

«EVVEL ALLAH... SONRA YÜKSEK MAHKEME» (**)

İl Han ÖZAY (*)

«Amerika'da Amerika'dan daha fazlasını gördüğümü itiraf etmeliyim.» (***)

Amerika Birleşik Devletleri'nin Anayasal düzeni ve bu düzen içinde «Yargı» ile karşılaşan Avrupalının hiç de alışkın bulunmadığı bir «Yargıçlar Hükûmeti»nin olağan dışı organı ile tanışmış olduğunu¹ düşünenler vardır.

-
- (*) Doç. Dr. İl Han ÖZAY İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesidir.
- (**) «First in God and then in the Supreme Court» 26 Nisan 1984 günü Harvard Üniversitesi Öğretim Üyeleri Kulübünde vermiş olduğum «Some Reflections on American Administrative Law/Amerikan İdare Hukuku Üzerine Bazı Düşünceler» konulu bir konferansın başlığı idi. Çoğunluğunu Birleşik Devletler Hükûmetinin konuğu yabancı bilim adamlarının oluşturduğu dinleyicilerin tartışmasından sonra, izleyenlerden Amerikalı hukukçular, bu başlığı, öteden beri ülkelerinin övünç kaynağı olarak gördükleri demokratik hukuk devleti kavramı ve bu bağlamda Yüksek Mahkemenin katkısını en gerçekçi biçimde yansıtan bir ifade olarak değerlendirdiler. Bu yazı anılan konferanstan esinlenerek hazırlanmıştır. Konferansın ana teması olan ve Yargının üstünlüğü ile gerçek bir demokratik hukuk devletinin boyutlarını sergileyen gözlemlerim ise ileride bu Dergide yayınlamayı düşündüğüm «Judge Made Administrative Law/Yargıç Usulü İdare Hukuku» başlıklı bir incelemede yeniden ele alınacaktır.
- (***) Fransız soylusu ve devrimcisi Alexis de TOCQUEVILLE'in (1805-1859) 1835-1840 yılları arasında yazdığı dört ciltlik «Democracy in Amerika/Amerika'da Demokrasi» isimli eserinin 1948'de Oxford Üniversitesi yayınları arasında çıkan Henry REEVE çevirisine Amerikan tarih bilimcisi Henry Steele COM-MAGER'in (1902-) yazdığı girişten alınmıştır.
- 1) BURGESS F., Les Institutions Americaines, Paris-PUF, 1980, p. 88.

XIX uncu Yüzyılın ortalarında «Amerika'da Demokrasi»nin Yazarı aynı kanıda değildi; XX nci Yüzyılın sonunda ben de.

«... 'Yargı' Amerika Birleşik Devletleri'nde bir yabancının anlamakta en büyük güçlüğü karşılaştığı kurumdur. ... Yargıcın kamu işlerine bir rastlantı olarak karıştığını sanırsınız, ama bu hergün yinelenen bir rastlantıdır. ... Amerikalılar Yargı gücüne özgü tüm özellikleri korumuşlar ve onun etkinliğini, işlevinin olağan sınırları içinde tutmaya da büyük bir özen göstermişlerdir. ...»².

Geçen birbuçuk Yüzyıl de Tocqueville'i doğrulayan kanıtlarla yüküdü ve bunlar Yüksek Mahkemenin görkemli öyküsünü oluştururlar.

Amerika Birleşik Devletleri Anayasası, federal sistemde «hukuk»la özdeş kabul edilen³ «Yargı»ya ilişkin olarak, Yüksek Mahkeme dışında hiç bir organik düzenleme öngörmemiştir⁴. Yasama, Yürütme ve Yargının Devletin başlıca görevi olan sosyo-ekonomik yapıyı birlik ve bütünlük içinde tutmada⁵ birleştikleri; «yetkileri paylaşan birbirinden ayrı kurumların yönetimi»⁶ olarak ifade edilen kendine özgü bir kuvvetler ayrılığının bulunduğu ve Başkan dışında hiç bir organın özerk düzenleme yetkisine sahip olmadığı bu ülkede Yargı alanı ve kuruluşları Kongre tarafından yasayla belirlenmekte ve oluşturulmaktadır. Ancak, Yüksek Mahkemenin yetkileri konusunda da oldukça **müphem** bir düzenleme yapmış bulunan «Amerika'nın ataları»⁷, tüm hukuk sisteminin koruyucu ve gözeticisi konumundaki bu kurumun aynı zamanda politik bir rolünün de olacağını düşünüp öngörerek, onu Anayasada anmak ve organik güvenceye bağlamak istemişlerdir. Ne varki, anayasal bir organ olarak öngörülmüş bulunsa bile, Yüksek Mahkeme, aslında biraz önce anılan «müphemiyet» nedeniyle kararlarını uygulatabilme yönünden hiç bir güvenceye sahip bulunmamakta, Kongre dilerse bu kararlar ak-

