

FRANSIZ İDARE HUKUKUNDA BAĞIMSIZ İDARİ OTORİTELER (BİO'LAR): REKABET KONSEYİ

Yrd. Doç. Dr. Ender Ethem ATAY

*Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İdare Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi*

•••

1. Mukayeseli Hukukta Bağımsız İdari Otoriteler

BİO kavramı mukayeseli hukukta son zamanlarda popüler olan konulardan birini oluşturmaktadır. Çünkü BİO'ların faaliyet alanları günümüzde idare edilenlerin günlük hayatlarında son derece önemli bir yer işgal etmektedir. Ayrıca ülkelerin idari yapılanmasında yeni bir kategoriye oluşturdukları için, öğretinin ve uygulayıcıların dikkatini çekmektedir. Bu kuruluşların geleneksel yapıdaki idari sistem içinde bir yere oturtulması oldukça zor görülmektedir. Yetki ve görevleri ile faaliyet alanlarının yoğunluklarının değişkenliği, bunların kuramsal açıdan sistematize edilmesini ve hukuksal yapısının tesbitini güçleştirmektedir.

BİO kavramı bu kuruluşların yer aldığı ülkelere göre değişmekte ve dolayısıyla ayrı bir içerik ve anlamı ifade etmemektedir. Kısacası BİO kavramının yer aldığı alan için tek bir model söz konusu olamamaktadır. Hatta farklı ülkelerde yasa koyucular toplumun gelişimi ve ihtiyaçları ile dengeli bir uyumu sağlayabilmek için tek bir model oluşturmayı istememektedir. Hürriyetleri güvence altına alma aracı veya sosyal düzenin esaslı aktörü olma görevini yüklenen BİO'lar, devletin siyasal, ekonomik ve sosyal yapısının genel şartları içinde işlevleri bakımından aynı noktaya indirgenememektedir.

Sovyet sisteminde yer alan Prokuratura¹ sık sık bağımsız otorite kavramıyla ilişkisi varmış gibi takdim edilmektedir. Ancak bu kurumun işlevi bireyi idareye karşı korumak ve bireyin hürriyetlerini kullanmada kendisine bir güvence sağlamak olmamıştır. Burada söz konusu olan husus, uzun süreden beri yargısal denetimin bulunmadığı sistem içinde özellikle idarenin denetlenmesidir. Prokuratura 1977 tarihli SSCB Anayasası'nda öngörülmüş, ancak hiçbir bağımsızlığa sahip olamamıştır. Zira fonksiyonların herhangi bir şekilde farklılaşmasını yasaklayan Marksizm-Leninizm'in kurucu ilkesi, devletin birliğinin ifadesi olarak varlığını korumaya devam etmekteydi. Dolayısıyla eski Sovyetler Birliği'nde ve sosyalist devletlerde bağımsız otorite modeli mevcut değildi. Çünkü devlet ve toplum anlayışının bizzat kendisi, Prokuratura kurumunun kökeni ile bir ilgisi bulunmaktaydı².

Yürütmenin Parlamento önünde idarenin işlevinden sorumlu olduğu demokratik bir siyasal rejimde, BİO fikri yabancı ve hatta tehlikeli bir olgu olarak algılanılabilmektedir. Zaten, bu kavram federal bir devlet yapısına sahip ve Başkanlık Rejimi çerçevesinde ortaya çıkmıştır. Bu anlamdaki kurumsal örnek

¹Günümüzde kaybolmuş olan Sovyetler Birliği'nde, idare aracılığıyla sosyalist hukuka uygunluğu uygulamaya koymak ve buna saygıyı sağlamaya yönelik özgün bir kuruluş olan Prokuratura'yı sistemin içinde öngörmekteydi.

Çok sayıda olan ve karmaşık bir nitelik arz eden bir idarede, terminolojik yaklaşımlardan dolayı Prokuratura, Devlet Bakanlığı (Ministère public) ile karıştırılmaması gerekir. SSCB'nin bir başsavcısından oluşan, Sovyet Süprem tarafından beş yıllık bir süre için seçilen, özerk cumhuriyetler ve bölgelerin, bölgelerin cumhuriyet savcılarının beş yıllık bir süre için ve il, ilçe ve diğer yerlerdeki savcılarını federe cumhuriyet savcılarının tarafından atanmış savcılarında yardımcı olduğu Prokuratura, idari faaliyetin genel bir denetimini sağlamaktaydı.

Ya kendiliğinden ya da şikayet veyahut dilekçe üzerine, bütün idari işlemleri incelemekle görevlendirilmişti. İşlemin hukuka aykırı imiş gibi görülmesi anında, Prokuratura hukuka aykırılıkla suçlanan işlemin uygulanmasını askıya alma etkisine sahip itirazda bulunmaktaydı.

Üstelik hapisanelerdeki bir gözetim denetimiyle donatılmış Prokuratura bireysel hürriyetlerin bu anlamda bekçisi idi ve keyfi bir tutuklamaya son verilmesine emir verebilmekteydi. Mali ve ekonomik sorunlar SSCB'nin bakanlar kuruluna bağlı devlet denetiminin bir komisyonundan kaynaklanıyor olsa bile, çok önemli bir rol oynamıştı. (ISRAEL Jean-Jacques: Manuel droit des libertés fondamentales, L.G.D.J., Paris 1998, sh. 288.) Ayrıca bkz. ATAY Cevdet: Devlet Yönetimi ve Denetimi, 2. Baskı, Alfa, İstanbul 1999, sh. 293-320.

² PAULIAT Hélène: "Les autorités administratives indépendantes en droit comparé" in Les autorités administratives indépendantes - Bağımsız İdari Otoriteler, Ed. İbrahim Ö. KABOĞLU, Alkım, İstanbul 1998, sh. 1-2.

1889 yılında kurulmuş olan *Interstate Commerce Commission*'dur. Ancak daha sonraları BİO'lar büyük bir zorlukla karşılaşmaksızın İngiltere'de diğer ülkeler tarafından taklit edilmeden önce tutunmuş; nihayet özellikle Fransa ve Japonya gibi parlamenter rejimin uygulandığı diğer ülkelerde yerleşmiştir.

Özellikle ekonomik ve teknik işlemlerdeki federal nitelikli çıkarları yöneten ve farklı alanlarda boy gösteren yirmi civarında³ BİO'nun Amerika'da faaliyette bulunduğu söylenilmektedir. Örneğin *Federal Trade Commission Food and Drug Administration, Environmental Protection Agency*⁴.

Independant Regulatory Agencies isimli bu kurumların ABD'de ortaya çıkmasının nedeni yasamanın (Kongre'nin) yürütmeye (Başkan'a) olan güvensizliğidir. Bu organları oluşturarak Kongre, Başkanın ve bakanlıkların etkisini idarenin bu dalları üzerinden uzak tutmaya çalışmıştır⁵. Ancak bu organların nitelikleri ve tarihleri bu durumun basit olmadığını, gerçekliğin bu anlamda belirsiz olduğunu ortaya koymuştur. Bu kuruluşlar kurul halindeki bir yapıya sahip olup 5 ile 10 arasında üyeden müteşekkildirler. Değişkenlik gösteriyor olmasına rağmen; görev süreleri genellikle Başkanın görev süresini aşan bir niteliktedir. Üyelerinin atanması Senato'nun Başkanın bu konudaki önerilerinin onaylanmasıyla gerçekleşir. Ayrıca mesleki çevrelerden gelen üyelerin seçiminde tarafsız olma ilkesine özen gösterilmektedir. Gerçekte, bu otoriteler toplumdaki temel fikir akımlarının temsilcileri aracılığıyla tarafsızlığı gerçekleştirmek için iki büyük partinin temsilcilerinden oluşmaktadır. Dolayısıyla, Başkan atamalarda baskın unsur değildir ve ilke olarak, özel gerekçeler göstermeksizin (görevlerini yerine getirmede belirgin savsama veya yetersizlik, kötüniyetlilik, ihtilas) üyeleri görevlerinden azledemez. Yüksek Mahkeme'nin bir çok kararında bu ilke benimsenmiştir. Diğer yandan Yüksek Mahkeme'nin yasa koyucunun yarı yasama, yarı yargısal işlevleri gerçekleştiren bir kuruluşun oluşturması sırasında bağımsızlığını bir gereklilik gibi değerlendirdiği söylenebilir. Gerçekte eğer nicelik ve nitelik bakımından önemleri ve kurumsal özgünlükleri, bunları gücün dördüncü bir branşı yapmışsa, etkin bağımsızlıkları şüpheli ve her halükârda mutlak değildir. Bunlar kurulmaları ve yetkilerini

³ Bu sayı H. PAULIAT'a göre elliden fazladır (agm., sh. 2).

⁴ FORGES Jean-Michel de: Les institutions administratives françaises, 2ème édition, PUF, Paris 1989, sh. 135.

⁵ “Bu otoriteler Anayasa tarafından ne öngörülmekte ne de global olarak kaygıyla karşılanmaktadır, her Ajans aynı zamanda onların görevlerini, işleyiş kurallarını ve yetkilerini belirleyen Kongre'nin kabul ettiği bir yasa ile kurulurlar.” (PAULIAT Hélène: agm., sh. 3.)

belirleyen Kongre karşısında bağımlı bir durumdadır. “*Sunset-Laws*”ın orijinal mekanizması aracılığıyla Kongre bu komisyonların rolünün kullanılmasının periyodik bir gelişimini uygulamaktadır. Bu da söz konusu komisyonun varlığına, zorunlu gibi görünmediği anda muhtemelen son verme ile sonuçlanır. Üstelik Kongre’deki komisyonların denetimi de önemlidir. Dolayısıyla uygulanmakta olan siyasi bir etki mevcuttur. Aynı şekilde Başkan tarafından gerçekleştirilen bir etki de söz konusudur. Gerçekten de, bağımsız komisyonlar Kongre ile Başkan arasında bir etkileme savaşının konusunu oluşturmaktadır. Bunlardan herbiri hareket araçlarını geliştirmeye, güç ilişkisi bağlamında bu kuruluşların işlevlerini kontrol etmeye çalışırlar. En fazla uygulanan ve tartışılan silah mali araçlardır. Zira, bütçe denetimi siyasal otoritelerin eğilimlerine uygun davranmaya bu komisyonları zorunlu kılmak için çok etkili olmaktadır⁶.

Ancak bu otoriteler, toplumun ihtiyaçları, genel politikalar ve öncelikli tercihler ölçüsünde gelişmekte; dönüşüme evrime uğramaktadır. Cumhuriyetçi Başkanlar, özellikle bütçe alanında bu otoriteler için denetim mekanizmaları geliştirmek tutkusunu içinde olmuşlardır. Eğer bu kuruluşlar görevlerini gerektiği gibi yerine getirmek için mali araçları bulmak için, lobilere bağlanmak, katılmak zorunda kalırlarsa, bunların yok olma tehlikesi kaçınılmaz olur. Aynı şekilde İngiltere’de olduğu gibi, eğer rekabetin ve piyasanın serbest işleyişi sayesinde düzenleme, olabilecek en iyi şekilde gerçekleşiyorsa, bu kuruluşlar gereksiz, faydasız olarak değerlendirilebilir⁷.

Kısacası bu tür ajans ve komisyonların kurulmasının temel nedeni; bazı görevlerin yerine getirilişini siyasal müdahale dışında tutma kaygısıdır. Böylece bazı yönetim kesimlerinin bağımsızlığını sağlamaya çalışılmaktadır. Bir diğer sebep de, bu kuruluşların bakanlık örgütüne göre daha etkili olmalarıdır. Ayrıca meslek ve grup temsilcileri yönetime ortak edilmektedir. “ABD’de bakanlık yapısı dışında kalan bu nitelikteki ajansların görev alanları uzmanlaşmış ve sınırlıdır. Belirli özellikleri olan bir kitleye yönelik olma, gene bazı federal idarelerin koordinasyonu işlevini yerine getirme gibi (düşünülmektedir). En önemlileri arasında Federal Ticaret Komisyonu, Federal Haberleşme Komisyonu, Federal Havacılık Kurulu, Eski Askerler Dairesi, Genel Hizmetler Dairesi, Küçük Ticaret Dairesi sayılabilir. Bu ajanslardan bazılarının çok büyük boyutlara ulaştığı olur. Örneğin Eski Askerler Dairesi binlerce görevlinin çalıştığı karmaşık bir örgüttür. Bunlardan Federal İletişim Komisyonu radyo, telefon ve televizyon işlemlerini

⁶ GUEDON Marie-José: Les autorités administratives indépendantes, LGDJ, Paris 1991, sh. 30-31.

⁷ PAULIAT Hélène: agm., sh. 3.

düzenlerler. Güvenlik ve değişim Komisyonu borsa işlemleri üzerinde gözetimde bulunur. Ulusal Çalışma Board'ı çalışma yaşamının toplumsal tarafları arasındaki ilişkileri düzene koyar.⁸

“Bu bağımsız kurumlar, Amerikan federal sisteminde yer yönünden federalizmi temsil eden federe devletler (*States*) yanında, hizmet yönünden federalizmi temsil eden ve bu anlamda bir hizmet alanıyla sınırlı olarak düzenleme ve organizasyon yapma, denetleme ve yaptırım uygulama işlerini tek başına yapan, yani bu anlamda, o alanla sınırlı olarak yasama, yürütme ve yargı işlevini bünyelerinde toplayan, siyasal ve yargısal bazı denetime maruz olsalar da, “devlet içinde devletçikler” niteliğinde kurumlardır. Federal bir sistemde normal karşılanabilecek bu bağımsızlık mantığı doğal olarak üniter sistemlerde geçerlik kazanamayacaktır.⁹”

İngiltere'deki duruma gelince; BİO'lar (*independant public boards*) aynı şekilde bazen klasik anlamdaki bakanlıklardan kaynaklanabilecek kararların nesnellliğini güvence altına almak (Örneğin; *University grants committee*), bazen de yalnızca teknik etkinliği sağlamak amacıyla (Örneğin; *Agricultural market boards*) İkinci Dünya Savaşı'ndan beri kurulmuştur. 1985 yılında Parlatentonun denetiminden olduğu gibi kamu yararı ile malî nitelikli kamusal denetim kurallarının dışında kalan aşırı bir tarzda kurulmuş olan 700 BİO organizasyonunun varolduğu kaydedilmiştir. Bugünkü İngiliz politikası bu BİO'ların büyük bir kısmını ortadan kaldırma yönünde şekillenmektedir.

İngiltere'de kamu hizmetleri üç tür idari kuruluş tipi sunmaktadır. İlk olarak, **merkezi idarenin bakanları** hiyerarşik bir kuruluşa tâbidirler ve genel olarak ama her zaman için değil, Parlamento önünde sorumlu Kraliyet'in bir bakanı tarafından yönetilirler. İkinci olarak, doğrudan seçilen, özgün yetkilerinin bahşedildiği, bir takım yükümlülükleri yerine getirmeye zorlandığı Parlamento tarafından kabul edilmiş yasalar uyarınca kurulmuş olan **yerel otoriteler** söz konusudur. Bu otoriteler merkezi hükümetin yardımları ve işletmeler üzerinden alınan vergiler ile bölgede yaşıyor olmadan dolayı alınan yerel vergilerin birleşiminden oluşan bir sistemle finanse edilmektedir. Yerel otoritelerce oynanan rolün önemi, bu sistemin en dikkat çekici yansıması veya sonucudur. Nihayet genel olarak “**quangos**” (hemen hemen özerk hükümetdışı örgütler/*quasi*

⁸ YILDIRIM Turan: Türkiye'nin İdari Teşkilatı, Alkım Yayınevi, İstanbul 1997, sh. 185.

⁹ ULUSOY Ali: “Bağımsız İdari Kurumlar”, Danıştay Dergisi, Yıl: 29, Sayı: 100, 1999, sh. 3.

autonomous non governmental organisations) olarak adlandırılan komisyon, komite ve otoritelerden müteşekkil heterojen bir yapılanma söz konusudur. Bunlar kamu hizmetlerinin yönetimi (British Rail gibi kamuya ait şirketler *-sociétés publiques-*), endüstri ve ticaretin düzenlenmesi (örneğin, Birleşme ve Tekeller Komisyonu *-Commission sur les monopoles et les fusions-*), eğitim kuruluşlarına (örneğin, Eğitim Finansmanı Yüksek Konseyi *-Conseil supérieur de financement de l'enseignement-*) veya kültürel kuruluşlara (örneğin, Güzel Sanatlar Konseyi *-Conseil des arts-*) kamusal fonların dağıtılması veya hükümete teknik tavsiyeler sunma (örneğin, Tıbbi Komisyonlar *-commissions sur les médicaments-*) gibi oldukça değişik alanlarda işlevlerini yerine getirmeleri amacıyla, Parlamento tarafından kurulmaktadır. Bu genel yapı içinde bağımsız otoritelerin geniş bir yelpaze içinde gelişme göstermesi, şaşırtıcı olmaması gerekir. Bununla beraber, önemleri ve yetkileri aşırı bir ölçüde değişkenlik gösterir. Tamamını nitelendirecek bir birlik zordur. Bu benzeşmezlik (*hétérogénéité*), konularında tam genelleme yapılan doyurucu olma özelliğini engellemektedir. Denilebilir ki, bunlar genel olarak kendilerine tanınan özgün yetkilerini uygulamak için bakanlar tarafından görevlendirilmiştir. (Yetkileri genel olarak Parlamento tarafından ve bazen de, BBC örneğinde olduğu gibi, bir Kraliyet Şartı ile tanınmaktadır.) Ayrıca finansmanları ya sundukları hizmet ve mallara yapılan ödemeler ya da yerel vergiler yoluyla veya Parlamento tarafından oylanmış sübvansiyonlarla sağlanmaktadır.

Quangos'ların belirli bir tanımının yapılamıyor olması, analiz için rahatsız edici bir durumdur. Gerçek bir özerkliğin olmaması ve idareye bağımlılık dolayısıyla aldatici bir niteliği içeriyor gerekçesiyle eleştirilmektedir. Parlamentonun denetimi dışında kaldığı, devlet muhasebesinin ve kamu işleyişine ilişkin kuralları atlatma eğilimi gösteren bu kuruluşların sayısal artışındaki fazlalık, aynı şekilde eleştirilerden nasibini almaktadır.

Quangos'lar ekonomik, sosyal ve kültürel konulara ilişkin olmak üzere çok farklı alanlara müdahalede bulunmaktadır. İşlevleri bazen tamamen idari, bazen de hemen hemen yargısal bir niteliktedir. Sektörel bir aktivitenin içinde bir takım özel kuruluşların oluşturulması bakanlıkların yetkilerindeki uygulamaların bu alandan çıkarılması amacına yöneliktir. Diğer durumlarda ise, bir özerkliği zorunlu kılarak mesleki temsilcilerin bir katılımının sağlanması söz konusudur. Nihayet, hürriyetlerin daha iyi bir şekilde güvence altına alınmasını sağlamak için bir çok kuruluş siyasi etkiye hassas sorunlara ilişkin bir düzenlemede bulunabilme görevine bağımlılıktan kurtarmaya cevap vermektedir.

Tek bir statüsü olmamakla birlikte quangos'lar her zaman kurul şeklindeki kuruluşlardır. İngiltere'deki Parliamentary Commissionner for Administration'un (Parlamento Komiseri)¹⁰ BİO olarak adlandırılan kuruluşların içerisine girmediğine işaret etmek yerinde olacaktır. Çünkü bu kuruluş büyük bir özerkliğe sahip olmakla birlikte Parlamente'ye bağlıdır. Quangos'ların bağımsızlığının gerçekliği konusu bir çok tartışmanın ortaya çıkmasına sebep olmuştur. İlk olarak, atama yetkisinin bakanlara ait olması ve bazen seçilecek kişilerin yeteneklerine ilişkin ölçütten ziyade; siyasi ölçüte göre gerçekleştirildiği ölçüde, üyelerinin tarafsızlığı sorunu gündeme gelmektedir. Bundan dolayı, bu kuruluşların bağımsızlıkları nisbidir. Zira, bakanlar bütçeleri ve işlemlerini yönlendiren Parlamente'nin önünde sorumludurlar. Uygulamada özerklik siyasi genel durum ve konjonktür uyarınca değişkenlik gösterebilmektedir.

Bu organizasyon tiplerinden herbiri son otuz yıl içerisinde kayda değer bir değişiklik yaşamıştır. 1970 ile 1980 yılları arasında özellikle siyasi yelpazenin sağ

¹⁰ İdare için "Parlamento Komiseri", İngiltere'de 22 Mart 1967 tarihli bir yasayla kurulmuştur.

Kraliyet tarafından atanan ve bu atamanın hükümet tarafından sağlandığı ve sadece parlamento tarafından görevinden alınabilen komiserin misyonu, İsveçli meslektaşına çok benzeyen bir şekilde, idarenin keyfiliğine (arbitraire de l'administration) karşı vatandaşları korumaktadır. Bununla birlikte, rolü Parlamente'nin, yargıcın ve hükümetin otoritesini tehlikeye koymanın yasaklanması yoluyla kurulmuş olan sınırların içerisinde çevrenmiştir.

Ombudsman dolaylı olarak zarar gören tarafından harekete geçirilebilmektedir. Zarar gören şikayetini iletip iletmemekte serbest olan Parlamente'nin bir üyesine şikayetini bildirmek zorundadır. Üstelik Parlamento Komiseri yargı önünde görülmekte olan bir davayı inceleyebilmede yetkili değildir.

Nihayet, rolü idarenin küçük nitelikli sıkıntı veren davranışlarıyla (traitement des petits tracas) sınırlıdır. Siyasal işlev, devletin güvenliği, yabancılarla ilişkilerle ilgili sorunları ele alıp inceleyemez. Müdahalesi bir hizmet kusuru, eksikliği işlemesine bağlı hatlarla sınırlandırılmıştır.

