

ALMANYA'DA İDARİ SUÇ VE CEZALARDA KANUNİLİK İLKESİNİN UYGULANMASI

*(The Application Of Legality Principle
On Administrative Crime And Punishments In Germany)*

Dr. (Iur.) Hasan DURSUN¹

ÖZ

Almanya'da idari suç ve cezaların, idari ceza hukukunun kapsamına girdiği anlayışı benimsenmekte ve bu hukuk dalının geniş anlamda ceza hukukunun bir dalını oluşturduğu kabul edilmektedir. Hâlbuki idari suç ve cezalar, idare hukukunun bir dalı olan cezai idare hukukunun kapsamı içerisine girmektedir.

Bu yanlış anlayıştan hareket edilerek, Almanya'da 1952 yılında idari suç ve cezalar hakkında Düzene Aykırılıklar Hakkında Kanun çıkartılmıştır. Kanun, idari suç ve cezanın doğasına ve niteliğine aykırı hükümler taşımaktadır. Bu bağlamda idari suç ve cezalar halka yönelik idari suç ve cezalar ile disiplin suç ve cezaları şeklinde iki büyük gruba ayrılırken, Kanun idari suç ve cezalardan yalnızca halka yönelik idari suç ve cezaları anlamıştır. Yine, idari cezayı yalnızca idari görevlilerin vermesi gerekirken, Kanun, savcı ve yargıca idari ceza verme yetkisi tanımıştır. Bununla birlikte Kanun, idari suç ve cezalarda katı veya sert kanunilik ilkesi aranacağını belirterek isabetli bir hükme yer vermiştir. 5326 sayılı Kabahatler Kanununa esin kaynağı olan Alman Düzene Aykırılıklar Kanununun olumsuz yönleri alınmış, olumlu yönünü oluşturan kanunilik ilkesi benimsenmemiştir. Hâlbuki suç ve cezada kanunilik ilkesi, kişi hak ve özgürlüklerini korumak ve geliştirmek bakımından büyük önem taşımaktadır. Bu bağlamda kanunilik ilkesinin idari suç ve cezalarda benimsenmesi, ceza hukuku açısından suç ve cezalarda benimsenmesinden daha fazla önem taşımaktadır. Zira yargının aksine idare ne bağımsız ne de tarafsızdır.

Anahtar Kelimeler: İdari Suç ve Ceza, Suç ve Cezada Kanunilik İlkesi, Maddi Kanunilik Öğretisi, Kanunun Üstünlüğü, Kanunun Gerekliliği, Esaslılık Kuramı

1 Kalkınma Bakanlığı, Planlama Uzmanı ♦ hasan.dursun@kalkinma.gov.tr
(Bu makalede ileri sürülen görüşler, Kalkınma Bakanlığının görüşlerini yansıtmamakta, yazarın kişisel görüşlerini yansıtmaktadır).



ABSTRACT

In Germany, the mentality is adopted that administrative crimes and punishments in the scope of administrative criminal law and in the fuller extent, this law is acknowledged the branch of criminal law. Whereas administrative crimes and punishments is in the scope of criminal administrative law and that law constitute the branch of administrative law.

In Germany, based on that false conception, Act Concerning Contraventions on the Order is put into practice at 1952. The Act carries contrary provisions against the nature and quality of the administrative crime and punishment. Within that context, administrative crime and punishments are divided for two big group as publicly targeted and discipline crime and punishments. However, the Act understands from the administrative crimes and punishments solely the publicly targeted crimes and punishments. Again, only administrative agents must have given administrative punishments, the Act provides power on giving administrative punishment for the public prosecutor and judge. Nonetheless, on giving way to the rigorous or strong legality principle on the administrative crimes and punishments, the Act had behaved appropriately. Turkish Misdemeanors Act Nu. 5326 that is drawn inspired from German Act Concerning Contraventions on the Order, adopted only negative aspects of German Law. The legality principle that is positive aspect of German Law is not accepted. However, the aim of nullum crimen nulla poena sine lege (legality) principle is to protect personal rights and freedoms. Within that context, legality principle is more necessary in administrative crime and punishments than criminal law. Because contrary to justice, administration is neither independent nor impartial.

Keywords: Administrative Crime and Punishment, Nullum Crimen Nulla Poena Sine lege "Legality" Principle, , Essence of Legality Doctrine (Wesentlichkeitslehre), Supremacy of Act, Necessity of Act, Theory of Substantiality.

GİRİŞ

Bu çalışmada Kıta Avrupası hukukuna tabi ülkelerden Almanya'da idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanması üzerinde durulacaktır. İnceleme yapılırken idari suç ve cezalar arasında; "halka yönelik idari suç ve cezalar" ile "disiplin suç ve cezaları" şeklinde bir ayırım²

2 İdare ile kişi arasında izin, ruhsat veya İdarenin bünyesinde çalışma gibi idareyle arasında bir bağ olan kişiler için öngörülen idari suç ve cezalar, disiplin suç ve cezalarını, buna karşın



yapılacak ve bunların her birinde söz konusu ilkenin nasıl uygulandığı irdelenecektir. Çalışmanın kapsamını artırmamak için ise disiplin suç ve cezaları bakımından araştırma yapılırken ağırlıklı olarak kamu görevlileri hakkında öngörülen disiplin suç ve cezaları üzerinde durulacaktır.³

İdari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanması konusunda Kıta Avrupası hukuk düzenine sahip olan ülkelerden Almanya'nın seçimi bilinçli olarak yapılmıştır. Almanya bakımından yapılacak bu inceleme, Türkiye açısından büyük faydalar sağlayacaktır. Zira Almanya, halka yönelik idari suç ve ceza konusunda genel bir kanun niteliği taşıyan 30.3.2005 tarih ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununun esin kaynağını oluşturmaktadır. Öte yandan Almanya'da idari suç ve ceza konusunda yapılan çalışmaların oldukça ilerlediğini de belirtmek gerekir.

İrdeleme yapılırken anayasa hukuku, idare hukukunun fasıl başlarını oluşturduğundan,⁴ öncelikle, Alman Anayasasında kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin düzenlenme tarzına bakılacaktır.

I. ALMAN ANAYASASINDA KANUNİLİK İLKESİ

Almanya'da özellikle halka yönelik idari suç ve cezalar olmak üzere idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin geçerli olduğu en başta 23 Mayıs 1949 tarihinde kabul edilen Alman Anayasasına (Grundgesetz)⁵ bakılarak

böyle bir bağ olmadığı durumlarda öngörülen idari suç ve cezalar, halka yönelik idari suç ve cezaları oluşturur. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. DURSUN Hasan, **İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi**, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 197 vd.

- 3 Az önce belirtildiği üzere disiplin suç ve cezaları oldukça geniş kapsamlıdır. Örneğin İdare ile kişi arasında "özel bağ" (special hardship) bulunduğu için verilen bir "ruhsat iptali" cezası, "disiplin cezası" sayılır.
- 4 Çok sayıda düşünürün benimsediği üzere anayasa hukuku, idare hukukunun fasıl başlarını, bir başka deyişle, idare hukuku, anayasa hukukunun somut görünümünü oluşturmakta, hatta Turan Güneş'in isabetli olarak belirttiği üzere idare hukukunun ana prensipleri, Anayasada bulunmaktadır. Bu bağlamda, Güneş, anayasanın, anayasa hukukunun ne derece kaynağı ise idare hukukunun da o derece kaynağı olduğunu, daha açıkçası kamu hukukunun bir bütün olduğunu belirtmektedir. Bkz. GÜNEŞ Turan, **Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri**, AÜSBF Yayınları No: 191-173, Ankara 1965, s. 2. Yine Almanya Federal İdare Mahkemesi önceki başkanlarından F. Werner'in ifadesiyle idare hukuku, anayasa hukukunun somutlaştırılmış şeklidir. Almanya Federal İdare Mahkemesi önceki başkanlarından H. Sendler ise bu ilişkiyi açıklarken yalnızca anayasa hukukunun somut açıklamasını idare hukukunda bulmakla kalmayıp, örneğin "denge karar" ve "orantılılık" ilkesi gibi idare hukukunun birçok ilkelerinin de anayasadan türetildiğini belirtmiştir. Bkz. SCHWARZE Jürgen, **European Administrative Law**, Revised 1st Edition, Sweet and Maxwell, London 2006, s. 116-117 ve dn.12-13.
- 5 Almandaca "grundgesetz" kavramı temel veya esas kanun anlamını taşır. Bu kavram, "anayasa" anlamını taşımaz. Anayasa için "verfassung" kavramı kullanılır. 1949 yılında yürürlüğe giren Alman Temel Kanununun hiçbir yerinde bu kanunun anayasa olduğu ifade edilmemiştir. Bununla ilerde birleşmiş bir Almanya doğuncaya kadar Anayasanın geçici ve

anlaşılabilir. Her şeyden önce Anayasada İdarenin kanuniliği ilkesine yönelik hükümler bulunmaktadır. Gerçekten de Anayasanın 1. maddesinin 3. fıkrasında; Anayasada gösterilen temel hakların yasama,⁶ yürütme ve yargıya doğrudan uygulanan hükümler olarak bağlayacağı⁷ ifade edilmiş,⁸ az sonra ayrıntılı bir şekilde görülecek olan 20. maddesinin 3. fıkrasında ise yasamanın anayasal düzene, yürütme ve yargının ise hukuka ve adalete bağlı olarak kullanılacağı ifade edilmiştir.⁹ Bu bağlamda Almanya'da geleneksel olarak kabul edilen idarenin kanuniliği ilkesinin "idarenin anayasallığı" ilkesinin genişletilmesi sonucu elde edildiğini belirtmek gerekir.¹⁰

Federal Almanya'da özellikle halka yönelik idari suç ve cezalar olmak üzere idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin geçerli olduğunun bir başka

koşullu bir niteliğe sahip olduğu anlatılmak istenmiştir. Nitekim bu hususa, Esas Kanunun Önsözünde ve 146. maddesinde temas edilmiştir. Almanda kullanılan bu kavramlar arasındaki ince ayrıntının Türkçe karşılıkları tam olarak bulunmadığı için "grundgesetz" kavramını Alman Anayasası olarak ifade etmekten başka çare yoktur. Bu konuda bkz. AKDEMİR Rıza, "Federal Almanya Anayasası", **Türk İdare Dergisi**, Sayı: 330, Yıl: 42, Mayıs-Haziran 1971, s. 4 ve dn. 1-2.

- 6 Az sonra ayrıntılı bir şekilde anlatılacağı üzere Alman Anayasası gereği, artık, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında salt kanunun çıkartılması yeterli değildir. Kanun, bir temel hak ve özgürlüğü mutlak olarak dışsal nitelikte değil, öze yönelik olarak orantılı bir şekilde sınırlandırabilir. Temel hak ve özgürlüklere müdahale ederken İdarenin mutlak bir şekilde kanuna dayanması gerekmekte olup onun faaliyetlerinin sınırını kanun oluşturmaktadır. Bunun yanında, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında kanunun maddi içeriği de büyük önem taşımaktadır. Gerçekten de Anayasanın 1. maddesinin 3. fıkrasına göre Anayasada belirtilen temel hak ve özgürlükler kanun koyucuyu da bağlamaktadır. Bunun anlamı, temel hak ve özgürlükler konusundaki kanunların içerikten yoksun olmaması ve Anayasada belirtilen içeriğin kanun koyucuyu da bağlamasıdır. Bu konuda fazla bilgi için bkz. Pieroth Bodo ve Schlink Bernard, *Grundrechte Staatsrecht II*, 26. Auflage, C.F. Müller, Heidelberg 2010, s. 66-67.
- 7 Yürütmeyi bağlama unsuru yüzünden İdare, gerek bağlı yetkisinin gerekse takdir yetkisinin bulunduğu durumlarda sürgit bir şekilde temel hak ve özgürlükleri zedelememeye özen göstermelidir. Bkz. Schwarze, s. 218.
- 8 Görüldüğü üzere Alman Anayasasının bu ilk maddelerinde insan haysiyetini güvence altına alan hükümlere yer verilmiştir. Hukuk devleti ilkesini benimsemiş diğer bazı ülkelerin Anayasalarının tersine, Almanya Anayasası, temel hak ve özgürlüklere, yasama erkinin bir programı olmaktan daha fazla önem vermekte ve bu hakların doğrudan doğruya yürürlükteki hukuk olarak yasama ve yargının yanında yürütmeyi de bağladığı esasını kabul etmektedir. Bkz. Akdemir, s. 5.
- 9 Federal Almanya Anayasasının Almanca ve İngilizce tam metni için bkz. <http://www.servat.unibe.ch/icl/gm00000.html>, Erişim Tarihi, 11.2.2010. Anayasanın Türkçe metni ise Christian Rumpfh ve Gökçe Uzar tarafından sürgit bir şekilde güncellenerek yayımlanmaktadır. Bu yazarların en son Kasım 2010 tarihinde güncelledikleri anayasa metni için bkz. Rumpfh Christian ve Schüller Uzar Gökçe, **Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası** (<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80207000.pdf>, Erişim Tarihi, 7.1.2016). Bu çalışmada yollama yapılan Alman Anayasası hükümleri için Rumpfh ve Schüller Uzar'ın tercümesinden yararlanılmıştır.
- 10 SCHWARZE, s. 214.



kanıtını, Anayasanın “özgürlük” başlıklı 2. maddesi oluşturmaktadır. Gerçekten de bu maddede, herkesin başkalarının haklarını ihlal etmedikçe ve anayasal düzen ile ahlak normlarına aykırı düşmedikçe kişiliğini geliştirme hakkına sahip olduğu, yaşam ve beden bütünlüğünün korunma hakkının bulunduğu, kişi özgürlüğüne dokunulamayacağı, bu hakların ancak yasayla sınırlanabileceği ifade edilmiştir. İster adli isterse idari olsun verilen her ceza kişi özgürlüğünü ihlal ettiğine göre bu madde gereği Almanya’da verilecek her tür cezanın bir yasaya dayanması mutlak bir zorunluluktur. Nitekim GÜNEŞ’in belirttiği üzere kişiliğin geliştirilmesi özgürlüğü yalnızca hareket özgürlüğünden ibaret olmayıp bununla eş anlı olarak anayasal düzenden temel almayarak bir külfet yükleyen, devletin zor yürütüm yoluna dayanmayan temel haklara ilişkin işlemleri de kapsadığına göre Alman Anayasasının 2. maddesi, devletin, hukuk devleti ilkesine dayanmayan bütün müdahalelerini yasaklamaktadır.¹¹ İdari ceza, özellikle halka yönelik idari ceza yoluyla kişilerin iktisadi, mali, sosyal ve kültürel özgürlükleri kısıtlandığına göre yasaya dayanmayan veya yasaya aykırı olarak verilen her idari cezanın bu bağlamda Anayasaya aykırı olacağı açıktır.¹²

Ayrı bir inceleme konusu olsa da burada kısaca belirtmek gerekir ki “hukuk devleti” ilkesi ile “kanunilik” ilkesi arasında ayrılmaz bir bütünlük ilişkisi bulunmaktadır. Bir başka deyişle, hukuk devleti ile kanunilik birbirinin “olmazsa olmaz koşulunu” oluşturmaktadır.¹³ İşte Almanya’da

11 GÜNEŞ Gülsen, **Verginin Yasallığı İlkesi**, Güncellenmiş 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., İstanbul, 2008, s. 62.

12 Krş., GÜNEŞ, G. s. 62.

13 Almanya’da kanunilik ilkesinin “kanunun geçmişe uygulanmazlığı” alt ilkesi de hukuk devleti ilkesinden çıkartılmaktadır. Alman hukuku bakımından ister ceza isterse cezai idare hukukunun kapsamına girsin hiçbir cezai normla, aleyhe geriye yürür hüküm konulamaz. Zira Almanya’da bir temel hak veya özgürlük ancak kanunla sınırlandırılabilmekte ve bu sınırlandırmanın ölçülü (ölçülülük ve onun alt ilkelerini oluşturan elverişlilik, gereklilik ve orantılılık konusunda bilgi için bkz. Dursun Hasan, İdari İşlemlerin İdare Tarafından Re’sen İcrası, TBB Dergisi, Sayı: 72, 2007, s. 263) olması gerekmektedir. Ölçülülük ilkesinin temel bir alt ilkesini oluşturan orantılılık ilkesi (Orantılılık ilkesine salt idarenin uyması yetmemekte, bunun yanında yasa koyucunun da uyması gerekmektedir. Örneğin Anayasada sansür ve ölüm cezası yasak edildiği için yasa koyucu ve İdare bu nitelikte bir norm koyamaz. Bununla birlikte, belirtilen açık yasaklar dışında, söz konusu alt ilkeye uyum sağlamak bakımından kanun koyucunun İdareye göre daha özgür olduğu unutulmamalıdır. Fazla bilgi için bkz. Pieroth/Schlink, s. 67-68) gereği, bir hak veya özgürlüğün sınırlandırılması istenilen amaçla ölçüsüz bir oran içerisinde bulunmaması gerekmektedir. Bu bağlamda idari bir ceza normuyla kişiye ölçüsüz bir yükümlülük getirilmemeli, onun için beklenmedik bir nitelikte olmamalıdır. Bu çerçevede, Almanya’da aleyhe geriye yürür nitelikte olan bir cezai norm, orantılılık alt ilkesi çerçevesinde değerlendirilerek (Almanya’da orantılılık alt ilkesi değerlendirilirken her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmekte ve karşılaştırmalı bir yaklaşım benimsenmektedir. Bu bağlamda bir hak veya özgürlük sınırlandırılırken sınırlama ile sınırlandırılan hak ve özgürlüğün karşılıklı tartılması esası benimsenmektedir.

hukuk devleti ilkesi anayasal bir temele oturtulmuştur. Gerçekten de Anayasanın 20. maddesine göre Almanya; Federal yapıda, hukuk devleti ve sosyal adalet ilkelerine dayanan demokratik bir devlettir.¹⁴ Hukuk devleti anlayışlarından birisini, maddi anlamda hukuk devleti anlayışı oluşturur.¹⁵ Alman Anayasasının 20. maddesinde benimsenen hukuk devleti anlayışı, maddi anlamda hukuk devleti anlayışıdır. Gerçekten de Anayasanın değiştirilemez temel hükümlerinden birisini oluşturan 20. maddenin 3. fıkrasında, yasama organı, anayasal düzenle, yürütme ve yargı ise hem hukuk hem de adalet ile bağlanmıştır. Almanya'da insan haklarına derinden bağlılık esasını yalnızca Anayasa içermemekte, bununla eşanlı olarak, hukuk devleti kavramında da saklı olduğu kabul edilmektedir. Bu bağlamda, Wilhelm ve Weimar dönemlerinde egemen olan pozitivist hukuk devleti anlayışının yerine, maddi hukuk anlayışının benimsenmesinin, Alman hukuk geleneğinde bir dönüşümü gösterdiğini belirtmek gerekir.¹⁶

Az önce belirtildiği üzere maddi anlamda hukuk devleti esası, kanunun özünün bazı niteliklere sahip olmasını arar. Almanya maddi anlamda hukuk devleti ilkesini benimsediği için kimi durumlarda idari suç ve ceza konulabilmesi için salt bir kanunun bulunmaması yetmemekte, bunun yanında kanunun bazı niteliklere sahip olması da gerekmektedir. Gerçekten de Almanya'da bir temel hak ve özgürlüğe müdahale ve bu bağlamda idari ceza koyabilmek açısından kanunlar üçe ayrılmaktadır. Daha açık bir deyişle, Almanya'da birinci durumda bir temel hak ve özgürlük sadece kanunla sınırlandırılabilir ve bu bağlamda normal bir kanunla idari suç ve ceza konulabilir. İkinci durumda, temel hak ve özgürlüğe sınırlandırma

Bkz. Pieroth/Schlink, s. 72-74) orantılı olmadığı sonucuna varılmaktadır. Bu husus Alman Anayasa Mahkemesinin içtihatlarında da istikrar bulmuştur. Aslında Almanya'da ölçülülük ilkesinin orantılılık alt ilkesine uygun olmayan bir sınırlamanın, sınırlama niteliği taşımadığı esası benimsenmekte ve söz konusu alt ilkenin hukuk devleti prensibinin bir gereği olduğu düşünülmektedir. Krş. Pieroth/Schlink, s. 68-72.