2) de TOCQUEVILLE ., *Democracy in America*, Oxford University Press-New York - London 1947 p. 69.

3) BYSE C., *Teahcing Due Process* (Remarks) at AALS Woorkshop on Teaching Administrative Law, New Orleans, Louisiana, March 6, 1982 (Yazarının özel nüshası) p.

4) VLACHOS G.S. *Aspects juridiques de l'intervention économiques de l'Etat aux Etats-Unis*, in *Revue du Droit Public*, 1969, p. 619.

5) BURGESS, cit., p. 23.

6) NEUSTADT R., *Presidential Power*, New York-Mentor 1960, p. 42.

7) GAIN N., *Le contrôle juridictionnel de l'interventionnisme économiques: L'exemple des commissions américain*, in *Revue du Droit Public*, 1974, p. 1091.

sine işlem de yapabilmektedir⁸. Dolayısıyla anayasal düzende Yargının durum ve etkisi yönünden bir duraksama olabilirse de, bazılarının «gözetim ve denge»⁹ dedikleri, fakat aslında kurumlararası gerçek bir «karşılıklı saygı yasası» olan «check and balance» ilkesi sayesinde Yüksek Mahkemede simgeleşen «Yargı» Amerika'da **Yasamanın üstünde değilse bile Yürütmeden kesinlikle üstün** bir durumda bulunmaktadır. Kongre ise, Yüksek Mahkemeye duyulan güven ve saygı nedeniyle değil aksine işlem, gerektiğinde yargısal kararların daha sonra yasaya dönüştürülmesini bile görev sayabilmektedir. Nitekim idarî kararların ancak herhangi bir yasada buna ilişkin bir hüküm bulunması halinde yargısal denetime tabî olabildiği «statutory review» denilen yargı yolunun «Immigration Act/Muhaceret Yasası»nda yer almamış olması nedeniyle bir yabancının sınırdışı edilmesi olayında Yüksek Mahkeme böyle bir işlemin de yargı denetimi dışında düşünülemediğine karar vermiş¹⁰, bu karardan sonra Kongre anılan 1952 tarihli yasayı, bu tür kararların, yargısal usûle uygun olarak Yönetmelik Yöntem Yasasının aradığı biçimde işlem yapılmasını öngören yönde deęitirmiştir¹¹. Bu bakımdan Yüksek Mahkeme olsun yasa ile kurulan federal mahkemeler ve diğer yargı yerleri olsun yetkilerinin sınırını da sadece kendileri belirlemekte ve bu alanda «inherent judicial power/yargı gücünün içinde saklı»¹² yetkinin varlığı kabul edilmektedir.

Birleşik Devletler Anayasasına göre açıkça konfederasyona verilmemiş tüm yetkilerin federe devletlere bırakılmış olduğu bir düzen söz konusudur ve ekonomik alanda müdahale yetkisini de yasalar federal yönetime vermektedir¹³. Faydacılığın bir ideoloji düzeyine yükseltildiği ve özel mülkiyete verilen mutlak değerin politik ve ekonomik «credo»nun **esas unsuru** olduğu, giderek «mülkiyet hakkı tüm Hükümet şekillerinden önce tanınmış olduğu için dokunulmazlığa sahiptir»¹⁴ şeklinde düşünülen bu düzende Devletin son amacı «free enterprise/özgür (özel) girişim» rejimini korumaktır.

8) BURGESS cit., p. 88.

9) ACHESON P.C., Amerikan Federal Hükümeti, (çevirisi) İstanbul - Varlık 1961, s. 18.

10) Shaughnessy v. Pedreiro, 349 U.S. 48. (1955).

11) SCHWARTZ B. Administrative Law, Boston-Toronto-little-Brown 1984², p. 445.

