

ANAYASA YARGISINDA YÜRÜTMENİN DURDURULMASI

Prof. Dr. Sait GÜRAN

Anayasa Mahkemesi tarafından geçen yıl düzenlenen Sempozyumda sunduğum bildiride, 1982 Anayasası'nın görüşmeye açılmasının Anayasa Mahkemesi'nce başlatılmasının, Türk Anayasa Hukuku ve Anayasal gelişme süreci açısından, isabetli ve son derece önemli bir adım olduğunu ifade etmiştim(1). Bu defaki bildiride de, söze başlarken, Anayasa Yargısı Sempozyumu'nun, hepimiz için, sadece mevcudun görüşüldüğü değil; bunun ötesinde, daha iyinin, daha gelişmişin, daha isabetlinin aranması tartışılması ortamını sağlayan mükemmel bir fırsat, uygun bir zaman ve zemin teşkil ettiğini vurgulamak istiyorum. Anayasa Mahkemesi'ne, zaten pek az işlenen Türk Anayasa Hukukuna gerçek bir katkı olan bu girişimi vasıtasıyla, bir süredir zihnimi kurcalayan, neden olmadığının cevabını bulamadığım bir konuyu işlemek ve tartışmak olanağını verdiği için teşekkürlerimi sunarım.

İKİ OLAY VE İKİ KARAR

Anayasa Yargısında yürütmenin durdurulmasına ilişkin açıklamalara giriş mahiyetinde olmak üzere, iki ülkeden, her noktasıyla çarpıcı iki olayı özetleyerek aktarıyorum...

4/5 Eylül 1972 gecesi, Münih'te, Filistinli gerillalar tarafından İsrail'li sporculara karşı, Olimpiyatların kapanması arefesinde, girişilen ve ölümlerle sonuçlanan saldırıdan sonra, İçişleri Bakanlığı, güvenlik önlemi olarak ve Almanya'nın iç güvenliğini tehlikeye soktukları gerekçesiyle, Filistinli Öğrenciler Birliği ile Filistinli İşçiler Birliği'nin Almanya'daki şubelerini yasaklıyor ve kapatıyor. Bu örgütler

(1) Sait GÜRAN, Anayasanın 128 ve 129. Maddeleri Yönünden Kamu Görevlileri ve Bakanların Durumu; ANAYASA YARGISI, Sf. 194 (Ay. Mhk. Yayını, 1984).

gerçekten terörü tasvip ettikleri gibi, üyeleri de Almanya'da daha önce saldırı ve işgal eylemlerine katılmışlardı. Önlemlerin devamı olarak, güvenlik makamları, bazı Arapların «Almanya'daki ikâmetlerinin güvenlik bakımından tehlikeli olduğu» nedeniyle sınır dışı edilmelerine de karar veriyordu. Bunlardan ikisi, Filistinli Öğrenciler Birliği'nin yöneticileriydi ve biri, 1970'den beri bir Alman'la evli idi. Güvenlik yetkilileri, aldıkları kararların «özel kamu yararı icabı» derhal uygulanması cihetine gidince, bu kişiler, idare mahkemelerinde dâvalarını açarak yürütmenin durdurulmasını istiyorlarsa da, talepleri alt derece bölge idare mahkemeleri ile Bavyera Yüksek İdare Mahkemesi tarafından reddolunuyordu (2).

İlk raundları kaybeden iki Filistinli, bu defa, Anayasa şikâyeti yoluyla, konuyu **Federal Anayasa Mahkemesi**'ne götürüyorlar. Yüksek Mahkeme, alt mahkeme kararlarını bozuyor ve şöyle yazıyordu :

Alman sisteminde «Dâvanın yürütmeyi durdurması, kamu hukuku dâvasının temel prensibidir... İşte bu özel prosedürün amacı, yürütme erkinin tedbirlerine karşı etkin bir kazaî himaye sağlamak ve bunu gerçekleştirmektir. ...Anayasa garantisinin (idarî işlemlerin yargısal denetime tâbi tutulması) önemi, fert ile olan münasebetlerinde yürütme erkinin mutlak hâkimiyetini bertaraf etmesindedir. İşbu Anayasa garantisinin görevi, sadece, ferdin haklarına müdahale eden yürütme erki tasarruflarını tam bir surette kazaî bir denetime tabi tutmak değil, aynı zamanda bir hâkimiyet tedbirinin derhal icrası sonunda gerçekleşecek olan düzeltilmesi bir daha imkânsız durumları mümkün olduğu kadar önlemek ve bertaraf etmektir.» (3)

Yürütmenin durmasının **Anayasa Hukuku bakımından önemi** yukardaki «garantinin bu fonksiyonundan çıkmaktadır. ... (Yürütmenin durmaması halinde) İdare Mahkemesinden beklenen himaye, dâvanın zarurî olarak bir süre devam etmesi sebebiyle çok defa gerçekleşmiyecekti; zira idarî tasarrufun derhal icrası normal olarak **emri-vakiler** meydana getirecekti. İdari kazanın, idarî tasarrufların bağımsız mahkemelerce denetimini sağlamak tarzındaki amacı bu suretle **hayalî bir hal alacak** ve ilgili fert de netice olarak etkin bir hukukî himayeden mahrum kalacaktır. — Buna karşı, derhal icranın ancak kamu yararı veya ağır basan özel bir menfaat icabı caiz bulunması itibariyle ferdin buna katlanmak zorunda olduğu; idarî tasarrufun kesin

(2) Tahir ÇAĞA : Yürütmenin Durdurulmasına Dair; İDARE HUKUKU ALANINDA SORUMLULUK, Sf. 27-30 (Muk. Huk. Ens. İÖHF Yayını, 1980).

(3) Id. 32; Mahkemenin 19.6.1973 günlü kararı.

bir hüküm ile iptali halinde de esasen zararın giderileceği yolunda ileri sürülecek bir mülâhaza isabetli olarak kabul edilemez.» (4)

Federal Anayasa Mahkemesi'nin İdare'nin, uluslararası terörün Almanya'daki uygulayıcısı saydığı örgütün yöneticileri hakkında verdiği bu kararı okurken, unutmayalım ki, Alman sisteminde kaideten, yürütme, dâvanın açılmasıyla birlikte ayrıca bir karar gerekmeksizin kendiliğinden durmaktadır.

