

AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİNDE İDARİ SUÇ VE CEZALARDA KANUNİLİK İLKESİNİN UYGULANMASI

The Application of Legality Principle on Administrative Crime and Punishments in USA

Dr. Hasan DURSUN¹

Geliş Tarihi: 14.08.2017

Kabul Tarihi: 17.12.2017

ÖZET

Anglosakson “teamüli” hukuk sistemine sahip olmasına karşın Amerika Birleşik Devletlerinde idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulaması bakımından alınacak önemli dersler bulunmaktadır. Zira Birleşik Devletler Anayasası ve mevzuatı yürütmeye idari suç ve ceza alanında özerk düzenleme yetkisi tanımamış, aksine, idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanması gerektiği anlayışını varsaymıştır. İdari suç ve cezanın diğer türünü oluşturan halka yönelik idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulamasını, bazı sapmalar gösterse de Federal Temyiz Mahkemesi oldukça geliştirerek bu suç ve cezaların uygulanmasında yalnızca maddi ceza normları bakımından kanunilik ilkesine uyulmasının yeterli olmadığını, usuli kanunilik ilkesine de uyulması gerektiği görüşünü benimsemiştir. Federal Mahkemenin bu tutumunun altında yatan güdü, İdare tarafsız ve bağımsız olmadığından idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin benimsenmesinin, ceza hukuku suç ve cezalarında benimsenmesinden daha fazla önem taşıdığı inancındır. Yine, idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesi, kişi hak ve özgürlüklerini koruma işlevini ancak genel nitelikli bir idari usul kanunuyla birlikte yerine getirebilmesi olanaklı olduğundan bazı hataları olsa da Birleşik Devletlerde böyle bir usul kanununun bulunması, kanunilik ilkesini tamamlayıcı nitelikte olmuş ve kişi hak ve özgürlükleri, halka yönelik idari suç ve cezalarda daha iyi korunmuştur.

ABSTRACT

Although United States is belong to the common-law system, there are valuable lessons for Turkey in terms of the application the legality principle on the administrative crimes and punishments. This is because the United States Constitution and legislation did not acknowledge independent power of arrangement within the field of administrative crimes and punishments for the execution, on the contrary, supposed the perception that the legality principle must be applied on the administrative crimes and punishments. Federal Supreme Court, nevertheless makes some deviation, developed the legality principle on publicly targeted administrative crimes and punishments that crimes and punishments are belong to the other types of administrative crimes and punishments. Within that context, Federal Supreme Court ruled that when the applying legality principle on publicly targeted administrative crimes and punishments not only is sufficient compliance for the substantial due process rule but also necessary the compliance for the procedural due process rule. Deep motive of that attitude of Supreme Court is the belief that due to the administration is neither impartial nor independent, the application of the legality principle on administrative crimes and punishments is more important than the application of the legality principle on the criminal law crimes and punishments. Again, the legality principle on administrative crimes and punishments can fulfill its mission to protect basic human rights and freedoms with the general administrative procedure act, nevertheless that act has some deficiency, existing general administrative procedure act in the USA is being part and parcel of legality principle. In this way, human's rights and freedoms is better protected on the publicly targeted crimes and crimes in the USA.

