ve organları arasındaki görev ve yetki paylaşımı, hiyerarşik yapılanması, idarenin iç işleyişi ve memurların görevleri gibi hususlara ilişkin; idarenin harici hukuku, idare ile vatandaşlar ve idarenin karşısında bulunan diğer hukuk kişileri arasındaki ilişkilere ilişkindir⁵⁰. AİUK m. 35 bakımından yalnızca idarenin harici hukuki etki doğuran işlemleri idari işlem sayılmaktadır. Ancak memurların görevlendirilmesi, atanması ya da görevden alınması gibi işlemler idarenin dahili hukukuna ilişkin olmalarına rağmen yargı içtihatları ile muhatapları bakımından birer idari işlem olarak kabul edilmişlerdir ve idari işlemleri ilgilendiren idari davalara konu olabilirler⁵¹.

Bunun yanında bu etkinin doğrudan gerçekleşmesi gerekmektedir. Birden fazla idarenin iradesini ortaya koymasını gerektiren “*çok aşamalı idari işlemler (mehrstufiger Verwaltungsakt)*” bakımından da bir değerlendirme yapılmaktadır. Nihai işlemin tesis edilmesine yönelik “*onay*” niteliğindeki işlemler, muhatapı

⁴⁷ Maurer, **a.g.e.**, s. 208, 623-625; Schmidt, **Verwpr.**, s. 43; Erbguth/Guckelberger, **a.g.e.**, s. 90; Detterbeck, **a.g.e.**, s. 43; Ipsen, **a.g.e.**, s. 104.

⁴⁸ Erbguth/Guckelberger, **a.g.e.**, s. 90; Detterbeck, **a.g.e.**, s. 43; Ipsen, **a.g.e.**, s. 104.

⁴⁹ Maurer, **a.g.e.**, s. 626; Erbguth/Guckelberger, **a.g.e.**, s. 90; Schmidt, **Allg. Verwr.**, s. 44; Detterbeck, **a.g.e.**, s. 43; Ipsen, **a.g.e.**, s. 105.

⁵⁰ Bu ayrıma ilişkin detaylı bilgi için bkz. Maurer, **a.g.e.**, s. 38-41; Erbguth/Guckelberger, **a.g.e.**, s. 61, 62; Ipsen, **a.g.e.**, s. 110-115; Detterbeck, **a.g.e.**, s. 150-155.

⁵¹ Maurer, **a.g.e.**, s. 212; Ipsen, **a.g.e.**, s. 113; ; Detterbeck, **a.g.e.**, s. 155.

bakımından doğrudan hukuki sonuç da doğuruyorsa bunlar da müstakil birer idari işlem olarak kabul edilmektedirler. Aksi halde, yani bu işlemlerin etkisi yalnızca nihai işlemin tesis edilmesine yönelik dahili etki niteliğinde ise idari işlem sayılmamaktadırlar⁵². Bu husus Türk hukukundaki hazırlık işlemlerine benzetilebilir. Buna göre, yükümlülük davası ile idarenin yalnızca iç işleyişini ilgilendiren ve “*harici etkisi bulunmayan tasarruflar (Maßnahmen ohne Außenwirkung)*” kavramı kapsamında kalan bir işlemin tesis edilmesi talep edilemez⁵³. Her bir aşaması yararlandırıcı birer idari işlem sayılan çok aşamalı işlemlerin her aşamasındaki işlemlere yönelik olarak ise yükümlülük davası açılabilir. Ayrıca nihai olarak yararlandırıcı nitelikte olan çok aşamalı bir işlemin önceki aşamalarında tesis edilen işlemler, münferit olarak yararlandırıcı nitelikte bulunmasalar dahi nihai işlemin yararlandırıcı niteliğinden dolayı bu aşamalardaki işlemlere yönelik olarak da yükümlülük davası açılabileceği kabul edilmektedir⁵⁴.

Harici etkisi bulunmakta birlikte idari işlem niteliğinde olmayan salt idari eylemler gibi “*basit mülki muamelelerin (schlicht-hoheitliches Handeln)*” talep edilmesi halinde ise genel eda davası gündeme gelecektir.

Bir eylemin gerçekleştirilmesinin, öncesinde bir idari işlemin tesis edilmesine bağlı olduğu hallerde de gündeme gelecek dava türü yükümlülük davasıdır⁵⁵. Buna parasal bir ödeme yapılmasının, öncesinde bir işlem tesis edilmesine bağlı olması örnek gösterilebilir. Mevcut bir idari işlemin uygulanmaması halinde ise işlemin uygulanması talebine yönelik olarak açılabilecek olan dava genel eda davasıdır⁵⁶. Yükümlülük davasında mahkeme bir idari işlemin tesis edilmesine yönelik bir hüküm verebilir. Ancak bu işlemin gerektirdiği eylemlerin gerçekleştirilmesine yönelik ayrıca bir emir veremez⁵⁷.

⁵² Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Maurer, **a.g.e.**, s. 212; Erbguth/Guckelberger, **a.g.e.**, s. 175, 176; Ipsen, **a.g.e.**, s. 114; Detterbeck, **a.g.e.**, s. 160-162.

⁵³ Hufen, **a.g.e.**, s. 288; Jarass/Pieroth, **a.g.e.**, s. 484.

⁵⁴ Hufen, **a.g.e.**, s. 289; Detterbeck, **a.g.e.**, s. 162.

⁵⁵ Schmidt, **Verwpr.**, s. 122; Schmidt-Kötters, **a.g.e.**, s. 143; Happ, **a.g.e.**, s. 208; Wollf/Decker, **a.g.e.**, s. 85; Pietzcker, **a.g.e.**, § 42 Abs. 1 s. 55.

⁵⁶ Schmidt, **Verwpr.**, s. 123; Schmidt-Kötters, **a.g.e.**, s. 142, 143; Happ, **a.g.e.**, s. 219.

⁵⁷ Schmidt-Kötters, **a.g.e.**, s. 143; Pietzcker, **a.g.e.**, § 42 Abs. 1 s. 55.

Yükümlülük davasının konusunu teşkil eden işlemin kural olarak davacıyı muhatap alan ve yararlandırıcı nitelikte olan bir işlem olması gerekir. Ancak yükümlülük davasının, doğrudan muhatabı olunmayan bir işleme yönelik olarak açılması da mümkün kabul edilmektedir. Başka bir ifadeyle, yükümlülük davası yoluyla üçüncü bir kişiyi külfetlendiren fakat davacının menfaatine olan bir işlemin tesis edilmesi de talep edilebilir⁵⁸.

Aynı zamanda yükümlülük davasının bir işlemin ilk defa tesis edilmesine yönelik olması gerekmemektedir. Bir işlemin süresinin uzatılması, kısmen yenilenmesi, kapsamının genişletilmesi ya da değiştirilmesi gibi talepler de yükümlülük davasının konusu olabilirler⁵⁹.

Bir hukuki durumun idare tarafından idari işlem ile tespit edilmesinin gerektiği ve bunun talep edildiği durumlarda söz konusu olacak dava türü tespit davası değil, yükümlülük davasıdır. Ancak bu tespit işleminin, ileride tesis edilmesi beklenen başka idari işlemler için gerekli olması ve mahkeme tarafından verilecek bir tespit hükmü ile ikame edilemeyecek nitelikte olması gerekmektedir⁶⁰.

Buna karşılık iznin talep edilmesinin ardından belirli bir sürenin geçmesi üzerine iznin verilmiş sayılması olan “*izin faraziyesi (Genehmigungsfiktion)*”⁶¹ halinde ya da faaliyetin izinden muaf olduğu hallerde yükümlülük davası açılmaz. Bu durumlarda bir tespit davası gündeme gelebilir⁶².

b. İzole İptal Davası ve İdari İşlemin Yan Hükümlerine Karşı Hukuken Korunma

Alman idari yargılama hukukunda iki durumda açılan dava, “*izole iptal davası (die isolierte Anfechtungsklage)*” olarak isimlendirilmektedir. Bunlardan ilki, idarenin bir işlem tesis edilmesi talebine karşılık tesis ettiği ret işleminin, yükümlülük hükmü verilmesine yönelik bir talep bulunmaksızın iptalinin talep

⁵⁸ Sennekamp, **a.g.e.**, s. 257; Ferdinand O. Kopp, Wolf-Rüdiger Schenke, Ralf Peter Schenke, **Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar**, 19., neubearbeitete Auflage, Nördlingen, C.H. Beck, 2013, s. 249; Schmidt-Kötters, **a.g.e.**, s. 141, 142; Wolff/Decker, **a.g.e.**, s. 84; Bu konu ileride daha detaylı açıklanacaktır. Bkz. İkinci Bölüm, IV, A, 3, e.

⁵⁹ Schenke, **a.g.e.**, s. 89.

⁶⁰ Gärditz, **a.g.e.**, s. 213; Kopp/Schenke, **a.g.e.**, s. 246; Happ, **a.g.e.**, s. 256; Wolff/Decker, **a.g.e.**, s. 85; Pietzcker, **a.g.e.**, § 42 Abs. 1 s. 67.

⁶¹ İzin faraziyesi ileride açıklanacaktır. Bkz. İkinci Bölüm, IV, A, 4.

⁶² Hufen, **a.g.e.**, s. 285; Schmidt-Kötters, **a.g.e.**, s. 142; Pietzcker, **a.g.e.**, § 42 Abs. 1 s. 58.

edilmesidir. Davacı burada ret işleminin ortadan kalkmasını istemekte ancak başta talep ettiği işlemin tesis edilmesi amacını taşımamaktadır. İkincisi ise bir idari işlemin “*yan hükümlerine (Nebenbestimmungen)*” karşı açılan davalardır. Bu davalarda davacı idari işlemin tamamen ortadan kalkmasını istememekte ancak işleme bağlanmış bazı hükümlerin iptal edilmesini istemektedir.

Bu hususlar, yükümlülük davasının hangi durumlarda açılabilirliği bağlamında tartışıldığı için, yükümlülük davasının konusu başlığı altında incelenmektedir.

(1) İdarenin Ret İşlemine Karşı İzole iptal Davası

Davacının yalnızca ret işleminin hukuka aykırılığının ortaya konularak iptal edilmesini, kendisine bir menfaat sağlayacak bir idari işlemin tesis edilmesine yönelik ilk amacından izole bir şekilde talep etmesi durumudur. Alman öğretisindeki hakim görüşe göre bu tip bir dava kural olarak açılmaz⁶³. Zira yararlandırıcı idari işlemlerin tesis edilmesi talebinin reddine karşı hukuken korunma yolu olarak yükümlülük davası kanun koyucu tarafından özel ve nihai olarak düzenlenmiştir. Bir işlemin tesis edilmesi talebinin reddedilmesi halinde, davacının işlemin tesis edilmesine yönelik idareyi bağlayıcı bir hakkı bulunmasa bile en azından idarenin takdir yetkisini yeniden kullanmasına yönelik bir karar davası (Bescheidungsklage)⁶⁴ açma imkânı bulunmaktadır. Yükümlülük davasının sunduğu imkân karşısında izole iptal davasını kabul etmek için bir neden bulunmamaktadır⁶⁵. Bu tür bir dava gerek usul ekonomisi gerek hukuken korunma ihtiyacı gerekliliği yönünden kural olarak kabul edilebilir değildir⁶⁶.

⁶³ Schmidt, **Verwpr.**, s. 49; Schenke, **a.g.e.**, s. 96; Würtenberger, **a.g.e.**, s. 157; Hufen, **a.g.e.**, s. 217; Kuhla/Hüttenbrink/Endler, **a.g.e.**, s. 151; Sennekamp, **a.g.e.**, s. 258; Klaus Stern, Josef Blanke, **Verwaltungsprozessrecht in der Klausur**, 9., vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, München, C.H. Beck, 2008s. 117; Schmidt-Eyerman, s. 779; Dava konusu bakımından caiz olmakla birlikte talebin davacının hukuken korunmasına hizmet etmesi gerektiği yönünde bkz. von Albedyll, içinde: Johann Bader v.d., **Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar**, 7. neu bearbeitete Auflage, Heidelberg, Verlag C.F. Müller, 2018, s. 176; Schmidt-Kötters, **a.g.e.**, s. 140; Pietzcker, **a.g.e.**, § 42 Abs. 1 s. 67; Christoph Sennekamp, Michael Fehling, Berthold Kasner, Rainer Störmer(Hrsg.), **Verwaltungsrecht VwVfG-VwGO-Nebengesetze Hand Kommentar**, 3. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2013, s. 1473; Thomas Mann, Volker Währendorf, **Verwaltungsprozessrecht**, 4., neu bearbeitete Auflage, Franz-Vahlen, München, 2015, s. 122.

⁶⁴ Bkz. İkinci Bölüm, II, B, 2.

⁶⁵ Schenke, **a.g.e.**, s. 96; Würtenberger, **a.g.e.**, s. 166; Wollf/Decker, **a.g.e.**, s. 75; Pietzcker, **a.g.e.**, § 42 Abs. 1 s. 65.

⁶⁶ Würtenberger, **a.g.e.**, s. 157; Jörg Schmidt, **a.g.e.**, s. 779.

Ancak istisnai bazı durumlarda izole iptal davası kabul edilebilir. Davacının, idareden talep ettiği işlemin tesis edilmesinde artık bir menfaatinin kalmadığı ve işlemin tesis edilmesini artık istemediği ancak buna rağmen verilen kararın talebi bakımından emsal oluşturmamasını engellemek ve talep ettiği işlemin daha sonra tesis edilmesi ihtimalinin baki kalmasını istediği durumlar söz konusu olabilir. Örneğin ticari bir faaliyet görmek üzere ruhsat talebinde bulunan ilgilinin talebi hukuka aykırı olarak reddedilmiş fakat bu sırada başka bir faaliyete başlamış olabilir. Başta talep ettiği ruhsatın verilmesinde güncel durumda ekonomik bir menfaati kalmadığı için ruhsat talebinden vazgeçmiş olsa da bu faaliyeti daha sonra yapma imkânını açık tutmak isteyebilir. Yahut işlemin tesis edilmesi bakımından davacının bir ihtiyacı kalmamakla birlikte ret işleminin kapsamında külfetlendirici nitelikte birtakım unsurlar bulunması söz konusu olabilir⁶⁷. Bu gibi durumlarda izole iptal davasının kabul edilmesi gerekir⁶⁸.

(2) İdari İşlemin Yan Hükümlerine Karşı Hukuken Korunma

“İdari işlemin yan hükümlerine karşı hukuken korunma (*Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen*)”, Alman idari yargılama hukukunun karmaşık ve görüş birliği sağlanamamış konularından bir diğerini teşkil etmektedir. Yan hüküm kavramına ilişkin tanımlamaların ve tasniflerin çokluğu, kavramın hukuki bağlamının belirlenmesini dahi zorlaştırmaktadır. Bu konuda akla gelebilecek görüşlerin neredeyse tümünün öğretide ve yargı içtihatlarında savunulduğu ifade edilmektedir⁶⁹. Burada bu tartışmaların tamamına girilmeksizin yalnızca yükümlülük davasını ilgilendiren hususlar nakledilmeye çalışılacaktır.

Yan hükümler AİUK m. 36’da düzenlenmiş olup bu maddeye göre bir idari işlem,

1. Bir yararın ya da bir külfetin belirli bir zamanda başlayacağına, sona ereceğine ya da belirli bir süre zarfı için geçerli olacağına,

⁶⁷ Ret işlemi kapsamında öngörülmemiş külfetler bulunması hakkında bkz. İkinci Bölüm, IV, B, 1.

⁶⁸ Schenke, **a.g.e.**, s. 96; Würtenberger, **a.g.e.**, s. 157; Kuhla/Hüttenbrink/Endler, **a.g.e.**, s. 140; Stern/Blanke, **a.g.e.**, s. 117; Happ, **a.g.e.**, s. 206; Wollf/Decker, **a.g.e.**, s. 86.

⁶⁹ Schmidt, **Allg. Verwr.**, s. 283.

2. Bir yararın ya da bir külfetin geçerli olmasının, ne zaman gerçekleşeceği belli olmayan bir olaya bağlanmasına,
3. İşlemin, geri alınmasına ilişkin bir kayıtla tesis edilmesine ilişkin hükümlerle;

Ya da

4. İşlem yoluyla yarar elde eden kişinin bir yapma, yapmama ya da katlanma yükümlülüğü ile bağlanması veya
5. Bir yükümlülüğün daha sonra getirilmesine, değiştirilmesine ya da mevcut yükümlülüğe ekleme yapılmasına yönelik bir kayıt eklenmesi suretiyle tesis edilebilir.”

Maddede idari işleme eklenmesi mümkün olan yan hükümler sayılmıştır. Maddenin son fıkrasına göre ise yan hükümler idari işlemin amacına aykırı olamazlar.

Aşağıda yapılacak olan açıklamaların daha anlaşılır olması bakımından belirtilmesi gerekir ki, maddede sayılan yan hükümlerden bir yararın ya da bir külfetin belirli bir zamanda başlayacağına, sona ereceğine ya da belirli bir süre zarfı için geçerli olacağına ilişkin yan hükümler (birinci bent) “*süre (Befristung)*”; bir yararın ya da bir külfetin geçerli olmasının ne zaman gerçekleşeceği belli olmayan bir olaya bağlanmasına ilişkin yan hükümler (ikinci bent) “*şart (Bedingung)*”; işlemin, geri alınmasına ilişkin bir kayıtla tesis edilmesine ilişkin yan hükümler (üçüncü bent) “*geri alma kaydı (Widerrufsvorbehalt)*”; işlem yoluyla menfaat elde eden kişinin bir yapma, yapmama ya da katlanma yükümlülüğü ile bağlanmasına ilişkin yan hükümler (dördüncü bent) “*yükümlülük (Auflage)*”; bir yükümlülüğün daha sonra getirilmesine, değiştirilmesine ya da mevcut yükümlülüğe ekleme yapılmasına yönelik kayıtla tesis edilmesine ilişkin yan hükümler (beşinci bent) ise “*yükümlülük kaydı (Auflagenvorbehalt)*” olarak isimlendirilmektedir.

Diğer yandan Alman idare hukuku öğretisinde idari işlemlerin etkisi bakımından tasnifinde “*çifte etkili idari işlemler (Verwaltungsakte mit Doppelwirkung)*” ve “*üçüncül etkili idari işlemler (Verwaltungsakte mit Drittwirkung)*” şeklinde bir sınıflandırma yapılmaktadır. Çifte etkili idari işlemler,

ilgilisi bakımından bir yandan yararlandırıcı, diğer yandan külfetlendirici nitelikte olan işlemlerdir. Üçüncül etkili idari işlemler ise işlemin muhatabı dışındaki üçüncü bir kişiyi etkileyen işlemlerdir. Üçüncü kişiyi olumlu ya da olumsuz etkilemesine göre “*yararlandırıcı üçüncül etki (begünstigende Drittwirkung)*” ve “*külfetlendirici üçüncül etki (belastende Drittwirkung)*” ayrımı yapılmaktadır⁷⁰.

İdari işlemin çifte etkisi, talep edilen işlemin kısmen kabul edilip kısmen reddedilmesinden ya da işlemin yan hükümlerinden kaynaklanıyor olabilir⁷¹. Bir idari işlem tesis edilmesine yönelik talebin kısmen reddedilmesi halinde bir yükümlülük davası açılması mümkündür. Ancak esas olarak yararlandırıcı nitelikteki bir idari işleme külfetlendirici nitelikte yan hükümler eklenmesi halinde, yan hükümlere karşı izole bir iptal davası mı yoksa yan hükümleri içermeyen bir işlem tesis edilmesine yönelik bir yükümlülük davası mı açılacağı konusu tartışmalıdır. Federal İdare Mahkemesi’nin eski görüşüne göre yan hükümlere yönelik izole bir taleple dava yoluna başvurulması mümkün değildir⁷². Zira yan hükümlere karşı dava açılmasının amacı mevcut hukuki durumun iyileştirilmesi olup bunlar, ancak sınırlandırılmamış bir idari işlem tesis edilmesine yönelik bir yükümlülük davasına konu edilebilirler. Ancak bu görüş, Federal İdare Mahkemesi’nin “*kolaya kaçması*” olarak değerlendirilmiş, farklı yan hüküm türlerinin özelliklerinin dikkate alınmaması ve idari işlemin kısmen iptal edilmesine müsaade eden AİMK m. 113/1 hükmünün tanıdığı imkânı görmezden gelmesi nedeniyle eleştirilmiştir⁷³.

Bu konuya ilişkin sonradan ortaya çıkan görüşlerin ilkinde göre yan hükümlere karşı açılacak davanın türü, yan hükmün türüne göre değişmektedir. Bu görüşe göre yan hüküm türleri “*ayrılabilir (selbstständig)*” ve “*ayrılabilir olmayan (unselbstständig)*” olarak ikiye ayrılmaktadır. AİUK m. 36’nın birinci fıkrasında düzenlenen süre, şart ve geri alma kayıtları ayrılabilir olmayan yan hükümler; maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen yükümlülük ve yükümlülük kayıtları ise

⁷⁰ Geniş kapsamlı bilgi için bkz. Schmidt, AllG., s. 133-135; Erbguth/Guckelberger, a.g.e., s. 184; Maurer, a.g.e., s. 226-227; Detterbeck, a.g.e., s. 160; Ipsen, a.g.e., s. 125, 126.

⁷¹ Schmidt, Allg. Verwr., s. 134.

⁷² BVerwGE 29, 261, 265 (Beck-online).

⁷³ Schmidt, Allg. Verwr., s. 291; Hufen, a.g.e., s. 233; Ipsen, a.g.e., s. 172; Happ, a.g.e., s. 214.

ayrılabilir yan hükümler olarak kabul edilmektedir⁷⁴. Bu görüşe göre yan hüküm, ayrılabilir olmayan nitelikte ise izole iptal davası caiz değildir. Zira işlemde ayrılabilir nitelikte olmayan bu gibi bir yan hükmün tek başına iptal davasına konu edilmesi mümkün değildir. Bu durumda davacı söz konusu yan hükmü içermeyen bir işlemin tesis edilmesine yönelik bir yükümlülük davası açabilir⁷⁵.

Ancak ayrılabilir nitelikte bir yükümlülük ya da yükümlülük kaydı söz konusu ise, bunun bir yan hüküm niteliğinde mi yoksa müstakil bir idari işlem mi olduğuna bakılması gerekir. Ana idari işlemin bünyesinde yer alan ve geçerliliği ana işlemin geçerliliğine bağlı olan yükümlülükler ve yükümlülük kayıtları birer yan hükmüdür. Ancak bu hükümler, ana idari işlemin geçerliliğini etkilemeksizin ayrılabilir ve tek başına iptal edilebilir niteliktedirler. Bu tür yan hükümlere karşı izole iptal davası açılması mümkündür⁷⁶.

Bu görüşe göre üçüncü kişiler de kendi menfaatlerine yönelik olarak, bir işleme ayrılabilir nitelikte yan hüküm eklenmesini talep edebilirler⁷⁷. Bu tip yan hükümler, işlemin muhatabı bakımından külfetlendirici nitelikte iken üçüncü kişi bakımından yararlandırıcı niteliktedirler ve yükümlülük davası yoluyla talep edilebilirler. Üçüncü kişinin işleme ayrılabilir nitelikte olmayan bir yan hüküm eklenmesini talep etmesi halinde ise bu yan hükümler müstakil birer idari işlem gibi ele alınamayacağından kural olarak genel eda davasının konusu olmaları gerekir. Davada ileri sürülecek talep ise bir idari işlemin içeriğinin değiştirilmesi olacaktır. Bu gibi bir dava türü Alman idari yargılama hukukunda yer almadığı için geriye kalan tek dava türü işlemin tamamının iptaline yönelik bir iptal davasıdır⁷⁸.

İkinci görüş ise ana idari işlemin bağlı yetkiye ya da takdir yetkisine dayanmasına göre bir değerlendirme yapmaktadır. Bu görüşe göre takdir yetkisine dayanan bir idari işleme eklenen bir yan hükmün işlemde ayrılarak iptal edilmesi,

⁷⁴ Erbguth/Guckelberger, **a.g.e.**, s. 313; Würtenberger, **a.g.e.**, s. 155; Happ, **a.g.e.**, s. 215; Wollf/Decker, **a.g.e.**, s. 78; Pietzcker, **a.g.e.**, § 42 Abs. 1 s. 72.

⁷⁵ Würtenberger, **a.g.e.**, s. 155; Happ, **a.g.e.**, s. 215; Schmidt-Kötters, **a.g.e.**, s. 146; Wollf/Decker, **a.g.e.**, s. 78.

⁷⁶ Würtenberger, **a.g.e.**, s. 155; Ipsen, **a.g.e.**, s. 173; Happ, **a.g.e.**, s. 215; Schmidt-Kötters, **a.g.e.**, s. 146; Wollf/Decker, **a.g.e.**, s. 78.

⁷⁷ Hufen, **a.g.e.**, s. 288; Pietzcker, **a.g.e.**, § 42 Abs. 1 s. 80; Bunun en çok görülen örneği komşu davalardır. İnşaat iznine gürültü kirliliğinin önlenmesine yönelik bir yükümlülük eklenmesi gibi.

⁷⁸ Hufen, **a.g.e.**, s. 289.

idareyi herhangi bir yan hüküm eklenmemiş bir işlem tesis etmeye zorlamak anlamına gelir. Bu ise idarenin takdir yetkisini kullanmasına yönelik bir sınırlama teşkil eder. Bu nedenle bu görüşe göre takdir yetkisine dayanan idari işlemlere eklenmiş yan hükümler bakımından izole iptal davası caiz değildir⁷⁹. Bu durumda herhangi bir yan hüküm içermeyen bir idari işlemin tesis edilmesine yönelik bir yükümlülük davası açılabilir⁸⁰. Sonuç olarak bu görüşe göre bağlı yetkiye dayanan işlemlere eklenen yan hükümlerin tamamı bakımından izole iptal davası mümkünken, takdir yetkisine dayanan idari işlemlere eklenen yan hükümlere karşı izole iptal davası ise prensip olarak kabul edilmemektedir. Ancak bu görüş, AİMK m. 114'te düzenlenen takdir yetkisinin yargısal denetimine ilişkin hükümlerin, esas incelemesi aşamasında bu görüşün dayandığı, idarenin takdir yetkisinin sınırlandırılmasına ilişkin kaygıya zaten bir çözüm sunduğu gerekçesiyle eleştirilmekte ve usul bakımından kabul edilebilirlik incelemesinde işlemin takdir yetkisine dayalı olup olmasının bir önemi bulunmadığı savunulmaktadır⁸¹.

Federal İdare Mahkemesi'nin yeni içtihadında ortaya koyduğu üçüncü ve günümüzde geçerli olan görüşe göre ise, yan hükmün niteliğine göre değil, ana işlemin yan hükümlerden arındırılmış haline göre bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Ana işlemin, yan hükümler olmaksızın anlamlı ve hukuka uygun şekilde ayakta kalması mümkünse yan hükümlerin izole iptali mümkün olmalıdır⁸². Ancak bu tartışma davanın esasına ilişkin bir tartışmadır. Zira işlemin yan hükümler olmaksızın anlamlı ve hukuka uygun şekilde ayakta kalması, işlemin maddi anlamda bölünebilir olmasına bağlıdır. Bu nedenle bu görüşe göre yararlandırıcı nitelikteki idari işlemlerin külfetlendirici nitelikteki yan hükümlerinin iptaline yönelik izole iptal davaları, dava konusu bakımından kabul edilebilirdirler. Esas incelemesinde yapılan değerlendirmeye göre işlem maddi anlamda bölünebilir nitelikteyse ve yan hükmün iptali halinde geriye kalan işlem anlamlı ve hukuka uygun şekilde ayakta

⁷⁹ Kuhla/Hüttenbrink/Endler, **a.g.e.**, s. 137; Würtenberger, **a.g.e.**, s. 156; Ipsen, **a.g.e.**, s. 173; Wolff/Decker, **a.g.e.**, s. 79.

⁸⁰ Würtenberger, **a.g.e.**, s. 155; Pietzcker, **a.g.e.**, § 42 Abs. 1 s. 74.

⁸¹ Hufen, **a.g.e.**, s. 232, 235; Schmidt-Kötters, **a.g.e.**, s. 146.

⁸² Würtenberger, **a.g.e.**, s. 156; Schmidt, AllG, s. 291; Ipsen, **a.g.e.**, s. 173; Happ, **a.g.e.**, s. 214, 215; Schmidt-Kötters, **a.g.e.**, s. 146; Wolff/Decker, **a.g.e.**, s. 79; BVerwGE, 112, 221 (Beck-online).

kalabiliyorsa izole iptal mümkündür⁸³. Aksi halde yan hüküm içermeyen bir işlem tesis edilmesine yönelik bir yükümlülük davası açılabilir. Zira mahkeme vereceği kararla hukuka aykırı bir durumun meydana gelmesine sebebiyet veremez⁸⁴.

Bu görüşü eleştiren dördüncü bir görüşe göre ise talep edilen bir idari işlemin yan hükümler eklenerek tesis edilmesi her zaman kısmi bir ret sayılmaktadır. Zira talepte bulunan, idari işlem yoluyla sınırlandırılmamış bir menfaat elde etmek istemektedir. İşleme yan hüküm eklenmesi ise elde edilecek menfaatin sınırlandırılması niteliğindedir. Sınırlandırılmamış bir menfaat temin edilmesine yönelik hukuken korunma imkânı sağlayan dava türü ise yükümlülük davasıdır⁸⁵. Bunun yanında, Federal İdare Mahkemesi'nin yan hükümlere karşı izole iptal talebinin kabul edilebilirliğini usul bakımından inceleme aşamasından esas bakımından inceleme aşamasına taşıması ve önceki içtihadının aksine bu tür talepleri baştan reddetmemesi olumlu bir değişim olarak kabul edilmekle birlikte, davanın esas bakımından incelenmesi aşamasında yaptığı değerlendirmenin iptal davasının özelliklerine uygun olarak yan hükmün hukuka uygunluğu ekseninde değil; yükümlülük davasının esas bakımından incelenmesinde⁸⁶ olduğu gibi yan hükümlerden arındırılmış bir işlemin tesis edilmesinin mümkün olup olmadığı ekseninde yapması tutarsız bulunmakta ve eleştirilmektedir. Bu nedenle bu gibi durumlarda geçerli olan tek dava türünün yükümlülük davası olduğu savunulmaktadır⁸⁷. Aynı şekilde işleme sonradan eklenen ya da ağırlaştırılan bir yükümlülük de işlemin kısmen geri alınması sayılmaktadır ve bu yükümlülüğün kaldırılması yükümlülük davasına konu edilebilir⁸⁸.

Bunların yanı sıra “*değiştirilmiş izinler (modifizierte Genehmigungen)*” birer yan hüküm niteliğinde sayılmazlar. Bu kavram, talep edilen işlemin kısmen ya da tamamen reddedilmesi fakat talepte bulunana talep edilenden farklı içerikte bir izin verilmesi durumu için kullanılmaktadır⁸⁹. Bu tür işlemlerin içeriğinde bulunan

⁸³ Ipsen, **a.g.e.**, s. 173; Würtenberger, **a.g.e.**, s. 164; Happ, **a.g.e.**, s. 214; Wollf/Decker, **a.g.e.**, s. 79.

⁸⁴ Würtenberger, **a.g.e.**, s. 164.

⁸⁵ Schmidt, **Allg. Verwr.**, s. 292; Kopp/Schenke, **a.g.e.**, s. 257; Pietzcker, **a.g.e.**, § 42 Abs. 1 s. 74, 75.

⁸⁶ İleride açıklanacaktır. Bkz. İkinci Bölüm, V, A.

⁸⁷ Schmidt, **Allg. Verwr.**, s. 292; Kopp/Schenke, **a.g.e.**, s. 257; Pietzcker, **a.g.e.**, § 42 Abs. 1 s. 74, 75.

⁸⁸ Maurer, **a.g.e.**, s. 350; Hufen, **a.g.e.**, s. 289; Schmidt, **Allg. Verwr.**, s. 285.

⁸⁹ Örneğin altı katlı bir bina için inşaat izni isteyen ilgiliye beş kat için izin verilmesi.

unsurlar yan hüküm olarak değil “*içerik hükmü (Inhaltsbestimmung)*” olarak kabul edilmektedirler⁹⁰. Bu nedenle bunlara karşı izole iptal davası açılması mümkün değildir⁹¹. Zira işlemin içeriğinin ortadan kalkması halinde verilen izin bir anlamı kalmayacaktır. Bu halde başta talep edilen işlemin değiştirilmeksizin tesis edilmesine yönelik bir yükümlülük davası açılabilir⁹².

3. Sübjektif Dava Ehliyeti (Klagebefugnis – Dava Yetkisi)

AİMK m. 42/2’ye göre “*Kanunla aksi belirlenmiş olmadıkça dava yalnızca davacının idari işlem, idari işlemin tesis edilmesine yönelik talebinin reddedilmesi ya da bu talep karşısında hareketsiz kalınması sebebiyle haklarının ihlal edilmiş olduğunu ileri sürdüğü sürece kabul edilebilir.*”. Buna göre davacı, ancak sübjektif kamusal bir hakkının ihlal edildiği iddiasıyla dava yoluna başvurabilir. Ancak bu koşul, doğrudan doğruya bir hakkın varlığının ispat edilmesine ilişkin değildir; aşağıda açıklanacağı üzere bir hakkın “*ihlal edilmiş olması ihtimalini*” ifade etmektedir⁹³.

Madde hükmüne göre yükümlülük davasında sübjektif dava ehliyeti şartları şunlardır:

1. İşlemin tesis edilmesine yönelik bir hakkın mevcut olması,
2. Bu hakkın davacı ile ilişkilendirilmesi (sübjektif bir hak olması),
3. Davacının talebinin reddedilmesi ya da talep karşısında hareketsiz kalınması nedeniyle bu hakkın ihlal edilmiş olması ihtimali.

Alman idari yargılama hukukunun merkezinde bulunan kavram sübjektif kamusal hak kavramıdır. Nitekim AİMK, sübjektif kamusal haklar ekseninde tasarlanmış olup, şahsi koruma karakteri baskındır⁹⁴. Sübjektif kamusal hakların

⁹⁰ Schmidt, *Allg. Verwr.*, s. 285; Maurer, *a.g.e.*, s. 350; Kuhla/Hüttenbrink/Endler, *a.g.e.*, s. 139; Happ, *a.g.e.*, s. 213; Schmidt-Kötters, *a.g.e.*, s. 146; Wolff/Decker, *a.g.e.*, s. 79.

⁹¹ Maurer, *a.g.e.*, s. 349; Hufen, *a.g.e.*, s. 233; Happ, *a.g.e.*, s. 213; Schmidt, *Allg. Verwr.*, s. 285; Ipsen, *a.g.e.*, s. 175; Würtenberger, *a.g.e.*, s. 165; Schmidt-Kötters, *a.g.e.*, s. 146; Wolff/Decker, *a.g.e.*, s. 80.

⁹² Schmidt, *Allg. Verwr.*, s. 286; Hufen, *a.g.e.*, s. 233; Kuhla/Hüttenbrink/Endler, *a.g.e.*, s. 139; Ipsen, *a.g.e.*, s. 175; Würtenberger, *a.g.e.*, s. 165; Schmidt-Kötters, *a.g.e.*, s. 146.

⁹³ Hufen, *a.g.e.*, s. 290; Gärditz, *a.g.e.*, s. 245; Jarass/Pieroth, *a.g.e.*, s. 479; Ipsen, *a.g.e.*, s. 311; Würtenberger, *a.g.e.*, s. 136.

⁹⁴ Würtenberger, *a.g.e.*, s. 128; Schmidt-Aßmann, *a.g.e.*, s. 17; Happ, *a.g.e.*, s. 222; Alman idari yargılama hukuku sisteminde sübjektif kamusal hakkın varlığının hukuki koruma için başlangıç şartı

usuli olarak uygulanması imkânının sağlanması hukuk devleti ilkesinin gelişmesiyle bağlantılıdır ve vatandaşlara kendilerini koruyucu nitelikte olan normların uygulanması bakımından yürütme organını zorlama imkânı sağlamaktadır⁹⁵. Sübjektif kamusal hak kavramı, “*bir bireye, devletten ya da diğer kamu tüzel kişilerinden somut olarak yapma, yapmama ya da katlanma talebinde bulunma yetkisi veren haklar*” olarak tanımlanabilir⁹⁶.

İdari yargı yerlerinin idarenin muamelelerinin hukuka uygunluğunu kendiliğinden denetleme yetkisi bulunmamaktadır. Mahkemenin denetleme yetkisini kullanabilmesi ilgililerin bunu talep etmesine bağlıdır. Ancak bireylerin idarenin muamelelerinin hukuka uygunluğunun denetlenmesine yönelik genel bir talep hakkı bulunmamaktadır. Bu gibi bir talep hakkı ancak kendi haklarının, daha doğru bir ifadeyle, sübjektif kamusal haklarının, idare tarafından ihlal edilmiş olması halinde mevcuttur⁹⁷. Yükümlülük davası bakımından davacının bir idari işleme yönelik talebinin reddedilmesi ya da ihmal edilmesi nedeniyle ihlal edilmiş bir sübjektif bir hakkının bulunması gerekmektedir. Bu hak, kanunlardan doğabileceği gibi temel haklardan da doğabilir. Aynı şekilde yükümlülük davasına konu olan sübjektif hakkın idarenin düzenleyici işlemlerinden, kamu hukuku sözleşmelerinden ya da teminatlardan⁹⁸ doğması da mümkündür⁹⁹. Salt menfaatler (basit bir gürültünün önlenmesi, daha güzel bir manzaraya sahip olmak, estetik açıdan rahatsız edici görüntülerin ortadan kaldırılması gibi), ekonomik kazanç imkânları, kültürel ya da siyasi menfaatler ise sübjektif dava ehliyeti sağlamaz¹⁰⁰.

olduğuna ilişkin bkz. Rainer Wahl, içinde: Friedrich Schoch, Jens-Peter Schneider, Wolfgang Bier v.d., **Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar**, 24. Ergänzungslieferung, München, C.H. Beck, München, 2012, Vorb. § 42 Abs. 2 s. 18.

⁹⁵ Würtenberger, **a.g.e.**, s. 128.

⁹⁶ Würtenberger, **a.g.e.**, s. 129; von Nicolai, **a.g.e.**, s. 181; Bickenbach, **a.g.e.**, s. 39; Sennekamp, **a.g.e.**, s. 287; Huber, **a.g.e.**, s. 1867; Happ, **a.g.e.**, s. 235; Schmidt-Kötters, **a.g.e.**, s. 159.

⁹⁷ von Nicolai, **a.g.e.**, s. 178; Schmidt-Aßmann, **a.g.e.**, s. 18; Maurer, **a.g.e.**, s. 155; Kopp/Schenke, **a.g.e.**, s. 249; Würtenberger, **a.g.e.**, s. 136; Schmidt-Kötters, **a.g.e.**, s. 153.

⁹⁸ “Teminat (Zusicherung)” kavramı AİUK m. 38’de düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre bir işlemi tesis etmekle yetkili bir idare, ileride bu işlemi tesis edeceğine ya da etmeyeceğine dair muhatabına bir teminat verebilir. Bu teminatın geçerli olması yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır.

⁹⁹ Schmidt, **Verwpr.**, s. 129; Sennekamp, **a.g.e.**, s. 292; Würtenberger, **a.g.e.**, s. 137, 138; Schmidt-Kötters, **a.g.e.**, s. 159; Wollf/Decker, **a.g.e.**, s. 98.

¹⁰⁰ Hufen, **a.g.e.**, s. 291; Schmidt, **Verwpr.**, s. 54; Jarass/Pieroth, **a.g.e.**, s. 477; Schmidt-Kötters, **a.g.e.**, s. 160.

Sübjektif kamusal haklardan kaynaklanan talepler, negatif sübjektif haklara dayanan “*bertaraf etme talepleri (Beseitigungsansprüche)*” ve pozitif sübjektif haklara dayanan “*hukukun yerine getirilmesi talepleri (Gesetzerfüllungsansprüche)*” olarak sınıflandırılmaktadır¹⁰¹. Bu ayrıma göre yükümlülük davasına konu olan haklar pozitif sübjektif haklardır. Zira yükümlülük davasında bir müdahalenin bertaraf edilmesine yönelik bir talep değil, idarenin bir hakkı yerine getirmesine yönelik bir talep söz konusudur.

Bunların yanısıra davacının hak ihlalinden doğrudan etkilenmiş olması gerekir¹⁰². Bir diğer ifadeyle davacının ihlale neden olan işlemin bir ilgilisi olması yeterli değildir. Bu işlem nedeniyle bir külfet altına girmiş olması, hukuki durumunda olumsuz bir etki meydana gelmiş olması gerekmektedir¹⁰³. Bir başka şart ise hak ihlalinin güncel olmasıdır. İdarenin tutumundan ileride etkilenme ihtimali sübjektif dava ehliyetinin kabulü bakımından yeterli değildir¹⁰⁴.

Alman idari yargılama hukukunda sübjektif dava ehliyetini açıklamakta kullanılan teoriler “*muhatap teorisi*”, “*ihtimal teorisi*” ve “*koruyucu norm teorisi*”dir.

a. Muhatap Teorisi (Die Adressatentheorie)

Bu teoriye göre davacının, külfetlendirici bir idari işlemin muhatabı olması halinde başka herhangi bir şarta gerek kalmaksızın, Federal Alman Anayasası m. 2/1’de düzenlenen genel hareket özgürlüğüne müdahale edilmiş olması nedeniyle iptal davası bakımından sübjektif dava ehliyetini haiz olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁵. Zira genel hareket özgürlüğü, devletin hukuka aykırı olması ihtimali bulunan külfetlendirici her müdahalesine karşı koyma ve bu müdahaleye karşı hukuken korunma yollarına başvurma imkânı tanımaktadır¹⁰⁶.

¹⁰¹ Bickenbach, **a.g.e.**, s. 39.

¹⁰² von Nicolai, **a.g.e.**, s. 182; Kuhla/Hüttenbrink/Endler, **a.g.e.**, s. 104; Huber, **a.g.e.**, s. 1870; Happ, **a.g.e.**, s. 232.

¹⁰³ Hofmann, **a.g.e.**, s. 633; Huber, **a.g.e.**, s. 1870; Schmidt-Aßmann/Schenk, **a.g.e.**, Einleitung s. 20.

¹⁰⁴ von Nicolai, **a.g.e.**, s. 182; Huber, **a.g.e.**, s. 1875; Schmidt-Aßmann/Schenk, **a.g.e.**, Einleitung s. 20.

¹⁰⁵ Würtenberger, **a.g.e.**, s. 131; Hufen, **a.g.e.**, s. 239; Kuhla/Hüttenbrink/Endler, **a.g.e.**, s. 108; Sennekamp, **a.g.e.**, s. 285; Huber, **a.g.e.**, s. 1871; Schmidt-Kötters, **a.g.e.**, s. 170.

¹⁰⁶ Schmidt, **Verwpr.**, s. 53; Hufen, **a.g.e.**, s. 239; Sennekamp, **a.g.e.**, s. 285; Schmidt-Kötters, **a.g.e.**, s. 171.

Ancak iptal davaları bakımından geçerli olan bu teori yükümlülük davası bakımından geçerli değildir¹⁰⁷. Ret işleminin doğası gereği olumsuz ve külfetlendirici nitelikte olması¹⁰⁸, bu işlemin muhatabının subjektif kamusal hakkının mevcudiyetini ortaya koymadığı gibi, yükümlülük davasında subjektif dava ehliyetine sahip olmasını sağlamaz¹⁰⁹.

b. İhtimal Teorisi (Die Möglichkeitstheorie)

Yükümlülük davası ve genel eda davası gibi yararlandırıcı bir idari işlemin ya da idari eylemin edasının talep edildiği davalarda subjektif dava ehliyeti incelemesi bakımından esas alınan teori ihtimal teorisidir. Bu tür davalarda davacının, talep ettiği edimi idarenin gerçekleştirmemesi nedeniyle haklarının ihlal edildiğini ileri sürmesi gerekmektedir birlikte, hak ihlalinin kesin olarak ortaya konulması beklenmemektedir¹¹⁰. Başka bir ifadeyle, usul bakımından kabul edilebilirlik aşamasında hak ihlalinin ortaya konulması katı bir gereklilik olarak kabul edilmemelidir. Aksi halde esas bakımından inceleme aşamasında öne sürülecek delillere ve gerekçelere yönelik bir beklenti içerisine girilmiş olur¹¹¹. Davacı tarafından ileri sürülen delillerin inandırıcılığı ve tutarlılığı bu aşamada katı bir şekilde dikkate alınmaz, şekli bir inceleme yapılıır¹¹². Davacının talep ettiği işleme yönelik subjektif hakkını makul biçimde ortaya koyduğu ve hakkın ihlal edilmiş olmasının açıkça imkânsız olmadığı durumlarda, işlemin reddedilmesinin ya da talep karşısında hareketsiz kalınmasının davacının subjektif bir hakkının ihlal edildiğine işaret ettiği ve subjektif dava ehliyetinin mevcut olduğu kabul edilmektedir¹¹³.

¹⁰⁷ Schmidt, **Verwpr.**, s. 53; Hufen, **a.g.e.**, s. 201; Würtenberger, **a.g.e.**, s. 167.

¹⁰⁸ Ret işlemi her zaman talepte bulunana doğrudan bir külfet yüklememekle birlikte, yararlandırıcı idari işlem-külfetlendirici idari işlem ayrımı bakımından külfetlendirici niteliktedir.

¹⁰⁹ Hufen, **a.g.e.**, s. 201; Sennekamp, **a.g.e.**, s. 283; Happ, **a.g.e.**, s. 228; Schmidt-Kötters, **a.g.e.**, s. 158.

¹¹⁰ Schmidt, **Verwpr.**, s. 53; Hufen, **a.g.e.**, s. 290; Gärditz, **a.g.e.**, s. 245; von Nicola, s. 180; Huber, **a.g.e.**, s. 1875; Jarass/Pieroth, **a.g.e.**, s. 479; Ipsen, **a.g.e.**, s. 311; Schmidt-Kötters, **a.g.e.**, s. 170.