Yüksek Mahkeme, bu olayda «**yürütme durmalıdır**» derken, herkesin dikkatini şu noktaya çekiyordu: Sınır dışı etme işlemlerinin derhal uygulanmasına gerekçe olarak, güvenlik makamlarının Almanya'da bundan böyle terör eylemlerini önlemek istemelerinin gösterildiğini, gerçekten de toplumun terör eylemlerine karşı korunmasının fertlerin haklarına geniş ölçüde müdahaleye de cevaz verdiği kabul edilmekle beraber; derhal sınır dışı edilme, dâvacıları, haklarını gereği gibi savunma olanaklarından yoksun bırakacak, tanıklarla yüzleşmek, soru sormak, mahkemeye güven telkin etmek, tıp öğrenimlerini sürdürmek, evlilik birliğini korumak bakımından olumsuzluklar ortaya çıkacaktır. Bu durumda «Federal Anayasa Mahkemesi, Hukuk Devletin icaplarını yerine getirmenin, olayda, memleketin iç güvenliği ile ilgili olan idarî tasarrufların derhal icrasındaki kamu yararına nisbetle daha ağır bastığı sonucuna varmıştır.» (5)

İkinci olayın geçtiği ülke ABD'dir. Yıl 1952, genellikle güvensizliğin egemen olduğu bir dönem, Kore Savaşı üçüncü yılına giriyor ve ABD 128.000 kayıp vermiş, gerilim, acı zirvede, ateşkes görüşmeleri birinci yılını doldururken sonuç yok, savaşın biteceğine dair bir işaret de yok. Savaş iç ekonomiyi etkilemiş; artan enflasyon, dengesiz ve düzensiz ücret - fiat kontrolleri, işçi kesimi rahatsız, 1946'dan bu yana 1952 grevlerin en yüksek olduğu yıl; kömür, inşaat, petrol, haberleşme, deniz taşımacılığı alanlarında 3,5 milyon işçi iş bırakmış durumda, sebep Kore Savaşı'nın izlediği seyir. Diğer taraftan, Gordion düğümüne dönmüş haliyle dış politikada oluşan gerilimlerle rahatsızlıklar iç politikaya da karışmış; özellikle iç güvenlik ve bağlılık konularında tartışmalar görülmekte; Senatör Joseph Me Carthy, İdarenin, üniversitelerin, kitle iletişim kurumlarının Komünistlerle doldurulduğu suçlamalarında bulunuyor; soğuk savaşın anti-komünist havası güvenlik - bağlılık uygulamaları ile sürdürülüyor ve yüzlerce Cumhu-

(4) Id. 33.

(5) Id. 38.

riyet Partili konuşmacı, Demokratlara Ülkeyi komünist ajanlardan korumak konusunda güvenilemeyeceğini halkın önünde ifade ediyor (6).

Bu esnada, çelik sanayii de diken üstünde oturur durumda; beş ay önce uyuşmazlık çıkmış, sendika dört defa grev ilân etmiş ve ertelemiş, her an grev başlayabilir. Hükümet, işverenle işçileri grevi önleyecek bir formülde uzlaştırmaya çabalıyor, görüşmeleri sürdürüyor. Ancak koşullar öylesine kritik ki, hangi çözüme varılırsa varılsın, ağır tehlikeler beklenmekte. Zira, greve gidilir ise, ülke ekonomisini ve askeri savunma programını tehlikeye düşürecek; anlaşma halindeyse, işçi ücretleri ve çelik fiyatlarındaki yükseliş, enflasyonist tazyikleri arttıracaktır (7).

Geçen ay (Mart 1952) hazırlanan bir uzlaşma paketini sendika kabul ederken, işverenler olumsuz karşıladılar; Hükümet de ikiye bölündü. Son haftaya girerken, bu defa işverenler koşulları daha düşük olan bir öneri getirince, bunu da sendika reddetti; ertesi sabah çelik şirketleri sendikanın grev ihbarını aldılar (8).

Çelik sanayiindeki açmazlar öylesine ciddi boyuta ulaşmıştır ki, bir tarafta şirketler, Hükümetin karşılaştığı ciddi duruma rağmen, üretim maliyetinden normal payından özveride bulunmayıp, kârdan daha büyük pay almakta ısrar ediyorlar; öte yanda, Kore Savaşı'nda ABD ordusunun tüm savaş tekniği, havada, karada, denizde, sanayi kuruluşlarının tam yol çalışmasına bağlı bulunuyordu. Kore'de Birleşmiş Milletler kuvvetleri cephe hattını, birliklerin canıyla değil, cephane gücüyle tutuyordu ve çelik üretimindeki herhangi bir kısıntı, savaşanların hayatını tehlikeye atacaktı. Kaldı ki, belli cephane türlerinde elde yeterince stok da bulunmuyordu. Çelikte on günlük üretim durmasının, uçak ve gemi yapım alanındaki yıkıcı etkilerinin dışında, Truman Hükümeti, müttefiklerle ilişkilerin zedelenmesine, güvenin sarsılmasına, Kore Savaşında karşı tarafın harbi tırmandırmasına, yaymasına yol açacağı hesaplarını da yapıyordu (9).

Artık çıkmaz sokağın sonuna gelinmiştir; Başkan Truman, 8 Nisan 1952 günü, saat 22.30'da, çelik işletmelerine geçici olarak el koy-

[6] Alan WESTIN : THE ANATOMY OF A CONSTITUTIONAL LAW CASE (The Steel Seizure Decision), Sf. 1-3 (The Macmillan Co. 4. bası, 1961).

[7] Id. 3.

[8] id. 3-4.

[9] Id. 11-13.

duğunu (seizure) ilân eder (Executive Order 10340); yasaî dayanak, Anayasa ve yasalardaki Başkomutanlık ve Başkanlık yetkisidir (10).

Tam bir saat sonra, 23.30'da, iki çelik şirketinin avukatları, başkent Washington'daki ilk derece mahkemesi yargıcı Yargıç Walter Bastian'ın evine gelirler ve kendisine, yasalara aykırı olan bu işleme karşı sürekli injunction (kazaî emir) ile tamamlanacak geçici durdurma emri vermesini isteyen dilekçelerini sunarlar. Yargıç Bastian, kararını, Hükümet yetkililerini de dinledikten sonra vereceğini bildirir ve ertesi sabah saat 11.30'a duruşma koyar. Diğer çelik şirketleri de, duruşma sabahı başvurularını yapar (11).

