

AMERİKA'DA İDARE HUKUKU VAR MI ?

Kemal BERKARDA (*)

GİRİŞ

Türkiye'de, genellikle "temelindeki mantık" yerine "fihristteki başlıklar" biçiminde algılanan, dolayısıyla "bize hayli uzak" olduğu sanılan Amerikan (Federal) İdare Hukukunun 20. Yüzyıldaki gelişim seyrini incelemek, Türk İdare Hukukçuları için aslında heyecan verici bir deneyim sayılmalıdır. Kiskanılacak kadar derin bir "Kamu Hukuku teorisi"ne sahip olan "Dünyanın öbür ucu"ndaki Amerikan İdare Hukukunun temel teori-ilke-kavramlarını anlamak, yanlış adıyla "köprü satışı" olarak tarihe geçmiş olan on altı yıllık Anayasa Mahkemesi kararıyla çoktan başka bir "mecra"ya girmiş "milli" İdare Hukukumuzun bugün yaşamakta olduğu ve "kurgu" kısmen değiştirilmedikçe içinden çıkamayacağı "kimlik bunalım"ını aşmakta da yararlı, hatta "yol gösterici" olacaktır.

Amerikan İdare Hukukunu incelemek, en başta, bu bilim dalının belki de bize hiçbir şey öğretemeyeceğini en çok sandığımız "başlıklar"da— "kamu hizmeti" ve "idari işlem teorisi" gibi—Türkiye'de de kullanılabilir zengin malzemeye sahip olduğunu gösterecektir. Nedense "özgürlük hukukçuları"nın pek sevmedikleri "kamu düzeni" kavramının, "bilim-kurgu" yaklaşımını kaldıramayacak kadar "teknik" ve "ciddi" bir konu olduğu da en açık haliyle ortaya çıkacaktır. Böyle bir çaba, "ulus-devlet meselesi" yüzünden temelinde "ulusal-üstü" (supra-national) "söylem"in yer aldığı, ama—"Avrupalılık bilinci" sebebiyle "biraz kendine özgü" olacak olsa da—"iddialı bir federasyon projesi"nden başka bir şey olmayan Avrupa Birliği Hukukunu anlamaya da katkı yapacaktır. Küresel ölçekte İdare Hukukunun en "kritik başlı(ğ)"ı niteliğini artık kazanmış olan "regülasyon" alanında Avrupa'nın, Amerikan İdare Hukukundan "disiplinli" bir biçimde "esinlendiğini" de yadsımamak gerekir. "Türkiye, 'sistem'ini Avrupa Hukuku ile bağdaştırmaya çalışırken, kaynağın 'suret'i kadar 'aslı'na da iltifat etse; acaba böyle bir girişimden kazançlı çıkmaz mı?" sorusu, olumlu ya da olumsuz, bir cevabı hak etmektedir.

*) Araştırma Görevlisi, İ.Ü. Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Ana Bilim Dalı.

Bu çalışmanın yapılmasının, “dönüşüm” halindeki Türk İdare Hukuku için işe yarayabilecek bazı konuları gündeme getirmek çerçevesi içinde üç gerekçesi vardır:

Birincisi; bu çalışma, ileride yapmayı düşündüğüm bazı çalışmalar için “takdim” işlevini üstlenecektir. İleride o yayınları yaparken, her birinde “ortak payda”ya tekrar tekrar dönmek yerine, zaman ve emek kaybını önleyecek biçimde bir “referans”a sahip olmak verimliliği sağlayacaktır. **Aşağıdaki “başlık seçimleri” de bu düşünce ile yapılmış ve Amerikan İdare Hukukunun “karakter” ve “doğrultu”sunu gösteren konular işlenerek temelin atılması amaçlanmıştır.**

İkincisi; A.B.D.’de yaptığım yüksek lisans ve doktora çalışmaları sırasında, İdare Hukukunun “türev”i olan ve İdare Hukukunu bilmeden “teknik” boyutuna girmeye kalkmanın “başlık çevirmenliği”nden başka bir sonuç vermediğini gözlemlediğim “Çevre Hukuku Teorisi”, başta kesinlikle öngörememiş olduğum bir yolun kapısını açtı. Çevre Hukukunun “kalbi-makine dairesi” olan “takdir yetkisi”nin Anayasa koyucu ve Yasama organından başlayarak nasıl kullanıldığını araştırırken, sayısız Anayasa Hukuku ve İdare Hukuku kavramını tekrar ve “sıfırdan” ele almam gerekti. Teşkilat hukukundan kamu hizmetine, kolluktan yargısal denetime, kamu yararından idarenin düzenleme yetkisine kadar her şeyin gözden geçirilmesi gerekti. Çevre Hukuku çalışırken, daha önce inme gereksinimini duymadığım bir “derinli(ğ)”e indim. Çevre Hukukunun “bahane”si olduğu bu birikime, 2000 yılı boyunca kürsü arkadaşlarım Burak Oder ve Taner Ayanoglu ile yaptığımız “karşılaştırmalı hukuk sohbetleri” de eklenince, aşağıdakileri yazma gereksinimi doğdu.

Ayırarak anlatmam gereken üçüncü nokta ise, geçen yıl rastlantı sonucu tanıştığım benimle aynı yaşlardaki bir bürokratin sorduğu bir soru oldu: **“Amerika’da İdare Hukuku var mı?”** Sözünü ettiğim kişi, “İdare Hukuku” dersinin de programında yer aldığı ama hukuk fakültesi olmayan bir yüksek öğrenim kurumundan mezundu. Öğrenciyken, İdare Hukuku dersini veren hocasının Amerika’ya da değindiğini; çeşitli gerekçeleri sıralayıp, “Amerika’da İdare Hukuku olmadığını” söylediğini aktardı. “Gerekçelerinin hiç birini hatırlayamıyorum; hatırlasaydım sizinle tartışabilirdik” diye üzüntüsünü belirtti. Ben de, üzülmemesini, aksine belleğine “müteşekkir” olması gerektiğini söyledim. Böylece, hiç ummadığım bir yer ve ortamda, makalenin başlığı da ortaya çıkmış oldu.

I. AMERİKAN İDARE HUKUKUNUN “ALAN”I

Türkiye’de İdare Hukukunu “var eden” unsurların; Demokratik, Laik ve

Sosyal (bir) Hukuk Devleti; Yürütmenin uzantısı konumundaki ama ondan ayrı bir kimlik kazanmış olan İdare Teşkilatı ve personeli; kamu hizmeti ve kolluk başta olmak üzere “İdare Hukukuna özgü” etkinlik alanları ve “ilke”ler; kamulaştırma ve kendine özgü “hukuki rejim”iyle kamu malları; Medeni Hukuk için “sözleşme teorisi” neyse, onun “muadil”i bir “idari işlem teorisi”; idari işlem, eylem ve idari sözleşmelerden kaynaklanan davaları görmek için kurulmuş İdari Yargı Teşkilatı ve bunun “yargılama usulü” olduğu söylenebilir. Elbette ki Türk İdare Hukukunun uğraş konuları yalnızca bu “başlık”lardan oluşmamaktadır. Örneğin, “kolluk” başlığında “mündemiç” olan “hak ve özgürlükler rejimi” ve onu biçimlendiren “kamu düzeni” gibi alt başlıklar, hiç kuşkusuz İdare Hukukunun alan ve kapsamını hayli genişletmekte ve derinleştirmektedir.

Bu gözle bakarsak;

A.B.D.’de 20. Yüzyılın başlarında yaşanan kamu yönetiminin hızla büyümesi olgusu, İdare Hukukunun kendisine ait bir “alan”a (“the domain of ‘administrative law’”)¹ sahip olmasını gerektirmiştir. Söz konusu dönemde Ceza Hukuku ve Özel Hukukun² dışında kalan konuların, adeta bir “torba” (“grab-bag”)³ işlevini üstlenmiş olan İdare Hukukunun kapsamına girdiği kabul edilmiştir. Zamanla, İdare Hukuku, kamu yönetimi ile ilişkili her konuyu kapsayan bir hukuk dalı haline gelmiş ve “anayasa-altı” (“sub-constitutional”⁴) karakterinden sıyrılarak bağımsız bir kimlik kazanmıştır.

Günümüzde, “standart” bir Amerikan İdare Hukuku dersinin “başlık”ları şunlardır⁵: İdare Hukukuna Giriş; İdarenin Anayasal Çerçevesi; İdare Yetkisinin Kullanımı-Kural Koyma (“Rule Making”) ve Yargısal-Benzeri Usuller (“Adjudication”); İdari İşlem Denetiminin kapsamı; Anayasa Uyarınca (İdare Tarafından) Dinlenme Hakkı (“Opportunity to be Heard”); İdarenin Bilgiyi Elde Etmesi; Açık (Saydam) İdare ve Bilgi (Edinme) Özgürlüğü Kanunu; İdari İşlem (Yapma) Süreçleri (“Processes”)⁶; İdari İşlemin Yargısal Kontrolü; Yargısal Denetim Yetkisini Tanımlayan ve (Yargısal Dene-

1) PETER L. STRAUSS, AN INTRODUCTION TO ADMINISTRATIVE JUSTICE IN THE UNITED STATES, Durham, 1989, s.104.

2) Her ne kadar “Civil Law” kavramının Türkçe’deki karşılığı “Medeni Hukuk”muş gibi görünüyorsa da; Amerikan sisteminde Civil Law, Ceza Hukuku dışında kalan konuların (“... the part of the law concerned with non-criminal matters ...”) (Barron’s Law Dictionary, 3rd. Edition, New York, 1991, s.73) ortak adı olduğundan ve “İdare Hukuku” da kendisine ait “alan”ı sebebiyle “dışarıda kaldığından”, “Özel Hukuk” diye çevirmek uygun olur.

3) STRAUSS, a.g.e., s.104.

4) İbid.

5) GELLHORN & BYSE’S ADMINISTRATIVE LAW—CASES AND COMMENTS (By PETER L. STRAUSS, TODD RAKOFF, ROY A. SCHOTLAND, CYNTHIA R. FARINA), Ninth Edition, New York, 1995.

6) Bkz. aşağıda s. 103-105.

time) Ulaşma (“Access”) Olanığı Tanıyan Doktrinler. Elbette, sözü edilen bu “ana” başlıkların altında; “hukukun egemenliği”nden (“the rule of law”) takdir yetkisine, kuvvetler ayrılığı ilkesinden idarenin ve kamu görevlilerinin mali sorumluluğuna kadar pek çok “tanıdık başlık” yer almaktadır.

