

İDARE VE HUKUK KURALI: FRANSIZ CONSEIL D'ETAT'SININ ÖNLEYİCİ ROLÜ*

Nicole QUESTINAUX**
Çeviren: Cemil KAYA***

Bir yüzyıldan daha uzun bir süre önce Dicey, bir İngiliz'in idare mahkemele-
rinin kişi hürriyetlerini tam olarak koruyabileceğine inanmasının zor olduğuna
ilişkin değerlendirmeler yaptı ve İngiliz hukuk kurallarını, Fransız idare hukuku
(Droit Administratif) kuralları ile aralarında tercihte bulunmaksızın karşılaştırdı.
İngiltere'deki kamu hukukçularına yönelik bu bilimsel toplantıda sunulan fırsatı,
idari yargıcın onun yargıladığı idareye bir danışman da olduğu gerçeğine odak-
laşmak ve bu görünüşteki rol karışıklığının, Fransa'daki hukuk kuralı kavramı-
mızın bir parçası olduğunu önermek üzere kullanmak istiyorum. Bu konu kıta
Avrupalı bağlamımızda özel bir ilgi alanı olabilir.

Son yıllarda kesinlikle pek çok şey değişmiştir. Özellikle önemli sayıda İngi-
liz bilim adamı Fransız hukukunun ikili yapısına daha çok aşına olmuştur. Pro-
fesör Harry Street idare hukukuna yönelen tutumların açılışına bir öncü olmuş-
tur. Diğerleriyle birlikte, Profesör Brown ve Garner ve şimdi Bell¹, iki sistemin
daha iyi anlaşılmasına ortam sağlamada çok kıymetli çalışmalar yapmışlardır.

* Bu makale 10 Şubat 1995'te Manchester Üniversitesinde verilen yıllık Harry Street
seminerine dayanmaktadır. Makale daha sonra Public Law adlı dergide yayımlanmıştır.
(Summer 1995, s. 247 – 258). Makalenin Türkçeye çevirisi için 11 Şubat 2002 tarihinde
yazardan, 6 Mart 2002 tarihinde yayınevinden izin alınmıştır.

** Conseil d'Etat Daire Başkanı. Bayan Questiaux aynı zamanda 1981-1982 yılları arasında
Milli Dayanışma Bakanlığı (Le Ministre de la Solidarité Nationale) görevinde de bu-
lunmuştur.

*** Yrd. Doç. Dr., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı

¹ L. Neville Brown and John S. Bell, French Administrative Law, (4 th ed.), 1992.

Bu durum, İngiliz hukuk dinleyicilerinin kabul ettiği üzere, Fransa'da idarenin gerçek yargıçların kontrolü altında olduğu ve bu yargıçların hukuka aykırı işlemleri iptal ettiği varsayımı üzerinde yol almamı mümkün kılmaktadır. Diğer bir deyişle, Fransa'da idare hukuk kuralları çerçevesinde faaliyette bulunmaktadır.

Bununla birlikte paradoksal olarak, belki de bizdeki idare mahkemelerinin uzaydan gelmediğine ortak hukukçuları ikna etmeye başlıyor olduğumuz zaman, Fransa'da genel olarak yargıçların rolü önemli bir fikir değişikliğinin merkezinde olacaktır: Hukuk Devletinin (**L'etat de droit**), yargııcı en üst hakem konumuna yerleştiren yeni ideal bir demokratik toplum modeli olacağı görülmektedir. Yurttaş (ve onun vekili) bir ekvator ormanında palasını bırakır gibi haklarını terketmekte ve bütün güç ve özgürlüklerin nihai düzenlemesi giderek yargıçlara bırakılmaktadır. Bu değişim, uluslararası bir gerçekliğe sahiptir ve idare hukuku (**Droit Administratif**) içine inşa edilmiş olan gizemli geleneklerin önemini azaltmaya yönelik bir rol oynamaya meyillidir.

Bu durumun niçin yargıçları endişelendirdiğini sorabilirsiniz. İdari yargıç hiçbir şekilde mahkemelere ve yargıçlara olan güvenin dışında tutulmamıştır. İdare mahkemeleri önüne gelen davaların sayısı sürekli olarak artmaktadır. Onlar, mahkemeler hiyerarşisinin ciddi bir şekilde merkezden uzaklaşmasına adapte olmak zorundaydılar. **Conseil d'Etat**, Avrupa Topluluğuna üyelikten 30 yıl kadar sonra Topluluk hukukunun parlamentoda kabul edilen yasalardan üstün olabileceği kuralını benimsemiştir. Bu durum, Fransız toplumunun, bir çeşit idari yargıçlar (**gouvernement de juges**) modelini kabul etmeye hazır olduğu anlamına gelmiştir. **Conseil d'Etat**, eğer bu yönde ileriye doğru bir adım atmamış olsaydı, ikinci sınıf bir yargıç gibi görüneceğinin farkına varmıştı.

Bununla birlikte yargıçlar, dava açmanın insan enerjisi ve kaynakları açısından pahalı olduğunu bilmektedir. Bu durum, ilişkileri zedelemeye meyillidir ve kendi içinde bir amaç değildir. Fransa'da sağlıklı bir idari yargı sistemine ulaşmak için bu tür sancıları çekenler olarak, şu anda kaybettiğimizi bulmuş bulunuyoruz ve idari işlemin yapılması aşamasında hazırlıklara dayanan eski fonksiyonumuzu geliştirmeye hazırız. İdareye karşı işlem yapılmadan önce tavsiye fonksiyonumuzu ifa ederek, hukuk kuralı ihlallerini önlemeyi iyi bir şekilde yerleştiriyoruz.

HÜKÜMETE DANIŞMAN OLARAK CONSEIL D'ETAT

Conseil d'Etat, idari yargıca idarenin işlemleri üzerinde karar verme hakkı verilmesinden çok önce, uzun bir süre hükümete danışmanlık yapmıştır. **Conseil d'Etat** daha sonra da bu danışmanlık görevini devam ettirmiş ve aynı zamanda da yargıç olarak karar vermiştir. **Conseil d'Etat**'nın bu ikili işlevi onun yapısına yansır. Yargı dairesi (**section du contentieux**) bir mahkeme olarak çalışır. Fakat paralel olarak, beş "idari daire" (**sections administratives**) danışma rolünü yerine getirir.