Çelik fabrikalarına el koyma kararının durdurulmasına ilişkin duruşmaya çıkan Yargıç Alexander Holtzoff tarafları dinledikten sonra 9 Nisan 1952 günü, dâvacıların geçici durdurma istemini reddeder. Bunun üzerine, 10 Nisan günü şirketler Hükümetin hukuka ve Anayasaya aykırı işlemlerini önlemek amacıyla injunction (kazaî emir) için başvururlar. Yargıç Pine, 24-25 Nisan'a duruşma koyar ve 29 Nisan günü, Anayasanın Başkana el koyma yetkisini açık ve kapalı biçimde tanımadığı gerekçesiyle, injunction talebini kabul eder ve fabrikalar eski işleticilerine geri döner.

Bunun üzerine, aynı gün sendika, derhal uygulanacak grev kararı alır; Beyaz Saray da, bir üst mahkemeye giderek, Yargıç Pine'in kararının yürütmesinin durdurulmasının (saty) istenmesini uygun bulur.

30 Nisan sabahı idare avukatları, Yargıç Pine'in kendisinin durdurma kararı vermemekte ısrarı üzerine, aynı taleple üst mahkemeye başvururlar; öğleden sonra dokuz yargıçlı bir heyet duruşmaya çıkar; 1 Mayıs günü duruşma tamamlanır ve 2 Mayıs'ta, mahkeme, (5-4) çoğunlukla, ilk derece mahkemesinin kararının durdurulmasına ka-

(10) «Başkan Truman, el koyma işlemini, «Bu gece, ülkemiz ağır bir tehlikeyle yüz yüze bulunmaktadır. Bu gece yarısı, çelik sanayiinin kapanması ihtimali ile karşı karşıyayız. Bu olmamalıdır... Savunmamız için gereken çelik türleri stoğuna sahip değiliz. Şayet çelik üretimi durursa, Kore cephesindeki askerlerimize giden mermilerin ve bombaların yapımını durdurmak zorunda kalacağız. ...Atom enerjisi programını kısip erteleyeceğiz. ...Hava kuvvetlerimiz için motor yapımını kısa bir süre sonra durdurmamız söz konusu olacak. -Başkan olarak bunların vuku bulmasını önleyecek her çareye başvuramazsam, sorumluluklarım sadık kalmış sayılmam. ...Bu nedenle, bu gece iki adım atıyorum. Birincisi, Ticaret Bakanına, çelik fabrikalarını devralmasını ve işlemlerini devam ettirmesini emrediyorum...» diye başlayan radyo konuşmasıyla duyuruyordu. (id. 14)

(11) id. 17-20.

rar verir. Aynı gün, son raund için ABD Yüksek Mahkemesine başvurulur ve Yargıç Pine'in kazaî emrinin temyizen incelenmesi istenir.

Yüksek Mahkeme, önce 3 Mayıs'ta, ilk derece mahkemesinin injunction'ına karşı, dâvayı çözümlenene kadar geçerli olacak bir **durdurma** kararı verir : 12 - 13 Mayıs günleri sözlü açıklamalar dinler; nihayet 2 Haziran 1952 tarihinde el koyma işlemini yaparken, Anayasadan ve yasalardan kaynaklanan bir yetkinin kullanılmıdığı gerekçeyle, alt mahkemenin Başkanı çelik işletmelerine el koymaktan yasaklayan kararını onaylar (12).

2 Haziran günü, çelik fabrikaları özel şirketlere teslim edildi; sendika greve gitti ve tüm çelik üretimi durdu. Başkan'ın, Kongre'den el koyma yetkisi isteyen girişimleri sonuçsuz kaldı; 27 Haziran'da bir işletmede anlaşmaya varılır; 14 Temmuz'da Chrysler, 22 Temmuz'da Silâhlı Kuvvetlerin en büyük top mermisi fabrikası kapanır; 24 Temmuz 1952 günü Truman, iki aya yaklaşan çelik grevinin anlaşmayla bittiğini ve derhal işe dönülmesini bildirir (13).

YARGI DENETİMİNİN İŞLEVİ VE ARAÇLARI

Egemenliğin ve bundan kaynaklanan Devlet yetkilerinin hukuksal bir yetki olması ve hukukla sınırlı bulunması olgusu bir yanda; siyasal organlar olan Parlamento, Cumhurbaşkanı ve Hükümet ile sonuncusunun organik uzantısı İdare Cihazı'nın Anayasa ile donatıldıkları yetkileri Hukuk'a aykırı biçim ve içerikte kullanabilmeleri olgusu öte yanda; tüm bu yetkilerin kişilerin hukukî durumundaki değişiklikleri «**tek yanlı**» işlemlerle gerçekleştirmesi ve sakat olsalar dahi kişileri etkileyen icraî nitelik taşımaları olgusu beri yanda ... bu organların elindeki üstün erkin —yasama, yürütme, idare— «kendileri dışındaki bağımsız, yansız, teknik» bir kuruluşa tanınan **mukabil yetkilerle dengelenmesi mekanizmasını** zorunlu kılar. Bu mekanizma yargı denetimidir. Şu anda, çağdaş toplumlarca benimsenip uygulanan demokratik Hukuk devleti modelinde yargı denetiminin işlevini gören bir başka mekanizma bulunmuş değildir. Ombudsman bile ne yargı denetiminin alternatifidir, ne de yargının Anayasal sistemdeki işlevini kısmen veya tamamen devralmıştır. Aksine, yargı denetiminin yanında, toplam «denetim ağı»nı pekiştiren, güçlendiren ayrı, yeni ve değişik bir unsur olmuştur.

(12) İd. 28 - 141.

(13) İd. 170 - 171.

O halde, yargı denetiminin işlevi, Anaaysal sistem içinde, Yasama, Yürütme ve İdare'nin üstün gücünü «Hukuk» ile sınırlamak, tecavüz ve taşımaları «caydırıcı etkinliği» ile önlemek veya iptal ederek ortadan kaldırmaktır. Az önce sözünü ettiğimiz «Anayasal Denge» bu suretle kurulabilecek, sürdürülebilecektir.

