

İDARE HUKUKUNDA YÜRÜTMENİN DURDURULMASI KURUMUNUN EVRENSEL NORMLARA UYUMU

THE COMPLIANCE OF STAY OF EXECUTION IN TURKISH ADMINISTRATIVE LAW TO UNIVERSAL PRINCIPLES

Mahmut ŞEN*

Özet: Geçici hukuki koruma tedbirleri, nihai kararın yargısal süreçler nedeniyle zaman alacağı durumlarda, kişi hak ve özgürlükleri açısından telafisi güç veya giderilmesi imkansız durumların ortaya çıkmasını önlemek amacıyla öngörülmüştür. Türk İdari Yargı Sisteminde bir geçici hukuki koruma müessesesi olan yürütmenin durdurulması kararının verilebilmesi için gerekli şartlar, Anayasa'nın 125. ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması ve uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararlara neden olacak nitelikte bulunması şartlarının birlikte gerçekleşmesi halinde mahkemece yürütmenin durdurulması kararı verilebilmektedir. Bununla birlikte, anayasa ve yasada aranan şartların yürütmenin durdurulması kararı verilmesini zorlaştırdığı, bu durumun ise temel hak ve hürriyetlerin etkili bir yargısal korumaya tabi tutulmasını engellediği yönünde eleştiriler yapılmaktadır.

Abstract: Interim Remedies are introduced to legal systems to prevent irreparable damage for fundamental rights and freedoms of people in court proceedings in which final judgement may take some time. Article 125 of the Constitution and article 27 of the Procedure of Administrative Justice Act determine conditions for the stay of execution as an interim remedy in Turkish Administrative Judicial System. According to these articles, courts may decide to stay the execution of the act, if the implementation of the contested administrative act shall result in damages that are difficult or impossible to compensate for, and if the act is manifestly unlawful. However, there is some criticism that due to these conditions of constitution and law, courts have difficulty to award stay of execution. As a result of this, it may be unlikely to ensure the efficient judicial protection of fundamental rights and freedoms.

Anahtar Kelimeler: Yürütmenin Durdurulması, Geçici Hukuki Koruma Tedbirleri, Etkili Hukuksal Koruma, Hak Arama Hürriyeti.

Keywords: Stay of Execution, Interim Remedies, Efficient Judicial Protection, Right to Remedy.

* Ankara 10. İdare Mahkemesi Başkanı

Giriş

Evrensel demokratik hukuk sistemlerinde kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gereği olarak yasama ve yürütme organının işlemleri, yargı denetimine tabi tutulmaktadır. Devlet gücünü kullanan organlar arasındaki ilişkilerin “Denetim ve Denge” (check and balance) sistemine oturtulması, bütün çağdaş demokrasilerde vazgeçilmezdir. Montesquieu’ya göre, kuvvetin, kuvveti durdurması yolu ile kişi hak ve hürriyetleri, hukukun üstünlüğü ve demokratik rejim garanti altına alınmaktadır¹. Hukukun üstünlüğü ilkesi, dava yoluyla hak arama özgürlüğü, adalete erişim ve etkili hukuksal koruma ilkelerini de kapsamaktadır².

Mahkemenin, temel hakların korunması konusunda üstlenmiş olduğu görevi kamuoyu beklentilerine uygun bir şekilde gerçekleştirebilmesi için, denetimin araçları önem taşımaktadır. İdarenin yargısal denetiminin en önemli araçları, iptal davaları ve geçici bir hukuki koruma tedbiri olan yürütmenin durdurulmasıdır. Yürütmenin durdurulması, özellikle iptal davaları açısından büyük önem taşır. İptal davası yolu ile idarenin hukuka aykırı eylem ve işlemlerine karşı bireyin korunması, yürütmenin durdurulması ile etkinlik kazanabilir³.

Geçici koruma tedbirlerinin öngörülmesindeki temel argüman, kişi hak ve hürriyetlerinin asıl, müdahalenin ise istisna olmasıdır. Dolayısıyla, evrensel hukuk sistemlerinde sözleşme ve bildirgeler ile garanti altına alınan kişi hak ve hürriyetlerine yapılan her türlü müdahalenin, yasal dayanağa istinaden, meşru bir amaca yönelik ve demokratik bir toplum düzeninde gerekli ve ölçülü olduğunun mahkemece belirlenmesi safhasına kadar teminat altındaki hakkın kullanılması gerekir. Bu nedenle, hak arama hürriyeti ve adalete erişim hakkının vazgeçilmez bir ögesi olan yürütmenin durdurulması, bazı durumlarda mahkemece verilecek nihai karardan daha fazla önem ve anlam taşımaktadır⁴.

¹ Sami Akural, İdarî Yargıda Yürütmenin Durdurulması ve Yürütmenin Durdurulması Kararlarının Etki ve Sonuçları, İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler, 1976, s.116

² Carol Harlow , Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values, s.191, The European Journal of International Law Vol. 17 no.1

³ Zehredin Aslan, İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması, Alfa Basım, İstanbul, 1994, s.16

⁴ Dimitrios Sinaniotis ,The Interim Protection of Individuals Before the European and National Courts, Kluwer Law International, s.1

Zira, idari işlemin vereceği zarar, her zaman para ile ölçülebilen, dava sonuçlandığında tazminat vermekle giderilebilen nitelikte bir zarar değildir⁵. Yargısal süreçlerin uzun sürmesi nedeniyle işlemin tesis ve hatta icra tarihinden çok sonra işlemin iptaline hükmedilmesi, özellikle süreli işlerde verilecek kararı anlamsızlaştırmaktadır.

Bu çalışmada, geçici bir hukuki koruma tedbiri olan yürütmenin durdurulması ve benzer tedbirlere ilişkin karşılaştırmalı hukukta yapılan tartışmalara yer verilmekte; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa Adalet Divanı içtihatlarında hak arama hürriyeti ve yargıya erişim hakkı ile etkili hukuki koruma ilkeleri açısından geçici koruma tedbirlerinin önemine yapılan vurgu ele alınmaktadır.

Bu kapsamda, müessesenin Türk İdari Yargı Sistemi'ne girdiği tarihten itibaren geçirdiği evreler ile Anayasa ve İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinde mevcut olan şekliyle yürütmenin durdurulması kurumunun, evrensel ilke ve standartlara uygun olup olmadığı tartışılmaktadır.

1. BÖLÜM

Evrensel Hukukta Geçici Koruma Tedbirleri

1.1.İdari Yargı Denetiminin Niteliği ve Fonksiyonu

Yürütme organı ve idarenin yargısal denetimini yapan idari yargının temel fonksiyonu, idarenin hukuka uygun davranmasını, kendisine anayasa ve yasalarla çizilen sınırlar içerisinde kalmasını sağlamak, kamu gücünü hukuk kuralları ile sınırlandırmaktır⁶. Üstlendiği kamu hizmetlerini yerine getirirken yürütme organının ve idarenin, kendisine çizilen anayasal ve yasal sınırlar içerisinde kalıp kalmadığını belirleyecek olan yargısal denetim, kişi hak ve hürriyetlerinin garantisidir⁷. Yürütme organı ve idarenin denetiminde yargısal denetim tek yol olmamakla birlikte, evrensel hukukta idari faaliyetlerin, tarafsız ve bağımsız bir mahkemece yapılacak etkili bir yargısal denetime

⁵ Şeref Gözübüyük, Yönetim Hukuku, Ankara, 2007, s.471

⁶ Martin Shapiro, "Administrative Law Unbounded: Reflections on Government and Governance," Indiana Journal of Global Legal Studies: Vol. 8: Iss. 2, Article 6, s.369

⁷ Mahmut Şen, İdarenin Yargısal Denetiminin Sınırlarına İlişkin Modeller, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,2013, s.1624

tabi tutulması, temel hakların korunması açısından en ideal denetim şekli olarak görülmektedir⁸.

İdari yargı yerleri verdikleri yürütmenin durdurulması ve iptal kararları ile yürütme yetki ve görevini sınırlamaktadır. Ancak, bu sınırlama idarenin hukuka ve yasalara uygun olarak verdikleri işlemler için söz konusu değildir. Yargının, idarenin hukuk dışına çıktığı zaman getirdiği sınırlama ise, idari yargı yolunun kabul edildiği sistemlerde katlanması zorunlu bir sonuçtur⁹.

Bireylerle idare arasındaki hukuki ilişkide, idarenin üstün kamu gücü kullanması, tek taraflı tasarrufları ile kişilerin hukuki durumlarını değiştirebilmesi, kişiler lehine haklar ve aleyhine borçlar meydana getirebilmesi nedeniyle, güçlü olan idarenin hukuka aykırı eylem ve işlemleri karşısında bireylerin temel hak ve hürriyetlerinin korunması, verilecek kararlarla idarenin hukuka bağlılığının sürdürülmesi, idari yargı denetiminin, dolayısıyla hukukun üstünlüğü ilkesinin bir gereğidir¹⁰.

Öte yandan, bir yandan temel hakların korunmasını amaç edinmesi gereken yargı mercileri, diğer yandan idarenin yasalarla üstlenmiş olduğu kamu hizmetini gereği gibi yerine getirmesini zorlaştırmamalıdır. Bu nedenle, yargısal faaliyetin çıktılarının, kamu hizmetinde etkinlik ve verimliliğin sağlanması ile birlikte bireysel hakların korunmasına da katkı yapması beklenmektedir.

1.2. Geçici Hukuki Koruma Tedbirleri

Bilindiği gibi idare, her türlü eylem ve işlemlerini re'sen yerine getirebilme ve bunu sağlamak için gerektiğinde kamu gücünü kullanma ayrıcalığına sahiptir. İdari işlemler hukuka uygunluk karinesinden yararlanırlar ve aleyhine dava açılması, idari işlemin yürütülmesini durdurmaz. İdarenin hukuka aykırı işlemlerinin dava konusu edilmiş olsalar dahi yürürlüğünü sürdürmeleri ve açılan davaların çok uza-

⁸ Takahashi, Y. A., Discretion in German Administrative law: Doctrinal Discourse Revised, European Public Law, volume 6 2000 , s. 55

⁹ Nuri Alan, İdari Yargının Dünü, Bugünü, Sorunlar ve Çözümü, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1998/2, s.530

¹⁰ David S. Rubenstein, Relative Checks: Towards Optimal Control of Administrative Power, *William and Mary Law Review*, vol.51, s 2169

ması sonucu kişilerin temel hak ve hürriyetlerinin kolayca tehlikeye girebileceği endişesiyle, iptal davaları için idare hukukuna özgü bir kurum olan yürütmenin durdurulması müessesesi kabul edilmiştir. İdari yargıda yürütmenin durdurulması, davacının istemi üzerine, yargı yerinin bir idari işlem ya da yargı kararının uygulanmasını, dava sonuna kadar ertelemesi olarak tarif edilebilir.