İngiltere'ye Ombudsman kuruluşunun uyumlaştırılmasındaki eksikliklerin sonucunda Parlamento Komiseri idare üzerinde hiçbir otoritesi yoktur. İşlem imkânları kendine belirtilen olayları sonuçlandırmakta hür olan parlamente'ye bir rapor iletmekle sınırlıdır. Bknz. AKINCI Müslüm: Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman, Beta, İstanbul 1999, sh. 327-350; GIDDING Philips, GREGORY Roy, MOORE Victor, PEARSON Jane: "Le controle des actes administratifs au Royaume-Uni: une comparaison entre les systèmes d'Ombudsman et le système judiciaire", Revue Internationale des Sciences Administratives, Vol. 59, 1993, sh. 339-361; SOYBAY Selçuk: İdarenin Yargısal Olmayan Biçimlerde Denetimi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1994, sh. 88-90.

kanadına yerleşmiş bir çok politikacı, quangos'lara karşı dikkate değer bir düşmanlığı ortaya koymuşlardır. Birbirini izleyen hükümetler quangos'ların sayısını azaltma yollarını arayarak ve işlevlerini kısıtlayarak bu düşmanlığa karşı tepki vermişlerdir. Özellikle bu politika Thatcher'in ilk görev süresi sırasında izlenmiştir. Bununla birlikte, diğer siyasi amaçlarını izleyebilmek için bütün hükümetler, bu tür organizasyonlara başvurmak zorunda kalmışlardır. Thacher Hükümeti olayında, bu husus daha önceden millileştirilmiş endüstri kuruluşlarının özelleştirilmesinin sebep olduğu, bu kuruluşların yerini almayı amaçlayan, çok sayıda quangos'un oluşturulmasında gözlemlendiği için, özellikle kesin gibidir. Muhafazar Hükümetin özelleştirme programı su, gaz, elektrik ve telekomünikasyon dağıtımıyla yükümlü otoritelerde olduğu gibi düzenleyici otoritelerin sayısında dikkate değer bir artışın oluşmasına sebebiyet vermişti¹¹.

Thatcher'in siyasi liberalizmi, sistemin içinde gereksiz veya verimli olmayan çok sayıda quangos'un ortadan kaldırılmasını beraberinde getirmiştir. O halde sistemin felsefesinin tamamı gözden geçirilmelidir. Verimliliğin söz konusu edilmesi zorunlu biçimde vatandaşın veya kamu hizmetinden yararlandıktan artık bahsedilmemesi, ama herşeyden önce müşteriden bahsetmesi anlamına gelmektedir. Bu da böyle bir anda kamu hizmetlerinden daha fazla ticari devlet mantığına geçiyor olma demektir. Pazarın kuralı toplumun ve ekonomi dünyasının bir iç düzenlemesine izin vermesi gerekiyordu. Özelleştirme, mekanizmayı güçlendirmek için yapılmıştı. Ancak rekabete aykırı veya tekeli uygulamaları önlemek, çok vahşi mücadelelerin önlenmesi için bu yeni şirketler üzerinde

¹¹ GIDDING Philips, GREGORY Roy, MOORE Victor, PEARSON Jane: agm., sh. 340-341; GUEDON Marie-José: age., sh. 33-34. "İkinci Dünya Savaşı sonunda beri çoğalmış bulunan "quangos"lar, daha genel olarak bakanlık dışı kuruluşlar, devlet aygıtı içinde idari yapıların faaliyetini özerkleştirmek iradesine bağlanan kaygılara cevap verirler. Quangos'ların ortaya çıkışı ve yaygınlaşması her kamu görevinin (bakanın Parlamento yoluyla ya da seçilmiş yerel kurulların) bir seçmen kitlesine karşı sorumlu olacağı demokrasi ilkesine ters düşer. Çünkü bu kuruluşların bağımsız niteliği, onların ya da bazı faaliyetlerinden bakanın sorumlu olmaması demektir. Quangos'ların biçimsel olarak idare aygıtıyla bütünleşmemiş olmaları, sonucu onların personelinin atanması da liyakat ilkesi gereklerinden sıyrılır. Son yıllarda hükümetler. "quangos"ların sayısını azaltmayı denemişlerdir. Örneğin Muhafazakar Parti 1983 bildirisinde, iktidara geldiği 1979'dan beri geçen dört yıllık sürede 500 quangos'un ortadan kaldırıldığını ileri sürüyordu. Oysa aynı sürede yeni "quangos"ların ortaya çıktığı bir gerçektir. İngiltere'de bu kurum kaybolacak gibi değildir." (YILDIRIM Turan: age., sh. 186-187.)

denetim araçlarını geliştirilmeyi öngörmesi gerekti. Ayrıca ya yeni quangos'lara ya da bizzat idarenin kendisine başvurmak gerekmiştir¹².

2. Fransız Hukukunda Bağımsız İdari Otoriteler

Devlet bünyesinde yeni hukuksal bir kategorinin belirmesi, idare hukukunun süreklilik gösteren bir oluşum; kurumsallaşma uygulamasının gelişimine kendini uydurma yeteneğinin ne kadar olduğunu ortaya koyar. BİO'ların söz konusu olması halinde; bu tanıma işlemi kolayca kurulamamıştır. Akademisyenlerin konuyu sistematik hale getirmesi, Danıştay veya yasa koyucuya oranla geçikmeli olmuştur¹³.

Yakın tarihli kurulmuş olan, statüleri ve yetkileri noktalarından normal nitelikli danışma kurullarından ayrılan farklı idarî kuruluşlar BİO başlığı altında toplanmaktadır. Hükümet ve idarî hiyerarşi karşısında bağımsızlıklarını teyit etme iradesiyle oldukça farklılık arz eden statülerinin baskın olma özelliği, bu kuruluşlarda gözlemlenmektedir. Genel olarak BİO'ların yetkileri basit nitelikli görüş bildirme işlevini geri bırakacak bir durum sergilemektedir. Yetkilerine ilişkin alanların büyük bir çoğunluğunda karar alabilme yetkisi ile donatılmıştır. Genellikle bu kuruluşlar sadece idarî otoriteler tarafından değil; ancak, aynı zamanda bireyler tarafından da harekete geçirilebilmektedir¹⁴.

Gerçekten de, 1968 yılında BİO'lar Fransa'da yalnızca belirlemiştir. Ancak bu konu hakkında Hükümet Komiseri Jacques Rigaud'un yapmış olduğu konuşmada kavram daha açık bir şekilde ifade edilmiştir: "Çağdaş dönemdeki geleneksel yönetimin iyi bir uyum içinde olmasının hiyerarşi ve vesayet olmak üzere iki boyutu vardır. Bir çok sebebe bağlı, hukukumuzun yeni oluşum kavramıyla ilgili olmaksızın, bakanlığın hiyerarşik gücünün dışında kalan, merkezi otorite nitelendirilmesi yapılmaksızın beliren yeni kuruluşların oluşumlarına tanık olduk. Bunlar kendilerine özgü yetkileri olduğu söylenilebilen kuruluşlardır. Adı geçen kuruluşlar, yasama veya düzenleme gücü tarafından yaratılmış ya çıkar gruplarının veya bireylerin katılımlarına imkân tanımak ya da kararın alınmasına yardımcı olan bağımsız kişiliklerin güvencesini yönetilenlere vermeyi amaçlamışlardır. Bu kuruluşlar sadece danışma işlevine değil; ancak aynı zamanda bir karar alma yetkisiyle de donatılmıştır."¹⁵

¹² PAULIAT Hélène: agm., sh. 3-4.

¹³ GOHIN Olivier: Manuel institutions administratives, L.G.D.J., Paris 1992, sh. 179.

¹⁴ RIVERO Jean: Droit administratif, 13ème édition, Dalloz, Paris 1990, sh. 440-441.

¹⁵ GOHIN Olivier: age., sh. 179

BİO'ların tüzel kişilikleri olmasa bile; merkezi idarenin içinde kurulmuşlar ve zorunlu olarak üniter (tekci) devlet yapısının bir parçasını oluştururlar. BİO'lar devletin merkezi veya yerel kuruluşları dışında yer alır. Burada sınav ve yarışma jürileri, yerel yeterlilik komisyonları, yerel aileye destek komisyonları, ihale büroları, idarî kararlar alanında meslekî odaların konseyleri ve Paris ilinde olduğu gibi yerel birimlerin içindeki arabulucuk kuruluşu veya Université Aix-Marseille I'de olduğu gibi kamu kuruluşlarının göz önünde bulundurulması gerekir. Yukarıdaki kuruluşlar BİO değildir¹⁶.

Dolayısıyla, görevlerinin yapabilmeleri için bazı idarî otoritelere etkin bir bağımsızlık tanınması, bir yenilik oluşturmamaktadır: Yarışma veya sınav jürileri (*les jurys d'examens ou de concours*), vergi veya bölgesel birleşme komisyonlarında (*les commissions départementales de remembrement ou des impôts*) olduğu gibi bazı komisyonların, Danıştay gibi kendine özgü bir kuruluşun idareye tâbi olduğu ve görevlerini bağımsız tarzda yerine getirdikleri bilinmektedir. Ancak yetmişli yıllarda ortaya çıkan ve daha sonra son otuz yıl içinde gelişen BİO'lar bir ilerleme kaydetmiş ve yeni isteklere cevap veren bir idarî kuruluşlar kategorisini oluşturmaktadır. *Yasa koyucunun kurduğu, geleneksel idarî yapının dışına yerleştirilmiş olan ve güçlü nitelikli bağımsızlık güvencelerine dayanan BİO'lar, belirli bir sektörde düzenliliği, hukuka uygunluğu sağlama ve müdahalede bulunma görevlerini yüklenmiştir*¹⁷.

1970'li yıllardan bu yana Fransız kamu hukukunda büyük bir artış gösteren ve belirgin nitelikli bir isimlendirmeden yoksun olduğu için "*autorités administratifs indépendantes*" başlığı altında toplanan yeni bir tür organizasyonun varlığı gözlemlenmektedir. Burada ne yargısal nitelikli, ne de Parlatentonun kararları gibi bir özellik taşıyan, hükümet ve özellikle idare karşısında kendilerine tevdi edilen denetleme yetkilerini gerektiği şekilde yerine getirmek için bağımsız olmak zorunda olan kuruluşlar söz konusudur. Bu kuruluşlar tüzel kişiliğe sahip değillerdir. Bu sebepten dolayı, BİO'lar devlet idaresi cihazına uyumlaştırılmıştır. Buna rağmen, hükümetlerin otoritesinden kaynaklanan hiyerarşik bir güce bağımlı kılınmamışlardır. Norm koyma yeteneğine sahip oldukları varsayımında; kabul ettikleri genel ve bireysel nitelikli kararları idarî yargıcın denetimine tâbidir¹⁸.

¹⁶ GOHIN Olivier: age., sh. 181-182.

¹⁷ BRAIBANT Guy, STIRN Bernard: Le droit administratif français, 4ème édition revue et mise à jour, Presses de Sciences Po et Dalloz, Paris 1997, sh 73.

¹⁸ Dictionnaire de la constitution, 4ème édition, Edition Cujas, Paris 1986, sh. 28.

Dolayısıyla, merkezî idare içinde servislerin başlarına yerleştirilen, tüzel kişiliği olmayan idarî otoritelerin kurulması olgusu gitgide daha sık görülmektedir ve bu tür idarî otoriteler başlangıçtaki istisnaî olma özelliklerinden sıyrılmaya başlamışlardır. Bu otoriteler bireysel önlemlere karar verdiği gibi; genel nitelikli düzenlemelerde de bulunabilirler. Bu hususun sahip oldukları kural koyabilme yetkisinin tamamının veya bir kısmının kullanılması şartlarından birini oluşturuyor olmasından dolayı bu kuruluşlar “bağımsız (indépendant)” olarak nitelendirilmektedir. Bağımsız olarak nitelendirilmelerinin bir diğer sebebi de; duruma bağlı olarak yetkilerinin tamamının ya da bir kısmının uygulanmasında, alınacak olan kararın değerlendirmesini söz konusu organların bizzat kendilerinin, bir üst otoritenin yönlendirmesi ve denetimine tâbi olmaksızın ve de bir vesayet makamının gözetiminde olmaksızın, yapabilmesi oluşturur.

Kısacası, BİO’ları merkezî idarenin en üstünde yer alan normal idarî otoritelerden, ucu bakanlara kadar gitmekte olan merkezî idarenin hiyerarşisine bağımlı olmama ve kendine özgü yetkileri haiz olma noktaları ayırt etmektedir¹⁹.

BİO’lar hiyerarşik denetimin dışında bulunan ve işlemesi, örgütlenmesi ve oluşumu konularında bağımsızlıkları öngörölmüş devletin kamu kuruluşlarındandır. ABD ve İngiltere’deki örneklerine oranla Fransa’da daha az sayıdadır. BİO’lar insan haklarının savunması alanında önemli bir rol oynamaktadır. İlke olarak yönetilenler, işletmeler ve yönetimler arasındaki bir takım sektörlerde kurulması gereken ilişkilerin çerçevesini belirlemeyi amaçlamaktadırlar. Bu görevlerini, söz konusu alanlarda hürriyet prensibinin uygulanmasına uygun bir şekilde gerçekleştirir. Bu amaçla bir takım BİO’lar, bir düzenleme yetkisini haizdirler. Buna karşılık bazı BİO’lar sadece bir moral gücüne sahiptir ve emir verme ve yaptırım yetkisinden yoksundurlar. BİO’lar yargıçlardan önce ve fakat onların yerini almaksızın daha hızlı bir tarzda karar vererek müdahalede bulunurlar ve özellikle uygulanacak kurallar konusunda yargıçların tâbi oldukları sınırlamalarla bağımlı değillerdir.

BİO’ların bir takım sorunların ortaya çıkmasına sebep oldukları bir gerçektir. BİO’lar kendilerine özgü bir kategori oluşturmakta mıdır? 1958 Anayasasına uygun bir kuruluş mudur? Kuvvetler ayrılığı ilkesi karşısında yerleri nedir²⁰? Bağımsızlıklarının derecesi nedir ve kendilerine tanınan güvencelerin

¹⁹ CHAPUS René: Droit administratif général, T. I, 10ème édition, Montchrestien, Paris 1996, sh. 194-195.

²⁰ İçişleri Bakanı’nın 31 Mart 1830 tarihinde sunduğu bir kanun tasarısında, basın sansür edilmesini kurması amacıyla, bir bağımsız otoriteye anarşist doktrinlerin

ATAY

değerleri nedir? Sorgulanan bu sorunlar hukuksal nitelikli bir aşırılığın delilini oluşturmamaktadır. Ancak, eğer BİO'lar ilgili oldukları alanlarda her türlü sorunun çözümünde çareyi oluşturuyor ise, idare edilenlerin olduğu gibi kamu güçlerinin bir takım ihtiyaçlarına cevap verecek saygınlıktaki kuruluşların gelişimine engel olmaması gerekmektedir²¹.

Kavramın ancak yakın tarihlerde kullanıyor olmasına rağmen, sınav jürisi örneğinde olduğu gibi, öğretinin niteliklerini ortaya koyduğu, kökleri eskiye dayanan bir kuruluş söz konusudur²².

Özellikle genel idare hukukundan kaynaklanan sorun veya genel niteliklerine ilişkin özet bazı açıklamalarla yetinmek gerekirse; bu otoriteler Médiateur'ün durumu ayırık tutulmak kaydıyla, kurul halindeki kuruluşlar olup, devletin ayrılmaz parçasını oluşturan tüzel kişiliği olmayan hizmetlere ilişkindirler.

Bu otoriteler birbirinden oldukça farklı idarî işlevleri yerine getirmektedirler. Bireysel nitelikli (izin, vize vs...) veya görüş bildirerek düzenleyici, emir ya da öneriler yayımlayarak işlemler tesis etmektedirler. Açıklamaları kabul etmektedirler ve denetime ilişkin çeşitli işlevleri yerine getirmektedirler...

Bağımsız olma nitelendirmesi, bu otoritelerin devletin parçası olmasına karşın; merkezî idarenin hiyerarşik düzeni içinde yer almamasıyla dışa vurulmaktadır. Bu arada belirtilmesi gereken bir husus, BİO'ların mevcudiyetini devletin dışında bir kamu kuruluşu olarak anlaşılmasını hiçbir şeyin engelleyemeyeceğidir. Bir yerel idarede örgütlenmiş bir yarışma için kurulmuş

yayınlanmasına karşı toplumun kutsal çıkarlarını korumak zorunda olacak koruyucu gözetim yetkisinin verilmesi öngörülmektedir. Bakan kral tarafından atanacak üç Yüksek Meclis üyesi, üç milletvekili ve üç yargıcın seçileceği bir komisyonu önermekteydi. Bu tasarı Yüksek Meclis'in raportörünce kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı görüldüğü için anayasaya uygun bulunmamıştır. (HEYMANN-DOAT Arlette: Libertés publiques et droits de l'homme, 3ème édition, L.G.D.J., Paris 1994, sh. 244.)

²¹ MADIOT Yves: Les droits de l'homme, M.A. Edition, Paris 1987, sh. 33.

²² Yarışma ve sınav jürileri, adayların belgeleri ve sınav kağıtlarını göz önünde bulundurup değerlendirmelerini yaparak, adayların liyakatları hakkında karar açıkladığı anda bağımsız bir yetkiye sahiptir. Ancak kararları bir üst otorite (rektör, bakan) tarafından, jürinin sınav yönetmeliğine uymamış veya sınava ilişkin şartlar adaylar tarafından bozulmuş olmaları halinde iptal edilebilir. (CHAPUS René: age., sh. 356.)

olan jüri, bu duruma örnek teşkil edebilecektir. Bakanlıklar BİO'ların işlemlerine karşı hiyerarşik başvuru imkânlarını kullanamamaktadırlar. Ancak, metinlerdeki düzenlemeler ile bakana veya temsilcisine yeni bir görüşmenin yapılmasını talep etme gibi vesayete ilişkin bir takım yetkileri kullanma imkânı tanımış olabilir. Örneğin Borsa İşlemleri Komisyonu (*Commission des opérations de bourse*) için bu hak, hükümet komiserine aittir. Metinlerin dışında Danıştay, eğer bir sınav ya da yarışma jürisi, adayın vasıflarını değerlendirme için tek yetkili olarak değerlendirilmiş ise ve hiçbir idarî başvuru yolunun varlığı kabul edilmemişse, yürürlükteki düzenlemenin tanımadığı jüri kararlarının açıklanmasına karşı; yetkili bakanlık nezdinde hiyerarşik bir başvurunun yapılabileceğine karar vermiştir. Danıştay'ın kuramsal olarak tartışma götürülen çözümü pratik sebeplerle açıklanabilir.

Bağımsız olma özelliği BİO'ların oluşumu, üyelerini belirlenmesi, görev sürelerinin sona ermesi ve işlemlerine ilişkin kurullarla da açıklanmaktadır. Zaten, bu özellik bir durumdan diğerine değişmektedir²³.

Geleneksel olarak Fransız idarî yapısı, üst otoritenin bağımlı otoriteye emir vermesine, alt kademede alınmış olan kararların değiştirilmesi ya da iptaline ve belirlenmiş, uyulması zorunlu olan kuralları ihlâl eden kamu personeline yaptırımlar uygulayabilmesine müsaade eden, hiyerarşi ilkesine göre örgütlenmiştir. Oysaki, altmışlı yılların sonlarında bu tür örgütlenmenin bakanlıkların için yerinde olduğu, buna karşılık kamu hürriyetlerine karşı ağır nitelikte tehlikeler taşımaya başladığı farkedilmiştir. Hiç kuşkusuz, idarî ve adli yargı yerleri kendilerine tanınmış olan bu alandaki yetkilerini özenle yerine getirmektedirler. Ancak bu yargı organlarının müdahalesi, ihlâllerin ve hukuka aykırılıkların yapılmasından sonra ve her zaman geçikmeli olarak uygulanmasından dolayı ağır sakıncalar sunmaktadır.

Bu sebepten dolayı BİO'lar kurulmuştur ve yetmişli ve seksenli yıllar boyunca sayılarında büyük artışlar görülmüştür. Bu kuruluşlar yargıç denetimi altında, idare hiyerarşisine olduğu gibi idare edilenlere de alacağı muhtemel kararlarını empoze etme hürriyetlerini uygulamada, tarafsız hakem rolünü oynamaktadırlar.

Hiç kuşkusuz bütün BİO'ların ortak noktası, toplumsal vicdanın özlemlerine, bakanlıkların güçlerinin ağırlığını azaltma endişesine cevap

²³ AUBY Jean-Marie, DRAGO Roland: *Traité des recours en matière administrative*, Litec, Paris 1992, sh. 38.

vermektedir. Bu amaçla ancak Mayıs 1968 sonrasında söz konusu kuruluşların bağımsız bir kategori olarak kendini kabul ettirdiğine işaret etmek gerekir²⁴.

Dolayısıyla, BİO'lar veya "bağımsız otoriteler" devlet cihazı içerisinde yapısal nitelikleri açısından yeni bir kategoriye oluşturmaktadır. Commission national de l'informatique et des libertés hakkında yasa koyucu tarafından 1978 yılında kavram ilk defa kullanılmıştır ve hatırı sayılır bir biçimde gelişme göstermiştir. BİO'ların sayısı konusunda görüş birliği yoktur. Bu durumun sebebi bir yandan, bu kurumun 1978 tarihinden önce kurulmuş olan formüle de uygun düşüyor olması ve bunun doğal sonucu olarak bu yönde bir sınıflandırmaya tâbi tutulmasındandır. Hatta 1978 yılından beri yasa koyucu bazen BİO'lara benzer yeni yapılanmaları açık bir şekilde nitelendirmeksizin ve bazen de "bağımsız otorite" terimini kullanmayı yeğleyerek oluşturmaktadır. "Otorite" kavramının hukuksal yorumunda, karar alma gücüne sahip olmayan kuruluşlar kategorisinin BİO'ların sayısının belirlenmesine ilişkin sınıflandırmanın dışında bırakılabiliyor olması da, bu konudaki tartışmanın bir diğer sebebini oluşturmaktadır. Sonuç olarak BİO listesi yorumcunun değerlendirmesine bağlı olarak genişleyip daralabilmektedir. Bu anlamdaki Fransız Danıştayının hazırlamış olduğu liste²⁵ oldukça geniş bir yorumlamanın ürünüdür. Ancak bu sayımın bir takım kurumların lağvedilmiş ve yeni oluşturulmuş olan BİO'lar sebebiyle, güncelleştirilmesi zorunludur.

Fransız Danıştayının hazırladığı listede aşağıdaki kuruluşlar BİO olarak sayılmıştır. Bunlar: Bankalar Denetim Komisyonu (*Commission de contrôle des banques*), Haber Ajansı ve Reklamlar Komisyonu (*Commission paritaire des publications et agences de presse*), Fransız Haber Alma Ajansı Yüksek Konseyi (*Conseil supérieure de l'agence France-Presse*), Seçim Kampanyaları Ulusal Denetim Komisyonu (*Commission nationale de contrôle des campagnes électorales*), Borsa işlemleri Komisyonu (*Commission des opérations de bourse*), Médiateur, Cevap Hakkı Ulusal Komisyonu (*Commission nationale du droit de réponse*), Televizyon ve Radyo Kalite Komisyonu (*Commission de la qualité de la radio et de la télévision*), Rekabet Komisyonu (*Commission de la concurrence*), Kamuoyu Yoklaması Komisyonu (*Commission des sondages*), Malî Suçlar Komisyonu (*Commission des infractions fiscales*), Hürriyetler ve Haberleşme Ulusal Komisyonu (*Commission nationale de l'informatique et des*

²⁴ LEBRETON Gilles: Libertés publiques et droits de l'homme, Armand Colin Editeur, Paris 1995, sh. 183-184.

