

## DEVLET YÖNETİMİNDE YARGIYA DÜŞEN GÖREV\*

**Lord Justice DIPLOCK**  
Lordlar Kamarası Yargıcı  
Çeviren : Doç. Dr. Tuncer  
**KARAMUSTAFAOĞLU**

Yarım yüzyıl önce, bu ülkede o vakte kadar uygulanmış olan İslâm hukuku sistemini terk etmiş ve gözlerinizi Batıya çevirmiştiniz. Batıda ise ülkeler genellikle iki değişik hukuk topluluğuna ayrılmışlardı. İskandinavya'nın güneyinde kalan Kara Avrupası devletlerinin bağlı oldukları Roma-Cermen ya da Özel hukuk sistemi topluluğu ile Amerika Birleşik Devletlerinin ve denizaşırı dominyonlarıyla birlikte Birleşik Krallığın başlıca temsilcileri oldukları gelenek ve görenek hukuku (Common Law) topluluğu.

Özel hukuk sistemi ile gelenek ve görenek hukuku sistemleri arasındaki ayrılıklardan biri, ilkinde, yani özel hukuk sisteminde hukuk dallarının bir çoğunun kodlarda toplanmasında (yazılı hukuk biçimine) çevrilmesinde görülür. Buna karşılık gelenek ve görenek hukuku sistemlerinde kodlaştırma oldukça azdır. Orada belli bir hukuk dalmı ilgilendiren ilke-

---

\* «*The Role of the Judiciary in Government.*» This is the Turkish translation of one of the two stimulating lectures which was delivered by Lord Justice Diplock on April 13, 1980, at the Faculty of Law. Despite wide differences between the English and Turkish judicial systems, His Lordship's comparisons of the two system of laws, have been followed with much interest and appreciation by the audience. Whether English or Turkish, judges, to a considerable degree perform the same functions, no matter what court they serve on. What, however, is *sine qua non* for a judge, is also *sine qua non* for a free and democratic society: judicial independence and judicial impartiality. (*Translator's note*)

İngiliz Lordlar Kamarası Yargıcılarından Diplock'un, Ankara Hukuk Fakültesi Bankacılık Enstitüsünde 13 Nisan 1980'de verdiği konferansın not tutularak yapılmış türkçe çevirisidir.

leri, mahkemelerin belli birtakım dâvâları görürken verdikleri kararlardan, başka söyleyişle, mahkeme içtihatlarından süzüp çıkarmak gerekiyor. Doğrusunu isterseniz, geleneksel hukuk sistemini atıp onun yerine yeni bir hukuk sistemi koymak isteyen bir ülkenin, böyle, hukuk kurallarının mahkeme kararları içine sığdırıldığı bir sistem yerine o kuralların kodlaştırıldığı, yasalara bağlandığı bir sistemi seçmesi yerinde olmuştur. Türkiye 1920'lerde kesinlikle seçimini yapmıştır. Ne var ki, Türkiye'nin çeşitli hukuk dallarının her biri için, Roma-Cermen hukuk sistemi içinden kendine uygun olanını seçip alması ve benimsemesi yöntemi, bir İngiliz hukukçusuna biraz seçmeci-dermeci (eklektik) gibi gözükmektedir. İşte, bu yöntem, ister istemez, Türk hukukçularının genellikle İngiliz hukuk sistemini, çağdaş Türk kanunlarının ya da yargılama usullerinin kaynağını oluşturan Kara Avrupası kanunlarından ve hukuk sisteminden daha az tanımları sonucunu doğurmuştur. Avrupa Topluluğuna üye bir Devlet olarak edindiğimiz deneylerden şunu öğrendik ki, bütün demokratik devletlerin ekonomik ve sosyal kalkınma evrelerinin genel bir karşılaştırılması yapıldığında, bu ülkelerin gerek özel gerek kamu hukuklarını oluşturan maddi hukuk kurallarının bir noktada birleştikleri görülür. Ama yine, gelenek-görenek ve Roma-Cermen hukuk sistemlerinde olduğu gibi, burada da maddi hukuk kurallarının, özellikle kamu hukukunun dayandığı hukuk kavramları ve bunlara ulaşmak için yürütülen hukuk mantığı ve önermeler arasında, epeyce ayrılıklar var. Bu iki koca hukuk sistemi arasında en büyük ayrılık, biçimsel hukukta, usul hukuku alanında ortaya çıkıyor. Başka söyleyişle, bu ayrılık, yargılama sistemlerinde, mahkemelerin derecelerinde, uygulanan usullerde, yargıcın ve taraf vekillerinin yargılama sırasındaki etkinliklerinde kendini göstermektedir. Onun içindir ki, ben de bu akşamki konferansa konu olarak «Devlet Yönetiminde Yargıya Düşen Görev»i seçmiş bulunuyorum. Bu konferansta, Roma-Cermen hukuk sistemleri üzerindeki bilgilerime-yalnız, korkarım bu bilgilerim Türk hukuk sistemini kapsayacak ölçü ve genişlikte olmayabilir-dayanarak iki ülkemizde yargıçların gördükleri bu birbirinin karşılığı olan yargı işlevleri arasındaki ayrılıklara ve bunların nedenlerine dikkat çekmeye çalışacağım.

