

ANAYASA MAHKEMESİ, İDARİ YARGI ve FERDİ GİRİŞİM YOLU İLE YAPILAN DENETİM DENEYLERİ

Cemil OKTAY

Günümüzün gelişmiş toplumlarının görüntüsü; tekdüzelik, farklılıkların budanmışlığı, hemen her alanda standartlaşmış olmaktadır. Bu görünümün gerisindeki bütün nedenler tebliğimizin konusunu bir hayli aşıyor. Ancak bu tekdüze, standartlaşmış yapının elemanlarını bu sonuçtan ayrı düşünmek olanağı yoktur.

Eşitlik ve özgürlük kavramlarının, Hukuk Devleti anlayışının varılan standartlaşmış toplum yapısı sonucundan ayrı ele alınabileceğini sanmıyorum. Yapı tekdüze bir görünümle karşımıza çıkıyorsa, bu yapının birçok elemanlarından sadece bazıları olan yargısal denetimi veya İdari Yargı kurumları da bu sonucu yaratmak üzere işlemişlerdir.

Yapının standartlaşmaya yönelik genel eğilimlerini hazırlayıcı veya hızlandırıcı bir işlevi sözkonusu olmasaydı; ne Marshall'ın ünlü kararı ne de Fransız devrimcilerinin ünlü «yasakları» tanınmış bir deyimle Kleopatra'nın burnunun tarihi etkileyebilme derecesinden öteye geçmezdi!..

Bu standartlaşmış toplum yapısının gerisinde yatan temel gerçeği «buldozer Devlet» imajı ile tanımlamak sanırım olguyu kavramak bakımından oldukça uygun bir imajdır. Bütün siyasal kavgalar, bütün eşitlik için verilen savaşlar, Hukuk Devleti anlayışı, bütün devrimler sırasıyla bu buldozer Devleti yaratmak için işlemişlerdir. B. de Jouvenel'in üzerinde ısrarla durduğu bu olgu, XIX ncu yy da A. de Tocqueville'in yapıtlarında da oldukça açık bir biçimde vurgulanıyordu (1)

(1) B. de Jouvenel, Du Pouvoir; histoire naturelle de sa croissance. Genève 1947.

A. de Tocqueville, De la Démocratie en Amérique Paris 1968,

A. de Tocqueville, L'Ancien Régime et la Révolution Paris 1967.

Özellikle, de Tocqueville'in göstermeye çalıştığı biçimde, eşitliğin giderek yaygınlaşması, birey - Devlet ilişkisinde bireyin hemcinsleri ile kamu gücü karşısında aynı ölçülerde buluşması sonucunu doğurmuştur. Aynı oluşun öbür yüzü, kamu gücünün merkezleşmesi olgusudur. Veya siyasal sistemin giderek toplum bütününe daha etkin denetleyebilme olanaklarının genişlemesi, yoğunlaşmasıdır.

Siyasal Sistemin Varlığını Koruma Koşulu Olarak Standartlaşma :

Destek ve talep türünden çevreden siyasal sisteme, hizmet, denetleme veya kaynak türünden siyasal sistemden çevreye doğru iki yönlü hareketliliğin işlemesi ancak belirli standartların, ölçülerin normların geliştirilmiş olması ile mümkündür⁽²⁾. Siyasal sistemin varlığını koruması, kendisini çevreleyen sistemlerin gereksinmelerini uyumlu biçimde karşılayabilmesine bağlıdır. Çevrenin taleplerini cevaplayabilme yeteneği ise, bu yeteneği artırıcı desteklerin sisteme yönelmesiyle olanak kazanır. Bu açıdan, Devletle birey arasında, bütün ara grupların kalkması kişinin siyasal sistem önünde aynı ölçülerde buluşması bir tür standart yaratma işlemi olarak ortaya çıkar. Devletin herkesten vergi alabilmesi, herkesi askere çağırabilmesi ancak bu ön koşulunun sağlanmasına bağlıdır. Keza Devletin, bu girdilerini çevreden toplayabilmesi, kaynakları dağıtmada eşit kural geliştirilmesi ile doğru orantılıdır. Özet olarak söylemek gerekirse; kamu gücünün yapılaşmış siyasal sistem, çevre ile olan ilişkilerinde ister girdiler düzeyinde olsun, ister çıktılar düzeyinde olsun standartlar, normlar, tekdüze ölçüler geliştirmek zorundadır. Ancak bu standartların oluşturulması kadar korunması, yenilerinin yaratılması; bütün bu gereksinimleri cevaplayacak alt - sistem yapılarının kurulmasını gerektirir. Yasaların yargısal denetimi, idari yargı kurumları gibi organlar bu alt - sistem yapılarının bazı örnekleridir.

Eğer her türlü iki yüzlülükten arınarak söylemek gerekirse Hukuk Devleti, sanıldığı gibi tersine Devletin eşitliğe, adalete, bu kavramların çağıracağı yüksek değerlere yönelmesinin bir sonucu değildir. Hukuk Devleti anlayışı, bir siyasal sistem olarak Devletin, çevresiyle olan ilişkilerini ölçülere bağlamak, çevrenin onayını ka-

(2) J.W. Lapierre, L'Analyse des Systèmes Politiques Paris 1969 sayfa: 256.

zanmak bu yoldan varlığını sürdürmektir. Bu açıdan, yasamanın ve yürütmenin yargısal denetimi, genelde siyasal sistemin varlığını çevre ile uyumlu olarak sürdürmesinin koşulu oluyor. Burada bir parantez açarak, Hauriou'dan bir gözlemi aktarmak istiyorum. Yasaların yargısal denetimini benimseyen demokrasilerden söz ederken Hauriou yaşamının sonunda şunları yazıyor; «Bu gelişmeleri, hukukun Devlete esrarengiz bir sızması olarak görmemelidir. Bunlar, halkın rızasını daha fazla pekiştirmek amacıyla kamu oyunu tatmin etmek isteyen demokrat hükümetlerin ustaca siyasetlerinin sonucudur.»⁽²⁾ Çağdaş sözcükler bunu belki consensus boyutlarını genişletmek veya destek girdilerini artırmak biçiminde ifade edecektir.