²⁵ GAZIER François, CANNAC Yves: Etudes sur les autorités administratives indépendantes, EDCE, no: 35, 1983-1984, sh. 13 vd.

libertes), Kötüye Kullanılan Hükümler Komisyonu (*Commission des clauses abusives*), Yönetmelik Dokümanlarına Erişme (Ulaşma) Komisyonu (*Commission d'accès aux documents administratifs*), Görsel-İşitsel İletişim Yüksek Otoritesi (*Haute Autorité de la communication audiovisuelle*), Sinema Medyatörü (*Médiateur du cinéma*), Ticari Malları Düzenleyen Piyasalar Komisyonu (*Commission des marchés à terme réglementés de marchandises*), Tüketicilerin Güvenliği Komisyonu (*Commission de la sécurité des consommateurs*). Bu sınıflandırmaya yasa koyucu tarafından BİO olarak nitelendirilmiş olan 1989 tarihli Üniversitelerin Değerlendirilmesi Ulusal Komitesi (*Comité national d'évaluation des universités*) ve 1991 tarihli Güvenliğin Sağlanması Denetleyen Ulusal Komisyonu (*Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité*) da eklenebilir.

Fransız Danıştay'ın listesinden önce yukarıda belirtilmiş olan BİO'lardan başka Georges Dupuis ve Marie-José Guédon, Haberleşme Ulusal Komisyonunu, kendisine sunulan dosyayı inceleyerek idarenin denetimini yapan ve Yönetmelik Dokümanlarına Girme (Ulaşma) Komisyonu ya da Haberleşme Ulusal Komisyonu ve Görsel Yüksek Konseyin yetkilerinin bir kısmında olduğu gibi kamu güçlerinin denetimine katılan Cumhuriyet Mediyatörü'nü (*Médiateur de la République*), Yönetmelik Dokümanlarına Erişme (Ulaşma) Komisyonunu (*Commission d'accès aux documents administratifs*), Rekabet Komisyonunu (*Commission de la concurrence*), Borsa İşlemleri Komisyonunu (*Commission des opérations de bourse*) ve Görsel-İşitsel Yüksek Konseyini de eklemektedir. Adı geçen yazarlara göre; yukarıda sayılan kuruluşlar gayet tabidir ki yargısal nitelikli organlar değildirler; ancak bu yeni organizasyonun birer parçalarıdır. Ayrıca bu kuruluşların üyeleri bilge, mesleklerinde saygın kişilerdir. Kuruluşları bir işlemi meslekî ve ekonomik çıkarlardan olduğu gibi siyasal nitelikli etkilerden kurtarmayı amaç edinmiş olan bu organizasyonlar statülerinden ve işlevlerinden kaynaklanan ikili bir orijinaliteye sahiptir²⁶.

3. Bağımsız İdari Otoritelerin Özellikleri

BİO kavramının kuramsal olarak kabul edilebilmesi ve pratikte uygulanabilmesi ancak bir otoritenin varlığı, devlet idaresine ait olması ve üzerinde uygulanabilen hiyerarşik gücün olmaması olarak sayılan üç kıstasa cevap verebilme şartına bağlıdır.

²⁶ DUPUIS Georges, GUEDON Marie-José: Droit administratif, 4ème édition, Armand Colin, Paris 1993, sh.160-161.

i. Bir Otoritenin Varlığı

BİO'yu nitelendiren otoritenin kuruluşu; biri idare hukuku, diğeri de yönetim bilmindeki farklı kabulleri karşılar.

a. İdare Hukuku Anlamında “Otorite”

İdare hukukunda otorite icraî karar alma gücü ile kendini açığa vurmaktadır. Bir kuruluş idare etme değil de düzene koyma işlevini yüklenmiş, kendine tahsis edilen işlevini yerine getirmek için hukuksal düzenlemeleri ve bireysel durumları değiştirme imkânı veren karar alabilme yetkisine sahipse bir otoritedir. Bu bakış açısına göre, Rekabet Konseyi (*Conseil de la concurrence*) ve CSA gerçek birer otoritedir.

b. Yönetim Bilimi Anlamında “Otorite”

İdare hukukunun otoriteye bakış açısı, karar alma gücüne sahip olmaksızın büyük bir moral otoritesi niteliğine sahip olabilen, görüş yayımlayan kuruluşları kapsamak için yeni kategori farklılıklarını dikkate almadığından dolayı, yetersiz kalmaktadır. Bir başka ifade ile; bu tür kuruluşların görüşleri merkezi otorite tarafından olduğu kadar yerel organlar tarafından da göz önünde bulundurulur ve genel olarak, devletin aktif idaresi tarafından izlenilir. Belirleyici bu etkisinden dolayı aşağıdaki kuruluşları BİO'ların içine dahil etmek mümkün olur.

- Médiateur gibi zaten 13 Ocak 1989 tarihli yasayla BİO olarak nitelendirilmiş, karar alma yetkisinin iyiden iyiye sınırlandırılmış kuruluşları,

- Positif hukuktaki CADA, Commission nationale consultative des droits de l'homme veya özellikle Conseil national d'éthique gibi her türlü karar alma yetkisinden yoksun kuruluşlar BİO'dur²⁷.

“Otorite” kelimesi organik (yapısal) ve fonksiyonel (işlevsel) olmak üzere burada ikili bir anlam içermektedir. BİO'lar her şeyden önce belirli bir yapıyı oluşturan, devlet kuruluşlarının birlikteliği içine yerleştirilmiş, özel düzenlemeri olan organlardır. Aynı zamanda da idarî kararların uyumlu hale getirilmesinde hatta alınmasında bizzat etkileyici olmaya müsaade eden bir takım

²⁷ GOHIN Olivier: age., sh. 182-183.

yetkilerle donatılmıştır. Bu durum örgütlenmelerinin özelliği ile kendilerini gerçek otorite yapan özgün yetkilerin birleştirilmesidir.

Yönetimin işlevlerine katıldıkları ve bu işlevlerle benzer yanlarının olmasından dolayı da “**idarî**”dirler. Bu gözlemin olumlu (pozitif) ve olumsuz (negatif) iki içeriği vardır. İdarî örgütlenmenin ayrılmaz parçası olarak bu otoriteler, özellikle kendilerine uygulanan işlevsel ve örgütlenme kuralları ve düzenlemelerinin yapıldığı çerçeveye içindeki kamu kişiliği ile ilgili bir idarî yapıdan doğarlar. Buna karşılık hukuksal nitelikleri yoktur. Bir denetim hatta baskı uygulayabiliyor ve çekişmeli yargılama usulüne uyuyor olsalar bile, hukuksal idareler değildir. (Burada hukuksallık tüzel kişiliğe sahip olma anlamında kullanılmaktadır)

Yasa koyucu bazen Médiateur ve Conseil supérieure de l’audiovisuel’de olduğu gibi “**bağımsız idareler**”den bahsetmeyi tercih etmişse de, “idarî” kelimesinin eksikliği Danıştay’ın Médiateur; Anayasa Konseyi’nin Conseil supérieure de l’audiovisuel (CSA) konusuyla ilgili kararlarında olduğu gibi bu kuruluşların bir BİO olması gerçeğini engellemez.

Nihayet, bu otoritelerin bağımsızlığı, yargı organlarının bağımsızlığına yaklaşıyor olsa bile, aynı niteliklerde değildir. Bu durum özellikle bazı BİO’ların üyeleri arasında yargıçların yer alıyor olması halinde bile, yargıçlar için öngörülmuş olan bağımsızlıktan farklıdır. Bağımsızlık esas olarak bütün bağımlılık ilişkilerinin dışında bulunma ile karakterize edilmektedir. BİO’lar idarî hiyerarşik yapının içinde yer almaz, hiçbir idarî güç hiyerarşik, vesayet ve denetim yetkisini bunlara karşı kullanamaz. Daha genel bir ifade ile, BİO’lar meslekî ve siyasal etkilerden uzak tutulmak istenmiştir. Bağımsızlık kelimesinin -örneğin devletlerde uygulandığı anlardaki- hukuksal olarak sahip olduğu anlamdaki dar anlamı içinde olduğu kadar kabul edilmemesi gerekir. Aynı otoriteler devletin kuruluşlarından yetkiler, araçlar ve üyeler kabul ederek devletin kuruluşları olmaya devam ederler²⁸.

ii. Bağımsız İdari Otoritelerin Statüsü

BİO kavramı, dayandıkları özel statüler arasında ortaya çıkmıştır ve bir yandan idare içindeki yerleri diğer yandan da oluşumları bu noktadan kaynaklanır.

²⁸ VEDEL Georges, DELVOLLE Pierre: Droit Administratif, T.II., 12ème édition, P.U.F., Paris 1992, sh.461.

a. BİO'ların İdare İçindeki Yerleri

İlk olarak olumsuz olarak nitelendirilebilir. İşaret edildiği gibi hukuksal değildirler. Tüzel kişiliğe sahip olmadıklarının eklenmesi gerekir. Bu başlıkla kamu kuruluşları da değildirler. Devlet idaresinin hatta merkezi idarenin parçasıdır. Bu özellik idari kuruluşların açık bir şekilde yasal metinlerde belirtilmiş olması veya dolaylı olarak da jürişpürüdans tarafından bağımsız otorite olarak nitelendirilmesi şeklinde ortaya çıkar²⁹. Bu otoritelerin bağımsızlığı, bunları devletten farklı kamu kişilikleri kurmak noktasına ulaştırdığı kabul edilebilir. Devletten ayrı kişiliklerinin olmaması temel iki sonuç doğurur. Bu otoritelerin malî araçları devletçe sağlanır ve devlet BİO'ların kusurlu, hatta kusursuz işlemlerinin sebep olduğu zararları yüklenmek zorundadır.

Devletin idarî yapısının bir parçası olmakla birlikte, bu sistem içinde ayrı bir yer işgal ederler. Kuşkusuz bütçeleri bakımından ya Başbakan'a (*CADA*, *CSA*) ya da bir bakanlığa (*Commission des sondages* Adalet Bakanlığı'na, *Conseil de la concurrence* ve *COB* Ekonomi ve Maliye Bakanlığı'na) bağlıdır. Ancak katı nitelikli bütçeye ilişkin düzenin bu modelleri Başbakanın veya bir bakanın hizmetinde olmalarını engeller. BİO'lar Başbakanlığın ya da bir bakanlığın örgüt şeması içinde yer almazlar ve bakanlıkların örgütlenmeleriyle ilgili kararnamelerde ismen sayılmazlar. Devlet idaresi içinde esas olarak yasanın bunlara verdiği bağımsız örgütlenmeyle, bakanlıkların örgütlenmesine paralel birer kuruluşlardır.

b. Bu Örgütlenme Homojen Değildir

Ne oluşumunda ne de tanımlanmasında BİO'ların bir statü tipi vardır. *Médiateur de la République*'de olduğu gibi bazı BİO'lar tek kişiden meydana gelir. Çoğunluğu konsey veya komisyon olarak adlandırılan kurul halindeki kuruluşlardır. Kurul halinde olmada beşten (*Commission nationale de contrôle des campagnes électorales*) yirmibire (*Commission paritaire des publications et agences de presse*) kadar sayısal nitelik olarak; sadece devletin yüksek mevkilerinde görev yapmış olan (*Commission des sondages*, *Commission nationale de contrôle des campagnes électorales*) veya ayrıca Parlemonto temsilcilerinden (*CADA*, *CNIL*) hatta bazı idarelerden (*CADA*) olma kaliteleri arasındaki bir değişkenlikte göstermektedir. Otoritenin yetkilerini uyguladığı alanlardaki (*CNIL*, *Conseil de la concurrence*, *Commission des clauses*

²⁹ GOHIN Olivier: age., sh. 184.

abusives) yetkili kişilerin BİO'ların içinde bulunmasının da kaydedilmesi yerinde olur. Üyelerinin seçiminin hiçbir niteliğe tâbi olmadığı hallere de rastlanılmaktadır (*Médiateur, CSA*).

BİO'ların üyelerinin atanmaları da aynı şekilde oldukça değişkenlik arz etmektedir. CSA için, Anayasa Konseyi'nin üyelerinin atanmasındaki şartlar aranmaktadır. Yani Cumhurbaşkanı ve Millet Meclisi ile Senato'nun başkanları tarafından atanma. Atama bir Bakanlar Kurulu Kararnamesiyle (*Médiateur, CNIL* ve *Commission des sondages*'in bazı üyeleri ve COB'un başkanı) veya normal bir kararname ile (*Conseil de la concurrence*) gerçekleştirilebilir. COB'un üyeleri Yüksek yargı organlarının (Danıştay, Yargıtay ve Sayıştay) başkanları, Fransız Merkez Bankası Genel Başkanı (*Gouverneur de la Banque de France*) ve *Conseil des bourses de valeur ile Conseil des marchés à terme* tarafından atanır. Bazı durumlarda Meclisler CNIL örneğinde olduğu gibi, bizzat kendi temsilcilerini atarlar.

Söz konusu otoritelerin bağımsızlığı farklı formüllere göre güvence altına alınır. Bu da yeniden seçilememelik ve başka bir işle bağdaşmamazlık (*Médiateur, CSA*), görevlerinin yenilenmemesinin mümkün olmaması (örneğin, médiateur ve COB Başkanı için 6 yıl) ve kamuda görev alma yasağı (*CSA*) yollarıyla olabilmektedir.

Bu çözüm tarzlarının çeşitliliği, farklı BİO'ların bağımsızlıklarının her zaman aynı dereceye ulaşmadığı gerçeğinin altını çizmektedir³⁰.

i. Bağımsız İdari Otoritelerin İşlevleri

BİO'ların doğuşu farklı etmenlere bağlanmış olsa bile, misyonları ve amaçları yeni teknolojilerin ve mali enstrüman ve manipülasyonların bazı temel hak ve özgürlüklerin ve ekonomik düzeni tehdit ve ihlallerine karşı koruma ve kollamadır. Böyle bir işlev ve amacı gerçekleştirebilmesi için kamusal ve özel güçlerden gelebilecek söz konusu tehlike ve zararları önleme ile görevlendirilmesinin gereği açık ve kesindir. Siyasi iktidar ve ekonomik güç odakları karşısında ancak bağımsız ve güvenceli otoriteler, temel hak ve özgürlükler ile piyasa mekanizmalarının düz gün işleyişini, bunların müdahale, baskı ve etkileri olmadan sağlayabilir ve güvence altına alabilir³¹.

³⁰ VEDEL Georges, DELVOLVE Pierre: age., sh.463-464.

³¹ DURAN Lütfi: "Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler" in Les autorités administratives indépendantes - Bağımsız İdari Otoriteler, Ed. Ibrahim Ö. KABOĞLU,

a. Faaliyet Alanları

Otorite oldukları için hiçbir zaman BİO'lar yönetme ve işletme işleviyle donatılmamıştır. Bu durum BİO'ların kamu kuruluşlarını oluşturmamasının temel sebebini doğrulamaktadır. Diğer yandan bu tip kamu tüzel kişilikleri, normalde kamu hizmetlerinin yönetimi için kullanılmaktadır. Söylenen bu hususun, BİO'ların bizzat bir kamu hizmeti işlevini uygulamadığı anlamına gelmediğini de belirtmekte yarar vardır. Tam aksine her şeyden önce yetkileri kamu hizmetinin nitelendirilmesiyle ilgilidir. Ancak BİO'lar edimin gerçekleştirilmesini yüklenmemişlerdir³².

BİO'ların işlevleri esas olarak etkinlikleri değişkenlik gösteren üçalanla ilgilidir. Belirtildiği gibi. BİO'ların tam bir listesi oluşturulamamaktadır. Büyük bir çoğunluğu -ancak tamamı değil- yasa tarafından BİO olarak nitelendirilmiştir. Üzerinde az çok uzlaşılan bu kategorinin kesin ve eksiksiz tanımı mevcut değildir. Aynı şekilde kesin bir düzene göre BİO'ları sınıflandırmak da zordur. Zira, BİO'ların varlık sebebini oluşturan yasalar ortak bir programa cevap vermeksizin birbirini takip etmiştir. Bununla birlikte gözlem, kural olarak BİO'ların ilgili oldukları üç alanın bulunduğunu benimsemektedir: *Yönetilenlerin hakları, serbest pazar ekonomisinin kurallara uygun bir biçimde işlemesi, bilgilendirme ve iletişim.*

aa- Yönetilenlerin haklarının güçlendirilmesi için 3 Ocak 1973 tarihinde *Médiateur* olarak adlandırılan ve daha sonrada; 13 Ocak 1989'dan bu yanada Cumhuriyet Medyatörü (*Médiateur de la République*) ismini alan BİO kurulmuştur. Kamu hizmetlerinin tamamı ve yönetilenlerin ilişkisi hususlarına ilişkin şikayetleri genel olarak inceleyip Parlamenteoya iletmekle yükümlü kılınmış olan bu organ, BİO'ların varlığının kabul edilmesine doğru atılan ilk adım olarak belirmiştir. Aynı şekilde yönetilenlerin hakları konusunda müdahalelerde bulunan *CADA, Commission nationale de l'informatique et des libertés* ve telefon dinlenmeleri konusunda 11 Temmuz 1991 tarihli yasayla oluşturulmuş olan *Commission national de contrôle des interceptions de sécurité*, bu anlamda sayılabilir.

Alkım, İstanbul 1998, sh. 24-25; GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, TAN Turgut: İdare Hukuku, Cilt I Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, Ankara 1998, sh. 286-287.

³² VEDEL Georges, DELVOLVE Pierre: age., sh.464.

ab- Serbest piyasa ekonomisinin düzenli işlemlerini sağlamak BİO'ların ayrıcalıklı olan bir alanıdır. Bu anlamda yer alan BİO'lar aşağıdaki gibi sayılabilir; 28 Eylül 1967 tarihli kanun hükmündeki kararname ile kurulmuş olan *Commission des opérations de bourse*, 2 Ağustos 1989 tarihli yasayla daha geniş yetkilerle donatılmıştır. Benzer bir biçimde 19 Temmuz 1977 tarihli yasayla kurulan ve 1 Aralık 1986 tarihli kanun hükmünde kararname ile *Conseil de la concurrence*'a yetkileri genişletilerek dönüştürülen *Commission de la concurrence* bu alandaki bir diğer BİO'dur. Bu iki büyük kuruluşun yanında aşağıdaki BİO'lar da sayılabilir: *Commission des clauses abusives* (10 Ocak 1978 tarihli yasayla kurulmuştur), *Commission de la sécurité des consommateurs* (21 Temmuz 1983 tarihli yasayla kurulmuştur), *Conseil de discipline des organismes de placement collectif en valeurs mobilières* (2 Ağustos 1989 tarihli yasayla kurulmuştur), 1941 yılında kurulan BİO'ların atası sayılan *Commission de contrôle des banques*'ın yerini 24 Ocak 1984 tarihli yasayla alan *Commission bancaire* ve nihayet *Commission des assurances* (31 Aralık 1989 tarihli yasayla kurulmuştur). Serbest piyasa ekonomisinin düzenli işlemlerini BİO'lar aracılığıyla sağlamaya ilişkin bu akım, 25 Haziran 1992 tarihli anayasa değişikliği ve Avrupa Birliği hakkındaki antlaşmanın onaylanmasından sonra *Banque de France*'nın statüsüne ilişkin 4 Ağustos 1993 tarihli yasayla kurulmuş olan *Comité de politique monétaire de la Banque de France* ile somutlaşmış halini bulmuştur.

ac- Bilgilendirme ve iletişim BİO'ların üçüncü büyük alanını oluşturur. Görsel iletişim konusunda ilk olarak 29 Temmuz 1982 tarihli yasayla kurulmuş olan *Haute autorité* ve daha sonra 30 Eylül 1986 tarihli yasayla kurulmuş olan *Commission nationale de la communication et des libertés*; 17 Ocak 1989 tarihli yasayla kurulan *Conseil supérieur de l'audiovisuel*'den önce gelmektedirler. 26 Temmuz 1996 tarihli yasa bu alanda *Autorité de régulation des télécommunications*'u kurmuştur. 19 Temmuz 1977 tarihli yasayla kurulan *Commission des sondages* ile 29 Temmuz 1982 tarihli yasayla kurulmuş olan *Médiateur du cinéma* kendilerine özgülenen, oldukça sınırlı bir alanda müdahalede bulunabilmektedir³³.

b. Bağımsız İdari Otoritelerin Yetkileri

Uygulamada her zaman için BİO'ları karakterize eden ve bütün BİO'lar için asgarî olarak zorunlu olan, araştırma-inceleme yapma ve tavsiyede bulunma

³³ BRAIBANT Guy, STIRN Bernard: age., sh. 74-75; FORGES Jean-Michel de: age., sh. 136-138.

ATAY

yetkisinin varlığı gözlemlenmektedir. Ancak bazı BİO'lara özellikleri gereği, gerçek bir karar alma yetkisi tanınmıştır.

Bu karar alma yetkisi ilke olarak üç şekilde ortaya çıkmaktadır. Hürriyetlerin korunmasında en önemlilerini oluşturan beş örnek BİO yardımıyla bu nokta açıklanmaya çalışılacaktır. Bu BİO'lar 1967 yılında kurulan 1989 yılında değişikliklere uğrayan Borsa İşlemleri Komisyonu (*Commission des opérations de bourse COB*), 1977 yılında kurulan Malî Suçlara İlişkin Komisyon (*Commission des infractions fiscales CIF*), 1978 yılında kurulmuş olan Hürriyetler ve Haberleşme Ulusal Komisyonu (*Commission nationale de l'informatique et des libertés CNIL*), 1986 yılında kurulan Rekabet Konseyi (*Conseil de la concurrence*) ve 1989 yılında kurulmuş olan Görsel-İşitsel Yüksek Konsey (*Conseil supérieur de l'audiovisuel CSA*).

BİO'ların karar alma yetkisi ilk olarak izin verme veya izin vermeyi reddetme işlem ve işlevleri yeteneği ile ifade edilmektedir. İdare CIF'in uygun bulma görüşüyle örneğin ancak malî kaçakçılık için tazmin talebinde bulunabilir. Aynı fikir silsilesi içinde, tehlikeli sayılabilecek bilgilere ilişkin açıklamaların, örneğin bireylerin ırksal kökenleri, yer aldığı kayıtların oluşturulması ancak CNIL'in uygun görüşü üzerine mümkün olabilecektir. CSA ise, özel radyo ve televizyon işlemlerinin yayınlanmasına izin verici işlemler tesis etmektedir. COB'a gelince; tahvil yönetimi ile uğraşan şirketler örneğinde olduğu gibi bazı kuruluşlara vize veya izin vermeye yetkilidir. Anayasa Konseyi 1984 tarihli kararıyla temel hürriyetlere zarar vermemek şartıyla bu tür izin verme yetkisinin anayasal olduğunu kabul etmiştir.

