

## FRANSIZ DANIŞTAYI<sup>1</sup>

Prof. Dr. Bernard PACTEAU\*

Çeviren: Prof. Dr. Durmuş TEZCAN\*\*

Fransa'da Danıştay'ın ikinciyüzyıl kutlaması başladı. Fransızlar kutlamaları severler.

Danıştay 1799'da Napolyon tarafından kuruldu.

O dönemin en önemli miraslarından biri şüphesiz bu kurumdur. Bu kurum, aynı zamanda Fransız kurumlarının en dayanıklılarından biridir.

Fransa, ikiyüz yıldan beri, çok değişik siyasal rejimlerle birçok anayasaya sahip oldu. Fransız siyasal yaşamı çok değişkenlik gösterdi. Buna karşılık, idari örgütümüz, çok büyük bir dayanıklılık gösterdi ve Danıştay sürekli varlığını korudu.

Danıştay'ın birinci özelliği eskiliğidir. Kimi tarihçiler, Danıştay'ın kökenlerinin İhtilalden önceki kraliyet dönemine dayandığını kanıtladılar. Gerçekten o dönemde, idari ve yargısal çeşitli faaliyetler gösteren Kral nezdinde bir Danıştay (Danışma Kurulu) vardı.

Fakat Danıştay eski bir kurum olduğu kadar, çok da değişti.

---

<sup>1</sup>Orjinal başlığı sadece Danıştay (Conseil D'Etat) olan bu yazı, İzmir D.E.Ü. Hukuk Fakültesi ile Montesquieu-Bordeaux IV Üniversitesi Hukuk Fakültesi (eski ismiyle Bordeaux I Üniversitesi Hukuk Fakültesi) arasında mevcut işbirliği çerçevesinde Fakültemize konferanslar vermeye gelen Prof.Dr. Bernard PACTEAU'nun 24 Ekim 1997 tarihinde DEÜ Hukuk Fakültesi öğrencilerine dönük konferansta yaptığı konuşmanın Türkçe çevirisidir. Meslektaşımıza yapılan bu davetin gerçekleşmesinde özellikle mali katkılarından dolayı İzmir'deki Fransız Kültür Merkezine ve Müdürü Dr. Graziani'ye teşekkürü bir borç bilirim. (DT)

\* Bordeaux IV- Montesquieu Üniversitesi İdare Hukuku Öğretim Üyesi ve Fransa İdari Yargı Yüksek Hakimler Kurulu Üyesi.

\*\* DEÜ Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

Gerçekten hem çok değişti, hem de orijinalliğini korudu.

Hatta varlığını sürdürme sebebi de budur. Gösterdiği evrim ve kendine özge nitelikleri ise, diğer mahkemelerden onu ayırt eder.

Sizlerin önünde bu iki yönünü ele almak istiyorum. Size böylece gelişimini, değişimini, gittikçe düzelişini ve bazen insanı şaşkırtan kendine özgürlüğünü anlatacağım, bu özellikler ise, onun varoluş nedenini oluşturmaktadır.

### I. Danıştay'ın Gelişimi ve Değişimi :

Danıştay, tarihin bir mirası olmayıp, daha çok gittikçe gelişen tarihi bir varlıktır.

Bugün kişisel hakların hizmetinde görünmektedir.

Kurulduğunda ise, aksine, daha sert bir amaç gütmekteydi.

Gerçekte, idari uyuşmazlıklar için özel yargıçlar bulunsun diye değil, aksine idari faaliyet üzerinde hiçbir yargısal denetim bulunmasın diye kurulmuştur.

Bu durum bizi, idari yargımızın yavaş yavaş oluşumunu, dolaylı bir biçimde görmeye sevk etmektedir.

1789 Büyük Devrimi döneminde, herşeyden önce adliye mahkemeleri için idari makamların faaliyetlerine hiçbir şekilde karışamayacakları (17-24 Ağustos 1790 tarihli kanun) ve niteliği ne olursa olsun idari işlemlere bakamayacakları (Devrimin 3. yılının 12. ayının 16 günü çıkarılan - Haziran 1795 tarihli kararname) teyit edilmiştir.

Olağan adliye mahkemeleri tarafından idari faaliyetin denetimini engelleyen neden, adli ve idari erk ayrımıdır.

Bu ayrım geçmişte ve bugün bazı yumuşama ve değişiklikler içermiş ve içermektedir.

Böylece :

-Önemli kamu yararını doğrudan tehlikeye sokmaması nedeniyle (örneğin kamu tüzel kişilerinin ticari ve sınaî faaliyetleri bakımından),

-Veya adli yargı geleneksel olarak Fransa'da bireysel özgürlüğün güvencesi sayıldığından, temel hakların asıl korunmasını ilgilendirmesi halinde,

bazı idari uyuşmazlıklar adli yargının yetkisine dahil edilmiştir.

Yeni Ceza Kanununun (1994 de yürürlüğe girmiştir) 111-5. maddesinde "*birel ve düzenleyici*" işlemler bakımından açıkça öngörülüp, içtihatlarca da kabul edildiği gibi, ceza hakimleri, yasalara aykırı olduğunu düşündükleri idari işlemleri (istisnai durum sayarak) uygulama kapsamı dışında tutma yetkisi ile donatılmışlardır.

