

37890

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

T.C. YÜKSEKÖĞRETİM KURULU
DOKÜMANTASYON MERKEZİ

HUKUK DEVLETİ İLKELERİ AÇISINDAN
ANAYASA YARGISI İLE İDARİ YARGI ARASINDAKİ
İLİŞKİLER

(Doktora Tezi)

N. Şebnem SAYHAN

56

Tez Danışmanı
Prof.Dr.Ali Ülkü AZRAK

İSTANBUL, 1994

İÇİNDEKİLER

BÖLÜM I

HUKUK DEVLETİ İLKESİ VE BU İLKENİN GERÇEKLEŞTİRİLMESİ KOŞULLARI

I. HUKUK DEVLETİ KAVRAMI ve BU KAVRAMIN ÖGELERİ	1
A) Hukuk Devleti Kavramının Doğuşu ve Gelişmesi	1
B) Şekli Hukuk Devleti Kavramının Öğeleri	3
1. Güçler Ayrımı	3
2. Normlar Hiyerarşisi	7
3. Yasal İdare	9
4. Yargı Bağımsızlığı	11
5. Temel Haklar	13
C) Maddi Hukuk Devleti Kavramı	14
D) Hukuk Devleti Kavramının Uluslararası Boyutu	14
II. HUKUK DEVLETİ İLKESİNİN GERÇEKLEŞTİRİLMESİ KOŞULLARI	16
1. Yasaların Anayasa'ya Uygunluğunun Denetimi	17
2. İdarenin Yargısal Denetimi	18
III. HUKUK DEVLETİ İLKESİNİN YARGISAL ALANA YANSIMASI	22

1. Anayasa Yargısında Hukuk Devleti İlkesi	22
2. İdari Yargıda Hukuk Devleti İlkesi	29
ARA SONUÇ	33

BÖLÜM II
ANAYASA HUKUKU İLE İDARE HUKUKU
ARASINDAKİ İLİŞKİ VE BUNUN ANAYASA YARGISI
VE İDARİ YARGI İLİŞKİSİNE YANSIMASI

I. ANAYASA HUKUKU İLE İDARE HUKUKU ARASINDAKİ İLİŞKİ	36
1. Genel Olarak	36
2. Anayasa'nın İdare'ye ilişkin düzenlemeleri	40
a) Yoğun (bütünleştirici) düzenleme örneği 1961 ve 1982 Anayasaları	40
b) Seyrek düzenleme örnekleri Avrupa Anayasa'ları	42
II. ANAYASA HUKUKU İLE İDARE HUKUKU ARASINDAKİ İLİŞKİNİN ANAYASA YARGISI VE İDARİ YARGI İLİŞKİSİNE YANSIMASI	45
1. Kurumsal bakımdan Anayasa Yargısı ile İdari Yargı Karşılaştırması	48
2. İdari Yargı Yolunun Açık Tutulması	49
a) Anayasa Yargısının İdari Yargı Yoluna Başvurma Hakkının Kısıtlanmasına Engel Olan Yaklaşımı	50

b) İdari Yargının Yargı Yoluna Başvurma Hakkını Genişletme Çabaları	51
aa) Kısıtlamaya Engel Olan Yaklaşım	51
bb) Menfaat Koşulunun Değerlendirilmesi	52
3. Anayasa Yargısında ve İdari Yargıda Denetim Teknikleri	55
a) Norm Denetimi	55
aa) Genel Olarak	55
bb) Denetim Ölçütleri	55
b) Soyut Norm Denetimi	68
c) Somut Norm Denetimi	70
4. Denetimin Sınırları	72
5. Karar (Yaptırım) Teknikleri	75
a) Red	75
b) İptal	76
c) Kısmi İptal	77
d) Aykırılığın Tesbiti	78
e) İçtihadi Birleştirme Kararları	78
f) Anayasa'ya Uygun Yorum	80
g) İptal Kararlarının Sonuçları	83
aa) İptal Kararlarının Yürürlüğe Girmesi	83
bb) İptal Davasında Yürürlüğün Durdurulması	88
6. İdarenin, Yasamanın Faaliyetinden Doğan Zararlardan Sorumluluğu	93
SONUÇ	97
KAYNAKÇA	101

KISALTMALAR

- a.g.e.** : adı geçen eser
- A.G.İ.K.** : Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı
- a.g.m.** : adı geçen makale
- a.g.t.** : adı geçen tebliğ
- A.M.K.D.** : Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi
- A.İ.D.** : Amme İdaresi Dergisi
- A.İ.H.S.** : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
- A.Y.M.K.** : Anayasa Mahkemesi Kararı
- AY** : Anayasa
- BVerf.G.E.** : Bundes Verfassungsgerichts Entscheidung (Federal Anayasa Mahkemesi Kararı)
- c.** : cilt
- D.** : Daire
- D.D.** : Danıştay Dergisi
- D.D.K.** : Dava Daireleri Kurulu
- D.K.D.** : Danıştay Kararlar Dergisi
- D.O.V.** : Deutsche Öffenthliche Verwaltung
- D.V.B.I.** : Deutsche Verwaltungsblatt
- E** : Esas
- H.U.M.K.** : Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
- İ.H.İ.D.** : İdare Hukuku İlimleri Dergisi
- İ.Ü.H.F.M.** : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
- İ.Ü.S.B.F.D.** : İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
- İ.Y.U.K.** : İdari Yargılama Usulü Kanunu
- K** : Karar
- K.H.K.** : Kanun Hükmünde Kararname

- M.A.A.D.** : Milletlerarası Adalet Divanı
md. : madde
N.J.W. : Neue Juristische Wochenschrift
R.G. : Resmi Gazete
s : sayfa
S. : Sayı
v.d. : ve devamı



SUNUŐ

Bu çalıőmamızın konusu olan Hukuk Devleti ilkeleri açısından Anayasa Yargısı ve İdari Yargı arasındaki ilişkileri incelerken, öncelikle hukuk devleti kavramı ele alınacaktır. Hukuk Devletinin gereği olan bu iki yargının varlıklarını borçlu oldukları bu kavramı nasıl ele aldıkları görüldükten sonra Anayasa hukuku ve İdare hukuku karşılaştırmasından yola çıkılarak Anayasa Yargısı ve İdari Yargı, ortak ve farklı yönleriyle değerlendirilecektir. Konu, hukuk devleti ilkesinin tam olarak gerçekleştirilebilmesi için, iki yargı sisteminin birbirini tamamlaması gereğinin ortaya konması açısından önem taşımaktadır. Bu bağlamda, Türkiye'de idari yargı sisteminin yerleőmesinden çok sonra kabul edilen Anayasa yargısının, idari yargının denetim ilke ve tekniklerinden yararlanmasının ne düzeyde ortaya çıktığı ve bu konuda ileriye dönük ne gibi perspektiflerin söz konusu olabileceği de gösterilmeğe çalıőılacaktır.

BÖLÜM I

HUKUK DEVLETİ İLKESİ VE BU İLKENİN GERÇEKLEŞTİRİLMESİ KOŞULLARI

I. Hukuk Devleti Kavramı ve Bu Kavramın Öğeleri

A) Hukuk Devleti Kavramının Doğuşu ve Gelişmesi

İlk çağda ARİSTO ve PLATON'a dek uzanmasına karşın çağdaş anlamda hukuk devleti kavramının ortaya çıkışı 18. yüzyıla rastlamaktadır. Felsefi anlamda özgürlük düşüncesinden çıkan bu kavram öncelikle siyasal bir deyim olarak 18. yüzyıldan 19. yüzyıla geçişte polis devletinin karşıtı olarak kullanılmış, daha sonra GNEIST, BAEHR gibi hukukçular tarafından somut hukuksal içeriğe kavuşturulmuştur (1). GNEIST, hukuk devletini 1848 liberalleşme hareketini izleyen Prusya reaksiyonunun daha kapsamlı bir anlayışı olarak ele alırken, anayasal temel haklar ve İdare kurumlarının hukuk devletini garantilemekte yeterli olmadığını gördüğü için idarenin desantralizasyonunu da gerekli görmüştür. GNEIST, Hukuk devletini yargıç devleti olarak gören BAEHR den farklı olarak, adli yargıdan ayrı bir İdari yargı da öngörmüştür (2).

19. yy.ın ilk yarısında liberal amaca yönelen devlet Hukuk Devleti olarak tanımlanmaktayken, F.J. STAHL hukuk devletinin özelliğinin, devletin amacı ve içeriğiyle değil, bu amaç ve içeriği gerçekleştirmenin biçimi ve karakteriyle belirlenebileceğini ileri sürmüştür (3).

-
- (1) EKKEHART, Stein: Staatsrecht Tübingen 1993, s.157. Yazar diğer A.Y. hukuku ilkelerinin kaynağı yabancı ülkelerde olmasına karşın, Hukuk Devleti ilkesinin Almanya da geliştiğini belirtiyor.
 - (2) Evangelisches Staats Lexikon s. 1734-1735.
 - (3) Bin TAKADA; Die Aufnahme deutscher Rechtsstaatstheorien in Japan. in "neue Entwicklungen im öffentlichen Recht", Stuttgart 1979. s. 220-221.

ÇAĞLAR'a göre hukuk devleti kavramı Fransız hukukunda kanunilik (legalite) deyiminin karşılığıdır (4). Oysa Alman hukukundaki "Rechtsstaat" deyiminin çevirisi olarak Fransız Kamu hukuku literatürüne hukuk devleti adı altında girdiği de gözden kaçırılmamalıdır (5).

Fransız kamu hukukunda hukuk devletinin (Etat de droit) iki temel unsuru kuvvetler ayrılığı (separation de pouvoir) ve hukukun üstünlüğüdür (primaute de droit). Devletin hukuka bağlılığını Fransızlar hukukun Devletten önce ve ondan üstün olması esasına dayandırırken Almanlar Devletin kendi kendini sınırlaması (autolimitation) sonucu saymaktadır (6). Belirsiz ve göreceli niteliğiyle Hukuk Devleti Kara Avrupasında ve Anglo-Amerikan sisteminde farklı anlamlar taşımaya karşın, aynı temel özellikleri göstermektedir (7).

Bizde Hukuk Devletinin uygulanma çabası ilk olarak Tanzimat döneminde görülmektedir. Fakat bu kavram Türk hukuk sistemine Cumhuriyet döneminde Alman hukukundan öncelikle İdare hukuku doktrini yoluyla girmiş ve idari işlemlerin yargısal denetimine hukuksal çözüm bulmak için kullanılmıştır. Daha sonra da 1961 Anayasasında bir Anayasa ilkesi olarak belirtilerek, tüm kamu hukuku dallarınca da benimsenmiştir.

Hukuk Devletinde konulan hukuk kurallarına yalnız yönetilenler değil, o kuralları koyan yöneticiler de uymak zorundadır. ÖZAY'a göre ise Hukuk Dev-

(4) ÇAĞLAR Bakır, Anayasa Bilimi, İstanbul 1989, s. 116.

(5) (bkz. R.Carre'de MALBERG, Contribution à la Théorie générale de l'Etat. c.II, Paris 1922, s. 8 v.d. Yazar eserinde özellikle kuvvetler ayrılığını Hukuk Devletinin "Etat de droit" temel ögesi olarak görmekte ve bu bağlamda MONTESQUIEU'ye yollamada bulunmaktadır. Ayrıca bkz. SOYBAY, Selçuk. İdarenin yargısal olmayan biçimlerde denetimi, İstanbul 1994, yayınlanmamış doktora tezi s. 1-2.

(6) ONAR Sıddık Sami: Amme hukukundaki hukuki tasarruflar ve kazai murakabe, Cemil BİLSEL'e Armağan, İstanbul 1939 s.277

(7) Anglo-Amerikan hukuk dilinde Hukuk Devleti deyimini, bazan "Rule of Law", bazan "Constitutional State", bazan da "constitutional legalized state" biçiminde yer almaktadır.

leti, demokratik ve sosyal olma temeline dayanan ve belli bir ölçüde de "dü-
şünce ve kanaat özgürlüğünü içeren" laiklikle tamamlanmış bir bileşkedir (8).
Hukuk Devleti, tüm Devlet organlarının üstünde bulunan hukuk normlarıyla
bağlandığı ve bu bağlılığın hukuksal yaptırıma tabi olduğu Devlet olarak da ta-
nımlanmaktadır (9).

B) Şekli Hukuk Devleti kavramının öğeleri:

1. Güçler Ayrımı:

Hukuk Devletinin esaslı bir ögesini oluşturmaktadır. En yalın tanımıyla
Devletin üç erkinin (yasama, yürütme ve yargı) birbirinden ayrılmasıdır. Bu üç
erkin devlet içinde tek elde toplanması İdarenin yasallığını ve yargısal dene-
timini engelleyebilir. Yapılan daha ayrıntılı bir tanımda ise güçler ayrımı, kamu
hizmetlerinin iyi işlemesi için olduğu kadar, Devlet tarafından kişi özgürlükle-
rine saygılı olunmasını sağlamak için çeşitli Devlet fonksiyonlarının (yasama,
yürütme ve yargı) birbirlerine karşı belli bir bağımsızlığı olan organlar tarafın-
dan kullanılmasıdır (10).

İlk çağda ARİSTO her faaliyet ayrı bir organca yürütüldüğü takdirde en iyi
hükümet sistemine ulaşabileceğini ileri sürmüştü, bu görüş daha sonra değişik
biçimlerde yeniden ortaya atılmıştı. Fakat güçler ayrımı konusundaki en kap-
samlı ve açık görüş, John LOCKE'un düşüncelerini geliştiren MONTESQIEU'
nün görüşüdür. MONTESQIEU, kişi hak ve özgürlüklerinin korunmasının güç-
ler ayrımı ile sağlanabileceğini ileri sürmüştür. 18 yy.da yargı bağımsızlığının

(8) ÖZAY İl-Han : Devlet, İdari Rejim, Yargısal Korunma İstanbul 1986, s. 37.

(9) KOTTUSCH Peter : Zum Verhaeltnis Verwaltungs und Verfassungsgerichtsbarkeit, Zürich
1973 s.2.

(10) TEZİÇ Erdoğan : Anayasa Hukuku, İstanbul 1986 s.401

da temel taşı sayılan güçler ayrımının kabul edilmesi mutlakiyetin gücünün doğurduğunda olduğu bir dönemde gelecek anayasacılığın bir işareti sayılmaktadır (11). İlk kez 1787 ABD Anayasasında yer almış, daha sonra da Fransız büyük devrimi Anayasalarında ifadesini bulmuştur. Aslında bugün salt anlamda kuvvetler ayrılığına uyan tek rejim Başkanlık rejimidir (12). Çünkü parlamenter rejimlerde yasama, yürütme ve yargı arasındaki ayrım çok kesin değildir; bu güçler arasında bir kaynaşma, içiçe geçme söz konusudur. Bu anlamda güçler ayrımı, güçler arasında denge ve denetim sağlanmasıdır. Burada İdarenin yargı benzeri ya da yasama benzeri faaliyetleri olduğu gibi, (örn. disiplin soruşturması, genel düzenleyici işlem yapmak) yargı da idari bazı faaliyetlerde bulunur ve yasama da idari kararlar alır. Salt katıksız kuvvetler ayrılığı rejiminde, yasama ile yürütme arasındaki ilişkiler en az düzeyde görülürken, parlamenter rejimde bu iki güç içiçedir. Bu anlamdaki kuvvetler ayrımında güçler arasında eşitlik kabul edilmiştir. Hiç birinin diğerine üstünlüğün den söz edilemez. Fakat, yargı-hukuk özdeşliği ve yargının görevi hukuku söylemek olduğu için bu güç "primus inter pares" sayılmaktadır (13). Çünkü kuvvetler ayrılığı her ne kadar kişi hak ve özgürlüklerinin güvencesi değerini ve niteliğini taşımaktaysa da, yasanın yürütmeye karşı bu güvenceyi sağlaması pek olası görülmemekte ve bu görevi aslen yargı yerine getirmektedir (14).

DURAN parlamenter rejime sahip batı ülkelerinde dahi, güçler arasındaki eşitliğin temelinde bir denge kurulamadığını, her bir siyasal sistemin işlerliğinin devlet organlarından birinin ağırlıklı ve öncelikli olması ile sağlanabileceğini, bu sorunun da yürütme ve yasama organı ve yetkileri arasında olduğunu, yargı

(11) MERTEN Detlef: "Friedrich der Große und Montesquieu" Verwaltung im Rechtsstaat "Festschrift für Carl Hermann Ule" Köln, 1987 s.206.

(12) Aynı, s. 407

(13) ÖZAY İl-Han: a.g.e. s. 10

(14) Başkanlık sisteminin geçerli olduğu ABD'nde Yüksek Mahkemenin 24.7.1974 tarihli United States v. Nixon kararında da görüldüğü gibi, Başkan imtiyaz ve dokunulmazlığının nitelik ve sınırları konusundaki uyuşmazlık, üç erki karşı karşıya getiriyorsa, hukuku söylemek Yüksek Mahkemeye aittir (Bakır ÇAĞLAR: a.g.e., s. 289 dan naklen).

açısından konunun önem taşımadığını belirtmektedir (15). Bu görüş yargının yasama ve yürütmeden farklı bir nitelik taşıması nedeniyle doğru olabilir, fakat öncelik ya da ağırlık hangisinde olursa olsun yine de en önemlisi yargı olacaktır; çünkü hukuku söyleyerek yasama ve yürütmeyi de denetleyecek ve kişi hak ve özgürlüklerini koruyacak olan yine yargıdır. Kuvvetler ayrılığı kavramı Türk hukukunda ilk kez 1876 tarihli I.Meşrutiyet dönemi Anayasasında öngörülmüş, biri seçimli iki meclisten kurulu bir yasama organı oluşturulmuştur. Daha sonra 1908 II. Meşrutiyet döneminde ise parlamenter rejim kabul edilmiştir. 1921 Anayasasıyla kuvvetler birliğine dönülmüş, bu durum 1924 Anayasasıyla da sürmüştür, Meclis hükümeti sistemi ile parlamenter sistemi bağdaştıran bir sistem olarak yürütme gücünün Meclis tarafından değil, Hükümet tarafından kullanılacağı kabul edilmiştir.

1961 Anayasası ile getirilen sistemde yasama-yürütme ilişkilerinde ağırlık bir ölçüde yasamaya verilmiştir. 1982 Anayasası ise; Başlangıç bölümünde kuvvetler ayrımının Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetkilerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğunu belirtmesine karşın, 1961 Anayasasında egemenliğin yürütme organını zayıflatıcı biçimde düzenlendiği eleştirilerine karşı Güçlü Devlet, Otoriter İdare kavramlarına daha fazla önem vererek yürütmeyi, yasama ve yargı karşısında daha da güçlendirmiştir (16).

SOYSAL, 1982 AY ile yürütmenin güçlendirilip daha etkili bir duruma getirilmesinin çok kötü bir şey olmadığını, bunun yanısıra özgürlükler düzenine

(15) Lütfi DURAN: III. Cumhuriyetin "Yürütme"si, Kuvvetli İcra mı? Kişisel İktidar mı?, Bahri SAVCI'ya Armağan Ankara 1988 s. 235.

(16) Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı, 14. 9. 1983 E: 1980/1714, K: 1980/803, YKD, c.IX sayı 11 1983 s.1591. DURAN, da Başlangıçtaki bu paragrafın ders kitaplarının klasik parlamenter rejimi tamamlayan ifadelerden oluştuğu, siyasi ve hukuki gerçekliği yansıtmadığını belirtiyor. a.g.m. s.235.

yeni sınırlar getirilmesinin önemli olduğunu vurguluyor (17). GÖZÜBÜYÜK' de 1982 AY ile yürütmeye görevin yanında yetki de verilmesinin yürütmeyi güçlendirdiğini ileri sürüyor, fakat yine de yürütmenin yasamanın türevi olduğu kuralının büyük ölçüde korunduğunu da belirtiyor (18).

DURAN, Türk hukukunda 1961 AY döneminde İdarenin özerk bir düzenleme yetkisi bulunmadığının, bağımlı bir yetkisi olduğunun savunulduğunu fakat Danıştay ve AY Mahkemesi içtihat ve uygulamalarıyla yürütmenin özerkliğinin kabul edildiğini belirtmekte (19), 1982 AY'nda yürütmeyi yasamaya bağımlılıktan sıyrıp ön plana çıkartmasına karşın, düzenleme yetkisi konusunda önceki AY dan bir farkı olmadığını ileri sürmektedir. Çünkü Bakanlar Kuruluna verilebilecek düzenleme konuları ve koşullarının sayılmış olmasının İdarenin özerk ve genel bir düzenleme yetkisinin bulunmadığını göstermektedir. Bakanlar Kurulu ancak yasalarla ele alınmış konuları işleyebilir (20).

ÇAĞLAR'a göre, Danıştayın 1972 den sonra verdiği kararlarda (21) kamu yararı ya da kamu düzeni gereği, İdareye yetki tanıyan yasal bir metin olmasa da, İdarenin genel düzenleme yetkisine dayanarak düzenlemeler yapabileceğini belirtmesiyle yürütmenin özerkliği geliştirilmiş (22), 1982 AY'nda normatif devrelerde genişleme görülmesinin yanı sıra olağan dışı durumların ilk unsurları da getirilmiştir.

(17) SOYSAL Mümtaz: Temel nitelikleriyle 1961 ve 1982 Anayasaları (karşılaştırmalı), AY Yargısı Ankara 1984 s.18

(18) GÖZÜBÜYÜK Şeref: Yönetim Hukuku Ankara 1991 s. 2

(19) DURAN Lütfi: Düzenleme Yetkisi özerk sayılabilir mi? İHİD 1983 s, 1-3 s. 33

(20) DURAN Lütfi: a.g.m. s. 41-42

(21) DDK 28.4.1972, E:1968/709 K:1972/364, AİD c.5 S,4 s.201. DDK 5.5.1972, E:1970/453 K:1972/385, AİD c.5 S.3 s.193. DDK 5.4.1974, E:1972/358 K:1974/437,

(22) ÇAĞLAR Bakır: a.g.e. s. 62

ÇAĞLAR, olağan dışı durumları özerk düzenleme alanı olarak kabul etmektedir (23) ve AY Mahkemesinin getirdiği yorumla KHK nin daha kolay kullanımına olanak sağladığı, yürürlüğün durdurulması kararı vermemekle de Kararname devresinde zorlamanın en az düzeyde bulunduğu görüşündedir (24).

AY Mahkemesi yürürlüğün durdurulması kararı verdiğine göre bu görüşün dayandırıldığı söz konusu gerekçe artık geçerliliğini yitirmiştir fakat, kararnameler halen önemini korumaktadır.

2. Normlar Hiyerarşisi:

Hukuk düzeninin sadece objektif kurallardan oluştuğunu, sübjektif hukuksal durumlar yaratan, kişiler arasındaki ilişkileri içeren sübjektif durumların hukuk düzeni dışında kaldığını ileri süren görüşler karşısında Hans KELSEN'in öncülüğünü yaptığı Viyana ekolünün ortaya koyduğu normatüvist teori, hukuku objektif ve sübjektif olarak ayırmayıp birel nitelikteki hukuksal ilişkilerin de hukuk düzeni içinde yer aldığını kabul etmiştir (25). Objektif diye nitelendirilen soyut genel hukuk kuralları ile sübjektif olarak nitelendirilen birel ve somut hukuk kuralları arasındaki fark sadece bir derecelendirme farkıdır. Hukuksal normlar arasında bir hiyerarşi söz konusu olmaktadır. Bu hiyerarşide hukuk kurallarının en üstünde temel norm denilen bir kural bulunmaktadır. Bu, varsayımdan oluşan hukuk ötesi bir kuraldır. Her basamaktaki normun bir üstündeki norma uygun olarak yukarı doğru oluşturduğu piramidin en üstündeki norma uygun olması zorunludur. Her norm geçerliliğini bir üstündeki normdan almakta ve iç hukukta birel işlemlerden başlayarak yönetmelik, tüzük, kanun ve

(23) Aynı, s. 62

(24) Aynı, s. 63 ve s.63, dipnot 4

(25) ONAR Siddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul 1965 c.I s. 267

sonunda piramidin en tepesinde bulunan Anayasaya ulaşılmaktadır. Normlar hiyerarşisi, klasik demokrasilerin hukuk metinleri arasında görülür. Marxist rejimlerde normlar hiyerarşisi gereksizdir çünkü o yönetimlerde toplumu sınıfsızlandırmak amacına yönelmiş emekçi bir tekelin iktidarı söz konusudur (26).

Organik teorinin sözcüsü Carre de MALBERG ise kurallar hiyerarşisinin kuvvetler hiyerarşisinden kaynaklandığını ileri sürmüştür. Buna göre kuvvetler hiyerarşisindeki değişiklik kurallar hiyerarşisine de yansımaktadır (27). Fritz WERNER de bir hukuk düzeninin sadece normlar hiyerarşisi ile yaşadığını ve yaşayabileceğini, normlar hiyerarşisi olmadığı zaman hukuk düzeninin bir kaos olacağını ve bu hiyerarşi içinde Anayasanın en yüksek yazılı norm rolüne sahip olduğunu söylemektedir (28).

Türk Anayasasına göre de, normlar hiyerarşisi olağan ve olağanüstü dönemlerde farklı olarak ele alınmaktadır. Olağan dönemlerde Anayasa, Anayasa Mahkemesi Kararları ve Anayasa teamüllerinden başlayıp, kanunlar, uluslararası antlaşmalar, İçtihadı birleştirme kararları, daha sonra sırasıyla KHK, tüzük ve yönetmelik olarak aşağıya inen hiyerarşi zinciri, olağanüstü dönemlerde çıkarılan KHK lerin Anayasaya aykırılığının ileri sürülemeyeceğine ilişkin AY md. 148 karşısında bozulmaktadır.

AY md. 90'a göre, milletlerarası sözleşmelerin yasa hükmünde olması nedeniyle iki yasa arasında çatışma olması durumunda sözleşme ile sonraki tarihli yasa arasındaki bu çatışma bağdaştırıcı bir yorumla giderilmediği takdirde sonraki yasa geçerli sayılır (29).

(26) SOYSAL Mümtaz: Anayasanın Anlamı, İstanbul, 1990 s. 19.

(27) ÇAĞLAR Bakır: a.g.e. s. 58

(28) WERNER Fritz: Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht DVBl 1959 s.214.

(29) ÇAVUŞOĞLU Naz: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine, Ankara 1994, s. 88.

1982 Anayasası normlar hiyerarşisine bazı maddelerinde yer vermektedir. Md.11 de Anayasanın bağlayıcı ve üstün olduğu, md. 90'da usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmaların yasa hükmünde olduğu, md. 115 de tüzüklerin kanunlara aykırı olmaması, md. 124 de de yönetmeliklerin tüzük ve kanunlara aykırı olamayacağı hüküm altına alınmıştır. Md. 137'deki kanuna aykırı emre ilişkin hükümde de normlar hiyerarşisi bir ölçüde belirlemektedir.

3. Yasal İdare:

İdarenin yasallığı, onun davranışlarına yasanın ve ona eşit hukuk kurallarının ve bu bağlamda genel hukuk ilkelerinin de egemen olmasıdır diye tanımlanır (30). İdarenin yasallığı ilkesi Hukuk devleti ilkesinin İdare hukukundaki uzantısıdır. Çağdaş demokratik rejimlerde İdare hukuka bağlıdır. İdare esaslarının yasal normlara bağlanması, vatandaşlara özgürlük ve güvenlik içinde yaşama olanağını sağlar (31). Anayasaya göre temel hak ve özgürlükler ancak yasalarla kısıtlanabilir. Bu konuda MONTESQUIEU "özgürlük yasaların izin verdiği her şeyi yapabilmektir" diyerek özgürlüklerin sınırsız olmadığını belirtirken. Alman İmparatoru Büyük FRIEDRICH'de Devletin yasa ve düzenlemelerinin kişilerin doğal özgürlüğünü ve haklarını gerekli olandan daha fazla sınırlandırmaması görüşündedir (32). Anayasa bunun yanısıra diğer hükümleriyle de İdarenin hukuka bağlılığını göstermektedir. İdare temel kuruluşuyla Anayasada düzenlenmiştir. Ancak, yasal idare ilkesi, bu kuruluşun tümü ve tüm ayrıntılarıyla yasa koyucu tarafından düzenlenmesi zorunluğunu yüklemeyiz. Sadece öğelerin, temel kurallarının ve güvence hükümlerinin yasada yer almasını zorunlu kılar (33).

(30) BALTA Tahsin Bekir: İdare Hukuku I Ankara 1970-72 s. 126

(31) WERNER Fritz: a.g.m. s.216

(32) MERTEN Detlef, a.g.m. s.198.

(33) DURAN Lütfi: İdare Hukuku Ders Notları İstanbul 1982 s. 35

İdarenin, faaliyetlerinin tümüyle kanunilik ilkesine bağlı tutulması İdareyi bağımsız iş yapamaz hale getirir. Sadece kendisine yasalarla öngörölmüş görevleri yerine getirdiği zaman inisiyatifi ve karar verme yetkisi ortadan kalkar. İdarenin faaliyetlerini tüm ayrıntılarıyla düzenlemek olanaksız olduğundan, kurallarda bir esneklik sağlanmak zorunda kalınmaktadır.

Bu durumda mevzuat İdareye hukuk kuralları içinde özgür bir alan bırakmaktadır ki, bu da İdarenin takdir yetkisidir. İdareye tanınan takdir yetkisi ancak şu durumlarda söz konusu olabilir;

1. Hukuk kurallarının kamu hizmetlerini tüm ayrıntısıyla düzenleyemediği durumlarda,
2. Olağanüstü dönemlerde,
3. Bugün artık geçerli olmayan, hükümetin siyasal nitelikli bazı faaliyetlerinin hukuk kurallarına bağılılık yaptırımını dışında tutulacağı durumlarda (hükümet tasarrufları görüşü)

Normativist görüşe göre, takdir yetkisi normlar hiyerarşisinde normlar arasındaki boşluklardan kaynaklanmaktadır. Üst normun genel anlamda yaptığı düzenlemelerle konuyu daha ayrıntılı olarak düzenlemesi gereken alt norm arasındaki boşluk İdarenin takdir yetkisi alanı olmaktadır. İdare takdir yetkisini sadece yasaların kendisine koyduğu sınırlar içinde kullanabilir. Takdir yetkisinin keyfi kullanılması hukuka aykırı bir davranıştır. İdari yargının takdir yetkisini denetimi, bu yetkinin yasal sınırlar içinde kullanılıp kullanılmadığına ilişkindir. Takdir yetkisinin özü denetlenemez.

