

ÇAĞCIL BİR FEDERAL İDARE HUKUKUNA DOĞRU (*)

Çeviren: İştar B. Tarhanlı (**)

BİRİNCİ BÖLÜM

şimdiki Durum

I. İdare Hukukuna Geleneksel Yaklaşım

A. Kökenleri ve Tanımlanması

Kanada'da İdare hukuku, daha çok devletin işlem ve eylemlerini denetleyen yargıçlar tarafından tanımlanmıştır. Diğer bir deyişle, Kanada'da İdare hukuku, esas olarak idari işlemlerin hukuka uygunluğunu denetleyen mahkemelerin kararlarından oluşur.

İdare hukuku konusundaki bu baskın yaklaşımın düşünsel kaynağının, Dicey'nin, ilk basımı 1885'te yapılmış, *Anayasa Hukuku'nun İncelenmesine Giriş* (10. bası, Londra: Mac Millan, 1959) adlı eseri olduğu yaygın kanıyı oluşturur. Günümüzde, Dicey'nin 19. yy liberal görüşlerinin şiddetli devletçilik karşıtı öğeleri büyük ölçüde terkedilmiş olmakla birlikte; hukukun onun kaleme aldığı şekildeki temel ilkeleri, demokratik siyasal düzenimizin sağlam bir temeli olarak, hala tüm saygınlığıyla varlığını sürdürmektedir. Ayrıca, Dicey'nin belirttiği, hem İdare'yi

*) Çevirisini sunduğumuz 1987 tarihli bu rapor, Kanada Hukuk Reformu Komisyonu için, J. Frecker, P. Robardet, J. Clifford, D. Mockle, K. Webb tarafından hazırlanmıştır. Amaç, raporun sunusunda belirtildiği üzere, Kanada İdare Hukuku'nu çağcılaştırmak; federal kamu idaresinin daha adil, verimli ve etkili bir duruma getirilmesini sağlamaktır. Bu nedenle, hükümetin düzenleyici işlem yapması, federal mahkemelerin idari işlem ve eylemler üzerindeki denetimi, hükümetin kararlarında hukukun rolü, bireylerin doğrudan etkilendiği hususlarda izlenecek siyasalar gibi çeşitli alanlardaki görüşler ortaya konulmuştur. (ç.n.)

***) İştar B. Tarhanlı, İ.Ü. Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisidir.

düzenleyecek ayrı bir hukukun, hem de İdare ile kamu arasındaki ilişkilerin *common law* geleneği açısından «bilinmezliği» ve «öz olarak bağdaşmazlığı», hala yaygın olarak doğruluğu kabul edilen olgulardır. Dicey'nin görüşüne göre İdare, tüm diğer kişiler gibi her biri devletin olağan hukukuna tabi olan İdare ajanlarının toplamından başka birşey değildir. Dahası, İdare ajanlarının ülkenin bu olağan hukukuna uygunluklarının denetimi de yine, tüm hukuku yorumlamak ve uygulamakla yükümlü mahkemelere verilmiştir.

İdare hukuku hakkındaki baskın görüş olarak tanımladığımız bakışın altında yatan, büyük olasılıkla uzman mahkemeler tarafından yorumlanacak ve uygulanacak ayrı bir hukuk dalı olabileceği düşüncesinin, işte bu şekilde reddedilmesidir. Kısaca, bu görüş «İdare hukuku» nun varlığını kabul etmez ve konusunu, yalın olarak, devlet ve bireyler arasında çıkan sorunlara olağan hukukun uygulanması olarak tanımlar.

Baskın görüş, İdare'yi bağımsız bir hukuksal varlık olarak kabul etmez; ancak öte yandan hukuk geleneklerimiz, İdare'ye belirgin ayrıcalıklar ve dokunmazlıklar tanır. Bu olgu, Dicey'nin kaleme aldığı hukuk kurallarının aksine, esasında İdare'nin çoğu faaliyetinin, ülkenin olağan kanunlarına tabi olmadığı sonucunu ortaya koyar. Dahası, kişisel zararlara neden olan idari hataların giderilmesine ilişkin çabalar çoğunlukla, demokratik süreçlerle, hukuka uygun olarak belirlenmiş siyasal amaçların gerçekleştirilmesini engellemektedir.

B. Yargısal Denetimin Vurgulanması

Kanada'da varolan, İdare hukuku konusundaki geleneksel yaklaşıma eleştirilerimiz, İdare'nin hukukunun genel düzeni içinde idari işlem ve eylemlerin yargısal denetimine yerolmadığı şeklinde anlaşılmamalıdır. Bu, daha çok, yargısal denetim ve sonuçlarının önemini abartan hukuk öğretisi ve uygulaması karşısındaki hayal kırıklığımızın bir göstergesidir. Başka sorunların yapıcı incelemelerine girişilmesi ve bunların İdare hukukumuzun çağcılaştırılması çalışmalarına temel alınması gerekmektedir. İdare Hukuku'nun alanına ilişkin olarak daha kapsamlı ve çağa uygun bir bakış açısı geliştirmenin zamanı gelmiştir.

Önce hukukun, idarenin işlem ve eylemlerinin varlık koşullarını nasıl oluşturması ve denetlemesi gerektiği kavranmadan, yargısal denetimi uygun bir yere oturtmak olanaksızdır. Kraliyet üstün yetkelerinin dava konusu edildiği *Operation Dismantle-R.* («1985» 1 S.C.R. 441), artık, idari işlem ve eylemlerde, hukukun ön plana geçtiğini göstermek-

tedir. Yürütmenin artan kurumsal karmaşıklığı karşısında, İdare'nin siyasal sorumluluğuna parlamento aracılığıyla gidilebilmesi yolundaki geleneksel kuramlar zorlandığına göre, hukuki sorumluluğun kapsamını genişletmenin gereği nedir?

Burada iki noktayı gözönüne alalım. Bir yandan, yargısal denetim hem olası, hem varolan gücüyle değerlendirilebilir. Bu yaklaşım, denetimin sonuçlarını, yani yargısal kararlara bağlı olarak İdarenin işlem ve eylemlerini oluşturmasının ya da yeniden biçimlendirmesinin dayanaklarını ve sınırlarını ortaya koyar. Öte yandan, İdare'nin işlem ve eylemlerini hukuka tabi kılmak, yargısal denetimin ötesinde bir anlam taşır. Bu geniş yaklaşım, yalnızca İdare'yi düzenleyecek bir hukukun gerekliliğini vurgulamakla kalmaz; hukuki sorumluluğun genişletilmesi gereksinimini de belirtir. Ayrıca, hukuk denetimini salt yargısal denetimle sınırlı olarak değil, anayasaya uygun yasalar, düzenleyici işlemler ve içdüzen işlemleriyle oluşturulmuş bir rejim olarak tanımlamak gerekir. Böylelikle varsayımsal yargı kararlarından bağımsız olarak karar almada reformlar yapılabilir ve hukuk, iyi bir yönetimin işlevsel gereklerine uygun bir yürütmeyi örgütleyebilir. Bu durumda da yargı, idari sürecin nihai denetçiliği görevini korur.

Yargıçların katkılarını kabul etmekle birlikte, İdare Hukuku'nu oluşturma sorumluluğunu tümüyle mahkemelerin üstlenmesini bekleyemeyiz. Mahkemelerin reformu gerçekleştirme olanağı kısıtlıdır; görüşlerini, ancak önlerine gelen somut uyuşmazlıklara bağlı kalarak ortaya koyabilirler. Baktıkları davalar genellikle, sistemin yapısal bozukluklarını belirtici nitelikte olmaktan çok, ayırık sorunları içerir.

II. Geleneksel Yaklaşımın Neden Olduğu Sorunlar

Baskın görüş İdare hukukunu bir olumsuz denetim sistemi olarak görür. Bu bakış açısıyla bireyler ve İdare arasındaki ilişkiler, esasta karşıt çıkarlar olarak algılanır. Böylece yargı, bir dış, olay sonrası, olumsuz denetim mekanizmasıdır. Genel ve olağan durum yerine, belirli ve patolojik olanın vurgulandığı bu bakış, idari sürecin algılanmasını saptırır. Tam anlatımıyla, böylesine bir bakış İdare'nin ya da devletin hukukiliğini açıklayamaz. Bu yaklaşım, Dicey'nin 19. yy İngiltere'sindeki *birakınız yapsınlar*'cı dünyasına uygun olabilir; ancak günümüze uygun düşmediği ortadadır.

A. Bakanların Sorumluluğu Sisteminin Çöküşü

Common law geleneğine göre İdare, bakanların sorumluluğu ilkesi gereğince, en azından kuramsal olarak, Parlamento'ya karşı sorumlu sayılır. Siyasal sorumluluğa gidilebilecek böyle bir olanağın bulunduğu düşünüldüğünden, İdare'nin işlem ve eylemlerini denetlemek için özel bir hukuk dalına gerek olmadığı sanılmıştır. Diğer tüm bireyler gibi İdarecilerin de devletin olağan kanunlarına tabi olduğu kabul edilmiştir. Böylece İngiliz hukuk geleneği, devlet adına faaliyette bulunan İdare'yi yapılandıracak ve işlem ya da eylemlerini denetleyecek ayrı bir hukukun varlığını reddetmiştir.