Bizim hukuk sistemimizin birinci ve en önemli ilkesi, idari davalar bakımından adliye mahkemelerinin yetkisiz ve güçsüz olmaya gene de devam etmeleridir.

1790 tarihli bu kanun sürekli yürürlükte olup, mahkeme kararları ile bu durum vurgulanmaktadır.

İdari uyuşmazlıklar adli yargının yetkisinden çıkartılmış olmakla birlikte, bir idari yargıya emanet edilmemiştir.

Fransız Devriminin olduğu dönemde idari uyuşmazlıklar başka hakimlerin görevine dahil edilmeyip, bir kişiye veya idareci-yargıç sistemine göre, bizzat idari makamlara verilmiştir.

Bu ağır, tehlikeli ve yetersiz bir uygulama idi.

Ekleme gerekir ki, bu istenen ve bilerek yapılan bir uygulama idi.

Gerçekten, bütün bir siyasal akım idarenin mahkemelerden bağımsız olmasının yararlı olduğunu savunuyor ve şöyle diyordu : İdareyi yargılamak, bir bakıma idare etmektir.

Hatta Motesquieu'nün erkler ayrımı kuramına baş vuruluyordu. Ve eğer, mahkemeler yasama ve yürütmeden bağımsız ise, aynı şekilde, yasama ve yürütme de hakimden denetiminden kurtulmalıdır.

Bu doktrine göre, hakimden gücü, özel hukuk kişileri arasındaki özel hukuk ve ceza yaptırımları ile ilgili davalarla sınırlı kalmalıdır.

**Fransa'da ortaya çıkan idari davalar, tamamen adli yargıçların görevi dışında tutulmuş, fakat idareden koparılmamıştır.**

Danıştay 1799'da kurulduğunda, kendisi bizzat bir yargı yeri değildi. Hiçbir bağımsızlığı bulunmayan sadece idari bir organ niteliğindekiydi :

- Bir yandan, memuriyete giriş ve örgütlenme bakımından tamamen hükümete bağlıydı.

- Diğer yandan, kendisi hiçbir karar almıyordu. Önüne gelen ya kanun, kararname tasarıları konusunda görüş bildiriyor, ya da önüne getirilen vatandaşların talepleri konusunda sadece bir öneride bulunabiliyordu. Bu yüzden o vakit, *tutuk yargıdan* söz ediliyordu.

Bir kere daha, bütün bunlar böyle istenmişti. İdari faaliyetler üzerinde gerçek hakimlerin denetiminden şüphe ediliyordu. **Pek güçlü hakimlerden çok korkuluyordu. Bundan dolayı hiç hakim olmaması veya en azından bağımsız olmayan (emre uyan) hakimler tercih edilmek isteniyordu** (bu ise aynı anlamları geliyordu).

Bireysel haklar ve kanunilik ilkesi konusunda duyarlı olan yazarlar ise, bu sistemi doğal olarak eleştirmişlerdi.

Bu yüzden olumlu bir gelişme görülmek zorundaydı :

Öncelikle, uygulamada, Danıştay, mahkemelerin baktığı davaların yargılama kurallarına yakın bir yargılama usulüyle, mahkeme gibi davranmaya çok erken başladı; davalık işlerdeki görüşlerine sürekli uyuldu. Kamu faaliyetleri üzerinde böylece başlangıç düzeyinde de olsa bir denetim gerçekleştirilmiş oldu.

Ardından, Danıştay gerçek bağımsızlığına kavuştu ve bu iki yönde gerçekleşti :

- Bir yandan, Danıştay'da ilk kez göreve başlamak için sınav yapma kuralı konuldu,

- Diğer yandan, 1872 tarihli bir kanun, kendisine tevdi edilen davaları bağımsız olarak karara bağlayacağı hükmünü getirdi, buna "tutuk yargı" dendi.

Bu yeni temeller ve bireysel hakları savunmaya çok uygun düşün ortam sayesinde, Fransız Danıştay, kamu faaliyeti üzerinde hukuka uygunluk denetiminin böylece en etkin aracı olabildi.

Fransız Danıştay, yüz yıldan beri, kamu hukukunu iki şekilde geliştirdi :

- Fransız Danıştay, kamu faaliyeti üzerinde gerek hukuka uygunluk ve gerek sorumluluk açısından denetimini gittikçe artırarak gerçekleştirdi,

- Ve yasa metinlerinde açıkça yer almayan *hukukun genel ilkelerini* idareye kabul ettirerek kamu hukukunun gelişimine de katkıda bulundu.

*Gerçekleştirilen eser, şüphesiz eksiklikler içermektedir.*

Özellikle Fransız idari yargısına iki büyük eleştiri yöneltilmiştir :

- İdari işlem veya eylem bütün sonuçlarını doğurduktan sonra hakim çok geç müdahale etmektedir,

- Hakim, idari makamların yükümlülüklerini yerine getirmesi için zorlama gücüne sahip değildir, bir başka deyişle hakim hukuku söylüyor, fakat gerçekten ve somut olarak onu uygulama gücüne sahip değildir.

Bununla birlikte, bu eleştirilerin gittikçe haklılıklarını yitirdikleri gözlemlenmektedir. Hakime bu alanda daha etkili bir şekilde önleyici müdahalede bulunma ve ayrıca yükümlülüklerini yerine getirmesi amacıyla idareye yaptırımlar uygulama imkanı sağlamak için yasalar yapılmıştır.