12) SCHWARTZ cit., p. 534.

13) VLACHOS, cit., p. 618.

14) KALZIN A., On Native Grounds, New York-Anchor, p. 122.

Ekonomi alanında müdahale kuralları Anayasanın «delegation/yetki devri» ilkesine uygun olarak yasalarla konulmuş olsa bile bunun eyleme dönüşmesi ancak İdare Hukuku aracılığıyla mümkün olabilmektedir. Amerikan İdare Hukuku Devletin ekonomik yaşamdaki rolünün artmasının bir fonksiyonu olarak geliştiği gibi, endüstriyel sistemin ivedi gereksinimleri ile de doğrudan ilişkili bulunmaktadır¹⁵. Fransa'da yargı düzeninde ikileşme ve Conseil d'Etat'nın kararları ile gelişen İdare Hukuku, Amerika Birleşik Devletleri'nde ekonomik sistemin gereklerinden doğmuştur denebilir. Çünkü, Devlet müdahalesinin genişlemesi İdarenin yetkilerinin artması ve «Etat Legal/Kanun Devlet»in bir «Etat administratif/İdare Devlet»e dönüşmesi sonucunu doğurmuştur. İdare işlevi politik etkinliğin önemli kısmı haline gelmiş ve böylece kuvvetler ayrılığı ilkesi de bir «hukuksal varsayım»a indirgenmiştir¹⁶. Buna karşılık idarî yöntemin yargısala benzetilmesi¹⁷ ve bunun «Yönetmelik Yasası» ile daha sonra gerçekleştirilen «Government in the Sunshine/Günüşiğinde Yönetim» yasaları ile güvence altına alınması nedeniyledir ki, Yüksek Mahkeme sorunları «bird's eye view/bütünüyle ve tepeden» kavranabilmesine olanak sağlayan konumu ve yargı birliği sistemi sayesinde bu ekonomik demokrasinin «primus inter pares/eşitler arasında önde gelen»den de öte yüce bir simgesi haline gelmiştir.

Önüne getirilen durumların yarıya yakını idarî organ, makam ve mercilerin etkinlikleri olan Yüksek Mahkeme¹⁸ ise, Yargı gücünün en önemli rolü oynadığı bu düzende kendisini Anayasa ve yasa hükümlerinin yorumu ile sınırlayıp sadece, idare etkinliklerinde düşülen hataları düzeltmekle yetinmekte ve kendi değerlendirmelerini idarenin «takdir»i yerine koymaktan kesinlikle kaçınmaktadır¹⁹.

İdarî bir kararın hukuka uygunluk denetimini «substantial evidence/aklı başında bir kimsenin belli bir sonuca dayanak olarak yeterli kabul edebileceği»²⁰ ölçütüne vuran, hukukiliğin sadece «kanuna uygunluk» değil aynı zamanda sağduyu ile bağdaşabilirlik²¹ de olduğunu

15) VLACHOS, cit., p. 618.

16) ibid., p. 619.

17) MALASCHINI A., *Le ultime nomine alla Corte Suprema degli Stati Uniti d'America*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1971, p. 608.

18) SCHWARTZ B., *Le Droit Administratif Americain*, 1952, p. 47.

19) VLACHOS, cit., p. 619.

20) *Consolidated Edison Co. v. National Labor Relations Board*, 305 U.S. 197, 229 (1938) kararında Başyargıç HUGHES'in tanımı.

21) *American Trucking Associations v. U.S.*, 344 U.S. 298, 314 (1953).

düşünen Yüksek Mahkeme, «akla yatkın» bir sebebe dayanmayan idarî kararı iptal etmekte ve ²² bu görüşünü de özenle korumaktadır.

Öte yandan ülkenin ekonomik politikasının belirlenmesi konusunda Kongre İdareye geniş yetkiler tanıdığı için «Industrial Recovery Act/ Sinaî Kalkınma Yasası»nın iptali ile sonuçlanan olaydan sonra ²³ Yüksek Mahkeme yasa koyucunun yetkileri alanında hiç bir üstünlük gösterisinde bulunmamıştır.