Yargının Anayasa'daki yeri ile başlamak istiyorum. Türk Anayasa'sı yazılıdır; devlet yetkilerinin (erklerinin) yasama, yürütme ve yargı biçiminde ayrılığı temeline dayanmaktadır. Anayasa'ya, yargının öbür iki devlet organı karşısında bağımsızlığını sağlayacak güvence hükümleri yerleştirilmiştir. İngiliz Anayasa'sı ise yazılı değildir. Yüzeyde kalan kimi çelişmelere, karşıtlıklara rağmen, Birleşik Krallıktaki gerçek uygulamaya bakılırsa; kuvvetler ayrılığı, özellikle yargı bağımsızlığı, sanki bu ülkede ya-

zalı bir anayasa varmış gibi sağlam ve köklü bir temele oturtulmuştur. Gerçekten, Birleşik Krallığın yazısız anayasası, bu «Westminster» örneği, İngiliz Uluslar Topluluğuna (*Commonwealth*) üye Kanada'sından Zimbabve'sine kadar olan bağımsız ülkelerin bir çoğunun yazılı anayasalarının kaynağını oluşturmaktadır. Bu ülkelerden her biri kuvvetler ayrılığı ilkesine dayanmaktadır; daha yakın bir geçmişte kurulmuş olan topluluk üyesi devletlerin, yine her birinin anayasalarında yargı bağımsızlığını güvence altına alan kurallara yer verilmiştir. İşte, Türkiye'de 1961 Anayasa'sı ile yargı için koyulmuş olan bu sağlam siperler ve güvence kuralları, Türk yargıcının Anayasa'daki bu yeri, onu kuramsal bakımdan İngiliz yargıcından ayırmaktadır. Türk yargıçlarının atanmalarını, görevlerini, ödenek ve emeklilik haklarını düzenleyen anayasa kurallarını, yasama meclislerinde âdi bir çoğunlukla değiştirmek ya da kaldırmak mümkün değildir. Bunlar, ancak belli bir yasama yöntemi ve biçimi izlenerek ve büyük bir çoğunluğun oyları alınarak değiştirilebilir. Oysa, Birleşik Krallıkta, Türkiye'nin bundan önceki ilk cumhuriyet anayasasında olduğu gibi, kuramsal bakımdan, Parlâmentonun âdi bir çoğunlukla vereceği karar, İngiliz yargıçlarının 1701'den<sup>1</sup> bu yana sahip buldukları güvencelerini kaldırmaya yetmektedir. Ama uygulamada, bunu gerçekleştirmek ve bunun için gerekli olan çoğunlukları bulmak ihtimali, en az Türkiye'de bu güvenceyi zedeleyecek gerekli çoğunlukları sağlamak kadar uzak bir ihtimaldir.

Çağdaş demokratik devlette yargının işlevi, üç türlü uyumsuzluğu çözmektir: Bunlardan birincisi, bireyler arasında özel hukuk ilişkilerinden doğan uyumsuzluklardır. İkincisi, bireyle toplum arasındaki uyumsuzluklardır ki, bunlar ceza hukukunun konusuna girerler. Üçüncüsü de, kişilerle devlet organları ya da devlet organlarının kendi aralarında doğan uyumsuzluk ve anlaşmazlıklardır. Bu sonuncusu, idare hukukunun ya da kamu hukukunun konularını oluştururlar. İşte, benim de bu akşam doğrudan doğruya ilgileneceğim konu bu olacaktır. Bu üç sınıf uyumsuzluğun çözümlenmesinde ise iki ortak özellik göze çarpıyor.