14 Anayasada yer alan bu yapısal ilkelere ek olarak, yine anayasada hukuk devleti (ve kanunilik) ilkesiyle ilişkili diğer ilkelere de yer verilmiştir. Bu bağlamda Anayasanın 3. maddesinde kanun önünde eşitlik ilkesine yer verilmiş, Anayasanın ilk 19. maddesinde temel hak ve özgürlükler düzenlenmiş, 28 ve devamı maddelerinde idare hukukunun temel unsurunu oluşturan özellikle Federal Devlet ile "eyalet" (Land) arasında idari yetkinin dağılımı olmak üzere idari organizasyon konusunda özel bir takım hükümlere yer verilmiştir. Krş. SCHWARZE, s. 116.

15 Maddi anlamda hukuk devleti ilkesi, kanunların sahip olması gereken niteliklere vurgu yapar. Bkz. Neuman, L. Gerald. **Amerika'da Anayasal Bir Kavram Olarak Rule of Law ve Alman Anayasasının Rechtsstaat İlkesi** ("The US Constitutional Conception of the Rule of Law and Rechtsstaatsprinzip of the Grundgesetz" Columbia Law School, Public Law and Legal Theory Working Paper No: 5, 1999'dan Çeviren Ali Rıza Çoban) in Hukuk Devleti, Adres Yayınları, Ankara 2008, s. 559 vd.

16 NEUMAN, s. 560.



veya müdahale, dolayısıyla idari suç ve ceza öngörülebilmesi için yalnızca kanunun bulunması yeterli olmamakta, o kanunun bazı niteliklere sahip bulunması gerekmektedir. Üçüncü olarak ise o hak ve özgürlüğün kanunla hiçbir şekilde sınırlandırılmaması ve dolayısıyla kanunla olsa bile bu alanda idari suç ve cezanın öngörülememesidir.¹⁷ Konunun önemine binaen bu üç tip müdahale olgusu üzerinde biraz daha ayrıntılı olarak durmak uygun olacaktır.

Bunlardan ilkinde bir temel hak ve özgürlük basit bir kanunla sınırlandırılabilir. Daha açık bir deyişle, o hak ve özgürlüğü sınırlandıracak kanunun belirli bir niteliğe sahip bulunması gerekmez. Örneğin, Anayasanın 10. maddesinin 2. fıkrasında; mektup, posta ve telekomünikasyonun gizliliği özgürlüğünün bir kanunla sınırlandırılabilirliği ifade edilmiştir. Bu bağlamda yasa koyucu çok geniş bir takdir hakkına dayalı olarak bahsedilen konulardaki iletişim özgürlüğünü sınırlandırmaya yetkilidir.¹⁸

İkinci durumda, bir temel hak ve özgürlüğe müdahale edilebilmesi için salt kanunun bulunması yetmemekte, kanunun belirli niteliklere sahip olması gerekmektedir. Daha açık bir deyişle, kanun yalnızca Anayasada öngörülen nedenlere bağlı olarak bir temel hak ve özgürlüğü sınırlandırabilmektedir. Eğer kanun Anayasada öngörülen sınırlama nedenleri dışında başka bir nedenle o hak ve özgürlüğü sınırlandırmışsa, yapılan sınırlandırma, hukuka aykırı sayılıp geçersiz kılınmaktadır. Örneğin, Anayasanın 11. maddesinin 2. fıkrasına göre “seyahat” (dolaşım) özgürlüğü, yaşam hakkını korumak, özgürlükçü demokratik temel düzeni tehdit eden bir tehlikenin savuşturulması, salgın hastalık tehlikesi, doğal afetler veya olağanüstü kazalar, gençliğin sefaletten veya suç işlemesinden korunması hâllerine dayalı olarak kanunla sınırlandırılabilir.¹⁹ Bu bağlamda Anayasada bahsedilemeyen nedenlere dayalı olarak seyahat özgürlüğünü sınırlandırıcı nitelikte bir kanun yapılarak bu konuda idari suç ve ceza normu konulamaz. Daha açıkçası, çıkartılacak kanunda yalnızca Anayasada öngören sebeplere dayalı olarak örneğin doğal afetten korunmak için seyahat özgürlüğünü kısıtlayıcı nitelikte idari suç ve ceza hükümlerine yer verilebilir.

Temel hak ve özgürlüklere nitelikli olarak müdahale edilmesi veya sınırlandırılmasında kanunun hangi içeriğe sahip olması konusunda Alman Anayasasından başka örnekler vermek de olanaklıdır. Örneğin Anayasanın 5. maddesinin 2. fıkrasında; düşünce ve basın özgürlüğü

17 Krş. PIEROTH-SCHLINK, s. 63.

18 PIEROTH-SCHLINK, s. 63-64.

19 PIEROTH-SCHLINK, s. 64.

hakının genel yasaların hükümleri, gençliğin korunması hakkındaki yasa hükümleri ve kişisel şeref hakları ile sınırlandırılacağı ifade edilmiştir. Yine Anayasanın 6. maddesinin 3. fıkrasında; velilerin iradesine aykırı olarak çocukları ailelerinden ayırmanın, ancak bir yasaya dayanarak ve velilerin yükümlülüklerini yerine getirmemeleri veya başka nedenlerle çocukların bakımsız kalmaları durumunda olanaklı olduğu ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere, bu hükümler çerçevesinde, kanun koyucu, geniş bir takdir yetkisine dayalı olarak söz konusu hak ve özgürlükleri gelişigüzel bir şekilde sınırlandıramamaktadır. Kanunun bu hak ve özgürlükleri düzenli bir şekilde sınırlandırması, bir başka deyişle, sınırlandırmanın sebep unsurunun gösterilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda kanun, örneğin, çocuğun ailesi tarafından bakımsız bırakılması durumunda²⁰ çocuğun aileden alınıp başka bir yere yerleştirilmesi doğrultusunda hüküm içerebilecektir.²¹

Üçüncü durumda ise bir temel hak ve özgürlük kanunla hiçbir şekilde sınırlandırılmamaktadır. Daha açık bir deyişle, ne nitelikte bir kanun çıkartılırsa çıkartılsın o hak ve özgürlüğe hiçbir şekilde müdahale edilememektedir. Örneğin, Anayasanın 5. maddesinin 3. fıkrası,²² bilim ve sanat özgürlüğünü “mutlak” (saltık) bir şekilde tanıdığı için hiçbir kanunla söz konusu özgürlüğün sınırlandırılmasına olanak yoktur. Bu olgu, Anayasa koyucusunun bilinçli bir isteğidir zira Anayasa koyucu bahsedilen özgürlüğün kanunla sınırlandırılmasını istememektedir.²³ Bu bağlamda bilim ve sanat özgürlüğüne müdahale eden veya onu sınırlandırıcı nitelikte bir kanun çıkartılamayacağı gibi böyle bir kanunla idari suç ve ceza normu da konulamayacaktır.

Alman Anayasası, kanun koyucunun temel hak ve özgürlüklere müdahale veya sınırlandırmasında öze yönelik nitelikler aradığı gibi İdarenin söz konusu hak ve özgürlüklere müdahale veya sınırlandırmasında da bir takım nitelikler aramıştır. Daha açık bir deyişle, Alman Anayasası gereği kanundan yetki almış olsa bile İdare temel hak ve özgürlüklere gelişigüzel bir şekilde müdahalede bulunamamakta veya sınırlandırma yapamamaktadır. Gerçekten de Alman Anayasası, İdarenin söz konusu müdahale veya sınırlandırmasının “maddi kanunilik öğretisi”ne (Wesentlichkeitslehre) uygun olmasını aramıştır. Nitekim

20 Kanunun çocuğun ailesi tarafından hangi hâllerde bakımsız bırakıldığını somutlaştırması kaydıyla.

21 PIEROTH-SCHLINK, s. 67.

22 Anayasanın 5. maddesinin 3. fıkrası şu şekildedir: “Sanat ve bilim, araştırma ve öğretim serbesttir. Öğretim özgürlüğü Anayasaya sadakat borcunu ortadan kaldırmaz.”

23 PIEROTH-SCHLINK, s. 64.



Anayasanın 19. maddesinin 2. fıkrasında bir temel hakkın özüne hiçbir sebeple dokunulamayacağı belirtilerek “maddi kanunilik” kavramına yer verilmiştir. Bu kavram gereği temel hak ve özgürlüklerin asli unsurları hakkında, yasa koyucunun bizzat karar vermesi gerekir. Yasa koyucunun bu yetkisini İdareye devredebilmesi olanaklı değildir. Bu durum, temel hak ve özgürlüklerin müdahale veya sınırlandırılmasında temel yetkinin, Parlamentoda olduğunu somut bir şekilde göstermektedir.²⁴ Temel hak ve özgürlükleri koruma konusunda yaşamsal derecede önem taşıyan maddi kanunilik öğretisi kavramı üzerine biraz daha eğilmek uygun olacaktır.

Maddi veya öz kanunilik öğretisi kavramının eşanlı olarak bulunması gereken çeşitli gereklilikleri bulunmaktadır. Bunlardan ilki, İdarenin bir temel hak ve özgürlüğe müdahale edebilmesi için mutlaka kanuna dayanması gerekliliğidir. İkinci olarak, bir temel hak ve özgürlüğün koşullarına, olgularına ve sonuçlarına yönelik etkili kararların, kısacası, ona müdahale edilebilmesi için gerekli olan asli ve şekli koşulların yalnızca kanun koyucu tarafından saptanabileceği, yasa koyucunun bu konuda İdareye yetki aktaramayacağıdır. Son olarak, bir temel hak ve özgürlüğe müdahale edilebilmesinin ne kadarlık bir kısmının kanun tarafından düzenlenmesinin gerekliliğine karar verilirken, o hak ve özgürlüğün önemine ve somut duruma bakılır. Bu bağlamda bir temel hak ve özgürlük ne kadar önemli ve asli nitelik taşıyorsa o hak ve özgürlüğe müdahale edilebilmesinin koşullarının da o kadar ayrıntılı ve belirgin bir şekilde düzenlenmesi gerekir. Maddi kanunilik öğretisi, kanunların açık ve kesin bir şekilde düzenlenmesinde önemli bir ölçüt görevini görmektedir. Alman Anayasası, maddi kanunilik öğretisi kavramını ortaya atarak, kanun koyucu ve yargı arasındaki görev ve yetki paylaşımında önemli bir ölçüt koymuş ve bu çerçevede temel hak ve özgürlüğe müdahale veya sınırlandırma konusunda çıkan uyuşmazlıkların çözümü açısından sonul mercii olan yargıya bile asli bir düzenleme yetkisi vermemiştir.²⁵

Alman Anayasasının buraya kadar açıklanan hükümlerinden anlaşılacağı üzere Almanya’da temel bir hak ve özgürlüğü sınırlandırabilmek veya ona müdahale edebilmek, dolayısıyla, bu anlamı taşıyacak olan halka yönelik idari suç ve cezanın kanuna, hem de kimi durumlarda nitelikli kanuna dayanması gereği konusunda bir kuşku bulunmamaktadır.²⁶ Alman Anayasası bakımından tartışma konusu olan

24 PIEROTH-SCHLINK, s. 65.

25 PIEROTH-SCHLINK, s. 66.

26 Az önce belirtildiği üzere Almanya’da kim durumlarda örneğin bilim ve sanat alanında yasayla bile idari suç ve ceza konulamamaktadır.

nokta, kamu görevlisi, öğrenci, mahkûm gibi idareyle özel bir bağ veya yakın ilişkinin bulunduğu özel otorite durumlarında kişilerin temel hak ve özgürlüklerini sınırlandırabilmek, dolayısıyla disiplin cezası koyabilmek için Anayasanın yasal bir dayanak koşulunu öngörüp öngörmediğidir.²⁷

Burada şu hususu hemen belirtmek gerekir ki Alman Anayasasında disiplin suç ve cezalarının yasal dayanağa sahip olup olmayacağı konusunda doğrudan bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak konuyla dolaylı olarak ilgili, daha açık bir deyişle, idarenin düzenleme yetkisi konusunda bir hüküm Anayasada bulunmaktadır. Gerçekten de Alman Anayasasının 80. maddesinin 1. fıkrasında; Federal Hükümete, Federal bir bakana veya eyalet hükümetlerine yasayla tüzük çıkarma yetkisi verilebileceği, yetki veren kanunda verilen yetkinin konusu, amacı ve kapsamının belirtileceği, çıkarılacak tüzükte hukuki dayanağın gösterileceği, Kanunda yetkinin devri öngörülmüş ise işbu devrin tüzükle olacağı ifade edilmiştir. Bu hükümden anlaşılacağı üzere, Almanya'da yürütme ve idarenin kural olarak²⁸ asli ve özerk düzenleme yetkisi bulunmamakta, yalnızca ikincil ve tali nitelikte düzenleme yetkisi bulunmaktadır. Bu durumu son derece normal karşılamak gerekir. Gerçekten de ÖZKOL'un belirttiği üzere, Almanya'da yürütme organının elinin bu kadar bağlı olmasının temel nedeni, 1949 tarihli Bonn Anayasasının Hitler devrindeki çığlınlıklara karşı bir tepki olarak hazırlanmasıdır.²⁹

Az önce belirtilen Anayasasının 80. maddesinin 1. fıkrası, "kural koyan tüzükler" (Rechtsverordnungen) hakkındaki yetki kanununun üç temel koşulu eşanlı olarak taşımasını istemektedir. Bunlar; yetkinin konusu, sınırı ve amacının belli edilmesidir.³⁰ Anayasanın bu hükümden yetkinin

27 Krş. SCHWARZE, s. 216.

28 Bunun tek ayrıksı durumu Anayasanın 119. maddesidir. Bu maddede, mülteci ve sürgün edilenler konularında Federal Hükümet, federal bir yasa çıkartılıncaya kadar, özellikle bunların eyaletlere dağıtım konusunda, Federal Konseyin onayına bağlı yasa gücünde kararname çıkartabileceği belirtilmiş, ayrıca, özel durumlarda Federal Hükümete bireysel emirler verme yetkisinin verilebileceği, emirlerin, gecikmesinde sakınca bulunmayan durumlarda dışında, eyaletlerin en yüksek makamlarına verilebileceği ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere, Federal Hükümet mülteci ve sürgün edilenler konusunda özerk bir düzenleme yetkisine kavuşmuş olduğu için söz konusu kişiler hakkında yasaya dayanmadan da idari ceza öngörebilecektir.

29 ÖZKOL Adil, "Almanya'da Yürütme Organının Düzenleme Yetkisi", **AÜHFD**, Cilt 26, Sayı 3-4, Yıl 1969, s. 147.

30 Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZKOL, s. 136-137. Yazar, bu çalışmasının s. 137-145 arasında Almanya'daki tüzük türleri hakkında ayrıntılı bilgi vermekte ve bu türlerin yetki kanununa dayanıp dayanmaması konusunda değerlendirme yapmaktadır. Çalışmanın oylumunu büyütmek için biz burada tüzük türleri üzerinde durmayacağız. Ancak Anayasasının 80. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen koşulu taşıması gereken tüzüklerin nesnel, soyut, kişilik-dışı kurallar koyan, kısacası maddi anlamda kanun niteliğini taşıyan tüzükler olduğunu belirtmek gerekir.



konusu, sınırı ve amacının belli edilmesi koşuluyla suç ve cezanın kural koyan tüzüklerle konulabileceği sonucu çıkartılabilir. Bununla birlikte, Almanya'daki uygulama, bahsedilen hukuksal kurgudan farklı bir şekilde işlemektedir. SOYASLAN'ın ifadesiyle bu ülkede suçun cezasının saptanmasında kural koyan tüzüklere herhangi bir olanak verilmemekte, bir başka deyişle suçun cezası daima tekeli bir nitelikte parlamento tarafından saptanmakta, yalnızca suç koyma yetkisi bakımından kimi durumlarda söz konusu tüzüklere yollama yapılmaktadır.³¹ Bu durum ceza hukuku suç ve cezaları bakımından geçerli olduğu gibi idari suç ve cezalar bakımından da geçerli bulunmaktadır.