İkinci olarak **BİO'ların karar verme yetkisi, bazen imkân dahilinde olması halinde, düzenleyici işlem yapmaktan ibarettir.** CNIL asgarî derecede tehdit oluşturan fişlemelere ilişkin yalın nitelikli normlar "*normes simplifiées*" kurmak için yetkili kılınmıştır. Ayrıca sistemim güvenliğini sağlamaya yönelik düzenlemelerde de bulunabilmektedir. COP Ekonomi ve Maliye Bakanlıklarıyla birlikte denetimi altında bulunan pazarın işleme ve özellikle tahvillerin yönetimini güvence altında bulundurmakla görevli olanlar da olduğu gibi, bazı kişilere meslekî uygulamaları kabul ettirmeye ilişkin düzenlemelerde bulunmaktadır. Nihayet, CSA diğerleri arasında hükümetlerin açıklamalarına karşı cevap hakkının kullanılması yöntemlerini tesbit eder ve kamu sektörü için seçimlerin açıklanması ve siyasal ifade yöntemlerine ilişkin düzenleyici işlemler yapar. 1986 ve 1989 yıllarında vermiş olduğu kararlarıyla Anayasa Konseyi BİO'ların düzenleme yetkisinin anayasaya uygunluğunu iki şartın gerçekleşmesine bağlı olarak kabul etmiştir. İlk olarak, Başbakan'ın düzenlemeleri BİO'ların

düzenlemelerine bağımlı kılınmamak zorundadır. İkinci olarak da, BİO'ların düzenleme yetkisi ancak içeriği ve uygulama alanı sınırlandırılmış araçlara ilişkin olmak zorundadır.³⁴ Ağır ancak mantıksal olan bu ikinci şart, Anayasa Konseyi'ni destekleme ve reklam konularında yasanın CSA'ya tanımış olduğu düzenleme yetkisini bu konseyin elinden almaya götürmüştür.

³⁴ Anayasa Konseyi yasa koyucunun anayasal düzenlemeleri dikkate alarak düzenleyici işlem yapabilme yetkisini bir BİO'ya tanıyıp tanıyamayacağı sorunu ile karşı karşıya gelmiştir. Sorun ilk önce kredi kuruluşlarının denetimi ve işlevine ilişkin yasa tarafından Banka Düzenlemeleri Komitesi'ne (Comité de la réglementation bancaire) tanınan yetkiler konusunda yasa koyucunun muhtemel bu hakkı geri alma açısı altında, 19 Ocak 1986 tarihli kararıyla gündeme getirilmişti. Anayasa Konseyi bizzat yasanın uygulama alanının belirlediği için, yasa koyucunun yetkisinin ötesine geçmemiş olduğu değerlendirmesini yapmıştır. Bu kararda Anayasa Konseyi aynı şekilde yasanın Banka Düzenlemeleri Komitesi'ne bu düzenlemelerin uygulanmasını garanti altına alma sorumluluğunu da bırakmış olduğunu kabul etmiştir.

Anayasa'nın 21. maddesinin düzenlemelerini dikkate almaksızın, iletişim alanında Hürriyet ve İletişim Ulusal Komisyonu'na (Commission nationale de la communication et des libertés) bir düzenleme yetkisinin tanınması konusunda 18 Eylül 1986 tarihli kararında Anayasa Konseyi, eğer 13. maddede Cumhurbaşkanı'na tanınmış olan yetkiler dikkate alınarak Başbakan'a ülke çapında düzenleme yetkisinin uygulanmasını 21. madde vermişse; bu durumun bununla birlikte, yasa koyucunun belirlenmiş bir alanda ve yasalar veya tüzüklerle tanımlanmış çerçeve dahilinde, bir yasayı uygulamaya koymaya izin veren normları tesbit etme yükümlülüğünü öngördüğü Başbakandan başka bir devlet otoritesine, bu tür bir yetki vermesine bir engel teşkil etmediğine hükmetmiştir.

Bir BİO yararına düzenleme yetkisinin tanınması hukuksal olarak ancak eğer bu tanıma belirlenmiş bir alanla ilgili olursa ve yasaların ve tüzüklerin çerçevesine kaydedilmişse, kabul edilebilir. Sonuncu zorunluluk Anayasa Konseyi'ni, hükümet tarafından konulmuş Danıştay'ın bir kararnamesiyle TF1 ulusal kanalının programının yayımının durdurulmasına yarıyan ortaklık sözleşmesini belirleyerek harekete geçirilen normlarının manyetik dalgalar yoluyla televizyondan yayımlanması hizmeti için Commission nationale de la communication et des libertés tarafından belirlenen genel kurallara bağımlı kılmasını öngören iletişim hürriyeti hakkındaki yasanın düzenlemelerini incelemeye kadar götürmüştür.

18 Temmuz 1986 ve 86-217 nolu Anayasa Konseyi kararı, yasa koyucunun 34. madde karşısında yetkisini göz ardı ederek, çoğulculuğa zarar verebilecek nitelikli konsantrasyonları sınırlamak için yasa tarafından öngörülmüş olan düzenlemeleri, bu düzenlemelerin yetersizliğinden dolayı, sıkı bir denetime tâbi tutmuştur. (GENEVOIS Bruno: La jurisprudence du Conseil constitutionnel, Principes directeurs, Editions STH, Paris 1988, sh. 108.)

Üçüncü olarak, **BİO'ların düzenleme yetkisi nihayet, bazen bir yaptırım yetkisi olarak incelenmektedir.** Genellikle bu yetki parasal yaptırıma hükmetme imkânı ile sınırlandırılmıştır. Örneğin Rekabet Konseyi parasal cezalara hükmetmenin dışında diğer bir baskı kurucu güce sahip değildir. Benzer bir durumda bulunan COB, ayrıca vermiş olduğu onayları disiplin niteliğindeki yetkisine dayanarak geri alabilmektedir. Sonuç olarak CSA, parasal ceza vermeden yayın izninin geri alınmasına kadar giden, izin süresinin azaltılması veya askıya alma yollarından geçen, geniş bir yaptırım paletine sahip olmakla özellik arz etmektedir. Bununla birlikte, genel kural olarak yaptırım yetkisi, yasa koyucu tarafından hürriyetlere zarar verebilir gerekcesiyle cimrice tanınmaktadır. Yukarıda sayılan örneklerin dışında çok az sayıda BİO bu tür yetkiye sahiptir. Yetkilerinin önemine rağmen CNIL dahi bu tür yetkilerden mahrumdur. Anayasa Konseyi BİO'ların bastırıcı yetkilerinin anayasallığını kabul etmektedir. Ancak tehlikeleri azaltacak şartlara bu yetkileri bağımlı kılma özenini de göstermektedir (17/01/1989 ve 28/07/1989 tarihli kararlar). Burada hürriyetlerden mahrum bırakan cezaların verilmesinin yasaklanması, suç ve cezaların yasallığı ilkesine ile savunma hakkına saygı gösterilmesi, olayla yaptırım arasında oranın bulunması ve yaptırımların adli veya idari bir yargı yeri tarafından denetime tâbi tutulup tutulmadığı hususlarına dikkat etmektedir.

Karar alma yetkisine ilişkin ortaya çıkan üç ilkenin incelenmesi sonuç olarak BİO'ların ayrışıklığını (heterojen olma özelliğini) kanıtlamaktadır. Yukarıda ele alınan beş örnek BİO içinde yalnızca COB ve CSA bu üç imtiyaza sahiptir. CNIL izin verme ve düzenlemeye ilişkin iki özelliğe sahiptir. Rekabet Konseyi ancak yaptırım uygulama, CIF ise izin verme yetkisi ile donatılmıştır. Bu farklılık üzüntü duyulacak bir şey değildir. Gerçekten de, BİO'lar daha önceden kuramsal olarak belirlenmiş bir kalıp içinden doğmamıştır. Korumak zorunluluğunda oldukları hürriyetlerin her birinin özelliği BİO'ların oluşum ve yetkilerinin belirlenmesinde etkili olmaktadır. Başarılı olmalarındaki önemli bir faktör, üyelerinin bilgeliği ve gerçek anlamdaki tarafsızlığıdır³⁵.

4. Bağımsız İdari Otoritelerin Denetlenmesi³⁶

³⁵ LEBRETON Gilles: age., sh. 186-187.

³⁶ AUTIN Jean-Louis: "Le controle des autorités administratives indépendantes par le conseil d'Etat est-il pertinent?", RDP, 1991, sh. 1533-1566; DECOOPMAN Nicole: "Le contrôle juridictionnelle des autorités administratives indépendantes" in Le droit administratif en mutation, PUF, Paris 1993, sh. 211-230; DURAN Lütfi: agm., sh. 27-28; GENTOT Michel: Les autorités administratives indépendantes, 2ème édition. Montchrestien, Paris 1994, sh. 87-95; GUEDON Marie-José: age., sh.. 125-137;

Bağımsızlık zorunlu olarak bütün denetimlerin bulunmaması anlamına gelmemektedir. Bir yetkiyle donatılmış, idari yaptırımlar uygulayan ve devletin gelirlerinin kullanan bütün kuruluşlar değişken nitelikli üçlü bir denetimin konusunu oluşturabilmektedir. Bunlar, siyasi, mali ve yargısal denetimlerdir. Buna karşılık BİO'lar bu anlamda özgünlüklerinin ifadesi olarak hiyerarşik nitelikli ve niteliği ne olursa olsun bir vesayet denetiminin dışındadır.

i. Bağımsız İdari Otoritelerin Üzerinde Siyasal Bir Denetim Mevcut Mudur?

BİO'ların bağımsızlıkları, siyasal anlamdaki bir denetimin olmamasını; bu otoritelerin siyasal güçlere karşı temel bir özelliğini ifade etmektedir. Ancak bu otoritelerin müdahalede bulunmasının gerektiren ilkelerinden birinin şeffaflık olduğu ve kamuoyunun dikkatli bakışları ve bunları yansıtmaya giriştikleri yapıları altında işlevlerini yerine getirdikleri hususunun hatırdan çıkarılmaması gerekir. Siyasal tartışmalara göre geleneksel alanlardaki konuların hakkında tavır takınmaya davet edildiği anda, BİO'lar kararlarının sebebiyet vereceği reaksiyonları dikkate alamamazlık edemez. Bu husus özellikle görsel-işitsel alanlarda oldukça belirgindir.

Kendi payına hükümet, idarenin geri kalan kısmında olduğu gibi bağımsız otoritelere sahip değildir ve bunlar üzerinde siyasi bir denetimi uygulamaması gerekir. Bakanların, Başbakanın ve hatta Cumhurbaşkanının yetkilerinden kaynaklanan atamalar vesilesiyle kaçınılmaz olarak dikkate alınacak bir eğilim veya en azından en fazla göz önüne serilmiş olan otoriteler için siyasal arenada yer alanlardan birilerinin veya diğerlerinin sempatilerinin dikkate alınmasıyla ortaya çıkan durum varlığını sürdürmektedir. Burada tamamen kesin olması gereken nokta; atamaların yapılmasında siyasal anlamdaki bağımlılıklarının ve eğilimlerinin bilinmeksizin seçilenlerin kişilikleri ve kaliteleriyle ilgili olması gerektiğidir. Ancak görev süreleri içinde seçilmiş kimseler üzerinde, atamada bulunmuş otoritenin hiçbir etkide bulunamaması gerekir. Bu anlamda, 7 Temmuz 1989 tarihli kanun hükmünde kararnamede hükümetin bir BİO'nun başkanının görev süresinin normalde sona ermesinden önce, başkanın görevini sona erdiremeyeceği, zira Rekabet Konseyi durumunda -ki bu husus daha sonra bütün BİO'ları kapsayacak şekilde genelleştirilmiştir- yasa koyucu bağımsızlığını

THIERY Jean-François: "Le controle juridictionnel des autorités administratives indépendantes" in Les autorités administratives indépendantes - Bağımsız İdari Otoriteler, Ed. İbrahim Ö. KABOĞLU, Alkım, İstanbul 1998, sh. 154-162; ULUSOY Ali: agm., sh. 7-9.

güvence altına almayı amaçladığı ve Rekabet Konseyi Başkanı'nın otoritesine bu tür bir garanti tanıyarak, görevini ifası için belirli bir süre saptandığını belirttiği kararı vesilesiyle, Danıştay hatırlatmada bulunmuştur.³⁷

Dolayısıyla, hükümet BİO'ların başkanlarının takındığı tavır ve görevleri süresince bu kuruluşların üyeleri üzerinde hiçbir denetim yetkisini elinde buldurmamaktadır. Bazı hukuki metinlerde sadece söz konusu otoritenin bizzat tesbit ettiği şartlarda belirtilen engel bir durumun olmasının, bunların görevlerinin süresi dolmadan sona erdirebileceği bir engel olabileceği açıkça ifade edilmiştir. Fakat yürütme erki denetim yetkisinden tamamen yoksun da değildir. Çünkü ilk olarak, bağımsız otoriteler yürütmeyi yıllık aktivitelerinde dikkate alması gerekir. Daha sonra, bütçe görüşmeleri sırasındaki tartışmalar her zaman ortaya konulan itirazların ve idari harcamalar için çıkarılan ödenek araçlarıyla orantılı bir şekilde, çıkan sonuçların bir denetimi için bir vesile olmaktadır. Nihayet, bazı bağımsız otoriteler nezdinde bir hükümet komiseri bulunmaktadır. Ama hükümet komiseri kelimenin tam anlamıyla hiçbir zaman için bir vesayet yetkisi kullanamamaktadır, sadece genel anlamda yer aldığı otorite bünyesinde yeni bir görüşmeyi talep edebilme hakkına sahiptir.

Aynı şekilde parlamenter bir denetim de mevcuttur. Bu meclislerden birinin veya başkanlarının, bir BİO'nun üyelerinden birini seçebildiği veya bu kuruluşların oluşumunda milletvekili veya senatörün bulunması aracılığıyla, soru sorulması veya bütçe görüşmeleri sırasında dile getirilen muhtemel eleştiriler yoluyla ve nihayet, BİO'ların işleyişine ilişkin gündeme getirilen sözlü ve özellikle de yazılı soru ile sağlanabilmektedir. Ancak, özellikle parlamento bazı BİO'ların işlevine son verebilir veya aynı yolla üyelerinin görev süresini sona erdirebilir. Bu durum *Commission pour la transparence et le pluralisme de la presse, Haute Autorité de la communication audiovisuelle* ve *Commission national de la communication et des libertés* için söz konusu olmuştur.

Bundan dolayı BİO'lar üzerinde siyasi bir denetimin varlığı sorusuna ayrıntılı bir şekilde cevap verebilmek ancak bu şekilde mümkün olabilmektedir. Siyasi güçler BİO'ların bağımsızlıklarına saygı göstermek zorundadır. Ancak denetim araçlarından ve bu kuruluşların işlemesi üzerinde değerlendirmede bulunma yetkisinden mahrum değillerdir.

ii. Bağımsız İdari Otoritelerin Mali Denetimleri

³⁷ CE, Assemblée, 7 juillet 1989, avec Chronique Honorat et Babtiste, AJDA, 20 octobre 1989, sh. 598.

Bütçe ödenekleriyle ve istisnai olarak kendine özgü kaynaklardan beslenen BİO'lar fonlarının kullanımını açıklamak, temize çıkarmakla yükümlü ve kamu maliyesine ilişkin kurallara uymak zorundadır. Genel kural olarak kamusal harcamalar *a priori* olarak mali bir denetimin konusunu oluşturmaktadırlar. Genellikle felce uğraticı bir niteliği olduğu şeklinde değerlendirilen bu *a priori* denetim bir takım BİO'ları kuran yasalarla (Médiateur, CNIL, vb...) "10 Ağustos 1992 tarihli mali denetime ilişkin yasanın düzenlemeleri bunların yönetimine uygulanmayacağı" belirtilmesiyle açık bir şekilde ekarte edilmiştir. Ancak daha önce işaret edilen bütçeye ilişkin otoritelerin denetimini unutmaksızın, bütün varsayım hallerinde, büyük bir sayıdaki BİO'lar için Sayıştay tarafından yapılan bir denetimin varolduğunun altının çizilmesi gerekir.

iii. Bağımsız İdari Otoritelerin Yargısal Denetimi

Bir çok sorunun çıkmasına sebebiyet veren yargısal bir denetimin varlığıdır. Bir BİO eğer yargı denetimi bağımsızlığına sahipse, yazarların bir kısmına göre; gerçek anlamda bir bağımsızlığa sahiptir.

Tartışma, Médiateur tarafından alınması muhtemel kararların hukuka uygunluklarını yargılamak için idari yargıcın yetkili olması ilkesinin benimsendiği 10 Temmuz 1981 tarihli Danıştay'ın **Retail Kararı** vesilesiyle ortaya çıkmıştır. Bu kararı yorumlayan bir çok yazardan biri olan Prof. Gaudement'e göre, işlevlerini yerine getirmesi için Médiateur'e tanınan bağımsızlık bütün yargısal denetimlerin dışında olması gerekir. Zira Médiateur'ün işlemleri üzerinde idari yargıcın yetkisi aracılığıyla Médiateur'ün idari yargıca bağımlılığı söz konusu olacaktır. Böylece Médiateur'ün doğası değişikliğe uğramış olur. Bu da kendisine yabancı bir mekanizmanın üzerine aşılandığı bir idari sistemin benzer kılındığı bir gücün dikkate değer yeni bir hali olacaktır³⁸. Aynı şekilde, *Conseil supérieur de l'audiovisuel* hakkındaki görüşme esnasında bu yeni kuruluşun yargısal bağımsızlığı sorunu gündeme gelmişti. Özellikle bir dördüncü güç sorununun köprü başını görsel-işitsel düzenliliği sağlayan makamın sağlanmasını isteyenler, bu hususu dile getirmişlerdir. Ancak, yargısal bağımsızlığa ilişkin bu tezin hukuk devletinin gelişimiyle Devrimden bu yana Fransız tarihine damgasını vurmuş durumla uyum içinde bulunmamasından dolayı, kuvvetli çekinceleri çağrıştırmaktadır³⁹.

³⁸ Y. Gaudemet in *Mélanges Charlier* 1981, nakleden GENTOT Michel:age., sh. 90.

³⁹ TEITGEN-COLLY C.: "Les instances de régulation et la Constitution", RDP, Février 1990, sh. 228.

Bütün kamusal otoriteler gibi BİO'lar da hukuka tâbi kılınmıştır ve işlemlerinin hukuka uygunluğuna hükmetmede, kendi kendilerinin yargıcı değildir. Bu ilke 31 Temmuz 1945 tarihli kanun hükmünde kararnamenin iptal davasını gören yargıcın denetimine tâbi olan nitelikteki bütün otoriteleri doğal olarak ilgilendirdiği gibi; hükümete ilişkin otoriteleri ve genel oyla seçilmiş ve zorunlu olarak bağımsız olsa bile, bizzat Cumhurbaşkanını da ilgilendirmektedir. Aynı şekilde Anayasa Konseyi'nin kuruluşundan bu yana oyladığı bütün yasaların anayasaya uygunluğunun denetiminin yapıldığı Parlamento da bu anlamdaki bir yargısal bağımsızlıktan yararlanamamaktadır. Danıştay ve Yargıtay gibi herbirinin kendi düzeninde egemen ve yüksek yargı yeri olduğu ve Anayasa uyarınca bütün otoritelere empoze edilen kararların sahibi Anayasa Konseyi yargısal bir denetimin dışında kalmaktadır

Retail Kararı ve daha sonraki kararları aracılığıyla Danıştay, BİO'ların farklı işlemlerine karşı iptal davalarını çözümlenmede kendisini yetkili görmüştür. Burada ilham alınan ilke, Fransız hukukunun temel bir ilkesi olan niteliği ne olursa olsun hiçbir otoritenin hiçbir yargısal bağımsızlığının olamayacağıdır.

İlke olarak bu yargısal denetimi gerçekleştirmek zorunda kim olacaktır? Kamu gücünden kaynaklanan ayrıcalıkları uygulayan bir idari otoritenin işlevleri söz konusu olduğu için, 23 Ocak 1987 tarihinde Rekabet Konseyinin yaptırım rejimi konusunda verdiği kararında Anayasa Konseyinin belirttiği gibi; bu tür yargısal denetimi yapacak olan, idari yargıdır. Cumhuriyetin yasaları tarafından kabul edilmiş bu temel ilkenin yasa koyucu tarafından yeniden düzenlenebilmesi, adaletin iyi bir şekilde işlenmesine ilişkin zorunluluklarla açıklanabilen, belirli ve sınırlı konularla ilgili olmak koşuluyla mümkündür. İşte bu sebepten dolayıdır ki, rekabet ve ticaret hukuku ilkeleri üzerine kurulmuş sorumluluk ve iptal davalarını görebilmesi için, rekabete aykırı bazı uygulamaları önleyip, cezalandırmada daha önceden de yetkili olan adli yargıcın, idari yargıcın yerine Rekabet Konseyinin aldığı kararlara ilişkin uyuşmazlıkları karara bağlayabilmesi kabul edilmiştir. Ancak burada belirtilmesi gereken bir hususta, Paris İstinaf Mahkemesine tanına bu yetki transferi hak sahiplerine idari yargıç önünde ileri sürebileceği hakların eşdeğerde olanları tanımış olmasıdır. Çünkü ilk olarak, yasa koyucu idari yargıcın hükmedebileceği yaptırım kararının yürütülmesini, yani bu kararların etkisini doğurmasını geçici bir süre için felç etmeye hükmetme yetkisini adli yargıca vermemiştir. Anayasa Konseyi yetki transferini anayasaya aykırı değerlendirmiştir. Bu da yasa koyucuyu M. d'Ornano'nun bir yasa teklifini benimseyerek Paris İstinaf Mahkemesi'ne Rekabet Konseyi'nin icrai bir kararının açık bir şekilde kesin nitelikli sonuçlar doğurmaya elverişli olması halinde bu

konseyin hükmettiği yaptırımların yürütülmesinin durdurulmasına karar verebilmesini kabul ederek işlem yapmaya sevketmiştir. Aynı şekilde 2 Ağustos 1989 tarihli yasa, düzenleyici kararların veya gayrimenkullerin değerlendirilmesinde toplu yatırım kuruluşlarının onamalarına ilişkin kararlar hariç olmak üzere, COB'un kararlarından kaynaklanan uyuşmazlıkları hüküm altına alma yetkisini adli yargıya tanımıştır. Böylece vize talebinin reddi veya COB tarafından verilmiş yaptırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar, adli yargıcın yetkisi dahilindedir. Ancak *Conseil de discipline des organismes de placement collectif en valeurs mobilières* (Gayrimenkullerin Değerlendirilmesinde Toplu Yatırım Kuruluşlarının Disiplin Konseyi), *Conseil des marchés à terme*, *Conseil des bourses de valeurs* (Borsaları Değerlendirme Konseyi) ve özel hukuka tâbi mesleki kuruluşlar tarafından verilmiş yaptırımlar Danıştay'ın önünde bir tam yargı davasının konusunu oluşturabilir.