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

Öte yandan yargının aksine idare ne bağımsız ne de tarafsız olduğundan idari cezaya ihtiyatla yaklaşmaktadır. İdari cezaya karşı yapılan bu itirazın büyük kısmı ancak idari usul kurallarına uyularak giderilebilir. Birleşik Devletlerde idari cezaya pek fazla itiraz edilmemesinin temel nedenini, ülkede idari usule yönelik genel bir kanunun bulunması oluşturur. Birleşik Devletlerde halka yönelik idari cezalara karşı etkin bir yargı düzeneği kurulmuş ve halka yönelik idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanmasının hukuk devletinin kalbini oluşturduğu anlayışı benimsenmiştir. Türk Anayasasının 38. maddesinin 1. ve 3. fıkralarında her türlü suç ve cezalarda ve bu arada idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanacağı örtülü olarak belirtilmesine karşın Anayasa Mahkemesi ve Danıştay aksine bir tutum takınmışlar ve idari suç ve cezayı birbirinden ayırarak idari suçlarda kanunilik ilkesinin uygulanmasının gerekli olmadığı anlayışını benimsemişlerdir. İdari suç ve idari ceza arasında ayrılmaz bir bütünlük ilişkisi bulunduğu ve idari suçta kanunilik ilkesinin kabul edilmemesi, idari cezada da kanunilik ilkesinin kabul edilmemesi anlamını taşıyacağından Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın söz konusu tutumu sonucu kişilerin hak ve özgürlükleri büyük bir tehlike altında bırakılmıştır. Türkiye'de idari cezanın verilmesi usullerini gösteren genel bir idari usul kanununun bulunmaması; kişi hak ve özgürlüklerine yönelik tehlikeyi daha da artırmıştır. İdari cezaya karşı etkili bir yargı düzeneği kurabilmek için tüm idari ceza işlemlerine karşı idari yargıya başvuru yolu öngörülmesi ve suç ve cezada kanunilik ilkesinin hukuk devletinin temelini oluşturduğu bilinciyle idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanmasına son derece titiz bir şekilde yaklaşılması gerekir.

Anahtar Kelimeler: İdari Suç ve Ceza, Suç ve Cezada Kanunilik İlkesi, Halka Yönelik İdari Suç ve Ceza, Disiplin Suç ve Cezası, Maddi Kanuna Uygunluk, Usuli Kanuna Uygunluk.

On the other hand, contrary to the justice, administration is neither impartial nor independent one approaches to the administrative crime and punishments reservedly. That complaint against administrative punishments can be removed in a significant part by complying administrative procedure rules. The basic reason is that there is not so much complaint against administrative punishments is the availability of the general administrative procedure law in the country. In the USA, there is an established efficient judicial mechanism against the publicly targeted administrative punishments and it is adopted the idea that the applying the legality principle on publicly targeted administrative punishments is the heart of due process. Although Article 38 paragraph 1 and 3 of the Turkish Constitution covertly denote that in every types of crimes and punishments meanwhile in administrative crimes and punishments is necessary to apply legality principle, the Turkish Constitutional Court and Council of State assume counter-attitude and they divided administrative crime and administrative punishment from each other and adopt that there is no need applying legality principle on administrative crimes. The aforementioned courts behavior is resulted to put enormous danger of human's rights and freedoms. Inasmuch there is an integral part relation between administrative crime and administrative punishment and not accepting the legality principle on administrative crime means not adopting that principle on administrative punishment. The absence of general administrative procedure act that shows the procedure how to apply the administrative punishment in Turkey significantly increases the danger towards human rights and freedoms. To establish an efficient judicial mechanism against administrative punishment, it is necessary the application to the administrative justice for the administrative punishment. In addition, with the consciousness that "nullum crimen nulla poena sine lege" principle is the root of rule of law, it is necessary to approach the application of legality principle on administrative crimes and punishments.

Keywords: Administrative Crime and Punishment, the Principle of Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege , Publicly Targeted Crimes and Punishments, Discipline Crimes and Punishments, Substantial Due Process, Procedural Due Process.

GİRİŞ

İdari ceza; kanunların yetki verdiği durumlarda araya bir yargı kararı girmeden İdarenin idare hukukuna, özellikle idari usul hükümlerine göre kamu yararını korumak amacıyla norm ihlali yüzünden cezalandırıcı nitelikteki idari işlemi olarak tanımlamak olanaklıdır.² Bu bağlamda, İdarenin ceza vermesini gerektiren ihlalin ise “idari suç” olarak adlandırılacağı ortadadır.