Almanya'da idarenin düzenleme yetkisi bakımından güçsüz bir konumda olmasından dolayı kanunun önemi konusunda çeşitli kavramlar ortaya atılmıştır. Bunlardan ilkinin "kanunun üstünlüğü", ikincisini ise "kanunun gerekliliği" kavramı oluşturmuştur. Kanunun üstünlüğünden kastedilen husus; kanunun, ikincil hukuk (tüzük, kararname, yönetmelik, ana sözleşme, idari rehberlik ilkeleri gibi) kurallarına üstünlüğünün bulunmasıdır. Bu bağlamda İdarenin yaptığı işlem ve eylemler, yasama organının çıkarttığı düzenlemelerle uyum içerisinde olmak durumundadır. Kanunun üstünlüğü, hiç bir ayrık durum olmaksızın, İdarenin bütün alanlarında geçerli bulunmaktadır.³²

Almanya'da "kanunun üstünlüğü" kavramı bakımından yasa ile İdare arasındaki ilişki basit bir şekilde kavranmasına karşın, "kanunun gerekliliği" kavramı bakımından aynı basitlik bulunmamaktadır. Zira kanunun gerekliliği kavramının içeriği ve kapsamının ne olduğu konusunda önemli güçlüklerle karşılaşmaktadır. Gerçi kanunun gerekli olduğu alanlarda İdarenin ancak kanunen yetkilendirildiği durumlarda tasarrufta bulunabileceği anlaşılabilir de buradaki temel soru, hangi alanın yalnızca Parlamento'ya özgü olduğu ve yasayla ne kadar düzenleme yapılmasının şart olduğudur. Bu sorunun tam olarak yanıtını verebilmek için kanunun gerekliliğinin nereden doğduğu konusundaki tarihsel koşulları anımsamak gerekir. Gerçekten de hangi alanın salt yasaya özgü olduğu ve orada yürütmenin düzenleme yetkisinin bulunmadığı konusu, günümüze kadar geçerli olan kamusal görev ve yetkilerin değişik organlar arasındaki mutlak paylaşımı yüzünden doğmuştur. Daha açık bir deyişle, XVIII. yüzyılın sonundan itibaren görülen liberal anayasa akımlarıyla kralların egemenlik tekelini, yurttaşların kişisel hak ve

31 Bkz. SOYASLAN Doğan, *Yürütme Organının Suç ve Ceza Koyma Yetkisi*, Kazancı Hukuk Yayınları No: 77, Ankara 1990, s. 54.

32 SCHWARZE, s. 214.

özgürlüklerinin garanti altına alınması için erkler ayrılığı ilkesi yoluyla sınırlandırılmaya çalışılmıştır.³³

Kanunilik ilkesine asıl ruhunu veren kavramlar, “toplum sözleşmesi” ve “erkler ayrımı ilkesi”dir. Gerçekten de toplum sözleşmesi ve erkler ayrılığı akımı³⁴ sonucunda, yürütme ve idarenin kişinin hak ve özgürlükleri ile malvarlığını, ancak yurttaşların rızasıyla, daha açık bir deyişle, bu rızanın, yurttaşların temsilcisi olan parlamentonun çıkardığı yasada belirtilmesi yoluyla kısıtlayabileceği esas kabul edilmiştir.³⁵ Bir diğer deyişle, bu kavramların gereği olarak, yurttaşların temel hak ve özgürlükleri ile malvarlığına yalnızca yasayla müdahale edilebilecektir. Bununla birlikte, parlamentoya özgülenmemiş olan alanlarda monarşi serbestçe hareket etme gücünü sürdürmüştür. Bu durum, yasamaya özgülenen alanın tarihsel şartların sonucu ortaya çıktığını göstermekte ve söz konusu alanının daha işin başında anayasalarda düzenlenmesi sonucunu doğurmaktadır.³⁶

İşte Alman Anayasası yürürlüğe girdikten sonra daha da ileri bir sorun ortaya çıkmış, kamu hizmetlerinin yürütülmesinde yasal bir yetkinin gerekip gerekmediği, gerekiyorsa ne ölçüde olması gerektiği üzerinde tartışılmıştır. Gerçekten de kişi hak ve özgürlüklerinin, yalnızca İdarenin dizginsiz davranışlarına karşı korunması yetmemekte, bunun yanında, devletin sunduğu olumlu edimleri keyfi bir şekilde ortadan kaldıran kararlarına karşı da korunması gerekmektedir. Bu varsayımın mantıksal bir sonucu olarak, kimileri bazı alanlarda, yalnızca yasamanın saklı bir alanının bulunduğu, Anayasanın benimsediği demokrasi ve hukuk devleti ilkesi gereğince, idare tarafından yurttaşları etkileyen her konunun ayrıntılı bir şekilde yasama tarafından düzenlenmesinin şart olduğunu ileri sürmüşlerdir.³⁷

Bu bakış açısı çeşitli nedenlerden dolayı yaygın bir şekilde benimsenmiş olmasa da günümüzde kişilerin yalnızca temel hak ve özgürlüğü ile malvarlığına müdahale eden veya onları sınırlandıran durumlarda kanunun bulunmasının gerekli olduğu koşulunun sağlanmasının yetersiz olduğu anlaşılmıştır. Gerçekten de yaklaşık olarak dünyada son 150 yıldır kamu

33 SCHWARZE, s. 215.

34 Erkler ayrımının tarihçesi hakkında bilgi için bkz. DURSUN Hasan, “Erkler Ayrılığı ve Yargıç Bağımsızlığı”, Türkiye Barolar Birliği Faruk Erem Ödülü, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 80, Ocak-Şubat 2009, s. 32 vd.

35 Krş. SCHWARZE, s. 215.

36 SCHWARZE, s. 215.

37 SCHWARZE, s. 216.



hizmetlerinin sürekli çoğalması ve bunun sonucunda kişilerin devletin sunduğu sosyal yardım ve hizmetlere bağımlılığının artması, yasanın saklı düzenleme alanlarını kaçınılmaz bir şekilde artırmıştır. İşte bu gelişmelerle uyumlu olarak Alman Federal Anayasa Mahkemesi, “esaslılık kuramı” (theory of substantiality) adlı bir kuram geliştirerek, devlet tarafından ister müdahale, isterse hizmet sunumu olsun, yanıtlanması gereken sorunun, yurttaş veya devlet açısından “esaslı” (substantial) bir önem taşıdığı durumlarda daima bir yasanın bulunmasının gerekli olduğu sonucuna ulaşmıştır. Bu bağlamda mahkeme, temel hak ve özgürlüklerle ilgili sorunların çözümlenmesini gerektiren hâller ile kişilerin temel hak ve özgürlüklerine dokunulması anlamına gelen disiplin işleri gibi özel otorite ilişkisine dayanılarak ceza tayinini gerektiren hâllerde İdarenin faaliyet gösterebilmesi için kanunun gerekli olduğu sonucuna varmıştır. Yine mahkeme, kamu kurum ve kuruluşlarının teşkilatlarının temel unsurlarının da kanunla düzenlenmesi gerektiğini belirtmiştir.³⁸

Federal Almanya’da kanun koyucunun düzenleme yetkisinin saklı veya tekeli olduğu durumlarda, kanunun hangi veya ne boyuta kadar düzenleme yapacağı konusunda tartışmalar yaşanmaktadır. Federal Anayasa Mahkemesi bu sorunun yanıtlanmasında da temel ilke olan “esaslılık kuramı”nı işleterek kanunun gerekliliğinin ve doğasının düzenlenecek alanın önemini büyük oranda kişi ve halka “benimseteceğini” (dikte ettireceğini) ifade etmiştir. Mahkemenin bu savının anlamı, düzenlemenin, kişinin temel hak ve özgürlüklerini daha büyük tehdit veya etki ettiği durumlarda, yasanın daha açık ve kesin ifadelerle yer vermesi ve kapsamını da daha belirleyici kılması gerekliliğidir.³⁹

Söz Alman yasa koyucusundan açılmışken, bu ülkede kanun yapma görevinin kime ait olduğu konusunun incelenmesi uygun olacaktır. Alman Anayasasında federal devletin ve eyaletlerin hangi konularda kanun yapabileceği açıkça saptanmıştır. Bu bağlamda, kimi konularda salt federal devletin kanun yapabileceği esası benimsenmişken,⁴⁰ idari suç ve ceza ile ilgili kimi konularda ise federal devlet ve eyaletler birlikte

38 SCHWARZE, s. 216-217 ve dn. 14-16.

39 SCHWARZE, s. 217 ve dn. 19.

40 Bu konuların düzenlendiği Anayasanın 73. maddesinin metni için bkz. Rumpf ve Schüller Uzar, s. 55-56. Anayasanın 71. maddesine göre, federal devletin tekeli yasama alanına giren konularda eyaletler, ancak federal bir yasanın kendilerine açıkça izin vermesi hâlinde ve o yasanın öngördüğü ölçüde yasama yetkisini kullanır. Bkz. Rumpf ve Schüller Uzar, s. 54. Bu bağlamda örneğin, Anayasanın 73. maddesinin 1. fıkrasının 7. bendi gereği “posta ve telekomünikasyon işleri” federal devletin tekeli yasama yetkisine girmektedir. Federal devletin posta konusunda çıkarmış olduğu bir yasada, federe devletin yasama organına, bu alanda, idari suç ve ceza koyma yetkisi verebileceği ortadadır.



yetkili kılınmıştır. Birlikte yasama yetkisinin bulunduğu alanlarda çıkartılan kanunlara “yarışan yasama kanunları” (tedahül eden kanunlar) denilmekte ve bu alanda gerek federal gerekse federe devletin kanun yapabilmesi, kayıtsız ve koşulsuz bir nitelik göstermemektedir. Daha somut bir deyişle, Anayasanın 72. maddesinin 1. fıkrası gereği, federe devletin bu alanda kanun yapabilmesi için federal devletin bu alanda daha önce yasama yetkisini kullanmamış, bir diğer deyişle, kanun yapmamış olması şartı aranırken federal devletin söz konusu edilen alanlarda yasa yapabilmesi için de bu maddenin 2. fıkrası gereği, Federasyon topraklarında eşdeğer yaşam koşullarının sağlanması veya hukuki ve ekonomik birliğin korunmasının bir federal düzenlemeyi yüksek devlet yararının gerektirmesi amacının bulunması gerekir. Yarışan yasam konuları da Anayasanın 74. maddesinde uzun bir liste hâlinde sayılmış olup; medeni hukuk, ceza hukuku, tutukluluk hâli rejimi ayrık olmak üzere yargılama usulü, nüfus sicili işleri, dernekler hukuku, yabancıların ikamet ve yerleşim rejimi, mülteci ve sürgün sorunları, bakım evleri rejimi hariç olmak üzere kamu sosyal rejimi, iş hukuku, iş güvenliği ve sosyal sigortalar, iktisadi gücün kötüye kullanılmasını önleyici kanunlar gibi idari suç ve ceza normu hükmü konulabilecek alanlardaki kanunlardır.

Almanya'da gerek Federal Devletin tekelci yetkisine giren, gerekse yarışan yasama yetkisine giren konularda Federal devletin “çerçeveleyici yasama yetkisi” bulunmaktadır. Daha açık bir deyişle, bu konularda çıkartılacak kanunlarda Federal Devlet ana çerçeveyi çizilebilmekte, eyaletler ise çizilen çerçeve içerisinde kalmak koşuluyla söz konusu kanunların boşluklarını doldurabilmek yetkisine sahip bulunmaktadır.⁴¹

Alman Anayasasının öngördüğü bir başka kanun grubu, çıkarılması bakımından eyaletlerin tekelci yetkiye sahip olduğu kanunlardır. Gerçekten de Anayasanın 72. maddesinin 3. fıkrasında; Federal Devlet kendi yasama yetkisini kullanmış olsa bile av ruhsatı hariç olmak üzere av rejimi, bazı ayrıksı durumlar dışında doğanın ve doğal güzelliklerin bakımı ve korunması, arazilerin taksimi, çevre düzeni, kimyasal madde ve tesislere ilişkin düzenlemeler hariç sular idaresi, yükseköğretime kabul ve yükseköğretim diploması konularında eyaletlerin kendi kanunları aracılığıyla, Federal Devletin yaptığı düzenlemelere aykırı düzenlemeler yapabilecekleri belirtilmiştir. Bu bağlamda örneğin çevre düzeni konusunda öngörülecek bir idari suç ve ceza koyma konusunda eyalet tek başına yetkili olabilecektir.

41 Krş., AKDEMİR, s. 11.



Bu açıklamalardan sonra Alman Anayasasının doğrudan kanunilik ile ilgili hükümlerine temas etmek uygun olacaktır. Ancak bundan önce Almanya'da "kanunilik" kavramının değişimi üzerinde durmak faydalı olacaktır. Almanya'da temel hak ve özgürlüklere kanunla yapılacak müdahale veya sınırlandırma tarihsel bakımdan bir değişime uğramıştır. Gerçekten de XIX. yüzyılda, kanunun işlevi, toplumu, İmparatora karşı korumaktı.⁴² Bu yüzden kanunun kapsamı veya niteliğinin bulunup bulunmadığı önemli olmaksızın basit bir kanunla temel hak ve özgürlüklere müdahale edilebilmekte ve İdareye de söz konusu kanunu uygulama yetkisi verilebilmekteydi. O dönemde kanuna dayalı olmak koşuluyla İdarenin temel hak ve özgürlüklere müdahale etmek veya onları sınırlandırmak yetkisi bulunmaktaydı.⁴³

Almanya'da XIX. yüzyılda esnek hatta muğlak nitelikte hükümler içeren yasalara dayalı olarak temel hak ve özgürlüklere İdarenin müdahale etme yetkisi tanınırken, günümüzde, İdarenin bu yetkisi bulunmamaktadır. Gerçekten de Almanya'da daha önceleri İdare, yasadan aldığı geniş kapsamlı yetkiye dayanarak idari teamüller çerçevesinde temel hak ve özgürlüklere müdahale ederken artık bahsedilen teamüller bağlamında söz konusu hak ve özgürlüklere müdahale edemeyeceği gibi, kendi düzenleyici işlemleriyle müdahale etmesi de olanaklı görülememektedir. Bu bağlamda günümüz Almanya'sında temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında temel unsur "yasa" hâline gelmiş ve yasanın İdareye yetki vermediği durumlarda İdarenin görevi veya yetkisinin olmadığı esası benimsenmiştir. Kısacası, Almanya'da kanunun olmadığı yerde İdare de bulunmamaktadır. Örneğin, Anayasanın 13. maddesinin 2. fıkrasında; konut aramalarının ancak yargıç kararı, gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda ise yasaların öngördüğü diğer organların kararı üzerine ve yalnız yasalarda yazılı şekilde yapılabileceği belirtilmiş, 104. maddesinin 1. fıkrasının ilk tümcesinde ise kişinin özgürlüğünün ancak usulüne uygun olarak çıkarılmış bir yasayla ve o yasada öngörülen şekillere uymak suretiyle kısıtlanabileceği ifade edilmiştir. Yine az önce belirtildiği üzere Alman Anayasası İdarenin tüzük çıkarma yetkisini bile oldukça önemli ölçüde sınırlandırarak zayıf bir yürütme öngörmüştür. Bunlardan başka, Alman Anayasa Mahkemesinin istikrar bulmuş içtihatlarınca; temel hakların düzenlenmesinin İdarenin düzenleyici işlemlerine bırakılamayacağı görüşü benimsenmiş, temel hakkı da malvarlığı ve özgürlüğün oluşturacağı esası benimsenmiştir.⁴⁴

42 Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, 2. Aufl. 1981'den nak., PIEROTH-SCHLINK, s. 64.

43 PIEROTH-SCHLINK, S. 64.

44 PIEROTH-SCHLINK, S. 64-65.

Almanya'da gerek mevzuat gerekse yargı içtihatları gereği, yasa koyucunun temel bir hak veya özgürlüğün sınırlandırılmasında İdareye yetki tanırken koşulları, çerçevesi ve sonuçlarını kendisinin düzenlemesi gerektiği, yükümlülük öngören normun kişiye uygulanmasında kişinin, kamu görevlisinin öznel değerlendirmelerden etkilenmemesi, kanunu uygulamakla görevli kamu görevlisinin eşit bir uygulama yapması gerektiği, kanunun da kanunilik ilkesinin açıklık veya belirlilik alt ilkesine⁴⁵ uygun hükümler içermesi gerektiği esası benimsenmiştir.⁴⁶

Almanya'da "kanunilik" kavramının gelişiminde kaydedilen bu olumlu aşamalara rağmen söz konusu kavramın Anayasaya yansıtılmasında yeterli özen gösterilmemiştir. Gerçekten de Anayasanın 103. maddesinin 2. fıkrasında; bir davranış, ancak işlenmesinden önce cezası kanunla belirlendiği takdirde cezalandırılabilir ifade edilerek birbirinden ayrılması olanaksız olan kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinden sadece "kanunsuz ceza olmaz" ilkesini benimsemiştir.⁴⁷ Aslında Anayasanın 103. maddesinin 2. fıkrasında yalnızca "kanunsuz ceza olmaz" ilkesinin benimsenmiş olmasının, kişi hak ve özgürlüklerine bir zararı bulunmamaktadır. Zira Alman Anayasa Mahkemesinin istikrar kazanmış içtihatlarıyla bu fıkranın yalnızca cezada değil, suçta da kanunilik ilkesini benimsediği esası kabul edilmiştir. Üstelik Mahkeme, Anayasanın 103. maddesinin 2. fıkrası gereği, yalnızca ceza hukukunun kapsamına giren suç ve cezalarda değil, her türlü suç ve cezalar ve bu arada idari suç ve cezalar bakımından da kanunilik ilkesinin, "kanunun tekelliliği" alt ilkesinin⁴⁸ geçerli olduğu sonucuna varmıştır.⁴⁹

Öte yandan Almanya'da, Anayasanın 103. maddesinin 2. fıkrasının, kanunilik ilkesinin kanunun açıklığı ve kanunun geçmişe uygulanmazlığı alt ilkelerini de benimsediği sonucuna varılmaktadır. Bu bağlamda geçmişe yürütülen veya muğlâk ceza normları Anayasanın bu hükmüne aykırı düştüğü gibi orantılılık ilkesine de aykırı düşmektedir. Zira geçmişe yürütülen veya muğlâk ceza normlarına yönelik olarak orantılılık testinin

45 Suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, *İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi*, s. 77-143.

46 PIEROTH-SCHLINK, s. 65.

47 Aslında kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi yalnızca günümüz Alman Anayasasında yetersiz bir şekilde kaleme alınmakla kalmamış, bunun yanında, Almanya'nın geçmiş anayasalarında da eksik bir şekilde kaleme alınmıştır. Örneğin Weimar Anayasasında kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinden yalnızca "kanunsuz suç olmaz" prensibi benimsenmiştir.

48 Suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun tekelliliği" alt ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. DURSUN, *İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi*, s. 26-75.