Common law yaklaşımının günümüz koşullarına uygunluğu, bir İdari denetim mekanizması olarak bakanların sorumluluğu ilkesinin etkin olabilmesine sıkı sıkıya bağlıdır. Niyetimiz, bu çalışmada Kanada'da bakanların sorumluluğunun bugünkü durumu hakkında kapsamlı bilgiler vermek değildir. Bu konuda birçok eser ortaya konulmuştur. Hala, anayasa kuramımızda en önemli yeri korumasına karşın, bakanların sorumluluğunun uygulamadaki durumunun hiç de umut verici olmadığını belirtmek yeterlidir.

İdare Hukuku, toplumun bugünkü gereksinimlerini cevaplayacak şekilde bir reforma tabi tutulacaksa, varolan yaklaşımımızın dayandığı anayasal ilkelerimizi yeniden değerlendirmemiz gerekir. Böylesine bir değerlendirme sonucu ortaya çıkarılan sorunların çözümleri şimdiden öngörülemez; ancak bir çözüm mutlaka bulunmalıdır. İdare hukuku sisteminde, gelişen yasama-İdare ilişkilerini gözönüne alabilmek için reform yapılmalıdır. Dahası, ya İdare'nin yasama organına karşı zayıflayan sorumluluğunun önü alınarak anayasal kurama uygunluk sağlanmalı; ya da yeni sorumluluk mekanizmaları yaratılması yoluna gidilmelidir.

B. İdare Devlet'in Büyümesi (*)

20. yy gerçekleri, önceki zamanların daha temel, çok daha az çap-
raşık koşullarından epey farklıdır. En azından, İdare Hukuku'na göz-
den geçirilmiş bir yaklaşımla eğilmek için, varolan çağdaş koşulların
şu üç anahtar boyutuna başvurmak gerekir:

- (1) Federal bürokrasi, 1867'deki yalın başlangıcından, günü-

(*) «İdare devlet», «Administrative State» karşılığı olarak kullanılmaktadır.

müzün geniş idari yapısına ulaşmıştır. Bürokrasinin kurumsal dinamikleri, geleneksel yaklaşımda tamamiyle gözardı edilmiştir.

(2) Federal hükümetin işlevleri artmış ve günümüzde yaşamlarımızın her yönünü etkiler duruma gelmiştir. İzlediğimiz televizyon programlarının içeriği ve yediğimiz yiyeceklerin etiketlenmesinden sağlık hizmetleri ve işsizlik sigortası gibi temel sosyal güvenlik haklarımıza kadar bu etkiler görülür. Bireyler ve devletin karşıt çıkarılara sahip olduğu temeline dayanan geleneksel yaklaşım, bireylerin devlet işlevleri ve hizmetlerine karşı artan bağımlılığını ve bunun hukuki sonuçlarını kavrayamamaktadır.

(3) İdari faaliyet teknikleri, yani hükümetin siyasasını ortaya koyma yolları, yürütmenin salt düzenleyici işlemlerle kurallar koyacağını ve bu kuralların ihlaline karşı cezalar belirleyeceğini varsayan geleneksel yaklaşımdan çok daha karmaşıktır. 51 sayılı ve «Siyasa Uygulaması, Uyarlılık ve İdare Hukuku» başlıklı çalışmamızda belirtildiği üzere, «emir-yaptırım» modeli, yalnızca İdare ve kamu arasındaki ilişkilerin bir bölümü için geçerlidir. Vergi iadeleri, yardımlar ve pazarlık gibi bireyler ve devlet arasındaki hukuki ilişkileri madden etkileyen tüm araçlar, geleneksel yaklaşımın İdare hukuku olarak kabul ettiği alanın dışında kalır. İdari faaliyetlerin bu yöntemleri *yeni* sayılmaz; ancak İdare hukukuna geleneksel yaklaşımımızda bunlara yer verilmemesi, idare faaliyetin alanı genişledikçe daha da belirginleşmektedir.

İdare hukukuna geleneksel yaklaşımın kökleri, devleti yalnızca sınırlı işlevli gören 19. yy'ın *birakınız yapsınlar*'cı ideolojisine dayanır. Bu ideolojiye göre devlet, yalnızca, sosyal güçler arası bir hakem ve sosyal yaşamın genel düzenlemeleri için bir kural koyucudur. Yasama organı tarafından oluşturulan hukuk kuralları, asıl mahkemelerce uygulanır; sosyal değişimler ve uyarılma kişilere bırakılmıştır. Bu ideoloji, İdare'nin, sosyal düzeni değiştirecek ana güç ve araç olabileceği düşüncesini kesinlikle reddeder.

Böylesine bir yaklaşım, Kanada'daki devletin büyük çapta artan işlevlerini gözönüne almayı başaramaz. En başından beri federal devlet, İdare hukukuna yaklaşımımızdaki ideolojiye ters düşecek şekilde müdahaleci bir tavır almayı yeğlemiştir. Federal İdare, sosyal denetim, uyarılma ve değişimin başlıca aracı durumuna gelmiştir. Kanada'da gerek federal devlet, gerek eyaletler etkin sosyal yönetim ve mühendislikle, gereksinimlere ve istemlere cevap vermiştir.

Devletin işlevlerinin algılanmasındaki bu değişiklikte İdare hukukunun payı büyüktür. Devletin, geleneksel İdare hukukunun altında yatan ideolojide belirlenenden daha etkin ve müdahaleci olduğu anlaşılırsa, yeni yaklaşımlara gereksinim olduğu ortaya çıkar. Çağdaş İdare devlet, kendi kavramları ve dayanaklarıyla bağımsız bir varlık durumuna gelmiştir. Gerçek anlamıyla hukuka tabi kılınması isteniyorsa, bu durumun görülmesi ve kabul edilmesi şarttır.

C. İdare'nin Siyasal Özerkliği

Geleneksel demokratik kurama göre siyasa tercihleri, siyasal süreçler, kuvvetler dengesi üzerinde geçici bir denetim olanağı sağlayan siyasal partiler arası, iktidara geçebilmeye yönelik rekabet kanalıyla oluşur ve toplumsal amaçlara dönüşür. Ancak, kamu yönetimi ve siyasal bilimler öğrencileri tarafından uzun süredir farkına varıldığı üzere, çağdaş devlette kamu bürokrasisi salt siyasa uygulayıcısı olarak değil, bizzat oluşturucusu olarak çok önemli bir rol oynar. İdare, karar alma mekanizmalarını çoğu kez kendiliğinden çalıştırır; burada, birtakım siyasal baskılara karşılık olarak işe girişilmiş bulunulması sözkonusu olmadığı gibi, ne siyasetçiler ne de kamunun kural koymayı gerektiren bir durumun ortaya çıktığından haberli olmamaları dahi olasıdır. İdare'nin karar alma mekanizmalarını çalıştırmayı yeğlemesinin, kamu hizmeti sunmaktan salt özyönetime ilişkin kararlar almaya uzanabilen nedenleri değişken ve karmaşıktır. İdarenin davranış saikleri ve işlevi, bu çalışmamızın kapsamı dışındadır. Ancak bizi ilgilendiren, İdare hukukuna geleneksel yaklaşımımızın, çağcıl İdare devletin özerk niteliklerini ayırdetmeye yeterli olmadığıdır. İdare, toplumun siyasal amaçlarını etkilediğinden, İdare hukuku, onu sorumlu kılacak araçlarla donatılmalıdır.

Yasama organı dışında İdare de, sürekli olarak kendi faaliyetini düzenleyen kurallar koyar ve bunları yürütür. Çoğu federal hükümet kurumlarında, kendi özyönetimlerine ilişkin sayısız kurallar uygulanır. Bu kurallar, sirküler, tamim, genelge, yönetmelik gibi kuruma göre değişen isimler altında anılır. Bu tür kurallar içdüzen açısından bağlayıcı olmakla birlikte; yasama yetkisi devri kurallarına uygun olarak konulmamış olduklarından, üçüncü şahıslar üzerinde hukuki etki yapamaz. Ancak herşeye karşın bu içdüzen işlemleri, kamuyu açıkça etkiler. İdare hukuku, İdare'nin düzenleyici işlem yapma ve yürütme yetkisini denetleyici araçlara sahip olmalıdır.

