

“DUE PROCESS OF LAW” KAVRAMININ AMERİKAN HUKUKUNDAKİ YERİ ÜZERİNE BİR İNCELEME

Kerem ALTIPARMAK*

1. KAVRAM

Bu çalışma; due process of law kavramını tüm yönleri ile göstermek amacını taşımamakta, sadece kısa bir değerlendirmeyi kapsamaktadır. Zaten Amerikan hukukunda çok geniş bir uygulaması olan böyle bir kavramı tüm yönleri ile incelemek bu düzeyde bir çalışmanın kapsamını fazlasıyla aşmaktadır. Bu nedenle amacım sadece konuyu ana hatları ile ortaya koymak, due process'i kısaca tanıtmak olacaktır.

Due process kavramı, tarihçesinde de görüleceği gibi aslında ilk şeklinde sadece usuli güvenceleri sağlamak amacı ile düzenlenmiş bir kavramdır. Nitekim, Amerikan Anayasası'nın Ek 5. ve Ek 14. maddeleri sadece “hiç kimsenin hukuki usule uygun olmaksızın; yaşam, hürriyet ve mülkiyetinden mahrum edilemeyeceğini” düzenlemektedir. Ancak bugünkü anlamı usuli bir güvenceyi fazlasıyla aşmış ve usuli (*procedural*) yanında gerek federal gerekse federe devletlerin tasarruflarının içeriğini de denetleme imkanı yaratan maddi (*substantive*) due process mahkeme içtihatlarıyla Amerikan hukukunun bir parçası haline gelmiştir. Bu denetim mekanizmaları üzerinde ileride daha geniş bir şekilde duracağımız için burada sadece due process'in adından farklı olarak sadece usuli bir güvence olmadığını belirtmekle yetiniyoruz.

* A.Ü.S.B.F. İnsan Hakları Bilim Dalı Araştırma Görevlisi.

1. Güran, ek 5. maddeyi kavramın kapsamını da dikkate alarak “Hiç bir şahıs, ... hukuki esas ve usullere uyulmadan, hayat, hürriyet ve mülkiyet hakkından mahrum edilemez.” şeklinde çevirmektedir. Aslında, process kelimesi sadece usul anlamına gelmektedir. Ancak uygulama bu sınırın çok ötesine geçmiştir. Bkz. Sait Güran, *İfade Hürriyeti Üzerine İdare'nin Yetkileri*, İÜHF yayınları, İstanbul 1969, s.32.

Bugün, Yüce Mahkeme tarafından uygulanan haliyle due process, Alman öğretisindeki "Hukuk Devleti", İngiliz hukukundaki "Rule of Law" kavramları ile benzer hususları kapsamaktadır². Gerçi Amerikan hukukunda da hukukun üstünlüğü anlamında rule of law³ kullanılmakta ise de bu kavram due process of law gibi anayasal bir kavram olmadığı gibi Yüce Mahkeme'nin kararlarında kullandığı ölçüt de due process of law olmaktadır.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi due process of law, Amerikan Anayasası'nın iki ayrı maddesinde yer almaktadır. Söz konusu iki düzenleme ayrı amaçlara hizmet ettikleri gibi, muhtevaları da uygulamaya bağlı olarak birbirlerinden çok farklılaşmıştır. Bunlardan birincisi Ek 5. maddedeki due process'dir ki amacı federal devletin hukuka uygun davranmasını temin etmektir. Federal devlet olmanın doğal sonucu olarak sadece federal devlet organlarının hukuka bağlı olması yeterli olmamakta, herbir federe devletin de hukuka bağlı hareket etmesini gerektiren hükümleri düzenlemek bir zorunluluk haline gelmektedir⁴. Nitekim, tarihsel nedenlerine ayrıca değineceğimiz Ek. 14. madde ile 1868 yılında federe devletlerin de uygun bir hukuki usul olmaksızın kişileri, hürriyet, mülkiyet ve yaşamlarından mahrum edemeyeceği anyasada düzenlenmiştir.

Due process kavramı, uygun hukuki usule göre davranılmasını emrederken, bu emrin hangi Devlet organına yönelik olduğunu belirtmemiştir. Bununla birlikte, anayasa metninin üç fonksiyonu da bağlayıcı nitelikte olduğu kabul edilmektedir⁵. Gerçekten de; mahkemeler bir ceza davasında yaşam, mülkiyet veya hürriyet hakkına dokunulduğunda, bir hukuk davasında mülkiyet hakkına bir müdahale söz konusu olduğunda usule uygun hareket etmeli;

2. Ford P. Hall, Pressly S. Sikes, John E. Stoner, Francis D. Wormuth, *American National Government: Law and Practice*, Harper & Brothers Publishers, 1949, s.38; Bakır Çağlar, *Anayasa Bilimi Bir Çalışma Taslağı*, BFS Yayınları, İstanbul-1989, s.166. Hall ve diğerleri, due process uygulamasının Dicey'in anladığı anlamda "rule of law" olduğunu belirtmektedirler.
3. Bkz. ve Krş. Peter L. Strauss "The Rule of Law in The American Administrative State", *II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi-İdari Yargının Dünyada Bugünkü Yeri*, Ankara 1993, s.102-118. Türkçe metin için aynı yerde, s.84-101; Hall, Sikes, Stoner, Wormuth, s.38.
4. Federe Devletlerin hukuka bağlılığının temini bir anlamda daha önemli bile sayılabilir, çünkü bireylerin günlük hayatta daha çok karşılaştıkları, temel hak ve hürriyetlerini daha çok tehdit edebilecek olan Federe Devlet olacaktır.
5. Micheal Conant, *The Constitution and the Economy Objective Theory and Critical Commentary*, University of Oklahoma Press, 1991, s.225; Strauss, s.87.

idare ajanları ise yaptıkları işleme uygun bir şekilde tebligatta (*notice*) bulunmalı ve tam ve adil bir duruşma (*hearing*)⁶ yapmalıdırlar.

Yasama organının da *due process*'e uygun hareket etmesi gerekir. *Murray's House v. Hoobeken Land and Improvment Company*⁷ davasında Yargıç Curtis'in şu sözleri bu hususu açıklıkla ortaya koymaktadır:

"Anayasa neyin uygun hukuki usul olduğunu belirtmemektedir, ancak sınırlamanın sadece yargı ve yürütme üzerinde olduğunu kabul etmemek gerekir. *Due process* yasama organını da bağlar ve Kongre herhangi bir usulü "*due process of law*" olarak ilan edemez. Kongrenin çıkardığı bir kanunun hukuki usullere (*due process*) uygun olup olmadığı iki şekilde belirlenebilir. Birincisi, kanun anayasadaki diğer hükümlere aykırı mı, ikincisi atalarımızdan kalan İngiliz ortak ve yazılı hukukuna⁸ uygun mu?"

Due process yukarıda da görüldüğü gibi yakın tarihe kadar sadece devlet organlarının işlem ve eylemlerine karşı, kullanılan bir hukuki araçken yakın tarihte kişiler arasındaki uyumsuzluklarda da gündeme gelmiştir⁹. Örneğin *Luger v. Edmenson Oil Co.*¹⁰ davasında Yüce Mahkeme Virginia kanunlarına dayanarak bir alacaklının borçlunun mallarına el atmasını, alacaklının Federe

6. Duruşma terimi, Türkçe'de daha ziyade yargısal uygulamalar için kullanılmaktadır. Bu nedenle idarenin hakkına müdahale ettiği kişi hakkında yaptığı toplantı anlamına da gelecek şekilde çalışmanın bundan sonraki bölümünde *hearing* terimini kullanmayı tercih ediyorum.
7. 59 U.S. (18 How), (1855). Conant, s.225.
8. Ek. 9. madde, anayasada sayılan hakların, halk tarafından kabul edilen diğerlerini ortadan kaldırmayacağını ifade etmektedir. Yukarıda anılan görüş, bu açıdan desteklenebilir gözükmektedir. Aynı yerde, s.225.
9. Yüce Mahkemenin 42 USC 1983 sayılı kararı. J.W. Peltason, *Corwin & Peltason's Understanding The Constitution*, 10. Baskı, CBS College Publishing, 1985, s.191-192.
10. 457 U.S 922 (1983). Aynı yerde, s.192. Aynı mahiyette bkz. *Fuentes v. Shevin*, 407 U.S. (1972) *Edward Corwin's The Constitution And What It Means Today*, gözden geçirerek yayımlayanlar: Harold W. Chase-Craig R. Ducat, Princeton University Press, 1978, s.390-391. Ancak; Yüce Mahkeme, parasını federe veya federal devletin ödediği kişilerin kaldığı huzurevinden bazı kişilerin daha az bakımın yapıldığı bir yere transfer edilmesi sırasında *hearing* yapılmamasına itiraz edilmesi üzerine, kararın özel kurum tarafından alındığını bu nedenle başvurunun kabul edilemeyeceğine karar vermiştir. *Blum v. Yaretsky* U.S. 991 (1982), Peltason, s.192.

Devlet kanunlarına dayanarak yaptığı gerekçesiyle borçlunun due process hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir¹¹.

Due process kavramının uygulanmasındaki bu geniş yorum sadece kavramın kendisinde değil aynı zamanda, hürriyet ve mülkiyet kavramlarının kapsamının belirlenmesinde de görülmüştür¹². Bu yaklaşım maddi due process'in doğuşuna ve gelişmesine neden olmuştur diyebiliriz.

Due process kavramının etkili olduğu hukuki alan çok geniştir. Buna bağlı olarak, kavramın hukuki konumunu soyut bir şekilde belirlemek oldukça zordur ve mümkün olduğunca kararlar ışığında konuyu değerlendirmeyi gerektirmektedir. Yüce Mahkeme adına Yargıç Cardozo, due process'in ne olduğunu tanımlarken, bir anlamda onun ne kadar olaydan olaya değişebilecek bir kavram olduğunu da ortaya koymaktadır. Cardozo, due process'i "halkımızın geleneklerinde ve vicdanında temel olarak köklenmiş"¹³ bir anayasal garanti olarak değerlendirmiş ve "düzenlenmiş hürriyet (ordered liberty) kavramında saklı" olduğunu¹⁴ belirtmiştir. Yargıç Frankfurter de *Rochin v. California* kararında bu görüşü başka bir şekilde ifade etmektedir: "Mahkeme usulün her aşamasında, İngilizce konuşan halkın geçmişten kalan doğruluk ve adalet anlayışına aykırı olup olmadığını inceler. Bu adalet ölçütleri hiçbir yerde yazılı olmamasına rağmen bellidir."¹⁵

11. Due process sadece gerçek kişi vatandaşlara güvence sağlamamaktadır. (Aşlında ek 14. maddenin giriş kısmı böyle bir intiba uyandırmaktadır). *Yabancılar (Matthews v. Diaz, 426 U.S. (1976), ve şirketler de (Conn Gen. Life Ins Co. v. Johnson, 303 US (1938) due process hükümlerinden yararlanabilir. Conant, s.223.*
12. Örneğin Common Law'da sadece bir mal üzerindeki fiziki hakimiyeti ifade eden mülkiyet, mahkeme kararlarında bir mala sahip olmanın getirdiği bütün değerli unsurları kapsamaya başlamıştır. Chase, Ducat, *The Constitution and what it means today*, s.387.
13. *Snyder v. Commonwealth of Massachusetts 291 U.S. 97. Craig R. Ducat, Harold W. Chase, Constitutional Interpretation Rights of the Individual*, Fifth edition, West Publishing Company, 1992, s.654.
14. *Palko v. Connecticut 302 U.S 319, 58 S.Ct. 149, 82 L. Ed. 288 (1937).*
15. *324 U.S. 165, 72 S. Ct. 205, 96 L. Ed 183 (1952) Ducat, Chase, The Consistution and.. s.393. Fezyioğlu'nun karar adı vermeden yaptığı bir alıntıda, Yargıç Day Yüce Mahkeme'nin tabiri tarif etmekten kaçındığını belirttikten sonra düşüncesini şu şekilde ifade etmektedir: "Mahkememiz ...Davalar zuhur ettikçe, zamanın ve hadisenin icabına göre karar vermek hususunda kaza kuvvetine tam bir serbestlik bırakmayı tercih etmiştir." Turhan Fezyioğlu, *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakabesi*, AÜSBF Yayınları, Ankara 1951, s.197.*

Due process'in açık bir tanımının yapılamamasının en önemli nedenlerinden biri kavramın günün gelişen şartlarına göre devamlı bir değişim içinde olmasıdır¹⁶. Bu durumda yapılacak değerlendirmenin bu dinamizmi de dikkate alması zorunludur. Nitekim, Yüce Mahkemenin de due process'in anlamını tüm yönleri ile açıklayarak kendini bağlamak istemediği görülmektedir¹⁷.

