

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

YÜKSEK LİSANS TEZİ

İNGİLTERE’DE İDARENİN TARAF OLDUĞU
DAVALARDA VERİLEN YARGISAL EMİR
İÇEREN MAHKEME KARARLARININ TABİ
OLDUĞU USUL VE ESASLAR

Ali Şükrü KARSLIOĞLU

2501170512

TEZ DANIŞMANI

Prof. Dr. Aydın GÜLAN

İSTANBUL – 2021

ÖZ

İngiltere’de İdarenin Taraf Olduğu Davalarda Verilen Yargısal Emir İçeren Mahkeme Kararlarının Tabi Olduğu Usul ve Esaslar

Ali Şükrü KARSLIOĞLU

İngiltere’de idarenin yargı tarafından denetimi yargısal denetim adı verilen özel bir dava usulüyle yapılmaktadır. Yakın geçmişte İngiltere’nin idari yargılama alanında tecrübe etmiş olduğu reformlar İngiltere’yi idari rejimin benimsendiği hukuk sistemlerine oldukça yaklaştırmıştır. Günümüzde İngiltere’de idari uyuşmazlıkları çözümlemekle görevli bir ihtisas mahkemesi bulunmaktadır ve bu mahkeme yargısal denetim davalarında özel hukuktan usul ve esas bakımından farklı hukuk kurallarını uygulamaktadır.

Yargısal denetim başvurusu davacılar için son çaredir. Dava açmadan önce davacıların, uyuşmazlığı çözümlenmekte etkili alternatif başvuru yollarını tüketmeleri gerekmektedir. Yargısal denetim başvurusu öncesinde tüketilmesi gerekli başvuru yolları da esas itibarıyla idari başvuru ve tribunal başvurusu yoludur. İngiliz yargılama sisteminde tribunaller devlet ve birey arasında çıkan uyuşmazlıkların büyük kısmını çözmeleri bakımından önem arz ederler. Yakın geçmişte mevzuatta yapılan değişikliklerle tribunallerin yapısı yeniden kurgulanmış ve mahkeme benzeri hal almışlardır.

Yargısal denetim incelemesi yapılabilmesi için öncelikle mahkemeden izin alınması gerekmektedir. İzin incelemesinde mahkeme, davanın konusunun yargısal denetim incelemesine uygunluğunu, dava ehliyeti, süre ve etkili başvuru yollarının tüketilmiş olup olmadığı incelenmektedir. Bu itibarla yargısal denetim izin incelemesi idari yargılama hukukumuzda dilekçeler üzerine yapılan ilk incelemeye benzerlik göstermektedir. İngiltere’de farklı olan bir husus izin incelemesi aşamasında şekli hususların yanında davacının iddialarının kuvvetinin de değerlendirmeye alınması ve kuvvetli görülmeyen iddiaların esas aşamasında savunulmasına izin verilmemesidir.

Esas incelemesi aşamasında dava konusu idari işlemin hukuka uygunluk denetimi yapılır. Ancak haklılığını ispat etmiş davacı lehine talep ettiği karara hükmedilmesi kural olsa da İngiltere’de Yüksek Mahkeme (*High Court*), işlemin hukuka aykırı olduğunu kabul etmekle beraber davacının talep ettiği kararı vermeyi reddedebilir. Bu kapsamda mahkeme davacının tutumu, başvurunun geç yapılmış olmasını, talep edilen kararın idareye ve üçüncü kişilere etkisini değerlendirmektedir. Eğer mahkeme uyuşmazlığın çözümüne uygun olduğuna kanaat getiriyorsa davacı lehine iptal, yasaklama, zorlama, injunction veya tespit kararlarına hükmedebilir.

Adı geçen karar türlerinin tümü yargısal emir içermemektedir. Yasaklama, zorlama ve injunction kararları; iptal ve tespit kararlarından farklı olarak idareye olumlu veya olumsuz bir davranış yükümlülüğü yükleyebilir. Yasaklama kararı, tesis edilmesi durumunda hukuka aykırı olacak bir işlemin yapılmasını yasaklama; zorlama kararı, idareyi kamusal görevlerin yerine getirilmesine veya takdir yetkisini hukuka uygun olarak kullanmaya zorlama amacına hizmet eder. Injunction kararı ise özel hukuk kökenli bir karar türüdür ve kamu hukuku alanına sonradan dahil olmuştur. Hem zorlayıcı hem de yasaklayıcı form alabilir ve zorlama ve yasaklama kararlarıyla aynı amaca hizmet eder. Injunction kararının adı geçen kararlardan en önemli farkı ara karar olarak talep edilebilmesidir.

Anahtar Kelimeler: Yargısal emir, Yargısal denetim, Zorlama kararı, Yasaklama kararı, Injunction kararı

ABSTRACT

Procedure and Substance of Remedies Involving a Judicial Order Awarded Against Public Bodies in England

Ali Şükrü Karshoğlu

In England, Courts review the legality of administrative actions through specialized process known as the judicial review proceedings. Through the reforms experienced in the recent past, England came to resemble the Continental European legal systems in the sense it now has a specialized branch for the settlement of administrative disputes. Judicial review is a specialized procedure differing from ordinary proceedings and administration is subject to a different body of substantive rules that can be classified as administrative law.

Judicial review is a remedy of last resort. Before applying for judicial review, claimants must exhaust other alternative remedies. In this sense administrative complaints and application to tribunals are deemed effective alternative remedies. Tribunals have great importance as they resolve the majority of the disputes arising between the state and the citizens. Through the reforms made in the recent past tribunals are restructured and became court-like institutions.

Judicial Review is preconditioned to the permission of the court. In the permission stage, the court considers justiciability of the matter in judicial review proceedings, standing, delay and whether effective alternative remedies are exhausted. In this sense, permission stage is similar to the first examination upon receipt of petition in Turkish administrative law. However, contrary to the Turkish law, in the permission stage merits of the claim is also evaluated along with procedural requirements. Meritless claims are not allowed to be argued before the court in the substantive stage.

In the substantive stage, the court judges the legality of administrative acts and omissions. While in principle a claimant having successfully argued their case should

be entitled to the order they are seeking. However, in judicial review proceedings, the court has discretion on the matter. The court can agree with the claimant but still refuse to award the order requested by the claimant. In the exercise of its discretion upon the matter, the court considers the conduct of the claimant, delay, effect of the decision on the administration and third parties. Having ascertained that the order requested is just and convenient for the settlement of the dispute, the court can award a quashing order, a prohibiting order, a mandatory order, an injunction or a declaration.

Not all the aforementioned orders compel the administration to act in certain way. Contrary to the quashing orders and declarations; prohibiting orders, mandatory orders and injunctions force the administration to either act or refrain from acting in the specified manner. As the name suggests a prohibiting order prohibits the administration from taking an action that will be unlawful. A mandatory order compels the administration to fulfill its duties and exercise discretion in a lawful way. Injunction is a private law remedy and has entered the sphere of public law in a relevantly later stage. It can take either mandatory or prohibitory form and serves the same purpose as the mandatory and prohibiting orders. However, an injunction can be awarded as an interim remedy while prohibiting and mandatory orders are only available as a final remedy.

Keywords: Judicial review, court order, prohibiting order, mandatory order, injunction

ÖNSÖZ

Bu çalışmada ülkemize yabancı bir yargılama müessesesi olan yargısal emrin içerisinde doğup geliştiği hukuk sistemindeki uygulanışı incelenmeye çalışılmıştır. Ancak bir yargılama müessesesini sistemin bütününden bağımsız olarak incelemek ve değerlendirmek isabetsiz olacaktır. Bu sebeple yargısal emirler çalışılırken İngiltere idare hukuku ve anayasa hukukunun da çalışılması gerekmiştir. Bu denli geniş kapsamlı bir alanı yüksek lisans tez çalışmasına ayrılan süre içerisinde anlamış ve hatalardan ari şekilde aktarmış olma iddiası gerçekçi olmayacaktır.

Çalışmanın konusunun periferindeki alanları da incelemeyi gerektirmesi yanında yabancı bir hukuk sistemine ait olması itibariyle birincil kaynaklara erişim ayrı bir zorluk teşkil etmiştir. Bu zorluk da kıymetli hocam ve danışmanım Prof.Dr.Aydın GÜLAN'ın tez çalışmalarımı Londra'da sürdürmeme imkan sağlaması suretiyle aşılmıştır. Bu vesileyle Hocama tez yazımının da dahil olduğu kısa akademik hayatımda bana sağladığı imkanlar ve yaptığı katkılar için şükranlarımı arz ederim.

Tez konusunun belirlenmesinden yazımının bitirilmesine kadar ikinci bir tez danışmanı gibi bana kıymetli zamanını ayıran ve fikirlerini paylaşan değerli hocam Prof.Dr.Melikşah YASİN'e teşekkürü borç bilirim.

Son olarak tüm eğitim hayatım boyunca maddi ve manevi desteklerini eksik etmeyen sevgili aileme en içten şükranlarımı sunarım.

ALİ ŞÜKRÜ KARSLIOĞLU

İSTANBUL, 2021

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	ii
ABSTRACT.....	iv
ÖNSÖZ.....	vi
İÇİNDEKİLER	vii
KISALTMALAR LİSTESİ.....	xii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

İNGİLTERE'DE İDARENİN YARGISAL DENETİMİNİN GENEL GÖRÜNÜMÜ

I. Yargısal Denetimin Tarihinin ve Teorik Gelişiminin Özeti	6
A. Yargısal Denetimin Tarihi Gelişimi.....	6
B. Yargısal Denetim Yetkisine Dayanak Arayışı	18
1. Klasik Ultra Vires Doktrini	19
2. Müşterek Hukuk Doktrini	22
3. Uyarlanmış Ultra Vires Doktrini veya Karma Görüş.....	24
II. Yargısal Denetim Kavramı ve Özellikleri.....	25
A. Yargı Birliği İçerisinde İhtisas Mahkemesinde İdare Hukuku Kurallarının Uygulanması	26
1. İhtisas Mahkemesi Olarak İdare Mahkemesinin Görevli Olması	27
2. Yargısal Denetimde Olağan Usullerden Farklı Yargılama Usulünün Mevcut Olması	29
3. Yargısal Denetime Konu İdari Organ ve İşlemler	32
a. Organik Kıstas.....	33

b. İşlevsel Kıstas	35
4. İdareye Farklı Maddi Hukuk Kurallarının Uygulanması	39
B. Yargısal Denetimin Son Çare Olması ve İdarenin Yargısal Olmayan Denetimi	41
1. Yargısal Denetim, İstinaf (<i>Appeal</i>) ve İdari Başvuru Kavramlarının Ayırıştırılması	43
2. İdari Başvuru	45
3. Hybrid Yapı: Tribunaller	48

İKİNCİ BÖLÜM

YARGISAL EMİRLERİN TALEP EDİLME USULÜ - YARGISAL DENETİM SÜRECİ

I. Ön İnceleme: İzin Süreci	58
A. Dava Ehliyeti	61
B. Tartışılmaya Değer İddia	63
C. Dava Açma Süresi	64
D. Alternatif Hukuki Yolların Varlığı	65
II. Yargısal Denetimde İnceleme Konuları	66
A. Esasa Dair İnceleme Konuları	68
1. Yetki Sakatlığı	69
2. Hukuki ve Maddi Olguda Hata	71
3. Takdir Yetkisinin Sınırlandırılması (<i>Fettering Discretion</i>)	74
a. İdarenin Kendi Politikaları	74
b. Örtülü Devir: Bir İdari İşlemi Yapma Yetkisi Olan Makamın, İşlem İçeriğinin Belirlenmesini Başka Makam veya Kişiye Bırakması	76

c. Sözleşme veya Taahhülle Sınırlandırma	78
4. İdareyi İşlem Tesis Etmeye Sevk Eden Olguların ve Amacın Değerlendirilmesi	80
a. Değerlendirilecek Olgular (<i>Relevant and Irrelevant Considerations</i>)	80
b. Uygun Olmayan Amaç (<i>Improper Motive</i>)	83
B. Usule Dair İnceleme Konuları	85
1. Kanuni Gereklilikler	86
2. Doğal Adalet	87
a. Tarafsızlık (<i>Bias</i>)	89
b. Dinlenilme Hakkı (<i>Fair Hearing</i> veya <i>Right to be Heard</i>)	92
3. Haklı Beklentiler (<i>Legitimate Expectations</i>)	95
C. Yerindelik Denetimine Yaklaşan İnceleme Konusu: Mantıksızlık (<i>Irrationality</i>)	99
1. Makul Olmayan İşlem (<i>Wednesbury Unreasonableness</i>)	99
2. Ölçülülük (<i>Proportionality</i>)	103
III. Yargısal Denetimin Sonucu: Mahkeme Kararı	106
A. Davanın Esasında Haklı Olan Davacının Yargısal Emir Talebinin Reddedilmesini Gerektiren Durumlar	106
1. Davacının Tutumu	108
2. Gecikme (<i>Delay</i>)	110
3. Kararın İyi İdare İlkesine Etkisi	113
4. Kararın Üçüncü Kişilere Etkisi	116
5. Yeterli Menfaat (<i>Sufficient Interest</i>)	117
6. Kararın Faydasız Olması	119

B. Uyuşmazlığın Sonlandırılması	123
---------------------------------------	-----

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YARGISAL EMİR VE YARGISAL EMİR İÇEREN KARAR TÜRLERİ

I. Yargısal Emir Tanımı.....	129
II. İngiliz Hukukunda Yargısal Emir İçeren Karar Türleri.....	133
A. Yasaklama Kararı (<i>Prohibiting Order</i>).....	134
1. Yasaklama Kararı Verilebilecek Organ ve İşlemler	134
2. Kararın Konu Aldığı Hukuka Aykırılıklar	137
3. Yasaklama Kararının Talep Edilmesi Gereken Zaman.....	139
4. Şarta Bağlı Yasaklama Kararı	140
5. Yasaklama Kararının Günümüzdeki Durumu.....	142
B. Zorlama Kararı (<i>Mandatory Order</i> , eski adıyla: <i>Mandamus</i>).....	143
1. Görevin İcrasına Zorlama	145
2. Görevin Süresi İçerisinde Yerine Getirilmesi	149
3. Usûlî Yükümlülüklerin Yerine Getirilmesi.....	150
4. Takdir Yetkisinin Kullanılmasına Zorlama	151
5. Zorlama Kararının İdari Vesayet Yetkisi Kapsamında Kullanımı.....	154
6. Zorlama Kararının Günümüzdeki Durumu	155
C. Injunction	158
1. Genel olarak Injunction Kararı.....	158
2. Injunction Kararının Türleri	160
a. Ara Injunction (<i>Interim Injunction</i>) ve Yürütmenin Durdurulması (<i>Stay of Proceedings</i>) Kararının Ayırıştırılması.....	160
b. Nihai Injunction Kararı	169

(1) Yasaklayıcı Injunction.....	170
(2) Zorlayıcı Injunction.....	171
3. Injunction Kararının İdareye Karşı Yargısal Denetim Davaları Dışında Uygulaması	174
a. Kamusal Karakter İçeren Uyuşmazlıkların Yargısal Denetim Usulüyle Dava Konusu Edilmesinin İstisnası	174
b. Yetki Gaspı ve Injunction	177
c. Başsavcı Adına Dava Açılması (<i>Relator Action</i>).....	178
4. Merkezi İdareye Karşı Injunction Kararı	179
5. Injunction Kararının Uygulanması.....	180
III. Yargısal Emir Müessesesine İlişkin Değerlendirme	181
SONUÇ.....	188
KAYNAKÇA.....	193

KISALTMALAR LİSTESİ

AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Bkz.	: Bakınız
CC	: City Council
CPR	: Civil Procedure Rules
Csrs.	: Commissioners
DC	: District Council
dn.	: Dipnot
EWCA	: England and Wales Court of Appeals
EWHC	: England and Wales High Court
Ex p.	: Ex parte
JoP	: Justice(s) of Peace
LBC	: London Borough Council
m.	: Madde
Para.	: Paragraf
QBD	: Queen's Bench Division
s.	: Sayfa
SCA 1981	: Senior Courts Act 1981
TCE 2007	: Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007
UKHL	: United Kingdom House of Lords
UKSC	: United Kingdom Supreme Court

GİRİŞ

Ülkelerin kamu hukuku sistemi aynı değildir¹. Müşterek hukuk (*common law*) geleneğini takip eden Birleşik Krallık, Amerika Birleşik Devletleri ve Avusturalya Hukuku dahi birbirinden farklılık göstermektedir. Hatta Birleşik Krallığı oluşturan İngiltere, İskoçya, Galler ve Kuzey İrlanda arasındaki siyasi birlik içerisinde bile hukuk birliği mevcut değildir. İngiltere ve Galler arasında hukuk birliği olsa da özellikle kanun hükmünde kararnameler (*delegated legislation*) bakımından Galler farklı bir yetki alanı olarak değerlendirilmektedir². İngiltere ve Galler; İskoçya ve Kuzey İrlanda farklı mahkeme düzenine ve üst yargı yerlerine sahiptir ancak Birleşik Krallık Yüce Mahkemesi (*Supreme Court*), bu üç coğrafi yargı alanının birleşme noktası ve en üst yargı yeridir³. Bu çalışmada İngiltere ve Galler’de mevcut olan hukuk sistemi ele alınacak olup İngiltere veya İngiliz Hukuku her ikisini birlikte ifade etmek için kullanılacaktır.

Her ne kadar farklı hukuk sistemlerinin çalışma usulleri birbirinden farklılık arz etse de benzer sorunlarla karşılaşıldığında üretilen çözümler birbirleriyle benzerlik göstermektedir⁴.

Yürütme erkinin denetim altında tutulma kaygısı modern demokrasilerde idarenin hukuka bağlılığını denetleyecek bir mekanizmanın ortaya çıkmasına sebep olmuştur⁵. İngiltere’de idarenin hukuki denetimi, Yüksek Mahkeme (*High Court*) tarafından yargısal denetim (*judicial review*) adı verilen bir usulle yapılmaktadır. Yargısal

¹ Charles Szladits, **International Encyclopedia of Comparative Law**, Vol. 2 paras 25/57; Re Norway's Application [1990] A.C. at 802-3. Aktaran: Harry Woolf, *Droit Public – English Style*, **Public Law**, 1995, Spr, s.57.

² Stephan H. Bailey, v.d., **The Modern English Legal System**, 5.bs, London, Sweet and Maxwell, 2007, s.4.

³ Andrew Le Sueur, Murice Sunkin, Jo Eric Khushal Murkens, **Public Law Text and Materials**, 3.bs, Oxford, Oxford University Press, 2016, s.565.

⁴ Harry Woolf, “An English Perspective”, **La Revue Administrative**, 53e Année, No. 3, Numero special 3: L’élaboration du droit Le contrôle de l’administration, 2000, s.106.

⁵ Jerry L. Mashaw, *Judicial Review of Administrative Action: Reflections on Balancing Political, Managerial and Legal Accountability*, **Direito GV Law Review** 1.5 Especial 1, 2005, s.153.

denetimin kökenlerini günümüzde Yüksek Mahkemenin (*High Court*) bünyesinde bir bölüme dönüşen *King's- Queen's Bench*⁶ Mahkemesi tarafından yüzyıllar boyunca geliştirilen içtihatlarla bulmak mümkündür. Günümüzde de yargısal denetim geçmişten gelen birtakım özelliklerini korumaktadır.

Yargısal denetim, genel kavram olarak hukuki muamelelerin bir yargı organı tarafından denetlenmesi anlamını taşımaktadır. İnceleme konusu hukuki muamele idari olmak durumunda değildir. Özel hukuk kişilerinin, idarenin özel hukuk işlemlerinin, devletlerin ve hatta uluslararası organların işlemlerinin bir yargı organı tarafından denetlenmesini ifade etmek için yargısal denetim kavramı kullanılmaktadır. Dolayısıyla yargısal denetim kavramı birçok durumda teknik bir kavram olarak karşımıza çıkmamaktadır. Ancak İngiliz Hukuku bağlamına yargısal denetim (*judicial review*) iptal, zorlama, yasaklama, tespit veya injunction kararlarının Yüksek Mahkemeden (*High Court*) talep edilmesi için izlenmesi gereken usulü ifade eden teknik bir kavramdır⁷. Yargısal denetime dair usuli kuralları içeren Medeni Yargılama Kuralları⁸, yargısal denetim başvurusunu (*claim for judicial review*) kamusal fonksiyonlara dair genel düzenleyici işlem, karar, eylem veya eylemsizliğin hukuka uygunluk denetiminin yapılmasına dair bir talep olarak tanımlamaktadır⁹. Dolayısıyla İngiliz Hukuku kapsamında yargısal denetim, idari işlemlerin Yüksek Mahkeme (*High Court*) tarafından incelenmesini temin etmek için takip edilmesi gereken dava usulünü ifade eden bir kavramdır. Ancak belirtmek gerekir ki İngiliz Hukukunda yargısal denetim sadece idari işlemlerin hukuka uygunluk denetimiyle sınırlı değildir. Kanunda aksi öngörülmemişse mahkemelerin hakkında kanun yolu başvurusu düzenlenmemiş

⁶ Yüksek Mahkeme teşkilatına dahil edilmeden önce monarşinin başında Kral veya Kraliçe olmasına bağlı olarak Court of King's Bench veya Court of Queen's Bench şeklinde isimlendirilmekteydi, günümüzde ise King's Bench Division veya Queen's Bench Division olarak isimlendirilmektedir.; Bkz. s.27 vd.

⁷ Senior Courts Act of 1981 ("SCA 1981") m.31.

⁸ Civil Procedure Rules ("CPR").

⁹ CPR P.54.

karar veya işlemlerine karşı da yargısal denetim başvurusu yapılması mümkün olabilmektedir¹⁰.

Dicey'nin 19.yy'ın ortalarında kurguladığı anayasal anlayış, İngiltere'de idare hukuku ve idari yargılama hukukunun gelişmesini menfi şekilde etkilemiştir. Paris Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı M. Barthalemy, Dicey ile geçirdiği bir hafta sonunda Dicey'ye İngiltere'de idare hukukunun durumunu sorduğunda “*İngiltere’de idare hukuku diye bir şey bilmiyoruz, bilmek de istemiyoruz*” şeklinde cevap almıştır¹¹. Günümüzde ise Dicey'nin tahayyülünün aksine idare hukukunun varlığı kabul edilmekte olup idare ve idari yargılama hukuku kendine özgü gelişimini sürdürmektedir. 1960'lı yıllardan sonra idarenin denetlenmesine daha çok önem verilmeye başlanmış ve 1977 yılında özel bir dava usulü olarak yargısal denetim davası (*judicial review procedure*) kurgulanmıştır. Bu kapsamda günümüzde İngiltere'de idari işlemlerin yargısal denetimi İdare Mahkemesi (*Administrative Court*) olarak adlandırılan ihtisas bölümünde özel bir usul ve farklı maddi hukuk kuralları kapsamında yapılmaktadır. Özellikle son dönemde İngiltere, idare hukukunun ortaya çıktığı Fransa'dan haklı beklentilerin korunması ve ölçülülük gibi ilkeleri ithal etmiştir¹².

İngiltere'de hukuk sistemimizden farklı olarak, yargısal denetimle görevli Yüksek Mahkeme'nin (*High Court*) idareye olumlu veya olumsuz edim yükümlülüğü yüklemek suretiyle yargısal emir verme imkânı mevcuttur. Yüksek Mahkeme (*High Court*) kökeni kamu hukuku olan karar türlerinin (zorlama-*mandatory order* ve yasaklama-*prohibiting order* kararları) yanında; özel hukuk kökenli injunction kararıyla idarenin bir işlem yapmasını yasaklayabileceği gibi aynı zamanda idareyi, kamusal bir görevi yerine getirmeye zorlayabilir.

¹⁰ Bkz. s.44 vd.

¹¹ Peter Leyland, Gordon Anthony, **Textbook on Administrative Law**, 7.bs, Hampshire, Oxford University Press, 2013, s.1.

¹² Woolf, **An English Perspective**, s.107.

Tezin bütününde yabancı kavramlar Türkçe çeviri önerileri ile orijinal hali parantez içinde verilmeye çalışılmıştır. Ancak bazı kavramlar tarihi gelişimleri anlatılırken henüz günümüzdeki hallerini almamış olmaları sebebiyle tercümesi yapılmadan italik olarak yazılmıştır. Örneğin *certiorari* fermanı günümüzde iptal kararı işlevini görse de tarihi gelişimi içerisinde bir yargı kararı olan iptal kararından farklı işlevlere sahip olmuştur. Bu sebeple iptal kararı işlevini kazana kadarki süreçte tercümesi yapılmadan kullanılmıştır. Türkçe'ye tercümesi yapılmayan injunction ve tribunal gibi diğer bazı kavramlar ise Türkçe karşılıklarının, kavramın anadilde ifade ettiğinden farklı kavramları karşılaması veya anadildeki kavramı anlatmaya elverişli olmamaları sebebiyle içerikleri açıklanmak şartıyla tercüme edilmeden kullanılmıştır.

Bu çalışmada birinci bölümde İngiltere'de yargısal denetim sürecinin gelişimi ve idari rejime benzeyen özellikleri özetlenmeye çalışılacak olup; ikinci bölümde yargısal emirlerin talep edilmesinde izlenecek usul ve davanın esasında haklı olan davacının yargısal emir talebinin reddedilmesini gerektirebilecek durumlar anlatılacaktır. Üçüncü bölümde ise İngiliz Hukuk sisteminde mevcut olan yargısal emir içeren karar türleri incelenecek ve sisteme dair değerlendirmeler ifade edilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

İNGİLTERE’DE İDARENİN YARGISAL DENETİMİNİN GENEL GÖRÜNÜMÜ

İngiltere’de idarenin yargısal denetimi, Kral tarafından verilen fermanların King’s Bench Mahkemesine devredilmesi yoluyla yargısallaşması ve King’s Bench Mahkemesinin bu yetkileri kullanarak alt mahkemeleri ve Kraliyet görevlilerini denetleme arayışı sonucunda günümüzdeki halini almıştır. *Certiorari*, *mandamus* ve *prohibiton* olarak anılan Kraliyet fermanları¹, birbirlerinden büyük ölçüde bağımsız olarak gelişmiş ve yargı kararı halini almıştır. Yargı kararı halini almış olsalar da kökenlerinde Kraliyet fermanları yani Kraliyetin bir ayrıcalığı olması sebebiyle bu üç karar türü günümüzde ayrıcalıklı kararlar (*prerogative orders*) olarak anılmaktadır². Yakın geçmişte yapılan reformlara kadar ayrıcalıklı yargı kararlarının tarihi özellikleri, yargısal denetimde etki göstermeye devam etmiştir. İngiltere’de idarenin yargısal denetiminde reformların etkisiyle önemli değişiklikler meydana gelmiştir. Temel özelliği yöneten ve yönetilenlerin aynı mahkemelerde, aynı hukuki rejime tabi olarak yargılanması olarak gösterilen müşterek hukuk (*common law*) sistemi bu değişim sonucu idari rejime oldukça yaklaşmış olarak da değerlendirilmiştir³. Bu bölümde yargısal denetimin günümüzdeki özelliklerinin anlaşılmasını kolaylaştırmak amacıyla öncelikle geçirdiği tarihi ve düşünsel süreçlere değinilip; İngiltere’de idarenin yargısal denetimin başlıca özellikleri açıklanacaktır.

¹ Günümüzde *Certiorari Quashing Order* (İptal Kararı); *Mandamus Mandatory Order* (Zorlama Kararı) ve *Prohibiton Prohibiting Order* (Yasaklama Kararı) olarak adlandırılmaktadır. Bkz. s.8.

² Stanley A. de Smith, "The Prerogative Writs," **Cambridge Law Journal** 11, no. 1, 1951, s.40.

³ Turgut Tan, **İdare Hukuku**, 8.bs, Ankara, Turhan Yayınevi, 2019, s.664.

I. Yargısal Denetimin Tarihinin ve Teorik Gelişiminin Özeti

A. Yargısal Denetimin Tarihi Gelişimi

İngiltere'nin günümüzdeki siyasi yapısını etkileyen gelişmeleri, Normanların 1066 yılında İngiltere'yi fethetmelerinden itibaren takip etmek mümkündür. Müşterek hukukun (*common law*) ortaya çıkışı, günümüzdeki kabineye benzetilebilecek Kraliyet Konseyinin, içtihatlarıyla yargısal denetim yetkisini oluşturan ve geliştiren King's Bench Mahkemesinin ve diğer Merkez Mahkemelerinin kurulması, parlamentonun oluşması ve yerel yönetimlerin atası olan Justices of Peace⁴ ("JoP")'lerin ortaya çıkışı 11.yy'dan 15.yy'a kadar geçen süre içerisinde gerçekleşmiştir⁵. Ancak modern İngiltere'nin anayasasını ve Yüksek Mahkeme'nin (*High Court*) yargısal denetim yetkisini esaslı biçimde şekillendiren gelişmeler 16.yy ve sonrasında yaşanmıştır.

16.yy'a kadar idari veya yargısal fonksiyon icra eden tüm alt birimlerin yetki alanları içerisinde işlem tesis etmelerini ve usuli kurallara uygun davranmalarını temin etmek, Kraliyet imtiyazı olarak görülmekte ve bu görev başlıca Kraliyet Konseyi tarafından yerine getirilmekteydi⁶. Ülke genelinde idari fonksiyonu da olan JoP ve Kanalizasyon

⁴ William Searle Holdsworth, **A History of English Law**, Vol.IV, 3.bs, London, Methuen & Co. Ltd., 1945, s.72, 83 vd: JoP'ler Kraliyetin ve merkez mahkemelerinin denetimi altında taşrada yargısal ve idari birçok görev üstlenen Kraliyet görevlileridir. Özel hukuk ve ceza hukuk alanında küçük uyuşmazlıkları çözmenin yanında yetki alanlarında kanunların uygulanması temin etmekle görevli olmaları itibarıyla taşra idaresinin önemli bir parçası olmuşlardır.

⁵ Kraliyetin ülke sathında egemenlik sağlamasının yanında ülke genelinde yeknesak uygulanacak bir hukuka olan ihtiyacı karşılamak için Londra'da Westminster Sarayında yer alacak merkez Court of Exchequer, Court of King's Bench ve Court of Common Pleas mahkemeleri kurulmuştur II.Henry (1154-1189) zamanında ülke genelinde Kralın görevlendirdiği ve merkez mahkemeleri ile bağlantılı olan, ülkeyi dolaşarak yargılama yapan *assize* hakimleri ile taşrada görev yapan *Justices of Peace* aracılığıyla adaletin tesis edildiği bir sistem oluşturulmuştur. Tüm ülkeyi dolaşan hakimlerin uyuşmazlıkların çözümünde kullanılacak teamülleri belirlemeleri ve birbiriyle çatışan teamüllerin olması halinde birisinin seçilmesi sonucunda ülke genelinde yeknesak olarak uygulanan müşterek hukuk (*common law*) ortaya çıkmıştır.

⁶ John Baker, **An Introduction to English Legal History**, 5.bs, Oxford, Oxford University Press, 2019, s.153.

Komisyonu gibi birimlerin yargısal işlemlerinin denetimi King's Bench Mahkemesi tarafından yapılmış olsa da idari fonksiyonlarının denetimi ve gözetiminde Krallığın merkezi otoriteyi güçlendirme arayışı neticesinde Krallık Konseyi içerisinde kurduğu, hiçbir mahkemenin denetimine tabi olmayan ve üstün yetkilerle donatılmış, idari ve yargısal fonksiyona sahip *Star Chamber*⁷ isimli bir bölüm etki sahibi olmuştur.

Stuart (1603-1649) hanedanlığının tahta geçmesine kadar İngiltere'de yargı ve idare fonksiyonu arasında bir ayrım oluşmamıştır. Mahkemeler, Kralın ülke yönetiminde kullandığı araçlardan birisi olmuştur ve kimi üst mahkemeler yargılama yapmanın yanında, günlük idari işlerle de ilgilenmiştir⁸. *Tudor* (1485-1603) döneminde Kraliyet ve parlamento arasında güç çekişmesi olmaması sebebiyle mahkemelerin bağımsızlığının temin edilmesine ihtiyaç duyulmamış ve mahkemeler krala bağlı ve kralla uyumlu çalışan birimler olmuşlardır⁹.

Tudor Hanedanından sonra tahta geçen *Stuart* Hanedanları I. James (1603-1625) ve I. Charles (1625-1649) dönemleri Roma Katolik Kilisesinden ayrılmanın doğurduğu mezhep çatışmaları, krallık içerisindeki iç savaşların ve buna bağlı olarak Krallığın içerisinde bulunduğu mali durum sebebiyle Kraliyet yetkilerinin baskıcı şekilde kullanıldığı ve parlamento ile Kraliyet arasında çekişmenin yaşandığı dönemler olmuştur. Parlamento ile Kraliyet arasındaki çekişmenin yanı sıra King's Bench

⁷ Pollard/Parpworth/Hughes, **Constitutional and Administrative Law**, s. s. 462; Star Chamber, idari karakterdeki işlemlerden kaynaklanan şikayetlere bakmak üzere Kraliyet Konseyinin içerisinde bir birim olarak kurulmuştur. Ancak görev alanı sadece idari işlemlerle sınırlı kalmamıştır. Özel hukuk alanında ve ceza hukuku alanında da yargılama yetkisi tanınmıştır. Jüri ile yargılama yapmaması, itiraf elde edebilmek işkence yöntemlerine başvurusu ve olağandışı cezalar verebilmesi sebebiyle diğer mahkemelerden farklılaşmıştır. Ayrıca bkz: Baker, **An Introduction to English Legal History**, s.127 vd.; Edward P. Cheyney, "The Court of Star Chamber", *The American Historical Review*, Vol. 18, No. 4 (Jul., 1913), s.729 vd.

⁸ Holdsworth, **A History of English Law**, vol. V, p. 245.: aktaran, Shimon Shetreet, Sophie Turenne, **Judges on Trial: The Independence and Accountability of the English Judiciary**, 2.bs, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, s.21.

⁹ Shetreet/Turenne, **Judges on Trial: The Independence and Accountability of the English Judiciary**, s. 22.

Mahkemesi¹⁰, verdiği kararlarla Kraliyete karşı duruş sergilemiştir¹¹. Magna Carta'nın 29. Bölümüne dayandırılan ancak bu döneme kadar doğrudan uygulanmayan hukukun üstünlüğü anlayışı; herkesin hukuk önünde eşit olduğu, tüm kamusal yetkilerin kullanımının mahkemelerin denetimine tabi olduğu ve otoritelerin hukuka aykırı davranışları karşısında haksızlığa uğrayan kişilerin mahkemeden hukuki çare isteme hakkı olduğu kabul edilmiştir. Mahkeme kararlarıyla mutlak imtiyazlar olan parlamentonun toplanması, milletlerarası antlaşma imzalanması ve savaşa karar vermenin yargısal denetime konu olamayacağı; ancak olağan Kraliyet imtiyazlarının yargılanabilir olduğu anlayışı kabul edilmiştir. Olağan imtiyazların yargılama yetkisi dışında olmamasının yanı sıra kişilerin hayatları, özgürlükleri ve mülkiyet hakları üzerinde hukukun tanıdığı yetkilerin de adil kullanılması gerektiği kabul edilmiştir. Hakim Coke, takdir yetkisinin dahi yargı denetimine tabi olduğu ve kendisine yetki verilen kamusal otoritelerin bu yetkilerini mantık ve hukuk dairesinde kullanmaları gerektiğini; kendi istekleri ve özel çıkarları doğrultusunda işlem tesis edemeyeceklerini ifade etmiştir¹². King's Bench Mahkemesi içtihatla, alt mahkemelerin idari yetkilerini baskıcı şekilde kullanması ve her türlü kötü idare uygulamasına karşısında genel yargılama yetkisini tesis etmiştir¹³. Bu husus, halihazırda mahkemelerce alt mahkemelere karşı verilen fermanların idari fonksiyona sahip organlara uyarlanmasıyla gerçekleşmiştir¹⁴.

Ayrıcalıklı fermanlar (*prerogative writs*) olarak tasnif edilen *certiorari*, *prohibition* ve *mandamus* Kralın yargılama yetkisini mahkemelere devretmesiyle yargı kararı (*order*) haline gelse de 1938 yılına kadar isimleri ferman (*writ*) olarak kalmıştır. 1938 tarihli

¹⁰ Bkz: Birinci Bölüm dn.4 ve s.44 vd.

¹¹ *Prohibitions del Roy* (1607) 12 Co Rep 64: Yargı sisteminin başı olsa da Kralın yargılamaya bizzat katılamayacağına karar verilmiştir. *Case of Proclamations* [1611] 12 Co Rep 74: Kralın bildiri yayınlamak yoluyla yeni suç ihdas edemeyeceği ve suçları yargılamakla görevli mahkemeyi Star Chamber olarak belirleyemeyeceğine karar verilmiştir.

¹² *Rooke v. Withers* (1598) 5 Co. Rep. 99 aktaran: Baker, **An Introduction to English Legal History**, s.154.:

¹³ 11 Co. Rep. 98; Co. Inst., IV, p. 71.

¹⁴ Baker, **An Introduction to English Legal History**, s.154.

Adaletin Tatbiki Hakkında Kanun (*Administration of Justice Act*) ile ayrıcalıklı fermanlar (*prerogative writs*) ayrıcalıklı kararlar (*prerogative orders*) olarak değiştirilmiş ve 2000 yılında yapılan reformla ayrıcalıklı kararların Latince isimleri sırasıyla iptal kararı (*quashing order*), yasaklama kararı (*prohibiting order*) ve zorlama kararı (*mandatory order*) olarak değiştirilmiştir.

17.yy'a kadar *prohibition* yasaklama kararı ve *certiorari* iptal kararının çeşitli amaçlar doğrultusunda kullanıldığı ifade edilmektedir¹⁵. Ayrıcalıklı kararlar arasında en eskisi olan yasaklama kararının ilk işlevi, kilise mahkemelerinin yargılama yaparken yetki alanlarını aşmalarına engel olmak olmuştur. Sonrasında ise yine yasaklama kararı merkez mahkemeleri ile özel yetkili mahkemeler arasında çıkan olumlu görev uyuşmazlıklarında, merkez mahkemeleri tarafından kendi yargılama alanlarını korumak için kullanılmıştır¹⁶. Yasaklama kararının, karara muhatap organ ve kararın konusu işlemler bakımından iptal kararından farkı olmaması sebebiyle iptal kararının geçirdiği gelişmelerle birlikte yasaklama kararı da idarelere uyarlanmıştır. Her iki kararla da temin edilmek istenen gerek yargı gerekse idari organın kendi yetki alanında işlem tesis etmesidir. Ancak yasaklama kararının işlemin tamamlanmasından önce verilmesi, başka bir ifadeyle hakkında iptal kararı verilebilecek nihai bir işlemin ortaya çıkmamış olması gerekmektedir¹⁷.

1275'den itibaren kayıtlarda yer almaya başlayan *certiorari* fermanı, iptal kararı fonksiyonu kazanmadan önce çeşitli işlevlere sahip olmuştur. Kraliyetin menfaatini ilgilendiren yargılamaların King's Bench Mahkemesi önüne taşınması, alt mahkemelerden yargılamaya ilişkin kayıtların temin edilmesi, bir mahkemeden başka bir yargılamada kullanılmak üzere bilgi alınması veya Kraliyet görevlilerinden idare fonksiyonuna dair bilgi temin edilmesi gibi amaçlar için kullanılmıştır¹⁸. İptal işlevi

¹⁵ de Smith, **The Prerogative Writs**, s.49.

¹⁶ de Smith, **The Prerogative Writs**, s.49.

¹⁷ Stanley A. de Smith, "Wrongs and Remedies in Administrative Law", **The Modern Law Review**, Vol. 15, No. 2 (Apr., 1952), s.191.

¹⁸ Louis Jaffe, Edith Enderson, "Judicial Review and the Rule of Law: Historical Origins", **The Law Quarterly Review**, vol.72, 1956, s.351.

gören certiorari kararının temelleri ise *Commins v Massam*¹⁹ kararı ile atılmış ve takip eden kararlarda ise, King's Bench'in yerinden yönetimlerin işlemlerini iptal etme yetkisi pekişmiştir²⁰. Köprü onarımı için bedel talep edilmesine ilişkin JoP kararının dava konusu edildiği *Cardiffe Bridge*²¹ davasında JoP'a yetkinin parlamento tarafından verildiği, bu sebeple certiorari kararı verilemeyeceği iddia edilse de; *ultra vires* yani yetki dışında işlem tesis edilmesi halinde Kral tarafından verilen yetkinin kullanılmasının denetlenmesinde olduğu gibi parlamento tarafından verilen yetkiye dayanılarak yapılan tüm işlemlerin certiorari kararı verilerek mahkeme tarafından yapılabileceği kabul edilmiştir. Dönemin tabipler odası olarak nitelendirilebilecek College of Physicians tarafından bir doktora uygulanan para ve hapis cezasının konu edildiği *Gorevelt v Burwell*²² davasında ise savunma alma, değerlendirme ve ceza verme yetkilerini haiz bir makamın, esasında yargı yetkisini kullandığı ve hâkim gibi davrandığı belirtilmiştir. Ayrıca para veya hapis cezası verme yetkisi tanındığında, makamın mahkeme hükmünde olduğu ve ayrıca kanunla kurulmuş her mahkemeye karşı iptal veya görevlerini icra etmemeleri halinde zorlama kararı verilebileceği söylenmiştir²³. King's Bench Mahkemesi iptal kararının kapsamını geliştirerek yerinden yönetimlerin işlemlerini denetleyen bir idare mahkemesi fonksiyonu kazanmış, iptal ve yasaklama kararlarıyla yetki alanı içerisinde kalınmasını temin etmiş ve zorlama kararı aracılığıyla görevlerin yerine getirilmesini sağlamıştır²⁴.

Birçok ferman "*mandamus*" yani "*böyle emrediyoruz*" kalıbını içerse de yargısal emir halini alacak zorlama kararı (*mandamus* yeni adıyla *mandatory order*) 17.yy'ın

¹⁹ (1643) March N.C. 196: Kanalizasyon komisyonunun onarım masraflarının arazinin kiracısından tahsil edilmesi yönünde verdiği kararın konu edildiği davada tüm mahkemelerin King's Bench Mahkemesinin denetim yetkisi dahilinde olduğu bu sebeple komisyona da iptal kararı verilebileceği Hakim Heath J tarafından savunulmuştur. Yürütme ve yargı erkleri arasındaki ayrılık olmadığı için idari fonksiyonun icrasında yargılama benzeri faaliyet gösteren birimler de mahkeme kabul edilmişlerdir.

²⁰ Paul Craig, **UK, EU and Global Administrative Law**, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, s.57 vd.

²¹ (1700) 1 Salk 146.

²² (1700) 1 Stalkeld 200.

²³ (1700) 1 Ld. Raym. 454.

²⁴ de Smith, **The Prerogative Writs**, s.48.

başında taşrada idari fonksiyon gören birimlerin denetlenmesi bağlamında ortaya çıkmıştır²⁵. Kamusal bir görevin yerine getirilmesini sağlamak için kullanılan zorlama kararının (*mandatory order*) kapsamı 1615 yılında James Bagg davasında ortaya konulmuştur²⁶. Plymouth Kasabasının mülki idari amiri James Bagg, valiyi hedef alan hakaret ve tehdit içeren ifadeleri sebebiyle görevden alınmıştır. Ancak savunması alınmadan görevden alındığı için kendisi lehine göreve iade konusunda zorlama kararı verilmiştir²⁷.

Benzer görevden almalar hakkında da bu yönde hüküm tesis edilmiştir. Ancak yaklaşık 150 yıl sonra Lord Mansfield, zorlama kararının adalete aykırılığın ve kolluk kuvvetlerinin davranışlarından dolayı düzenin bozulmasının önlenmesi için ortaya çıktığını, bu sebeple hukukun özel bir çare öngörmediği, buna karşın adaletin ve iyi idarenin bir hukuki çare gerektirdiği her durumda uygulanması gerektiğini söylemiştir²⁸. **Bunun sonucunda zorlama kararı, idarenin hukuka aykırı davranışlarının sonuçlarını gidermek için kullanılan bir araç halini almıştır**²⁹. Bir başka davada davacının bir hakkı ihlal edildiği, ancak başvurabileceği herhangi bir hukuki çare olmadığı durumda mahkemenin zorlama kararı verebileceğinin açık olduğunu söylemiştir³⁰. Yeni kararın dayanağı hakkında farklı görüşler öne sürülmüş olmakla birlikte, kararın gelişimine öncülük eden Hakim Coke ve Mansfield, dayanağı müşterek hukukun (*common law*) yürütme erkini kontrol etme kudretinde bulmuşlardır³¹.

İlk işlevi kamu görevlilerinin göreve iadesi olan zorlama kararının kapsamı, 18.yy'da genişleyerek birçok kamusal ve yarı-kamusal görevin icra edilmesini temin etmek

²⁵ Baker, **An Introduction to English Legal History**, s.158.

²⁶ Gavin, Drewry, "Judicial Review: The Historical Background." **Supperstone, Goudie & Walker: Judicial Review**, 5th ed., Lexisnexis, Croydon, 2014, s.14.

²⁷ Bagg's Case (1615) 11 Co. Rep. 93b.

²⁸ R v Barker (1762) Burr. 1265 at 1267.

²⁹ Craig, **UK, EU and Global Administrative Law**, s.51.

³⁰ R v Askew (1768) 4 BURR. 2186 at 2188.

³¹ Craig, **UK, EU and Global Administrative Law**, s.56.

amacıyla kullanılmıştır. King's Bench Mahkemesi zorlama kararını geliştirerek yargı yerleri ve idarenin görevlerini yerine getirmeye zorlayan bir araç haline getirmiştir³². Zorlama kararının işlevi bu denli geniş tanımlandığından birçok uyuşmazlıkta zorlama kararı verildiği görülür. Ancak 19.yy ve sonrasında kanunla kurulan yerinden yönetim organlarının işlemlerine karşı kanunlarda özel başvuru usullerinin öngörülmesi ve özel hukuk kökenli yargı kararlarının yargısal denetim usulüyle talep edilebilir hale gelmesi sebebiyle zorlama kararına olan ihtiyaç zamanla azalmıştır³³.

I. James (1603-1625) gibi ardından gelen I. Charles (1625-1649) da otokratik ve baskıcı bir yönetim sergilemiş ve Kraliyet imtiyazlarını parlamentonun rızasına aykırı şekilde kullanmıştır. Tudor Hanedanlığı döneminde hakkında övgüyle bahsedilen Star Chamber, I. Charles döneminde hukuku uygulayan bir mahkeme yerine kralın politikalarını hayata geçiren bir organ haline gelmesi ve siyasi kararlar vermesi sebebiyle tepki toplamıştır³⁴. Mutlakiyeti temin etmeye çalışsa da ülkenin içerisinde bulunduğu mali durum ve İskoçya ile İrlanda'daki isyanların sebep olduğu mali ve askeri kaynak ihtiyacının karşılanması için parlamentoyu toplamak zorunda kalan I. Charles'ın bu talepleri, 1628 tarihli Haklar Bildirisi'ni (*Petition of Rights*) kabul etmesiyle karşılanmıştır. Bu bildiriye bağlayıcı kabul etmeyen I. Charles, parlamentoyu lağvetmiş ancak ülke içerisinde çıkan isyanlar sebebiyle Star Chamber Mahkemesinin kapatılması ve Kraliyetin yetkilerinin sınırlandırılması karşılığında 1641 yılında parlamentoyla mutabakata varılmıştır³⁵. I.Charles'ın İrlanda'da çıkan Katolik isyanının sorumlusu olarak gördüğü parlamento üyelerini tutuklamaya çalışmasının ardından ise 1642 yılında parlamento ve krallık arasında iç savaş çıkmıştır. Ülke genelinde yıkıma sebep olan ve 250.000 kişinin öldüğü iç savaş 1649

³² Stephen Reeder "Remedies: Mandatory, Quashing and Prohibiting Orders." **Supperstone, Goudie & Walker: Judicial Review**, 5th ed., Lexisnexis, Croydon, 2014, s.603.

³³ Paul Craig, **Administrative Law**, 8.bs, Sweet&Maxwell, Croydon, 2016, s.801.

³⁴ Cheyney, **The Court of Star Chamber**, s.746; Peter Cane, **Controlling Administrative Power**, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, s.30.

³⁵ John Alder, **Constitutional and Administrative Law**, 10.bs, Palgrave, London, 2015, s.76.

yılında parlamentonun zaferiyle sonlanmıştır. Aynı yıl, tüm yetkiyi eline alan parlamento tarafından I. Charles'ı yargılanarak idam edilmiş, Monarşiyle birlikte Lordlar Kamarası (*House of Lords*) ve İngiltere Kilisesi kapatılarak cumhuriyet ilan edilmiştir³⁶.

İç savaşta parlamento tarafının lideri olan Oliver Cromwell, bu dönemde Kral unvanını reddederek Lord Protector unvanıyla ülkeyi yönetmiştir³⁷. Cromwell'in ölümünden sonra oğlu Richard'ın otoriteyi sağlayamaması sonucu I. Charles'ın veliahtı II. Charles İngiltere'ye geri dönerek monarşiyi yeniden tesis etmiş ve akabinde fetret döneminde³⁸ çıkartılan kanunlar kayıtlardan silinmiştir³⁹. Ancak II. Charles ve veliahtı II. James'in Katolik olması, 1688 Devrimi sonucu tahtın el değiştirmesine sebep olmuştur⁴⁰.

³⁶ Hilarie Barnett, **Understanding Public Law**, Routledge-Cavedish, Oxon, 2010, s.222.

³⁷ Alder, **Constitutional and Administrative Law**, s. 77: 1653 yılında kurduğu modern orduyla iç savaşın kazanılmasını sağlayan ve savaşta parlamento tarafının liderliğini üstlenen Oliver Cromwel parlamentoyu dağıtarak yönetime el koymuştur. Cromwell yönetimi altında iki yazılı anayasa çalışması yapılmıştır. İlki 1653 yılında ordu tarafından hazırlanmış, Lord Protector ünvanı verilen Cromwell'in konsey ve tek meclis ile ülkeyi yönetmesi öngörölmüş, 1657 yılında parlamento tarafından tadel edilen hali parlamentoya daha geniş yetki vermiş ancak Cromwell'e veliahtını seçme imkânı tanınmıştır.

³⁸ I. Charles ve II. Charles dönemi arasında geçen dönem *Interregnum* olarak anılmaktadır.

³⁹ Alder, **Constitutional and Administrative Law**, s. 78: Cromwel yönetimi oğlu Richard'a bırakmış olsa Richard'ın otoriteyi sağlayamaması sebebiyle yeni bir iç savaş başlamıştır. Cromwell'in İskoçya ordusu Generali Monch idam edilen I. Charles'ın veliahtı II. Charles'ı Hollanda'da bulunduğı sürgünden geri çağırılmış ve II. Charles'ın İskoçya Kralı ünvanıyla İngilyere'ye hareket etmesi üzerine parlamento kendisini lağvetmiştir. Bir grup politikacının kendi inisiyatifleriyle oluşturdukları konvansiyonun II. Charles'ı hiçbir şarta tabi olmadan tahta davet etmesi üzerine monarşi yeniden tesis edilmiş, Lordlar Kamarası yeniden kurulmuş ve I. Charles döneminden sonra yapılan tüm değişiklikler geri alınmıştır.

⁴⁰ Barnett, **Understanding Public Law**, s.222: II.Charles'ın eşinin ve kardeşi II.James'in Katolik olması ülkede Katolik mezhebinin yeniden hakim kılınacağı yönünde kaygı uyandırmıştır. Parlamento James'in tahta çıkmasını engelleyecek bir kanun çıkartmak istemiş ancak kanun Kraliyet imtiyazı kullanılarak reddedilmiş ve parlamento lağvedilmiştir. 1685 yılında tahta geçen II.James Kraliyet yetkilerini önemli görevlere Katolikleri getirmek için kullanmış ve Katoliklere yönelik olumlu düzenlemeler yapmıştır. II. James'in 1688 yılında bir erkek çocuk sahibi olmasıyla ülkede yeniden Katolik mezhebinin hâkim kılınacağı kaygıları canlanmış ve soyluların desteğini kaybeden IIJames parlamentoyu feshederek ülkeyi terk etmiştir. II. James henüz ülkeyi terk etmeden Protestan olan ve Hollanda'da bulunan kız kardeşinin eşi Hollanda hükümdarı William of Orange ile İngiltere'ye gelerek tahta geçmesi için antlaşma yapılmıştır, ancak II. Jamesin ülkeyi terk etmesi savaşa ihtiyaç duyulmadan tahtın el değiştirmesine olanak sağlamıştır.

Devrim neticesinde tahta geçen William of Orange, tahtı fetih yoluyla kazanmamış; belirli şartları kabul etmesi karşılığında taht kendisine teklif edilmiştir. Parlamento üyeleri, 1628 tarihli Haklar Bildirisi (*Petition of Rights*) esas alınarak hazırlanan ve halen geçerliliğini koruyan Haklar Beyannamesi'nin (*Bill of Rights*) kabul edilmesi karşılığında William of Orange'ın yönetimini kabul etmiştir. Haklar Beyannamesi, Kraliyetin kanun koyma, barış döneminde ordu bulundurma, kanunları değiştirme gibi önemli imtiyazlarını parlamentonun onayı olmadan kullanmasını yasaklamış, ayrıca parlamento faaliyetinde ifade ve seçilme özgürlüğünü teminat altına almış ve parlamentonun toplanma aralığını belirlemiştir. Parlamentonun resmen toplanmasıyla bildiri onaylanarak 1689 tarihli Kraliyet ve Parlemlentonun Tanınması Hakkında Kanun (*Crown and Parliament Recognition Act*) kabul edilmiştir. Ayrıca 1694 tarihli Parlemlentonun Toplanması Hakkında Kanun (*The Meeting of Parliament Act*) ile bugüne kadar toplanması Kralın takdirinde olan parlemlentonun toplanma aralığı ve süresi belirlenmiştir. 1701 yılında çıkartılan Taca Halefiyet Kanunu (*The Act of Settlement*) ile de hakimlerin mali hakları ve meslek güvencelerine ilişkin düzenlemeler yapılarak yargının bağımsızlığını temine çalışılmıştır⁴¹.

I. Charles'ın idamı, iç savaş, monarşinin kurulması ve 1688 devrimi sonrasında parlemlentonun üstün yasa koyucu olduğu ve Kralı belirleme yetkisini dahi haiz olduğu kabulü yerleşmiştir. 1688 devrimi, İngiltere'de halen mevcut olan anayasal yapının temelini oluşturmuştur. Parlamento ile yeni hükümdar arasındaki anlaşmanın temeli demokrasi veya bireylerin temel hakları değil; parlemlentonun üstünlüğü olmuştur. Parlemlentonun üstünlüğünün kabul edilmesi, yargının konumunu da değiştirmiştir. Hakimler kral tarafından atanmalarına rağmen, görevden alma yetkisi parlemlentoya devrolunmuş ve hakimler kralın altında yürütmenin bir parçası olmaktan çıkarak yasamanın iradesinin uygulayıcısı haline gelmişlerdir⁴². Yargının yeni konumu,

⁴¹ Alder, **Constitutional and Administrative Law**, s.79.

⁴² Cane, **Controlling Administrative Power**, s.35.

politikadan soyutlanmasını sağlamış ve günümüzde de İngiltere’de geçerliliğini sürdüren erkler ayrılığı ve yargının bağımsızlığı ilkelerinin temellerini atmıştır⁴³.

19.yy’ın ortalarına kadar merkezi idarenin işlevi, ülkenin savunması ve uluslararası ilişkiler ile bu faaliyetlerin yürütülebilmesi için vergi toplanmasıyla sınırlı kalmıştır. 1830’lardan itibaren Sanayi Devriminin sebep olduğu sosyal ve ekonomik ihtiyaçlar, merkezi idarenin bu tarihe kadar yerel yönetimler tarafından yürütülen görevleri devralması ve yeni ortaya çıkan ihtiyaçları kendisi karşılaması, merkezi idarenin büyümesine sebep olmuştur. Bu devre kadar “laissez faire/bırakınız yapınlar” anlayışıyla gündelik hayata müdahil olmayan devlet; sanayileşmenin getirdiği kötü çalışma koşulları, barınma, çevre ve sağlık sorunlarına çözüm bulma arayışında “müdahaleci hale” gelmiştir⁴⁴. Bu kapsamda merkezi idare yeni çıkan ihtiyaçları bağımsız idari birimler, komisyonlar ve müfettişlikler şeklinde teşkilatlanarak karşılamış ancak, bakanlık sisteminin gelişmesiyle bu birimlerin görev alanları bakanlıklarca devralınmıştır⁴⁵.

Günümüzdeki yerel yönetimlerin selefi olan JoP’lar 19.yy’ın başlarına kadar hem yargısal hem de idari fonksiyona sahip olmuşlardır. Her ne kadar idari fonksiyona dair işlevleri olsa da kanunla kurulmuş birer mahkeme olmaları ve King’s Bench Mahkemesinin alt mahkemeler üzerindeki yargısal denetim yetkisinin pekişmiş olması vesilesiyle yargısal denetime tabi olmuşlardır. Bu sebeple JoP’lar tarafından gerçekleştirilen işlemlerinin maddi içeriğinde ayırım yapılmasına ihtiyaç duyulmamıştır. Ancak 19.yy’ın ortalarında modern yerinden yönetim kuruluşları, kanunla kurularak varlık kazanmaya başlamışlardır⁴⁶. Bu tarihe kadar JoP’lar tarafından görülen idari faaliyetler, yer ve hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşlarına devredilmiş ve JoP’lar idari fonksiyonlarını kaybederek yerel alt mahkemeler halini almışlardır. Parlamento birçok durumda yeni kurulan yerinden

⁴³ Cane, **Controlling Administrative Power**, s.31.

⁴⁴ Pollard/Parpworth/Hughes, **Constitutional and Administrative Law**, s.19.

⁴⁵ Cane, **Controlling Administrative Power**, s.39 vd.

⁴⁶ Örnek olarak: 1835 tarihli Belediye Şirketleri Kanunu (*Municipal Corporations Act*).

yönetim birimlerinin işlemlerine karşı kanuni başvuru yolları (*appeal*) düzenleyerek işlemlerinin denetlenmesine olanak tanımıştır.

King's Bench Mahkemesi 18.yy'ın başından itibaren, kanunla kurulmuş her mahkemeye, kanunda öngörülme dahi müşterek hukuktan (*common law*) kaynaklanan yetkisi dahilinde iptal ve yasaklama kararlarının verebileceği yönünde içtihat geliştirdiği için, teknik olarak mahkeme olan birimlerin idari fonksiyonlarının denetlenmesi de mümkün olmuştur.⁴⁷ Salt idari fonksiyon icra eden ve mahkemeye benzemeyen idari birimlerin ortaya çıkması akabinde, bunlar tarafından tesis edilen kimi idari işlemler, tesis edilme süreçlerinde yargısal davranma yükümlülüğü olmasından bahisle yargısal denetime tabi kılınmışlardır⁴⁸. Bu suretle King's Bench Mahkemesince organik anlamda idare olan yerinden yönetimler üzerinde de denetim kurulmuş ve zaman içerisinde bu yetki merkezi idare birimlerince tesis edilen işlemleri kapsayacak şekilde genişlemiştir⁴⁹.

20.yy'ın başları, idare üzerinde yargısal denetim yetkisinin gerilediği bir dönem olmuştur. Bu dönemde refah devleti anlayışının gelişmesinin sonucu olarak, idarenin gündelik hayata daha müdahil hale gelerek bireylerin hayat kalitesinin arttırılmasına yönelik sürdürdüğü faaliyetlerin, parlamentonun ve idarenin demokratik meşruiyetini arttırdığı fikri egemen anlayış haline gelmiştir. Bu husus hakimlerin idari işlemlerin denetiminde çekingen davranması sonucunu doğurmuştur⁵⁰. Ancak yargısal denetim yetkisinin kullanımını etkileyen esas durum II. Dünya Savaşı olmuştur. Bu dönemde ancak olağanüstü hallerde kabul edilebilecek son derece kuvvetli bir idare ortaya çıkmıştır. Mahkemeler parlamento ile uyumlu çalışarak, idareye içerisinde bulunan

⁴⁷ Jaffe/Enderson, **Judicial Review and the Rule of Law: Historical Origins**, s.363: Groenwelt v Burwell 1700 1 Ld.Raym. 454 ve Cardiffe Bridge 1700 1 Salk. 146.

⁴⁸ Conor McCormick. "Judicial Review of Administrative Action in the United Kingdom: The Status of Standards Between 1890 and 1910", **Italian Journal of Public Law**, 10(1), (2018), s.63.

⁴⁹ de Smith, **Wrongs and Remedies in Administrative Law**, s.191 vd.

⁵⁰ Le Sueur/Sunkin/Murkens, **Public Law Text and Materials**, s.688.

dönemin gerektirdiği hareket alanı temin edilmeye çalışılmıştır⁵¹. King's Bench Mahkemesinin parlamentonun iradesine karşı gelme konusundaki çekincesi, anayasal konumunu aşarak yürütmenin alanına girmekten kaçınması ve özellikle savaş dönemlerinde idareye ihtiyaç duyduğu hareket alanını temin etme kaygısı 20.yy'ın ortalarına kadar yargısal denetimi önemli ölçüde işlevsiz hale getirmiştir⁵². O kadar ki, İngiltere Baş Hakimi (*Lord Chief Justice*) Hewart 1929 tarihli “Yeni Despotizm” isimli eserinde hukukun üstünlüğünün ortadan kalktığını, tek çarenin basın aracılığıyla kamuoyu baskısı oluşturmak olduğunu söylemiştir⁵³.

20.yy'ın ikinci yarısı hakimlerin yargısal denetim bağlamında aktivist olarak davrandığı bir dönem olmuştur⁵⁴. Lordlar Kamarası (*House of Lords*) verdiği kilometre taşı kabul edilen kararlarıyla yargısal denetimin kapsamını kimi zaman parlamentonun rızası hilafına genişletmiştir⁵⁵. Yargısal denetim yetkisini sınırlayan kanun hükümlerinin dar yorumlanacağı kabul edilmiş⁵⁶, idari işlemin usul bakımından denetimi tesis edilmiş⁵⁷, idarenin takdir yetkisi üzerindeki denetim arttırılmış⁵⁸, bazı Kraliyet imtiyazları yargısal denetime tabi kılınmış⁵⁹, yeni inceleme konuları oluşturulmuş⁶⁰ ve merkezi idareye karşı injunction kararı verilebileceğine

⁵¹ Carol Harlow, Richard Rawlings, **Law and Administration**, 3.bs, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, s.96.

⁵² Drewry, **Judicial Review: The Historical Background**, s.21.

⁵³ Gordon Hewart, **The New Despotism**, London, Ernesn Bern Ltd., 1929: Yazar İngiltere’de o tarihte cari olan mevzuat hükümlerini ve mahkeme içtihatlarını karamsar bir bakış açısıyla incelemiştir. Eserde kanun hükümlerinin çoğu durumda idareye mutlak yetkiler tanıdığı, kanunla idareye verilen yetkiler ve mahkemelerin yaklaşımı sebebiyle idari işlemlere karşı dava açılmasının kişilerin yeterli güvenceyi sağlayamadığı ifade edilmiştir. Ayrıca bkz.: John Baker, *An Introduction to English Legal History*, 5.bs, Oxford University Press, Oxford, 2019, s.164.:

⁵⁴ Stephen H. Bailey, **Bailey, Jones & Mowbray’s Cases, Materials and Commentary on Administrative Law**, 5.bs, Sweet and Maxwell, London, 2018, s.122.

⁵⁵ Drewry, **Judicial Review: The Historical Background**, s.21.

⁵⁶ *Anisminic Ltd v Foreign Compensation Commission* [1969] 2 AC 147.

⁵⁷ *Ridge v Baldwin* [1964] AC 40.

⁵⁸ *Padfield v Minister of Agriculture, Fisheries and Food* [1968] AC 997.

⁵⁹ *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service* [1985] AC 374.

⁶⁰ Kanun amacına aykırı işlem tesis etme, haklı beklentiler.

hükmedilmiştir⁶¹. Yargısal denetim mevzuatında yapılan değişikliklerle de ayrıcalıklı yargı kararlarının aksaklıkların giderilmesi amaçlanmıştır⁶².

B. Yargısal Denetim Yetkisine Dayanak Arayışı

20.yy'ın ortalarından sonra, mahkemelerin idarenin işlemlerini denetlemek konusundaki çekingen tavırlarının değişmesi ve daha müdahaleci davranmaya başlamalarıyla yargısal denetim yetkisine dayanak bulma ihtiyacı önemli hale gelmiştir⁶³. İngiltere'de yazılı bir anayasa olmaması sebebiyle idarenin işlemlerinin yargısal denetimine dayanak teşkil eden yazılı bir kural bulunmamaktadır. Bu sebeple idarenin işlem ve eylemlerinin yargısal denetime dayanak arayışı yazılı bir metin içerisinde değil, anayasal ortamı oluşturan ilkeler kapsamında olmuştur. İngiltere'nin anayasal gelişimiyle tutarlı şekilde yargısal denetim yetkisinin dayanağı olarak öncelikle ultra vires doktrini kabul edilmiştir. Ancak ultra vires doktrini çeşitli yönlerden eleştirilmiş ve yargısal denetimin temeli olarak alternatif yaklaşımlar önerilmiştir⁶⁴.

Klasik ultra vires doktrini, idarenin ve sınırlı görev alanına sahip alt mahkeme ile tribunallerin parlamento tarafından kendilerine verilen yetki alanı içerisinde kalmaları gerekliliğini ifade etmektedir. Bu bakımdan ultra vires doktrini, 1688 Devrimi sonrası parlamentonun üstünlüğünün anayasal ilke olarak yerleşmesi ve buna bağlı olarak mahkemelerin parlamentonun iradesinin uygulayıcısı konumuna gelmeleriyle tutarlı bir yaklaşımdır. Mahkemeler yargısal denetim aracılığıyla parlamentonun iradesinin parlamentonun uygun gördüğü kapsamda kullanılmasını temin etmekle görevlidirler. Klasik ultra vires doktrini eleştirenler ise doktrinin yargısal denetimin birçok boyutunun içtihatla ortaya çıktığı gerçeğini göz ardı ettiğini ve yetkisini kanundan

⁶¹ M v Home Office [1994] 1 AC 377.

⁶² 1977 yılında yargılama mevzuatının değiştirilerek yargısal denetim usulünün ihdas edilmesi ve sonrasında Senior Courts Act 1981 ile bu değişikliklerin yasal temele oturtulması, 2000 yılında gerçekleşen Woolf Reformu ile yargısal denetimi de içeren medeni yargılama kurallarında değişikliğe gidilmesi gibi gelişmeler yaşanmıştır.

⁶³ Le Sueur/Sunkin/Murkens, **Public Law Text and Materials**, s.691.

⁶⁴ Bkz. Müşterek Hukuk Doktrini ve Uyarlanmış Ultra Vires Doktrini

almayan organların yargısal denetimini açıklamakta yetersiz kaldığını ifade etmektedirler⁶⁵.

Yargısal denetimin dayanağını müşterek hukuk (*common law*) olarak kabul eden bu görüş uyarınca mahkemelerin görevi, yasa koyucunun iradesini uygulamaktan öteye gitmekte, müşterek hukukta (*common law*) kabul edilen hukukun üstünlüğü ilkesi doğrudan uygulanmaktadır. Müşterek hukuk doktrini (*Common Law Doctrine*) ise, İngiltere anayasasının temel ilkesi olan parlamentonun üstünlüğü ilkesine aykırı olması yönünden eleştirilmiş ve son dönemde bu iki görüşü uzlaştırmaya çalışan uyarlanmış ultra vires doktrini (*Modified Ultra Vires Doctrine*) ortaya çıkmıştır.