Diğer taraftan, yargı denetimi, Yasama, Yürütme ve İdare için de bir güven kaynağıdır. Bağımsız mahkemelerce, gelişmiş yargısal usuller izlenerek yapılmış adil, yansız, objektif ve inandırıcı bir yargılama sonunda verilecek olumlu bir karar ile, denetlenen işlemler, Hukuka uygunluklarının Yargı tarafından da doğrulanması şeklindeki manevî bir onaylama ile güvenilirlik kazanacaktır. Aynı manevî etki, iptale hükmedilmesi halinde de söz konusudur. Bu defa da, vatan-daşların ve kamuoyunun nazarında, bu ülkede, bu Anayasal düzende, bu Devlette, Hukuka aykırı işlemlerin, keyfi uygulamaların, yanlış bir yönetimin yaşama şansının bulunmadığı inancı yaratılmış olacaktır. Anayasal düzene, Devlete olan bu güven ve inanç duygusunun yaratılmasının bireyin ve toplumun hayatına ve kamu yönetimine getireceği kazançlar, yaratılmamasının alıp götürceklerinden çok fazladır.

Yargı denetimine çağdaş demokratik hukuk Devleti ilkesi üzerine kurulmuş Anayasal düzende verilen bu işlevin —ki önceki iki olayda bunu en çarpıcı biçimde sergiledik— etkin surette yerine getirilebilmesi için, sağlanması gereken **araçların** neler olması gerektiği, somut plânda en önemli sorun niteliğini taşır. Çünkü, yargı denetiminin, ancak işlevine, hedefine uygun araçlarla donatıldığı ölçüde «kıymet-i harbiyesi» olabilir. Aksi halde, yargı denetimi, etkisiz, cılız, yetersiz boş ya da yarı boş bir kalıptan öteye gidemez ki; işlevini yerine getiremeyen böyle bir yargı denetiminin varlığı mı, yokluğu mu yararlıdır diye düşünülebilir dahi. Zira, **caydırıcı ve bastırıcı yönle-riyle** etkinliğini hissettiremeyen, kanıtlayamayan yargı denetimi, son tahlilde, âdil, güvenilir, hakkaniyete uygun, keyfilikten arınmış bir Hukuk düzenini gerçekleştiremez. Gerçekleşenler ise, aslında ger-çekleşmemesi gerekenler olur.

Binanaleyh, işlevini yukarda açıkladığımız yargı denetimini siste-minin temel ögesi yapan Anayasalar, bu işlevin gereği yargısal de-netim araçlarını da iki kere iki dört kesinliği ve şaşmazlığı ile kabul etmek zorundadır. Araçlarda yapılacak her kısıntı, atılmayan her ileri adım, verilecek her ödün, aslında, **yargı denetiminin özünde** kısıntı, gerileme ve ödünü, **Anayasal dengede** bozulmayı getirecektir. Bu işe,

kamu yönetiminde keyfiliğe de varabilecek uygulamaları; bireylerde Anayasal düzene güvensizlikten, doğrudan veya dolaylı ihkak-ı hak düşüncelerine, girişimlerine kadar uzanabilecek sakıncaları; toplumdaki şikâyet ve sızlanmadan gerilim ve bunalımlara varan memnuniyetsizlikleri dâvet edecektir.

O halde, etkin yargı denetimini Anayasal sistemin temel ögesi yaptıktan sonra, yegâne çözüm, etkin bir denetim mekanizmasına imkân veren araçları da sağlamaktır.

Nitekim, idarî işlemlerin ve kanunlarla, kanun hükmünde karar-namelerin, içtüzüklerin ve hattâ Anayasa değişikliklerinin iptal dâvalarına konu olmasını ve tüm kamu tüzel kişilerininin Hukuka aykırı eylem ve işlemlerinden malî sorumluluğunu kabul eden;

Anayasa Mahkemesi'ne başvuruyu itiraz yoluna hasretmeyip, Anayasanın uygulanmasını gözetmek görevini yüklediği Cumhurbaşkanına, ana muhalefet partisine ve 80 milletvekiline dahi doğrudan dâva açma olanağı tanıyan;

1982 Anayasası, temel yaklaşımı ve ana fikri itibarıyla, Anayasal Dengeyi, etkin yargı denetimi aracını kullanarak kurmak formülünü benimsemiştir. Daha kısa ifadeyle, yargı denetimi, 1982'de de Anayasal Dengenin ve buna dayalı Anayasal sistemin temel ögesi yapılmıştır. Bu hareket noktası ile tutarlı olarak, 1982 Anayasası da, aynı prensibi benimseyen diğer Anayasalar gibi, etkin yargı denetimi mekanizmasını gerçekleştirecek araçları da öngörmek zorundadır.

Açıklamaların bu noktasında şu soruyu soralım : Nelerdir bu araçlar? İdarî yargıda ve Anayasa yargısında iptal dâvalarının kabul edilmesiyle ilk büyük adımın sağlam biçimde atıldığı kesin. Ancak bu, ilk adım olarak yeterli sayılabilir ve en az birincisi kadar önemli olan ikinci adımın atılmasıyla tamamlanabilir. Bu ise, «yürütmenin durdurulması» ve benzeri araçlardır.

YÜRÜTMENİN DURDURULMASI

Yargı denetiminin evrensel bazı dar boğazları bulunduğu, kendisine en büyük ayakbağının, gene kendisinin doğasından kaynaklanan problemler olduğu malûmdur. «Gecikmiş adalet, gerçekleşmemiş adalettir» sözü bu noktayı çok net biçimde ifade ederken; ABD Yüksek Mahkemesi Başkanı Başyargıç Burger «Süpermarket çağında, mahke-

meleri 1900'dan kalma çatlak fıçılı köşebaşı bakkalı metod ve gereçleri ile çalıştırmağa gayret ediyoruz» (14) eleştirisini yaparken, aynı problemi bir boyutuyla dile getiriyordu.

Birinci olayda kararından alıntılar verdiğimiz Federal Anayasa Mahkemesi, geç tecelli etmiş yargı denetiminin, idarî tasarrufun derhal icrasının normal olarak yaratacağı bir takım «emrivakileri» önlemeyeceğini, hatta teşvik edeceğini, böylece yargı denetiminin işlevinin gerçekleşmesinin hayalî bir hal alacağını (15) vurguluyordu.