2. TARİHSEL GELİŞİM

2.1. Genel olarak due process'in tarihi kaynakları

Amerikan Anayasası'nda yer alan iki farklı due process'in tarihsel kaynakları da amaçlarına bağlı olarak farklılaşmaktadır. Bu nedenle Federe Devletlerin hukuki usule uygun hareket etmeleri kuralını düzenleyen, Ek 14. maddenin tarihsel özgün nedenlerine geçmeden önce, genel olarak due process of law kavramının kaynaklarına kısaca değinmekte fayda olduğunu sanıyorum.

Due process of law kavramı kaynağını İngiltere'den almaktadır. 1215 tarihli Magna Carta'nın 39. maddesinde yer alan memleket kanununa (*law of land, per legem terrae*) uygun olmak tabiri, due process'in ilk hali olarak kabul edilmekte¹⁸, ancak kavramın lafzi olarak ilk kullanılışı 1335 tarihli Magna Carta'nın uygulanmasına ilişkin olarak çıkarılan 28 Edw. III madde 3'de görülmektedir¹⁹.

Magna Carta'daki hüküm diğer Magna Carta hükümleri gibi İngiliz baronlarının; kralların ve emrindekilerinin keyfi hareketlerinden duydukları rahatsızlık nedeniyle çıkarılmıştır. O dönemde kanunlarda bir belirsizliğin olduğu ve insanların kanunlardan eşit yararlanmasını engelleyen bir uygulamanın varlığı bilinmektedir. Bu sebeplere dayanarak, baronlar Runnymede'de Kral John'dan o tarihten itibaren hayat ve özgürlüklerin devlet

16. Nitekim, Yargıç Frankfurter, yasamayı bağlayacak olan due process'in temelinde yatan insanların inancı ve geleneklerinde köklenen adalet prensiplerinin statik olmadığını ve özgür toplumun gelişen kurumlarına bağlı olarak gelişeceğini belirtmektedir. *Malinski v. New York*, 324 U.S (1945), Conant, s.226.

17. Feyzioğlu, s.197.

18. Conant, s.224; Feyzioğlu, s.193.

19. Bu maddeye göre, "Hiç kimse evinden, toprağından, miras hakkından ve yaşam hakkından uygun hukuki usule göre (due process of law) yargılanmadan mahrum edilemez." Edward Corwin's *The Constitution And What It Means Today*, s.386.

tarafından ancak memleket kanununa göre alınabilmesini talep etmişlerdir. Magna Carta'da bu talep yargılamanın yetkili bir mahkemenin önünde ve önceden kabul edilmiş usullere göre yapılmasını sağlayarak karşılanmıştır²⁰.

Kolonistler, due process of law'ın Amerika'ya taşınmasına neden olmuş²¹ ve kavram 1791 yılında Anayasaya eklenen ilk 10 madde içerisinde, bir başka deyişle Bill of Rights içinde yer almıştır. Bununla birlikte, Amerika'daki ilk uygulamasında bile due process of law İngiltere'deki kapsamını fazlasıyla aşmıştır. İngiltere'de sadece ceza yargılamasında uygulanagelen bir teminattan ibaret olan²² due process of law, Amerika'da hem hukuk hem ceza yargısı açısından, hem özel hukuk hem kamu hukuku uyuşmazlıklarında uygulama alanı bulmuştur²³. Bu gelişmeye rağmen Ek.5. maddenin ilk tasarısında amacın sadece usuli bir güvence sağlamak olduğunu, maddi (substantive) due process'in ise içtihat yoluyla oluşturulan bir teminat olduğunu belirtmek gerekir.

2.2. Ek 14. maddede due process'in düzenlenmesinin nedenleri

Federal devlet organlarına karşı Bill of Rights hükümleriyle sağlanan güvenceler, federe devletlere karşı hiçbir güvence sağlanmayınca anlamsız hale gelmektedir. Federe devletlerin birliğin sağlanması için asgari ortak standartlara sahip olmaları gerekliliği yanında, aynı zamanda bireylerle çok daha fazla somut olayda karşı karşıya gelmeleri olgusu bu sonucu kaçınılmaz kılmaktadır. Anayasaya Ek 10. madde hükmü bu vargıyı daha da güçlendirmektedir. Söz konusu maddeye göre "Anayasaya göre Birleşik Devletlere devredilmeyen veya federe devletlere yasaklanmayan tüm yetkiler sırasıyla federe devletler ile halka ait olmak üzere saklı tutulmuştur". Nitekim, Yüce Mahkeme'nin due process kavramı ile ilgili verdiği kararların çoğu Ek 14. madde hakkında olduğu gibi, maddi due process kavramının birçok yönü federe devletlere karşı kavramın uygulanması sonucu doğmuştur.

20. Hugo La Fayette Black, *A constitutional Faith*, Alfred A. Knopf, 1968, s.31-33. Magna Carta'nın 39. maddesi: kendi akranlarının memleket kanununa göre verilmiş bir kararı bulunmadıkça hiçbir hür insan hapsedilemez, sürülemez ve asılamaz." Bkz. Bülent Nuri Esen *Anayasa Hukuku*, 3. Bası, Ankara-1968, s.10 (aynen).

21. Black, s.33.

22. Feyzioğlu, s.193.

23. Conant, s.224.

Bill of Rights maddelerinin federe devletlere uygulanıp uygulanamayacağı sorunu *Barron v. The Mayor and City Council of Baltimore*²⁴ davası ile 1833 yılında Yüce Mahkeme'nin önüne gelmiştir. Barron, federe devlet organlarının kendisine verdiği zarar nedeniyle tazminat talebiyle dava açmıştır. Barron'un davadaki dayanağı, Ek 5. maddede belirtilen hiç kimsenin özel mülkiyetine karşılığı ödenmeksizin el atılmayacağı kuralının federal yönetim için olduğu gibi federe devletler için de geçerli olduğudur. Yerel mahkemenin hükmettiği tazminatı, temyiz mahkemesi bozmuş ve konu Yüce Mahkeme'nin önüne gelmiştir. Yüce Mahkeme ek maddelerle getirilen (Bill of Rights) hakların federe devletlere karşı da korunduğuna dair bir ifadenin bulunmadığını belirterek dava üzerinde bir yetkisinin bulunmadığına karar vermiştir. Bu şekilde, federe devletlere karşı güvencelere sahip olma yolu kapatılmış bulunmaktadır.

Bu karar federe devletler arasında birliği sağlamayı engelleyici bir etmen olmuştur. Çalışma konumuzu teşkil eden Ek 14. maddedeki due process de bu uyuşmazlığın sonucu olarak çıkan İç Savaş'ın bir ürünüdür. Bilindiği üzere, Kuzey-Güney çekişmesinin başlıca sebebi "kölelik" kurumü üstünde tarafların çok farklı düşüncelere sahip olmasıdır. İç savaşın doğumuna sebep olan gelişmeler arasında Yüce Mahkeme'nin *Dred Scott* davasında verdiği kararın çok önemli bir yeri vardır. Karar Yüce Mahkeme'nin politik dengelerden ne derece etkilendiğini göstermek açısından da önemli bir yere sahiptir. Bu davanın özetini vermek Ek 14. maddenin tarihsel kaynaklarını görmek açısından kanımca faydalı olacaktır:

1820 yılında köleliğin yasaklandığı Kuzey eyaletleri, Temsilciler Meclisinde Güney eyaletlerinin 81 üyesine karşı 105 üye ile çoğunluğu oluşturmaktadır. Senatoda ise her iki kesimden 11'er eyalet bulunmaktadır. Aynı yıl, köleliğin yasak olmadığı Missouri eyaleti, Birliğe kabul edilmek için başvuruda bulunmuştur; hararetli tartışmalar sonrası Missouri 36° 30' enleminin üstünde köleliğin yasak olması şartının kabulü ile birliğe kabul edilmiştir²⁵. Bu kabul Missouri Uzlaşması (*Compromise*) olarak bilinmektedir.

24. 32 U.S. (7 Pet.) 243, 8 L. Ed. 672, (1833). Craig R. Ducat, Harold W. Chase, *Constitutional Interpretation*, s.640-642.

25. *Scott v. Sanford*, 60 U.S. (19 How) 393 (1857). Fred W. Friendly, J.H. Elliot, *The Constitution That Delicate Balance (Landmark Cases That Shaped The Constitution)*, 1984, s.18.

Kölelik kurumunun Yüce Mahkemece değerlendirilmesine neden olan Dred Scott, St. Louis'de Dr. John Emerson'ın kölesidir. Emerson, 1833 yılında görevi nedeniyle önce kölelik kurumunun yasak olduğu Illinois eyaletinde Fort Armstrong'a daha sonra da Missouri Uzlaşmasına göre köleliğin yasaklandığı St. Paul Minnesota'ya gitmiş, Scott'ı da beraberinde götürmüştür. Bu arada Emerson, Scott ve ailesini bir süre için kiralarak, Louisiana'ya yerleşmiş, son olarak Emerson ve Scott aileleri St. Louis'e geri dönmüşlerdir. Dr. Emerson'ın ölümünden sonra, 1846 yılında Bayan Emerson, Scott'ı Samuel Russel isimli bir kişiye kiralamak istemiş, Dred Scott ve ailesi ise özgür eyaletlerde buldukları tarihten sonra artık özgür vatandaşlar oldukları iddiası ile Emerson'a karşı dava açmışlardır. Dava sürerken, Scott ailesi Bayan Emerson'ın kardeşi John F.A. Sanford'a satılmıştır. Sanford, New York'da oturduğu ve Scott Missouri'deki ikametine dayanarak davayı açtığı için sorun, iki ayrı eyaletin vatandaşının çekişmesi ve federal devletin yetkilerinin²⁶ ne olacağı konumuna yükselmiştir²⁷.

Dava 1856 yılında Yüce Mahkeme'nin önüne gelmiş ve Başkan James Buchanan'ın baskıları ile kısa sürede sonuçlandırılmıştır. Yüce Mahkeme zenci ırkının Birleşik Devletler vatandaşı sayılamayacağı ve bu nedenle dava açmasının mümkün olmadığına karar vermiştir. Mahkemeye göre zenci ırk; yüzyıldan fazla bir süredir aşağı bir ırk olarak kabul edilen, beyaz ırkla sosyal ve siyasal ilişkiler kurmada yetersiz, beyaz insanların saygı duyacağı hakları olmayan bir gruptur. Daha da ötesinde köle olsun olmasın, hiçbir zenci Amerikan vatandaşı kabul edilemez. Mahkemece de kabul edilen *Reversion* öğretisine göre, köle geri döndüğü eyaletin kurallarına tabidir; Missouri'de bu nedenle Illinois'nin kuralları geçerli olamaz²⁸.

26. Scott davasından kısa bir süre önce 1851'de Yüce Mahkeme federe devletler üzerindeki yetkisi hakkında önemli bir karar vermiştir. Davada üç Kentucky'li köle, sahipleri tarafından köleliğin yasak olduğu Ohio eyaletine getirilmiş, burada Strader isimli bir kimsenin yardımıyla Kanada'ya kaçırılmışlardır. Yüce Mahkeme eski sahiplerinin Strader'a karşı açtığı tazminat davasında dava üzerinde yetkisi olmadığına karar vermiştir. Başlangıç Yargıç Roger Taney 'reversion' doktrinin benimsemektedir. Yani, Ohio'nun kuralları köleler Ohio'da olduğu sürece geçerlidir, kendi eyaletlerine geri döndükleri anda eski statüleri de yeniden canlanır. Taney, kölelik konusunun eyaletlerin iç sorunu olduğunu da şu cümlelerle dile getirmektedir: "Elbette her federe devlet, kendi iç sorunlarını düzenleme hakkına sahiptir." Aynı yerde, s.20.