Birinci özellik, eldeki olaya (maddî meseleye) uygulanacak hukuk kurallarıyla ilgilidir; yani o olaya özel hukuk kuralları mı, yoksa ceza hukuku, kamu hukuku kuralları mı uygulanacaktır. Bunu belirleme görevi yargıca düşer. Ama, ne var ki, yargılama usullerinde somut olguların (maddî meselelerin) belirlenmesine yarayacak etkili yollar ve araçlar yoksa, yargıcın hukuk bilgisi ne denli derin olursa olsun, hukuk kuralının üs-

<sup>1</sup> İngiliz yargıçlarının görev güvenceleri ve ödenekleri ilk kez 1701 tarihli (*Act of Settlement*) yasası ile düzenlenmiştir. (Çev. notu).

tünlüğü sağlanamaz. İkinci özelliğe gelince, burada, yargı organı uyuşmazlığı çözdükten sonra, verdiği hükmün yerine getirilmesini sağlamak bakımından yürütme organının yardımına ihtiyaç duyacaktır. Bu yargı-yürütme dayanışması, ceza hukuku alanında ve ceza dâvâlarında daha belirgin biçimde ortaya çıkar. Çünkü suçun tesbitinde, suçlunun yakalanıp yargıç önüne getirilmesinde ve mahkemenin verdiği hükmün uygulanmasında yargı, yürütmenin yardımından yararlanır. İdare hukuku alanında da bu böyledir; orada da yine yargıcın elinde kararlarını idareye uygulatacak zorlayıcı bir güç bulunmamaktadır. Yargı kararının uygulanması, yürütmenin-idarenin bunu uygulamayı kabul etmesine bağlıdır. Bunun gibi, kişiler arasındaki hukuk dâvâlarında da taraflardan biri mahkemece verilen karara uymazsa, o kararı uygulatabilmek için, yine yürütmenin-idarenin yardım ve desteğine ihtiyaç vardır. Yargı ile yürütme arasındaki kuvvetler ayrılığı, bir gerçeği görmemize engel olmamalı. Herhangi bir ülkede hukukun üstünlüğü kabul edilecekse, yargı ile yürütme-idare arasında böyle bir dayanışmaya gerek bulunduğunu, özellikle belirtmek isterim.

Türkiye'de bir Anayasa Mahkemesinden başka, hukuk ve ceza dâvâlarına bakan bir adli yargı bir de kamu hukuku uyuşmazlıklarını çözen idari yargı sistemleri var. İngiltere'de ise durum tersine, yani orada tek genel amaca yönelmiş diye adlandırabileceğim iki dereceli bir adli yargı sistemi mevcuttur. Üst yargı organları; Yüksek Mahkeme, İstinaf Mahkemesi (*Court of Appeal*) ve Lordlar Kamarasının yargıç lordlarından oluşuyor; alt derece ise yargı bölgelerindeki ilk mahkeme yargıçlarından kurulu. Konuyla doğrudan ilgisi olmadığı için, burada kimi hafif suçlara bakan yargıçlarla ödeneksiz görev gören ve hukuk mesleğinden olmayan sulh yargıçlarından söz etmeyeceğim. Ancak, ceza dâvâlarına bakan mahkeme ve yargıçlarla hukuk dâvâlarına bakan mahkeme ve yargıçlara değişik adlar verilmektedir. Bundan başka, yargı bölgelerindeki ilk mahkemeler yargıçlarının hepsi, hem hukuk hem de ceza dâvâlarına bakarlar. Bunun gibi, üst mahkemelerdeki bütün yargıçlar da —kimi ayrık durumlar dışında— hem hukuk hem ceza hem de idari dâvâlara bakmakla yetkilidirler.

Birleşik Krallıkta, Türk Anayasa Mahkemesinin karşılığı olan bir yargı organı yoktur. 17. yüzyıl sonlarındaki İngiliz anayasa akımlarından kaynaklanan parlâmentonun üstünlüğü, egemenliği öğretisine göre, İngiliz parlâmentosu uygun bulduğu herhangi bir kanunu çıkarma konusunda sınırsız bir yasama yetkisine sahiptir. Dün olduğu gibi bugün de, eğer parlâmentonun koyduğu kanunun sözlerinde (lâfzında) bir belirsizlik

