

İDARİ YARGICIN YENİ EMİR VERME (INJONCTION) YETKİSİ ÜZERİNE*

*Prof.Dr. Franck MODERNE ***

*Çev.: Yrd.Doç.Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN****

Mahkemelerin kuruluşu, medeni usul, ceza ve idari yargılama usulüne ilişkin 95-125 sayılı ve 8 Şubat 1995 tarihli yasa¹, Yasama ve Conseil d'État'nın ortak desteğiyle, gerçek bir *injonction* (yargısal emir) yetkisini

* Bu makale, "Revue Française de Droit Administratif" isimli derginin 1996-1 sayısında ve 43-57. sayfaları arasında yer almış, orjinal ismi «Sur le nouveau pouvoir d'injonction du juge administratif» dir

** Panteon-Sorbonne (Paris I) Üniversitesi Öğretim Üyesi.

*** Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Öğretim Üyesi.

¹ JO 9 Şubat , s.2175; Bu yasa, İdari İstinaf Mahkemeleri ve İdare Mahkemeleri Yasasında değişiklik yapan 3 Temmuz 1995 tarih ve 95-831 numaralı (JO 6 Temmuz, s.10127) kararname ve Conseil d'État'nın teşkilat ve görevlerine ilişkin 31 Temmuz 1963 tarihli yasadaki değişiklik yapan 3 Temmuz 1995 tarih ve 95-380 sayılı (JO 6 Temmuz, s.10127) kararname ile tamamlanmıştır. Bu yasa hakkındaki açıklamalar için bkz. B.Pacteau, Le contentieux administratif: une révolution de velours, Gaz, comm. 10 avr. 1995, s.74 vd. ; Chr. Huglo ve C. Lepage, Le titre IV de la loi 95-25 du 8 février 1995 consacre à la juridiction administrative contient-il des dispositions révolutionnaires ?, Petites Affiches 17 Mars 1995, s.9 vd. ; P. Valadou, Le pouvoir de commandement du juge à l'administration, Petites Affiches 288 mai 1995, s.4 vd.; Y. M. Doublet Le titre IV de la loi 95-125 du février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, Petite Affiches 28 Juin 1995, s.12 vd. ; D. Chabanol, Un printemps procédurale pour la juridiction administrative, AJDA 1995, s.388 vd. ; O. Sachs, La réforme du contentieux administratif issue de la loi du 8 février 1995, CJEG 1995, s.175 vd. ; E. Picard, La loi du février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative : aspects administratifs, JCP 1995.1.3840; P. Fraisseix, La réforme de la juridiction administrative par la loi 95-125 du février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, RD Pupil. 1995, s.1053 vd. ; R. Rouquette, Pouvoirs accrus pour le juge, Mon. TP 31 mars 1995, s.90 vd. ; Chr. Gabolde, Le juge administratif, un juge qui nous gouverne ? (à propos de la loi du 8 février 1995) Dr. Adm. Nov. 1995, s.1 vd. ; R.Viargues, « Regard sur une juridiction en chantier », in Mélanges en l'honneur du professeur Gustave Peiser, Presses universitaires de Grenoble 1995, s.495 vd., not., s.511 vd. Ayrıca R. Chapu'nun Droit Contentieux Administratif 5. bası (Montchrestien 1995) adlı eserinde 9 Şubat 1995 tarihli yasa hakkında özllü açıklamalar bulunmaktadır (sayfa 718 ve devamındaki 802 numarada injonction yetkisi açıklanmaktadır).

idare yargıcına vererek, bir onakronizme (*anachronisme*: tarihin akışına ters gidiş) son vermekte ve bizim idari yargımızda süregelen eski bir anlayışın çağın gereklerine uyarlanması çabasına (*aggiornamento*) katkıda bulunmaktadır.

Daha öce bu dergiye² konu olarak seçtiğimiz incelemeler, aşağıda aktarılan açıklamaların hareket noktasını oluşturmaktadır.

Yargılama fonksiyonunun temel gereklerinden olan *injonction* konusundaki idari yargıcın a priori bir faraziye gereği süregelen imtinasının üstesinden gelebilmek için bir yasa gerekli idi ve Meclis, iradesini Conseil d'État'ya kabul ettirerek bu kaçınmayı sona erdirmiş oldu. "Bu denli katı, şaşmaz ve gizemli"³ içtihadattan doğan yöntemlerin, tersine çevrilmesi gerçekten çok güç bir iştir. Kimi etkili yorumlarda⁴, "idarenin bağımsızlığına" zarar verebileceği endişesiyle idari yargıcın zorlama yöntemlerine başvuramamasına gerekçe olarak, Fransız "kamu hukuku prensiplerine" ve "siyaset felsefesine"⁵ başvurmaya kadar gidilmedi mi? Etkin idareye yargısal emirler vermeyi yasaklayan bu kutsallaştırma yüz yıldan fazla süredir şaşmaz şekilde tekrarlandı durdu. Dıştan bakıldığında bu durumun, yargıcın sonradan vicdan azabı çekmesinin önüne geçtiği sanılıyordu.

Bununla birlikte olup bitenler kuşkusuz bu kadar basit değildir. Conseil d'État'nın görüşüne sunulduktan sonra parlamentoya getirilen bu reform bir yasal yönetim projesidir⁶. İdaredeki yansımalarına bakılırsa, "Palais Royal" hakkında bir husumetin eseri olmadığı görülmüyor. Ayrıca başkan yardımcısı M. Long, Conseil d'État'nın önerisi üzerine şehircilikle ilgili yeni bir yasa

² F. Modern, *Etranger au pouvoir du juge, l'injonction, pourquoi le serait-elle ?*, RFDA 1990, s.798 vd. ; Y. Gaudement, *Le juge administratif. Futur administrateur ?*, in *Le juge administratif à l'aube du XXI e siècle*, Presses universitaire de Grenoble 1995, s.179.

³ R. Chapus'nun açıklamalarına göre (op. cit., no.810, s.727) ; En fazla dile getirilen (söylenebilirse) gerekçeler şunlardır. « İdare yargıcı, idareye injonction gönderme özelliğine sahip değildir » veya « bir idari otoriteye injonctionlar göndermek, idare yargıcının yetkileri içinde yer alamaz »(bkz. Adı geçen kararlar. RFDA 1990, s.804, not.40,41); zaten aynı itirazlar, kamu hizmeti görevi üstlenmiş özel hukuk kişilerinin haklarında kabul edilmesinde de ileri sürülmüştür (CE. Sect., 17 oct. 1986, Vinçot, Rec. S.234, concl. M.Roux; RFDA1987, s.244, not. X. Pretot; AJDA 1986, no.148, s. 717; ibid., 686, chron. M. Azibert et M. De Boisdeffre) ve seri muhakeme yargıcı, bu alanda kendini esas hakkında karar veren yargıcın konumunda sayacaktır (CE. 27 fév. 1974, Varguin, Rec. s.154; CE, Sect., 25 oct. 1978, Ministre de l'Economie et des Finances c/Dame Madre, Rec. s.391; D.1979.576, not. Chr. Lavaille).

⁴ R. Odent, *Contentieux administratif, Les Cours de droit, 1977-1981*, s.1275.

⁵ ibid., s.1711.

⁶ Doc. Ass. Nat. 1994, no 1335, art.38.

projesinden bahsediyordu ki bu yasa projesi, idarenin sistematik engelleri bulunduğu, yargıcın dilekçe sahibinin talebi doğrultusunda karar verebilmesi yeniliğini yasaya dahil edilmesini kapsıyordu⁷. Zaten Meclisteki tartışmalara bakıldığında, eski uygulamanın kimsede bir nostalji uyandırmadığı görülmektedir⁸. Senato ve Meclis önünde yargıcın idareye emir verme yetkisini savunan bakan, bu görevini samimiyetle ifa etmiştir⁹.

Hem sonra, tartışmalar öylesine abartılmıştır ki¹⁰, Meclis Kanunlar Komisyonu Raportörü şaşırıp kalmıştır¹¹. İnjonction'a ilişkin yeni yasal düzenleme, meclisten geçerken sadece ufak değişikliklere maruz kaldı. Mecliste bir çeşit konsensüs sağlandı, muhalefet de bu hususu Anayasa Konseyi önüne götürülecek bir konu olarak düşünmedi¹². Böylece, bizim idare hukuku içtihadının çok eski bir uygulaması pek bir dirençle karşılaşmadan ortadan kalkmış oldu.

İdari Yargılama ve İdari İstinaf Mahkemeleri Kanunu'nun L.8-2. maddesinin bu günkü düzenlemesi şöyledir:

"İlk derece mahkemesi veya yüksek mahkeme kararı, kamu tüzel kişisinin veya kamu hizmeti yürüten özel hukuk kuruluşunun belirli yönde bir uygulama tedbirini almasını zorunlu olarak içerdiğinde, İdare mahkemesi veya idari istinaf mahkemesi bu kaniya ulaştığında, uygun düşen tedbiri ve gerektiğinde uygulama süresini aynı kararda belirtir".

"İlk derece mahkemesi veya yüksek mahkeme kararı, kamu tüzel kişisi veya kamu hizmeti yürüten özel hukuk kuruluşunun araştırmalardan sonra yeni bir karar almasını zorunlu olarak içeriyorsa, idare mahkemesi veya idari istinaf mahkemesi bu kaniya ulaştığında, belirli bir süre içinde bu yeni kararın alınmasını aynı kararda hükme bağlar".

7 M. Long, L'audit du droit de l'urbanisme, RFDA 1993, s.221.

8 Senatör Emmanuel Hamel'in bu ilkenin devam etmesi yönündeki çok yalnız kalan tepkisi sayılmaz sa (JO Dep. Sénat. 20 oct. 1994, s.4588)

9 Bkz. P. Mehaignerie'nin müdahaleleri, JO Dep. Sénat 20 oct. 1994, s.4588; JO Dep. Ass. Nat. 6 Juill. 1884, s.4204 vd.

10 Bu durum, bazı yazarları, 8 Şubat 1995 tarihli yasa hakkında "yumuşak devrim" görüşüne götürmüştür (B. Pacteau, Gaz., communes 10 avr. 1995, s.74).

11 M. Porcher, JO Dep. Ass. Nat. 22 dec. 1994: "Metnin, idari düzenlemelerde çok yenilikçi bir pencere açtığı noktasına varıyorum, tuhaftır ki bu konuda çok az coşku ortaya konmuştur".

12 Dec. no 95360 DC du fevr. 1995, JO 7 févr., s.2097; JCP 1995.II.67295.

Bu düzenlemeler ile ilk derece mahkemesi, aynı tarzda kaleme alınan, özellikle Conseil d'État ile ilgili olan¹³ ve sadece yüksek mahkemelerde uygulanacağı ifade edilen düzenlemelere yaklaştırılmış oldu¹⁴.

Adı geçen İdare Mahkemeleri ve İdari İstinaf Mahkemeleri Yasası'nın yeni L.8-4.maddesinin düzenlemesi de aynen şöyledir;

"İlk derece mahkemesi veya üst derece mahkemesinin kesin kararı uygulanmadığında, ilgili taraf, kararı veren idare mahkemesinden veya istinaf mahkemesinden kararın uygulanmasını talep edebilir(...) Eğer uygulanması istenen ilk derece mahkemesi veya üst derece mahkemesinin kararı, uygulama için gerekli tedbirleri içermemişse, mahkeme bunları tespit eder, uygulama süresini saptar ve parasal itaatsizlik cezasına (astreinte) hükmeder".