Olağanüstü dönemlerde İdarenin hukuka bağılılığı tümüyle terk edilmeyip alt düzeye indirilmektedir. Sıkıyönetim Kanununu değıştiren 2342 sayılı Kanun

ek md. 3 de yer alan yargı yolunu kapatan kısıtlama İdarenin hukuka bağılılığını zayıflattığı gibi, Sıkıyönetimi de bir hukuk rejimi olma niteliğinden uzaklaştırmaktadır. Bu durumda, kolluk yetkilerinin genişlemesi kaçınılmaz bir biçimde temel hak ve özgürlükleri kısıtlayacağı için olağan üstü haller AY'nın çeşitli hükümleriyle düzenlenmiştir.

4. Yargı Bağımsızlığı:

Hukuk Devletinin güvencesini oluşturan en önemli ögesidir. Anayasada, yargı yetkisinin Türk Ulusu adına bağımsız mahkemelerde kullanılacağı hükmü yer almaktadır. Buna göre, yargı yeri karar verirken hiç bir etki altında kalmaz, verdiği kararlar yasama ve yürütme organlarını bağlar, onlar tarafından hiç bir surette değiştirilemez, kaldırılamaz. Bunun güvencesini 'hakimlik ve savcılık teminatı sağlar. Bunların yanısıra yargı yerlerindeki duruşmaların açık ve yargı kararlarının gerekçeli olması da yargının etkililiğini sağlamaktadır.

Yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi konusunda 1982 Anayasasınca getirilen hükümler büyük tereddütlere yol açmıştır. Yüksek yargı organlarının üyelerinin hemen hepsi Cumhurbaşkanınca seçilmekte ya da atanmaktadır. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun üyelerinin tümü Cumhurbaşkanınca atanmakta ve bu kurul tüm yargıçlar ve savcılarının özlük işlerine, mahkemelerin kuruluşuna bakmaktadır. Cumhurbaşkanı, Yargıtay yargıç ve savcılarının seçimini de yapmaktadır. TANÖR, 1982 Anayasasının yargıya ilişkin hükümleriyle yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesinin yürütme karşısında zayıflatıldığı, 1961 Anayasasının sağladığı koşulların gevşediği ve 1960 öncesine dönüldüğünü belirtmekte (34), SOYSAL ise, yüksek yargı kuruluşlarında ki üyelere hepsinin

(34) Bülent TANÖR: İki Anayasa 1961-1982 İstanbul 1991 s. 116.

Cumhurbaşkanınca atanmasının yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi bakımından ilk bakışta ciddi kuşkular uyandırabileceğini, fakat yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesine ilişkin hükümlerin hala yürürlükte olduğunu ve Cumhurbaşkanının tarafsız ve görevini gereği gibi yerine getiren bir Devlet Başkanı olduğu takdirde bu sistemle çok sağlam bir adalet mekanizması yaratılabileceğini belirtmektedir (35).

Yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesine ilişkin hükümler ne kadar yürürlükte olursa olsun, yargıç özlük işlerine bakan ve Cumhurbaşkanınca atanmış kurulun baskısını sürekli üstünde duymaktadır. Devletin en önemli fonksiyonuna ilişkin Anayasa hükümlerinin Cumhurbaşkanının kişiliğine ve karakterine bağlı olarak olumlu ya da olumsuz sonuçlar yaratması hukuken kabul edilemez. Daha demokratik bir sistem olan, yüksek yargı organında göreve getirilmelerde kendi içlerinden kendilerinin seçim yapması (kooptasyon) yolu kuruluşların kendi içinde neden olduğu parçalayıcı çekişmelerle, uygulamada olumsuz sonuç yarattığı görüldüğü için kabul edilmezken, Cumhurbaşkanının daima tarafsız ve adil olacağı varsayımını kabul etmek biraz fazla iyimserlik olmaktadır (36). Üstelik yargının siyasal tarafsızlık konusunda beklenen dikkat ve titizliği göstermeyen bir Cumhurbaşkanının yaptığı yargıç atamalarıyla yukardan aşağı bozulması durumunda Hukuk Devleti ilkesinin büyük zarar görmesi söz konusu olduğu gibi, yargıyı da eski haline getirebilmek pek kolay olmayacaktır. Bu konudaki en iyi örnek YÖK Kontenjanından seçilerek Cumhurbaşkanı tarafından Anayasa Mahkemesi üyeliğine atanan Prof.Dr.Süleyman ASLAN olayıdır. Anayasa Mahkemesinin 17. 11. 1992 gün 92/4 E., 92/3 Değişik iş no.lu kararıyla 15 yıl öğretim üyeliği yapmış olmak koşulunu taşımadığı belirtilen Sü-

(35) Mümtaz SOYSAL: a.g.e. s. 330.

(36) Aynı, s. 330.

leyman ASLAN'ın Anayasa Mahkemesi Başkanınca yemin ettirilip göreve başlatılmaması üzerine Cumhurbaşkanı'nın yerine başkasını atamayıp aynı kişide direnmesi önemli bir hukuksal krize yol açmıştır (37).

5. Temel Haklar Güvenliği:

Hukuk Devleti, herkesin doğuştan varolan kişiliğine bağlı, dokunulamaz, vazgeçilemez, devredilemez nitelikteki temel hak ve özgürlüklerinin güvence altında bulunmasını sağlamaktadır. Bu nedenle temel hakların güvenliğinin sağlanması için bazı koşullar gerekmektedir. Bu koşulların başında, temel hakların Anayasada düzenlenmiş ve bu haklara getirilecek sınırlamaların da ancak yasalarla öngörülmüş olması gelmektedir. Başka bir koşul da İdarenin bu haklara yasal olmayan müdahalelerine karşı başvurulacak yargı yolunun açık olmasıdır. En son koşul ise temel hakları kayıtlayan yasaların denetlenebileceği bir Anayasa yargısının varlığıdır.

Temel haklara bağlılık İdareye de ödevler yüklemektedir. İdare temel haklara (özgürlüklere) dokunan önlemleri alırken yasanın koyduğu sınırlar içinde kalmak zorundadır. 1982 Anayasası temel haklar güvenliği açısından 1961 Anayasasından daha katı ve otoriter bir tutum izlemektedir. Öncelikle 1961 Anayasasındaki 'insan haklarına dayalı Devlet'ten 'insan haklarına saygılı Devlet'e geçilmiş (38) temel haklara sınırlamalar getirilmiş, İdarenin bazı işlemlerine karşı yargı yolu kapatılmış, yine Anayasa Yargısında da bazı kısıtlamalara gidilmiştir.

(37) 9.12.1992 tarihli SABAH, 11.12.1992 tarihli CUMHURİYET, 3.1.1993 tarihli HÜRRİYET Gazeteleri.

(38) SOYSAL Mümtaz: a.g.e. s. 190

C) Maddi Hukuk Devleti Kavramı

Şekli hukuk devleti kavramının geliştirilmesi sonucunda maddi hukuk devletine ulaşılmıştır. Aslında her ikisi de birbirini tamamlayan kavramlar olmasına karşın, maddi hukuk devleti daha ağır basmaktadır. Çünkü maddi hukuk devletinin dolanımı mümkün olmadığı gibi, doğru bir gelişme göstermemesi durumunda da şekli hukuk devletinin de çökmesine neden olur.

Maddi hukuk devletini oluşturan unsurlar şekli hukuk devletinin unsurlarından bazılarını da içermektedir. Maddi hukuk devletinin en önemli unsuru olan temel haklar ve yargısal korunma, kuvvetler ayrılığı, yasa önceliği ve yasa kaydı unsurları şekli hukuk devletinde de bulunmakta, maddi hukuk devletinde bunlara bir de hukuki güven ve kararlılık eklenmektedir. En önemli unsur olan temel haklar yargısal korunmayı da birlikte getirerek anayasallık denetiminin temelini kurmuştur. ÇAĞLAR maddi hukuk devletini yargıçlar devleti ve demokrasinin yeni sentezi olarak tanımlamaktadır (39).

D) Hukuk Devleti Kavramının Uluslararası Boyutu

Hukuk Devleti kavramı son yıllarda uluslararası düzeyde de kullanılmaya başlanmıştır. Avrupa Konseyi Şartı ve İnsan Hakları Avrupa Konvansiyonunda yer almış ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da kullanılmaktadır. Hukuk Devleti ilkesi Avrupa Topluluğunda da kabul edilmiş, gerek Topluluk Mahkemesi gerekse İnsan Hakları Mahkemesi hak ve özgürlüklere ilişkin kararlarında Hukuk Devleti ilkesine dayanmaktadır. Hukuk devleti ilkesinin uluslararası hukuk planında taşıdığı anlam ve içerik ulusal hukuk planındakinden farklı değildir.

(39) ÇAĞLAR Bakır: a.g.e. s.170.

Hukuk Devletinin en önemli unsurlarından olan ölçülülük ilkesi Alman hukukundaki kullanım biçimiyle sözleşmede öngörülmüş olup Avrupa İnsan Hakları Divanı tarafından kullanılmaktadır (40). Yine A.İ.H.S. taraf devletler tarafından gerekli görüldüğü takdirde sınırlanabilecek hakların ancak yasa ile sınırlanabileceğini belirterek ulusal düzeydeki hukuk devleti kavramının yasallık ilkesine yer vermektedir (41).

Avrupa Mahkemesi İnsan Hakları Sözleşmesinin başlangıcında yer alan hukuk devleti ilkelerinden olan "hukukun üstünlüğü"ne ve hukukun genel prensiplerine dayanarak adaletten yararlanma hakkını da kabul etmiştir (42).

Topluluk Mahkemesi de hukukun genel prensipleri arasında hukuka güven kavramına bağlı olarak hukuki işlemlerin geriye yürümezliği, kazanılmış hakka saygı, İdare önünde savunma hakkının tanınması, eşitlik kuralı ile ayrımcılık yasağı ve oranlılık prensibini sıklıkla kullanmaktadır (43).

AGİK, 6 Temmuz 1991 tarihli Varşova toplantısında kabul edilen bildiride kültür ve inanç değerlerinin korunmasının hukuk devleti yükümlülüğü altında olduğu vurgulanmıştır (44). AGİK 1991 Berlin, Dışişleri Bakanları toplantısında bakanlar tartışacakları bir çok konunun yanısıra hukuk devletini de ele almışlardır.

(40) BATUM Süheyli: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İstanbul 1993, s.259-260.

(41) Aynı s.264.

(42) ÇAĞLAR Bakır: Ön.ver. s.173.

(43) ÇAVUŞOĞLU Naz: a.g.e. s.152-153.

(44) Dokumente der KSZE, Münih 1993, s.498.

Milli azınlıklara ilişkin Cenevre toplantısında da azınlıkların, hukuk devleti ve demokratik kurumların sunduğu olanaklardan yararlanması gerektiği ileri sürülmektedir (45). AGİK toplantıları bildirilerinde hukuk devletine daima yer verilmektedir (46).

Bu bildirimlerde dikkati çeken nokta: hukuk devleti ilkelerinden ayrı ayrı söz edilmeyip, daha geniş kullanım alanı yaratmak amacıyla, geniş ve gelişmeye açık bir kavram olan "hukuk devleti"nin kullanılmasıdır. Fakat bazen bu kavramın yanına "insan hakları" ya da "demokrasi" kavramları da konmaktadır. Prag 1992 toplantısında da insan haklarının koruyucusu olarak demokrasi ve hukuk devleti gösterilmiştir (47).

II. Hukuk Devleti ilkesinin gerçekleştirilmesi koşulları:

Hukuk Devleti ilkesinin soyut bir kural olmaktan çıkıp gerçeklik kazanabilmesi için bazı yaptırımlarla güçlendirilmesi gerekir. Bu da Devletin hukuksal işlemlerinin üstün hukuk kurallarına uygun olup olmadığının yargısal denetimi ile sağlanır. yargısal denetimin olmadığı alanlarda hukuka bağlılık ilkesi kuramsal nitelikte kalır, uygulamada takdirilik esası sürer (48). Anayasa Mahkemesinin bir kararında belirttiği gibi, yargı denetimi Hukuk Devleti ilkesinin öteki öğelerinin de güvencesini oluşturan temel öğedir. Çünkü insan haklarına saygılı olmayan ve davranışlarında hukuka ve Anayasaya uymayan bir yönetimi bu tutumundan caydıran ve onu meşruluk ve hukukilik sınırı içinde kalmak zorunda bırakan yargı denetimi gücü ve yetkisidir (49). Bu denetim hem yasaların Anayasaya uygunluğunun hem de İdarenin yargısal denetimi ile gerçekleştirilir.

(45) Aynı s. 515.

(46) 1991 Oslo Toplantısı par.4 bölüm 1, par.2, bölüm 2, par.3.

(47) Aynı s.565.

(48) ONAR Sıddık Sami: a.g.m. s. 277

(49) AYM, 27.1.1977 E:1976/43 K:1963/243 AMKD S.15 s. 117, RG 21. 4. 1977 s. 15916

1. Yasaların Anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi:

Hukuk Devletinin tam anlamıyla geçerlik ve işlerlik kazanabilmesi için yasama işlemlerinin bağımsız bir organın inceleme ve denetiminden geçirilmesi gerekir. Bu inceleme ve denetimi yapacak olan organ olarak 1800 lerin başında ABD Yüksek Mahkemesi görülmektedir. Avrupa da ise 1920 de kurulan Avusturya Anayasa Mahkemesinin işlevi ve rolü yazılı Anayasaların ortaya çıkmasıyla da büyük önem kazanmıştır. Çekoslovakya, İspanya ve II. Dünya Savaşı'ndan sonra da diğer Avrupa ülkeleri ABD'nden farklı sistemdeki Anayasa Mahkemelerini kurmuşlardır.

Anayasa Mahkemesinin kurulmasıyla yasamanın da üstünde ve ondan daha güçlü bir yargı organı yaratıldığı ve bunun da Yargıçlar Devletine doğru bir gelişmeyi sağladığı ileri sürülmekteyse de bu denetimin modern anlamda Hukuk Devleti ilkesinin yeni bir içerik kazanmasına çok önemli bir katkıda bulunduğu kuşkusuzdur. Çünkü bu denetim sonucunda verilen yargı kararları, yalnız ilişkin oldukları yasaları etkilemekle kalmayıp, (her ne kadar 1982 Anayasa ile denetim yetkisi belli sınırlar içinde tutulmaktaysa da) bir anlamda yasama denetimi yapılması ve mahkemelerin itirazlarının belirlenmesi açısından geniş kapsamlı ve önemli sonuçlar taşımaktadır (50).

Anayasaya uygunluk denetimi Türk hukukunda 1961 Anayasasıyla sahip olduğu, geniş ve çok yönlü denetim yetkisini 82 Anayasasıyla büyük ölçüde yitirmiş bulunmaktadır. Olağanüstü KHK'lerin yargı denetimi dışında tutulması, Anayasa değişikliklerinin sadece biçim yönünden denetime tabi olmasının yanısıra, yapılan denetimde sadece Anayasa maddelerine aykırılık aranmaktadır.

(50) DURAN Lütfi: Anayasa Mahkemesine göre Türkiyenin Hukuk düzeni (1), AİD c.19 S.1, s.3-4, Mart 1986

Ayrıca itiraz yolunda ve iptal davasında yapılan olumsuz değişikliklerin yanın-
da başvuru yapabilecek kişi ve kurumlar da azaltılmıştır.

2. İdarenin Yargısal Denetimi:

Hukuk Devletinın garantisi olarak İdarenin yargısal denetimi Anayasa Yar-
gısından daha eski bir geçmişe sahiptir. İdare hukuku gibi Fransa'da doğmuş ve
gelişmiş, başta Avrupa ülkeleri olmak üzere birçok ülkeyi de etkilemiştir. 1600
lü yıllarda İdareden ayrılmadan yapılan denetim daha sonra sadece yargı görevi
gören yargıçlar tarafından yapılmaya başlanmış, Fransız devriminden sonra da
adli-idari yargı ayırımına gidilerek yeni bir idari yargı sistemi kurulmuştur.

Bizde idarenin yargısal denetimi konusunda ilk çabalar tam anlamıyla bir
İdari Yargı mercii olmasa da 1868 yılında Fransa'dan örnek alınarak kurulan
"Şurayı Devlet" ile başlar. I. Meşrutiyetin ilanından 1876 Anayasası yürürlüğe
girene dek Şurayı Devlete verilen görevlerin başında kanun ve nizamname la-
yihalarının incelenmesi ve düzenlenmesi gelmektedir. Çünkü ülkede yasama or-
ganı yoktur, ayrıca yargısal görevi olarak da hükümet ile kişiler arasındaki
uyuşmazlıklardan davalara bakmaktadır. Fakat 1876 Anayasası ile bir yasama
organı kurulması üzerine doğal olarak Şurayı Devletin yasa yapmak yetkisi so-
na ermiş, sadece kanun layihalarını hazırlama görevi kendisine verilmiştir. Ana-
yasanın 85. maddesindeki kişiler ile hükümet arasındaki uyuşmazlıklardan do-
ğan davaların da Genel Mahkemelerde görüleceği hükmü ile tek yargı sistemine
dönülmüştür (51). 1886 tarihli Şurayı Devlet Dahili Nizamnamesi ile Şurayı
Devlet'in yargı görevinin kapsamı sadece Memurin Muhakematı ile sınırlan-
mıştır (52).

(51) GÖRELİ İ.Hakkı: Devlet Şurası, Ankara 1953 s.26. Orhan ÖZDEŞ: Danıştayın Tarihçesi,
"Yüzyıl Boyunca Danıştay", Ankara 1968 s. 77

(52) Aynı s.27, Aynı s.78.

1908 II. Meşrutiyet döneminde ise 'Heyeti Vükela'ya dahil bağımsız bir makam olan Şurayı Devlet Adliye Nezaretine bağlanmış, 1912 yılında Adliye Nezaretine ait işlerin yoğunluğu nedeniyle Adliye Nazırının Şurayı Devlete ilişkin işleri yerine getirmesinin güç olduğu anlaşıldığından yeniden eski sisteme dönmüş (53). 1922 de Kurtuluş Savaşı sırasında İstanbul'daki tüm merkez dairelerinin TBMM Hükümetinin idaresine geçtiği sırada Şurayı Devlet'in faaliyeti sona ermiştir (54). Cumhuriyet döneminde 1924 Anayasasıyla yeni bir Danıştay (Şurayı Devlet) kurularak, kanunda gösterildiği üzere hükümet tarafından hazırlanacak ve verilecek olan kanun layihaları hakkında görüş bildirmek ve tüm tüzük layihalarını incelemek, kanun ve tüzük uyarınca kendisine verilmiş konulara bakmak, hükümetçe havale olunan her tür mesele hakkında görüş bildirmekle görevlendirilmiştir. Daha sonra 669 sayılı Şurayı Devlet Kanunu, özellikle Dava Dairesine gelen işlerin yoğunluğundan yetersiz kalmış ve 1931 yılında bu kanuna bazı maddeler eklenerek Dava Dairelerinin sayısı ikiye çıkarılmıştır (55).

Bu arada idari davaların niteliği ve Dava Dairesinin nitelik ve yetkileri tam olarak anlaşılmadığından Büyük Millet Meclisi Komisyonunun bu dairenin kararlarına karşı kendisi ne yapılan başvurular üzerine bazı kararlar vermesi, BMM Genel Kurulunun İdari Yargı açısından büyük bir aşama sayılan "Devlet Şurası Dava Dairesinin yargı görevi yapan bağımsız mahkeme sıfat ve yetkisine sahip olduğu" şeklinde bir karar almasına neden olmuştur (56).

Daha sonra 1938 yılında 3546 sayılı yeni bir Danıştay Kanunu kabul edilmiş, bununla Danıştay içinde Adli ve İdari yargı arasındaki mercii uyumsuz-

(53) Aynı s.31, Aynı s.82.

(54) Aynı s.37, Aynı s.82.

(55) Aynı s.100-101.

(56) Aynı, s.101.

liklerini çözecek bir kurul oluşturulmuş, dava açma süresi 60 günden 90 güne çıkarılmış ve hükümetin takdirine bırakılmış bazı işlerden dolayı aleyhine dava açılmaması için kanuna bunların dava konusu olamayacaklarına ilişkin madde eklenmiştir (57). Bu kanunla Şurayı Devlet adı Devlet Şurasına çevrilmiş ve Başbakanlığa bağlanmıştır.

1946 tarihli 4904 sayılı kanunla yapılan değişiklikten sonra 1924 AY döneminde son değişiklik 1959 yılında gerçekleştirilmiştir. Yapılan tüm değişikliklerin başlıca nedeni Danıştayın yükünün her geçen gün daha da artmasıdır.

1961 AY Danıştayın yanında bir de Anayasa Mahkemesi kurmuştur. 114. madde ile İdarenin eylem ve işlemlerini yargı denetimine tabi tutarak bu denetimin Türk Ulusu adına bağımsız mahkemelerce yapılacağını belirtmiştir. Danıştay, AY da yasaların başka idari yargı mercilerine bırakmadığı konularda ilk derece ve genel olarak Üst İdare Mahkemesi olarak tanımlanmıştır. Danıştay bunun yanı sıra Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları hakkında düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını ve imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini incelemek gibi idari görevlere de sahiptir. 1961 AY ile bir yenilik olarak İdare Mahkemelerinin kurulmasına olanak sağlanmış fakat bunların kuruluşu MGK dönemine dek beklemiştir.

1982 yılında MGK döneminde İdari Yargı yeniden düzenlenmiş, Kanunla Bölge İdare Mahkemeleri, İdare ve Vergi Mahkemeleri kurulmuş, İdari Yargılama Usulü Kanunu kabul edilmiş ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunda değişiklikler yapılmıştır. Bunların sonucunda Danıştay idari yargının genel görevli temyiz yeri ve kanunların öngördüğü bazı konularda da ilk derece mahke-

(57) Aynı, s.108-109.

mesi olarak görevlendirilmiştir. Bölge İdare Mahkemesi de Vergi ve İdare Mahkemelerinin bazı kararlarına karşı itiraz mercii olarak düzenlenmiştir.

Yeni mahkemelerin kurulması ve İYU Kanununun çıkarılması temelde çok olumlu ve gerekli değişiklikler olmasına karşın "Vergi Yargısı" diye bir ayırım yapılması, AYİM'in varlığı, İYUK'ndaki HUMK benzeri hükümleri İdari Yargıda yapılan yeniliklere gölge düşürmekte ve İdari yargının özelliğini yitirmesine neden olmaktadır. Hatta DURAN, bu düzenlemelerle idari yargı sistemine son verildiğini, fakat hukuk düzeninde bir yargı birliğinin de sağlanamadığı, yargının yürütmeye bağımlı ve görevlerinin kısıtlı olmasının gerçek yargı fonksiyonunu yerine getirmelerini engellediği görüşündedir (58).

1961 AY'nın 114. md. ile İdarenin hiç bir eylem ve işleminin hiç bir halde yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamayacağı belirtilerek yargı yolu kesin olarak öngörülmüş, 1971 değişikliği ise bu maddeyi "İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır" biçiminde değiştirerek bunu İdarenin yargısal denetimi olarak değil de hak arama özgürlüğünün bir uzantısı olarak ele almış ve bu konudaki ilk kısıtlamayı getirmiştir.

1982 AY'da 1971 değişikliği ile gelen hükmü aynen almasına karşın, aynı madde Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemlerin yargı denetimi dışında kalması, olağanüstü haller, sıkıyönetim vb. durumlarda yürütmenin durdurulması kararının verilmesinin sınırlandırılması gibi yargı denetimini kısıtlayan hükümler de içermektedir.

(58) DURAN Lütfü: "İdari Yargımı? Yargısal denetim benzerimi?" Türkiye Yönetiminde karmaşa, İstanbul 1982, s.231.

III. Hukuk Devleti ilkesinin yargısal alana yansımaları:

1. Anayasa Yargısında Hukuk Devleti ilkesi:

Anayasa Mahkemesi kurulduğundan bu yana yaptığı AY'ya uygunluk denetimlerinde hukuk devletine uygunluğu da incelemiş, her kararında hukuk devletinin değişik bir ögesini ortaya koymuştur. Bunun yanısıra Hukuk Devletinin kapsamlı bir tanımı da AY Mahkemesi tarafından yapılmıştır. Buna göre hukuk devleti, insan haklarına saygı gösteren ve bu hakları koruyucu adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendini zorunlu sayan, tüm faaliyetlerinde hukuka ve Anayasaya uyan bir Devlettir (59).

Bu tanım daha sonra birçok kararda kullanılmış ve buna Hukuk Devletinde tüm eylem ve işlemlerin yargı denetimine bağlı olduğu ve hukuki durumlarda kararlılık sağlamakla insan hak ve hürriyetlerinin güvenlik altına alınacağı da eklenmiştir (60).

AY Mahkemesinin bu tanımından hukuk devleti kavramının öğeleri de çıkmaktadır. Bunlardan ilki normlar hiyerarşisidir. Yasa koyucunun faaliyetlerinde her zaman hukukun üstün kuralları ve AY ile bağlı olduğu belirtilmiş, yasa koyucunun uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile AY'nın, yasanın üstünde yer aldığı kabul edilmiştir (61). Anayasa Mahkemesinin başka bir kararında buna ek olarak Milletlerarası Adalet Divanı Statüsünün 38. maddesindeki hüküm aynen alınarak, yasaların AY'nın açık kurallarından önce hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerde benimsenen ilkelerine uygun olması şart koşulmuş, bu

(59) AYM 11. 10. 1963 E: 1963/124, K: 1963/243 AMKD S.1 s.422-439 RG 4. 12. 1963 S. 11572

(60) AYM 29. 11. 1966 E: 1966/11, K: 1966/44 AMKD S.5 s.3-25 RG 27. 12. 1967 S. 12787

(61) Dipnot 59 da adı geçen karar.

koşul daha sonra bir çok kararda yinelenmiştir (62). Anayasa Mahkemesi K: 1977/4 tarihli kararında Yüksek Hakimler Kurulu kararlarına karşı yargı yolunu kapatan hükmü iptal ederken "İnsan Hakları" açısından da bir inceleme yapmış, Türkiye'nin de katıldığı İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesinin 6. maddesine ve Anayasanın 2. maddesine dayanarak iptal kararı vermiştir (63). Yine "CHP'nin haksız iktisaplarının iadesi hakkındaki kanunu" iptal ederken "Mal ve mülk edinme hürriyeti insan haklarının en esaslılarından biridir. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi 17. maddesiyle bu hakkı açıkladıktan sonra hiç kimsenin keyfi olarak mal ve mülkünden yoksun edilemeyeceğini ilan etmiştir "diyerek yasayı iptal etmiştir" (64).

Yani yasa koyucu genel hukuk kurallarını ve uluslararası hukuku AYya uygunluk denetiminde ölçü norm olarak kullanmaktadır (65). Bu da insan hak ve özgürlüklerinin yalnızca ulusal bir hukuk sorunun olmaktan daha geniş, uluslararası bir anlam ve içerik taşıdığı görüşünde olduğunu göstermektedir. ÜSKÜL, bu kararlarda, hukukun temel ilkelerine ilişkin ölçütün açık olmadığı, bu ilkelerin saptanmasının zor olduğu ve AY Mahkemesinin bunları önüne gelen somut olaylara göre belirleyeceğini belirtmektedir (66). AY md. 138 de yargıların AYya, yasaya ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verecekleri belirtilmiştir. AY yargıcı sadece hukuku söylemekle kalmayıp yaratmalıdır da. Anayasa Mahkemesi Üyesi ALİEFENDİOĞLU, AY yargı-

(62) AYM 22. 12. 1964 E: 1963/166, K: 1964/76 AMKD S.2 s.288-293 RG 28. 4. 1965 S. 11985

(63) A.Y.M. 27.1.1977, E.1976/43, K. 1977/4. A.M.K.D. S.15, s.117.

(64) AYM. E: 1963/124, K. 1963/243, 11.10.1963 AYMKD S.1, s.429-430.

(65) Bkz. Bu konuda aynı görüşte Y.ALİEFENDİOĞLU, Türk Anayasa Mahkemesinin özellikleri ve kararlarındaki gelişim "Anayasa Yargısında Avrupa Modeli ve Türkiye" Uluslararası Sempozyumu, 13-14 Haziran 1987 İstanbul da sunulan tebliğ, s.13, B.ÇAĞLAR, AY Mahkemesinin 1988/3 karar sayılı kararının AY hukukunda milletlerarası hukuka açıklık prensibinin ilk unsurlarıyla kabul edildiğini gösterdiğini, ama bu açıklıkta "dar kapı" tezini benimsediğini belirtmektedir. AY'nın hukuku ve AY yargıcı yenilenen AY düşüncesi üstüne, AY Mahkemesinin 29. Kuruluş Yıldönümü nedeniyle düzenlenen sempozyumda sunulmak üzere hazırlanan tebliğ özeti, s. 27.

(66) ÜSKÜL Zafer: AY Mahkemesi kararlarında Hukuk Devleti kavramı, Eskişehir İTİAD c.XII/2 1976, s. 394.

cının öncelikle AY metinleriyle bağı olduğunu daha sonra kendi hukuk bilgisi ve görüşleriyle de sorunları çözerken yorumlarında AY'nın özüne ve sözüne bağı kalarak insan hak ve özgürlüklerine saygısını da yansıtmayı gerektiğini belirtiyor (67). Gerçekten AY Mahkemesi yasaların sadece AY ya uygun olup olmadığını denetlemekle yetindiği takdirde herhangi bir yargı yerinden farkı kalmaz. Bu gerçeği gören AY Mahkemesi hukuk devletinin diğer öğelerine de kararlarında yer vermiştir. Kararlarından birinde İdarenin yetkisinin yasaların amaçlarıyla sınırlı olduğunu belirterek yasal idare ögesini kullanmıştır (68).