Burada şuna dikkat etmek önemlidir ki, **Conseil d'Etat**'nın bütün aktif üyeleri farklı veya aynı zamanda her iki görevde de çalışırlar. Bütün **Conseil d'Etat** üyeleri (**Conseillers d'Etat**), her Perşembe günü başkan yardımcısının başkanlığı altında toplanan ve danışma konusunda daha önemli işlerle ilgilenen “Genel Kurul” a (**Assemblée Générale**) katılma hakkına sahiptir. Diğer taraftan, “İdari Daireler” in (**Sections Administratives**) başkanları, bir mahkeme olarak **Conseil d'Etat**'nın daha önemli kararlar aldığı “Yargı Kurulu” nun (**Assemblée du Contentieux**) üyesidir.

İdari Daireler veya Genel Kurul, görüş alınmak için **Conseil d'Etat**'ya getirilen sorunlarla ilgilenmek üzere her Salı ve Perşembe günü toplanır. Bunun daima böyle olduğu görülür. İsimler yıllar boyunca nadiren değişmektedir. Örneğin, “Bayındırlık Dairesi” (**section des travaux publics**) 1872’de “Bayındırlık, Tarım, Ticaret ve Dış İşleri Dairesi” (**section des travaux publics, de l'agriculture, du commerce et des affaires étrangères**) olarak adlandırılmıştır. Bu daire bugün hala, kamu işleri, tarım, endüstri, ulaşım, çevre ve benzeri konularla ilgilenir. Aynı geleneksel eğilim “Mali Daire” (**section des finances**) için de geçerlidir. Bugün Mali Daire, maliye, savunma, dış işler ve kamu hizmeti konularını incelemektedir. “Mali Daire” yi (**section des finances**) Napolyon dönemindeki **Conseil d'Etat**'nın başlangıç oluşumunda bulabilirsiniz ve bunu “Kral Konseyi”ne (**Conseil du Roi**) kadar geri götürebilirsiniz.

Genel Kurul (**Assemblée Générale**) salonunda oturduğumuzda, tavan etrafındaki semboller yüzyılın başında bakanların işlevlerini tasvir etmektedir. Çalışan çiftçiler ve ellerinde ağılarıyla balıkçılar, sanayileşen Fransa'nın bizden kendi gelişimi için sağlıklı bir çerçeve hazırlamamızı beklediği anlamına gelmektedir.

Bu, önerilen bütün yasalar için **Conseil d'Etat**'nın tavsiyesinin gerektiği anlamına gelir. Bu husus Anayasada açıkça düzenlenmiştir. Hükümet, daha önceden Yasama organınca kabul edilen metinleri değiştirmek üzere 1958 Anayasasıyla tanınan yetkisini kullandığında, **Conseil d'Etat**'nın tavsiyesi gerekmektedir.

Conseil d'Etat'nın görüşüne, hükümetin hukuku uyguladığı formları belirlemek zorunda olduğu pekçok alanda Parlamento tarafından açıkça ihtiyaç duyulur. Her bir bakanlık, sorumluluk alanı içine giren bütün konularda belirli bir “idari daire” ye (**section administrative**) başvurur ve bu durum, ilgili idareciler ve her bir bölüm arasında sürekli ve yakın çalışma ilişkisi doğmasına neden olmaktadır.

Conseil d'Etat'ya danışma, yerel otoritelerin veya bireylerin menfaatlerini etkileyebilecek bir kararın söz konusu olduğu pek çok durumda bir güvence olarak görülür. Örneğin, TGV'ye bir taşınmazı kamulaştırma yetkisi veren bir

“kararname” (**décret**), ilgili daire tarafından dikkatlice incelenir. Bu, kamu soruşturmasının ardından, Bakanların arasındaki tartışma aşamasının sonunda, daha fazla belgenin **Conseil d'Etat**'daki bir “raportör” (**rappporteur**) tarafından kontrol edileceği anlamına gelmektedir. Raportör, soruşturma süresince ortaya çıkabilecek en küçük noktayı dikkatlice inceleyebilecek, belgeleri kontrol edebilecek, danışma uygulamalarına ulaşabilecek, mühendislerin sağladığı deliller çerçevesinde Çevre Bakanının gerekçelerini karar vermeden önce dikkatlice düşünecektir.

Diğer bir gün konu, François Mauriac'ın Bordeaux'ya yakın (hatta Kral Arthur'un Guinevere ile buluşmasının beklendiği Fransa'nın bir yerlerindeki taş çıkıntıda) evi etrafındaki üzüm bağlarının, korunmayı hak eder biçimde Fransa'nın mirası için yeterince önemli olup olmadığı hakkında olabilir. Ya da bir başka alanda olabilir: Örneğin “Sosyal Daire”, (**section sociale**) hükümetin, Fransız vatandaşlığının kazanılmasına karşı bir konumda olduğunu her zaman söyleyecektir.

Böyle bireysel durumlarda **Conseil d'Etat**'ya danışma, genellikle, temel hak ve özgürlükleri, mülkiyet haklarını veya yerel yönetimin haklarını korumak için yasa tarafından öngörülmüştür. Anayasa Konseyinin, hükümetin bu gibi durumlarda ve eğer parlamento tarafından özel olarak yetkilendirilmemişse, kararlarını “Conseil d'Etat Kararnamesi” (**decret en Conseil d'Etat**) yoluyla alması gereğinden kaçınamayacağı kuralını koyması oldukça sık gerçekleşmiştir. Bu durum aynı zamanda, örneğin bir toplumun modern sistem ve hizmetlerini sağlama ihtiyacı ile çevre bilincinin yükselmesi arasında ortaya çıkan bir uyumsuzluk halinde bir uzlaşma bulma yoludur.