İki türlü idari suç ve ceza bulunmaktadır. Bunlardan ilkinin, İdare ile kişi arasında izin, ruhsat veya İdarenin bünyesinde çalışma gibi İdareyle arasında herhangi bir bağ olan kişilere verilen cezalar, ikincisini ise İdare ile arasında herhangi bir bulunmayan kişilere uygulanan cezalar oluşturur. Biz bunlardan, İdare ile kişi arasında önceden bir bağ bulunmadan yapılan ihlallere “halka yönelik idari suç”, söz konusu ihlaller için verilen cezalara “halka yönelik idari ceza”, buna karşın, İdare ile kişi arasında önceden bir bağ bulunduğu durumlarda yapılan ihlalleri “disiplin suçu”, söz konusu ihlaller için verilen cezaları ise “disiplin cezası” olarak adlandırmayı daha uygun bulmaktayız.³

Bu çalışmada Anglosakson hukukuna tabi ülkelerden Amerika Birleşik Devletlerinde idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanması üzerinde durulacaktır. Az önce belirttiği üzere idari suç ve cezalar; “halka yönelik idari suç ve cezalar” ile “disiplin suç ve cezaları” şeklinde bir ayrıma tabi tutulsa da çalışmanın hacmini arttırmamak için idari suç ve ceza⁴ türlerinden yalnızca halka yönelik idari suç ve cezalarda⁵ kanunilik ilkesi uygulaması üzerinde

² Krş. Sarper Süzek, İş Güvenliği Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara 1985, s. 233.

³ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hasan Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 198 vd.

⁴ İdari suç ve ceza bakımından nirengi noktasını “İdare” kavramı oluşturduğundan Birleşik Devletlerde bu kavramdan ne anlaşıldığı üzerinde durmak faydalı olacaktır. Amerika Birleşik Devletlerinde İdarenin tanımı, “İdari Usul Kanunu”nda (APA) gösterilmiştir. Bu kanun, “İdare” kavramı için “administration” değil, “agency” kavramını kullanmaktadır. Buna göre, Kongre, Federal Mahkemeler, “özel yönetimi olan alanlar” (territories or possessions of the United States), başkent Washington D.C. Yönetimi, savaş zamanında veya işgal edilmiş topraklarda askeri yetkiler kullanan makamlar hariç, bir başka ajansın içerisinde veya denetimi altında olsun geriye kalanların tümü “agency” kavramına girer. Bu çerçevede, “icrai idari işlem” yapan ve ayrıksı olarak sayılanlar dışında kan her oluşum, “İdare” olarak Kanunun kapsamına girmektedir. Bu bağlamda, “Tarım Bakanlığı” (Department of Agriculture), APA’daki tanım gereği “agency” kavramına girdiği gibi bu bakanlığın bünyesinde bulunan “Orman Dairesi” de (Forest Service) “agency” kavramının içerisine girer. Bakanlıklar ve bunların “birim”lerinin (Service, Office, Directorate) yanında; “Bağımsız İdareler” (Independent Agencies) olarak adlandırılan “Bağımsız Komisyonlar”ın da (Independent Commissions) yer aldığı kamu kurum ve kuruluşlarının tümü “agency” olarak adlandırılır. Bkz. Kemal Berkarda, Amerika’da İdare Hukuku Var mı?, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Prof. Dr. Pertev Bilgen’e Armağan, Sayı: 1-3, Cilt:13, 2003, s. 93-94.

⁵ Halka yönelik idari suç ve cezalar, idari suç ve cezanın bir türünü oluştursa da bu çalışmada kullanılan “idari suç ve ceza” tabirinden “halka yönelik idari suç ve ceza”nın anlaşılması

durulacaktır.

İrdeleme yapılırken anayasa hukuku, idare hukukunun fasıl başlarını oluşturduğundan⁶ Birleşik Devletler Anayasasında kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin düzenlenme tarzına bakılacaktır. Türkiye Kıta Avrupası Hukuk Sistemine dâhil olmasına rağmen Anglosakson hukuk sistemine sahip olan ülkelerden Amerika Birleşik Devletleri bakımından yapılacak bu incelemeden alınacak kıymetli dersler bulunmaktadır.⁷ Alınacak bu derslere, çalışmanın sonuç kısmında temas edilmiştir.

I. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ ANAYASASINDA KANUNİLİK

1. Genel Olarak

Amerika Birleşik Devletlerinde idari suç ve cezalar bağlamında kanunilik ilkesinin uygulanması bakımından Amerika Anayasasının konuyla ilgili hükümleri yeterli bilgi vermektedir. Gerçi 1787 tarihli Amerika Birleşik Devletleri Anayasasının hiçbir maddesinde açıkça “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesine değinilmese de söz konusu anayasa, kanuniliği öngörmekten ziyade varsaymaktadır. Bu bağlamda Birleşik Devletlerde, Anayasanın ve buna uygun olarak çıkartılmış bulunan yasaların üstün hukuk kurallarını oluşturduğu esas kabul edilmekte, İdarenin, Kongre’nin veya Başkanın ne zaman kanuniliğin sınırları dışında hareket ettiğini belirlemeye mahkemelerin yetkili olduğu belirtilmektedir.⁸

Birleşik Devletler Anayasasında kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesine açıkça yer verilmesini büyük bir olasılıkla anayasa koyucu gereksiz bulmuştur. Çünkü Anayasada Federal Devlete yalnızca sınırlı bir yasama yetkisi tanınmış olsa bile Amerikan İç Savaşıyla ulusun, kendi devriminin meşrulaşmasından yaklaşık 20

gerekir. Üstelik Birleşik Devletlerde halka yönelik idari suç ve cezanın da temel olarak regülatif idari suç ve ceza olarak anlaşıldığını unutmamak gerekir.

⁶ 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. Turan Güneş, Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, AÜSBF Yayınları No: 191-173, Ankara 1965, s. 2.

⁷ Aslında Anglosakson hukukunun etkisi yalnızca bu hukuk dizgesine tabi olan ülkelerde görülmektedir. Özellikle, dünyanın en güçlü ülkesini oluşturan Amerika Birleşik Devletleri yoluyla dünyada 1980’li yıllardan itibaren artan hızda görülen “serbest piyasa” (liberalization), 1990’lı yıllardaki “küreselleşme” (globalization) akımlarıyla birlikte Kıta Avrupası hukuk sistemlerini de etkilemiştir.

⁸ Peter L. Strauss, Amerikan (İdari) Devletinde Hukukun Üstünlüğü, II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi- İdari Yargının Dünyada Bugünkü Yeri, 10-14 Mayıs 1993, Ankara 1993, s. 86-87.

yıl sonra iç güvenliğini sağlamak üzere önlem almasından dolayı önemli sorunlar doğmuştur. Örneğin, 1806 yılında Connecticut'ta yayımlanan bir gazete, Başkan ve Kongreyi skandal niteliğinde davranışlarda bulunmakla suçlaması üzerine, İngiliz "common law" (teamüli hukuk) hukukunda uygulaması bulunmasa bile gazete hakkında cezai takibata girilmişdir. Federe mahkemeler gibi Federal mahkemeler de kararlarında teamüli hukuka alışmış olduklarından, daha açık bir deyişle, yasalarda yazılı olana değil de örf ve adet, önceki yargısal kararlar ve siyasalarla belirlenmiş kuralları uygulamaya alışmışlardı. Federal Temyiz Mahkemesi, Hudson ve Goodwin v. United States (1812) kararında; sorunun, kamuoyunda uzun zamandır çözüme ulaştığını, Birleşik Devletlerin yasama organının önce bir davranışı suç haline getirmesi, buna bir ceza öngörmesi ve bu suça ilişkin olarak mahkemenin yetkisi bulunduğunu ilan etmesi gerektiğini belirtmiştir. Eyalet mahkemeleri de bu esastan hareket ederek kendi federe devletlerini sınırlandırmışlardır. Görüldüğü üzere suç ve cezalarda kanunilik ilkesi Anayasada açıkça öngörülmemiş olmasına karşın, yargı organları söz konusu ilkeyi Anayasadan türetmişler ve anayasal ilkelerin özünü inceleyerek böyle bir sonuca ulaşmışlardır.⁹