49 Krş. Moderne Franck, *Sanctions administratives et justice constitutionnelle*, Economica, Paris 1993, s. 239.



yapılması olanaklı değildir. Daha açık bir deyişle, geçmişe yürüyen veya yeterli nitelikte açık yasal düzenleme öngörmeyen normlar için söz konusu testin uygulanmasına olanak yoktur.⁵⁰

Alman Anayasasının kanunilik kavramıyla ilgili hükümlerinin incelenmesini bitirmeden önce idari cezanın niteliği ile ilgili bir halden bahsetmek uygun olacaktır. Gerçekten de Anayasanın 104. maddesinde, idari cezanın olumsuz niteliğiyle ilgili bir durumdan bahsedilmektedir. Daha açık bir deyişle, bu maddenin 2. fıkrasında; bir kişiyi özgürlüğünden yoksun edecek veya özgürlüğünden yoksun olduğu durumu uzatmaya yönelik olarak yalnızca yargıcın karar vereceği, özgürlükten yoksunluğun yargı kararına dayanmadığı durumlarda gecikmeden bir yargı kararı alınmasının gerekli olduğu, polislin gözaltına aldığı kişiyi ancak ertesi günün sonuna kadar tutmaya yetkili olduğu ifade edilmiştir. Bu hükümden anlaşılacağı üzere kanunla bile hiçbir şekilde özgürlüğü bağlayıcı nitelikte idari suç ve ceza olamayacaktır.

II. ALMANYA'DA HALKA YÖNELİK İDARİ SUÇ VE CEZALARDA KANUNİLİK İLKESİNİN UYGULANMASI

Almanya'da halka yönelik idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesini incelemeye geçmeden önce, bu ülkede, söz konusu suç ve cezanın tarihçesi hakkında genel bir bilgi verilmesi uygun olacaktır.

Federal Almanya Cumhuriyeti; 17 ve 18. yüzyılda polis devleti, 19. yüzyılda liberal anayasal devlet, XX. yüzyıldan itibaren de sosyal anayasal devlete dönüşmüştür. Almanya'da günümüzde geçerli olan idare hukuku, Cumhuriyetin söz konusu aşamalarının gelişimini yansıtmakta ve şimdiki Bonn Anayasasının özgün şekline göre biçim almaktadır.⁵¹ Alman idare hukukunun bu tarihçesi, Almanya'nın hukuki ve siyasi demokrasi tarihinde idari suç ve cezaların yeni bir olgu olmadığını, tam aksine, söz konusu suç ve cezaların tarihsel açıdan en eski ve köklü olarak bulunduğu ülkenin Almanya olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Gerçekten de Almanya'da devletin kamu gücü kullanma ayrıcalığını gösteren "polis otoritesi" kavramı, yargı organlarının tekelci yetkisi altında tutulan cezalandırma yetkisinin, idari organlar tarafından kullanılması anlamını taşımaktadır.⁵²

Ancak Almanya'da çağdaş anlamda "idari suç ve ceza" uygulaması, II. Dünya Savaşından sonra başlamıştır. İdari suç ve ceza kuramının

50 Krş. PIEROTH-SCHLINK, s. 74.

51 SCHWARZE, s. 114.

52 MODERNE, s. 5.



temellerinin oluşturulmasında özellikle Goldschmidt⁵³ ve E.B. Schmidt⁵⁴ yaşamsal derecede önemli rol oynamışlardır. Bununla birlikte, bu değerli yazarların düşünceleri, II. Dünya Savaşına kadar uygulama alanı bulamamış, 1949 tarihli Anayasanın müdahaleci tutumundan sonra uygulamaya geçmiştir.⁵⁵

Bu bağlamda ceza hukukunda yer alan ekonomik suçları basitleştirmek hedefiyle 24 Haziran 1949 tarihli “Ekonomik Suçları Basitleştirme Kanunu” (Gesetz zur Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrecht) çıkartılarak ekonomik suç ile ekonomik düzeni ihlal fiilleri arasında ayırım yapılmış ve birincileri mahkemelerin cezalandıracağı, buna karşın, ikinciler hakkındaki yaptırım, İdarenin uygulayacağı esası benimsenmiştir. Bu kanunda ekonomik suç; toplumun temel ekonomik çıkarlarını ihlal eden veya Devlet tarafından konulan ekonomik düzene aykırı olan fiiller şeklinde tanımlanmış, bunların dışında kalanların ise ekonomik düzeni ihlal fiillerini oluşturduğu esası benimsenerek ceza mahkemesinin kapsamı dışında tutulmuştur. Kanunda ekonomik düzene aykırı fiiller için suç veya ceza kavramını kullanmaktan özenle kaçınılmıştır. Zira Alman Anayasasının 92. maddesi,⁵⁶ ceza mahkûmiyetinin mahkeme dışı bir organ tarafından verilmesini yasaklamıştır. Söz, yargı yetkisinin kullanılmasından açılmışken konuyla ilgili anayasal gelişmelere bir göz atmak uygun olacaktır.

Alman Anayasasının 92. maddesinde yargı yetkisinin yargıçlara ait olduğu, 101. maddesinin 1. fıkrasında ise istisnai mahkemelerin kurulamayacağı, hiç kimsenin kanuni hâkim güvencesinden yoksun bırakılmayacağı ifade edilmiştir. Anayasanın 92. maddesi, 18 Haziran 1968 tarihinde değiştirilmeden önce suç ve kabahatin işlendiğini belirleme ve buna uygun cezayı vermede yalnızca ceza yargıcının yetkili olduğunu belirtmekte ve bu bağlamda Anayasa Mahkemesi⁵⁷ 1968 yılından önce vermiş olduğu kararlarda mali konular veya idari ihlallerde suç ve cezayı saptama konusunda İdareye verilen yetkileri iptal etmekteydi.⁵⁸

53 Goldschmidt'in görüşleri için bkz. MAHMUTOĞLU F. Selami, **Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi**, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., İstanbul 1995, s. 59-61.

54 E.B. Schmidt'in görüşleri için bkz. MAHMUTOĞLU, s. 67-69.

55 MODERNE, s. 12.

56 Anayasanın 92. maddesi; yargı yetkisinin yargıçlara ait olduğu, bu yetkinin, Federal Anayasa Mahkemesi, bu anayasada öngörülen federal mahkemeler ve eyaletlerin mahkemeleri aracılığıyla kullanılacağı ifade edilmiştir.

57 Alman Anayasa Mahkemesi Karlsruhe'de kurulduğu için “Karlsruhe Mahkemesi” olarak da adlandırılmaktadır.

58 MODERNE, s. 180-181.



Anayasa Mahkemesinin bu iptal kararlarına karşın, ilginç bir şekilde az sonra ayrıntılı bir şekilde görülecek olan 1952 tarihli Düzene Aykırılıklar Hakkında Kanun çıkartılmıştır. Yine ilginç bir şekilde Anayasa Mahkemesi 1967, 1968 ve 1969 yıllarında vermiş olduğu kararlarda bu kanunu Anayasaya uygun bulmuştur. İdari suç ve cezaların niteliği bakımından yaşamsal bir önem taşıdığı için bu kararlar üzerinde ayrıntılı olarak durulması faydalı olacaktır.

Karlsruhe Mahkemesi, 6 Haziran 1967 tarihinde vermiş olduğu kararda, Anayasanın 92. maddesi gereği, ceza yargıcının ceza hukukunun çekirdeğini oluşturan suçlarda tek el yetkisine sahip olduğunu, yasa koyucunun isterse küçük suçlarda da ceza yargıcına tek el yetkisi tanıyabileceğini, çekirdek veya ceza mahkemesinin yargılama tekeline bırakılmayan küçük suçlar dışındaki diğer ihlaller hakkında yasa koyucunun “düzene aykırılık” şeklinde bir nitelendirme yaparak ve yargısal onaya tabi tutmayarak bu fiilleri işleyenlere İdare tarafından ceza verilmesini öngörebileceğini belirtmiştir. Yine bu kararda, idari cezaya karşı kural olarak ceza mahkemelerine başvuru yolunun öngörülmesinin, idari cezanın hukuka uygun olabilmesinin önkoşulu olduğu ifade edilmiştir.⁵⁹ 22 Şubat 1968 tarihli kararda, ceza hukukunun kapsamına girse bile para cezasını gerektiren küçük suçlar ile kanun koyucunun “adalet politikası” değerlendirmesine göre ceza hukukunun kapsamına sokmadığı suçları idari suçlara dönüştürülebileceği sonucuna ulaşılmıştır. 16 Temmuz 1969 tarihli kararda ise kanun koyucunun pozitif hukukta idari müdahalenin alanını değiştirebileceği veya yasama politikasının, küçük suçların doğasını farklı şekilde değerlendirebileceği ifade edilmiştir. Mahkeme bu kararında, bir hukuka aykırılığın önemini, yasa koyucunun; fiilin etiketine, daha açık bir deyişle, davranış hakkında değer yargısına, sosyal-moral kınanmasına, failin kusuruna ve korunan hukuki varlık veya menfaatlerin derecesi gibi değişik unsurlara göre saptamak bakımından özgür olduğunu belirtmiştir.⁶⁰

Sonuç olarak Alman Anayasa Mahkemesi, bu kararlarında, çok ciddi suç ve cezalar ile küçük bile olsa açıkça ceza hukukunun kapsamına sokulan suç ve cezalar dışındaki diğer hukuka aykırı fiillerin idari suç ve cezalara dönüştürülebileceğini, ancak idari suç ve cezalara karşı genel ceza mahkemelerine başvuru hakkının hiçbir şekilde ortadan kaldırılamayacağı görüşünü savunmuştur.⁶¹

59 MODERNE, S. 321 ve dn. 109.

60 Bkz. MODERNE, s. 182.

61 Bkz. MODERNE, s. 182-183.

Almanya'da halka yönelik idari suç ve cezalar hakkında genel kanunu, 25 Mart 1952 tarihli "Düzene Aykırılıklar Hakkında Kanun"⁶² (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten) oluşturmaktadır. Bu kanun, 24 Mayıs 1968 tarihinde köklü bir değişikliğe uğramış ve 19 Şubat 1987 tarihinde tekrar değiştirilmiştir. 1987 yılında yapılan değişiklik, 1968 yılında yapılan köklü değişimin altında yatan felsefenin devamı üzerine kurulmuştur.⁶³

Ekonomik Suçları Basitleştirme Kanunu ve Düzene Aykırılıklar Hakkında Kanun ile Almanya'da önemli bir depenalisation⁶⁴ yapılmıştır. Bu ülkede depenalisation akımı salt bu kanunlarla sınırlı kalmamış, 1957 yılında rekabet, 1970 yılında trafik, 1974 yılında gıda, 1976 yılında mali düzen, çevre ve kent konularında düzeni ihlal eden fiiller için yaptırımlar öngörülmüştür. Bu kanunlar, cezai idare hukuku kapsamına giren fiiller ile ceza hukukunun kapsamına giren suç ve cezaları farklılaştırmışlar ve çıkarıldıkları konularda öngörülen fiiller hakkında idari suç ve cezaya yönelik hükümler koymuşlardır.⁶⁵ Bu kısa açıklamadan sonra Almanya'da idari suç ve cezalar hakkında genel nitelikli kanun olan Düzene Aykırılıklar Hakkında Kanun hakkında genel hatlarıyla bir bilgi verilmesi uygun olacaktır.

Düzene Aykırılıklar Hakkında Kanun, disiplin suç ve cezalarını kendi kapsamı dışında tutmuş, kapsamına salt halka yönelik idari suç ve cezaları almıştır. Öte yandan bu kanun halka yönelik idari suç ve cezalar hakkında yalnızca genel hükümlere yer vermiş, özel suç tiplerine yer vermemiştir.⁶⁶

Düzene Aykırılıklar Hakkında Kanun, halka yönelik idari suç ve cezalar için ceza hukukunun kapsamına giren suç ve cezalara nazaran farklı bir terminoloji kullanılmıştır. Somut bir deyişle Kanun, halka yönelik idari suçlar için "düzene aykırılıklar" (Ordnungswidrigkeiten) ifadesini kullanmıştır. Bunun gibi Kanunda idari cezanın "küçük ihlaller"

62 Bu kanun, 5326 sayılı Kabahatler Kanununun temel esin kaynağı olduğu gibi Portekiz'in idari ceza konusunda yaptığı düzenlemeler de de temel esin kaynağı olmuştur. Alman Düzene Aykırılıklar Kanununun Portekiz mevzuatını nasıl etkilediği konusunda bilgi için bkz. MODERNE, s. 125.

63 MODERNE, s. 12-13.

64 Depenalisation; ceza hukuku anlamında hukuka aykırı fiillerin, idare hukuku anlamında hukuka aykırı fiillere dönüştürülmesi, kısacası, ceza hukukunun kapsamına giren suç ve cezaların, idare hukukunun kapsamı içerisine sokulması anlamını taşır. Bu kavramla bağlantılı diğer bir kavram "decriminalisation" dur. Bu ise belirli fiiller için her türlü cezalandırıcı yaptırımlardan vazgeçilmesi anlamını taşır. Bununla birlikte Toroslu, bizim depenalisation olarak adlandırdığımız kavramı decriminalisation, decriminalisation olarak adlandırdığımız kavramı ise depenalisation olarak adlandırmaktadır. Bkz. Toroslu Nevzat, Nasıl Bir Ceza Kanunu, V Yayınları, Ankara 1987, s. 4-5.

65 MODERNE, s. 13.

66 Krş., MODERNE, s. 158.

için konulduğu belirtilmiş ve onun için de farklı bir sözcük kullanılmıştır. Yine Kanun, ceza hukuku açısından cezalar için “strafen” sözcüğünü kullanmasına karşın, idari anlamdaki cezalar için “geldbusse” sözcüğüne yer vermiştir.⁶⁷

Düzene Aykırılıklar Hakkında Kanunda, idari suç ile ceza hukukunun kapsamına giren suç arasında ayrımı yapmak doğrultusunda bir çaba gösterilmiştir.⁶⁸ Buna göre, Kanunun orijinal 1. maddesinin 1. fıkrasında düzene aykırılık; para cezası ile cezalandırmaya cevaz veren, bir kanuni tipi gerçekleştiren, hukuka aykırı olan ve kınanabilen (muaheze edilebilen) bir fiil şeklinde tanımlanmakta, bu maddenin 2. fıkrasında ise para cezasını gerektiren bir fiil, kınanabilir tarzda işlenmiş olmasa dahi, 1. fıkra anlamında kanuni tipi gerçekleştiren hukuka aykırı bir fiil olduğu ifade edilmiştir.⁶⁹ Ancak Kanunun 1. maddesinde yapılan bu tanım, 1987 yılında yapılan değişiklikle kısmen değiştirilmiştir. Kanunun değişik 1. maddesine göre, kusurlu ve yasal tipe uygun ve kendisine “parasal” (mali) ceza verilen hukuka aykırı her davranış, “idari düzene aykırılık” olarak adlandırılır.⁷⁰

Az önce belirtildiği üzere Alman Düzene Aykırılıklar Kanunu, idari suç ve cezalar ile ceza hukuku suç ve cezaları arasında organik ve şekli bir ölçütle ayrım yapmadığı⁷¹ için idari cezayı verme yetkisini yalnızca idari makamlara değil, ceza yargılama organlarına da vermiştir. Söz konusu çifte yetki yüzünden bu ülkede, idari cezaların ceza hukuku yaptırımları

67 MODERNE s. 116-117.

68 Çaba gösterilmiştir diyoruz zira bu çaba pek fazla başarılı olamamıştır. Çünkü bu kanun ceza hukukunun kapsamına giren suç ve cezalar ile idare hukukunun kapsamına giren suç ve cezalar arasında niteliksel veya niceliksel bir ayrım yapılabileceği varsayımıyla hareket etmiş, organik ve şekli ölçütü benimsememiştir. Nitekim bu benimsememenin sonucu olarak yargıç ve savcıya idari ceza tayin etme yetkisi vermiştir. Hâlbuki ceza hukuku suç ve cezası ile idari suç ve ceza arasında organik ve şekli ölçüt dışında ayrımı yapabilecek başka bir sağlam ölçüt bulunmamaktadır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 383-398.

69 İÇEL Kayıhan ve YURTCAN Erdener, “Alman Düzene Aykırılıklar Kanunu”, İÜHF, Cilt: XXXVI, Sayı: 1-4, 1971, s. 439-440.

70 MODERNE, s. 124.

71 Düzene Aykırılıklar Kanununda idari para cezasına karşı ceza mahkemelerine gidileceği esasının benimsenmesi (bkz. MODERNE, s. 322) kanımızca ceza hukukunun kapsamına giren suç ve cezalar ile idare hukukunun kapsamına giren suç ve cezalar arasında organik ve şekli ölçüte göre ayrım yapılmadığının bir başka kanıtını oluşturmaktadır. Zira eğer bu ölçüte göre ayrım yapılsaydı idari ceza işlemlerine karşı salt idari yargı organlarına gidilebilmesi gerekirdi. Aslında idari cezaya karşı ceza mahkemelerine başvurulabileceği esasının benimsenmesi Almanya’da idari suç ve cezanın ceza hukukunun bir kolu olarak görüldüğünün somut bir kanıtını oluşturmaktadır. Nitekim bu ülkede idari suç ve ceza, bizim tercih ettiğimiz bir deyimle, cezaî idare hukuku, klasik idare hukuku kitaplarında değil genel ceza hukuku kitaplarında işlenmektedir.

veya ahlakla “ilgisiz” (neutral) idari cezalar mı olduğu duraksamalar yaşanmaktadır. Gerçekten de Almanya'da idari cezalarla ilgili kanun (ordnungswidrigkeiten) “idari para cezası”nın (Geldbussen) uygulanması bakımından İdarenin yanında ceza mahkemelerine de yetki vermektedir. Bu cezalar, kanun koyucunun değerlendirmesine göre “küçük suçlar”ın (Übertretungen) yerini almış ve Birleşik Krallıktaki düzenleyici suçlara (regulatory offences) benzerlik göstermiştir. Bununla birlikte Almanya'da idari para cezasının, ceza mahkemesi tarafından uygulansa bile gerek halk gerekse failleri tarafından “cezai yaptırım” olarak değerlendirilmediğini belirtmek gerekir.⁷²

Alman Düzene Aykırılıklar Kanununda modern demokrasilerde pek fazla rastlanılmayan garip bir hükme yer verilmiştir. Gerçekten de bu kanunda idari para cezasının ödenmemesi durumunda yargıcın 6 ayı geçmeyecek derecede hapis cezası verebilmesi usulü öngörülmüştür.⁷³ Kanımızca böyle bir usulün öngörülmesi utanç vericidir. Gerçekten de parasal nitelikli bir cezanın ödenmemesi durumunda özgürlüğü bağlayıcı bir cezanın verilebilmesi, her şeyden önce, en yüce değer olan insan özgürlüğünü adaletsiz bir şekilde kısıtlamak anlamını taşır ki bunu günümüz değer yargılarıyla bağdaştırabilmek olanaksızdır.⁷⁴

Alman Düzene Aykırılıklar Kanunu hakkında verilen bu genel bilgilerden sonra söz konusu kanunda kanunilik ilkesinin nasıl düzenlendiği üzerinde durmak faydalı olacaktır. Ancak bu incelemeyi önce halka yönelik idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulaması konusunda Alman öğretisinde ileri sürülen görüşlere kısaca temas etmek yerinde olacaktır. Burada şu hususu hemen belirtmek gerekir ki konu hakkında Alman öğretisi farklı bakış açısını benimsemiştir. Bir bakış açısına göre, halka yönelik idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesi, kural olarak geçerli olmalı, ancak İdareye de hareket serbestisi olanağının tanınması gerekir. Diğer bir deyişle, kanunilik ilkesi, bu alanda katı ve

72 HEFENDEHL Roland, Corporate Criminal Liability: Model Penal Code Section 2.07 and the Development in Western legal Systems, Buffalo Criminal Law Review, Vol. 4: 283, 2000, s. 286.