İkinci olay da, kazaî emir ve durdurma araçlarıdır ki, Başkan'ın Anayasadan ve yasalardan kaynaklanmayan ve bir anlamda Kongre'nin yetkisini gasbetmek olan Ağır Hukuk aykırılığı ile sakat işlemi emrivakiler, düzeltilmesi imkânsıza yakın zararlar oluşmadan ve daha önemlisi, savaş da olsa, Başkan da olsa, ulusal güvenlik de olsa, kimşenin Anayasal sistemin dışına ve üstüne çıkamayacağını; aksi halde gereğinin süratle yapılacağını ve son sözün ve çarenin yeterli araçlarla donatılmış etkin yargı denetiminde bulunduğunu sergiliyordu.

1803 yılında Marbury v. Madison kararında Başyargıç Marshall'in kaleminden Yüksek Mahkeme şu noktaya dikkatleri çekiyordu : «Temel hak ve özgürlüklerin özü, hukuksal bir aykırılığa karşı, hukuksal bir çareyi gerektirir. ABD Yönetimi, 'kişiler değil Hukuk tarafından yönetim' olduğuna göre, Anayasa, kişilerin haklarının ihlâline karşı koruyucu bir çare tanımış olmalıdır.» (16).

Yüksek Mahkeme, yürütmenin durdurulmasını işleyen önemli bir kararına (17) şu uyarıda bulunuyordu : «Hiç bir mahkeme, yürüyen zamanı durduramaz. Bir hukuksal uyumsuzluğu çevreleyen koşullar, yargı denetimi tamamlanana kadar düzeltilemez biçimde değişebilir. ...Fakat, bu sınırlar dahilinde kalınmak üzere, mahkemelerin, yargılamanın bitiminde hukuka aykırı bulunabilecek bir kararın derhal (pre-mature) uygulanmasının dâvanın taraflarına veya kamuya vereceği onarılmaz zararları önlemeğe muktedir kılınmaları doğru ve isabetlidir.» Bu nedenledir ki, **yürütmenin durdurulması yetkisi**, her zaman için Amerikan mahkemelerinin **geleneksel araçlarından biri** olagelmış-

(14) Bakınız, Sait GÜRAN : BÖLGE İDARE MAHKEMELERİ VE DANIŞTAY ÜZERİNE YAPISAL BİR DENEME, Sf. 136 (İÜHF, Yayını, 1977).

(15) ÇAĞA : n. 2, 33.

(16) NOWAK - ROTUNDA - YOUNG : *infra.* n : 29, 4.

(17) Bernard SCHWARTZ : FRENCH ADMINISTRATIVE LAW AND COMMON-LAW WORLD, Sf. 198 (Oxford Univ. Press, 1954).

tir. (18) «İdarî merciler Hukuka aykırı işlemler tesis ettiklerinde bunlara karşı tanınan mahkemelere başvurma hakkı ve yapılacak yargı denetimi, **değersiz ve boş bir seremoniye dönüşür**; eğer mahkemece aykırılığı giderici karar verilene kadar, dâva öncesi durum onarılmaz surette değişikliğe uğrar ise,» (19).

Fransız İdare Hukukçularının da dile getirdiği gibi, «Yargı yolu idarî işlemin icrasını durdurmaz kuralı ile gerektiğinde Danıştayca yürütmenin durdurulmasına karar verilir kuralı, birlikte bir çift teşkil ederler; bunlar birbirlerinden ayrılmaz parçalardır.» (20); «yürütmenin yargı merciince durdurulabilmesi, birinci kuralın zararını giderici bir çare» (21) veya «birinci kuralın düzelticisidir.» (22).

Yürütmenin durdurulması önlemine bir diğer yüzünden bakınca, İdare'de ekonomi, rasyonellik, kararlılık bakımlarından üzerinde dikkatle durulması gereken yanlarının bulunduğu görülecektir. Nitekim R. Sarıca'nın altını çizercesine yazdığı gibi yürütmenin durdurulmasında, istemde bulunan tarafın çıkarlarının yanında; kamu yararının kamu düzeninin, hatta Hukuk düzeninin de aynı zamanda korunmuş olduğu muhakkaktır. Gerçekten yürütmenin durdurulması kararıyla, İdare ilerde tazminata mahkûm olmaktan kurtulur ki, bu da Hazinesinin korunması demektir. Bunun gibi, «ilerde giderilmesi veya düzeltilmesi imkânsız veya zor karışık durumları önlemekle İdare hayatında intizam, istikrar ve ahengi de sağlamış olur. Böylece... bizzat İdare'nin menfaatleri de gözetilmiş demektir.» (23). Yürütmenin durdurulması, son taahhüde, bireyleri «kuvvetli ve korkunç silâhlara sahip bulunan İdareye karşı münferiden koruduğu kadar, İdarenin, yaratacağı emrivakilerle Hukuk düzeninin yara almasına sed çekmekle, tüm olarak toplumu da himaye eder.» (24).

Yargıç Frankfurter ve Hocamız Sarıca ile birlikte yürütmenin durdurulması aracının, açık yasa hükmüyle öngörülme bile, doğrudan

(18) Ibid.

(19) Ibid.

(20) Bakınız, Orhan ÖZDEŞ : İdarî Yargıda Yürütmenin Durdurulması ve Niteliği: İDARE HUKUKU ALANINDA SORUMLULUK - Sf. 14 (V. Gleizal) (Muh. Huk. Enst. İÜHF Yayını, 1980).

(21) İd. 15 (A. Laubadere).

(22) Ibid. (Auby - Drago).

(23) Ragıp SARICA : Tehiri İcra; DANIŞTAY KARARLARI VE YÜRÜTMENİN DURDURULMASI, Sf 29 -30 (T. Huk. Kur. Yayını, 1966).

(24) İd. 30.

doğruya Anayasadan kaynaklandığını ve yargısal denetim faaliyetinin özünde mündemiç geleneksel bir aleti olduğunu (25) yineledikten sonra; açıklamalarımızı bir noktaya değinerek tamamlayalım...