yoksa, kanun hükümleri açık ve seçik biçimde koyulmuşlarsa, yargıçlar o hükümleri kendi adalet duygu ve anlayışlarına aykırı görseler bile olduğu gibi uygulamakla ödevlidirler. Kaldı ki, ayrı, özel bir anayasa mahkemesinin varlığı, yazılı anayasa için zorunlu bir unsur da değildir. Nitekim, yürürlükteki en eski cumhuriyetçi anayasalarda, söz gelişi, Amerika Birleşik Devletleri Anayasası ile İngiliz anayasa sistemi örnek alınarak yazılmış olan anayasalarda, anayasa, meclislerin adı çoğunlukla yasa koyma yetkisine sınırlar getirmiş ise yasama meclislerinin çıkardığı kanunların anayasaya uygunluklarının denetlenmesi görevi, genel (adli) yargı organlarına bırakılmıştır. Başka söyleyişle, anayasaya uygunluk denetimi yapma yetkisi, Türkiye'de olduğu gibi, üyelerinin bir bölümü yargı bir bölümü de siyasal organlar eliyle seçilmiş bulunan ayrı bir yargı organına değil, genel mahkemeler öngelirliği (hiyerarşisi) içinde yer alan yüksek yargı organlarına verilmiştir. Yasama meclislerinin çıkardıkları kanunların denetlenmesi ve gerektiğinde iptal edilmeleri konusunda benim de kişisel bazı deneylerim oldu. Ama bu deneyleri Birleşik Krallık mahkeme örgütünün bir üyesi olarak değil, İngiliz Uluslar Topluluğunun bağımsız üye devletleri mahkemelerinden gelen kimi dâvâları temyizen inceleme yetkisine sahip bulunan Kraliyet Danışma Meclisinin (ya da Özel Meclisin-*P r i v y C o u n c i l*) söz konusu temyiz incelemesini yapan yargı komitesinin (*j u d i c i a l C o m m i t t e e*) bir üyesi sıfatıyla görev görürken edindim. Sözü geçen anayasalarda yasama meclislerinden geçen bir kanunun anayasa aykırı olduğu itirazı ya da meselesi, Yüksek Mahkemenin önündeki her çeşit dâvâda, hukuk, ceza ve idare dâvâlarında ileri sürülebilir. Böyle bir itirazın öne sürülmesi halinde o dâvâya bakmakta olan mahkeme yargıcı bu itirazı inceler ve karara bağlar. Yargıcın bu kararına karşı olağan istinaf usullerine uyularak genel yargı örgütü içinde yer alan istinaf mahkemesine başvurulur ve en sonunda iş yüksek İstinaf Mahkemesine (*S u p r e m e A p p e l l a t e C o u r t*) gelir. Anayasa dâvâlarında, Türkiye'deki gibi, dâvâ ve itiraz yolu biçiminde bir ayırım yapılmamaktadır. Belki yerinme ile karşılanabilir ama, anayasaya aykırı bir kanun gelenek ve görenek hukukundan (*C o m m o n L a w*) kaynaklanan *u l t r a v i r e s*<sup>2</sup> öğretisine göre, koyulduğu andan, başından dan (*a b i n i t i o*) başlayarak geçersiz sayılır. Mahkemenin anayasaya aykırılık kararı, Türk Anayasa Mahkemesinin kararından değişik olarak geriye yürür, önceye etkili olur. Bu da anayasaya aykırılık itirazını inceleyen ilk derece mahkemesi yargıcına ya da genel mahkemeler yargıçlarına pek ağır bir sorumluluk yükler.

<sup>2</sup> Yetkisizlik (*incompétence*) ve yetkinin aşılması (*excés de pouvoir*). (Çev. notu)

Birleşik Kralliyette karşılığı bulunmayan Anayasa Mahkemesini bir yana bırakarak medenî hukuk, ceza hukuku ve idare hukuku alanlarına ve bunlarla ilgili dâvâlara gelecek olursak, burada da İngiliz yargıçları ile onların Türk meslektaşlarının işlevleri arasında iki bakımdan ayrılıklar göze çarpar.

İngiliz hukukunda örnek olay ( e m s a l ) sistemi ve dolayısıyla örneğin ( emsalin) bağlayıcılığı köklü biçimde yerleşmiştir. Tarihsel bakımdan İngiltere'nin maddî medenî hukuku ve maddî ceza hukuku, gelenek ve görenek, hakkaniyet ve nasfet ( E q u i t y ) hukukunu uygulayan mahkemelerin kararları ile gelişmiştir. Bu hukuk, yazılı olmayan, yargıç yapısı ( j u d g e - m a d e l a w ) bir hukuktur. Sonradan eklenen yeni kanunlarla ya da kanun değişiklikleriyle, bu hukukun ancak pek küçük bir bölümü kodlaştırılmıştır. Gerçi yazılı hukukun hacmi sürekli bir artış gösteriyor ama, özel hukuk sistemini benimsemiş olan bir ülkede, ya medenî kanunlara ya da ceza kanunlarına koyulması gereken birçok temel ilkeler, İngiltere'de hâlâ mahkemelerin kararlarında ve kararlardaki gerekçelerde yer almaktadır. Şimdi ele almakta olduğum konu bakımından hukukî emsal, özellikle idare hukuku alanında büyük önem taşımaktadır. Çünkü Birleşik Krallıkta idare hukukunun ayrıntılı ve düzenli biçimde gelişmesinde hukukî emsal, hemen tek kaynak olmuştur. Emsalin idare hukukuna kaynaklık etmesi, yeni bir olgudur; son yirmi yıl içinde başgöstermiştir.