Aynı zamanda **Conseil d'Etat**, kural ve düzenlemelerin hazırlanması aşamasına kurumsallaşmış bir şekilde katılmaktadır. Hükümet tarafından hazırlanmış bir “kanun tasarısı” (**projet de loi**) parlamentoya sunulmasından önce, **Conseil d'Etat** tarafından incelenmek zorundadır. Bu durum, anayasa ile ilgili kurallar veya andlaşmaların onaylanması dahil bütün kuralları kapsar. Aynı şey, hukuku uygulamak veya asli kural koyma şeklinde olsun hükümet tarafından yapılan pek çok kural için de geçerlidir. Teknik olarak bu, raportörün farklı hükümet birimleriyle biraraya gelmesi ve onların önerilerini prensipte ve madde madde tartışması anlamına gelir. Bundan sonra taslak, raportörün sorumluluğu altında daire önüne gelir.

Konudan sorumlu olan idarecilerin hazır bulunmasıyla, 15 kadar üye biraraya gelir ve metni inceler. Üyeler, öneri sahibinin konu hakkında yetkili olup olmadığını, uygulanan herhangi bir ilkenin bulunup bulunmadığını, önerinin ilgili hukuk veya normlar hiyerarşisine uyup uymadığını, tasarlanmış yapının tutarlı ve uygulanabilir olup olmadığını vs. sorar. Daire bu önemli soruları çözdükten sonra, sağlıklı bir metin geliştirmek için çalışmalarını sürdürür. Eğer metin hukuk ile ilgili ise daire, Anayasanın, uluslararası hukukun veya Topluluk

hukukunun dikkate alınıp alınmadığını kontrol eder. Eğer metin hükümet düzenlemeleri ile ilgili ise daire, tabii ki, ilgili hukuk kuralı veya kurallarına yollama yapar. Bütün durumlarda **Conseil d'Etat**, idarenin amaçlarına anlam vermeye çalışır. Fakat **Conseil d'Etat**, her zaman için önerinin kalitesi konusunda karar verme hakkını saklı tutar.

İdari yargıcın, ihlal etme hakkının bulunmadığı bir alan olan önerinin haklılığı veya yerindeliliği konusuna gelindiğinde, “idari daire” (**section administrative**), idarecinin sorumluluklarını paylaşmayı üstlenir. Kendi yargılarını, mutlak siyasi nitelik taşıyan konularda işletmez. Fakat, gereksiz olduğu, mantığa aykırı olduğu, kamu yararı veya bireysel haklara zarar verdiği veya iyi idare (good administration) standartlarına ulaşmada başarısız olduğu gerekçeleriyle bir öneriye karşı çıkmada kendini özgür hisseder. Bu durum, **Conseil d'Etat**'nın bütün idari işlem çeşitlerine kapsamlı bir bakış açısıyla edindiği deneyim doğrultusunda sonuç çıkartması anlamına gelir. Eğer ortaya çıkan sorular zorsa ve önerinin yasa koyma statüsüne sahip olduğu bütün durumlarda Daire, öneri taslağını kabul ettikten sonra bunu **Conseil d'Etat** Genel Kuruluna bildirir, rapor eder. Genel Kurulda, bütün dairelerin temsil edilmesiyle aynı prosedür işletilir.

Buraya kadar anlatılan bütün aktivite alanlarında **Conseil d'Etat**, idari işleme getirilen sınırları özenle hazırlayan kurulu bir sürecin parçasıdır: Birisi bunu bir hukukilik çerçevesi olarak tanımlayabilir.

Bununla birlikte **Conseil d'Etat**'nın tavsiyesi, daha az resmi biçimde idare tarafından karşılaşılan bir zorluğu çözmek için de aranabilir. Bir işlem yapılmadan önce tavsiyeye gereksinim çok açık bir biçimde ortaya çıkabilir. Bakanların imzasıyla bu “görüş istemleri” (**demandes d'avis**) artmaktadır ve bu istemler çok çeşitli sorunlara ilişkin olabilmektedir. Örneğin, ilköğretim okuluna giden müslüman bir kızın dersler sırasında başörtüsü takması Fransız okullarının dine karşı tarafsız davranışıyla bağdaşır mı? Veya son zamanlarda oluşturulan Telekomünikasyon Kurumunun personeli, kamu görevlisi olarak kaldığı halde bu Kurum bir “anonim şirket” (**société anonyme**) statüsü kazanmalı mı sorusu kabul edilebilir mi?² Eğer demiryolları, uzaklıkla ilgili olarak belirlenmiş tarifelerden vazgeçerse ve kalabalık saatlerde veya hızlı trenler için farklı hizmetlere ilişkin farklı fiyatlar belirlerse, acaba biz kamu hizmetine uygulanan eşitlik ilkesine uygun davranmış olur muyuz?³ gibi.

² Etudes et documents du Conseil d'Etat, No. 45, 1993, p. 320 (Documentations françaises, Paris).

³ Ibid. at p. 338.

RAPOR ETME FONKSİYONU

Conseil d'Etat, danışma işlevinin geliştirmiş olduğu rol kadar son yıllarda yeni bir fonksiyon üstlenmiştir. Doğal olarak **Conseil d'Etat**, her yıl aktiviteleri hakkında yeterince rapor vermektedir. Bu rapor yayımlanır ve **Conseil d'Etat**, idaredeki merkezi konumundan çıkan dersleri belirlemeye ve diğerleriyle paylaşmaya kalkışır. **Conseil d'Etat**, ortak eğilimleri ve yapısal kusurları tam olarak teşhis edebilme yeteneğine sahip olmaktadır. Bu yüzden **Conseil d'Etat**, her yıl Genel Kurulunda dikkatlice müzakere ettikten sonra, metin ve düzenlemele- rin gereğinden fazla yapılmasını, yerinden yönetim sisteminde şüphe götürme- yen çelişkileri veya milli hukuk ile Topluluk hukukunu kaynaştırmada karşılaşı- lan sert itirazları şiddetle eleştirmektedir.

