

BİR EFSANENİN ANAYASALLAŞMASI KUVVETLER AYRILIĞI VE İDARİ YARGI*

Serge VELLE
Çeviren : Selçuk Soybay**

Fransız Anayasa Konseyi 23 Ocak 1987 tarihli kararında, anayasada, idari yargıya tanınmış anayasal yetkinin alan ve kapsamını ilk kez belirliğe kavuşturdu. Bu kararda çizilen idari yargı alanı, "... yürütme gücünün icra makamları, onların ajanları ve Devlet İdaresinin ya da Mahalli İdarelerin, kamusal organların ülke çapındaki birimleri ve birlikleri ile bunların emir ve direktifi (otoritesi) ya da denetimi altında bunların yerine kamu gücü ayrıcalıkları kullanılarak alınan kararların iptali ve düzeltilmesi..."⁽¹⁾ ile sınırlıdır.

Dikkat çekici bu formül herşeyden önce Konseyin, İdare yargıcının geleneksel rolünü ve önemini koruyucu ve devamlı kılıcı yaklaşımını ifade etmekte, göstermektedir. Gerçekten de İdari yargı, özellikle iptal uyuşmazlıkları çerçevesinde, eşitlik ilkesinin anlaşılıp, uygulanması yönünde yüksek sayıda açıklayıcı ve düzenleyici nitelikte ki kararlarıyla bu geleneksel rolü üstlenmiş ve devam ettirmiştir. Hiç kuşku yok ki iptal uyuşmazlıkları -ki 31 aralık 1987 tarihli kanunla özellikle Devlet ile Şûrasına özgülenmiştir-, Napolyoncu kökenleri ve hiyerarşik karakteri ile Şûra'nın başarısını sağlamlaştırma ve saygınlığını yerleştirmeden önce, İdarî yargıya hizmet eden, katkıda bulunan uyuşmazlık türleridir.

Oldukça sınırlayıcı bu belirleme (dar yorum) aynı zamanda son derece kısıtlayıcı bir devlet anlayışına yollama yapıyor; İdareye, devletin klâsik fonksiyonları arasında ki paylaşım sonrasında kalan yetki ve görevleri tanırken, bu güç ve yükümleri onun "doğasından kaynaklanan, doğasına özgü" karakterler

(1) Anılan karar, No: 86-224 DC 23 ocak 1987.

(*) Makale, Revue du Droit Public (R.D.P.) 3- (1989) p. 776-783'da yayımlanmıştır.

(**) Soybay, İ.Ü. Hukuk Fakültesi araştırma görevlisidir.

olarak nitelendiriyor. Yirminci yüzyılın başında terkedilen, "kamu gücü" kavramı, konseyin bu kararı ile yeniden yetki alanının sınırlarının belirlenmesinde ve paylaşımında kullanılan en son en yeni ölçüt haline getiriliyor. Kullanılan bu kriter, tıpkı Rousset'nin "kamusal gereksinim işlevleri" ölçütünde olduğu gibi, ancak idarî işleyişin çok küçük ve sınırlı bir bölümünü karşılamaya yetebilir.

İdare yargıcına tanınmış anayasal yetkinin sınırlarının belirsiz olduğu söylenemez. Nitekim Anayasa Konseyi "yetki bloku" ve "yargılama makamlarının doğası gereği saklı tutulan unsurlar" teorileri ile ilgili iki ayrı durum kategorisi öngörüyor. Pozitivizmden yakınan hukukçu yaklaşımı ile "eşyanın tabiatına" yapılan bu şaşırtıcı yollama, Konseyin içinde bulunduğu sıkıntılı durumu tümüyle açıklayıcı niteliktedir. Anayasa koyucu, kişinin özgürlüğü ile ilgili hakların tersine özel mülkiyete ilişkin hiç bir özel koruma atfetmemiş, kabul etmemiştir. Liberal düşüncenin ortaya atıp, oluşturduğu, özel hukuk yargıcının temel hakların "doğal" bekçisi, koruyucusu olduğu düşüncesi de olgular gözönünde tutulduğunda kolay kolay saptanıp, doğrulanamaz. Bu konuya özgü araştırmasında Bretton üç seri varsayım/çıkış yolu, çözüm öneriyor. Buna göre; hukuk yargıcının yetkisi ya münhasıran ya tümüyle kendisinde tekelledir ya kısmıdır ya da hiçbir yetkisi yoktur. Yetersiz, eksik metinler ve kesinliğe ulaşmamış kararsız bir jürispridansla karşı karşıya kalan Anayasa konseyinin, "eşyanın tabiatı"na müracaat etmeye boyun eğdiği söylenebilir. Bu maymuncuk, kesin bir yargıya, ölçüye bağlanması zor görünen kimi yapı ve durumları açıklamaya ve bir ilkeye bağlamaya izin verir.