Aynı şekilde İdare hukuku, İdare'nin, siyasal süreçler ya da bizzat

kendisi tarafından koyulmuş amaçlara yönelik olarak yaptığı işlem ve eylemleri denetleyecek şekilde donatılmalıdır. Bugünkü hukukumuzda mali teşviklerin dağıtımı ve takdir yetkisinin kullanılması gibi idari işlem ve eylemleri düzenleyen hukuk kurallarının sayısı azdır. Bu konularda aşırı düzenleyici olmakta yarar yoksa da, İdare hukuku sistemimizi günün gereksinimlerine uygun hale getirmek için, bir an önce İdare'nin doğası ve işleyişini yakinen incelemek gerekir.

İKİNCİ BÖLÜM

Yenilenme

İdare hukukunun yenilenmesi, çeşitli düzeylerde gerçekleşebilir. Herşeyden önce yenilenmenin temeli niteliğinde olmak üzere, idari sürece katılanların tümünün tutumlarında farklılık oluşmalıdır. İdareciler, işlem ve eylemlerini daha etkin şekilde hukuka tabi kılmanın değerine varmalıdır. İdari işlem ve eylemlerden etkilenen kişiler ve onların hukuki temsilcileri, İdare'nin etkinliklerinin göstergesi niteliğindeki meşru kamu siyasası hedeflerine karşı daha duyarlı olmalıdır. İdare ve kamu arasındaki ilişkilerin özünde karşıt olmadığının bilincinde bulunmalıdır. İdare'nin işlem ve eylemlerini denetleme görevi, omuzlarına fazlasıyla yükletilmiş yargıçlar da, İdare ile kamu arasında, günümüzde varolan ilişkinin niteliğinin ayırdına daha fazla varmalıdır. Kendilerine tanınmış yetkileri daha sakınarak; kişi özgürlüklerini korumakla, İdari işlem ve eylemlerin doğasını ve gerçekleştirilmiş siyasa hedeflerini gözönüne almayı dengelemek suretiyle kullanmalıdır.

Ancak, tavır farklılığı, İdare hukukunda gereksinim duyulan yenilenmeyi gerçekleştirmek için yeterli değildir. Gereken yenilenmede en büyük sorumluluk, Parlamento tarafından yüklenilmelidir. İdare'nin karşılaşacağı her olay için bir kural koymak olanaksız bulunduğundan, İdare'ye geniş bir takdir yetkisi alanı tanınmalıdır. Öte yandan yasakoyucu, yasaların uygulanmasında izlenmesi gereken siyasaları açıkça belirlemeli; olanak tanıyan durumlarda da gerçekleştirilmek istenen amaçlara yönelik genel uygulama kurallarını ya da standartlarını ortaya koymalıdır.

İdare hukukunu günün koşullarına uygun hale getirebilmek için gerekli yenilenme eylemlerinin çoğuna girişebilmek için yasamanın öncülüğü gerekir. İdari kurumların ve belirli idari amaçlara yönelik özgül yasal düzenlemelerin artmasıyla İdare hukuku eski *common-law* öğretisindeki konumundan çok farklı bir noktaya ulaşmıştır. Ge-

rekli yasal yenilemelere girişmek, Parlamento'nun sorumluluğu ve yetkisi içindedir.

Kanada hukuk reformu komisyonu, gerek tavır değişiklikleri, gerek Parlamento'nun büyük ölçüde yasama faaliyetiyle gerçekleştireceği temel yenilenme girişimleri hususunda katalizör işlevi taşıyabilir ve taşımalıdır. Ancak, bu görevi yalnız başımıza yürütemeyiz. Yenilenme sürecinde, hukuk alanındaki bilim adamlarının olduğu kadar, İdare'nin ve siyasal bilimler, kamu yönetimi ve iktisat gibi ilgili diğer alanlardaki bilim adamlarının da ortak katkıları gereklidir. Ayrıca avukatların ve yargıçların düşünce yapılarını yeniden yönlendirmeleri; yargı yollarının sınırlarını ayırmsayarak, idari sürecin devingenliğine duyarlı hale gelmeleri gerekir.

İdare hukuku yenilenme girişimlerinde, hukukçularla İdare'nin değerleri arasında uzlaşmanın sağlanabilmesi yolunda bir çaba gösterilmelidir. Sorun, John Willis tarafından yetkin bir şekilde ifade edildiği ((1968) University of Toronto Law Journal c. 18, sf. 351) üzere, Devletin bireysel özgürlükler üzerindeki yetkilerini sınırlamaya yönelik ideolojik bir yaklaşıma sahip avukatların çoğunlukla, İdare ile işlem ve eylemleri hususundaki geniş çaplı sosyal amaçlara karşıt bir tavır takınmalarıdır. Avukatlar, bu alana genellikle İdare yerine birey açısından yaklaşmakta ve böylelikle aslında daha geniş bir yaklaşımla, son tahlilde yine bireye yönelen İdare'ye ilişkin girişimlere uzak kalmaktadır. Avukatların, İdare hukukunun yargı denetimi sınırları içinde yapılandığı bir sistemde geçerli sayılabilecek bu tavır, değerlerin farklılaşması sonucunda olumsuz bir nitelik almaktadır. İdare devletin büyümesi ile, yasal birtakım sınırlamalara tabi kılınması gereken birçok idari işlem ve eylem, varolan İdare hukuku rejimimizin alanının dışında kalmıştır.

I. Yeni Bir İdare Hukukuna Doğru

Geleneksel yaklaşım, ağırlıklı olarak İdare hukukunun denetleme işlevinde yoğunlaşır. Bu görüşe göre İdare hukuku, zarara uğrayan bireylerin idari işlem ve eylemlere karşı itiraz ederek, ihlal edilen menfaat ve haklarından ötürü uğradıkları durumun giderilmesini yargı yoluyla sağladıkları; dolayısıyla idari işlem ve eylemlerin denetlenmesine olanak veren bir daldır. İdare'nin işlem ve eylemleri hususunda uygulanan *common law* kuralları öncelikle bireylerin uğrayabilecekleri hak-sızlıklarda yoğunlaşır. Bu bakış, idarenin ihlal edici işlem ve eylemler-

rini denetlemek için geçerlidir; ancak İdare hukukunun alanını tümüyle kavramak için yeterli değildir.

İdare hukukunun alanında hem İdare, hem de İdare'nin işlem ve eylemleri dolayısıyla etkilenen bireyler bulunur. Bu saptama bazıları için çok belirgin görünse de, İdare hukukunun yoğunlaştığı noktada temel bir farklılaşmayı ortaya koyar.

İdare hukuku, idare işlevinin hukuku olmalıdır. İdari işlem ve eylemler hukuka uygun olarak gerçekleştirilmelidir. İdari faaliyeti tam olarak kapsamına alan bir İdare hukuku sistemi geliştirebilmek için ilk adım, İdare işlevinin bir yandan İdare'yi, idari usulleri ve amaçları düzenlemek, öte yandan Devlet ve birey arasında somut bir ilişki kurmak olduğunu kavrayabilmektir. İdare'nin işlevini yerine getirirken yaptığı işlem ve eylemler İdare hukuku kurallarınca yürütülmelidir. Ayrıca, İdare hukuku sistemimizde çeşitli idari işlem ve eylemlerin hukuki sonuçları açıkça belirtilmelidir. Diğer bir deyişle, bu işlem ve eylemlerin hangi aşamalarda ve ne şekilde ilgili birey hak ve yükümlülüklerini etkileyeceği ortaya koyulmalıdır. Sistematik bir şekilde yöneltilmesi gereken sorular arasında şunlar yer alır:

— Hukuken, İdari işlem nedir?

— İdare'nin sözleşmesel, sözleşme dışı ya da karma gibi çeşitli işlemleri nasıl sınıflandırılabilir, aralarındaki farklar nelerdir?

— İdari işlem ve eylemleri biçimlendiren, ancak açıkça hukuk kurallarından farklı bir niteliğe sahip bir takım uygulama kurallarının hukuki etkisi ne olmalıdır?

— İdare'nin genel düzenleyici işlem yapmak, idari karar almak, siyasa belirlemek, kamu kaynaklarını tahsis etmek gibi çeşitli yetkilerini kullanırken uyması gereken ne gibi usul kuralları koyulmalıdır?

— İdare'nin, görüşmelerde bulunmak, teşvik tedbirleri bahşetmek, denetim yapmak, icra etmek gibi siyasa uygulama faaliyetleri ne ölçüde hukuksal kurallara ve standartlara bağlanmalıdır?

— İlgililer, birtakım idari işlem ve eylemlerin denetlenmesini ne zaman ve hangi yollarla sağlamaya çalışmalıdır?