Yargısal denetim yetkisinin kaynağına ilişkin fikir ayrılığı devam etmekle birlikte; bu tartışma akademik alanda kalmakta, uygulamaya etkisi olmamaktadır⁶⁶. Mahkemeler yargısal denetimde yargı icadı inceleme konularını kullanıp geliştirdikleri gibi, ultra vires ilkesine de karar gerekçelerinde yer vermektedirler. Hatta ultra vires ilkesi ile yargı icadı inceleme konularının iç içe geçtiğini söylemek mümkündür. Ultra vires doktrininin ilk uygulama kapsamı idareyi yasa koyucu tarafından belirlenen “dört duvar” arasında tutmak olmuştur⁶⁷. Ancak içtihatlarla ultra vires doktrinin kapsamı genişletilerek usule ve esasa dair tüm hataların işlemi sakatlayacağı kabul edilmiştir. Böylelikle ultra vires prensibi inceleme konularını kapsayan çatı kavram haline gelmiştir.

1. Klasik Ultra Vires Doktrini

Ultra vires, kelime manası itibariyle yetki dışı anlamına gelmektedir. Kamusal organların *ultra vires* yetkileri dışında işlem tesis edemeyeceği, idare hukukunun

⁶⁵ Bkz.Müşterek Hukuk Doktrini ve Uyarlanmış Ultra Vires Doktrini

⁶⁶ Jonathan Auburn et.al., **Judicial Review: Principles and Procedure**, Oxford University Press, Croydon, 2013, s. 6.

⁶⁷ “Four corners”: Associated Provincial Picture Houses v. Wednesbury Corporation [1948] 1 KB 223.

temel prensibidir⁶⁸. Ancak ultra vires doktrininin ortaya çıkışı kamu hukuku alanında olmamıştır. 19.yy’dan itibaren özel hukuk kişilerinin faaliyet alanına ilişkin olarak ortaya çıkan ultra vires doktrini, 20.yy’da esnetilmiş ve sonrasında kanunla tamamen kaldırılmış olmasına rağmen kamu hukuku alanındaki uygulaması önem kazanarak artmıştır⁶⁹. Ultra vires doktrininin kamu hukuku alanındaki uygulamasının ortaya çıkışı 1846 yılında *Colman v. Eastern Counties Railway Co. Ltd*⁷⁰ kararıyla, kanunla kurulan ve önemli ayrıcalıklar tanınan demiryolu şirketinin kanunda açıkça izin verilmeyen işlemlerinin yok hükmünde olduğu yönünde verilen kararlar olmuştur⁷¹. Ultra vires doktrini zamanla sayısı artan yerel yönetimlere ve bağımsız idari organlara en nihayetinde merkezi idareye uygulanmaya başlanmıştır⁷².

Dar anlamda ultra vires, kamusal organın işlem tesis ederken yasa koyucu tarafından kendisine verilen yetki dahilinde kalması gerekliliğini ifade eder. *Anisminic*⁷³ kararına kadar yetki alanı içerisinde tesis edilmiş işlemlerin yargısal denetimi, ancak hukuka aykırılıkların dava dosyasından anlaşılması halinde mümkün olmuştur. Ancak zikredilen kararın akabinde, yetki alanı içerisinde ve dışarısında hukuka aykırılık ayrımı ortadan kalkmıştır⁷⁴.

Geniş anlamda ultra vires ise, işlemin tesis eden organın yetki alanı içerisinde tesis edilmiş olmasının yanında, içtihatla oluşturulmuş inceleme konularına da uygun olması gerekliliğini ifade eder. İşlemin geniş anlamda ultra vires olarak kabulü, yasa koyucunun idarenin hukuka uygun davranması yönündeki genel varsayımsal iradesine

⁶⁸ Wade/Forsyth, **Administrative Law**, s.27.

⁶⁹ Ian Leigh, “The Changing Nature of Local and Regional Democracy”, **The Changing Constitution**, ed. Jeffrey Jowell, Dawn Oliver, 7.bs, Oxford University Press, Oxford, 2011, s. 241 vd.

⁷⁰ (1846) 16 LJ Ch. 73; 10 Beav. 1.

⁷¹ Stephen Sedley, “Public Power and Private Power”, **Judicial Review and the Constitution**, eds. Christopher Forsyth, Hart, Oxford, 2000, ss.291-307, s. 297.

⁷² Harry Woolf et.al., **De Smith’s Judicial Review**, 8.bs, Sweet & Maxwell, London, 2018, para.4.014.

⁷³ *Anisminic Ltd v Foreign Compensation Commission* [1969] 2 AC 147.

⁷⁴ Tom Cross, “Illegality: The Problem of Jurisdiction”, **Supperstone, Goudie & Walker: Judicial Review**, 5th ed., LexisNexis, Croydon, 2014, s.120.

bağlıdır⁷⁵. İdari işlemlerin yargısal denetiminde parlamentonun zımni iradesinin, mahkemelerin içtihatla oluşturduğu esasa ve usule dair hukuka aykırılık konularını barındırdığı, parlamentonun idareye verdiği yetkinin kötüye kullanılmasına izin vermiş olamayacağı varsayımı üzerinden hareket edilmektedir⁷⁶.

Mahkemelerin idare üzerinde kapsamlı denetim tesis edebilmeleri, iyi idare ilkeleri veya hukuka aykırılık sebepleri olarak anılan inceleme konuları kapsamındaki hukuka aykırılıkların ultra vires doktrini kapsamına alınması suretiyle ultra vires doktrininin genişletilmesiyle olmuştur. Ancak gerçekte inceleme konuları parlamentonun iradesinden değil tamamen farklı bir kaynaktan türemiştir. Kaynağını idareye parlamento tarafından verilen yetkinin parlamentonun belirlediği alan içerisinde kullanılması gerekliliğine bağlamanın mümkün olmaması, dolayısıyla klasik ultra vires doktrini yargısal denetimin içtihatla geliştiği ve temelinde müşterek hukukta (*common law*) kabul edilen hukukun üstünlüğü ilkesinin yattığı gerçeğini göz ardı etmesi sebebiyle yargısal denetimin gerçek dayanağını örten bir incir yaprağına⁷⁷ ve peri masalına benzetilmiştir⁷⁸.

Yargısal denetimin temeline yasa koyucunun iradesinin konulması sebebiyle klasik ultra vires doktrini, yetkilerini kanundan almayan organların yargısal denetimini açıklamakta yetersiz kalmaktadır. Lafzi olarak bakıldığında, yasa koyucunun iradesinin onun koyduğu kapsamda kullanılmasının denetiminin yapılabilmesi için yetkiyi yasa koyucunun vermesi gerekmektedir. Kanuni dayanağı olan işlemler dışında, dayanağı Kraliyet imtiyazı olan idari işlemler veya klasik anlamda kamusal olmayan organların işlemleri de yargısal denetime konu olabilmektedir⁷⁹. Ultra vires doktrininin yetkilerini kanundan almayan organlara esaslı şekilde uyarlama yapılmadan uygulanması mümkün değildir. Bu doğrultuda ultra vires ilkesini kamusal

⁷⁵ Dawn Oliver, “Is the Ultra Vires Rule the Basis of Judicial Review”, **Judicial Review and the Constitution**, ed. Christopher Forsyth, Somerset, Hart Publishing, 2000, s.4.

⁷⁶ Wade/Forsyth, **Administrative Law**, s. 28.

⁷⁷ John Laws, “Law and democracy”, **Public Law**, 1995, Spr, s.79.

⁷⁸ Woolf, **Droit Public – English Style**, s.65.

⁷⁹ Oliver, **Is the Ultra Vires Rule the Basis of Judicial Review**, s.5 vd.

yetkilere sahip organların yetkilerinin dayanağı olan belge veya kuralların dahilinde hareket etmesi gerekliliği şeklinde tadil edilmesi gerekmektedir. Bu durumda mahkemelerin, yasa koyucunun çizdiği sınırın koruyuculuğunu yaptığı varsayımı geçerliliğini yitirmektedir⁸⁰.

Ultra vires doktrininin kendi içerisinde çeliştiği durum ise yargı kısıntıları hususunda ortaya çıkmaktadır. Kendi içerisinde tutarlı olabilmesi için yargısal denetim sürecinde mahkemelerin işlevinin parlamentonun iradesini uygulamak olduğunu kabul eden doktrinin, bazı idari işlemlerin yargısal denetiminin kanunla sınırlandırılması karşısında parlamentonun açık iradesini kabul ederek inceleme yapmaması beklenir. Ancak yargısal denetim yetkisini sınırlayan kanun hükümlerinin uyuşmazlık konusu olduğu davalarda mahkemeler, parlamentonun yetkileri sınırlı olan organların üst mahkeme denetimine tabi olmadan yetki dışı işlem yapabileceklerini irade etmiş olmayacağını varsayımıyla kanun hükmünü dar yorumlayarak yargısal denetim yetkisine getirilmeye çalışılan sınırlamaları aşmışlardır⁸¹.

2. Müşterek Hukuk Doktrini

Klasik Ultra Vires Doktrinin yukarıda bahsedilen eksiklikleri, hukukçuları yargısal denetime yeni bir dayanak bulma arayışına sevk etmiştir. Doktrinin özellikle yetkisini kanundan almayan organların yargısal denetimini açıklamakta yetersiz kalması, yasa koyucunun iradesinin yargısal denetimin dayanağı olduğu kabulünün terk edilerek mahkeme içtihatlarıyla oluşturulmuş ve müşterek hukukun (*common law*) bir parçası haline gelmiş iyi idare ilkelerinin kabul edilmesi gerektiği fikri ortaya çıkmıştır⁸².

Müşterek hukuk doktrini uyarınca yasa koyucunun iradesi yargısal denetim yetkisinin kurucu unsuru değildir. Kanunla kurulmuş organların yetki sınırlarının mahkeme tarafından tespitinde dayanak kanunlarının göz önünde bulundurulacağı aşıkardır.

⁸⁰ Paul Craig, “Ultra Vires and the Foundations of Judicial Review” **Judicial Review and the Constitution**, ed. Christopher Forsyth, Somerset, Hart Publishing, 2000, s.53.

⁸¹ Stanley A. de Smith, “Restriction of Judicial Review”, **The Modern Law Review**, Vol. 18, No. 6 (Nov. 1955), s.578.

⁸² Bu görüşün ileri sürüldüğü çalışma için bkz. Oliver, **Is the Ultra Vires Rule the Basis of Judicial Review?**, s.565 vd.

Ancak bu husus yargısal denetim yetkisinin kaynağı olarak yasa koyucunun iradesinin kabul edilmesinden farklıdır. Doktrine göre inceleme konuları ve incelemenin kapsamı mahkemelerce içtihatla belirlenecektir. Egemen parlamentonun mahkemelerin tutumunu değiştirmek amacıyla kanun çıkartması halinde mahkemeler yargısal denetim incelemesini yasa koyucunun iradesine uygun olarak yapacaklardır. Benzer şekilde yasa koyucunun yeni inceleme konuları ihdas etme yetkisi de varlığını sürdürmektedir⁸³. Müşterek hukuk doktrini yargısal denetimin teorik temelini yasa koyucunun iradesine bağlamamakta ancak iradesini de göz ardı etmemektedir.

Müşterek hukuk doktrini, parlamentonun iradesiyle çatışma ihtimali sebebiyle eleştirilmiştir. Bu doktrini eleştirenlerden biri olan ve klasik ultra vires doktrininin savunucusu Forsyth, yargısal denetimin içtihadi özelliğini kabul etmekle birlikte mahkemelerin anayasal boşluk içerisinde hareket etmediğini ifade etmektedir. Mahkemelerin yargısal denetimi geliştirmesinin arka planında her zaman müdahil olabilecek yasa koyucunun eylemsizliği olmuştur. Yasa koyucu yargılama faaliyetine müdahale etmeyerek zımnen gelişmelere rıza göstermiştir. Yasa koyucu idareye geniş takdir yetkisi verdiği durumda, yetkilerin müşterek hukukta (*common law*) tanınan ilkelere uygun olarak kullanılması gerektiğini zımnen irade etmektedir⁸⁴. Bu yönde bir zımni iradenin mevcudiyetinin varsayımsal olarak dahi olsa kabul edilmediği durumda, yasa koyucunun idareye verdiği ve kapsamı belirsiz olan geniş yetkilerin içtihatla daraltılmasının, yasa koyucunun iradesine aykırı davranmak anlamına geleceği iddia edilmiştir⁸⁵.

⁸³ Paul Craig, "The Common Law, Shared Power and Judicial Review", **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 24, No. 2 (Summer, 2004), s. 238.

⁸⁴ Christopher Forsyth, "Of Fig Leaves and Fairy Tales: The Ultra Vires Doctrine, the Sovereignty of Parliament and Judicial Review", **Judicial Review and the Constitution**, ed. Christopher Forsyth, s.41.

⁸⁵ Forsyth, **Of Fig Leaves and Fairy Tales: The Ultra Vires Doctrine, the Sovereignty of Parliament and Judicial Review**, s.40.: Klasik ultra vires doktrini uyarınca bakanlığa düzenleyici işlem yapma yetkisi verildiği ve bu yetkinin sınırları belirsiz düzenleme yapılarak kullanılması halinde işlem parlamentonun idarenin kapsamı belirsiz düzenleme yapabileceği yönünde irade göstermiş olamayacağı varsayımıyla ultra vires yetki dışı kabul edilmektedir. Ancak ultra vires doktrini terkedilirse yapılan kapsamı belirsiz

Ultra vires ilkesinin doktrininin terk edildiği ancak parlamentonun üstünlüğü ilkesinin kabul edildiği durumda işlem tesis eden idare tarafından, kanunda öngörülen tüm esas ve usul şartlarına uyulduğu takdirde müşterek hukuk doktrini savunanlar, parlamentonun iradesini sorgulamadan yeni bir inceleme konusu ihdas ederek işlemin hukuka aykırı olduğunu iddia edemeyeceklerdir. Bunun yapılması hâlinde ise seçilmiş parlamentonun iradesine dayanmadan, yine seçilmiş olan yürütmenin işlemlerinin seçimle gelmeyen hakimler tarafından denetlenmesi; yeni bir meşruiyet sorununa yol açacaktır⁸⁶.

3. Uyarlanmış Ultra Vires Doktrini veya Karma Görüş

Klasik ultra vires doktrinin eksikliği ve yargısal denetimle yasa koyucunun iradesi arasında bağ kurulması ihtiyacı, klasik ultra vires doktrini ve müşterek hukuk doktrinlerinin arasında bir yol tutulması ihtiyacı, uyarlanmış ultra vires doktrininin ortaya çıkmasını temin etmiştir⁸⁷.

Doktrin, müşterek hukuk doktrininde olduğu gibi yargısal denetimin mahkeme içtihiyle geliştirildiğini kabul etmekte ancak parlamentonun iradesiyle konsolide ederek parlamentonun yargısal denetimi geliştirmek konusunda yetkiyi mahkemelere bıraktığını kabul etmektedir.

Yasa koyucu idareye yetki verirken bu yetkiyi hukukun üstünlüğü ilkesine uygun olarak kullanılmak üzere vermektedir. Aksine açık kanun hükmü yoksa yasa koyucunun iradesi, idarenin işlem tesis ederken hukukun üstünlüğü ilkesine aykırı şekilde davranmasını içermemektedir. Ancak yasa koyucunun idarenin hukukun üstünlüğüne uygun işlem tesis etmesi yönündeki genel iradesinin içinin doldurma ve pratik olarak uygulanabilir hale getirme görevi, mahkemelere aittir. Klasik ultra vires

düzenlemelerin iptali, yasa koyucunun iradesiyle çatışmak anlamına gelecektir. Şöyle ki egemen parlamento ya bir şeyi yasaklar ya da izin verir, ultra vires doktrini terkedildiği durumda parlamentonun lafzen kullanılmasına izin verdiği yetkinin mahkeme kararıyla engellenmesi İngiltere anayasasının temel ilkesi olan parlamentonun üstünlüğü ilkesiyle bağdaşmayacaktır.

⁸⁶ Wade/Forsyth, **Administrative Law**, s.31.

⁸⁷ Mark Elliott, **Beatson, Matthews and Elliott's Administrative Law**, 4.bs, Oxford, Oxford University Press, 2011, s.16.

doktrinde olduğu gibi, uyarlanmış ultra vires doktrinde de parlamentonun iradesinin kapsamına ilişkin bir varsayım mevcuttur. Ancak klasik ultra vires doktrinde bu varsayım, içtihatla gelişen tüm hususların parlamento tarafından özel olarak irade edilmiş olduğunu içerirken; uyarlanmış ultra vires doktrinin başvurduğu varsayım ise yasa koyucunun verdiği yetkilerin hukukun üstünlüğü ilkesine uygun olarak kullanılmasının irade edildiği yönündedir. Klasik ultra vires doktrini inceleme konularıyla yasa koyucunun iradesi arasındaki bağı doğrudan kurarken; uyarlanmış ultra vires doktrinde bu ilişki dolaylıdır. Bu doğrultuda uyarlanmış ultra vires ilkesi, yasa koyucunun iradesinin hukukun üstünlüğüne uygun işlem tesis edilmesini gerektirdiği kabul etmesi yönüyle parlamentonun üstünlüğü ilkesi ve hukukun üstünlüğü kavramının kapsamının yorumlanmasını mahkemelere bırakmak suretiyle yargısal denetimin içtihatla geliştiği gerçeğini uzlaştırabilmektedir⁸⁸.

II. Yargısal Denetim Kavramı ve Özellikleri

İngiltere’de yargısal denetimin tarihsel gelişiminin getirdiği özellikleri sebebiyle yargısal denetim kavramı, Türk Hukuk sisteminde mevcut olan idari dava ile tam anlamıyla örtüşmemektedir. İngiliz hukuku bağlamında *judicial review* yargısal denetim, Yüksek Mahkeme’nin (*High Court*) alt mahkemeler üzerinde hakimiyet kurma arayışı sonucu ortaya çıkmış olup günümüzde de Yüksek Mahkeme’nin (*High Court*) alt mahkemeler üzerindeki *supervision* denetim yetkisi devam etmektedir. Bu denetim yetkisi, idare fonksiyonlarının gelişmesinin doğurduğu ihtiyacın mahkeme içtihatlarıyla karşılanması sonucunda yargı organlarından idarelere teşmil edilmiştir⁸⁹. Kamusal fonksiyon icra eden ve Yüksek Mahkeme’nin (*High Court*) yargısal denetim yetkisine tabi olan organlar, kamusal organ (*public body*) olarak ifade edilmektedir. Alt mahkemelerin bazı işlemlerinin, idarenin işlemlerinin hukuka uygunluk denetiminde kullanılan usulle denetlenmesinin dışında, İngiltere’de idarenin yargısal

⁸⁸ Mark Elliott, **The Constitutional Foundations of Judicial Review**, Oxford, Hart Publishing, 2001, s.110.

⁸⁹ Pollard/Parpworth/Hughes, **Constitutional and Administrative Law**, s.465.

denetiminin özellikle 20.yy'ın ikinci yarısında geçirdiği değişiklikler idarenin yargısal denetimini idari rejimi benimseyen hukuk sistemlerine oldukça yaklaştırmıştır.

A. Yargı Birliği İçerisinde İhtisas Mahkemesinde İdare Hukuku Kurallarının Uygulanması

İngiltere'nin yazısız anayasasının sac ayaklarından birisinin hukukun üstünlüğü (*rule of law*) ilkesi olduğu konusunda ihtilaf bulunmamaktadır. İngiltere'de anayasa ve dolayısıyla idare hukuku üzerinde önemli etkileri olan Dicey, 1885 yılında ilk basısı yapılan ünlü eserinde, İngiltere anayasasında hukukun üstünlüğünün yöneten ve yönetilenlerin ülkenin olağan mahkemelerinde, olağan hukuk kurallarına tabi olarak yargılanmasını gerektirdiğini, Fransa'da mevcut olan idare hukuku ve idari yargı sisteminin İngiltere'de mevcut olmadığını ve idare hukukunun temelini teşkil eden devlet ve kamu personelinin özel görevli mahkemelerde yargılanmasının anayasaya aykırı olduğunu söylemiştir⁹⁰.

Bugün İngiltere'de idari uyuşmazlıklara bakmakla görevli ayrı bir yargı teşkilatı olmasa da İdare Mahkemesi (*Administrative Court*) adında bir ihtisas mahkemesi mevcuttur. Ayrıca bu ihtisas mahkemesi, idare hukuku kurallarını yargısal denetimin tabi olduğu özgün usuli kurallar çerçevesinde uygulamaktadır. Son 50 senede gerçekleşen gelişmeler neticesinde İngiltere'de de tıpkı idari rejim olan diğer hukuk sistemlerinde olduğu gibi özel hukuktan usul ve esas bakımından farklılık arz eden bir idare hukuku kavrayışının olduğunu ifade etmek yanlış olmaz denilmektedir⁹¹. İngiltere'de idare ve idari yargılama hukukunun gelişmesine sebep olarak olağan dava (*ordinary proceedings*) usulünden farklı olarak idari uyuşmazlıkların uzmanlaşma gerektirmesi ve idari istikrarın korunması için özgün bir yargılama usulüne duyulan

⁹⁰ Albert Venn Dicey, **Introduction to the Study of the Law of the Constitution**, London, The Macmillan Press, İlk basıdan tıpkı basım, 1979, s.202-203.

⁹¹ Woolf, **Droit Public-English Style**, s.57.

ihtiyaç gösterilmiştir.⁹². Bu kapsamda İngiltere’de idari rejime yaklaşan bir sistemin olduğunu söylemek mümkündür.

1. İhtisas Mahkemesi Olarak İdare Mahkemesinin Görevli Olması

Günümüzde Yüksek Mahkeme (*High Court*) içerisinde bulunan Queen’s Bench Bölümünün (“QBD”) selefî ve müşterek hukuk mahkemelerinden (*common law courts*) en önemlisi olan King’s Bench Mahkemesi, adını Westminster Sarayı’nda Kralın önünde bir bankta oturmasından almıştır⁹³. İdari ve yargısal fonksiyon ayrımının olmadığı dönemlerden itibaren alt mahkemelerin denetimi, King’s Bench Mahkemesi tarafından üstlenilerek merkezi idare bölümlerinin, yerinden yönetimlerin ve idari kurulların hızla gelişmesi ve sayısının artmasıyla yargısal denetim mahkemeleri denetleme işlevinden idareyi denetleme işlevine evrilmiştir. 1873 yılında Judicature Act ile üç büyük müşterek hukuk mahkemesi (*common law courts*) Yüksek Mahkeme (*High Court*) altında birleştirilmiş olup Court of King’s /Queen’s Bench, Yüksek Mahkeme’nin (*High Court*) bir bölümü haline getirilerek Queens Bench Division adını almıştır⁹⁴. Yargısal denetim müessesesini King’s Bench Mahkemesi geliştirdiği için bu yetki mündemiçtir (*inherent*). Söz konusu yetki mahkemeye kanunla verilmiş bir yetki olmayıp mahkemenin müşterek hukuktan (*common law*) kaynaklanan yetkisi kanunlara dercedilmiştir⁹⁵. Yargısal denetimle görevli mahkemenin, Yüksek Mahkeme’nin (*High Court*) bir bölümü haline gelmesinin doğal sonucu olarak eski mahkemenin görev alanı Yüksek Mahkemece (*High Court*) devralınmıştır. Yargısal denetimle görevli QBD’nin Yüksek Mahkeme’nin (*High*

⁹² John F. McEldowney, **Public Law**, 4.bs, Sweet and Maxwell, London, 2016, para.6-008.

⁹³ Garry Slapper, David Kelly, **The English Legal System**, 18.bs, Routledge, Oxon, 2016, s.234.

⁹⁴ Baker, **An Introduction to English Legal History**, s.58.

⁹⁵ Pollard/Parpworth/Hughes, **Constitutional and Administrative Law**, s.477: Kanunun kabulünden önce Yüksek Mahkemenin görev alanında olan tüm uyuşmazlıklar Yüksek Mahkemenin yetkisini düzenleyen SCA 1981 m.19 hükmüne dahil edilmiştir.

Court) bir bölümü haline gelmesi sebebiyle Yüksek Mahkeme (*High Court*) bir başka mahkemenin yargısal denetime tabi değildir⁹⁶.

Yüksek Mahkeme (*High Court*), İngiliz hukuk sisteminde özel hukuk alanında genel yetkili mahkemedir ve sınırsız görev alanına sahiptir⁹⁷. Mevzuattan veya müşterek hukuktan (*common law*) kaynaklanan bir sınırlama olmadığı durumda Yüksek Mahkeme (*High Court*) özel hukuk alanında her uyuşmazlığa bakabilir. Bununla birlikte ceza hukuku alanına ilişkin temyiz görevi de bulunur⁹⁸.

Uzmanlaşmış bir idare mahkemesine doğru ilk adım, 1980 yargılama mevzuatında yapılan değişiklikle 1 Ocak 1981 tarihinden itibaren QBD'nin yargısal denetim yetkisinin "Crown Office List" adı verilen idare hukuku alanında uzmanlaşmış bir birimin kullanmasına karar verilmesiyle olmuştur. Temmuz 1981'de çıkartılan uygulama yönergesiyle de Crown Office List yargısal denetim başvurularının yanında idare hukuku karakteri içeren başka uyuşmazlıkları da incelemekle görevlendirilmiştir⁹⁹. 2000 yılına gelindiğinde ise, Crown Office List adı değiştirilerek yine Yüksek Mahkeme'nin (*High Court*) QBD bölümü içerisinde "Administrative Court" İdare Mahkemesi kurulmuştur. Ancak İdare Mahkemesinin kamusal özellik arz eden uyuşmazlıklarda tek görevli mahkeme haline gelmesi, Lordlar Kamarası'nın (*House of Lords*) *O'Reilley v Mackman*¹⁰⁰ kararı sonrasında olmuştur¹⁰¹.

Yakın zamana kadar yargısal denetim yetkisi sadece Yüksek Mahkeme (*High Court*) tarafından kullanılmakta olsa da yeni kurulan Üst Tribunal (*Upper Tribunal*), yasa

⁹⁶ Peter Cane, **Administrative Law**, 5.bs, Oxford University Press Inc., New York, 2011, s.247.

⁹⁷ Stephan H. Bailey et.al., **The Modern English Legal System**, 5.bs, London, Sweet and Maxwell, 2007, s.106

⁹⁸ Allisdair Gillespie, **The English Legal System**, Oxford University Press, 5.bs, Oxford, 2015, sf.204; Bir başka mahkemenin yargısal denetimine tabi olmamak yargı denetimine tabi olmamak anlamına gelmemektedir. Kanunla öngörülen durumlarda Yüksek Mahkeme kararları Temyiz Mahkemesinde İstinaf edilebilmektedir.

⁹⁹ Richard Gordon, **Judicial Review: Law and Procedure**, 2.bs, London, Sweet and Maxwell, 1996, s.10.

¹⁰⁰ [1983] 2 AC 237.

¹⁰¹ Harlow/Rawlings, **Law and Administration**, s.680.

gereği bir üst mahkemedir ve Üst Tribünale sınırlı yargısal denetim yetkisi tanınmıştır. Üst Tribünalin yargısal denetim yetkisi Yüksek Mahkeme'nin (*High Court*) aksine doğası gereği sahip olduğu, yetkilerine mündemiç olan bir fonksiyon olmayıp yasayla verildiği için Üst Tribunal de Yüksek Mahkeme'nin (*High Court*) yargısal denetimine tabidir¹⁰².

2. Yargısal Denetimde Olağan Usullerden Farklı Yargılama Usulünün Mevcut Olması

Yargılama hukuku içerisinde farklı yargılama dalının tam anlamıyla varlığından bahsedebilmek için iki unsurun bulunması icap eder. Bunlardan ilki söz konusu hukuk alanındaki yargılama hukukuna ilişkin kuralların, diğer dallar için öngörülen yargılama kurallarından içerik olarak ayrı olması, ikincisi ise *procedural exclusivity*: usulün kapsamına giren uyuşmazlıklarda, öngörülen usulün takibinin zorunlu olmasıdır. Farklı yargılama usulleri, kapsamlarına giren uyuşmazlıkların doğurduğu farklı ihtiyaçlara cevap vermek için ortaya çıkar. Eğer takip edilecek usul içerik bakımından farklılık göstermiyorsa, özünde farklı bir yargılama usulünden bahsedilemez. Oluşturulan usulün kullanılma zorunluluğunun mevcut olmadığı durumda da öngörülen usul, olağan usulün alternatifi olmaktan öteye gidemez ve farklı bir yargılama usulünün düzenlenmesini gerekli kılan ihtiyacı karşılayamaz.

İngiltere hukuk sisteminde ayrıcalıklı yargı kararları, tarih boyunca özel hukuk kökenli tespit ve injunction kararlarından farklı bir usulle talep edilmiştir. İdare hukukunda kilometre taşı olarak kabul edilen birçok dava yargısal denetim usulüyle başlatılmış veya bu davalarda ayrıcalıklı kararlar talep edilmiş değildir. İdareler aleyhine olağan dava (*ordinary proceedings*) usulüyle talep edilen tespit kararı veya injunction kararları idare hukukunun gelişmesinde büyük önem göstermiştir. Olağan dava (*ordinary proceedings*) usulüyle görülen uyuşmazlıklar idare hukukuna katkı sağlamış olsa da bu usulle dava açılmış olmasının sebebi davacıların ayrıcalıklı kararlarının talep usulünde mevcut olan birtakım sınırlamaları dolanmak isteyişi olmuştur. 1977

¹⁰² Cane, **Administrative Law**, s.248.

yılında yargılama mevzuatında değişiklik yapılınca kadar idareler aleyhine dava açılmasında yeknesak bir usul mevcut değildi. Özel hukuk kökenli injunction kararının idare hukuku alanındaki uygulaması henüz gelişmemiş olduğundan, idareye karşı uygulanması gereken (*coercive*)¹⁰³ bir karar almak isteyenler Yüksek Mahkeme'den (*High Court*) ayrıcalıklı yargı kararlarından birisini, her birinin tabi olduğu farklı usuller dairesinde talep etmek durumundaydı. Ayrıca günümüzde olduğu gibi, ayrıcalıklı yargı kararların özel hukuk kökenli kararlarla birlikte talep edilmesi de mümkün değildi¹⁰⁴.

Hukuk Komisyonu¹⁰⁵ 1976 yılında yayınladığı “İdare Hukukunda Çareler Raporu¹⁰⁶”nda idare hukukunda davacının talep edebileceği *remedy* hukuki çare olarak nitelendirilen ayrıcalıklı yargı kararlarının, injunction ve tespit kararlarının tabi olduğu usul eleştirel bir şekilde incelenmiş ve davacıların talep edecekleri hukuki çareyi belirlerken ikilem yaşadıkları tespit edilmiştir. Buna göre davacıların tercih ettikleri hukuki çare türünün uyumsuzluğa tam anlamıyla uymadığı, bir noktada uyumsuzluğa uygun olan hukuki çarenin, diğer noktada istenen amacı karşılamadığı ve karar türlerinin her durumda birlikte talep edilemediği belirtilmiştir¹⁰⁷. Bunun bir sonucu olarak ise, davanın esasında haklı olan bir davacının, yanlış usul izlemesi veya karar talep etmesi sebebiyle hukuki çareden mahrum kalabildiği tespit edilmiştir¹⁰⁸. Yargılama sisteminin aksaklıklarını gidermek için 1977 yılında yapılan reform ile ayrıcalıklı kararların talep edilme usulü, tek bir usuli çatı altında toplanmış ve yargısal denetim başvurusu (*application for judicial review*) adı verilen usul ihdas edilmiştir.

¹⁰³ İptal, zorlama ve yasaklama kararları, kararın yerine getirilmesi için idarenin işlem tesis etmesini gerektirebileceği ve buna aykırılığın mahkeme kararının yerine getirilmemesi (*contempt of court*) teşkil edeceği için uygulanması gereken karar türleri (*coercive remedies*) olarak tasnif edilmektedirler.

¹⁰⁴ McEldowney, **Public Law**, para.6-144.

¹⁰⁵ Hukuk Komisyonu (*The Law Commission*) mevzuatı geliştirmek üzere çalışma yapmakla görevli, kanunla kurulmuş bağımsız bir birimdir.

¹⁰⁶ Report on Remedies in Administrative Law.

¹⁰⁷ Law Com. No:73, Cmnd 6407, London, 1976.

¹⁰⁸ Hilary Delany, **Judicial Review of Administrative Action**, 2.bs,Ireland, Roundhall Press, 2009 s.334.

Bu usulde uygulanacak kurallar ise Rules of Supreme Court 53. Bölümde düzenlenmiştir. Reformun dayanak alındığı Raporda¹⁰⁹, her ne kadar yargısal denetim veya olağan dava (*ordinary proceedings*) usulünün potansiyel davacılar için mecburi bir usul olmaması gerektiği öngörülmüş olsa da yargısal denetimin izne tabi olması, dava açma süresinin kısa olması gibi farklılıkların mevcudiyeti ve idare hukukuna dair uyuşmazlıklarda olağan dava (*ordinary proceedings*) usulüne başvuru ihtiyacının ortadan kalkması mahkemeleri mevcut farklı iki usulün kullanılmasında ayrıma gitmeye sevk etmiştir¹¹⁰. Lordlar Kamarası (*House of Lords*), yargısal denetim usulünün cevap vermeye çalıştığı ihtiyaçları göz önünde bulundurarak kamusal özellik arz eden uyuşmazlıklarda, özel hukuk kökenli yargı kararları talep ediliyor olsa dahi yargısal denetim usulünün kullanılmasını zorunlu hale getirecek şekilde içtihat geliştirmiştir¹¹¹. Olağan dava (*ordinary proceedings*) yoluyla idare aleyhine tespit kararı talep edilen *O'Reilley v Mackman* davasında yargılama usulünde yapılan reformları göz önünde bulunduran Lordlar Kamarası (*House of Lords*), kamusal özellik arz eden uyuşmazlıklarda tespit ve injunction kararlarının olağan dava (*ordinary proceedings*) yoluyla talep edilmesinin usulün dolanılması (*abuse of procedure*) olduğuna hükmetmiştir. *O'Reilley v Mackman* davasından sonra *procedural exlucivity* zorunlu usule ilişkin başka birtakım kararlarda, *O'Reilley v Mackman* davasında ortaya konulan prensip yumuşatılmış olsa da kural olarak kamusal özellik arz eden uyuşmazlıklar yargısal denetim usulüyle dava konusu edilmek zorundadır.

2000 yılında mevzuatta yapılan değişiklikle Rules of Supreme Court ilga edilerek *Civil Procedure Rules* ("CPR") Medeni Yargılama Kuralları çıkartılmıştır¹¹². İdari

¹⁰⁹ Law Com. No. 73 para 34.

¹¹⁰ Wade/Forsyth, **Administrative Law**, s.568, 569.

¹¹¹ Lordlar Kamarası oy birliği ile aldığı kararında yargısal denetim usulünün kamu hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkları çözmek için kurgulandığı ve kamu yararını korumak için kamusal organların işlemlerine karşı mesnetsiz davaların görülmesini engelleyen sınırlamalarla kamu yararının kişinin yararından üstün tutulduğu belirtilmiştir. Aktaran: Peter Leyland, **The Constitution of the United Kingdom: A Contextual Analysis**, Portland, Hart Publishing, 2007, s.163.

¹¹² Geoffrey Vos, **The White Book Service 2019: Civil Procedure**, vol.1, para. 54.0.1.

işlemlerin hukuka uygunluğunun denetlenmesinde izlenmesi gereken usul olan yargısal denetim usulü esasen medeni yargılama hukuku içerisinde yer alsa da CPR 54. Bölüm yargısal denetime has usuli düzenlemeler ihtiva etmektedir.

Yargısal denetim usulünün özel hukuk uyuşmazlıklarında takip edilen olağan dava (*ordinary proceedings*) usulünden farklılık arz eden çeşitli yönleri vardır. Bu farklardan en önemlisi yargısal denetimin takdiri özelliğidir. Yargısal denetim incelemesi yapılması potansiyel davacı için hak değildir. Uyuşmazlığın esasına girilmeden önce Yüksek Mahkeme'den (*High Court*) yargısal denetim izni alınması gerekmektedir¹¹³. İzin sürecinde mahkemenin, talebi kabul veya reddetme yönünde geniş takdir yetkisi mevcut olup mahkeme, dava açma süresi geçtikten sonra yapılan başvurulara izin vermeye dahi yetkilidir. Ayrıca yargısal denetim neticesinde hükmedilebilecek hukuki çareler takdiri mahiyettedir. Yüksek Mahkeme (*High Court*) davacıyı haklı bulsa dahi, takdiri ret sebeplerinden birisinin varlığı halinde talep edilen karara hükmetmeyebilir veya kendisinin uygun göreceği, davacı tarafından talep edilmemiş olan başka bir karara hükmedebilir.

Görüldüğü üzere, İngiliz hukuk sisteminde idarenin yargı tarafından denetlenmesinde kullanılan usul, olağan dava (*ordinary proceedings*) yolundan içerik olarak farklılık arz etmektedir. Yargı içtihatlarıyla kamu hukuku karakteri olan uyuşmazlıklarda yargısal denetim usulünün kullanılmasının zorunlu hale gelmesi de İngiltere'de ayrı bir idari yargılama hukukunun mevcudiyetine işaret etmektedir.

3. Yargısal Denetime Konu İdari Organ ve İşlemler

O'Reilley v Mackman kararıyla idari uyuşmazlıklarda yargısal denetim usulünün kullanılmasının zorunlu hale gelmesiyle özel hukuk kamu hukuku ayrımı yapılması gerekliliği doğmuştur¹¹⁴. Her ne kadar bahse konu kararda kamusal karakter içeren uyuşmazlıkların yargısal denetim usulüyle dava konusu edilmesi gerektiği prensibi

¹¹³ CPR 54.4.

¹¹⁴ Wade/Forsyth, **Administrative Law**, s.569.

ortaya konulmuş olsa da kamu hukuku ve özel hukuk ayrımının nasıl yapılacağına dair herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Buna ek olarak yargısal denetim usulünün kullanılma zorunluluğunun genel kural olduğu, istisnalarının belirlenmesinin ise uyuşmazlık bazında yargı tarafından yapılması gerektiği söylenmiştir.¹¹⁵

a. Organik Kıtas

Yargısal denetim yetkisinin kapsamına ilişkin ilk kıtas, işlemi tesis eden organın yetkisinin dayanağı olmuştur¹¹⁶. İşlemi tesis eden organın yetkisini mevzuattan veya Kraliyet imtiyazlarından alması; doğrudan kanun veya idari işlemle kurulmuş olması halinde organ, kural olarak kamusal organ olarak kabul edilmektedir. Bu kapsamda bakanlıklar, devlet şirketleri, bakanlıklara bağlı kuruluşlar, yerinden yönetimler ve tribunaller kamusal organlar olmaları sebebiyle işlemlerinin kural olarak yargısal denetime tabi olduğu kabul edilmiştir¹¹⁷. Özellikle 80'li yılların ortalarından sonra, işlemi tesis eden organın yetkisinin dayanağının kıtas olarak kabul edilmesinin mahkemenin yargısal denetim yetkisini sınırlandırdığı görüşü hâkim olmaya başlamıştır. 1987 yılında *Datafin*¹¹⁸ davasıyla mahkemenin görev alanının belirlenmesinde işlemin hangi fonksiyona dair tesis edildiği kıtası esas alınmaya başlanmıştır. Bu yaklaşım, kendisini 2000 yılında tadil edilen idari yargılama mevzuatında da göstermiştir¹¹⁹. Medeni Yargılama Kuralları m.54.1 yargısal denetim başvurusunun kamusal fonksiyona ilişkin kararlara karşı yapılacağını öngörmektedir. Maddenin lafzı organik anlamda idari olan bir işlemin kamusal fonksiyona dair olmaması halinde olağan dava (*ordinary proceedings*) yoluyla dava edilmesine ve idare dışındaki organlar tarafından kamusal karaktere sahip işlemler yapılması halinde

¹¹⁵ [1983] 2 AC 237 at 285.

¹¹⁶ Clive Lewis, **Judicial Remedies in Public Law**, 5.bs, Croydon, Sweet&Maxwell, 2015, s.10.

¹¹⁷ David Stott, Alexandra Felix, **Principles of Administrative Law**, London, Cavendish, 1997, s.7.

¹¹⁸ R. v Panel of Take-overs and Mergers Ex p. Datafin PLC [1987] QB 816 at 842, [1987] 1 All ER 564.

¹¹⁹ Woolf et.al., **De Smith's Judicial Review**, para. 3.046.

bunların yargısal denetime konu olmasına imkân tanımaktadır¹²⁰. Dolayısıyla günümüzde kamusal organların ve kamusal fonksiyon icra eden özel hukuk kişilerinin işlemleri yargısal denetime tabi olmakta, saf özel hukuk işlemleri ise yargısal denetime konu edilememektedir¹²¹.

Kamusal yetkiler, kanun veya Kraliyet imtiyazlarından kaynaklanan, kamu yararının korunması veya düzenlenmesini konu alan ve özel haklara sınırlandırma getiren yetkiler olarak tanımlanmaktadır. Özel hukuk alanına ilişkin yetkiler ise, genellikle sözleşmeden veya muhatabının rızasından kaynaklanan ve idare fonksiyonuna dair olmayan yetkiler olarak tanımlanmaktadır.¹²² İdare hem kamu hukukundan hem de özel hukuktan kaynaklanan yetkilere sahip olabilir. Bu yetkilerin sınıflandırılmasında net bir kıstas mevcut değildir, yargı değerlendirmeyi uyuşmazlık özelinde yapmaktadır¹²³. Uyuşmazlık konusu işlemin dayanağının kanun veya Kraliyet imtiyazı olması, işlemin kamusal kabul edilmesinde kuvvetli bir ölçüt olarak kabul edilmekle birlikte organın kanunla kurulması ve yetkilerini kanundan alıyor olması işlemin yargısal denetime tabi olması için tek başına yeterli değildir¹²⁴.

Kamusal organların kanun veya Kraliyet imtiyazlarından kaynaklanan görev ve yetkilerinin icrasına yönelik tesis ettikleri işlemler, kamusal işlemler olarak nitelendirilmekte ve yargısal denetime tabi olmaktadır. Mahkemelerin Kraliyet imtiyazından kaynaklanan yetkilerin denetimine ilişkin yaklaşımı da yetkinin varlığının tespiti ve yasa ile sınırlandırılmış olmaları halinde kullanımının mevzuata uygunluğunun denetimiyle sınırlı kalmıştır. Ancak bu yaklaşım *GCHQ*¹²⁵ kararıyla

¹²⁰ Alder, **Constitutional and Administrative Law**, s.434.

¹²¹ Neil Duxbury, “The Outer Limits of English Judicial Review”, **Public Law**, 2017, s. 236.

¹²² Alex Carroll, **Constitutional and Administrative Law**, 6.bs, Essex, Pearson, 2011, s.323.

¹²³ Barnett, **Understanding Public Law**, s.188.

¹²⁴ Alder, **Constitutional and Administrative Law**, s.434: Herhangi bir özel hukuk tüzel kişisinden farklı işlem tesis etmeyen ancak kanunla kurulmuş olan bir sigorta şirketinin tesis ettiği işlemler kamusal değildir. (West) v Lloyds of London [2004] 3 All ER 251).

¹²⁵ *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service* [1985] AC 374: Kararın doktrin ve yargı kararlarında GCHQ olarak kısaltılmasının sebebi bakanlık içerisinde yer

değişmiştir. Kararın neticesinde yetkinin kaynağının salt Kraliyet imtiyazı olmasının mahkemeyi görevsiz kılmayacağı, Kraliyet imtiyazından kaynaklansa dahi *justiciable* yargılanabilir olan işlemlerin denetiminin yapılacağı yaklaşımı kabul edilmiştir¹²⁶. Kraliyet imtiyazından kaynaklanan ve hükümet tasarrufu olarak nitelendirilebilecek uluslararası antlaşmaların imzalanması, ülke savunmasına dair işlemler, Kraliçe tarafından af yetkisinin kullanılması, meclisin feshi, bakanların atanması gibi işlemler yargılaması yapılamayacak işlemler olarak kabul edilmektedir¹²⁷.

b. İşlevsel Kıstas

Kamusal organlar tarafından tesis edilen tüm işlemler kamusal işlemler olmadığı gibi özel hukuk kişilerince tesis edilen tüm işlemler de saf özel hukuk işlemi değildir. Bu sebeple işlemi tesis eden kişinin özellikleri, yetkisi veya görevi değil dava konusu işlemin özelliği dikkate alınmaktadır. Örneğin bir belediyenin kanundan kaynaklanan barınma sağlama görevi kapsamında ilişki kurduğu bir kimseyi tahliye etmesiyle salt kira ilişkisi olan bir kimseyi tahliye etmesi farklılık arz etmektedir¹²⁸. Ayrıca kamu görevlisi ile idare arasındaki ilişki, çoğu durumda işçi işveren ilişkisi olarak nitelendirilmekte ve meslekten çıkarma yönünde tesis edilecek işlem yargısal denetime değil, olağan dava (*ordinary proceedings*) yoluyla sözleşmeye aykırılık incelemesine tabi olmaktadır¹²⁹.

Klasik anlamda kamusal olmayan organların tesis ettikleri işlemlerin tasnifi kamusal organlara nispetle daha zor olmaktadır. Bunların tesis ettikleri işlemlerin kamusal olarak nitelendirilmesinde çeşitli kıstaslar geliştirildiği görülür. Aşağıda bu kıstaslara yer verilmiştir:

alan ve istihbarati faaliyet yürüten “*Government Communications Headquarter*” Devlet İletişim Başkanlığı çalışanları hakkında kamu güvenliği sebebiyle sendika üyesi olamayacakları yönünde işlem tesis edilmiş olmasıdır.

¹²⁶ Woolf et.al., **De Smith’s Judicial Review**, para. 3.038.

¹²⁷ Halsbury’s Laws of England, Vol61A, 2018, para 1.(3).8.

¹²⁸ Alder, **Constitutional and Administrative Law**, s.434.

¹²⁹ Carroll, **Constitutional and Administrative Law**, s.323.

Yetkinin sözleşmeden kaynaklanması: Üyelerinin rızasına dayalı olarak belirli bir alanı düzenleyen organların işlemlerinin kamusal olmadığı kabul edilmektedir¹³⁰. Jokey kulübü, tazi yarış kulübü, futbol federasyonu gibi organlar esasen belirli bir alandaki faaliyeti tekel olarak düzenlemektedirler. Ancak bu organların yetkisinin üyelerinin rızasından kaynaklandığı ve bu sebeple işlemlerinin yargısal denetime tabi olmayacağı kabul edilmiştir. Benzer şekilde arabuluculuk, tahkim ve özel okulların yetkisi, muhataplarının kendi rızalarıyla bu organların yetki alanına tabi olmalarıyla kurulduğu için kamusal özellik arz etmemektedir¹³¹.

Hukuki Dayanak¹³²: Özel hukuk kişinin, işlemlerine doğrudan veya dolaylı olarak mevzuatta dayanak sağlanmak suretiyle “devlet kumaşına işlenmesi”, yani idari faaliyetlerin bir nevi parçası haline getirildiği durumda tesis ettiği işlemler kamusal işlemler olarak kabul edilmektedir¹³³. Bir özel hukuk kişinin tesis ettiği işlemlerin dayanağı mevzuat olmamakla birlikte; tesis ettiği işlemlere mevzuatta idare tarafından tesis edilmiş işlemler gibi sonuç bağlanması halinde, işlemler kamusal olarak kabul edilebilmektedir¹³⁴. Hukuki dayanak testinin bir başka uygulaması da ilgili organın işlemlerinin mevzuatla sıkı şekilde düzenlenmesi halinde olmaktadır. Özel okullara ilişkin verilen bazı kararlarda, okulların devletin yoğun denetimi altında olmalarından bahisle işlemlerinin yargısal denetime tabi olduğuna karar verilmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki, bu test tüm uyumsuzluklarda tutarlı şekilde uygulanmaya elverişli değildir. Özellikle iktisadi alan yoğun şekilde düzenlenmiştir. Bahsi geçen testler

¹³⁰ Alder, **Constitutional and Administrative Law**, s.436, R v Disciplinary Committee of the Jockey Club, ex p the Aga Khan [1993] 2 All ER 853; R v Football Association, ex p Football League [1993] 2 All ER 833; R (Heather) v Leonard Cheshire Foundation [2002] 2 All ER 936.

¹³¹ Auburn et.al., **Judicial Review: Principles and Procedure**, s.13.

¹³² “Statutory Underpinning” testi.

¹³³ “...woven the body into the fabric of public regulation”: Woolf et.al., **De Smith’s Judicial Review**, para. 3.053.

¹³⁴ Colin Campbell, Nature of Power as Public in English Judicial Review, **Cambridge Law Journal**, 68 (1), March 2009, s. 96.

uyuşmazlık özelinde içtihatla oluşturuldukları için genel prensip olarak ortaya konulmamışlardır¹³⁵.

Kamusal önem arz eden alan¹³⁶: Bir başka kıstas da özel hukuk kişinin o alanda faaliyet göstermemesi halinde oluşan boşluğun idare tarafından doldurulması olasılığıdır. Özel hukuk kişinin alanda faaliyet göstermemesi halinde oluşacak boşluğun kamusal organlar tarafından doldurulacak olduğu söylenebiliyorsa, tesis edilen işlemlerin yargısal denetime tabi olacağı söylenmektedir¹³⁷. Bu kıstas baş haham, jokey kulübü, futbol federasyonu tarafından tesis edilen işlemlere uygulanmış ve yoklukları halinde boşluğun idare tarafından doldurulmayacağı kabul edilmiştir. Ancak bu kıstasın yeterli olmadığı, idarenin kamusal ihtiyaç olması halinde herhangi bir alanı düzenleyebileceği ama her durumda bu alanda tesis edilen işlemlerin yargısal denetime tabi olmayacağı söylenmiştir¹³⁸. Ayrıca doktrinde, bu kıstasların mahkemeler tarafından yanlış uygulandığını iddia eden görüş de mevcuttur. Mahkemeler kıstasları uygularken özel hukuk kişinin alanda faaliyet göstermediği durumda, bir başka özel hukuk kişinin bu alanı dolduracağını veya idarenin bir özel hukuk kişisiyle sözleşme yaparak ihtiyacı gidereceğine hükmetmişlerdir. Ancak testin doğru uygulanışının, özel hukuk kişinin o alanda faaliyet göstermediği ve bir başka özel hukuk kişinin de bu boşluğu doldurmak istemediği durumda idarenin düzenleme yapıp yapmayacağı olduğu iddia edilmiştir¹³⁹.

Kamusal Fon veya Yardım: Organın devlet tarafından fonlanması tek başına yeterli bir kıstas değildir. Özel hukuk kişisi oldukları şüphesiz olan birçok dernek ve vakıf devlet yardımı almaktadır ve işlemleri yargısal denetime tabi değildir. Ancak organın asli görevi devlet tarafından sağlanan kaynağın dağıtımıysa, bu durumda kamusal bir fonksiyon gördüğü ve işlemlerinin yargısal denetime tabi olacağı söylenmektedir¹⁴⁰.

¹³⁵ Campbell, *Nature of Power as Public in English Judicial Review*, s. 97.

¹³⁶ “But For” testi.

¹³⁷ Alder, *Constitutional and Administrative Law*, s.436.

¹³⁸ Auburn et.al., *Judicial Review: Principles and Procedure*, s.16.

¹³⁹ Campbell, *Nature of Power as Public in English Judicial Review*, s. 95.

¹⁴⁰ Auburn et.al., *Judicial Review: Principles and Procedure*, s.16.

İdare tarafından özel hukuk kişisine edilen yardımın kapsamının desteklemeyi aşması ve idarenin kendi teşkilatıyla sağlayacağı hizmeti kılık değiştirerek özel hukuk kişisi olarak görmesi durumunda, özel hukuk kişinin işlemlerinin yargısal denetime tabi olduğu kabul edilebilmektedir. Eskiden belediye tarafından icra edilen pazar yeri kurma ve yönetme işinin belediye tarafından kurulmuş, merkezi belediye binasında olan, belediyenin mal ve personelinden yararlanan şirkete devredilmesi sonrası şirket tarafından tesis edilen işlemlerin yargısal denetime tabi olduğu kabul edilmiştir¹⁴¹.

Kamu Hizmetinin Özel Hukuk Kişilerine Gördürülmesi: 1979 sonrası başlayan özelleştirme akımından önce doğalgaz, elektrik, su ve iletişim hizmetleri bizzat idare tarafından yürütülmüştür. Bu durumda ilgili kamu hizmetleri kanunla düzenlendiği ve idare tarafından sunulduğu için kamu hizmetinin sunumuna ilişkin olarak ortaya çıkan uyuşmazlıkların kamusal olduğu konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Kamu hizmetlerinin özelleştirilmesinden sonra da, bu hizmetlerin görülmesine ilişkin işlemlerin dayanağının özelleştirme kanunu olması ve faaliyetleri denetleyen regülasyon kurumlarının kurulması sebebiyle faaliyetin kamusal özelliklerini kaybetmedikleri kabul edilmektedir. Kamu hizmetlerinin sözleşmeyle özel hukuk kişilerine gördürülmesi durumunda da idarenin uymakla yükümlü olduğu ilkeleri hizmetin görülüş usulünü değiştirmek yoluyla dolanmasının mümkün olamayacağı, bu sebeple idare hukuku ilkelerinin özel hukuk kişilerince kamu hizmeti görülen alanlarda tatbik edilmeye devam edileceği savunulmuştur¹⁴². Ancak bu noktada yargısal denetim başvurusunda kimin hasım olarak gösterileceği problemi ortaya çıkmaktadır. Kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerine gördürülmesi durumunda, aynı hizmetin idare tarafından kendi teşkilatıyla görüldüğü durumda idare yargısal denetime tabi olurken özel hukuk kişisi yargısal denetime tabi olmamaktadır. Ancak hizmeti gören özel hukuk kişinin özelliklerinin yukarıda bahsi geçen kıstaslar kapsamında yargısal denetime tabi olmasını gerektirdiği durumlar saklıdır. Kamu

¹⁴¹ R (Beer(t/a Hammer Trout Farm)) v Hampshire Farmers' Market Ltd [2003] EWCA Civ 1056.

¹⁴² Stott/Felix, **Principles of Administrative Law**, s.8.

hizmetinin özel hukuk kişilerine gördürülmesi halinde alanda kolluk yetkisine sahip kurumlar veya kamu hizmetinin kendisine görev olarak verildiği idare yargısal denetimde davalı olmaktadır. Bununla birlikte tüm kamu hizmetleri için genel bir prensip mevcut değildir. Sosyal barınma, göçmen merkezlerinin idaresi ve psikolojik yardım gibi alanlarda faaliyet gösteren özel hukuk kişilerinin tesis ettikleri işlemler yargısal denetime tabi kabul edilmiştir¹⁴³.

4. İdareye Farklı Maddi Hukuk Kurallarının Uygulanması

İngiliz hukuk sisteminde idareye ve kamusal karakter içeren işlemlere uygulanan hukuki rejim, özel hukuk işlemlerine uygulanandan farklılık göstermektedir. İdarenin kimi muameleleri özel hukukta var olan prensiplerin uygulanmasına elverişlidir. Örneğin sözleşme ve haksız fiilden kaynaklanan sorumluluk türleri idare hukukunun doğasına uyarlanarak idari sözleşmelere, işlem veya eylemlere uygulanabilir. İngiliz hukukunda idarenin kusur sorumluluğuna özel hukukta var olan kusur sorumluluğu (*negligence*) uygulanmaktadır. Ancak idarenin sahip olduğu yetki ve sorumluluk gereği kimi muamelelerine uygulanan hukuki rejimin özel hukukta karşılığı yoktur¹⁴⁴.

İdare hukukunun varlık sebebine ilişkin açıklamalar kırmızı ışık (*red light*) ve yeşil ışık (*green light*) teorileri altında birleştirilmeye çalışılmıştır. Kırmızı ışık teorisi idare hukukunu, idarenin kendisine verilen yetki dahilinde hareket etmesini, hukuk alanında kalmasını temin eden kurallar olarak tanımlamaktadır¹⁴⁵. Yeşil ışık teorisi ise idare hukukunu, idarenin kendisine verilen görevi yerine getirebilmesi için ihtiyaç duyduğu hukuki altyapıyı idareye sağlayan kurallar bütünü olarak tanımlamaktadır¹⁴⁶. İdare hukuku; ister idareyi kontrol altında tutmayı hedeflesin, isterse idare elinde bir araç olsun iki yaklaşımın ortak noktası olağan hukuktan farklı kurallara olan ihtiyaçtır.

¹⁴³ Auburn et.al., **Judicial Review: Principles and Procedure**, s. 25.

¹⁴⁴ Emlyn Capel Stuart Wade, et al., **Constitutional and Administrative Law**. Essex, Longman, 1993, s.607.

¹⁴⁵ Harlow/Rawlins, **Law and Administration**, s.22 vd.

¹⁴⁶ Harlow/Rawlins, **Law and Administration**, s.31 vd.

İdareye farklı hukuki rejim uygulanması hem idarenin ihtiyaç duyduğu yetkiyi ona vermek hem de sahip olduğu yetkinin denetimi için gereklidir¹⁴⁷.

İdarenin kendisine verilen görevi yerine getirebilmesi için üstün yetkilerle donatılması, birçok durumda idareye geniş takdir yetkisinin tanınması ve kamu yararına yönelik hareket etme gerekliliği, vatandaşlar ile idareye aynı hukuk kurallarının uygulanmasını olanaksız hale getirmektedir¹⁴⁸. İdare hem kamusal işlemlerinde hem de özel hukuk işlemlerinde toplumun temsilcisi olarak davranmaktadır ve faaliyetlerinde kamu yararını gözetmek durumundadır¹⁴⁹. Bunun bir sonucu olarak idareler, işlem tesis ederken daha yüksek bir davranış standardına tabi tutulmaktadırlar¹⁵⁰. Dolayısıyla olağan haksız fiil ve sözleşme sorumluluğu konusunda dahi, özel hukukta var olan prensipler idare hukukuna uyarlanmadan tatbik edilemez¹⁵¹.

Yargısal denetim incelemesi yapılırken uygulanan maddi hukuk ilkelerinin çoğu mahkemeler tarafından içtihatla oluşturulmuştur. Bu ilkelerin bir kısmı idari işlemin esasına, bir kısmı ise işlemin tesis edilme usulüne ilişkindir. Esasa ilişkin olarak nitelendirilebilecek *illegality* başlığı altındaki inceleme konuları ile *irrationality* başlığı altındaki inceleme konuları yargı icadıdır. İngiltere idare hukukunda da bir idari işlem tesis edilirken takip edilmesi gereken genel usulü düzenleyen bir idari usul yasası mevcut değildir. Ancak müşterek hukukta (*common law*) doğal adalet (*natural justice*) olarak tanımlanan ve idarenin işlem tesis ederken takip etmekle yükümlü olduğu usulü ifade eden kurallar mevcuttur. Bunun yanında mevzuatta işlem tesis edilirken uyulması gereken özel usul kuralları da öngörülmektedir.

¹⁴⁷ Cane, **Administrative Law**, s.6.

¹⁴⁸ Stanley De Smith, Rodney Brazier, **Constitutional and Administrative Law**, 8.bs, London, Penguin Group, 1998, s.503.

¹⁴⁹ Cane, **Administrative Law**, s.5.

¹⁵⁰ Woolf, **Droit Public-English Style**, s.62.

¹⁵¹ de Smith/ Brazier, **Constitutional and Administrative Law**, s.504.

B. Yargısal Denetimin Son Çare Olması ve İdarenin Yargısal Olmayan Denetimi

Mevzuatta açık bir düzenleme olmamakla birlikte yargısal denetimin son çare olduğu, kanunlarda başka bir başvuru hakkı tanınması halinde ise, bu başvurunun yapılmamasının yargısal denetim izni verilmesine engel olacağı kabulü hakimdir¹⁵². Ancak yargısal denetim, idari işlemlere karşı başvurulabilecek muhtelif imkanlar arasında yeknesaklığı sağlayan ve bir nevi emniyet subabı görevi gören hukuki bir çaredir¹⁵³. Kişilerin elinde bir hukuki çare mevcut olmadığı durumda yargısal denetim, kamusal işlemlerden mustarip kişilere son bir denetim imkânı vermektedir. Son çare olmasının sonucu olarak devlet ve vatandaş arasında çıkan uyuşmazlıkların ancak küçük bir kısmı yargısal denetime konu olmaktadır.

İdari işlemlere karşı öngörölmüş çeşitli kanuni itiraz ve idari başvuru yollarının varlığı sebebiyle çoğu durumda yargısal denetim, idari işlemin denetimi için tek yol değildir. Ancak kişiler mevcut yollar arasında dilediklerini seçme konusunda da özgür değildirler¹⁵⁴. Parlamento tarafından kanunda itiraz yolu düzenlendiği durumda, mahkemelerin kanunda öngörölen itiraz merciinin fonksiyonunu gasp etmemesi; yargısal denetim başvurularının hızlıca neticelendirilmesini yönündeki kamu yararına ancak mahkemenin iş yükünün azaltılması suretiyle ulaşılabilir olması sebebiyle kanunların uyuşmazlığı çözmeye elverişli bir hukuki çare öngördüğü durumlarda, yargısal denetim başvurusu yapılmasından önce bu yolların tüketilmesi gerekmektedir.¹⁵⁵

Yüksek mahkeme'nin (*High Court*) yargısal denetimde hukuka uygunluk denetimi yapmaktadır. Ancak kanuni itiraz mercileri yerindelik denetimi yapabilmektedirler.

¹⁵² Elliott, **Beatson, Matthews and Elliott's Administrative Law**, s.466.

¹⁵³ William Wade, "Judicial Review and Alternative Remedies", **Public Law**, 1997, No.4, s.591; aktaran Diane Longley, Rhoda James, **Administrative Justice: Central Issues in UK and European Administrative Law**, London, Cavendish Publishing, 1999, s.140.

¹⁵⁴ Richard Moules, **Environmental Judicial Review**, Oxford, Hart Publishing, 2011, s.70.

¹⁵⁵ Clive Lewis, "Exhaustion of Alternative Remedies in Administrative Law", **Cambridge Law Journal**, vol. 51, no. 1, March 1992, s.140.

Ayrıca idare hukuku alanında birçok farklı alanda uyuşmazlık çıkması, tüm idare hukuku uyuşmazlıklarına bakan mahkemedense ihtisaslaşmış itiraz mercilerinin kararlarının daha isabetli olması sonucunu doğurabilecektir¹⁵⁶. Buna ek olarak, yargısal denetimde davalıdan bilgi ve belge talebi (*disclosure*) ile çapraz sorgulamanın (*cross examination*) nadiren yapılması karşısında alternatif başvuru yolları, maddi olguların tespitine daha elverişli bir yol olarak nitelendirilmektedir¹⁵⁷.

Olağanüstü durumlar dışında yargısal denetim haricinde etkili uyuşmazlık çözüm yollarının mevcut olması ve bu çarelere başvurulmamış olması, yargısal denetim izni verilmesine engel teşkil etmektedir¹⁵⁸. Kanunlarda idari işleme karşı idareye, tribunallere, Yüksek Mahkeme'ye (*High Court*) veya Temyiz Mahkemesi'ne (*Court of Appeals*) itiraz hakkı tanınmış olabilir. Ancak mevcut tüm başvuru yolları yargısal denetim öncesi, tüketilmesi gereken etkili yollar değildir. İngiliz hukuk siteminde şikâyet edilen işlemlere karşı çeşitli ombudsmanlara başvurmak mümkün olmasına rağmen bahse konu başvuru tüketilmesi zorunlu bir yol olarak değerlendirilmemektedir. Yargısal denetim başvurusu yapılmadan önce tüketilmesi gereken yollar tek bir kanunla düzenlenmiş değildir. Bu sebeple işlemin konusuna göre başvuru yolları ve etkinlikleri farklılık göstermektedir. Mahkeme, yargısal denetim başvurusu öncesi tüketilmesi gereken alternatif başvuru yollarının etkili olup olmadığı konusunda olay özelinde değerlendirme yapmaktadır. Bu kapsamda mahkeme, kanuni itiraz yolunun uyuşmazlığı tümüyle çözmeye elverişli olup olmadığını, yargısal denetimden daha hızlı olup olmadığını ve kanunda öngörülen itiraz merciinin uyuşmazlığın çözümü için gerekli uzmanlığı haiz olup olmadığını değerlendirir¹⁵⁹.

Yargısal denetimin son çare olarak kurgulanmasında pratik ve ekonomik kaygılar da etkilidir. 2004 yılından itibaren hükümetçe benimsenen politika; öncelikle hata

¹⁵⁶ Moules, **Environmental Judicial Review**, s.71: Örnekğin 1990 tarihli Çevrenin Korunması Kanunu (*Environmental Protection Act*) m.80(3)

¹⁵⁷ Moules, **Environmental Judicial Review**, s.71.

¹⁵⁸ Lewis, **Exhaustion of Alternative Remedies in Administrative Law**, s.139.

¹⁵⁹ Longley/James, **Administrative Justice: Central Issues in UK and European Administrative Law**, s.140.

yapılmasının önüne geçilerek uyuşmazlık çıkmasına engel olunması, uyuşmazlık çıkması halinde ise kamusal organların oluşturacakları iç başvuru yollarıyla uyuşmazlıkların adil, hızlı, etkili ve verimli şekilde çözülmesi yönünde olmuştur. Bu yaklaşımı etkileyen ekonomik kaygılar, uyuşmazlıkların iç uyuşmazlık çözüm mekanizmalarına göre daha pahalı olan Tribunaller ve yargı önüne gitmesinin kamu kaynaklarının kullanımı ve başvuru için maddi anlamda olumsuz sonuçlar doğurması olmuştur¹⁶⁰.

Yargısal denetim öncesinde tüketilmesi gereken başvuru yolları alternatif başvuru yolları (*alternative remedies*) olarak ifade edilmektedir. Bu başvuru yolları gerçekte yargısal denetimin alternatifi değil, yargısal denetim başvurusuna izin verilerek esas incelemesine geçilebilmesi için tüketilmesi gereken başvuru yollarıdır.

1. Yargısal Denetim, İstinaf (*Appeal*) ve İdari Başvuru Kavramlarının Ayırıştırılması

Hukukumuzda idari işleme karşı aynı veya başka bir idareye yapılan başvuru idari itiraz, ilk derece mahkemelerinin nihai kararlarına karşı kanun yolu başvurusu istinaf, ilk derece mahkemesi veya bölge idare mahkemesinin nihai kararına karşı Danıştay'a yapılan başvuru ise temyiz başvurusu olarak isimlendirilmektedir. Ancak İngiliz hukukunda başvuruların isimlendirilmesinde esas alınan kıstas, başvurunun hangi organa yapıldığı değil, başvuru hakkının kaynağının ne olduğudur. İdari işlem, tribunal veya mahkeme kararlarına karşı kanunla getirilen itiraz veya kanun yollarının tümünü ifade etmek için *appeal* kavramı kullanılmaktadır.

Terminolojik fark, konuya Türk hukuku penceresinden bakan bir kimse için karışıklığa sebep olmaya elverişlidir. İngiliz hukukunda yargısal denetim yetkisi, Türk hukukundaki ilk derece mahkemesinin ve Temyiz Mahkemesi'nin inceleme yetkisini birlikte barındırmaktadır. İdari işlemlerin ve tribunal kararlarının yanı sıra mahkeme kararları yargısal denetim konusu olabilmektedir. Ayrıca Türk idare hukukunda idari

¹⁶⁰ Woolf et.al., *De Smith's Judicial Review*, para 1.067-1.070.

işlemlere ve yargı kararlarına karşı kanunda öngörülen başvuru yolları farklı isimlendirilmektedir. Ancak İngiliz hukukunda *appeal* kavramı, idari bir işleme karşı kanunda idari merci, idari komisyon veya mahkemeye yapılması öngörülen itiraz başvurusunun yanı sıra mahkemelerin kararlarına karşı bir üst yargı merciine yapılan kanun yolu başvurusunu ifade etmek için de kullanılmaktadır. Son olarak idari işlem, komisyon kararı veya mahkeme kararına karşı yapılan *appeal* başvurusu neticesinde verilen karar yargısal denetime tabi olmakta ve Yüksek Mahkeme (*High Court*) tarafından yargısal denetim başvurusu neticesinde verilen kararlara karşı İstinaf Mahkemesine (*Court of Appeal*) ve Yüce Mahkeme'ye (*Supreme Court*) kanun yolu başvurusunda bulunulabilmektedir.

