

İDARİ YARGI VE YARGICI: HANGİ GELECEK?

Doç. Dr. Hasan Nuri YAŞAR*

1. İdari yargı

İdari yargı¹, *sui generis* bir kurum olarak Devrim sonrası Fransız hukuku içinde ortaya çıkmıştır ve Fransız Devrimi'nin bir seçimidir, bir gelenektir². Biraz yakından bakılmasıyla bile, yürütme organının “basit” yargı olarak algılanan *adli yargının* kapsamı dışında tutulması kararlılığı hemen sezilir. Diğer bir deyişle, idari yargı, yürütmenin, adli yargıya karşı güvensizliğinin bir eseri³ olarak kuvvetler ayrılığı ilkesinin Devletin ayrıcalıklı olduğu anlayışına bağlı olan bir “gelenek” ışığında yorumlanmasıyla ortaya çıkmıştır. Chapus'a göre, idari yargının var oluş nedeni, İdarenin yargılanmasıdır ancak, “idarenin yargılanması ilkesi, gene idare etmektir”⁴. Carré de Malberg'e göre, yürütmenin dolayısıyla idarenin bağımsızlığı ilkesini öne çıkaran politik yaklaşımın ürünü olan idari yargı, “adli yargının idareye müdahalesini, egemen olmasını istemeyen Fransız hukukunun tutarlı bir sonucudur”⁵. İdari yargı böylece politik bir tercihi üzerine oturmuş ve yargının tarafsızlığı ilkesiyle çatışan bir kurum olarak, birçok bakımdan meşruiyet sorununu etrafında bulmaktadır.

2. İdari yargı ve yargıç: meşruiyet problemi

Yargıçlık görevinin yerine getirilmesi, hiç kuşkusuz bir iktidar (güç) gerektirir. Ancak, bütün iktidarlar gibi yargıcın iktidarı da mutlak değildir ve yine bütün iktidarlar gibi bir meşruiyete ihtiyaç duyar. *Her toplumda yargı gerekliliktir ve yargıç meşruiyetini, gerçekte, öncelikle bizzat bu gereklilikte bulur.* Demokratik bir ülke de, meşruiyetin kaynağı halkın iradesidir. Yasama ise yetkisini doğrudan doğruya genel seçimlerden almanın meşruiyetine sahiptir. Diğer kuvvetler meşruiyetlerini

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Öğretim Üyesi

¹ **BARTHELEMY H.**, *Droit administratif*, Librairie Arthur Rousseau, 1916; **HAURIO M.**, *Précis de Droit administratif et de Droit public*, Rec. Sirey, 1927; **BONNARD Roger**, *İdarenin Kazai Murakebesi*, çev. A. R. Turnagil, İstanbul, 1939; **VIGUIER Jacques**, *Le contentieux administratif*, Dalloz, 1998, s. 14 vd; **YAŞAR Nuri**, *İdari Yargı, İdari Yargıç ve Yargısal Emir*, (Doçentlik Tezi) Filiz Kitabevi, İstanbul 2002.

² **RIVERO Jean –WALINE Jean**, *Droit administratif*, Dalloz, 1998, s. 137.

³ **CHABANOL Daniel**, *Le juge administratif*, L.G.D.J., 1993, s. 25.

⁴ **CHAPUS René**, *Droit administratif général, Tome I*, Montchrestien, 1995, s. 677.

⁵ **CARRE de MALBERG R.**, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Recueil Sirey, 1920, Tome I, s. 775.

yasamaya göre kazanırlar ve bu da dolaylı bir meşruiyettir. Fakat bu yaklaşımın yargıç bakımından kolaylıkla kabul edilemeyecek bir temel açmazı vardır, o da bütün meşruiyetlerin kaynağının seçime dayanması ve böylece meşruiyetin çoğunluk kavramı üzerine kurulmuş olmasıdır. Oysa yargıcın meşruiyetinin seçim sonuçlarına, dolayısıyla çoğunluğun iradesine dayandırılması kabul edilemez⁶. O halde burada yeniden yargılama kurumunun “gerekliliği”ne dönmek ve yargıcın yasamaya da *gerekli* olduğunu görmek gerekir.