İdare hukukunun, kamu yönetimi kapsamında ortaya çıkan meselelere uygulanan olağan hukuk olduğu varsayımına dayanan geleneksel yaklaşım, İdari faaliyetin kendine özgü niteliklerinin ayırında de-

ğildir. Common law ilkelerinin, hatta yazılı kurallardan oluşan hukukun büyük bir kısmı özel hukuk kişileri arasındaki ilişkiler bağlamında gelişmiş ve bunları temel almıştır. Özel hukuka uygun kavram ve ilkelerin çoğunun, kamu hukuku bağlamında ortaya çıkan sorunlara uygulanması tatmin edici sonuçlar vermez. Örneğin, Tâc'ın haksız fiil sorumluluğu için özel hukuk ilişkileri arasındaki sorumluluğu saptamakta kullanılan terimlere başvurulur. Özel hukukun uygulanmasıyla devlete, kamu siyasası gereğince üstlenmesini beklediğimiz sorumluluktan kaçabilmesi için birçok olanak tanınmış olur.

İdare hukuku, idarî işlem ve eylemlerin kendine özgü doğasına vâkîf olmalıdır. Bu işlem ve eylemler, devletin bir aracı olan İdareden kaynaklandığından *kamusal* bir boyuta sahiptir. Devlet hukuken özel hukuk kişilerinden farklı olarak, gücünü tek taraflı olarak icra etme yetkisini haizdir. Özel hukuk ilişkilerindekinin aksine, İdarenin işlem ya da eylemi karşısında ilgili kişinin rızası olması şart değildir. İdare, özel hukuka tabi iki taraflı tecimsel faaliyetlerde bulunabilir. Ancak, İdare'nin tek taraflı olarak bireysel hak ve yükümlülükleri etkileyecek şekilde kamu gücünü kullanmasının söz konusu olduğu durumlara özgü, bu gücün kullanılmasını düzenleyecek ve denetleyecek hukuk kurallarından oluşan farklı bir sisteme sahip olmamız gereklidir. İdare hukukunun temel işlevi böylesine kurallar içermesidir. İdare hukukuna Devlet faaliyetlerinin hukuku niteliğini kazandıran bu işlevi, diğer hukuk dallarından farklılığını da belirlemektedir.

İdare hukuku bu işlevi yerine getirmek için öncelikle idari işlem ve eylemlerin biçimine değil, özüne başvurmalıdır. Varolan yaklaşımımız fazlasıyla, biçim üzerinde yoğunlaşmıştır. Örneğin, bir işlevin yargı benzeri olarak sınıflandırılması, kararların özüne bakılmaktan çok, yöntem analiziyle gerçekleştirilmektedir. İdare hukuku, idari işlem ve eylemlerin öngörülen biçimlere uygunlukları temel alınarak değil, ilgili bireylerin hukuksal durumları üzerinde yaptıkları etkiye bakılarak değerlendirilebileceği şekilde geliştirilmelidir.

Çağcıl İdare devlet olgusu, İdare ile bireyin konumları arasında önlenilmez bir eşitsizlik yaratmaktadır. Dengesizliği giderme ve bireyin özgürlüğünü korumak için özel bir İdare hukuku yapısı geliştirmek gerekebilir. Batı dünyasında İdare hukukunun, idari işlem ve eylemlerin yargısal denetimi aracılığıyla, bireylerin haklarını ve özgürlüğünü koruduğu düşünülürse; esas olarak toplumdaki liberal güç ve demokrasinin temel göstergelerinden biri olduğu görülür. Herhangi bir yeni-

leme çabasında İdare hukukunun özünde taşıdığı liberal karakter özümsemeli ve korunmalıdır.

Özgün bir İdare hukuku gereksinimi, beraberinde özel idari mahkemelerin oluşturulması gerekliliğini de getirmez. Değerlendirmemiz bazı *common law* hukukçularınca yabancı, Kıta Avrupası hukuk kavramlarını sistemimize ithal etmeye yönelik aykırı, sinsi çabalar olarak görülebilir. Ancak, bu ilk aşamada, kıtasal yaklaşımın, varolan koşullarımıza kesinlikle daha uygun olduğunu önermekteyiz. Sadece, idare hukukunu yenileyecek ve çağcıl devlet gerçeklerini karşılayabilecek bir duruma getirecek isek, temel soruları ortaya koymanın ve bunların uygulamadaki yanıtlarına açık olmanın gerekliliğine parmak basmaktayız.

II. İdare Hukukunun Yenilenmesinin Mantıksal Esasları

Önce de belirtmiş olduğumuz üzere İdare hukuku, devleti farklı bir hukuksal varlık olarak tanımak amacıyla yenilenmelidir. Tac'ın devletin somut hali olduğu yolundaki anayasal varsayıma sığınmak yerinde değildir. İdare hukuku ayrıca, *Kanada Hak ve Özgürlükler Bildirisi*'nin getirdiği yeni hukuksal düzene uygunluk sağlamak için de yenilenmelidir. İdare hukukunun özündeki liberal karakter ışığında yenilenme girişimleri, devlet ve bireyler arasındaki ilişkinin demokratisasyonunu da sağlamaya yönelik olmalıdır. Bu üç noktayı aşağıda ele almaktayız.

A. Devletin Varoluşu

İdare hukukuna geleneksel yaklaşımı, devleti farklı bir hukuksal varlık olarak tanımadığından ötürü eleştirmiştik. «Devlet»in bir varsayım olduğu şüphesizdir; ancak bir araç olarak kullanışlıdır. Toplumdan farklı olmasına karşın, toplumun üstün gücü olarak tanımlanabilir. Devletin yetkisiyle yetkesi ve toplumun buna uyması hukuktan türer. Bunun gibi, devlet birtakım hukuksal yetkileri temsil eder. Bu sebeple, devlet ve bireyler arasındaki ilişki, devletin faaliyetlerinin bireylerin hakları ve yükümlülüklerini etkilemesi bağlamında ifade edilmelidir.

Önemli olan devletin ikili işlevinin ayırdında olmaktır. Bir yandan olumsuz, sınırlayıcı ve düzenleyici işlev görürken, öte yandan sağlayıcılık işlevi taşır. Sağlayıcı olarak devlet, düzenleyici ve sınırlayıcı işlevinden farklı bir devingenliği gerektirir. İdare hukuku, bu her iki iş-

levi de yerine getirecek ve bireylere uygun hukuksal güvenceler sağlayacak şekilde geliştirilmelidir.

Devleti farklı bir hukuksal varlık olarak tanımayan bir yaklaşım, günümüz federal devletindeki çok sayıda ve değişik karar alıcılar konusunda da yanılığa düşer. Geleneksel yaklaşım, İdareyi «idari işlem yapanlar» ve «idari yargısal karar alanlar» (adjudicative)* olarak ikiye ayırır. Geleneksel idare yapısı içindekilerin tümünü «idari işlem yapanlar» olarak varsayar ve bu yapı dışındakileri bu eski kritere dayanarak sınıflandırmaya çabalar. Dahası, İdare'nin bazı faaliyetleri tecimseldir, ancak geleneksel yaklaşım bu faaliyetleri işlevsel temelde olması gerektiğince ayırmılamaz.

Yönetmenin gittikçe karmaşıklaşmasının bir sonucu olarak yasama, yürütme ve yargı arasındaki kuramsal üçlü anayasal kuvvetler ayırımı bulanıklaşmıştır. Kurumların ve faaliyetlerinin çok sayıda oluşu ve farklılıkları yalın bir nitelermeyi güç kılmaktadır. Parlamenter sistemde yasama ve yürütme işlevleri arasında mutlak bir ayırım olmadığı zımnen kabul edilir. Mahkeme sisteminde bağımsız bir yargı mevcuttur, ancak «yargısal» işlev mahkemeler dışında yürütme organı tarafından da görülür. Bu nokada belirlenmesi gereken, *Bildiri*'de yeralan yargısal bağımsızlık ilkesinin, yürütme organının «yargısal» işlev görmesiyle bağdaşp bağdaşmadığı ve buna bağlı olarak İdare içindeki «yargı benzeri karar alma mercileri»nin (adjudicative tribunals) yürütme organından daha kesin bir şekilde ayrılmasının gerekli olup olmadığı sorularının yanıtıdır.

Doğrudan doğruya İdare hukukunun alanını etkilemese dahi, günümüz gereksinimlerine cevap verecek bir İdare hukuku sistemi arayışı içinde olduğumuza göre, gözönünde bulundurmamız gereken ilgi çekici bir yan sorun, hukuk sisteminin getirdiği belirli hukuksal yapıların toplum üzerindeki sosyolojik etkileridir. Hukuk sistemiyle gelen kurallar ve usuller, katılanların davranış ve beklentilerini yapılandırır; bu bazan beklenmedik şekilde ve olumsuz olarak ortaya çıkabilir. İdare hukukuna yaklaşımımız hukuksal düzenlemelerin bu tür bozucu etkilerine karşı duyarlı olmalıdır; hukuksal rejim, olanak olduğu ölçüde düzeltici mekanizmaları içermelidir. Bu aşamada, bunun nasıl başarılacağını bildiğimizi iddia etmiyoruz. Yalnızca, İdare hukukumuzu çağcılaştırma yolunda üstünde durmamız gereken bir alan olduğuna işaret etmekteyiz.