Diğer “idari daireler” (**sections administratives**) ile aynı usulde çalışmayan “inceleme ve rapor dairesi” (**section du rapport et des études**) rapor etme işlevi konusunda uzmanlaşmıştır. Bu daire, olağanüstü uzmanlık gerektiren çalışma gruplarını da yönetir ve detaylı bir çalışma gerektiren bir dizi konu üzerinde odaklanmıştır. Örneğin birisi, hukuki yardım sistemi reformunu, bioetik konu- sundaki hukuk kurallarının özenle hazırlanmasını, taşınmaz kullanımı konusun- daki mevzuatın gözden geçirilmesini, çocuk haklarını ve benzerlerini sayabilir. Aynı şekilde, bireylerin idare ile ilişkilerinin bazı yönleri hakkında bilgi sahibi olan her bir daire gibi, “rapor dairesi” (**section du rapport**) idare mahkemesi kararlarının yerine getirilmesindeki bütün önemli hususları denetler.

İdarenin mahkeme kararını yerine getirmeyi reddedebileceği veya geciktire- bileceği bütün durumlarda, Dairenin müdahalesi talep edilebilir. Raportör, ilgili görevliyle irtibat kurar ve gerekli baskıyı da yapmak suretiyle mahkeme kararı- nın yerine getirilmesini sağlar. 1994 yılında Daire, haklarında 6 aydan daha kısa bir sürede karar verilmiş olan 1300 kadar bu tür durumla ilgilenmiştir.

Conseil d'Etat'nın işlevinin bu yönü özetlenirse, idari daireler 1993 yılın- da 1600 tanesi metinlerin hazırlanmasıyla ilgili olan 2300 kadar dosyayı incelemiştir. Genel Kurul bunların 50 kadarını görüşmek üzere toplantıya çağırılmıştır. Tabii ki bu danışma idari işlemin zamanlamasıyla uygun olmak zorundadır. Genel olarak, altı hafta ile sekiz hafta arasında bir süre bunun **Conseil d'Etat**'dan geçmesi için tayin edilir. Fakat acil durumlarda **Conseil d'Etat** yanıtını, iki hafta veya bir haftada bile verir.

KORUMA KÜLTÜRÜ

Conseil d'Etat'nın, Devletin çok geniş alandaki faaliyetlerini denetlemek üzere donatıldığı açıktır. **Conseil d'Etat**, çok özel bir gözlem merkezine oturu- lmuştur ve bu durum, koruma kültürü olarak adlandırılan şeyin nasıl özenle hazırlandığını gösterir.

Günden güne bütün uzmanlık alanlarına ve Parlamentodaki ilk hukuk kurulundan uygulama tedbirlerine kadar uzanan devamlı bir denetleme sürecinde **Conseil d'Etat**, hukukilik konusunda bir kontrol yürütme ve yapmada idareyi gözlemler.

Bu ayrıcalıklı bakış açısından kendimi, atlantik üzerinden gelen alçak basınç alanına işaret eden ve onun bir ülkeden diğerine erişeceğini bilen televizyonlardaki tanıdık bir hava tahmincisi gibi hissediyorum. Fransa'da bir hava tahmincisi olarak, ülkelerimizden birinde bu noktadan gözlenen şeyin, bir hukuk kuralının farklı hukuki durumlara uygulanması halinde bile diğer ülkeler için bir değere sahip olduğu konusunda ikna oldum.

İdari usulü ve maddi hukuku ilgilendiren birkaç gözlem yapmak istiyorum. Demokrasilerimizde, özel bir konu üzerinde karar verilmeden önce, kamunun, idareye daha iyi erişmesine olanak tanıyan yaygın ve meşru bir eğilim vardır. Fransız geleneğinde bir şekilde gözardı edilmiş olan bu eğilim, Fransa'yı beklenenden çok daha büyük ölçüde etkilemiştir. Şimdi biz kamu soruşturmasını iyi bir şekilde kullanıyoruz. Mevzuatın hazırlık işlemi gerektirmediği herhangi yeni bir müdahale alanı (örneğin, su, çöp vb. hakkında yasa yapma) bulmak zordur. Şimdiye kadar bu düzenleme tamamıyla tatmin edici görünmektedir. Fakat, birkaç ayda bir daha detaylı belgeler verilmesini, ekolojik ve çevresel etkilerin tam olarak şu ya da bu biçimde tanımlanmasını istemek yerinde olur mu? Kural olarak, eğer idare toplumun baskısı altında olursa, usullere yeni bir adım daha ilave etmeyi yasalaştıracak veya düzenleyecektir.

Ayrı olarak ele alındığında, problemi çözmeye yönelik bu girişimler ilginçtir. Genel bir eğilim olarak gözlemlendiğinde, aşırı şekilde danışmada bulunmanın bir bedeli vardır. Kararlar gecikmeye meyilli olur. Mahkeme önüne getirilen önemsiz bir kuralı katı şekilde uygulama usullerinin ayrıntısında varolan kusurları sevindirir. Bunun gibi daha çok gecikmelere sebep olunur. Sonuç olarak, danışmaya engel getirmek uyumsuzluğu çözme gereğini ortadan kaldırmayacaktır.

Diğer bir belirti farklı nitelikteki hukuk kurallarının çoğalmasıyla yaratılan durumdur. İdarenin denetim altına alınması giderek daha karmaşık gözükmektedir. **Conseil d'Etat**'daki Raportörler, artık kalemlerini ve yazım programlarını, etkileyici ve zarif hukuk kuralı yapımında kullanamadıklarını mutsuz bir şekilde dile getirmektedir. Onlar daima daha fazla bilgi için madde X'e atıfta bulunmakta ya da madde Z'yi değiştirmektedirler. Metinlerin çokluğu bugün bir handicap haline gelmiştir. Bu bizim alfabeyi niçin yeniden keşfediyor olduğumuzu açıklar: Metinlerin okunaklı, açık olması, birbirine zıt kuralları tanımlaması ve işe yaramaz materyali kesip atması bakımından önemlidir. Bu bağlamda kodifikasyon usulü yeni bir kabul görmüştür. Bu çalışma, doğrudan **Conseil d'Etat**'ya yetki verilmemekle birlikte, hukuk kuralları ve düzenlemeler mode-

lini tekrar gözden geçirme sürecinde olan bir hükümet komisyonu nezdinde, **Conseil d'Etat**'nın çok saygın bir üyesinin başkan yardımcılığı altında yürütülmektedir. Çalışma, özde bir değişme olmaksızın, sistemli bir tarzda, var olan hukukun geçerliğini, tekrar teyit etmek amacıyla yapılmaktadır. Bu yolla, "kanun projesi" (**projets de loi**) şeklinde özenle hazırlanan dokümanlar, Parlamento tarafından kabul edilmeden önce **Conseil d'Etat**'nın önüne gelecektir.