Başka bir kararında ise yönetilenlere en etkin ve kapsamlı biçimde hukuksal güvencenin sağlanması ve tüm Devlet organlarının eylem ve işlemlerinin hukuka uygun olması gerektiğini belirterek Hukuk Devletinde İdarenin hukuka bağı olduğunu vurgulamıştır (69). Diğer bir kararda ise AY Mahkemesi geçici olarak görevden uzaklaştırma işlemini yargı denetimi dışında tutan yasa kuralını AY ya aykırı bularak iptal etmiştir. Burada hukuk devletinin unsurları olan hukuka bağı İdare ve İdarenin yargısal denetimi sözkonusudur. AY bu nedenle Devletin tüm faaliyetinde hukuka uygunluğu sağlamak için bu faaliyetleri yargının denetimine tabi tutmuştur (70). Bu gerekçe başka bir kararda da yinelenmiştir (71). AY Mahkemesi yasaların kamu yararına dayanması ilkesini de hukuk Devletinin öğeleri arasında saymakta ve birçok kararında bunu belirtmektedir. Buna göre kamu yararı düşüncesi olmaksızın yani yalnızca belli kişilerin yararına olarak her hangi bir yasa kuralı konulamaz (72).

(67) ALİEFENDİOĞLU Yılmaz: AY Mahkemesinin işlevsel yönü, AİD, c.19, S.1, Mart 1986 s.52

(68) AYM 5.7.1963 E:1963/170, K:1963/178 AMKD 1, s.370-378, RG 4.11.1963 S.11546.

(69) AYM 12.11.1991 E:1991/7, K:1991/43, RG 23.7.1992, S.21293 s.37 vd., benzer karar için bkz. 27.9.1988 E:1988/7, K:1988/27, RG 26.12.1988 S.20031 s.17.

(70) AYM 14.11.1962 E:1962/221, K:1962/86, AMKD S.1 s.29-32, RG 8.12.1962 s.11277

(71) AYM 30.1.1963 E:1962/262, K:1963/21, AMKD S.1 s.86-89, RG 11.3.1963 s.11352

(72) AYM 26.6.1967 E: 1963/145, K: 1967/20, AMKD S. 5 s.139-153, RG 15.11.1967 s. 12751/2. AYM 22.6.1972 E:1972/14, K:1972/34, AMKD S.10 s.478-494, RG 11.1.1973. 3. AYM 20.11.1990 E:1990/13, K:1990/30, RG 3.1.1992 S. 21100 s. 15 vd.

AY Mahkemesinin hukuk devleti ilkesinin ögeleri arasında saydığı bir diğer kavram da kazanılmış hak kavramıdır. "Statü hukuku" esasına dayalı nesnel ve düzenleyici kuralların egemen olduğu idare hukuku alanında kazanılmış hak-tan genellikle söz edilmediğini, burada ancak statü hukukunun olanak verdiği oranlarda ve koşullarda genel durumun kişisel duruma dönüşmesinden sonra kazanılmış hakların ortaya çıkabileceğini belirttikten sonra bunların tanınması ve korunmasını hukuk devletinde benimsenen bir temel hukuk kuralı olarak kabul etmiştir (73). Anayasa Mahkemesi "C.H.P.'nin haksız iktisaplarının iadesi hakkındaki kanunu incelerken, kanunun kamu yararına olarak geleceği düzenleyici soyut, genel hukuk kuralları koymadığını, aksine yayınlanmasından önce kazanılmış hakları ortadan kaldıran özel bir müsadere hükmü koyduğu ve C.H.P.yi birtakım suçlamalarla mal ve mülkünden keyfi olarak yoksun etmek amacını taşıdığı açıkça görüldüğünden Anayasa ile bağdaştırılamayacak bir keyfi tasarruf olarak değerlendirilmiştir (74). Kazanılmış hak kavramının benimsenmesiyle hukuk devleti ilkesinin gereklerinden biri olan istikrar (kararlılık) ın gerçekleşebileceğini de ayrıca belirtmiştir (75). AY Mahkemesi aynı zamanda kamu düzeninin de Hukuk Devletinin bir gereği olduğunu ve bunun korunmasının da Hukuk Devletinin görevlerinden olduğunu vurgulamış (76), Ayrıca, "devlete güven ilkesi"ni de hukuk devletinin unsurları arasında saymıştır (77).

Bu örneklerde de görüldüğü gibi, AY Mahkemesi AY ya uygunluk denetiminde Hukuk Devleti ilkesine uygunluğu ararken, yalnız hukuk devleti ilkesinin ögeleriyle yetinmemiş, Uluslararası hukukun ilkelerini, İdare hukukunun kamu yararı, kamu düzeni, istikrar, kazanılmış hak gibi kavramlarını da hukuk devleti

(73) 1. AYM 11.11.1963 E: 1963/106, K: 1963/270, AMKD S. 1 s. 468-477, RG 29.1.1964. 2.AYM 28.9.1988 E:1988/12, K:1988/32, RG 11.12.1988 S.20016 s.17 vd.

(74) dipnot 64.deki karar s.430.

(75) AYM 29.11.1966 E:1966/11, K:1966/44, AMKD S.5 s.3-25, RG 27.12.1967 S.12787.

(76) AYM 8.2.1973 E:1972/52, K:1973/5 AMKD S.11 s.105-126, RG 23.10.1973 S.14694.

(77) AYM 12.12.1989 E: 1989/11, K: 1989/48, RG 21.1.1990 S. 20410, s. 21.

ilkesinin ögelerinden sayarak bunlara uygunluğu da aramıştır. Bu da göstermektedir ki, AY Mahkemesi kararlarında kullanılan "eşitlik ilkesi" için geçerli olan "maymuncuk gerekçe" deyimini (78) hukuk devleti ilkesi için de geçerlidir. Açılan her davada hukuk devleti ilkesine aykırılık ileri sürülmüş verilen her kararda hukuk devletiyle bir bağlantı kurulmuştur. Görülüyor ki Hukuk devleti ilkesi AY Mahkemesi kararlarında çok geniş olarak ele alınan bir kavramdır. AY Mahkemesi hukuk devletini bu kadar geniş ele alırken demokratik ve sosyal niteliklerini de katmış, 1967 tarihli bir kararında demokratik ve sosyal hukuk devletini "insan hak ve hürriyetlerine saygı gösteren ferdin huzur ve refahını gerçekleştiren ve teminat altına alan, kişi ile toplum arasında denge kuran, emek ve sermaye ilişkilerini dengeli olarak düzenleyen, özel teşebbüsün güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayan, çalışanların insanca yaşaması ve çalışma hayatının kararlılık içinde gelişmesi için sosyal, iktisadi ve mali tedbirler alarak çalışanları koruyan, işsizliği önleyici ve milli gelirin adalete uygun bir biçimde dağılmasını sağlayıcı tedbirler alan, adaletli bir hukuk düzeni kuran ve buna devam ettirmeğe kendini yükümlü sayan, hukuka bağlı kararlılık içinde ve gerçekçi bir özgürlük rejimini uygulayan devlet olarak tanımlamıştır (79). Diğer bir kararında AY'nın sosyal devlet ilkesiyle hukuk devleti ilkesini birbirine bağlı gören, bu iki kavram arasında uyum sağlayan bir anlayışa sahip olduğunu belirtmesinin (80) yanısıra sosyal devleti, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği ve dolayısıyla toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü devlet olarak tanımlamış gerçek hukuk devletinin çağdaş uygarlık görüşüne ve AY'nın temel felsefesine göre ancak toplumsal devlet anlayışı içinde bir anlam kazanacağını, Hukuk Devletinin amaç edindiği kişinin korunmasının ise toplumda sosyal güvenliğin ve sosyal adaletin sağlanması yoluyla gerçekleştirile-

(78) ÇAĞLAR Bakır: AY Yargısında Yorum problemi, Karşılaştırmalı analiz katkılar, AY Yargısı Ankara 1986, s.167.

(79) AY. M. E. 1963/336 K. 1967/29 AMKD S.6, s.23.

(80) AYM 27.11.1980 E: 1979/31, K: 1980/59, RG 8. 1. 1981 S. 17214.

bileceğini vurgulamış bu görüşü daha sonra başka bir kararında da yinelemiştir (81).

AY Mahkemesi, K. 1976/46 tarihli kararında toplum yararının birey yararına üstün tutulmasını sosyal hukuk devletinin temeli olarak kabul etmiş (82), hakların birbiriyle çatışması halinde bir dengenin bulunmasını demokratik hukuk devleti ilkelerinin başında sayarak bu dengenin bulunmaması sonucunda ortaya çıkacak problemlerin sosyal hukuk devleti ilkelerini zedeleyeceğini (83), belirtmiştir. Yine aynı kararda Devlete sosyal devlet niteliğini kazandıracak görevlerin eksiksiz yerine getirilebilmesi için bireylere AY'ya uygun biçimde yükümlülükler paylaşılması ve dağıtılmasının zorunlu olduğu da vurgulanmıştır (84).

Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi de salt "hukuk devleti" kavramıyla yetinmeyip onun "demokratik" ve "sosyal" niteliklerine de işaret etmiştir. Buna göre yasaların normlar hiyerarşisine uygunluğu değil, çağdaş demokrasi esaslarına uygunluğu hukuk devletinin temel niteliğini belirler. DURAN, hukuk devleti ilkesini insan haklarına ve özgürlüklerine dayalı çoğulcu ve iktidar seçeneklerine açık demokratik sistemin gerçekleşmesine hizmet ettiği için yararlı bulmaktadır (85).

Aslında hukuk devleti ile sosyal hukuk devleti kavramı, karşıt kavramlar olmakla birlikte birbirini tamamlamaktadır. Çünkü ilkinin sağladığı özgürlüğe

(81) 1. AYM 17.10.1972 E: 1972/16, K: 1972/49, AMKD S. 10 s. 529-554.

2. E. 1973/38 K. 1975/23, 11,12,13,14 ve 25.2.1975 AMKD S.13, s.260.

(82) AYM 12.10.1976, E: 1976/38, K: 1976/46. AMKD. S.14 s.266.

(83) a.g.k. s.268

(84) a.g.k. s.277.

ikincisi sosyal adalet adına sınırlama getirmektedir. Sosyal Devlet uygulamalarıyla, ağırlık yasamadan yürütmeye yani İdareye geçmiştir (86).

Alman AY yargısında hukuk devleti ilkesine bakıldığı zaman, Federal AY Mahkemesi (BVerfG) nin de, Ölçülülük, kuvvetler ayrılığı, yasal İdare gibi Hukuk Devletin temel ilkelerinin yanı sıra başka ilkeler de geliştirdiği gözlenmektedir. Hukuk devleti ilkesinde, bireylere yükümlülük getirecek düzenlemelerin ancak yasa ile yapılabileceği belirtirken Türk AY yargısındaki gibi temel haklar güvenliğini göz önünde tutmuş ve Türk AY yargısından farklı olarak ölçülülük ilkesini de hukuk devletine dayandırarak kullanmıştır (87). Başka bir kararındaysa, lehe olmayan yasaların geriye yürüyerek uygulanmasından Hukuk Devleti ilkesi içinde yer alan "hukuksal güven" in zedeleneceği sonucuna ulaşmıştır (88).

BVerfG yürütmenin yükümlendirici işlemlerinin icrasına ilişkin yetkisinin kaynağı olan kanunun da konu amaç ve kapsam olarak saptanmış ve sınırlanmış olmasını yani "İdarenin yasallığı" nı Hukuk Devletin ilkelerinden sayarken, kişilerin İdarenin müdahalesi ile haklarının zedelenmesine karşı "mümkün olduğunca eksiksiz ve yoğun yargısal korunma" sağlanmasını da buna eklemektedir (89).

Mahkeme diğer bir kararında Hukuk Devleti ilkesinden temel ilkelerin yanında hukuk güvenliği ve adalet arasındaki gerilimli ilişkinin çözümü ve müm-

(85) DURAN Lütfi: Türkiye'de Anayasa Yargısı ve İşlevi, Anayasa Yargısı, Ankara 1984, s. 57-58.

(86) AZRAK Ali Ülkü: Sosyal Devlet, Reşat KAYNAR'a Armağan, İstanbul 1981, s.10.

(87) BVerfGE 35, 382. Jürgen SCHWABE, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Studienauswahl (Band 1-57) Hamburg 1982, s. 270-271., BVerfGE 19,342. a.g.e. s. 59

(88) BVerfGE 30,367 a.g.e. s.308

(89) BVerfGE 8,274 a.g.e. s.284

kün olduğunca eksiksiz ve yoğun hukuksal korunma gibi yeni kavramlar geliştirdiğini belirtmektedir (90).

Görülüyor ki, Federal AY Mahkemesi de Hukuk Devleti için bazı kavramları Türk AY Mahkemesi ile aynı şekilde kullanırken, İdarenin yargısal denetimini farklı olarak "mümkün olduğunca eksiksiz ve yoğun yargısal korunma" diye tanımlamış, Türk AY Yargısında kullanılmayan "hukuk güvenliği ve adalet arasındaki gerilimli ilişkinin çözümünü" de bu kavramlar arasında saymıştır.

2. İdari Yargıda Hukuk Devleti İlkesi:

Hukuk Devleti ilkesinin Türk idari yargı içtihatlarında ilk kez yer alması 1924 AY dönemine rastlamaktadır. Bu dönem de AY da Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduğunu belirten bir hüküm bulunmamasına karşın, Danıştay "Hukuk Devleti" ilkesine "hukuka bağlı Devlet" biçiminde kararlarında yer vermiştir.

Danıştay DDGK verdiği bir kararında AY'nın 51. maddesiyle yaptırım altına alınmış bulunan tüm idari tasarrufların yargısal denetime tabi olması hükmünü Anayasaya uygun yorumla hukuka bağlı Devlet ilkesinin en belirgin ve karakteristik niteliği saymıştır (91). Daha sonra bir başka kararında da D. 5. D. iptal kararlarıyla ortadan kaldırılmış olan yönetsel tasarruflar üzerine meydana gelen durum hakkında İdarenin almak zorunda olduğu yeni kararın, iptal kararıyla hedeflenen gaye ve maksada uygun bulunmasının hukuka bağlı Devletin uyması gereken ilkelerden olduğunu belirtmiştir (92). Bu kararlar göstermek-

(90) BVerfGE 30,1. a.g.e. s.379

(91) DKD S.50-53 yıl 1950-51 s. 118

(92) D.5.D DKD, S.66-69 yıl 1956-57, s. 106.

tedir ki, İdari Yargı AY yargısından daha eski bir geçmişe sahip olmak nedeniyle hukuk devleti ilkesine daha önce ve önemli bir derecede yer vermiştir.

Danıştay, 1961 AY ve daha sonra 1982 AY dönemlerinde hukuk devleti ilkesine ilişkin önemli kararlar vermiştir. Danıştay, 1961 AY ve daha sonra 1982 AY dönemlerinde hukuk devleti ilkesine ilişkin önemli kararlar vermiştir. Danıştay 12. D. 1978 yılında verdiği bir kararda AY Mahkemesinin daha önceki kararlarında kullandığı hukuk devleti tanımını AYM kararına yollama yaparak kullanmış (93). Bir çok kararında hukuk devleti ilkesinin unsurlarına dayanmıştır. Normlar hiyerarşisi bunun en önde gelen örneklerinden biridir. Danıştay 31.10.1968 tarihli bir kararında (94) idari işlemlerin sadece genel düzenleyici işlemlere uygunluğunu değil, genel düzenleyici işlemlerin de daha üstün hukuk kurallarına uygun olması gerektiğini kabul ederken, daha yeni bir kararında da (95) yönetmeliklerin Türk hukuk sisteminde normlar hiyerarşisinde yasa ve tüzükten sonra geldiklerini ve yasalara aykırı ya da yasa hükümlerini değiştirici nitelikte hükümler sevk etmelerinin olanak dışı olduğunu, bu konunun Anayasanın 124. maddesinde yeterince açıklandığını belirterek, olaydaki yönetmelik hükmünü hukuk devleti ilkesinin gereği olan normlar hiyerarşisine aykırı görerek iptal etmiştir.

Danıştay, kararlarında kanunilik ilkesine de yer vermiş, AY ile teminat altına alınan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının ancak yasaların açık hükmüyle mümkün olmasını hukuk devleti kavramının ve kanunilik ilkesinin doğal sonucu olarak kabul etmiştir Bu kuralın gereği olarak idari mercilerin yasaların kendilerini yetkili kılmadığı konularda kişiler yönünden bunların hak-

(93) D.12. D. E. 1977/1349, K: 1978/955 D.D. 30-31. s.53.

(94) D.12.D E:1968/720, K:1968/1992, AİD, c.6. S.4. aynı gerekçelerle DDK, E:1970/1004, K:1971/608.

(95) D.5.D E: 1987/2545, K:1988/1659, DD. S. 74-75 s. 242.

larını sınırlayıcı işlemler tesis edemeyecekleri gibi, yasalarda açıkça yer almayan bir mükellefiyetle de onları ilzam edemeyecekleri, kişilerin hak ve özgürlüklerini geçici dahi olsa kısıtlayan işlemleri yasalar çerçevesinde gerçekleştirebileceklerini belirtmektedir (96). Başka bir kararında da yasada yer almayan bir esasa dayanarak vergi terkinin yapılamayacağını belirtmiştir (97). Danıştay'ın temel haklar güvenliğine ilişkin verdiği kararlarda ise olumlu gelişmeler gözlenmektedir. Düşünce hürriyetinin kullanılmasına ilişkin bir yazı nedeniyle kınama cezası verilmesi kanuna aykırı görülmüş (98), temel hak ve özgürlüklerin ancak kamu yararı amacı ve yasayla sınırlanabileceği öngörülmüştür (99).

Danıştay, uyarma ve kınama cezalarına karşı İdari yargı yerlerine başvurma hakkını kısıtlayan yönetmelik hükmünü iptal ederken kanunilik ilkesine dayanmanın yanısıra Hukuk Devletinin en önemli unsurlarından olan temel haklar güvenliğini "İdarenin yargısal denetimi"nin engellenmesini ortadan kaldırarak sağlamıştır (100). 5. Daire ise İdari yargının en önemli kararlarından sayılan 1402'likler kararında, 1402 sayılı yasaya göre görevlerine son verilenler bir daha kamu hizmetinde çalıştırılmazlar ibaresini AY'ya uygun yorum yoluyla, "sıkıyönetim süresince" biçiminde yorumlamak gerektiğini, aksine bir düşüncenin AY'ya aykırı düşeceğini belirtmiştir. Çünkü kişinin suçlu kabul edilerek Anayasal haklardan yoksun bırakılması Hukuk Devleti ilkesine de aykırı düşmektedir (101).

(96) D.12.D E: 1970/1836, K:1971/897, DD. S. 4 s. 381

(97) DDK E: 1970/125, K: 1970/291,

(98) DDK E: 1969/497, K: 1970/354, DD. S.2, 1971 s. 136.

(99) D.11.D E: 1970/2056, K:1970/2990, DD. S.3, s. 473.

(100) D.10.D E: 1985/169, K:1986/31, DD. S. 64-65, s.410

(101) D.5.D E: 1986/719, K:1987/77, DD. S. 68-69, s.404

Danıştay 1. Dairesi, kamu hizmetlerine girme hakkını AYnın 70. maddesinin güvencesinde bulunan temel hak olarak belirtmiş ve bu kişinin bu hakka dayanarak çalışmasını sürdürmesinin engellenmesini ise hukuka ve adalet ilkelere aykırı saymıştır (102). 5. Daire ise memurun savunması alınmadan disiplin cezasına çarptırılması kararını doğrudan AYya dayanarak iptal etmiştir (103). 12. Daire de İdare hukukunun çok önemli bir ilkesi olan "ölçülülük ilkesini" kullanarak işlenen fiil ile ceza arasında bir oran kurulmadan fiile göre ağır bir ceza olan ilişik kesme kararı verilmesini hukuka aykırı bulmuştur (104). Danıştay takdir yetkisi konusunda kararlarında hep aynı görüşü ileri sürmüş bu yetkinin mutlak olmayıp kamu yararı ve kamu görevinin gerekliliği ile sınırlanmış olduğunu belirtmiştir (105). 12. Daire, kamu yararına olduğu tartışmalı olan bir idari işlemle kişinin kazanılmış hakkının ihlal edilmesini mümkün görmemiştir (106). Dan. 8. D. yönetmelik değişikliğinin geriye dönük uygulanmasını hukuk kurallarına aykırı görerek iptal eden İdare Mahkemesi kararına karşı yapılan temyiz başvurusunu kazanılmış hakkın varlığı nedeniyle geriye yürümenin mümkün olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir (107). Danıştayın kazanılmış hakka ilişkin kararları kazanılmış hakkın tanımını ortaya çıkarmış ve bu AY Mahkemesi kararlarında da kullanılmıştır (108).

(102) D.1.D E: 1990/47, K: 1990/54, DD. S.80, s.71.

(103) D.5.D E:1969/518, K:1971/1646, DD. S.4, s.238.

(104) D.12.D E:1969/627, K:1970/120, DKD. S.1. s.369.

(105) D.5.D E:1968/4940, K:1971/847, DD. S.4. s.245, D.5.D. E: 1969/433, K: 1970/1004, DD. S.1. s.202.

(106) D.12.D E:1970/2022, K:1970/2606, DD. S.3. s.512.

(107) D. 8. D. E. 1989/426, K: 1989/496 D.D. 76-77. s.522.

(108) Dipnotu 73'deki karar.

ARA SONUÇ

Çok kısa olarak "devletin hukukla bağılığı" olarak tanımlayabileceğimiz "Hukuk Devleti"nin gerçekleştirilmesi için, yasaların AY'ya uygunluğunun denetimine ve İdarenin yargısal denetimine gerek duyulmaktadır. AY Yargısıyla İdari yargının bu denetimleri Hukuk Devletinin unsurlarına uygunluğu arayarak yaptıkları gibi, hukuk devletinin unsurları arasında sayılmamış bazı kavramları da Hukuk Devletinin gereğı olarak kabul etmişlerdir.

AY yargısıyla İdari yargının hukuk devletini ele alışları genelde aynı ilkelere dayanmaktadır. Her iki yargı organı da, "normlar hiyerarşisini" sık sık kullanmıştır. AY Yargısı, yasakoyucunun da faaliyetlerinde AY ve hukukun üstün kurallarıyla bağı olduğunu belirterek normlar hiyerarşisine uygunluğu aramış ve başka bir kararında da MAAD nın 38. md. atf yaparak uluslararası hukuka da normlar hiyerarşisinde AY'nın üstünde bir yer vermiştir (109). Fakat Anayasa Mahkemesi bu karar dışında verdiği başka kararlarda Uluslararası hukuk normlarını, ölçü norm olarak ele aldığı Anayasa hükümlerine destek olarak kullanmış ve Türk Anayasasının bu normlardan etkilendiğini de belirtmiştir (110).

Danıştay'ın da AY Mahkemesi gibi uluslararası düzenlemeleri de yasal düzenlemelere destek olarak kullandığı kararları vardır. İsveç Televizyon ekibinin sınırdışı edilmesi işleminin iptali için açılan davada yalnız Türk mevzuatı ile yetinilmemiş, Türkiye'nin de imzaladığı Avrupa Güvenliğı ve İşbirliğı Antlaşması Nihai belgesine de yollama yapılarak iptal kararı verilmiştir.

(109) Dipnotu (59 ve 62'deki kararlar.

(110) AYM, E: 1963/143, K. 1963/167, 26.6.1963, AMKD S.1, s.347 - AYM, E. 1963/124, K. 1963/243, 11.10.1963 AMKD S.1, s.429-AYM, E.1976/43, K.1977/4, 27.1.1977 AMKD S.15, s.117.

"yukarıda yer alan yasal ve uluslararası düzenlemelerin ve genel hukuk kurallarının ışığında, davalı İdarenin yeterli bir araştırmaya, yazılı tebliğe lüzum görmeden 5683 ve 2559 sayılı yasaların uygulanmasını haklı gösterecek inandırıcı bir kanıtta da dayanmadan, davalı kurumun elemanlarını sınır dışı etmesinde hukuksal isabet görülmemektedir".

Danıştay da hukuk devleti ilkesinin gereği olan normlar hiyerarşisine uygunluğu aramış, bir başka bir kararında da AY md. 90'a atıf yaparak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini iç hukuktaki kanun hükmünde olduğunu ileri sürmüş, fakat "kanun hükmünde" deyiminin sadece sözleşmelerin hukuksal değerinin ve bağlayıcılığının gösterilmesi için kullanıldığını belirterek ve AY Mahkemesi kararına da atıf yaparak yasa üstü bir konumda bulunduğunu hatta anayasal bir değer taşıdığını ifade etmiştir (111). Bu da göstermektedir ki uluslararası sözleşmelerin normlar hiyerarşisindeki yeri İdari yargıda AY yargısına göre bir basamak daha aşağıdadır.

Anayasa Mahkemesi Yasal İdare İlkesini İdarenin yetkisinin yasaların amaçlarıyla sınırlı olması olarak ele alırken, İdari yargı yasada yer almayan bir prensip ve esasa dayanılarak vergi terkinin yapılamayacağına karar vermiştir. Fakat Danıştay başka bir kararında da yasayı atlayarak, yapılan genel düzenleyici işlemin AY ya uygun olması nedeniyle iptal isteminin reddine karar vermiştir (112).

İdarenin yargısal denetimi konusunda da her iki yargı yerinin kararlarını paralellik göstermektedir. AY Mahkemesi İdarenin işlemini yargı denetimi di-

(111) Dipnotu 95'deki karar, D.5 D. E: 1986/1723, K. 1991/933.

(112) Dipnotu 68'deki karar. DDDK 15.1.1971, 1968/703, K. 1971/34, DD S.4 s.206.

şında tutan yasa kuralını AY ya aykırı görürken, İdari Yargı da yargı yolunu kapayan yönetmelik hükmünü yasaya aykırı bulmuştur (113).

Kamu yararı konusunda AY Mahkemesi konulacak yasa kuralının yalnızca belli kişilerin yararına olmaması gerektiğini ileri sürerken, İdari yargı davacının ihlal edilen hakkının korunması amacıyla kamu yararının feda edilemeyeceğini (114), başka bir kararında da temel hak ve özgürlüklere getirilecek sınırlamanın kamu yararı amacıyla yapılmasına karar vermiştir (115).

AY Mahkemesi kazanılmış hak kavramını değerlendirirken, İdare hukukunun yaptığı tanımı kullanmıştır (116).

Bu örneklerde de görüldüğü üzere, her iki yargı da hukuk devletine çoğunlukla benzer biçimde yaklaştığı gibi, bazı kararlarda İdari yargı, Anayasa yargısına yollama yaparken, bazı kararlarda da Anayasa yargısı, İdari yargının görüşünden yararlanmaktadır.

(113) Dipnotu 70 ve dipnot 99'daki kararlar.

(114) D. 12. D. E: 1970/2022, K.1970/2066.

(115) Dipnotu 72 ve dipnotu 98'deki kararlar.

(116) Dipnotu 73'deki karar ve D İDDGK K. 1985/67.

BÖLÜM II

AY HUKUKU İLE İDARE HUKUKU ARASINDAKİ İLİŞKİ VE BUNUN AY YARGISI VE İDARİ YARGI İLİŞKİSİNE YANSIMASI

I. AY HUKUKU İLE İDARE HUKUKU ARASINDAKİ İLİŞKİ

1. Genel Olarak

AY hukuku ile İdare Hukuku arasındaki ilişkinin temeli her ikisinin de kamu hukuku dalı olmasına dayanmaktadır. AY Hukuku, Devletin temel kuruluşunu, işleyişini, iktidarın el değiştirmesini ve iktidar karşısında bireylerin özgürlüklerini inceleyen bir disiplindir (1). Fakat, diğer hukuk disiplinlerinin kaynağını oluşturan mekanizmalar da bu disiplinin içindedir. İdare hukuku, İdare ve idari faaliyetleri başlıbaşına düzenleyen bir hukuk dalıdır (2).

AY hukuku ile İdare hukukunun birbirine karıştığı noktalar ve değindiği konular o kadar çoktur ki, bu iki branş birbirinden kesin olarak ayrılamaz. Örn. yürütmenin hükümet bölümü AY hukukunun, İdare bölümü ise İdare hukukunun konusu olmaktadır.

Böyle bir ayırmda yürütmenin politik yanı AY hukukunun konusu olmaktadır. Bu da teknik bir hukuk dalı olmasına karşın İdare hukukunun hiç politik

(1) TEZİÇ, Erdoğan: a.g.e. s.4.

(2) DURAN, Lütfü: a.g.e. s.16.

bir nitelik taşımadığı anlamına gelmez. AY hukuku ile sıkı bir ilişki içinde olması ona politik bir nitelik kazandırmıştır. ONAR'ın da belirttiği gibi, aradaki fark AY hukukunun daha politik bir nitelik taşımasıdır (3). Fakat İdare hukuku politik bir nitelik taşımasına karşın politikayla uğraşmaz.

Alman kamu hukuku öğretisi soruna ilginç bir biçimde yaklaşmıştır. PETERS, İdare, faaliyetlerinde değer kriterine ihtiyaç duyup bunu politikadan almak zorunda olduğu sürece her İdare en azından dolaylı olarak politiktir demektedir, TRIEPEL ise, politik olmayan hukuk biliminin olmayacağını söylerken kamu hukukunun konusunun temelde politik olduğunu vurgulayıp, kamu amacının ya da bireysel amacın sınırlandırılmasına ilişkin olan herşeyi politik olarak nitelendirmektedir. Kamu hukuku normlarının çok yönlü ele alınmasının da politikayı içine almadan mümkün olmadığını, fakat kamu hukukunun da tümüyle politikanın içine oturmasının ve politik eğilimin geçerli hukuku yanıtmasının da kabul edilemeyeceğini belirtmektedir (4).