(*) «adjudicative» kavramı için bkz. Tarhanlı, İştar, *Amerikan İdari Usul Kanunu*, İHİD, Yıl 6, sayı 1-3 (1985), s. 225 (ç.n.)

İdare-devletin ya da daha kesin ifadeyle Refah Devleti'nin gelişmesinin en belirgin sonucu büyük olasılıkla, bireylerin devlete bağımlılığının gittikçe artmasıdır. Toplumdaki maddi refah düzeyinin genelde iyileşmesi, kapitalist demokrasinin zaferlerinden biri olarak ortaya çıkar. Öte yandan kamunun devlet girişimciliğine gittikçe artan bağımlılığı, beraberinde kuvvetli anti-demokratik tohumlar taşıyabilir; özellikle bu durum, hukuk sisteminin İdare ve bireyler arasındaki hukuksal ve ekonomik eşitsizliği gidermekte yetersiz kalmasıyla ortaya çıkar.

Sistem ayrıca, İdare'nin işlem ve eylemlerinden etkilenenlerin hukuksal statülerini eski hale kavuşturacak araçlara sahip olmalıdır. Bireyler, kamu hizmetlerinden yarralananlar ve devlet düzenlemelerinin uyruklar olarak, İdare hukuku rejiminde açıkça ortaya konulması gereken belirli hak ve yükümlülüklerle sahiptir. Bu yolla bireyler ve devlet arasındaki ilişkileri düzeltmeye yönelik uygun hukuksal çareler ve yaptırımlar ortaya çıkar.

Çağcıl İdare-devlette yönetim, örgütlenme ve teknik, kolaylıkla kamu siyasası amaçlarını, hukuk ilkelerini ve sosyal değerleri gölgeleyebilir. Federal bürokrasi, yönetimin artan karmaşıklığını oranı değişen başarılarla karşıladı. Hukuk, İdare'nin etkinliklerinde sorumlu olmasını sağlamalıdır.

B. Bildiri Gereklilikleri

Bildiri'nin içinde yer aldığı 1982 tarihli *Anayasa*'nın (Birleşik Krallık tarafından 1982'de çıkarılan *Kanada Yasası*) kabulü, idari işlem ve eylemler üzerinde doğrudan etkili kanunilik, orantılılık ve eşitlik kavramlarını yüzeye çıkardı. *Bildiri*, daha etkin kanuni teminatlara gereksinim bilincini destekledi. Bu gelişmelerin etkileri, Kanada'da İdare hukukunun oluşması ve gelişmesi için yeni etkinliklere girişen Parlamento tarafından iyice anlaşılmalıdır.

Bu aşamada *Bildiri*'nin Kanada İdare Hukukunu ne yöne yönelteceği berrak değildir. Yukarıda belirttiğimiz üzere, yenilik hareketine girişenleri bekleyen sorun idari ve kanuni değerler arasında uygun bir denge kurabilmektir. Ancak bu yaklaşım, *Bildiri* çerçevesinde kalmakla gerçekleştirilemeyebilir. *Bildiri*'nin 33. maddesi gereğince bireysel açığa çıkılarak, bunun Devlet etkinliklerinin makro boyutlarına üstün tutulması sözkonusu olabilir. Bu açıdan bakıldığında *Bildiri*, devlet ve

toplum konusundaki liberal değerlerin kanunileştirilmesinde ve teminat altına alınmasında hukukun rolünü açıkça vurgulamaktadır.

Öte yandan *Bildiri*'nin mutlaka Devleti geleneksel kural koyucu ve hakem rolüne döndürecek şekilde uygulaması gerekmez. İdare-devletin oluşmasına neden olan sosyal gereklilikler, anayasal kurama başvurulmasıyla kendiliğinden kolayca ortadan kalkmamıştır. *Bildiri*'nin İdare-devlet gerçekleriyle başedebilmesini sağlayabilecek yaratıcı uygulamalar aranması gerekir. Yeni düzen Devlet'in işlem ve eylemleriyle İdare hukuku kurallarının, hukuka uygunlaştırılmasını gerektirmektedir. Bu işlem, eylem ve kurallar, *Bildiri*'de belirlenmiş anayasal ilkeler bağlamında, mahkemelerin eleştirel incelemeleriyle karşı karşıyadır.

Bildiri'nin yürürlüğe girmesiyle, İdare'nin işlevi üzerinde denetimi en az düzeyde tutma yolundaki geleneksel yargı tavrı değişmektedir. Bunu, yargı denetiminin bu ülkede günümüzde varolan İdare-devlet gerekliliklerini zedeleyecek ölçüde hatalı yönde ve ağır işleyen bir şekilde olmaması kaydıyla, Kanada İdare hukukunun çağcıllaşması yolunda çok olumlu bir gelişme olarak görmekteyiz. Yakın tarihe kadar devlet, mahkemeler önünde işlem ve eylemlerinin hukuka uygunluğunu kanıtlamak zorunda değildi. Hunter-Southam davasında ((1984) 2 S.C.R. 145) ortaya konulduğu üzere, *Bildiri*'nin yürürlüğe girmesiyle mahkemeler nihai bakışla devlet'in çıkarlarıyla toplumun çıkarlarını tartarak, gerekli dengeyi sağlayacaktır. Düzenleme işlevinin en az düzeyde denetiminin yerini, idari etkinliklerin daha sıkı yargısal gözetimi almıştır. Bu durum, önerdiğimiz tür İdare hukuku yapısı oluşturulabilmesi için bir başlangıç noktası olma potansiyeli taşımaktadır. İdare hukukuna bu çalışmada savunulan yeni yaklaşım sayesinde mahkemeler, deneim işlevlerini olumlu ve yapıcı bir şekilde yerine getirmeye yönlendirilebilir. Bu tür bir yol göstermenin bir değer taşıyabilmesi için İdare'nin ve İdare'yle bireyler arasındaki ilişkilerin doğası ve işlevi üzerinde incelemeler yapılması, son derece önemlidir.

C. Demokratikleşme

İdare hukukuna geleneksel yaklaşımın yadırgatıcı ikilemi, bir yandan aşırı devlet müdahalesine karşı birey haklarını korumayı üstlenmişken, öte yandan bireylerin yaşamlarında etkin idari süreçlere katılma hakkı konusunda garip şekilde sessiz kalmasıdır. Geleneksel yaklaşımın İdare'nin ayrı bir hukuksal varlık oluşuna karşı kör kaldığından aşırı devlet müdahalesine karşı birey haklarını korumayı üstlen-

den güçsüz kalması nedeniyle, doğan temel sorunları belirleyememektedir.

Daha önce de belirtildiği gibi, İdare hukuku toplumumuzda demokrasinin temel göstergesi olmalıdır. Ancak demokrasi bireyler için, kişinin, devletin haksız işlem ve eylemlerine karşı salt kendini korumak amacıyla hukuka başvurma ehliyeinden daha fazlasını ifade eder. Ayrıca, devletin siyasalarıyla, eylem ve işlemlerini olumlu olarak etkilemeyi de ifade eder.

Diğer bir ifadeyle, başka noktalarla da birlikte demokratikleşmenin bu olumlu unsurları gerçekleştirilmesi, düşünülen idari girişimlerden önceden haberdar olma hakkını ve eyleme geçilmeden, bahis konusu girişimlerin olası sonuçlarına ilişkin görüş bildirme hakkını içerir. İdare, bireylere karşı gerekçeli olarak, açık ve sorumluluğunun bilincinde yöntemlerle karar alma yükümlülüğünü de içeren birtakım yükümlülükler taşır. Genel olarak, idari süreçlerin yalınlığını ve etkinliğini arttırma kadar, bireylerin süreçlere katılımının giderlerini azaltmanın önemini ortaya sürmekteyiz.

İdare hukukunun bu işlevi bir noktaya kadar doğal adalet kuralları ve idari etkinliklerin adil olması gerekliliğiyle karşılanmaktadır. Ancak, varolan sistemde adalet ve diğer gereklilikler yalnızca, giderleri bazı bireylere engelleyici ölçüde fazla gelen yargısal denetim aracılığıyla yaptırıma kavuşturulabilmektedir. Zarara uğramış birey, hakkını aramak için mahkemelere başvurursa dahi, taraflar arasındaki büyük dengesizlik ve İdare'nin sahip olduğu ayrıcalıklar ve bağışıklıkların karmaşıklığı, sürecin birey aleyhine işlemesine yolaçmaktadır. Maddi hukuk bakımından, toplumun bütünüünün çıkarları adına yapılan bir idari işlem ya da eylem sonucu ortaya çıkan bir zarar varolduğunda, devlet ve bireyler arasındaki dengesizlik, giderimin, özel hukuk kaynaklı kusur kavramı yerine, külfetlerin toplumda akılcı dağılımına dayanmasını gerektirir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Kavramsal Bir Yaklaşım

Gelecekteki çalışmalar dört birleştirici tema çerçevesinde örgütlenebilir. Konuya, daha uygun bir yaklaşım sağlamak için İdare hukukunu Alman, Amerikan ve Fransız hukuklarındaki dört geniş alanda ele aldık: İdare'nin hukuksal statüsü; İdari etkinliğin süreçleri, usulleri

ve araçları; İdari yapılar ve örgütlenme; iç ve dış denetim. Bu dört tema aşağıda daha ayrıntılı olarak incelenecektir.