AVRUPA HUKUKU

Bu tür kurallar kabul edilebilir olmasına ve her geçen gün kabul edilmesine rağmen, bu nitelikteki kanunlaştırmalarda bugüne kadar topluluk hukukunu kapsam içerisine almaya teşebbüs edilmemiştir. Bu, bizim hava fotoğrafımız içinde milli hukuku ve topluluk hukukunu bütünleştirmemizi zorunlu kılmaktadır. Konu, Fransa'nın yazılı hukuk geleneği dolayısıyla büyük önem taşımaktadır. Zorluklar, ne yabancı hukuk kavramlarını özümsemedeki yetersizlikten ne de -nadiren- idarenin Brüksel'de müzakere konusu yapılması gereken şeyi ihlal etmeye meyilli olmasından kaynaklanmaktadır. Günden güne biz Andlaşmanın amaçlarıyla çelişen uygulamaları ortadan kaldırma gerçeği ile yüz yüze kalıyoruz. Milli hukuku ve düzenlemeleri değiştirmek ve daha sık ve daha çok düzenleme yapmak zorundasınız. Avrupa Topluluğunun yetkisinin global olmayıp bölgesel olması gerçeği, gerekli yeni kuralların geleneksel mevzuatı etkileyeceği anlamına gelmektedir.

Görünüşte, sınırlı amaçlı çevresel bir direktif bile, birkaç farklı bakanlığın yetki alanına ilişkin olabilir. İyi idarenin, örneğin sadece resmi olarak yayımlanmış normların uygulanması gerektiği gibi basit bir ilkesi bile, Avrupadaki ortaklarımız tarafından mutlak olarak kabul edilmiş değildir. Bu durumda, "Resmi Gazete" mizin (**journal officiel**) yerine neyi ikame etmemiz gerektiği konusunda yapmış olduğumuz çalışmalar boşuna olacaktır.

Topluluk hukukunu, "kamu hizmeti" (**public service**) kavramımız içerisine oturtmaya çalıştığımızda, hayal gücümüze yönelen itirazlar daha da artmaktadır. Fransız idare hukuku ile ilgilenen herkes, bizim "kamu" faaliyetleri alanı tanımımızdan memnundur. Bu tanım idare hukukuna bir köşetaşı olarak hizmet etmiştir. Bu tanıma, idarenin geleneksel alanını belirlemek veya geniş çaplı kamu hizmetlerine kendi faaliyetleri için bir çerçeve oluşturmak üzere yasama organımız tarafından sürekli olarak başvurulmuştur. Burada alışılmış olmayan bir durumla karşılaşyoruz. Fransa'da Parlamento demiryollarını, postaneyi veya elektrik üretimini kamu hizmeti olarak sınıflandırmışken, bugün biz hizmetlerin çok farklı bir tanımını şimdiden düşünmek zorundayız. Tren taşımacılığı hizmetini demiryolundan (raydan) ayırdığımızda, bunların her biri ayrı bir kamu hizmeti mi olacaktır? Posta dağıtma kavramını belli ağırlıktaki mektupların dağıtılmasına mı indirgemeliyiz? Yeni tanımları tecrübe ediyoruz ve tuhaf hukuk melezlerinin doğduğuna tanıklık ediyoruz.

TEMEL HAKLAR

Köklü bir demokrasi olarak Fransa, özgürlükler alanındaki genel ilkelere övünçle başvurur. Bunlar Fransa'nın geleneklerine yerleştirilmiştir. Bu yüzden bir mahkeme olarak işleyişinde **Conseil d'Etat**, yasa tarafından açıkça belirtilmemiş olsa bile idarenin bu tür genel ilkelere uymak zorunda olduğuna karar vermiştir. Yasaların Parlamento tarafından yürürlüğe konulmasından önce bu tür ilkelere uygunluğunun gözden geçirilmesi, Anayasa Konseyinin (**Constitutional Council**) lehine bir adımdır. Ülkemizin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini uzun süre geciktirerek onaylamasını memnuniyetle karşıladık.

Ancak bu, genel ilkelerin çeşitli mahkemelerde veya durumlar açıklandığı anlamına gelmektedir. Tutarsızlık veya çelişkileri, ya da ilkelere referanslardaki karışıklığı önlemek, bu göreve iştirak eden herkesin sorumluluğundadır. Bu, etik alanında şahit olunan gelişmelerde olduğu gibi, modern toplumların yeni ilkeleri çok istemeleri yoluyla daha kolay yapılamaz. Temel hakların tanımında yarışmak kesinlikle mantıklı değildir ve bir kişi, özgürlükler alanında başkalarınınca özenle hazırlanan şeyler için bilgi, saygı ve duyarlılık zenginliği beklemelidir.

KARŞILIKLI İLİŞKİLER

Bu gözlemler ve diğer alanlardaki benzer tespitler bizi idare hukukunda önleyici fonksiyonların geniş bir alana yayıldığı inancına sevk etmektedir. Bütün insanoğlu türleri gibi, bu alandaki hukuk kuralı, kendisine ait bir yaşama sahiptir. Güzel ve köklü bir bahçede bile aşırı büyümüş çalılar ve birbirine karışmış kökler olabilir. Hukukilik, gereksiz tekrarlar içeren normları, çelişkilerin kabulünü, dildeki karmaşayı, başarısız bir müzakeredeki ödünleri, mahkemeye başvurma (dava açma) konusunda gereğinden fazla güveni önleyebilir.