27. Aynı yerde, s.18-20.

Ancak kararın en önemli yönü, Missouri Uzlaşması hakkında olan kısımıdır. Missouri Uzlaşması Marbury v. Madison davasından (1803) sonra Yüce Mahkeme'nin anayasaya aykırı bulduğu ilk Federal Devlet Kanunudur²⁹. Kararda, Yargıç Taney, kanunlara aykırı bir davranışı bulunmayan bir vatandaşın mülkiyet ve hürriyetini Birleşik Devletlerin belli bir bölgesinde sınırlayan bir kanunun due process of law ile uyuşmayacağını ilan etmektedir^{30 31}.

Kuzey-Güney arasındaki gerginlik bilindiği gibi savaşla sonuçlanmıştır. Savaşın hemen arkasından ise birliğin nasıl sağlanacağı sorunu ortaya çıkmıştır. Ek 13. madde ile kölelik yasaklanmasına rağmen, Güney eyaletlerinde siyahlara karşı kanunlar çıkarılmaya devam edilmiştir³². Bunun akabinde, 1866 yılında "Vergilendirilmeyen kızıl deriler hariç Birleşik Devletler topraklarında doğan herkesin Birleşik Devletler vatandaşı olduğunu" belirten Civil Rights Act (Temel Haklar Kanunu) kabul edilmiştir³³. Ancak Cumhuriyetçiler, bu kanunun anayasallığının tartışmalı olduğunu, Barron ve Scott davalarının hukuki geçerliliğini ortadan kaldırmak için bir anayasa değişikliğine gitmek gerektiğini savunmuştur. Bu tartışmaların sonucu olarak, 1868 yılında due process of law ve kanun önünde eşitlik kuralı federe devletleri bağlayacak şekilde, Ek 14. madde ile düzenlenmiştir³⁴. Maddeye göre, "...hiçbir federe devlet kimseyi usulüne uygun olmaksızın hayatından, hürriyetinden ve mülkiyetinden mahrum edemez ve yetkisi altındaki hiçkimsenin kanunların eşit himayesinden yararlanmasını engelleyemez."

Maddenin ilk düzenleniş şeklinin amacının, ırk ayrımını ortadan kaldırmak olduğunu söylemek farklı görüşlerin varlığına rağmen mümkündür. Nitekim Yüce Mahkeme de değişikliği takip

28. Aynı yerde, s.20-21.

29. Gary Mc Dowell, "The Explosion and Erosion of Rights," *The Bill of Rights in Modern America after 200 years*, editörler: David J. Bodenlamer & James W. Ely, Indiana University Press, 1993, s.27.

30. Aynı yerde, s.27; Friendly, Elliot, s.27-28.

31. Yargıç Benjamin Curtis, bu karara karşı çıkmış ve düşüncesini şu sözlerle ifade etmiştir: "Artık bir anayasamız yok. Birkaç kişinin kendilerine göre anladığı bir anayasanın yönetimi altındayız." Mc Dowell, s.28.

32. Örneğin; kanunlarla zencilerin silah taşınması ve satın alması yasaklanmış, güneybatımından sonra toplanmaları engellenmiştir. Friendly, Elliot, s.23.

33. Kanuna göre hiçbir koşula bağlı olmaksızın tüm vatandaşlar; alım satım akitleri yapmak, dava açma, ayni ve şahsi hak sahibi olma vs. haklarına sahiptirler.

34. Aynı yerde, s.24.

eden iki kararında³⁵ bu düşünceyi kabul etmektedir. Ancak, *Plessy v. Ferguson*³⁶ davasıyla 1896 yılından itibaren “ayrı, fakat eşit” ölçütü uzun süre uygulanmış ve Yüce Mahkeme döneminin sosyal etkilerinden kurtulamamıştır³⁷. Mahkemenin bu tutumu 1954 yılındaki *Brown v. Board of Education*³⁸ davasına kadar da devam etmiştir.

Bugün Ek 14. madde eşitliğin çok ötesinde bir anlama kavuşmuş ve çok yönlü bir şekilde uygulanır hale gelmiştir. Yüce Mahkeme'nin Barron davasının tersine artık çok genişletici bir yorumu kabul ettiğine şüphe yoktur. Bu konu usuli ve maddi due process incelenirken daha rahat bir şekilde görülecektir.

3. EK 14. MADDENİN BILL OF RIGHTS³⁹ HÜKÜMLERİNİ İÇERMESİ (INCORPORATION)⁴⁰

Incorporation kavramı sadece Ek 14. maddeye özgü bir uygulamadır ve Ek 14. maddeye, Ek 5. maddeden daha geniş bir uygulama alanı sağlamaktadır. Bu uygulama öteden beri tartışılan Bill of Rights kurallarının federe devletlere de uygulanıp uygulanamayacağı sorununun bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Incorporation hem usule hem de esasa ilişkin hükümleri Ek 14. maddenin içeriğine alma imkanı verdiği için bu bölümü usuli ve maddi due process konularından ayrı ve öncelikle incelemenin daha doğru olacağını sanıyorum.

35. *Butchers' Benevolent Ass'n v. Crescent City Livestock Landing & Slaughterhouse Co. (The Slaughterhouse Cases)* 83 U.S. (16 Wall) (1873); *Strauder v. West Virginia*, 100 U.S. (10 Otto) 303, 25 L. Ed. 664 (1880). Ducat, Chase, *Constitutional Interpretation*, s.532 vd., 1285; Robert K. Carr, *The Supreme Court and Judicial Review*, Farrar and Rinehart, Inc. Publishers, 1942, s.145.
36. 163 U.S. 537, 16 S. Ct. 1138, 41 L. Ed. 256 (1896). Louisiana devletin, tren vagonlarını zencilerle beyazları ayıracak şekilde düzenlenmesi anayasa uygun bulunmuştur. Bu kanuna göre, bir irkin diğerinin bulunduğu yerde seyahat etmesi suç teşkil etmektedir. Aynı yerde, s.1299-1302. Bu kararda hakim Brown “İrklerden biri sosyal bakımdan diğerinden aşağı ise, Birleşik Devletler Anayasası onları aynı seviyeye yükseltmeye muktedir olamaz demektir.” Fezyioğlu, s.195.
37. Bkz. Ducat, Chase, s.1286.
38. 349 U.S. 294, 75 S. Ct. 753, 99 L. Ed. 1083 (1955). Dava hakkında daha ayrıntılı bilgi için Güran, s.44; Ducat, Chase, s.1310-1311, Conant, s.257-258.
39. Bill of Rights Amerikan Anayasası'na eklenen ilk 10 maddeye verilen isimdir. Bu on maddeden ilk sekizi, temel hak ve hürriyetleri düzenlemekte ve Bill of Rights'dan da öncelikle bunlar anlaşılmaktadır. Ek 9. madde, Anayasada sayılan hakların halkın daha önceden sahip olduğu hakları ortadan kaldıramayacağını; Ek 10. madde ise, anayasa tarafından federal devlete verilmeyen veya federe devletlere yasaklanmayan tüm yetkilerin, federe devletler ya da halk tarafından kullanılacağını belirtmektedir.

Yüce Mahkeme'nin Ek 14. maddenin tarihçesinde bahsedilen *Barron* davasındaki içtihatından sonra uzun süre, Bill of Rights'ın federe devletlere karşı bir güvence olarak ileri sürülemeyeceği kabul edilmiştir.

Ek 14. maddenin hangi amaçla getirildiği tartışmaları içinde, bir görüş, değişikliğin tek amacının tüm Bill of Rights kurallarının Ek 14. madde yoluyla federe devletlere de uygulanması ve Barron kararını ortadan kaldırmak olduğunu ileri sürmektedir⁴¹. Ek 14. maddenin Bill of rights hükümlerini içermesi sorununda ileri sürülen görüşleri şu şekilde özetlemek mümkündür:

i. Ek 14. maddenin Bill of Rights'ı bütünüyle içerdiği (*Total Incorporation*) düşüncesi, özellikle Yargıç Black⁴² tarafından savunulmuş ancak Yüce Mahkeme tarafından pek itibar görmemiştir.

ii. *Flexible due process*, Yüce Mahkemenin ilk benimsediği ölçüttür. Bu ölçüte göre, bir usulün hukuka uygun olup olmaması, Bill of Rights'tan bağımsız olarak, adalete uygun olup olmaması sorunu ile çözülecektir⁴³.

iii. Seçilen bazı Bill of Rights hükümlerinin (*Selective Incorporation*) Federe Devletlere karşı da uygulanması ise, Yüce Mahkeme'nin bugün de benimsediği ve geliştirdiği bir ölçüttür. Bu

40. Bu kavram, Güran tarafından "kaynaşma" olarak Türkçe'ye çevrilmiştir. Güran, s.48 vd. Ben burada içerme kelimesini tercih ediyorum. Çünkü, Bill of Rights, incorporation ile tamamen ek 14. maddenin bir parçası haline gelmemekte; Federal devlet için aynen uygulanırken, Federe Devletler için kısmen ek 14. maddenin içerdiği kabul edilen kısmı uygulanmaktadır. Kaynaşma ise iki kavramı bir bütün haline getirmek gibi bir izlenim doğurmaktadır.

41. Yargıç Black, bu görüşün en önemli savunucusudur. Bunun dışında, Prof. Berger Ek 14. maddenin amacının ayrımcılığı önlemek olduğunu, Bingham ise Ek 14. maddenin federe devletler üzerinde federal devletin denetimini artırmak amacıyla çıkarıldığını savunmaktadır. Ayrıntılar için bkz. Friendly, Elliot, s.24-25.

42. *Adamson v. California*; 332 U.S. 46, 67 S. Ct. 1672, 91 L. Ed. 1903, (1947) kararında Black görüşünü şu ifadelerle açıklamaktadır: "Ek 14. madde sadece, Bill of Rights demektir. Vicdanları şok eden bir işlem anlayışı, sadece Mahkemenin çoğunluğuna göre iyi ve adili ifade eder, anayasaya göre değil." Chaise, Ducat, *The Constitution and...*, s.393.

43. *Twining v. New Jersey*; 211 U.S. 78, 29 S. Ct. 14 (1908) kararında şu ifadelerle yer verilmektedir: "Federal devletin eylemlerine karşı korunan bazı kişi hakları Federe Devletlere karşı da korunuyor olabilir. Ancak bu haklar ilk ek sekiz maddede sayıldığı için değil due process of law kavramının içinde yer aldığı için korunmaktadır." Black, bu kararda Yüce Mahkeme'nin Bill of Rights, due process of law ilişkisini reddettiğini ifade etmektedir. Black, s.38-39.

ölçüte göre Bill of Rights hükümlerinin hepsi değil fakat, "düzenlenmiş hürriyet kavramı" (*the concept of ordered liberty*) veya Amerikan adalet anlayışına göre temel nitelikte olanlar, Ek 14. maddenin içeriğinde sayılacaktır⁴⁴.

Buna göre Bill of rights hükümlerinden Ek 7. maddede yer alan hukuk davalarında jüri önünde yargılanma hakkı bu esaslı niteliğe sahip değildir ve Ek 14. madde bu hükmü içermemektedir⁴⁵.

Bill of Rights hükümlerinden bazılarının Ek 14. maddenin içeriğine alma görüşü ilk olarak Ek 1. madde⁴⁹ ile ilgili davalarda gündeme gelmiştir. Bu yaklaşım yine Yüce Mahkeme'nin sosyal olaylara bir tepkisi olarak değerlendirilebilir. 1. Dünya Savaşı sonrası Ek 1. madde ile federal devlete karşı korunan ifade, basın, öğretim özgürlükleri federe devletlerin sıklıkla çıkardıkları kanunlarla, sınırlandırılmaya başlamıştır⁴⁷.

Ek 1. maddenin Ek 14. maddenin içeriğine dahil olduğunun ilk belirtildiği davalardan biri olan *Gittlow v. New York*⁴⁸ da, Gitlow devletin silah ve şiddet yoluyla yıkılmasını savunmuş ve bu nedenle cezalandırılmıştır. Yüce Mahkeme bu kararı onamasına rağmen, ifade ve basın hürriyetinin kişinin temel haklarından olduğunu ve ek 14. maddeki özgürlük kavramının bu hakkı da kapsadığına karar vermiştir⁴⁹.

