

ANAYASA'NIN KUVVETLER AYRILIĞI İLKESİNE VE YÖNETİM YARGI İLİŞKİLERİNE BAKIŞ AÇISINDA DEĞİŞİKLİK

Prof. Dr. Sait GÜRAN(*)

Anayasa'nın değiştirilmesi eksenini etrafında dönecek olan Sempozyum'da, İdare Hukuku'nun, Yargı ile bağlantılı bulunan ve katı biçimde konulan bir sorunu üzerinde durulmasının yararlı olacağı düşüncesiyle bu konu seçilmiştir.

Seçime katkıda bulunan bir husus da, 1961'den bu yana geçen yıllar sonunda, geriye gidiş şeklinde beliren bir durumun ortaya çıkmış olmasıdır.

ANAYASA VE YASALAR

Ellili yılların ünlü 5434/39(b) ve 6435/3'lerinin getirdiği ve partizan amaçlı uygulanan, idarî işlemlere karşı "hiç bir suretle kaza mercilerine başvurulamaz" ile "idarî ve adlî yargı mercilerine başvurulamaz" ifadeli "Hukuk devleti engelleri" önce 1961 Anayasası'nın 114. maddesi, ardından Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları⁽¹⁾ ile kaldırıldıktan sonra; 1971 yılında 114. madde değiştirilerek, şu hüküm eklenmiştir:

"Yargı yetkisi, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini sınırlayacak tarzda kullanılamaz. İdarî eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilmez."⁽²⁾

Cumhuriyet Senatosu ile Millet Meclisi'nin 430 üyesinin, "On yıllık uygulamasının ışığında, Anayasa'nın hürriyetçi yapısını ve temel ilkelerini bütünü ile koruyarak, hazırlamış" oldukları ve ilk imzanın da Isparta Milletvekili Süleyman DEMİREL'e ait bulunduğu⁽³⁾ bu değişikliği, aynı 430 TBMM üyesi şu gerekçeyle savunuyordu:

-
- * İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Öğretim Üyesi.
1. AYM. 30.1.1963, E:1962/262, K:1963/21 (1 AMKD 86-89); AYM. 14.11.1962, E:1962/221, K: 1962/86 (1 AMKD 29-32).
2. Fıkra 2 (20.9.1971 tarihli 1488 sayılı yasa ile).
3. Teklif ve Anayasa Komisyonu Raporu (17 Millet Meclisi Tutanak Dergisi S.Sayı 419, sf.1)

"Ancak uygulamada, "Yargı denetimi" deyimi bazı hallerde yanlış anlamalara yol açmış, yargının re'sen murakabede bulunmasına ve idarenin yerine geçerek idarî eylem ve işlemler tesis etmesine imkan verici bir yetki gibi anlaşılacak istenmiştir. ... (Ayrıca) yargı yetkisinin kullanılışı ile, yürütme görevinin kanunlarla belli edilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesindeki yetkinin kayıtlanamayacağı açıklığa kavuşmuş olmaktadır. İkinci fıkraya eklenen cümle ile de, yargı kararları ile idarî eylem ve işlem tesis edilemeyeceği esası konulmuştur."⁴

Genel Kurul'daki görüşmeler sırasında, İstanbul Milletvekili Mehmet Ali AYBAR'ın eklenen 2. fıkranın metinden çıkarılmasına ilişkin önergesinin reddini ve konuşmasının Milletvekili Hasan DİNÇER tarafından yanıtlanmasını takiben, oylamaya geçilmiş, değişiklik, 2'ye karşı 347 oyla kabul edilmiştir⁵.

521 sayılı Danıştay Kanunu'na aynı hüküm 18.6.1973 tarihli 1740 sayılı yasa ile eklenerek ve yürütmenin durdurulması hakkında da "paralel anlayışta" düzenleme yapılarak (Ek Madde 1) devre tamamlanmıştır.

Yapılan eklemelerdeki İdare Hukuku yanlışları, imkânsızlıkları ve beyhudelikleri, bu incelemenin konusu olmadığından bunlara değinilmeyecektir. Bizim, burada göstermek istediğimiz nokta, hem değişikliğe egemen olan "anlayış"tır, hem de kuvvetler ayrılığına ve yönetim-yargı ilişkisine "bakış"tır.