¹¹¹ von Nicolai, **a.g.e.**, s. 179; Gärditz, **a.g.e.**, s. 245; Sennekamp, **a.g.e.**, s. 286; Ipsen, **a.g.e.**, s. 311; Schmidt-Kötters, **a.g.e.**, s. 153.

¹¹² Hufen, **a.g.e.**, s. 293; Schmidt, **Verwpr.**, s. 53; von Nicolai, **a.g.e.**, s. 179; Würtenberger, **a.g.e.**, s. 129; Schmidt-Kötters, **a.g.e.**, s. 172.

¹¹³ Hufen, **a.g.e.**, s. 293; Schmidt, **Verwpr.**, s. 53; von Nicolai, **a.g.e.**, s. 179; Gärditz, **a.g.e.**, s. 245; Würtenberger, **a.g.e.**, s. 129; Kuhla/Hüttenbrink/Endler, **a.g.e.**, s. 104; Sennekamp, **a.g.e.**, s. 285; Ipsen, **a.g.e.**, s. 311; Schmidt-Kötters, **a.g.e.**, s. 170; BVerwGE 44, 1; BVerwGE 95, 133; BVerwGE 107, 215; BVerwGE 96, 302; BVerwGE 98, 118; BVerwGE 114, 356; BVerwGE 117, 93; BVerwGE 130, 39 (Beck-online).

Mahkemenin bu tespiti yapmasına yönelik formülasyon ise iki aşamalıdır. Mahkeme ilk olarak davacının iddiasını destekleyecek nitelikte objektif hak doğuran bir normun bulunup bulunmadığına bakar. İkinci olarak ise davacının bu hakka sahip olmak için gerekli şartları yerine getirmesinin somut olayda baştan itibaren imkânsız olup olmadığını değerlendirir. Eğer objektif hak doğuran bir norm mevcutsa ve davacının bu hakka ilişkin şartları yerine getirmiş olması somut olayda baştan itibaren imkânsız gözükmüyorsa sübjektif dava ehliyetinin mevcut olduğu kabul edilir¹¹⁴. Bu tespitin yapılabilmesi için gerekli olan olguların mahkemeye sunulması ve sübjektif hak ihlalinin mevcut olduğunu gösteren açıklamaların yapılması ise davacının yükümlülüğündedir¹¹⁵.

c. Koruyucu Norm Teorisi (Die Schutznormtheorie)

Koruyucu norm teorisi sübjektif kamusal hakların mevcut olup olmadığının araştırılmasında esas alınan teoridir. Bu teoriye göre bir normun yalnızca kamu yararını korumaya yönelik değil, aynı zamanda bireysel yararı korumaya yönelik düzenleme getirdiği durumlarda bir sübjektif hakkın mevcut olduğundan söz edilir¹¹⁶. Şahsi yararın gözetilmesi, kamu yararının gerçekleştirilmesi açısından devletin önemli bir görevidir. Nitekim şahsi yarar ile kamu yararı birbirlerini saf dışı bırakır nitelikte değildir¹¹⁷. Sübjektif kamusal haklar bağlamında şahsi yarar ve kamu yararı ilişkisi bakımından kamu yararının gerçekleştirilmesinin, şahsi yararın korunmasına bağlı olduğu da ifade edilmektedir¹¹⁸. Bir sübjektif hakkın bulunup bulunmaması bakımından belirleyici olan ise, normun kapsamında belirli kişilerin “genel”den ayırılmasına elverişli unsurların bulunup bulunmadığıdır. Söz konusu hukuk kuralının belirli bireyleri genelden ayırarak ya da onları işaret ederek

¹¹⁴ von Nicolai, **a.g.e.**, s. 180; Gärditz, **a.g.e.**, s. 245; Ipsen, **a.g.e.**, s. 311; Happ, **a.g.e.**, s. 230; Schmidt-Kötters, **a.g.e.**, s. 170.

¹¹⁵ Gärditz, **a.g.e.**, s. 245; Würtenberger, **a.g.e.**, s. 129; von Nicolai, **a.g.e.**, s. 179.; Kuhla/Hüttenbrink/Endler, **a.g.e.**, s. 103; Happ, **a.g.e.**, s. 230; BVerwGE 107, 215; BVerwGE 117, 209 (Beck-online).

¹¹⁶ Würtenberger, **a.g.e.**, s. 129; von Nicolai, **a.g.e.**, s. 181; Sennekamp, **a.g.e.**, s. 283; Jarass/Pieroth, **a.g.e.**, s. 477; Happ, **a.g.e.**, s.227; Schmidt-Kötters, **a.g.e.**, s. 161.

¹¹⁷ Schmidt, **Verwpr.**, s. 56; BVerwGE 77, 70 (Beck-online)

¹¹⁸ Schmidt, **Verwpr.**, s. 56; Wahl, **a.g.e.**, Vorb. § 42 Abs. 2 s. 19.

kendilerine korunma sağlanmasına elverişli bir hukuki pozisyon kazandırıyor olması halinde sübjektif bir hakkın mevcut olduğundan söz edilir¹¹⁹.

Somut olayda uygulanacak normun sübjektif bir hak ihtiva edip etmediği ve üçüncül korumaya¹²⁰ hizmet edebilecek nitelikte olup olmadığı yorum usulleri vasıtasıyla anlaşılır¹²¹. Buna göre ilk olarak norm lafzen yorumlanarak sübjektif bir hak ihtiva ettiği anlaşılırsa diğer yorum usulleri uygulanmaz. Aynı şekilde lafzi yorum neticesinde normun sübjektif bir hak doğurmadığı açıkça anlaşılırsa diğer yorum usulleri uygulanmaz. Lafzi yorum vasıtasıyla açık bir sonuca ulaşılamaması halinde sistematik yorum ve amaçsal yorum usulleri uygulanarak normun sistematikliğinden ya da amacından, kamu yararının yanısıra ilgilinin şahsi yararının da korunması gerektiği anlaşılıyorsa sübjektif bir hak ihtiva ettiği kabul edilir¹²². Somut olayın anayasal haklarla doğrudan ilişkili olduğu hallerde “*anayasaya uygun yorum (verfassungskonforme Auslegung)*” usulü uygulanarak, diğer yorum usullerine göre anlaşılabilir olmasa da normun davacı bakımından sübjektif bir hak ihtiva ettiği sonucu çıkarılabilir¹²³.

Objektif bir normun uygulanması sonucunda bir birey veya bazı bireyler açısından olumlu veya olumsuz yan etkiler doğurması durumu “*hukuki yansıma (Rechtsreflex)*” olarak isimlendirilmektedir. Davacının, normun uygulanması halinde salt bir hukuki yansıma ile elde edeceği yararın korunmasına ilişkin talebi sübjektif dava ehliyeti sağlamaz¹²⁴. Öğretimizde “*Rechtsreflex*” kavramı daha önce *Sıddık Sami Onar* tarafından ele alınmıştır. *Onar*, Alman öğretisinde ilk olarak *Rudolf von Jhering* tarafından “*yansıma etkisi (Reflexwirkung)*”¹²⁵ ifadesiyle ortaya konulan bu

¹¹⁹ Schmidt, **Verwpr.**, s. 54; Kuhla/Hüttenbrink/Endler, **a.g.e.**, s. 109; Jarass/Piero, **a.g.e.**, s. 477; Würtenberger, **a.g.e.**, s. 137; Happ, **a.g.e.**, s. 227.

¹²⁰ Üçüncül koruma (Drittschutz) kavramı, üçüncü kişiler aleyhine açılan davalara ilişkin olup aşağıda açıklanacaktır. Bkz. İkinci Bölüm, IV, A, 3, e.

¹²¹ von Nicolai, **a.g.e.**, s. 182; Schmidt, **Verwpr.**, s. 55; Sennekamp, s. 283; Huber, **a.g.e.**, s. 1868; Jarass/Piero, **a.g.e.**, s. 477; Schmidt-Kötters, **a.g.e.**, s. 162; Happ, **a.g.e.**, s. 228.

¹²² Schmidt, **Verwpr.**, s. 55; Würtenberger, **a.g.e.**, s. 129; Wollf/Decker, **a.g.e.**, s. 90.

¹²³ Schmidt, **Verwpr.**, s. 55; von Nicolai, **a.g.e.**, s. 182; Huber, **a.g.e.**, s. 1868; Jarass/Piero, **a.g.e.**, s. 478; Schmidt-Kötters, **a.g.e.**, s. 162; Happ, **a.g.e.**, s. 228.

¹²⁴ Schmidt, **Verwpr.**, s. 54; von Nicolai, **a.g.e.**, s. 182; Kuhla/Hüttenbrink/Endler, **a.g.e.**, s. 110; Sennekamp, **a.g.e.**, s. 283; Hofmann, **a.g.e.**, s. 633; Huber, **a.g.e.**, s. 1867; Jarass/Piero, **a.g.e.**, s. 479; Happ, **a.g.e.**, s. 227; Schmidt-Kötters, **a.g.e.**, s. 153.

¹²⁵ Rudolf von Jhering, **Geist des römischen Rechts**, Dritter Teil, Leipzig, 1865, s. 327.

kavramı, “*hukuki in’ikâs*” karşılığıyla ele almaktadır¹²⁶. Müellif, sübjektif hak ile hukuki in’ikâsın birbirinden ayrılması için ise hak sahibinin hukuk yoluna müracaat etme imkânının bulunup bulunmadığına bakılması gerektiğini ifade etmektedir. Onar’ın ifadesine göre, çalışmamızda “*talep hakkı*” terimiyle karşılanan “*Anspruch*” bulunması halinde bir sübjektif hak; bulunmaması halinde ise hukuki in’ikâs mevcuttur¹²⁷. Devamında ise hukuki in’ikâsların kanunların uygulanmasını isteme imkânı sağladığını, sübjektif hakların ise ilgililere daha geniş bir teminat sağladığını ve devletin sübjektif haklar bakımından daha fazla külfet altına girdiğini ifade etmiştir¹²⁸. Kanaatimizce bu açıklama pek isabetli değildir. Zira “*talep hakkı (Anspruch)*” doğuran şey, bir sübjektif hakkın bulunmasıdır. Talep hakkı, sübjektif hakkın bir kriteri olamaz. Bir sübjektif hak değil hukuki yansıma bulunması halinde ise normun uygulanmasına yönelik bir talep hakkı bulunmadığı sonucuna ulaşılır. Sübjektif hak ile hukuki yansıma arasındaki ayrım ise kanunun yorumlanması ile anlaşılır. Kanun, şahsi yararın korunmasını gerektirecek şekilde düzenlenmiş ise sübjektif hak var demektir. Kanunun şahsi yararı korumak gibi bir amacı ve/veya işlevi olmamasına rağmen objektif normun uygulanması bazı bireylerin menfaatine sonuç doğuruyorsa hukuki yansıma bulunduğu söz edilir. Nitekim v. Jhering hak kavramını “*hukuken korunan yarar (rechtlich geschützte Interesse)*” olarak tanımlamaktadır¹²⁹. Hukuki yansıma neticesinde ortaya çıkacak yarar ise hukuken korunmamaktadır. Bu husus v. Jhering tarafından şu şekilde açıklanmıştır:

*“Her yarar, hukuken korunmayı gerektirmez; hepsinin buna elverişli olduğu da söylenemez. Dahası, benim yararımı koruyan her kanun, benim için bir hak meydana getirmez. Üretimin arttırılması amacıyla koruyucu gümrük tarifeleri belirleyen bir kanun üreticiler açısından iyidir ve onları korur. Ancak onlara bir hak tanımaz. Bu nasıl olabilir? Burada yalnızca bir hukuki yansıma etkisi bulunmaktadır. Bu, hak ile büyük benzerliği bulunan fakat ondan dikkatli şekilde ayrılması gereken bir ilişkidir.”*¹³⁰

¹²⁶ Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Üçüncü Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s. 489.

¹²⁷ Onar, **a.g.e.**, s. 489.

¹²⁸ Onar, **a.g.e.**, s. 497.

¹²⁹ v. Jhering, **a.g.e.**, s. 327.

¹³⁰ v. Jhering, **a.g.e.**, s. 327, 328.

d. Temel Haklar ve Sübjektif Dava Ehliyeti

Temel hakların klasik anlamdaki işlevi, devletin müdahalelerinin önlenmesine yönelik haklar tanımalarıdır¹³¹. Bu bakımdan ilk bakışta temel hakların sübjektif dava ehliyeti doğuracağı sonucu ortaya çıkıyor gibi gözükse de temel hakların hukuki güvence sağlamaları çoğunlukla kanuni düzenlemeler yoluyla somutlaştırılmaları neticesinde gerçekleşir¹³². Nitekim temel haklar lafzi ve işlevsel olarak çoğunlukla doğrudan sübjektif bir hak sağlayacak şekilde düzenlenmezler¹³³. Sübjektif hakları güvence altına almak ilk aşamada kanun koyucunun görevidir¹³⁴. Bu nedenle yükümlülük davasına konu edilecek olan talep hakkının doğrudan temel haklardan kaynaklanması nadir görülen bir durumdur¹³⁵.

Anayasaaltı normların temel haklara göre “uygulanma önceliği” (*Anwendungsvorrang*)” bulunmaktadır¹³⁶. Bu öncelik gereği yükümlülük davasında ileri sürülen sübjektif hak, temelinde bir temel hakka dayanıyor olsa da kanuni düzenlemeler aracılığıyla somutlaştırılmış olması halinde davanın temel hakka dayandırılması gerekmez¹³⁷. Kanuni düzenlemenin açık olmadığı hallerde de yukarıda ifade edildiği gibi yorum usulleri kullanılarak söz konusu normun kamu yararının yanısıra ilgilinin şahsi yararını koruma işlevi ve/veya amacı bulunup bulunmadığının incelenmesi gerekir. Bu incelemenin yukarıda ifade edildiği üzere anayasaya uygun olarak yapılması gerekmektedir. Düzenlemenin dayandığı anayasal ilke gereği sübjektif bir hakkın tanınması gerektiği sonucu ortaya çıkabilir. Bu, “temel hakların norm içi etkisi (*norminterne Wirkung der Grundrechte*)” olarak isimlendirilmektedir¹³⁸. Şüpheli durumlarda anayasaya uygun yorumun, Federal

¹³¹ Schmidt, *Verwpr.*, s. 56.

¹³² Schmidt, *Verwpr.*, s. 56; Sennekamp, *a.g.e.*, s. 290; Hofmann, *a.g.e.*, s. 633; Jarass/Pieroth, *a.g.e.*, s. 477.

¹³³ Schmidt, *Verwpr.*, s. 252; Würtenberger, *a.g.e.*, s. 138; Wahl, *a.g.e.*, Vorb. § 42 Abs. 2 s. 20; Temel hakların da doğrudan sübjektif hak düzenlediğine ilişkin bkz. Happ, *a.g.e.*, s. 225; Schmidt-Kötters, *a.g.e.*, s. 174.

¹³⁴ Schmidt, *Verwpr.*, s. 56; Sennekamp, *a.g.e.*, s. 284; Maurer, *a.g.e.*, s. 155; Huber, *a.g.e.*, s. 1867; Jarass/Pieroth, *a.g.e.*, s. 477; Würtenberger, *a.g.e.*, s. 138; Sübjektif kamusal hakların, temel hakların anayasaaltı normlarla düzenlenmiş somut ifade biçimleri olduğuna ilişkin bkz. Wahl, *a.g.e.*, Vorb. § 42 Abs. 2 s. 20.

¹³⁵ Hufen, *a.g.e.*, s. 448; Hofmann, *a.g.e.*, s. 633; Wollf/Decker, *a.g.e.*, s. 98.

¹³⁶ Schmidt, *Verwpr.*, s. 57; Sennekamp, *a.g.e.*, s. 290; Huber, *a.g.e.*, s. 1867; Happ, *a.g.e.*, s. 225.

¹³⁷ Hufen, *a.g.e.*, s. 448; Sennekamp, *a.g.e.*, s. 290; Hofmann, *a.g.e.*, s. 633; Huber, *a.g.e.*, s. 1867.

¹³⁸ Schmidt, *Verwpr.*, s. 57; von Nicolai, *a.g.e.*, s. 182; Sennekamp, *a.g.e.*, s. 283; Happ, *a.g.e.*, s. 228; Schmidt-Kötters, *a.g.e.*, s. 174.

Alman Anayasası m. 19/4’de düzenlenen hukuken korunma güvencesi ilkesi ile bağlantılı olarak yapılması ve şahsi koruma sağlama yükümlülüğünün mevcut olduğu kabulüne öncelik verilmesi gerekmektedir¹³⁹.

Davacının talebini dayandırmak istediği kuralların kanun tarafından düzenlenmemiş olması halinde ise doğrudan anayasal düzenlemelere başvurulabilir¹⁴⁰. Burada temel haklara ilişkin değer yargılarının bir korunma hakkının tanınmasını gerektirip gerektirmediği değerlendirilir. Temel hakkın koruduğu değerlere yönelik keyfi ve/veya kabul edilebilir olmayan bir müdahale söz konusu ise; fakat buna karşı hukuken korunma sağlayacak herhangi bir kanuni düzenleme mevcut değilse temel hakkın, ilgilinin hukuken korunmasına yönelik doğrudan bir subjektif hak sağladığı kabul edilir. Bu ise “*temel hakların norm dışı etkisi (normexterne Wirkung der Grundrechte)*” olarak isimlendirilir¹⁴¹. Örneğin personel hukuku kapsamındaki bir rakip davasında her Alman’ın kamu hizmetine girme hakkı bulunduğunu düzenleyen Federal Alman Anayasası m. 33/2 ve iktisadi rakip davalarında çalışma özgürlüğünü düzenleyen m. 12 ve mülkiyet hakkını düzenleyen m. 14 dikkate alınmak zorundadır.

Bunların yanısıra özellikle Federal Alman Anayasası m. 3’de düzenlenen eşitlik ilkesi özgün bir talep hakkı sunmamakla birlikte bazı durumlarda bir “*türev hak (derivatives Recht)*” doğurabilir¹⁴². Eşitlik ilkesinin idarenin muameleleri bakımından en önemli sonucu Alman hukukunda geçerli olan “*idarenin kendisiyle bağlılığı (Selbstbindung der Verwaltung) ilkesi*”dir. Bu ilke, hukukumuzdaki idari istikrar ve belirlilik ilkelerini karşılamakta olup, idarenin maddi ya da hukuki bir neden olmaksızın süregelen uygulaması dışında bir tasarrufta bulunamayacağı anlamına gelmektedir. Eşitlik ilkesine bu bakımdan bir aykırılık söz konusu olması halinde yükümlülük davası bu ilkeye dayandırılabilir¹⁴³. Bununla birlikte, “*hukuka*

¹³⁹ Schmidt, **Verwpr.**, s. 57; Jarass/Pieroth, **a.g.e.**, s. 478; Württenberger, **a.g.e.**, s. 137; Happ, **a.g.e.**, s. 228; Schmidt-Aßmann/Schenk, **a.g.e.**, Einleitung s. 18.

¹⁴⁰ Württenberger, **a.g.e.**, s. 130; von Nicolai, **a.g.e.**, s. 182; Sennekamp, **a.g.e.**, s. 291; Maurer, **a.g.e.**, s. 155; Happ, **a.g.e.**, s. 229.

¹⁴¹ Schmidt, **Verwpr.**, s. 58; Sennekamp, **a.g.e.**, s. 291; Huber, **a.g.e.**, s. 1870; Happ, **a.g.e.**, s. 228; Schmidt-Kötters, **a.g.e.**, s. 174.

¹⁴² Schmidt, **Verwpr.**, s. 252; Hufen, **a.g.e.**, s. 292; Bu ilkeden “*bağımsız (eigenständig)*” haklar doğduğuna ilişkin bkz. Wollf/Decker, **a.g.e.**, s. 94.

¹⁴³ Hufen, **a.g.e.**, s. 261; Rennert, **a.g.e.**, s. 813, 814; Wollf/Decker, **a.g.e.**, s. 94; Wahl, **a.g.e.**, § 42 Abs. 2 s. 42.

aykırılıkla eşitlik olmaz (keine Gleichheit im Unrecht)” ilkesi gereğince bu ilkeye dayanılması idarenin süregelen uygulamasının hukuka uygun olmasına bağlıdır¹⁴⁴.

e. Üçüncü Kişiler Aleyhine Açılan Davalar

Yararlandırııcı nitelikteki bir idari işlemin “*külfetlendirici üçüncül etki (belastende Drittwirkung)*” ile işlemin muhatabı olmayan üçüncü bir kişiyi etkilemesi halinde, üçüncü kişiye sağlanan menfaatin kayıtlanması ya da ortadan kaldırılması talep edilebilir. Aynı şekilde ilgilinin, üçüncü bir kişiye bir külfet yüklenmesini talep ederek menfaat elde etmesi mümkün olabilir¹⁴⁵. Davacı burada doğrudan kendisini muhatap alan yararlandırııcı bir işlemin tesis edilmesini talep etmemekte, dolaylı bir menfaat elde etmeyi amaçlamaktadır. Bu tür taleplerin idare tarafından reddedilmesi ya da ihmal edilmesi durumunda yükümlülük davası yoluna başvurulması mümkündür¹⁴⁶. Aynı şekilde üçüncü kişilerin aleyhine açılan yükümlülük davalarında da muhatap teorisi geçerli değildir. Bu davalarda öncelikle koruyucu norm teorisine göre üçüncül koruma sağlayan subjektif bir hakkın mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi ve ardından ihtimal teorisine göre bir inceleme yapılması gerekmektedir¹⁴⁷. Koruyucu norm teorisine ilişkin kısımda yapılan açıklamalarla uyumlu olarak, bir normun üçüncül koruma sağladığının kabul edilebilmesi için söz konusu hukuk kuralının yalnızca kamu yararını ya da işlemin muhatabının bireysel yararını koruyucu nitelikte değil, en azından aynı zamanda üçüncü kişi olan davacının bireysel yararını da koruyucu nitelikte olması gerekmektedir¹⁴⁸. Buna göre yükümlülük davası bakımından davacı, idarenin üçüncü bir kişinin durumuna müdahale etmemesi nedeniyle kendi haklarının ihlal edildiğini

¹⁴⁴ Schmidt, **Verwpr.**, s. 256; Decker, **a.g.e.**, s. 867; Michael Gerhardt, içinde: Friedrich Schoch, Jens-Peter Schneider, Wolfgang Bier v.d., **Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar**, s. 24.

Ergänzungslieferung, München, C.H. Beck, München, 2012, § 114 s. 18.

¹⁴⁵ Schmidt, **Verwpr.**, s. 130; Kopp/Schenke, **a.g.e.**, s. 248; Würtenberger, **a.g.e.**, s. 168; Happ, **a.g.e.**, s. 227, 228.

¹⁴⁶ Hufen, s. 292; Schmidt, **Verwpr.**, s. 54; Bunun en tipik görünüş şekilleri bir inşaat izninin iptalinin komşu taşınmazın maliki tarafından talep edilmesi, emisyon hukuku kapsamında verilen bir iznin ya da nükleer atıkların nakliyesine ilişkin bir iznin iptalinin aynı çevrede yaşayan birisi tarafından talep edilmesi, iktisadi rakip davaları ve personel hukuku kapsamında rakip davalarıdır.

¹⁴⁷ Würtenberger, **a.g.e.**, s. 131; Schmidt, **Verwpr.**, s. 54; Kuhla/Hüttenbrink/Endler, **a.g.e.**, s. 112; Sennekamp, **a.g.e.**, s. 285; Happ, **a.g.e.**, s. 228.

¹⁴⁸ Hufen, **a.g.e.**, s. 292; Schmidt, **Verwpr.**, s. 54; Würtenberger, **a.g.e.**, s. 130; Jarass/Pieroth, **a.g.e.**, s. 479; Happ, **a.g.e.**, s. 229; Schmidt-Kötters, **a.g.e.**, s. 162.

ortaya koyarak bu konuda bir işlem tesis edilmesi talebini yükümlülük davasına konu edebilir.

Üçüncü kişiler aleyhine açılan yükümlülük davaları bakımından verilebilecek en önemli örneklerden birisi “*rakip davalarıdır (Konkurrentenklagen)*”. Rakip davaları, ileri sürülen talebe göre rakibe sağlanan bir yararın ortadan kaldırılmasının talep edildiği “*negatif rakip davaları (negative Konkurrentenklage)*” ve davacının rakibe sağlanan yararın aynısının kendisine de sağlanmasını talep ettiği “*pozitif rakip davaları (positive Konkurrentenklage)*” olarak ikiye ayrılmaktadır. Davacının talebi dikkate alındığında negatif rakip davaları birer iptal davası, pozitif rakip davaları ise birer yükümlülük davasıdır.

Rakip davalarının konusu bakımından ise personel hukuku kapsamında bulunan rakip davaları ve iktisadi rakip davaları şeklinde bir ayrıma gidilmektedir. Personel hukuku kapsamında bulunan rakip davalarında, bir statüye girmek ya da makama atanmak için talepte bulunan kamu görevlisinin talebinin reddedilmesi ve onun yerine başka bir kamu görevlisinin talep ettiği statüye ya da makama getirilmesi durumu söz konusudur. İktisadi rakip davaları bakımından ise temel örnek olarak bir ruhsat talebinde bulunan birden fazla rakibin bulunduğu durumlarda, ruhsatı elde edemeyen rakibin yükümlülük davası yoluna başvurması verilebilir.

Rakip davaları bakımından ayrıca, elde edilmek istenen yararın yalnızca bir kişiye sağlanabilecek olduğu durumlar ve birden fazla kişiye aynı yararın sağlanabileceği durumlar şeklinde bir ayrıma gidilmesi gerekmektedir. Elde edilmek istenen yararın yalnızca bir kişiye sağlanabileceği durumlarda, yararı elde etmiş olan rakibe bu yararı sağlayan idari işlemin iptal edilmesi gerekmektedir. Zira bu işlem iptal edilmeksizin davacı rakibin talebinin yerine getirilmesi mümkün değildir. Bu tip davalar, “*yarışmacı davası/birlikte başvuru davası (Mitbewerberklage)*” olarak isimlendirilmektedir¹⁴⁹.

Üçüncü kişiler aleyhine açılan yükümlülük davaları için verilebilecek en önemli örneklerden bir diğeri ise imar hukuku kapsamındaki “*komşu davalarıdır*

¹⁴⁹ Rakip davaları ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Hufen, **a.g.e.**, s. 242-244, 286, 287, 392-394; Schenke, **a.g.e.**, s. 90-94, 176- 179; Schmidt, **Verwpr.**, s. 64-69, 126,133, 134; Würtenberger, **a.g.e.**, s. 146-149, 166, 167; Erbguth/Guckelberger, **a.g.e.**, s. 356-359.

(*Nachbarklagen*)". Komşu davalarının temel örneği, davalı komşu lehine tesis edilmiş bir ruhsatın, davacı komşunun haklarını ihlal etmesi nedeniyle iptal edilmesi talebini içeren bir iptal davası olmakla birlikte; davacının, komşusuna imar hukuku kapsamında sağlanan yararlar yan hükümler eklenerek sınırlandırılmasını ve bu yolla kendi haklarının korunmasını talep etmesi, yükümlülük davası suretinde ortaya çıkan komşu davalarına örnektir¹⁵⁰.

f. Takdir Yetkisinin Hatasız Kullanılmasına Yönelik Müstakil Talep Hakkı

Talep edilen idari işlemi tesis etmek konusunda idarenin takdir yetkisinin bulunduğu hallerde, davacıya işlemin tesis edilmesine yönelik bir hak tanıyan başkaca bir norm bulunmuyorsa takdir yetkisinin hatasız kullanılmasına yönelik müstakil talep hakkı gündeme gelir¹⁵¹. Davacı, bu hak vasıtasıyla takdir yetkisi kullanılırken idarenin takdirine etki edecek tüm olgulara ilişkin doğru tespitlerin yapılıp yapılmadığının ve somut olayın esasına ilişkin tüm hususların dikkate alınıp alınmadığının denetlenmesini talep edebilir¹⁵².

Takdir yetkisinin hatasız kullanılmasına yönelik müstakil talep hakkı, usuli bir haktır. Bu hakkın, temelinde bir maddi hakka dayanıp dayanmadığı konusunda Alman öğretisinde görüş ayrılığı bulunmaktadır. Yazarların bir kısmına göre bu hak bağımsız bir hak olarak anlaşılmamalıdır. Zira maddi haktan bağımsız usuli bir hak bulunmamaktadır ve temelinde maddi hakka dayanmayan bir talepte bulunulamaz¹⁵³. Bu talepler, koruyucu norm niteliğinde kanuni bir hakka ya da bir temel hakka dayanmaktadırlar. Bir başka ifadeyle takdir yetkisinin hatasız kullanılmasına yönelik talep hakkının kaynağı, genel kurala uygun olarak bir sübjektif hak ihlali düşüncesidir¹⁵⁴. Bu talep bir hukukun yerine getirilmesi talebi niteliğindedir¹⁵⁵.

¹⁵⁰ Komşu davaları ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Schenke, **a.g.e.**, s. 90, 171-176; Schmidt, **Verwpr.**, s. 58-64, 130-132; Würtenberger, **a.g.e.**, s. 140-143, 168, 169.

¹⁵¹ Hufen, **a.g.e.**, s. 293; Sennekamp, **a.g.e.**, s. 258; Ipsen, **a.g.e.**, s. 322.

¹⁵² Redeker, **a.g.e.**, s. 787; Schmidt-Kötters, **a.g.e.**, s. 870; Rennert, **a.g.e.**, s. 809.

¹⁵³ Hufen, **a.g.e.**, s. 294; Würtenberger, **a.g.e.**, s. 159; Gärditz, **a.g.e.**, s. 232; von Nicolai, **a.g.e.**, s. 180; Bickenbach, **a.g.e.**, s. 41; Detterbeck, **a.g.e.**, s. 116; Rennert, **a.g.e.**, s. 808.

¹⁵⁴ von Nicolai, **a.g.e.**, s. 180; Würtenberger, **a.g.e.**, s. 159.

¹⁵⁵ Bickenbach, **a.g.e.**, s. 40.

Diğer görüşe göre ise sözü edilen usuli hak, idarenin takdir yetkisine dayanan işlemlerine karşı açılacak davalar bakımından maddi haktan bağımsız olarak mevcuttur¹⁵⁶. Bu görüş, iptal süresinin geçmesinin ardından bir işleminin ortadan kaldırılmasının amaçlandığı durumlarda anlam kazanır. Bir idari işlemin kesinleşmesinin ardından bu işleme karşı yargı yoluna başvurulamasa da AİUK m. 48 ve m. 51 düzenlemelerine göre belirli şartların mevcut olması halinde idarenin işlemi geri almak ya da idari usulü yeniden uygulamak bakımından takdir yetkisi bulunmaktadır. Takdir yetkisinin hatasız kullanılmasına yönelik talep hakkının maddi haktan bağımsız bir usuli hak olduğu görüşünü savunan yazarlara göre davacının, idarenin kesinleşmiş bir idari işlemin geri alınması ya da idari usulün yeniden uygulanmasına ilişkin takdir yetkisini kullanarak bir karar vermesini talep etmesi ve bu talebin reddedilmesi halinde yükümlülük davası yoluna başvurması mümkündür¹⁵⁷. Zira burada davacının maddi bir hakkı bulunmasa da takdir yetkisinin hatasız kullanılmasına yönelik müstakil bir usuli talep hakkı bulunmaktadır. Buna karşılık, bu gibi bir yola müracaat etmenin AİMK m. 70 ve m. 74 ile belirlenen dava sürelerini bertaraf etmek anlamına geleceği argümanı savunulmaktadır¹⁵⁸. Bu argüman, aksi görüşü savunan yazarlar tarafından işlemin kesinleşmesinin esas alındığı bir bakış açısına göre haklı bulunsa da, kesinleşmiş idari işlemin geri alınması ya da idari usulün yeniden uygulanmasına yönelik bir imkan tanıyan kanuni düzenlemenin görmezden gelinmemesi ve Federal Alman Anayasası m. 19/4 hükmü¹⁵⁹ gereğince, idari işlem nedeniyle külfet altına giren ve iptal süresinin dolması üzerine işlemin kesinleşmesi nedeniyle elinde hiçbir hukuki imkan kalmayan muhatabın takdir yetkisinin bir kez daha kullanılarak idari işlemin geri alınması ya da idari usulün yeniden uygulanmasına karar verilmesine yönelik usuli hakkının tanınması gerektiği ifade edilmektedir¹⁶⁰. Ancak bu yazarlara göre idari işlemin geri alınmasının ya da idari usulün yeniden uygulanmasının üçüncü bir

¹⁵⁶ Maurer, **a.g.e.**, s. 155; Schenke, **a.g.e.**, s. 94; Schmidt, **Verwpr.**, s. 127; Sennekamp, **a.g.e.**, s. 284; Kopp/Schenke, **a.g.e.**, s. 248; Bu görüş Federal Anayasa Mahkemesi tarafından da tanınmıştır, bkz. BVerfGE 116, 1 (<https://www.bundesverfassungsgericht.de>).

¹⁵⁷ Schenke, **a.g.e.**, s. 94; Schmidt, **Verwpr.**, s. 127.

¹⁵⁸ Hufen, **a.g.e.**, s. 287.

¹⁵⁹ Federal Alman Anayasası m. 19/4 c. 1 – “Kamu gücü tarafından hakları ihlal edilen kişi için yargı yolu açıktır.”

¹⁶⁰ Schenke, **a.g.e.**, s. 94; Schmidt, **Verwpr.**, s. 127.

kişinin menfaatini ihlal edeceği durumlarda işlemin kesinleşmesi argümanını benimsemek gerekir¹⁶¹.¹⁶²

4. İdari İtiraz Yolunun Tüketilmiş Olması

AİMK m. 68'in birinci fıkrasında, idari işlemlerin hukuka uygunluğunun yargı yerlerinden önce idare tarafından denetlenmesini sağlayan idari itiraz yolu, iptal davası bakımından zorunlu bir yol olarak düzenlemiş olup maddenin ikinci fıkrasında, ilk fıkranın bir idari işlemin tesis edilmesine yönelik talebin reddedilmiş olması halinde yükümlülük davası bakımından da kıyasen uygulanacağı ifade edilmiştir.

Maddede idari itirazın davanın açılması bakımından zorunlu olmadığı üç istisnai hal düzenlenmiştir. Bunlardan ilki, özel bir kanunla bir istisnanın getirilmiş olmasıdır. İkincisi, idari işlemin en üst düzey bir federal ya da federe makam tarafından tesis edilmiş olduğu hallerdir. Ancak özel bir kanunla idari itirazın düzenlenmiş olduğu hallerde bu istisna uygulanmaz. Üçüncü istisnai hal ise idari itiraza verilen cevabın davacının durumunu (itirazın reddedilmiş olması dışında) daha önceden öngörülmemiş şekilde ağırlaştırması halidir¹⁶³.

AİMK m. 70'e göre idari itiraz, idari işlemin bildirilmesinden itibaren bir ay içerisinde maddede belirtilen usullere göre işlemi tesis eden makama yapılmalıdır. Zira idari itirazı ilk olarak işlemi tesis eden makam inceler. İdari itiraz, süresi içerisinde işlemi tesis eden makama değil de üst idari itiraz makamına yapılmışsa da süre kaçırılmış sayılmaz. M. 72'ye göre işlemi tesis eden makam, incelemesinin

¹⁶¹ Schmidt, **Verwpr.**, s. 127.

¹⁶² Esas bakımından inceleme aşamasında bu husustan tekrar bahsedilmeyeceği için kısaca açıklamak gerekir ki; bu gibi bir davanın esas bakımından incelenmesinde AİUK m. 48 ve m. 51 düzenlemelerinde yer alan hukuki ya da maddi koşulların değişmesi ve bu değişiklikler nedeniyle işlemin mevcudiyetini korumasının hukuka aykırı olması gibi şartların gerçekleşmesi sonucunda sahip olunan maddi hak ortaya konulmadıkça dava yalnızca usul bakımından kabul edilebilir olur. Bkz. Schmidt, **Verwpr.**, s. 128; Schenke, **a.g.e.**, s. 94. Dolayısıyla takdir yetkisinin hatasız kullanılmasına yönelik usuli hakkın maddi haktan bağımsız olduğu kabul edilsin ya da edilmesin davanın başarılı olabilmesi için esas incelemesinde maddi hakkın ortaya konulması gerekir.

¹⁶³ Bu duruma örnek olarak bir ruhsatın kapsamının genişletilmesi talebinin reddedilmesi üzerine yapılan idari itiraz üzerine, idari itiraz makamının itirazı reddetmesinin yanında mevcut ruhsatın kapsamını daraltması durumu ya da maliki olunan arsa üzerine bir yapı inşa etmek üzere talep edilen iznin reddedilmesine karşılık yapılan idari itiraz sonucunda idari itiraz makamının itirazı reddetmesinin yanında, arsa üzerinde daha önce inşa edilmiş bir yapının ruhsata aykırı olması nedeniyle yıkılması gerektiğine ilişkin bir işlem tesis etmesi durumu verilebilir.

ardından itirazı haklı bulursa gereğini yapar ve masraflar hakkında karar verir. Burada idare işlemi iptal edebilir¹⁶⁴ ya da değiştirebilir. M. 71'e göre idari işlemin iptal edilmesi ya da değiştirilmesi, ilgilinin yerine getirmesi gereken bir külfete bağlanacaksa, bu kararın verilmesinden önce ilgilinin dinlenilmesi gerekir.

İşlemi tesis eden makam idari itirazı haklı bulmazsa m. 73 düzenlemesine göre dosya idari itiraz makamına taşınır. İdari itiraz makamı, bu maddeye göre:

1. Kanunla başka bir üst makam belirlenmemişse işlemi tesis eden makamın bir üst makamı,
2. Bir üst makam federal ya da federe en üst makam ise işlemi tesis eden makam,
3. Özyönetime ilişkin hususlarda özyönetim idaresidir¹⁶⁵.

Maddenin ikinci fıkrasında, düzenleyici işlemlerle idari itiraz makamları yerine idari itirazları incelemek üzere komisyonlar ya da kurullar kurulabileceği ya da doğrudan idari itiraz makamının, itirazı incelemek üzere komisyon ya da kurul oluşturabileceği düzenlenmiştir.

Tüm bu açıklamaların ardından bir kez daha ifade edilmesi gerekir ki, yükümlülük davasında idari itiraz yolu bakımından bir ayrıma gidilmesi gerekmektedir. Zira daha önce ifade edildiği gibi yükümlülük davasının bir alt türü

¹⁶⁴ Madde hükmünde işlemin idare tarafından tesis edildiği andan itibaren hukuk aleminden kaldırılmasını ifade eden, hukukumuz terminolojisi bakımından da (her ikisini de tam olarak karşılamamakla birlikte) “*geri alma*” ya da “*kaldırma*” olarak ifade edilebilecek olan “*Widerruf*” terimi değil, iptal davalarında verilen hüküm için kullanılan “*Aufhebung*” terimi kullanılmıştır.

¹⁶⁵ “Özyönetim ilkesi (Prinzip der Selbstverwaltung)” olarak ifade edilen ilke, hukukumuzdaki yerinden yönetim ilkesini karşılamaktadır. Bu aynı zamanda “dolaylı devlet idaresi (mittelbare Staatsverwaltung)” olarak da ifade edilmektedir. Bu ilkeye göre bazı kamusal faaliyetler devlet tüzel kişiliğinin dışında, özerk kamu tüzel kişileri eliyle yürütülmektedir. Bunların faaliyetleri bakımından ise “özyönetime ilişkin hususlar (Selbstverwaltungsangelegenheiten)” ve “devredilmiş görevlere ilişkin hususlar (Auftragsangelegenheiten)” şeklinde bir ayırım yapılmaktadır. Özyönetime ilişkin hususlar, kamu tüzel kişisinin gördüğü faaliyeti doğrudan ilgilendiren ve yalnızca bu faaliyeti ilgilendiren hususlardır. Özellikle belediyeler bakımından bu, yerel ihtiyaçlara ilişkin hususlar olarak örnek verilmektedir. Devredilmiş görevlere ilişkin hususlar ise esasında devlet tüzel kişiliğinin yerine getirmekle yükümlü olduğu ancak kanun düzenlemeleriyle diğer kamu tüzel kişilerine tevdi edilmiş faaliyetlere ilişkin hususlardır. Buna, imar denetimi ile temel olarak devlet görevli iken bu yetkilerin belediyelere verilmesi örnek olarak gösterilebilir. Özyönetime ilişkin hususlarda hukukumuzda “idari vesayet” kavramı ile ifade edilen “devlet denetimi (Staatsaufsicht)” yoğun değilken, devredilmiş görevlere ilişkin hususlarda daha yoğun bir devlet denetimi söz konusudur. Kural olarak ilki bakımından yalnızca hukuka uygunluk denetimi (Rechtaufsicht) şeklinde sınır bir devlet denetimi yapılabileceken, ikincisinde yerindelik denetimi (Fachaufsicht) de yapılabileceği ifade edilmektedir. Bkz. Maurer, **a.g.e.**, s. 582-601, Erbguth/Guckelberger, **a.g.e.**, s. 84-93; Ipsen, **a.g.e.**, s. 79-82.

olan hareketsizlik davası, Alman idari yargılama hukukunda dava şartlarından birisi olan idari itiraz yolunun tüketilmiş olması koşulunun bir istisnasını teşkil etmektedir. Dolayısıyla idari itiraz yolunun tüketilmiş olması koşulunun yalnızca yükümlülük davasının alt türlerinden olan redde karşı dava bakımından ele alınması gerekir.

Hareketsizlik davası bakımından istisna getiren AİMK m. 75'e göre bir idari işlemin tesis edilmesine yönelik bir talebin ya da bir idari itiraz dilekçesinin esası bakımından uygun bir süre içerisinde geçerli bir sebep olmaksızın karar verilmezse, m. 68 hükmü uygulanmaksızın dava yoluna başvurulabilir. İdarenin kesin olmayan cevaplar vermesi halinde durum değişmez¹⁶⁶. Bu imkân, Federal Alman Anayasası m. 19/4 bağlamında etkili bir hukuki koruma sağlanmasına hizmet etmektedir¹⁶⁷. Zira normal şartlarda dava açma hakkının doğması için idarenin bir işlem tesis etmesi gerekmektedir. Bu madde ile idarenin dava süresinin başlamasını sağlayacak bir işlem tesis etmediği durumlarda da belirli bir sürenin geçmesinin ardından ilgiliye dava hakkı tanınmaktadır. Maddenin devamında ise somut olayın özel şartları nedeniyle daha kısa bir sürenin belirlenmiş olduğu haller dışında, talebin ya da idari itiraz dilekçesinin sunulmasının üzerinden üç ay geçmedikçe dava açılmayacağı düzenlemesine yer verilmiştir. Talep ya da idari itiraz konusunda üç ay içerisinde karar verilememesini haklı kılacak sebeplerin mevcut olması halinde mahkeme süreyi uzatarak yargılamayı bu sürenin sonuna erteleyebilir. Talebe konu olayın karmaşıklığı, belirli denetimlerin yapılmasının gerekmesi, başka idarelerden ya da kişilerden görüş alınması gerekmesi gibi haller sürenin uzatılması için birer neden olabilecekken, idarenin iş yükü ya da yetkili personelin izinde olması gibi gerekçeler öne sürülemez¹⁶⁸.

Mahkemenin belirlediği sürenin dolmasından önce idari itiraza olumlu cevap verilerek talep edilen işlem tesis edilirse davanın konusuz kaldığına hükmedilerek

¹⁶⁶ Kuhla/Hüttenbrink/Endler, **a.g.e.**, s. 154; Rennert, **a.g.e.**, s. 464; Stefan Brink, Herbert Posser, Heinrich Amadeus Wolff v.d., **VwGO Kommentar**, 2. Auflage, C.H. Beck, München, 2010, s. 458; Klaus-Peter Dolde, Winfried Porsch, içinde: Friedrich Schoch, Jens-Peter Schneider, Wolfgang Bier v.d., **Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar**, 24. Ergänzungslieferung, München, C.H. Beck, München, 2012, § 75 s. 5.

¹⁶⁷ Würtenberger, **a.g.e.**, s. 162; Wollf/Decker, **a.g.e.**, s. 276; Dolde/Porsch, **a.g.e.**, § 75 s. 1.

¹⁶⁸ Hufen, **a.g.e.**, s. 295; Würtenberger, **a.g.e.**, s. 162; Kuhla/Hüttenbrink/Endler, **a.g.e.**, s. 155; Brink, **a.g.e.**, s. 459; Rennert, **a.g.e.**, s. 465.

masraflar davalı idareye yüklenir¹⁶⁹. Bu durumda ilk ret işleminin hukuka aykırı olduğuna ilişkin geçmişe dönük tespit hükmü verilmesine yönelik talep hakkı saklıdır¹⁷⁰. Hareketsizlik davasının açılmasının ardından idare tarafından talebin reddedilmesi halinde ise davacı, davasını idari itiraz yoluna başvurmaksızın devam ettirebilir¹⁷¹. Bu durumda davacının idari itiraz yoluna başvurarak yeniden redde karşı dava türünde bir dava açması gerekmemektedir.

Burada Avrupa Topluluğu'nun 2006/123 sayılı İç Pazar Hizmetleri Direktifi'ne değinmekte fayda bulunmaktadır¹⁷². Direktifin 13/3 maddesine göre izin talebinde bulunanlar için izin süreçlerinin ve tüm formalitelerin en hızlı şekilde; her halde önceden belirlenen makul bir süre içerisinde sonuçlandırılacağına güvence altına alınması gerekir. Aynı maddenin dördüncü fıkrasında, maddenin üçüncü fıkrasına göre belirlenen süre içerisinde bir cevap verilmemesi halinde iznin verilmiş sayılacağı düzenlenmiştir. Bu uygulama, Alman hukukunda "*izin faraziyesi (Genehmigungsfiktion)*" olarak adlandırılmış ve AİUK'nun 18.12.2008 tarihinde yürürlüğe giren 42a maddesiyle kanunlaştırılmıştır. Bu maddeye göre, bu durum kanun ya da düzenleyici işlemlerle düzenlemiş ve talep dilekçesi, içeriği konusunda şüpheye yer bırakmayacak şekilde ve usulüne uygun olarak sunulmuş ise talep hakkında karar verilmesi için belirlenmiş olan sürenin geçmesi ile izin verilmiş sayılır¹⁷³. İznin verilmiş sayılmasına ilişkin koşullar gerçekleşmişse yükümlülük davası açılamaz¹⁷⁴. İzin faraziyesinin tespitine yönelik bir tespit davası açılabilir¹⁷⁵.