Richelieu’nun adli yargıyı idari işlere bulaştırmaktan menetmesiyle açığa çıkan ikili yargı düzeni, Tocqueville göre, idarenin yargısal işlere “bulaşmasının en nadir ve en traniği olan, hükümetin idare önünde yargılanmak gibi bir yetkiye sahip olmasına yol açmıştır”⁷. Bu durum, idari yargıcın yargının gerekliği inancından hiçbir meşruiyet alamayacağı ortadadır. İdari yargıç, her zaman üç açıdan meşruiyet sorunuyla karşı karşıyadır: *ilki* idari yargının ilk oluşumundaki orijinalliğe (gerekliğe dayalı), *ikincisi* idare hukukunun üretimine, *üçüncüsü* ise yargılamanın taraflarıyla arasındaki güvene ilişkindir⁸.

Kaçınılmaz biçimde ortaya çıkan “gereklilik ilkesi”ni idari yargıya uyguladığımızda, sonuçlar farklı bir mekânda olduğumuzu kolaylıkla göstermektedir. Çünkü *idari yargı, gerekliğin yarattığı toplumsal bir meşruiyete değil, bu gerekliğin idari bakış açısıyla çarpıtıldığı politik bir tercihe dayanmaktadır*. İdari yargıcın esas görevi, Devletin, gerçek kişiler karşısında, sıradan hukuksal sorunların tarafları gibi, husumete maruz kalmasının önlenmesidir. Dolayısıyla, idari yargıç, sadece hakkın yerini bulmasını değil, Devletin bundan yara almamasını da sağlamakla görevlendirilmiştir. Bu nedenle, politik bir temeli olan idari yargı, bu idari bakışın toplum tarafından onaylanmasının yaratacağı meşruiyete duyduğu ihtiyaçtan hiçbir zaman kurtulamamış, yargıcın meşruiyeti, her zaman etkinliğinin toplumda yarattığı saygıya ve kabule bağlı kalmıştır⁹. Yargıcın meşruiyetini sağlayan bir diğer önemli nokta, *davacının idari yargıca duyduğu güvende* yatmaktadır. Ne yasama ne de yürütme yargıca ihtiyacı olan meşruiyeti sağlayabilir. Yargıca meşruiyetini sağlayan, ülkemizde sanıldığı gibi tersine, statüsü değildir. Statünün rolü, yargıca sadece yargılama fonksiyonunu gerektiği gibi yerine getirebilmesi için ihtiyaç duyduğu

⁶ **WIEDERKEHR Georges**, “*Qu’est-ce qu’un juge*” in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs, Mélanges en l’honneur de Roger PERROT*, Dalloz, 1996, s. 575.

⁷ **TOCQUEVILLE**, aktaran **GAUDEMET Yves**, “*Crise de juge et contentieux administratif en droit français*” in *Crise du juge*, L.G.D.J., 1990, s. 90; **ANDERSEN Robert**, “*Crise du juge et contentieux administratif en droit belge*”, in *Crise du juge*, L.G.D.J., 1990, s. 107-135.

⁸ **GAUDEMET**, “*Crise du juge et...*”, s. 107-135.

⁹ **HAURIO**, aktaran **OBBERDORFF Henri**, *L’exécution par l’administration des décisions du juge administratif*, These pour le Doctorat d’Etat en Droit, 1981, s. 71.

İdari Yargı ve Yargıcı: Hangi Gelecek?

garantileri (güvenceleri) sağlamaktır. Yargıca meşruiyetini sağlayan, ona başvurular nezdinde yarattığı güven duygusudur. İdari yargının *idare hukukunu yaratmaktaki tekeline geline*, günümüzde bu sadece bir illüzyondan ibarettir. İdari yargıç, artık kamu idarelerine yönelik tek yargı yeri olma özelliğinin sonucu olan “idari yasa koyucu” ve idari uzlaşmazlıkların hakemi” olma tekeline¹⁰ kaybettiği gibi ve sıkı bir rekabet altında girmiştir. Zira bir taraftan Fransa’da Anayasa Konseyi (Conseil Constitutionnel), ülkemizde Anayasa Mahkemesi, diğer yandan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) idari işlemlerin hukukiliği sorununa ilişkin kararlar veriyorlar¹¹. Ayrıca Avrupa Topluluğu Adalet Divanı, üye ülkelerde idare hukukunun çehresini değiştirecek kararlara imza atmaktadır. Üstelik bu kurumlar, yerel idari gerekleri dikkate bile almıyorlar. Şimdi doğal olarak idari yargı organlarının kararlarının bu ulusalüstü yargı organların kararlarıyla uyum içinde olma zorunluluğu, idari yargının klasik tanımını tehdit etmektedir.