İlk bakışta göze çarpmayan “kamu hizmeti”, “kolluk” ve son yılların “flaş” başlığı “regulation”⁷ ise daha dikkatli bakmayı gerektirmektedir. Hem federal hem eyalet kademelerindeki “kamu hizmetleri”; eğitim, düşük gelirlilere ev sağlanması (“public housing”), kanser alanındakiler gibi pahalı bilimsel araştırmaların finansmanı ve yol yapımının belli başlı örneklerini oluşturduğu etkinliklerdir⁸. Su, elektrik, gaz ve telefon hizmetleri ise, “... genellikle özel kuruluşlar (eliyle) yakın regülasyona tâbî ...”⁹ bir biçimde sunulmaktadır. Sayılan bu dört hizmet, hem “yararlı iş”i, hem yararlı işi yapan “kuruluş”u anlatan ve etkinliklerin “kamusal boyut”unu gösteren “public utility”¹⁰ kavramı ile açıklanmaktadır. Tırnak içindeki alıntıda geçen “yakın regülasyon”terimi; İdarenin (“agency”ler¹¹) çıkardığı “genel düzenleyici işlemler” ile “düzenleme” yapması ve bunlara uyulup uyulmadığını “takip” etmesi demektir¹².

Yine, “İdarenin Kural Koyması” bağlamında karşımıza çıkan, “mesleklerin regülasyonu” (“regulation of the professions”); “sağlık ve güvenlik regülasyonu”; işyeri güvenliğinin izlenmesi; “kimyevi bir nesne”nin piyasaya “ilaç” olarak sunulup sunulamayacağına karar verilmesi; temiz hava, su vb. “standart”ların belirlenmesi gibi başka bazı “alt başlıklar”da da¹³, “regülasyon” etkinlikleri anlatılmaktadır.

Ders programının büyük başlıklarında görünmeyen, ama “İdari İşlem (Yapma) Süreçleri”ni düzenleyen “prosedür”de ortaya çıkan “imar” (“land development and zoning”)¹⁴; A.B.D.’nin yüzölçümünün üçte birinden fazlasını oluşturan ve “kamu mülkiyeti”ne (“public ownership”¹⁵) konu federal toprakların korunması ve yönetimine ilişkin yasal düzenleme ve ilkeler; sosyal güvenlik sistemi kapsamındaki yaşlı, yoksul ve bakıma muhtaçların sağlık harcamalarını karşılayan “Medicare/Medicade” programları gibi kısmen “özel sektör” ve Özel Hukuku da işin içine sokan ama “prosedür” yönünden “idari karakter”ini koruyan etkinlikler, “Amerikan İdare Hukuku”nun irili-ufaklı başlıklarını oluşturmaktadır¹⁶.

7) Bkz. aşağıda s.96 vd.

8) STRAUSS, a.g.e., s.123.

9) Ibid., s.107.

10) Altın Sözlük—İngilizce-Türkçe, 3. baskı, İstanbul, 1990, s.844-845.

11) Bkz. aşağıda s.6 vd; özellikle 35. dn. ve beraberindeki metin.

12) Bkz. aşağıda 47. dn. ve beraberindeki metin.

13) STRAUSS, a.g.e., s.108 ve s.112-115.

14) Ibid., s.121.

15) Ibid., s.118-119’daki 32nci dn. ve beraberindeki metin.

16) Ibid., s. 115-118.

Amerikan İdare Hukukunun 20. Yüzyılın başlarında gerçekleştirdiği aşama ve buraya kadar sayılan konuları kapsayan bağımsız bir bilim dalına dönüşmesinin sebebine gelince; A.B.D.'nin "geleneksel" hukuku olan "Common Law"—yani Britanya kaynaklı İçtihat Hukuku-Hakimin Yarattığı Hukuk ("Judge-Made Law")¹⁷ —sistemi, 19. Yüzyılın son çeyreğinde artık "kamusal-toplumsal" boyutlu sorunlarda yetersiz kalmaya başlamıştı. Common Law sistemi her şeyden önce bir "uyuşmazlık çözme" ("dispute resolution") sistemiydi ve işlemesi için "zarar görmüş" ("injured") bir hukuk kişinin mahkemeye başvurmasına gereksinim vardı¹⁸. Yani, birbirleriyle "sorunlu" taraflar, "kişisel" uyuşmazlıklarını çözmek için yargı yoluna başvururlarsa, bazı "içtihadi ilkeler" ortaya çıkıyordu. Dolayısıyla, belirli bir sektörde hizmet-mal sunanlar ile bunlardan yararlananların meşru beklenti ve çıkarları güvence altına alınamıyordu¹⁹. Sektör, **önceden** "oyun kuralları" açıkça "düzenlenmiş" ("regulated") ve kuralları çiğnemenin "yaptırım"ları da saptanmış, "istikrarlı" bir yapıya kavuşamıyordu. Öyleyse, Common Law'un bıraktığı "boşluklar"ı dolduracak bir "şey" bulunmalıydı—hem "örgüt", hem "yetki" anlamında²⁰. Özellikle, eyaletlerarası demiryolu taşımacılığında tarifelerin belirlenmesini tamamen demiryolu şirketlerinin insafına bırakan "sistem" yoğun şikayetlere sebep olmaktaydı ve ülke ekonomisi için zararlı olmaya başlamıştı. Sonuçta, 1887 yılında, ilk "Independent Commission" ("Bağımsız Kurul")²¹ olan "Eyaletlerarası Ticaret Kurulu" (Interstate Commerce Commission) (ICC) kuruldu ve Ameri-

17) Barron's Law Dictionary, s.82 ve s.248.

18) WILLIAM F. FOX JR., UNDERSTANDING ADMINISTRATIVE LAW, Third Edition, New York & San Fransisco, 1997, s.8.

19) Ibid., s.9.

20) Yanlış anlamaya yol açmamak için, "Common Law" sisteminin terkedilmiş olmadığı belirtilmelidir. Kanunla düzenlenmemiş, "kodifikasyon"a tâbî tutulmamış Özel Hukuk veya Kamu Hukuku ilişkilerinden çıkan uyuşmazlıklarda bu sistem "özgün" haliyle uygulanmaya devam etmektedir. Buna karşılık, ister Özel Hukuku ister Kamu Hukukunu ilgilendiriyor olsun, "kanun" ile düzenlenmiş konularda, mahkemeler, belirli bir kanun maddesinden kaynaklanan bir uyuşmazlığı çözümlerken, **o maddenin ve içindeki kavram ya da kavramların önceden nasıl yorumlanmış olduğuna ilişkin** "içtihadı" izlemeye devam etmektedirler. Yani, "ilke"leri bu defa hakim değil kanun koyucu koymuş olsa da, bunların "yorum"unda mevcut içtihat gene izlenmektedir. İster içtihadı ister kanuna dayansın, eğer "yeni" davanın "hukuki unsurlar"ı eskiden görülmüş davalardakinin "aynısı" ise—bizdeki "İçtihadı Birleştirme Kararları"nın anımsatır biçimde—mevcut içtihattan sapılamaz. Eğer görülmekte olan davanın hukuki esas ve unsurlarında **en küçük bir farklılık** varsa, o zaman "yeni" bir içtihadın kapısı açılmaktadır. Georgetown Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin öğretim üyelerinden Prof. Michael Diamond'ın derslerde verdiği örnekten yararlanırsak; "bir mahkeme, mevcut içtihadı gösteren karardaki davacının ceketi 'mavi' renkliydi, buradakinin ise 'kırmızı' diyerek yeni içtihat koyabilir". Basit ve anlaşılır olması için aynı zamanda abartılı da olan bu örnekten çıkan sonuç, mahkemelerin, bazen yüzlerce yıllık da olabilen içtihadı izleme zorunluluğu ile güncel koşullara ve toplumsal değişimlere karşılık verme gereksinimini böyle bağdaştırdıklarıdır. O gereksinimi Yargıdan önce Yasama fark etmiş ve bir kanunla "tesbit" etmiş olsa bile, mahkemelerin izlediği "yöntem kurgusu" değişmemektedir.

21) Bkz. aşağıda s.103.

kan İdare Hukukunun “evrim süreci”nde, bugünün temellerinin atılmaya başlandığı döneme girilmiş oldu.

Bu bağlamda, 1929 yılındaki büyük iktisadi bunalımın üç yıl sonra Başkanlığa taşıdığı **Franklin Delano Roosevelt**’in “**New Deal**” Programı²² büyük önem taşımaktadır. **Roosevelt**’in uyguladığı Program yalnızca **A.B.D**’yi tarihinin en korkunç iktisadi bunalımından çıkarmakla kalmamış; bir taraftan örgütsel büyüklük anlamında Amerikan kamu yönetimini geliştirirken, diğer taraftan İdare Hukukunun işlevlerini nitelik ve nicelik olarak yeni bir bakış açısıyla düzenlemeyi gerektirmiştir. **Roosevelt**’in “liberal”—ki Amerikan siyaset bilim terminolojisinde, Avrupa’daki “sosyal demokrasi”nin karşılığıdır—**New Deal** Programı, özet olarak, “**Amerikan kapitalizminin hukukla terbiye edilmesi projesi**”dir²³; ve 1887’de ICC ile başlamış ama sonradan “yetersiz” kalmış bir girişimin eskisine oranla daha “kapsamlı” ve “örgütlü” olarak geri dönüşüdür. Devletin bir “regülatör” olarak toplum hayatını düzenlemesi, piyasa ekonomisinin güçlü sermayedarlarının diledikleri gibi at koşturmalarının önlenmesi, o dönemin en sıkıntıda kesimlerinin (başta çiftçiler ve çalışanlar) korunması için “radikal” yeni yasal düzenlemeler yapılmıştır. Bu amaçla yeni “agency”ler kurulmuş; çıkarılan kanunlarla Federal İdarenin “genel düzenleyici işlem yapma yetkisi” genişletilmiş; “Yasama yetkisi Yürütmeye-İdareye devrediliyor” eleştirileri altında Amerikan Yüce Mahkemesi (U.S. Supreme Court)²⁴ ile **Roosevelt** karşı karşıya gelmişler; “kaderin cilvesi” ile **Roosevelt**, başka hiçbir Amerikan Başkanına nasip olmamış bir biçimde, dokuz üyeli Yüce Mahkeme’nin toplam sekiz üyeliğine—Anayasa gereği Kongre’nin onayıyla (confirmation)—atama yapma olanağını bulmuştur²⁵.

22) Bkz. aşağıda s.99-100 vd.