Mali ve ticari hayatın düzenlenmesiyle yükümlü otoritelerin denetiminde yargısal yetkilerin intikaline yön vermekte olan seçimler katı nitelikli bir mantığa uymamaktadır ve mevcut durumdan kaynaklanan riskler ve uyumsuzluklar, sorunun yeniden incelenmesi zorunluluğunu kuvvetle muhtemel hale getirmektedir. Ancak burada önemli olan, otoritenin niteliği ne olursa olsun, Danıştay veya çok istisnai hallerde de Yargıtay'ın gözetimi altında adli yargıç tarafından sağlanmakta olan yargısal bir denetimden, söz konusu otoritenin işlemlerinin hiçbir şekilde kurtulamayacağı hususunun altının çizilmesidir.

Bu yargısal denetim, otoritelerce alınmış işlemler üzerinde bir hukuka uygunluk denetimi, kamu tüzel kişilerinin sorumluluklarını gündeme getirme ile sonuçlanabilecek aktivitelerinden kaynaklanan zararların bir denetimi ve özellikle de bu kuruluşların disiplin yetkileri üzerindeki bir tam yargı denetimi şeklini alır.

Adlandırılması ne olursa olsun, şikayet konusu kararları oluşturan farklı idari otoritelerin bütün işlemleri üzerinde uygulanan iptal davası aracılığıyla metin olmaksızın da hukuka uygunluk denetimi yolu açıktır. İdari yargıç önüne getirilmiş işlemleri, kararların yetkili otorite tarafından alınıp alınmadığı, usul şartlarına riayet edilip edilmediği gibi dış hukuka uygunluğunu (*légalité externe*) olduğu kadar; metinlerin hukuk kurallarına ve idari ahlakın temel ilkelerine uygunluğu ifade eden iç hukuka uygunluğunu (*légalité interne*) da kontrol eder. Danıştay bazen yasaların kendilerine tanıdığı ve hürriyetlerin söz konusu edildiği bir alanın koruyuculuğunu rolünü kullanmak zorunda olduğu hususlarını BİO'lara hatırlatmaktadır. Ancak aynı şekilde Danıştay BİO'ları yasanın kendilerine tanıdığı sınırlı alanın ötesinde düzenlemede bulunmaması hususunu da gözetlemektedir. Bunun anlamı, ister yargıcın çok teknik alanlarda yetkili

ATAY

otoritenin değerlendirmesinin yerini alacak durumda kendini görmemesi durumunda, isterse de yargıcın seçilmiş önlemin katılığı örneğindeki gibi yaptırımların denetlenmesinde yetkili otoriteye sorumluluğu bırakmaya karar vermesinde, yetkilerini uygulamada BİO'lara bırakılmış olan değerlendirme marjı oldukça geniş olduğudur. Bu iki varsayım halinde de, yargıç itiraz edilen kararların temeline yardımcı değerlendirmelerin açık bir hata ile lekelenmiş olmasında ancak bu değerlendirmeleri düzeltir. İptal davasını gören yargıç ancak dava konusu kararın hukuka aykırı olması halinde, kararı kısmen veya tamamen iptal edebilir veya böyle bir durum yoksa davayı reddedebilir. Ama değiştirmede bulunup duruma uyarlamada bulunamaz ve dolayısıyla, düzenlemede bulunma işleviyle yükümlü bulunan otoritelerce alınmış önlemlerin denetimine en iyi uyumu zorunlu olarak belirlemek durumunda değildir.

Böylece bir çok yasa idari otoritelerce hükmedilen yaptırımların ve özellikle de parasal nitelikli olanların bir tam yargı davasına sebebiyet verebileceğini öngörmektedir. Bu tam yargı davası sayesinde yargıç uyuşmazlık konusu yaptırımı değiştirebilir ve kınanan olayın ağırlığını inceledikten sonra bizzat daha ağır nitelikli veya tamamen aksine daha hoşgörülü bir yaptırıma hükmedebilir. 19 Temmuz 1977 tarihli yasa ve daha sonrada 1 Aralık 1989 tarihli kanun hükmünde kararname rekabet hukukunu ihlâl halinde verilmiş yaptırımlar için tam yargı davası kavramını kabul etmiştir. Aynı şekilde *Conseil supérieur de l'audiovisuel*, *Commission de controle des assurances* ve *Conseil de discipline des organismes de placement en valeurs mobilières* tarafından alınmış yaptırımlar da bir tam yargı davasının konusunu oluşturabilir. Anayasa Konseyi "bir yaptırıma mahkûm eden bütün kararların tam yargı davasının konusunu oluşturabilmesinden" dolayı, anayasal güvence altındaki hak ve hürriyetlerin korunması için yasa tarafından oluşturulmuş *Conseil supérieur de l'audiovisuel*'e ilişkin düzenlemeyi, bu anlamdaki değerlendirme unsurlarından saymıştır. Yakın tarihli Danıştay içtihatlarına göre bu konu hakkında yasanın hiçbir düzenleme öngörmemiş olması halinde, bir yaptırıma karşı açılmış davayı gören idari yargıç kendini iptal davasını görmeye yetkili değerlendirmelidir.

BİO'lar üzerinde yargıç tarafından uygulanmakta olan denetim sonucu olarak devletin sorumluluğunun söz konusu edilmesiyle neticelenebilir. Tanımı gereğince BİO'ların tüzel kişiliğinin ve malvarlığının olmamasından dolayı, bu otoritelerin işlevi sırasında şikayet konusu eksikliklerden veya işlenen hatalardan ancak devlet sorumlu tutulabilir. Böylece BİO'ların aldığı kararların hukuka aykırılıklarından dolayı ortaya çıkan zararlar bir tazmin hakkı başlatabilir. Danıştay örneğin *Commission de controle des banques*'in yetersiz gözetiminden hüküm giymiş olan bir bankanın iflasından zarar görmüş kişilerce açılan devletin

mahküm edilmesine ilişkin bir çok talebi incelemek zorunda kalmıştır. Bir kısım yazar, bu konu hakkında, bundan böyle banka alanında örneğin üretim şartlarının denetlenmesi, kredi kuruluşlarının mali durumlarının kalitesini içeren haller gibi düzenleyici otoritelere tanınmış olan gözetim yetkilerinin çok geniş tanımlanmasının, devletin sorumluluğunu gündeme getirecek durumların sayısal olarak artmasıyla sonuçlanacağından endişe etmektedir.

Bu endişe şu anda doğrulanmış gibi görünmüyor olsa da, sorumluluktan kaynaklanan uyuşmazlık BİO'ların durumundaki belirsizliği gün ışığına çıkarmaktadır. BİO'ların karar ve denetim yetkileri, bağımsızlıklarını güvence altına alan şartlarda uygulanmaktadır ve bunları hukuksal olarak devleti temsil eden otoritelerin bütün müdahalelerine karşı korur. Ama, muhtemel eksiklikleri ne yöneticilerini ne de sahip olmadığı malvarlığını etkileyecektir. Analizi biraz daha karmaşık hale getirmek için, idari yargıcın devlete karşı yöneltilen sorumluluk davalarının değerlendirilmesinde tek yetkili olmadığı söylenebilir. Çünkü bilindiği gibi bazı BİO'ların işlemlerinden doğan uyuşmazlıklar bundan böyle, adli yargıcın görev alanına girmektedir. Danıştay bu otoritelerin işlediği hukuka aykırılıklar konusunda, devletin sorumluluğunu gündeme getirmeyi amaçlayan davaların hüküm altına alınmasında, kendi yetkisini reddetmektedir.

BİO'lar işlemlerinden doğrudan sorumlu değildir. İdari yargıcın yetkisinin dışında kalan idarenin işleyişinin söz konusu edilerek devlete karşı sorumluluğun tevcih edildiği davalar bulunmaktadır. BİO'ların oluşturulması ve gelişmesi Fransız hukuk sistemini netleştirmeye katkıda bulunmamaktadır.

5. Rekabet Konseyi (Conseil de la concurrence)

Fransa'da rekabeti denetleyici mekanizmanın tarihi oldukça eskilere dayanmaktadır. Ceza Yasasında yer alan "birlik kurma suçu"nu düzenleyen 419 uncu maddenin hükmü ayırık tutulursa, rekabete ilişkin düzenlemenin başlangıç tarihi olarak 9 Ağustos 1953 tarihli kanun hükmünde kararnamenin kabul edilmesi gerekir. Bu metin Alman Rekabet Yasası ve Roma Anlaşmasının kabulünden dört yıl önce yürürlüğe girmiştir. Söz konusu kanun hükmünde kararnamede rekabete ilişkin kurallar Roma Anlaşması'na benzer bir şekilde hukuki ve ekonomik çerçeve içerisinde genel hatlarıyla belirtilmiştir. Rekabet alanında yapılacak anlaşmalara *a priori* olarak kuşkuyla bakılmış olmasına karşın, birleşmelerde olduğu gibi anlaşmaların yararları ve sakıncaları değerlendirilerek ekonomik bir bilançonun konusunu oluşturmuştur. Hakim durumlar tek başına mahküm edilmemiş, ancak bu durumların kötüye kullanılması cezalandırılmıştır. Fransız hukukunda rekabeti denetleyici mekanizmalara ilişkin reformlar birbirini izlemiştir. Bunlar 1977, 1985 ve 1986

ATAY

tarihli reformlardır. Bu reformların yöneldiği amaç bağımsız bir niteliği olmakla birlikte; katı bir hüviyeti olmayan ve idarenin desteğinden yararlanan düzenleyici bir organın oluşturulmasıdır.

Fransız Ceza Yasasının 419 uncu maddesi bu ülkedeki rekabet politikalarının nüvesini oluşturur. Bu madde, tarıma dayalı bir ekonomide haksız veya tüketiciye ağır gelen fiyat artışlarına yol açan stokları, suç olarak öngörüp cezalandırmayı hedeflemiştir. Söz konusu madde gereğince 1931 yılında rekabeti yok etmek ve kendisine uygun fiyatları uygulama imkânına kavuşmak için bölgedeki bütün fırınları kiralayan bir fırıncının cezalandırılmasına yol açmıştır. 1945 yılında çıkarılan kararnamelerle yerleşmiş yasama geleneğinden sapma (ayrılma) olmamıştır. Buna göre kamu otoriteleri bazı uygulamaları (başka bir malın satışına bağlı satış, satıcılar arasında yapılan yerel ölçekli anlaşmalar, dayatılan fiyatlar ... vb.) cezalandırarak doğrudan veya dolaylı bir şekilde tüketicileri korumak için fiyatların denetlenmesi söz konusudur.

Fransız sisteminde uzunca bir süre anlaşmalar sorunun ele alınmasında yetersiz kaldığını ve hatta çoğu zamanda bu anlaşmaların kamu otoriteleri tarafından teşvik edildiği ve hoşgörülüğünü eklemek gerekir. İşbirliğinin ve özellikle yabancıların rekabetinden kendini korumanın amaçlandığı durumlarda, Fransız geleneği uyarınca teşebbüsler arasında yapılan anlaşmaların, olumlu bir yanının olduğu söylenebilir. 1953 tarihinden beri anlaşmalarla ilgili bir yasanın oylamasının gündeme gelmesi anında, bu anlaşmaların yasaklanması yerine ekonomik bilanço esas alınarak bu anlaşmanın incelenmesi tercih edilmiştir. Bir anlaşmanın varlığının belirlenmesi halinde, teşebbüslerin söz konusu anlaşmanın toplum ve tüketici için uygun ekonomik sonuçlar getirdiğini ve ekonomik gelişmeye hizmet ettiğini kanıtlamaya yönelik argümanlar hazırlamaya çalıştıkları gözlemlenmektedir.

Rekabetin düzenlenmesi sürecinde Fransa'da görülen bir diğer tarihi özellik de, bu alandaki yönetimde bakanın emri altındaki servisin ağırlığıdır. Bu ülkede, dosyaları bakan için soruşturan servis "Rekabet, Tüketim ve Hileli İşlemleri Önleme Genel Müdürlüğü"dür (*Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la repression des fraudes* -DGCCRF-). Bu genel müdürlüğün rekabet ve tüketim bölümü için, beşyüzü Paris'te olmak üzere, ikibin beşyüz memur çalışmaktadır. "Tam mesaisini rekabete ayıran memur sayısını ve dosyalar için toplam harcanan mesainin insan karşılığını tahmin etmek zordur. Bununla birlikte bu mesai fazladır. Rekabet sorunları söz konusu olduğunda, idarenin tamamen bakanlarınkiyle kesişmeyen kendi konuları olduğu açıktır. Bu Genel Müdürlük uzun süre fiyatların kontrolüyle ilgiliydi ve tarihsel köken

rekabet politikasının bir kısmını açıklamaktadır: (Bu da) “bireysel uygulamalar”la ilgili ve yalnızca Fransa’nın özgürlüğü olan herşey(dir). Fiyatların dalgalanmasını izleyen idare, eylemlerini fiyatların doğrudan kontrolünden, fiyatların sabitlenmesi üzerinde etkisi olan ekonomik aktörlerin bazı uygulamaların kontrolüne yaymıştır. Bugün hâlâ, DGCCRF’nin rekabetin düzenlenmesinde büyük ağırlığı vardır. Bu kuruluş, karar veya danışma organının bağımsızlığı sorunuyla ilgili olarak, kendi kendisi içinde bir alt sorunu oluşturmaktadır. Fransa rekabet düzeninin üçlü bir oyuna dayandığı söylenebilir: politik gücü temsil eden bakan, dönemlere ve konulara göre az veya çok bağımsız olan düzenleme organı ve idare.⁴⁰

Pazar ekonomisinin işleyişinde düzenleyici bir işlev yüklenmiş olan Rekabet Konseyi, 1 Aralık 1989 tarihli kanun hükmünde kararnameyle öngörölmüş ilkenin güvencesidir. Bu ilkeye göre; “fiyatlar ... rekabet kurallarınca serbestce belirlenir.” Konsey’in bugünkü şeklini alması yukarıda belirtildiği gibi, ancak bir çok aşamadan geçtikten sonra mümkün olabilmıştır. 1953 yılında⁴¹ daha sonra Anlaşmalar ve Hakim Durumlar Teknik Komisyonuna (*Commission technique des ententes et positions dominantes*) dönüşmek zorunda kalan Anlaşmalar Teknik Komisyonu (*Commission technique des ententes*) kurulmuştur. Bu kuruluş Fransa rekabet yapısının temelini oluşturmuştur. Adı geçen komisyon, Ekonomi Bakanı veya daha açık bir ifadeyle, bu bakanın bünyesindeki fiyatları yönlendirme birimi (*direction des prix*) içine yerleştirilmişti. Bakanı ceza yargıcına dava açmayla sonuçlanabilecek, geçerli sayılmayan anlaşmaların varlığı hakkında görüş bildirmekle yükümlü kılınmıştı. “Bakan, D. Brault’un ifadesiyle oyunun yöneticisi olmuştur. Bakan, örneğin ahşap merdiven üreticileri arasındaki anlaşmalar gibi küçük dosyaları, Komisyon’a bırakmıştır. Komisyon kuruluşundan ancak on yıl sonra 1963’de hakim durumlar konusuna girebilmiş ve ancak 1966’da bu konudaki ilk soruşturma dosyasını hazırlayabilmiştir. 1959’a kadar Komisyon rapor yayınlamamıştır. Yirmi üç yıl süren varlığı sırasında yüz otuz dosya incelemiştir. Rolünden söz edilmemek üzere kurulan Komisyon, bu rolü tedirginlik içinde yerine getirmiştir. Temelde, Komisyon kavramları açıklığa kavuşturmakta ve Fransız yaklaşımının tipik örneği olan, ekonomik bilanço yaklaşımını benimsemekte başarısız değildir.⁴²

⁴⁰ DUMEZ Hervé, JEUNEMAITRE Alain: Avrupa’da Rekabet, Teşebbüsler Açısından Oyunun Yeni Kuralları (Çev. Mehmet Mukadder Yakupoğlu), Mor Yayınları, Ankara 1999, sh. 65-68.

⁴¹ GENTOT Michelage., sh. 111. Hervé DUMEZ, Alain JEUNEMAITRE’e göre bu tarih 1954’dür (age., sh. 69).

⁴² DUMEZ Hervé, JEUNEMAITRE Alain: age., sh. 69.

Fiyatların serbestliği ve işletmeleri rekabetle karşı karşıya bırakması amacıyla 1977 yılında hazırlanan bir yasa ile Ekonomi Bakanı'na hakim durumlarını kötüye kullanan veya geçerli sayılan anlaşmayı yapmamaktan suçlu bulunan işletmelere, yaptırım uygulama yetkisi verilmiştir. Bu yasa ayrıca, özgün karar alma yetkisiyle donatılmamış olmakla birlikte; kendine özgü önlem ve yetkilere sahip Rekabet Komisyonunu (*Commission de la concurrence*) oluşturmuştur. Bir başka ifadeyle, Anlaşmalar ve Hakim Durumlar Teknik Komisyonu, Rekabet Komisyonuna dönüştürülmüştür. Komisyon karar verme yetkisini elinde bulunduran bakana, danışmanlık hizmetleri vermiştir. Bununla birlikte, söz konusu komisyon kendiliğinden veya doğrudan mesleki kuruluşların ya da tüketicilerin talepleri üzerine toplanıp karar verebilmekte idi. Komisyonun yaptırımı ilişkin önerileri, belirli bir ölçüde bakanlığın kararlarını bağlamaktaydı. Çünkü hükmedilen yaptırım, önerilmiş olan yaptırımı aşmamaktaydı. Kısacası, 19 Temmuz 1977 tarihli yasa ve 25 Ekim 1977 tarih ve 77 - 1189 nolu kararname ile endüstriyel fiyatların serbest bırakılması perspektivi içinde, 24 Kasım 1977 tarihinde faaliyete başlayan Rekabet Komisyonu kurulmuştur. Komisyonun genel misyonu, korumacılık (*protectionnisme*) ve meslek birliğine dayalı sistemde (*corporatisme*) sağlanacak gerileme sayesinde, daha fazla rekabete açık ve rekabete dayanan ve dinamik bir ekonomi lehinde, kamu güçlerinin ve ekonomik ajanların davranışlarını ve mantalitetlerini geliştirmektir. Özel yetkileri ise; 1) Rekabeti ilgilendiren bütün sorunları ve özellikle de kabulü halinde rekabet kurallarını etkileyebilecek yasal ve düzenleyici metin projeleri; 2) Rekabetin işleminde etkili olabilecek bir yönetim altında toplama işlemleri ile bu tür işlemlere ilişkin projeler; 3) Anlaşmalar ve hakim durum aktivitelere ilişkin yasanın düzenlemelerinin uygulanması hususları üzerinde görüşler bildirmesidir. Bu yolla Komisyon'un birleştirici rolü ortaya çıkmaktaydı.

Komisyon Başkanı tam gün çalışmak üzere, altı yıllık bir süre için kararname ile atanır. Başkan Danıştay üyeleri veya idari veya adli yargı düzenindeki yargıçların arasından seçilir. Komisyon'da yer alan komiser olarak adlandırılan on üye ya yargıçlar ya da ekonomik, endüstri, ticaret veya tüketim konularındaki nitelikleri dolayısıyla, kendi nitelikleri sayesinde temsil ettikleri adları içeren şahısların arasından seçilir. Raportörlerin ve servislerin işlemlerini denetleyen ve canlandıran bir genel raportör başkana ve komisyona yardım eder. 7 Temmuz 1989 tarihli Ordonneau Kararında Danıştay, 18 Haziran 1980 tarihli hukuka aykırı kararname uyarınca Rekabet Komisyonu Başkanının görevine son verilmesinden dolayı, idareyi tazminat ödemeye mahkum etmiştir. Adı geçen davada davacı, hukuka aykırı kararnamenin iptal edilmesini ve Başbakanca uğradığı zararının tazminini istemiştir. Bu talebi Başbakanca reddedilmiş ve

Mahkeme devleti tazmin etmeye mahkûm etmiştir. Kararın gerekçesinde Danıştay, Rekabet Komisyonu Başkanına yasa koyucunun belirli bir süre görev yapma yetkisinin verilmesi ve gerektiğinde ancak, yaş sınırından kaynaklanabilecek veya mevzuatın öngördüğü engelleyici hallerde görevine son verilebilmesi, bu makama tanınan otorite ve bağımsızlığı işaret etmektedir. Bunun aksi bir davranış, bir hatanın niteliğini oluşturur. Bu hata gereğince de, devlet davacıya tazminat ödemesi gerekir. Tazminatın hesaplanmasında da Danıştay, göreve başlama anı ile görevinin normalde 6 yıllık bir sürenin sonunda biteceği hususunun göz önünde bulundurulması ve görevden alınmasından sonra bir başka işte çalışıyor olmadan dolayı elde ettiği ücretin, devletin ödeyeceği tazminattan indirilmesine gerek olmadığına karar vermiştir⁴³.

Komisyon tamamen bir danışma organı niteliğindedir. Ancak Danıştay'ın denetimi altında yasanın öngördüğü tüzel kişiliği haiz mahalli idare birliklerinin, mesleki ve, tüketici kuruluşlarının veya sendikaların kabul edilebilirliği tanınmış başvuruları konusunda karar verebilme yetkisine sahipti. Dolayısıyla Komisyon'u harekete geçirme konusunda Ekonomi Bakanı yetkili değildi. Teşebbüslerin doğrudan başvurma yetkisi olmasa da, mesleki kuruluşların ve tüketici kuruluşlarının böyle bir yetkisi vardı. Özellikle Komisyon'un kendiliğinden harekete geçme yetkisi bulunmaktaydı. İmkânsızlıklar nedeniyle uygulamada bu yetki çok az kullanılmış olsa da, Komisyon'a daha büyük bir bağımsızlık alanı tanınmıştı. Komisyon bir sorunla ilgili olarak firmalara emirler verebilmekteydi. Firmalara karşı para cezasına hükmedebilmekteydi ve firmalar aleyhine olan kararların ücreti firmalara ait olmak üzere yayınlanması için bakana önerilerde bulunabiliyordu. Bakanın bu önerileri kabul veya red hususunda takdir yetkisi olmakla beraber ancak cezaları veya emirleri hafifletebilir ama artıramazdı.