İdari yargıcın bugünkü haliyle hukuk devletinin doğal yargıcı olmak iddiasını zayıflatan başka özellikler de barındırmaktadır. Bunlardan *ilki* idari yargıcın hukukçu olma gerekliliğinin reddedilmesi yanında, yukarıda belirtilen idarecilik tecrübesine de sahip olma iddiasında boşa çıkmış olmasıdır. *İkincisi*, idari yargıcın birçok yargı dışı görevinin bulunmasıdır. Hatta bu tür görevlerin, istisnai ve geçici olmayıp genel bir kural olması ve süreklilik arz etmesidir. Diğer bir deyişle İdareyle olan yakın ilişkisinin sürdürülmesidir¹². *Üçüncüsü*, idari yargıcın yargılama mevzuuna olan yakınlığı sorunudur. Chapus’a göre, idari yargıç, sadece idare hukukunda uzmanlaşmış yargıç olmayıp, idareci ruhunu anlayan, kişisel olarak İdarenin etkinlik gerçeğini, ihtiyaçlarını ve sorunları bilen bir “idareci-yargıç”tır¹³. Diğer bir deyişle, idari yargıç idari uyuşmazlığın taraflarından birine yakındır.

Kanımcıca, yargıcın idareye olan bu yakınlığı kolaylıkla geçiştirilecek türden bir sorun değildir. Hemen herkes tarafından kabul edilen görüşe göre, yargıç sadece yargılayan değil, yargılama konusuyla da uzak yakın bir ilişkisi bulunmayandır. Diğer bir deyişle, yargıç uyuşmazlığının dışındadır ve uyuşmazlık konusundan ancak önüne gelince haberdar olur. Bu durum yargıcın bağımsızlık ve tarafsızlığının temel dayanaklarını bulmaya ve dolayısıyla da saygın ve seçkin kılmaya yarar¹⁴. Yine

¹⁰ GAUDEMET, “*Crise du juge et...*”, s. 98.

¹¹ Bkz. AKILLIOĞLU Tekin, “*İnsan Hakları ve Yönetim Hukuku-Avrupa Yönetim Hukukunun Oluşmasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Rolü*”, Danıştayın Kurulunun 132. Yıldönümü ve İdari Yargı Günü Sempozyumunda (Ankara, 11 Mayıs 2000) sunulan bildiri.

¹² Bu durumun yaratacağı riskler konusunda bkz. VIGUIER, *ibid.*, s. 24 vd.

¹³ CHAPUS, *ibid.*, s. 676.

¹⁴ WIEDERKEHR, *ibid.*, s. 583.

idari yargıya ilişkin bir diğer sorun, yargılama konusuyla ilgili olarak istişari görüş bildirme ihtimalidir. İHAM, idari yetkilerin olduğu gibi istişari yetkilerin kullanımını da yargılama konusuyla ilgili olarak tartışmış ve istişari görüş bildirdikten sonra aynı konuda yargılama yapan Luxembourg Conseil d'Etat'sını mahkûm eden bir karar vermiştir¹⁵.