1961 Anayasası'na 1971 TBMM tarafından getirilen bu hüküm, 1982 Anayasası'nın 125. maddesinde de yerini almış; hatta yönelilen kısıtlama ve gerileme istikâmetinde, bir adım daha atılarak, iki İdare Hukuku yanlışları daha yapılmak suretiyle, yargı yetkisinin, hukuka uygunluk denetimi ile sınırlı olduğu ve takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemeyeceği ifade edilmiştir.

Aynı hüküm, 82 Anayasası'nın arefesinde, İdarî Yargılama Usulü Kanunu (No: 2577) madde 2'ye konulduğu gibi, bu defa "idarî mahkemeler yerindelik denetimi yapamazlar" eklemesi de gerçekleştirilmiştir.

Bu arada, 82 Anayasası'nın Başlangıç kısmınının 6. paragrafında "kuvvetler ayrımınının, Devlet organları arasında...belli Devlet yetkilerinin kullanılmasından ibaret ve kanunla sınırlı medenî bir işbölümü ve işbirliği olduğu" mesajı da unutulmamalıdır.

4. id. 12.

5. id. 383-386, 452-454.

Bütün bu malzeme, sonuçta, hem Yargı'da, hem Yönetim'de, "Kuvvetler ayrılığının bulunduğu Türkiye'de, "mahkemelerin idarî makam ve mercilere emir veremeyeceği" sadece kararları iptal ile yetineceği" şeklinde özetlenebilecek bir düşünceyi yerleştirmiştir.

Acaba bu düşünce doğru mu? Soruyu yanıtlamak için önce ABD'ne, ardından kendi sistemimize bir göz atalım.

KUVVETLER AYRILIĞI NE DEĞİLDİR?

Kuvvetler ayrılığı teorisinin ardındaki temel dürtü, Aristo, Eflâton, Çiçero, Makyavel, Locke ve Montesquie'den bu yana, hep "Devleti yönetme gücünün tamamının, bir kişi veya bir grup kişilerde toplanmasının, mutlakiyete yol açacağı" endişesi ve bunu önlemek düşüncesi olmakla beraber; Madison'un tanımıyla, kuvvetler ayrılığının, "bir organın "bütün" yetkisinin, öteki organın 'bütün' yetkilerini elinde bulunduran aynı organ tarafından kullanılması halinde, özgür Anayasa düzeninin temel ilkelerinin yıkılacağı" şeklinde anlaşılmasına rağmen; 1787 ABD Anayasası'nı yapanların egemen olduğu Kongre, daha ilk yasama döneminde, "her üç organın yetkilerinden zengin karışımlar üretmeye başlamış."⁶; Yargıçları, "yargı faaliyetlerini yürütmeleri için gerekli bütün kuralları yapmak ve koymak" yasama yetkisi ile donatmış; ayrıca, Başkan'a, çıkaracağı yönetmeliklerle, asker kişilerin emekli aylıklarını veya "Kızılderili kabileleriyle ticaretin kurallarını düzenlemek" yasama yetkisini tanımıştır⁷. Bu suretle, Anayasayı yapanların, kendileri, daha ilk adımlarını atarken, yeni Anayasanın uygulanması bakımından sınıflandırılması zor olan geniş kapsamlı ve değişik içerikli işlevler arasında gereken eşgüdümünün başarılması amacıyla "yetkilerin dikkatli bir harmanını" yapmış oldular.⁸

İki yüzyılı aşır 1789'dan 1989'a gelindiğinde, Public Citizen v. US Department of Justice (419 US 440) davasında yazdığı katılma oyunda Yargıç Kennedy, kuvvetler ayrılığının, her üç organın birbirinden tamamen ayrı ve uzak olması anlamını taşımadığını; çünkü, aksi halin, Anayasa Koyucusunun getirdiği organlar arası karşılıklı denge ve denete dayalı hükümet sistemine aykırı olacağını söylüyordu⁹.

Zaten, yasama, yürütme ve yargı yetkisi kuramsal ve kurumsal olarak ayrılrsa bile, bunların kullanımında üstüste gelmeler sık sık vuku bulacaktır. Örneğin, yasaları kongre yapacak, Başkan veto edebilecektir. Aynı şekilde, Başkan andlaşmaları imzalarken, Senato'nun onayı gerekecek; mahkemeler yargısal denetim icra ederken, görev alanlarını kongre belirleyecektir. Böylece, Anayasa kuvvetler ayrılığı kadar hayati önem taşı-

6. I/Kenneth Culp DAVIS-Richard J. PIERCE Jr.: ADMINISTRATIVE LAW TREATISE 34 (3rd Ed. 1994, Little Brown & Co.)

7. ibid

8. id. 38-40.