Bunun bir kanıtı da Fransız İdare Hukukunun sürekli değişim içinde olmasıdır. Bu gerçek bir şantiyedir. Ve şüphesiz, bu İdare Hukukunun değeri Danıştay'ın katkısına çok şey borçludur.

*Gelişimin sonucu işte budur. Bununla birlikte, hareket noktası bu değildir.*

Danıştay, idareyi korumak için yaratıldığı halde, aksine, idari faaliyet üzerinde çok sert ve güçlü ve hatta kaçınılabileceğinden daha da fazla bir denetim gerçekleştirmiştir.

\*

Danıştay o kadar güzel bir eser oluşturdu ki kişiler tarafından gittikçe artan bir davaya muhatap olmaktadır. Bundan bir birikim ortaya çıktı.

1950 yılına kadar, Danıştay, Fransa'da, hemen hemen tüm idari uyuşmazlıklar için gerçekte tek mahkeme olmuştur. Uzun süre bu yeterli oldu, fakat 1945'den sonra davalar ona çok gelmeye başladı. Yılda ortalama 6000 dava açılıyor, fakat sadece 4000 karar verebiliyordu.

Bu yüzden sayıları şu an 35 olan ilk derece mahkemeleri oluşturuldu, böylece Danıştay sadece istinaf mahkemesine dönüştü.

Bu reform büyük bir başarıya ulaştı. Hem davalara bakılmasını sağladı, hem de dava sayısının artmasını teşvik etti. Bu bölgesel mahkemelere bugün artık yılda yüzbin dava açılmaktadır. Bu başarı öyle bir düzeye ulaştı ki, 1980'den beri bu defa Danıştay'da iş yoğunluğunun çok artması sonucu istinaf mahkemesi ortaya çıktı.

Bu nedenle 1987'de 5 istinaf mahkemesi kuruldu, bu sayı şu an 6, yakında 7 olacak... ve Danıştay bu durumda sadece temyiz mahkemesi oluyor.

Bununla birlikte, örneğin bakanlar kurulu karamamelerine karşı başvurular gibi bazı davalar sürekli Danıştay'a açılmaya devam edecek ve hatta seçim işlerinde olduğu gibi, bazı davaların hızlı sonuçlanması için, istinaf başvuruları da Danıştay'a yapılabilecektir.

Danıştay kimi yetkilerini diğer mahkemelerle paylaşmak zorunda kalsa da, doğal olarak asıl idare mahkemesi olma durumunu korumaktadır. İçtihatı belirlemek ona ait olup, birliğini korumaya özen göstermektedir. Ayrıca örnek olmaya da devam etmektedir; yeni idare ve istinaf mahkemeleri Danıştay gibi, aynı zamanda adli sistem ve bakanlar kurulu karşısında bağımsızlık anlayışıyla oluşturulmuştur.

Fransız yargılama sistemi tedricen geliştirildi.

Bugün bu sistem anayasal hukuki temellerle donatıldı.

Anayasa Mahkemesi, aynı zamanda idari yargının bağımsızlığının (22 temmuz 1980 tarihli karar) ve kamu gücü kullanılarak yapılan işlemlerde de ilke olarak yetkili oluşunun (23 ocak 1987 tarihli karar) anayasal bir değere sahip olduğunu teslim etti.

Artık idari yargı bir istisnai mahkeme gibi niteledirilmemeli, fakat idari uyuşmazlıkların tabii yargı yeri gibi değerlendirilmelidir.

Hiç kuşku yok ki, en akılcı çözüm buydu.

İdareci-hakim kabul edilemezdi.

Fakat idari davalar, şüphesiz özel hukuk davalarıyla aynı niteliğe sahip değildirler; aynı değerleri hedef almamaktadırlar. Fransız devriminden itibaren bu farklılık hemen fark edilmişti, açıkçası bu konuda çok fazla aşırılığa kaçılmıştı.

Bu durumda bu davaların adliye mahkemelerinin görevi dışına çıkarılması, buna karşılık, bu davaların (idari yargıda) gerçek hakimlere bırakılması uygun olacaktır.

\*

İki ayrı yargı yeri oluşturan bu mahkemeler eşit konumdadır: bu iki yargı örgütünden hiçbiri diğeri üzerinde güce sahip değildir; hiçbir yüksek yargı yeri de bunların üzerinde güce sahip değildir.

Ancak yine de yargı ikiliğinden (iki ayrı yargı yeri oluşturmalarından) doğan güçlükleri çözmek için, Adalet Bakanının başkanlığı altında eşit sayıda Danıştay ve Yargıtay üyelerinden oluşan bir Uyuşmazlık Mahkemesi mevcuttur. Adalet Bakanı sadece oyların eşit dağılımı halinde müdahale edebilmektedir, bu ise çok istisnadır : 1872 yılından bugüne kadar 10 kadar olayda böyle bir durum doğmuştur ; bununla birlikte, bu tür bir başkanlığın yasallığı konusundaki tartışmaları tekrar canlandıran yeni bir olay 1997 Mayıs ayında kendini gösterdi.