Nihai kararın yargısal süreçler nedeniyle zaman alacağı durumlarda, kişi hak ve özgürlükleri açısından telafisi güç veya giderilmesi imkansız durumların ortaya çıkmasını önlemek amacıyla öngörülen geçici bir hukuki koruma tedbiri olan yürütmenin durdurulması, idari işlemin re'sen icra edilebilir ve hukuka uygun olma karinesi ile herkes tarafından uyulma zorunluluğunu dava sonuna kadar askıya almaktadır. Yürütmenin durdurulmasının temel mantığı, dava sonunda verilecek kararın tam anlamıyla uygulanma olanağını artırmanın yanında, hak ve hürriyetlere yapılan hukuksuz müdahalenin mümkün olduğunca erken giderilmesinin sağlanmasıdır¹¹.

İdarenin yargısal denetiminin unsurlarında farklılıklar olduğu gibi, geçici hukuki koruma müesseselerinde de hukuk sistemleri açısından yeknesak bir uygulama bulunduğu bahsetmek zordur. Şüphesiz ki her hukuksal sistem, toplumsal ihtiyaç ve demokrasi kültürünü dikkate alarak, geçici koruma tedbirlerinin şartlarını ve kapsamını belirlemiştir.

Bazı hukuk sistemlerinde, idari işlemin telafisi güç zarara neden olma ihtimalinin bulunduğu mahkeme tespiti halinde, başkaca bir şart aranmaksızın tedbir kararı verilebilmektedir. Bazı durumlarda ise, dava konusu edilen hak ihlalinin ciddi görülmesi, geçici tedbir kararının verilebilmesi açısından yeterli görülmektedir. Bazen de, mahkemece belirlenecek teminat karşılığında her dava türünde ve her şartta yürütmenin durdurulmasına karar verilebileceği kabul edilmektedir¹². Bununla birlikte, Avrupa Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi uluslararası mahkemeler, devletlerin iç hukukunda bu şartlar belirlenirken temel haklar açısından etkili hukuksal koruma ilkesine riayet edilmesi gerektiğini vurgulamaktadır.

¹¹ Ramazan Çağlayan, İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması, seçkin yayınevi, Ankara, 2000, s.225

¹² Richard R.W. Brooks & Warren F. Schwartz, Legal Uncertainty, Economic Efficiency, and the Preliminary Injunction Doctrine, 58 Stan. L. Rev. 381, (2005), s.32

Özellikle, mutlak olan ve hiçbir şartta kısıtlanması mümkün olmayan temel haklara müdahale iddiasıyla açılan davalarda, yargısal süreç içerisinde mahkemenin geçici koruma tedbirine karar verememesi, bazı durumlarda telafisi imkansız zararlara neden olduğundan, dava sonunda verilecek kararın bir önemi kalmamaktadır. Yargısal süreçlerin zaman alacağı dikkate alındığında, tedbir niteliğindeki kararların bir nedeni de, hukuka aykırı olduğuna dair makul şüphelerin olduğu bir aşamada, iptal kararı verilene kadar işlemin hukuk alanında sonuç doğurmasının önlenmesidir¹³. Bilhassa işlemin hukuk alanında doğması için gerekli olan, kanunda öngörülen şekil ve usul kurallarına uygun olarak yetkili organca tesis edilmiş olması, yasa hükmünün doğru uygulanması ve yetkinin kamu yararı amacından başka amaçla kullanılmaması ilkelerine aykırı durumların davanın ilk aşamalarında tespit edilmesi halinde, nihai karara kadar işlemin yürürlükte kalmasının gerekliliğini savunmak zordur.

Bununla birlikte, bu kararların iki taraf açısından meydana gelebilecek muhtemel zararlar dikkate alınarak verilmesinin gerekliliği de vurgulanmaktadır¹⁴. İdari yargı mahkemelerince genellikle müdahale edilen hakkın niteliği, kişinin hukuki ve fiili durumu, yargılama sonunda verilebilecek karar, muhtemel zararın giderim olanağı gibi kişiye özel durumlar ile askıya alınacak idari işlemin kamu yararı, kamu düzeni ve diğer kişilerin hak ve hürriyetlerine etkisi gibi kriterler dikkate alınarak yürütmenin durdurulması kararı verilmektedir. Dolayısıyla, genel kabul gören ilke, kamusal yarar ile kişisel hak ve menfaatler arasındaki dengenin gözetilmesidir.

1.3. Avrupa Birliği Hukuk Sisteminde Geçici Hukuki Koruma Tedbirleri

Ulusal yargı sistemlerinde olduğu gibi, Avrupa Birliği hukuk düzeni içerisinde de Kurucu Anlaşması'nın 242. ve 243. maddeleriyle Birlik kurumlarının idari nitelikteki işlemlerine karşı açılan davalarda, mahkemece yürütmenin durdurulması kararı verilmesi mümkün

¹³ Bernard Schwartz, French Administrative Law and the Common-law World, Lawbooks Exchange Ltd, 2006 s.197

¹⁴ John Leubsdorf, Preliminary Injunctions: In Defense of the Merits, 76 Fordham L. Rev. 33 (2007).s.34

hale getirilmiş ve bu kararın şartları belirlenmiştir. Anılan hükümlere göre, Birlik mahkemeleri önünde dava açılması, idari işlemin yürütmesini durdurmamakta, mahkemece gerekli görülürse yürütmenin durdurulmasına karar verilebilmektedir. Avrupa Adalet Divanı'na göre, yürütmenin durdurulmasında temel amaç, mahkemece verilecek nihai hükmün tam olarak uygulanmasını sağlamaktır¹⁵.

Avrupa Birliği hukuk düzeninde yürütmenin durdurulması müessesesinin Fransız İdari Yargı Sisteminden esinlendiği söylenebilir. Fransa'da idari yargı mercilerine dava açılması, genel kural olarak işlemin yürütmesini otomatik olarak durdurmamaktadır. İdari bir karar, iptal davasına konu olduğu zaman, böyle bir talep ile kendisine başvurulmuş yürütmenin durdurulmasından sorumlu olan hakim, işin aciliyetinin haklı göstermesi ve mahkemece yapılacak inceleme esnasında kararın yasallığı ile ilgili ciddi bir şüphenin ortaya çıkması halinde, bu kararın icrasının veya etkilerinin durdurulmasına karar verebilir. Yürütmesinin durdurulması kararı verilen davalar, öncelikle karara bağlanır.

Fransız idari yargı sisteminde uygulanmakta olan tek geçici hukuki koruma tedbiri yürütmenin durdurulması değildir. Davaların makul sürede sonuçlandırılmaması nedeniyle ortaya çıkan sakıncaları gidermek üzere zaman içinde başkaca tedbir kararları gündeme gelmiştir. Dava türleri ve uyumsuzluğun niteliğine göre, idari yargılama usul yasası dışında başka kanunlarda da hakime idari işlemin yürütmesini durdurma, uygulanmasını erteleme veya sonuçlarını askıya alma yönünde yetkiler verilmiştir. 2000 tarihli İdari Yargılama Usul Kanunu ile idari yargı hakimine adli yargıda uygulanan ihtiyati tedbir kararları benzeri karar alabilme yetkisi tanınmıştır. Buna gerekçe olarak, acil hukuki koruma gerektiren durumlarda yürütmenin durdurulması kararının kanunda öngörülen şartlar yüzünden her zaman verilememesi nedeniyle, idari yargı sisteminin bazı dava türlerinde yetersiz kalması ve kişilerin adli yargı mahkemelerinde hak arama eğilimine girmeleri gösterilmektedir¹⁶. İdari yargı hakiminin, kişi hak

¹⁵ Alexander Türk, *Judicial Review in EU Law*, Edward Elgar Pub. Ltd., 2009, s.298

¹⁶ Aydın Gülan, *Fransa'da İdari Yargının Etkinliğini Sağlama Arayışları, İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü başlıklı sempozyumda sunulan bildiri, Danıştay Yayın Bürosu Yayınları, No: 63, Ankara, 2003, s. 23-39*

ve hürriyetlerinin etkili bir korumaya tabi tutulması açısından sahip olduğu yetkilerin yetersiz kaldığı yönündeki tespit, usul yasasında geçici tedbir kararlarının verilmesini kolaylaştıran ve bu konuda hakime daha geniş takdir yetkisi tanıyan değişikliklerin yapılmasına yol açmıştır.

Özellikle temel haklar açısından ihlal iddiasının ciddi olduğu yada işin niteliği gereği hızlı karar verilmesi gereken hallerde hakim, 48 saat içinde yürütmenin durdurulmasına hükmedebilmektedir. Burada hakime, uyuşmazlığın her aşamasında gerekli tedbir kararını alabilme yetkisi tanındığından, hakim gerekli olmayan hallerde talebin reddine de karar verebilmektedir. Bunun yanında, hakime tanınan idareye yargısal emir verme (injunction) yetkisi de, idari yargının etkinliğini artırmıştır. Reform Yasası ile idari yargıda temel hakların daha etkili bir şekilde korunması amaçlanmış ve bu amaca ulaşmak için işin niteliği gereği ivedi bir şekilde görülmesi gereken işlerde, mahkemeye işlemi askıya alma ve hakka yapılan müdahale için koruyucu nitelikte karar verme yetkisi tanınmıştır. Bu değişikliğe götüren süreçte, idari yargı mercilerinin yürütmenin durdurulması kararlarının verilmesine ilişkin çekimser tavırları, değişikliğin sebeplerinden birisi olarak gösterilmektedir¹⁷.

Yasa ile olumsuz işlemlere karşı açılacak davalarda yürütmenin durdurulması kararı verilememesine ilişkin genel kuralda değiştirilmiş; özellikle ruhsat ve izin taleplerinin reddi gibi işlemlerin ciddi menfaat ihlallerine yol açtığı dikkate alınarak, bu tür işlemlerin sonuçlarının askıya alınması imkanı getirilmiştir. Mahkemeye tanınan diğer bir yetki ise, işlemin sonuçlarından bir veya birkaçını askıya alma yetkisidir. Bu kapsamda, kamu görevlisinin açığa alınmasına ilişkin bir işlemin iptali istemiyle açılan bir davada, mahkemece işlemin sadece mali sonuçları askıya alınabilmektedir. Parasal ve mali haklara ilişkin bir konuda işlem sonucunun bir kısmının askıya alınması, Fransız Danıştay'ının parasal uyuşmazlıklarda zararın her zaman telafisi mümkün olduğundan, bu tür davalarda yürütmenin durdurulmasına gerek olmadığı yönündeki görüşü dikkate alındığında, askıya alma

¹⁷ Erdoğan Bülbül, Fransız İdari Yargılama Hukukunda İvedi Yargılama Usulleri Reformu (Danıştay ve İdari Yargı Günü, Sempozyum, 10-11 Mayıs 2002, Danıştay Yayını, 2003), s.3

müessesesinde mahkemenin takdir yetkisinin yürütmenin durdurulmasına göre daha geniş olduğu görülmektedir¹⁸.