Buna karşılık Ekonomik serbest rekabet sisteminin koşullarını gerçekleştirmek ve koruyabilmek için genel düzenleme yetkisi ile donatılmış, fakat aynı zamanda «quasi judicial/yargısal benzeri» yetkileri de olan «komisyonlar»ın²⁴ düzenin göstericisi konumunda bulunduğu bu sistem, «yetki kötüye kullanılabilir yapıdadır; sınırlarını belirlemek ve onun ötesine geçmemesini sağlamak zorunludur»²⁵ gerçeğini kavramış kimseler tarafından kurulmuş olduğu için, Hukuk Devleti ilkesinin Amerikan Anayasasındaki ifadesi ile «Due proces of law» kuralı, Devletin, herhangi bir idarî organ, makam ve mercii tümünden yargısal denetim dışı tutabilmesine olanak vermemektedir²⁶.

Günümüzde elli ayrı hukuk sisteminin birarada ve federe hukukla birlikte yaşadığı²⁷ ve sayısız yasal düzenlemelerin, bireylerin içinde kaybolduğu bir «labyrinth» oluşturduğu dolayısıyla bir nevi «pollution legal/yasal çevre kirlenmesi»nden²⁸ bile söz edilen bu düzende «case law/içti-had hukuku» çağdaş endüstri toplumunun sorunlarına uyarlanabilen ve birbiri ile uyumlu, aynı zamanda tutarlı ilkeler bütünü olmaya yönelmiştir.

22) United States v. Caroline Freight Carriers Corp. N.C. 315 U.S. 475, 482 (1942).

23) ÖZAY İ., «Komisyonlar Saltanatı» Ülkesinin «İdare Hukuku», in İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, 1983, 1-3, s. 100 not 21.

24) ÖZAY cit., ibid.

25) MADISON, The Federalist, n. 48.

26) SCHWARTZ, Administrative Law cit., p. 447.

27) CARL B.M., *La competenza giurisdizionale nel diritto e nell'esperienza giurisprudenziale statutensi*, (trad) in Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1978, p. 770. Yazar örnek olarak 49 Devlette İngiliz «common Law», Louisiana'da ise Napoleon koduna uygun Fransız medenî hukukunun uygulanmakta bulunduğunu; karı koca malları konusunda, önceleri Meksika'ya ait topraklar üzerinde yerleşik Texas ve California'da Roma hukuku sisteminden kaynaklanan kuralların geçerli olduğunu anlatmaktadır.

28) CADOUX Ch., *Le pouvoir Judiciaire aux Etats-Unis depuis l'élection de Richard Nixon. Bilan d'une évolution: 1968-1977*, in Revue du Droit Public, 1978, p. 97.

Bireylerin bazı ülkelerde olduğu gibi «anonim ve teknikleşmiş bir gücün uyrukları»²⁹ gibi düşünülmediği bu düzende, Yargı, «estetik-sanat, çevre korunması ve dinlenceye ilişkin» «menfaat»i koruyucu kanatları altında tuttuğu gibi³⁰ Yüksek Mahkeme sadece doğrudan ilgilisi değil onun «next best friend/bir dostu»nu bile yerine davacı olarak kabul etmekle³¹ Yargının kişi hak ve özgürlüklerinin asıl ve etkili güvencesi olmasını gerçekleştirmiştir.

Yargı, hukuka ilişkin tüm sorunları inceleme, Anayasayı yorumlama ve yasal yetkilerin sınırlarını belirleme durumundadır. İdarenin maddî «vakıa»ları değerlendirışı eğer biraz önce anılan «substantial evidence» ölçütüne uyuyor ise geçerli kabul edilebilir ve hukuksal bir sorunun temeli aslında olgularda bulunduğu hukuksal durumlarla maddî olguları birbirinden ayırmak mümkün değildir³². Bu değerlendirme ve karar konusunda Yüksek Mahkeme öteden beri «**hukukçuların çözümlenebilmek için gerekli bilgilere sahip oldukları sorunlar**»³³ ölçütüne sadık kalmıştır. Çözümlemesi gereken sorunların yargıçlar için çok karmaşık olması³⁴; dosyadaki bilgi ve belgelerin ışığı altında ve akla yakın dayanağa sahip olması nedeniyle görev niteliğine ilişkin değerlendirmenin kabul edilmesi zorunluluğu³⁵ ya da kendi bilgi alanının sınırlarını aşan teknik konuların sözkonusu olması³⁶ gibi gerekçelerle denetimden kaçınması Yüksek Mahkemenin İdarenin yetkilerine duyduğu saygının belirtileridir. «Deference» olarak ifade edilen bu ilkeye göre herhangi bir hukuksal sorunda kuşkuya düşen yargı yerleri «olanakları mahkemelere oranla daha iyi durumda bulunan İdare»nin³⁷ görüşünü izleme ve kabulü en iyi çözüm olarak nitelenmektedir. Bunu en güzel ifade eden de «Kürsüdeki adam bilemediği konuda bürokrasi içindeki

29) ARENA G., *La partecipazione dei privati al procedimento amministrativo: analisi dell'esperienza americana*, in Rivista trimestrale di Diritto pubblico, 1976, p. 292.