9. id. 40.

yan bir diğerk boyutu, "karşılıklı denge ve denet" ilkesini koymuş olmaktadır⁽¹⁰⁾.

Denge ve denetten söz etme noktasına gelince, bu bağlamda, kuvvetler ayrılığı ilkesi kurgusu içindeki bir başka kurum-kavram'a geçilmelidir. Bu ise, "yetkileri belirli ve sınırlı hükümet" (limited government) kavramıdır. Bu kavram yönünden, karşılıklı denge ve denet mekanizması, kuvvetler ayrılığı fikri kadar önemlidir. Üç organ arasında rekabet ve kıskançlık yaratarak, her bir organın, diğerkinin yetkilerinin tümünü tek başına kullanmasına engeller koymasına izin vererek, Anayasa Koyucu üç organın, halkın denetimini aşabilmesi olasılığını daha da azalttıklarına inanıyordu⁽¹¹⁾.

Nitekim, Amerikan Anayasacılığının bir başka temel taşı konumundaki "limited government" kavramına göre, organlar etkin şekilde işlemleri için gerekli araçlarla donatılmalı, ancak, kişi hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla da yetkileri yeterli ölçüde sınırlandırılmalıdır. İşte, kuvvetler ayrılığı ilkesinin bu hedefi, kişilerin özgürlüklerine hizmet eden bir özelliğı olarak belirlemektedir. Ve, "Amerikan sisteminde federal sistemin herhangi bir cüz'ünden yetkinin tamamı titizlikle esirgenmiştir."⁽¹²⁾

Kuvvetler ayrılığından, sadece, yasama ve yürütmenin, aşırı yetkilenmesi eğilimi korkusuna karşı bir denetim -bazılarının değışiyle kelepçeleme- amaçlı bir siyasal teori olarak değıl; aynı zamanda, vatandaşlarla ilişkilerde açıklık ve adalet ilkesi olarak da söz edilmelidir⁽¹³⁾. Bu açıklamanın ardındaki fikir şudur: Hukuk kuralını koyan ve uygulayan kimse, bu kuralın belli olaylara açık-adil uygulanıp uygulanmadığını yargılayan kişi olmamalıdır. Bu düşünce tarzı, yasama ve yürütmenin birbirinden -ve de Yargı'dan- ayrılmasından ziyade, Yargı erkinin, Yürütme-Yasama'dan ayrılmasını ilgilendirir. Bu kavram, daha ziyade, İngiliz Common-Law'undaki "doğal adalet" (natural justice) yani kimsenin, kendi davasının yargıcı olamayacağı temel prensibine benzer⁽¹⁴⁾.

Anglo-Amerikan kuvvetler ayrılığı ilkesi anlayışı, sadece, yasaları koyanlarla uygulayanlar arasında ayırım yapmakla kalmaz, bu süreçte, bağımsız Yargı için, özel bir rolü saklı tutar. Mahkemeler, geleneksel olarak, özel kişiler arasında çıkan uyuşmazlıkları yargılamış olup, Yasama'nın ürettiğı kamu hukukundan ayrı bir yargıç yapısı özel hukuk yaratmıştır.... Mahkemeler, aynı zamanda, gene geleneksel olarak, Yürütme'nin, yürürlükteki kamu hukukuna uymasını sağlayacak olan ve İdare

10. Jerome A. BARRON-C. Thomas DIENES: CONSTITUTIONAL LAW I (1986, West Publishing Co.)

11. Peter L. STRAUSS: AN INTRODUCTION TO THE ADMINISTRATIVE JUSTICE IN THE UNITED STATES 12 (1989, Carolina Academic Press).