Fakat, Anayasa Konseyinin bu kararda kullandığı kriter ve bu kriterleri seçip uygulamak için kullandığı model belirlemelerinin tüm eleştirileri karşılar nitelikte olduğunu söylemek mümkün değildir. İşte biz bu makale çerçevesinde, idare yargıcına tanınan yetkinin hukuki temelleri üzerine kararın getirdiği yeni tartışma konularına değinmek istiyoruz. Yüksek Kurul'a göre:

"16 ve 24 ağustos 1790 kanununun 10 ve 13 ncü maddeleri ile 16 fructidor^(*) yıl III karnamesinin öngördüğü hükümlerin genelliği içinde İdare makamları ile yargının ayrılığı prensibi yer alır fakat bu anayasal bir değer taşımaz",

"kuvvetler ayrılığı prensibinin fransız anlayışına uygun olarak",

"Cumhuriyet kanunları tarafından dökümü yapılan temel ilkedir",

"(...) İdari yargının, kararları düzeltme ve iptal etme yetkisinin en son çaresi, çözüm yolu (...)".

(*) Fructidor, Fransız Devrimi sonrasında yürürlüğe konulan yeni takvimin onikinci ayıdır. Milâdi takviminde 18 ağustos 17 eylül tarihleri arasına karşılık gelir (Ç.N.)

Fransız Anayasa konseyi bu gerekçeleri ortaya koyarken aynı zamanda gerçek bir efsanenin anayasallaşmasının ipuçlarını verip açıklıyor; 16-24 ağustos 1790 kanunu idari yargının varlığının temel metnidir ve bu bir "kuvvetler ayrılığının fransız anlayışı" nın ürünü, yapımıdır.

I. 16-24 ağustos 1790 kanunu, İdarî Yargının Kurucu Metni midir?

Anayasa konseyinin 23 ocak 1987 tarihli kararı, İdari makamlar ve yargının ayrılığı prensibinde yargıların ikiliği (dualité) ile 16-24 ağustos 1790 kanununun İdari yargının kurucu metni olarak kabulü arasında son derece sıkı bir ilişkinin varlığını ortaya koymaktadır.

Söz konusu bu iki önerme de kabul edilebilir olmakla beraber, 1789 insanların, idari otoriteler ve yargı yerlerinin ayrılığı prensibinin kabul ve ilânının kaçınılmaz sonucu olarak idari uyuşmazlıklara uygulanmak üzere ve özgül bir metin kabul etmenin de oldukça uzağında oldukları ve ayrıca 1790 kanununun, bu uyuşmazlıklar lehine özel hukuk yargıcından aldığı, ayırdığı hiçbirşey olmadığını da belirtmek gerekir.

1. -Aşırı ve kötüye kullanılabilir bir ilişki:

Yargı ile idari otoritelerin ayrılığı prensibi ve idari yargı

Kurucu meclisin, korku ve kaygı ile bu prensibi kabul ederken, özel hukuk yargıcından idari uyuşmazlıklara bir yollama yaptığı açıklıkla söylene-
mez ama, Eski Rejimin (Ancien Régime) kimi uygulamalarında; kralın görevli-
lerine karşı yürütülen denetim takipleri ve düzenleyici kararlar gibi konuların
da özel hukuk yargıcının bunlara bakmaktan kaçındığı kesinlikle ileri sürülebi-
lir.

Thouret'nin anayasa komisyonu adına 24 mart 1790'da açıkladığı, Fran-
sa'nın eski rejiminin mahkemelerinin yargısal yetkileri üzerine değil, bunların
diğer "erkler" üzerinde ki yetki aşımı ile gerçekleşen tecavüzlere ilişkindir bu-
nunla birlikte bu açıklamaların büyük bir bölümünün idari uyuşmazlıklara iliş-
kin olduğu söylenebilir- Kraliyet fermanlarının ve emirnamelerin incelenmesi
ya da reddedilmesi (geri çevrilmesi) denetimlerinde, yargıç, âdeta "yasama gü-
cünün rakibi, eşiti"dir.