Burada idare ile yargı arasındaki ilişkilerdeki görüşlerde dikkate değer bir yer değiştirme söz konusudur. Ama yine yargılanabilir bir idare için bu durum hoş görülebilir.

I. İDARE VE YARGIÇ İLİŞKİLERİNE BİR BAŞKA YAKLAŞIM

8 Şubat 1995 tarihli yasanın yayınlanmasından hemen sonra, idare yargıcının emir verme yetkisinin gelişini selamlama konusunda eleştirmenler (birkaç istisna dışında) elbirliği ettiler. "Böylece, kimsenin pişman olmayacağı antik bir tabu yıkılıyor" diye yazarken D. Chabanol¹⁵, "idari yargı rejimimizde tarihi bir sayfa açıldı" diye altını çiziyordu R. Chapus¹⁶; yasanın yenilikçi yönü, B. Pacteau¹⁷, E. Picard¹⁸, Ch. Huglo ve C. Lepage¹⁹, J. Douplet²⁰, R. Rouquette²¹, Chr. Gabalde²² ...vs tarafından ortaya konuldu.

13 İdare alanı ve kamu tüzel kişilerince yargı kararlarının uygulanmasına yönelik astreinte'le ilgili 16 Temmuz 1980 tarih ve 80-539 sayılı yasanın yeni 6-1.maddesi (8 Şubat 1995 tarihli yasanın 77.maddesi).

14 Yargı kararlarının hukuka uygunluğunun bozulması kontrolü olarak değil (Bkz. Bu yasa projesi. Doc. Ass., nat. 1994, no 1335, s.36 ; M. Porcher'in raporu, Doc Ass. Nat., 1994, no 1427, T.II, s. 119 vd.).

15 D. Chabanol, op. cit., s.393.

16 R. Chapus, op. cit., s.724, no 807.

17 Op. cit., s.78.

18 Op. cit., no 33.

19 Op. cit., s.13.

20 Op. cit., s.15.

21 Op. cit., s.90.

22 P. Fraisseix tarafından dile getirilen üzüntüler için bkz. Op. cit., s.1070 vd.

Söz konusu yenilik, tartışma götürmez biçimde kimi yazarlar²³, Conseil d'État²⁴ ve idare mahkemelerine kadar²⁵ bir çok çevre tarafından olumlu karşılanmıştır.

Injonction yetkisi, uygulama konusunda idarenin ihmalkar davranmasının önlenmesi konusunda bir sembol niteliğindedir; önceki uygulama Fransız yargı teşkilatında idare yargıcının, kesin hükmün uygulanmasının temeli olan belli bir davranışı emretmekten kaçındığının bir teyidi niteliğindedir ki, böylece bu halden vazgeçilmiş oldu. İdareye tanınan ve güçlükle açıklanabilir bu ayrıcalıklar, idari yargıcın fonksiyonu ile bir ilgisi olmayan bu tuhaf anlayış, bir çok yazarlarca birbirleriyle yarışırca tekrarlandı durdu. Özel hukuktaki gelişmeler, her yargısal kararın bir uygulama gücüne sahip olduğunu, uzun zamandan bu yana kabul etmektedir. Yargısal fonksiyon, biri emretme yetkisi, diğeri meşhur "icra yöntemiyle" uygulamayı söyleme gücünü içermektedir, ("bu mesleği icra edenler bunu söylüyor bunu kararlaştırıyor...")²⁶.

23 Bkz. Y. Gaudement, "Réflexions sur l'injonction dans le contentieux administratif", *Mélanges G. Burdeau*, LGDJ, 1975, s.805 ; Y. Gaudement, « Le juge administratif, futur administrateur », in *Le juge administratif à l'aube du XXI e siècle*, op. Cit., s.179 ; J. Chevallier, *L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur*, AJDA 1972, s.67 ; A. Mestre, *Le Conseil d'État protecteur des prérogatives de l'administration*, LGDJ, 1974, sss.69 ; J-M. Pontier, « Contrôle juridictionnel et nouvelles protection en France », in *Annuaire européen d'administration publique 1983*, s.43 ; Bu derginin (RFDA)1990 sayısı s.798 de yer alan incelememiz ; P. Delvolvé, « Paradoxes du (ou paradoxes sur le) principe de séparation des autorités administrative et judiciaire », in *Mélanges René Chapus*, Montchrestien 1992, s.135, ve not. s.142. Önceki fomülasyonlar için başvurulabilir. G. Jèze, *chron. RD. Publ.* 1913, s.463 ; A. Mathiot, *Not sous CE* 22 juill. 1949 et 22 dec. 1949, *Ste des automobiles Serlit*, S.1951.3.6 ; J. Rivero, *Le Huron au Palais Royal*, D.1962.chron., s.37 ; « Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits », *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Sirey 1963, t.II, s.813 ve not. s.827 vd.

24 J-P. Costa, "L'exécution de décisions des juridictions administratives en Italie", AJDA 1994, s.364 ve not. s.366 ; S. Hubac et Y. Robineau, *Droit Administratif :vue de l'antérieur*, Pouvoirs 1988, no 46, s.113, not., s.124 ; « İdari yargıcın, idareye injonction gönderememe prensibini sürdürmesi gerekir (...) Bu gün aynı şekilde korunmaya devam eden yerindelik denetimi değeri kim verebilir ? ».

25 R. Vandermereen, *Le référé administratif précontractuel*, AJDA juill-aout 1994, no spec., "Actualité des marches publics", s.91, not. No 37 ; J-M. Woehrling, « Réflexions sur une crise : la juridiction administrative à la croise des chemins », *Mélanges offerts au professeur R.E. Charlier*, ed. De l'Université 1981, s.341.

26 Bu noktalar üzerinde bakınız. R. Perrot, *Institutions judiciaires*, 7'e ed., Montcherestien 1995, no 591, s.540. Diğar taraftan yazar reformun pratik değerinin altını çiziyor ve şart-sız destekliyor (op. Cit., no 39, s.40): "Bu çok güzel bir şeydir. İdare yasaların üstünde değildir. Yargı onu mahkum ettiğinde, idari yargıcın bu yargısal emirlerine uymak mec-

Bu anlamda, İdare Mahkemeleri ve İdari İstinaf Mahkemeleri Yasası'nın L.8-2, L.8-3, L.8-4. maddeleri (ve Conseil d'État için kabul edilen benzer düzenlemeler) idare-yargıç ilişkilerinin sıkıntılı tarihinde gerçek bir dönüm noktasını ifade etmektedir. Bu gelişmenin öncülleri nelerdir? Birkaç temel noktada bunları açıklamaya çalışalım.

A. Reformun Öncülleri

Yeni düzenleme için bazen "devrim" deyimi kullanılsa da²⁷, tabii bu Copernic devrimi gibi değildir. Öte yandan, idarenin davranışlarındaki şüpheleri kaldırmak için, idare yargıcı tarafından tartışmasız kabul edilen "*emir verme yetkisi*" yasaklanmış da değildir. Bu hususta, hukukun genel ilkelerini belirleyen içtihatlar içinde yer alan Kurulun 10 Mayıs 1974 tarihli "Barre et Hanne" kararını²⁸ hatırlıyoruz; "*Yargıca tanınan parasal itaatsizlik cezasına karar verme yetkisi, kararların uygulanması için vazgeçilmez bir tedbirdir, taraflara gönderilen emirler, parasal itaatsizlik cezası ile (astreinte) donatılan, yargıca özgü bir yetkidir*". Özel hukuk kişilerine karşı kolayca kullanılan *injonction* yetkisini kullanmaktan Conseil d'État niçin kaçınmaktadır²⁹? *Astreinte* bir emri gerektirir. Zira açıkça bir cezalandırmayı içermektedir. Bu durum, eleştiriye mahal bırakmayacak bir gerçektir³⁰. Kamu tüzel kişisi (veya kamu hizmeti yürüten özel hukuk kişisi) tarafından yargı kararlarının uygulanmasına ilişkin 16 Temmuz 1980 tarih ve 80-539 sayılı yasada yer alan idari para cezası (*astreinte*), yargı kararlarının uygulanabilmesi için, kararı uygulamakla yükümlü tarafa Conseil d'État'nın bir emir verme yetkisini içermektedir. 8 Şubat 1995 tarihli yeni yasa da aynı mantık-

buriyetindedir. Aynı yönde bkz. J. Gaudement, *Les institutions de l'Antiquité*, 4'e ed., Montcherestien 1994, s.164; Ch. Jarroson, « Réflexions sur l'imperium », in *Etudes offertes a Pierre Bellet*, Litec 1991, s.245; Ph. Théry, « *Judex gladii* (des juges et de la contrainte en territoire français) », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, Dalloz 1996, s.477; P. Ourliac, « La puissance de juger : le poids de l'histoire », *Droits*, no 9, 1989, s.27; U. Coli, « Sur la nature de l'imperium en droit public romain », *Rev. intern. des droits de l'Antiquité* 1960, s.361.

27 Chr. Huglo et C. Lepage, *Le Titre de la loi 95-125 du février 1995 consacre à la juridiction administrative contient-il des dispositions révolutionnaires ?*, *Petites Affiches* 17 mars 1995, s.9, not. s.14; Chr. Gabolde, *op. cit.*, eod. Loc.

28 *Rec.*, s.276; *AJDA* 1974, no 126, s.545, *ibid* s.525, *chron. De MM Franc et Boyon : RTD civ.* 1974, s.353, *obs. J. Normand*.

29 Bkz. *CE. Sect.*, 13 juill. 1956, *Office public a'HLM du département de la Seine*, *Rec. S.343*, *concl. J. Chardeau*; *RD publ.* 195777, s.296, *not. M. Waline*; *AJDA* 1956.II, s.321, *concl. J. Chardeau*; *ibid.*, s.398, *chr. J. Fournier et G. Braibant*.

30 İdari Yargı Kararlarının Uygulanması Üzerine Conseil d'État raporu için bkz. *AJDA* 1990, s.481. (« *astreinte* ve aynı şekilde *injonction* aslında hakiki karar değildir », s.490).

la³¹, çeşitli düzeylerdeki idare mahkemelerine hükmedilen bir *astreinte*'le (idari para cezası) birlikte muhtemel bir *injonction* yetkileri vermektedir³². Burada muhtelif teknikler kullanılabilir. Dosyayı incelemeye alan idare yargıcını, kendi aleyhine olan ve kapalı olan kararı uygulamaktan kaçınan idareye emirler (tahkikat emri) gönderebilir. Kendisine düşen sonuçları (özellikle *astreinte* öncesi yapması gerekenleri) kararın uygulanması emrine eşdeğer sayılmayan tedbirleri de ilgililere iletilmesini emredebilir³³. Görüldüğü gibi idare yargıcını belli bir yönde hareket konusunda bağlı kılınmamıştır.

Fakat *Conseil d'État*'nin kendiliğinden kabul etmediği *injonction* yetkisi, aktif olarak savunuldu ve 1995 yılında yasa koyucu tarafından kesin olarak çözüme kavuşturuldu.