Selective incorporation'ın ölçütünü vermesi açısından Yüce Mahkeme'nin dönüm kararlarından birini *Palko v. Connecticut*⁵⁰

44. Jerome A. Barron, C. Thomas Dienes, *Constitutional Law*, Black Letter Series West Publishing Co. 1981, s.148-149.

45. Aynı şekilde Ek 8. maddede düzenlenen aşırı kefalete karşı korunma, düzenlenmiş hürriyet düzeninin bir parçası olarak görülmemiştir. Öte yandan, Ek 6. maddedeki jüri tarafından yargılanma, Amerikan adalet anlayışı açısından esas kabul edilmiş (*Duncan v. Louisiana*; 391 U.S 145, 88 S. Ct. 1444, 20 L. Ed. 2d 491 (1968)), ancak 12 kişilik jüri tarafından yargılanma Ek 6. maddenin bir parçası olarak kabul edilmemiş ve Ek 14. maddenin içeriğine alınmamıştır (*Williams v. Florida*; 399 U.S 78, 90 S. Ct. 1893, 26 L. Ed. 2d 446 (1970)). Aynı yerde, s.149.

46. Ek 1. madde; din ve vicdan hürriyetini, ifade ve basın hürriyetini, silahsız toplanma hürriyetini ve dilekçe hakkını düzenlemektedir.

47. Bkz. Yüce Mahkeme'nin *Meyer v. Nebraska* 262 U.S 390, 43 S. Ct. 625 (1923), *Pierce v. Society of Sisters*. 268 U.S 510x, 45 S. Ct. 571 (1925) kararları., *Ducat, Chase, The Constitution and...*, s.475.

48. 268 U.S 1925. *Ducat, Chase, The Constitution and...*, s.387.

49. Aynı yönde kararlar, *Stromberg v. California*, 283 U.S 408 (1931); *Near v. Minnesota*, 283 U.S 697, 51 S. Ct. 625, 75 L. Ed. 1357 (1931). *Conant*, s.240.

50. 302 U.S 319, 58 S. Ct. 149, 82 L. Ed. 288 (1937). *Friendly, Elliot*, s.29; *Ducat, Chase, Constitutional Interpretation*, s.647-649; *Güran*, s.51-52; *Mc Dowell*, s.29.

davası oluşturmaktadır. Palko iki polis memurunu öldürmüş, ilkönce ömür boyu hapse çarptırılmış daha sonra ise yeni bir yargılama sonucunda ölüm cezası ile cezalandırılmıştır. Palko, Ek 5. maddede yer alan bir suçtan iki defa yargılanamama kuralının Ek 14. maddedeki due process için de geçerli olması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme adına yargıç Cardozo, Palko'nun bu istemini reddederken, Bill of Rights'taki hakların hepsinin aynı değerde olmadığını ilan etmektedir. Cardozo'ya göre Bill of Rights'ta öyle haklar vardır ki; "düzenlenmiş hürriyet" (ordered liberty) esasını oluştururlar ve bu hakların federe devletlerce de ihlal edilmemesi gerekir. Bir suçtan iki kere yargılanmama hakkı, jüri tarafından yargılanma hakkı bu düzenin bir parçası değilken; ifade, basın ve inanç hürriyetleri emredilmiş hürriyetin birer unsurudur. Bir suçtan iki kere yargılanmama kuralının ihlali, halkın gelenek ve vicdanında temel olarak kökleşmiş adalet prensibinin ihlali anlamına gelmemektedir.

Tahmin edilebileceği gibi bu ölçüt; yoruma açık, değişimleri kabul edebilir bir ölçüttür. Nitekim, Yüce Mahkeme'nin Palko kararında düzenlenmiş hürriyet düzeninin bir parçası olarak görmediği ve Ek 14. madde kapsamında değerlendirmedeği, bir suçtan iki defa yargılanamama kuralı, 32 yıl sonra *Benton v. Maryland*⁵¹ davasında bu nitelikte görülmüş ve due process için seçilen haklardan biri haline gelmiştir. Yüce Mahkeme her geçen gün daha çok ek maddenin Ek 14. maddedeki due process kavramının içeriğinde yer aldığına karar vermektedir⁵².

4. MADDİ (SUBSTANTIVE) DUE PROCESS

Maddi due process'in gelişip uygulanmasında, yasama organının da hukuka uygun usule göre hareket etme zorunluluğu ve bu zorunluluğun Yüce Mahkeme tarafından denetlenebilmesinin etkisinin büyük olduğunu kabul etmek gerekir. Yasama organının uygun hukuki usule göre hareket etmesi zorunluluk olarak kabul edilince, hangi usulün uygun olduğuna dair bir ölçütün de

51. 395 U.S 784, 89 S. Ct. 2056 (1969). Ducat, Chase, Constitutional Interpretation, s.627.

52. Ek 2, 3 ve 7. maddelerin hiçbir hükmü selective incorporation içinde yer almamaktadır. Ek 2 ve 3. maddeler uygulaması olmadığı için sorun olmamıştır. Ek 7. madde ise ortak (common) hukuk davalarından 20 dolarlık bir değer üstünde olanların jüri tarafından yargılanmasını düzenlemektedir. Ancak bu maddenin hiçbir hükmü, Ek 14. maddenin içeriğine alınmamıştır.

belirlenmesi gerekecektir. *Murray's Lessee v. Hoobeken Land and Improvement Company*⁵³ davasında, Yargıç Curtis'in ortaya koyduğu anayasaya ve İngiliz ortak ve yazılı hukukuna uygun olma ölçütü, bir belirlilik sağlamakla beraber, birçok durumda yetersiz kalabilir. Gerek Kongre, gerekse federe devlet meclisleri iki düzenleme alanının hiç öngörmediği yeni bir alanı düzenleyebilirler. Bu halde, ölçütü genişletmek gerekecektir ki; bu da Amerikan toplumunun "eşitlik", "adillik" gibi kavramları hakkındaki genel değerlendirmesini ya da Yüce Mahkeme tarafından bu şekilde anlaşılan değerleri, denetim aracı olarak kullanma sonucunu ortaya çıkarmaktadır. *Synder v. Massachusettes*⁵⁴ kararında Yargıç Cardozo bu usulleri "İnsanlarımızın inancında ve geleneklerinde temel olarak kökleşmiş adalet prensipleri" olarak ifade etmektedir.

Yüce Mahkeme'nin geliştirdiği ölçütler zamanla usulle hiçbir ilintisi olmayan konulara da yönelmeye başlamış ve bir düzenleme makul olmadığı (*unreasonable*), medeni bir toplumun temel değerlerine aykırı olduğu, vicdanları şok edecek nitelikte veya keyfi (*arbitrary*) olduğu için anayasaya aykırı görülmüştür⁵⁵. Mahkeme bu sonuca mülkiyet ve hürriyet kavramlarını da çok geniş yorumlayarak ulaşmıştır. Yüce Mahkeme'nin *Meyer v. Nebraska*⁵⁶ davasındaki hürriyet kavramı bu açıdan örnek gösterilebilir:

"Hürriyet sadece fiziksel özgürlük değildir; sözleşme yapma, herhangi bir faaliyete katılma, evlenme, aile kurma, çocuk sahibi olma, kendi inancına göre ibadet etme, bilgiye ulaşma ve normal bir insanın kullanabileceği tüm hakları kullanmadır."

Yüce Mahkemenin maddi due process konusundaki tutumunu iki ayrı grupta incelemek mümkündür. Yüce Mahkeme'nin önceleri ekonomik konularda, sözleşme hürriyetine makul olmayan ve keyfi bulunduğu müdahaleleri Ek 14. maddedeki due process'e aykırı bulunduğunu görüyoruz. Bu yaklaşımı 1937 yılından sonra

53. Bkz. Yukarıda, bölüm 1, s.2-3.

54. 291 U.S (1934). Conant, s.226.

55. Bkz. kavramlar ve eleştirileri için Black, s.23 vd.

56. 262 U.S 390, 43 S. Ct. 625 (1923). Bu kararda Yüce Mahkeme, ilkokullarda yabancı dil eğitimi yasaklayan Federe Devlet kanununu anayasaya aykırı bulmuş ve ek 1. maddedeki ifade hürriyeti kavramını, ek 14. maddenin içeriğine dahil etmiştir. Peltason, s.192.

terketmesine rağmen, Yüce Mahkeme maddi due process uygulamasını temel hak ve hürriyetler konusundaki tutumu ile sürdürmüştür. Temel hak ve hürriyetlerin bir kısmı Bill of Rights hükümlerinin Ek 14. maddenin içeriğinde (incorporation) sayılması ile anayasada sayılan hakların federe devletlere karşı da güvence olarak ileri sürülebilmesi şeklinde due process'in parçası haline gelirken, bir yandan da anayasada hiç sayılmayan bazı haklar yorum yoluyla due process kavramı içinde değerlendirilmiştir. Biz önce ekonomik maddi due process'i daha sonra da temel hak ve hürriyetler ve yeni haklar bakımından due process'i incelemeye çalışacağız.

4.1. Ekonomik Maddi Due Process

Yüce Mahkeme'nin kararlarında maddi due process ilk olarak ekonomik ve sosyal düzenlemelerde sıkça gözükmektedir. Bu olgu, Yüce Mahkeme'nin günün şartlarına karşı aldığı tavrın bir sonucu olarak görülebilir. Nitekim bu konuda çok kesin bir tavır belirleyen ve 1900-1937⁵⁷ yılları arasında birçok ekonomik düzenlemeyi due process'e aykırı gören Yüce Mahkeme, daha sonra bu içtihatından bütünüyle dönmüştür.

Federal Yüce Mahkeme, klasik ekonomik liberalizmin etkisinde uzun süre; "makul olmayan", "keyfi", "medeni bir toplumun temel değerlerine aykırı" gördüğü düzenlemeleri due process'e ve dolayısıyla anayasaya aykırı bulmuştur. *Laissez-faire* etkisi en fazla sözleşme hürriyetinin⁵⁸ ihlali gerekçesiyle; iş saatlerini düzenleyen, asgari ücreti belirleyen, ücretlerin sınırlarını gösteren, sendikalara giren işçileri işten çıkarmayı yasaklayan düzenlemeler üzerinde yoğunlaşmaktadır⁵⁹.

Ekonomik due process'in ilk örneği, New York Temyiz Mahkemesi tarafından 1856 yılında *Wynehamer v. The People*⁶⁰

57. Yüce Mahkeme, yükselen bir trendle, ekonomik maddi due process'i 1930'lu yılların ortasına kadar uygulamıştır. Aşağıdaki istatistik de bu artışı açıkça göstermektedir. Chase, Ducat, *The Constitution and...*, s.462.

Yıllar	Başvuru Sayısı	Due process of law'a aykırı görülenler
1912'ye kadar	98	6
1913-1920	27	7
1920-1930	53	15

58. Bkz. Mc Dowell, s.28-29; Barron, Dienes, s.146; Çağlar, s.112.

59. Peltason, s.199.

60. 13 NY (3 Kern) 378 (1856). Ducat, s.228.

davasında verilmiştir. Sağlık amacı dışında alkollü içki satılmasını ve evler dışında alkollü içki bulundurulmasını yasaklayan kanunu mahkeme Ek 5. maddedeki due process kavramına aykırı bulmuştur.

Federal Yüce Mahkeme ise ekonomik konularda ilk tepkilerini *Railroad Commission*⁶¹ davasında göstermiştir. Başkan Waite bu davada demiryolları taşımacılık ücretlerinin “due process of law’a aykırı olarak olacak bir şekilde belirlenemeyeceğini belirtirken ekonomik konularda due process’e uygun düzenleme yapılmasının gerekliliğini belirlemiştir. Bununla birlikte, hangi oranın due process’e uygun olacağı konusunda karardan bir fikir edinmek mümkün olmamıştır.

*Allgeyer v. Louisiana*⁶² davası ile Yüce Mahkeme maddi due process’i açıkça bir anayasal ilke olarak kabul etmiştir. Dava konusu düzenleme, Louisiana eyaletinde çıkarılan ve eyalet dışında olup da eyalette temsilcisi bulunmayan sigorta şirketleri ile sözleşmeyi yasaklayan bir kanundur. Allgeyer New York’da bulunan bir şirketle sözleşme yapmış ve bu nedenle cezalandırılmıştır. Yüce Mahkeme adına Yargıç Peckham, özgürlüğün sadece fiziksel anlamda anlaşılamayacağını, bir insanın girdiği tüm ilişkilerde hür olması gerektiğini, istediği yerde çalışabilip istediği yerde yaşayabileceğini belirterek özgürlüğün bu değerlendirmesine aykırı olan federe devlet kanununu anayasaya aykırı görmüştür⁶³.