İngiliz hukuku bağlamında *appeal*, bir idari işlem, tribunal veya mahkeme kararına karşı kanunda öngörülmesi halinde mevcut olan; inceleme konusu ve kapsamı her başvuruyu düzenleyen özel kanunların öngördüğü şekilde olan itiraz yolunu ifade etmektedir. Dolayısıyla *appeal*, kanunla düzenlendiği durumda mevcut ve bir hak olan, kanunlarda aksi öngörülmediği takdirde inceleme yapan makamın yerindelik denetimi yapabildiği, uyuşmazlığın esası hakkında karar verebildiği ve kendi kararını ilk karar veren organın kararı yerine ikame edebildiği bir usuldür¹⁶¹.

Yargısal denetim ise kanunla sınırlama getirilmediği her durumda mevcut, ancak inceleme kapsamı daha dar olan ve mahkemenin karar alıcı idari makam yerine kendi kararını ikame edemediği, kararın hukuka uygunluğunun denetlendiği bir usuldür¹⁶². Yargısal denetimde inceleme konusu işlemin yerindelik denetimi yapılmaz, işlemi tesis eden makamın idare hukuku ilkelerine ve usul kurallarına uygun işlem tesis etmesinin denetimi yapılır¹⁶³. Hukuka uygun olan bir işlemin yerinde olmadığı durumda mahkeme, davacı lehine bir karara hükmedemez. Yargısal denetimde mahkeme kendi görüşünü karar alıcının yerine ikame edemez. Ancak mevzuatta öngörülen sınırlı durumlarda tekrar karar alması için geri gönderebilir.

¹⁶¹ Cane, **Administrative Law**, s.248.

¹⁶² Alder, **Constitutional and Administrative Law**, s.298.

¹⁶³ Halsbury's Laws of England, Judicial Review (Volume 61A (2018)), para. 1.(1).2.

İncelemesi yapılan işlem ve incelemenin kapsamını göstermek için *appeal* ve yargısal denetim kavramlarının kullanılması yeterli olmamaktadır. Bu sebeple idari işlemlere karşı kanunlarda öngörülen idare içerisinde, idari komisyonlara veya mahkemelere yapılan *appeal* başvurusunu ifade etmek için idari başvuru; yargı kararlarına karşı üst yargı mercilerine yapılan başvuruyu ifade etmek için ise kanun yolu ifadesini kullanmak uygun olacaktır.

2. İdari Başvuru

İngiltere hukukunda zorunlu idari itiraz kurumu yoktur. Ancak yargısal denetim incelemesinde yaklaşım, etkili yargı dışı uyuşmazlık çözüm yollarının mevcut olduğu fakat davacı tarafından kullanılmadığı durumlarda yargısal denetim izni verilmemesi yönündedir. Bu durum bir tür zorunlu idari itiraz gerekliliğinin varlığını çağrıştıracaktır ancak İngiliz Hukukunda yargısal denetim başvurusu öncesi tüketilmesi gereken alternatif başvuru yolu olarak idari başvurudan ziyade tribunal başvurusu ön plana çıkmaktadır. Eskiden yargısal denetim başvurusu yapılmadan önce tüketilmesi gereken uyuşmazlık çözüm yolu tribunal başvurusu olarak görülmekteyken sonradan iç idari itirazlar da bu kapsama dahil olmuştur¹⁶⁴.

90'lı yıllardan itibaren idarenin faaliyetlerinde kalitenin artırılması yönünde çeşitli adımlar atılmıştır. 1991 yılında hükümetçe kabul edilen “*Citizens Charter*” adlı 10 yıllık bir program idarenin faaliyetlerinin standartlarının yükseltilmesini, aleniyetin ve hesap verilebilirliğin temin edilmesini, karar alma süreçlerine katılımın sağlanmasını ve idarenin faaliyetlerinden şikâyet edenlere idare içerisinde çözüm yolları sunulmasını hedef almıştır¹⁶⁵. Citizens Charter’ın kabulünden sonra oluşturulan icra heyeti tarafından, ombudsman ve denetim kurumlarınca iyi idare ilkelerinin teminine

¹⁶⁴ Harlow/Rawlings, **Law and Administration**, s.456.

¹⁶⁵ Longley/James, **Administrative Justice: Central Issues in UK and European Administrative Law**, s.30 vd.

ve idari uyuşmazlıkların çözümüne dair muhtelif raporlar hazırlanmıştır¹⁶⁶. Adalet Bakanlığı 2004 yılında, sunulan raporlarla aynı amacı güden “orantılı uyuşmazlık çözüm politikasını” (*proportionate dispute resolution*) kabul etmiştir¹⁶⁷. Bu politikanın idari itirazları ilgilendiren kısmı, idari uyuşmazlıkların görece pahalı mahkeme ve *Tribunal* incelemesine gerek duyulmadan, işlemin kaynağına en yakın yerde, gereğinden fazla kaynak ve zaman harcanmadan çözülmesini amaçlamak olmuştur.

Hükümetçe benimsenen politikalar, idareler nezdinde kabul görmüş ve her idare içerisinde idari itirazların değerlendirilmesine ilişkin bir sistem oluşturulmuştur¹⁶⁸. Ancak sistemler idareden idareye farklılık göstermektedir. Bu duruma bir gerekçe olarak genel bir idari usul yasası olması ve itiraz sistemlerinin büyük kısmının kanunla düzenlenmemiş olması gösterilebilir. Kanuni düzenleme olmadığı durumlarda ilgili idareler, kapsamını ve şartlarını kendilerinin belirleyeceği başvuru usulleri öngörmektedirler¹⁶⁹.

Yargısal denetim başvurusu yapılırken hazırlanan dava öncesi protokol (*pre-action protocol*) de, dava açılmadan önce tarafların iletişime geçmesini ve uyuşmazlığın dava yoluna başvurulmadan çözülmesinin değerlendirilmesini öngörmektedir¹⁷⁰. İdari başvuru mekanizmasının olduğu durumlarda başvuruda bulunulması, formda

¹⁶⁶ Effective Complaints Systems: Principles and Checklist (Cabinet Office, 1993); If Things Go Wrong. . . , Discussion Papers 1–5 (Cabinet Office, 1994); Putting Things Right (Cabinet Office, 1995); Good Practice Guide (HMSO, 1995); NAO, Citizen Redress: What citizens can do if things go wrong with public services, HC 21 (2004/5); National Audit Office, vatandaşlar iç idari başvurulardan olumlu sonuç alabilmeleri için başvurularını sabır ve azimle bir “usul ormanı” içerisinde takip etmeleri gerektiği belirtilmiştir. Aktaran: Harlow/Rawlings, **Law and Administration**, s.451.

¹⁶⁷ Transforming Public Service: Complaints, redress and tribunals, Cmnd. 6243 (2004).

¹⁶⁸ Citizen Redress: What citizens can do if things go wrong with public services, HC 21 (2004/5) aktaran: Mark Elliott, Robert Thomas, **Public Law**, Oxford University Press, Oxford, 2011, s.637.

¹⁶⁹ Woolf et.al., **De Smith’s Judicial Review**, para. 1-071.

¹⁷⁰ Dava öncesi protokol yargısal denetim başvurusunda bulunulması için zorunlu olmasa da mahkeme dava yönetimine ilişkin vereceği kararlarda, masraflara hükmederken ve yargısal denetim izni incelemesinde dava öncesi protokolü göz önünde bulundurmaktadırlar. Elliott, **Beatson, Matthews and Elliott’s Administrative Law**, s.463

öngörülen yolun tüketilmesi anlamına gelmektedir. Başvuru yolu olmadığı durumda ise dava öncesi protokol kapsamında işlemi tesis eden idareye bilgilendirme yapılması, işlemin idare tarafından tekrar değerlendirilmesi sonucunu doğurmaktadır¹⁷¹.

Hukukumuzdaki idari başvuru kurumuna benzeyen dava öncesi protokol, yargısal denetim başvurusunda dava açma süresini etkilememektedir¹⁷². İdari başvuruda bulunulmaması halinde, bu durumun yargısal denetim izni verilmemesi yönünde mahkemeye takdir yetkisi tanınması sebebiyle sonucu itibariyle zorunlu denebilecek bu başvurunun dava açma süresine etkisi, mahkemenin süre bakımından takdir yetkisiyle birlikte değerlendirilmelidir. Yargısal denetim başvurusu öncesi idari başvuruda bulunulması veya dava öncesi protokolün hazırlanması, davanın derhal ve en geç üç ay içerisinde açılması zorunluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Ancak davacının kendinden beklenen başvuru yollarını tüketmiş olması sebebiyle gecikmesi dava açılmasında makul bir gecikme sebebi olarak değerlendirilebilmektedir¹⁷³. Ancak davacının hak kaybına uğramamak adına cevap gelmemiş olsa dahi en geç üç ay içerisinde dava açması gerekmektedir¹⁷⁴. Başvuru üzerine bir işlem tesis edilmesi durumunda, bu işlem başka bir başvuru yolu olmaması halinde yargısal denetime konu olabilmektedir.

İdari uyuşmazlıkların çözümü için mevcut bir diğer usul ise kamu araştırmalarıdır (*public inquiries*). Kamu araştırmalarını özellikleri itibariyle belirli bir konuya ilişkin olanlar ve usuli bir aşama olanlar şeklinde ikiye ayırmak mümkündür. (1) Belirli bir konuya ilişkin kamu araştırmaları; kamuoyunun dikkatini çekmiş kazaların, skandalların araştırılması veya toplumsal önem arz eden yatırım projelerine ilişkin görüş alınması gibi belirli bir olay özelinde *ad hoc* oluşturulacak kurulların yaptıkları politik araştırmalardır. Bu tür araştırmalara ilişkin düzenleme, 2005 tarihli Araştırmalar Kanunu'nda mevcuttur ancak kamu idarelerinin kanuni dayanak olmadan

¹⁷¹ Woolf et.al., **De Smith's Judicial Review**, para. 1-074.

¹⁷² Hafize Sevinç Aydar, **İngiliz Hukukunda Yargısal Emir Kavramı ve Türk Hukukunda Uygulanabilirliği**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2007, s.56

¹⁷³ Elliott, **Beatson, Matthews and Elliott's Administrative Law**, s.475.

¹⁷⁴ Auburn et.al., **Judicial Review: Principles and Procedure**, s.556

kamu araştırması yürütmesinin Kraliyet imtiyazlarından kaynaklandığı söylenmektedir¹⁷⁵. 2005 tarihli Araştırmalar Kanunu kapsamında veya kamu idarelerinin Kraliyet imtiyazlarından kaynaklanan yetkilerine dayanarak başlattıkları kamu araştırmaları, idari işlemin usuli bir aşaması veya tekâmül etmiş bir idari işleme karşı idari itiraz mahiyetinde değildir. Bu kapsamda başlatılan kamu araştırmaları idari işlem tesis edilmesinde takip edilmesi gereken bir usuli aşama değildir. Bu yönüyle kamu araştırmalarının yargısal denetimle alakası sadece kamu araştırması başlatma, başlatmama veya araştırma sürecinde tesis edilen işlem veya tespit edilen bulguların yargısal denetime konu olabilmesiyle sınırlıdır¹⁷⁶.

Kamu araştırmalarının yargısal denetimin son çare olma özelliğiyle ilgili olan kısmı ise, aynı isimle tanımlanan ancak özünde idari işlemin tesis edilme sürecine ilişkin usuli yükümlülükler getiren veya idari işlemlere karşı idari başvuru mahiyetini taşıyan (2) Usuli bir aşama olan kamu araştırmalarıdır. Bu tür araştırmalar özellikle imar planlarına ve inşaat iznine ilişkin işlemlere karşı yapılacak başvurularda sıklıkla uygulanmaktadır¹⁷⁷. Özel kanunlarda düzenlenen araştırma türleri, idari işlemlere karşı başvurulacak ayrı bir yol olmaktan ziyade yapılan başvurunun değerlendirilmesinde takip edilmesi gereken bir usuldür. İdari işlemde şikâyet eden kişi tarafından kamu araştırması yapılması talebiyle idareye başvurulmamakta, idare kendisine yapılan başvuruyu kanunda kamu araştırması yapılması öngörüldüğü için bu usulle çözümlemektedir. Dolayısıyla münferit bir başvuru yolu olmayan, başvuru sonrası işlem tesis edilmesinde izlenecek bir usul mahiyetinde olan bu tür kamu araştırmaları, yargısal denetim incelemesi öncesi tüketilme gereklilikleri bakımından idari başvurulardan farklılık arz etmemektedirler.

3. Hybrid Yapı: Tribunaller

¹⁷⁵ Harlow/Rawlings, **Law and Administration**, s.581.

¹⁷⁶ Woolf et.al., **De Smith's Judicial Review**, para. 1.109.

¹⁷⁷ Town and Country Planning Act 1990; Town and Country Planning (Appeals) (Written Representation Procedure) (England) Regulations 2000, SI 2000/1628.

Birey ve idare arasında çıkan uyuşmazlıkların büyük çoğunluğu tribunallerce çözülmektedir ve yargıya intikal eden uyuşmazlıkların bir kısmı da tribunal incelemesinden sonra dava konusu olmaktadır. Tribunallerin ve ülkemizdeki ilk derece idare mahkemelerinin iş yükünün karşılaştırılmasıyla tribunallerin İngilterede ülkemizde ilk derece idare mahkemelerinin gördüğü işlevi gördüğünü düşünülebilir¹⁷⁸. Ancak bu çok isabetli olmayacaktır. Belirtileceği üzere tribunallerin yetkileri ve izledikleri usuller yetkileri dahilindeki işlemleri düzenleyen kanunlar uyarınca farklılık gösterebilmektedir. Ayrıca yerindelik denetimi yapmaları ve idare işlem niteliğinde karar vermeleri mümkündür. Son olarak tribunaller ancak birel işlemlerin yargılamasını yapabilir, düzenleyici işlemlerin yargılamasını yapamazlar.

Tribunallerin çözümledikleri uyuşmazlık sayısı itibariyle, niceliksel olarak idarenin denetiminde yargısal denetimle görevli Yüksek Mahkeme'den (*High Court*) daha önemli rol oynadığını söylemek mümkündür¹⁷⁹. Tribunallerin bu önemi, diğer yargı dışı uyuşmazlık çözüm yollarına göre daha kapsamlı açıklama yapılmasını gerekli kılmaktadır.

Refah devleti anlayışının gelişmesi sonucu, merkezi idare önceden yerinden yönetimlerin yürüttüğü birtakım sosyal görevleri ve regülasyon işlevini üstlenerek bireylerin gündelik hayatında daha müdahil hale gelmiştir. İdarenin üstlendiği yeni görevleri yerine getirmekte kullandığı ilk araç üç erkin özelliklerini taşıyan; kural koyan, uygulayan ve uyuşmazlıkları çözümleyen, merkezi idareden bağımsız idari birimler olmuştur. 19.yy. boyunca merkezi idarenin faaliyet alanının daha da genişlemesi ve ülke genelinde belirlenecek politikaları tekeline toplama isteği sebebiyle çok fonksiyonlu bağımsız idari kurulların kural koyma ve uygulama işlevleri bakanlıklar tarafından üstlenilmiştir¹⁸⁰. Böylelikle bu kurumlar idari işlemlere karşı yapılan başvuruları incelemekle görevli bağımsız birimler halini almış ve 20.yy'ın

¹⁷⁸ İş yükü karşılaştırması için bkz. s.61 vd.

¹⁷⁹ Cane, **Administrative Law**, s.318, 319.

¹⁸⁰ Peter Cane, "Understanding Administrative Adjudication", **Administrative Law in a Changing State Essays in Honour of Mark Aronson**, ed. Linda Pearson Carol Harlow and Michael Taggart, Oxford, Hart Publishing, 2008, ss.273-301, s.280 vd.

başlarında bu birimleri ifade etmek için idari komisyon (*administrative tribunal*) ifadesi kullanılmaya başlanmıştır¹⁸¹. 20.yy'ın başından itibaren özel alanlarda uzmanlaşmış birçok idari komisyon kurulmuştur. Komisyonların belirli alanlarda uzmanlaşması, idare ile yakından ilişki içerisinde olmalarını gerektirmiştir. Bu komisyonlar ilgili faaliyet alanına ilişkin yetkili idareler bünyesinde kurulmaya başlanmış, üyeleri bakanlar tarafından atanmış ve bakanlıklarca fonlanmışlardır¹⁸². Bakanlıkların kural koyma ve yargılama işlevine ilişkin oluşturulan araştırma komisyonunun 1939 yılında yayınladığı Raporda yargılama fonksiyonunun mahkemeler, idari komisyonlar ve bakanlıklar arasındaki dağılımında bir aksaklık olmadığı belirtilmiştir¹⁸³. Ancak 1957 yılında yayınlanan bir diğer araştırma heyeti Raporunda, idari komisyonların mahkemelere nazaran belirli avantajları olmasına rağmen fonksiyonları itibariyle mahkemelerden farksız oldukları tespit edilmiştir. Heyet Başkanı Oliver Franks'in adıyla anılan Raporda; komisyonların aleni yargılama yapması ve gerekçe göstermesi; adil yargılamayı ve tarafların haklarını bilmelerini temin edecek usuli kurallarının olması; içerisinde teşkilatlandırıldıkları idarelerden bağımsızlıklarının temin edilmesi gerektiği söylenmiştir. Komisyonların mahkemelere göre avantajları da raporda maliyet (*cheapness*), erişebilirlik (*accessibility*), teknik olmayan yargılama usulü (*freedom from technicality*), delil tespiti (*expedition*) ve uyuşmazlık konusunda uzmanlık (*expert knowledge of the particular subject*) olarak sayılmıştır¹⁸⁴.

İdari komisyonların yapılanmasına ilişkin en esaslı değişiklik ise 2007 yılında olmuştur. 2000 yılında tribunallerin işleyişine ilişkin araştırma yapmakla görevlendirilen bir başka komisyonun 2001 yılında yayınladığı Rapor¹⁸⁵ neticesinde

¹⁸¹ Cane, **Controlling Administrative Power**, s.329.

¹⁸² Cane, **Controlling Administrative Power**, s.330.

¹⁸³ Committee on Ministers' Powers (the Donoughmore Committee) Cmnd 4060, 1932.

¹⁸⁴ Report of the Committee On Administrative Tribunals And Enquiries, Cmd. 218; aktaran Neil Parpworth, **Constitutional and Administrative Law**, 7.bs, Oxford, Oxford University Press, 2012, s.337.

¹⁸⁵ Legatt Raporu: Sir Andrew Leggatt, "Tribunals for Users: One System, One Service".

çıkartılan Tribunaller, Mahkemeler ve Kararların İcrası Hakkında Kanun¹⁸⁶, Tribunalleri baştan kurgulamıştır. Kanundan önce var olan ve yılda 1 milyon uyuşmazlığa bakan 70 tribunalin görevi, İlk Derece Tribunal (*First Tier tribunal*) ve Üst Tribunal (*Upper Tribunal*) şemsiyesi altında toplanmıştır. Kanun değişikliğinin önemli bir sonucu da tribunallerin konumuna ilişkin olmuştur. Yeni tribunalleri kuran Kanun ile 2005 tarihli Anayasal Reform Kanununu tadil edilerek tribunallere yargı bağımsızlığı tanınmış ve tribunaller yargı teşkilatı içerisine dahil edilmiştir¹⁸⁷. Böylelikle yeni kurulan tribunallerin “sponsor bakanlıklar” ile ilişkileri kesilmiş ve mahkemeler gibi bağımsız organlar haline gelmişlerdir. Genellikle bir hukukçu üye ve iki uzman üyeden teşekkül eden tribunal heyetinin hukukçu üyeleri hakimlerden atanmakta ve tüm üyeler hakimlere tanınan meslek güvencesinden yararlanmaktadırlar. Üyelerin atamaları da Yüksek Mahkeme (*High Court*) hakimlerinin atamalarını yapan birim olan Yargı Atamaları Komisyonu tarafından yapılmaktadır¹⁸⁸. Ayrıca hâkim üyeler bakımından diğer mahkemelerle içi içe geçmiş bir görevlendirme sistemi mevcuttur, Yüksek Mahkeme (*High Court*) hakimleri tribunallerde üyelik yapabilmektedirler. Değişiklik neticesinde 1957 yılında yargısallaşmaya başlayan tribunaller, teşkilat ve fonksiyon bakımından mahkemelerden farksız hale gelmiştir¹⁸⁹.

Tribunallerin geçirdiği bu dönüşüm İngiltere’de tribunallerin idari teşkilat içerisinde yarı yargısal bir fonksiyon mu gördükleri, yoksa Fransız ve Türk İdari Yargılama sistemine benzer şekilde ilk derece idare mahkemesi vasfı mı taşıdıkları sorusunu ortaya çıkarmaktadır. Müesseseyi ifade etmek için kullanılan kavram tek başına yol gösterici değildir. Zira Fransız idari yargılama sisteminde ilk derece idare

¹⁸⁶ Tribunals, Courts and Enforcement Act (“TCE 2007”) 2007.

¹⁸⁷ TCE 2007 m.1.

¹⁸⁸ Judicial Appointments Commission, hukukçu olmayan üyelerin atamaları da aynı komisyon tarafından yapılmaktadır ancak hukukçu üyelerden farklı olarak meslek örgütlerinden görüş almaktadır. Timothy Endicott, *Administrative Law*, 4.bs, Oxford University Press, Oxford, 2018, s. 457.

¹⁸⁹ Peter Cane, “Judicial Review and Merits Review: Comparing Administrative Adjudication by Courts And Tribunals”, ed. Susan Rose-Ackerman, Peter L. Lindseth, **Comperative Administrative Law**, Cheltenham, Edward Edgar Publishing, s.434.

mahkemeleri, halihazırda aynı kelimeyle, *tribunal administratif* şeklinde ifade edilmektedir¹⁹⁰. İngiltere’de konuya ilişkin tanım birliği mevcut değildir. Tribunallerin fonksiyon itibariyle yargı içerisinde yer aldığı ve özünde mahkemelerle aynı işleve sahip olduğu söylene de mahkeme olmadıkları ifade edilmektedir¹⁹¹. Türkiye’de bu konuyu ele kimi eserlerde komisyonlar ilk derece idare mahkemesi, uzmanlık mahkemesi olarak ifade edildiği gibi idari kurul ifadesini kullananlar da mevcuttur¹⁹². Kanaatimizce her iki kullanıma da muhalefet etmek mümkündür. Tribunalleri mahkeme olarak nitelendiren yazarların eserleri, komisyonların “*oldukça yargısal*”¹⁹³ hal almadan önceki dönemine isabet etmektedir. Dolayısıyla bu kullanım zaman itibariyle isabetli değildir. Daha güncel eserlerde ise; komisyonların idari vasıflarını kaybetmiş oldukları gözetilmeden idari olarak ifade edilmesi, komisyonların mevcut

¹⁹⁰ John Bell, Sophie Boyron , Simon Whittaker; **Principles of French Law**, 2.bs, Oxford, Oxford University Press, 2009, s.41.

¹⁹¹ Peter Cane, Judicial Review in the Age of Tribunals, **Public Law**. 2009, Jul, s.497: İngiliz hukuku tribunalleri adalet mekanizmasının bir parçası olan, mahkemelerle özünde benzer işlev gören benzer kurumlar olarak görmektedir.; Slapper/Kelly, **The English Legal System**, s.234: Tribunaller ve mahkeme arasındaki fark belirsiz olsa da tribunaller mahkemelerin iş yükünü azaltmak için oluşturuldukları ve mahkemelerin gözetimine tabi oldukları için mahkemelere göre daha alt konumda yer aldıkları kesindir denilmiştir. ; Frances Patterson, Justin Leslie, **Judicial Review: Law and Practice**, 2.bs, Bristol, Jordan Publishing, 2015, s.113: 20.yy’ın başlarından itibaren idari olarak anılan komisyonlar bu vasıflarını yüzyılın ortalarından itibaren kaybetmeye başlamışlardır ve yeni yüzyılda komisyonlar için idari sıfatının kullanılması için bir gerekçe kalmamıştır. Bu doğrultuda tribunallerin artık mahkemeye bir alternatif değil, kendi özel usulleri olan uzmanlık mahkemeleri olarak görülmesi gerektiği söylenmiştir.

¹⁹² Mustafa, Karabulut “İngiltere’de İdarenin Yargısal Denetimi Üzerine Bir İnceleme”, **Danıştay Dergisi**, Yıl: 30, Sayı: 102, Ankara, 2000, s.22: “Administrative Tribunals” idare mahkemesi olarak tercüme edilmiştir.; Süleyman, Kurt, “Britanya İdari Yargı Yerleri (Tribunal Sistem) ve Yargısal Denetim”, **Danıştay Dergisi**, Sayı: 107, Ankara, 2004, s.83 Tribunaller uzmanlık mahkemeleri olarak tercüme edilmiştir. Yahya K. Zabunoğlu, İngiltere’de İdare Hukuku Anlayışı, **AÜHFD**, Yıl: 1961, Cilt: 18, Sayı: 1-4, s.400 vd.: Zabunoğlu ise tribunallerin idari kaza merci olmadığını belirterek idarenin yargı fonksiyonu kazanması şeklinde açıklamış ancak kavram olarak idare mahkemesini tercih etmiştir.

¹⁹³ Organik olarak idare içerisinde yer almalarına rağmen yargılama benzeri işlev görmeleri, mahkemelerdeki usullere benzer usullere tabi olmaları ve belirli derecede bağımsız olmaları sebebiyle “yarı yargısal” ifadesi kullanılmaktadır. Ancak 2007 reformundan sonra tribunallerin teşkilat olarak mahkemelerden farklarının kalmaması sebebiyle yarı yargısal kavramı konumlarını tasvir etmekte yetersiz kalmaktadır. Bu sebeple yarı yargısalardan daha yargısal konumlarını ifade etmek için oldukça yargısal ifadesi tercih edilmiştir.

durumunu en azından lafzi olarak yansıtmamaktadır¹⁹⁴. Dolayısıyla idari özelliklerini kaybeden tribunalleri idari komisyon veya kurul olarak anmanın doğru olmayacağı; ancak varoluş sebepleri ve yargılama yöntemleri itibariyle, olağan mahkemelerden farklı olmaları sebebiyle mahkeme olarak da tasnif edilmemesinin gerektiği ve kavram tercümesi yapılmaksızın İngiltere’de kullanılan terimiyle kendine özgü bir müessese ismi olarak ifade edilmesinin uygun olacağı kanaatindeyiz.

Yeni oluşturulan tribunal sisteminde **İlk Derece Tribunal** yedi bölümden oluşmaktadır. Bunlar (a) Genel Regülasyon Bölümü, (b) Sosyal Yardım Bölümü, (c) Sağlık, Eğitim ve Sosyal Hizmetler Bölümü, (d) Silahlı Kuvvetler Tazminat Bölümü, (e) Gayrimenkul Bölümü, (f) Vergi Bölümü ile (g) Göç ve Sığınma Bölümüdür.

Üst Tribunal (i) İdari İtirazlar Bölümü (a, b, c ve d ile ifade edilen bölümlere verilen kararları hukuka uygunluk yönünden inlemektedir.), (ii) Vergi ve Maliye Bölümü; (iii) Gayrimenkul Bölümü ile (iv) Göç ve Sığınma Bölümünden oluşmaktadır.

İlk Derece Tribunal, idari işlemlere karşı yapılan başvuruların ilk derece incelemesini yapmaktadır. İlk derece tribunalin verdiği karara karşı iki tribunalden birisinin izin vermesi halinde Üst Tribunalin ilgili bölümüne başvuru yapılmaktadır¹⁹⁵. İlk Derece Tribunal kararlarına karşı Üst Tribunale yapılacak başvuru dışında her iki tribunalin de re’sen veya taraflardan birisinin talebi üzerine kendi kararlarını gözden geçirme yetkileri mevcuttur¹⁹⁶. Gözden geçirme sırasındaki inceleme maddi hataların giderilmesiyle sınırlı değildir. Kararın gerekçesi tadil edilebileceği gibi karar kaldırılarak yeni bir karar verilebilir veya İlk Derece Tribunal karar vermesi için dosyayı Üst Tribunale iletebilir¹⁹⁷. Kanunlarda öngörülen hallerde Üst Tribunal kararlarına karşı Temyiz Mahkemesi’ne (*Court of Appeals*) başvurmak da

¹⁹⁴ Sırrı Düğer, **Anglosakson Hukuk Sisteminde İdarenin Yargısal Denetimi**, Ankara, Yetkin, 2019, s.41: Eserde tribunallerin yargısallaşmasına ilişkin gelişmeler ve tasnifine ilişkin süregelen tartışma anlatılmış, yargısal organlar oldukları tespit edilmiştir. Ancak yazar bahsi geçen tartışmaların varlığı sebebiyle tercihinin tribunalleri “idari kurullar” olarak tercüme etmek yönünde kullanmıştır.

¹⁹⁵ TCE 2007 m.11.

¹⁹⁶ TCE 2007 m.9,10.

¹⁹⁷ Wade/Forsyth, **Administrative Law**, s.771.

mümkündür. Ancak bu durumda da ya Üst Tribunalin ya da Temyiz Mahkemesi'nin (*Court of Appeals*) bu yönde yapılacak incelemeye izin vermesi gerekmektedir¹⁹⁸. Mevzuat uyarınca Üst Tribunal bir üst mahkemedir ve belirli alanlarda yargısal denetim yetkisine sahiptir¹⁹⁹. Kanunlarda Temyiz Mahkemesi'ne (*Court of Appeals*) başvuru yolunun düzenlenmediği istisnai durumlarda, Üst Tribunalin vereceği kararlar yargısal denetimine tabi olmaktadır²⁰⁰.

Tribunal yargılamasının yargısal denetimden yargılama yöntemi ve içerik bakımından farkları bulunmaktadır. Bu farklar aşağıda özetlenmiştir.

Maliyet: Mahkemelerin aksine tribunallere başvurulması halinde kişilerden başvuru ücreti alınmamaktadır. Ayrıca yargılamanın avukatla temsili gerekli kılmayacak şekilde kurgulanmış olması sebebiyle vekalet ücretinden tasarruf edilmektedir²⁰¹. Kişinin kendisini vekille temsil etmesi önünde bir engel yoktur, bu yolun tercih edilmesi halindeyse yargılama süreci mahkemelere nazaran daha kısa sürdüğünden yargılama dolayısıyla başvuru masrafları daha az olmaktadır²⁰².

Erişilebilirlik: Tribunaller hem fiziksel olarak hem de yargılama biçimi olarak mahkemelere göre daha erişilebilirdirler. Başvurucuların tribunallere kolay erişimini temin edecek şekilde teşkilatlanmışlardır. Bu doğrultuda tribunallerin ülke genelinde şubeleri olabileceği gibi, tribunal heyetleri uyuşmazlıkları ülke

¹⁹⁸ TCE 2007 m.13.

¹⁹⁹ TCE 2007 m.3(5), 18(3) İdare Mahkemesince Üst Tribunale devredilecek yargısal denetime ilişkin konular Lord Chief Justice tarafından belirlenmekte ve Lord Chancellor tarafından onaylanmaktadır. M.15-21 Lord Chief Justice, Criminal Injuries Compensation Scheme kapsamında yapılan başvurularda ve itiraz hakkı düzenlenmemiş ilk derece komisyonu kararlarına karşı yargısal denetim yetkisinin Üst Tribunal tarafından kullanılmasını karar vermiştir.

²⁰⁰ Bu istisnai durum İlk Derece Tribunalin kararına Üst Tribunalin kendisine başvuru izni vermediği durumda ortaya çıkmaktadır. İlk Derece Tribunalin kararına karşı Üst Tribunalce başvuru izni verilmediği durumda izin verilmemesi yönündeki bu karara karşı Temyiz Mahkemesin başvuru imkânı mevzuatta öngörülmemiştir dolayısıyla bu yönde verilecek kararlar yargısal denetime konu olmaktadır. R(Cart) v Upper Tribunal [2011] UKSC 28.

²⁰¹ Alder, *Constitutional and Administrative Law*, s.446.

²⁰² Parpworth, *Constitutional and Administrative Law*, s.337.

içerisinde dolaşarak çözümleyebilmektedirler²⁰³. Buna karşın Yüksek Mahkeme (*High Court*) yakın zamana kadar sadece Londra’da toplanmaktaysa da Birmingham, Cardiff, Leed ve Manchester’da duruşma yapılmaya başlanmıştır. Tribunaller ise Birleşik Krallığın tamamında faaliyet göstermektedir²⁰⁴.

İnformel Yargılama: Tribunal huzurunda yapılan yargılamalar mahkemelere göre daha az resmidir. Taraflar mahkeme salonunda hakim karşısında oturmak yerine, hakimlerle birlikte bir masada oturarak davalarını sunmaktadırlar²⁰⁵. Yargısal denetimde çekişmeli (*adversarial*) yargılama usulü esas iken, tribunal yargılamasında taraflardan birisinin katılımıyla karar verilebilmekte ve heyet delillerin tespiti ve iddiaların kurgulanması gibi hususlarda başvurucuya yardımcı olacak şekilde aktif rol oynayabilmektedir²⁰⁶. Ayrıca ispat ve delillere ilişkin kurallar tribunal yargılamalarında mahkemelere göre daha esnek uygulanmaktadır²⁰⁷.

Uzmanlık: Tribunal heyeti bir hukukçu başkan ve iki uzman üyeden teşekkül etmektedir. Hukukçu olmayan üyelerin kendi alanlarına dair uzmanlıklarının, hayatın gerçeklerine uygun ve uygulamada sorunlara yol açmayacak kararlar verilebilmesinin önünü açması bu sebeple kanunun amacının yerine getirilmesine daha uygun olduğu savunulmaktadır²⁰⁸. Ayrıca heyette uzman kişilerin bulunması bilirkişilerden uzman görüşü alınmasına olan ihtiyacı ortadan kaldırmaktadır²⁰⁹. Tribunallerde çözümlenen uyuşmazlıkların çoğu, işlemin yerindeliğine ilişkin olup hukuki ihtilaf daha azdır. Bu sebeple bir

²⁰³ Parpworth, **Constitutional and Administrative Law**, s.337.

²⁰⁴ Elliott/Thomas, **Public Law**, s.651.

²⁰⁵ Parpworth, **Constitutional and Administrative Law**, 7s.337.

²⁰⁶ Cane, **Administrative Law**, s.320.

²⁰⁷ Alder, **Constitutional and Administrative Law**, s.447.

²⁰⁸ Michael Adler, “Lay Tribunal Members and Administrative Justice”, **Public Law** ,[1999] s, 616., aktaran Cane, **Administrative Law**, s.325.

²⁰⁹ Cane, **Administrative Law**, s.334.

hukukçu iki uzman üyeden oluşan heyet, uyuşmazlığın isabetli çözümü konusunda mahkemelere göre daha elverişli olabilmektedir²¹⁰.

Yargılama yöntemi dışında tribunallerin mahkemelerden ve idari yargılama özelinde yargısal denetimden önemli bir farkı da incelemenin konusu ve kapsamına ilişkindir. Yargısal denetimde genel düzenleyici işlemler, birel işlemler, eylemler ve eylemsizlikler dava konusu edilebileceği gibi, bir başka karar türüyle birlikte tazminat da talep edilebilir. Tribunal yargılamasının konusu ise yargısal denetime göre daha dardır. Ancak birel işlemler dava konusu edilebilir. İdarenin eylemleri dava konusu edilemeyeceği gibi, tribunallerin genel düzenleyici işlemleri inceleme yetkisi de yoktur. Ayrıca tribunal yargılamasında tazminat talep edilmesi mümkün değildir²¹¹.

Tribunaller idare tarafından tesis edilen işlemin yerindeliliğini denetlemektedirler. Yargısal denetimde mahkemenin yaptığı inceleme, idari işlemin hukuka uygunluğu ile sınırlıyken; tribunal idare tarafından tesis edilen işlem yerine kendi kararını ikame edebilmektedir²¹². İncelemenin kapsamına dair bir diğer fark ise maddi olguların tespitine ilişkindir. Yargısal denetimde mahkeme idare tarafından tespit edilen maddi olguları tekrar kendisi tespit etmez, ancak tribunal yargılamasında maddi olguların yeniden tespiti ve değerlendirilmesi imkânı vardır²¹³. Örneğin sosyal güvenlik kanunu kapsamında yapılan bir başvuruda tribunal, idare memurlarının yapabileceği her türlü işlemi yapmaya yetkilidir. İncelemesi sadece hukuka uygunlukla sınırlı değildir, resen araştırma yaparak taraflarca sunulmamış bilgi ve belgeleri toplayabilir ve nihayetinde işlemi iptal edebileceği gibi kendisi yeni bir karar verebilir ve sebep ikamesi yapabilir²¹⁴.

Yeni kurgulanan iki dereceli tribunal sisteminin görev alanına birey ve idare arasındaki uyuşmazlıklar girmektedir. İş uyuşmazlıklarının çözümüyle görevli İş Uyuşmazlıkları

²¹⁰ Woolf et.al., **De Smith's Judicial Review**, para. 1.099.

²¹¹ Cane, **Administrative Law**, s.320.

²¹² Elliott/Thomas, **Public Law**, s.643.

²¹³ Elliott/Thomas, **Public Law**, s.650.

²¹⁴ Cane, **Judicial Review and Merits Review: Comparing Administrative Adjudication by Courts and Tribunals**, s.436.

Tribunali ve İş Uyuşmazlıkları İstinaf Tribunali, bireyler arasındaki uyuşmazlıkları çözümlemeleri gerekçesiyle yeni sisteme dahil edilmemiştir²¹⁵. İmar işlemlerine ilişkin yapılacak başvurular da yeni sisteme dahil edilmemiştir. Ancak buna gerekçe olarak, belediyelerce tesis edilecek işlemlere karşı itirazların merkezi idare tarafından incelenecek olması ve ülke genelinde yeknesak imar uygulamalarının bağımsız tribunallerce, değil merkezi idare tarafından temin edilebilecek olması gösterilmiştir²¹⁶.



²¹⁵ TCE 2007 gerekçesi, aktaran: Parpworth, **Constitutional and Administrative Law**, s.340.

²¹⁶ Cane, **Administrative Law**, s.317.

İKİNCİ BÖLÜM

YARGISAL EMİRLERİN TALEP EDİLME USULÜ - YARGISAL DENETİM SÜRECİ

İdareye karşı yargısal emirler, yargısal denetim usulüyle açılan dava neticesinde verilmektedir. Yargısal denetim süreci ise iki aşamadan oluşmaktadır. Bunlar davanın açılmasına izin verme ve esas incelemesi süreçleridir. Davanın esastan incelenmesi ancak yargısal denetim başvurusunun ardından yapılacak izin incelemesi neticesinde, yargısal denetim izni verilmesi halinde mümkün olmaktadır. Yargısal denetim izni verildiği takdirde inceleme konuları kapsamında hukuka uygunluk denetimi yapılır. Bunun neticesinde mahkeme, davayı reddedebilir veya davacıyı haklı bularak talep edilen yargı kararına hükmedebilir. Kişinin haklılığını ispat etmiş olması, tek başına talep ettiği hukuki himayenin kendisine temini için kâfi olmamaktadır. Mahkeme, davacı tarafından talep edilen yargı kararını uygun görmeyerek başka bir karar verebileceği gibi tümüyle davacı lehine karar vermekten imtina edebilir.

İşbu bölüm kapsamında öncelikle yargısal denetim izni verilmesinde mahkemenin göz önünde bulundurduğu hususlar incelenecek, ardından esas incelemesinde değerlendirilen inceleme konuları olarak adlandırılan hukuka aykırılık sebeplerine değinilecektir. Son olarak talep edilen yargı kararlarının takdiri ret sebepleri ile hükmün yazımı açıklanacaktır.

I. Ön İnceleme: İzin Süreci

Yargısal denetimde izin süreci İncelenen hususlar bakımından Türk İdari Yargılama Hukukunda dilekçe üzerine yapılan ilk incelemeye benzetilebilir. Uyuşmazlık konusunun yargısal denetimde incelenebilirliği, dava açma süresi ve ehliyet izin aşamasında değerlendirilmektedir. Bunun yanında yargısal denetimin son çare olması itibarıyla tüketilen veya tüketilmesi gereken başvuru yolları da izin verilmesinde göz önünde bulundurulmaktadır. İncelemenin kapsamı bakımından hukukumuzdan farklılık arz eden husus şekli incelemenin yanında davacının iddialarının kuvvetinin de izin verilip verilmeyeceğinin değerlendirmesinde dikkate alınmasıdır.

Bir idari işleme karşı kanunda idareye, Tribunallere veya mahkemeye itiraz hakkı düzenlendiği durumların aksine yargısal denetim kişiler bakımından hak teşkil etmez¹. Yargısal denetim incelemesinin yapılabilmesi için Yüksek Mahkeme'den (*High Court*) yargısal denetim izni alınması gerekmektedir².

2019 yılında İngiltere'de tüm tribunallerde toplam 380.203 uyuşmazlık çözümlenmiştir. İş hukuku uyuşmazlıklarını çözmekle görevli İş Tribunalinin (*Employment Tribunal*) çözümlendiği uyuşmazlıklar bu sayıdan düşürüldüğünde 329.986 uyuşmazlığın idare hukukuna dair olduğu görülmektedir³. Yine aynı yıl içerisinde tüm tribunallerden Temyiz Mahkemesi'ne (*Court of Appeals*) 272 kanun yolu başvurusunda bulunulmuştur⁴. Yargı istatistiklerine göre ise 2019 yılında İngiltere'de 3384 yargısal denetim izin başvurusunda bulunulmuştur. İlk inceleme veya itiraz üzerine yapılan duruşma sonrası 638 başvuruya yargısal denetim izni verilmiştir. Yargısal denetim izni verilen bu başvurulardan ancak 156 tanesinde duruşma aşamasına gelinmiş ve esas incelemesi yapılmıştır. Esas incelemesi yapılan başvurulardan 68 tanesi davacı, 72 tanesi davalı lehine sonuçlanmış, 9 tanesinden ise feragat edilmiştir⁵. Türkiye'de ise aynı yıl idare mahkemelerinde 237.805 yeni dava açılmıştır. Önceki yıldan devreden ve bozularak gelen kararlara birlikte 2019 yılında idare mahkemelerinin önünde 373.146 davanın, Danıştay'da ise önceki yıldan devreden davalarla birlikte 275.319 davanın derdest olduğu kayıtlara geçirilmiştir⁶.

¹ Barnett, **Understanding Public Law**, s.188.

² CPR 54.4.

³ (Çevrimiçi)
https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/922034/Main_Tables_Q1_2020_21.ods, 30 Aralık 2020; Tablo S_1.

⁴ (Çevrimiçi)
https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/889536/2019_RCJ_tables.xlsx, 08 Ocak 2021; Tablo 3.9

⁵ (Çevrimiçi)
https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/890424/civil-Justice-stats-main-tables-Jan-Mar.xlsx 30 Aralık 2020; Tablo 2.1 ve 2.2

⁶ Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, “Adli İstatistikler 2019”, 2019, s.259 ve 289, (Çevrimiçi)

İngiltere'deki tribunaller ile ülkemizdeki ilk derece idare mahkemelerinin yargı teşkilatında aynı kademedede bulundukları ve aynı amaca hizmet ettiklerinin kabul edilerek iş yükleri kıyaslandığında çözümledikleri uyuşmazlık sayısının yakın olduğu görülmektedir. Ancak yargısal denetim başvurularını incelemekle görevli Yüksek Mahkeme (*High Court*) ve ülkemizdeki temyiz mercii Danıştay'ın iş yükü kıyaslandığında Yüksek Mahkeme'nin (*High Court*) iş yükünün bariz şekilde az olduğu görülmektedir. Her ne kadar Yüksek Mahkeme (*High Court*) önüne gelen her 5 yargısal denetim başvurusundan 1 tanesine izin verse de esastan çözümlediği uyuşmazlık sayısının az olmasının temel sebebinin başvuruların izin aşamasında elenmesinden ziyade toplam başvuru sayısının az olması gösterilebilir. Zira Yüksek Mahkeme'ye (*High Court*) Danıştay'ın önüne gelen uyuşmazlık sayısı kadar başvuru yapılmış olsaydı izin başvurularının ret oranı sabit kalmak kaydıyla 55.000 başvurunun esastan incelenmesi gerekirdi. İki ülkenin tribunal-ilk derece idare mahkemesi kademesinde kişi başına düşen uyuşmazlık sayısına bakıldığında İngiltere'de kişi başına daha fazla uyuşmazlık düştüğü görülmektedir⁷.

Yargısal denetim izni alma zorunluluğu başlıca iki amaca hizmet ettiği, bunların idari işlemlere karşı mesnetsiz davaların elenerek idari belirsizliğin önüne geçilmesi ve mahkemelerin iş yükünün azaltılması olduğu ifade edilmektedir⁸. Oysa istatistiki veriler incelendiğinde ulaşılan sonuç Yüksek Mahkeme'nin (*High Court*) iş yükünü azaltan asıl sebebin nüfusa oranla çıkan uyuşmazlık sayısının az olması veya yargısal

<http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1062020170359HizmeteOzel-2019-baski-ISA.pdf>, 16 Haziran 2020.

⁷ İngiltere ve Galler'in toplam nüfusu 2019 yılı ortası için 59.439.840 kişidir. Buna tribunal aşamasında kişi başına 0,00555 uyuşmazlık düşmektedir. Aynı tarih için Türkiye'nin nüfusu 83.154.997 kişidir. Nüfus İdare mahkemesinde ve ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da o sene açılan davalara oranlandığında kişi başına 0,00290 uyuşmazlık düşmektedir.; "Population estimates for the UK, England and Wales, Scotland and Northern Ireland: mid-2019", 24 Haziran 2020, (Çevrimiçi) <https://www.ons.gov.uk/peoplepopulationandcommunity/populationandmigration/populationestimates/bulletins/annualmidyearpopulationestimates/mid2019estimates>, 30 Aralık 2020; TÜİK, "Adrese Dayalı Nüfus Kayıt Sistemi Sonuçları, 2019", 4 Şubat 2020, (Çevrimiçi) <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Adrese-Dayali-Nufus-Kayit-Sistemi-Sonuclari-2019-33705>, 30 Aralık 2020.

⁸ Auburn et.al., **Judicial Review: Principles and Procedure**, s.594.

denetimin izne tabi olması değil yapılan toplam izin başvurusunun az olmasıdır. Buna gerekçe olarak da devlet ve birey arasındaki uyuşmazlıkları çözmekle görevli tribunallerin uyuşmazlıkları etkili biçimde çözebilmesi böylelikle davacılar bakımından Yüksek Mahkeme'ye (*High Court*) yargısal denetim başvurusunda bulunma ihtiyacının kalmaması gösterilebilir.

A. Dava Ehliyeti

Davacının yargısal denetim izni alabilmesi için dava ehliyetine (*locus standi - standing*) sahip olması gerekmektedir. 1977 yılında yargılama usulünde değişiklik yapılana kadar, ayrıcalıklı yargı kararlarının talep edilmesinde uygulanan dava ehliyeti kıstası birbirlerinden farklılık göstermekteydi. İptal veya yasaklama kararı talep edildiği durumda dava ehliyetinin mevcut olduğunun kabul edilmesi için davacının işleminden doğrudan etkilenmesi gerekmekteydi. Zorlama kararında ise doğrudan etkilenme şartının yanında davacının bir hakkının ihlal edildiğini göstermesi gerekmekteydi⁹.

Günümüzde ise yargısal denetim izni verilmesinde dava ehliyeti kıstası talep edilebilecek tüm kararlara yeknesak şekilde uygulanmaktadır. Dava ehliyetine ilişkin kıstası düzenleyen SCA 1981 m.31(3)'e göre yargısal denetim Yüksek Mahkeme'den (*High Court*) alınacak izne tabidir ve mahkeme davacının dava konusuyla yeterli menfaati (*sufficient interest*) olduğuna kanaat getirmediği yargısal denetime izin veremez. Yeterli menfaatin (*sufficient interest*) tanımı ise mevzuatta yer almaz. Söz konusu menfaatin var olup olmadığı, her bir uyuşmazlık özelinde mahkeme tarafından değerlendirilir. Menfaatin varlığına karar vermek mahkemenin takdirindedir¹⁰.

SCA 1981 m.31(3) lafzından dava ehliyetine ilişkin incelemenin sadece izin aşamasında yapılacağı ve bu inceleme neticesinde verilecek kararın nihai olacağı

⁹ Stephan H. Bailey, Charles Albert Cross, John Francis Garner, **Cases and Materials in Administrative Law**, London, Sweet & Maxwell, 1977, s.509 vd.

¹⁰ Le Sueur/Sunkin/Murkens, **Public Law Text and Materials**, s.706; Timothy Endicott, **Administrative Law**, 4.bs, Oxford, Oxford University Press, 2018, s. 412.

sonucunu çıkartmak mümkündür. Bununla beraber Lordlar Kamarası'nın (*House of Lords*) konuya ilişkin içtihadı uyarınca dava ehliyetinin hem izin hem de esas incelemesi aşamasında değerlendirilmesi gerekmektedir¹¹. Zira Lordlar Kamarası (*House of Lords*) dava ehliyetine dair nihai kararın ancak davanın esasına ilişkin hukuki ve maddi vakıaların detaylı incelemesi yapıldıktan sonra verilebileceğine hükmetmiştir. Ancak uygulamada dava ehliyeti, esas incelemesi aşamasında nadiren tekrar ele alınmaktadır¹². Esas incelemesinde yeterli menfaatin (*sufficient interest*) işlevi, talep edilen yargı kararına hükmedilmesinde takdir yetkisinin kullanılmasında ortaya çıkmaktadır¹³. Bu sebeple dava ehliyeti kavramının izin ve esas incelemesi aşamalarındaki işlevinin farklılık arz ettiğini söylemek mümkündür.

İzin sürecinde dava ehliyetine ilişkin inceleme uyuşmazlığın detayına girmeden yapılmakta olup, dava konusu işlemle yeterli menfaat (*sufficient interest*) sahibi olmayan “işgüzar” (*busybody*) veya kötü niyetli kimselerin açtığı davaların elenmesi amaçlanmaktadır¹⁴. Dolayısıyla mahkeme ilk incelemesinde davacının dava ehliyetini haiz olduğuna kanaat getiriyorsa yargısal denetim izni vermekte, sadece dava ehliyetini haiz olmadığı ilk bakışta açıkça görülüyorsa yargısal denetim izni vermemektedir¹⁵.

Dava ehliyetine ilişkin kıstasın katı uygulamaması sebebiyle çoğu uyuşmazlıkta dava ehliyeti davacılar bakımından esas incelemesi aşamasına geçilmesine engel teşkil etmemektedir. Mahkeme davacının dava ehliyetinin varlığı hakkında şüphe duysa dahi, iddiaları esas bakımından kuvvetli olan izin başvurularını sırf bu sebeple reddetmemektedir¹⁶. Davacının dava ehliyetini haiz olmadığı durumda mahkeme, yargılama neticesinde davacı lehine karar vermeden esas incelemesine girebilir veya

¹¹ R (National Federation of Self-Employment and Small Businesses Ltd) v Inland Revenue Commissioners [1982] AC 617.

¹² Woolf et.al., **De Smith's Judicial Review**, para. 2.022.

¹³ Bkz. s.119 vd.

¹⁴ Wade/Forsyth, **Administrative Law**, s.586.

¹⁵ Timothy Pitt-Payne. “Restriction on the Availability of Judicial Review.” **Supperstone, Goudie & Walker: Judicial Review**, 5th ed., Croydon, Lexisnexis, 2014, s.670.

¹⁶ Auburn et.al., **Judicial Review: Principles and Procedure**, s.532.

dava ehliyeti olan bir başka kişi tarafından açılan davaya müdahil olmasına imkân tanıyabilir¹⁷.

B. Tartışılmaya Değer İddia

Davacının yargısal denetim izni alabilmesi için dava ehliyetini haiz olmanın yanı sıra iddialarının belirli bir kuvvette olması aranmaktadır. Bu şart ne kanunlarda ne de ikincil mevzuatta yer alır, şart mahkeme içtihatlarıyla ortaya çıkmıştır¹⁸.

Davanın iddialarının değerlendirilmesinde uygulanan ölçüt, çoğu yargı kararında tartışılmaya değer (*arguable case on merits*) veya gerçekçi başarı şansı olan tartışılmaya değer iddialar (*arguable case on merits with realistic prospect of success*) olarak uygulanmıştır¹⁹. Bir uyuşmazlıkta iddiaların savunulabilir veya savunulabilir olmakla birlikte gerçekçi başarı şansına sahip olması, uyuşmazlık özelinde ve hâkimin takdir yetkisi kapsamında değerlendirilmektedir²⁰. Bu incelemenin uyuşmazlığın esasına girilmeden yapılması gerekmektedir. Hâkim, ilk bakışta iddiaların esas incelemesi aşamasında savunulabilir olduğuna kanaat getiriyorsa yargısal denetim izni vermelidir²¹. Ancak mahkemeye sunulan evrakta, esas aşamasında yapılacak detaylı inceleme neticesinde tartışmaya değer bir hususun ortaya çıkma ihtimalinin anlaşılması ölçütün sağlanması için yeterli olmamaktadır. Hâkimin tartışılabilir bir noktanın varlığına izin aşamasında kanaat getirmesi gerekmektedir²².

İzin aşamasında tartışılmaya değer bir iddianın mevcut olmadığı yönünde verilen karara karşı mahkemeye itiraz etme imkânı mevcuttur. Bu durumda mahkeme duruşmada tarafları dinleyerek kararını gözden geçirecektir.

¹⁷ Alder, **Constitutional and Administrative Law**, s.433; R v Secretary of State for the Environment, ex p Rose Theatre Trust [1990] 1 QB 504; R (Bulger) v The Lord Chief Justice and the Secretary of State for the Home Department [2001] 3 All ER 449.

¹⁸ Auburn et.al., **Judicial Review: Principles and Procedure**, s.596.

¹⁹ Auburn et.al., **Judicial Review: Principles and Procedure**, s.596.

²⁰ Leyland/Anthony, **Textbook on Administrative Law**, s.200.

²¹ Lord Diplock, R v Inland Revenue Commissioners, ex p National Federation of Self-employed and Small Businesses Ltd [1982] AC 617, 643–4.

²² Lewis, **Judicial Remedies in Public Law**, s.334.

Ancak iddiaların tamamen esassız (*totally without merit*) olmasından bahisle verilen red kararına karşı itiraz yolu açık değildir. Mahkemenin iddiaların tamamen esassız olduğu yönünde vereceği karara karşı duruşmada itiraz etme imkânı da mevcut değildir. Bu tür kararlara karşı ancak izin alınmak suretiyle Temyiz Mahkemesi'ne (*Court of Appeals*) kanun yolu başvurusunda bulunulabilir²³.

Davacının birden çok inceleme konusuna dayanarak işlemin hukuka aykırılığını iddia ettiği durumda her bir başlık için ayrı inceleme yapılmaktadır. Bu durumda bir başlık altındaki iddiaların tartışılmaya değer bulunmadığı durumlarda, o iddia bakımından izin talebi mahkeme tarafından reddedilerek esas aşamasında davacının diğer hukuka aykırılık iddiaları incelenmektedir²⁴.

C. Dava Açma Süresi

Dava açma süresi CPR 54.(5) ve SCA 1981 m.31(6) ile düzenlenmiştir. CPR m.54.5(1)'e göre davacı gecikmeden (*promptly*) ve her halükârda dava açma imkânının ilk ortaya çıkışından itibaren üç ay içerisinde yargısal denetim başvurusunda bulunmak zorundadır. Üç aylık süre tarafların anlaşmasıyla uzatılamaz ve özel kanunlarda yargısal denetim başvurusu yapılması için daha kısa bir süre öngörüldüğü durumlarda uygulanmaz. Başvurunun üç aylık süre içerisinde yapılmasına rağmen geç kalmış addedilmesi de mümkündür²⁵. *Re Friends of the World*²⁶ davasında, her ne kadar Sizewell Nükleer Enerji Santrali için verilen izne karşı üç aylık sürenin dolmasından bir gün önce başvuruda bulunulmuş olsa da başvurunun geç yapıldığı kabul edilmiştir.

²³ CPR 54.12(7).

²⁴ Auburn et.al., **Judicial Review: Principles and Procedure**, s.596.

²⁵ Geoffrey Vos, **The White Book Service 2019: Civil Procedure**, Vol.1, Sec. A, 54.5.1, R. v Independent Television Commission Ex p. TV NI Ltd, The Times, December 30, 1991; R. v Cotswold DC Ex p. Barrington Parish Council (1997) 75 P & C.R. 515, pp.523–523; Finn-Kelcey v Milton Keynes BC [2009] Env. L.R.17 ve bkz. R. (Sustainable Development Capital LLP) v Secretary of State for Business, Energy and Industrial Strategy [2017] EWHC 771 (Admin).

²⁶ [1988] JPL 93.

Senior Courts Act 1981 m.31(6) uyarınca mahkeme, başvurunun süresi içerisinde yapılmadığı kanaatindeyse yargısal denetim izni vermeyebilir. Yine aynı madde uyarınca mahkeme, başvurunun süresi içerisinde yapılmadığı kanaatinde olmasına rağmen yargısal denetim izni verme konusunda da takdir yetkisine sahiptir. Geç yapılmış bir başvuruda mahkeme süre uzatım kararı vererek esas incelemesine geçebilmektedir. Başvurunun süresinde yapılmamasına rağmen kabul edilmesi ve esas incelemesine geçilmesi, davacının talep ettiği karara hükmedileceği anlamına da gelmez. Zira davada talep edilen yargı kararının üçüncü kişilere esaslı zorluk teşkil edecek veya haklarını ihlal edecek olması ya da iyi idare ilkesine zarar verecek olması durumunda davacı haklı bulunsa dahi talep edilen karara hükmedilmeyebilir.

İzin aşamasında başvurunun süresinde yapıldığına dair verilen karara karşı esas aşamasında davalı itiraz edilebilir. Mahkemenin esas aşamasında kararını gözden geçirme yetkisi bulunsa da Temyiz Mahkemesi (*Court of Appeals*) bir kararında bunun ancak izin başvurusunu değerlendiren hâkimin açıkça bu hususun tekrar değerlendirilebileceğine karar vermesi; esas incelemesi sırasında yeni bulguların ortaya çıkması; izin incelemesindeki hâkimin bazı olguları değerlendirmekte açıkça ihmalkâr davrandığı durumlarda yapılması gerektiğine hükmetmiştir²⁷.

D. Alternatif Hukuki Yolların Varlığı

Daha önce belirtildiği üzere yargısal denetim son çaredir²⁸. İstisnai durumlar haricinde alternatif başvuru yollarının mevcut olduğu ve bu yollar kullanılmaksızın yapılan başvurularda yargısal denetim izni verilmez.²⁹

Dava konusu edilen işleme karşı idari başvuru, tribunal veya mahkemeye itiraz hakkı mevcutsa yargısal denetim başvurusunda bulunulmadan önce bu yolların tüketilmesi gerekir. Ancak bu başvuru yolları tüketildiği esnada ilk işleme karşı yargısal denetim

²⁷ R (Lichfield Securities Ltd) v Lichfield DC [2001] EWCA Civ 34.

²⁸ Birinci Bölüm, II,B., 2.

²⁹ R. v Epping and Harlow General Commissioners Ex p. Goldstraw [1983] 3 All E.R 257.

başvuru süresinin kaçırılması söz konusu olabilir. Bu durumda ilk işleme karşı yapılan itiraz sonucu verilen karara karşı itiraz veya yargısal denetim yolu açık olabilir.

Yargısal denetim başvurusu yapılmadan önce alternatif başvuru yollarının tüketilmesi kural olsa da bu kuralın istisnaları mevcuttur. Alternatif hukuki yolların işlevsiz olacağı, uyuşmazlığı çözemeyeceği, çok süre alacağı, çok zahmetli olacağı veya bu yollarla davacının hakkını tam anlamıyla koruyamayacağı durumlarda bu başvuru yollarının varlığı ve bu yolların tüketilmemiş olması yargısal denetim incelemesi yapılmasına engel teşkil etmemektedir³⁰. Bu kapsamda mahkemelerin başvuru yollarının tüketilmesine karşı yaklaşımının faydacı olduğu ifade edilmektedir.³¹ Sonuca etkili olmayacak veya yargısal denetim sürecinden daha uzun sürecek başvuru yollarının takip edilmesini zorunlu kılmayarak kişilerin haklarının en kolay ve hızlı şekilde aramalarına imkân tanınmaktadır.

II. Yargısal Denetimde İnceleme Konuları

Türkiye’de idari işlemlerin hukuka uygunluğunun denetlenmesinde, idari işlemin unsurları adı verilen, sınırlı sayıda, kanunla öngörülmüş inceleme konuları esas alınmaktadır. Buna karşın İngiltere’de idari işlemin unsurlarını veya yargısal denetimde esas alınacak inceleme konularını düzenleyen bir mevzuat hükmü mevcut değildir. İnceleme konuları ve içerikleri zaman içerisinde mahkemeler tarafından müşterek hukuk (*common law*) prensipleri çerçevesinde geliştirilmiştir³². İnceleme konularının ne olduğu prensipte içtihatlarla şekillendirilmişse de kanunla yeni inceleme konuları ihdas edilmesi mümkündür. Ayrıca İngiltere’nin Avrupa Birliği’ne

³⁰ R v Hillington LBC, Ex p. Royco Homes Ltd [1974] 1 QB 720; R v Chief Constable of Merseyside Police, Ex p. Calvaley [1986] 1 QB 424; R v Special Commissioners of Income Tax, Ex p. Sipplechoice (No 1) [1985] 2 All ER 465; R v Deputy Governor of Parkhurst Prison, Ex p. Leech [1988] AC 533.

³¹ Jeremy Woolf, Itzhak Zamir, Leyland/Anthony, **Textbook on Administrative Law**, 4th ed., Sweet & Maxwell, 2011, para.4.214 .

³² Esin Örcü, “İngiltere’de İdarenin Sorumluluğu ve Yargısal Denetiminde Uygulanan Başlıca İdare Hukuku İlkeleri”, **Onar Armağanı**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1977, İstanbul, ss.629-676, s.667.

üye olduğu dönemde birlik mevzuatının gerekleri ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (“AİHS”) kapsamındaki yükümlülükleri de inceleme konularına etki etmiştir.

Yargısal denetim sürecinin esas incelemesi aşamasında idari işlem ve eylemlerin hukuka uygunluğunun denetlenmesinde esas alınan inceleme konularına dair farklı sınıflandırmalara rastlamak mümkündür. Doktrinde kullanılan ayrımın çıkış noktası *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service (GCHQ)*³³ davasında Hâkim Lord Diplock tarafından yapılan sınıflandırmadır. Kararda, yargısal denetimin inceleme konuları hukuka aykırılık (*illegality*), mantıksızlık (*irrationality*) ve usulî yanlışlık (*procedural impropriety*) olarak sınıflandırılmıştır.

Hukuka aykırılık (*illegality*) idarenin hukuku doğru anlayıp olaya doğru uygulaması ile ilgilidir. Türk İdare Hukukunda idari işlemin yetki, sebep ve konu unsurları bakımından incelenmesine benzerlik göstermektedir. Usulî yanlışlık (*procedural impropriety*) ise işlemin tesis edilme sürecindeki usulî kurallara ilişkindir. Müşterek hukukta (*common law*) kamusal organların usulî güvenceleri ihtiva eden doğal adalete (*natural justice*) ve mevzuatta öngörülen usule riayet etmesi gerekmektedir. Doğal adalet, içtihatlarla geliştirilmiş usulî güvenceler bütünüdür. Bununla birlikte mevzuattan kaynaklanan usulî yükümlülükler de vardır. Bu sebeple usulî yanlışlık doğal adaleti ve kanuni gereklilikleri kapsamaktadır. Son olarak mantıksızlık (*irrationality*) süreç sonunda ortaya çıkan işlemin kendisinin değerlendirilmesini ifade eder. Bu bakımdan mantıksızlık (*irrationality*) başlığı, hukuka uygunluk denetiminden yerindelik denetimine yaklaşmaktadır. Söz konusu kavrama atfen yapılan inceleme, müşterek hukukta (*common law*) *wednesbury unreasonableness* olarak tanımlanan makuliyet incelemesini ve AİHS uygulamasından doğan ölçülülük (*proportionality*) denetimini kapsar.

Lord Diplock’un da kararda işaret ettiği gibi bu sınıflandırma tüketici değildir. Ölçülülük incelemesinin mantıksızlık başlığından münferit bir inceleme konusu olduğunu iddia edenler olduğu gibi yargı kararlarından farklı yeni inceleme konuları

³³ Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service [1985] AC 374.

çıkaran yazarlar da mevcuttur. Ayrıca sınıflandırma katı da değildir, başlıklar içerisinde çakışmaların olması mümkündür³⁴. Birçok idare hukukçusu Lord Diplock tarafından yapılan sınıflandırmayı başlangıç noktası olarak kabul edip alt ayrımlara gitmekte veya farklı sınıflandırmalar yapmaktadırlar.

İddia edilen hukuka aykırılığın hangi inceleme konusu kapsamına girdiğinin tespiti her durumda kolay olmamaktadır. Yargısal denetim “*hukukun oldukça akrobatik bir alanı*” olarak nitelendirilmiştir³⁵. Lord Irvine yargısal denetim inceleme konularının su geçirmez (*water-tight*) olmadığını ve inceleme konularının alt başlıklarının farklı kategorize edilebileceği ifade etmiştir³⁶. Gerçekten de inceleme konularının sınıflandırılmasında ve başlıklandırılmasında fikir birliği mevcut değildir. Lord Diplock tarafından yapılan tasnif bir rehber teşkil etse de doktrinde farklı başlıklandırmalara ve sınıflandırmalara rastlamak mümkündür. İnceleme konularının tasnifinde birlik olmadığını da göz önünde bulundurarak işbu çalışmada inceleme konuları: (1) esasa ve (2) usule dair inceleme konularıyla (3) yerindelik denetimine yaklaşan inceleme başlıkları altında ele alınacaktır.

A. Esasa Dair İnceleme Konuları

Yargısal denetim kamusal organların işlemlerinin hukuka uygunluk denetimini konu aldığından esasında tüm yargısal denetim başvurularının bir hukuka aykırılık iddiası içermesi gerekmektedir. Ancak Lord Diplock tarafından hukuka aykırılık (*illegality*) olarak tanımlanan başlık olağan kelime anlamından daha dardır. Yargısal denetim sürecinde teknik anlamıyla hukuka aykırılık (*illegality*) kamusal organların işlem tesis etme sürecinde hukuku yanlış yorumlaması veya uygulamasını ifade etmektedir³⁷. Hukukun yanlış yorumlanması sadece olaya uygulanacak mevzuat hükmünün doğru yorumlanması ve maddi olgulara uygulanmasıyla sınırlı değildir. İdarenin işlem tesis

³⁴ Patterson/Leslie, **Judicial Review: Law and Practice**, s.4.

³⁵ Stanley A. de Smith, “The Limits of Judicial Review: Statutory Discretions and the Doctrine of Ultra Vires”, **The Modern Law Review**, Vol. 11, No. 3 (Jul., 1948), s.306.

³⁶ Boddington v British Transport Police [1998] 2 WLR 69 at 644E.