23) Tırnak içindeki anlatım biçimi bana aittir. **New Deal** Programı için, daha “kapsamlı” olan ve “ekonomiye müdahale” olgusunun aslında 19. Yüzyılda başlamış olduğu noktası dışında içeriğine tamamen katıldığım bir başka değerlendirme ise şöyledir:

“**New Deal**” ... **Roosevelt** döneminde başlatılan ve yardımcısı, daha sonra Başkan **Harry S. Truman** ... tarafından uygulanan **ekonomi politikasına siyasal bilimlerde verilen isimdir**. Bu dönemde Amerikan toplumunun siyasal, ekonomik ve sosyal yapısı temelinden değişmiştir. Dönem, **Federal** Yasama etkinliğinin **Federe Devletler zararına** gelişmesinin başlangıcı olarak kabul edilir. **Federal** Devletin ekonomi alanındaki müdahaleleri bu dönemde başlamış. Amerikan **sendikal hareketi** gelişmiş ve işçi sendikaları işverenler tarafından tanınmıştır. Birleşik Devletlerde **sosyal güvenlik sisteminin temeli** bu dönemde atılmıştır. **Keynes** kuramının ilk sistematik uygulandığı da bu dönemde olduğu söylenir.” İlhan ÖZAY, “**Komisyonlar Saltanatı**” Ülkesinin “**İdare Hukuku**”, İHİD, Y.4, S.1-3, 1983, s.96’deki 3üncü dn. (Metindeki bazı sözcükler tarafımdan koyu harflerle aktarılmıştır.)

24) Amerikan Federal Yargı Sisteminde; Anayasa Mahkemesi, Danıştay ve Yargıtay diye ayrı “yüksek mahkemeler” yoktur. U.S. Supreme Court, baktığı davanın niteliğine göre bazen Anayasa Mahkemesi, bazen Danıştay, bazen de Yargıtay’dır. O bakımdan Mahkeme’nin adı “Yüksek” (“High”) değil, “Yüce” (“Supreme”)dir.

25) Amerikan tarihine “court-packing” (Prof. Dr. Sait GÜRAN’ın derslerde konuya değinirken yaptığı çeviri ile “mahkemenin bohçalanması”) girişimi olarak geçmiş olan bu

Sonuçta, sık sık anayasa değişikliği yapma gereğini ortadan kaldıran “pragmatik” yaklaşım ile, o tarih itibariyle yüz elli yaşını devirmiş A.B.D. Anayasası “yeni” bir bakış açısıyla yorumlanıp “modern İdari Devlet”e giden kapı ardına kadar açılmıştır²⁶.

II. AMERİKAN FEDERAL “İDARE”Sİ

Amerikan İdare Hukukunda “agency” kavramı, “İdare” anlamına gelmektedir. Federal İdari Yöntem Kanunu’na (Administrative Procedure Act) (APA) göre; Kongre, Federal Mahkemeler, özel yönetimi olan alanlar (“territories or possessions of the United States”), başkent Washington D.C. (District of Columbia) “yönetimi”, askeri mahkeme ve komisyonlar ile savaş zamanında veya işgal edilmiş topraklarda askeri yetkiler kullanan makamlar hariç, “bir başka agency’nin içinde veya denetimi altında olsun”, geriye kalanlar “İdare”dir.²⁷ APA, idari işlemlerin yapılma süreçlerini (processes) ve

olay, herhalde Roosevelt’in siyasi hayatının en büyük “talihsizli(ğ)”idir. New Deal kanunlarını teker teker iptal etmeye başlayan ve Anayasa’nın meşru saymadığı bir “yetki devri”nin (delegation) Yasamadan Yürütmeye-İdareye yapıldığını kabul eden Yüce Mahkeme yargıçları, 1934-1935 yıllarında Roosevelt’in Programını neredeyse durma noktasına getirmişlerdi. Bunun üzerine, Roosevelt, 1937 yılının Şubat ayında, aslında “Şark politikacısı”na yakışacak bir kurnazlıkla, Yüce Mahkeme’nin yaşı yetmiş geçmiş her üyesi için, eğer kendileri emekliye ayrılmazlarsa, bir üye atama yetkisine sahip olmak istedi. O tarihte Yüce Mahkeme’nin yetmiş yaşın üzerinde altı üyesi olduğundan ve bunlar da New Deal “felsefesi”ne hiç sempati duymadıklarından, kanun çıktığı takdirde, altı yeni üyeyle toplam on beş kişilik bir mahkeme kompozisyonuna ulaşılacaktı. (Amerikan Federal Anayasası, Yüce Mahkeme’nin üye sayısını belirtmediğinden konu kanunla düzenlenmektedir. Amerikan federal yargıçları için Anayasa veya kanunla getirilmiş bir “yaş haddi”nin olmadığı da eklenmelidir.) Roosevelt, ilk dönemi olan 1932-1936 yıllarında önemli başarılar elde etmiş ve 1936 seçimini, yalnızca iki eyaleti Cumhuriyetçi rakibine kaptırarak olağanüstü bir zaferle kazanmıştı. Siyasi saygınlığının zirvesindeydi. Kongre’nin iki kanadında da Demokrat Partililer çoğunlukta idi. Bunlara karşın, en sert tepki kendi partisinden geldi ve Şubat-Temmuz 1937’yi kapsayan altı aylık Başkan-Kongre “güreş”inden sonra, “bohçalama projesi” rafa kaldırıldı. Ne ilginçtir ki, 1941’e kadar geçen dört yıldan kısa süre içinde, emeklilik ve “doğal” yoldan tam altı Yüce Mahkeme üyesi boşalmış ve Roosevelt muradına ermiştir. (Roosevelt, 1933-1937 döneminde yaptığı iki atama ile birlikte, 12 yıl süren Başkanlığı boyunca toplam sekiz yargıcı değiştirme olanağını bulmuştur.) Ünlü “bohçalama” girişiminin öyküsünü anlatan çok sayıda yayın vardır; fakat kişisel tercihim, halen Yüce Mahkeme’nin ve Amerika’daki federal yargıçların tamamının “Baş Yargı(c)”ı (Chief Justice) olan, yetmiş yedi yaşındaki Rehnquist’in kitabıdır: WILLIAM H. REHNQUIST, THE SUPREME COURT—HOW IT WAS HOW IT IS, New York, 1987. Bu dipnotunda anlatılanlar, adı geçen kitabın 215-234üncü sayfalarından özetlenmiştir.

- 26) Her konuda olduğu gibi 1929 Bunalımı üzerine de yıllarca okunsa tüketilemeyecek kadar çok yayın vardır. Konuyu iktisadi ve hukuki boyutlarının yanında sosyolojik yönden de başarıyla derleyip toparlamış bir kaynak olarak bkz. ROBERT S. MCELVAINE, THE GREAT DEPRESSION—AMERICA, 1929-1941, New York, 1993. Ayrıca, “New Deal kavgası”nın hukuki ve siyasi analizlerini tam bir yetkinlikle yaparken, Roosevelt’in “psikolojik durum”unu da “veri”lerden biri olarak dikkate alan başka bir çalışma için bkz. KENNETH S. DAVIS, FDR—THE NEW DEAL YEARS 1933-1937 A HISTORY, New York, 1986.
- 27) 5 U.S.C.A. Section 551(1).

bunların yargısal denetimini düzenlediğinden, bizim terminolojimizle “icrai idari işlem” yapan ve bir önceki cümlede sayılanlar dışında kalan her “oluşum” bir “İdare” olarak Kanun’un kapsamına girmektedir. Örneğin, Tarım Bakanlığı (Department of Agriculture) bir “agency” olduğu gibi; bu Bakanlığın bünyesinde kurulmuş olan ve kanun gereği “ulusal ormanların yönetimi” (“the administration of national forests”) ile ilgili “icrai idari işlemler” yapan Orman Dairesi (Forest Service) de APA uyarınca “agency” sayılmaktadır. Bakanlıklar (Departments) ve bunların “birim”lerinin (“Service”, “Office”, “Directorate”) yanı sıra; “Bağımsız İdareler” (“Independent Agencies”) olarak da adlandırılan “Bağımsız Kurullar”ın da (“Independent Commissions”)²⁸ aralarında yer aldığı “İdareler”in tamamı “agency”dir.

APA’daki “tanım” Amerikan İdare Hukukçuları tarafından eleştirilmekte²⁹ ve agency kavramının açıklaması, biri “işlevsel” diğeri “şemadaki konum” olmak üzere iki ölçütle yapılmaktadır. İşlevsel bakımdan “agency”ler, “regulatory” (“düzenleyici”) ve “social welfare” (“sosyal yardım-esenlik”³⁰) örgütleri olarak ikiye ayrılmaktadır³¹. Sanıyorum, “Düzenleyici İdareler” olarak dilimize çevrilebilecek birinci grupta; “... ulaşımdan, gıda ve reçeteli ilaç (satışına) kadar özel (hukuk) ilişkilerin(in) yürütülmesini (“private conducts”) düzenle(yen) ...”³² örgütler yer almaktadır. İkinci gruptakiler ise, toplumsal iyilik-esenlik işlevli “Sosyal Yardım İdareleri”dir ve bunların “hedef kitlesi”, “... devlet yardımının dağıtımını(n) yap(ıldığı) (“(to) dispense government assistance”) ... yaşlılar, sakatlar ve diğerleri ...”dir³³. Örgütlerin “şemadaki duruş”una bakıldığında ise, “Yürütme İdareleri” (“executive branch’ agencies”) ve “Bağımsız İdareler” karşımıza çıkmaktadır³⁴. Hemen vurgulanmalıdır ki, “Bağımsız İdare”lerin (Bİ) ya-

28) Söz konusu terimlerin “eş anlamlı” olduklarına ilişkin açıklama için bkz. STRAUSS, a.g.e., s.91. Ayrıca bkz. WILLIAM BURNHAM, INTRODUCTION TO AMERICAN LEGAL SYSTEM, T. Paul-Minnesota, 1995, s.206-207.

29) “(APA’nın) istisnai genişlikteki tanımı, bize, agency yapı ve örgütlenmesi hakkında aslında hiçbir şey söylememektedir.” FOX JR., a.g.e., s.67. Aynı yönde bkz. GELLHORN & BYSE, a.g.e., s.34-40’taki açıklamalar.