Buraya kadarki söylediklerimle, genel olarak siyasal sistem yapısının giderek güçlenmesi, alt-sistemleri arasında ve çevre ile ilişkilerinde standartlaşması olgusu üzerinde durdum. Yasaların ve yürütmenin yargısal denetimi rolünü bu genel olgu çerçevesinde fazla ayrıntılara inmeden belirlemeye çalıştım. Vurgulamak istediğim nokta, ister Anayasa Mahkemesi düzeyinde, ister İdari Yargı düzeyinde olsun, genel olarak yargının buldozer Devlet imajını, öteki kurumlarla birlikte standartlaşmış tekdüze toplum yapısını hazırlamakta öteki kurumlarla birlikte tarihsel bir rolü oynadığını söylemekti⁽⁴⁾.

Buradan itibaren, siyasal sistemin çevresini denetleme sürecinde, kendisinin alt-sistemleri aracılığı ile nasıl denetlendiği sorusu üzerinde durmak istiyorum. Denetleyen ve denetlerken denetlenen Devlet perspektifi içinde Anayasa Mahkemesi ve İdari Yargı deneylerini değerlendirmeye çalışacağım. Ferdi girişime de yeri geldiğinde değineceğim.

Denetleyen ve Denetlenen Devlet :

Kamu gücü, bireyle kendisi arasında bütün ara grupları bu-
darken, hep çevreyi daha fazla denetleme amacı ile hareket etmiş-
tir. Siyasal sistemin, çevreye yönelik bu denetleme işlevinin etkin
çalışması geniş ölçüde kendisinin yapısal olarak farklılaşmasına

(3) M. Hauriou, Précis du Droit Constitutionnel 2 ème édition Paris 1929 sayfa: 100.

(4) R. Shnur, Les tendances de la bureaucratie in S.E.D.E.I.S. Bulletin No. 819 Supplément: 2 futuribles no: 29. sayfa 15.

bağlıdır (5). Bu açıdan bakıldığında kuvvetler ayrımı karşımıza iktidarın, iktidarla sınırlandırılması olarak değil, ve fakat siyasal sistemin işlevsel farklılaşması olarak çıkar (6), (7). Farklılaşmış her işlevin, bütünün etkinliğini koruması ise sürekli öteki işlevler tarafından sınanmasını gerektirir (8). Bir başka deyimle, siyasal sistem sürekli karşılaştırma, ölçme, sınama işlemleri yapma durumundadır. Bütün finalize sistemlerin çevrede yaratmak istedikleri değişikliklerle, fiilen yaptıkları değişiklikler arası sapmayı saptayabilmeleri etkinliğin ön koşuludur (9).

Sorun bu yönüyle, denetleyen Devletin bu denetleme sürecinde, alt-sistemleri arasında ve alt-sistemlerinin kendi düzeylerinde işlevlerarası ve işleviçi denetlenmesi biçiminde belirlenir. Buna göre siyasal karar alma ve uygulama süreci, sürekli denetleme ve denetleme işlevlerinden oluşan bir yapı olarak karşımıza çıkar. Bir yandan siyasal sistem, yapısal farklılaşmasının unsurları olan yasama - yürütme - yargı işlevleriyle çevreyi denetlerken, bu yapı kendi içinde işlevlerarası ve işleviçi düzeylerde denetlenmektedir.

Bu model çerçevesinde (Bergeron) karşılıklı bir denetim hareketliliği söz konusudur. Bu hareket yargıdan yasamaya veya yönetime yönelik olabileceği gibi yasamadan ve yürütmeden yargıya doğru da olabilir. Keza bu denetim hareketliliği her alt-sistemin örneğin Anayasa Mahkemesinin veya İdari Yargının kendi iç bünyesinin işleminde de söz konusudur.

Birinci tür denetim hareketini işlevlerarası, ikinci tür denetim hareketini işleviçi denetim olarak tanımlamak gerekecektir.

Yargı düzeyinde denetleme - denetlenme hareketlerinin etkinliğini belirleyici ilkeler :

Yargının bağımsızlığı, yargının birliği, tabii yargıç, yargının açıklığı gibi ilkeler bu işlevlerarası ve işleviçi denetim hareketinin etkinliğini artırıcı ilkeler olmaktadır. Bu ana ilkeler açısından İn-

(5) J.W. Lapierre. a.g.e. sayfa: 256-258.

(6) G. Bergeron, le fonctionnement de l'Etat Paris 1965 Chapitre IV.

(7) Ju A. Tikhomirov, Pouvoir et Administration dans la Société Socialiste Paris 1973 sayfa 80 ve devamı.

(8) G. Bergeron, a.g.e. sayfa: 111.

(9) L. Mehl, Pour une théorie cybernétique de l'action administrative, in Traité de Science Administrative Paris 1966 sayfa: 795.

giltere ve ABD sistemlerinin çok duyarlı davrandıklarını belirtmek isterim. Özellikle İngiliz sisteminin yürütme organı içinde Adalet Bakanlığı türünden bir organı dahi öngörmemesi ilginç bir örnek oluşturmaktadır⁽¹⁰⁾. Keza İngiliz hukukun temelde özgörüye dayanan bir hukuk olması, bu sistemde yargıyı çok güçlü kılmakta; onu demokrasinin asıl temel taşı yapmaktadır. Genel kanı İngiliz demokrasisinin parlamenter yönünün ağır bastığı yolundadır. Oysa İngiliz demokrasisinin asıl güçlü yönü yargı sisteminde belirleniyor⁽¹¹⁾. İdari yargı alanında Habeas Corpus uygulamalarının, kazai emir yöntemlerinin kıta Avrupasında imrenilerek gösterilmesi ilginçtir⁽¹²⁾,⁽¹³⁾.