12. BARRON-DIENES: n.10, 2.

13. STRAUSS: n.11, 14.

14. ibid.

ajanlarının Yasama'nın buyruklarına itaatini kolluk görevlisi gibi izleyen ve vatandaşlara karşı kullanılan yetkiler üzerinde ek içsel kontroller kuran bir denetim fonksiyonunu yerine getirmiş⁽¹⁵⁾, böylece ortaya, "sonunda, olayın dışında kalan bir yargı tarafından denetlenen bir çerçeve çıkmıştır."⁽¹⁶⁾

Amerikalı Anayasa ve İdare hukuku profesörlerinin görüşlerinden derlediğimiz kuvvetler ayrılığına dayalı sistemde, bazı kurumların varlığına tanık oluyoruz. Kongrenin ürettiği yazılı kamu hukukunun yanında eski İngiliz Hukuku'ndan gelen araçların, bütün etkinliği ile İdare'ye karşı, Yargı tarafından uygulandığını görüyoruz. Marbury'de, hukukun ne olduğunu tesbit ve ifade yetkisinin Yargı'da bulunduğu açıklandığı ABD sisteminin, yargıcın, idare ajanına "emir" vermesine müsaade ettiğini gözlemliyoruz. O halde, bu konuyu ele alalım.

YARGISAL EMİRLER

Amerikan yargısal denetim sistemi, common law orjininden geniş ölçüde etkilenmiştir. Bu nedenle idari işlemlerde yürütmenin durdurulması gibi yasalarla getirilen olanaklara rağmen, ABD mahkemeleri, common law olanaklarını, yargısal donanımlarının bir parçası saymışlar ve ABD İdaresi'ne karşı önlem olarak, kökeninde İngiltere Krallarının memurlarına karşı başvuru olan mandamus ve injunction gibi yasaklayıcı veya yaptırıcı yargısal buyrukları işletmişlerdir. Ünlü Marbury davası, ABD Anayasal sistemine emsalsiz bir boyut kazandırırken, bu davada yargısal denetimi harekete geçiren mekanizma, yargısal emir (mandamus) yöntemi olmuştur⁽¹⁷⁾.

ABD'nde, idari makamların işlemlerine karşı yargısal denetim, "yasaların açıkça düzenleyip öngördüğü" (statutory) yargısal yollara başvurmak veya az önce değindiğimiz geleneksel İngiliz denetim araçlarını (nonstatutory) işletmek suretiyle gerçekleştirilmektedir.⁽¹⁸⁾ Birinci yol, idarî makamların tasarruflarına karşı "genellikle yeterli çevre teşkil etmez; özellikle bireylerin, sürmekte veya derhal yapılmak üzere olan bir idarî işlemi önlemek istediği hallerde."⁽¹⁹⁾

Yargısal emirlerden oluşan⁽²⁰⁾ ve İngiliz equity (hakkaniyet) hukukundan aktarılan yargısal araçlar vasıtasıyla İdare'nin denetimi,

15. Stephen G. BREYER-Richard B. STEWART: ADMINISTRATIVE LAW AND REGULATORY POLICY 38 (2'nd Ed.1979, Little Brown & Co)
16. Laurance H. TRIBE: AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 18 (2'nd Ed.1988, The Foundation Press)
17. Glen O. ROBINSON-Ernest GELLHORN-Harold H. BRUFF: THE ADMINISTRATIVE PROCESS 40-41 (4'th Ed. 1993, West Publication Co.)
18. Federal Administrative Procedure Act, Section 10 (a,b); STRAUSS: n.11, 212-214.
19. ROBINSON-GELLHORN-BRUFF: n.17,45.
20. Injunctions (mandatory, prohibitory, structural) ve mandamus.

ABD'nde, Yüksek Mahkeme tarafından 1893'den bu yana tescil edilmiş ve kurumsallaşmış ve sonunda yasalarla da tanınmış ve düzenlenmiş bulunmaktadır⁽²¹⁾.

Yargısal emirler, yönetimin işlemlerine karşı, ilgili idare ajanı aleyhine yargısal denetimin, "şu ortamda ve şu varsayımla" harekete geçmesine olanak tanır: "Yasaların öngördüğü yargısal denetim olanağı ya bulunmayacak veya yetersiz kalacak"⁽²²⁾, "ortada, birey yönünden giderilemez bir zarardan kaçınılması için ivedi bir yola (relief) başvurulmasını gerektirir bir durum bulunacak"⁽²³⁾, başka bir deyişle, İdare ajanının, "bireye karşı zarar verici tutum içinde olması ve yargısal yolla önlenmediği takdirde, tazminat davası açılmasına olanak verecek işlemler ve eylemler içine gireceği varsayımının bulunması"⁽²⁴⁾; "bu yol ancak, davacının giderilmez zarar doğacağını -ya da doğduğunu- göstermesi ve ajanın geçmişteki hukuka aykırı tutumu dikkate alınarak değerlendirildiğinde, yargısal emir verilmediği takdirde, ajanın aynı tavrı sürdüreceği kanısının doğması halinde düşünülebilir".⁽²⁵⁾

Yukarıdaki koşulların varlığı halinde gündeme gelen yargısal emirlerin, bu bildirimizin konusu ve mesajı yönünden asıl önemli yanı, yargısal emirde mahkemenin talep hakkında vereceği olumlu kararın hukuksal sonucu ve etkisidir. Bu noktaya ilişkin bilgileri de, orijinal kaynakların açıklamalarından alıntılarla aktaralım...