AY hukukunun tanımından da anlaşılacağı gibi, AY hukukunun konusu içinde yalnız yürütme değil, aslen yasama vardır. AY hukukunun yasama ve hükümet için koyduğu kurallar politik kurallardır. İdare hukuku ise tek bir varlık olarak İdareyi çok geniş olarak düzenlemektedir. AY hukuku Devlet karşısında kişi özgürlüklerini ve esas haklarını gösterirken, İdare hukuku bunların kullanılmasının koşullarını ve başkalarının hak ve özgürlükleri karşısında bunun sınırlarını çizer (5).

(3) ONAR, Sıddık Sami: a.g.e. s.113.

(4) REUSS, Hermann: Die Wirkungseinheit von Verwaltungsund Verfassungsrecht D.Ö.V. 1959, s.323.

(5) ONAR, Sıddık Sami: a.g.e. s.113.

Aslında İdare hukuku, AY hukukunu yaşama uygulamaktadır. Nitekim REUSS, İdare hukukunu yaşayan AY hukuku olarak tanımlarken, İdarenin halkın yaşamını yönetmek için kısıtlı bir faaliyet sürmediğini, aksine halkın özgürlüğünün AY dan çok İdare'ye dayandığını söylüyor. WERNER de bu doğrultuda İdare hukukunu somutlaştırılmış AY hukuku olarak tanımlayarak ikisinin her zaman üst üste düştüğünü, aralarındaki bu ilişkinin uygulamacıların hatırında kalması amacıyla sık sık vurgulandığını, yoksa bununla ilkesel yenilikler yaratılmayacağını belirtmektedir. İkisinin arasındaki bağlantı kamu hukukuyla uğraşan herkes tarafından kolayca anlaşılabilir (6).

RÖSSLER de İdare hukukunun sadece değil ama geniş çapta somutlaştırılmış AY hukuku olduğunu ileri sürmekte, Bonn Temel Yasasında yasama, yürütme ve yargıyı bağladığı belirtilen temel hakların çok geniş bir şekilde düzenlenmesi üzerine İdare hukuku açısından ortaya çıkan belirsizlik nedeniyle yoruma ve somutlaştırmaya gerek duyulduğunu belirtmektedir (7).

AY Hukuku ile İdare hukuku ayrımının kesin olarak yapıldığı Fransa'da da bunun suni bir ayrım olduğu, toplumsal ve politik olgulara cevap veremediği, bunun da tersliklere yol açtığı ve AY hukukunun teknik yanını ortadan kaldırdığı ileri sürülmektedir. Böyle bir ayrım bazılarınca da bir hata olarak görülmektedir (8). Hatta yakın zamana dek AY hukuku kitaplarının da sadece politika sanatı ve siyasal problemleri ele aldığını, teknik hukuka girmediği de belirtilmektedir (9). RIVERO da bu doğrultuda II. Dünya savaşı sonrası siyasal kurumları da kapsamına alarak siyasallaşan AY hukukunun hem de İdare hukuku gibi iç-

(6) REUSS, Hermann: a.g.e. s.324., WERNER a.g.e., s.213.

(7) RÖSSLER, Peter: Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht im Wandel Dokumentation zum fünften Deutschen Verwaltungsrichtertag 1977. s.119.

(8) DUPUIS Georges, GUEDON Mariëjose: Institutions administratives droit administratif, 2. Bası Paris, 1988 s.125.

(9) a.g.e., s.125.

tihadi hukuk olduğunu ileri sürmektedir. RIVERO'ya göre AY hukukunu hukukileştiren AY yargılamasıdır (10). ÇAĞLAR da yeni AY cılığın AY düşüncesinin sadece siyasi değil ama hukuki biçimi ile de büyük yenilenişinin ifadesi olduğunu belirtmektedir (11).

WERNER, AY hukuku İdare hukuku yakınlaşmasının ilkesel yenilikler yaratmayacağını ileri sürerken, Fransız hukukçuları AY hukukunda çok büyük bir değişimin varlığını kabul etmektedirler.

Fransız hukukunda AY hukuku ile İdare hukukunun birbirine bu kadar çok yaklaşması AY Konseyinin müdahalesine bağlanmaktadır. AY Konseyinin AY'dan kaynaklanan zorunlu görevi İdarenin işlemlerini de denetlemektir. Aralarında sınır olmadan AY hukukundan İdare hukukuna geçiş hissedilmeyecek kadar kolaydır ve bu nedenle AY kuralları İdare hukukunda her an hazır olmaktadır. AY hukuku idari kararlarda, idari makamlar için düzenlenmiş kurallarda ve idari kurumların organizasyon ilkelerinde İdare hukukuna katkıda bulunmaktadır. AY hükümleri bu üç noktadan incelendiğinde, AY hukukunu terk etmeden AY hukuku - İdare hukuku birliğine ulaşılır (12).

İdare hukuku idarenin yargısal denetimiyle, yani idari yargı ile ortaya çıkmış bir hukuk dalı olduğu için "**İçtihatlar hukuku**" olarak tanımlanmaktadır. Oysa AY hukuku AY yargısından çok daha önce var olduğu için teknik hukuk yanı İdare hukuku kadar gelişmemiş olmakla birlikte AY yargısının ortaya çıkmasıyla AY hukukunun "**hukukleşmesi**"nden söz edilir olmuş ve bu haliyle de İdare hukuku ile aralarındaki yakınlık büyük boyutlara ulaşmıştır.

(10) TEZİÇ Erdoğan: RIVERO'dan naklen, Anayasa Mahkemesinin esasa ilişkin denetimi, Anayasa Yargısı 1986. s.37.

(11) ÇAĞLAR Bakır: "Yeni Anayasacılık üzerine notlar". İ.H.İ.D. yıl 6 S.1-3 Aralık 1985 s.29.

(12) STIRN Bernhard: Les Sources Constitutionnelles du Droit Administratif. Paris 1989, s.8. (Yazar bunu "böylelikle Anayasanın ruhu, İdarenin kalbine girmektedir" diye tanımlamaktadır.)

2. AY'nın İdareye İlişkin Düzenlemeleri

AY metinleri Devletin üç erkini (yasama, yürütme ve yargı) düzenlerken İdare için de hükümler koymaktadır. Çünkü İdare yürütmeye bağımlı olmasına karşın "dördüncü kuvvet" olarak nitelenecek kadar güçlü ve önemli bir kuruluş olduğundan bir takım ilkeleriyle AY da düzenlenmesi gerekmektedir (13). İdare, ülkenin hukuk geleneğine bağlı olarak AY'larda çok ayrıntılı ya da birkaç temel hüküm içerisinde düzenlenmiştir.

a) Yoğun (Bütünleştirici) Düzenleme Örneği 1961 ve 1982 AY'ları.

Yoğun düzenleme örnekleri olarak ele alabileceğimiz 1961 ve 1982 AY'ları İdareyi çok geniş bir biçimde düzenlemiş, hatta yasalarda yer alması gereken bazı ayrıntılara da yer vermek yoluna gitmiştir. 1961 AY'nda İdarenin bu kadar ayrıntılı düzenlenmesinin nedeni daha önceki dönemlerde yaşanan sorunlar nedeniyle İdarenin tarafsızlığını ve yürütmenin siyasi kanadına karşı İdare teşkilatının korunmasını ve bu yolla hukuk devleti ilkesini sağlamaktır (14). 1924 AY ile meclis üstünlüğü sistemi kabul edilmişken, 1961 AY ile Anayasa üstünlüğüne geçilmiştir. TANÖR'e göre 1924 Anayasasının sorunu hukukla engellenmeden serbestçe iş yapabilmek, 1961 Anayasasının sorunu da hukuksal güvencelerle beslenmiş bir siyasal demokrasi gerçekleştirmektir (15).

1961 ve 1982 Anayasaları her ikisi de İdarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğunu ve kanunla düzenlendiğini, bu bütünlüğün merkezden ve yerinden yönetim esaslarına dayandığını belirtmiş, kamu tüzel kişiliğinin kuruluşunu

(13) DURAN Lütfi: Türkiye Yönetiminde Karmaşa, İstanbul 1988 s.99.

(14) ONAR S.S.: a.g.e. s.218.

(15) TANÖR Bülent: İki Anayasa. 1961-1982 2. Baskı İstanbul 1991, s.21.

da bu maddede düzenlemiştir (1961 AY md. 112, 1982 AY md. 123). 1982 AY'nda İdare merkezileştirilerek daha otoriter ve sınırlayıcı bir yapıya oturtulmuştur. Yönetmelikleri düzenleyen maddede ise 61 AY'nda yönetmeliklerin bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri tarafından çıkarılacakları belirtilirken, 82 AY'nda bunlara başbakanlık da eklenmiştir.

1961 AY'nda 1971 değişikliğinden önce "İdarenin hiçbir eylem ve işlemi hiçbir halde yargı denetimi dışında, bırakılmaz" şeklinde düzenlenmiş iken 1971 değişikliği ile, sadece idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğunu belirten hüküm getirilmiş, böylelikle yargı yolu kısıtlamasına olanak tanınmıştır. 1982 AY ise, bu kadarla da yetinmeyip, bu hükme bir de yargı yolu kısıtlamasını da eklemiştir. Merkezi İdarenin taşra kuruluşu olarak her iki AY'da da başta il düzenlenmiş, iller de diğer kademeli bölümlere ayrılmıştır. 1982 AY'da 1961 AY gibi yerel yönetimleri geniş olarak düzenlemiş, fakat, yerel yönetimlerin özerkliğini zedeleyici hükümler de getirmiştir.

Kamu görevlileri de Anayasa'larımızda sorumlulukları, güvenceleri ve yasakları açısından ayrıntılı olarak düzenlenirken, 82 AY uyarma ve kınama cezaları açısından yargı yolu kısıtlaması öngörmüştür.

İdarenin kanunla düzenleneceği hükmü hem 1961 AY'nda hem de 1982 AY'nda yer almasına karşın, İdareye ilişkin düzenlemelerin çoğu AY'da yapılmıştır. 1982 AY'ndaki düzenlemeler temelde 1961 AY'ndakine benzese de getirdiği hükümlerle daha otoriter bir İdare yarattığı gibi, bazı hükümleriyle de İdarenin yargısal denetimi yolunu kapatarak hukuk devlet ilkesinin gerçekleşmesine de engel olmaktadır. 1961 AY döneminde büyük gelişme göstermiş olan İdari yargı 1982 AY ile getirilen kısıtlayıcı hükümler ile gerileme dönemi-

ne girmişken, Danıştay içtihatlarıyla gelişmeye, olanaklar elverdiğince devam edilmektedir.

b) Seyrek Düzenleme Örnekleri Avrupa AY'ları

Türk AY'larının aksine İdareyi bir kaç hüküm içerisinde düzenleyen AY'ların en eskilerinden 27.12.1947 tarihli İtalyan AY, İdareyi sadece iki maddede düzenlemiş, Kamu İdaresinin kanunla kurulacağını belirttikten (madde 97) sonra Kamu görevlilerinin milletin hizmetinde olduğunu belirten (madde 98) çok genel bir hükümle yetinmiştir (16).

İtalyan Anayasası md. 103 de yargı teşkilatı başlığı altında, Kamu idaresi karşısında yasal çıkarların ve kanunun öngördüğü hallerde subjektif hakların korunması bakımından Danıştay ve diğer idari yargı organlarının yetkili olduğu düzenlenmiştir. Yargı yolu güvencesinin söz konusu edildiği 113. md ise kamu idaresinin işlemlerine karşı yasal hak ve çıkarların yargısal himayesi için genel ya da idari yargı mercilerine her zaman başvurulabileceğini, bu yargı himayesinin ortadan kaldırılamayacağını ya da özel bazı itiraz yolları ya da belli işlem çeşitleri için sınırlandırılmayacağını belirtmektedir.

1958 tarihli Fransız AY'da öncelikle yürütmenin diğer güçler karşısındaki durumunu belirlemektedir. Hangi otoritenin yürütme olduğunu, amaçlarını, koşullarını, fonksiyonlarını ve bu fonksiyonlarına ne zaman son verileceğini belirlemekte ve yetki alanlarını sınırlamaktadır. AY aynı zamanda İdarenin politik güce bağlılığını da vurgulamaktadır. Devlet Şurası (Conseil d'Etat) Anayasa da düzenlenmiş olmamakla birlikte Anayasa'dan aldığı denetleme yetkisiyle, yasa,

(16) TANILLI Server: Anayasalar ve Siyasi Belgeler, İstanbul 1976, s.500-501.

decret ve ordonnance tasarılarını da denetlemektedir. Diğer İdare kurumları da hukuki temellerini AY'da bulmaktadırlar (17).

1975 tarihli Yunan AY da İdareyi çok kısa olarak düzenlemiş, Devlet yönetiminin yerel özerklik üzerine kurulduğunu vurgulayarak ve sonraki maddede de ademi merkezietten söz ederek bununla ilgili düzenlemelerin kanunla yapılabileceğini belirtmiştir. En geniş düzenlenmiş konu olan memurlara ilişkin maddede de İtalyan AY'ndaki gibi bunların halkın hizmetinde olduğu belirtilerek, atama usullerinin ve bunlara ilişkin kuralların kanunla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Diğer bir maddede ise memur yargılamasına ilişkin kısa bir hüküm yer almıştır (18).

Yunan Anayasası 93/4. maddede mahkemelerin içeriği anayasaya aykırı olan yasayı kullanamayacaklarını düzenlemiş, mahkemelerin İdare, hukuk ve ceza mahkemeleri olduğunu ve yapılarının özel yasalarda düzenlendiğini belirtmiştir. İdarenin yargısal denetime tabi olduğunu gösteren hüküm ise 94. maddede İdare uyuşmazlıklarının İdare mahkemesinde görüleceğine ilişkin hükümdür.

1978 tarihli İspanyol AY ise İdareye ilişkin maddelerinde yerel özerklik ve ademi merkeziet ile idari faaliyetlerin koordinasyonundan söz etmekte ve İdarenin "yasa ve hukuk" ile bağlı olduğunu belirtmektedir. Güvenlik güçlerinin görevleri de AY'da belirtilmiş, İdarenin genel düzenleyici işlem yapma yetkisinin yargısal denetimi öngörölmüş kişilere, yasal düzenlemeler çerçevesinde maddi zararlarını ve zarar gören haklarını tazmin ettirme hakkı tanınmıştır (md. 106) (19).

(17) STIRN Bernhard: a.g.e. s.13.

(18) DAGTOGLOU Prodromos: Die griechische Verfassung 1975 J.Ö.R. B.32/1983, s.386-389.

(19) WEBER Albrecht: die spanische Verfassung von 1978, J.Ö.R. Bd. 29/1980 s.237-238.

1982 tarihinde bir yasayla değiştirilen 1976 tarihli Portekiz Cumhuriyeti AY, Kamu İdareesi başlığı altında İdareyi tanımladıktan sonra, İdarenin yapısını, kişilerin İdare karşısındaki haklarını ve bu hakların garantilerini düzenlemiştir. Kamu hizmetinin esasları, temel hak ve özgürlüklerin ancak yasayla sınırlanabileceği, memurların sorumluluğu ve kolluk ayrı ayrı maddelerle düzenlenmiştir. İdarenin yargısal denetimi konusunda ayrı bir düzenleme yapılmamış, 206 ve 207. maddelerde mahkemeler için genel bir düzenleme öngörülmüştür. Bunun yanısıra Aynen Yunan Anayasasındaki düzenleme gibi, 207. maddede mahkemelerin anayasaya ya da onun temel ilkelerine aykırı hüküm kullanamayacakları yer almıştır. Bu da mahkeme yargıcına anayasa yargıcı olma yetkisi vermektedir (20).

Bonn Temel Yasası da Federal kanunların uygulanması ve Federal İdare başlığı altında İdareyi düzenlemiş, İdari teşkilat ve usullerin aksine hüküm olmadıkça eyaletler tarafından hazırlanan yasalarla düzenleneceği belirtilmiş, Atom enerjisi üretimi, hava, deniz, kara yolları ve Federal Banka bu başlık altında toplanmıştır. Aslında bölüm başlığıyla bağlantılı olarak tüm hükümlerin yasa uygulamalarıyla ilgili olduğu söylenebilir. Yani Federal İdare başlığı altında bizim hukuk sistemimizdeki İdareye ilişkin düzenlemeler yer almamıştır. md. 19'da "bir kamu otoritesince hakları ihlal edilen kişilere yargı yolunun açık olduğu ve başka bir yetki kabul edilmemişse genel mahkemelerin yetkili olduğu da belirtilmiştir". Bunun dışında yüksek İdari yargı mercii olarak Federal İdare Mahkemesi de bulunmaktadır.

Avusturya Anayasası md. 60 v.d., İdare başlığı altında öncelikle Federal Devlet başkanını sonra Eyalet yönetimini sonra da eyalet ordusu ve eğitimi

(20) THOMASHAUSEN André: die revidierte Verfassung von Portugal J.Ö.R. Bd. 32/1983 s. 495-496.

düzenlemiş, md. 129 ise İdari yargıyı tüm kamu idaresinin yasaya uygunluğunun güvencesi olarak kabul etmiştir. Fakat yine de md. 144'e göre İdare makamlarının anayasal garanti altındaki haklarını ihlali üzerine kişilerin Anayasa Mahkemesine Anayasa şikayetinde bulunacakları düzenlenmiştir. Ayrıca bir idari düzenleyici işlem olan tüzükler de Anayasa Mahkemesince temel hak ve özgürlükleri ihlal edip etmeme yönünden incelenmektedir.

İdareyi Türk Anayasası kadar yoğun düzenlememiş olan Avrupa Anayasaları İdarenin yargısal denetimini doğrudan ya da dolaylı düzenlemelerle öngörmüş, fakat hiç biri de bu yolu kapatacak ya da kısıtlayacak bir hüküm içermediği gibi İtalyan Anayasası yargı yolunun kapatılması ya da engellenmesini yasaklamıştır.

II. AY HUKUKU İLE İDARE HUKUKU ARASINDAKİ İLİŞKİNİN AY YARGISI VE İDARİ YARGI İLİŞKİSİNE YANSIMASI

İdare hukuku ile AY hukukunun etkileşiminin doğal sonucu olarak AY yargısı ve İdari yargı da birbirlerine benzemekte ve birbirlerini etkilemektedirler.

AY yargısının amacının öncelikle AY'yı, dolayısıyla da toplumu ve kişilerin hak ve özgürlüklerini korumak, İdari yargının da önde gelen amacı İdare karşısında kişilerin hak ve özgürlüklerini korumaktır (21). Bu görüş, İsviçre ve

(21) KOTTUSCH Peter: a.g.e. s.18.

Almanya gibi idari iptal davasının subjektif nitelik taşıdığı hukuk sistemleri için geçerli olabilir (22). Fakat bizim hukuk sistemimizde DURAN'ın da belirttiği gibi idari iptal davası aslen yürütme ve İdarenin hukuka uygun davranmasını gerçekleştirmek amacıyla olduğundan objektif ve soyut bir niteliğe sahiptir. Sadece sakatlığı iddia edilen işleme yönelik bir hukuka uygunluk denetimidir. Bu nedenle bu davada husumetin doğru makama yöneltilmemiş olması önem taşımaz. İptal hükmü, yalnız davanın taraflarını değil, herkesi ve tüm İdareyi bağlar (23).

AZRAK da iptal davasının objektif niteliğinden ötürü iki taraf arasında bir dava olmadığını, davanın idari işleme karşı yöneltildiğini belirtmekte yine DURAN'la aynı doğrultuda iptal kararlarının ergo omnes etki yaratmasını da iptal davasının objektif niteliğine bağlamaktadır (24).

AY Yargısı yasanın politik fonksiyonunu hukuki açıdan denetlemektedir. Bu yolla politik alana da girerek yaptığı denetlemede sadece AY ya uygunluğu aramayıp maddi hukuk devletinin kavramlarını da göz önünde tutmaktadır (25). Klasik yargı fonksiyonu gören Danıştay da artık AY Yargısı gibi pozitif hukuk normlarının üstüne çıkarak hukuk yaratma işlevini görmektedir. Kararlarından birinde yasanın uluslararası antlaşmalara uygun yorumunu yaparken, bazılarında da yasayı atlayarak dava konusu hükümlerin, doğrudan AY'ya uygunluklarını denetlemiştir. Bu da İdare yargıcının AY yargıcı gibi davrandığını göstermektedir (26).

(22) AZRAK Ali Ülkü: İptal davalarının objektif niteliği üzerine düşünceler; Onar Armağanı İstanbul 1977, s.149.

(23) DURAN Lütfi: Hukuka Aykırılıkları Koruma Girişimi, Cumhuriyet, 30.1.1994 s.16.

(24) AZRAK Ali Ülkü: dipnot 22'de a.g.m. s.149.

(25) AZRAK Ali Ülkü: Türk A.Y. Mahkemesi, İ.Ü.H.F. Mecmuası, Cilt XXVIII S. 3-4, s.651.

(26) Bölüm I dipnotu 75 deki karar, dipnotu 76 deki karar.

AY yargısı ile İdari yargının kesiştikleri alan, "norm denetimi" olmaktadır. AY yargısı yasaları soyut ya da somut norm denetimi yoluyla incelerken, İdari yargı iptal davası ile İdarenin genel ya da birel işlemlerini denetlemektedir. Bunların dışında bizim hukukumuzda bulunmayan, kişilere doğrudan doğruya AY yargısına başvurma hakkı tanıyan "AY şikayeti" yoluyla da norm denetimi yapılmaktadır. Türk hukukunda AY şikayeti yolu bulunmadığı gibi, 1982 AY, AY Mahkemesine baş vurabilecek kişilerin çevresini de daraltmıştır.

AY şikayeti İsviçre hukukunda çoğu zaman İdare hukuku korumasına da hizmet etmektedir. Çünkü birçok kantonda İdari yargı bulunmadığı gibi, birçokta da gelişmiş değildir. Her ne kadar, AY şikayeti AY ihlalinin ortaya çıkarılması için hukuki bir yardım sayılsa da, İdari yargının olmadığı yerlerde yedek olarak kullanılmaktadır (27). Alman hukukunda da Anayasa Şikayeti İdari Yargının Anayasa Yargısına yakın bir durumda olduğuna örnek olarak gösterilmiştir (28).

Her iki yargıda da yapılan incelemeler üzerine AY'ya ya da İdari yargıda genel düzenleyici işleme aykırı olan hüküm iptal edildiği gibi, AY yargısından farklı olarak İdari yargıda bir de birel işlemlerin iptali söz konusu olur ki kanımızca İdari yargıya İdare karşısında kişilerin hak ve özgürlüklerini koruma özelliğini kazandıran da budur.

Alman hukukunda da yargı alanlarının birbirlerine daha çok yaklaşması nedeniyle yetki, yargı denetimi kapsamındaki konular ve kriterlerin birbirleriyle kesiştiği belirtilmektedir. PESTALOZZA bunun AY yargısı ile diğer yargı alan-

(27) KOTTUSCH Peter: a.g.e. s.29.

(28) SOMMERMANN Karl Peter: die deutsche Verwaltungsgerichtsbarkeit Speyer 1991, s. 13.
SCHAEFER Hans: Verfassungsgerichtsbarkeit und Verwaltungsgerichtsbarkeit. Staatsbürger und Staatsgewalt I. s.181.

larından daha çok İdari yargı ilişkisinde görüldüğünü, bu konuda İdari yargının AY yargısının daha üstün fonksiyonlarından rahatsız olması nedeniyle bu faaliyeti kendini de zorlayarak gereğinden fazla üstlendiğini vurgulamaktadır (29). Oysa Federal AY Mahkemesi, 12 Şubat 1992 tarihli bir kararında Yerel mahkemenin AY ya uygun yorum yapma olanağı varken bunu yapmaması nedeniyle itiraz yoluyla AY yargısına yaptığı başvuruyu kabul etmemiştir (30).

1. Kurumsal bakımdan AY Yargısı ile İdari yargı karşılaştırması:

Her iki yargı arasındaki ilişkiye, yargı organları açısından baktığımız zaman, 1961 AY nda "AY Mahkemesi" başlığı ile ayrı bir bölümde düzenlenen AY Mahkemesinin 1982 AYnda "Yüksek Mahkemeler" başlığı altında diğer yüksek mahkemeler ile birlikte yer aldığını görmekteyiz (md. 146). Fakat, AY Mahkemesinin sıralamada en başta yer alması diğerlerinden daha farklı olduğunu göstermekte, AY md. 153 ise, AY Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organları başta olmak üzere herkes için bağlayıcı olduğunu belirterek AY Mahkemesine bir üstünlük tanımaktadır.

AY Mahkemesi Danıştay'ın ya da Yargıtay'ın denetimini yapan bir üst mahkeme değil, yasamanın denetimini yapmak nedeniyle farklı ve üstün bir yere sahip bulunmaktadır. Yasamanın denetimini yaparken Danıştay ile aynı yöntemleri kullanmaktadır.

DURAN ise önceliğin sadece sıralamada bulunduğunu, AY Mahkemesinin özünde diğer yüksek yargı yerlerinden bir farkı olmadığını belirterek, AY Yar-

(29) PESTALOZZA Christian: Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Grenzbereich zur Verfassungsgerichtsbarkeit N.J.W. 31. 1978, No.36, s.1782.

(30) B.Verf G.E. 21/88.

gısının önceki hukuki rejimi korunmadıktan sonra sıralamanın, kenar ve alt başlıklarının önemli olmadığını söylemektedir (31).

Alman hukukunda her iki yargı organı arasında bir hiyerarşi söz konusu olmaktadır. Diğer yargı yerleri gibi İdari Yargı da faaliyet gösterdiği alanda son sözün AY Mahkemesince formüle edildiği biçimde AY tarafından söylendiğini kabul etmektedir (32).

Alman hukukunda yasanın öngördüğü hiyerarşide AY'ya da diğer yasalar, AY Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığını öngörüyorsalr İdari Yargı da bu bağlayıcılık kapsamındadır Bu bağlayıcılığın "işten ve sorumluluktan kurtulma" eğilimine yardımcı olduğu düşüncesi pek isabetli sayılamaz, çünkü İdari yargı AY yargısından kaynaklanan bir çeşit "hacir" altında bulunmadığı zaman dahi buna uymaktadır (33). Bu da AY Mahkemesinin her AY ya da yasal düzenlemelerden kaynaklanan bir iç otoritesinin geliştiğini göstermektedir (34). Aralarındaki hiyerarşi farkına rağmen, her ikisi de ortak bir alanda birleşmektedir. Amaç dolaylı ya da dolaysız, kişiyi kamunun üstün gücü karşısında korumaktır. Ortak hukuksal koruma yükümlülüğü hiyerarşiyi geri plana atarak her iki yargıyı yakınlaştırmaktadır (35).

2. İdari Yargı Yolunun Açık Tutulması

Hukuk Devleti ilkesinin en önemli unsurlarından olan "İdarenin yargısal denetimi" İdari yargı yolunun açık tutulmasıyla gerçekleşebilir. Bunu sağlay-

(31) DURAN Lütfi: Türkiye'de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu, Anayasa Yargısı Ankara 1984. s.80

(32) PESTALOZZA Christian: a.g.m. s.1782.

(33) PESTALOZZA, bu bağlamda "Kuratel" deyimini kullanmaktadır. Bunu, kamu hukukunda yeri olmamakla birlikte bir tür "hacir" olarak türkçeleştirmeyi yerinde gördük.

(34) PESTALOZZA Christian: a.g.m. s.1782.

(35) PESTALOZZA Christian: a.g.m. s.1783.

bilmek için her iki yargı organı da verdikleri kararlarda yargı yolunu kapatan hükümleri iptal etmek yoluna gitmişlerdir.

a) AY Yargısının İdari Yargı Yoluna Başvurma Hakkının Kısıtlanmasına Engel Olan Yaklaşımı.

AY Mahkemesi kuruluşundan bugüne dek özellikle yargı yolunu kapatan yasa hükümlerini AY'ya uygunluk açısından denetlemiş ve Hukuk Devleti ilkesine dayanarak iptal kararı vermiştir. AY Mahkemesi burada İdari Yargının korunmasına yardımcı olmakta, İdari yargının yetkisini aşan durumlarda İdari yargı yoluna başvurmayı engelleyen hükümleri ortadan kaldırmaktadır.

AY Mahkemesi, E: 1962/221, K: 1962/86 14.11.1962 tarihli kararında Vekalet Emrine alınanlara ilişkin Kanunun, böyle bir işlemle karşılaşan memurların İdari yargı yoluna başvuramayacaklarına ilişkin hükmünü Hukuk Devleti ilkesinden yola çıkarak İdarenin hiç bir eylem ve işleminin hiç bir halde yargı denetimi dışında bırakılamayacağı gerekçesiyle iptal etmiştir. Aynı şekilde Emekli Sandığı Kanunu md. 39'u incelerken de re'sen emekliye sevk edilenlere dava yolunun kapatılması karşısında hukuk devleti ilkesi ve İdarenin hiç bir eylem ve işleminin yargısal denetim dışında tutulamayacağı gerekçesini kullanarak buna ilişkin kanun hükmünün iptaline karar vermiştir (36)

AY Mahkemesi Türkiye Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Hakkındaki Kanunun disiplin cezalarına ilişkin hükmünü, para cezalarının kesin olduğu ve bunlar aleyhine yargı yoluna başvurulmasının engellemesini AY'nın memur teminatına ilişkin 118. md. ne aykırı bularak iptal etmiştir (37).

(36) E. 1962/262 K. 1963/21. 30.1.1963.