Mahkemenin sözleşme hürriyetine yaklaşım konusunda, *Lochner v. New York*⁶⁴ davası bir dönüm noktası oluşturmaktadır. Bu karar sonrasında Yüce Mahkeme işçi-işveren ilişkisine devletin hiçbir şekilde müdahale edemeyeceğini benimsemiştir. Dava konusu olayda Lochner, New York kurallarına göre fırınında günde 10 saatten, haftada ise 60 saatten fazla işçi çalıştırmaması

61. 116 U.S (1886). Bu karardan 9 yıl önce *Munn v. Illinois* kararında, aynı yönde bir düzenlemeyi Yüce Mahkeme due process’e aykırı görmemiştir. 94 U.S (4 Otto) 113, 24 L. Ed. 77 (1877). Ancak *Railroad Commission* sonrası kararlarda taşımacılıkla ilgili olarak Yüce Mahkeme’nin benzer bir tutum içine girdiği gözlenmektedir. Conant, s.230. Bu konuda bir diğer örnek karar *Minnesota Rate* (Chicago, Milwaukee ve St. Paul Ry. Co. v. Minnesota 134 U.S 418, 458 (1890) davasında görülmektedir. Yüce Mahkeme, federe devletlerin demiryolları ücretleri üzerinde oran ayarlamalarının Ek 14. maddeye uygun olup olmadığının Mahkeme tarafından incelenebileceğini açıkça ifade etmiştir. Carr., s.147.

62. 165 U.S 578, 17 S. Ct. 427, 41 L. Ed. 832 (1897).

63. Ducat, Chase, *Constitutional Interpretation*, s.536-538; Conant, s.231.

gerekirken, bu sınırları aşmış ve bunun sonucu olarak 50 dolarlık bir cezaya çarptırılmıştır. Lochner, cezalandırılmasına neden olan düzenlemeyi "sözleşme hürriyetine" ve dolayısıyla Ek 14. maddedeki due process'a aykırı görmektedir⁶⁵. Yüce Mahkeme bu düzenlemeyi işçinin emeğini satma, işverenin emeği alma haklarına; makul sebebe dayanmayan, gereksiz ve keyfi bir müdahale olarak değerlendirmiştir⁶⁶.

Mahkemenin klasik liberal ekonomi lehine aldığı bu tutum uzun süre etkisini sürdürmüştür. Örneğin *Adair v. United States*⁶⁷ davasında sendikaya üye olan bir kişiyi işten çıkarmayı yasaklayan bir kanun sözleşme hürriyetine aykırı görülmüştür. Yine, *Adkins v. Childrens Hospital*⁶⁸ kararında kadınlara asgari ücret verilmesinin işsizliğe yol açacağı gerekçesiyle müdahale makul bulunmamış ve Ek 5. maddedeki due process'e aykırı olarak değerlendirilmiştir⁶⁹.

1930'lar sonrasında ve 1929 ekonomik bürhanın etkisiyle Yüce Mahkeme tutumunu değiştirmeye başlamıştır. *West Coast Hotel v. Parish*⁷⁰ kararı ise Mahkeme'nin ekonomik ve sosyal konularda kullandığı ölçütü tamamen değiştiren karar olmuştur. Bu gelişimde *New Deal*'in çok önemli bir etkisi olduğu gerçektir⁷¹.

West Coast Hotel v. Parish davasında, kadınların ve çocukların sağlık ve huzurunu korumayı amaçlayan ve asgari ücreti

64. 198 U.S 45, 25 S. Ct. 539, 49 L. Ed. 937 (1905). Bkz. Black., s.25; Ducat, Chase, Constitutional Interpretation, s.540-544; Barron, Dienes, s.146; Peltason, s.192; Conant, s.232-233.
65. Bu kararın eleştirisi için bkz. Black, s.25; Aynı kararda Yargıç Holmes'ün karşıoyu, Ducat, Chase, Constitutional Interpretation, s.543-544.
66. Yüce Mahkeme, tüm süre sınırlamasına ilişkin davalarda aynı yönde karar vermiştir. Nitekim Muller v. Oregon davasında mahkeme, kadınların günde 10, haftada 60 saatten fazla çalışamayacağını belirten bir düzenlemeyi anayasaya uygun bulmuştur. 208 U.S 412, 28 S. Ct. 324 (1908) Aynı mahiyette Bunting v. Oregon 243 U.S 426, 37 S. Ct. 435 (1917). Conant, s.233; Carr, s.152-153.
67. 208 U.S 161, 28 S. Ct. 277 (1908). Black s. 27. Lincoln Union v. Northwestern kararı ile Yüce Mahkeme bu içtihatından dönmüştür.
68. 261 U.S 525, 43 S. Ct. 394 (1923). Conant, s.233; Carr, s.154.
69. Yüce Mahkeme'nin 1937 öncesi tutumu Yargıç Brandeis tarafından bir süper kanun koyuculuk, Senatör Borah tarafından ise "ekonomik diktatörlük" olarak değerlendirilmiştir. Ducat, Chase, The Constitution and..., s.463.
70. Bu karardan önce *Nebbia v. New York* (291 U.S 502, 54 S. Ct. 505 (1934) kararında Yüce Mahkeme ekonomik konulardaki bakış açısını değiştirmiş ve yerel mahkemenin düzenlemesini onamıştır. Conant, s.236; Barron, Dienes, s.146.
71. 1937 yılında Başkan Roosevelt, Yüce Mahkeme'ye daha genç yargıçlar atayabilmek için, Kongre'ye Yüce Mahkeme üye sayısını artırmayı teklifi etmiştir. (O tarihte Yüce Mahkeme üyelerinin yaş ortalaması 72'dir) Bu teklif kabul edilmemekle birlikte Yüce Mahkeme üzerinde önemli bir tesir gösterdiği kabul edilebilir. Hall, Sikes, Stoner, Wormuth, s.120.

düzenleyen kanun Yüce Mahkemece due process of law'a aykırı görülmemiştir⁷². Bu kararlar Mahkeme daha önceki kararlarından çok açık bir şekilde dönmüştür. *Ferguson v. Skrupa* kararında Yargıç Black'in sözleri bu değişimi fazlasıyla vurgulamaktadır:

"Kanun koyucunun kaynağını Adam Smith, Herbert Spencer, Lord Keynes veya bir başkasından almış olması bizi ilgilendirmez."⁷³

Yüce Mahkeme, ekonomik konulardaki yeni ölçütünde⁷⁴, düzenlemenin açıkça bir temel hak veya hürriyeti ihlal edip etmediğine bakmakta ve bu açıdan due process'e bir aykırılık yoksa düzenlemeyi anayasaya uygun bulmaktadır. Ekonomik konularda getirilen düzenleme kural olarak anayasaya uygun sayılmakta, aykırılık iddiasında bulunandan kanıtlanması istenmektedir, oysa temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması halinde sınırlandırma nedenleri açıklanmalıdır⁷⁵. Bu ölçüte göre, bir eczanenin bir eczacı tarafından işletilmesi ya da kontrol edilmesi gerekliliğini düzenleyen federe devlet kanunu Yüce Mahkeme tarafından anayasaya aykırı bulunmamıştır⁷⁶.

Toplumsal olayların mahkemelerin kararları üzerinde çok önemli bir etkisi olduğu bir gerçektir. Bu olgu, yoruma açık kavramlarda daha da büyük bir öneme sahip olmaktadır. Görüldüğü gibi Federal Yüce Mahkeme'nin ekonomik due process ölçütleri de politize olmaktan kurtulamamış ve buna göre şekillenmiştir.

4.2. Anayasa'da Düzenlenmeyen (Unenumerated) Haklar ve Maddi Due Process

Due process kavramının özgün hali, usul kurallarını

-
72. 300 U.S 379, 57 S. Ct. 578, 81 L. Ed. 703 (1937) *Ducat*, Chase, *Constitutional Interpretation*, s. 544-546; Conant, s.237; Çağlar, 113; Carr, 159-160. Ayrıca bkz. *Highland Farms Dairy v. Agner* 300 U.S 608 (1937). *Ducat*, Chase, *The Constitution and...*, s.463.
73. 372 U.S (1963). *Ducat*, Chase, *The Constitution and...*, s.388; Çağlar, s.113.
74. Ely, anayasada ekonomik düzenlemeler için ayrı bir hüküm olmadığından yola çıkarak Yüce Mahkeme'nin yeni ölçütünün de aşırı olduğu görüşündedir. James W. Ely, *The Enigmatic Place of Property in Modern Constitutional Thought, The Bill of Rights in Modern America after 200 years*, editörler: David P. Bodenhamer & James W. Ely, Indiana University Press, 1993, s.89.
75. Barron, Dienes, s.147.
76. *North Dakota State Board of Pharmacy v. Synder's Drug Stores Inc.* (1973). Aynı yerde, s.147.

düzenlemesine rağmen, Yüce Mahkeme'nin birçok kararında maddi hukuka ilişkin konularda due process ölçüsünü kullandığını belirtmiştik. Temel haklar ve hürriyetler açısından, maddi due process'in uygulanabilmesi iki halde mümkün olabilmektedir. Bunlardan birincisi, anayasada sayılı olan bir hakkı Ek 14. madde yolu ile federe devletlere karşı uygulanır hale getirmektir ki; bu sorun incorporation mevzuunun tartışma konusudur ve Yüce Mahkeme, özellikle Ek 1. maddeyi bu şekilde Ek 14. maddenin kapsamına dahil etmiştir. İkinci bir ihtimal ise, anayasada hiç düzenlenmemiş bir hak kategorisinin due process kavramı içerisinde görülüp değerlendirilmesidir ki, bu bölümde özellikle bu konu üzerinde durmaya çalışacağız.

Yüce Mahkeme'nin anayasada düzenlenmeyen hakları due process kavramının bir parçası olarak görüp uygulaması 1920'lere kadar uzanmakla birlikte bu dönemdeki kararlar bir istikrar göstermemektedir. Yüce Mahkeme hürriyet kavramını çok geniş bir şekilde değerlendirdiği *Meyer v. Nebraska*⁷⁷ kararında ilkokullarda İngilizce dışında dil eğitimi yasaklayan federe devlet kanununu anayasaya aykırı bulmuştur.

Benzer bir şekilde, *Pierce v. Society of Sisters*⁷⁸ davasında, Oregon eyaleti anayasasına getirilen özürlü çocuklar haricinde 8-16 yaş arası tüm çocukların devlet okullarına gitmesi zorunluluğu bir Katolik ve bir özel askeri okul tarafından yargı önüne getirilmiştir. Yüce Mahkeme davayı değerlendirirken, ailenin çocuğunun eğitimi üzerindeki hakkına makul olmayan bir müdahalenin söz konusu olduğunu ve bunun da anayasaya aykırılık oluşturduğuna karar vermiştir.

Federal Yüce Mahkeme'nin yakın tarihlerde açıkça due process'in içinde kabul edip uyguladığı ve sistematikleştirdiği hak kategorisi ise, özel hayatın gizliliğidir. Bu gelişimin ilk sinyalleri, Yargıç Douglas'ın *Poe v. Ullman*⁷⁹ davasında verdiği karşıoyda görülmektedir:

77. 262 U.S. 390, 43 S. Ct. 625 (1923) Conant, bu kararın Ek 1. maddedeki ifade hürriyetinin bir uygulaması olduğunu ileri sürmektedir. (Conant, s.239) Bununla birlikte, anayasada açıkça eğitim hakkı ile ilgili bir ifadenin bulunmaması karşısında, bu davaya özgü olarak bir hak yaratıldığından söz etmek mümkündür. Ducat, Chase, Constitutional Interpretation; s.528; Mc Dowell, s.31.

78. 268 U.S. 510, 45 S. Ct. 571 (1925).

79. 367 U.S. 501 (1961) Mc Dowell, s.32.

“Ek 14. maddedeki due process’in ilk Ek 8 maddenin tümünü kapsadığını kabul etmeme rağmen, maddeyle korunan hakların sadece bunlarla sınırlı olduğuna inanmıyorum. Özgürlüğün kapsamı bazen diğer spesifik garantilerle (incorporation) bazense özgür bir toplumun gereği olarak ortaya çıkan garantilerle genişler.”