Komisyon personel ve materyale ilişkin araçlarının yönetiminde Ekonomi, Maliye ve Bütçe Bakanlığına bağlı idi. Rekabet Komisyonunun görüşü üzerine alınan kararlar Danıştay'ca görülen tam yargı davalarının konusunu oluşturabilmekteydi. Komisyonun verdiği kabul edilebilirlik kararları iptal davasının kapsamı içinde değerlendirilmekteydi. Az uygulanabilir olmakla birlikte; cezai takibatın yapıldığı davalarda, Rekabet Komisyonunun görüşleri adli yargı düzeninin denetimine de tâbi kılınabilmekteydi.

⁴³ CE, 7 juiilet 1989, Aff.: M. Pierre Ordenneau-Req. no 56627, AJDA, 20 octobre 1989, sh. 643-644.

Gerçek bir bağımsızlığı bulunmakla birlikte bunun muhafazası zor gibi görünmekteydi. Zira rekabet konusunda görevli idare hiçbir zaman samimiyetle bu durumu kabul etmemişti.⁴⁴

1977 tarihli reform Fransız düşünce yapısını ortaya koymaktaydı. Buna göre Alman modelinin reddi şeklinde tek düşünce burada hakimdi. Yukarıda belirtilen Komisyon'un oluşumu çerçevesinde her üye kendi işiyle uğraşacak ve mesaisinin yalnızca bir kısmını bu kuruma verecekti. Çünkü idare güçlü bir rakip olarak teşebbüslerin karşısına çıkmayı pek istemiyordu. Teşebbüsler ise sert rekabet yasaları içinde yer almamış bir memur tarafından yaptıkları işlerin denetlenmesini düşünmek dahi istemiyorlardı. Politikacılara gelince, bunlar işadamlarıyla aralarında sıkıntıya sebebiyet verebilecek bir kuruluştan hoşlanmıyorlardı. Söz konusu komisyon rekabete ilişkin hassas sorunları ağırbaşlılık ve sağduyu ile inceleyecektir. Rekabet politikası biraz hız kazanmış olsa da, Rekabet Komisyonu, Anlaşmalar Teknik Komisyonunun politikası gibi ılımlı ve sakin tarzını sürdürecektir. Komisyon'da oylamaya katılmasa da görüşlerini bildirecek bir hükümet komiseri ve rekabet ve tüketim genel müdürü yer alacaktı. Hükümet komiseri yasayı hazırlayanların düşüncesine göre işadamlarının davranışları üzerinde karar verecek ve işadamlarının arasında kamu yararına uyulmasına ve aklanmalarının kolaylıkla yapılmamasına çalışacaktır. Dosyaların soruşturulması için, Komisyon üyeleri, bir kaç raportörün ve bir genel raportörün⁴⁵ incelemelerini esas alacak ve böylece bu raportörler dosyaları oluşturan parçaların bütünleşmesini sağlamış olacaklardı.

“Kırtasiyeci ve faydasız bir şekilde bürokratik olmamak için, usuller Fransız kafa yapısına lâyük bir incelikte olacaktır. Yoğunlaşmalarının kontrolü, bu yöntemden özellikle ayrılmaktadır. 1977 yasası aslında birleşen firmaları, işlemi Komisyon'a veya idareye bildirme yükümlülüğüne sokmamıştır. Bunu yapıp yapmamada onları serbest bırakmıştır. Bunu yapmazlarsa, daha sonra incelenecek işlemin iptal edilmesi riskini üzerlerine almış olacaklardır. Bu bildirim yapıp yaparlarsa, bakanın Komisyon'un görüşünü aldıktan sonra yoğunlaşmaya izin vermesi halinde hukuksal bir güvenceye kavuşacaklardır. Sistem incelikten yoksun değildir: sistem bir işleme giren firmaların yasa

⁴⁴ GAZIER François, CANNAC Yves: age., 1983-1984, sh. 57-58; DUMEZ Hervé, JEUNEMAITRE Alain: age., sh. 70. Ayrıca bkz. DONNEDIEU de VABRES Jean: La Commission de la concurrence bilan et perspectives, EDCE, No:36, 1984-1985, sh. 79-86.

⁴⁵ Raportörlerin seçimi hakkında bkz. BAZEX Michel: “La réforme de la concurrence”, AJDA, 20 novembre 1985, sh. 593

hakkında bilgi edinmeleri fikrine dayanmaktadır; firmalar kısa zaman içinde söz konusu birleşmenin yasaklanabilir bir birleşme olup olmadığını öğreneceklerdir; eğer işlem yasaklanabilir tipteysse, kendiliğinden “hukuki güvence” yolunu seçecekler ve birleşmeyi bildireceklerdir; böylece zorunlu bildirim bürokratik yükü hafifletilmiş olacaktır: önemli işlerle önemsiz işler arasındaki ayrımı firmalar yapacaktır. Bununla birlikte tabloya bir gölge düşmektedir. Hiçbir şey daha önce birleşmiş iki firmayı birbirinden ayırmak kadar zor olamaz. Bu nedenle Fransız teşebbüsler, işi oldu bittiye getirerek ve böylece işlemin geri döndürülemezliğinden yararlanarak, bildirimde bulunmadan birleşmişlerdir. Bakan yalnızca birkaç işlemi incelemiştir⁴⁶.

1977 Fransız rekabet organı ılımlı örgütüyle ve ince yöntemleriyle daha çok sakınlı bir görünümündedir. Hükümetin fiyatları serbest bıraktığı ve çok etkin bir rekabet politikasıyla iş çevrelerine sert davranma niyetinde olmadığı bir gerçektir.

Buna rağmen çelişkili olarak, Komisyon yaratıcılarının tahmin ettiğinden daha etkin olmuştur. Bunun nedeni örgütün yapısında bir çatlak bulunmasıdır. Bakan görüşlerini bildirmek üzere görevlendirilen Komisyon üyeleri, saygın işadamlarıydılar ve bu nedenle işleri başlarından aşkıydı. Komisyon içindeki etkinlikleri zorunlu olarak sınırlıydı, buna karşın rekabet dosyaları şişkindi ve karmaşıktı. Sürekli görev yapan raportörlerin ve genel raportörün ağırlığı kararlarda etkin oldu. Bu öyle bir noktaya geldi ki, hükümet komiseri çoğu zaman karşı cephede savaşmak zorunda kaldı: komiser daha çok Komisyon’un etkili olmasını sağlamak için bulunurken Komisyon’un canlılığını frenlemeye çalıştı. Fransa’da ve genelde, bu ister işçevrelerinden gelsin, ister devlet görevlilerinden gelsin, rekabetin erdemleri konusunda büyük bir kuşkuculuk sergilenirken, raportörler veya aralarından bazıları bu konuda sağlam ve kararlı bir doktrine sahip olmuşlardır. Memurların ve patronların ağılına, iki mikro-iktisat profesörü kılığında kurt girmiştir.⁴⁷

⁴⁶ “Dokuz yıllık varlık dönemi içinde (1977-1986) Rekabet Komisyonu sekiz birleşme işlemini incelemiştir. Sadece birinin yasaklanmasını önermiştir (bakanın kararı Danıştay tarafından iptal edilmiştir). Komisyon’un ilk iki yılına tekabül eden 1978-1979 yıllarında BKA’ya (Bundeskartellamt Alman Rekabet Komisyonu bkz DUMEZ Hervé, JEUNEMAITRE Alain: age., sh. 105 vd.) 1160 birleşme bildirisi yapılmış ve bunların 13 tanesi yasaklanmıştır.” (Monopolkommission, German Monopolies Commission 1973-1983, Summaries of the First Five Biennial Reports, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, sh. 81 nakleden DUMEZ Hervé, JEUNEMAITRE Alain: age., sh. 72, dipnot.)

⁴⁷ DUMEZ Hervé, JEUNEMAITRE Alain: age., sh. 72-73.

1984 yılından itibaren Rekabet Komisyonu, Danıştay'ın hazırladığı inceleme ve raporlarında BİO'lar içerisinde gösterilmiştir. Ancak bilindiği gibi, bazen bu raporda yapılan sınıflandırmaya ve dolayısıyla da sözü edilen komisyonun BİO olmasına karşı itirazlar ileri sürülmüştür. Komisyon'un BİO olarak nitelendirilmesi öğreti tarafından ve yargı kararlarında yapıyor olmasına rağmen; resmen yasa koyucu tarafından Rekabet Konseyi'nin BİO olduğu belirtilmemiştir.

1986 tarihindeki dönüşümden sonra, 1 Aralık 1986 tarihli kanun hükmünde kararname tamamen - veya neredeyse tamamen - fiyatları serbest bırakmıştır. Rekabet Komisyonunun yerine bir Rekabet Konseyi kurmuştur. Bu konseye daha önceden bizzat bakanın uyguladığı emir verme ve yaptırım uygulama yetkileri aktarılmıştır.

Konsey rekabete aykırı uygulamalar, yani ittifak ve egemen olma yetkisinin kötüye kullanılması konusunda kararlar alır. Zaman aşımını durdurucu işlemler hariç (27. md.), suç sayılan fiiller işlenmesinden itibaren üç yıl içinde ekonomiden sorumlu bakan (1989 yılında 38 defa) veya yerel idareler, ticaret odaları, meslekî ve sendikal kuruluşlar veya kabul edilmiş tüketici kuruluşları tarafından toplanması sağlanır. Konsey aynı şekilde re'sen toplanabilir. (1989 yılında bir defa)

Konsey, Ekonomi ve Maliye Bakanı'nın bu amaçla yetkilendirdiği görevlileri aracılığıyla olduğu gibi; ya denetim kuruluşlarıyla işbirliği ile (47. md.) ya da yasa koyucunun istediği duruşmanın ve soruşturma usulünün karşılıklı niteliğine kesinkes uyararak, mahalin ziyareti ve dökümanlara elkonulmasına girişmek amacıyla yargısal denetimin altında (48. md.), kendi raportörleri aracılığıyla da anketleri titizlikle inceler.

Rekabete aykırı uygulamanın genel ekonomiye, genel ekonominin ilgili sektörlerine, tüketicilerin veya şikayette bulunan işletmenin çıkarlarına ağır ve derhal bir zarar taşıyıcı doğası olması halinde; Konsey'in aldığı kararlar koruyucu tedbirler olabilecektir. Acil durumun gerektirdiği sınırların içinde kalarak; Konsey'in aldığı kararlar uyumsuzlukla ilgili uygulamanın askıya alınması veya taraflara eski duruma getirmek için bir emir verme şeklinde de olabilir (12/3 md.). Ancak 1986 tarihli kanun hükmünde kararnamenin 13 üncü maddesi aykırı davrananların hesabına alınan önlemlerin muhtemel yayına verilmesinden başka, iki esas yaptırım daha öngörmüştür:

- Belirli bir sürenin sonunda rekabete aykırı uygulamaya son verilmesi emri ki, bu da zorlayıcı olmayan gerçek bir yaptırımı oluşturur.

- Emirle aynı zamanda kararlaştırılabilen parasal bir yaptırıma ya neticelenmiş son işlemi sırasında, Fransa'daki vergiler hariç kazancının en fazla %5'i kadar bir meblağı bir işletme için ya da diğer bütün hallerde ayrıca 10 milyon franklık para cezası olarak hükmedebilir. Yaptırım, kuruluşun başkanının kararıyla rapor formalitesi olmaksızın ve sürekli komisyon aracılığıyla kısa bir usulü dönüşümüyle neticelenmiş olması halinde ceza miktarı aykırılığı gerçekleştirmiş olanlardan her biri için en fazla 500 000 franka kadar indirilebilir. Ancak istişari bir kuruluş olarak Rekabet Konseyi, aşağıdaki sınırlardan birinin, tek elde toplama yöntemi içinde bu alanda kendini yükümlük altına sokmuş işletmeler tarafından ulaşılması halinde, pazarın tek elde toplanmasını denetlemeye kadar yayılan bir yetkiye sahiptir. Bu sınırlar şunlardır:

- ya söz konusu işletmeler birlikte pazarın %25'inden fazlasını ellerinde bulunduruyorlar,

- ya da taraf işletmelerden en az ikisinin pazarın tek elde toplanmasında gerçekleştirmiş olduğu ciro en az 2 milyar frank olmak şartıyla, söz konusu işletmelerin vergi dışı cirolarının toplamı 7 milyar franktan fazla bir miktarı oluşturmaktadır.

İlgili işletmelerin girişimiyle ekonomiden sorumlu bakanın veya kendi inisiyatifıyla toplanan Rekabet Konseyi böyle bir anda ekonomik tekelleşmelerin etkilerini değerlendirir ve ekonomik tekelleşme sürecine karşı gerektiğinde karar alabilen bakana görüşünü bildirir.

Rekabet Konseyi konuyla ilgili yasa önerileri için görüş almak amacıyla Konsey'e başvurabilen Hükümet, Hükümetin altında yer alan kuruluşlar veya parlamentonun komisyonlarının (5. md.) veya hukuksal araştırmaların ya da kararlarının (26. md.) üzerine rekabete ilişkin bütün sorunlar hakkında açıklamada bulunabilme imkânına istişari yetkileri çerçevesinde her zaman sahiptir. Bu danışma bununla birlikte serbest rekabetle doğrudan doğruya ilgili bütün düzenleyici işlem projeleri üzerinde zorunluluğa dönüşür. (6. md)

Üstelik muafiyet kararnamesinin imzalanmasından önce, bir kategorisel ittifaklar muafiyeti ve diğer rekabete aykırı uygulamalar için Konsey'e danışılmış olma varsayımında (10. md.), bir uygun bulma görüşü söz konusu olmaktadır. Bu

varsayımdaki uygun bulma görüşünde; danışma, idare hukukundaki kararın alınmasına bir katılmaya benzediği söylenebilir⁴⁸.

1986 tarihli kanun hükmünde kararname, oluşturmuş olduğu kurumun hukuki bir tanımını yapmamıştır. Danıştay'ın İkinci Onursal Başkanı Nicolay'a göre; söz konusu kararnameyi kaleme alanların Konsey'e vermedikleri çerçevenin yumuşaklığını, yasa koyucu Rekabet Komisyonuna daha önceden tanımıştı. Anayasa Konseyi'ne göre yargısal olmayan idari bir kuruluş söz konusudur (**23 Ocak 1987 tarihli karar**). Gerçekte, Rekabet Konseyinin BİO olma özelliğinin göz ardı edilmesi iyi karşılanmamaktadır. Çünkü Rekabet Konseyi Ekonomiden Sorumlu Bakanın hazırladığı liste üzerinden bir kararnameyle 6 yıllık bir süre için atanan 16 üyeden oluşur. Bu üyelere 7'si Danıştay, Yargıtay veya diğer adli ya da idari yargı yerlerinin üyeleri veya eski üyeleri arasından seçilir. Ekonomik veya rekabet ya da tüketim konularındaki yetkinliklerinden dolayı seçilen 4 kişi Konsey'in üyesidir (bu 4 kişi yukarıda sözü edilen 7 kişinin hazırlayacağı 8 kişilik bir listenin içinden seçilirler). Üretim, dağıtım, esnaf, hizmet sektörü veya serbest meslek icra eden veya daha önceden icra etmişler arasından 5 üye seçilir. Yargı yerlerinden gelenler içinden bir ve diğer üyeler arasından da bir olmak üzere toplam iki, ikinci başkan atanır⁴⁹.

Diğer yandan, hükmedebileceği yaptırımların ağırlığı ve Paris İstinaf Mahkemesinin uyguladığı yargısal denetimin dışında hiçbir denetimin ve vesayet yetkisinin Konsey üzerinde uygulanmaması, uyguladığı neredeyse yargısal nitelikli prosödür, niteliği ne olursa olsun bir kuruluşa bağlı olmama fikri ve üyelerinin hükümet otoritesi karşısındaki statüsünden dolayı Konsey, BİO olarak nitelendirilmektedir.

1987 yılında kuruluşu sırasında düzenleyici nitelikte bir işleve sahip olan Rekabet Konseyine, Ekonomi ve Maliye Bakanının tanıdığı üçlü bir misyonu vardır: Bunlar pedagojik, caydırıcı ve düzeltici işlevlerdir. Fakat bunlar arasında özellikle dikkati çeken, rekabete aykırı uygulamaları cezalandırmak için kendisine tanınmış hukuki araçlarının yaygınlığıdır. Geniş bir şekilde uygulamakta olduğu çok yaygın bir anket yapabilme yetkisiyle donatılmıştır. Konsey haksız, yasak uygulamaların askıya alınmasını içeren koruyucu nitelikte önlemleri alabilir. Emirler verebilir ve özellikle yukarıda belirtildiği gibi bir işletme için vergi dışı cirosunun %5'ine kadar ulaşabilen, bir kişi için ise 10 milyon Fransız Frangına kadar miktarda para cezasına hükmedebilir. Uygulamadan çıkan tecrübe,

⁴⁸ GOHIN Olivier: Manuel institutions administratives, L.G.D.J., Paris 1992, sh. 202.

⁴⁹ GUEDON Marie-José: age., sh. 65.

Konsej'in sahip olduğu bu yetkilerini kullanmakta tereddüt etmediğidir. 1993 yılında gördüğü 29 olayda 110 milyon Fransız Frangı civarında bir miktarda para cezasına hükmetmiştir⁵⁰. Hükmettiği para cezalarının en önemli kısmı, rekabete aykırı birleşmeler ve hakim durumun kötüye kullanılması ve bir olayda da daha önce verilmiş bir emre uyulmamasına ilişkindir. Burada Konsey kararlarının caydırıcı vechesi bu olaylar için verilen ilanlar yoluyla artarak⁵¹, pedagojik vechesini geride bırakmıştır. Ancak bu yaptırımların aynı önemi bir sorunu da gündeme getirmektedir. Bu da Anayasa Konseyi tarafından esaslı bir özellik gibi değerlendirilen yaptırımın oranlılığı ilkesinin, bir işletmenin yükümlülüğüne

⁵⁰ 1989 yılı için para cezalarının toplam miktarı 197 işletme ve 40 kuruluşa uygulanılarak 358,5 milyon franka ulaşmıştır. Bu rakamın 166 milyon franklık kısmı rekabete karşı uygulamalar konusunda BIO'lar kadar yetkilerle donatılmış bayındırlık hizmetlerinde faaliyet gösteren 71 işletmeye karşı hükmedilmiştir. (GOHIN Olivier: age., sh. 202.) "1989 sonu 1990 başında, bir seri mesele gazetecilerin dikkatini çekti. 9 Kasım 1989'da Paris İstinaf Mahkemesi, Korsika'daki petrol şirketlerinin kendi aralarında yaptığı fiyat anlaşmasına karşı Rekabet Kurulu'nun verdiği kararı onaylamıştı. Yine Kasım ayı başında, Kurul (kamusal pazarların düzenlenişi sırasında) bayındırlık işlerindeki bir anlaşmayı cezalandırdı ve ilgili şirketlere toplam 166 Milyon Fransız Frangı ceza verdi. Kasım ayı başında, mektup yoluyla kurulan ilk Fransız kitap klübü olan France Loisirs, Kurul tarafından hâkim durumun kötüye kullanılması nedeniyle 20 milyon frank cezaya çarptırıldı. 1990 Ocak ayı başında, Kurul kamusal pazardaki yeni bir anlaşmayı cezalandırdı. Bu kez ceza alan elektrik donanım alanıydı. Cezaların toplamı, 35,8 milyon frangı Jeumont-Schneider grubuna bağlı şirketler olmak üzere 128 milyon franktı. Bu tarifeye göre, diyordu 3 Ocak 1990 tarihli Libération Gazetesi, teşebbüsler arasındaki anlaşmalar bir lüks haline geliyor." (DUMEZ Hervé, JEUNEMAITRE Alain: age., sh. 76-77). 1991 yılında 21 olayda 108 işletme veya işletme grubu ile 47 meslekî kuruluşunu Konsey toplam olarak 40 387 000 Fransız Frangı para cezasına mahkûm etmiştir. Haksız ittifaklar yaptıkları için 1989 yılında aralarında Etablissement de la Vilette, Centre Pompidou ve Ville de Paris'inde bulunduğu işletmeleri özellikle çok yüksek olan para cezalarına çarptırmıştır. 28 Kasım 1989 tarihli bir kararıyla klüpleri aracılığıyla kitap dağıtımını yapan France Loisirs'i 20 000 000 Fransız Frangı ödemeye mahkûm etmiştir. Bu karar Paris İstinaf Mahkemesi tarafından onaylanmıştır. France Loisirs kitapların dağıtımını ve yeniden basılmasının durdurulmasına ilişkin sözleşmeler yapmıştır. Sözleşmelerin bazı maddeleri Konsey tarafından serbest rekabet kurallarına aykırılıklar oluştur nitelikte değerlendirilmiştir. Ancak, Yargıtay bu gerekçenin yetersizliği sebebiyle kararı bozmuştur. (MORAND-DEVILLER Jacqueline: Cours de droit administratif, Cours Thèmes de réflexion Commentaires d'arrêt avec corrigés, 4ème édition, Montchrestien, Paris 1995, sh. 102.)

⁵¹ "... firmalar aynı zamanda kendilerini cezalandıran kararı masrafları kendilerine ait olmak üzere gazetede yayınlama cezasına da çarptırılmaktadır. Bu da parasal yaptırımı artırmakta ve özellikle teşebbüs üzerinde belirli bir leke bırakmaktadır. Böyle bir sistem caydırıcı etkiyi katlamaktadır." (DUMEZ Hervé, JEUNEMAITRE Alain: age., sh. 77).

ATAY

getirilen miktarın belirlenmesi için ya da kusurun ağırlığı ile bu kusurun ekonomiye verdiği zararın değerlendirilmesinde tek başına dikkate alınmak zorunda olup olmadığı noktasıdır. Ayrıca bu ilkenin işletmenin ekonomik durumuna referansta bulunmaya imkân tanıyıp tanımadığı sorununun da sorgulanması gerekir.

31 Aralık 1992 tarihli yasa bu soruna, “parasal yaptırımların ekonomiye verilen zararların önemi ve söz konusu işletmenin durumu ve incelenen olayların ağırlığıyla orantılı olmayı” öngörerek, bir cevap vermeye çalışmıştır.

Bu yaptırım yetkisinin uygulanması yoluyla söz konusu edilen bütün sorulara cevap verme, Rekabet Konseyinin kararlarından doğan uyuşmazlıkların denetlenmesini gerçekleştirmekle yükümlü yargı yerine düşmektedir. 1 Aralık 1986 tarihli kanun hükmünde kararnamenin metninin ilk halindeki suskunluğunun içinde, Rekabet Konseyinin kurduğu bu otoritelerin kararlarının doğal yargıcını, idari yargıç oluşturmaktaydı Ancak daha sonra yasa koyucu adli yargı yeri lehine uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hususları birleştirmiştir. Burada Yargıtay’ın denetimi altında cereyan eden bir yargılama söz konusudur. Adli yargıcın, ticaret mahkemesi yargıcının, ceza mahkemesi yargıcının veya idari otoritenin incelediği rekabete aykırı davranışların tamamının kontrolü, Yargıtay tarafından yapılmaktadır.