(37) E. 1963/112, K. 1963/196, 19.7.1963 R.G. 19.10.1963, S.11535 AMKD. S.2, s.36.

b) İdari Yargının Yargı Yoluna Başvurma Hakkını Genişletme Çabaları

İdari Yargı yoluna başvurma hakkını korumak AY Yargısı tarafından yerine getirildiği gibi, İdari Yargı da başvuru hakkını korumak için cesur kararlar vermek yoluna gitmiştir. Bunu sağlamak için kısıtlamaları ortadan kaldırmakta ve menfaat koşulunu geniş yorumlamaktadır.

aa) Kısıtlamaya Engel Olan Yaklaşım

Danıştay, kararlarından büyük ölçüde yararlandığı Conseil d'Etat'nın yaklaşımına paralel bir biçimde bir dönem bazı siyasal konulara duyduğu çekingenlik nedeniyle hükümetin misilleme tedbirleri ve vatandaşlık konularına ilişkin kararlarını "**Hükümet tasarrufları**" olarak nitelendirerek yargı denetimi dışında tutmakla birlikte 1950 yılından itibaren verdiği önemli kararlarıyla İdarenin yargısal denetimine giren konuların kapsamını genişletmiştir. Bu konudaki ilk örnek DDGK'nun bir kararıdır. 5250 sayılı yasanın, yetersizlikleri nedeniyle emekliye sevkedilecek memurların yargı yoluna başvuramayacaklarına ilişkin hükmünü, hukuka bağlı devlet ilkesi ve onun en belirgin niteliği olan 1924 AY md. 51'deki "**idari tasarrufların kazai murakabeye tabi tutulması**" hükmü ile bağdaştırabilmek için sadece idari işlemin takdir unsuruna ilişkin kısmının kontrol dışında kalacağı şeklinde anlamlandırarak Batı Avrupa hukuk sistemlerinden önce kullandığı AY'ya uygun yorum yoluyla bu hükmün memur aleyhine uygulanmamasını sağlayıcı bir yaklaşımı benimsemiştir (38).

Daha sonra 1402'likler adı verilen kararıyla Sıkıyönetim Kanunu uyarınca görevlerine son verilenlerin bu kararlara karşı yargı yoluna başvuramayacak-

(38) DDGK 6.6.1950, K.50/1067. DKD S.50-53. 1950-51, s.118.

larına ilişkin hükmün sadece sıkıyönetim süresince geçerli olduğunu kabul ederek, davayı incelemiş ve kararı iptal etmiştir (39).

Bu son kararların konumuz açısından önem taşıyan yanı 1982 AY Geçici 15. md. uyarınca 1402 sayılı yasanın AY Mahkemesi önünde AY'ya aykırılığının ileri sürülememesidir. AY yargısının denetim yapamadığı bir alanda İdari yargı kişileri hak arama özgürlüğünden yoksun bırakmamıştır.

bb)Menfaat Koşulunun Değerlendirilmesi

İdari yargıda iptal davası açabilmek için davacının meşru, kişisel ve güncel menfaatinin ihlal edilmiş olması gerekir. İptal davasının objektif ve soyut bir nitelik taşıması nedeniyle "husumet" burada bir önem taşımamakta, dava yanlış hasıma yöneltildiği takdirde de İdari Yargı Yeri tarafından düzeltilmektedir (İYUK md. 15/c). Çünkü iptal davası ile amaçlanan, kararı alan makam ya da organı mahkum etmek değil, İdarenin hukuka uygun davranmasını sağlamaktır (40).

"Menfaat" koşulunu idari yargı mercii değerlendirmekte, fakat çok kesin sonuçlara varılamamaktadır. Danıştay hizmetten yararlanma ve mahalle ya da köy halkından olmayı menfaat koşulu için yeterli sayarken, kiracı olma durumunda menfaat koşulunun gerçekleşmediğini ileri sürmektedir. Bunların yanı sıra belde sakini ve vergi yükümlüsü olmak ve rekabet menfaat koşulundan sayılmış (41), İzmir-Aliaga Serbest Bölgesine ilişkin kararında da Çevre Kanu-

(39) 5.D. 14.4.1988 E.1987/2417, K.1988/1286, D.I.B.K.7.12.1989, E.1988/6, K.1989/4.

(40) DURAN Lütfi: dipnotu 23'de a.g.m.s.26.

(41) GÖZÜBÜYÜK Şeref: Yönetmelik Yargı. Ankara 1993, s.125-129.

nunun ilgili maddelerine dayanarak, davacının milletvekili sıfatıyla değil, bir vatandaş olarak ehliyetli olduğunu kabul etmiştir (42).

Danıştay, yerel yönetimlerin karar organlarını oluşturan üyelerin bu organların kararlarına karşı açtıkları iptal davalarının iptidaen kabulünde menfaat koşulunu cömertçe yorumlamış ve Belediye Meclisi üyelerinin meclisin verdiği kararlara karşı iptal davası açabileceklerini kabul etmiştir. Buna karşılık başka bir kararında, menfaatin meşru, güncel ve kişisel olmasıyla yetinmeyip ayrıca pozitif hukuk kurallarıyla özel bir biçimde korunan bir menfaat olmasını da aramıştır (43). Dernek, sendika, vakıf ve meslek kuruluşlarının, ancak tüzel kişiliklerinin menfaati ihlal edildiği takdirde dava açmaya yetkili oldukları kabul edilmekte, üyelerinin menfaatini korumak için açtıkları davalar ise menfaat koşulundan reddedilmektedir. Fırıncılar Derneği tarafından açılan bir davada **"Belediye kararı Fırıncılar Derneği hakkında olmayıp fırıncıları ilgilendirdiği anlaşıldığına göre bu husustaki davanın hak ve menfaati ihlal eylediği iddia edilen kimseler tarafından açılması lazım olduğu cihetle kabulüne imkan olmadığına karar verilmiştir"** (D. 6. D. 15. 12. 1952 E: 52/603, K: 52/2191) DKD s. 58, s.215).

Oysa Conseil d'Etat derneklerin üyelerinin menfaatlerini ilgilendiren konularda da dava açabileceklerini kabul etmiştir (44). Bu da Danıştay'ın çıkar gruplarının dava yetkisi konusunda çekingen davrandığını göstermektedir. Menfaat koşulunu dar ya da geniş yorumlanması, idari yargı yoluna başvurma hakkını kısıtlamak ya da genişletmek anlamına gelmektedir.

(42) D.10.D. E. 1990/2278, K. 1992/1672.

(43) AZRAK A.Ülkü: dipnotu 22'de a.g.m. s.153.

(44) a.g.e., s.154.

Danıştay, menfaat koşulunu çağdaş anlamda değerlendirmeye başlamışken, Meclise sunulan Adalet Reformu paketi içinde İYUK'da değişiklik yapan tasarı öncelikle menfaat koşulunu değiştirmek yoluna gitmiş, davaların ancak "kişisel menfaatleri ya da kişisel hakları doğrudan ihlal edilenler" tarafından açılabileceğini düzenlemiştir. Burada güdülen amacın herkesin önüne gelen her idari işleme karşı dava açmasını önlemek ve İdari yargının yükünü hafifletmek olduğu ileri sürülmektedir. Oysa, idari yargı bu konuda hiç bir şikayette bulunmadığı gibi, yukarıda da görüldüğü üzere menfaat koşulunu kendisi değerlendirdiği ve menfaati yorumlamak hakkına sahip olduğu için gerektiğinde menfaat yönünden davayı reddederek iş yükünü hafifletebilmektedir. Danıştay da verdiği bir kararda, iptal davasında menfaat unsurunun ne kadar geniş yorumlansa da, tüm vatandaşlara her idari işlem aleyhine sadece vatandaş olmak sıfatıyla dava açmasına olanak verecek biçimde, yani bir "actio popularis" niteliğinde olamayacağını belirtmiştir (45).

İptal davalarında kişisel menfaatin zedelenmesi koşulu Danıştayca, esasen esnek olarak yorumlanmaktayken, idari yargının bu konudaki takdir hakkını ortadan kaldıracak böyle bir düzenlemeyle dava hakkının bu denli daraltılması, iptal davasının objektiflik niteliğiyle bağdaşmamaktadır.

Bu girişimin arkasında saklanan amaç ise İdareyi bir çok durumda yargısal denetimden kurtarmaktır. AY'da İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu belirtilmesine karşılık hazırlanan tasarıdaki bu hükümle daha çağdaş olması istenilen İYUK'nda geriye dönmüştür. Daha sonra bu tasarının geri çekilmesiyle tüm toplumu ilgilendiren birçok konuda (özellikle İmar düzeni ve çevre) bireylerin dava yoluyla kamu yararını sağlaması ve Hu-

(45) 25.1.1974, K.1974/80, D.D. S.16-17, s.163.

kuk Devletinın İdarenin yargısal denetimi unsurunun gerçekleşmesine engel olabilecek bu girişim önlenmiş, fakat daha sonra yeniden gündeme getirilmiş ve 10.6.1994 tarihli yasayla yapılan değişiklikte "menfaat" koşulu kaldırılarak yerine "kişisel hak" koşulu getirilmiştir.

3. A.Y. Yargısında ve İdari Yargıda Denetim Teknikleri

a) Norm denetimi:

aa) Genel Olarak:

AY Yargısında "yasaların AY ya uygunluğunun denetlenmesi " anlamını taşıyan bu deyim, Alman ve İsviçre hukuklarında İdari Yargıda idari işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi için de kullanılmaktadır (46). Türk hukukunda ise AY yargısındaki norm denetimine benzer faaliyette bulunulmasına karşılık İdari yargıda "norm denetimi " deyimini kullanılmamaktadır. Çünkü bu deyim Türk hukukuna AY yargısıyla girmiş, ondan daha eski bir geçmişe sahip olan İdari Yargıya geçmemiştir.

Norm denetimi AY yargısına başvurma usulüne göre soyut ve somut olmak üzere ikiye ayrılır.

bb)Denetim Ölçütleri

AY Yargısı ve İdari yargıda yapılan uygunluk denetiminde, aykırı olduğu ileri sürülen hukuk normunun karşılaştırılabileceği bir hukuk normunun varlığı gerekir. Her iki yargı sisteminde de bu bir üst basamaktaki normdur (47). Her

(46) KOTTUSCH P.: a.g.e. s.33, Verwaltungsgerichtsordnung s.47.

(47) AZRAK A.Ülkü: Anayasa Yargısında Ölçü Normlar, Aynayasa Yargısında Avrupa Modeli ve Türkiye Uluslararası Sempozyum. 13-14 Haziran 1987 İstanbul, s.

iki yargıda kullanılan ölçü normlar arasında farklar olduğu gibi benzerlikler de söz konusu olmaktadır.

Geniş anlamda AY kavramına dahil olan normlar AY Yargısında ölçü norm olarak kabul edilmektedir. İdari yargıda ise ölçü norm olarak idari işlemler görülmekte, en üst derecedeki idari işlem için de yasama işlemi (yasa) ölçü alınmaktadır. AY Yargısı yargılama konusunun İdari yargıdan farklı olması nedeniyle AY ve üstü normları ölçü norm olarak kullanmaktadır. Ayrıca AZRAK AY md. 88 in Kanun tasarı ve tekliflerinin TBMM'de görüşülme usul ve esaslarının iç tüzükle düzenleneceğini belirtmesiyle İçtüzük hükümlerinin de ölçü norm olarak öngörüldüğünü kabul etmektedir (48). AY Yargısı ve İdari yargı arasında kullanılan ölçü normlardaki benzerlikler, İdari yargının yargı yoluna başvurma hakkını genişletme çabalarıyla ortaya çıkmış, İdari yargı için en üst ölçü norm olan yasanın da üstüne çıkmıştır. AY'nın ölçü norm olarak kullanıldığı bir çok İdari yargı kararı bulunduğu gibi, artık aynen AY mahkemesi gibi Uluslararası sözleşmelere de atıf yapılmaya başlanmıştır. Genel hukuk ilkeleri, ölçülülük ilkesi gibi AY'nın ruhundan çıkan ilkeler (49) sadece AY yargısında değil idari yargıda da kullanılmaktadır.

Türk AY Mahkemesi ve Danıştay'ın bugüne dek verdikleri kararlara bakıldığında, özellikle Danıştay'ın AY Mahkemesinin görevini yapmak zorunda olduğu durumlarda kullandığı ölçü normlar büyük benzerlik göstermektedir. Danıştay'da doğrudan AY ya yollama yapmakta, AY'nın ruhundan çıkan ilkeleri kullanmakta, yakın tarihli bir kararında da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin hükmüne dayanmaktadır. Danıştay'ın kullanamayacağı bir ölçü norm "**Meclis İçtüzüğü**"dür.

(48) Aynı.

(49) Aynı.

AY Yargısı ve İdari yargıda ölçü norma uygunluk denetiminde bu denetim tabi normun üretiliş süreç ve yöntemi ölçü normların içerdiği unsurlara göre incelenerek değerlendirilmektedir (50). Aslen idari iptal teorisinde yer alan bu denetim biçimi AY Mahkemesi Kuruluş ve İşleyişine ilişkin Kanununda bu konuda hiç bir düzenleme yapılmadığı için kıyas yoluyla AY Yargısında da uygulanmaktadır (51).

Fakat yasaların AY'ya uygunluğunun denetiminde şekil ve esas olarak ikili bir ayırım öngörülmesine karşılık, idari yargıda her iki denetim de tek bir başlık altında toplanmıştır. AY Yargısında şekil açısından bir denetim yapılabilmesi için yasanın Resmi Gazete'de yayınından itibaren 10 gün içinde dava açılması gerekir. Oysa, İdari yargıda idari işlemin tebliği tarihinden itibaren 60 gün içinde yapılacak başvuruda işlem usul-şekil ve yetki unsurları açısından da denetlenmektedir.

Yasanın şekil bakımından denetimi AY ve AY Mahkemesi İç Tüzüğündeki kurallara uygun olarak yapılıp yapılmadığıdır. TEZİÇ bunun usul denetimi olduğunu ileri sürmekte, şekil denetiminin yasanın yazılı metin halinde Resmi Gazete'de yayınlanmasına ilişkin olduğunu belirtmektedir (52). Fakat her ne kadar bu denetim şekil-usul unsuru denetimi olarak görülse de yetki unsuru denetimi de şekil yönünden denetimin içindedir ve AY Mahkemesinin her iki AY döneminde de buna ilişkin kararları mevcuttur.

AY Mahkemesi CHP'nin Haksız İktisaplarının İadesi Hakkındaki Kanunu iptal ederken yasama organının yargı kararı niteliğinde karar almaya yetkili

(50) Aynı

(51) DURAN Lütfi: Mevzuat Kroniği. Hukuk Fakültesi Mecmuası, cilt XXVIII S.2, s.450

(52) TEZİÇ Erdoğan: a.g.e. s.183.

olmadığına (fonksiyon gasbına) dayanmış (53), 1982 AY dönemindeki yeni bir kararında ise AY md. 148 ile AY'ya uygunluk denetimi dışında tutulan olağanüstü hal KHK'ni inceleyerek (Judicial Activism), yalnız olağanüstü hal süresince ve olağanüstü hal ilan edilen yerlerde uygulanmak üzere çıkarıldığını ve bu tür KHK çıkarma yetkisinin olağanüstü hal süresiyle sınırlı olduğunu belirterek başka yer ve zamanda uygulanmaları nedeniyle (zaman ve yer bakımından yetkisizlik) iptal etmiştir (54).

Görüldüğü gibi, AY Mahkemesi de İdari Yargı gibi yetki unsuru denetimi yaparken tam isimle belirtmese de, fonksiyon gasbı, yer ve zaman bakımından yetkisizlik kavramlarını kullanmaktadır.

İdari yargıda yetki unsuru, işlemin takdir yetkisine yer verilmeyen en önemli unsurdur. İdare hukukunda işlemi yapacak olan makam ve bu makamın yetkileri kesin olarak belirlenmiştir, bunun dışına çıkılamaz. Çünkü yetkiye ilişkin kurallar kamu düzenindedir.

Esas (içerik) açısından yapılacak denetimde her iki yargıda da dava konusu hüküm konu, sebep ve amaç unsurları açısından incelenecektir. Her iki yargı organı da sadece hukuki açıdan bir denetim yapabilir, yerindelik denetimi ikisi için de öngörülmemiştir (55).

Denetleme konusu olan hükmün sebep unsuru onun varoluş nedenidir, yani yasanın ve idari işlemin yapılış nedenidir. Yargı mercii öncelikle sebep unsuruna aykırılığın var olup olmadığına bakacaktır. Sebep unsuru, hem yasama hem de İdare bakımından büyük önem taşımaktadır, üstün otoriteye sahip bu

(53) R.G. Aralık 1963 s.14372.

(54) E.1990/25, K.1991/1. 10.1.1991, R.G. 5.3.1992, S.21162 s.41.

(55) E. 1977/123, K.1978/16. 16.2.1978 A.M.K.D. S.16 s.60

makamların kendi çıkarları doğrultusunda kişilerin hak ve menfaatlerini kısıtlayıcı, zedeleyici kararlar almasını önler. Sebep unsuru, yasanın ya da işlemin mutlaka yapılmasını gerektirmese de yapıldığı takdirde mutlaka bu unsura bağlamaktadır (56).

Konu unsuru İdare hukukunda olsun, AY hukukunda olsun, o işlemin doğuracağı hukuki sonuç olarak tanımlanır (57). Yasa koyucu ya da İdare AY ya da yasanın kendileri için öngördüğü durumlara uygun karar almak zorundadır. AY Koyucu ve yasa koyucunun açıkça yasakladığı konularda yasa ya da idari işlem yapılmayacağı gibi, düzenlediği konularla da sıkı sıkıya bağlıdır (58).

Amaç unsuru her iki hukuk dalında da işlemin en önemli unsurudur. İşlemin nihai unsuru olarak daima kamu yararadır (59). Bu unsurda hiçbir zaman takdir yetkisi bulunamaz. AY Yargısında yasakoyucunun kişisel, saklı ve siyasi bir amaç güttüğü durumlar amaç unsurunda çok önemli bir sakatlığı "yetki saptırmasını" oluşturur (60). Mahkeme burada nasıl bir amaç güdüldüğünü incelemek durumundadır. AY Mahkemesinin yetki saptırması konusunda kararları mevcuttur. Bu kararlardan biri olan ABANA ilçe merkezinin Bozkurt-Pazar-yerine nakline ilişkin konunun iptaline, "**Hukuk Devletin tanımına giren bir çok unsurlardan birisi de, kamu yararı düşüncesi olmaksızın, başka bir deyimle, yalnızca özel çıkarlar için veya yalnızca belli partilerin ve kişilerin yararına olarak herhangi bir yasanın kabul edilmeyeceğidir. Buna göre çıkarılması için kamu yararı bulunmayan bir kanun AY'nın 2. maddesi hükmüne aykırı nitelikte olur ve dava açıldığında iptali gerekir**" diyerek Hukuk Devleti ile yetki saptırması arasında da bir bağlantı kurmuştur (61).

(56) TEZİÇ Erdoğan: a.g.e. s.192

(57) Aynı, s.197, GÖZÜBÜYÜK Ş. a.g.e. s.180

(58) Aynı, s.198. Aynı, s.182.

(59) E. 1972/14, K.1972/34, 22.6.1972 AMKD. S.10. s.487.

(60) TEZİÇ Erdoğan: Anayasa Mahkemesinin esasa ilişkin denetimi, Anayasa Yargısı, Ankara 1986, s.29.

(61) AYM E.1963/145, K.1967/20, 27.6.1967, AYMKD S.5, s.150.

İdari Yargıda da AY Yargısındaki gibi, yetkinin kapalı bir biçimde başka amaçla kullanılması ya da yasa koyucu tarafından gerçekleştirilmesi istenen farklı amaçlara yöneltilmesi iptal nedeni sayılmakta ve bu durum yetki saptırması olarak adlandırılmaktadır (62).

Danıştay, kişisel amaç güdülmesi (63) siyasal amaç güdülmesi (64) ve özel amaç güdülmesi (65) durumlarında yetki saptırması nedeniyle iptal kararı vermiştir.

Danıştay İdarenin içinden çıktığı için Anayasa Mahkemesinden farklı olarak sadece bir yargı mercii değildir. Aktif İdarenin faaliyetlerini kolaylaştırıcı bir rol de oynamakta ve bu nedenle karar verirken idari icapları da düşünmek zorunda kalmaktadır. Fakat bu durum denetleyici idare konumundaki bağımsızlığını ve tarafsızlığını etkilemediği için ona bu tür karar verme yetkisi de tanınmıştır.

Anayasa Yargısı ve İdari Yargı yasama boşluğunun doldurulması konusunda aynı doğrultuda karar vermişlerdir. Danıştay Anayasaya uygun yorum yoluyla verdiği kararında, davacının sözleşmeli personel statüsünde çalışması ve ilgili yasanın da o statüde çalışanlar için fazla mesai ücreti öngörmemiş olması nedeniyle davacıya fazla mesai ücreti ödenmemesi işlemini AY. md. 42'deki angaryayı yasaklayan hükme aykırı görerek iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesi de Kıyı Kanununun bazı maddelerinin iptali kararında, yasada var olan eksikliklerin anayasa buyruğuna uygun bir düzenlemenin

(62) ONAR, S.S.: a.g.e. s.318-322. BECKER Peter. der Einfluss des Französischen Verwaltungsrechts. auf den Rechtsschutz in den europäischen Gemeinschaften. Hamburg 1963, s.35.

(63) D.6. D. 11.6.1947 E.46/2889 K.47/1338, D.K.D. S.36-37. s.288.

(64) D.5. D. 29.6.1966 E. 1965/67 K.1966/4023 D.K.D. S.107-110, s.286.

(65) D.6 D. 24.3.1954 E. 1953/1005, K.54/753.

yapılmadığını gösterdiğini, böylece anayasal zorunluğu ortadan kaldıran ve öngörülen sonuçların sağlanmasını engelleyen nitelikteki bu eksikliklerin anayasaya aykırı olduğunu kabul etmiştir (66).

Ölçülülük ilkesi, Anayasa yargısı ve İdari yargıda yapılan yargısal denetim sırasında özellikle temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında "sınırlamanın sınırı" olarak kullanılmaktadır. Somut bir temel hak sınırlamasının amacı ile, sınırlama önlemi arasındaki ilişkisinin denetlenmemesini, hukuk devletinin gerektirdiği rasyonel esaslara bağlayarak keyfi sınırlamaları önleyici bir fonksiyon yerine getirmektedir (67). Geçmiş 18. yy'a dek uzanan ölçülülük ilkesi Alman İmparatoru Büyük FRIEDRICH'de suç ve ceza arasında orantılılık olarak öngörülmüş, ölüm cezasının sadece soyguncular ve katiller için sözkonusu olabileceği belirtilmiştir. MONTESQUIEU ise İran Mektuplarında kademeli yaptırımlar önermekle birlikte, Yasaların Ruhu'nun birçok bölümünde ağır cezalar öngörmektedir (68).

Avrupa Topluluğu hukuku çerçevesinde yazılı olmayan, bir yandan bireyi koruyup diğer yandan subjektif bir hak oluşturmayan bir genel hukuk ilkesi olarak kabul edilen ölçülülük ilkesi (69), AAD'nında temel haklara getirilen sınırlamanın amacı olan genel yarar ile belirli bir hakka getirilen sınırlamadan doğan kayıp (özel çıkar) arasında bir orantı olarak ele alınmaktadır (70). Bu ilke aynı zamanda AİHS 8. ve 11. md. içtihatlarında kabul edilmiş ve ulusal hukuk düzenlerine de geçmiştir (71).

(66) D.5.D.E.1968/5543, K.1970/219. D.D. S.1. s.191-192., AYMK. E.1985/1, K.1986/4, 25.2.1986, R.G. 10.7.1986, S.19160, s.16.

(67) SAĞLAM Fazıl: Temel Hakların Sınırlanması ve Özüt, Ankara 1982 s.128.

(68) MERTEN Detlef, a.g.m. s.197.

(69) RUMPF Christian: Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 31. yılı Sempozyumu s.4.

(70) BATUM Süheyl, a.g.e. s.262.

(71) Aynı, s.6.

AIHS'de ölçülülük ilkesinin uygulamasında ilk adım olan gereklilik unsurunda demokratik bir toplum düzeninin gereklerine uygunluk aranmaktadır. AIHS İctihatlarına göre, Avrupa demokratik toplum düzeni çoğulculuk, hoşgörü ve açık düşünce kavramlarına zorunlu olarak yer veren demokratik topluma dayanmaktadır. Ancak demokratik düzenin ortadan kaldırılması, hak ve özgürlüklerin yok edilmesine yönelik düşünceleri savunan örgüt ve bu amaca yönelik eylemler sözleşmenin çoğulcu demokrasi anlayışı dışında kalır (BATUM s.242). Türk Anayasa Mahkemesi de gereklilik unsuru olarak demokratik toplum düzeninin gereklerini ifade etmekte, fakat bazı kararlarında standart demokratik toplum düzenini kabul ederken bir kararında da 1982 AY standardında bir demokratik toplumdan söz edilmektedir.

"Yasa koyucu kimi temel hak ve özgürlükler için gerektiğinde yukarıda sözü edilen sebeplere dayanmak suretiyle demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı düşmeyecek sınırlamalar getirebilecektir. Burada söz edilen demokratik toplum düzeniyle hiç kuşkusuz Anayasamızda gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenen hukuk düzeninin kastedildiğinde duraksamaya yer yoktur" (72).

Oysa BATUM gerekçe kısmının 1982 AY'nın 13. maddesinde yer alan düzenlemelerden bir kısmının (yasa ile düzenleme, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama, ölçülülük ve amaca uygun olma) AIHS'ndeki ölçütlere uygun olma amacına yönelik olarak hazırlandığını ortaya koyduğunu ileri sürmektedir (73).

(72) AYM E.1985/21, K.1986/23, 6.10.1986, R.G. 14.3.1987, s.19400, s.52.

(73) BATUM. Aynı s.188-189, aynı görüşte ALİEFENDİOĞLU, AYM kararı E. 1985/8 K. 1986/27 karşı oy yazısı.

SAĞLAM, Anayasa Mahkemesinin bu yaklaşımını değiştirmemesi durumunda temel hak ve özgürlüklerin demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütüyle korunamayacağını belirtirken (74) TANÖR'de bu Anayasadaki hak ve özgürlüklerle bezeli demokratik toplum düzenine ilişkin hükmün güvence getirmeyeceğini vurgulamakta fakat özellikle Anayasa Mahkemesinin bu kavrama çağdaş ve evrensel ölçüler çerçevesinde bakarak bu konudaki kesin gelişmeyi belirleyebileceğini ileri sürmektedir (75). DURAN'da eleştirisinde Anayasa Mahkemesinin bu kavramı 19. yy'ın milli irade kuramı ile özdeşleştirdiğini, çağdaş demokratik toplum düzeninde milli irade kavramının yeri olmadığını belirtmektedir (76). Gerçekten de gerekçesinde AİHS'ne yollama yapılan bir Anayasa hükmünün ondan farklı olması ve ondan farklı yorumlanması mümkün olmaz. Türk Anayasa Mahkemesi bu karardan kısa bir süre sonra verdiği başka bir kararında da (E: 1985/8, K: 1986/27 26.11.1986) standart demokratik toplum düzenini kabul etmiş ve bu kavramı ölçülülük (oranlılık) açısından da inceleyip "Özgürlüklerin sınırlandırılmasında uyulması gereken bir başka ilke de sınırlandırmaların demokratik toplum düzeni gereklerine aykırı olamayacağıdır. Özgürlükler istisnai olarak ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırılabilir. Demokratik hukuk devletinde güdülen amaç ne olursa olsun özgürlük kısıtlamalarının bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını ortadan kaldıracak düzeye vardırılmamasıdır" biçiminde hüküm kurmuştur.

Daha sonra verdiği bazı kararlarda da yine AİHS'nin (8-9, 10-11 ve 15.) maddelerinde yer alan kanunla sınırlama, demokratik rejim gereklerine aykırı

(74) SAĞLAM Fazıl: 1982 Anayasasının Temel Hak ve Özgürlükler Bakımından Getirdiği Sorunlar. Bahri Savcı'ya Armağan, Ankara 1988. s.440.

(75) TANÖR Bülent. İki Anayasa, İstanbul 1991 s.136-137.

(76) DURAN Lütfi: Anayasa Mahkemesine göre Türkiye'nin hukuk düzeni A.İ.D. C. 19, S. 1, Mart 1986, s.5

olmama ve öngörülen amaç dışında uygulanmama kavramlarına dayanarak standart demokratik toplum düzeni kavramını kullanmıştır (E: 1988/14, K: 1988/18, 14.6.1988. RG. 14.7.1988 S. 19872, s. 23 vd., E: 1988/2, K: 1988/1, 8.12.1988, RG 16.5.1989 S. 20167, s.9 vd.).

Anayasa Mahkemesinin verdiği bu kararlar üzerine YÜZBAŞIOĞLU, şu aşamada standart demokratik toplum düzeni yönünde içtihat oluştuğunu belirtirken (77), BATUM'da Anayasa Mahkemesinin genel olarak eski uygulamalarıyla sürekli olarak Avrupa standartına yollama yaptığını, sadece Türkiye'deki demokratik düzeni hedef olduğu tek bir kararın varlığının onun Avrupa standartından uzaklaşacağı anlamına gelmediğini ileri sürmektedir (78).

AY Mahkemesinin, AİHS'ndeki ölçütlere uygun olma amacına yönelik olarak hazırlanan bir AY hükmünü başka türlü yorumlaması mümkün değildir. Ancak Avrupa standartına uygun demokratik toplum düzenini her konuda ve istisnasız uyguladığı takdirde bu yönde bir içtihat oluştuğu kabul edilebilecektir. Aksi halde verilen tek bir karar bile bu içtihatın oluşmadığı izlenimini yaratmaktadır.

Ölçülülük ilkesinin aşırı bir biçimde kullanıldığı Almanya'da Federal Anayasa Mahkemesinin yaptığı tanıma göre ölçülülük ilkesi: yasakoyucu tarafından kullanılan aracın zorunluğu vardır. Araç hedeflenen sonuca varılmasına yardımcı olabiliyorsa elverişlidir. Yasakoyucu, aynı derecede etkili olup ilgili temel hak üzerine sınırlayıcı etkisi daha az olan bir aracı bulamıyorsa araç gereklidir (79).

