



İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi

ÇEVİRİ / TRANSLATION

Başvuru: 22.03.2020
Revizyon Talebi: 28.07.2020
Son Revizyon: 07.08.2020
Kabul: 10.08.2020

İDARE HUKUKU YENİDEN İÇTİHADÎ Mİ OLMALI? İçtihadîliğin Paradoksal Zayıflayışı Hakkında Mülâhazalar*

SHOULD ADMINISTRATIVE LAW BECOME JURISPRUDENTIAL AGAIN?
Remarks on the paradoxical decline of its jurisprudential character

LE DROIT ADMINISTRATIF DOIT-IL REDEVENIR JURISPRUDENTIEL ?
Remarques sur le déclin paradoxal de son caractère jurisprudential

Fabrice Melleray**

Çev: Halim Alperen Çıtak***

Öz

Yirmi beş yıl önce, Dekan Georges Vedel, idare hukukunun içtihadî karakterinin sorgulanmasını, onu daha az esrarlı ve daha ulaşılabilir kılmak için savunmuştu. Bundan sonra idare hukuku, bilhassa hukuku sadeleştirme siyasetinin etkisi altında, giderek daha az içtihadî hâle geldi. Fakat maalesef, gittikçe daha esrarengizleşerek...

Anahtar Kelimeler

İdare hukuku • İçtihat • Kodifikasyon • Hukukun sadeleştirilmesi • Hukukun erişilebilirliği

Abstract

While twenty-five years ago the Dean Georges Vedel pleaded for a questioning of the jurisprudential character of administrative law in order to make it less hermetic and more accessible, administrative law is now becoming less and less jurisprudential, in particular under the effect of the current policy known as the simplification of the law. But, unfortunately it is becoming more and more secret...

Keywords

Administrative law • Jurisprudence • Codification • Simplification of law • Accessibility of law

L'essentiel

Alors qu'il y a vingt-cinq ans le doyen Georges Vedel plaiderait pour une remise en cause du caractère jurisprudential du droit administratif afin de le rendre moins hermétique, plus accessible, le droit administratif est désormais de moins en moins jurisprudential, notamment sous l'effet de la politique actuelle dite de simplification du droit. Mais il est pourtant malheureusement de plus en plus secret...

Mots-clés

Droit administratif • Jurisprudence • Codification • Simplification du droit • Accessibilité du droit

* Makalenin orijinal ismi ve künyesi şu şekildedir: "Le droit administratif doit-il redevenir jurisprudential? Remarques sur le déclin paradoxal de son caractère jurisprudential", *Actualité juridique: Droit administratif (AJDA)*, 2005, p. 637. Makalesini çevirmeme müsaade ettiği için kıymetli yazara müteşekkirim. Okuma kolaylığı sağlamak için orijinal metinde parantez içinde yapılan atıflar dipnota çekilmiştir. (Çevirmenin notu).

** Sorumlu Yazar: Fabrice Melleray (Prof. Dr.), *Institut d'Études Politiques de Paris (Science Po)*, Paris, Fransa. *Paris Institut d'Études Politiques*'te (*Science Po*) idare hukuku öğretim üyesi. Yazar ayrıca 2013 yılından beri AJDA'nın bilimsel direktörlüğünü yürütmektedir.

*** Halim Alperen Çıtak (Arş. Gör. Dr.), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ankara, Türkiye.
E-posta: halim.citak@hbv.edu.tr ORCID: 0000-0001-8355-4815

**** Anahtar kelimeler çevirmen tarafından eklenmiştir.

<https://doi.org/10.26650/ihid.19.006>



*Her şey değişiyor velâkin hiçbir şey değişmiyor*¹. George Vedel'in idare hukukunun içtihadî karakterine dair meşhur çalışmasını² iyice okuyup, sonra güncel ders kitaplarının, bilimsel eserlerin³ ve makalelerin⁴ çoğuna hızlıca göz gezdiren birinin muhtemel tepkisi bu olurdu. Zira Fransız idare hukukunun “temelde” ve “özünde” içtihadî olduğu hâlen kabul görmekte.

Üzerinde ittifak edilen⁵ bu kabulün, yine bütün yazarlarca yapılan şu diğer saptamayla telif edilmesi -ilk bakışta- güçtür: yakın zamanlarda -özellikle 1970'li yıllardan beri- idare hukukunun kaynaklarında muazzam bir dönüşüm gerçekleşmiştir⁶. Bilhassa bu dönemden itibaren söz konusu olan, “*idare hukukunun yazılı ve içtihadî iç kaynaklarının yeniden dengelenmesi*”⁷dir.

Böylece, aşağıdaki iki önermeyi sıralayarak hâkim öğretiye ihanet etmemeyi ümit ediyoruz: (1) İdare hukuku, gittikçe daha “yazılı” olan bir hukuk dalıdır. (2) İdare hukuku özü itibariyle hâlâ içtihadî bir hukuk dalıdır⁸. Bu durumda yoruma açık iki seçenek vardır: Eğer “idare hukuku” tabirinin iki önermede tıpatıp aynı anlamda kullanıldığı mütalâa edilirse, bu önermelerin mantıken biraz çelişkili olduğu öne sürülebilir. Eğer bu ifadenin her durumda yekdiğerinden az çok farklı mânâlar taşıdığı kabul edilirse -ki bizim kanaatimiz de budur- ilk önermede, “idare hukuku” tabirinin aslında idareye tatbik edilen muayyen normlar bütününe, [yani⁹] pozitif hukuka işaret ettiği görülecektir. Buna mukabil, ikinci önermede “idare hukuku” tabiriyle; temel kavramlar, konunun kavranması ve idrak edilmesi için olmazsa olmaz belirlemeler kast edilmektedir. Öyleyse görünüşteki çelişki kayboluyor. İdare hukuku, uygulamada daha fazla metin kullanılması ve [boşluk doldurma, hukuk yaratma gibi] yorum-harici yargısal inşalara daha az yer verilmesi anlamında giderek daha çok yazılı bir hukuk dalı hâline gelmektedir. Mamafih, idare hukuku hâlâ içtihadîdir. Öyle ki; onu anlamak, öğretmek ve mantığını kavramak için hiç duraksamadan temel içtihatları (*les grands arrêts*)¹⁰ ve diğer önemli kararları okumaya dalmak gerekiyor¹¹. Böyle-

¹ *Tout change et pourtant rien ne change*. Fransızcada muhtelif varyantlarıyla kullanılan bir deyim. (Çevirmenin notu).

² Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ?, EDCE, 1979-1980, n° 31, p. 31. Dipnotlarda, *sayfa* anlamındaki *p.* kısaltması aynen muhafaza edilmiştir. (Çevirmenin notu).

³ Bilhassa bkz. R. Chapus, *Droit administratif général*, Montchrestien, tome 1, 15^e éd., 2001, n° 11; P.-L. Frier, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, 3^e éd., 2004, n° 143; Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, LGDJ, tome 1, 16^e éd., 2001, n° 8; B. Seiller, *Droit administratif*, Flammarion, tome 1, 2^e éd., 2004, p. 27-28. Dipnotlarda, *baskı* anlamındaki *éd.* kısaltması aynen muhafaza edilmiştir. (Çevirmenin notu).

⁴ Örneğin bkz. O. Gohin, La contribution des juges au droit des collectivités locales, JCP A 2004, 1825; S. Théron, La substitution de la loi à la jurisprudence administrative : la jurisprudence codifiée ou remise en cause par la loi, RFDA 2004, p. 230.

⁵ Bu konuda bkz. J. Rivero et J. Waline, *Droit administratif*, Dalloz, 20^e éd., 2004, n° 12.

⁶ Bkz. C. Debbasch, Les sources du droit administratif. Permanence et novation, D. 1971, chron. p. 255.

⁷ T. Larzul, *Les mutations des sources du droit administratif*, L'Hermès, 1994, p. 275.

⁸ J.-M. Maillot, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit. Continuité et modernité*, Dalloz, 2003, p. 503.

⁹ Metnin daha iyi anlaşılması için kullanılan ek açıklama ve yardımcı ifadeler, köşeli parantez içerisine alınmıştır. (Çevirmenin notu).