Fransız **Conseil d'Etat**'sının bütün bu problemleri ve bir önleme teorisini çözmeye yönelik bir yanıtı bulunmamaktadır. Fakat bazı değerler ona miras olarak kalmıştır. Bu değerlerden biri, iki hususta devamlılıktır. Bunlar, yıllarca süregelen uzun bir gelenek ve belli bir aşamadan üstün bir norm ya da kuralı uygulanabilir hale getirinceye kadar özenle hazırlama konusundaki devamlılıktır. **Conseil d'Etat**, idari işlemlerin bütün farklı ve özellik arzeden çeşitlerini denetlemek konumundadır. Bugüne kadar üzerinde tartışma olmayan metinlerle ilgilenirken, mahkemeye başvurmada ortaya çıkabilecek problemleri öngörebilmektedir. Son fakat aynı derecede önemli olarak, **Conseil d'Etat** ulusal kurumların ağında bir şekilde ihtiyatlı fakat merkezi bir yer tutar ve bundan özel bir sorumluluk duygusu üzerine alır.

Hükümet, idare mahkemelerinin yargılama fonksiyonu, Anayasal Konseyi, Avrupa kurumları, Parlamento ve son olarak da toplumla ilgileniyoruz. Hükümetle olan ilişki iyi tesis edilmiştir. İdare, **Conseil d'Etat**'nın tavsiyelerine uy-

makla yükümlü değildir. Bununla birlikte idare sıklıkla bu tavsiyelere uyar. Hükümetin Genel Sekreteriyasında 9 ayı aşan bir sürede yapılan örnek bir çalışma ve 420 kararname (**décrets**), 399 olayda tavsiyelere tamamen uyulduğunu ve diğer 21 olayda tavsiyelere kısmen uyulduğunu göstermiştir⁴. **Conseil d'Etat**'ya danışmanın zorunlu olduğu durumlarda hükümet, eğer danışma aşamasını ihmal ederse (atlarsa) yetki aşımında (**ultra vires**) bulunmuş sayılır. Bu nitelikteki istatistikler, danışmanın nihai sonucunun geniş ölçüde **Conseil d'Etat**'ya bağlı olduğu birçok olayın gerçek resmini vermeyebilir. İlişkinin diğer bir ilginç yanı, bir kararı incelerken hukukiliğin katı sınırlarının dışına taşma ihtimaline ve gerekli ihtiyatla hükümetin aktüel somut kararına katkıda bulunmaktır.

Güzel bir örnek kamu hizmetleri alanında, işin yararı hakkında bir yargıç tarafından uygulanan kontrol ile idari dairece uygulanan kontrol arasındaki nüanslarda bulunur. İdari yargıç, belli bir durumda bir işin (örneğin bir otoyol), avantaj ve dezavantajlarının tatmin edici bir dengesinin –maliyet - kar analizi- kurulup kurulmadığını kontrol edecektir. Yargıç, izlenecek yolun rota seçimini tartışmayabilir. Aynı işi inceleyen idari daire ise, idare tarafından önerilenden daha tatmin edici bir başka yol rotası önerebilir. Bu sağlıklı ilişkinin göstergelerinden birisi, tavsiye istemeye başvuran idare sayısındaki artıştır. Tavsiye verildiğinde hükümet bunun kendisinde kalmasına hak kazanırken, idarece kamuya yapılan açıklamalarda görüşlerimize her geçen gün artan bir şekilde atıfta bulunulduğunu gözlemliyoruz.

İkinci olarak, danışman olarak **Conseil d'Etat**, yargıçla çok açık bir ilişkiye sahip olması nedeniyle idare için de etkilidir. Burada bir türlü esas konuya girmemek söz konusu değil. **Conseil d'Etat**'nın bir iş hakkında tavsiyede bulunmasından sonra, bu tavsiyeye aykırı olarak yapılan bir işlem, **Conseil d'Etat** veya yargılama yetkisine sahip herhangi bir idare mahkemesi tarafından iptal edilebilir. Bu bir kuraldır ve aynı zamanda bir gerçektir. Bu durum sadece kabul edilebilir olmakla kalmaz; hukuka aykırılık sebeplerini belirlemede çok titiz olmayı en iyi şekilde teşvik eder. Çünkü **Conseil d'Etat** danışman olarak saygı duyulan yargısal denetim kılıcını harekete geçirebilir.

Yargıç olarak görev yaptığımızda ve hukukilik labirentinde her bir noktaya aşına olduğunuzda, hukuka aykırılıkları önlemenin o kadar da kolay olmadığını farkına varmak ilginçtir. Bir örnek verebilirim. Fransa'da planlama izninin, kendi sınırları içerisindeki taşınmaz kullanımını belirleme yetkisine sahip yerel otoritelerce verildiği bir sisteme sahibiz. Fakat içtihat hukukumuzda göre bu planlar, daha genel projede hükümlerle veya daha yüksek düzeyde yapılan plan hükümleriyle, bazen de bölgesel ve Paris (**Île-de-France**) örneğinde olduğu gibi hükümet tarafından onaylanmış planlarla (uygun değil) uyumlu olmalıdır. Şimdi

⁴ Bernard Stirn Le Conseil d'Etat, 1994.

biz davayı çözerken uyumlu gözükene şeye karar vermede eski ve deneyimli öğreticileriz. Ülkenin bir köşesine uygulanan kurallar hiyerarşisini yorumlamak kolaydır. Fakat, Paris (**Île-de-France**) için genel bir plan hazırlamaya yardım etme konumunda olduğunuzda ve size, “harita üzerindeki belirli bir alanda şehir gelişmesindeki öncelik için bir bölge belirlemek doğru mudur?” diye sorulduğunda zorlukları görebilirsiniz. Eğer plan çok belirsizse bu faydasız olacaktır. Eğer plan haritayla uygunluk içerisinde ise, “Belediye Başkanı” (**Maire**) belediye'deki şehir bölgelerini belirlemede takdir yetkisini kullanabilecek midir? sorusu sorulabilir. Bu durum, niçin idari yargıçların idarenin deneyimlerinden çok fazla uzaklaşmadığı bir sistemle yaşamayı sürdürmek zorunda olduğuna inandığımızı gösterir. Bu zorunluluk, idare mahkemelerinin oldukça yeni bir hukuk kuralı uyarınca sahip oldukları yeni yetkileri uygulamaya başladıklarında daha fazla ortaya çıkacaktır⁵. Gelecekte, karardan sonra eğer ilgili kamu otoritesinin bu kararı tamamıyla etkin kılmak için bazı doğru adımlar atmak zorunluluğu ortaya çıkarsa, yargıç gerekli emri verme hakkına sahip olacaktır. Bu durum yargıcın, öncekinden daha fazla aktif idarenin sorumluluklarıyla içli dışlı olacağı anlamına gelmektedir.