Alanın bu şekilde düzenlenmesi, disiplinlerarası bir yaklaşımı ortadan kaldırma amacı gütmemektedir; örneğin İdare'nin haksız fiil sorumluluğunun ekonomik analizi kadar, idari ilişkilere sosyolojik bir yaklaşım da çok değerli katkılar sağlar. Ancak bizim yaklaşımımız son derece yaygın bir konuya düzen getirebilmemizi sağlamaktadır.

I. Temalar

A. İdare'nin Hukuksal Statüsü

Kanada'daki Federal İdare'nin çeşitli unsurları fiiliyatta ifa ettikleri değişik işlevlerle uyumlu bir hukuksal yapıdan yoksundur. İdare'ye, çağcıl ulus-devletin gerektirdiği belirli görevleri yürüten bir kurumlar bütünü olarak bakmak yerine, hukuk kuramımız İdareyi «Taç» ile eş anlamlı sayar. Bu çağcıl Kanada'nın durumunu yansıtmaz; ortaçağ İngiltere'sinden kalma kavramsal yekpare bir yapıdır. Tac, Devlet'le aynı şeyi ifade etmez; öte yandan, «Taç» ile eş anlamlı, Devlet aracının parçası olmayan kamu idareleri, kamu kurumları ve başkaları gibi idari yapılardan oluştuğundan tüm idari etkinliği de kapsayamaz.

Hukuksal statü, ilgili yapının statüsüne göre değişen belirli hak ve yükümlülükleri ifade eder. Çağcıl idari bir araç olan Devlet, yapılanması ve çeşitli unsurlarının fiiliyatının statüsü, bunlarla çok az ilgisi kalmış tarihsel kritere göre saptandığında sonuç, idari işlem ve eylemleri çerçevelemeyi ve yapılandırmayı konu alan İdare hukukunun gelişmesi ve kullanımını açısından olumsuz olur. İdari kurumlar toplumun kendilerinden beklediği görevleri verimli bir biçimde yerine getirmeleri için kullanacakları ayrıcalık ve bağışıklıkları da içeren hukuksal statüleri, bu kurumların işlevsel gereksinimleriyle bir çizgiye getirilmelidir.

Tacın bağışıklık ve ayrıcalıklarına asıl lehdar olanlar saptanmadıkça ve bu ayrıcalık ve bağışıklıkların idari etkinlik bağlamında fiili sonuçları açık bir şekilde ortaya konulmadıkça, Kanada federal İdare'sinin statüsü sorunu anlaşılabilir. İdare hukukuna şimdiki yaklaşımımız hangi kurumların ve işlevlerin federal İdare'yi kapsadığını kavramamızda yetersiz kalmaktadır. Öte yandan, bu belirsizce tanımlanmış İdare, çoğunlukla eşitsiz ve belirgin bir mantıktan yoksun biçimde uygulanan birçok ayrıcalık ve bağışıklıklardan, sisteme karşı kamunun saygısını yitirecek şekilde yararlanır. İdare hukuku, belirli kurumların

federal İdare'nin parçası olarak belirlenmesini ve bu kurumların gördüğü işlevlere uygun ayrıcalık ve bağışıklıkların tanımlanmasını sağlayıcı bir kriter içermelidir.

B. İdari Faaliyetin Süreçleri, Usulleri ve Araçları

Genel olarak, idari kararların alınmasında ne tür maddi kurallar ve usul kuralları geçerlidir? Bu kurallar aynı tür olmalı mıdır? Bu sorular dikkati hukukun rolü konusunda daha temel bir noktaya çeker. Bir örgütlenme aracı ve çerçeveye bağlantılı olarak karar almayla nasıl bağlantılıdır?

Eski bir soru da yasa ya da kurallarla takdir yetkisi arasındaki dengeye ilişkindir. Daha yalın bir bakışla aksi görülse dahi bu, yasa ile takdir yetkisi arasında bir karsıtlığın varlığını ifade etmez. İnkilem, idari etkinliği herhangi bir tür hukuksal denetim altına sokmak, va da etkinliği tümüvle İdarecilerin takdirine bırakmak arasında deşildir. Amac, belirli durumlara uygulanacak Yasa ile takdirin uygun birleşimini bulabilmektir.

Dahası, federal İdare'nin işlevini yürütme yolları ve karar alma ile usul arasındaki bağlantılar dikkati alınmalıdır. Bir işlem aslen özü va da içeriği, diğere bir ifadevle nevin kararlaştırıldığıvla nitelendirilir. İşlem yapma, bir etkinlik seyri secme süreci icerir. İşlemler birevsel durumlara da ilişkin olabilir, ancak bunlarla sınırlı değıildir: asıl konusu kural kovmaya ve uygulamaya yöneliktir. Bir işlem vasal bir temele va da kural kovma yetkisine dayanılarak yapılır. İdari işlemlerin ve idari işlemlere ilişkin usul gerekliliklerinin doğası, geleneksel İdare hukukı yaklaşıımında uygun şekilde ele alınmaz. İdari bir işlem yargısal karar alma benzeri süreçlere tabi kılındığında ve işlemler farklı süreçlere bağlandığında ne tür bir kriter uygulamak gerekir? Yargı dışı usuller uygun oduğunda, farklı durumlar için adillik ve verimlilik gerekliliklerini karşılamaya hangi formaliteler uygulanmalıdır?

Federal İdare, işlevini geniş çapta araçlarla yürütür. Siyasalar ve işlemler çeşitli süreçlerle uygulanır ve çok sayıda usullere tabidir. Emir-ceza ve ruhsat vermek gibi cebri araçlar, yargı, yasama ve İdare'nin (kamu bir tarafa bırakılırsa) dikkatinin aslan payını çekmiştir. Öte yandan, Devlet'in gittikçe genişleyen sağlayıcı rolü bağışlar, vergi indirimleri, düşük faizler ya da faizsiz borçlanmalar gibi cebir dışı araçlara daha fazla başvurulmasına yol açmıştır. Bu tür cebir dışı yollarla

«işî halletmek»e ilişkin olarak, yasa koyucular, yargıçlar ve idareciler birçok uygulamada gerekli ilgiyi göstermemişlerdir. Sonuç yargısal kararlar, berrak olmayan kavramsal analizler ve *ad hoc* süreç ve usulleri benimsemeler karmaşasıdır.

Bu idari etkinlik yol ve yöntemlerinin altında, çoğu hala çözüme kavuşturulamamış birtakım temel meseleler yatmaktadır. Varolan kavramlar hem zorlayıcı, hem zorlayıcı olmayan önlemlerin kullanılmasını ne kadar kavrayabilmektedir? Zorlayıcı olmayan önlemleri açıklamak ve almak için, zorlayıcı önlemlere ilişkin kararlarla arada benzerlikler çıkarmak gerekir mi? Zorlayıcılık niteliği olan ya da olmayan önlemlere hangi hak ve yükümlülükler ilişkin kılınmalıdır? «Düzenleyici» denilen ceza yaptırımları ayrı usullere tabi kılınmalı, «İdare'nin yargı benzeri kararları» uzman merciler tarafından alınmalı mıdır? Siyasa uygulama sürecini büyük ölçüde yansıtan idareciler ve idari etkinliklere tabi olanlar arasında süregiden ilişkilerin doğasına hukuki rejim ne denli uygundur?

Bireyler lehine olması gereken tartışmasız teminatlar üzerinde, sistemli bir şekilde çalışılmamıştır. İdare'nin yargı benzeri kararları dışındaki usulleri, klasik tanımlı «İdare Hukuku»nda yer almaz. Kamu hizmetlerinden yararlananlar için yasal bir düzenleme, hukukun bu alanındaki yenilik hareketleri için elverişli bir emel oluşturabilir. Bu nitelikte sorunlara gösterilmesi gereken kapsamlı özenin eksikliği dolayısıyla, varolan çerçeve uygunsuz ve gerçeklere aykırı kalacak; idarecilerin ve kamunun gereksinimlerini karşılayamayacaktır. Bu durum idarecileri ve ilgili bireyleri resmi olmayan *ad hoc* uygulamalara yöneltecek, böylelikle İdare'yle ilgili konulara girmek, kâğıda dökülmemiş kuralları ve uygulamalarını bilenleri bulmaya çalışmak şekline dönüşecektir. Bu tür uygulamalar uyumlu, açık ve adil bir İdare'ye yönelik bir gelişimi geciktirici ve itibarsızlaştırıcıdır.