Son olarak, idari yargının idareye yol göstermek ve hükümet etmesini kolaylaştırmak için kurulduğu, böylece politik bir işlevi olduğu¹⁶ görüşüne dönelim. Peki, hangi politik rolü benimseyecektir? Fransa'da, Weil'e göre, Conseil d'Etat, geniş anlamda (*lato sensu*) bir liberal eğilim taşımakta ve bu eğilimi, hürriyetler ile kamu düzeni çeliştiğinde, "otoriter ve devletçi Fransız toplumunun, özgürlüklere her durumda minimumda olsa bir yer verdiğini" asla unutmamaktadır¹⁷. Ülkemizde idari yargının politik tercihleri fragmenter, yani bütünlükten yoksundur. Liberal Conseil d'Etat'nın tersine, ülkemizde idari yargıç, liberal mi, devletçi mi, yoksa konuya ilgisiz mi belli değildir. Kamu hizmetlerinin görülmesini ele alırken dünyadan haberdar mı bu da belli değildir. Kamu hizmeti gibi önemli bir sorunu, yasama organını tahrik ederek bütünüyle tahkimin kollarına atması, hayatın akışını izlemediğini gösteriyor. Bu nokta, saf anlamıyla yargılama fonksiyonuna ilişkin ilkelerden ne denli uzaklaşıldığını kolaylıkla ortaya koyar. Anglo-sakson geleneğine uygun olarak tek yargı usulünü tercih eden ve bunu herkesin kabul ettiği gibi başarılı biçimde uygulayan Amerikan anlayışı, yargıcın politik işlevine yabancıdır. Strauss'a göre, tek yargı lehinde tercih, "(...) yargıcın siyasallaşmasına karşı da bir ölçüde koruma sağlar", ve yargıç "günlük yaşamda belli bir siyasal programa itaat etmeyecek kadar çok geniş ölçekte meseleler ve sorumluluklarla yüz yüze gelmekte (olduğundan)" siyasal sorunlar zaman zaman bu denetimi etkilese de, "idari işlem ve eylemlerin denetimi" yargıcın "geniş yargısal sorumlulukların yanında tali" kalmaktadır¹⁸.

Fransa 1872 yılında Conseil d'Etat'yı kısa bir süreliğine de olsa kapatmak zorunda kalmıştı. Bugün var olma nedenleri kadar, ortadan kaldırılma nedenleri de güncelliğini korumaktadır. Fransa'da idari yargıya karşı değişik gerekçelerle üç temel itiraz getirilmektedir¹⁹: *ilk itiraz*, tek yargıcın yargılama masraflarını

¹⁵ CEDH, 28 septembre 1995, Procola c/luxembourg, AJDA, 1996, s. 383. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. POTVIN-SOLIS Laurence, *L'effet des jurisprudences européennes sur la jurisprudence du Conseil d'Etat français*, L.G.D.J., 1999.

¹⁶ Bkz.. LOSCHAK, zikredildi; FRANÇOIS Bastien, "Le juge, le droit et la politique" in Revue française de Droit constitutionnel, 1990, no: 1, s. 49-69.

¹⁷ WEIL, bkz. LOSCHAK, *ibid.*, in *Préface*. s. XII - XIV.

¹⁸ STRAUSS Peter L., "Amerikan (İdari) Devletinde Hukukun Üstünlüğü" in II. Ulusal İdare Hukuku Kongresinde sunulan bildiri, *ibid*, s. 90-91.

¹⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. CHABANOL, "Le juge...", zikredildi.

İdari Yargı ve Yargıcı: Hangi Gelecek?

azaltacağı yönündedir. *İkinci itiraz*, ikili yargının bütün uyuşmazlıkları karmaşık hale getirdiğine ilişkindir. *Üçüncü* itiraz idari yargının İdareyi gözeterek yurttaşların hak ve özgürlüklerini ihmal ettiği yolundadır. Bu bütün bu itirazlar, sivil ve askeri idari yargı ikiliği gibi bir ikinci bölünme yaratmış olan ülkemiz bakımından daha fazla geçerlidir. Fransa ve ülkemiz “hikmet-i hükümet” (raison d’Etat) teorileriyle meşgul olurken, İHAM ve ATAD yoluyla, onlarca Avrupa ülkesinin hukuk düzeni yeniden dizayn edilmektedir. İngiliz hukuki liberalizminin bittiği yer olan Taç’a karşı yürütmenin durdurulması kararı verme yasağı, Avrupa Adalet Divanı (ATAD)’nın kararıyla hayata geçmiştir.

Kanımcıca, bugün idari yargının varlık nedenini yeniden sorgulamak ve varlığını meşrulaştıran gerekçeleri gözden geçirmekten kaçınmamak gerekir. Ulusalüstü yargı organlarının bile geniş halk kitlelerinin desteğinden yararlandıkları, kararlarıyla bu desteği sürekli genişlettikleri bir zamanda, idari yargı sadece yasal ve dolayısıyla politik bir meşruiyetle yetinemez. Artık bireysel hak ve özgürlüklerin korunmasının daha başka bir anlamı var.

