

**İNGİLİZ HUKUKUNDA YARGISAL EMİR KAVRAMI
VE TÜRKİYEDE UYGULANABİLİRLİĞİ**

Hafize Sevinç AYDAR

DOKTORA TEZİ
Kamu Hukuku Anabilim Dalı
Danışman: Prof.Dr.Turan YILDIRIM

Eskişehir
Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Şubat 2007

Bu Tez Çalışması AÜAF'ca desteklenmiştir. Proje No: 031102.

DOKTORA TEZ ÖZÜ

İNGİLİZ HUKUKUNDA YARGISAL EMİR KAVRAMI VE TÜRKİYEDE UYGULANABİLİRLİĞİ

Hafize Sevinç AYDAR

Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Şubat 2007

Danışman: Prof. Dr. Turan YILDIRIM

Türkiye’de idari yargı alanında yaşanan en önemli sorunlardan bir tanesi kuşkusuz idari yargı kararlarının uygulanmamasıdır. Yasal düzenlemelerimize yargısal emir kurumunun getirilmesi, yargı kararlarının etkinliğini artırma yönünde çözüm önerilerinden birisi olarak bu tezin konusunu oluşturmaktadır. Yargısal emir kurumu, yargının verdiği kararların uygulanmasını sağlamak amacıyla idareye emir vererek, bazı eylem ve işlemlerin yapılmasını sağlayabilmesi ve bazılarını ise yapmaktan men etmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bugün Fransa gibi Kara Avrupası idare hukuku sistemlerinde yargısal emir uygulanmaya başlamış olsa bile, aslen İngiliz Hukuku kökenli bir Anglo-Amerikan kurumudur. Bu çalışmanın amacı, yargısal emir kurumunun menşei olan İngiliz Hukukundaki görünümünü incelemek ve Türk İdari Yargılama Hukukunda uygulanabilirliğini tartışarak, Türk idare hukukuna faydalı bir gelişme olduğunu savunmaktır.

İngiltere’de adli idare sisteminin varlığı, bu ülkede gelişmiş bir idare hukukunun bulunup bulunmadığı konusunda şüpheye yol açabilmektedir. Bu nedenle çalışmaya İngiliz idare hukukunun tarihsel gelişimi ve İngiltere’de İdare hukukunun varlığına ve amacına ilişkin ileri sürülen teoriler açıklanarak başlanılmıştır. Ardından ikinci bölümde yargısal emir kurumunun İngiliz hukukundaki ortak özellikleri ve farklı görünimleri olarak zorlayıcı emir (mandatory order), yasaklayıcı emir (prohibitory order) ve yaptırıcı emir (injunction) ayrı ayrı ele alınmıştır. Son bölümde, yargısal emir kurumunun Türkiye’de uygulanabilirliği üzerinde durulmuştur. Günümüzde idari yargıcın verebileceği karar türleri, iptal ve tam yargı (tazminat) kararları ile sınırlıdır. Yargısal emir kurumu, özellikle yargı kararlarını uygulamama eğiliminde olan idareye yargı kararını nasıl uygulayacağı konusunda yol göstererek, yargı kararlarının uygulanmasının etkinliğini arttıracaktır. Hem Anayasa’da hem de İdari Yargılama Usulü Kanununda ifade bulan yerindelik denetimi yasağı ile idari yargı mercilerinin idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı veremeyeceği hükmü, doktrinde Türk idari yargısında yargısal emir kurumunun yasak olduğu şeklinde yorumlanmıştır. Sonuç olarak, yasal düzenlemelerimizin yargısal emir kurumunun Türk idari yargılama hukukunda uygulanmasına engel teşkil etmediği savunularak, yargısal emir kurumunun Türk idari yargısında uygulanma önerileri üzerinde durulmuştur.

ABSTRACT**THE CONCEPT OF JUDICIAL ORDERS IN ENGLISH LAW
AND ITS APPLICABILITY IN TURKEY**

Hafize Sevinç AYDAR

Department of Public Law

Anadolu University Social Sciences Institute, February 2007

Supervisor: Prof. Dr. Turan YILDIRIM

One of the most important problems faced by judicial review of administrative action in Turkey is the non-implementation of court decisions. The subject of this thesis is the use of judicial orders in the field of judicial review as one of the solutions to this problem. Judicial orders are given to secure the implementation of administrative court decisions. They are either in the form of an order to compel an administrative authority to perform an administrative decision or action or in the form of an order to prevent the execution of an administrative decision or action. Although many Continental European administrative systems, such as France have recently adopted this remedy, it is in fact Anglo-American in origin. The aim of this work is to examine judicial orders as they are seen originally in the English legal system, to evaluate the applicability of these remedies in the Turkish administrative justice system and to defend the fact that the proposal will have a positive influence on Turkish administrative law.

In the English legal system administrative disputes are solved by the ordinary courts of the land. This fact often leads people to the conclusion that the English do not have a developed system of administrative law. Therefore the thesis begins with an account of the historical development of administrative law in England and the theories that have been put forward to explain the nature and purpose of administrative law. The second part starts with some observations concerning the general characteristics of judicial orders in English administrative law and continues by examining the different types of judicial orders, namely, mandatory order, prohibitory order and injunction. The last part of the thesis is concerned with the applicability of judicial orders in Turkey. Both the Constitution and Administrative Courts Procedure Act state that administrative courts cannot review the appropriateness of an administrative decision or action. This rule on the limits of judicial review has been interpreted as a prohibition on judicial orders. In this thesis it is argued that there are no clauses in the Constitution or any other statute that prohibit judicial orders in Turkish administrative law. Turkish administrative court judges have only two remedies available to them. They can either quash a decision or award damages. It is a fact that the administration has a tendency not to implement court decisions. Judicial orders will improve the effectiveness of administrative court decisions, by guiding the administration through the implementation process. Lastly, the thesis concentrates on the proposals for the application of these orders in Turkish administrative law.

JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI

Hafize Sevinç AYDAR'ın "İngiliz Hukukunda Yargısal Emir Kavramı ve Türkiye'de Uygulanabilirliği" başlıklı tezi 29 Mayıs 2008 tarihinde, aşağıdaki jüri tarafından Lisansüstü Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin ilgili maddeleri uyarınca, Kamu Hukuku Anabilim Dalında **Doktora** tezi olarak değerlendirilerek kabul edilmiştir.

Üye (Tez Danışmanı) : Prof.Dr.Turan YILDIRIM

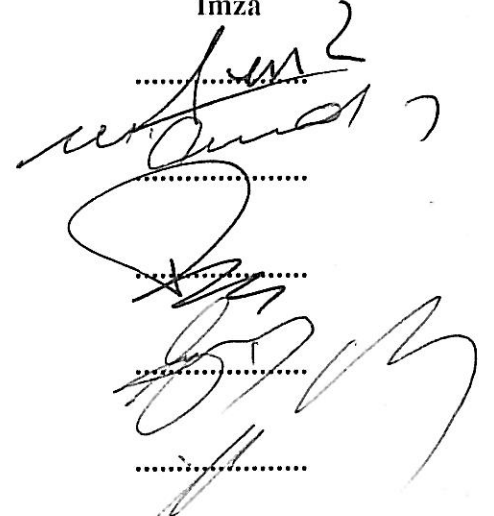
Üye : Prof.Dr.Metin GÜNDAY

Üye : Prof.Dr.Erdal ONAR

Üye : Prof.Dr.Erhan TÜRKER

Üye : Prof.Dr.Özcan UÇKAN

İmza




Prof.Dr.Nurhan AYDIN
Anadolu Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

ÖZGEÇMİŞ

Hafize Sevinç Aydar

**Kamu Hukuku Anabilim Dalı
Doktora**

Eğitim

Yüksek Lisans	2000	Bristol Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İngiltere
Lisans	1994	İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi
Lise	1989	Fenerbahçe Lisesi, İstanbul

İş

1995 -	Araştırma Görevlisi, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
--------	---

Mesleki Birlik/Dernek/Kuruluş Üyelikleri

1996 -	Eskişehir Barosu
2006 -	Law and Society Association Üyesi

Alınan Burs ve Ödüller

1996	YÖK Yurtdışı Yüksek Lisans Bursu
------	----------------------------------

Yayınlar

"Ünite 6 - Kolluk Faaliyetleri", İdare Hukuku dersi, E-Alıştırma Yazılımı, 2005

"Ünite 8 - İdarenin Mali Sorumluluğu", İdare Hukuku dersi, E-Alıştırma Yazılımı, 2005

"Administration and Stay of Execution Orders in Turkey", BIUROKRACJA BUREAUCRACY, The 3rd International Conference, Krynica Zdrój, 34-41, Rzeszow, 2-4 June 2006

"The Rule of Law and Judicial Review of the Administration in Turkey", 2006 Law and Society Association Annual Meeting, Baltimore, USA, 6-9 July 2006.

"Regulatory and Supervisory Authorities in Turkish Administration", International Conference, Law and Society in the 21st Century : Transformations, Resistances, Futures, Berlin, Germany, 25 - 28 July 2007

"The New Public Administration Concept in Turkey and It's Reflections on Local Government", International Conference, Law and Society in the 21st Century : Transformations, Resistances, Futures, Berlin, Germany, 25 - 28 July 2007

Kişisel Bilgiler

Doğum yeri ve yılı: İstanbul, 1972	Cinsiyet: Kadın	Yabancı Dil: İngilizce
------------------------------------	-----------------	------------------------

İÇİNDEKİLER

DOKTORA TEZ ÖZÜ.....	ii
ABSTRACT.....	iii
JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI.....	iv
ÖZGEÇMİŞ.....	v
İÇİNDEKİLER.....	vi
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

İNGİLTERE'DE İDARE HUKUKUNUN DOĞUŞU VE GELİŞİMİ

1. İNGİLTERE'DE İDARE HUKUKUNUN TARİHSEL GELİŞİMİ.....	2
1.1. Orta Çağ'da İngiliz Hukukunun ve Çağdaş Devlet İdaresinin Gelişmesi	4
1.2. Sanayi Devrimi ve Onsekizci ve Ondokuzuncu Yüzyıllar	10
1.3. Yirminci Yüzyıl ve Sosyal Devlet Anlayışının Gelişmesi.....	13
1.4. İngiliz Kamu Hukukunda Reform Hareketleri.....	17
2. İNGİLTERE'DE İDARE HUKUKUNUN DAYANDIĞI TEORİLER	24
2.1. İdare Hukukunun Amacı ve Doğasına İlişkin Teoriler	28
2.1.1. Kırmızı Işık Teorisi.....	26
2.1.2. Yeşil Işık Teorisi.....	30
2.1.3. Orta Yol: Sarı Işık Teorisi	32
2.2. İdari Yargı Yetkisinin Kaynağına İlişkin Teoriler	38
2.2.1. Ultra Vires Doktrini	38
2.2.1.1. Düşünsel Temeller	38
2.2.1.2. Teorinin Aksayan Yönleri.....	41
2.2.1.3. Teorinin Yeni Görünümü.....	42
2.2.2. Common Law Doktrini.....	44

İKİNCİ BÖLÜM

İNGİLİZ İDARİ YARGILAMA HUKUKUNDA YARGISAL EMİR

1. YARGISAL EMİR KAVRAMI.....	49
2. İNGİLİZ İDARE HUKUKUNDA YARGISAL EMİR TÜRLERİNE HAKİM OLAN ORTAK ÖZELLİKLER	54
2.1. Başvuruda Bulunma Usulü	56
2.1.1. Ön Başvuru Kurumu	54
2.1.2. Ön Duruşma.....	57
2.1.3. Dava Ehliyeti	60
2.1.4. Süre.....	63
2.1.5. Delillerin Tespiti ve Çapraz Sorgu	63
2.2. İdare Hukukunda Yargı Kararlarının Takdiri Olması	67
2.3. Alternatif Hukuk Yollarının Etkisi	67
2.4. İdare Hukukunda Yargı Kararlarının Uygulanmamalarının Sonuçları	72

3. İNGİLİZ İDARE HUKUKUNDA YARGISAL EMİR TÜRLERİ	74
3.1. Kamu Hukukuna Özgü Yargısal Emir Türleri	76
3.1.1. Zorlayıcı Yargısal Emir	74
3.1.1.1. Tarihçe.....	74
3.1.1.2. Kapsam ve Şartları	76
3.1.1.2.1. Bir kamu görevinin varlığı	77
3.1.1.2.2. İdari başvuru zorunluluğu	82
3.1.1.3. Zorlayıcı Yargısal Emrin Verilemeyeceği Alanlar	81
3.1.1.4. Zorlayıcı Yargısal Emir ile Diğer Hukuk Yollarının İlişkisi	83
3.1.2. Yasaklayıcı Yargısal Emir	85
3.1.2.1. Tarihçe.....	85
3.1.2.2. Yasaklayıcı Yargısal Emrin Amacı	86
3.1.2.3. İdarenin Hukuka Aykırı İşlem veya Eylem Yapmasının Önlenmesi	86
3.1.2.4. Yasaklayıcı Yargısal Emrin Şartlı Olma Niteliği.....	90
3.1.2.5. Yasaklayıcı Yargısal Emrin Verilmesini Sınırlayan Durumlar	91
3.1.2.6. Yasaklayıcı Yargısal Emir Verilmesi İçin Yapılan Başvurunun Erken Olması	92
3.2. Özel Hukuka Özgü Yargısal Emir: Tam Yargısal Emir	93
3.2.1. Tarihçe	93
3.2.2. Kapsam ve Şartları	95
3.2.3. Tam Yargısal Emrin Kamu Hukukunda Kullanım Biçimleri	97
3.2.3.1. Kamu otoritelerinin hukuka aykırı davranmalarını önlemek	97
3.2.3.2. Hukuka aykırı kararların uygulanmasını önlemek	97
3.2.3.3. Kamu görevlerinin yerine getirilmesini sağlamak	98
3.2.3.4. Tam yargısal emir ve idari makamlar	99
3.2.4. Tam Yargısal Emir ve Kraliyet	99
3.2.5. Tam Yargısal Emir ve Yasama İşlemleri	101
4. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNUN İNGİLİZ İDARE HUKUKUNDA YARGISAL BAŞVURU YOLLARINA ETKİSİ.....	102

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK İDARİ YARGILAMA HUKUKUNDA YARGISAL EMİR

1. İDARİ DAVA TÜRLERİ.....	105
1.1. Genel.....	105
1.2. Dava Türleri	113
1.2.1. İptal Davası.....	113
1.2.2. Tam Yargı Davası	115
2. İDARİ YARGI KARARLARI.....	117
2.1. Hukuki Niteliği	117
2.2. İdari Yargı Kararlarının Uygulanması	119
2.2.1. İptal Davalarında Verilen Kararların Uygulanması	119
2.2.1.1. Esasa ilişkin iptal kararları	119
2.2.1.1.1 Kendiliğinden sonuç doğuran iptal kararları	120
2.2.1.1.2. İdarenin yerine getirmesini gerektiren iptal kararları	121
2.2.1.2. Yürütmenin durdurulması kararları	123
2.2.2. Tam Yargı Davalarında Verilen Kararların Uygulanması	125
2.3. İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu	129
2.3.1. İdari Yargı Kararlarının Uygulanmama Eğilimi.....	129
2.3.2. İdarenin Uygulamama Nedenleri	130
2.3.3. İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasının Sonuçları	132
2.3.3.1. İdarenin sorumluluğu.....	132
2.3.3.2. Kamu görevlisinin sorumluluğu	133

3. YARGISAL EMİR KURUMUNUN TÜRK İDARİ YARGI SİSTEMİNDE UYGULANABİLİRLİĞİ ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME.....	133
3.1. Kuvvetler Ayrılığı İlkesi ve Yargısal Emir	133
3.2. Takdir Yetkisi ve Yargısal Emir	135
3.2.1. Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi	136
3.2.2. İdarenin Yargı Kararıyla İşlem Yapmaya Zorlanamaması	137
3.3. Yürütmenin Durdurulması Kurumu ve Yargısal Emir	138
4. YARGISAL EMİR KURUMUNUN TÜRK İDARİ YARGILAMA HUKUKUNDA UYGULANMASINA İLİŞKİN ÖNERİLER.....	143
4.1. İdari Yargıcın Verdiği Kararın Uygulanmasını Göstermesi	143
4.2. İhlal Edilen Hakkın Yerine Getirilmesi	145
4.3. Kanunla Açıkça Düzenlenmesi	149
SONUÇ.....	151
KAYNAKÇA.....	153

GİRİŞ

İdari yargının en önemli sorunlarından birisi yargı kararlarının uygulanmamasıdır. Bu sorunun çözümlenmesinin öncelikle idarenin ve yargının anlayışlarının değişmesini gerektirdiği düşünülse de, bir takım yasal düzenlemelerin de yargı kararlarının etkinliğini artırma yönünde faydalı olacağı düşünülmektedir. Yasal düzenlemelerimize yargısal emrin getirilmesi de çözümlerden birisi olarak bu tezin konusunu oluşturmaktadır.

Yargısal emir kavramı, bugün Fransa gibi Kara Avrupası idare hukuku sistemlerinde uygulanmaya başlanmış olsa bile, aslen İngiliz Hukuku kökenli bir Anglo-Amerikan kurumudur. Türk adli yargısına yabancı olmayan bu kurum, özünde yargının idareye emir vererek, bazı eylem ve işlemlerin yapılmasını sağlayabilmesi ve bazılarını ise yapmaktan men etmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu çalışma ile amacım, yargısal emrin menşei olan İngiliz Hukukundaki görünümünü incelemek ve Türk İdari Yargılama Hukukunda uygulanabilirliğini tartışarak, hukukumuza faydalı bir gelişme olduğunu savunmaktır.

İngiltere’de adli idare sisteminin varlığı, yani kamu hukuku davalarının da adli yargı tarafından görülmesi, bu ülkede gelişmiş bir idare hukukunun bulunup bulunmadığı konusunda şüpheye yol açabilir. Bu nedenle çalışmamın ilk bölümünde İngiliz idare hukukunun tarihi gelişimi ve İngiltere’de idare hukukunun varlığına ve amacına ilişkin ileri sürülen teoriler açıklanmaya çalışılmıştır.

Çalışmanın ikinci bölümü, İngiltere’de yargısal emrin ne olduğu ve çeşitli görünümleri üzerinde yoğunlaşmaktadır. İngiliz hukukunda yargısal emrin rolünün ne olduğunun daha iyi anlaşılabilmesi için, diğer alternatif dava türleri de bölümün başında kısaca açıklanmıştır. Ayrıca, yargısal emrin tüm görünümünde ve diğer dava türlerinde de uygulanan ortak usul kuralları ve temel prensiplere de bu bölümde yer verilmiştir. Bu usul kuralları, İngiltere’de bir kamu hukuku davasının açılmasının ve yargısal emir

kararının elde edilmesinin ne kadar zor olduğunun anlaşılması açısından çok büyük önem taşımaktadır. Daha sonra yargısal emrin İngiliz hukukundaki görünümleri, ortaya çıkışları, kapsam ve sınırları açılarından ayrı ayrı değeriendirilmektedir. Burada yargısal emir kurumunun İngiliz Hukukundaki görünümleri olarak, yeni kanun değışiklerinden sonraki isimleriyle zorlayıcı emir (mandatory order), yasaklayıcı emir (prohibitory order) ve tam yargısal emir (injunction) tespit edilmiş ve haklarında detaylı bilgi verilmiştir.

Son bölümde, İngiliz Hukukunda görünümlerini incelediğimiz yargısal emir dava türünün Türkiye’de uygulanabilirliği üzerinde durulmuştur. Konuyu çerçevesine oturtabilmek için öncelikle Türk İdari Yargılama Hukukunda var olan dava türleri ve bu davalar sonunda verilen kararların uygulanma biçimlerini açıklanmıştır. Ardından idarenin idari yargı kararlarını uygulamama eğilimi ve idarenin idari yargı kararlarını uygulanmamasından kaynaklanan sorumluluğu üzerinde kısaca durulmuştur. Bu açıklamalar sonucunda, Türkiye’de idari yargı kararlarının etkinliğini arttırma arayışı içinde yargısal emir kurumu bir çözüm önerisi olarak ileri sürülmüştür.

Çalışmada son olarak, Türkiye’de idari yargı alanında yargısal emir kurumunun uygulanmasına yasal bir engel olup olmadığı tartışılmış ve yargısal emrin idari yargı alanında nasıl uygulanabileceği üzerinde durulmuştur. Bu konuda, yargısal emrin iptal davalarında, yargıcın kararının nasıl uygulanacağını açıklaması şeklinde, tam yargı davalarında ise, sadece tazminat kararı verileceğine, uygun olan durumlarda ihlal olan hakkın yerine getirilmesine hükmedilmesi şeklinde uygulanabileceği açıklanmaktadır. Ayrıca bir kanun değışikliği ile yargısal emir adı ile yeni bir karar türü ihdas edilebileceği belirtilmektedir.

BİRİNCİ BÖLÜM

İNGİLTERE’DE İDARE HUKUKUNUN DOĞUŞU VE GELİŞİMİ

İngiltere’de adli idare sistemi benimsenmiştir. Bu sistemde idare bireyler gibi kabul edilerek faaliyetlerine ortak hukuk (Common Law) uygulanmakta ve idari faaliyetlerin hukuka uygunluğu memleketin genel mahkemelerince denetlenmektedir. Bu nedenlerle İngiltere’de ayrı bir idare hukukunun ve buna bağlı olarak idari yargılama hukukunun gelişip gelişmediği konusunda tereddütler olabilir. Çalışmamızın konusu İngiltere’de idari yargı davalarında kullanılan bir kurum olan yargısal emir olduğundan, öncelikle bu konuyu açıklığa kavuşturmakta fayda bulunmaktadır.

İngiltere’de idare hukukunun varlığı uzun yıllar tartışma konusu olmuştur. Bu tartışmaları İngiliz Anayasa hukukçusu A.V.Dicey’nin Kara Avrupasında var olduğu şekilde bir idare hukukunun İngiliz hukuk düzeninde yerinin olmadığını ileri sürmesinin başlattığı söylenir. Dicey’nin “İngiltere’de idare hukuku hakkında hiçbir bilğimiz yok ve bilğimiz olmasını da istemiyoruz.” sözleri bu düşüncesini açıkça ifade etmektedir. Ancak günümüzde İngiltere’de idare hukukunun varlığı kabul edilmekle kalmamakta, kapsam ve önem olarak da çok geliştiği açıkça ifade edilmektedir.¹

Bu bölümde, İngiliz idare hukukunun gelişimini anlamak için öncelikle tarihsel kökenlerini, ardından da İngiliz idare hukukunun amacını açıklayan teoriler incelenecektir.

¹ Leyland ve Woods, op.cit., s.1.

1. İNGİLTERE'DE İDARE HUKUKUNUN TARİHSEL GELİŞİMİ

İngiliz idare hukukunun 17. yüzyıldan itibaren sürekli gelişme gösteren ve kesilmeden günümüze gelen bir tarihi vardır. Hatta tabii adalet kuralları (rules of natural justice) ve mahkemelerin ayrıcalıklı emir verme yetkileri (writ system) gibi bazı kurumların kökenlerini orta çağa kadar izlemek mümkündür.² Devletin temel kurumları Common Law³ geleneğine paralel olarak doğal gelişimini gösterirken, eski zamanlardan kalma kurumlar ve uygulamalar kaldırılmayıp, sistemin içine işlenmiştir.⁴ Bu nedenle, İngiliz idare hukukunu ve gelişimini anlayabilmek için, öncelikle tarihsel kökenlerini kısaca incelememiz faydalı olacaktır. Burada ancak ana hatlarıyla ortaya koyabileceğimiz İngiliz Hukukunun tarihsel gelişimi açıklanırken, özellikle kamu hukuku alanında meydana gelen gelişim ile sınırlı kalınmaya çalışılmıştır.

1.1. Orta Çağ'da İngiliz Hukukunun ve Çağdaş Devlet İdaresinin Gelişmesi

1066'da Normanlar'ın Hastings Savaşında Anglo Saksonları yenmesinin ardından, Dük William kral olmuştur ve Normanların düzenli devlet idaresini İngiltere'ye getirmiştir.⁵ Kral William, Hazinesinin ülke gelirlerinden sorumlu olacak bir görevli

² Peter Leyland ve Gordon Anthony, **Textbook on Administrative Law**, (Oxford: Oxford University Press, 2005), s.10.

³ Common Law, genel ve ortak hukuk, ortak tüze veya içtihat tüzesi olarak çeşitli yazarlarca farklı biçimlerde tercüme edilmiştir (Cem Eroğul, **Çağdaş Devlet Düzenleri** (Ankara: İmaj Yayıncılık, 1996), s.27-28; Metin Günday, **İdare Hukuku**, (Ankara: İmaj Yayıncılık, 2004), s.24). Common law, önceden saptanmış değişmez belgeler ve yasal metinlerle sınırlı olmayıp, her yeni hukuki uyumsuzluk ile yeni çözüm yolları üreten, yargıçlarca yaratılmış ve geliştirilmiş bir hukuk sistemidir (Uğur Mumcu, "İngiliz Hukukunda Ultra Vires Kavramı", **AÜHFD**, C:XXVII, S:3-4, (1970), s.40). Bu hukuk sistemi, hukukçular veya komisyonlar tarafından oluşturulmuş bir kaideler sistemi olmadığı gibi, örf ve adet hukuku da değildir. Common law, yargıçlar tarafından yaratılmış başlıca kural ve prensiplerin gerek toplum gerekse sonraki yargıçlar tarafından kabul edilmesiyle ortaya çıkmıştır. Bu sistemde yargıçlar kendilerini önceki yargıçların benzer uyumsuzluklarda vermiş oldukları kararlarla bağlı sayarlar. Ancak her yargıç herhangi bir kurala verdiği manayı veya onun uygulamasını, toplumun değişen şartlarına uyumlaştırmak yetkisine sahiptir. Bu şekilde, Common Law, yargıçların tefsiri ile sürekli olarak değişme, gelişme ve yeni durumlara intibak etme imkânına sahip olmuştur (Fredrick Davis, "Common Law", **AÜHFD**, C:XV, S:1-4, (1958), s.69-70).

⁴ Leyland ve Anthony, op.cit., s.10.

⁵ Theodore Plucknett, **A Concise History of the Common Law**, (New Jersey: The Lawbook Exchange Union, 2001), s.11.

(Exchequer) atayarak, hazineyi yeniden düzenlemiş ve ilk resmi kayıt sistemini (Doomsday book⁶) getirmiştir. Finansal kökenli olan bu ilk kayıt sistemi daha sonra yargısal konularda da kullanılmıştır. Kral William ülkeyi ele geçirdiği zaman, ülkenin o zamana kadar uygulanan geleneksel hukukunun uygulanmasına izin vermiştir. Ancak belirli konularda ağırlığını koymuş, din adamlarını genel mahkemelerden ayırmış ve dini konularda görev yapacak ayrı bir yargı düzeninin kurulmasını sağlamıştır. O zamandan beri İngiltere’de dini konularla görevli ayrı bir yargı sistemi (Ecclesiastical Courts) ve hukuku (Canon law) mevcuttur.⁷

Tabii burada ortaçağ krallarının büyük ölçüde mutlak hükümdarlar olduğunu ve daha çok devlet idaresi ve vergilendirme ile meşgul olduklarını unutmamak gerekir. Parlamantonun o dönemlerde sadece vergilerin onaylanması ve vatandaşların şikâyetlerini cevaplandırmak⁸ konularında çok kısıtlı bir rolü vardı. 1200 yılında, yargı fonksiyonunun idaresi ve gelirlerin arttırılması gibi rutin meselelerin yürütülmesi için, Kralın Danışma Konseyinin (Kings Council) yetki ve sorumluluklarının bir kısmı Hazinesin ülke gelirlerinden sorumlu bölümüne (Exchequer) verilmiştir. Bu durum aynı zamanda fonksiyonların da ayrılmasına yol açmıştır. Belirli önemli konular, Konseyin yargıç üyelerine bırakılmıştır. Konseyin yargıç üyelerinin farklı görevlerinin olması, daha sonra Yüksek Mahkemenin Kings Bench Bölümünü (Kings Bench Division of the High Court) oluşturmuştur. Yargıç üyelerin üstlendiği görevlerden biri alt mahkemeleri denetleme (supervisory jurisdiction) yetkisidir. Burada mahkemelerin ayrıcalıklı emir verme yetkisinin kökenlerini görmek mümkündür. Bu yetki, önceleri emir vermek ve tabileri Kralın huzuruna çağırmak şeklinde görülürken, daha sonra alt mahkemeleri denetlemede kullanılan ayrıcalıklı emirlere (mandamus, certiorari ve prohibition) dönüşmüştür.⁹

⁶ Doomsday Book, Krallığın haklarını uyuşmazlığa mahal vermeyecek şekilde açıkça ortaya koymak amacıyla, ülkenin vergi alınabilecek her mülkünün kayıt altına alınmasını sağlayan bir kayıt defteridir. (Plucknett, op.cit., s.12).

⁷ Plucknett, op.cit., s.11-13

⁸ Parlamantonun vatandaşların dilekçe formatında dile getirdikleri şikâyetlerini cevaplandırması, daha sonra çağdaş yasama faaliyetlerinin öncüsü olmuştur. (Leyland ve Anthony, op.cit., s.10).

⁹ Leyland ve Anthony, op.cit., s.11.

Normanlar ülkenin çeşitli yerlerine sulh yargıçları (Justices of the Peace) göndermek suretiyle adalet dağıtmaya çalışmışlardır.¹⁰ Bu yargıçlar, aynı zamanda kralı temsil eden idare ajanları olarak görev yapmaktaydılar. 1361 yılında çıkarılan Sulh Yargıçları Kanunu (Justices of the Peace Act 1361) ile sulh yargıçlarına hukuk ve kamu düzenini muhafaza etmelerini sağlamak için yetkiler verilmiştir. Yargısal görevlerinin yanında, etkin bir şekilde idari görevlerini de yürüten Sulh yargıçları, çağdaş yerel yönetimlerin öncüsü olmuşlardır.¹¹

Common Law usullerinin yetersiz kaldığı ve geliştirilmesi gerektiği görüşlerinin yaygınlaştığı 14. yüzyılda, Chancery Mahkemelerinin kurumsallaştığını ve Equity Hukukunun geliştiğini görüyoruz.¹² 1285 yılından itibaren writ¹³ çeşitlerinin dondurulmuş ve mahkemelerin uydukları emsal kararlarının yeterince gelişmemiş olması, halkın Common Law mahkemelerinde her zaman çare bulamamasına neden olmuştur. İlk zamanlar, Common Law mahkemelerinden sonuç alamayan tabiler, Krala şikâyet yoluna gitmişlerdir.¹⁴ Kral, Danışma Konseyinin yargıç üyeleri ile bu uyuşmazlıkları çözmeye çalışmış, daha sonra 14. yüzyıldan itibaren bu görevi, daha

¹⁰ Eroğul, op.cit., s.27.

¹¹ Leyland and Anthony, op.cit., s.10-11.

¹² Plucknett, op.cit., s.675.

¹³ Writ, ferman ya da emir anlamına gelmektedir. Mahalli mahkeme ya da lordların sunduğu adaletten memnun kalmayan tabiler, Krala başvurarak, uyuşmazlıklarının adil çözümünü talep etmişlerdir ve Kral ilk zamanlar writ adı verilen fermanlar ile bu davalara müdahale etmiştir. Kral bu fermanlarla haksızlık eden kişi ya da mahkemeye belirli bir şekilde adalet dağıtmasını ve bunu Krala bir daha şikâyet aksetmesini önleyecek surette yapmasını emreder. Bu fermana uyulmaması ve tatmin edici bir açıklaması bulunmaması durumunda, kişi ya da mahkeme Kralın mahkemesinde (Kings Court) cezalandırılırdı. Bu ceza genellikle mahalli mahkeme ya da lordların elinden yargı yetkilerini almak şeklinde kendisini gösterirdi. (E. King, ve J. Hawley, “İngiliz (Common Law)’unun Gelişmesi”, **AÜHFD**, C:XV, S:1-4, (1958), s.193) 12. yüzyılın ortalarında, bu müdahale yargısal bir biçim alarak, bizzat Kral değil, Kral Mahkemesi tarafından icra edilmeye başlanmıştır. Zaman içinde writ’ler bazı standart formlara dönüşmüş ve Writ Sicilinde (Register of Writs) toplanmıştır. Bu sicilde yer alan her bir writ belirli bir tür uyuşmazlığın çözümü için tahsis edilmişti ve yeni bir writ türünü ancak Chancellor ihdas edebilirdi. 13. yüzyılın ortalarında, ancak uyuşmazlık konusuna ilişkin bir writ varsa, Kral Mahkemesinde dava açılabilirdi kabul edilmeye başlanmıştır. Harry Woolf, Jeffrey Jowell, Andrew P. Le Sueur, **Principles of Judicial Review**, (London: Sweet ve Maxwell, 1999), s.528-529.

¹⁴ Eroğul, op.cit., s.29-30.

fazla personeli olan Lord Chancellor¹⁵ makamına devretmiştir.¹⁶ Bu şekilde Chancellor Mahkemesi (Court of Chancery) kurumsallaşmaya başlamıştır. Sadece bir dilekçe (petition) ile dava açmanın mümkün olduğu bu mahkemede, yeni ilkeler ve usuller benimsenmiş ve Hakkaniyet (Equity) hukuku doğmuştur.¹⁷

15. yüzyılın sonlarından, 17. yüzyılın başına kadar iktidarda kalan Tudor hükümdarlarının döneminde, merkezileşme konusunda önemli adımlar atılmıştır. Hükümdar olarak rollerini güçlendirmeye yönelik bu adımların ülke düzeyinde yerine getirilmesini sağlamak amacıyla, Kralın Danışma Konseyinin Yargıç Üyeleri (King's Bench) tarafından ayrıcalıklı emirler (writ system) kullanılarak, sulh yargıçları üzerinde eskisine oranla daha geniş bir denetim uygulanmıştır.¹⁸

Tudor ve Stuart hanedanlarının dönemlerinde görülen merkezin yetkilerini sağlamlaştırma çalışmaları, 17. yüzyıl daha bitmeden dizginlenmiştir. 1640 yıllarındaki iç savaş daha başlamadan, mahkemeler, kralın sınırsız yetkilerinden duydukları rahatsızlığı dile getirmeye başlamışlardır.¹⁹ Prohibitions del Roy davasında²⁰, Kralın bizzat yargılama yapmasının mümkün olmadığına karar verilmiştir. Proclamations davasında²¹ ise, Kralın yeni suç ihdas etme yetkisi sınırlanmıştır. Bu davalar Kralın ayrıcalıklı yetkilerinin sınırlandırılmasının göstergeleri olarak anılmaktadır.²²

¹⁵ Lord Chancellor, 1068'de Normanların İngiltere'yi fethinden hemen sonra ihdas edilmiş bir makam olup, geleneksel adıyla, Kralın vicdanının koruyucusudur. (Keeper of the King's Conscience) Krala çeşitli konularda yol göstermekle görevli olan Lord Chancellor, 12. yüzyıldan itibaren Kralın Danışma Konseyi üyesi, 1660'dan itibaren Lordlar Kamarası Başkanı ve 17. yüzyıla kadar da önde gelen bir din adamı olmuştur. Lord Chancellor makamı, Kraliyetten kaynaklanan çeşitli rolleri ile günümüze kadar gelmiştir. (Eroğul, op.cit., s.39).

¹⁶ Plucknett, op.cit., s. 675.

¹⁷ Eroğul, op.cit., s.30.

¹⁸ Leyland and Anthony, op.cit., s.10.

¹⁹ Ibid., s.10-11.

²⁰ (1607) 12 Co. Rep 63.

²¹ (1611) 12 Co. Rep. 74.

²² Leyland ve Anthony, op.cit., s.11.

1660-1689 yılları arasındaki dönem İngiliz kamu hukukunun gelişimi açısından önemli bir dönemdir. Bu dönemde Majestelerinin özel emri olduğu iddia edilerek, bir bakan ve birkaç Devlet Danışma meclisi üyesinin (Privy Councillor) imzası ile çıkarılan tutuklama belgesi ile kişinin mahkeme önüne çıkarılmadan tutuklanabileceği uygulaması getirilmiştir. Böylesine kesin bir devlet zorlaması karşısında habeas corpus istenebilecek en yüksek hukuki yol olarak karşımıza çıkmaktadır. 1679 yılında Habeas Corpus Kanununun getirdiği reformlar, kişinin mahkeme önüne çıkarılmadan uzun süre tutuklu kalmasını önlemiştir. Bu kanun ile ciddi bir suç işlemiş kişinin kısa sürede mahkeme önüne çıkarılması ya da kefalet ile bırakılması usulü benimsenmiştir.²³

Stuart hanedanı erken dönemlerinde devlet işlerini Common Law mahkemelerinin görev alanından çıkarmayı amaçlamış ve alternatif mahkemeler (Court of Star Chamber ve diğer prerogative courts²⁴) kurarak ayrıcalıklı yetkilerini kullanmaya devam etmiştir.²⁵ Ancak bu durum uzun sürmemiş, bu mahkemeler, verdikleri politik kararlar, uyguladıkları Common law mahkemelerine yabancı usuller ve kullandıkları soruşturma teknikleri nedeniyle eleştirilmişlerdir. Common law hukukçuları, parlamento yanlıları ile birlik olarak bu mahkemelerin 1640 yılında kaldırılmasını sağlamışlardır. Bu dönemde iç karışıklıklar artmış ve 1642 yılında İç savaş (Civil War) ile Charles I tahttan indirilmiştir.²⁶ 1649-1653 yılları arasında İngiltere cumhuriyetle yönetilmiştir. 1653-1658 yılları arasında ise Oliver Cromwell'in başkanlığında bir hamilik yönetimi (Protectorate) gelmiştir. Bunu izleyen iki yıllık geçiş döneminden sonra tahtın II. Charles'a emanet edilmesi ile "Restorasyon (Restoration)" gerçekleşmiş, İngiltere tekrar krallığa dönmüştür.²⁷

²³ Woolf, Jowell ve Le Sueur, op.cit., s.539-541; Plucknett, op.cit., s.57-58.

²⁴ Common law mahkemeleri gayrimenkul üzerine kurulu olduğu için, daha çok gayrimenkul sahiplerini korumaktaydı. Gayrimenkul sahibi olmayıp, diğer hakları ihlal edilenlerin yeni mahkemelere ihtiyacı olmuştur. Prerogative Courts adı ile anılan bu mahkemeler, özellikle Tudor hanedanı zamanında gelişmiş ve çeşitli hukuk alanlarının gelişmesini sağlamıştır. Örneğin, bu dönemde Admiralty Mahkemesi ve Court of Requests'te Deniz ve Ticaret hukukları, Star Chamber'da Ceza hukukunun geliştiği görülmüştür. (Plucknett, op.cit., s.177).

²⁵ Woolf, Jowell ve Le Sueur, op.cit., s.54.

²⁶ Leyland ve Anthony, op.cit., s.11.

²⁷ Eroğul, op.cit., s. 1.

James II'nin tahttan indirilmesini 1688 yılında Büyük Devrim (Glorious Revolution) izlemiştir. Bu devrim ile mutlak Hükümdardan Parlamento'ya doğru artık geri dönülmez bir fonksiyon devri gerçekleşmiştir. 1688/9 yılında çıkarılan Haklar Beyannamesi (Bill of Rights) ile Parlamento, üstün ve egemen yasama erkini elde etmiştir. Bu tarihten itibaren bakanlar Parlamento'ya karşı sorumlu tutulmuşlardır ve bu durum, günümüzde geçerli olan bakanların sorumluluğunun gelişmesine neden olmuştur.²⁸

Bu anayasal gelişmelerin sonucunda, Stuart hanedanı zamanında başlayan devlet işlerini Common Law mahkemelerinin görev alanından çıkarma girişimleri sonuçsuz kalmış ve İngiltere'de kamu hukuku ve özel hukuk birbirinden ayrılmaz bir bütün haline gelmiştir. Bu gelenek 1701'de Act of Settlement ile yüksek mahkeme hâkimlerinin yürütmeden bağımsızlıklarını elde etmeleri ile Common Law hâkimlerinin kazandığı kamu güveni ile de pekiştirilmiştir.²⁹

16. yüzyıl ve 17. yüzyılın başları, İngiltere'de ortaçağ hukukundan modern hukuka geçiş dönemidir.³⁰ Bu geçiş süreci, Mutlak hükümdarların, kamusal yetkilerin kullanılmasını kolaylaştıran mekanizmalar aracılığıyla ülke çapında konumlarını güçlendirmeye çalıştıkları bir dönem ile başlamış ve genç parlamenter hükümetin ortaya çıkması ile sonuçlanmıştır. Mahkemeler ise bu dönemde, artarak kullanılan kamusal yetkiler karşısında denetim yetkilerini geliştirerek, mütevazı bir dengeleyici unsur olarak görev yapmışlardır.³¹ Restorasyondan (Restoration) sonra bu geçiş dönemi tamamlanmış ve modern hukukun gelişme dönemi başlamıştır.³²

²⁸ Leyland ve Anthony, op.cit., s.11.

²⁹ Woolf, Jowell ve Le Seur, op.cit., s.54.

³⁰ W.S. Holdsworth, "The History of Remedies Against the Crown", **Law Quarterly Review**, (Vol:38, July 1922), s.280.

³¹ Leyland ve Anthony, op.cit., s.11.

³² Holdsworth, op.cit., s.280.

1.2. 18. ve 19. Yüzyıllar ve Sanayi Devrimi

18. yüzyıl İngiliz ekonomik gelişiminde, özellikle ortaçağ ekonomisinden modern ekonomiye geçişte önemli bir dönüm noktasıdır. Ortaçağda temel zenginlik kaynağı topraktı ve halkın büyük çoğunluğu tarımla uğraşmaktaydı. Toplumun sosyal yapısı ve hukuku bu düşünceye dayanmaktaydı.³³ 18. yüzyılın başlarında yün ve şarap gibi İngiliz ekonomisinin temel mallarının üretimi, halen evlerde ve manastırlarda küçük işletmeler halinde ve çok sayıda insanla yapılmaktaydı. Ancak bu yüzyılda meydana gelen teknolojik gelişmeler, daha az masraf ve daha az sayıda işçi ile daha fazla iş görülmesini sağlamış ve ülkede sanayi devrimini başlatmıştır. Özellikle buhar gücünün bulunması ve İngiltere'nin kömür madenleri açısından zengin olması, sanayi devriminin bu ülkede Kara Avrupası ülkelerinden daha çabuk gelişmesini sağlamıştır.³⁴

Özellikle 18. yüzyılın ortalarında hızlanan sanayileşme, büyük sermayeye duyulan ihtiyaç nedeniyle, birkaç sermayedarın bir araya gelerek şirketleşmesine ve bankaların kurulmasına neden olmuştur. Bu şekilde özel hukukun gelişimini sağlayan sanayi devrimi, devletin ekonomiye müdahalesine ve idari düzenlemelere ihtiyaç gösterdiğinden kamu hukukunun da gelişmesine neden olmuştur.³⁵

19. yüzyılın başlarında devletin idari fonksiyonlarının büyük ölçüde sınırlı olduğu görülür. Farklı nedenlerle tüm siyasi partiler sınırlı devlet anlayışını benimsemişlerdir. Ancak sanayi devrimi devletin bireylerin hayatına müdahalesini giderek arttırmış ve bu durumun doğal bir sonucu olarak, idarenin denetim yolları gelişmiştir. Özellikle 1830-1850 yılları arasında devlet fonksiyonları giderek genişlemiş, fabrikalar, muhtaçlar, demiryolları ve kamu sağlığı gibi konularda sürekli artan idari düzenlemeler görülmüştür.³⁶

³³ Plucknett, op.cit., s.65.

³⁴ Ibid, s.67-68

³⁵ Ibid., s.68-69.

³⁶ P.Craig,, **Administrative Law**, (5th ed., London: Sweet & Maxwell, 2003), s.48-52.

Bazı yazarlar, devletin bir Truva atı gibi bunu beklemeyen topluma kendisini kabul ettirdiğini iddia etmektedir. Fraser'ın açıklamalarına göre, “ilk aşama çocuk işçilerin sömürülmesi gibi dayanılmaz bir kötülüğün keşfidir ve bunun önlenmesi için kanun çıkarılır. İkinci aşamada, çıkarılan kanunun yetersizliği anlaşılır ve daha etkili hükümleri olan bir kanun daha çıkarılır ve bu sefer kanunun uygulanmasını sağlamak üzere müfettişler tayin edilir. Üçüncü aşamada, kanunun uygulanmasını sağlamak için işe alınan uzmanlar, kurumlarının yetkilerinin arttırılması için baskı grupları haline gelirler. Dördüncü aşamada, giderek büyüyen uzman kadrosu, yasa koyucuyu yapılacak tek bir muhteşem kanun ile sorunların kaybolmayacağına ve sürekli ve yavaş yavaş gelişen hukuki düzenlemelere gerek olduğuna inandırırılar.” Bu şekilde uzmanlar, neredeyse Parlamento hiç anlamadan, İngiliz idari sistemini geniş yetkileri olan büyük bir organizasyona dönüştürmeye yardımcı olmuşlardır. Sonuç olarak, detaylı bir hukuki çerçeve ve uygulanmasını sağlamak için de karmaşık bir bürokratik mekanizma geliştirilmiştir.³⁷

Yukarıda açıklandığı gibi, 18. ve 19. yüzyıllarda, yeni gelişen idari faaliyetler genellikle bağımsız bir kurul eliyle yürütülmekteydi. Çalıştıkları alana göre, kurulların yapıları ve yetkileri değişiklik gösterirdi. En önemli ortak özellikleri parlamentodan bir dereceye kadar bağımsız olmalarıydı. Ancak bir bakan, kurulun çoğu işlemlerinden parlamentoya karşı sorumlu olurdu. Bu sistemin aksadığı birçok yön bulunmaktaydı. Parlamento, kurul sisteminde yapılan faaliyetlerden sorumlu tutacağı bir kişi bulamıyordu. Kurul üyeleri ise kendilerini savunacak bir platform bulamıyorlardı. Parlamento ile Kurul arasındaki bu iletişimsizlik, kurul sisteminin 19. yüzyılın ortalarında Bakanlık sistemine dönüşmesine neden oldu. Böylece oluşturulan yeni idari faaliyetlerin bir bakanlığa verilerek, ilgili bakanın, bakanlığının yaptığı tüm işlem ve eylemlerden Parlamenteoya karşı sorumlu olması sistemi giderek yaygınlaştırmıştır.³⁸

³⁷ “Fraser, (1973), s.106; Michael Hill, **The State, Administration and the Individual**, (London: Fontana, 1976), s.27” Carol Harlow ve Richard Rawlings, **Law and Administration**, (London: Weidenfeld & Nicolson, 1984), s.8’deki alıntıdan

³⁸ Craig, 2003, op.cit., 48-52.

19. yüzyılın liberal politikaların uygulandığı bir dönem olmasına rağmen, idari faaliyetlerin gelişmesi ve devletin bireyin hayatına müdahalesinin artması ile aynı döneme rastlamaktadır. Bu durumun sebepleri tartışmalıdır. Bazı yazarlar “Bırakınız yapsınlar, bırakınız geçsinler” (laissez faire laissez passer) teriminin insanlarda yanlış çağrışımlar yaptığını düşünmektedir. Dicey’e göre çoğunluğun mutluluk ve çıkarını amaçlayan faydacı ideale ancak liberal politikalarla ulaşılacaktır. Bazı yazarlar ise bu anlayışı idarenin bireylerin hayatlarına müdahalesinin temel dayanağı olarak görmektedirler. Doktrinde ekonomik işler ile sosyal politikaları birbirinden ayırmak gerektiği, ekonomik işlerde liberal politikaların, sosyal işlerde ise çeşitli menfaatler arasında bir denge kurabilmek için devlet müdahalesinin gerekli olduğu ileri sürülmektedir.³⁹

19. yüzyıl aynı zamanda yerel yönetimlerin yapısı konusunda da önemli reformlara ve gelişmelere sahne olmuştur. Merkezileşme ve yerelleşme arasındaki çekişme, İngiliz idare ve organizasyon tarihi boyunca görülebilir. 17. yüzyılda meydana gelen siyasal gelişmeler merkezi hükümet ile yerel idareler arasındaki dengede büyük değişikliklere neden olmuştur. Bu dönemde yerel yönetimlerin uygulamalarını denetleyen Star Chamber Mahkemesi kaldırılmış ve 1689 Haklar Beyannamesi kabul edilmiştir. I. Charles, II. Charles ve II. James’in tahttan indirilmeleri, Parlametonun otoritesini arttırırken, yerel yönetimler üzerinde Merkezin baskısını azaltmıştır. Böylece 18. yüzyılda yerel yönetimlerin özerkliği artmıştır.⁴⁰

Günümüz İngiliz yerel yönetim sisteminin ortaya çıkması, özellikle 19. yüzyılda reform geçiren üç kuruma dayanmaktadır⁴¹: Köy (Parish), sulh yargıçları (justices of the peace) ve yerel yönetimler (municipal corporations⁴²). Yerel yönetimlerde yapılan yenilikleri hızlandıran 1832 yılında çıkarılan Reform Kanunu (Great Reform Act 1832) olmuştur.

³⁹ Ibid., s.54-55.

⁴⁰ Ibid., s.59-60.

⁴¹ J. Sharland, **A Practical Approach to Local Government Law**, (2nd ed., Oxford : Oxford University Press., 2006), s.1.

⁴² Bu yerel yönetimler, şehir halkının kendi kendilerini yönetme hakkını Kraldan satın almaları ile oluşmuşlardır. (Sharland, op.cit., s.1).