¹⁰ *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 14^e éd., 2003.

¹¹ J.-F. Lachaume, *Droit administratif. Les grandes décisions de la jurisprudence*, PUF, 13^e éd., 2002.

likle, niceliksel mantık ve niteliksel yöntem bir şekilde karşı karşıya gelir ve idare hukuku meraklısı, bugün de dünkü gibi kendini “*karar âşiği*” (*arrestophile*) olmak zorunda hisseder¹².

Aslında tam burada bitirmek mümkün... Yine de, bazı önemli hususları hızlıca açıklayarak [mesele üzerinde] akıl yürütmeyi biraz sürdürmek, ilgi çekici olabilir. Her şeyden evvel, Başkan Daniel Labetoulle’u izleyerek¹³, şunu kabul etmeliyiz: yaklaşık yirmi beş sene önce bu derginin [AJDA] sütunlarında ilginç bir münazaraya yol açan “*idarî yargıcın içtihat kudreti azalıyor mu*” tartışması¹⁴, bugün artık söz konusu değil. Conseil d’État, on beş yılı aşkın bir süredir, yeniden ve inkâr edilemez biçimde yaratıcılığa döndü. Aslında bunda şaşılacak bir şey de yok: kurumun tarihi, gerek içtihadî yaratıcılık ve aktivizm dönemleri (1860’lı yıllar, XX. yüzyılın başı yahut 1950’li yılların ortaları örnek verilebilir) gerekse durgunluk ve istikrar dönemleri (Edouard Laferrière’in başkanlık¹⁵ yılları, 1970’li yıllar ve 1980’li yılların başları bu açıdan iyi bir numune teşkil eder) bakımından zaten zengindir. Bu değişimler, bazıları idarî yargının dışında bulunan (toplumsal, iktisadî ve siyasî vaziyet, esaslı içtihat politikalarına az veya çok elverişli olabilir) bazıları ise ona özgü muhtelif etkenlerle açıklanabilir. Öyleyse, Jean Massot ve Thierry-Xavier Girardot’nun işaret ettiği gibi, idarî istinaf mahkemelerini kuran 31 Aralık 1987 tarihli Kanun değişikliği, Conseil d’État’ı “*yutmakla tehdit eden selden [iş yükünden]*” kurtarıp, “*bir yüksek mahkemenin [içtihat mahkemesinin] ihtiyaç duyduğu sükûnetle doldurmuş*” ve böylece yeni bir yaratıcılık dönemini başlatmıştır, denebilir¹⁶.

Aşıkâr görünse de ekleyelim: bu [yeni] içtihatların -çoğu öyle olmakla beraber- tamamının sadece “*yorum içtihadı (jurisprudence d’interprétation*¹⁷)” niteliği arz etmemesi, atlanamayacak bir veridir. Yargıcın yaratıcılığı, yenilikçiliği ve gözü pekliği dönemden döneme değişse dahi, sabit kalan bir şey vardır: Yazılı hukuku gerçek anlamda okuyabilmek ve doğru bir biçimde uygulayabilmek ancak özgün yorumcu olan yargıcın ona affettiği yahut yüklediği anlamı açıkça ortaya koymasıyla mümkündür. Ve -en azından Portalis’ten beri- biliyoruz ki: “*kanunsuz yapamadığımız gibi, içtihat[lar] olmadan da yapamayız*”¹⁸.

¹² B. Pacteau, La jurisprudence, une chance du droit administratif ?, Rev. adm., numéro spécial 6-1999, p. 70. Dipnotlarda, özel sayı anlamındaki *numéro spécial* ifadesi aynen muhafaza edilmiştir. (Çevirmenin notu).

¹³ Le juge administratif et la jurisprudence, Rev. adm., numéro spécial 5-1999, p. 59.

¹⁴ D. Linotte, Déclin du pouvoir jurisprudentiel et ascension du pouvoir juridictionnel en droit administratif, AJDA 1980, p. 632; S. Rials, Sur une distinction contestable et un trop réel déclin. A propos d’un récent article sur le pouvoir normatif du juge, AJDA 1981, p. 115; D. Linotte et S. Rials, Conclusion d’une controverse, AJDA 1981, p. 202.

¹⁵ Orijinal metinde *vice-présidence* (başkan yardımcılığı) ibaresi geçmektedir. Conseil d’État’nın sembolik başkanı, devlet başkanıdır. Dolayısıyla başkan yardımcılığı makamı, Türk okuyucunun zihnindeki Danıştay başkanlığına tekabül eder. (Çevirmenin notu).

¹⁶ *Le Conseil d’Etat*, Doc. fr., 1999, p. 142.

¹⁷ Daniel Labetoulle tarafından kullanılan bu terim, yazılı hukuk kurallarının anlamını netleştiren ve yargıcın neredeyse o kuralı yeniden yazdığı içtihatları karşılamaktadır. Örnek olarak: CE sect. 15 juillet 2004, *Leroy*, AJDA 2004, p. 1923, chron. C. Landais et F. Lenica.

¹⁸ Portalis, *Discours préliminaire sur le projet de code civil in Ecrits et discours juridiques et politiques*, PUAM, 1988, p. 30.

Nihayet belirtmek gerekir ki; mevcut dağınık metinlerin derlenmesi değil, alanın esaslı unsurlarını havi, yapılandırılmış bir mecmu (bütünlük) geliştirilmesi anlamında idare hukukunun tedvini meselesi, kabaca üç aşamada özetlenebilecek bir geçmişe sahiptir¹⁹. İdare hukuku bilim dalının arz-ı endam ettiği, basit bir şekilde Restorasyon²⁰ ve Temmuz Monarşisi'ne²¹ denk düşen birinci aşamaya güçlü bir tedvin cazibesi hâkimdir. Söz konusu kanunlaştırma isteği, özel hukuk ve onun aşılabilir abidesi addedilen Napoléon Kodu (*Code civil*) karşısında bir aşağılık kompleksi geliştirmekten başka bir netice doğuramamıştır. [Bu dönemde] “gerçek hukukçu” sayılabilmeleri için idare hukukçularının da kendi *code*'lerinin olması gerekiyordu (bilim dalının “kurucu babaları”ndan biri olan Gérando'nun Restorasyon döneminde yaptığı, idare hukukunun müesseselerini yahut İdare Kodu'nun²² unsurlarını toplayıp düzene koyan *Institutes du Droit Administratif Français, ou Éléments du Code Administratif* isimli çalışmayı düşünelim).

Akabinde, hâlâ sadece kısmen kopabildiğimiz [etkisini sürdüren] ikinci aşamada, bilim dalının akademik bağımsızlık kazanmaya başladığı andan itibaren, idare hukukunun tedvin edilmesi imkânsız görülmüştür²³. Conseil d'État üyeleri, idare hukukunun tedvin edilmesini; bölük-pörçük, eksik ve dolayısıyla beyhude olacağı, noksansız yapılsa dahi bu kez kendi yaratıcı kudretlerini sınırlandıracağı, eserlerini dondurup kristalize edeceği ve katılma tehdidine maruz bırakacağı endişesiyle arzu etmemiştir. İşte bu yüzden, Edouard Laferrière'in özel hukukun aksine idare hukukunun kodifiye edilmemiş ve “[bir gün] edilebileceğinin kuşkulu olduğu”²⁴ tespitinin aksisedası, seksen yıl sonra Raymond Odent'in tedvin teşebbüslerini “*nafile*”²⁵ gören ifadelerinde duyulmaktadır. Conseil d'État'ya hayranlıkla bakan doktrin [akademisyenler] de, nadir istisnalar dışında, Conseil d'État tarafından yaratılıp geliştirilen ve dünyanın birçok ülkesine ihraç edilen idare hukukunun tedvini fikrine sadece şüphe ve itimatsızlıkla yaklaştı ve bu inanç uzun yıllar devam etti.