"İdare gücünün rakibi, çalışmalarını aksatan, işleyişini durduran, çalışan-
ları, görevlileri kaygılandıran "bir güce dönüşmüştü, Aynı şekilde Le Chapelier
için," parlamentler tehlikeliydiler, çünkü bunlar sadece yargıç değil aynı za-
manda idareci ve yasakoyucu idiler".

Bu yorumların taşıdığı anlam oldukça açıktır: devrimciler için, idari otoriteler ve yargı ayrılığı prensibi, hiçbir önyargı olmaksızın İdari uyuşmazlıklar probleminde çözüm taşıyıcı niteliktedir.

Şu halde, yargı birliği bütünlüğünü savunan Duport ya da Chabroud gibilerin görüş ve düşünceleri hiç şaşırtıcı olmamalıdır; ki bunlar, 16-24 ağustos 1790 tarihli kanunun II. başlık 13 ncü maddesinde yer alan hükme benzeyen bir düzenlemeyi içeren karamname tasarısını hazırlamış ve sunmuşlardır. Bu iki önermenin onlar için hiç bir çelişik, tartışmalı yanı yoktur; hüküm yokluğunda, yargıcın hem kural koyup hem de yönetmesinde hiçbir yasaklama sözkonusu değildir.

2. -16-24 ağustos kanununun gerçek anlamı.

Kurucu meclisteki yoğun çalışma ve tartışmalar ortaya koyuyor ki, idari yargının varlığı, 16-24 ağustos 1790 kanununun 13 ncü maddesine dayandırılmaz. Sözü edilen bu madde "idare cihazının işleyişinin, çeşitli neden ve biçimlerde engellenmesi" (*) ni yargıca yasaklıyor. Oysa ki, daha önce 22 aralık 1789-ocak 1790 tarihli çıkarılan bur kanun idarenin tümüne ilişkin olarak yargıca aynı kısıtlamayı getirmişti (**). O nedenle yeni bir yasak getirmeye hiç gerek olmadığı söylenebilir.

Diğer taraftan tüm bu çalışmaların ortaya konmuş olması, kurucu meclisin mart 1790'da, anayasa komisyonu tarafından önerilen, yargı teşkilâtı tasarısını reddetmesi engellemeyecektir. Bu tasarının reddedilme sâikleri arasında; ihtisaslaşmış idare mahkemeleri partizanları ile yargının birliği ve tekliğini savunanların karşıtlık ve mücadelelerinin çok önemli bir yer tuttuğunu belirtmek gerekiyor. Barére tarafından hazırlanıp, sunulan ve 31 mart 1790 da kabul edilmiş olan, çalışma plânının dokuzuncu noktası, 5 temmuz 1790 da aslına aynen sadık kalınarak, ayrı bir bölüm olarak yeniden kaleme alınmış ve daha sonra 16-24 ağustos 1790 kanununun 13 ncü maddesine dönüşecek bu düzenleme üzerinde hiçbir tartışma olmaksızın aynı gün oylanmış ve kabul edilmiştir.

Bu yapılanlar çok açık bir biçimde ortaya koyuyor ki, kurucular, bu düzenleme araçları ile idari yargı sorununa ilişkin bir düzenlemede bulunmayı hedeflememişlerdi. Ne temmuz ne de ağustos düzenlemelerin de gerçekleşmeyen bir nokta, Pezous'un tavsiye niteliğinde ki dilekçesi ile 5 temmuz 1790 da ka-

(*) 16-24 ağustos 1790 tarihli kanun, II. başlık, madde 13, "Yargı fonksiyonları, idare fonksiyonlarından her zaman ayrı ve başka niteliktedir; yargıçlar, hizmet kusuru, idarecilerin görevlerinin yerine getirilmesi halleri gibi durumlarda yargı yetkilerini kullanamayacakları gibi idare cihazının işleyişinin çeşitli nedenlerle engellenmesi sonucunu doğuran kararlar alamaz".

(**) 22 aralık 1789 - ocak 1790 tarihli kanun, kısım 3, madde 7.

muya duyurulan İdareci-Yargıç sistemi, önceki tartışmalar bir yana bırakılarak eylül ayında kanunun öngördüğü ilkeler çerçevesinde kabul edildi.