İdarenin işlemleri ilk derecede üç Yüksek Mahkeme yargıcı eliyle denetlenir. Bu yöntem, İngiltere'de ilk derece mahkemelerinin tek yargıçlı olması kuralının ender ayrıksılıklarından biridir. Yargıçlar baktıkları dâvâda, hem yüksek bir mahkemenin, İstinaf Mahkemesinin ya da Lordlar Kamarasının benzer bir olayda verdikleri kararlarla hem de kendi mahkemelerinin önceki kararlarıyla bağlıdırlar. Bunun gibi, bir ara mahkemesi olan İstinaf Mahkemesi de daha önce vermiş bulunduğu kendi kararlarıyla bağlıdır. Kendi emsal kararlarıyla sıkı sıkıya bağlı olmayan tek mahkeme, Lordlar Kamarasıdır.

Çoğu idarî dâvâlar ilk derecede sonuçlandırıldığı için, üst derece mahkemelerine gidilmez ve dâvâların ancak pek azı Lordlar Kamarasına ulaşabilir. İngiltere'de ilk derece yargıçları bile yeni hukuk yaratma yetkisi ile donatılmışlardır. Nitekim, İngiltere'de son yirmi yıl içinde idare hukukunun gelişmesi bu yoldan olmuştur. Aynı şey, daha az ölçüde olmakla birlikte, özel hukuk alanı için de geçerlidir. Genellikle ilk derece yargıcının başlıca görevi gerçek olayları (maddî meseleyi) belirleyip bunlara iyice yerleşmiş olan hukuk ilkelerini uygulamaktır. Bununla birlikte, özellikle bir ara mahkemesi olan İstinaf Mahkemesinde, yani kimi önemli istinaf baş-

vuruları dışında bütün istinaf istemlerinin çözümlendiği bu mahkemede de, maddî özel hukuku geliştirme imkânları doğabilir. Onun için de, İngiltere'de, son istinaf katı olan Lordlar Kamarası dışında öteki mahkemelerin verdikleri kararların sistemli biçimde resmen yayımlanmaları gerekiyor. Bu resmî kararlar, İngiliz yargıcı ile İngiliz avukatının başlıca meslek araçlarıdır.

İngiltere'de yargıçların çeşitli derecelerde hukuk yaratma işlevi ile Türkiye'de yüksek yargı organlarının, Yargıtay hukuk ve ceza genel kurulları ile Danıştay genel kurulunun içtihatları birleştirme işlevleri arasında göze çarpar bir karşıtlık bulunmaktadır. Genel kurulların genişliğine bakan bir İngiliz yargıcına göre bu kurulların içtihat koyma işlevleri yargı görevinden ayırt edilmiştir. Yargıtay ve Danıştay kararlarının ilk mahkemeler yargıçları üzerindeki etkisi ve inandırıcı gücü gözünden kaçmıyor; üstelik genç bir yargıcın verdiği kararlara göre alacağı not ve puvarların meslekte ilerlemesinde etkili olduğunu da anlamış bulunuyorum. Görülüyor ki, Türk yargı sistemi, Kara Avrupası örneğinde işlediği sürece burada, yargıcın hukuk yaratması, İngiltere'den daha az bir önem taşıyacaktır.