73 Konu hakkında fazla bilgi için bkz. MODERNE, s. 111.

74 Öte yandan bu hükmü, AİHS'in 5. maddesinin 1. fıkrasıyla bağdaştırabilmek de olanaklı gözükmemektedir. Zira söz konusu fıkrada özgürlüğün sınırlandırılabilmesi hâller “sınırlı sayıda” (numerus clauses) olmak üzere sayılmış ve bunlar arasında “idari para cezasının ödenmemesi” durumuna yer verilmemiştir. İdari para cezasının ödenmemesi hâlinde yargıç eliyle olsa bile hapis cezasının verilebilmesi çağdaş anayasal ilkelerle de uyumluluk taşımamaktadır. Belediyelerin vereceği idari para cezasının ödenmemesi hâlinde özgürlüğü bağlayıcı cezaya dönüştürülmesini öngören ve 1960'lı yılların ortasında hazırlanan Belediye Ceza Kanunu Tasarısının anayasal ilkelere hangi bakımdan aykırı düşeceği konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. ERSOY Yüksel, “Belediye Cezaları ve Belediye Zabıtası”, AÜSBFD, Cilt: XXII, No: 1, Mart-1967, s. 139-140.



sert bir biçimde değil esnek bir şekilde uygulanması gerekir.⁷⁵ Örneğin bu yazarlardan Rossenkötter, halka yönelik idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin kaynağını oluşturan “açıklık” kuralının ancak günlük yaşamın izin verdiği ölçüde göz önünde bulundurulabileceğini, aksi takdirde toplumsal yaşantının acil gereksinimlerinin giderilebilmesinin olanaklı olamayacağını ifade etmektedir. Yazar, kimi durumlarda, tipe uygun eylemin tanımı için kullanılan sözcüklerin herhangi bir yorum gereksinim duyulmaksızın anlaşılabilir nitelikte olduğunu, sözgelimi, araç, şoför, sollamak, gürültü yapmak gibi ifadelerin bu türden olduğunu, buna karşılık, bazı kavramların kullanılması ve bunların içeriğinin doldurulmasının zorunlu bir ihtiyaç olarak karşımıza çıkmasının kaçınılmaz olduğunu, örneğin, “kaçınılabılır”, “gerekli”, “uygun olmayan” ve “yeterli olmayan” şeklindeki ifadelerin bu türden olduğunu ifade etmektedir. Yazar, bu gibi durumlarda, aşırı titizlik gösterilmesinin, toplumsal yaşamın çok yönlülüğüne egemen olabilmek olanağını da kendiliğinden ortadan kaldıracabileceğini, öyle ise kanunilik ilkesine idari suç ve cezalarda olanaklar ölçüsünde uyulmasının yeterli olduğunu ifade etmektedir.⁷⁶

Buna karşılık, diğer bir bakış açısına göre ise halka yönelik idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesi “katı” (rigid) bir şekilde uygulanması gerekir.⁷⁷ Örneğin bu yazarlardan Göhler anayasal esaslardan hareket ederek, düzene aykırılık teşkil eden eylemler bakımından kanunilik ilkesine yasalarda yer verilip verilmemesinin bir öneminin bulunmadığını, kanunilik ilkesinin bütün zorunlu yan sonuçlarıyla birlikte düzene aykırılık oluşturan fiiller bakımından da geçerli olduğunu, tipe uygun eylemin ve buna ilişkin hukuksal sonuçların saptanmasının idari makamların emir ve talimatlarına bırakılmayacağını ifade etmektedir.⁷⁸

Düzene Aykırılıklar Hakkında Kanun, öğretilerdeki bu görüşlerden ikincisini benimseyerek halka yönelik idari suç ve cezalarda katı bir şekilde kanunilik ilkesinin uygulanması gerektiği sonucuna varmıştır. Üstelik Kanunun 3. maddesinde idari suç ile idari ceza arasında herhangi bir ayırım yapılmayarak⁷⁹ her ikisinde de kanunilik ilkesinin uygulanmasının

75 Bkz. MAHMUTOĞLU, s. 104.

76 Rossenkötter, G. Das Recht der Ordnungswidrigkeiten, 2. Auflage, Stuttgart-München 1988, s. 17-18, nak., MAHMUTOĞLU, s. 104-105.

77 Bkz. MAHMUTOĞLU, s. 105.

78 Göhler, E. Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 9. Auflage, München, 1990, s. 31, nak., MAHMUTOĞLU, s. 105.

79 Yukarıda belirtildiği üzere Anayasanın 103. maddesinin 2. Fıkrası, böyle bir ayırım yaparak, yalnızca “kanunsuz ceza olmaz” esasını benimsemiştir.

şart olduğu ifade edilmiştir.⁸⁰ Konu oldukça önemli olduğundan Düzene Aykırılıklar Hakkında Kanunun, kanunilik ile ilgili hükümleri üzerinde ayrıntılı bir şekilde durmak faydalı olacaktır.

Alman Anayasasının kanunilik ilkesiyle yakından ilgili olan yukarıda incelenen 103. maddesinin 2. fıkrası hükmünden idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin benimsendiği açık bir şekilde görülememektedir. Bununla birlikte, Almanya'da halka yönelik idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesi, 1968 yılında Düzene Aykırılıklar Hakkında Kanunda yapılan değişiklik ile açıkça benimsenmiştir. Aslında Almanya'da suç ve cezada kanunilik ilkesinin formüle edilmesinde, Anayasada yeterli özen gösterilmese de ceza normlarında bu özenin yeterli bir şekilde gösterildiğini belirtmek gerekir. Nitekim Alman Ceza Kanununun 1. maddesinde ceza hukukunun kapsamına giren suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin geçerli olduğu belirtildiği gibi Düzene Aykırılıklar Hakkında Kanunun 3. maddesinde de halka yönelik idari suç ve cezalarda da kanunilik ilkesi benimsendiği belirtilmiştir.⁸¹ Daha açık bir deyişle, Kanunun 3. maddesinde, fiilin işlenmesinden önce cezası kanun tarafından belirlenmeyen bir davranışın “düzene aykırılık” (Ordnungswidrigkeit) suçunu oluşturmayacağı ifade edilmiştir. Bu kanunun 4. maddesinde ise kamusal idari suç ve ceza içeren normlar hakkında kanunilik ilkesinin “kanunun geçmişe uygulanmazlığı” (lex praevia) alt ilkesinin nasıl uygulanacağı örtülü olarak kurallara

80 MODERNE, s. 238.

81 Gerçekten de Alman Düzene Aykırılıklar Hakkında Kanunun 3. maddesinin 1968 yılı değişikliğinde; bir fiilin ancak işlenmesinden önce kanun tarafından cezalandırılması öngörüldüğü takdirde düzene aykırılık olarak cezalandırılabilceği, para cezasının fiilin işlendiği zaman yürürlükte olan kanuna göre tayin edileceği, fiilin işlenmesinden cezalandırılmasına kadar geçen dönemde yapılan kanun değişikliklerinde en lehte olan kanunun uygulanacağı, belirli bir süre için çıkarılan bir kanun, yürürlükten kalksa bile yürürlüğü sırasında işlenen düzene aykırılıklar hakkında uygulanacağı, bir düzene aykırılığın yan yaptırımları bakımından da bu hükümlerin kıyasen uygulanacağı ifade edilmiştir. Bkz. İÇEL / YURTCAN, s. 440-441. Bu hükümden anlaşılacağı üzere Almanya'da halka yönelik idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin kanunun tekelsizliği, kanunun açıklığı ve kanunun geriye uygulanmazlığı alt ilkeleri birlikte uygulanacaktır. Bu bağlamda suçları saptayan kanun hükümlerinin tanımlarının belirli olması, bir başka deyişle açık ve kesin olması (nullum crimen sine lege certa) ve bu bağlamda yargıcın örneksene (kıyas) yoluyla suç yaratamaması (nullum crimen sine lege stricta), kanunların failin zararına olarak geçmişteki olaylara uygulanamaması (nullum crimen sine lege praevia) ve gelenek ile göreneklere dayanarak bir eylemin cezalandırılmaması, kısacası “kanunun tekelsizliği” (nullum crimen sine lege scripta) alt ilkeleri düzene aykırı fiil ve eylemler bakımından da geçerlidir. Krş. İÇEL Kayıhan, “İdari Ceza Hukuku ve Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi”, İÜHFEM, Cilt: L, Sayılar: 1-4, 1984, s. 121-122. Az önce belirtildiği üzere kanunların failin zararına olarak geçmişteki olaylara uygulanamaması (nullum crimen sine lege praevia), bir başka deyişle, suç ve cezada kanunilik ilkesinin “kanunun geçmişe uygulanmazlığı” alt ilkesi, 1987 yılı değişikliğiyle, örtülü bir şekilde düzenlenerek, 4. maddeye alınmıştır.



bağlanmışır. Bu maddenin 1. fıkrasında, fiilin işlendiği sırada yürürlükte olan kanunun uygulanacağı, 2. fıkrasında işlenecek fiilin saptanmasında icrai veya ihmali davranışın gerçekleşme zamanının dikkate alınacağı, yürürlükteki kanunun saptanmasında da bu ölçütün geçerli olacağını, 3. fıkrasında suç failinin lehinde olan hükümlerin geçmişe yürüyeceği, 4. fıkrasında ise geçici dönem için çıkartılan kanunlar açısından bu dönemde işlenen suçlar bakımından lehe olan kanunun geçmişe yürümesi ilkesinin uygulanmayacağı, kanun yürürlükten kalksa bile uygulamaya devam edileceği ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere Kanunun 4. maddesinde aleyhe olan düzene aykırı normların geriye yürümeceği, teknik ve hukuki bir deyişle, suç ve cezada kanunilik ilkesinin “kanunun geçmişe uygulanmazlığı” alt ilkesinin uygulanacağı konusunda açık bir hükme yer verilmmiştir. Ancak maddede lehe olan ceza normlarının geriye yürüyeceği esasının belirtilmesinden kanımızca aleyhe olan ceza normlarının geriye yürütülemeyeceği sonucunu çıkartabilmek olanaklıdır. Zira aksi ile kanıt yönteminin kullanılması sonucu, lehe olan kanunun geriye yürütülmesinden, aleyhe olanların geriye yürütülemeyeceği esasının geçerli olduğu ortaya çıkmaktadır.⁸²

Almanya’da halka yönelik idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesine yasalarda bu şekilde büyük önem verildiği gibi idare hukukunda geçerli olan kanunilik ilkesine de büyük önem verilmiştir. Daha açık bir deyişle, Alman idare hukuku, idari suç ve cezaların yasallık ilkesine uyum sağlamasını öngören tedbirler almıştır. Gerçekten de Alman İdari Usul Kanunu bütün yükümlendirici işlemlerin ve bu arada yükümlendirici bireysel bir işlem niteliği taşıyan idari ceza işlemlerinin, kanunilik ilkesine uygun olması gerektiğini aramıştır. Daha somut bir deyişle, Alman İdari Usul Kanununun 35. maddesinde, idare tarafından yapılan bireysel idari işlemlerle genel veya soyut hukuk kuralları koyan yasa veya tüzük arasında kavramsal ve kuramsal farklılık öngörülerek, bir idari işlemin hukuka uygun olabilmesi için yetkili makam ve merci tarafından usul ve şekillere uygun olarak çıkartılmasının ve öze yönelik esaslı bir kusur içermemesi gerektiği,

82 Bu bağlamda düzene aykırılık teşkil eden bir ceza normunun değiştirilerek failin aleyhine hüküm içermesi durumunda Kanunun 4. maddesinin 1. fıkrası gereğince, fiilin işlendiği sırada geçerli olan ceza normu uygulanacak, aleyhe olan hükümler geçmişe etkilemeyecektir. Kanımızca, Alman yasalarında kanunilik ile ilgili olarak yer alan bu hükümlerin kökenini Anayasanın 103. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen “cezada kanunilik” (nulla poena sine lege) prensibi oluşturmaktadır. Krş. Moderne, s. 201-202. Moderne burada Alman Anayasasının 103. maddesinin 2. fıkrasında “suçta kanunilik” (nullum crimen sine lege) ilkesinin benimsendiğinden bahsetmektedir ki bu ifadesinin doğru olmadığını belirtmek gerekir.

söz konusu koşullardan herhangi birisine uygun olmayan idari işlemin hukuka aykırı olacağı ifade edilmiştir.⁸³

Görüldüğü üzere, Alman İdari Usul Kanununun 35. maddesi gereği, yükümlendirici işlemlerin ve bu arada idari ceza işlemlerinin temel hak ve özgürlükler dâhil üst hukuk normlarıyla uyum içerisinde olması, kısacası kanunilik ilkesine uygun olması gerekmektedir. Buna ek olarak, bir idari yükümlülüğün, ancak kanunla düzenlenebileceği belirtilen hâllerde söz konusu yükümlülüğün kanuna dayanması, kanunun da özellikle temel hak ve özgürlüklerle ilgili olanların Anayasaya uygun olması şarttır. Almanya'da temel hak ve özgürlükler öyle önemlidir ki, kanunda tanımlanmayan kavramların yorumunda ve idari takdir hakkının kullanılmasındaki sınırların saptanmasında da bu hususa büyük önem verilmektedir.⁸⁴

Yukarıda belirtildiği üzere suç ve cezada kanunilik ilkesi, Alman Anayasasına yeterli ölçüde yansımaya bile Alman Anayasa Mahkemesi, Anayasadaki yetersiz hükmü, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin gerekleri doğrultusunda yorumlamıştır. Bu yorum sayesinde yasalarda suç ve cezada kanunilik ilkesinin yetersiz veya eksik düzenlenmesinin pek fazla bir önemi kalmamıştır. Gerçekten de 1952 yılında çıkartılan Düzene Aykırılıklar Hakkında Kanunun ilk hâlinde “düzene aykırı fiiller” (ordnungswidrigkeiten) bakımından kanunilik ilkesinden açıkça bahsedilmiyordu. Bu ilkenin söz konusu kanunda 1968 yılında yapılan değişiklikle açıkça benimsendiği tarihe kadar Anayasa Mahkemesinin istikrar kazanmış içtihatlarıyla; halka yönelik idari suç ve cezalarda, daha somut bir deyişle, düzene aykırılık oluşturan fiiller bakımından kanunilik ilkesinin mutlak bir şekilde uygulanması gerektiği görüşü savunulmuştur.⁸⁵ Hatta Anayasa Mahkemesi halka yönelik idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesine öyle önem vermiştir ki bu ilkenin Anayasanın 20. maddesinde belirtilen “hukuk devleti” ilkesi ile birlikte her türlü cezai hukukun⁸⁶ temelini oluşturduğu sonucuna ulaşmıştır.⁸⁷ Kısacası, halka

83 SCHWARZE, s. 218-219. Alman Federal İdare Mahkemesi, daha somut bir şekilde, bir idari tasarrufun şu durumda hukuka aykırı olacağını ifade etmektedir: “Mevcut hukuk normlarının yanlış uygulandığı her durumda, bir idari tasarruf hukuka aykırıdır. Bkz. SCHWARZE, s. 219 ve dn. 24.

84 Bkz. SCHWARZE, s. 219.

85 Fazla bilgi için Moderne, s. 202 dn. 24'de belirtilen yazarların eserlerine bkz.

86 Alman Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 103. maddesinin 2. fıkrasına dayanarak her türlü suç ve cezada (Ancak az sonra anlatılacağı üzere Alman Anayasa Mahkemesinin disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulanması konusundaki içtihatları istikrarsız bir nitelik göstermektedir) ve bu arada halka yönelik idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin geçerli olduğu sonucuna varmıştır.

87 Fazla bilgi için bkz. MODERNE, s. 202 ve dn. 25-27'de belirtilen yazarlar.



yönelik idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanacağı, Alman Anayasa Mahkemesinin içtihatlarıyla anayasal bir ilke olarak açıkça benimsenmiştir.⁸⁸

III. ALMANYA'DA DİSİPLİN SUÇ VE CEZALARINDA KANUNİLİK İLKESİNİN UYGULANMASI

Bu kısımda öncelikle Alman kamu görevlilerinin disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulaması üzerinde durulacaktır. Bu uygulamanın sağlıklı bir şekilde yapılabilmesi için her şeyden önce bu ülkede kamu görevlilerinin statüsü hakkında genel bir bilgi verilmesi uygun olacaktır. Almanya'da "kamu çalışanı" statüsü şemsiye bir kavram olup bunun içerisine "devlet memuru" (Beamte), "kamu hizmetlisi" (Angestellte) ve "kamu işçisi" (Arbeiter) girmektedir.⁸⁹

Kamu hizmetini gören kamu çalışanları özel bir disiplin düzenine⁹⁰ tabi tutulmalarına karşın, bu düzen sadece devlet memurları için uygulanmakta olup kamu hizmetlisi ve kamu işçilerine uygulanmamaktadır. Gerçekten de devlet memurlarının sıkı bir şekilde görev ve yetkileri tanımlanmış, disiplin yaptırımları açıkça öngörülmüş, ücret, sağlık ve emeklilik, hizmet öncesi eğitim, kadro dizgesiyle kariyer basamakları saptanmış ve onların kamu hukuku rejimine tabi tutulmaları sağlanmıştır. Buna karşın, kamu hizmetli ve işçisi, özel sektörün tabi olduğu hukuka ve kamu sektörü endüstri ilişkilerine bağlı kılınmıştır.⁹¹ Daha doğru bir deyişle, Federal Almanya'da kamu hizmetli ve işçisi temel olarak iş kanununa tabi kılınmıştır. Bunların statüleri ise Medeni Kanunun düzenlediği özel hukuk sözleşmesi, toplu sözleşme ve usul kurallarına dayalı olarak saptanmıştır.⁹²

88 MODERNE, s. 203.

89 KUHLMANN Sabine ve RÖBER Manfred, Civil Service in Germany: Characteristics of Public Employment and Modernization of Public Personnel Management, 14-15 Mayıs 2004 tarihinde Bordeaux, Goethe-Institut'de yapılan Modernization of State and Administration in Europe: A France-Germany Comparison adlı Toplantıda Sunulan Metin, s. 3. (<http://www.uni-konstanz.de/bogumil/kuhlmann/Download/KuhlmannRoeber1.pdf>, Erişim Tarihi, 10.12.2010).