10 sterlinlik evi olan herkesin oy kullanabileceğini kabul eden bu kanun, Parlamento seçimlerinde oy kullanabilecek seçmenlerin sayısını arttırmıştır. 1833 yılında bir Kraliyet Komisyonu tarafından yerel yönetimlerin sunduğu hizmetlerdeki aksaklıklar konusunda araştırma yapılmıştır. Komisyonun araştırmaları sonucunda, belirli yolsuzluklar tespit edildiği gibi, yetkilerin birkaç kişinin elinde toplandığı ve bu yetkilerin kişisel çıkar amacıyla kullanıldığı ortaya çıkmıştır. Yerel yönetimlerin yetersizliği, sunmaları gereken hizmetleri görmek amacıyla bağımsız kurulların kurulmasından kolaylıkla anlaşılmaktadır. Bu durum ise, kurullar ile yerel yönetimler arasında yetki kavgasına yol açmaktaydı.⁴³

1835 yılında çıkarılan Yerel Yönetim Kanunu (Municipal Corporations Act 1835), eski yerel yönetimlerin yetkilerini kaldırarak, bu yetkileri seçimle iş başına gelen yerel yönetimlere devretmiştir.⁴⁴ Söz konusu kanun aynı zamanda seçme hakkını 3 yıl boyunca o beldede ikamet etmiş ve vergi ödemiş kişilere tanıyarak, oy kullanabilecek seçmenlerin sayısını arttırmıştır ve modern yerel yönetimin oluşturulması yönünde önemli bir adımdır. Ancak bu kanun ile idari bölgelerin (county) yönetiminde bir değişiklik yapılmamıştır. Ayrıca hizmetlerin görülmesindeki aksaklıklar nedeniyle kurulan kurullar ile varolan iki başlılığı da ortadan kaldırmamaktaydı.⁴⁵

İdari bölgelerin yönetimi ile ilgili reformlar ancak 50 yıl sonra yapılabilmektedir. Bu dönemde sulh yargıçları idari bölgelerin temel idari ve yargısal organı olarak görev yapmaya devam etmişlerdir. 1867 ve 1884 yıllarında çıkarılan kanunlar oy kullanma hakkını genişletmiştir.⁴⁶ 1888 tarihli Yerel Yönetim Kanunu (Local Government Act 1888), idari bölgelerle ilgili reformun öncüsü olmuştur ve 1894 tarihli Yerel Yönetim Kanunu (Local Government Act 1894) ise eski köy yönetimlerini kaldırarak, bir şehir ve kırsal alan meclisleri ağı kurmuştur.⁴⁷ Bu şekilde yerel yönetim reformları

⁴³ Craig, 2003, op.cit., s.60

⁴⁴ Sharland, op.cit.,s.2

⁴⁵ Craig, 2003, op.cit., s.61-62

⁴⁶ İbid., s.62.

⁴⁷ M. Loughlin, "The Demise of Local Government", **The British Constitution in the Twentieth Century**, ed. Vernon Bogdanor, (Oxford: Oxford University Press, 2005), s.528.

tamamlanmış, 20. yüzyılın başlarında artık yerel yönetimler günümüzdeki modern şekillerini alarak, 1972 yılına kadar değişmeden gelmiştir.⁴⁸

19. yüzyılda meydana gelen bir başka gelişme de kamu soruşturmalarıdır (statutory inquiries). Tam olarak ortaya çıkışı 19. yüzyıl öncesine dayansa bile, asıl gelişimi bu tarihlere rastlamaktadır. Tarım ve endüstri alanlarındaki gelişmeler, bireylerarası ve birey ile idare arasındaki uyuşmazlıkların sayısını arttırmıştır. Bu uyuşmazlıkları çözmeye yönelik çözüm yöntemlerinden birisi de kamu soruşturması sistemi olarak ortaya çıkmıştır.⁴⁹

Kamu soruşturması sisteminin en erken örneklerinden bir tanesi, kamu arazilerinin özelleştirilmesi (Inclosure) konusundadır. Kamu arazilerinin özelleştirilmesi, genel olarak, Parlamantonun çıkardığı özel bir kanun (Private Act)⁵⁰ ile olmaktadır. Özelleştirme komisyonu yetkilileri (Inclosure commissioners), her olayın özel durumunu ve itirazları değerlendirmek üzere atanırlardı. 1801 tarihli Kamu Arazilerinin Özelleştirilmesi Kanunu (Inclosure Act 1801) ayrı bir Soruşturma komisyonu (ad hoc commission of inquiry) atanmasını öngörmüştür. Komisyonun toplantısı halka duyurulur ve kamu önerilen özelleştirmenin tamamı ya da bir bölümüne olan itirazlarını dile getirme şansına sahip olurdu.

Bu usul, 1845 tarihinde Genel Kamu Arazilerinin Özelleştirilmesi Kanunu (General Inclosure Act) ile değişikliğe uğramıştır. Bu kanun, hızlandırılmış bir usul öngörmüştür. Şöyle ki, eski kanununa göre, özel kanunun her iki kamarada da ayrı ayrı özel komitelerde incelenmesi gerekirken, yeni kanunun getirdiği geçici emir usulü

⁴⁸ Leyland ve Anthony, op.cit., s.11.

⁴⁹ Craig, 2003, op.cit., s.63.

⁵⁰ Özel Kanunun genel kanunlardan farkı, belirli bir alan ya da teşebbüsü konu alması ve uygulamasının sınırlı olmasıdır. Genel kanunlar, bir bakan ya da belirli bir sponsor tarafından teklif edilirken, özel kanunlar, kişi ya da organizasyon tarafından bir dilekçe ile Parlametodan talep edilir. Bu dilekçe, Parlametoya her yıl 27 Kasım'dan evvel sunulmalıdır. Özel Kanunlar, Genel Kanunlardan daha geniş hak ve yükümlülükler getirebileceği için, hakları etkilenebileceklerin zamanında haber alabilmesine imkan tanımak amacıyla, basın aracılığıyla halka duyurulmalıdır. (N. Parpworth, **Constitutional and Administrative Law**, (2nd ed., London: Butterworths, 2002), s.190-191)

(provisional order procedure) sayesinde, belirli bir kişinin konuyu asıl yerine giderek soruşturma (inquiry) yaparak, incelemesine imkân tanınmıştır. Bu usulde, geçici emir başvurusu, ilgili bakanlığa yapılmaktadır. İlgili Bakanlık ise, geçici emiri vererek, bir soruşturmacı tayin etmeden evvel, genellikle bir kamu soruşturması (public inquiry) düzenlemekteydi.⁵¹

1.3. 20. ve Sosyal Devlet Anlayışının Gelişmesi

20. yüzyılın başlarında liberallerin çıkardığı kanunlar İngiltere’de sosyal devlet anlayışının temel taşlarını oluşturmuştur.⁵² Bu yeni kanunlar yeni idari ve yargısal mekanizmalara ihtiyaç gösteriyordu. Bu mekanizmalar kurulurken genel mahkemelerin bu süreç dışında tutulmasına özen gösterilmiştir. Genel mahkemelerin bu konularda denetimle görevlendirilmemesinin çeşitli sebepleri mevcuttur. Özellikle dava konusu olacak parasal miktarların çok düşük olması ve bu tür uyuşmazlıkların çok fazla olması ihtimali, mahkemelerin gereksiz iş yükü ile meşgul edilmesi bu sebeplerin arasındadır. Bir başka sebep ise genel mahkemelerin bu tür uyuşmazlıkların çözümü için uygun mercii olmadığı inancıydı. Bu kanaate mahkemelerin ilk reformlar sırasında kendilerine yüklenen uyuşmazlık konularında çekingen davranmaları neden olmuştur. Örneğin, demiryolu taşıma ücretlerinin uygunluğu konusundaki bir davada ilgili mahkeme karar vermekte zorlanmıştı. Bu nedenlerle liberal kanunların uyuşmazlıkları genel mahkemelerin görev alanı dışında tutmaları modern idari uzmanlık mahkemelerinin (tribunal) ortaya çıkmasını sağlamıştır.⁵³

1932 yılında, bakanların yetkilerini incelemek üzere bir komite (Donoughmore Komitesi) toplanmıştır. Geniş kanun hükmünde kararname çıkarma yetkilerinin verilmesi ve bakanların ya da astlarının yargısal ya da yarı yargısal karar alabilme yetkileri, yürütme organının yasama ve yargı fonksiyonlarına karışmasına yol

⁵¹ Craig, 2003, op.cit., 63.

⁵² 1908 yılında Çocuk Kanunu (Children’s Act), 1909 yılında İşçi Değişimi Kanunu (Labour Exchanges Act) ve 1911 yılında Ulusal Sigorta Kanunu (National Insurance Act) çıkarılmıştır.

⁵³ Craig, 2003, op.cit, 62-65.

açmaktaydı. Bakanlıkların yetkilerinin sınırlarını değerlendiren Komite, hazırladığı raporda, her iki sorunu da çözecek reform önerileri getirmiştir.⁵⁴

20.yüzyılda, İdari Uzmanlık mahkemelerinin genel mahkemelere alternatif kuruluşlar olarak kişiler ve idari otoriteler arasındaki uyuşmazlıkları çözmek üzere kullanımı giderek artmıştır. Buna paralel olarak imar planlama çalışmalarına ilişkin tartışmaları çözmek üzere, kamu soruşturması yolunun kullanılmasında da artışlar olmuştur. Ancak her iki alternatifin kullanılmasına ilişkin yaygın şikâyetler ve tatminsizlikler, 1958 yılında Frank Komitesi Raporu⁵⁵ olarak bilinen İdari Uzmanlık Mahkemeleri ve Kamu Soruşturmaları Komitesi Raporunun (Report of the Committee on Administrative Tribunals and Inquiries) hazırlanmasına yol açmıştır.⁵⁶

Franks Raporunun en önemli yanı, bu kurumların yargı teşkilatının bir parçası sayılmalarının gerektiğini belirtmesidir. Ancak her idari uzmanlık mahkemesi ya da kamu soruşturmasının, yargı teşkilatının bir parçası sayılamayacağı da açıktır; örneğin, kira uyuşmazlıkları ya da sosyal yardım konularındaki taleplerin çözümü için kurulan kanuni usuller, yargı teşkilatına dâhil edilemeyecektir.⁵⁷ Bu komitenin tavsiyelerinin çoğu, daha sonra İdari Uzmanlık Mahkemeleri ve Kamu Soruşturmaları Kanununda (Tribunal and Inquiries Act 1958) hayata geçirilmiştir. Bu kanun, idari uzmanlık mahkemelerinin ve kamu soruşturmalarının etkinliğini büyük oranda arttırmıştır.⁵⁸

Bu gelişmelerin yanında, idarenin giderek artan düzenleyici faaliyetleri, doğrudan parlamentonun denetimi altında olmayan düzenleyici otoritelere (quangos ya da

⁵⁴ Donoughmore, “Report on the Committee on Ministers’ Powers” (Cmd 4060, London: HMSO, 1932)

⁵⁵ O. Franks, “Report of the Committee on Administrative Tribunals and Enquiries”, (Cmnd: 218, London: HMSO, 1957)

⁵⁶ Süleyman Kurt, “Britanya İdari Yargı Yerleri (Tribunal Sistem) Ve Yargısal Denetim”, **Danıştay Dergisi**, (No:107), s.3.

⁵⁷ Craig, 2003, op.cit., s.65

⁵⁸ Kurt, op.cit., s.3.

agencies) verilmeye başlanmıştır.⁵⁹ 1980 yılında yayınlanan Bakanlıklara bağlı olmayan Kamu Kurumları üzerine Rapor (1980 Report on Non-Departmental Public Bodies), bu otoriteler ve sorunları konusunda aydınlatıcı bilgiler vermiştir. Eski kurul sistemine dönüş şeklinde değerlendirilerek eleştirilen ve tam olarak tanımlanamayan bu otoriteler, son yıllarda gözlemlenen merkezi idareyi küçültme politikaları ve özelleştirme çabaları ile daha da gelişerek İngiliz idare sisteminin ayrılmaz bir parçasını oluşturmuşlardır.⁶⁰

İngiliz Kamu Hukuku ve özellikle İdare Hukuku 1960 lardan sonra büyük bir gelişme göstermiştir. Bu gelişim reform hareketleri adı altında ayrı bir başlıkta ele alınacaktır.

1.4. İngiliz Kamu Hukukunda Reform Hareketleri

Lord Reid, 1964 yılında, Ridge v Baldwin davasında⁶¹, “Belki de çok yakın zamanlara kadar ihtiyaç duymadığımız için, gelişmiş bir idare hukuku sistemimiz mevcut değil.” sözlerini söylemiştir. Lord Diplock ise, 1982 yılında, R v IRC davasında⁶², “Yargısal hayatım süresince, İngiliz Mahkemelerinin şahit olduğum en büyük başarısı, kanaatimce, kapsamlı bir idare hukukunun oluşmasına doğru atılan adımlardır.” ifadesini kullanmıştır. Bu söylemlerden yirmi beş yıl sonra, acaba İngiltere’de artık oturmuş bir idare hukuku sistemi oluşmuş mudur?

Bu sorunun cevabını vermeden önce, İngiltere’de son yıllarda kamu hukuku alanında görülen reform hareketlerini incelemekte fayda vardır. 1980lerde kamu hukuku dava türlerinde uygulanan farklı usul kurallarının tek bir usulle birleştirilmesi ile başlayarak, 2000 yılında uzmanlaşmış bir İdare Mahkemesi kurulmasına ulaşan idari yargı reformlarının incelenmesi, İngiliz idare hukukunun son 30 yıl süresince ne kadar gelişme gösterdiğini ortaya koyacaktır.

⁵⁹ Craig, 2003, op.cit., s.67.

⁶⁰ Ibid., s.68.

⁶¹ Ridge v Baldwin [1964] AC 40

⁶² R v IRC, ex p National Federation of Self-Employed and Small Businesses Ltd [1982] AC 617

Cane, anayasa hukuku ve idare hukuku ayırımını, sadece bir odaklanma farklılığı olarak yorumlamaktadır. Anayasa hukuku, genel olarak kamusal alan ile ilgilenirken, idare hukuku, bakanlık, yerel yönetimler, bağımsız idari otoriteler gibi idareler tarafından kamusal işlerin görülmesi üzerine yoğunlaşır.⁶³ Genel olarak kamusal alanın düzenlenmesi amacıyla çıkarılan anayasal reformlar, kamusal alanın günlük işleyişi ile ilgilenen idare hukukunu doğrudan etkileyecektir. Bu nedenle öncelikle Anayasal reformları inceleyerek, idare hukukunun nasıl bir anayasal çerçeve içinde gelişim gösterdiği belirlenecektir.

İngiliz anayasa hukuku, İşçi Partisinin iktidara gelmesi ile birlikte, özellikle 1997 yılından itibaren büyük bir değişim içine girmiştir. Hatta Bogdanor, bu anayasal reformların, bir ülkenin yazılı olmayan anayasasını yazılı bir anayasa haline dönüştürmesinin demokratik dünyada benzeri az görülür bir örneği olduğunu belirtmiştir.⁶⁴

Anayasal reformlar, İskoçya ve Galler özerklik referandumlarını sağlayan Referandum Kanunu 1997 ile Kuzey İrlanda'da ortaklık şeklinde bir özerklik için referandum yapılmasını sağlayan Kuzey İrlanda Kanunu 1998 ile başlamıştır. İngiltere'de referandum uygulaması, 1975'lere kadar Anayasaya ve İngiliz geleneklerine aykırı kabul edilmekteydi. Ancak bu kanunların yürürlüğe girmesiyle referandumun İngiliz Anayasa Hukukunun kabul edilen bir parçası haline geldiği konusunda şüphe kalmamıştır.⁶⁵

Referandum Kanunlarını, özerklik kanunları izlemiştir. İskoçya Kanunu 1998 ile doğrudan seçimle başa gelen İskoç Parlamentosu, Galler Hükümeti Kanunu 1998 ile doğrudan seçimle başa gelen Galler Ulusal Meclisi ve Kuzey İrlanda Kanunu 1998 ile ise, Kuzey İrlanda'da doğrudan seçimle başa gelen bir Meclis kurulmuştur. Tüm bu özerk otoritelerin seçimlerinde nisbi temsil usulü kabul edilmiştir.

⁶³ Cane, P., **Administrative Law**, (4th ed., Oxford: Oxford University Press, 2004), s.1-2.

⁶⁴ Vernon Bogdanor, "Our New Constitution", **Law Quarterly Review**, (Vol:120, April 2004), s.246.

⁶⁵ *Ibid.*, s.245.

Bu gelişmelere paralel olarak, Büyük Londra Otoritesi Kanunu 1998 ile doğrudan seçimle iş başına gelecek bir Belediye Başkanı ve Londra için bir Stratejik Otorite kurulması için referandum yapılması sağlanmıştır. Büyük Londra Otoritesinin seçimlerinde de nisbi temsil usulü kabul edilmiştir.

Aynı yıl, yapılan reformların en önemlilerinden birini içeren İnsan Hakları Kanunu (Human Rights Act 1998) kabul edilmiştir. Kanun, kamu kurumlarına Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin hükümlerine uygun işlem ve eylemlerde bulunma yükümlülüğü getirmektedir. Hâkimler, bu kanuna göre, bir kanunun Sözleşmedeki haklara aykırı olduğunu tespit etme yetkisine sahiptirler. Bu tür bir tespit durumunda Parlamento, ilgili kanunun Sözleşmedeki haklara uygun hale getirilmesi için Bakanlıklara kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebilirler.

Bu reformların yanı sıra, Avrupa Topluluğunun etkisi ile yapılan bazı değişiklikler de vardır. 1998’de Amsterdam Andlaşması’nın iç hukukta uygulanması için bir kanun değişikliği ile 1999 yılında, Avrupa Parlamentosu için yapılacak seçimlerde nisbi temsil usulünün kabulünü öngören Avrupa Parlamentosu Seçimleri Kanunu çıkarılmıştır.⁶⁶

2000 yılında, Bilgi Edinme Özgürlüğü Kanunu’nun yürürlüğe girmesi yanı sıra, Siyasi Partiler, Seçimler ve Referandum Kanunu ile siyasi partilerin kayıt olması ve siyasi partilere yapılan bağışların denetimini düzenleyen ve seçim usulü konusunda danışmanlık yapacak ve seçimleri denetleyecek bir Seçim Komisyonunun kurulması öngörülmüştür.

Yerel Yönetim Kanunu 2000 ile yerel yönetimlerin komite sistemini bırakıp, kabine sistemi, şehir yönetimi sistemi ya da doğrudan seçilen belediye başkanı sistemlerinden birini seçmeleri öngörülmüştür. Yeni kanuna göre, bir yerel yönetim, doğrudan seçilen

⁶⁶ Robert Hazell, “Reinventing the Constitution: Can the State Survive?”, **Public Law**, (Spring 1999), s.85.

belediye başkanı sistemini benimserse, bu konuda bir referandum yapılması gerekecektir.⁶⁷

Mart 2005 tarihinde yürürlüğe giren Anayasal Reform Kanunu'nun 1. maddesi, bakanları ve diğer kamu kurumlarını, adaletin idaresi sırasında, yargının devam eden bağımsızlığını korumakla yükümlü kılmıştır. Özellikle bakanlar, hâkimlerle olan özel bağlarını, belirli yargı kararlarını yönlendirmek için kullanmamalıdır. Adalet Bakanı, yargı bağımsızlığını savunmak ve yargının fonksiyonunu yerine getirebilmesi için gerekli desteği vermekle yükümlüdür.⁶⁸

Anayasal Reform Kanunu tasarısında Kraliyetin Vicdanı (Lord Chancellor) makamının kaldırılması öngörülmekteydi. Bu makamın kaldırılması, kökenleri 1533'e dayanan sayısız kanun maddesinin değiştirilmesi veya kaldırılmasını gerektiriyordu. Tasarıya göre, Lord Chancellor'un bakanlık görevleri, Anayasal İşler Bakanlığı (Department of Constitutional Affairs)adı ile kurulacak yeni bir bakanlığa verilecek; yargısal görevleri ise, Anayasal İşler Bakanlığı (Department of Constitutional Affairs) ile Lord Chief Justice arasında paylaşılacaktır. İngiliz ve Galler Mahkemelerinin başkanı ve yargının başı ünvanını, Lord Chancellor yerine, Lord Chief Justice alacaktı. Lord Chief Justice, bu sıfatı ile hâkimlerin yetiştirilmesi, görevden alınması ve özlük haklarından ve hâkimlerin görüşlerini bakanlara ve Parlamente'ye aktarmaktan sorumlu olacaktı.⁶⁹ Ancak tasarının Lord Chancellor'a ilişkin bu kısmı kabul edilmemiştir. Bu hükümler yerine, kanunda Lord Chancellor'ın seçimi ile hangi fonksiyonlarının kime devredileceğine ilişkin bir açıklık olmadan, fonksiyon ve yetkilerinin devri, paylaşılması ya da kaldırılmasının yöntemi üzerine bazı hükümler yer almıştır.

Kanuna göre, Lordlar Kamarasının temyiz yetkisini ve Privy Council'in yargısal komitesinin özerklik konusundaki yetkisini alacak, Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi adında bir yüksek mahkeme kurulacaktır. Yüksek Mahkeme, İngiltere, Galler ve Kuzey

⁶⁷ Bogdanor, op.cit., s.242.

⁶⁸ Terence Ingman, **The English Legal Process** (10th ed., Oxford: Oxford University Press, 2004) s.12.

⁶⁹ Ibid., s.12.

İrlanda'nın hem hukuk hem ceza davalarında, İskoçya'nın ise sadece hukuk davalarında, son temyiz mahkemesi olarak görev yapacaktır. Ancak kanunların Anayasaya aykırılığını değerlendirme ve kanunları iptal etme yetkisi olmayacaktır.⁷⁰

Kanun, özellikle Lord Chief Justice'in, ve Yüksek Mahkeme hâkimlerinin seçimi için özel bir hüküm getirmektedir. Adayların seçimi, Yargısal Atamalar Komisyonu'nun oluşturacağı bir panel tarafından yapılacaktır.⁷¹

Anayasal reformlar bu şekilde anahatlarıyla incelendikten sonra, burada idare hukuku alanında yapılan reformlar kısaca incelenmeye çalışılacaktır.

1977'de Yüksek Mahkemenin çıkardığı Order 53 ile tüm idari yargı uyuşmazlıklarında uygulanacak "İdari Yargı başvurusu (Application for Judicial Review)" adında tek bir usul benimsenmiştir. Ancak Order 53, İdari Yargı başvurusu usulünün idari yargı uyuşmazlıklarında zorunlu olarak uygulanıp uygulanmayacağı ve özel hukuk usullerinin de kullanılmasının mümkün olup olmadığı konularında bir açıklık getirmemiştir.

O'Reilly v Mackman davası⁷² bu konuya açıklık getirmiştir. Bu davada House of Lords kamu hukuku alanına giren kararların "idari yargı başvurusu" şeklinde yapılmasının zorunlu olduğu kuralını getirmiştir. Bu kararın bir başka sonucu da mahkemelerin kamu hukuku-özel hukuk uyuşmazlıklarını ayırdetme problemi ile karşı karşıya kalmasıdır.⁷³ Lord Diplock'ın kararında belirttiği gibi, O'Reilly davası, istisnaları olabilecek, genel bir kural koymaktadır. Nitekim daha sonra verilen kararlarda, Yüksek mahkemenin bir takım istisnaları kabul ettiği görülmektedir.

⁷⁰ Ibid., s.13-14

⁷¹ Ibid., s.12-13.

⁷² O'Reilly v Mackman [1983] 2 AC 237

⁷³ Parpworth, op.cit., s.258

Roy v. Kensington and Chelsea and Westminster Family Practitioner Committee davasında⁷⁴, NHS için hasta bakan bir aile doktoru, kendisine NHS hastaları için yapılan ödemelerin %20'sinin indirilmesini öngören karara karşı dava açmış ve davasında NHS ile aralarındaki sözleşmenin ihlal edildiğini ileri sürmüş ve özel hukuk davası açmıştır (ordinary action). Uyuşmazlık House of Lords önüne geldiğinde, Yüksek Mahkeme, usule aykırılık olmadığını, içerisinde bir kamu hukuku uyuşmazlığı barındıran özel hukuk uyuşmazlıklarının her iki usul kullanılarak da açılabilmesine karar vermiştir.

Lord Woolf tarafından yapılan çalışmalar sonucunda 1999 tarihinde yeni İngiliz Medeni Usul Kanunu (Civil Procedure Rules) yürürlüğe girmiştir. Bu yeni kanunun amacı, İngiltere ve Galler bölgesinde hukuk davalarının görülme usulünü düzenlemek ve davaların adaletli bir şekilde yürütülmesini sağlamaktır.⁷⁵ Bu kanun yürürlüğe girdiğinde, idari yargılama usulü konusunda bir yenilik getirmemiş, sadece varolan kurallar kanuna eklenmiştir.

Eski Lord Chancellor Lord Irvine tarafından Yüksek Mahkemenin (High Court) idari yargı davaları ile ilgilenen dairesinin (Crown Office List) uygulamalarının yenilenmesi ve reform tasarılarının geliştirilmesi amacıyla görevlendirilen Sir Jeffrey Bowman, 2000 yılının Mart ayında bir rapor (Review of the Crown Office List) yayınlamıştır. Bowman Raporu olarak da anılan bu rapor, İngiltere'de idari davalarla ilgilenen uzman bir mahkeme olması gerektiğini vurgulamıştır. İlgili raporda idari yargıya ilişkin özellikle şu noktalar tespit edilmiştir⁷⁶:

- Yüksek Mahkemenin bir parçası olarak örgütlenmiş, kamu ve idare hukuku davalarıyla ilgilenecek uzmanlaşmış bir mahkemeye devam eden bir ihtiyaç mevcuttur.

⁷⁴ Roy v. Kensington and Chelsea and Westminster Family Practitioner Committee [1992] 1 AC 624

⁷⁵ Elliott, op.cit., s.440

⁷⁶ Lord Chancellor's Department Consultation Paper, **The Administrative Court: Proposed Changes to Primary Legislation Following Sir Jeffrey Bowman's Review of the Crown Office List**, 2001

- Kamu ve idare hukuku davalarının çoğunun Yüksek Mahkemenin Crown Office List dairesi tarafından görüldüğü gerçeğinden yola çıkarak, bu dairenin İdare Mahkemesi (Administrative Court) olarak yeniden adlandırılması yerinde olacaktır.
- İdare Mahkemesinde görev yapan yargıçların görev süreleri daha uzun olmalı ve Ticaret Mahkemesi gibi uzmanlaşmış bir mahkeme haline getirilmelidir.
- Crown Office List'in gördüğü davaların niteliği, özel hukukun tabi olduğu usul kurallarından farklı bir usulün var olmasını gerektirmektedir.
- İdari yargı davalarında uygulanan ön duruşma (permission stage) şartı kaldırılmamalı, ancak eski usulden farklı olarak, ön duruşma gerçekleşmeden, yapılan idari yargı başvurusunun ve uyuşmazlığın varlığından davalı idarenin haberdar olması sağlanmalıdır.

Bowman Raporu ışığında, İngiliz Medeni Usul Kanunu'na eklenecek, İdari Yargılama Usulüne ilişkin bazı özel hükümler hazırlanmış ve bu hükümler 2 Ekim 2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Aynı yıl Lord Woolf tarafından bir uygulama tebliği (Practice Direction) hazırlanmış ve yürürlüğe girmiştir.

Yeni İngiliz Medeni Usul Kanunu'na eklenen 54. Bölüm idari yargılama usulüne birçok yenilik getirmiştir. Yeni kanun öncelikle idari yargılama usulünde kullanılan eski terimleri modernleştirmiştir. Bunun yanında idari uyuşmazlıkların çoğunun çözümlendiği Yüksek Mahkemenin Crown Office List dairesi İdare Mahkemesi (Administrative Court) olarak yeniden adlandırılmıştır.⁷⁷ Yeni usul hükümleri, uyuşmazlık taraflarının davaya gerek kalmadan çözüm bulunabilmesi amacıyla, dava öncesinde ön başvuru kurumunu (pre-action protocol) getirmektedir. Ancak bu başvuru sürecinin dava açma süresini etkilememesi, uyuşmazlığın bu aşamada çözümlenememesi durumunda sorunlara yol açabileceği yazarlarca ileri sürülmektedir.⁷⁸ 54. Bölümün getirdiği başka bir yenilik de, mahkemelere verilen yeni yetkililerdir. İdari uyuşmazlıklarda yargıç, artık gerekli gördüğü durumlarda, geçici tespit

⁷⁷ Fordham, M. "Judicial review: the new rules". **Public Law**. 2001, s.5

⁷⁸ Fordham, M. "The New Procedure: How is it Working?". **Judicial Review**, 2002, s.14-15

kararı (interim declaration) verebilecek, ayrıca istisnai bazı durumlarda idare yerine geçerek karar (substitutionary remedy) verebilecektir.⁷⁹

Yeni Medeni Usul Kanunu ve kanuna ek İdari Yargılama Usulüne ilişkin hükümlerin kamu hukuku usulü ile özel hukuk usulü arasındaki ilişkide derin izler bırakacağı düşünülmektedir. Zira yeni İngiliz Medeni Usul Kanununu mahkemelere hem özel hukuk hem de kamu hukuku davalarında eskisine oranla daha fazla yetki tanımakta ve özel hukuk ile kamu hukuku davalarının birbirine dönüştürülmesi konusunda yerine getirilmesi kolay hükümler öngörmüştür.⁸⁰ Clark davasında kamu hukuku davalarının sadece idare mahkemesinde görülmesi (procedural exclusivity) ve bunun istisnaları konusunda yeni İngiliz Medeni Usul Kanununun etkileri görülmektedir. Davacı, üniversite aleyhine, sözleşmeye dayanan ve diploma derecesinin sınıflandırılmasına ilişkin bir dava açmıştır. Davalı üniversite ise davanın bir idari yargı başvurusu şeklinde yapılması gerektiği noktasından hareketle görev yönünden itirazda bulunmuştur. Hakim Lord Woolf bu davada karar verirken, kamu hukuku davalarının sadece idare mahkemesinde görülebileceği prensibini yeni Medeni Usul hükümlerine göre değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme, davanın tek amacı hukuka aykırı bir idari işlemin iptali ya da eylemin önlenmesi değilse, davanın idari yargı başvurusu şeklinde yapılmasına gerek olmadığına karar vermiştir.⁸¹

Bu yeniliklerin yanında mahkeme içtihatları ile de idare hukukunda büyük ilerleme katedilmiştir. Öncelikle, 1980lerin ortalarında, mahkemeler, idari yargı başvurularının kabulü konusunda yeni bir ölçüt uygulamaya başladılar. Yetkinin kaynağı (organik ölçüt) yerine, fonksiyonun niteliğini (fonksiyonel ölçüt) ölçüt olarak kabul ederek, denetim yetkilerini yeni düzenleyici otoriteleri ve buna bağlı olarak yeni kararları içine alacak şekilde genişletmişlerdir. Bu şekilde ultra vires prensibini, idari yargının anayasal temeli olarak kabul etmekten vazgeçmişlerdir.

⁷⁹ Fordham, 2001, s.9

⁸⁰ Craig, 2003, op.cit, s.801.

⁸¹ Clark v. The University of Lincolnshire and Humberside [2000] 3 All E.R. 752

1990’da, Avrupa Topluluğu Adalet Divanı’nın yol göstermesiyle, yargı organı artık bakanlıklara karşı yargısal emir (injunction) vermeye başladılar. İlk başlarda sadece topluluk hukukunun tanıdığı haklar sözkonusu olduğunda verilmesine rağmen⁸², kısa sürede iç hukuk uyuşmazlıklarında da bakanlıklara karşı yargısal emir verilmeye başlanmıştır.⁸³ Buna ek olarak, İdari yargı davası süresince verilen emirlere uymayan ve verilen görevleri yerine getirmeyen bakanlara mahkemeye karşı gelmekten dolayı tazminat ödemelerine bile karar verilebilmektedir.

1990ların ortalarından itibaren artık dava ehliyeti gerçek bir engel olmaktan çıkmış, hukuka aykırı bir idari işlemin varlığını ileri süren her birey ya da grup, idari yargı yolundan yararlanabilmeye başlamıştır.⁸⁴

Son olarak, İdari Uzmanlık Mahkemelerine ilişkin Legatt Raporu⁸⁵ ardından bazı reformlar yapılmıştır. Bu reformlar sonucunda, dağınık ve farklı konularda uyuşmazlıkları çözmekle görevli, tam olarak yargı düzeninin bir parçası sayılmayan idari uzmanlık mahkemeleri, idari uyuşmazlıklar konusunda bir nevi ilk derece mahkemesi haline getirilmiştir ve ülkenin genel mahkemeler sistemine dâhil edilmiştir.⁸⁶

İngiltere’de yapılan bu reformlar ve mahkeme kararları ile idarenin denetiminde büyük yol katedilmiştir. Artık bireylerin haklarının idareye karşı korunması amacıyla idari uzmanlık mahkemeleri, ombudsman gibi daha çeşitli denetim mekanizmaları bulunmaktadır. İnsan Hakları Kanunu ile mahkemelere, özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki haklara aykırılık durumlarında, daha çok yetki tanınmıştır. Yeni İngiliz Medeni Usul Kanununun İdari Yargılama Usulüne ilişkin 54. Bölümü yargıçlara kullanabilecekleri hukuki yollar ve verebilecekleri karar türleri konusunda daha çok

⁸² R. v Secretary of State for Transport, ex p. Factortame (No.2) [1991] 1 AC 603

⁸³ M v Home Office [1993] 3 WLR 433

⁸⁴ A. P. Le Sueur, “Justifying Judicial Caution: Jurisdiction, Justiciability and Policy”, **Judicial Review – A Thematic Approach**, Eds. Brigid Hadfield, (Dublin: Gill and Macmillan, 1995), s.228-229.

⁸⁵ Sir Andrew Leggatt, “Tribunals for Users, One System, One Service”, (March 2001)

⁸⁶ Nusret İlker Çolak, **Avrupa Birliği Uyum Sürecinde İdari Reformlar-İngiltere ve Türkiye**, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005), s.291-293

seçenek ve takdir yetkisi tanımaktadır.⁸⁷ Bütün bu gelişmeler ve reformlar, İngiltere’de idare hukukunun varolduğunu ve her geçen gün daha çok geliştiğini ve önem kazandığını açıkça göstermektedir.

2. İNGİLTERE’DE İDARE HUKUKUNUN DAYANDIĞI TEORİLER

Bu bölümde İngiltere’de idare hukukunun varlığını ve amacını açıklayan teoriler incelenecektir. Ancak bu incelemeye geçmeden önce teorileri açıklarken izlenecek yöntemden bahsetmekte fayda bulunmaktadır.

İdare hukukunun belirli bir toplum içindeki amacı ve rolü ile o toplumun oluşturduğu düzen arasında bir bağlantı mevcuttur. Her demokratik toplum kendi ihtiyaçlarına göre bir siyasi görüş benimser ve bu siyasi görüş idare hukukunun amacını etkiler. Hak, karar alma sürecine katılım, idarenin sorumluluğu gibi idare hukukunun temel kavramları, demokratik rejimin türüne bağlı olarak farklı anlamlar içerecektir. İçinde bulunduğumuz (toplumun benimsediğı politik kuram hakkında bilgi sahibi olduğumuzda, bu temel kavramların altında yatan mantık ortaya çıkacaktır. İşte idare hukuku ancak bu çerçevede bir anlam ifade edecektir.⁸⁸ Bu nedenle her bir teoriyi değerlendirirken ardında yatan politik kuram ile bağlantısı kurulacaktır.

İdare hukukunun amacını ve konusunu belirlemekte yasama ve yargı erkleri büyük rol oynar. Toplumun benimsediğı siyasi görüşü kanunlara taşıyarak idarenin uygulayacağı politikaları belirleyen yasama organıdır. İdari işlem ve eylemler üzerinde hangi sınırların olması gerektiğine ise yargı organı karar vermektedir. Bu açıdan idare hukuku siyasi hayatta meydana gelen gelişmeler ile yargının bu gelişmelere karşı tepkisinin bir birleşimidir.⁸⁹

⁸⁷ Peter Leyland ve Terry Woods, **Textbook on Administrative Law**, (4th edition, Oxford: Oxford University Press, 2002), s.554-556.

⁸⁸ P.P. Craig, **Administrative Law** (London: Sweet & Maxwell, 1999), s.1.

⁸⁹ İbid., s.1-2.

Modern devlet anlayışında idare hukukuna verilen rolü anlamaya çalışırken, kimin açısından değerlendirme yaptığımızı dikkate almalıyız. İdare hukukunun modern devlet içindeki rolünü anlayabilmek için kimin açısından olaya bakıldığı da çok önemlidir. Öncelikle idare hukukunun ancak çoğulcu bir toplum içinde varolabileceği kabul edilirse, bu toplumun farklı menfaatlere sahip olan, farklı sosyal ve siyasi görüşleri olan bireylerden oluştuğunu ve bu bireylerin idare hukukuna farklı roller atfedeceği açıkça görülecektir.⁹⁰

İdare hukukunun modern devlet içindeki rolünü açıklayan teoriler günümüzde kırmızı ışık ve yeşil ışık teorileri adı verilen iki zıt model etrafında toplanmaktadır. Her iki teori de modern devletin ortaya çıkması ile gelişmiştir. Kırmızı ışık teorisine eğilimli yazarlar, tutucu ve devletin yetkilerini kontrol etmeyi amaç edinirken; yeşil ışık teorisine eğilim gösterenler, liberal-sosyalist bir anlayışa sahiptir ve idare hukukunu devletin görevlerini yerine getirirken kullanacağı yararlı bir araç olarak görmektedir.⁹¹

Gerek doktrinde gerekse pratikte bu teorilerin savunucusu olanlar tam olarak bu görüşleri saf halleri ile kabul etmemektedirler. Aslında çoğunluk, bu iki kutup arasında bulunan geniş bir spektrumda yer almaktadır.⁹² Son olarak işleyeceğimiz sarı ışık teorisi ise bu geniş spektrumda görülmektedir. Bu özelliği ile orta yol adını da alan sarı ışık teorisi, politik arenada üçüncü yol olarak bilinen bir anlayışın ürünüdür.

Aşağıda inceleyeceğimiz idare hukukunun varlığını ve amacını açıklayan teoriler, İngiliz toplumunun idare hukukundan beklediği rollerin ardında yatan siyasi ve sosyal düşüncelerin anlaşılmasına yardımcı olacağı için bu kısımda kısaca incelenecektir.

⁹⁰ Leyland ve Woods, op.cit., s.4.

⁹¹ İbid., s.5.

⁹² İbid., s.5; Harlow ve Rawlings, op.cit., s.47.

2.1. İdare Hukukunun Amacı ve Doğasına İlişkin Teoriler

2.1.1. Kırmızı Işık Teorisi

Kırmızı ışık teorisinin 19. yüzyıl liberal devlet anlayışından kaynaklandığı söylenebilir. Bu anlayış, idarenin yetkilerine karşı köklü bir şüpheyi ve bireylerin hakları üzerinde devletin kullanabileceği tasarruf yetkilerini sınırlama isteğini de birlikte getiriyordu. Bu anlayışın en büyük savunucularından Dicey, 20.yüzyılın başında yazdığı yazılarda, o dönemde yürürlüğe girmekte olan sosyal içerikli kanunların halkın ahlak yapısını bozucu ve bireysel girişimi önleyici bir eğilime sahip olduğu inancını vurgulamıştır.⁹³ Dicey'nin bu düşüncesinin sebeplerini anlayabilmek için, onun bakış açısını daha yakından incelemek gerekmektedir.

Dicey, hukuki egemenlik kavramının hukukun üstünlüğü ilkesini gerektirdiğini temel olarak almıştır. Bu görüşe göre, Parlamento toplum içinde uyulması gereken temel kuralların çerçevesini ortaya koymaktadır. Yürütme organı da bu kurallara uygun olarak yönetme görevini yerine getirmelidir. Yürütme eğer kurallara uygun davranmazsa, mahkemeler yürütmenin Parlamantonun koyduğu kuralların oluşturduğu çerçeveyi aşmasını önleyecektir. Bu görüş kendini düzelter den demokrasi anlayışına çok yakındır. Hukuk, önemli bir kontrol fonksiyonu olan, ayrı ve otonom bir alandır. Hukuk devleti ilkesi burada, bireyler kadar tüm kamusal ve özel kurumların hukuka uygun davranmalarını sağlayan anahtar kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Hukuk, bu çerçevede, belirgin bir ahlaki ya da siyasi temele ihtiyaç duymaksızın hukuka aykırılık ve yetki aşımını önleyici bir fonksiyon yerine getirmektedir.⁹⁴

Biraz evvel de değinildiği gibi Dicey, idare hukukunun İngiliz hukukunda yeri olmadığına inanıyordu. Dicey bu görüşünü üniter demokrasi modeline göre şekillendirmiştir. Bu modelde, Parlamantonun egemenliği esastır. Parlamantonun egemenliği kavramının iki önemli unsuru vardır. İlki Parlamantonun her türlü tasarrufu yapabilme yetkisine sahip olduğu, ikincisi ise yetkilerin sadece parlamento eliyle

⁹³ M. Loughlin, **Public Law and Political Theory**, (Oxford: Clarendon Press, 1992), s.63.

⁹⁴ Leyland ve Woods, op.cit., s.5-6.

kullanılabileceğidir. (Parlamentonun tekeli). Daha açık bir ifade ile Avam kamarasının gözetimi ve denetimi altında olduğu için hükümetin tüm yetkileri parlamento kanalıyla verilmelidir. 19. yüzyılda Avam kamarasının yürütme organını denetleyebildiği kabul ediliyordu ve Dicey de bu görüşü benimsemişti.⁹⁵

Dicey ikinci adımda, parlamentonun tekeli görüşünü hukukun üstünlüğü ilkesi ile güçlendirmiştir. Dicey, genel ve ortak hukukun üstünlüğünü, geniş takdir yetkilerinin var olmadığını ve tüm halkın ülkenin genel hukukuna tabi olduğunu varsayıyordu. Kamu gücü tamamıyla Parlamentonun elindeydi. Normatif olarak, bu sistemin Fransa'daki sistemden (kamu hukuku ile ilgili konularda farklı bir düzen ve özel kuralların var olduğu) daha iyi olduğu kabul ediliyordu. Tüm hukuk kurallarının genel ve ortak olması, parlamento tarafından kanunlaştırılarak denetimden geçmesi daha doğrudur.⁹⁶

Dicey için üniter demokrasi, tüm kamu yetkilerinin Parlamento kanalından geçmesi anlamına geliyordu. Bu demokratik sistem aynı zamanda kendi kendini düzelten bir özelliğe sahipti, çünkü Dicey Avam kamarasının halkın isteklerini gerçekten yansıtabildiğine ve yürütme organını kontrol edebileceğine inanıyordu. Her konuda yetkili olan Parlamentonun, seçmenlerinin isteklerine zıt bir kanun çıkarması pek mümkün değildi.⁹⁷

Dicey yazdığı dönemde gerçekte varolan idari gücün kapsamını yanlış algılamış olsa bile, Dicey'nin burada açıklanan demokrasi anlayışı, İngiliz idare hukukunun çerçevesini çizmiştir.

⁹⁵ Craig, 1999, op.cit., s.4.

⁹⁶ Harlow ve Rawlings, op.cit., s.15-18.

⁹⁷ Craig, 1999, op.cit., s.5

2.1.2. Yeşil Işık Teorisi

20. yüzyılın ilk yarısında Jennings, Robson, Laski gibi yazarlar, ABD ve Fransa'daki bazı düşünürlerden etkilenecek, idare hukukuna yeni bir anlam ve amaç veren alternatif bir teori geliştirmişlerdir.⁹⁸ Yeşil ışık teorisi olarak adlandırılan bu alternatif görüş, sosyal devlet anlayışı üzerine kurulmuştur. Hukuku siyasal ve toplumsal çerçevesinden soyutlamaya çalışan kırmızı ışık teorisinin aksine bu teori, hukukun içinde bulunduğu toplumun siyasal ve sosyolojik özelliklerini yansıttığını kabul etmektedir.⁹⁹ Burada öncelikle yeşil ışık teorisini savunanların idare hukukunun amacına ilişkin görüşlerinin daha iyi anlaşılabilmesi için, bu yazarların ilham aldıkları yabancı hukukçuların görüşlerine kısaca değinilecektir.

Yeşil ışık teorisi, özünde Bentham'ın faydacılık kuramından yola çıkmaktadır. Faydacılık kuramının amacı kısaca, en büyük sayıda kişinin en büyük mutluluğunu sağlamaktır.¹⁰⁰ Bentham, faydacılık prensibinin tüm hukuk sisteminde hâkim olmasının sağlanmasını yürütme ve yasama organlarının görevi olarak görmekteydi. Bu amacı yerine getirmek için yapılması gerekenlerin başında devleti kamu hizmetlerinin sağlanmasında aktif rol oynamaya ya da katılmaya teşvik etmek yer almaktaydı.¹⁰¹ Yeşil ışık teorisyenleri, eşitlikçi ve geliştirici sosyal reformlar aracılığı ile bu amacı yerine getirmeyi hedeflemişlerdir. Bu şekilde, Devletin en azından eğitim, sağlık gibi temel kamu hizmetlerinin sağlanmasını üstlenmesi beklenmektedir.¹⁰²

Bentham'ın faydacılık kuramı, yeşil ışık teorisyenlerinin yazılarından etkilendiği Amerikan realistlerine esin kaynağı olmuştur. Realistler, hukukun ancak sosyal çerçevesinde bir anlam ifade edeceğini belirtmektedirler.¹⁰³ Holmes, yargıcın hukuk

⁹⁸ Harlow&Rawlings, s.36

⁹⁹ Leyland&Anthony, s.6

¹⁰⁰ İbid., s.6-7

¹⁰¹ Harlow&Rawlings, op.cit., s.37

¹⁰² Leyland&Anthony, op.cit., s.7

¹⁰³ Harlow&Rawlings, op.cit., s.36

yapma rolünü kabul etmiş ve idari politikaların geliştirilmesinde kendisine düşen sorumluluğu da vurgulamıştır.¹⁰⁴ Bu görüşler, hukuk sisteminin etkinliğini sosyologların araştırma konusu haline getirmiştir. Bu çalışmalar ise, işlevsellik adında yeni bir metodun doğmasını sağlamıştır. İşlevselciler, hukuk kurallarının gerçek işleyişi ile ilgilenmekteydiler.¹⁰⁵ Cohen'e göre, işlevsellik metodunda tüm sorular bir tek soruya indirgenebilir: "Hukuk insan için ne anlam ifade etmektedir?"¹⁰⁶ İşlevselciler, hukuk ile idare arasındaki ilişkinin özellikle kırmızı ışık teorisinde açıklandığından çok daha karmaşık olduğu idare hukukunda, yeni bir araştırma alanı bulmuşlardır ve hukuk ile idare arasındaki ilişkiyi tanımlamayı amaç edinmişlerdir. Bu çalışmalardan esinlenen yeşil ışık müellifleri, idare hukukunu daha geniş tanımlamaktadırlar. İdare hukuku, sadece kamu gücünün denetlenmesine ilişkin hukuk değil, artık idareye ilişkin tüm konuları düzenleyen hukuk dalı olarak kabul edilmeye başlanmıştır.¹⁰⁷

Yeşil ışık teorisinin ortaya çıkmasında Amerikan Realistleri ve İşlevselcilerin yanında, Fransız yazar Leon Duguit'nin de etkileri görülmektedir. Duguit, kamu hukuku teorisini geliştirirken, Fransız sosyolog Emile Durkheim'ın çalışmalarından etkilenmiştir. Bentham gibi, Duguit'nin yazılarında da kamu düzeni, güvenlik ve yargı fonksiyonlarının ötesinde, özellikle kamu hizmetlerinin sağlanmasına yönelik görevleri olan kollektif bir devlete olan inanç ön plana çıkmaktadır.¹⁰⁸ Duguit, bu kamu hizmetlerini şu şekilde tanımlamıştır: "Sosyal dayanışmanın sağlanması ve geliştirilmesi için vazgeçilmez olduğundan devlet tarafından düzenlenmesi ve denetlenmesi gereken ve devletin müdahalesi olmadan yerine getirilemeyecek nitelikteki her türlü faaliyet."¹⁰⁹ Devletin kendine özgü bir tüzel kişiliği olmadığını ileri süren Duguit'ye göre, devletin hakları ve yetkileri yoktur, ancak sosyal dayanışmanın

¹⁰⁴ Ibid.

¹⁰⁵ Ibid.

¹⁰⁶ Cohen, 1937, s.6

¹⁰⁷ Harlow&Rawlings, op.cit.

¹⁰⁸ Ibid., s.37

¹⁰⁹ Duguit, 1921, s.48

sağlanmasına yönelik görevleri olabilecektir. Bu görüşü ise, kamu hukukunun algılanış biçimini tamamen değiştirmiştir. Kamu hukuku artık egemen bir kralın emir verme hakkından kaynaklanmamakta, kamu hizmetlerinin organize edilmesi ve sürekliliğinin sağlanması amacına yönelik kurallar bütünü olarak karşımıza çıkmaktadır.¹¹⁰

Bu yazarların etkisinde kalan yeşil ışık teorisinin kurucuları, modern devletin ortaya çıkmasıyla ekonomik hayata müdahalesi artan ve üstlendiği kamu hizmetlerini genişleten idareyi desteklemektedir. Özellikle sosyal devlet anlayışının etkisiyle ekonomik fırsat eşitliği ve kamu hizmetlerini sağlamaya yönelik hükümet politikalarının geliştirilmesi ve sisteme katılmasını savunmaktadırlar.¹¹¹ İdare hukukunun amacı, idarenin meşru faaliyetlerini kolaylaştırmak olmalıdır. Hukukçulara ancak apolitik teknik danışman rolü verilmektedir.¹¹² Bu görüşte, hukuk kuralları ile desteklenmeden kamu hizmetlerinin gerektiği gibi yerine getirilmesinin ve sürekliliğinin sağlanmasının çok daha zor olduğu kabul edilmektedir. Bu şekilde hukuk, kamu hizmetlerini sağlamaya yönelik yeni hükümet politikalarına hem ahlaki hem de siyasi meşruiyet katacak faydalı bir araç olarak görülmektedir.¹¹³

Bu görüşteki akademisyenler, işlevselcilerin etkisiyle, İdare hukukunu işlemekte olduğu şekliyle incelemeyi amaç edinmişler ve idare hukukunun düzenleme alanının büyük oranda genişlemesini sağlamışlardır. Yeşil ışık teorisini savunan yazarlar, yine işlevselci metodun idari usullerde etkinlik ve kamu hizmetlerinde verimliliği sağlama amaçlarını ön plana çıkarmaktadırlar.¹¹⁴

Modern devlet anlayışının etkisiyle kamu kurumlarının yetkilerinin genişlemesi, sorumluluk mekanizmalarının yeni bir önem kazanmasına neden olmuştur.¹¹⁵ Bu görüşü

¹¹⁰ İbid., s.48-49

¹¹¹ Leyland&Anthony, op.cit., s.7

¹¹² Harlow&Rawlings, op.cit., s.39

¹¹³ Leyland&Anthony, op.cit., s.7

¹¹⁴ Harlow&Rawlings, op.cit., s.40

¹¹⁵ Leyland&Anthony, op.cit., s.7

savunanlar, kamu hizmetlerinin etkin bir şekilde sunulması sırasında meydana gelebilecek menfaat ve hak ihlallerinin minimum düzeyde tutulabilmesi için idare hukukunun düzenleyici işlem yapma fonksiyonunun ön planda olması gerektiğini ileri sürmektedirler. Bu şekilde uyuşmazlıklar daha oluşmadan büyük oranda önlenecektir.¹¹⁶ Böylece Yargıç tarafından oluşturulan hukuk, yerini kanun ve düzenleyici işlemlere bırakmaktadır.¹¹⁷

Yargısal denetimi ilerleme ve gelişme önünde bir engel olarak algılayan bu görüşün savunucuları, yargıçların kamu yönetimi konusunda eğitim almadıklarını ve denetleyici ve düzenleyici olarak rol oynamaya uygun olmadıklarını ileri sürmektedirler. Buna rağmen açılan davalarla kamu alanında çok önemli sonuçları olan kararlar vermeleri beklenmektedir. Daha da önemlisi yargı organı hiçbir şekilde denetlenmemektedir. Seçimle iş başına gelmedikleri gibi, verdikleri kararlar seçimle iş başına gelen politikacılar tarafından verilen kararların meşruluğunu ortadan kaldıracıdır. Hukukçuların aldıkları eğitim, siyasal aktörlerin belirlediği hükümet politikaları ile rahatlıkla çatışabilmektedir.¹¹⁸ Bu nedenlerle yeşil ışık teorisyenleri özellikle idari denetimin üstünlüğünü vurgulamakta ve yargısal denetim yerine, daha çok idari denetim ya da demokratik siyasi denetimi tercih etmektedirler.¹¹⁹ Griffith, mahkemeler önünde ileri sürülebilecek bireysel haklar yerine, siyasal arenada ileri sürülebilecek müşterek menfaatler veya hakları savunmaktadır.¹²⁰

Bazı yazarlar, güçlü parti yönetimi ile Parlamento çoğunluğuna sahip olan iktidarların ortaya çıkmasının parlamento denetiminin yetersiz kalmasına yol açtığını ve yürütmenin denetlenmesi için etkin denetim mekanizmalarının kurulmadığını belirtmektedirler. Bu durum karşısında vatandaşların idarenin sürekli genişleyen yetkileri ve kamu gücü

¹¹⁶ Elliott, s.5

¹¹⁷ Harlow&Rawlings, op.cit.