İdarenin yargısal denetimi yapılıncaya, elbetteki, ister istemez, İdare'nin varlığına da, alanına da, idare hayatının icaplarına da, kamu hizmetlerinin görülmesine de müdahaleler gerekecektir. Yargı kavramına vazgeçilmez surette bağlı olan bu müdahaleleri kabullenmek lâzımdır (26). Kaldı ki, yürütmenin durdurulması kararı, «onarılmaz zararların söz konusu olduğu ahvalde dahi, kesinlikle otomatikman verilir diye bir kural da yoktur. Bu konuda mahkemenin yargısal takdir mevuttur. Durdurmanın uygun - isabetli olup olmadığı, her davanın özel koşullarına bağlı bulunduğu için; onarılmaz zararlara ilâveten başkaca etmenlerin de varlığı ve dikkate alınması gerekir.» (27) Aynı ilkeyi, Sarıca'nın ilginç kelimeleriyle tekrarlırsak : Anayasanın 138. maddesinde, yargıçların, vicdanî kanaatleriyle hareket edecekleri kuralına rastlıyoruz. Vicdanî kanaat kavramı içinde, bir davanın çözümlenmesinde, bir hakkın gerçekleşmesinde yargıcın vicdanına göre ne gibi tedbirler almak lâzım ise hepsi dahildir.» (28).

(25) Scripps - Howard Radio Inc. v. FCC, 316 US 4 (1942); Ragıp SARICA : Konuşma; DANIŞTAY KARARLARI VE YÜRÜTMENİN DURDURULMASI - Sf. 6 T. Huk. Kur. Yayını, 1966); bakınız, Anayasa Mahkemesi'nin 13.3.1984 tarihli ve K : 19 sayılı kararında belliren aksi görüş için (AMKD Sayı : 2; Sf. 90, 91-92); karşılaştırınız 21.6.1979 günlü ve K : 30 sayılı kararında beliren olumsuz görüş ile (AMKD Sayı : 17; Sf. 239-240); Kanun koyucu, yürütmenin durdurulması hakkını tanıyıp tanımamakta tümünden serbest olmayıp, dâvacının «hakkını elde edebilmesi için yürütmenin durdurulması gereken durumlarda, kamu yararı açısından bir sakınca bulunmadıkça, yürütmeyi durdurma olanağını ortadan kaldırmak Anayasaya aykırı düşer.» (id. 239); Yargılama Usulleri kanunla düzenlenir hükmü «kanun koyucunun usule ilişkin konulara dilediği gibi tasarruf edebilir anlamına gelmez. Modern Usul Hukuku ilminde belirtildiği üzere, Usul hükümleri, hukukun genel kurallarını uygulama alanına koymanın mekanizmasıdır. ...Dolayısıyla, modern hukuk devletinde hakim, hak ve hukuku sağlamasına engel olacak usul hükmüne yer verilmediği gibi; aksine ona hukukî gerçeği saptayabilmesi için geniş imkânlar tanınması yoluna gidilmektedir.» ÖZDEŞ : n. 20, 16.

(26) SARICA : n. 25, 14.

(27) SCHWARTZ : n. 17, 199.

(28) SARICA : n. 25, 5.

Bu nedenle, yargı denetimi sırasında ve sonunda Yönetim'in karşılaşılabileceği yargısal müdahaleleri gerçekten kabullenmek lâzımdır. Çünkü, bu müdahaleler, geçtiğimiz sayfalarda belirttiğimiz Anayasal sistemin ve Anayasal dengenin gereğidir. 1982 Anayasası, tercihini bu yönde yapmıştır.

Kaldı ki bu müdahale —yani durdurma— Türk Ulusu adına Yargı erkini kullanmağa mezun kılınan yargıçlar tarafından gerçekleştirilecektir. Anayasaya göre, 30 yaşını doldurmuş ve ilkokul mezunu olabilen ve kamu yararına ilişkin kararlarının çoğunu politik değerlendirmelerle partici yönlendirmeler ve şartlanmaların etkisi altında veren ve sıkı parti disiplini altında çalışan milletvekillerine güveneceğiz; aralarından çıkan ve oylarıyla göreve başlayan teorik olarak aynı nitelikleri taşıyabilecek Başbakana, Hükûmete ve Bakanlara ve bunların atadığı valilere, genel müdürlere, yönetim kurullarına, müsteşarlara güveneceğiz; tüm bu kişilerin doğru, kamu yararına hizmet eden tarafsız kararlar verdiğine, takdir ve değerlendirmelerinde objektif, yansız, bilgili davrandıklarına inanacağız; fakat, yürütmenin durdurulmasına ve iptale hükmettiklerinde ve bu yolla Anayasal görevlerini yerine getirdiklerinde, yargıçların yorumlarını, değerlendirmelerini, yargılarını, ehliyetlerini, konuyu ve kamu yararını takdirdeki vukuf yeteneklerini şüpheyile, tereddütle karşılayan bir tavır içinde olacağız ve Yönetim'in gereklerini alıgilayamadıkları ve yersiz müdahalelerde buldukları suçlamasını yapacağız.

Böyle bir varsayımı, herkesten önce Anayasa, Yargıya verdiği ve açıkladığımız Anayasal Denge olgusu ile (koyduğu bir kaç istisna dışında kural olarak ve kesinlikle reddettiği gibi; Yargıyı ve yargıcı, Anayasal sistemin güvenilir temel ögesi mevkiine getirmiştir. 1982 Anayasal sisteminde de son söz yargıcıdır.

KAZAI EMİR (INJUNCTION)

Kore Savaşı sırasında çelik fabrikalarına el koyma olayında gördüğümüz gibi, Hukuka aykırı işlemlere karşı, ABD'nde belli koşullar altında devreye giren önleyici, durdurucu, koruyucu bir araç da kazai emirdir.

Bildirinin ihtiyaç gösterdiği kadarıyla belirtelim ki, **injunction mahkemenin aykırılığı iddia olunan Yürütme - İdare işlemine (29) karşı çıkardığı bir emirdir.** Bu yargısal buyruk, kişilerin hak ve özgürlüklerinin, **maddi tazminatın yetersiz giderim şekli** teşkil edeceği onarılmaz zarardan korunması, böyle bir zararın önlenmesi amacıyla verilir. Haliyle burada, kazaî emre konu teşkil eden işlemin yetki dışı veya açıkça hukuka aykırı —örneğin Anayasaya aykırı— olması şarttır (30). Kazaî emir, konusuna göre, ilgili kamu makamlarına pozitif bir şey yapmasını yahut engellemeyi kaldırmasını veya hukuka aykırı durumu yaratmamasını, sürdürmemesini, yürürlüğünü durdurmasını buyurur. Kazaî emirde amaç, işin esası hakkında karar verilene kadar statükoyu korumaktır (31).