Uyuşmazlık Mahkemesinin görev uyuşmazlıkları dışında yetkisi bulunmamakla birlikte, tarihi süreç içinde yetkisi genişledi ve bu durum Fransa'da Uyuşmazlık Mahkemesinin yargı ikiliğinin (*dualite*'sinin) hakemliğini üstlenmesini sağladı.

Uyuşmazlık Mahkemesinin sayısal olarak faaliyeti az olmakla birlikte (yılda 50 dava), yasal bir metin bulunmaması veya mevcut metnin yeterli ölçüde açık olmaması hallerinde, her iki yargı yerinin kendilerine ait görevlerin dağılımını sadece güvence altına almakla yetinmeyip, aynı zamanda bu yetkileri tanımlamak gibi, nitelik olarak belirleyici bir faaliyet de göstermektedir.

Uyuşmazlıkları çözüm sistemi herşeyden önce adliye mahkemelerinin idari davalara bakmasını engellemek için düzenlenmiştir. Bunun aksine, bir idare mahkemesinin adli yargı görev alanına doğru kendi görevini aşmasını engelleyen bir hüküm bulunmadığını da vurgularsak, bu durum, idari makamların müdahalesiyle oluşan (burada *olumlu görev uyuşmazlığı* söz konusu olur) Uyuşmazlık Mahkemesinin sürekli görevlerinden biridir.

Daha geniş bir anlamla Uyuşmazlık Mahkemesi, görevli mahkemenin seçiminde yanılmayı önlemek için, bugün hakim ve yargılanan taraflara hizmet vermektedir.

Müdahale yolları, bir davaya özellikle birinin veya diğercinin görevine girdiği halde, idari veya adli hiçbir mahkemenin bakmak istememesini ifade eden *olumsuz görev uyuşmazlığı* varsayımı ile daha iyi mücadele etmek için birçok kez genişletildi ve iyileştirildi.

1960 tarihli bir kararname, Danıştay ve Yargıtaya, önlerinde görülen davalarda çıkan ciddi görev uyuşmazlıklarına ilişkin her sorunu kendiliklerinden (Uyuşmazlık Mahkemesine) gönderme olanağı vermiştir.

\*

Danıştay ve idari yargının varlığına hâlâ bazen itiraz edilmektedir.

Bu konuda iki eleştiri sözkonusu olmaktadır :

- Görevli mahkemenin seçiminde hata veya tereddüt olması nedeniyle dava açanlar açısından yargı ikiliği (iki ayrı yargı yeri) sistemi rahatsız edici olmaktadır.

Bununla birlikte, doğan hata veya tereddütler çok sayıda olmayıp, uyuşmazlık mahkemesi ile oluşturulan mekanizma bunları çözmek durumundadır.

- Yargı ikiliği sisteminin bugün varoluş nedeninin kalmaması, kısaca gereksiz oluşu: Madem ki bugün herkes idarenin denetiminin gerçekleştirilmesinden yana, şu halde neden bu denetimi tabii hakimlere geri vermiyor veya kazandırmıyoruz ?

Fakat bu idari davaların özel bir rejimi gerektirmesine dayandığını unutmak ve haklı olarak bu görevi güvence altına almak üzere oluşturulan idare mahkemelerinin sahip olduğu gerçek değeri unutmak anlamına gelir.

Bu durum ise beni, Fransa'da idari yargının ve özellikle de Danıştay'ın sürekli koruduğu kendine has özelliklerden söz etmeye yöneltmektedir.

Fransız Danıştay'ında şüphesiz bir kopukluk oldu.

Danıştay, bugünkü içtihadıyla, mevcut görünümüyle, kamu gücünün çok etkili olduğu ve kamu sorumluluğunun hemen hemen hiç mevcut olmadığı yüz yıl öncesinden tamamen farklıdır.

Fakat çok büyük bir süreklilik de mevcuttur.

Eğer Danıştay ilerlemiş, gelişim göstermişse, bunu, tam ve bütün olarak bir yargı yeri olarak görmeyi engelleyen ve en azından diğerlerine benzemeyen bir yargı yeri olarak gösteren kendisine miras kalan geçmişin bazı değişik davranışlarını korumasına ve ciddi bir korumacılığa bağlıdır.

Bu ise, Fransız Danıştay'ının gelenekle modernliğin tuhaf bir karışımına sahne olduğunu anlatmaya çalışmaktadır.

Denetçisi olduğu idari makamlarla olan bağlarına ve köklerine daima bağlı kaldığı halde, değişime sürekli açık kalmıştır.

Bundan şaşırabilen ciddi özellikler çıkmaktadır.

En azından bu durum, Danıştay'a dikkatle ve gerçekçilikle bakmayı zorunlu kılmaktadır.

## II. Danıştay'ca Korunagelen Özgün (Orjinal) Nitelikleri :

Fransa'da idari yargı, tabii hakimi ifade eden adli yargıdan daha az güvenceli olduğu ve özellikle idare ve onun kaygılarıyla yargılama faaliyetiyle daha fazla ilgilendiği gerekçesiyle sürekli eleştirilmektedir.

Şüphesiz, idari yargı örgütü özellikle üst yargı yeri olan Danıştay söz konusu olduğunda, şaşırtıcı ve hatta incitebilen özelliklere sahiptir.