90 Almanya'da kamu yönetiminin oldukça organize olmuş bir disiplin dizgesi bulunmaktadır. Gerçekten de, Almanya'da kamu kurum veya kuruluşunun iç hizmet kurallarını ihlal edenler için oldukça geniş yelpazede yer alan disiplin yaptırımları öngörülmüştür ki bu yaptırımlar yasal süreçlere dayalı olarak ilgili kamu görevlisinin savunmaları alınarak uygulanmaktadır. Bkz. Gaudemet, P.M., s. 152 ve devamından naklen Fougère Louis, Civil Service Systems Essays and Texts (Fransızca Özgün Adı: La fonction publique: Etudes et choix de textes commentés; İngilizce'ye çevirenler: Ruth Murphy ve Robert North), Unesco, Brussels 1967, s. 318.

91 KUHLMANN ve RÖBER, s. 3.

92 The Status of Public Officials in Europe, Council of Europe Publishing, Strasbourg 1999, s. 12.

Almanya'da bir tarafta devlet memurluğu, diğer tarafta kamu hizmetlisi ve işçi şeklindeki kamu istihdamının bu ikili yapısı Almanya'nın tarihsel geleneklerine dayanmaktadır. Çünkü Alman Anayasasının 33. maddesinin 4. fıkrasında, egemenlik hak ve yetkilerinin yerine getirilmesi görev ve yetkisinin esas itibarıyla, "sürekli" (daimi) bir görev olarak idari iş ve sadakat ilişkisinde bulunan kamu görevlilerine bırakılacağı, 5. fıkrasında ise kamu hizmetleri hukukunun, memurluğun gelenek ve âdetleri göz önüne alınarak düzenleneceği ve geliştirileceği ifade edilmiştir. Kısacası bu hükümlerle kamu hizmetleri hukuku ve kamu yönetim düzeni işlevini yerine getirebilmek için devlet memuru mevkileri kurulacağı ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere Anayasada yer alan bu hükümlerle devlet memurluğuna öncelik veren ikili bir yapı oluşturulmuştur. Bununla birlikte, XX. Yüzyılda Alman kamu istihdamının ikili yapısı anlamlı olmasına karşın günümüzde bu ayrımın pek fazla önemi kalmamıştır, çünkü ikili yapı arasındaki farklılıklar gittikçe kaybolmaya başlamıştır.⁹³

Az önce bahsedilen Anayasanın 33. maddesinin⁹⁴. ve 5. fıkralarında özetle, memurların kamu hukukuna bağlı olarak statü hukuku çerçevesinde istihdam edileceği ve kamu hizmetlerini yerine getirecek temel kategorinin memurluk olduğu belirtilmiştir. Ancak bu ülkede 1980'li yıllardan itibaren kamu personel rejiminde esneklik yönünde ortaya çıkan ve memurluğu belirli süreli sözleşme ile istihdam etmeye dayanan bir akım ortaya çıkmıştır. Bu akım, memur sendikaları ve devlet memurları tarafından pek hoş karşılanmamıştır. Daha açık bir deyişle, söz konusu örgütler ve memurlar, Anayasanın bahsedilen hükümlerini dayanak alarak sözleşmeli istihdama karşı çıkmışlardır. Bu bağlamda Almanya'da devlet memurlarının, esnek, daha açık bir deyişle, sözleşme ile istihdam edilmesi yönündeki en büyük düşünsel engeli, Anayasa ve örgütlü memurlar oluşturmuşlardır. Bir başka deyişle, Almanya'da memurların sözleşme ile istihdam edilmesi ya da maaşlarının kanunla düzenlenmesi ilkesinin tersine olarak performans dayalı ve bireysel olarak belirlenmesi

93 Krş. KUHLMANN ve RÖBER, s. 3.

94 Anayasanın "(y)urttaşlık haklarında eşitlik; memurların durumu" başlıklı 33. maddesi şu şekildedir: (1) Her Alman, her eyalette, yurttaş olarak, eşit hak ve yükümlülüklerle sahiptir. (2) Her Alman, ehliyet ve mesleki yeteneğine göre, eşit olarak kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. (3) Medeni ve siyasal haklardan yararlanma, kamu hizmetlerine alınma, kamu hizmetlerinde kazanılan haklar, ilgilinin dini inancına bağlı değildir. Hiç kimse, bir mezhebin üyesi olduğu veya olmadığı için veya felsefi görüşü yüzünden mağdur edilemez. (4) Egemenlik hak ve yetkilerinin yerine getirilmesi, esas itibarıyla, daimi bir görev olarak idari iş ve sadakat ilişkisinde bulunan kamu görevlilerine bırakılır. (5) Kamu hizmetleri hukuku, memurluğun gelenek ve âdetleri göz önüne alınarak düzenlenir ve geliştirilir." Bkz. RUMPF ve SCHÜLLER Uzar, s. 32.



gibi esneklik esasına dayalı düzenleme yapılması önündeki akım, ciddi bir düşünsel direnişle karşılaşmıştır.⁹⁵

Ancak Almanya’da anayasal ilkeler engeli ve memur sendikalarının güçlü direnişi bulunmasına rağmen, memurluk rejimini esnekleştirme yönünde çabaların uygulamaya geçirilmesi tam olarak durdurulamamıştır.⁹⁶ Nitekim Almanya’da kamu personel rejimini esnekleştirme yönündeki politikalar, “geçici personel”in (angestellte) sayısal olarak artırılmasıyla uygulamaya konulmuştur. Bu bağlamda özellikle iki Almanya’nın birleşmesi sonrasında memur sayısı azaltılmış, buna karşın geçici personel sayısı çoğaltılmıştır. Özellikle kamu personelinin en yoğun olarak bulunduğu eyalet ve yerel yönetimlerde geçici personel sayısı, memurlara oranla hızla artmış ve artmaya da devam etmiştir. Böylelikle, anayasal ilkelerin güvencesinde bulunmasına karşın, memurluk, Almanya’da sınırlı sayıda personelin istihdam edildiği bir kategori hâline dönüşme eğilimini taşımıştır. Anayasada öngörülen güvencelerin arkasından dolaşarak içinin boşaltılmasını, böylelikle de fiili olarak statü hukukuna bağlı memurların “sayısal” (nicel) olarak sınırlanmasını, Almanya’da esneklik yönündeki akımın uzun erimli bir stratejisi olarak kabul etmek gerekir. Bu çerçevede söz konusu stratejinin uzun erimli ereğinin; kamu personel rejimi bakımından öngörülen anayasal ilkelerin uygulama alanını sayısal olarak daraltarak, söz konusu ilkelerin içlerini boşaltılması olduğunu söyleyebilmek olanaklıdır.⁹⁷

Federal Almanya’da devlet memurlarıyla ilgili genel bir kamu hizmeti kanunu bulunmamaktadır. Ancak genel bir kanun olmasa da devlet memurlarıyla ilgili temel ilkeler Anayasada yer almış, bunun yanında, çeşitli kanunlarda devlet memurları hakkında hükümlere de yer verilmiştir. Daha açık bir deyişle, çeşitli kanunlarda devlet memurlarının hak ve yükümlülüklerini gösterilmiş, onların emeklilikleri düzenlenmiş,

95 Krş. ASLAN O. Ender, Kamu Personel Rejiminin Anayasal İlkeleri, TODAİE Yayınları, Ankara 2006, s. 114-115.

96 Burada “tam olarak durdurulamamıştır” ibaresini bilinçli bir şekilde kullanmaktayız. Zira bu fikri direnç kısmi bir başarıya ulaşmıştır. Daha açık bir deyişle, 1997 yılında çıkartılan Memurluk Kanunuyla eyalet ve belediyelerde çalışan kamu görevlilerinin performansa dayalı olarak ücretlendirilmesi ve kısa süreli sözleşmelerle istihdam edilebilmesi hükme bağlanmış, Kanunun görüşmeleri sırasında, Federal memurlar için de esneklik öngören taslaklar, anayasal ilklere aykırı olduğu gerekçesiyle Parlamento tarafından kabul edilmemiştir. Bu bağlamda Almanya’da anayasal ilkelere dayanan, daha açık bir deyişle, yaşam boyu kariyere dayalı istihdam ve ulusal düzeyde toplu sözleşme görüşmeleriyle belirlenip Federal Parlamento tarafından kanun ile uygulamaya konulan güvenceli maaş rejiminin federal kamu çalışanları bakımından sürdüğünü belirtmek gerekir. Krş. ASLAN, s. 115-116.

97 ASLAN, s. 116.

ayrıca Devlet Memuru Vekâlet Kanunu ve Memurların Ücreti Hakkında Kanun çıkartılmıştır. Bunlardan başka, sadece Federal kamu görevlileri veya Eyalet (Land) kamu görevlilerine uygulanmak üzere başka kanunlar da yürürlüğe konulmuştur.⁹⁸ Almanya'da kamu görevlisinin statüsü hakkında bu genel bilgileri verdikten sonra disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin irdelenmesi uygun olacaktır. Bu irdelemeyi yapmadan önce konu hakkında Alman öğretisi ve Alman Anayasa Mahkemesinin tutumuna kısaca değinmek uygun olacaktır.

Almanya'da öğretisi, genellikle, devlet memurlarının disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulanması gerektiğini, ancak bu uygulamanın katı veya sert bir şekilde olamayacağını savunmaktadır.⁹⁹ Örneğin Maunz ve Dürig, suç ve cezada kanunilik ilkesinin disiplin ceza hukukunda da geçerli olduğunu, zira temel hak ve özgürlüklerin şüphe hâlinde geniş yorumlanması gerektiğinden 103. maddenin disiplin ceza hukukunu da kapsamasının haklı olduğunu, bu ilkenin geçerli olmadığını savlayan Bavyera Anayasa Mahkemesinin görüşünü düzeltmesi gerektiğini ifade etmişlerdir. Yazarlar, 1919 tarihli Weimar Anayasasının kanunilik ilkesini düzenleyen 116. maddesinin, disiplin hukukunda da geçerli olduğunu, Federal anayasa koyucu farklı düşünseydi, 1949 yılında yürürlüğe giren Federal Anayasaya değişik bir hüküm koyacağını da belirtmişlerdir.¹⁰⁰ Bununla birlikte, Maunz ve Dürig, kanunsuz suç ve

98 **The Status of Public Officials in Europe**, s. 12.

99 Buna karşın Alman öğretisi; hastane, cezaevi, okul gibi kapalı kamu kurumlarında kalan kişilere verilecek disiplin cezaları bakımından iki gruba ayrılmaktadır. Öğretilerde bir grup yazar, bu gibi kapalı kurumlarda kalan kişilerin gönüllü veya zorla olarak orada kaldıkları için idare ile o şahıslar arasında özel bir ilişkinin bulunduğunu, dolayısıyla İdarenin orada kalan kişileri, kanunilik ilkesine uyulması şart olmadan, daha doğrusu gevşek kanunilik ilkesine uygun düşerek ve cezalandırma gücüne dayalı olarak cezalandırabileceği görüşünü savunmuşlardır. Bkz. MODERNE, s. 230-231 dn. 126 ve 132'de belirtilen yazarlar. Buna karşın, diğer grubu oluşturan yazarlar ise İdare ile idare edilen arasında özel ilişki bulunsa veya bulunmasın her türlü durumda verilecek disiplin cezaları bakımından katı veya sert bir şekilde kanunilik ilkesinin uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. MODERNE, s. 230-231 dn. 127 ve 133'de belirtilen yazarlar. Alman Anayasa Mahkemesinin bu konudaki içtihatları istikrarlı değildir. Daha somut bir deyişle, Alman Anayasa Mahkemesinin 14 Mart 1972 tarihli kararında, mahkûm ile cezaevi idaresi arasında özel bir ilişki bulunsa bile suç ve cezada kanunilik, temel hak ve özgürlüklerin korunması ve yargıya ulaşılabilirlik gibi hukuk ilkelerinin katı bir şekilde uygulanması gerektiğini ifade etmiş (Bkz. MODERNE, s. 230-231 ve dn.128-130) buna karşın, 6 Haziran 1988 tarihinde yargıç ve savcılarla ilgili disiplin cezaları bakımından vermiş olduğu kararda ise sayılan bu meslek mensuplarıyla İdare arasında özel bir ilişki bulunduğu için kanunilik ilkesinin esnek bir şekilde uygulanması gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Bkz. MODERNE, s. 231.

100 Bkz. MAUNZ, T. ve DÜRİG G. Grundgesetz. Kommentar, Loseblattsammlung, Verlag C.H. Beck, München 1958, Anayasanın 103. maddesinin yorumundan nak., YÜCE T. Tufan, "Ceza Hukuku İlkelerinin Disiplin Ceza Hukukunda Geçerliliği Sorunu ve Danıştay Kararlarının Bu Açından Tahlili", DD, Yıl: 24, Sayı: 88, 1994, s. 8-9. (Yüce, burada Maunz ve Dürig'in eserinin hangi tarihte basıldığını belirtmediği için Alman yazarların bu eserin basım tarihi, internet yoluyla sağlanmıştır).



ceza olmaz ilkesi uygulanırken disiplin hukukunun özelliğinin gözden kaçırılmaması gerektiğini, bu çerçevede, disiplin ceza hukukunun çok kesin çizilmiş, keskin çizgilerle belirtilmiş “suç kalıpları” (tatbestaende) tanıyamayacağını, suç tanımlarının genel olması gerektiğini, ceza çeşidi ve ceza çerçevesinin de genel ve geniş tutulması gerektiğini, böylece somut olayda suça uygun cezanın seçilebileceğini, örneğin, küçük bir cinsel taciz hareketinde bulunan teknik bir memura “uyarma” cezası vermek yeterli olabilirken, bu tacizin, bir öğretmen tarafından yapılmasının onun “meslekten atılma” cezasına yol açabileceğini ifade etmişlerdir.¹⁰¹

Bu açıklamalardan sonra konuya doğrudan girmek gerekirse Almanya’da Federal kamu görevlilerinin¹⁰² disiplin suçlarında esnek bir şekilde kanunilik ilkesinin uygulandığını belirtmek gerekir. Gerçekten de bu ülkede devlet memurlarının disiplin suçlarında “kanunsuz suç olmaz” ilkesi tam olarak uygulanmamaktadır. Daha açık bir deyişle, Almanya’da devlet memurlarıyla ilgili kanunlar, disiplin suçlarının çerçeve hükümlerini belirlemede, bu çerçeve içerisindeki düzenleme yetkisini İdareye bırakmaktadırlar.¹⁰³ Konu oldukça önemli olduğundan üzerinde biraz daha durulması faydalı olacaktır.

Yukarıda kısaca değinildiği üzere Weimar Cumhuriyeti döneminde, yürütme organına geniş yelpazeli alanlarda kararname çıkarma yetkisi verilmesi yüzünden doğan kötü sonuçlar üzerine, Almanya’nın 1949 Anayasasının “kurucuları” yürütme organına devredilecek düzenleme yetkisini sınırlandırıcı bir yaklaşım benimsemişlerdir.¹⁰⁴ Nitekim az önce belirtildiği üzere, Anayasanın 80. maddesinin 1. fıkrasında, yürütme organının düzenleme yetkisini kullanabilmesi için kanuna dayanmasının gerekli olduğu ifade edilmiş, kanunun da devrettiği düzenleme yetkisinin; içeriğini, amacını ve kapsamını göstermesi gereği ifade edilmiştir. İşte Anayasanın bu hükmüne dayalı olarak Alman devlet memurlarının

101 Bkz. MAUNZ ve DÜRİĞ’den nak, Yüce s. 8-9.

102 Burada kastedilen kamu görevlileri, devlet memurlarıdır. Yukarıda belirtildiği üzere kamu hizmetlisi ve kamu işçisi temel olarak özel hukuk, bir başka deyişle, iş hukukuna tabi olarak “hizmet sözleşmesi” ile çalıştıkları için onların disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesi hiçbir şekilde uygulanmamaktadır. Bununla birlikte bu kamu çalışanlarının disiplin suç ve cezalarında özel hukuka tabi olması, bunların bağlı olduğu kamu kurum ve kuruluşlarının yurttaşların temel hak ve özgürlüklerine saygı göstermemesini gerektirmez. Gerçekten de Schwarze’nin belirttiği üzere Alman İdaresi, işlerin doğası gereği, kamusal işlevini özel hukuk süreçlerine tabi olarak yürütse bile temel hak ve özgürlüklere saygı göstermek zorundadır, bir başka deyişle, burada, özel hukuka kaçış yolu yoktur. Bkz. SCHWARZE, s. 218.

103 Krş. CARDONA Francisco, Liabilities and Discipline of Civil Servants, January 2003. (Bkz. <http://www.sigmaxweb.org/dataoecd/61/6/37890790.pdf>, Erişim Tarihi, 10.12.2010), s. 6.

104 Bkz. SCHWARZE, s. 219.

disiplin suçlarının, yürütme organının kural koyucu tüzükleriyle düzenlendiğini belirtmek gerekir.

Alman devlet memurlarının disiplin suçlarında esnek veya gevşek bir kanunilik ilkesi uygulanmasına karşın, onlara uygulanacak disiplin cezaları bakımından katı bir şekilde kanunilik ilkesi uygulanmaktadır. Gerçekten de Federal kamu görevlilerinin disiplin işleri, 2001 yılında çıkartılan Federal Disiplin Kanununda¹⁰⁵ ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Kanunun dikkat çekici bir özelliği, onun salt Federal “faal” (aktif) kamu görevlileri için geçerli olmaması, bunun yanında, emekli¹⁰⁶ kamu görevlileri için de geçerli olmasıdır. Gerçekten de Kanunun 1. maddesinde, bu kanunun Federal devlet memurları ile Federal devlet memurluğu ile ilgili kanunların kapsamına giren emekliler için uygulanacağı, emekli aylığı alıncaya kadar herkesin kamu görevlisi sayılacağı ifade edilmiştir. Kanunun 2. maddesinde ise kamu görevlisinin görevini yaparken disiplin suçu kapsamına giren bir davranışta bulunduğu, emeklinin de kamu görevlisi iken bir disiplin suçu işlediği veya emekli olduktan sonra belirli bazı disiplin suçlarını işlemesi hâlinde¹⁰⁷ Kanundaki disiplin cezalarının verileceği ifade edilmiştir.