Türkiye ve İngiltere'de yargı organlarının işlevleri arasındaki bir başka ayrılık da yargılama usullerinde görülmektedir. İngiltere'de hukuk, ceza ve idare dâvâlarında yargılama yöntemleri tahkikçi değil, ithamcıdır. Türk hukukçularının gözünde İngiltere'de yargıç, edilgen bir durumdadır. Kendi girişimiyle harekete geçmez; tarafların başvurusu üzerine harekete geçer ve yalnız başvuruya karşılık verir. Hukuk ve idare dâvâlarında yargıcın karar vermeden önce, dosya incelemesi, tanıkların ifâdelerini alması, yazılı savları okuması gibi özel biçimde, ayrıca oturup çalışmasına gerek yoktur. Ceza dâvâlarında da bir sorgu yargıcı eliyle yürütülen ilk soruşturma evresi bulunmamaktadır. Bu nitelikteki ön hazırlık ve soruşturmalar en aza indirilmiştir ve bunlar daha çok maddî-hukukî olguların belirlenmesinde ve hükmün verilmesinde yararlı olacak nitelikte hazırlıklardır. Bu durumda yargıç, daha önce hiç bir biçimde ilgilenmediği ve belki de hiç bilgisinin olmadığı bir dâvâ üzerinde ilk kez duruşma gününde ve duruşma salonunda bilgi edinir. Duruşmada yargılamaya taraflar egemendir. Tanık gösterilmesi, delil öne sürülmesi, tarafların gerçeği söyleyeceklerine yemin etmeleri, bir taraf vekilinin karşı tarafı sorguya çekmesi (çapraz sorgulama yöntemi); işte, bütün bu yargılama süreci taraflarca sürdürülür. Sözün kısası, hukuk ve idare dâvâlarında maddî-hukukî olaya ilişkin bütün tartışmalar mahkemeye karşı sözlü biçimde yapılır ve ondan sonra yargıç gerekçesiyle birlikte hükmü taraflara açıklar. Kural budur.

Ancak ayrıksı olarak yargıç hükmü hemen açıklamaz, kararı yazmak ve yine taraflara sözlü biçimde açıklamak koşuluyla bunu birkaç gün sonraya erteleyebilir. Ceza yargılamasında karar-hüküm verme işlevi, yargıçla on iki yurttan oluşan yargıcılar kurulu (jüri) arasında bölüşülmüştür. Yargıcılar kurulu (jüri) maddî olaylar nedir, bunları belirler, yargıç da jüriyi maddî olaylara uygulanacak hukuk kurallarını bulmaya yöneltecek biçimde yönetir. Duruşmalar açık ve sözlülük ilkesine göre yapılır. Sözlülük ilkesi, istinaf usulünün de başlıca özelliğidir. İstinaf savları, istinaf mahkemesine tarafların vekillerince bildirilir. İstinaf mahkemesi üyeleri savların ciddi olup olmadığını yoklamak için, onlara sorular yöneltebilirler. İstinaf Mahkemesinde bakılan dâvâların bir çoğunda, hüküm, hemen sözlülük ilkesine göre yürütülen duruşmanın sonunda taraflara açıklanırsa da kimi önemli ya da çetin, karmaşık yapıli dâvâlarda hükmün açıklanması, kararın yazılabilmesi için, bir ya da iki hafta sonraya bırakılabilir. Yüksek Mahkeme olarak Lordlar Kamarasında hemen hep bu yöntem uygulanmaktadır.

Sözlülük ilkesinin egemen olduğu bu ithamcı yargılama usulü, bence, Roma-Cermen ya da Türk yargılama usulü sistemlerine oranla taraf vekillerine dâvânın etkili bir biçimde yürütülmesi ve adil sonuçlandırılması bakımından daha ağır sorumluluklar yüklemektedir. Yine bu sistem, yargıcı zaman yitirmekten ya da günlük işlerle uğraşmaktan kurtarır ki, bu işlerin birçoğu Kara Avrupası usul sistemlerinde hep yargı organlarınca üstlenilmiştir. İngiliz yargılama sisteminin dayandığı varsayım şudur. Bir dâvâda tarafları temsil eden yetenekli ve işbilir avukatlar o dâvâda müvekkillerinin hakları açısından gerekli olan sav ve istemleri, kanıtları ve benzerlerini beceriyle hünerle ve iyi akıl yürüterek hazırlarlarsa ve yargıç da bunları dinleyerek ve değerlendirerek hüküm verirse, adalet daha iyi bir biçimde gerçekleşebilir. Demek ki, bu sistemde adaletin yürütülebilmesi için, avukatlarla yargıçlar arasında bir küme çalışmasına ve elbirliğine ihtiyaç var. Ne ki, bunun için de, yargıçlarla avukatların, mahkemelerle baroların sıkı işbirliği yapmaları ve birbirlerine çok güvenmeleri gerekiyor. Bütün İngiliz yargıçlarının uzun yıllar mahkemelerde avukat olarak çalışmaları zorunludur. Öyle ki, yüksek yargı organlarının yargıçları, genellikle 50-55 yaşlarındaki en başarılı ve hizmette kıdemli avukatlar arasından atanmaktadır. Yargıçlar için, kademeli bir ilerleme ve yükselme düzeni yoktur; göreve ilk derece mahkemesinde başlayan bir yargıcın emeklilik yaşına dek aynı yargılama makamında kalması, pek muhtemeldir. Bunun gibi, çoğu yargıç istinaf mahkemelerine geçmeden buldukları mahkemede kalırlar ve yine yargıçlardan ancak pek azı en sonunda Lordlar Kamarası yargıçlığına yükselebilirler. Yargıçların ödeneklerine gelin-



ce, bu bakımdan yüksek mahkeme yargıçları ile istinaf mahkemeleri yargıçları arasında oldukça az bir fark vardır.