3. Ülkemizde idari yargının geleceği var mıdır?

Anayasa düzenlemeleri karşısında bu sorunun anlamı yoktur. Ancak, anayasa hükümlerinin kalıcılığı da bu hükümlere duyulan ihtiyaca bağlıdır. Dolayısıyla, meşruiyet, kurallarla ona uyanlar arasında interaktif bir biçimde gelişir.

İdari rejime sahip olmayan ülkeler ile idari rejime bağlı ülkeler arasındaki en esaslı fark, yargıçların kimliğine ve yargılama prosedürüne ilişkindir. İdari rejime sahip olmayan ülkeler, idari işlemlere, Fransız hukukuna benzer önem atfetmelerine karşın, bunların yargılanmasını tek yargı uygulamasıyla, gerçek anlamıyla “hakim”in görevleri arasında saymışlardır. Oysa idari yargıçlık sıfatı, Fransa’da hukukçu olmayanlar, ülkemizde ise hukukçu olmadığı gibi, düne kadar idareci, muhasebeci, işletmeci, pazarlamacı vs. olmak için hazırlanmakla beraber bu alanda bile bir tecrübe sahibi olmayan bir kişinin bir yarışma sınavını geçerek idari yargı kurumuna girmesiyle kazanılmaktadır. Dolayısıyla, yargıçla hukuk öğretiminin temeli olan yargılama hukuku eğitimi arasındaki ilişki zayıf hatta kopuktur.

Bunun doğal sonucu olarak, idari yargı kurumları, idari kararın hukukiliği arayışından önce ‘idarenin gerekleri’ gibi daha politik bir yerindelik anlayışına bağlı bulunmaktadır. Fransa’da geleneksel olarak belli bir düzeyde işlerlik kazanmış bu yöntem, zaman içinde özellikle hukuk devleti ilkesinin gelişmesiyle, örneğin Alman hukuk sistemi karşısında son derece yetersiz ve arkaik kalmıştır²⁰. Ülkemizin 1868

²⁰ Bu konuda bkz. YAŞAR, *İdari Yargı, İdari Yargıç ve Yargısız Emir*, zikredildi.

yılında mukayeseli hukukun henüz gelişmediği dönemde yaptığı, bütünüyle politik bir tercih ile Fransa ile tıpa tıp aynı sayılabilecek bir idari yargılama kurumunu Şurayı Devlet adıyla oluşturmuş, bu kurum 1924 Anayasasına kadar hiçbir varlık göstermeden bütün zaaflarıyla ve zorla yaşatılmıştır. 1961 Anayasasıyla, Danıştay'ın yargı erki içine alınması, 1971 de Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kurulması, 1982 yılından sonra ilk derece idari yargı kurumlarının oluşması, Danıştay'ın bir temyiz organına dönüşme eğilimine girmesi gibi birçok değişim ve dönüşüm meydana gelmiş, ancak yine de idarenin etkin bir denetimini sağlamak mümkün olmamıştır.