³⁷ Hugh Southey, Amanda Westson, Jude Bunting, **Judicial Review**, 2.bs, Bristol, Jordan, 2012, s.38.

ederken kendi yetki alanını ve maddi olguları doğru tespit etmemesi ve takdir yetkisini hukuka aykırı olarak kullanması kavramın kapsamına dahildir.

1. Yetki Sakatlığı

İdarenin yetki alanı dışında işlem tesis etmesini ifade eden *ultra vires* kavramı İngiltere’de idarenin yargısal denetiminde büyük öneme sahiptir. Birinci bölümde ifade edildiği üzere kimi yazarlar yargısal denetimin teorik temelini *ultra vires* doktrininin teşkil ettiğini savunurlar³⁸. *Ultra vires* kelime anlamı itibariyle yetki dışı anlamına gelse de günümüzde kavramın kapsamı sadece yetki ile sınırlı değildir. İdari işlemi hukuka aykırı kılacak tüm hususların işlemi geniş anlamda *ultra vires* yetki dışında tesis edilmiş hale getireceği kabul edilmektedir.

Bu başlık altında incelenecek yetki ile ifade edilen, işlemin dar anlamda *ultra vires* olmasıdır. Dar anlamda *ultra vires*, işlemin yetkisiz bir organ tarafından yapılmış olmasını ifade eder. İdareye yetki veya görev veren kanunlar, yetkinin kullanımını da sınırlamaktadır. İşleminin yetki bakımından hukuka uygun olabilmesi için kanunda yetki verilen idare tarafından ve idareye verilen yetkinin sınırları içerisinde tesis edilmesi gerekmektedir.

Yetki sakatlığına örnek olarak doktrinde *Attorney General v Fulham Corporation*³⁹ davası gösterilmektedir. Fulham Belediyesi’ne kanunla çamaşırhane hizmeti sunmak konusunda yetki verilmiş olup belediye, kişilerin kendi çamaşırlarını yıkayabilecekleri tesislerin yanında çamaşırların yıkanarak evlere teslim edilmesi hizmeti sunmaya başlamıştır. Bu uygulama belediye bütçesinde açık oluşmasına sebep olmuş ve bu açık yerel vergilerden sübvansé edilmiştir. Başsavcının (*attorney general*) bu uygulamayı dava konusu etmesi üzerine mahkeme, yetki veren kanunun amacının evlerinde çamaşır yıkayacak alanları olmayan kişilere çamaşırlarını yıkamak için imkân sunmak olduğunu tespit etmiş ve belediye tarafından çamaşırların yıkanarak evlere teslim edilmesinin kanunun kapsamına girmeyen bir faaliyet olması itibariyle yetki dışı

³⁸ Birinci Bölüm, I, B.

³⁹ [1921] 1 Ch 440.

olduğuna karar vermiştir. Benzer şekilde Bakanlığın süt dağıtımı lisansı verdiği şirketten kanunda öngörülen bedel dışında galon başına ayrı bir bedel talep etmek konusunda yetkili olmadığına karar verilmiřtir⁴⁰. *Attorney General v Fulham Corporation* davasında mahkeme, idarenin amaşırhane açmak ve işletmek konusundaki kanuni yetkisinin sınırını yorum yapmak suretiyle belirlemişken örnek verilen diğer davada talep edilen ek bedel vergi olarak nitelendirilmiş ve idarenin kanuni dayanak olmadan vergi getiremeyecek olması sebebiyle işlemin hukuka aykırı olduğuna hükmetmiştir.

İdarenin yetkisi dışında işlem tesis etmesi gibi kendisine verilen bir görevi yapmaması da hukuka aykırılık teşkil etmektedir. Ancak bu durumda idareye verilen görevin takdir yetkisini içermemesi gerekmektedir.⁴¹

İşlemi tesis eden idare yetkili olsa dahi idare içerisinde bir başka makama yetki devri yapılması (*delegation*) söz konusu olabilir. Devredilmiş yetkiye dayanılarak yapılan işlemlerin hukuka uygun olması için yetki devrinin hukuka uygun olması gerekmektedir. Yetki devralan yetkiyi devredemez (*delegatus non potest delegare*) kuralı uyarınca, kendisine parlamento tarafından yetki verilen makam kural olarak bu yetkiyi devredemez. İdarenin personelinin görev alanındaki uzmanlığı, gerekli bilgilere ulaşma imkânı ve ilgili idarenin sorumluluk rejiminin verilen yetki ile ilgili olarak düzenlenmiş olması, yetkinin parlamento tarafından kendisine verilen idare tarafından kullanılmasını gerektirmektedir⁴². Ancak idarenin işleyişinin temin edilebilmesi için yetki devri yapılması gerekli olabilmektedir. Bu sebeple yetki devrine ilişkin kural katı şekilde uygulanmamaktadır. Kanunlarda yetki devri yapılabileceğine dair açık hüküm getirilmesi mümkündür. Mevzuat yetki ihdas ederken, bu yetkilerin belirli bir idare veya makam, örneğin belediye veya bakan tarafından kullanılmasını öngörür. Ancak her işlemin bizzat belediye başkanı veya

⁴⁰ Attorney-General v Wilts United Dairies (1921) TLR 884.

⁴¹ Carroll, **Constitutional and Administrative Law**, s.330; Pollard/Parpworth/Hughes, **Constitutional and Administrative Law**, s.556.

⁴² Mark Elliott, Jason Varuhas, **Administrative Law**, 5.bs, Oxford, Oxford University Press, 2017, s.162.

bakan tarafından tesis edilmesi imkân dahilinde değildir. Dolayısıyla kanunlarda yetki devrine izin verilmektedir. Yetki devrinin dayanağı merkezi idare ve yerinden yönetimler açısından farklılık arz etmektedir. Merkezi idarenin yetki devri yapma konusundaki yetkisi içtihadidir. *Carltona Ltd v Works Commissioners*⁴³ kararı neticesinde ortaya çıkan Carltona prensibi uyarınca, idare işlevinin gerçekleştirilebilmesi için yetki devrinin açık yasal dayanak olmadan da mümkün olmasının gerekli olduğu kabul edilmiştir⁴⁴. Bu kapsamda bakanlara verilen yetkilerin merkezi idare birimleri içerisinde alt makamlara devrinin yapılabilmesi için kanuni düzenlemeye ihtiyaç bulunmamaktadır.

Yerinden yönetimler bakımından ise, bu yönde bir yetki devri yapılabilmesi için kanunda dayanak olması gereklidir⁴⁵. Belediyeler özelinde 1972 tarihli Mahalli İdareler Kanunu (*Local Government Act*) belediyeye verilen yetkilerin devredilme usulünü öngörmüştür. Bu kanuna dayanarak belediyeler, genel düzenleyici işlemlerle belediye içerisindeki yetki devrini düzenlemektedir.

2. Hukuki ve Maddi Olguda Hata

Hukuki hata işlem tesis edilirken hukuki ve maddi sebebin yanlış tespit edilmesi veya yorumlanması neticesinde ortaya çıkmaktadır. İdari işlem tesis edilirken hukukun yorumlanması ve maddi olgulara uygulanması gerekmektedir. İdare mevzuattan veya müşterek hukuktan (*common law*) kaynaklanan yetkilerini yorumlarken serbestiye sahip değildir. Mahkemeler, hukukun tek bir doğru yorumunun olduğunu kabul etmektedirler⁴⁶. Bu sebeple idarenin görev ve yetkilerini yanlış yorumlayarak işlem tesis ettiği durumlarda hukuki hata meydana gelmektedir. Ancak yakın zamana kadar işlemde hukuki hata mevcut olması, idari işlemin iptal edilmesi için yeterli görülmemekteydi. Lordlar Kamarası'nın (*House of Lords*) *Anisminic*⁴⁷ kararı

⁴³ [1991] 1 AC 254 HL.

⁴⁴ Patterson/Leslie, **Judicial Review: Law and Practice**, s.26.

⁴⁵ Le Sueur/Sunkin/Murkens, **Public Law Text and Materials**, s.713.

⁴⁶ Cane, **Administrative Law**, s.181.

⁴⁷ *Anisminic Ltd v Foreign Compensation Commission* [1969] 2 AC 147.

öncesinde mahkemenin yargısal denetim incelemesi yapabilmesi, hukuki hatanın idarenin yetkisine etki etmesi veya dosyadan anlaşılabilir olmasına bağlıydı. Bu sebeple Anisminic davası öncesinde idarenin yetkisi dahilindeki bir alanda hukuki hata yapması veya hatalı sonuca varması halinde dahi işlemin yargısal denetimi mümkün olmamaktaydı⁴⁸.

İdarenin bir işlem tesis etme konusundaki yetkisini kuran maddi olgulara yetkisel olgu (*jurisdictional fact*) adı verilmektedir. Örneğin *R (A) v Croydon LBC*⁴⁹ davasında 1989 tarihli Çocuk Kanunu kapsamında belediyenin ihtiyaç sahibi olan çocuklara yardım görevi uyuşmazlık konusu olmuştur. Yardımda bulunulacak kişinin çocuk olması yetkiye etki eden maddi olguyken, ihtiyaç sahibi olunması idarenin yetkisine etki etmemektedir. Bu sebeple yargısal denetimde kişinin gerçekten 18 yaşının altında, çocuk olduğunun tespitinde mahkeme maddi olguları kendisi yeniden değerlendirecektir. Ancak kişinin ihtiyaç sahibi olması veya olmaması idarece değerlendirilecektir. Kişinin çocuk olup olmadığı hukuk düzenindeki çocuk tanımı esas alınarak objektif olarak belirlenebilecek bir olguyken ihtiyaç sahipliği, idare tarafından çeşitli kıstaslar göz önünde bulundurularak karar verilecek bir husustur.

Anisminic kararı ve takip eden bir dizi karar neticesinde, yetki içerisinde ve dışarısında hukuki hata ayrımı ortadan kalkmış ve idarenin işlem tesis ederken yaptığı tüm hukuki hatalar ve maddi olgulara ilişkin hataların yargısal denetimde inceleme konusu yapılması mümkün olmuştur⁵⁰. Bunun sonucu olarak yargısal denetimde yetki alanı içerisinde ve dışarısında hata arasında ayrım yapma gerekliliği ortadan kalkmış, sadece hukuki hata ve maddi olgularda hata ayrımı yapılması gerekli hale gelmiştir⁵¹.

⁴⁸ Paul Craig, “Judicial Review of Questions of Law: A Comparative Perspective”, Ackerman, Lindseth, **Comparative Administrative Law**, ed. Susan Rose-Ackerman, Peter L. Lindseth, Cheltenham, Edward Edgar Publishing, s.450.

⁴⁹ [2009] UKSC 8.

⁵⁰ Lewis, **Judicial Remedies in Public Law**, s.185.

⁵¹ Ivan Hare, “The Separation of Powers and Judicial Review for Error of Law”, **The Golden Metwand and the Crooked Cord**, ed. Christopher Forsyth, Ivan Hare, Oxford, Oxford University Press, 2005, s.119.

Yargısal denetim kural olarak olgusal hata ile değil hukuki hata ile ilgilenir⁵². Bununla beraber işlemin sebebini oluşturan maddi olgulardaki hatanın yargısal denetim sürecinde incelenmesi belirli hallerde mümkündür. İdarenin yetkisinde kurucu olan olguda hata yapılması sebebiyle idarenin yetkisiz olduğu, maddi olguların yeterli delille desteklenmediği veya maddi olguda yapılan hatanın adaletsizliğe sebep olacağı durumlarda maddi olguya ilişkin tespitler yargısal denetimde inceleme konusu yapılabilmektedir.

İdarenin yetkisine etki etmeyen hatalarda maddi olguların değerlendirmesi kural olarak idarenin görevidir. Bu noktada mahkeme idarenin olguları değerlendirmesine yaklaşımını inceler. İdare tarafından elde edilen maddi olgulara ilişkin tespitin delille desteklenmemiş olması halinde, tespitin mantıksız (*irrational*) olmasından bahisle inceleme konusu yapılması mümkündür. Örneğin *Coleen Properties Ltd v Minister of Housing and Local Government*⁵³ davasında belediye tarafından tesis edilen kamulaştırma işleminin bakan tarafından onaylanması uyuşmazlık konusu olmuştur. Belediyeye kentsel çöküntü alanlarında yapılacak kamulaştırmalarda projenin bütünlüğünün gerektirmesi halinde alan dışında kalan taşınmazların kamulaştırılması konusunda kanunla yetki verilmiştir. Davacının taşınmazı proje bütünlüğü için gerekli görülerek kamulaştırmaya konu edilmiştir. Davacının itiraz başvurusu üzerine başlatılan incelemede belediye, bu yöndeki kararını destekleyecek hiçbir delil sunmamıştır. Bakanlık, itiraz üzerine hazırlanan inceleme raporu neticesinde kamulaştırma işlemini onaylamış, ancak onaylama işlemi bakanın elinde kamulaştırılan alanın proje için gerekli olduğuna dair herhangi bir delil bulunmaması sebebiyle Temyiz Mahkemesi (*Court of Appeals*) tarafından işlem iptal edilmiştir. Maddi bulguların delille desteklenmemiş olması her durumda örnek verilen uyuşmazlıkta olduğu gibi hiç delil gösterilmemesi anlamına gelmemektedir. İdarenin

⁵² Jonathan Manning, Sarah Salmon, Robert Brown, **Judicial Review Proceedings**, 3.bs, London, LAG, 2013, s.161; Southey/Westson/Bunting, **Judicial Review**, s.34.

⁵³ [1971] 1 WLR 433.

ulaştığı sonuç bakımından yeterli ve elverişli delil sunmadığı durumlar da bu kapsama dahil olmaktadır⁵⁴.

Maddi olguların değerlendirilmesinde yapılan hatanın adaletsizliğe sebep olması bakımından inceleme konusu yapılabilmesinin şartları *E v Secretary of State for the Home Department*⁵⁵ davasında ortaya konulmuştur. Öncelikle hatanın mevcut bir olguya ilişkin olması gerekmektedir. Ardından hata yapıldığı iddia edilen olgunun sabit olması, yani çekişmesiz ve objektif olarak bakıldığında tespit edilebilir olması; ayrıca hatanın davacının veya vekillerinin davranışlarından kaynaklanmaması; son olarak hatanın idarenin ulaştığı sonuçta esaslı etkisi olması gerekmektedir.

3. Takdir Yetkisinin Sınırlandırılması (*Fettering Discretion*)

Takdir yetkisinin varlık sebebi karar mercilerinin her durumun özel gereklerine cevap verebilmelerini sağlamaktır⁵⁶. Bu doğrultuda takdir yetkisinin, yetkinin verildiği makam tarafından kullanılması gerekmektedir. Ancak yetkinin, görünürde verilen makam tarafından kullanılması yeterli değildir. Tesis edilen işlemin gerçekten yetkili makamın iradesinin bir sonucu olması gerekmektedir. Buna ek olarak idarenin takdir yetkisi mahkemelerce sınırlanamayacağı gibi idare, kendi takdir yetkisini de sınırlandıramaz. Bu kapsamda idarenin bir yetkinin kullanımında belirlediği politikaları katı şekilde uygulaması veya sözleşme ya da taahhüt ile kendi takdir yetkisini sınırlandırması hukuka aykırı olabilmektedir.

a. İdarenin Kendi Politikaları

İdarenin hukuki istikrarı sağlamak adına benimsediği politikaların uyuşmazlık özelinde değerlendirme yapmasına engel olması, takdir yetkisinin sınırlandırılması olarak kabul edilmektedir. Takdir yetkisi kullanılırken uyuşmazlık özelinde

⁵⁴ Wade/Forsyth, **Administrative Law**, s.227.

⁵⁵ [2004] 2 WLR 1351.

⁵⁶ Elliott, **Beatson, Matthews and Elliott's Administrative Law**, s.167.

değerlendirme yapılması, o günün kamu yararının neyi gerektirdiğinin göz önünde bulundurulması takdir yetkisinin kullanımında temel kaidedir⁵⁷. Bununla beraber idari işlem tesis edilirken takdir yetkisinin belirli bir politika veya yaklaşım çerçevesinde kullanılmasına ihtiyaç duyulabilir. Bu noktada her durum özelinde değerlendirme yapma ihtiyacı ve belirlenen politikaya uyma ihtiyacı arasında bir çatışma söz konusu olabilmektedir⁵⁸.

İdare takdir yetkisini kullanırken her işlemin özelliklerine göre değerlendirme yapmak ve bir sonuca varmak zorundadır. İdarenin kendisine yapılan başvuruları takdir yetkisini kullanmadan, somut olay özelinde değerlendirme yapmaksızın genel politikası kapsamında reddetmesi hukuka aykırılık teşkil edecektir. Bu husus, idarenin belirli bir yönde politika benimseyemeyeceği anlamına gelmemektedir. İdarenin olaya “açık fikirli” (*open minded*) yaklaşarak olay özelinde bir değerlendirme yapması gerekmektedir⁵⁹.

*British Oxygen Co Ltd v Minister of Technology*⁶⁰ davasına konu uyuşmazlıkta Ticaret Kuruluna teçhizat alımı veya tesis kurulumlarına hibe yapma yetkisi tanınmıştır. Kurul kalem başı 25 İngiliz Sterlini’ni geçmeyen harcamaları reddetmek konusunda bir politika benimsemiştir. Davada Hâkim Lord Reid, kural olarak idarenin başvurulara kulağını kapatmaması gerektiğini, birçok başvuru alan davalı kurul gibi organların başvurular neticesinde artık kural olarak belirtilebilecek incelikli politikalar oluşturmuş olabileceklerini, başvurucuları dinleyip iddialarını değerlendirdikleri müddetçe oluşturulan politikaların geçerli olacağını söylemiştir. Aynı yönde bir başka davada Hâkim Lord Browne-Wilkinson takdir yetkisi ile donatılmış olan makamların, gelecekteki olaylarda kullanacakları takdir yetkisini önceden kabul ettikleri politika ile sınırlayamayacaklarını; politikaların genel yaklaşımı belirleyebileceğini ancak bu

⁵⁷ Wade/Forsyth, **Administrative Law**, s.272.

⁵⁸ Elliott/Varuhas, **Administrative Law**, s.174.

⁵⁹ Manning/Salmon/Brown, **Judicial Review Proceedings**, s.181.

⁶⁰ [1971] AC 610, HL.

politikadan sapılmasına imkân vermeyecek ve takdir yetkisini bağlayacak şekilde katı olamayacağını belirtmiştir⁶¹.

Takdir yetkisinin sınırlandırılmasında kıstas, politikanın işlemin sonucunu doğrudan belirlemesi veya olay özelinde inceleme yapmaya imkânı tanınmasıdır. Hukuki belirlilik ilkesi idarenin yaklaşımının öngörülebilir olmasını gerektirmektedir. Ancak esnek politikalar, aşırı sert ve baskıcı uygulamaya engel olmaktadır. İdarenin işlem tesis ederken bu iki husus arasında dengeyi bulması gerekmektedir⁶².

b. Örtülü Devir: Bir İdari İşlemi Yapma Yetkisi Olan Makamın, İşlem İçeriğinin Belirlenmesini Başka Makam veya Kişiye Bırakması

Takdir yetkisinin devredilmesi, işlem tesis etmek konusunda takdir yetkisi verilmiş bir organın, takdir yetkisini bizzat kendisi kullanmadan başka bir makam veya organın görüşlerini benimsemesi halinde ortaya çıkmaktadır. Dışarıdan bakıldığında idare yetkisini devretmemekte ancak idarenin kendisine verilen yetkiyi kullanmak konusundaki iradesi kendi iradesi olmamaktadır⁶³. Bu noktada takdir yetkisinin devredilmesi ve işlem tesis etmeden önce başka makamlara danışılması veya merkezi idarenin politikasının göz önünde bulundurulmasının ayrıştırılması gerekmektedir. Bir işlem tesis ederken konu ile ilgili başka idarelere danışılmasında herhangi bir hukuka aykırılık olmayacaktır. Benzer şekilde merkezi idarenin işlem tesis edilecek konuya ilişkin genel politikasının göz önünde bulundurulması işlemi hukuka aykırı kılmayacaktır. Takdir yetkisinin devredildiğinden bahsedebilmek için işlemi tesis eden organın takdir yetkisini kullanmaması gerekmektedir. Başka idarelerin işlemlerinin işlem tesis edilmesinde değerlendirmeye alınması, ancak nihai kararın verilmesinde bağlayıcı olmaması takdir yetkisinin devredildiği anlamına gelmemektedir⁶⁴. İdarenin karar alma süreçlerine konularında uzman üçüncü kişileri

⁶¹ R. v Secretary of State for the Home Department Ex p. Venables, [1998] AC 407 HL.

⁶² Patterson/Leslie, **Judicial Review: Law and Practice**, s.28.

⁶³ Carroll, **Constitutional and Administrative Law**, s.336.

⁶⁴ Wade/Forsyth, **Administrative Law**, s.270.

veya kurumları dahil etmesinin işlemlerin kalitesini ve şeffaflığı arttıracakı ifade edilir. Bununla birlikte idarenin bu kişiler tarafından verilen görüşleri onaylamaktan öteye gitmeyen, idare tarafından değerlendirme içermeyen işlemlerinde takdir yetkisinin örtülü devredilmesi olduğu kabul edilebilir⁶⁵.

Örneğin, *Ellis v Dubowski*⁶⁶ davasına konu uyuşmazlıkta, belediyeye kanunda sinema salonlarına lisans vermek ve bu lisansları şarta bağlamak konusunda yetki tanınmıştır. Belediye verdiği bir lisansta, sinema salonunda İngiltere Film Sansür Heyeti⁶⁷ tarafından onaylanmamış filmlerin gösterilmemesi şartını öngörmüştür. Mahkeme, heyetin kararlarının bağlayıcı olmadığını göz önünde bulundurarak belediyenin takdir yetkisini kanunla görevlendirilmemiş bir organa devrettiğine karar vermiş ve ilgili şartı iptal etmiştir. Benzer şekilde *Lavander and Sons v Minister for Housing and Local Government*⁶⁸ davasının konusunu oluşturan uyuşmazlıkta davalı bakan, tarladan mıcır çıkartılmasına ilişkin yapılan izin başvurusuna yönelik olarak ancak tarım bakanının rıza göstermesi halinde kendisinin izin vereceğini belirtmiştir. Mahkeme bakanın bu yönde tutum sergileyerek kendi takdir yetkisini sınırlandırdığına, Parlamento tarafından kendisine verilen görevi yerine getirmediğine hükmetmiştir. *R v Police Complaints Boars Ex.p Madden* davasında da Disiplin Kurulunun, savcılık⁶⁹ tarafından delil yetersizliği olduğu kararı verilen şikayetler hakkında soruşturma yapılmayacağı yönündeki kararı hukuka aykırı kabul edilmiştir. Üç davada da ortak olan husus işlem tesis etmek konusunda yetki sahibi olan makamın işlemi tesis ederken kendi iradesini kullanmaması, adeta bir başka makamın iradesinin altına imzasını atmasıdır. Bu durumun aksine belediyelerin muhtelif alanlardaki performanslarını denetleyen Mali Denetim Komisyonu'nun⁷⁰ belediyelerin sosyal

⁶⁵ Barnard v National Dock Labour Board [1953] 2 QB 18; Elliott/Varuhas, **Administrative Law**, s.164.

⁶⁶ [1921] 3 KB 621.

⁶⁷ British Board of Film Censors.

⁶⁸ [1970] 1 WLR 1231, QBD.

⁶⁹ Director of Public Prosecutions.

⁷⁰ Audit Commission.

yardım alanındaki performanslarının incelenmesinde bir başka komisyon tarafından verilen notları esas alması hukuka uygun kabul edilmiştir. Davada, Mali Denetim Komisyonunun, diğer komisyon tarafından verilen notları kendi değerlendirmesinde bir ölçüt olarak kabul etmiş olduğuna ve bu sebeple takdir yetkisini devretmiş olmayacağına hükmedilmiştir⁷¹. Görüldüğü üzere işlem tesis eden makamın başka bir makam veya idareden görüş alması veya bu görüşleri benimsemesi tek başına takdir yetkisinden feragat edildiği anlamına gelmemektedir.

Yetki devri (*delegation*) ve örtülü devir (*surrender of discretion*) benzer kavramlardır. Her iki durumda da bir makama verilen yetkiler içeriği yetkiyi devralan makamca belirlenmek suretiyle kullanılmaktadır. Ancak yetki devri (*delegation*) olduğu durumda, bu yetki devri idari işlemle yapılması itibariyle süreç objektifleşmekte, yetkinin devredildiği bilinmektedir. Oysa örtülü devir halinde (*surrender of discretion*) dış görünüş itibariyle yetki devri yoktur, işlem yapmakla yetkili makam kendi takdir yetkisinin olaya uygulanmasında başka makama bağlamak suretiyle sınırlandırmaktadır. Takdir yetkisinin örtülü şekilde devredildiği halde işlem hukuka aykırı olmaktadır. Ancak yetki devrine izin veren hükümlerinin varlığı halinde ve usulüne uygun olarak yetki devri yapılabilir.⁷²

c. Sözleşme veya Taahhülle Sınırlandırma

İdare kendisine verilen görevleri icra ederken sözleşme yapmak durumunda kalabilmektedir. Ancak idarenin kendi belirleyeceği politikaların aksine sözleşme, iki tarafın iradesini içeren hukuken bağlayıcı bir muamele olması itibariyle takdir yetkisinin sınırlandırılması bakımından sorun teşkil edebilmektedir. Tüm sözleşmelerin bir şekilde tarafların özgürlüğünü sınırlandırması sebebiyle, idarenin

⁷¹ Audit Commission for England and Wales v. Ealing London Borough Council [2005] EWCA Civ 556.

⁷² Manning/Salmon/Brown, **Judicial Review Proceedings**, s.184.

sözleşmeyle gelecekteki davranışını ne ölçüde sınırlandırabileceği sorusu önem arz etmektedir⁷³.

Bu ayrımın yapılmasında sözleşmenin veya taahhüdün kamusal erklere mi yoksa ticari işlemlere mi dair olduğunun esas alındığı söylenebilir. *Ayr Harbour* davasında, kısmi kamulaştırmada malike verilecek kamulaştırma bedelinden tasarruf edilmesi amacıyla taşınmazın kalan kısmından limana serbest geçiş hakkı tanınmıştır. Lordlar Kamarası (*House of Lords*) ise arazi üzerindeki takdir yetkisinin bu şekilde sınırlandırılmayacağına hükmetmiştir⁷⁴. *Birkdale Electricity* davasında ise Lordlar Kamarası (*House of Lords*), Şirketin müşterileri ile yaptığı sözleşmelerde elektrik fiyatını dava dışı başka bir elektrik üretim şirketinin fiyatının üzerine çıkarmayacağı yönündeki iradesinin, kanunda kendisine verilen istediği fiyattan satma yetkisini sınırlandırmadığına hükmedilmiştir. Ancak burada göz önünde bulundurulacak husus, her ne kadar şirket kanunla kurulmuş ve şirkete kanun ile fiyat belirleme yetkisi tanınmış olsa da ticari bir faaliyet olarak elektrik satışı için müşterileriyle yapacağı sözleşmelerde fiyat artışı konusunda sınırlama getirmesinin takdir yetkisini sözleşmeyle sınırlandırma anlamına gelmeyeceği, zira sözleşme içeriğinin taraflar bakımından öngörülebilir, güvenilebilir ve belirsizlikten uzak olabilmesi için fiyata ilişkin hususların açıkça tespit edilmiş olması gerekir⁷⁵.

Aynı şekilde belediyelerin inşaat izni vermek veya vermemek konusunda kendisini bağlayan sözleşme yapması mümkün değildir. Belediye, imar planında park alanı olarak belirlediği bir taşınmazın malikiyle yaptığı sözleşmede, taşınmazı belirli bir süre boyunca kamulaştırmayacağını kararlaştırmasının hukuka aykırı olduğu kabul edilmiştir⁷⁶. Londra Belediyesinin mavnalı sahipleriyle yaptığı sabit fiyatla atık taşınması anlaşması kapsamında da takdir yetkisinin sınırlandırılması iddiası gündeme gelmiştir. Londra Belediyesi ile mavnalı sahipleri arasındaki anlaşmada belirlenen bedel

⁷³ Wade/Forsyth, **Administrative Law**, s.277.

⁷⁴ *Ayr Harbour Trustees v. Oswald* (1883) 8 App Cas 623.

⁷⁵ *Birkdale District Electric Supply Company v. Southport Cpn* [1926] AC 355.

⁷⁶ *Triggs v Staines Urban District Council* [1969] 1 Ch. 10.

mavna sahipleri bakımından kârsız hale gelmiştir. Ayrıca Londra Belediyesinin limanlarda sağlık şartlarına ilişkin düzenleme yapma yetkisi kapsamında tesis ettiği işlemler mavna sahiplerinin maliyetini arttırmıştır. Bu kapsamda sözleşmenin zımnen mavna sahipleri aleyhine düzenleme yapılmamasını gerekliliğini içerdığı iddia edilse de Londra Belediyesinin sağlığı korumak yönündeki kamusal yetkilerinin sözleşmeyle sınırlanamayacağına hükmedilmiştir⁷⁷.

4. İdareyi İşlem Tesis Etmeye Sevk Eden Olguların ve Amacın Değerlendirilmesi

a. Değerlendirilecek Olgular (Relevant and Irrelevant Considerations)

İdare işlem tesis etme sürecinde çeşitli olguları göz önünde bulundurmaktadır. Bu kapsamda idare, işlem tesise ederken dikkate alacağı veya göz ardı edeceği olguları belirlemekte her zaman serbest değildir. İşleme dayanak teşkil eden mevzuat hükümleri açık veya zımni olarak işlem tesis edilirken belirli olguların değerlendirmeye alınmasını veya alınmamasını emredebilir. Bu durumda idare, mevzuatta dikkate alınması zorunlu kılınmış olguları göz önünde bulundurmak; dikkate alınması yasaklanmış olguları işleme esas teşkil edecek şekilde dikkate almamak ve olgulara gereğinden fazla veya az önem atfetmemek durumundadır.

İdarelerin işlem tesis ederken göz önünde bulundurması gereken olgulardan birisi, kamu kesimi eşitlik görevi (*public sector equality duty*) olarak 2010 tarihli Eşitlik Kanununda öngörülmüştür. Kanunun 149.maddesi belirli idarelere görevlerini icra ederken ayrımcılığı önlemek ve fırsat eşitliği sağlamak için yaş, engel, cinsiyet, ırk, inanç ve cinsel tercih gibi hususlara ilişkin değerlendirme yükümlülüğü (*having due regard*) getirmektedir. Bu bağlamda zikredilen hususları değerlendirme yükümlülüğü mutlak (*unqualified*) bir yükümlülüktür. İdare hem politika belirlerken hem de işlem tesis ederken bu yükümlülüğe uygun davranmak zorundadır. Değerlendirme

⁷⁷ Cory (William) and Son Ltd v. London Corporation [1951] 2 KB 576.

yükümlülüğü idareye belirli yönde bir sonuca ulaşma yükümlülüğü değil, sonuca ilgili olguları işlem tesis etme sürecinde göz önünde bulundurarak ulaşma yükümlülüğü getirmektedir⁷⁸. Ancak idare karar alma sürecinde yükümlülüğün gereklerini yerine getirdiğini gösterebilmelidir⁷⁹.

Belirli olguların işlem tesis edilirken dikkate alınmayacağının mevzuatta açıkça düzenlendiği haller de mevcuttur. Örneğin, 2005 tarihli Kumar Kanunu (*Gambling Act*) m.210(1) işyeri izin belgesi verilmesinde, iş yerinin imar mevzuatına uygun olup olmamasının göz önünde bulundurulmayacağını düzenlemiştir. 1998 tarihli Sosyal Güvenlik Kanunu m.12(8)b ise sosyal yardımlara ilişkin tesis edilen işlemlere karşı İlk Derece Tribunalin itiraz başvurusu yapıldığı tarihte mevcut olmayan olgulara dayanamayacağını hüküm altına almıştır. Bu ve benzer durumlarda mevzuatın açıkça yasakladığı olgulara dayanarak işlem tesis edilmesi, işlemi hukuka aykırı kılacaktır. Aynı şekilde belirli olguların dikkate alınmasının mevzuatta zımni şekilde düzenlendiğinin kabul edilmesi de mümkündür⁸⁰.

Kanunun değerlendirmeye alınması veya alınmaması gereken olguları göstermediği durumlarda, hangi olguların değerlendirmeye alınacağı veya değerlendirme dışı bırakılacağı idarenin takdirindedir. Ancak bu takdir yetkisi mutlak değildir. Kanunun lafzen idareye sınırsız takdir yetkisi veriyor gibi görüldüğü durumlarda dahi takdir yetkisinin kullanımı yargısal denetime tabidir⁸¹. Bu kapsamda idarenin belirli olguları değerlendirmeye alması ve almaması veya olgulara atfettiği önem makuliyet⁸² (*wednesbury unreasonableness*) testine tabi tutulmaktadır⁸³.

⁷⁸ Cane, **Administrative Law**, s.174.

⁷⁹ Manning/Salmon/Brown, **Judicial Review Proceedings**, s.172.

⁸⁰ Auburn et.al., **Judicial Review: Principles and Procedure**, s. 338.

⁸¹ Esin Örcü, **İngiltere’de İdarenin Sorumluluğu ve Yargısal Denetiminde Uygulanan Başlıca İdare Hukuku İlkeleri**, s.663: Padfield v Minister of Agriculture, Fisheries and Food [1968] A.C. 997, HL.

⁸² İkinci Bölüm, II, C, 1.

⁸³ Azeem Suterwalla, Katherine O’Byrne, “Discretion and Duty: the Limits of Legality”, **Supperstone, Goudie & Walker: Judicial Review**, 5th ed., Croydon, Lexisnexis, 2014, s.191; Patterson/Leslie, **Judicial Review: Law and Practice**, s.33.

İdarenin faaliyet alanının çeşitliliği göz önünde bulundurulduğunda tüm işlemlere ilişkin genel geçer bir ilke koymak mümkün değildir. Bu kapsamda mahkemeler somut olay özelinde olguların değerlendirilmesini incelemektedirler. Bununla birlikte kararlarda merkezi idare tarafından yapılan yönlendirmelerin⁸⁴, mahalli idareler tarafından tesis edilen işlemlerde yetki alanlarındaki kişilerin menfaatlerinin⁸⁵, temel ihtiyaçlara ilişkin durumlarda “ortak insanlık değerlerinin”⁸⁶ değerlendirmeye alınması gerektiği söylenmiştir. İdare kural olarak tesis edeceği işlemde esas alacağı olguları ve o olgulara yükleyeceği değeri belirlemekte serbesttir, ancak bu serbesti de yargı denetimine tabidir. Mahkemece, idare tarafından değerlendirilmesi gereken olgular değerlendirilmeden veya değerlendirmeye alınmaması gereken olgular değerlendirilerek işlem tesis edildiğine karar verilmesi halinde idarece ulaşılması gereken sonuç gösterilmez. İdare uygun olguları tarafsız şekilde değerlendirip takdir yetkisi kapsamında ve kendi iradesi neticesinde yeniden işlem tesis edecektir.

İdarenin maddi imkanları işlem tesis ederken kimi zaman değerlendirmeye alabileceği kimi zaman ise almasının uygun olmadığı olgulardan birisidir. Hangi durumlarda maddi imkanların yetersizliğinin işlem tesis etme konusunda mazeret teşkil edip etmediği somut olaya göre farklılık arz eder. Maddi yetersizliğinin göz önünde bulundurulacak bir olgu olarak kabul edilip edilemeyeceği, konunun idareye görev olarak verilmiş olması veya idarenin konuda yetkili olmasına göre değişeceği belirtilmiştir⁸⁷. Buna göre idare kendisine verilen zorunlu görevleri icra ederken maddi yetersizliği göz önünde bulunduramayacak, ancak takdir yetkisine sahip olduğu durumlarda maddi imkanları işlem tesis ederken göz önünde bulundurabilecektir. Maddi imkanların işlem tesis edilmesinde dikkate alınmasına dair Lordlar Kamarası

⁸⁴ R v Lincolnshire CC and Wealden DC Ex p. Atkinson (1995) 8 Admin LR 529, QBD, s.535; R (Ali) v Newham London Borough Council [2012] EWHC 2970 (Admin), [2013] Eq LR 40.

⁸⁵ South Hams DC v Slough (1992) 25 HLR 189, (1992) 91 LGR 202, CA aynı yönde R v South Hams DC Ex p. Gibb [1995] QB 158 CA.

⁸⁶ R v Lincolnshire CC and Wealden DC Ex p. Atkinson (1995) 8 Admin LR 529, QBD; South Buckinghamshire DC v Porter [2003] UKHL 25, [2003] 2 AC 558.

⁸⁷ Cane, **Administrative Law**, s.178.

(*House of Lords*) 1970 tarihli Kronik Hasta ve Engelli Kişiler Hakkında Kanun⁸⁸ kapsamında incelediği uyuşmazlıkta, sunulması elzem sağlık hizmetlerinin idare tarafından tespitinde idarenin maddi imkanlarını göz önünde bulundurabileceğini ancak elzem olarak kabul edilmiş bir hizmetin sunulmasında maddi imkanların yetersizliğini göz önünde bulundurulamayacağına hükmetmiştir⁸⁹. 1948 tarihli Milli Yardım Kanunu⁹⁰ kapsamında kişinin yardıma muhtaç olduğunun tespiti yapılırken⁹¹, 1980 tarihli Otoyollar Kanunu⁹² kapsamında otoyollara alt geçit inşasının gerekli veya tercih edilir olduğunun tespitinde⁹³ idarenin maddi imkanlarının göz önünde bulundurulabileceğine hükmedilmiştir.

b. Uygun Olmayan Amaç (*Improper Motive*)

Uygun olmayan bir amaç güdülmesi ister istemez yanlış olguların dikkate alınmasını içereceği için belirli olguların dikkate alınması veya alınmaması gerekliliği, çoğu durumda uygun olmayan amaçla iç içe geçmektedir⁹⁴. Bu yönde bir duruma örnek olarak *R v Somerset County Council ex parte Fewing*⁹⁵ davası örnek gösterilmektedir. Belediye, kanunla çevrenin ve yetki alanındaki geyik sürülerinin yönetimi konusunda yetkilendirilmiştir. Belediye meclis üyelerinin vicdani olarak geyik avlanmasına karşı olmaları ve bu durumu insani bulmamaları neticesinde geyik avlanması yasaklanmıştır. İşleme karşı açılan davada belediyenin kendisine çevrenin korunması ve geyik sürüsünün idaresi konusunda verilen yetkilerini, geyik avlanmasının vicdani olmaması sebebiyle yasaklamak için kullanamayacağı yönünde karar verilmiştir. Bu

⁸⁸ Chronically Sick and Disabled Persons Act of 1970.

⁸⁹ R v Gloucestershire CC Ex p. Barry [1997] AC 584, HL.

⁹⁰ National Assistance Act 1948.

⁹¹ R v Sefton MBC Ex p. Help the Aged [1997] 4 All ER 532, CA.

⁹² Highways Act 1980.

⁹³ R v Norfolk CC Ex p. Thorpe, (1998) 96 LGR 597, CA.

⁹⁴ Bailey, **Bailey, Jones & Mowbray's Cases, Materials and Commentary on Administrative Law**, s.310.

⁹⁵ [1995] 1 All ER 513; [1995] 3 All ER 20, CA.

olayda belediye, işlem tesis ederken belediye meclis üyelerinin şahsi kanaatleri uyarınca karar vermek suretiyle dikkate almaması gereken bir hususu dikkate almış ve yetkilerini kanunda gösterilen amaçtan farklı bir amaç için kullanmıştır.

Ancak idarenin uygun olmayan amaç gütmesinde, belirli olguların dikkate alınması veya alınmaması gerekliliğinden farklı olarak idarenin saiki ön plana çıkmaktadır⁹⁶. Gerekli olguların dikkate alınmadığı veya yanlış olguların işlem tesis edilmesinde esas alındığı hallerde ortaya çıkan işlem, idarenin işlem tesis etme sürecinde olguları takdir ederken yaptığı yanlışlık sebebiyle hukuka aykırı hale gelmektedir. Dolayısıyla işlemi hukuka aykırı kılan işlem tesis etme süresinin başında yapılan yanlış tespitlerdir. Oysa idarenin uygun olmayan amaç gütmesi halinde değerlendirmeye alınan olgular idareyi yanlış sonuca götürmemekte, idare ulaşmak istediği sonuca göre olguları kullanmaktadır.

Uygun olmayan amaç idareye verilen yetkilerin, yetkinin veriliş amacından başka bir amacı gerçekleştirmek için kullanılmasıdır⁹⁷. İdarenin kendisine verilen yetkileri farklı bir amaç için kullanması yetki saptırması teşkil etmesi itibariyle hukuka aykırıdır⁹⁸. *R v Tower Hamlets LBC Ex p. Chetnik Developments Ltd* davasında Hâkim Lord Bridge, idareye verilen kanuni yetkilerin mutlak olmadığını, yetkilerin ancak parlamentonun kullanılmasını öngördüğü şekilde kullanıldığı sürece hukuka uygun kullanılmış olacağını ifade etmiştir⁹⁹.

İdarenin işlem tesis ederken uygun olmayan amaç gütmesinin bir örneği *apartheid* uygulaması sırasında bir ragbi kulübünün Güney Afrika'ya gitmeye çalışması sebebiyle belediyenin kanuni yetkilerini kulübü cezalandırmak için kullanmasında gerçekleşmiştir¹⁰⁰. Bir başka uyuşmazlıkta İçişleri Bakanlığı, 1 Nisan tarihinden itibaren televizyon lisans ücretlerinde artışa gidileceğini ilan etmiştir. Bunun üzerine

⁹⁶ Cane, **Administrative Law**, s.178.

⁹⁷ Woolf et.al., **De Smith's Judicial Review**, para. 5.90.

⁹⁸ Esin Örüçü, **İngiltere'de İdarenin Sorumluluğu ve Yargısal Denetiminde Uygulanan Başlıca İdare Hukuku İlkeleri**, s.663.

⁹⁹ [1988] AC 585, HL.

¹⁰⁰ *Wheeler v Leicester City Council* [1985] AC 1054.

1 Nisan tarihinden önce davacının da arasında bulunduğu yaklaşık 24.500 kişi eski fiyattan lisans almışlardır. Bunun üzerine İçişleri Bakanlığı lisans fiyatları arasındaki farkın ödenmemesi halinde lisansları iptal edeceğini duyurmuştur. Mahkeme bakanlığın lisans iptal etmek konusunda yetkili olduğunu ancak bu yetkinin keyfi veya hukuka aykırı kullanılması halinde mahkemelerin müdahale edeceğini söylemiştir. Davacının lisans aldığı tarih olan 26 Mart'ta lisansın geçerli olduğuna ve davacının hukuka aykırı bir hareketinin olmadığına, bakanlığın davalıya lisans bedelini iade etmeden lisansı iptal edemeyeceğine, bunu da ancak haklı sebebin mevcut olması halinde yapabileceğine hükmedilmiştir. Davalı bakanlığın parlamentonun kendisine yetki vermediği konuda gelir elde etmek için lisans sahiplerini lisanslarını iptal etmekle tehdit etmesi yetkisinin kötüye kullanımı olarak değerlendirilmiştir.¹⁰¹.

Bir diğer uyuşmazlıkta Westminster Belediyesi oy kazanmak için belirli mahallelerdeki konut stokunu elden çıkarmaya karar vermiştir. Kamuoyunda “oy için ev” olarak bilinen bu politika dava konusu edildiğinde mahkeme, idarenin tüm politikalarının nihayetinde siyasi kazanım elde etmek için olabileceğine, ancak bunun seçmenlerin politikalarından memnun kalıp adaylara oy vermesi kapsamında kalması gerektiğine, bu kapsamda kamu yararı yerine doğrudan siyasi çıkarların amaçlanması halinde ise yetkilerin hukuka uygun kullanılmış olmayacağına hükmetmiştir. Bu doğrultuda belediyenin politikasının kamu gücünün kasti ve bariz bir kötüye kullanımı olduğu söylenmiştir¹⁰².

B. Usule Dair İnceleme Konuları

İnceleme konularının ortaya konulduğu *GCHQ* davasında Lord Diplock, usulî yanlışlığın (*procedural impropriety*) kanuni gerekliliklere ve *natural justice* doğal adalete aykırılığı içerdiğini belirtmiştir. Doğal adalet (*natural justice*) veya kimi zaman yerine kullanılan adil usul (*procedural fairness*), modern yargısal denetimden

¹⁰¹ Congreve v Home Office [1976] QB 629, CA.

¹⁰² Porter v Magill [2001] UKHL 67, [2002] 2 AC 357.

daha eski kavramlardır. Yüksek mahkeme'nin (*High Court*) alt mahkemeler üzerindeki denetim yetkisi neticesinde ortaya çıkmış ve günümüzde birçok boyutu kanunlara işlenmiştir¹⁰³.

Doğal adalet kavramının iki temel unsuru tarafsızlık (*rule against bias*) ve dinlenilme hakkıdır (*audi alteram partem*)¹⁰⁴. Günümüzde usulî yükümlülüklerin kapsamı sadece doğal adaletin unsurlarıyla sınırlı değildir. Doğal adalet kavramı mahkemelerce barındırdığı iki unsur ve içtihatla gelişen başka yükümlülükleri ihtiva etmektedir. Hem doğal adaleti hem de mevzuatla getirilen usulî yükümlülükleri ifade eden çatı kavram olarak ise adil davranma yükümlülüğü (*duty to act fairly*) kullanılmaktadır¹⁰⁵.

1. Kanuni Gereklilikler

Usulî hatanın açıkça ortaya çıktığı durumlar, kanunda açıkça takip edilmesi gereken usullerin öngörüldüğü fakat işlem tesis edilirken bu usullere uyulmadığı hallerde olmaktadır. Kanun koyucu idareye işlem tesis ederken farklı usulî yükümlülükler öngörebilir. İşlem tesisinden önce ilgili kişilere veya idarelere danışılması, işlem taslağının ilgililere sunulması, tesis edilecek işleme dair önceden bilgi verilmesi, kamuoyu araştırması yapılması, itirazların değerlendirilmesi ve işlem tesis etme sürecinin sonunda gerekçe gösterilmesi gibi yükümlülükler mevcut olabilir¹⁰⁶.

Kanunda düzenlenen usulî yükümlülüklerle uyulmamasının sonucu usul kurallarının mahiyetine göre değişmektedir. Bu kapsamda usulî yükümlülükler emredici (*mandatory*) ve gösterici (*directory*) usul kuralları olarak ikiye ayrılmaktadır.

Usul kuralının bağlayıcı olup olmadığının tespitinde çeşitli kıstaslar dikkate alınmaktadır. Öncelikle nadir de olsa kanunda açıkça usul kuralının bağlayıcı olmadığı düzenlenebilir. Açık düzenleme olmadığı takdirde hükmün lafzında zorunluluk içeren

¹⁰³ Esin Örcü, **İngiltere'de İdarenin Sorumluluğu ve Yargısal Denetiminde Uygulanan Başlıca İdare Hukuku İlkeleri**, s.667.

¹⁰⁴ Manning/Salmon/Brown, **Judicial Review Proceedings**, s.196.

¹⁰⁵ Auburn et.al., **Judicial Review: Principles and Procedure**, s.110.

¹⁰⁶ Southey/Westson/Bunting, **Judicial Review**, s.48; UK Government Legal Department, *The Judge Over Your Shoulder- A Guide to Good Decision Making*, para. 2.37.

ifadelerin mevcut olması dikkate alınır. Bunun dışında kanunun korumayı amaçladığı kişiler ve işlemin etkileri göz önünde bulundurulur¹⁰⁷. Bağlayıcı usul kurallarına riayet edilmemesinin sonucu kural olarak işlemin hukuka aykırı olmasıdır. Ancak bağlayıcı usul kuralına aykırılığın davacının davranışından kaynaklanması halinde ise işlem hukuka aykırı olmayacaktır¹⁰⁸. Usulî yükümlülüğün bağlayıcı olarak kabul edilmekle birlikte usule esaslı şekilde uyulduysa bir diğer ifadeyle usule aykırılık sürecin tamamını adaletsiz hale getirmiyorsa, yani usule aykırılık esasa etkili olmamışsa işlemin hukuka aykırı olmadığı kabul edilebilmektedir¹⁰⁹.

Usul kurallarının bağlayıcı olmaması halinde ise idarenin öngörülen usul kurallarından sapmak konusunda serbest olduğu kabul edilmektedir. Ancak idarenin bu konudaki serbestinin idare hukuku prensipleri dahilinde kullanması gerekmektedir¹¹⁰.

2. Doğal Adalet

Yargısal işlemlerde doğal adalete uygun davranma yükümlülüğünün geçerli olduğu şüphesizdir. Ancak idari işlemlerde de kanunda öngörülen özel usuller dışında doğal adaletin uygulama alanı mevcuttur¹¹¹. *Ridge v Baldwin*¹¹² davasında ifade edildiği üzere, usulî güvencelerin bir işleme tatbik edilmesinde esas alınacak husus, dava konusu işlemin yargısal veya idari niteliği değil, işlemin etkisidir. Bu kapsamda kişilerin haklarının ve önemli menfaatlerinin etkilendiği idari işlemlerde de usulî güvencelere riayet edilmesi gerekmektedir¹¹³.

¹⁰⁷ Mark Ryan, Steve Foster, **Unlocking Constitutional & Administrative Law**, 3.bs, Oxon, Routledge, 2014.s.550; Stott/Felix, **Principles of Administrative Law**, s.122.

¹⁰⁸ R. v Secretary of State for the Home Department Ex p. Awais Karni Butt [1994] Imm Ar 11.

¹⁰⁹ Cane, **Administrative Law**, s.90.

¹¹⁰ Southey/Westson/Bunting, **Judicial Review**, s.48.

¹¹¹ Wade/Forsyth, **Administrative Law**, s.374.

¹¹² [1964] AC 40, HL.

¹¹³ Le Sueur/Sunkin/Murkens, **Public Law Text and Materials**, s.728.

İdare, her durumda doğal adalete uygun davranmak zorundadır. Ancak niteliği itibariyle idari işlemlerin usulî gereklilikleri ile yargısal işlemlerin usulî gerekleri farklılık arz etmektedir. Tüm idari işlemlere uygulanacak genel geçer kuralların ortaya konulması da mümkün değildir. Genel düzenleyici işlemlerle birel işlemlerin, kişilere menfaat sağlayan işlemlerle menfaatlerine olmayan işlemlerin veya icraî işlemlerle hazırlık işlemlerinin tesis edilmesi sırasında tabi olunan adil davranma yükümlülüğü farklılık gösterecektir. Bu çerçevede, idarenin kanuni düzenlemeler haricinde tabi olacağı usulî yükümlülüklerin kapsamı işlemi tesis eden makama, işlemin konusunda ve somut olayın özelliklerine göre değişiklik göstermektedir¹¹⁴.

Doğal adalet kavramı Yüksek Mahkeme'nin (*High Court*) alt mahkemeler üzerindeki denetimi neticesinde içtihatla ortaya çıkmıştır. Günümüzde yürütme fonksiyonu kapsamında tesis edilen idari işlemlere doğal adaletin uygulanması ise idari işlemin kişilerin hak ve menfaatlerinin etkilemesi itibariyle yargısal işlemlere benzetilmesiyle olmuştur. Ancak doğal adaletin yargı ve yürütme erklerinin farklılığı sebebiyle mahkemelere ve idareye olan uygulaması, doğal olarak farklılık arz etmektedir. Doğal adaletin idari işlemlerde aradığı standart, haliyle yargısal işlemlere göre daha düşüktür. Bununla birlikte doğal adaletin idari işlemler bakımından gerekliliklerini tüm idari işlemler bakımından genel geçer şekilde tanımlamak mümkün olmamaktadır. Mahkeme, uyuşmazlık bazında işlemi tesis eden organ ile işlemin özellikleriyle işlemin doğurduğu sonucu değerlendirmekte ve ortaya adalete aykırı bir sonuç çıkmasına engel olmak için doğal adalet gerekliliklerini tatbik etmektedir. Bahsedildiği üzere idari işlemlerin tesis edilme sürecinde takip edilmesi gereken usul esas olarak kanunlarda düzenlenmektedir. Kanunda öngörülen usulle doğal adaletin gereklilikleri çoğu durumda örtüşmektedir. Kanunda öngörülen ve aynı zamanda doğal adaletin de gerektirdiği usulî bir yükümlülüğe aykırı davranılması, öncelikle kanuna aykırı davranılması anlamına gelecek ve doğal adaletin uygulanmasına gerek kalmayacaktır. Bu itibarla doğal adaletin kanunda açık düzenleme olmadığı

¹¹⁴ Lloyd v McMahon [1987] AC 625; [1987] 2 WLR 821.

durumlarda adil bir usulün takip edilmesini temin etmesi itibariyle kanuni düzenlemelerin tamamlayıcısı olduğunu söylemek mümkündür.

a. Tarafsızlık (*Bias*)

Taraflılık iddiaları çoğunlukla yargısal işlemlere karşı ileri sürülmekle birlikte idari karar alıcıları aleyhine de bu yönde iddiada bulunulması mümkündür¹¹⁵.

Tarafsızlık ilkesi kimse kendi davasında hâkim olamaz (*nemo in propria causa judex, esse debet*) deyimiyle ifade edilmektedir. Tarafsızlık ilkesinin uygulamadaki kapsamı ise, yargılama fonksiyonuna dair işlemler ve hâkimlerin tarafsızlığının teminiyle sınırlı değildir. Hâkimlerin yanında idari organların tarafsızlığı da ilkenin kapsamına dahildir. Ayrıca yargılama ve idari işlem tesis etme süreci bakımından tarafsızlık işlemi tesis eden makamın çıkarı değil, müspet veya menfi şekilde taraflı davranma ihtimali üzerinden tanımlanmaktadır.

Uyuşmazlığı inceleyen mahkemenin, komisyonun veya işlem tesis eden idarenin tarafsız olmadığı her durumda ispat edilemeyebilir. Karar veren kişinin işlemin sonucundan menfaati olması tek başına kişinin taraflı olduğunu kanıtlamaz. Ancak mahkemelerin ve belirli durumlarda idarenin, tarafsız olmanın yanında tarafsız olduğu görüntüsünü de yaratması gerekmektedir.

Taraflı davranıldığının tespitinde uygulanacak kıstas, taraflı davrandığı iddia edilen kişinin menfaatine göre değişiklik göstermektedir. Kimi durumlarda işlemi tesis eden kişinin işlemin sonucuyla olan ilişkisi işlemin taraflı tesis edildiğinin varsayılmasına (*automatic disqualification*) sebep olmaktadır. Bu durum özellikle maddi çıkarın bulunması halinde söz konusu olmaktadır¹¹⁶. *Dimes v Proprietors of Grand Junction Canal*¹¹⁷ davasında Adalet Bakanı (*Lord Chancellor*) tarafından çıkartılan karar, bakanın kanal şirketindeki payının olması sebebiyle iptal edilmiştir. Lordlar Kamarası

¹¹⁵ Southey/Westson/Bunting, **Judicial Review**, s.55.

¹¹⁶ Wade/Forsyth, **Administrative Law**, s.385.

¹¹⁷ (1852) 3 HL Cas 759, HL.

(*House of Lords*) iptal gerekçesine Adalet Bakanının gerçekten taraflı davranmış olmasını değil, hiç kimsenin Adalet Bakanının tarafsızlığından şüphe duymaması gerektiği esas almıştır. Benzer şekilde *R v Hendon Rural District Council, ex parte Chorley*¹¹⁸ davasında, belediyenin bir taşınmaz için inşaat izni vermesi işlemi, işlemde oyu bulunan belediye meclis üyelerinden birisinin taşınmaz üzerinde inşa edilecek yapının satışında emlakçı olarak yetkili olması sebebiyle iptal edilmiştir.

İşlemi tesis eden kişinin çıkarının işlemi kendiliğinden taraflı kılacağı hallere maddi menfaatin yanında başkaca ilgiler de dahil edilmiştir¹¹⁹. *R v Bow Street Metropolitan and Stipendiary Magistrate ex parte Pinochet Ugarte*¹²⁰ davasında uyuşmazlığa bakan hâkimlerden birisinin kişisel görüşü, işlemin iptal edilmesine sebep olmuştur. Şilili Diktatör *Pinochet*, tatil için İngiltere'ye geldiği esnada Interpol tarafından çıkartılan yakalama kararına binaen tutuklanmış ve İspanya insanlığa karşı suçlar sebebiyle *Pinochet*'nin iadesini talep etmiştir. Takip eden yargılama sürecinde Lordlar Kamarası (*House of Lords*) *Pinochet*'nin diplomatik korumadan yararlanamayacağına, bu sebeple İspanya'ya iadesine karar vermiştir. Ancak verilen bu karara karşı, uyuşmazlığa bakan hâkimlerden birisinin *Amnesty International* ile bağlantıları olması ve kuruluşun davaya delil sunmasına izin verilmesi sebebiyle itiraz edilmiş ve yargılama yenilenmiştir. Örnek verilen kararda bir idari makamın değil, hâkimin tarafsızlığının değerlendirilmesi söz konusudur. Ancak bahsedildiği üzere İngiltere'de yargısal denetim usulü sadece idari işlemleri değil, mahkemelerin de kanun yolu başvurusu hakkı bulunmayan işlemleri veya kararlarını konu almaktadır. Bu sebeple prensip idari makamlarca tesis edilen işlemlere tatbik edilmeye uygundur.

İşlemin menfaat çatışması sebebiyle tarafgir sayıldığı durumlarda taraflılığın tespit etmek için farklı uyuşmazlıklarda farklı kıstaslar uygulanmıştır. 1998 tarihli İnsan Hakları Kanununun yürürlüğe girmesinden önce taraflı davranıldığı intibanda

¹¹⁸ [1933] 2 KB 696.

¹¹⁹ Wade/Forsyth, **Administrative Law**, s.385.

¹²⁰ [2000] 1 AC 119.

uygulanacak kıstas, *R v Gough*¹²¹ davasında ortaya konulmuştur. Karar uyarınca, karar alan mahkeme veya komisyon üyelerinden birisinin uyuşmazlık konusu hakkında müspet veya menfi şekilde taraflı davranacağına dair gerçek tehlike mevcutsa işlemin taraflı olarak tesis edildiği kabul edilecektir. AİHS’i iç hukuka geçiren 1998 tarihli İnsan Haklı Kanunun yürürlüğe girmesinin akabinde bu içtihat, AİHS m.6 ile uyumlu hale gelmesi için *Director General of Fair Trading v Propriety Association for Great Britain*¹²² davasında tadil edilmiştir. Buna göre mahkeme öncelikle karar alıcının taraflılığına ilişkin tüm ilgili hususları inceleyecektir. Bu hususların makul ve bilgili üçüncü bir kişide taraflı davranıldığına dair gerçekçi bir ihtimalin varlığı intibai uyandıracak sonucuna varılırsa işlemin taraflı tesis edildiği kabul edilecektir. Bu uyarlanmış test Lordlar Kamarası’nda (*House of Lords*) *Porter v Magill*¹²³ davasında onaylanmıştır. Uyarlanmış haliyle test makul ve bilgilendirilmiş üçüncü kişi testi (*fair minded and well informed observer*) olarak kabul etmiştir. Makul ve bilgilendirilmiş üçüncü kişi tarafından işlemin taraflı olduğu yönünde gerçek bir olasılık görüldüğü durumlarda işlemin taraflı olduğunu kabul edilmektedir¹²⁴.

*Metropolitan Properties Co (FGC) v Lannon*¹²⁵ davasında ev sahipleri, kira tespit komisyonunun üyelerinden birisinin, kiracılara ev sahipleriyle olan uyuşmazlıklarında danışmanlık yapıyor olması sebebiyle komisyon kararının taraflı olduğunu iddia etmişlerdir. Temyiz Mahkemesi (*Court of Appeals*), komisyon üyesinin kiracılarla olan ilişkisinin işlemin taraflı tesis edildiği intibaiyi uyandırmaya yeterli olması sebebiyle komisyon kararının iptaline hükmetmiştir.

*Hannam v Bradford City*¹²⁶ davasında okul müdürünün göreve devam etmemesi sebebiyle okul yöneticileri müdürün işine son vermiştir. Okul yöneticilerinin bu kararını değerlendirmek üzere toplanan belediye personel alt komitesine, göreve son

¹²¹ [1993] AC 646, HL.

¹²² Re Medicaments (No 2) olarak da gösterilmektedir. [2001] 1 WLR 700, CA.

¹²³ [2001] UKHL 67, [2002] 2 AC 357.

¹²⁴ Porter v Magill [2001] UKHL 67.

¹²⁵ [1969] 1 QB 577.

¹²⁶ Council [1970] 2 All ER 690

verme kararı verilen toplantıda hazır bulunmayan ancak okulun yöneticisi olan üç üye de katılmıştır ve müdürün işine son verme işlemi onanmıştır. Alt komitenin görevden alma kararını onaması işlemini değerlendiren Temyiz Mahkemesi (*Court of Appeals*), alt komite toplantısında gerçekte ne olduğunun değil, tarafsız üçüncü bir kişinin ne olmuş olabileceğine dair kanaatinin önemli olduğunu ifade etmiştir. Okul yöneticisi olan, ancak ilk toplantıya katılmamış üç üyenin alt komite toplantısına katılmasının tarafılık ihtimali doğurduğuna hükmetmiştir.

*R (Gardner) v Harrogate Borough Council*¹²⁷ davasında belediye meclis başkanının planlamayla görevli personelin tavsiyelerinin aksine inşaat izni verilmesinde belirleyici oyu kullandığı durumda, inşaat izni verilen kişinin başkanın arkadaşı olduğu bilinen bir başka belediye meclis üyesi olmasının makul ve bilgilendirilmiş üçüncü kişinin işlemin taraflı olduğu yönünde gerçek bir ihtimal görüldüğünden bahisle iptaline karar verilmiştir.

b. Dinlenilme Hakkı (Fair Hearing veya Right to be Heard)

Audi alteram partem deyişiyle ifade edilen dinlenilme hakkı (*right to be heard*) kişinin kendisi hakkında yargısal veya idari bir işlem tesis edilirken sürece katılarak kendisini etkili bir şekilde savunabilmesini ifade eder. Dinlenilme hakkının esas uygulama alanı, kavramın Yüksek Mahkeme'nin (*High Court*) alt mahkemeler tarafından yapılan yargılamalar üzerindeki denetimi neticesinde ortaya çıkması sebebiyle yargısal işlemlerdir. Ancak İngiliz Hukukunda idari işlemlerin, işlemde takip edilen usul ve işlemin konusunu teşkil eden haklar bakımından yargılama benzeri olarak kabul edilebilmeleri itibarıyla dinlenilme hakkı idari işlemlere de tatbik edilebilmektedir¹²⁸. Doğal adalet ve özellikle dinlenilme hakkı kanuni gerekliliklerin bir tamamlayıcısı olmaktadır¹²⁹. Kanunun idareye kişileri etkileyen kararlar alma yetkisi verdiği

¹²⁷ [2008] EWHC 2942 (Admin).

¹²⁸ Bailey, **Bailey, Jones & Mowbray's Cases, Materials and Commentary on Administrative Law**, s.375.

¹²⁹ Wade/Forsyth, **Administrative Law**, s.423-424.

durumlarda mahkeme idarenin kanunda öngörülen usul kurallarıyla bağlı kalmasıyla yetinmeyecek, adaletin temin edilmesi için gerekli usulî güvencelere uyulmasını bekleyecektir¹³⁰. Kanunda çoğu durumda idarenin takip etmesi gereken usul öngörülmeyle birlikte, böyle bir usulün öngörülmediği veya adaleti temin etmede eksik kaldığı durumlarda müşterek hukuktan (*common law*) kaynaklanan doğal adalet, mahkemeler tarafından oluşturulmuş usul kuralları halini almaktadır¹³¹.

Dinlenilme hakkının idare hukuku alanındaki uygulaması, tüm idari işlemleri bakımından tatbik edilecek genel geçer kurallar belirlemeye elverişli değildir. Lord Bridge tarafından *Lloyd v McMahon* davasında belirtildiği üzere: “Doğal adalet olarak anılan kurallar taştan tabletlere yazılmış değildir. (...) idari veya yargısal organların kişilerin haklarını etkileyen işlemlerinde adaletin neyi gerektirdiği; işlemi tesis eden organın karakteri, işlemin türü ve işlemin tabi olduğu kanun veya diğer mevzuata göre değişecektir.”¹³²

Dinlenilme hakkı her durumda yeknesak şekilde uygulanabilecek bir usul bütünü değildir. Yükümlülüğün kapsamını, müşterek hukukun (*common law*) somut usulî adaletin neyi gerektirdiği belirlemektedir¹³³. Dinlenilme hakkının idari işlemlere tatbikinde öncelikle hangi işlemlerin dinlenilme hakkını gerektireceği cevabının verilmesi gerekmektedir. Ancak uygulanacak her idari işlem bakımından dinlenilme hakkının kapsamının aynı olduğu da söylenemez. Doğal adaletin işlem tesis edilirken kişiye tanınmasını gerektirdiği usulî güvenceler belirlenirken mahkeme somut olay özelinde işlemi tesis eden makam, işlemin muhatabı bakımından etkisi, genel kamu yararının neyi gerektirdiği ve kanunun amacı gibi çeşitli hususları göz önünde bulundurmaktadır. İdari işlemin kişi üzerindeki etkisi değiştikçe mahkemenin takip edilmesini zorunlu kılacağı usulî yükümlülükler de değişmektedir. Örneğin idari işlemin yaptırım mahiyetinde olduğu durumlarda usulî yükümlülüklerin ölçüsü

¹³⁰ *Lloyd v McMahon* (1987) 1 AC 625.

¹³¹ Michael T. Molan, **English Administrative Law**, London, HLT Group, 1979, s.222

¹³² [1987] 1 AC 625.

¹³³ *Haoucher v Minister of State for Immigration and Ethnic Affairs* (1990) 93 ALR 51.

mahkemelerden beklenenlere yaklaşacaktır. Ayrıca kazanılmış hak veya haklı beklenti olduğu durumlarla karşılaştırıldığında, kişinin sadece menfaat veya hak temin etmek için başvuru hakkının olması halinde usulî gereklilikler daha az olacaktır¹³⁴.

Dinlenilme hakkı somut olayın özelliklerine göre işlem hakkından önceden bilgilendirilme; cevap verilmesi için makul süre tanınması, yazılı veya sözlü savunma alınması, tanıkların çapraz sorgulanması, vekille temsil imkânı tanınması ve gerekçe gösterilmesi gerekliliklerinin herhangi birisini veya tümünü içerebilmektedir¹³⁵.

Adil yargılanma hakkının idari işlemlere uygulanmasına örnek gösterilen temel kararlardan bir tanesi *Ridge v Baldwin* kararıdır¹³⁶. Davada emniyet müdürü adalete engel olmayı tasarlamak iddiasıyla açığa alınmıştır. Ceza yargılaması neticesinde aklanmış ve göreve iadesi için başvuruda bulunmuştur. Başvurusunu inceleyen komite emniyet müdürünün davadaki ifadeleri ve hâkimlerin beyanlarına dayanarak başvuruyu reddetmiştir ve emniyet müdürü hakkında memuriyetten ayırma işlemi tesis etmiştir. İşleme karşı açılan davayı inceleyen Lordlar Kamarası (*House of Lords*) işlemin yok hükmünde olduğuna, davacının ancak doğal adalet ilkeleri gözetilerek hakkındaki iddialar hakkında bilgilendirildikten ve savunması alındıktan sonra memuriyetten ayrılabilceğine hükmetmiştir.