¹¹⁸ Leyland&Anthony, op.cit., s.8

¹¹⁹ Elliott, op.cit., s.3-4

¹²⁰ Griffith, "The Political Constitution", Modern Law Review, Vol:42, 1979, s.1

karşısında ne tür haklara sahip olduğu sorusu gündeme gelmektedir.¹²¹ Bu soruna çözüm olarak, vatandaşın idari karar alma sürecine katılımını düzenleyen bir takım mekanizmalar üretilmiştir. Önce Hizmet Usulü (Service First) bu konuda güzel bir örnektir. Özellikle yargı organının etkisinin azaltılmaya çalışıldığı bu görüşte, alternatif başvuru yollarının geliştirilmesi eğilimi mevcuttur. Birçok kamu kurumunda uyuşmazlıkların kurum içinde çözümlenebilmesi için şikâyet mekanizmalarının (internal dispute resolution) kurulması, İdari Uzmanlık Mahkemelerinin sayısının artırılması ve Ombudsman kurumu gibi gelişmeler, yeşil ışık teorisi ışığında gelişmiştir.¹²²

2.1.3. Orta Yol: Sarı Işık Teorisi

Kırmızı ışık teorisinin temelinde, kuvvetler ayrılığı idealine inanç ve hükümetin hukuka boyun eğmesini sağlama ihtiyacı bulunmaktadır. Bu teori, daha çok hukukun yargısal ve denetleme fonksiyonlarını ve dolayısıyla kural odaklı, kavramsal doğasını ortaya çıkarır. Aynı zamanda, hukukun bağımsız bir alan olarak kabul edilmesi idealini güder. Buna karşılık, yeşil ışık teorisi hukuku, hükümet mekanizmasının bir parçası (idari işlevin yerine getirilmesini sağlayan bir araç) olarak görmektedir. Hukukun düzenleme ve sağlama fonksiyonları üzerinde odaklanır ve faydacı, sosyal bir politik bakış açısına sahiptir. Bu teori, gelişen, evrimsel bir değişimi yansıtır.¹²³

Yukarıdaki açıklamalardan, her iki teori arasında temel farklılıklar olduğu açıkça görülmektedir. Hukuk kavramının ne anlama geldiği konusunda bile anlaşma mevcut değildir. Kırmızı ışık teorisini savunanlar için hukuk, kanundan üstündür, yeşil ışıkçılar için ise kanun, demokrasinin iradesinin bir ifadesi olarak, hukukun aldığı en üstün biçimdir. Kırmızı ışık yazarlarına göre, hak kavramı, Devletin üstündedir; yeşil

¹²¹ Leyland&Anthony, op.cit., s.7

¹²² İbid., s.7-9

¹²³ Loughlin, M., Public Law and Political Theory, (Oxford: Clarendon Press, 1992), s.60.

ışıkçılara göre ise, haklar devletten kaynaklanır. Yeşil ışık teorisine göre, demokratik temsil, meşruiyetin temelidir, kırmızı ışık teorisi ise, bu konuda daha kararsız görülmektedir.¹²⁴

Bunların yanında, iki görüş arasında daha temel konularda da anlayış farkı mevcuttur. Kırmızı ışık teorisi, özgürlük kavramını devlet müdahalesinin olmaması, bu konuda hukuki düzenlemelerin bulunmaması olarak yorumlamaktadır. Yeşil ışık teorisi ise, özgürlüğü belirli bir işi yapabilmek için yeterli kapasitenin olması (belirli bir hakkın kullanılabilmesi için gerekli minimum şartların sağlanmış olması) şeklinde görmektedir. Bu bakış açısına göre, daha fazla hukuki düzenleme daha fazla özgürlük anlamına gelebilir. Kırmızı ışık teorisine göre, pozitif (iyi) devlet, minimal, müdahaleci olmayan devlettir. Yeşil ışık teorisi ise, pozitif devleti, toplumun ahlaki gelişiminin bir ifadesi olarak görmektedir.¹²⁵

Bu iki teori, görüldüğü gibi, kamu hukuku teorisinin iki farklı kutbunda yer almaktadır. Ancak günümüzde bu iki kutbun birbirine yaklaştığı görülmektedir. İdari ve yargısal denetim arasında yeni bir denge arayışı mevcuttur. Sarı ışık teorisi olarak da anılan bu orta yol, idari işlem ve eylemler üzerinde yargısal denetim zorunluluğu ile idarenin hukuka uygun davranmasını sağlayacak iyi idare prensipleri geliştirmek ihtiyacını birleştirmektedir.¹²⁶ İdare hukukunun hem denetleme hem de düzenleme fonksiyonlarını göz önüne alan bu teori, mahkemelere kırmızı ışık teorisinin tanıdığından çok daha farklı bir rol vermektedir. Yargısal denetim sadece negatif bir denetim olmak zorunda değildir. Mahkeme içtihatları, idareye yol gösteren, iyi idare prensipleri geliştirmek konusunda faydalı olabilecektir. Bu şekilde, Sir John Donaldson'ın Huddleston davasında belirttiği gibi, "Mahkemeler ile yetkilerini kamu hukukundan alan idareler

¹²⁴ İbid., s.60.

¹²⁵ İbid., s.61.

¹²⁶ Leyland ve Anthony, op.cit., s.9

arasında, kamu yönetiminin en yüksek standartlarının oluşturulması ortak amacına dayanan yeni bir ilişki doğmuştur.”¹²⁷

20. yüzyılın sonunda İngiltere’de tekrar hükümete gelen sosyal demokrat yapıdaki İşçi Partisi, uzun yıllar ilerlemenin tek yolu gibi görülen Muhafazakârların serbest piyasa odaklı neo-liberal görüşlerinin sorgulanmasına neden olmuştur. Bu aynı zamanda İşçi Partisinin kendisinden önce Muhafazakârların ürettiği politikaların dışında yeni bir bakış açısı ileri sürüp süremeyeceği sorularına da yol açmıştır. İşçi Partisi, ne eski sosyalist ne de neo-liberalist olan bir üçüncü görüş üzerine kurulu politikalar üreteceklerine söz verdiler. Bu üçüncü görüşün ne olduğu üzerinde durmakta fayda vardır.¹²⁸

Giddens üçüncü yolu açıklayan kitabında, bu yeni modelin temelinde yer alan kavramları şu şekilde sıralamıştır: eşitlik, zayıfın korunması, özerklik olarak özgürlük, sorumluluk olmadan hakkın da olmayacağı¹²⁹, demokrasi olmadan yetkinin olmayacağı, kozmopolitan çoğulculuk ve felsefik muhafazakarlık. Bu anlayış, Anayasal terimlerde, yerleşme, fonksiyon devri, şeffaflık, etkinliğin artırılması ve doğrudan demokrasi mekanizmaları kavramlarını kullanarak, demokrasi anlayışının demokratikleştirilmesi şeklinde kendisini göstermektedir. Aynı zamanda sivil toplumun örgütlenmesini ve yerel özerkliğe saygıyı da gerektirmektedir. Ekonomik bir idare sistemi olarak sosyalizmin çöküşü, sol ve sağ politikaların aralarındaki temel farkı ortadan kaldırmıştır. Ekonomik düzen olarak kapitalizm temel olarak kabul edilmektedir. Ancak hala ekonominin ne düzeyde düzenlenmesi gerektiği konusunda iki görüş arasında büyük farklılıklar mevcuttur. Aynı zamanda merkez-sol hala eşitlik ve sosyal adalet konularına büyük önem vermektedir.¹³⁰

¹²⁷ Elliott, op.cit., s.5

¹²⁸ Leyland ve Woods, op.cit., s.10; Craig, op.cit., s.42.

¹²⁹ Eski sosyal demokratlar hakları hiçbir şarta bağlı tutmamaktaydılar ancak üçüncü yol teorisyenleri bireyselleşmenin bir sonucu olarak hakların bireysel sorumluluklar da getirdiğini kabul etmektedir. Örneğin işsizlik sigortası bağlanması kişiye aktif olarak iş arama yükümlülüğü getirmelidir. (Anthony Giddens, **The Third Way, The Renewal of Social Democracy**, (Oxford: Polity Press, 1998), s.65)

¹³⁰ Anthony Giddens, **The Third Way, The Renewal of Social Democracy**, (Oxford: Polity Press, 1998), s.66-76.

İşçi Partisinin çıkardığı yeni kanunlar, gerçekten bu üçüncü yolun değerlerini taşımaktadır. Ekonomik olarak, bir evvelki hükümetin düşüncelerinin devamı niteliğinde, verimlilik (efficiency), işlerin özel kişilere gördürülmesi (contracting out), standartların belirlenmesi (benchmarking) gibi birçok icraatın varlığı doğrudur. Üçüncü yolu savunanlar, merkezin piyasa odaklı reformlarına ya da etkililiğin, kurumların organizasyonunda önemli bir ölçüt olarak kullanılmasına karşı değildir. Ancak merkezin piyasa odaklı çözümlerinin her zaman en doğrusu olduğu inancına karşıdırlar ve rekabete dayalı çözümlerin uygulanabilecek seçeneklerden sadece birisi olduğunu düşünmektedirler. İşçi Partisinin bu politikalarını yürütme şekilleri, hizmet ulaştırma konusundaki düzenlemelerde açıkça görülmektedir. Bu alanda uygulanan zorunlu eksiltme usulü kaldırılarak, yüksek kalite üzerine kurulu yeni bir usul getirilmiştir.¹³¹

İşçi Partisinin özerklik tanınması, insan hakları, bilgi edinme hakkı ile ilgili çıkardığı kanunların ve Lordlar Kamarası hakkındaki reformların bu yüzyılın en önemli Anayasal reformlarını oluşturduğu ve idare hukukunu ciddi bir şekilde etkileyeceği açıktır. 1998 tarihli İnsan Hakları Kanunu, idari yargı usulünü önemli ölçüde etkilemiştir. Mahkemeler, belirli bir hakkın sınırlanmasının demokratik toplumun gereklerine uygun olup olmadığı gibi karmaşık konularda karar almak zorunda kalacaktır. Özerklik tanınmasına ilişkin kanunların da başarılı olması, mahkemelerin İskoç Parlamentosu ve Galler Meclisinin yetkileri konusunda takındığı tavra bağlı olacaktır. Bilgi Edinme Kanunu çerçevesinde bir bilginin verilmemesine ilişkin ölçütlerin yorumlanması ve kamu hizmetinin verilmesine ilişkin kanunun yoruma açık kavramlarının belirli ölçütlere bağlanması da yargının yetkisinde olacaktır.¹³²

İşçi Partisinin yerel yönetimler ve Londra yönetimi konularında yaptığı reformlar İngiltere’de yerel yönetimleri yeniden canlandırmaya yönelik çalışmalardır. Yerel özerkliği arttırmak, katılımı sağlamak ve yerel yönetimleri daha etkin bir hale getirmek amacıyla ilginç ve önemli yöntemler geliştirmişlerdir. Bu reformların ardında yatan

¹³¹ Craig,op.cit., s.43.

¹³² İbid, s.44.

düşüncelere üçüncü yol ile ilgili alışmalarda rastlamak mümkündür. Bu yenilikler her ne kadar önemli ve etkin sonuçlar doğurmuş olsa da özellikle sosyal hakların anayasallaştırılması konusunda gelişmelere halen açıktır.¹³³

2.2. İdari Yargı Yetkisinin Kaynağına İlişkin Teoriler

2.2.1. Ultra Vires Doktrini

2.2.1.1. Düşünsel Temeller

Dicey'nin hukuk devleti ilkesi ile desteklenmiş üniter demokrasi modeli, mahkemelerin bu alanda kullanmakta oldukları idari yargı yetkisini meşru kılmak için uygun bir temel hazırlamıştır.¹³⁴

Yargısal müdahalenin modern zamanlardaki temel kavramsal nedeni, takdir yetkisidir. Kanunların yürütülebilmesi için belli bir oranda takdir yetkisinin gerekeceği aşîkârdır. Parlamento tüm durumları göz önüne alamayacağından, kanunların yerine getirilebilmeleri için biraz esneklik gerekebilir. Bu tür takdir yetkisi tanınmış mercilerin, Parlamentonun verdiği yetkilerini aşmalarını önlemek amacıyla mahkemeler bu alanda denetim yetkileri ile donatılmıştır.¹³⁵

¹³³ Ewing, K., "Social Rights and Constitutional Law", **Public Law**, 1999, s.104.

¹³⁴ İbid., s.5.

¹³⁵ Harlow ve Rawlings, op.cit., s.18.

Yüksek Mahkemenin, idari yargı denetimi yapmaya başlamasının ayrıcalıklı yetkilerin kullanımı ile de ilgili çok karmaşık tarihi nedenleri olmasına rağmen¹³⁶, temel neden üst derece mahkemelerin alt derece mahkemelerin kararlarını denetleme ve alt derece mahkemelerin hukuka aykırı kararlarından dolayı zarar görenlere bir kanun yolu tanıma arzusudur. Yüksek Mahkemeye idari yargı yetkisi tanınmasının gerekçesi 19.yüzyılda değişime uğramış ve Parlamantonun kanunu yaparken öngördüğü amacın aşılmasını önlemek yönünde gelişmiştir. Bu amaç ile yargı yetkisi arasında bağ kurma eğilimi giderek artmıştır.¹³⁷ Ultra vires prensibi, bu şekilde gelişmiştir.

Ultra vires dar anlamda, Parlamento tarafından yetki verilmiş bir idarenin, ancak yetkili olduğu konuda ve o kanun maddesinin çizdiği sınırlar içinde yetkisini kullanabileceği, aksi takdirde yetkisini aşacağı manasına gelmektedir. Geniş anlamda ise, bu prensip, mahkemenin yetkili bir idarenin kendisine tanınan yetki üzerine koyulan her türlü sınırı ifade etmektedir. Yani idare adil usul kurallarına uymalı, yetkisini ancak doğru ve uygun amaçlarla kullanmalı, konuyla ilgili sebeplerle hareket etmeli, mantıksız kararlar vermemelidir.¹³⁸ Ultra vires prensibi, böylece yargısal denetimin hem gerekçesi hem de sınırını oluşturmuştur.

Dicey'nin hukukun üstünlüğü prensibi ile bu gelişen yargısal bakış açısı arasındaki bağ kaçınılmazdı. Yüksek Mahkeme, alt mahkemeleri denetlerken sadece yasamanın amacının aşılmasını önlemekteydi. Bu prensip, idari yargı yetkisinin kullanımına saygınlık ve meşruiyet sağlamaktadır. Genel mahkemelerin üstün olması ve genel hukukun tüm ülkede uygulanabilir olması, anayasal prensip gereğince doğal ve doğru idi.¹³⁹

Yargısal denetimin varlık nedeni haline gelen ultra vires prensibi, aynı zamanda bu denetimin sınırlarını da çizmiştir. Mahkemeler, alt mahkemeleri denetlerken sadece

¹³⁶ De Smith, "Wrongs and Remedies in Administrative Law", **Modern Law Review**, Vol: 15, (1952), s.191-193.

¹³⁷ Leyland ve Woods, op.cit., s.6.

¹³⁸ Uğur Mumcu, "İngiliz Hukukunda Ultra Vires Kavramı", **AÜHFD**, C:XXVII, S:3-4, 1970, s.54-57.

¹³⁹ Craig, op.cit., s.7.

yasamanın amacının aşılmasını önlemekle görevlidirler. Diğer yandan, idari organ parlamentonun çizdiği yetki çerçevesi dâhilinde hareket ediyorsa, mahkemeler, parlamentonun takdir yetkisi vererek karar verici olarak seçtiği organ yerine geçerek, karar veremeyeceklerdir. Bu nedenle takdir yetkisinin kullanımı ile ilgili uygulanan sınırların çoğu yasamanın amacı prensibi ile açıklanmıştır.¹⁴⁰

Açıklanan modelin birçok temel kavrama etkisi olmuştur. İstinaf ve temyiz¹⁴¹ arasındaki ayırımın derinleşmesine neden olmuş ve temyiz yetkisinin var olma nedenlerini güçlendirmiştir. İkinci etkiyi, denetleme yetkisini parlamentonun amacının yerine getirilmesini sağlamaya bağlayarak yapmıştır. İlk etkiyi de mahkemeler, parlamentonun amacının yerine getirilmesini sağlamak için denetleme yaptıklarında istinaf değil, sadece temyiz denetimi yaptıklarını ve asıl karar vericinin yine ilgili idare olduğunu ileri sürebileceklerdir.¹⁴²

Ultra vires modeli yargısal denetimin kapsamını ve şeklini etkilediği gibi İdare Hukukunun görev alanını da etkilemiştir. İdare Hukukunun sisteme giriş yolları vardır. Doğal adalet kuralları idarenin bir idari işlem yapmadan önce kimlerin konu ile ilgili fikirlerini alınmasını belirler. Ayrıca, dava ehliyeti kuralları da idarenin yetkilerini aştığı iddiasıyla dava açma hakkına kimlerin sahip olduğunu belirler.¹⁴³ İdare Hukukunun temel özelliklerinden biri geleneksel anlamda özel bir hakka sahip olmayanları sisteme sokmamasıydı. Bu görüş, geleneksel ultra vires modeli ile uyum sağlamaktaydı. Yargısal denetimin amacı yasamanın kanun yaparken öngördüğü amacın aşılmasını önleyerek idarenin yetkisini aşarak bireylerin özel alanlarının (şahıslarına sıkı sıkıya bağlı haklarının) korunmasını sağlamaktır. Mahkemeler tarafından bireysel özerkliğin

¹⁴⁰ Prosser, "Towards a Critical Public Law", **Journal of Law and Society**, Vol:9, No:1, (Summer 1982), s.5-6.

¹⁴¹ İstinaf ve temyiz muhakemeleri birbirinden farklıdır. İstinaf muhakemesi, davanın esasına ilişkindir ve mahkeme karar verici idarenin yerine geçerek karar alabilir. Temyiz muhakemesi ise, karar verici idarenin yetkisinin kapsamı ve yapılan idari işlemin geçerliliğine ilişkindir. İstinaf yetkisi, kanunen verilirken, yüksek mahkemelerin temyiz yargılaması yapma yetkisi kanunla verilmez, yaptıkları işin doğası gereği var olan bir yetkidir. (P. Cane, **An Introduction to Administrative Law**, (3rd Ed., 1996), s.8.)

¹⁴² Craig, op.cit., s.5-6.

¹⁴³ D. Foulkes, **Administrative Law**, (8th ed., 1995), s.355-357.

tanındığı tek alan sözleşmelerden, haksız fiilden ve buna benzer haklardan doğan özel haklardı. Ancak bu haklara sahip olanlar idari yargı yoluna başvurabilmekteydi. Korunan menfaatler üzerindeki bu sınırlama ile genel hukukun genel mahkemeler tarafından herkese yani, idari otoritelere bile uygulanması görüşünü desteklemekteydi.¹⁴⁴

Geleneksel modelin kendi içinde bir çelişkisi mevcuttur. Mahkemeler hem yasamanın amacını koruyacak hem de bu koruma işlemini yerine getirirken sadece geleneksel özel hakları dikkate alacaktır. Bu iki amaç birbiriyle çatışabilir. Örneğin, Ruhsat usulünü düzenleyen bir kanun maddesi bireylere geleneksel anlamda özel bir hak vermemektedir. Ancak mahkemeler bu kanun ile yasamanın öngördüğü amacı korumak isteyebilir. Bu durumda hak ihlali şartı genişletilmek zorunda kalınacaktır.¹⁴⁵

Genellikle hukukçular usul kurallarından bahsedildiğinde doğal adalet (hakkaniyet) kurallarını düşünürler. Bu görüşün iki temel kuralı vardır. Bunlar, savunma hakkı ve adil yargılanma hakkıdır. Bir birey hakkında idari işlem yapılmadan önce bu haklarını kullanması gerekmektedir. Bu kurallar mahkemelerin idari otoritelerin işlemleri üzerine getirdikleri hukuki sınırlamalardır. Mahkemeler, idarelerin karar verme yöntemini bu şekilde değiştirmiştir. Taraflar ilgili idareye görüşlerini bildirdikten sonra idare tarafsız olarak bu görüşleri değerlendirir ve bu yöntem sonucunda kararını verir.¹⁴⁶

Geleneksel model bu usul kurallarını belirli bir çerçevede düzenlenmesine yardımcı oldu. Geleneksel modele göre, idari otoritelerin (bağımsız idari otoriteler gibi hem düzenleme yetkisine sahip olan hem de düzenledikleri alanda denetim yapma yetkisine sahip olan organlar) taraf olduğu davalara genel mahkemeler tarafından genel hukukun uygulanacağı kabul edilirse, aynı şekilde idari otoritelerin karar vermek için uygulaması gereken usul kuralları da genel mahkemelerin usul kurallarıyla uyumlu olmalıdır.¹⁴⁷

¹⁴⁴ Craig, op.cit., s.9-10.

¹⁴⁵ İbid. s.9-10.

¹⁴⁶ Cane, op.cit., s.170-190.

¹⁴⁷ Craig, op.cit., s.10-11.

Bu durumun üç sonucu mevcuttur. İlki, idari ve yargısal işlev ayırımıdır. Eğer bir idari otorite vereceği kararda iki karşıt görüşü savunan bireyler arasında bir karar verecekse yargı benzeri bir işlev üstlendiğinden mahkemenin usul kurallarına uygun davranmalıdır. Ancak, vereceği karar sadece bir idari işlev içeriyorsa yargısal usul kurallarına uyması gerekmecektir.¹⁴⁸

İkinci sonuç, mahkemelerin düzenleyici işlemler konusunda usul kuralları getirmekte neden isteksiz olmalarını açıklar. Mahkemeler, Yasama organı özellikle bir hak tanımadığı takdirde, ilgili taraflara idari bir otorite düzenleyici bir işlem yapmadan önce görüşlerini bildirme hakkı vermekte çekingen davranmaktadır. Bu görüş, geleneksel modelin mantığına uygun düşmekteydi. Çünkü düzenleyici bir işlem yapmadan önce usul kuralları getirmek geleneksel modelin üniter demokrasi anlayışıyla uyum sağlamamaktaydı. Düzenleme yapmak yani yasama faaliyeti ancak parlamento tarafından yapılabilirdi. Halkoylarıyla ve dolaylı olarak parlamenterler aracılığıyla bu prosedüre katılırlardı. İdari otoritelerin yasama işlevi içeren düzenleyici işlem yapma yetkilerinin olduğunu kabul etmek ve bu nedenle ilgili bireylere katılım hakları tanımak üniter demokrasi modeline tamamen ters düşmekteydi. Parlamentonun dışında bir idari otoritenin yasama işlevini yerine getirmesi kabul edilemezdi.¹⁴⁹

Üçüncü sonuç, genel mahkemelerin usul kurallarını sadece yargısal usul ile sınırlamasının diğer usullerin denenmesini önlemesidir. İdari otoritelerin aldıkları her karar, iki taraf arasında karar vermeyi gerektirmez. Bazen idari takdir yetkisi kullanılıyor olabilir. Bu tür durumlar için de özel usuller getirilebilir, ancak genel mahkemelerin sadece yargısal usul kuralları üzerinde ısrarı bu tür denemeleri engellemektedir.¹⁵⁰

¹⁴⁸ İbid., s.10-11.

¹⁴⁹ İbid., s.10-11.

¹⁵⁰ İbid., s.10-11.

Dicey'nin Fransız sistemini eleştirmesinin temel nedeni, İngiltere'deki durumdan farklı olan, hukuka aykırı bir işlem ya da eylem yapmış olan bir idare ajanına avantaj sağlayan özel bir rejimin varlığıydı. İngiltere'de genel hukuk herkese uygulanmaktaydı ve özel rejimler bulunmuyordu. Bir idare ajanı hatalı bir işlem ya da eylem yaptığında haksız fiil sorumluluğunun temel prensipleri aynen uygulanırdı. Farklı bir rejim öngörmek hukuk devleti ilkesine (hukukun üstünlüğü) aykırı olurdu.¹⁵¹

Bu bakış açısı tam olarak yok olmamakla birlikte, günümüzde değişmiştir. Mahkemeler, ilgili kamusal otoritenin farklı ihtiyaçlarını değerlendirmek ve ona göre karar vermek konusunda daha istekli davranmaktadırlar.

2.2.1.2. Ultra Vires Doktrininin Aksayan Yönleri

Burada öncelikle ultra vires modelinin aksamasının temel nedenini belirterek, ardından bu aksaklığın yol açtığı sonuçları değerlendirmek yerinde olacaktır. Temel olarak geleneksel görüş hatalıydı, çünkü içinde yaşanan demokratik toplumun işleyişi yanlış algılanmıştı. Tüm kamusal yetkilerin Parlamento kanalından geçtiği, Parlamentonun yürütmeyi kontrol ettiği ve yasama tekelinin hâkim olduğu üniter demokrasi modeli mevcut değildi. Parlamentonun yürütmeyi denetim altında tutamadığı ve gerçekte tam tersinin var olduğu gittikçe daha çok anlaşıldı.¹⁵² Bu şekilde içinde yaşanan demokratik toplumun işleyişinin yanlış algılanması aşağıdaki sonuçları doğurmuştur¹⁵³:

- İdareye güvensizlik
- Ultra Vires Prensibinin kapsamının belirsizliği
- İdare hukukunun görev alanı ve taraf ehliyetinin sınırlı olması

¹⁵¹ Harlow ve Rawlings, op.cit., s.13-14.

¹⁵² Craig, op.cit., s.12-17.

¹⁵³ İbid., s.12-17.

- Hak İhlali şartının yetersizliği

2.2.1.3. Ultra Vires Doktrininin Yeni Görünümü

İdari yargının temeli konusundaki tartışmalar belirli bir görüşün etrafında gelişmektedir. Ultra vires terimi, yetkiyi aşan işlem ya da eylemi çağrıştırıyor. Ancak yasamanın mı, bir idari otoritenin yetkileri üzerinde belirli sınırlar koymak istediği, yoksa genel hukuk bağlamında mahkemelerin mi koyduğu bazı sınırlar olduğu konusunda bir açıklık yoktur.¹⁵⁴

Ultra vires prensibi, yargısal denetimin hem gerekli hem de yeterli bir gerekçesi olarak ileri sürülmekteydi. Gerekliydi, çünkü kabul edilebilir olabilmesi için idari yargıda kullanılan her hukuki esas ultra vires doktrini ile uyumlu olmalıydı. Yeterliydi, çünkü bir hukuki esas ultra vires doktrininde bir yer bulduysa daha ileri bir bağımsız soruşturmayı gerektirecekti. Bu görüşe göre, idare hukukunun tüm temel prensipleri varlık nedenlerini yasallıklarını ve içeriklerini, yasamanın onların belirli bir kanun çerçevesinde uygulanmasını amaçlamasıyla ortaya çıkmıştır.¹⁵⁵

Hukuka Aykırılık Genel Hukuk Modeli, bu görüşün karşısında yer almaktadır. Ultra vires prensibinin belirsiz olduğunu ve gerçekçi olmadığını, iç baskılarla oluştuğunu ve yetkilerini kanundan almayan otoritelere kamu hukuku prensiplerinin uygulanmasını açıklayamayacağını ileri sürmektedir. Ultra vires prensibini eleştirenler tabii ki idari otoriteleri kendileri için belirlenen yetki çerçevesinde tutmakla ilgilenmektedirler. Bu durum da otoritenin yetkilerinin çerçevesini belirlerken kuruluş kanununun dikkate alınmasını gerektirecektir. Ancak bunlar yargısal denetimin hukuki esaslarının yasamanın amacı prensibiyle açıklanabileceğini göstermez. Asıl mesele ilgili yasal kurallar ve uygulamalarının nereye kadar yasamanın amacı ile açıklanabileceğidir. Genel hukuk modelini savunanlar, idari yargı prensiplerinin aslında mahkemeler

¹⁵⁴ Ibid., s.18.

¹⁵⁵ Ibid., s.18.

tarafından oluşturulduğunu söylemektedir. Yasama idari yargı denetiminin içeriği ve sınırları ile ilgili nadiren yön gösterir. Bir kanun yürürlüğe girdiğinde, mahkemeler adalet, hukuk devleti ilkesi gibi prensiplerle açıklanabilen idari yargı hukuki esaslarına göre denetim yaparlar. Hem kanun tarafından kurulmuş hem de bir kanuna dayanmayan kurumların tabi olacağı şekil ve esas kurallarını mahkemeler belirler. Bu kuralları aşan otoriteler hukuka aykırı davranmış olur. Eğer parlamento bu denetimi tasvip etmezse, bu durumu açıkça belirtmekte serbesttir. Eğer parlamento böyle bir yöntemi benimserse, mahkemeler de buna uyacaktır. Bu açıdan, geleneksel hukuk tarafından geliştirilmiş yargısal denetim kurallarının olmasının hiçbir tuhaf yanı yoktur. Bu kurallar her zaman parlamento tarafından geliştirilebilir.¹⁵⁶

Artık gelişmiş ve değişmiş bir ultra vires modelinden bahsedilebilir. Bu modeli destekleyenler, kendilerine yöneltilen eleştirilerin birçoğunu kabul etmişlerdir. Özellikle yasamanın idari yargı denetimi kuralları konusunda nadiren özel bir amacının olabileceğini kabul etmişlerdir. Aynı zamanda mahkemelerin idari yargı prensiplerini yetkilerini doğrudan kanundan almayan kurumlara uygulamasının meşru olduğunu ve bu prensiplerin normatif gücünün bu uygulamayı meşru kıldığını kabul etmişlerdir. Ancak ultra vires prensibinin hala idari yargı denetiminin temel dayanağı olması gerektiği görüşünü muhafaza etmektedirler. İdari yargı denetimini meşru kılmak ve mahkemelerin geniş yetkilerini kısıtlamak amacıyla yasamanın amacının mutlaka bulunmasının gerektiğini savunmaktadırlar. Ultra vires prensibinden vazgeçilmesi, parlamentonun egemenliği prensibine aykırı olacaktır. Parlamentonun genel bir amacının varlığı yeterli görülmektedir. Parlamentonun çıkardığı kanunların anayasal bir demokraside yer alan adil yargılanma ve adaletin temel prensiplerine uygun olmasını amaçladığı varsayılmaktadır. Parlamento kendisi bu prensipleri geliştiremediğinden bu yargısal denetim prensiplerini geliştirmek yetkisini mahkemelere devretmiştir.¹⁵⁷

İdari yargı denetiminin dayanağının yasamanın amacı prensibi olması gerektiği, aksinin parlamentonun egemenliği prensibiyle çatışacağı görüşü dayanaksızdır. Geleneksel

¹⁵⁶ Loughlin, op.cit., s.154-156.

¹⁵⁷ Craig, op.cit., s.19-20.

hukuk modelinin parlamentonun egemenliğı ile çatışan hiçbir yanı yoktur. Bu model, idari yargı denetiminin tarihi gelişimini en iyi yansıtan modeldir. Aynı zamanda egemenlik ve hukuk devleti ilkesinin ilişkisini de en iyi açıklayan teoridir. Kısacası, değişim geçirmiş ultra vires modeli, kanun ve üzerinde uygulanan denetimler arasındaki dayanaksız ilişki üzerine kurulmuştur.¹⁵⁸

2.2.2. Common Law Doktrini

Ultra Vires doktrininin sert bir şekilde eleştirilmesi, bazı yazarları bu doktrin yerine geçebilecek yeni bir görüş arayışına itmiştir. Son yıllarda en çok tartışılan görüş, kamu hukukuna insan hakları merkezli bir bakış açısı getirmeyi amaçlayan Common Law doktrini. Bu yeni anlayış, özellikle kamusal yetki kullananların bu yetkilerini kötüye kullanmalarını önleyecek belirli hukuk ilkeleri geliştirilmesi üzerinde durmaktadır. Bu ilkelerin geliştirilmesinde mahkemelere önemli rol verilmektedir. Common Law doktrininde mahkemelerin rolü artık sadece yasama organının kanun yaparken öngördüğü amacın yerine getirilmesi ile sınırlı kalmayacaktır. Mahkemelere idareye işlem yaparken yol gösterecek bazı temel hukuk ilkeleri geliştirerek, bu ilkeler ışığında kanunları yorumlamak işlevi verilmiştir. Bu doktrini, benimsenen siyasi görüş ya da hukuk teorisine göre içeriğı değişebilen, genel bir program olarak görebiliriz. Bu nedenle insan hakları merkezli bir bakış açısının ne anlama geldiğı konusunda farklı yorumlar yapılmıştır. Aşağıda üç farklı yorum açıklanmıştır. Bu üç yorumdan her biri diğerinin eksiklerini tamamlayacak şekilde diğerini geliştirmiştir. Farklı yorumların açıklanmasını takiben Common Law doktrinine ilişkin yapılan açıklamalar, en son yoruma dayanmaktadır.

İnsan hakları merkezli bir anlayışın ilk yorumu, mahkemelerin mümkün olduğunca kanunları ve idarenin takdir yetkisini temel hak ve özgürlüklere uygun bir şekilde yorumlamaları gerekliliğini içermektedir. Parlamentonun egemenliğı prensibi gereğince mahkemelerin temel yasama işlemlerini iptal edemeyeceğı kabul edilmektedir. Ancak

¹⁵⁸ İbid.

bu yasama işlemlerinin ve uygulanan takdir yetkilerini temel hak ve özgürlüklerle uyumlu yorumlanması için tüm çabalar sarf edilmelidir. Bunu sağlamanın bir yolu yasamanın kanun yaparken bu hak ve özgürlüklere müdahale etmeyi amaçlayamayacağı yönünde güçlü bir yargısal karinenin oluşturulması ve buna bağlı olarak bu tür menfaatlerle çatışan takdir yetkilerinin kullanımında sıkı bir denetimin gerçekleştirilmesidir. Mahkemeler bu konuda önemli adımlar atmışlardır. 1998 tarihli İnsan Hakları Kanunu'nun (Human Rights Act 1998) yürürlüğe girmesiyle mahkemelerin attığı bu adımlar daha sağlam temellere oturtulmuştur.¹⁵⁹

İnsan haklarına dayalı anlayışın ikinci bir yorumu yukarıda belirtilen açıklamaları kabul etmekle birlikte mahkemelerin bu denetimi gerçekleştirebilmek için şekil ve esasa ilişkin bazı prensipler geliştirmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Bu prensipler çeşitli görünüm alabilirler. Genellikle şu prensipleri içermektedirler; hukuka uygunluk, şekil şartlarına uygunluk, halkın karar verme mekanizmalarına katılımı, aleniyet, mantıklı olma, bağlantılılık, amaca uygunluk, makul surette davranış, haklı beklentiler, hukuki kesinlik ve ölçülülük. Bu prensiplerin temel amacı kamu gücüne (ayrıcalıklı ve üstün yetkilere) sahip olanları denetleyebilmektir. Kamu gücüne sahip olanlar terimi, kesinlikle kamu kurumları ve devlet otoritelerini içermektedir. Bazı yazarlar bu terime, benzer üstün yetkilere sahip özel kurumları da katmaktadırlar. Bu prensipler mahkemelerin zaten ultra vires prensibinin sınırları içinde uygulamakta oldukları ilkelere çok benzemektedir. Tek fark bu yeni anlayış bağlamında pozitif idare prensiplerinin yarı-kamusal kurumlara daha rahatça uygulanabilecek olmasıdır.¹⁶⁰

Ancak ultra vires prensibinin eleştirilmesine neden olan birçok belirsizlik, bu yeni anlayışta da mevcuttur. Örneğin ultra vires kuramının kullandığı hukuka uygunluk prensibinin içeriğinin belirsizliği, bu prensibi iyi idare prensiplerinden biri olarak nitelemekle değişmemektedir.¹⁶¹

¹⁵⁹ Harlow ve Rawlings, op.cit., s.35-36.

¹⁶⁰ Craig, op.cit., s.22-23.

¹⁶¹ Harlow ve Rawlings, op.cit., s.42-43.

Aynı şekilde bu tür bir insan haklarına dayalı anlayışta, insan hakları kavramına hangi hakların girdiği ve bu belirli hakların içeriğinin ne olduğu konusunda da belirsizlikler mevcuttur. Bu sorulara verilecek cevaplar içinde bulunulan demokratik toplumun niteliği ve aynı toplum içindeki farklı menfaat gruplarının yorumlarına göre değişeceğinden bu belirsizlik kaçınılmazdır.¹⁶²

Üçüncü bir yorum ise, belirli bir hukuk ve karar verme teorisi üzerine kurulmuştur. Bunun sonuçları önceki iki yorumda belirtilen yorumlardan çok farklı olmasa da, potansiyel olarak daha uzun vadeli bir bakış açısı sunmaktadır.¹⁶³

Dworkin'in çalışması ile ilişkilendirilen bu hukuk ve karar alma teorisi, kısaca şöyle açıklanabilir. Dworkin'in teorisi, hukuku bir bütün olarak görmektedir. Bu görüşe göre, Toplumun hukuk düzeninin en iyi yorumunu sağlayan adalet, adil olma ve hukuk devleti ilkelerinden yola çıkılıyorsa hukuk önermeleri gerçektir. Uygun olma sorunlarına bağlı olarak, hangisi siyasi etik ışığında toplumun idari teşkilatını bir bütün olarak yansıtır sorusunu sorarak mahkemelerin temel yorumlar arasında seçim yapmalarının gerekliliği Dworkin'in anlayışının bütünüleyici bir parçasıdır. Bu görüşe göre, bireyin yukarıdaki testin uygulanması sonucunda elde edilecek hukuki cevabı almaya hakkı olacaktır.¹⁶⁴

Kamu hukukunun her görünümü, bir şekilde açıkça ya da varsayımsal olarak hukuk ve karar alma mekanizmasına ilişkin bir görüşe dayanmalıdır ve Dworkin'in görüşünün birçok çekici yanı vardır. Belirli insan haklarının varlığını açıklamak için kullanılmış ve korunacak bir insan hakkı olmadığında bile ne tür koruma yöntemlerinin var olması gerektiği konusunda karar verirken bir yorumlama aracı olarak ve var olan insan haklarına da daha derin bir yorum katarak kullanılabilecektir.¹⁶⁵

¹⁶² Leyland ve Woods, op.cit., s.7-9.

¹⁶³ Craig, op.cit., s.23-24.

¹⁶⁴ R. Dworkin, **Law's Empire**, 1986, s. 225-256.

¹⁶⁵ Craig, op.cit., s.23-24.

İKİNCİ BÖLÜM

İNGİLİZ İDARİ YARGILAMA HUKUKUNDA YARGISAL EMİR

Günümüz modern devletinin kamu hukuku fonksiyonlarını denetleyen bir mahkemenin hangi tür denetim araçlarına ihtiyacı olduğu konusunda çeşitli görüşler mevcuttur. Bu görüşler arasında aşağıda belirtilen ayırım ilgi çekicidir:¹⁶⁶

- Öncelikle mahkeme hukuka aykırı bir idari işlemi iptal edebilmelidir.
- Mahkeme, konuyu verdiği karar ışığında tekrar daha detaylı incelenmek üzere ilgili idareye gönderebilmelidir. Bazı durumlarda mahkemenin ilgili idare yerine geçerek karar vermesi dahi tercih edilebilir.
- Mahkeme tarafların hak ve özgürlüklerini tespit edebilmelidir. Bazı durumlarda davayı daha detaylı bir şekilde inceleyene kadar mahkeme ara karar niteliğinde hakların tespitini yapabilmelidir.
- Mahkeme davayla ilgili işlem ya da eylemlerin idare tarafından yerine getirilmesi ya da yerine getirilmesinden kaçınılması konusunda emir verebilme yetkisine sahip olmalıdır.
- Bireyler hukuka aykırı idari işlem ya da eylemlerden zarar gördüklerinde tazminata hükmedebilmelidir.
- Son olarak, dava daha detaylı incelenip, karara varılana kadar durumun muhafaza edilebilmesi için etkili ihtiyati tedbir kararları verebilmelidir.

Sir John Law'ın belirttiği gibi, mahkemenin görev alanı, ancak kullanabileceği denetim araçları ve verebileceği karar türleri ile şekillenir.¹⁶⁷ Bu nedenle mahkemenin idari yargı

¹⁶⁶ De Smith, Woolf & Jowell, Principles of Judicial Review, 1999, s.524

¹⁶⁷ John Laws , “Judicial Remedies and the Constitution”, **Modern Law Review**, (Vol:57, 1994), s.213

alanında verebileceği karar türleri büyük önem arz etmektedir. Türk İdari Yargılama Hukukunda yukarıda belirtilen karar türlerinin ancak birkaçı mevcuttur. Türkiye’de İdare Mahkemeleri, iptal ve tazminat kararları ve sınırlı olarak da ara karar olarak yürütmenin durdurulması kararları verebilmektedirler. İngiliz İdari Yargılama Hukukunda ise bazı sınırlamalar dışında yukarıda belirtilen karar türlerinin çoğu mevcuttur.

Bölümümüzün konusu olan yargısal emir türlerine geçmeden önce, genel olarak İngiliz İdari Yargılama Hukukunda yer alan çeşitli hukuk yollarından kısaca bahsetmekte yarar bulunmaktadır.

İngiltere’de kamu hukukuna özgü üç temel hukuk yolu mevcuttur: Bunlar zorlayıcı yargısal emir (mandatory order), yasaklayıcı yargısal emir (prohibitory order) ve iptal kararıdır (quashing order). Zorlayıcı yargısal emir, bir kamu görevinin yerine getirilmesini sağlamak amacıyla verilir. Yasaklayıcı yargısal emir, bir idari otoritenin hukuka aykırı davranmasını önlemek amacıyla verilen emirlerdir. İptal kararı ise, hukuka aykırı bir kararın geçmişe yürürlü olarak ortadan kaldırılması sonucunu doğuran bir hukuk yoludur.

Kamu hukukuna özgü başvuru yolları dışında, özel hukuka özgü olup, kamu hukukunda uygulama alanı bulan hukuk yolları da vardır. Bunlar, tespit kararı (declaration), tazminat kararı (damages) ve tam yargısal emirdir (injunction). Tespit kararı, zorlayıcı niteliği olmayıp, tarafların hak ve yükümlülüklerini tespit ederek açıklayan bir hukuk yoludur. Tazminat kararı ise, idari işlem ve eylemlerden zarar görenlerin belirli şartların oluşması durumunda tazminat elde edebilmesini sağlayan, diğer bir kamu hukukuna özgü hukuk yolu ile birlikte kullanılabilen bir hukuk yoludur. Tam yargısal emir, bir idari otoriteyi kamu hukukundan kaynaklanan bir görevi yerine getirmeye zorlayan ya da hukuka aykırı davranmasını önlemek amacıyla verilen emirlerdir.

Kamu hukukuna özgü hukuk yollarından zorlayıcı yargısal emir ve yasaklayıcı yargısal emir ile özel hukuk kaynaklı hukuk yollarından tam yargısal emir, İngiltere’de yargısal emirin farklı görünümelerini oluşturduğu için aşağıda daha detaylı incelenecektir. Bu

hukuk yollarının yanında, kamu hukukunda, kökenleri 17. yüzyıla dayanan habeas corpus hukuk yolu da halen uygulanmaktadır. Ancak konu dışında kalması nedeniyle burada incelenmeyecektir.¹⁶⁸

1. YARGISAL EMİR KAVRAMI

Yargısal emir kavramı, Türk literatürüne Fransız hukukundaki “injonction de jugement” kavramının tercümesi şeklinde girmiştir. “Injonction”, emir ya da buyruk, “jugement” ise, yargı kararı ya da hüküm anlamına gelmektedir. Fransız doktrininde yargısal emir, “her durumun özelliğine göre emretme gücü” ya da “Bir kamu kurumuna karşı, yargıç tarafından yöneltilen yap emri” şeklinde tanımlanmaktadır. Fransız hukukuna 1995 tarihli bir kanunla giren yargısal emir kurumu, idari yargı kararlarının uygulanmasına hizmet etmek üzere geliştirilen yeni yargısal araçlardan biridir.¹⁶⁹ Yaşar’a göre, “Yargısal emir kavramı, yargı kararlarının uygulanması için, idareye baskı oluşturmak üzere üretilen bir araç olduğu kadar, diğer yandan yargı kararının zorunlu bir sonucudur.”¹⁷⁰

Bu şekilde Fransa’daki hali ile tanıdığımız yargısal emir kavramı, aslında İngiliz kökenli bir Anglo-Sakson kurumudur. Amerika’daki mandamus ve injunction uygulamaları da yine İngiliz Common law sisteminden alınmıştır. Bu nedenlerle yargısal emir kavramını İngiliz hukukundaki türlerini inceleyerek açıklamaya çalışacağız. Kamu hukukuna ilişkin bir konuda karar verirken, İngiliz yargıç, Taç hariç, bütün idari otoritelere emir verme yetkisine sahiptir. İngiliz hukukunda yargısal emrin üç ayrı türünü görüyoruz. Bunlardan ikisi kamu hukukuna özgü, birisi ise özel hukuka özgü yargısal emir türleridir. Kamu hukukuna özgü yargısal emirler, bir kamu görevinin yerine getirilmesini sağlayan yargısal emir (mandatory order) ile yasaklayıcı emir (prohibitory order) olarak karşımıza çıkmaktadır. Zorlayıcı yargısal emir (mandatory

¹⁶⁸ Habeas Corpus’a ilişkin bilgi için bkz. Harry Woolf, Jeffrey Jowell, Andrew P. Le Sueur, **Principles of Judicial Review**, (London: Sweet ve Maxwell, 1999); Lewis, Clive, **Judicial Remedies in Public Law**, (3rd ed., 2004)

¹⁶⁹ Yaşar, op.cit., s.126

¹⁷⁰ İbid., s135-137

order), bir idari otoriteyi kamu hukukundan kaynaklanan bir görevi yerine getirmeye zorlayan bir yargısal emir türüdür.¹⁷¹ Kısacası idareye yap emri vermektedir. Yasaklayıcı yargısal emir ise, bir idari otoritenin hukuka aykırı davranmasını önlemek amacıyla verilen emirlerdir. Başka bir ifade ile, idareyi belirli bir idari işlem ya da eylemi yapmaktan men etmektedir.¹⁷² Özel hukuka özgü yargısal emir ise, Fransa’da kullanılan adına çok benzer şekilde “injunction” şeklinde ifade edilmektedir. İngiliz idare hukukunda özel hukuk kaynaklı bir yargısal emir türünün kullanılmasının en önemli sebebi, zorlayıcı yargısal emir ve yasaklayıcı yargısal emirlerin tam olarak ihtiyaca cevap vermemesi, özel hukuka özgü yargısal emrin hem yap hem yapma emirlerini birlikte içermesi ve dava sonuçlanmadan evvel geçici bir süre için tedbir olarak verilebilir nitelikte olmasıdır. Türk İdari Yargılama Hukukunda İngiltere’deki yargısal emir türleri incelenerek, iptal davası ve tam yargı davası gibi, sonucunda yargısal emir kararı istenecek yeni bir dava türü ihdas edilmesi durumunda, buradaki “injunction (tam yargısal emir)” müessesesi içeriğinde olması daha uygun olacaktır. Kamu hukukuna özgü zorlayıcı yargısal emir ile yasaklayıcı yargısal emir daha çok tarihsel sebeplerle İngiliz hukukunda muhafaza edilmekte olduğundan, içeriği ve fonksiyonu açısından daha geniş olan özel hukuktan gelen yargısal emir kavramını kabul etmek hukukumuzda daha faydalı olacaktır.

Burada son olarak, idari uyuşmazlıklarda yargıca idare yerine geçerek karar alma yetkisi tanıyan yeni İngiliz Medeni Usul Kanunu’nun (Civil Procedure Rules) 54. Bölüm 19. madde hükmünden kısaca bahsedilecektir. Bu yetki, yeni bir yargısal emir türü oluşturmaya da, İngiliz hukukçuları arasında, Türkiye’de yargısal emir kavramı konusunda ileri sürülen eleştirilere benzer tartışmalara neden olduğu için, açıklanmasında yarar bulunduğu düşünülmektedir.

İdari yargı davalarında mahkemenin görevi, karar alma sürecinin hukuka uygun olup olmadığını incelemekle sınırlıdır. Mahkeme, idarenin verdiği kararın yerindeliğini sorgulayamaz. Daha açık bir ifade ile yargıcın idarenin yerine geçerek karar alma

¹⁷¹ Lewis, op.cit., s.228

¹⁷² Leyland&Anthony, op.cit., s.479

yetkisi yoktur. Bu durum, CPR 54.19(2)'de açıkça ifade edilmiştir. Kanunun bu hükmüne göre, bir iptal kararı verildiğinde, mahkeme, konuyu verilen yargı kararı ışığında tekrar değerlendirmek üzere idareye gönderebilir. Ancak, kanun bu hükmün devamında yukarıdaki anlayıştan uzaklaşarak, yargıca yeni bir yetki tanımıştır. CPR 54.19(3) hükmü aynen şöyledir:

“Eğer mahkeme konuyu idareye göndermenin hiçbir anlamı olmayacağına karar verirse, kanunlarla getirilecek düzenlemeler saklı kalmak şartıyla, kararı kendisi alabilir.”