5. Dava Süresi

AİMK m. 74/1'e göre iptal davasının, idari itiraza ilişkin ret cevabının tebliğinden itibaren bir ay içerisinde açılması gerekir. Aynı fıkranın devamında, m. 68'e göre idari itiraz yolunun tüketilmesinin gerekli olmadığı hallerde idari işlemin

¹⁶⁹ Kuhla/Hüttenbrink/Endler, **a.g.e.**, s. 155; Sennekamp, **a.g.e.**, s. 259; Brink, **a.g.e.**, s. 460; Rennert, **a.g.e.**, s. 467.

¹⁷⁰ İleride açıklanacaktır. Bkz. İkinci Bölüm, V, D.

¹⁷¹ Hufen, **a.g.e.**, s. 295; Kuhla/Hüttenbrink/Endler, **a.g.e.**, s. 155; Brink, **a.g.e.**, s. 460; Rennert, **a.g.e.**, s. 467, 468.

¹⁷² Bkz. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:376:0036:0068:de:PDF>; İngilizcesi için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:376:0036:0068:EN:PDF>

¹⁷³ AİUK m. 42a/1 c. 1.

¹⁷⁴ Hufen, **a.g.e.**, s. 284; Schmidt, **Verwpr.**, s. 249; Schmidt-Kötters, **a.g.e.**, s. 142.

¹⁷⁵ Hufen, **a.g.e.**, s. 285; Schmidt-Kötters, **a.g.e.**, s. 142.

bildirilmesinin¹⁷⁶ ardından bir ay içerisinde davanın açılması gerektiği düzenlenmiştir. M. 74/2'ye göre ise bir idari işlemin tesis edilmesine yönelik talebin reddedilmesi halinde birinci fıkra hükmü yükümlülük davası için kıyasen uygulanır. Kısacası redde karşı dava, idari işlemin tesis edilmesi talebinin reddedilmesine karşı idari itiraz yolunun tüketilmesinin ardından bir ay içerisinde açılmak zorundadır.

Hareketsizlik davası ise yukarıda ifade edildiği gibi özel nedenler bulunmadıkça, bir idari işlemin tesis edilmesi talebine ya da idari itiraz dilekçesine üç ay içerisinde cevap verilmezse açılabilir. Ancak kanunun, davanın hangi süre içerisinde açılabileceğine ilişkin hüküm getiren 76. maddesi, 01.01.2000 tarihinde ilga edilmiştir. Bu tarihten beri hareketsizlik davasının süresine ilişkin kanunda bir boşluk bulunmaktadır. Ancak öğretide, genel ilkelere göre hak düşürücü süre olan bir yıllık sürenin hareketsizlik davası bakımından kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır¹⁷⁷.

B. Davanın Esas Bakımından İncelenmesi (Begründetheit der Klage)

Yükümlülük davasının esas bakımından kabul şartları temel olarak, AİMK'nun *"Hükümler ve Diğer Kararlar"* başlıklı onuncu bölümünde, m. 113'ün 5. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu fıkraya göre, *"Bir idari işlemin reddedilmesi ya da ihmal edilmesi hukuka aykırı ise ve bu nedenle davacının hakları ihlal edilmişse, davanın karar verilebilecek olgunluğa erimiş olması halinde mahkeme, idarenin talep edilen idari muameleyi¹⁷⁸ yerine getirmesine hükmeder. Aksi halde (dava karar verilecek olgunluğa erişmiş değilse) mahkemenin hukuki mütalaasına riayet ederek davacıya bir cevap vermekle yükümlü olduğuna hükmeder."*

¹⁷⁶ "İdari işlemin bildirilmesi (Bekanntgabe eines Verwaltungsakts)" kavramı, şekle bağlı tebligat (Zustellung) usulünü de kapsayan geniş bir kavramdır. Kavrama ilişkin bkz. Maurer, **a.g.e.**, s. 242-248; Erbguth/Guckelberger, **a.g.e.**, s. 196-205; Schmidt, **Allg. Verwr.**, s. 181-193; Detterbeck, **a.g.e.**, s. 172-180

¹⁷⁷ Schmidt, **Verwpr.**, s. 135; Rennert, **a.g.e.**, s. 469, 470; Dolde, **a.g.e.**, § 76 s. 1; Kopp/Schenke, **a.g.e.**, s. 895.

¹⁷⁸ "İdari muamele" ifadesi ile m. 42 ile bağlantılı olarak "idari işlem" kastedilmektedir. Bkz. Gärditz, **a.g.e.**, s. 213; Stuhlfauth, **a.g.e.**, s.902; İfadenin yazım hatası olduğuna dair bkz. Redeker, **a.g.e.**, s. 778.

Bunun yanında AİMK m. 78’de iptal davası ve yükümlülük davası bakımından geçerli olmak üzere “*davalı*” kavramı düzenlenmiştir. Hukukumuzdaki aksine davanın doğru idareye yöneltilmesi, yani pasif husumet, esas bakımından kabul şartlarından olup davanın yetkili olmayan bir idareye yöneltilmesi halinde kural olarak dava esas bakımından reddedilmektedir.

Her iki madde dikkate alındığında yükümlülük davasının esas bakımından kabul şartları pasif husumet, talep edilen işlemin tesis edilmemesinin hukuka aykırı olması, talebin reddedilmesi ya da ihmal edilmesi nedeniyle davacının haklarının ihlal edilmiş olması ve davanın karar verilebilir olgunluğa erişmiş olmasıdır.

1. Pasif Husumet

AİMK m. 78’e göre;

“(1) *Dava,*

1. *Dava edilen idari işlemi tesis eden ya da talep edilen idari işlemi ihmal eden makamın bağlı olduğu Federal Devlet, Eyalet ya da tüzel kişiliğe; ki bu durumda davalının belirlenmesi için makamın bildirilmesi yeterlidir,*
2. *Eyalet hukuku tarafından belirlenmişse, doğrudan dava edilen idari işlemi tesis eden ya da talep edilen idari işlemi ihmal eden makamın kendisine yöneltilir.*

(2) İdari itiraza karşı ret cevabı verilmişse ve bu cevap davacının durumunu (itirazın reddedilmiş olması dışında) daha önceden öngörülmemiş şekilde ağırlaştırıyorsa, birinci fıkra bakımından makam, idari itiraz makamıdır.”

Bu madde hükmünün usul bakımından kabul edilebilirlik aşamasında denetlenmesi gereken davalı ehliyetini mi düzenlediği yoksa esas bakımından kabul şartlarından birisini mi teşkil ettiği konusunda Alman öğretisinde görüş ayrılığı bulunmaktadır. İlk görüşü savunan yazarlar, madde düzenlemesinde yer alan “*Dava, ... yöneltilir. (Die Klage ist zu richten...)*” ifadesi nedeniyle bu maddenin, davalı ehliyetini düzenlemekte olduğunu ve usul bakımından kabul edilebilirlik aşamasında

incelenmesi gerektiğini ileri sürmektedir¹⁷⁹. İkinci görüşü savunan yazarlara göre ise AİMK m. 78 hükmü, davalı konumundaki idarenin maddi hukuk bakımından talep edilen işlemi tesis etmekle yükümlü olup olmadığının araştırılmasına ilişkindir ve bu nedenle bu düzenleme, esas bakımından kabul şartlarından birisini hüküm altına almaktadır¹⁸⁰. Federal İdare Mahkemesi de m. 78 hükmünün bir esas bakımından kabul şartı düzenlendiğini kabul etmektedir¹⁸¹. Bu çalışmada AİMK m. 78 hükmü, Federal İdare Mahkemesi'nin yerleşik içtihadına uygun olarak pasif husumet düzenlemesi kabul edilerek bir esas bakımından kabul şartı olarak ele alınmıştır.

Maddeden anlaşılabacağı üzere dava kural olarak hukuka aykırı olduğu iddia edilen işlemi tesis eden ya da ihmal edilmiş işlemi tesis etmekle yükümlü olan makam adına hukuki sorumluluğu üstlenen tüzel kişiliğe yöneltilir¹⁸². Yukarıda ifade edildiği gibi yükümlülük davasının yanlış bir davalıya yöneltilmesi ve davada karar aşamasına kadar düzeltilmemiş olması esas bakımından ret sebebidir¹⁸³.

Maddenin ikinci fıkrasında idari itirazın reddedilmesinin yanısıra davacının durumunu ağırlaştıran yeni bir işlem daha tesis edilmesi durumu düzenlenmektedir. Örnek olarak bir ruhsatın kapsamının genişletilmesi talebinin reddedilmesi üzerine yapılan idari itiraz üzerine, idari itiraz makamının itirazın reddinin yanında mevcut ruhsatın kapsamını daraltması ya da maliki olunan arsa üzerine bir yapı inşa etmek üzere talep edilen iznin reddedilmesine karşılık yapılan idari itiraz sonucunda idari itiraz makamının itirazı reddetmesinin yanında, arsa üzerinde daha önce inşa edilmiş bir yapının ruhsata aykırı olması nedeniyle yıkılması gerektiğine ilişkin bir işlem tesis etmesi durumu verilebilir. Bu tür durumlarda m. 78 hükmüne göre ikinci işleme karşı ayrıca idari itiraz yoluna başvurulmaksızın, her iki işleme karşı birlikte dava açılabilir. Bu davada davacı konumunda bulunacak idare, iznin talep edildiği idare

¹⁷⁹ Schmidt, **Verwpr.**, s. 110; Hufen, **a.g.e.**, s. 200; Schenke, **a.g.e.**, s. 187; Erbguth/Guckelberger, **a.g.e.**, s. 363; Detterbeck, **a.g.e.**, s. 546; Ipsen, **a.g.e.**, s. 319; Claus Meissner, Friedrich Schoch, Jens-Peter Schneider, Wolfgang Bier v.d., **Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar**, 24. Ergänzungslieferung, München, C.H. Beck, München, 2012, § 78 s. 3; Kopp/Schenke, **a.g.e.**, s. 897.

¹⁸⁰ Würtenberger, **a.g.e.**, s. 275; Roland Kintz, Herbert Posser, Heinrich Amadeus Wollf v.d., **VwGO Kommentar**, 2. Auflage, C.H. Beck, München, 2010, s. 464; Happ, **a.g.e.**, s. 472; Wollf/Decker, **a.g.e.**, s. 282; Redeker, **a.g.e.**, s. 471.

¹⁸¹ BverwGE 31, 233; BverwGE 45, 29; BverwGE 80, 127; BverwGE 116, 78 (Beck-online).

¹⁸² Hufen, **a.g.e.**, s. 445; Würtenberger, **a.g.e.**, s. 275; Happ, **a.g.e.**, s. 474; Kintz, **a.g.e.**, s. 467; Wollf/Decker, **a.g.e.**, s. 283.

¹⁸³ Hufen, **a.g.e.**, s. 445; Würtenberger, **a.g.e.**, s. 276; Happ, **a.g.e.**, s. 477; Kintz, **a.g.e.**, s. 472; Wollf/Decker, **a.g.e.**, s. 284.

değil, ilk işlem bakımından idari itiraz makamı konumunda olan ve yeni bir işlem tesis etmiş olan idaredir.

2. Hukuka Aykırılık

AİMK m. 113/5 düzenlemesinden anlaşılabileceği üzere idarenin işlemi tesis etmekle yükümlü olduğuna hükmedilebilmesi, ret işleminin ya da talebin ihmal edilmesinin hukuka aykırı olmasına bağlıdır. Ancak kanunun öngördüğü bu formülasyon, davada esas incelemesi bakımından hatalı bir yönlendirmeye sebep olmaktadır¹⁸⁴. Zira yükümlülük davasında hukuka aykırılık değerlendirmesi iptal davasının aksine mevcut ret işlemini esas alarak yapılmamalıdır. Davacının, talep ettiği işlemin tesis edilmesine yönelik maddi bir hakkının bulunup bulunmadığı bağlamında yapılmalıdır¹⁸⁵. Davacının böyle bir hakkı mevcut ise talebin reddedilmesinin ya da ihmal edilmesinin hukuka aykırı olduğu sonucuna ulaşılmış olur. Dolayısıyla yükümlülük davasında esasen idarenin tesis ettiği ret işleminin hukuka aykırılığı ya da uygunluğu değerlendirilmemektedir. Davacının, talep ettiği işlemin tesis edilmesine yönelik bir hakkının bulunduğu ilişkin tespitin bir sonucu olarak talebin reddedilmesinin hukuka aykırı olduğu anlaşılmaktadır.

a. Talep Hakkı

Yukarıda ifade edildiği gibi Alman idari yargılama hukuku subjektif kamusal hakları merkeze alan bir yaklaşıma sahiptir. Yükümlülük davasının esas bakımından inceleme aşamasında davacının ihlal edildiğini ileri sürdüğü subjektif kamusal hakkının gerçekten mevcut olup olmadığı incelenmektedir. Bu inceleme, subjektif dava ehliyeti başlığında açıklanan koruyucu norm teorisi ekseninde gerçekleştirilir¹⁸⁶.

Buna göre subjektif kamusal bir hak; diğer bir ifadeyle, yükümlülük davasına konu edilebilecek bir “*talep hakkı (Anspruch)*”, yukarıda da ifade edildiği gibi

¹⁸⁴ Knauff, **a.g.e.**, s. 1118; Stuhlfauth, **a.g.e.**, s.902.; Detterbeck, **a.g.e.**, s. 574; Jörg Schmidt, **a.g.e.**, s. 779; Decker, **a.g.e.**, s. 844.

¹⁸⁵ Schmidt, **Verwpr.**, s. 247; Hufen, **a.g.e.**, s. 445; Würtenberger, **a.g.e.**, s. 162; Knauff, **a.g.e.**, s. 1118; Detterbeck, **a.g.e.**, s. 574; Jörg Schmidt, **a.g.e.**, s. 779; Decker, **a.g.e.**, s. 844.

¹⁸⁶ Bkz. İkinci Bölüm, IV, A, 3, c.

doğrudan kanun düzenlemelerinden, idarenin düzenleyici işlemlerinden, bir temel haktan, bir teminattan ya da bir kamu hukuku sözleşmesinden doğabilir¹⁸⁷.

Kanunun bir talep hakkını bağlı yetki ile düzenlediği hallerde, davacının usulüne uygun talebine rağmen işlem idare tarafından tesis edilmemişse, ret işlemi ya da talep karşısında hareketsiz kalınması hukuka aykırıdır¹⁸⁸. Bu noktada özellikle “önleyici yasak (*präventives Verbot*)” ve “bastırıcı yasak (*repressives Verbot*)” kavramlarına değinilmektedir. Önleyici yasak, bazı faaliyetlerin kamu yararının gözetilmesi amacıyla izne tabi tutulması ve bu faaliyetlerde bulunmak isteyen kişilerin gerekli koşulları sağlayıp sağlamadığının önleyici olarak denetlenmesi yoluyla genel hareket özgürlüğünün kanunen sınırlandırılmasını ifade eder¹⁸⁹. Önleyici yasakların konusunu teşkil ettiği kanun düzenlemeleri, bir faaliyete izin verilmesine ilişkin şartları belirler ve talepte bulunanın bu şartları sağlaması halinde iznin verilmesi gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, şartları sağlayan ilgilinin, iznin verilmesine yönelik bir talep hakkı bulunmaktadır¹⁹⁰. İznin verilmemesi için geçerli herhangi bir sebep bulunmuyorsa talebin reddedilmesi ya da ihmal edilmesi hukuka aykırı olacaktır¹⁹¹. Bu kapsamda verilen izinler “denetim izni (*Kontrollerlaubnis*)” olarak isimlendirilmektedir.

Bastırıcı yasaklar ise bazı faaliyetlerin kamu yararına aykırı niteliği ve ihtiva ettiği tehlikelerin yoğunluğu sebebiyle kanun koyucunun bu faaliyetleri ilkesel olarak engellemek istemesi halinde getirilen yasaklardır. Bu durumda faaliyetin görülmesi kural olarak yasak olmakla birlikte istisnai izinler söz konusu olabilir¹⁹². Bunun en yaygın örneği ise imar hukukundaki istisnai izinlerdir¹⁹³. İstisnai izinler bakımından

¹⁸⁷ Schmidt, **Verwpr.**, s. 129; Sennekamp, **a.g.e.**, s. 292; Würtenberger, **a.g.e.**, s. 171.

¹⁸⁸ Maurer, **a.g.e.**, s. 229; Hufen, **a.g.e.**, s. 446; Schmidt, **Verwpr.**, s. 250.

¹⁸⁹ Maurer, **a.g.e.**, s. 229; Hufen, **a.g.e.**, s. 446.

¹⁹⁰ Maurer, **a.g.e.**, s. 228; Hufen, **a.g.e.**, s. 447; Detterbeck, **a.g.e.**, s. 159; Franz-Joseph Peine, **Allgemeines Verwaltungsrecht**, 8., neu bearbeitete Auflage, C.F. Müller, Heidelberg, 2006, s. 113.

¹⁹¹ Maurer, **a.g.e.**, s. 228; Schmidt, **Verwpr.**, s. 250; Hufen, **a.g.e.**, s. 446; Peine, **a.g.e.**, s. 113.

¹⁹² Hufen, **a.g.e.**, s. 447; Detterbeck, **a.g.e.**, s. 159; Maurer, **a.g.e.**, s. 230; Peine, **a.g.e.**, s. 113

¹⁹³ Alman Federal İmar Kanunu m. 31: “(1) İmar planında yapılan belirlemeler dışında, planda türü ve kapsamı açıkça öngörülmüş ise, istisnalara müsaade edilebilir.

(2) Planın esasına dokunulmaması ve aşağıda sayılan şartlarla imar planındaki belirlemelerden muafiyet tanınabilir:

1. Kamu yararı nedeniyle; sığınmacıların ya da iltica talebinde bulunanların muafiyet tanınmasını gerektiren barınak ihtiyacı da bu kapsamdadır,

2. Plana aykırılık, şehir planlaması bakımından kabul edilebilir nitelikteyse ya da

3. İmar planının uygulanması açıkça planlanmamış zorluklara neden olacaksa

kanuni koşulların yerine getirilmesi gerekmekle birlikte yeterli değildir. Zira burada çoğunlukla idarenin “*istisnai izin takdiri (Dispensermessen)*” söz konusudur¹⁹⁴. “*İstisnai izin (Ausnahmegenehmigung)*”, sözlük karşılığı itibarıyla de “*istisna*” anlamına gelen “*Ausnahme*” kelimesiyle ifade edilmektedir. Ancak bu izinlere ilişkin takdir yetkisi için “*Ausnahmeermessen*” benzeri bir kelime değil, “*Dispensermessen*” kelimesi kullanılmaktadır. *Dispens*, Katolik inancında akraba evlilikleri yasak olmasına rağmen, geçmişte Papa’nın soylu aileler içerisinde soyun korunması için bu tür evliliklere verdiği bir izindir. Aynı şekilde boşanma Katolik inancında yasak sayılmasına rağmen Papa tarafından verilen *dispens* ile nikahın batıl kabul edilerek hiç kısılmamış sayılması mümkündür. Dolayısıyla, günümüzde de boşanmalar bakımından uygulaması süren *dispens*, çok istisnai ve çok yüksek bir izni ifade etmektedir. Bu nedenle tüm şartlar yerine getirilmiş olsa da idarenin, genel anlamdaki takdir yetkisine göre çok daha geniş bir takdir kullanma imkânı vardır. Günümüzde idare hukuku kavramı olarak kullanılan *dispens* bağlamında ise davacının kendisine istisnai bir izin verilmesi için gerekli şartları taşıyıp taşımadığının tespit edilmesine yönelik bir talep hakkı bulunduğu kabul edilmektedir¹⁹⁵. İstisnai bir iznin verilmesi ise iznin verilmesinin kamu yararına yönelik makul hiçbir aykırılık teşkil etmemesi ve iznin verilmemesinin ölçülülük ilkesine aykırı olmaması şeklinde bir kritere bağlanmıştır¹⁹⁶.

Talep hakkının idarenin bir teminatından ya da bir kamu hukuku sözleşmesinden doğduğu hallerde ise talep hakkını doğurması ve bu hakkın yükümlülük davasına konu edilmesi bakımından teminatın ya da sözleşmenin hukuka uygun olmaları şartı bulunmamaktadır. Bunlar, yok hükmünde olmadıkları sürece talep hakkı yükümlülük davası yoluyla ileri sürülebilir¹⁹⁷.

(1) Talep Hakkının İdareye Takdir Yetkisi Tanıyan Bir Norma Dayanması

Davacının tesis edilmesini istediği işleme ilişkin talebinin dayandığı norm, idareye takdir yetkisi sağlayan bir norm ise; başka bir ifadeyle, idarenin işlemi tesis

ve plana aykırılık, komşuların yararı dikkate alındığında kamu külfetleri ile bağdaşır nitelikteyse.”

¹⁹⁴ Maurer, **a.g.e.**, s. 230; Detterbeck, **a.g.e.**, s. 159; Hufen, **a.g.e.**, s. 447.

¹⁹⁵ Detterbeck, **a.g.e.**, s. 160; Hufen, **a.g.e.**, s. 292; Peine, **a.g.e.**, s. 113.

¹⁹⁶ Schmidt, **Verwpr.**, s. 253; Maurer, **a.g.e.**, s. 231; Peine, **a.g.e.**, s. 113.

¹⁹⁷ Hufen, **a.g.e.**, s. 449; Wollf/Decker, **a.g.e.**, s. 98.

etmek konusunda takdir yetkisi bulunuyorsa AİMK m. 114 hükmü esas alınmalıdır. Bu hükme göre, “İdare, kendi takdirine dayanarak muamelede bulunmaya yetkili ise mahkeme; idari işlemin, işlemin reddedilmesinin ya da talebin ihmal edilmesinin, takdir yetkisinin kanuni sınırlarının aşılmış olması ya da takdir yetkisi tanıyan normun amacına uygun olarak kullanılmamış olması sebebiyle hukuka aykırı olup olmadığını denetler. İdare, takdir yetkisinin kullanılmasına ilişkin gerekçesini yargı süreci devam ederken de tamamlayabilir.”. Bu hüküm, idari yargının denetleme yetkisinin kapsamını belirlemektedir. Bir diğer ifadeyle bu hüküm, kuvvetler ayrılığı ilkesinin karşısında kamu gücü tarafından hakları ihlal edilen kişiler için yargı yolunun açık olması prensibini düzenleyen Federal Alman Anayasası m. 19/4 bağlamında idari yargının denetleme yetkisinin sınırlarını çizmektedir¹⁹⁸. Buna göre idarenin takdir yetkisini haiz olduğu durumlarda da mahkemenin işlemlerin hukuka uygunluğunu denetleme yetkisi devam etmektedir. Ancak madde hükmünün mefhum-ı muhalifinden, mahkemenin hukuka uygunluk denetimi dışında bir denetim yapamayacağı ve idarenin takdir yetkisini ikame edemeyeceği anlamı çıkmaktadır¹⁹⁹. Dolayısıyla mahkemenin bu gibi durumlarda haiz olduğu yetki sınırlandırılmış bir denetleme yetkisidir²⁰⁰. Bu sonuca göre, talep edilen işlemin reddedilmesinin ya da ihmal edilmesinin hukuka aykırı olması, takdir yetkisinin hatalı kullanmış olmasına bağlı olmakla birlikte, idarenin takdir yetkisini hatalı kullanmış olması, talep edilen işlemin tesis edilmesine yönelik bir yükümlülük hükmü verilmesi bakımından yeterli değildir. Zira takdir yetkisinin hatalı kullanılmış olması, idarenin bu yetkisini ortadan kaldırmamaktadır ve takdirin ne yönde kullanılacağına ilişkin yetkiyi mahkemenin ikame etmesi imkânı tanımamaktadır.

Yukarıda ifade edildiği üzere yükümlülük hükmü verilebilmesi için davanın karar verilebilir olgunluğa erişmiş olması gerekir. İdarenin takdir yetkisinin devam ettiği durumlarda ise davanın karar verilebilir olgunluğa erişmiş olduğundan söz edilemez. Bu tür durumlarda davanın karar verilebilir olgunluğa erişmiş olması

¹⁹⁸ Redeker, **a.g.e.**, s. 783; Ipsen, **a.g.e.**, s. 157; Rennert, **a.g.e.**, s. 807; Gerdhardt, **a.g.e.**, § 114 s. 4.

¹⁹⁹ Schmidt, **Verwpr.**, s. 248; Kanuff, s. 1119; Ipsen, **a.g.e.**, s. 321; Rennert, **a.g.e.**, s. 807; Decker, **a.g.e.**, s. 869.

²⁰⁰ Hufen, **a.g.e.**, s. 447; Knauff, **a.g.e.**, s. 1119; Ipsen, **a.g.e.**, s. 157; Rennert, **a.g.e.**, s. 807; Decker, **a.g.e.**, s. 869.

yalnızca takdir yetkisinin sıfıra indirgenmiş olması halinde mümkündür²⁰¹. Aksi halde idarenin takdir yetkisini yeniden kullanarak yeni bir işlem tesis etmesine yönelik bir karar hükmü verilebilir.

Elbette idareye takdir yetkisi tanıyan normun objektif olarak düzenlenmiş olması herkes bakımından idarenin kendi yararına işlem tesis etmesine yönelik bir talep hakkı doğurmaz. Davacının buna ilişkin sübjektif bir hakkı olması gerekir. Ancak buradaki sübjektif hak, talebin doğrudan yerine getirilmesini zorunlu kılan bir hak değil, idarenin takdir yetkisini kullanmasını tetikleme işlevi gören bir haktır. Davacının kişisel yararı idareye takdir yetkisi tanıyan norma bağlıysa ve diğer maddi ve usuli koşulları yerine getirmişse, idare tarafından takdir yetkisinin hatasız kullanılarak talep ettiği işlemin tesis edilip edilmeyeceğine karar verilmesine ilişkin hakkını ileri sürebilir.

b. Yetkili Olmayan İdareden Talepte Bulunulması

İşlemi tesis etmeye yetkili olmayan bir idareden talepte bulunulmuş olması ve bu idarenin talebi reddetmesi halinde, ret işlemi doğal olarak yetki yönünden hukuka aykırı olacaktır. Ancak buradaki hukuka aykırılık yükümlülük davasında yükümlülük hükmü verilmesi bakımından yeterli bir hukuka aykırılık teşkil etmez²⁰². Zira yetkili idare iradesini henüz ortaya koymuş değildir. Bunun yanında işlemin tesis edilmesine yönelik bir dava açmadan önce idareye başvurularak talepte bulunulmasının zorunlu olması kuvvetler ayrılığı ilkesi bakımından bir gerekliliktir²⁰³. Yetkili idarenin iradesini henüz ortaya koymadığı hallerde mahkeme ret işleminin iptaline hükmedebilir ancak yükümlülük talebine ilişkin esas bakımından karar veremez²⁰⁴.

İşlemin yetkili olmayan idareden talep edilmesi ve bu idarenin talep karşısında hareketsiz kalmasının ise hukuka aykırı olduğu söylenemez. Bu durumda idare, AİUK m. 25'te düzenlenen bilgilendirme yükümlülüğünü ihmal etmiş olur.

²⁰¹ Knauff, **a.g.e.**, s. 1119; Würtenberger, **a.g.e.**, s. 171; Rennert, **a.g.e.**, s. 815; Decker, **a.g.e.**, s. 870; Takdir yetkisinin sıfıra indirgenmesi hususu aşağıda açıklanacaktır.

²⁰² Hufen, **a.g.e.**, s. 445; Schmidt, **Verwpr.**, s. 254.

²⁰³ Sennekamp, **a.g.e.**, s. 258.

²⁰⁴ Hufen, **a.g.e.**, s. 452.

Ancak yükümlülük davası, yetkili idareden talepte bulunulmamış olması nedeniyle usul bakımından kabul edilebilir olmaz²⁰⁵.

3. Hakkın İhlal Edilmiş Olması

AIMK m. 113/5'te ifade edildiği üzere bir idari işlemin tesis edilmesi talebinin reddedilmesi ya da ihmal edilmesi hukuka aykırı ise ve bu nedenle davacının hakları ihlal edilmiş ise yükümlülük davası esas bakımından kabul edilebilir olur. Usul bakımından kabul edilebilirlik şartlarının açıklandığı bölümde ifade edildiği gibi yükümlülük davasında sübjektif kamusal haklar korunmaktadır. Dolayısıyla idarenin hukuka aykırı tutumunun, davacının bir sübjektif kamusal hakkını ihlal etmiş olması gerekmektedir. Sübjektif kamusal haklarla ilgili daha önce yapılan açıklamalar ışığında bir değerlendirme yapılması ve davacının bu tür bir hakkı haiz olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Davanın usul bakımından kabul edilebilirlik aşamasında davacının sahip olduğunu iddia ettiği hakkının gerçekte bulunmasının imkânsız olmaması yeterliyken bu aşamada, ileri sürülen hakkın gerçekten mevcut bulunup bulunmadığının araştırılması gerekmektedir²⁰⁶.

Yükümlülük davasında hukuka aykırılığın objektif ve sübjektif yönleri; başka bir ifadeyle, hukuka aykırılık ile hak ihlali örtüşür²⁰⁷. Talebin reddedilmesi, hakkı doğuran norma aykırı ise, sübjektif hak ihlalinin gerçekleşmiş olduğu kabul edilir. Bir diğer ifadeyle, davacının sübjektif hakkının bulunduğu tespitinin ardından talebin reddedilmesinin bunu düzenleyen norma aykırı olduğunun anlaşılması, sübjektif hak ihlali bulunduğunu göstermektedir²⁰⁸. Bunun istisnası ise tesis edilen işlemin, maddi hukuk bakımından mecburi olmayan düzenleyici işlemlere aykırı olması durumudur. Bunlara örnek olarak özellikle idarenin işleyiş usulüne ilişkin düzenlemeler verilebilir. Usul hatalarından dolayı işlemin hukuka aykırı olduğu durumlarda maddi hak ihlalinin gerçekleşip gerçekleşmediğinin ayrıca incelenmesi gerekir²⁰⁹.

²⁰⁵ Hufen, **a.g.e.**, s. 445.

²⁰⁶ Kuhla/Hüttenbrink/Endler, **a.g.e.**, s. 142; Ipsen, **a.g.e.**, s. 356; Decker, **a.g.e.**, s. 846.

²⁰⁷ Huber, **a.g.e.**, s. 1874; Hufen, **a.g.e.**, s. 449; Wollf/Decker, **a.g.e.**, s. 454.

²⁰⁸ Hufen, **a.g.e.**, s. 449; Sennekamp, **a.g.e.**, s. 287; Huber, **a.g.e.**, s. 1874; Decker, **a.g.e.**, s. 846.

²⁰⁹ Hufen, **a.g.e.**, s. 449; Huber, **a.g.e.**, s. 1874; Jarass/Pieroth, **a.g.e.**, s. 478; Ipsen, **a.g.e.**, s. 356; Würtenberger, **a.g.e.**, s. 158.

4. Davanın Karar Verilebilir Olgunluğa Erişmiş Olması (Spruchreife)

a. Genel Olarak

Yükümlülük davası ile iptal davası arasındaki en önemli farklardan birisi, yükümlülük hükmünün verilebilmesi için davanın karar verilebilir olgunluğa erişmiş olması gerekmesidir. Davanın karar verilebilir olgunluğa erişmiş olması, mahkemenin yükümlülük kararını verebilmesi için gerekli olan tüm maddi ve hukuki koşulların meydana gelmiş olmasını ifade eder²¹⁰. Başka bir ifadeyle, davanın karar verilebilir olgunluğa erişmiş olmasının şartı, maddi olay bakımından hiçbir belirsizliğin kalmaması ve hukuki bakımdan hiçbir takdir alanının bulunmamasıdır²¹¹. Bu husus esasında usuli nitelikte olmasına rağmen maddi hukuka ilişkin gereklilikler içermektedir²¹². Zira bu değerlendirmenin esas amacı, davacının, idarenin talebini yerine getirmesine yönelik bir maddi hakkının bulunup bulunmadığının saptanmasıdır. Başka bir ifadeyle, idarenin işlemi bağlı yetki ya da takdir yetkisinin sıfıra indirgenmiş olması sebebiyle tesis etmek zorunda olup olmadığının anlaşılması amaçlanmaktadır.

Davanın karar verilebilir olgunluğa erişmiş olması, “*yükümlülük hükmü*” verilmesi bakımından gerekli olan şartları ifade eder. Zira yükümlülük davası temel olarak davacının bir idari işlemin tesis edilmesine yönelik maddi bir hakkının bulunduğu ve idarenin işlemi tesis etmekle kesin olarak yükümlü olduğuna ilişkin iddiaların ileri sürüldüğü bir davadır. Ancak idarenin işlemi tesis etmek konusunda takdir yetkisinin bulunduğu durumlarda kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı sonuçlara yol açmamak adına kanun koyucu davanın yükümlülük hükmü verilebilir olgunluğa erişmiş olmaması halinde idarenin, mahkemenin hukuki mütalaasına riayet ederek bir işlem tesis etmekle yükümlü olduğuna karar verileceğini düzenlemiştir. Bu tür hükümler öğreti ve yargı kararları tarafından “*karar hükmü*” olarak isimlendirilmiştir. Dolayısıyla davanın karar verilebilir olgunluğa erişmiş olmasına ilişkin değerlendirmenin işlevi, idarenin netice itibarıyla işlemi tesis etmek

²¹⁰ Hufen, **a.g.e.**, s. 450; Würtenberger, **a.g.e.**, s. 163; Ipsen, **a.g.e.**, s. 356; Decker, **a.g.e.**, s. 846, 847.

²¹¹ Knauff, **a.g.e.**, s. 1119; Ipsen, **a.g.e.**, s. 356; Decker, **a.g.e.**, s. 847.

²¹² Hufen, **a.g.e.**, s. 450; Ipsen, **a.g.e.**, s. 356; Günter Breunig, Herbert Posser, Heinrich Amadeus Wollf v.d., **VwGO Kommentar**, 2. Auflage, C.H. Beck, München, 2010, s. 611.

konusunda takdir yetkisinin bulunup bulunmadığının ve buna göre davanın kabul edilmesi halinde verilecek hükmün türünün belirlenmesidir.

Hukukumuzda olduğu gibi Alman idari yargılama hukukunda da “*re’sen araştırma ilkesi (Untersuchungsgrundsatz)*” geçerlidir. Bu ilke AİMK m. 86’da düzenlenmiştir. Buna göre mahkeme uyuşmazlığa ilişkin maddi ve hukuki tüm olguları re’sen araştırır ve gerekli hususlarda taraflara başvurabilir. Buna bağlı olarak mahkeme uyuşmazlığı tüm kapsamıyla inceleyerek davanın karar verilebilir olgunluğa erişmesini sağlamak durumundadır²¹³. İdarenin talebe ilişkin tüm hususlar bakımından değerlendirme yapmadığı ya da talebe hiç cevap vermediği hallerde de mahkeme tam kapsamıyla bir inceleme yapar²¹⁴. Mahkemenin tam kapsamıyla inceleme yapmak zorunda olması, maddi bir hakkın mevcut olup olmadığına, bağlı yetki söz konusuysa buna ve takdir yetkisi söz konusuysa idarenin takdir yetkisini kullanırken dikkate alması gereken maddi ve hukuki tüm hususlara ilişkin bir araştırma ve değerlendirme yapmak zorunda olduğunu ifade etmektedir. Yani mahkemenin denetimi, idarenin değerlendirmesi ya da ret gerekçesiyle sınırlı değildir. Aynı şekilde mahkemenin değerlendirmesi davacının iddialarıyla da sınırlı değildir²¹⁵.

Ancak her durumda davanın yükümlülük kararı verilebilir olgunluğa erişmesi mümkün olmaz. Bunlar özellikle idarenin işlemi tesis etmek konusunda takdir yetkisinin bulunduğu durumlar, sebep unsuru bakımından takdir yetkisi bulunan durumlar, yetkili olmayan bir idarenin karar verdiği durumlar, planlama kararları ve maddi olayın karmaşık olduğu durumlardır. Genel bir ifadeyle, yükümlülük kararının verilebilmesi için cevaplandırılması gereken soruların mevcut olduğu ve bu sorulara verilecek cevapların belirlenmesinin idarenin takdirinde bulunduğu durumlarda davanın karar verilebilir olgunluğa erişmiş olduğu söylenemez²¹⁶.

²¹³ Würtenberger, **a.g.e.**, s. 163; Knauff, **a.g.e.**, s. 1119; Stuhlfauth, **a.g.e.**, s.903; Rieger, **a.g.e.**, s. 385; Ipsen, **a.g.e.**, s. 356; Jörg Schmidt, **a.g.e.**, s. 780; Breunig, **a.g.e.**, s. 611;

²¹⁴ Redeker, **a.g.e.**, s. 778; Hufen, **a.g.e.**, s. 450; Bickenbach, **a.g.e.**, s. 63; Rieger, **a.g.e.**, s. 385; Hofmann, **a.g.e.**, s. 625; Huber, **a.g.e.**, s. 1902; Jörg Schmidt, **a.g.e.**, s. 780; Breunig, **a.g.e.**, s. 611.

²¹⁵ von Nicolai, **a.g.e.**, s. 835; Würtenberger, **a.g.e.**, s. 264.

²¹⁶ Hufen, **a.g.e.**, s. 450; Würtenberger, **a.g.e.**, s. 163; Kuhla/Hüttenbrink/Endler, **a.g.e.**, s. 153; Rieger, **a.g.e.**, s. 386; Decker, **a.g.e.**, s. 847.

b. Takdir Yetkisine Dayanan İşlemler

Alman hukukunda kabul edilen “*norm teorisi (Normentheorie)*” kapsamında her bir normun yapısı bakımından “*normun gerektirdiği koşullar (Tatbestand²¹⁷)*” ve “*hukuki sonuç (Rechtsfolge)*” ayrımı yapılmaktadır. Normun gerektirdiği koşullar kavramı, normun düzenlediği hukuki sonucun ortaya çıkması için gerekli olan koşulları ifade etmektedir. İdare hukuku kapsamında, kaynağını bu teoriden alan inceleme yöntemine göre öncelikle idari işlemin tesis edilmesi bakımından idareye soyut olarak yetki tanıyan bir normun mevcut olup olmadığı araştırılır (Ermächtigungsgrundlage). Sonrasında “*şekli anlamda hukuka uygunluk (formelle Rechtsmäßigkeit)*” ve “*maddi anlamda hukuka uygunluk (materielle Rechtsmäßigkeit)*” incelemelerinin yapılması gerekir. Şekli anlamda hukuka uygunluk incelemesinde ilk olarak işlemi tesis eden idarenin yer ve konu bakımından yetkili olup olmadığı, ardından işlemin AIUK’nda düzenlenen usule uygun olarak tesis edilip edilmediği (ilgili idarelerinin görüşünün alınması, ilgili üçüncü kişilerin işleme katılımının sağlanması gibi) ve idari işlemin gerekli şekil şartlarını taşıyıp taşımadığı (belirli işlemlerde özel şekil şartları, külfetlendirici işlemlerde yazılı gerekçe bulunması, başvuru yollarının gösterilmesi gibi) incelenir. Maddi anlamda hukuka uygunluk aşamasında ise öncelikle normun gerektirdiği koşullar ve ardından işlemin doğurduğu hukuki sonuç incelenir.

Takdir yetkisi ise idari işlemin maddi anlamda hukuka uygunluk aşamasında gündeme gelen bir kavramdır. Bu aşamada yapılan “*koşullar*” ve “*hukuki sonuç*” şeklindeki ayrımın, takdir yetkisinin değerlendirilmesi bakımından etkisi bulunmaktadır. Buna göre, normun idareye hukuki sonuca ilişkin bir takdir yetkisi tanıdığı olması, bu çalışmada “*takdir yetkisi*” olarak karşılanan

²¹⁷ “*Tatbestand*” kavramı ceza hukuku öğretimizde “*tipiklik*” olarak ifade edilen kavramdır. Alman idare hukukunda idari işlemlerin incelenmesinde kullanılan sistematik ile ceza hukukunda suç inceleme sistematigi aynı norm teorisinden kaynaklanmakta ve her iki alanda da aynı ya da benzer kavramlar kullanılmaktadır. Türk ceza hukuku öğretisinde de Alman hukukunda gelişmiş olan bu sistematik benimsenmiştir ve kavramlar dilimize aktarılmıştır. Her ne kadar hukukumuzda yerleşmiş bulunan kavramları aynı şekilde kullanma gerekliliği dikkate alınmış olsa da, Alman hukukundaki idari işlem inceleme sistematiginin hukukumuzda yabancı olması ve bunun başlıca bir çalışma konusu teşkil etmesi nedeniyle konuyu detaylı şekilde irdeleyerek kavramları açıklama zorunluluğundan kaçınmak adına ilk bakışta anlaşılır olacağı düşünülen “*normun gerektirdiği koşullar*” ifadesi tercih edilmiştir.

“*Ermessensspielraum*”²¹⁸ kavramı ile ifade edilmektedir. Normun gerektirdiği koşullar bakımından idarenin sahip olduğu takdir yetkisi ise “*Beurteilungsspielraum*” kavramı ile ifade edilmekte ve bu çalışmada “*sebeb unsurunda takdir yetkisi*” olarak karşılanmaktadır²¹⁹. “*Beurteilungsspielraum*” kavramı öğretimizde Kemal Gözler tarafından “*değerlendirme marjı*” şeklinde ifade edilmektedir²²⁰. Bu ifade tarafımızca da uygun görülmekle birlikte Türk öğretisindeki genel kullanıma uygun olarak “*sebeb unsurunda takdir yetkisi*” ifadesi tercih edilmiştir. Bu başlık altında açıklanacak hususlar ise konu unsuru bakımından takdir yetkisine ilişkindir.

Davanın yükümlülük kararı verilebilir olgunluğa erişmiş olmamasına neden olan en önemli husus idarenin talep edilen işlemi tesis etmek konusunda takdir yetkisinin bulunmasıdır. Daha önce ifade edildiği gibi takdir yetkisinin hatalı kullanılması, ilgilinin subjektif hakkını ihlal edebilir. Ancak bu ihlal idarenin takdir yetkisinin ortadan kalktığı anlamına gelmemektedir²²¹. Bu durumda idare, subjektif hak ihlaline neden olmayan yeni bir işlem ve hukuka uygun başka bir gerekçeyle de davacının talebini reddedebilir²²². İdarenin takdir yetkisinin devam ettiği durumlarda mahkeme yükümlülük hükmü veremez.

Takdir yetkisi, kanunun bunu açıkça düzenlemiş olduğu ya da düzenlemenin bağlamından ve amacından belirli durumlarda idarenin vereceği karar konusunda birden fazla seçeneğinin olduğunun anlaşıldığı durumlarda mevcuttur. Mahkeme, idarenin takdir yetkisinin bulunduğu durumlarda ilgili normun gerektirdiği koşulların davacı tarafından yerine getirilip getirilmediğini, idarenin takdirine etki edecek tüm olgulara ilişkin doğru tespitlerin yapıp yapılmadığını, somut olayın esasına ilişkin tüm hususların dikkate alınıp alınmadığını ve takdir yetkisinin, idareye bu yetkinin

²¹⁸ Sözlük karşılığı itibarıyla “*Ermessen*” kelimesi “*takdir*” kelimesi karşılamakta; “*Spielraum*” kelimesi ise takdir “*marjı*”nı ifade etmektedir. Ancak öğretimizdeki genel kullanımla uyumlu olması açısından bu çalışmada bu kavramın “*takdir yetkisi*” ifadesi ile karşılanması uygun görülmüştür.

²¹⁹ Sebep unsurunda takdir yetkisi ile konu unsurunda takdir yetkisinin Alman hukukundaki ayrımı için bkz. Maurer, *a.g.e.*, s. 151 vd.; Ipsen, *a.g.e.*, s. 144-160.

²²⁰ Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, Cilt 1, 2. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2009, s. 903.

²²¹ Hufen, *a.g.e.*, s. 451; Detterbeck, *a.g.e.*, s. 103; Decker, *a.g.e.*, s. 869; İdarenin takdir yetkisinin bulunduğu durumlarda yükümlülük hükmü verilmesinin kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırılık teşkil edeceği hakkında bkz. Württenberger, *a.g.e.*, s. 171; Decker, *a.g.e.*, s. 869.

²²² Detterbeck, *a.g.e.*, s. 103; von Nicolai, *a.g.e.*, s. 835; Knauff, *a.g.e.*, s. 1120; Jörg Schmidt, *a.g.e.*, s. 782; Josef Franz Lindner, Herbert Posser, Heinrich Amadeus Wollf v.d., *VwGO Kommentar*, 2. Auflage, C.H. Beck, München, 2010, s. 912.

tanınmasının amacına uygun olarak kullanılıp kullanılmadığını denetler²²³. Bu hususlar bakımından bir hukuka aykırılık bulunduğu anlaşılırsa bir karar hükmü ile idarenin bu yetkisini hatasız kullanarak yeniden bir karar vermesine hükmeder.

(1) Takdir Yetkisinin Sıfıra İndirgenmesi (Ermessensreduzierung auf Null)

İdarenin objektif olarak takdir yetkisi bulunmasına rağmen davanın karar verilebilir olgunluğa erişmiş olması sonucunu doğuran istisnai bir durum takdir yetkisinin sıfıra indirgenmesi durumudur. Talep edilen işlemi tesis etmek konusunda idarenin takdir yetkisi olmasına rağmen belirli durumlarda davacının işlemin tesis edilmesine yönelik doğrudan bir talep hakkı bulunabilir. Talep edilen işlem dışındaki her işlemin takdir yetkisinin hatalı kullanılmış olması sonucunu doğuracağı ve dolayısıyla hukuka aykırı olacağı durumlarda takdir yetkisinin sıfıra indirgenmiş olduğu kabul edilir²²⁴. Kısacası bu kavram, idarenin objektif olarak takdir yetkisi bulunmasına rağmen somut olay bakımından yalnızca tek bir seçeneğinin bulunduğu durumları ifade etmektedir. Zira diğer her işlem hukuka aykırı olacaktır. Bu gibi durumlarda mahkeme yükümlülük hükmü verebilir ve idare, tıpkı bağlı yetkinin söz konusu olduğu hallerde olduğu gibi işlemi tesis etmek zorundadır. Takdir yetkisinin sıfıra indirgenmiş olması nedeniyle yükümlülük hükmü verilmesi idarenin hukuka uygun davranmak bakımından tek bir seçeneğinin olması nedeniyle kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı sayılmamaktadır²²⁵.