İlk zamanlarda Anayasa Konseyi, Rekabet Konseyinin kararlarından doğan uyuşmazlıkları çözümlene yetkisini Paris İstinaf Mahkemesi’ne transfer eden parlamentoda oylanmış bulunan yasanın düzenlemelerinin anayasaya aykırılığına hükmetmiştir (**25 Ocak 1987 tarihli karar**). Hiç kuşkusuz Anayasa Konseyi, yasa koyucunun istisnai olarak yetkilerin paylaşımına ilişkin genel ilkelerden sapmayı kabul etmişti. Ancak Anayasa Konseyi adli otoritelere transfer edilme durumu ile karşı karşıya kalan, idare edilenlerin itiraz ettikleri kararların yürütülmesinin durdurulmasını idari yargıç önünde gündeme getirme yetkisine sahip oldukları hakka zarar verdiğine karar vermiştir. Bu da Konsey’in yargısal olmayan niteliği, emirlerin yaygınlığı ve Konsey’in hükmedebileceği parasal yaptırımların ağırlığı dolayısıyla kabul edilebilir değildi. Bu kararı müteakiben, Anayasa Konseyi önüne götürülmemiş, 6 Temmuz 1987 tarihli bir yasayı oylamıştır. Bu yasa Rekabet Konseyince alınmış kararlardan kaynaklanan uyuşmazlıkları görme yetkisini Paris İstinaf Mahkemesine tanımıştır. Kararın uygulanması açık bir şekilde aşırı sonuçlar doğurmaya elverişliyse veya daha sonradan yapılan tebliğinin istisnai nitelikteki bir ağırlığın yeni olaylarına sebep oluyorsa, İstinaf Mahkemesi Başkanı yürütmenin durdurulmasına karar verebilir. Paris İstinaf Mahkemesine sıkça yargısal denetim rolünü yerine getirmesi için başvurulmaktadır. Kuruluşundan 1994 yılının başına kadar olan dönemde

Rekabet Konseyinin verdiği kararlardan kaynaklanan 475 karardan 166'sı İstinaf Mahkemesinin önüne getirilmiş, dava konusu kararlardan %78'nin hukuka uygunluğuna hükmedilmiştir.

Rekabete ilişkin bütün sorunlar için uzman niteliği olan Rekabet Konseyi aynı şekilde önemli olabilecek bir danışma yetkisine de sahiptir ve bu yetkisini geliştirmeyi istemektedir. 1990 yılı için sunulan raporda, daha o dönemde mesleki kuruluşların, tüketici derneklerinin, sanayi ve ticaret odalarının, yerel yönetim birliklerinin ve parlamento komisyonlarının yetkilerinden kaynaklanan sorunlar üzerinde Rekabet Konseyinden görüş isteyebilme imkânlarına rağmen; istisnai olarak ve hatta neredeyse hiçbir zaman bu yetkilerini kullanmamalarından şikayet edilmekteydi. Hükümete gelince, ister yasa gereğince zorunluluklardan kaynaklanıyor olsun, isterse de özellikle işletmelerin yakınladıştırılması veya bir elde toplanması projelerini onaylamadan önce, Rekabet Konseyinin uzmanlığından yararlanmayı amaçlamasında, bu kuruluşun görüşüne başvurmaktadır. 1993 yılında Rekabet Konseyinin raporunda danışma başvurularında hafif bir artışın (24 başvuru), özellikle de bakanlık başvurularının (12 başvuru) altı çizilmiştir. Ancak raporda görüş taleplerinin yetersizliği bir kez daha vurgulanmıřtır⁵².

Avrupa Birliği çerçevesine ve işletmelerin stratejilerinin uluslararası ekonomik entegrasyona uyumladıştırılması Rekabet Konseyini gitgide ulusal ölçeği aşan verilerin dikkate alınmasına yönelttiği söylenebilir. Bu hususta endüstrilemiş ülkelerin büyük bir çoğunluğunun ajanslara veya aynı zamanda bağımsız otoritelere ve hükümetlere ve ekonomik çevrelere tek bir yönetim altında toplanmayı ve rekabet sorunlarını çözümüleme özenini göstermeyi verdiğine işaret etmek gerekir. Rekabet Konseyi, Avrupa Birliğinin organlarıyla ve özellikle de Komisyon'un nezdinde yer alan hakim durumlar birleşmeler konusunda çalışan Danışma Komitesi (*Comité consultatif en matiére d'ententes et de positions dominantes auprés de la Commission de Bruxelles*) ve Tek Elde Toplanmaları Denetleme Komisyonu (*Commission de controle des concentrations*) ile görüşmelerde bulunmaktadır.

Rekabet Konseyinin 4 üncü Raporuna göre, Konsey kendinden beklenen etkiyi göstermiş ve serbest piyasa ekonomisine doğru bir geçiş arayan ve rekabete dayalı bir ekonominin temellerini atmayı isteyen bir çok Doğu Avrupa ülkesi, Konsey'e danışmıştır. Bu danışmanın konusunu özellikle Rekabet Konseyi ile Ekonomi Bakanı, Konsey'in yönetimi ve yargı yerleri arasındaki ilişki

⁵² GENTOT Michel: age., sh. 112-114.

ATAY

oluşturmaktadır. Bu raporun yazarlarına göre “talepte bulunanlara verilen bu ilişkileri nitelendirmekte olan bağımsızlık ve tamamlayıcılık konuları üzerindeki açıklamalar özellikle talepte bulunanların dikkatini çekmektedir.”⁵³“

Oturum Başkanı (İlmutluhan SELÇUK – Rekabet Kurumu Uzman Yardımcısı) - Ben bu bölümdeki sorulara ilişkin bir kısa açıklama yapmak istiyorum. Soru soracak olan arkadaşlarımızın öncelikle isimlerini söylemeleri kayıtlara geçmesi açısından kolaylık sağlayacaktır ve sorularımızı da fazla uzatmadan ve süremize de sadık kalmak için kısa ve öz sormalarını istiyoruz. Buyurun.

Cenk GÜLERGÜN - Rekabet Uzman Yardımcısı. Teşekkür ediyorum. Sunumunuzda RTÜK, SPK ve Rekabet Kurumunun bağımsız idari otorite sayılması noktasında bazı çekinceleriniz olduğundan söz ettiniz. Yine sunumunuzda bu iki saat süresince, bağımsız idari otorite kavramının Türkiye’deki yansımalarıyla ilgili herhangi bir şey söylemeyeceğinizi, bu konuya değinmeyeceğinizi söylemişsiniz. Ancak yinede ben sizden, Fransız Rekabet

⁵³ 4ème Rapport d’activité du Conseil de la concurrence, sh. VII, nakleden GENTOT Michel: age., sh. 115.

Konseyi ile Rekabet Kurumunu bağımsızlık ve özerklik yönüyle karşılaştırmanızı rica edeceğim.

Yrd. Doç. Dr. E. Ethem ATAY - Şimdi ben bağımsız idari otoritenin kıstaslarını az önce belirtmeye çalıştım. Bu kıstasları uyguladığımız takdirde Türk hukukunda bağımsız idari otorite olarak nitelendirilen kuruluşların bu kıstaslara uymadığını söylüyorum. Çünkü bir defa tüzel kişilikleri var, Fransız hukukunda sadece medyatörde bir tüzel kişilik olayı var; zaten medyatöründe bağımsız idari otorite olup olmadığı da Fransız hukukunda tartışılıyor. Gerçi yasa koyucu açıkça bağımsız idari otorite demiştir. Bu tabiri açıkça kullanmış olmasına rağmen Fransız hukukunda medyatörün bağımsız idari otorite olup olmadığı tartışılıyor. Ama yasa koyucunun bu anlamda belirgin iradesi olduğu için, bağımsız idari otorite, bunda bir tereddüdümüz yok.

Türk hukuku açısından bizim idari teşkilatlanmamızın temelleri anayasada belirtilmiştir. Anayasamıza göre; merkezi idare ve yer bakımından, yerinden yönetimler dediğimiz bir örgütlenme söz konusu, hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşları söz konusu.

Bunun dışında ortaya çıkacak olan bir örgütlenme modeli bu anlamda anayasada belirtilmiş olan, Türkiye'nin idari teşkilatlanmasına ilişkin temel prensiplere aykırı düşecektir. Eğer biz şimdi bağımsız idari otorite kavramını Türk hukukunda da bu anlamda kabul edecek olursak anayasadaki bu ilkeleri nasıl yorumlayacağız. Bu anlamda anayasaya aykırılık sorunuyla karşı karşıya kalırız. Zaten yasa koyucunun SPK olsun, Rekabet Kurulu olsun, RTÜK olsun, diğer kurumlar için yapmış olduğu düzenlemelerde tüzel kişilik olduğu açıkça belirtiliyor. Tüzel kişilik olduğu açıkça belirtildiği için bu anlamda kıstasa bir ölçüde uymuyor.

İkinci olarak oluşumları açısından bir benzerlik, paralellik olduğunu söyleyebiliriz. Peki o zaman bağımsız otorite dediğimiz kuruluşların Türk idare hukukundaki yeri ne olacaktır? Bu sorunun cevabını bende tam manasıyla bulmuş değilim. Bazıları kamu kurumu diyorlar, yani; hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşu, fakat buna katılmak mümkün değil. Çünkü, hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşu dediğimiz zaman vesayet yetkisinin varlığını kabul etmemiz gerekecektir. Vesayet yetkisini kabul ettiğimiz anda da o kuruluşa biz bağımsız idari otorite diyemeyiz. Öyleyse ne diyebiliriz? Belki, atipik bir örgütlenme modeli diyebiliriz, zaman içerisinde bu anlamda anayasada eğer bağımsız idari otorite olarak bu kuruluşların gelişmesi düşünülüyorsa yasa koyucunun bir değişiklik yapması gerektiğine inanıyorum.

Bunun dışında bir çözüm tarzi bulamıyorum. Aşağı yukarı ben iki senedir bu meseleyle uğraşıyorum, işin gerçeğini söylemek gerekirse bunun dışında bir çözüm bulamıyorum.

Ünal BİRTANE - Hukuk Müşavirliği. Paralel olarak ve devamında; o halde bu kurumlar bağımsız idari otorite değilse bu kurumların bağımsız otorite statüsü kazanması gerekir mi? Öncelikle soru bu, sizce kurumsal yapıları gördüğü hizmetler itibariyle bağımsız otorite mi olması gerekir. Yoksa hizmet yerinden yönetimimi olması gerekir? Hangisi sizce bu anlamda daha uygun düşer? Anglosakson hukukundaki uygulamalara bir dönüş mümkün müdür ve bu bir örnek teşkil edebilir mi? Tabii ki biz biliyoruz, psikolojik olarak arka planında var bunda da, Türk hukuk sistemi Kara Avrupa'sı ve Avrupa hukuk sistemine ve özellikle tabii Fransa'ya çok yakın bir sistem, Anglosakson uygulamalar bu anlamda Osmanlıdan bu yana da pek fazla yer etmemiştir. Böyle bir tercih, bir geçiş yapmak mümkün mü ve bunun psikolojik arka planı nedir? Neden, Fransız hukuk sistemi bizi yıllarca bu kadar etkilemiş, bu idari hukuku ve adli hukuk ayrımı, bunun psikolojik faktörleri konusunda da bir şeyler söyler misiniz? Teşekkür ederim.

Yrd. Doç. Dr. E. Ethem ATAY - Teşekkür ederim. Tabii derslerde de hep anlatırken ilk cümlem şudur: Hukuk sosyal olayları bir adım geriden takip eder. Bir sosyal vaka olacak, daha sonra bunun hukuki düzenlemesi gelecek. Şu andaki akım; idarenin yapmış olduğu her türlü faaliyetin iyi bir şekilde hizmetin gereklerine uygunluğunun sağlanması ve bu yapılırken de şeffaf bir idare modeli gerçekleştirmek gerekir. Ben de bu kanaatteyim.

Sorunda zaten burada ortaya çıkıyor. Bizdeki geleneksel devlet anlayışı, idarenin faaliyet alanına etkili olmuştur. Kamu kudretini kullanan her organ kendisinde her şeyi yapabilme yetkisinin olduğunu düşünüyor. Fakat bugünkü anlamdaki ve günümüzdeki ulaşılan nokta; insan hakları çerçevesinde bütün olayları çözümlenmemiz gerekeceğidir. İnsan hakları açısından çözümde de, geleneksel yapı ile bu sorunları halletmenin mümkün olamayacağı noktasına ulaşılmıştır. Artık idarenin yapmış olduğu işlemleri sadece yargı denetimine tabii tutmuş olmak veya idarenin faaliyetlerini klasik yapılanma içerisinde çözümlenmek artık günümüzün ihtiyaçlarına cevap vermiyor. Bunun için bu tür bir organın varlığı gerekiyor, ben bu anlamda bağımsız ve özerk olma özelliğinin Türk hukukunda yer etmesi gerektiğini savunuyorum.

Fakat bu bir temenni. Bir de pozitif hukuk açısından bakmak lâzım, ikisinin bileşkesini iyi almamız lâzım; burada teşkilatlanmadaki anayasal ilkeler

eğer bize bir sorun çıkarıyorsa ve bunu da sürekli tartışmak yerine, olayı temelinden çözmek için bağımsız idari otoritelerin hukuk sistemimizde anayasal nitelikte olması gerekiyor.

Fransa için fazla sorun çıkarmıyor. Her ne kadar biz Fransız idari yapısını almışsak da, anayasamızdaki düzenleme açısından ve siyasal sistem açısından farklıyız. Türkiye’de bir parlamenter sistem var, orada bir yarı başkanlık sistemi var. Bizdeki parlamenter sistem olmanın bir sonucu olarak, yasama organının yetkileri her alanda düzenleme yapması mümkün. Fakat, Fransız hukukunda yasama organının çıkarabileceği kanunlar anayasada açıkça belirtilmiştir. Onun dışında yasama organı düzenleyici işlem yapamıyor, madde anlamında kanun çıkaramıyor. Bu diğer alanlar idarenin tasarruf alanı içerisinde, bizde bunun tam tersi.

Hatta 1961 Anayasasında, idarenin sadece görev olmasına ilişkin tartışmalarda bu noktadan çıkmıştır. Şimdi yetki ve görev haline getirdik. Dolayısıyla, bağımsız idari otorite kavramının Türk hukukunda yer alması gerekir ve bu da sağlanırken kriterlere uymamız gerekir.

Belki tüzel kişiliği tanımak bu kadar fazla ehemmiyetli değil, tüzel kişilikte tanınabilir, ama diğer kıstasların tam manasıyla olması lâzım, bağımsızlığının tam manasıyla sağlanması lâzım. Ama bağımsızlıkta altını çizmek gereken bir nokta; mutlak anlamda bir bağımsızlığı da söyleyemeyiz. Bağımsızlıktan kastımız nedir?

Gelebilecek olan her türlü etkiden uzak kalarak kendi görev alanı içerisinde hiçbir baskı ve etki altında kalmadan karar alabilmesidir. Böyle bir yapıyı getirmek gerekecektir. Özellikle temel hak ve hürriyetler alanında, ikinci olarak bu anlamda mali alanda artık günümüzde tüketicinin haklarının da korunması gerektiği söylenir. Hatta bir hafta önce “Tüketici Haftası” vardı ve biz Avrupa Birliğine girmek yolunda girişimlerimiz var, o hukukla da entegrasyon için artık geleneksel bünye içerisinde ekonomik kararların alındığı, uygulamaya konulduğu, bireyin hak ve hürriyetlerinin bu çerçevede değerlendirildiği bir düzenlemenin artık bize yeterli olacağı kanaatinde değilim. Yani elbise biraz dar gelecek. Bunun için yeni bir elbise modeli ve bu anlamda bağımsız idari otoritelere ilişkin düzenlemelerin yapılması yerinde olur diye düşünüyorum.

Şahin ARDIYOK - Rekabet Uzman Yardımcısı. Bende yine değerli açıklamalarınız için öncelikle teşekkür ederim. Benim sorum; bağımsız idari otoritenin birbiriyle ilişkisi konusunda olacak. Şüphesiz, Fransa’nın Türkiye’ye

ATAY

nazaran bağımsız idareler konusunda çok büyük bir tecrübesi var. Acaba, Fransa'da bağımsız idari otoritelerin yetkilerinin birbirine çakıştığı durumlarda ne gibi çözümler üretilmiştir. Teşekkür ederim.

Yrd. Doç. Dr. E. Ethem ATAY - Enteresan bir soru. Benimde arada sırada kafamı kurcalayan noktalardan birisi, fakat bu sorunun cevabını ben şu şekilde belirlemek mümkün.

Dedik ki; bağımsız idari otoritelerin faaliyet alanının çerçevesi iyi çizilmiştir ve bu çerçevede yasayla belirtilmiştir. Bunun gereğince ya temel hak ve hürriyetlere ilişkin bir alanda faaliyet gösterir, o alanda da yasanın kendisi için öngörmüş olduğu sınır içerisinde, bu sınırın dışına çıktığı zaman zaten yargısal denetimle bunu aşıyoruz.

Peki aynı alanda faaliyet gösteren iki tane bağımsız idari otorite olması halinde ne oluyor. Bu iki otoritenin vermiş olduğu kararlar arasında bir insicam, bir uyum olmadığı takdirde soruna hemen parlamento için içerisine giriyor. Ya o komisyonun veya konseyin niteliğini değiştiriyor, hukuk aleminden tamamen ortadan kaldırıyor veya yetkisini sınırlandırıp birisinin lehine, diğerinin aleyhine bir sınırlandırma getiriyor. Dolayısıyla bu anlamda aynı alanda faaliyet gösteren birden fazla bağımsız idari otoritenin yetkilerinin çatışması söz konusu olmuyor. Yani yasama organı hemen devreye girmiyor; çünkü neden, yasama organının devreye girmesinin bir sebebi de, bu bağımsız idari otoritelerin almış olduğu kararların kamuoyunda tartışılıyor olması ve bu otoritelerin kararlarından ötürü direkt olarak soru mekanizmasıyla, her ne kadar bir organik ilişkisi olmasa bile ekonomiyle ilgili bir karar olduğu zaman ne yapılıyor? Maliye Bakanı ve Ekonomiden Sorumlu Devlet Bakanına diğer milletvekilleri soru soruyorlar. Eğer böyle bir aksaklık çıkıyorsa o zaman ne yapılıyor? Bir yasal değişiklikle bu sorun ortadan kaldırılıyor, sistem bu şekilde işliyor.

Oğuzkan GÜZEL - Rekabet Uzman Yardımcısı. Hocam öncelikle teşekkür ediyoruz. Fransız rekabet kanunu, fiyatların serbestliği ve rekabet hakkında kanun hükmünde kararnameyle, Türk rekabet kanunu karşılaştırdığımızda Rekabet Konseyi kuruluşu Fransa'da düzenleniyor. Fakat, Rekabet Kurumunun kuruluşu, nasıl çalışacağı gibi hükümler açık bırakılmış boş. Daha önceki gelişmede bu metninizde de olan Ekonomi Bakanlığına bağlı Tüketici Haklarını Koruma Genel Müdürlüğünün raportörleri, pratikte de belirli dönemler halinde Rekabet Konseyinde raportör olarak görev yapıyorlar ve bütçe anlamında da bir karşılaştırma yaptığımızda; Fransız Rekabet Konseyi, Ekonomi

Bakanlığının bütçesinden faydalanıyor. Burada bizim ayrı bir fon, ayrı bir idari mali özerklik hükmümüz var.

Bu bakımlardan bağımsızlık anlamında Türk Rekabet Kurulunun daha bağımsız olduğu görülmekle birlikte, Fransız Rekabet Konseyinin kararlarının niteliği anlamında idari kararlar olmasına rağmen Paris İstinat Mahkemesine, yani adli makamlara başvurulması yolunda kanun çıktı. Bu Anayasa Konseyi tarafından iptal edilip tekrar yürürlüğe kondu yeni bir kanun şeklinde, bu düzenlemenin amacı neydi acaba, onu tebliğinizde bulamadık açıklar mısınız?

Yrd. Doç. Dr. E. Ethem ATAY - Rekabete ilişkin kuralların niteliğine bakmak lâzım. Rekabete ilişkin kurallar orijini itibariyle özel hukuktan kaynaklanmış olan kurallarla yönetiliyor. Bizdeki rekabete ilişkin kurallar ticaret kanununda yer almaktaydı, borçlar kanununda da bu hususta birkaç madde var.

Fakat daha sonra gelişim özel hukuktaki bu hükümlerle, özellikle günümüz açısından ekonomik alandaki ilişkileri düzenlemede yeterli olmadığı görülüyor. Devletin bu alana müdahale etmesi zorunluluğu çıkıyor. Bu müdahalenin sonucunda ortaya çıkan durum bir vehçesiyle özel hukuku ilgilendiriyor, bir vehçesiyle de kamu hukukunu ilgilendiriyor. İşte bundan dolayı buna mikst, karma bir hukuk sistemi deniliyor.

Karma hukuk sistemi olması, bu tür düzenlemeler yapılırken de iki husus göz önünde bulunduruluyor. Bir; milli hukukun gelişim seyri, o hukuk sistemi içerisinde rekabete ilişkin kuralların gelişim seyri nasıl olmuştur? Tebliğimde bunu kısaca açıklamaya çalıştım.

İkincisi; bir de uluslararası boyutu var. Uluslararası boyutu da özellikle Fransa açısından Avrupa Birliğinin üyesi olmasından dolayı, Avrupa Birliği bünyesinde ortaya konmuş olan rekabete ilişkin kuralları, kendi hukuk sistemiyle o kuralları uyumlu hale getirmesi gerekir, Avrupa Birliği hukukunun bir sonucu olarak.

Üçüncü olarak; bu hak ve hürriyetler, bu fiili durum bir ölçüde de insan haklarıyla da alâkalı. Ekonomik düzenlemelerin nihai vehçesi bireyin patrimanında olumlu veya olumsuz bir etki gösterebiliyor. İşte bu etkiden dolayı da, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde de olayın bir boyutunu çözümlmek gerekiyor.

İşte, Fransa rekabete ilişkin düzenlemeleri yaparken bu üçlü bir sistemi, kendi sistemiyle uyumlu hale getirmek istemiş. Bizim Rekabet Kurulunun yasal dayanağını oluşturan metne bakınca bu anlamdaki uyum açısından fazla bir sorun söz konusu değil.