Binaenaleyh, hikâyenin üçüncü safhasına gerçek bir başlangıç teşkil eden, De-kan Georges Vedel'in çok meşhur makalesi²⁶ oldu. Artık yargı kararlarının, idare

¹⁹ Detaylı bir tarihî çalışma için bkz. G. J. Guglielmi, *L'idée de codification dans la construction du droit administratif français au 19e siècle*, Annuaire d'histoire administrative européenne, vol. 8, 1996, p. 109. Dipnotlarda, *cilt* anlamındaki *vol.* kısaltması aynen muhafaza edilmiştir. (Çevirmenin notu).

²⁰ Bu dönem, 1815-1830 yılları arasındır. (Çevirmenin notu).

²¹ Bu dönem, 1830-1848 yılları arasındır. (Çevirmenin notu).

²² Türkçe *kanun* kelimesi, Fransızca *code* terimini tam olarak karşılamamaktadır. Bu sebeple terim tercümede aynen muhafaza edilmiş; cins isim olarak kullanıldığı zaman *code*, belli bir mevzuatın özel adında geçtiği zaman -kesme işareti sebebiyle okumanın güçleşmemesi için- *Kod* biçiminde yazılmıştır. (Çevirmenin notu).

²³ G. J. Guglielmi, söz konusu “imkânsızlık kabulü”nü 1860'lara kadar götürmektedir.

²⁴ *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault, tome 1, 1^{re} éd., 1887, p. VII.

²⁵ *Contentieux administratif*, fasc. I, Les cours de droit, 1970-1971, p. 21; ayrıca bkz. M. Letourneur, Quelques réflexions sur la codification du droit administratif, in *Etudes juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, p. 277.

²⁶ Türkçe tercümeden okuyanlar için söz konusu makalenin künyesini tekrar hatırlatmakta fayda var: Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ?, EDCE, 1979-1980, n° 31, p. 31. (Çevirmenin notu).

hukukunu “*erişilmez ve öğretilemez (incommunicable)*”²⁷ hâlde getiren vecizeciliğini [aşırı kısa ve özlü ifade merakını – *laconisme*] tenkit etmenin vakti gelmişti. İdare hukukunun temel içtihadî ilkelerinin tedvinini, somut bir örneğe (Monaco’da çıkarılan ve kamu görevlilerinin özel hukuk sorumluluğuna ilişkin Fransız içtihatlarından çıkan kuralların kodifiye edilmesinden ibaret bulunan bir Kanun’a) istinaden savunan ve idare hukukunu daha erişilebilir, daha az aristokratik ve daha az esrarengiz kılmak gerektiğini belirten Dekan Vedel’in sesine, idare hukukundaki önemli içtihadî prensiplerin kodifikasyonu meselesinin, “*gelecek yılların büyük işi*”²⁸ olduğunu düşünen Profesör René Chapus’nün sesi eklendi.

Şu hâlde, Fransız idare hukukundaki bazı güncel değişiklikleri; bilhassa hukukun sadeleştirilmesi (*simplification du droit*) adıyla bilinen yasal metinleri, yani 2 Temmuz 2003 tarih ve 2003-591 numaralı Kanun²⁹ ile 9 Aralık 2004 tarihli Kanun³⁰ kapsamında alınan yahut alınacak başlıca tedbirleri, Georges Vedel’in mezkûr çalışması ışığında tahlil etmek, yerinde ve faydalı olabilir. Bu en güncel kanunlar ve kanun hükmünde kararname, muhterem Yazar’ın [Vedel’in] görüşleri hatırdaki tutularak okunduğunda, gerçekten, açıkça paradoksal bir neticeye varılır. Dekan Vedel, idarî yargı içtihatlarının (daha doğrusu bu içtihatların temel unsurlarının, yapıtaşlarının) idare hukukunu daha açık ve daha erişilebilir kılmak üzere tedvin edilmesi gerektiğini söylüyordu. Ne var ki, hâlihazırda ortaya çıkanın bunun tam tersi olduğu görülüyor. İdare hukuku bugün, dün olduğundan daha az içtihadî; ancak yine bugün, dün olduğundan daha esrarlıdır. İdare hukukunun içtihadî karakterindeki bu zayıflama, hukuku sadeleştirme siyaseti tarafından hızlandırılmıştır. Alanın bütün alt dallarında gözlemlenebilen bu durum, maalesef [ironik biçimde] idare hukukunun karmaşıklaşmasına sebep olmaktadır.

Hukuku Sadeleştirme Siyasetinin Hız Verdiği Bir Zayıflama

1920’li yıllarda, *Dame Cachet* kararını tahlil eden Maurice Hauriou, idarî işlemlerin geri alınması rejiminin, “*Conseil d’État’ın yaratıcı kudretinin en belirgin örneklerinden biri*”³¹ olduğunu yazabilmişti. Böyle bir analiz, hükûmete “*idarî işlemlerin geri alınmasına dair kuralları, hukukun sadeleştirilmesi ve hukukî güvenliği sağlama amaçlarıyla uyumlaştırma konusunda gerekli tedbirleri almak üzere kanun hükmünde kararname (ordonnance) çıkarma*” yetkisi veren 9 Aralık 2004 tarih ve 2004-1343 numaralı Kanun’un 2. maddesi ile yakında geçersiz hâlde gelecektir. Bu örnek bize, yalnızca idarî işlemlerin geri alınması konusunu aşan bir akımın işaretçisi gibi görünüyor. İdare hukuku artık, sadeleştirilmek ve modernleştirilmek üzere

²⁷ A. de Laubadère, *Le Conseil d’Etat et l’incommunicabilité*, EDCE, 1979-1980, n° 31, p. 17.

²⁸ *Droit administratif général*, préc., n° 163. Dipnotlarda, *daha önce atıf yapılmış olan* anlamındaki *préc.* kısaltması aynen muhafaza edilmiştir. (Çevirmenin notu).

²⁹ P. Gonod, *La simplification du droit par ordonnances*, AJDA 2003, p. 1652.

³⁰ Les principales dispositions de la loi du 9 décembre 2004, JCP A 2004, 1855.

³¹ S. 1925, III, p. 9.

tedvin ediliyor. İlk bakışta bunda şaşılacak bir şey yok. İctihadiliğin dezavantajları bahsinde yapılan eleştiriler, tekraren vurgulanmayı gerektirmeyecek kadar malum; öyle ki bazı yazarlar bu eleştiriyi, “*ıctihadılık, idare hukukunun en büyük zaafıdır*”³² noktasına dek götürmektedir. [Gerçekten] ıctihadın, tabiatı icabı geçmişe yürümesinden maada³³; çoğu zaman esrarını sadece müntesiplerine açan, avama kapalı bir dil kullanması, en büyük eksiğidir.

Aynı şekilde, dağınmık metinler, hukuka erişimi kaçınılmaz surette zor ve hatta çoğu zaman öngörülemez / tesadüfî kılmaktadır. 1980’li yılların sonunda gündeme gelen kodifikasyonların bu bağlamda yapıldığı açıktır. Mamafih, 2003 ve 2004 tarihli metinlerde dikkat çekici olan, bu metinlerin, “*dinamik kodifikasyon (codification dynamique) isimli yeni bir tedvin biçimine*”³⁴ başlangıç teşkil etmesidir. İkinci Dünya Savaşı’na takaddüm eden önceki aşamaların temel özelliklerini kısaca hatırlayalım. Birincisi, 10 Mayıs 1948 tarihli Kararname (*décret*) ile gerçekleşen, tamamen “*idarî*” [yürütme tarafından yapılan] kodifikasyondur³⁵. [Bu dönemde] *code*’ların gerek kanun, gerek düzenleyici işlem hükümlerini içeren bölümleri (*partie législative ve dispositions réglementaires*), kararname ile belirlenmişti.