Mahkemenin kazaî emir istemini kabul etmesi için, bu fevkalâde çareye başvurmayı gerektirecek bir ölçüde ihlâlin ve dâvacının hakkının ancak bu suretle korunabileceği hususunun ortaya konması zorunludur. Bu koşulların olayda gerçekleşip gerçekleşmediği mahkemenin takdirine giren bir husus olmakla beraber; karar verirken, mahkeme, konuya sadece Hukuka uygunluk/aykırılık açısından yaklaşmayacak, ayrıca, takdirinde rol oynayacak diğer etmenleri de dikkate alarak «hakkaniyet, nasafet dengesi» içinde çözüme ulaşacaktır (32).

FRANSIZ SİSTEMİ VE GEÇİCİ TEDBİR KARARI

Doğrudan doğruya Anayasa Yargısına baktığımızda, durdurma konusunda, iki ülkede, birbirinden tümüyle farklı, fakat bizi ilgilendiren somut sonuçları itibariyle aynı başlık altına konabilecek iki mekanizmaya rastlıyoruz.

Bilindiği gibi, Fransız Anayasasının benimsediği «**önleyici norm denetimi**» (33) yasaların yayınlanıp yürürlüğe sokulmadan önce Ana-

(29) Buna, istisnai olarak ve ancak kişilerin Anayasal hak ve özgürlüklerinin onarılmaz ve derhal gerçekleşecek büyük bir kayıpla karşı karşıya geldiği ceza koşuşturması işlemleri de eklenmelidir. Örneğin, bir Federe Devlet yasası, Anayasanın açık yasak hükmünü kesin ve net biçimde ihlâl etmektedir; yahut kötü niyete, kişiyi rahatsız etmeğe dayalı veya benzeri bir olağan dışı bir uygulamaya ile Anayasal haklara onarılmaz zararlar verilmektedir. John NOWAK - Ronald ROTUNDA - Nelson YOUNG : CONSTITUTIONAL LAW, Sf. 50 (West Pub. Co., 2. bası, 1983).

(30) WESTIN : n. 6, 27.

(31) BLACK'S LAW DICTIONARY, Sf. 923 (West Pub. Co., 4. bası, 1951).

(32) WESTIN : n. 6, 41.

yasa Konseyi tarafından, Anayasaya uygunluk denetiminden geçirilmesini zorunlu kıldığı ve bu denetim yapılmadıkça yürürlüğünü engellediği, Anayasaya aykırılığı saptanan yasa veya yasa hükmüne uygulanma şansı vermediği için (34), işlediğimiz konu bakımından etkili sistemdir. Konseye başvurunun yayımlanma ve yürürlüğe girmeyi askıya aldığı (35) da hatırlanırsa, müracaatle birlikte, inceleme sonuna kadar geçici durdurma olgusu otomatikman gerçekleşmektedir.

Alman Anayasa Yargısındaki «Geçici Tedbir Kararı (GTK)» (Einstweilige Anordnung), konumuz bakımından dikkatle incelenmesi gereken önemli bir araçtır.

Federal Anayasa Mahkemesi Yasası, GTK'nı, Mahkeme'nin önüne gelecek «tüm dâva türleri açısından anayasa yargısının ayrılmaz bir parçası saymıştır.» (36). Geçici koruma aracı işlevi gören; esas dâva karara bağlanana kadar ilgili yasanın yürürlüğünü durduran; dâva açılmadan önce yahut dâva sırasında, talep üzerine veya Mahkemece re'sen alınan (37) GTK ile, «bir uyuşmazlık sırasında, ağır sakıncaların doğmasını önlemek veya tehdit edici bir gücü engellemek için ya da başka bir önemli nedenle kamu yararı açısından âcilen zorunlu olması durumunda, (Federal Anayasa Mahkemesi)... bir durumu geçici olarak düzenleyebilir.» (38). Bu hükümdeki koşulların, önündeki dâvada ne ölçüde gerçekleştiğini araştırırken, Mahkeme, sakıncanın, toplumun veya bireyin katlanılabilecek belli bir fedakârlık düzeyini aşip aşmadığını, toplumun genel çıkarlarını ve Anayasaya aykırılık konusunun olumlu/olumsuz sonuçlanması halinde ortaya çıkacak durumları tartıp dengeleyecektir (39). Öte yandan, asıl dâva, geçici korumayı gerektirmeyecek sürede karara bağlanabilecek ya da GTK ile amaçlanan koruma herhangi bir başka yolla sağlanabilecek ise, acilen zorunlu olma koşulu gerçekleşmemiş sayılacaktır (40).

(33) Metin KIRATLI : ANAYASA YARGISINDA SOMUT NORM DENETİMİ, Sf. 21 (AÜSBF Yayını, 1966).

(34) Muammer OYTAN : Fransa'da Anayasa Konseyi'nin Kuruluşu, Görevleri ve İşleyişi Konusunda Bir İnceleme; Amme İdaresi Dergisi, Cilt : 17, Sayı : 3, Sf. 29-30.

(35) İd. 36.

(36) Yavuz SABUNCU : Alman Anayasa Yargısında «Geçici Tedbir Kararı», Amme İdaresi Dergisi, Cilt : 17; Sayı : 2; Sf. 77.

(37) İd. 84, 85, 78, 79.

(38) İd. 78.

(39) İd. 80.

(40) İd. 81.

GTK ile Mahkeme'nin yaptığı düzenlemede : nihai kararın öne alınması anlamına gelebilecek tedbirler alınmayacak; asıl dâvanın kapsamının ötesinde ve Mahkeme'nin «düzeltici» işlevini aşan geçici düzenlemeler yapılmayacak; Anayasanın bireyleri Devlete karşı koruyan hükümleri ile çatışma olmayacaktır (41). Ayrıca, Mahkeme «ölçülülük» ilkesini de gözönünde tutarak, GTK ile ulaşmak istediği amaçları aşan sonuçlar doğurabilecek düzenlemeler yapamayacaktır (42).