Özel hayatın gizliliğinin due process’in bir parçası olduğunu belirlediği *Griswold v. Connecticut*⁸⁰ davasında Yüce Mahkeme adına Yargıç Douglas, Loechner kararındaki benzeri bir maddi due process’e dönüşün söz konusu olmadığını, özel hayatın gizliliğinin Ek 1., 3., 4., 5. ve 9. maddelerin içinde saklı olduğunu ve kararın bunların Ek 14. maddeye ithalinden ibaret olduğunu belirtmişse de bu görüş pek kabul görmemiştir⁸¹. Gerçekten de Ek 4. maddedeki makul olmayan aramayı yasaklayan hüküm bir kenara bırakılacak olursa, anayasada özel hayatı doğrudan ilgilendiren başkaca bir hüküm yoktur. Yüce Mahkeme’nin özel hayatın gizliliği kapsamında gördüğü ve anayasaya aykırı bulduğu olayların ise Ek 4. madde hükmü ile pek bir ilgisi yoktur. Örneğin *Griswold* olayında; Connecticut eyaletinde, doğum kontrol araçlarını yasaklayan bir kanun çıkarılmış ve aynı zamanda bu aletlerin kullanımı için bilgi ve yardımda bulunanların cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Estelle *Griswold* doğum kontrol uzmanı olarak, evli çiftlere bu konuda bilgiler vermekten suçlu bulunmuş ve para cezasına çarptırılmıştır. Yüce Mahkeme, bu davada özel hayatın gizliliğini due process’in bir gereği olarak değerlendirmiş ve uygulamıştır.

Yüce Mahkeme’nin dönüm kararlarından biri de *Roe v. Wade*⁸²dir. Bu kararın alınmasında Amerika’daki kadın hareketlerinin de önemli bir payı vardır. Dava konusu olay annenin yaşamını kurtarmak amacı dışında kürtaj yapılmasını yasaklayan Texas kanunudur. Bu kanuna karşı üç ayrı kişi dava yoluna başvurmuştur. Davacıardan evli olmayan Jane Roe’nun başvurusu Yüce Mahkeme tarafından da incelenmiş ve Mahkeme kürtaj hakkını annenin özel hayatının bir parçası olarak görmüş; ancak annenin sağlığı nedeniyle ilk üç aydan soraki kürtajı yasaklayıcı

80. 381 U.S 479, 85 S. Ct. 1678, 14 L. Ed. 2d 510 (1965).

81. Bkz. Barron, Dienes, s.150; Conant, s.241; Mc Dowell, s.31; Ducat, Chase, The Constitution and..., s.479.

82. 410 U.S 113, 93 S.Ct. 705, 35 L. Ed. 2d 147 (1973). Ducat, Chase, The Constitution and..., s.469-470; Barron, Siens, s.151; Conant, s.242; Peltason, s.195.

federe devlet kanununun due process'i ihlal etmeyeceğine karar vermiştir.

*Akron v. Akron Center for Reproductive*⁸³ kararında ise Yüce Mahkeme daha da ileri giderek ilk üç aydan sonraki bütün kürtajların hastanede yapılmasını düzenleyen bir kanunu, klinikteki kürtaj tekniğinin çok geliştiği, bu nedenle bunu engelleyen bir kanunun özel hayatın gizliliğine de müdahale anlamına geleceğini belirterek anayasaya aykırı görmüştür. Aynı kararda kadının kürtaja izin verdiğine dair iradesini açıklamasının üzerinden 24 saat geçinceye kadar kürtaj yapılmasına izin vermeyen düzenleme de anayasaya aykırı görülmüştür. Küçüklerin doğum kontrol araçları kullanması⁸⁴ ve kürtaj olması⁸⁵ da özel hayatın bir parçası olarak görülmüş ve velilerinin izninin aranmasına gerek olmadığına karar verilmiştir.

Görüldüğü üzere Yüce Mahkeme özel hayatın gizliliğini sadece due process'in bir parçası olarak görmekle kalmamış aynı zamanda bu hakkı devamlı geliştirici bir yorum benimsemiştir. Bununla birlikte son yıllarda gerek Federal Yüce Mahkeme'nin gerekse Bölge Yüksek Mahkemelerinin özel hayatı yorumlayan kararları, bu genişletici yorumun tersine bir trend izlemeye başlamıştır. 10. Bölge Temyiz Mahkemesi *Grusendorf v. City of Oklahoma City*⁸⁶ kararında, yaptığı sözleşmede hem işte hem de özel hayatında sigara içmesi yasaklanan Grusendorf'un mola saatinde içtiği sigara nedeniyle işten çıkarılmasını değerlendirirken, kişinin özel hayatında dahi sigara içmesini yasaklayan böyle bir hükmün özel hayatı ihlal etmediğine karar vermiş ve idarenin işlemini due process'e uygun bulmuştur.

Özel hayatın gizliliği hakkını önceki kararlarında çok geniş bir şekilde tanımlayan Federal Yüce Mahkeme de *Bowers v. Hardwick*⁸⁷ kararında önemli bir tavır değişikliğine gitmiş ve cinsel

83. 462 U.S. 416, 103 S. Ct. 2481 (1983). Ayrıca aynı mahiyette, *Planned Parenthood v. Danforth* 428 U.S. 52, 96 S. Ct. 2831 (1976) Conant, s.242; Barron, Dienes, 152-153; Peltason, s.202.

84. *Carey v Population Services Int'* 431 U.S. 678, 97 S. Ct. 2010 (1977). Barron, Sienes, s.153.

85. *Planned Parenthood v. Danforth* 428 U.S. 52, 96 S. Ct. 2831 (1976) Aynı yerde, s.153.

86. 816 F. 2d 539 (1987). Ducat, Chase, *Constitutional Interpretation*, s.610-613.

87. 478 U.S. 186, 106 S. Ct. 2841, 92 L. Ed. 2d 140 (1986). Aynı yerde, s.598-608. Ducat-Chase'e göre bu içtihat değişikliğinde Reagan, Bush dönemindeki atamaların önemli bir yeri vardır.

sapkınlığı yasaklayan ve ağır bir şekilde cezalandıran Georgia kanununu anayasaya uygun bulmuştur. Dava konusu olayda Hardwick, kendi evinde bir başka erkekle ilişkiye girdiği için kanunu ihlal ettiğine karar verilmiştir. Yüce Mahkeme'ye göre daha önce kararlarında yer alan özel hayatın gizliliği kavramı ile eşcinsel ilişkiler arasında irtibat kurmak mümkün değildir ve federe devletlerin bu nitelikteki ahlaki düzenlemeleri due process'e aykırı olmayacaktır.

Yüce Mahkeme'nin anayasada yazılı olmayan haklardan due process'in içine dahil ettiği tek hak özel hayatın gizliliği değildir. Örneğin Mahkeme, *Loving v. Virginia*⁸⁸ kararında, farklı ırklardan olan kişilerin evlenmesini engelleyen federe devlet kanunu due process'e aykırı bulmuştur. İş hayatı ile ilgili olarak da, *Cleveland Board of Education v. La Fleur*⁸⁹ kararında hiçbir gebe öğretmenin gebeliğinin ilk 5 ayından sonra ve çocuğu 3 aylık oluncaya kadarki dönemde görevini sürdüremeyeceği kuralı keyfi ve irrasyonel bulunmuş ve due process güvencesini ihlal ettiğine karar verilmiştir.

Griswold ve Roe davaları göstermiştir ki; Yüce Mahkeme eleştirilere⁹⁰ rağmen due process of law yoluyla birçok hakkı anayasallaştırma yoluna gidebilecektir. Bu çalışmada ele almaya çalıştığımız diğer kararlarda olduğu gibi, Yüce Mahkeme bu kararlarla da toplumun ihtiyaçlarına ve isteklerine biraz da kendi doğrularına göre cevap vermeye çalışmaktadır. Bununla birlikte Federal Yüce Mahkeme'nin kararlarında çok önemli bir etmenin de üyelerin hangi başkan tarafından atandığı sorumuna bağlı olduğunu belirtmek gerekir. Çok fazla üye seçme şansına sahip olan başkanların bu noktadaki etkisinin daha fazla olduğunu da unutmamak gerekir. Etki, maddi due process'in ilgilendiği hassas konularda daha da artmaktadır.

5. USULİ DUE PROCESS

Kavram ve tarihçe kısmında da belirttiğimiz gibi, due

88. 388 U.S. 1, 87 S. Ct. 1817 (1967) Ducat, Chase, Constitutional Interpretation, s.528; Barron, Dienes, s.154.

89. 414 U.S. 632 (1974). Peltason, s.195.

90. Black, Mahkemenin bu yeni tutumuna karşı çıkmaktadır. Ona göre, kararlarda kullanılan terimler eski terimlerin bir başka şekilde ifadesinden başka birey değildir. "Akli amaç", "Adalet", "Gelenekler ve toplumun inançları" anayasal olmayan, anayasanın hiçbir maddesinde belirtilmeyen doğal hukuktan kaynaklanan ifadelerdir. Mahkemenin bu kararlarla kullandığı yetki anayasa tarafından verilmemiş, mahkeme tarafından yaratılmıştır. Mc Dowell, s.33.

process'in esas doğuş amacı usuli güvenceleri sağlamaktır. Ancak usuli güvenceden ne anlamak gerektiğini açıklığa kavuşturmak son derecede güçtür. Bu güçlüğü ilk nedeni, due process'in bugün İngiltere'deki ilk halinden çok farklı olarak sadece ceza yargılamasında geçerli olacak doğru usulü belirlemenin çok ötesinde bir niteliği olmasıdır. Gerçekten de hukuki usulüne uygun olmaksızın kimsenin yaşamından, hürriyetinden ve malından mahrum edilemeyeceği kuralı sadece yargı organlarına değil, aynı zamanda yürütme ve yasama organlarına da yöneliktir. İkinci güçlük ise aslen birincisinin bir sonucudur; bu kadar geniş uygulama alanı olan bir kuralın her işlem türünde aynen uygulanması beklenemez. Bunun sonucu olarak, kuvvetler arasındaki farklılığa, korunan değer niteliğine, olayın özelliğine ve benzer koşullara bağlı olarak hangi işlemin usulüne uygun bir şekilde kişiyi hayatından, hürriyetinden ve malından mahrum ettiğine karar verilmektedir.

Bu bölümde, tanımlanması bu kadar güç olan bir kuralın niteliklerini saymaya çalışmaktansa, örnek olaylarla bir çerçeve çizmenin daha doğru olacağını sanıyorum. Usuli due process üzerinde analizi yaparken önce yargı faaliyetinde uygulanan usule değinip daha sonra idari işlemler açısından getirilen kriterleri kısaca incelemeye çalışacağım. Ancak, önemle vurgulanmalıdır ki; her iki grupta da ölçüt, kişinin mülkiyet veya hürriyet haklarını doğrudan veya dolaylı olarak ihlal eden bir işlemin söz konusu olup olmadığıdır. Maddedeki hürriyet ve mülkiyet kavramlarının çok geniş bir şekilde yorumlanması birçok işlemin bu kapsamda değerlendirilmesine imkan tanımıştır.

5.1. Yargılama Hukuku ve Usuli Due Process

Yargılama hukukuna özellikle de ceza yargılamasına ilişkin due process kurallarının birçoğu incorporation yoluyla Ek 14. maddenin içeriğine dahil edilmiştir⁹¹. Ancak söz konusu içerme kararları, daha ziyade 1960'lı yıllardan sonra alınmıştır. İşkence ve mutad olmayan cezaya tabi olmama hakkı (*Rights against cruel and unusual punishments*) 1962'de⁹², ağır ceza davalarında müdafî

91. Mahkemelerde uygulanacak due process of law en azından Ek 4 ile 8. maddelerdeki güvencelerin uygulanmasını gerektirir. Fakat mahkemelerde uygulanacak due process, Bill of Rights'ın ötesine de geçer. Peltason, s.198.

92. *Robinson v. California*, 370 U.S. 660, 82 S. Ct., 1417 (1962). Bu hak Ek 8. maddede düzenlenmiştir. İlgili kararlar ve incorporation yapılan Bill of Rights hükümlerinin bir listesi için bkz. Ducat, Chase, *Constitutional Interpretation*, s.626-627.

tarafından temsil edilme hakkı (*right to counsel in all felony cases*) 1963'te⁹³, kendi kendini suçlamaya zorlanamama hakkı (*Rights against self-incrimination*) 1964'te⁹⁴, tanıklarla yüzleştirilme ve çapraz sorgulama hakkı (*Right to confront and cross-examine witnesses*) 1965'te⁹⁵, Tarafsız bir jüri tarafından yargılanma hakkı (*Right to impartial jury*) 1966'da⁹⁶, tanıkların sağlanması için zorlayıcı tedbirlere başvurulması (*right to compulsory process for obtaining witnesses*) 1967'de⁹⁷, en kısa sürede yargılanma hakkı (*speedy trial*) 1967'de⁹⁸, bir suçtan iki kez yargılanmama hakkı (*right against double jeopardy*) 1969'da⁹⁹ Ek 14. maddenin içeriğinde kabul edilmeye başlanmıştır.