*R v Board of Visitors Hull Prison, ex parte St Germain*¹³⁷ davasına konu olayda, cezaevinde çıkan bir isyan neticesinde davacı hakkında cezaevi disiplin kurallarına aykırı davrandığı iddiasıyla idari soruşturma başlatılmıştır. Soruşturmayı yürüten cezaevi denetim heyeti¹³⁸, olay zamanında görevli personelin ifadelerine başvurmuş

¹³⁴ Pollard/Parpworth/Hughes, **Constitutional and Administrative Law**, s. s.617; yazar tarafından yapılan sınıflandırma *McInnes v Onslow Fane* [1978] 1 W.L.R. 1520 kararına dayanmaktadır. Ancak bu ayrımın adil olmayan sonuçlar doğurduğu iddiasıyla farklı görüş benimseyenler mevcuttur. Bkz. Woolf et.al., **De Smith's Judicial Review**, para.7-005.

¹³⁵ Carroll, **Constitutional and Administrative Law**, s. 356; Cane, **Administrative Law**, s.79; Woolf et.al., **De Smith's Judicial Review**, para.7.002.

¹³⁶ [1964] AC 40, HL.

¹³⁷ (No. 2) [1979] 3 All ER 545.

¹³⁸ Board of Visitors.

ancak ifade veren personelin katılmadığı mahkûmun sözlü savunmasında iddiaların sübuta erdiğine hükmederek mahkûm hakkında ceza indirimi süresinin 6 ay kısaltılması yönünde karar vermiştir. Karara karşı açılan yargısal denetim davasında mahkeme, tanıkların çapraz sorgulanmasının adaletin vazgeçilmez bir parçası olmadığına; ancak somut olayda mahkûmun özgürlüğünün konu alınması ve usulün yargılama benzeri olmasını göz önünde bulundurarak mahkûmun usulî güvencelerinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

R v Manchester Metropolitan University, ex parte Nolan davasına konu olayda hukuk fakültesi öğrencisi, iki sınavda masasında ders notlarının açık bulunması sebebiyle üniversitenin sınav kurallarına aykırı davranmakla itham edilmiştir. İnceleme heyeti, öğrencinin yazılı savunmasını almış ancak öğrencinin kendisini sözlü olarak savunmasına imkân vermemiştir. Heyet, ceza olarak öğrencinin girmiş olduğu sınavlardan başarısız sayılmasına ve sınavları tekrar almasına izin verilmemesine karar vermiştir. Karara karşı öğrenci tarafından yapılan yargısal denetim başvurusunu inceleyen mahkeme, inceleme heyetinin adil yargılanmayı temin ettiğini, kullanılan yetkinin ve cezanın mahiyetinin daha fazlasını gerektirmediğine hükmetmiştir.

Örnek gösterilen iki karardan anlaşılabileceği üzere dinlenilme hakkının gerekleri somut olayın özelliklerine göre değişmektedir. *R v Board of Visitors Hull Prison, ex parte St Germain* davasında kişi hürriyeti söz konusu olduğu uyuşmazlıkta çapraz sorgulama yapılması imkanı tanınmamasının dinlenilme hakkının ihlal edeceğine hükmedilmişken *R v Manchester Metropolitan University, ex parte Nolan* öğrencinin eğitim hakkını tamamen sınırlandırmayan bir işlemde sözlü savunma alınmamasının dinlenilme hakkını ihlal etmediğine karar verilmiştir.

3. Haklı Beklentiler (Legitimate Expectations)

Kişiler, idarenin açık taahhütleriyle veya uygulamalarıyla bir yönde davranacağına yönelik görüntü oluşturma halinde haklı olarak bu görüntüye güvenmektedirler. İdarenin kişiler nezdinde oluşturduğu bu güvene aykırı davranmaması iyi idare

ilkesinin bir gereğidir¹³⁹. Kişilerin idareye yönelik bu güvenleri, haklı beklenti doktrini ile korunmaktadır.

Kamu hukuku alanında kişilerin idarenin belirli bir şekilde davranacağı yönünde haklı beklentilerinin olması mümkündür. Haklı beklenti idarenin bir kişiye açık, şartsız ve belirsizlikten uzak olarak, belirli bir şekilde davranacağı yönünde hukuki görüntü (*representation*) oluşturduğu¹⁴⁰ veya idare tarafından belirli bir şekilde davranılacağı yönünde istikrarlı davranış veya politikanın mevcut olması halinde¹⁴¹ söz konusu olur. İdarenin oluşturduğu güvenin haklı beklenti yarattığının kabul edilebilmesi için taahhüt veya görüntünün açık olması ve şarta bağlı olmaması; belirli bir zümreyi konu alması ve kanuna aykırı olmaması gerekmektedir¹⁴².

Haklı beklenti kavramının ortaya çıktığı *Liverpool Corp'n ex p Taxi Fleet Operators Association*¹⁴³ davasına konu uyuşmazlıkta belediye, kanunla uygun gördüğü sayıda taksi lisansı vermek konusunda takdir yetkisiyle donatılmıştır. Uyuşmazlık tarihinde Liverpool'da lisanslı taksilerin yanı sıra çok sayıda lisanssız taksi de mevcuttur. Belediye bu ikili yapıyı kontrol altına almak için lisanssız taksilere ilişkin kanun teklifini parlamentoya sunmayı ve lisanslı taksi sayısını arttırmayı planlamıştır. Bu süreçte lisanslı taksi şoförleri birliğine belediyenin ilgili alt komisyonuna görüş verme imkânı tanınmış ve belediye, kanun yasalaşmadan lisans sayısını arttırmayacağını duyurmuştur. Ancak birkaç ay sonra belediye, birliğe danışmadan lisans sayılarını arttırmaya karar vermiştir. Açılan davada Temyiz Mahkemesi (*Court of Appeals*), birlik nezdinde oluşturulan haklı beklenti sebebiyle birliğe danışmadan yeni lisans verilemeyeceğinden bahisle yasaklama kararı vermiştir.

¹³⁹ Christopher Forsyth "The Porvenance of Protection of Legitimate Expectations", **Cambridge Law Journal**, Volume 47, Issue 2 July 1988, s.239.

¹⁴⁰ R. v Inland Revenue Commissioners Ex p. MFK Underwriters Agent Ltd [1990] 1 WLR 1545; R. (Patel) v General Medical Council [2013] 1 WLR 2801.

¹⁴¹ Council of Civil Service Unions v Minister of the Civil Service [1985] AC 374; R. (Davies) v HM Revenue and Customs Commissioners [2011] 1 WLR 2625.

¹⁴² Le Sueur/Sunkin/Murkens, **Public Law Text and Materials**, s.734 vd.

¹⁴³ Longley/James, **Administrative Justice: Central Issues in UK and European Administrative Law**, s.222: [1972] QB 299.

Usule ilişkin haklı beklentileri konu alan *Attorney-General for Hong Kong v Ng Yuen Shiu* davasında¹⁴⁴ ise Hong-Kong Hükümetinin kaçak göçmenleri sınır dışı etme kararı dava konusu olmuştur. Hong-Kong hükümeti Çin'den gelen göçmenlerin sınır dışı edilmesi yönünde bir karar almıştır. Bu kapsamda göçmenlerin savunmaları alınarak kişi özelinde değerlendirme yapılması öngörülmüştür. 1976'da Hong-Kong'a gelerek fabrika kuran davacının savunmasında ise sadece kendisine yöneltilen soruları cevaplamasına izin verilmiş, kendi savunmasını ortaya koymasına imkân verilmemiştir. Bu sebeple *Privy Council*¹⁴⁵, Hong-Kong hükümetinin göçmenlere savunma imkânı verilmesi ve göçmen özelinde karar verilmesi yönünde oluşturduğu haklı beklentilerle bağlı olduğuna hükmetmiştir.

Kişiler nezdinde haklı beklenti oluşması için her durumda bu yönde yazılı veya şifahi taahhüt olması şart değildir. İdarenin geçmiş uygulaması da kişiler nezdinde haklı beklenti oluşmasına sebep olabilmektedir. *R v British Coal Corporation, ex parte Vardy*¹⁴⁶ davasında şirketin birkaç madeni kapatma yönünde tesis ettiği işlem, şirketin mutlak uygulamasının aksine madencilere ve sendikalara danışılmaması sebebiyle iptal edilmiştir.

Her ne kadar haklı beklenti kavramı kişilerin usulî güvencelerden yararlanmak konusundaki güvenleri kapsamında ortaya çıkmış olsa da günümüzde kişilerin belirli bir menfaatten yararlandırılmaları veya yararlanmaya devam etmeleri konusundaki esasa dair haklı beklentilerin korunması gerektiği kabul edilmiştir¹⁴⁷. Esasa dair haklı beklenti, idarenin belirli bir yönde davranacağına dair taahhütte bulunması ve bu taahhüde dayanılarak işlem yapılmasından sonra idarenin vazgeçmesi veya uygulayageldiği politikalarından vazgeçmesi halinde söz konusu olabilmektedir.

¹⁴⁴ [1983] 2 AC 629.

¹⁴⁵ Privy Council, Birleşik Krallık içerisinde Kraliyetin danışma organıdır. Bunun yanında İngiliz Milletler Topluluğuna (*commonwealth*) dahil bazı ülkelerin en üst yargı yeridir.

¹⁴⁶ [1993] ICR 720.

¹⁴⁷ Trevor Robert Seaward Allan, "Procedure and Substance in Judicial Review", *Cambridge Law Journal*, 1997, s.246: Hamble Fisheries case [1995] 2 All E.R. 71.

*R v North and East Devon Health Authority, ex parte Coughlan*¹⁴⁸ davasına konu uyuşmazlıkta yerinden yönetim kuruluşu, bakım evinde kalan kişilere istedikleri sürece kalabilecekleri yönünde taahhütte bulunmasına rağmen sonradan yer değiştirme kararı vermiştir. Davada Temyiz Mahkemesi (*Court of Appeals*) idarenin politikasını değiştirmekte serbest olduğunu, ancak bu uyuşmazlık özelinde idarenin politikasını değiştirme konusunda öne sürdüğü kamu yararının haklı beklentilere ağır basmayacağına karar vermiştir. Bahse konu karardan da açıkça görüleceği üzere, uyuşmazlık özelinde haklı beklentilerin kabul edilmesine etki eden çeşitli faktörler bulunmaktadır. Öncelikle tesisin ömür boyu evleri olacağı yönündeki taahhüt yüksek oranda engelli olan kişilere karşı defaten ve kesin şartlarıyla tekrarlanmıştır. Ayrıca taahhüt şüpheyi yer bırakmayacak ölçüde açık olarak kabul edilmiş ve kişiler bu taahhüde güvenerek işlem yapmışlardır. İdare taahhüdünün bağlayıcı sayılmamasını haklı kılacak kamu yararını gösterememiştir ve taahhüde uyması idarenin kanuni veya müşterek hukuktan (*common law*) kaynaklanan sorumluluklarına aykırılık teşkil etmeyecektir. Davada ortaya konulan prensip, sonraki uyuşmazlıklarda da uygulanmıştır.

Kişide, idare tarafından bir menfaatten yararlandırılacağı veya yararlanmaya devam edileceğine dair haklı beklenti oluşturulduğu ve daha sonra idarenin bu haklı beklentiye aykırı işlem tesis ettiği durumlarda, idarenin kişiye açık, şartsız ve belirsizlikten uzak olarak belirli bir şekilde davranacağı görüntüsünü oluşturduğuna dair ispat külfeti kişiye düşmektedir¹⁴⁹. Bu durumun ispat edilmesi halinde dahi, esasa dair haklı beklentilerin karşılanmaması imkânı mevcuttur. Kamu yararının kişilerin haklı beklentisinin hilafına işlem tesis edilmesini gerektirdiği durumda idare taahhüdüyle bağlı tutulmamaktadır. Mahkeme, kişinin haklı beklentisi ile idarenin işlem tesis ederek hizmet ettiğini iddia ettiği kamu yararı arasındaki dengeyi

¹⁴⁸ [1999] LGR 703.

¹⁴⁹ Lewis, *Judicial Remedies in Public Law*, s.248.

değerlendirecek ve idarenin kamusal yetkilerini kötüye kullanıp kullanmadığını tespit edecektir¹⁵⁰.

C. Yerindelik Denetimine Yaklaşan İnceleme Konusu: Mantıksızlık (*Irrationality*)

İdarenin mevzuatı doğru yorumlayarak maddi olgulara uyguladığı ve yetkisi içerisinde işlem tesis ettiği durumlarda dahi işlemin hukuka aykırı olması mümkündür. *GCHQ* davasında *irrationality* mantıksızlık başlığı olarak sınıflandırılan inceleme konusu, *Wednesbury* davasında ortaya konulan *wednesbury unreasonableness* makuliyet kistasına karşılık gelmektedir. Buna ek olarak AİHS ve kimi Avrupa Birliği üyesi ülkelerin hukuk sistemlerinde uygulama alanı olan ölçülülük İngiliz Hukukunda da uygulanmaktadır.

Bu başlık altında incelenen makuliyet ve ölçülülük inceleme konuları, diğer inceleme konularına göre farklılık göstermektedir. Öncelikle esasa ve usule dair inceleme konuları işlemin tesis edilme aşamasında ortaya çıkan hukuka aykırılıkları konu almaktadır. Oysa *irrationality* mantıksızlık değerlendirmesi, ortaya çıkan işlem üzerinden yapılmaktadır. İkinci olarak *irrationality* mantıksızlık başlığı altında inceleme yapan mahkemenin yaptığı inceleme, hukuka uygunluk denetiminden yerindelik denetimine yaklaşmaktadır¹⁵¹. Hem makuliyet hem de ölçülülük değerlendirmesinde mahkeme ister istemez neyin makul veya ölçülü olduğuna dair görüş benimsemekte ve bu görüş idarenin takdir yetkisini sınırlandırabilmektedir.

1. Makul Olmayan İşlem (*Wednesbury Unreasonableness*)

¹⁵⁰ Paponette v Attorney-General of Trinidad and Tobago [2011] 3 WLR 219 at 28-44; R. (Bancoult) v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs (No.2) [2009] AC 453 at 60; R. (Patel) v General Medical Council [2013] 1 WLR 2801 at 56-62.

¹⁵¹ Ryan/Foster, **Unlocking Constitutional & Administrative Law**, s.543.

İnceleme ölçüsü somut olaya göre değişmekle birlikte idare, kamusal görevlerinin icrasında makul (*reasonable*) davranmak zorundadır¹⁵². Kavram, *Associated Provincial Picture House Ltd v Wednesbury Corporation*¹⁵³ davası ile ortaya çıkmıştır. Davalı yerinden yönetime, sinema lisansı vermek ve lisansları uygun gördüğü şartlara bağlamak şeklinde geniş takdir yetkisi verilmiştir. Davaya konu olayda, Davacı şirkete 15 yaşından küçük çocukların yanlarında ebeveynleri dahi olsa sinemaya alınmamaları şartıyla sinema lisansı verilmiştir. Davadaki hukuki mesele, idarenin yetkisi dahilinde işlem tesis etmiş olsa dahi, mahkemenin müdahale edip edemeyeceğidir. Davada Lord Greene MR, idari işlem tesis edilirken gerekli hususların değerlendirilmesi ve işleme esas alınmaması gereken hususların değerlendirme dışı bırakılması konusunda inceleme yapmanın hali hazırda mahkemenin yetkisi dahilinde olduğunu, ancak bu incelemeden sonra idare yetkisi dahilinde ve değerlendirmeye alması gereken hususlar kapsamında işlem tesis etmiş olsa dahi makul hiçbir idarenin ulaşmayacağı bir sonuca ulaşması halinde işlemin hukuka aykırı olacağını belirtmiştir. Ancak davada, yerinden yönetimin davacı şirketin lisansında öngördüğü şartın makul olduğu sonucuna varılmıştır.

Davada makuliyet kıstası olarak “işlemin hiçbir makul karar alıcının ulaşamayacağı derecede makul olmaktan uzak olması” benimsenmiştir. *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service*¹⁵⁴ davasında Lord Diplock, *Wednesbury* davasına atıf yaparak makul olmamanın ayrı bir inceleme başlığı olduğunu ve “bariz şekilde mantık veya kabul edilmiş ahlaki standartlara aykırı, konu üzerinde düşünen mantıklı hiç kimsenin ulaşamayacağı bir sonuca varan” işlemlerin mantıksızlık (*irrationality*) başlığı altında inceleneceğini belirtmiştir. Her iki tanım bakımından ortak nokta işlemin mantıksız (*irrational*) olduğunun veya makul olmadığının (*unreasonable*) kabulü için yüksek bir eşik aranmasıdır. İşlemin mantıksızlık (*irrationality*) başlığı kapsamında hukuka aykırı sayılması için mahkemenin işlemi

¹⁵² Patterson/Leslie, **Judicial Review: Law and Practice**, s.5.

¹⁵³ [1948] 1 KB 223.

¹⁵⁴ Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service [1985] AC 374.

yapan idare ile aynı fikirde olmaması yeterli değildir. İşlemin makul hiç kimsenin varamayacağı bir sonuç teşkil içermesi gerekmektedir. Gerçekte böyle bir sonuca ancak “absürd” işlemler hakkında varılabilmektedir¹⁵⁵. İşlemin mantıksız (*irrational*) kabul edilmesi için aşılması gereken eşiğin yüksekliği *Wednesbury* davasında önceki bir karara atıfla örneklendirilmiştir. Verilen örnekte idarenin bir öğretmeni kırmızı saçlı olması gibi kaprisli “*frivolous*” veya saçma “*foolish*” sebeple görevden uzaklaştırması halinde işlemin hukuka aykırı olacağı ifade edilmiştir¹⁵⁶. İşlemin makul olmaması (*unreasonable*) dolayısıyla mantıksız (*irrational*) kabul edilmesi için aşılması gereken eşik sebebiyle kavramın uygulama alanı sınırlı olmaktadır.

Makuliyet incelemesindeki yüksek eşiğin idari işlemlerin denetimine engel teşkil etmesinin önüne geçilmesi adına test değişen katılığa uygulanmaktadır. Bu yaklaşım Hâkim Laws LJ tarafından *R v Department of Education and Employment Ex p. Begbie*¹⁵⁷ davasında adalet ve makuliyet kavramlarının düzlemde tek bir nokta değil bir alan teşkil ettiği, *wednesbury* testinin bu sebeple uyumsuzluk konusuna göre artan veya azalan yoğunlukta uygulanması gerektiği ifade edilmiştir. Bu doğrultuda uyumsuzluk konusunun temel hak ve özgürlüklere etkisiyle doğru orantılı olarak makul olmayan işlemin eşiği alçalmaktadır. Buna karşılık eşik, olağan idari işlemlere ve genel idare politikasına dair işlemler bakımından daha yüksek uygulanmaktadır¹⁵⁸.

İnşaat ruhsatına ilişkin bir uyumsuzluk kapsamında, dilediği şartlara tabi olacak şekilde inşaat izni vermeye yetkili yerinden yönetim, davacıya verdiği inşaat ruhsatında inşaat yapılacak arazi içerisinde kamuya açık bir yol yapılmasını şart koşmuştur. Bu şartın gerekçesini ise bölgedeki trafik yoğunluğunun azaltılması ihtiyacı olmuştur. Ancak uyumsuzluğu inceleyen mahkeme, idarenin öngördüğü şart ile yol yapma görevini özel hukuk kişinin omuzlarına yüklediğine bu sebeple şartın makul olmadığına karar

¹⁵⁵ Ryan/Foster, **Unlocking Constitutional & Administrative Law**, s.351.

¹⁵⁶ Short v Poole Corporation [1926] 1 Ch 66

¹⁵⁷ [2000] 1 WLR 1115, 1130.

¹⁵⁸ Auburn et.al., **Judicial Review: Principles and Procedure**, s.388 vd.

vermiştir¹⁵⁹. Burada dava konusu işlemin idarenin genel politikasındansa bir kişinin mülkiyet hakkına ilişkin olduğu görülmektedir. Dolayısıyla burada eşğin alçak uygulandığı sonucuna varılabilmektedir. Buna karşılık Birleşik Krallığın terörizm ile mücadelesinde benimsediği politika sebebiyle mahkeme önüne gelen bir başka uyuşmazlıkta kişilerin haklarından ziyade idarenin genel politikası göz önünde bulundurulmuştur. Hükümet, İrlanda'daki ayrılıkçı gruplarla mücadele kapsamında terörist olarak tanımladığı kişilerin ve teröristlerle bağlantısı olduğu tespit ettiği siyasi partilerin üyelerinin ifadelerinin yayınlanmasını yasaklamak yönünde politika benimsemiştir. İç İşleri Bakanı da Yayıncılık Kanunu'nun (*Broadcasting Act 1981*) kendisine verdiği yetkilere dayanarak Bağımsız Yayıncılık Kurumuna (*Independent Broadcasting Authority*) yasakları uygulatmıştır. Söz konusu yasaklar sadece adı geçen kişilerin kendi sesleriyle televizyon veya radyoda yayımlanmalarını içermiş, gazetecilerin ifadeleri alıntılarını veya ifadenin başkası tarafından seslendirilmesi yasak kapsamına dahil edilmemiştir. Bir gazetecinin açtığı dava neticesinde Temyiz Mahkemesi (*Court of Appeals*) “Tüm medeni ülkelerde terörizmin alt edilmesi en üst kamu yararıdır, şaşırtıcı olan yasakların bu kadar sınırlı kalmasıdır” şeklinde görüş belirtmiştir. İdarenin genel politikasının değil bireylerin haklarının ön planda olduğu uyuşmazlıklarda makuliyet incelemesi daha düşük standartta uygulanabilirken son kararın işaret ettiği gibi idarenin genel politikalarıyla alakalı uyuşmazlıklarda yargının yaklaşımı idari işleyişe müdahil olmamak yönündedir.

Wednesbury davasında ortaya konulan makuliyet testi çeşitli açılardan eleştirilmiştir. Lord Cooke, *Daly* davasında *wednesbury* davasında öngörülen testin makuliyetin dereceleri olduğunu, ancak en yüksek derecedeki makul olmayan işlemlerin hukuka aykırı olacağını ima etmesi itibarıyla İngiliz idare hukukunu geriye götürdüğünü söylemiştir¹⁶⁰. Bunun yanında *wednesbury* testinde uygulanan yöntem belirsizlik içermektedir. Tanımda geçen makul bir karar alıcının ve makul işlemin ne olduğunun

¹⁵⁹ Hall & Co Ltd v Shoreham-by-Sea UDC [1964] 1 All ER 1

¹⁶⁰ R(Daly) v. Secretary of State for the Home Department [2001] 2 AC 532.

belirlenmesine uygulanacak objektif bir kriter mevcut değildir¹⁶¹. Her ne kadar *wednesbury* testinde mahkemenin idare yerine geçerek karar vermediği söylene de mahkemenin görüşü makul karar alıcı ve makul kararın ne olduğunun mahkeme tarafından belirlenmesi sebebiyle önem arz etmektedir¹⁶². Bununla birlikte mahkeme, idarenin makul şekilde ulaşabileceği muhtelif sonuçları değerlendirmesi itibariyle idareyi tek bir sonuca mahkûm bırakmamaktadır.

2. Ölçülülük (Proportionality)

Ölçülülük Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde, Avrupa Birliği ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde uygulaması olan bir kıstastır. İngiltere'nin Avrupa Birliği'ne dahil olduğu süreçte ve AİHS'e taraf olması itibariyle İngiltere'de de uygulaması mevcuttur. *GCHQ* davasında Lord Diplock yargısal denetimin inceleme konularını sınıflandırırken, ileride Avrupa Birliği'ndeki bazı ülkelerde olduğu gibi İngiliz hukuk sisteminde de ölçülülük kıstasının bağımsız bir inceleme konusu haline gelebileceğini söylemiştir. *Brind* davasında Lord Ackner, AİHS hükümlerinin parlamento tarafından tamamen iç hukuka aktarılmadığı müddetçe iç hukukta ölçülülük prensibinin uygulanmasının dayanağı olmadığını söylemiştir¹⁶³. Kararda tesis edilen işlemin gerekli olmasının yanı sıra makul şekilde ulaşılacak sonuçlar arasında olmasının değerlendirilmesi gerektiğine, bunun ise mahkemenin kendi görüşünü idarenin görüşü yerine ikame etmesini gerektirmesi sebebiyle iç hukukta uygulanamayacağına hükmedilmiştir.

1998 yılında İnsan Hakları Kanunu (*Human Rights Act*) ile AİHS hükümleri iç hukuka dahil edinceye kadar makuliyet testi temel hak ve özgürlüklere müdahale içeren idari işlemlere uygulanmıştır. Ancak adı geçen kanunun ihdas edilmesiyle kanun kapsamına giren uyuşmazlıklarda ölçülülük incelemesi uygulanmaya başlanmıştır. Ölçülülük incelemesinin makuliyet incelemesinden daha katı olması sebebiyle ölçülülük incelemesinin uygulandığı uyuşmazlıklarda ayrıca makuliyet incelemesi yapılması

¹⁶¹ Elliott, **Beatson, Matthews and Elliott's Administrative Law**, s.251.

¹⁶² Auburn et.al., **Judicial Review: Principles and Procedure**, s.387.

¹⁶³ R. v Secretary of State for the Home Department Ex p. Brind [1991] 1 AC 696.

faydasız olacaktır. Bu sebeple makuliyet testi İnsan Hakları Kanunu kapsamına girenler haricindeki uyuşmazlıklara uygulanmaya devam etmektedir.

Ölçülülük kistasının İngiltere’de günümüzdeki uygulaması tüm idari işlemleri kapsamamaktadır. *Wednesbury* testi kimi durumlarda kişilere yeterli hukuki korumayı sağlayamamaktadır. *R v Ministry of Defence, ex p Smith*¹⁶⁴ Davasında Birleşik Krallık Silahlı Kuvvetleri hizmetine homoseksüel askerlerin alınmaması uygulaması uyuşmazlık konusu olmuştur. Bu uygulamaya gerekçe olarak homoseksüel askerlerin orduya alınmasının ordunun etkili işleyişini sekteye uğratacağı ve askerleri cinsel istismara tehlikesi altına sokacağı ve barınma ihtiyacının karşılanmasında zorluk çıkaracağı olmuştur. Davacı avukatı ordunun bu politikasının mantıksız (*irrational*) olduğunu ileri sürmüş ve iddiaları makul bulmuştur. Ancak iddiaların idarenin politikasını değiştirmesini sağlayacak şekilde kabul edilebilir olmasının ve işlemin iptal edilmesini gerektirecek şekilde makuliyetten uzak olmasının (*unreasonable*) farklı hususlar olduğu değerlendirilmiştir. Davada söz konusu politikanın Avam Kamarası Savunma Komitesi (*Commons Defence Select Committee*) tarafından 1986 ve 1991 yıllarında değerlendirilmiş ve değiştirilmemesinin tavsiye edilmiş olmasının yanında ordu içerisinde yapılan anketlerde politikanın kaldırılmaması yönündeki görüşün baskın olması sebebiyle politikanın makuliyetten (*unreasonable*) uzak ve mantıksız (*irrational*) olmadığına karar verilmiştir. Dava AİHM önüne geldiğinde mahkeme mantıksızlık (*irrationality*)testindeki eşliğinin çok yüksek olması sebebiyle iç hukukta mahkemelerin değerlendirme yapma imkânı bulamadığına hükmedilmiştir¹⁶⁵. Bu durumun bertaraf edilmesi için 1998 yılında AİHS hükümlerini iç hukuka geçiren İnsan Hakları Kanunu çıkartılmıştır. İngiltere’nin AİHS kapsamında sorumlu olmasının önüne geçilmesi adına kanun kapsamına giren bir hakkın ihlal edildiği ileri sürüldüğünde, mahkemeler tarafından *wednesbury* testi değil ölçülülük denetimi yapılmaktadır.¹⁶⁶ Ancak ölçülülük incelemesi *wednesbury* testini ikame

¹⁶⁴ [1996] QB 517, CA.

¹⁶⁵ *Smith v United Kingdom* (2000) 29 EHRR 493 at [138].

¹⁶⁶ Patterson/Leslie, **Judicial Review: Law and Practice**, s.11.

etmiş değildir. *Associtation of British Civillian Internees v Secretary of State for Defence*¹⁶⁷ davasında temyiz başvurusunda bulunanlar ölçülülük değerlendirmesinin *wednesbury* testinin yerini aldığını iddia etmişlerdir. Temyiz Mahkemesi (*Court of Appeals*) *wednesbury* testinin kullanılmaya devam edilmesi için bir sebep görmediklerine, ancak bu yöndeki kararın kendileri tarafından verilemeyeceğine hükmetmiştir. Bu yönde karar verme imkânı Lordlar Kamarası'nın (*House of Lords*) önüne gelmiş olsa da mahkeme karar vermemeyi tercih etmiştir¹⁶⁸. Bunun neticesinde ölçülülük değerlendirmesi *wednesbury* davasında ortaya konulan makuliyet değerlendirmesini ikame ederek tüm idari işlemlere uygulanan bir kıstas haline gelememiştir. Ölçülülük testinin *wednesbury* testinin yerini alamamasına gerekçe olarak iki testin uygulama alanı ve idarenin takdir yetkisi ile olan ilişkisi gerekçe gösterilmiştir¹⁶⁹. Ölçülülük, sınırlandırmaya tabi hakların hukuka uygun şekilde sınırlandırılmasında gündeme gelir. Bu noktada işlemin ölçülü olduğunun ispat yükü idareye düşmekte ve mahkemenin idarenin takdir yetkisine müdahalesi daha yoğun olmaktadır. Ancak *wednesbury* testinin uygulanmasında davacıların işlemin makul olmaktan uzak olduğunu ispat etmeleri beklenmektedir. İşlemin makul olmadığının kabul edilmesi için aşılması gereken eşiğin yüksek olması da idareye makul sınırlar içerisinde geniş takdir alanı tanımaktadır.

İnsan Hakları Kanunu kapsamına giren uyuşmazlıkların yanında AB mevzuatından kaynaklanan uyuşmazlıkların da ölçülülük incelemesine tabi olduğu kabul edilmekteydi. Ancak İngiltere'nin AB içerisinde yer aldığı zaman diliminde dahi ölçülülük incelemesinin *makuliyet* incelemesinin yerini alamadığı düşünüldüğünde İngiltere'nin AB'den çıkmasıyla ölçülülük değerlendirmesinin kapsamının insan hakları ihlali iddialarıyla sınırlı kalacağı ifade edilebilir.

¹⁶⁷ [2003] EWCA civ 473 at [34]-[35].

¹⁶⁸ *Somerville v Scottish Ministers* [2007] UKHL.

¹⁶⁹ Wade/Forsyth, **Administrative Law**, s.317.

III. Yargısal Denetimin Sonucu: Mahkeme Kararı

Dava, esas incelemesi neticesinde davanın haklı bulunmaması durumunda reddedilmektedir. Ancak yargısal denetimde davacı haklı bulunsa dahi talep ettiği yargı kararına hükmedilmesi zorunlu değildir. Yargısal denetimde hükmedilmesi mümkün olan yargı kararlarının takdiri mahiyetleri sebebiyle mahkemenin hukuka aykırılığı kabul etmekle birlikte talep edilen yargı kararına hükmetmeme konusunda takdir yetkisi mevcuttur.

Yargısal denetimde özellik arz eden bir diğer husus da hükmün yazımı ve uygulanmasıdır. Türk Hukukunda karar hâkim tarafından kaleme alınmaktadır. Ayrıca mahkeme nihai kararını verdikten sonra davadan el çekmekte, karara uyumu takip etmemektedir. Ancak İngiltere’de karar metni her durumda mahkeme tarafından yazılmamakta, taraflar hükmün yazımında rol oynayabilmektedir. Verilecek kararın belirlenmesinde tarafların etkisinin yanında mahkeme uygulanması gereken bir karar vermeyi erteleyebilmekte ve idarenin karara uyumunu takip edebilmektedir.

A. Davanın Esasında Haklı Olan Davacının Yargısal Emir Talebinin Reddedilmesini Gerektiren Durumlar

Yargısal denetim incelemesi neticesinde ayrıcalıklı yargısal kararlarının, injunction ve tespit kararlarının verilmesi ve ne şekilde verileceği mahkemenin takdirindedir¹⁷⁰. Mahkeme bu başlık altında bahsedilen konulardaki takdir yetkisini izin aşamasında izin vermemek yönünde kullanabileceği gibi esas incelemesinde talep edilen kararın verilmesi kapsamında da kullanabilir¹⁷¹. İzin sürecinde mahkeme, davacının yargıya erişim hakkını göz önünde bulundurarak ortada savunulabilir ve yargılanması gereken

¹⁷⁰ Patterson/Leslie, **Judicial Review: Law and Practice**, s.97: R (Edwards) v Environment Agency [2008] UKHL 22 para.63.

¹⁷¹ Pitt-Payne, **Restriction on the Availability of Judicial Review**, s.681.

makul bir dava olup olmadığını değerlendirirken, esas incelemesinde uyumsuzluğu çözmek için en uygun hukuki çarenin ne olduğu değerlendirir¹⁷².

Uyumsuzluk konusu işlemin hukuka aykırılığını ortaya koyabilen davacı lehine talep ettiği yargı kararına hükmedilmesi esastır¹⁷³. Ancak yargısal denetim sürecinde verilen yargı kararları mahkemenin takdirindedir. Dolayısıyla hukuka aykırılığın ispatlanması talep edilen kararının verilmesi için yeterli değildir¹⁷⁴. Olayda talep edilen yargı kararının takdir yetkisi kapsamında reddedilmesini gerektirecek bir durumda mevcut olmaması gerekmektedir.

Hukuka aykırılığın ortadan kaldırılması ve idari işleme güvenin korunması, yarışan kamu yararlarıdır¹⁷⁵. Hangi kamu yararının daha üstün olduğuna mahkemeler tarafından olay özelinde değerlendirme yapılarak karar verilmektedir. Karar türleri ise amaçları ve etkileri bakımından farklılık göstermektedir. İptal kararı, hukuka aykırı işlemleri hukuk aleminden çıkarmayı amaçladığından hukuka aykırılığı tespit edilen işlemlerin iptal edilip edilmemesi hususunda, mahkemenin takdir yetkisinin daha dar olduğu savunulmaktadır¹⁷⁶. Aynı şekilde idarenin mantıksız (*irrational*) işlem tesis ettiği durumlarda da kural olarak talep edilen hukuki çareye hükmedilmektedir¹⁷⁷. Ancak zorlama kararı ve zorlayıcı injunction kararları, mahkemenin idare alanına daha yoğun müdahalesini içerdiğinden tercih edilmemektedir.

İptal, zorlama, yasaklama veya injunction gibi uygulanması gereken (*coercive*) kararların sakıncalı olduğu kanaatinde olan mahkeme, dengeyi kurmak adına tespit

¹⁷² Maurice Sunkin, “Remedies Available in Judicial Review Proceedings”, **English Public Law**, ed. David Feldman, 2.bs, Wiltshire, Oxford University Press, 2009, s.813.

¹⁷³ Woolf et.al., **De Smith’s Judicial Review**, 7.bs, Croydon, Sweet&Maxwell, 2013, s.979

¹⁷⁴ Sunkin, **Remedies Available in Judicial Review Proceedings**, s.812.

¹⁷⁵ R. v Restormel BC ex p. Corbett [2001] P.L.R 108; Betterment Properties Ltd. v Dorset CC [2014] 2 WLR 300.

¹⁷⁶ Bu gibi durumlarda mahkemenin iptal kararı vermemek konusunda takdir yetkisi olsa da bu takdir yetkisinin çok dar olduğu ifade edilmektedir: Christopher Forsyth, “The Rock and the Sand: Jurisdiction and Remedial Discretion”, **Judicial Review**, vol. 18, no. 4, 2013, s.365; ayrıca bkz: Berkeley v Secretary of State for the Environment (No 1) [2000] UKHL 36, [2001] 2 AC 603,

¹⁷⁷ Auburn et.al., **Judicial Review: Principles and Procedure**, s.798.

kararı verebilir. Mahkeme dava konusu işlemin bir bölümüne yönelik kısmi karar verebileceği gibi, karar metninde hukuka aykırılığı göstermekle yetinerek hukuki çareye hükmetmeyebilir¹⁷⁸. Ayrıca davacı tarafından hukuka aykırılığın ispat edilmiş olmasına rağmen davacı aleyhine yargılama masraflarına hükmedilebilir¹⁷⁹. Tespit kararının uygulanması gereken bir karar olmaması sebebiyle idare ve idari işleme güvenerek işlem yapan üçüncü kişiler bakımından idare aleyhine verilecek tespit kararı olumsuz sonuç doğurmaz. Ancak idare tespit kararına kendi rızasıyla uyarak hukuka aykırılığı giderebilir.

Takdiri ret sebeplerini düzenleyen bir mevzuat hükmü bulunmamaktadır. Yargı kararları mahkemelerin takdir yetkisini kullanırken hangi hususlara dikkat ettiğini gösterse de talep edilen kararın reddedilmesini gerektirecek sebepleri tüketici biçimde sınıflandırmak mümkün değildir. Bu sebeple talep edilen kararın reddi aşağıda bahsedilecek olan başlıklardan birkaçını içerebilir. Belirtmek gerekir ki mahkemenin bu yönde vereceği karar üst mahkemelerin temyiz incelemesine tabidir. Bununla birlikte temyiz incelemesinde mahkemenin takdir yetkisinin açık ve aşikâr şekilde yanlış kullandığının gösterilebilmesi halinde takdir yetkisine müdahale edilmektedir¹⁸⁰.

1. Davacının Tutumu

Yargısal denetim başvurusu ve dava sürecinde davacının davranışları, talep edilen hukuki çareye hükmedilmesinde değerlendirmeye alınmaktadır. Mahkemeyi yanlış yönlendirme kastıyla uyuşmazlığa ilişkin bilgilerin verilmekten imtina edilmesi, talebin reddedilmesine sebep olabilmektedir¹⁸¹. Yargısal denetim davalarında tarafların özen yükümlülüğünün yüksek olması sebebiyle gerekli bilgilerin kast

¹⁷⁸ R (on the application of Hoverspeed Ltd) v Customs and Exice Commissioners [2002] EWHC 1630.

¹⁷⁹ Lewis, **Judicial Remedies in Public Law**, s.414.

¹⁸⁰ G v G [1985] 1 WLR 647, HL, 652, Lord Fraser; Tanfern Ltd v Cameron MacDonald [2000] 1 WLR 1311, CA.

¹⁸¹ R v Cambershire County Council, Ex p. Darnell [1995] COD 434, davacının dürüst davranmaması ve gerçeğe aykırı beyanlar sunması sebebiyle talebi reddedilmiştir.

olmaksızın Mahkemeye sunulmaması da talebin reddedilmesine sebep olabilir¹⁸². Ancak verilmeyen bilgiler yargılama bakımından çok önemli olmadığı takdirde uygulamanın bu yönde olmayacağı savunulmaktadır¹⁸³. Davacının yaptığı her hata talebin reddedilmesi sonucunu doğurmamaktadır. Yapılan hataların talebin reddedilmesi dışında başka türlü karşılanması imkânı olduğu durumlarda talep reddedilmemektedir.¹⁸⁴.

Davacının yargılama öncesi davranışları da mahkemeler tarafından davacının talebi değerlendirilirken göz önünde bulundurulurken unsurlardandır. Kendisine adil davranılmadığını iddia eden davacının geçmişte bu davranışlardan şikâyet etmemiş olmasının veya bu davranışlara rıza göstermiş olmasının talep edilen karara hükmedilmemesinde gerekçe gösterildiği kararlar mevcuttur¹⁸⁵. Bir vergi mükellefinin, belediyeden alacaklı olduğu vergi iadesinin ödenmesi talebinin reddi işlemine karşı talep edilen iptal kararı, mükellefin eski vergi borçlarının olması ve belediyenin bu sebeple sebepsiz zenginleşmiş sayılamayacağı gerekçesiyle reddedilmiştir¹⁸⁶. Bir başka uyuşmazlıkta ise bakanlığın belediyenin işlemini onaylama yönünde tesis ettiği işleme karşı, işlemi tesis eden belediye, kendi usulî hatalarını gerekçe göstererek yargısal denetim başvurusunda bulunmuş ancak

¹⁸² Lewis, **Judicial Remedies in Public Law**, s.415.

¹⁸³ R v North East Thames Regional Health Authority, Ex p. De Groot [1988] COD 25 ve R v Leeds City Council Ex p. Hendry (1994) 6 Admin LR 439 davalarında kasti olmayan bilgi vermeme talebin reddi için gerekçe gösterilmiştir. Aksi görüş: Auburn et.al., **Judicial Review: Principles and Procedure**, s.807.

¹⁸⁴ Auburn et.al., **Judicial Review: Principles and Procedure**, s.807: Dava öncesi protokol kapsamında davalıya ilgili bildirimlerin yapılmaması talebin reddedilmesi değil davacı aleyhine masraflara hükmedilmesi sonucunu doğurabilmektedir.

¹⁸⁵ R v Governors of Small Heath School, Ex p. Birmingham City Council [1990] COD 23: Üyenin meclis toplantısında oy veren kimselere toplantı sırasında itiraz etmemiş olması sebebiyle talep edilen karar verilmemiştir; R v Nailsworth Licensing Justices, Ex p. Bird [1953] 1 WLR 1046: Komisyonunda yer alan üyenin taraflı olduğunu bilmesine rağmen itirazda bulunmayan kimse buna rıza göstermiş sayılmıştır.

¹⁸⁶ Dorot Properties Ltd v London Borough of Brent [1990] COD 378.

belediyenin iptal talebi hukuka aykırılığın kendi işlemlerinden kaynaklanması sebebiyle reddedilmiştir¹⁸⁷.

2. Gecikme (*Delay*)

Dava açma süresi başlığında belirtildiği üzere yargısal denetim başvurusunun gecikmeden ve her halükârda üç ay içerisinde yapılması gerekmektedir. Somut olayın özellikleri dikkate alınarak üç aylık süre içerisinde yapılan başvuruların da geç yapıldığı kabul edilebilmektedir¹⁸⁸. Ancak Türk İdare Hukukunun aksine dava açma süresinin geçmesi uyuşmazlığın esasının incelenmesini imkânsız kılmamaktadır. Gerek üç aylık süre içerisinde yapılan başvuruları gecikmiş sayarak bakmama, gerekse üç ay geçtikten sonra yapılacak gecikmiş başvurular hakkında ise mahkemenin yargısal denetim izni vererek uyuşmazlığın esasını inceleme konusunda takdir yetkisi vardır. Bununla birlikte başvurunun süresi içerisinde yapılmadığı durumlarda mahkeme, talep edilen yargı kararını elbette reddedebilir.

Nitekim takdiri ret sebeplerinden yasal düzenlemesi bulunan tek başlık gecikmedir. Senior Courts Act 1981 m.31(6) başvuruda gecikme olduğu hallerde mahkemeye, talep edilen yargı kararının üçüncü kişilere esaslı zorluk teşkil edecek veya haklarını ihlal edecek olması ya da iyi idare ilkesine zarar verecek olması durumunda talep edilen karara hükmetmemek konusunda takdir yetkisi tanımaktadır.

Hükmün lafzında mahkemenin süre geçmiş olmasına rağmen davayı kabul etme yetkisinin sınırlayan üç kriter görünmektedir. Bunlar (1) üçüncü kişilere esaslı zorluk teşkil edecek olması; (2) üçüncü kişilerin haklarını ihlal edecek olması ve (3) iyi idare ilkesine zarar verecek olmasıdır. Ancak içtihat üçüncü kişilere zorluk teşkil etmek ve haklarını ihlal etmek şartları arasında ayırım yapmayarak birlikte ele almaktadır¹⁸⁹.

¹⁸⁷ R v Secretary of State for Education and Science, Ex p. Birmingham City Council (1984) 83 LGR 79.

¹⁸⁸ Allman v Coroner for West Sussex [2012] EWHC 534 Admin.

¹⁸⁹ R. (on the application of Gavin) v Haringey LBC, [2004] 2 P. & C.R. 13.

Dolayısıyla esasında talep edilen kararın üçüncü kişilere ve idareye etkisi şeklinde incelenebilecek iki kriter mevcuttur. Ancak her iki kriterin de kapsamı tam olarak belirlenmiş değildir. Özellikle iyi idare ilkesine nelerin aykırılık teşkil edeceği hususunda mahkemelerce bilinçli şekilde bir tanım yapılmamıştır. Bu sayede somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapma imkanını ortadan kaldırmamak ve yeni örnekleri görebilmeye imkan tanınmak istendiği savunulabilir.

*R. v Dairy Produce Quota Tribunal for England and Wales, Ex p. Caswell*¹⁹⁰ davasında 1984 yılında süt üreticilerine toptan satış kotası getirilmesi akabinde davalı idari komisyon tarafından davacı süt üreticisine ayrılan toptan süt satış kotası dava konusu olmuştur. Davacının süt satış kotası, üretim tesisinde barındırabileceği toplam inek sayısı gözetilmeden, yıl sonuna kadar temin edebileceği ineklerin sayısı sorulmak suretiyle belirlenmiştir. Davacı, kota belirlenmesi işlemine karşı yargısal denetim başvurusu yapma imkânı olduğunu geç öğrenmesi sebebiyle dava konusu işlemin tesis edilmesinden iki sene sonra dava açmış ve iptal, yeniden kota belirlenmesi için zorlama kararı (*mandatory order*) ve işlemin hukuka aykırı olduğuna dair tespit kararı (*declaration*) talep etmiştir. Davada yargısal denetim izni verilmiş ve komisyonun işleminin hukuka aykırı olduğu tespit edilmiştir. Ancak mahkeme, talep edilen iptal (*quashing order*) ve zorlama kararlarını (*mandatory order*), işlem tesis edilmesi üzerinden iki sene geçtikten sonra bu kararlara hükmedilmesinin iyi idare ilkesine zarar vereceği sebebiyle reddetmiştir. Davacıların kanun yolu başvuruları hem Temyiz Mahkemesi (*Court of Appeals*), hem de Lordlar Kamarası (*House of Lords*) tarafından reddedilmiştir. Lordlar Kamarası (*House of Lords*) tarafından verilen kararda Hâkim Goff, yargısal denetim davalarının farklı alanlardan kaynaklanabileceğini ve idari işlemin kesinliğine duyulan ihtiyacın her uyuşmazlıkta farklılık gösterebileceğini belirterek, iyi idare ilkesine nelerin aykırılık teşkil edeceğine dair kesin bir tanım veya tarif yapılmasının akıllıca olmadığını söylemiş ve kesin tanım yapmaktan kaçınmıştır. Bununla birlikte kararda, toplam süt üretim kotasının sınırlı olduğu, davacının talep ettiği kararlara hükmedilmesi halinde son 5 yılda üreticilere tanımlanan kotaların

¹⁹⁰ [1990] AC 738.

tamamının değiştirilmesi ve sınırlı kotanın yeniden dağıtılması gerekeceği için idari istikrar ve idari işleme güvenin sarsılacağı ifade edilmiştir. Dolayısıyla uyumsuzluk özelinde idari işleme güven ve idari istikrar ilkeleri iyi idare ilkeleri olarak kabul edilmiş ve talep edilen kararın etkisi iki senelik gecikme göz önünde bulundurularak değerlendirilmiştir. Bu kapsamda talep edilen iptal ve zorlama kararlarına hükmedilmemek suretiyle diğer üreticilerin idari işlemlere güvenlerinin korunmasının ve hükmedilen tespit kararıyla idarenin gelecekte karşılaşacağı benzer durumlarda aynı hatayı yapmasının önüne geçilmesinin temin edildiği ifade edilebilir. Davacı bakımından ise katlanacağı mali külfet dava açmakta gecikmesi sebebiyle talep ettiği kararların iyi idare ilkesine etkisinden daha ağır olmadığı için lehine iptal veya zorlama kararı verilmemiştir. İlk derece mahkemesi tarafından ulaşılan bu sonuç Temyiz Mahkemesi (*Court of Appeals*) ve Lordlar Kamarası (*House of Lords*) tarafından onanmıştır.

*R. v Swale Borough Council, Ex p. Royal Society for the Protection of Birds*¹⁹¹ davasında nehirde çamur çıkartılmasına ilişkin alınan karar, süresi içerisinde dava konusu edilmemiştir. Belediye bu süre zarfında ihale açmış ve çamur çıkartma işlemine ihaleyi kazanan kişilerce başlanmıştır. Mahkeme işlemin iptaline karar verilmesi durumunda çıkartılan çamurların denize veya yeniden nehre boşaltılmasının gerekeceği, bunun daha fazla masrafa yol açacağı ve genel projeyi aksatacağı sebepleriyle talebi reddetmiştir. İnşaat izninin iptali talebiyle açılan *R (Gavin) v London Borough of Haringey*¹⁹² davasında ise mahkeme, davanın geç açılması ve yatırımcının yapı inşaatı için esaslı maddi yatırım yapmış olması sebebiyle iptal kararı talebini reddetmiş ancak bazı usulî hatalar yapılmış olduğuna dair tespit kararı vermiştir.

¹⁹¹ (1991) 2 Admin L.Rep 790.

¹⁹² [2004] 2 P. & C.R. 13.

Her üç uyuşmazlıkta da mahkemece davacıların iddiaları haklı bulsa da geç yapılmış yargısal denetim başvurusunun gerek idareye gerek üçüncü kişilere etkisi göz önünde bulundurularak davacıların talep ettiği yargı kararına hükmedilmemiştir.

3. Kararın İyi İdare İlkesine Etkisi

Yargısal denetim başvurusunun süresi içerisinde yapılmadığı takdirde iyi idare ilkesine zarar vereceği durumlarda, SCA 1981 m.31(6) açıkça mahkemeye istenen hukuki çareye hükmetmemek konusunda takdir yetkisi tanımaktadır. Bununla birlikte genel takdir yetkisi kapsamında mahkeme, yargısal denetim başvurusunun süresi içerisinde yapılması halinde dahi talep edilen karara hükmedilmesinin iyi idare ilkesinin korunmasındaki kamu yararına aykırı olacağı kanaatindeyse, talep edilen karara hükmetmekten imtina edebilmektedir¹⁹³.

Mahkemenin genel takdir yetkisinin gecikmiş başvurularda talep edilen kararın reddedilmesini de kapsadığı düşünüldüğünde, gecikmeye ilişkin özel düzenlemeyi anlamlandırmak için kararın etkisinin ölçüsü bakımından ayırım yapılması gerekmektedir. Bu kapsamda gecikmiş başvurularda talep edilen kararın etkisinin talep gecikmiş olmasaydı reddedilmeyi gerektirmeyecek ölçüde kaldığı, ancak gecikmeyle birlikte reddedilmesinin gerektiği söylenebilir. Mahkemenin talep edilen kararı sahip olduğu yargılama yetkisi kapsamında reddettiği durumlarda, reddedilecek kararın etkisinin başvuru zamanından bağımsız olarak reddedilmeyi gerektirecek derecede önemli olmasını değerlendirdiği söylenebilir. Başka bir deyişle süresi içerisinde yapılan bir başvuruda talep edilen kararın mahkemenin yetkisi kapsamında reddedilmesi için kararın idareye etkisinin daha fazla olması gerektiği kabul edilebilir¹⁹⁴.

¹⁹³ Sunkin, **Remedies Available in Judicial Review Proceedings** s.816; Ayrıca: R v Brent LBC, Ex p O'Malley [1997] 10 Admin L.Rep 265: Mahkeme kararın iyi idare ilkesine zarar verilecek olmasının gecikme olmadığı durumda göz önünde bulundurulamayacağı iddiasını reddetmiştir.; R (Burkett) v Hammersmith LBC [2000] EWCA Civ 321, [2001] Env LR 39 (p 689): SCA 1981 m.31(6) getirilmemiş olsa dahi kararın iyi idare ilkesine zarar verecek olmasının değerlendirileceği belirtilmiştir.

¹⁹⁴ Auburn et.al., **Judicial Review: Principles and Procedure**, s. 803.

Bir idari işlemin iptal edilmesi idareye ağır yük yükleyebilir, iptal edilen işleme bağlı olarak yapılan diğer işlemlerin de iptal edilmesini veya yeniden tesis edilmesini gerektirebilir ve bütçede olmayan yeni masraflara yol açabilir. Eski tarihli kararlar idareye etkisi ne olursa olsun hukuka aykırı işlemlerin iptal edilmesi yönündeyken¹⁹⁵ mahkemelerin yeni yaklaşımı her hukuka aykırılık durumunda işlemin iptal edilmesinin uygun olmadığı, bu durumun tarafları da aşacak biçimde genel hukuk düzeninin menfaatine aykırı olabileceği yönündedir¹⁹⁶.

Dava konusu edilen işlemin tesis edilmesinden iki gün sonra açılan *R. v Monopolies and Mergers Commission, Ex p. Argyll Group*¹⁹⁷ davasında Temyiz Mahkemesi (*Court of Appeals*), her ne kadar hukuka aykırı yetki devri olduğunu tespit etse de geniş finans piyasasını etkileyen işlemde duyulan kesinlik ihtiyacı ile davacının menfaatinin karşılaştırmış ve talep edilen yönde bir karara hükmetmemiştir. Temyiz Mahkemesi (*Court of Appeals*) özellikle finans piyasasında idari işlemin hızlı ve kesin olmasına gereken ihtiyaca dikkat çekmiş ve bakanlıkça kararın onanmış olmasının karşısında kamu menfaatinin zarar görmediği ve davacının kendi maddi menfaatinin düşünerek dava açmış olmasını göz önünde bulundurarak iptal kararı vermeyi reddetmiştir. Belediyenin elindeki yapı stokunu elden çıkarma yönünde aldığı kararın usulî hatalar sebebiyle dava konusu edildiği bir başka uyuşmazlıkta mahkeme, hukuka aykırı bulunduğu bu kararı, çoğunluğu kararı destekleyen ilgili yapılardaki kiracıların menfaatlerine ve iyi idare ilkesine zarar vereceği düşüncesiyle iptal etmemiştir¹⁹⁸.

¹⁹⁵ Bradbury v Enfield LBC [1967] 3 All ER 434: Lord Denning M.R.; R. v Paddington Valuation Officer Ex p. Peachey Property Corporation Ltd [1966] 1 Q.B. 380: Salmon LJ.

¹⁹⁶ Lewis, **Judicial Remedies in Public Law**, s.427.

¹⁹⁷ [1986] 1 WLR 736: Davada Komisyon başkanı tarafından ihaleye katılan şirketlerden birinin yaptığı teklif terkedilmiş ve şirkete yeni bir teklif sunma imkânı tanınmıştır. Kanun uyarınca komisyon tarafından alınması gereken bu karar komisyon başkanı tarafından alınmıştır ve kanunda bu yetkinin başkana devredilebileceğini öngören bir hüküm de mevcut değildir.

¹⁹⁸ R v Brent LBC, Ex p O'Malley [1997] 10 Admin L.Rep 265.

*R. v Secretary of State for Social Services Ex p. Association of Metropolitan Authorities*¹⁹⁹ davasında Hâkim Webster J., her ne kadar bakanlık kanunla açıkça öngörülmüş olan danışma yükümlülüğünü yerine getirmemiş olsa dahi, ev yardımına dair kanun hükmünde kararname (*delegated legislation*) hükümlerinin iptali için olağandışı sebepler gerektiğini ve birçok yerel yönetim kuruluşunun işlemi uygulamaya başlaması sebebiyle işlemin iptal edilmesinin uygulamada karışıklığa sebep olacağından iptal edilmemesi gerektiğini söylemiştir. Bununla beraber mahkemeler idarelerin, işlemin iptal edilmesinin uygulamada zorluk çıkartacağı yönündeki savunmalarına temkinli yaklaşmaktadırlar. Bu doğrultuda, talep edilen karara hükmedilmemesi için uygulamada çıkacağı iddia edilen zorluğun uygulanamazlık boyutuna varması veya idari işlemin kesinliği lehine baskın kamu yararının mevcut olması gerektiği savunulmaktadır²⁰⁰. Mahkemenin hukuka aykırılığa rağmen talep edilen karara hükmetmemeyi tercih ettiği durumlar özellikle hukuka aykırılık iddiasının idari işlemin esasına dair olmadığı ve mahkemenin işlemin iptal edilmesi üzerine idarenin yine aynı sonuca varacağına emin olduğu durumlarda ortaya çıktığı ifade edilmektedir²⁰¹. Her ne kadar kimi yazarlar²⁰² tarafından talep edilen kararın red sebebi “talep edilen kararın idareye etkisi” (*impact on administration*) olarak tasnif edilse de esasında mahkemenin red kararıyla sadece idareyi korumadığı ifade edilebilir. Mahkeme, hukuka aykırılığı tespit etmesine rağmen talep edilen karara hükmetmediği durumlarda, esasen tarafların çıkarını aşan, hukuk düzenine kalıcı olumsuz etkileri ve güvensizlik oluşturacak durumlara sebebiyet vermekten kaçınmaktadır. Yoksa mahkeme, idarenin maruz kalacağı uygulama zorluğunu esas almamaktadır. Aksine, mahkemenin yaklaşımının, hükmedilecek kararın uygulanmasının idareye zorluk teşkil edeceği durumlarda hiçbir karar vermemektense, tarafların menfaatlerini ölçerek en uygun kararı vermeye çalışmak olduğu

¹⁹⁹ [1986] 1 WLR 1 DC.

²⁰⁰ Woolf et.al., *De Smith's Judicial Review*, s.1009.

²⁰¹ Lewis, *Judicial Remedies in Public Law*, s.427

²⁰² Lewis, *Judicial Remedies in Public Law*, s.426; Pitt-Payne. *Restriction on the Availability of Judicial Review*, s.690

savunulmaktadır²⁰³. Böylelikle davacının menfaatleri korunurken idari istikrarı ve hukuk düzenini en az sekteye uğratacak kararlar tercih edilmektedir.

Belirtmek gerekir ki, talep edilen karara hükmedilmemesi, davanın reddedilmesiyle aynı anlama gelmemektedir. Mahkeme hükmedilecek karar bakımından davacının talebiyle bağlı olmadığı için talep edilmemiş olsa dahi tespit kararı verebilir. Ayrıca mahkeme, talep edilen hukuki çareyi tamamen reddetmek yerine karar vermeyi geciktirerek idareye hukuka aykırılığı gidermek veya olası kararın gereklerini yerine getirmek suretiyle bir iptal veya zorlama kararı verilmesine gerek bırakmayacak durumu oluşturması için zaman tanımayı tercih de edebilir. Nitekim bir örnek olarak *R. (Cali) v Waltham Forest L.B.*²⁰⁴ davası işaret etmek gerekir. Bu davada mahkemece hukuka aykırılığa rağmen talep edilen zorlama kararına hükmedilmeyip tespit kararı verilerek idareye politikasını gözden geçirmek için zaman tanınmıştır.

4. Kararın Üçüncü Kişilere Etkisi

Talep edilen hukuki çarenin iyi idare ilkesine zarar verecek olması başlığında olduğu gibi bu başlık altında da mahkemelerin hem SCA 1981 31.(6)'dan kaynaklanan gecikmeye bağlı açık yetkisi hem de karar verme konusundaki genel takdir yetkileri mevcuttur.

Kararın üçüncü kişilere esaslı zorluk çıkartacak olması ile menfaatlerini ihlal edecek olması kavramsal olarak farklı olsa da mahkemeler bu ikisi arasında ayırım yapmak yerine kararın üçüncü kişiler üzerinde olumsuz etki doğuracak olmasını değerlendirmektedir²⁰⁵.

²⁰³ Sunkin, **Remedies Available in Judicial Review Proceedings**, s.816.

²⁰⁴ [2006] A.C.D. 344.

²⁰⁵ R (Gavin) v London Borough of Haringey [2004] 2 P & CR 13, para. 49, Hâkim Richards J bu iki kavram arasında ayırım yapılmadığını belirterek kendisinin de bir ayırma gitmediğini söylemiştir.

Talep edilen kararın üçüncü kişilere etkisi, çoğunlukla müdahil tarafından öne sürülmektedir²⁰⁶. Özellikle lisans veya iznin iptalinin talep edildiği davalarda, müdahil tarafından idari işleme dayanarak geri alınamayacak adımlar atılması veya masraf yapılması halinde verilecek kararın kendisine etkisi ileri sürülebilmektedir. Bununla birlikte mahkeme, re'sen de bu hususu göz önünde bulundurabilir²⁰⁷. Mahkemenin talep edilen karara hükmetmek konusunda takdir yetkisini kullanırken üçüncü kişilerin menfaatlerine atfettiği önem, bu kişilerin davranışlarına göre değişmektedir. Hukuka aykırılığa rağmen üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunmasında esasa alınan nokta idari işleme güven olduğu için, dayanılan işleme karşı dava açıldığı yönünde bir bildirim yapılması takdir yetkisinin kullanımını etkileyebilmektedir. Mahkeme yargıladığı konuda değerlendirme yaparken karardan etkilenecek olan kişilerin kendilerine, işleme dava açıldığına dair bildirim yapılmasından önce geri alınamayacak işlemlerine, bu yönde bir bildirim yapıldıktan sonra yaptıkları işlemlere göre daha çok önem atfetmektedir²⁰⁸.

Regülasyon kurumlarının kararlarının denetiminin yapıldığı uyuşmazlıklarda, ilgili pazarda faaliyet gösteren aktörlerin regülasyon kurumlarının işlemlerine güvenerek hareket edeceği göz önünde bulundurularak, yargılama nihayetinde verilecek kararın piyasadaki aktörleri nasıl etkileyeceği değerlendirildiği kararlar vardır²⁰⁹. Benzer şekilde eğitim kurumlarına ilişkin bir genel düzenleyici işlemin dava konusu edildiği uyuşmazlıkta, o işlemten etkilenen tüm okulların, velilerin ve öğrencilerin durumu göz önünde bulundurulmuştur²¹⁰.

5. Yeterli Menfaat (Sufficient Interest)

²⁰⁶ Auburn et.al., **Judicial Review: Principles and Procedure**, s.805.

²⁰⁷ Lewis, **Judicial Remedies in Public Law**, s.426.

²⁰⁸ Auburn et.al., **Judicial Review: Principles and Procedure**, s.806.

²⁰⁹ R. v Panel on Take-overs and Mergers Ex p. Datafin [1987] QB 815; R v Monopolies and Mergers Commission, ex p Argyll Group [1986] 1 WLR 736; R. v Panel on Takeovers and Mergers Ex p. Guinness Plc [1989] 2 WLR 863.

²¹⁰ R. v Secretary of State for Education and Science Ex p. Avon County Council [1991] 1 QB 558; R. v Leeds City Council Ex p. N [1999] ELR 324; R.v Rochdale Metropolitan BC Ex p. B, C ve K [2000] Ed. CR 117; R. v Governors of John Bacon School Ex p. Inner London Education Authority [1990] COD 414.

Sufficient interest veya *standing* yargısal denetim izin aşamasında davacının dava ehliyetini ifade etmek için kullanılmaktadır. Dava konusu edilmek istenen işlem ile davacı arasında aranan yeterli menfaat (*sufficient interest*), esas olarak izin sürecinde dava ehliyeti kapsamında incelenmektedir. Bununla beraber esas incelemesi aşamasında da davacı ve dava konusu işlem arasındaki ilişki değerlendirilebilmektedir. Her ne kadar izin sürecinde dava ehliyeti incelemesi ve esas incelemesi neticesin davacı ile talep ettiği karar arasındaki ilişki menfaat (*interest*) karşılansa da esasında farklı kavramlardır²¹¹. Aralarındaki farkı ifade etmek adına izin aşamasında değerlendirilen yeterli menfaat (*sufficient interest*) kavramını dava ehliyeti, esas aşamasında değerlendirilen boyutunu ise belirli bir kararı talep ehliyeti olarak ifade etmek mümkündür.

Dava ehliyeti mahkemenin yetkisinin kurucu unsurlarındandır²¹². Dolayısıyla mahkeme, davacının dava ehliyetine sahip olmadığı bir başvuruyu inceleyemez. İnceleme yapabilmesi adına izin aşamasında dava ehliyeti geniş tutulmaktadır. Esas aşamasında ise yeterli menfaat (*sufficient interest*) veya kararı talep ehliyeti mahkemenin talep edilen yargı kararına hükmetmekte değerlendireceği bir kıstastır. Bu bağlamda kararı talep ehliyeti kavramı, talep edilen hukuki çarenin reddi için takdiri bir ölçüt halini almaktadır.

Esas incelemesinde aşamasında kararı talep ehliyeti değerlendirmesi uyumsuzluğun tüm hukuki ve maddi özellikleri dikkate alınarak yapılmaktadır. Bu itibarla mahkeme talep edilen karara hükmetmek konusunda değerlendirme yaparken, davacının özelliklerinin yanı sıra iddiaların esası ve dava konusu işlemin kamusal önemini de göz önünde bulundurmaktadır²¹³. Davacının ve uyumsuzluğun özellikleri yargısal denetim başvurusunda bulunmak için yeterli olsa da belirli bir kararı talep etmeye yeterli olmayabilmektedir.

²¹¹ R v Department of Transport Ex p. Presvac Engineering Ltd [1994] 4 Admin LR 121 davasında Hâkim Purchas LJ izin sürecinde dava ehliyetini karşılamak için sadece “locus standi” kavramının kullanılmasını savunmuştur.

²¹² Endicott, **Administrative Law**, s.410.

²¹³ Lewis, **Judicial Remedies in Public Law**, s.393.

Bu hususa *R. v Felixstowe Justices Ex p. Leigh*²¹⁴ davasında verilen karar örnek teşkil etmektedir. Kamuoyunda dikkat çeken bir mahkeme kararı hakkında haber yapmak isteyen bir gazeteci, mahkeme kaleminden davaya bakan hâkimlerin isimlerinin açıklanmasını talep etmiştir. Hâkimlerin politikasının belirli davalarda isimlerin açıklanmaması yönünde olması gerekçesiyle talebi reddedilen gazeteci, karara karşı tespit ve zorlama kararı talebiyle yargısal denetim başvurusunda bulunmuştur. Uyuşmazlığı inceleyen mahkeme, gazetecinin haber yazmak istediği kararı veren hâkimlerin genel politikasını ve davacının menfaatinin birlikte değerlendirmiştir. Bu bağlamda davacının, hâkimlerin isimlerin açıklanmaması yönündeki genel politikasının hukuka aykırı olduğuna dair tespit kararı talep etme konusunda yeterli menfaati (*sufficient interest*) veya kararı talep ehliyeti olduğuna karar verilmiştir. Zorlama kararı bakımından ise, davacının haberi yapılacak davanın tarafı olmaması ve haberin yapılabilmesi için davacı gazetecinin hâkimlerin isimlerine ihtiyaç duymaması itibariyle zorlama kararı talep etmek için işlemle arasında yeterli menfaatin (*sufficient interest*) veya kararı talep ehliyetinin mevcut olmadığına hükmedilmiştir.

6. Kararın Faydasız Olması

Yargısal denetim sonucunda verilecek kararın pratikte faydası olmayacağı durumlarda mahkeme, talep edilen karara hükmetmeyebilir²¹⁵. Kararın faydasız olması, dava konusunun farazi veya akademik tartışmalardan ibaret olması halinde gündeme gelebilmektedir. Bu konu, esasında yargısal denetim izin sürecinde değerlendirilir. Bununla birlikte yargısal denetim izni verilmesi akabinde bu hususun tekrar değerlendirilmesi mümkündür. Akademik tartışma olarak tanımlanan davalar, davacı ile davalı arasında bir uyuşmazlığın ortaya çıktığı, ancak dava hakkında karar vermeden çözülmüş olduğu durumlardır²¹⁶. Bu sebeple izin sürecinde var olan bir uyuşmazlık, esas incelemesine geçildiğinde akademik bir tartışma halini alabilir.

²¹⁴ [1987] QB 582.

²¹⁵ R (on the application of Rhodes) v Kingston upon Hull City Council [2001] Ed LR 230: Tespit kararının faydasız olacağı durumda mahkeme karar vermeyip hukuka aykırı davranan idareyi kamuoyu önünde teşhir edebilir.

²¹⁶ Auburn et.al., **Judicial Review: Principles and Procedure**, s.809.