Problemlerden biri, yargısal denetimin merkezden uzaklaşması sağlandığında, bu uzaklaşmanın bizim tavsiye fonksiyonumuzu nasıl etkileyebileceğidir. Anayasa Konseyi ile olan ilişkiler, çelişki ve tutarsızlıktan kaçınma konusundaki ortak bir arzuya bağlıdır. Bu, binalarımızın fiziksel yakınlığı ile kolay hale gelir. Her iki kurum, bütün kanun tasarılarının (**projets de loi**) **Conseil d'État** tarafından gözden geçirilmesini, önlemenin temel bir esası olarak görmeye başlamıştır. Bu durum, sadece Anayasa Konseyine havale edilebilecekler değil, bütün hukuk kuralları için Anayasa Konseyi yargıcının görüşünün ne olabileceğini önceden bir canlandırma demektir. **Conseil d'État**, sadece Anayasa Konseyinin benzer durumlardaki yorumunu bilmek zorunda değil, aynı zamanda prensiplerin bir yorum alanı tanıdığı yeni durumlarda veya prensipler formüle etmenin gerektiği hallerde kendi hayal gücünü de kullanmak durumundadır. Örneğin, son zamanlardaki bir metin **Conseil d'État**'yi, geleneksel kamu malı rejiminin (Bunlar kökleri 16. yüzyıla kadar dayanan prensiplerdir. Bu prensipler sayesinde kamu malı, kamu hizmeti ile irtibatlandırıldığında herhangi bir yolla başkasına devredilemeyecektir) temellerinin Anayasa'da bulunup bulunmadığını düşünmeye sevketti. **Conseil d'État**, kamu malı üzerinde faaliyet gösteren özel teşebbüslerin, ruhsatları belli bir süreyle sınırlı olmak koşuluyla, kabul edilen tasarruf hakları süresince bazı hakları elinde bulundurmalarına izin veren bir hukuk kuralını tavsiye etmiştir. Hükümet, bu zaman limitini **Conseil d'État**'nin tavsiyesi

⁵ Loi No. 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative: art. 62, journal officiel, February 9, 1995.

hilafına uzatmaya çalışmıştır. Ancak nihayetinde Anayasa Konseyi, **Conseil d'Etat**'nın bu konudaki Anayasal analizini uygun bulmuştur.

Bioetikler konusunda bizi önemli yeni hukuk kuralları koymaya iten teşebbüslerden alınacak dersler de vardır. **Conseil d'Etat**'nın rapor etme fonksiyonu sırasında hazırladığı bir rapor, kuralları hukuki şekilde ortaya koymanın ve insan vücudunun ticari alanın dışında bulunduğunu özellikle kabul etmenin zorunlu olduğu sonucuna varmıştır. Bu husus doğal olarak **Conseil d'Etat** tarafından, önerilen yasaları inceleme fonksiyonu sırasında uygun bulunmuştur ve Anayasa Konseyi, bu gibi bütün konularda insan onurunun korunması gerektiği düşüncesiyle, genel prensibin tam ve doğru bir yorumunun yapıldığına karar vermiştir.

Topluluk hukuku ile ilgili konularda bile yeni bir duruma adapte olmak, çok daha zor olmakla birlikte önemlidir. Bu durumda kurallar, Komisyon içerisinde özenle hazırlanır ve gerçekte diplomatik uygulama alanına taşınmadan önce farklı ülkelerdeki idareler tarafından müzakere edilir. Bu özenli hazırlama sırasında **Conseil d'Etat** hiçbir görüş belirtmemiş; idarenin, denetimine hiç tabi olmamış üstün normlarla bağlı bulunan **Conseil d'Etat**'ya başvurması halinde, **Conseil d'Etat** bunu, geleneksel rolünün giderek zayıfladığı veya kaldırıldığı şeklinde yorumlamamıştır.

“İdari daireler” (**sections administratives**), topluluk hukukunu uygulama konusunda rol oynamalarının çok önemli olduğuna dikkat çekmektedir. Örneğin idari daireler, müdahalenin yerinde olduğu zamanlarda, ilgili topluluk organlarına danışılncaya kadar, sürekli olarak kendi fikirlerini belirtmekten kaçınmışlardır. Lakin **Conseil d'Etat** da, Anayasa'da, Maastricht Andlaşmasının onaylanmasının zorunlu kıldığı çeşitli değişiklikler konusunda bir hareket başlatmıştır. Anayasanın değiştirilen 88-4. maddesi, yasa yapılması konusunda Avrupa Komisyonu tarafından Bakanlar Konseyine yapılan bir teklifin, bilgi edinilmesi amacıyla milli Parlamento'ya gönderilmesi gerektiğini belirtir. Parlatentonun bu denetimi Fransız Anayasasında, yasama organı ile ilgili konular ve hükümet ile ilgili konular arasında çok özel bir ayrımın içerisine yerleştirilmiştir. Yasama ile ilgili konular doğru bir kategori olarak belirlenmiştir. **Conseil d'Etat**'nın “idari daireleri” (**sections administratives**) Avrupa Komisyonundan gelen belgelerden hangilerinin yasamayla ilgili olduğunu ve Parlamento'ya havale edilmesi gerektiğini makul bir süratle halledebileceğini başarıyla göstermiştir.