Genel olarak aşağıdaki hallerde takdir yetkisinin sıfıra indirgenmiş olduğu kabul edilir:

- Temel hakların takdir yetkisinin sıfıra indirgenmesini gerektirdiği hallerde,
- Hiçbir bakış açısının talep edilen işlemin açıkça reddedilmesini gerektirmemesi halinde,

²²³ Stuhlfauth, **a.g.e.**, s.904; Redeker, **a.g.e.**, s. 787; Ipsen, **a.g.e.**, s. 157; Würtenberger, **a.g.e.**, s. 14; Rennert, **a.g.e.**, s. 807; Decker, **a.g.e.**, s. 869;

²²⁴ Schmidt, **Verwpr.**, s. 255; Ipsen, **a.g.e.**, s. 159; Jörg Schmidt, **a.g.e.**, s. 781; Decker, **a.g.e.**, s. 865.

²²⁵ Knauff, **a.g.e.**, s. 1119; Würtenberger, **a.g.e.**, s. 171; Jörg Schmidt, **a.g.e.**, s. 816; Decker, **a.g.e.**, s. 865.

- Aksi gerekçelerin, bunlara dayanılmasının açıkça takdir yetkisinin kötüye kullanılması ya da ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil edecek nitelikte olması halinde,
- İşleme yönelik bir teminatın söz konusu olduğu hallerde,
- İdarenin kendisini süregelen uygulaması ya da idari düzenleyici işlemlerle bağladığı durumlarda (takdir yetkisinin belirli önceliklerle kullanılacağı konusunda düzenleme yaptığı durumlar).²²⁶

Eşitlik ilkesine dayanan “*idarenin kendisiyle bağlılığı ilkesi*”²²⁷, takdir yetkisinin sıfıra indirgenmesi hallerinden birisini teşkil etse de bu, süregelen uygulamanın hukuka uygun olmasına bağlıdır. Eğer süregelen uygulama hukuka aykırı ise idare, Federal Alman Anayasası m. 3 bakımından bağlanmış sayılmaz. Bu durumda idarenin hukuk zeminine geri dönmesi gerekir. Zira idarenin hatasını tekrar etmesine yönelik bir talep hakkı söz konusu olamaz. Nitekim “*hukuka aykırılıkta eşitlik olmaz ilkesi (keine Gleichheit im Unrecht)*” bu gibi taleplerin önüne geçmektedir²²⁸.

Takdir yetkisinin sıfıra indirgenmiş olduğu durumlara örnek olarak, oturma izninin uzatılmasını talep eden evli bir kişinin Federal Alman Anayasası m. 6’da düzenlenen ailenin korunması ilkesi gereğince oturma izninin uzatılması²²⁹; bir sokaktan özel yararlanma talebinde bulunan sokak sanatçısına Federal Alman Anayasası m. 5/3’te güvence altına alınan sanat özgürlüğü nedeniyle en azından süreyle sınırlandırılmış bir izin verilmesi ya da aynı şekilde sokakta gazete satılmasına ilişkin bir izin talebinin Federal Alman Anayasası m. 5/1’de güvence altına alınan basın özgürlüğü nedeniyle kabul edilmesi²³⁰; polisin günlük yaşamda karşılaştığı, vatandaşlar arası gerginliklere müdahale etme konusunda takdir yetkisi bulunmasına rağmen yaşam ya da sağlık hakkı bakımından bir tehlikenin bulunması halinde müdahale etme takdirinin sıfıra indirgenmesi²³¹; bir belediyenin gösteri

²²⁶ Erbguth/Guckelberger, **a.g.e.**, s. 242; Schmidt, **Verwpr.**, s. 255; Ipsen, **a.g.e.**, s. 159; Maurer, **a.g.e.**, s. 151.

²²⁷ Bkz. İkinci Bölüm, IV, A, 3, d.

²²⁸ Schmidt, **Verwpr.**, s. 256; Decker, **a.g.e.**, s. 867; Gerdhardt, **a.g.e.**, § 114 s. 18.

²²⁹ Schmidt, **Allg. Verwr.**, s. 120; Erbguth/Guckelberger, **a.g.e.**, s. 176.

²³⁰ Schmidt, **Allg. Verwr.**, s. 120; Maurer, **a.g.e.**, s. 151.

²³¹ Schmidt, **Allg. Verwr.**, s. 121; Detterbeck, **a.g.e.**, s. 100; Erbguth/Guckelberger, **a.g.e.**, s. 177.

alanını düzenli olarak farklı siyasi partilerin kullanımına tahsis etmiş olması durumunda bir diğer partinin aynı talepte bulunması karşısında, farklı işlem tesis etmek konusunda maddi ya da hukuki bir neden bulunmadığı sürece, bu partinin kullanımına da tahsis etmek konusunda takdirinin sıfıra indirgenmesi²³² gibi durumlar verilebilir.

Takdir yetkisinin sıfıra indirgenmesi bakımından dikkat edilmesi gereken husus, sıfıra indirgenmenin yalnızca bir işlemin ya da müdahalenin hangi yönde olması gerektiği konusunda olduğudur. İçerik bakımından ise kural olarak idarenin takdiri devam etmektedir²³³. Örneğin yukarıda verilen örnekte, yaşam ya da sağlık hakkı bakımından bir tehlikenin olduğu durumlarda polisin müdahale etmek konusunda takdir yetkisi sıfıra indirgenmiş olmakla birlikte, müdahale etmek için hangi araçları kullanacağı konusunda takdir yetkisi devam etmektedir. Aynı şekilde sanat özgürlüğünün korunması zorunluluğu nedeniyle idarenin sokak sanatçısı tarafından talep edilen özel kullanım iznini vermek konusunda takdir yetkisi sıfıra indirgenmiş olmakla birlikte, özel kullanımın şartlarının ve sınırlarının belirlenmesi konusunda takdir yetkisi devam etmektedir. Ancak somut olayın özelliklerine göre idarenin muamelesinin içeriği ya da kullanacağı araçlar bakımından takdir yetkisinin indirgenmesi de söz konusu olabilir²³⁴.

c. Belirsiz Hukuk Kavramları ve Sebep Unsurunda Takdir Yetkisi

Yukarıda ifade edildiği gibi Alman idare hukukunda işlemin sebep unsurundaki takdir yetkisi ve konu unsurundaki takdir yetkisi iki farklı kavramla ifade edilmekte ve ayrı ayrı incelenmektedir. Burada, Alman hukukunda “*Beurteilungsspielraum*” kavramı ile ifade edilen sebep unsuru bakımından takdir yetkisi ele alınacaktır²³⁵.

Öncelikle belirsiz hukuk kavramlarından bahsedilmesi gerekmektedir. “*Belirsiz hukuk kavramları (unbestimmte Rechtsbegriffe)*”, idari işlemin hukuka

²³² Schmidt, *Allg. Verwr.*, s. 121; Detterbeck, *a.g.e.*, s. 101; Maurer, *a.g.e.*, s. 151.

²³³ Schmidt, *Allg. Verwr.*, s. 121; Detterbeck, *a.g.e.*, s. 101; Jörg Schmidt, *a.g.e.*, s. 815.

²³⁴ Erbguth/Guckelberger, *a.g.e.*, s. 243.

²³⁵ Yukarıda da ifade edildiği gibi bu kavram, öğretimizde *Gözler* tarafından “*değerlendirme marjı*” olarak da isimlendirilmiş olmasına rağmen, hukukumuzdaki yaygın kullanıma uygun olarak tarafımızca “*sebep unsurunda takdir yetkisi*” olarak ifade edilmiştir.

uygunluğu incelemesinde normun gerektirdiği koşullar aşamasında karşılaşılan; kanun koyucunun idarenin karşılaşacağı her tŸrlŸ somut olayı ōngŸrmesinin mŸmkŸn olmaması nedeniyle, atipik ve ōngŸrŸlmemiř durumlarda da idarenin faaliyetini sŸrdŸrebilmesi ve işlemler tesis edebilmesi amacıyla kanuni dŸzenlemelerde yer alan ve iğeriğinin doldurulması için bir yorumlama yapılmasını gerektiren kavramlardır²³⁶. Örnek olarak “*kamu yararı*”, “*genel gŸvenlik*”, “*uygun olma*” ya da “*uygun olmama*”, “*elverişlilik*”, “*kamu kŸlfetleri*” gibi kavramlar verilebilir. Bu kavramların iğeriğinin doldurulmasına ilişkin yorumlama yapmak konusunda idare yetkili olmakla birlikte, yapılan yorumların isabetliliğinin denetlenmesi, ōđretide aksi savunulmakla birlikte yargı kararlarına gŸre kural olarak yargının gŸrevevidir²³⁷.

Őđretide savunulan gŸrŸře gŸre belirsiz hukuk kavramlarının iğeriğinin doldurulmasının yargısal denetimi ancak sınırlı bir denetim olabilir. Zira belirsiz hukuk kavramlarının farklı durumlarda farklı anlamlarda kullanılabilir olma ōzelliđi ve her durumda belirsiz hukuk kavramının iğeriğinin belirlenmesi bakımından tek bir doğru cevabın bulunmadığı dikkate alındığında; bunların iğeriğinin doldurulması bakımından idarenin somut olay hakkındaki bilgisi, tecrŸbesi, olaya nŸfuz ederek muhtemel sorunları ōngŸrebilme ve değerlendirme kabiliyeti daha fazladır. Bu nedenle belirsiz hukuk kavramlarına ilişkin yargısal denetim yalnızca idarenin bu konuda sahip olduğu takdir yetkisinin sınırlarına yŸnelik olabilir²³⁸.

Federal İdare Mahkemesi ve Federal Anayasa Mahkemesi’ne gŸre ise belirsiz hukuk kavramlarının idare tarafından nasıl kullanıldığı, istisnai haller bulunmakla birlikte, yargı yerleri tarafından tam kapsamıyla denetlenebilir²³⁹. Bir diğer ifadeyle yargı organı, somut olayda bu kavramların iğeriğinin karşılanıp karşılanmadığını belirleyebilir²⁴⁰. Zira bu kavramların, kanun koyucu tarafından ōngŸrŸlemeyecek durumlarda da idarenin işlem tesis edebilmesinin sağlanması amacıyla

²³⁶ Schmidt, *Allg. Verwr.*, s. 94; Erbguth/Guckelberger, *a.g.e.*, s. 229; Maurer, *a.g.e.*, s. 152-156; Hofmann, *a.g.e.*, s. 689; Ipsen, *a.g.e.*, s. 140; Decker, *a.g.e.*, s. 871.

²³⁷ Schmidt, *Allg. Verwr.*, s. 93; Erbguth/Guckelberger, *a.g.e.*, s. 230; Ipsen, *a.g.e.*, s. 143; WŸrtenberger, *a.g.e.*, s. 13; Rennert, *a.g.e.*, s. 820; Decker, *a.g.e.*, s. 871.

²³⁸ Erbguth/Guckelberger, *a.g.e.*, s. 230; Maurer, *a.g.e.*, s. 153; Ipsen, *a.g.e.*, s. 142; Wollf/Decker, *a.g.e.*, s. 481.

²³⁹ BverwGE 94, 307; BverwGE 100, 221; BverwGE 45, 162; BverwGE 56, 71; BverwGE 59, 1; BverwGE 62, 86; BverwGE 65, 19; BverwGE 68, 267; BverwGE 88, 35; BverwGE 94, 307; BverwGE 107, 245; BverwGE 134, 108 (Beck-online)

²⁴⁰ Maurer, *a.g.e.*, s. 157; Ipsen, *a.g.e.*, s. 143; Decker, *a.g.e.*, s. 871.

kullanılmasının yanında; her somut olayda belirsiz hukuk kavramlarının gerektirdiği şartların sağlanıp sağlanmadığına ilişkin yalnızca tek bir doğru cevabın mevcut olduğu kabul edilmektedir²⁴¹. Örneğin alkol satışı yapacak bir restoran ruhsatı talebinin reddedilmesi için Restoranlar Kanunu'nda²⁴² düzenlenen “*elverişsizlik*” şartının sağlanıp sağlanmadığı somut olay bakımından mahkeme tarafından belirlenebilir. Zira kanun düzenlemesinden sözü edilen elverişsizlik şartının gençlerin korunması, alkolizmin yayılmasının önlenmesi, yasadışı kumarın engellenmesi ve sayılan diğer hususlara ilişkin olduğu anlaşılmaktadır. Mahkemenin, bu hususlara ilişkin elverişsizliğin somut olayda mevcut olup olmadığını denetleme yetkisi bulunmaktadır²⁴³. Bunun nedeni ise “*belirlilik ilkesidir (Bestimmtheitsgebot)*”. Bu ilke, kanuni düzenlemelere göre hangi şartlarda hangi hukuki sonuçların ortaya çıkacağına belirli olmasının yanında, belirsiz hukuk kavramları içeriyor olsa da bir normun nasıl ve hangi şartlarda uygulanacağını önceden belirli olmasını da kapsamaktadır²⁴⁴. Bu nedenle bu tür kavramların içeriğinin doldurulması bakımından idarenin her somut olayda sınırsız bir yorumlama imkânı bulunmamaktadır ve yargı yerleri bu kavramların içeriklerinin belirlenmesi bakımından yetkilidir²⁴⁵.

Ancak bazı durumlarda belirsiz hukuk kavramlarının içeriğinin belirlenmesi konusunda idarenin takdir yetkisi bulunduğu ve buna ilişkin değerlendirmenin yargı organı tarafından denetlenemeyeceği kabul edilmektedir²⁴⁶. Bu durumlar öğretideki gruplandırmalar dikkate alındığında özellikle sınav ya da sınav benzeri değerlendirmelere dayanan işlemler, hizmet içi görevlendirme kararları, maddi olayın karmaşık olduğu ve teknik inceleme gerektiren hususlara dayanan işlemler, tahmin ve risk hesaplaması gerektiren işlemler olarak sayılabilir²⁴⁷.

²⁴¹ Schmidt, **Allg. Verwr.**, s. 93; Maurer, **a.g.e.**, s. 152; Ipsen, **a.g.e.**, s. 143; Würtenberger, **a.g.e.**, s. 13.

²⁴² “Gaststättengesetz (GastG)”

²⁴³ Schmidt, **Allg. Verwr.**, s. 93.

²⁴⁴ Schmidt, **Allg. Verwr.**, s. 225, 226.

²⁴⁵ Schmidt, **Allg. Verwr.**, s. 95; Erbguth/Guckelberger, **a.g.e.**, s. 230; Maurer, **a.g.e.**, s. 157; Rennert, **a.g.e.**, s. 821; Ipsen, **a.g.e.**, s. 143; Decker, **a.g.e.**, s. 871

²⁴⁶ Schmidt, **Allg. Verwr.**, s. 95; Maurer, **a.g.e.**, s. 158; Jarass/Piero, **a.g.e.**, s. 488; Würtenberger, **a.g.e.**, s. 14; Decker, **a.g.e.**, s. 872.

²⁴⁷ Erbguth/Guckelberger, **a.g.e.**, s. 232-236; Schmidt, **Allg. Verwr.**, s. 101-107; Jarass/Piero, **a.g.e.**, s. 488; Würtenberger, **a.g.e.**, s. 14-16; Decker, **a.g.e.**, s. 872 vd.

(1) Sınav ya da Sınav Benzeri Değerlendirmeler

Belirli işlemlerin tesis edilmesinin kendisine bağlandığı sınavlar ya da sınav benzeri değerlendirmeler idareye sebep unsuru bakımından takdir yetkisi tanımaktadır. Bu tür durumlarda ilgilinin alacağı puan ya da yeterliliğinin tespit edilmesi önemli ölçüde sınavı ya da benzeri uygulamayı yapan kişinin sübjektif değerlendirmesine bağlıdır. Bunlara ilişkin yargısal uyuşmazlıklarda mahkemenin davacının durumunu, sınavdaki değerlendirmenin sübjektif olması ya da çok az ölçüde objektif olması nedeniyle doğru bir şekilde değerlendirmesi mümkün değildir²⁴⁸. Zira mahkeme burada her bir adayın durumunu değil, yalnızca davacının durumunu değerlendirmektedir²⁴⁹. Bu nedenle bu tür durumlarda sınav ya da sınav benzeri bir değerlendirme yöntemi uygulayan idarenin takdir yetkisinin bulunduğu; mahkemenin, değerlendirmenin içeriğine ilişkin bir denetim yapamayacağı, yalnızca sınırlı bir denetime tabi tutulabileceği kabul edilmektedir²⁵⁰. Burada aşağıdaki değerlendirmelerin yapılması gerekir:

- Sınav ya da sınav benzeri değerlendirmenin yapılmasına ilişkin düzenlemelere uyulup uyulmadığı, (sınavın yapılacağı yer, sözlü sınavın tutanağa geçirilmesi, sınava giren adaylar için gerekli sessizliğin sağlanması, en az iki değerlendiricinin bulunması ve her ikisinin de değerlendirme boyunca değerlendirme yerinde bulunması gibi)
- Değerlendirmeye esas alınan olguların doğru olup olmadığı,
- Genel olarak geçerli kabul edilen değerlendirme ölçütlerinin uygulanıp uygulanmadığı,
- Değerlendiricinin değerlenmesine esas aldığı hususların esasla ilgili olup olmadığı ve verilen puanlara esas teşkil eden değerlendirmenin gerekçeli olup olmadığı,

²⁴⁸ Erbguth/Guckelberger, **a.g.e.**, s. 232; Ipsen, **a.g.e.**, s. 145; Decker, **a.g.e.**, s. 872; BVerwGE 8, 272; BVerwGE 12, 359; BVerwGE 75, 275 (Beck-online)

²⁴⁹ Erbguth/Guckelberger, **a.g.e.**, s. 232; Maurer, **a.g.e.**, s. 160.

²⁵⁰ Erbguth/Guckelberger, **a.g.e.**, s. 232; Würtenberger, **a.g.e.**, s. 16; Decker, **a.g.e.**, s. 872.

- Adil değerlendirme ilkesine aykırılık bulunup bulunmadığı (gerçekçi ve önyargısız değerlendirme yapıp yapılmadığı)²⁵¹.

Genel olarak sınav ya da sınav benzeri değerlendirmelere bağlı olarak tesis edilecek idari işlemlerde idarenin haiz olduğu sebep unsuru bakımından takdir yetkisinin geniş olduğu ve sınırlı bir yargısal denetime tabi olduğu kabul edilse de Federal Anayasa Mahkemesi, bilimsel yeterliliğin değerlendirilmesinde bu takdir yetkisini sınırlamış ve yargısal denetiminin kapsamını genişletmiştir²⁵². Bilimsel yeterliliğin ölçüldüğü (hukuk veya tıp sınavları ya da akademisyenlikle yükselme gibi) sınavlarda mahkeme bilirkişi aracılığıyla sınav sonuçlarının doğruluğunu denetleyebilir ve bu durumda idarenin takdir alanının bulunmadığı kabul edilir²⁵³. Mahkemenin, yapacağı denetimde değerlendirici ile aday arasındaki görüş farklılıklarını dikkate almaksızın aday tarafından ifade edilen görüşlerin bilimsel olarak savunulabilir olup olmadığına, öğretide yer alan görüşlerin doğru şekilde aktarılıp aktarılmadığına ve bilimsel inceleme metotlarının uygulanıp uygulanmadığına yönelik bir değerlendirme yapması gerekir²⁵⁴. İfade edildiği gibi bu tür durumlarda idarenin takdir yetkisi bulunmadığı kabul edilmektedir²⁵⁵.

(2) Hizmet İçi Görevlendirme ve Değerlendirme Kararları

Sınav ya da sınav benzeri değerlendirme kararlarında olduğu gibi hizmet içi görevlendirme kararları ve kamu personelinin değerlendirilmesine ilişkin kararlar bakımından yalnızca sınırlı bir objektiflikten bahsedilebilir²⁵⁶. Bu nedenle bu tür kararlarda da idarenin takdir yetkisini haiz olduğu kabul edilmektedir²⁵⁷. Burada

²⁵¹ Maurer, **a.g.e.**, s. 160; Erbguth/Guckelberger, **a.g.e.**, s. 233; Ipsen, **a.g.e.**, s. 147, 148; Wollf/Decker, **a.g.e.**, s. 481; BVerwGE 78, 55; BVerwGE 70, 143, 145; BVerwGE 94, 64.

²⁵² Erbguth/Guckelberger, **a.g.e.**, s. 232; Wollf/Decker, **a.g.e.**, s. 483; BVerfGE 84, 34; BVerfGE 84 59; BVerfGE 99, 74 (<https://www.bundesverfassungsgericht.de>)

²⁵³ Erbguth/Guckelberger, **a.g.e.**, s. 234; Maurer, **a.g.e.**, s. 161; Ipsen, **a.g.e.**, s. 147; Würtenberger, **a.g.e.**, s. 16; Decker, **a.g.e.**, s. 873.

²⁵⁴ Maurer, **a.g.e.**, s. 161; Decker, **a.g.e.**, s. 873; Wollf/Decker, **a.g.e.**, s. 483.

²⁵⁵ Erbguth/Guckelberger, **a.g.e.**, s. 234; Maurer, **a.g.e.**, s. 161; Ipsen, **a.g.e.**, s. 147; Würtenberger, **a.g.e.**, s. 16; Decker, **a.g.e.**, s. 873.

²⁵⁶ Erbguth/Guckelberger, **a.g.e.**, s. 234; Ipsen, **a.g.e.**, s. 149; Rennert, **a.g.e.**, s. 827; Bu tür değerlendirmelerde amirlerin memurları şahsen tanımaları nedeniyle davranışlarına ve ilerideki durumlarına ilişkin tahminlerinin daha isabetli olacağı konusunda bkz. Wollf/Decker, **a.g.e.**, s. 483.

²⁵⁷ Ipsen, **a.g.e.**, s. 150; Würtenberger, **a.g.e.**, s. 16; Rennert, **a.g.e.**, s. 827; Decker, **a.g.e.**, s. 873.

kullanılan belirsiz hukuk kavramlarına kamu personelinin Anayasa'ya bağlılığı, göreve elverişlilik, kabiliyet ve performans gibi kavramlar örnek olarak verilebilir²⁵⁸.

(3) Karmaşık Olay ve Teknik İnceleme Gerektiren Hususlar

Maddi olayın mahkeme tarafından doğru bir şekilde değerlendirilemeyecek düzeyde karmaşık olduğu ve/veya teknik inceleme yapılması gereken durumlarda davanın yükümlülük kararı verilebilir olgunluğa erişmiş olmadığı kabul edilmektedir²⁵⁹. Zira teknik incelemeler yaparak karmaşık maddi olgulara yönelik tespitleri yapmak mahkemenin görevi değildir²⁶⁰. Bu gibi durumlarda mahkeme bir karar hükmü vererek bu incelemelerin yeniden yapılmasını ya da yaptırılmasını idareye tevdi eder²⁶¹.

Talebin konusunu teşkil eden maddi olay hakkında teknik incelemeler yapılması gerekiyorsa fakat idare talep hakkında karar verirken bu incelemelere gerek duymaksızın ya da incelemeleri tam kapsamıyla yapmaksızın karar vermişse, mahkeme aynı şekilde bu incelemelerin yapılmamış olmasından kaynaklanan boşluğu kendisi doldurmaz. Ret işlemini iptal ederek, gerekli incelemelerin yapılarak yeniden bir işlem tesis edilmesine yönelik bir karar hükmü verir²⁶².

(4) Tahmin ve Risk Hesaplaması Gerektiren İşlemler

Özellikle çevreyle ilgili ve ekonomik alanlarda geçerli olmak üzere tahminlere veya risk değerlendirme dayanan işlemlerde, gerekli tahminlerde bulunmak ve risk değerlendirmelerini yapmak konusunda idarenin takdir yetkisi bulunduğu kabul edilmektedir²⁶³.

Belirsiz hukuk kavramlarının içeriğinin doldurulması bakımından idarenin takdir yetkisine sahip olduğunun kabul edildiği istisnai hallere ilişkin belirli bir sınıflandırma ne yargı kararları ile ne de öğretide yapılmıştır. Bu nedenle burada

²⁵⁸ Erbguth/Guckelberger, **a.g.e.**, s. 234; Rennert, **a.g.e.**, s. 827.

²⁵⁹ Hufen, **a.g.e.**, s. 452; Knauff, **a.g.e.**, s. 1119; Rieger, **a.g.e.**, s. 387.

²⁶⁰ Stuhlfauth, **a.g.e.**, s. 903; Jörg Schmidt, **a.g.e.**, s. 780; BVerwGE 134, 108; BVerwGE 94, 307; BVerwGE 61, 256 (Beck-online)

²⁶¹ Knauff, **a.g.e.**, s. 1119; Stuhlfauth, **a.g.e.**, s.903; BVerwGE 134, 108; BVerwGE 94, 307; BVerwGE 61, 256 (Beck-online)

²⁶² Redeker, **a.g.e.**, s. 779; Stuhlfauth, **a.g.e.**, s.904; Rieger, **a.g.e.**, s. 387.

²⁶³ Maurer, **a.g.e.**, s. 159; Erbguth/Guckelberger, **a.g.e.**, s. 235; Würtenberger, **a.g.e.**, s. 15; Rennert, **a.g.e.**, s. 825; Decker, **a.g.e.**, s. 874; BVerwGE 79, 208; BVerwGE 62, 330; BVerwGE 72; BVerwGE 91, 211; BVerwGE 99, 371; BVerwGE 129, 27 (Beck-online).

sözü edilenler dışında farklı pek çok durumda da idarenin sebep unsurunda takdir yetkisinin bulunduğu söylenebilir. Bu kapsamda yer alan olaylarda, mahkemenin yapacağı denetimin kriterleri ve kapsamı belirli olmamakla birlikte Federal Anayasa Mahkemesi ve Federal İdare Mahkemesi tarafından, sınav ya da sınav benzeri değerlendirmelere yönelik denetim için uygulanan kriterlerin uygulanabileceğine ilişkin bir içtihat ortaya koymuştur²⁶⁴. Buna göre mahkeme aşağıdaki kriterlere göre bir denetim yapacaktır:

- İdarenin takdir yetkisini kullanırken doğru ve tam kapsamıyla tespit edilmiş olgular üzerinden hareket edip etmediği,
- İdarenin kullandığı kavramların ve içerisinde hareket ettiği kanuni çerçevenin geçerli olup olmadığı,
- Genel olarak geçerli kabul edilen değerlendirme ölçütlerinin kullanılıp kullanılmadığı,
- Söz konusu işleme ilişkin usullere ve kurallara riayet edilip edilmediği,
- Konuyla ilgisi bulunmayan ve eşitlik ilkesine aykırı değerlendirmelerde bulunulup bulunulmadığı.

d. Planlama Kararları

Özellikle imar hukuku alanında gündeme gelen, kamu yararı ile pek çok kişisel yararın çatıştığı, planlamaya dayalı işlemlerin yargısal denetimi özellik arz etmektedir²⁶⁵. Bu tip kararlar, yararlar çatışmasının karmaşıklığı nedeniyle yapısal olarak “eğer-ise-olur” şeklinde formüle edilebilecek kadar basit olmadıkları için öğretide “*değerlendirme kararları (Abwägungsentscheidungen)*” olarak isimlendirilmiş ve Federal İdare Mahkemesi tarafından hukuka uygunluk denetimleri bakımından “*değerlendirme hataları öğretisi (Abwägungsfehlerlehre)*” geliştirilmiştir²⁶⁶. Bu tip kararlarda belirsiz hukuk kavramları ve takdir yetkisinin kullanılması ekseninde bir değerlendirmeden ziyade, uyumsuzluk optimizasyonu

²⁶⁴ BVerfGE 108, 282; BVerfGK 3, 247; BVerfG BeckRS 2018, 14529; BVerwGE 61, 176; BVerwGE 68, 109; BVerwGE 86, 244 (Beck-online).

²⁶⁵ Planlama kararları ile ilgili kapsamlı bilgi için bkz. AIUK m. 72 vd.; Erbguth/Guckelberger, **a.g.e.**, s. 246 vd.; Schmidt, **Allg. Verwr.**, s. 349 vd.; Maurer, **a.g.e.**, s. 435 vd.; Detterbeck, **a.g.e.**, s. 115.

²⁶⁶ BVerwGE 34, 301 (Beck-online).

ekseninde bir değerlendirme yapılması gerekmektedir²⁶⁷. Planlama kararları bakımından idarenin “*tasarlama serbestisi (planerische Gestaltungsfreiheit)*” bulunduğu kabul edilmekte birlikte bunun, bu işlemlere yönelik yargısal denetim yetkisini tamamen ortadan kaldırmadığı, takdir yetkisinin kullanımının diğer durumlarda denetlenmesine nazaran daha da sınırlandırılmış bir yargısal denetim yetkisinin söz konusu olduğu kabul edilmektedir²⁶⁸. Buna göre bu tip işlemler tesis edilirken aşağıdaki unsurların dikkate alınıp alınmadığı denetlenmektedir:

- Karar alınırken bir değerlendirme yapıp yapılmadığı,
- Değerlendirme yapılırken, işlem sebebiyle doğacak her bir külfetin usulüne uygun olarak tespit edilip edilmediği ve bunların değerlendirilip değerlendirilmediği,
- Her bir külfetin ilgilileri bakımından ağırlığının doğru bir şekilde hesaplanıp hesaplanmadığı ve
- Külfetlerin usulüne uygun olarak dengelenip dengelenmediği.²⁶⁹

Bu kriterler imar planları bakımından ortaya konulmuş olup, diğer her türlü planlama kararı için uygulanması kabul edilmektedir²⁷⁰. Bir planlama kararında bu kriterlerin sağlanmamış olması halinde işlem hukuka aykırı olacaktır. Ayrıca “*regülasyon takdiri (Regulierungsermessen)*” olarak ifade edilen, özellikle regülasyon alanında idarenin düzenlemeler yapmak bakımından haiz olduğu takdir yetkisinin kullanılması bakımından da planlama kararlarında uygulanana benzer bir denetim yöntemi uygulanmaktadır²⁷¹.

Yükümlülük davası bakımından ise, yapılan açıklamalara göre bu tip işlemlerin tesis edilmesinin idareden talep edilmesi halinde davanın karar verilebilir olgunluğa erişmiş olduğu söylenemez.

²⁶⁷ Schmidt, **Allg. Verwr.**, s. 107; Maurer, **a.g.e.**, s. 170; Gerdhardt, **a.g.e.**, § 114 s. 22.

²⁶⁸ Erbguth/Guckelberger, **a.g.e.**, s. 246; Schmidt, **Allg. Verwr.**, s. 107; Maurer, **a.g.e.**, s. 169; Würtenberger, **a.g.e.**, s. 13; Decker, **a.g.e.**, s. 873; Gerdhardt, **a.g.e.**, § 114 s. 22.

²⁶⁹ Erbguth/Guckelberger, **a.g.e.**, s. 247; Maurer, **a.g.e.**, s. 170; Rennert, **a.g.e.**, s. 818; Decker, **a.g.e.**, s. 874.

²⁷⁰ Erbguth/Guckelberger, **a.g.e.**, s. 247.

²⁷¹ Maurer, **a.g.e.**, s. 170; Erbguth/Guckelberger, **a.g.e.**, s. 247; BverwGE 120, 263; BverwGE 130, 39; BverwGE 131, 41 (Beck-online).

V. Yüklümlülük Davasında Verilen Kararlar Ve Sonuçları

A. Yüklümlülük Hükmü (Das Verpflichtungsurteil)

Yüklümlülük davasının usul ve esas bakımından kabul şartlarının tümü gerçekleşmişse ve idarenin davacının talep ettiği işlemi tesis etmek konusunda kesin olarak yükümlü olduğu sonucuna ulaşılmışsa yüklümlülük hükmü²⁷² verilir. Yüklümlülük hükmü bir eda hükmüdür. Yüklümlülük hükmü üzerine idare, talep edilen işlemi tesis etmek zorundadır.

Yüklümlülük davasının alt türü olan redde karşı davanın kabul edilmesi halinde idarenin ret işlemi de iptal edilir²⁷³. Zira mahkeme ret işlemini iptal etmeksizin yüklümlülük kararı veremez²⁷⁴. Ancak burada yüklümlülük davası ile entegre bir iptal davası olduğu kabul edilmemektedir. İptal hükmü, yüklümlülük hükmünün bir yan sonucu olarak kabul edilebilir. Zira iptal edici etki yüklümlülük davasının esasından ayrılabilir nitelikte değildir²⁷⁵. Bununla birlikte ret işleminin iptal edildiği yalnızca “varsayılmamakta”, bunun hüküm sonucunda açıkça ifade edilmesi gerekmektedir²⁷⁶. Hareketsizlik davasında ise bir ret işlemi mevcut olmadığı için böyle bir sonuç doğmamaktadır. Yalnızca yüklümlülük hükmü verilmektedir.

Bir idarenin tesis etmekle yetkili olduğu bir idari işlemin, mahkeme kararıyla tesis edilmesi kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırıdır²⁷⁷. Bu nedenle yüklümlülük hükmü “*ipso jure*” nitelikte doğrudan sonuç doğurmamakta ve hükmün verilmesiyle birlikte işlem tesis edilmiş sayılmamaktadır²⁷⁸. Yani mahkeme kararı, idari işlemi ikame etmemektedir. İptal hükmünün, hükmün verilmesi ile işlemin ortadan kalkması

²⁷² “Tesis hükmü (Das Vornahmeurteil)” olarak da isimlendirilmekte olup bu çalışmada “yüklümlülük hükmü” ifadesi tercih edilmiştir.

²⁷³ von Nicolai, **a.g.e.**, s. 173; Würtenberger, **a.g.e.**, s. 154; Detterbeck, **a.g.e.**, s. 571; Gärditz, **a.g.e.**, s. 213; Schenke, **a.g.e.**, s. 87; Hufen, **a.g.e.**, s. 285; Schmidt, **Verwpr.**, s. 124; Ipsen, **a.g.e.**, s. 355; Jörg Schmidt, **a.g.e.**, s. 779; Ayrıca bir iptal davası açılması gerekmediği konusunda bkz. von Nicolai, **a.g.e.**, s. 172.

²⁷⁴ Schenke, **a.g.e.**, s. 87; Detterbeck, **a.g.e.**, s. 571; Bickenbach, **a.g.e.**, s. 63; Würtenberger, **a.g.e.**, s. 162; Happ, **a.g.e.**, s. 210.

²⁷⁵ Gärditz, **a.g.e.**, s. 213; Stuhlfauth, **a.g.e.**, s.903.

²⁷⁶ Örn.: “Davalı idarenin (...) konulu ret işleminin iptaline ve buna bağlı olarak (...) konulu işlemi tesis etmekle yükümlü olduğuna (...)”, bkz. Gärditz, **a.g.e.**, s. 213; Mahkeme ret işleminin iptaline açıkça hükmetmemiş olsa da iptal edilmiş sayılacağına ilişkin bkz. Detterbeck, **a.g.e.**, s. 571; Ret işleminin iptal edilmesinin gerekmediği, zira bunun zaten yüklümlülük hükmünün kapsamında olduğuna ilişkin bkz. Hufen, **a.g.e.**, s. 594.

²⁷⁷ Knauff, **a.g.e.**, s. 1118; Ipsen, **a.g.e.**, s. 321.

²⁷⁸ von Nicolai, **a.g.e.**, s. 171; Jörg Schmidt, **a.g.e.**, s. 779; Schmidt-Kötters, **a.g.e.**, s. 141.

sonucunu doğurması özelliğinden; başka bir ifadeyle, kurucu hüküm olma özelliğinden farklı olarak yükümlülük hükmü bir eda hükmüdür ve idarenin mahkeme kararını uygulayarak işlemi tesis etmesi gerekir²⁷⁹.

Verilen hüküm ile davacının talep ettiği işlemin tesis edilmesine yönelik maddi bir hakkının bulunduğu ortaya konulmaktadır. Mahkeme, kararında idarenin bu hakkı yerine getirecek işlemin tesis edilmesi ile yükümlü olduğuna hükmetmekle birlikte tesis edilecek işlemin şekli anlamda hukuka uygunluğuna yönelik bir değerlendirme ya da belirleme yapmamaktadır. Hakkın şekli bakımından da yerine getirilmesine ilişkin şartların idare tarafından sağlanması gerekmektedir²⁸⁰.

İptal davalarında mahkeme, işlemin tesis edildiği tarihteki hukuki duruma göre bir inceleme yaparak işlemin iptaline karar verir. İptal hükmü işlemi “*ex tunc*” olarak ortadan kaldırır. Bir diğer ifadeyle iptal hükmü, işlemin tesis edildiği andan itibaren etkilidir²⁸¹. Yükümlülük davasında ise kararın verileceği aşamada mevcut bulunan hukuki duruma göre bir değerlendirme yapılarak karar verilir. Kararın verileceği aşama, yükümlülük davası bakımından son sözlü duruşma anı ya da sözlü duruşma yoksa son mahkeme kararı anı olarak kabul edilmektedir²⁸². Dolayısıyla idarenin ret işlemini tesis ettiği ya da davacının ilk talepte bulunduğu tarihteki hukuki durum incelenmemektedir. Bu nedenle redde karşı dava alt türündeki yükümlülük davalarında ret işleminin “*ex tunc*” olarak iptal edilmesi mümkün değildir. Zira mahkeme, işlemin tesis edildiği tarihteki hukuki durumu değerlendirmiş değildir. Bu nedenle redde karşı davada verilen ret işleminin iptali hükmü “*ex nunc*”; bir diğer ifadeyle kararın verildiği tarihten itibaren etkilidir. Geçmişe dönük olarak hukuka aykırılığın tespit edilmesini isteyen davacının, AİMK m. 113/1 c. 4 hükmünün kıyasen uygulanması yoluyla buna yönelik bir talepte

²⁷⁹ Schenke, **a.g.e.**, s. 86; Schmidt, **Verwpr.**, s. 124; Gärditz, **a.g.e.**, s. 213; Hufen, **a.g.e.**, s. 283; Redeker, **a.g.e.**, s. 779; Hufen, **a.g.e.**, s. 594; Jörg Schmidt, **a.g.e.**, s. 779; Decker, **a.g.e.**, s. 849.

²⁸⁰ Knauff, **a.g.e.**, s. 1119.

²⁸¹ Hufen, **a.g.e.**, s. 592.

²⁸² Schmidt, **Verwpr.**, s.257; Schenke, **a.g.e.**, s. 87; Knauff, **a.g.e.**, s. 1120; Rieger, **a.g.e.**, s. 425; Happ, **a.g.e.**, s. 211; Decker, **a.g.e.**, s. 847; İşlemin talep edilmesinden son sözlü duruşma tarihine kadar maddi ya da hukuki koşulların değişmesi mahkemenin vereceği hükme etki eden hususlar olmayıp; koşulların değişmiş olması davacının lehine ya da aleyhine sonuçlar doğurabilir. Mahkemenin incelemesi yalnızca hüküm aşamasında mevcut bulunan koşullara yöneliktir. Bkz. Rieger, **a.g.e.**, s. 425; Sennekamp, **a.g.e.**, s. 259.

bulunması gerekmektedir²⁸³. Aynı şekilde yükümlülük davasında son sözlü duruşma ya da son mahkeme kararı tarihinde yükümlülük hükmü verilmesini gerektiren sebeplerin bulunmamasına; yani davanın esas bakımından kabul edilebilir olmamasına rağmen idarenin ret işlemi usul hataları gibi farklı nedenlerle hukuka aykırı ise, idarenin yükümlülüğüne hükmedilmesi talebi reddedilmiş olsa da ret işleminin geçmişe dönük olarak hukuka aykırılığının tespit edilmesi talep edilebilir²⁸⁴.

Ancak idarenin talep edilen işlemi tesis etmek konusunda takdir yetkisinin bulunduğu durumlarda mahkemenin, ret işleminin tesis edildiği tarihteki koşullarda takdir yetkisinin hatalı kullanılıp kullanılmadığının değerlendirmesini yapması gerekmektedir²⁸⁵. Ret işlemin tesis edildiği tarihteki koşullar altında takdir yetkisinin hatalı kullanılmış olması nedeniyle işlem hukuka aykırı ise ve yükümlülük davasında karar verilecek olan tarihte davacının idarenin takdir yetkisini kullanarak bir işlem tesis etmesine yönelik sübjektif bir hakkı bulunuyorsa mahkeme bir karar hükmü verir²⁸⁶.

Yükümlülük davasının esas bakımından reddedilmesi halinde ise işlemin tesis edilmesine yönelik maddi bir hak bulunmadığı ortaya konulmuş olur. Kararın kesinleşmesinin ardından aynı taleple yeniden dava açılmaz. Ancak maddi ya da hukuki koşulların değişmesi halinde idareden yeniden işlemin tesis edilmesi talebinde bulunulabilir ve bu talep reddedilirse yükümlülük davası açılabilir²⁸⁷.

B. Karar Hükmü (Das Bescheidungsurteil)

Davanın yükümlülük kararı verilebilir olgunluğa erişmiş olmaması durumunda AİMK m 113/5 hükmü gereğince idarenin, mahkemenin hukuki mütalaasına riayet ederek yeniden bir işlem tesis etmesi gerektiğine hükmedilir. Bu

²⁸³ Schenke, **a.g.e.**, s. 87; Kuhla/Hüttenbrink/Endler, **a.g.e.**, s. 155; Sennekamp, **a.g.e.**, s. 259; Kopp/Schenke, **a.g.e.**, s. 249; Jörg Schmidt, **a.g.e.**, s. 801; Bu talep, etkisi tükenmiş idari işlemlere yönelik tespit davası olup, zararların karşılanması bakımından önem arz etmektedir. Bu husus ileride açıklanacaktır. Bkz. İkinci Bölüm, V, D.

²⁸⁴ Schenke, **a.g.e.**, s. 303; Kuhla/Hüttenbrink/Endler, **a.g.e.**, s. 157; Sennekamp, **a.g.e.**, s. 259; Ipsen, **a.g.e.**, s. 335; Hufen, **a.g.e.**, s. 333; Detterbeck, **a.g.e.**, s. 606; Jörg Schmidt, **a.g.e.**, s. 801.

²⁸⁵ Rieger, **a.g.e.**, s. 425; Detterbeck, **a.g.e.**, s. 103; Decker, **a.g.e.**, s. 845.

²⁸⁶ Rieger, **a.g.e.**, s. 425; Detterbeck, **a.g.e.**, s. 103; Decker, **a.g.e.**, s. 845.

²⁸⁷ von Nicolai, **a.g.e.**, s. 835; Rennert, **a.g.e.**, s. 864; Lindner, **a.g.e.**, s. 910.

hüküm öğreti ve yargı kararları tarafından “*karar hükmü*” olarak isimlendirilmiştir. Madde düzenlemesinden anlaşılacağı üzere karar hükmünün hukuki etkisi yalnızca idarenin yeniden bir işlem tesis etmeye ilişkin yükümlülüğünü değil, aynı zamanda hükmün gerekçesinde yer alan mahkemenin hukuki mütalaasına riayet etme zorunluluğunu da ihtiva etmektedir²⁸⁸. Yani idare, mahkeme kararını uygularken yalnızca hüküm sonucu ile değil, aynı zamanda hükmün gerekçesi ile de bağlıdır. Ancak mahkeme, idareyi takdir yetkisini ne yönde kullanacağı konusunda yönlendiremez²⁸⁹.

İdarenin, yeniden bir işlem tesis etmenin yanında bu işlemi mahkemenin hukuki mütalaasına riayet ederek tesis etmekle yükümlü olduğu, kararın hüküm sonucu kısmında yer almalıdır. Zira mahkemenin hukuki mütalaası ile bağlı olma sonucu, bunun hüküm fıkrasında (Urteilsformel) yer almasıyla doğmaktadır²⁹⁰. Karar hükmü yalnızca işlemin yeniden tesis edilmesine ilişkin yükümlülüğü değil, aynı zamanda söz konusu norma ilişkin koşulların mevcut olup olmadığı tespitini de kapsamaktadır. Ancak bu, idarenin talep edilen işlemi tesis etmek zorunda olduğu anlamına gelmemektedir. İdare, karar hükmünün kesinleşmesiyle birlikte mahkemenin söz konusu norma ilişkin şartların mevcut olduğuna ilişkin tespitlerinin maddi anlamda kesin hüküm niteliği kazanmasına rağmen ret işlemini haklı kılan başka gerekçelerle işlemi tesis etmeyi reddedebilir²⁹¹. Yukarıda ifade edildiği üzere Alman idari yargılama hukukuna hâkim olan re’sen araştırma ilkesi gereği mahkemenin, değerlendirmesini yalnızca davacının iddiaları ile sınırlı olarak değil, somut olayın tüm kapsamına yönelik olarak yapması nedeniyle idarenin kararını verirken dikkate alması gereken tüm maddi ve hukuki tespitleri ortaya koymuş olacağı kabulü, idarenin takdir yetkisini yeniden hukuka aykırı kullanma ihtimalini azaltmakta ve davacıya etkili bir hukuki güvence sağlamaktadır.

²⁸⁸ Hufen, **a.g.e.**, s. 453; Kuhla/Hüttenbrink/Endler, **a.g.e.**, s. 153; Ipsen, **a.g.e.**, s. 356; Detterbeck, **a.g.e.**, s. 103.

²⁸⁹ Redeker, **a.g.e.**, s. 779; Knauff, **a.g.e.**, s. 1120; Jörg Schmidt, **a.g.e.**, s. 781.

²⁹⁰ Redeker, **a.g.e.**, s. 780; Kuhla/Hüttenbrink/Endler, **a.g.e.**, s. 508; Gerdhardt, **a.g.e.**, § 113 s. 48.

²⁹¹ von Nicolai, **a.g.e.**, s. 835; Knauff, **a.g.e.**, s. 1120; Detterbeck, **a.g.e.**, s. 103; Jörg Schmidt, **a.g.e.**, s. 782; Decker, **a.g.e.**, s. 870.