Bu madde, yargıcın idarenin yerine geçerek karar alabilmesine olanak tanımaktadır. Bu yetki, ilk kez Hukuk Komisyonu (Law Commission) tarafından önerilmiştir. Hukuk Komisyonunun önerisinde, bu yetki sadece istisnai davalarla, özellikle konuyu asıl işlemi yapan idareye göndermenin sadece bir formalite olduğu davalarla sınırlı tutulmuştur. Daha açık bir ifade ile, bu yetki, ilgili davada hukuka aykırılık açıkça görülmekte ise ve bu hukuka aykırılık giderildiğinde sadece bir tek yönde karar verilebilecek ise, kullanılabilir. Hukuk Komisyonu, takdir yetkisinin kötüye kullanıldığı durumlarda bu yetkinin kullanılmasını uygun bulmamaktadır. Komisyona göre, bu tür durumlarda, çoğunlukla birden fazla hukuka uygun idari işlem yapma olanağı mevcuttur ve bu tür bir durumda idarenin yerine geçerek karar almak yerindelik denetimine girer ve mahkemenin görevinin dışında kalır. Hukuk Komisyonu, idarenin yerine geçerek karar alma yetkisinin, Bakanlık ve düzenleme yetkisine sahip bağımsız idari otoritelerin idari işlemleri konusunda da kullanımını doğru bulmamaktadır. Bu nedenlerle, Hukuk Komisyonu bu yetkinin sadece alt mahkemeler ve hakem mahkemelerinin kararları ile ilgili olarak ya da sadece bir tek hukuka uygun kararın verilebileceği durumlarda sınırlı olarak kullanılmasını önermiştir.¹⁷³ Hukuk Komisyonunun bu görüşleri, daha sonra Sir Jeffrey Bowman'ın raporu tarafından desteklenmiştir.¹⁷⁴

¹⁷³ Law Commission No. 226 paragraf 8.15 ve 8.16; Feldman, op.cit.

¹⁷⁴ Review of the Crown Office List, March 2000, ch.7, para.45

Medeni Usul Kanunu'nun ifadesine bakıldığında, idarenin yerine geçerek işlem yapma yetkisinin, Hukuk Komisyonunun önerdiği şekilde sınırlanmadığı görülmektedir. Hatta potansiyel olarak, tasavvur edilenin çok ötesinde bir kapsama sahip olduğu açıktır. Özellikle kanunun ifadesi, söz konusu yetkinin, sadece açık hukuka aykırılık durumlarında ve alt mahkeme ve hakem mahkemelerinin kararlarına ilişkin olarak kullanılabileceğinden bahsetmemiştir.¹⁷⁵ Feldman, CPR'ın usul konularına ilişkin ve bu konularla sınırlı olduğunu gözönünde bulundurursak, bu reformun genel olarak mahkemelerin görev alanını fazlasıyla genişleterek, idarenin yerine geçerek işlem yapmak yetkisini her durumda kullanabilecekleri anlamına geldiği düşünmemektedir.¹⁷⁶

İdarenin yerine geçerek karar alma yetkisi, söz konusu işlemi, kararı alan idari otoriteye geri göndermenin hiçbir anlamı olmadığı durumlarda kullanılabilecektir ve kanunla getirilebilecek sınırlar saklı tutulmuştur.¹⁷⁷ Kanunlarla getirilebilecek bu sınırlamaların içeriği de belirsizdir. Medeni Usul Kanunu'na ek notlar şu ifadeyi kullanmaktadır: “Belirli bir kişi, kurum ya da hakem mahkemesine kanunla verilen bir yetki söz konusu ise, mahkeme o belirli kişi ya da kurum adına karar alamayacaktır.” Fordham'a göre, notlarda yer alan bu sınırlama yargı kararlarınca kabul görürse, bu durumda idarenin yerine geçerek karar alma yetkisinin nadir kullanılacağı söylenebilir. Çünkü idari yargının konusuna giren idari işlemlerin çoğunluğu kanuna dayanan bir yetkiye dayanılarak idari otoritelerce alınan kararlardan oluşmaktadır. Fordham, yargı mercilerinin, kanunda belirli bir idari otoritenin karar almasının gerekliliği üzerine özel sebepler belirtilmesi veya işaret edilmesi durumları dışında, yargıcın idarenin yerine geçerek karar alabileceği yönünde bir görüşü benimseyebileceğini de belirtmektedir.¹⁷⁸ Parpworth'e göre, mahkemelerin bu yetkinin kullanımını, takdir yetkisinin bulunmadığı ve sadece bir hukuka uygun karar verilebileceği durumlarla sınırlaması pek muhtemel görülmektedir. Bu tahminin doğru çıkması durumunda, bu hukuki yol, mahkemelere

¹⁷⁵ Feldman, D., **English Public Law**, (Oxford: Oxford University Press, 2004), s.922

¹⁷⁶ *Ibid.*, s.923

¹⁷⁷ *Ibid.*

¹⁷⁸ Fordham, M., “The New Procedure: How is it Working?”, Sweet&Maxwell Conference Paper 2001; Feldman, D., *op.cit.*

verilen belirgin bir yeni yetki olmaktan çok, zaman kazandırıcı bir usul halini alacaktır.¹⁷⁹ Yargı içtihatlarının ne yönde gelişeceği zamanla görülecektir.

Görüldüğü gibi, yeni Medeni Usul Kanunu'nun 54. Bölüm 19. madde hükmü İngiliz hukukçuları tarafından farklı şekillerde yorumlanmaktadır. Kimi hukukçular R. v. Crown Court at Manchester, ex p. H davasını örnek göstererek bu konuda bir ihtiyacın varolduğunu vurgulamaktadır. Bu davada, Bölge Mahkemesi (Divisional Court), Kraliyet Mahkemesi (Crown Court) hâkiminin yayımı önleme emri almayarak hata yaptığına karar vermiştir. Mahkeme, at mahkemenin yerine geçerek yeni bir yayımı önleme emri çıkarabilmek için, kendisini İstinaf Mahkemesi (Court of Appeal) olarak tekrar toplamak zorunda hissetmiştir.¹⁸⁰ CPR 54.19(3) hükmü üst mahkemenin bu durumlarda yaşadığı problemi ortadan kaldırmıştır. Tabii burada İngiliz Mahkemelerinin, farklı bir formda toplanarak da olsa, zaten idare ya da alt mahkeme yerine geçerek karar alma yetkilerinin bulunduğunu göz ardı etmemek gerekir. Daha açık bir ifadeyle, CPR 54.19 (3) hükmü kabul edilmemiş olsaydı dahi mahkemeler, gerekli gördükleri takdirde bu tür bir yetkiyi kullanabilmekteydiler.

Bazı hukukçular, bu yetkinin çok sınırlı durumlarda kullanılmasından yana görüş belirtmekte, aksi takdirde yargıcın parlamentonun idareye verdiği takdir yetkisine müdahale teşkil edeceğine ve yargıcın yetkilerinin idarenin yerine geçerek karar alabilecek düzeyde genişletilmesinin doğru olmadığına dikkat çekmektedirler.¹⁸¹ Bunun yanında Campbell, bu görüşün gereğinden fazla sınırlayıcı olduğunu düşünmektedir. Ona göre, Güney Afrika örneğinde görüldüğü gibi, bu tür bir yetkiden korkmamak gerekmektedir. Campbell, mahkemelerin, her durumda idarenin yerine geçmeye ne zamanları, ne de bu konuda eğilimleri olduğunu ve aksine bu tür bir yetkinin, doğru kullanıldığında, idarenin takdir yetkisini kullanmada kötü niyetli davranmasına engel

¹⁷⁹ N. Parpworth, **Constitutional and Administrative Law**, (2nd ed., London: Butterworths, 2002), s. 335-336

¹⁸⁰ M. Fordham, "Judicial review: the new rules", **Public Law**, 2001, s. 9

¹⁸¹ A. Proops, "The Substitutionary Remedy under CPR 59.19(3)", **Judicial Review**, 2001, s.216-219

olacağını belirtmektedir.¹⁸² Görüldüğü gibi, İngiliz hukuku Türk hukukundan farklı kurumlara sahip olsa da, takdir yetkisinin idare tarafından kötüye kullanılmasının önlenmesi ve bu konuda kullanılacak yargısal araçlar konularında doktrinde gelişen tartışmalar benzer özellikler sergilemektedir.

Yargısal emir kavramı bu şekilde genel olarak açıklandıktan sonra, aşağıda İngiltere’de idare hukuku alanında kullanılan yargısal emir türleri ve onlara hakim olan ortak özellikler açıklanmaya çalışılacaktır.

2. İNGİLİZ İDARE HUKUKUNDA YARGISAL EMİR TÜRLERİNE HAKİM OLAN ORTAK ÖZELLİKLER

2.1. Başvuruda Bulunma Usulü

2.1.1. Ön Başvuru Kurumu

Ön başvuru kurumu (Pre-action protocol), bir dava öncesi idari başvuru ile bu başvurunun değerlendirilmesi üzerine idarenin vereceği cevaptan oluşur. Yeni İngiliz Medeni Usul Kanunu, mesleki ihmal, müessir fiilden kaynaklanan tazminat davaları gibi birçok konuda dava açmadan önce ön başvuru seçeneğini getirmiştir.¹⁸³ Bu ön başvuru seçeneklerinden biri ise, konumuzla çok yakından ilgili olan İdari Yargı ön başvurusudur. Bu anlaşmanın amacı, ilgili kanunun 5. paragrafında görülmektedir.¹⁸⁴

“Bu anlaşma iyi uygulama hükümleri ortaya koyar ve tarafların bir idari yargı başvurusu yapmadan önce genellikle takip etmeleri gereken usulü içerir.”

¹⁸² Campbell, J., “The Substitutionary Remedy under CPR 59.19(3) – A Response”, **Judicial Review**, 2002, s.73-74

¹⁸³ Parpworth, **Constitutional and Administrative Law**, (2nd ed., London: Butterworths, 2002), s.

¹⁸⁴ CPR 54.5

Ön başvuru kurumu, Türk hukukunda idari başvuru kurumuna benzemektedir. Ancak en önemli farkı, bizde ihtiyari idari başvurunun dava açma süresini durdurması, ancak İngiliz Hukukunda dava açma süresine hiçbir etkisinin olmamasıdır. Bu durum, ilgili kanunun ifadesinden de anlaşılmaktadır: “Bu protokol, Medeni Usul Kanununun 54.5(1) maddesinde belirtilen zamanaşımı süresini etkilemez.” Bir idari yargı başvurusu hemen yapılmalı ve hiçbir şekilde 3 ayı geçmemelidir.

Başvuru sahibi (davacı), davasının özel koşullarına bağlı olarak, bu ön başvuruyu yapıp yapmamak konusunda karar vermekte serbesttir. Ancak davanın özellikleri bu başvuruyu yapması için uygunsa, Mahkeme, tarafların bu anlaşmaya uymasını bekleyecektir. Mahkeme davanın yürütülmesine ilişkin kararları verirken ya da dava masrafları hakkında hüküm verirken bu anlaşmaya uyulup uyulmaması durumunu göz önünde tutar.

Bazı durumlara ön başvurunun uygulanması mümkün değildir:

- Davalı idare, yapılan idari işlemi değiştirme yetkisine sahip değilse,
- Acil bir durumsa, örneğin, başvuru sahibi çok kısa bir süre içinde sınırdışı edilecekse, ya da bir kamu kuruluşunun bir işlemi yapması için mahkemenin bir ihtiyati tedbir kararı vermesi gerekliyse, ön başvuru kurumu uygulanamaz.

Bu protokol, yazılı usul ile yürütülür. İdari yargı başvurusu öncesi idareye yapılan ön başvurunun amacı, anlaşmazlık konusunu ortaya koymak ve tarafların dava yoluna gitmeden çözüme ulaşip ulaşamayacaklarını belirlemektir. Buna bağlı olarak, ön başvuru dilekçesi şunları içermelidir.

- Dava edilecek idari işlem, eylem ya da idarenin olumsuz işlemlerinin tarihi ve detayları
- Başvurunun dayanağı olan olayların açık bir özeti
- Davacının davalıdan talep ettiği, dava ile ilgili bilgi ve belgelerin detayları ve neden davaya ilişkin olduklarının açıklaması.

Ayrıca başvuru, davacının davada menfaati olduğundan haberdar olduğu üçüncü kişileri de içermelidir.

Ön başvuru usulünü düzenleyen yönetmelik, idari yargı başvurusu yapmadan önce, uygun hukuki yardım alınmasını güçlü bir şekilde tavsiye etmektedir.

Genel kural, davanın özel şartları aksini gerektirmiyorsa, ön başvuruda belirtilen cevaplama süresi tamamlanmadan idari yargı başvurusunun yapılmamasıdır. Davalının cevaplama süresi, normal şartlarda dilekçenin alınmasından itibaren 14 gündür. Bu süre şartına uyulmaması, davanın görülmesi sırasında Mahkeme tarafından dikkate alınarak, bu şarta uyulmamasının haklı nedenleri yoksa, yaptırım uygulanmasına bile sebep olabilir. Eğer ön başvuru dilekçesinde belirtilen süre içinde cevap verilemeyecekse, idare bu durumu bir ara cevap ile bildirerek, makul bir süre uzatımı teklif etmelidir.

Ön başvurudaki talep idare tarafından tamamen kabul edilmekte ise, bu durum açık bir şekilde cevabında belirtilmelidir. Aynı şekilde talebin bir kısmı ya da tamamı reddediliyorsa, bu durum da açıkça belirtilmelidir. Bu ikinci durumda cevap şu konuları içermelidir:

- Durumun gereklerine göre, talebin kabul edilen kısmını açıkça belirten yeni bir karar içermeli ya da bu yeni kararın ne zaman verileceğini belirtmeli
- Olayın özelliğine göre gerekli görülürse, uyuşmazlık konusu kararın detaylı gerekçesini içermeli
- Anlaşmazlık konularını açıklamalı ya da neden açıklanamayacağını bildirmeli
- Davacının davaya ilişkin talep ettiği bilgi ve belgeleri içermeli ya da neden verilemeyeceğini açıklamalı
- Davanın özelliğine bağlı olarak, bir ihtiyati tedbir başvurusuna karşı çıkıp çıkmayacaklarını belirtmelidir.

Fordham, ön başvuru şartlarının, yeni bir uygulama getirmediğini, daha çok bugüne kadar uygulamada görülen usullerin formal olarak belirtilmesi olduğunu vurgulamıştır.¹⁸⁵

Ön başvuru kurumunun bir avantajı, idari yargı başvurusu yapmadan anlaşmazlığın çözülmesini sağlayabilmesidir. Anlaşma sağlanamazsa bile, en azından taraflar, başvurunun ortaya çıkardığı tartışma konuları hakkında bilgi sahibi olma fırsatını yakalıyorlar.¹⁸⁶

Dava öncesi tutanağı, hiçbir şekilde CPR Rule 54.5(1)'de yer alan 3 ay içinde başvuru yapma koşulunu etkilememektedir.¹⁸⁷

2.1.2. Ön Duruşma

İngiliz Hukukunda idari başvuru usulü bir ön duruşma ile başlar. Ön duruşmada, başvuru sahibi, Yüksek Mahkeme (High Court) hâkimlerinden birinden idari yargıda davasının görülebilmesi için izin (permission) başvurusunda bulunur. Bu aşamada yazılı yargılama usulü geçerlidir ve inceleme evrak üzerinden yapılarak karar verilir. İzin istemi reddedilirse, başvuru sahibi verilen kararın bir duruşma ile tekrar değerlendirilmesini isteyebilir. Bu duruşmadan ilgili idare de (respondent) haberdar edilerek kendisine duruşmaya katılma hakkı verilir.¹⁸⁸

Eski kanun (order 53) zamanında ön duruşma kamu hukuku ile ilgili olmayan ya da süresi içinde açılmayan davaların esastan görülmesine engel olmak için kullanılan bir prosedürdü. Ön duruşma davalının gıyabında görülürdü. Ancak yeni kanun ile (CPR

¹⁸⁵ Fordham, Michael, "Judicial review: the new rules", **Public Law**, (Spring 2001), s.1-5

¹⁸⁶ Parpworth, op.cit.

¹⁸⁷ Allen, M.J.-Thompson, B., **Cases and Materials on Constitutional and Administrative Law**, (7th ed., Oxford: OUP, 2002), s.

¹⁸⁸ Carrol, A., **Constitutional and Administrative Law**, (2003), s.328

part 54) ön duruşma usulü değişmiştir. Artık, davalı da ön duruşma aşamasında bulunabilmektedir. CPR part 54/7 ye göre davacı idare mahkemesine idari yargı başvurusunu yapmakla birlikte bu tarihten itibaren en geç yedi gün içinde davalı idareye davacı ile ilgili bilgileri, uyuşmazlık konusunu, dayanan hukuki esasları, dayanan delilleri ve davacının istemini bildirmekle yükümlüdür. Davalı ön duruşmaya katılmaya karar verdiği takdirde kendisine dilekçenin tebliğinden itibaren 21 gün içinde mahkemeyi haberdar etmekle yükümlüdür. Mahkemenin haberdar edilmemesi ön duruşmaya davalının katılmasını engeller.¹⁸⁹

Fordham, kanunda yapılan değişikliklerin iki sebebi olduğunu ileri sürmektedir. İlki, davalılara dava prosedürünün hemen başında ihtilaf konusunu detaylı biçimde değerlendirme fırsatını vererek kazanılması kesin görülen davaların uzlaşma ile çözümlenmesini sağlamaktır. İkincisi ise, İdare Mahkemesinin ön duruşma aşamasında dava konusunda bilgi sahibi olmasını sağlamaktır.¹⁹⁰

2.1.3. Dava Ehliyeti

Dava ehliyeti şartı olmadan mahkemenin kamu otoritelerinin hukuka aykırı işlem ve eylemleri üzerinde denetleyici yetkisi olamayacaktır. Dava ehliyeti konusu kimin adalete ulaşabileceğine karar verdiği için anayasal bir önemi vardır. Sorunun özünde, hukuka aykırı bir idari işlemde menfaati yeterince etkilenmediği gerekçesiyle bir kişinin dava açmasının engellenip engellenemeyeceği hususu yatmaktadır. Bunu bir soru ile ifade edersek, kamu otoritelerinin davaya konu olabilecek hukuka aykırı işlemlerinin bir kısmının, kimsenin menfaatini yeterli derecede zedelediği için davaya konu olmayacak mıdır? Bu sorulara evet cevabı vermek mahkemenin denetim yetkisinin asıl amacını bireylerin hak ve menfaatlerini korumak olduğunu kabul etmektir. Eğer hayır cevabı verirsek idari yargının daha geniş bir amaca sahip olduğunu yani hukuk devleti ilkesini gerçekleştirmek amacıyla olduğunu kabul ederiz. Son

¹⁸⁹ CPR Part 54.9

¹⁹⁰ Fordham, M., “Judicial Review: The New Rules”, **Public Law** (2001), s.4

yıllarda mahkemelerin bu konuyu daha esnek ve liberal bir açıdan yaklaştığı gözlemlenmektedir.¹⁹¹ Yani, mahkemeler hukuk devleti ilkesini gerçekleştirmeye ve yeterli menfaat şartını daha geniş yorumlamaya başlamıştır.

Dava ehliyeti kurallarının amacı, İdari yargıya başvuruları kısıtlamak mıdır? Yargı yoluna gitmek neden kısıtlanır? Cevaplardan bir tanesi, kamu otoritelerinin menfaati etkilenmeyen davacılar tarafından gereksiz yere meşgul edilmesini önlemektir. Bu tür davacıların gerçek hayatta var olduğu tartışmalı olsa da ön duruşma kurumu bu tür davacıları elemeye yeterlidir.¹⁹²

Aşırı dava açılması nedeniyle idarenin işleyişinin gereksiz yere geciktirilmesi, kamu görevlilerini fazla dikkatli ve bireylere yardımcı olmayan tavırlara itilmesinden korumak, mahkemelerin vaktini boş yere harcanmasının önlenmesi ve gereksiz yargısal masraflardan kaçınmak gibi nedenler ileri sürülen diğer gerekçelerdir.¹⁹³

Dava ehliyeti kurallarının belirgin özelliği davacının menfaatine dikkatleri çekmesidir. Dolayısıyla davacıda bulunmasını istediğimiz yeterli menfaat idari yargının amacı ile doğrudan orantılı olacaktır. Eğer idari yargının amacının kişi veya kurumların hak ve menfaatlerinin korunması olduğunu varsayarsak, dava ehliyeti şartının haklı bir gerekçesi olacaktır. Eğer idari yargı bireyin ötesinde bir grubun korunmasını hedefliyorsa dava ehliyeti kuralları sadece davacının o gruptakilerle aynı menfaati paylaştığını ispatlaması yeterli olacaktır. Eğer idari yargının temel fonksiyonu idarenin hukuka aykırı işlem ve eylemlerine karşı bir yargısal başvuru yolu sağlamak ise bu durumda yeterli menfaat şartının hiç aranmaması gereklidir.¹⁹⁴

İngiliz Hukukunda bir idari yargı başvurusunda dava ehliyeti, “yeterli menfaat” (sufficient interest) ölçütü ile değerlendirilir. Bu ölçüt iki ayrı şartın beraber

¹⁹¹ Woolf - Jowell – Le Sueur, **Principles of Judicial Review**, (1999), s.29

¹⁹² Cane, Peter, **An Introduction to Administrative Law**, (3 ed., Oxford: Clarendon Press, 1996), s.59

¹⁹³ İbid

¹⁹⁴ ibid., s.60

bulunmasını gerektirmektedir. İlk şart, başvuru sahibinin tartışılabilir bir davası olduğunu ispatlamasıdır. İkinci şart ise, başvuru sahibinin hukuken korunması gereken bir hakkının, menfaatinin ya da haklı beklentisinin ihlal edilmiş veya iddia edilen yetki aşımının ilgili idare tarafından hizmet verilen herhangi bir kişinin bu durumu mahkeme önüne getirmesini haklı gösterecek ciddiyette ve önemde olması gerekmektedir.¹⁹⁵

Bu genel dava ehliyeti şartı 1977 öncesinde geçerli olan usulü kaldırmıştır. Eski usulde, her bir yargısal başvuru yolunun ayrı dava ehliyeti şartları mevcuttu. Bu nedenle bir yargısal başvuru yolu için gerekli dava ehliyeti şartını sağlayan bir davacı bir başka yargısal başvuru yolu için şartları sağlayamayabilirdi.¹⁹⁶

Yeterli menfaat kavramının anlamı House of Lords un R.v.Inland Revenue Commissioners ex p. National Federation of Self-Employed and Small Businesses Ltd.¹⁹⁷ davasında tartışılmıştır. Bu davada yeterli menfaat kavramına mümkün olan en geniş anlam verilmiş, ancak mahkemenin belirli davalarda, davayı görmeyi reddetmek veya karar vermeye gerek olmadığına hükmetmek konusundaki takdir yetkisini muhafaza etmiştir. House of Lords dava ehliyeti konusunu, davaya esas teşkil eden olaylardan ve davanın esasından ayırmak konusunda tereddüt etmiştir. Mahkemenin yeterli menfaat kavramını geniş olarak yorumladığı bu karar diğer mahkeme kararlarına örnek teşkil ederek İngiliz hukukunda bu konuda içtihat oluşmasını sağlamıştır. Mahkemeler özellikle baskı gruplarının ve kurumların yeterli menfaati olabileceğini kabul etmişlerdir.¹⁹⁸

¹⁹⁵ Ibid

¹⁹⁶ Jackson, P. – Leopold, P., **O.Hood Phillips and Jackson Constitutional and Administrative Law**, (8th ed., London: Sweet & Maxwell, 2001), s.724

¹⁹⁷ [1982] AC 617

¹⁹⁸ R.v. secretary of State for Social Services ex p. Child Poverty Action Group [1989] 1 All E.R. 1047

2.1.4. Süre

İngiliz idari yargılama hukukunda dava açma süresi konusunda iki hüküm mevcuttur. Medeni Usul Kanunu 54.5(1) hükmünde idari yargı başvurusunun vakit kaybetmeden, derhal ve her halde uyuşmazlığın meydana geldiği tarihten itibaren üç ay içinde yapılması gerektiği hükmü yer almaktadır.¹⁹⁹

1981 tarihli Yüksek Mahkeme Kanunu (Supreme Court Act 1981) S.31 (6) hükmüne göre ise, Yüksek Mahkeme (High Court), bir idari yargı başvurusu yapılmasında keyfi gecikme olduğu kanaatine varırsa, davanın görülmesine izin vermeyebileceği veya davanın görülmesine izin verilse bile, talep edilen idari yargı kararını vermeyebileceğini öngörmektedir.

Yargı içtihatlarıyla mahkemenin süresi geçmiş başvuruları, “geçerli sebeplerin” varlığı halinde, kabul etmek konusunda takdir yetkisi mevcut olduğu kabul edilmektedir.²⁰⁰ Aynı şekilde mahkeme üç ay içerisinde yapılmış olmakla beraber derhal yapılmamış başvuruları da reddedebilmektedir.²⁰¹

Bu iki hüküm arasında çeşitli açılardan ifade farklılığı mevcuttur. Öncelikle s.31, davanın hem izin aşamasında hem de sonucunda verilecek karar açısından süre koşulunu düzenlemektedir. Bölüm 54.5 ise, sadece izin aşamasıyla ilgilenmektedir. Diğer yandan, sürenin mahkemenin takdiri ile uzatılması konusunda, s.31, verilecek kararın 3. kişilerin hakları üzerindeki etkisi veya idarenin işleyişini aksatıp aksatmayacağını dikkate alırken, Bölüm 54.5, davacı açısından olaya yaklaşarak, dava açmada gecikme konusunda geçerli bir sebebin var olup olmadığını değerlendirmektedir.²⁰²

¹⁹⁹ Civil Procedure Rules 1998, Sec.54.5

²⁰⁰ R.v. Dairy Produce Quotas Tribunal, ex.p. Caswell [1990] 2 A.C. 738

²⁰¹ R.v. Independent Television Commission, ex.p. TVNI, The Times, 30.12.1991

²⁰² Parpworth, op.cit., s.281

Bu konuda verilen en önemli kararlardan birisi, Caswell davasıdır. Bu davada, iki hükmün bir arada nasıl anlaşılması gerektiği açıklanmıştır: Öncelikle, bir idari yargı başvurusu, gecikme için geçerli nedenler mevcutsa, kabul edilebilir. Ancak, gecikme, 3. kişilerin haklarını ihlal edecekse ya da idarenin işleyişini aksatacaksa, geçerli sebepler var olsa bile, davanın görülmesine izin verilmeyebilir.²⁰³

R v. Criminal Injuries Compensation Board, ex.p. A davasında, House of Lords bu konuyu tekrar incelemiş ve bu iki hükmün bir arada nasıl bir sonuç doğurduğu konusunda şu yorumları yapmıştır:

“1998 tarihli İnsan Hakları Kanunu (Human Rights Act 1998) 7 (5) maddesinde kanunun 7 maddesinin 1.fikrasına göre sözleşmede yer alan haklar ile çatışan idari işlem ve eylemlere karşı açılan davalar, hakkında dava açılan idari işlem ve eylemin meydana gelmesinden itibaren 1 yıl içinde ya da davayı gören mahkeme ya da hakemin olayın tüm niteliklerini göz önüne alarak karar vereceği daha uzun bir süre içinde açılmalıdır. Ancak bu kural daha kısa bir süre şartı öngören bir kanun olması durumunda uygulanmayacaktır.” Görüldüğü gibi, Medeni Usul Kanunu Bölüm 54’te belirtilen 3 aylık süre koşulu İnsan Hakları Kanunu’nda yer alan kurala rağmen işleyecektir. Ancak mahkemelerin “derhal” ve “keyfi gecikme” ifadelerini insan hakları bağlamında daha geniş yorumlanacağı tahmin edilmektedir.²⁰⁴

İki kanun arasında 3 temel fark vardır. İlki, Yüksek Mahkeme Kanunu S.31 hükmünün süre koşulu taşıması, ancak Medeni Usul Kanunu Bölüm 54’ün genel bir 3 aylık süre şartı öngörmüş bulunmasıdır. İkincisi, Yüksek Mahkeme Kanunu’nun keyfi gecikme durumu konusunda idarenin sürekliliği ve 3. kişilerin haklarının ihlal edilmemesi faktörlerinin dikkate alınmasını öngörmüştür. Medeni Usul Kanunu ise, bu tür şartlardan bahsetmemektedir. Üçüncüsü ise, öncelikle s.31 hükmü, davanın hem izin aşamasında hem de sonucunda verilecek karar açısından süre koşulunu düzenlemektedir. Bölüm 54.5 ise, sadece izin aşamasıyla ilgilenmektedir.²⁰⁵

²⁰³ Ibid., s.282; Foulkes, **Administrative Law**, (1995), s.354

²⁰⁴ Emery, C., **Administrative Law**, (1999), s.126

²⁰⁵ Craig, op.cit., 2003, s.831

Sürenin hangi tarihten itibaren başladığı konusunda bir açıklık yoktur. Eski kanunda uyuşmazlığa neden olan işlem ya da eylemin olduğu tarihten bahsedilmekteydi. Ancak yeni kanunda bu konuda herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Bazı durumlarda sürenin ne zaman başlayacağı açık olmasına rağmen özellikle ilgili idari otoritenin ilke kararları söz konusu olduğu zaman tartışmalı bir hale gelmektedir. Örneğin, R v London Borough of Redbridge davasında sürenin ilke kararının verildiği tarihten itibaren başladığı ancak davacının bu ilke kararları resmi olarak yayınlamadan önce bu kararlardan haberdar olamayacağı geçerli bir neden olarak kabul edilmiş ve süre mahkeme tarafından uzatılmıştır.²⁰⁶ Burkett davasında Lord Steyn mahkemelerin süreyi ne zamandan itibaren başlatacaklarını değerlendirirken davacının başvurusunu en erken ne zaman yapabileceği konusu üzerinde fazla durmamaları gerektiğini belirtmiştir.²⁰⁷

2.1.5. Delillerin Tespiti ve Çapraz Sorgu

İdari yargı davalarında ileri sürülen deliller daha çok yazılı belge niteliğindedir. Tanık ifadelerine çoğunlukla başvurulmamaktadır. Ancak, olaylara ilişkin çatışan bilgilerin açıklığa kavuşabilmesi amacıyla çapraz sorguya izin verilebilir.²⁰⁸ O'Reilly v Mackman davasında Lord Diplock'un belirttiği gibi bu durum bir istisna teşkil etmektedir ve ancak davanın niteliği gerektiriyorsa çapraz sorguya izin verilebilecektir.²⁰⁹

İdari yargı başvurusunda bulunan bir davacı mahkemeden idarenin kayıtlarındaki resmi belgelerin, gizli belgeler de dahil olmak üzere, incelenmesini isteyebilir. Mahkeme bu tür bir başvuruyu dikkate alıp almaması konusunda takdir yetkisine sahiptir. IRC davasında Lord Scarman'ın ifadesi ile gizli belgeler ancak idarenin bir kamu görevini

²⁰⁶ R. v. London Borough of Redbridge ex.p G [1991] C.O.D 398

²⁰⁷ R. v. London Borough of Hammersmith and Fulham ex.p Burkett [2002] 1 W.L.R 1593

²⁰⁸ Carroll, op.cit., s.331

²⁰⁹ O'Reilly v. Mackman [1983] 2 AC 237

yerine getirmediğinin tespitini sağlayacaksa mahkeme tarafından istenebilmelidir.²¹⁰ İstenilen belgeler davanın konusunun dışına çıkmamalıdır. Yazılı belgelerin geçerliliğini ispat için gizli belgeler istenmemelidir. Doncaster Borough Council davasında belirtildiği gibi ancak yazılı delillerin geçerli olmadığına dair şüphe uyandıran delillerin varlığı halinde bu tür bir yönetime başvurulmalıdır.²¹¹ Gizli belgelerin görülmesi halinde tahmin edilemeyen bir takım delillerin ortaya çıkacağı ümidiyle de gizli belgelerin görülmesine hükmedilmemelidir.²¹²

Gerçekte gizli belgelerin idareden istenmesi, süre ve maliyet nedeni ile idari yargı davalarında çoğunlukla görülmeyen bir durumdur. Asıl kriter, davayı adil nedenlerle reddetmek veya maliyeti azaltmaktır. Bazı davalarda gizli belgelerin ortaya çıkması ve çapraz sorgu yapılmadan davacının davasını ispat etmesi mümkün olamamaktadır. Özellikle, bir idare ajanının geçerli olmayan sebepler ya da amaçlarla bir idari işlem yaptığı ileri sürüldüğünde bu ispat durumunun zorluğu açıkça gözlemlenmektedir. 2000 yılında gerçekleştirilen değişikliklere kadar çapraz sorgu ve gizli belgelerin delil olarak ileri sürülmesi çok sınırlı durumlarda uygulanabilmekte iken bu değişikliklerden sonra mahkemelerin uygulamalarını değiştirip değiştirmeyecekleri henüz açıklık kazanmamıştır. 2000 yılındaki değişiklik ile Medeni Usul Kanunu Bölüm 31 bu konuda mahkemelere geniş yetkiler tanımış ve bu konuyu mahkemelerin takdirine bırakmıştır.²¹³

Son yıllarda verilen kararlarda idari yargı davalarında çapraz sorgunun kullanılması yönünde bir eğilim gözlenmektedir. Wilkinson davasında, temyiz mahkemesi bir hastaya tıbbi müdahale uygulanmasına karşı açılan bir idari davada çapraz sorgunun uygulanması gerektiğine karar vermiştir. Temyiz mahkemesi, bu tür özel durumlarda mahkemenin davacının insan haklarının ihlal edilip edilmediği konusunda kendi görüşünü oluşturması gerektiğini belirterek bu tür tartışmalı konularda çapraz sorgunun

²¹⁰ IRC v. National Federation of Self-Employed and Small Businesses Ltd. [1982] AC 617

²¹¹ R v. Secretary of State for the Environment, ex. P Doncaster Borough Council [1990] COD 441

²¹² Carrol, op.cit., s.330

²¹³ Craig, 2003, 836-837

kullanılması gerektiğine hükmetmiştir.²¹⁴ Silber J. akli dengesi yerinde olmayan bir hastaya yapılan tedavinin hukuk aykırı olup olmadığını konu alan bir davada, çapraz sorguya izin verilmemesi için bir neden olmadığına karar vermiştir.²¹⁵

2.2. İdare Hukukunda Yargı Kararlarının Takdiri Olması

Yargısal emir kararının verilebilmesi için gerekli şartların tamamı gerçekleştiği halde bile davaya bakan yargıcın bu kararı verip vermeme konusunda takdir yetkisi mevcuttur. Bu takdir yetkisinin nasıl kullanılacağı konusunda mahkemeleri birçok faktör etkilemektedir. Mahkemelerin yargısal emir kararı vermeyi reddetmesinde sürekli denetim ihtiyacı önemli bir faktör olarak göze çarpmaktadır. Bir başka önemli sebep ise kamu otoritelerinin gönüllü olarak mahkeme kararlarına uyma isteğidir. Bazı mahkemeler kamuya verilen rahatsızlığı değerlendirmede dikkate alınacak bir etken olarak görmekle beraber, bazı mahkemeler ise bunun değerlendirmede dikkate alınmasını uygun bulmamaktadırlar.²¹⁶

Başvuru sahibinin başvuru sebeplerinin, normal şartlarda, yargısal emir kararının verilip verilmemesinde etkisi yoktur. Belirli durumlarda mahkeme, belirli bir kanun hükmünün uygulanmasını, ancak genel kamu yararını sağlamak amacı mevcutsa istenebileceğini kabul etmiştir. Bu tür kanun hükümlerinin uygulanması amacıyla yargısal emir kararı kişisel menfaat temini için istenemez.²¹⁷

Ayrıca mahkeme yerine getirilmesi imkansız ya da bir takım hukuki veya pratik nedenlerden dolayı yerine getirilemeyecek konularda emir vermez. Bunun yanında geniş bir takdir yetkisine ancak sınırlı kaynaklara sahip olan bir kamu kurumunun

²¹⁴ R. (Wilkinson) v. Broadmoore Special Health Authority [2002] 1 W.L.R 419

²¹⁵ R. (N) v M [2003] A.C.D. 17

²¹⁶ Craig, P., Administrative Law, 1999, s.734

²¹⁷ Carrol, op.cit., s.331-332

görevini yerine getirmesi için verilecek yargısal emir kararlarında da mahkeme kararını verirken kurumun özel durumunu dikkate alır.²¹⁸

Mahkemelerin yargısal emirleri verip vermeme konusunda takdir yetkileri mevcuttur. Bu nitelik mahkemelerin yargısal emiri verip vermeme konusunda keyfî davranacağı anlamına gelmemektedir.²¹⁹ Mahkemeler sahip oldukları bu takdir yetkisini iki aşamada kullanabilirler. Bunlardan ilki, ön duruşma aşamasındadır. Davacı, davanın görülmesi için izin istediği aşamada davayı açmak için yeterli menfaati olduğunu ve davasını süresi içinde açtığını ispat etmek zorundadır. İkinci aşamada ise, ön duruşmada davanın görülmesine izin verildiği takdirde davacı davasının haklı olduğunu ispat etse dahi mahkeme yargısal emiri verip vermeme konusunda takdir yetkisine sahiptir.²²⁰

Mahkeme bu konudaki takdir yetkisini kullanırken birçok etmeni göz önüne almaktadır. Bu etmenlerin arasında, kötü niyet, idari yargı başvurusunun erken yapılmış olması, hakkaniyete aykırı bir işlem ya da eylemin bulunmaması, üçüncü kişiler ve idarenin sürekliliği üzerindeki etki, hukuka aykırı idari işlem veya eylemin sonuca etki etmemesi bulunmaktadır.²²¹

Yargısal emir vermek konusundaki takdir yetkisinin varlığı tartışma konusu olmuştur. Lord Bingham takdir yetkisinin kabul edilebilir olduğunu ancak takdir yetkisinin kullanımı konusundaki kuralların açıkça bilinmesi gerektiğini ve bu kuralların takdir yetkisini belirli sınırlar içerisinde tutması gerektiğini düşünmektedir.²²²

Bazı yazarlar, tabii adalet²²³ kurallarına uyulmadığı hallerde, kararın iptal edilmesi durumunda dahi sonuç değişmeyeceği gerekçesiyle mahkemelerin yargısal emir

²¹⁸ Foulkes, D., Administrative Law, (8th ed., 1995), s.395

²¹⁹ Emery, op.cit., s.139

²²⁰ Jackson & Leopold, op.cit., s.727-728

²²¹ Craig, 2003, op.cit., s.840

²²² Bingham, “Should Pubic Law Remedies be Discretionary ?” [1991] P.L. 64

²²³ İngiliz hukukunda tabii adalet kuralları, Common Law’un yazılı olmayan kurallarıdır. Tabii adaletin iki önemli kuralı mevcuttur. Birincisi tarafsızlık, ikinci ise savunma hakkıdır. Tarafsızlık ilkesi “kimse

vermeyi reddetmesini eleştirmektedirler.²²⁴ Craig, belirtilen gerekçenin yargısal emir vermeyi reddetmek için geçerli bir sebep olduğu konusundaki yargı kararlarına şüphe ile yaklaşmaktadır.²²⁵ Lord Bingham, Cotton davasında bu gerekçeye dayanarak yargısal emir vermeyi reddetmenin tehlikelerine işaret etmiştir.²²⁶

Bir idari otorite hukuka aykırı işlem tesis ettiğinde mahkemenin yargısal emir vermek konusunda takdir yetkisi kullanımı da bireyin aleyhine işletilmektedir. Eğer mahkeme çeşitli sebeplerle yargısal emir vermeyi reddederse veya verdiği kararın geçmişe yürümeyeceğine kanaat getirirse her iki durumda da geçerli sebeplerin mevcut olmasına rağmen mahkemenin bu konudaki takdir yetkisi bireyin aleyhine işletilmektedir. Bu durumun hukuka uygun olduğunu kabul edersek aynı şekilde geçerli sebeplerin varlığı halinde bu kural bireylerin lehine de işletilmelidir. Örneğin birey, idarenin hukuka aykırı bir beyanına güvenerek kendisini bağlayacak bir işlem tesis etmiş ve bu nedenle de bir zarara uğramışsa, kamu yararını etkileyecek bir durum mevcut değilse mahkemeler takdir yetkilerini bireyin lehine kullanmalıdır.²²⁷

2.3. Alternatif Hukuk Yollarının Etkisi

Geleneksel görüşe göre ayrıcalıklı emirlerin verilebilecek olması, özel hukuk yollarından olan tespit davası açmaya engel değildir. Ancak günümüzde ayrıcalıklı emirler üzerindeki sınırların kaldırılmış olması ve aynı usul kuralları ile tüm hukuk yollarının kullanılabilir olması bu görüşü değiştirmiştir. Bir kısım mahkemeler idari

kendi davasında yargıç olamaz” kaidesinde vücut bulmaktadır. Diğer yandan savunma hakkı ise “hiç kimse dinlenmeden mahkum edilemez” ifadesi ile ortaya çıkmaktadır. Yargıcın tarafsızlığı adil bir kararın ilk koşuludur. Adaletin gerçekleşmesi için taraflar hem iddiayı bilmelidirler hem de kendilerini savunabilmelidirler. (Örücü, E., “İngiltere’de İdarenin Sorumluluğu”, Onar Armağanı, s.667-668)

²²⁴ Bingham, op.cit.

²²⁵ Craig, op.cit.

²²⁶ R v. Chief Constable of the Thames Valley Police Forces, ex.p Cotton [1990] I.R.L.R 344

²²⁷ Craig, 2003, op.cit., s.841

bir işlemin geçerliliğinin değerlendirileceği durumlarda ayrıcalıklı emirlerin kullanılması gerektiğini savunmuşlardır.²²⁸

Bir kamu otoritesine yetki veren kanun aynı zamanda bu yetkinin aşıldığı durumlarda kullanılabilecek bir itiraz mekanizması da öngörebilir. Bu durumda mahkemeler parlamentonun kanunu yaparken niyetlerinin ne olduğunu değerlendirerek bir sonuca varmaktadırlar.²²⁹ İstisnai durumlar dışında mahkemeler, kanunda bir itiraz usulü öngörülmesini idari yargının dışlanması olarak algılamaktadırlar.²³⁰ Ancak kanunda belirtilen alternatif mekanizma yargısal değil de idari bir itiraz yolu ise mahkemeler yasama organının idari yargı yolunu kısıtlamayı amaçlayamayacağını düşünmektedirler.²³¹

Bir kanunla kamu otoritesine yetki verildiğinde, aynı kanun verilen yetkinin kötüye kullanılması durumunda uygulanabilecek bir mekanizma öngörebilir. Örneğin, bir gayrimenkulün kamulaştırılabilmesini öngören bir kanun bu yetkinin kötüye kullanılması durumunda ilgili Bakanlığın onayından itibaren altı hafta içinde idari yargı dışında kullanılabilecek bir mahkemeye itiraz yolu düzenleyebilir.²³² Mahkemeler Parlamentonun amacının idari yargı yolunu kapatmak olduğu kanaatine varırlarsa bu mekanizmayı yargı yetkilerini sınırlayıcı olarak değerlendirebilirler. Bunun sonucu, kanunun öngördüğü bir yargı yolunun bir idari işlem ya da eylemin geçerliliği konusunda idari yargı başvurusu yapılmasını engellemesidir.²³³

Huntington davasında, davacılar 1981 tarihli İngiliz Doğal Hayat ve Kırsal Alan Kanununa dayanarak yerel yönetimce yeni bir yol hakkı tanınması işlemine karşı idari yargı yoluna başvurmuşlardır. Ancak idari yargı başvurusu, yerel yönetimin işleminin

²²⁸ Craig, op.cit., s.806

²²⁹ Carrol, op.cit., s.323

²³⁰ R.v. Home Secretary, ex.p. Swati, All ER [1986] 1 A.C. 717

²³¹ Meade v. Harringey London Borough Council [1979] 1 WLR 637

²³² Carroll, op.cit., s.323

²³³ Carroll, ibid.

Bakanlık tarafından onaylanmasından önce yapılmıştır. Davacıların iddiası kanunda öngörülen mahkemeye itiraz hakkının Bakanlığın onayından sonra doğduğu ve bu nedenle Bakanlığın onayından evvel açılacak bir idari yargı davasını engellemediği idi. Fakat bu görüş mahkemece kabul görmeyerek Parlamentonun bu kanun ile idari işlemin yapılması için özel bir usul öngördüğü ve bu usulün tamamlanması sonrasında alternatif bir hukuk yolunun tanınması olduğundan bahisle davacının iddiasını kabul etmemiştir.²³⁴

Aynı kanuna ilişkin bir başka kararda ise yerel yönetimin köyün ortasından geçen ve araç trafiğine açık bir yol tahsis etmesi işlemine karşı yapılan idari yargı başvurusunun görülebileceğine karar vermiştir. Yüksek Mahkeme kanunun alternatif hukuk yolu öngörmesinin idari yargı yolunu kapatmadığına ancak bu durumun mahkemenin davayı görmek konusundaki takdir yetkisinin değerlendirilmesinde dikkate alınacak bir husus olduğu kanaatine varmıştır.²³⁵

Alternatif hukuk yollarının tamamı bir mahkemeye itiraz hakkını düzenlemez. Bir kısmı bir üst makama başvuruyu düzenleyebilir. Örneğin, Bakanlığa itiraz hakkı düzenlenmesi en yaygın görülen halidir. Kanunun idareye itiraz etme hakkı düzenlediği durumlarda mahkemeler idari yargı yolunun açık olduğu görüşündedirler.²³⁶ Meade v Haringey London Borough Council davasında yerel yönetim yöneticileri grev yapmış olan birkaç okulu kapatmıştır. Bu işleme karşı 1944 tarihli İngiliz Eğitim Kanunu davacılar Bakanlığa itiraz hakkı düzenlediği halde bu itiraz yolunun varlığının diğer hukuk yollarını kapatmadığına mahkeme karar vermiştir.²³⁷

²³⁴ R v. Cornwall County Council, ex.p Huntington [1994] 1 All ER 694

²³⁵ R v. Wiltshire County Council ex. p Lizard Brothers and Co.Ltd., The Times, 13 January 1998

²³⁶ Carroll, op.cit., s.324

²³⁷ Meade v Haringey London Borough Council [1979] 1 WLR 637

2.4. İdare Hukukunda Yargı Kararlarının Uygulanmamalarının Sonuçları

Kamu kurumları yargısal emirlere uymak zorundadırlar. Bir yargısal emir kararı, bu karara muhatap olan kamu kurumunun tüm çalışanlarını ve bağlı birimlerini de bağlar.²³⁸ İlgili mahkeme emrinde, kurumu temsil yetkisine sahip olan bireylerin de adlarının yazılması gereklidir.²³⁹

Yargısal emir kararına uyulmadığında, bu durum mahkemeye itaatsizlik (contempt of court) olarak değerlendirilir. Mahkemeye itaatsizlik, geleneksel olarak cezai (criminal) ve medeni (civil) olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmektedir.²⁴⁰ Cezai olarak sınıflandırılan mahkemeye itaatsizlik, mahkeme önünde hakaret etme ve adaletin işlemlerini önleyici davranışlar şeklinde ortaya çıkar ve para, hapis cezası ya da davranışlarını düzeltereğine dair garanti verme emri ile cezalandırılır.²⁴¹ Mahkemenin vereceği bir yargısal emir kararına uyulmaması, medeni olarak sınıflandırılan mahkemeye itaatsizlik olarak değerlendirildiğinden, burada medeni itaatsizlik incelenecektir.

Medeni olarak sınıflandırılan mahkemeye itaatsizlik, yargı kararlarına ya da yargısal emirlere aykırı davranmak ya da mahkemeye vaad edilen bir eylemin yerine getirilmemesi şeklinde ortaya çıkar. Mahkemeye itaatsizlik davaları, haksız fiil davası (action in tort) olmamasına rağmen, esasında, bu tür mahkemeye itaatsizlik, yargı kararından ya da emirden yararlanmaya hakkı olan kişiye karşı işlenen özel bir haksız fiildir (private wrong).²⁴² Bu davaları, genellikle yargı kararı ya da yargısal emir lehine

²³⁸ Lewis, Clive, **Judicial Remedies in Public Law**, (3rd ed., 2004), s.236

²³⁹ Carroll, op.cit., s.333

²⁴⁰ Bu ayırım, birçok yazar ve yargıç tarafından gereksiz ve yardımcı olmayan bir sınıflandırma olarak eleştirilmiştir. 1974 yılında Mahkemeye İtaatsizlik konusunu incelemek üzere toplanan Phillimore Komitesi tarafından da bu ayırımın kaldırılması önerilmiştir. Ancak bu konuda henüz bir yasalaşma girişi yoktur. (Ingman, Terence, **English Legal Process**, (10th ed., Oxford: Oxford University Press, 2004, s.127)

²⁴¹ Ingman, ibid., s.127

²⁴² İbid., s.128

olan taraf ya da Baş Savcı (Attorney-General) tarafından açılır. Mahkemeye itaatsizliğin açık olduğu ve cezalandırmanın acil ve zorunlu olduğu istisnai durumlarda, mahkeme resen de davayı görebilir.²⁴³

1981 yılında çıkarılan Mahkemeye İtaatsizlik Kanunu (Contempt of Court Act 1981) yürürlüğe girene kadar, Common Law kurallarına göre, mahkemeye itaatsizlik eden kişi, Yüksek Mahkemeler tarafından belirsiz bir süre için hapse mahkum edilebilmekte ya da sınırsız miktarda para cezası ile cezalandırılabilmekteydi. Yargı kararına uymayan kişinin mahkemeden özür dileyerek saygısızlığını ortadan kaldırması ve kararı uygulayacağına dair garanti vermesine kadar hapiste tutulması sık görülen bir durumdu.²⁴⁴ Ancak 1981 tarihli Kanun, Yüksek Mahkemelerin bu sınırsız hapis cezası verebilme yetkisini kaldırmıştır.²⁴⁵ Buna ek olarak, Kumari v. Jalal davasında²⁴⁶ açıkça ortaya koyulduğu gibi, bir kez yargı kararına uymadığı için hapis cezası alan kişi, aynı kararı uygulamamaya devam ettiği için tekrar hapis cezası alamayacaktır. İlgili kanuna göre, Yüksek Mahkemeler²⁴⁷ mahkemeye itaatsizlik nedeniyle bir seferde 2 yıla kadar hapis cezasına hükmedebilecektir. Ancak para cezası konusunda bir sınır getirilmemiştir.²⁴⁸

Medeni itaatsizliğin bir başka yaptırımı da hacizdir. Cezai itaatsizlik durumunda verilemeyen bu yaptırım biçiminde, itaatsizlik eden kişinin malları, geçici olarak haciz memurlarının (sequestrators) gözetimi altına alınır. Haciz memurları, itaatsizlik kararı

²⁴³ Ibid., s.128-129

²⁴⁴ Ibid., s.158

²⁴⁵ Contempt of Court Act 1981, Section 14

²⁴⁶ [1996] 4 All ER 65, CA

²⁴⁷ 1981 tarihli Mahkemeye İtaatsizlik Kanunu nezdinde Yüksek Mahkeme terimi şu mahkemeleri içermektedir: The Court of Appeal, the High Court, the Crown Court, the Courts-Martial Appeal Court, the Employment Appeal Tribunal ve gördüğü davanın sürecinde High Court'ın yetkilerine eş değerde yetkiler kullanan diğer mahkemeler. Ayrıca Lordlar Kamarası da mahkeme görevini görürken yüksek mahkeme sıfatını taşımaktadır.