Kanunun 5. maddesinde ise devlet memurları ve emekliler için verilecek disiplin cezaları teker teker sayılmıştır. Daha açık bir deyişle bu maddede kamu görevlileri için verilecek disiplin cezaları; “kınama” (verweis), “idari para cezası” (geldbusse), “maaş kesimi” (kürzung der dienstbeüge), “alt dereceye indirme” (zurückstufung) ve “devlet memurluğundan çıkarma” (Entfernung aus dem Beamtenverhältnis) şeklinde, emekliler için verilecek disiplin cezaları ise “emekli aylığının kesimi” (kürzung des Ruhegehalts) ve “emekli aylığının iptal edilmesi” (aberkennung des Ruhegehalts) şeklinde saptanmıştır.

Kanunun 6. ve devamı maddelerinde söz konusu disiplin cezalarının ne gibi hukuki sonuç doğuracakları da ayrıntılı bir şekilde gösterilmiştir.¹⁰⁸ Çalışmanın kapsamını büyütmemek için bunlar üzerinde durulmayacaktır. Ancak kınama cezası bakımından ilginç bir duruma değinmek gerekir. Kanunun 6. maddesinde, kınama cezasının, devlet memuruna görevinde

105 Bu kanunun Almanca ismi “Bundesdisziplinar-gesetz”dir. Kanun, “Federal Resmi Gazete’de” (BGB) 9 Temmuz 2001 tarihinde yayımlanmıştır. Kanunun tam metni için bkz. (<https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/bdg/gesamt.pdf>, Erişim Tarihi, 10.1.2017).

106 Federal devlet memurluğundan emekli olanlar.

107 Bu disiplin suçları için Kanunun 2. maddesinin 2. fıkrasının (a) ve (b) bendine bkz.

108 Aslında bu kanunda, salt disiplin cezaları düzenlenmemekte, bunun yanında, disiplin cezalarının nasıl verileceği, onlara karşı idari ve yargısal başvuru, dava sonucundaki mahkeme masrafları ve nafaka konuları da düzenlenmektedir.



kınandığının yazılı olarak bildirilmesi demek olduğu, ancak, memura gönderilen yazının kınama şeklinde değil de eleştiri, uyarı veya şikâyet niteliğinde olduğu hâllerde bunların disiplin cezası oluşturmayacağı ifade edilmiştir.

Yapılan bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere Almanya'da devlet memurlarının disiplin suçlarında kanunilik ilkesi uygulanmamakta, buna karşın disiplin cezalarında söz konusu ilke tam olarak uygulanmaktadır. Suç ile ceza arasında ayrılmaz bir bütünlük ilişkisi bulunduğu ve bunların birisinde kanunilik ilkesinin benimsenmemesi, diğerinde de benimsenmediği anlamını taşıyacağından¹⁰⁹ ve suç ve cezada kanunilik ilkesi ancak birlikte kişi hak ve özgürlüklerini güvence altına alabileceğinden¹¹⁰ Almanya'da devlet memurlarına uygulanan disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulanmadığı sonucuna varmak olanaklıdır. Almanya'da disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulanmaması, kanımızca iki açıdan Alman Anayasasına aykırı düşmektedir.

Bunlardan ilki, Anayasanın 20. maddesinin 3. fıkrası bakımından oluşan aykırılıktır. Yukarıda belirtildiği üzere bu fıkroda, yürütme ve yargının (temel hak ve özgürlükler alanında) kanun ve hukuk çerçevesinde hareket edeceği ifade edilmiştir. Bu hükme rağmen Almanya'da devlet memurları hakkında öngörülen disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesi benimsenmediği gibi, disiplin işleri, İdarenin iç işlemi olarak da kabul edilmiştir. Bu bağlamda, Almanya'da merkezi idare sivil ve askeri memurları ile yerel yönetim organı memurlarına verilecek disiplin cezalarının "iç" (internal) yönetim işleri olduğu esasının benimsendiğini belirtmek gerekir.¹¹¹ Kanımızca bu benimseyiş, Anayasanın 20. maddesinin 3. fıkrasına aykırıdır. Zira bu fıkroda yürütmenin temel hak ve özgürlükler alanında kanun ve hukuk çerçevesinde hareket edeceği belirtildiğine ve disiplin suç cezaları da bir özgürlük ihlali, hatta kamu görevinden çıkarma disiplin cezası, en temel hak olan çalışma hakkının ihlaline yol açtığına göre, bu suç ve cezaların bir bütün hâlinde kanunilik ilkesine tabi olmaması Anayasanın bu hükmüne aykırılık oluşturmaktadır.

109 Zira suç ve ceza daima birbirini tamamlar. Örneğin suçta kanunilik ilkesi kabul edilmeyip yürütmenin takdirıyla suç yaratılırsa cezada kanunilik esasının benimsenmesinin anlamı kalmaz. Zira yürütmenin yapacağı keyfi bir suç tanımıyla, suç ve cezada kanunilik ilkesinin kişi hak ve özgürlüklerine güvence getirmesi işlevi yerine getirilemez.

110 Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. DURSUN, **İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi**, s. 19, 495 vd.

111 Bkz. MODERNE, s. 230.

İkincisi, Anayasanın 103. maddesinin 2. fıkrası bakımından oluşan aykırılıktır. Yukarıda ayrıntılı bir şekilde belirtildiği üzere bu fıkarda yalnızca “kanunsuz ceza olmaz” esası benimsenmesine karşın özellikle Anayasa Mahkemesinin çabalarıyla bu esas “kanunsuz suç ve ceza olmaz” şeklinde genişletilmiş ve her türlü suç ve ceza bakımından geçerli olduğu anlayışı getirilmiştir. Nitekim Anayasa Mahkemesi halka yönelik, bir başka deyişle düzene aykırı suçlar ile bunların cezaları bakımından kanunilik ilkesinin tam olarak uygulanacağı esasını benimsemiştir. Anayasanın 103. maddesinin 2. fıkrasında, hangi suç ve ceza türü olursa olsun farklı hükümlerin uygulanacağı belirtmediğine göre disiplin suç ve cezaları bakımından da kanunilik ilkesinin gerekli olduğu açıktır. Aslında Anayasa Mahkemesinin disiplin suçları bakımından kanunilik ilkesinin katı bir şekilde uygulanmayacağını belirten kararlarının, mahkemenin, kendi kararları arasındaki bir çelişkisi olarak değerlendirmek gerekir. Zira mahkeme, her türlü suç ve cezada kanunilik ilkesinin katı bir şekilde uygulanacağını belirttiğine göre tam anlamıyla bir suç ve ceza oluşturan disiplin suç ve cezalarında bu ilkenin tam anlamıyla aranmaması açık bir çelişkidir.¹¹²

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Bu çalışmada, 5326 sayılı Kabahatler Kanununun temel esin kaynağını oluşturan Alman Düzene Aykırılıklar Hakkında Kanun hakkında genel bir bilgi verilmiş ve Almanya'da idari suç ve cezalar üzerinde kanunilik ilkesinin uygulaması üzerinde durulmuştur. Çalışmanın satır aralarından anlaşılacağı üzere Alman Düzene Aykırılıklar Kanunu, 5326 sayılı Kabahatler Kanununa esin kaynağı olmaya elverişli değildir. Bu elverişsizlikleri altı açıdan saptamak olanaklı gözükmektedir.

Bunlardan ilki, Almanya'da Düzene Aykırılıklar Hakkında Kanunun, idare hukuku içerisinde değil ceza hukuku içerisinde değerlendirilmesidir. Öte yandan bu kanun büyük çaplı bir depenalisation olgusunu da temsil edememektedir. Zira Almanya'da bütün kabahatler Düzene Aykırılıklar Kanununun kapsamı içerisine alınmamıştır. Bir kısım kabahatler, kabahat olarak Ceza Kanunu içerisinde kalmış, kabahatlerin sadece bir kısmı Düzene Aykırılıklar Kanununun kapsamına alınarak “idari suç” (ordnungswidrigkeiten) hâline getirilmiştir. Bundan da öte, idari suç hâline getirilen fiiller için verilen para cezasına da özü itibarıyla idari para cezası gözüyle bakılmamış, ona, ceza hukuku bağlamında geniş anlamda bir ceza olarak bakılmıştır. Gerçi Almanya'da yargıcın verdiği para cezası

112 Krş. MODERNE, s. 228.



“geldstrafe” olarak adlandırılıp, buna karşın İdarenin veya polisin verdiği para cezası “geldbusse” olarak nitelendirilerek her biri hakkında farklı kavramlar kullanılsa veya ikisi arasında bir etiket farkı oluşturulsa da bu ülkede para cezalarına, sürgit bir şekilde, ceza hukukunun kapsamına giren bir ceza gözüyle bakılmıştır.¹¹³ Hâlbuki idari ceza, hiçbir şekilde, ceza hukukunun kapsamına girmez. Daha açık bir deyişle, yargıcın verdiği ceza, ceza hukukunun kapsamına girerken, idari ceza, cezai idare hukukunun kapsamına girmekte ve bu iki ceza arasında organik ve şekli ölçüte göre ayırım yapılmaktadır. Almanya’da iki ceza arasındaki kapsam farkı ve aralarındaki ayrımı yapacak olan organik ve şekli ölçüte dikkat edilmemesi olgusu¹¹⁴ Düzene Aykırılıklar Kanununun niçin temel esin kaynağı olamayacağını somut bir şekilde ortaya koymaktadır.

İkinci nedeni, Alman Düzene Aykırılıklar Hakkında Kanunun oldukça eskimiş olması oluşturmuştur. Gerçekten de kökeni çok daha eskiye giden Alman Düzene Aykırılıklar Kanunu 1952 yılında kanunlaşmış ve 1968 yılında hükümleri önemli ölçüde değiştirilmiş,¹¹⁵ 1987 yılında ise kısmi bir değişikliğe uğramıştır. Hâlbuki 1980’li yıllardan itibaren artan hızla görülen liberalleşme ve küreselleşme akımları sonucu idare hukuku başkalaşmış ve değişmiştir. Cezai idare hukuku da idare hukukunun bir kolu olduğuna göre bu başkalaşma ve değişimden bağımsız tutulamaz. Nitekim 1980’li yıllardan sonra lisans veya ruhsat ihlalleri şeklindeki idari suçlar ağırlık kazandığı gibi lisans veya ruhsat iptali gibi idari cezalar da ağırlık kazanmaya başlamıştır. İşte, Alman Düzene Aykırılıklar Hakkında Kanun, eski bir kanun olduğu için 1980’li yıllardan sonra cezai idare hukukunda görülen değişim ve başkalaşımı gerekli ölçüde yansıtamamıştır.

İdari suç ve cezalar hakkında Alman Düzene Aykırılıklar Kanununun temel esin kaynağı olamayacağını üçüncü nedenini, söz konusu kanunun kapsamının oldukça dar olması oluşturur. Gerçekten de Alman Düzene Aykırılıklar Kanunu, kısmi bir şekilde yapılan depenalisation sonucu kapsamı yetersiz olan halka yönelik idari suç ve cezalar hakkında genel

113 Krş. **Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK’nın 50 Yılı ve Geleceği Semineri’nde** (İÜHFY No.: 511, İstanbul, 1977) Kunter’in yaptığı konuşma, s. 181-182.

114 Gerçekten de Alman Düzene Aykırılıklar Kanununun 40. maddesinde savcıya, 45. maddesinde ise ceza mahkemesine idari ceza verme yetkisi tanımak suretiyle idari cezanın doğasına ve idari ceza ile ceza hukuku cezasının birbirinden yalnızca organik ve şekli ölçüte göre ayrılabilmesi esasına aykırı hareket edilmiştir. Alman Düzene Aykırılıklar Kanununun orijinal metni için bkz. <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/owig-1968/gesamt.pdf>, Erişim Tarihi, 13.4.2012).

115 Alman Düzene Aykırılıklar Kanununun tarihçesi hakkında fazla bilgi için bkz. MAHMUTOĞLU, s. 14-20.

hükümler koymuş, idari suç ve cezaların bir başka alt kümesini oluşturan disiplin suç ve cezaları hakkında hüküm koymamıştır. Esasen disiplin suç ve cezaları hakkında genel nitelikli hükümler koyamayan kanuna, idari suç ve cezalar hakkında kanun denilmesi bile hatalıdır. Zira böyle bir kanun idari suç ve cezaların türlerinden yalnızca halka yönelik idari suç ve cezaları düzenlemiş, bu suç ve cezaların diğer türünü oluşturan disiplin suç ve cezasını düzenlememiş, daha doğru bir deyişle, onun hakkında genel nitelikli hükümlere yer vermemiştir. Bu tutumun kabul edilmesi olanaksızdır.

Türk cezai idare hukuku bakımından Alman Düzene Aykırılıklar Kanununun temel esin kaynağı olamayacağı dördüncü nedenini, Alman İdare Hukukunun, Türk İdare Hukukundan farklılığı oluşturur. Kanımızca, Alman İdare Hukukunun Türk İdare Hukukundan farklı olmasının temel nedenini, Almanya'nın federal devlet sistemini benimsemiş olması oluşturmaktadır. Federalizm; merkezi yönetimle, federasyonun üye birimlerinin veya kurucu birimlerinin (Almanya açısından, Länder) yönetimleri arasında, anayasa ile güvence altına alınmış bir iktidar bölünmesi anlamını taşır.¹¹⁶ Buna karşılık, Türkiye Cumhuriyeti "tekil" (unitary) devlet dizgesini benimsemiştir. Nitekim Anayasanın 2. maddesinin 1. fıkrasında, Türkiye Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütün olduğu belirtilerek tekil devlet modeli açıkça vurgulanmıştır. Federalist devlet modelini benimsemiş olan Almanya'da federal hükümetin yanı sıra "federe devlet"lerin (Länder) yasama, yürütme ve yargı yetkisi bulunmakta, buna karşın, ülkemiz tekil devlet modelini benimsediği için sadece merkezi idarenin yasama, yürütme ve yargı yetkisi bulunmaktadır. Bir ülkenin federalist veya tekçi devlet modelini benimsemesi, o ülkenin idare hukukunu kökünden etkileyeceğinden ve cezai idare hukuku da çeşitli defalar belirtildiği üzere idare hukukunun bir kolu olduğundan bu etkilenmeden bağışık olması düşünülemez. Bu bağlamda 5326 sayılı Kanunun oluşturulması sürecinde Türk İdare Hukukundan oldukça farklı olan ve üstelik idare hukukuna değil¹¹⁷ ceza hukukuna ait olduğu kabul edilen Almanya'nın Düzene Aykırılıklar Kanunundan esinlenilmesi vahim bir hata niteliği taşımaktadır.

116 LIJPHART Arend, **Çağdaş Demokrasiler**, Yetkin Yayınları, Ankara (Tarihsiz), s. 147.

117 Gerçekten de seçkin bir Alman idare hukukçusu olan Hartmut Maurer'in Genel İdare Hukuku adlı kitabında (bkz. Maurer Hartmut. Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Auflage, Verlag C.H.Beck, 2009) idari suç ve cezalar veya Almanya'daki ismiyle düzene aykırılıklar hakkında bir konunun incelenmemesi olgusu bizi böyle bir sonuca götürmüş ve oldukça şaşırtmıştır.



Türkiye'nin idari suç ve cezalar hakkında çıkartmış olduğu 5326 sayılı Kabahatler Kanununa, Alman Düzene Aykırılıklar Kanununun temel esin kaynağı olamayacağına beşinci nedenini, Almanya'nın idari yargı sistemi ile Türk idari yargı sistemi arasındaki büyük farklılıklar oluşturur. Örneğin Almanya'da bir idari işlemin "iptali davasını" sadece hakkı zarar görenler açabilirken Türk idari yargısında iptal davası açabilmek için hakkın ihlal edilmesi şart olmayıp sadece menfaat ihlali yeterlidir. Yine Almanya'da iptal davası açılır açılmaz idari işlemin yürütülmesi dururken, Türkiye'de iptal davasının açılması, tek başına, idari işlemin yürütülmesinin durması için yeterli değildir. İdari işlemin yürütülmesinin durdurulması için idari yargı organından "yürütmenin durdurulması" kararının getirilmesi gerekmektedir.¹¹⁸ Bu çerçevede, idare hukuku ve idari yargısı bizden oldukça farklı olan Almanya'nın Düzene Aykırılıklar Kanunu temel esin kaynağı olarak kabul edilip 5326 sayılı Kanunun genel hükümlerinin oluşturulmasında ondan büyük ölçüde iktibas yapılması vahim bir hata niteliği taşımaktadır.

Alman Düzene Aykırılıklar Kanununun, 5326 sayılı Kabahatler Kanununa esin kaynağı olamayacağına son, ancak önem açısından belki de en önemli nedeni, idari cezaya karşı başvurulacak yargısal makamın farklılığıdır. Az önce belirtildiği üzere Almanya'da idari suç ve cezalar, ceza hukukunun kapsamı içerisinde değerlendirilmektedir. Hâlbuki idari suç ve cezalar, idare hukukunun kapsamı içerisine girmekte ve verilen bir idari ceza da "idari işlem" hâline dönüşmektedir. Türkiye, Fransız tipi adli-idari yargı ayrılığı düzeneğini benimsediğine göre her türlü idari işleme ve bu bağlamda idari ceza işlemine tek yetkili organının idari yargı organı olarak saptanması kaçınılmazdır. İdari işleme ve bu meyanda idari ceza işlemine karşı idari yargı merciinden başka bir yargı merci saptanırsa Anayasanın 157. maddesinin 1. fıkrasına aykırı hareket edilmiş olunur.¹¹⁹ Bu bağlamda 5326 sayılı Kanunun 3. maddesinin 1. fıkrasında, bu kanunun, idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması hâlinde uygulanacağına belirtilip 27. maddesinin 1. fıkrasında, idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararına karşı sulh ceza mahkemesine başvurulmasının öngörülmesi, Anayasaya açıkça aykırıdır. Zira bu hükümle, idari ceza işlemine karşı

118 Almanya'da iptal davasının özellikleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. YILMAZ Dilşat, "Alman İdari Yargılama Hukukunda İptal Davası", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIII, S. 1-2, Y. 2009, s. 303-320.