B. Yöntemin Yerindeliliği

Kamu kişilerine karşı idare yargıcına verilen *injonction* yetkisinin dayanağını oluşturan teorik düzenin yerindeliliğine takılıp kalınmayacak. Önceki karşıt çözüme yöneltilen eleştirel görüşler genel olarak sıkça ortaya konuldu³⁴. Bundan böyle Fransız idare yargıcını, hukukun ortaya koyduğu yetkilerin doğal uzantısı olan emretme yetkisine, diğer herhangi bir yargıç gibi bütünüyle kullanacak güçtedir. Bu şekilde idare yargıcını güçlendirilmiş bulunmaktadır. Somut olarak yargı kararlarının uygulanmaması, kaygı verici boyutlara ulaşmış değil, ancak bu yetki ile idare daha yargılanabilir duruma gelmektedir.

³¹ Ve Barre et Honnet içtihadıyla birlikte.

³² İdare Mahkemeleri yasasının L.8-3.maddesi; 16 Temmuz 1980 tarihli yeni yasanın 6-1.maddesi. *Injonction* ve *astreinte*'in birleştirilmesi Mecliste ve Senatoda tartışma konusu yapıldı. Eşit Karma Komisyon, Senato'nun görüşü yönünde tartışmayı çözüme kavuşturdu. (Bkz. Jo Dep. Senat 20 oct. 1994, s.4588; P. Fauchon'nun raporu, Doc. Sénat 1994, no 30, s.168; JO Dep. Ass. Nat. 21 nov. 1994, s.7298; JO Dep. Sénat, s.7407; M. Porcher ve P. Fauchon'nun Eşit Karma Komisyonundaki raporu, Doc. Ass. nat, 22 déc. 1994, s.9598; JO Dép. Sénat 22 déc. 1994, s.8060.

³³ Bu günkü İdari İstinaf Mahkemeleri ve İdare Mahkemeleri Yasasının yeni L.8-4.maddesine bakınız, karardan sonra *injonction*u öngörmektedir: "Bir ilk derece mahkemesi yüksek mahkemenin kesin kararı uygulanmadığında, ilgili taraf, idare mahkemesinden veya idare istinaf mahkemesinden, kararın belli bir sürede uygulanmasını emretmesini talep edebilir"; Bunlar, idareyi bu tutuma yönlendiren özel tip uygulama emirleridir. (Bkz. Chr. Huglo et C. Lepage, op. cit., s.14 ; E. Picard, op. cit., no 37)

³⁴ Bkz. Adı geçen incelemeler; Yetkilerin ayrılması yönündeki Fransız anlayışı serüveni gibi aktif idare ile yargıcının ayrılması ilkesi yönünde sıkça ileri sürülen argümanları hatırlayalım. Bununla birlikte bu görüş, ne teorik bakımdan ne de tarihi bakımdan kabul edilebilir değildir. (bkz. Adı geçen incelemem, s.804).

Reformun anayasal yerindeligi üzerinde daha fazla ısrar edilmeyecek. Yasakoyucu, 16-24 Ağustos 1970 tarihli yasa ve III. yıl 16. fructidor (= devrim takviminin 12. ayı) tarihli kararnamenin yorumundan çıkan idari ve adli otoritelerin ayrılığı olarak ifade edilen ve anayasal bir değer atfedilen³⁵ prensibe aykırı davranmış kabul edilebilirdi³⁶. Çünkü Anayasa Mahkemesi, "yargıçların bağımsızlığını" (idare ve yargı ayrılığı) korunması görüşündedir. Böylece fonksiyonların kendine özgü karakterleri üzerinde ne yasama ne de yürütme bir tasarrufta bulunabilecektir³⁷.

Anayasa Mahkemesinin, yasanın yürütmeye karşı *injonction* yetkisini (yasama ve yürütmenin yargıçlara emir verememesinde olduğu gibi³⁸) kabul etmemesi, incelediğimiz konuyu değişikliğe uğratmayacak³⁹: Bu problem, yetkilerin kesin olarak ayrılması bağlamında bir yere sahiptir. Yüksek Mahkeme, yasanın anayasaya uygunluğunu ortaya koyduğu yorumunda, uygulama yükümünde olan idari ve yargısal otoriteler ile kamu yetkililerine karşı gerçek bir *injonction* yetkisinin verilmesi konusunda, mutlak çekincelerini

³⁵ Cons. Const., décis. No 86-224 DC du 23 janv. 1987, Rec. Cons. Const. 1987, s.8 ; Grandes décisions du Conseil constitutionnel. 8^e., Dalloz 1995, no 41, s.687, obs. L. Favereu et L. Philip ; Bu dergi (RFDA) 1987, s.287, not B. Genevois ; ibid., s.301, not L.Favereu; JCP 1987.II.20854, not J.-F. Sestier; RD Publ. 1987, s.1341, not Y.Gaudement; Rev. Adm. 1988, s.29, not J.M. Sorel; Gaz. Pal. 1987.1.209, not C.Lepage-Jessue; JCP, ed., CI, 25 juin 1987, not D. Rousseau; Grands arrêts de la jurisprudence administrative, 10^e ed., Sirey 1994, no 112, s.710, obs. M.Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé et B. Genevois.

³⁶ Bkz. Adı geçen çalışmam, s.805.

³⁷ Cons. Const., Déc. No 80-119 DC du juill. 1980, Rec. Cons Const., s.46 ; Grands décisions..., op. cit., no 29, s.404, obs. L. Favereu et L. Philip ; AJDA 1980, s.602, not G. Carcassonne ; D.1981.65, not C. Franck ; D.1981. IR.357, obs. L. Hamon ; JCP 1981.III.19603, not Nguyen Quoc Vinh ; Rev. Adm. 1981, s.33, not M. de Villiers ; Gaz. Pal. 8-10 et 11-12 fev. 1981, not J.Y. Plouvin. Buna idari yargının varlığının anayasal olarak kabul edilmesini (ve 23 Ocak 1987 tarihli kararın verdiği yetkilerin sert çekirdeğini) ekleyiniz,

³⁸ Dec. No 80-119 DC du 22 juill. 1980; Yargı kararlarını eleştirmek, yargıya emirler göndermek ve yetkilerini kaldırarak uyumsuzluğun çözümünde onun yerine geçmek ne yasamaya ne de yürütmeye düşer.

³⁹ Anayasa Konseyi, Déc. no. 7 FNR du 21 déc. 1966, Rec. Cons. Const, s.37; JCP 1967.II.14964; Déc. no.78-95 DC du 27 juill. 1978, Rec. Cons. Const. 1978, s.26; AJDA 1979, s.27, not. C. Frank; RD Publ, 1979, s.497, obs. L. Philip; Déc. No. 78-102 DC du 17 janv. 1979, Rec. Cons. Const. 1979, s.26,D.1980, s.233, obs. L. Hamon; Déc. No.82-142 DC du 27 juill. 1982, Rec. Cons. Const. 1982, s.82; Rev. Adm. 1982, s.509, not. R. Etien; RD Publ. 1983, s.333, obs. L. Favereu; Déc. no.94-351 DC du 29 déc. 1994, Rec. Cons. Const., s.140,AJDA 1995, s.336, not. J-P. Camby; JCP 1995.II. 22400, not. Nguyen Van Tuong; RFD const. 1995, no.21, s.170, obs. L. Philip, Grandes décisions...no.48, s.864, obs. L. Philip.

aşmada tereddüt etmedi⁴⁰. *Injonction*ların emredici niteliği üzerinde L. Favoreu ve L. Philip şuhları ifade ediyorlar⁴¹: “Bu şekilde ortaya konulan formülde, uygulama yükümünde olan muhtelif otorite ve yetkililerin uygulama borçları konusunda hiçbir tereddüt bulunmamaktadır”.

Önceki düşüncelerden hareketle idareye yargısal emirler gönderilmesi yasağında ısrar edilmiş olsaydı, Avrupa Birliği veya Avrupa Konseyi'ndeki Fransa'nın partneri olan devletlerdeki temel haklar bakımından bir çelişkiye sebebiyet verilmiş olurdu.

1) İç hukukta çeşitli Bağımsız İdari Otoriteler (Görsel-İşitsel Basın Yüksek Kurulu, Rekabet Kurulu, Borsa Faaliyetleri Kurulu, Bankacılık Komisyonu, Sigorta Kontrol Komisyonu vs.) yararına *injonction* yetkisinin verildiği bilinmektedir⁴². Yine Mediateur ve Conseil d'État'nın yargı bölümü başkanı, görsel-İşitsel iletişim hizmetleri işleticilerine karşı, 30 Eylül 1986 tarihli (17 Ocak 1989 tarihli yasayla değişik) kanunun⁴³ 42. maddesi ile, yasadan doğan borçlarını yerine getirmeleri sağlamak için aynı yetkiyle donatılmıştır.

Yargısal otoriteler kadar yargısal olmayan otoriteleri de ilgilendiren bu yasal tedbirlere, son tarihlerde yeni düzenlemeler ilave edildi⁴⁴ İdare mahkemesi başkanına verilen *injonction* yetkileri (Yeni İdare Mahkemeleri Ya-

40 Açıklamalar için özellikle Th. Di. Manno'nun tezine (1996, Aix-en Provence) bkz., Le juge constitutionnel et la technique des décisions interprétatives en France et en Italie, s.267 (emirler açıklayıcı kararlar); F. Moderne, “La déclaration de conformité sous réserve”, in Le Conseil Constitutionnel et les partis politiques, Economica 1988, s.93; R. Pinto, A Propos des techniques de contrôle de la constitutionnalité, RD Publ, 1991, s.1527.

41 Grands décisions..., op. cit., s.595.

42 N. Decoopman, Le pouvoir d'injonction des autorités administrative indépendantes, JCP 1987.I.3303; B. Delaunay, L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés, LGDJ 1993, s.221.

43 Doğrudan doğruya uygulanabilen bu *injonction*lar, uygun para cezaları ve koruyucu tedbirlerle birlikte olabilir (bkz. Adıgeçen inceleme, s.818; D. Truchet, Le pouvoir injonction du président de la Sanction Du contentieux du Conseil d'État, RFDA 1989, s.259); Bu usul Görsel-İşitsel Yüksek Konseyi Başkanınca başlatılmıştır. Hukuk işleri dairesi gerektiğinde *injonction* yetkisini kullanabilmektedir (CE, Sect., 20 janv. 1989, Commission nationale de la communication et des libertés c/SA Le Cinq, Rec. s.9, conc. Y. Moreau; AJDA 1989, s.136; ibid., s.85, chron. S. Azibert et M. De Boisdeffre; Dr. Adm. 1989, no.139; CE, Sect., 20 janv. 1989, Commission nationale de la communication et des libertés c/SA Télévision français TFI, Rec. s.13; AJDA 1989, s.136; ibid., s.85, chron. M. Azibert et M. De Boisdeffre; Dr. Adm. 1989, no.139.