Bu görev, iki yıldır yapılmakta ve Eylül 1992'den beri 1274 metin incelenmiş bulunmaktadır. Bu niçin görevlerimize yapılan önemli bir ilavedir? Çünkü **Conseil d'Etat**, bir normun yapılmasının ilk aşamasında bir kez daha bilgilendirilmeye devam edilir. Şimdi biz, bu önerilerin milli hukukta değişikliklere yolaçabileceğini yasama organının bilmesini sağlayabilmekteyiz. Bir teklifte birtakım hukuki problemler tespit ettiğimizde, ilgili idarenin konuyu araştırmasını sağlama ve Bakana uyarı mektubu gönderme görevini üzerimize almış bulunuyoruz.

Conseil d'Etat'nın bu müdahalesi daha şimdiden çok faydalı sonuçlar vermeye başlamıştır. **Conseil d'Etat**'nın çalışanlarını topluluk meselelerinde güncel tutmak ekonomik bir yoldur. Bu yol idarenin, müzakere yoluyla kabul edilmiş bir metinle bağlı olmasından önce, uluslararası çelişkileri ve tutarsızlıkları çözmesine yardım eder. Bu durum Parlamentonun, hukuk kuralı koyma işinin, şimdi müzakere işlevi sayesinde paylaşıldığı gerçeği konusundaki bilincini artırır. (1274 metinden 384'ü Parlamentonun ilgisini gerektiren konuları içermiştir).

Hava tahmincisine, şimdi topluluk hukukunu gözlemleyebileceği bir görev verilmiştir. Umuyoruz ki, gelecekteki bir zamanda anlam veremeyebileceğimiz bir biçimde birileri, Fransız **Conseil d'Etat**'sının deneyimine tepki göstermeyi düşünecek ve topluluk düzeyinde birtakım hukuki ve birleştirilmiş denetleme usullerinin düzenlenmesini önerecektir. Bu hissi rica, Fransız Teknokrasisinin kendi metodlarını dayatmak üzere yapılmış bir hareket olarak yorumlanmamalıdır. Bu, tecrübeden ve önümüzdeki zorlukları sezmekten doğmaktadır.

Burada **Conseil d'Etat**'nın tavsiyesi ilk defa Parlamente'ye doğrudan bir fayda sağlamaktadır. **Conseil d'Etat**'ya, sonuncu fakat diğerleri kadar önemli bir itiraz, hükümete tavsiyede bulunmak ile yetinmeli mi yoksa yetinmemeli mi konusunda bir karar vermeye ilişkindir. Bu durumun sakıncaları, **Conseil d'Etat**'nın zaten daha önceden dikkatlice incelediği bir hukuk kuralının, Parlamente'deki tartışmaları sırasında yapılan değişiklikler hakkında söz söyleme hakkı olmadığı; görüşünün gizliliğini korumak zorunda olduğunda; halk veya Parlamente'nin **Conseil d'Etat**'nın incelemesinin çok yardımcı olacağı hususunu kamuoyu tartışmalarının ortaya çıkardığında; **Conseil d'Etat**'nın gizli tavsiyesinin hükümet tarafından siyasi tartışmalarda kullanıldığında ortaya çıkar.

Bunun için, süreç içerisinde yer alan ve hepsi gelenekçi olmayan birçok aktör şu yanıtı verir: İdare, eğer onların uzmanlığını diğerleriyle paylaşmak zorunda olmaz ise, ancak kendi danışmanlarına güvenecektir. Ayrıca, işlemlerini aynı zamanda iptal etme hakkımızın da bulunduğu yürütmenin adımları üzerine kendi ayaklarımızı koymak idareyi etkilemede en iyi yoldur. Biz, gece geç saatlerdeki Parlamente tartışmaları kadar etkili olamazdık ve görüşümüze, doğrudan doğruya siyasi tartışmaların lehinde ve aleyhindekiler olarak başvurulmuş olsaydı, olmamız gerektiği kadar bağımsız olamazdık. Bizim perde arkasındaki geleneksel rolümüzün destekçileri ve açıklık savunucuları sayesinde görüşlerimizin kamuoyunda yaygınlık kazanması üzerine yine aynı tartışma ortaya çıkar. Burada yine **Conseil d'Etat**, aşırı şekilde kışkırtıcı olmaksızın sınırları değiştirmeye yönelmiştir.

Yıllık raporlar, hükümetle olan görüş ayrılıkları konusunda gittikçe daha açık hale gelmekte ve sorunun sahibinin bir itirazının bulunup bulunmadığı idare tarafından kontrol edildikten sonra, sorulara verilen bütün özel yanıtlar bir ek halinde yayımlanmaktadır. Açıklığa yönelik bu hareket şimdi tersine çevrilemez

ve tabii ki bu durum **Conseil d'Etat**'nın görüşlerini tartışmayı ve eleştirileri başlatabilir. Bu ve Topluluk hukukuna karşı olmaya bir yanıt bulma ihtiyacı, Parlamento komisyonunun sorularına yanıt veren veya değişim sürecine müdahale eden bir **Conseil d'Etat**'yı görmeyi arzu edenler için argümanlar üretebilir.

SONUÇ

Yukarıda bahsedilen şeylerin çoğu ancak Fransa örneğinde tam anlamıyla kavranabilir. Yargıçlar veya tavsiye verenler olarak **Conseil d'Etat** üyeleri, birer yönetici olarak aynı okulda eğitilmektedir ve onların kariyer yapılandırması, idare ve idari işlemleri denetleme hakkına sahip olan kurum arasında yakın bir ilişki olduğu anlamına gelir. Fakat bunlardan hiçbirisi, yani ne yargısal denetim ne de önleme, eğer **Conseil d'Etat** hükümetten tamamen bağımsız olarak yapılandırılmamış olsaydı işlemeyecekti.

Bununla birlikte Fransız sahnesinin dışında bir şey söylemek istiyorum. Tecrübeden hareketle konuşmak gerekirse, idareye uygulanabilir olarak hukukiliğin veya bir hukuk kuralının, karmaşık ve hassas bir yapı haline geldiğine inanıyorum. Eski demokrasilerimizdeki, Eiffel Kulesi veya Forth Road Köprüsünün yeniden boyanması veya bakımının sürdürülmesinin zorunluluğu kadar hukuka aykırılığı önlemeyi düşünmek de zorunludur.