Fransız uygulamasında işlemin iptalini haklı gösterecek ciddi bir gerekçenin bulunması halinde işin aciliyeti de dikkate alınarak yürütmenin durdurulmasına karar verilebileceğine ilişkin hüküm, mahkemece esasa ilişkin derinlemesine bir inceleme yapılmasını gerektirmekte ve bu durum davanın sonunda iptal kararı vereceğinden emin olmadan hakimin yürütmenin durdurulmasına karar vermemesi sonucunu doğurmaktadır. Askıya alma müessesesi ise, böyle bir kriter koymadığı için acil ve süreli işlerde mahkemece işlemin sonuçlarının tamamı veya bir kısmının askıya alınması mümkün hale gelmiştir. Burada aranan kriter, telafisi güç veya imkansız zarar değil, nitelik itibarıyla uyumsuzluk konusu işin ivedi ve acil işlerden olmasıdır. Bu tür ivedi işlere bakan mahkeme veya hakim tarafından bir hakka yapılan müdahalenin giderilmesi için idareye emir verilmesi ve ihlalin ne yolla giderileceğinin de gösterilmesi mümkündür. Başka bir deyişle, işin ivedi ve acil olmasına binaen hakim, kendi yetkilerinin kullanımı çerçevesinde bir kamu hukuku tüzel kişisi veya kamu hizmetinin yerine getirilmesinden sorumlu bir özel hukuk organı tarafından ağır veya açıkça yasaya aykırı bir şekilde müdahale edilen bir temel özgürlüğün korunması için, gerekli olan tüm tedbirlerin alınmasını emredebilir¹⁹.

Avrupa Birliği Yargı Düzeni içerisinde yer alan mahkemelerce yürütmenin durdurulması istemleri karara bağlanırken, işlemin hukuka aykırılığı konusunda ciddi şüphelerin varlığı, işin aciliyeti ve uygulanması halinde telafisi güç zarara neden olma ihtimali ile Avrupa Birliği hukuk düzeni açısından etkileri gibi hususlar dikkate alınmaktadır. Avrupa Birliğine üye ülkelerin iç hukuk sistemlerinde belirtilen bu şartlardan farklı, daha ağır şart ve kriterler aranması halinde Avrupa Adalet Divanı, yeknesak bir uygulama olmaması riskinin temel haklar açısından sıkıntı doğurabileceğini düşünmektedir. Bu nedenle, Kurucu Anlaşma hükümlerine göre, yürütmenin durdurulması için aranan şartların ve bu müessese ile kişilere sağlanan garantilerin aynı şekilde ulusal hukuk sistemlerinde de uygulanması gerektiği kabul edilmektedir.

¹⁸ Erdoğan Bülbül , Fransız İdari Yargılama Hukukunda İvedi Yargılama Usulleri Reformu , s.4.

¹⁹ Aydın Gülan, Fransa'da İdari Yargının Etkinliğini Sağlama Arayışları, s. 23-39

Avrupa Birliği Mahkemeleri tarafından verilen kararlar, üye ülkelerin hukuk sistemleri için bağlayıcı olduğundan, yürütmenin durdurulması müessesesinin uygulanması konusunda Adalet Divanı'nın yaklaşımı ve aradığı şartlar ulusal mahkemeler açısından önem taşımaktadır. Bu kapsamda, Adalet Divanı, ulusal yargı düzeninde etkili hukuksal koruma sağlayacak düzenlemelerin ve mekanizmaların olmadığı durumlarda, Birlik Kurucu Anlaşması'nın 242. ve 243. maddelerinde yer alan şartlara göre karar verilmesi gerektiğini belirtmektedir²⁰. Bu nedenle, Birlik hukuk düzeninde teminat altına alınan bir hakla ilgili ulusal hukuk sisteminde yürütmenin durdurulması müessesesinin bulunmaması ya da var olan geçici koruma tedbirine hükmedebilmek için daha ağır şartların öngörülmesi halinde, mahkemelerce Birlik hukuk sistemindeki kurallara göre koruma tedbiri kararı verilmesi beklenmektedir. Buna göre, iç hukukta geçici koruma tedbiri için öngörülen müessesenin, kişi hak ve hürriyetlerinin korunması açısından Avrupa Birliği Hukuk Düzeni içinde öngörülen koruma sisteminden daha az koruma sağlayacak nitelikte olmaması gerekir²¹.

Öte yandan, Avrupa Birliği Kurucu Anlaşması'nın 243. maddesinde yer alan hüküm ile, uygulayacağı geçici koruma tedbirleri konusunda da mahkemeye takdir yetkisi tanınmıştır. Bu kapsamda mahkeme, idari işlemi kendi işlemi ile değiştirip idari işlem niteliğinde yargı kararı verebileceği gibi, pozitif bir yükümlülüğünü hatırlatıp idareyi işlem tesis etmeye ya da bir uygulamasını askıya almaya zorlayabilir. Bu açıdan bakıldığında, mahkemenin uygulayacağı hukuki koruma tedbirini belirleme hususunda takdir yetkisi bulunduğu gibi, somut davanın durumu ve uyuşmazlığın niteliğine göre tedbir kararının şartlarının bulunup bulunmadığının tespiti noktasında da takdir yetkisi bulunmaktadır.

Yürütmenin durdurulmasının şartları açısından bakıldığında ise, işin aciliyeti, davacının haklılığına karine teşkil edecek bilgi ve belgelerin mevcudiyeti yada işlemin hukuka aykırılığı hususunda şüphe ve

²⁰ Yürütmenin durdurulması kararı için aranan aynı şartlar, Lizbon Anlaşması'nın 278. ve 279. maddelerinde de yer almıştır.

²¹ Sergio Ariel Apter, *Interim Measures in EC Law: Towards a Complete and Autonomous System of Provisional Judicial Protection before National Courts?*, EJCL, Vol.7.2.2003, s. 16

telafisi güç zarar doğurma ihtimali bulunan her davada mahkemece yürütmenin durdurulmasına karar verilebilmektedir²². Mahkemece yürütmenin durdurulması kararının verilebilmesi için, idari işlemin hukuka aykırı olduğunun tespiti veya zararın mutlak surette meydana gelecek olması aranmamakta, hukuka aykırılık veya zarara neden olma ihtimalinin ciddi görülmesi gerekmektedir.

Yürütmenin durdurulması talebini değerlendirirken Avrupa Adalet Divanı, öncelikle idari işlemin hukuka uygun olmadığı yönündeki argümanları değerlendirmektedir. İşlemin hukuka aykırı olduğu yönünde bir kanaat edinilirse, mahkeme gerekçeli kararında muhtemel hukuka aykırılık sebeplerini göstermektedir. Türk idari yargı sisteminde öngörüldüğü şekilde idari işlemin açıkça hukuka aykırı olduğunun tespit edilmesi şartı aranmamaktadır. Temel neden olarak, yargısal süreçlerin tamamlanmadığı aşamalarda hukuka aykırılığın kesin olarak belirlenmesinin mümkün olmaması ve fakat uygulanmasının kişi hakları açısından zarara neden olması ihtimalidir.

Avrupa Adalet Divanı'nın yürütmenin durdurulması kararı verebilmek için aradığı diğer kriter ise, işin aciliyeti ve işlemin telafisi güç zarara neden olma ihtimalidir. Bu kriter açısından mahkemece, uyuşmazlık konusu işin niteliği ve muhtemel sonuçları değerlendirilmektedir. Bir idari işlemin uygulanmasının, kamu yararına, davacının mevcut durumuna veya menfaatlerine ağır bir şekilde ve hemen zarar vermesi durumunda aciliyet kriterinin varlığı kabul edilmekte ve bu durum idari işlemin yürütmesinin durdurulmasını haklı kılmaktadır. Örneğin, sınır dışı etme veya ikamet izni vermeme gibi uyuşmazlık türlerinde, idari kararın ilgili şahıs üzerindeki hızlı etkisi dikkate alındığında, aciliyetin bulunduğu söz edilebilir. Bu tür davalarda, sınır dışı etme eylemi gerçekleştiğinde, telafisi güç zarar doğurma iddiasının gerçeğe dönüşmesi kuvvetle muhtemel olduğundan, uyuşmazlığın esası hakkında verilecek karar ne olursa olsun, mahkemece henüz deliller toplanıp değerlendirilmemiş olsa bile, tedbir kararı verilebilmesi gerektiği kabul edilmektedir²³.

²² Alexander Türk, *Judicial Review in EU Law*, s.303

²³ Barak Medina, Ofer Grosskopf, *Repairing (the Doctrine of) Irreparable Harm: Economic Analysis of Preliminary Injunctions*, s.2, <http://works.bepress.com>, erişim tarihi: 24.03.2014

Avrupa Birliği hukuk düzeninde konusu para olan ya da para ile değerlendirilebilen uyuşmazlıklarda bile, eğer yapılacak ödeme nedeniyle davacı gerçek ya da tüzel kişi ekonomik ve sosyal açıdan zor durumda kalacaksa, yürütmenin durdurulmasına karar verilebilmektedir. Genel düzenleyici işlemlere karşı açılan davalarda ise, idari işlemin telafisi güç zarara neden olacağı iddiası sadece davanın tarafları açısından değil, verilecek kararın sonuçlarından etkilenecek üçüncü kişiler açısından da değerlendirilmekte ve kamusal yarar- kişi yararı arasında bulunması gereken dengeye de dikkat edilmektedir²⁴.

1.4. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Geçici Hukuki Koruma Tedbirleri

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 13. maddesinde, hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkesin, ihlal fiili resmi görev yapan kişiler tarafından bu sıfatlarına dayanılarak yapılmış da olsa, ulusal bir makama etkili bir başvuru yapabilme hakkına sahip olduğunu düzenlenmektedir. Sözleşme'nin 13. maddesi, temel hak ve hürriyetlerinin ihlal edildiği yönündeki bir şikayetin kapsamını inceleyebilecek ve ihlalin tespiti halinde uygun bir giderim yolu sağlayabilecek bir iç hukuk yolunun varlığını zorunlu kılmaktadır.

Bu kapsamda, Sözleşmeciler devletlerin 13. maddeden doğan yükümlülüklerinin kapsamı, başvurucunun şikayetinin niteliğine bağlı olarak değişmektedir. Gerçekten de devletler, bu hükmün zorunlu kıldığı yükümlülüklerle uyma şekli konusunda takdir yetkisine sahiptir. Buna göre, Sözleşme'nin 13. maddesinde öngörülen başvuru makamının, mutlaka yargısal bir makam olması gerekli değildir. Ancak bu makamın yetkileri ve sağladığı güvenceler, başvuru yolunun etkili olup olmadığının tespitinde dikkate alınmaktadır. Yargısal olmayan makamlar söz konusu olduğunda, bu makamların bağımsız ve başvuruculara sundukları usuli güvencelerin 13. maddeye uygun olması gerekir. Ayrıca, Sözleşme'nin 13. maddesinin öngördüğü başvuru yolunun etkili olabilmesi için, bu yolun hukuken olduğu kadar pratikte

²⁴ Sergio Ariel Apter, *Interim Measures in EC Law: Towards a Complete and Autonomous System of Provisional Judicial Protection before National Courts?*, EJCL, Vol.7.2, 2003

de mevcut olması ve hukuk yolunun uygulanmasının devlet yetkililerinin eylem ya da ihmalleriyle engellenmemesi gerekir²⁵. Buna ek olarak hukuk yolu, makul sürede yargılama yapabilecek ve ihlal varsa hemen giderebilecek tarzda şekillendirilmelidir. Bu durumda etkililik, hak ihlali iddiasında bulunan kişiye, başvurusu halinde makul bir süre içerisinde ihlale neden olduğu iddia edilen işlemi tamamen durdurabilecek veya sonuçlarını askıya alabilecek bir hukuk yolunun sağlanmasını zorunlu kılmaktadır²⁶.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, sözleşmeye taraf olan devletlerin, genel olarak yargılama usulüne ilişkin kuralları belirlemede takdir yetkilerinin bulunduğunu kabul etmektedir. Ancak, Sözleşmenin 13. maddesi kapsamında, hak ihlali iddiasında bulunan kişiye etkili bir hukuki başvuru yolunun sağlanıp sağlanmadığının belirlenmesi için yargılama sürecinde mahkemeye tanınmış olan yetkiler ve başvurana tanınan usuli haklar konusunda belli kriterler aramaktadır.