İki ülkemiz yargı örgütü, yargılama yöntemleri ve işlevleri arasındaki ayrılıklara böylece değindikten sonra, şimdi de idare hukuku sorunlarına ve idari yargı işlevinin kullanılmasına gelmek istiyorum. Çünkü, asıl işte bu alanda devletin yargı organları ile yürütme (hükümet) arasında gerginlikler en son aşamasına varabilir. İngiltere'de var olmayan anayasa mahkemesini ve anayasa yargısını bir yana bırakarak, idarenin işlem ve eylemlerini yargı denetimine bağlı tutan ülkenizdeki Danıştaya ve benim ülkemde aynı işlevi gören genel mahkemelere değinmek istiyorum.

Her demokratik devlette, hukukun üstünlüğünü sağlamak için, hukuk kurallarının devletin yasama, yürütme ve yargı organlarını, idareyi ve kişileri bağlayan kurallar olduklarını bir cümleyle anlatmak kolaydır. Ama üstünlüğü sağlanacak olan hukuk hangisidir? Demokratik devlet, sosyal devlet ya da «refah» devleti, gelişen devlet; Türk Anayasa'sı, bu üç niteliğin üçüne de uygun düşen kuralları içeriyor ve hükümete de girişim özgürlüğü, özellikle kişilerin ekonomik etkinlikleri üzerinde geniş denetim imkânları sağlayan kurallar koyuyor. Bir ülkenin tarihinde belirli dönemlerde devletin ekonomik yaşayışa karışması (müdahalesi) gerekli olabilir, ama bu devlet denetiminin niteliğini ya da kapsamını kararlaştırmak yargının görevi değildir. Bu görev halka ve onun seçtiği temsilcilerden oluşan yasama meclislerine düşer; meclisler olağan bir çoğunlukla çıkaracakları kanunlarla bunu belirlerler; ancak, söz konusu kanunların öteki birçok çağdaş anayasalarla birlikte Türk Anayasa'sının da insan hak ve özgürlükleri olarak nitelendiği haklara ve özgürlüklere kısıtlamalar getirmeleri halinde, o kanunların geçirilebilmesi için nitelikli çoğunluklar kabul edilebilir.

Türk Anayasa'sından anladığıma göre, burada yürütme organına ilk (asli) yetkiler verilmemiş. Yürütme-idarenin işlemleri ya da kişilerin hak ve malları üzerindeki kamu gücünden kaynaklanan yetkileri, kanuna dayanmak zorundadır. Gerçi İngiltere'de yürütmenin hâlâ yakın bir geçmişten kalma ve kaynağını kanundan almayan ya da kanunun düzenlemediği kimi yetkileri vardır, ama, genellikle İngiltere'de de yürütmenin bütün zorlayıcı ve bastırıcı nitelikteki yetkileri ona kanunlarla verilmiştir. İşte, yargıcın idarenin eylem ve işlemlerini denetlerken yapacağı ilk iş, yürütme-idareye bu yetkileri veren kanunu yorumlamak, onun anlamını araştırmaktır.

Yasama meclislerinden geçen kanunlar, ister istemez, genel sözler ve terimler kullanırlar. Kanun koyucu, çeşitli sorunları ve durumları geleceğe dönük olarak düzenlerken o sorun ve durumların bütün inceliklerini ve

ayrıntılarını önceden görüp kestiremez. Onun için de, kanunun sorunlara, belli ve somut durumlara nasıl uygulanmak gerektiği yürütme-idarenin sağduyusuna ve iyi takdirine bırakılır. İngiliz kanunlarının yaptığı gibi, yürütme-idareye kanunların uygulanmasını gösterecek ve ayrıntılarını belirleyecek düzenleyici işlemler yapma yetkisi verilir. Yapacağı düzenleyici işlemin kanunun sınırlarını aşıp aşmadığını anlayabilmek için, burada, o kanunun anlam ve amacını araştırmak yetkisini ister istemez yürütme-idare üstlenecektir. Yürütme, kanunun bireysel durumlara uygulanıp uygulanmayacağını kararlaştırabilmek için, o kanunun anlamını araştırmak ödevindedir ve bundan kaçınamaz. Ancak, yürütmenin bu kendi yorumuna dayanarak kanunu bireysel duruma uygulaması ve yetkilerini buna göre kullanması, yargı denetimine bağlı tutulmaktadır. Kanunun gerçek yorumunu yapacak olan mahkeme, idari işlemin kanunî yetkiye dayanılarak yapılmadığına karar verirse, o işlemi iptal eder ve idareyi işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü tutar.