Bugün birçok bakımdan idari yargıyı tartışmak zorunludur. *İlk olarak*, yukarıda açıklandığı gibi bugünkü haliyle idari yargıcın, yargıç olmak bakımından aldığı eğitim son derece yetersizdir. Sürekli biçimde, adli yargıçların eğitim eksikliğinden bahsedilen ve hukuk eğitiminin daha nitelikli verilmesi gereğine vurgu yapılan, ülkemizde, idari yargıçlarımız çoğunluğu, adli yargıçlar için zayıf ve niteliksiz görülen hukuk eğitimini bile almamaktadır. *İkinci olarak*, ülkemizin, idari rejim oluşturmasının tarihsel bir zorunluluk olduğu söylenemez. Zira ülkemizin Şurayı Devletin ilk kurulduğu yıllarda dahi idareyi denetlemek bakımından Fransa'dan daha eski ve özgün bir "yargılama" geleneğine sahip olduğunu düşünüyorum. Tek yargı düzeninde, idari uyumsuzluk alanında uzmanlaşmış yargıçların bu görevi layıkıyla yerine getiremeyeceğini düşünmek anlamlı olmaz. *Üçüncü nokta*, idari gerekleri gözetmesi amaçlanan yargıçların çok önemli bir kısmı idari tecrübeden bile kesin biçimde mahrum bulunmalarıdır. Ayrıca, idari gereklerin gözetilerek, yargılamanın en başında davanın tarafları arasında bir eşitsizlik yaratılması günümüz adil yargılanma ve insan hakları anlayışına aykırıdır. Hukuk devletinin bugünkü anlamı "idari gerekleri gözetme" önceliğini, yargıçlık niteliğiyle taban tabana zıt bir eğilim olarak görmektedir. *Dördüncü husus*, idari yargıcın hukukçu olmayanlar arasından seçilmelerinin gerekçesi sayılan, idari uyumsuzlukların hukuk bilgisi dışında başkaca "bilgi" gerektirdiği görüşüdür. Bu gerekçe bütünüyle tartışmalıdır. Şöyle ki, bugün artık adli yargıçlar geçmişle asla mukayese kabul etmeyecek çetrefil sorunların çözümüyle uğraşmaktadır. Özellikle sermaye piyasası, ticari şirketler ve milletlerarası özel hukuk alanında ortaya çıkan uyumsuzluklar hem parasal değerleri hem de tarafları bakımından idari uyumsuzluklardan daha az çetrefil değildir. Bunları çözen yargıcın, idari yargıçlık mesleğine girinceye kadar hukukçu olma eğilimi bile taşımayan idari yargıçlardan hangi nedenle daha yetersiz sayılacağını anlamak mümkün değildir. Üstelik bu yargıç, kabul edelim ki, idari yargıçtan daha kapsamlı ve derinlemesine inen bir İdare Hukuku ve İdari Yargılama Usulü öğrenimi görmekte, ayrıca idari yargıcın bilgisi dışında kalmakla birlikte, İYUK'un yollama yaptığı Medeni Usul Hukukunu da son derece geniş ve ciddi bir öğrenimini kişiliğinde toplamaktadır.

İdari Yargı ve Yargıcı: Hangi Gelecek?

Son olarak belirtmeli ki, ülkemizde, idari yargı, geçmişte adli yargının uğradığı akibete uğramış ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi üretilerek, Devrim Fransa'sında adli yargıya duyulan güvensizliğe bir de sivil idari yargıya güvensizlik eklenmiştir. Bütün bunlar, idari gerekleri öne çıkarmanın aslında, yargılama kavramının anlamını zayıflatmaya hizmet ettiğini ve hatta bizzat idari yargıya kendi silahıyla vurmaya yol açtığını göstermektedir. İdari yargı temel hak ve hürriyetlerin idari müdahalelere karşısında en sağlıklı korumayı bulabileceği bir yargı düzeninin aracıdır. Bu nedenle idari yargı düzeninin bu amaca göre yeniden düzenlenmesi gerekir.

İdari yargının gerekliliğine giderek daha çok inanmakla beraber belirtmek gerekir ki, Sivil ya da askeri idari yargı organları bugünkü varlık ve işlevleriyle DGM'lerin İdare Hukuku alanında izdüşümü durumundadır. Eğer ülkemizde, idari yargının işlevi ve etkinliği Almanya ve onu yakından takip etmeye çalışan Fransa düzeyine gelmeyecek ise, bir DGM'yi kaldırıp diğerini muhafaza etmenin anlamını sorgularken, Bilgi Edinme Kanunu ile sırasını bekleyen İdari Usul Kanununundan beklenen yararın bu ortamdan sağlanamayacağını da akılda tutmak gerekir. İdari yargıda birşeyleri değiştirmek gerektiği açıktır: önce muhafaza edileceklerin neler olduğuna karar vermek gerekir. Fakat Paul Valéry'nin dediği gibi, "muhafazakarları yıkan muhafaza edecekleri arasından yaptıkları yanlış seçimdi"²¹ sözünü unutmadan...

²¹ GAUDEMET, "Crise du juge et...", s. 105.

BOŞ