Bu kriterlerden birisi, Jabari-Türkiye kararında belirtilen, hak ihlali iddiasının esasını karara bağlama hususunda yetkili olan mahkemenin, yargılamanın her aşamasında ihlalin önlenmesi için gerekli kararları vermeye de yetkili olması gerektiğidir.

Bahsedilen davada, İran vatandaşı olan ve evlilik dışı ilişki yaşadığı iddiasıyla ülkesinde işkence görme riski bulunan davacının, sınır dışı edilmesine ilişkin işleme karşı açtığı davada, idare mahkemesince, iç hukuktaki düzenlemede (işlemin açıkça hukuka aykırı olması ve telafisi güç veya imkansız zararın birlikte gerçekleşmesi) aranan şartları taşımayan yürütmenin durdurulması istemi reddedilmiştir. AİHM, iç hukukta yürütmenin durdurulması benzeri geçici hukuki koruma tedbiri verilebilmesi için aranan şartların, Sözleşmenin 13. maddesine uygun olması gerektiğini, bu kapsamda uyumsuzluğun esası hakkında karar verme yetkisi bulunan ulusal otoritenin, geçici tedbiri alma konusundaki takdir yetkisinin geniş olması gerektiğini belirtmektedir.

²⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 08.07.1999 tarihli Çakıcı/Türkiye kararı, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi:01.13.2014

²⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 13 Aralık 2012 tarihli De Souza Ribeiro/Fransa kararı, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 15.03.2014

AİHM'ne göre, iç hukukta yürütmenin durdurulması kararı için aranan iki şartın birlikte gerçekleşmesini arayan idare mahkemesi, davacının İran'a sınır dışı edilmesinden kaynaklanan korkularının gerçek nedenini irdelememiştir. Ankara İdare Mahkemesi, davacının başvurusu üzerine, sınır dışı edilme kararını, daha zorlayıcı bir sorun olan başvuranın korkuları bakımından değil, şekli bir yasallık bakımından değerlendirmiştir. AİHM, başvuranın Ankara İdare Mahkemesi önündeki davasında, ilgilinin bütün korkularına rağmen mahkemece yürütmenin durdurulması kararı alınmadığı için, mahkemeye yapılan başvurunun etkili bir iç hukuk yolu olarak değerlendirilemeyeceği kanaatinde-dir.

Türk hükümeti tarafından bu davada yapılan savunmada, Anayasa'nın 125. maddesinde yer alan hükümler hatırlatılarak idari yargı yerlerinin, idari bir işlemin telafisi güç zararlara neden olması ve açıkça hukuka aykırı olması halinde yürütmeyi durdurma kararı almakla yetkilendirildiklerini belirtmiş ve mahkemece talebin reddedilmesine karşı itiraz müessesesi bulunduğu hatırlatılmıştır.

AİHM, Sözleşme'nin 13. maddenin temel hak ve özgürlüklerin iç hukuk düzeninde tam anlamıyla uygulanmasını sağlayacak bir iç hukuk yolunun mevcudiyetini güvence altına aldığını, bu nedenle, söz konusu maddenin sözleşmeciler tarafından bu hüküm uyarınca yükümlendikleri taahhütlere ne şekilde uyacakları hususunda belli bir takdir hakkı tanımış olmasına rağmen, Sözleşme uyarınca yapılan bir şikayeti araştırmak ve bu şikayetin sebebini ortadan kaldırmakla görevli bir ulusal makamın mevcudiyetini sağlayan bir iç hukuk yolunu gerektirdiğini, iç hukuk makamlarının başvuranın İran'a gönderildiği takdirde tehlikede olacağı iddiasını iç hukukta yer alan mevzuat yüzünden değerlendirmediklerini, Ankara İdare Mahkemesi'nin başvuranın sınır dışı edilmesi sonucunu doğuran kararının bütünüyle iç hukukta yer alan hükümler doğrultusunda alındığını, bununla birlikte işkence ve kötü muamele görme ihtimalinin gerçekleşmesi halinde zararın telafisinin mümkün olmaması ve işkence yasağını düzenleyen Sözleşmenin 3. maddesine AİHM'nin verdiği önem göz önüne alındığında, 13. madde uyarınca etkili bir iç hukuk yolu kavramının, 3. maddeye aykırı bir muameleyle karşılaşma korkusuna ilişkin haklı gerekçeler mevcutsa, bağımsız ve kapsamlı bir incelemeyi gerekli kıldığını, Ankara İdare Mahkemesi'nin bu tür koruma önlem-

lerinden herhangi birini almadığı için Hükümet'in dayandığı temyiz yollarının 13. maddenin öngördüğü yükümlülükleri yerine getirmekten uzak olduğu sonucuna varmış ve 13. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir²⁷.

Yukarıda yer verilen değerlendirmelerine göre AİHM, uyuşmazlığın hukuki niteliğine, davacının durumuna ve ihlal edilen hakkın önemine göre iç hukuktaki yürütmenin durdurulması koşullarından her ikisinin birlikte gerçekleşmesi zorunluluğuna bakılmaksızın, mahkemece yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi gerektiği, aksi takdirde iptal davasının bazı dava türleri açısından etkili bir iç hukuk yolu olamayacağı kanaatindedir.

M.M.S.-Belçika-Yunanistan davasında da AİHM, üye devletlerin hukuk sistemlerinde uygulayacakları ilke ve kurallar ile hukuki müesseseleri belirleyip uygulamakta serbest olduklarını vurgulamakla birlikte, usul hükümlerinin, Sözleşmenin 13. maddesine aykırı olması gerektiğini ifade etmiştir. Buna göre, iç hukukta başvuru mercii, Sözleşme'nin yasakladığı muamelelerden birisine muhatap olma korkusu taşıyan başvuranın şikayetinin özünü dikkatli bir şekilde incelemeye yetkili ve uygun bir giderim sağlayabilmesi gerektirdiğini belirtmektedir. Bu kapsamda, somut davada Belçika makamlarınca inceleme, başvuranın muhtemel zararının geri dönüşsüz niteliğinin somut olarak kanıtlanıp kanıtlanamaması ile sınırlandırılmış; böylece, kanıt yükü ağırlaştırılarak, bir dereceye kadar ihlal tehlikesi iddiasının esası hakkında inceleme yapılması engellenmiştir. Ek olarak, Belçika Yüksek İdare Mahkemesi'nin yerleşik içtihatları dikkate alındığında, muhtemel ihlalin yaratacağı zararın geri dönüşsüz niteliğini somut olarak ortaya koymadan davayı kazanmak imkansızdır. Bu nedenle, yürütmenin durdurulması kararını, zararın mutlaka doğacak olmasına bağlayan bir hukuk sistemi, ihlal edildiği iddia edilen hak konusunda etkili bir giderim yolu sağlayamamakta, bu durum ise 13. maddenin ihlali anlamına gelmektedir²⁸.

²⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 11.07.2000 tarihli Jabari-Türkiye kararı, paragraf 48, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 21.03.2014

²⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 21 ocak 2011 tarihli M.S.S. -Belçika-Yunanistan kararı, paragraf 387, 388, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 19.03.2014

Bir başka kararda ise, hak ihlaline sebep olduğu iddia edilen işlemin, ne zaman ortadan kaldırıldığı ya da etkisiz hale getirildiğinin önemli olduğu, mahkemenin ya da idari otoritenin bu konuda mümkün olduğu ölçüde hızlı hareket etmesi gerektiği belirtilmiştir²⁹.

Özellikle işkence ve kötü muameleye maruz kalma riskinin bulunduğu durumlarda, AİHM, ortaya çıkabilecek zararın geri döndürülemez sonuçları dikkate alınarak, 13. madde gereğince, ilgilinin otomatik olarak durdurucu etkisi olan bir başvuru yoluna erişiminin olması gerektiğini düşünmektedir. Bu nedenle sınır dışı edilmek üzere, bekleme alanında bulunan fakat otomatik olarak durdurucu etkiye sahip bir başvuru yoluna erişimi bulunmayan başvuranın, 3. maddede düzenlenen işkence yasağına ilişkin şikâyetini öne sürebileceği 'etkili bir başvuru yolunun' olmadığı sonucuna varmıştır³⁰.

Belirtilen kararlar dikkate alındığında AİHM'nin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 13. maddesine göre etkili bir başvuru merciinden bahsedebilmek için, hukuki koruma tedbirleri konusunda ulusal mahkemelerin takdir yetkisinin geniş olmasına, uyuşmazlığın niteliğine, işin aciliyetine, ihlal edildiği iddia edilen hakkın önemine ve doğması muhtemel zararın büyüklüğüne göre mahkemece iç hukuktaki şartlardan bağımsız olarak tedbir kararının uyuşmazlığın her aşamasında verilebilmesinin önemine vurgu yaptığı görülmektedir. İç hukukta yer alan farklı koşulların Sözleşme'nin 13. maddesine aykırı hükümler içermesi ve mahkemece bu hükümler dikkate alınarak tedbir kararı verilememesi halinde, AİHM tarafından ihlal kararı verilmektedir. Bu nedenle, AİHM içtihatlarında belirtilen ivedi işlere ilişkin davalarda, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesi hükmünün mutlak bir şekilde uygulanarak yürütmenin durdurulması isteminin reddedilmesi halinde, mahkeme kararı iç hukuka uygun olsa bile, ülkemiz aleyhine tazminata hükmedilmesine neden olabilecektir.

²⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 6 Haziran 2013 tarihli Muhammed-Avusturya kararı, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 19.03.2014

³⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 26 Nisan 2007 tarihli Gebremedhin - Fransa kararı, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 21.03.2014

2. BÖLÜM

Türk İdari Yargı Sisteminde Geçici Hukuki Koruma Müessesesi Olarak Yürütmenin Durdurulması

2.1. Müessesesinin Tarihsel Gelişimi

Cumhuriyet Döneminin ilk Danıştay Kanunu olan 1925 tarihli 669 sayılı Kanununun 46 nci maddesinde, 'Şurayı Devlete dava ikame olunması ve Şurayı Devletin hükümlerine karşı turuku muayyene-i kanuniyeye müracaat edilmesi icrayı tehir etmez. Ancak Deavi Dairesince yahut heyeti aleniyece tehiri icraya karar verilebilir.' hükmü yer almıştır. Bu kanun hükümlerinde, dava açmanın işlemin yürütmesini durdurmayacağı, ancak mahkemece bu yönde karar verilebileceği belirtilmek suretiyle yürütmenin durdurulması kararı hakkında mahkemeye geniş takdir yetkisi tanınmıştır. Daha sonra 1935 yılında yürürlüğe giren 3456 sayılı Danıştay Kanunu'nda da benzer kurullar yer almıştır.