30) Bizde, A.B.D.’nin “Refah Devleti” olduğu söylenmekte, bu bağlamda “welfare” sözcüğü de “refah” olarak çevrilmektedir. A.B.D.’de bir “hukuk kavramı” olarak öngörülen şey “Refah Devleti” olsaydı, herhalde adı “Prosperity” olarak konurdu. Gerçekten de; işsiz, okuldan ayrılmış, evlilik dışı çocuk doğurmuş, ailesini terk etmiş ve “fiili baba” tarafından da terk edilmiş bir genç kızın, Federal Devlet ve/veya Eyalet yardımı alarak kendisinin ve çocuğunun hayatını ancak “idame” ettirmesini sağlayan, onun iyiliğini-esenliğini korumaya çabalayan “social welfare”in “refah”la ilişkisinin ne olduğunu ancak konunun uzmanları açıklayabilirler. Amerikan Hukukunda bir “güvenlik ağı” (“safety net”) olarak algılanan ve “düşeni tutmayı” amaçlayan social welfare sistemini “refah sistemi” diye görmek, “teknik hukuk” yaklaşımındaki “odak kayması”nın mı, yoksa salt Amerika’nın “zihinlerdeki imaj”ının mı sonucudur; bilemiyorum.

31) BURNHAM, a.g.e., s.206.

32) İbid.

33) İbid.

34) İbid.

nında, “Bağımsız Kurul” formatına sahip olmamakla birlikte, “Yürütme içinde” (“within the executive branch”) kurulan bazı İdareler de, “özerk” görev alanları sebebiyle “**Bağımsız Yürütme İdaresi**” diye isimlendirilmektedir³⁵.

Amerikan İdare Hukukunda, BI’ler diye adlandırılan oluşumlara yakından bakınca; bunların ilk örneği olan ICC ile birlikte, Amerikan Federal Teşkilat şemasında köklü bir değişikliğin ortaya çıktığı görülmektedir. ICC kurulana kadar, “şema”da—Yasama-Yürütme-Yargıya ek olarak—dördüncü bir başlık açılmasına gerek görülmemiştir. Fakat, ICC ve onu izleyen BI’lerin zaman içindeki sayısal artışı ve görev alanlarının “**idari kolluk**”tan “**regülasyon**”a “**dönüşmesi**”, 1930’larda, “yürütme organının gözetimine (supervision) resmen (formally) tâbî olmayan”³⁶, üstelik “başsız” olduğu için yetmiş yıldır eleştirilen “dördüncü erk”i (“fourth branch of government”³⁷) yaratmıştır³⁸.

35) APA’yı yorumlayan literatür ve yargı kararları incelenmeden Türkçe’ye çeviri yapılması halinde hataya düşülmemesi neredeyse olanaksızdır. Çünkü, İngilizce’de “agency” olarak adlandırılan belirli bir “oluşumun” “İdare” olmaktan öte, hangi anlama geldiği, ancak “Teşkilat Şeması” ve agency kavramının “alt ayırımları” çalışılarak söylenebilir. Örneğin, yanlış çeviri yüzünden bazılarının “Çevre Koruma Birimi” olduğunu sandıkları, “Environmental Protection ‘Agency’ (EPA) bir “İdare”dir. Burada, karşımızda bir “Bakanlık birimi” yoktur; örgütü, personeli, bütçesi, kanunlarla açıkça belirlenmiş görev alanı, genel düzenleyici ve birel-koşul “icrai idari işlem” yapma yetkisi ile bir “İdare” söz konusudur. Eğer EPA’nın bir “agency” olmakla birlikte “Independent Commission” olmaması, yani “Yürütme içinde” (“within the Executive branch”) Başkana bağlı olarak yapılandırılmış olması akıl karıştırıyorsa; bu tip “agency”lere, **Başkana bağlı oldukları halde yine de belirli bir dereceye kadar “özerk” oldukları ve hiçbir Bakan (Secretary) tarafından da kontrol edilemedikleri için**, “kendi ayakları üzerinde duran İdare” (“free-standing agency”) dendiğini bilmekte yarar vardır. (FOX JR., a.g.e., s.12.) Hatta, yine EPA gibi İdarelere, Bakanlıklardan (Department) farklı olduklarını vurgulamak için, daha “keskin” bir anlatımla, “Bağımsız Yürütme İdaresi” (“Independent Executive Agency”) dendiğini bilmek ufuk açıcı olabilir. (STRAUSS, a.g.e., s.89-90.) Dolayısıyla, zaten işi “regülasyon” ve bunun “taki(b)”ini yapmak olan EPA’nın günümüzdeki “örgüt şeması”nda gerçekleştirilecek basit “rötuş”larla ve “ana yapı”sına hiç dokunmadan bir “Department”’a veya, biraz daha “kökten” değişikliklerle, bir “Independent Commission”’a dönüştürülmesine hukuken hiçbir engel yoktur.

36) BURNHAM, a.g.e., s.206.

37) Her ne kadar “government” sözcüğünün Türkçe’deki tek karşılığının “hükûmet” olduğu düşünülürse de; Amerikan hukuk literatürü ve yargı kararlarında, kavram, kullanıldığı yere göre; “devlet”, “idare” ve hatta “mahkeme” anlamlarına gelebilmektedir. Örneğin, “hükûmetin dördüncü dalı” diye bir oluşum söz konusu olamayacağından, burada kavram “devlet” anlamında kullanılmaktadır.

38) “Başkanın İdari Yönetim Komisyonu”nun (President’s Commission on Administrative Management) 1937 yılında hazırladığı “Rapor”dan: “... (Bİ’ler) sorumsuz İdareler (“irresponsible agencies”) ve eşgüdümsüz yetkilerden oluşmuş gelişigüzel bir koleksiyon (“haphazard collection”) ...” görünümündedir. BURNHAM, a.g.e., s.207. 1971 yılında Başkan Nixon için yine bir “resmi komite” Bİ’leri değerlendirmiş ve 1937’de yapılan tespitlerin geçerliliğini aynen koruduğu görüşüne varmıştır. RICHARD J. PIERCE JR., SIDNEY A. SHAPIRO & PAUL R. VERKUIL, ADMINISTRATIVE LAW AND PROCESS, New York, 1999, s.93’teki 47nci dn. Eldeki en yeni bir kaynak da, Amerikan Bİ’lerinin “eşgüdüm” sorununun 2000’lere girilirken de aynen sürdüğünü

III. “REGULATION” VE “DELEGATION”

Amerikan Federal İdaresinin, “Yürütme erki İdareleri”nden oluşan “dikey-tek hatlı” yapıdan, yukarıda açıklanan “şema”ya gelişi, “**Common Law sisteminin yetersizliği**”³⁹ olgusu; veya, daha “teknik” bir anlatımla “**regülasyon gereksinimi**”dir.

Konunun bu noktada “regülasyon”a nasıl geldiğini görmek için, halen Amerikan Yüce Mahkemesi’nde Yargıç (Associate Justice) olarak görevini sürdüren eski Harvard Üniversitesi öğretim üyesi **Stephen Breyer**’in, 1982’de yayımlanan ve 1994’te altıncı baskıya ulaşan “**Regulation and its Reform**”⁴⁰ adlı eserini incelemek ufuk açıcı olacaktır. Konu üzerine yazılmış en başarılı eserlerden biri olan ve “günümüzde (artık) klasik(leşmiş)”⁴¹ kitabında, Breyer, “regülasyon” gerekçelerini—her birinin umulan yararı sağlayıp sağlamadığını da örnekleri ile tartışarak—altı kategoride toplamıştır:⁴² (i) “tekelcili(ğ)”in (“monopoly power”) önlenmesi veya “doğal tekeller”in (“natural monopoly”) kontrolü; (ii) “rant kontrolü” (“rent control”) ve böylece tüketicinin sırtından “aşırı kâr” (“excess profits”) elde edilmesinin önlenmesi; (iii) bir malın fiyatı “düzenlenmediğinde” (“unregulated”), onu üretmenin topluma gerçek maliyetinin (“true cost to the society”) ne olduğunun bilinemeyeceği olgusunun yol açtığı “israf”ın (“economic waste”) önlenmesi gereksinimi; (iv) tüketicinin, satın almayı düşündüğü bir ürünün piyasada bulunan tüm markaları (“competitive products”) hakkında bilgilenme olanağına sahip olması ve “önündeki satın alma seçenekleri”ni (“buying choices they confront”) eksiksiz kavrayabilmesi; (v) “aşırı rekabet”in (“excessive competition”) dayatacağı “kâr edilmesi olanaksız fiyatlar” (“prices ... at unprofitably low levels”) piyasadan “küçükler”i silince, tüketicilerin, geriye kalacak “büyükler”den “yüksek maliyet” ile (“too costly”) ürün almak zorunda kalmalarını önlemek; (vi) “diğerleri”; örneğin, “‘kamu yararı’ hedefleri”ne (“‘public interest’ objectives”) dayanarak, niteliği gereği “kıt olan” (“scarcity”) kaynakların—1970’lerde ortaya çıkan OPEC krizinde ulusal petrol piyasasına müdahale edilmesinden, frekans tahsisini de gündeme getiren televizyon istasyonu açmanın ruhsata bağlanmasına kadar—akılcı biçimde kullanılması.

göstermektedir. American Bar Association Section of Administrative Law and Regulatory Policy, **Twenty-First Century Governance: Improving the Federal Administrative Process, A Report for the President-Elect of the United States**, 52 Admin. L. Rev. 4, s.1099-1110, Fall 2000.

39) Bkz. yukarıda s.91-92.

40) STEPHEN BREYER, **REGULATION AND ITS REFORM**, 6th printing, Cambridge, 1994.

41) FOX JR., a.g.e., s.14. Strauss da, 1989 itibariyle, Breyer’in eserinin federal düzeyde yapılmakta olan “regülasyon reformu” çalışmalarında “etkili olduğunu” söylemektedir. STRAUSS, a.g.e., s.106’daki 6ncı dn.

42) BREYER, a.g.e., s.15-35’ten özetlenmiştir.

Aktarılan gerekçelerin hepsindeki “iktisadi hareket noktası” dikkati çekmektedir. Bununla birlikte, “iktisat” kaynaklı regülasyon zaman içinde yeni nitelik ve işlevler kazanarak; çevrenin korunması, tüketicinin cebinin yanında sağlığının da korunması, işyerlerinde çalışanların iş kazalarına ve diğer sağlık risklerine karşı korunması, yine çalışanların çalışma koşullarının belirlenmesi ve işverenlerin bunlara uymalarının sağlanması gibi yeni “kamu yararı” alanları ortaya çıkarmıştır. Örneğin, “israfı önleme” gerekçesi önceleri “iktisadi verimlilik” eksenliken; giderek, ülkenin asıl “zenginli(ğ)”ini (“wealth”) oluşturan “çevre”nin korunması mekanizmalarının en önemlilerinden biri haline gelmiştir⁴³. Böylece, “çevre regülasyonu”nun (“environmental regulation”) başlı başına bir regülasyon “alan”ı olması gerektiği tezini destekleyen “sağlık ve güvenlik” gerekçesinin yanında, bir gerekçe daha ortaya çıkmış olmaktadır.