44 Bazı sözleşmelerin imzalanması ve iş ve çalışma piyasasındaki itirazlara ilişkin 4 Ocak 1992 tarih ve 92-10 sayılı yasa (JO 7 Ocak, s.327), ekonomik hayatta açıklık ve rüşvetin önlenmesi ve kamu usullerine ilişkin 29 Ocak 1993 tarih ve 93-122 sayılı yasayla (JO 30 Ocak, s.1588) değişikliğe uğramıştır.

sası madde L.22 ve L.23) ilkin sadece kamu kesimi için düşünülen veya sadece aleni borçlara saygıyı sağlamak için Comünlerde ilk adımları atılan ve 21 Aralık 1989 tarih ve 89-665 sayılı yönerge ile⁴⁵ kabul edilen bu düzenlemeler daha sonra tüm kamu kesimi ve kamu hizmeti sözleşmelerinin hepsine uygulanacağı açıklanmış oldu. Özellikle L.22. madde şunları içermektedir. Borçlarını yerine getirmekte kusurlu olanlara emirler verme ve sözleşmenin imzalanmasını erteleme, idareye yüklenmiş olan ve onlar için bir kamu buyruğu olan açık borçlarını ödemeleri veya kamu hizmetlerinin yönetimini devralanların bu borçlarını tanımamaları halinde sözleşmedeki şartların veya yöneltilen talimatların yürürlükten kaldırılması⁴⁶. Topluluk hukukunda "kamu kesimi" için öngörülen fakat özel hukukun belirttiği kimi kesimler için de uygulanan buna benzer bir yetki, seri muhakeme yargıcına da tanınmıştır⁴⁷. Bu tür yasal düzenlemeler, idareye yargısal emir gönderme yasağının zayıflamasına katkıda bulunduğu muhakkaktır.

Reform niteliğindeki bu düzenlemelere, adli yargıcın kullandığı yetkilerin kanıt olarak ileri sürülmesine küçümseyici ifadelerle yaklaşılacaktır ki bunlar idari düzenin bir türdeşidir ve idare ile ilişkilerinde kendini otosansüre tabi tutmaya olanak veriyor. ("Ceza yargılamasının çözümünün, düzenleyici ya da birel idari işlemin yorumuna bağlanması durumunda" ceza yargıcının yetkisinden söz edilmeksizin⁴⁸) ceza yargıcı yargı kararlarının

45 JOCE 30 déc. 1989, no. L. 195.

46 Şimdiden zengin bir literatür oluşmuştur: "Le référé Précontractuel (dossier) ,RFDA 1994, s.727; P. Delvolvé, "Les nouveaux pouvoirs du juge administratif dans le contentieux des contrats", in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs?, Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, Dalloz 1996, s.83, not. s.85; R. Vandermeeren, Le référé administratif précontractuel, AJDA 1994, no. spéc., juill-aout, s.91; Ph. Couzinet, La loi no 92-10 du janvier 1992: Les nouveaux pouvoirs du juge en matier de passation des marchés, Marché publ., 1992, no.269, s.45; Les nouveaux pouvoirs du juge en matier de passation des marches publics (suit), ibid., 1993, s.48; Les nouveaux pouvoirs du juge en matier de passation des marches publics et des conventions de délégations de service public: dernier développements, ibid., 1993, no. 276, s.79; Ph. Terneyre et D. De Béchillon, "Contentieux des contrats administratifs", Rep. Contentieux Adm., Dalloz no.219; Ph. Terneyre, L'apport au droit des marches publics de la loi anti-corruption, RFDA 1993, s.952; Ph. Terneyre, L'émergence d'un recours contentieux du troisième type, ALD 1992, s.82; M. Renciere, L'article L.22 du code des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel : innovations et interrogations, Petites Affiches 12 aout 1994, s.7.

47 3 Ocak 1991 tarih ve 91-3 sayılı yasa (JO 5 Janv., s.236), 4 Ocak 1992 tarih ve 92-10 sayılı yasa ile değişikliğe uğramıştır; Bkz. L. Cadiet, Les marchés publics devant le juge civil, RFDA 1993, s.184.

48 Art. 111-5 NCP.

uygulanmasının içerdiği yapma ya da yapmama borçlarını kamu kişilerine emretmekte hiç de tereddüt etmiyor⁴⁹.

Bu eğilim prensiplerle bağdaşmaz değildir: Rekabet şartlarına uymama-ya ilişkin denetimde olduğu gibi; Paris istinaf mahkemesi bir idare-Ulusal Meteoroloji Yönetimi- hakkında “tespit edilen rekabet dışı uygulamanın durdurulması, havacılıkla ilgili kodların derlendiği mesajların, belirlenen şartlarla diğer kurumlara verilmesi” yönünde karar vermiştir⁵⁰. Bu kararı eleştiren M. Drago’nun kendi kendine sorması sebepsiz değil; şayet idare yargıcısı bu konumunu sürdüreceyse, bu etkinliğinin sınırı belirsiz olacaktır⁵¹.

2) İç hukukta Avrupa hukukuna, Topluluk hukuku ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi iki kanatlı bir yaklaşma söz konusudur.

Topluluk organları ortaklık hukukunun tanıdığı hakların korunması amacıyla, yargıcın (adli-idare) idareye karşı bir *injonction* yetkisinin ulusal hukuklarda da kabulü yönünde bir zorlamanın yapılmasını hiç tereddütsüz kabul etti. Ünlü “Secretary of State for Transports v. Factortame Ltd.” (CJCE 19 Juin 1990) kararında bunu ortaya koydu⁵². Bu kararda başlıca şu gerekçelere yer verdi: “Bir ulusal hukuk kuralı, topluluk hukukuna göre açılan bir davada yargıcın, topluluk hukukundan doğan hakların geleceği bağlamında yargısal kararın tam etkililiğini garanti altına almak için bazı tedbirlerin alınmasına engel teşkil ediyorsa, topluluk hukukunun etkinliğini azaltmış olacaktır. Bu durumda tedbirlere başvuracak olan yargıcın, kendisini engelleyen bir ulusal hukuk kuralı ile karşılaşmaması ve böyle bir kural varsa bunu saf dışı etmesi sonucu çıkar...”. Topluluk hukukundan bahseden bir yazar⁵³ 1990’larda doğru olarak şunları ifade etti: “Topluluk hukukunun uygulanmasında idareye, uygun bir tedbirin alınması yönündeki *injonction*

49 Op. cit., s.813; adde Soc. 26 mai 1987, D.1988.SC 290, obs. X. Prétot (İş kazaları tazminatlarının ödenmesi ile ilgili L. 436-1 C maddesinin uygulanması, kamu hukuku kişisine bir astreinte gönderilmesini gerektirmektedir.

50 Paris, 18 mars 1993, RFDA 1994, s.81, not. R. Drago; AJDA 1993, no.62, s.652, not. M. Bazex. Diğer taraftan bu kararın Yargıtay ticaret dairesince (başka gerekçelerle) bozulduğunu ifade edelim (Comm. 12. déc. 1995, Quot Jur. 16 janv. 1996, s.8, not. D. M.).

51 Op. cit., s.9.

52 Rec. CJCE, s.2433, concl. Tesouro; RFDA 1990, s.912, not. J. C. Bonichot; Rev. Marché commun 1990, s.591, not. D. Simon et A. Barav; AJDA 1990, s.832, ndt. P. Le Mire; Rev. Jur. Huest France 1991, no.1, s.73, not. Ph. Olive; Gaz. Pal. 1991-1 Doctr., s.90; Bkz. S. Boyron et L. Neville Browne, L’affaire Factortame : droit communautaire contre droit public anglais, RFDA 1994, s.70; Chr. Debouy, Intégration communautaire et pratique pnocedurale du juge administratif français, JCP 1992.I3616; J. Bell, Sur le pouvoir du juge britannique d’adresser des injonction à la Couronne, RFDA 1990, s.920.

53 J.-C. Bonichot, op. cit., s.918.

gönderilmesi söz konusu olduğunda idari yargı yerleri buna karar vermeye kendilerini yetkili bulacaklardır". Kuşkusuz burada söz konusu olan topluluk hukukunun ortaya koyduğu haklardır, ancak bunun iç hukuk bakımından önemi küçümsenecek durumda değildir.

Ulusal yargıçların idareye karşı *injonction* yetkisini kabul etmeyen devletlerin bu yetkiyi kabulü konusunda, Strasburg Mahkemelerinin içtihadının etkisi çöktür. Burada şunu ifade etmek gerekir ki, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi organlarının (Komisyon veya Mahkeme) konusu ile Avrupa Birliği Adalet Mahkemesinin konusu tamamen benzer değildir⁵⁴. Nevarki insan hakları yargıçları, hakkın ne olduğunu söylemekle görevli otoriteye (Sözleşmenin 6. maddesi) somut bir başvuru durumunda "tarafalara karşı zorlayıcı tedbirlere başvurmak, hukuki uyuşmazlığı kesin karar bağlama yetkisiyle donatılmış bir organ olan mahkemenin temelidir" diye cevap vermektedir⁵⁵.

Öte yandan biliniyor ki İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, hukuki sorunların araştırılması ve uyuşmazlığın ortaya çıkarılması için tam yargı davası yerine daha iyi garantileri kapsayan üstü örtülü bir para cezasını öngörüyor. Bazı kararlarda dile getirilen ve ceza alanındaki yaptırımların kontrolünün harekete geçirilmesinde Yüksek Mahkemenin korumak istediği kavram; "idari otoritelerin kararlarının denetimi için gereken yetkilerin kapsamını hiç kimse sınırlayamaz"⁵⁶ şeklinde açıklanmaktadır. Tam yargı davasını yorumlayan (İnsan Hakları Avrupa Anlaşmasının organlarını bu hususta yetkili buluyor) Melchior⁵⁷ bu konuda şunları yazıyor; sözleşmenin 6. maddesine göre birleşen yetkiler varsayımını savunmak zor olmayacaktır. 6. maddeye

54 Sözleşmeye taraf ülkeler için zorlayıcı geçici tedbirlere karar verme yetkisinin yokluğu konusunda bkz. CEDH, 20 mars 1991, Cruz Varas et autres c/ Suède, Série A, no.21; Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, 4. bası, Sirey 1994, no.54, s.23, obs. V. Berger; AFDI 1991, s.582, obs. V. Coussirat-Couster; JDI 1992, s.783, obs. E. Decaux et P. Tavernier; RTDH 1992, s.251, étude E. Garcia de Enterría; D.1992.SC 327, obs. J.F. Renucci; RUDH 1991, s.209; ibid 1992, no.1-2, s.1, obs. F. Sudre; Yearbook of European Law, 1991, s.544, étude C. Warbrick; British Yearbook of International Law, 1991, s.500, obs. J.G. Merrills; RUDH 1991, s.205, étude G. Cohen-Jonathan.

55 CEDH, 8 déc. 1982, Sranek c/ Autriche, Série B, no.69, s.61; Bkz. Şu çalışmalar, J.C. Bonichot, D. Maidani et B. Pommies sous CJCE, 15 mai 1986, Marguerite Johnston c/ Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, Rev Marche communal, 1998, s.36; L. Dubois, "Topluluk hukukunun genel iki ilkesi konusunda (etkili yargısal denetim ve ulusal otoritelerin kararlarının gerekçeli olması ki bunlar topluluk kurallarında uzun çabalar sonunda oluşmuştur", RFDA 1988, s.691.

56 CEDH 19 mai 1992, Pramstaller c/ Autriche, req. no.16713/90, s.51,52.

57 CEDH 19 mai 1992, Pramstaller c/ Autriche, req. no.16713/90, s.51,52.

göre “dava konusu işlemin hukuka aykırılığını tespit eden yargı yeri, bunu yerine getirmeyen idare yerine karar almaya kendisini yetkili bulabilmektedir”. Bu durum *injonction* yetkisinin ötesinde bir yetkidir.

3) Avrupa birliğindeki partnerimiz olan ulusal hukuklara gelince, onlar çoğunlukla yargıcın idareye karşı bir *injonction* yetkisine yer vermektedirler.