Birleşik Devletler Anayasasında suç ve cezaların kanuniliği ilkesinden açıkça bahsedilmese de söz konusu ilkenin bir alt ilkesinden daha somut bir deyişle, Anayasanın 1. maddesinin 9. kısmının 3. paragrafında "kanunların geçmişe uygulanmazlığı" ilkesinden açıkça bahsedilmiştir. Bu paragrafta, "geçmişe yürürlü" "ex post facto" kanunların çıkarılamayacağı belirtilmiştir. Kanunilik ilkesinin kanunların geçmişe uygulanmazlığı alt ilkesi,¹⁰ ceza normlarının yalnızca sanığın aleyhine geçmişe yürürlü olmasını mutlak bir şekilde yasaklığı, buna karşın onun lehine yürütülmesini yasaklamamasına rağmen Anayasada öngörülen bu hükmün mutlak bir nitelik taşıdığı gözlenmektedir. Bu hüküm mutlak bir nitelik taşıdığı için yapılacak tüm düzenlemelerde bu arada idari suç ve ceza hakkında konulacak gerek yasal gerek idari düzenlemelerde ister lehe ister aleyhe olsun mutlak geriye yürürlük yasayıyla karşılaşılabacaktır.

⁹ Strauss, s. 87-88 ve dn. 12-13.

¹⁰ Suç ve cezada kanunilik ilkesinin diğer alt ilkelerini; "kanunun tekerciliği" ve "kanunun açıklığı" alt ilkeleri oluşturur. Suç ve ceza normunun yalnızca kanunla konulmasını gerektiren kanunun tekerciliği, kanunun azami açıklıkla düzenlenmesini isteyen kanunun açıklığı ve kanunun geçmişte serbest olan davranışları cezalandıramayacağı veya cezayı arttırmayacağını ifade eden kanunun geçmişe uygulanmazlığı alt ilkeleri, suç ve cezada kanunilik ilkesinin ayrılmaz unsurlarını oluşturmakta ve bunlardan birisinin bile ihlal edilmesi durumunda suç ve cezada kanunilik ilkesinin kabul edilmediği sonucuna varılmaktadır. Suç ve cezada kanunilik ilkesi ile onun alt ilkeleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 20-143.

2. Kanuni İdare İlkesi

İdare hukukunda geçerli olan kanunilik esasının temelini “kanuni idare ilkesi” oluşturur. Kanuni idare ilkesi de ikiye ayrılmakta olup “kanuni dayanak” ve “kanuni yetki” unsurlarından meydana gelir.¹¹ Bu unsurlardan kanuni dayanak unsuru, idarenin belirli bir kısım konularda bir davranışta bulunabilmek için kanuni bir yetkiye gereksinim duyduğunu anlatır.¹² İdare hukukundaki kanunilik ilkesini gerçekleştirebilmek açısından önem taşıyan kanuni dayanak unsuru, Birleşik Devletler Anayasasının 1. maddesinin 9. kısmının 14. paragrafında düzenlenmiştir. Daha açık bir deyişle bu paragrafta, Kongre’nin İdare ve askeri kuvvetler hakkında kural koymaya yetkili olduğu ifade edilmiştir. Bu hükümden, Birleşik Devletler İdaresinin oluşturulması ve teşkilatlandırılmasında asıl yetkinin Kongrede olduğu, Kongre’nin çıkaracağı bir kanun olmadan, hiçbir idari kuruluşun olmayacağı, bir başka deyişle, kanuni dayanağın olmadığı yerde idarenin olmayacağı anlaşılmaktadır. Kanun olmadan organik anlamda idare bulunmadığına göre Kongre’nin idarenin görevlerini düzenlemesine de bir engel bulunmamaktadır. Hatta bu hükümle Anayasanın, Kongre’nin, İdarenin görevlerini düzenlemesini de teşvik ettiği söylenebilir.

Öte yandan, Anayasasının 1. maddesinin 8. kısmının ilk paragrafında Kongre’ye tekeli bir yetki tanınarak, vergi, vergiye eş değer yükümlülükler ve gümrük gelirleri koyma ve toplama bakımından yetkili organın yalnızca Kongre olduğu ifade edilmiştir. Bu hükümden “vergi” kavramından ayrılması olanaksız olan idari vergi suç ve cezalarının ancak Kongre tarafından çıkartılacak bir yasayla konulacağı kanımızca örtülü bir şekilde anlaşılmaktadır.