İşte bence, her demokratik çağdaş toplumda yargının başlıca görevi budur. Hukuk üstünlüğünü, demokrasinin varlığını koruyabilmek için, kişilerin, yurttaşların hak ve hürriyetleri ile Devletin zorlayıcı ve bastırıcı gücü arasında denge sağlayacak bağımsız ve yansız bir organa gerek vardır. Gerçekte önemli olan, idarenin işlemlerinin yargı denetimine bağlı tutulmasını sağlayan hukuk kuramını kabul etmek değil, yürütmenin-idarenin idari yargıyı benimsemesi ve idari yargı organlarının verdikleri kararlarla kendini bağlı görmesidir. İngiltere’de genel mahkemelerin idarenin eylem ve işlemlerini denetleme yetkisi, son otuz yıldır gelenek ve görenek huku-kundan gelme bir öğreti, *u l t r a v i r e s* öğretisi ile sürekli biçimde genişlemiştir. Buna göre, hükümet ve idare katlarının (makamlarının) işlemleri, kanunî bir yetkiye dayanmadıkça geçerli değildirler. Türkiye’de anladığım kadar Türk idare hukukunun temellerini, Fransız Danıştayının (Conseil d’Etat) çok eskiden geliştirmiş olduğu ince, özenle hazırlanmış hukukî kavramları oluşturmaktadır. Gerçi bu hukuk öğretileri adli ve idari rejimler) birbirinden birçok bakımlardan ayrılıyorlar ama, uygulamada aynı sonuca varıyorlar. Birleşik Krallık Avrupa Topluluğuna üye olduktan sonra, dokuz üye devletin yüksek idare mahkemeleri üyelerinin yılda iki kez yapılan toplantılarına ben de katılmak imkânını buldum. O toplantılarda şu kaniya vardım ki, idarenin işlemlerini denetleyen ister bir Danıştay (özel idare mahkemesi), ister genel mahkemeler olsun, aynı iptal nedenleri bulunduğu takdirde mahkemeler çoklukla aynı sonuca varıyorlar. Gerçi değişik mahkemelerde, değişik hukuk kavramları uygulanıyor, mahkemelerin hüküm mantıklarının önermeleri değişik olabiliyor, ama bu akıl yürütme süreciyle yine aynı sonuca ulaşılabilir.

Türkiye'de yargının Devlet yönetimindeki görevini, yasama organının işlemlerini denetleyen Anayasa Mahkemesi ile yürütme-idarenin eylem ve işlemlerini denetleyen Danıştay yerine getiriyorlar. Bu iki yüksek mahkemenin rolleri, hukuk ve ceza mahkemelerinin rollerinden çok daha naziktir. Anayasa yargısı ve idarî yargı dikkatli ve ölçülü biçimde kullanılmazsa, yani bir yasama ya da idare işleminde kanunilik ilkesi ile yerindelik, elverişlilik (opportuneness) arasındaki sınır konusunda ihtiyatlı davranılmazsa, yargı ile öbür iki devlet organı, yasama yürütme arasında gerginlikler başgösterir. Bir vakitler İngiliz yargıçlarından biri şöyle demişti: «Kanunların yorumunu ben yapacak olduktan sonra, o kanunları kim koyarsa koysun, hiç umurumda değil.» Takdir yetkisi konusunda, yargıçların, kanunun idareye tanıdığı takdir yetkisini benimseme ve önlerindeki uyuşmazlıkta kanuna rağmen idarenin takdir yetkisini tanımama gibi doğal bir eğilime kapıldıkları olur. İdare dâvâlarına bakan yargıçlar bu eğilimi bilirler, ama yargıçlar böyle bir eğilime kesinlikle karşı koymalıdırlar. Demokratik bir anayasada yargı organına öteki devlet organları karşısında tanınan bu bağımsızlığın karşılığını her yargıç tek tek ve sözün gerçek anlamıyla yansız (tarafsız) davranmakla ödemelidir. Yargıç bir kanunu yorumlarken kişisel görüşlerinin ve o kanunu oluşturan politikaların onu etkilemesine hiçbir zaman izin vermemelidir. Yargı organı, ancak böyle davranacağı ve böyle davranacağı inancını verdiği sürece, Devlet yönetiminde kendi payına düşen görevini yerine getirebilir.