Federal Yüce Mahkeme uzun süre, bu derece temel sayılabilecek hakların federe devletlere karşı koruma altına alınmasını due process'in bir gereği olarak görmemiştir. Palko v. Connecticut davasında görüldüğü gibi önceleri due process'in bir gereği olarak görülmeyen bu güvenceler daha sonraları geniş bir uygulama alanı bulmuştur.

Bu uygulamanın en önemli örneklerinden biri müdafî tarafından temsil edilme hakkının değerlendirilmesinde görülmüştür. *Betts v. Brady*¹⁰⁰ davasında ağır cezalı davalarda, bir kişiye müdafî tayininin zorunlu olup olmadığı tartışılmış ve ekonomik durumu elvermeyen kişilere müdafî tayin edilebilmesi özel şartların (*special circumstances*) varlığına bağlanmıştır. Buna göre, avukat tutmaya gücü yetmeyen kimselere müdafî tayin edilebilmesi yoluna ancak ölüm cezası ile yargılanma veya müdafîsiz yargılanmanın sanık açısından dezavantaj yaratması durumlarında başvurulacaktır.

-
93. *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S 335, 83 S. Ct. 792, 9 L. Ed. 2d 799 (1963). Bu hak Ek 6. maddede düzenlenmiştir.
 94. *Malloy v. Hogan*, 378 U.S 1, 84 S.Ct. 1489 (1964); *Murphey v. Waterfront Com'n* 378 U.S 52, 84 S. Ct. 1594 (1964). Bu hak Ek 5. maddede düzenlenmiştir.
 95. *Pointer v. Texas*, 380 U.S 400, 85 S.Ct. 1065 (1965). Bu hak Ek 6. maddede düzenlenmiştir.
 96. *Parker v. Gladden*, 385 U.S 363, 87 S. Ct. 468 (1966). Bu hak Ek 6. maddede düzenlenmiştir.
 97. *Washington v. Texas*, 388 U.S 14, 87 S. Ct. 1920 (1967). Bu hak Ek 6. maddede düzenlenmiştir.
 99. *Benton v. Maryland*, 395 U.S 784, 89 S.Ct. 2056 (1969). Bu hak Ek 5. maddede düzenlenmiştir.
 100. 316 U.S 455 (1942). Norman Dorsen, *Frontiers of Civil Liberties*, Pantheon Books, 1968, s.194.

Anılan karara dayanarak, federe devlet mahkemeleri birçok kararda müdafî tayin hakkının varlığından bile bahsetmemiş ve çoğu istemi reddetmiştir. Öyle ki; küçük yaşta, zeka özürülü, eğitimi düşük sanıklar bile bu haktan yararlanamamışlardır¹⁰¹.

Özel koşulların varlığı koşulu ilk derece mahkemelerinin uygulamasında çelişkiler ve farklılıklar doğmasına neden olmuş adaletli bir uygulama olmaktan çıkmıştır. Bunun da ötesinde müdafî yardımı olmaksızın yargılamanın dezavantaj yaratacağı ölçüsü de ancak davanın belli bir aşamasından sonra tespit edilebildiği için, özellikle hazırlık soruşturması aşaması mutlaka müdafîsiz olarak tamamlanmakta, bazı durumlarda yargılanmanın yenilenmesini gerektirmektedir. Aynı şekilde ölüm cezası ile yargılanıp yargılanmamaya göre ayırımın da anayasal bir temeli olmaması ölçütün keyfiliğini ortaya koyan bir başka nedendir¹⁰². Uygulamanın en önemli sakıncalarından biri de ekonomik durumu kötü olan vatandaşların kanun önünde eşitlik imkanından yoksun bırakılmasıdır.

Federal Yüce Mahkeme'nin bu tutumundan dönmesi ancak 1965 yılında *Gideon v. Wainwright*¹⁰³ davası ile gerçekleşmiştir. Bu davada Yüce Mahkeme, müdafî hakkının tüm Federe Devletler açısından ek 14. maddenin bir parçası olarak zorunlu olduğuna karar vermiştir. Ayrıca Yüce Mahkeme bu hakkın yargılamanın tüm aşamaları için geçerli olduğunu da kabul etmiştir. Kararın sadece ağır cezalı davalar için mi bu kuralı getirdiği belirsiz gözükmeyle birlikte, 1972 yılında hapis cezası gerektiren tüm davalarda bu hakkın uygulanması gerektiğini belirten *Argersinger v. Hamlin*¹⁰⁴ davası ile bu sorun da çözülmüştür.

101. Örneğin *Moore v. Michigan* (355 U.S. 155 (1957)) davasında 17 yaşındaki akli durumu şüpheli olan bir genç, yaşlı bir kadını öldürmekten yargılanıp ömür boyu hapis cezasına çarptırılırken müdafî hakkından yararlanması söz konusu olmamıştır. Aynı şekilde *Shaffer v. Warden Maryland House of Correction* olayında (211 Md. 635, 126 A.2d 573 (1956)) 19 yaşında zeka özürülü ve konuşma zorluğu çeken *Shaffer* müdafî hakkından yararlanamamıştır. *Pennsylvania ex rel Herman v. Claudy* olayında (350 U.S. 116, 119 (1956)) ise davacı, müdafî hakkından yararlandırılmayarak ifadesi alınmış ve 17 yıllık hapis cezasına çarptırılmıştır. Aynı yerde, s.196-197.

102. Aynı yerde, s.198-205. *Cornley v. Cochran* (369 U.S. 506 (1962)) davasında Yargıç *Black* karşı oyunda kararın fakir kişileri adaletsizce ceza yargısında ayırmakta olduğunu vurgulamaktadır.

103. 372 U.S. 335, 83 S. Ct. 792, 9 L. Ed2d 799 (1965). Dorsen, s.209; Ducat, Chase, *Constitutional Interpretation*, s.681-684.

104. 407 U.S. 25, 92 (1972). Ducat, Chase, s.684.

Yargılama hukukunda kullanılan tüm kurallar elbette, incorporate yoluyla temin edilmiş haklar değildir. Bununla birlikte, diğer tüm hakları burada incelemek bu çalışmanın amacını aşmaktadır. Ancak, içtihat yoluyla güvencelerin ne şekilde geliştirildiğini göstermek açısından örnek olarak, çocukların yargılanmasına ilişkin kurallara ve masumiyet karinesine burada kısaca değinmenin yararlı olacağını sanıyorum.

Küçüklerin yargılamaında kullanılacak usullerin neler olacağı, gerek Federal Yüce Mahkeme gerekse alt mahkemeler tarafından due process'in gereği olarak görülen birçok güvencenin uygulamaya sokulması ile önemli aşamalar kaydetmiştir. Yüce Mahkeme'nin sağladığı güvenceler şunlardır: Çocuklara suçlarının duyurulması, müdafiden yararlanma hakkı, tanıklarla yüzyüze görüştürülme ve çapraz sorgulama imkanı, makul bir şüphe olmaksızın yargı önüne çıkarılmama. Ancak daha da önemli imkanlar, alt mahkemeler tarafından sağlanmıştır. Örneğin; suç sonrası yakalanıp hücreye koyulan çocuğun ailesine durumun bildirilmemesi ve telefon etmesine izin verilmemesi, bir çocuğun beş gün süre ile yetişkinlerle aynı hücrede kalması anayasal güvencelere aykırı bulunmuştur. Bir kabahat (*misdemeanor*) işlemesi nedeniyle yakalanmak istenen çocuğun kaçmaya başlaması üzerine onu yaralayan polisten ve öldürmek üzere ateş etme izni veren Validen tazminat talep edilmesi mümkün görülmüştür¹⁰⁵.

Due process of law ceza usulünde suçu kanıtlama yükünü devlete verir (*Presumption of innocence*). Örneğin, bir silahla suç işlediği iddia edilen kişinin silahı yasadışı bir yoldan elde etmediğini kanıtlamasını istemek due process of law'ın ihlali olarak kabul edilmiştir¹⁰⁶. Benzer bir kararda Yüce Mahkeme, marihuana ve kokain taşımamanın bu uyuşturucuların yasadışı yollardan temin edildikleri anlamına gelmeyeceğini karara bağlamıştır¹⁰⁷.

Buraya kadar ele aldığımız örnekler hep ceza yargısı ile ilgili olmakla birlikte, hukuk usulüne ilişkin olaylarda da, due process'in uygulanması kaçınılmazdır. Örneğin, boşanmak için mahkemeye

105. Çocukların yargılanmasına ilişkin güvenceler için bkz. Ducat, Chase, The Constitution and, s.488; Dorsen 213-232; Peltason, s.196.

106. Tot v. United States 319 U.S 463 (1943). Peltason, s.195.

107. Leary v. United States 395 U.S 466 (1965). Aynı yerde, s.195.

başvuran bir kimseden istenen harç ücretinin due process of law'ı ihlal edeceğine karar verilmiştir¹⁰⁸. Ceza yargısında çok daha geniş bir uygulama alanı bulan bu imkan hukuk davalarında da istisnaen olmakla birlikte uygulanmakta ve hak arama hürriyetinin due process'in bir parçası olarak değerlendirilmesi sonucunu doğurmaktadır.

5.2. İdari İşlemler ve Usuli Due Process

İdarenin yaptığı işlemlerden kişilerin hayat, hürriyet ve mülkiyet haklarına müdahale edenlerin hangilerinin usulüne uygun olduğunu tarif pek mümkün olmadığı gibi, her yeni olayda yeni güvencelerin de due process kapsamına alınabilmesi genel ilkeler koymayı da oldukça güçleştirmektedir¹⁰⁹. Bununla birlikte burada dört önemli hususun genel ilkeler olarak sayılması mümkündür.

i. Bir kere, kişinin hayat, hürriyet veya mülkiyetinden mahrum edilmiş sayılıp due process güvencesinin devreye girmesi için mahrumiyete kasıtlı olarak yol açılmış olması gerekir. İhmal nedeniyle oluşan kayıplarda due process hükmü anlamında bir mahrumiyet yoktur¹¹⁰.

ii. Bireysel işlemlerde, tebligatta bulunmak (*notice*) ve hearing (duruşma) yapmak bir zorunluluktur¹¹¹.

iii. Gerek bireysel, gerekse düzenleyici işlemlerin mutlaka adil olması gerekir.

iv. Bir işlemin yapılmasını gerekli kılan veya yasaklayan ve sıradan bir vatandaş tarafından bilinmesi zorunlu bir kanunun

108. Boddie v. Connecticut (1971). Bkz. Mahkemeye başvurma hakkı ile diğer kararlar için Barron, Sienes, s.167.

109. Güran, idarenin due process'e uygun işlem yapmasına ilişkin olarak belli ilkeleri toplamaya çalışmıştır. Güran, s.35.

110. Barron, Sienes, s.159. Örneğin Davidson v. Cannon (1986) davasında bir mahkumun diğer mahkumun kendisine karşı yaptığı eylemleri hapisane yöneticilerine bildirmesine rağmen gerekli önlemlerin ihmali due process of law'ın ihlali olarak görülmemiştir.

111. Barron, Sienes, s.160; Güran, s. 37. Hearing'in her zaman aynı nitelikte olması gerekmediğini belirtmekte fayda vardır. Kimi durumlarda hearing ertelenebileceği, veya sadece kısa bir konuşma şeklinde olabileceği gibi, kimi zamanlarda yargı fonksiyonunda olduğu kadar ciddi yapılması gerekebilir. Peltson, s.197; Güran, 37.

muğlak ifadeler veya uygulamada farklılıklar içermesi due process of law'a aykırılık teşkil eder¹¹².

Bu ilkelerin nasıl uygulandığına dair örnekler konuyu daha açık bir hale getirecektir.