İngiliz yargıcının güçlülüğü, İngiliz siyasal sisteminde Anayasa Mahkemesi türünden bir organın varlığını da gereksiz kılıyor. Bir kez hukuk normlarının kaynağını uzun süre tek başına yargıcın özgörüleri oluşturmuştur. O derece ki; Parlamento'nun yasa yapması, o yasanın hukuk olması anlamına gelememektedir. Parlamento tarafından oylanan bir yasanın hukuk normları arasında yer alması ancak yargıcın onu uygulaması sonucu olabilir⁽¹⁴⁾.

Anglosakson hukuk sisteminin bir başka türevini oluşturan, ABD, bu sisteme yasaların yargısal denetimini katmakla bir yenilik yapmıştır. ABD'nin yasaların yargısal denetimini geliştirmiş olması bu devletin federatif yapısı ile açıklanabilir. Federe devletler arası yasal normların standartlaştırılması ancak bu konuda bir merkez denetiminin geliştirilmesi ile olabilirdi. ABD Yüksek Mahkemesinin, Amerikan siyasal sistemi içinde bir diğer işlevi federe devlet yasalarını standardize ederek bu yolla birliği perçinleyici yönde gelişmiştir. Bu bakımdan Yüksek Mahkemenin bir yargıcının şu sözleri ilginçtir: «Kongrenin yaptığı kanunları hükümsüz saymak yetkimizi kaybedersek Amerika Birleşik Devletlerinin yıkılacağına sanmam; fakat muhtelif üye devletler tarafından yapılan kanunlar hakkında bu yetkiyi kullanmadığımız gün, Birleşik Devletler tehlikeye düşmüş demektir.» (Holmes) Zaman-zaman Kongreye ve Başkana direnerek yargı eylemini sürdüren ABD Yüksek

(10) R. David, les grands systèmes de droit contemporains Paris 1974 sayfa 387.

(11) B. de Jouvenel, a.g.e. sayfa 380.

(12) P. Avril, le Gouvernement de la France Paris 1969 sayfa: 115.

(13) J. Rivero, Les libertés publiques Paris 1973 sayfa: 215.

(14) R. David, a.g.e. sayfa: 394.

Mahkemesi, işlevlerarası denetleme olanağını bu organlar karşısında bağımsızlığına borçludur.

Genellikle düzenlemelerin yasa niteliğinde olması, ABD yargısına hemen her konuda düşüncesini belirtmek olanağı sağlamaktadır. Federe devletlerin yasaları arasında uyum sağlamak, ABD hukukunu standartlaştırmak işlevini Yüksek Mahkeme ile beraber bütün yargı organları birlikte yerine getirirler. Belirtelim ki; değişime amerikan yargıcı hemen her zaman ayak uyduramamaktadır. XX. Yüzyılın başında çalışma hayatının normlarının düzenlenmesinde ve 1930'lar sonrası Devletin ekonomiye müdahalesi sırasında toplumsal gereklere karşı düşmüştür. Özellikle bu sıralarda işlevlerarası denetleme, yürütme ve yasamadan yargıya doğru işlemiştir⁽¹⁵⁾.

Yargıcın işleviçi düzeyde denetlenmesi süreci, yasama ve yürütme organlarına oranla bazı önemli değişiklikler göstermektedir. Yasama organında çoğunluk - azınlık alternatifi, iki - meclis, parlamento komisyonları işleviçi düzeyde denetlenme mekanizmalarının örneklerini oluştururlar. Yürütmede işleviçi düzeyde denetlenme hiyerarşik usullerle, yada özel kurullar aracılığı ile olur.

Yargının işleviçi düzeyde denetlenmesini sağlayan ilkeler daha çok yargı usulünü ilgilendirir. Yargının açıklığı, yargı kararlarının gerekçeli olması, karşıt oyun kararları birlikte yayınlanması, yargı kararlarına üst mahkemelerde itiraz hakkı yargının işleviçi düzeyde denetlenmesinin belli - başlı yöntemleri oluyor⁽¹⁶⁾.

Yargının işlevlerarası ve işleviçi denetlenme ve denetleme mekanizmalarının yanı sıra önemli bir başka nokta da; yargıyı harekete geçirebilme olanakları ile ilgilidir.

Yargıyı harekete geçirme derken iki şeyi anlıyorum; Birincisi yasanın ve idari kararın iptalini temin amacıyla yargıyı harekete geçirmek; ikincisi; anayasanın gerektirdiği bir yasanın yapılabilmesi veya yapılması gerekirken savsaklanan bir yönetsel işlemin yerine getirilmesi için yargıyı harekete geçirme. Genellikle yargıyı harekete geçirmeden birinci şık anlaşılır. Olumsuz bir harekete geçirme söz konusudur. Oysa güç olmakla beraber ikinci şık da

(15) T. Feyzioğlu, Kanunların Anayasaya uygunluğunun kazaî murakabesi, Ankara 1951 sayfa 221 ve devamı.

(16) B. Bergeron, a.g.e. sayfa: 284.

(olumlu harekete geçirme) yaşama ve yürütme üzerinde etkin bir denetim sağlama açısından önemi açıktır. Kazai emir olarak nitelendirilen bu ikinci noktayı şimdilik bir yana bırakarak yalnız birinci nokta üzerinde durmak istiyorum.

Yargıyı hangi yönde olursa - olsun harekete geçirme konusunda çeşitli yargı sistemlerinin geliştirdiği olanaklar ülkeden - ülkeye farklılıklar göstermektedir.