C. İdari Yapılar ve Örgütlenme

İdari örgütlenmenin iyi bir İdare'nin işlevsel gereksinimleriyle uyumlu olması koşulunu bir veri olarak kabul ediyoruz. İdari kurumlar ve yetkilerinin çerçevesi, yasama işlemleriyle geniş olarak çizilmiştir, ancak kamu yönetiminin günlük etkinliğini hukuk kurallarına uydurmak için yapılması gereken daha çok şey vardır.

İdare birçok işlevi toplum adına yürütür. Bu işlevler geniş ifadeyle

genel birtakım kategorilere ayrılabilir. Bir açıdan devletin işlevi, düzenlemek ve sağlamaktır. Düzenleme, hukuk kuralları koymak ve uygulamak, ayrıca hukuksal uyuşmazlıkları çözmek için gerekli mekanizmaları kurmaktır (örneğin, mahkemeler). Devlet ayrıca, mal ve hizmet sağlar. Farklı bir açıdan devletin işlevi siyasa belirlemesi ve siyasa uygulaması başlıkları altında görülebilir. Devletin bu işlevlerinin her biri, konvansiyonel kriter kavramlarıyla ifade edilebilir. İdare hukuku için «adil olmak» ve «etkinlik», idari etkinliklerin «iyiliği»ni çözümlemek için başlıca kriterlerdir.

«Adil olmak» doktrinde özellikle; ister mahkemeler ister İdare kaynaklı idari işlem ve eylemler yönünden çokça işlenmiştir. «Etkinlik» daha kapsamlı olarak ele alınmalıdır. Bu kavram amaçlara uygunluk derecesini belirttiğinden, sonuçlardan sorumlu olmayı da ifade eder. İdare'nin örgütlenmesinde, büyüklü küçüklü birçok sorun, etkinliğe ilişkin önemli sorunların doğmasına neden olur. Geniş bir ifadeyle bu, kurumların seçimine ve bunun sonucu olarak belirli işlevleri ya da rolleri yürütmeye yönelik süreçlere ve etkinliklere ilişkindir. Daha özgül bir ifadeyle, belirli bir görevin bir daire, bir kamu kurumu ya da özerk bir İdare tarafından görülmesini seçme durumudur. Örneğin, belirli sınıf idari etkinlikleri yürütmek için ne tür kurumlar seçilmelidir? Hangi siyasa uygulaması işlevi özel kişiler tarafından yürütülebilir, yoksa salt İdare tarafından mı yürütülmelidir? Hukuksal yetkileri yerinde kullanabilmek için, idari kurumlar kendilerini nasıl örgütlemelidir?

Öte yandan, bireysel hakları ve yükümlülükleri etkileyecek işlemler söz konusu olduğunda, gerekli süreç ve usullere ilişkin bir seçimde bulunmak gerekir. Bu usuli seçim başta seçilen kurumun türüne bağlıdır. Yanıt bulunması gereken bir soru da, İdare'nin örgütlenmesinde belirli modellerin bulunup, bulunmadığıdır. Örneğin, hukuksal uyuşmazlıkları çözmeye yönelik yargı bezleri karar alma işlevi, genellikle ticari bir kuruluşa değil, bir tür yargıç ya da mahkemeye bırakılır.

Yetki devri ve İdare'nin içdüzen işlemleri üzerinde de durmamız gerekir. Yetkinin devredilmesiyle sorumluluk, özel kişilere, kamu kurumlarına ya da kamu görevlilerine geçer. Bu tür bir yetki devri, hukuksal araçlar, ön koşullar (onay gibi) ya da eğitim veya başka nitelikler olmaksızın gerçekleşebilir mi? Yetki devri belirli kişilere mi, bir gözetim merciine mi yapılmalıdır?

Kamu kurumlarının etkinliklerinin tabi olduğu içdüzen işlemleri

de, yenilik işlemlerinde ele alınması gereken bazı sorunları ortaya koymaktadır. Bu düzenlemeler yasal yetkilerin kullanımı ya da takdir yetkisine bağlı işlemler konusunda kurallar içerdiğinden, gerçek ya da tüzel kişileri İdare'yle olan ilişkilerinde etkilemektedir. Bazı kurumlarda bu tür kurallar taslak kabilinden, bazısında ise son derece ayrıntılıdır. İdare'nin rejimini hem adil ve etkin kılmak, hem de İdareyi hukuk kurallarıyla daha iyi çerçeveleyebilmek için anılan kuralların da taranması şarttır.

D. İç ve Dış Denetim

Denetimlerin konusunu, dış ve iç denetimler olarak ayırmak uygundur. Yargısal başvuru, idari etkinliklerin hukuksal denetiminde geleneksel yöntemdir. İlk aşamada işi doğru olarak yapmak ve yargısal başvuru olanağını, sürecin sonunda bir denetim yolu olarak yerleştirebilmek için İdare içi denetim mekanizmalarına daha büyük bir önem verilmelidir. Bu bağlamda üç ana unsur ele alınmalıdır. Birincisi, bir işlemin yeniden gözden geçirilmesi, hem bireyler hem idareciler adına, hataları düzeltmek için etkin bir teknik olarak görülmelidir. İkinci olarak, işlemi yapan merci dışında yapılacak İdari başvurular, adil bir gözden geçirme mekanizması sağlayabilir. Astlar üzerinde denetim işlevini haiz bir üst de hataları düzeltici ve bireyleri haklarına kavuşturucu yöntemlerden biri olarak düşünülmelidir. İyi düzenlenmiş iç yaptırımlar ya da denetim noktalarının önemi, yargısal başvuru öncesi idari başvuru yollarının tüketilmesi kuramıyla da vurgulanmaktadır. Etkin iç denetimler, yargısal denetimin sınırlı çerçevesini tamamlayacak ve dış denetimlere de uygunluk gösterecektir. Şimdiki durumda, uygun ve etkin iç denetimlerin oluşturulmasına, yeterli ilgi gösterilmemiştir.

İdari sistemin dahili olarak ne denli geliştirilebileceğinden bağımsız olarak, dış denetimlerin her zaman için esaslı bir rolü bulunacaktır. Mahkemeler, yargısal denetim yetkilerinin doğasının bir parçası olduğundan, bu rolü oynamayı sürdürecektir. Ayrıca, İdari işlem yapma sırasında ortaya çıkacak anayasal sorunlar da, mahkemeler tarafından çözülecektir. Ancak, yargısal denetimin sınırları bir kez saptandıktan sonra, çeşitli seçeneklerin arasında yerini alacaktır. İdari etkinliklerin dış denetimine ilişkin daha birçok nokta bulunmaktadır.

En canalcı dış denetim ombudsman yoluyla sağlanabilir. Bazı özel sorunları ele almak üzere sektörel «ombudsman» yoluna gidilmişse de, halen genel bir federal ombudsman yoktur. Bu durum doğası gereği,

uyuşmazlıklara bakmaz, bireylere çeşitli çözüm yolları önerir; böylelikle yargısal olmamakla birlikte bağımsızlığın nimetlerinden geniş ölçüde yararlanabilir ve yararlanmaktadır.

Aynı çizgide, mahkemelere yapılan istinaf başvuruları da yargısal denetimin doğasında bulunan sınırlamaları dengeleyebilir. Genellikle Mahkemeler tarafından da görülse, bu tür başvurular temyizden farklıdır. İstinaf başvurusu sonunda değişebilir ve işlem daha yakından incelenir. Bu incelemelerin şekle bağlılığı, sözkonusu çıkarların niteliğine bağlıdır.

Ayrıca, içsel ya da dışsal denetleme (auditing) gibi hukuk dışı denetimler de, geniş bakışta, İdare hukuku için önemlidir.

İdari etkinliğin denetimi, birçok kurum ya da işlem yapıcı türü arasında paylaşılacak bir işlevdir. Hukuk ve hukuk uygulamayla yaratma işlevlerinin emanet edildiği kurumlar, denetimi örgütlemek için birincil adaylardır. Ancak istenilen, denetim işlevinin çeşitlilik gösteren doğasını yansıtacak bağımsız makamların, kurumların ve usul rejimlerinin çokluğudur. Örneğin temyiz, salt hukuka uygunluğu, ya da hukuksal sorunları ele alır; İstinaf yoluyla olaylara ve işlemin esaslarına ulaşılabilir. Hukuk dışı denetim, işlemin salt hukukiliği değil; yerindeliği, beklentilere uygunluğu ya da finansal anlamlılığını da gösterir.

Hukuksal bir uyuşmazlığın tarafları çok sayıda da olabilir, yalnızca bir kişi ve işlemi yapan merciden de oluşabilir. Bu tür uyuşmazlıklara nizalı uyuşmazlık adını vermekteyiz. Bu tür uyuşmazlıklar, duruşmalı bir usul izlenerek çözümlenebilir. Bu modelin tüm hukuksal denetimler için uygunluğu tartışmalıdır.