1961 Anayasası'ndan sonra çıkarılan 521 sayılı Danıştay Kanununun 94. maddesinde de, önceki yasalarda olduğu gibi, tarafların isteği halinde yürütmenin durdurulmasına mahkemece karar verilebileceği belirtilmiştir. Anılan düzenlemede, yürütmenin durdurulması kararının verilebilmesi için herhangi bir koşul öngörülmemiş, Danıştay'da idari dava açılması ve kanun yollarına başvurulmasının itiraz olunan idari işlemlerin yürütülmesini durdurmayacağı, ancak taraflardan birinin isteği üzerine, teminat karşılığında yürütmenin durdurulması kararı verilebileceği ifade edilmiştir.

Dolayısıyla, yürütmenin durdurulması müessesesine Türk İdari Yargı Sisteminde ilk kez yer verilmesinden itibaren 1973 yılına kadar geçen zaman zarfında kanun koyucu, yürütmenin durdurulması kararına ilişkin bir şart öngörmemiş, verilecek kararın şartlarını belirleme yetkisini, somut olayın durumuna göre mahkemeye bırakmıştır. Başka bir deyişle, Cumhuriyetin ilanından itibaren yürürlüğe giren 669, 3456, 521 sayılı yasalarda yürütmenin durdurulmasıyla ilgili olarak özel koşullar getirilmemiş ve konu Danıştay'ın takdir ve içtihadına bırakılarak yargısal makamlara geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır.

Yürütmenin durdurulması ve mahkemenin yargı yetkisine ilişkin kısıtlamaların 1970'li yıllarda başladığını söylemek mümkündür. Gerçekten, 1961 Anayasası'nın 114. maddesine 1488 sayılı yasayla 1971 yılında getirilen düzenleme ile, "yargı yetkisi, yürütme görevinin kanunla gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini sınırlandıracak tarzda kullanılamaz, idari eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilemez." ilkesi doğrultusunda Danıştay Kanununda da yürütmenin durdurulmasını belli şartların varlığına bağlayan düzenlemeler yapılmıştır.

521 sayılı Danıştay Kanunu'na 1740 sayılı Yasayla eklenen Ek I . maddede, telafisi güç durumların ortaya çıkması veya dilekçede ileri sürülen hususların dosyanın durumuna göre ciddi ve idari işlemin iptalini haklı gösterecek nitelikte olması halinde yürütmenin durdurulması kararı verilebileceği belirtilmiştir. Buna göre, yürütmeyi durdurma kararlarının, telâfisi güç durumların ortaya çıkması veya dilekçede ileri sürülen hususların dosyanın durumuna göre ciddi ve idari yargı kararının iptalini haklı gösterecek nitelikte olması şartlarından birisinin mahkeme tarafından tespiti halinde verilebileceği hükme bağlanmıştır.

Yürütmenin durdurulması kararının belli şartların varlığına bağlanarak, mahkemenin bu yöndeki yetkisinin kısıtlanmasına neden olarak Danıştay'ın, yürütmeyi durdurma kararlarında yeterince titiz davranmaması, içtihadında bir düzen kuramaması, siyasal iktidarların, Danıştay'ın aldığı yürütmeyi durdurma kararlarından gocunmalarını gösterilmektedir³¹. Gerçekten, 1982 Anayasa'sı ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu yürürlüğe girmeden önceki dönemde yargı denetimi yapılırken İdari Yargının üstlenmiş olduğu rol ve aldığı pozisyonun yasama ve yürütme organında bazı rahatsızlıklara neden olduğu görülmektedir. Milli Güvenlik Konseyi tarafından, İdari Yargılama Usulü Kanun tasarısı görüşülürken yapılan tartışmalara da bu rahatsızlık yansımıştır. Özellikle Kanun Tasarısı'nın 27. maddesinin görüşmeleri sırasında serdedilen 'bir davada esas olanın idari istikrar, devamlılık ve idarenin etkinliği olduğu, mahkemece yürütmenin durdurulması kararı verilmesinden sonra esastan verilecek kararın bekletilmesi ihtimalinin devleti zaafa uğratacağı, bu nedenle mahkemelerin

³¹ Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, İdari Yargılama Usulü Kanunu, 2008, s.1079

bağlanması gerektiği, aksi halde yetkinin mahkemece suistimal edilebildiği, terazinin bir tarafında devlet, bir tarafında vatandaş olduğu, vatandaşı kurtaran hakimın devleti cezalandırdığı, devleti otoritesiz, zaaf içinde bıraktığı yönündeki görüşler bu hususu teyit etmektedir. Mahkemelere yönelik eleştirilerin münferit kötü örnekler üzerinden devam etmesi üzerine Devlet Başkanı Hukuk Danışmanı olan Şeref Gözübüyük, kötü örnekler esas alınarak düzenleme yapılamayacağı, mahkemeye sonuçları daha ağır olan idari işlemi iptal etme yetkisini tanımışken, belirli şartların gerçekleşmesi durumunda tedbir kararı vermesinin engellenmesinin hukuk devleti ile bağdaşmayacağı hususlarını hatırlatma gereği duymuştur³².

Yapılan tartışmalardaki yargıya olan eleştirel bakış açısı kanun metnine de yansımış ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte, idari yargının bu alandaki yetkileri biraz daha kısıtlanmıştır³³. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun yürürlük tarihi, 1982 Anayasası'nın yürürlük tarihinden öncedir. Bu nedenle, Anayasa hazırlanırken usul kanununda yürütmenin durdurulması için yapılan düzenleme aynı cümlelerle anayasaya alınmıştır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinde; yürütmenin durdurulması kararının doksan gün için verilebileceği, telefisi güç veya imkansız zarar ve işlemin açıkça hukuka aykırı olma şartlarının birlikte gerçekleşmemesi halinde yürütmenin durdurulmasına karar verilemeyeceği, gerekçede iki şartın ne suretle gerçekleşmiş olduğunun açıkça gösterilmesi gerektiği, yürütmenin durdurulmasına karar verilen davaların tekemmül etmelerinden itibaren altmış gün içinde esastan karara bağlanacakları, aksi halde yürütmenin durdurulması kararının hükümsüz kalacağı düzenlenmiştir.

Aynı maddede, sıkıyönetim veya olağanüstü halin ilan edildiği bölgelerdeki kamu personeli hakkında, gene olağanüstü halin bulunduğu bölgelerde grev, lokavt, toplantı ve gösterilerin ertelenmesi, dernek ve kuruluşların kapatılması veya faaliyetten men edilmesi kararlarına karşı açılan davalarla, savaş halinde yürütmenin durdurulmasına karar verilemeyeceği de belirtilmiştir. Bununla birlikte yürütmenin

³² *Milli Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi*, cilt 6, 6 Ocak 1982, s.29-30, www.tbmm.gov.tr

³³ İdari Yargılama Usulü Kanunu, Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, 2008, s.1083

durdurulması hakkında getirilen bu kısıtlamaların büyük bir bölümü, 10.6.1994 tarihli ve 4001 sayılı Yasayla yürürlükten kaldırılmıştır.

Yürütmenin durdurulması kurumuna ilişkin 1994 yılında yapılan değişikliklerden sonra uzun bir süre kanun metninde önemli bir değişiklik yapılmamıştır. 2012 yılında yürürlüğe giren 6352 sayılı Kanunla, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinde düzenlenen yürütmenin durdurulması müessesesinin şartlarında önemli değişiklikler yapılmış ve bu konuda mahkemenin takdir yetkisi biraz daha sınırlandırılmıştır.

Buna göre, uygulanmakla etkisi tükenecek olan idari işlemlerin dışındaki diğer idari işlemler hakkında davalı idarenin savunması alınmadan yürütmenin durdurulmasına karar verilemeyeceği, yine sadece ilgili kanun hükmünün iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurulduğu gerekçesiyle yürütmenin durdurulması kararı verilemeyeceği, dava dilekçesi ve eklerinden yürütmenin durdurulması isteminin yerinde olmadığı anlaşılırsa, davalı idarenin savunması alınmaksızın istemin reddedilebileceği, aynı sebeplere dayanılarak ikinci kez yürütmenin durdurulması isteminde bulunulamayacağı düzenlenmiştir.

Son olarak, 21/2/2014 gün ve 6526 sayılı Kanun'un 17 maddesi ile 2577 sayılı Kanun'un 27. maddesine bir cümle eklenmiş ve kamu görevlileri hakkında tesis edilen atama, naklen atama, görev ve unvan değişikliği, geçici veya sürekli görevlendirmelere ilişkin idari işlemlerin, uygulanmakla etkisi tükenecek olan idari işlemlerden sayılamayacağı düzenlenmek suretiyle bu işlemler hakkında davanın açıldığı aşamada açıkça hukuka aykırı oldukları tespiti yapılsa bile idarenin savunması alınmadan yürütmenin durdurulması kararının verilmesi mümkün olmaktan çıkarılmıştır³⁴.

³⁴ Son değişikliklerden sonra 2577 sayılı Kanun'un 27. maddesi şöyle düzenlenmiştir. Madde 27 - (Değişik: 10/6/1994 - 4001/12 md.) 1. Danıştay'da veya idari mahkemelerde dava açılması dava edilen idari işlemin yürütülmesini durdurmaz. 2. (Değişik: 2/7/2012 - 6352/57 md.) Danıştay veya idari mahkemeler, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, davalı idarenin savunması alındıktan veya savunma süresi geçtikten sonra gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebilirler. Uygulanmakla etkisi tükenecek olan idari işlemlerin yürütülmesi, savunma alındıktan sonra yeniden karar verilmek üzere, idarenin savunması alınmaksızın da durdurulabilir. (Ek cümle: 21/2/2014-6526/17 md.) Ancak, kamu görevlileri hakkında te-

2.2. Yürütmenin Durdurulması Müessesesinin Evrensel Normlara Uyumu

Türk İdari Yargı Sistemi açısından, Anayasa'nın 125. ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesi, yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için gerekli olan şartları düzenlemektedir.

Buna göre, idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması ve uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararlara neden olacak nitelikte bulunması şartlarının birlikte gerçekleşmesi halinde mahkemece yürütmenin durdurulması kararı verilebilmektedir. Buna ek olarak, yukarıda belirtildiği gibi uygulamakla etkisi tükenecek işlemler dışındaki işlemlere karşı açılacak davalarda, davalı idarenin savunması alınmadan yürütmenin durdurulması verilmesi yasaklanarak kararın zamanı konusunda bir kısıtlama yapılmış; kamu görevlileri hakkında tesis edilen atama, naklen atama, görev ve unvan değişikliği, geçici veya sürekli görevlendirmelere ilişkin idari işlemlerin, uygulanmakla etkisi tükenecek olan idari işlemlerden sayılmayacağı belirtilmek suretiyle de, davanın konusu yönünden mahkemenin takdir yetkisi sınırlandırılmıştır. Bu düzenlemelerden sonra, açıkça hukuka aykırı olan bir işlem uygulanmakla etkisi tükenecek nitelikte olsa bile, yasa da belirtilen dava türleri arasında ise mahkemece savunma alınmadan yürütmenin durdurulması kararı verilemeyecektir. Örneğin, bir kamu görevlisinin yurt dışına 15 günlük süre ile geçici olarak görevlendirilmesine ilişkin bir işlem hakkında, idarenin savunması alınmadan yürütmenin durdurulması kararı verilemeyecek, mahkemece bu işlem uygulanmakla etkisi tükenecek bir işlem olarak nitelendirilemeyecektir.