Akademik tartışmaları değerlendirmek mahkemenin takdir yetkisi dahilinde olsa dahi mahkemeler, bu yetkilerini dikkatli kullanmakta ve kamu yararının gerektirdiği durumlarda bu tür davalarda esas incelemesini tamamlamaktadır²¹⁷. *Willams v Home Office*²¹⁸ kararında hukuka aykırı olduğu iddia edilen özel cezaevinin yargılama sırasında kapatılmasının ardından mahkeme, bu hususa dair tespit kararı vermeyi reddetmiştir. *R. v Ministry of Agriculture, Fisheries and Food Ex p. Live Sheep Traders Ltd*²¹⁹ kararında dava konusu genel düzenleyici işlemin yargılama sırasında geri alınması ve yeni düzenleme yapılması sebebiyle talep edilen karar reddedilmiştir.

Farazi olaylara dayandırılan davalarda ise davalı ve davacı arasında ortaya çıkmış bir uyuşmazlık mevcut değildir. Mahkemelerin görevinin uyuşmazlıkları çözmek olduğu, gerçek uyuşmazlık olmayan davalara bakılmaması gerektiği, mahkemelerin bu tür davalara ayrıca zaman ve vakit harcamaması gerektiği söylenmiştir²²⁰.

Mahkeme, meselenin akademik tartışmadan ibaret olduğu veya farazi olduğu kanaatinde olmakla birlikte uyuşmazlığın görülmesinde fayda görüyorsa esas incelemesine devam edebilir. Ancak bu gibi durumlarda dahi, daha sonra çıkacak benzer uyuşmazlıkların çözümünde yol gösterici olmak üzere ileriye yönelik tespit kararı verilmesinde kamu yararı olabilir²²¹. Resmi olarak tespit kararı verilmeden de uygulanacak hukuk, karar metni içerisinde gösterilebilir²²².

Davacının dava konusu işlemten etkilenmemiş olması da karar verilirken dikkate alınan bir husustur. Örneğin, imar planı değişiklik teklifinin yayınlanmamış olmasına rağmen ilgililerin tekliften haberdar olması ve karşı çıkanların düşüncelerini iletmek için imkâna sahip olması sebebiyle mahkeme tarafından davacıların iptal talebi

²¹⁷ R. v Secretary of State for the Home Department Ex p. Saleem [2001] 1 WLR 443.

²¹⁸ (No 2) [1981] 1 All ER 1211.

²¹⁹ [1995] COD 297.

²²⁰ Auburn et.al., **Judicial Review: Principles and Procedure**, s.810.

²²¹ Sunkin, **Remedies Available in Judicial Review Proceedings**, s.817.

²²² R v Broomley Licensing Justices Ex p. Broomley Licensed Victuallers [1984] 1 WLR 585.

reddedilmiştir²²³. Benzer şekilde bir başka davacının talebi, işlemde usulî eksiklikler olmasına rağmen adil yargılanma hakkı tanındığı için reddedilmiştir²²⁴. Kanunun veya müşterek hukuk (*common law*) prensiplerinin koruduğu hukuki değerin ihlal edilmediği durumlarda, teknik olarak hukuka aykırılık olsa dahi davacının işlemde zarar görmediği değerlendirilebilir²²⁵.

İşlemin hukuka aykırı olduğu tespit edilmekle beraber hukuka aykırılık gerçekleşmemiş olsaydı da idarenin aynı sonuca ulaşacağı veya hukuka aykırılıktan kimsenin etkilenmediği söylenebiliyorsa, mahkeme hukuki çareye hükmetmeyebilir veya tespit kararı vermekle yetinebilir²²⁶. İdarenin hukuku hatalı yorumlamış olması²²⁷ veya gerekli olguları işlem tesis ederken dikkate almamış olması²²⁸ halinde dahi bu hatalar gerçekleşmemiş olsaydı da aynı sonuca ulaşılacağı söylenebiliyorsa, talep edilen hukuki çareye hükmedilmeyebilir. Aynı şekilde usulî hatalar gerçekleşmemiş olsaydı da idarenin aynı sonuca ulaşacağı söylenebiliyorsa talep edilen hukuki çareye hükmedilmeyebilir²²⁹. Bu yaklaşımın iki sakıncası bulunmaktadır. Öncelikle yargısal denetim usulünün işlevi yerindelik denetimi değil hukuka uygunluk denetimi yapmaktır. Hukuka aykırılığın işlemin sonucunu değiştirmedeği yönünde mahkemece yapılan değerlendirme esas denetimine yaklaşmaktadır. Dolayısıyla olması gereken, işlemin iptal edilerek idarenin tekrar işlem tesis etmesine imkân tanımadır. Mahkemeler bu tehlikenin farkında olarak aynı sonuca ulaşılacağına dair tereddüt olduğu durumlarda davacının talebini reddetmemeyi tercih etmemektedir²³⁰. İkinci

²²³ R v Lambeth LBC, Ex p. Sharp (1988) 55 P & CR 232.

²²⁴ R v Monopolies and Mergers Commission, Ex p. Matthew Brown plc [1987] WLR 1235; R v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, Ex p. Everett [1989] QB 811.

²²⁵ Lewis, **Judicial Remedies in Public Law**, s.422.

²²⁶ Auburn et.al., **Judicial Review: Principles and Procedure**, s.810.

²²⁷ R. Deputy Governor of Parkhurst Prison Ex p. Hauge [1991] 1 AC 58.

²²⁸ R. v Lincolnshire CC and Weladen DC Ex p. Atkinson (1996) 8 Admin L.Rep 529 at 549-551.

²²⁹ Glynn v Kale University [1971] 1 WLR 487.

²³⁰ Organon Laboratories Limited v Department of Health and Social Security [1990] 2 CMLR 49 at 79-80; R. (Amin) v Secretary of State for the Home Department [2003] 3

olarak hukuka aykırılık işlemin sonucunu etkilememiş olsa dahi işlemin iptal edilmemesi, idarelerin hukuka aykırı davranmalarının caydırılmaması sonucunu doğurabilecektir. Bu sebeple olağan olarak idari işlemin hukuka aykırılıktan etkilenmediğinden bahisle talep edilen hukuki çarenin reddedilmesinin doğru olmadığı²³¹ ve idarenin hukuka uygun davranmaması için iptal kararı gibi yaptırımların gerekli olabileceği savunulmuştur²³². Mahkemeler bu hususları göz önünde bulundurarak sadece hukuka aykırılık gerçekleşmeseydi aynı sonuca ulaşılacağından tereddütlerinin olmadığı ve talep edilen hukuki çareye hükmetmeme konusunda açık kamu yararı olduğu durumlarda talep edilen hukuki çareye hükmetmemektedirler²³³.

Davalı idarenin, hukuka aykırılığın etki doğurmadığı yönündeki iddiasının kabul edilmesi için hukuka aykırılık gerçekleşmiş olmasaydı da kaçınılmaz şekilde idarenin aynı şekilde davranacağının tespit edilmesi gerekmektedir²³⁴. Dolayısıyla hukuka aykırı olarak ulaşılmış sonuca, hukuka uygun olarak da ulaşılabilirliğinin gösterilmesi yeterli değildir. Hukuka aykırılığın etki doğurmamasının ispatındaki yüksek standart ayrıca mahkemenin hukuka uygunluk denetimi alanında kalıp esas denetimine girmemesini temin etmektedir²³⁵.

Keza kararın faydasız olması kapsamında küçük teknik kanuna aykırılıklar, karar verilmesini gerektirmeyecek kadar önemsiz addedilebilir²³⁶ veya hukuka aykırılık gerçekleşmemiş olsaydı da idarenin aynı sonuca ulaşacağı düşünülen hallerde de

WLR 1169 at 39 ve 52; Razi v General Medical Council [2003] 1 WLR 1052 at 17; Berkeley v Secretary of State for the Environment [2001] 2 AC 603 at 8.

²³¹ R. v Governors of John Bacon School Ex p. Inner London Education Authority [1990] COD 414.

²³² Lewis, **Judicial Remedies in Public Law**, s.424.

²³³ R. v Governors of John Bacon School Ex p. Inner London Education Authority [1990] COD 414.

²³⁴ R (Smith) v North East Derbyshire Primary Care Trust [2006] EWCA Civ 1291.

²³⁵ R (Smith) v North East Derbyshire Primary Care Trust [2006] EWCA Civ 1291.

²³⁶ Woolf et.al., **De Smith's Judicial Review**, s.982.

Mahkemenin reddi için bir gerekçe teşkil edebilir²³⁷. İşlemin iptal edilmesinin ardından idarenin aynı işlemi tesis edeceği gerekçesiyle karar verilmesinden imtina edilmesi eleştirilmektedir²³⁸. Doktrinde Lewis, ancak idarenin aynı işlemi tesis edeceğinden şüphe olmadığı durumlarda bu yönde karar verilmesinin kabul edilebilir olduğunu savunmaktadır²³⁹.

B. Uyuşmazlığın Sonlandırılması

Medeni Yargılama Kurallarının (*Civil Procedure Rules*) amacı, uyuşmazlığın adilane ve masraflar bakımından ölçülü şekilde neticelendirilmesidir²⁴⁰. Bu amacı gerçekleştirmek için mahkemeye dava sürecini aktif şekilde yönetme görevi verilmiştir. Mahkemenin davayı yönetme görevi kapsamında, tarafların birbirleriyle iş birliği yapmasını temin etme, tarafları alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını kullanmaya ve yargılama sürecinde tarafların sulh olmalarına teşvik etme yer almaktadır²⁴¹. Mahkemelerin bu görevi sadece yargısal denetim uyuşmazlıklarına has değildir. Medeni Yargılama Kurallarının uygulandığı tüm uyuşmazlıklarda mahkemeler, bahsedilen amacı gerçekleştirmeye çalışmakla yükümlüdürler. Yargısal denetim davalarında, inceleme sonucu mahkeme bir yönde karar verse dahi çoğu durumda kararın gereklerinin yerine getirilmesi için idarece işlem tesis edilmesi gerekmektedir. Bu sebeple mahkeme kararına uyumun temin edilmesi ve karar neticesinde istenmeyen sonuçlara yol açılmaması adına mahkemenin yargılama politikası, olağan davalara (*ordinary proceedings*) göre daha fazla önem arz etmektedir.

²³⁷ Cinnamond v British Airports Authority [1980] 1 WLR 582; R. (on the application of Jones) v Swansea City and CC [2007] EWHC 213 (Admin).

²³⁸ Sunkin, **Remedies Available in Judicial Review Proceedings**, s.818; Ayrıca Hukuk Komisyonu, mahkemenin kararın kaçınılmaz olduğu değerlendirmesi yaparken esas denetimine yaklaştığı bu sebeple yargılama yetkisini aşma tehlikesi olduğu söylenmiştir. Law Com No.226, Administrative Law: Judicial Review and Statutory Appeals, para. 8.18.

²³⁹ Lewis, **Judicial Remedies in Public Law**, s.424.

²⁴⁰ CPR m.1.1.

²⁴¹ CPR m.1.4.

Mahkemenin dava yönetimi araçlarıyla tarafları iş birliğine ve sulh olmaya teşvik etmesi, yargılama sürecindeki çekişmeyi azaltmakta ve yargılamayı tarafların rızasına dayalı bir süreç haline getirmektedir²⁴².

Tarafların iş birliği, sadece hukuki ve maddi ihtilafların çözümü konusunda ortaya çıkmamaktadır. Taraflar, yargısal denetim neticesinde mahkeme kararının yazımında da aktif rol oynamaktadır. Hüküm veya kararın yazımı kural olarak mahkemenin görevinde olsa da mahkeme, taraflardan birisinin kararı yazmasına müsaade edebilir veya tarafların anlaşmasıyla ortak bir metin hazırlanabilir²⁴³. Yargılama neticesinde verilen kararda tarafların rızasının bulunmasının hem davacı hem de davalı adına avantajlı olduğunu söylemek mümkündür. Davacı açısından bakıldığında, verilen kararda idarenin rızası olacağı için davacı ve idare arasında yargılama ardından husumet çıkması ihtimalinin azaldığı söylenebilir. Davalı idare bakımından ise idarenin, uygulamada çıkabilecek sorunları gerekçe göstererek davacının talep ettiği kararın ve kararın uygulanma şartlarının değiştirilmesini, hatta kararın reddedilmesini veya uygulanmasının ertelenmesini temin etme imkânı bulunmaktadır. Uygulamada sorun çıkartma ihtimali olan kararların davalı idarenin itirazı üzerine uygulanma şartlarının değiştirilmesi veya idareye hukuka aykırılığı gidermesi için zaman verilmesi kamunun genel menfaatine de uygundur.

İcrai bir karar talep edilen davalarda kararın metni, kararın uygulanmasını göstereceği için önem arz etmektedir. Bu bakımdan idarelerin savunmaları mahkemece dikkate alınmakta ve davacının menfaatiyle dengelenmeye çalışılmaktadır. Özellikle genel düzenleyici işlemlerin dava konusu edildiği uyuşmazlıklarda mahkeme, kararın

²⁴² John Sorabji, **English Civil Justice After the Woolf and Jackson Reforms: A Critical Analysis**, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, s.186.

²⁴³ CPR 40.6; *R (on the application of X) v Secretary of State for the Home Department* [2009] EWHC 809 (Admin): Kararda davacının iddialarında haklı bulunduğu karar verilerek taraflardan ortak bir metin üzerinde anlaşmaları talep edilmiştir.; *R (on the application of Sadowska,) v Secretary of State for the Home Department* [2006] EWHC 797 (Admin) (15 March 2006) kararında da mahkeme zorlama kararına hükmedeceğini belirttikten sonra zorlama kararın içeriğinin belirlenmesi taraflara bırakılmıştır.

sonucunu göz önünde bulundurarak idareye hukuka aykırılığı kendisinin gidermesi yönünde imkân tanımaktadır.

*Fletcher & Ors v Governor of HMP Whatton & Anor*²⁴⁴ kararında hapisane yönetiminin, süresiz hapis cezasına mahkûm edilmiş hükümlülerin almakla yükümlü oldukları kursları mahkumlara sunmaması dava konusu edilmiştir. Hükümlülerin şartlı tahliye hakkı kazanabilmesi adına belirli kursları almaları gerekmektedir. Ancak hapisane yönetiminde mahkumlara kursa katılım imkânı tanınmadığı için davacıların bir kısmı öngörülenden beş yıl fazla hapiste kalmışlardır. Davanın açılmasından itibaren çeşitli duruşmalarda mahkeme, mahkumların durumunu ve idarenin attığı adımları değerlendirmiştir. Bu kapsamda kamusal bir görevin yerine getirilmesinin ihmal edildiğine karar verilmekle birlikte mahkemenin idarenin yerine geçerek kamusal görevlerin nasıl yerine getirileceğine dair karar veremeyeceğine hükmedilmiştir. Karar neticesinde kamusal görevin yerine getirilmediği yönünde tespit kararı verilmiş olsa da idarenin attığı adımların hukuka aykırılığı kuvvetle muhtemel ortadan kaldıracığından bahisle zorlama kararı verilmemiştir. Ancak henüz kursu alamamış bir davacı bakımından bir sonraki kurs döneminde de kursu alamaması halinde yeni bir karar verilmek üzere mahkemeye başvurma hakkı tanınmıştır.

*R (on the application of Cali) v Waltham Forest London Borough Council*²⁴⁵ kararında belediyenin sosyal konut temin etme görevinin icrasında, konutların ihtiyaç sahibi kimselere dağıtımını düzenleyen genel düzenleyici işlem dava konusu edilmiştir. Kararda sosyal konutların dağıtımında benimsenen politikanın, dayanak kanuna aykırı olması sebebiyle hukuka aykırı olduğuna hükmedilmiştir. Davacı avukatı tespit ve zorlama kararı talep etmiş, ancak hâkimin iptal kararı talep edip etmediğini sorması üzerine davacı avukatı, genel düzenleyici işlemin iptal edilmesinin idareyi ihtiyaç sahiplerine ev temin etme konusunda hukuki enstrümandan yoksun kılacağından bahisle bu yönde bir taleplerinin olmadığını belirtmiştir. Karar sonucunda davalı idare avukatı tarafından teklif edilen tespit karar metni benimsenmiştir. Zorlama kararı

²⁴⁴ [2015] EWHC 3451 (Admin).

²⁴⁵ [2006] ACD 344.

bakımından ise mahkeme, hukuka aykırılığın giderilmesini takip edebilmek adına karar vermeyi ertelemiş ve davacıya dört aylık süre içerisinde davalının attığı adımlardan memnun kalmaması halinde zorlama kararı almak için mahkemeye başvurma hakkı tanımıştır.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YARGISAL EMİR VE YARGISAL EMİR İÇEREN KARAR TÜRLERİ

Yargılama sırasında veya neticesinde mahkeme tarafından verilen yargı kararları, hukuka aykırılığı veya hukuka aykırılığın sonuçlarını ortadan kaldırmayı amaçlar¹. İdare hukuku alanında yargı kararları uyuşmazlığı çözmenin yanında daha geniş bir rol oynar. Mahkemeler, ancak önlerine gelen davalarda verdikleri kararlarla hukuku uygular ve geliştirir. Mahkeme yargılama neticesinde çeşitli kararlara hükmederek hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmesini temin eder². Bu sebeple yargı kararları hukukun üstünlüğünün ve iyi idarenin temin edilmesi için önem arz eder.

Davacının mahkemeden talebi, şikâyet ettiği işlem veya eyleme göre değişebilir. Evsiz bir ailenin belediyeden ev tahsisi talebinden, ilaç üreticisinin kendisine lisans verilmemesine ilişkin kararın kaldırılması ve bu sürede uğradığı zararın tazmini talebine veya idari yaptırım kararının iptal edilerek usule uygun şekilde yeniden karar verilmesi talebine kadar çok farklı konularda Mahkemeye müracaat edilebilir. Yüksek Mahkeme'nin (*High Court*) yargısal denetim sonucunda verebileceği gerek müşterek hukuktan (*common law*) gerekse kanunlardan kaynaklanan çeşitli karar türleri bulunmaktadır. 1981 tarihli Üst Mahkemeler Kanunu (*Senior Courts Act "SCA"*) 1981) madde 25 ile Medeni Yargılama Kuralları (*Civil Procedure Rules "CPR"*) 25. ve 54. bölümler ara karar (*interim remedies*) niteliğindeki hukuki çareleri düzenlemektedir. Bunlar ara injunction (*interim injunction*), yürütmenin durdurulması (*stay of proceedings*) ve ara tespit kararı (*interim declaration*) olarak mevzuatta yer almaktadır. SCA 1981 m.29 ve m.31 ile CPR 54.bölüm nihai kararlar olan iptal (*quashing order*), yasaklama (*prohibiting order*), zorlama (*mandatory order*),

¹ Andrew Le Sueur, Maurice Sunkin, **Public Law**, London, Longman, 1997, s.610.

² Peter Cane, "Constitutional Basis of Judicial Remedies", **Administrative Law Facing the Future: Old Constraints & New Horizons**, ed. Peter Leyland/ Terry Woods, Oxford, Oxford University Press, 1997, s.242.

injunction ve tespit (*declaration*) kararlarını düzenlemektedir. Bu karar türleri tek başlarına talep edilebilecekleri gibi birlikte de talep edilebilir. Müşterek hukuka (*common law*) dayanan tazminat talebinde bulunmak da mümkündür. Ancak bunun için müşterek hukuk (*common law*) uyarınca haksız fiilin şartlarının gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Bunlara ek olarak 1998 tarihli İnsan Hakları Kanunu (*Human Rights Act*) m.4 kapsamında tanınan çatışmanın tespiti (*declaration of incompatibility*) özel bir karar türü olarak karşımıza çıkmaktadır.

Ayrıcalıklı (*prerogative*) yargı kararları *certiorari*, *prohibition* ve *mandamus* isimleri sırasıyla *quashing order*, *prohibiting order* ve *mandatory order* olarak değiştirilmiştir³. Her bir karar türünün işlevi farklıdır. İptal kararı (*quashing order*) hukuka aykırı işlemleri iptal etmek için; yasaklama kararı (*prohibiting order*) idarenin hukuka aykırı davranmasının önlenmesi için ve zorlama kararı (*mandatory order*) idarenin kamu hukukundan kaynaklanan görevlerini yerine getirmesini temin için kullanılmaktadır. Bu emir türleri sadece yargısal denetim (*judicial review*) adı verilen dava usulü ile talep edilebilirler. Özel hukuk kökenli tespit (*declaration*) ve *injunction* kararlarının da idare hukuku alanında uygulaması mevcuttur. Bu karar türleri de ayrıcalıklı kararların yanında veya onlar yerine yine yargısal denetim usulüyle talep edilebilirler⁴.

Görüldüğü üzere İngiliz idari yargılama hukukunda farklı amaçlara hizmet eden ve farklı özelliklere sahip karar türleri mevcuttur. Ancak bu kararların tamamı yargı tarafından idareye olumlu veya olumsuz yükümlülük yüklenmesini içermez. Yasaklama ve zorlama kararları ile *injunction* kararı bu yönde bir emir içermektedir. Bu bölümde öncelikle yargısal emrin ne olduğu açıklanacak ardından İngiliz idari yargılama hukukunda mevcut olan karar türlerinden yargısal emir içerenler incelenecektir.

³ Senior Courts Act 1981 m.29.

⁴ Senior Courts Act 1981 m.31.

I. Yargısal Emir Tanımı

İngiltere’de belki de yargısal emir ihtiva eden karar türleri tarih boyunca var olmuş olduğundan doktrinde yargı kararları, yargısal emir içeren veya içermeyen karar türleri olarak tasnife tabi tutulmuş değildir. Yargı kararlarının ortaya çıkışı bakımından özel hukuk kökenli veya ayrıcalıklı karar türleri; kararın uygulanma zorunluluğu bakımından uygulanması gereken (*coercive*) ve idareye işlem tesis etme zorunluluğu yüklemeyen (*non-coercive*) kararlar olarak sınıflandırılır. Yargısal emrin tanımı ise, müessesenin kendi hukuk sistemine yeni dahil olduğu Fransız doktrini tarafından yapılmaktadır⁵. Yargısal emir, Türk idare hukukunun yoğun şekilde etkilendiği ama henüz bu müesseseyi ithal etmediği ülke olan Fransa’daki “*injonction de jugement*” kavramının doğrudan tercümesidir⁶. *Hauriou*, yargısal emri “*her durumun özelliklerine göre emretme gücü*” olarak tanımlarken;⁷ hukuki terimler sözlüğünde ise “bir kamu kurumuna karşı yargıç tarafından yöneltilen yap emri” olarak tanımlanmaktadır⁸.

Fransız ve İngiliz idari yargılama hukuku sistemlerindeki bir fark da Fransa’da yargısal emrin spesifik bir karar türü olarak talep edilmemesidir. İngiltere’de idare aleyhine yargısal emir hükmedilmesi arzu eden davacı, ulaşmak istediği sonuca göre talep edeceği kararı kendisi belirler⁹. Daha detaylı açıklanacağı üzere, davacının belirli bir işlemin tesis edilmesi için mahkemeden zorlama kararı, bir işlemin veya eylemin yapılmaması içinse yasaklama kararı talep etmesi gerekmektedir. Dolayısıyla

⁵ Fransa’da idari yargı hâkimine yargısal emir verme yetkisi 8 Şubat 1995 tarihli kanunla verilmiştir. Bkz: Aydın Gülan, “Fransa’da İdari Yargının Etkinliğini Sağlama Arayışları”, *İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü Sempozyumu*, Ankara, 2003, s.28.

⁶ Hasan Nuri Yaşar, *İdari Yargı İdari Yargıç Yargısal Emir*, İstanbul, Oniki Levha, 2013, s.161.

⁷ Gaudemet s.186, nakleden: Yaşar, *İdari Yargı İdari Yargıç Yargısal Emir*, s.162.

⁸ Raymond Gullien, Jean Vincent, “*Lexique de Termes Juridique*”, Dalloz, 1993, s.295. Nakleden: Yaşar, *İdari Yargı İdari Yargıç Yargısal Emir*, s.162.

⁹ Cane, *Constitutional Basis of Judicial Remedies*, s.245: “İngiliz yargılama hukukunda davacı, davasını sunup hukuka aykırılığın giderilmesi için uygun kararın verilmesini talep etmemekte, ulaşmak istediği amacı elde etmek ümidiyle mevcut yargı kararlarından birisini seçmektedir.”

mahkemeden yargısal emir değil, belirli bir karar türü talep edilmekte ve o karar yargısal emir içermektedir. Oysa Fransa’da talep edilen hukuki himayenin isminden bağımsız olarak mahkemeye yargısal emir verme yetkisi tanınmıştır. Fransız yaklaşımının kararın isminden ziyade kararın içeriğini esas aldığını söylemek mümkündür.

İngiltere bağlamında *Düğer* injunction kararını “yargısal emir”¹⁰, *Aydar* ise “tam yargısal emir”¹¹ olarak tercüme etmektedir. Ancak yargısal emir olarak tercüme edilen injunction ve zorlama ile yasaklama kararlarının gördüğü işlev birbirinden farklıdır. Dolayısıyla yargısal emrin bir görünümü olan injunction kararının yargısal emir olarak ifade edilmesi uygun düşmez. *Aydar*’ın tercümesi nispeten daha isabetlidir. Zira injunction kararı zorlayıcı ve yasaklayıcı form alabilirken zorlama ve yasaklama kararları sadece isimlerindeki işleve hizmet etmektedir. Ancak injunction kararının tam yargısal emir ile karşılandığı durumda tanım gereği zorlama ve yasaklama kararları eksik yargısal emirler halini alacaktır. Yasaklama ve zorlama kararlarının yargısal emrin belirli bir görünümü barındırması ise bu karar türlerinin “eksik” olarak nitelendirmeyi gerektirmez.

İngiltere örneğinde olduğu gibi yargısal emir içeren farklı kararlar bulunduğu için yargısal emir kavramı yasaklama, zorlama ve injunction kararlarının ortak özelliklerini barındıran bir üst kavram olarak kullanılmalıdır. *Hauriou* tarafından yapılan tanım yargısal emrin özünü ifade etse de tanımın sınırlandırılması gerekir.

Öncelikle yargısal emrin önem arz ettiği alan idari yargılama hukukudur. Mahkemelerin özel hukuk alanında kalan uyuşmazlıklarda yargısal emir verme yetkileri zaten kabul edilmektedir. Ayrıca özel hukuk alanında verilecek bir yargısal emir sorun da arz etmemektedir. Zira mahkemenin gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine vereceği emir erkler ayrılığı bakımından tartışma yaratmayacaktır. Bu sebeple mahkeme tarafından verilen emrin yargısal emir olarak adlandırılması için

¹⁰ Düğer, *Anglosakson Hukuk Sisteminde İdarenin Yargısal Denetimi*, s.192 vd.

¹¹ Aydar, *İngiliz Hukukunda Yargısal Emir Kavramı ve Türk Hukukunda Uygulanabilirliği*, s.91 vd.

aranacak ilk şart emrin muhatabının bir kamu tüzel kişisi veya tesis ettiği işlemler idari yargılama alanına girecek bir özel hukuk tüzel kişisi olarak tayin edilebilir. İkinci olarak hakkında emir verilen işlemin niteliği incelenmelidir. Uyuşmazlığın taraflarından birisinin kamu tüzel kişisi olması uyuşmazlığa her durumda kamusal özellik katmamaktadır. Gerek İngiltere’de gerek hukukumuzda idarenin özel hukuk alanında davalı ve davacı olması mümkündür. Bu davalarda idareye mahkeme tarafından verilecek emir herhangi bir kişiye verileden farklı ve idari işleve dair olmayacaktır. Bu sebeple yargısal emir verilen uyuşmazlığın kamusal karakter içeren bir uyuşmazlık olması gerekmektedir. Bu şart hukukumuzda zaten idari yargılama hukuku alanına giren uyuşmazlıkların tümünde mevcuttur. Aynı şekilde İngiltere’de de yargısal denetim usulüyle kamusal karakter içeren uyuşmazlıklar dava konusu edilebilmektedir.

Yargısal emrin görünümü bakımından ise bu açıklamalarla aynı doğrultuda olacak şekilde mahkeme kararının isminden bağımsız olduğu söylenebilir. İngiltere’de farklı karar türleri yargısal emir içermektedir. Benzer şekilde İngiliz Hukukunun etkisi altında olan hukuk sistemlerinde yargısal emir içeren farklı karar türleri vardır¹². İngiltere’de injunction belirli bir karar türü iken Fransa’da *injonction* mahkemenin karar içerisinde yargısal emir verebilmesi anlamında kullanılmaktadır. Bu sebeple yargısal emrin belirli bir karar türüne özgülenmiş olabileceği gibi kararın adı ve formundan bağımsız olarak idareye olumlu veya olumsuz emir veren yargı kararlarında bulunabileceği savunulabilir. Hukuk sisteminin müsaade etmesi halinde tek bir yargı kararı idari işlemin iptal edilmesi sonucunu doğurmanın yanında yargısal emir de ihtiva edebilir.

Son olarak yargısal emir olumlu veya olumsuz olabilir. Yani idareye yap emri verilebileceği gibi yapma emri de verilebilir. Ancak mahkemenin idareye yapması

¹² Sait Güran, “Anayasanın Kuvvetler Ayrılığı İlkesine ve Yönetim Yargı İlişkilerine Bakış Açısında Değişiklik”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C.11, 1994, s.195: Güran, İngiliz Hukukuna benzer şekilde yargısal emir içeren farklı karar türlerinin olduğu Amerika Birleşik Devletleri’ndeki injunction ve “mandamus” kararlarını yargısal emirler olarak başlıklandırmakta ancak “mandamus” kararını yargısal emir olarak tercüme etmektedir.

veya yapmamasını emredebileceği şeyler her hukuk sisteminde farklılık gösterebilir. İngiltere’de izah edileceği üzere mahkemenin doğrudan idareye tesis edeceği işlemi göstermesi imkânı oldukça sınırlıdır¹³. Bunlar hukuka uygun olarak tesis edilebilecek tek işlemin mevcut olduğu veya mevzuat gereği idari işlemin tesis edilme usulünden kaynaklanan haller olabilir. Yasaklama kararı ise tesis edilmesi durumunda hukuka aykırı olacak işlemin yasaklanmasını temin eden bir karardır. Her ikisinin de uygulama alanı oldukça sınırlıdır.

Yargısal emir içeren kararların ortak bir özelliği de uygulanma gerekliliğinin (*coercive*) olmasıdır. Yargısal emrin yerine getirilmesinin bir yaptırıma bağlı olmaması o kararın emirden çok tavsiye niteliğinde olmasına sebep olacaktır. Bu yönüyle yargısal emir, iptal kararı ve tespit kararından ayrılmaktadır. Mahkemenin iptal kararı verdiği durumda iptal kararının sonuç doğurması için idarenin işlem tesis etmesi gerekmez, ancak kararın gereğinin yerine getirilmesi için idarenin başka bir işlem tesis etmesi gerekebilir. Benzer şekilde tespit kararı verilmesi halinde idare hukuken bir işlem tesis etmek zorunda kalmamaktadır ancak çoğu durumda hukuka uygun davranma bilinciyle kararın gereklerini yerine getirmektedir. Kararın idare üzerine yüklediği yükümlülüğün yerine getirilmemesi, İngiliz hukukunda *contempt of court* teşkil edecektir. Fransa’da ise *astreinte* kurumu da mahkeme kararının yerine getirilmesini temin etmeyi amaçlamaktadır¹⁴.

Bu açıklamalar ışığında yargısal emir içeren mahkeme kararı, mahkeme tarafından idari uyuşmazlıklarda idare veya özel hukuk kişileri aleyhine belirli bir yönde davranmak veya davranmaktan kaçınma yükümlülüğü yükleyen, kararın gereğinin yerine getirilmemesinin de yaptırıma bağlanmış olduğu karar türleri olarak tanımlanabilir.

¹³ Üçüncü Bölüm, II, B, 6.

¹⁴ Neville Brown, John Bell, **French Administrative Law**, 5.bs, Oxford, Clarendon Press, 2003, s.144.

II. İngiliz Hukukunda Yargısal Emir İçeren Karar Türleri

Yargısal denetim incelemesinde bir işlemin, eylemin veya eylemsizliğin hukuka aykırı olduğuna kanaat getiren mahkemenin hükmedebileceği beş nihai karar türü bulunmaktadır. Bunlar iptal kararı (*certiorari-quashing order*), yasaklama (*prohibitor-prohibiting order*), zorlama (*mandamus-mandatory order*), tespit (*declaration*) ve injunction kararlarıdır. Ayrıca mahkeme Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin iç hukukta uygulanmasını temin amacıyla çıkartılmış olan *Human Rights Act* İnsan Hakları Kanunu kapsamında çatışmanın tespiti (*declaration of incompatibility*) kararı verebilir.

Nasıl ki davacı talep ettiği yargı kararını, elde etmeyi arzu ettiği hukuki sonucu esas alarak tayin ediyorsa; mahkeme de hükmedeceği nihai karara ulaşmak veya kaçınmak istediği sonuca göre karar verecektir. Mahkeme, taleple bağlı olmaması sebebiyle uyumsuzluğu neticelendirmek için uygun gördüğü karara hükmedebilir. Bu noktada iki karar türü arasında bir ayrım yapılmaktadır. Buna göre: (1) Uygulanması gereken (*coercive*) olan iptal, zorlama, yasaklama ve injunction kararları muhatabını belirli bir şekilde davranmaya zorlayan kararlardır. Ancak yenilik doğurucu (*constitutive*) karar olan iptal kararı çoğu durumda işlemi hukuk aleminden kaldırmakla yetinir, kural olarak muhatabını bir şekilde davranmaya zorlamaz. Kararın gereğinin yerine getirilmesi için işlem tesis edilmesi gerekmiyorsa kararın sonuçlarını ortadan kaldırmaya yönelik işlem tesis edilmemesi yeterlidir. Bunlardan ayrılan bir karar türü ise (2) tespit kararıdır. Tespit kararı sadece hukuki veya olgusal durumu tespit eder. Bir kişi idari işlemin hukuk aleminden kaldırılmasını istiyorsa talep etmesi gereken karar iptal kararı; idareyi belirli bir yönde hareket etmeye zorlamak istiyorsa zorlama kararı veya zorlayıcı injunction olmalıdır. İdarenin belirli bir yönde davranmaması isteniyorsa yasaklama kararı veya yasaklayıcı injunction talep edilebilir.

İdare uygulanması gereken (*coercive*) kararların aksine davranırsa mahkeme kararını yerine getirmemiş, (*contempt of court*), kelime anlamı itibarıyla mahkemeye saygısızlık yapmış kabul edilir. Bu sebeple mahkemeler, kararda idareye nasıl davranmasını açıkça gösteremeyeceklerse uygulanması gereken (*coercive*) bir karar

vermekten imtina etmektedirler¹⁵. Benzer şekilde mahkemeler idarenin işleyişine fazla müdahale etme anlamına gelecek biçimde karar vermezler¹⁶. Mahkemeler, idarelerin mahkeme kararının gereklerini yerine getireceğine dair güvenleri sebebiyle uygulanması gereken (*coercive*) bir karar vermeyi tercih etmezler. İdareler de gayri ihtiyari dahi mahkeme kararını yerine getirmemiş olma riskini en başından bertaraf için mahkemelerce kendilerine uygulanması gereken (*coercive*) bir karar verilmemesi hususunda hassas davranmaktadırlar¹⁷.

A. Yasaklama Kararı (*Prohibiting Order*)

Yasaklama kararı Yüksek Mahkeme (*High Court*) tarafından alt mahkemelerin, idari komisyonların, idarelerin veya işlemleri yargısal denetime tabi olan başka organların kanundan veya müşterek hukuktan (*common law*) doğan yetkilerini aşmalarına veya kötüye kullanmalarına engel olmak için verilen bir emirdir¹⁸. Bu doğrultuda yasaklama kararı muhatabına negatif yükümlülük yükleyen, onu hukuka aykırı işlem yapmaktan veya tesis edilmiş işlemleri uygulamaktan meneden bir emirdir. Uygulanacak bir işlemin mevcut olduğu durumda yasaklama kararı genellikle iptal kararıyla birlikte talep edilmektedir. Ancak tek başına yasaklama kararı verilmesi de iptal kararıyla aynı sonucu doğurmaktadır. Bu gibi hallerde mahkeme önce dava konusu işlemin hukuka aykırı olduğunu tespit etmekte ardından işlemin uygulanmasını yasaklamaktadır¹⁹.

1. Yasaklama Kararı Verilebilecek Organ ve İşlemler

¹⁵ Meade v Haringey LBC [1979] 1 WLR 637 CA, 658.

¹⁶ Meade v Haringey LBC [1979] 1 WLR 637 CA, 658.

¹⁷ Auburn et.al., **Judicial Review: Principles and Procedure**, s.745.

¹⁸ Patterson/Leslie, **Judicial Review: Law and Practice**, s.81.

¹⁹ Wade/Forsyth, **Administrative Law**, s.511.

Yasaklama kararı, kamusal organlar, alt mahkemeler ve diğer organların yargısal denetime tabi işlemlerine karşı talep edilebilir. Ancak yasaklama kararının kapsamı geçmişte bu denli geniş kabul edilmemiştir.

Yargısal denetimin tarihi özellikleri sebebiyle bir dönem iptal ve yasaklama kararlarının ancak yargısal işlemlere karşı talep edilebileceği kabul edilmiştir. Bu anlayış doktrinde sıkça atıf yapılan *Electricity Comissioners* davasında Hâkim Atkin LJ tarafından ortaya konulan tanımda kendisini göstermektedir. Kararda Atkin LJ:

“*Kişilerin haklarını etkileyen işlemler tesis etmek konusunda yetki sahibi olan ve yargısal davranma yükümlülüğü altında olan organların, yetkileri dışında işlem tesis etmeleri halinde Yüksek Mahkeme’nin bu kararlar (iptal ve yasaklama kararları) aracılığıyla tesis ettiği denetime tabidirler.*”²⁰

şeklinde yapılan tanımlama iptal ve yasaklama kararlarının kapsamını menfi şekilde etkilemiştir.

İptal ve yasaklama kararlarının verilmesini, işlemi tesis eden organın yargısal davranma yükümlülüğü olması şartına bağlayan bu ifade yasaklama kararlarının idari işlemlere karşı verilmesine engel teşkil etmiştir. Lordlar Kamarası’nın (*House of Lords*) *Ridge v Baldwin*²¹ kararından sonra bu yaklaşım terk edilmiştir. Yargısal davranma şartının²² ortadan kalkmasıyla tüm kamusal organların, kamusal işlemlerine karşı yasaklama kararı talep edilebilir hale gelmiştir.

Günümüzde idarenin sahip olduğu yetkilerin büyük kısmı kanundan kaynaklanmaktadır. Yargısal denetim de esas itibariyle idarenin kanundan aldığı

²⁰ R v. Electricity Commissioners Ex p. London Electricity Joint Committee Co (1920) Ltd [1924] 1 KB 171 CA.

²¹ [1964] AC 40, [1963] UKHL 2.

²² Yargısal davranma yükümlülüğü altında olma (*duty to act judicially*) zorunluluğu yargısal denetimin kökeninde Kralın Mahkemesi’nin (*Court of King’s Bench*) alt mahkemeler üzerindeki denetim yetkisinin yatmasından kaynaklanmaktadır. Tarihi gelişiminde yerel hâkimlerin idari birimlere evrilmesi ve yargısal fonksiyonu olmayan idari birimlerin kurulmasıyla mahkemeler üzerindeki denetim yetkisi, yargısal davranma yükümlülüğünün organik olarak yargı erkinden sadır olmayan işlemleri de kapsayacak şekilde yorumlanmasıyla olmuştur. *Ridge v Baldwin* kararı ile de bu şart içtihatla bertaraf edilmiştir. Ayrıca bkz. s.16.

kamusal yetkilerinin denetimini konu almaktadır²³. Bu doğrultuda yasaklama kararı verilebilecek organ ve işlemler temel olarak kanunla kurulmuş organlar ve bunları kamusal karakter içeren işlemleridir. Ancak daha önce bahsedildiği üzere yargısal denetimin tatbik alanı kanunla kurulmuş organların işlemleri ve sadece kanunla verilmiş yetkilerin denetiminden daha geniştir²⁴. İçtihatlarla kanunla kurulmamış veya yetkilerini kanundan almayan organların da işlem ve eylemlerinin yargısal denetime tabi olduğu kabul edilmiştir. Bu sebeple ilgili organın kanunla kurulmaması veya yetkilerini kanundan almaması yasaklama kararı verilmesine engel değildir.

Yerinden yönetimlerin sahip olduğu yetkilerin tamamı parlamento tarafından kanunla verilmiştir²⁵. Bu sebeple işlemlerine karşı yasaklama kararı verilebileceği konusunda tereddüt yoktur. Aynı şekilde tribunaller de yargılama yetkilerini kanundan almaktadırlar ve kendilerine yasaklama kararı verilmesi mümkündür.

Merkezi idare içerisindeki birimler ve bakanlıklar bakımından durum farklıdır. Yargısal denetimin ve ayrıcalıklı yargı kararlarının kökeni Kraliyet imtiyazına dayanmakta ve sembolik de olsa ayrıcalıklı kararların talep edildiği davalarda davacı Kraliyet olarak gösterilmektedir²⁶. Ayrıcalıklı yargı kararının Kraliyete karşı talep edilmesi halinde Kraliyetin kendi yetkilerini kendisine karşı kullanması, kendi kendisine emir vermesi sonucu ortaya çıkacağı için Kraliyete karşı ayrıcalıklı emirlerin talep edilemeyeceği kabul edilmiştir²⁷. Ancak günümüzde Kraliyetin yetkileri arasında ayrıma gidildiği görülür. Buna göre Kraliyete ait birçok yetki günümüzde bakanlar veya kamu görevlileri tarafından kullanıldığı; bu kapsamda kral

²³ Wade/Forsyth, **Administrative Law**, s.512.

²⁴ Birinci Bölüm, B., 1., c).

²⁵ Barnett, **Understanding Public Law**, s.88.

²⁶ Yargısal denetim davalarının isimlendirilmesinde sembolik olarak davacı “R.” ifadesi Kral veya Kraliçe gösterilmektedir. “R.” ifadesi monarşinin başında kral olduğunda Regnum, kraliçe olduğunda ise Regina anlamına gelmektedir. Asıl davacı “ex parte” ifade edilmesi Kraliyetin onun namına davacı olduğunu göstermektedir. Daha güncel kararlarda latince “ex parte” ifadesi yerine asıl davacının adı parantez içinde (on the application of X) şeklinde gösterilmektedir.

²⁷ Endicott, **Administrative Law**, s.392.

veya kraliçenin bizzat kendisinin kullanmadığı yetkilerinin konu edildiği uyuşmazlıklarda ayrıcalıklı yargı kararlarının talep edilmesi mümkündür²⁸.

Farklılık arz eden bir diğer husus ise kanun hükmünde kararnamelere (*delegated legislation*) ilişkindir. İçtihatlarla kanun hükmünde kararnameler ve hazırlık işlemleri hakkında iptal kararı verilmesi kabul edilmiştir²⁹. Yasaklama kararı ile iptal kararının benzerliklerinden hareketle hukuka aykırılık içerdiği iddia edilen kanun hükmünde kararname (*delegated legislation*) taslaklarının, bakanlarca parlamento onayına sunmaları hakkında yasaklama kararı talep edilmesinin mümkün olduğu iddia edilebilir. Ancak hukuka aykırı olduğu iddia edilen kanun hükmünde kararname (*delegated legislation*) taslağı hakkına talep edilecek yasaklama kararının, mahkemenin takdir yetkisi kapsamında reddedileceği ve talep edilmesi gereken hukuki çarenin tespit kararı olduğu savunulmaktadır³⁰.

Yasaklama kararı verilebilmesi konusunda tereddüt edilen bir diğer muhatap, yetkilerini üyeleriyle arasındaki sözleşmeden alan organlardır. Sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünün yargısal denetim kapsamına girmemesi sebebiyle bu tür organlara karşı yasaklama kararı verilememektedir³¹. Ancak yasaklama kararının gördüğü işlevi yasaklayıcı injunction kararlarının görmesi ve yetkilerini sözleşmeden alan organlara karşı injunction kararının talep edilmesinin mümkün olması sebebiyle bu ayrımın önemli olmadığı ifade edilmektedir³².

2. Kararın Konu Aldığı Hukuka Aykırılıklar

Klasik görüşe göre yasaklama kararının konu alacağı hukuka aykırılıklar dar anlamda *ultra vires* yani yetki dışında yapılan işlemler ve hukuki hatanın dosya kapsamından anlaşıldığı işlemlerdir. Ancak daha önce açıklandığı üzere İngiltere’de dar anlamda

²⁸ Cane, **Administrative Law**, s.302.

²⁹ Reeder, **Remedies: Mandatory, Quashing and Prohibiting Orders**, s.600.

³⁰ Lewis, **Judicial Remedies in Public Law**, s.225.

³¹ Birinci Bölüm, II, A, 3.

³² Cane, **Administrative Law**, s.301.

ultra vires olmayan hukuka aykırılıkların, işlemi geniş anlamda ultra vires yani hukuka aykırı kılacağı anlayışı yerleşmiştir. Bu sebeple hukuki ve maddi hata ile usulî eksikliklerin yanında adaletsizlik, taraflı davranma, mantıksızlık ve kötü niyet gerecekleriyle yasaklama kararı verilebilir. Dolayısıyla ikinci bölümde bahsedilen esasa ve usule dair inceleme konularından birisinin kapsamına giren bir hukuka aykırılık sebebiyle yasaklama kararı talep edilebilir.

Yasaklama kararı, konusu, muhatapları ve tabi olduğu sınırlamalar bakımından iptal kararıyla büyük benzerlik göstermektedir³³. Bu sebeple yasaklama kararının konusunu teşkil eden hukuka aykırılıklar ile muhatapları iptal kararına kıyasla tespit edilmektedir. Her iki karar türünün de konusu geniş anlamda ultra vires işlemlerdir. Bu iki karar arasındaki fark ise kararların **talep edilme zamanıdır**.

Maddi olguları destekleyen delillerin mevcut olmaması veya bu delillerin yetersiz olması ya da maddi olguların yanlış yorumlanması veya hiç değerlendirmeye alınmaması sebebiyle iptal kararı verilmesi mümkündür³⁴. Yasaklama kararının kapsamı, iptal kararı esas alınarak belirlendiği için bu tür hukuka aykırılıklar için de yasaklama kararı verilebileceği savunulabilir. Mantıksızlık (*irrationality*) başlığı altında yer alan ölçülülük (*proportionality*) ve makuliyet incelemesi (*wednesbury unreasonableness*), esasında tamamlanmış işlemlerin etkilerini konu aldığı için yasaklama kararının bu tür hukuka aykırılıklar sebebiyle talep edilmesi mümkün olmamalıdır. Ancak makuliyet incelemesine kimi durumlarda hazırlık işlemleri de konu edildiği için bu gibi durumlarda da işlemin makul olmadığı iddiasıyla yasaklama kararı talep edilebileceği savunulabilir.

³³ de Smith, **Wrongs and Remedies in Administrative Law**, s.191; Ayrıca R v. Electricity Commissioners Ex p. London Electricity Joint Committee Co (1920) Ltd [1924] 1 KB 171 CA, Atkin LJ: Yasaklama ve iptal kararlarının, yasaklama kararının daha erken talep edilmesi haricinde bir farkları bulunmamaktadır.

³⁴ Runa Begum v Tower Hamlets London Borough Council [2003] UKHL 5.

Hapishane denetim kurulunun yetkisinde olmayan bir iddiayı incelemesine engel olmak³⁵; bir bakanın hukuka aykırı olarak yıkım kararı vermesine engel olmak³⁶; Kira Komisyonu'nun yetkisi dışındaki bir uyuşmazlığı incelemesine engel olmak³⁷; Elektrik Komisyonu'nun *ultra vires* olarak yeni bir tedarik yöntemi getirmesine engel olmak³⁸; taraflı davranma ihtimali bulunan Kamu Sağlığı İdaresi Başkanını bu şekilde bir karar almasına engel olmak³⁹ için yasaklama kararı verilmiştir.

3. Yasaklama Kararının Talep Edilmesi Gereken Zaman

Yasaklama kararı, idari işlemin tesis edilme süreci içerisinde hukuka aykırılığın ortaya çıktığı ilk andan, nihai işlem tesis edilinceye dek verilebilir⁴⁰. Nihai işlem tesis edildikten sonra ise iptal talebinde bulunulması gerekir. Mahkeme, karar alma sürecinin ilk başında dahi hukuka aykırı davranıldığına veya davranılacağına dair delil bulunması ihtimalinde yasaklama kararı verebilir⁴¹. Karar alma süreci tamamlanarak nihai işlem ortaya çıkmadıkça karar alma sürecinin sonunda dahi yasaklama kararı

³⁵ R v. Board of Visitors of Dartmoor Prison Ex p. Smith [1978] QB 106 at 127.

³⁶ R v. Minister of Health Ex p. Davis [1929] 1 QB 619 at 628.

³⁷ R v. Tottenham and District Rent Tribunal Ex p. Horthfield (Highgate) Ltd. [1957] 1 QB 103 at 107.

³⁸ R v. Electricity Cossrs Ex p. London Electricity Joint Committee Co (1920) Ltd [1924] 1 KB 171 at 197.

³⁹ R v. Kent Police Authority Ex p. Godden [1971] 2 QB 662 at 670: Bir doktor tarafından zorunlu emeklilik için muayene edilmesi edilen polis memurunun aynı doktor tarafından yakın zaman önce başka bir sebeple muayene edilmesi sebebiyle emeklilik muayenesinde tarafsız olamayacağı sebebiyle yasaklama kararı verilmiştir.

⁴⁰ Auburn et.al., **Judicial Review: Principles and Procedure**, s.760.

⁴¹ R v. Electricity Cossrs Ex p. London Electricity Joint Committee Co (1920) Ltd [1924] 1 KB 171 CA, Davada Court of Appeal, davalının önerilen taslağı kabul etmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle yasaklama kararı verilmiştir. Davalının metnin henüz taslak halinde olduğu, yürürlüğe girmesi için bakanlık ve her iki parlamento tarafından onaylanması gerektiği yönündeki itirazları, taslak hakkında karar vermenin geciktirilmesinin sadece davalıyı gereksiz masrafa sokacağı gerekçesiyle reddedilmiştir.

verilmesi mümkündür⁴². İşlem tesis edildikten sonra ise işlemin uygulanmasının yasaklanmasına karar verilebilir.

Yargı işlemleri hakkında yasaklama kararı talepli yargısal denetim başvurusu en erken hukuka aykırılığın tam tebarüz ettiği alt mahkeme dosyasından anlaşılabilirdiği anda⁴³ ve alt mahkeme huzurunda yetkisizlik itirazında bulunulması gerekmezsizin yapılabilir⁴⁴. Buradan hareketle, neticelendirilmesi halinde hukuka aykırı olacak ve işlem sürecinde hukuka aykırılığın giderilme imkânı olmayacak idari işlemlerin bu durumun anlaşılmasından itibaren dava konusu edilebileceği söylenebilir. İşlemin geniş anlamda *ultra vires* olacağı yönünde şüphe varsa işlemin tamamlanmasının beklenmesi gerekir⁴⁵. Bu ihtimalde hukuka aykırılık konusunda kesinlik içermeyen iptal kararı talepleri erken (*premature*) yapılmış kabul edilerek reddedilmektedir.

İşlem hali hazırda tesis edilmişse tek başına yasaklama kararı talep edilmesinin bir anlamı olmaz. Ancak iptal kararı yanında yasaklama kararı talep edilerek işlemin iptal edilmesi ve aynı işlemin tekrar yapılmasının önünde geçilebilir⁴⁶. İptal kararında olduğu gibi yasaklama kararı da icrâî bir karardır ve gereğinin yerine getirilmemesi halinde mahkeme kararını yerine getirmeme (*contempt of court*) olarak değerlendirilir⁴⁷.

4. Şarta Bağlı Yasaklama Kararı

⁴² R v. Ministry of Heath Ex p. Davis [1929] 1 KB 619, CA: Yasaklama kararı karar alma aşamaları tamamlandıktan sonra ancak Parlamento tarafından onaylanmadan önce verilmiştir.

⁴³ London Corps. v Cox (1867) LR 2 HL 239: “Dava dosyasından mahkemenin yetkisiz olduğunun anlaşıldığı anda başka herhangi bir talepte bulunulmasına gerek olmadan yasaklama kararı verilmesi imkânı doğar”.

⁴⁴ London Corps. v Cox (1867) LR 2 HL 239 at 291.

⁴⁵ R v. Local Comissioners for Administration for North & East Area of London Ex p. Bradford Metropolitan City Council [1979] QB 287.

⁴⁶ Leyland/Anthony, **Textbook on Administrative Law**, s.436.

⁴⁷ M v Home Office [1994] 1 AC 377, 415, Lord Woolf.

Davalı idare tarafından yapılan hatanın düzeltilebilir bir hata olması halinde mahkeme, şarta bağlı yasaklama kararı verebilir. Bu kapsamda verilen yasaklama kararı, kararın muhatabı organı kararda işaret edilen yanlışlıklar düzeltilinceye kadar belirli bir işlemi yapmaktan alıkoyma⁴⁸. Mahkeme belirli usullerin izlenmesi halinde hakkında verilen yasaklama kararının kalkacağı şeklinde şarta bağlı yasaklama kararı verebilir. Örneğin yasaklama kararının kalkması için yasaklama kararına konu işlemten etkilenen kişi/kişilerle görüşerek fikirlerinin alınması karara bağlanabilir⁴⁹. Literatürde şarta bağlı yasaklama kararına emsal gösterilen tek karar olan *R. v Liverpool Corps*⁵⁰ davasında Liverpool şehrinde taksi lisansı sayısının önemli ölçüde arttırılması teklif edilmiştir. İlgili idare mevcut taksi lisansı sahiplerine danışmadan bu yönde adım atmayacağını bildirmiş olmasına rağmen bu kişilerden görüş almamıştır. Bu sebeple mahkeme, davacıya dinlenme hakkı tanınmadığı için hukuka aykırı davrandığına karar verilmiştir. Temyiz Mahkemesi (*Court of Appeals*), yerinden yönetim kuruluşunun davacıyı dinleyene kadar yeni taksi lisansı vermesini yasaklamıştır. Ancak *Privy Council* içtihadı hukuka aykırılığın usul kurallarının ihlalden kaynaklanması halinde uygun çözüm hukuka aykırılık giderilinceye kadar yasaklama kararı verilmesi yerine kararın veya işlemin iptal edilerek karar veren organa konu hakkında en baştan karar verme imkânı tanımaktır⁵¹.

Yasaklama kararının muhatabına bir yönde davranmamak şeklinde negatif yükümlülük yüklendiği söylene de bu yükümlülüğün şarta bağlı yasaklama kararlarında pozitif veya emredici bir hal aldığı ifade edilebilir. Olağan yasaklama kararlarında, kararın muhatabı, belirli bir işlemi yapmaktan men edilirken şarta bağlı yasaklama kararlarında işlemin tesisi belirli şartların yerine getirilmesine kadar yasaklanmaktadır. Bu durumda idarenin yasaklanan nihai işlemi tesis edebilmesi için yasaklama kararında öngörülen şartı yerine getirmesi gerekir. Kararın içeriği

⁴⁸ Lewis, **Judicial Remedies in Public Law**, s.225.

⁴⁹ Reeder, **Remedies: Mandatory, Quashing and Prohibiting Orders**, s.594.

⁵⁰ *R v. Liverpool Corps Ex p. Liverpool Taxi Fleet Operators's Assoc.* [1972] 2 QB 299.

⁵¹ *Att-Gen of Hong Kong v Ng Yuen Shiu* [1983] 2 A.C. 629.

yükümlülük negatiften pozitive yaklaşıp da zorlama kararında veya zorlayıcı injunction kararında olduğu gibi tam anlamıyla pozitif de değildir. Zorlama ve zorlayıcı injunction kararı verildiği durumda kararın muhatabının işlemleri tesis etmemek konusunda takdir yetkisi yoktur. Oysa şarta bağlı yasaklama kararının muhatabı, söz konusu şartı yerine getirmek istemiyorsa nihai işlemleri tesis etmekten vazgeçebilir.

5. Yasaklama Kararının Günümüzdeki Durumu

Mahkemelerin, hukuka saygılı idarelerin iptal kararı ile birlikte verilecek tespit kararlarına uyacağı yönündeki kabulü sebebiyle günümüzde yasaklama kararı sık uygulanmamaktadır. Bu anlayışın oluşmasında idarelerin hukukun üstünlüğü ilkesine saygılı olacağı yönündeki inanç, idarelerin demokratik sorumluluğu, bütçe yaptırımlarına maruz kalma ihtimalleri, denetim komisyonları ve ombudsman etkilidir⁵².

İptal kararının kapsamının genişlemesi de yasaklama kararına başvurulma eğilimindeki düşüşe gerekçe gösterilebilir. Geçmişte iptal kararının sadece nihai işlemlere karşı talep edilebileceği, bağlayıcı olmayan rapor ve görüş gibi işlemlere karşı talep edilemeyeceği fikri hâkimdi. Ancak günümüzde rapor ve tavsiye gibi bağlayıcı olmayan hazırlık işlemlerine karşı da iptal kararı verilmektedir⁵³. İdari işlemin hazırlık aşamasında tesis edilen bu tür işlemlere karşı iptal kararı verilmesinin önünün açılmasının, şarta bağlı yasaklama kararı dışındaki yasaklama kararlarına duyulan ihtiyacı azalttığı söylenebilir.

⁵² Reeder, **Remedies: Mandatory, Quashing and Prohibiting Orders**, s.595.

⁵³ Lewis, **Judicial Remedies in Public Law**, s.209.

B. Zorlama Kararı (*Mandatory Order*, eski adıyla: *Mandamus*)

Zorlama kararı Yüksek Mahkeme (*High Court*) tarafından verilen; alt mahkemeleri, idari komisyonları, idareleri veya yargısal denetime tabi diğer kişileri, kararda gösterilen kamusal görevlerini yapmaya zorlayan bir yargısal emir içerir⁵⁴. Asli fonksiyonu idarenin kamu hukukundan kaynaklanan mutlak görevini yerine getirmesini temindir. Ayrıca kamusal bir organın, görev alanına giren bir konuda karar almaktan kaçınması halinde ise onun hukuka uygun olarak konuyu değerlendirerek bir sonuca varmasını sağlar⁵⁵. Bu özelliği vesilesiyle idarenin takdir yetkisinin bulunduğu işlemlerde bu yetkinin kullanılması, mahkemeler ve tribunaller bakımından ise görev alanlarına giren bir uyuşmazlığın incelenerek çözümlenmesi temin edilir.

Görevin yerine getirilmemesi, görevin ihmal edilmesi (*nonfeasance*) veya görevin kötü yapılması (*misfeasance*) şeklinde ortaya çıkabilir⁵⁶. Zorlama kararı sadece işlem tesis edilmediği durumlarda değil, hukuka aykırı işlem tesis edildiğinde de verilebilir. Görevin yanlış icra edildiği veya takdir yetkisinin hukuka aykırı kullanıldığı durumda, görev icra edilmemiş; takdir yetkisi kullanılmamış sayılır⁵⁷. Bu ihtimalde zorlama kararı genellikle iptal kararıyla birlikte talep edilir ve işlemin hukuka uygun olarak tekrar tesis edilmesi sağlanır⁵⁸. *R v Camden London Borough Council Ex p. Gillan*⁵⁹ kararına konu uyuşmazlıkta, davalı yerinden yönetim 1985 tarihli Housing Act kapsamında evsizlerin başvurularını değerlendirmekle görevlendirilmiştir. Yerinden yönetim, bütçe kısıntılarını sebep göstererek evsizler bölümünün hafta içleri saat 12.30'a kadar çalışmasını ve başvuruların sadece telefon üzerinden yapılmasını kararlaştırmıştır. Mahkeme meclisin gerekçelerini reddederek kanuni görevini ihmal

⁵⁴ Reeder, **Remedies: Mandatory, Quashing and Prohibiting Orders**, s.603-604.

⁵⁵ R. v Nottingham County Council Ex p. Byers [1985] 1 WLR 403 at 407.

⁵⁶ Cane, **Administrative Law**, s.301.

⁵⁷ de Smith, **Wrongs and Remedies in Administrative Law**, s.204.

⁵⁸ Wade/Forsyth, **Administrative Law**, s.527.

⁵⁹ [1988] 21 HLR 114.

ettiğine karar vermiş ve aleyhinde zorlama kararıyla birlikte tespit kararına hükmetmiştir.

Bir idarenin başka bir idare aleyhine de zorlama kararı talep etmesi mümkündür. *R. v Poplar Borough Council Ex p. London County Council (No:1)*⁶⁰ davasında Londra il meclisi, Poplar belediye meclisinin kanun uyarınca il belediyesine ödemesi gereken parayı ödemesi için zorlama kararı talep etmiştir. Parayı ödemeyi reddeden meclis üyeleri hapis cezası ile cezalandırılmışlardır.

Zorlama kararı, yerine getirilmesi zorunlu bir karar olması sebebiyle emre aykırı davranılması mahkeme kararını yerine getirmeme (*contempt of court*) teşkil edecek ve para cezası veya hapis yaptırımına maruz kalınabilecektir⁶¹. Bir tüzel kişiliğe veya komisyona karşı zorlama kararı verilmesi durumunda emirde bu organın karar almaya yetkili tüm üyelerin adı yazılır⁶². Mahkeme kararının yerine getirilmemesine ilişkin şikâyet hem bakanlar hem de yerinden yönetimler hakkında yapılabilir⁶³. Bu gibi durumlarda mahkeme kararının yerine getirilmemesi haline ilişkin bir ceza bakana uygulanmaz, mahkemece kararın yerine getirilmediğinin tespit edilmesinin bakanın kararın gereğini yapması için yeterli olacağı düşünülür. Bakanın görevi ihmal teşkil eder şekilde hareket ettiği hallerde mahkeme kararının yerine getirilmediğine karar verilse dahi istisnai olarak bakanın şahsi sorumluluğuna gidilir⁶⁴.

Eski içtihatlar, görevin Kraliyet veya Kraliyet görevlilerine (*crown servant*) verilmiş olması halinde zorlama kararı verilemeyeceği yönündedir⁶⁵. Bunun sebebi, yasaklama kararında bahsedildiği üzere Kraliyetin kendi yetkilerini kendisi üzerinde kullanamayacak olması ve Kraliyet görevlilerinin sorumluluğunun kamuya değil Kraliyete karşı olduğunun kabulüdür. Ancak gelinen noktada bu yaklaşım değiştiği

⁶⁰ [1922] KB 72.

⁶¹ *R. v Poplar MBC Ex p. Metropolitan Asylums Board (No.2)* [1922] 1 KB 95.

⁶² *R. v Poplar MBC Ex p. Metropolitan Asylums Board (No.2)* [1922] 1 KB 95.

⁶³ *M v Home Office* [1994] 1 AC 377

⁶⁴ *M v Home Office* [1994] 1 AC 377 425E-F.

⁶⁵ *R v Powell* (1841) 1 QB 352; *R. v Secretary of State for War* [1891] 2 QB 326; *The Queen v Lords of the Treasury* (1872) LR 7 QB 387.

görlür. Kraliyet yetkilerinin, bakanlar ve diğr Kraliyet görevlileri tarafından kullanıldığı durumda bu kapsamda tesis edilen işlemler hükümet tasarrufu olarak nitelendirilmemekte ve bakanlar ile diğr Kraliyet görevlilerinin sorumluluğunun kamuya karşı olduğı kabul edilmektedir⁶⁶.

Zorlama kararı verilmesi için kişinin idareye başvuruda bulunması ve bu başvurunun reddedilmesi gerektiğı yönünde içtihatlar mevcut olmakla birlikte doktrinde bu yönde bir sınırlamanın artık mevcut olmadığı ifade edilir⁶⁷. Bununla birlikte söz konusu başvuru şartının gerekliliğı yargısal denetimin son çare olma özelliğıyle birlikte ele alınmalıdır. Zikredildiğı üzere yargısal denetim başvurusundan önce hukuka aykırılığın giderilmesi için elverişli bir başvuru yolunun mevcut bulunması ve bu yolun tüketilmemiş olması, mahkemeden talep edilen kararın takdir yetkisi kapsamında reddine sebep olabilir⁶⁸. Dolayısıyla zorlama kararı özelinde idareye başvurmuş olma gerekliliğı ortadan kalkmış olsa da genel olarak yargısal denetim başvurusundan önce alternatif ve etkili başvuru yollarının tüketilmemesi gerekliliğı mevcut olduğı için sonuç bakımından bir farkı olmadığı söylenebilir. Ayrıca idare, yargısal denetim başvurusu öncesinde hazırlanan *pre-action protocol*-dava öncesi protokol vesilesiyle iddia edilen hukuka aykırılıktan haberdar olur. Bu sebeple idari başvuru yapılmamış olsa dahi dava öncesi protokol hazırlanarak yapılan yargısal denetim başvurularında idareye ayrıca bir başvuru yapılmamış olmasının zorlama kararı verilmesine engel olmayacağı da savunulmaktadır⁶⁹.

1. Görevin İcrasına Zorlama

⁶⁶ Lewis, **Judicial Remedies in Public Law**, s.233.

⁶⁷ The State (Modern Homes (Ireland)) Ltd v Dublin Corp. [1953] IR 202; R. v Brecknock & Abergavenny Canal Co. (1835) 3 Ad. & E 217, ayrıca Leyland/Anthony, **Textbook on Administrative Law**, s.436; Sınırlamanın günümüzde mevcut olmadığına dair görüş: Craig, **Administrative Law**, s.803.

⁶⁸ İkinci Bölüm A., 4.

⁶⁹ Auburn et.al., **Judicial Review: Principles and Procedure**, s.763; Reeder, **Remedies: Mandatory, Quashing and Prohibiting Orders**, s.587.

İdarenin, tesis etmesi gereken işlem gösterilerek görevin icrasına zorlanabilmesi için davacıya karşı icra edilmesi gereken kamusal bir görevin mevcut olması gerekmektedir⁷⁰. Şu hâlde aleyhine zorlama kararı verilerek idarenin belirli bir yönde işlem tesis etmesinin temini için kural olarak takdir yetkisini içermeyen, yerine getirilmesi zorunlu olan ve toplumun geneline değil belirli bir kişiye veya statüdekilere karşı icra edilmesi gereken kamusal bir görevin mevcudiyeti aranır⁷¹.

Zikredildiği gibi yargısal denetim usulüyle ancak kamusal organların veya kamusal fonksiyon icra eden organların kamusal karakter barındıran işlemlerine karşı dava açılabilir⁷². Bu doğrultuda yargısal denetim sürecinde hakkında zorlama kararı talep edilebilecek görevler kamusal olmak durumundadır.

Bilindiği üzere kamusal organlar özel hukuk kişileri gibi özel hukuk sözleşmelerine taraf olabilir veya mülkiyet hakkına sahip olabilir. Bu gibi ihtimallerde ortaya çıkan uyuşmazlıklar özel hukuk alanına dahildir. Aynı şekilde kamusal organların haksız fiilden kaynaklanan tazminat sorumluluğu özel hukuk kişilerinin tâbi olduğu hukuki rejime tâbidir⁷³. Hakkında zorlama kararı verilebilecek görevler özel hukuk alanında değil , kamu hukukundan kaynaklanan görevlerdir.

Görevin kamusal olmasının yanında mutlak olması gerekir. Bazı kamusal görevler zorlama kararı ile yapılmalarının temin edilmesi için fazla geniştir. Kanunun lafzında görevin geniş kapsamlı veya soyut biçimde tanımlandığı durumlarda zorlama kararı verme yetkisi çok sınırlı olabilir veya hiç mevcut olmayabilir⁷⁴. Bu kapsamda görevin kamusal olmasının yanında mutlak ve takdir yetkisini barındırmayan bir görev olması

⁷⁰ Craig, **Administrative Law**, s.802

⁷¹ Reeder, **Remedies: Mandatory, Quashing and Prohibiting Orders**, s.605: “Zorlama kararının icbar edici ve icrâî karakteri sebebiyle bu kararın verilmesinin en uygun olduğu durum idarenin açık ve mutlak bir yükümlülüğünün olduğu hallerdir.”