C. Geçici Hukuki Koruma

Federal Alman Anayasası m. 19/4 kapsamında etkili hukuki korumanın güvence altına alınması amacıyla Alman idari yargılama hukukunda “geçici hukuki koruma (*vorläufiger Rechtsschutz*)” sağlayan iki farklı müesseseye yer verilmiştir²⁹². Bunlar “tehir edici etki (*aufschiebende Wirkung*)” ve “geçici tedbir (*einstweilige Anordnung*)” olarak isimlendirilmektedir. Geçici hukuki koruma araçlarıyla davacının, davada karar verilene kadar haklarını ihlal etme tehlikesi bulunan bir hukuki durumun meydana gelmesinden ya da idarenin yapma veya yapmama şeklinde ortaya çıkacak bir muamelesinden kendisini koruması sağlanmaktadır²⁹³.

AİMK m. 80/1 hükmüne göre; “İdari itiraz ve iptal davasının tehir edici etkisi vardır. Tehir edici etki, kurucu ve tespit edici idari işlemler için olduğu gibi çifte etkili idari işlemler için de geçerlidir”. Tehir edici etki, idari işlemin hukuki sonuç doğurmasını ya da uygulanmasını davada nihai karar verilene kadar engellemektedir²⁹⁴. Maddenin ikinci cümlesinde ise çifte etkili idari işlemlerden külfetlendirici üçüncül etki ile etkilenen üçüncü kişilerin açacağı iptal davalarında da tehir edici etkinin bulunduğu hüküm altına alınmış olup, devam eden m. 80a’da buna ilişkin detaylar düzenlenmiştir. Tehir edici etki, idari itiraz yoluna başvurulması ya da iptal davası açılması halinde kural olarak doğmakla birlikte, maddenin devam eden fıkralarında bu etkinin doğmayacağı ya da mahkeme tarafından kaldırılabilceği istisnai haller düzenlenmiştir. Bu hususlar yükümlülük davasını ilgilendirmede için burada değinilmeyecektir.

AİMK m. 123/1 hükmüne göre ise, “Davanın açılmasından önce ya da sonra talep edilmesi halinde mahkeme, mevcut hukuki durumun değişmesi halinde talepte bulunanın bir hakkının gerçekleştirilmesinin imkânsız hale gelmesi ya da önemli ölçüde zorlaşması tehlikesi bulunuyorsa, uyuşmazlık konusuna ilişkin geçici bir tedbir alabilir. Geçici tedbirler aynı zamanda, özellikle sürekli nitelikte olan hukuki

²⁹² Würtenberger, **a.g.e.**, s. 218; Schmidt, **Verwpr.**, s. 286; Kuhla/Hüttenbrink/Endler, **a.g.e.**, s. 599; Michael Funke-Kaiser, içinde: Michael Quaas, Rüdiger Zuck, Michael Funke-Kaiser v.d., **Prozesse in Verwaltungssachen**, 3. Auflage, Baden-Baden, Nomos, 2018, s. 550; Huber, **a.g.e.**, s. 1888; Ipsen, **a.g.e.**, s. 360; Jörg Schmidt, **a.g.e.**, s. 487; Hubertus Gersdorf, Herbert Posser, Heinrich Amadeus Wollf v.d., **VwGO Kommentar**, 2. Auflage, C.H. Beck, München, 2010, s. 486.

²⁹³ Würtenberger, **a.g.e.**, s. 218; Ipsen, **a.g.e.**, s. 360; Gersdorf, **a.g.e.**, s. 488.

²⁹⁴ Schmidt, **Verwpr.**, s. 286; Würtenberger, **a.g.e.**, s.218; Ipsen, **a.g.e.**, s. 363; Detterbeck, **a.g.e.**, s. 644; Jörg Schmidt, **a.g.e.**, s. 489; Gersdorf, **a.g.e.**, s. 491.

ilişkilerde meydana gelecek önemli sakıncaları önlemek, cebir tehlikesini bertaraf etmek ya da diğer sebeplerle gerekli görülmesi halinde, uyuşmazlık konusu olan hukuki ilişkiyle ilgili geçici bir hukuki durumun oluşturulmasına yönelik bir düzenleme şeklinde de olabilirler.”. Maddenin ikinci fıkrasında geçici tedbir kararı almaya yetkili mahkeme; üçüncü fıkrasında geçici tedbirler bakımından Medeni Yargılama Usulü Kanunu’nun ilgili maddelerinin²⁹⁵ kıyasen uygulanacağı; dördüncü fıkrasında mahkemenin alacağı geçici tedbir kararının niteliği düzenlenmiş ve son fıkrasında Kanun’un 80 ve 80a maddelerinin konusunu teşkil eden durumlarda bu maddenin uygulanmayacağı hüküm altına alınmıştır.

M. 123’ün son fıkrasından anlaşıldığı üzere idari itiraz yoluna başvurulması ya da iptal davası açılması hallerinde geçici tedbirler gündeme gelmeyecektir. Buna göre tehir edici etkinin münhasıran idari itiraz yolu ve iptal davası için düzenlendiği anlaşılmaktadır. Bu iki hal dışındaki her durumda gündeme gelecek geçici hukuki koruma aracı ise geçici tedbirler olacaktır²⁹⁶. Dolayısıyla yükümlülük davası sürecinde, davacının bir idari işlemin tesis edilmesine yönelik ilk talebinin reddedilmesi üzerine idari itiraz yoluna başvurduğu aşamada geçici hukuki koruma araçlarından tehir edici etki söz konusu olacak; bunun yanı sıra yükümlülük davasının açılmasından önce ya da açılmasından itibaren talep edilmesi ve mahkemenin kabul etmesi halinde geçici tedbirler yoluyla geçici hukuki koruma sağlanması mümkün olabilecektir.

Geçici tedbirlerin etkileri bakımından iki türe ayrılmaları mümkündür. Bunlardan ilki mevcut hukuki durumun korunmasına yönelik “*güvence tedbirleri (Sicherungsanordnungen)*”; ikincisi ise mevcut hukuki durumun korunmasının yeterli olmadığı hallerde hukuki durumun genişletilmesi ya da yeni bir hukuki durum oluşturulmasına yönelik “*düzenleme tedbirleridir (Regelungsanordnungen)*”²⁹⁷. Güvence tedbirlerine örnek olarak bir iznin uzatılması talebini reddeden idarenin dava sonuçlanıncaya kadar davacının durumuna müdahale etmemesi ya da oturma

²⁹⁵ Zivilprozessordnung (ZPO) §§ 920, 921, 923, 926, 928-932, 938, 939, 941, 945.

²⁹⁶ Schmidt, **Verwpr.**, s. 287; Kuhla/Hüttenbrink/Endler, **a.g.e.**, s. 651; Stern/Blanke, **a.g.e.**, s. 273; Ipsen, **a.g.e.**, s. 370; Detterbeck, **a.g.e.**, s. 670; Jörg Schmidt, **a.g.e.**, s. 875; Gersdorf, **a.g.e.**, s. 924.

²⁹⁷ Schmidt, **Verwpr.**, s. 332; Württenberger, **a.g.e.**, s. 245; Kuhla/Hüttenbrink/Endler, **a.g.e.**, s. 656; Funke-Kaiser, **a.g.e.**, s. 661; Stern/Blanke, **a.g.e.**, s. 274; Ipsen, **a.g.e.**, s. 372; Detterbeck, **a.g.e.**, s. 670; Jörg Schmidt, **a.g.e.**, s. 878, 879; Gersdorf, **a.g.e.**, s. 963, 964.

izni talebi reddedilen davacının sınır dışı edilmesinin engellenmesi verilebilir. Düzenleme tedbirlerine örnek olarak ise komşusunun inşaat ruhsatına kendisini koruyucu nitelikte bir kayıt eklenmesini talep eden komşunun lehine, ruhsata dava sonuçlanıncaya kadar geçici bir kayıt eklenmesi ya da bir kamu malından özel yararlanma talep eden davacıya geçici olarak özel yararlanma izni verilmesi verilebilir.

Geçici hukuki koruma konusu, başlı başına derin bir çalışma konusu teşkil ettiği için burada bu açıklamalarla yetinilecektir. Ancak yükümlülük davasına bağlı bir müessese olarak gerekliliği üzerine kısa bir değerlendirme yapılması gerekirse; AİMK düzenlemelerine göre tehir edici etkinin müdahaleci idarenin hukuka aykırı işlemlerine, geçici tedbirlerin ise hizmet edici idarenin yükümlülüklerini yerine getirmemesine karşı davacının korunmasına yönelik olduğu söylenebilir²⁹⁸. Nitekim eda davalarının niteliği gereği bu davalarda tehir edici etkinin geçici hukuki koruma sağlamak bakımından yeterli olmadığı kolayca anlaşılabilmektedir. Zira iptal davalarında geçici hukuki koruma müessesesi ile idarenin hukuka aykırı bir işlemi icra etmesi ya da işlemin hukuken sonuç doğurması nedeniyle ortaya çıkacak zararlar önlenmek istenirken; eda davalarında, idarenin eda yükümlülüğünü hukuka aykırı olarak yerine getirmemesi nedeniyle ortaya çıkacak zararlar önlenmek istenmektedir. Yükümlülük davasının açılması, idarenin işlemin tesis edilmesi talebine karşılık tesis ettiği ret işleminin kesinleşmesini engellese de bu durum, talep edilen işlemin idare tarafından geçici olarak da olsa tesis edilmesi gerektiği anlamına gelmemektedir. Zira bu aşamada ne ret işleminin hukuka aykırılığı ne de davacının işlemin tesis edilmesine yönelik maddi bir talep hakkının bulunduğu ortaya konulmuştur. Bu bakımdan müdahaleci idarenin yanında hizmet edici idareye karşı da yargısal koruma sağlayan bir hukuk düzeninde, sübjektif kamusal bir hakka dayanan bir talebin idare tarafından hukuka aykırı olarak yerine getirilmemesi nedeniyle davada karar verilene kadar davacı açısından doğması muhtemel zararların önlenmesini sağlayacak geçici tedbirlerin mevcut olması bir gereklilik arz etmektedir.

²⁹⁸ Schmidt, **Verwpr.**, s. 287; Buna benzer bkz. Ipsen, **a.g.e.**, s. 374, 375; Jörg Schmidt, **a.g.e.**, s. 875.

D. İkincil Hukuki Koruma

Alman hukukunda idarenin muamelelerine karşı iki düzlemli bir hukuki koruma düzeni mevcuttur. İlk düzlem “*birincil hukuki koruma (Primärrechtsschutz)*” olarak isimlendirilmekte ve idarenin hukuka aykırı işlem veya eylemlerine karşı doğrudan bir savunma sağlamaktadır. İkinci düzlem ise “*ikincil hukuki koruma (Sekundärrechtsschutz)*” olarak isimlendirilmekte olup idarenin muamelelerinden kaynaklanan zararların giderilmesine hizmet etmektedir²⁹⁹.

İkincil hukuki koruma bakımından bu çalışmanın konusuna ilişkin olarak “*sonuçların giderilmesine yönelik talep hakkı (Folgenbeseitigungsanspruch)*” ve “*memurun sorumluluğu (Amtshaftung)*” müesseseleri ele alınacaktır.

1. Sonuçların Giderilmesine Yönelik Talep Hakkı

AİMK m. 113/1 fıkrasının ikinci cümlesinde, davanın sonuçlanmasından önce uygulanmış hukuka aykırı idari işlemlerin davacının aleyhine meydana getirdiği hukuki sonuçların giderilmesine yönelik olarak “*sonuçların giderilmesine yönelik talep hakkı (Folgenbeseitigungsanspruch)*” müessesesi hüküm altına alınmıştır. Bu hükme göre, “*İdari işlemin uygulanmış olması halinde talep üzerine mahkeme, idarenin bu uygulamayı geri almasına ve nasıl geri alacağına hükmedebilir*”. Buradaki talep, idari işleminin hukuki sonuç doğurması veya uygulanması ya da bir idari eylemin gerçekleştirilmesi neticesinde davacı aleyhine doğan sonuçların giderilerek hukuki durumun eski haline getirilmesi talebidir. Bu hak kapsamında yalnızca idare hukuka aykırı davranmış olmasaydı mevcut olacak hukuki durumun yeniden tesis edilmesi talep edilebilir³⁰⁰. Hukuki durumun genişletilmesi, yeni bir hukuki durum oluşturulması ya da meydana gelen zararların tazmin edilmesi bu talebin konusu olamaz.

Bu hakkın bir dava yoluyla ileri sürülmesi gerekmekte olup bu dava “*sonuçların giderilmesi davası (Folgenbeseitigungsklage)*” olarak isimlendirilmektedir. Ancak sonuçların giderilmesi davası müstakil bir dava türü olmayıp, sonuçların giderilmesi

²⁹⁹ Erbguth/Guckelberger, **a.g.e.**, s. 543; Huber, **a.g.e.**, s. 1885; Ipsen, **a.g.e.**, s. 402.

³⁰⁰ Erbguth/Guckelberger, **a.g.e.**, s. 621; Stefan Korte, içinde: Hans Wollf, Otto Bachof, Rolf Stober v.d., **Verwaltungsrecht I**, 13., neu bearbeitete Auflage, München, C.H. Beck, 2017, s. 672; Schmidt, **Allg. Verwr.**, s. 458; Ipsen, **a.g.e.**, s. 409; Hufen, **a.g.e.**, s. 465; Detterbeck, **a.g.e.**, s. 461; Jörg Schmidt, **a.g.e.**, s. 777; Decker, **a.g.e.**, s. 839.

talebinin bir iptal davası, yükümlülük davası ya da bir genel eda davası yoluyla ileri sürülmesi gerekmektedir. İptal edilen idari işleme dayanılarak tesis edilmiş bulunan başkaca idari işlemler bulunuyorsa bunların ortadan kaldırılması iptal davası suretinde bir sonuçların giderilmesi davası yoluyla; hukuki durumun eski hale getirilmesi yeni bir idari işlem tesis edilmesine bağlıysa yükümlülük davası suretinde bir sonuçların giderilmesi davası yoluyla; hukuka aykırı işlem idari eylemler yoluyla uygulanmışsa ve bu uygulamanın idari eylemler yoluyla geri alınması gerekiyorsa ya da başka bir sebeple sonuçların giderilmesi bir idari eylemin gerçekleştirilmesine bağlıysa genel eda davası suretinde bir sonuçların giderilmesi davası yoluyla m. 113/1 c. 2 ile hüküm altına alınmış bu hak ileri sürülebilir³⁰¹.

Görüldüğü üzere Alman kanun koyucu, hukuka aykırı idari işlemin iptal edilmesinin ardından davacının hukuki durumunun eski haline getirilmesine yönelik uygulamaları; başka bir ifadeyle, yargı kararının gereğince uygulanmasını sadece idarenin yorumlamasına bırakmamış, buna ilişkin önlemlerin alınmasına yönelik yargısal bir güvence tanımıştır.

2. Memurun Sorumluluğu

Federal Alman Anayasası m. 34 hükmüne göre;

“Bir kimse, kendisine emanet edilmiş kamu görevini icra ettiği sırada üçüncü bir kişiye karşı kamu görevinden kaynaklanan bir yükümlülüğünü ihlal ederse; bundan kaynaklanan sorumluluk temel olarak bünyesinde hizmet verdiği devlet ya da tüzel kişiliğe aittir. Kast ya da ağır ihmâl halinde rücu hakkı saklıdır. Tazminat ve rücuyla yönelik talepler bakımından adli yargı yolu kapatılamaz”.

Bu madde ile bağlantılı olarak Alman Medeni Kanunu³⁰² m. 839’da yer alan düzenlemeye göre;

“ (1) Bir kamu görevlisi, üçüncü bir kişiye karşı kamu görevinden kaynaklanan bir yükümlülüğünü kasten ya da kusurlu olarak ihlal ederse, üçüncü kişinin bu nedenle doğan zararlarını tazmin eder. Kamu görevlisinin yalnızca ihmâlinin

³⁰¹ Erbguth/Guckelberger, **a.g.e.**, s. 622, 587; Schmidt, **Allg. Verwr.**, s. 460; Ipsen, **a.g.e.**, s. 412; Hufen, **a.g.e.**, s. 130; Detterbeck, **a.g.e.**, s. 475, 476; Decker, **a.g.e.**, s. 837.

³⁰² “Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)”

bulunduğu hallerde zarardan sorumlu tutulması, ancak zarar görenin başka herhangi bir şekilde tazminat talebinde bulunma imkânı mevcut değilse mümkündür.

(2) Kamu görevlisinin³⁰³, kamu görevinden kaynaklanan yükümlülüğünü bir mahkeme hükmü vermek suretiyle ihlal etmesi halinde, bundan doğan zararlardan sorumlu olması yalnızca yükümlülük ihlalinin bir suç teşkil ettiği durumlarda mümkündür. Kamu görevinin uygulanmasının yükümlülüklerle aykırı bir şekilde reddedilmesi ya da geciktirilmesi halinde bu hüküm uygulanmaz.

(3) Zarara uğrayanın, zararın doğmasını engelleyecek hukuki araçları kasten ya da kusurlu olarak kullanmamış olması halinde tazminat yükümlülüğü doğmaz.”

Görüldüğü üzere Alman hukukunda idarenin sorumluluğuna ilişkin yargısal denetim yetkisi adli yargıya verilmiş ve sorumluluk kaynağı olarak kusura ilişkin özel hukuk hükümlerinin³⁰⁴ uygulanması öngörülmüştür³⁰⁵. Alman Medeni Kanunu’nun ilgili düzenlemesinin ilk fıkrasına göre idarenin verdiği zararlardan sorumluluğun, öncelikli olarak kastı veya kusuruyla zararın doğmasına neden olan kamu görevlisine ait olduğu düzenlenmiştir. Ancak Federal Alman Anayasası m. 34 hükmü, sorumluluğu aktarıcı bir işleve sahiptir ve bu hükme göre kamu görevlisinin verdiği zararlardan bünyesinde hizmet verdiği devlet ya da kamu tüzel kişiliği sorumludur³⁰⁶. 01.01.1900 tarihinde yürürlüğe giren Medeni Kanun’un ilgili hükmü ile 23.05.1949 tarihinde yürürlüğe giren Federal Anayasa’nın ilgili hükmü arasında bu bağlantı bakımından kronolojik bir uyumsuzluk bulunmakta ve her iki hükmün birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir^{307 308}.

³⁰³ Bu fıkra bakımından “kamu görevlisi”, “hâkim”leri ifade etmektedir.

³⁰⁴ Bkz. Alman Medeni Kanunu m. 276.

³⁰⁵ Erbguth/Guckelberger, **a.g.e.**, s. 545; Schmidt, **Allg. Verwr.**, s. 381; Winfried Kluth, içinde: Hans Wollf, Otto Bachof, Rolf Stober v.d., **Verwaltungsrecht II**, 7., neu bearbeitete Auflage, München, C.H. Beck, 2010, s. 34; Ipsen, **a.g.e.**, s. 381; Detterbeck, **a.g.e.**, s. 413 vd.

³⁰⁶ Schmidt, **Allg. Verwr.**, s. 380; Kluth, **a.g.e.**, s. 8; Ipsen, **a.g.e.**, s. 382; Detterbeck, **a.g.e.**, s. 400.

³⁰⁷ Erbguth/Guckelberger, **a.g.e.**, s. 545; Schmidt, **Allg. Verwr.**, s. 380; Detterbeck, **a.g.e.**, s. 399.

³⁰⁸ Bu noktada bir anekdot olarak; 1981 yılında Federal Almanya Cumhuriyeti (BRD) Parlamentosu (Bundestag) tarafından “Devletin Sorumluluğu Kanunu’nun (Staatshaftungsgesetz)” kabul edilmiş olduğu, fakat 1982 yılında Federal Almanya Mahkemesi tarafından Federal Devlet’in, devletin sorumluluğu konusunda tüm Federe Devletleri bağlayacak bir kanun çıkarma yetkisinin bulunmadığı gerekçesiyle kanunun iptal edildiği; Federal Almanya Cumhuriyeti (BRD) ile Alman Demokratik Cumhuriyeti’nin (DDR) birleşmesinin ardından 1994’de gerçekleştirilen Anayasa reformu kapsamında Federal Parlamento’ya devletin sorumluluğu konusunda federal kanun koyma yetkisi tanınmış olsa da, bu nitelikte bir kanun düzenlemesine yönelik olarak Federal Konsey’in (Bundesrat)

Yükümlülük davasının davacı lehine sonuçlandığı durumlarda, davanın sonuçlanmasına kadar geçen sürede geçici hukuki koruma araçlarının etkili şekilde uygulanması yoluyla davacı bakımından bir zarar meydana gelmesi engellenememişse, bu zararlar devletin sorumluluğu kapsamında talep edilebilir. Ancak yukarıda ifade edildiği üzere yükümlülük davasında verilen hüküm, davacının idari işlemi ilk talep ettiği ya da idarenin ret işlemini tesis ettiği tarihteki hukuki duruma göre değil, hüküm aşamasındaki hukuki duruma göre verilmektedir. Bu nedenle geçmişe dönük olarak ret işleminin hukuka aykırılığının tespit edilmesini arzulayan davacının buna yönelik bir talepte bulunması ve yükümlülük hükmünün verilmesine kadar geçen sürede meydana gelen zararlarını bu tespit hükmüne dayanarak talep etmesi gerekmektedir.

Alman hukukunda kural olarak “*tespit davasının ikincilliği (Subsidiarität der Feststellungsklage)*” ilkesi geçerlidir³⁰⁹. Bu ilke, davacının tespit hükmü ile elde etmek istediği amaca başka bir dava türüyle ulaşmasının mümkün olduğu hallerde tespit davasının caiz olmadığını ifade etmektedir³¹⁰. Zira tespit hükmü icra kabiliyetini haiz değildir. Nitekim bir eda hükmü elde etmek üzere öncelikle tespit davası yoluyla bir tespit hükmü elde edip, ardından bu hükme dayanarak bir eda davası açmak usul ekonomisi ilkesine aykırıdır. Zira eda davaları bir tespit hükmünü de kapsamaktadır. Bu nedenle bu tür durumlarda tespit davası yoluna başvurulmaksızın doğrudan bir eda davası açılması gerekmektedir. Bu ilke, idarenin verdiği zararlara karşılık bir tazminat talebinin gündeme geldiği durumlarda da geçerlidir. Bu davaları görmekle görevli olan adli yargı yerleri, idare mahkemeleri gibi idarenin işlem ve eylemlerinin hukuka uygunluğunu denetlemek ve buna yönelik tespitte bulunmak konusunda yetkilidir³¹¹. Dolayısıyla idarenin bir işlemi ya da eylemi nedeniyle zarar gören kişinin tazminat talebini doğrudan adli yargı yerleri nezdinde ileri sürmesi gerekmektedir. Ancak yükümlülük davalarında ret işleminin geçmişe dönük olarak hukuka aykırılığının tespit edilmesi talebi bu ilkenin bir istisnasını teşkil etmektedir. AİMK m. 113/4 hükmünün kıyasen uygulanması

onayının günümüze kadar sağlanamamış olduğu belirtilebilir. Bkz. Kluth, **a.g.e.**, s. 1-9; Detterbeck, **a.g.e.**, s. 397.

³⁰⁹ Kopp/Schenke, **a.g.e.**, s. 465; Ipsen, **a.g.e.**, s. 329; Detterbeck, **a.g.e.**, s. 585.

³¹⁰ Bkz. Birinci Bölüm, III, A.

³¹¹ Detterbeck, **a.g.e.**, s. 425; Ipsen, **a.g.e.**, s. 337.

yoluyla yükümlölük davası kapsamında; başka bir ifadeyle, ayrıca bir tespit davası ya da eda davası açmaya gerek olmaksızın; idarenin ret işleminin hukuka aykırılığının geçmişe dönük olarak tespit edilmesi talep edilebilir ve bu hükme dayanarak yetkili adli yargı yerleri nezdinde tazminat talebinde bulunulabilir³¹². AİMK m. 121 hükmü gereğince adli yargı yerleri idare mahkemesinin verdiği tespit kararı ile bağılıdır³¹³.



³¹² Hufen, **a.g.e.**, s. 336; Detterbeck, **a.g.e.**, s. 610; Jörg Schmidt, **a.g.e.**, s. 802.

³¹³ Hufen, **a.g.e.**, s. 336; Detterbeck, **a.g.e.**, s. 425, 610; BVerwGE 9, 196 (Beck-online).

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YÜKÜMLÜLÜK DAVASININ TÜRK İDARİ YARGILAMA HUKUKUNDAKİ MUHTEMEL YERİ

I. Türk Hukukunda Genel Olarak İdarenin Yargısal Denetimi

Anayasamızın 2. maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti bir hukuk devletidir. Hukuk devleti kavramına ilişkin çeşitli tanımlamalar bulunmakla birlikte bu tanımlamaların ortak temel unsurlarından, devletin tüm eylem ve işlemlerinin hukuka uygun olması ve tüm eylem ve işlemlerinin yargı denetimine açık olması koşulları, bu çalışmanın konusu bakımından önem arz etmektedir.

Hukuk devleti ilkesinin başlıca şartı ve özü, devletin tüm eylem ve işlemlerinde hukuka uygun davranmasıdır. İdare hukuku açısından ise bu şart, en başta idarenin kanuniliği ilkesi suretinde karşımıza çıkmaktadır. İdarenin kanuniliği ilkesi temel olarak idarenin her türlü faaliyetinde hukuka uygun davranmasını, tüm faaliyetlerinde yetkisini kanundan almasını ve kanundan kaynaklanmayan hiçbir yetki kullanmamasını ifade etmektedir. Bu ilkenin gerçekleşmesinin güvence altına alınması için ise idarenin eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi olması gerekmektedir.

İdarenin tüm eylem ve işlemlerinin yargı denetimine açık olması, Anayasamızın 125. maddesinin ilk cümlesinde, “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.” hükmü ile düzenlenmiştir. Bu hüküm, idarenin eylem ve işlemlerine karşı yargısal korumayı güvence altına almakta olup, ilke olarak Federal Alman Anayasası m. 19/4 hükmünü karşılamaktadır. Ancak elbette her iki hükmün formülasyonu bakımından bazı farklılıklar bulunmaktadır. Federal Alman Anayasası m. 19/4, “Kamu gücü tarafından hakları ihlal edilen kişi için yargı yolu açıktır.” şeklinde düzenlenmiş olup, buradaki “hakları (seine Rechte)”¹ ifadesinin subjektif

¹ Türkçe ifade bakımından “hakları ihlal edilen” şeklinde bir çeviri uygun olmakla birlikte, Almanca metinde yer alan “seine Rechte” ifadesi, “onun hakları” ya da “kendi hakları” şeklinde ifade edilebilecek bir vurgu sağlamaktadır. Nitekim Alman yazarlar tarafından bu hüküm yorumlanırken “seine” kelimesine dikkat çekilmektedir.

kamusal haklara işaret ettiği ve bu nedenle sübjektif bir yargısal denetim öngördüğü kabul edilmektedir. Hukukumuzda ise, Anayasa m. 125 hükmünün ifadesinden sübjektif bir yargısal denetime ilişkin bir anlam çıkarılması mümkün olmadığı gibi; İYUK m. 2 düzenlemesinde dava türleri sayılırken “...*idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan iptal davaları...*” ifadesi kullanılarak, iptal davası açılması için, idari işlem ile davacı arasında “*menfaat*” olarak isimlendirilen bir ilişki bulunması yeterli görülmüştür. “*Menfaat*”, iptal davalarında dava ehliyeti şartlarından birisi olarak aranmakta olup “*bir idari işlemin idari yargı yerleri önüne götürülebilmesi için işlem ile davacı arasında bulunan bir ilişki*” olarak tanımlanabilir². Ancak bu ilişkinin, ilgilinin hukuki durumunda değişiklik meydana getirebilecek, ciddi ve makul bir ilişki olması gerekmektedir³. Ayrıca davacının menfaatinin kişisel, meşru ve güncel olması gerekmektedir⁴. İlk inceleme aşamasında böyle bir ilişkinin aranması; başka bir ifadeyle, idarenin her işleminin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin herkes tarafından talep edilememesi idari davalar bakımından görece bir sübjektiflik ortaya koysa da hukukumuzda idari yargı denetiminin, iptal davaları açısından nazara alındığında, Alman idari yargılama hukukunun sübjektif kamusal hak eksenli karakterine nispeten

² İl Han Özey, **Günışığında Yönetim II Yargısal Koruma**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 136; Turan Yıldırım vd., **İdare Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, Güncelleştirilmiş 7. Baskı, İstanbul, 2018, s. 684; Ramazan Çağlayan, **İdari Yargılama Hukuku Temel Bilgiler**, Seçkin, 5. Baskı, Ankara, 2017, s. 138; Halil Kalabalık, **İdari Yargılama Usulü Hukuku**, Sayram Yayınları, 12. Baskı, Konya, 2018, s.152; Ramazan Çağlayan, **İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması**, Asil Yayın Dağıtım, 3. Baskı, Ankara, 2004, s. 54.

³ Onar, **a.g.e.**, s. 1781; A. Şeref Gözübüyük, **Yönetimsel Yargı**, Turhan Kitabevi, 35. Baskı, Ankara, 2016, s. 179; Yıldırım v.d., **a.g.e.**, s. 684; Ragıp Sarıca, **İdari Kaza, Cilt: 1, İdari Davalar**, Kenan Matbaası, İstanbul, 1949, s. 31; Çağlayan, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 138; Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku Cilt II**, 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 326; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 152; Buna ilişkin güncel Danıştay kararları için bkz. Danıştay, 14. D., E. 2017/4202, K. 2018/833, K. 21.02.2018; Danıştay, 2. D., E. 2017/223, K. 2017/2807, T. 06.04.2017; Danıştay 14. D., E. 2017/613, K. 2017/2144, T. 06.02.2017; Danıştay, 6. D., E. 2010/1235, K. 2014/418, T. 28.01.2014; Danıştay, 6. D., E. 2010/9819, K. 2013/3544, T. 20.005.2013; Danıştay İDDGK, E. 2004/7401, K. 2004/1854, T. 11.11.2004 (Kazancı).

⁴ Onar, **a.g.e.**, s. 1781; Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 179, 191; Yıldırım v.d., **a.g.e.**, s. 685; Sarıca, **a.g.e.**, s. 25; Çağlayan, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 138; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 152; Gürsel Kaplan, **İdari Yargılama Hukuku**, 3. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2018, s. 208; Çağlayan, **İdari Yargı Kararlarının**, s. 81; Buna ilişkin güncel Danıştay kararları için bkz. Danıştay 13. D., E. 2016/140, K. 2018/4026, T. 14.12.2018; Danıştay 13. D., E. 2016/4757, K. 2018/4025, T. 14.12.2018; Danıştay İDDK, E. 2016/2365, K. 2018/4175, T. 17.10.2018; Danıştay 8. D., E. 2016/14052, K. 2018/4316, T. 12.09.2018; Danıştay 8. D., E. 2016/1176, K. 2018/3940, T. 05.07.2018; Danıştay İDDK, E. 2016/3525, K. 2018/2716, T. 28.02.2018 (Kazancı).

“objektif” karakterli olduğu açıktır. Nitekim yukarıda yer verdiğimiz üzere, Alman idari yargılama hukukunda AİMK m. 42/2 hükmü gereğince iptal ve yükümlülük davalarında davanın usul bakımından kabul edilebilir olması için davacının (sübjektif) bir hakkının ihlal edilmiş olduğunu ileri sürmesi ve m. 113/1 ve 113/5 hükümleri gereğince davanın esas bakımından kabul edilebilmesi için idari işlemin, işlemin reddedilmesinin ya da ihmal edilmesinin hukuka aykırı olması ve bu nedenle davacının (sübjektif) haklarının ihlal edilmiş olması gerekmektedir. Dolayısıyla Alman idari yargılama hukukunda davanın usul bakımından kabul edilebilirlik aşamasında sübjektif hak ihlali şartı arandığı gibi, esas bakımından kabul edilebilirlik aşamasında da idarenin işlemlerinin hukuka uygunluğunun denetimi bir “sübjektif” denetim mahiyetindedir. İdarenin objektif hukuka uygunluğu denetiminin ise bunun yan bir sonucu olduğu ifade edilmektedir⁵.

İdari yargı denetiminin daha az sübjektif şartlara bağlı olması, idarenin daha fazla denetlenmesi sonucunu doğurarak hukuk devletinin gerçekleştirilmesine hizmet etmektedir⁶. Nitekim iptal davalarının açılması için hak ihlali şartının değil, geniş yorumlanan menfaat şartının aranmasının iptal davalarının denetlediği alanı genişletip denetleme dışı kalan durumların azalması sonucunu doğurduğu ve idarenin yargısal denetimini daha etkin hale getirdiği ifade edilmektedir⁷. Hukukumuzda iptal davasının esas bakımından incelenmesi aşamasında ise idari işlemlerinin hukuka uygunluğunun denetimi, İYUK m. 2 düzenlemesi uyarınca işlemin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurları yönünden hukuka uygunluğu açısından yapılması

⁵ Bkz. İkinci Bölüm, III; Huber, **a.g.e.**, s. 1854; Schmidt-Aßmann, **a.g.e.**, s. 17; Jarass/Pieroth, **a.g.e.**, s. 475; İdari yargı denetiminin sübjektif bir denetim olduğu fakat bu denetimin bir yan etkisi olarak objektif denetimin de sağlandığı ile ilgili olarak bkz. Krebs, **a.g.m.**, s. 193; İdari yargı denetiminin objektifliğinin bir yansıma olduğuna ilişkin bkz. Huber, **a.g.e.**, s. 1855.

⁶ Yıldırım v.d., **a.g.e.**, s. 675; Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 173; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 1; Nurcan Yılmaz Özel, **Adil Yargılanma Hakkı Kriterlerinin Türk İdari Yargılama Hukuku Açısından Muhtemel ve Gerçekleşen Etkileri**, On İki Levha, İstanbul, 2016, s. 216, 217; Ayşe Aslı Yücesoy, **İptal Davalarında Menfaat**, Seçkin, Ankara, 2016, s. 55; Ebru Gündüz, **İdari Davalarda Ehliyet ve Husumet**, Yetkin, Ankara, 2016, s. 84; Şenol Coşkun, “İptal Davalarında Menfaat İhlali Koşulu (Danıştay ve AYİM Kararları Işığında)”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 5, S. 46, Haziran 2010, s. 143.

⁷ Özyay, Günişığında Yönetim II, s. 136; Ali Ülkü Azrak, “İptal Davalarının Objektif Niteliği Üzerine Düşünceler”, **Onar Armağanı**, 1977, s. 155; Yıldırım v.d., **a.g.e.**, s. 685; Turgut Tan, **İdare Hukuku**, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 814; Gözübüyük/Tan, **a.g.e.**, s. 325; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 152; Çağlayan, **İdari Yargı Kararlarının**, s. 93; Gündüz, **a.g.e.**, s. 88, 96; Coşkun, **a.g.m.**, s. 143; AYM, E. 1995/16, K. 1995/48, T. 21.09.1995 (Kazancı).

nedeniyle tamamıyla objektif nitelikte olup⁸ bu bakımdan Alman idari yargılama hukukundan ayrılmaktadır. Zira hukukumuzda iptal davasının esas bakımından incelenmesi aşamasında davacının sübjektif durumuna ilişkin herhangi bir değerlendirme yapılmamakta, bizatihi idari işlem esas alınarak işlemin objektif olarak hukuka uygun olup olmadığı; başka bir ifadeyle, idarenin objektif olarak hukuka uygun davranmış olup olmadığı incelenmektedir.

İYUK m. 2 düzenlemesinde tam yargı davaları bakımından ise “*idarenin eylem ve işlemlerinden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları*” ifadesi kullanılmaktadır. Bu düzenlemeden açıkça anlaşılması mümkün olmamakla birlikte tam yargı davaları, gerek öğretide ele alınış şekline gerek yargı kararlarından gerek İYUK m. 3/2 (d), m. 16/4 c. 2, m. 17/1 c. 1, m. 24 (e), m. 28/6, m. 45/1 c. 2 ve m. 46/1 (b) hükümlerinden anlaşıldığı üzere idarenin eylem ve işlemlerinden kaynaklanan zararların tazmin edilmesine yönelik bir dava türü olarak kabul edilmekte ve bu kapsamda uygulanmaktadır⁹. İYUK m. 2 hükmünde tam yargı davaları bakımından açıkça sübjektif hak ihlaline işaret edilmiş olmakla birlikte, Alman hukukunda idarenin sorumluluğuna ilişkin yargısal görevinin adli yargı yerlerine verilmiş olması nedeniyle dava şartlarının idari yargı düzeninin özelliklerine etkileri bağlamında tam yargı davasına ilişkin doğrudan bir mukayese yapılması mümkün gözükmemektedir. Ancak tam yargı davasının kapsamını daha geniş biçimde ele alan bir yaklaşıma göre bu davanın, bir eda davası olarak mahkemenin davacının sübjektif hakkının yerine getirilmesine yönelik bir hüküm tesis edilebilmesini sağlayan bir işlevi de bulunmaktadır¹⁰. Tam yargı

⁸ Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 12; Yıldırım v.d., **a.g.e.**, s. 675; Çağlayan, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 200; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 137; Kaplan, **a.g.e.**, s. 196; Çağlayan, **İdari Yargı Kararlarının**, s. 90; Evren Altay, **İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Uyuşmazlıklar**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, s. 12; Gündüz, **a.g.e.**, s. 79.

⁹ Yıldırım v.d., **a.g.e.**, s. 733; Özey, **Günlük Yönetim II**, s. 181; Celal Erkut, **Yeni Düzenlemeler Karşısında İdari Yargının Genel Görünümü**, Yüksek Lisans “Uzmanlık” Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü, 1982, s. 56; Çağlayan, **İdari Yargı Kararlarının**, s. 100; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 189; Kaplan, **a.g.e.**, s. 158, 245; Celal Erkut, “İdari Yargıya Başvuru Haklarının Sınırı ve İdari Davaların Kapsamı”, **2000 Yılında Danıştay İdari Yargı Sempozyumu**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, 2000, s. 93; Bunun nedeninin yargı yetkisinin yürütme üzerindeki etkisini kısıtlamak olduğuna ilişkin görüş için bkz. Lütfi Duran, “İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararlarıyla Vergi Davalarının Çözümü (I)”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 20, Sayı 4, Aralık 1987, s. 9.

¹⁰ Duran, **İdari İşlem Niteliğinde**, s. 9; Yıldırım v.d., **a.g.e.**, s. 733; Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 270; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 189; Gözübüyük/Tan, **a.g.e.**, s. 707; Kaplan, **a.g.e.**, s. 245, 246; Çağlayan, **İdari Yargı Kararlarının**, s. 230.

davasının, bu anlayışa uygun ele alınması halinde hem dava şartları bakımından hem de esas incelemesinin sübjektif niteliği bakımından yükümlülük davası ile örtüşen bir yönü bulunan bir dava türü olduğundan söz edilebilir¹¹.

Bununla birlikte yukarıda ifade edilen “*birincil hukuki koruma*” ve “*ikincil hukuki koruma*” ayrımı bağlamında¹², hukukumuzda işlevleri bakımından iptal davasının birincil hukuki korumaya, dar anlamda ele alınan tam yargı davasının ise ikincil hukuki korumaya hizmet ettiği sonucuna varılabilir. Zira iptal davası, sonuçları bakımından hukuka aykırılığın doğrudan giderilmesine hizmet ederken, tam yargı (uygulamada) davası zararların tazmin edilmesini sağlamaktadır. Bu çalışmanın konusu olan yükümlülük davasının birincil hukuki koruma düzleminde yer alan bir müessese olduğu dikkate alındığında, burada yalnızca hukukumuzdaki iptal davası bakımından bir mukayese yapılacaktır. Bununla birlikte sözü edilen mukayese açısından dava türlerinin hangi düzlemde yer aldığının tespiti ile yetinilmeyecek, yer aldıkları düzlem içerisinde karşıladıkları işlevlere yönelik bir değerlendirme de yapılacaktır.

II. Türk Hukukunda İptal Hükmü ve Kararların Uygulanması

A. İptal Hükmünün Niteliği ve Sonuçları

İptal davasında mahkeme, idari işlemin hukuka aykırı olduğunun anlaşılması halinde işlemin iptaline hükmeder. Bu hüküm, gösterici nitelikte olduğuna ilişkin görüşler de bulunmakla birlikte kabulümüze göre kurucu nitelikte olup kendiliğinden sonuç doğurur ve işlemi tesis edildiği tarihten itibaren hukuk âleminde kaldırır¹³.

¹¹ İptal davasının objektif, tam yargı davasının ise sübjektif karakterine ilişkin bkz. Duran, **İdari İşlem Niteliğinde**, s. 9; Çağlayan, **İdari Yargı Kararlarının**, s. 107.

¹² Bkz. İkinci Bölüm, III.

¹³ Danıştay 11. D., E. 2016/7949, K. 2018/1903, T. 05.04.2018; Danıştay 2. D., E. 2013/11183, K. 2016/650, T. 11.02.2016; Danıştay 5. D., E. 2015/1950, K. 2015/11035, T. 28.12.2015; Danıştay 5. D., E. 2014/6349, K. 2015/11071, T. 28.12.2015; Danıştay 15. D., E. 2015/3094, T. 16.09.2015; Danıştay 8. D., E. 205/5090, K. 2015/5847, T. 10.06.2015; Danıştay 8. D., E. 2014/10360, K. 2015/1223, T. 25.02.2015; Danıştay 8. D., E. 2010/582, K. 2010/3118, T. 31.05.2010; Aynı yönde bkz. Sarıca, **a.g.e.**, s. 118; Yıldırım v.d., **a.g.e.**, s. 797; Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 253; Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, **Türk İdare Hukuku**, 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018, s. 422; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 182; Kaplan, **a.g.e.**, s. 241; Gözübüyük/Tan, **a.g.e.**, s. 544; Çağlayan, **İdari Yargı Kararlarının**, s. 94; Yıldırım Uler, **İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970, s. 16; Nilay Arat Özkaya, **Türk İdare Hukuku’nda İdarenin Hukuk Sınırları İçinde Hareket Serbestisi**, Beta, İstanbul, 2015, s. 148; Altay, **a.g.e.**, s. 12; Yaşar Güçlü, **İdari Yargı Kararlarının Uygulanması**, Seçkin, Ankara, 2010, s. 50; Tan, s. 924; Çağlayan, **İdari Yargı**

Hükmün kurucu niteliği gereği hukuka aykırı olduğu anlaşılan idari işlemin iptalinin kendiliğinden sonuç doğurması, idarenin herhangi bir işlemine gerek olmaksızın ortadan kalkması anlamına gelmektedir. Bu noktada iptal hükmünün hukuki etkisi ile kararların uygulanması kavramının karıştırılmaması gerekir. Hükmün kurucu niteliği bazı durumlarda hukuka uygun durumun kendiliğinden meydana gelmesi için yeterli olacağı gibi bazı durumlarda idare tarafından birtakım yeni işlemler tesis edilmesini ya da eylemlerde bulunulmasını gerektirebilir¹⁴. Hukuka aykırı idari işlemin verilen iptal kararı sonucunda hukuk âleminde kalkmasının hukuka uygun durumun kendiliğinden meydana gelmesi bakımından yeterli olmadığı hallerde iptal hükmünün sonucu olarak idarenin, bu işlem hiç tesis edilmemiş olsaydı mevcut bulunacak hukuki durumun meydana gelmesi için gerekli olan işlemleri tesis etmesi ve eylemlerde bulunması gerekir¹⁵. Başka bir ifadeyle, idarenin mahkeme kararını *uygulaması* gerekir.

Mahkeme kararının hukuka aykırı bir idari işlemi kendiliğinden; başka bir ifadeyle, hükmün verilmesinin ardından başkaca bir işleme gerek duyulmaksızın hukuk âleminde kaldırması, mahkeme hükmünün “*olumsuz kurucu*” niteliği olarak ifade edilmektedir. Hükmün daha önce mevcut olmayan bir işlemi meydana

Hukuku, s. 239; Cemil Kaya, **İdari Yargı Kararlarının Uygulanması Konusunda Danıştay’ın Yaklaşımı**, Legal, İstanbul, 2011, s. 31;

¹⁴ Sarica, İdari Davalar, s. 121; Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 253; Tan, **a.g.e.**, s. 924; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 184, 185; Kaplan, **a.g.e.**, s. 241; Uler, **a.g.e.**, s. 25, 109; Zuhal Aysun Sunay, **İptal Davalarında Gerekçeli Karar Hakkı**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 92; Yıldırım v.d., **a.g.e.**, s. 796; Gözübüyük/Tan, **a.g.e.**, s. 544; Çağlayan, **İdari Yargı Kararlarının**, s. 93; Altay, **a.g.e.**, s. 16; Hasan Nuri Yaşar, **İdari Yargı İdari Yargıç Yargısal Emir**, On İki Levha, 2. Tıpkı Basım, İstanbul, 2013, s. 125; Kaya, **İdari Yargı Kararlarının**, s. 34; İbrahim Pınar, “İdari Yargı Kararlarının Uygulanması Aşamasında Karşılaşılan Sorunlar”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 2, S. 16, Aralık 2007, s. 99.

¹⁵ Danıştay 2. D., E. 2016/6516, K. 2018/6634, T. 27.11.2018; Danıştay 11. D., E. 2016/7949, K. 2018/1903, T. 05.04.2018; Danıştay 12. D., E. 2016/8051, K. 2017/789, T. 05.02.2017; Danıştay 5. D., E. 2015/1950, K. 2015/11035, T. 28.12.2018; Danıştay 5. D., E. 2014/6349, K. 2015/11071, T. 28.12.2015; Danıştay 5. D., E. 2014/7703, K. 2015/9418, T. 24.1.2015; Danıştay 2. D., E. 2012/11602, K. 2015/5862, T. 27.05.2015; Danıştay İDDK, E. 2014/4017, K. 2014/3333, T. 30.10.2015; Aynı yönde bkz. Yıldırım v.d., **a.g.e.**, s. 800; Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 254; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, **a.g.e.**, s. 423; Gözübüyük/Tan, **a.g.e.**, s. 544; Çağlayan, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 243; Tan, **a.g.e.**, s. 924; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 183; Kaplan, **a.g.e.**, s. 241; Uler, **a.g.e.**, s. 26, 109; Çağlayan, **İdari Yargı Kararlarının**, s. 131; Altay, **a.g.e.**, s. 17; Güçlü, **a.g.e.**, s. 348; Müslüm Akıncı, **İdari Yargıda Adil Yargılama Hakkı**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 408; Pınar, **a.g.m.**, s. 98; Seyfettin Kara, “İdari Yargı Kararlarının Yerine Getirilmesi ve İdari Yargı Kararlarının Yerine Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, C. 15, S. 1, Mayıs 2012, s. 214.

getirmesi durumu ise “olumlu kuruculuk” olarak nitelendirilmektedir¹⁶. Hukukumuzda iptal hükmünün olumsuz kuruculuk özelliği bakımından tartışma bulunmamaktadır¹⁷. Buna karşılık idari yargı mercilerinin olumlu kurucu nitelikte hüküm tesis etmesi gerek Anayasa m. 125/4 hükmü gerek bunu tekrar eden İYUK m. 2/2 hükmü gereğince kabul edilmemektedir.