Yargısal emirlerden biri olan mandamus'daki "ana fikir, idare ajanını, ...görevini yapmağa zorlamaktır."⁽²⁶⁾ Yüksek Mahkeme Başyargıcı Taney'in 1925'de işaret ettiği gibi, "Mandamus konusu idarî işlemde takdir yetkisine giren hususlar bulunabilir. Ancak, idare ajanı, takdiri içeren nokta bakımından çizilmiş sınırları aşamaz; eğer aşarsa, kendisini bu sınırlar içinde tutulmak üzere, injunction veya mandamus (yargısal emir) yoluyla denetlenir."⁽²⁷⁾; başka bir deyişle, yargısal emir (mandamus), "muhatap olan idare ajanına, davacı hakkında yapmak borcunda bulunduğu halde ihlâl ettiği bir görevi yerine getirmesi buyruğudur. Bu vasıtayla,

21. Noble v. Union River Logging Co. 147 US 165 (1893); III/Davis-PIERCE: n.6, 179-181; İdare Hukuku profesörü Jaffe, bu yolla yargısal denetimin orijinini, Dr. Bonham davasında bulmaktadır. XVII. yüzyılda İngiltere'de doktor olan Bonham, Denetçiler Kurulu tarafından, Londra'da, ruhsatsız doktorluk yapmak nedeniyle hapis ve para cezasına çarptırılmış; bu karara karşı common-law çerçevesinde dava açmış ve yargısal denetimin icrasını sağlamış idi. BREYER-STEWART:n.15, 859-860 ve 863-864.

22. III/DAVIS-PIERCE: n.6, 180; ROBINSON-GELLHORN-BRUFF: n.17, 45.

23. ROBINSON-GELLHORN-BRUFF: n.17, 46.

24. Report of the Attorney General's Committee on Administrative Procedure 81; Bak.Bernard SCHWARTZ: ADMINISTRATIVE LAW 578-579 (3rd Ed.1991, OLittle Brown & Co.)

25. III/DAVIS-PIERCE: n.6, 180.

26. "To compel an official to perform (his) ...duty" GELLHORN-BYSE-STRAUSS-RAKOFF-SCHOTLAND: ADMINISTRATIVE LAW 989 (8'th Ed.1987, The Foundation PressInc.)

27. Work v. Rives 267 US 175 (1925) ve STRAUSS:no.11, 215; Bu açıdan bakınca, yargısal emir, yargıca, "yönetimin yetkinin saptırılması cihetine gidip gitmediğini denetlemesine izin vermektedir."BREYER-STEWART: n.15, 865.

yargıç, "Birleşik Devletler İdaresi'ndeki bir görevliyi, davacıya karşı borçlu olduğu bir görevi yapmaya yönelten emir verme yetkisiyle donatılmıştır."⁽²⁸⁾

"İdare ajanının, yasaya uymayı sistematik biçimde reddettiği sonucuna ulaşınca, mahkeme, yasanın öngördüğü" işlemleri yapmasını bildiren buyurucu bir yargısal emir (mandatory injunction) çıkartır."⁽²⁹⁾; injunction ile sağlanan "idari kararın hukuka aykırı olduğunun tesbiti ve ilgili makamın bu kararı uygulamasının yasaklanmasıdır"⁽³⁰⁾.