Bu doğrultuda Danıştay'ın başında sadece bir başkan vekili vardır, hukuken hükümet başkanı başkan olarak kalmaya devam etmektedir.

Hükümet başkanının başkanlığı tamamen protokol düzeyindedir.

Buna rağmen bu durum tuhaf kaçmaktadır.

Başbakanın başkanlığı tamamen bir görünüşten ibaret ise, bu anlam kargaşasını ortadan kaldırmak gerekir. Ya da bu gerçektir, bu durumda bu anormalliği ortadan kaldırmak gerekir.

Yakın geçmişte iki defa, bazı kişiler başbakanın Danıştay başkanlığından gene de istifa etmesini istediler ....

Ve başbakanın bu başvuruya karşı Danıştay başkanlığından istifayı reddetmesi üzerine, bizzat Danıştay'da bir dava açıldı. Sorunun çözümü şüphesiz kolay değildi... fakat Danıştay, bu başkanlığın yasadan doğduğunu, bu yüzden bu kişilerin açtığı davanın bu yasanın kaldırılmasını amaçlayan bir yasa tasarısını (Meclise) sunmayı başbakanın reddi kararına karşı bir dava olarak nitelendirerek, niteliği gereği bu davanın denetim dışında kaldığı gerekçesiyle yargılamayı yaptı ...

Aslında Danıştay'a tamamen özerk bir başkan verilebilir. Büyük olasılıkla bunu bizzat Danıştay arzu etmemektedir, zira bu bir gelenek olup, ayrıca kendisi için bunu sakıncalı görmemektedir, çünkü onu bizzat devlete bağladığından bunu bir prestij unsuru olarak görmektedir.

Bir diğer gerekçe ise, Danıştay'ın Fransa'da bir mahkeme gibi görülmemesidir; mahkeme olarak görevleri var, fakat başka görevleri de var, kendine özge, özel bir durum.

Dış görev (le tour extérieur) adı verilen Danıştay bünyesinde isteğe bağlı çok geniş bir görevlendirilme olanağı vardır. Bu dış görev, raportörleri (tetkik hakimleri) kapsam dışı bırakmakla birlikte, kanun sözcülerinin (Danıştay savcılarının) 1/4'ü ile Danıştay üyelerinin 1/3'ünü 45 yaşını doldurmuş olmak şartıyla kapsamaktadır.

Doğal olarak yapılan görevlendirmeler sürekli tartışmalara neden olmaktadır.

Bununla birlikte şu hususları gözlemlemek gerekir :

- Dış görevden dönen üyeler, Danıştayın diğer üyelerinin sahip oldukları tarafsızlık gereklerine ve onlarla aynı statüye sahip olmak üzere dış göreve atanırlar,

- Danıştay bünyesinde heyet halinde çalışma, herhangi özel bir etki doğmasına engel olur,

- Dış görev yoluyla geri dönenlerin kişilikleri, deneyimleri ve yetkileri konusunda Cumhurbaşkanı asla aşırılığa kaçmamıştır.



Bundan başka, 1994 tarihli bir kanun, her dış göreve atama yapılmadan önce, şüphesiz tamamen danışma niteliğinde Danıştay başkan vekilinin görüş bildirmesini öngörmüştür.

Görevlendirmelerle ilgili olarak, dava açılabilir ve Danıştayın bu durumda, gerçekleştirilen görevlendirmede ilgilinin nitelikleri ve yetenekleri konusunda en azından *açık bir hatanın* yapılıp yapılmadığını araştırması gerekir.

Başka alanlarda, daha önce Danıştay'ın bir dış görevlendirmeyi iptal ettiği görülmüştür.

Sonuç olarak, bu dış görevlendirme uygulaması Fransa'da bir şans ve zenginlik olduğu kadar bir tehlike olarak da hissedilmiştir. *Bu durum, kendisini çevreleyen dünyaya Danıştay'ın bir tür açılması ve Danıştay görevlerine girişi çeşitlendirme unsuru olarak değerlendirilebilir.*

\*

Diğer yandan, diğer Danıştaylar hariç olamak üzere, Fransız Danıştay'ının alışlagelmiş yargıya nazaran özgünlüğü (orjinalliği), hem istişari (idari), hem de yargısal görevleri bir arada yerine getirmesidir;

Bu da geçmişin bir mirasıdır.

Kurulduğunda Danıştay, esas itibariyle kanun ve tüzük tasarılarını hazırlamakla görevliydi. Herşeyden önce danışman, ek ve hatta çok istisnai olarak da hakimlik görevi ifa ediyordu, zira çok az yargısal faaliyeti vardı ve bu konuda da sadece Devlet başkanına karar tasarıları önermekten başka birşey yapmıyordu.

Bugün Danıştay, dışarıdan bilhassa yargısal faaliyetleriyle bilinir.

Ancak gene de görüş vermeye devam etmektedir.