6, 7-11 eylül 1790 kanununu da, modern idare hukuku ve ilkeleri ile idari uyuşmazlıklar hukukunun kurucu, temel metni olarak kabul etmek mümkün görünmektedir. Gerçekten de bu kanun, idareyi son derece sınırlı yetkilerle ve görev alanı ile çerçevelemekte, idareye son derece sınırlı yetkilerle ve görev alanı ile çerçevelemekte, idareye özgü doğrudan ortaya çıkabilecek uyuşmazlık konuları olarak, çöp toplama ve bayındırlık hizmetleri gibi son derece klâsik alanları öngörmekte idi. Bu yaklaşım, bu konuya ilişkin sonraki bütün metinlerin içerik ve kapsamını etkileyecektir. Meclis, 16-24 ağustos 1790 tarihli kanunun 11. başlık 17 nci maddesine uyarlı hale getirirken koyduğu bütün sınırlama ve yasaklamalarla aynı zamanda idari uyuşmazlıkların kendine özgü doğası, karakteri düşüncelerini de mahkûm etmişti.

Bu anlayış Konvansiyon'da hiçbir zaman gerçek anlamda sözkonusu olmayacaktır. Nitekim 16 fructidor yıl III karnamesinde, "mahkemelere diledikleri gibi idare işlemlerinin kimilerine müdahale (...)" yasaklanacaktı. Nihayet, 2 germinal (*) yıl V kararının gösterdiği direktif altında yapı tamamlanacaktı" bütün operasyonlar hükümetin emri üzerine doğrudan doğruya ajanları eliyle yerine getirilir, gözetim ve denetim altında ve kamu fonları ile hazinenin katkısıyla "böylece" doğal olarak "idari işler sınıfı" yaratılmış ve bu alan özel hukuk yargıcının anlayış ve deneyiminin dışında görülmüştü.

Geleneksel olarak, idari yargının kurucu, temel metni olarak gösterilen 16-24 ağustos 1790 ve 16 fructidor yıl III karnamesinin anayasal düzeyde değer ifade etmediği ileri sürülmektedir. Bu sava karşı iki temel karşı çıkış nedeni konabilir:

1. İmkânsızlık : -Cumhuriyetin vazgeçilmezliği hariç- I. anayasal monarşi çerçevesinde Fransa'da alınmış ve Louis XVI tarafından onaylanarak yayımlanmış bir metnin, Cumhuriyet kanunları tarafından benimsenip tanınarak temel bir prensip haline getirilmesi;

2. 4 eylül 1870'de kabul ve ilân olunan ilkelerden Cumhuriyetçi rejimin benimsemeyip, reddettiklerine Anayasa konseyinin red açıklamasında belirttiği gibi, yeni nitelik ve anlamlar atfetmesi.

(*) Germinal, yeni takvimin yedinci ayıdır; Milâdi takvimde 21 mart - 18 nisan tarihleri arasına karşılık gelir (Ç.N.).

Tüm bu veriler çerçevesinde, Yüksek Meclisin idari yargının anayasal temelini, kuvvetler ayrılığı prensibinin "fransız yaklaşımı" nda bulabildiği söylenebilir.

II. -Kuvvetler Ayrılığı Prensibinin Fransız Yaklaşımı İdari Yargının Anayasal Temeli midir?

Anayasa konseyi, 23 ocak 1987 tarihli kararında, oldukça yaygın bir biçimde kabul gören bir görüşü benimseyip, onaylayarak; 16-24 ağustos 1790 kanunu ve idari yargının varlığını, kuvvetler ayrılığı kuralının "fransız" yaklaşım ve kuralının zorunlu ve mantıksal sonucu olarak gören düşünceyi temel almaktadır.

1789 İnsan hakları bildirgesinin 16 ncı maddesinde açıklanan kuvvetler ayrılığı prensibinin bu "fransız anlayışı", 19. yüzyıl politika yazarları tarafından, yeniden inşa edilerek biçimlendirildi.

1. - Bir XIX. yüzyıl teorisi.