Genel olarak, yargısal denetimde nizalı usul birçok zayıflıkları içerir. Örneğin, çözüm yollarının birden fazla oluşu ve kamu hukukuyla özel hukuk arasında fark gözetilmemesi karmaşanın, hayal kırıklıklarının, hakkaniyetsizliklerin kaynağıdır. Özellikle hal yollarının birleştirilmesi ve İdare hukukunda uygulanacakları alanlara berraklık kazandırılması için yeni çözümler aramalıyız. Daha önceden de belirtildiği üzere, taraflar arasındaki temel ekonomik eşitsizlik ve İdare tarafından yararlanılan olağanüstü usul ayrıcalıkları gözönünde tutulduğunda, nizalı davalarda çözümlere ilişkin nasıl kurallarının birey ile İdare arasındaki davaların özel doğasına açıkça aykırı olduğu ortadadır.

II. Beş Yıllık Bir Plan İçin Konu Önerileri

Yukarıdaki tartışmalarımızda federal İdare hukukunu çağcılaştırabilmek için ele alınması gerekli sorunları ortaya koymaya çalıştık. Önerimiz, İdare hukuku reformunun, Devletin işlevini geçmişin karmaşıklıkları, kolay varsayımları ve esnek olmayan kavramlarının ötesinde ele almasıdır.

Geçmişte İdare hukuku, bireylerin hak ve özgürlüklerini korumaya ve Devlet'in özgürlük karşıtı eğilimlerini denetlemeye yönelikti. Hala İdare hukukunun önemli bir unsuru olmasına karşın bu geleneksel yaklaşım, artık geniş çaplı sorunları karşılamaya yeterli değildir. Reformların İdare hukuku sistemimizi, çağcıl İdare-devlet gerçekleriyle eşdüze getirebilmeyi başarması durumunda, idari etkinliklerin hukuka tabi kılınmaması ya da hukuksal kavramlara sokulamaması sorunlarından kurtulabileceğiz.

Sonuç olarak, Kanada'nın gerekli İdare hukuku reformlarında başarıya ulaşması için yapılması gerekenlere ilişkin önerilerimizi sunmaktayız. Bu bağlamdaki önerilerimiz, tüketici nitelikte değildir. Daha çok, kısıtlı zaman, insan ve finans gücü gözönüne alınarak, İdare Hukuku Projesimizin bundan sonraki beş yıl içindeki öncelikleri ortaya konulmaktadır. Reforma katkımız, bu kısıtlamalarla sınırlıdır. Ancak umulmaktadır ki, çabalarımız yeni yaklaşımlar ve tavırlar ortaya konulabilmesi için bir başlangıç noktası olsun. Uygulama aşamasında çabalarımızın, ivedikle gereksinen bazı temel reformlar konusunda Parlamento'yu girişimde bulunmak üzere etkileyebilmesi de umudundayız.

Konuların kısa, orta ve uzun dönemli olarak ayrılması tartışmalı gözükebilir. Bu ayırım, geniş ölçüde şimdiki çalışmamızı ve ivedi olmakla birlikte birçok çalışmaya derhal girişilememiş olmasını yansıtmaktadır.

Kuram ile uygulama, kısa ile uzun vade, ümüyle hukuksal ile disiplinlerarası yaklaşım, araştırma ile nihai öneriler ve Kanada'daki iki hukuk geleneği arasında bir denge sağlanmaya çalışılmıştır. Yapılması gereken daha çok iş vardır. Konunun kapsamı çok geniştir. Bu plan sadece, gelecekteki çalışmaları yapılandırmayı amaçlamakta; ileride, burada sıralananlara başka konular da eklenebileceğinden tüketicilik savı taşımamaktadır.

A. Kısa Dönemsel Araştırmalar

- 1) Çağcıl bir federal İdare Hukukuna Doğru İdare hukuku reformu için genel felsefe (destekleyici çalışmalarla birlikte).
- 2) Tac'ı, Hukuka Tabi Kılma Yasaların Tac'a uygulanması.
- 3) Usul ve İşlem Yapma İşlem yapmaya, kurulu bir süreç olarak bir giriş: Yasamasa reform için önkoşul.
- 4) Federal Müfettişlikler «İdari siyasa»nın hukuksal gücü, statüsü, örgütlenmesi ve denetimi.
- 5) Finansal Teşvikler Vergi indirimleri, bağışlar vs. için yasal çerçeve.
- 6) Ceza Yapırımları Ceza modelinden farklı bir hukuk geliştirmek için dil, foras, delil ve usul araştırması.
- 7) İdare'nin Haksız Fiil Sorumluluğu Federal idari etkinlikler sırasında ortaya çıkan zararların giderimi için model önerisi.
- 8) Avustralya İdari İstinaf Mahkemesi Yeni Avustralya istinaf birliğinin Kanada açısından incelenmesi.
- 9) Ombudsman Federal bir ombudsman oluşturmak için sorunların ve önerilerin incelenmesi.
- 10) İdari İstinaflar Federal istinaf sistemini yeniden yapılandırmak görüşüyle, istinafın alternatif bir çözüm olarak incelenmesi.
- 11) *Ex Gratia* Ödemeler Federal zararlar için idari bir giderim sistemi incelemesi (doğrudan, yukarıdaki 7. araştırma konusuyla bağlantılı olarak).
- 12) Sınırlama Süreleri Tac'ın özel usul ayrıcalıkları konusunda reform önerileri.
- 13) Göçmenlik Başvuruları Göçmen Başvuru Dairesi'nin karşılaştığı mevcut sorunların incelenmesi ve usule ilişkin somut reform önerileri.
- 14) Kamu Kurumlarının Hukuksal Statüsü Devletin ticari uğraşlarına ilişkin özel hukuksal statü önerisi.
- 15) İdare'nin Mali Ayrıcalıkları Devletin ticari etkinlikleri için yeni husullerin gerekliliğinin incelenmesi.
- 16) Usule İlişkin Ayrıcalıklar ve Bağışlıklar Federal Devlet ve birey arasındaki davalar için uygun yeni bir dizi kurallar önerisinde bulunmak.

- 17) İdari İşlem ve Eylemlerin Niteliği
İdari işlemlerin niteliğine ilişkin bir tanım getirmek ve «idari» ve «yargısal» arasındaki farkı berraklaştırmak yönünde bir deneme.
- 18) Federal Mahkeme Çözümlerinin Birliğe Kavuşturulması
Yargısal çözümlerin birbiriyle çakışmasını azaltma önerisi.

B. Orta-Dönemsel Araştırmalar

- 19) İdari Usuller Yasası
(Yukarıda, 3. ve 17. konulardaki araştırmalar temel alınarak).
- 20) Çevresel Aracılık
Nizasız usulü izah etmek için idari uyuşmazlık çözümlemesi.
- 21) Devletin Denetim ve Düzenleme İşlevi
Devletin cebri işlevi hakkındaki klasik kuramların çağcılaştırılması.
- 22) Devletin Uyuşmazlık Çözümleme İşlevi
Devletin, mahkeme dışı hukuksal uyuşmazlık çözme işlevinin, modellerinin ve usullerinin incelenmesi.
- 23) Kurumların Dönüştürülmesi
Kuruldan mahkemeye, ya da daireden Taç Kuruluşu'na gibi kurumsal dönüşümlerin hukuksal sonuçları.
- 24) İdari Uyuşmazlık Çözümlemesi
Uyuşmazlıkların mahkemelerde çözümlenmesi modeline alternatif arayışları.
- 25) Devlet İşlevlerinin Devri ve Özelleştirme
Devlet işlevlerinin özel sektöre devrinin hukuksal sonuçları ve sınırları.

C. Uzun Dönemsel Araştırmalar

- 26) Federal Yargılama Usulü Reformu
- 27) İç Hukuksal Otorite
İç düzenleme ve iç hukuksal çözümlere ilişkin ilerki dönemdeki bir araştırmaya giriş olarak, idari yapı içinde hiyerarşinin doğası ve etkileri üzerine bir inceleme.
- 28) İç Düzenleme Yöntemleri
Talimatname ve direktifler gibi iç düzen işlemlerinin hukuksal statüsü ve etkileri.
- 29) İç Hukuksal Çözümler
İç İdari çözümlerin yapısı ve örgütlenmesi.

- 30) İdari Gizlilik ve Bilgi Açıklanması Bilgiye ulaşma ve süreçlerin açıklığı.
- 31) İdari Deliller Delil uygulamaları üzerine bir inceleme ve idari işlem yapma ilkelerinde birlik sağlamaya yönelik araştırma.
- 32) Alım-Satım Sözleşmeleri Hükümet siyasasının uygulama araçları olarak alım-satım sözleşmelerinin kullanımının araştırılması ve idari sözleşme usullerinin yapılandırılmasına ilişkin öneriler (doğrudan, yukarıdaki 5. konuda yapılacak araştırmaya bağlı olarak).