*1945'den ve özellikle 1958'den beri ve hatta çok yakın bir zaman önce bu görevi arttı, oysa Parlamento ve ona bağlı hükümetin yetkilerini kendine saklamak düşüncesiyle parlamenter düşünce ve uygulamaya bağlı III. Cumhuriyet döneminde bu görev gerilemişti.*

V. Cumhuriyet anayasa tasarısına ilişkin olarak özellikle kendisinden görüş alındı.

Danıştay'a şu konularda zorunlu olarak danışılmaktadır :

- Kanun tasarıları hakkında,

- Çok sayıda karamame tasarıları hakkında. Bu doğrultuda pekçok kanunda Danıştay görüşü alınarak hazırlanacak şu veya bu önlemler öngörülmektedir. Bizzat anayasa, bugün düzenleyici işlemlerle düzenleme kapsamına alınan 1958 Anayasası'ndan önceki bir kanunun karamame ile değiştirilmesi sözkonusu olduğunda Danıştay görüşü almayı zorunlu kılmaktadır.

Bazı özel işlemler için, örneğin bazı kamulaştırmalarda veya bazı çok önemli işlerde (ihalelerde) ve hatta mali imkanlarını ve haklarını genişletmesi amacıyla derneklere kamu yararına dernek statüsünün verilmesi konusunda görüşünün alınması bazen zorunlu kılınmıştır.

Danıştay 1996 yılında 1400 metin üzerinde görüş vermiş olup bunların dağılımı şöyledir :

- 105 kanun veya düzenleyici işlem tasarıları,
- 445 tüzük,
- 772 birel karar veya kararname,
- Fransız hukukunda yasal nitelikli hükümler içerip içermediği konusunda 500 kadar Avrupa Topluluğu metni hakkında.

Sık sık ve hatta gittikçe daha yoğun bir şekilde, hükümet kendisinden özel ve genellikle tartışmalı hukuki konularda, örneğin 1989'da müslüman genç kızların okul içinde baş örtüsü giyip giymeyecekleri ve bazı okul faaliyetlerine katılmayı reddedip edemeyecekleri konusunda görüş istemektedir.

Kendisinden inceleme yapması da istenebilir, nitekim bazen biyolojik ve tıbbi araştırma alanındaki etik kurallar, kamu görevlilerinin sorumluluğu, bilişim gibi çok nazik konularda düzenli olarak inceleme yapılması istenilmektedir.

*Gerçek şu ki, yargısal olmayan bu faaliyetler korunmakla kalmamış, ayrıca günümüzde artış göstermiştir.*

Hükümet buna çok bağlı.

Hatta bu iki görevin birbirinden mümkün olduğunca az ayrılmasını arzu etmiştir.

1963'den beri bu doğrultuda her Danıştay üyesinin aynı zamanda bir idari ve bir dava dairesine mümkün olduğunca katılması zorunluluğu öngörülmüştür, buna *çifte görevlendirilme* denilmekte olup, raportörler (tetkik hakimleri) ile, kanun sözcülerinin (Danıştay savcılarının) de aynı yükümlülüğü vardır, ayrıca, kararın oluşturulmasında seksiyon kategorilerinin (değişik daireler) herbirinden gelen Danıştay üyelerinin düzenli olarak katılması istenmektedir.

Bu yolla Danıştay, hukukun kendisinin oluşmasına gerçekten katılmaktadır. Bu kendisine bir bilgi birikimi de sağlamaktadır. Şüphesiz bir tasarıyı incelemek, onun işlemeyen yönlerini bulmak veya yaratacağı çeşitli sorunları belirlemek heyecan verici hukuki bir çalışmadır. Danıştayın, böylece çifte görevi mevcut olup, diğer idari yargı yerleri de kamu faaliyetine, yetkileri daha az olsa da, hatta yerel kamu makamları nezdinde gerçekleştirdikleri için daha az prestij sağlasa da onlar da idari faaliyete katılmaktadırlar.

İdare mahkemelerinin tamamı, 1996'da, valilerden sadece 164 görüş istemi almıştır (1995'de 171, 1994'de 206).

Buna karşılık, idare mahkemeleri ile idari istinaf mahkemelerinin üyeleri pek çok idari başvuru ve karar komisyonlarına (sınırdışı etme komisyonu, vergi komisyonu, seçim komisyonu) katılmışlardır; belki mübalağalı bir şekilde çeşitli kamu toplantılarına başkanlık etmeleri için onları davet etme eğilimi de mevcuttur, bu ise, onların yetilerine saygı gösterme anlamına gelmekle birlikte, yargının iyi işleyişini bozmaktadır.

Şüphesiz, bu görev ikiliği idari yargı hakimlerinin yükünü ağırlaştırmakta ve davaların çözümünü geciktirmektedir.

*Eğer bugün, bu görev ikiliği yeniden tartışılıyorsa, var oluş nedeni, hatta yarattığı tehlikeler sorgulanmaktadır ....*

DANIŞTAY'IN İDARİ VEYA YARGISAL OLMAYAN GÖREVLERİNE İLİŞKİN TARTIŞMA'nın kendisi bizzat eskidir, fakat konu yeniden tartışılıyor, zira Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 1995'de, diğer Danıştayları ... ve Fransız Danıştayını da ilgilendiren Lüksemburg Danıştay'ına ilişkin Procola davasında bir karar verdi.

Öncelikle bu (bu uygulama) idare için iyi midir ?

Şunu söylemek istiyorum : idari faaliyetin kalitesi açısından bu iyi midir, kamusal kararların kalitesini iyileştirmeye katkıda bulunuyor mu ?

Danıştay görüş ve inceleme kararlarının etkisini ölçmek şüphesiz çok zordur.