Yargı birliği ilkesinin geçerli olduğu ülkelerde *injonction* yetkisinin kabulü şaşırtıcı değildir. Söz konusu modelin uygulandığı Büyük Britanya’da *injonction* yetkisi, yargısal emirlere (judicial review-injunction) elverişli yargılama usulleri dahilinde-idari rejimin aksine- geleneksel olarak kabul edilmektedir. Yalnız Kraliyet bu açıdan özel bir imtiyaza sahiptir⁵⁸. Ancak 1977 tarihli Crown proceeding Act ve 1981 tarihli Supreme Court Act ile kabul edilen yeni düzenlemeler Kraliyet çevresinde oluşturulan koruma hükümlerini yumuşatmıştır⁵⁹. Bazı yönleriyle Britanya hukukuna yakın olan Hollanda hukuku, idari işlemlerin hukukilik denetimini adli mahkemelere bırakmıştır ki, bu mahkemeler gerektiğinde idareye karşı *injonction* yetkileri kullanabilmektedirler. Zaten Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de Sözleşmenin 6.maddesi gereği bunun kabulü gerektiğini ortaya koymuştur⁶⁰.

Yargı birliği sistemini (küçük farklılıklarla) kabul eden ülkelere gelince; bunlar içinde Fransız Conseil d’État’sının çizdiği yolu takip eden çok azdır (Portekiz, Lüksemburg ve Belçika). Diğerleri *injonction*un varlığını kabul ettiler. M. Fromont’un ortaya koyduğu gibi Almanya’daki durum ise şöyledir; İdare yargıcı “vatandaşın haklarının tam olarak sağlanabilmesi için her türlü *injonctionu* idareye gönderebilir”⁶¹. Bu yetki özellikle idareden, bir idari işlemin (Verpflichtungsklage) veya belirli yükümlülüklerin (Leistungsklage) elde edilmesine ilişkin başvurular bağlamında işlemekte-

⁵⁸ J. Belle, Sur le pouvoir du juge britannique d’adresser des injonctions à la Couronne, RFDA 1990, s.920; S. Boyron et L. Neville Brown, L’affaire factortame: droit communautaire contre droit public anglais, 2. bası, Dalloz 1992, no.474, s.380. Anımsatalım ki Kral, ulusal hükümetin bakanlarını ve ulusal gelirin harcanması mekanizmalarını belirlemektedir.

⁵⁹ Bu nokta için bkz. M. Matthews, Injunctions, interim relief and proceedings against Crown servants, Oxford Journal of Legal Studies 1988, s.154; Bir bakana *injonction* gönderilmesi ihtimali için bkz. M. v. Home Office (1993) A 11 ER 537.

⁶⁰ 27 Kasım 1991 tarihli karar, Oerlemans c/ Pays-Bas, Serie A, no.219, s.56, 57.

⁶¹ “La justice administrative en Europe.Convergences”, Mélanges R. Chapus, op. cit., 197, not. 206; L’exécution des décisions du juge administratif en droit français et allemand, AJDA 1988, s.243.

dir⁶². Aynı şekilde İtalya'da medeni hukukta varolan yargı kararlarını yerine getirme usulleri, Conseil d'État kararlarıyla (Fransız Conseil d'État'sının aksine radikal bir tutumla) genişletildi. İdarenin hareketsiz kalması durumunda, yargı kararlarının uygulanmasının içerdiği⁶³ düzenleyici veya birel işlemleri Conseil d'État adına almaya yetkili bir Komiserin atanması müessesesi geliştirildi. İspanya'da 1978 de kabul edilen yeni anayasa çerçevesinde idare, yargı kararlarının uygulanmasında hiçbir ayrıcalığa sahip değildir. Yalnız Anayasanın 24. maddesinde ortaya konulan vatandaşlar için somut bir yargısal korunma hakkı ("tutele judicial efectiva") prensip değil, 117-3.madde "tüm dava tiplerinde yargısal yetkilerin kullanılması, yargı kararlarının uygulanmasını sağlamak için gerekli kararların alınmasını da kapsar-118. maddede ise, kesin hükümlerin ve yargısal kararların idare tarafından uygulanması idare için bir yükümlülük olduğu ifade edilmektedir⁶⁴.

8 Şubat 1995 tarihli yasadan önceki Conseil d'État'nın oluşturduğu içtihadın aksine olan örnekleri çoğaltmak mümkündür⁶⁵.

Şayet yeni yasa metni idare ile idare yargıcı arasındaki normal ilişkileri yeniden düzenliyorsa, belli bir görecelikle ortaya çıkabilecek sonuçları hesap etmek gerekecek.

II. YARGILANABİLİR İDAREYE KARŞI NİSPİ BİR ZORLAMA

İdare ve yargıç ilişkilerinde yepyeni bir metodolojiyi içeren bu reformun kesin sonuçlarını saptamak hiç de kolay görünmemektedir. Tedrici olarak bunun sınırlarını saptamak idari yargı düzeninin yüksek mahkemesi olarak Conseil d'État'ya ait olacaktır. Kurulun 26 Mayıs 1995 tarihli iki kararına –

⁶² G.H. Memper, Le pouvoir du juge dans le contentieux administratif allemand, les effets de son jugement et l'exécution de sa décision, EDCE, no.43, Doc. Franç. 1991, s.329, not.

⁶³ S. Cassese, La justice administrative en Italie, Perspectives de réforme, EDCE, Doc. Franç. 1994, s.545; J.-P. Costa, L'exécution des décisions des juridictions administratives en Italie, AJDA 1988, s.368; J.-P. Costa, L'exécution des décisions de justice, AJDA 1995, in Le Droit administratif, no. Spec., s.227.

⁶⁴ Bu hususta bkz. E. Garcia de Enterría et T.R. Fernandez, Curso de derecho administrativo, cilt.2, 4. bası, Civitas, Madrid 1993, s.640; Bazı yazarlar bu günkü İspanyol idare yargıcının, idarenin yerine geçmesini tasvip ediyorlar (L. Martin-Retortillo, Le contentieux administratif, RFDA 1988, s.233, not. s.235; M. Beltran de Felipe, El poder de sustitucion en la ejecucion de las sentencias condenatorias de la administracions, Civitas, Madrid 1995, E. Garcia de Enterría'nın önsözü.

⁶⁵ İsviçre konusundaki incelemeler için bnz. B. Knapp, Quelques problèmes de la juridictions administrative en Suisse, EDCE, no.46, Doc. Franç. 1994, s.577, not. s.592.

Etna ve Prefet de la Guadeloupe⁶⁶- göre yeni *injonction* yetkisi bir kararname gerekmeksizin doğrudan doğruya uygulanabilir niteliktedir. İdare mahkemelerinden bazıları da yavaş yavaş bu yönde karar vermeye başladılar⁶⁷. Hükümet komiseri F. Scanvic'in ortaya koyduğu argümanlarda diğer tüm yorumlar da gözler önüne serilmektedir.

Injonction yetkisinin fiilen kullanımındaki nüansların ayrıca belirlenmesi gerekmektedir: Yargıcın yetkilerinin önemli farklılıklar arz ettiği iptal davası ve tam yargı davasında *injonctionun* kapsamı farklılıklar arz edecektir; iptal davasında, düzenleyici işlemler ve birel işlemlere karşı başvuruları birbirinden ayırmak uygun düşecektir. Birel işlemlerde alınacak tedbirleri önceden (a priori) belirlenmesi hemen hemen imkansız olduğundan, alınacak tedbirler her davaya özgü olarak ayrı ayrı olacaktır. Yargıcın bu yeni yetkilerinden doğan kararlarına adapte etmek için, reformun kamu personeli (veya kamu hizmeti görevini üstlenmiş özel hukuk kişisi) hakkında doğuracağı "pedagojik" etkileri de ihmal edilmemelidir. Fakat hangi yönde bir uyarılma yapılacağını önceden kestirmek zordur. Bugün idare daha az serbesttir; kararlarda yer alan gerekçeler ve *injonction* idarenin manevra kolaylığını sınırlandırmaktadır.

Yasakoyucu tarafından henüz düzenlenen yasanın muhtemel dolaylı etkileri karşısında yargıç nasıl tepki verecek? Örneğin, idari yargıcın *injonction* yetkisinin yasaklandığı prensibine dayanan *Ministre des affaires sociales c/ Amoros et autres* kararı⁶⁸ ortadayken, olumsuz denilen (red veya imtina) kararlarının uygulanmasının durdurulmasını (tecilini) kabul edecek mi? Kamu personelince alınmış kararların iptalini almış olan tarafların hakkını ortadan kaldıran içtihadi kural (gerekçesi belirsiz olan prensip), yargısal *injonctionun* resmen kabulünden-bir bakıma- etkilenmiş olmayacak mı⁶⁹?

⁶⁶ AJDA 1995, s.505, chronn. J.H. Stahl et D. Chauvaux, not D. Artus; F. Scanvic'in ulaştığı sonuçlara bkz.; bu düşünce biçimi aynı zamanda 27 Mart 1995 Heulin (RFDA 1995, s.628, no.5) ve 7 Nisan 1995 Surry (req. no.154.129) kararlarının temelini oluşturmaktadır. Yüksek yargı 8 Şubat 1995 tarihli yasayla değişik 16 Temmuz 1980 tarihli yasanın yeni 6-1 maddesini uygulayarak *injonction* taleplerini reddetti.

⁶⁷ Lyon İdare Mahkemesinin 6 Nisan 1995 tarihli kararı, Cts. Ciuciu, Gaz. Pal. 5-6 Mai 1995, s.13; Lyon İdare Mahkemesinin 13 Nisan 1995 tarihli Ali Mabchaur kararı, req. No.95-290; Yine bkz. Lyon İdare Mahkemesinin 29 Mart 1995 tarihli kararı, SCI Pegaz, req. no.94-03219.

⁶⁸ CE, Ass., 23 Janv. 1970, Rec. s.51; AJDA 1970, s.174, not. X. Delcros; ibid., s.609, chron. D. Labetoulle et P. Cabanes; RD Publ. 1970, s.1035, not. M. Waline; bkz. Adı geçen çalışmamız, s.811.

⁶⁹ Bu hususta bkz. R. Chapus, Droit du contentieux administratif, op. cit., no.811, s.279.

Yargıç kendi hükümleriyle oluşturduğu bu araçları nasıl kullanacak? Bunları kararlarını kapsamını açıklamada veya aydınlatmada bir araç olarak mı görecektir veya yargı kararlarının uygulanmasının gerektirdiklerinin ötesinde idareyi kısıtlayıcı almanın çekiciliğine (kimi yabancı yargıçlar buna karşı durmadılar) mi kapılacak? Mevcut durumla çatışan ve karma karışık hale getirilen bu anlaşılması güç öngörülere nasıl tepki verecek? Bu karışık durumlara idari yardımların iptali veya kamu görevlilerinin terfilerinde daha sık rastlanmaktadır. Burada bir çok aktör rol oynamaktadır. Bu rollerin uyumlu bir biçimde oynanabilmesi için zamana ihtiyaç vardır.

Bu rölativitenin, söz konusu reformun zeminini teşkil eden incelemeler olarak idareyi hedef alan zorlamalardan ortaya çıktığı sanılmaktadır, yani tam anlamıyla *injonction* tedbirleri.