²⁴⁸ Ibid., s.159

kalkana kadar, malları idare eder ve ilgili kiralari ve gelirleri toplar. Yargıçlar, bu yolu en son çare olarak değerlendirmektedirler ve ancak istisnai durumlarda başvurulması gerektiğini vurgulamaktadırlar.²⁴⁹

1960 öncesinde sadece medeni itaatsizlik (civil contempt) cezalarına karşı temyiz mümkündü. 1960 yılında çıkarılan Adaletin İdaresi Kanunu (Administration of Justice Act 1960) ile hem medeni hem de cezai mahkemeye itaatsizlik cezalarına karşı temyiz imkanı tanınmıştır ve başvuru usulü birleştirilmiştir.²⁵⁰

Temyiz mahkemesi, alt mahkemenin kararını iptal etme veya değiştirme veya daha adil bulunduğu bir ayrıcalıklı emri verme yetkisine sahiptir. Hatta davanın bir başka hâkim tarafından tekrar görülmesine bile karar verebilir. Yargıç, daha adil olacağı kanaatiyle, verilen para cezası ya da hapis cezasını değiştirebilir. Bu değiştirme yetkisi, bazen daha ağır bir cezayı içerebileceği gibi, şartlı tahliyesini bile sağlayabilir.²⁵¹

Son olarak, mahkemeye itaatsizlik kararının Kraliyet yetkilerini kullanması nedeniyle bakanlıklar ya da bakanlar aleyhinde verilip verilemeyeceği konusunu açıklığa kavuşturmakta fayda vardır. Bu konuda geleneksel kural, yargısal emirlerin, Taç (ve dolayısıyla bugünkü halefi olan merkezi idare) ya da Taç adına hareket eden memur ya da görevliler aleyhine verilememesidir. Bu kuralın tarihsel bazı sebepleri vardır. Merkezi idare, Kralın neredeyse bütün yetkilerini devralmıştır. Kral, adaletin kaynağı olarak görüldüğü ve mahkemeler de Kralın mahkemeleri olarak görev yaptığı için, mahkemelerin, Kralın halefi olan merkezi idare aleyhine yargısal emir vermesi ve bu emirler yerine getirilmediği takdirde cezalandırması uygun görülmemiştir. Bu nedenle uzun yıllar Taç aleyhine verilebilecek tek yargısal karar tespit kararı (declaration) olarak görülmüştür. Ancak, Taç adına hareket eden bakanlar, anayasal olarak hükümetin işlerinin yürütülmesinden sorumlu olduklarından, aleyhlerine yargısal emir

²⁴⁹ İbid., s.128

²⁵⁰ İbid., s.164

²⁵¹ İbid., s.164-165

verilebileceği artık kabul edilmektedir.²⁵² Bu durumda, “Taç kendisi hata yapamaz” anayasal prensibi de muhafaza edilmektedir, zira ilgili bakanın, aleyhinde yargısal emir verilmesine neden olan işlem ya da eylemi taçtan izin almadan yerine getirdiği varsayılmaktadır.²⁵³

Bu konuya M v. Home Office davası açıklık getirmiştir. Bu davada, Lordlar Kamarası, mahkemeye itaatsizlik hükümlerinin bakanlıklara ve resmi sıfatını kullanan bakanlara uygulanabileceğine ve hapis, para cezası ve malların haczi yaptırımlarının bu makamlara uygulanmasının uygun olmamasına rağmen, mahkemeye saygısızlığın ciddiyetini vurgulamak için, dava masraflarının kendilerine yüklenebileceğine karar vermiştir.²⁵⁴

Bakanlıkların ve resmi sıfatını kullanan bakanların mahkemeye itaatsizliği söz konusu olduğu durumlarda, itaatsizlik kararı şahsi veya cezai sorumluluk getirmez. Dolayısıyla bu tür kararlarda para cezası verilmesi, Bakanlığın mallarına el koyulması veya hapis cezası verilmesi mümkün değildir. Bu yönde bir kararın Bakanlık veya resmi sıfatı ile hareket eden Bakan aleyhine verilmesi, bir tespit niteliğinde de olsa, hukuk devleti ilkesinin korunması ve mahkeme kararlarının uygulanmasını sağlamak için yeterli görülmektedir.²⁵⁵ Uygulamada yargısal emir kararı resmi sıfatı ile hareket eden Bakan adına verildiğinden, mahkemeye itaatsizlik kararı da yine Bakan aleyhine verilir. İstisnai olarak eğer Bakan, mahkemeye itaatsizlik kararının verilmesine yol açan idari işlem ya da eylemin yapılmasına bizzat katıldıysa şahsi olarak mahkemeye itaatsizlikten sorumlu tutulabilir. Ancak uygulamada mahkemeye itaatsizlik kararı daha çok resmi sıfatı ile hareket eden Bakan aleyhine verilmektedir.²⁵⁶

²⁵² Cane, op.cit., s.85-86

²⁵³ Craig, op.cit., s.880

²⁵⁴ M v. Home Office [1993] 3 All ER 537, HL

²⁵⁵ Gerçekten İngiltere’de gerek Bakanlıklar gerek diğer kamu otoriteleri mahkeme kararlarına ve hukuk devleti ilkesine karşı son derece hassas olduklarından, uygulamada bu tür bir kararın varlığı dahi onları harekete geçirmek için yeterli olmaktadır.

²⁵⁶ Lewis, op.cit, s.200-201

3. İNGİLİZ İDARE HUKUKUNDA YARGISAL EMİR TÜRLERİ

3.1. Kamu Hukukuna Özgü Yargısal Emir Türleri

3.1.1. Zorlayıcı Yargısal Emir

3.1.1.1. Tarihçe

Zorlayıcı yargısal emir (Mandamus- yeni adı ile Mandatory Order) adı verilen yargısal emrin kökenleri tam olarak bilinmemektedir. Araştırmalar, çoğu ayrıcalıklı emrin kökeninin Kralın emir verme yetkisi olabileceğine işaret etmekle beraber, bu bağlantı kesin olarak ispatlanmamıştır.²⁵⁷ Zorlayıcı yargısal emrin ayrıcalıklı bir emir olarak ortaya çıkışı, iptal kararı (certiorari-yeni adı ile quashing order)) ve yasaklama (prohibition) emirlerinden çok daha sonra olmuştur.²⁵⁸

Günümüzdekine benzer anlamda verilmiş bir zorlayıcı yargısal emir kararına ancak 1573 yılında rastlıyoruz. Zorlayıcı yargısal emir kararının ilk defa verildiği rapor edilen Middleton Davası'ndan anladığımız kadarıyla, bu karar, çok benzer özellikler gösteren, ancak rapor edilmemiş başka bir davaya (Anable Davası) atıf yapılarak verilmiştir. Bu davada, zorlayıcı emri, bir Londra vatandaşı için, hukuka aykırı olarak memuriyetten çıkarılması nedeniyle görevine iadesi için çıkarılmıştır.²⁵⁹

²⁵⁷ Craig, op.cit., s.731

²⁵⁸ Woolf-Jowell-Le Sueur, op.cit., s.536

²⁵⁹ Ibid., s.537

Modern anlamda emrinin ortaya çıkışı ise, 17. Yüzyılın başlarında Bagg Davası ile olmuştur. İlk davanın tespitinin rapor edilmemiş davalar nedeniyle zor olması, birçok yazarı günümüzdeki zorlayıcı yargısal emir kararına en yakınıni tespit ederek, doğuşunu ondan itibaren açıklamak yoluna itmiştir. Bagg, Plymouth şehrinde bir memurdur ve görev haysiyetini zedeleyici fiil ve davranışlarda bulunduğu gerekçesiyle görevden alınır. Görevden alınmasına karşı Bagg dava açar ve savunması alınmadan görevden alındığı gerekçesiyle lehine zorlayıcı yargısal emir kararı verilir ve göreve iadesi sağlanır. Benzeri davalar bu kararı takip etmiştir. Ancak aralarından zorlayıcı yargısal emir hangi amaçla ortaya çıktığı ve nasıl kullanılması gerektiğini açıklayan 1762 tarihli R. v. Barker davası ilgi çekicidir. Bu davada Lord Mansfield²⁶⁰ zorlayıcı yargısal emiri şu şekilde tanıtmıştır:²⁶¹

“Mandamus (zorlayıcı yargısal emir), adaletsizlik ve polisin yetersizliği nedeniyle düzenin bozulmasını önlemek amacıyla ortaya çıkmıştır. Bu nedenle, hukukun belirli bir hukuki yol tanımadığı, ancak adalet ve iyi yönetim ilkelerine göre bir hukuki yol olması gerektiği anlaşılan tüm durumlarda kullanılmalıdır.”

Bu ilk kararların ardından zorlayıcı yargısal emir çok yaygınlaşmış ve din adamları da dahil olmak üzere birçok konuda zorlayıcı yargısal emir verilmiştir. 19. Yüzyılda yapılan yerel yönetim reformu ve derebeylik düzenine özgü mal müdürlüğünün (freehold office) yavaş yavaş yok olması, zorlayıcı yargısal emir kararlarına olan ihtiyacı azaltmıştır. Bu ihtiyaçtaki azalma, aynı zamanda istinaf başvurusu gibi alternatif yargısal yolların ortaya çıkmasının da doğal bir sonucudur.²⁶²

Bu girişten de anlaşılacağı üzere zorlayıcı yargısal emir, ortaya çıkışından günümüze gelene kadar, bir takım sosyal ve teknik sebeplerden dolayı çok kullanıldığı bir dönem ve kendisine ihtiyacın azaldığı bir dönem yaşamış, ancak yok olmamış ve günümüzde de hala kullanılan önemli bir karar türü olarak gelişimine devam etmektedir.

²⁶⁰ Lord Mansfield’in zorlayıcı yargısal emiri açıklayan birçok kararı vardır ve bu açıklamalar bu karar türünün gelişiminde önemli rol oynamıştır. Bu nedenle burada kısaca onun açıklamalarına yer verip, onun katkılarını anlamak önemlidir.

²⁶¹ R. v. Barker (1762) 3 Burr. 1265, 1267

²⁶² Craig, op.cit., s.732

3.1.1.2. Kapsam ve Şartları

Zorlayıcı emrin verilebilmesi için başvuru sahibine borçlu olunan bir kamu görevinin varlığı aranır. Bu tanımdan özellikle iki şartın bir arada bulunması gerektiği ortaya çıkmaktadır:

Varlığı aranan kamu görevi özel hukuka özgü olmayıp, kamu hukukundan kaynaklanan bir görev olmalıdır. Örneğin, bir ticari sendikaya üyeliğinin iadesi amacıyla gittiği özel hakem mahkemesi aleyhine zorlayıcı yargısal emir kararı istendiğinde mahkeme bu istemi reddetmiştir. Bu karar 1965 yılında verilmiş olup, ilgili görevin günümüzde de özel hukuk alanında kabul edilip edilmeyeceği tartışmalıdır. Konumuzla ilişkili olarak kamu görevi, kanun, ayrıcalıklı yetki, örf ve adet hukuku (common law), Şart (charter), gelenek ya da sözleşmeden kaynaklanabilir. Kısacası kaynağı ne olursa olsun, nitelik itibarıyla kamu hukuku görevi olması, zorlayıcı yargısal emir kararının verilebilmesi için yeterlidir.²⁶³

Diğer şartımız ise, kamu hukukuna özgü olduğu tespit edilen görevin, İdarenin başvuru sahibine ya da kendisinin de mensup olduğu belirli bir tür bireylere karşı görevi olmalıdır.²⁶⁴

R.v. Secretary of State for War davasında²⁶⁵, bir subay, emekli olması üzerine kendisine ödenen tazminat miktarının yükseltilmesi amacıyla ilgili bakanlığa zorlayıcı yargısal emir verilmesi için mahkemeye başvurmuştur. Ancak zorlayıcı yargısal emir başvurusu, bu görev konusunda kamuya değil, Kraliyete karşı sorumlu olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir. Mahkemenin kararında da belirtildiği gibi, bu durum ilgili kamu görevinin kökeni ve görev olarak kurulmasına bağlı olup, bakanlıklarının görevlerinin tümü için geçerli değildir. Günümüzde bir kamu görevi kurulurken, bu görev konusunda

²⁶³ Parpworth, N., **Constitutional and Administrative Law**, (2nd, 2002), s.331

²⁶⁴ Craig, op.cit.

²⁶⁵ [1891] 2 Q.B. 326

bakanlık, yalnızca Kraliyete karşı değil, kamuya ya da belli bir kamu kesimine karşı sorumlu tutulur.²⁶⁶

3.1.1.2.1. Bir kamu görevinin varlığı

Zorlayıcı yargısal emir amacı bir kamu görevinin yerine getirilmesini sağlamaktır. Zorlayıcı yargısal emir kamu hukukuna özgü bir hukuki yol olduğundan, özel hukuka ilişkin bir görevin yerine getirilmesi ile ilgili konularda istenmez. Aşağıda kamu görevinin alabileceği görünümleri kısaca inceleyeceğiz.

3.1.1.2.1.1. Bir yetki ya da takdir yetkisini kullanma görevi

Günümüzde zorlayıcı yargısal emir en çok bir kamu kurumunu bir davayı dinlemek ve üzerinde karar vermek yetkisini kullanmak ya da bir takdir yetkisini kullanıp kullanmamak konusunda düşünmeye zorlamak amacıyla kullanılmaktadır.²⁶⁷ Mahkemeler, hakem mahkemeleri ve kamu kurumlarının belli bir davayı dinlemek ve üzerinde karar vermek konusunda spesifik bir görevi olabilir ya da bu tür bir görev, yetkilerini açıklayan kanunda belirgin olabilir. Genellikle görev alanını yanlış yorumladığı için kamu kurumu, kendisine verilen yetkiyi kullanmaktan imtina eder. Bu tür davalarda mahkemeler genellikle kurumun davayı hukuka uygun olarak dinleyerek bir karara bağlamasını emreder. Bunun yanında kamu kurumu konuyu araştırarak tekrar incelenebilir (reviewable), bir hata yaparak başvuru sahibi aleyhine de karar verebilir. Mahkeme bu durumda kamu otoritesinin konuyu hukuka uygun olarak tekrar incelemesine karar verebileceği gibi, verilen hukuka aykırı kararı iptal ederek, tekrar incelemesine de karar verebilir.²⁶⁸

²⁶⁶ Craig, op.cit.

²⁶⁷ Emery, C., **Administrative Law**, (1999), s.133

²⁶⁸ Lewis, C., **Judicial Remedies in Public Law**, (2000), s.192-193

Bir başvurunun değerlendirilmesinde gecikme olduğu zaman da zorlayıcı yargısal emir yoluna başvurulabilir.²⁶⁹ Örneğin, bir davada mahkeme, ikametgâh hakkı olduğunu gösteren bir belge almak amacıyla yapılan bir başvurunun uygun bir süre içinde cevaplandırılması konusunda Bakanlığın kanunda belirtilmeyen, ancak başvurunun niteliği gereği görevi olduğuna ve bu amaçla gerekli mekanizmayı kurmasının gerekli olduğuna karar vermiştir.²⁷⁰

3.1.1.2.1.2. Belirli bir işlemi ya da eylemi yapma ödevi

Kanun tarafından kendisine açıkça bir idari işlem ya da eylemi yerine getirmesi görev olarak verildiyse, bir kamu otoritesi zorlayıcı yargısal emir kararı ile belirli bir işlem ya da eylemi yapmaya zorlanabilir. Uygulamada mahkemelerin bir kamu otoritesine belirli bir işlemi ya da eylemi yapmayı emrettiği veya emredebildiği durumlar sınırlıdır. Örneğin, bir davada mahkeme, düzenleyici bir işlemle belirlenmiş olan bir miktar paranın ödenmesini sağlamak için bir yerel yönetime zorlayıcı yargısal emir vermiştir.²⁷¹ Bu durumda bile mahkeme bir tespit davası ile böyle bir görevin varlığını açıklamanın yeterli olacağına karar verebilir. Bu durumda mahkeme, açıkça görevinin varlığının ortaya konması karşısında kamu otoritesinin kanunun ya da düzenleyici işlemin gerektirdiği işlem ya da eylemi yerine getirmekten kaçınamayacağını varsaymaktadır.²⁷²

Bunun yanında, kanunun emrettiği bir görev, bir özel hukuk hakkının varlığına da yol açabilir ve özel hukuka ilişkin haklar, idari yargının konusu olamayacakları için, bu konuda bir zorlayıcı yargısal emir kararı da verilemez. Özel hukuk usullerine uygun olarak tam yargısal emir ya da tazminat talep edilebilir. Bir örnekle açıklamamız gerekirse, bir görevin var olup olmadığı konusunda açılacak dava, idari yargıda

²⁶⁹ İbid., s.193

²⁷⁰ R.v.Secretary of State for the Home Department, ex p. Phansopkar [1976] Q.B. 606

²⁷¹ R.v. Liverpool City Council, ex.p. Coade, The Times, October 10, 1986

²⁷² Lewis, op.cit., s.194

görülürken, bir kere bir görevin var olduğu tespit edildikten sonra, artık bu görev bir özel hukuk hakkı doğurmakta ve özel hukuk kurallarına göre çözümlenmektedir.²⁷³

3.1.1.2.1.3. Avrupa Birliği Hukuku'ndan kaynaklanan ödevler

Avrupa Birliği Hukuku, bireylere mahkemelerin koruması gereken bir takım takip edilebilir haklar sağlamaktadır. Bu hakları ihlal eden kararlar iptal edilir. Mahkemeler, kamu otoritelerini Avrupa hukukuna dayanan hakların etkili bir biçimde kullanılabilmesi için gerekli belirli işlem ve eylemleri yerine getirmekle yükümlü kılabilirler. Mahkemeler bu anlamda çoğunlukla hakların kullanılabilmesi için ne yapılması gerektiği konusunda karar vermekle yükümlüdürler. Bu görevlerini yerine getirirken İngiliz hukukuna özgü daha kısıtlı rolleriyle sınırlı değildirler.

3.1.1.2.1.4. Kamu hizmeti sağlama ödevleri

Kanunlar kamu kurumlarına genel kamu yararına bazı hizmetleri sağlama yükümlülüğü getirebilirler. Mahkemeler bu konuda karar verirken, sınırlı kaynakların çeşitli başvurular karşısında nasıl kullanılacağına karar vermekle yükümlü olan idarenin yerine geçerek karar vermemek konusunda dikkatli olmalıdırlar. Bu nedenle, mahkemelerin bir kamu kurumuna belirli bir şekilde davranarak, görevini yerine getirmesini emrettiği durumlar çok sınırlıdır.

Birçok modern kanun hükümleri, zorlayıcı yargısal emir yoluyla yerine getirilmeye müsait olarak oluşturulmamıştır. Kamu kurumlarına görev yükleyen hükümlerin çoğu görevin yerine getiriliş biçimi konusunda kamu otoritesine takdir hakkı tanımaktadır. Örneğin, yerel yönetimlere verilmiş yeterli ilköğretim kurumu kurma görevi bir hedef görev olarak tanımlanmıştır ve yeterli sözcüğünün ne anlama geldiği ve bu görevi yerine getirmek için hangi adımların atılması gerektiğine yerel otorite karar

²⁷³ Foulkes, op.cit., s.392

verecektir.²⁷⁴ Bu gibi durumlarda mahkemeler, belirli bir işlem ya da eylemi yapmak suretiyle görevini yerine getirmesi konusunda bir zorlayıcı yargısal emri vermekte istekli olmayacaktır.²⁷⁵

3.1.1.2.1.5. Bir emir ya da düzenleyici işleme uyma yükümlülüğü

Kanunlar, belli bir kamu otoritesini diğer bir kamu kurumuna belli bir işlem ya da eylem yapması konusunda emir vermekle yetkili kılabilir. Aynı kanun, kamu otoritesinin bu emirleri yerine getirmesini sağlamak amacıyla zorlayıcı yargısal emir yolunun kullanılabileceğini öngörebilir. Örneğin, Çevre Bakanlığı, bir mahalli idareye verdiği arazi satışı (dispose of land) emrinin yerine getirilmesini sağlamak amacıyla mahkemeden zorlayıcı yargısal emir elde edebilmiştir.²⁷⁶ Bir başka örnek eğitim alanında verilebilir. Mahalli idareler, kanunen eğitim kurumları kurmakla yükümlüdürler. Mahalli otorite bu görevini yerine getirmezse veya makul davranmazsa, Bakanlık, bu görevin yerine getirilmesi amacıyla emir çıkarabilir ve bu emir yerine getirilmiyorsa, zorlayıcı yargısal emir yoluna başvurabilir. Başka alanlarda da buna benzer yetkiler mevcuttur. Ancak bu tür bir emir hukuka aykırı ise, zorlayıcı yargısal emir başvurusu reddedilecektir.²⁷⁷

3.1.1.2.2. İdari başvuru zorunluluğu

Geleneksel anlayışa göre, bir zorlayıcı emir başvurusu yapabilmek için, davacının öncelikle yapılmasını istediği işlem ya da eylemin yerine getirilmesini ilgili idari makamdan bir dilekçe ile istemelidir ve bu başvurusu idare tarafından reddedilmelidir. İstisnai bazı durumlarda bu şart aranmamaktadır. Craig, bu başvuru ve

²⁷⁴ R. v. Inner London Education Authority, ex p. Ali [1990] C.O.D. 317

²⁷⁵ Lewis, op.cit., s.196-197

²⁷⁶ R. v. Secretary of State for the Environment, ex p. Manchester City Council (1987) 85 L.G.R. 832

²⁷⁷ Ibid., s.197-198

red şartının gerçekçi olmadığını ve günümüzde mahkemelerin böyle bir şartın varlığı konusunda ısrarlı davranmayacağını düşünmektedir.²⁷⁸ Lewis de, bu kanıdadır.²⁷⁹

Jowell'e göre zorlayıcı yargısal emir başvurusunda bulunan bir kişinin idareden görevini yerine getirmesini istediğini ve bu isteğinin idare tarafından reddedildiğinin belgelenmesinin tercih edildiğini belirtmektedir. Buna göre başvuru sahibi idari yargıya başvurmadan önce ilgili kamu görevini yerine getirmekle yükümlü olan idareye görevini yerine getirmesini talep eden, ayırt edilebilen ve özellikli bir başvuru yapmalıdır. Bazı davalarda sadece bu başvurunun reddedilmesi bile zorlayıcı emir kararının verilmesi için yeterli sayılabilmektedir. Başvurunun değerlendirilmesindeki gecikme, hukuka aykırı bazı şartların yerine getirilmesi sonucunda başvurunun kabul edileceğinin belirtilmesi ya da açık bir cevap vermekten kaçınma gibi durumlar başvurunun reddi olarak kabul edilebilmektedir.²⁸⁰

3.1.1.3. Zorlayıcı Yargısal Emrin Verilemeyeceği Alanlar

3.1.1.3.1. Üst Mahkeme

Zorlayıcı yargısal emir üzerindeki en önemli sınır, bu emrin üst mahkemelere karşı verilemeyecek olmasıdır. İngiliz Hukuk sisteminde üst mahkemeler, House of Lords, Court of Appeal, High Court, Masters of the Supreme Court ve Court-Martials Appeal Court'tan ibarettir.²⁸¹

²⁷⁸ Craig, op.cit., s.733-734; Lewis, op.cit., s. 200

²⁷⁹ Lewis, op.cit., s. 199-200

²⁸⁰ De Smith, Woolf & Jowell, op.cit., s.584-585

²⁸¹ Lewis, op.cit., s.177

3.1.1.3.2. Kraliyet

Zorlayıcı yargısal emir Kraliyete karşı verilemeyeceği gibi, Kraliyetin bir görevini yerine getirirken, tamamıyla Kraliyetin bir memuru olarak hareket ettiğinde Bakanlığa karşı da verilemez. Geçen yüzyılda, bu doktrin, Bakanlıklara karşı istenilen zorlayıcı emrin reddedilmesine yol açmıştır. Ancak günümüzde bu doktrinden uzaklaşmış, yapılan kanunlar kamu görevlerini kraliyete değil de bakanlıklara yükleyerek, ilgili bakanlık aleyhine zorlayıcı yargısal emir davası açılabilmesini sağlamıştır.²⁸²

Ancak, Kraliyet tarafından kullanılan ayrıcalıklı yetkiler konusunda bir takım tereddütler vardır. Bu tür durumlarda modern anayasal kurallara göre Kraliyetin kullandığı yetkiler aslında Bakanların tavsiyesi ile şekillenmektedir. Bu nedenle eğer bir Bakan Kraliyete hukuka aykırı olarak tavsiyede bulunmayı reddederse bu durumda mahkeme ilgili Bakanın ret işlemini reddederek görevini ifa etmesi için zorlayıcı emir kararı verebilir. Mahkemelerin bu tür durumlarda bu yönde bir karar vereceği konusunda bazı işaretler mevcuttur.²⁸³

3.1.1.3.3. Askeri konular

Askeri işlem ve eylemler ile tamamıyla askeri hukuku ilgilendiren konularda, genel kabul gören görüş, mahkemelerin bu alana müdahale haklarının olmadığıdır. Örneğin, bir Askeri Disiplin Mahkemesince açılmış bir soruşturmanın tamamlanmasını sağlamak amacıyla istenen bir zorlayıcı yargısal emir, mahkeme tarafından reddedilmiştir.²⁸⁴

²⁸² Foulkes, op.cit, s.398-399

²⁸³ İbid., s.399

²⁸⁴ Lewis, op.cit., s.199

3.1.1.4. Zorlayıcı Emir ile Diğer Hukuk Yollarının İlişkisi

Zorlayıcı yargısal emir kararı kamu görevlerinin yerine getirilmesinin sağlanmasında tek hukuki yol değildir. Kamu kurumları tarafından kamu hizmetlerinin sağlanması ile ilgili birçok kanunda ilgili Bakanlıklara bir takım idari vesayet yetkileri verilmiştir. Bu tür bir idari vesayet yetkisinin bulunması kamu görevinin yerine getirilmemesinden dolayı menfaati ihlal edilenlerin idari yargıda dava açmasına engel değildir.²⁸⁵ Tüm kanunlarda Bakanlığın başvurusu üzerine kamu görevinin yerine getirilmesi amacıyla zorlayıcı yargısal emir yoluna gidilebileceği belirtilmemiştir. Ancak Bakanın bu yetkisi vesayet yetkisinin doğal bir sonucudur. Bu hukuki yola nadiren başvurulmaktadır. Genellikle Bakanlık daha basit ve hızlı seçenek olarak, ilgili kamu görevini kendi görev alanı içerisine almakta ve kendisi hizmeti ifa etmeyi tercih etmektedir. Ayrıca alternatif olarak eğer kanun kendisine bu yetkiyi veriyorsa merkezi bütçeden aldığı payı vermemekle tehdit edebilir.²⁸⁶

Bu idari denetim yolundan sonra diğer hukuki yollar ile zorlayıcı yargısal emir arasındaki ilişkiyi incelemeye çalışacağım. Hukuki yolların arasındaki ilişkiyle ilgili olan teknik engellerin çoğu artık pratikte uygulanmamaktadır. Ancak bir görevi yerine getirmekten hukuka aykırı olarak kaçınmayı önlemek için zorlayıcı yargısal emir yolunun pek uygun olmadığı görülmektedir. Örneğin, bir kamu otoritesi veya memur hukuka aykırı davranmakla ilgiliyi tehdit ederse, bu durumda başvurulabilecek en uygun hukuki yol yasaklayıcı yargısal emir, tam yargısal emir (injunction) veya tespit davasıdır. Hukuken verilen yetkilerin aşılmaması amacıyla zorlayıcı yargısal emir kararı verilemez. Eğer bir alt hakem mahkemesi yetkisini aşarsa, bu durumu engellemek için zorlayıcı yargısal emir kararı değil yasaklayıcı yargısal emir verilir. Aynı şekilde alt hakem mahkemesinin verdiği kararın uygulanmasını önlemek için zorlayıcı yargısal emir kararı değil iptal kararı verilir. Bazı durumlarda yapılmış bir işlemi veya eylemi eski hale iade için zorlayıcı yargısal emir kararı verilebilir. Bu tür durumlarda mahkeme

²⁸⁵ De Smith, Woolf & Jowell, op.cit., s.585

²⁸⁶ Ibid., s.586

hukuka aykırı işlemi yok sayarak yetkili makamın bu işlem hiç yapılmamış gibi görevini yerine getirmesini emreder.²⁸⁷

Yetkinin aşılması bazı durumlarda görev alanına giren bir davayı yetki yönünden görmeyi reddetmek olarak tanımlanarak zorlayıcı yargısal emir kararı verilebilmiştir. Hukuka uygun hareket etme görevi ile hukuka aykırı davranmama görevi arasındaki çizgi çok hassastır. Ancak iptal kararı ve zorlayıcı yargısal emir kararının aynı başvuru ile istenebilmesi günümüzde bu sorunun pratikteki önemini ortadan kaldırmaktadır.²⁸⁸

İptal kararlarında yetki aşımı ya da yetkisiz olarak verilen işlemlerin iptali söz konusudur. Bu tür bir işlemde menfaati ihlal edilen kişi için çoğunlukla ilgili işlemin iptali yeterli olmaktadır. İptal edilen karar düzeltilebilecek olsa bile mahkemeden yeni bir karar verilmesi nadiren talep edilmektedir. Eğer idarenin konuyu tekrar inceleyerek karar vermesi isteniyorsa idari yargı başvurusu yapılırken hem iptal kararı hem de zorlayıcı yargısal emir istenir.²⁸⁹

Bir hakem mahkemesinin bir davaya bakmasını sağlamak ya da kanunen bir zorunluluk olmasına rağmen kararının gerekçesini vermediğinde gerekçesini belirtmesini sağlamak amacıyla zorlayıcı yargısal emir kararı verilebileceği açıktır.²⁹⁰

²⁸⁷ Emery, op.cit., s.133

²⁸⁸ Lewis, op.cit., s.587

²⁸⁹ Parpworth, op.cit., s.332

²⁹⁰ De Smith, Woolf & Jowell, op.cit.

3.1.2. Yasaklayıcı Yargısal Emir

3.1.2.1. Tarihçe

Yasaklayıcı yargısal emir, İngiliz Hukukunun en eski yargısal emirlerinden birisidir. İlk kullanılmaya başlandığında temel fonksiyonu kilise mahkemelerinin görev alanını sınırlandırmaktı. Daha sonraları genel hukuk mahkemelerinin (common law courts), chancery ve admiralty mahkemeleri ile aralarındaki uyuşmazlıklarda kullandıkları bir silah haline gelmiştir. Yasaklayıcı yargısal emire uyulmaması bu dönemde Kraliyete itaatsizlik olarak değerlendirilmiştir. Tüm diğer mahkemelerin görev alanlarını sınırlamak yetkisi ve onuru Kralın mahkemesine (Kings Bench) ait olduğundan bu tür emirler daha çok Kralın mahkemesi tarafından verilirdi. Ancak Chancery ve Common Pleas mahkemeleri tarafından da verilebilmekteydi.²⁹¹

İlk ortaya çıkışından itibaren yasaklayıcı yargısal emrinin ayrıcalıklı karakteri üzerinde sık sık durulmuştur. Fitzherbert bu durumu şu şekilde açıklamıştır: “Kilise mahkemeleri önünde görülen bir davada tarafların ikisi de sıradan vatandaşlar olmasına rağmen Kral kendisi bu tür bir kararı talep edebilir, çünkü dava kendisi Kraliyetin küçültülmesine sebep olmaktadır.” Fitzherbert yasaklayıcı yargısal emirlerinde özel çıkarların korunmasının ikinci planda kaldığını bu sözleri ile çok güzel açıklamıştır.²⁹² Aynı görüş 19 yüzyılda görülen bir davada şu şekilde belirtilmiştir: “Yasaklayıcı emir talep eden bir bireyin bu kararı elde edip edemeyeceği değerlendirilirken önemli olan bireyin zarara uğrayıp uğramadığı değil, Kraliyetin koyduğu kurallara itaatsizlik edilip edilmediğidir.”²⁹³

²⁹¹ De Smith, Woolf & Jowell, op.cit., s.533

²⁹² İbid.

²⁹³ Worthington v. Jeffries [1875] L.R. 10 C.P. 379,382

Bu davada da görüldüğü gibi bir adım daha ileri gidilerek davayla hiçbir ilgisi olmayan bir kişinin bile bu yargısal emri talep edebileceği vurgulanmıştır.²⁹⁴

Yasaklayıcı yargısal emri iptal kararı ile birlikte İdare Hukukunun en önemli ve etkili yargısal yolu olmuştur. Özellikle 17.yy da yerel idarelerin merkezi idarenin kontrolünün tamamen dışında kalması bu iki yargısal yolun önemini büyük ölçüde arttırmıştır.²⁹⁵

3.1.2.2. Yasaklayıcı Yargısal Emrin Amacı

Yasaklayıcı yargısal emir bir kamu kurumunun hukuka aykırı davranmasını engellemek amacıyla kullanılır. Bu hukuki yol ilk önceleri alt mahkemeler ve hakem mahkemelerinin görev alanlarını aşmamalarını sağlamak amacıyla kullanılmıştır. Günümüzde herhangi bir kamu otoritesinin kanun tarafından verilen veya diğer bir kamu hukuku yetkisini aşmasını engellemek amacıyla verilebilmektedir. Yasaklayıcı yargısal emir, iptal kararına benzer olarak kamu hukuku yetkilerinin kullanılmasının denetlenmesi araçlarından biridir. Yasaklama emrinin kapsamı iptal kararı ile aynıdır.²⁹⁶

3.1.2.3. İdarenin Hukuka Aykırı İşlem veya Eylem Yapmasının Önlenmesi

İptal kararı, yapılmış ve hukuka aykırı olan bir idari işlemin iptali için verilmektedir. Yasaklayıcı yargısal emir ise daha erken bir safhada idarenin hukuka aykırı davranmasını ve hatalı kararlara ulaşmasını önlemek amacıyla uygulanmaktadır. Bu nedenle yasaklama emri bir alt mahkeme veya hakem mahkemesinin görev alanına girmeyen bir konuyu değerlendirmesini engellemek amacıyla uygulanır.²⁹⁷ Örneğin,

²⁹⁴ De Smith, Woolf & Jowell, op.cit., s.534

²⁹⁵ Ibid., s.535

²⁹⁶ Lewis, op.cit., s.189

²⁹⁷ Carrol, op.cit., s.332

resmi muameleler beklenmeden incelenebilecek bir suçu olmasına rağmen bireyin alt mahkeme tarafından duruşmaya çıkarılması bir yasaklayıcı emir ile engellenmiştir.²⁹⁸ Bir başka davada, mahkemenin yargılamayı sürdürmesinin yetkisini kötüye kullanma teşkil edeceği bir durumda yargılama devam edilmesi bir yasaklayıcı yargısal emir ile önlenmiştir.²⁹⁹

Kamu kurumları söz konusu olduğunda, ilgili yetki kullanıldığında dava edilebilir bir hukuka aykırılık teşkil edecekse bu yetkilerin kullanılması yasaklayıcı yargısal emir ile engellenebilir. Mahkemeler kamu kurumlarının yetkilerini hakkaniyete aykırı olarak kullanmalarını engellemiştir.³⁰⁰ Örneğin, bir davada mahkeme belirli bir doktorun, başmüfettişin sürekli olarak sakat kalıp kalmadığını bilirkişi olarak değerlendirmesini engellemiştir. Çünkü, sözü geçen doktor daha önce aynı davada taraf konumunda bulunmuş olduğundan tarafsızlığının şüpheli olması nedeniyle bu karar verilmiştir.³⁰¹ Bir başka davada mahkeme bir mahalli idarenin önceden var olan taksi şoförleri ya da temsilcilerine görüşlerini beyan etmeleri için fırsat tanımadan yeni taksi lisansı verilmesini önlemiştir.³⁰² Kamu otoritelerinin ilgili hukuki düzenlemelerin yanlış yorumlandığı gerekçesi ile yetkilerini kullanmaları engellenebilir.³⁰³ Örneğin, bir mahalli idare film lisansı verirken hatalı bir ölçüt uyguladığında yasaklama emri verilmiştir.³⁰⁴

Yasaklama emri, bir idarenin hukuka aykırı bir idari işlem önerisini bir başka idareye onay için sunmasını engellemek ya da sunulmuş bir hukuka aykırı idari işlem önerisinin onay makamınca onaylanmasını önlemek amacıyla uygulanabilir. Bir bakanın

²⁹⁸ R. v. Dudley Justices, ex. p. Gillard [1986] A.C. 442

²⁹⁹ R. v. Hatfield Justices, ex. p. Castle [1981] 1 W.L.R. 217

³⁰⁰ Lewis, op.cit.

³⁰¹ R. v. Kent Police Authority, ex. p. Godden [1971] 2 Q.B. 662

³⁰² R. v. Liverpool Corp., ex. p. Liverpool Taxi Fleet Operators' Association [1972] 2 Q.B. 299

³⁰³ Foulkes, op.cit., s.392

³⁰⁴ R. v. Greater London Council, ex. p. Blackburn [1976] 1 W.L.R. 550

parlamentoya onay için hükümsüz bir kanun taslağı sunması durumunda mahkeme yasaklama emri vermeyerek uygun gördüğü takdirde bir tespit kararı vermektedir.³⁰⁵

Yasaklama emri, yapılmış olan hukuka aykırı bir idari işlemin uygulanmasını önlemek için de verilebilir.³⁰⁶ Örneğin, mahkeme imtiyaz sahibi bir şirketin (statutory corporation) geçersiz bir yıkma kararını uygulayarak, bir evi yıktırmasını engellemiştir.³⁰⁷ Bir diğer kararda ise, bir mahkemenin hakkaniyete aykırı bir şekilde verdiği para cezasının icrası önlenmiştir.³⁰⁸

Bu uygulamaların dışında, yasaklayıcı yargısal emir, bir iptal kararı ile birlikte, yapılan bir idari işlemin iptal edilmesine rağmen uygulanmasını önlemek amacıyla da verilebilir.³⁰⁹

3.1.2.4. Yasaklayıcı Emrin Şartlı Olma Niteliği

İdarenin yaptığı hata düzeltilebilir bir hata ise, mahkeme idare yaptığı hatayı düzeltene kadar idarenin yetkilerini kullanmasını engelleyen bir yasaklama emri verebilir.³¹⁰ Örneğin, bir davada mahkeme, bir mahalli idarenin ilgili taraflarla görüşmeden, ruhsat verme yetkilerini kullanmasını yasaklamıştır.³¹¹ Ancak, Privy Council, bir karar hakkaniyete aykırı olarak verildiyse, verilmesi uygun olan kararın yasaklama değil, iptal kararı olduğunu belirtmiştir. Daha açık bir ifade ile, Privy Council'e göre, savunmaları alınana kadar, verilen kararın uygulamasının durdurulması yerine, kararı iptal ederek,

³⁰⁵ Lewis, op.cit.

³⁰⁶ Ibid.

³⁰⁷ Estates and Trust Agencies (1927) Ltd. v. Singapore Improvement Trust [1937] A.C. 898

³⁰⁸ R. v. North, ex. p. Oakey [1927] 1 K.B. 491

³⁰⁹ R. v. Horseferry Road Justices, ex. p. Independent Broadcasting Authority [1987] Q.B. 54

³¹⁰ Lewis, op.cit.

³¹¹ R. v. Liverpool Corp., ex. p. Liverpool Taxi Fleet Operators' Association [1972] 2 Q.B. 299

savunma alındıktan sonra idareyi tekrar karar vermek konusunda serbest bırakmak daha uygundur.³¹²

3.1.2.5. Yasaklayıcı Emrin Verilmesini Sınırlayan Durumlar

Ayrıcalıklı emirler üzerindeki teknik sınırlamaların çoğu kaldırılmıştır. Özellikle, yasaklama emrinin sadece hakem mahkemelerinin bireylerin haklarını etkileyen kararlarına karşı istenebileceği kuralı kalkmıştır. Prensip olarak, bir kamu kurumunun kullandığı her kamu hukuku yetkisi, yasaklama emri ile kontrol altına alınabilir. Yasaklama emri yerine, iptal kararı istenmesi gerektiği gibi teknik tartışmalar artık önemini yitirmiştir. Her iki yargısal yol da, aynı idari yargı başvurusunda istenebileceği gibi, yargılamanın daha geç bir safhasında istenenden daha farklı bir yargısal yol ile de talep edilebilir.³¹³

Kural olarak, iptal kararları hangi idari otoritelere karşı ileri sürülebiliyorsa, yasaklama kararları da aynı otoritelere karşı ileri sürülebilir. Örneğin, Kilise Mahkemeleri, Bölgesel Mahkemeler, Gelir Vergisi Komisyonları, Kira Hakem Mahkemeleri, Lisans veren otoriteler, polis ve bakanlar gibi..

Bunlar dışında, artık modern hukukta yeri olmayan sınırlamaların bir kısmı halen uygulanmaktadır. Örneğin, tarihi bazı sebeplerden dolayı, dini mahkemelere karşı iptal kararı değil, sadece yasaklama emri istenebilir. Kilise Mahkemelerine karşı iptal kararı istenememesinin sebebi, genel hukuktan farklı kurallarının olmasıdır. Kilise Mahkemelerinin görev alanlarının dışına çıkmalarını ya da tabii adalet kurallarını ihlal etmelerini önlemek amacıyla yasaklama kararı istenebilmektedir.³¹⁴

³¹² Att.-Gen. Of Hong Kong v. Ng Yuen Shiu [1983] 2 A.C. 629

³¹³ Carroll, op.cit., s.332; Cane, P., An Introduction to Administrative Law, 1996, s.63-64

³¹⁴ Ingman, T., **The English Legal Process**, (10th ed., Oxford: Oxford University Press, 2004), s.479

Askeri hukuka ilişkin konularda da mahkemeler, yasaklama emri veremezler. Yasaklama emri, ancak hukuka aykırı (ultra vires) kararlara karşı verilebilirken, hukuka uygun (intra vires) kararların uygulamasını durdurmak için verilemez. Bu sınırlamanın büyük bir önemi yoktur, çünkü dava edilebilir kararların neredeyse hepsi ultra vires'dir.³¹⁵

Yasaklama emri, bazı kurumlara karşı verilemez. Örneğin, kanuna dayanmayan, gönüllü yerel hakemlere karşı başvurulamaz. Yasaklayıcı yargısal emir, halkın haklarını etkileyebilecek kararlar alma yetkileri olmadığından, danışma organlarına karşı da istenemez.³¹⁶

Yasaklama kararları, yaptırım gücü ve yetkisini Kraliyetten aldığından dolayı, Kraliyetin bizzat hareket ettiği durumlarda, Kraliyete karşı da yasaklayıcı emir verilemez. Ancak Kraliyet adına işlem yapan Bakanlara karşı yasaklayıcı emir istenebilir.³¹⁷

Son olarak, Üst mahkemelere karşı da yasaklayıcı yargısal emir verilemez.³¹⁸

3.1.2.6. Yasaklayıcı Emir Verilmesi İçin Yapılan Başvurunun Erken Olması

Yasaklama emrinin çok erken mi istendiği ve idareye iptal davası konusu olabilecek bir karar verme şansı tanınmasının daha uygun olup olmayacağı da tartışılabilir. Bu konu, idari yargıda erken başvuru sorununun sadece bir yönünü oluşturmaktadır.³¹⁹ Yasaklama emri için ne zaman erken başvuru teşkil edeceği

³¹⁵ Lewis, op.cit., s.191-192

³¹⁶ R v Legislative Committee of Church Assembly, ex parte Haynes-Smith, [1928] 1 KB 411

³¹⁷ Ingman, op.cit.

³¹⁸ Lewis, op.cit.

³¹⁹ Ibid.

konusunda kesin bir kural yoktur.³²⁰ Aşağıdaki durumlarda yasaklama emri verilmesi uygun görülmüştür:

- Dava edilebilir bir hukuka aykırılığın kolaylıkla görülebildiği ve ayrıca incelenebildiği durumlar
- Kanunun verdiği yetki kullanılmadan konunun incelenmesinde fayda bulunduğu (belirli bir konuda kamu otoritesinin yetkili olup olmadığının değerlendirilmesinin mahkeme tarafından önemli görüldüğü durumlarda)
- Hâkimin tarafsızlığı (bias) kurallarına göre, karar veren kamu otoritesinin yetkili olmadığı durumlarda.³²¹

Yasaklayıcı yargısal emir talebi olan idari yargı başvurusu, idare gelecekte yetkilerini nasıl kullanacağını açıklayan bir politika benimsediğinde de kullanılabilir.³²²

3.2. Özel Hukuka Özgü Yargısal Emir: Tam Yargısal Emir

3.2.1. Tarihçe

Örf ve adet hukukundan (Common Law) kaynaklanan ayrıcalıklı emir türlerini (mandamus, prohibition) gördükten sonra bu bölümde equity’ den kaynaklanan tam yargısal emir üzerinde duracağız. Tam yargısal emirler, ayrıcalıklı emirlerden farklı olarak uyum sağlama konusunda daha rahat ve her duruma adapte olabilen bir niteliğe sahiptir. Ayrıcalıklı emirler kadar içtihatlarla bağlı değildir. Ayrıcalıklı emirlerin sınırlılıkları ve ayırımları bu karar türünde mevcut değildir. Yargısal bir ögesi bulunmayan fonksiyonları olan idari otoritelere karşı da verilebilir. Buna rağmen tarihi

³²⁰ R. v. Tottenham and District Rent Tribunal, ex. p. Northfield (Highgate) Ltd [1957] 1 Q.B.103

³²¹ R. v. Kent Police Authority, ex.p. Godden [1971] 2 Q.B.662

³²² Lewis, op.cit., s.192

olarak equity'nin kamu hukuku alanına müdahaleleri sınırlı olmuştur. 19. yüzyıla kadar açıkça bir özel hukuk karar türü olan tam yargısal emir kamu hukuku alanında önemli bir rol oynamamıştır. Equity hukuk yolları kullanım alanlarını genişletene kadar idari yargı yolları yeni hukuk yollarıyla dışlanamayacak kadar kendilerini kabul ettirmişlerdi. Bu nedenle idare hukukunda equity hukuk yollarının kullanımında büyük bir artış bekleyenlerin bu beklentileri gerçekleşmemiştir. Ancak bazı hâkimlerin yaratıcı çabaları ile equity hukuk yolları idare hukuku alanında da belirgin bir rol oynamaya başlamıştır. Özellikle 1977 tarihinde yapılan usul hukuku reformları, idari yargı alanında tespit ve tam yargısal emir (injunction) dava türlerini bir arada ya da ayrı ayrı istenebilmesini sağlayarak, bu hukuk yollarının idare hukuku alanında kullanımını arttırmıştır.³²³

Court of Exchequer 16. yüzyılda equity alanında genel yetkiye sahip olmuştur. Vergi mahkemesi olarak equity yetkileri kullanmaktaydı. Görev alanı Attorney-general'ın kraliyetin mali haklarını bireylere karşı korumak amacıyla açtığı davalara bakmaktaydı. Bu mahkemelerin verebildiği karar türleri, yaptırıcı emir ve tespit davasıydı. Attorney-general'in açabildiği bu davalar, kamu hukuku alanında equity hukuk yollarının kullanımının ilk örneğidir. Mahkemenin usul kuralları hiç şüphesiz Kraliyetin lehineydi. Exchequer mahkemesinin 1947 yılında parlamento tarafından kaldırılmasının en önemli nedeniydi.³²⁴

Bu mahkemenin kamu hukuku alanındaki en büyük katkısı Kraliyete karşı equity hukuk çarelerine olanak sağlamasıdır. Bu mahkeme ortadan kalktığında yetkileri Yüksek Mahkemeye (High Court) geçmiştir.³²⁵

Court of Chancery, ilk zamanlarında, anayasal önem taşıyan sorunlar içeren davalarda, bireylerin common law mahkemelerinde dava açmalarını ya da common law

³²³ Woolf-Jowell-Le Sueur, op.cit., s.541-542

³²⁴ Craig, op.cit., 744-745

³²⁵ Woolf-Jowell-Le Sueur, op.cit., s.542-543

mahkemelerinden elde ettikleri kararların uygulanmasını sağlamalarını engellemek amacıyla yaptırıcı emir vermek dışında, kamu hukuku konularıyla ilgilenmemiştir.³²⁶

3.2.2. Kapsam ve Şartları

Tam yargısal emirler, mahkemenin, taraflardan birinin belirli bir işlem ya da eylemi yapmasını ya da yapmaktan kaçınmasını sağlamak amacıyla verdiği bir emirdir. Tam yargısal emirler, emredici ya da yasaklayıcı nitelikte olabilirler. Yargılamanın sonunda, tüm konuların tartışılıp, tarafların hakları tam olarak ortaya çıktıktan sonra verildiğinde, tam yargısal emir sürekli nitelikli olabilir. Tam yargısal emirler, ara karar (interim ya da interlocutory) niteliğinde de olabilirler. Bu nitelikteki tam yargısal emirler, iki şekilde olabilir. Interim denilen tam yargısal emirler, belirli bir tarihe kadar bir durumun muhafaza edilmesi için verilen geçici nitelikli kararlardır. Interlocutory denilen tam yargısal emirler, yargılamanın sona ermesine ya da anlaşmazlık çözümlenene kadar belli bir durumun muhafaza edilmesi için verilen kararlardır.³²⁷

Tam yargısal emir, özel hukukta belirli bir kişinin haksız fiil işlemesi ya da sözleşmeyi ihlal etmesinde olduğu gibi, hukuka aykırı davranılmasını önlemek amacıyla kullanılan bir equity hukuk yoludur. Kamu hukukunda ise, bir kamu otoritesinin hukuka aykırı işlem ya da eylem yapmasını önlemek veya bir görevi yerine getirmesini sağlamak amacıyla uygulanmaktadır.³²⁸

1977 reformlarından önce, tam yargısal emir, ayrıcalıklı emirlerle birlikte aynı başvuruda istenememekteydi ve tam yargısal emir başvurusu ancak genel bir dava ile yapılabilirdi. Tam yargısal emir başvuruları, bazı durumlarda, ayrıcalıklı emirlerden daha avantajlı olabilmekteydi. Bu avantajlardan bazıları, ön duruşmanın

³²⁶ Ibid., s.543

³²⁷ Lewis, op.cit., s.235

³²⁸ Ibid.

olmaması, yüzleştirme ve çapraz sorgu yöntemlerinin mevcut olması ve ihtiyati tedbir istenebilmesidir. Sakıncası ise, dava açma ehliyeti üzerindeki sıkı kurallardır.³²⁹

Tam yargısal emirler, aslında özel hukuk haklarının korunması amacıyla kullanılan bir özel hukuk yoluydu. Birey, ancak kamu otoritesi yaptığı işlem ya da eylemlerle belirli bir hakkını etkilerse ya da onu genel olarak kamuya verdiği zarardan öte, özel bir zarara uğrattıysa, tam yargısal emir başvurusunda bulunabilmekteydi. Bu sınırlamalar, tam yargısal emrin kamu hukuku davalarındaki kullanımını azaltmaktadır. Çünkü bir kamu otoritesinin hukuka aykırı davranmasını engellemek isteyen birey, çoğunlukla ihlal edilecek bir özel hukuk hakkının olduğunu ileri sürememektedir. Burada birey, bir kamu otoritesinin hukuka aykırı davranmaması gerektiğini iddia ederken, bir kamu hukuku iddiasında bulunmaktadır.³³⁰

1977 sonrası yeni idari yargı usulünün yürürlüğe girmesiyle, kamu hukuku davalarında tam yargısal emirler, ayrıcalıklı emirlerle birlikte ya da tek başına bir idari yargı başvurusu ile istenebilmektedir. Tam yargısal emir de dahil olmak üzere tüm hukuk yolları için aynı menfaat ihlali şartı getirilmiştir. Dava ehliyeti konusunda getirilen bu şart, önceden kullanılan hak ihlali veya özel zarar ölçütünden daha az sınırlayıcıdır. Önceden verilen mahkeme kararları, kamu hukuku değil, özel hukuk hakları çerçevesinde tam yargısal emirler ile ilgili oldukları gerekçesiyle yeni durumdan ayrılmışlardır. Bunun yanında, zamanaşımı süreleri, ön duruşma (dava açma izni), açıklama yükümlülüğü (disclosure) ve çapraz sorgu kuralları tüm idari yargı denetim araçlarına uygulanmaktadır.³³¹

³²⁹ Carroll, op.cit., s.333; Emery, op.cit., 134-135

³³⁰ Lewis, op.cit., s.235

³³¹ Emery, op.cit.