Örneğin ABD bu alanda herkese hak tanıyan bir sistem geliştirmiş olmakla beraber harekete geçmeyi sadece def'i yolu ile sınırladığı için bir yönden oldukça kısıtlayıcı kalıyor.

Oysa Federal Almanya uygulamasının, hem dava hem Def'i yolunu açık tutması ve özellikle dava yolunu belirli koşullarda da olsa bireylere de tanıması, Alman sistemini harekete geçirme alanında bir hayli esnek kılmaktadır (17).

İdari yargı alanında da, yargıcın harekete geçirilmesi sistemden - sisteme bazen önemli bazen ayrıntıya inen farklılıklar göstermektedir.

Harekete geçirebilme konusunda bireye oldukça geniş kolaylıklar getiren İsveç Ombudsman uygulaması olması bu sistemin özellikle son yıllarda ilgiyle karşılanmasının bir nedenidir.

Yargıcın harekete geçirilebilmesinde önemli etkenlerden biri de yetkili yargıcın tayininde bireye sağlanan olanaklardır. Belirtilim ki; bu konuda yargı ayrılığı veya yargı birliğini benimseyen her iki ana sistem de yerine göre hem yararlı, hem sakıncalı olmaktadır. Yargı ayrılığının benimsenmesi, doğal olarak yetkili yargıcın belirlenmesi konusunda sayısız güçlüklerin nedenidir. Bununla beraber, özellikle idari yargı alanında, ayrı bir yargıcın uzmanlaşmış olması çözümün tutarlığına değgin hususlarda etkin olabilmektedir (18).

Yargı ayrılığı sisteminin en belirleyici örneği Fransadır. Yürütme ve yönetimin karar sürecinde asıl unsuru oluşturduğu Fransa'da (19) Danıştay hem merkeziyetçiliği pekiştiren, hem de yönetim

(17) J. Rivero, a.g.e. sayfa: 205.

(18) Bu konuda Goodnow'un görüşleri için bakınız; F. Morstein Marx, Quelques caractéristiques du Droit Administratif aux Etats-Unis. in Livre Jubilaire Paris 1952 sayfa: 676.

(19) M. Crozier, le phénomène Bureaucratique Paris 1963 sayfa: 324-327.

normlarının standartlaştırılmasında birinci rolü oynayan bir organdır.

Fransız Danıştayı bu işlevini yönetimi yargılamak, yönetimi danışma göreviyle aydınlatmak ve yönetime üst düzeyde yönetici yetiştirmek biçiminde yerine getiriyor ⁽²⁰⁾.

Yönetime yönelik kodifikasyon ve standartlaşma çalışmalarında oldukça başarılı olan Fransız Danıştayının, bireyi yönetimin kanunsuz işlemleri karşısında korumada aynı başarıyı gösterebildiğini söylemek oldukça güçtür. Özellikle Uyuşmazlık Mahkemesinin yargıya yönelen talepleri kısıcı gizil işlevleri olması yargı ayrılığı sisteminin en önemli sakıncasıdır ⁽²¹⁾.

Daha Fransız yargı rejiminde yargıcın, kamu hizmeti etiketini taşıyan ticari ve sanayi kuruluşlarını tanımadığı bir devirde La Bruyère'in «...» Karakterler'inde çizdiği bir tablo oldukça ilginçtir. La Bruyère; «Orante'in on senedir hangi yargıca başvuracağını saptamaya çalıştığını; şu beş senede bunu çözümlendiği zaman, hayatının geri kalan kısmında da asıl davasını savunacağını» yazıyor ⁽²²⁾.

Belki bu gün, yargı ayrılığı La Bruyère'in abarttığı biçimde sakıncalar doğurmamaktadır. Ama harekete geçirilecek yargıcın saptanması konusunda etkin bir sistem olduğu da söylenemez.

Tam bir yargı rejimi oluşturmamakla beraber; yönetime karşı sonuca yönelik çabuklukları yönünden İsveç Ombudsman ⁽²³⁾ ve Sovyetler Birliği Prokuratura ⁽²⁴⁾ deneyleri daha etkin sistemlerdir.

Özellikle Ombudsman Batı Demokrasilerinin abartarak imrendiği bir kurumdur. Kamu gücünün toplum yaşamına daha fazla karışmasının sonucu, bireyi yönetime karşı savunmakta klasik sistemlerin etkin davranamamaları Ombudsman ve benzeri uygulamalara ilginin temel nedenidir ⁽²⁵⁾.

(20) M.C. Kessler, le Conseil d'Etat Paris 1968 sayfa: 9.

(21) J. Rivero, a.g.e sayfa 86 ve 221.

(22) R. Charles, la Justice en France Paris 1958 sayfa: 25.

(23) A. Legrand, L'Ombudsman Scandinave Thèse pour le Doctorat en Droit Lille 1968.

(24) J.A. Tikhomirov, a.g.e.

(25) Y. Altuğ, Vatandaşı idarenin yetki tecavüzleri karşısında koruyan «Ombudsman» müessesesi Yargıtay 100 üncü Yıldönüm Armağanı Ankara 1968 sayfa; 159.

Yukarıda, yargıcı harekete geçirmenin iki ayrı amaca yönelik olabileceğini söylemiştik. Bu amaç ya bir yasa veya idari kararın iptali ya da bir düzenlemenin yasa ve yönetim düzeyinde istemi olabilir.

Birinci amaç genellikle benimsenmiş olmakla beraber, kazai emir sorununu ilgilendiren ikinci amaç konusunda hemen her sistemde uygulamalar son derece kısır kalmaktadır. Gerek ABD gerekse İngiliz Hukuku belki bu alanda öbür sistemlere oranla biraz daha kullanışlı görünüyor ⁽²⁶⁾.