A. Reformun Zemini

Sahip olunan bakış açılarına göre öngörüler farklı olacaktır. 1995 reformuyla oluşan pozitif hukukun formel düzeni hususundaki bu genel gözlemlerden sonra, *injonction* yetkisinin kullanımına getirilen koşullar üzerinde de birkaç söz söylemek gerekir.

1) Doktrindeki kimi görüşlere özellikle R. Chapus'ya göre⁷⁰: "Tüm ağırlığına rağmen, idareye emirler verme yasağını tersine döndüren anlayış, uygulamada *injonction* yetkisine sahip mahkemelerin, bu yetkilerini sınırlı kullanmaları sebebine bağlı olarak ortaya çıkmıştır".

Bu açıdan yeni *injonction* yetkisinin, daha önceki yasağı "ilga" ettiği biçiminde sunulmaktadır. Oysa, yasaklama prensibi tamamen ortadan kalkmamakta, iptal kararına yeni eklemeler yapılmaktadır⁷¹. Özellikle, sözkonusu *injonction* prensibinin kabul edildiği formülasyonda dahi bu yasaklama varlığını sürdürecektir. Yani, yargılamanın bünyesinde olduğu kabul edilen *injonction*lar, sadece kesin hükmün uygulanması için söz konusudur, bunun dışında yasak devam etmektedir⁷².

Böyle bir yaklaşım çok indirgen değil midir? İdare yargıcı, vatandaş (idare edilen) tarafından talep edilen *injonction*'a, pek kolayca karar verebilecekken, bu yaklaşımda kendiliğinden karar veremeyecektir. İdare fonksiyon-

⁷⁰ Op. cit., no.803, s.719; bkz. R. Perrot, Institutions judiciaires, 7. bası, Montchrestien 1995, no.39, s.40.

⁷¹ İbid., no.807, s.724.

⁷² İbid., no.806, s.721.

larında yargıcın tüm müdahalelerini yasaklayan devrim metinleri olarak bilinen kural, bu müdahaleyi engelleyecektir⁷³.

Fakat yargı, yargılama yetkileri ile yetinirse, yani davadaki taleplerle kendini sınırlı kabul ederse iki durum ortaya çıkacaktır: Ya açılan davada taraflardan birinin *injonction* talebi yoktur, böyle bir talep olmamasına rağmen yargıç, bir yapma ya da yapmama yükümlülüğüne karar vererek görev sınırını aşacaktır (bir talep olmasa bile kesin hükmün uygulanmasını sağlamak için yine de bir *injonction*'a gerek olabilecektir); ya da açık bir *injonction* talebi vardır ve yargıç normal olarak davalıya karşı *injonction*'lara karar verebilecektir.

Özel hukuk yargıcına verilen *injonction* yetkisi (veya diğer adli sistemlerde), yargıcın yerine getirdiği göreve bağlanmaktadır. Çoğu kez ifade edildiği gibi *injonction* yargılama fonksiyonunun doğal bir uzantısıdır⁷⁴. Anlamı değişmeksizin bu çerçeveden uzaklaşmayabilecek. Bu açıdan idari başvuru hakkı, özel bir inceleme modelinde yer alıyor gibi görünmüyor. Yeni yasal metinlere göre, idareye *injonction* gönderme yasağı prensibinin devam ettirilmesi mümkün gözükmemektedir. Bu sadece bakış açılarının karıştırılmasından ibarettir.

2) Yasayla idare yargıcına verilen *injonction* yetkisinin çerçevesi, bizzat yasa koyucu tarafından muhtelif açılımlarıyla ortaya konulmuştur.

a) Burada düzenlemeye konu olan yargıçlar münhasıran idare mahkemeleri, idari istinaf mahkemeleri ve Conseil d'État yargıçlarıdır (İdari Mahkemeler Yasasının L.8-2. maddesi; 16 Temmuz 1980 tarihli yeni yasanın 6/1. maddesi).

İfade etmek gerekir ki, genel mahkemeler dışındaki özel mahkemeler bu çerçevede ele alınmadılar. Yine deniz-aşırı topraklardaki idari başvuru kurumlarını (neyse ki bunlardan sadece biri, Wallis-Furtuna adalarındaki varlığını sürdürmektedir) da ayırık tutmak gerekir. Bunlardan ne yeni yasa metninde

⁷³ Bu kural aşağı yukarı itiraz edilen kararların yerini doldurabilmek veya değiştirebilmeye kendini uydurabilmek zorunda olmasına karşın, sözüün gelişi özellikle tam yargı davalarında.

⁷⁴ Örneğin bkz. P. Hebraut, *L'exécution des jugements civils*, Bull. Ste de legisl. comp. 1957, s.186; Bir yargıcın yetkileri *yargılama ve emretme* gibi ayrılmaz iki parçadan oluşmaktadır. Antik Roma'dan (bkz. Ch. Jarroson, "Réflexions sur L'imperium", in *Etudes offertes a Pierre Bellet*, op. cit., s.245) bu yana *yargılama ve emretme* arasındaki ilişkinin tarihi gelişimi, yargılamanın her durumunun ortaya çıkardığı emretme (iç içe emretme teorisi) aşaması (ibid., s.264) üzerinde durmak gereksiz. Özellikle bkz. Jausse, *Traite de l'administration de la justice*, Paris 1717, s.2; Henrion de Pansey, *De l'autorité judiciaire dans les gouvernements monarchiques*, Paris 1810, s.101.

ne de parlamento çalışmalarında söz edilmiştir⁷⁵. Özel mahkemelerin verdiği kararların Conseil d'État önüne gelmesi durumunda, *injonction* yetkilerinin kullanılabilceği (örneğin parasal itaatsizlik cezasını (astreinte) emretme yetkisi gibi) açıktır.

Gözden kaçmamalıdır ki, *injonction* yetkisinin bazı sosyal yargılama kurullarına (Sağlık ve Sosyal Bölgelerarası Komisyonu, Ulusal Sağlık ve Sosyal Tarifelendirme Başvuru Komisyonu gibi) da verilmesi yönünde parlamentoda bir girişimde bulunuldu⁷⁶. Fakat Hükümet ve Kanunlar Komisyonu Raportörü buna başarıyla karşı koydular⁷⁷.

b) İdare mahkemeleri yasasının L.8-2. ve 16 Temmuz 1980 tarihli yasanın 6-1. maddelerine göre, yargısal emir gönderilebilecek kişiler "kamu tüzel kişileri ve bir kamu hizmetini yüklenen özel hukuk kişileridir".

Hükümet tarafından hazırlanan ilk projede "idare" yer almamıştı⁷⁸, daha sonra meclisin ilk oturumunda oylanarak kabul edildi⁷⁹. Senato Kanunlar Komisyonunun önerisi⁸⁰ ile "bir kamu hizmeti yönetimini üstlenen özel hukuk kuruluşları" ifadesi ince bir değişikliklerle, "bir kamu hizmeti görevini yüklenmiş özel hukuk kuruluşları" şekline çevrilmiştir⁸¹; hükümetin tasvibi ile bir "yazım değişikliği⁸²" gibi oylanıp kabul edildi (belki bu tartışılabilir) aşağıdaki sebepler nedeniyle de iade edilmedi⁸³.

"Bir kamu hizmeti görevini üstlenen özel hukuk kuruluşları" şeklindeki formülün devam ettirilmesi kuşkusuz yerinde olmuştur; "bir kamu hizmetinin yönetimini üstlenen özel hukuk kuruluşu" ifadesi daha çok kamu hizmetlerinin sözleşmesel yönetimini çağrıştırmaktadır. Fakat idare alanında para cezası (astreinte) ilişkin 16 temmuz 1987 tarih ve 80-539 sayılı yasanın 2.

⁷⁵ Diğer bir dönemde yargı birliği sisteminin idareye *injonction* gönderilmesini teşvik etmediği gerçeği ortadadır.

⁷⁶ JO Dep. Ass. nat. 21 nov. 1994, s.7298 (M. Hyst'in değişiklik önerisi).

⁷⁷ İbid., s.7299; Raportör M. Pdrcher, "astreinte ve *injonction* yöntemleri için çok uzağa gitmeye gerek olmadığını" altını çizmektedir.

⁷⁸ Doc. Ass. nat. 1994, no.1335, s.33.

⁷⁹ JO Dép. Ass. nat. 6 juill. 1994, s.4206.

⁸⁰ P. Fauchon raporu, Doc. Senat 1994, no.30, s.166 (idari *astreinte*'lerle ilgili değişik 16 Temmuz 1980 sayılı yasa hakkında yeni yazılanları peşpeşe sıralamak mümkündür).

⁸¹ JO Dép. Sénat. 20 oct. 1994, s.4590.

⁸² İbid., eod. loc.

⁸³ Millet Meclisi Kanunlar Komisyonu raportörünün yeni formülün yerindeliği (mantıksız değil) üzerinde kendi kendine sormasına karşın (M. Pdrcher, Doc. Ass. nat. 1994, no.1680, s.62).

maddesinin yazımı (30 Temmuz 1987 tarih ve 87-588 sayılı yasanın çıkışı da bunun bir versiyonudur) halihazırda böyledir. Terminolojik uyumsuzluktan kaçınmak iyi olur⁸⁴.

Öte yandan idari yargıcın etkinliği, idari karakterli ve idari yetkilere bağlı sunulan kamu hizmetinin kapsamına bağlı olabilir.

e) *Injonction* yetkisinin sonucunun alınması için gereken formüller için ayrı incelemeler gerekir. Yargıcın, *injonction* talebindeki iddiaları her durumda ayrı ayrı ele alması öngörülmektedir. (İdare Mahkemeleri Yasası md. L.8-2, 16 Temmuz 1980 tarihli Yasanın 6-1. maddesi). Burada açıklanan *injonction* yetkisi, mahkemenin görev sınırlarını aşmak anlamına gelmeyecektir. (Eski *injonction* yasağı prensibi kamu düzeninden kabul ediliyordu. Yeni düzenleme, bu yasağın kabul edilemeyeceği iddialarının ortaya konmasına izin veriyor)⁸⁵.

Millet Meclisi Kanunlar Komisyonu raporunda açıklandığı gibi yerindelik nedenleri açısından şöyle olması düşünülebilir⁸⁶. Belirtildiğine göre, kamu ortaklıklarına bir *injonction* gönderilmesi taraflarca istenilmedikçe, bu gönderilmeyecektir. Böylece yargısal karar gerektiğinde *injonction* yolunun uygulanmasına elverişli olmasına rağmen, açıkça talep edilmediği için dilekçeden anlaşılabilen *injonction*'un gönderilmesini de engelliyor.

Ancak burada, *injonction* istemlerinin temel davaya bağlandığı görülüyor; uygulamanın ertelenmesinin aksine, ayrı bir dilekçe gerektirmiyor. De-

84 Bazı yazarlar, "kamu hukuku kişiliğini örten ve özel hukuk kişisi görünümünde olan kişilere *injonction* gönderilebilmesi konusunu soruyorlar (D. Chabanol, op. cit., s.393). kuşkusuz bunlar kural olarak kamu hizmeti üstlenmiş kişilerdir, faaliyetini sürdüren kamu ortaklıkları gibi.