Due process güvencelerinin en geniş uygulama alanı bulduğu konuların başında hapisaneler ve mahkumların hakları gelmektedir. Örneğin, bir mahkumun ceza süresinin üstünde bir süre akıl hastahanesinde denetim altında tutulması ve asıl cezasını etkileyen bu tek taraflı emre orantılı savunma araçları verilmemesi Ek 14. maddeye aykırı görülmüştür¹¹³. Mahkumun akıl hastahanesine aktarılması da due process güvencesini gerektirir, bu nedenle tebligat ve hearing (idarece yapılan duruşma) zorunlu kabul edilmektedir¹¹⁴. Meşruten tahliye edilmiş hükümlüler de ancak usulüne uygun bir işlemle hapisaneye geri döndürülebilirler. Buna göre meşruten tahliye edilmiş kişiye tebligat yapılmalıdır, bunun haricinde hükümlü; hearing aşamasında yazılı bir ifade verebilir, deliller ileri sürebilir, tanıklar getirip dinletmek isteyebilir, tanıklarla yüzleştirilmek isteyebilir¹¹⁵. Bir mahkumun diğerlerinden ayrılarak hücre hapsine çarptırılması da belli usulleri gerektirir¹¹⁶.

Due process of law, devlet okulları tarafından hürriyet ve mülkiyete karşı yapılacak müdahalelere karşı da önemli bir güvence oluşturmaktadır. Kural olarak, mahkeme eğitim hayatına ilişkin kararlarında müdahaleci olmamayı yeğlemektedir. Bununla birlikte istisnai durumlar da önemli bir yekun tutmaktadır. Nitekim, öğrencilerin kabahatlerinden dolayı 10 güne kadar süre ile okuldan uzaklaştırılmasına imkan tanıyan federe devlet kanunu Federal

112. Peltason, s.194. Gece geç ve alışılmadık saatte sokakta bulunan ve bulunma gerekçesini açıklayamayan kişi hakkında hapis ve para cezası öngören bir kanun muğlak ve due process'e aykırıdır. *Palmer ve City of Euclid Ohio* (402 U.S 544 (1972)) Aynı mahiyette, *Kalender v. Lawson* (461 U.S 352 (1983)).

113. *Mc Neil v. Director, Patuxent Institution*. 407 U.S 245 (1972). Ducat, Chase, The Constitution and., s.395.

114. *Vitek v. Jones* (1980) *Barron, Siemes*, s.163-164.

115. *Morrissey v. Brewer* 408 U.S 471 (1972)). Peltason, s.196; Ducat, Chase, The Constitution and., s.395.

116. *Bond v. Floyd* (385 U.S 116 (1966)) davasında Pennsylvania'da bir hapisanede çıkan isyana katılan bir mahkum diğer mahkumlardan ayrılmış, hakkında araştırmalar sürerken 1 gün içinde durumun kendisine bildirilmesi ve 5 gün içinde hearing komitesi kurulması anayasaya uygun bulunmuştur. Peltason, s.197.

Yüce Mahkeme tarafından due process of law'a aykırı bulunmuştur¹¹⁷.

Kamu görevlilerinin iş güvenceleri açısından, due process daha dar yorumlanmaktadır. Örneğin, Devlet üniversitesinde çalışan bir öğretim görevlisinin 1 yıllık sözleşmesinin yenilenmemesinin usuli due process'i ihlal etmesi için ya açıkça bu yenilemeyi isteme hakkına sahip olması (Sözleşmedeki bir hükmün bunu mümkün kılması gibi) ya da yenilememenin onur, isim gibi değerler açısından bir ihlal düzeyine ulaşması gerekir¹¹⁸.

Yukarıda ele aldığımız örnekler usuli due process uygulamasının çok küçük bir kısmını oluşturmaktadır. Ancak bu bölümdeki amacımız sadece usuli due process'in uygulama alanının genişliğini kısaca vurgulamak olduğundan bu örneklerin yeterli olduğunu sanıyorum. Görüldüğü gibi usuli due process tamamen olaylara bağlı bir kavram olarak karşımıza çıkmakta, ancak bireylerin idare önündeki konumu hakkında çok önemli güvenceler sağlamaktadır. Amerikan hukukunda idarenin hukuka bağlılığına sağlama yolunda en ciddi güvencelerden birinin usuli due process'in geniş yorumu olduğuna şüphe yoktur.

6. EK 5. MADDE VE KANUN ÖNÜNDE EŞİTLİK

Ek 14. maddenin tersine Ek 5. madde kanun önünde eşit korunma kuralına yer vermemektedir. Bunun nedenini, başlangıçta kısaca değinilen tarihten itibaren aramak mümkündür, Ek 14. maddenin ırk ayırımına karşı çıkarıldığı düşünüldüğünde neden maddenin aynı zamanda kanun önünde eşitlik kuralına yer verdiği de anlaşılabilir.

Federal Yüce Mahkeme, federe devletler açısından anayasada düzenlenmiş olan bu kuralı federal devlete karşı da içtihat yoluyla uygulamıştır. Bu uygulama 1940'lı yıllarda başlamıştır. Yüce Mahkeme, toplu iş sözleşmesinde temsilcinin ırk ayırımına dayanmaksızın herkesi temsil etmesi gerektiğine aksinin eşit korumaya aykırı olacağına karar vermiştir. Katılma oyunda Yargıç Murphy, temsilci federal yetkiye dayanarak pazarlığa katılıyorsa,

117. *Goss v. Lopez* 419 U.S (1975) Ducat, Chase, *The Constitution and.*, s. 489; Barron, Siens, s. 166.

118. *Board of Refents v. Roth* 408 U.S 379 (1972). Peltason, s.193; Barron, Siens, s.161.

ayırım yapmasının kesinlikle Ek 5. maddeye aykırılık oluşturacağını ileri sürmüştür¹¹⁹.

*Bolling v. Sharpe*¹²⁰ kararında, federal devlet tarafından yönetilen Columbia bölgesindeki okullarda beyaz öğrencilerle zengi öğrencilerin ayrı okullarda okutulması ve birinin diğerine kabul edilmemesi kuralı, Yüce Mahkeme tarafından Ek 5. maddedeki due process kavramına aykırı görülmüştür. Yüce Mahkeme Ek 14. maddede hem due process hem de eşitlik kurallarının düzenlenmiş olmasını dikkate alarak, bu iki kavramın aynı anlama gelmediğini önemle vurgulamıştır. Bununla birlikte, ayırımın due process'in ihlali düzeyinde savunulamaz olması halinde, anayasaya aykırılığı kabul etmek gerektiğini içtihat etmiş ve federal devlet düzenlemesini bu kapsamda değerlendirmiştir. Yüce Mahkeme'ye göre, federe devletler için öngörülmüş olan bir devrin federal devlet için yüklenmemiş olması mümkün değildir¹²¹.

7. SONUÇ

Due process kavramının Federal Yüce Mahkeme tarafından yorumlanması, anayasaların günün şartlarına göre nasıl yaşatılabileceğini göstermesi açısından ilgi çekici bir örnektir. Ancak belirtmek gerekir ki; böyle bir içtihat yolu geliştirebilmek, bu kadar geniş bir denetim alanı yaratmak ancak due process gibi yoruma ihtiyaç gösteren kavramların varlığı halinde mümkün olabilmektedir. Hatta anayasaların değişimlere ayak uydurabilmesinde bu tip kavramların yerinin çok büyük olduğunu söylemenin çok iddialı bir yaklaşım olmadığını sanıyorum.

Yaptığımız kısa analizin bir diğer önemli sonucu da, Yüce Mahkeme'nin kararlarındaki politik niteliklidir. Bu özellik ekonomik maddi process konusunda fazlasıyla göze çarpmaktadır. Aynı şekilde özel hayatın gizliliği konusunda da mahkemenin aldığı tavrın politik olduğu son derece açıktır. Anayasal değerlendirmede yargıçların siyasi seçimlerinin çok önemli bir faktör olduğu gözardı edilemez. Anayasal konular ister istemez siyasi bir tavır almayı zorunlu hale getirmektedir. Bununla birlikte tercih edilecek içtihat

119. *Steele v. L. & N.R.Co.* (323 U.S 192 (1944)). Ayrıca bkz. *Hurd v. Hodge* (334 U.S 24 (1948)), *Ducat, Chase, The Constitution and.*, s.388.

120. 374 U.S 497, 74 S.Ct. 693 (1954). Peltason, s.192; Güran, s.37-38; *Ducat, Chase, The Constitution and.*, s.390. Bkz. krş. Federe Devlete ilişkin aynı mahiyette karar *Brown v. Board of Education* (347 U.S 483, 74 S.Ct. 686, 98 L. Ed. 873 (1954))

121. Güran, s.38.

türü elbette mümkün olduğunca sübjektiflikten uzak durmak olmalıdır.

Yüce Mahkeme'nin değerlendirmelerinin doğal hukuka açık kapı bıraktığı bir gerçektir. Nitekim, due process'in yorumlanışına karşın ileri sürülen itirazların başında bu eleştiri gelmektedir.

Due process'in bir yargısal denetim aracı olarak gösterdiği özelliklerden belki de en önemlisi; sistem farklılıklarına rağmen hukuk düzenlerinin birçok ortak değeri paylaştıklarıdır. Gerçekten de, Amerikan Anayasasındaki due process hükümleri diğer hukuk düzenlerinde çok farklı şekilde ifade edilen hukuksal güvenceleri bireylere sunmuştur. Buna rağmen belirtmek gerekir ki; due process gibi genişletici yoruma imkan tanıyan kavramlar, getirdikleri ilkeleri aynı kolaylıkla ortadan kaldırmak için de kullanılabilir. Yüce Mahkeme'nin "ayrı fakat eşit" ölçütünde gördüğü eşitlik anlayışı bunun en tipik örneği olarak gösterilebilir.

Amerikan Hukuku açısından yapılan bu saptamalar sanıyorum başka hukuk sistemleri açısından da fikir vericidir. Örneğin Anayasamızda yer alan "Hukuk Devleti" kavramı da en az due process of law kadar yoruma açık, günün şartlarından etkilenebilecek ve etkin bir denetim aracı olarak kullanılacak bir anayasa hükmüdür. Ancak anayasalar açısından bu derece önemli bir yere sahip olan hükümlerin yorumunda çok hassas olunması gerektiği hiçbir zaman gözardı edilmemesi gereken bir noktadır.

KAYNAKÇA

Barron Jerome A., Dienes C. Thomas, *Constitutional Law*, Black Letter Series West Publishing Co., 1981.

Black Hugo La Fayette, *A constitutional Faith*, Alfred A. Knopf, 1968.

Carr Robert K., *The Supreme Court and Judicial Review*, Farrar and Rinehart, Inc. Publishers, 1942.

Conan Micheal, *The Constitution and the Economy Objective Theory and Critical Commentary*, University of Oklahoma Press, 1991.

Çağlar Bakır, *Anayasa Bilimi*, BFS Yayınları, İstanbul 1989.

Dorsen Norman, *Frontiers of Civil Liberties*, Pantheon Books, 1968.

Ducat Craig R., Chase Harold W., *Constitutional Interpretation Rights of the Individual*, Fifth edition, West Publishing Company, 1992.

Edward Corwin's *The Constitution and What It Means Today*, gözden geçirerek yayımlayanlar: Harold W. Chase-Craig R. Ducat, Princeton University Press, 1978.

- Ely James W., *The Enigmatic Place of Property in Modern Constitutional Thought, The Bill of Rights in Modern America after 200 years*, editörler: David J. Bodenhamer & James W. Ely, Indiana University Press, 1993.

Esen Bülent Nuri, *Anayasa Hukuku*, 3. Bası, Ankara-1968.

Feyzioğlu Turhan, *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakabesi*, AÜSBF Yayınları, Ankara-1951.

Friendly Fred W., Elliot J.H. *The Constitution That Delicate Balance (Landmark Cases That Shaped The Constitution)*, 1984.

Güran Sait, *İfade Hürriyeti Üzerinde İdare'nin Yetkileri*, İÜHF Yayınları, İstanbul 1969.

Hall Ford P., Sikes Pressly S., Stoner John E., Wormuth Francis D., *American National Government: Law and Practice*, Harper& Brothers Publishers, 1949.

Mc Dowell Gary, "The Explosion and Erosion of Rights", *The Bill of Rights in Modern America after 200 years*, editörler: David J. Bodenlamer & James W. Ely, Indiana University Press, 1993.

Peltason J.W., *Corwin & Peltason's Understanding The Constitution*, 10. Baskı, CBS College Publishing, 1985.

Strauss Peter L. "The Rule of Law In the American Administrative State", *II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi- İdari Yargının Dünyada Bugünkü Yeri*, Ankara, 1993.