DANIŞTAY'IN KARARLARI

Anayasa'nın 138. maddesinin "İdare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; ...bunların yerine getirilmesini geciktiremez." hükmünü, sırf hatırlama amacıyla yazdıktan sonra; Danıştay'ın, yakın tarihli kararlarında yinelenen görüşlerini aktaralım:

"Davacının iptal kararı üzerine, 1.3.1985 tarihinde göreve başlatıldığı ve 4.3.1985 tarihinde yeniden görevinden alındığı ...anlaşılmıştır. İdarece haklı nedenlerin gösterilmemesi ve kanıtlanmaması durumunda, iptal kararını etkisiz bırakma sonucunu doğuran bu yoldaki uygulamanın idare için hizmet kusuru teşkil edeceği açıktır."⁽³¹⁾

Kaldı ki, "Hukuka bağlı bir idarenin, ilgililer başvurmasa dahi, karar gereğini yerine getirmeleri bir görev ve zorunluluktur. İlgililerin, karar gereğinin yerine getirilmesi için idareye yaptıkları başvurular üzerinden belli sürelerin geçmesiyle kararın infazı zorunluluğunun ortadan kalkacağını söylemek olanağı bulunmamaktadır."⁽³²⁾

Danıştay 5. Dairesi, Anayasa 138'in yukarıda alıntı yaptığımız hükmü için, "açık, kesin ve buyurucu bir kural" sözcüklerini kullandıktan⁽³³⁾ sonra; Anayasanın 2. maddesindeki "Hukuk Devleti" ilkesi karşısında, "idarenin, maddî ve hukukî koşullara göre uygulanabilir nitelikte olan bir yargı kararını "aynen" ve "gecikmeksizin" uygulamaktan başka bir seçeneği bulunmamakta" olduğunu altını çizerek ifade etmiştir⁽³⁴⁾.

28. STRAUSS: n.11, 214-215; "Mandamus, ajantı, yasanın buyurduğu görevin yapılmasına mecbur eder." BREYER-STEWART: n.15, 863.
29. III/DAVIS-PIERCE: n.6, 181; Yapmamasını buyuran için "prohibitory injunction" (id.180); "İdari işlemin hukuka uygunluğunu tartışan birey, idari makamın uyumsuzluk konusu işlemi uygulamasına engel olmak için, injunction (yargısal emir) verilmesi talebiyle mahkemeye başvurur." Bernard SCHWARTZ-H.W.R. WADE: LEGAL CONTROL OF GOVERNMENT 221 (1972, Clarendon Press Oxford).
30. SCHWARTZ-WADE: n.29, 221; SCHWARTZ: n.24, 578.
31. DANIŞTAY (5.D) 26.11.1987, E:183, K:1659 (70-71 DANIŞTAY DERGİSİ 263); bir başka olayda yönetimin, yargı kararının buyruğuna itaati "bir gün"e inince, Danıştay 5. Dairesi aynı iptal ilkelerini bir kez daha vurgulamıştır. (DANIŞTAY 5.D. 20.11.1991, E:1600, K:2176; 84-85 DANIŞTAY DERGİSİ 373-375).
32. DANIŞTAY (8.D) 17.5.1989, E:984, K:329 (76-77 DANIŞTAY DERGİSİ 569).
33. DANIŞTAY (5.D) 12.2.1991, E:3400, K:178 (82-83 DANIŞTAY DERGİSİ 385).
34. ibid.

Yargı kararlarının yanısıra, Danıştay 1. Dairesi de, 14.6.1991 günlü düşüncesinde, 138. maddeden hareketle, "idare, bir idari işlemin iptaline ilişkin yargı kararına uymak zorundadır."⁽³⁵⁾

"İdarî işlemin yargısal bir kararla iptali halinde, bu iptal kararının işlemin yapıldığı unsurlarında bulunan sakatlıkları saptadığı; işlemi yapıldığı andan başlayarak ortadan kaldırdığı (ve) bu özelliğiyle geriye yürüten sonuçlar doğurduğu; bir başka anlatımla, işlemin tesis edildiği tarihten önceki hukuki durumun geçerliliğini sağladığı, idare hukukunun bilinen ilkelerindedir."⁽³⁶⁾

"İdare, iptal kararının amaç ve anlamına göre yeni bir işlem yapmak, iptal edilen işlemde doğan sonuçları ortadan kaldırmak ...önceki hukukî durumu yürürlüğe koymakla yükümlüdür."⁽³⁷⁾

"Karar uygulanmasa bile, ilgilinin zararının tazminat ödemekle gidebileceğini düşünmek de olası değildir. Çünkü, yargı kararlarının uygulanması konusunda, Anayasa ve yasalarda ademi infaz nedeniyle açılan davalarda yargı yerlerince verilen kararlarda, idareye bir seçenek tanınmamıştır. Başka bir anlatımla, idarenin, isterse kararı uygulaması, istemezse hukuki ve fiili imkânsızlıktan söz ederek tazminat ödeme yolunu seçmesi de kabul edilmemektedir."⁽³⁸⁾