Anayasa m. 125/4’e göre “Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez.” İYUK m. 2/2 hükmü ise “İdari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdari mahkemeler; yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlarda ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı veremezler.” şeklinde düzenlenerek Anayasa hükmünü büyük ölçüde tekrar etmiştir. Her iki hükümde de yer alan “...idari eylem ve işlem niteliğinde ... yargı kararı veremez” ifadeleriyle, kuvvetler ayrılığı ilkesinin önemli bir sonucu olarak idari yargı mercilerinin idarenin yerine geçerek işlem tesis etmek anlamına gelecek nitelikte karar vermesi yasaklanmaktadır¹⁸. Bu düzenlemelere sebebiyle, idari yargı mercilerinin olumlu kurucu nitelikte karar alarak idari işlem tesis etmesi mümkün değildir. Kuvvetler ayrılığı ilkesinin doğal sonucu olan bu durum Alman idari yargılama hukukunda da bir farklılık göstermemekte, ilk bölümde açıklanan idari dava türlerinden hiç birisinde mahkemelere olumlu kurucu nitelikte hüküm tesis etme yetkisi tanınmamaktadır.

¹⁶ Karahanoğulları, **İdari İşlem Niteliğinde**, s. 4, 5; Arat Özkaya, **a.g.e.**, s. 148; Kaya, **İdari Yargı Kararlarının**, s. 19.

¹⁷ Daha doğrusu, kurucu hüküm niteliği bakımından görüş ayrılığı bulunmakta fakat “olumsuz” niteliği bakımından tartışma bulunmamaktadır. Kanaatimize göre iptal hükmü kurucu bir hüküm olduğundan bu şekilde ifade edilmiştir.

¹⁸ Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 249; Tan, **a.g.e.**, s. 777; Uler, **a.g.e.**, s. 118; Gözübüyük/Tan, **a.g.e.**, s. 539; Ender Ethem Atay, “Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Uyarınca Yürütme Yargı Ayrılığı ve İdari Yargı Denetiminin Niteliği”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 140. Yıl**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, 2008, s. 141; Altay, **a.g.e.**, s. 17; Selami Demirkol, **İdarenin Yargısal Denetiminde Sınırlamalar**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1995, s. 74.

Bunun yanında hukukumuzda iptal davalarında mahkemenin, olumsuz kurucu iptal hükmünün ötesine geçerek idarenin ne şekilde işlem tesis etmesi ya da eylemde bulunması gerektiğine yönelik bir karar vermesi de mümkün değildir. Zira zikredilen Anayasa m. 125/4 ve İYUK m. 2/2 hükümleri yargı kararlarıyla idarenin işlem tesis etmeye zorlanamayacağı şeklinde yorumlanmaktadır¹⁹. Başka bir ifadeyle, mahkeme bir idari işlemin tesis edilmesine yönelik bir “*eda hükmü*” veremez. Mahkemenin yetkisi yalnızca idarenin hukuka aykırı olarak tesis etmiş olduğu idari işlemi iptal etmekle sınırlıdır. Buradan anlaşıldığı üzere iptal kararının ne şekilde uygulanacağı kararı uygulayacak olan idarenin yorumuna bırakılmıştır. İdari işlemin iptal edilmesinin ardından iptal kararının gereği olan hukuki durumun teessüsü için idarenin birtakım işlemler yapması veya eylemlerde bulunması gerekiyorsa buna ilişkin yorumlamayı yaparak kendiliğinden harekete geçmesi gerekmektedir²⁰. Başka bir ifadeyle, idare, iptal kararının ardından dilediği yönde işlem tesis etmek ve eylemde bulunmak konusunda hareket yeteneğini korumaktadır²¹. Hukukumuzdaki kabullerin Alman hukukundan ayrıldığı nokta ise burasıdır. Zira Alman hukukunda idari yargı yerlerinin, **idari işlemlerin tesis edilmesine yönelik** eda hükümleri vermesi ve idarelerin bu kararları aynen uygulamak zorunda oldukları açıkça düzenlenmektedir.

B. Kararların Uygulanması Zorunluluğu, Karar Gerekçesi ve Mahkemenin İdareye Emir Vermesi

İdarenin mahkeme kararlarını uygulama zorunluluğu Anayasamız m. 138/4’de “*Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır*;

¹⁹ Yargının idareye emir ve direktif veremeyeceği konusunda bkz. Onar, **a.g.e.**, s. 1790; Sarıca, **a.g.e.**, s. 117; Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 249; Yıldırım v.d., **a.g.e.**, s. 664; Gözübüyük/Tan, **a.g.e.**, s. 529; Emin Memiş, “İdari Yargısal Korunma Alanı ve Sınırları Bağlamında Gözlemler”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 140. Yıl**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, 2008, s. 65; Altay, **a.g.e.**, s. 17; Çağlayan, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 236; Tan, **a.g.e.**, s. 914; Gündüz, **a.g.e.**, s. 86; Şeref Gözübüyük, “İptal Davasının Sonuçları”, **Yavuz ABADAN’a Armağan**, Ankara, 1969, s. 330; Atay, **a.g.m.**, s. 141; Ahmet Erdoğan, “Yönetmelik Yargı Kararlarının Yerine Getirilmesi”, **Danıştay Dergisi**, S. 1, 1971, s. 13; Hafize Sevinç Aydar, **İngiliz Hukukunda Yargısal Emir Kavramı ve Türkiye’de Uygulanabilirliği**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Eskişehir Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007, s. 136.

²⁰ Gözübüyük/Tan, **a.g.e.**, s. 581; Orhan Ödeş, “Danıştay Kararlarının Yerine Getirilmesi Zorunluluğu”, **Danıştay Dergisi**, S. 20-21, 1977, s. 28; Onur Karahanoğulları, “İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararları ve Vergi Davaları”, **Prof. Dr. Gözübüyük’e Armağan**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s. 5.

²¹ Duran, **İdari İşlem Niteliğinde**, s. 9, 10.

bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.” hükmü ile güvence altına alınmış olup İYUK m. 28 hükmüne göre de idare, verilen kararın “icaplarına göre gecikmeksizin işlem tesis etmeye ve eylemde bulunmaya mecburdur”. İdarenin yargı kararlarına uyması ve kararları uygulaması, idarenin kanuniliği ilkesi ve dolayısıyla hukuk devletinin gerçekleştirilmesi bakımından bir zorunluluktur.

Yukarıda ifade edildiği gibi mahkeme tarafından verilen iptal hükmünün olumsuz kurucu özelliği bazı durumlarda davacının iptal davası açmakla amaçladığı hukuka uygun durumun oluşmasını kendiliğinden sağlamakta iken bazı durumlarda ise idarenin iptal hükmüyle amaçlanan hukuki durumu meydana getirmek için işlemler tesis etmesi veya eylemlerle bulunması gerekebilir. Aktarılan iki hüküm ile idarenin, mahkeme kararının “*icaplarına göre*” işlem tesis etmesi; başka bir ifadeyle, iptal kararına konu olan idari işlem yapılmasaydı hangi hukuki durum var olacaksa o durumun (hukuken ve fiilen mümkün olduğu ölçüde) tesisi için harekete geçerek ne gerekiyorsa onu yerine getirmesi amaçlanmaktadır. İdarenin, mahkeme kararını uygulamak ya da uygulamamak konusunda takdir yetkisi bulunmamaktadır ve iptal kararının yöneldiği sonuçların doğmasını sağlamak zorundadır²². Nitekim Danıştay içtihatlarında da idarenin yargı kararlarına uyması ve bu kararların gereklerine göre işlem ya da eylemde bulunmak zorunda olması hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak ifade edilmiştir²³. Ancak ifade edildiği gibi hukukumuzda yargı organının eda

²² Çağlayan, **İdari Yargı Kararlarının**, s. 173; Uler, **a.g.e.**, s. 83; Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 261; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, **a.g.e.**, s. 423; Gözübüyük/Tan, **a.g.e.**, s. 581; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 184; Kaplan, **a.g.e.**, s. 243; Cemil Kaya, **İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi**, On İki Levha Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul, 2014, s. 98; Altay, **a.g.e.**, s. 7, 17; Yaşar, **a.g.e.**, s. 179; Kaya, **İdari Yargı Kararlarının**, s. 43; Sunay, **a.g.e.**, s. 92, 105; Turgut Candan, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Etkin Korunmasında İdari Yargının Rolü”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 143. Yıl**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, 2011, s. 51; Ödeş, **a.g.m.**, s. 27; Pınar, **a.g.m.**, s. 102; Bayram Keskin, “İdari Yargı Kararlarının Uygulanmasında Hukuki veya Fiili İmkansızlık”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 4, S. 38, Ekim 2009, s. 44; Kara, **a.g.m.**, s. 214; Erdoğan, **a.g.m.**, s. 13.

²³ Danıştay İDDK, E. 2006/1321, K. 2010/2160, T. 09.12.2010; Danıştay 5. D., E. 2008/1385, K. 2010/6441, T. 27.10.2010; Danıştay 11. D., E. 2001/9733, K. 2008/8624, T. 31.10.2008; Danıştay 9. D., E. 2006/2209, K. 2007/2217, T. 06.06.2007; Danıştay 10. D., E. 2004/13990, K. 2007/739, T. 27.02.2007; Danıştay İDDK, E. 2006/1258, K. 2006/804, T. 28.09.2006; Danıştay İDDK, E. 2005/161, K. 2006/554, T. 08.06.2006; Danıştay 5. D., E. 2000/3316, K. 2004/3372, K. 29.09.2004; Danıştay 10. D., E. 2002/4061, K. 2004/5219, T. 28.005.2004; Danıştay 5. D., E. 1999/5815, K. 2001/2353, T. 31.05.2001; Aynı yönde bkz. Çağlayan, **İdari Yargı Kararlarının**, s. 196; Celal Erkut, “İdari Yargı Kararlarının Uygulanmasını Güçlendirici Mekanizmalar”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 141. Yıl Sempozyumu**, Danıştay Matbaası, Ankara, 2010, s. 30; Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 260; Altay, **a.g.e.**, s. 2; Güçlü, **a.g.e.**, s. 47; Yaşar, **a.g.e.**, s. 107; Ender Ethem Atay, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, 5.

hükümü niteliğinde bir hüküm vererek idareye hangi işlemi tesis etmesi gerektiğini ya da ne şekilde işlem tesis etmesi gerektiğini kararın hüküm fıkrasında göstermesi ya da bu yönde bir emir vermesi mümkün kabul edilmemektedir. İdarenin karşısında kendisini zorlayıcı bir güç de bulunmamaktadır²⁴. Bu nedenle, idarenin mahkeme kararlarının gereklerini tam ve etkili bir şekilde yerine getirmek konusunda teorik anlamda hiçbir takdir yetkisi bulunmamasına rağmen, uygulamada idarenin mahkeme kararının gereğini yerine getirmek konusunda bir ölçüde de olsa takdir yetkisini elinde bulundurduğu ve kararların etkili şekilde uygulanmasının idarenin hukuk devleti anlayışına bağlı olduğu söylenebilir²⁵.

Yargı kararını uygulayacak olan idarenin, mahkeme kararının yalnızca hüküm fıkrası ile değil, gerekçesi ile de bağlı olduğu ifade edilmektedir²⁶. Nitekim Anayasamızın 141/3 maddesi gereğince tüm mahkeme kararları gerekçeli olmak zorundadır. Mahkeme kararlarının gerekçeli olma zorunluluğu gereği, kararların gerekçesinde, iptal edilen işlemin hangi nedenlerle hukuka aykırı olduğu ve işlemin hukuka uygun olması için gereken şartlara ilişkin değerlendirmeler bulunmaktadır. İYUK m. 24 (e) düzenlemesinde de kararlarda dayanan hukuki sebepler ile gerekçesinin bulunması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Buna göre idarenin, mahkemenin değerlendirmesini kararın gerekçesine göre dikkate alarak yeni işlemler tesis etmesi ya da eylemlerde bulunması gerekmektedir. Nitekim bu husus, yargı kararının *icaplarının* belirlenebilmesi bakımından önem arz etmektedir.

Mahkemenin idareye hangi işlemi tesis etmesi gerektiğini ya da ne şekilde işlem etmesi gerektiğini emretmesi hukukumuzda yasak kabul edilmekle birlikte, mahkeme kararlarının gerekçelerinde idarenin hukuka uygun davranmış olması için hangi

Bası, Ankara, 2016, s. 149; Kaya, **İdari Yargı Kararlarının**, s. 43; Ödeş, **a.g.m.**, s. 24; Pınar, **a.g.m.**, s. 96; Keskin, **a.g.m.**, s. 44; Yargı kararlarının uygulanmaması aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından pek çok kez adil yargılanma hakkı ihlali olarak değerlendirilmiştir. Buna ilişkin bkz. Yılmaz Özel, **a.g.e.**, s. 210, 211.

²⁴ Sarıca, **a.g.e.**, s. 122; Uler, **a.g.e.**, s. 103; Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 261; Mehmet Ali Oğan, “Danıştay Kararlarının Uygulanması”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y. 1975, S. 1, s. 59; Bahaettin Kayışoğlu, “Danıştay Kararlarının Yerine Getirilmesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y. 1974, S. 4, s. 677.

²⁵ Atay, **a.g.m.**, s. 141; Çağlayan, **İdari Yargı Kararlarının**, s. 274.

²⁶ Yargı kararlarının gerekçesi ile bir bütün olduğuna ilişkin Danıştay kararları için bkz. Danıştay, 12. D., E. 2008/4343, K. 2008/5507, T. 28.10.2008; Danıştay İDDK, E. 2001/2118, K. 2014/2541, T. 04.06.2014, Danıştay 14. D., E. 2011/9441, K. 2012/7203, T. 16.10.2012; Danıştay 2. D., E. 2009/4055, K. YD, T. 20.08.2009; Danıştay 12. D., E. 2008/4343, K. 2008/5507, T. 28.10.2008; Danıştay 13. D., E. 200/2822, K. 2008/4487, T. 28.05.2008; Aynı yönde bkz. Gözübüyük, **a.g.m.**, s. 330; Altay, **a.g.e.**, s. 63; Akıncı, s.261; Kaya, **İdari Yargı Kararlarının**, s. 46; Sunay, **a.g.e.**, s. 99.

işlemlerin tesis edilmesi gerektiğine yönelik emirlere (hiç değilse yönlendirmelere) sıkça yer verildiği görülmektedir²⁷. Böylelikle, idarenin mahkeme kararlarını daha doğru bir şekilde uygulaması ve yargısal korumanın etkinliğinin artırılması amaçlanmaktadır²⁸. Bu bakımdan mahkeme kararlarının gerekçelerinin uyumsuzluk konusunda yeterli açıklığı sağlaması, idarenin kararı duraksama yaşamaksızın uygulayabilmesini sağlamak amacıyla idareye açık ve kesin ifadelerle “seslenmesi”; idarenin hukuken yapması gerektiği halde yapmadığı şeyin ne olduğunun gösterilmesi ve detaylı bir şekilde izah edilmesi gerektiği ifade edilmektedir²⁹.

Bununla birlikte mahkemenin idareye belirli bir idari işlem tesis etmek konusunda emir vermesi ya da idareyi bir eda hükmü vermek suretiyle belirli bir işlemi tesis etmeye mahkum etmesi imkânının bulunmamasına rağmen idarenin mahkeme kararlarını uygularken bağlı olduğu ifade edilen karar gerekçesinde, idarenin hangi işlemi tesis etmesi gerektiğinin ya da belirli hususları dikkate alarak yeniden bir işlem tesis etmesi gerektiğinin yer alması çelişkili ve eleştiriye açık bir husus haline gelmektedir. Esasen bu durum, kanaatimize göre mahkemenin gerekçesinde idarenin ne şekilde işlem tesis etmesi gerektiğinin ya da doğrudan hangi işlemin tesis edilmesi gerektiğinin yer almasının yanlış bir uygulama olduğunun değil, bilakis yargı kararlarının doğru bir şekilde uygulanarak yargısal denetimin etkili hale gelmesi amacıyla mahkemenin idareye hukuka uygun hareket etmesi için izlemesi gereken yolu göstermesi, hatta yeri geldiğinde tesis edilmesi gereken işlemleri açıkça belirtmesi gerekliliğinin bir göstergesidir. Zira idari yargı denetiminin etkili kılınması ve amaçlanan sonuçların idare tarafından ortaya çıkarılmasının kolaylaştırılması, kararlarda açık ve anlaşılır gerekçelerin bulunmasına³⁰, yeri geldiğinde hangi işlemleri tesis edilmesi gerektiğinin açıkça

²⁷ Çağlayan, İdari Yargı Kararları, s. 97; Uler, **a.g.e.**, s. 116; Yaşar, **a.g.e.**, s. 180; Çağlayan, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 237.

²⁸ Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 250; Sunay, **a.g.e.**, s. 93.

²⁹ Sunay, **a.g.e.**, s. 93; Atay, **a.g.m.**, s. 143; Çağlayan, **İdari Yargı Kararlarının**, s. 174; İlter Aksoylu, “İdari Yargı Kararlarının Gerekçelerinin Bağlayıcılığı”, **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi**, S. 21, Ankara, 2006, s. 8.

³⁰ Danıştay 13. D., E. 2017/936, K. 2017/1829, T. 06.06.2017; Danıştay 13. D., E. 2007/2822, K. 2008/487, K. 28.05.2008; Danıştay 3. D., E. 2001/3496, K. 2002/4361, T. 19.12.2002; Danıştay 7. D., E. 1998/1345, K. 1999/3900, T. 25.11.1999.

gösterilmesine bağlıdır³¹. Kaldı ki her iptal kararının örtülü olarak bir emir ve direktifi muhtevasında barındırdığı kimi yazarlar tarafından kabul edilmektedir³². Nitekim idari yargının varlık sebebi, idarenin işlem ve eylemlerinin hukuka uygunluklarına ilişkin bir değerlendirme yaparken uygulanması gereken hukukun ne olduğunu da göstermektir³³. **Elbette bunun, yargı organının idarenin işlemlerinin “yerindeliğine” ilişkin bir yönlendirme haline gelmemesi, idarenin bağlı yetkisinin bulunduğu durumlarda hangi işlemleri tesis ederek ya da takdir yetkisinin söz konusu olması halinde takdirin hangi sınırlar içerisinde ve hangi hususlar dikkate alınarak kullanıldığında hukuka uygun davranılmış olacağının gösterilmesi ile sınırlı olması gerekmektedir**³⁴. Bu bağlamda, sözünü ettiğimiz hukuki müessesenin tatbiki, şüphesiz, idarenin sahip olması gereken takdir yetkisini sarsacak bir sonuç doğurmamalıdır. Bununla birlikte, yargı yerinin bu sınırı aşmamak kaydı ile idareye yargı kararının gereklerini uygulayabilmesi için yol göstermek sureti ile yardımcı olmasının, hukuka aykırı işlem neticesinde bozulmuş olan hukuk düzenin yerine getirilmesi bakımından (her iki organ arasında) etkin bir işbirliği sağlanmasına ve neticede hukuk devleti ilkesine hizmet edeceği de kuşkusuzdur. Aksi halde, yani idari yargıcın idareye hangi işlemleri tesis ederek ya da takdir yetkisini ne şekilde kullanarak hukuka uygun davranmış olacağını gösterme yetkisine sahip olmasının kabul edilmemesi durumunda; kuvvetler ayrılığı ilkesi, yalnızca devlet erklerinin yetkilerinin birbirinden ayrılarak izole edilmesi şeklinde anlaşılmış olacak ve bu ilkenin esasını teşkil eden devlet erkleri arasında karşılıklı denge ve fren mekanizması, yargı erkinin yürütme erkinin hukuka uygunluğunu denetlemesi açısından işlevsiz kalacaktır.

³¹ Atay, **a.g.m.**, s. 143; Gözübüyük, **a.g.m.**, s. 330; Yaşar, **a.g.e.**, s. 179; Ali Ülkü Azrak, **İdarenin Yargısal Denetiminde Sınırlamalar**, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, 1995, s. 75.

³² Sait Güran, “Anayasa’nın Kuvvetler Ayrılığı İlkesine ve Yönetim Yargı İlişkilerine Bakış Açısında Değişiklik”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Y. 1994, s. 199; İdarenin kararları yerine getirme zorunluluğundan ötürü her yargı kararının bir emir niteliğinde olduğu konusunda bkz. Çağlayan, **İdari Yargı Kararlarının**, s. 271; Bağlı yetki söz konusu olduğunda, olumsuz işlemin iptalinin, idarenin olumlu işlem tesis etmesi gerektiğini bildiren bir karar olduğu konusunda bkz. Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 250.

³³ Erkut, **İdari Yargı Kararlarının**, s. 26; Tan, **a.g.e.**, s. 915; Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 18, 249, 270; Uler, **a.g.e.**, s. 118; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 185; Sunay, **a.g.e.**, s. 93; Gözübüyük/Tan, **a.g.e.**, s. 529; Atay, **a.g.m.**, s. 143; Sait Güran, “İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 140. Yıl**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, 2008, s. 60; Yaşar, **a.g.e.**, s. 126, 127, 179.

³⁴ Yıldırım v.d., **a.g.e.**, s. 661;

1. Bağlı Yetkiye Dayalı İdari İşlemlere Yönelik İptal Kararlarının Uygulanması

Bağlı yetki, idarenin bir idari işlemi tesis ederken kanunda belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde, gene kanunla belirlenen hukuki sonucu ortaya çıkarmak zorunda olduğu durumları ifade eden bir kavramdır. Başka bir ifadeyle bağlı yetki, idari işlemin sebep ve konu unsurları arasında kanunen zorunlu bir bağ bulunmasını ifade eder³⁵. Bir idari işlemin bağlı yetki ile düzenlenmiş olması halinde idare, somut olay bakımından işlemin *yerindeliğini* düşünmeksizin kanun tarafından kendisine emredilen işlemi tesis etmek zorundadır³⁶. Bağlı yetkinin bulunduğu durumlarda idare, kanunla belirlenen işlem dışında bir işlem tesis ederse hukuka aykırı davranmış olur. Zira *bağlı yetki*, işlemin *yerindeliğini* değil, *hukukiliğini* ilgilendiren bir kavramdır³⁷.

Buna göre bağlı yetkinin söz konusu olduğu durumlarda, idare bağlı yetki ile düzenlenmiş idari işlem dışında bir işlem tesis etmişse, bu işlemin iptal davasına konu edilmesi halinde mahkeme tarafından iptal edilmesi gerekir. Ya da çalışma konumuz bakımından düşünülecek olursa, böyle bir işlem tesis edilmesi idareden talep edilmiş fakat talep idare tarafından reddedilmişse, aynı şekilde iptal davasına konu edilen ret işlemi iptal edilecektir. Bu gibi bir durumda elbette mahkemenin iptal kararının ardından idarenin, hukuka aykırı durumu ortadan kaldırmak için tesis etmesi gereken **belirli bir işlemin** bulunması söz konusu olur. Bu gibi bir halde idarenin, hukuka uygun bir durum meydana getirmek için, bu müşahhas işlemi tesis etmek dışında bir imkânı bulunmamaktadır³⁸. Bu durum, idareyi mahkeme kararı

³⁵ Kaya, **İdarenin Takdir Yetkisi**, s. 93; Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 237; Çağlayan, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 80; Ramazan Çağlayan, **İdare Hukuku Dersleri**, Adalet, 6. Baskı, Ankara, 2018, s. 393; Yahya Kazım Zabunoğlu, **İdare Hukuku**, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 366.

³⁶ Kaya, **İdarenin Takdir Yetkisi**, s. 94; Zabunoğlu, **a.g.e.**, s. 366; Arat Özkaya, **a.g.e.**, s. 30; Atay, **a.g.e.**, s. 512.

³⁷ Gözler, **a.g.e.**, s. 947; Bağlı yetki bulunması halinde işlemde kamu yararının ayrıca değerlendirilmesi gerekmediğine ilişkin bkz. Atay, **a.g.e.**, s. 517.

³⁸ Onar, **a.g.e.**, s. 1790; Çağlayan, **İdari Yargı Kararlarının**, s. 171, 274; Sarıca, **a.g.e.**, s. 125; Ragıp Sarıca, “İptal Davasıyla Tam Kaza (Tam Yargı) Davası Arasındaki İlgî”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 6, S. 1-2, 1945, s. 103; Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 257; Çağlayan, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 243; Tan, **a.g.e.**, s. 915; Karahanoğulları, **a.g.m.**, s. 5; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 185; Gözübüyük/Tan, **a.g.e.**, s. 556; Atay, **a.g.m.**, s. 144; Yaşar, **a.g.e.**, s. 134; Arat Özkaya, **a.g.e.**, s. 151; Elbette yalnızca yetki veya şekil yönünden hukuka aykırılıklar mevcut ise aynı yönde yeniden işlem tesis edilmesi mümkündür. Bkz. Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 257; Sarıca, **a.g.e.**, s. 132; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 185; Altay, **a.g.e.**, s. 64; Güçlü, **a.g.e.**, s. 126; Yaşar, **a.g.e.**, s. 134; Gözübüyük/Tan, **a.g.e.**, s.

neticesinde belirli bir işlem tesis etmek mecburiyetinde bırakmasına rağmen yargı yetkisinin sınırlarının aşılması anlamında yorumlanmamaktadır³⁹. Zira bu durum, bağlı yetkiye dayalı idari işlemlere yönelik idari yargı denetiminin doğal bir sonucudur.

Bu noktada tekrar ifade edilmesi gerekir ki burada işlemin yerindeliği ile ilgili değil, yalnızca hukuka uygunluğuyla ilgili bir mesele söz konusudur. Böyle bir durumda, mevcut sistemimizde bu mümkün olmamakla birlikte, yargı organının idareye hangi işlemi tesis edeceğini emretmesi bile yerindelik denetimi yapıldığı şeklinde anlaşılamaz. Zira işlem mevzuatta bağlı yetki ile düzenlenmiştir. İptal hükmünün ardından “*kararın icaplarına göre işlem tesis etme*” zorunluluğu, böyle bir durumda ancak başlangıçta idareden talep edilen işlemin tesis edilmesi halinde yerine getirilmiş olacaktır. Aksi halde idare, hukuka aykırı davranmaya devam etmiş olacak ve yargı denetiminin bir anlamı kalmayacaktır. Dolayısıyla bazı durumlarda iptal hükümlerinin idarenin belirli bir işlem tesis etmesi bakımından zorlayıcı özelliğinin bulunması, yargısal denetimin doğal ve zorunlu bir sonucudur⁴⁰. Aksi bir düşünce ise idari yargının varlık nedenini yok saymak anlamına gelmektedir⁴¹. Buna bağlı olarak idari yargı yerlerinin idareye emir ve direktif verebilme yetkisinin bulunması gerektiği kimi yazarlar tarafından savunulmaktadır⁴². Buna rağmen yukarıda ifade edildiği gibi hukukumuzda Anayasa m. 125/4 ve İYUK m. 2/2 hükümlerinden çıkarılan sonuca göre mahkemenin, bağlı yetki ile düzenlenmiş de olsa bir idari işlemin tesis edilmesine yönelik bir eda hükmü vermesi ya da idareye

554; Çağlayan, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 242; Tan, **a.g.e.**, s. 937; Atay, **a.g.e.**, s. 514; Pınar, **a.g.m.**, s. 97.

³⁹ Onar, **a.g.e.**, s. 1790; Sarıca, **a.g.m.**, s. 104; Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 250; Tan, **a.g.e.**, s. 915; Atay, **a.g.m.**, s. 144; Arat Özkaya, **a.g.e.**, s. 151.

⁴⁰ Duran, **İdari İşlem Niteliğinde**, s. 13; Sarıca, **a.g.m.**, s. 104; Çağlayan, **İdari Yargı Kararlarının**, s. 278.; Uler, **a.g.e.**, s. 115; Memiş, **a.g.m.**, s. 64; Arat Özkaya, **a.g.e.**, s. 151; Pınar, **a.g.m.**, s. 102; Bu görüşe katılmamakla birlikte bazı durumlarda hakkın yerine getirilmesinin sağlanması için iptal hükmünün yanında **idari işlem niteliğinde karar vermenin** zorunlu olduğuna ilişkin bkz. Turan Yıldırım, “Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu”, **Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi**, Vol: 1, No: 1, 2004, s. 7; Yıldırım v.d., **a.g.e.**, s. 817; Uler, **a.g.e.**, s. 152; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 185; İdarenin takdir yetkisi olduğu hallerde de mahkemenin idareyi hukuka uygun bir işlem tesis etmeye zorladığına ilişkin bkz. Yıldırım v.d., **a.g.e.**, s. 666.

⁴¹ Duran, **İdari İşlem Niteliğinde**, s. 13; Yaşar, **a.g.e.**, s. 167.

⁴² Duran, **İdari İşlem Niteliğinde**, s. 13; Güran, Anayasa’nın Kuvvetler Ayrılığı İlkesine, s. 199; Erkut, **İdari Yargı Kararlarının**, s. 34; Uler, **a.g.e.**, s. 115; Yıldırım, **a.g.m.**, s. 8; Kayışoğlu, **a.g.m.**, s. 676; Aydar, **a.g.e.**, s. 132; Yargısal emir yetkisinin yargı organının varlığının doğal sonucu olduğu ve buna ilişki bir kanuni düzenleme yapılmasına dahi gerek bulunmadığı konusunda bkz. Yaşar, **a.g.e.**, s. 190.

bu yönde doğrudan bir emirde bulunması mümkün kabul edilmemektedir. Bu durum ise açıkça bir çelişki teşkil etmekte fakat kavramların sınırlarının, tevil edilmek suretiyle bu tür durumlar bakımından esnetilerek bu çelişkinin görmezden gelindiği görülmektedir.

2. Takdir Yetkisine Dayalı İdari İşlemlere Yönelik İptal Kararlarının Uygulanması

İdarenin faaliyetleri ve bu faaliyetleri yürütürken kullandığı yetkiler bakımından kanunilik esastır. Yukarıda da ifade edildiği gibi idarenin kanuna dayanmayan bir yetki kullanması mümkün değildir. Ancak kanun koyucunun idarenin faaliyetlerini sürdürürken karşılaştacağı tüm durumları öngörmesi ve kesin yetki kuralları ile düzenleme yapması mümkün değildir⁴³. İdarenin faaliyetlerini eksiksiz ve kesintisiz şekilde yürütebilmesi için bazı durumlarda kendisine kullanacağı yetkinin içeriği bakımından hareket alanı tanınması gerekmektedir⁴⁴. Bu nedenle hukukumuzda yaygın olarak “*takdir yetkisi*” olarak ifade edilen kavram ortaya çıkmıştır. Takdir yetkisi kavramına ilişkin ortak bir tanım bulunmamakla birlikte, genel olarak idarenin tesis edeceği işlem bakımından birden fazla alternatifinin var olduğu durumlarda idarenin takdir yetkisinin bulunduğu söz edilmektedir⁴⁵. Bir başka ifadeyle takdir yetkisi idareye bir karar alma serbestisi tanımaktadır. Takdir yetkisinin aksini ifade eden bağlı yetki ise idareye böyle bir serbesti tanımamaktadır. Bağlı yetki ile düzenlenmiş idari işlemlerde idare, mutlaka kanun koyucu tarafından öngörülmüş olan işlemi tesis etmek zorundadır. Takdir yetkisi, bağlı yetkinin aksine idareye, tesis edilecek idari işlemin *yerindeliğine* ilişkin bir değerlendirme yapma imkânı tanır⁴⁶.

⁴³ Onar, **a.g.e.**, s. 419; Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 246; Yıldırım v.d., **a.g.e.**, s. 648; Tan, **a.g.e.**, s. 899; Bahtiyar Akyılmaz, “Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, **Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Dergisi**, S. 1, 1998, s. 23, 24; Arat Özkaya, **a.g.e.**, s. 13; Gözübüyük/Tan, **a.g.e.**, s. 499; Atay, **a.g.e.**, s. 513; Çağlayan, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 394.

⁴⁴ Onar, **a.g.e.**, s. 419; Kaya, **İdarenin Takdir Yetkisi**, s. 13; Tan, **a.g.e.**, s. 899; Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 246; Yıldırım v.d., **a.g.e.**, s. 648; Akyılmaz, **a.g.m.**, s. 24; Arat Özkaya, **a.g.e.**, s. 13; Gözübüyük/Tan, **a.g.e.**, s. 499; Çağlayan, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 394.

⁴⁵ Onar, **a.g.e.**, s. 420; Kaya, **İdarenin Takdir Yetkisi**, s. 2; Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 247; Yıldırım v.d., **a.g.e.**, s. 647; Akyılmaz, **a.g.m.**, s. 25; Zabunoğlu, **a.g.e.**, s. 367; Arat Özkaya, **a.g.e.**, s. 4; Çağlayan, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 81; Atay, **a.g.e.**, s. 513; Çağlayan, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 395.

⁴⁶ Kaya, **İdarenin Takdir Yetkisi**, s. 175 vd.; Yıldırım v.d., **a.g.e.**, s. 655; Çağlayan, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 399.

Elbette takdir yetkisinin idareye tanıdığı hareket serbestisi mutlak değildir. Takdir yetkisi idarenin hukuka bağlı hareket etme zorunluluğunu ortadan kaldırmamakta; idareye hukuk kuralları içerisinde bir hareket serbestisi tanımaktadır⁴⁷. Bu serbestinin hukuk kuralları içerisinde kullanılıp kullanılmadığı ise yargı yerleri tarafından denetlenir. Yargı yerleri, takdir yetkisinin hukuka uygun kullanılıp kullanılmadığını, idarenin takdir yetkisi bulunan alanlardaki keyfilikliğini önlemek ve bireylerin haklarını korumak için denetler⁴⁸.

Yukarıda da ifade edildiği gibi Anayasamız m. 125/4’de “*Yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez.*” ve İYUK m. 2/2’de “*İdari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdari mahkemeler; yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlarda ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı veremezler.*” hükümlerine yer verilmiştir. Bu hükümler ile idarenin takdir yetkisini haiz olduğu durumlarda yargı organının denetleme yetkisi sınırlandırılmıştır. Zira idarenin faaliyetlerini sürekli ve düzenli şekilde sürdürebilmesi için takdir yetkisi ile sağlanan hareket alanının korunması gerekmektedir⁴⁹. Ancak, yine yukarıda belirtildiği üzere, bu durum idarenin takdir yetkisinin sınırsız olduğu ve takdir yetkisine dayanan idari işlemlerin hiçbir yargısal denetime tabi olmayacağı anlamına gelmemektedir⁵⁰. Buradaki temel husus, yargı yerlerinin idarenin takdir yetkisinin

⁴⁷ Onar, **a.g.e.**, s. 428; Kaya, *İdarenin Takdir Yetkisi*, s. 127; Yıldızhan Yayla, “İdarenin Takdir Yetkisi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Halil Arslanlı Hatıra Sayısı**, c. XXX, S. 1-2, 1964, s. 201; İl Han Özay, **Günışığında Yönetim**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 13; Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 247; Yıldırım v.d., **a.g.e.**, s. 652; Arat Özkaya, **a.g.e.**, s. 10, 168.

⁴⁸ Kaya, **İdarenin Takdir Yetkisi**, s. 120; Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 248; Yıldırım v.d., **a.g.e.**, s. 655; Arat Özkaya, **a.g.e.**, s. 133; Zabunoğlu, **a.g.e.**, s. 371.

⁴⁹ Kaya, **İdarenin Takdir Yetkisi**, s. 121; Akyılmaz, **a.g.m.**, s. 25.

⁵⁰ Erkut, **Yeni Düzenlemeler**, s. 46; Güran, **İdari Yargı Denetiminin Kapsamı**, s. 60; Ali Ülkü Azrak, “İdari Yargı Denetiminin Sınırı Olarak İdarenin Takdir Yetkisi”, **İdare Hukuku İlimleri Dergisi**, Y. 6, S. 1-3, Aralık 1985, s. 27; Tan, **a.g.e.**, s. 902; Kaya, **İdarenin Takdir Yetkisi**, s. 120; Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 248; Yıldırım v.d., **a.g.e.**, s. 655; Zabunoğlu, **a.g.e.**, s. 371; Atay, **a.g.m.**, s. 144; Arat Özkaya, **a.g.e.**, s. 99.

bulunduğu alanlarda idarenin işlem ve eylemlerinin “yerindeliğini” değil, yalnızca “hukuka uygunluğunu” denetlemekle yetkili olduğu ve takdir yetkisini ortadan kaldıracak nitelikte bir hüküm vermesinin mümkün olmamasıdır. Yerindelik, takdir yetkisinin hukuka uygun kullanılması sonucunda ortaya çıkacak alternatif sonuçlardan herhangi birisine ilişkin idarenin tercihini; bu işlemin isabetli olup olmadığına dair kararını ifade etmektedir⁵¹. İdari işlemin yargısal denetiminin sona erdiği nokta da burasıdır⁵².

Takdir yetkisine dayanan işlemlerin yargısal denetim usulü bakımından bağlı yetkiye dayanan işlemlere göre bir farklılık bulunmamaktadır. İYUK m. 2 hükmünde veya mevzuatın genelinde buna ilişkin bir ayırım görülmemektedir. İptal davasına konu olan işlemde idarenin takdir yetkisi bulunsun ya da bulunmasın, hukuka uygunluk denetimi İYUK m. 2’de sayılan yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurları bakımından yapılır⁵³. İdari işlemin hangi unsurlarında takdir yetkisinin bulunabileceği konusunda ise öğretide ittifak bulunmamaktadır. **Alman öğretisinde kabul gören idari işlem teorisi ve inceleme sistematigi dikkate alındığında, yükümlülük davası bakımından esas teşkil eden hususlar hukukumuzdaki karşılığını idari işlemin sebep ve konu unsurlarındaki takdir yetkisinde bulmaktadır.** Bu nedenle burada idari işlemin yetki, şekil ve amaç unsurlarında takdir yetkisine ilişkin tartışmalar aktarılmayacaktır⁵⁴.

Öğretimizdeki yaygın kabule göre de takdir yetkisinin esas olarak kendisini gösterdiği ve önem arz ettiği unsurlar idari işlemin sebep ve konu unsurlarıdır. İdari işlemlerin hukuka uygun olması, geçerli sebeplere dayanmalarına bağlıdır. Sebep unsuru açısından, sebebi mevzuatta açıkça gösterilen, sebebi belirsiz hukuk kavramlarıyla gösterilen ve sebebi mevzuatta gösterilmeyen işlemler şeklinde bir

⁵¹ Yıldırım v.d., a.g.e., s. 646; Çağlayan, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 398; Azrak, **İdari Yargı Denetiminin**, s. 27; Arat Özkaya, a.g.e., s. 22; Çağlayan, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 82; Zabunoğlu, a.g.e., s. 375.

⁵² Güran, **İdari Yargı Denetiminin Kapsamı**, s. 60; Atay, a.g.m., s. 144; Yıldırım v.d., a.g.e., s. 655, 656; Arat Özkaya, a.g.e., s. 38, 134; Çağlayan, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 82; Zabunoğlu, a.g.e., s. 376; Atay, a.g.e., s. 523; Akyılmaz, a.g.m., s. 197.

⁵³ Onar, a.g.e., s. 433; Kaya, **İdarenin Takdir Yetkisi**, s. 196; Yıldırım v.d., a.g.e., s. 653; Arat Özkaya, a.g.e., s. 134; Danıştay 5. D., E. 1985/596, K. 1986/1084, T 23.10.1986 (Kazancı).

⁵⁴ İdari işlemin yetki, şekil ve amaç unsurlarında takdir yetkisi bulunup bulunmadığına ilişkin tartışmalar için bkz. Kaya, **İdarenin Takdir Yetkisi**, s. 197 vd., 202 vd., 224 vd.; Arat Özkaya, a.g.e., s. 100 vd., 102 vd., 119 vd.; Çağlayan, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 81; Atay, a.g.e., s. 521, 522; Çağlayan, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 396 vd.; Zabunoğlu, a.g.e., s. 368 vd.; Tan, a.g.e., s. 900.

ayrım yapılmaktadır⁵⁵. Bir idari işlemin sebebi mevzuatta açıkça gösterilmişse idarenin sebep unsurunda takdir yetkisi bulunmamaktadır⁵⁶. İşlemin sebebinin mevzuatta belirsiz hukuk kavramlarıyla düzenlenmiş olması halinde ise idarenin, bu kavramların içeriğini doldurmak bakımından takdir yetkisi bulunmaktadır⁵⁷. İşlemin sebebinin mevzuatta gösterilmediği durumlarda ise idarenin sebebi belirlemek bakımından geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır⁵⁸. Fakat elbette bu takdir sınırsız değildir. İdarenin belirlediği sebebin hukuka uygun olması gerekir⁵⁹.

İdari işlemin konusu, işlemin ortaya çıkardığı hukuki sonuçtur. İdarenin belirli işlemlerinde ortaya çıkacak hukuki sonuç bakımından takdir yetkisinin bulunabileceği tartışmasızdır. Bu takdir yetkisi, mevzuat düzenlemesinin ifadesi itibarıyla bir işlemi tesis etmek konusunda idareye tercih hakkı tanıyacak şekilde düzenlenmesi şeklinde, idari işlemle ortaya çıkarılabilecek birden fazla konunun düzenlenmesi şeklinde ya da idari işlemin konusunun mevzuatta açıkça belirlenmesi şeklinde de ortaya çıkabilir⁶⁰. Konu unsurunda bulunan takdir yetkisini kullanmak bakımından da idarenin tam bir serbestisi bulunmamakta, bu yetkisini objektif

⁵⁵ Kaya, **İdarenin Takdir Yetkisi**, s. 208; Yıldırım v.d., **a.g.e.**, s. 383 vd.; Tan, **a.g.e.**, s. 877; Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 229 vd.; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, **a.g.e.**, s. 388 vd.; Gözübüyük/Tan, **a.g.e.**, s. 461; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 175 vd.; Kaplan, **a.g.e.**, s. 231 vd.; Metin Günday, **İdare Hukuku**, 11. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2017, s. 154 vd.; Atay, **a.g.e.**, s. 506, 507; Zabunoğlu, **a.g.e.**, s. 351 vd.; Çağlayan, **İdari Yargı Kararlarının**, s. 165; Arat Özkaya, **a.g.e.**, s. 105-112.

⁵⁶ Kaya, **İdarenin Takdir Yetkisi**, s. 209; Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 231; Sarıca, **a.g.e.**, s. 68; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, **a.g.e.**, s. 389; Günday, **a.g.e.**, s. 154; Gözübüyük/Tan, **a.g.e.**, s. 461; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 175; Kaplan, **a.g.e.**, s. 231; Arat Özkaya, **a.g.e.**, s. 105; Atay, **a.g.e.**, s. 205.

⁵⁷ Kaya, **İdarenin Takdir Yetkisi**, s. 210 vd.; Yıldırım v.d., **a.g.e.**, s. 383; Sarıca, **a.g.e.**, s. 71; Kaplan, **a.g.e.**, s. 232; Günday, **a.g.e.**, s. 155; Çağlayan, **İdari Yargı Kararlarının**, s. 165; Arat Özkaya, **a.g.e.**, s. 109; Atay, **a.g.e.**, s. 207; Aksi olarak belirsiz kavramların kullanıldığı hallerde somut olay bakımından tek bir çözümün söz konusu olabileceği konusunda bkz. Azrak, **İdari Yargı Denetiminin**, s. 24, 25; Tahsin Bekir Balta, **İdare Hukuku I**, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1970, s. 137, 138; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, **a.g.e.**, s. 389; Günday, **a.g.e.**, s. 154, 155; Zabunoğlu, **a.g.e.**, s. 352.

⁵⁸ Kaya, **İdarenin Takdir Yetkisi**, s. 212 vd.; Yıldırım v.d., **a.g.e.**, s. 384 vd.; Tan, **a.g.e.**, s. 879; Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 230; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, **a.g.e.**, s. 390; Gözübüyük/Tan, **a.g.e.**, s. 464; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 174; Kaplan, **a.g.e.**, s. 232; Zabunoğlu, **a.g.e.**, s. 353; Çağlayan, **İdari Yargı Kararlarının**, s. 166; Arat Özkaya, **a.g.e.**, s. 106; Çağlayan, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 81; Atay, **a.g.e.**, s. 507.

⁵⁹ Kaya, **İdarenin Takdir Yetkisi**, s. 212 vd.; Tan, **a.g.e.**, s. 879; Çağlayan, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 226; Gözübüyük/Tan, **a.g.e.**, s. 464; Günday, **a.g.e.**, s. 156; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, **a.g.e.**, s. 391; Atay, **a.g.e.**, s. 507; Zabunoğlu, **a.g.e.**, s. 354.

⁶⁰ Kaya, **İdarenin Takdir Yetkisi**, s. 221; Yıldırım v.d., **a.g.e.**, s. 384, 385; Arat Özkaya, **a.g.e.**, s. 117 vd.; Zabunoğlu, **a.g.e.**, s. 373; Ramazan Çağlayan, "Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi", **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 3-4, Aralık 2003, s. 179.

ölçütler dahilinde kamu yararı ve hizmet gereklerini gözeterek en uygun hukuki sonucu ortaya çıkarmaya yönelik bir biçimde kullanması gerekmektedir⁶¹.