Buraya kadar yapılan açıklamalar, “regülasyon” sözcüğünün “işlev” anlamını öne çıkarmaktadır. Bununla birlikte, sözcük, özellikle “çoğul” hali ile söylendiğinde, düzenleme yapmak amacıyla çıkarılan “düzenleyici işlemler”i de anlatmaktadır. Örneğin, “environmental regulation” terimi çevre alanındaki “idari faaliyet-etkinli(ğ)”i belirtirken; “environmental regulations”, çevrenin korunması için çıkarılan “genel düzenleyici işlemler”in hepsini içine almaktadır. Başka bir anlatımla, ister Kongre kanun çıkararak bazı ilkeleri belirlemiş olsun, ister İdarenin kanunlara dayanarak yaptığı yönetmelik ve benzeri işlemler söz konusu olsun, bunlar “düzenleme işlev”li “işlem”lerdir⁴⁴. Elbette, bir tek genel düzenleyici işlem için de, tekil halinde, “regulation” sözcüğü kullanılabilir.

43) Bkz. Robert REPETTO. *Wasting Assets: The Need For National Resource Accounting*, Technology Review (January 1990) in AN ENVIRONMENTAL LAW ANTHOLOGY (eds. ROBERT L. FISCHMAN, MAXINE I. LIPELES & MARK S. SQUILLACE), Cincinnati-Ohio, 1996, s.204-211. Yazar, doğal kaynakların “bedava” olduğu (“free gift”) bir iktisadi sistemde “kârlı” görünen bir ticari etkinliğin, aslında kaynağın gerçek “toplumsal maliyet”ini (“social cost”) yansıtmayacağı; “ulusal kaynak muhasebesi”ni yapmayan bir toplumun, bilançolarda zenginleşiyor görünürken, uzun vadedeki doğal kaynak kaybı ile gerçekte giderek fakirleşeceği ve bütün o “zenginli(ğ)”i silip süpürecek iktisadi-çevresel felaketlere açık hale geleceği tezini işlemektedir.

44) Türk İdare Hukukunda da kavramın “işlev” ve “işlem”den oluşan iki boyutunun bulunduğu; en geniş anlamı ile “düzenleme”nin hem Yasama hem Yürütme-İdare organ ve makamlarının kullandıkları “yetki” ve yaptıkları “düzenleyici işlemler” demek olduğu bilinmektedir. Rahmetli Hocamız Prof. Dr. Duran, “idarenin düzenleme yetkisi”ni açıklarken bu iki boyutluluğa dikkat çekmiştir:

“... ‘(D)üzenleme’ terimi, kimilerince ve kimi yerde, ‘hüküm’, ‘kural’, ‘kaide’ anlamında kullanıldığı gibi; ‘yasama’, ‘tanzim’, ‘tertip’ etme işlem ve eylemlerini de ifade etmektedir. Burada, yasama işlemleri, yani kanunlarla ‘düzenleme’ değil, yürütme ve idare organ veya makamlarınca, çeşitli başlıklar altında yapılan ‘tanzim etme’ söz konusu olup; bunlar genel, nesnel, birel olmayan, tükenmez kural-işlemler niteliğinde idari tasarruflar halinde ortaya çıkmaktadır. Bu tür hukukî işlemleri yapma veya gerçekleştirme gücüne ya da ‘yetke’sine (pouvoir) de, ‘düzenleme yetkisi’ demek uygun olur sanırım.” Lûtfi DURAN, *Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir mi?*, İHİD, Y.4, S.1-3, 1983, s.34. (Alıntıda tırnak içinde ve eğik karakterle yazılı olan sözcükler özgün metinde yer aldıkları biçimdedir.)

Regülasyon “alan”ının içine girildiğinde, bizim terminolojimizle, “kamu hizmeti” veya “edim” sunmak diye nitelenebilecek bir etkinlik görülmemektedir. Öyleyse, yine “biz”e göre, regülasyon “idari kolluk” mu demektir? Bir sektör veya piyasa yalnızca “denetleniyor”sa (“polic [ing]”) ve yasal düzenlemeler “... şirketlere, belirli biçimlerde hareket etmeyi olumlu olarak emretmek yerine (‘affirmatively order[ing]’)... ne yapmamaları gerektiğini söyl(üyorsa) (‘prohibiting’) ...”, buradaki idari etkinlik “klasik regülasyon”un dışında kalmaktadır⁴⁵. Amerikan İdare Hukukunda regülasyon, “kolluk çıkışlı” ama ondan ibaret olmayan, daha geniş kapsamlı bir “idari etkinlik”tir. Bu etkinlik, İdarenin, önce “düzenleyici işlemler” yapmasını—yani “nasıl hareket edileceğini göstermesi”ni—sonra, bu düzenlemelere hem uyanlar hem uymayanlar için ruhsat verme (“licence”), yaptırım uygulama (“sanction”) gibi “birel işlemler” yapmasını gerektirmektedir. Örneğin, bizdeki Sermaye Piyasası Kurulu’nun karşılığı olan “Securities and Exchange Commission”ın (SEC) yaptığı “regülasyonlar”a bakıldığında; bunların, “piyasanın oyun kuralları”nı koyan düzenleyici işlemler olmaktan başka, kuralların ihlali halinde uygulanacak “yaptırım”ları da içerdikleri görülmektedir. SEC’in “asli görev”i, sermaye piyasasını “düzenlemek”, yani öncelikle piyasanın “çalışma ilkeleri”ni belirlemektir. Belirlenen ilkelerin korunması için piyasaya “giriş-çıkış”ların “izin”e bağlanması, bazı piyasa işlemleri için önceden SEC’den “onay” alınması ve kurallara uymayanlara “yaptırım” uygulanması biçimindeki “saf-katıksız” idari kolluk yetkileri ise asli görevin “tamamlayıcısı” (araç) olarak devreye girmektedir⁴⁶.

Regülasyon kavramının açıklanan “karakter”i, “regülasyon görevi”nin yerine getirilmesi için Yasama organının (Kongre) yasa çıkarmasının—zorunlu olmakla birlikte—niçin yeterli olamayacağını ve İdarenin “düzenleme alanı”nın niçin “genişlemesi” gerektiğini göstermektedir: (i) “Uzmanlık”.⁴⁷ Yapılacak düzenlemeler için “uzmanlı(ğ)”a (“expertise”) gereksinim vardır. Yasama organının her konuda uzmanlığa sahip olması beklenemez. Ayrıca, ileride gerçekleşebilecek olasılıkların tamamı da yasa çıkarırken

45) BREYER, a.g.e., s. 156-157.

46) Halen yürürlükte olan 1934 tarihli “Securities Exchange Act”e göre, SEC; “... sermaye piyasası muamelelerini düzenlemek ve kontrol etmek..” (“... to provide for regulation and control of such transactions ...”); “... bu tip düzenleme ve denetimi makul ölçülerde tam ve etkili yapmak için yükümlülükler getirmek ...” (“... to impose requirements necessary to make such regulation and control reasonably complete and effective ...”); ve “düzenleme”yi “yasaklama”nin ötesine götüren, “... ulusal sermaye piyasası sisteminin mekanizmalarını mükemmelleştirmek ...” ..” (“...to perfect the mechanisms of a national market system for securities...”) üzere kurulmuştur. (“Sec.2-Necessity for Regulation as Provided in This Title”).

47) Bkz. GELLHORN & BYSE, a.g.e., s.273-274, 309-311, 585-590, 597, 620-626, 1018. (Tırnak içindeki terimlerin tamamı atıf yapılan metinden aktarmalar olmayıp, bir kısmi kişisel yorumlarımı göstermektedir.)

öngörülemez. Zaten, sonuçta, yasa metinleri “uzmanlar”a hazırlatılıp Kongre’den geçirilecekse; o zaman, konunun esaslarını kavramış bir kanun koyucu, “ayrıntı”ya girmeden “genel ilkeler”i belirlemeli ve bıraktığı “takdir alanı” içinde “İdare” düzenlemeleri yapmalıdır. (Doğal olarak, İdarenin görevlilerinin seçiminde de aynı “uzmanlık” ölçütü dikkate alınacaktır.) (ii) “*Siyasi etkilerden uzak kalma*”.⁴⁸ Regülasyonun kapsamına giren etkinlik alanlarında büyük özel-iktisadi çıkarlar söz konusudur. Regülasyon eşitsizliğe-kayırmacılığa yol açmamalı, siyasilerin özel girişimcileri “ödüllendirmek” veya “cezalandırmak” amacıyla kullanabildikleri bir araca dönüşmemelidir. Kaldı ki, burada, “asıl hedef kitle”; yerine göre tüketici, yerine göre çalışanlar, bazen de—birbirlerine karşı korunmaları anlamında—sektördeki girişimcilerdir. O zaman, “teknik-bürokratik” nitelikli idari oluşumları görevlendirmek, siyasetin de “işine gelecek”tir. Üstelik, böylesine kritik düzenlemeler, siyasi çekişmeler yüzünden yapılamayabilir de. Yani, Kongre üyeleri, “cesaret” gerektiren, “siyasi maliyet”i olabilecek düzenlemeleri, “kamu yararı”na hizmet edeceğini bilseler de yapmaktan kaçınabilirler. Oysa, “İdare”nin “güvenceli” görevlileri, “seçim kaybetme” endişesini taşımaksızın işlerini yapabilirler. (Bürokratların “güvenceli” olmaları, Başkanın, BK’ların üyelerini tek başına değil de, Kongre’nin onayını alarak atayabilmesinin ve “sebepsiz yere” [“without cause”] görevden alamamasının teorik temelidir.)

Regülasyonun, Amerikan Hukukunda, “kolluk-denetim”i aşan “geniş düzenleme yapma yetkisi” etkinliği kimliğini kazanarak kendisine “yer açması” kolay olmamıştır. Bunun için, Yüce Mahkeme’nin Federal Anayasa yürürlüğe girdiği gün düşünülememiş gereksinimler için Anayasa değişikliği yapmadan “yorum değişikliği” yapmak, hazırlanırken Sistemi’nin başta öngörmediği bir “geniş düzenleme yapma yetkisi”ne nasıl dönüştüğü sorularına; yani “delegation”a (yetki devri) gelmektedir.