Sözü, bir an Danıştay'dan Yargıtay'a kaydırılım ve 1979'da yapılan bir saptamayı hatırlayalım:

Yürütmenin durdurulması kararlarına da "iptal kararları gibi idare uymak zorundadır. Ancak, iptal kararları, dava konusu idarî işlemin mevzuata ve hukuka aykırılığını tesbit edip idareye hitap eden bir emir ve direktif içermediği halde, yürütmenin durdurulması kararlarında bir emir ve direktif de yer almaktadır."⁽³⁹⁾

SONUÇ

Danıştay'ın, bu alıntılarla kasd ve ifade ettiği anlayış, mahkeme kararlarının, idare makamlarına yönelik birer "yargısal buyruk" teşkil ettiği- dir. Artık, kuvvetler ayrılığı, Anayasa 125 gibi ilke ve maddeleri gerekçe

35. DANIŞTAY (1.D) 14.6.1991, E:203, K:351 (84-85 DANIŞTAY DERGİSİ 56).

36. ibid.

37. ibid; "İptal kararı ile ortadan kaldırılmış olan idarî tasarruflar üzerine tahaddüs eden vaziyet hakkında idare yeni bir karar almak mecburiyetindedir. Bu kararın, iptal kararı ile istihdaf edilen gayeye ve maksada uygun bulunması (icab eder)." DANIŞTAY (5.D) 28.1.1953, K:224; Bak. Kâzım YENİCE-Yüksel ESİN: İDARİ YARGILAMA ÜSULÜ 594 (1983, Ankara).

38. id.n.35,36.

39. YARGITAY (İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu) 22.10.1979, E:7, K:2; (Resmî Gazete: 29.11.1979-16824, Sf.60)... Bu alıntıya yapacağımız ekleme, emir-direktif yönünden her iki "karar" arasında "şahsen" herhangi bir fark görmediğimizdir.

yaparak ve "buyruk" sözcüğünün İdare'yi bağladığını, bağımlı kıldığını söyleyerek, "hukuksal son"u kabul ve itiraf etmemenin hiç bir anlamı ve yararı yoktur. Mahkeme "emreder", İdare "yapar"⁽⁴⁰⁾.

İptal kararının "gereğini, 'mahkemenin anladığı ve buyurduğu' şekil ve/veya içerikte yerine getirmek yükümünü gerçekleştirene kadar", İdare'nin, müteakip iptal, tam-yargı, kişisel tazminat davası, TCK 230, 240 gibi fevkalâde etkin hukuksal silâhlarla zorlanabildiği hukuk sisteminde, Yargı'nın, bu bağlamda İdare'ye emir verdiğini söylemek "orijinal" bir sav bile değildir. Türk Anayasa ve İdare Hukuku'nun "aslî" ve "olağan" bir boyutunun dile getirilmesinden ibarettir. Ancak, bugüne kadar, bu konuda, İdarî Yargı'nın, yaptığı'nın gerçek adını koymakta ürkek ve çekingen davranmasına yol açan; siyasî ve idarî yönetimin de aksini ısrarla ve "denetlenmemek amacıyla" savunmasını yaptığı eskimiş, kireçlenmiş "emir veremez" anlayışının ve geçersiz gerekçelerin derhal terk edilmesi koşuluyla.

İdarî Yargı'nın, yargısal kararlarında, İdare'ye "emir verdiğini" kabul ettikten sonra, bildirinin gündeme getirmeyi amaçladığı ikinci noktaya değinelim.

İster yürütmenin durdurulması, ister iptal kararında olsun, durdurma veya iptal kararı verdikten sonra, hüküm neden "somut ve belli bir şeyi yapma veya yapmama buyruğu" ile tamamlanmasın?⁽⁴¹⁾. Üç önceki paragrafta altını çizdiğimiz Türk İdarî Yargı sisteminde, öğrettiğimiz, hüküm verdiğimiz ve uygulamasını ısrarla izleyip sağladığımız "hüküm-uygulama" bağlamında, gerek yürütmenin durdurulması, gerekse iptal kararını, "işlevsel olarak" bir prohibitory veya mandatory injunction ya da mandamus gibi algılamıyor muyuz?