Sorunuzun ikinci kısmında finansman boyutu; Rekabet Konseyiyle, Türk Rekabet Kurulunun finansmanı açısından olaya bakacak olursak; bağımsız idari otorite olmanın bir ölçüsü de mali bakımdan kural olarak hiçbir etki altında olmamasıdır. Bunun sağlanmasının yolu da, bir “BİO”ya kuruluş kanununda kendi kaynaklarının tahsis edilmesi yoluyla sağlanmaya çalışılır, kural budur. Fakat her zaman için bu kuralın yeterli olmadığı görülür. Mali anlamlarda belki fazla görülmez, ama mesela idari dokümanlara ulaşma konseyinin, komisyonunun finansman açısından böyle bir sorunu ortaya çıkıyor. Onun içinde ne yapılıyor?

Bütçeye ayrı bir kalemden bu bağımsız idari otoritenin kullanabileceği miktar belirleniyor. İşte bu miktarın belirlenmesinde yasama organının dolaylı da olsa bağımsız idari otorite üzerinde bir etki yapması söz konusu olacaktır. Bu da eğer olumlu bir şekilde bu etki yapılacak olursa bağımsız idari otoritenin faaliyet alanındaki özerkliği niteliği zedelenmez. Fakat bunun her zamanda böyle olması mümkün olmayabilir, bu zaten bir handikap Fransız hukukunda da tartışılan bir konu. Ama buna da çok fazla bağımsız idari otoritelerin yüzde yüz finans açısından özerkliğinin tanınmasına da ben fazla da taraftar değilim.

Çünkü bağımsız idari otorite olacak, her türlü özerkliği vereceğiz, gelen üyelerini azledemeyeceğiz, ama bunların sorumluluğu kime karşı olacak. Hiç kimseye karşı bir sorumluluğu yok. Otoritelerin almış olduğu karardan dolayı en fazla eleştirme durumunda olan hükümet, genel politika uygulamakta olan hükümet ve parlamento olacaktır.

Parlamentonun böyle bir yetkiyi elinde bulundurması her zaman için, bu bağımsız idari otoriteler için mukayeseli hukukta kabul edilmiş bir sistemdir. ABD’de de bu böyledir, İngiltere’de de böyledir, Fransa’da da böyledir ve Türk hukuku açısından da bu yönde düzenlemelerin olması gerekir veya düzenlemenin bu yönde değerlendirilmesi gerekir.

Kural olarak bağımsız idari otoritelerin vermiş olduğu kararların yargısal denetiminin idari yargıda olması gerektiğini söyledik, fakat bu kuralın istisnası olabilir dedik. İstisnası da özellikle, Fransa açısından söylüyorum, Rekabet Konseyinin almış olduğu kararlara karşı dava açma yeri ilk başta Danıştaydı. Fransız Danıştay’ı da bu anlamda kendi kendini yetkili görmüştü, fakat daha sonra birtakım sorunların ortaya çıkmasından dolayı idari yargıya ait olan bir yetkinin,

adli yargıya transfer edilmesine ilişkin bir kanun çıktı. Bu kanunun anayasaya aykırılığı iddiası gündeme geldi, ilkönce Anayasa Konseyine gitti, daha sonra birtakım rötuşlar yapılarak tekrar Anayasa Konseyinin önüne geldi, Anayasa Konseyi şunu söyledi: Tamam bizim idari sistemimiz içerisinde idari nitelikte alınan kararların yargısal denetimini yapma, idari yargıcın yetkisi içerisinde. Ancak bu kuralı çok mutlak uygulamayız. Yargının iyi işlemesi için gerekli hallerde yasama organı sınırları iyi belirlenmiş bir çerçeve içerisinde bu kuraldan sapma yapabilir. Bu bağlamda Rekabet Konseyi kararlarının adli yargıya verilmesi Cumhuriyetin temel niteliklerini oluşturan yargı dualitesi ilkesine aykırı değildir. Çünkü, az öncede belirtmiş olduğum gibi rekabete ilişkin kuralların ortaya çıkmasının temeli özel hukuktur ve şu ana kadar ki uygulamalarda adli yargı çerçevesi içerisinde çözümlenmiştir.

Burada belki şu sorunla karşı karşıya kalınabilir: Bu meyanda verilmiş olan kararlar arasında bir uyum söz konusu değilse, zaten idari yargı sistemini benimsemiş olan hukuk sistemi açısından bir sorun yok. Olay uyuşmazlık mahkemesine gider, bu mahkeme hem yetki açısından sorunu çözer, hem de iki mahkeme arasında kararların birbiriyle uyumsuzluğunu ortadan kaldırır. Dolayısıyla sistem içerisinde bu sorunun çözümlenmesi mümkün olabilecektir.

Mehmet Akif ERSİN – Daire Başkanı. Hocam açıklamalarınızdan dolayı teşekkür ederim. Ben kanunumuzdaki yargısal denetim olarak neden Danıştay seçilmiş konusunda bildiklerimi aktarmak istiyorum.

Kanun'un yazımı sırasında yargısal denetim olarak, Rekabet Kurumunun kararlarına karşı yargısal denetim olarak neresi belirlensin diye komisyon tartıştı, Yargıtay mı olsun, Danıştay mı olsun? Sonuçta şöyle bir karara varıldı; sizin söylediğiniz bütün gerekçelerin dışında, yani Rekabet Kurumunun bir idari kurum olması gerekçesinin dışında, Rekabet Kurulu kararlarının iktisat, hukuk ağırlıklı kararlar olduğu; dolayısıyla iktisadi analizleri önemli ölçüde içeren kararlar olduğu, halbuki adli yargı uygulamasında Yargıtay üyelerinin hepsinin hukukçu kökenli olduğu, halbuki bu Rekabet Kurulu kararlarını değerlendirebilmesi için hukukçu ve iktisatçıların da içinde bulunduğu bir karma denetim biriminin daha uygun olacağı düşünülmüştü. Her ne kadar bizim hukukumuzda bilirkişi sistemi varsa da, onun nasıl işlediğini gayet iyi biliyoruz, o nedenle Danıştay'da içinde hukukçu ve iktisatçıların bulunacağı bir daire düşünülmüştü, hatta bu konuda özel bir daire düşünülmüştü. Fakat, özel bir daire için Danıştay kanununda değişiklik yapılması gerekiyordu. Kanun yargı yeri olarak Danıştay'ı belirledi 4056 sayılı kanunla, ama Danıştay kanununda bir değişiklik yapılmadığı için şu anda maalesef, 10 uncu daire bakıyor sanıyorum, umuyorum ki önümüzdeki

dönemlerde Danıştay'da bir ihtisaslaşma olacaktır. Yani tercih bu nedenle olmuştur.

Yrd. Doç. Dr. E. Ethem ATAY - Müsaade ederseniz ben de buna bir iki cümle ekleyeyim. Maalesef bizim idari yargı sisteminin uygulanmasında hukuk fakültesi mezunları dışındaki fakülte mezunları, programlarında hukuk derslerine yer veren ifadesi var, tabii bu bence idari yargının Türkiye'deki handikaplarından bir tanesini oluşturuyor.

Birinci olarak; eğitimdeki dejenerasyon olayı var, her tarafta mantar gibi fakülte açılıyor, bunlara hukuk fakültesi de dahil olmak üzere, tabii bu yeterli "background"u olmayan, Fransız deyimle bagajı iyi olmayan, donanımı iyi olmayan kişilerinde şu veya bu şekilde sınavı kazanmış olup yargıç kimliğiyle vereceği kararlar bazen, idari yargı açısından söylüyorum, hukuk mantığına uymuyor. Hatta hakkaniyete hiç uymuyor. Dolayısıyla bu anlamda ben çok sıcak bakmıyorum, ikinci olarak zaten bizdeki bir müessese var ve bu müessese çok yanlış uygulanıyor. Az önce sizde söylediniz siz konuşurken aklıma gelen şey, bilirkişi müessesesi. Danıştay'da da bu davalar bakılırken size yüzde yüz garanti veriyorum, gidecek olan bu davalara hiçbir zaman kendileri bakmayacaklardır, bilirkişi tayin edeceklerdir ve bilirkişiden gelen rapor üzerine ve bilirkişi raporu takdiri olmasına rağmen hiçbir şekilde bunu kesin delil olarak görecekler ve mahkeme kararlarını buna göre vereceklerdir. Dolayısıyla böyle bir çıkmaz vardır, bir tercih sorunudur. Adli yargı ve idari yargı olması bence de o kadar önemli değil, ama yapılacak işlemin denetlenmesinin hukuk normlarına, hukuk mantığına, hukuki yorum metotlarına uygun olması esas olması gerekir. Bu yapılabılırsa adli yargı ve idari yargı olması ayrımı bu kadarda bence önemli değil, ama değerlendirmenin hukuki çerçeve içerisinde yapılabilmesi başarılırsa sorun büyük bir ölçüde çözülmüş olur.

Oturum Başkanı - Ben izninizle takdir hakkımı kullanarak bir soru sormak istiyorum. Bağımsız idari otoritelerle ilgili benim şahsi görüşüm; bağımsız idari otorite kavramının bir çerçeve kavram olduğu ve bağımsız idari otorite kavramından anlaşılması gerekenin şekli bazı hususlarla sınırlanmaması gerektiğidir. Bunun bir ucu adli yargı veya idari yargıya tabii olması veyahut da özel hukuk hükümlerine tabii olması veya kamu hukuku hükümlerine tabii olması.

Nitekim, Fransız idari hukukunda Rekabet Konseyinin bağımsız idari otorite olarak kabul ettiğimiz Rekabet Konseyinin kararlarının idari yargıda değil de, adli yargıda incelenmesi bu ayrımın esas etkilemeyecek bir ayrım olduğunu göstermektedir, kanaatimce.

Şimdi ben bu bilgi ışığında bağımsız idari otorite kavramının bir esastan incelemeye ancak ulaşılabilmesi gereken bir kavram olduğunu düşünerek ülkemize yönelik, çay molasında size kısaca bahsettiğim bir soruyu burada herkesin huzurunda sormak istiyorum, ülkemizde belirli konularda, belirli düzenleyici işlemler yapmaya yetkili bazı kurumlar var. Bu kurumlar yasayla kuruluyorlar ve bu kurumları dediğimiz gibi bir çerçeve içinde düzenleyici işlem yapma yetkisi veriliyor. Bunun en başta örneği federasyonlar, özellikle spor konularına ilişkin olarak bu federasyonlar yasayla kurulup kendi görev çerçeveleri içinde düzenleyici işlem yapmaktadırlar ve bu federasyonlarda özel hukuk hükümlerine tabii ve kararları da adli yargıda incelenen kuruluşlar, federasyon örneği hemen aklıma gelen bir örnek olduğu için soruyorum.

Ülkemizde kurulu bu tip kurumları, bağımsız idari otorite kavramı çerçevesinde nasıl değerlendiriyorsunuz? Bu birinci sorum.

İkinci sorum; bağımsız idari otoritenin düzenleyici işlem yapma yetkisi çerçevesinde yaptığı düzenleyici işlemlere aynı konuda görevlendirilmiş başka devlet organının karşı çıkması halinde ortaya çıkacak durumları biraz önce yasama organının yapacağı değişiklikler vesaire ile belirttiniz, ancak bu durumda bir devletin tasarruf yetkisinden, devletin takdir hakkından, kamusal takdir hakkından bahsetmek gerekirse, kamusal takdir acaba bu düzenleyici organın mı, yoksa bu düzenleyici organa karşı çıkan devletin diğer aynı konuda görevli idari mercisinin mi olduğu söylenir? Teşekkür ederim.

Yrd. Doç. Dr. E. Ethem ATAY - Şimdi tabii biz idare hukukunun konusunu belirlerken, idari otorite kavramını hep ön planda tutuyoruz. Diyoruz ki; karar veren, işlemi yapan idari cihazı içerisinde bir yeri olması lâzım. Ama bu kuralı da o kadar mutlak yorumlamamak lâzım; çünkü bazen yasa koyucu şu veya bu sebeple bir kuruluşa özel hukuk hükümlerine tabii olduğu ifadesini getiriyor. Fakat yetkilerine bakıyorsunuz, yüzde yüz idari hukukunun konusuna girecek kamusal yetkiler veriyor. Özel hukukta idarelerin eşitliği ilkesi var.

Mesela dava konusu olan Futbol Federasyonu örneğinde, Futbol Federasyonunun tek taraflı iradesiyle o işlemde etkilenecekler hakkında hüküm ve sonuç doğuran bir işlem tesis etmiş. Bunun adli yargıda çözümlenmesi mümkün değil; çünkü o işlemi tesis ederken de yine idari prosedürü göz önünde bulundurmuş, iş Danıştay'a geldiği zaman Danıştay diyor ki; her ne kadar bu kuruluşun hukuki statüsünü belirten yasada özel hukuk tüzel kişisi olduğu belirtilmiş ise de, bütün özel hukuk tüzel kişilerinin yapmış olduğu işlemler adli

yargıda çözümlenmez. Burada gözönünde tutulması gereken ölçüt işlemin niteliğidir, doğurmuş olduğu hüküm ve sonuçlardır. Eğer işlemin niteliğiyle, doğurduğu hüküm ve sonuçlar idari işlem olarak algılanabiliyorsa, ki olayımızda öyledir, idari yargının görev alanı içerisindedir.

Burada ikinci bir sorunla karşı karşıya kalabiliriz. Eğer yasada hem özel hukuk tüzel kişisi niteliği verilmiş, hem de idari nitelikte işlem yapabileme yetkisine haiz, üçüncü olarak da; adli yargıda çözümleni demişse artık yasa koyucunun bu anlamdaki iradesi karşısında söylenecek bir şey yok, yasa koyucu tercihini bu yönde yapmıştır diyeceğiz. Sorunun birinci kısmına ilişkin vereceğim cevap bu, ikinci kısmını ben biraz kaçırdım tekrar hatırlatırsanız.

Oturum Başkanı - Şimdi, sorunun ilk kısmıyla ilgili olarak yasa koyucunun dediğiniz gibi, en son söylediğiniz gibi özel hukuk hükümlerine tabii, hem de adli yargıda yasal denetimi yapıyor deniliyorsa artık yasa koyucunun takdir hakkına diyecek bir şey yoktur derken, bu tip organın bağımsız idari otorite olduğunun mu, olmadığının mı sonucuna ulaşılmıştır?

Yrd. Doç. Dr. E. Ethem ATAY - O zaman orada genel prensipler çerçevesinde bu bir bağımsız idari otorite midir, değil midir? Genel çerçeve içerisinde bağımsız idari otorite diyorsak o zaman az önce dedik, denetlenmesini yapmada yetkili organ kural olarak idari yargıdır, fakat yasa koyucu buna istisna getirebilir. İstisnanın sınırı da yargılama yetkisinin kullanılmasının iyi işleyebilmesini sağlamak olmalıdır, bunun dışına çıkmışsa yine Anayasa Mahkemesi tarafından düzenleme iptal edilebilir. Bu anlamda fazla bir sorun çıkmaz.

Oturum Başkanı - İkinci sorum; bağımsız idari otoritenin genelde kanunlarla kurulduğu üzerine hem fikiriz ve burada kanunla kurulduğu zaman yasama organının belki de bir takdir hakkının söz konusu olduğu, belirli bir konuda takdir hakkının devrinin söz konusu olduğu düşünülebilir ilk etapta.

İkinci sorum tam nokta olarak şuydu: Yasayla kurulmuş bu bağımsız idari otoritenin kararıyla veya onun iradesiyle, bağımsız idari otoritenin idaresiyle devletin aynı konuda görevli bir organının, bir merciinin iradesinin çatışması halinde devletin iradesi veya kamunun takdir hakkından bahsederken takdir hakkı kime aittir?

Yrd. Doç. Dr. E. Ethem ATAY - Hem bağımsız idari otoritenin görev alanına girecek bir durum söz konusu, hem de klasik devlet örgütlenmesi içinde

bir bakanlığın veya bir kuruluşun faaliyet alanıyla aynı olan olay üzerinde bir çatışma söz konusuysa...

... burada esas rol yasama organına düşmektedir. Öyle sorun çıkarabilecek nitelikte bir düzenleme yapmaması lâzım, bir bağımsız otorite yaratırken o bağımsız otoriteye tanıyacağın yetkilerle geleneksel devlet kurumlarının yetkilerinin çatışması, birbirinin içine girmesi halinde o sınırı iyi belirlemesi lâzım, belirlemediği takdirde bu sorun hep gündemde olacaktır. Bağımsız idari otoritede o meyanda karar verecektir, yapmış olduğu işlem hukuka uygundur; çünkü kendi yetki alanı içerisinde hareket etmiştir. Diğer yandan klasik anlamdaki devletin bünyesi içerisindeki bir bakanlık veya kamu kurumu işlem tesis etmiştir.

Sorun bir başka boyut olarak şu olabilir: Bağımsız idari otorite bu tür bağımsız idari otoritenin kararlarını, yargısal denetimini adli yargıya vermiş olabilirsiniz. Diğer devletin yetkilerini kullanan idare cihazı normal olarak idari yargıda görüldüğü için, idari yargı bu hususta karar vermiş olur. Bu iki karar arasında bir uyumsuzluk söz konusu olabilir. Bu da yine genel prensip içerisinde uyuşmazlık mahkemesi yoluyla çözebiliriz, fakat burada yasa koyucunun iradesini hep ön planda tutmak gerekir ve bağımsız idari otoritelerde kendilerine tanınmış olan yetkilerinin sınırlarını genişletecek şekilde yetki kullanmaması gerekir, o sınırın iyi çizilmesi de yine yasa koyucunun tasarrufunda olması gerekir.

Oturum Başkanı - Teşekkür ederim. Sorusu olan arkadaşımız, bu arada bir noktayı hatırlatmam lâzım, son iki soruyu zaman sınırlamamızdan dolayı alabiliyoruz.

Melih DALBUDAK - Gazi Üniversitesi, Kamu Yönetimi öğrencisi. Hocam sizin derslerinizde bahsettiğiniz gibi idari yargıda açılan davaların çokluğu, yoğunluğu o ülkedeki bireylerin idare karşısındaki haklarını arama bilincini gösterir. Bağımsız idari otoritelerinde oluşum sebebi; bireyin haklarını idare karşısında güvence altına almak, fakat Türkiye’de bunların olması gerektiğini ve yasal düzenlemelerle sınırların iyice belirlenmiş bağımsız idari otoritelerin varlığının gerekliliğinden söz ettiniz. İdari yargının verdiği kararlara, tavrına ve bakış açısına değindiğimiz zaman pek de iç açıcı şeyler göremiyoruz. İdari yargı mercilerinin kararlarına, iptal kararlarına, en son hatta bir örnekte yazılı olarak idari yargının verdiği bir kararı uygulayamayacağını ifade eden bir idare anlayışıyla bağımsız idari otoritelerin beraber yaşaması ve Türkiye’nin

gelecekteki hukuk sistemi açısından doğacak sakıncalar hakkında biraz daha bilgi vermenizi istiyorum. Teşekkür ederim.

Yrd. Doç. Dr. E. Ethem ATAY - Tabii bir sistemi ne kadar mükemmel yaparsanız yapın, o sistemin uygulanması esastır. Zaten bir lafı var; ben bir memlekete gittiğim zaman o memlekette iyi kanunlar olup olmadığına bakmam, kanunların iyi uygulanıp, uygulanmadığına bakarım. Kanun'un kastı burada hukuk, bizim bildiğimiz klasik anlamda hukuk değil ve devam ediyor; iyi kanunlar, kötü uygulamacılar elinde kötü neticeler verir, kötü kanunlarda iyi uygulamacılar elinde iyi neticeler verir.

Sorun ilk önce bütün kurum ve kurallarıyla hukuk devleti ve hukukun üstünlüğünün Türkiye'de tesis edilmesi. Bu bağlamda demokratik olmaya ilişkin özelliklerin bütün kurum ve kurallarıyla yerleştirilmiş olması, idarecilerinde kendilerine tanınmış olan yetkileri kullanmasında sahip oldukları ayrıcalıkların onlara keyfi davranışta bulunma amacıyla değil, kamu yararını ve kamu hizmetini gerçekleştirmek için verildiği şeklinde değerlendirilmesiyle çözülebilir. Bu bağlamda da hukuka saygılı idare, istisnasız bir şekilde yargı yerinin vermiş olduğu kararı uygulamak zorundadır. Uygulamadığı takdirde bizim hukuk sistemimiz içerisinde bunun birtakım hüküm ve sonuçları vardır.

İlk önce kararı uygulamayan kişi hakkında bir soruşturma aşaması olabilir. İkinci olarak kararın uygulanmamasından dolayı bir zarar meydana gelmişse zararın tazmini için tam yargı davası açılır, devleti rücu etmesi lâzım, bu anlamda anayasadaki sıkıntılardan bir tanesi veya hukuk sistemimizdeki sıkıntılardan bir tanesi rücu meselesinde idareye tanınmış olan takdir yetkisidir. Bu takdir yetkisinin sınırların daha belirgin hale getirilmesi gerekir, hatta bu meydana mecliste bir kanun teklifi söz konusu, özellikle bu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin vermiş olduğu kararlardan dolayı, olaylara sebebiyet verenlere karşı doğrudan doğruya rücu etme zorunluluğu getirmiştir. Ağır hizmet kusuru varsa, böyle bir idare anlayışının da yerleşmiş olması gerekir.

Bu söylediğimiz yerleştiği takdirde bağımsız idari otoritelerinde almış olduğu kararların uygulanmasında idarenin fazla sıkıntı çıkaracağına inanmıyorum. Bu çerçeveyi gerçekleştirirsek hem bağımsız idari otoritelerin vereceği özel temel hak ve hürriyetlere ilişkin vereceği kararlar, hem mahkeme kararları, hem de hukuk sistemimizde yer alan diğer yollarla bireyin hak ve hürriyetleri daha iyi ve etkin bir şekilde korunabilecektir.

Oturum Başkanı - Sorusu olan bir başka katılımcımız yoksa ben konferansı burada sona erdirmek istiyorum. Sayın Atay'a değerli konuşması için ve katkıları için çok teşekkür ediyoruz Sayın Hocamıza.

Ben önümüzdeki hafta yapılacak "Perşembe Konferansı"nı tekrar hatırlatmak istiyorum. Önümüzdeki hafta; Teknolojik gelişme ve rekabet, başlıklı Prof. Dr. Erol Taymaz'ın, Ortadoğu Teknik Üniversitesinden konuşmacı olarak katılacağı konferans yapılacaktır. Tekrar hocamıza teşekkür ediyorum.

Yrd. Doç. Dr. E. Ethem ATAY - Bende sizlere sabrımızdan dolayı teşekkür ediyorum.