Roosevelt, New Deal Programını yürürlüğe koymadan önce Amerikan Hukukunda ciddi bir “delegation” tartışması yaşanmamıştı. Federal İdare-den “sosyal içerikli” politikalar ve “piyasayı düzenleyici” uygulamalar beklemeyen ve talep etmeyen, “Common Law yağı ile kavrulan” Amerikan toplumuna koşut olarak⁴⁹, Yüce Mahkeme ve diğer federal mahkemeler çet-

48) Ibid., s.219, 223, 1075, 1092. (Tırnak içindeki terimlerin tamamı atıf yapılan metinden aktarmalar olmayıp, bir kısmı kişisel yorumları göstermektedir.)

49) 1930’ların Avrupa’sında, “sosyal güvenlik” zaten bilinen bir düşünceydi. Zorunlu sosyal güvenlik öngören kanunlar Almanya’da 1880’lerde, Britanya’da 1900’lerin başında çıkarılmıştı. Buna karşılık, o yıllardaki Amerikan toplumuna: “kendine yetme” (“self-reliance”), sorunlarını “kendi başına çözme” (“self-help”) ve “sınırlı ölçüde özel yardım(a bel bağlama)” (“private charity, within limits”) gibi “ahlaki örfler” (“moral goods”) egemendi. Bu anlayışa göre, toplumsal bir güvenlik sistemi, birey’in “inisiyatif kullanma (özelliğini) ... yok edecek” (“sapped ... initiative”) ve “ahlaki örgü”yü (“moral

refil “delegation sorunları” ile uğraşmak zorunda kalmamışlardı. Roosevelt’den önceki elli yıllık dönemde, esas olarak, “... asgari devlet zabıtası (nın) (“minor government policing”), piyasanın, kolayca (“smoothly”) işle-
mesini güvence altına alacağı ...”⁵⁰ düşünülmekteydi. Uyuşmazlıkları çö-
zecek mahkemeler de zaten vardı. Böyle bir “asgari kolluk” yaklaşımı ile
çıkarılan, “yasakname”ler ve “tarife”lerden ibaret genel düzenleyici işle-
mler de, “**Yoksa Federal İdare kanun yapar hale mi geldi?**” gibi soruları
akla getirmiyordu. Roosevelt, New Deal kanunları ile piyasa ekonomisinin
“... kökü derinlerde olan yapısal eksiklikleri-zaaflarına (“structural shortco-
mings”) karşı kalıcı bariyer(ler) (“permanent bulwark”) ...”⁵¹ kurmak ve
bunu Yürütme-İdarenin yapacağı düzenlemeler ile başarmak isteyince,
“Pandora’nın kutusu”nu açmış oldu.

Roosevelt, Kongre’den “Ulusal Sınai İyileştirme Kanunu”nu (“National
Industrial Recovery Act”) (NIRA) Haziran 1933’te geçirmişti. O tarihe kadar
Başkanlıkta geçirdiği altı ay boyunca, Roosevelt, federal bütçeyi denkleş-
tirmek ve federal kamu harcamalarını kısmak için başarılı adımlar atmış;
bankacılık sistemi ve sermaye piyasası alanında bazı düzenlemeler yap-
mıştı⁵². Fakat, bunların hiç biri “geleneksel sistem”i zorlayan uygulamalar
değildi. NIRA ile—bir “Yürütme İdaresi” olarak Başkana bağlı biçimde—
kurulan “Ulusal İyileştirme İdaresi”ne (“National Recovery Administrati-
on”) (NRA) ise, o güne kadar örneği görülmemiş genişlikte “düzenleme”
yapma yetkisi tanınmıştı. Bu kanun, “ölümüne rekabet”i (“cutthroat com-
petition”⁵³) önlemek için işçilere “makul çalışma süreleri” getirilmesi ve
geçinmelerini sağlayacak asgari ücretin ödenmesini güvence altına almaktan,
enerji piyasası ile ilgili düzenlemelere kadar, NRA’ya ve onun “onay mercii”
sıfatıyla Başkana “kurallar” koyma yetkisini tanımıştı. Üstelik, yapılacak
bazı “düzenleyici işlemler”in oluşumuna **doğrudan** ilgili sektör temsilcileri
de katılabilecek, örneğin bir sektördeki çalışma sürelerini NRA ile birlikte
belirleyip “onay” için Başkana sunabileceklerdi.

Yüce Mahkeme’den Roosevelt’e ilk ve “siyaseten öldürücü” olabilecek
darbe, 1935 yılında geldi. Öteden beri, A.B.D.’de, “petrol üretim kotala-
rı”nın (oil production levels) belirlenmesi eyaletlerin gaz ve petrol komis-
yonlarının yetki alanı içinde kabul edilmekteydi. Buna karşılık her eyaletin,

fiber”) bozacaktı. 1929 Büyük İktisadi Bunalımı bu anlayışı değiştirmiş; 1933’te Ro-
osevelt’in Başkanlığı üstlenmesiyle, işçi örgütlerinin öncülüğünde, Amerikan toplumu,
“sosyal kanunlar” (“social legislation”) talep etmeye başlamıştır. DAVIS, a.g.e., s.437-
438.

50) Robert L. RABIN, **Federal Regulation in Historical Perspective**, 38 Stan. L. Rev. 1189
(1986) in GELLHORN & BYSE, a.g.e., s.15.

51) Ibid.

52) REHNQUIST, a.g.e., s.215.

53) Ibid.

öncelikle yerel istek ve tercihler doğrultusunda ve ülkenin genelini düşünmeden belirlediği üretim kotaları, bir “federal enerji politikası”nın oluşturulmasını olanaksız hale getiriyordu⁵⁴. Roosevelt, eyalet komisyonlarına **doğrudan** müdahale edip tepki çekmek ve “federalizm” üzerine bir tartışma başlatmak istemedi. Onun yerine, Federal Anayasa’nın Kongre’ye verdiği “eyaletlerarası ticareti düzenlemek” (“regulat[ing] interstate commerce”) yetkisinden hareketle, NIRA’ya, eyaletlerin **birbirlerine nakledebilecekleri** petrol miktarını NRA aracılığıyla Başkanın belirlemesini kurala bağlayan bir madde koydurdu. Eyalet komisyonlarının kota belirlerken hesaba katmak zorunda kalacakları bu “federal müdahale”, ulusal pazardaki petrol fiyatlarının da Washington tarafından “yönlendirilmesi”ne izin verecekti. Sonuçta, **dolaylı** olarak Federal Devlet, petrol üretim miktarını belirliyor hale gelecekti. Fakat, kanun maddesi “ustaca” yazılmıştı: Her petrol üreticisi eyalet için “**uygulanabilir** üretim düzeyin[in ne olabileceğine] karar vermek” (“to **determine applicable** state production level”) koşuluyla yetki kullanılacaktı. Yani, NRA, Başkana önereceği miktarı belirlerken, petrol üreten eyaletlerin yetkili makamlarının koydukları kotalara “bakmış” olacaktı. Ama, “pratikte”, eyalet makamları “NRA’ya bakar” hale geleceklerdi. NRA’nın kullanacağı “takdir yetkisi” (“discretion”) için “yasal ölçüt” de böylece getirilmiş oluyordu.

Yüce Mahkeme, NRA’nın içerdiği “ölçüt”ü, bir “ölçüt” olarak kabul etmedi ve Başkana tanınan yetkinin tamamıyla “sınırsız” ve “koşulsuz” olduğuna karar verdi. Sonuçta, NIRA’nın ilgili kısmı, Federal Anayasa’ya aykırı görülerek iptal edildi⁵⁵. Oysa, o güne kadar Yüce Mahkeme’nin “delegation doktrin”i şu olmuştu: Yürütme-İdareye “düzenleme” yapma yetkisini belirli bir dereceye kadar tanımak Kamu Yönetiminin işleyebilmesi için zorunludur (“some delegation was a compelling necessity”) ve ne kadar “muğlak” (“ambiguous”) olursa olsun, kanunlarda, “takdir yetkisi” (“discretion”) için “ölçütler” (“standards”) gösterilmiş olup olmadığına bakılmalıdır⁵⁶.

Yine 1935’te, Yüce Mahkeme, New York’taki bir tavuk toptancısına asgari ücret ve azami çalışma sürelerine ilişkin NRA düzenlemelerine uymadığı gerekçesi ile yaptırımlar uygulanması üzerine açılmış ve son merci olarak önüne getirilmiş bir davada, NIRA’nın başka bir bölümünü Federal Anayasa’ya aykırı buldu. Dayandığı gerekçeler, özetle, Başkana ve NRA’ya “sınırsız takdir yetkisi” tanındığı; İdarenin “kanun yapar hale getirildiği”;

54) NIRA’ya petrol üretim kotaları için hüküm konmasının “perde arkası”ndaki sebeplerinin ayrıntılı açıklaması için bkz. FOX JR., a.g.e., s.34-36.

55) Panama Refining Co. v. Ryan, 293 U.S. 388 (1935).

56) FOX JR., s.32-33 ve s.39.

“tamamen yerel” ölçekte çalışan davacı gibi kişilerin “federal düzenleme”nin içine sokulduğu idi⁵⁷.

Değınilen iki Yüce Mahkeme kararında da, Federal Anayasa’ya aykırı bulunan husus, Kongre’nin bu alanlara ilişkin “düzenleme”ler yapması değildi. Yüce Mahkeme’nin “endişe”si, Yasama organının, Yürütme-İdareye tanıdığı “düzenleme alanı”nın genişliği ve bunun “ölçüt”lerinin “belirsizliği” idi. Bir önceki paragrafta değınilen ve literatüre “hasta tavuk davası”⁵⁸ (“sick chicken case”) diye geçmiş olan kararda, “tamamen yerel” ölçekte çalışanlar için federal düzenlemeler yapılmasının Federal Anayasa’ya aykırılığı noktası Kongre’yi de içine almaktaysa da; her iki karardaki diğer iptal gerekçelerinin hepsinin Yürütme-İdareye yönelik olduğuna dikkat edilmelidir. Böylece, Yüce Mahkeme, Kongre’den farklı olarak, özellikle “eyaletlerarası ticaret”e ilişkin düzenlemelerin **ayrıntılı** bir biçimde **Federal** Yürütme-İdare tarafından yapılmasının yolunu kapatmak istemişti. Bu noktada, Yüce Mahkeme’nin “teknik hukuk”dan çok “öznel-kişisel”, hatta “politik” yaklaşımla hareket ettiği söylenmektedir.⁵⁹ Söz konusu kararlarda, Mahkeme, “delegation doktrini”ni, daha öncekilerde görülmemiş kadar sınırlayıcı ve katı bir biçimde yorumlamıştı. Bu iki kararın ülke, Kongre ve Roosevelt üzerinde etkisi büyük olmuştur. Roosevelt’in, 1936 seçim zaferinin “rüzgar”ına güvenerek 1937’de giriştiği “bohçalama operasyonu” da başarısızlığa uğrayınca⁶⁰, New Deal’in sonuna gelindiği düşüncesi akıllarda yer etmeye başlamıştı.