⁷² Birinci Bölüm, II, 3.

⁷³ Endicott, **Administrative Law**, s.532, 619 vd: Haksız fiilin kamusal organlar veya özel hukuk kişileri tarafından işlenmesi arasında kural olarak bir fark yoktur. Ayrıca idari işlemin hukuka aykırı olması tek başına haksız fiil değildir ve idarenin her hukuka aykırılık sebebiyle doğan zararı tazmin etme yükümlülüğü yoktur; hükümet tasarrufu kapsamında kalan işlemlerin hasız fiil sayılması mümkün değildir.

⁷⁴ Elliott/Varuhas, **Administrative Law**, s.464.

gerekir⁷⁵. Bu bağlamda zorlama kararına konu olabilecek görev, takdir yetkisini içermeyen yerine getirilmesi zorunlu bir yükümlülük olarak tanımlanmaktadır⁷⁶. Zorlama kararıyla belirli bir görevin icrasının temin edilmesi için görevin kanunda açıkça ve kesin ifadelerle belirtilmiş olması gerekir⁷⁷. Dolayısıyla mahkemenin zorlama kararı ile ulaşılabilecek sonucun göstermesi sadece mahkemenin, hukuka uygun olarak ulaşılabilecek tek bir sonucun olduğuna hükmetmesi halinde mümkündür⁷⁸. Bu gibi durumlarda dahi mahkemeler karar alma sürecinin esasen idareye ait olduğu prensibini vurgulamaktadırlar⁷⁹. Mahkemenin idareye belirli bir yönde davranma yükümlülüğü içeren zorlama kararı vermek konusunda yetkisi olsa da bu yetki uygulamada nadiren kullanılır⁸⁰. Bir uyuşmazlıkta yerinden yönetim kuruluşunun kanunda ödemesi öngörülen bir meblağı ödemesine dair bir zorlama kararı verilmiştir⁸¹. Ancak bu durumda dahi mahkemelerin icrâ bir karar vermek yerine hukuki durumun açıklanmasından sonra idarenin görevini yerine getireceğini düşünerek tespit kararı vermekle yetinmeleri mümkündür⁸². Nitekim başka bir uyuşmazlıkta mahkeme ilgilerin parasal ödemeyi talep hakkı olduğu yönünde tespit kararı vermiş ve gerekmesi halinde davacılaraya uygulanması gereken (*coercive*) bir karar almak üzere mahkemeye yeniden başvurma imkânını davacılaraya tanımıştır⁸³.

⁷⁵ Reeder, **Remedies: Mandatory, Quashing and Prohibiting Orders**, s.605.

⁷⁶ de Smith/Brazier, **Constitutional and Administrative Law**, s.509: Bir idari komisyon, görev alanına giren uyuşmazlığı incelemek, ilgili yerinden yönetim kanuni şartların oluşması halinde vergi iadesi gerçekleştirmek zorundadır. Bu görevler takdir yetkisini içermemeleri sebebiyle zorlama kararına konu edilebilecek nitelikte görevlerdir.

⁷⁷ Bailey, **Bailey, Jones & Mowbray's Cases, Materials and Commentary on Administrative Law**, s.554.

⁷⁸ Reeder, **Remedies: Mandatory, Quashing and Prohibiting Orders**, s.604.

⁷⁹ R. v Ealing London Borough Council Ex p. Parkinson (1995) 29 HLR 179.

⁸⁰ Lewis, **Judicial Remedies in Public Law**, s.228.

⁸¹ R. v Liverpool City Council Ex p. Coade: (1986).

⁸² Örneğin: R. v Secretary of State for the Home Department Ex p. Anderson [1984] QB 778; R. (van Hoogstraten) v Governor of Belmarsh Prison [2003] 1 WLR 263 at [47].

⁸³ R. v Liverpool City Corp. Ex p. Ferguson [1985] IRLR 501.

Görevin kamusal olmasının ve takdir yetkisini içermemesinin yanında belirli bir kişiye karşı icra edilmesinin zorunlu olmaması zorlama kararı verilmesine engel teşkil etmektedir.⁸⁴

İdareye özellikle kamu hizmeti alanında verilen birçok görev, sınırlı maddi kaynakların yarışan ihtiyaç ve talepler karşısında kullanılmasını içermektedir. Bu durumda idarenin yükümlülüğü belirli bir kişiye karşı değil kamuya karşıdır. Dolayısıyla bir kişi lehine zorlama kararı verilmesi, mahkemenin, idarenin kamusal görevin icrasında sahip olması gereken takdir yetkisine müdahale anlamı taşıyabilir⁸⁵.

Ayrıca hedef görevin (*target duty*) mevcut olduğu durumlarda idarenin yükümlülüğü belirli bir işlem tesis etmek değil, kanunda gösterilen amacı yerine getirmek için imkânları dahilinde elinden geleni yapmaktır⁸⁶. Hedef görevler esas olarak kamu hizmetine ilişkindir ve mahkemelerin, idarenin karar alma sürecine karışmak yönündeki endişesi de bu alanda tebarüz etmektedir. Bu tür hizmetlerin ifasında idare tarafından çeşitli etmenler göz önünde bulundurularak değer yargısı neticesinde karar verildiğini için mahkemeler konu hakkında daha az tecrübeli oldukları bilinciyle müdahale etmekte çekingen davranmaktadırlar⁸⁷.

1996 tarihli Eğitim Kanunu⁸⁸ m.4 “*Yerinden yönetim, yetki alanı içerisinde ilk ve ikinci basamak öğretim için yeterli sayıda okul olmasını temin eder*” hükmü⁸⁹; 2006 tarihli Milli Sağlık Hizmetleri Kanunu⁹⁰ m.1 “*Bakan, İngiltere’de kapsamlı sağlık hizmetinin sunumunu temin eder*” hükmü⁹¹ ve özelleştirilmeden önce altyapı hizmeti sunan şirketlere ekonomik ve verimli şekilde gaz, su ve elektrik sunma görevi hedef görev

⁸⁴ Craig, **Administrative Law**, s.802.

⁸⁵ Lewis, **Judicial Remedies in Public Law**, s.231.

⁸⁶ Woolf et.al., **De Smith’s Judicial Review**, para.5-073.

⁸⁷ R (McDonald) v Kensington and Chelsea RLBC [2011] 4 All ER 88; R v. Gloucestershire County Council Ex p. Barry [1997] AC 584.

⁸⁸ Education Act 1996.

⁸⁹ R. v Inner London Education Authority Ex p. Ali (1990) 2 Admin. L.R. 822.

⁹⁰ National Health Service Act 2006.

⁹¹ R. (on the application of YA) v Secretary of State for Health [2009] EWCA Civ 225.

(*target duty*) olarak kabul edilmiş ve bu görevlerin icrası için zorlama kararı verilemeyeceğine hükmedilmiştir⁹².

Bir başka uyuşmazlıkta sosyal konut sağlanması gereken kişiye karşı görevin imkânlar dahilinde, uygun olduğu ölçüde yapılması gereken bir görev olduğuna hükmedilmiştir⁹³. Bunun yanında mahkeme söz konusu uyuşmazlıkta idarenin, kişinin durumunu bekleme listesindeki diğer kişilerin durumuyla karşılaştırarak karar verebileceğine, kişiye doğrudan öncelik tanımak zorunda olmadığına karar vermiştir. Mevzuatta, kimi durumlarda idarenin görevi yerine getirmemesinde haklı bir sebep veya idarenin mazereti olduğu durumlarda bunun ihlal olmayacağına yönelik bir düzenlemenin olması da mümkündür⁹⁴. Bu takdirde idarenin görevi zorlama kararı ile ifaya zorlanmaya elverişli olmamaktadır.

2. Görevin Süresi İçerisinde Yerine Getirilmesi

Kanuni görev makul süre içerisinde yerine getirilmelidir. Görevin yerine getirilmesinde gecikme olduğu durumlarda işlemin tesis edilmesini ve gelecekteki işlemlerin süresi içerisinde tesis edilmesini sağlayacak bir sistemin kurulması için zorlama kararı verilebilir⁹⁵. Bir uyuşmazlıkta, İngiltere’de çalışma izni alma hakkı bulunan İngiliz Milletler Topluluğu vatandaşlarının yaptığı başvurunun haklı sebep olmadan makul süre içerisinde neticelendirilmemiş olması sebebiyle muhatap idare aleyhine zorlama kararı verilmiştir⁹⁶. Benzer şekilde Lordlar Kamarası (*House of Lords*), başvuruları neticelendirilinceye kadar alıkonulan göçmenlerin başvurularının

⁹² Brian Thompson, **Textbook on Constitutional and Administrative Law**, 3.bs, Hampshire, Blackstone, 1997, s.441.

⁹³ R. v Bistol Corpn Ex p. Hendy [1974] 1 All ER 1047 at 1051, 1 WLR 498, CA.

⁹⁴ R. v Inner London Education Authority Ex p. Ali (1990) 2 Admin. LR 822; Meade v Haringey LBC [1979] 1 WLR 637.

⁹⁵ Lewis, **Judicial Remedies in Public Law**, s.227-228.

⁹⁶ R. v Secretary of State for Home Department Ex p. Phansopkar [1976] QB 606, [1975] 3 All ER 497, CA; R. v IRC Ex p. Opman International UK [1986] 1 WLR 568; R. v Secretary of State for Home Department Ex p. Rofathullah [1989] QB 219; Pritchard v Thamesdown Borough Council (1988) 21 HLR 237, CA.

incelenmesinde makul bir zaman çizelgesi izlenmesi gerektiğine hükmetmiştir⁹⁷. Bu görüşün benimsendiği başka kararlar da olmakla birlikte gecikmenin *wednesbury* kararı kapsamında makul olmaktan uzak olacak seviyede olması gerektiği ifade edilmektedir⁹⁸. Fakat bu ihtimalde dahi mahkeme verdikleri kararlarda, idare fonksiyonunun nasıl kullanılacağına ve kaynakların nasıl yönetileceğinin vazedilmesinin tehlikeli olduğu da vurgulanmıştır⁹⁹.

3. Usûlî Yükümlülüklerin Yerine Getirilmesi

İdarelerin, mahkemelerin ve tribunallerin işlem tesis etme süreçlerinde tabi oldukları usûlî yükümlülüklerin icrası zorlama kararının konusunu oluşturabilir. Usûlî yükümlülükler hakkında görevler ve takdir yetkisi içeren işlemlere nazaran daha fazla zorlama kararı verilmektedir. Bu yaklaşıma gerekçe olarak usûlî yükümlülüklerin uyulmasının temin edilmesi için zorlama kararı verilmesinin erkler ayrılığı kapsamında sorun teşkil etmeyecek olması ve bu yükümlülüklerin muhataplarının ilgili kişiler olduğu konusunda soru işareti olmaması gösterilebilir.

Bu kapsamda tıbbi bilgilerin davacının avukatına verilmesi¹⁰⁰; yargılamada hukuka aykırılığı ileri sürülen ikincil mevzuat hükümlerinin mahkemece incelenmesi¹⁰¹; verilen ifadenin geçerliliğin değerlendirmek için ön duruşma yapılması¹⁰² için zorlama kararı verilmiştir. Benzer şekilde kanunda işlem veya karar için gerekçe

⁹⁷ R. (Saadi) v Secretary of State for the Home Department [2002] 1 WLR 3131 para.25-26.

⁹⁸ R. v I.R.C Ex p. Opman International U.K. [1986] 1 WLR 568; R. v Secretary of State for the Home Department Ex p. Rofathullah [1989] QB 219.

⁹⁹ Purchas LJ: R. v Secretary of State for the Home Department Ex p. Rofathullah [1989] QB 219.

¹⁰⁰ R v. Kent Police Authority Ex p. Godden [1971] 2 QB 662 at 670.

¹⁰¹ R v. Reeding Crown Court Ex p. Hutchinson [1988] QB 384.

¹⁰² R v. Liverpool Juvenile Court Ex p. R [1988] QB 1.

gösterilmesinin öngörüldüğü durumlarda da gerekçenin temin edilmesi için zorlama kararı verilmektedir¹⁰³.

Bir başka uyuşmazlıkta AİHS hükümlerinin idareye yüklediği negatif yükümlülük sebebiyle zorlama kararı verilmiştir. *R (Purdy) v DPP*¹⁰⁴ davasında Lordlar Kamarası (*House of Lords*) yaşam hakkını koruyan AİHS m.2'nin, başsavcılık (*attorney general*) tarafından intihara teşvik ve yardım suçunun soruşturulmasında değerlendirmeye alınacak davranışlara ilişkin politikanın ilan edilmesi gerektirdiği kanaatiyle bu politikanın ilan edilmesi için zorlama kararı vermiştir.

4. Takdir Yetkisinin Kullanılmasına Zorlama

Zorlama kararının asıl konusu kesin görevlerin icrasıdır. Yetkili organ işlem tesis edip etmeme konusunda veya tesis edeceği işlemin içeriğine dair takdir yetkisine sahip olabilir¹⁰⁵. Takdir yetkisiyle donatılmış idareye veya yargılama ile görevli mahkeme ve tribunallere yetkilerini ne yönde kullanacaklarını belirtecek şekilde zorlama kararı verilemez. Ancak bu takdir yetkisinin kullanılmasını temin etmek için zorlama kararı verilebilir¹⁰⁶.

Takdir yetkisinin varlığı, bu yetkinin kullanılmasını gerektirir. Takdir yetkisi görevin yerine getiriliş şekline dair olabileceği gibi bir işlem tesis etmek veya etmemek konusunda da olabilir. Her iki durumda da idare, takdir yetkisini kullanıp kullanmamayı değerlendirmekle mükelleftir. Ancak bu zorunluluk takdir yetkisinin belirli bir yönde kullanılması gerektiği anlamına da gelmez. Takdir yetkisinin kapsamına dâhil bir hususta idare, konuyu değerlendirip muhatap bakımından olumlu veya olumsuz bir karara varmak zorundadır¹⁰⁷. İdarenin hukuka aykırı olarak takdir yetkisini kullanmayı değerlendirmedeği veya değerlendirdiği fakat yargısal denetime

¹⁰³ Woolf et.al., **De Smith's Judicial Review**, para.7-099.

¹⁰⁴ [2009] UKHL 45, [2010] 1 AC 345.

¹⁰⁵ de Smith/Brazier, **Constitutional and Administrative Law**, s.509.

¹⁰⁶ de Smith, **Wrongs and Remedies in Administrative Law**, s.203.

¹⁰⁷ Elliott/Varuhas, **Administrative Law**, s.465.

konu bir hata sebebiyle kullanmama kararı aldığı durumlarda takdir yetkisini kullanmayı hukuka uygun olarak değerlendirmesi için zorlama kararı verilebilir¹⁰⁸. Bu sebeple: işleme konuyla alakasız vakıaların esas alınması veya işlem tesis edilirken uygun olmayan amaç güdülmesi¹⁰⁹, ön karar politikasının çok katı uygulanması¹¹⁰, yanlış soruların cevaplanması¹¹¹, takdir yetkisinin kullanılması konusunda doğru değerlendirme yapılmaması¹¹² veya benzeri kamu gücünün yanlış kullanılması hallerinde¹¹³ zorlama kararı verilmesi mümkündür¹¹⁴.

Zorlama kararı takdir yetkisinin olmadığı hallerde bir sonuca ulaşmayı temin için verilir. Takdir yetkisinin olduğu durumlarda ise takdir yetkisinin kullanılmasını temin amacıyla zorlama kararı, idareyi belirli bir sonuca yöneltilmeksizin verilir¹¹⁵. İdare ancak takdir yetkisinin kullanmasını değerlendirmeye zorlanabilir. *Padfield v Minister of Agriculture*¹¹⁶ davasında davacı, bakana yapmış oluğu şikâyetin ilgili komisyona iletilmesi için idare mahkemesinden zorlama kararı talep etmiştir. İdare Mahkemesi, bakanın, şikâyeti komisyona iletmemek konusunda değerlendirme yaparken yanlış olguları dikkate aldığından bahisle yeniden değerlendirme yapması için zorlama kararına hükmetmiş ancak Temyiz Mahkemesi (*Court of Appeals*) zorlama kararını kaldırmıştır. Akabinde Lordlar Kamarası'nın (*House of Lords*) önüne gelen uyuşmazlık hakkında, bakanın şikâyeti komisyona iletmemeye gerekçelerine itibar

¹⁰⁸ Lewis, **Judicial Remedies in Public Law**, s.227.

¹⁰⁹ R. v Birmingham Licensing Planning Committee Ex p. Kennedy [1972] 2 Q.B. 140 CA (Civ Div).

¹¹⁰ R. v Port of London Authority Ex p. Kynoch Ltd [1919] 1 K.B. 176, CA.

¹¹¹ Board of Education v Rice [1911] A.C. 179, HL.

¹¹² R. v Tower Hamlets LBC Ex p. Chetnik Developments Ltd. [1988] A.C. 858, HL: Davacı yerel yönetime fazladan ödenen vergilerin iadesi için başvurmuş ancak talebi reddedilmiştir. Lordlar Kamarası yerel yönetimin parayı iade etmeme gerekçelerinin ilgili kanuna aykırı olduğunu belirterek işlemi iptal etmiş ve başvurunun tekrar değerlendirilmesi için zorlama kararı vermiştir.

¹¹³ Padfield v Minister of Agriculture, Fisheries and Food [1968] A.C. 997, HL.

¹¹⁴ Craig, **Administrative Law**, s.803.

¹¹⁵ R. v Port of London Authority Ex p. Kynoch Ltd [1919] 1 K.B. 176, CA; Padfield v Minister of Agriculture, Fisheries and Food [1968] A.C. 997, HL.

¹¹⁶ [1968] AC 997.

edilmeyerek, dosya bakanlığın konu hakkında hukuka uygun olarak yeniden karar vermesi yönünde hüküm kurulması direktifiyle idare mahkemesine gönderilmiştir. *R v. Secretary of State for Trade and Industry ex p. Lonrho*¹¹⁷ davasında Yüksek Mahkeme (*High Court*), bakanı Tekeller ve Birleşmeler Komisyonuna başvurmaya zorlamıştır. Bu karar, Temyiz Mahkemesi'nde (*Court of Appeals*) bozulmuş ve Lordlar Kamarası (*House of Lords*), bu yönde karar verilmesinin takdir yetkisini görev haline getireceği şeklinde kanaat belirterek Temyiz Mahkemesi (*Court of Appeals*) kararını onamıştır. Bahsedilen iki karar, zorlama kararının mutlak görevlere ve takdir yetkisi içeren görevlere ilişkin uygulamasını özetler niteliktedir. İdare ancak mutlak biçimde görevli olduğu durumda kendisine belirli bir şeyi yapması için zorlama kararı verilebilir. Takdir yetkisinin mevcut olduğu durumda ise ulaşılabilecek sonuç gösterilmeden bu takdir yetkisinin hukuka uygun şekilde kullanılmasını temin etmek için zorlama kararı verilir.

Takdir yetkisinin olduğu bir durumda mahkeme tarafından zorlama kararı verilmesi, idareye belirli bir tercihin ne yönde yapılması gerektiğine dair mahkemelerin direktif vermesi sonucunu doğurabilir¹¹⁸. Bu takdirde yargı erki sınırının aşılması fonksiyon gaspı yapıldığı anlamına gelebilecektir¹¹⁹. İdareye belirli bir sonuca yönelik zorlama kararı verilmesinin yargı yetkisinin aşılması yürütme alanına girilmesi tehlikesini içermesi sebebiyle mahkemenin yaklaşımı, idarenin takdir yetkisini kullanmasını gerektiren bir durumun mevcut olması haline zorlama kararı verilmesinin uygun olmadığı yönündedir¹²⁰.

Ancak bu açıklamalar, takdir yetkisinin mevcut olduğu her durumda bu yetkinin kullanılmasını temin edilmesi dışında zorlama kararı verilemeyeceği anlamına da gelmez. Kimi durumlarda idarenin takdir yetkisi mevcut olsa da somut olayın

¹¹⁷ Patterson/Leslie, **Judicial Review: Law and Practice**, s.79: DC in The Times 18.01.1989, CA in (1989) New LJ 150, HL [1989] 1 WLR 525.

¹¹⁸ R v. Secretary of State for Employment Ex p. Opportunities Commission [1992] 1 All ER 545.

¹¹⁹ Auburn et.al., **Judicial Review: Principles and Procedure**, s.762.

¹²⁰ Leyland/Anthony, **Textbook on Administrative Law**, s.437.

özellikleri gereği, takdir yetkisi kullanılarak hukuka uygun şekilde olarak varılabilecek tek bir sonucun mevcudiyeti söz konusu olabilir ¹²¹. Bu gibi hallerde idare takdir yetkisine sahip olsa da zorlama kararı verilmesi mümkündür.

Bir mahkemenin veya tribunalin kendi görev alanına girmediği gerekçesiyle bir uyuşmazlığı incelemekten kaçınması halinde de zorlama kararı verilebilir¹²². Kanunla kurulmuş veya müşterek hukukta (*common law*) ortaya çıkmış mahkemelere karşı, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça zorlama kararı verilmesi mümkündür¹²³. 2007 tarihli Tribunaller, Mahkemeler ve Kararların İcrası Hakkında Kanun (*Tribunals, Courts and Enforcement Act*) ile kurulan tribunaller hakkında zorlama kararına hükmedilmesine engel bir durum yoktur¹²⁴. Mahkemelere ve tribunallere verilecek zorlama kararları da sonuca yönelik değildir. Zorlama kararının işlevi uyuşmazlığın incelenmesini temindir.

5. Zorlama Kararının İdari Vesayet Yetkisi Kapsamında Kullanımı

İngiltere'nin yazısız anayasasında yerinden yönetimlere dair bir ilke olmaması ve olağan kanunlarla kurulmaları itibariyle yerinden yönetimler anayasal korumadan yoksundurlar¹²⁵. Merkezi idarenin yerinden yönetimler üzerindeki yetkisinin sınırı, kanunla belirlense yerinden yönetimler üzerinde geniş idari vesayet yetkileri

¹²¹ Michael Fordham, **Judicial Review Handbook**, 5.bs, Oxford, Hart Publishing, 2009, s.250: “*Sole Legally Permissible Result*” “hukuka uygun şekilde ulaşılabilecek tek sonuç” olduğu duruma örnek olarak: R (S) v Secretary of State for the Home Department 2007 EWCA Civ 546: Kararda mahkemenin idare yerine geçerek işlem yapamayacağı ve kural olarak takdir yetkisinin mevcut olduğu durumlarda idareye ne yapması gerektiğini söylemeyeceği kabul edilmekle beraber somut olayın özellikleri sebebiyle adaletin gereklerinin hukuka uygun olarak tesis edilebilecek tek bir işleme müsaade etmesi halinde mahkemece o sonuca ulaşılmasına yönelik karar verilebileceği ifade edilmiştir.

¹²² R. v Nottingham County Council Ex p. Byers [1985] 1 WLR 403 at 407; R. v Newham Justices Ex p. Hunt [1976] 1 WLR 420, DC.

¹²³ Reeder, **Remedies: Mandatory, Quashing and Prohibiting Orders**, s.609.

¹²⁴ Reeder, **Remedies: Mandatory, Quashing and Prohibiting Orders**, s.610.

¹²⁵ Leyland/Anthony, **Textbook on Administrative Law**, s.105.

mevcuttur. O kadar ki yerinden yönetimlerin işleyişinin merkezi idarenin insafına kaldığı ifade edilmektedir¹²⁶. Merkezi idarenin, yerel yönetimler üzerindeki idari vesayet yetkileri hukuki, siyasi ve maddi konuları kapsamaktadır. Ancak zorlama kararı bakımından önem arz eden yetki merkezi idarenin yerinden yönetimlere emir ve talimat verme yetkisidir.

Kanunlar bir makama, alt makamlara işlem tesis etmek konusunda emir ve talimat verme yetkisi verebilir. Yine kanunda bu yöndeki emir ve talimatlara göre işlem yapılmasının temin edilmesi için zorlama kararı verilebileceği öngörülebilir. Bu durumun bir sonucu olarak merkezi idare tarafından yerinden yönetimlere verilen emir ve talimatlara uyulmaması halinde, emir ve talimatların gereğinin yapılmasının temin için zorlama kararı verilmesi mümkündür¹²⁷. Örneğin eğitim hizmetinin arzı için altyapının sağlanması görevi yerinden yönetimlere verilmiştir. Bakanlık bu görevlerin yerine getirilmediği¹²⁸ veya makul davranılmadığı¹²⁹ durumlarda zorlama kararıyla bunların yapılmasını temin edebilir.

6. Zorlama Kararının Günümüzdeki Durumu

Uygulamada mahkemelerin belirli bir işlemin yapılmasını zorlama yönünde karar verebilecekleri ve tercih edecekleri durumlar sınırlıdır¹³⁰. Zira ifade edildiği üzere yargılama neticesinde verilecek kararlardan yürütme ve yargı arasındaki erkler ayrılığına ilişkin sorunlar doğurması en muhtemel kararlar, idareye emir verilmesi bakımından zorlama ve zorlayıcı injunction kararlarıdır. Bu sebeple mahkemeler artan biçimde zorlama kararı yerine tespit kararı vermeyi tercih eğilimindedir¹³¹.

¹²⁶ Ryan/Foster, **Unlocking Constitutional & Administrative Law**, s.351.

¹²⁷ Lewis, **Judicial Remedies in Public Law**, s.231; ayrıca bkz: R. v Secretary of State for the Environment Ex p. Manchester City Council (1987) 85 LGR 832.

¹²⁸ Education Act 1997 m.497.

¹²⁹ Education Act 1997 m.496.

¹³⁰ Lewis, **Judicial Remedies in Public Law**, s.229.

¹³¹ Elliott/Varuhas, **Administrative Law**, s.464.

Bakanlara zorlama kararı verilmesine ilişkin olarak *R v Secretary of State for Employment, Ex p. Equal Opportunities Commission* (1992) davasında Hâkim Nolan LJ:

*“Son yıllarda bir bakanın yasal görevlerini ihmal ettiği hususu ispat edildiğinde mahkemelerin tutumu bu duruma karşı zorlama kararı yerine sadece tespit karar vermek şeklinde olmuştur. Bunun sebebi bakanların mahkemenin tespit ettiği görevlerini yerine getirmelerinin bekleneyeceği ve bu hususta zorlama kararı verilerek o görevin yapılmasının icbar edilmesinin gereksiz ve yakışksız olacağıdır.”*¹³²

diyerek mahkemelerin zorlama kararına karşı yaklaşımını dile getirmiştir. Aynı şekilde idarenin hukuka aykırılığı gidermek yönünde makul adımlar atması halinde zorlama kararı talebi reddedilebilir¹³³. *R. v Bristol Corp Ex p. Hendy*¹³⁴, Hâkim Scarman LJ, bir yerinden yönetim kuruluşu kanuni görevini yerine getirmek için elinden geleni yapmasına karşın başarılı olamıyorsa görevin yerine getirilememesine kendi kontrolünde olmayan şartların sebep olduğu ve bu durumlarda zorlama kararı verilmesinin uygun olmayacağı yönünde kanaatini belirtmiştir¹³⁵. Ayrıca zorlama kararı verilmesinin idari kaos ve kamusal külfet yaratacağı durumlarda¹³⁶ ve çok iradeli bir işlem dava konusu olduğunda mahkeme talebi reddedebilir¹³⁷.

¹³² R v Secretary of State for Employment, ex p Equal Opportunities Commission [1992] 1 All ER 545

¹³³ R. (MA) v Secretary of State for Work and Pensions [2013] EWHC 2213 QB at 92.

¹³⁴ [1974] 1 WLR 498 at 503.

¹³⁵ Benzer şekilde: R. v Bistol Corp Ex p. Hendy [1974] 1 All ER 1047 at 1051, 1 WLR 498 at 503, CA.

¹³⁶ R. v Paddington Valuation Officer Ex p. Peachey Property Corporation Ltd [1966] 1 Q.B. 380, [1965] 2 All ER 836 CA at 402, 416.

¹³⁷ R. v Panel of Take-overs and Mergers Ex p. Datafin PLC [1987] QB 816 at 842, [1987] 1 All ER 564 at 579-580, CA, epr Sir John Dolandson MR.

Bunun yanında mahkemeler bir suç işlenmesine olanak tanıyacak şekilde zorlama kararı veremeyecekleri gibi¹³⁸ bir kişinin bir suçtan istifade etmesine imkân tanıyacak şekilde zorlama kararı da veremezler¹³⁹. Keza sadece manevi bir görevin yerine getirilmesi amacıyla zorlama kararı verilemez¹⁴⁰.

Mahkemeler askeriye'nin yönetimi ve salt disiplin hukukuna ilişkin meselelere müdahil olamazlar¹⁴¹. Dolayısıyla askeri disiplin hukukuna ilişkin görevi mahkemenin bir iddiayı soruşturmaması halinde bu soruşturmanın yapılması için zorlama kararı verilmesi mümkün değildir¹⁴².

Mahkemenin takdir yetkisini zorlama kararı vermemek yönünde kullanmasına sebep olan bir diğer husus da mahkemenin karara uyumu takip etme yükümlülüğüdür. Zorlama kararı verilmesi halinde kararın gereklerinin yerine getirilmesi konusunda mahkemenin sürekli gözetim yapılması gerekecekse zorlama kararı verilmemektedir.¹⁴³

Mahkeme ve tribunallere yönelik zorlama kararı verilmesinde azalmaya sebep olarak Yüksek Mahkeme'nin (*High Court*) iptal kararıyla birlikte geri gönderme ve yerine karar verme yetkisi gösterilebilir. Pratik mülahazalarla artık mevzuat mahkemeye iptal kararını ilgili organa göndererek karar ışıığında yeni bir işlem tesis etmek yönünde emir verme yetkisi tanımıştır¹⁴⁴. Yüksek Mahkeme (*High Court*), işlemi iptal ettiğinde işlemi tesis eden makama geri göndererek kararın gerekçelerini göz önünde

¹³⁸ R. v Registrar-General Ex p. Smith [1990] 2 WLR 782: Başvurucunun biyolojik annesinin bilgilerine yönelik yaptığı talebin reddedilmesine dair yaptığı yargısal denetim başvurusunda bu bilgileri ele geçirmesi halinde biyolojik annesini bulup öldürme tehlikesinden bahsedilerek zorlama emri talebi reddedilmiştir.

¹³⁹ R. v Chief National Insurance Commissioners Ex p. Connor [1981] QB 758 Kocasını öldüren kadının dullara sağlanan yardımdan yararlanma yönündeki talebi reddedilmiştir.

¹⁴⁰ Reeder, **Remedies: Mandatory, Quashing and Prohibiting Orders**, s.605.

¹⁴¹ Lewis, **Judicial Remedies in Public Law**, s.234.

¹⁴² R. v Army Council Ex p. Ravenscroft [1917] 2 KB 504.

¹⁴³ Craig, **Administrative Law**, s.83: R. v Peak Park Joint Planning Board Ex p. Jackson (1976) 74 L.G.R. 376 at 380; Chief Constable of the North Wales Police v Evans [1982] 1 W.L.R. 1155, HL.

¹⁴⁴ Le Sueur/Sunkin, **Public Law**, s.615.

bulundurarak yeniden bir karar vermesini isteyebilir¹⁴⁵. Bu husus mahkeme kararının idareye tebliğinden farklılık arz etmektedir. Sadece iptal kararı verilmesi idareyi yeni bir karar almaya zorlamaz. Mahkeme tarafından, kararın gerekçesi doğrultusunda yeni bir idari işlem tesis edilmesine dair verilen karar, idareyi yeni bir işlem tesis etmeye zorlamaktadır.

2008 yılında mahkemelerin¹⁴⁶ ve Üst Tribunalin¹⁴⁷ yargısal denetime konu karar yerine kendilerinin karar vermesinin önü açılmıştır. Mahkemenin karar veren makam yerine kendi kararını ikame etmesi, yargısal denetimin işlemin esasıyla ilgilenmeyeceği ilkesinden usul ekonomisi ve uyuşmazlığın hızlı çözülmesi için bir sapma teşkil eder¹⁴⁸.

Mahkemenin denetimi yapılan karar yerine karar vermesi sıkı şartlara bağlıdır. Öncelikle ilk verilen kararın bir mahkeme veya tribunal tarafından verilmiş olması gerekir. Mahkeme tarafından yapılan denetimde verilen iptal kararının hukuki hata sebebiyle verilmiş olması ve bu hata olmasaydı tek bir sonuca ulaşılabilir olması gerekir¹⁴⁹. Mahkemeler bu yetkilerini ulaşılabilir tek bir sonuç olduğuna emin oldukları durumda kullanmaktadırlar, aksi halde kararı iptal ederek kararı veren makama iade etmektedirler¹⁵⁰.

C. Injunction

1. Genel olarak Injunction Kararı

Injunction, muhatabına belirli bir işlem veya işlemleri yapması veya yapmaması yönünde emir içeren yargı kararıdır¹⁵¹. Zorlama ve yasaklama kararlarının aksine injunction kararının kökeni özel hukuk alanı içerisinde nısfet (*equity*) hukukuna

¹⁴⁵ 1981 tarihli Senior Courts Act m.31(5)(a); Civil Procedure Rules B.54, m.19.

¹⁴⁶ Senior Courts Act m.31(5)(b).

¹⁴⁷ 2007 tarihli Tribunals, Courts and Enforcement Act m.17(1).

¹⁴⁸ Sunkin, **Remedies Available in Judicial Review Proceedings**, s.798.

¹⁴⁹ Senior Courts Act m.31(5A); Civil Procedure Rules B.54 m.19(2)(b).

¹⁵⁰ Lewis, **Judicial Remedies in Public Law**, s.216.

¹⁵¹ David Bean, Isabel Parry, Andrew Burns, **Injunctions**, 13.bs, London, Sweet&Maxwell, 2018, para.1-01.

dayanır. Bununla birlikte 1977 reformu öncesinde kamu hukukuna dair uyuşmazlıklarda, davacılar ancak özel hukukta tanınan bir hakları zedeleniyorsa ve kamunun genelinden daha fazla zarara uğruyorlarsa injunction talep etmek bakımından dava ehliyetini haiz kabul edilmekteydiler¹⁵². 1977 yılında yargısal denetim usûlü ihdas edilinceye kadar ayrıcalıklı hukuki çarelerin tabi oldukları sınırlamalara tabi olmaması sebebiyle injunction kararı kamu hukuku alanında da kullanılmıştır. 1977 yapılan değişiklikler neticesinde injunction kararlarının yargısal denetim davalarında talep edilmesine imkân tanınmış ve dava ehliyeti şartı diğer karar türleriyle yeknesak hale gelmiştir. Yargısal denetim usulü oluşturulduktan sonra 1983 yılında *O'Reilly v Mackman* kararına kadar kamusal özellik içeren uyuşmazlıklarda injunction kararlarının hem yargısal denetim davası hem de olağan dava (*ordinary proceedings*) yoluyla talep edilmesi mümkün olmuştur. Günümüzde de idareye karşı olağan dava (*ordinary proceedings*) yoluyla injunction talep edilmesi mümkündür. Ancak *O'Reilly v Mackman* davasında bir prensip olarak ifade edildiği üzere kamu hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda talep edilecek injunction kararlarının kural olarak yargısal denetim usulüyle talep edilmesi gerekir¹⁵³.

Injunction kararı, sonucu itibariyle yargısal denetim sürecinde zaten mevcut olan yasaklama ve zorlama kararlarından farklı değildir¹⁵⁴. Ancak 1977 öncesinde olağan dava (*ordinary proceedings*) yoluyla idareye karşı injunction talep edildiğinde dava açma süresinin uzun olması, delil tespiti ve çapraz sorgulama yapılması imkânlarının olması ve ayrıcalıklı kararlardan birisiyle birlikte tazminat istenmesinin mümkün olmaması injunction kararını cazip hale getirmiştir¹⁵⁵. Bunun yanında injunction

¹⁵² Thompson, **Textbook on Constitutional and Administrative Law**, s.444.

¹⁵³ Patterson/Leslie, **Judicial Review: Law and Practice**, s.88.

¹⁵⁴ Gordon, **Judicial Review: Law and Procedure**, s.68.

¹⁵⁵ Alex Carroll, "Injunctive Relief Against Ministers: The New Law" **New Law Journal**, vol 137, 1987, s.336.

kararının idari yargılama hukuku bakımından farklılık ve önem arz ettiği temel nokta, ara karar olarak talep edilebilmesidir¹⁵⁶.

Yürütmenin durdurulması kararının kapsamındaki belirsizlik ile yasaklama ve zorlama kararlarının ara karar olarak talep edilmesinin mümkün olmaması karşısında; injunction kararı yargılama sırasında mevcut durumun muhafaza edilmesi için başvurulmuş temel karar türü olmuştur¹⁵⁷.

Injunction kararının ayrıcalıklı yargı kararlarından farklılık arz eden bir diğer boyutu da idarenin, davacı olarak injunction kararı talep edebilmesidir. Ayrıcalıklı yargı kararları sadece yargısal denetim davası neticesinde verildiği ve yargısal denetim davaları da ancak idareye karşı açılabilirdiği için idarenin dava açması gerektiği durumlarda yargısal denetim usulü değil olağan dava (*ordinary proceedings*) usulü kullanılmakta ve injunction kararı talep edilmektedir¹⁵⁸. Ayrıca başsavcı (*attorney general*) kamu düzenini korumak adına re'sen veya başvuru üzerine idare veya özel hukuk kişileri aleyhine injunction talep edebilmektedir¹⁵⁹.

2. Injunction Kararının Türleri

a. Ara Injunction (*Interim Injunction*) ve Yürütmenin Durdurulması (*Stay of Proceedings*) Kararının Ayrıştırılması

Yargılama sürecinde nihai karar verilinceye kadar davacıların hak kaybına uğramaması için mevcut hukuki durumu korumaya veya belirli bir yönde işlem tesis edilmesine yönelik ara karar verilmesi ihtiyacı söz konusu olabilir. Olağan davalarda

¹⁵⁶ Harry Woolf, **Protection of Public: A New Challenge**, (Hamlyn Lectures), London, Stevens and Sons, 1990, s.63.

¹⁵⁷ Senior Courts Act 1981 m.31.

¹⁵⁸ Örneğin 1972 tarihli Mahalli İdare Kanunu kapsamında mahalli idarelerin yetki alanları içerisinde bulunanların menfaatlerini korumak için dava açma yetkisi bulunmaktadır. Ayrıca Town and Country Planning Act 1990 kapsamında imara aykırılıkların önüne geçilmesi adına injunction talep etme yetkisi vardır. Ancak bu gibi hallerde injunction kararının muhatabı idare değil gerçek kişiler veya özel hukuk tüzel kişileri olmaktadır. İdareye karşı bir yargısal emir verilmesi söz konusu olmadığı için detaylı açıklama yapılmamıştır.

¹⁵⁹ Bkz. s.181.

(*ordinary proceedings*) talep edilebilecek ara karar türleri CPR m.25.(1) ile düzenlenmektedir. Yargısal denetim sürecinde talep edilebilecek ara karar türlerinin adı geçen maddede sıralı olanlardan daha sınırlı olduğunu düzenleyen bir hüküm olmamakla birlikte uygulamada yargısal denetim davalarında ara karar olarak ara tespit kararı, yürütmenin durdurulması (*stay of proceedings*) ve ara injunction (ve *interim injunction*) kararları verilmektedir¹⁶⁰. Nihai tespit kararlarında olduğu gibi ara tespit kararları da uygulanması gereken (*coercive*) kararlar değildir, dolayısıyla idarenin tespit kararının gereklerini yerine getirmesi için işlem tesis etme zorunluluğu yoktur.

Medeni Yargılama Kuralları m. 54.10 uyarınca mahkemenin yargısal denetim izni ile birlikte yürütmenin durdurulması kararı (*stay of proceedings*) da verilebileceği düzenlenmiştir. Yürütmenin durdurulması, kararda aksi öngörülenler haricindeki tüm işlemlerin durması etkisini doğurur. Bununla birlikte yürütmenin durdurulması kararının kapsamı ve etkisi hakkında fikir birliği mevcut değildir¹⁶¹. Temyiz Mahkemesi (*Court of Appeals*) yürütmenin durdurulması kararının sadece mahkeme ve idari komisyonlar önündeki dosyalar hakkında değil, idari işlem tesis etme sürecine ve tesis edilmiş işlemlerin uygulanmasına ilişkin olarak da verilebileceği yönünde karar verirken¹⁶²; *Privy Council* İngiltere mevzuatına benzerlik gösteren Jamaika Medeni Yargılama Kurallarını inceleyerek verdiği kararda yürütmenin durdurulmasını (*stay of proceedings*), bir mahkeme veya tribunal huzurunda görülen davada yeni işlemler yapılmasını engelleyen bir karar olarak tanımlanmış ve bir bakanın kanuna

¹⁶⁰ Woolf et.al., **De Smith's Judicial Review**, s.965; Patterson/Leslie, **Judicial Review: Law and Practice**, s.74.

¹⁶¹ Woolf et.al., **De Smith's Judicial Review**, s.968.

¹⁶² R. v Secretary of State for Education and Science Ex p. Avon CC [1991] 1 QB 558 at 561, 563; R. v Secretary of State for Home Department Ex p. Muboyayi [1992] 1 QB 244 at 258; R. v Advertisement Standards Authority Ltd. Ex p. Vernons Organisation Ltd. [1993] 1 WLR 1289.

dayanan takdir yetkisi uyarınca verdiği kararın uygulanmasını engellemek için kullanılamayacağı yönünde karar vermiştir¹⁶³.

Yürütmenin durdurulması kararının hangi işlemler hakkında verilebileceği sorusu ara injunction kararlarının bakanlar hakkında uygulanamayacağının kabul edildiği ve ara tespit kararlarının henüz ortaya çıkmadığı dönemde önem arz etmiştir¹⁶⁴. Ancak bakanlar tarafından tesis edilen işlemlere karşı yürütmenin durdurulması kararı verilmesine engel teşkil eden bir hüküm de mevcut değildir. Yürütmenin durdurulması kararının sadece yargısal işlemlere ilişkin olmadığının, idari işlemlere karşı da verilebileceğinin kabulü halinde bakanlar tarafından karar alınmasının veya kararın uygulanmasının mahkemece esas hakkında karar verilinceye kadar durdurulmasının tek yolu yürütmenin durdurulması kararı olmuştur. Yürütmenin durdurulması kararının sadece yargısal işlemlere karşı verilebileceğinin kabulü halinde ise bakanlarca yargısal işlem yapılmadığı için haklarında ara karar (*interim relief*) verilmesi mümkün olmayacaktır¹⁶⁵. Temyiz Mahkemesi'nin (*Court of Appeals*) yürütmenin durdurulmasının idari işlemlere de uygulanacağı yönünde verdiği karar injunction kararlarının merkezi idareye karşı talep edilemiyor olmasının doğurduğu bu sonucu bertaraf etme arayışının bir neticesidir¹⁶⁶.

Günümüzde ise Lordlar Kamarası (*House of Lords*) bakanlar tarafından tesis edilen işlemlerin yargısal denetiminde ara injunction (interim injunction) kararına hükmedilebileceğini kabul etmiştir¹⁶⁷. Ayrıca Medeni Yargılama Kuralları ile bakanlar aleyhine ara tespit kararı verilmesini mümkün kılan hükümler

¹⁶³ Minister of Foreign Affairs, Trade and Industry v Vehicle Suppliers Ltd. [1991] 1 W.L.R. 550 at 556., Commonwealth içerisindeki kimi ülkelerin en üst yargı yeri olarak kabul ettiği Privy Council bu davada Jamaica mevzuatına göre karar vermiştir. Her ne kadar İngiltere mevzuatı kararda değerlendirilmemiş olsa da mevzuat hükümleri benzerlik göstermektedir.

¹⁶⁴ Sunkin, **Remedies Available in Judicial Review Proceedings**, s.812.

¹⁶⁵ Lewis, **Judicial Remedies in Public Law**, s.218.

¹⁶⁶ Elliott/Varuhas, **Administrative Law**, s.440.

¹⁶⁷ M. V Home Office [1994] 1 A.C. 377.

öngörülmüştür¹⁶⁸. Günümüzde bakanlar ve diğer idareler aleyhine uygulanabilecek alternatif ara kararlar mevcut olduğu için yürütmenin durdurulması kararının konusunun ve muhatabının kimler olabileceği tartışması önemini yitirmiştir¹⁶⁹.

Yürütmenin durdurulması kararı, kapsamının belirsizliğinin yanı sıra işlev olarak da ara injunction kadar esnek değildir. Ara injunction kararı verilerek bir işlem yapılırken nasıl yapılmaması veya nasıl yapılması gerektiği gösterilebilirken; yürütmenin durdurulması kararıyla ancak işlemin yapılması veya uygulanması engellenebilir¹⁷⁰. Yine ara injunction kararının aksine yürütmenin durdurulması kararıyla idareye bir işlem tesis etmesi yönünde pozitif yükümlülük yüklenemez¹⁷¹. Ayrıca yürütmenin durdurulması kararının muhatabının yargılamanın taraflarından birisi değil; işlem tesis etme veya karar alma süreci olduğu kabul edilmektedir. Bu sebeple taraflardan birisinin yürütmenin durdurulması kararına aykırı davranması (*contempt of court*) teşkil etmez¹⁷².

Yürütmenin durdurulması talebi kapsamında yapılan inceleme ara injunction taleplerinde olduğu gibi etraflıca mahkemelerce çevrelenmiş değildir¹⁷³. İdari işlemlerin ve mahkeme kararlarının yürütmesinin durdurulması sonucunu doğursa da aynı işlevi gören ara injunction kararlarının karşısında yürütmenin durdurulması kararı verilmesi içtihatla ortaya konulmuş olan usulün dolanılması anlamına gelebilecektir. Aşağıda bahsedileceği üzere ara injunction kararı verilirken mahkeme çeşitli değerlendirmeler yapmaktadır. Yürütmenin durdurulması kararında ise bu yönde

¹⁶⁸ Civil Procedure Rules B.25.

¹⁶⁹ Elliott/Varuhas, **Administrative Law**, s.440.

¹⁷⁰ Yürütmenin durdurulması kararı R. v Secretary of State for Transport Ex p. Factortame Ltd (No.2) [1991] 1 AC 603 davasında olduğu gibi idareye bir şeyi engellemek için işlem tesis etme yükümlülüğü yükleyemez; R. v Licensing Authority Ex p. Smith Kline & French Laboratories Ltd (No.2) davasında olduğu gibi lisanslama faaliyetinde gizli bilgilerin kullanılmasını engelleyecek şekilde işlemin nasıl yapılacağını gösterir biçim de yürütmenin durdurulması kararı verilemez.

¹⁷¹ Lewis, **Judicial Remedies in Public Law**, s.219.

¹⁷² Woolf et.al., **De Smith's Judicial Review**, s.996; Elliott/Varuhas, **Administrative Law**, s.440.

¹⁷³ Lewis, **Judicial Remedies in Public Law**, 219-220.

gelişmiş bir içtihat olmadığı için sadece karşılıklı taahhütler değerlendirilmektedir. Bahsedildiği üzere artık ara injunction ve ara tespit kararlarının uygulanabilir hale gelmesinin ardından yürütmenin durdurulması kararının *Privy Council* kararında olduğu gibi dar yorumlanarak sadece yargısal ve yarı yargısal işlemlere karşı verilmesinin davacılar bakımından hak kaybına sebep olmayacağı savunulabilir.

İptal, yasaklama ve zorlama kararlarının ara karar formunda verilmesinin mümkün olmaması ve yürütmenin durdurulmasına dair yukarıda işaret edilenler sebebiyle ara injunction kararı idare hukuku alanındaki en önemli ara karar türüdür¹⁷⁴.

Aşağıda bahsedileceği üzere iki tür injunction kararı vardır. Zorlayıcı injunction (*mandatory injunction*) ve yasaklayıcı injunction (*prohibitory injunction*). Her iki injunction kararının da ara karar formunda verilmesi mümkündür. Yasaklayıcı ara injunction kararı, idarenin bir işlem tesis etmesine veya tesis edilen işlemin uygulanmasına engel olmak amacıyla verilir. Zorlayıcı ara injunction kararları ise idareye kanunla verilen görevlerin, özellikle sosyal yardım gibi konularda idarenin görevini yerine getirmemesinin davacı bakımından önemli sonuçları olacak konularda bu görevin yerine getirilmesini sağlamak için verilmektedir¹⁷⁵. Ancak uygulamada zorlayıcı injunction kararlarına nadiren rastlanır¹⁷⁶.

Zorlayıcı ara injunction kararı talep eden davacının iddiasının yasaklayıcı ara injunction talep eden bir davacıya nispeten daha kuvvetli olması gerektiği ifade edilmektedir¹⁷⁷. Günümüzde yargısal denetim süreci devam ederken ara karar niteliğinde yasaklayıcı ve zorlayıcı injunction kararlarının yargısal denetime tâbi tüm

¹⁷⁴ Sunkin, **Remedies Available in Judicial Review Proceedings**, s.807.

¹⁷⁵ Auburn et.al., **Judicial Review: Principles and Procedure**, s.722: ev veya eğitim yardımı gibi davacı açısından önemli ihtiyaçları konu alan veya önemli sonuçlar doğuracak olan uyuşmazlıklarda daha kolay verilebilmektedir.

¹⁷⁶ Patterson/Leslie, **Judicial Review: Law and Practice**, s.76.

¹⁷⁷ R v Westminster City Council, Ex p. Agustin [1993] 1 WLR 730.

kamusal organlara karşı verilmesi mümkündür¹⁷⁸. Bakanlara karşı ara injunction talep edilebilmesi ise ancak 1994 yılında *Re M* kararından sonra mümkün hale gelmiştir¹⁷⁹.

Olağan dava (*ordinary proceedings*) usulünde ara injunction kararı verilmesine ilişkin esaslar *American Cyanamid*¹⁸⁰ kararı ile ortaya konulmuştur. Bu içtihat öncesinde davacının ara injunction talebinin değerlendirilmesi için haklılığını *prima facie* ortaya koyması gerekirken; söz konusu içtihattan sonra davanın kötü niyetli ve kazanılma şansı olmayan bir dava olmadığının ortaya konulması yeterli görülmüştür¹⁸¹. İçtihatla ara injunction talebi değerlendirilirken iki aşamalı bir inceleme yapıldığı görülür. İncelemenin ilk aşaması, davanın ciddiyetiyle ilgilidir. Davacının önemli bir hususun mevcut olduğunu ortaya koyması veya önemsiz ve kötü niyetli bir dava olmadığını göstermesi veya davayı kazanmak yönünde makul bir başarı ihtimali sergilemesi ara injunction talebinin incelenmesi için yeterli olmaktadır¹⁸². İkinci aşama ise iki kademelidir. İlk kademe incelemesi davacının injunction verilmemesi halinde tazminat ile giderilmesi veya injunction verildikten sonra dava lehine sonuçlanan davalının uğrayacağı zararların tazminatla karşılanabilme imkânının değerlendirilmesi suretiyle yapılır. İki taraftan birinin zararlarının tazminatla giderilebileceği hususunda tereddüt varsa ikinci kademeye geçilerek tarafların çıkarları arasında denge incelemesi (“*balance of convenience test*”) yapılır¹⁸³.

İdari uyuşmazlıkların dava konusu edildiği yargısal denetim davalarında ise ara injunction verilmesinin kıstası tartışmalıdır¹⁸⁴. Olağan davaların (*ordinary*

¹⁷⁸ *R. v Kensington and Chelsea RLBC Ex p. Hammel* [1989] QB 518; *R. (JM) v Croydon LBC* (Practice Note) [2010] 1 WLR 1658.

¹⁷⁹ *Administrative Law: Judicial Review and Statutory Appeals*, The Law Commission, LAW COM.No.226, 1994, para. 1.10: *Re M* [1994] 1 AC 377 HL.

¹⁸⁰ *American Cyanamid Co. v Ethicon Ltd* [1975] AC 396.

¹⁸¹ Sunkin, **Remedies Available in Judicial Review Proceedings**, s.807.

¹⁸² Woolf et.al., **De Smith’s Judicial Review**, s.966.

¹⁸³ Nicholas Bamforth, “Interim Relief in the Public Law Context.” **The Cambridge Law Journal**, vol. 58, no. 1, 1999, s.2.

¹⁸⁴ Konu hakkında farklı yönde kararlar mevcuttur. Bazı kararlarda yargısal denetimde ara injunction kararı verilmesi hususunda uygulanacak kıstasın özel hukuk davalarından farklı olmadığına hükmedilmiştir.; *Smith v Inner London Education Authority* [1978] 1

proceedings) aksine yargısal denetim incelemesi izne tabidir. İzin talebi değerlendirilirken davacının iddiaları göz önünde bulundurulmakta ve tartışılmaya değer iddialar ortaya süren davacı lehine yargısal denetim izni verilmektedir¹⁸⁵. İzin değerlendirmesinde davacının iddialarının kuvveti hakkında yapılan incelemenin eşiğinin düşük olması sebebiyle yargısal denetimde ara injunction talep edildiği hallerde haklılığın *prima facie* ortaya konulması gerektiği yönünde görüşler mevcuttur¹⁸⁶. Ancak Lordlar Kamarası (*House of Lords*) *Factortame (No.2)* kararından kamu hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda da kıstasın davacının tartışılmaya değer bir iddia öne sürmesi gerekliliği olduğu anlaşılmaktadır¹⁸⁷.

Özel hukuk uyuşmazlıklarında ara injunction kararı verilmesi değerlendirilirken tarafların mali menfaatleri ölçülür. İdare hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda ise tazminatın bir tarafı tatmin etme ihtimali ara injunction kararı verilmesi hususu değerlendirilirken nadiren göz önünde bulundurulur veya hiç bulundurulmaz¹⁸⁸. İngiliz Hukukunda hukuka aykırı idari işlem çoğu durumda davacı lehine tazminat hakkı doğurmadığı gibi birçok durumda da işlemi iptal edilen idare, maddi zarara uğramaz¹⁸⁹. Dolayısıyla kamu hukuku uyuşmazlıklarında ara injunction kararı verilmesinde yapılan incelemenin ikinci aşaması tarafların menfaatlerinin dengelenmesinden (*balance of convenience*) ibarettir. İdare hukukunun niteliği gereği

All ER 411 kararında Brownde LJ; Meade v Herringey LBC [1978] 1 All ER 411 kararında Sir Stanley Rees.

¹⁸⁵ İkinci Bölüm, I, B.

¹⁸⁶ Smith v Inner London Education Authority [1978] 1 All ER 411 kararında Lord Denning M.R ve Geoffrey Lane LJ; Sierbein v Westminster City Council (1978) 86 LGR 431.

¹⁸⁷ R v Secretary of State for Transport, Ex p. Factortame Ltd (No.2) 1991 1 AC 603, HL; Auburn et.al., **Judicial Review: Principles and Procedure**, s.724.

¹⁸⁸ R. v Secretary of State for Transport Ex p. Factortame Ltd (No.2) [1991] 1 AC 603 at 672G-673B.

¹⁸⁹ Woolf et.al., **De Smith's Judicial Review**, s.966; Lewis, **Judicial Remedies in Public Law**, s.286; Auburn et.al., **Judicial Review: Principles and Procedure**, s.726.

mahkemenin sadece tarafların değil kamunun genelinin menfaatini de göz önünde bulundurması gerekir¹⁹⁰.

Yargısal denetim mekanizmasının varlık sebebi, idarenin hukuka aykırı işlemlerinin denetlenmesi olduğu için ara injunction kararı verilirken uyuşmazlıkla ilgili mevzuatın amacı da göz önünde bulundurulur¹⁹¹. Örneğin mevzuat hükmünün amacı idareye görev vererek kişileri korumaksa ara injunction verilmesi daha muhtemeldir. Aksine kamunun genelinin korunması amacını güden hükümlerin söz konusu olduğu durumlarda davacının ticari menfaatlerinin arka planda olacağı ifade edilir¹⁹². *Sierbein v Westminster City Council*¹⁹³ davasında davacının cinsel ürünler satma lisansı başvurusu reddedilmiştir. Bu işlem aleyhine ara injunction kararı talep edildiğinde mahkeme, dava neticesinde işlemin hukuka aykırı olduğuna karar verilse dahi davacının yoksun kaldığı kârı tazmin etme imkânı olmayacak olmasına rağmen ara injunction kararı vermeyi reddetmiştir.

Benzer şekilde bakanlığının çocukların korunması için pornografik yayın yapan şirketin yayınlarının yasaklanması yönündeki kararına karşı ara injunction talep edildiğinde, idare mahkemesi çocukların korunmasındaki yararın şirketin ticari yararının çok üstünde olduğu yönünde karar vermiş ve bu karar Temyiz Mahkemesi (*Court of Appeals*) tarafından onanmıştır¹⁹⁴. Aksi yönde sınır dışı etme işlemine

¹⁹⁰ Woolf et.al., **De Smith's Judicial Review**, s.966; Lewis, **Judicial Remedies in Public Law**, s.285; R. v Secretary of State for Transport Ex p. Factortame Ltd (No.2) [1991] 1 AC 603 at 673B-C; Belize Alliance of Conservation of Non-Governmental Organisations v Department of Environment of Belize [2003] 1 WLR 2839 at 35; R. v Ministry of Fisheries, Agriculture and Food Ex p. Monsanto Ltd. [1999] QB 1161 at pp.1172-1173; Auburn et.al., **Judicial Review: Principles and Procedure**, s.720; Smith v Inner London Education Authority [1978] 1 All ER 411 CA 422 Browne LJ, R. v Kensington and Chelsea RLBC Ex p. Hammel [1989] 1 QB 518 CA; Leyland/Anthony, **Textbook on Administrative Law**, s.437-438: "Ara injunction kararlarına özel hukukta ortaya çıkmış menfaat dengesi testi uyarınca hükmedilmektedir. Bu test de kamu hukuku uyuşmazlıklarında kamu yararı da gözetilmek suretiyle uyarlanmış şekilde uygulanır."

¹⁹¹ R. v Ministry of Fisheries, Agriculture and Food Ex p. Monsanto Ltd. [1999] QB 1161 DC.

¹⁹² Auburn et.al., **Judicial Review: Principles and Procedure**, s.728.

¹⁹³ (1978) 86 LGR 431.

¹⁹⁴ R. v Secretary of State for National Heritage Ex p. Continental Television BV [1993] 1 CMLR 387 at 398.

yönelik karar aleyhine talep edilen ara injunction talebi kabul edilmiştir. Davada mahkeme, işlemin muhatabı kişilere 72 saatlik bildirim yapılmaması, işlemin dayanağının kanun hükmünde kararname (*delegated legislation*) olması ve mahkeme kararının etkisinin genel düzenleyici işlemin uygulanmasına genel olarak etkisinin az olacağını göz önünde bulundurmuştur¹⁹⁵.

Ara injunction taleplerine dair içtihatla ortaya çıkmış bir diğer husus, davacının teminat göstermesine ilişkindir. Her ne kadar mevzuatta ara injunction karar verilmesi için teminat aranacağı hükmü bulunmasa da içtihatlar, davalının veya işleme güvenerek işlem yapan üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunması adına teminat istenmesini mümkün kılmaktadır¹⁹⁶. Ancak mahkemenin teminat talep edip etmemek konusunda da takdir yetkisi mevcuttur¹⁹⁷. Yargısal denetimde davalı idare olduğu için injunction kararı ile ortaya çıkma ihtimali olan zarar her durumda maddi veya belirlenebilir olmayabilir. Bu durumda teminat istenmemesi mümkündür¹⁹⁸.

Aleyhine ara injunction talep edilen işlemler üçüncü kişileri etkiler nitelikte olabilir. Bu kişiler dava konusu işleme güvenmiş olabilirler veya işleme dayanarak kendileri başka işlemler yapmayı düşünüyor olabilirler. Bu gibi durumlarda davacı, yargısal denetim başvurusunda üçüncü kişilere karşı işlem tesis edilmesinin önüne geçmek adına ara injunction talep edebilir¹⁹⁹. Davacının üçüncü kişilere karşı ayrıca özel hukukta olağan dava (*ordinary proceedings*) yoluyla dava açması gerekmemektedir. Ancak sadece idareye karşı ara injunction talep edildiği durumların aksine, ara injunction kararının üçüncü kişiler bakımından olumsuz mali sonuçlar doğurma ihtimali varsa davacıdan teminat istenir²⁰⁰.

¹⁹⁵ R (Medical Justice) v Secretary of State for the Home Department [2010] EWHC 1425 Admin.

¹⁹⁶ Michael Fordham, "Interim Relief and the Cross-Undertaking." **Judicial Review**, vol. 2, no. 3, September 1997, s.137.

¹⁹⁷ Cane, **Administrative Law**, s.304.

¹⁹⁸ Cane, **Administrative Law**, s.304.

¹⁹⁹ Auburn et.al., **Judicial Review: Principles and Procedure**, s.732.

²⁰⁰ Lewis, **Judicial Remedies in Public Law**, s.289.

Nihai injunction kararı gibi ara injunction kararı da icrâî bir karardır ve karara uyulmaması idarenin sorumluluğunu gerektirmektedir. Mahkeme davacının başvurusu üzerine veya olağan dışı durumlarda re'sen mahkeme kararının yerine getirilmemesi (*contempt of court*) sebebiyle gerekli işlemleri başlatabilir. Bu işlemler sonucu davalı hakkında para veya hapis cezası uygulanabilir. Aleyhine ara injunction talep edilen idare, mahkemeye belirli bir yönde davranacağına dair taahhütte (*undertaking in lieu of injunction*) bulunmayı tercih edebilir. Bu durumda idarenin taahhüdü de injunction kararı gibi bağlayıcı olur ve yerine getirilmemesi ara injunction kararıyla aynı sonuçları doğurur²⁰¹.

M v Home Office davasından sonra tadil edilen CPR 25. bölüm yargısal denetim davalarında ara tespit kararı verilmesinin önünü açmıştır Buna göre ara injunction yerine ara tespit kararı ile dava neticeleninceye kadar bakanın nasıl davranması gerektiği gösterecek şekilde tespit kararı verilebilir. Lordlar Kamarası (*House of Lords*), nihai injunction kararının sınırlı durumlarda uygulanması gerektiğini ve bakanların tespit kararına uyacaklarına karşı güven duyulması sebebiyle uygun hukuki çarenin tespit kararı olduğunu belirtmiştir²⁰². Ara kararlarda da bu yaklaşım kabul edilmiş ve istisnai durumlar haricinde merkezi idareye karşı ara injunction yerine ara tespit kararı verilmesi gerektiğine hükmetmiştir²⁰³.

b. Nihai Injunction Kararı

Injunction kararı sonucu bakımından zorlayıcı injunction ve yasaklayıcı injunction olarak ikiye ayrılmaktadır. Tesis edilmesi halinde hukuka aykırı olacak bir işlemin tesis edilmesinin engellenmesi veya tesis edilmiş işlemin uygulanmasının önüne geçilmesi yasaklayıcı injunction kararı ile; bir görevin veya yükümlülüğün gereğinin

²⁰¹ Auburn et.al., **Judicial Review: Principles and Procedure**, s.734.

²⁰² *M v Home Office* [1994] 1 AC 377.

²⁰³ Lewis, **Judicial Remedies in Public Law**, s.281.

yerine getirilmesi ise zorlayıcı injunction kararı ile temin edilir²⁰⁴. Zorlayıcı veya yasaklayıcı injunction kararı etki bakımından ayrıcalıklı yargı kararları olan zorlama ve yasaklama kararlarından farksızdır²⁰⁵.

Injunction talep edilen yargısal denetim davasında mahkeme, dava konusu işleme ve davalıya karşı ayrıcalıklı yargı kararı verilebilecek olmasını ve davanın tüm özelliklerini göz önünde bulundurarak adil ve elverişli olması halinde injunction kararına hükmeder²⁰⁶. Yargısal denetim usulüyle injunction talep edilebilmesi için uyuşmazlığın kamu hukukuna ilişkin olması gerekmektedir²⁰⁷. Ancak idari işlem denetim davasının özel hukuk haklarının da etkilendiği durumda mahkeme davacının yargısal denetim incelemesi yaparken özel hukuk haklarının korumak için aynı davada injunction kararı verebilir²⁰⁸.

(1) Yasaklayıcı Injunction

Yasaklayıcı injunction kararı kamusal organların *ultra vires* veya başkaca bir hukuka aykırılık sebebi kapsamında işlem tesis etmelerine engel olmak için verilmektedir. Bu doğrultuda yargısal denetim davasında idareye karşı talep edilen yasaklayıcı injunction kararının konu aldığı hukuka aykırılıklar yasaklama kararı (*prohibition*) ile aynıdır.

Yasaklama kararından olduğu gibi idarenin yetkisi dışında işlem tesis etmesine engel olmak için injunction kararı verilebilir. Bir davada kanunen genel ahlak veya toplumun

²⁰⁴ *Ultra vires* işleme karşı injunction kararı: R v. North Yorkshire CC Ex p. M [1989] QB 411; Kamusal görevin icrasını zorlamak için injunction kararı: R. v Kensington and Chelsea RLBC Ex p. Hammel [1989] QB 518; Lewis, **Judicial Remedies in Public Law**, s.277; Brian Thompson, Textbook on Constitutional and Administrative Law, 3.bs, Blackstone, Hampshire, 1997, s.444; Elliott/Varuhas, **Administrative Law**, s.439; Martin Westgate, “Declarations, Injunctions and Money and Restitutionary Remedies.” **Supperstone, Goudie & Walker: Judicial Review**, 5th ed., Croydon, Lexisnexis, 2014, s.645.

²⁰⁵ M v Home Office [1994] 1 AC 377.

²⁰⁶ 1981 tarihli Senior Courts Act m.31.

²⁰⁷ R v British Broadcasting Corporation Ex p. Lavelle [1983] 1 WLR 23.

²⁰⁸ Westgate, **Declarations, Injunctions and Money and Restitutionary Remedies**, s.649.

değerleriyle bağdaşmayan filmleri göstermemekle görevli Bağımsız Yayıncılık Kurumuna (*Independent Broadcasting Authority*) karşı bu yönde bir filmin yayınlanmasına engel olmak amacıyla yasaklayıcı injunction kararı verilmiştir²⁰⁹.

İdarenin usûlî yükümlülüklerle aykırı davranması halinde de injunction kararı verilebilir. Bir uyuşmazlıkta kamuya bildirim yapılarak ilgili bakanın itirazları değerlendirmesine imkân tanımak için getirilen usulü yükümlülüğe uyulmaması sebebiyle yasaklayıcı injunction kararı verilmiştir²¹⁰. Bir başka davada yerinden yönetimin, Romanlara bir arazide konaklamalarına dair verdiği izni Romanlara önceden haber vermeden, savunmalarını almadan ve karar organının itirazları dinlemesine imkân vermeden geri alması nedeniyle injunction kararı verilmiştir²¹¹.

Tesis edilmiş bir işlemin uygulanmasına engel olmak amacıyla da yasaklayıcı injunction kararı verilebilir. *R. v North Yorkshire CC Ex p. M*²¹² davasında mahkeme, çocuğa atanan vasiye danışmadan yerinden yönetimin çocuğun evlat edinilmesi hususunda verdiği kararı iptal etmiş ve bu kararın vasiye danışmadan uygulanmasını engellemek için yasaklayıcı injunction kararı vermiştir. Aynı şekilde bir yerel yönetim kuruluşunun bir okula ilişkin değişiklik yapılmasına dair hazırladığı hukuka aykırı taslağın uygulanmasını engellemek için yasaklayıcı injunction kararı verilmiştir²¹³.