85 CE, 17 jan. 1963, *Ministre des anciens combattants c/ Faderne*, Rec. s.224; D.1963.688, not L. Di Qual; S.1964.88; Özellikle bkz. CE, 9 Juill. 1971, X, Rec. s.534; CE, 15 fev. 1978, *Plantureux*, Rec. s.73; CE, 23 avr. 1980, *Camlong*, Rec. s.104; AJDA 1981, no.3, s.51, conc. D. Hagesteen ve diğerleri. Öte yandan ifade edilmelidir ki, 16 Temmuz 1980 tarihli yasanın 2.maddesi, bir idari yargı kararının uygulanması için Conseil d'État'ya "R'sen bir *astreinte*'e karar verye yetkisini öngörmektedir. 8 Şubat 1995 tarihli yasanın 76.maddesi, koruyucu *astreinte*'ler veya yargı kararlarının uygulanması *astreinte*'leriyle ilgili olan L.8-3 ve L.8-4 CTACAA maddelerinde öngörülen varsayımlarda bu bendin uygulanmasını kaldırdı. Kuşkusuz şunu söylemek gerekir, *astreinte* konusunda re'sen karar verme yetkisi çok marjinal durumlarda kullanılabilir (örneğin Rapor ve İnceleme Dairesinin çağrısıyla); Conseil d'État'nın *astreinte*'ten yararlandığı durumlar için bkz. J.-M. Galabert, "L'application par le Conseil d'État des dispositions de la loi du 16 juillet 1980 relatif aux *astreintes*", in *Mélanges en l'honneur du professeur Gustave Peiser*, Presses universitaires de Grenoble 1995, s.241.

86 Doc. Ass. nat. 1994, no.1427, s.107.

mek ki burada ikincil istekler gibi algılanıyor. Fakat burada *talepten fazlası prensibinin* uygulanması uygun olacaktır⁸⁷.

Zaten hipotezin bütünü ele alındığında, İdare Mahkemeleri ve İdari İstinaf Mahkemeleri Yasasının L.4. maddesi yargı kararının uygulanması söz konusu olduğunda, mahkemenin bu uygulamayı ve ihtiyaç duyulan tedbirleri, muhtemel uygulama süresi ve zorlayıcı para cezası (astreinte) ile birlikte tespit edebilmesine olanak vermektedir⁸⁸. Davalıya bir *injonction* gönderilmesi hakkındaki görüş ayrılığı sona ermiş değil.

Yargıç tarafından açıklanacak düşüncelerin doğruluk derecesi, yine kendisi tarafından değerlendirilecek. Düzenlenmek istenilen tedbirler veya vazgeçilen düşüncelerle ilgili açıklamalar yeterli olacak mı? Detaya inmek gerekecek mi? Eksik ya da aşırı kabul edilen zorlayıcı tedbirlere dilekçe ile engel olunabilecek mi? Bütün bu soruların cevabı içtihat tarafından verilecektir.

B. İNJONCTION TEDBİRLERİ

Yasakoyucunun 1975 ten buyana idare yargıcına vermeye çalıştığı *injonction* yetkisinin kapsamı nedir? Yasanın alınmasını öngördüğü tedbirler ve yargısal yetkinin bünyesinde varolan tedbirler gibi çeşitli kategoriler şeklinde üzerinde durmaya çalışalım.

1) Yargıcın emir vermesinin ifadesi olan *injonction*, uygulanabilmesi için yargısal karara eşlik etmelidir. Şu halde *injonction*, yargısal kararın hüküm fıkrasında yer almalıdır. Bu durumda hükümdeki diğer unsurlar da aynı güçten yararlanacaktır. Gerçekten yargı kararının uygulanmasının sağlanması için, kamu hukuku kişisine (gerektiğinde özel hukuk kişisine) yüklenen borçlar (yükümlülükler) açıkça bildirilecektir.

Injonction'a özgü bir dava çeşidi düşünülebilir mi? Ortaya konan hipotezde⁸⁹ a priori olarak düşünülmemiştir. Esas hükümler için düşünülen hu-

⁸⁷ Örneğin bkz. Lyon İdare Mahkemesinin 29 Mart 1995 tarihli kararı, SA Pegaz, req. No.94-03219 (dosyanın tekrar incelenmesi süresinin tespiti konusunda).

⁸⁸ Conseil d'État ile ilgili olarak, idari astreinte'ler hakkında 16 Temmuz 1980 tarihli yasanın uygulanması çerçevesinde böyle bir yetkinin henüz düzenlendiği sanılabilir.

⁸⁹ D. Chabanol, op. cit., s.393; Bazı yorumlara göre (örneğin J.-M. Woehrling, Les nouveaux pouvoirs d'injonction de juge administratif selon la loi du 8 février 1995: propositions pour un mode d'emploi, Petites Affiches 24 mai 1995, s.18, not. s.19), idari mahkemeler ve idari istinaf mahkemeleri yasasının L.8-2.maddesinin, uygulanması reddedilen yargı kararlarından sonra ortaya konulan *injonction*'nun, idari mahkemeler ve idari istinaf mahkemesi yasasının L.8-4.maddesinin uygulanması (tedbirlerin tam olarak saptanmasından sonra bir yargı kararının uygulanması yönündeki *injonction*) dışında getirdiği iddialarını ortadan kaldırmayacak.

kuk yollarından ayrı bir itiraz şekli teşkil edebilir mi? Hukuki gerçeği ortaya koymaya yönelik kararlardan ayrı, *injonction* tedbirlerine karşı bir dava açıldığını düşünelim. Bu durumda davanın istinaf veya temyiz mahkemesinden hangisine karşı açılacağı tespit edilmelidir. Bir nihai karara veya bozma kararına eşlik eden *injonction*'a karşı geliştirilen başvuru, yetki aşımı oluşturur mu?⁹⁰

Şayet sonuç bu şekilde ele alınırsa, kuşkusuz *injonction*'un ve *astreinte*'in biçimi, varsayımların sayısınınca, yetkili yargıcın belirlemesine bağlı olacaktır. (İdari Mahkemeler Yasasının L.8-3, 16 Temmuz 1980 Tarihli yasanın 6-1. maddesi). Belirtildiğine göre bu ihtimal, senatörlerin ısrarı üzerine Kanunlar Komisyonunca⁹¹, Millet Meclisi Kanunlar Komisyonu, millet vekilleri, hükümet ve muhalefetin bulunduğu sırada arz edilmiştir⁹². Karma Komisyon, Senato tarafından tavsiye edilen öneriyi dikkate alarak bu çözümü kabul etmiştir⁹³. Böylece idare yargıcı kendisini, adli yargıca benzer bir konumda bulmuş oldu.

Yargı kararının uygulanması ile ilgili olan fakat yerine getirilmeyen *injonction*'lara gelince, bunlar aynı zamanda bir uygulama süresi ve *astreinte* ile birlikte olmak zorundadır.(İda. Mah. Yas. md.L.8-4).

Bütün bunlar, tahmin edilemeyen potansiyel etkilerin yeni mekanizmalarını ortaya koymaktadır.

2) Yasakoyucunun 1995 yılında öngördüğü *injonction* tedbirleri, çözülecek problemlere göre iki ana kategoriye ayrılmaktadır.

Kuşkusuz, bir *injonction*'u elde etmek için, onu istemek kafi gelmeyecektir. Bazı durumlarda, yargı kararının kendisi yeterli olabilir ve özel bir uygulama tedbirine ihtiyaç olmayabilir. Dilekçe sahiplerinin iddialarını reddeden yargısal kararlarda bu durum açıktır⁹⁴. Yine iptal kararının yeterli

⁹⁰ Öte yandan açıklamak gerekir, bir ilk derece veya yüksek mahkeme kararının uygulanmaması durumunda tedbirlerin alınması söz konusudur (İd. Mahk. Ya. md.L.4 c) ki bunlar tashihi karar veya iptalin istenmesi gibi olası davalardır.

⁹¹ P. Fauchon'nun raporu, Doc. Sénat. 1994, no.30, s.168; İbid., Doc. Sénat 1994, no.116, s.79; JO Dep. Sénat 20 Oct. 1994, s.4590; İbid., s.7408.

⁹² M. Porcher'in raporu, op. cit., s.63; JO Dep. Ass. nat. 21 nov. 1994, s.7298.

⁹³ M. Porcher ve P. Fauchon'nun raporu, Doc. Ass. nat. 1994, no.1829, s.9; Doc. Sénat 1994, no.180, s.9.

⁹⁴ Bkz. CE, 7 avr. 1995, Surry, req. no.154-129; CE, 7 avr. 1995, Grekos, req. no.095.153; CE, 4 oct. 1995, Servillt, req. no.147.651; CE, 6 nov. 1995, Ville de Paris c/ Epoux Toulouse, req. no.164.236. Kabul edilebilir özel durumlar için diğer bir inceleme, J.-M. Galebert'in ulaştığı sonuçlara bkz. Adıgeçen inceleme, s.261; CE, 6 janv. 1995, Lacroix, req. no.141237.

olduğu, uygulanan yargısal kararın özel bir uygulama tedbirine ihtiyacı olmadığını⁹⁵ veya kararın uygulanmasını sağlayan fiili veya hukuki yeni unsurların var olması durumunda⁹⁶, iptalin kendisinin, uygulamadan doğan etkileri içermesi durumunda⁹⁷, paraya hükmetme durumlarında olduğu gibi⁹⁸.

Söylenilen şudur: Yasakoyucu, yargı kararı ile iç içe olan *injonction*'u, zorunlu olarak bir uygulama tedbirini içeren ve içermeyen olarak iki varsayımda ele almıştır (İd. Mah. Yas. Md.L.8-2)⁹⁹.

Birinci halde; yargı kararı zorunlu olarak belirli bir uygulama tedbirini gerektiriyorsa, yargı yeri uygun düşen tedbiri ve gerektiğinde uygulama süresini aynı kararda belirtir.

İkinci durumda, yargı kararının uygulanması, mahkum edilen kamu hukuku (veya özel hukuk) kişinin zorunlu olarak yeni bir karar almasını gerektiriyorsa, mahkeme bu durumu aynı hüküm içinde yeni bir kararla belirleyecektir.

Her iki halde de yargıç, 16 Temmuz 1980 tarih ve 80-539 sayılı Yasa ile öngörülen (md.3 ila 5) *astreinte*'e karar verebilir.

Bu düzenlemeler bazı durumlarda içtihadi yorumu gerektirmektedir. En azından bir yargı kararının uygulanmasının belli bir tedbiri "zorunlu olarak içerip içermediği" tespit edilecek. Bir *injonction* talebi ile karşılaşan yargıç durumun bütün unsurlarını inceleyerek hareket etmek durumundadır¹⁰⁰. Bu kullanım alanının geniş sınırlarını (uygulama süresinin belirlenmesi ve zor-

95 J.-M. Woehrling, op. cit., s.19.

96 Örneğin şu durum, kendisinden istenilen şartları yerine getirmeyen adayın yardımlarının kesilmesi.

97 İşlemin iptali, önceki işlemi fiilen (ipso facto) yeniden canlandırıyor.

98 Tam yargı davasının ortaya koyduğu diğer tedbirlerin özümmleneceği söz konusu.

99 İdare mahkemeleri ve idari istinaf mahkemeleri yasının L.8-4.maddesinin metninde (bkz. 3 Temmuz 1995 tarih ve 95-831 sayılı kararname, JO 6 juill., s.10127), *injonction* yetkisi, yargı kararından sonra bu karar yerine getirilmediğinde ilgili tarafı isteği üzerine uygulanıyor.