Algılamamıza uygun olan bu hukuksal durumu, neden doğru olan ve yakışan sözcüklerle ifade etmekten kaçınıyoruz? Neden bunlara "yargısal emir" demiyoruz?

40. "Ancak, yargıcın görevi, yalnız soyut biçimde uyumsuzlukları çözmek olamaz. Uyumsuzluk çözümlü haklı-haksız ayrıldıktan sonra, haksız çıkan tarafa yap-yapma-ver diye emirler verilmesi yargı görevi içindedir. Bu emirler olmadan, uyumsuzlukların çözümünün bir anlamı olamaz. Yargıç, haksız çıkan tarafa, emir verdiği gibi, aynı zamanda bu yargı kararlarını uygulamakla, gereklerini yerine getirmekle görevli devlet organlarına da emir vermiş bulunmaktadır.. Kamu hizmetlerinin işleme ile ilgili emirler veremeyecek olan Danıştay, bir iptal kararının uygulanması ile ilgili olduğu ölçüde idareye gerekli emirleri verebilmelidir... Emir ile, idareye iptalden sonra yapması gerekenler açıkça gösterilmiş, emredilmiş ve böylece idarenin uygulama sırasındaki seçim yetkisi iyice daraltılmıştır." Yıldırım ÜLER: İDARİ YARGIDA İPTAL KARARLARININ SONUÇLARI 115 (AÜHF Yayını, 1970).

41. "Danıştayımız, iptal kararlarından sonra izlenmesi gereken yol iyice belirli ise, ya da idarenin kötü niyetli davranışlarıyla karşılaşabilecek ise, açık emir ve direktiflerini hüküm fıkrasına koymaktan çekinmemektedir." (ibid) Örneğin: "iki imtihan hakkı daha verilmesine... eski görevine sınıf ve derece itibarıyla denk bir göreve tayinine... davacının yevmiyesinin sekizinci derece birinci kademe üzerinden ödenmesi gerektiğine..." (id.116).

İdare yargıcı, yürütmenin durdurulması ve ardından iptal hükmü verirken, Hukuka açıkça aykırı işlem tesis eden İdare'yi, yapmaktan kaçındığı "belli bir" işlemi gerçekleştirmeye, yaptığını da düzeltmeğe ve yapmamaya veya uygun "belli" şekilde yapmaya zorlamıyor mu?

O halde artık, adı isabetle konulsun; bakış açısı doğru çizilsin; yaklaşım düzeltilsin; ve ne yürütmenin durdurulmasına "önlem", ne de iptal hükmüne "sadece işlemi ortadan kaldıran" hukuksal sonuçlar doğuran "tesbit ve beyanlar" olarak bakılsın. Her ikisini de -biri geçici- Yargı'nın İdare'ye, hukuka aykırılığı tesbit ve ardından ne yolda hareket etmek zorunda olduğunu "tebliğ eden somut yargısal emirler" in buyuruculuğu, belirliliği ve özneliği içinde düşünölsün. Zaten tam yargı davalarında böyle düşünöüp, böyle uygulamıyor muyuz?

Bu "düşünce tarzı" ile kaleme alınacak yeni bir 125. madde, İdare'yi -ve siyasal iktidarı- seçtiğimiz Danıştay kararlarının örneklediği gibi, bugünkü eksik ve yanlış yorumun tanıdığı, teşvik ettiği by-pass, oyalama ve direnme olanaklarından ve cesaretinden mahrum edecektir. Ayrıca, Hukuk Devleti'ni güçlendirecek; davâ ekonomisine, hak arama hürriyetinin kullanılmasına katkıda bulunacaktır. Üstelik, "maksat unsuru" denetimini de içeren Yargı yetkisi, "Hukuka uygunluk denetimi" sınırı aşılacak; Yürütme görevinin, "kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara" uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak; takdir yetkisini kaldıracak; İdare'nin yerine işlem -eylem nasıl oluyorsa- niteliğinde karar verecek olan yargı kararları da tesis edilecek şekilde kullanılmadan.

Kaldı ki, iptal davası ile yürütmenin durdurulmasında, bildirinun sunduğu "düşünce tarzı çerçevesinde" yapılacak ayarlamalarla, başkaca bir ilaveye gidilmeden, "önleyici ve giderici sonuçlu" yargısal denetim ortamı yaratılmış olacaktır.