119 Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. DURSUN Hasan, "Kabahatler Kanunu ve Kanun Hakkındaki Anayasa Mahkemesi Kararına Genel Bir Bakış", *Legal Hukuk Dergisi*, Yıl: 6, sayı: 70, Ekim 2008, s. 3418 vd.

genel yetkili mahkemeyi “sulh ceza mahkemesi” oluşturmakta, idari yargı organlarının yetkisi ayrıksı bir konuma gelmektedir. Hâlbuki Anayasanın 157. maddesinin yorumu sonucu, her türlü idari işleme ve bu meyanda bir idari işlem niteliği taşıyan idari ceza işlemine karşı yalnızca idari yargı organlarının yetkili kılınması gerekir.¹²⁰

Ayrıca, 5326 sayılı Kabahatler Kanununun idari ceza işlemlerine karşı düzenlemiş olduğu yargısal başvuru yolunun Uyuşmazlık Mahkemesinin iş yükünü önemli ölçüde artıracakını düşünmekteyiz. Şöyle ki, 5326 sayılı Kanunun az önce belirtilen 3. ve 27. maddelerine göre idari ceza işlemlerinde genel yetkili mahkeme “sulh ceza mahkemesi”dir. Sulh ceza mahkemesinin yetkili olduğu bir idari ceza işleminde, cezanın muhatabının, cezanın dayandığı düzenleyici işlemin iptalini de istediğini düşünelim.¹²¹ Böyle bir durumda bireysel ceza işlemine karşı yetkili olan sulh ceza mahkemesinin, cezanın dayanağı düzenleyici işlemin iptali bakımından yetkisi olmayacaktır.¹²² Zira adli yargı organlarının düzenleyici idari işlemleri iptal etme yetkisi bulunmamaktadır. Düzenleyici idari işlemleri yalnızca idari yargı organları iptal edebilir. Nitekim bu husus, 6.1.1982 tarih ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 7. maddesinin 4. fıkrasında, düzenleyici işlemin uygulanması üzerine ilgililerin düzenleyici işlem veya uygulanan işlem veya her ikisi aleyhine birlikte dava açabilecekleri, düzenleyici işlemin iptal edilmemiş olmasının, bu düzenlemeye dayalı işlemin iptaline engel olmayacağı şeklinde ifade edilmiştir. İdari cezanın muhatabının cezanın dayanağı olan düzenleyici işlem aleyhine idari yargı organlarına başvurduğu durumda, idari yargı organı, bireysel ceza işlemi bakımından yetkili mahkemenin sulh ceza mahkemesi olduğu gerekçesiyle davaya bakmaktan kaçınabilir. Bu durum, Anayasanın 36. maddesinde düzenlenen “hak arama özgürlüğü”nün ihlali anlamına taşır. İdari yargı organı davayı kabul etse bile yine hak ihlallerinin ortaya çıkması olasıdır. Örneğin idari cezanın

120 Fazla bilgi için bkz. DURSUN, s. 3418-3428.

121 Aslında idari ceza işleminin iptali için sulh ceza mahkemesinde, idari ceza işleminin dayanağı işlemin iptali için idari yargı organında dava açılması, kanımızca, hak arama hürriyeti, adil yargılanma hakkı, objektif dava birleşmesi ve/veya bağlantı kavramlarını sürgit bir şekilde ihlal eder. Konu hakkında ayrıntılı bilgi ve karşılaştırma için bkz. DURSUN Hasan, “Su ve Atık Su Uyuşmazlıklarından Doğan Tüm Davalarda Vergi Mahkemelerinin Görevli Kılınmaması Hukuka Aykırıdır”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Yıl: 3, Sayı: 22, Haziran 2008, s. 105-118.

122 Nitekim 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 27. maddesinin 8. fıkrasında; idari yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idari yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması hâlinde; idari yaptırım kararına ilişkin hukuka aykırılık iddialarının, bu işlemin iptali talebiyle birlikte idari yargı merciinde görüleceği belirtilerek, sulh ceza mahkemesinin düzenleyici işlem bakımından bir yetkisinin olmadığı ima edilmiştir.



muhatabının, cezanın dayandığı düzenleyici işlemin iptali için idari yargı organına dava açtığını ve mahkemenin düzenleyici işlemi iptal ettiğini ve iptal kararının kesinleştiğini düşünelim. Bireysel idari ceza işleminin ise sulh hukuk mahkemesi tarafından hukuka uygun bulunduğunu ve bu kararın da kesinleştiğini düşünelim. Böyle bir durumda ortaya çıkan hak ihlali, 12.6.1979 tarih ve 2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanununun 24. ve 25. maddeleri çerçevesinde Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından giderilir. Bu olgunun Uyuşmazlık Mahkemesince çözümü belirli bir süreyi gerektireceğinden cezanın muhatabı açısından doğuracağı “külfet” (Obliegenheit) ortadadır.

Düzene Aykırılıklar Hakkında Kanun, idari cezanın doğasına ve niteliğine uygun düzenleme yapamadığı için, hükümlerinin büyük kısmı itibarıyla, idari suç ve ceza alanında esin kaynağı oluşturamaz. Ancak bazı hükümleri, örneğin suç ve cezada kanunilik gibi bazı hükümleri itibarıyla çağdaş bir düzenleme öngördüğünden o düzenlemelerin aynen iktibas edilmesi uygun olur. Yukarıda ayrıntılı bir şekilde görüldüğü üzere Alman Kanunu, oldukça isabetli bir şekilde suç ve cezada kanunilik ilkesini sert veya katı bir şekilde benimsemiş iken bu hüküm 5326 sayılı Kanuna alınmamıştır. Kişi hak ve özgürlüklerine güvence sağlamak bakımından büyük bir işleve sahip olan¹²³ suç ve cezada kanunilik ilkesinin 5326 sayılı Kabahatler Kanununa alınmaması büyük bir hata oluşturmuştur.

Gerçekten de 5326 sayılı Kabahatler Kanunu, idari cezalar bakımından kanunilik ilkesi esasını kural olarak¹²⁴ benimsemesine karşın, idari suçlarda kanunilik ilkesini benimsememiştir. Daha somut bir deyişle, 5326 sayılı Kanunun “(k)anunilik ilkesi” başlıklı 4. maddesinin 1. fıkrasında; hangi fiillerin kabahat oluşturduğunun kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi kanunun kapsamı ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriğinin, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle doldurulabileceği

123 Fazla bilgi için bkz. DURSUN, *İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi*, s. 166 vd.

124 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 4. maddesinin 2. fıkrasında; kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarının ancak kanunla belirlenebileceği ifade edilerek idari cezalarda kanunilik ilkesinin kanunun tekelliliği alt ilkesi kural olarak kabul edilmiştir. Ancak Kanunun 17. maddesi bu esası kabul etmemiştir. Daha somut bir deyişle, Kanunun 17. maddesinin 7. (son) fıkrasında, idari cezalar bakımından “kanunilik” ilkesinin “kanunun tekelliliği” alt ilkesi kabul edilmemiştir. Gerçekten de bu fıkra; idari para cezalarının her takvim yılı başından geçerli olmak üzere o yıl için 4.1.1961 tarih ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298. maddesi hükümleri uyarınca Maliye Bakanlığınca tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılarak uygulanacağı belirtilerek idari cezada kanunilik ilkesinin “kanunun tekelliliği” alt ilkesinin uygulanacağı esas kabul edilmemiştir. Konu hakkında fazla bilgi için bkz. DURSUN, *İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi*, s. 272 vd.

ifade edilmiştir. Kanunun 4. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen “kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriği” ibaresi, Kanunun 1. maddesine işaret etmektedir.¹²⁵ Daha somut bir deyişle, 5326 sayılı Kanunun 1. maddesinde yer alan “toplum düzenini, genel ahlâkı, genel sağlığı, çevreyi ve ekonomik düzeni korumak amacı” bu konuda çizilen bir çerçeveyi oluşturmakta, sadece bu sınırlar içerisinde değerlendirilebilecek olan düzenlemelere yer verilmektedir. Bununla birlikte, çizilen bu çerçeve oldukça geniş bir alanı kapsamaktadır. Gerçekten de 1. maddede yer alan “toplum düzeni” ibaresi, tüzük veya yönetmelik yoluyla yapılacak olan kabahatlerin düzenleme alanını neredeyse sınırsız ölçüde genişletmektedir.¹²⁶

Bu bağlamda, 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 4. maddesi gereği, kabahat suçları veya bizim adlandırmamızla idari suçlarda kanunilik ilkesi esnek uygulanırken, idari cezalarda kural olarak katı bir şekilde uygulanacaktır. Daha açık bir deyişle, kanunun bizzat kendisi idari suç koyabileceği gibi söz konusu suçun konulmasını İdarenin düzenleyici işlemlerine de bırakabilecektir. Bu son durumda Kanunun 1. maddesinde bahsedilen alanlarda çerçeve yasa çıkartılabilecek, çerçeve yasanın içeriği İdarenin düzenleyici işlemleri (tüzük, yönetmelik) ile doldurulabilecektir. Örneğin, çevrenin korunması için çıkartılacak bir yasada çevreye zarar verme veya çevre güvenliğini tehlikeye düşürmenin cezalandırılacağı belirtilecek, Orman ve Su İşleri Bakanlığı ise çıkartacağı bir yönetmelikle çevre güvenliğini tehlikeye düşürdüğü için sözgelimi piknik alanı dışında mangal yapmayı idari suç haline getirebilecektir.¹²⁷ Kısacası bu hükümle kabahat suçlarında, kanunilik ilkesinin “kanunun tekelciliği” alt ilkesinin uygulanamayabileceği¹²⁸ ifade edilmiştir.

Aslında Kabahatler Kanununun yalnızca idari cezalar bakımından kanunilik ilkesini kabul etmesinin bir anlamı bulunmamaktadır. Çünkü gerçek anlamda kanunilik ilkesinin benimsendiğinden bahsedilebilmesi için suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin eşanlı olarak benimsenmesi

125 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 1. maddesinde; bu kanunda, toplum düzenini, genel ahlâkı, genel sağlığı, çevreyi ve ekonomik düzeni korumak amacıyla kabahatlere ilişkin genel ilkeler, kabahatler karşılığında uygulanabilecek olan idari yaptırımların sonuçları ve türleri, kabahatler dolayısıyla karar alma süreci, idari yaptırıma ilişkin kararlara karşı kanun yolu, idari yaptırım kararlarının yerine getirilmesine ilişkin esasların belirlendiği ve çeşitli kabahatlerin tanımlandığı ifade edilmiştir.

126 YURTCAN Erdener, **Kabahatler Kanunu ve Yorumu**, Beta, İstanbul 2005, s. 4-5.

127 YURTCAN, s. 5-6.

128 Kanunilik ilkesinin kanunun tekelciliği alt ilkesine uygun davranabilmek için idari suçun her birisinin anlam ve içeriğinin, bir başka deyişle, ne gibi yasakları veya yükümlülükleri kapsadığının kanunda gösterilmesi gerekir. Krş. TOROSLU, s. 115.



gerekir. Zira birbirini tamamlayan suç ve cezaların birbirinden ayrılarak farklı kurallara tabi tutulması doğru değildir.¹²⁹ Kabahatler Kanununun bu hükmü, Anayasanın 38. maddesinin 1. fıkrasına da aykırılık oluşturmaktadır. Zira Anayasanın bu hükmünde suçta kanunilik ilkesi düzenlenirken ceza hukukunun kapsamına giren suç ile idari suç arasında bir ayırım yapılmamış, her tür suç için kanunilik ilkesinin uygulanacağı örtük olarak belirtilmiştir. Kabahatler Kanununun 4. maddesinin 1. fıkrası, idari suçlarda kanunilik ilkesini benimsemeyerek, Anayasanın 38. maddesinin 1. fıkrasına aykırı davranmıştır.

Yapılan bu açıklamalar çerçevesinde; Alman Düzene Aykırılıklar Hakkında Kanundan esinlenerek yürürlüğe konulan 5326 sayılı Kabahatler Kanunu bütünüyle kaldırılarak idari suç ve cezaların doğasına ve niteliğine uygun bir şekilde genel nitelikli yeni bir kanun yapılmalı, ancak yeni kanun yapılırken, Alman Kanununda olduğu gibi kişilerin hak ve özgürlüklerinin korunması ve geliştirilmesi bakımından yaşamsal bir önem taşıyan suç ve cezada kanunilik ilkesinin sert veya katı bir şekilde benimsenmesine mutlak bir gereksinim bulunduğu sonucuna ulaşıldığını belirtmek gerekir.

129 Krş. BRİCOLA Franko, *Scritti Di Diritto Penale Opere Monografiche*, Dott.A.Giuffrè Editore, S.p.A., Milano, 2000, s. 846.



KAYNAKLAR

AKDEMİR Rıza, “Federal Almanya Anayasası”, **Türk İdare Dergisi**, Sayı: 330, Yıl: 42, Mayıs-Haziran 1971, s. 3-20.

ASLAN O. Ender, **Kamu Personel Rejiminin Anayasal İlkeleri**, TODAİE Yayınları, Ankara 2006.

BRÍCOLA Franko, Scritti Di Diritto Penale Opere Monografiche, Dott.A.Giuffrè Editore, S.p.A., Milano, 2000.

CARDONA Francisco, Liabilities and Discipline of Civil Servants, January 2003. (Bkz. <http://www.sigmaweb.org/dataoecd/61/6/37890790.pdf>, Erişim Tarihi, 10.12.2010).

DURSUN Hasan, “İdari İşlemlerin İdare Tarafından Re’sen İcrası”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 72, Eylül-Ekim 2007, s. 247-275.

DURSUN Hasan, “Su ve Atık Su Uyuşmazlıklarından Doğan Tüm Davalarda Vergi Mahkemelerinin Görevli Kılınmaması Hukuka Aykırıdır”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Yıl: 3, Sayı: 22, Haziran 2008, s. 105-118.

DURSUN Hasan, “Kabahatler Kanunu ve Kanun Hakkındaki Anayasa Mahkemesi Kararına Genel Bir Bakış”, **Legal Hukuk Dergisi**, Yıl: 6, Sayı: 70, Ekim 2008, s. 3393-3433.

DURSUN Hasan, “Erkler Ayrılığı ve Yargıç Bağımsızlığı, Türkiye Barolar Birliği Faruk Erem Ödülü”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 80, Ocak-Şubat 2009, s. 29-104.

DURSUN Hasan, **İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi**, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.

ERSOY Yüksel, “Belediye Cezaları ve Belediye Zabıtası”, **AÜSBFD**, Cilt: XXII, No: 1, Mart-1967, s. 135-149.

Fougère Louis, Civil Service Systems Essays and Texts (Fransızca Özgün Adı: La fonction publique: Etudes et choix de textes commentés; İngilizce’ye çevirenler: Ruth Murphy ve Robert North), Unesco, Brussels 1967.

GÜNEŞ Gülsen, **Verginin Yasallığı İlkesi**, Güncellenmiş 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., İstanbul, 2008.

GÜNEŞ Turan, **Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri**, AÜSBF Yayınları No: 191-173, Ankara 1965.

HEFENDEHL Roland, Corporate Criminal Liability: Model Penal Code Section 2.07 and the Development in Western legal Systems, **Buffalo Criminal Law Review**, Vol. 4: 283, 2000, s. 283-300.



İÇEL Kayıhan, “İdari Ceza Hukuku ve Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi”, **İÜHFİM**, Cilt: L, Sayılar: 1- 4, 1984, s. 117-131.

İÇEL Kayıhan / YURTCAN Erdener, “Alman Düzene Aykırılıklar Kanunu”, **İÜHFİM**, Cilt: XXXVI, Sayı: 1-4, 1971, s. 439-482.

Kuhlmann Sabine ve Röber Manfred, Civil Service in Germany: Characteristics of Public Employment and Modernization of Public Personnel Management, 14-15 Mayıs 2004 tarihinde Bordeaux, Goethe-Institut’de yapılan Modernization of State and Administration in Europe: A France-Germany Comparison adlı Toplantıda Sunulan Metin, s. 3. (<http://www.uni-konstanz.de/bogumil/kuhlmann/Download/KuhlmannRoeber1.pdf>, Erişim Tarihi, 10.12.2010).

LİJPHART Arend, **Çağdaş Demokrasiler**, Yetkin Yayınları, Ankara (Tarihsiz).

MAHMUTOĞLU F. Selami, **Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi** (Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., İstanbul 1995).

MAURER Hartmut. Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Auflage, Verlag C.H.Beck, 2009.

MODERNE Franck, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, Economica, Paris 1993.

Neuman, L. Gerald. Amerika’da Anayasal Bir Kavram Olarak Rule of Law ve Alman Anayasasının Rechtsstaat İlkesi (“The US Constitutional Conception of the Rule of Law and Rechtsstaatsprinzip of the Grundgesetz” Columbia Law School, Public Law and Legal Theory Working Paper No: 5, 1999’dan Çeviren Ali Rıza Çoban) in Hukuk Devleti, Adres Yayınları, Ankara 2008.

ÖZKOL Adil, “Almanya’da Yürütme Organının Düzenleme Yetkisi”, **AÜHFİD**, Cilt 26, Sayı 3-4, Yıl 1969, s. 131-148.

Pieroth Bodo ve Schlink Bernard, Grundrechte Staatsrecht II, 26. Auflage, C.F. Müller, Heidelberg 2010.

Rumphf Christian ve Schüller UZAR Gökçe, “Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası” (<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80207000.pdf>, Erişim Tarihi, 7.1.2016).

SCHWARZE Jurgen, **European Administrative Law**, Revised 1st Edition, Sweet and Maxwell, London 2006.



SOYASLAN Doğan, **Yürütme Organının Suç ve Ceza Koyma Yetkisi**, Kazancı Hukuk Yayınları No: 77, Ankara 1990.

The Status of Public Officials in Europe, Council of Europe Publishing, Strasbourg 1999.

TOROSLU Nevzat, **Nasıl Bir Ceza Kanunu**, V Yayınları, Ankara 1987.

YILMAZ Dilşat, "Alman İdari Yargılama Hukukunda İptal Davası", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIII, S. 1-2, Y. 2009, s. 303-320.

YURTCAN Erdener, **Kabahatler Kanunu ve Yorumu**, Beta, İstanbul 2005.

YÜCE T. Tufan, "Ceza Hukuku İlkelerinin Disiplin Ceza Hukukunda Geçerliği Sorunu ve Danıştay Kararlarının Bu Açıdan Tahlili", **DD**, Yıl: 24, Sayı: 88, 1994, s. 5-13.