Avantaj olarak belli bir sürat temin eden bu yöntem, tedvin edilen [*code*’a dâhil edilen] kanunların ilga edil[e]memesi³⁶ ve söz konusu yan yana yürürlükte bulunma hâlinin sorun teşkil etmesi sebebiyle risksiz ve sakıncasız değildi. Dahası, yargıç bazı *code*’larda yer alan yenilikçi hükümlere, kimi zaman belli bir dudak bükme / tepeden bakma tavrı gösteriyordu. Örneğin 1957’de hazırlanan Devlet Mülkiyeti Kodu (*code du domaine de l’État*), kamu malları için zımnî / tersinden bir tanım getirerek “*tabiatları yahut kullanım amaçları gereği özel mülkiyete konu edil(e)meyen mallar*” ibaresini kullanmış, ancak yargıç bu tanıma kayıtsız kalmıştır (Devlet Mülkiyeti Kodu’nun söz konusu 2. maddesi hâlâ yürürlüktedir). Dekan Jean-Marie Auby’nin işaret ettiği üzere, “*1957 tarihli bu code, hukuk fakültelerinde, XIX. yüzyıl kamu malı uzmanları ve Berthélémy’nin mirası ile yetiştirilmiş Maliye Bakanlığı ve Emlak İdaresi (service des Domaines) memurlarının eseri idi*”³⁷. Bu tespit, [kamu mallarına ilişkin] ıctihadî ölçütünü henüz geliştirmiş olan³⁸ yargıcın, söz konusu hükümle -kötü anılmak pahasına- neden ilgilenmediğini, şüpheye mahal bırakmayacak tarzda açıklamaktadır.

³² J.-F. Brisson et A. Rouyère, *Droit administratif*, Montchrestien, 2004, p. 17.

³³ İctihadî kuralların geçmişe yürümesinin, bugün hukukî güvenlik açısından çokça eleştirildiği malumdur. Konu hakkında bkz. Le rapport Molfessis, *Les revirements de jurisprudence*, Litec, 2005.

³⁴ N. Molfessis, RTD civ. 2004, p. 159.

³⁵ C. Etori, *Les codifications administratives*, EDCE, 1956, n° 10, p. 41.

³⁶ Bu dönemde yürütmenin düzenleyici işlemleriyle herhangi bir kanunun ilga edilmesi mümkün değildi.

³⁷ Kamu Malları ve İktisadî Faaliyetler başlıklı toplantıda (*colloque domaine public et activités économiques*) yaptığı konuşmadan, CJEG, hors-série, 1991, p. 21.

³⁸ CE sect. 19 octobre 1956, *Société « Le Béton »*, Lebon p. 375; AJDA 1956, II, p. 472, concl. M. Long et p. 488, chron. J. Fournier et G. Braibant.

Yine düzenleyici bir işlemle [yürütme tarafından] başlatılan ikinci aşama, 12 Eylül 1989 tarih ve 89-647 numaralı Yüksek Tedvin Komisyonunun Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kararname'dir (*le décret relatif à la composition et au fonctionnement de la commission supérieure de codification*)³⁹. Kararname, yalnızca iç hukuktaki mevcut yazılı kuralların derlenmesine (*codification à droit constant*) ilişkindi. *Code*'lar Komisyon tarafından hazırlanacak ve kanun hükümleri içeren bölümleri (*partie législative*) -*code*'ların daha güvenceli olması için- yasama organınca yürürlüğe konulacaktı. Bazı önemli başarılarla (meselâ kanun gücündeki kısmı 21 Şubat 1996 tarihli Kanun'la meriyet kazanan Mahallî İdareler Genel Kodu'na⁴⁰) rağmen, yasama takvimindeki yoğunluğun, [tedvin faaliyeti önünde] ciddi bir engel teşkil edeceği kısa süre içerisinde anlaşıldı. Komisyon; henüz parlâmento tarafından kabul edilmemiş ve dolayısıyla yürürlüğe girmemiş, kısmen metruk ve işlevsiz *code*'lar hazırlıyordu.

Söz konusu tıkanıklığa bir çare olarak, Anayasa'nın 38. maddesine istinaden, hükûmete bazı *code*'ların kanun hükümleri içeren bölümlerini hazırlama imkânı tanıyan bir yetki kanunu (16 Aralık 1999 tarihli Kanun) çıkarıldı. Anayasa Konseyi de, anayasal değerde [gördüğü] hukukun anlaşılabilirliği ve erişilebilirliği amaçları uğruna, böyle bir girişimi kabul ve hatta teşvik etti⁴¹.

Yasama organı, 16 Aralık 1999 tarihli Kanun yahut 12 Nisan 2000 tarihli Vatandaşların İdarelerle İlişkilerindeki Haklarına Dair Kanun'un⁴² 3. maddesi gibi metinlerle *codification à droit constant* usulünün açık tarifini getirdikten sonra, üçüncü tedvin aşaması olarak, kanun hükmünde kararnamelerle kodifikasyon (*codification par ordonnances*) usulünü başlamıştır. Bahse konu 12 Nisan 2000 tarihli Vatandaşların İdarelerle İlişkilerindeki Haklarına Dair Kanun'un 3. maddesi şu şekildedir: “*kanuni tedvin (codification législative), o tarih (tedvinin yapılacağı tarih) itibarıyla yürürlükte bulunan bütün kanunların tematik code'lar halinde toplanması ve sınıflandırılmasıdır. Bu tedvin, derlenen metinlerin tutarlılığını korumak için yapılacak zorunlu tashihler dışında, normlar hiyerarşisine saygı duyulmak ve yürürlükteki hukukun ahengini bozmamak üzere, yalnızca mevcut metinlerin aynen [olduğu gibi] derlenmesi şeklinde yapılır*”. Özellikle, İdari Yargı Kodu'nun⁴³ kanun hükümleri içeren bölümü (*partie législative*), işte bu yöntemle yürürlüğe konmuştur (4 Mayıs 2000 tarih ve 2000-387 numaralı Kanun Hükmünde Kararname).

³⁹ G. Braibant ve A. Zaradny, L'action de la commission supérieure de codification, AJDA 2004, p. 1856.

⁴⁰ Orijinal isim: *Code général des collectivités territoriales*. (Çevirmenin notu).

⁴¹ Cons. const. 16 décembre 1999, n° 99-421 DC, AJDA 2000, p. 31, note J.-E. Schoettl. Anayasa yargıcının kodifikasyon konusunu kavrayış biçimine dair bütüncül bir çalışma için bkz. M. Verpeaux, La codification devant le Conseil constitutionnel, AJDA 2004, p. 1849. Anayasal değerdeki bu amaçlar (hukukun anlaşılabilirliği ve erişilebilirliği) hakkında bkz. P. de Montalivet, La « juridicisation » de la légistique, in *La confection de la loi*, Roland Drago, dir., PUF, 2005, p. 99.

⁴² Orijinal isim: *Loi relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations*. (Çevirmenin notu).

⁴³ Orijinal isim: *Code de justice administrative*. (Çevirmenin notu).

Üstünkörü bakıldığında, [*dinamik kodifikasyonu* başlatacak olan] 2 Temmuz 2003 ve 9 Aralık 2004 tarihli Kanunların, [az evvel sözü geçen] 16 Aralık 1999 tarihli Kanun ile aynı hat üzerinde bulunduğu zannedilir. [Zira] bu kanunlar da hükûmeti, muhtelif *code*'ların kanun hükümleri içeren bölümlerini hazırlamak hususunda yetkilendirmektedir. Ne var ki, daha yakından incelendiğinde bu kanunların, sadece mevcut yazılı kuralların derlenmesine (*codification à droit constant*) müsaade etmekle yetinmeyip, bilâkis hükûmeti, ilgili hukuk alanlarını yeniden biçimlendirmeye [reformeye] yönelmeyi amaçladığı görülür. Nitekim 9 Aralık 2004 tarihli Kanun'un 89. maddesi, hükûmete verilen yetkiyi altı ay uzatarak, idare hukukunun temel konularından birini, Kamu Mülkiyeti Kodu'nu (*code des propriétés publiques*) yapma ve arzu ettiği takdirde değiştirme imkânı tanımaktadır. [Maddeye göre] hükûmet, "kamu mülkiyetindeki malların işletilme usulü [kurallarını] ıslah etme, sadeleştirme, berraklaştırma, âhenkli kılma ve derleme amacıyla; Devletin, mahallî idarelerin ve kamu kurumlarının mülkiyetindeki gerek özel gerek kamusal, gerek taşınır gerekse taşınmaz malların tanımlanmasına, yönetilmesine, korunmasına, bu mallar sebebiyle çıkan uyuşmazlıklara, kamu tüzel kişilerinin bu mallar üzerindeki tasarruflarının tevsiğine, bu mallardan kaynaklanan semere ve sair gelirlerin [hakların] doğuşu ve tahsili rejimine ve kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen taşınmaz devir işlemlerinin gerçekleştirilmesi ve denetimine ilişkin kanun hükümlerini değiştirmek ve tamamlamak hususunda kanun gücünde tedbirler" alabilecektir. Kısacası hükûmet, -elbette açık anayasal kısıtlara tabi olmak kaydıyla⁴⁴- kamu mülkiyeti hukukunu (*droit des propriétés publiques*) dönüştürebilecektir.