100 Sınır dışı etme kararlarının iptalinden sonra, Cezayir uyruklularca istenilen *astreinte*'ler konusunda Dairenin 4 kasım 1994 tarihli *Al oujo, Chiker et El Abed El Alaoui* kararlarını konu yapan özel açıklamalar bulunacak (Rec., s.292; AJDA 1995, s.231, concl. R. Abraham). Bu iptal onlara Fransa'ya vizesiz dönme olanağı veriyor mu? Conseil d'État, geçerlilik süresince oturma hakkından (veya kendi hakkıyla oturma izninin yenilenmesi) iptal tarihide yararlanılıp yararlanılmaması gibi ilgilinin durumuna göre farklı çözümleri kabul etti. Birinci varsayımda, vize olmamasına rağmen otomatikmen geri dönebilecek; ikinci varsayımda, o yerdeki yetkili otoriteden yeni bir vize talep etmek gerekecektir ki bu durumda karar tarihindeki hukuki durumuna göre reddedilebilecektir.

layıcı para cezasına hükmedilmesi hariç) belirlemediğine göre¹⁰¹: Yargı kararı bir uygulama tedbirini öngörüyorsa bunu belirlemelidir başkasını değil; uyumsuzluk konusunun belli bir süre içinde tekrar düşünülerek çözülebileceğini tahmin ediyorsa bu süreyi verecektir.

Bu varsayımlar, yargı kararının uygulanmasında zincirleme tedbirlerin gerektiği durumlarda da düşünülebilir. Yargı kararının uygulanması için tedbir alınmasındaki “zorunluluğun” tespitinde yargıç yetkili olacaktır. Bu alandaki her içtihadı “aşırılık” bir sapma olarak anlaşılacak ve karşısında devrim metinlerini bulacaktır.

Eleştirmenlerin bir çoğuna göre, varsayımdaki iki kategori (belirli bir uygulama tedbirinin öngörüldüğü *injonction* ve belirli bir sürede yeni bir kararın alınmasını öngören *injonction*) arasındaki ayırım, iyi bilinen yetkilerin birleştirilmesi ve takdir yetkisine tekabül etmektedir.

Tartışma, iptal davasında idari işlemlerin yürütülmesinin durdurulmasında ortaya çıkmaktadır.

Böyle bir davanın büyük zorluklara yol açacağı bellidir. İptal davasında idare yargıcı, kural olarak davacının isteklerini yerine getirmek için gerekli donanımı elinde bulundurmaktadır; öyle görünüyor ki *injonction* (ve *astreinte*) sadece tamamlayıcı olarak (belli bir tazminatın ödenmesinin çabuklaştırılması, önceki durumun geri getirilmesini sağlamak, belirlenen bir davranışın yerine getirilmesi vs. gibi) kullanılacaktır.

Fakat “yetkilerin birleştirilmesi” kavramı her zaman kaygılanacak bir durum değildir. Burada bunu çok dar anlamda yorumlamak gerekir. (Belli bir tedbirin alınması borcu yani harekete geçme borcu- *injonction*dan doğan ve yargı kararında belirlenen belli bir şekilde harekete geçme borcu).

Önemli içtihatlardan biri olarak gösterilen Genel Kurulun 26 Mayıs 1995 tarihli belediye başkanının istifasını kabul eden valilik işleminin iptali yönündeki “*Etna et Ministre des Departements et Territoires d’outre mer*” kararına¹⁰² göre, böyle bir işlem “*atamalar düzeni içinde belediye başkanı yerine bir yardımcı atamayı zorunlu olarak içerir*”. Bu konunun açıklıkla ortaya konduğu çok yeni bir karar ise 29 aralık 1995 tarihli *Kavvadias*” ka-

¹⁰¹ Anımsanacak ki, 8 Şubat 1995 tarihli yasanın 76.maddesi, idari *astreinte*ler hakkındaki 16 Temmuz 1980 tarihli yasanın 2.maddesindeki düzenlemeleri, özellikle Conseil d’Eta’nın *astreinte* alanındaki “*resen karar verme*” yetkisini düzenleyen hükümleri uygulamada etkisiz hale getirdi.

¹⁰² Bkz. F. Scanvic’in sonraki bölümdeki sonuçları; AJDA 1995, s.505, chron. J.H. Stahl et D. Chauvaux; D.1995.497, not. D. Artus. Bu *injonction*’un yasa metninin bir çevirisi olduğu açıktır....

randır¹⁰³. Kararda, hukuka aykırı olarak görevden alınan bir kamu görevlisinin, görevden alınma tarihi itibariyle tekrar göreve alınması, belediye idaresine emredilmiştir.

Aynı şekilde Lille idare mahkemesi¹⁰⁴, eğitim kurumundan bir öğrencinin atılmasına ilişkin rektörlük işleminin iptalinde, öğrencinin aynı kuruma tekrar alınmasının hukuken gerekli olduğuna hükmetmiştir. Yine Lyon idare mahkemesi¹⁰⁵, hukuken hakkı olduğu halde, sürücü belgesinin verilmemesi yönündeki belediye işleminin iptalinde, belgenin iptal tarihinden itibaren üç ay içerisinde verilmesine karar vermiştir. Daha ayrıntılı açıklamalar, diğer idare mahkemeleri kararlarında bulunabilir*.

3) Daha ileri gidilebilir mi? Alman hukukundaki *Verpflichtungsklage* modelinin, “haklar bildirisi” üzerinde etki yapması yönünde mücadele eden bazı yazarlar (özellikle başkan Jean-Marie Woerhling)¹⁰⁶, yasa koyucunun sadece yolun yarısında kalmasından üzüntü duydular. İdari yargıcın bizzat kendisinin inisiyatif kullanması gerekecektir –ki daha şimdiden bir çok problemle karşılaşıldı¹⁰⁷, ancak burada bu problemlerin hepsi üzerinde durulmadı –vatandaşın idareye karşı olan hakkının yargısal yoldan belirlenmesi ve bunun yerine getirilmesi yönündeki uygun yükümlülüğün bildirilmesi. Böylece, tamamlayıcı bir sonuç olmak kaydıyla, açılan davanın hukuksal metninde belirtilecek yargısal hakkın iptaline yönelik kararlar hakkındaki eleştiri daha az olacaktır.

¹⁰³ Req. no.129-569.

¹⁰⁴ Lille İdare Mahkemesinin 13 Nisan 1995 tarihli Ali Mabchaur kararı, req. no.95-290.

¹⁰⁵ Lille İdare Mahkemesinin 13 Nisan 1995 tarihli Ali Mabchaur kararı, req. no.95-290.

* Bu içtihatla ilgili bir inceleme bu derginin yakın bir sayısında (Ndir) sunulacaktır.

¹⁰⁶ J.-M. Woerhling, Les nouveaux pouvoirs d'injonction du juge administratif selon la loi 8 février 1995:propositions pour un mode d'eploi, Petites Affiches 24 mai 1995, s.18; Aynı yönde yorum için bkz. “La redécouverte du plein contentieux”, in *Le juge administratif à l'aube du XXI^e siècle* (actes du Colloque du 40^e anniversaire des tribunaux administratifs), Presses Universitaires de Grenoble 1995, s.247; “Procédure et pouvoirs du juge en contentieux administratif”, in *Trentième anniversaire des tribunaux administratifs*, CNRS 1986, s.73; Büyük bir bozma kararı, l'arret SARL ABC-Engineering, Gaz. Pal. 1989.2.723; Le controle juridictionnel de l'administration en droit français, RF adm. publ. 1984, no.30, s.197; Aynı şekilde bkz. M. Ricard, Plaidoyer pour la reconnaissance d'un recours en déclaration de droits, Gaz. Pal. 1984.2.345; J. Gourdou, Les consequences de la constatation de l'illgalite d'un acte administratif par le juge administratif, Thèse Pau, 1996, dactyl., cilt.II, s.685.

¹⁰⁷ Söz konusu 8 Haziran 1988 tarihli karar,SARL ABC-Angireenig, AJDA 1988, no.88, s.473, conc. O. Schrameck; Gaz. Pal. 1989.2.273, not. J.-M. Woerhling.

Vatandaşın yararlanmak istediği tedbirler bakımından hukuki durumun tam olarak belirlenmesi için, kuşkusuz hukuki öğelerin veya idari karar üzerinde etki yapabilecek durumların tümünün derinlemesine incelenmesi gerekecektir. Dava hiç kuşkusuz boyutları değiştiriyor; tahkikat artık aynı çerçevede devam etmeyecektir, taraflarca hazırlanma ilkesinde, davanın çerçevesi taraflarca belirlenir, mahkeme buna göre kimi haklı görürse, o yönde karar verecektir. Bu her zaman mümkün olabilecek midir? Sınırları kolayca anlaşılabilir kimi nispeten basit durumlarda (örneğin sosyal yükümlülükler, yardımlar gibi) bu düşünülebilir, zira burada durum zor olmayacaktır. Yoksa referans normlara, artan verilere veya çok karışık oluşlara doğru gidecektir. Kaç tane değişik düzenleme basit bir inşaat ruhsatına cevap vermek durumunda olabilir¹⁰⁸.

Her şeyden önce, aşırı yük altında olan bir yargıcın, iptalin ötesine giderek karar verebilmesi zordur. Kendine özgü inisiyatifini, hukuka uygunluk ve iptal başvurusunun dolambaçlı sınırlarını aşarak uygun bir *injonction* karar vermek durumundadır. Bu durum haklar bildirgesindeki etkinin azaltılması değildir (madem ki çeşitli yabancı hukuklarda bulunmaktadır) fakat olsa olsa bu gün yasal yargıç için çok önemli bir anlaşmanın varlığını ortaya koymaktadır. Gerçek olan şu ki olaylar, düşünceleri değiştirebiliyor. Değiştirdiğinden dolayı istenilen şeylere izin verilebiliyor. Haklar bildirgesindeki etkisi, iptal davası ve tam yargı davasında kendini göstermektedir. İptal davasında, iptal ile bir *injonction* veya *astreinte*'in bir araya gelmesi mümkündür ki bu durum iptal davasının objektif niteliğinden hızla uzaklaştığını göstermektedir¹⁰⁹.

İdareye karşı Fransız idare yargıcına bir *injonction* yetkisinin verilmesi, bir hukuki "kültür" değişikliğine sebebiyet veriyorsa, çağdaş yargı anlayışının geniş alanına ve toplum nezdindeki rolüne uygun bir yerde durduğunu göstermektedir.

Bir "yargıçlar hükümeti"¹¹⁰ riskini çağrıştırması doğru değildir, sadece, idare yargıcının görevini, bir çok imtiyazlardan yararlanan idare karşısında eğilmeden yapabilmesinden ibarettir. Adaletin yüzyıllık görünümünde, kılıncın, terazinin her iki kefesinde de yer almasıdır söz konusu olan.

¹⁰⁸ Bu hususta bkz. F. Modern, Les effets du permis de construire, J.Cl. Coll. Loc., fasc.1312, no.10.

¹⁰⁹ Bkz. M. Bernard'ın etkileyici incelemesi. Le cours pour excès de pouvoir est-il frappe a mort?, in Le droit administratif, AJDA, juin 1995, no.spec., s.190.

¹¹⁰ Adı geçen inceleme, Chr. Gabolde, Dr. Adm. nov. 1995, s.1. "Yöneten yargıç" durumu hakkında yazarın görüşlerine katılmıyoruz.