Yukarıda belirtildiği üzere, Türk idari yargı sisteminin esinlendiği Fransa ve Avrupa Birliği ülkelerinde, belirli şartlara bağlanan yürüt-

sis edilen atama, naklen atama, görev ve unvan değişikliği, geçici veya sürekli görevlendirmelere ilişkin idari işlemler, uygulanmakla etkisi tükenecek olan idari işlemlerden sayılmaz. Yürütmenin durdurulması kararlarında idari işlemin hangi gerekçelerle hukuka açıkça aykırı olduğu ve işlemin uygulanması halinde doğacak telafisi güç veya imkansız zararların neler olduğunun belirtilmesi zorunludur. Sadece ilgili kanun hükmünün iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurulduğu gerekçesiyle yürütmenin durdurulması kararı verilemez.

3. (Ek: 2/7/2012 - 6352/57 md.) Dava dilekçesi ve eklerinden yürütmenin durdurulması isteminin yerinde olmadığı anlaşılırsa, davalı idarenin savunması alınmaksızın istem reddedilebilir...

menin durdurulması kararlarının temel hakların korunması açısından arzu edilen düzeyde yargısal koruma sağlayamadığı yönündeki eleştiriler üzerine mahkemeye idareye yargısal emir verme, idari işlemi askıya alma gibi yeni yetkiler tanınmıştır. Kişi hak ve hürriyetleri açısından yeterli koruma sağlayamadığı düşünülen yürütmenin durdurulması müessesesinin, Türk idari yargı sisteminde olan şekline göre mahkemeye daha geniş yetkiler tanıdığı da ortadadır. Zira, bahsi geçen uygulamalarda, işlemin hukuka aykırı olduğu yönünde ciddi bir şüphenin varlığı ve işin aciliyeti ile giderilmesi güç bir zarara neden olma ihtimalinin herhangi birinin varlığı, yürütmenin durdurulması kararının verilmesi için yeterlidir. Türk idari yargı sisteminde ise, zaman içinde yürütmenin durdurulması müessesesinin şartları ve kapsamına ilişkin yasal hükümlerde önemli değişiklikler olmuş, bu değişikliklerin hemen hepsinin hak arama hürriyetini sınırlandırdığına ilişkin eleştiriler yapılmıştır.

Eleştirilerden birisi, yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için aranan, idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması ve uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararlara neden olacak nitelikte bulunması şartlarının birlikte gerçekleşmesi şartına ilişkindir. Buna göre, açık hukuka aykırılık veya telafisi güç ve imkânsız zararın birisinin varlığı halinde yürütmenin durdurulmasına karar verilebilmesi, etkili yargısal koruma ilkesine daha uygundur³⁵. Kaldı ki, açık hukuka aykırılık halinin tespiti halinde, işlemin muhatabı olan kişi açısından hiçbir zarar doğmaması halinde bile, idarenin uygulanmakta olan tüm işlem ve eylemleri hukuka uygunluk karinesinden yararlandığından, hukuk devleti açısından giderilmesi güç zararların doğması kuvvetle muhtemeldir³⁶.

Öte yandan idari işlemin iptal edilip hukuk aleminden kaldırılması için hukuka aykırı olduğunun mahkemece tespiti yeterli görülürken, tedbir kararı olan yürütmenin durdurulması için açık hukuka

³⁵ İl Han ÖZAY , İdari Yargıdan İtiraz Yolu ile Anayasa Mahkemesine Gönderilen Konularda Yürütmenin Durdurulmasına İlişkin Sorunlar , Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl Sempozyumu , 2007, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No: 74, s.12

³⁶ Danıştay 5.Dairesi'nin 24.12.2013 gün ve E.2013/1038 sayılı,18.12.2013 gün ve E. 2013/9979 sayılı YD kararları,www.danistay.gov.tr

aykırılığın aranması da, müessesenin amacıyla bağdaşmamaktadır³⁷. Kanun koyucunun açıkça hukuka aykırılık şartının gerçekleşmesi koşulunu araması, başlı başına yürütmenin durdurulması kararının verilmesini zorlaştırma eğiliminde olduğunun göstergesidir. Kaldı ki, işlemin hukuka aykırı olup olmadığı hususu da, dava dosyasının tekemmül etmesi ve re'sen araştırma ilkesi uyarınca gerekli inceleme ve araştırmanın yapılması sonrasında anlaşılabilir bir durumdur³⁸.

Öte yandan, yürütmenin durdurulması müessesesini düzenleyen hükmün Yasada mevcut olan halinin, Anayasanın 36. maddesinde düzenlenen hak arama özgürlüğünü sınırlayan bir hüküm içerdiği de açıktır. Adil yargılanma hakkını düzenleyen Anayasa'nın 36. maddesinde, herkesin, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu ifade edilmektedir. Maddeyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birini oluşturmaktadır. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin en etkili ve güvenceli yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir. Kişilere yargı mercileri önünde dava açma hakkı tanınması, adil yargılama hakkının ön koşulunu oluşturur³⁹.

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinde yapılan değişiklik sonrasında, naklen atama, görevlendirme gibi idari kararlar ile uygulanmakla etkisi tükenmeyen diğer idari işlemler açıkça hukuka aykırı olsa ve ilgilisi açısından telafisi güç veya imkânsız zararlar doğursa bile, yargı organınca idarenin savunması alınmadan yürütmenin durdurulması kararı verilemeyecektir. Böyle bir durumun

³⁷ Metin Günday, Yürütmenin Durdurulması Kararları ve Uygulamada Karşılaşılan Bazı Sorunlar, İdari Yargı Sempozyumu, 2000, Danıştay Yayın Bürosu Yayınları, No 59, s.16

³⁸ Şevket Apalak, İdari Davalarda Yürütmenin Durdurulması, Sayıştay Dergisi, No 31, <http://www.sayistay.gov.tr/erisim> tarihi:21.03.2014, s. 11

³⁹ Anayasa Mahkemesinin 21.10.1993 günlü, E: 1993/33, K: 1993/40-2 sayılı kararı, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi: 22.03.2014

ise, idari makamlarca tesis edilen ve hukuka açıkça aykırı olduğu ilk aşamada anlaşılan kararların, hukuk alanında bir süre daha varlığını sürdürmesine yol açacağı, hukuka aykırı kararların hukuk alanında yürürlüklerinin sürmesine izin vermenin ise, kamu düzeni ve kamu yararına aykırı olacağı kuşkusuzdur.

Hak arama hürriyeti açısından, kamu personelinin görev şartlarını ve özlük haklarını düzenleyen mevzuat hükümlerine göre kamu görevlileri hakkında tesis edilen atama, naklen atama, görev ve unvan değişikliği, geçici veya sürekli görevlendirmelere ilişkin idari işlemlerin, diğer yasalara göre tesis edilen idari işlemlerden herhangi bir farkı bulunmamaktadır. Zira genellikle her idari işlemin kamu düzeni ile doğrudan veya dolaylı bir şekilde ilgisi vardır. Bu itibarla, idari işlemin türü ve niteliği ne olursa olsun, mahkemece işlemin hukuka açıkça aykırı olduğunun ve uygulaması halinde telafisi güç zarar doğurabileceğinin tespiti halinde uyuşmazlığın hangi aşamasında bu tespitler yapılırsa işlemin yürütülmesi durdurulabilmelidir. Yürütmenin durdurulmasını davanın ilk aşamasında yasaklayan bir yargısal denetim, biçimsel olarak vardır. Zira, yokluk halindeki idari işlemler bile hukuksal sonuçlar doğurmaya devam edecektir. Sınıfının dışında, başka bir ülkede, derecesinin çok çok altında bir göreve atanma/görevlendirme halinde dahi, kişi mahkemece hukuka aykırılığı saptanmasına rağmen yürütmesi durdurulamayan işlemin sonucu olarak gidip görevine başlayacaktır. Bu halde, özellikle mobbing uygulamalarında görülen, memuru işçi sınıfından birisinin yerine getirmesi gereken bir vazife ile görevlendirme, zabıt katibini gece bekçisi yapma, kanunla verilmemiş yetkiyi kullanarak işlem tesis etme gibi hukuken kabulü mümkün olmayan ve herkese absürd gelecek uygulamalara karşı bile kamu görevlisini koruyacak bir hukuk normu olmayacaktır. Yasal düzenlemeye göre mahkemece savunma süresinin kısaltılması mümkün olmakla birlikte, idare mahkemelerince genellikle kamu personeline ilişkin atama/görevlendirme davalarında, 15 günden daha kısa savunma süreleri takdir edilmemektedir. Bu halde ise, ilk inceleme ve tebligat gibi usul işlemleri nedeniyle geçecek süre içerisinde açıkça hukuka aykırı olan işlem, hukuk alanında sonuçlar doğurmaya devam edecektir.

Öte yandan, idari işlemlerin neden olacağı zararın her zaman maddi nitelikte olmadığı, dava sonunda tazminat vermekle bazı zarar-

ların karşılanması mümkün bulunmadığı da bilinmektedir. Bazen işlem nedeniyle ortaya çıkan manevi zararlar ile kişinin onuruna ve şerefine yönelmiş müdahalenin kişinin iç dünyasında meydana getirdiği etkiler, parasal değerler ile ölçülememektedir. Bu tür durumlarda yargısal denetim, zararı tazmin etmeyi değil, hukuksuzluğu bir an önce gidermeyi amaçlamalıdır.

2.3. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesi Hükümlerinin Anayasa'ya Uyumu

Anayasası'nın 'Yargı Yolu' başlığını taşıyan 125. maddesinin 5. ve 6. fıkralarında; "İdari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebilir. Kanun, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halinde ayrıca milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık nedenleri ile yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlayabilir." hükümlerine yer verilmiştir.

Anayasa hükmüne göre, olağanüstü hal, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş hali dışında, yürütmenin durdurulmasının ancak milli güvenlik, kamu düzeni ve genel sağlık nedenleri ile sınırlanması mümkündür. Yürütmenin durdurulması hakkında kanunla yapılan sınırlamalar dikkate alındığında, kanun koyucu tarafından daha çok kamu düzeni kavramının sınırlama nedeni olarak kullanıldığı görülmektedir. Ancak, kamu düzeni çok geniş bir kavramdır ve sınırlarını çizmek zordur. Kanun koyucu tarafından hiçbir somut gerekçeye dayanılmadan, sadece kamu düzeninin korunması amacıyla yapılan bir kanuni düzenlemenin, gerçekte kamu düzenini koruduğunu söylemek mümkün değildir. Çünkü böyle bir kanuni düzenleme, idarenin keyfi davranmasına yol açabilir ve bu da demokratik toplum düzeninin gerekleriyle ve ölçülülük ilkesiyle bağdaşmaz⁴⁰.