Kezâ kanun hükmünde kararname, on sekiz aylık bir süre içerisinde hükûmete -fakat bu kez sadece mevcut kuralları derleme (*codification à droit constant*) anlamında-, İdare Kodu'nun (*code de l'administration*), Kamu İhale Kodu'nun (*code de la commande publique*) ve Kamu Görevlileri Genel Kodu'nun (*code général de la fonction publique*) kanun hükümleri içeren bölümlerini çıkarma yetkisi vermektedir (m. 84). Dolayısıyla bu kodifikasyonlar, yazılı hukukun idare hukukundaki yerinin artmasında, son aşama[yı temsil etmektedir]. Artık kanunlar ve düzenleyici işlemler o denli çoktur ki, hukuku sadeleştirmek -yahut belki de- "*içtimai bünyenin hazımsızlığı*"ndan⁴⁵ sakınmak için, bu kuralların derlenip toplanması zarurî hâl gelmiştir. Ayrıca söz konusu kodifikasyonlar, yalnız mevcut kuralların derlenmesi (*codification à droit constant*) şeklinde yapıldığında dahi, idare hukukunun içtihadî karakterindeki zayıflamanın -idare hukukunun çoğu branşında hissedilir bir zayıflamanın- işaretlerinden başka bir şey değildir (çünkü bu metinler önemli bir rol oynamıyor olsaydı, tedvin edilmelerine de gerek duyulmayacaktı).

⁴⁴ E. Fatôme, A propos des bases constitutionnelles du droit du domaine public, AJDA 2003, p. 1192 ve A propos des bases constitutionnelles du droit du domaine public (suite), AJDA 2003, p. 1404; H.-G. Hubrecht, L'inaliénabilité. Passé et avenir d'un principe de droit constitutionnel, in *Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff*, Dalloz, 2005, p. 417.

⁴⁵ R. Savatier, L'inflation législative et l'indigestion du corps social, D. 1977, chron. p. 43.

İdare Hukukunun Çoğu Branşında Hissedilir Bir Zayıflama

Bu noktada, idare hukukunun bütün branşlarına, bilhassa esas itibarıyla yazılı karakter arz ettiği tartışmasız olan branşlara değinilmesi tabii ki söz konusu değil. Nitekim en azından 1946 tarihli Kanun'un (o çok beklenen, uzun zamandır sadece özel editörlere bırakılmış bir sentez işini nihayet gerçekleştirmekten başka bir şey yapmayan Kamu Görevlileri Genel Kodu'nun - *Code général de la fonction publique*) çıkarılmasından beri, kamu görevlileri hukukunda vaziyet böyledir. Aynı durum, alanın en yeni branşları arasında sayılıp, biri 1972, diğeri ise 2000 yılından beri bir *code*'a sahip kılınan ve bu yüzden kimsenin içtihadî karakter taşıdığını iddia etmediği imar hukuku ve çevre hukuku için de geçerlidir. Şu hâlde, idare hukukunun içtihadî karakterinin en güzel misâlleri arasında genel kabul gören birkaç örnek üzerine odaklanmak şüphesiz daha iyi olacaktır. Özellikle, Pierre-Laurent Frier'in "özü itibarıyla *Conseil d'État*'nin büyük kararları [önemli içtihatları] üzerine inşa edilmiş hâlde duruyor"⁴⁶ dediği iki örnekten bahsedeceğiz: İdarî sözleşmeler hukuku ve idarî işlemlerin hukukî rejimi [idarî işlem teorisi].

İdarî sözleşmeler hukuku ile başlayalım. Henüz yirmi yıl önce François Llorens, bu alanın esas itibarıyla içtihadî karakter arz ettiği fikrine, hâlâ güncelliğini koruyan ifadelerle karşı çıkmıştı⁴⁷. Pozitif hukukta meydana gelen sonraki gelişmeler, söz konusu iddianın ispatını mutlak surette kolaylaştırdı. François Llorens idarî sözleşmeler konusunda içtihadî kuralların sadece tamamlayıcı bir rol oynadığını, esas meselelerin bazen yürürlükteki kanun yahut düzenleyici işlemlerle bazen ise sözleşme hükümleriyle tanzim edildiğini özellikle vurguluyordu. Yazar ayrıca "en meşhur içtihadî teorilerin, nihayet istisnâ hâllerde sözleşmenin etkilerini gidermeye yönelik, uygulama alanı sınırlı, ikame edici kurallar olarak ortaya çıkageldiğini"⁴⁸ gösteriyordu. Gerçekten de, "idarî sözleşmenin genel teorisi"⁴⁹, çok kısıtlı bir alanda kullanılmaktadır. İster nicelik ister nitelik açısından bakılsın, idarî sözleşmeler hukukunun özü ya kanunlarda yahut düzenleyici işlemlerde⁵⁰ bulunur. Kamu hizmeti imtiyazlarının hukukî rejimi geniş ölçüde içtihadî idi. [Ancak] bugün kamu hizmeti gördürme [görevlendirme] sözleşmesi (*convention de délégation de service public*) kavramının bizzat kendisi ve hukukî rejimi, 29 Ocak 1993 ve 11 Aralık 2001 tarihli Kanunlardan beri, büyük ölçüde yazılı kurallarca düzenlenmektedir. 17 Haziran 2004 tarihli Kanun Hükmünde Kararname ile getirilen kamu özel ortaklığı sözleşmesi (*contrat de partenariat*) de, yazılı hukukun [artan] önemine iyi bir örnek sunmaktadır. Kanun Hükmünde Kararname, sadece kavramı (eksik de olsa) belirlemekle kalmayıp,

⁴⁶ *Précis de droit administratif*, préc., n° 143.

⁴⁷ Le droit des contrats administratifs est-il un droit essentiellement jurisprudentiel ?, in *Mélanges Max Cluseau*, Presses de l'IEP de Toulouse, 1985, p. 377.

⁴⁸ Préc., p. 391.

⁴⁹ F. Brenet, La théorie du contrat administratif. Evolutions récentes, AJDA 2003, p. 919.

⁵⁰ İdarî sözleşmeler konusunda, yürütmenin düzenleme yetkisine günümüze dek bırakılan yerin eleştirisi için özellikle bkz. Y. Gaudemet, Le contrat administratif, un contrat hors la loi, Cah. Cons. const. 2004, n° 17, p. 91.

sözleşmenin kurulma koşullarını / esaslarını da düzenlemektedir. Kararname'yi kaleme alanlar, idarenin sözleşmeciler karşısında sahip olduğu genel yetkileri de bir biçimde akdileştirmiştir. Hakikaten Kararname'nin 11. maddesi (aynı zamanda Mahallî İdareler Genel Kodu'nun L. 1414-12 numaralı maddesi), sözleşmenin önemli bir dizi mecburî hüküm (*clauses obligatoires*) ihtiva etmesini âmidir. [Bu kapsamda] sözleşme; [idarenin] denetim ve yönlendirme, yaptırım uygulama, tek taraflı değişiklik yapma ve tek taraflı fesih yetkilerine ilişkin hükümler içermek zorundadır. Çözüm getirdiği bütün meselelerin zaten sözleşmede yer aldığı bir genel teori, istisnâî hâller dışında neye yarar ki?