30) Association of Data Processing Service v. Camp, 397 U.S. 150, 157 (1970).

31) GELLHORN-BYSE-STRAUSS, *Administrative Law*, Foundation Press 1977, p. 935.

32) DICKINSON J., *Administrative Justice and Supremacy of Law*, 1927, p. 55.

33) LANDIS J., *The Administrative Process*, 1938, p. 158.

34) Railroad Commission v. Povan and Nichols Co., 310 U.S. 573 (1940) ve 311 U.S. 570 (1941).

35) NLRBv. Hearst Publications, 322 U.S. 111. (1944).

36) Gray v. Powel, 314 U.S. 402, (1941).

37) Far East Conf. v. United States, 342 U.S. 570, 574 (1952).

bilenin dediğini kabul eder» görüşüdür ve bu düşünüş Yargıyı küçültmemiş aksine onun yücelmesini sağlamıştır.

«Politik yaşamımızdaki tüm bunalımlar ergeç Hukukla çözümlenir.»

BOORSTIN Daniel J. (*)

1909-1913 yılları arasında Birleşik Devletler Başkanlığı yapan ve daha sonra 1921-1931 yıllarında Yüksek Mahkeme Başyargıcı olan tek örnek W.H. TAFT (1857 - 1930) Devlet Bakanlığında kendine en önemli görünen işin Yüksek Mahkemeye yargıç atama olduğunu söylemişti. Başkan G. FORD da 2 Kasım 1975 günü yaptığı basın toplantısında yargıç atamanın bir Başkanın alabileceği en önemli kararlardan biri olduğunu söylemek suretiyle bu değerlendirmeyi yinelemiştir. Bu sözler kuruma verilen önemin kişilere göre değişmediği ve Amerikan toplumunun ortak bir değer yargısı olduğunu ortaya koymaktadır.

Birleşik Devletlerin «ataları» sadece Yüksek Mahkemeyi Anayasada öngördüklerinde isim olarak bu kuruma daha alt derece yargı yerlerinin üstünde bulunacağı için «Yüksek» demiş olabilirler. Ancak Mahkeme zaman süreci içinde kendi kişilik, tutum, davranış ve kararları ile **yücelmiş ve olguda da yükselmiştir**. Ne yazık ki dilimizde «Supreme» kavramını anlatabilecek tek bir sözcük olmadığından bu kurumun gerçek boyutunu vermeyen «Yüksek» nitelemi ile yetiniyor ve aslında «Yüce Divan» demek gerekse bile, bu terim hukuk düzenimizde teknik ve özel bir isim olduğundan onu kullanamıyoruz.

Kurumlar arasında karşılıklı güven ve saygıya dayanan Amerikan demokrasisinde Kongre tartışmalarından biri sırasında Yargı gücü karşısında Yürütme için söylenen «Cüceler devlere meydan okumamalıdır» sözünün son ve ibretle hatırlanması gereken örneği de, bilindiği gibi, «kişi-organ» olarak belki yeryüzünde en geniş yetkilere sahip olan Birleşik Devletlerin bir Başkanının görevinden çekilmek zorunda kaldığı Watergate olayıdır. Bu olay nedeniyle de Yüksek Mahkemenin gücünü kanıtladığı Yargı, desteğini yüzyıllarca sonra Ciceron'u yineleyen, «Özgür olabilmek ancak yasaların sultanı altında bulunmakla mümkündür» diye düşünen ve bundan hiç ödün vermeyen toplumdaki almakta olduğunu göstermiştir. Amerikan toplumu yasaların egemenliği altında yaşa-

(*) «The Chicago History of American Civilisation» dizisi yönetmeninin bu gözlemi anan CADOUX cit., p. 41.