(2) Zorlayıcı Injunction

Kamusal organların görevlerini yerine getirmelerini temin için başvuru olan olağan yargısal çare zorlama kararıdır. Ancak bu görevlerin icrasını temin etmek için kamusal organı belirli işlemleri yapmaya zorlayacak şekilde injunction kararı verilmesi de mümkündür²¹⁴. Buna ek olarak kamusal organa verilen görev davacı bakımından bir

²⁰⁹ Attorney General, ex rel McWhirter v Independent Broadcasting Authority (1973).

²¹⁰ Bradbury v Enfield LBC [1967] 1 WLR 1311.

²¹¹ R. v Brent LBC Ex p. MacDonagh [1990] COD 3.

²¹² [1989] QB 411.

²¹³ Lee v Enfield LBC (1967) 11 SJ 772.

²¹⁴ Lewis, **Judicial Remedies in Public Law**, s.279.

özel hukuk hakkı doğuracak nitelikteyse bu durumda yargısal denetim usulüyle değil olağan dava (*ordinary proceedings*) usulüyle injunction veya tazminat talep edilmesi gerekir²¹⁵. Ayrıca idarenin kanundan kaynaklanan pozitif yükümlülüğünün icrası için zorlayıcı injunction değil zorlama kararı verilmesinin uygun olduğu ifade edilmektedir²¹⁶. Bu gibi durumlarda zorlama kararı yerine zorlayıcı injunction kararı verilebilmesi için idareye yükümlülük yükleyen kanunun davacıya olağan dava (*ordinary proceedings*) yoluyla injunction talep etmesini mümkün kılacak bir hakkın varlığı gerekmektedir²¹⁷.

Zorlayıcı injunction kararı kamu hukuku alanında sınırlı etkiye sahiptir, zira injunction kararının asli fonksiyonu yasaklamaktır²¹⁸. Ayrıca, zorlayıcı injunction kararının ara karar olarak talep edilmediği durumlarda idareyi bir işlem tesis etmeye zorlayan özel bir karar olan zorlama kararının varlığı karşısında zorlayıcı injunction kararının mahkemeler tarafından nadiren tercih edildiği görülür²¹⁹. Ancak zorlayıcı injunction kararının, zorlama kararı (*mandatory order*) verilmesi mümkün olmayan olağan davalarda (*ordinary proceedings*) önem kazandığı ifade edilir²²⁰. Bahsedildiği üzere zorlama kararı ayrıcalıklı bir karar olması sebebiyle yargısal denetim usulüne mahsustur. Zorlama kararının aksine injunction kararı ise özel hukuk alanında doğmuş ve sonradan ayrıcalıklı yargı kararlarıyla aynı usul dairesinde talep edilebilir hale gelmiştir. Şayet davacı yargısal denetim usulüyle dava açıyor ve idareyi bir işlem tesis etmeye zorlamak istiyorsa bu amacı yerine getirmeye elverişli bir karar zaten mevcuttur. Dolayısıyla kamusal görevlerin yerine getirilmesinde, kamu hukukuna has bir usul olan yargısal denetim usulü kullanıldığında, kamu hukuku alanında ortaya çıkmış karar türü olan zorlama kararının (*mandatory order*) talep edilmesi daha uygun düşmektedir. Injunction kararı ise ortaya çıkışı ve genel uygulaması itibarıyla olağan

²¹⁵ Lewis, **Judicial Remedies in Public Law**, s.279.

²¹⁶ Woolf et.al., **De Smith's Judicial Review**, para.1002.

²¹⁷ Woolf et.al., **De Smith's Judicial Review**, para.1002.

²¹⁸ Stott/Felix, **Principles of Administrative Law**, s.156.

²¹⁹ Wade/Forsyth, **Administrative Law**, s.479.

²²⁰ Wade/Forsyth, **Administrative Law**, s.479

dava usulüyle ve özel kişilere karşı talep edilebilmektedir. Dolayısıyla idareye karşı yargısal denetim usulü dışında yargısal emir talep edilebildiği aşağıda açıklanan istisnai hallerde zorlayıcı injunction kararının uygulama alanı bulduğu savunulabilir.

Bu sınırlamaların yanında hakkında zorlama kararı verilmesi talep edilen görevin niteliği de önem arz eder. Mahkemeler, injunction kararının gereklerinin yerine getirildiği konusunda idarenin yakından denetlenmesi gereken durumlarda zorlayıcı injunction kararı verme taraftarı değildirler²²¹.

Bu sebeple *Att-Gen v Colchester Corporation*²²² davasında durdurulan feribot hizmetinin tekrar başlatılması yönünde zorlayıcı injunction kararı verilmemiştir. Benzer şekilde mahkemeler, idarenin görevini yerine getirmesi için yapması gereken işlemin kesin olarak belirtilmeye elverişli olmadığı durumda da zorlayıcı injunction kararı vermemektedirler²²³. Ayrıca mahkeme kararlarında ekonomik uyumsuzluklara ilişkin davalarda injunction kararı verilmesi hususunda çekimser davranılması gerektiği yönünde görüşlere rastlanır²²⁴.

Kural olarak zorlayıcı injunction devamlı görevlerin icrası için verilmemektedir. Örneğin bina yapımı veya tadili²²⁵, deniz ulaşımı hizmetinin sağlanması²²⁶, sektörel uyumsuzluklar nedeniyle posta dağıtımının yapılmaması²²⁷ gibi davalı tarafından kararın yerine getirilmesi için atılacak adımların mahkemece sürekli denetleyemeyeceği durumlarda zorlayıcı injunction kararı verilmemektedir. Mahkeme tarafından görevin yerine getirilmesi için verilecek zorlayıcı injunction kararının yerine getirilmesi için birçok işlem tesis edilmesi gerekeceği durumda bu işlemlerin

²²¹ Thompson, **Textbook on Constitutional and Administrative Law**, s.444.

²²² [1955] 2QB 207.

²²³ Meade v Haringey LBC [1979] 1 WLR 637.

²²⁴ Stephen (Harold) & Co v The Post Office [1977] 1 WLR 1172, Meade v Haringey LBC [1979] 1 WLR 637.

²²⁵ Att-Gen v Staffordshire CC [1905] 1 Ch. 336 at 342.

²²⁶ Att-Gen v Colchester Corp. [1955] 2 QB 207.

²²⁷ Stephen (Harold) & Co Ltd v Post Office [1977] 1 WLR 1172.

mahkemece etkili olarak denetlenmesi mümkün olmayabilecektir²²⁸. Bununla birlikte mahkemenin, kararın gereğinin yerine getirilmesi için idareye pozitif yükümlülük yüklemek yerine hizmetin aksatılmaması adına negatif yükümlülük yüklemesi mümkündür. *Warwickshire CC v British Railways Board* davasında trenle taşıma hizmetinin görülmeye devam etmesi için zorlayıcı injunction değil, hizmetin ihmal edilmesine engel olmak için yasaklayıcı injunction kararı verilmiştir.²²⁹

3. Injunction Kararının İdareye Karşı Yargısal Denetim Davaları Dışında Uygulaması

a. Kamusal Karakter İçeren Uyuşmazlıkların Yargısal Denetim Usulüyle Dava Konusu Edilmesi Kuralının İstisnası

Bahsedildiği üzere *O'Reilley v Mackman*²³⁰ davasında kamu hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda talep edilecek injunction kararlarının kural olarak yargısal denetim usulüyle talep edilmesinin gerekliliği kural olarak ortaya konulmuştur. *Cocks v Thanet District Council*²³¹ davasında, yerinden yönetim kuruluşunun evsiz kimselere barınma sağlama görevi uyuşmazlık konusu olmuştur. Dava tercihe edilen dava usulü itibariyle Lordlar Kamarası'nın (*House of Lords*) önüne gelmiştir. Kararda Lordlar Kamarası (*House of Lords*) yerel yönetim kuruluşunun kanundan kaynaklanan evsizlerin barınma ihtiyacının giderme görevinin kamu hukukuna dair olduğuna, yerel yönetimce evsiz bir kimsenin barına ihtiyacının giderilmesine gerek olduğuna dair verilecek kararın da ancak yargısal denetim usulüyle dava edilebileceğine karar vermiştir. Oysa yerel yönetim, evsiz bir kimse hakkında barına ihtiyacının karşılanmasına gerek olduğuna dair karar verdikten artık bu karar muhatap bakımından bir hak teşkil etmesi itibariyle olağan dava usulüyle dava konusu edilebilecektir. Uyuşmazlıkta yerel yönetimin davacı hakkında ihtiyaç sahibi olduğu ve barınma hizmeti sunulmasına hak

²²⁸ *Pride of Derby & Derbyshire Angling Association Ltd v British Celanese Ltd* [1952] Ch.149.

²²⁹ [1969] 1 WLR 1117.

²³⁰ [1983] 2 AC 237.

²³¹ [1983] 2 AC 286.

kazandığına dair bir tespiti olmadığı için olağan dava usulüyle açmış olduğu dava reddedilmiştir. Bu kararda yerinden yönetimin bir kimsenin ihtiyaç sahibi olduğu veya olmadığı yönünde vereceği karar salt kamu hukuku alanına dair olması itibariye yargısal denetim usulüyle dava edilmesi gerekmektedir.

Ancak kimi durumlarda uyuşmazlıktaki hukuki mesele salt kamu hukukuna ilişkin değildir. Davacının özel hukukta tanınan haklarından birisi hakkında mahkemece yapılacak değerlendirmenin bir kamu hukuku problemi içermesi halinde davacının özel hukuk hakkı kamu hukuku meselesine bağlı olarak dava konusu edilmektedir. (*collateral challenge*). Ancak bu kamu hukuku probleminin uyuşmazlığın çözümünde tali kalması gerekmektedir. *Roy v Kensington and Chelsea and Westminster Family Practitioner Committee*²³² davasında bir pratisyen aile hekiminin sözleşmeye aykırılık iddiası dava konusu olmuştur. İlgili mevzuat uyarınca pratisyen aile hekimlerinin mesailerinin önemli kısmını Ulusal Sağlık Sistemi (*National Health Service*) hizmetlerine ayırmadığı durumda temel ücretin tamamına hak kazanmayacakları yönündedir. USS'ye ayrılan mesainin derecesini tayin etme yetkisi de Aile Hekimleri Komitesine (*Family Practitioner Committee*) bırakılmıştır. FPC davacının mesaisinin önemli kısmını NHS hizmetlerine ayırmadığına karar vermiş ve ücretini %20 oranında azaltmıştır. Bu işleme karşı davacı yargısal denetim usulüyle değil olağan dava usulüyle sözleşmeye aykırılık iddiasıyla dava açmıştır. Derecetten geçerek Lordlar Kamarası'nın (*House of Lords*) önüne gelen davada Lordlar Kamarası (*House of Lords*) salt kamu hukukunu ilgilendiren uyuşmazlıkların yargısal denetim usulüyle dava konusu edilmesi gerektiğini, ancak bir özel hukuk hakkının değerlendirilmesinin bir kamu hukuku meselesinin (AHK kararı) de incelenmesini gerektirdiği durumda olağan dava usulünün kullanılmasının usulün dolanılması (*abuse of procedure*) teşkil etmeyeceğine hükmetmiştir.

Özel hukuku hakkının kamu hukuku meselesine bağlı olması (*collateral challenge*) dışında tercih edilen dava usulünün mahkemede, usulün dolanılması (*abuse of*

²³² [1992] 1 AC 624

procedure) teşkil etmediği kanaati uyandırması halinde kamu hukuku karakteri barındıran uyuşmazlıkların olağan usulle dava konusu edilmesine izin verilmektedir. *Mercury Communications Ltd v Director General of Telecommunications*²³³ (1996) kararında 1984 tarihli Telekomünikasyon Kanunu kapsamında lisans sahibi iki şirket arasındaki anlaşma neticesinde kullanılması gereken dava usulü uyuşmazlık konusu olmuştur. Şirketlerden birisinin lisansında öngörülmüş olan bir şart sebebiyle iki şirket hizmet sunumu konusunda anlaşma imzalamıştır. Söz konusu anlaşmada, taraflardan birisinin sözleşmenin temelini oluşturan şartlarda esaslı değişiklik gerçekleştiğine kanaat getirmesi halinde sözleşme hükümlerinin tekrar inceleneceğine ve uyuşmazlık noktalarının İletişim Genel Müdürüne (*Director General of Telecommunications*) havale edileceğine dair hüküm yer almıştır. Bu hüküm kapsamında kendisine intikal eden uyuşmazlık noktalarında Genel Müdür tarafından karar vermiştir. Verilen karardan memnun kalmayan sözleşmenin bir tarafı olağan dava yoluyla işleme karşı dava açmış ve karşı taraf bunun usulün dolanılması olduğunu iddia etmiştir. Uyuşmazlık Lorlar Kamarasının önüne geldiğinde mahkeme, her ne kadar İletişim Genel Müdürlüğü (*Director General of Telecommunications*) makamı kanunla kurulmuş ve kanundan kaynaklanan yetkileri kullanıyor olsa da uyuşmazlığın esasını iki özel hukuk kişisi arasında akdedilen bir sözleşmenin teşkil etmesi itibarıyla yargısal denetim usulünün kullanılmamasının usulün dolanılması anlamına gelmediğine karar vermiştir.

Yukarıda zikredilen kararlar injunction kararı özelinde bir değerlendirme içermekten ziyade kamusal karakter içeren uyuşmazlıkların dava konusu edilmesinde takip edilmesi gereken dava usulüne ilişkindir. Ancak injunction kararı özel hukuk kökenli bir yargı kararı olması sebebiyle konusu kamu hukukunu ilgilendirse de olağan dava usulüyle açılan davalarda talep edilmesi mümkündür. Buna karşın ayrıcalıklı karar türleri olan yasaklama ve zorlama kararları ancak yargısal denetim usulüyle talep edilebilirler. Bahsi geçen *Cocks v Thanet District Council*²³⁴ davası üzerinden örnek

²³³ [1995] UKHL 12

²³⁴ [1983] 2 AC 286.

verilecek olursa, yerel yönetimin kişinin ihtiyaç sahipliği hakkında vereceği müspet veya menfi tespit salt kamu hukuku karakteri barındırmaktadır. Bu sebeple kararda ifade edildiği üzere ancak yargısal denetim usulüyle dava konusu edilebilir. Yerel yönetimin kişinin ihtiyaç sahibi olmadığı yönünde bir karar aldığı varsayımında kişi, eğer idarenin bağlı yetkisi söz konusuysa yargısal denetim davasında talep edeceği zorlama veya zorlayıcı injunction kararıyla kendisi hakkında ihtiyaç sahibi olduğuna yönelik bir karar alınmasını sağlayabilir. Yerel yönetim kişinin ihtiyaç sahibi olduğunu tespit etmiş, ancak sağlaması gereken hizmeti sağlamıyorsa bu durumda kişi yargısal denetim usulüyle talep edeceği zorlama veya injunction kararıyla ya da olağan dava usulüyle talep edeceği injunction kararıyla idarenin görevini yerine getirmesini temin edebilir.

b. Yetki Gaspı ve Injunction

Kamusal makam işgal ettiği iddiasında bulunan kişilere karşı yetki gaspı iddiasıyla başlatılacak süreç 1938 yılına kadar yetki sorgulaması (*quo warranto*²³⁵) adı ile anılmaktaydı. Bu tarihten sonra *quo warranto* müessesesi kaldırılarak yerine özel bir tür injunction getirilmiştir²³⁶. Böylece hukuki çarenin esası değişmemekle birlikte formunda değişiklik meydana gelmiştir²³⁷. 1981 tarihli *Senior Courts Kanunu* m.30 uyarınca belirli kamusal makamları işgal edenlere karşı verilecek tespit ve injunction kararlarını düzenlemektedir. Kamusal ve daimî nitelikte olan, Kraliyet bünyesinde bulunan veya kanun ya da Kraliyet fermanıyla kurulmuş herhangi bir makamı hukuka aykırı şekilde işgal eden kişiye karşı Yüksek Mahkeme (*High Court*) işlem yapmasını engelleyecek şekilde injunction kararı verebilir veya makamın boş olduğu yönünde tespit kararı verebilir. SCA 1981 m.31(1)c uyarınca bu yönde bir karar verilmesi için

²³⁵ Eski Latince “by what warrant?” hangi yetkiye dayanarak ifadesine karşılık gelmektedir.: (Çevrimiçi), <https://www.merriam-webster.com/dictionary/quo%20warranto>, 30 Aralık 2020.

²³⁶ 1938 tarihli Administration of Justice (Miscellaneous Provisions) Act s.9; 1981 tarihli Senior Courts Act m.30.

²³⁷ Craig, **Administrative Law**, s.816.

yapılacak başvurunun m.31(2) kapsamında yargısal denetim usulüyle yapılması gerekir.

Yerel yönetimlere ilişkin olarak 1972 tarihli Mahalli İdareler Kanunu²³⁸ m.92(5) uyarınca bir yerinden yönetim kuruluşunun karar organı üyesi olarak işlem tesis eden kimselere karşı maddede düzenlenen başvuru yoluyla Yüksek Mahkeme'den (*High Court*) bu kimselerin görevli olmadıklarına dair tespit kararı ve işlem yapmalarını yasaklayacak şekilde injunction kararı alınması mümkündür.

c. Başsavcı Adına Dava Açılması (*Relator Action*)

Yasaklama ve zorlama kararları ayrıcalıklı yargı kararları olmaları itibariyle sadece yargısal denetim usulüyle talep edilebilir. Ancak injunction kararı, özel hukuk kökenli bir yargı kararı olduğu için yargısal denetim davaları dışında da uygulaması olan bir karar türüdür. Buna karşın idareye karşı olağan dava (*ordinary proceedings*) yoluyla injunction talep edilebilmesi dava konusu uyuşmazlığın *O'Reilley v Mackman* davasında ortaya konulan prensibin istisnası kapsamında kalması gerekmektedir.

Bu hallerden birisi de “*kamu yararının koruyucusu*” olarak nitelendiren başsavcıya (*attorney general*) ilişkindir²³⁹. Başsavcı (*attorney general*) tarafından açılan davalar, yargısal denetim usulüyle değil olağan dava (*ordinary proceedings*) yoluyla açılır ve davanın konusu kamu hukukuna dair olsa da başsavcı (*attorney general*) tarafından dava açılması halinin *O'Reilley v Mackman* davasında ortaya konulan kamusal özellik arz eden uyuşmazlıkların yargısal denetim usulüyle dava konusu edilmesi prensibinin istisnalarından birisini oluşturduğu kabul edilmektedir²⁴⁰.

Başsavcı (*attorney general*), kamusal hakları ve menfaatleri korumak veya idarelerin hukuka aykırı işlem yapmasına engel olmak adına re'sen bazı yetkiler kullanabilir. Başsavcı (*attorney general*), herhangi bir kişi veya topluluğa karşı, kamu yararının

²³⁸ Local Government Act 1972.

²³⁹ Att-Gen v Independent Broadcasting Authority [1973] 1 All E.R. 689 CA.

²⁴⁰ Lewis, *Judicial Remedies in Public Law*, s.129.

korunması adına injunction talep etmek konusunda dava ehliyetine sahiptir²⁴¹. Hukuka aykırılığın önlenmesi amacıyla idareye karşı da bu yetkisini kullanabilir. Özellikle kimsenin dava ehliyeti olmadığı durumlarda bu yetki önem arz eder²⁴². Başsavcı (*attorney general*) aynı zamanda bir kişinin girişimiyle de dava açabilir. *Relator action* adı verilen bu davalarda dava başsavcı (*attorney general*) adına açılmaktadır ancak davanın takibini başsavcıya (*attorney general*) başvuran kişi yapmaktadır. Şu husus da atlanmamalıdır ki günümüzde yargısal denetimde dava ehliyetinin geniş yorumlanması sebebiyle başsavcı (*attorney general*) izniyle dava açılmasına olan ihtiyacın ortadan kalktığı da doktrinde savunulur²⁴³.

4. Merkezi İdareye Karşı Injunction Kararı

1947 tarihli Crown Proceedings Act m.21(2) uyarınca Kraliyet görevlilerine karşı medeni hukuk yargılamalarında injunction verilmesi mümkün değildir. Eski kararlarda medeni hukuk yargılaması idare hukuku uyuşmazlıklarını konu alan yargısal denetim sürecini de kapsayacak şekilde yorumlanmıştır. Bu engel *Factorame* ve *M v Home Office*²⁴⁴ kararları ile ortadan kalkmıştır. *Factortame* davasında 1988 tarihli Merchant Shipping Act dava konusu olmuştur. İlgili kanun kapsamında sicile kaydı yapılmak istenen gemilerin sahiplerine İngiliz vatandaşlığı şartı getirilmiştir. Bazı İspanyol balıkçılar bu hükmün, Avrupa Birliği mevzuatına aykırı olduğunu ileri sürerek ara injunction talep etmişlerdir. Lordlar Kamarası (*House of Lords*) bu yönde bir injunction kararı verilmesinin Crown Proceedings Act m.21'e aykırı olacağı ve egemen parlamentonun işlemini askıya almak anlamına geleceğine hükmederek talebi reddetmiş ancak davacıların itirazları üzerine konu Avrupa Adalet Divanına ("AAD") iletilmiştir. AAD'nin davacıların etkin korumadan yararlanmaları için AB mevzuatına

²⁴¹ Thompson, **Textbook on Constitutional and Administrative Law**, s.444.

²⁴² Lisa Webley, Harriet Samuels, **Complete Public Law**, 4.bs, Oxford, Oxford University Press, 2018, s.627.

²⁴³ Wade/Forsyth, **Administrative Law**, s.496.

²⁴⁴ 1994 1 AC 377.

aykırı hükümlerin uygulanmaması gerektiği yönündeki hükmünün²⁴⁵ ardından Lordlar Kamarası (*House of Lords*), önceki kararından dönerek bu yönde bu uyuşmazlık için injunction kararı verilebileceği yönünde hüküm tesis etmiştir²⁴⁶. Böylece Avrupa Birliği mevzuatından kaynaklanan uyuşmazlıklarda bakanlara karşı injunction kararı verilmesinin önü açılmıştır.

M. v Home Office davasında ise Kraliyet görevlilerine karşı injunction kararı verilebilmesi AB hukuku dışında da uygulanacağı kabul edilmiştir. Bununla birlikte kararda, merkezi idareye karşı injunction verme yetkisinin nadiren kullanılması gerektiği, çoğu durumda tespit kararının uygun karar olacağı ifade edilmiştir.

5. Injunction Kararının Uygulanması

Injunction kararı, kararın içeriği, şartları ve süresi bakımından esnek uygulamaya elverişli bir karardır. Mahkeme, injunction kararının içeriğini belirlemek ve uygun gördüğü şartlara tabi kılmak konusunda takdir yetkisine sahiptir²⁴⁷. Yargılama neticesinde verilecek injunction kararının süresiz olma zorunluluğu bulunmaz. Injunction kararı belirli bir süre için verilebilir veya uzatılması için başvuru imkânı tanıyacak şekilde süreli verilebilir. Keza davalı tarafından yapılması öngörülen işlemler yapılıncaya kadar süresiz olarak verilebileceği gibi; davalı tarafından belirli işlemlerin yapılmasına imkân vermek üzere sonradan etki doğuracak şekilde de verilebilir²⁴⁸. Injunction kararının içerik ve şartlar bakımından esnekliği, dikkat çekildiği üzere zorlama ve yasaklama kararlarına karşı avantaj sağlamaktadır²⁴⁹.

Diğer icrâî kararlarda olduğu gibi idarenin kararın gereklerini yerine getirmemesi *contempt of court* teşkil eder. Ancak yine yukarıda bahsedilen karar türlerinde olduğu

²⁴⁵ Case C-213/890.

²⁴⁶ Leyland/Anthony, **Textbook on Administrative Law**, s.438.

²⁴⁷ Woolf et.al., **De Smith's Judicial Review**, para.1002.

²⁴⁸ Bailey/Cross/Garner, **Cases and Materials in Administrative Law**, s.516; Woolf et.al., **De Smith's Judicial Review**, para.1002.

²⁴⁹ Woolf et.al., **De Smith's Judicial Review**, s.1002.

gibi idarenin kararın gereklerini kendisinin yerine getireceğine olan güven sebebiyle elzem olmayan hallerde injunction kararı da tercih edilmemektedir. Injunction kararı verilmesi halinde dahi idareye veya kararın muhatabı olan kamu görevlisine kararla birlikte karara aykırı davranması halinde yaptırıma maruz kalacaklarına dair bildirim gönderilmesi tercih edilmez²⁵⁰. Kararın ısrarla uygulanmaması halinde bildirimle birlikte ek karar tebliğ edilebilir. Davacı mahkeme kararının uygulanmayacağı kanaatindeyse, davacının mahkemeden davalıya bu yönde bir bildirim gönderilmesi için talepte bulunması gerekir²⁵¹.

Bakanlar aleyhine verilen injunction kararlarına uyulmaması durumunda da mahkeme kararının yerine getirilmemesi (*contempt of court*) teşkil edebilir²⁵². Bakanlara karşı verilen injunction kararlarına uyulmaması halinde bakana karşı cezai yaptırım uygulanamayacağı ancak tazminata hükmedilebileceğini söylemiş olsa dahi bu yetkinin bile çok sınırlı durumlarda uygulanması gerektiğini eklemiştir²⁵³.

Yargısal denetim davalarında nihai injunction kararlarına sıklıkla hükmedilmez. Yasaklama ve zorlama kararlarının sadece yargısal denetim davasına has olması sebebiyle nihai karar olarak bunların daha uygun olduğu ve uygulamada da davacıların nihai karar olarak çoğunlukla yasaklama ve zorlama kararı talep ettikleri ifade edilir²⁵⁴.

III. Yargısal Emir Müessesesine İlişkin Değerlendirme

İdari yargılama hukuku üç erkin de aktör olarak sahada olduğu bir alandır. Yargı, yasamanın iradesi çerçevesinde yürütmenin işlemlerinin hukuka uygunluk denetimini gerçekleştirir. Yürütme günlük ihtiyaçlara hızlı cevaplar verebilmek için serbestiye ihtiyaç duyar. Yasamanın tüm koşulları öngörmesi mümkün değildir. Bu sebeple

²⁵⁰ Westgate, **Declarations, Injunctions and Money and Restitutionary Remedies**, s.653.

²⁵¹ R (JM) v Croydon LBC [2010] PTSR 866; R (Lamari) v Secretary of State for the Home Department [2012] EWHC 1895.

²⁵² Leyland/Anthony, **Textbook on Administrative Law**, s.437.

²⁵³ *M v Home Office* 1994 1 AC 377.

²⁵⁴ Auburn et.al., **Judicial Review: Principles and Procedure**, s.763.

idarenin takdir yetkisi vardır. Ancak idareye tanınan serbesti, hukuka aykırı hatta keyfi kullanım riski barındırır.

Yasama kimi durumda iradesini, idareye daha geniş takdir yetkisi tanımak veya üzerindeki yargı denetimini sınırlamak yönünde kullanmakta kimi zamansa idarenin hukuka aykırı uygulamalarına engel olmak saikiyle düzenleme getirmektedir. Yasa koyucunun idari işlemlerin denetimini sınırlamak yönünde irade serdettiği durumlarda ise yargı ilgili hükümleri içtihadıyla dar yorumlamak suretiyle idareyi hukuk alanında tutmaya çalışmaktadır. İngiltere özelinde idari işlemlerin yargısal denetimini sınırlandıran kanun hükümleri yargı tarafından dar yorumlanarak idare üzerinde yargısal denetim yetkisinin muhafaza edilmeye çalışılmasının örnekleri mevcuttur. Hukuk devletlerinde idarenin yargısal denetimi idarenin hukuk dairesi içerisinde kalmasını temin etmek işlevine hizmet eder. Nihai amaç aynı olsa da hukuk sistemleri ve yargılama usulleri arasında farkların olması kaçınılmazdır. İngiltere’de hukukumuzdan farklı olarak mahkemenin idareye emir verme yetkisi kabul edilir. Talep edilen emre hükmedilirken izlenecek olan usul olan davalar ve yargılama usulü bakımından ise çeşitli benzerlikler söz konusudur. Öncelikle birinci bölümde ifade edilmeye çalışıldığı üzere İngiltere’de de farklı, kendine özgü, bazı açılardan etkili bir idare hukuku ve idari yargılama hukuku mevcuttur. İdari uyuşmazlıkları incelemekle görevli ihtisas mahkemesi idare hukukunu, idari yargılama hukuku ile tatbik ederek yargısal emirlere hükmeder.

Hukuk sistemleri arasındaki benzerlik ve farkların tahlili, yabancı bir hukuk sisteminden bir müessesenin alınmasında önem arz etmektedir. Bu çalışma Türk İdari Yargılama Hukukuna alınması gündeme gelebilecek bir müessese olarak İngiltere’de Mahkemenin idareye yargısal emir verme yetkisini konu almaktadır. Bu kapsamda söylenebilir ki idari yargılama hukuku, sistemi içerisindeki aktörlerin birbirlerini itmesi çekmesi ve törpülemesi yoluyla anlamlı bir bütün oluşturur. Başka bir hukuk düzeninden ithal edilmesi düşünülen kurumun, kendi sisteminde gösterdiği başarıyı göstermesi için ithal edilecek sistemle de uyumlu olması gerekir. Hukuk sistemi kendi içerisinde bir bütün teşkil eder. Sistem içerisinde bir müesseseyi o sistemin genel

özelliklerinden bağımsız olarak değerlendirmek mümkün değildir. Aynı şekilde o müesseseyi sistemin geri kalanından soyutlayarak farklı bir sisteme uyarlamak mevcut sistemin işleyişini bozabilir. Zira ithali düşünülen kurumun, kendi ait olduğu sistemde eksiklikleri, aksaklıkları ve sakıncaları sistemin başkaca unsurları tarafından karşılanıyor olabilir. Aktarılacağı sistemde içinde barındırdığı sakıncaları karşılayacak mekanizmaların olmadığı durumda müessesenin yeni hukuk sistemine adapte edilmesini gerektiren ihtiyacı karşılayamayacağı gibi yeni sorunlara yol açabilir. Bunun önüne geçebilmek için yargısal emir mekanizmasının içinde bulunduğu sistemin genel özelliklerinin incelenmesi zorunludur.

İngiliz idari yargılama hukukunda mevcut olan yargısal emirlerden ve diğer yargılama hukuku müesseselerinden Türk hukukunun nasıl faydalanabileceği değerlendirilirken sadece yargısal emirlerin işlevine bakmak yeterli olmaz. Yargısal emirlerin arka planında yargısal emirlerin uygulamasını etkileyen bir sistem mevcuttur. İşbu çalışmada da yargısal emirin Türk idare hukukuna ithal edilebilecek bir kurum olup olmadığının daha isabetli tespiti için İngiliz idari yargılama hukuku mercek altına alınmıştır. Bu sistemin önem arz eden özellikleri yargısal denetimin son çare olması itibarıyla yargının iş yükünün az olması, yargısal denetimin ve yargısal emirlerin takdiri olması, idarenin işleyişinin korunmasına özen gösterilmesi, yargısal emirlere uyumun mahkeme tarafından takip edilmesi olarak gösterilebilir.

Yargısal emrin Türk İdari Yargılama sistemiyle uyumlu çalışma ihtimalinin değerlendirilmesinde her iki sistemde benzer kaygıların mevcut olmasının ve benzer amaçların güdülüyor olmasının incelenmesi gerekmektedir. İngiltere'deki sistemin, Türkiye'ye adapte edilmesi ihtimalinde yargı teşkilatı, mahkemenin yargılama politikası, yargısal emir müessesesinin faydaları, zararları ve zararlarını dengeleyen başkaca uygulamaların göz önünde bulundurulması gerekir. Bu kapsamda aşağıda başlıklar halinde İngiliz ve Türk idare hukukunun mevcut durumları resmedilmeye çalışılacaktır:

1. **İş yükü:** Bahsedildiği üzere İngiltere’de idari uyuşmazlıklarda asıl iş yükü tribunaller tarafından üstlenir. Tribunaller ise yargısal emir verme yetkisini haiz değildir. Tribunallerin iş yükü ülkemizde ilk derece idare mahkemelerinin iş yükü ile yargısal emir verme yetkisi olan Yüksek Mahkeme’nin (*High Court*) iş yükü ise Danıştay’ın iş yükü ile benzerlik gösterir. Dolayısıyla tribunallerin İngiltere’de ülkemizdeki ilk derece idare mahkemelerinin görevini gördüğünü kabul edildiğinde; yargısal emir verme yetkisi tanınması, idare mahkemelerini ayrı bir iş yükü altına sokmak anlamına geleceği ifade edilebilir. Kaldı ki yargısal emir verme yetkisi olan Yüksek Mahkeme (*High Court*) önünde yargısal denetim davası açılması da İngiltere’de yine zikredildiği üzere izne tabidir. Bu izin aşaması, başvuruların büyük çoğunluğunun elenmesi ve Danıştay’a kıyasla İngiltere’de Yüksek Mahkeme (*High Court*) huzurunda çok az sayıda uyuşmazlık karara bağlanması sonucunu doğurur. Ayrıca tribunallerin tam anlamıyla ilk derece idare mahkemesi görevi gördüğünü söylemek de mümkün değildir. Yargılama süreçleri ve yetkileri, yetki aldıkları kanuna göre değişmektedir. Ayrıca tribunallerde birel işlemlerin yargılaması yapılmakta genel düzenleyici işlemler tribunal yargılamasına konu olmamaktadır.

2. **Yargılama yöntemindeki fark ve mahkemenin takdir yetkisi:** İngiltere’deki hukuk sistemi incelendiğinde, sistemin temel özelliğinin uyuşmazlık özelinde “*uyuşmazlığa özel dikim*” karar vermeye elverişli yapısı göze çarpar. İngiltere yargılama sistemi müesseseleri hâkimlere idari uyuşmazlığı adaletin gerektirdiği ve her iki taraf arasında menfaat dengesini gözeterek uyuşmazlığın muhteviyatına en uygun şekilde çözmek için imkânlar sunar. Ancak bu imkânların mevcut olması da tek başına yeterli değildir. Mevcut iş yükü Türkiye ile karşılaştırıldığında Türk idare mahkemeleri, İngiltere yargılama sisteminin İngiliz hâkimlere tanıdığı imkânlarla sahip olsa yine de işin altından kalkmaları mümkün gözükmemektedir. Hatta bu imkânların kullanılmasının yargılama sürecini uzatacağı dahi savunulabilir. İngiltere’de hâkim, davadan

el çekmeksizin idarenin hukuka aykırı davrandığını tespit ederek icrâ bir karar vermeden önce hukuka aykırılığın giderilmesi için idareye imkân tanıyabilirken; Türkiye’de idare mahkemesi hukuka aykırılığı tespit etmekle işlemin iptaline veya tazminata hükmederek davadan el çekmek durumundadır. Ayrıca hukukumuzda yargı kararlarına uyumun takip edilmesi için kurgulanmış bir sistem de mevcut değildir. Dolayısıyla İngiltere’de mahkeme gerçekten uyuşmazlığı çözerken ülkemizde mahkeme davayı neticelendirmektedir.

3. *İdari yargının işleyişine dair ortak kaygılar:* Her iki ülke arasında ortak olan bir husus da yargısal emrin yargı yürütme ilişkisine etkisidir. Türkiye’de idari işlem yerine geçecek şekilde yargı kararı verilemeyeceği anayasa hüküm altına alınmıştır (AY m. 125/4). Yargısal emri kabul eden İngiltere’de bu yönde bir kaygının olmadığı ise savunulamaz. Yazılı bir anayasası olmasa da İngiltere’de de erkler ayrılığı kabul edilmekte ve yargı ile yürütme arasında sürtüşme çıkabilmektedir. Her ne kadar Türkiye’de olduğu gibi mevzuatla yasaklanmış olmasa da mahkemenin otokontrolü, yargının yürütme alanına girmesine engel olmaktadır. Sıklıkla ifade edildiği üzere İngiltere’de yargı idarenin mahkeme kararını yerine getireceğine duyulan güven sebebiyle nadiren yargısal emir verildiği tez boyunca ortaya konulmaya çalışılmıştır. Bu kapsamda idarenin siyasi sorumluluğuna daha çok önem verildiğinin bir kez daha altı çizilmelidir.

4. *Yargısal emir Türkiye için bir çözüm olabilir mi?:* Bu sorunun cevabı için öncelikle yargısal emir müessesesini Türkiye’ye ithal ederek ulaşılmak istenen sonucun ne olduğu tespit edilmelidir. Eğer yargı kararlarının uygulanmasını temin edecek bir araca sahip olmaksızın yargısal emrin ulaşılmak istenen bu sonucu temin için makul bir araç olmadığı ifade edilmelidir. Kaldı ki yargısal emrin Türk idare hukuku sistemine dahil ile mahkeme kararlarının uygulanması sorununun çözüleceği beklentisi de gerçekçi olmaktan uzaktır. İngiltere’de yargı kararlarının uygulanmasını temin eden ilk husus, idarenin

siyasi sorumluluğudur²⁵⁵. Bu kapsamda idare seçmenlerin desteğini kaybetmemek saikiyle öncelikle hukuka aykırı davranmaktan kaçınacak, hukuka aykırı bir işlem tesis ettiği yargı kararıyla sabit olursa da kararın gereklerini başkaca bir işleme gerek kalmaksızın uygulayacaktır. İdarenin yargı kararlarına uymasını temin eden ikinci etmen kararın uygulanmaması halinde karşı karşıya kalacakları hukuki ve cezai sorumluluktur. İngiltere’de uygulanması gereken yargı kararlarına (*coercive remedies*) aykırı davranılması, mahkeme kararının yerine getirilmemesi (*contempt of court*) halini teşkil eder. Bu halde mahkeme kararının gereklerini yerine getirmeyen görevlilere karşı para ve hapis cezası uygulanması mümkündür. Dolayısıyla yargısal emirin, yargı kararlarının uygulanmasını temin eden bir müessese olduğu varsayımının sorgulanması icap eder. Kanaatimizce yargısal emir mahkeme kararların uygulanmasını temin eden değil uygulamayı gösteren ve kolaylaştıran bir kurumdur. Uygulandığı ülkeden bağımsız olarak yargısal emir ancak kararların uygulanmaması değil nasıl uygulanması gerektiği konusunda tereddüt yaşayan idarelere yol gösterici mahiyette, kolaylaştırıcı bir araçtır. Zira müessesenin asli fonksiyonu mahkeme kararını uygulamaya yanaşmayan idareyi icbar etmek değildir. Yargısal emir müessesesinin olduğu ülkelerde dahi yargı kararına uyulmamasının neticesinde ceza hükümlerinin olması bizatihi buna işaret eder. Yargısal emir tek başına kararlara uyulmasını temin edebiliyor olsa idi İngiltere’de *contempt of court*, Fransa’da *astreinte* müessesesine gerek kalmayacağı açıktır.

Bir müessesenin etkili uygulanacak şekilde alınabilmesi için onun içinde büyüdüğü şartların da dikkate alınması gerekir. Dolayısıyla bir müessesenin başka bir hukuk sistemine ithalinde müesseseyi olduğu gibi almak yerine, onun yaklaşım ilkesini esas alarak, ithal eden hukuk sisteminin kendi sistemi içinde bu ilkelere göre bir çözüm geliştirmesinin gerekli olduğu ifade edilebilir. Ülkemiz bakımından yargısal emri

²⁵⁵ Peter Cane, **Constitutional Basis of Judicial Remedies**, s.253-254

hukukumuzda yargı kararlarının uygulanmasını sağlayacak sihirli bir değnek olarak görmemek icap eder. Yargısal emrin hukuk sistemimizde beklenen sonuçları verebilmesi için sakıncalarının bertaraf edileceği ve aksaklıklarının giderileceği bir sistem oluşturulması gerekmektedir.



SONUÇ

İngiltere’de idarenin yargısal denetimi yüzyıllar önce kral tarafından verilen fermanların mahkemelere devredilmesi ve mahkemelerin içtihatlarıyla yargı kararı halini alan fermanları geliştirerek bir sistem haline getirmesiyle günümüzdeki halini almıştır. Temellerinde Kraliyet fermaları olması sebebiyle iptal (*certiorari*), yasaklama (*prohibition*) ve zorlama (*mandamus-mandatory order*) kararları ayrıcalıklı (*prerogative orders*) olarak isimlendirilmektedir. Bu ayrıcalıklı kararlar tarih boyunca birbirlerinden büyük ölçüde bağımsız olarak gelişmiştir ve tarihi geçmişlerinden kaynaklanan kimi özelliklerini günümüzde korumaktadırlar. Ülkemizdeki idari davaya benzetilebilecek bir dava usulü ancak 1977 yılında ihdas edilmiştir. Yeni getirilen bu usule de yargısal denetim (*judicial review*) ismi verilmiştir. Tarih boyunca adı geçen ayrıcalıklı kararları verme yetkisini haiz mahkeme olan King’s/Queen’s Bench mahkemesi yargısal denetim usulünün oluşturulmasıyla bu yetkisini kaybetmemiş, yargısal denetim başvuruları da görev alanına dahil olmuştur. Ancak King’s/Queen’s Bench mahkemesi sonradan kanunla kurulan Yüksek Mahkeme (*High Court*) teşkilatına dahil edilmiş ve Yüksek Mahkeme’nin (*High Court*) bir alt birimi halini almış ve adı Queen’s Bench Division olarak değiştirilmiştir. Yargısal denetim davalarını ve idare hukuku özelliği barındıran diğer uyuşmazlıkları incelemekle görevli bir ihtisas birimi olan İdare Mahkemesi (*Administrative Court*) de Queen’s Bench Division içerisinde oluşturulmuştur. Dolayısıyla günümüzde geline nokta itibarıyla İngiltere’de yargı birliği içerisinde, özel hukuk uyuşmazlıklarından ayrı bir yargılama usulüne tabi olarak idare hukuku kurallarını uygulayan bir ihtisas mahkemesi mevcuttur. Bu haliyle İngiltere idari rejimi benimseyen hukuk sistemlerine oldukça yaklaşımıştır.

Son 50 yılda yaşanan gelişmeler ve reformlarla İngiltere idari rejim uygulanan ülkelere benzemiş olsa da yargısal denetim davaları ülkemizde çeşitli yönleriyle farklılık arz etmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki yargısal denetim başvurusunda bulunan davacının davasının incelenebilmesi mahkemenin iznine tabidir. Yargısal denetim izin süreci ülkemizde idari davalarda mahkeme tarafından gerçekleştirilen dilekçeler

üzerine ilk incelemeye benzetilebilir. Hem İngiltere de yargısal denetim izin incelemesinde, ülkemizde ise dilekçeler üzerine ilk incelemede uyuşmazlık konusunun incelenebilirliği, dava açma süresi ve ehliyet değerlendirilmektedir. Yargısal denetimin son çare olarak kabul edilmesi itibariyle başvuru öncesi tüketilmesi gereken başvuru yollarının tüketilmiş olup olmadığı da izin sürecinde incelenmektedir. Benzer şekilde ülkemizde idari merci tecavüzü dilekçe üzerine ilk incelemede değerlendirilen husulardan birisidir. Bununla birlikte yargısal denetim izin sürecinde farklılık arz eden husus şekli incelemenin yanında davacının iddialarının kuvvetinin de izin verilip verilmeyeceğinin değerlendirmesinde dikkate alınmasıdır.

Mahkemenin yargısal denetim izni vermesi akabinde esas incelemesi aşamasına geçilmektedir. Esas incelemesinde mahkeme inceleme konuları adı verilen başlıklar kapsamında hukuka uygunluk denetimi yapmaktadır. Adı geçen inceleme konuları büyük ölçüde içtihatlarla oluşturulmuştur. Doktrinde inceleme konuları muhtelif şekilde tasnif edilmektedir. Ancak anlaşılmasının kolaylaştırılması adına bu konular idari işlemin esasına ve usule ilişkin inceleme konularıyla ortaya çıkmış idari işlemin kendisinin değerlendirildiği yerindelik denetimine yaklaşan inceleme konuları olarak sınıflandırılabilir. Esasa dair inceleme konuları hukukumuzda idari işlemin yetki, sebep ve konu unsurları bakımından incelenmesine benzemektedir. Bu kapsamda mahkeme esas olarak idarenin hukuku doğru anlaması ve doğru maddi olgulara uygulamasını denetlemektedir. Usule ilişkin inceleme konularında idarenin işlem tesis ederken uyması gereken mevzuattan veya müşterek hukuktan (*common law*) kaynaklanan yükümlülüklerine uymasının denetimi yapılır. Yerindelik denetimine yaklaşan inceleme konuları ise makuliyet (*wednesbury unreasonableness*) ve ölçülülük incelemesinden müteşekkildir. Her ikisi de idari işlemin ortaya çıkışını değil ortaya çıkmış idari işlemin kendisini konu alırlar ve sübjektif bir değerlendirme içerirler.

Hukukumuzda esas incelemesinde davacının haklı olduğuna kanaat getiren mahkeme, davacının talep ettiği hukuki çareye hükmeder. İngiliz hukukunda da kural olarak haklılığını ispat etmiş olan davacı lehine talep ettiği karar hükmedilmesi esassen

mahkeme hukukumuzda göre oldukça geniş takdir alanına sahiptir. Yargısal denetim davalarında ayrıcalıklı kararlar olan iptal, yasaklama ve zorlama kararları ile özel hukuk kökenli olan injunction ve tespit kararlarının talep edilmesi mümkündür. Ancak yargısal denetim davasında talep edilmesi mümkün olan tüm bu kararlar takdiri (*discretionary*) mahiyettedir. Kararların takdiri olması, haklılığını ispat etmiş davacının her durumda talep ettiği hukuki çareye kavuşamaması anlamına gelmektedir. Mahkeme talep edilen karara hükmetmek konusunda değerlendirme yaparken çeşitli hususları göz önünde bulundurur. Davacının dava öncesi ve sırasındaki davranışlar, yargısal denetim başvurusunun azami süre içerisinde ancak geç yapılmış olması, kararın idareye veya üçüncü kişilere etkisi, davacının talep ettiği kararlar arasındaki ilişki ve kararın faydasız olması bu kapsamda mahkemece değerlendirmeye alınmaktadır.

Yüksek Mahkeme'nin (*High Court*) yargısal denetim başvurusu neticesince hükmedebileceği muhtelif kararlara türleri mevcuttur. Ancak bu karar türlerinin tamamı yargısal emir içermemektedir. İptal kararı, muhatabı olan işlemi hukuka aleminden kaldırır, tespit kararı ise hukuki veya maddi durumu tespit etmekle yetinir. Oysa yasaklama, zorlama ve injunction kararları idareye müspet veya menfi bir davranış yükümlülüğü yükler. Zorlama ve yasaklama kararları ayrıcalıklı kararlardır, injunction kararı ise özel hukuk kökenli bir yargı kararıdır. Zorlama kararı idareyi bir işlem tesis etmeye zorlarken yasaklama kararı idari bir işlem tesis etmekten yasaklar. Injunction kararı ise hem zorlayıcı hem de yasaklayıcı form alabilir. Dolayısıyla etkisi bakımından zorlama ve yasaklama kararlarından bir farkı bulunmamaktadır. Ancak zorlama ve yasaklama kararları tarih boyunca kamu hukuku ile ilgili olmuş ve 1977 yılında yargısal denetim usulü ihdas edildiğinde sadece yargısal denetim usulüyle talep edilebilmeleri öngörülmüştür. Oysa injunction kararının yargısal denetim davasında talep edilebilmesi nispeten yeni bir gelişmedir. Injunction kararının yargısal denetim davalarında talep edilebilir hale gelmesinin sebebi de ayrıcalıklı kararların tarihlerinden kaynaklanan aksaklıkların giderilmesi arayışı olmuştur. Bu kapsamda

injunction kararı yargısal denetim davalarında talep edilebilir olmakla beraber zorlama ve yasaklama kararlarına nispeten tali nitelikte kalmaktadır.

İngiltere’de mahkemenin idareye yargısal emir verme yetkisi olsa da bu yetkinin sıkça kullanıldığı söylenemez. Öncelikle yargısal emir verme yetkisini haiz olan Yüksek Mahkeme’nin (*High Court*) esastan incelediği uyuşmazlık sayısı oldukça sınırlıdır. Bunun başlıca iki sebebi vardır. Yargısal denetimin son çare olması itibariyle uyuşmazlıkların büyük çoğunluğu tribunaller veya diğer idari başvuru yöntemleriyle çözülmektedir. İkinci olarak yargısal denetim incelemesi izne tabidir. Yüksek Mahkeme’ye (*High Court*) yapılan yargısal denetim izin başvurularının azımsanmayacak bir kısmı izin incelemesinde elenmektedir. Yargısal emir verilebilecek uyuşmazlık sayısının az olmasının yanı sıra mahkemenin yargılama politikası da idareye karşı yargısal emir verilmesinden imtina edilmesi yönündedir. Mahkeme, davacıların idareye karşı yargısal emir talep ettiği birçok durumda hukuka aykırılığı tespit kararı vermek suretiyle giderme yolunu tercih etmektedir. Buna ek olarak yargılama mevzuatının mahkemeyi dava yönetiminde tarafları uzlaştırmaya teşvik etmesi ve birçok uyuşmazlığın davacıların mutabık kaldığı hüküm çerçevesinde neticelendirilmesi de yargısal emre olan ihtiyacı azaltmaktadır.

İngiltere’de mevcut olan mahkemenin idareye yargısal emir verme yetkisinin ülkemize ithali gündeme gelirse sistemin bir bütün olarak değerlendirilmesi icap eder. Zira yargılama müesseseleri, doğup büyüdükları yargılama sistemi içerisinde faydalı olabilirken yabancı bir hukuk sistemine dahil edildiklerinde kendilerinden beklenen faydayı sağlayamayabilirler. Buna gerekçe olarak yargılama sisteminde mevcut olan belirli bir müessesenin eksikliklerinin ve sakıncalarının başka müesseselerce giderilmesi gerekçe gösterilebilir. İngiltere özelinde mahkemenin iş yükünün az olması itibariyle her bir uyuşmazlıkta gerekli incelemenin yapılabilmesi ve mahkemenin karara uyumu takip edebilmesi değerlendirmeye alınması gereken bir husustur. Ayrıca mahkemenin yargılama politikasının idare alanına fazla müdahil olmama yönünde olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Zira mahkemelerin yargısal emir vererek idari işleyişe fazlaca müdahil olmaları idareyi felç edebilir ve idare

nezdinde yargıya karşı tepki oluşturabilir. Son olarak belirtmek gerekir ki yargısal emir müessesesinin mevcut olduğu ülkelere örnek iki ülke olan İngiltere ve Fransa’da mahkeme kararlarının yerine getirilmemesinin cezai müeyyidesi vardır. Dolayısıyla yargısal emirlerin tek başına yargı kararlarına uyumu temin ettiğini söylemek mümkün olmaz. Bu durumda yargısal emir müessesesinin ülkemize ithali düşünülürse, müessesenin tek başına yargı kararlarına uyumu sağlamayacağı gözetilmeli ve müessesenin alındığı ülkenin yargılama sistemi birbirini dengeleyen husus dikkate alınarak incelenmelidir.



KAYNAKÇA

- Alder, John:** **Constitutional and Administrative Law**, 10.bs, London, Palgrave, 2015.
- Allan, Trevor Robert Seaward:** “Procedure and Substance in Judicial Review”, **Cambridge Law Journal**, 1997, ss246-248.
- Auburn, Jonathan et.al.:** **Judicial Review; Principles and Procedure**, Croydon, Oxford University Press,
- Aydar, Hafize Sevinç:** **İngiliz Hukukunda Yargısal Emir Kavramı ve Türk Hukukunda Uygulanabilirliği**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2007.
- Bailey, Stephan H./Cross, Charles Albert/ Garner, John Francis:** **Cases and Materials in Administrative Law**, London, Sweet & Maxwell, 1977.
- Bailey, Stephan H./Gunn, Michale/Ching, Jane/Taylor, Nick:** **The Modern English Legal System**, 5.bs, London, Sweet and Maxwell, 2007.
- Bailey, Stephen H.:** **Bailey, Jones & Mowbray’s Cases, Materials and Commentary on Administrative Law**, 5.bs, London, Sweet and Maxwell, 2018.
- Baker, John:** **An Introduction to English Legal History**, 5.bs, Oxford, Oxford University Press, 2019.
- Bamforth, Nicholas:** “Interim Relief in the Public Law Context.” **The Cambridge Law Journal**, vol. 58, no. 1, 1999, ss. 1–4.
- Barnett, Hilarie:** **Understanding Public Law**, Oxon, Routledge-Cavedish, 2010.

Bean, David/Parry, Isabel

/Burns, Andrew:

Bell, John/Boyron,

Sophie/Whittaker Simon:

Brown, Neville/Bell, John:

Campbell, Colin:

Cane, Peter:

Cane, Peter:

Cane, Peter:

Cane, Peter:

Injunctions, 13.bs, London, Sweet & Maxwell, 2018.

Principles of French Law, 2.bs, Oxford, Oxford University Press, 2009.

French Administrative Law, 5.bs, Oxford, Clarendon Press, 2003.

“Nature of Power as Public in English Judicial Review”, **Cambridge Law Journal**, 68 (1), March 2009, ss. 90-117.

Administrative Law, 5.bs, New York, Oxford University Press Inc., 2011.

“Judicial Review and Merits Review: Comparing Administrative Adjudication by Courts and Tribunals”, ed. Susan Rose-Ackerman, Peter L. Lindseth, **Comparative Administrative Law**, Cheltenham, Edward Edgar Publishing, ss. 426-449.

“Understanding Administrative Adjudication”, **Administrative Law in a Changing State: Essays in Honour of Mark Aronson** ed. Linda Pearson Carol Harlow and Michael Taggart, Oxford, Hart Publishing, 2008, ss.273-301.

“Constitutional Basis of Judicial Remedies”, **Administrative Law Facing the Future: Old Contrains & New Horizons**, ed. Peter Leyland, Terry Woods, Oxford, Oxford University Press, 1997, ss.242-270.

- Cane, Peter:** **Controlling Administrative Power**, Cambridge, Cambridge University Press, 2016.
- Cane, Peter:** “Judicial Review in the age of Tribunals”, **Public Law Journal**, 2009, Temmuz, ss. 479-500.
- Carroll, Alex:** **Constitutional and Administrative Law**, 6.bs, Essex, Pearson, 2011, s. 356.
- Carroll, Alex:** “Injunctive Relief Against Ministers: The New Law” **New Law Journal**, vol.137, 1987, ss. 335-340
- Cheyney, Edward P.:** “The Court of Star Chamber”, Oxford,, Vol. 18, No. 4 (Jul., 1913), ss. 727-750.
- Craig, Paul:** “Judicial Review of Questions of Law: a Comparative Perspective”, **Comparative Administrative Law**, ed. Susan Rose-Ackerman, Peter L. Lindseth, Cheltenham, Edward Edgar Publishing, ss. 449-466.
- Craig, Paul:** “The Common Law, Shared Power and Judicial Review”, **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 24, No. 2 (Summer, 2004), ss. 237-257.
- Craig, Paul:** “Ultra Vires and the Foundations of Judicial Review” **Judicial Review and the Constitution**, ed. Christopher Forsyth, Somerset, Hart Publishing, 2000, ss.47-73.
- Craig, Paul:** **Administrative Law**, 8.bs, Croydon, Sweet&Maxwell, 2016.

- Craig, Paul:** **UK, EU and Global Administrative Law**, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.
- Cross, Tom:** "Illegality: The Problem of Jurisdiction", **Supperstone, Goudie & Walker Judicial: Review**, ed. Helen Fenwick, 5. bs., Croydon, LexisNexis, 2014, ss.117-144.
- Dawn, Oliver:** "Is the Ultra Vires Rule the Basis of Judicial Review", **Judicial Review and the Constitution**, ed. Christopher Forsyth, Somerset, Hart Publishing, 2000, ss. 3-29.
- de Smith, A. Stanley:** "The Prerogative Writs," **Cambridge Law Journal** 11, no. 1, 1951, ss. 40-56.
- de Smith, A. Stanley:** "Restriction of Judicial Review", **The Modern Law Review**, Vol. 18, No. 6 November, 1955, ss. 575-594.
- de Smith, A. Stanley:** "The Limits of Judicial Review Statutory Discretions and the Doctrine of Ultra Vires", **The Modern Law Review**, Vol. 11, No. 3, July, 1948, ss. 306-325.
- de Smith, A. Stanley:** "Wrongs and Remedies in Administrative Law", **The Modern Law Review**, Vol. 15, No. 2, April, 1952, ss.189-208.
- De Smith, Stanley/Brazier, Rodney:** **Constitutional and Administrative Law**, 8.bs, London, Penguin Group, 1998.
- Delany, Hilary:** **Judicial Review of Administrative Action**, 2.bs, Írlanda, Roundhall Press, 2009.

- Dicey, Albert Venn:** **Introduction to the Study of the Law of the Constitution**, The Macmillan Press, İlk basıdan tıpkı basım, London, 1979.
- Drewry, Gavin:** "Judicial Review The Historical Background." **Supperstone, Goudie & Walker: Judicial Review**, ed. Helen Fenwick, 5th ed., Croydon, Lexisnexis, 2014.
- Duxbury, Neil:** "The Outer Limits of English Judicial Review", **Public Law**, 2017, ss.235-245.
- Düğer, Sırrı:** **Anglosakson Hukuk Sisteminde İdarenin Yargısal Denetimi**, Yetkin, Ankara, 2019.
- Elliot, Mark/Varuhas, Jason:** **Administrative Law Text and Materials**, 5.bs, Oxford, Oxford University Press, 2017.
- Elliott, Mark:** **The Constitutional Foundations of Judicial Review**, Oxford, Hart Publishing, 2001.
- Elliott, Mark:** **Beatson, Matthews and Elliott's Administrative Law**, 4.bs, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- Elliott, Mark/Thomas, Robert:** **Public Law**, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- Endicott, Timothy:** **Administrative Law**, 4.bs, Oxford, Oxford University Press, 2018.
- Fordham, Michael:** "Interim Relief and the Cross-Undertaking." **Judicial Review**, vol. 2, no. 3, September 1997, ss. 136-140.
- Fordham, Michael:** **Judicial Review Handbook**, 5.bs, Oxford, Hart Publishing, 2009.

- Forsyth, Christopher** “The Rock and the Sand: Jurisdiction and Remedial Discretion”, **Judicial Review**, vol. 18, no. 4, 2013.
- Forsyth, Christopher:** “The Provenance of Protection of Legitimate Expectations”, **Cambridge Law Journal**, Volume 47, Issue 2 July 1988, ss. 238-260.
- Forsyth, Christopher:** “Of Fig Leaves and Fairy Tales The Ultra Vires Doctrine, the Sovereignty of Parliament and Judicial Review”, **Judicial Review and the Constitution**, ed. Christopher Forsyth, ss.29-47.
- Gillespie, Allisdair:** **The English Legal System**, 5.bs, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- Gordon, Richard:** **Judicial Review; Law and Procedure**, 2.bs, London, Sweet & Maxwell, 1996.
- Gölan, Aydın:** “Fransa’da İdari Yargının Etkinliğini Sağlama Arayışları”, **İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü Sempozyumu**, Ankara, 2003, ss.23-38.
- Göran, Sait:** “Anayasanın Kuvvetler Ayrılığı İlkesine ve Yönetim Yargı İlişkilerine Bakış Açısında Değişiklik”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C.11, 1994, ss.191-200
- Halsbury’s Laws of England:** Judicial Review (Volume 61a (2018)), Para. 1.(1).2.
- Hare, Ivan:** “The Separation of Powers and Judicial Review for Error of Law”, **The Golden Metwand and the Crooked Cord**, ed.

- Christopher Forsyth, Ivan Hare, Oxford, Oxford University Press, 2005, ss.113-140.
- Harlow, Carol/ Rawlings, Richard:** **Law and Administration**, 3.bs, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- Hewart, Gordon:** **The New Despotism**, London, Ernest Benn Ltd., 1929.
- Holdsworth, William Searle:** A History of English Law, Vol.IV, 3.bs, London, Methuen & Co. Ltd., 1945.
- Jaffe, Louis/Enderson, Edith** “Judicial Review and the Rule of Law Historical Origins”, **The Law Quarterly Review**, vol.72, 1956, ss.345-364.
- Karabulut, Mustafa:** “İngiltere’de İdarenin Yargısal Denetimi Üzerine Bir İnceleme”, **Danıştay Dergisi**, Yıl: 30, Sayı: 102, Ankara, 2000, ss. 16-28.
- Kurt, Süleyman:** “Britanya İdari Yargı Yerleri (Tribunal Sistem) ve Yargısal Denetim”, **Danıştay Dergisi**, Sayı: 107, Ankara, 2004, ss.73-126
- Laws, John:** “Law and Democracy”, **Public Law**, 1995, ss, 72-93.
- Le Sueur, Andrew /Sunkin, Maurice:** **Public Law**, London, Longman, 1997.
- Le Sueur, Andrew/ Sunkin, Maurice/Murkens, Khushal Jo Eric:** **Public Law Text and Materials**, 3.bs, Oxford, Oxford University Press, 2016.
- Leigh, Ian:** “The Changing Nature of Local and Regional Democracy”, The Changing Constitution, ed. Jeffrey Jowell, Dawn Oliver, 7.bs, Oxford, Oxford University Press, 2011, ss. 237-260.

- Lewis, Clive:** Exhaustion of Alternative Remedies in Administrative Law. **Cambridge Law Journal**, vol. 51, no. 1, March 1992, ss.138-153.
- Lewis, Clive:** **Judicial Remedies in Public Law**, 5.bs, Sweet&Maxwell, Croydon, 2015.
- Leyland, Peter:** **The Constitution of the United Kingdom A Contextual Analysis**, Portland, Hart Publishing, 2007.
- Leyland, Peter/Anthony, Gordon:** **Textbook on Administrative Law**, 7.bs, Oxford University Press, Hampshire, 2013.
- Longley, Diane/James, Rhoda:** **Administrative Justice Central Issues in UK and European Administrative Law**, London, Cavendish Publishing, 1999.
- Manning, Jonathan/Salmon, Sarah/Brown,Robert:** **Judicial Review Proceedings**, 3.bs, London, LAG, 2013.
- Mashaw, Jerry L.:** Judicial Review of Administrative Action; Reflections On Balancing Political, Managerial and Legal Accountability, **Direito GV Law Review**, Especial 1, 2005, ss 153-170.
- McCormick, Conor:** “Judicial Review of Administrative Action in the United Kingdom; The Status of Standards Between 1890 and 1910”, **Italian Journal of Public Law**, 10(1), (2018), ss.49-96.
- McEldowney, John F.:** **Public Law**, 4.bs, London, Sweet and Maxwell, 2016.
- Molan, Michael T.:** **English Administrative Law**, London, HLT Group, 1979.

- Moules, Richard:** **Environmental Judicial Review**, Oxford, Hart Publishing, 2011.
- Oliver, Dawn:** “Is the Ultra Vires Rule the Basis of Judicial Review?” **Public Law**, 1987, ss.543-565.
- Örücü, Esin:** “Büyük Britanya’da İdarenin Yargısal Denetimi”, **II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, İdari Yargının Dünyadaki Bugünkü Yeri**, Ankara, 1993, ss.254-276
- Örücü, Esin:** “İngiltere’de İdarenin Sorumluluğu ve Yargısal Denetiminde Uygulanan Başlıca İdare Hukuku İlkeleri”, **Onar Armağanı**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1977, ss.629-676.
- Parpworth, Neil:** **Constitutional and Administrative Law**, 7.bs, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- Patterson, Frances/Leslie, Justin:** **Judicial Review; Law and Practice**, 2.bs, Bristol, Jordan Publishing, 2015.
- Pitt-Payne, Timothy:** “Restriction on the Availability of Judicial Review.” **Supperstone, Goudie & Walker: Judicial Review**, ed. Helen Fenwick, 5. bs., Croydon, Lexisnexis, 2014.
- Pollard, David/Parpworth, Neil/Hughes, David:** **Constitutional and Administrative Law**, 3.bs, London, Oxford University Press, 2005.
- Reeder, Stephen:** “Remedies Mandatory, Quashing and Prohibiting Orders.” **Supperstone, Goudie & Walker: Judicial Review**, ed. Helen Fenwick, 5th ed., Croydon, Lexisnexis, 2014, ss.584-614.

- Ryan, Mark/Foster, Steve:** **Unlocking Constitutional & Administrative Law**, 3.bs, Oxon, Routledge, 2014.
- Sedley, Stephen:** “Public Power and Private Power”, **Judicial Review and the Constitution**, eds. Christopher Forsyth, Oxford, Hart, 2000, ss.291-307.
- Shetreet, Shimon/Turenne, Sophie:** **Judges On Trial: The Independence and Accountability of the English Judiciary**, 2.bs, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- Slapper, Garry/Kelly, David:** **The English Legal System**, 18.bs, Oxon, Routledge, 2016.
- Sorabji, John:** **English Civil Justice After the Woolf and Jackson Reforms A Critical Analysis**, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- Southey, Hugh/Westson, Amanda/Bunting, Jude:** **Judicial Review: A Practical Guide**, 2.bs, Jordan, Bristol, 2012.
- Stott, David/Felix, Alexandra:** **Principles of Administrative Law**, London, Cavendish, 1997.
- Sunkin, Maurice:** “Remedies Available in Judicial Review Proceedings”, **English Public Law**, ed. David Feldman, 2.bs, Wiltshire, 2009, ss.793-824.
- Suterwalla, Azeem/ O’Byrne, Katherine:** “Discretion and Duty the Limits of Legality”, **Supperstone, Goudie & Walker: Judicial Review**, ed. Helen Fenwick, 5th ed., Lexisnexis, Croydon, 2014, ss.145-201
- Tan, Turgut:** **İdare Hukuku**, 8.bs, Ankara, Turhan Yayınevi, 2019.

- Thompson, Brian:** **Textbook on Constitutional and Administrative Law**, 3.bs, Hampshire, Blackstone, 1997.
- Vos, Geoffry:** **The White Book Service 2019: Civil Procedure**, Vol.1, Sec. A, 54.5.1., Sweet&Maxwell, ekitap.
- Wade, Emlyn Capel Stuart v.d.:** **Constitutional and Administrative Law**, Essex, Longman, 1993.
- Wade, William:** “Judicial Review and Alternative Remedies”, **Public Law**, 1997, No.4, ss.589-593.
- Wade, William/Forsyth, Christopher:** **Administrative Law**, 11.bs, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- Webley, Lisa/Samuels, Harriet:** **Complete Public Law**, 4.bs, Oxford, Oxford University Press, 2018.
- Westgate, Martin** “Declarations, Injunctions and Money and Restitutionary Remedies.” **Supperstone, Goudie & Walker: Judicial Review**, ed. Helen Fenwick, 5. bs., Croydon, Lexisnexis, 2014, ss.615-666.
- Woolf, Harry et.al.:** **De Smith’s Judicial Review**, 7.bs, Croydon, Sweet & Maxwell, 2013.
- Woolf, Harry et.al.:** **De Smith’s Judicial Review**, 8.bs, London, Sweet & Maxwell, 2018.
- Woolf, Harry:** “An English Perspective”, **La Revue Administrative**, 53e Année, No. 3, Numero special 3 L’élaboration du droit Le contrôle de l’administration (2000), ss. 106-108.
- Woolf, Harry:** “Droit Public – English Style”, **Public Law**, 1995, Spr, 57-71.

- Woolf, Harry:** **Protection of Public A New Challenge,** (Hamlyn Lectures), London, Stevens and Sons, 1990.
- Woolf, Jeremy/ Zamir, Itzhak:** **The Declaratory Judgment.** 4th ed., Sweet & Maxwell, 2011.
- Yaşar, Hasan Nuri:** **İdari Yargı İdari Yargıç Yargısal Emir,** İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013.
- Zabunoğlu, Yahya K.:** “İngiltere’de İdare Hukuku Anlayışı”, **AÜHFD**, Yıl: 1961, Cilt: 18, Sayı: 1-4, ss.373-411.