3.2.3. Tam Yargısal Emrin Kamu Hukukunda Kullanım Biçimleri

3.2.3.1. Kamu otoritelerinin hukuka aykırı davranmalarını önlemek

Tam yargısal emir, bir kamu otoritesinin kanuni, ayrıcalıklı ya da kamu hukuku yetkilerini aşarak ya da kötüye kullanarak ya da kanuni ya da geleneksel hukuk usulünü ihlal ederek hukuka aykırı hareket etmelerini önlemek amacıyla kullanılabilir.³³² Örneğin, bir davada bir yerel eğitim idaresinin bir okulda hukuka aykırı bazı değişiklikler yapılmasını öngören teklifi uygulaması bir tam yargısal emir ile engellenmiştir.³³³ Bir başka davada ise, yine yerel bir eğitim otoritesinin sekiz okulda yapmayı düşündükleri değişiklikler konusunda zorunlu olan kamuya duyuru yapmak ve Bakanlığın itirazları değerlendirmesi için zaman tanımak usul şartlarını yerine getirmediğinden bir tam yargısal emir ile bu yapılacak değişikliklerin uygulanmasını engellemiştir. Tam yargısal emir, hakem mahkemeleri ve alt mahkemelerin görev alanları dışında davaları görmelerini önlemek amacıyla da kullanılabilir. Ancak bu amaçla daha çok yasaklama emri kullanılmaktadır.³³⁴

3.2.3.2. Hukuka aykırı kararların uygulanmasını önlemek

Tam yargısal emir, bir kamu otoritesinin hukuka aykırı bir işlemi uygulamasını önlemek için de uygulanabilir.³³⁵ R v. North Yorkshire County Council, ex p. M davasında, hâkim Ewbank, bir yerel yönetimin vasisinin fikrini almadan, bir çocuğun

³³² Lewis, op.cit.

³³³ Lee v. Enfield London Borough Council (1967) 11 S.J. 772

³³⁴ Lewis, op.cit., s.237

³³⁵ İbid.

evlatlık verilmesi için verdiği kararı iptal etmiş; devamında ise, bir tam yargısal emir ile ilgili yerel yönetimin vasiinin fikrini almadan kararı uygulamasını da önlemiştir.³³⁶

3.2.3.3. Kamu görevlerinin yerine getirilmesini sağlamak

Tam yargısal emirin bir başka kullanım şekli ise, bir kamu otoritesinin kanuni görevini yerine getirmesini sağlamaktır. Kamu hukuku görevlerinin yerine getirilmesi, normal şartlarda zorlayıcı yargısal emir kararı ile sağlanabilir. Ancak, tam yargısal emir ile de bir kamu otoritesinin kanuni görevinin gerektirdiği işlem ve eylemleri yerine getirmesi emredilebilir.³³⁷ Ex parte Hammel davasında görüldüğü gibi, tam yargısal emirler, yargılama süreci daha devam ederken de, ara karar niteliğinde (tedbir olarak) de verilebilmektedirler.³³⁸ Bu karar türü, idari yargı hâkimine önemli bir imkân sağlamaktadır, çünkü zorlayıcı yargısal emir kararının ara karar niteliğinde verilmesi mümkün değildir. Bir kamu görevinin yargılama devam ederken, geçici olarak yerine getirilmesi ancak bir geçici tam yargısal emir kararı ile mümkün olabilmektedir.³³⁹

Mahkemenin kamu otoritesinin kanuni görevini yerine getirmek için tam olarak ne yapması gerektiğini tespit edemediği durumlarda ya da görevin yerine getirildiğinin mahkeme tarafından yakından takip edilmesi gerektiği durumlarda tam yargısal emir kararı verilmemektedir.³⁴⁰ Bunun yanında farklı kararlarında mahkemeler, sınıai anlaşmazlıklarda tam yargısal emir kararlarıyla müdahalede bulunmak konusunda seçici davranılması gerektiğini belirtmişlerdir. Dolayısıyla, eğer bir kamu otoritesi, başkaları tarafından sınıai bir eylem nedeniyle görevini yerine getirmekten alıkonuluyorsa, mahkemelerin, kalıcı ve geçici tam yargısal emir kararı verme ihtimalleri pek yoktur.³⁴¹

³³⁶ [1989] Q.B. 411

³³⁷ Lewis, op.cit.; Parpworth, op.cit., s.334

³³⁸ R. v. Kensington and Chelsea Royal London Borough Council, ex p. Hammel [1989] Q.B. 518

³³⁹ Foulkes, op.cit., s.401

³⁴⁰ Meade v. Haringey London Borough Council [1079] 1 W.L.R. 627

³⁴¹ Stephen & Co. V. The Post Office [1977] 1 W.L.R. 1172

Kamu otoritelerinin görevleri, kamu hukukunda icrası istenebilecekler ve bireye belli bir özel hukuk hakkı veren görevler olmak üzere ayırdedilmelidir. Kamu hukuku görevleri, idari yargı yolu ile istenebilen zorlayıcı yargısal emir ya da tam yargısal emir ile yerine getirilmesi sağlanabilir. Kamu otoritelerine yüklenmiş olan ve bir özel hukuk hakkı doğuran görevlerin ise, genel usullere uygun olarak tazminat ve tam yargısal emir yöntemleri ile icrası istenebilir.³⁴²

3.2.3.4. Tam Yargısal Emir ve idari makamlar

Tam yargısal emir, belirli makamlarda görev almaya yetkisi olmayanları görevden almak amacıyla da kullanılabilir. 1938 öncesinde, qua warranto şeklinde herhangi bir bilgi, Attorney-General ya da özel bir savcı tarafından, bir kişinin belirli bir makamda görev yapmaya yetkili olup olmadığının değerlendirilmesi için sunulabilmekteydi. Bu usul, 1938’de kaldırılmış ve bu tarihten itibaren bu konuda tam yargısal emirler kullanılmaya başlanmıştır. Yüksek Mahkemeler Kanunu (Supreme Court Act 1981)nun 30. bölümünde sürekli bir niteliğe sahip, Kraliyete bağlı, kanunla kurulmuş ya da Kraliyet Şartı (Royal Charter) ile kurulmuş ve kamuya ait bir makamda görev yapan bir kişinin bir tam yargısal emir ile görevden alınması için mahkemelere yetki vermektedir. Bu tür bir tam yargısal emir başvurusu, ancak idari yargı yoluyla görülebilir. Bu tür tam yargısal emirlerin günümüzde uygulaması kalmamıştır.³⁴³

3.2.4. Tam Yargısal Emir ve Kraliyet

Lordlar Kamarası (House of Lords), sürekli ve geçici tam yargısal emirlerin, idari yargılama sonucunda, kendilerine verilmiş kanuni yetkileri kullanan merkezi

³⁴² Lewis, op.cit., s.238

³⁴³ Craig, op.cit., s.748

yönetimde yer alan bakanlar gibi Kraliyet memurlarına karşı da verilebileceğine karar vermiştir.³⁴⁴ Önceleri, Avrupa Hukukundan kaynaklanan hakların uygulanması dışında, resmi görevleri kapsamında Kraliyeti temsil eden Bakanlıklara karşı tam yargısal emirlerin uygulanamayacağı düşünülmekteydi. House of Lords, M.v.Home Office davasında³⁴⁵ tam yargısal emirlerin idari yargılama usulünde Kraliyeti temsil eden memurlara karşı da uygulanabileceğini belirtmiştir. Mahkeme gerekçesinde, günümüzde kanuni görevler doğrudan Bakanlara ihdas edilerek Kraliyete verilmediğini belirtmiştir. Mahkemeler, ayrıcalıklı hukuk yolları söz konusu olduğunda Bakanın Kraliyete verilmiş görevleri yerine getirmesi ile doğrudan Bakan'a verilmiş görevlerin yerine getirilmesi durumlarını birbirinden ayırmıştır. Ayrıcalıklı hukuk yollarına ancak görevler Bakan'a doğrudan verildiği takdirde başvurulabilmektedir. İngiliz Yüksek Mahkemeler Kanununun 31. bölümü mahkemelere bu durumlarda ayrıcalıklı hukuk yolları yerine tam yargısal emir yolunu seçme hakkı tanımıştır. İdari yargılama usulünde tam yargısal emir yolunun kullanımı ara karar niteliğinde tam yargısal emir vermeyi de içermektedir.³⁴⁶

Bu alanın karşılaştığı en büyük sorun tedbir kararlarının verilememesiydi. Mahkemeler idari yargılama devam ederken durumun muhafazası için Bakan'a karşı tedbir kararı veremeyeceklerini düşünmekteydiler. Ayrıcalıklı hukuk yollarında tedbir kararı verilemeyeceği kesin olduğundan bu durumun açığa kavuşturulması çok önemli bir yer tutmaktaydı.³⁴⁷ Yukarıda bahsedilen M.v.Home Office kararından sonra İngiliz Medeni Usul Kanunu ara karar niteliğinde tespit kararları alınmasına izin vermiştir.³⁴⁸ Mahkemeler geçici tam yargısal emir kararı verebilecekleri halde uygulamada bir Bakanlığa karşı daha çok geçici tespit kararı vermeyi tercih etmektedirler. House of Lords, yukarıda açıklanan kararında Bakanlıkların Kraliyetin temsilcisi verilen tespit kararlarını uygulayacaklarına güvenilebileceğini belirterek, Bakanlıklara karşı tam

³⁴⁴ Lewis, op.cit.

³⁴⁵ [1994] 1 A.C. 377

³⁴⁶ Foulkes, op.cit, s.400-401

³⁴⁷ Lewis, op.cit., s.239; Parpworth, op.cit., 334-335

³⁴⁸ CPR part 25

yargısal emir kararının çok istisnai bazı durumlarla sınırlı olarak verilmesi gerektiğine karar vermiştir.³⁴⁹

3.2.5. Tam Yargısal Emir ve Yasama İşlemleri

Mahkemeler İngiliz Hukukuna özgü olarak Parlamentonun çıkardığı bir kanunun yürütülmesini durduracak bir tam yargısal emir kararı veremezler. Nitekim 1990 tarihli bir kararında mahkeme, İngiliz Deniz Ticareti Kanununun bazı maddelerinin uygulanmasını durduracak bir ihtiyati tedbir kararı veremeyeceğini belirtmiştir.³⁵⁰ Tam yargısal emirler bir kanunun çıkarılmasını engellemek amacıyla da verilemezler. Bu durumun temel gerekçesi “Parlamentoda bulunan Kraliçe egemendir ve dilediği kanunu çıkarabilir kuralıdır”. Tam yargısal emirler Parlamentonun kamaralarından birinin bir konuyu tartışmasını veya bir kanunu onaylamasına engel olamaz. Bu şekilde verilecek bir karar, mahkemelerin Parlamentonun işlemlerini sorgulamasını yasaklayan Haklar Bildirisinin (Bill of Rights) 9. Maddesine aykırılık teşkil etmektedir. Aynı şekilde Kraliçe’nin bir kanuna onay vermesini engellemek amacıyla da tam yargısal emir kararı verilemez.³⁵¹

Bu geleneksel bakış açısı günümüzde Birleşik Krallık’ın Avrupa Birliğine üyeliği ile değişime uğramıştır. Avrupa Adalet Divanı, Birlik Hukukunun tüm ulusal hukukların üzerinde yer aldığını kabul etmektedir. Avrupa Birliği Hukukuna göre üye devletlerin mahkemeleri, Birlik Hukuku ile ulusal mevzuat çatıştığı durumlarda Birlik Hukukuna üstünlük tanınmakla yükümlüdür. House of Lords en önemli kararlarından bir tanesinde Birlik Hukuku ile ulusal mevzuatın hükümleri arasında bir çatışma tespit edildiğinde, Parlamento açıkça Birlik Hukukuna aykırı bir kanun çıkarmayı amaçladığını belirtmediği sürece İngiliz mahkemelerinin Birlik Hukukuna öncelik tanınması

³⁴⁹ M v. Home Office [1994] 1 A.C. 377

³⁵⁰ R.v. Secretary of State for Transport ex.p. Factortame Ltd. [1990] 2 A.C. 85

³⁵¹ Craig, op.cit., s.746-747; Cane, op.cit., s.68

gerektiğine karar vermiştir.³⁵² Mahkeme, İngiliz Yüksek Mahkemeler Kanununun 37. Bölümünde verilen yetkiye dayanarak ihtiyati tedbir kararı verilebileceğini belirtmiştir. Belirtilen davada House of Lords, Avrupa Adalet Divanı ilgili kanun ile Birlik Hukukunun çatışıp çatışmadığı konusunda bir karar verene kadar, Bakanlığın İngiliz Deniz Ticareti Kanununun bazı maddelerini uygulamasını engelleyen bir ihtiyati tedbir kararı almıştır.

İkincil yasama işlemleri (İdarenin düzenleyici işlemleri) konusunda İngiliz mahkemelerinin tavrı tamamıyla farklı olmuştur. Yetki kanununun verdiği yetkilere aykırı bir düzenleyici işlemin yürürlüğe girmesi mahkemeler tarafından engellenebilmektedir. Kural olarak mahkemeler bir Bakan'ın hukuka aykırı bir düzenleyici işlemi yapmasını hatta bu tür bir düzenleyici işlemin Parlamentonun onayına sunulmasını dahi bir yasaklama ya da tam yargısal emir kararı ile engelleyebilmektedir.³⁵³ Ancak uygulamada mahkemeler bu tür bir karar vermek konusunda çekingen davranmaktadır. Bu tür durumlarda mahkemeler genellikle bir tespit kararı vermektedirler.³⁵⁴

4. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNUN İNGİLİZ İDARE HUKUKUNDA YARGISAL BAŞVURU YOLLARINA ETKİSİ

Avrupa Adalet Divanı, Avrupa Birliği Hukukunu uygulanabilir kılmak için bazı temel prensipler geliştirmiştir. Bu prensiplerden en önemlileri Avrupa Birliği hukukunun üstünlüğü (Supremacy of Community Law) ve doğrudan uygulanma (direct effect) ilkesidir. Bu ilkeler aracılığı ile üye ülke vatandaşlarına haklar sağlayan Avrupa Birliği hukuku, bireylerin bu hakları için nasıl bir koruma sağlamaktadır?

Bu konuda genel kural, Topluluk hukukunun sağladığı hakların ihlali karşısında bir hukuki yol veya çare öngörmemesi ve sağladığı hakların korunmasını ulusal hukuka

³⁵² R.v. Secretary of State for Transport ex.p. Factortame Ltd. (No.2) [1991] 1 A.C. 603

³⁵³ Lewis, op.cit., s.241

³⁵⁴ Emery, op.cit., s.136

bırakmasıdır. Üye devletler kural olarak, Topluluk hukukunun uygulanması için yeni hukuki yollar ihdas etmek zorunda değildir, ancak ulusal hukuk içerisinde var olan tüm hukuki yollar, Topluluk hukuku söz konusu olduğunda da kullanılabilir. Topluluk hukuku haklarını içeren uyuşmazlıkların çözümünde ulusal hukukun tanıdığı imkânlar kısıtlanmamalı, aynı şekilde kullanılabilir olmalıdır.³⁵⁵

Avrupa Adalet Divanı, çeşitli kararlarında AB hukukunun tanıdığı hakların uygulanmasını sağlayacak bir takım prensipler geliştirmiştir. Rewe v. Hauptzollamt Kiel davasında³⁵⁶, Adalet Divanı, üye devlet mahkemelerinin Topluluk hukukunun uygulanması için yeni hukuki yollar ihdas etmek zorunda olmadıklarını, ancak Kurucu Anlaşmanın 234. madde ile kurduğu hukuki koruma sisteminin topluluk haklarının doğrudan uygulanmasını sağlamak amacıyla, üye devlet hukukunun sağladığı tüm hukuk yollarının tanınması gerektiğini vurgulamıştır.³⁵⁷

Bu genel kuralın üstünde etkili bir hukuki yolun varlığı (availability of an effective remedy) prensibi yer almaktadır. Ulusal hukukun sağladığı hukuki yolların uygulanması, Topluluk hukukunun sağladığı bir hakkın korunmasını pratikte imkansız kılacak ya da büyük ölçüde zorlaştıracaksa, Üye Devlet o hakkın korunması için özel bir hukuki yol ihdas etmekle yükümlü kılınmıştır. Nitekim, Adalet Divanı, Von Colson and Kamann v. Land Nordrhein-Westfalen davasında³⁵⁸, ilgili direktifin yerine getirilmesi için belirli bir tür yaptırım öngörülmemiş olsa da, uygulanacak olan yaptırımın gerçek ve etkili bir yargısal koruma sağlaması gerektiğini belirtmiştir.³⁵⁹

³⁵⁵ Hartley, T.C., The Foundations of European Community Law, (5th ed., Oxford: Oxford University Press, 2003), s.229

³⁵⁶ Case 158/80, [1981] ECR 1805

³⁵⁷ Hartley, op.cit., s.229

³⁵⁸ Case 14/83, [1984] ECR 1891

³⁵⁹ Hartley, op.cit., s.230

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK İDARİ YARGILAMA HUKUKUNDA YARGISAL EMİR

Çalışmanın bu son bölümünde, İngiliz Hukukunda görünüşleri ve uygulamasını incelediğimiz yargısal emir kurumunun Türkiye’de uygulanıp uygulanamayacağı tartışılacaktır. Bu bağlamda öncelikle Türk İdari Yargılama Hukukunda neden yargısal emire ihtiyaç olduğu açıklanacaktır. Bu amaçla Türk idari yargısında dava türleri hakkında bilgi verilerek, bu denetim araçlarının yetersizliği ve tedbir müessesesinin adli yargıdaki kadar etkin olamadığı üzerinde durulacaktır. İkinci bölümde açıklandığı gibi İngiliz Hukuku adli idare sistemini uyguladığı için, adli yargının bazı dava türlerini ve tedbir müesseselerini idari yargıya rahatlıkla taşıyabilmiştir. İngiliz yargıcının idari uyuşmazlıklar karşısında yargısal emir verme, tespit ve çeşitli ihtiyati tedbir kararları alma yetkisi vardır. Türkiye’de idari yargı hâkimi kişi haklarını koruyacak yeterli araçlardan yoksun olduğundan idari yargı birçok durumda yeterince etkin çalışmamaktadır.³⁶⁰ Bunun yanında idarenin idari yargı kararlarını uygulamama eğilimi mevcuttur. Bu nedenle Türkiye’de idari yargı alanında yargısal emre ihtiyaç olduğunu açıklamaya çalıştığım bu kısımda ikinci olarak, idari yargı kararlarının uygulanması konusu üzerinde durularak, idarenin idari yargı kararlarını uygulamaması sorunu tartışılacaktır. İdari yargı hâkimine yargısal emir verme yetkisi tanınmasının bu soruna çözüm getirebileceği ileri sürülecektir.

Son bölümün ikinci kısmı, Türkiye’de idari yargı alanında yargısal emrin uygulanmasına yasal bir engel olup olmadığı tartışılacak ve son olarak da yargısal emrin idari yargı alanında nasıl uygulanabileceği üzerinde durulacaktır.

³⁶⁰ Yıldırım, Turan, “İdari Uyuşmazlıkların Adli Yargıda Çözümlemesi”, II. Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu, 26.03.2004, Ayrı Bası, s.40

1. İDARİ DAVA TÜRLERİ

1.1. Genel

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununa göre idari dava türleri, idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan iptal davaları, idari eylem ve işlemlerden dolayı hakları muhtel olanlar tarafından açılacak tam yargı davaları ve genel hizmetlerden birinin yürütülmesi için yapılan idari sözleşmeden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar olarak tanımlanmaktadır. Bu ifadeden de anlaşılabilceği gibi, idari işlem, sözleşme veya eylemlerden doğan uyuşmazlıklar esas olarak, iptal ve tam yargı davasıyla çözümlenebilmektedir. Burada öncelikle bu dava türlerinin dışında, belirli bir süre hukukumuzda yer almış yorum davası ve doktrinde farklı dava türleri üzerinde ileri sürülen bazı tartışmalı konular incelenecektir.

Yorum davası ilk olarak 1925 yılında çıkarılan Danıştay Kanununda bir dava türü olarak yer almıştır. Ancak 1938 yılında yapılan bir değişiklikle bu dava türü kaldırılmıştır. Daha sonra 1964 yılında çıkarılan 521 sayılı Danıştay Kanunu ile yeniden getirilmiştir.³⁶¹ 521 sayılı Yasada (m.19/C) “idari kararların tayini manası” adı ile yer alan yorum davası, “Adalet mahkemelerinde bakılmakta olan bir davada, bu dava ile ilgili bir idari işlemin manası ve şumulünün tayini hususunda çıkacak uyuşmazlıkların halli için mahkeme kararı üzerine açılacak davalar” olarak tanımlanmıştır.

Onar, yorum davasını, adliye ve idare arasındaki ayrılığın idarenin adliye karşısındaki istiklalinin bir neticesi olarak görmektedir. Ona göre, “idari tasarrufları iptal edemeyen, icrasına mani olamayan ve onları bir hukuk kaidesi olarak kabul ve tatbik etmekle mükellef bulunan adliye mahkemeleri böyle bir kararı müphem veya mütenakız buldukları veya hukuki varlıklarına yahut kanuniliklerine itiraz edildiği zaman bunu doğrudan doğruya halledemeyecekleri gibi idari bir kararın manasının, şumulünün tayin

³⁶¹ Gözübüyük, A.Ş.-Tan, T., İdare Hukuku Genel Esaslar, Cilt 1, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2001, s.1006

ve tefsirinde taraflar ve netice itibariyle idare ile fert arasında bir ihtilaf çıkabilir. İşte idari kararların manalarını, şümullerini tayin ve tefsir bakımında çıkan ihtilaflar tefsir davasının mevzuunu ve idari davalar kategorisinin bir kısmını teşkil eder. Tefsir davalarının bu mahiyeti bunların Adliye mahkemesinde görülmekte olan bir dava dolayısıyla bir mesele-i müstehire olarak meydana çıkabileceklerini göstermektedir. Gerçekte bu dava bir tesbit davasıdır. Yani idari tasarrufun hukuken ve kanunen mevcut ve muteber olup olmadığının ve mana ve şümülünün tesbiti ve tefsiri davasıdır.”³⁶²

Daha açık bir ifade ile, yorum davaları, idari işlemlerin hukuka uygunluğunu denetleme ve iptal etme yetkisine sahip olmayan adliye mahkemelerinin gördükleri davada hükmü etkileyecek bir idari işlemin varlığı veya hukuka uygunluğu ya da anlam ve kapsamı konusunda tarafların bir iddia ya da itirazıyla karşılaşmaları durumunda bu konuları bekletici sorun sayarak, yorumlanması için idari yargıya başvurmaları üzerine söz konusu olmaktadır.³⁶³ Genel olarak yorum davasının konusu, bir idari işlemin anlamı, kapsamı ya da geçerliliği konusunda adli yargıda çıkan anlaşmazlıklardır.³⁶⁴

Yargı işlemi, çoğunlukla, bir hukuk kuralının yorumlanmasını ve belli bir olaya uygulanmasını içerir. Bir uyuşmazlığı çözümlemeye çalışan hakim, öncelikle bir hukuk kuralını yorumlar, sonra bu kuralı olaya uygular ve bu işlem sonucunda kararını verir. Hakimin yaptığı yorum, uyuşmazlıkla ilgili verdiği kararın bir parçası, tamamlayıcısıdır. Her ikisi de, yani karar ve yorum, aynı mahkemenin ya da yargıcın işlemleridir. Genel olarak karar ile yorum birbirinden ayrılmaz. İdari yargıda kullanılan yorum davası, bu anlamda özel bir durum arz eder. Yorum davası ile, idare mahkemesi bir uyuşmazlığı gidermeksizin, bir idari işlemi yorumlar. Başka bir deyişle yorum davasının konusu, bir davayı sonuçlandırmak değil, bir idari işlemi yorumlamaktır.³⁶⁵

³⁶² Onar, S. S., **İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt III**, (3. Bası, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1966), s.1773-1774

³⁶³ Azrak, Ü., **İdarenin Yargısal Denetimine İlişkin Sorunlar**, s.463

³⁶⁴ Kalabalık, H., **İdari Yargılama Hukuku**, (Değişim Yayınları, 2003), s.126-127

³⁶⁵ Gözübüyük, A.Ş.-Tan, T., **İdare Hukuku-İdari Yargılama Hukuku, Cilt 2**, (Ankara:Turhan Kitabevi, 1999), s.754-755

Bu bağlamda, idari yargı yeri, yorum davasını karara bağlarken, sadece önüne gelen idari işlemin anlam ya da kapsamını yahut geçerli olup olmadığını karara bağlar. Hukuka aykırı bulunduğu dava konusu işlemi iptal edemez ya da bu işlem dolayısıyla idareyi tazminata da mahkum edemez. Her türlü idari işlem yorum davasına konu olabilir. Bunu takdir etme yetkisi mahkemelere aittir. Yorum davasında davacı adalet mahkemesinin verdiği sınırlar içinde davasını açmak, idari yargı yeri de bu sınırlar içinde idari işlemi yorumlamakla görevlidir.³⁶⁶

Mevzuatımızda yer aldığı dönemde de yeterince uygulama alanı bulmayan yorum davası, 1982 yılında çıkarılan 2577 sayılı İYUK ile kaldırılmıştır. Duran’a göre, “1982 tarihli idari yargı kanunları ile ortaya konan yargı düzeninde (adlileşme) artık idari bekletici soruna yer bırakılmadığını ve bunların adalet mahkemelerince bir ön sorun sayılarak çözümlenebileceğini kabul edilmek gerekir... Adli yargının davanın esası gibi, bu sorunların da tabii hakimi bulunduğu savunulabilir.” Ancak Duran, bu çözümlerin benimsenmesi durumunda idari yargının özgünlüğünü ve bağımsızlığını yitirmiş olacağını da vurgulamaktadır.³⁶⁷

İdari dava türleri arasında tespit davasının bulunup bulunmadığı konusu idari yargının sorunlarından biridir. Tespit davaları bir hukuksal ilişkinin var olup olmadığına ilişkin davalardır. Bu dava türü, kanıtların saptanmasından farklıdır. Kanıtların saptanması, ileride açılacak, ya da açılmış bir davaya bağlı bir işlem olduğu halde, tespit davası başlı başına bir davadır. Tespit davasında da, kanıtların saptanması yoluna gidilebilir. Tespit davasının konusunu yalnız hukuksal ilişkiler oluşturur. Kanıtların saptanmasının konusu ise genel olarak olgulardır.³⁶⁸

Tespit davası, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda düzenlenmediği gibi, İdari Yargılama Usulü Kanununda da düzenlenmemiştir. Böyle olmasına karşın özel hukuk

³⁶⁶ Kalabalık, op.cit., s.128

³⁶⁷ Duran, L., “*Yargıtay’ın kamu hukukuna değin son kararları üzerine mülâhazalar*”, **Amme İdaresi Dergisi**, C:18, S:1, s.31

³⁶⁸ Gözübüyük, A.Ş.-Dinçer, G., **İdari Yargılama Usulü**, (2. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2001), s.262-263

alanında öğreti ve Yargıtay içtihatları ile tespit davaları geliştirilmiş ve uygulama alanına girmiştir. Buna karşılık tespit davalarının, idari davalar yanında ve onlardan ayrı bir dava türü olarak kabul edilmiş olup olmadığı ise, aynı kesinlikle belirlenmemiştir. Böyle bir davaya idari yargının özelliği göz önünde tutularak bu yargı kolunda yer verilip verilmeyeceği idare hukukunun bir sorunu olarak ortaya çıkmaktadır.³⁶⁹

Doktrinde, idari yargı alanında da, özel hukuk alanında olduğu gibi tespit davalarına bakılabilmesi ve bu alandaki boşluğun içtihatla doldurulması gerektiği ileri sürülmektedir. İdari yargı yerlerinin görevleri ve bakabilecekleri dava türleri yasalarda gösterilmiş ise de, tespit davaları da, idari yargıda açılacak davalarla ilgili hukuksal durumların saptanması amacına yönelik olduğundan, bunlara bakmanın da idari yargının görevi içinde olduğu söylenebileceği belirtilmiştir.³⁷⁰ Uyuşmazlık Mahkemesi de, 1985 tarihli bir kararında aynı görüşe yer vermektedir. İdare mahkemesinin, bir kişinin belediye başkan vekilliği süresinin tesbitine ilişkin davayı, idari yargıda tesbit davası olmadığı ve bunun adli yargının görevine girdiği gerekçesiyle reddetmesi üzerine verdiği kararında, Uyuşmazlık Mahkemesi, idare mahkemesinin “elindeki davada ortaya çıkan ve yukarıda belirtilen hukuki sorunlar tümü ile idare hukuku ve idari yargıyı ilgilendiren ve idari yargıya çözümlenebilecek sorunlardır” demektedir.³⁷¹ Bu arada gerekli yasal düzenlemeler yapılarak, idare mahkemelerinin görevleri ve idari dava türleri arasına “idari uyuşmazlıklara esas olacak nitelikteki tespit davalarını dahil etmek” önerilmektedir.”³⁷²

Bir hukuksal durumu saptama görevi idareye bırakılmamış ise, doğrudan doğruya idari yargı yerine tespit davası açılabilir. Buna karşılık hukuksal durumu saptama görevi yasa ile idareye verilmiş ise, bu gibi durumlarda önce idareye başvurarak, karar alması sağlanmalıdır. Eğer idare istemi reddetmişse, ya da aldığı karar, yaptığı tespit ilgiliyi tatmin etmiyorsa, bu idari kararı dava konusu yaparak, hukuksal durumun saptanması

³⁶⁹ Kalabalık, op.cit., s.126

³⁷⁰ Gözübüyük-Dinçer, op.cit.

³⁷¹ Uyuşmazlık Mahkemesi, 21.10.1985, E.985/14-K.985/26. RG. 17.3.1986, sayı:19050, s.23

³⁷² Gözübüyük, A.Ş.-Tan, T.1,op.cit., s.1008

idari yargıdan istenebilmelidir.³⁷³ 1988 tarihli bir Danıştay kararında bu durum açıkça görülebilir:

“Öğretmen olan davacı, kimsesiz ve bakıma muhtaç durumdaki annesinin ikamet ettiği Giresun iline naklen atanmasının yapılması için yapacağı başvuruya dayanak olmak üzere annesine bakmakla yükümlü olduğunun tesbiti isteğinde bulunmuştur.

...İdare Mahkemesi, idari yargıda tespit davası niteliğinde bir dava türü bulunmadığı gerekçesi ile inceleme olanağı bulunmayan istemi reddetmiştir. Davacı bu kararın temyizen bozulmasını istemektedir.

...İYUK’nun 2. maddesinin 1. fıkrasında idari dava türleri ... sayılmış olup tespit davası şeklinde bir dava türüne idari yargıda yer verilmemiştir. Aynı yasanın ‘ taraflar idari dava açtıktan sonra bu davalara ilişkin delillerin tesbitini ancak davaya bakan Danıştay, İdare ve Vergi Mahkemelerinden isteyebilir.’ Şeklindeki hüküm ise, münhasıran yukarıda sayılan idari davalardan birinin açılması halinde bu dava ile ilgili delillerin tesbitinde yine diğer yargı mercilerinden istenebileceğine işaret etmektedir.

Davacının, kimsesiz ve bakıma muhtaç durumda olduğunu öne sürdüğü annesinin ikamet ettiği Giresun iline naklen atanmasının yapılmasını sağlamaya yönelik olan istemi ancak, naklen atanmasının yapılmaması yolunda davalı idarece bir işlem tesis edilmesi ve bu işleme karşı iptal davası açılması halinde incelenebilecektir.”³⁷⁴

Gözübüyük-Dinçer, kitaplarında, idare hukukuna ilişkin hukuksal bir durumun tesbitini idari yargının görevi dışında görülmemesi gerektiğini vurgulamakta ve idareye tanınan takdir yetkisini denetleyebilen, hatta hukuksal denetimi, yerindelik denetimine kadar götürme eğiliminde olan idari yargının tespit davasına bakabilmesini de doğal

³⁷³ Gözübüyük-Dinçer, op.cit.

³⁷⁴ Danıştay 5. D. 3.2.1988, E.87/2333, K.88/408

karşılama gerektiğini belirtmişlerdir. Uyuşmazlık Mahkemesinin 16.2.1987, E.1986/54, K.1987/3³⁷⁵ kararı da bu yöndedir:

“...Davacı, 38 EN 858 plaka nolu aracın Karayolları Trafik Kanunu uyarınca trafik kayıtlarında adına tescil edilmesine esas olmak üzere söz konusu aracın kendisine satıldığı hususunun tespitine karar verilmesini istemiştir.

Adli yargıda bir dava türü olarak öğreti ve uygulamada tamamıyla benimsenmiş olan tespit davaları bir hukuki ilişkinin var olup olmadığına ilişkin davalardır. Bu itibarla, tespit davasına konu olabilecek hukuki ilişkinin de bir özel hukuk ilişkisi olması gerektiği kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Bir başka anlatımla, tespiti istenen hukuki ilişki bir özel hukuk ilişkisi ise, tespit davasının adli yargıda, kamu hukuku ilişkisi ise, idari yargıda açılması gerekmektedir.

Olayda, davacının tespit edilmesini istediği ilişki bir özel hukuk ilişkisi olduğundan davanın adli yargı yerinde görülmesine...”

Danıştay, doktrindeki görüşlere ve Uyuşmazlık Mahkemesinin tutumuna rağmen, idari yargıda tespit davasının bulunmadığına dair kararlar almaya devam etmektedir. Örneğin, taşınmazın içkili yer krokisi harici olup olmadığının tespiti istemi, “açılan bir iptal davası içinde yer almayan bir tespit isteminin idari dava olarak incelenmesine hukuken olanak bulunmadığı” gerekçesiyle reddedilmiştir.³⁷⁶ Ancak aşağıdaki karar ümit vericidir:

“Bir idari işlem, açıkça yasaya aykırı veya idarenin hiç yapamayacağı işlemlerden ise yok hükmünde bir idari işlem den söz ediliyor demektir. Yok hükmünde olan bir idari işlemin iptali için idari yargıda dava açmaya esasen gerek bulunmamaktadır. Fakat, idarenin işlemini yok hükmünde saymayıp yürütmeye devam etmesi, ilgiliyi bu işlemin iptali için dava açmaya zorunlu bırakabilir. Bu durumlarda, idari yargı yerinin, dava

³⁷⁵ Erkut, C.-Soybay, S., **Anayasa ve İdari Yargılama Hukukuna İlişkin Kanunlar**, (5. Bası, İstanbul: Beta, 2001), s.236

³⁷⁶ Bal, Y.-Karabulut, M.-Şahin, Y., **İdari Yargılama Usulü ile İlgili Danıştay 10. Dairesinin Seçilmiş Kararları**, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2003), s.17; Dy.10. D.K. 10.6.1998, E.1996/10215, K.1998/229

konusu işlemin yok hükmünde olduğunu saptayıp uyuşmazlığı çözmesi, idarenin her türlü eylem ve işleminin yargısal denetime bağlı tutulmasını gerektiren hukuk devleti ilkesine de uygun düşecektir.

Uygulamada tespit davaları, bir olayın veya bir hukuksal ilişkinin var olup olmadığının belirlenmesi amacıyla açılan ve eda davasının öncüsü niteliğindedir.

Bakılan dava; soyut bir olayın yargı kararıyla belirlenmesi isteminden çok, açıkça hukuka aykırı olan bir işlemin, mutlak butlanla batıl olması nedeniyle yok hükmünde olduğunun tesbiti istenilmiş olması nedeniyle iptal davası formunda görülmesi gereken bir davadır.³⁷⁷

İYUK'ta yer alan vergi davası veya vergi uyuşmazlığının ayrı bir dava türü olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği de ayrı bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Danıştay'a göre³⁷⁸, "idari yargı yerlerinde görülmekte olan vergi uyuşmazlıklarının, iptal ve tam yargı davalarına benzer yönleri bulunmakla beraber, kendine özgü ilkeleri ve bu dava türlerine benzemeyen tarafları da vardır. Nitekim, 2577 sayılı İYUK'nun 31inci maddesinin 2. fıkrasındaki, bu kanun ve yukarıdaki fıkra uyarınca HUMK'na atıfta bulunulan sair haller saklı kalmak üzere, vergi uyuşmazlıklarının çözümünde Vergi Usul Kanununun ilgili hükümlerinin uygulanacağına ilişkin hüküm de, vergi uyuşmazlıklarının diğer idari dava türlerinden farklı yönlerinin bulunduğunu göstermektedir."

İdare hukuku öğretisinde, Gözübüyük, vergi davalarını tam yargı davalarının türlerinden biri olarak nitelendirmektedir.³⁷⁹ Vergi uyuşmazlıklarının, mevcut idari dava türleri arasında en kolay ve uygun biçimde yerleştirilebileceği kategorinin iptal davası olduğunu savunanlar da vardır.³⁸⁰

³⁷⁷ Danıştay 10.D, E.1995/397, K.1997/1911

³⁷⁸ Danıştay, Vergi DDGK, 14.11.1986, E.986/16, K.986/18

³⁷⁹ Gözübüyük, A.Ş., **Yönetmelik Yargı**, (1996), s.232

³⁸⁰ Duran, L., *"İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararıyla Vergi Davalarının Çözümü"*, **Amme İdaresi Dergisi**, C:21, S:1, s.71

Öte yandan, vergi uyuşmazlıklarını konularına göre ayırıp, verginin tarhına ilişkin işlemler konusunda çıkan uyuşmazlıkların iptal davası, tahakkuku tahsile bağlı vergilerle ilgili olarak da iptal davası ile beraber tam yargı davasının söz konusu olacağını savunanlar da vardır.³⁸¹»

Öğretide idari davalar arasında tam yargı davalarının bir türü olarak istirdat davaları nın sayıldığı da görülmektedir. İstirdat ya da geri alma davaları, haklı bir neden olmaksızın idarenin malvarlığına geçmiş olan malın ya da paranın geri alınmasını sağlamak için açılan davalardır.³⁸² Ancak, Danıştay 2577 sayılı İYUK'nun 2. maddesinde sayılan dava türleri arasında böyle bir dava türünün bulunmadığı görüşündedir.³⁸³

Danıştay bir kararında da, ruhsata uygun olarak yaptığı inşaat nedeniyle bitişik binada meydana gelen hasarı adli yargıda tazmin zorunda kalan kişinin, zarara inşaat ruhsat vermek suretiyle belediyenin yol açtığını ileri sürerek, ödediği tazminatın belediyeden tahsili için açtığı davayı, rücu davası olarak nitelendirip, 2577 sayılı İYUK'nun 2. maddesindeki dava türleri arasında bulunmayan bu davanın idari yargıda çözümlenmesinin mümkün olmadığı sonucuna varmıştır.³⁸⁴

Son olarak, idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar da, iptal ya da tam yargı davasına konu olacaklardır. Bu şekilde, İdari Yargılama Usulü Yasası, iki dava türünü düzenlemiştir.³⁸⁵ Aşağıda bu iki dava türü ile ilgili kısaca bilgi verilecektir.

³⁸¹T. Candan., “*Vergi Uyuşmazlıkları ve İdari Davalar*”, **Danıştay Dergisi**, S:54-55, s.38

³⁸² İbid.

³⁸³ Danıştay 7.D, 31.12.1991, E.988/1903, K.991/3621

³⁸⁴ Danıştay 6.D, 22.6.1985, E.989/1352, K.987/656

³⁸⁵ T. Yıldırım, **İdari Yargı Notları**, (İstanbul: Teknik Yayıncılık, 2004), s.26

1.2. Dava Türleri

1.2.1. İptal Davası

İdari Yargılama Usulü Kanununa göre iptal davaları, idari işlemler hakkında, yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden birisi ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan davalardır. İptal davası, hukuk devleti ilkesinin doğal bir sonucu ve en etkili araçlarından birisidir. Anayasa Mahkemesi, 1991 tarihli bir kararında iptal davalarının hukuki niteliğini şu şekilde açıklamıştır:

“Yönetmelik işlemlerin hukuka uygunluğunun denetiminde iptal davası yolu asıldır. İptal davaları, kişilerin kendi yararlarına sonuç almalarını amaçlamakla birlikte genelde hukuka uygunluğu sağlayarak kamu yararını gerçekleştirir.”³⁸⁶

İptal davası, idari yargıya özgü bir dava türüdür. Üç temel özelliği bulunmaktadır:

- **İdarenin hukuka uygunluğunu sağlar.**

Anayasa Mahkemesinin yukarıdaki kararında ifade edildiği gibi, iptal davaları, idarenin hukuka uygunluğunu sağlayan yollardan biridir. İptal davalarının amacı, idarenin tek yanlı hukuksal işlemlerinin hukuka uygun olup olmadıklarını saptamak ve hukuka aykırı olanları iptal etmektir.

- **Geçmişe yürürlüktür.**

Danıştay 10. Dairesinin 1990 tarihli bir kararında belirttiği gibi, “iptal kararları geriye yürüyen, ... yargısal işlemlerdir.”³⁸⁷ İptal davaları ile idarenin hukuka aykırı işlemleri tespit edilir ve yapıldığı tarihten geçerli olmak üzere, ortadan kaldırılır.

³⁸⁶ Anayasa Mahkemesi Kararı, E:1990/40, K:1991/33, T. 01.10.1991

³⁸⁷ Danıştay 10.D, E:89/2490, K:90/270, T.15.02.1990

- **Objektif bir niteliğe sahiptir.**

İptal davaları, genel etkilidir.³⁸⁸ İdari yargı yerince verilen kararlar, sadece davacıyı değil, iptal edilen idari işlemde etkilenen herkesi kapsar.³⁸⁹

İptal davası ile idarenin işlemlerinin yerindeliği denetlenmez. İptal davası ile bir idari işlemin tamamının, ya da bir bölümünün iptali sağlanır. Eğer davacı, iptal dışında başka bir sonuç elde etmek isterse, bunları dava dilekçesinde ayrıca ileri sürmesi gerekir.³⁹⁰

İptal davası açılabilmesi için, idare tarafından bir haksızlık yapılmış olması gerekmez. İptal davaları, kesin ve zorunlu nitelikteki idari işlemler hakkında açılabilir. Böyle bir idari işlemin iptalinin istenebilmesi için davacının menfaatinin ihlal edilmiş olması gerekir. Yargı kararlarında ve öğretide ‘menfaat’, davacı ile iptalini istediği idari işlem arasındaki bağı, ilgiyi anlatır. İdari işlem ile dava açan kişi arasında meşru, güncel ve ciddi bir ilişki söz konusu ise, davada menfaat bağının bulunduğu kabul edilmektedir. Hak, hukuken korunan bir menfaattir. İptal davalarında davacı olabilmek için, menfaat ihlalinin yeterli sayılması, iptal davasının alanını genişletme ve idarenin hukuka uygunluğunu sağlama amacı gütmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, menfaat ihlali teriminin kişisel hak ihlali ile değiştirilmesini öngören, 1994 yılında yapılan kanun değişikliğini Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir.³⁹¹ Özel hukukta her menfaatin korunması söz konusu değildir, ancak kamu hukukunda, iptal davaları yoluyla her menfaatin korunması zorunlu görülmektedir.³⁹²

İdari işlemlere karşı açılacak iptal davaları, süreye bağlanmıştır. Bunun sebebi, bir yandan yönetilenlere haklarında verilmiş olan kararın hukuka uygun olup olmadığını, dava açmanın gerekip gerekmediğini düşünme ve inceleme olanağı bırakmak, diğer yandan idarenin işlerinde devamlılığı sağlamak, idari işlemlerin uzun süre iptal

³⁸⁸ Danıştay DDGK, E:60/57, K:65/582, T.25.06.1965

³⁸⁹ Gözübüyük-Tan, Cilt II, op.cit., s.274

³⁹⁰ Gözübüyük-Tan1, op.cit., s. 1008-1009

³⁹¹ Anayasa Mahkemesi, E:995/27, K:995/47, T.21.9.1995

³⁹² Kalabalık, op.cit., s.159

edilebilme olasılığı altında bulundurularak, kamu hizmetinin olumsuz yönde etkilenmesini önlemektir. İYUK'nun 7. maddesine göre, idari işlemlere karşı dava açma süresi, “özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde Danıştay’da ve idare mahkemelerinde altmış gün ve vergi mahkemelerinde otuz gündür.” Dava açma süresi, yazılı bildirim üzerine işlemeye başlar.³⁹³

İdari yargı yerlerine dava açılması ya da temyiz yoluna başvurulması, aksi yasada öngörülmedikçe, dava konusu idari işlemin ya da yargı kararlarının yürütülmesini durdurmaz. Mahkeme taraflardan birinin istemi üzerine, yürütmenin durdurulmasına karar verebilir.³⁹⁴

1.2.2. Tam Yargı Davası

İYUK’na göre, tam yargı davaları, idari eylem ve işlemlerden dolayı hakları muhtel olanlar tarafından açılan davalardır. Tam yargı davalarında, idarenin bir işlem, eylem ya da eylemsizliği şeklindeki tutum ve davranışları sonucunda ortaya çıkan zararların giderilmesi istenmektedir. Bu dava türü, doktrinde farklı şekillerde tanımlanmış ve kimi zaman dar kimi zaman geniş yorumlanmıştır. Tam yargı davası, en dar yorumunda, salt bir tazminat davasından ibaret görülmüş, en geniş yorumunda ise, idarenin hukuk kuralları içinde kalmasını ve şayet idare tarafından bir subjektif hak ihlali varsa ihlal edilen hakkın iadesini sağlayan etkin bir denetim ve yaptırım mekanizması olarak tanımlanmıştır.³⁹⁵

Tam yargı davası açabilmek için, bir hakkın ihlal edilmiş olması gerekmektedir. İYUK’nun 2/1-b maddesi ‘kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar’ ifadesini kullanmıştır. İptal davası açabilmek için menfaat ihlali, yani iptali istenen işlem ile

³⁹³ Gözübüyük-Tan1, op.cit., s.1030

³⁹⁴ İbid., s.1054

³⁹⁵ Kalabalık, op.cit., s.205

davacı arasında bir ilişki bulunması yeterli görülmektedir. Tam yargı davasında ise, yasalar tarafından korunan bir menfaatin ihlali aranmaktadır.

Davacı iptal davası ile yalnız idari işlemin iptalini isteyebilir. Tam yargı davasında ise, davacı, bir hakkın yerine getirilmesini, bir hakka yapılan saldırının durdurulmasını ya da uğranılan zararın giderilmesini isteyebilir.

İptal davası nesnel nitelikli bir dava türü olup, idari işlemin hukuka aykırı olup olmadığını karar bağlar. Tam yargı davasında ise, bir hak ihlalinden dolayı idarenin bir edimde bulunması gerekip gerekmediğine karar verilir.

İptal davasının doğurduğu sonuçtan iptal edilen karar ile ilgili olan veya kişisel hakkı ihlal edilmiş herkes yararlanabiliyorken, tam yargı davasının doğurduğu sonuçtan ise, ancak davanın tarafları yararlanır.³⁹⁶

Tam yargı davalarının süresi, idari işlemler ve idari eylemler nedeniyle açılmış olmasına göre değişmektedir. İYUK'nun 12. maddesinde, tam yargı davalarının idari işlemler aleyhine dört alternatif şekilde açılabileceği düzenlemiştir.

İptal ve tam yargı davaları bir arada açılmak isteniyorsa ya da bir idari işleme karşı doğrudan tam yargı davası açılmak istendiğinde, bu davanın, idari işlemin yazılı olarak bildirildiği günü izleyen günden itibaren altmış gün içinde açılması gerekir. Bir idari işlem hakkında önce iptal davası, daha sonra tam yargı davası açılmak isteniyorsa, tam yargı davası, iptal davasının karara bağlanması üzerine, bu husustaki kararın veya kanun yollarına başvurulmuşsa, verilecek kararın tebliğini izleyen günden itibaren altmış gün içinde açılması gerekir. Bir idari işlemin uygulanması üzerine tam yargı davası açılacaksa, bu davanın, idari işlemin uygulanma tarihini izleyen günden itibaren altmış gün içinde açılması gerekir.