- Troper, kuvvetler ayrılığı üzerine yazdığı tezinde tüm açıklık ve kesinliği ile prensibin "fransız yaklaşımı" na yapılan bütün yollamaların yararsız ve yerindesizliğini ortaya koymuştu. Gerçekten de, aydınlanma çağında kuvvetler ayrılığı hiçbir olumsuz değer ifade etmemiş; iki ya da daha fazla devlet fonksiyonunun aynı elde toplanması yasağı olumlu karşılanmıştı. O zamandan beri fransız anayasa hukukunun değişik modeller olmakla birlikte, rejimle bağdaşabilir nitelikteki güçler bölüşümü şekillerine tanıklık ettiği söylenebilir.

Kuralın temel niteliğini belirleyen; 1789 kurucularının şiddetli tartışma ve mücadelerle ortaya çıkan; kuvvetlerin katı ya da yumuşak olarak ayrılması sorunu idi, bu tartışmalar arasında mecliste idari uyuşmazlıklara özgü bir metnin kararlaştırılıp, yürürlüğe konması için bir yıldan fazla bir zamanın geçmesi gerekecekti. Uzun süren tereddütlerden sonra kurucular beklenmedik bir biçimde konuyu çözüme kavuşturuyor, çıkarılan bir kanunla sorun idare hukuku lehine kesin olarak sonuçlandırılıyordu.

-Kuvvetler ayrılığının "fransız yaklaşımı" hipotezi gerçek anlamını 1840'dan sonra aldı. Bu anlayış, sonuçta idari yargıyı parlamento ve kamuoyu nezdinde oldukça gerekli bir meşrûiyete ve hukukîliğe ulaştırdı.

İmparatorluk kurumunun reddedip yok saydığı kuralları Devlet Şûrası kendi görev ve yetkilerinin sağladığı imkânlar dahilinde benimseyip uygulamak suretiyle, kendi varlık nedenini bunlarla birlikte görmeye başladı. Şûranın, temsili rejimle bağdaşmaz nitelikte görerek terkedip, bıraktıkları ile değişen koşullara ve kurallara rağmen tutup sürdürdükleri, hukuk alanında yapılan son derece önemli katkıları ifade eder.

1930'dan sonra ki zayıflamalarına karşın, bu dönemde hükümet ve doktrin tarafından geliştirilen güçlü ve sağlam düşünce ve öneriler karşı dengeleri oluşturdu. Gerando'nun önerdiği "kanun metinlerinde ve kamu düzeni mülâhazalarında eşyanın tabiatı gereğine dayanma" ölçütü ile birlikte idari yargının yüzyıllardan beri varlığı ve gerekliliği niteliğini ona verenin, bu durumun idare ve yargı makamlarının birbirinden ayrılığı prensibinin içinden doğmuş, kaynaklanmış olduğu ileri sürülmektedir. Diğer taraftan da "Yargıç-İdare, İdareci-Yargıç" ve aynı zamanda kraliyet ayrıcalık ve yetkileriyle İdari yargının donatılması prensibi 1814 şartı ile açıklanmış bulunuyordu.

1841 de yayınlanan Chauveau'nun manueli, ilk kez idari yargının varlığını hukuki bir temele oturtma çabalarını içerir. Bu çalışmasında, Chauveau; İdari yargının varlığını idari ve yargısal makamların ayrılığı ile açıklanabilirliğine yollama yaparken, diğer taraftan da, bunun kuvvetler ayrılığı prensibinin özelliği bir yorumunun doğrudan sonucu olarak açıklanabilinip, görülebileceğini gösterecektir.

Vivien tarafından geliştirilen bu tez, çağın sonlarına doğru büyük otorite La fèrriere tarafından benimsenmeden önce, Meclis ve doktrinin büyük bir kısmı tarafından kabul görecektir. "İdari uyuşmazlıkların çözümü yetkilerinin verilmesi, Eski Rejim (Ancien Régime) döneminde kimi uygulamaları olan ve 1789 da kabul ve ilân edilerek, kuvvetler ayrılığı prensibinin normal, olağan bir uygulaması olarak bugüne kadar gelen bir olgudur" Lafèrriere tarafından geliştirilen bu düşünce daha sonraları; Duguit, Barthélémy ve Carré de Malberg tarafından benimsenip devam ettirilmiş ve teori bugünkü çağdaş doktrin tarafından da kabul edilmekte uygulanıp, öğrenimi yapılmaktadır.

2. -Teorinin anlamı: İdari Yargı, Fransız İdari Teşkilâtının Parçasıdır.