Bir yasanın çıkarılmasını sağlamak veya yönetime yapmaktan çekindiği bir işlemi yaptırmak alanında kazai emir yönteminin yanı sıra bir diğer yöntem de ferdi girişim olmaktadır.

Bu konuda İsviçre uygulaması, bireye başka yurttaşlarının da rızasını almak koşulu getirerek, belirli alanlarda yasal düzenlemenin sağlanması için girişim olanakları vermektedir ⁽²⁷⁾. Yasa koyucunun bazı kanunların çıkarılmasında atıl davranması karşısında bireye bu hakkın tanınması şüphesiz alışlagelen öteki sistemlerin önemli bir boşluğunu gidermektedir.

Bazı sosyalist ülkelerin, yasaların yargısal denetlenmesinde, yasama organının ataletinin kırılmasına önem vermeleri, ferdi girişim benzeri uygulamaları bu ülkelerde de gündeme getirmiştir. Romanya ve Doğu Almanya deneylerini buna örnek gösterebiliriz ⁽²⁸⁾.

Yasama ve yürütmenin yargı aracılığı ile denetlenmesi alanında, işlevlerarası ve işleviçi düzeylerde denetleme - denetlenme hareketlerinin etkinliğini belirleyici önemli ilkeleri karşılaştırmalar yaparak göstermeye çalıştım. Türk uygulamasından söz etmedim. Uygulamamızın önemli sorunlarını ayrıca belirtmek kaygısı bunun asıl nedenidir.

(26) P. Ville, *la Cour Suprême et la Représentation politique aux Etats-Unis* Paris 1972.

(27) P.M. Gaudement, *le Pouvoir exécutif dans les pays occidentaux* Paris 1966 sayfa : 87-88.

(28) H. Roussillon, *le problème du Contrôle de la constitutionnalité des lois dans les pays socialistes*. in *Revue de Droit public et de science Politique* 1977 No. 1.

Uygulamamızın, batı örneklerinde olduğu gibi genelde yasal-ussal standartlar yaratmak suretiyle güçlü siyasal sistem oluşturmak doğrultusunda işlediğini belirtmek isterim. Anayasa Mahkemesinin ve Danıştayın Devleti modernleştirme çabaları arasında siyasal sistemimize sokulması bu bakımdan anlamlıdır.

Türkiye'de Yasama ve Yürütmenin Yargısal Denetiminde Başlıca Sorunlar :

Türk siyasal sisteminde Anayasanın üstünlüğü ilkesi ötedenberi benimsenmiş bir ilke olmakla beraber; yasama alanı üzerinde yargı denetiminin kurulması oldukça yeni bir deneydir. Yüksek Mahkemenin siyasal yaşamımızdaki yerini değerlendirirken, Türk siyasal gelişmesinin izlediği genel çizgiyi ve bu çizgide 1961 Anayasasının yerini öncelikle belirlemek gerekir. Genel olarak 1961 Anayasasının ve bu Anayasa ile siyasal sisteme eklenen yeni kurumların tepkisel niteliğinin ağır basması⁽²⁹⁾ Anayasa Mahkemesi üzerinde yapılabilecek ilk değerlendirmelerde kuruluş ve öncesi dönemin genel koşullarını göz önünde bulundurmaya gerekli kılar.

Siyasal gelişmemizin en belirleyici niteliklerinden biri batılılaşma veya çağdaşlaşma diye adlandırdığımız, Devlet örgütlerinin etkin yöntemlerle donatılması sürecidir. Bu süreç belirli aşamalar halinde gerçekleşmekte, her aşamada Türk siyasal sistemi sanayileşmiş batı toplumlarından yeni bir kurumu kendi bünyesine eklemektedir⁽³⁰⁾.

1961 Anayasası ve getirdiği kurumlar, bu batılılaşma çizgisinin geriye doğru zamanımıza en yakın noktasını oluşturmaktadır. Çok partili siyasal yaşam deneyinde çoğunluk egemenliğinin doğurduğu sakıncaları önlemek amacı ile düşünülen belli başlı yeni anayasal kurumlardan biri de Anayasa Mahkemesi olmuştur.

İtalyan ve Federal Almanya Anayasa Mahkemelerinin örnek alındığı Türk Anayasa Mahkemesi ile, anayasa taslağını hazırlayanlar Anayasa'daki demokratik laik ve cumhuriyetçi ilkeleri güven-

(29) H.N. Kubalı, les traits dominants de la constitution de la seconde République Turque in Revue Internationale de Droit Comparé, 1965 No. 3 sayfa : 857-858.

(30) S.S. Onar, les transformations de la structure administrative et juridique de la Turquie et son état actuel, in Revue Internationale des Sciences Administratives Bruxelles 1955 V: XXI sayfa: 780.

ceye almayı amaçlamışlardır. Bu ilkelerin yargı organı aracılığı ile korunmasında siyasal kadrolara karşı duyulan güvensizlik (31) önemli bir etken olmuştur.

Demokrasinin çoğunluk egemenliğine dayanan, mutlak bir yönetim kurmak demek olmadığı; siyaset oluşturan organların karşılıklı bir denetim süreci içinde işlemeleri gereği yeni anayasanın temel tanımlamalarından biridir. Anayasa Mahkemesinin varlığı da bu genel tanımlama içinde açıklığa kavuşmaktadır.

Türk Anayasa Mahkemesinin işlemeye başlamasından itibaren, bu denetim işlevini hemen her alanda uyguladığı, her siyasal eğilimin Anayasa Mahkemesinden taleplerde bulunduğu gözleniyor.