Bir idari eylemden dolayı tam yargı davası açılabilmesi için, hakkı ihlal edilen kişi tarafından, idari dava açılmadan önce, bu eylemin yazılı olarak bildirilmesi veya başka

³⁹⁶ Gözübüyük-Tan1, op.cit., s.1010

suretle öğrenildiği tarihten itibaren bir yıl, ve herhalde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurulması suretiyle hakkın yerine getirilmesinin istenilmesi zorunludur. Bu başvurunun idarece kısmen veya tamamen reddedilmesi halinde, bu konudaki işlemin tebliğini izleyen günden itibaren, eğer bu başvuru hakkında altmış gün içinde cevap verilmezse, bu sürenin bittiği tarihten itibaren altmış gün içinde davanın açılması gerekir.³⁹⁷

2. İDARİ YARGI KARARLARI

Mahkemelerin yargısal faaliyetlerini yürütürken verdikleri kararlara yargı kararı denilmektedir.³⁹⁸ İdari yargı düzeni içerisinde görev yapan mahkemeler tarafından verilen ve idari uyuşmazlıkların çözülmesine yönelik kararlara ise, idari yargı kararları adı verilmektedir.³⁹⁹ Bu kararlardan bazıları ihtilafı çözerek yargılamaya son veren nihai kararlar, bazıları ise, yargılamayı derinleştiren, yargılamanın devam etmesini sağlayan ara kararlardır.

2.1. Hukuki Niteliği

Anayasamızın 138 inci maddesinin son fıkrası gereğince, yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır. Bu ifade ile Anayasamız tüm yargı kararlarının uygulanmasının zorunlu olduğunu açıkça ifade etmiştir. Anayasamızın ilgili hükmü, yargı düzenleri arasında bir ayırım gözetmemektedir.

³⁹⁷ Kalabalık, op.cit., s.214.

³⁹⁸ Çağlayan, R., **İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması**, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2000), s.38

³⁹⁹ Sönmez, S. Bahadır, **İdari Yargı Kararlarının Yerine Getirilmemesi Sorunu**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Ens., Ankara, 1997, s. 41(Yayınlanmamış Yüksek lisans tezi)

Ancak, Anayasamız idari yargı denetiminin sınırını açıkladığı 125. maddesi ile idari yargı ile diğer yargı düzenleri arasında farklılık yaratmıştır.⁴⁰⁰

Anayasamızın 125/4 ve İYUK 2/2 maddelerinde idari yargılama yetkisine bazı sınırlamalar getirilmiştir. Öncelikle idari yargı yerlerinin görevi, önlerine gelen uyuşmazlıkları hukuka uygunluk açısından denetlemektir. İdarenin tutum ve davranışının yerindeliğinin denetimi, yargı denetiminin dışında kalır. Yargı yerlerinin hukuka uygunluk denetimi yanında, yerindelik denetiminde bulunması, yargının idareye karışması, politikasını saptaması, yasama, yürütme ve kamuoyuna karşı sorumluluğu bulunmayan yargıcın, idarenin yerini alması anlamına gelir.⁴⁰¹ Hukuka uygunluk denetimini yerindelik denetiminden ayırmak kolay değildir.⁴⁰² Yerindelik, kamu düzenine ilişkin yapılması gerekenlerden o an için yapılması en uygun davranış biçimi, zaman ve mekân ile somut duruma uygun çözüm anlamını taşır.⁴⁰³

Doktrinde ve uygulamada hukukilik ve yerindelik denetimi arasındaki sınırın kesin olarak çizilemediği görülmektedir. Bu nedenle Danıştay, yerindelik alanını önceden ortaya koymak yerine, her olayın özelliğine göre bu alanı belirlemekte, dolayısıyla konuya göreceli yaklaşmaktadır.⁴⁰⁴ Örneğin, bir taşınmaz malın imar planı uyarınca kamulaştırılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan bir davada, İdare Mahkemesi uyuşmazlık konusu yerdeki Pazar ve yeşil sahanın ihtiyaca yeterli olduğu ve kamulaştırmanın gerekli bulunmadığı yolunda davacıların ileri sürdüğü savı, yerindelik denetimi sınırı içinde bularak, davayı reddetmiştir. Danıştay 6. Dairesi ise, temyiz ile önüne gelen bu davada, davacıların savını yerindelik denetimi alanında görmemiş ve incelemiştir.⁴⁰⁵

⁴⁰⁰ Yıldırım, Turan, “Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu”, İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü, Sempozyum, Ankara, 11-12 Mayıs 2001, 133.Yıl, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, No:63, Ankara, 2003, s.153

⁴⁰¹ Gözübüyük – Dinçer, İdari Yargılama Usulü, s.266

⁴⁰² İbid., s.267

⁴⁰³ İl Han Özay, **İkinci Bine Kavuşurken Günışığında Yönetim**, (İstanbul: Alfa Yayınları, 1992), s.374

⁴⁰⁴ Zuhul Bereket, **Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay**, (Ankara: Yetkin Yayınları, 1996), s.184-186

⁴⁰⁵ D.6.D. 21.12.1993 E.1993/935, K.1993/5572

2.2. İdari Yargı Kararlarının Uygulanması

2.2.1. İptal Davalarında Verilen Kararların Uygulanması

İptal kararlarının yerine getirilmesi idare hukukunun karmaşık konularındandır. Bunun nedeni, iptal kararlarının doğurduğu sonuçların ve iptale konu olan idari işlemlerin değişik niteliklere sahip olmalarından kaynaklanmaktadır.⁴⁰⁶ Burada İdari Yargılama Usulü Kanununun Kararların Sonuçları başlıklı 28. maddesinde yer alan esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlar ayırımı kullanılacaktır

2.2.1.1. Esasa ilişkin iptal kararları

İptal davasına konu olan idari işlemlerin yapılmalarının birbirinden çok farklı olması, yargı yerlerince verilen iptal kararlarının hukuksal niteliği ve iptal kararlarının yerine getirilmesi görevinin, genellikle işlemi iptal edilen idareye düşmesi, iptal kararlarının yürütülmesini, yerine getirilmesini güçleştirmektedir.⁴⁰⁷

İptal kararlarının yerine getirilmesi, iptal edilen idari işlemin niteliğine göre değişik durumlar gösterebilir.⁴⁰⁸ Bu durumları iki ana başlık altında inceleyebiliriz

⁴⁰⁶ Gözübüyük, A.Ş. – Dinçer, G., **İdari Yargılama Usulü**, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2001, s.701

⁴⁰⁷ İbid., s.703

⁴⁰⁸ İbid.

2.2.1.1.1. Kendiliğinden sonuç doğuran iptal kararları

Bazı iptal kararları, idarenin hareketlenerek yeni bir işlem tesisine gerek bırakmaksızın kendiliğinden ve doğrudan sonuç doğurur. Düzenleyici işlemlerde; örneğin, tüzük ve yönetmelik iptali davalarında yargı yerinin bu düzenleyici işlemleri iptali halinde, o tüzük veya yönetmelik hükümleri kendiliğinden ortadan kalkar. Bu durumda idarenin hareketlenerek iptal edilen tüzük ya da yönetmeliği yürürlükten kaldırdığını bir işleme konu etmesi gereksizdir.⁴⁰⁹

Düzenleyici işlemlerin iptali halinde o alanda önceden yapılmış bir düzenleyici işlem varsa, bu düzenleyici işlem otomatik olarak yürürlük kazanır. Bu konuda da idarenin herhangi bir işlem tesisine gerek yoktur.⁴¹⁰

Düzenleyici işlemlerin iptali halinde idarenin, o konuda iptal kararına uygun yeni birer düzenleme yapana kadar, iptal edilen düzenleyici işlem hükümlerini yapacağı yeni ferdi işlemlere uygulamaması gerekir. Aksi halde o işlem daha başlangıçta sakat doğmuş olur ve iptale mahkûmdur.⁴¹¹

Kimi durumlarda, yönetmelik iptalinde olduğu gibi, iptal kararının yerine getirilmesi için yönetim tarafından herhangi bir işlem yapılmasına gerek yoktur. İptal edilen yönetmeliğin yürürlükten kaldırılması için yönetimin, yeni bir yönetmelik çıkarması gerekmez.⁴¹² Yönetim iptal edilen yönetmeliğin yerine, hukuka uygun olmak koşulu ile her zaman yeni yönetmelikler çıkarabilir; o alanı yeniden düzenleyebilir. Bu düzenlemeyi yaparken de, Danıştay'ın vermiş olduğu iptal kararını göz önünde bulundurur.⁴¹³

⁴⁰⁹ Karavelioğlu, C., **İdari Yargılama Usulü Kanunu, Cilt II**, (6. Baskı, Ankara: Karavelioğlu Hukuk Yayınevi, 2006), s.1339

⁴¹⁰ İbid., s.1340

⁴¹¹ İbid.

⁴¹² Gözübüyük, A.Ş. – Dinçer, G., İbid., s.703

⁴¹³ Gözübüyük, A.Ş. – Dinçer, G., İbid., s.703

Bazı durumlarda bireysel işlemlerin iptali de kendiliğinden sonuç doğurur. Örneğin kamulaştırma kararının, işten el çektirme ya da Devlet Memurları Kanununa göre görevden uzaklaştırma kararları kendiliğinden sonuç doğurur. İptal kararının yerine getirilmesi için yönetimin herhangi bir işlem yapmasına gerek yoktur. Disiplin cezalarının iptalinde de durum aynıdır. Görevden uzaklaştırılan memurun, iptal kararı üzerine göreve başlamasına, yönetimce engel olunması, yeni bir yönetsel işlem niteliğindedir. Buna karşı da dava yollarına başvurma olanağı vardır.⁴¹⁴

2.2.1.1.2. İdarenin yerine getirmesini gerektiren iptal kararları

2.2.1.1.2.1. Tersine işlem yapılmasını gerektiren iptal kararları

Bazı iptal kararları üzerine idare, iptal edilen işlemin aynısını hiçbir şekilde bir daha yeniden tesis edemez. Bu durumlarda idarenin, davacı istemi yönünde yeni bir işlem veya eylemde bulunması söz konusu olur. Bu tür kararlar, “idareyi pasif ve istemi kabul durumuna getiren kararlar olup, idari işlemin unsurlarından “sebebe” ve “maksat” unsurlarındaki bir sakatlık nedeniyle verilen iptal kararları bu kapsamdadır. Örneğin vergi borcu olduğu gerekçesiyle bir kişiye pasaport verilmemesi üzerine açılan bir iptal davası sonucunda yargı yeri, ilgilinin vergi borcu olmadığını tespitle işlemi iptal ederse, bu halde idarenin, aynı gerekçeye dayanarak istemin reddi yolundaki yeni bir işlem tesisi mümkün değildir.⁴¹⁵

İdarenin yargı kararı üzerine eski işlemin mahiyet itibarıyla aynısını yeniden tesis edemeyeceği hallerde, iptal kararının gerekçesine ve kararla güdülen amaca uygun yeni bir işlem yapması ve bu yolla yargı kararını yerine getirmesi gerekir. Haliyle bu yeni işlemin, iptal edilen işlemin aksi yönde bir işlem olması lazımdır. Örneğimizde olduğu üzere ilgiliye pasaport verilmesi gibi.⁴¹⁶

⁴¹⁴ İbid., s.703

⁴¹⁵ Karavelioğlu, C., Op. Cit., s.1338

⁴¹⁶ İbid., s.1338

Ancak idarenin iptal edilen işlemin aynısını yeniden tesis edemeyeceği hallerde karar gereğini yerine getirmek üzere her zaman için hareketlenerek yeni bir işlem tesisine gerek olmayabilir. Kendiliğinden sonuç doğuran iptal kararları bu kapsamdadır. Örneğin, disiplin cezası işlemlerinin iptali halinde yargı kararı kendiliğinden ve doğrudan sonuç doğurur. Bu halde idarenin hareketlenerek yeni bir işlem tesisine) gerek yoktur. Aynı durum kamulaştırma ve Devlet Memurları Kanununa göre görevden uzaklaştırma işlemlerinin iptali halinde de geçerlidir.⁴¹⁷

2.2.1.1.2.2. Hukuksal durumlarda değişiklik yapılmasını gerektiren iptal kararları

Kimi durumlarda yönetimin iptal kararını yerine getirebilmesi için iptal edilen kararlar ilgili olanların hukuksal durumunda değişiklik yapılması gerekebilir. İptal kararlarının yerine getirilmesinde karşılaşılan en büyük güçlük bu gibi durumlarda olur. Örneğin yönetimce emekli edilen bir görevlinin Danıştay'dan aldığı iptal kararının yerine getirilmesi, ancak görevlinin yeniden eski görevine ya da ona eş bir göreve dönmesinin sağlanmasını, sanki emeklilik işlemi hiç yapılmamış gibi, görevlinin tüm haklarının geri verilmesini gerektirir.⁴¹⁸ Bunun sonucu olarak, memurun görevine başlaması, iptal kararı alınıncaya kadar açıkta geçirdiği sürenin kıdemine sayılması, gerekiyorsa yükseltmenin yapılması, eğer memurun emekli edilmeden önce kullandığı kadroya başka bir atama yapılmış ise, bu kadroya sonradan atanan kimsenin başka bir kadroya geçirilmesi ya da ilgiye kazanılmış hakkına uygun yeni bir kadro bulunması gerekir.⁴¹⁹

⁴¹⁷ İbid.

⁴¹⁸ Gözübüyük-Tan, Cilt II, op.cit., s.569

⁴¹⁹ Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararı, E:965/21, K:966/7, T.09.02.1966

2.2.1.1.2.3. Aynı nitelikte bir karar alınmasını engellemeyen iptal kararları

Bazı iptal kararları üzerine idare, bağlı şartlar içerisinde iptal edilen işlemin içerik ve mahiyet itibarıyla aynısını yeniden yapma yetkisine sahiptir. Bu durum daha çok işlemin şekil unsurundaki bir sakatlık nedeniyle, yani işlemin dış yasallığını etkileyen bir yanlışlık sebebiyle iptali halinde ortaya çıkar.⁴²⁰

Öte yandan bazı hallerde işlemin yetki unsurundaki bir sakatlık nedeniyle iptali halinde de, idarenin bu unsurdaki sakatlığı ortadan kaldırmak koşuluyla iptal edilen işlemin aynısını yeniden tesisi mümkündür. Mesela, idari kuruluş içerisinde işlem tesisine yetkili olmayan bir kişinin, bir işlem yapması ve bu işlemin mahkemece yetki unsurundaki sakatlık nedeniyle iptali halinde o idari kuruluş, yetkili idarecisi eliyle iptal edilen işlemin aynısını yeniden tesis edebilir.⁴²¹

2.2.1.2. Yürütmenin durdurulması kararları

İdari yargı yerlerince yürütmenin durdurulmasına karar verilmesi durumunda, esas dava karara bağlanıncaya kadar eski durumun devamı sağlanır. Başka bir deyişle, ilgililerin dava konusu yaptıkları idari işlemin uygulanması dava sonuna kadar ertelenir. Yürütmenin durdurulması kararı, bu ertelemeyi sağlayan geçici bir önlemdir. Yürütmenin durdurulması kararı uyarınca yönetimin işlem yapma yükümlülüğü, yürütmenin durdurulması kararının idareye tebliğ tarihinden itibaren başlar.⁴²²

⁴²⁰ Karavelioğlu, C., İbid., s.1339

⁴²¹ İbid., s.1339

⁴²² Gözübüyük-Dinçer, **İdari Yargılama Usulü**, 1999, s. 698

Anayasamızın 138 maddesinin son fıkrası “yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez” hükmünü getirmiştir.

İYUK md.28/1 göre ise, Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez. Bu düzenleme ile idarenin işlem veya eylem tesisinde ve uygulamasında iptal kararlarıyla yürütmenin durdurulması kararları arasındaki fark kaldırılmış olmaktadır. Nitekim, Danıştay 1988 tarihli bir kararında bu yönde karar vermiştir: “Anayasanın 138 maddesinde yasama ve yürütme organları ile idarenin gereğine göre işlem ve eylem tesis etmeleri yönünden yürütmenin durdurulması kararları ile iptal kararları arasında bir ayırım gözetilmediği gibi; 2577 sayılı yasanın 28 maddesi de böyle bir ayırım olanağını tamamen ortadan kaldırmış bulunmaktadır.”⁴²³

Yürütmenin durdurulması kararları, idari işlemi değil, işlemin icrailiğini askıya alıcı etki yapar. Bu nedenle yürütmenin durdurulması kararlarının yerine getirilmesinde ana kural, iptal kararının geriye yönelik sonuç doğurabilmesi için, eski durumun geri gelmesinin sağlanmasıdır.⁴²⁴

Eski durumun geri gelmesi bazen kendiliğinden olur. Hatta her durumda kendiliğinden eski durumun geri geleceğini iddia eden yazarlar da vardır.⁴²⁵ Bazı durumlarda idarenin bunu yerine getirmesi için idari bir işlem yapması gerekebilir. Yürütmenin durdurulması

⁴²³ D.5.D., 27.12.1988 t., E.1988/1860 s.k.

⁴²⁴ T. Candan, op.cit., s.635; Bahadır Kılınç, **Anayasa ve İdare Hukukunda Yürütmenin Durdurulması**, (Ankara: Adil Yayınevi, Ankara, 1998), s.94-95

⁴²⁵ Ragıp Sarıca, **Danıştay Kararları ve Yürütmenin Durdurulması**, (Ankara: Türk Hukuk Kurumu Yayınları, 1966), s.337

üzerine bir memurun eski görevine atanması ve özlük haklarının iadesi gibi.⁴²⁶ Memur davayı sonuçta kaybetse bile, özlük hakları iade edilmez. Bu konuyu Danıştay 1. Dairesi verdiği bir mütalaada şu şekilde açıklamıştır:

“Yürütmenin durdurulması kararları(nın) ... uygulanması, hem ilgilinin eski görevine iadesini hem de bu görevin gerektirdiği özlük haklarının işlem tarihinden itibaren ödenmesini zorunlu kılar. Daha sonra davanın reddedilmiş olması, yapılan bu ödemeleri ilgili yönünden haksız zenginleşme olması, düşünülmesine neden oluşturmaz. Zira, yürütmenin durdurulması kararı gereği memur, dava konusu işlem tarihinden yürütmenin durdurulması kararının kaldırılmasına ya da davanın reddedilmesine kadar eski görevinin bütün hak ve yetkilerine sahip bulunmaktadır.”⁴²⁷

2.2.2. Tam Yargı Davalarında Verilen Kararların Uygulanması

Tam yargı davalarına ilişkin kararlar, genel hükümlere göre yerine getirilir (m.28/2). Genel hükümler dairesinde yapılması gereken infaz ve icra, İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre icra dairelerince yürütülen infaz ve icradır. Kuskusuz, bu hüküm, ilgilinin, anılan genel hükümlere başvurmadan önce, borçlu idareye başvurarak idari yargı kararında hüküm altına alınan tazminatın kendisine ödenmesini, hakkının geri verilmesini istemesine engel değildir. Bu yoldaki istek, kararların infazı için aranan 10 yıllık zamanaşımı süresi içersinde yapılır. Bu yolla sonuç alamayan idare edilen, genel hükümlere göre infaz ve icranın gerçekleştirilmesi için yetkili ve görevli icra dairesine başvurabilir.⁴²⁸ İcra dairesi, haciz yolu dışında kalan, diğer olanakları yönetime karşı uygular. Bilindiği gibi devlet malları haczolunamaz. Bu yol istisnai olarak bazı kamu kuruluşlarının haczedilen mallarına uygulanabilir.

⁴²⁶ Zehreddin Aslan, **İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması**, (2. Basım, İstanbul: Alfa Basım Yayım, 2001), s.85

⁴²⁷ Danıştay 1.D., E:1983/124, K:1983/153, T.18.6.1983

⁴²⁸ Candan, op.cit., 668-670

Genel olarak tazminat davalarının konusu paraya dayandığına göre, Devletin borcunu yerine getirmemesi söz konusu olamaz. 1927 tarihli Muhasebei Umumiye Kanunu, mahkeme ilamlarının yerine getirilmesini kolaylaştıran bazı hükümler de taşımaktaydı. 1050 sayılı Muhasebei Umumiye Kanununun 59 uncu maddesine göre, “İlgili, ya da (geçen ve eski yıllar borçları) tertiplerinden ödenmeyen ilama bağlı borçlar, Maliye Bakanlığı bütçesi ile katma bütçelerde yer alan ilama bağlı borçlar tertiplerinden ödenir. Bu tertiplerdeki ödenekleri, yetmemesi halinde, artırmaya maliye bakanı yetkilidir.” Şu anda yürürlükte olan 5038 sayılı Kanunun 20 maddesinin d bendine göre, “Kamu idareleri, bütçelerinde yer alan ödeneklerin üzerinde harcama yapamaz. Bütçeyle verilen ödenekler, tahsis edildikleri amaçlar doğrultusunda yılı içinde yaptırılan iş, satın alınan mal ve hizmetler ile diğer giderlerin karşılanmasında kullanılır. Ancak, ait olduğu malî yılda ödenemeyen ve emanet hesabına alınamayan zamanaşımına uğramamış geçen yıllar borçları ile ilama bağlı borçlar, ilgili kamu idaresinin cari yıl bütçesinden ödenir.” Bu hükme göre ödenemeyen borçlar konusunda ise, 34. maddede şöyle denmektedir: “Ödeme emri belgesine bağlandığı halde ödenemeyen tutarlar, bütçeye gider yazılarak emanet hesaplarına alınır ve buradan ödenir. ...

Kamu idarelerinin nakit mevcudunun tüm ödemeleri karşılayamaması halinde giderler, muhasebe kayıtlarına alınma sırasına göre ödenir. Ancak, sırasıyla kanunları gereğince diğer kamu idarelerine ödenmesi gereken vergi, resim, harç, prim, fon kesintisi, pay ve benzeri tutarlara, tarifeyle bağlı ödemelere, ilama bağlı borçlara, ödenmemesi halinde gecikme cezası veya faiz gibi ek yük getirecek borçlara ve ödenmesi talep edilen emanet hesaplarındaki tutarlara öncelik verilir.” Görüldüğü gibi, eski kanunun getirdiği ödemeyi kolaylaştırıcı hükümler bu kanunda yer almamaktadır. Kanunda sadece nakit mevcudunun yetmediği durumlarda, ödemeler yapılırken belli bir sıra takip edileceği ve diğer kamu idarelerine olan borçlardan sonra ilama bağlı borçlara öncelik tanınacağı belirtilmiştir.

Tam yargı davalarından olan tazminat davalarında verilen kararların geç infaz edilmesi, yani bu kararlarda hüküm altına alınan tazminatın gecikerek ödenmesi halinde, idare, tıpkı, vergi uyuşmazlıklarıyla ilgili davalarda verilen kararların geç infazı sebebiyle

olduğu gibi, kanuni gecikme faizi ödemek zorundadır (fik. 6). İnfazın hangi halde geç yapılmış sayılacağı konusunda düzenlemede bir açıklık yoktur.⁴²⁹

İdarenin yüklendiği tazminat bir devlet borcu olarak nitelendirilebilir. Devlet borcu ödeme ile sona erer. Alacaklısı tarafından 5 yıl süresince alınmayanlar zamanaşımına uğrar ve hazineye gelir kaydedilir. Zamanaşımından sonra itiraz edenlere ödeme yapılabilmesi için itirazın makul, o kadar süre içinde bunun alınmayış sebebinin mahkemece uygun görülmesi gerekmektedir.

“Şu halde bir tazminat davasında Danıştayca tazminata hükmedilmiş olması halinde idarenin bu ilamı infaz etmemesi yolunda tesis edeceği bir işlemin yukarda sözü edilen Anayasa ve kanun hükümleri karşısında hukuki geçerliliği bulunmadığı böyle bir işlem kesin hüküm haline gelmiş olan ilamı ortadan kaldıramaz ve bu ilamın genel hükümler dairesinde infazına da engel teşkil etmez. Bu ilam kesin hüküm olarak ortada dururken idarenin geçersiz bir işlemi üzerine yeniden tazminata karar verilmesine hukuken imkan bulunmadığı gibi lüzum da yoktur.”⁴³⁰

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 28'inci maddesinde 4001 sayılı Kanunun 13'üncü maddesiyle yapılan değişiklikten önce, tam yargı davalarında verilen kararların infazı, kararın belli bir miktar içerip içermemesine bakılmaksızın, genel hükümlere göre olmaktadır. Anılan Kanunla maddenin 2'nci fıkrasında yapılan değişiklik, genel hükümlere göre infazı gerçekleştirilecek kararlar, belli miktar içerenlerle sınırlandırılmıştır. Bu değişikliğe göre, tam yargı davaları hakkında verilen kararlardan belli miktar içerenlerin infazı, 2'nci; diğerlerinin ise, 1'inci fıkra uyarınca olmaktadır.⁴³¹

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28'inci maddesi, tam yargı davalarında verilen idari yargı kararlarının infazını, iptal davalarında verilen kararlarınkine nazaran

⁴²⁹ İbid, 668-670

⁴³⁰ Danıştay 5. D.nin 31.3.1975 gün, E. 74/4973, K. 75/17~6 sayılı kararı, Amme İdaresi Dergisi, cilt 8, sayı 2, s.213, Haziran 1975; Gözübüyük-Dinçer, op.cit., s.712-713

⁴³¹ Candan, op.cit., s.668-670

aynı tutmuştur. Bunun sebebi, idari yargıda görülen bu davaların, adli yargıda görülen edim davalarından sebep, konu ve sonuçları itibariyle pek farklı olmamalarıdır.⁴³²

Kimi zaman, idari yargı yerleri, tam yargı davalarında, davalı idarenin ödemeye mahkûm edileceği miktarı belirlemek yerine, bu belirlemeyi idareye bırakabilmektedirler. Bu uygulama, çoğunlukla, iptal ve tam yargı davalarının birlikte açılmasında söz konusu olmaktadır. Bu davalarda, idari yargı yeri, henüz kesin miktarı belli olmayan zararın belirlenmesindeki güçlüğü de etkisiyle, örneğin, "...dava konusu göreve son verme işleminin iptaline; davacının açıkta kalığı süreye ilişkin aylık, ikramiye vs. gibi parasal haklarının hesaplanarak tazminat olarak ödenmesine..." şeklinde karar verebilmektedirler. Bu durumda, davacıya ödenecek tazminatın bir tahakkuk işlemiyle hesaplanması işi, davalı idareye düşmektedir. İdari yargı yerinin bu mır kararların infazı, 28'inci maddenin ikinci fıkrasına göre değil, 1'inci fıkrasına göre olmaktadır. 1'inci fıkra hakkında önceki başlıklar altında yapmış olduğumuz açıklamalar, bu kararların infazı için de geçerlidir.⁴³³

İdareye, niteliğine göre değişik tazmin mükellefiyetleri getiren tam yargı kararları doğrultusunda idare gecikmeksizin ve 30 gün içinde, tam yargı kararının icabına göre işlem tesis etmeye mecburdur. Ancak, haciz ve ihtiyati haciz uygulamaları ile ilgili davalarda idarece, işlem, kararların kesinleşmesinden sonra tesis edilir.⁴³⁴

Tam yargı davaları, üçüncü kişileri bağlamaz ve ilgilendirmez. Sonuçta, üçüncü kişiler tam yargı davasında tazminden sorumlu olmayacakları gibi, tam yargı davaları subjektif davalardır ve her bir kimsenin açacağı dava ile idareden tazminat alması mümkündür

⁴³² İbid, s.668-670

⁴³³ İbid., s.667

⁴³⁴ Derdiman, op.cit., s.111-114

2.3. İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu

2.3.1. İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması Eğilimi

İdari yargıda, adli yargıdakinden farklı olarak, yargı kararlarının uygulanması idareye bırakılmıştır. Bu durumun sebebi, hukuki veya maddi imkânsızlık halleri dışında, hukuka bağlı bir idarenin yargı kararlarının gereklerini yerine getireceği inancıdır.⁴³⁵ Onar’a göre, “Devlet herkesten evvel ve ziyade kanun ve kaziye-i muhkeme hükümlerine riayet eder binaenaleyh kendisine karşı haciz gibi bir cebir ve şiddet yoluna müracaata sebep yoktur. Bu sebep tamamen teorik ve hukuki kıymetten mahrumdur”.⁴³⁶ Ancak idarenin idari yargı kararlarını uygulamama eğilimi gerçek bir sorun olarak karşımıza çıkmaya devam etmektedir. İptal kararlarının idarece yerine getirilmesinin zorlukları yanında, tam yargı davalarında verilen ve genel hükümlere göre icra edilen tazminat kararlarının da uygulanmasında birçok sorun yaşandığı gözlenmektedir. İcra makamlarının tahsile yetkili olduğu tazminat miktarları, çoğu zaman devlet mallarının haczinin mümkün olmaması hükmünün arkasına saklanan idarece ödenmemektedir.⁴³⁷ Buna karşılık adli yargı yerlerince verilen kararların yerine getirilmesi, kararın tarafı olmayan bir merci tarafından gerçekleştirildiğinden büyük sorunlar yaşanmamaktadır. Kısacası, uygulamama sorununun en önemli kaynağı, idari uyuşmazlıklarda, idarenin hem davalı hem verilen yargı kararının gereklerini yerine getirecek makam olmasıdır.⁴³⁸ Kamu görevlileri, özellikle üst düzey görevlilerin büyük bir kısmı, görevleri dolayısıyla yararlandıkları ayrıcalıklar ve dayandıkları bilgi ve tecrübe nedeniyle, hem kamu yararını hem de hukuku en yeterli düzeyde algıladıklarına inanmaktadır. Bu şekilde idare verdiği kararların büyük oranda doğru olduğunu

⁴³⁵ Turan Yıldırım, “Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu”, İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü Sempozyumuna sunulan bildiri (Ankara, 11-12 Mayıs 2001), s.154

⁴³⁶ Sıddık Sami Onar, **İdareHukukunun Umumi Esasları, Cilt III**, (İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1966, 3. bası), s.1999

⁴³⁷ Yıldırım, op.cit., s. 153-155

⁴³⁸ Gürsel Kaplan, İdari Yargıda Dava Açma Süreleri, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2007), s.416

düşünmekte ve yargısal denetimi meşru faaliyetleri önünde bir engel olarak görerek, idari yargı kararları karşısında olumsuz bir tavır alabilmektedir.⁴³⁹

İdareyi yargı kararlarını uygulamak konusunda olumsuz tavır almaya iten sebeplerden bir başkası ise, en üst hiyerarşik amirleri olan bakanların siyasi kimliklerinin olmasıdır. Demokratik bir hukuk devletinde, öncelikle siyasal aktörler yasal düzenlemelere uymalı ve tavır ve davranışları toplumsal düzeni kuran iradeye uygun olmalıdır. Ancak ne yazık ki, yargısal denetim sonucu verilen kararları, siyasal proje ve uygulamalarına engel olarak gören bu siyasi amirler, idareyi ya bizzat emir vererek ya da yönlendirerek, idari yargı kararlarını uygulamamaya itmektedirler.⁴⁴⁰ Bakanlar Kurulunun özelleştirmeye ilişkin davalarda, yargı kararlarının uygulanmaması konusunda ilke kararı vermiş olması, durumun ne kadar vahim olduğunu göstermektedir.⁴⁴¹

2.3.2. İdarenin Uygulamama Nedenleri

İdarenin yargı kararlarını uygulamaması çeşitli sebeplerden dolayı olabilir. Bu sebeplerden en önemli iki tanesi uygulanması imkânsız kararlar ile kamu görevlisinin kasdının varlığıdır.

İdari yargı kararlarının yerine getirilmesi zorunluluğu, ancak yerine getirilmesi mümkün olan kararlar için geçerlidir. İlgili kararın gereklerine göre işlem tesis edilmesi veya eylemde bulunulması imkânsız olduğu durumlarda, idarenin kararı yerine getirmemesinden söz edilemez.⁴⁴² Burada yargı kararı uygulanmamaktadır. İdari yargı kararının imkânsızlık nedeniyle uygulanmaması iki şekilde görülebilir: Fiili imkânsızlık ve hukuki imkânsızlık.

⁴³⁹ Nuri Yaşar, İdari Yargı, İdari Yargıç ve Yargısal Emir, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2002), s.123-124

⁴⁴⁰ İbid., s.123

⁴⁴¹ Bakanlar Kurulu, 27.04.1992 tarihli prensip kararı

⁴⁴² Candan, op.cit., s.641

Hukuki imkânsızlıkta iptal edilen işlemin tesisinden sonra ortaya çıkan bir hukuksal durum, idarenin yargı kararını uygulamasını olanaksız kılmaktadır. Bu durum, özellikle kamu görevlileri ile idare arasındaki statü hukukundan doğan davalarda sık görülür.⁴⁴³ Örneğin, görevinden uzaklaştırılmış bir memurun, iptal kararını elde edinceye kadar emeklilik yaşının dolması nedeniyle emekli olması durumunda, memurun eski görevine iadesi olanağı yoktur.⁴⁴⁴ Burada iptal kararının uygulanması hukuken imkânsızdır, yani bir yasa kuralı, yargı kararının uygulanmasına engel olmaktadır.

Fiili imkânsızlık halleri, hukuki imkansızlık oluşturan durumlardan daha ender görülür. Fiili imkânsızlığa örnek olarak alınan yıkım kararlarını verebiliriz. İdare bir yıkım kararı almış ve iptal kararı çıkmadan bu kararı uygulamışsa, artık bina yıkılmış olduğuna göre, yargı kararının uygulanması fiilen imkânsız olacaktır.⁴⁴⁵

Yargı kararının hukuki ya da fiili imkânsızlık nedeniyle uygulanamamasının tesbiti, her davanın özelliğine göre değerlendirilir. Uygulamada idarenin imkânsızlık halinin varlığını iddia ederek, yargı kararlarını uygulamaktan kaçtığı ya da kendi işlem ya da eylemleri ile imkansızlığa yol açtığı görülmektedir. Bu duruma, Bakanlar Kurulu’nun özelleştirme davaları konusunda aldığı 27.04.1992 tarihli prensip kararı örnek olarak gösterilebilir. Danıştay, 5 çimento şirketindeki kamu hisselerinin ... Firmasına satışına ilişkin Yüksek Planlama Kurulu kararlarının idari yargı kararı ile iptal edilmiş olmasına karşın, Bakanlar Kurulu’nun uluslararası sorunlara yol açabileceği gerekçesi ile satış işlemleri konusunda geriye ya da ileriye yönelik işlem tesisinin hukuken imkânsız olduğuna karar vermesini hukuka aykırı bulmuş ve bu kararı iptal etmiştir. Danıştay gerekçesinde şöyle demektedir:

“İdarenin yargı kararlarını maksadına uygun bir şekilde uygulaması zorunluluğu, toplumda korunması gereken hukuk düzenince kişilere sağlanan hukuk güvenliği ve devlet işlemlerindeki istikrarın sonucudur.

⁴⁴³ Uler, op.cit., s.99

⁴⁴⁴ Altay, op.cit., s.193-195

⁴⁴⁵ İbid., s.253

Her türlü işlem ve eylemi yargı denetimine tabi olan idarenin yargı kararlarına uyması ve bu kararların gereklerine göre işlem ya da eylemde bulunmak zorunda olması aynı zamanda Anayasamızın 2. maddesinde kabul edilmiş bulunan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Anayasanın 2. maddesinde yer alan bu ilke karşısında idarenin mahkeme kararlarını aynen ve gecikmeksizin uygulaması anayasal bir zarurettir.”⁴⁴⁶

Görüldüğü gibi, idari yargı kararlarının uygulanmaması daha çok kararı uygulamakla yükümlü kamu görevlisinin kararı bilerek ve isteyerek uygulamamasından kaynaklanmaktadır. Bu durum ise, idarenin ağır hizmet kusuruna neden olmaktadır.

2.3.3. İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasının Sonuçları

2.3.3.1. İdarenin sorumluluğu

İdarenin yargı kararlarını yerine getirmemesinden kaynaklanan sorumluluğu hizmet kusuru oluşturmaktadır. Burada özellikle belirtilmesi gereken konu, İYUK 28/3 maddede düzenlenen tazminat ödeme yükümlülüğünün yargı kararlarını uygulamamaya alternatif teşkil etmediğidir. Danıştay içtihatlarıyla bu hükmün, idareye ilam icaplarına göre işlem yapmama olanağını tanımadığını, aksine maddi veya hukuki herhangi bir imkânsızlık nedeniyle ilam hükümlerine uygun işlem ve eylem tesis edilememesi durumunda dahi ilgilinin hukukunun korunmasını sağlamak amacıyla konulduğunu belirtmektedir.⁴⁴⁷

⁴⁴⁶ Danıştay 10.D., E:2002/4061, K:2004/5219, T.28.05.2004

⁴⁴⁷ DDDGK 14.4.1978 E.1975/383, K.1978/286, Danıştay Dergisi, (S:32), s.315

2.3.3.2. Kamu görevlisinin sorumluluğu

Kamu görevlisinin sorumluluğu konusunda, Devlet Memurları Kanunun getirdiği temel kural, kişilerin kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan ötürü, bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açmaları gerektiğidir. Bu kuralın İYUK 28/4 maddede yer alan düzenleme oluşturmaktadır. Bu hükme göre, idari yargı kararlarını 30 gün içinde kasten uygulamayan kamu görevlisi aleyhine de tazminat davası açılabilecektir.

Günday'a göre, bu hüküm açıkça Anayasanın 129/5. maddesi ile çelişmektedir. Anayasanın bu hükmü, Devlet Memurları Kanununa paralel şekilde memur için bir teminat sistemi öngörmektedir. Yargı kararlarını uygulamamak kamu görevlileri için bir kişisel kusur sayılmasına rağmen, bu kişisel kusurun yetkiyi kullanırken işlenmiş olması sebebiyle, bundan doğan zararların tazmini için, İdare aleyhine dava açılması gereklidir.⁴⁴⁸

3. YARGISAL EMİR KURUMUNUN TÜRK İDARİ YARGI SİSTEMİNDE UYGULANABİLİRLİĞİ ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRİLMESİ

3.1. Kuvvetler Ayrılığı İlkesi ve Yargısal Emir

Kuvvetler ayrılığı ilkesi devlet yönetiminde yasama yürütme ve yargı adı verilen üç temel görev olduğu ve her birinin birbirinden bağımsız bir statüye sahip olarak yine birbirinden ayrı güç kullanması gerektiği anlamına gelmektedir.⁴⁴⁹ Montesquieu'nün adı ile günümüze gelen bu ilke, tek elde toplanan iktidarın baskısına karşı kişi hak ve özgürlüklerinin korunmasını amaçlamaktadır.⁴⁵⁰

⁴⁴⁸ Günday, op.cit., s.338-339

⁴⁴⁹ Çağlayan, R, **İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması**, (Ankara, 2000) s.19; Gözübüyük, A. Ş., **Anayasa Hukuku**, (Ankara, 1986), s.68

⁴⁵⁰ Özbudun, E., **Türk Anayasa Hukuku**, (Ankara, 1993), s.143

Yargısal Emir kurumunun Anayasa Hukukumuzun temel prensiplerinden biri olan kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olduğu ve buna bağlı olarak da Anayasaya aykırı olduğu akla gelebilir. Bu düşünceye göre, İdari yargıca tanınacak böyle bir yetkinin yargının idareye müdahalesini kolaylaştıracağı, fonksiyon gaspına yol açabileceği, yargının idarenin yerine geçerek karar alabileceği ve buna bağlı olarak da idarenin takdir yetkisini kısıtlayacağı ileri sürülebilir. Anayasamızın 125. maddesine göre yargı, idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde idarenin yerine geçerek karar alamaz. Anayasamızın bu hükmü karşısında Yargısal Emir kurumunun Anayasaya aykırı olabileceği düşünülebilirse de, kanaatimce yargısal emir kurumu Anayasaya aykırılık teşkil etmemektedir. Zira, yargısal emir kurumunun amacı yerindelik denetimi yapmak değil, idarenin iptal edilen kararlar yerine vereceği kararı hukuka uygunluk sınırları içerisinde tutmak ve idareye yol göstermektir. Bu şekli ile idari yargı, idarenin yerine geçmeden ve idarenin takdir yetkisini kaldırarak bir karar vermeden idareye hukuka uygunluk açısından yön vermektedir. Bu istikamet içerisinde idare takdir yetkisini kullanmakta serbest olacaktır. Bu anlamda, yargısal emir kurumunun Anayasamıza aykırı bir yönü yoktur.

İngiltere’de yargısal emir kurumu yüzyıllardır uygulanmakta ve Kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı bulunmamaktadır. Yukarıda açıklanan İngiliz örneğinde idari yargıç, yargısal emir kararı verirken idarenin takdir yetkisi olup olmadığını denetlemekle yükümlü olup, takdir yetkisinin varlığını tespit ettiği takdirde yargısal emir kararı verememektedir. Hatta 2000 yılında çıkarılan Medeni Usul Yasasının İdari Yargı Usulüne ilişkin 54. kısmında, yargıcın idarenin yerine geçerek karar verebileceği (substitutionary remedy) istisnai bir durum düzenlenmiştir. Bazı yazarlarca zaman kazandırıcı bir usul olarak açıklanan bu karar türü, idarenin dava dosyasındaki bilgiler ışığında başka bir sonuca ulaşamayacağı, hukuki sınırlar içinde sadece bir yönde karar verilebiliyorsa, yargıç idarenin yerine geçerek karar alabilecektir. Kimi yazarın tereddütle karşıladığı bu yeni yetki dahi kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı bulunmayarak, kanunda yer alabilmiştir. Bu konuda bir Güney Afrikalı yazarın iddiası çok ilgi çekicidir. Bu yetkinin sadece vakit kazandırıcı bir araç olmaktan öte bir fonksiyonu olabileceği, yıllardır Güney Afrika’da benzeri bir yetki ile yargı organının idarenin çıkar

kavgaları ve hukuk dışı nedenlerle bireylerin hak ve menfaatlerini ihlal etmelerini önlemek amacıyla kullandıklarını açıklamaktadır.⁴⁵¹ Kaldı ki idare hukuku alanında model aldığımız Fransa’da da 1995 yılından beri bu kurum uygulanmakta ve kuvvetler ayrılığı tartışmaları aşılmış durumdadır.

Bunun yanında, idari yargılama hukukumuz yargısal emir kurumuna hiç yabancı olamayan bir karar türü barındırmaktadır. Yürütmenin durdurulması kararları, idareye doğrudan bir emir içermektedir. Karar verilinceye kadar idarenin yaptığı açıkça hukuka aykırı bir işlemin telafisi güç ya da imkânsız zararlar ortaya çıkarmasını önlemek amacıyla verilen bu geçici karar türü, idareyi dava sonuçlanana dek bazı işlem ya da eylemlerin yapılması ya da yapılmalarının önlenmesini zorunlu kılar. İdari yargı sistemimiz bu tür bir kararı kabul ederek, kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı bulmuyorsa, yargısal emir kararları da bu ilkeye aykırı bulunmamak gerektir.

3.2. Takdir Yetkisi ve Yargısal Emir

İdarenin belli bir yönde davranmak üzere, önceden yasa ile mecbur bırakılmadığı durumlarda takdir yetkisinden söz edilir. Günday, takdir yetkisini “yasakoyucunun belirsiz bıraktığı kavramları yorumlama serbestisi” olarak tanımlamaktadır. İdare, bu belirsiz kavramları yorumlarken de tamamen serbest olmayıp, ilgili yasa kuralındaki belirsiz kavramın objektif anlamı ve yasakoyucunun amacı ile sınırlıdır.⁴⁵² Takdir yetkisi idareye yasanın aradığı koşulların ortaya çıkması durumunda, belli bir hareket serbestisi sağlar, ancak idareyi idari yargı denetiminden kurtaramaz.⁴⁵³ Yönetime belli konularda takdir yetkisinin tanınması, yönetimin takdir yetkisini kullanırken bazı ilkelere uymasını gerektirir. Bunlar aşağıdaki gibi sıralanabilir:

⁴⁵¹ J. Campbell, “*The Substitutionary Remedy under CPR 59.19(3) – A Response*”, **Judicial Review**, 2002, s.73-74

⁴⁵² M. Günday, “1982 Anayasasına göre İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları”, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap, İdari Yargı, 1-4 Mayıs 1990, Ankara, s.146-147

⁴⁵³ T. Candan, op.cit., s.234-235

- a. Yönetim takdir yetkisini kullanırken, yasanın koyduğu sınırlar içinde kalmalıdır.
- b. Yönetim takdir yetkisini kullanırken, eşitlik ilkesini gözetmelidir.
- c. Yönetim takdir yetkisini kamu yararı için kullanmalıdır.
- d. Yönetim takdir yetkisini gerekçeli olarak kullanılmalıdır.
- e. Takdir yetkisinin kullanılabilmesi için, yasalar özel koşullar öngörmüş ise, yönetim bunlara uymalıdır.⁴⁵⁴

3.2.1. Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi

Anayasa 125/4 maddesinde yargısal denetimin hukuka uygunluk denetimi ile sınırlı olduğunu ve idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemeyeceğini belirtilmiştir. İdari Yargılama Usulü Kanunu da aynı ifadeleri yenilemiş ve ek olarak yerindelik denetimi yasağı olduğunu vurgulamıştır. Bu hükümler karşısında idarenin takdir yetkisinin yargısal denetime tabi olup olmadığı sorusu karşımıza çıkmaktadır. İdarenin takdir yetkisini kötüye kullanıp kullanmadığının yargısal denetime tabi olmadığını kabul etmek aynı zamanda yargısal emir kurumunun ülkemizde uygulanamayacağını ya da çok sınırlı uygulanabileceğini kabul etmek anlamına gelecektir. Zira, idareye belli bir mahkeme kararını nasıl uygulayacağını göstermek, idarenin hukuka uygun davranmasını sağlamak amacıyla da olsa, idarenin uygulama yöntemini seçmek ya da hukuki veya fiili imkansızlık olup olmadığını yorumlama yetkisini kısıtlayacaktır.

İdarenin takdir yetkisi yargı denetiminin dışında değildir. Takdir yetkisine belirli sınırlar içinde yargı denetimi uygulanır. Ancak takdir yetkisinin gereksinimlere aykırı olarak kullanılması, yerindelik denetimine girer ve yargısal denetimin dışında kalır.⁴⁵⁵ Danıştay'ın bu konuda yerleşik içtihadı, takdir yetkisinin sınırsız ve mutlak bir yetki olmadığı yönündedir. Yerindelik alanına girmediği sürece, açık, belirgin ve göze batan hatalar hukukilik alanında sayılmakta ve denetlenmektedir. Danıştay, kararlarında,

⁴⁵⁴ Gözübüyük ve Dinçer., op.cit., s.271-272

⁴⁵⁵ Ibid., s.272-273

takdir yetkisinin kamu yararı ve kamu hizmetinin gerekleriyle sınırlı olduğunu belirtmektedir. Bu şekilde idarenin takdir yetkisini keyfî bir şekilde kullanması önlenmektedir. Danıştay, Kültür Bakanlığının yaptığı bir atama işlemini iptal ettiği kararda şu ifadeleri kullanmıştır:

“(ilgili işlemin) ... sebep, konu ve maksat öğeleri yönünden yargısal denetime tabi tutulması gerektiğinde en küçük bir duraksamaya yer olmamak gerekir. Maddede anılan yetkinin bakana zaman ve kişi olarak dilediğince kullanabilmesi için tanındığı sonucunu çıkarmaya imkân verecek en ufak bir işaret bulunmamaktadır. Aksine kamu görevlilerine kamu gücünü kullanmak yetkisi kamu yararı gerçekleştirmek amacıyla tanınmış bulunduğuna göre, anılan yetkinin olumlu ya da olumsuz biçimde kullanılması suretiyle tesis edilen işlemlerin idari yargı yerlerince özellikle sebep ve maksat yönlerinden hukuka uygunluk denetimine tabi tutulması hukuk devleti ilkesinin kaçınılmaz sonucudur. ... maddeyle bakana yurtdışı görev süresini gerektiğinde ... uzatma yetkisi münhasıran kamu yararı ve kamu hizmetinin gerekleri gözetilerek tanınmış olduğuna ve bu yetki ancak bu ölçütler ışığında kullanılabilmesine göre, yapılacak yargısal denetimin yerindelik olarak nitelendirilmesi de hukuken olanaklı değildir.”⁴⁵⁶

Danıştay, takdir yetkisinin denetimi konusunda geliştirdiği bu içtihadın yanında, idarenin yargı kararıyla işlem yapmaya zorlanamayacağı yönünde de bir içtihad geliştirmiştir. Bu konuya da aşağıda değinilecektir.

3.2.2. İdarenin Yargı Kararıyla İşlem Yapmaya Zorlanamaması

Anayasanın 125/4 hükmü ve İdari Yargılama Usulü Kanunu 2/2 maddesinde, idarenin takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez ifadesine ek olarak ayrıca yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslar uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak yargı kararı verilemeyeceği de belirtilmektedir. Bu iki ifade

⁴⁵⁶ Danıştay 5. D., E:1997/1422, K:1997/2952, T.10.12.1997

uygulamada idarenin yargı kararıyla işlem yapmaya zorlanamayacağı şeklinde yorumlanmaktadır.⁴⁵⁷

Danıştay, beraat ettiği gerekçesiyle İlçe Şube Müdürlüğü görevine tekrar atanma talebi reddedilen kamu görevlisinin açtığı davayı, idarenin yargı kararı ile işlem yapmaya zorlanamayacağı gerekçesiyle reddetmiştir.⁴⁵⁸ Bu kararda Danıştay'ın belirtmeye çalıştığı husus, yargı organının idarenin tercihinin isabetli olup olmadığını denetleyemeyeceği ve bu tür bir denetimin yerindelik alanına gireceğidir. Ancak Danıştay içtihatlarında bunu belirtmekle kalmamakta, idarenin yargı kararıyla işlem yapmaya zorlanamayacağı ifadesini kullanmaktadır ki bu uygun görülmemektedir. Zira idare İdari Yargılama Usulü Kanununun 28. maddesi gereğince, mahkeme kararlarını yerine getirmek amacıyla işlem tesis etmekle yükümlüdür. Birçok idari işlemin yargı merciince iptal edilmesi idareyi tersine bir işlem tesis etmeye zorlamaktadır. Bu da yargı kararlarının niteliği gereğidir.⁴⁵⁹

3.3. Yürütmenin Durdurulması Kurumu ve Yargısal Emir

İptal davasının amacı, idarenin hukuka aykırı kararlar almasını önlemek, böylece idarenin hukuk kurallarına riayetini sağlamak ve hukuka aykırı olduğu tespit edilen kararları ortadan kaldırmak suretiyle hukuk düzenini korumaktır. İptal davalarının sonuçlanması günümüzde dosya sayısının çokluğuna karşı, mahkemelerin ve hakimlerin sayıca yetersiz olmasından dolayı uzun sürmektedir. İdari işlemin iptal edilmesine ilişkin yargılama usulünün uzun sürmesi ve yargılamanın gecikmesi dava açmanın doğal bir sonucu olarak görülebilirse de, mahkeme uyuşmazlığına neden olan idari işlemin yasallığını onaylayıncaya kadar onu askıda tutabilme hakkına sahip olmalıdır. Aksi halde dava açma hakkı pratikte içi boşaltılmış bir hak haline dönüşebilir. Onun

⁴⁵⁷ T. Yıldırım, **İdari Yargı Notları**. (Teknik Yayıncılık, 2004), s.98

⁴⁵⁸ Danıştay 5. D., E:1997/2899, K:1999/1526, T.17.05.1999

⁴⁵⁹ Yıldırım, op.cit.

dışında uygulamadaki gecikmeler hukuka aykırı olan idari işlemin iki veya üç yıl daha yürürlükte kalmasına da neden olabilecektir.⁴⁶⁰

İdarenin, kararları re'sen icra edebilme ve gerektiğinde kuvvet kullanma imtiyazına sahip olması ve idari dava açılmasının, idari işlemlerin bu özelliklerine ve hukuka uygunluğu karinesine ve herkes tarafından uyulma mecburiyetine bir tesiri olmaması yolundaki idare hukukunun sözü edilen kuralı, kamu hizmetlerinin layıkıyla ifasında bir zorunluluk ve kuvvetler ayrılığı ilkesinin tabii bir icabı olmakla beraber, idarenin kişiler karşısındaki bu üstün güç ve imtiyazlarının, kişilerin temel hak ve hürriyetlerini kolayca tehlikeye sokabilmesi sakıncası yanında bilhassa idari yargının yavaş işlemesi sonucu yasalara aykırı işlemin iptal edilinceye kadar senelerce uygulanmasının, hukuk devleti ilkesine aykırılığının giderilebilmesi için, idare hukukuna özgü bir yargı işlemi olan yürütmenin durdurulması müessesesi, bir orta yol, bir denge ve korunma unsuru olarak ortaya çıkmakta ve idari bir işleme karşı açılan iptal davasında Danıştay'ca verilen yürütmenin durdurulması kararı, işlemin re'sen icra edilebilir ve hukuka uygun olma karinesi ile herkes tarafından uyulma zorunluluğunu dava sonuna kadar askıya almakla, idare hukukunda, idari işlemler hakkında kabul edilen temel özellik ve ilkelere istisna getirmektedir.⁴⁶¹

Bilindiği gibi idari işlemler, idari makamların idari görevleri nedeniyle tek yanlı olarak kamu hukuku çerçevesinde tesis ettikleri uygulanması zorunlu yeni hukuki durumlar yaratan işlemlerdir. İdari işlemler mahiyetleri gereği icrai nitelikte olup, idari karar ve işlemi tesis eden merci, verdiği karar ya da işlemi kamu gücüne dayanarak yürütür.