İdarenin bir işlemi tesis etmek konusunda takdir yetkisinin bulunduğu durumlarda işlemin hukuka aykırı olması, idarenin takdir yetkisini hukuka aykırı şekilde kullanması ya da yetki ve şekil gibi doğrudan takdir yetkisi kapsamında değerlendirilmeyen unsurlardan birisinde bulunan bir sakatlık nedeniyle gündeme gelebilir. Başka bir ifadeyle, idari işlemin takdir yetkisi bulunmayan unsurlarından birisindeki sakatlık nedeniyle işlem her zaman iptal edilebilir⁶². Takdir yetkisi bulunan unsurlar bakımından ise idare mahkemelerinin denetleme yetkisi bulunmakta fakat mahkemenin buradaki denetleme yetkisi, idarenin takdir yetkisini ne yönde kullanacağına karar vererek yerindelik denetimi yapma imkânı sağlamamakta, yalnızca idarenin takdir yetkisini kullanırken bu yetkinin sınırlarına ve amacına riayet edip etmediğine ilişkin bir denetim yapma imkânı tanımaktadır⁶³.

Mahkemenin, takdir yetkisine dayanan bir idari işlemi iptal etmesi, bu işlemin hukuka aykırı olduğunu göstermekle birlikte idarenin takdir yetkisini ortadan kaldırmamaktadır. İptal kararının ardından da idarenin aynı işlemi tesis etmek ya da etmemek konusunda takdir yetkisi devam etmektedir. Bununla birlikte bu durumda da idarenin İYUK m. 28 hükmü gereği *“kararın icaplarına göre işlem tesis etme”* zorunluluğu bulunmakta fakat bağlı yetki ile düzenlenmiş işlemlerin iptalinde olduğu gibi kararın uygulanması aşamasında belirli bir idari işlemin tesis edilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Buna bağlı olarak hangi işlemin tesis edileceğinin mahkeme tarafından gösterilmesi de mümkün değildir. Bu tür bir durumda mahkeme ancak takdir yetkisi kullanılırken hukuka uygun davranılmış olması için idarenin dikkate alması gereken hususları ve takdir yetkisinin sınırlarını gösterebilir⁶⁴. İdarenin de yeniden işlem tesis ederken bu çerçeve içerisinde hareket etmesi gerekir. Takdir yetkisinin ne yönde kullanılması gerektiğine ilişkin bir belirleme yapılması

⁶¹ Kaya, **İdarenin Takdir Yetkisi**, s. 223; Gözübüyük/Tan, **a.g.e.**, s. 500; Çağlayan, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 83; Akyılmaz, **a.g.m.**, s. 45; Azrak, **İdari Yargı Denetiminin**, s. 20; Zabunoğlu, **a.g.e.**, s. 371.

⁶² Onar, **a.g.e.**, s. 433; Atay, **a.g.m.**, s. 144.

⁶³ Onar, **a.g.e.**, s. 436; Kaya, **İdarenin Takdir Yetkisi**, s. 125; Yıldırım v.d., **a.g.e.**, s. 656; Atay, **a.g.m.**, s. 144; Akyılmaz, **a.g.m.**, s.49.

⁶⁴ Güran, **İdari Yargı Denetiminin Kapsamı**, s. 60.

ise, Anayasamız m. 125/4'te düzenlenen yerindelik denetimi ve takdir yetkisini ortadan kaldıracak nitelikte karar verme yasaklarının ihlali anlamına gelir.

Bu açıklamalara göre idarenin tesis etmek konusunda takdir yetkisinin bulunduğu bir işlemin mahkeme tarafından iptal edilmesi halinde idarenin takdir yetkisi devam etmekle birlikte kararın icaplarına göre işlem tesis etme zorunluluğu bulunmaktadır. Bu durumda idarenin harekete geçmesi ve takdir yetkisini hukuka uygun şekilde yeniden kullanarak ya da işlemde bulunan diğer hukuka aykırılıkları gidererek bir işlem tesis etmesi gerekmektedir⁶⁵. Burada özellikle vurgulanması gerekir ki idarenin, iptal edilen işlemin aksine bir işlem tesis etme zorunluluğu bulunmamaktadır. İdare, bir önceki işleminde bulunan hukuka aykırılıkların giderilmesi sonucunda takdirini kendisinden talep edilen işlemi tesis etmek yönünde kullanabileceği gibi, iptal edilen işlem ile aynı sonucu doğuran fakat hukuka uygun olan bir işlem de tesis edebilir⁶⁶. Bu, iptal kararı sonrasında idari işlemin “yenilenmesi” olarak da ifade edilmektedir⁶⁷. Nitekim Danıştay 1. Dairesi'nin bu yönde istişari görüşü bulunmaktadır. Danıştay'a göre maden arama ruhsatı talebinin reddedilmesi işlemine karşı açılan davada verilen iptal hükmü, “(...) ilgiliye mutlaka arama ruhsatı verilmesini öngörmemekte, idarenin davacının arama ruhsatı verilmesine ilişkin istemini yeniden incelemesi ve sonucuna göre yeni bir işlem yapması zorunluluğunu doğurmaktadır.”⁶⁸. 1. Daire'nin bu görüşünden de anlaşıldığı üzere, iptal kararının ardından idarenin iptal edilen işlemin aksine bir işlem tesis etme zorunluluğu bulunmamakta, karara konu olayda tesis edilecek işleme ilişkin değerlendirmesini yeniden yaparak, aynı yönde de olsa hukuka uygun olan yeni bir karar vermesi gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, bu tür durumlarda iptal kararı sonrasında idarenin, davaya konu edilen işleminin aksi yönünde bir işlem tesis etmesi mümkün olduğu gibi ilk işlemini yenilemesi de mümkündür. İdarenin takdir yetkisi devam ettiği halde mahkemenin idareyi iptal edilen işlemin aksine bir işlem

⁶⁵ Danıştay 9. D., E. 1984/727, K. 1985/400, T. 11.03.1985; Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 250; Arat Özkaya, **a.g.e.**, s. 152; Mahkemenin idareyi hukuka uygun bir işlem yapmaya zorladığına ilişkin bkz. Yıldırım v.d., **a.g.e.**, s. 666.

⁶⁶ Uler, **a.g.e.**, s. 88; Çağlayan, **İdari Yargı Kararlarının**, s. 158; Tan, **a.g.e.**, s. 393; Gözübüyük/Tan, **a.g.e.**, s. 556; Altay, **a.g.e.**, s. 65; Karahanoğulları, **a.g.m.**, s. 5; Güçlü, **a.g.e.**, s. 129; Sunay, **a.g.e.**, s. 102, 103; Pınar, **a.g.m.**, s. 97.

⁶⁷ Uler, **a.g.e.**, s. 88; Çağlayan, **İdari Yargı Kararlarının**, s. 158.

⁶⁸ Danıştay 1. D., E. 1987/165, K. 1987/207, T. 07.05.1987, Kazancı.

tesis etmeye zorlaması ise idari yargı denetiminin sınırının aşılması anlamına gelir. Bununla birlikte bağılı yetkiye dayanan işlemlerin yargısal denetimiyle ilgili yaptığımız açıklamayla paralel olarak idarenin takdir yetkisi bulunan durumlarda mahkeme kararının doğru bir şekilde uygulanmasının sağlanması amacıyla **mahkemenin, idarenin takdir yetkisini doğru bir şekilde kullanıp kullanmadığının incelenmesinin ardından, takdir yetkisinin kullanımında hukuka aykırılık bulunuyorsa bunun giderilmesi için dikkate alınması gereken hususları göstererek idarenin yeniden bir işlem tesis etmesine hükmedebilmesi gerekmektedir.**

C. Yükümlülük Davasının Türk Hukukundaki İptal Davası ile Mukayesesi

Öncelikle bir kez daha ifade edilmesi gerekir ki hukukumuzda iptal davası idarenin hem birel işlemlerine hem de genel düzenleyici işlemlerine karşı açılabilirken, yükümlülük davasına yalnızca birel işlemler konu olabilmektedir. Bu nedenle, her iki dava türünün mukayesesi yalnızca birel işlemlere yönelik davalar bakımından yapılacaktır. Ayrıca dava türlerinin tüm özellikleri ve unsurları mukayese edilmeyecek, yalnızca özellik arz eden ve tartışma konusu haline getirilebileceği düşünülen hususlar ele alınacaktır.

1. İdarenin Ret İşlemine Karşı Dava Açma İmkânı Bakımından

Yükümlülük davası, bir idari işlemin tesis edilmesine yönelik olarak idareden bulunulan bir talebin reddedilmesi ya da bu talep karşısında hareketsiz kalınması karşısında, talepte bulunanın sübjektif kamusal haklarının korunmasını sağlama amacı taşıyan bir idari dava türüdür. Yükümlülük davasının temel şartı, idareden, lehine bir işlem tesis edilmesini talep etme hakkı bulunan davacının bu talebini idareye yöneltmiş olması fakat dilediği sonucu elde edememiş olmasıdır. Bu durumda davacı, sübjektif kamusal hakkının yerine getirilmesi amacıyla mahkemeden, idareden talep ettiği işlemin tesis edilmesine hükmetmesini talep edebilir.

Hukukumuzda ise ilgililerin idareden bir işlem tesis edilmesi talebinde bulunmalarına ilişkin hükümler İYUK m. 10 düzenlemesinde yer almaktadır.

Maddenin ilk fıkrasına göre “*ilgililer, haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idari makamlara başvurabilirler.*”. Maddenin ikinci fıkrasında ise “*altmış gün içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır.*” hükmüne yer verilmiştir. Burada düzenlenen durum “*zımni ret*” olarak isimlendirilmektedir. Buna göre idare, talep karşısında altmış gün boyunca hareketsiz kalırsa talebe karşılık bir ret işlemi tesis etmiş sayılır.

Bu düzenleme Alman hukukundaki duruma göre farklılık arz etmekle birlikte, dava açma imkânı bakımından bir fark bulunmamaktadır. Hukukumuzda idarenin bir talep karşısında altmış gün boyunca hareketsiz kalması halinde tesis edildiği varsayılan idari işleme karşı bir iptal davası açılması imkânı doğarken, Alman hukukunda idarenin bir talep karşısında üç ay boyunca hareketsiz kalması halinde işlem tesis etmeme davranışına karşı doğrudan bir yükümlülük davası açılması imkânı bulunmaktadır. Elbette burada hukukumuzda bulunan dava türlerine ilişkin düzenlemelerin nazara alınması gerekir. Zira hukukumuzda idarenin bir talebi yerine getirmemesi halinde birincil hukuki koruma aracı olarak yalnızca iptal davası açma imkânı bulunmaktadır. İptal davası ise İYUK m. 2/1 (a) ve m. 14/3 (d) düzenlemeleri uyarınca yalnızca kesin ve yürütülebilir bir idari işleme karşı açılabilir. Bu durumda idarenin, bir talep karşısında hareketsiz kalması halinde iptal davası açma imkânının bulunması bakımından ortaya çıkan boşluğun İYUK m. 10/2 düzenlemesinde olduğu gibi bir araçla doldurulması zorunlu hale gelmektedir. Zımni ret kavramı bu boşluğu doldurmakta ve idarenin kendisinden bulunulan talepler karşısında hareketsiz kalması halinde birincil hukuki koruma aracı olarak iptal davası ile davacının haklarının yerine getirilmesini sağlamaya çalışmasını mümkün kılmaktadır.

Alman hukukunda ise zımni ret gibi bir kavram bulunmamaktadır⁶⁹. İdari yargılama hukuku bakımından böyle bir kavrama ihtiyaç da duyulmadığı anlaşılmaktadır. Zira idarenin kendisinden bulunulan talepler karşısında hareketsiz kalması halinde birincil hukuki koruma yolu olarak yükümlülük davası düzenlenmiş bulunmakta ve bu davanın açılmasına ilişkin olarak AİMK m. 75 düzenlemesinde

⁶⁹ Ancak aksi olarak, hukukumuzda da olduğu gibi bazı durumlarda idarenin belirli bir süre hareketsiz kalmasının kabul sayılması söz konusudur. Yukarıda açıklandığı üzere belirli izin talepleri karşısında belirlenmiş süre boyunca idarenin bir işlem tesis etmemesi halinde izin verilmiş sayılır. Bkz. “*İzin faraziyesi*”

idarenin genel kural olarak üç ay süreyle hareketsiz kalması halinde doğrudan yükümlülük davasının açılabilceğı hükmüne yer verilmektedir⁷⁰.

Görüldüğü üzere her iki hukuk düzeninde de ilgililerin lehlerine işlem tesis edilmesi amacıyla idareden talepte bulunabilmeleri imkânı tanınmış ve bu taleplerinin yerine getirilmemesi halinde uyuşmazlığı yargı organına taşınmaları mümkün kılınmıştır. Bu tür durumlarda uyuşmazlığın yargı organına taşınmasındaki asıl amaç sübjektif kamusal hakların yerine getirilmesi olmakla birlikte her iki hukuk düzeninde buna yönelik denetimin yapılma usulü farklılık göstermektedir.

Hukukumuzda İYUK m. 10 düzenlemesine göre idareden bir işlem tesis edilmesi talebinde bulunan ilgili, talebinin açıkça reddedilmesi halinde tesis edilmiş bulunan ret işlemine karşı, dava açma süresi içinde iptal davası açabilir. İdarenin talep karşısında altmış gün boyunca hareketsiz kalması halinde, tesis edildiğı varsayılan ret işlemine karşı yine dava açma süresi içinde iptal davası açabilir. İdare altmış gün içerisinde kesin olmayan bir cevap vermişse bu cevabı talebin reddi kabul ederek iptal davası açabileceğı gibi başvuru tarihinden itibaren altı ayı aşmamak kaydıyla kesin bir cevap verilmesini de bekleyebilir ve bu sürenin dolduğı tarihte halen kesin bir cevap verilmemişse tesis edildiğı varsayılan ret işlemine karşı iptal davası açabilir. Her bir ihtimalde dava, talebe karşılık verilen ya da verildiğı varsayılan ret cevabına karşı açılmaktadır. Bu davanın, ilk inceleme olarak ifade edilen usul bakımından kabul edilebilirlik incelemesi ve esas incelemesi bakımından diğer iptal davalarından herhangi bir farkı bulunmamaktadır. Daha açık bir ifadeyle, bu davalarda da usul bakımından kabul edilebilirlik aşamasında İYUK m. 14 düzenlemesinde yer alan şartlar incelenir; esas bakımından kabul edilebilirlik aşamasında ise yetki, şekil, sebep, konu ya da maksat unsurlarından birisi yönünden sakat olup olmadığı değerlendirilir. Dava, usul bakımından kabul edilebilir bulunur ve sayılan unsurlardan herhangi birisi bakımından bir sakatlık tespit edilirse ret işlemi iptal edilir. Bu davada davacının amacı esasında sübjektif kamusal hakkının yerine getirilmesi olmakla birlikte, hukuka uygunluk denetimi hukukumuzdaki iptal davasının özelliğine uygun olarak objektif bir denetimdir. Ret işleminin hukuka aykırı bulunması halinde mahkeme tarafından bu işlem iptal edilir. Yukarıda ifade

⁷⁰ Bkz. İkinci Bölüm, IV, A, 4.

edildiği gibi iptal hükmü kurucu bir hükümdür. İşlemi, başka bir işleme ya da karara gerek olmaksızın kendiliğinden ve tesis edildiği tarihten itibaren hukuk âleminden kaldırır. İptal hükmü, ret işlemini ortadan kaldırmakla birlikte davacının idareden başta bulunduğu talebin doğrudan yerine gelmesini sağlamamaktadır. Bu talebin yerine gelmesi için idarenin harekete geçmesi ve gerekli işlemi tesis etmesi gerekmektedir. Ancak yukarıda ifade edildiği gibi Alman hukukunun aksine hukukumuzda mahkemenin idareyi bir idari işlem tesis etmeye mahkum etmesi; başka bir ifadeyle, idarenin bir idari işlem tesis etmesine yönelik bir eda hükmü vermesi mümkün değildir. Elbette hukuka aykırı ret işleminin mahkeme tarafından iptal edildiği bazı durumlarda, yukarıda da açıklandığı üzere, idarenin belirli bir işlemi tesis etmek dışında bir seçeneği bulunmamaktadır. Bu gibi durumlarda hukukumuzda da idare, mahkeme tarafından bir eda hükmü verilemiyor olsa da bu işlemi tesis etmekle yükümlüdür. Burada vurgulanmak istenen husus ise idareyi buna zorlayacak bir hüküm türünün veya farklı bir müessesenin hukukumuzda yer almamasıdır.

Bunun yanında Alman hukukunda idareden bulunulan talebin reddedilmesi halinde yükümlülük davası açılabilmesi için zorunlu idari başvuru yolu bulunmaktadır⁷¹. Bu yolla idarenin verilen kararı bir kez daha gözden geçirmesi ve yargı yollarına başvurulmaksızın uyuşmazlığın çözümlenebilmesi amaçlanmaktadır. Hukukumuzda ise iptal davası bakımından idari başvuru yolu ihtiyari bir yoldur. Davacı talebinin reddedilmesi halinde dilerse İYUK m. 11 uyarınca ret işleminin kaldırılması, geri alınması veya değiştirilmesi talebiyle, talepte bulunulan makamın bir üst makamına başvurabilir, dilerse bu yolu tercih etmeksizin doğrudan iptal davası açabilir.

Görüldüğü üzere her iki hukuk düzeninde de idarenin, ilgililerin taleplerini reddetmesi veya talep karşısında hareketsiz kalması durumunda yargı yollarına başvuru imkânı mevcuttur. Temel fark ise Alman idari yargılama hukukunda idarenin re'sen işlem tesis ettiği durumlar ile ilgililerin idareden işlem tesis edilmesini talep ettiği durumlar arasında bir ayrıma gidiliyor olmasıdır. İdarenin re'sen tesis ettiği işlemlere karşı yargısal denetim iptal davasıyla sağlanırken,

⁷¹ Bkz. İkinci Bölüm, IV, A, 4.

ilgililerin idareden işlem tesis edilmesini talep ettiği durumlarda yükümlülük davası gündeme gelmektedir. Hukukumuzda ise her iki durumda da iptal davası ile uyuşmazlıklar çözüme kavuşturulmaya çalışılmaktadır.

İdarenin kendiliğinden tesis ettiği işlemlere karşı yargısal başvuru yollarının yanısıra idareden işlem edilmesi taleplerinin karşılanmaması halinde yargı yoluna başvurma imkânının bulunması, devletin eylem ve işlemlerine karşı etkili ve eksiksiz yargısal koruma sağlanması zorunluluğu bağlamında eksiksiz yargısal koruma⁷² şartını normatif olarak sağlasa da etkili yargısal koruma şartlarının, yargısal denetim usulleri ve dava neticesinde verilen hükmün türü, niteliği ve uygulanma kolaylığı bakımından tam olarak sağlanıp sağlanmadığı tartışma konusu edilebilir. Bu hususlar aşağıda ele alınacaktır.

2. Sübjektif Dava Ehliyeti Bakımından

Sübjektif dava ehliyeti bakımından hukukumuzdaki iptal davasında, ilk inceleme aşamasında davacının kişisel, meşru ve güncel bir menfaatinin ihlal edilmiş olması şartı aranırken, yükümlülük davasında sübjektif kamusal bir hakkının ihlal edilmiş olması aranır.

İptal davasında menfaat şartının aranması, yargısal denetimin dışında kalan alanları azaltarak hukuk devleti ilkesine hizmet etmekle birlikte, idarenin re'sen tesis ettiği işlemler ile ilgililerin işlem tesis edilmesi talebinde bulunduğu durumlar arasında bir ayrıma gidilmemesi eleştirilebilir bir husus olarak görülebilir. Buna paralel olarak idarenin bireylerin haklarını ve menfaatlerini sınırladığı durumlar ile bireylere birtakım yararlar sağladığı durumlar arasında bir ayrım bulunmaması da aynı şekilde eleştiri konusu haline getirilebilir.

İdare, faaliyetlerini sürdürmek için sürekli olarak işlemler tesis etmektedir. İdarenin işlemleri, ifade edildiği gibi bazı durumlarda bireylerin haklarını ve menfaatlerini sınırlandırıcı nitelikte olabildiği gibi bazı durumlarda bireylerin haklarının yerine getirilmesine yönelik ve bireylere yarar sağlayan nitelikte olabilirler. Bireylerin haklarını sınırlandırıcı nitelikte olan idari işlemlere yönelik yargısal denetim imkânlarının mümkün olduğunca geniş tutulması hukuk devleti

⁷² Bkz. İkinci Bölüm, III.

açısından büyük önem arz etmektedir. Bu nedenle iptal davası açarak işlemlerin hukuka uygunluğunun denetlenmesini sağlayan sübjektif ehliyet bakımından geniş yorumlanan menfaat şartının aranmasının idarenin hukuka uygunluğunun sağlanması açısından oldukça etkili olduğu ifade edilebilir.

Yukarıda açıklanmaya çalışılan ayrıma göre ilgililerin idareden işlem tesis edilmesini talep ettiği durumlar çoğunlukla -Alman hukukunda kullanılan kavramla- hizmet edici idarenin alanına girmekte ve ilgiliye yarar sağlayacak bir işlemin tesis edilmesinin idare tarafından reddedilmesi uyuşmazlık konusu haline getirilmektedir. Muhatabına yarar sağlayan idari işlemlere ilişkin bir değerlendirme yapılırken, mesele temel ayrım olarak bağlı yetki ile düzenlenen ve takdir yetkisine dayanan işlemler ayrımına göre ele alınabilir. Bağlı yetki bilindiği üzere sebep unsurunun gerçekleşmesi halinde, idarenin konu unsuru kanunen belirlenmiş işlemi tesis etmek zorunluluğu getiren bir kavramdır. İşlemin bağlı yetki ile düzenlendiği hallerde ilgilinin söz konusu işlemin sebep unsurunu oluşturan şartlarını yerine getirmesi durumunda, bu işlemin tesis edilmesine yönelik bir hakkı doğmaktadır. İlgili, bu hakkına dayanarak idareden söz konusu işlemi tesis etmesini talep edebilir. Bu gibi hallerde, idarenin bu talebi kabul etmesi ve işlemi tesis etmesi gerekmektedir. İdare, işleme ilişkin şartlar ilgili tarafından yerine getirilmiş olduğu halde talebi reddederse, ret işlemi hukuka aykırı olur ve iptal davasına konu edilerek iptal edilebilir. Ancak ilgilinin şartları yerine getirmemiş olmasına rağmen işlemin tesis edilmesini talep etmesi halinde idare işlemi reddeder ve ret işlemi iptal davasına konu edilirse mahkeme, yetki ve şekil sakatlıkları bulunması hali hariç işlemi iptal etmeyecektir. Zira işlemin sebep unsuru meydana gelmemiş olduğu için ilginin bu işlemin tesis edilmesine yönelik bir hakkı da doğmamış demektir. Bu durumun doğal sonucu olarak işlemin tesis edilmesine yönelik bir hakkı bulunmayan ilgilinin talebinin reddedilmesi hukuka aykırı olmayacaktır. Örnek olarak bağlı yetki ile düzenlenmiş bir ruhsatı almak için idareye müracaat eden ilgili, ruhsatı almak için gerekli olan şartları yerine getirmemişse ruhsat almaya yönelik bir hakkı bulunmamaktadır. Ancak ilgilinin, bu işlemin tesis edilmesinde menfaati olduğu konusunda şüphe de bulunmamaktadır. Zira söz konusu ruhsatı alarak belirli bir faaliyeti görme imkânının doğması ilgiliye mutlaka bir yarar sağlamaktadır. Benzer şekilde belirli bir statüye

girmek için idareye başvuran ilgili de buna ilişkin hiçbir şartı sağlamamış olsa bile bu statüye girmekte menfaati bulunduğunda şüphe bulunmamaktadır. Bu gibi durumlarda herhangi bir hakkı doğmadığı halde ilgilinin talepte bulunması ve talebinin reddedilmesi halinde iptal davalarındaki menfaat şartı nedeniyle davası usul bakımından kabul edilecek, fakat esas aşamasında davası reddedilecektir. Bu ise usul ekonomisi ilkesine aykırı bir durum meydana getirmektedir. Zira usul bakımından kabul edilebilirlik şartları, bir davanın mahkeme tarafından incelenmeye değer olup olmadığının tespit edilmesine yöneliktir ve esas bakımından kabul edilmesi mümkün olmayan taleplerin baştan reddedilmesini sağlamaktadır. Nitekim menfaat şartının da iptal davalarında ciddiyetin sağlanması ve mahkemelerin gereksiz meşgul edilmemesi amacını taşıdığı ifade edilmektedir⁷³. İptal davalarında menfaat şartı, idarenin müdahale niteliğindeki işlemlerinin hukuka uygunluğunun denetlenmesi ve idarenin objektif hukuka uygunluğunun sağlanması bakımından hukuk devleti bağlamında etkili bir yöntem olmakla birlikte, ilgililerin lehlerine belirli işlemlerin tesis edilmesi taleplerinin reddedilmesine karşı açılan davalarda amaçlanan bu etkiyi yeteri kadar sağlamadığı söylenebilir. Zira idarenin re'sen tesis ettiği müdahale niteliğindeki işlemlerle ilgililerin lehlerine işlem tesis edilmesini talep ettikleri durumlar arasında bir ayrıma gidilmemesi halinde, davacının yerine getirilmesini talep ettiği bir hakkına dayanması gereken, aksi halde esas bakımından kabul edilmesi mümkün olmayan taleplerin menfaat süzgecinden geçmesi mümkün hale gelmektedir. Açıklamaya çalışılan durumda da olduğu gibi esas bakımından kabul edilmesi baştan mümkün olmayan bir talebin, ilk incelemede aranan menfaat şartının sağladığı geniş imkân nedeniyle, reddedileceği baştan belli olduğu halde esas bakımından inceleme aşamasında da incelemeye alınması sonucunu doğurmaktadır.

⁷³ Onar, **a.g.e.**, s. 1781; Lütfi Duran, “İdari İptal Davası Olağan ve Genel Bir Başvuru Yoludur”, **İnsan Hakları Yıllığı**, C. 19-20, Y. 1997-1998, s. 190; Sarıca, **a.g.e.**, s. 43, 44; Nuri Alan, “İptal Davalarının Ön ve Esastan Kabul Şartları”, **Danıştay Dergisi**, Sayı: 50-51, 1983, s. 30; Azrak, **İptal Davalarının Objektif Niteliği**, s. 151, 152; Gözübüyük/Tan, **a.g.e.**, s. 325; Akman Akyürek, “Danıştay Kararlarında İptal Davalarının Menfaat İhlali Koşulunun Kişisellik Unsuru”, **Danıştay Dergisi**, S. 81, 1991, s. 30; Tan, **a.g.e.**, s. 814; Yücesoy, **a.g.e.**, s. 37; Gündüz, **a.g.e.**, s. 93; Gürsel Kaplan, “İdari Yargıda Ehliyet ve Husumet Sorunu Üzerine Düşünceler”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı: 2008/2, s. 26; Coşkun, **a.g.m.**, s. 142, 143; Bu konuya ilişkin güncel Danıştay kararları için bkz. Danıştay İDDGK, E. 2015/3251, K. 2015/3205, T. 05.10.2015; Danıştay 6. D., E. 2010/12920, K. 2011/2120, T. 08.06.2011; Danıştay 8. D., E. 2010/8496, T. 12.01.2011; Danıştay 8. D., E. 2010/2, T. 27.01.2010; Danıştay İDDGK, E. 2009/1005, T. 10.12.2009; Danıştay İDDGK, E. 2008/860, K. 2009/2836, T. 10.12.2009 (Kazancı).

Elbette ilgilinin, idareden lehine bir işlem tesis etmesi talebinde bulunması ve bu talebin reddedilmesi karşısında açılan davalarda sübjektif ehliyet bakımından hak ihlali şartının arandığı bir ihtimalde de davacının maddi hukuk bakımından bir hakkının mevcut olup olmadığı değerlendirmesinin, genel kurala uygun olarak esas incelemesi aşamasında yapılması gerekmektedir. İlk inceleme aşamasında yapılacak incelemenin ise usuli ve şekli bir inceleme ile sınırlı kalması gerekmektedir. Nitekim yukarıda da izah edildiği üzere yükümlülük davasında bu inceleme esas incelemesinde aranacak maddi şartlar dikkate alınmaksızın, davacının ihlal edildiğini iddia ettiği hakkının bulunmasının, ilk incelemede sunulan bilgi ve belgeler ışığında imkânsız olup olmadığı esasına göre yapılmaktadır⁷⁴.

Diğer ihtimal ise ilgilinin belirli şartları yerine getirmesi halinde idarenin talep edilen işlemi tesis edip etmemek konusunda takdir yetkisi bulunmasıdır. Bu, işlemin konu unsurundaki takdir yetkisini ifade etmektedir. İşlemin sebep unsurunu sağlayan ilgilinin, talep ettiği işlemin tesis edilmesine yönelik doğrudan bir hakkı doğmamaktadır. Fakat idarenin takdir yetkisini kullanmasını tetikleme işlevi gören bir talep hakkı doğmaktadır. Alman hukukunda bu, yukarıda açıklandığı üzere *takdir yetkisinin hatasız kullanılmasına yönelik talep hakkı* olarak ifade edilmektedir. Bu tür bir durumda idarenin, ilgilinin talebini mutlaka dikkate alarak takdir yetkisi bakımından kanunen çizilmiş sınırlar kapsamında bir değerlendirme yapması ve talebi cevaplaması gerekmektedir. Hukukumuz bakımından düşünüldüğünde idarenin, takdir yetkisi kapsamında yaptığı değerlendirme sonucunda talebi reddetmesi halinde ret işlemi iptal davasına konu edilebilir. Burada da ilgilinin talebinin yerine getirilmesinde bir menfaatinin bulunduğu konusunda şüphe bulunmamakla birlikte, yukarıda yapılan açıklamaya uygun olarak davada sübjektif ehliyet değerlendirmesinde menfaat şartının değil, ilgilinin idarenin takdirini kullanarak bir karar vermesine yönelik talepte bulunma hakkının bulunup bulunmadığının esas alınması kanaatimizce daha doğru olacaktır. Bu hak, takdir yetkisini kullanması için “*idareyi harekete geçirme hakkı*” gibi düşünülebilir. Zira ifade edildiği gibi belirli bir işlemin tesis edilmesi konusunda menfaati bulunan herkesin bu tür taleplerde bulunarak talebin reddedilmesi halinde dava açmasının ve

⁷⁴ Bkz. İkinci Bölüm, IV, A, 3, b.

bu davanın esas bakımından incelenme aşamasına kadar sürdürülebilmesi imkânının tanınması, usul ekonomisi ilkesi bakımından sakıncalı sonuçlar doğurmaktadır. Menfaat şartının aranmasının yerine, bir sübjektif hak olan idarenin takdir yetkisini kullanmasını sağlamaya yönelik hakkının bulunup bulunmadığının aranması bu sakıncaları gidermek bakımından daha etkili olabilir.

İdarenin takdir yetkisinin sebep unsurunda olduğu durumlarda ise farklı bir değerlendirme yapmak gerekir. Özellikle konu ile sebep unsurundaki takdir yetkisinin Alman hukukunda ele alınış biçiminin hukukumuzdakinden farklı olduğu dikkate alındığında bu değerlendirmenin hukukumuzun özelliklerine uygun olarak yapılması gerekmektedir. Sebep unsurunda takdir yetkisi, işlemin sebebinin gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin değerlendirmenin idare tarafından yapılması gerekliliğini ifade etmektedir. Dolayısıyla ilgilinin bir hakkının doğup doğmadığının tespiti, idarenin takdir yetkisini ne yönde kullanacağına bağlıdır. Bu durumda idarenin sebep unsurundaki takdir yetkisinin hukuka uygun kullanılıp kullanılmadığının yargı yerleri tarafından denetlenebiliyor olması gerekir. Zira buradaki tartışma bir hakkın bulunup bulunmadığı; başka bir ifadeyle, hakkın dayanağı olan sebep unsuruna ilişkin yapılacak değerlenmenin hukuka uygunluğuyla ilgili bir tartışmadır. Burada da aynı şekilde ilgilinin, idarenin sebep unsurundaki takdir yetkisini hatasız kullanmasına yönelik bir talep hakkı bulunduğunun kabulü gerekir. Zira ilgilinin doğrudan bir sübjektif hakkı bulunmasa da idarenin sebep unsurundaki takdir yetkisini hukuka uygun şekilde kullanarak bir karar vermesi gerekmektedir. Dolayısıyla ilgilinin sübjektif bir hakkının bulunmayışı ve sübjektif ehliyet şartı olarak hak ihlalinin aranıyor oluşu davanın reddi sebebi teşkil etmemeli, idarenin sebep unsurundaki takdir yetkisinin hukuka uygunluğu esas incelemesine tabi tutulmalıdır. Bu bakımdan Alman idari yargılama hukukunda ileri sürülen *ihhtimal teorisi* etkili bir çözüm sunmaktadır. Yukarıda yer verildiği üzere, bu teori ile ilk inceleme aşamasında, sübjektif hakkının ihlal edilmiş olması şartını sağlaması imkânsız olan talepler baştan reddedilmekte, diğer talepler ise esas incelemesi aşamasına taşınmaktadır.

Netice itibariyle, sübjektif ehliyet bakımından idarenin re'sen tesis ettiği işlemler ile ilgililer tarafından talep edilen işlemler arasında bir fark gözetilmesi;

re'sen tesis edilen müdahale niteliğindeki işlemlerin yargısal denetimi bakımından menfaat şartı aranırken ilgililerin işlem tesis edilmesi taleplerinin reddedilmesi işlemlerinin yargısal denetimi bakımından hak ihlali şartının aranması, usul ekonomisi, mahkemelerin iş yükünün azaltılması ve daha etkili bir yargısal denetim sağlanması bakımından uygun bir çözüm olarak gözükmektedir.

3. Esas İncelemesi Bakımından

Esas bakımından yapılan incelemede iptal davası ile yükümlülük davası arasında büyük farklılık bulunmaktadır. Öncelikle yükümlülük davasında yapılan denetim, ret işlemine yönelik bir hukuka uygunluk denetimi değildir. Yükümlülük davasında davacının talep ettiği idari işlemin tesis edilmesine yönelik subjektif bir hakkının bulunup bulunmadığı araştırılır. Davacının böyle bir hakkı bulunuyorsa, talep ettiği işlemin tesis edilmesi gerektiğine hükmedilir. Elbette davacının böyle bir hakkının bulunmasına rağmen talebinin reddedilmiş olması, doğal olarak ret işleminin hukuka aykırı olduğunu da ortaya koymaktadır. Bu durumda ret işleminin de iptal edilmesi gerekmektedir. Nitekim mahkeme vereceği eda hükmünün yanında ret işleminin iptaline de hükmeder. Ancak davacının idareden tesis edilmesini talep ettiği işleme yönelik subjektif bir hakkının bulunup bulunmadığı talep tarihindeki ya da ret işleminin tesis edildiği tarihteki duruma göre değil, davada karar aşamasındaki duruma göre belirlenmektedir. Buna ilişkin geçmişe yönelik bir değerlendirme ya da bir tespit mahkeme tarafından re'sen yapılmamaktadır. Dolayısıyla ret işleminin geçmişe dönük olarak iptal edilmesi mümkün olmamaktadır. Bu nedenle yükümlülük davasında ret işlemi, mahkeme kararının verildiği tarihten itibaren etkili olacak şekilde iptal edilir. Ret işleminin tesis edildiği tarihten iptal kararının verildiği tarihe kadar geçen sürede işlemin hukuka aykırı olmasından ötürü meydana gelen zararların tazmini talep etmek isteyen davacının, ret işleminin hukuka aykırılığının geçmişe yönelik olarak tespit edilmesini ayrıca talep etmesi gerekir.

Hukukumuzda iptal davasında ise davacının talep ettiği işlemin tesis edilmesine yönelik bir hakkının bulunup bulunmadığı ayrıca dikkate alınan bir husus değildir. Ret işleminin tesis edildiği tarihte, yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurları yönünden hukuka uygun olup olmadığı incelenmektedir. Bu, objektif hukuka uygunluk denetimidir. Elbette davacının, talep ettiği işlemin tesis edilmesine

yönelik bir hakkı bulunuyorsa ve buna rağmen talebi reddedilmişse şüphesiz tesis edilen ret işlemi sakat olacak ve iptal davasında bu sakatlık dikkate alınacaktır. Ancak ifade edildiği gibi yükümlülük davasının aksine davacının sübjektif hakkının mevcudiyeti, işlemin unsurları incelemesi dışında müstakil bir incelemeye konu olmamaktadır⁷⁵.

Davada kararın verildiği tarihte hukuki durumda bir değişiklik meydana gelip gelmediği ise iptal davasında mahkeme tarafından dikkate alınmamaktadır. Mahkeme ret işleminin tesis edildiği tarihteki hukuki duruma göre işlemi inceleyerek davanın kabulüne ya da reddine karar vermektedir⁷⁶. Genel kural bu olmakla birlikte bazı durumlarda istisnai olarak dava devam ederken değişen hukuki duruma göre karar verilmesi de söz konusu olabilmektedir. Bu durumlara ilişkin en belirgin örnekler imar hukukuna, disiplin hukukuna ve idari yaptırımlara ilişkin Danıştay kararlarında görülmektedir. Danıştay'ın, kamulaştırma davalarında sonradan yürürlüğe giren imar planının hukuka aykırı işleme meşru bir dayanak teşkil etmesi halinde yeni duruma göre karar verilmesi gerektiğine dair kararları bulunmaktadır⁷⁷. Disiplin hukuku ve idari yaptırımlarla ilgili olarak da davanın devamı sırasında meydana gelen mevzuat değişiklikleri davacının lehine ise, ceza hukukunda yer alan lehe olan hükmü uygulama ilkesinin kıyasen uygulanması suretiyle yeni mevzuata göre karar verilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁷⁸. Ancak ifade edildiği üzere genel kural yargısal denetimin, işlemin tesis edildiği tarihteki hukuki duruma göre yapılmasıdır⁷⁹.

Hukuki durumun değişmesi, mevzuatta değişiklikler meydana gelmesi nedeniyle olabileceği gibi davacının durumunda meydana gelen değişiklikler

⁷⁵ Onar, **a.g.e.**, s. 1170.

⁷⁶ Çağlayan, **İdari Yargı Kararlarının**, s. 133; Uler, **a.g.e.**, s. 34; Çağlayan, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 240; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 182; Kaplan, **a.g.e.**, s. 196; Ödeş, **a.g.m.**, s. 45; Yargısal denetimin, işlemin tesis edildiği tarihteki hukuki duruma göre yapıldığının açıkça ifade edildiği Danıştay kararları için bkz. Danıştay 5. D., E. 2016/17723, K. 2018/18645, T. 20.12.2018; Danıştay 5. D., E. 2016/18254, K. 2018/18210, T. 10.12.2018. (Kazancı)

⁷⁷ Danıştay, 6. D., E. 2016/12964, K. 2019/519, T. 11.02.2019; Danıştay, 6. D., E. 2011/6568, K. 2013/593, T. 02.02.2013; Danıştay, 6. D., E. 2010/7610, K. 2013/652, T. 1.02.2013; Danıştay, 6. D., E. 201012304, K. 2013/653, T. 11.02.2013; Danıştay, 6. D., E. 2011/4759, K. 2012/1260, T. 26.03.2012. (Kazancı)

⁷⁸ Danıştay 5. D., E. 2016/17723, K. 2018/18645, T. 20.12.2018; Danıştay 5. D., E. 2016/18254, K. 2018/18210, T. 10.12.2018; Danıştay, 15. D., E. 2013/9424, K. 2018/6354, T. 19.09.2018. (Kazancı)

⁷⁹ Davanın konusuz kalması kararları da bu kurala bir istisna olarak kabul edilebilir nitelikte olmakla birlikte bu kararlar ayrı bir durum olarak kabul edilmiş ve burada yer verilmemiştir.

nedeniyle de olabilir. İlgilinin, idarenin tesis etmek konusunda takdir yetkisinin bulunmadığı bir işlemin tesis edilmesi için talepte bulunduğu ve talebinin reddedildiği tarihlerde gerekli tüm şartları sağlamasına rağmen davada kararın verildiği tarihte bu şartları kaybetmiş olması durumu buna örnek olarak gösterilebilir. Bu durumda mahkeme ret işleminin tesis edildiği tarihteki duruma göre bir karar verecektir. Buna göre ret işleminin iptal edilmesi gerekecektir. Kararı uygulamakla yükümlü olan idarenin tutumunun ne olacağı bakımından ise iki farklı düşünce gündeme gelebilir. İdare, kararın icaplarının ne olduğuna ilişkin yorumlaması neticesinde iptal kararının, somut olayda işlem bağlı yetki ile düzenlenmiş de olsa hukuki durumda meydana gelen değişiklik nedeniyle önceki işlemin aksine bir işlem tesis etme zorunluluğu doğmadığı sonucuna ulaşarak davacının talep ettiği işlemi tesis etmeyebilir⁸⁰. Yahut idarenin yeni duruma göre hukuka aykırı bir işlem tesis etmemek adına *kararın uygulanmasında hukuki imkânsızlık* gerekçesiyle bu kararı uygulamaması söz konusu olabilir⁸¹. Elbette yeni durumda ilgilinin talep ettiği işleme yönelik hakkını yitirmiş olması, ilk ret işlemini meşru hale getirmeyecektir. Bu durumda, hukuki durum değişene kadar geçen sürede talebin reddedilmesinin hukuka aykırı olmasından kaynaklanan zararların tazmininin gündeme gelmesi gerekir⁸².

Karar tarihinde hukuki durumda değişiklikler meydana gelmiş olması sonucunda, kararların uygulanması bakımından bazı aksaklıkların ortaya çıkacağı açıktır. Zira yukarıda ifade edildiği gibi, kararın nasıl uygulanacağı konusunda idare bir yorum yapmak zorundadır. Mahkemenin idareye hangi işlemi tesis edeceğini ya da nasıl işlem tesis etmesi gerektiğini göstermesi hukukumuzda kabul edilmemektedir. Böyle bir durumda idare, bir taraftan mahkeme tarafından verilmiş ve bağlayıcı nitelikteki iptal kararını uygulamakla yükümlü iken, bir taraftan bu kararı, iptal edilen işlemin aksine işlem tesis etmek suretiyle uygulayarak yeni

⁸⁰ Uler, **a.g.e.**, s. 102; Pınar, **a.g.m.**, s. 103; İptal kararının ardından yeniden inceleme yapılması gerekiyorsa yeni kararın alındığı tarihteki fiili ve hukuki durumun dikkate alınması gerektiği hakkında bkz. Gözübüyük/Tan, **a.g.e.**, s. 556.

⁸¹ Çağlayan, **İdari Yargı Kararlarının**, s. 197; Yıldırım v.d., **a.g.e.**, s. 808; Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 259; Altay, **a.g.e.**, s. 196; Güçlü, **a.g.e.**, s. 132; Kaya, **İdari Yargı Kararlarının**, s. 63; İşlemin hukuksal ya da maddi dayanağının değişmesi halinde işlemin yenilebileceği konusunda bkz. Uler, **a.g.e.**, s. 88, 89.

⁸² Çağlayan, **İdari Yargı Kararlarının**, s. 196; Uler, **a.g.e.**, s. 100; Yıldırım v.d., **a.g.e.**, s. 808; Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 259; Kaplan, **a.g.e.**, s. 455; Güçlü, **a.g.e.**, s. 132; Çağlayan, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 245; Kaya, **İdari Yargı Kararlarının**, s. 71; Pınar, **a.g.m.**, s. 103.

hukuki duruma göre hukuka aykırı bir işlem yapmak zorunda kalmak şeklinde bir çelişkiye düşebilir. Yukarıda ifade edildiği gibi idarenin ya *kararın icabı gereği kararı uygulamaması* ve iptal edilen ret işlemini yenilemesi gerekecek ya da hukuki imkânsızlık gerekçesiyle kararı uygulamayacaktır. İdarenin bu değerlendirmeyi yapacak hukuki bilgi ve yeterliliğe her durumda sahip olup olamayacağı hususu bir tartışma konusu olmakla birlikte; bu değerlendirmeyi doğru bir şekilde yapması halinde de sonuçtan memnun olmayan davacının idarenin kararı uygulamamasına yönelik başvuru yollarına gitmesi ya da yeniden bir iptal davası açmak suretiyle uyuşmazlığı tekrar yargı organı önüne taşıması söz konusu olabilir. **Bu durum ise uyuşmazlıkların çözülmesinin çok uzun sürmesi, hukuki belirsizliklerin yaşanması ve yargı organlarının gereksiz meşgul edilmeleri gibi bazı sakıncalar doğurabilir.** Kaldı ki yeniden iptal davası açılması halinde de mahkemenin işlemi tesis edildiği tarihteki hukuki duruma göre inceleyecek olması nedeniyle, karar tarihinde hukuki durumun yeniden değişmesi halinde bir kısır döngüye girilmesi ihtimali de gündeme gelebilir.

Elbette bu durumu idarenin ilgililerin hak ve menfaatlerini kısıtlayan işlemlerine; başka bir ifadeyle, müdahaleci idare işlevine yönelik olarak tasarlanmış bulunan iptal davalarının objektif hukuka uygunluk denetimi sağlama amacıyla birlikte değerlendirmek gerekir. Müdahaleci idareye yönelik yargısal denetim bakımından yerleşmiş bulunan denetim sistematığı, bu alanda soruna yol açmazken hizmet edici idareye yönelik yargısal denetim bakımından bu tür belirsizliklere ve tartışmalara yol açması mümkün hale gelmektedir. Bu nedenle hizmet edici idareye yönelik yargısal denetim ile müdahaleci idareye yönelik denetim arasında ayrıma gidilmesi faydalı gözükmemektedir. Bu bağlamda hak sahibi ilgilinin idareden lehine bir işlem tesis edilmesini talep ettiği, idarenin bu talebi reddettiği ve buna karşı yargı yoluna başvurulduğu durumlarda kararın verildiği tarihteki hukuki durum esas alınarak bir karar verilmesi bu tür belirsizliklerin ortadan kalkması, kararların uygulanması ve davacı ile idare arasında yeni uyuşmazlıklar yaşanmasının önlenmesi bakımından daha isabetli olacaktır.