Sıkıyönetim rejimlerinin oldukça kısa aralıklarla gündeme geldiği siyasal yaşamımızda (32) genel olarak yargı organının ve bu arada Anayasa Mahkemesinin kişi özgürlüklerini koruma alanındaki girişimlerinde ne derece etkili olabileceği tartışmalıdır. Sıkıyönetim uygulamalarının, demokratik mekanizmaları tutukluğa uğratması kişileri haklarını savunmada daha çekingen kılması, sanıyoruz ki Anayasa Mahkemesinin özgürlükleri korumada etkinliğini zayıflatmaktadır.

Bazı göstergeler, Yüksek Mahkemenin yasama meclisleri tarafından yeterince benimsenmediğini gösterecek niteliktedir. Örneğin boşalan üyeliklere yeni atamaların yapılmasında yasama meclisleri çok önemli oranlarda gecikmekte, hatta bu tutumları ile Mahkemenin çalışmasını engelleyebilecek durumlar yaratılmaktadır (33). Eğer, aynı ihmali üye atamaya yetkili öteki Devlet organları da göstermiş olsalar, muhtemelen Mahkeme bir gün toplanamaz hale gelebilir.

Bununla beraber, Anayasa Mahkemesinde 1962 den beri açılan davalarda davacıların niteliklerine bakıldığında genellikle hemen her siyasal eğilimden partinin mahkemeye başvurduğu görülmektedir. Yasama meclislerinde üye atama konusundaki kayıtsızlığın, bu kez partiler aracılığı ile bile olsa yargı organından talep konusunda tekrarlanmadığını söyleyebiliriz.

(31) H.N. Kubalı, a.g.m. sayfa: 857.

(32) C. Eroğul, Türk Anayasa düzeninde Cumhuriyet Senatosu'nun Yeri Ankara 1977 sayfa: 41

(33) C. Eroğul, a.g.e. sayfa 76 ve devamı.

Türk Anayasa Mahkemesi üzerindeki bu özet gözlemlerimizi noktalamadan önce bir - iki konuya gösterdikleri önem açısından değinmek yerinde olacaktır: Birinci konu dava yolu ile yasaların iptalini istemeye yetkili kurumlarla ilgilidir.

Bilindiği gibi, Anayasa Mahkemesinin yargısal denetim sürecini işletebilmesi ya dava yolu «voie d'action»; yada def'i yolu ile «voie d'exception» mümkündür.

149 uncu Madde dava hakkını kullanabilecek yetkilileri saymakta, bu arada «kendi varlık ve görevlerini ilgilendiren alanlarda» kaydını koyarak; Yüksek Hakimler Kurulu, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay ve Üniversitelere de doğrudan doğruya iptal davası açma hakkını tanımaktadır. İster - istemez «kendi varlık ve görevlerini ilgilendiren alanlar» kaydından sendikal kuruluşların da yararlanabilmesini niçin anayasa koyucunun düşünmemiş olması akla geliyor.

Anayasamızın sosyal içeriği dikkate alındığında, özellikle çalışma hayatında yasal düzenlemelerin giderek yoğunlaştığı çağımızda böyle bir hakkın hiç değilse üye sayısında bir kayıt koymak koşulu ile sendikalara, meslek dernek ve birliklerine tanınmasının yararlı olacağını sanıyorum.

Günümüzde, anayasanın saydığı dava açma hakkı olan kurumlar sendikal ve meslek kuruluşlarından ne daha fazla ne daha az önemli değildirler.

İkinci olarak dikkat çekmek istediğimiz konu, Mahkemenin müzakerelerini düzenleyen **44 sayılı** kuruluş yasasının bazı hükümleri ile ilgili. Söz konusu yasanın 40. maddesi;

«Açıklanmasında Devletin Yüksek menfaatlerine zarar vermesi umulan ve sır halinde sağlanması gereken bilgilerin verilmesinden ve evrak ve belgelerin gönderilmesinden ilgili makamın kaçınabileceğini belirtmekte; gene aynı maddeye göre ilgili makamın bu kaçınmadan Mahkemenin üçte iki çoğunlukla istemini yenilemesi halinde yararlanamayacağı hükmünü getirmektedir. Ancak bu durumda bile ilgili makam bu kez Türkiye Cumhuriyetinin güvenliğinin yanı sıra konu yabancı devletlere de ilişkin ise kaçınma kararında ısrar edebilmektedir. Kuruluş yasasının bu hükümlerini anlamak belirtelim ki bizce çok zor. Yargıçlar sır saklamakta, devletin şu yada bu organından veya memurundan daha mı az güven vericidir-

ler ki kanun koyucu böyle bir hükmü getirmekte ısrarlıdır. Uygulama göstermektedir ki bu tür yasa hükümleri çokçası abartılarak kullanılmakta ve yargı sürecinin etkin işlemesine engel olunabilmektedir. Bu tür kısıtlayıcı ve yargı faaliyetini sekteye uğratacak nitelikte hükümleri örneğin Danıştayın muhakeme usullerini düzenleyen yasalarda da görüyoruz.

Bizi şaşırtan bir başka nokta da Mahkemenin bu hükmün anayasaya uygun olup-olmadığı yolunda bu zamana kadar herhangi bir endişe göstermemiş olması. Belirtelim ki bu yargı organımız her nedense kendisini ilgilendiren konularda bir hayli çekingen veya suskun olmaktadır (34). Bu suskunluğu onaylamak sanıyoruz ki mümkün değildir.

Anayasa Mahkemesi ile ilgili bazı sorunlar üzerindeki bu gözlemlerimiz yeni düzenlemelerin gerektiğini kanıtlamaktadır. İdari Yargı alanındaki aksamalara gelince, onları da özetle şöyle belirleyebiliriz :

1 — Danıştay kararlarının yönetim tarafından uygulamaya konulması sorunu,

2 — Yargı sürecindeki demokratik olmayan hükümlerin kaldırılması,

3 — Danıştaydaki tıkanıklıkları ve dava birikmelerini önlemek için yerel idare mahkemelerinin kurulması,

4 — İdarî yargı alanında adlî müzaheret sorunu,

5 — Belirli alanlarda kazai emir yetkisinin tanınması gereği.