Yürütmenin durdurulması kararları da kamu hizmetlerinin devamlılık ve kararlılık içinde ve en etkin biçimde yerine getirilebilmesi için idarenin, kanunlarda görevli kıldığı alanlarda, kamu gücüne dayanarak uyguladığı işlemlerin, yürütülmesi gerekli olma, icabında zor kullanarak uygulanma, hukuka uygun sayılma ve herkes tarafından uyulma zorunluluğuna ilişkin niteliklerini dava sonuna kadar askıya alan, başka bir

⁴⁶⁰ Aslan, Z., **İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması**, 1994, s.15

⁴⁶¹ Akural, S., “İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması ve Yürütmenin Durdurulması Kararlarının Etki ve Sonuçları”, *İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler* 1, 1976, s.122

ifadeyle idari işlemlerin sözü edilen vasıflarını işlemez hale getiren idare hukukuna özgü bir yargı işlemidir.⁴⁶²

Yürütmenin durdurulması herşeyden önce davacıyı koruyan bir karardır. Fakat bunun yanında kamu yararının, kamu düzeninin hatta hukuk düzeninin de aynı zamanda korunmuş olduğu da muhakkaktır. Yürütmenin durdurulması, ileride giderilmesi veya düzeltilmesi imkansız veya zor karışık durumları önlemekle idare hayatının düzen, istikrar ve ahengini sağlamış olur. Böylece de kamu düzeni, kamu yararı, hatta bizzat idarenin menfaatleri gözetilmiş demektir. Sonuç olarak yürütmenin durdurulması müessesesi ile idarenin icrai kararları üzerinde doğması melhuz, telafisi imkansız zararların önlenmesi amacı güdülmektedir.

Yürütmenin durdurulması kararları tıpkı iptal kararları gibi geriye yürür. Yani, dava konusu karar alındığı tarihten itibaren askıya alır, onu işlemez hale getirir. Yine bu kararlar ileriye etki yapan sonuçlar doğurur. Yürütmenin durdurulması kararı, uyulması zorunlu, herkes için bağlayıcı yargı kararıdır. Bazı çevrelerde ileri sürüldüğü gibi bunlar diğer yargı kararlarından farklı uyulmak zorunda bulunulmayan kararlardan değildir. Yürütmenin durdurulması kararlarının diğer bir özelliği de yol gösterici olmaları ve bünyelerinde adeta idareye hitaben bir emir taşımalarıdır.

Yürütmenin durdurulması kararlarının hukuki mahiyetini en iyi Dava Daireleri Kurulu 4.2.1966 gün ve E:1965/473 sayılı kararında belirtmiş bulunmaktadır. Bu kararda “...İdare hukuku ilkesine göre iptal kararları, iptali istenen idari tasarrufu ve ona bağlı işlemleri ittihaz edildiği tarihten itibaren ortadan kaldırarak o tasarrufun ittihazından önceki hukuki durumu ortaya koyar. Bir iptal davasında verilmiş bulunan yürütmenin durdurulması kararı da aynı niteliktedir. Yani henüz ortada bir iptal kararı bulunmadığı halde, iptali istenen idari tasarrufu ve onun sonucu olan işlemleri durdurur ve bu tasarruf ve işlemlerin ittihaz ve icrasından önceki hukuki durumun yürürlüğünü sağlar...” denilmektedir.⁴⁶³

⁴⁶² Akural, S., ibid., s.117

⁴⁶³ Özdeş, O., “İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması ve Niteliği”, **Danıştay Dergisi**, Yıl:9, S.:32-33, s.6

Anayasamızın 125/5 maddesi ve İYUK 27 maddesi yürütmenin durdurulması kararlarının verilebilmesi için iki şartın birlikte gerçekleşmesini öngörmüştür. Bu şartlar, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olmasıdır.

Hukuka aykırılık zaten iptal davasının esasına ilişkin bir koşuldur ve bunun ilk bakışta ya da başta anlaşılabilmesi ancak yetki unsuruna ilişkin ve çok açık tecavüzlerde veya yokluk halinde mümkündür. Maksat, sebep, konu ve bir ölçüde de şekil-usul unsurları yönünden hukuka aykırılık ise çoğu kez davanın son aşamalarına kadar elle tutulur biçimde ortaya çıkmaz. Onun için, hukuka aykırılıktan sağduyu sahibi bir insanın sezinleyebileceği nitelikte bir aykırılığı anlamak gerekir.

Davanın iptali ile sonuçlanacağını kabul edilir görülmesi, yargıçta davanın esastan kabul edilme şansının büyük olduğu kanaatinin doğması veya idari işlemin sonuçta iptal edilmesinin muhtemel görülmesi halleri hukuka aykırılık şeklinde yorumlanmalıdır. Burada söz konusu edilen hukuka aykırılık, yalnızca kanuna ve mevzuata aykırılık hali değildir. Hukuka aykırılığı, kanuna ve mevzuata aykırılığı kapsayan daha geniş ve genel bir kavram olup eşitlik, adalet hak ve nesafet kurallarını da içine alan bir kavram olarak anlamak gerekir.⁴⁶⁴

Telifisi güç ya da imkânsız zarar ise maddi bir kavram değil, eski halin geri gelmesini mümkün kılmayacak durum anlamındadır. Böyle olunca verilecek bir iptal kararının geriye yürür bir şekilde uygulanabilmesi, eski halin iadesi, başka bir deyişle o işlem sanki hiç yapılmamış gibi bir olgunun gerçekleşebilmesini önleyici her durum telafisi güç ya da imkânsız sayılmalıdır.⁴⁶⁵

⁴⁶⁴ Aslan, op.cit., s.48

⁴⁶⁵ ibid, s.49

Özay'a göre hukukta telafisi imkânsız zarar yoktur. Ölüm bile maddi ve manevi bir zarar olarak tazmin edilebildiğine göre bunu eski hale getirilmesi ya çok güç ya da imkânsız bir durum şeklinde anlamak gerekir.

Fakat kurumun işlevi açısından zarar kavramından çok, verilecek bir iptal kararının geriye yürüyüp yürüyemeyeceğine ilişkin bir ihtimal üzerinde durulmalı ve geriye yürüyemeyeceği ihtimali olduğunda, telafisi imkânsız ve güç zararın varlığı kabul edilmelidir.⁴⁶⁶

Kural olarak, olumsuz (bir isteği reddeden) kararlara karşı yürütmenin durdurulması kararı verilemez. Eğer olumsuz karar, ilgilinin eskiden var olan fiili veya hukuki durumunda değişiklik yapıyorsa ve icrai bir nitelik taşıyorsa, ancak bu tür olumsuz kararlara karşı yürütmenin durdurulması kararı verilebilir. Bu durumda olmayan olumsuz kararlara karşı, yürütmenin durdurulması kararı verilmesi, yargının idarenin yerine geçmesi, onun adına karar alması sonucunu doğurur.

Yürütmenin durdurulması kararı istem üzerine verilir. İdari yargı yerleri, kendiliğinden yürütmenin durdurulması kararı veremezler.

Yürütmenin durdurulabilmesi için, yargı yerinden ya dava ile birlikte, ya da dava açıldıktan sonra yürütmenin durdurulması isteminde bulunulması gerekir. Dava açılmadan, yürütmenin durdurulması isteminde bulunulamaz.

Yürütmenin durdurulması kararı verilen dosyalar öncelikle incelenir. Burada söz konusu olan öncelik, davanın karar bağlanmasından önceki aşamaya ilişkin yargısal işlemlere yöneliktir.

Yürütmenin durdurulmasına karar verilmesi, ileride kararın iptal edilmemesi durumunda, idare için zarar doğurabilir. Bu gibi zararları karşılamak üzere, yürütmenin durdurulması isteminde bulunan taraf, teminat göstermek zorundadır. Ancak duruma

⁴⁶⁶ ibid, s.50

göre, iptal davalarında mahkeme güvence istemeden yürütmenin durdurulmasına karar verebilir. İdareden ve adli yardımdan yararlanan taraftan teminat alınmaz.

Yürütmenin durdurulması istemli davalarda İYUK un 16 maddesinde öngörülen tebligat süreleri kısaltılabilir. Özellikle, yargı yeri yürütmenin durdurulması istemi hakkında karar vermeden önce, karşı tarafın savunmasını alma ya da bazı konularda bilgi edinme gereksiniminde ise, özel tebligat yoluna gidebilmektedir.

4. YARGISAL EMİR KURUMUNUN TÜRK İDARİ YARGILAMA HUKUKUNDA UYGULANMASINA İLİŞKİN ÖNERİLER

4.1. İdari Yargıcin Verdiği Kararın Uygulanmasını Göstermesi

Yukarıda belirtildiği gibi, iptal kararlarının uygulanması idare hukukunun sorunlu alanlarından birisidir. Kendiliğinden uygulanan iptal kararları bir kenara bırakılacak olursa, iptal kararlarının uygulanması hukukumuzda idareye bırakılmıştır. İptal kararı kimi zaman idarenin tersine bir işlem yapmasını, kimi zaman da ilgilinin hukuksal statüsünde değişiklik yapılmasını gerektirir. İşte uygulaması idareye bırakılmış bu tür kararlarda, idari yargı kararlarının uygulanmaması gündeme gelmektedir.

Danıştay, 1991 tarihli bir kararında, iptal kararı üzerine idarenin karara uyma yükümlülüğünü şöyle ifade etmiştir: “İdare iptal kararının amaç ve anlamına göre yeni bir işlem yapmak, iptal edilen işlemde doğan sonuçları ortadan kaldırmak,... önceki hukuki durumu yürürlüğe koymakla yükümlüdür.”⁴⁶⁷ Danıştay’ın burada ifade ettiği anlayış, iptal kararlarının sadece kararı iptal etmekle kalmadığı, idareye yönelik bir yargısal buyruk içerdiği ve bu buyruğun uygulanmasının Anayasal bir zorunluluk olduğudur. Anayasanın 138 maddesi gereğince idare, iptal ve yürütmenin durdurulması kararlarının gereklerini mahkemenin anladığı şekilde gerçekleştirmek yükümü altındadır.

⁴⁶⁷ D.1.D E:203, K:551, 14.6.1991, DD. Sayı:84-85, s.56

Uler’e göre, idari yargıcın görevi, yalnız soyut bir biçimde uyuşmazlıkları çözmekle sınırlı değildir. “Uyuşmazlık çözülüp haklı-haksız ayrıldıktan sonra, haksız çıkan tarafa –yap, yapma, ver- diye emirler verilmesi yargı görevinin içindedir. Bu emirler olmadan, uyuşmazlıkların çözümünün bir anlamı olmaz.”⁴⁶⁸

Güran’a göre, idari yargıç, yürütmenin durdurulması ve ardından iptal hükmü verirken, hukuka aykırı işlem tesis eden idareyi, yapmaktan kaçındığı belli bir işlemi gerçekleştirmeye, yaptığı işlemi düzeltmeye, ısrarla tekrarladığı hukuka aykırı işlemi yapmaktan men etmeye ya da ilgili işlemi belli bir şekilde yapmaya zorlamaktadır.⁴⁶⁹ Nitekim Danıştayımız da iptal kararlarında sonra izlenecek yol belirgin ise ya da idarenin kötü niyetli davranışları ile karşılaşılma olasılığı yüksek ise, açık emir ve direktiflerini hüküm fıkrasına koyma yoluna gitmektedir.⁴⁷⁰ Örneğin, Danıştay bir kararında, mazereti olduğundan giremediği iki sınav yerine, ilgili öğrenciye “iki imtihan hakkı daha verilmesine ve aksine yapılan işlemin iptaline” hükmetmiştir.⁴⁷¹ Bir başka davada ise, “davacının yevmiyesinin sekizinci derece birinci kademe üzerinden ödenmesi gerektiğine” karar vermiştir.⁴⁷²

Şu halde, yargısal emir, iptal kararlarının uygulanma biçimleri konusunda idareye yol gösterecek “somut ve belli bir şeyi yapma veya yapmama buyruğu ile tamamlanması”⁴⁷³ şeklinde uygulanabilir. İdari yargıcın iptal kararına ekleyeceği bir yargısal emir ile uygulaması idareye bırakılmış iptal kararını takiben idarenin yapması gerekenler açıkça gösterilmiş ve emredilmiş olacaktır. Böylece idarenin uygulama sırasındaki seçim yetkisi iyice daraltılmış⁴⁷⁴ ve iptal kararlarını uygulamama yöntemleri azaltılmış olacaktır. Bu şekilde yargısal emir, idari yargı kararlarının etkinliğini arttıracak ve

⁴⁶⁸ Uler, Y., **İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları**, (Ankara: Sevinç Matbaası, 1970), s.115

⁴⁶⁹ Sait Güran, “Anayasanın Kuvvetler Ayrılığı İlkesine ve Yönetim Yargı İlişkilerine Bakış Açısında Değişiklik”, Anayasa Yargısı III, (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1995), s.200

⁴⁷⁰ Uler, op.cit., s.116

⁴⁷¹ D.6.D. E.169, K.474, 20.11.1946, DD. S:34, s.178

⁴⁷² DDK E:492, K:1598, 9.12.1966

⁴⁷³ Güran, op.cit., s.199

⁴⁷⁴ Uler, op.cit.

bireylerin yargısal korunmasını pekiştirecek faydalı bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır.

Burada iptal kararlarına eklenecek yargısal emirlerin idare yerine geçerek idari işlem ya da eylem niteliğinde karar alınması anlamına gelmediğini vurgulamak gerekir. Önerilen kurum, iptal kararlarının idare tarafından yerine getirileceği varsayılan sonuçlarının, yargısal emir şeklinde hüküm fıkrasına eklenmesinden ibarettir. Bu yargısal emirler, idareye uygulayacağı mahkeme kararını doğru yorumlayarak, gereklerini yerine getirmesini sağlayacak, yol gösteren bir yargısal araç olarak görülmelidir

4.2. İhlal Edilen Hakkın Yerine Getirilmesi

Tam yargı davası, hakkı ihlal edilen bireyin hakkının iade edilebilmesini sağlamak amacıyla açılan bir dava türüdür. Ancak uygulamada hemen hemen her durumda tazminata hükmedilmesi ile sona ermektedir. Zararın eski durumun yerine getirilmesi şeklinde karşılanması, ancak tahsil edilen verginin davacıya ödenmesi gibi hallerle sınırlıdır ve istisnaidir.⁴⁷⁵ Tam yargı davaları, hukuk devleti ilkesi ve idarenin yargısal denetimi açısından en az iptal davaları kadar önemlidir. Yargısal emir kurumu, iptal davalarının etkinliğini arttıracak şekilde birlikte uygulanabileceği gibi, tam yargı davalarını sadece tazminat davası kimliğinden kurtararak, bireylerin yargısal korunma çerçevesini genişletecek şekilde de uygulanabilir. Burada yargısal emir kurumunun uygulanmasından önce, tam yargı davası kapsamında tazminat dışı taleplerin değerlendirilmesinin mümkün olup olmadığı üzerinde durmak gerekir.

Tam yargı davalarında zararın tazmini denildiğinde, amaç mümkün olduğu ölçüde gerçek zararın tamamen telafi edilmesidir.⁴⁷⁶ Bu tazmin iki şekilde olabilir: Ayni tazmin ve nakdi tazmin. Ayni tazminde bir malın zarara uğramasaydı bulunacağı halin dikkate alınarak eski hale getirilmesi söz konusudur. Nakdi tazminatta ise, zarara uğrayan

⁴⁷⁵ Derdiman, op.cit., s.107

⁴⁷⁶ Güran, S., “İdare Hukukunda Tazminat Hesabının Unsurları”, s.123

kişinin zararına eşdeğer bir paranın kendisine verilmesi mevcuttur.⁴⁷⁷ Türk İdari Yargılama Hukukunda, idare aynen tazmine mahkûm edilememektedir.⁴⁷⁸

Mevzuatımızda herhangi bir sınırlama bulunmamasına rağmen, Danıştay'ın istikrar kazanmış uygulamasına göre, zarar para ile tazmin edilmektedir.⁴⁷⁹ Danıştay'a göre, kuvvetler ayrılığı ilkesi gereğince, aynı tazminata hükmetmek veya idareye bu yönde bir girişimde bulunulmasını emretmek mümkün değildir.

Anayasa Mahkemesi, nakdi tazmin ilkesinin kabul edildiğini şöyle ifade etmektedir:

“İdare hukukunun ilkelerine göre idari işlem ve eylemler dolayısıyla kişinin uğrayacağı zararların ancak para ile tazmin edilmesi gerekli olup, uğranılan zararın aynen giderilmesi ve eski halin geri getirilmesi söz konusu değildir. İptal kararları kendiliğinden eski hali geri getirecek bir hukuki sonuç doğurmaz. Yargı mercii idareyi belli bir hal şekli uygulamaya zorlayamaz. İdare kamu hizmetlerinin gereklerini göz önüne alarak iptal kararı ışığı altında hakkaniyet esaslarına göre yeni bir karar vermek zorundadır.”⁴⁸⁰

Doktrinde bu durum tartışmalıdır. Bireylerin yargısal korunma ihtiyacının idari yargıda tam olarak karşılanabilmesi için, tazminat dışındaki bir menkulün geri verilmesi, müdahalenin men'i, muarazanın önlenmesi, ihtiyati tedbir gibi taleplerin adli yargıya gerek kalmayacak şekilde idari davalarla çözümlenebilmesi gerekmektedir.⁴⁸¹ Özellikle idarenin fiili durumunun önlenmesi ve kaldırılması gibi istemler, tam yargı davası çerçevesinde görülebilmelidir. Pozitif hukukumuzda bu istemlerin tam yargı davası çerçevesinde görülemeyeceğine ilişkin bir düzenleme yoktur. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun tam yargı davasına ilişkin maddelerini incelersek, aşağıdaki sonuçlara ulaşabiliriz:

⁴⁷⁷ Atay-Odabaşı-Gökcan, Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003), s.165

⁴⁷⁸ Gözler, K., İdare Hukuku, (6.bası, Bursa: Ekin Kitabevi, 2007), s.292

⁴⁷⁹ İbid.; Güran, op.cit., s.123-124

⁴⁸⁰ Anayasa Mahkemesi, E.1963/133, K.1966/19, 13.3.1964

⁴⁸¹ Ayanoğlu, Taner, “Yargısal Korunma İşlevi Bakımından Tam Yargı Davasının Niteliği”, 2003 Yılı İdari Yargı Sempozyumu, (Ankara: 2003), http://www.danistay.gov.tr/2-yargisal_korunma_islevi.htm, s.2

İYUK 2/1-b maddesinde, tam yargı davasının konusunu idari eylem ve işlemlerin oluşturduğu ve kişisel hakları doğrudan ihlal edilenlerin dava ehliyetine sahip olacağı belirtilmektedir. Bu ifadeden tam yargı davası ile tazminat dışı taleplerin istenemeyeceği sonucu çıkmamaktadır. Aksine davayı açabilecek bireylerin kişisel hakları ihlal edilenler olması, bizi davanın açılış sebebinin kişisel hak ihlali olacağı ve ilgili bireyin ihlal edilen hakkının yerine getirilmesini isteyeceği sonucuna götürmektedir.⁴⁸² “Hakkın yerine getirilmesi”, tazminat ile olabileceği gibi, tazminat dışındaki talepleri de içerebilir. Hatta tazminat kurumunun en önemli özelliğinin başka yollarla ortadan kaldırılamayan ihlallerin gideriminin sağlanması olduğu ve ilk değil, son çare olarak düşünülmesi gerektiği göz önüne alınırsa, tazminat dışı taleplerin öncelikle değerlendirilmesi gerektiği açıktır.⁴⁸³

İYUK 10. maddesinde, ilgililerin haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem ya da eylemin yapılması için idari mercilere başvuru hakları olduğu ve başvurunun reddi ya da zımni red durumunda dava açabilecekleri hükme bağlanmaktadır. Maddenin ifadesinde, açılacak davanın türü ya da davanın konusu açısından bir açıklık yoktur. Ancak idari başvurunun konusu, bir idari eylem yapılması ise, açılacak davanın konusu da aynı şekilde bir eylem yapılmasına yönelik olabilir.⁴⁸⁴

İYUK 13. maddesinde, idari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idare başvurarak, “haklarının yerine getirilmesini” isteyebilecekleri belirtilmiş ve bu istemin reddi durumunda tam yargı davası açabilecekleri hükme bağlanmıştır. İdareye başvurunun konusu “hakkın yerine getirilmesi” olarak nitelendirildiğine göre, davanın konusu da doğal olarak, aynı talebi içerecektir.⁴⁸⁵ “Hakkın yerine getirilmesi” ifadesi, biraz evvel belirtildiği gibi, idarenin eylemiyle yol açtığı zararın tazminat yoluyla

⁴⁸² İbid., s.2

⁴⁸³ İbid., s.1

⁴⁸⁴ İbid., s.3

⁴⁸⁵ İbid.

giderilmesini içerebileceği gibi, tazminat dışındaki diğer talepleri içerecek kadar da geniştir.

İdari yargı kararlarının sonuçlarına ilişkin İYUK 28/2 maddesinde ise, tam yargı kararlarından “belli bir miktarı içerenler” in genel hükümler çerçevesinde yerine getirileceği belirtilmektedir. Bu ifade, belli bir miktar içermeyen tam yargı kararlarının da olabileceğine işaret etmektedir.⁴⁸⁶ Candan, bu ifadenin özellikle iptal davaları ile açılan tam yargı davalarında, zararın tam olarak bilinmediği ya da hesaplanamadığı durumlarda, yargıcın bu hesaplamaı idareye bıraktığı durumları kastettiğini belirtmektedir.⁴⁸⁷ Ancak belli bir miktar içermeyen tam yargı kararları, bir eylemin ifasını ya da fiili bir durumun önlenmesi gibi kararları da rahatlıkla içerebilir.

Kanımızca, tam yargı davasının geniş yorumunu benimsediğimizde, pozitif hukukumuzda, tam yargı davası çerçevesinde tazminat dışı taleplerin de değerlendirilmesine engel teşkil edecek bir ifade bulunmamaktadır. Bu konuyu açıklığa kavuşturduktan sonra, yargısal emir kurumunun tam yargı davası çerçevesinde uygulanması üzerinde durabiliriz.

Yukarıdaki açıklamaları gözönüne alırsak, idari yargıç verdiği tam yargı kararında, hakkın yerine getirilmesine yönelik bir edimin yapılmasını ya da fiili bir durumun önlenmesini emredebilecektir. Yargısal emir kurumunun tipik bir uygulaması olan bu tür bir karar, idari yargıcın idarenin yerine geçerek, idari işlem ya da eylem niteliğinde bir karar almasına neden olmamaktadır. İdarenin tazminata hükmetmesi nasıl yargısal bir buyruk niteliği taşıyorsa, bir edimin yapılmasının emredilmesi de aynı derecede bir buyruk içermektedir.⁴⁸⁸ İdari yargıcın tam yargı davası kapsamında vereceği yargısal emir, ilgilinin hakkının ihlal edilmesi sonucunu doğuran idari uyuşmazlığı etkin bir şekilde çözümlmek amacıyla, ihlal edilen hakkın yerine getirilmesini sağlayacak olan edimin ifasını emretmekten ibarettir.

⁴⁸⁶ İbid.

⁴⁸⁷ Candan, op.cit., s.670

⁴⁸⁸ Ayanoglu, op.cit.

Yargısal emir kurumunun bu şekilde hukukumuzda uygulanmasına teorik ya da pratik hiçbir engel bulunmamaktadır. İdari yargı mercileri, içtihat yoluyla yargısal emir kurumunun Türkiye’de uygulanması ve geliştirilmesini sağlamakta özgürdür. Tam yargı davalarının konusunu oluşturacak taleplerin yegâne sınırı, idari yargıcın yetkisinin sınırıdır. Erkut göre, idari işlemin yerinde olmadığı ya da idari işlem tesisi niteliğindeki talepler dışındaki tüm yargısal taleplerin, idari yargıç tarafından dinlenebilir nitelikte kabul edilmesi gerekir.⁴⁸⁹ Bunun dışındaki sınırlamalar, Danıştay’ın idarenin yargı kararı ile işlem yapmaya zorlanamayacağı içtihadında görüldüğü gibi, idari yargıcın kendi yetkisini kendisinin sınırlamasıdır.⁴⁹⁰

Anayasa Mahkemesinin yargı kararlarının yerine getirilmesi zorunluluğunu ifade eden Anayasa’nın 138. madde hükmü konusundaki yorumu, bu konuda bize ışık tutabilir:

“Anayasa’nın 138. maddedeki kuralının hâkimin hükmünü verebilmesi için ne gibi önlemler almak gerekli ise, bunların tümünü içerdği açıktır. Çünkü yargı denetimi yalnızca bir uyuşmazlığı çözümlemekle kalmayıp, bir hakkın saptanması neyi gerektiriyorsa, bunları da kapsayan bir çalışmadır.”⁴⁹¹

4.3. Kanunda Açıkça Düzenlenmesi

Son olarak, idari yargı alanında yargısal emir kurumuna duyulan ihtiyaç karşısında bir kanun değişikliği yapılması düşünülebilir. İdari Yargılama Usulü Kanunumuzun 2. maddesinde dava türleri açıklanırken, yargısal emir yeni bir dava türü olarak eklenebilir. İngiltere’de yargısal emir kurumunun kullanılış biçiminden esinlenilerek, aşağıdaki şık bir öneri olarak getirilebilir:

⁴⁸⁹ Erkut, C., “İdari Yargıya Başvuru Haklarının Sınırı ve ‘İdari Dava’ ların Kapsamı”, 2000 yılı İdari Yargı Sempozyumu, (Ankara, 11-12 Mayıs 2000), s.91

⁴⁹⁰ Ibid., s.93

⁴⁹¹ Anayasa Mahkemesi, E:1990/40, K:1991/33, T.01.10.1991

“d) Bir hukuki düzenleme ya da yargı kararının gereklerinin yerine getirilmesinin sağlanması ya da hukuka aykırı idari işlem ya da eylem yapılmasının önlenmesi amacıyla haklı menfaatleri bulunanlar tarafından açılacak yargısal emir davaları”

Bu şekilde ihdas edilecek yeni bir dava türü ile biraz evvel açıklanan iptal davası ile tam yargı davasının tamamlayıcı unsuru olarak yargısal emir uygulama sahası bulabilecektir. Ancak bu fonksiyonun ötesinde de bazı uygulama alanları bulabilir. Örneğin, kendisi hakkında hukuka aykırı bir işlem yapılacağını haber alan ilgili, daha bu idari işlem yapılmadan da açacağı bir yargısal emir davası ile önleyici bir yargısal emir kararı alabilecektir. Ancak burada hemen belirtmek gerekir ki, bir yargısal emir davasının bu önleyici fonksiyonu, günümüzde pek uygulama alanı bulamayacaktır. İlgililerin idari karar alma süreçlerine katılımlarının sağlandığı bir idari sistemde daha çok kullanılabilecektir.

Yargısal emir, İngiltere’deki tam yargısal emir örneğinde olduğu gibi, geçici bir tedbir kararını içerecek şekilde, idari yargı hâkimine tanınacak özel bir yetki olarak da bir kanun maddesinde yer alabilir. Yürütmenin durdurulması kararlarının alınabilmesinde öngörülen ağır şartlar göz önüne alınırsa, adli yargıda alınabilecek tedbir müesseselerine benzer şekilde yapılabilecek bir düzenleme, idari yargıda varolan önemli bir soruna da çözüm teşkil edebilir.

SONUÇ

İngiliz Hukuku adli idare sistemini uyguladığı için, adli yargının bazı dava türlerini ve tedbir müesseselerini idari yargıya rahatlıkla taşıyabilmiştir. İngiliz yargıcının idari uyuşmazlıklar karşısında yargısal emir verme, tespit ve çeşitli ihtiyati tedbir kararları alma yetkisi vardır. Yukarıda anlatılan denetim araçlarının yetersizliği ve tedbir müessesesinin adli yargıdaki kadar etkin olmaması, bunun yanında idarenin idari yargı kararlarını uygulamama eğilimi, idari yargıda reform ihtiyacını gündeme getirmektedir. Son yıllarda Yasa koyucunun İdari uyuşmazlıkları adli yargının görev alanı içerisine aktarma eğilimi de bu ihtiyacın başka bir yansıması olarak dile getirilebilir. Burada yargısal emir kurumu idari yargının etkinliğini arttırma çabası içinde çözüm yollarından birisi olarak ileri sürülmektedir.

Yargısal Emire hukukumuzda neden ihtiyaç olduğu ortaya konduktan sonra, hukukumuzda idari yargı alanında yargısal emirin uygulanmasına yasal bir engel olup olmadığı tartışılmaktadır. Burada özellikle yargısal emirin Anayasamızın temel esaslarından olan Kuvvetler Ayrılığı ilkesine aykırılık teşkil etmediği, idarenin takdir yetkisini kaldırarak şekilde bir yargı kararı verilmesine yol açmadığı açıklanmaktadır. Yargısal emir kurumunun amacı yerindelik denetimi yapmak değil, idarenin iptal edilen karar yerine vereceği kararı hukuka uygunluk sınırları içerisinde tutmak ve idareye yol göstermektir. Yukarıda incelediğimiz gibi, İngiliz örneğinde yargıç, yargısal emir kararı verirken idarenin takdir yetkisi olup olmadığını denetlemekle yükümlü olup, takdir yetkisinin varlığını tespit ettiği takdirde yargısal emir kararı verememektedir. Bu şekilde yargısal emir Anayasamıza aykırı bir yön taşımamaktadır ve hukukumuzda yargısal emirin uygulanmasına engel bir sebep yoktur.

Türkiye’de yargısal emir yasağının varlığı konusundaki görüşlerin irdelenmesinin ardından, idari yargı mercilerinin tutumu üzerinde durmakta fayda vardır. Ne yazık ki, Türkiye’de idari yargı mercilerinin bu konudaki yetkilerini kısıtlama yönünde bir

eğilimleri mevcuttur. Özellikle idarenin yargı kararıyla işlem yapmaya zorlanamayacağı şeklinde bazı kararlarla Danıştay bu eğilimini açıkça göstermektedir. Ancak bu konuda cesaret verici bazı kararlar da mevcuttur.

Bu çalışma, hem teorik anlamda hem de uygulamada önem arz eden yargısal emir kurumunun, kökeni olan İngiliz hukukundaki görünümü incelenerek, Türk idare hukukunda uygulanıp uygulanamayacağının değerlendirilmesi ile bir sonuca ulaşmayı amaçlamıştır. Sonuç olarak, özellikle Türk Hukukunda mahkeme kararlarının idare tarafından ne derece uygulandığı göz önünde tutulursa, bu reformun hukukumuza getirebileceği faydalar küçümsenemeyecek görülmektedir. Bu kurum, idari yargıcın verdiği kararın niteliğine göre, özellikle yargı kararlarını uygulamama eğiliminde olan idareyi yargı kararını nasıl uygulayacağı konusunda bağlayarak, yargı kararının uygulanmasının etkinliğini arttıracaktır.

KAYNAKÇA

Altay, E. **İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Uyuşmazlıklar**. Ankara: Turhan Kitabevi. 2004

Aslan, Z. **İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması**, İstanbul. 1994

Zehreddin, A. **İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması**. 2. Basım. İstanbul: Alfa Basım Yayım. 2001

Atay-Odabaşı-Gökcan, **Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları**. Ankara: Seçkin Yayıncılık. 2003

Ayanoğlu, T. “Yargısal Korunma İşlevi Bakımından Tam Yargı Davasının Niteliği”, **2003 Yılı İdari Yargı Sempozyumu**. Ankara. 2003

Bal, Yakup, Mustafa Karabulut ve Yahya Şahin. **İdari Yargılama Usulü ile İlgili Danıştay 10. Dairesinin Seçilmiş Kararları**. Seçkin Yayınları. Ankara. 2003.

Bereket, Z. **Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay**. Ankara: Yetkin Yayıncılık. 1996

Bingham, Thomas. “Should Public Law Remedies Be Discretionary?”, **Public Law**. 1991.

Bogdanor, Vernon. “Our New Constitution”. **Law Quarterly Review**. Vol:120. April 2004.

Campbell, J. “*The Substitutionary Remedy under CPR 59.19(3) – A Response*”, **Judicial Review**, 2002

Candan, T.. “Vergi Uyuşmazlıkları ve İdari Davalar”. **Danıştay Dergisi**. S:54-55.

Candan, T. “İdari Yargı Kararlarının Uygulanması”. **İdari Yargı Panel**. Mersin. 11-12 Nisan 2003.

Cane, Peter. **Administrative Law**. 4th ed.. Oxford: Oxford University Press. 2004.

Cane, Peter. **An Introduction to Administrative Law**. 3 ed.. Clarendon Press. Oxford. 1996.

Carrol, A. **Constitutional and Administrative Law**. 2003.

Craig, P. **Administrative Law**. London: Sweet & Maxwell. 1999.

Craig, P. **Administrative Law**. 5th ed.. London: Sweet & Maxwell. 2003.

- Çağlayan, R. **İdarî Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulaması**. Ankara:Yetkin Kitabevi. 2000
- Çolak, Nusret İlker. **Avrupa Birliği Uyum Sürecinde İdari Reformlar-İngiltere ve Türkiye**. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005
- Davis, F. “Common Law”. **AÜHFD**. C:XV:1-4. 1958.
- Derdiman, R. C. **İdari Yargının Genel Esasları**. İstanbul: Aktüel Yayınları. 2004
- De Smith, S.A. “Wrongs and Remedies in Administrative Law”. **Modern Law Review**. Vol: 15. 1952.
- De Smith, W. & Jowel, J. **Judicial Review of Administrative Action**. 5th ed. London:Sweet&Maxwell. 1995
- Duran, L. “Yargıtay’ın Kamu Hukukuna Değın Son Kararları Üzerine Mülâhazalar”. **Amme İdaresi Dergisi**. C:18. S:1.
- Duran, L. “İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararıyla Vergi Davalarının Çözümü”. **Amme İdaresi Dergisi**. C:21. S:1.
- Dworkin, Ronald. **Law’s Empire**. Cambridge, Mass.: Belknap Press. 1986.
- Emery, Carl. **Administrative Law: Legal Challenges to Official Action**. London: Sweet & Maxwell. 1999.
- Erkut, C. ve S. Soybay. **Anayasa ve İdari Yargılama Hukukuna İlişkin Kanunlar**. 5.Bası. Beta: İstanbul. 2001.
- Erkut, C. “İdari Yargıya Başvuru Haklarının Sınırı ve ‘İdari Dava’ ların Kapsamı”, 2000 yılı İdari Yargı Sempozyumu, Ankara, 11-12 Mayıs 2000.
- Erkut, C. **Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı**. İstanbul. 2004
- Eroğul, Cem Eroğul. **Çağdaş Devlet Düzenleri**. Ankara: İmaj Yayıncılık. 1996.
- Ewing, K. “Social Rights and Constitutional Law”. **Public Law**. 1999.
- Feldman, D. **English Public Law**. Oxford University Press. Oxford. 2004.
- Fordham, M. “Judicial review: the new rules”. **Public Law**. 2001.
- Fordham, M. “The New Procedure: How is it Working?”. **Sweet & Maxwell Conference Paper**. 2001.
- Feldman, D. **English Public Law**. Oxford University Press. Oxford. 2004.
- Foulkes, D. **Administrative Law**. 8th ed. 1995.
- Giddens, A. **The Third Way. The Renewal of Social Democracy**. Oxford: Polity Press. 1998.
- Gözler, K. **İdare Hukuku**. 6.bası, Bursa: Ekin Kitabevi. 2007

- Gözübüyük, A.Şeref. **Yönetmelik Yargı**. Ankara: Turhan Kitabevi. 1996.
- Gözübüyük, A.Şeref ve Güven Dinçer. **İdari Yargılama Usulü**. 2. Bası. Ankara:Turhan Kitabevi. 2001.
- Gözübüyük, A.Şeref ve Turgut Tan. **İdare Hukuku Genel Esaslar**. Cilt 1. 2. Bası. Ankara: Turhan Kitabevi. 2001.
- Gözübüyük, A.Şeref ve Turgut Tan. **İdare Hukuku-İdari Yargılama Hukuku**. Cilt 2. Ankara: Turhan Kitabevi. 1999.
- Günday, M. “1982 Anayasasına göre İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları”, **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap, İdari Yargı**, 1-4 Mayıs 1990, Ankara.
- Günday, M. **İdare Hukuku**. Ankara: İmaj Yayıncılık. 2004.
- Güran, S. “Anayasanın Kuvvetler Ayrılığı İlkesine ve Yönetim Yargı İlişkilerine Bakış Açısında Değişiklik”, **Anayasa Yargısı** 11. Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları. 1995
- Hartley, T.C. **The Foundations of European Community Law**. 5th ed. Oxford: Oxford University Press. 2003.
- Hazell, Robert. “Reinventing the Constitution: Can the State Survive?”. **Public Law**. Spring 1999.
- “Hill, Michael. **The State. Administration and the Individual**.London: Fontana. 1976” Carol Harlow ve Richard Rawlings. **Law and Administration**. London: Weidenfeld & Nicolson. 1984. s.8’deki alıntıdan
- Holdsworth, W.S. “The History of Remedies Against the Crown”. **Law Quarterly Review**. Vol:38. July 1922.
- “**İdari Yargı**” Panel, 11-12 Nisan 2003. Mersin: Şen Matbaa.
- İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu**, 10-11-12 Haziran 1982. Ankara:Yarı Açık Cezaevi Matbaası. 1983
- Ingman, T. **The English Legal Process**. 10th ed.. Oxford: Oxford University Press. 2004.
- Jackson, Paul, Patricia Leopold, Owen Hood Phillips. **Constitutional and Administrative Law**. 8 ed.. Sweet & Maxwell. London. 2001.
- Kalabalık, H. **İdari Yargılama Hukuku**. Değişim Yayınları. 2003.
- Kaplan, G. **İdari Yargıda Dava Açma Süreleri**. Ankara: Turhan Kitabevi. 2007
- Karavelioğlu, C. **İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Cilt 2. 6. Bası. Ankara: Karavelioğlu Basın Yayın. 2006

- Kılınç, B. **Anayasa ve İdare Hukukunda Yürütmenin Durdurulması**. Ankara: Adil Yayınevi.1998.
- King, E.ve J. Hawley. “İngiliz Common Law’unun Gelişmesi”. **AÜHFD**. C:XV. 1958.
- Kurt, Süleyman. “Britanya İdari Yargı Yerleri Tribunal Sistem ve Yargısal Denetim”. **Danıştay Dergisi**. No:107.
- Laws, John. “Judicial Remedies and the Constitution”. **Modern Law Review**. Vol:57. 1994.
- Le Sueur, A. P. “Justifying Judicial Caution: Jurisdiction, Justiciability and Policy”. **Judicial Review–A Thematic Approach**. Eds. Brigid Hadfield. Dublin: Gill and Macmillan. 1995.
- Lewis, Clive. **Judicial Remedies in Public Law**. London: Sweet & Maxwell. 2000.
- Lewis, Clive. **Judicial Remedies in Public Law**. 3rd ed. London: Sweet & Maxwell. 2004.
- Leyland, Peter ve Gordon Anthony. **Textbook on Administrative Law**. Oxford: Oxford University Press. 2005.
- Leyland, Peter ve Terry Woods. **Textbook on Administrative Law**. 4th ed.. Oxford: Oxford University Press 2002.
- Loughlin, M. **Public Law and Political Theory**. Oxford: Clarendon Press. 1992.
- Loughlin, M. “The Demise of Local Government”. **The British Constitution in the Twentieth Century**. ed. Vernon Bogdanor. Oxford: Oxford University Press. 2005.
- Mumcu, Uğur “İngiliz Hukukunda Ultra Vires Kavramı”. **AÜHFD**. C:XXVII. S:3-4. 1970
- Onar, S. S. **İdare Hukukunun Umumi Esasları**. Cilt III. 3. Bası. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası. 1966.
- Örücü, E.. “İngiltere’de İdarenin Sorumluluğu”. **Onar Armağanı**. İstanbul: İÜHF Yayını.
- Özbudun, E. **Türk Anayasa Hukuku**. Ankara. 1993.
- Özdeş, O. “İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması ve Niteliği”. **Danıştay Dergisi**, Yıl:9, S.:32-33
- Özeren, A.Ş.- Bayhan, T. **İdari yargı kararlarının uygulanması**. Ankara. 1992
- Parpworth, N. **Constitutional and Administrative Law**. 2nd ed.. London: Butterworths. 2002.
- Plucknett, T. **A Concise History of the Common Law**. New Jersey: The Lawbook Exchange Union. 2001.
- Proops, A. “The Substitutionary Remedy under CPR 59.19(3)”, **Judicial Review**, 2001.
- Prosser, T. “Towards a Critical Public Law”. **Journal of Law and Society**. Vol:9. No:1. Summer 1982.

- Sarıca, R. **İdarî kaza**, İstanbul:İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Talebe Cemiyeti.1942
- Sarıca, R. **Danıştay Kararları ve Yürütmenin Durdurulması**. Ankara: Türk Hukuk Kurumu Yayınları. 1966
- Sharland, J. **A Practical Approach to Local Government Law**. 2nd ed. Oxford : Oxford University Pres. 2006.
- Tuncay, A. H. **İdare Hukuku ve İdari Yargının Bazı Sorunları**. Ankara:Danıştay Başkanlığı. 1972
- Uler, Y. **İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları**. Ankara:Sevinç Matbaası. 1970
- Wade, W. & Forsyth. **Administrative Law**. 7th ed. Oxford:Clarendon Press. 1994
- Wallington, P.& Lee, R.G., **Blackstone's Statutes on Public Law**. 4th ed. London: Blackstone Press Ltd.1994
- Woolf, H. Jowell, J. ve Le Sueur, A.P. **Principles of Judicial Review**. London: Sweet & Maxwell. 1999.
- Yaşar, N. **İdari Yargı Kararlarının Etkinleştirilmesi Arayışında İdari Yargı, İdari Yargıç ve Yargısal Emir**. İstanbul: Filiz Kitabevi. 2002
- Yet, O. “Yargı Kararlarının Uygulanması”. **İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu**. 17-18 Ocak 1998. Ankara
- Yıldırım, T. “Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu”, **İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü, Sempozyum**. Ankara. 2003
- Yıldırım, T. **İdari Yargı Notları**. Teknik Yayıncılık. 2004.
- Yıldırım, Turan. “İdari Uyuşmazlıkların Adli Yargıda Çözümlemesi”. **II. Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu**. 26.03.2004. Ayrı Bası.

RAPORLAR

- Bowman, Jeffrey. “Review of the Crown Office List”. (March 2000)
- Donoughmore, Earl of. “Report on the Committee on Ministers’ Powers” (Cmd 4060, London: HMSO)
- Franks, O. “Report of the Committee on Administrative Tribunals and Enquiries”, (Cmnd: 218, London: HMSO, 1957)
- Leggatt, Sir Andrew. “Tribunals for Users, One System, One Service”. (March 2001)

Lord Chancellor's Department Consultation Paper. The Administrative Court: Proposed Changes to Primary Legislation Following Sir Jeffrey Bowman's Review of the Crown Office List. 2001

TÜRK MAHKEME KARARLARI

Anayasa Mahkemesi, E.1963/133, K.1966/19, 13.3.1964

Anayasa Mahkemesi, E:1990/40, K:1991/33, T.01.10.1991

Anayasa Mahkemesi, E:995/27, K:995/47, T.21.9.1995

Danıştay 1.D 14.6.1991. E:203, K:551

Danıştay 5. D. 3.2.1988. E.87/2333. K.88/408

Danıştay 5. D., E:1997/1422, K:1997/2952, T.10.12.1997

Danıştay 5. D., E:1997/2899, K:1999/1526, T.17.05.1999

Danıştay 6.D. 20.11.1946. E.169, K.474

Danıştay 6.D. 22.6.1985. E.989/1352. K.987/656

Danıştay 7.D. 31.12.1991. E.988/1903. K.991/3621

Danıştay 10.D. E.1995/397. K.1997/1911

Danıştay 10.D., E:2002/4061, K:2004/5219, T.28.05.2004

Danıştay DK. 9.12.1966. E:492, K:1598

Danıştay DDGK, E:60/57, K:65/582, T.25.06.1965

DDDGK 14.4.1978 E.1975/383, K.1978/286

Danıştay. Vergi DDGK. 14.11.1986. E.986/16. K.986/18

Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararı, E:965/21, K:966/7, T.09.02.1966

Uyuşmazlık Mahkemesi. 21.10.1985. E.985/14-K.985/26. RG. 17.3.1986. sayı:19050. s.23

İNGİLİZ MAHKEME KARARLARI

Att.-Gen. Of Hong Kong v. Ng Yuen Shiu [1983] 2 A.C. 629

IRC v. National Federation of Self-Employed and Small Businesses Ltd. [1982] AC 617

Estates and Trust Agencies 1927 Ltd. v. Singapore Improvement Trust [1937] A.C. 898

Lee v. Enfield London Borough Council 1967 11 S.J. 772

M v Home Office [1993] 3 WLR 433

M v. Home Office [1993] 3 All ER 537. HL

Meade v Haringey London Borough Council [1979] 1 WLR 637

Meade v. Haringey London Borough Council [1079] 1 W.L.R. 627

Meade v. Harringey London Borough Council [1979] 1 WLR 637

O'Reilly v Mackman [1983] 2 AC 237

R v IRC. ex p National Federation of Self-Employed and Small Businesses Ltd [1982] AC 617

R v Legislative Committee of Church Assembly. ex parte Haynes-Smith. [1928] 1 KB 411

R v. Chief Constable of the Thames Valley Police Forces. ex.p Cotton [1990] I.R.L.R 344

R v. Cornwall County Council. ex.p Huntington [1994] 1 All ER 694

R v. Secretary of State for the Environment. ex. P Doncaster Borough Council [1990] COD 441

R v. Wiltshire County Council ex. p Lizard Brothers and Co.Ltd.. The Times. 13 January 1998

R. N v M [2003] A.C.D. 17

R. Wilkinson v. Broadmoore Special Health Authority [2002] 1 W.L.R 419

R. v Secretary of State for Transport. ex p. Factortame No.2 [1991] 1 AC 603

R. v. Dudley Justices. ex. p. Gillard [1986] A.C. 442

R. v. Greater London Council. ex. p. Blackburn [1976] 1 W.L.R. 550

R. v. Hatfield Justices. ex. p. Castle [1981] 1 W.L.R. 217

R. v. Horseferry Road Justices. ex. p. Independent Broadcasting Authority [1987] Q.B. 54

R. v. Inner London Education Authority. ex p. Ali [1990] C.O.D. 317

R. v. Kensington and Chelsea Royal London Borough Council. ex p. Hammel [1989] Q.B. 518

R. v. Kent Police Authority. ex. p. Godden [1971] 2 Q.B. 662

R. v. Kent Police Authority. ex.p. Godden [1971] 2 Q.B.662

R. v. Liverpool Corp.. ex. p. Liverpool Taxi Fleet Operators' Association [1972] 2 Q.B. 299

R. v. Liverpool Corp.. ex. p. Liverpool Taxi Fleet Operators' Association [1972] 2 Q.B. 299

- R. v. London Borough of Hammersmith and Fulham ex.p Burkett [2002] 1 W.L.R 1593
- R. v. London Borough of Redbridge ex.p G [1991] C.O.D 398
- R. v. North. ex. p. Oakey [1927] 1 K.B. 491
- R. v. Secretary of State for the Environment. ex p. Manchester City Council 1987 85 L.G.R. 832
- R. v. Tottenham and District Rent Tribunal.ex. p. Northfield Highgate Ltd [1957] 1 Q.B.103
- R.v. Dairy Produce Quotas Tribunal. ex.p. Caswell [1990] 2 A.C. 738
- R.v. Home Secretary. ex.p. Swati. All ER [1986] 1 A.C. 717
- R.v. Independent Television Commission. ex.p. TVNI. The Times. 30.12.1991
- R.v. Liverpool City Council. ex.p. Coade. The Times. October 10. 1986
- R.v. secretary of State for Social Services ex p. Child Poverty Action Group [1989] 1 All E.R. 1047
- R.v. Secretary of State for Transport ex.p. Factortame Ltd. No.2 [1991] 1 A.C. 603
- R.v. Secretary of State for Transport ex.p. Factortame Ltd. [1990] 2 A.C. 85
- R.v.Secretary of State for the Home Department. ex p. Phansopkar [1976] Q.B. 606
- Stephen & Co. V. The Post Office [1977] 1 W.L.R. 1172
- Worthington v. Jeffries [1875] L.R. 10 C.P. 379.382