Tarihsel tüm bu gerçekler karşısında kuvvetler ayrılığının "fransız yaklaşımı" formülünün, konu üzerinde ki etki ve izlerinin tartışmasız çok fazla oldu-

ğu söylenebilir. Bu formül, idari yargının varlığının anayasal planda tanınması ve meşrûiyetini ifade ettiği gibi, aynı zamanda yıllardır aşılamayan bur fenomenin Fransız Devrimi aracılığı ile kırılıp, aşılması süresine de imzasını atar.

Oldukça tanınmış bir tez olan, L'Edit de Saint-Germain de février 1641 ile 16-24 ağustos 1790 kanunu arasında önemli benzerlik ve paralellikler kurulabilir. Bu tez son derece başarılı bir biçimde, son yüzyılda, "Politik, idari ve yargı düzenlerinde kuvvetler ayrılığı üzerine bir deneme" başlıklı eserin yazarı Saint-Girons tarafından savunuldu. "Kuvvetler ayrılığının benimsenen yeni prensibi adına, kurucular, Eski Rejim'in hemen hemen tüm uygulamalarını, aktif idare ajanlarına ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde yeniden ele alıp uygulamak yoluna gitmişlerdi".

Klâsik teorinin daha sonra açıklandığı gibi: idari yargının varlığı, bugüne kadar uzanan geleneklerin ürünüdür ve vazgeçilmez niteliğini kuvvetler ayrılığı kuralına getirilen özel, özgül bir yorumdan alır.

Bu tezin sonra ki önerileri de kabul edilebilir. Kuvvetler ayrılığının "fransız yaklaşımı" düşüncesi, devrimci kurucuların yoksaydığı birçok şeyin üzerine kuruludur; gelenekleri, teorinin temellerine yerleştirdiğinizde bu yaklaşıma yeniden ulaşmamak kaçınılmaz olur.

Dönem, öncelikle son derece şaşırtıcı değişikliklerin var olduğu bir zaman dilimine yollama yapar; Meclis'in, ülkenin politika-sosyal yapısını temelden değiştirip, alt üst ettiği ve en önemlisi gayet açık bir biçimde monarşik yargı düzeninin bitimini ilân edip, gösterdiği bir zaman dilimidir.

Çağdaş öğretini geliştirmek için bu konuda hiç de önemsiz görülemeyecek bir metni veri olarak kabul edip, bunu dayanak olarak kullanmaya dayanmaktadır. Bu da L'Edit de Saint-Germain de février 1641'in 16-24 ağustos 1790 kanununun ön habercisi olarak görülüp kabul edilmesidir. Hiç şüphesiz bu iki metin arasında oldukça önemli ve fazla sayıda ortaklıklar vardır, L'Edit -ki henüz devrimci kanun ortada yokken- özel hukuk yargıcından birtakım konuların alınarak, idari uyuşmazlığın özelliklerine uygun bir uzmanlık alanına aktarılmasına yer vermişti.

L'Edit de Saint-Germain'de yer alan ve parlamenterlerin kurulmasına izin verdikleri, sözü edilen bu yeni tür uyuşmazlıkların "İdaresi, teşkilâtı", yeni birimler kurulmasının getireceği ek mali yükümlülükler gerekçesi ile mecliste reddedilmişti. Bu konuda bir çok "hükümetin, idari faaliyetleri ve yapay kamu işleri ve harcamalarından hesap sormaya yönelik gensoru" müracaat ve çağrısı Paris meclisinde sözkonusu olmuştu.

XIII. Louis ve Richelieu'nun uyguladıkları onay istek ve yetkileri 150 yıl sonra 16-24 ağustos 1790 kanunu ile yasaklanacak ve bu kanunla: Yargıcın bilgi ve deneyimi ile yasama ve hükümet etme faaliyetlerine katılımı öngörülecekti.

Bu dönemde, hiçbir yerde idari uyuşmazlık kavramına rastlanmadığı gibi, buna dayalı bütün yaklaşımlarda tümüyle yoksayılmaktaydı. Bir metinde şayet "devlet idaresi" nden sözediliyorsa, bu sadece kraliyet yönetimi ve yöneticisini ifade eder ve aynı neden ve biçimle parlamentolar" da "yargı idaresi" ile ilgili ve yüklü oldukları anlaşılmalıdır.