(77) YÜZBAŞIOĞLU Necmi, Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku İstanbul, 1993 s.314.

(78) BATUM, aynı, s.197.

(79) RUMPF Christian: a.g.t. s.8.

Ölçülülük ilkesi Türk AY hukukuna 1961 AY döneminde adı verilmemekle birlikte AY Mahkemesi içtihatlarıyla girmiştir. Üstelik bu kararlarda açıkça belirtilmese de Alman AY Mahkemesince kullanıldığı gibi, ölçülülük ilkesinin "elverişlilik" unsuruna başvurmuş, Sendikalar Yasasınının 1317 sayılı yasa ile değişik md. 9/2 f. a da öngörülen işçi sendikalarının Türkiye çapında çalışabilmesi için kurulu bulunduğu iş kolundaki işçilerin en az 1/3 ini üye yapmış olması kuralının sendika sayısındaki şişkinliği azaltma amacıyla konfederasyon ve federasyonlar için de öngörülmesi üzerine, AY Mahkemesi:

"Türkiye çapında çalışacak sendikaların kurulmasının engellenmesi, işyeri sendikalarının ya da belli kentlerde veya bölgelerde işkolu sendikalarının kurulmasını ve böylelikle bu sınırlandırma ile önlenmek istenen sendika sayısındaki şişkinliğin ve birçok güçsüz sendikaların ortaya çıkmasının gerçekleşmesi sonucunu doğuracaktır. Demek ki yasa kuralı ile varılmak istenen erek değil, onun tam tersi gerçekleşecektir: bu da, kuralın konuluşunda kamu yararını korumaya elverişlilik olmadığını göstermektedir."

diyerek hükmü AY'ya aykırı bulmuştur (80).

AY Mahkemesi ölçülülük ilkesinin en çok kullanılan unsuru olan "oranlılığı" ceza hukukundaki anlamıyla suç ve ceza arasındaki ilişkide kullanmıştır.

(80) AYM. E: 1970/48, K: 1972/3, 8.2.1972 AMKD. S.10, s.129.

"... Yasak bir eylem karşılığında insan haysiyeti ile bağdaşmayan bir ceza yaptırımını konulması olanağı yoksa da, bu ilkenin, hürriyeti sınırlayıcı ceza yaptırımlarının, suçun ağırlığıyla orantılı olarak ta belli edilip saptanması zorunluluğu bakımından kesin bir sınır teşkil edeceği düşünülemez. Çünkü toplum yaşantısının belli bir evresinde toplumun huzurunu bozan ve bu nedenle suç sayılan eylemlerin önlenmesi ve suçluların tenkil edilmesi bakımlarından, ceza yaptırımlarının çeşit ve ölçülerinin makul ve insani sınırları aşmamak kaydıyla yasakoyucu tarafından seçilmesi olanağı vardır" (81).

AY Mahkemesi "gereklilik" unsuruna değindiği Sıkıyönetim Yasasına ilişkin kararında 30 günlük gözetim altında tutma yetkisini iptal ederken:

Bir sanığın hakim önüne çıkarılmaksızın 30 gün gözetim altında tutulması sıkıyönetim gereklerini ve gereksinmelerini aşan, olağanüstü deyimiyle de tanımlanamayacak bir tedbir, bir çeşit fiili tutuklamadır... Bu işlem yargısal denetime bağlı tutulmadan kişinin çok uzun bir süre en önemli anayasal hakkından yoksun edilmesine pek elverişli bir niteliktedir.

demektedir (82).

RUMPF ise 1961 Anayasası döneminde AY Mahkemesinin verdiği kararlarda kullandığı ölçülülük ilkesinin Alman Federal Anayasa Mahkemesinin kullandığı nitelikte olmadığını ve temel hakların korunmasına ciddi bir katkıda bulunmadığını ileri sürmektedir (83).

(81) AYM. E: 1970/22, K: 1971/20, 18.2.1971 AMKD. S.10, s.18.

(82) AYM. E: 1971/31, K: 1972/5, 15-16.2.1972, AYMKD S.10, s.186.

(83) RUMPF Christian, Des Rechtsstaatsprinzip in der türkischen Rechtsordnung s.328.

Türk Anayasa Mahkemesi de ölçülülük ilkesini 1982 Anayasası döneminde Alman hukuk sistemindeki biçimde gereklilik, elverişlilik ve oranlılık olarak kabul ederek kullanmıştır.

Yasakoyucunun gerekli bulduğu bir koşul ya da önlem, "Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun" oldukça, "demokratik toplum düzeninin gereklerine" aykırı olmadıkça ve "öngörülükleri amaç dışında" kullanılmadıkça A.Y. ya ters düşmeyen özel nedenli sınırlamadır. "İtiraz konusu kuralı, amaç ve sınırlama orantısının korunmasıyla ilgili 'ölçülülük' temel ilkesinin alt ilkelere olan yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığını saptamaya yönelik 'elverişlilik' sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma bakımından zorunlu olup olmadığını arayan 'zorunluluk-gereklilik', ayrıca amaç ve aracın ölçüsüz bir yükümlülük getirip getirmediğini belirleyen 'oranlılık' ilkeleriyle çatışan bir sınırlama sayan görüşler bu nedenle yerinde bulunmamıştır" (84).

Bunun yanısıra, 1982 Anayasasının 13. maddesinde de temel hak ve özgürlüklerle ilgili genel ve özel sınırlamaların öngörülükleri amaç dışında kullanılmamaları kuralıyla ölçülülük ilkesinin pozitif AY ilkesi haline getirildiği belirtilmektedir (85).

Ölçülülük ilkesi, Federal Anayasa Mahkemesinde Hukuk Devleti ilkesine dayanmaktayken, Türk Anayasa Mahkemesinde demokratik toplum düzeninin gereklerine ve temel hakların sınırlandırılması sistemine dayandırıldığı görülmektedir (86).

(84) AYM E.1988/50, K.1988/18, 23.6.1989, R.G. 4.10.1989, s.20302.

(85) YÜZBAŞIOĞLU Necmi, a.g.e. s.290.

(86) RUMPF Christian: a.g.t. s.13-14.

İdare hukukunda ölçülülük ilkesi özellikle kolluk işlemlerinde söz konusu olmaktadır. DURAN, kolluk gücünün ancak kamu düzenini ya da yasayla düzenlenmiş özel amaçları tehdit eden ya da tehlikeye sokan tutum ve davranışların ortaya çıkması halinde bunları tehdit ve tehlikenin nitelik ve koşulları ile orantılı ve hak ve hürriyetleri en az sınırlayıcı ve kısıtlayıcı olan yollardan ve araçlarla önlemek, engellemek ve kaldırmak için yapılması zorunlu her türlü işlem ve eylemleri gerçekleştirmeye yetkili olduğunu belirtirken (87), ölçülülük ilkesinin, idare hukukunda da gereklilik, elverişlilik ve oranlılık olduğu görülmektedir. Danıştay'ın verilen bir disiplin cezası üzerine açılan bir davada verdiği kararda da aynı nitelikler görülmektedir.

"Ceza tertip edilirken, öğrencinin fiil ve hareketinin mahiyeti, okul dışındaki ve içindeki genel durumu, fiilin ne gibi şartlar altında işlendiği ve bilhassa öğrenciyi suça iten psikolojik faktörler nazara alınarak buna göre ceza tertibi icap ederken davacıya tertip edilen cezada fiil ile ceza arasında gerekli denge kurulmadığından kararda bu yönüyle isabet görülmemiştir" (88).

Fakat idare hukuku gibi burada da bu nitelikler açıkça söylenmemektedir. Ölçülülük ilkesi açısından anayasa yargısı ve idari yargı aynı yöntemi kullanarak aynı sonuca ulaşmaktadır.

c) Soyut Norm Denetimi

Soyut norm denetimi, somut hukuk uygulamalarından soyutlanmış kapsamlı bir denetim yoludur (89). Anayasa Yargısının çekirdeği olarak Anayasa

(87) DURAN Lütfi: a.g.e. s.259.

(88) D.12 D.E. 1969/627 K. 1970/120.

(89) SCHLAICH Klaus: Das Bundesverfassungsgericht. Munich 1985. s.67.

Yargısı pratiğinde sağlam bir yere sahiptir. Anayasa'ya uygunluk denetimi sırasında aykırı hükmün iptali yoluyla normlar çatışmasını önlemektedir.

Soyut norm denetimi normun anayasa hukuku açısından durumunu açıklığa kavuşturmak nedeniyle, hukuk barışına da hizmet etmektedir. Çünkü bir normun anayasaya uygun bulunduğuna ilişkin yargı kararı gelerek potansiyel anayasaya aykırılıklarını da azaltır (90).

Yasama ve yürütme arasında bir yetki koymasına neden olacağı düşüncesiyle, Anayasa Yargısına re'sen soyut norm denetiminde bulunma yetkisi verilmemiştir. Anayasa Yargısı, sadece başvuru üzerine harekete geçebilir. Başvuru hakkının bir grup ya da belli bir sayı oluşturmak koşuluyla parlamento üyelerine tanınmış olması, onların anayasal ya da politik pozisyonlarını korumaları, güçlendirmeleri için değil, anayasanın korunması içindir (91).

Türk hukukunda, yasama organı tarafından çıkanlar bir yasa aleyhine Anayasada kendilerine bu hak tanınmış olan kişi ve gruplar tarafından yasanın Resmi Gazetede yayınlanmasından itibaren 60 gün içinde dava açılmasıdır. Bu yolla, Fransa'dakine benzer bir ön denetimin olmadığı Anayasa yargısı sistemimizde yasa, uygulama sürecinde somut bir uyuşmazlık ilişkisinin doğması (liaison du contentieux) olgusuna bağlı olmaksızın hukuka aykırılık saptanarak iptal edilmektedir. İptal davası (soyut norm denetimi) yolu ile Anayasanın üstünlüğü ilkesinin gerçekleşmesine çalışılarak, kamu yararı amacı güdülmektedir (92).

(90) SÖHN Hartmut: die abstrakte Normenkontrolle Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz I. Tübingen 1976, s.293-295.

(91) Aynı, s.299.

(92) DURAN Lütfi: Türkiye'de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu, Anayasa Yargısı, Ankara 1984, s.105.

Uyuşmazlık konusu bir olayın varlığı koşuluna bağlı olmaksızın yapılan soyut norm denetimine benzer bir kurum, idari yargıda görülmez. İdarenin genel düzenleyici işlemlerine karşı ilan tarihinden itibaren 60 gün içinde dava açılabilse de yine burada da davacı açısından uyuşmazlığı somutlaştırıcı bir yargılama usulü elemanı olan "**menfaat**" koşulunun gerçekleşmesi gerekmektedir. Oysa anayasa yargısında soyut norm denetiminde menfaati olanlar, yasa da sayılan kişi ve kuruluşlardan değilse başvurma hakları bile yoktur. Ayrıca Anayasa Yargısı'nda "**menfaat**", iptal davasının davacıya ilişkin koşullarından değildir.

d) Somut Norm Denetimi

Soyut norm denetimi ile yapılan dolaysız denetimden farklı olarak somut norm denetimi dolaylı bir denetimdir. Somut norm denetiminin amacı, AY'ya aykırı hükümlerin uygulanmasını önlemektir (93). Mahkemede bir dava görülmekteyken uygulanacak hükmün, ya taraflarca AY'ya aykırılık iddiasının mahkeme yargıcı tarafından ciddi bulunması, ya da yargıcın kendisi tarafından AY'ya aykırı olduğunun görülmesi üzerine AY Mahkemesi önüne getirilmesidir. Bu arada görülmekte olan dava AY Mahkemesi karar verene dek geri bırakılır. Fakat AY Mahkemesi beş ay içinde karar vermezse dava mahkemesi davayı yürürlükteki hükme göre sonuçlandırır (AY md.152). 1982 AY ile gelen bu hüküm Hukuk Devleti ilkesine aykırıdır. 1961 AY'nın bu durumda yargıca tanıdığı "**AY Yargıcı gibi davranma**" hakkının 1982 AY'nda düzenlenmemiş olması bu duruma neden olmuştur. Somut norm denetiminin yapıldığı itiraz yoluyla AY Mahkemesine başvuru, özellikle Türk hukuku açısından kişilerin AY yargısına ulaşabildikleri tek yoldur.

(93) ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz: Türk Anayasa Yargısında İptal Davası ve İtiraz Yolu. Anayasa Yargısı, Ankara 1984, s.105.

AY yargısında somut norm denetimine gerek duyulması yargıcın AY'ya aykırı hükmü reddetme, uygulamaktan kaçınma yetkisinin olmamasından kaynaklanmaktadır (94). Davaya bakan yargıç sadece hükmün AY'ya aykırı olduğunu saptayabilir ve AY Mahkemesine gönderir, yoksa uygulamaktan kaçınmaz. Hükmü iptal, uygulamaktan men yetkisi AY Mahkemesinin tekelindedir (95).

Somut norm denetimi AY Yargısı ile İdari yargının birbirini tamamladığı sıkı ilişki içinde olduğu uyumsuzluk çözme usullerinden en önemlisidir. Bu denetimin İdari yargıdaki benzeri ise, menfaati ihlal edilenler tarafından açılan iptal davası üzerine idari işlemin normlar hiyerarşisine göre incelenerek bir üstündeki norma, hatta AY ve Uluslararası Sözleşmelere uygun olup olmadığının karara bağlanmasıdır. Yine İdari yargıda da İdarenin hukuka aykırı hükmü ihmal etme yetkisi olmadığı için hukuka aykırı hüküm İdari yargı denetimine tabi olmaktadır (Tek istisna İYUK md. 7/4 yer alan düzenleyici işlemin ihmali durumudur).

-
- (94) Akşehir Hukuk Mahkemesi Türkiye'de henüz Anayasa Yargısının bulunmadığı bir dönemde, dava konusu yasanın Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar vermiş, Yargıtay'ın "Kanunların Anayasaya aykırı olup olmadığının tetkikine mahkemelerin görevli olduğuna dair ne Anayasada ve ne de diğer kanunlarda bir hüküm mevcut değildir. ... Bundan başka, idari karar ve tasarrufların tetkik ve murakabesi hakkının Danıştay'a verilmesi de Büyük Millet Meclisinin kararları demek olan kanunlar üzerinde mahkemelerin murakabe haklarının bulunduğunu kabule mani teşkil etmektedir" gerekçesiyle bu kararı bozmasına karşın yerel mahkeme "hakimin ancak hüküm vereceği hadiseye ve onunla ilgili surette tesis edeceği hükmüye şamil ve mahsus olmak kaydı ve şartıyla Anayasaya aykırılık araştırması yaparak aykırı bulmadığını tesbit ettikten sonra o kanun hükmüne uyacağını" belirterek kararında ısrar etmiştir. Daha sonra Temyiz Mahkemesi Hukuk Genel Kurulu bu kararı da bozarak "Mahkemelerin defii yoluyla kanunların Anayasaya aykırılık iddialarını tetkike selahiyeti olmadığını" karara bağlamıştır. (Hukuk-İçtihatlar Dergisi yıl I, Ocak- Şubat- Mart- Nisan 1952; FEYZİOĞLU Turhan: Kanunların Anayasaya uygunluğunun kazai murakabesi, Yabancı memleketlerde, Türkiye'de, Ankara, 1951. ÖZÇELİK, Selçuk Mahkeme içtihatları HFM. Cilt XXI, s.1-4, 1955, s.482-483.'ten naklen.
- (95) Çünkü Dava Mahkemelerinin Anayasaya aykırılığı bir ön sorun olarak ele alıp denetlemesi sonucu, yalnızca davanın taraflarını bağlayıcı nitelikte karar verme yetkisi 1982 AY. ile kaldırılmıştır. Oysa, Alman hukukunda bu söz konusudur. Dava Mahkemesi Yargıcı, anayasaya aykırı hükmü kullanmayabilir (Vorläufige Verwerfung) SCHLAICH Klaus, a.g.e. s.72-73.

DURAN, AY Mahkemesinin ancak iptal davası ya da itiraz yoluyla kendisine başvurulduğunda yasa ve KHK'lerin AY'ya uygunluğunu denetlemesi ve herkesi bağlayıcı kararlar vermesini Danıştayın tüzük ve yönetmeliklere karşı açılan davada yaptığı yasaya uygunluk denetiminden farklı görmemiş üstelik Danıştayın bu düzenleyici işlemler üzerindeki inceleme ve denetleme yetkilerinin AY Mahkemesinin yasama işlemleri üzerindeki inceleme ve değerlendirme yetkilerinden daha geniş olduğunu ileri sürmüştür (96).

4. Denetimin Sınırları

AY Yargısında ve idari yargıda denetimin sınırları yasa koyucunun ve İdarenin takdir yetkisiyle çizilmiştir. AY Yargısında denetim yapılırken yasanın siyasal yerindeliği incelenemediği, sadece hukuksal açıdan bir denetim yapılabilirdiği gibi, İdari yargıda da İYUK md. 2'de buna paralel bir hüküm yer almış, İdare mahkemelerinin yerindelik denetimi yapamayacağı ve İdarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemeyeceği belirtilmiştir.

Danıştay da yerindeliği yargı denetimi dışında tutmakta ve yerindelik nedeniyle davayı reddederken hiç bir açıklama yapmamakta, takdir yetkisinin varlığı nedeniyle reddederken bunu açıkça belirtmektedir (97).

İdari yargı mercii hukuka uygunluk denetimi sırasında takdir yetkisini inceleyememesine karşılık bu yetkinin yasal bir dayanağının olup olmadığı ve kamu yararı amacıyla kullanılıp kullanılmadığını inceleyebilmektedir. Yani takdir yetkisinin varlığı mutlak bir denetim sınırı değildir. Özellikle Danıştay kararla-

(96) DURAN Lütfi: Türkiye'de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu. Anayasa Yargısı, Ankara 1984, s.80-81.

(97) ALAN Nuri: Türk İdari Yargısında Yerindelik ve Takdir yetkisinin değerlendirilmesi. İdari Yargıda son gelişmeler Sempozyumu, Ankara 10-12 Haziran 1982, s.55-56.

rında takdir yetkisini amaç unsuru açısından denetlemektedir (98). Hatta takdir yetkisinin denetiminde yerindeliği zorlayacak kadar ileri gitmektedir (99). İsveç televizyoncuları kararında da Hukuk Devleti ilkesinin "İdarenin yargısal denetimi" unsurundan hareketle takdir yetkisinin amaca uygun kullanılmadığı gerekçesiyle iptal kararı vermiştir (100).

Takdir yetkisi bu açıdan denetlenirken ölçülülük ilkesi kullanılmakta, bu yetkinin amacı aşmış olmadığına bakılmaktadır. Ölçülülük ilkesi kullanılırken, bu yetkinin kullanılmasının kamu düzeni açısından zorunlu ve yerinde olup olmadığına bakmak gerekmektedir. Bu da yerindelik denetimidir. Bu durum daha çok kolluk işlemlerinde görülür. Nitekim AZRAK kimi hallerde hukuka uygunluğun araştırılması yerindeliğin araştırılmasını da gerektireceğinden, bunların birbirinden ayıramayacağını ve bu nedenle İYUK md. 26/2'nin yerinde olmadığını ve AY md. 125'e aykırı olduğunu ileri sürmektedir (101).

İdare yaptığı işlemde mevzuatın kendisine serbest hareket olanağı tanımış olduğu hallerde takdir yetkisini kullanabilir (102). Fakat yine de işlemin her unsurunda takdir yetkisi söz konusu değildir. Yetki ve amaç unsurunda takdir yetkisi söz konusu olamaz.

AY Mahkemesi kararlarında da takdir yetkisi mutlak denetim sınırı olarak kabul edilmemekte, bu yetkinin amaca uygun olarak kullanılıp kullanılmadığı denetlenmektedir.

(98) D.D.K. 9.6.1967, E.1966/199, K.1967/629, D.K.D. S.115-118, s.76.

(99) ALAN Nuri: a.g.t. s.57.

(100) D.12.D., E: 1977/1349 K: 1978/955, 24.4.1978. D.D. S.30-31, s.50-53.

(101) AZRAK Ali Ülki: İdari Yargı denetiminin sınırı olarak İdarenin takdir yetkisi İHİD yıl 6, S.1-3 Aralık 1985, s.28.

(102) AZRAK aynı. s.22.

AY Mahkemesi 1961 AY döneminde verdiği 29.04.1980 tarihli bir kararında Anayasanın ne gibi eylemlerin suç sayılacağını, o suçlara ne gibi bir ceza verileceğini saptama yetkisini yasa koyucuya bıraktığını, yasa koyucunun da bu yetkisini ve takdirini kullanırken Anayasa kuralları ile kamu yararı ve kamu düzeninin gereklerine bağlı kalmak zorunda olduğunu belirtmiş (103), başka bir kararında da "kamu yararının takdiri Yasama Organının yetkisindedir. Ne var ki bu organ, kamu yararı düşüncesiyle eylemlere dilediği miktarda ceza saptayamayacağı gibi, kişinin haklarının ve söz gelimi hak aramak, savunmak ve yasal hakim önüne çıkarılmak konularındaki haklarının özüne de dokunamaz" görüşünü ileri sürmüştür (104).

AY Mahkemesi 1982 AY dönemindeki bir kararında, yasa koyucunun takdirine bırakılmış bir konu da yapacağı düzenlemenin AY md. 13'deki "demokratik toplum düzeninin gerekleri"ne uygun biçimde olması gerektiğini belirtmektedir (105). Yine ilk kararda takdir yetkisinin sınırlarını belirlerken seçme, seçilme hakkına AY koyucunun ya da onun verdiği yetkiye dayanarak yasama organının sınırlama getirebileceğini fakat bu sınırlamanın "makul" kabul edilebilir sınırları aşmaması gerektiğini belirtmiştir (106).

Her iki yargı organına da baktığımız zaman görülmektedir ki, takdir yetkisi yasa koyucunun ya da İdarenin keyfi hareket edebilecekleri bir alan olmayıp, bu yetkiyi kullanırken bazı kurallara uymak zorundadırlar. AY Yargısı bu kuralın yasa koyucu açısından 1961 AY'na göre "kamu yararı" ve "öze dokunmama", 1982 AY'na göre de md. 13'deki "demokratik toplum düzeni gereklerine uygunluk" olduğunu kabul ederken İdari yargı İdarenin bu yetkisinin yasa-

(103) AYM. E.1980/1, K.1980/25, AYMKD. s.18, s.162.

(104) AYM. E.1979/37, K.1980/26, 29.4.1980, AYMKD s.18, s.174.

(105) AYM. E.1986/17, K.1987/11, 22.5.1987 R.G. 19578.

(106) Dipnotu 105'de a.g.k. s.60.

dan kaynaklanmasını, gerekçeli ve kamu yararına uygun olarak kullanılmasını aramıştır. Ayrıca takdir yetkisini amaca uygunluk açısından denetlerken her iki yargı organı da ölçülülük ilkesini kullanmıştır.

5. Karar (Yaptırım) Teknikleri

a) Red

AY Mahkemesi yaptığı norm denetimi sonucunda AY ya aykırılığı ileri sürülen yasa hükmünü AY ya uygun bularak red kararı da verebilir. Bu durumda hukukumuzda red kararının açıklanmasından itibaren 10 yıl süre ile aynı hükmün AY ya aykırılığı iddiasıyla AY Mahkemesine baş vurulamaz. Bu hüküm AY Mahkemesinin içtihatlarının gelişmesine bir engel oluşturmaktadır. Çünkü içtihadın belli bir süre ile kayıtlanması mümkün değildir (107). 1961 AY da böyle bir düzenleme yer almamıştır ve Alman ve İtalyan AY Yargısında da red kararından sonra dava ve itiraz yolları da açıktır (108).

AY'da AY Mahkemesince verilen kararların tüm yargı yerlerini bağladığına ilişkin bir hüküm yer almasına karşın, Danıştay, "Anayasa Mahkemesince iptal edilmeyip yürürlükte bırakılan bir yasa kuralını görülmekte olan bir davada uygulayan yargı yerlerinin bu yasa kuralının yorumunda Anayasa Mahkemesinin yorumuyla bağlı olmadığı, yürürlükteki bir yasanın yorumunun ancak o yasayı uygulayan yargı yerinin yetkisinde olduğu ve birbirinden ayrı yargı yerlerinin aynı yasayı birbirinden ayrı yorumlayabileceği duraksamaya yer vermeyecek ölçüde açıktır" diyerek yasa hükmünü kendisinin yorumlayacağına karar vermiştir (109).

(107) TEZİÇ Erdoğan: a.g.e. s.213. aynı görüşte ALİEFENDİOĞLU Yılmaz: a.g.m. s.130.

(108) TEZİÇ Erdoğan: a.g.e. s. 213.

(109) D.8. D. E.1986/402, K.1988/192, D.D. S.72-73, s.515-516.

Oysa, YAYLA red kararının da iptal kararı gibi gerekçesiyle diğer yargı yerlerini bağladığını ileri sürmektedir (110).

İdari yargıda açılan iptal davası sonucunda verilen red kararı ön koşulların gerçekleşmemesi nedeniyle, ön koşullar yerine getirilip yeniden dava açılabilir. Fakat dava esasa girilerek incelendikten sonra reddedilmişse bu durum davacının kesin hüküm nedeniyle tekrar aynı gerekçelerle aynı kural için dava açmasını önler (111).

b) İptal

AY Mahkemesi yaptığı incelemeler sonucunda dava konusu yasayı ya da yasa hükümlerinin AY'ya da diğer ölçü normlara aykırı olduğunu saptadığı takdirde iptal kararı verir. Fakat bu kararı verirken kanun koyucu gibi hareketle yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez. İptal kararı ergo omnes etki yaratır ve bu karar üzerine her hangi bir itiraz ya da kanun yoluna baş vurulamaz. İdari yargı da iptal davasına konu olan idari işlem yasalara, hukuka aykırı görüldüğü takdirde iptal edilir ve kesin olarak ortadan kalkar. İptal edilen eğer bir birel işlemse bu işleme bağlı diğer işlemler de etkilenir. Çünkü birel işlemin iptali kural olarak inter partes etki yaratır. İptal edilen bir genel işlem olduğu takdirde bu ergo omnes bir etki yarattığı için düzenleyici bir işlemin iptalinde bu işleme dayanılarak iptalden önce yapılmış birel işlemlerin iptali için de dava açmak gerekmektedir (112).

(110) YAYLA Yıldızhan: Türk Anayasa Yargısında Yaptırım Teknikleri, Anayasa Yargısında Avrupa Modeli ve Türkiye Uluslararası Sempozyumu 13-14 Haziran 1987 İstanbul s.8.

(111) GÖZÜBÜYÜK Şeref: a.g.e. s.181-182.

(112) GÖZÜBÜYÜK Şeref: a.g.e. s.196.

c) Kısmi İptal

Yasa ya da bir düzenleyici işlemin, yargısal denetim sonucunda sadece hukuka aykırı olduğu saptanan kısmının iptal edilerek geride kalan hukuka uygun kısmın hukuk alanında varlığını sürdürmesidir. Fakat kısmi iptale karar verilmesi için bazı koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir. Eğer kısmi iptal halinde geriye kalan anayasaya uygun kısım artık kendi başına bir anlam taşıyamıyorsa, ya da eğer anayasaya aykırı kısım iptal ile tüm yasanın anlamını ve bütünlüğünü zedeliyorsa, iptal hükmü geri kalan hüküm ile ayrılmaz bir birlik meydana getirecek şekilde içiçe geçmişse ve parçalara ayrılamıyorsa kısmi iptal söz konusu olamaz (113).

İdari yargıda da yargıç, davacının isteği üzerine ya da kendiliğinden işlemin niteliğine göre kısmi iptale de karar verebilir. İşlemin kısmen iptal edilebilmesi için hukuka aykırı bölümünün işlemin geri kalan kısmından ayrılabilir nitelikte olması gerekir.

Koşullar uygun olduğu takdirde kısmi iptale karar verilmesi ile gereksiz yere yasa ya da düzenleyici işlemin tümüyle iptali önlenmiş ve hukuka uygun hükümler yaşatılmış olur. Kısmi iptal Anayasa yargısı ve idari yargıda da aynı niteliklere sahiptir. Çünkü her ikisinde de aynı teknik kullanılmakta, denetlenen hükümler, aralarında her ne kadar bir hiyerarşi söz konusu olsa da aynı nitelikleri taşımaktadırlar.

(113) ZEIDLER Wolfgang: Die Verfassungsrechtsprechung im Rahmen der Staatlichen Funktionen Anayasa Yargısında Avrupa Modeli ve Türkiye Uluslararası Sempozyumu s.8.

d) Aykırılığın Tesbiti

AY Mahkemesi bazı durumlarda incelediği hükmün AY'ya aykırı olduğunu saptamasına karşın söz konusu hükmü iptal yoluna gidemez (Olağanüstü Hal KHK). Bu olayda söz konusu KHK, Olağanüstü Hal Kanununda değil de KHK' de değişiklik yaptığı için kendi yetkisine girmediği gerekçesiyle sadece AY'ya aykırılığı saptayıp bırakmıştır (114). AY'ya aykırılığın tesbiti, iptal davasının ilk aşamasına benzemekte, fakat iptal kararı verilmemektedir.

Aykırılığın tesbiti, İdari yargıda pek kullanılmamasına karşın engellenmemiştir. Nitekim, İYUK md. 7 son fıkradaki düzenlemede açılan iptal davasında birel işlemin dayandığı düzenleyici işlem iptal edilmese de birel işlem iptal edilebilir. Yani bu durumda birel işlemin iptali yoluyla da dayandığı düzenleyici işlemin hukuka aykırılığı saptanmış olmaktadır.

a) İçtihatı Birleştirme Kararları

İdare Hukukunun içtihatlarla oluşan bir hukuk dalı olması nedeniyle "içtihat" konusu bu alanda diğer hukuk dallarından daha önemli bir yere sahiptir. Mahkemelerin yada Danıştay dairelerinin kararları arasında aynı konuda farklı sonuçlara ulaşılması durumunda Danıştay Genel Kurulunca bu farklılığın giderilmesi ve hukuk güvenliğinin sağlanması amacıyla daha önce Yargıtay'da kullanılmakta olan İçtihatı birleştirme yoluna gidilmektedir. Danıştay İçtihatı Birleştirme usulü ile İdarenin benzer ya da yakın tüm olay ve durumlarda yararlanabileceği genel, nesnel kural ve ilkeler koyarak İdare hukukunun gelişmesini sağlayabilir (115).