4. Davada Verilen Hüküm Türleri Bakımından

İptal davası ve yükümlülük davasının kabul edilmeleri halinde verilen hükümlerin türlerinin farklı olması ise sağlanan hukuki korumanın niteliği ve yeterliliği bakımından büyük önem arz etmektedir. Davanın kabul edilmesi halinde iptal davasında kurucu bir hüküm verilirken yükümlülük davasında bir eda hükmü verilmektedir. Burada özellikle vurgulanması gerekir ki, mahkemenin bir eda hükmü vermesi idarenin yerine geçerek işlem tesis etmek; başka bir ifadeyle, idari işlem niteliğinde karar vermek anlamına gelmemektedir. İdarenin bu hükmü uygulayarak söz konusu işlemleri bizzat tesis etmesi gerekmektedir. Bunun yapılmaması halinde ise yargı kararlarını uygulamamasına ilişkin düzenlemelere başvurulması gerekmektedir.

Hukukumuzda iptal kararı neticesinde idarenin, ret işleminin iptal edilmesinin ne anlama geldiğini yorumlayarak icaplarının ne olduğunu belirlemesi ve buna göre harekete geçmesi gerekmektedir. İdareden başta talep edilen işlem bağlı yetki ile düzenlenmiş ve tüm şartları yerine getirilmiş olsa dahi mahkemenin, idarenin bu işlemi tesis etmesi yönünde doğrudan bir karar vermesi mümkün değildir. Yükümlülük davasında ise mahkeme bir eda hükmü vermekte ve belirli bir işlemin tesis edilmesinin zorunlu olduğu durumlarda bu işlemi açıkça göstererek idareye bu işlemi tesis etmesini emretmektedir. İdarenin işlemi tesis etmek ya da etmemek konusunda takdir yetkisinin bulunduğu durumlarda ise mahkeme, ret işlemi tesis edilirken hukuka aykırılığa yol açan hususlar ile takdir yetkisi kullanılırken dikkate alınması gereken hususları kararın gerekçesinde göstermek suretiyle takdirini yeniden kullanmasını ve hukuka uygun yeni bir işlem tesis etmesini emreden bir karar vermektedir. Yükümlülük davasında verilen her iki hüküm türü de eda hükmü niteliğindedir. Buna karşılık iptal davasında mahkemenin, idarenin belirli bir işlem tesis etmesine ya da takdir yetkisi bulunan hallerde takdirini ne şekilde kullanması gerektiğine yönelik bir hüküm tesis etmesi veya idareye kararların uygulanmasına yönelik bir emir vermesi mümkün değildir.

Yükümlülük davasında bir eda hükmü verilmesinin en önemli sonucu kararların uygulanmasında, kararın icaplarının ne olduğuna ilişkin yorumlamanın, davalı sıfatıyla uyuşmazlığın tarafı olan idareye bırakılmaması ve kararların

uygulanması bakımından ortaya çıkabilecek belirsizliklerin ortadan kaldırılmasıdır. Zira idarenin tesis etmekle kesin olarak yükümlü olduğu bir işlem söz konusuysa mahkeme, bu işlemin tesis edilmesi gerektiğine ilişkin yorumlamayı idareye bırakmaksızın bu işlemi idareye doğrudan göstermektedir. İdarenin takdir yetkisi bulunan hususlar bakımından ise *hukuki mütalaasını* ortaya koyarak; başka bir ifadeyle, takdir yetkisinin hukuka uygun kullanılmış olması için riayet edilmesi gereken sınırları ve dikkate alınması gereken hususları göstererek bu yetkinin ne şekilde kullanılması gerektiğini ortaya koymaktadır. Hukuka uygunluk denetimi olarak ifade edilen kavramdan anlaşılması gereken de tam olarak budur. Bu şekilde idari yargının varlık amacının gerçekleştirilmesini sağlamak mümkündür. Zira yukarıda ifade edildiği gibi idarenin işlem tesis etme yetkisi kanunla⁸³ belirlenmektedir ve bağlı yetki ile düzenlenmiş hallerde idarenin hukuka uygun davranmış olması doğrudan, müşahhas bir işlemi tesis etmesine bağlıdır. Takdir yetkisi ise sınırsız bir yetki olmayıp idare, bu yetkinin kanuni sınırlarına ve amacına uygun karar vermek zorundadır. Mahkemenin yükümlülük davasında yaptığı faaliyet ise ilgililerin idareden birtakım taleplerde bulunmaları karşısında idare tarafından kanuni düzenlemelerin uygulanmasını sağlamak ve bu düzenlemelerin çizdiği sınırları idareye göstermektir. Nitekim idari yargı yerlerinin amaçlarından birisi de budur⁸⁴. Bir başka ifadeyle yargı organı hukukun ne olduğunu göstermekten başka bir şey yapmamaktadır. Daha önce de yer verdiğimiz üzere, bu sınırın ötesine geçilmesi ise yerindelik denetimi anlamına gelir ve kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı bir durumda meydana gelmesine neden olur⁸⁵. Bu durumda yargı organının idareye hangi işlemleri tesis etmesi gerektiğini ya da takdir yetkisi bulunan hallerde takdir yetkisini yeniden kullanarak hukuka uygun bir işlem tesis etmesi gerektiğini doğrudan ifade etmesi; başka bir ifadeyle, bu konuda bir emir veya bir eda hükmü vermesi yargısal denetimin doğal ve zorunlu bir unsurudur⁸⁶. Özellikle yargı kararlarının uygulanmasında etkinliğin artırılması bakımından, kararın

⁸³ Ya da yeni sistemimizde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile.

⁸⁴ Atay, **a.g.m.**, s. 136; Mahkeme kararları ile hukuksal gerçekliklerin ortaya konulduğuna ilişkin bkz. Uler, **a.g.e.**, s. 80; Yaşar, **a.g.e.**, s. 126, 127.

⁸⁵ Güran, **İdari Yargı Denetiminin Kapsamı**, s. 60; Atay, **a.g.m.**, s. 142; Arat Özkaya, **a.g.e.**, s. 134.

⁸⁶ Duran, **İdari İşlem Niteliğinde**, s. 13; Çağlayan, **İdari Yargı Kararlarının**, s. 278.; Uler, **a.g.e.**, s. 115; Aydar, **a.g.e.**, s. 136; Mahkemenin yol gösterici karar verme zorunluluğu bakımından bkz. Yıldırım, **a.g.m.**, s. 7; Yaşar, **a.g.e.**, s. 178.

uygulanmasının çoğu zaman uyumsuzluğun tarafı olan idareye bırakıldığı göz önüne alındığında, idarenin mahkeme kararlarını uygulamak konusunda yorum imkânının ve hareket alanının –takdir yetkisini sınırlandıracak nitelikte karar verme ve yerindelik denetimi yapma yasakları dikkate alınmak kaydıyla- *mümkün olduğunca* kısıtlanması gerektiği açıkça anlaşılmaktadır⁸⁷. Bu noktada tekrar vurgulanması gerekir ki, yargı organının, idarenin *hukuka uygun davranmış olmak için* yapması gerekenlerin ne olduğunu göstermesi kuvvetler ayrılığı ilkesiyle çelişmemekte⁸⁸, aksine bu ilkenin özünü teşkil eden denge ve fren mekanizmasını güvence altına almaktadır.

D. Yükümlülük Davasının Türk Hukukunda Uygulanabilirliği

Bu aşamaya kadar yükümlülük davasının özellikleri, yükümlülük davasının karşıladığı işlev ve bu işlevin hukukumuzda karşılanması bağlamında göze çarpan farklılıklar ve eksiklikler gösterilmeye çalışılmıştır. Bu başlık altında ise yükümlülük davasının Türk hukukuna dahil edilmesinin mümkün olup olmadığına ilişkin bir değerlendirme yapılacaktır.

Yukarıda da ifade edildiği gibi Anayasamız m. 125’de “*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.*” hükmü yer almaktadır. Bu hüküm, klasik anlamda düşünüldüğünde idarenin bireylerin haklarına ve menfaatlerine karşı sınırlamalarına karşı yargısal korunma mekanizmalarının bulunmasını zorunlu kılarken, bugünkü anlamda düşünüldüğünde aynı zamanda idarenin bireylere karşı yükümlülüklerini yerine getirmediği durumlarda da bireylerin korunmasını sağlayacak yargısal mekanizmaların bulunmasını zorunlu kılmaktadır. Bu, yukarıda ifade edildiği üzere yargısal korumanın “*eksiksiz*” olması zorunluluğunun bir sonucudur. Özellikle hukukumuzda, Federal Alman Anayasası m. 19/4 c. 2’de bulunan, idari yargının alanına gireceğine dair bir düzenleme bulunmayan uyumsuzluklar bakımından adli yargı yolunun açık olması gibi tamamlayıcı bir düzenlemenin bulunmadığı dikkate alındığında, eksiksiz yargısal koruma şartının

⁸⁷ Uler, **a.g.e.**, s. 152; Yargı kararlarının “*içinin boşaltılmasının*” önüne geçilmesi gereği hakkında bkz. Yaşar, **a.g.e.**, s. 128.

⁸⁸ Atay, **a.g.m.**, s. 143; Aydar, **a.g.e.**, s. 136; İdarenin, yeni işlemler tesis edilmesini gerektiren mahkeme kararlarına uymak zorunda olmasının kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırılık teşkil etmediği konusunda bkz. Oğan, **a.g.m.**, s. 59; Yargı organının idareyi ödevlerini yerine getirmek konusunda zorlama yetkisinin mevcudiyeti konusunda bkz. Uler, **a.g.e.**, s. 83, 115 vd.

sağlanabilmesi için kanun koyucunun mevcut yargısal mekanizmaları daha etkin bir hukuk mühendisliği ile geliştirmesi, çeşitlendirmesi ve bu amaçla yeniden ele alıp düzenlemesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

“İdarenin her türlü eylem ve işlemleri” ifadesinden elbette yalnızca idarenin olumlu işlem ve eylemleri değil, olumsuz işlem ve eylemsizliklerinin de anlaşılması gerektiği bilinmektedir. Buna göre Anayasamızca güvence altına alınan yargısal koruma ilkesi, idarenin yükümlülüklerini yerine getirmediği durumlar bakımından da geçerlidir. Nitekim buna yönelik olarak İYUK m. 10 düzenlemesiyle idarenin bireylerin idari işlem tesis edilmesi taleplerinin reddedilmesi halinde dava açma imkânı ve zımni ret müessesesi getirilmiştir. Bununla birlikte yargısal korumanın *eksiksiz ve etkili* olması şartı, yalnızca her türlü yargısal korumanın sağlanacağına dair birtakım şekli düzenlemelerin bulunmasıyla değil, yargısal koruma mekanizmalarının amaçlarını ve işlevlerini etkili biçimde karşılayabilmeleri ile sağlanabilir. Buna bağlı olarak İYUK m. 10 düzenlemesinde her ne kadar idarenin, işlem tesis edilmesi taleplerine olumsuz yanıt vermesi ya da bu talepler karşısında hareketsiz kalması sonucunda dava yolunun düzenlenmiş olması olumlu olsa da dava türü olarak iptal davasının uygulanmasının zorunlu olması yargısal korumanın etkinliğini gerekli ölçüde sağlayamamaktadır. Bu husus, yukarıda yapılan açıklamalarla birlikte ele alındığında idarenin, bireylerin sübjektif kamusal haklarını yerine getirmekle yükümlü olduğu durumlarda bunu reddetmesi ya da talepler karşısında hareketsiz kalması halinde uyuşmazlığın türüne uygun bir dava türünün idari yargılama sisteminde yer alması gerektiği görülmektedir.

Yükümlülük davasının Türk Anayasası’na uygunluğu bakımından değerlendirilmesi gereken bir diğer husus, Anayasamızın 125/3 hükmüdür. Bu hüküm, *“Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez.”* şeklindedir. İlk olarak, yukarıda yapılan açıklamalar dikkate alındığında rahatlıkla ifade edilebilir ki, yükümlülük davasıyla yapılan denetimde, yerindelik denetimi ve idarenin takdir yetkisi bakımından gösterilen hassasiyet ile

iptal davası arasında bir fark bulunmamaktadır. Zira her iki dava türünde de mahkemenin yetkisinin hukuka uygunluk denetimi ile sınırlı olduğu, idarenin takdir yetkisini sınırlandıracak nitelikte ya da yerindelik denetimi anlamına gelecek bir karar verilmesinin mümkün olmadığı açıkça ifade edilmektedir. Nitekim Alman idari yargılama hukukunda iptal davasında idarenin takdir yetkisinin bulunduğu durumlarda mahkemenin denetimini sınırladılan AİMK m. 114 hükmü ve bu hükmün ihtiva ettiği ilkeler, yükümlülük davasında da aynen uygulanmaktadır. “*Karar hükmü*” olarak ifade ettiğimiz hüküm türü, yükümlülük davasında idarenin takdir yetkisinin gözetildiğinin ve takdir alanının korunduğunun açık göstergesidir.

İkinci olarak “*idari eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilemez*” kuralının yükümlülük davasıyla ihlal edildiğini söylemek de doğru ve yerinde olmaz. Zira bu kural, “*yerine geçme yasağı*” olarak ifade edilmekte ve yargı organının idare adına irade kullanarak idari işlemler tesis etmesi veya eylemlerde bulunmasını ifade etmektedir. Mesele, yükümlülük davasının konusunu teşkil eden idari işlemler bakımından ele alınacak olursa; yukarıda da tekrar tekrar ifade edildiği üzere **yükümlülük davasında mahkeme, idarenin yerine geçerek bir işlem tesis etmemektedir. Mahkeme, bir eda hükmü vermek suretiyle idareyi bir işlem tesis etmeye zorlamaktadır.** “*Yerine geçme yasağı*” kuvvetler ayrılığı ilkesinin önemli bir sonucudur ve Anayasamızda güvence altına alınmıştır. Ancak buna ilişkin düzenlemelerin, idari yargı yerlerinin idareyi bir işlem tesis etmeye zorlayıcı nitelikte karar vermesini de olanaksız hale getirecek şekilde yorumlanmasını kabul etmemek gerekir. Zira yargı denetiminin amacı hukukun dışına çıkmış olan idareyi, tekrar hukuk alanına sokmaktır. Bu amacın gerçekleşmesi ise hukuka uygun davranışın ne olduğunu, yeri geldiğinde doğrudan tesis edilmesi gereken işlemi göstermekle ve idareye bunu emretmekle olur. Kanaatimizce, bu durumun yargı vesayeti olarak değerlendirilmesi isabetsizdir. Zira burada yargı organı, hukukun ne olduğunu göstermekten başka bir şey yapmamakta, idarenin takdir yetkisi bulunan durumlarda takdir yetkisini sınırlandıracak nitelikte karar vermemektedir. **Tüm açıklamalar göstermektedir ki idari yargı yerlerinin bir eda hükmü vermek suretiyle bağlı yetki ile düzenlenmiş işlemleri doğrudan göstererek idareyi bu işlemleri tesis etmeye zorlamasında, idarenin takdir yetkisi bulunan durumlarda ise takdir**

yetkisini yeniden ve hukuka uygun olarak kullanarak yeni bir işlem tesis etmeye zorlamasında Anayasamız m. 125/3 hükmüne aykırılık bulunmamaktadır.

Yükümlülük davasının Türk hukukunda uygulanabilirliği konusu, anayasaaltı düzlemde ele alındığında ise öncelikle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda yer bulan tam yargı davası bakımından bir değerlendirme yapmak gerekir. Zira İYUK m. 2'de düzenleniş şekli itibariyle tam yargı davasının aslında yükümlülük davasının karşıladığı işlevleri karşılayabileceği şeklinde bir yorum yapılabilir. Nitekim yukarıda ifade edildiği üzere tam yargı davasını bir *“hakkın yerine getirilmesi davası”* olarak görmek mümkündür. Kaldı ki tam yargı davası sonucunda verilen hüküm de bir eda hükmüdür. Bununla birlikte tam yargı davası hem 2577 sayılı Kanun'un diğer maddelerinde parasal tazmin talebi içeren bir dava şeklinde düzenlenmiş olması hem de uygulanış şekli itibariyle bir tazminat davası olarak görülmektedir. Tam yargı davası ile davacı sübjektif kamusal bir hakkının yerine getirilmemesi nedeniyle meydana gelen zararını talep edebilmekte ancak bu hakkın doğrudan yerine getirilmesini sağlayacak bir idari işlem tesis edilmesini talep edememektedir. Bu nedenle yükümlülük davasının işlevlerinin Türk idari yargılama hukukunda karşılandığının söylenmesi mümkün değildir.

Yükümlülük davasının Türk hukukunda uygulanmasının önündeki tek engel, kanunda bu hususta bir düzenleme olmayışdır. Anayasamıza aykırı bir yönü bulunmayan bu dava türünün kanun ile düzenlenerek hukukumuzda dahil edilmesi mümkündür. Bunun için iki seçenek ortaya çıkmaktadır. 2577 sayılı Kanun'da hâlihazırda yer alan tam yargı davasına ilişkin hükümler yeniden düzenlenerek bu dava türünün, idari işlemler tesis edilmesine yönelik eda hükmü verilmesi imkânı tanıyan bir dava türü haline getirilmesi ilk seçenektir. İkinci seçenek ise uzun süredir hukukumuzda tazminat davası olarak uygulanmakta olan tam yargı davasının bu özelliğinin sürüdürülmesi ve 2577 sayılı Kanun'a yükümlülük davasına ilişkin hükümler eklenmesidir.

Kanaatimizce ikinci seçenek daha uygundur. Zira bu halde idare tarafından yerine getirilmeyen sübjektif kamusal hakların ne şekilde yerine getirileceğine ilişkin yargılama ile buna yönelik yargısal korumanın herhangi sebeplerle etkili şekilde sağlanamadığı durumlarda meydana gelen zararların tazminine ilişkin yargılama iki

ayrı dava türü ile yapılacaktır. Her iki talep birbirinden farklı niteliktedir. Alman hukukunda yapılan tasnife göre de hakkın yerine getirilmesi talebi birincil hukuki koruma, tazminat talebi ise ikincil hukuki koruma düzleminde yer almaktadır ve iki ayrı talep olarak ayrı mahkemelerde ileri sürülmeleri gerekmektedir. Aynı şekilde hukukumuzda da iptal davasına konu olan talepler ile tam yargı davasına konu olan talepler birbirinden farklı nitelikte olup, tek dilekçe ile ileri sürülmeleri mümkün olmakla birlikte bu, 2577 sayılı Kanun'un 12. maddesine göre iki davanın birlikte açılması niteliğindedir. Başka bir ifadeyle, bu bir terditli talep niteliğinde değildir. Nitekim idari yargılama hukukumuzda terditli talepte bulunulması mümkün değildir. Tam yargı davasının işlevinin genişletilmesi seçeneği bağlamında düşünüldüğünde, ilk ihtimalde davacının, hakkının yerine getirilmesini, bu mümkün değilse zararlarının tazmin edilmesini talep etmesi gerekecektir. Zira iki talep birbiriyle çelişmektedir ve aynı anda ileri sürülmeleri anlamsızdır. Bu nedenle bu tür bir talep, bir terditli taleptir ve idari yargılama hukukumuzda böyle bir talepte bulunulması mümkün değildir. Diğer ihtimalde ise davacı bir tam yargı davasıyla hakkının yerine getirilmesini talep edecek, bunun gerçekleşmemesi halinde ayrıca bir tam yargı davasıyla zararlarının tazminini talep etmesi gerekecektir. Dolayısıyla bu ihtimal, tam yargı davalarının da kendi içerisinde *“hakkın yerine getirilmesi tam yargı davası”* ve *“tazminat tam yargı davası”* şeklinde ikiye ayrılması zorunluluğunu doğuracaktır. Kanaatimizce bu seçenek, mevcut idari yargılama sistemimizde olumlu bir gelişme sağlanmaya çalışılırken karışıklıklara yol açma ihtimali barındırmaktadır. Bunun yanında, iki ayrı düzlemde yargısal koruma sağlayan hakkın yerine getirilmesi talepleri ile tazminat taleplerinin aynı dava türüyle karşılanmaya çalışılmasının da sistemsal anlamda isabetli olmayacağı düşüncesindeyiz.

Bu nedenle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanun'unun 2. maddesine *“İdareden bulundukları taleplerin reddedilmesi nedeniyle kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından, haklarının yerine getirilmesi talebiyle açılan yükümlülük davaları.”* şeklinde yapılacak bir ekleme ile idari yargılama hukukumuzda yükümlülük davasının kazandırılmasının faydalı olacağını düşünmekteyiz. Buna bağlı olarak tam yargı davasının da *“İdari eylem ve işlemlerden dolayı doğrudan zarara uğrayanlar tarafından zararlarının tazmin edilmesi amacıyla açılan tam*

yargı davaları” şeklinde yeniden düzenlenmesi uygun olacaktır. Bunun yanında kanunun 10. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesi “İlgililer altmış günün bittiği tarihten itibaren dava açma süresi içinde konusuna göre Danıştayda, idare ve vergi mahkemelerinde yükümlülük davası açabilirler.” şeklinde düzenlenmelidir. Bu iki düzenleme yükümlülük davasının idari yargılama hukukumuzda yer bulması açısından temel teşkil edecek nitelikte olmakla birlikte elbette bütüncül bir şekilde idari yargılama hukuku öğretimizin ve 2577 sayılı Kanun’un incelenmesi, yükümlülük davasının hukukumuza intibakının sorunsuz şekilde sağlanması için gerekli diğer düzenlemelerin yapılması gerekmektedir.

SONUÇ

Kanaatimize göre hukukumuzda iptal davası, özellikleri itibariyle etkili ve eksiksiz yargısal korumanın sağlanması bağlamında gerekli tüm işlevlerin yerine getirilmesi bakımından yetersiz kalmaktadır. Zira iptal davası, tarihsel açıdan bakıldığında, temel olarak idarenin bireylerin haklarını ve menfaatlerini zedelemesine karşı bir korunma yolu olarak tasarlanmış olup, idare hukuku bağlamında meydana gelen değişiklikler, idarenin kazandığı yeni işlevler ve idare-birey ilişkisine verilen yeni anlamlar karşısında hukukumuzda yeteri kadar güncelleşmemiştir. İptal davası, klasik manasıyla idarenin kendiliğinden harekete geçerek tesis ettiği işlemlerle bireylerin haklarını ve menfaatlerini ihlal ettiği durumlar bakımından etkili bir hukuki koruma sağlamakla birlikte, özellikle Alman hukukundaki ifadesiyle *hizmet edici idare* işlevinin karşılanmadığı durumlar bakımından sağladığı koruma yetersiz kalmaktadır.

Günümüzde öğretide yaygın olarak ifade edildiği gibi idare anlayışı ve buna bağlı olarak idare hukuku, zaman içerisinde değişiklik göstermiştir ve değişiklik göstermeye mutlaka devam edecektir. İdare, kamu hizmeti, kolluk, regülasyon, özendirme-destekleme gibi çeşitli faaliyetler göstermekte ve bu faaliyetler kapsamında pek çok işlevi yerine getirmektedir. Bu faaliyetler sürdürülürken idarenin, nitelikleri bakımından farklılık arz eden her bir davranışına karşı bireylerin haklarının korunması ve idarenin hukuka uygunluğunun sağlanması bakımından birincil hukuki koruma düzleminde yalnızca tek bir dava türünün yer alması bir eksikliktir. Zira muhtelif nitelikleri bulunan her bir uyuşmazlığın tek bir dava türüyle çözüme kavuşturulmasının mümkün olmadığı görülmektedir. Mevcut durumda hukukumuzda idarenin re'sen tesis ettiği ve çoğunluka ilgililerinin hak ve menfaatlerini zedeleyici nitelikte olan idari işlemlerin yargısal denetimi, amacına uygun olarak iptal davasıyla sağlanmakta ve idarenin hukuka uygunluğu objektif olarak denetlenmektedir. Tam yargı davasıyla ise idarenin işlem ve eylemlerinden kaynaklanan zararların tazmin edilmesi sağlanmaktadır. Bireylerin yerine getirilmeyen sübjektif kamusal haklarının yerine getirilmesine yönelik bir dava türü

ise bulunmamaktadır. İptal davasıyla olumsuz işlemlerin denetimi şeklinde bu işlev karşılanmaya çalışılsa da ifade edildiği gibi, idarenin hak ve menfaatleri kısıtlayıcı nitelikteki işlemlerine karşı yargısal koruma aracı olarak tasarlanmış olan iptal davası bu amacı karşılayamamaktadır.

İptal davasının yetersiz kalmasının tek nedeni, idari yargı yerlerinin idarelere işlem tesis etmesi konusunda emir vermesinin ya da eda hükmü niteliğinde bir hüküm vermesinin mümkün olmaması ve buna bağlı olarak yargı kararlarının idare tarafından uygulanması bakımından yaşanan güçlükler değildir. Bu zamana kadar bu husus öğretimizde yargı kararlarının uygulanması bağlamında tartışıl gelmiştir. Bu tartışmalar bağlamında iptal davasında verilen hükmün niteliği ve kararların uygulanması bakımından Fransız idari yargı sisteminde yer alan yargısal emir müessesesi incelenmiş ve önerilmiştir. Ancak yalnızca yargısal emir gibi bir imkânla idarenin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmesine yönelik olarak açılan iptal davalarının yetersizliğinin giderilmesi kanaatimizce mümkün değildir. Zira yukarıda da açıklandığı gibi idarenin, sübjektif kamusal hakların yerine getirilmesi taleplerini reddetmesine karşı açılan iptal davalarında, davanın açılması aşamasından itibaren en etkili çözümü sunması açısından sistemsal bazı aksaklıklar söz konusu olmaktadır. Yargısal emir müessesesi, bir hukuk devletinde yargı organının yeri geldiğinde hukuka uygun davranışı idareye emredebilmesi gibi zorunlu bir özelliği karşılama işlevine sahip olmakla birlikte, davaların açılması ve incelenmesi aşamasında izlenen usul ve doğrudan davada verilen hüküm yoluyla idarenin hukuka uygun işlemleri tesis etmek mecburiyetinde bırakılmasını sağlamak bakımından yeterli değildir.

Yükümlülük davası, idarenin edim yükümlülüklerini yerine getirmesine yönelik yargısal denetim açısından iptal davası ile karşılanmakta güçlük çekilen bir işlevi karşılamaktadır. Yükümlülük davasının dava şartı olarak hak ihlalinin aranması, davadaki inceleme usulü, kararın verildiği tarihteki hukuki durumun esas alınması, dava sonucunda bir eda hükmü verilmesi suretiyle idarenin tesis etmesi gereken işlemlerin veya takdir yetkisini ne şekilde kullanarak bir işlem tesis etmesi gerektiğinin açıkça gösterilmesi ve idarenin kararı uygulamaya zorlanması gibi özellikleriyle idarenin yargısal denetiminde çekilen güçlüklerle ve iptal davasının

yetersiz kaldığı durumlara yönelik alternatif ve tamamlayıcı bir çözüm sunmaktadır¹. Nitekim düzenleniş şekli itibariyle bakıldığında Alman idari yargılama hukukunda da yükümlülük davası iptal davasının bir tamamlayıcısı olarak gözükmekte; Alman öğretisinde idari yargılama hukukunun temel ve klasik dava türü iptal davası, daha genç ve tamamlayıcı dava türü ise yükümlülük davası olarak ele alınmaktadır. Bu nedenle bu işlevlerin hukukumuzda karşılanabilmesi için yükümlülük davasını idari yargılama sistemimize dahil edecek düzenlemelerin yapılması kanaatimizce isabetli olacaktır.

Farklı hukuk sistemlerinden belirli müesseselerin, hukukumuzun özellikleri bütüncül şekilde dikkate alınmaksızın hukukumuza doğrudan aktarılması; başka bir ifadeyle, *ithal edilmesi*, şüphesiz birtakım sakıncaları da beraberinde getirmektedir. Yükümlülük davasının konusunu idari işlemler teşkil etmektedir ve bu dava türünün yapısına ilişkin detaylar Alman idare hukukundaki idari işlem teorisine göre şekillenmiştir. İdari işlem kavramı Alman idare hukukuna da Fransız hukukundan aktarılmış olmakla birlikte zaman içerisinde bu kavram Alman hukukçular tarafından geliştirilerek yerel ihtiyaçlara ve Alman anlayışına göre uyarlanmış ve değişiklik göstermiştir. Bu değişiklikler sonucunda günümüzde Alman idare hukukunda idari işlem teorisi hukukumuza ve Fransız hukukuna göre önemli farklılıklar arz etmektedir. Bu nedenle Alman hukukunda doğmuş, şekillenmiş ve olgunlaşmış bulunan yükümlülük davası, karşıladığı işlev ve idarenin etkili yargısal denetimi açısından önemli imkânlar sunmakla birlikte, bu davanın Alman hukukunda olduğu şekliyle doğrudan hukukumuza aktarılmasının bazı sakıncalar doğuracağına kuşku yoktur. Bu nedenle idari yargı sistemimiz bütüncül bir şekilde ele alınarak, özellikleri ve eksiklikleri doğru bir şekilde değerlendirilerek yükümlülük davasının hukukumuza alınması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, yükümlülük davasının *ithal edilmesi* değil, öncelikle bu tür bir yargısal koruma aracının kendi fikrimiz haline

¹ Nitekim hukuka aykırı idari işlemin iptaline yönelik hükmün yanında davacının haklarının yerine getirilmesine yönelik karar verilmesi gereken hallerde iptal davasının yetersiz kaldığı, bu tür davaların daha ziyade davacının hakkının yerine getirilmesine yönelik tam kaza davası olarak kabul edilmesi gerektiğine ilişkin tartışma öğretimizde *Sarıca* tarafından yapılmıştır. Bkz. Ragıp Sarıca, “İptal Davasıyla Tam Kaza (Tam Yargı) Davası Arasındaki İlgisi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 6, S. 1-2, 1945, s. 101-153.

getirilmesi, sonra intibak ettirilmiş bir dava türü olarak hukukmuzda düzenlenmesi amaçlanan faydanın sağlanması bakımından en uygun yol olacaktır.



KAYNAKÇA

- Akıncı, Müslüm: **İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.
- Aksoylu, İlter: “İdari Yargı Kararlarının Gerekçelerinin Bağlayıcılığı”, **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi**, S. 21, Ankara, 2006.
- Akyılmaz, Bahtiyar: “Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, **Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksek Okulu Dergisi**, S. 1, 1998, s. 23-57.
- Akyılmaz, Bahtiyar/
Sezginer, Murat/Kaya,
Cemil: **Türk İdare Hukuku**, 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.
- Akyürek, Akman: “Danıştay Kararlarında İptal Davalarının Menfaat İhlali Koşulunun Kişisel Unsuru”, **Danıştay Dergisi**, S. 81, 1991, s. 29-45.
- Alan, Nuri: “İptal Davalarının Ön ve Esastan Kabul Şartları”, **Danıştay Dergisi**, Sayı: 50-51, 1983, s. 22-50.
- Altay, Evren: **İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Uyuşmazlıklar**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.
- Arat Özkaya, Nilay: **Türk İdare Hukuku’nda İdarenin Hukuk Sınırları İçinde Hareket Serbestisi**, Beta, İstanbul, 2015.
- Atay, Ender Ethem: “Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Uyarınca Yürütme Yargı Ayrılığı ve İdari Yargı Denetiminin Niteliği”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 140. Yıl**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, 2008, s. 123-148.

- Atay, Ender Ethem: **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, 5. Bası, Ankara, 2016. (İdare Hukuku)
- Aydar, Hafize Sevinç: **İngiliz Hukukunda Yargısal Emir Kavramı ve Türkiye’de Uygulanabilirliği**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Eskişehir Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007.
- Azrak, Ali Ülkü: “İdari Yargı Denetiminin Sınırı Olarak İdarenin Takdir Yetkisi”, **İdare Hukuku İlimleri Dergisi**, Y. 6, S. 1-3, Aralık 1985, s. 17-28. (İdari Yargı Denetiminin)
- Azrak, Ali Ülkü: “İptal Davalarının Objektif Niteliği Üzerine Düşünceler”, **Onar Armağanı**, 1977, s. 145-164. (İptal Davalarının Objektif Niteliği)
- Azrak, Ali Ülkü: **İdarenin Yargısal Denetiminde Sınırlamalar**, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, 1995. (İdarenin Yargısal Denetiminde)
- Bader, Johann/
Funke-Kaiser, Michael/
Stuhlfauth, Thomas/
von Albedyll, Jörg: **Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar**, 7. neu bearbeitete Auflage, Heidelberg, Verlag C.F. Müller, 2018.
- Balta, Tahsin Bekir: **İdare Hukuku I**, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1970.
- Bickenbach, Christian: **Das Bescheidungsurteil als Ergebnis einer Verpflichtungsklage**, Berlin, Duncker&Humboldt, 2006.

- Candan, Turgut: “Temel Hak ve Özgürlüklerin Etkin Korunmasında İdari Yargının Rolü”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 143. Yıl**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, 2011, s. 37-53.
- Coşkun, Şenol: “İptal Davalarında Menfaat İhlali Koşulu (Danıştay ve AYİM Kararları Işığında)”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 5, S. 46, Haziran 2010, s. 139-158.
- Çağlayan, Ramazan: “Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 3-4, Aralık 2003, s. 171-208. (İdarenin Takdir Yetkisinin)
- Çağlayan, Ramazan: **İdare Hukuku Dersleri**, Adalet, 6. Baskı, Ankara, 2018. (İdare Hukuku Dersleri)
- Çağlayan, Ramazan: **İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması**, Asil Yayın Dağıtım, 3. Baskı, Ankara, 2004. (İdari Yargı Kararlarının)
- Çağlayan, Ramazan: **İdari Yargılama Hukuku Temel Bilgiler**, Seçkin, 5. Baskı, Ankara, 2017. (İdari Yargılama Hukuku)
- Demirkol, Selami: **İdarenin Yargısal Denetiminde Sınırlamalar**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1995.
- Detterbeck, Steffen: **Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht**, 15. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2017.
- Duran, Lütfi: “İdari İptal Davası Olağan ve Genel Bir Başvuru Yoludur”, **İnsan Hakları Yıllığı**, C. 19-20, Y. 1997-1998, s. 187-195. (İdari İptal Davası)
- Duran, Lütfi: “İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararlarıyla Vergi Davalarının Çözümü (I)”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt

20, Sayı 4, Aralık 1987, s. 1-17. (İdari İşlem Niteliğinde)

Erbguth, Wilfried/

Guckelberger, Anette: **Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsverfahren und Staatshaftungsrecht**, 9. Auflage, Baden-Baden, Nomos, 2018.

Erdoğan, Ahmet: “Yönetmelik Kararlarının Yerine Getirilmesi”, **Danıştay Dergisi**, S. 1, 1971, s. 10-21.

Erkut, Celal: “İdari Yargı Kararlarının Uygulanmasını Güçlendirici Mekanizmalar”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 141. Yıl Sempozyumu**, Danıştay Matbaası, Ankara, 2010, s. 21-39. (İdari Yargı Kararlarının)

Erkut, Celal: “İdari Yargıya Başvuru Haklarının Sınırı ve İdari Davaların Kapsamı”, **2000 Yılında Danıştay İdari Yargı Sempozyumu**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, 2000, s. 89-93.

Erkut, Celal: **Yeni Düzenlemeler Karşısında İdari Yargının Genel Görünümü**, Yüksek Lisans “Uzmanlık” Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü, 1982. (Yeni Düzenlemeler)

Eyermann, Erich(Hrsg.)/

Fröhler, Ludwig(Hrsg.)/

Geiger, Harald/Happ,

Michael/Kraft, Ingo/

Rennert, Klaus/Schmidt,

Jörg: **Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar**, 13., überarbeitete Auflage, C.H. Beck, München, 2010.

Fehling, Michael/

Kastner, Berthold/

Störmer, Rainer(Hrsg.) v.d.: **Verwaltungsrecht VwVfG-VwGO-Nebengesetze Hand Kommentar**, 3. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2013.

Quaas, Michael/ Zuck, Rüdiger/

Funke-Kaiser,

Michael(Hrsg.) v.d.: **Prozesse in Verwaltungssachen**, 3. Auflage, Baden-Baden, Nomos, 2018.

Gärditz, Klaus

Ferdinand(Hrsg.) v.d.: **Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) mit Nebengesetzen Kommentar**, 2. Auflage, Köln, 2018.

Gözler, Kemal:

İdare Hukuku, Cilt 1, 2. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2009.

Gözübüyük, A. Şeref:

“İptal Davasının Sonuçları”, **Yavuz ABADAN’a Armağan**, Ankara, 1969.

Gözübüyük, A. Şeref:

Yönetsel Yargı, Turhan Kitabevi, 35. Baskı, Ankara, 2016.

Gözübüyük, Şeref/Tan, Turgut:

İdare Hukuku Cilt II, 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.

Güçlü, Yaşar:

İdari Yargı Kararlarının Uygulanması, Seçkin, Ankara, 2010.

Günday, Metin:

Ankara, 2017.

İdare Hukuku, 11. Baskı, İmaj Yayınevi,

Gündüz, Ebru:

İdari Davalarda Ehliyet ve Husumet, Yetkin, Ankara, 2016.

- Güran, Sait: “Anayasa’nın Kuvvetler Ayrılığı İlkesine ve Yönetim Yargı İlişkilerine Bakış Açısında Değişiklik”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Y. 1994, s. 191-200. (Anayasa’nın Kuvvetler Ayrılığı İlkesine)
- Güran, Sait: “İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 140. Yıl**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, 2008, s. 57-61. (İdari Yargı Denetiminin Kapsamı)
- Hufen, Friedhelm: **Verwaltungsprozessrecht**, 10. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2016.
- Ipsen, Jörn: **Allgemeines Verwaltungsrecht**, 5., neu bearbeitete Auflage, Berlin, Carl Heymanns, 2007.
- Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo: **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar**, 12. Auflage, Nördlingen, C.H. Beck, 2012.
- Kalabalık, Halil: **İdari Yargılama Usulü Hukuku**, Sayram Yayınları, 12. Baskı, Konya, 2018.
- Kaplan, Gürsel: “İdari Yargıda Ehliyet ve Husumet Sorunu Üzerine Düşünceler”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı: 2008/2, s. 23-54.
- Kaplan, Gürsel: **İdari Yargılama Hukuku**, 3. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2018.
- Kara, Seyfettin: “İdari Yargı Kararlarının Yerine Getirilmesi ve İdari Yargı Kararlarının Yerine Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk”, **İdare**

- Hukuku ve İlimleri Dergisi**, C. 15, S. 1, Mayıs 2012, s. 211-231
- Karahanoğulları, Onur: “İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararları ve Vergi Davaları”, **Prof. Dr. Gözübüyük’e Armağan**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s.199-215.
- Kaya, Cemil: **İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi**, On İki Levha Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul, 2014. (İdarenin Takdir Yetkisi)
- Kaya, Cemil: **İdari Yargı Kararlarının Uygulanması Konusunda Danıştay’ın Yaklaşımı**, Legal, İstanbul, 2011. (İdari Yargı Kararlarının)
- Kayışoğlu, Bahaettin: “Danıştay Kararlarının Yerine Getirilmesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y. 1974, S. 4, s. 676-678.
- Keskin, Bayram: “İdari Yargı Kararlarının Uygulanmasında Hukuki veya Fiili İmkansızlık”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 4, S. 38, Ekim 2009, s. 42-54.
- Kopp, Ferdinand O./
- Schenke, Wolf-Rüdiger/
- Schenke, Ralf Peter: **Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar**, 19., neubearbeitete Auflage, Nördlingen, C.H. Beck, 2013.
- Krebs, Walter: “Subjektiver Rechtsschutz und Objektive Rechtskontrolle”, **“System des Verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Festschrift für Christian-Friedrich Menger zum 70. Geburtstag”**, Kassel, Carl Heymanns, 1985, s. 191-211.

Kuhla, Wolfgang/

Hüttenbrink, Jost/

Endler, Jan:

Der Verwaltungsprozess, 3. überarbeitete und erweiterte Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2002.

Mann, Thomas/

Wahrendorf, Volker:

Verwaltungsprozessrecht, 4., neu bearbeitete Auflage, Franz-Vahlen, München, 2015.

Maunz, Theodor/

Dürig, Günter/

Herzog, Roman(Hrsg.) v.d.:

Grundgesetz Kommentar, München, C.H. Beck, 2012.

Maurer, Harmut:

Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. überarbeitete und ergänzte Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2011.

Memiş, Emin:

“İdari Yargısal Korunma Alanı ve Sınırları Bağlamında Gözlemler”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 140. Yıl**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, 2008, s. 63-123.

Oğan, Mehmet Ali:

“Danıştay Kararlarının Uygulanması”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y. 1975, S. 1, s. 57-60.

Ödeş, Orhan:

“Danıştay Kararlarının Yerine Getirilmesi Zorunluluğu”, **Danıştay Dergisi**, S. 20-21, 1977, s. 24-45.

Özay, İl Han:

Günışığında Yönetim II Yargısal Koruma, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.

Özay, İl Han:

Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.

- Peine, Franz-Joseph: **Allgemeines Verwaltungsrecht**, 8., neu bearbeitete Auflage, C.F. Müller, Heidelberg, 2006.
- Pinar, İbrahim: “İdari Yargı Kararlarının Uygulanması Aşamasında Karşılaşılan Sorunlar”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 2, S. 16, Aralık 2007, s. 93-119.
- Posser, Herbert(Hrsg.)/
Wolff, Heinrich
Amadeus(Hrsg.) v.d.: **VwGO Kommentar**, 2. Auflage, C.H. Beck, München, 2010. (Posser/Wolff VwGO Kommentar)
- von Oertzen, Hans-Joachim/
Redeker, Martin/Kothe, Peter/
von Nicolai, Helmut/
Redeker, Konrad: **Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar**, 16. Auflage, Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, 2014. (von Oertzen/Redeker VwGO Kommentar)
- Sarıca, Ragıp: “İptal Davasıyla Tam Kaza (Tam Yargı) Davası Arasındaki İlgisi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 6, S. 1-2, 1945, s. 101-153.
- Sarıca, Ragıp: **İdari Kaza, Cilt: 1, İdari Davalar**, Kenan Matbaası, İstanbul, 1949.
- Schenke, Wolf Rüdiger: **Verwaltungsprozessrecht**, 15. Auflage, Heidelberg, Verlag C.F. Müller, 2017.
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Klein, Franz/

Hofmann, Hans(Hrsg.)/

Hopfauf, Axel(Hrsg.) v.d.: **Kommentar zum Grundgesetz**, 12. Auflage,
Lavis, Carl Heymanns, 2011.

Schmidt, Rolf: **Allgemeines Verwaltungsrecht**, 20. Auflage,
Hamburg, Verlag Rolf Schmidt, 2017. (Allg.
Verwr.)

Schmidt, Rolf: **Verwaltungsprozessrecht**, 18. Auflage,
Hamburg, Verlag Dr. Rolf Schmidt, 2016.
(Verwpr.)

Schoch, Friedrich(Hrsg.)/

Schneider, Jens-Peter(Hrsg.)/

Bier, Wolfgang(Hrsg.) v.d.: **Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar**, 24.
Ergänzungslieferung, München, C.H. Beck,
München, 2012.

Stern, Klaus/Blanke, Josef: **Verwaltungsprozessrecht in der Klausur**, 9.,
vollständig neu bearbeitete und erweiterte
Auflage, München, C.H. Beck, 2008.

Sunay, Zühal Aysun: **İptal Davalarında Gerekçeli Karar Hakkı**,
Seçkin Yayınları, Ankara, 2016.

Tan, Turgut: **İdare Hukuku**, 6. Bası, Turhan Kitabevi,
Ankara, 2017.

Uler, Yıldırım: **İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları**,
Sevinç Matbaası, Ankara, 1970.

v. Mangoldt, Hermann/

Klein, Friedrich/Starck, Christian(Hrsg.)/

Robbers, Gerhard/Gusy, Christoph/

Kemper, Michael/Manssen, Gerrit/

Gorning, Gilbert/Depenheuer, Otto/

Becker, Ulrich/Brenner, Micheal/

Huber, Peter Michael: **Kommentar zum Grundgesetz**, 6., vollständig neuarbeitete Auflage, München, Franz Vahlen, 2010.

von Jhering, Rudolf: **Geist des römischen Rechts**, Dritter Teil, Leipzig, 1865.

Wollf, Hans J./Bachof, Otto/

Stober, Rolf/ Kluth, Winfried/

Korte, Stefan/

Eisenmenger, Sven: **Verwaltungsrecht I**, 13., neu bearbeitete Auflage, München, C.H. Beck, 2017.

Wollf, Hans J./Bachof, Otto/

Stober, Rolf/ Kluth, Winfried/

Müller, Martin/Peilert, Andreas: **Verwaltungsrecht II**, 7., neu bearbeitete Auflage, München, C.H. Beck, 2010.

Wollf, Heinrich Amadeus/

Decker, Andreas: **Studienkommentar VwGO VwVfG**, 3. Auflage, C.H. Beck, München, 2012.

Würtenberger, Thomas: **Verwaltungsprozessrecht**, 3. neu bearbeitete Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2011.

Yaşar, Hasan Nuri: **İdari Yargı İdari Yargıç Yargısal Emir**, On İki Levha, 2. Tıpkı Basım, İstanbul, 2013.

Yayla, Yıldızhan: “İdarenin Takdir Yetkisi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Halil Arslanlı Hatıra Sayısı, c. XXX, S. 1-2, 1964, s. 201-211.

Yıldırım, Turan: “Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu”,
Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi, Vol: 1,
No: 1, 2004.

Yıldırım, Turan/Yasin, Melikşah/

Kaman, Nur/Özdemir, Eyüp/

Üstün, Gül/

Okay Tekinsoy, Özge: **İdare Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık,
Güncelleştirilmiş 7. Baskı, İstanbul, 2018.

Onar, Sıddık Sami: **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Üçüncü
Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.

Yılmaz Özel, Nurcan: **Adil Yargılanma Hakkı Kriterlerinin Türk
İdari Yargılama Hukuku Açısından
Muhtemel ve Gerçekleşen Etkileri**, On İki
Levha, İstanbul, 2016.

Yücesoy, Ayşe Aslı: **İptal Davalarında Menfaat**, Seçkin, Ankara,
2016.

Zabunoğlu, Yahya Kazım: **İdare Hukuku**, 1. Baskı, Yetkin Yayınları,
Ankara, 2012.

Elektronik Kaynaklar

Beck-online

<https://www.bundesverfassungsgericht.de>

<https://eur-lex.europa.eu>

Kazancı İçtihat Bilgi Bankası