İdarî Yargının sorunlarını yakından inceleyenlerin kolaylıkla onaylayabilecekleri gibi; bu sayılan sorunların çözüme bağlanması, yönetimin yargısal denetiminin sağlıklı biçimde gerçekleştirilebilmesi için çok önemlidir.

Danıştay kararlarının, yönetim tarafından uygulamaya konulması sorunu esasında yalnızca idarî yargıyı değil bütün bir hukuku ilgilendiren bir sorundur. Yasama organı veya yürütme organı ka-

(34) Mahkemenin kendisini ilgilendiren durumlarda gösterdiği bu suskunluğa bir başka örnek için bakınız; T. Güneş, CHP nin Haksız İktisaplarının iadesi Hakkında 6195 sayılı Kanunu iptal eden Anayasa Mahkemesi Kararı üzerine. S.B.F. Dergisi. Cilt: XVIII N: 3-4 sayfa: 345.

larının uygulanmaması nasıl ki bu kurumların etkinliğini azaltır ve giderek varlık nedenlerini tartışma konusu yaparsa; yargı tarafından verilen kararların da uygulanmaması er-geç aynı sonuçları yaratma durumundadır. Daha da önemlisi siyasal sistemin, toplum bütününi denetleme yeteneğini yitirmesi, alışılmış deyimle otorite boşluğu doğması kaçınılmaz olur (35). Genel toplum düzeninin işleme birinci derecede bu düzeni oluşturan sistemlerin çevrelerinde değişiklik yaratabilmelerine bağlıdır. Danıştay kararlarının uygulanması sorununu bu geniş boyutlar içinde düşünmek gerekiyor.

İdarî Yargı sisteminin çevresinde değişiklikler yaratabilmesi, çıktılarını oluşturan yargı kararlarının, iptal, yürütmeyi durdurma, tazminat, öneri-uygulanması ile olanak kazanır.

Danıştay kararlarının yönetim tarafından uygulanmamasının hukukî ve cezaî sorumlulukları üzerinde burada ayrıntılı olarak durmayacağız. Ancak belirtelim ki yasalar bu alanda sorumlulukları göstermektedir. Ve Danıştay bazı kararlarında cezaî ve hukukî sorumlulukları saptamaktadır (36). Yasaların gösterdiği ve yargının kararlarında da tekrar edilen cezaî ve hukukî sorumlulukların, her şeye rağmen idarî yargı kararlarının uygulanması sorununu çözümlendiğini söyleyebilmek güçtür. Yada bu bir çözüm olsa bile, genellikle Danıştay kararlarının uygulanmamasından dolayı doğan tazminatlar hazine tarafından ödenmekte olduğundan memurun veya bakanın keyfi tutumunun bedeli kamu tarafından karşılanmaktadır. Çokçası tazminat davalarının kişi aleyhine değil de idare aleyhine açılması onaylanması güç bu tür sonuçlar doğurmaktadır.

Yargı kararlarının uygulanmamasının çoğu zaman müeyyidesiz kalması sanıyoruz ki hukuk mekanizmasının yetersizliğinin ötesinde temel bazı sorunları gündeme getiriyor. S.S. Onar'ın Türk yönetim ve hukuk kurumlarının gelişimi ile ilgili bir incelemesin-

(35) İ. Olgun, Danıştay 10 uncu Daire Bşk., Danıştay kararlarının infazı, Amme İdaresi Dergisi Cilt: III sayı: 2.

(36) Abbas Gökçe, Danıştay Üyesi, Danıştay kararlarının uygulanması nasıl sağlanabilir? Milliyet 5 Mart 1977.

Danıştay kararlarının uygulanmasına değin ayrıntılı sorunlar için bakınız; İdarî Yargı Kararlarının, Özellikle Yürütmenin Durdurulması Kararlarının Uygulanması konusunda T.B.B. Yönetim Kurulunun görüşleri. Türkiye Barolar Birliği Yayınları No: 18 Ankara 1975.

de belirttiği gibi, bozukluğu ve uyumsuzluğu kurumların yapısında değil; toplumsal çevrenin yetersizliğinde aramak gerekmektedir (37).

Saniyoruz ki; söz konusu çevrenin yetersizliği, sisteme yapılan taleplerde değil; daha çok destek nitelikteki girdiler düzeyinde belirlenmektedir. Genel olarak, siyasal toplumsallaşma düzeyimizdeki yetersizlikler, bu sürecin toplumumuza oranla çok daha gelişmiş olduğu siyasal sistemlerin kurumsal yapılarının bünyemize aktarılması halinde bu kurumların çevre tarafından yeterince benimsenmemesi sonucunu doğurmaktadır. Bu açıdan konuya yaklaşıldığında temel sorun, siyasal sistemimizi oluşturan kurumlar etrafında bu kurumları benimsetici tutum ve davranış oluşturulması olmaktadır.

Gerçekten, yargı organı tarafından verilen kararların uygulanmasında sürekli aksamalar gösteren siyasal iktidarın, demokratik mekanizmanın en doğal denetim aracı olan seçimlerde, bu aksamalarından dolayı seçmen tarafından onaylanmayacakları yolunda bir kaygının olmaması belki temelde yatan asıl nedendir (38).

Yargı kararlarının yürütme tarafından uygulanmaması, yargı-yürütme işlevleri arası denetleme sürecinde aksamalara neden olmaktadır. Bu aksamalar giderek hem yargısal alanda denetlenmeyen bir yürütme; hem de denetleme işlevinde etkin olmayan bir yargı olgusu oluşturur.