[Yargısal olmayan] idarî usûl (*procédure administrative non juridictionnelle*) konusu da [içtihadî karakterdeki zayıflamayı] oldukça açıklayıcıdır. İdarî işlemlerin geri alınmasına ilişkin yukarıda değinilen içtihatların tedvin edilmesinden maada, bir İdare Kodu⁵¹ (*code de l'administration*) beklentisi⁵² dahi, 1970'li yıllar sonundaki büyük kanunlardan itibaren, yazılı kuralların idare hukukundaki çarpıcı artışının mantikî neticesinden başka bir şey değildir. [Peki, bu beklentide] ısrar etmeye lüzum var mıdır? İdarî işlemlerin gerekçelendirilmesi, erişime açılması [bilgi / belge edinme] hatta bugün daha geniş anlamda idare ile idare edilenler - vatandaşlar arası ilişkiler konusundaki temel kurallar, artık yazılıdır. İdare Kodu, eğer çıkarsa, bu rahatsız edici [müzmin, kabak tadı veren] mevzuyu ortadan kaldıracaktır⁵³. Aslında doktrindeki yazarların bir kısmı, özellikle karşılaştırmalı hukuk bilgilerinden esinlenerek, böyle bir kodifikasyonu 1960'lı yıllardan beri talep etmekteydi⁵⁴. Bu istikametteki muhtelif taslaklar, bilhassa 1980'li yılların başında, şüphesiz yazılı hukukun çok boşluklu / eksik olması sebebiyle başarısız olmuştu. Hâlihazırda vaziyetin böyle olmadığı [yazılı hukukun tedvin edilecek olgunluğa eriştiği] görünüyor.

Benzer durum, kısmen dahi olsa, idarî yargılama usûlü (*procédure juridictionnelle administrative*) için de vâkidir. Büyük içtihatların (*grands arrêts*) devri henüz tamamen kapanmasa da⁵⁵, alana ilişkin temel prensiplerin bugün İdarî Yargı Kodu'nun (*code de justice administrative*) "on emir"inde (mukaddime başlığının⁵⁶ 2 ilâ 11. maddelerinde) yahut bir ilâ dokuzuncu başlıklarında vaz' edilmediğine bizi kim inandırabilir? Kabul edilmelidir ki, yer yer önemsiz veya dolaylı atıflarla yazılı kurallara konu edilse de, dava türleri arasındaki ayırım ve hatta bizzat bu davalarda [uygulanan] yargısal denetim teknikleri [esas bakımından denetimin koşulları] kodifikasyona direnmektedir. Fakat alanı [idarî yargılama hukukunu] inşa eden esasların ekseriyeti

⁵¹ Türkiye'de gündeme gelen Genel İdarî Usûl Kanunu Tasarısı'na benzer bir *code*'dan söz ediliyor. (Çevirmenin notu).

⁵² R. Schwartz, Le code de l'administration, AJDA 2004, p. 1860.

⁵³ Konu hakkında bir örnek olarak Y. Gaudemet'nin derleme çalışmasına bkz. La codification de la procédure administrative non contentieuse en France, D. 1986, chron. p. 107.

⁵⁴ Bilhassa bkz. G. Isaac, La procédure administrative non contentieuse, LGDJ, 1968, p. 671.

⁵⁵ Bu kapsamda akla gelen bir örnek: CE Ass. 11 mai 2004, Association AC!, AJDA 2004, p. 1183, chron. C. Landais et F. Lenica.

⁵⁶ Orijinal isim: *Titre préliminaire*. (Çevirmenin notu).

Kod'a girmiştir (Kanaatimizce İdarî Yargı Kodu, yazarlarının kalitesi sayesinde, son zamanlarda kaleme alınanlar arasında en iyi yazılmış ve editoryal açıdan çok eski *code*'lerle [örneğin Napoléon dönemi *code*'leriyle] mukayese edilmeyi kaldırabilecek tek *code*'dur).

Kanaatimizce, idare hukukunun ana başlıkları arasında esas itibarıyla (niteliksel anlamda) içtihadî kalan yalnızca bir tanesidir: İdarenin sorumluluğu (*droit de la responsabilité administrative*). [Yazılı kurullarla getirilen] ayrı sorumluluk rejimleri⁵⁷ çoğalsa da, temel prensipler yazılı değildir⁵⁸. [Başka bir deyişle], “*idarenin sorumluluğuna ilişkin genel kurullar (droit commun de la responsabilité administrative)*”⁵⁹ hâlâ içtihat kaynaklıdır.

Öyleyse Georges Vedel haklıydı: idare hukuku ilânihaye içtihadî kalamazdı. Fakat bu, idare hukukunun artık daha erişilebilir, sıradan insanlar için daha az esrarengiz olduğu anlamına mı gelir? Maalesef ki hayır...

İdare Hukukunun Karmaşıklaşmasına Yol Açan Bir Zayıflama

Portalıs, [henüz *Code civil* yazılırken], basit ve fakat göz ardı edilmiş bir soruyla kodifikasyonun işe yararlığını tartışmaya açmıştı: “*code en yalın dille kaleme alınsa bile, toplumun her kesimi onu anlayabilecek midir?*”⁶⁰. Ne yazık ki, güncel metinlerin ekseriyetinin, sadece idare hukuku müntesiplerinin çok küçük bir kısmına hitap ettiği görülüyor. Yasama ve yürütme tarafından yapılan son müdahalelerin [koyulan yazılı kurulların], idare hukukunun muhtelif kısımlarındaki iç tutarlılık ve âhengi büyük ölçüde yok ettiğini ortaya koymak hiç de güç değil. Tam bu noktada, iki örnek bize son derece açıklayıcı ve dikkate şayan görünüyor: Kamu mülkiyeti hukuku (*droit des propriétés publiques*) ve idarî sözleşmeler hukukundaki (*droit des contrats administratifs*) durum.

Kamu mülkiyeti hukukunun durumuyla başlayalım⁶¹. Bu alan oldukça basit bir temel mantığa dayanıyordu (hâlâ kısmen dayanıyor): kamu mallarının muhafazasına -ekonomik açıdan değerlendiril(e)memeleri yahut daha “dinamik” işletil(e)memeleri pahasına- öncelik verilirdi. *Kamu malı (domanialité publique)* kavramı, hassaten geniş [yorumlanırdı] ve kamu mallarının hukukî rejimi, özellikle üzerlerinde aynî hak kurulmasının yasaklanması [devir ve ferağ edilememeleri, üzerlerinde rehin, ipotek

⁵⁷ Türkiye'deki 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılınması Hakkında Kanun gibi. (Çevirmenin notu).

⁵⁸ Aksi yöndeki tespiti destekleme imkânı sunan pozitif hukuktaki son gelişmeler için bkz. C. Bréchon-Moulènes, *Les régimes législatifs de responsabilité publique*, LGDJ, 1974, p. 489.

⁵⁹ M. Paillet, Existe-t-il une responsabilité de droit commun ?, in *Vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique ?*, Les colloques du Sénat, 2002, p. 89.

⁶⁰ *Discours préliminaire sur le projet de code civil*, préc., p. 27.

⁶¹ Bkz. Dossier domaine public, AJDA 2005, p. 578.

vb. kurulamaması] açısından katı idi (özel tanzimlerin⁶², başlangıçta öngörülen *kamu malı* tanımını “kısıtlayıcı ölçüt”⁶³ rolü oyna(ya)madığını hatırlayalım). Sonrasında yasama organı, esasen içtihatların [içtihadî kuralların] sertliğine karşılık vermek amacıyla, noktasal [mevziî] müdahalelerini artırdı⁶⁴:

- 5 Ocak 1988 tarihli Yerinden Yönetimin Güçlendirilmesi Hakkında Kanun’un 13. maddesi (mahallî idarelere, kendilerine ait taşınmazlar üzerinde *bail emphytéotique administratif*-kullanma ve yararlanma haklarının devrini içeren uzun süreli bir sözleşme- yapma imkânı tanımaktadır).
- 25 Temmuz 1994 tarih ve 94-631 numaralı Kanun (kamu malları üzerinde aynı haklar kurulmasına ilişkin ve Devlet Mülkiyeti Kodu’nu⁶⁵ tamamlayan kanundur).
- 26 Temmuz 1996 tarih ve 96-660 numaralı France Télécom Yurtiçi Teşebbüsü Hakkında Kanun (1. maddesi, *France Télécom*’un mallarını kamu malı rejiminden çıkarırken, 4. maddesi aynı kuruluşun bazı mallarını tahsis amaçlarını teminen koruma altına almaktadır).
- 11 Aralık 2001 tarih ve 2001-1168 numaralı Malî ve İktisadî Nitelikte Acil Reform Tedbirleri Hakkında Kanun (Kanun’un 22. maddesi, *La Poste*’a ait taşınmaz malları, *France Télécom*’a ait olanlarla benzer bir statüye tabi kılmaktadır).
- 29 Ağustos 2002 tarih ve 2002-1094 numaralı İç Güvenlik Programlama ve Uyumlaştırma Kanunu (Kanun’un 3. maddesi; adalet, emniyet ve jandarma hizmetlerinde ihtiyaç duyulan bina inşaatlarının finansmanını kolaylaştırmak üzere Devlet Mülkiyeti Kodu’nda değişiklik yapmakta ve özellikle leasing ve satın alma opsiyonlu kiralama yoluna başvurma imkânı tanımaktadır).
- 4 Eylül 2003 tarih ve 2003-850 numaralı Sağlık Sisteminin Teşkilat ve İşleyişinin Sadeleştirilmesi Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (Kararname’nin IV. başlığı, hastaneler bakımından *bail emphytéotique administratif*-kullanma ve yararlanma haklarının devrini içeren uzun süreli bir sözleşme- yapma imkânı tanımaktadır).
- 19 Ağustos 2004 tarih ve 2004-825 numaralı Devlet Dairelerine Ait Taşınmazların Statüsüne İlişkin Kanun Hükmünde Kararname (Devlet Mülkiyeti Kodu’nun 2. maddesini değiştirerek, Devlet ve kamu kurumlarının *-établissements publics-* kullandığı taşınmaz malları, kamu malı niteliği taşıyan diğer taşınmaz mallarla bölünmez bir bütün teşkil edenler hariç olmak üzere, Kod’un kapsamı dışına çıkarmaktadır).

⁶² Orijinal terim: *aménagement spécial*. Kamu malının tahsis edildiği hizmetin gereklerine göre inşa edilmiş bir yapı olması. Örneğin okul binasının sınıflardan oluşacak biçimde planlanması, tanzim edilmesi. Bu okul binası ev olarak kullanılmaya müsait değildir. Okul binası olacak şekilde tanzim edilmiştir. Terim ile bu kast edilmektedir. Bir malın kamu malı olması için kullanılacağı hizmete göre tanzim edilmiş olması şartının aranması bazı kamu malları bakımından gündeme gelmiştir. Terimin anlamı konusunda raporunda katkılarını sunan sayın hakeme teşekkür ederim. (Çevirmenin notu).

⁶³ Orijinal terim: *critère réducteur*. (Çevirmenin notu).

⁶⁴ Orijinal metinde aşağıdaki örnekler paragraf içinde sıralanmıştır. Fransız mevzuatına aşina olmayan okuyucuların zorlanmaması için çeviride örneklerin alt alta sıralanması yoluna gidilmiştir. (Çevirmenin notu).

⁶⁵ Orijinal terim: *Code du domaine de l’Etat*. (Çevirmenin notu).

[Örnekleri çoğaltmak mümkün]... Neticede kendimizi, karmakarışık bir yapının içinde buluyoruz. Atipik kamu tüzel kişilerine (*La Poste*) yahut belli mal kategorilerine (Devlet dairelerinin binaları) dair “kanunî” istisnalar artırıldıkça, kamu malının klasik tanımında gedik açılıyor. Kamu mallarının hukukî rejimi ise yarıma ve parçalanma yolunda. Dahası, kamu malı - özel mal şeklindeki ikili ayrımın ta kendisi saldırıya maruz kalıyor... İkinci baharını yaşayan ise, [ilk defa Duguit ve Jean-Marie Auby tarafından ortaya atılmış] *basamaklı / dereceli mülkiyet (échelle de la domanialité)* teorisi⁶⁶... İşin güzeli, yasama organı [adeta] zoru başardı. Özel hukuk kişilerine ait (dolayısıyla tanım gereği *kamu malı* sayılamayacak⁶⁷) bazı mallar, kamunun özel mülkiyetindeki diğer bazı mallarla birlikte, kamu mallarının kimi özelliklerini de içeren aynı hukukî rejime tabi kılındı. *France Télécom*'un bazı malları bu durumda. Eğer havaalanlarına ilişkin kanun tasarısı kabul edilirse, ileride *Aéroports de Paris*'e ait mallar da aynı hâle gelecek. Böylece, özel [hukuk kişilerine ait] mallar ve kamu tüzel kişilerine ait özel malların, kamu mallarının hukukî rejiminden esinlenilmiş [yeni] bir rejime sokulması gibi [garip] bir vaziyetle karşı karşıya kalıyoruz. Yasama organı bunu yaparak hukuku sadeleştirmiş mi oldu? [Kanunları] Anayasa Konseyi'nin (*Conseil constitutionnel*) öngördüğü gibi, hukukun anlaşılabilirliğini (*intelligibilité*) artırmaya katkı sağlayacak şekilde mi kaleme aldı? Tabii ki hayır... Bugün yargıç tarafından şekillendirilen genel ölçütleri terk edip, hukuku ekonominin gerçeklerine uydurma kisvesi altında, bütüncül bir bakış açısından yoksun tikel [spesifik] yasal düzenlemeleri çoğaltma noktasına geldik. Elbette bu durum hukukun, toplumsal ihtiyaçların karmaşıklığına intibak etmesine bariz bir örnek olarak görülebilir. Ne var ki, bazı açılardan gerçekten miadını doldurmuş genel çerçeveyi değiştirip, yeni ve bütüncül bir yapı ile ikame etmek yerine; bölük pörçük reformların sayısını artırmakla yetinilmesine hayıflanmak da mümkündür (en azından biz hayıflanıyoruz). Umalım ki en azından Kamu Mülkiyeti Kodu (*code des propriétés publiques*), bu konuda daha cesur olsun...

İdarî sözleşmelerin daha iç açıcı olmayan durumundan da birkaç cümleyle bahsedelim. Eğer burada, 2006 yazı itibarıyla çıkacak *code*'un doğru olmaktan çok yanlış başlığına, “*commande publique*” [kamu alımları] isimlendirmesine takılıp kalırsak, sadece can sıkmış oluruz. Eski Kamu İhaleleri Kodu'nun (*Code des marchés publics*) mütemadiyen revize edilmesi bir yana, “genel sözleşmeler” (*contrats globaux*) için yeni yasal formüllerin geliştirilmesi, doktrinin bütünlükten büyük ölçüde mahrum bir yapının birliğini sağlama çabasına rağmen⁶⁸, konunun anlaşılabilirliğine ciddi zarar veriyor. Bu sözleşmeler, özellikle mahallî idareler için, mevzuatın boşluklarında geliştirilmişti. Artık dizginleri, tarafların yargı içtihatlarınca meşru kılınmış yaratıcılığı

⁶⁶ F. Melleray, *L'échelle de la domanialité*, in *Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Dalloz, 2004, p. 287.

⁶⁷ Çünkü *Conseil d'État*'nin yakın tarihli bir görüşünde hatırlattığı gibi, bir malın *kamu malı* sayılabilmesi için evvelâ kamunun mülkiyetinde olması şarttır: CE 10 juin 2004, *Agence France-Presse*, RFDA 2004, p. 923, chron. J. C.

⁶⁸ Özellikle bkz. P. Delvolvé, *Les contrats globaux*, RFDA 2004, p. 1079.

değil, kanun ele aldı. Bugün kim, bir grup başarılı öğrenciye mevcut hukukun genel tutarlılığını kolay, hızlı ve anlaşılır bir şekilde açıklayacağını iddia edebilir? Bütün bu formüller [Kod'daki tabirler] arasında nasıl yönünüzü bulabilirsiniz? François Llorens ve Pierre Soler-Couteaux'nun vurguladığı gibi: kamu sözleşmeleri hukuku “*lime lime olmuştur*”⁶⁹.