Oysa, gelişmeler tam aksi yönde olmuştur. Yüce Mahkeme’deki bazı üyeliklerin boşalması ve Mahkeme’nin, ülkede kendi aleyhine değişmeye başlayan “hava”nın farkına varması⁶¹, “eski delegasyon doktrini”nin “diriltilmesi”ni sağlamıştır. Kongre’nin, 1937’den itibaren çıkardığı kanunlarda “ölçüt” belirleme konusunda “daha titiz davranmaya başlaması” da (“... more care in drafting legislation ...”⁶²), hiç kuşkusuz Yüce Mahkeme’nin işini kolaylaştırmıştır. Nitekim, 1940’lara girilirken, Yüce Mahkeme’nin iptal ettiği düzenlemeler, hemen hemen aynı içerikle tekrar Kongre’den geçirilmiş ve bir daha iptal edilmemiştir.

57) Schechter Poultry Co. v. United States, 295 U.S. 495 (1935).

58) FOX JR., a.g.e., s.37.

59) Amerikan hukuk literatüründe, Yüce Mahkeme yargıçlarının çoğunun Roosevelt’i ve programını “hiç sevmedikleri”, New Deal kanunlarını düpedüz “politik” gerekçelerle iptal ettikleri açıkça söylenmektedir. FOX JR., a.g.e., s.33-34. Bizzat Baş Yargıç Rehnquist de, 1935’teki yargıçların hangilerinin New Deal’e “karşı” olduklarını, hangilerinin daha sonra görüş değiştirdiklerini veya emeklilik yolunu seçtiklerini ayrıntılı biçimde anlatmıştır. REHNQUIST, a.g.e., s.216-218 ve s.242-248.

60) Bkz. yukarıdaki 25inci dn. ve beraberindeki metin.

61) FOX JR., a.g.e., s.36-37.

62) Ibid.

Yüce Mahkeme'nin aktarılan kararları ve onlar kadar "kritik" olmadıkları için ayrıntılarına girilmeyen aynı döneme ait başka bazı kararları⁶³, yalnızca "Yürütme"nin ("Başkan") yetkilerinden söz ediyormuş gibi görünüyor da; buradaki "kritik soru", öncelikle "Yürütme erkinin İdareleri"nin, sonra da özellikle BK'ların—yani, toplam olarak "Amerikan Federal İdaresi"nin— "düzenleme yetkisi"nin "sınır"larının ne olacağıdır. Yüce Mahkeme'nin başlangıçtaki "New Deal içtihadı" sonradan değişmeseydi, günümüz Amerikan Federal İdaresi, aynı 1870'ler İdaresi gibi "asgari zabıta" işlevi ve işlemleri ile uğraşıyor olacaktı. Bu olgu, "Yürütme erkinin İdareleri"nin yanında BK'ları da etkileyecekti ve "tarife kolluğu" yapan "ICC modeli" içinde sıkışıp kalmış olacaktı. Hatta, belki de ICC, "türünün tek örneği" olarak kalacaktı. Çünkü, kolluğu aşan bir "ayrıntılı düzenleme etkinliği"ne zaten toplumun gereksinim duymadığı düşüncesiyle, "Bu gereksinimi Kongre mi, Federal İdare mi karşılasın?" biçiminde "abes" bir soru da sorulmayacaktı. Yol bir defa "Yürütme erkinin İdareleri" için açılınca, Roosevelt, BK'ların "var olabilmeleri" için de ayrıca savaşmak zorunda kalmamış, "mahkemelik" olmamıştır.

Buraya kadar yapılan İdare-Regulation-Delegation açıklamalarının, "devre"nin nasıl çalıştığını gösterdiği umulmaktadır. Amerika'da regülasyonun "amiral gemisi" olan BK kategorisi bağlamında 1930'ların sonunda ortaya çıkan ve halen varlığını koruyan "durum"u ise ayrıca kavramak gerekmektedir: BK'lar; (i) "Yürütme organı"nın (yani "Başkan"ın) "hiyerarşi"si altında değildir;⁶⁴ (ii) iki kademeli bir "federal idari yapı" biçiminde, BK'ların tamamını içine alan ve "merkez"inde bir "Kurullar Üstü Kurul"un görev yaptığı bir "sistem" yoktur;⁶⁵ (iii) Amerikan Federal İdaresinin "geleceksel yapı"ına aykırı biçimde, yasama (legislative)-yürütme (executive)-yargı (judicial) nitelikli yetkilerin hepsini kullanmaktadırlar.

Sayılan özelliklerden (iii), açıklanmaya muhtaç görünmektedir. BK'ların "yasama" nitelikli yetkileri kullandıkları, konuyu işleyen herhangi bir kitap ya da makalede rastlanabilecek bir anlatım biçimidir⁶⁶ ve "delegation" tartışmasının 1930'ların sonunda geldiği yeri göstermektedir. Yüce Mahke-

63) *Humphrey's Executor v. United States*, 295 U.S. 602 (1935) ve *Carter v. Carter Coal Co.*, 298 U.S. 238 (1936).

64) Bunun sonucu olarak, Başkan, herhangi bir "Bakan"ını (Secretary) gerekçe göstermeden görevden alabiliyorken; BK üyelerinin görevden alınması, o BK'ya ilişkin yasanın gösterdiği sebeplerden birinin ortaya çıkmasını gerektirmektedir. BK'ların, "özerk" hareket etme yeteneklerinin en büyük güvencesi budur.

65) Örneğin, bizdeki; Büyükşehir, Yüksek Öğretim, Baro "sistem"lerinin içerdiği "iki kademelik" anlamında.

66) Örneğin, bkz. Cass SUNSTEIN, *Constitutionalism After the New Deal*, 101 Harv. L. Rev. 421, 1987. (Özellikle s.446-448'deki, "üç işlevli yapı"nın yol açtığı teorik ve uygulama sorunlarına ilişkin açıklamalar.); STRAUSS, a.g.e., s.89-90; FOX JR., a.g.e., s.290-294.

me'nin başta var gücüyle karşı çıktığı, fakat sonunda İdareye tanımak zorunda kaldığı "geniş idari düzenleyici işlem yapma yetkisi", İdarenin "yasama nitelikli" ("legislative") yetkilere sahip olması diye algılanmaktadır⁶⁷. Diğer kavrama, yani "yargı" yetkisine gelince; genel olarak "Amerikan Federal İdaresi", APA uyarınca, "birel" işlemlerini yaparken, "**duruşma benzeri (bir) oturum**" ("**trial type hearing**") düzenlemek ve "ilgililer"i dinlemek zorundadır. Örneğin, İdare, kendisine yöneltilmiş herhangi bir "ruhsat" talebini kabul edilip etmeyeceğine, ruhsatı talep edeni ve—varsa—bunun sonuçlarından etkilenebilecek ilgilileri dinledikten sonra karar verebilir. Söz konusu ruhsat "iptal" edilecekse, yine aynı usulün izlenmesi gerekir: İdare, ortaya çıktığını düşündüğü "iptal sebebi"ni bildirerek ilgili kişiyi davet eder. Oturumun sonunda, İdare, kişiyi dinledikten ve—varsa—sunduğu delilleri inceledikten sonra bile kendi gerekçesinin ayakta kaldığı kanısındaysa, ruhsatı iptal eder. Oturumlara, genel olarak, BK hiyerarşisinin dışında kalan "**İdare Hukuku Yargıçları**" ("**Administrative Law Judges**")⁶⁸ başkanlık etmektedir. Bu görevlilere "yargıç" denmesi, teknik anlamda "yargı örgütü" içinde görev yaptıkları anlamına gelmemektedir. Öte yandan, bu kişilerin "işten atılmaları" için, federal yargıçlıktan çıkarılmayı gerektiren sebeplere benzer eylem ve davranışlarda bulunmaları koşulu aranmaktadır. İlgili İdare bu "yargıç"ların görevine herhangi bir bürokrat gibi son verememekte, ücretlerini kendisi belirleyememekte, disiplin cezası uygulayamamakta; bunların tamamı için, BK'larla hiçbir organik ilişkisi bulunmayan "Merit Systems Protection Board"a başvurmak zorunda kalmaktadır. Söz konusu "yargıç"lar, genellikle daha önce bürokratik yapmış kişilerdir; hem işleyişi hem uygulamayı gayet iyi bildikleri var sayılmaktadır. Önemli "ayrıntı", bu "yargıç"ların ulaştıkları "sonu(c)"un "nihai" değil, "ön karar" ("initial decision") nitelikli olması; ortaya çıkan işlem dosyası ve "yargı(c)"in kanaati incelenerek İdarenin "icrai işlem"i yapmasıdır. Fakat, İdare, "yargı(c)"in kanaatinin aksi yönünde işlem yapmak için dosyadaki veri ve değerlendirmeleri "asabilmek" zorundadır; mahkemeler böyle durumlarda, genellikle "yargıç"ların kanaatine ağırlık vermektedir. ("İdare Hukuku Yargıçları";

67) Türkiye ile yapılabilecek kısa bir karşılaştırma, bu olgunun sebebini açıklayabilir diye düşünüyorum. Bizde, İdarenin "iktisadi hayat"ı düzenleyen işlemler yapmasının tarihi, Cumhuriyet'in tarihi ile aynıdır. O zaman, eskiden bir Bakanlığın kullandığı "düzenleme yetkisinin" sonradan bir "kamu kurumu"na aktarılması—anayasal sistemimizde başka bazı sorunlara yol açabilirse de—"Bu idari düzenleme yetkisi nereden çıktı?" türünden bir sorunun sorulmasını gerektirmemektedir. A.B.D.'de ise, yapılan düzenlemeler; eskiden Kongre'nin de düzenlememiş olduğu bir alanı, "asgari'yi söyleyen kanun" ve "azami'yi belirleyen İdare" ile "ilk defa düzenlemek" yaklaşımının ürünüdür. Yüce Mahkeme sonradan "değildir" demişse de, literatürde hâlâ regülasyonun, Kongre'den yapılan "yetki devri" ile varlık kazandığı görüşünün egemen olmasının sebebi sanıyorum budur.

68) PIERCE JR., SHAPIRO & VERKUIL, a.g.e., s.302-304 ve STRAUSS, a.g.e., 94-97'den özetlenmiştir.

“Yürütme İdareleri” ve “Bağımsız Yürütme İdareleri”nde de görev yapmaktadırlar.)