Elbette bu görüşlere her zaman uyulmuş değildir.

Kanun tasarılarına ilişkin olarak, Danıştay görüşü mecliste görüşme başlamadan önce verilmektedir, kararnamelerde ise, hakemlik gerektiren konuların çoğu hakkında önceden karar verildikten sonraki bir dönemde bu görüş verilmektedir.

Bu görüşlerin değerinin hizmete özel olması nedeniyle de zayıfladığına dikkat çekilmektedir; ilke bu görüşlerin gizli olması olup, sadece hükümet onları kamuoyuna duyurmaya karar verebilir.

İdari yaşamın gözlemcileri, Danıştay'ın danışmanlık hizmetlerinin, idari yargı hakimlerinin çeşitli idari komisyon ve kurullara katılması gibi faydalı olduğu konusunda birleşmektedir.

Bunların herşeyden önce teknik değeri vardır.

Kanun tasarılarının ve idari metinlerin kaleme alınmasını iyileştirmeye katkıda bulunmaktadırlar. Hukuki eksiklikleri olduğu kadar, kurallara aykırılıkları ve tutarsızlıkları da ön plana çıkarırlar. Danıştay, örneğin iki metin arasındaki eşgüdüm eksikliğini veya genel idari kurallarımızla tam zamanında uyum sağlayacak bir reformun güçlüklerini öne çıkaracaktır.

Doğal olarak, Danıştay, her türlü politik değerlendimelerden kaçınır. Danıştay, sadece kendisine sunulan tasarımın sosyal fayda ve tehlikelerine ilişkin olarak yerindelik değerlendirmesi yapabilir.

Her zaman sürekli olarak şu veya bu hükmün uygulamaya konulmasının yaratacağı güçlükleri ön plana çıkarmayı dener.

Ayrıca önerilen metnin anayasamızla olduğu kadar uluslararası yükümlülüklerimizle de uyumunu araştırır.

Uygulamada, Danıştay görüşü dinlenmekte ve çoğu zamanda buna uyulmaktadır, zira bizzat idarenin yararı bunu gerektirmektedir.

Danıştay, danışmanın gerçekten olup olmadığını ve şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini çok ciddi bir şekilde araştırmaktadır.

Danıştay, yakın bir zaman önce, hükûmetin kasaba (komün) adını değiştirmek için kendisinden görüş almayı unuttuğunu tesbit ettikten sonra, kasaba (komün) adını değiştirme karnamesini iptal etti.

Bir başka defa, Danıştay görüşü hükûmete duyurulup gönderilmeden önce kararnamenin imzalandığını belirlemiştir. Danıştay görüşü alınmasından beri meydana gelen şartlardaki değişiklik, hükûmetin yeniden görüş almasını zorunlu kılabilir ve bu idari görüş alma genel kurallarına göre yapılır.

Danıştay görüşlerinin hizmete özel olması tartışma konusu olmaktadır; kamuoyunun gözünde, görüş, esrarengiz (gizemli) oluyor ve gizli oluşunun bilinmeye değer görülmediği anlamına mı geleceği sorusu soruluyor; diğer yandan, bu gizlilik, çok daha büyük sakıncaları olan patavatsızlık ve hoşnutsuzluk dedikodularını da kolaylaştırıyor.

Aksine, genel eğilim, bu gizliliğin Danıştay'ın çalışma serbestisini ve sukûnetini arttırdığı ve bunun Danıştay'ın siyasal ve partizanca bir tartışmanın içine çekilmesini engelleyeceği, zira, görüş ve hatta gerekçelerinin bu durumda doğrudan uygulanabileceği görüşündedir.

Böylece ikinci soruya geliyoruz :

Bu görevler ikiliği , idari işlemlere ve eyleme katılım acaba hakim için mi, yargı için mi, yoksa adalet için mi iyidir?

Hakim idari çıkarlara çok yakın olacağı gibi idari makamlarla yöneticilere de çok yakın olacaktır.

Bu da bir zayıflık olabilir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bir metne olumlu görüş veren kimselerin daha sonra bunu yargılamakla görevli olmalarını yargının tarafsızlığına bir muhtemel saldırı olarak gördü.

Şüphesiz tarafsızlık yargılanabilenlerin güvencelerinden biridir. Aynı zamanda hakimliğin temel kuralıdır. Hakimlerin bağımsızlığı bile bu tarafsızlığı güvence altına almak amacı güder.

Veya tarafsızlık hakimlerin bağımsızlığının en yüce şeklidir denilebilir; bu tarafsızlık sadece diğer erkler karşı bağımsızlık anlamına gelmez, aynı zamanda bizzat kendisine, tutkularına ve kişisel tercihlerine karşı da bağımsızlığı ifade eder.

Procola davasında, Divan, belki de tarafsızlığın en sert biçimini savundu.

Divana göre, hakimler mükemmel bir şekilde tarafsız olsalar bile mahkemenin örgütleniş biçimi yargılanabilenlerde bir kuşku yaratmamalıdır.

Gerçekten bu dış görünümü ayrıcalıklı kılmaya yarar. Gerçeğin zararına dıştan tarafsızlık görünümünü sağlamak sözkonusu olmamalı, fakat gerçek tarafsızlıktan tarafsızlık görüntüsü de beklenmeli ve böylece hiçbir somut sonucu olmasa bile tarafsızlığın dış görünümleri de sağlanmamışsa verilen karar mahkûm edilmelidir.