Fakat aynı terimleri kullanarak L'Edit de Saint-Germain'de yapılan açıklamaların farklılığı, doktrin tarafından Eski Rejim (Ancien Régim)'e değişik yorumlarla yaklaşmaya olanak vermiştir, bu dönemin belirgin niteliği: İdare ve yargı fonksiyonlarının yerine getirilmesinde ki karışım görünümüdür.

Bu konuda maddî bir kriter kabul ederken -tek kabul edilebilir olanı XVIII. yüzyıldadır- birçok kamu hukuku ve politika yazarı, idari yargının varlığını, idari uyuşmazlıklar ve uzman organların ortaya çıkmalarına bağlar ve şu kavramlara yollama yaparlar: yargı istisnaları ve/veya kraliyet görevlileri ve kral konseyi.

Olağan yargı-istisnaî yargı ayrımı bugünkü yargıların ikiliği sorununa oldukça uzak ve bununla bağlantı kurulamayacak niteliktedir. Bugünkü anlamda, medenî hukuk, ceza ve ticaret hukuku gibi maddi anlamda farklılıklar taşıyan hukuk yargılamalarının sınırlarının belirlenip saptanması ve bu sınırların dışına çıkmaları ifade eden "olağandışı uyuşmazlıklar" modern idari yargının en yaygın ve önemli konusunu oluşturur.

Bu sistemde idari uyuşmazlıklar kavramının görünümü, ortaya çıkışı çok açık bir biçimde "idari ve yargısal fonksiyonların aralarında ki ön ayrım, farklılığa bağlı" olan bu durumun, sadece o dönemde gerçekleşmesi imkânsız değil, ayrıca hiç bir pratik yararı da yoktu. XVIII. yüzyılın ikinci yarısında-modern idare kavramının ortaya çıkışı ile birlikte "olağanüstü uyuşmazlık" kavramı, geleneksel anlamını da yitirerek yerini idari uyuşmazlık kavramına bıraktı. Bu dikkat çekici, önemli dönüşüm "konseyin ardından gelen olağanüstü yargılama komisyonu" nu ortaya çıkaracaktır. Daha sonra bunları kral konseyinin bir dizi reformları izleyecek 1775 den sonra -1777 deki mali uyuşmazlıklar komitesi, bölgesel uyuşmazlıklar komitesine ağustos 1789 da dönüşecektir- mayıs 1788 de, istisnaî yargılamaların tüme dönüşmeye ve idari uyuşmazlıklara özgülenmeye bu alana tanınmasına tanıklık edilecektir.

L'Edit de Saint Germain'in özel hukuk yargıcından koparıp almakta tereddüt ettikleri bir yüzyıl sonra, kurumsallaşmış bir biçimde hukuk metinlerine geçiyordu. Eski Rejimin son yıllarında yaratılmaya başlanılan idari yargı, kuvvetler ayrılığı kuralının "fransız" yorumunun doğurduğu sürekli ve gerekli anlamı hiçbir zaman verememişti.

Fransız Anayasa Konseyi, idari yargıyı, kuvvetler ayrılığının "fransız yaklaşımı"nın doğrudan ve mantıksal sonucu olarak görüp, kabul ederken gerçek bir efsaneyi anayasallaştırıyor, buna anayasal bir anlam veriyordu. Bu aynı zamanda klasik öğretinin bilinen bir tezini de yeniden gündeme getiriyor: "efsanevi düşünce", "gerçek(...) örgütlü toplumların özümlemlenip anlaşılmasında, fakat bunların diğer örgütlü toplumlarla ilişkilerinde değil, olayların kırıntıları ve artıklarını, tortularını kullanırken(...) toplumun ve kişiler tarihinin fosillenmiş tanıklıklarındadır".

Fakat tüm yeniden yapılanmalar, temelinde bütün özelliklerin, niteliklerin değişmesini taşıyabilir, bütün efsaneler gibi, tarihe yeni bir "ürün (création)" katar, yenilik taşır, -burada idari yargı- ve "tutum ve davranışlarla kurumların geleneksel düzenlerinin" hukuken tanınıp benimsenmesinde temel bir işlev görür. "Ağır hata (Erreur-force)", 16-24 ağustos 1790 kanununun ve kuvvetler ayrılığı prensibinin yanlış yorumlanarak, hazırlayıcılarının ve öncülerinin inkâr edilmelerinin temelini oluşturur.