Öte yandan, yürütmenin durdurulmasının sınırlandırılması, aynı zamanda hak arama hürriyetinin, adalete erişimin ve etkili hukuk-

⁴⁰ Mine Kasapoğlu Turhan, İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulmasının Kanunla Sınırlandırılması ve Sınırlandırmanın Sınırları, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt: 14, Sayı: 2, 2012, s.24

sal koruma ilkesinin de sınırlandırılması anlamına geleceğinden, yürütmenin durdurulmasına getirilecek sınırlamaların, Anayasa'nın 13.maddesindeki ilkelere de uygun olarak yapılması gerekir.

Anayasa'nın 13.maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmayacağı belirtilmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin 22.2.2006 gün ve E:2006/20 K:2006/25 sayılı kararında; temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların yalnız ölçüsü değil, koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları gibi güvencelerin demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmesi gerektiği, bu nedenle, temel hak ve özgürlüklerin, istisnai olarak ve özüne dokunulmamak koşuluyla demokratik toplum düzeninin gerekleri için zorunlu olduğu ölçüde ve ancak kanunla sınırlandırılabilmesi ifade edilmiştir⁴¹.

1960 Anayasası'nın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren, yürütmenin durdurulmasının yasaklanması veya kısıtlanmasına ilişkin kanun hükümlerinin anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne çeşitli başvurular yapılmıştır. Bu başvurular üzerine Yüksek Mahkemece değerlendirme, genellikle hak arama hürriyeti, etkili hukuksal koruma, adalete erişim hakkı gibi ilkelerle, yapılan düzenlemelerin Anayasa'nın 125. maddesinde yürütmenin durdurulması için öngörülen sınırlama nedenlerine ve 13. maddesinde temel hakların sınırlanması için öngörülen ilke ve kurallara uygun olup olmadığı yönünden yapılmıştır. Bununla birlikte yüksek mahkemenin verdiği kararlarda istikrarlı olduğunu söylemek zordur. Bazı başvurularda, sınırlama ya da yasaklama getiren hüküm iptal edilirken, bazılarında ise, mahkemelerin yargılama usullerini belirlemenin kanun koyucunun takdirinde olduğu belirtilmiştir.

Bu kararlardan birisi, taşınmaz mal zilyetliğine yapılan tecavüzlere önlenmesi hakkındaki 3091 sayılı kanunun 13. maddesi ile yapılan düzenlemedir. Bu hükme göre, bahsi geçen kanundan kaynaklanan

⁴¹ Anayasa Mahkemesi'nin 22.2.2006 gün ve E:2006/20 K:2006/25 sayılı kararı, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi: 11.03.2014

uyuşmazlıklarda yürütmenin durdurulmasına karar verilmesi yasaklanmıştır. Anayasa Mahkemesi, 3091 sayılı Kanun'un 13. maddesinde; "bu Kanuna göre verilmiş kararlar üzerine idari yargıya başvurmalarda yürütmenin durdurulması kararı verilmez." hükmü ile taşınmaz mal zilyedliğine yapılan tecavüzlerin önlenmesi hakkında idari makamlarca verilmiş kararlara karşı açılan iptal davalarında, idari yargı mercilerince yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesinin "kamu düzeni" gerekçesiyle sınırlandırılmasına ilişkin hükmü iptal etmiştir⁴².

Anayasa Mahkemesince, belirtilen dava karara bağlanırken, Anayasa'nın 125. maddesinde yer verilen kısıtlama sebepleri arasında gösterilen kamu düzeninin bozulması kriteri ile hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddesi, temel hakların kısıtlanmasına ilişkin 13. maddesi ve hukuk devleti ilkesi açısından değerlendirme yapılmıştır. Kararda, hak arama hürriyeti bakımından kişilerin idareye karşı sahip oldukları en etkili yargısal koruma mekanizmasının iptal davası olduğu, kişileri iptal davası sonuçlanıncaya kadar hukuka aykırı idari işlemin olumsuz etkilerinden korumak, ileride giderilmesi veya düzeltilmesi imkânsız veya zor olan durumları önlemek, idareyi de hem olası bir tazmin yükünden kurtarmak, hem de hukuk sınırları içine çekerek hukuk devletinin kesintiye uğramadan devamını sağlamak amacıyla yürütmenin durdurulması kurumunun öngörüldüğü, yürütmenin durdurulması kararının idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması ve uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda verilebildiği hususu göz önüne alındığında, hukuka aykırı işlemin uygulanması suretiyle hukukun dışlandığı, yargının etkisiz kaldığı yerde kamu düzeninin daha çok bozulacağı, idari yargıda yürütmenin durdurulması kararıyla güdülen amacın, kişilerin hak arama özgürlüklerini daha etkili biçimde kullanabilmelerini sağlamak olduğu, hukuka aykırı olan işlemin telafisi güç zararlara yol açması halinde bile yürütmenin durdurulması kararı verilememesinin bu müesseseyi etkisizleştirdiği, bu nedenle hak arama hürriyetini de sınırlandırdığı belirtilmiştir.

⁴² Anayasa Mahkemesi'nin 03.10.2010 gün ve E.2008/77, K. 2010/77 sayılı Kararı, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:21.03.2014

Anayasa Mahkemesi, 21.10.1993 gün ve E: 1993/33, K: 1993/40 sayılı kararında ise yürütmenin durdurulması kurumunun niteliği ve önemine ilişkin değerlendirmelerde bulunmuştur. Buna göre yürütmenin durdurulması, yargının denetim etkinliğini artırıcı bir araç olarak, dava hakkının bir parçasını oluşturmaktadır. Bu yetkinin mahkeme açısından sınırlandırılması, davanın kesin karar verilinceye kadar yapısının tümlüğüne, yargılamanın her evresini kapsayan işlem ve kararlar üzerinde mahkemenin tek belirleyici olması ilkesine de aykırıdır. Anayasa Mahkemesi'ne göre, dava kavramı içinde yürütmenin durdurulması da vardır. Mahkemenin yürütmeyi durdurma yetkisi, davayı görüp karara bağlama ödevi ve yetkisi içinde bir aşamadır. Son kararı vermeye yetkili organın, davanın bir başka bölümü için karar veremeyeceğinin kabulü, yargı yetkisinin eksiksiz kullanılmasıyla bağdaşamaz⁴³.

Anayasa Mahkemesi, 21/6/1979 gün ve E.1979/1, K. 1979/30 sayılı kararında da yargısal sürecin bütünlüğüne vurgu yapmaktadır. Buna göre, dava kurumu içinde yürütmenin durdurulması kurumu vardır. İkisini birbirinden ayırmak davayı parçalamak, dava olmaktan çıkarmaktır. İdari yargının yürütmeyi durdurma yetkisi, davayı görüp karara bağlama ödevi ve yetkisi içinde bir aşamadır. Gerekli görürse hakim, bu yetkisini kullanır. Hukukta yürütmenin durdurulması kurumu bulundukça, bunu kimi uyuşmazlıklar için var sayıp geçerli görmek, kimi konular için yok sayıp geçersiz görmek yasal çelişkidir. Yine, son kararı vermeye yetkili olan organdan, ilk kararı aynı dava için geri almak, hukuk içinde yeri güç bulunur bir tutumdur⁴⁴.

Yukarıda yer verilen kararlarda yapılan değerlendirmelerin aksine Anayasa Mahkemesi, uyuşmazlığın belli aşamasında yürütmenin durdurulması kararı vermesini yasaklayan Kanun hükmünü anayasa-ya aykırı görmemiştir⁴⁵.

⁴³ Anayasa Mahkemesi'nin 21.10.1993 günlü, E: 1993/33, K: 1993/40-2 sayılı kararı, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:14.03.2014

⁴⁴ Anayasa Mahkemesi'nin 21/6/1979 gün ve E.1979/1,K. 1979/30 sayılı kararı, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:18.03.2014

⁴⁵ Anayasa Mahkemesi'nin 4.7.2013 gün ve E. 2012/100, K. 2013/84 sayılı kararı, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:21.03.2014

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinde yapılan yürütmenin durdurulması kararlarının kural olarak idarenin savunması alındıktan veya savunma süresi geçtikten sonra verilebileceği ve uygulanmakla etkisi tükenecek olan idari işlemlerin yürütülmesinin savunma alındıktan sonra yeniden karar verilmek üzere, idarenin savunması alınmaksızın da durdurulabileceği; dava dilekçesi ve eklerinden yürütmenin durdurulması isteminin yerinde olmadığına anlaşılması halinde davalı idarenin savunması alınmaksızın da istemin reddedilebileceği yönündeki düzenlemelerin iptali istemiyle yapılan başvuru üzerine Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 142. maddesi uyarınca mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin belirlenmesinin kanun koyucunun takdirinde olduğunu hatırlattıktan sonra, yürütmenin durdurulması ile ilgili kuralların da diğer yargılama usulü kuralları gibi kanun koyucu tarafından anayasadaki hükümlere aykırı olmamak şartıyla serbestçe düzenlenebileceği, uygulanmakla etkisi tükenmeyecek idari işlemler için yürütmenin durdurulması kararının savunma alınmadan verilemeyeceği kuralının Anayasa'nın 125. maddesinde belirtilen koşulları değiştiren veya bu koşullara aykırılık teşkil eden bir düzenleme niteliğinde olmadığı, bu tür idari işlemlerin niteliği gereği, idarenin savunmasının alınması nedeniyle meydana gelecek gecikmenin, kişilerin telafisi güç veya imkansız zararlarla karşılaşması sonucunu doğurmayacağı, dolayısıyla kuralların hak arama özgürlüğünü sınırlayan bir yönünün bulunmadığı, uygulanmakla etkisi tükenecek idari işlemler yönünden, idarenin savunması alınmaksızın yürütmenin durdurulması kararının verilebilmesine imkan tanınmak suretiyle bu tür idari işlemler yönünden telafisi güç veya imkansız zararların doğması ihtimalinin bertaraf edildiğini belirtmek suretiyle düzenlemenin iptaline ilişkin başvurunun reddine karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararının AIHM ile Avrupa Adalet Divanı'nın geçici hukuki koruma tedbirleri konusundaki yaklaşımından farklı olduğu görülmektedir. Geçici koruma tedbirlerinin öngörülmesinin sebebi, yargısal süreçlerde meydana gelecek gecikmeler nedeniyle temel haklara olan haksız müdahalenin tespit edildiği anda durdurulmasıdır. Bazı işlemlerin (özellikle yokluk ile malul, yetki un-

suru açısından hukuka aykırı işlemler) hukuka aykırı olduğu dava dilekçesi üzerine yapılacak yüzeysel bir inceleme üzerine tespit edilebilmektedir. Hukuka aykırı olduğu tespit edilen bir idari işlemin, idarenin savunması alınıncaya kadar hukuk aleminde varlığını sürdürmesine ve kişi hakkında hukuki sonuçlar doğurmasına izin vermenin hukukun üstünlüğü ilkesi ile bağdaşır bir yanının olduğunu söylemek zordur. Buna ek olarak, kanun koyucu ve anayasa mahkemesinin 'telafisi güç veya imkansız zarar' nitelendirmesinin bahsi geçen gerekçe dikkate alındığında, sadece parasal ve maddi zararlar için düşünüldüğü ortadadır. Bahsi geçen değerlendirme dikkate alındığında, manevi zararların, kişinin ismine, haysiyet ve onuruna yönelen müdahalelerin idarenin savunma alınmadan durdurulması imkanı bulunmamaktadır.