*Bu doğru olur ve yargı yerlerinin ilham alması gereken inançta bu yazılıdır.*

Şu halde PROCOLA kararının temel cümlesini sadece yazmak gerekir :

**"Kanıtlanması güç olsa da, basit bir şüphe, mahkemelerin tarafsızlığını bozmaya yeterlidir ..."**

Fransa'da idari yargıda, bir hakimın kişisel çıkarları, akrabalık ilişkisi veya dostluğu gibi sebepler kendisinden beklenen tarafsızlığın tüm güvencelerini sağlayamaması halinde hakimın reddi kuralları uygulanır.

Ceza usul hukuku kuralları bu alanda şüphesiz daha katıdır.

**Sorun bu ilkelerin Fransız Danıştayın görevlerinin ikiliğini mahkûm edip etmediğidir.**

Ben etmediğini düşünüyorum.

PROCOLO davasında durum tamamen farklıydı.

Çok az sayıda üyesi olan bir Danıştay sözkonusuydu (toplam 21 üye) ve görüş bildiren daire ile kararı veren dairenin oluşum şekli hemen hemen bir ayniyet vardı (dava dairesindeki üyelere 5'inden 4'ü). Karar özellikle bu özellikler üzerinde ısrarla durmaktadır.

Bunun yarattığı sorunları abartılı bir şekilde Fransa veya diğer ülkelere yaymamak gerekir :

Bir yandan, PROCOLO kararı aynı organizmaya hem yargısal ve hem de istişari görev ifa etmeyi sert bir şekilde yasaklamamıştır.

Bu karardan çıkan sonuç, AYNI VE TEK BİR KARAR İÇİN karar vermeye davet edilen iki birimin birbirinin aynı olmaması gerekir ve en azından, yargı birimi, hemen hemen daha önce sözkonusu önlem lehine görüş bildiren kişilerden teşekkül etmemelidir.

Diğer yandan, Fransız hukuku Danıştay'ın yargısal ve istişari görevlerini birbirine gerçekten karıştırırsa bile, ifa şekillerini kesin olarak birbirinden ayırt etmektedir.

Aynı kişileri hem yargısal ve hemde istişari birimlerde sık sık görmek mümkündür, fakat, bunların oluşumları gene de daima farklıdır.

Usul kuralları da tamamen birbirinden farklıdır.

Dava dairesinin özel durumunu güvence altına almak ve daha önce istişari görüş veren idari daire karşısında bağımsızlığını korumak için gereken her önlem alınmıştır.

Daha önce danışman sıfatıyla kabul ettiğini hakim sıfatıyla hukuka aykırı bulduğu ve mahkûm ettiği olmuştur ... Bu bir bakıma güven verici olduğu kadar da endişe verici bir varsayım olup ... kamu hukukumuzun sağlamlığı konusunda bizi şüpheye düşündürmektedir. Fakat daha ayrıntılı bir dava incelemesi ve daha çok yüzyüzelikle (vicahilikle) hukukâ aykırılığın ortaya çıkması mümkündür. Kısaca "daha iyi bilgilendirilmiş" Danıştay'a istinaf başvurusu yapıldığı söylenebilir.

Öte yandan, hükûmete danışmanlık yapmak onun müttefiki, yardımcısı anlamına hiçbir şekilde gelmez.

Danıştay hükûmetin - artık oldukça uzun bir zamandan beri - yargılama yapan bir danışmanı değildir, yürütme organına danışmalıktan çok görüş veren ve daha çok bir hakimdir. Ve bu görüşleri yargısal kararlarını verirken sahip olduğu bağımsızlık gibi aynı bağımsızlıkla vermektedir.

İdari dairelerle dava dairelerinin ayrılmasının gerçekleştirilmesi elbette doğrudur.

Şüphesiz, görüşü aleni şekilde açıklanan kimsenin veya birel görüş verilmişse bunun idarece bilinmemesi mümkün olamayacağından bu kimsenin karara katılmaması gerekir.

Fakat PROCOLO içtihadı adına Fransız Danıştay'ının inkar edilebileceğini, veya bu içtihadın kural olarak yargısal ve istişari görevler ikiliğini mahkûm ettiğini düşünmüyorum.

\*

Fransa'da öğretide baskın görüşün bu görev ikiliğinin şüphesiz geçmişin bir mirası olduğunu, fakat ayrıca bir şans da olduğunu düşünmektedir.

Hatta idari yargı hakiminin idari yaşamı iyi tanıdığı ve toplumsal yaşamın gereklerine adli yargı hakiminden daha iyi uyum sağlayan bir hukuk yaratabildiği ve bu hukukun idareye karşı daha hoşgörülü olma zorunluluğu bulunmadığı sık sık gözlemlenmiştir.

İdari yargı hakiminin bu özgünlüğü kısaca var oluş sebebi olmuştur: Yargısal ikilik idari yargı hakiminin farklı olması halinde ancak bir anlam kazanır.

Bu, onun geniş bir biçimde gücü de olmuştur. İdareyi çok iyi tanıyan idari yargı hakimi daha sert denetim teknik ve ilkelerini hazırlayabilmiştir.