GTK'na itiraz yolu açık olduktan başka, kesin hüküm niteliğinde olmadığından, koşulların değişmesi halinde, Mahkeme'nin, kararını kaldırması yada değiştirmesi mümkündür (43).

DEĞERLENDİRME I

Buraya kadar yazdıklarımızdan, bu aşamadan çıkaracağımız sonuçlar şunlardır :

Birincisi, bildirinin başında aktardığımız iki olayın öğrettiği gibi, terör, içgüvenlik, yıpratıcı savaş, dış güvenlik, ekonomik bunalım bile, Hukukla Bağlı Devlet ilkesini benimsemiş ve yargı denetimini Anayasal Dengenin temel taşı yapmış ülkelerde, Yasamanın, Yürütme ve İdarenin işlemlerine karşı, özellikle Anayasaya aykırılık söz konusu olunca, temel hak ve özgürlükler gündeme gelince, yargı denetiminin sonunu beklemenin, yargısal denetimi boş bir seremoniye çevireceği durumlarda, Anayasal Dengeyi kuran ve koruyan bir araç olarak, Anayasayla çatışan yasanın uygulanmasını durduran, önleyen araçlar kabul edilmiş, bunları sür'atle devreye sokan mekanizmalar kurulmuştur.

İkincisi, 1961 ve 1982 Anyasaları, kurdukları Anayasal sistemdeki Anayasal Denge de yargı denetimine ve özellikle Anayasa Yargısı'na verdikleri işlev ve bunun yerine getirilmesi için öngördükleri dâva ve itiraz mekanizmaları ile, **anafikir ve temel yaklaşım olarak**, kanunların Anayasaya aykırılığına ilişkin dâvalarda İdarî Yargı'dan bildiğimiz yürütmenin durdurulması aracının uygulanmasını tereddütle karşılayan veya reddeden değil, aksine olumlu bakan, benimseyen bir anlayışa ve sisteme sahiptir. Anayasa Yargısında yürütmenin durdurulması müessesesine yer verilmesinin, Anayasa ile bağdaşmayacak veya aykırı düşecek bir yanı yoktur.

[41] İd. 82.

[42] İbid.

[43] İd. 83.

İÇTİHAD ANAYASA HÜKÜMLERİ VE DEĞERLENDİRME II

İdarî işlemlerin yargısal denetiminde yürütmenin durdurulması konusunda paylaşmadığımız bir görüşü (44) benimseyen Anayasa Mahkemesi, kendi içtihadıyla tutarlı olarak, kanunların iptali dâvalarında da, böyle bir yetkinin Anayasada öngörülmediği ve yasaca verilmemiş bir yetkinin yorumla edinilemeyeceği gerekçesiyle yürütmenin durdurulması istemini reddetmiştir (45).

Anayasanın, anafikrinden ve temel yaklaşımından, lâfzına geçince, yürütmenin durdurulması hakkında az önceki olumlu yorumda zayıflama alâmetleri belirlemektedir. Çünkü, on yıllık yeniden başvuru yasağı ile Anayasaya aykırılığı saptanan yasanın azamî bir yıl ertelenerek uygulanmasına izin verilmesi yetkisi, 1962 Anayasasının, kanunların iptali dâvalarında, yürütmenin durdurulması gibi bir aracı benimsemeğe pek elverişli olduğunu söylemeyi güçleştirmektedir. Bu iki hüküm, Anayasanın, Anayasa Yargısına ilişkin anafikri ve temel yaklaşımı ile çelişmekle ve daha sınırlı bir denetim modeli yaratmakla beraber, Anayasada bulunmakta ve denetim mekanizmasının işleyişine ağırlıklarını koymaktadır.

Diğer taraftan, yürütmenin durdurulmasını, metnine özel hüküm koyarak düzenleyen ve Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerini kazuistik denebilecek biçimde belirleyen bu Anayasada, kanunların iptali dâvalarında yürütmenin durdurulması olanağının bulunduğunu, Yargı denetimi kavramının içeriğinden ve kapsamından yola çıkarak savunmak, bulunmadığını savunmağa oranla çok daha zordur.

Bu veriler karşısında, 1982 Anayasası, Anayasa yargısı alanında, kendi kategorisine giren Fransız, Alman ve ABD sistemleri arasında, Anayasaya aykırı yasanın uygulanma şansı bakımından, kendi temel yaklaşımı ile de bağdaşmayan «kısıtlanmış bir model»i getirmiş bulunmaktadır. Bu modele yürütmenin durdurulmasının monte edilmesi, örneklerini diğer ülkelerin mahkemelerinin kararlarından verdiğimiz

(44) Bakınız, 25 numaralı dipnotuna.

(45) Any. Mhk. 6.4.1972, K : 18 (AMKD Sayı : 10; Sf. 281 - 284) ... Bununla beraber, Mahkeme, işin özelliği dolayısıyla, dâvayı öne almak, gündeme ilişkin süreleri kısaltmak, kararın iptale ilişkin gerekçeli bölümün hemen yayınlanmasına zorunluluk duyarken (SABUNCU : n. 36, 85) bu tutumuyla, bir anlamda yürütmenin durdurulması gibi bir araca olan ihtiyacı ve yokluğunun sıkıntısını ifade etmiştir.

yorumlarla veya kanun koyucunun iradesiyle mümkün değildir. Bunun için, Anayasanın değiştirilmesi; gerekli metin düzeltmelerinin yapılması; tutarlı bir düzenleme için on yıllık yasak ve bir yıllık erteleme hükümlerinin kaldırılması gerekmektedir.

İnsanların ölüm cezasına çarptırılarak hayatına son verilmesi; şirketlerin iflâsına hükmedilmesi; siyasal seçimlerin yönetim, gözetim ve denetimi; kanunların iptali, Başbakanı, Bakanları görev suçlarından ve Cumhurbaşkanı'nı dahi vatana ihanet gibi ağır bir suçtan yargılama yetkileriyle donatılmış olan Yargı'nın; söz konusu yürütmenin durdurulması yetkisini de aynı görev ve sorumluluk anlayışı ile kullanacağını varsaymak doğaldır. Sonuç olarak, böylesine görevler ve sorumlulukların sahibi Anayasa Mahkemesi'nin yürütmenin durdurulması yetkisinin bulunmaması pek kabili izah değildir.