(114) R.G. 5.3.1992, s.47.

(115) DURAN Lütfi: Danıştay'ın İçtihatı Birleştirme Uygulaması, Doç.Dr.Cem SAR'a Armağan, A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi Cilt XXVII, Eylül 1972, s.439-440.

Danıştay Kanunu md. 39'da öngörüldüğü üzere, kararlar arasında aykırılık veya uyuşmazlık sözkonusu olup bunun giderilmesi gerekli görülürse içtihatın birleştirilmesine karar verilir. Birleşen içtihat, kararlardan herhangi biri olabileceği gibi, yeni bir çözüm de söz konusu olabilir. Fakat uygulamada genellikle kararlardan biri kabul edilmektedir. DURAN, Danıştay'ın içtihadı birleştirme konusunda hukuk sorunlarıyla ilgili bir ilke ortaya koymadığını mevzuat hükümlerinin yorum ve açıklaması biçiminde İçtihadı birleştirme kararı verdiğini vurgulamakta, bu durumun İdare hukukunu geliştiren, ileriye götüren bir katkı sağlamadığını ileri sürmektedir (116). AY Mahkemesinin İçtihadı Birleştirme Kararı hakkındaki görüşü de Danıştayın uygulamaları doğrultusundadır. Danıştayla aynı uygulama içinde bulunan Yargıtay'a verilen bu İçtihadı birleştirme yetkisinin ve bu türlü kararlara mahkemeleri bağlayıcılık niteliğini tanıyan yasa hükmünün AY'ya aykırı olduğunun ileri sürülmesi üzerine AY Mahkemesi İ.B.K.nın tanımını yaparken "Yasa koyucu veya yetkisi içinde İdare tarafından ortaya konulmuş bulunan nesnel hukuk kurallarının uygulanma biçimini gösteren ve bu bakımdan yenilik doğurucu nitelikte bulunmayan, ancak hukuki bir durumu açıklayan nitelikte bir hukuki işlemdir" diyerek 1961 AY'nın 12. md.ki yasa önünde eşitlik kuralına ve 139. maddeye uygun görmüştür (117).

ONAR'da Yargıtay'ın ve Danıştay'ın bu fonksiyonlarını yasama fonksiyonuna yaklaştırmakta, bir kural çıkarılmaya çalışıldığını kabul etmekte, fakat bunun yargıçları tümüyle bağlayacak kadar güçlü bir kural olmadığını belirtmektedir (118). Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararına Danıştay ve İdari yargı mercileri uymak zorundadır. Yargıçların İBK'na uyma zorunluluğu doktrinde tartışma konusu olmuş, böyle bir zorunluluğun kabulünün AY'ya aykırı olacağı gö-

(116) Aynı s.439.

(117) AYM E. 1968/38, K: 1969/34, 12.6.1969 AMKD S.7, s.333-334.

(118) ONAR S.S. a.g.e. s.409-410.

rüşü ileri sürülmüştür. Buna göre, İçtihadı Birleştirme Kararı Anayasada yer alan mahkemelerin bağımsızlığı ve kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı görülürken kesin yargısal karar olmaması ve alınış usulünün de diğer yargısal kararlardan farklı olması nedeniyle onlara benzetilmesi olanaksızdır (119).

ÖZDEŞ'de, İçtihadı Birleştirme kurumunun doğmasındaki neden ne kadar güçlü olursa olsun, varlığının sakıncalı olduğunu ve toplum hayatının dinamiğine uygun olmadığını belirtmektedir (120).

İçtihadı Birleştirme Kararı sadece AY Yargısında görülmemektedir. Bunun ilk nedeni AY Mahkemesinin dairelere ayrılmış olmamasıdır. Bunun dışında AY Yargısında sonraki tarihte verilen karardaki içtihatın geçerli olduğu kabul edilmektedir. 1982 AY md. 152 ile getirilen ve birçok sakıncaları olduğu görülen 10 yıllık süre ile İ.B.K.na gerek duyulmamaktadır. Çünkü bu kadar uzun bir süre sonunda AY Mahkemesinin içtihadının değişmesi de olağandır.

f) AY'ya Uygun Yorum

Yapılan norm denetiminde, yasa hükmünün birden fazla yoruma elverişli olması durumunda, Anayasa'ya uygun olanının seçilmesidir. Anayasa'ya aykırı sonuca ulaştıracak yorum seçilmez. Fakat yasanın lafzı ve yasa koyucunun açık iradesinin bu yoruma uygun olması da gereklidir (121). Fonksiyonel olarak kısmi iptale benzeyen bu kavram, iptalden kaçınma anlamını içerir ve tüm yargı mercilerince de kullanılabilir. Anayasa'ya uygun yorum, kararın gerekçe kıs-

(119) TUNCAY H.Aydın: İçtihadın Birleştirilmesi, Yüzyıl boyunca Danıştay Ankara 1986, s. 709-710.

(120) ÖZDEŞ Orhan: dipnot 119'da a.g.e. s.703-704.

(121) Aynı, s.9.

mında yer aldığı için gerekçenin bağlayıcılığına dahildir (122). Anayasa'ya uygun yorum bir yenilik söz konusu olduğu için reddetmek farklı bir nitelik taşımaktadır.

Amerikan Anayasa Yargısında "harmony with the constitution" olarak geçen bu kavram, Avrupa'da ilk olarak İsviçre Federal Mahkemesince kullanılmış daha sonra 1951 de Avusturya Anayasa mahkemesinin, 1952'de Bavyera Federal Mahkemesinin ve Alman Federal Anayasa Mahkemesinin ve 1956'da da İtalyan Anayasa Mahkemesinin kararlarında kendini göstermiş (123), daha sonra Türk Anayasa Mahkemesince de kullanılmaya başlanmıştır.

Türk Anayasa Mahkemesi 1982 AY geçici 15. maddesine ilişkin kararında (K: 1984/1) maddenin kapsamındaki hükümlerin AY'ya aykırılığının ileri sürülebilmesi nedeniyle, bunların Anayasa'nın temel ilkelerine ve bu ilkelere ege-men olan hukukun ana kurallarına olabildiğince uygun düşecek biçimde yorumlanmalarının düşünülebileceğini belirtmiştir. Anayasa Mahkemesinin Anayasa'ya uygun yorum anlayışı, sadece Anayasa prensiplerine değil, hukukun genel prensiplerine de uygun yorumu içermektedir (124).

Anayasaya uygun yorum yapılırken gramatik, sistematik, teleolojik ve tarihsel araçlar gibi bilinen yorum araçları kullanılmaktadır. Fakat önemli olan kullanılan yorum aracının hangisi olduğu değil, kullanılan yorum aracıyla doğru, kamu yararına ve amaçlanan sonuca ulaşılmasıdır.

(122) SCHLAICH Klaus: a.g.e. s.186.

(123) BOGS Harold: Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, Donau 1966, s.15-16.

(124) ÇAĞLAR Bakır: Anayasa Yargısında Yorum Problemi, Karşılaştırmalı Analizin Katkıları, İHİD, yıl 5, s.1-3, Aralık 1984, s.33.

Anayasa'ya uygun yorum sadece Anayasa yargısına özgü bir kavram olmayıp, idari yargı alanında da kullanılmaktadır. Amerikan Yüksek Mahkemesi idari kararların son inceleme mercii olarak da Anayasaya uygun yorum'u kullanırken, Kara Avrupası ülkeleri de bu kavramı Anayasa Yargısıyla birlikte İdari yargıda da kullanmaya başlamışlardır. Bu kavram Türk hukukunda henüz Anayasa yargısının bulunmadığı dönemde ilk kez idari yargıda kullanılırken Anayasaya uygunluk denetimi anlamını taşımıştır. Nitekim Danıştay 1950 yılında verdiği bir kararında 1924 AY md. 51 ile yaptırım altına alınmış olan idarenin yargısal denetiminin hukuka bağlı devlet ilkesinin en önemli unsuru olması nedeniyle, yasanın Danıştay'a başvuru yolunu kapatan hükmünün sadece işlemin takdir unsuruna ilişkin bölüm için geçerli olabileceğini uygun yorum yoluyla karara bağlamıştır (125).

Danıştay Anayasa Yargısının kabul edilmiş olduğu 1961 AY döneminde de Anayasaya uygun yorum yöntemini kullanmış, 1970 tarihli bir kararında yasanın bir durum için öngördüğü hukuki sonucu buna çok benzeyen başka bir durum için öngörmemiş olmasının bu durumdakileri sosyal güvenlik hakkından mahrum bırakmasını AY'ya aykırı görerek hükmün eksik kalan kısmı için yorum yöntemini öngörmüştür (126).

Danıştay 1982 AY döneminde Anayasaya uygun yorum yöntemini kullanırken yine 1961 AY öncesi dönemde olduğu gibi, bu kez de AY Yargısı yolunun kapalı olduğu alanlarda AY Yargısı görevini görmektedir. 1989 yılında AY'ya uygun yorum yolunu kullanarak verdiği tarihi kararında Sıkıyönetim Kanunundaki "1402 sayılı yasaya göre görevlerine son verilenler, bir daha kamu hizmetinde çalıştırılmazlar" ibaresini, "sıkı yönetim süresince" biçimin-

(125) Bölüm I dipnotu 91'de a.g.k.

(126) D.12. D. 9.6.1970, K.70/1271 D.D.s.2, s.320 vd.

de yorumlamış ve bu hükme dayanılarak yapılmış olan işlemleri iptal etmiştir (127).

g) İptal Kararlarının Sonuçları

aa) İptal Kararlarının Yürürlüğe Girmesi

AY Yargısı da İdari Yargı yöntem ve ilkelerinden yararlanmasına karşılık ikisinin arasında her konuda paralellik söz konusu olmamaktadır. Bunun en önemli örneği iptal kararlarının yürürlüğe girmesi konusudur. İdari yargı merciince verilen iptal kararları işlemin yapıldığı ana dek geri giderek yürürlüğe girerken, AY Mahkemesince verilen iptal kararları kararın yayınlandığı tarihten başlayarak geleceğe yönelik etki yaratır (AY m. 153) Bu hükmün AY da yer almasının nedeni iptal kararının kazanılmış hakları ve hukuksal güvenliği ortadan kaldırmaya ya da toplumun adalet anlayışını zedeleyici sonuçlar yaratmasından kaygı duyulmasıdır (128). İdari işlemin iptali ise, işlemin doğuşunda unsurlarındaki sakatlıkları tesbit ettiği için geçmişe etkilidir. Tesbit edilen bu sakatlıklar idari işlemin hukuki bir durum yaratmasını ve hukuk alanında bir değişiklik meydana getirmesini önler (129).

Bir görüşe göre AY Mahkemesi kararlarının geriye yürümemesinin en önemli nedeni parlamento çoğunluğunca çıkarılan yasaların, iptal edilinceye dek hukuka uygunluk karinesi taşıması ve bir yasaya sırf bu nedenle güvenerek

(127) Bölüm I dipnot 101'de a.g.k.

(128) ALİEFENDİOĞLU Yılmaz: AY Mahkemesi kararlarının zaman içinde etkisi, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi 1. Kitap İdari Yargı, Ankara 1991, s.403. AY Mahkemesi süper emeklilerle ilgili kararında da Türk AY sisteminde Devlete güven ilkesini sarsmamak ve ayrıca Devlet yaşamında bir karmaşaya neden olmamak için geri yürümenin kabul edilmediğini belirtmektedir. E.1989/11, K. 1989/48, RG 22.1.1990 S.20410.

(129) ÖZDEŞ Orhan: İdari yargıda yürümenin durdurulması ve niteliği. Sorumluluk hukukunda yeni gelişmeler III. Sempozyumu s.10.

serbest iradeleriyle uymuş olanların zarar görmesinin engellenmesidir (130). Diğer bir görüş ise, yasanın meydana getirilmekle hukuksal görünüm kazana- cağı ve kanun sonradan iptal edilse de doğurduğu hukuki sonuçların geçerli sa- yılarak korunması gerektiğidir (131). Tüm bunlar sonuçta adalet ilkesine bağ- lanmaktadır. İptal kararı geriye yürüdüğü takdirde hukuk güvenliği zedelene- cek, diğer durumda ise adalet ilkesi zarar görecektir. Fakat bu soyut ilkeler her zaman birbirleriyle karşı karşıya gelmeyip birbirlerini tamamlayıcı da olmak- tır (132). 1961 AY geriye yürümeme nedeniyle, AY ya aykırılık iddiasını ileri süren tarafın elde ettiği iptal kararından yararlanamaması üzerine, bu ada- letsiz ve mantıksız durumu önlemek için "AY Mahkemesinin sadece davanın taraflarını bağlayıcı nitelikte AY ya aykırılık kararı verebilmesine olanak ta- nımış (Md. 152/4) ve AY Mahkemesi için kendisine gelişinden itibaren altı ay içinde karar vermezse yerel mahkemenin AY ya aykırılık iddiasını kendisinin çözümleyeceğini hükme bağlamıştır (Md. 151/3-4). 1982 AY, AY Mahkemesi- ne sadece tarafları bağlayıcı karar alma yetkisini tanımadığı gibi, görülmekte olan davada da AY Mahkemesi için kendisine gelişinden itibaren 5 ayda ka- rarını açıklamadığı takdirde yerel mahkemeye olayı yürürlükteki kanuna göre çözme yükümlülüğünü vermiştir. (Md. 151). Her iki AY hükümlerini karşılaştı- rdığımızda 1982 AY nda AY Yargısı açısından bir geriye gidişin sözkonusu olduğu görülmektedir. DURAN da bu hükümle anayasal güvencenin etkisizleş- tirildiğini ileri sürmektedir (133).

İptal edilen hükmün yürürlükten kalkması üzerine geri yürümesinin söz konusu olmaması nedeniyle önceki metin geri gelmez. Bunun tek istisnası

(130) AZRAK Ali Ülkü: AY Mahkemesi kararlarının geriye yürümezliği AY Yargısı, Ankara 1984 s.159.

(131) AZRAK Ali Ülkü: a.g.m. s.158.

(132) Aynı, s.159-160. ULER Yıldırım: AY Mahkemesi iptal kararları geri yürür, Bahri SAVCI'ya Armağan, Ankara 1988, s.515 vd.

(133) DURAN Lütfi: Türkiye'de AY Yargısının işlevi ve konumu, AY Yargısı, Ankara 1984, s.74.

AY'ya aykırı AY değişikliklerinde (AY md.9) olmaktadır. Burada şekil bakımından iptal edilen maddeler yürürlükten kalktığı gibi, eskisi de hiç değişmemiş gibi yürürlükte kalır. Çünkü AY değişikliklerinin iptale kadar hukuki geçerliliğinin bulunduğunu kabul etmek AY md. 9'un amacına ters düşer. Bu nedenle AY'ya aykırı AY değişikliklerinin iptali, AY yargısındaki yasaların AY'ya aykırılık nedeniyle iptalinden farklı bir anlam taşımaktadır (134).

Aslında AY yargısında geriye yürümezlik çok katı bir kural olarak görülmemekte, ortaya çıkacak olumsuzlukların giderilmesi için bazı durumlarda geriye yürüme söz konusu olabilmektedir. Görülmekte olan bir idari davada, uygulanması gereken bir kanun hükmünün AY Mahkemesi tarafından başka bir nedenle iptal edilmesi üzerine İdari yargı merciinin iptal edilen hükmü uygulamaması gerektiği ileri sürülmektedir (135). Danıştay 5. D. de aynı görüşte dava konusu işlemin dayandığı yasa hükmünün bir dava nedeniyle ileri sürülen anayasaya aykırılık itirazı üzerine AY Mahkemesi tarafından iptal edilmesiyle, yapılan idari işlemin yasal dayanaktan yoksun kalması üzerine her ne kadar Anayasa Mahkemesi iptal kararlarının geriye yürümeyeceği belirtilmiş ise de bu hükmün iptal kararlarının ihtilaf haline getirilmemiş muamelelere tesir etmeyeceği manasında anlaşılması gerekir diyerek iptaline karar vermiştir. Yine aynı daire iptal kararlarının geriye yürümezliği kuralına rağmen AY Mahkemesinin iptal kararı verdiği bilindiği halde eldeki davalara iptal edilmiş hükmün uygulanmasını AY'nın üstünlüğü prensibine ve Hukuk Devleti ilkesine aykırı görürken, Dan. 6. D. de daha da ileri giderek İdarelerin de AY Mahkemesinin AY'ya aykırı bularak iptal ettiği yasa hükmüne dayanarak işlem tesis etmeye devam etmelerini de hukuka aykırı bulmuştur (136). Bu durumda AY Mahke-

(134) YAYLA Yıldızhan: Anayasa Mahkemesine göre Cumhuriyetin Özütü. Hıfzı TİMUR'un Anısına Armağan, İstanbul 1979, s. 984-985.

(135) ALİEFENDİOĞLU Yılmaz: a.g.m. s.407.

(136) D.5.D. E. 1971/3523, K. 1973/1154, D.D. S.12-13, s.242-243. D. 5. D. E. 1989 / 779, K. 1989/1919, DD, S.78-79, s.262, D. 6. D. E. 1991/2202, K. 1991/2290.

mesinin iptal kararı İdare için Resmi Gazete'de yayınlanmadan yürürlüğe girmiş olmaktadır. Danıştay bu kararıyla Anayasa Mahkemesi iptal kararlarının yürürlüğe girmesi konusuna yeni bir yorum getirmiş, "iptal kararının Türkiye genelinde TV, radyo, basın vs. iletişim araçlarıyla duyurulması tarihinden itibaren verilen ruhsat sayısında önemli bir artış olması nedeniyle iptal kararını RG'de yayınlanması tarihinden (yani yürürlüğe giriş tarihinden) iletişim araçlarıyla duyurulması tarihine dek geri yürütmüştür.

Bu konu, Anayasa Yargısı iptal kararlarının yürürlüğe girişi prosedüründeki hatalı ve eksik düzenlemeden kaynaklanan bir sorun olarak Danıştay tarafından mantık ve kamu yararı açısından en doğru biçimde çözülmeye çalışılmıştır. Bu durum her ne kadar iptal prosedürüne uymasa da, kamu yararı gereği ve İdarenin ve ilgililerin olaydaki kötü niyetinden ötürü doğru görülmektedir. AZRAK, AY Mahkemesinin iptal kararının geriye doğru bu kadar geniş kapsamlı bir etki yapmasını bir zorlama olarak kabul etmekte, bunun için davaya bakan mahkemenin AY Mahkemesine aynı konuda itiraz başvurusunda bulunmasını önermekte ve AY Mahkemesinden alacağı "kesin hükmün varlığı" nedeniyle red kararına uyarak iptal edilmiş hükmü uygulamaktan kaçınabileceğini belirtmektedir (137). Fakat AY m. 153 deki hükme göre AY Mahkemesi kararları gerekçesi yazılmadan açıklanamayacağına ve Resmi Gazete'de yayınlandığı zaman herkesi bağlayıcı olduğuna göre (AY m.153/6), Dava mahkemesinin başvurusu üzerine AY Mahkemesinin bu konuda daha önce iptal kararı verdiğini bildirmesi iptal kararını yürürlüğe sokmayacağı için dava mahkemesinin bir başvuru yapıp zaman kaybetmesine gerek yoktur.

(137) AZRAK Ali Ülkü: a.g.m. s.163.

Danıştay D.D.K. 1970 tarihli bir kararında, Özel okul mezununun Üniversite asistanlık sınavında başarılı olmasına karşın ilgili yasanın AY ya aykırılık iddiasıyla AY Mahkemesince incelenmekte olması ve Üniversite Senatosunun AY ya aykırı olduğu görüşünde olması nedenleriyle göreve atanmaması üzerine bu durumun, bu yasanın uygulanmayacağını göstermediğini, AY Mahkemesince hükümsüzlüğü saptanana dek yürürlükte olduğunu belirtmiştir (138). Bu kararda Danıştay, AY Mahkemesi iptal kararını açıklamadan İdarenin harekete geçmesini doğru bulmamış, önceki kararında ise AY Mahkemesi iptal kararı yayınlanmadan İdarenin o karara uyması gerektiğini belirtmiştir.

ULER, geriye yürümezliğin çok katı bir biçimde uygulanmaması nedeniyle, ilkenin geriye yürümezlik değil, "geriye yürürlük" olduğunu ileri sürmekte (139) ve bu konuda CHP'nin Haksız İktisaplarının İadesi Hakkındaki Kanun'un iptaline ilişkin kararı örnek göstermektedir. Fakat bu örnek bizi AY Mahkemesi kararlarının geriye yürüyeceği sonucuna ulaştırmamaktadır. Çünkü iptal hükmünün o hukuki uyumsuzluk için uygulanmasıyla geri yürüme değil hâlen süre gelen bir haksızlığın o andan itibaren sona erdirilmesi söz konusu olur. Fakat bu uyumsuzluğun konusu gereği iptal hükmü uygulanmakla sonuçlarını ta işlemin yapıldığı andan itibaren doğurmuş olmaktadır. Yani bu tam bir geri yürüme sayılamaz. Ayrıca bu yasa sadece CHP için çıkartılmış olduğu için başka hiç kimseyi ilgilendirmemekte, bu haliyle genel değil, birel nitelik taşımaktadır. Bu durumda geriye yürüme söz konusu olsa bile hakkı ihlal olacak kimse olmayacaktır. Daha önce de belirttiğimiz gibi geriye yürümemenin bir nedeni de kazanılmış hakları ve hukuk güvenliğini korumaktır.

(138) DDK, 25.12.1970, E. 1970/503, K. 1970/744, DD 1971, s.3, s.161-163.

(139) ULER Yıldırım: a.g.m. s.532.

Avusturya'da da iptal kararları ileriye dönük etki yaratmakta iken, 1975 tarihli düzenlemeyle geçmişe etkili iptal de mümkün olmaktadır. Fakat Avusturya AY Mahkemesi bu yolu çok seyrek kullanmakta ve daha çok iptal kararlarının yürürlüğe girişi konusunda süre öngörmek yoluna gitmektedir. Bununla amaçlanan hukuk düzeninde bir boşluk meydana gelmeden AY Mahkemesi kararlarında bir tutarlılık sağlamaktır (140).

Türk AY Mahkemesinin iptal kararlarının yürürlük tarihini bir yıla kadar ertelediği durumlarda yasa hükmü o kadar süre daha yürürlükte bulunmakta ve mahkeme yürürlükteki bu hükme göre karar vermek zorunda kalmaktadır. Oysa, AY Mahkemesi burada yasanın iptaliyle ortaya çıkacak yasama boşluğunun sakıncalarını önlemek, yasa koyucuya bu süre içinde yeni bir düzenlemeye gitmek olanağını vermek için böyle bir karar vermiştir. O zaman da hükmün iptalini sağlayan kişiye, verilen iptal kararının hiç bir yararı olmamakta ve adletsiz bir durum ortaya çıkmaktadır. Burada mahkeme davayı eğer taraflardan birinin çıkarına ters düşmüyorsa, erteleme süresi kadar bekletebilir (141).

bb) İptal Davasında Yürürlüğün durdurulması;

İdari Rejimin kabul edildiği ülkelerde kişilerin İdare karşısında korunmasının birinci yolu İdari yargıdaki iptal davasıdır. Bu dava ile İdarenin hukuka aykırı işlemleri yargı denetimi ile iptal edilerek İdarenin hukuka aykırı işlem yapması önlenmiş olur. Fakat bazı durumlarda sadece iptal davasıyla hukuksal korunma tam olarak sağlanamamakta, mahkeme iptal kararı verene dek meydana gelecek olan onarılmaz, geriye dönülemez değişiklikleri önlemek için bir

(140) ÖHLINGER Theo: Der österreichische Verfassungsgerichtshof als Prototyp des Modells der europaischen Verfassungsgerichtsbarkeit, "AY Yargısında Avrupa Modeli ve Türkiye Uluslararası Sempozyumu, 13-14 Haziran 1987, İstanbul s.8-9.

(141) AZRAK Ali Ülkü: a.g.m. s.164-165.

"önlem" yani yürütmenin durdurulması gerekli olmaktadır. Çünkü bu olmadığı takdirde kişinin uğradığı zararın tazmini yoluna gidilmesi de sorunun çözümü için yeterli olmayacaktır.

Eksik idari rejimlerde iptal davası açılmakla işlemin yürürlüğü otomatik olarak durmasına karşın, Tam idari rejimlerde iptal davası açılması işlemin yürürlüğüne engel olmamaktadır. Bu nedenle AY ve İYUK iptal davasına bakan mahkemeye yasada yazılı koşulların tümünün gerçekleşmesi halinde yürütmenin durdurulması kararı verme yetkisi tanımıştır.

Yürütmenin durdurulması genel olarak yargılama hukukuna ilişkin bir önlem niteliğinde bir ara karardır. Fakat Türk hukukunda yürütmeyi durdurma kararının Medeni Usul hukukundaki geçici tedbir kararından farklı bir nitelik taşıdığı kabul edilmektedir. Türk İdare hukukunda yürütmenin durdurulması iptal davasının içeriğinden kaynaklanmakta ve ondan ayrılmamaktadır (142). Bu nedenle açılan iptal davası ile birlikte ilgilinin talebi üzerine mahkemece yürütmenin durdurulmasına karar verilir. Türk Medeni Usul Hukukunda ise ihtiyati tedbir dava açılmadan önce istenebileceği gibi, dava açıldıktan sonra da istenebilir (HUMK md. 101). Ayrıca yürütmenin durdurulması, kişinin temel haklarıyla ilgili olmasına karşın, ihtiyati tedbir mal varlığına ilişkindir (143). İhtiyati tedbir ile yürütmenin durdurulması amaç bakımından da birbirlerinden farklıdır. İhtiyati tedbir ilgili tarafın iradesini geciktirirken diğeri sadece uyumsuzluğa konu olan durumun olduğu gibi korunmasına çalışmaktadır (144).

(142) ÖZDEŞ Orhan: a.g.t. s.15.

(143) Aynı, s.15.

(144) ASLAN Zehreddin: İdari Yargıda yürütmenin durdurulması, yayınlanmamış doktora tezi, İstanbul 1993. s.45.

Oysa Anayasa Mahkemesi, Çiftçiyi Topraklandırma Kanununu incelerken, yürütmenin durdurulmasını da değerlendirmiş, "Yürütmenin durdurulması ihtiyati tedbir niteliğinde istisnai bir usul hükmüdür. 4753 sayılı kanunda bu usulün kabul edilmemiş olması kamu hizmetinin özelliğinden doğmaktadır....". "Kararın kanuna aykırılığı nedeniyle iptalini istemek konusunda tanınan hak arama özgürlüğü ve İdarenin tüm eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi olduğuna ilişkin hüküm yürütmenin durdurulması yetkisini kapsamaz" diyerek yürütmenin durdurulmasının o yasa içinde kabul edilmiş olmasını yasaya uygun bulmuştur (145).

Başka bir kararında ise Anayasa Mahkemesi, yürütmenin durdurulması müessesesinin yönetsel yargıdaki önem ve etkisinin yadsınamayacağını ve bunun, yönetsel yargı yetkisinin ayrılmaz bir parçası sayılmasını gerektirmeyeceğini belirttikten sonra, yürütmenin durdurulmasını isteme hakkının kişinin yargı yoluna başvurma konusundaki anayasal hakkı ile dolaylı bir ilişki içinde ve ikincil nitelikte bir hak olduğunu vurgulamıştır (146).

Danıştay ise Anayasa Mahkemesinin görüşünün tam aksine yürütmenin durdurulmasını hak arama özgürlüğünün bir parçası saymakta, iptal davalarının ayrılmaz bir unsuru olarak adli yargıdaki ihtiyati tedbirden farklı olduğunu ve aynen iptal kararının hüküm ve sonuçlarını doğurduğunu belirtmektedir (147).

AY Mahkemesi kararlarının geriye yürümesi - yürümemesi tartışmalarını ve giderilmesi mümkün olmayan zararların doğmasını önlemenin yolu, Alman hukukunda Alman Federal AY Mahkemesi kararları için öngörülmüş bulunan

(145) AYM E.1963/162 K.1964/19 13.3.1964 AYMKD S.2, s.30.

(146) E.1979/1 K.1978/30, 21.6.1979 AYMKD S.17, s.239.

(147) D.3.D., 22.11.1978, E.1978/1158, K.1978/1213, Danıştay İstisnai Düşünceler Cumhuriyet Dönemi 1929-1980, 1. Kitap Cilt II, s.465-468.

"geçici tedbir" (einstweilige Anordnung) yetkisinin bizim hukukumuz açısından da kabul edilmesidir. Geçici tedbir kararının Alman hukukunda ortaya çıkması Weimar AY döneminde Staatsgerichtshof'un içtihatları yoluyla olmuş, 1951 Bonn AY döneminde hazırlanan Federal AY Mahkemesi Yasasına konulmuştur. Yasanın 32. par. hükümler genel yetki kabul edilerek "geçici tedbir" kararı tüm dava türleri için geçerli sayılmıştır (148). Alman AY Yargısındaki geçici tedbir kararı, Alman Medeni Usul Yasasındaki hukuk düzeni ve kişisel hakların korunmasından oluşan geçici tedbir kararının (einstweilige Verfügung) hukuk düzeninin korunması hali daha da ağırlıklı olmak üzere aynıdır (149). AY Yargısında yürütmenin durdurulması Türk hukukunda yıllarca tartışılmış olan bir konudur. Kimi yazarlar AY Mahkemesinin bu kurumu içtihatlarıyla oluşturabileceği görüşündeysede (150), Bazıları da bu konuda yasal bir düzenlemenin varlığını zorunlu saymaktadır (151). Nitekim AY Mahkemesi 1972 tarihli D.GEZMİŞ, Y.ASLAN ve H.İNAN'ın ölüm cezalarının yerine getirilmesine dair kanunun iptaline ilişkin kararında AY'nın AY Mahkemesine böyle bir yetki öngörmediği gerekçesiyle yürütmenin durdurulması istemini reddederken karara muhalif kalan üç üye karşı oy yazılarında biçimsel anlamdaki yasalar hakkında bazı özel hallerde durdurmaya karar verme yetkisinin var olduğunu ve bir yasanın iptal edilmesi gibi çok geniş bir yetkiyi AY Mahkemesine tanıyan bir AY'nın ondan daha dar bir yetki olan yürütmenin durdurulmasını öncelikle tanıdığını belirtmektedir(152).