Yine 17 Haziran 2004 tarihli Kamu-Özel Ortaklığı Sözleşmelerine Dair Kanun Hükmünde Kararname üzerine yazılmış çok sayıda şerhten birkaç tanesini okumak⁷⁰, hukuku sadeleştirme adına çıkarılan bu Kararname'nin, onu iyiden iyiye anlaşılmasız hâle getirdiğini fark etmek için yeterlidir. Kararname'nin getirdiği modeli; hem kamu ihale, hem kamu hizmeti gördürme [görevlendirme] sözleşmelerini ikame edebilen bir genel tür / hüküm olarak görenler ile bunun tam aksine, sadece nadir durumlarda kullanılacak istisnâ bir ihale sözleşmesi türü olarak görenler arasında [adeta] anlaşılmasızlık uçurumu vardır. Buna mukabil, [doktrindeki] neredeyse herkes, kanun koyucunun yanlış istikamette gittiği konusunda mutabıktır. Kanun koyucu; beyaz bir sayfa açıp, idarî sözleşmeler hukukunu sıfırdan düzenlemeye çalışmak yerine, özel hukukî rejimlerin sayısını artırdı, sözleşme modellerini üst üste yığdı. Böylece hukuku ağır ve karmaşık hâle getirdi. Hukuku sadeleştirme bahanesiyle, başka hiçbir husus açıklığa kavuşturulmaksızın, yeni bir müessese ilave edilirse, gözlemci hayret etmekten başka bir şey yapamaz... On beş yıldır sözleşmeler hukukunu daha karmaşık kılan yargıç mıdır? Kesinlikle hayır. Hukuku karmaşıklaştıran; 1993'te yeni bir sözleşme kategorisi yaratıp (kamu hizmeti gördürme [görevlendirme] sözleşmeleri) 2001 yılına kadar onu tanımlamayı dert edinmeyen, her işkoluna özel çok sayıda kanun yapan, normları tasnif değil istif eden, yasama organının ta kendisidir.

Bu arada; ister uygulamacı ister akademisyen olsun, bir hukukçunun mevzubahis karmaşadan illa yakınması gerekmez. Salt materyalist ve profesyonel açıdan bakıldığında, yasama organının bu aceleci ve aşırı tutumu, (reform öncesinde çoğu zaman ihmal edilseler de), uzmanlara ciddî bir rol kazandırır. Hukuk ne kadar esrarengiz olursa, o kadar fazla danışmanlık ve mütalâaya ihtiyaç duyulur, daha çok ihtilaf çıkar ve dolayısıyla şerh edilecek enteresan kararlar da bollaşır. Ne var ki bu durum, Georges Vedel'in, yazılı kuralların [*code*'ların] yararı ve kalitesine itimat üzerine inşa ettiği ikinci tezini daha az geçersiz kılmaz (bu *code* mistisizmi, bilhassa M. Franc tarafından betimlenip⁷¹ hâlen kabul gören “*kodifikasyonun görkemi (rayonnement de la codification)*” düşüncesinde de bulunur). *Code Napoléon* okumalarından beslenen klâsik hukukçu, metnin -içeriği karşısında her zaman olmasa da- üslûbu ve biçimi karşısında saygıyla eğilmekten başka bir şey yapamaz. Artık durum, 1991 tarihli Conseil d'État raporunun genel değerlendirme (*considérations générales*)

⁶⁹ Contrats MP janvier 2005, Repère n° 1.

⁷⁰ Son olarak bkz. F. Llorens, Les contrats de partenariat, RJEP 2004, p. 511.

⁷¹ AJDA 2004, p. 1841.

bölümünde mükemmel şekilde ifade edilen ve herkesçe bilinen şu sebeplerden ötürü böyle değildir⁷²: “aşırı metin çoğalması”⁷³, “kuralların kararsızlık ve değişkenliği” ve “göstermelik metinlerde; gevşek, belirsiz ve gaz hâlinde bir hukuk” içeren “normların bozulup itibarsızlaşması”. (Ekim ayında Jean-Louis Debré tarafından kanunların otoritesini güçlendirmek üzere verilen anayasa değişikliği teklifi, adeta bir itiraf gibidir: Teklif, Anayasa’nın 34. maddesine “kanun, tabiatı icabı normatif karakterdedir” ibaresinin eklenmesini öngörüyor!).

Günümüzde kanun; esas itibarıyla bir siyasî gösteriş eylemi, bir iletişim vasıtasıdır. Şu hâlde, [kamu-özel işbirliği alanında] bu denli ağır bir reforma girişmeden de, 17 Haziran 2004 tarihli Kanun Hükmünde Kararname ile varılan sonuca yakın -ve hatta muhtemelen ondan daha önemli- bir netice elde edilebilecekti. Nitekim Pierre Delvolvé⁷⁴ ve Yves Gaudemet’nin⁷⁵ işaret ettiği gibi, birkaç kanun⁷⁶ ve düzenleyici işlem⁷⁷ hükmü buna kâfi gelebilirdi. Fakat yetkililer, “sırf” siyasî sebeplerle, sözüm ona daha iddialı bir reformu yeğlediler.

•••

Stendhal, *Parma Manastırı*’nı kaleme aldığı esnada, her sabah birkaç sayfa *Code civil* okuyordu. Yazar’ın zamane *code*’larından bir miktar okuyarak aynı sonuca ulaşması meçhuldür. Stendhal’ı okumasa da, kanun koyucunun en azından Portalis’e danıştığını ve Portalis’in, Yıl XI’de [1802-1803], *Code civil*’in gerekçesinde kullanılan, sonrasında mukaddime bölümünün başlığı olacak şu ifadeleriyle cevap verdiğini hayâl edebiliriz: “[Gerçek bir] kanun, [ancak] aceleye getirme mecburiyeti duyulmaksızın tasarlanabilir. Kanunlar, ârifâne bir âhestelikle hazırlanmalıdır”⁷⁸.

Konuya dair daha fazla bilgi edinmek için:

- Les perspectives de la codification (dossier), AJDA 2004, p. 1849 ve devamı.
- G. J. Guglielmi, L’idée de codification dans la construction du droit administratif français au XIX^e siècle, *Annuaire d’histoire administrative européenne*, vol. 8, 1996, p. 109.
- D. Labetoulle, Le juge administratif et la jurisprudence, Rev. adm., numéro spécial 5-1999, p. 59.

⁷² Rapport public du Conseil d’Etat pour 1991 de la sécurité juridique, EDCE, n° 43, p. 15.

⁷³ Yine de bu fenomeni değerlendirirken, E. Grass’ın yapabildiği gibi, ihtiyatlı olmak gerekir: E. Grass, L’inflation législative a-t-elle un sens ?, RD publ. 2003, p. 139.

⁷⁴ Le partenariat public-privé et les principes de la commande publique, RD imm. 2003, p. 481.

⁷⁵ Les contrats de partenariat public-privé : étude historique et critique, BJDCP 2004, p. 331.

⁷⁶ Özellikle Kamu İşlerinin [Yapım İşİ, Hizmet Alımı vb.] Yönetimi Kanunu’nda (*loi maîtrise d’ouvrage publique - MOP*) yapılacak bir değişiklik ve 5 Ocak 1988 ve 25 Temmuz 1994 tarihli Kanunların kapsamının genişletilip uyarlanması.

⁷⁷ Kamu İhaleleri Kodu’nun (*Code des marchés publics*) 2001 yılı itibarıyla yürürlükte olan hâlinin 10 ve 94. maddelerince vaz’edilen ilkelere getirilecek istisnalar.

⁷⁸ *Ecrits et discours juridiques et politiques*, préc., p. 75.

- F. Llorens, Le droit des contrats administratifs est-il un droit essentiellement jurisprudentiel ?, in *Mélanges Max Cluseau*, Presses de l'IEP de Toulouse, 1985, p. 377.
- N. Molfessis, Simplification du droit et déclin de la loi, RTD civ. 2004, p. 155 ve Une nouvelle forme de codification : la codification dynamique, aynı yerde, p. 159.
- B. Pacteau, La jurisprudence, une chance du droit administratif ?, Rev. adm., numéro spécial 6-1999, p. 70.
- Y. Robineau, Droit administratif et codification, AJDA 1995, p. 110, numéro spécial.
- G. Vedel, Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ?, EDCE, 1979-1980, n° 31, p. 31.