SONUÇ

Yürütmenin durdurulmasına benzer geçici hukuki koruma tedbirlerinin şartları ve kapsamını belirlemek yasama organının takdirindedir. Bununla birlikte, yürütmenin durdurulmasının şartları belirlenirken kanun koyucu tarafından evrensel ilke ve kuralların da dikkate alınması, Anayasa'nın 90. maddesi hükmünün bir gereğidir.⁴⁶

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinde yer verilen yürütmenin durdurulmasına ilişkin düzenlemelerin, evrensel ilke ve normlarla uyumlu olduğundan bahsetmek zordur. Yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için aranan, idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması ve uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararlara neden olacak nitelikte bulunması şartlarının birlikte gerçekleşmesi koşulu pek çok davada yürütmenin durdurulması kararı verilmesini zorlaştırmakta ve bu durum etkili yargısal koruma ilkesine aykırı olduğundan bahisle eleştirilmektedir. Zira, uyuşmazlığın çıkarıldığı anda mahkemece re'sen araştırma ilkesinin gereği olan

⁴⁶ Anayasa'nın 90. maddesinde; "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır." Hükmü bulunmaktadır.

incelemeler yapılmadan işlemin açıkça hukuka aykırı olduğunu tespit etmek her zaman mümkün olmamaktadır. Ancak, bazı dava türleri açısından, bu belirleme yapılmadan idari işlemin askıya alınması işin niteliği gereğidir.

Çağdaş, demokratik hukuk sistemlerinde idari işlemin yürütmesini durdurma konusunda genel eğilim mahkemelerin elini güçlendirme yönünde olmasına karşın, zaman içinde Türk idari yargı sisteminde yürütmenin durdurulması ile ilgili yapılan değişiklikler, şartların kolaylaştırılması yönünde değil, yeni şartların öngörülmesi yönünde olmuştur.Yapılan değişiklikler, idari işlemlerin hukuka uygunluk denetimini yapan idari yargı mercilerinin karar alma yetkilerini sınırlandırmıştır.Yürütmenin durdurulması yetkisinin sınırlandırılması, hem yargıya olan güvensizliği göstermekte; hem de dava sonuçlanana kadar hukuka aykırı da olsa bir idari işlemin yürütülmesi ve zararlar meydana getirmeye devam etmesine yol açmaktadır⁴⁷.

Bu zamana kadar, idari yargı yeri tarafından iç hukuktaki düzenlemelere uygun karar verilmesi nedeniyle Jabari-Türkiye kararında olduğu gibi yürütmenin durdurulmasına hükmedilememesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce Sözleşmesi'nin 13. maddesinin ihlali olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle, AİHM'nin bundan sonrada, yürütmenin durdurulmasının kanunla sınırlandırılması nedeniyle yapılacak başvurularda, başvuru açısından telafisi güç veya imkansız bir durum varsa benzer kararlar alınacağı aşıkardır. Diğer bir deyişle, yürütmenin durdurulmasının kanunla sınırlandırılmış olması, AİHM tarafından ihlal kararı verilmesine engel değildir⁴⁸.

Anayasa Mahkemesi'ne göre, Devletin hak arama özgürlüğünü daraltan bütün sınırlamaları kaldırması ve bu yolla yargı denetimini yaygınlaştırarak adaletin gerçekleştirilmesini sağlaması, hukuk devleti ilkesine yer veren Anayasa'nın 2. maddesi gereğidir⁴⁹. Anayasa Mahkemesi'nin kanun koyucunun hak arama özgürlüğünü daraltan

⁴⁷ Kazım Yenice, Hak Arama Özgürlüğü ve Danıştay, İnsan Hakları Yıllığı,C.2, TODAİE Yayınları, 1980, s.127.

⁴⁸ Mine Kasapoğlu Turhan, İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulmasının Kanunla Sınırlandırılması ve Sınırlandırmanın Sınırları,s.24.

⁴⁹ Anayasa Mahkemesinin 21.10.1993 günlü, E: 1993/33, K: 1993/40-2 sayılı kararı, www.anayasa.gov.tr. ErişimTarihi:21.03.2014

bütün sınırlamaları kaldırması ve bu yolla yargı denetimini yaygınlaştırarak adaletin gerçekleştirilmesini sağlamasının, hukuk devleti ilkesinin bir gereği olduğuna ilişkin görüşü ile AİHM'nin ihlale neden olduğu iddia edilen işleme karşı başvuru yapılan iç hukuktaki merciin, uyumsuzluğun her aşamasında ihlali önleyecek karar verebilme yetkisinin olması gerektiğine ilişkin tespiti, nihai amaç açısından örtüşmektedir.

Bu bakımdan, kimi idari işlemlerin özelliğinden söz ederek, bu işlemlerde hakimın yürütmenin durdurulması kararı verebilme yetkisinin sınırlandırılmasının, yürütmenin durdurulması kararının yargı yetkisinin ayrılmaz bir parçası ve yargısal denetimin vazgeçilmez bir aracı olması nedenleriyle, Anayasaya ve evrensel hukuk normlarına uygun olduğunu söylemek zordur.

KAYNAKLAR

Kitap ve Makaleler

- Alexander Türk, *Judicial Review in EU Law*, Edward Elgar Pub. Ltd., 2009.
- Barak Medina, Ofer Grosskopf ,*Repairing (the Doctrine of) Irreparable Harm: Economic Analysis of Preliminary Injunctions*, <http://works.bepress.com>, erişim tarihi: 24.03.2014
- Bernard Schwartz, *French Administrative Law and the Common-law World*, Lawbooks Exchange Ltd,2006.
- Carol Harlow, *Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values*, *The European Journal of International Law* Vol. 17 no.1.
- David S.Rubenstein, *Relative Checks: Towards Optimal Control of Administrative Power*, *William and Mary Law Review*, vol.51.
- Dimitrios Sinaniotis ,*The Interim Protection of Individuals Before the European and National Courts*, Kluwer Law International.2005.
- Erdoğan Bülbül, *Fransız İdari Yargılama Hukukunda İvedi Yargılama Usulleri Reformu (Danıştay ve İdari Yargı Günü, Sempozyum,10-11 Mayıs 2002, Danıştay Yayını, 2003)*
- İl Han Özay, *İdari Yargıdan İtiraz Yolu ile Anayasa Mahkemesine Gönderilen Konularda Yürütmenin Durdurulmasına İlişkin Sorunlar* , *Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl Sempozyumu* , 2007, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No: 74

- Kazım Yenice, Hak Arama Özgürlüğü ve Danıştay, İnsan Hakları Yıllığı, C.2, TODAİE Yayınları, 1980
- John Leubsdorf, Preliminary Injunctions: In Defense of the Merits, 76 Fordham L. Rev. 33 (2007).
- Mahmut Şen, İdarenin Yargısal Denetiminin Sınırlarına İlişkin Modeller, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt 17. sayı 1-2, 2013.
- Martin Shapiro, Administrative Law Unbounded: Reflections on Government and Governance, *Indiana Journal of Global Legal Studies*: Vol. 8: Iss. 2, Article 6.
- Metin Günday, Yürütmenin Durdurulması Kararları ve Uygulamada Karşılaşılan Bazı Sorunlar, İdari Yargı Sempozyumu, 2000, Danıştay Yayın Bürosu Yayınları, No 59.
- Mine Kasapoğlu Turhan, İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulmasının Kanunla Sınırlandırılması ve Sınırlandırmanın Sınırları, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt: 14, Sayı: 2, 2012.
- Nuri Alan, İdari Yargının Dünü, Bugünü, Sorunlar ve Çözümü, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1998/2.
- Ramazan Çağlayan, idari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması, Seçkin yayınevi, Ankara, 2000.
- Richard R.W. Brooks & Warren F. Schwartz, Legal Uncertainty, Economic Efficiency, and the Preliminary Injunction Doctrine, 58 Stan. L. Rev. 381, (2005)
- Sami Akural, İdarî Yargıda Yürütmenin Durdurulması ve Yürütmenin Durdurulması Kararlarının Etki ve Sonuçları, İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler, 1976.
- Selçuk Gülan, Fransa'da İdari Yargının Etkinliğini Sağlama Arayışları, İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü başlıklı sempozyumda sunulan bildiri, Danıştay Yayın Bürosu Yayınları, No: 63, Ankara, 2003.
- Sergio Ariel Apter, Interim Measures in EC Law: Towards a Complete and Autonomous System of Provisional Judicial Protection before National Courts?, *EJCL*, Vol.7.2.2003.
- Şeref Gözübüyük, Yönetim Hukuku, Ankara, 2007.
- Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, İdari Yargılama Usulü Kanunu, Ankara. 2008.
- Şevket Apalak, İdari Davalarda Yürütmenin Durdurulması, *Sayıştay Dergisi*, No 31, <http://www.sayistay.gov.tr/erisim> tarihi: 21.03.2014
- Takahashi, Y. A., Discretion in German Administrative law: Doctrinal Discourse Revised, *European Public Law*, volume 6, 2000.
- Zehredin Aslan, İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması, Alfa Basım, İstanbul, 1994.

Mahkeme Kararları ve Belgeler

- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 08.07 .1999 tarihli Çakıcı/Türkiye kararı.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 13 Aralık 2012 tarihli De Souza Ribeiro/França kararı.

- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 11.07.2000 tarihli Jabari-Türkiye kararı.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 21 Ocak 2011 tarihli M.S.S.-Belçika-Yunanistan kararı.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 6 Haziran 2013 tarihli Muhammed- Avusturya kararı.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 26 Nisan 2007 tarihli Gebremedhın - Fransa kararı.
- Anayasa Mahkemesi'nin 21/6/1979 gün ve E.1979/1,K. 1979/30 sayılı kararı.
- Anayasa Mahkemesi'nin 21.10.1993 günlü, E: 1993/33, K: 1993/40-2 sayılı kararı.
- Anayasa Mahkemesi'nin 22.2.2006 gün ve E:2006/20 K:2006/25 sayılı kararı.
- Anayasa Mahkemesi'nin 03.10.2010 gün ve E.2008/77, K. 2010/77 sayılı Kararı.
- Anayasa Mahkemesi'nin 21.10.1993 gün ve E: 1993/33, K: 1993/40-2 sayılı kararı.
- Anayasa Mahkemesi'nin 4.7.2013 gün ve E.2012/100, K. 2013/84 sayılı kararı.
- Danıştay 5. Dairesi'nin 24.12.2013 gün ve E.2013/1038 sayılı, 18.12.2013 gün ve E. 2013/9979 sayılı YD kararları.
- Milli Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi*, cilt 6, 6 Ocak 1982,30, www.tbmm.gov.tr.