Yargılama sürecinin denetlenen bir süreç olmasını engelleyen yöntemlerin de varlığı bu iki olguyu daha da olumsuz yönde geliştirmektedir. 1740 sayılı yasa ile Danıştay yasasına eklenen şu madde yargı sürecinin denetlenen bir süreç olmadan uzaklaştırılması yönündeki yasama organının çabalarını açık olarak kanıtlayıcı niteliktedir.

Yargının açıklığını temelden bozan 1740 sayılı yasanın 1. Maddesi aynen şöyledir: «Görevli daire veya kurul, veya kanun sözcüleri tarafından getirilen veya idarece gönderilen gizli her türlü belge ve dosyalar ile reddi hakim istemi üzerine reddedilen hakim tarafından bu hususta verilen cevap, taraf veya vekillerine inceletilemez». Hem yargının açıklığını, hem de kişinin savunma hakkı-

(37) S.S. Onar. a.g.m. sayfa: 780.

(38) B. Savcı, Danıştay Dergisi Yıl: 6 sayı: 20-21 sayfa: 92.

nı sarsan böyle bir yasa hükmünün yargı eylemini denetlenen bir eylem olmaktan çıkardığı kuşkusuzdur (39). Anayasa mahkemesi ile ilgili gözlemleri belirtirken yüksek mahkemenin yargılama yönteminde de, benzeri hükümlerin varlığına değinilmişti.

Danıştayın da Anayasa Mahkemesi gibi yargı faaliyetini açıklıktan, denetlenen bir süreç olmaktan uzaklaştıran bu tür yasa hükümlerine karşı kayıtsız kalmasını açıklamak mümkün değildir.

İdarî yargı sistemimizi yetersiz kılan, işlevlerini yerine getirmekte geç bırakan önemli bir diğer sorun da; sistemin yeterince yapısal farklılaşmaya gidememiş olmasıdır. Ötedenberi yakınma konusu olan, Danıştay'da dava dosyalarının aşırı boyutlarda birikmesi günümüzde de sürmektedir (40).

Bu yetersizliklerin giderilmesi için zaman zaman ortaya yerel düzeyde idarî yargı kurumlarının geliştirilmesi önerisi gerçekleşme olanağı bulamamıştır. Şüphesiz idari uyuşmazlıklarda yerel mahkemelerin kurulması, Danıştay'ın üzerindeki talep yükünü azaltarak bu yargı kurumunun daha çabuk çalışmasını sağlayabilir (41). Fransa'nın 1953 den beri uyguladığı bu yöntem, Danıştay'ın yükünü önemli ölçülerde hafifletmiş görünmektedir. Yerel yönetim mahkemelerinin kurulmasının dava yükünü hafifletmek yanında ayrıca yargı hizmetini bireye yaklaştırmak gibi önemli bir yararı da vardır (42).

Ancak yargı hizmetini bireye yaklaştırmak için yerel yargı organlarının kurulması yeterli değildir. Yargı yoluna başvurmada işlemlerin basitleştirilmesi; bireye karmaşık hukuk düzeni içinde haklarını savunabilmede kamunun da yardımcı olması gerektirir. Danıştay'da açılan davalarda davacıların hangi toplumsal kesimlerden geldiği, en çok hangi alanlarda uyuşmazlık çıktığı yolundaki bir araştırma bu alandaki gereksinimleri daha açık-seçik ortaya koymak bakımından yararlı olacaktır.

Hemen belirtelim ki; bireye yargı kurumlarında yönetimi daha etkin denetlettirme olanağı tanıyan İsveç Kamu Gözeticisi siste-

(39) İlgili Yasa Maddesinin doğurduğu tepkiler için bakınız, Cumhuriyet 4 Ağustos 1973.

(40) Ş. Gözübüyük, İdarî Yargı Ankara 1977, sayfa: 45.

(41) S. Güran, Bölge İdare Mahkemeleri ve Danıştay üzerine yapısal bir deneme İstanbul 1977 sayfa: 444 ve devamı.

(42) L'Etat et le Citoyen Paris 1961 sayfa: 398.

minin aslında yargı hizmetini ucuz ve basit olarak vatandaşa götürmek olduğunu düşünerek, benzer bir kurumun Türk koşullarına ve gereksinmelerine uyumlaştırılarak geliştirilmesi yerinde olabilir.

Aslında Türk toplumu böyle bir gereksinmeyi duymakta ve dolaylı yollarla bu söylediğimiz öneriyi gerçekte uygulamaya koymaktadır. Bir gazetenin bu alandaki geçmiş on yıllık deneyi bu açıdan bize çok ilginç görünüyor (43).

Genel olarak yargı alanı eyleme dönük değildir. Yargıç, yalnızca yönetimin karar ve düzenlemelerinin yasallığını denetlemekte, yasaya aykırılığı engelleyememektedir. Gerek Türk sisteminde, gerekse Fransız sisteminde kazaî emir yetkisinin tanınmamış olması; yargıcı işlevlerarası denetim sürecinde tamamen pasif bir duruma getirmektedir. Hiç değilse, yargı tarafından saptanan yasaya aykırılık hallerinde; yargıya yönetime emir verme yetkisinin tanınmasının önemli yararları olabilir. İtalyan Danıştayının belirli koşullarda bu yetkiye sahip olması, İtalyan yargı denetimi sistemini daha etkin kılmıştır (44).

Ülkemizde, İdare yargıcının yönetime emir verebilme yetkisi genellikle tartışma konusu bile yapılmamaktadır. Sanırız böyle bir yetkinin işlerliği üzerinde tartışmayı gündeme getirmek yararlı olacaktır.

(43) Yıldırım Servis 10 ncu Yılında Yine Sizlerle Hürriyet 24 Mart 1977.

(44) J. Rivero, a.g.e. sayfa: 231.