Yine AY Mahkemesinin 1985/4 sayılı kararında 1982 AY'nın AY Mahkemesine yürütmenin durdurulması yetkisini tanımadığını, yetkilerini tek tek be-

(148) SABUNCU Yavuz: Alman AY Yargısında Geçici Tedbir Kararı, AİD, c.17, S.2, s.77.

(149) Aynı, s.78.

(150) TEZİÇ Erdoğan: Anayasa Mahkemesi Kuruluş Kanunu açıkça öngörmese de yasaklamamıştır diyerek içtihatla bu yolu açabileceğini belirtiyor. Anayasa Yargısı, Ankara 1986 s.38.

(151) GÜRAN Sait: AY Yargısında yürütmenin durdurulması Anayasa Yargısı, Ankara 1986, s.159.

(152) AMKD S.10 s.271 vd. E: 1972/13, K: 1972/18 6.4.1972.

lirlerken kanunun uygulanmasının durdurulması yetkisini bunların içinde saymadığını belirtmektedir (153).

Tüm bu tartışmalardan sonra AY Mahkemesi yakın bir tarihte oy çokluğuyla aldığı tarihi kararında, karar yürürlüğe girinceye dek uygulamadan doğacak giderilmesi güç ve olanaksız durumları önlemek için KHK nin yürütülmesinin durdurulmasına karar vermiştir (154). AY Mahkemesinin bu içtihadı, yürütmenin durdurulması kurumunun AY Yargısında yerleşmesine ilk adım olmak nedeniyle büyük önem taşımaktadır.

DURAN, AY Mahkemesinin bu kararının yasama organının AY Mahkemesinin iptal kararlarına karşı takındığı hukuk dışı tavır ve davranışlara bir tepki ve önlem olarak ortaya çıktığını, bunun yürütmenin durdurulması kararı verebilmek için hukuki dayanak oluşturmadığını belirtmektedir (155). AY Mahkemesi bu konudaki asıl gerekçelerini iptal kararı ile birlikte açıklamıştır (156). Açıkladığı bu gerekçelerde İdari Yargıyı örnek aldığı hemen göze çarpmaktadır. AY m. 125'e atıf yapılarak Devletin tüm işlemlerinin yargı denetimi kapsamında bulunması gerektiği kamu yararı ve kamu düzeninin yürütmenin durdurulmasını gerekli kıldığı belirtilmektedir. Ayrıca 1961 ve 1982 AY'larının da yürütmenin durdurulmasına olumlu bakan bir anlayışa sahip olduğu, yürütmenin durdurulmasını kısıtlayıcı bir hüküm içermediği ve AY Mahkemesi Kuruluş Kanununun da bu konuda açık bir hüküm olmasa da yargıcın boşluk doldurma yetkisini kullanabileceği de söylenmektedir. Oysa aynı Mahkeme 1972 ve 1985 tarihlerinde farklı yargıçlarla verdiği her iki kararında da AY nın ve AY Mah. Kuruluş Kanununun kendisine böyle bir yetkiyi öngörmediği ve yetkileri tek

(153) AMKD S.21 s.263-264.

(154) AYM E. 1993/33, K. 1993/40-1, 21.10.1993, RG. 23.10.1993 S.21737, s.7-8.

(155) DURAN Lütfi: Yasama işleminin askıya alınması, Cumhuriyet, 7.11.1993, s.17.

(156) AYM E. 1993/33, K. 1993/40-2, 21.10.1993 RG, 6.11.1993, S.21750 s.13-45.

tek belirlerken yürütmenin durdurulmasını saymadığı gerekçesiyle yürütmenin durdurulması istemini reddetmiştir.

AY Mahkemesi 21.10.1993 tarihli kararında ise, yürütmenin durdurulmasının yargı denetiminin özünde olduğunu özel hukuk ve kamu hukukundaki yasaların açık hükmü olmasa da önlem yetkisinin varsayılmasının AY Yargısı yönünden de kabul edilmesini zorunlu saymıştır. AY ya aykırı olan bir yasanın uygulanmasına bir an önce son verilmesinin de ancak yürütmenin durdurulması ile mümkün olabileceği belirtilmiştir.

AY Mahkemesi son olarak da Uluslararası Hukuka atıf yaparak, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ve İnsan haklarının ve temel özgürlüklerinin korunmasına ilişkin Avrupa Sözleşmesinin vurguladığı hukukun genel ilkelerinin ve adil yargılamayı içeren hak arama özgürlüğünün doğal sonucunun mahkemelerin davayı çözerken zorunlu gördükleri önlemleri alabilmeleri olduğunu gerekçe göstermiştir (157).

6. İdarenin Yasamanın Faaliyetinden Doğan Zararlardan Sorumluluğu

İdarenin eylem ve işlemlerinden doğan zararın giderilmesi İdare hukukunun en önemli konularından birini oluşturmaktadır. Bu konunun yasa ile düzenlenmesi (İYUK md. 2 1/b) sorunun çözümünde kolaylık sağlamıştır. Oysa yasa faaliyetinden dolayı Devletin sorumluluğunun kural olarak kabul edilmemiş olması sorun yaratmaktadır. SARICA, Devletin yargılanabileceği bir yargı yerinin bulunmaması nedeniyle mutlak sorumluluğun kabul edilemeyeceğini, eğer

(157) a.g.k. RG, 23.10.1993, s.23-26.

zarara neden olan işlem tazminat öngörüyorsa ancak Devletin saptadığı kadarcının istenebileceğini, fazlası için yargı yerine başvurulamayacağını belirtmektedir (158). Türk İdare hukukunun kaynağı olan Fransız İdare hukukunda da 19. yy'da tazminat sadece yasanın öngördüğü durumlarda söz konusu olmaktadır (159). Devletin her yeni koyduğu kural için bir tazminat ödemek zorunda olması onu işleyemez hale getireceği ve artık toplum yararına hiç bir kural koyma olanağı kalmayacağı için kural olarak Devletin sorumsuzluğu kabul edilmişti (160). Fakat bu kural da mutlak olmayıp bazı istisnalarla bertaraf edilebiliyordu. Bu istisnaların en iyi örneği Fransa dışındaki İdare hukukları açısından da büyük önem taşıyan Conseil d'Etat'nun 1938 tarihli "La Fleurette" kararıdır. (C.E. Societe des produits laitiers La Fleurette 14.1.1938).

Bu kararda süt tozundan krema yapılmasını yasaklayan yasa yüzünden daha önce yasal olan bu faaliyeti gören ve hiç bir kusuru olmadan sırf bu faaliyetin yasaklanması nedeniyle zarar uğrayan suni krema üreticisi şirketin zararının İdarece tazmini öngörülmüştür.

Conseil d'Etat bu kararı verirken yasanın yasa koyucunun istemediği bir gelişim ortaya çıkardığını, bu faaliyetin ahlak dışı, toplum ahlakına ve kamu düzenine aykırı olmadığını göz önünde tutarak İdarenin hiç bir kusuru olmasa da bu zararı tazmin etmesine karar vermiştir. Ayrıca üstlenilen yükümlülüğün özellikle sert, önemli ve olağanüstü olmasını da gerekçe olarak kabul etmiş (161) ve yapılan yasama işleminden dolayı sadece bir kişinin zarar görmesi nedeniyle eşitlik ilkesine de dayanmıştır (162).

(158) SARICA Ragıp: İdari Kaza, İstanbul 1942, s.194-196.

(159) LEISNER Walter: Französische Staatshaftungsrecht (11) Verwaltungssarchiv B. 54 Heft 4, 1963, s.384.

(160) SARICA Ragıp: a.g.e. s.193.

(161) DAGTOGLOU Prodromos: Ersatzpflicht des Staates bei Legislativem Unrecht? Tübingen 1963, s.74-75.

(162) SARICA Ragıp: a.g.e. s.191.

Almanya'da yasama haksızlığından dolayı Parlamento, Devlet Başkanı, Başbakanlık ve yürütme organı sorumludur. Bu hukuk sistemine göre, Devlet aleyhine adliye mahkemelerinde dava açılabilirdi için (163) yasama işlemlerinden doğan zararda İdarenin sorumluluğu bizim hukuk sistemimizdeki gibi ciddi bir sorun yaratmamaktadır.

Avusturya hukukunda AY ve Hizmet sorumluluğu yasası tüm kamu kurum ve kuruluşlarının, organı olarak görev yapan kişilerin yasaları uygulamaktan dolayı verdikleri zararlardan sorumlu olduklarını belirtmektedir (164).

İtalyan hukukunda ise, İdarenin sorumluluğu kamu yönetimi sürecinin zorunlu bir ögesi sayılmaktadır (165).

Türk hukukunda, Devletin yasama faaliyetinden doğan zarar genellikle İdare aracılığıyla gerçekleştirilmektedir. İdare yasaları uygulama görevini yerine getirirken hiç bir kusuru olmadan Devletle kişi arasında girerek Devletin zarar gören bu kişiye karşı taşıması gereken sorumluluğu kendi üstüne almaktadır. Bu durumda İdarenin kusursuz sorumluluğu söz konusu olur. DURAN da bu konuda kusursuz sorumluluğun idarenin, yasama işlemine dayanarak kamu yararını yerine getirmek için aldığı kararla belli bir ya da birkaç kişinin, katlanmak zorunda olmadıkları ağır ve olağandışı külfeti yüklenmesini önlemek için kabul edildiğini ileri sürmektedir (166).

YAYLA ise, Türk hukukunda ilgili yasa aksini öngörmemişse Devletin, yasama faaliyetinden dolayı sorumluluğunun kural olarak kabul edilmediğini, fakat özellikle 1982 Anayasasının Devlete ve kamu görevlilerine ilişkin ayrıntılı

(163) DAGTOGLOU Prodromos: a.g.e. s.60.

(164) DAGTOGLOU Prodromos: a.g.e. s.78.

(165) DAGTOGLOU Prodromos: a.g.e. s.79.

(166) DURAN Lütfü: Türk İdaresinin Sorumluluğu, Ankara, 1974, s.57.

ve çok yönlü hükümler düzenlemesi nedeniyle yasa öngörmese de genel sorumluluk esaslarının uygulanabileceğini belirtmektedir (167). Bu durumda yasaları uygulamakla görevli organ olan Yürütme ve İdare AY md. 125 uyarınca genel olarak sorumludur (168).

Görüldüğü gibi, AY Hukuku ile İdare Hukuku ve Anayasa Yargısı ile İdari Yargı arasındaki sıkı ilişki ve benzerlikler sorumluluk hukukuna ilişkin yukarıda açıklanan problem dolayısıyla Yasama ve İdare arasında da görülmekte, yasama işlemlerini somutlaştıran, hayata geçiren İdare, Devletin sorumluluğunu da üstlenmektedir.

(167) YAYLA Yıldızhan: İdare Hukuku, İstanbul 1990, s.135.

(168) YAYLA Yıldızhan: a.g.e. s.137.

SONUÇ

Doğuşu XIX. yy.a dayanan Hukuk Devleti kavramı, Büyük gelişme ve değişme göstererek günümüze dek gelmiş, bu kavramın yerleşmesi ve eksiksiz gerçekleştirilebilmesi çabaları uluslararası boyutlara ulaşmıştır. Bu kavramın gerçekleştirilebilmesi için yasaların anayasaya uygunluğuna ve İdarenin yargısal denetimine gerek duyulmaktadır. Her iki yargı da hukuk devleti kavramının bilinen unsurlarına uygunluk denetimi yapmalarının yanısıra, özellikle İdare hukukunun genel kavramlarını da hukuk devletinin gereği olarak kabul etmekte, böylece hukuk devleti de "kamu yararı", "kazanılmış hak", "hukukun genel ilkeleri" gibi güncel kavramlarla sürekli genişleyip zenginleşmektedir. Artık günümüzün hukuk devleti kavramı donuk, sabit ve tek başına bir kavram olmaktan çıkmış genişlemenin ilk basamağı olarak "Sosyal Devlet" ile birleşerek "Sosyal hukuk devleti" adını almıştır. Hukuk devleti için önemli olan çağdaş demokrasi esaslarına uygunluktur. Çünkü hukuk devleti demokratik rejimlerin anlayışıdır. Bu da "Sosyal hukuk devleti" aşamasına gelmiş bu kavramı "Demokratik, sosyal hukuk devleti"ne götürür.

Anayasa yargısı olsun, İdari yargı olsun her ikisi de Hukuk devletinin unsurları olmak nedeniyle yaptıkları denetim sırasında Hukuk devletine uygunluğu incelemektedir. Zaten hukuk devleti kavramı da sadece anayasa hukukuna özgü bir kavram olmayıp, anayasa yargısından önce idari yargıda kullanılmıştır. Her iki yargının hukuk devletine yaklaşımı çoğunlukla aynıdır. Birbirlerinin kararlarına yollama yapmakta, görüşlerinden yararlanmaktadırlar.

Anayasa Hukuku ve İdare Hukuku'nun kamu hukuku dalı olmalarından başlayan yakınlıkları bazı konularda daha da artmaktadır. Yürütmenin hükümet

bölümü Anayasa Hukukunun, İdare bölümü, İdare Hukukunun konusu olmaktadır. Teknik bir hukuk dalı olan İdare Hukuku hükümete ve Anayasa Hukukuna bu yakınlığından dolayı politik bir nitelik de kazanmaktadır. İdare Hukuku Anayasa Hukukunu günlük yaşama uygulamaktan dolayı somutlaştırılmış Anayasa Hukuku olarak da tanımlanmaktadır.

Daha çok politik bir hukuk dalı olarak kabul edilen Anayasa Hukuku, anayasa yargısının ortaya çıkmasıyla teknik yanı da güçlenerek İdare Hukukuna benzemeye başlamıştır. Bunlara paralel olarak Anayasada da tarafsız bir İdare yaratabilmek için bazı düzenlemelere gidilmiştir. Bu düzenlemeler Türk Anayasalarındaki üzere yoğun olduğu gibi, Avrupa anayasalarındaki gibi seyrek de olabilir. Düzenlemenin yoğun olmasından daha önemli olan, yapılan düzenlemelerle özellikle İdarenin yargısal denetimini kısıtlayıcı hükümler getirilmesidir. İdarenin Avrupa anayasalarında kısa bir kaç hükümle yer almasına karşılık İdarenin yargısal denetimi hiç bir kısıtlama öngörülmeden kabul edilmiştir.

Fakat, anayasa koyucu ya da yasa koyucu yargı denetimini kısıtlayıcı hükümler koyma eğilimine girdikçe, yargının içtihat yaratma yoluyla bu hükümleri aşma çabası belirginlik kazanmaktadır. Bu husus her iki yargı organının yalnız kendi konularına ilişkin olmayıp bunlar birbirlerine de destek olmaktadır. Anayasa yargısı idari yargı yoluna başvurma hakkının kısıtlanmasını önlemeye çalışarak idari yargıya destek olacak kararlar vermekte, idari yargı da bu konuda verdiği çağdaş kararlarla hukuk devletinin gerçekleşmesine çalışmaktadır. İdari yargı ayrıca özellikle hukuk sistemimizde kişilerin anayasa yargısına ulaşmasının çok zor olması, idarenin bireylerle daha yakın bir ilişki içinde olması ve menfaati ihlal edilen herkesin idari yargı yoluna başvurabilmesi nedeniyle anayasa yargısının ulaşamadığı alanlarda onun yerine de geçmekte İdarenin yargısal denetimi sırasında kişi hak ve özgürlüklerini de koruyan kararlar ver-

mektedir. İdari yargının yaptığı denetim Anayasa Yargısında olduğu gibi uluslararası hukuk normlarını da ölçüt kabul etmesi açısından bir ucu açık bir denetimdir.

Anayasa yargısı ve idari yargı kurumsal olarak birbirlerine pek benzemekle birlikte yargılama usulleri açısından bir birlerinden yararlanmaktadırlar. İdari yargıda da, aynı isimle nitelendirilmese de, ön planda somut norm denetimi ve çok kısıtlı olmakla birlikte, soyut norm denetimi de söz konusu olmaktadır. Anayasa yargısında kıyas yoluyla, idari yargıda kullanılan ilke ve teknikler kullanılmakta, yasa hükümleri idari yargıdaki gibi işlemin unsurları açısından incelenmektedir.

Her iki yargı da ölçülülük ilkesini ve takdir yetkisini aynı biçimde ele almakta, özellikle idari yargı takdir yetkisini incelerken yerindeliği zorlayıcı kararlar verebilmektedir.

Yargısal denetim sonucunda verilen kararlar, içerik yani maddi hukuk açısından farklı olsa da yaptırım teknikleri genel olarak her ikisinde de aynıdır. Özellikle anayasaya uygun yorum tekniği, idari yargıda da kullanılmakta ya da idari yargı doğrudan anayasaya yollamada bulunmak suretiyle bir bakıma Anayasa yargıcısı rolünü üstlenmektedir.

Anayasa yargısı - İdari yargı karşılaştırmasından çıkan en önemli farklılık iptal kararlarının sonuçları bakımındandır. Anayasa yargısında ileriye dönük etki yaratan iptal kararları idari yargıda geçmişe etkilidir. Yasama işleminin niteliği ve 1982 Anayasası ile getirilen düzenleme nedeniyle Anayasa yargıcısında verilen iptal kararlarının yürürlüğe girişiyle ilgili bazı problemler ortaya çıkmakta bunun da en kestirme çözümü İdari yargılama usulünde öteden beri bu-

lunup da Anayasa yargısında yakın zamana dek kullanılması mümkün görülme-
meyen "yürütmenin durdurulması" müessesesi olmaktadır. Bu koruma meka-
nizmasının anayasa yargısında da idari yargıya benzer bir biçimde kullanılmaya
başlanılmasıyla anayasa yargısının İdari yargı ile olan ortak yönlerine bir yenisi
daha eklenmiştir.

Anayasa yargısı ile idari yargı arasındaki bu kadar çok benzerlik, hatta üst-
üste düşmeler gün geçtikçe daha da artmakta buna en büyük katkı da idari yargı
tarafından yapılmaktadır. Anayasa yargısı da artık idari yargı gibi atılımlar ya-
pabilmekte, yasada boşluk olan bir konuda yürütmenin durdurulması kararını
vererek bu konudaki ihtiyacını giderebilmektedir. Fakat buna karşılık idari yar-
gı mercilerinin, verdikleri kararlarda daha cesur, yenilikçi ve çağdaş bir idari
yargı yaratma çabası görülmektedir.

KAYNAKÇA

KİTAPLAR

ASLAN, Zehreddin: İdari Yargıda Yürütmenin durdurulması, yayınlanmamış doktora tezi, İstanbul 1993.

BALTA, Tahsin Bekir: İdare Hukuku I, Ankara 1970.

BATUM Süheyl: Avrupa insan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İstanbul, 1993.

BECKER, Peter, Der Einfluss des französischen Verwaltungsrechts auf den Rechtsschutz in den europaeischen Gemeinschaften Hamburg 1963.

BOGS, Harold: Die "verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen", Donau 1966.

ÇAĞLAR, Bakır: Anayasa Bilimi, İstanbul 1989.

ÇAVUŞOĞLU Naz: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukuku'nda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine, Ankara 1994.

DUPUIS, Georges-GUEDON Marié José: Institutions administratives Droit administratif, 2 Bası Paris 1988.

DURAN, Lütfi: İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul 1982.

DURAN, Lütfi: Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, Ankara 1974.

DURAN, Lütfi: Türkiye Yönetiminde Karmaşa, İstanbul 1988.

EKKEHART, Stein: Staatsrecht, Tübingen 1993.

EVANGELISCHES Staatslexikon: 1. Auflage Stuttgart 1966.

- GÖRELİ, İsmail Hakkı: Devlet Şurası, Ankara 1953.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref: Yönetimsel Yargı, Ankara 1993.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref: Yönetim Hukuku, Ankara 1991.
- KOTTUSCH, Peter: Zum Verhältnis Verwaltungs und Verfassungsgerichtsbarkeit, Zurich 1973.
- ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul 1966. c.I.
- ÖZAY, İl-Han: Devlet, İdare Rejim, Yargısal Korunma, İstanbul 1986.
- PRODROMOS, Dagtoglou: Ersatzpflicht des Staates bei legislativem Unrecht, Tübingen 1963.
- RUMPF Christian: Das Rechtsstaatsprinzip in der türkischen Rechtsordnung.
- SAĞLAM, Fazıl: Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara 1982.
- SARICA, Ragıp: İdari Kaza, İstanbul 1942.
- SCHLAICH, Klaus: Das Bundesverfassungsgericht München 1987.
- SOMMERMANN, Karl Peter: Die deutsche Verwaltungsgerichtsbarkeit, Speyer 1991.
- SOYBAY Selçuk: İdarenin Yargısal Olmayan Biçimlerde Denetimi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1994.
- SOYSAL, Mümtaz: Anayasa'nın Anlamı İstanbul 1990.
- STIRN, Bernard: Les Sources Constitutionnelles de Droit Administratif Paris 1989.
- TANÖR, Bülent: İki Anayasa 1961-1982 İstanbul 1991.
- TANİLLİ, Server: Anayasalar ve Siyasi Belgeler, İstanbul 1976.

TEZİÇ, Erdoğan: Anayasa Hukuku, İstanbul 1986.

YAYLA, Yıldızhan: İdare Hukuku, İstanbul 1990.

YÜZBAŞIOĞLU Necmi: Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, İstanbul, 1993.



MAKALELER

ALAN, Nuri: Türk İdari Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi, İdari Yargıda Son Gelişmeleri Sempozyumu, Ankara 10-11-12 Haziran 1982.

ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz: Anayasa Mahkemesinin İşlevsel Yönü, AİD, c.19, S.1 Mart 1986.

ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz: Türk Anayasa Yargısında İptal Davası ve İtiraz Yolu, Anayasa Yargısı Ankara 1984.

ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz: Anayasa Mahkemesi Kararlarının zaman içinde etkisi, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi 1. Kitap, İdari Yargı, Ankara 1991.

ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz: Türk Anayasa Mahkemesinin Özellikleri ve Kararlarındaki Gelişim. "Anayasa Yargısında Avrupa Modeli ve Türkiye" Uluslararası Sempozyumu, İstanbul 13-14 Haziran 1987.

AZRAK, Ali Ülkü: İptal Davalarının Objektif Niteliği Üzerine Düşünceler. Onar Armağanı, İstanbul 1977.

AZRAK, Ali Ülkü: Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği, Anayasa Yargısı, Ankara 1984.

AZRAK, Ali Ülkü: Almanya ve Avusturya da Anayasa Yargısının Esasları İÜSBFD. 1984.

AZRAK, Ali Ülkü: Anayasa Yargısında Ölçü Normlar, Anayasa Yargısında Avrupa Modeli ve Türkiye Uluslararası Sempozyumu, 13-14 Haziran 1987, İstanbul.

AZRAK Ali Ülkü: İdari Yargı Denetiminin Sınırı Olarak İdarenin Takdir Yetkisi, İ.H.İ.D. Yıl 6 S.1-3, Aralık 1985.

AZRAK, A.Ülkü: Sosyal Devlet, Reşat KAYNAR'a Armağan, İstanbul 1981.

AZRAK, A.Ülkü: Türk Anayasa Mahkemesi, s.651. İÜHF, Mecmuası, Cilt XXVIII s.3-4.

Bin TAKADA: Die Aufnahme Deutscher Rechtsstaatsatheorien in Japan. Neue Entwicklungen im Öffentlichen Recht, Stuttgart 1979.

ÇAĞLAR, Bakır: "Yeni Anayasa'cılık" üzerine notlar. İHİD, yıl 6, S.1-3 Aralık 1985.

ÇAĞLAR, Bakır: Anayasa Yargısında Yorum Problemi, Karşılaştırmalı Analizin Katkıları Anayasa Yargısı, Ankara 1986.

ÇAĞLAR, Bakır: "Anayasa'nın Hukuku ve Anayasa Yargıcı. Yenilenen Anayasa düşüncesi üstüne, Anayasa Mahkemesi'nin 29. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyum, Ankara 1991.

DAGTOGLOU, Prodromos: Die griechische Verfassung 1975, JÖR Bd. 32/1983.

DURAN Lütfi: Danıştay'ın İçtihadı Birleştirme Uygulaması, Doç.Dr.Cem SAR'a Armağan, A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt XXVII Eylül 1972.

DURAN, Lütfi: Yasama İşleminin Askıya Alınması, Cumhuriyet 7.11.1993.

DURAN, Lütfi: Hukuka Aykırılıkları Koruma Girişimi, Cumhuriyet 30.1.1994.

DURAN, Lütfi: III. Cumhuriyetin "Yürütme"si, Kuvvetli İcra mı, Kişisel İktidar mı? Bahri SAVCI'ya Armağan, Ankara 1988.

DURAN, Lütfi: Düzenleme Yetkisi, Özerk Sayılabilir mi? İHİD. 1983, S.1-3.

DURAN, Lütfi: AY Mahkemesine Göre, Türkiye'nin Hukuk Düzeni, (1) AİD Cilt 19 S.1, Mart 1986.

DURAN, Lütfi: Türkiye'de Anayasa Yargısının işlevi ve konumu, Anayasa Yargısı, Ankara 1984.

GÜRAN, Sait: Anayasa Yargısında Yürütmenin Durdurulması. Anayasa Yargısı, Ankara 1986.

LEISNER, Walter: Französisches Staathaftungsrecht II. Haftung ohne Verschulden, Verwaltungsarchiv. Band 54 Heft 4, 1 Oktober 1963.

MERTEN Detlef: Friedrich Der Große und Montesquieu, Verwaltung im Rechtsstaat "Festschrift Für Carl Hermann Ule", Köln 1987.

OEHLINGER, Theo: Der österreichische. Verfassungsgerichtshof als Prototyp des Modells der europaeischen, Verfassungsgerichtsbarkeit. "Anayasa Yargısında Avrupa Modeli ve Türkiye Uluslararası Sempozyumu" İstanbul 13-14 Haziran 1987.

ONAR, S.Sami: Amme Hukukundaki Hukuki Tasarruflar ve Kazai Murakabe, Cemil BİLSEL'e Armağan, İstanbul 1939.

ÖZÇELİK, Selçuk: Mahkeme İçtihatları, Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt XXI, s.1-4, 1955.

ÖZDEŞ, Orhan: Danıştayın Tarihçesi "Yüzyıl Boyunca Danıştay", Ankara 1968.

ÖZDEŞ, Orhan: İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması ve Niteliği. Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu 1980.

PESTALOZZA, Christian: Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, im Grenzbereich zur Verfassungsgerichtsbarkeit, NJW. 31. 1978, No.36, s.1782-1787.

REUSS, Hermann: Die Wirkungseinheit von Verwaltungs und Verfassungsrecht D.Ö.V. 1959, 32.

ROESSLER, Peter: Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht im Wandel, Dokumentation zum fünften Deutschen Verwaltungsrichtertag 1977, s.117-131.

RUMPF, Christian: Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği. Anayasa Mahkemesinin 31. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu, Ankara Nisan 1993.

SABUNCU, Yavuz: Alman Anayasa Yargısında Geçici Tedbir Kararı, AID c.17, S.2.

SAĞLAM, Fazıl: 1982 Anayasa'nın Temel Hak ve Özgürlükler Bakımından Getirdiği Sorunlar. Bahri Savcı'ya Armağan, Ankara 1988.

SCHAEFER, Hans: Verfassungsgerichtsbarkeit und Verwaltungsgerichtsbarkeit. Staatsbürger und Staatsgewalt I 159 ft.

SÖHN, Hartmut: Die abstrakte Normenkontrolle, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz I. Tübingen 1976.

SOYSAL, Mümtaz: Temel nitelikleriyle 1961 ve 1982 Anayasa'ları (karşılaştırılmalı), Anayasa Yargısı, Ankara 1984.

TEZİÇ, Erdoğan: Anayasa Mahkemesinin Esasa İlişkin Denetimi, Anayasa Yargısı, Ankara 1986.

THOMASHAUSEN, André: Die revidierte Verfassung von Portugal JÖR Bd. 32/1983.

TUNCAY H.Aydın, ÖZDEŞ Orhan, BAŞPINAR Recep: İçtihadın Birleştirilmesi, Yüzyıl Boyunca Danıştay, Ankara 1968.

ULER, Yıldırım: Anayasa Mahkemesi İptal Kararları geriye yürür. Bahri SAVCI'ya Armağan, Ankara 1988.

ÜSKÜL, Zafer: Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti Kavramı, Eskişehir İTİAD c.XII/2, 1976.

WEBER, Albrecht: Die spanische Verfassung von 1978. JÖR Bd. 29/1980.

WERNER, Fritz: Verwaltungsrecht als konkretisiertes, Verfassungsrecht. D.V.B.I. 1959.

YAYLA, Yıldızhan: Anayasa Yargısında Yaptırım Teknikleri "Anayasa Yargısında Avrupa Modeli ve Türkiye Uluslararası Sempozyumu" 13-14 Haziran 1987.

YAYLA Yıldızhan: Anayasa Mahkemesine Göre Cumhuriyetin Özü, Hıfzı Timur'un Anısına Armağan, İstanbul 1979.

ZEIDLER, Wolfgang: Die Verfassungsrechtsprechung im Rahmen der Staatlichen Funktionen, Anayasa Yargısında Avrupa Modeli ve Türkiye Uluslararası Sempozyumu, İstanbul 13-14 Haziran 1982.