BK’ların “katılım”a olanak tanıyan işlemleri, yalnızca yukarıda değinilen “birel” işlemlerle sınırlı değildir. BK’lar, “Genel Düzenleyici İşlemler”i için de, bunlar henüz “oluşum” halindeyken—“duruşma benzeri” değil ama, “yazılı yorum” (“written comment”) yöntemi adı verilen yolla—gelecekte “etkilenme” olasılığı bulunan “özel kişi”lerin iletcekleri belge ve bilgileri dikkate almak zorundadırlar. Bu, yalnızca bir “usuli” (“procedural”) zorunluluk değildir; aynı zamanda, “nihai ürün”ün içerik, yani “maddi” (“substantive”) yönden de “sağlıklı” olmasının koşuludur. Çünkü, yargısal denetimde, birel veya genel düzenleyici, işlemler her iki yönden de incelenmektedir. İdari işlemlerin yapılma sürecine “katılım” BK işlemleri ile sınırlı olmayıp; bazı yasal istisnalar hariç, “muhatap”ı İdarenin dışındaki kişiler olan işlemlerde, “Yürütme erki” ve “Bağımsız Yürütme” İdareleri de aynı usule uymak zorundadırlar. Bunun sebebi, Roosevelt’in hazırlattığı ama yürürlüğe girmesi Truman’a nasip olan, 1946 tarihli Federal “İdari Usul Kanunu”dur (“APA”). Roosevelt’in APA’yı hazırlamasının sebebi; “bağımsızlık”ları yüzünden eleştirilen, lağvedilmeleri istenmeyen, ama ne “seçmen”e ne “Başkan”a--kararlarının içeriği anlamında--“hesap” vermedikleri için de “başiboş” kaldıkları düşünülen BK’ları, “derleyip toparlamak”tır. BK’ların işlemlerini yapma sürecine ilgililerin “katılım”ı, ortaya çıkacak işlemin “isabet”li olma olasılığını yükseltirken, katılım sürecinde sunulan belge-bilgi-yorumlar,” yargısal denetim”in de etkinliğini artıracaktır. Bu koşullar altında işlem yapan bir İdare de, ister istemez “şeffaf”laşacaktır. APA çıkarılırken, böyle bir “usul”ün BK’larla sınırlı tutulmaması, hazır yola çıkılmışken Federal İdareye “teşmil” edilmesi düşünülmüştür. Öte yandan, APA’yı doğuran birinci derecedeki gereksinimin, BK’ları dizginlemek olduğu akılda tutulmalıdır. Yine, hem APA’nın “karakteri” hem İdare Hukukunun “evrensel karakter”i açısından çok önemli görünen bir husus da; APA sistemi ile İdarenin “icrai işlem” yapma biçimindeki “idare gücü”nü özel kişilerle “paylaşmadığı”dır. Katılım hakkı, “özel hukuk kişisi”nin “kamu kudreti”ni kullanmasına izin vermemekte; “nihai karar alıcı” konumundaki kamu makamının “bilgilendirilmesi” amacına hizmet etmektedir⁶⁹.

BK’ların “karar alma-işlem yapma” konusundaki “bağımsızlık”larının, aynı zamanda “denetimsiz”lik anlamına da geldiği sanılmamalıdır. BK’lar, APA uyarınca işlemlerini “yargısal benzeri” (“adjudicatory”) usullere göre yapmak ve bunların yargısal denetimine tahammül etmekten başka, Kong-

69) Sait GÜRAN, Yönetimde Açıklık, İHİD, Y.3, S.1-3, 1982, s.101-112.

re'nin de "hissedilir taki(b)"i altındadırlar. Bunların yöneticileri (=kurul üyeleri), Kongre'nin "komisyonları"nda ("committies") düzenlenen periyodik oturumlarda, Yasama üyelerinin her çeşit sorularına yanıt verme ve açıklama yapma yükümlülüğü altındadır. Eğer Kongre gerek görürse, periyodik olmayan oturumlar da her zaman düzenlenebilmektedir. Kongre verilen yanıtları "beğenmezse", doğrudan BK işlem ve uygulamalarına müdahale edememekte; ama kanunda değişiklik yapma, belirli bir işin çabuk tamamlanması için kanuna "takvim" koyma, BK'nın bir sonraki yıla ilişkin bütçesini yaparken kısıntıya gitmek gibi yollarla kendisini "hissettirmek"tedir. Öte yandan, Kongre "adına" görev yapan "Genel Muhasebe Ofisi" ("General Accounting Office"), diğer İdareler gibi BK'ların da hesaplarını denetlemektedir. Hatta, bir BK'nın, nasıl kanunla kurulduysa, sonradan gereksiz-yararsız ya da başarısız görülerek lağvedilmesi de seçeneklerden biridir. Federal Anayasa'da, BK'ların varlığını "güvence" altına alan hiçbir "açık" düzenleme yoktur. Zaten, Federal Anayasa'da, Başkanın yanı sıra, "liste"si verilmeksizin sadece "Bakanlıklar" dan ("Departments") söz edilmektedir.

BİTİRİRKEN

Amerikan İdaresi-Regulation-Delegation "devre"sini kuran "tarihsel süre(c)"in 1930'ların sonunda tamamlanması ile geline ve günümüzde de sürmekte olan "durum" şudur: Regülasyon, önce sırf "piyasaların işleyişine Devletin nezaret etmesi" görüntüsünü veren "iktisadi (bir) etkinlik" biçiminde başlamış; New Deal Programı ile düpedüz "terbiye" işine dönüşmüş; Roosevelt, ulusal kapitalizm terbiye edilirken yalnızca "piyasa düzenlemeleri" ile yetinemeyeceklerini çok önceden kavramış olduğu için "sosyal boyut"u da içine almıştır⁷⁰. İşte, "regulation" kavramı, New Deal öncesindeki "vurgusuz" halinden sıyrılıp, **bağımsız-kendi başına başlık oluşturan bir "alan" olma niteliğini**⁷¹ böyle kazanmıştır. Dahası, 1980'lerin tamamını, 1990'ların da bir kısmını içine alan "ters dalga"ya karşın, "regülasyon", örgütlerinin büyük kısmı ve işleviyle ayakta kalmıştır⁷².

70) Roosevelt'in, iki buçuk yıl sonraki Başkanlık seçimi için "ısınma"ya başladığı 1930 yılının 30 Haziran günü Salt Lake City'de düzenlenen Valiler Konferansında yaptığı konuşma tarihi öneme sahiptir. O tarihte New York Valisi olan Roosevelt, "federal" düzeyde bir "sosyal güvenlik sistemi" kurmak gerektiğini kamuoyu önünde ilk defa söylemiştir. DAVIS, a.g.e., s.437-438.

71) BREYER, a.g.e., s.vii, "Preface".

72) Roosevelt'in Amerikan İdare Hukukuna attığı "imza" gayet derin ve esaslıdır. 1977-1981 döneminde Başkanlık yapan ve yine bir Demokrat Partili olan Jimmy Carter'ın biraz "mahcup" biçimde başlattığı, ama patentine 1980'lerde muhafazakar Cumhuriyetçi Parti'nin sahip çıktığı "(Federal) Devleti küçültme" ("Downsizing the Government") ve "deregülasyon" hareketi, "sosyal haklar" alanında yaptığı kısmi "tahribat" ve birkaç BK'nın lağvedilmesi, birkaçının da "Bağımsız Yürütme İdaresi"ne dönüştürülmesi hariç, 1990'ların sonunda başarısızlığa uğramıştır. Son yıllarda A.B.D.'de "esen rüzgar",

Amerikan İdare Hukukunun bu kısa çalışma içinde sergilenen özellikleri ve “gelişim şeması”, Türkiye’nin “güncel” İdare Hukuku sorunları için çağrışımlarla doludur. Her ne kadar, “kural olarak bu konularda Avrupa’ya bakmak” diye özetlenebilecek bir “entelektüel yükümlülük” altında imişiz gibi görünüyorsak da; öncelikle, “regulation” ve bunun “İdare”sini—günah ve sevabı ile—insanlığa “kazandıran” A.B.D.’ye bakarsak, oradan “esinlenen” Avrupa’nın “uyarlama çabaları” sonucunda özgün sistemde yaptığı “deformasyon”u daha iyi kavrayabiliriz. Böyle bir yaklaşım, dönüşüm halindeki “milli” İdare Hukukumuz için daha hayırlı olacaktır, diye ümit ediyorum.

artık 1930’lardaki kadar “sıkı” regülasyona gerek kalmadığı; buna karşılık, “re-regulation” (“yeniden regülasyon”) ile “de-regulation”ın (“regülasyonsuzlaştırma”) yer değiştirmesinin gerektiği yönündedir. Regülasyonsuzlaştırma hareketi, 1994 Kongre seçimlerinde muhafazakarların kırk küsur yıl sonra hem Senato hem Temsilciler Meclisi’nde aynı anda çoğunluğu ele geçirmeleriyle zirvesine çıkmış; dönemin en önde gelen Cumhuriyetçi Parti üyelerinden ve Temsilciler Meclisi’inin Başkanı (Speaker of the House) **Newt Gingrich** tarafından “**Contract with America**” adıyla “yeni (bir) yüz”e kavuşturulmuştur. Ne var ki, “Contract with America”, New Deal’i felsefe-siyaset bilimi-iktisat-teknik hukuk zeminlerinde aşamamıştır. Seçim vaatlerinin aksine, Enerji ve Eğitim gibi “gereksiz federal bakanlıklar” tasfiye edilememiş; 19. Yüzyılın—“iktisadi”si başta gelmek üzere—“regülasyonsuz gül bahçesi”ne dönülememiştir. Örneğin, “çevre koruma” gibi en çok “can sıkan” bir regülasyon alanında EPA bütçeleri yıllar içinde biraz budanabilmiş ve personel sayısı düşürülmüş; fakat, örgüte ve yetkilerine dokunulamamıştır. Roosevelt’in 1930’larda “dizayn” ettiği “modern İdari Devlet”, temel ilkelerini yitirmeden varlığını koruyabilmiştir. Bu konu, elbette, başlı başına bir makale hatta kitap çalışması yapmayı gerektirecek kadar geniştir. Yine de, Türkiye’nin iktisadi gelişmişlik düzeyinin bir taraftan “özel-kamu ulusal kapitalizmini hukukla terbiye etme”yi, diğer taraftan Türk İdare Hukuku teorisini “kapitalizmden haberdar” konuma getirmeyi dayattığı bir çağda, Amerika’nın bu alandaki son yirmi beş yıllık macerasına kısaca değinmek bile yararlıdır.