3. İdari Cezanın Özünün Sınırlanması

Birleşik Devletler Anayasasında, bütün cezaların ve bu arada idari cezaların özünü sınırlayan bir hüküm de bulunmaktadır. Gerçekten de, Anayasasının VIII. Eki’nde, aşırı kefaletin öngörülemediği, aşırı para cezası, “zalimane” (cruel) veya olağan dışı cezaların verilemediği ifade edilmektedir. Bu bağlamda, idari cezalar da özü itibarıyla zalimane veya anormal nitelikte olamayacak, idari para cezaları aşırı miktarda, örneğin, kişinin ödeme gücünü oldukça aşan bir miktarda verilemeyecek, idari cezaların tahsili aşamasında aşırı ölçüde yüksek miktarda kefalet istenemeyecektir.

¹¹ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tahsin Bekir Balta, İdare Hukukuna Giriş, TODAİE Yayınları, Ankara 1968-1970, s. 79 vd.

¹² Fazla bilgi için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 193 vd.

4. Due Process İlkesi

Yukarıda yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere Birleşik Devletler Anayasasında kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi açık bir şekilde düzenlenmemiş, ancak Anayasada yer alan hükümlerin özü böyle bir ilkeyi ortaya çıkarmıştır. Aslında bu durumu doğal karşılamak gerekir. Zira Amerika Birleşik Devletleri Anayasası, en iyi devletin en az yöneten devlet olduğu anlayışıyla ayrıntılı hükümlere yer vermemiştir.¹³ Nitekim bu bağlamda kişilerin hak ve özgürlükleri ile özel mülkiyete devlet müdahalesinin ayrık bir durum olduğu anlayışı benimsenmiş, üstelik bu müdahale yapılırken devletin yetkisini kötüye kullanmasını önleyebilmek için müdahalenin tabi olduğu ilke ve kurallara yer verilmiştir. Bu ilke ve kurallara Anayasanın kimi hükümlerinde yer verildiği gibi Anayasanın Eki olan “Haklar Bildirgesi”nde de (the Bill of Rights) yer verilmiştir. Bu hükümlerin toplu olarak değerlendirilmesi sonucu devletin en az müdahale etmesi esası dışında temel olarak yurttaşlara iki garantinin tanındığı görülmektedir. Bunlardan ilki, devletin ekonomik ve sosyal yaşama müdahalesinin “makul” (reasonable) olması, ikincisi ise “adil” (equitable) olması gereğidir. Müdahalenin makul olabilmesi için ilgili olguları dikkate almak, araç ve amaç arasındaki orantıyı bozmayarak keyfi davranıştan kaçınmak ve dikkatli bir şekilde hareket etmek gerekir. Devlet müdahalesinin adil olabilmesi için ise herkese kanun önünde eşit davranılması gerekir. Bununla birlikte herkese kanun önünde eşit davranılması olgusu ilk bakışta anlaşıldığından daha karmaşık bir olgudur. Kanun önünde eşitlik ilkesini uygulayabilmek zor olsa da Birleşik Devletlerde bu ilke her zaman anayasal bir standart olarak kalmıştır. Sonuç olarak, anayasal değerler, örtülü bir şekilde, “hukuka uygunluk” (due process) ve herkese kanun önünde eşit davranılması standartlarına bağlı olarak asgari devlet müdahalesi esaslarını benimsenmiştir.¹⁴

¹³ Amerika Birleşik Devletleri Anayasasının en iyi devletin en az yöneten devlet olduğu anlayışını benimsemesinin altında yatan gerekçe şöyledir: Amerikan Anayasasının kurucularından James Madison, Anayasanın “özgürlük yoluyla bahşedilen bir erk belgesi” (a charter of power granted by liberty) olduğunu, “erk yoluyla bahşedilen bir özgürlük belgesi” (a charter of liberty granted by power) olmadığını belirtmiştir. Stephen Breyer, Madison’un bu ifadesiyle, doğal olarak, gerçek kişilerin federal devlete sınırlı bir erk vermeyi istediklerini kastettiğini belirtmektedir. Breyer, buna karşın, Avrupa’da neredeyse sınırsız bir güce sahip olan kralın, özgürlüğü, insanlara bahşettiğini ifade etmektedir. Breyer, söz konusu olgunun Amerika ile Avrupa arasında temel bir fark oluşturduğunu, bu bağlamda Amerikalıların yönetilmemeyi, özgürlüğün temel bir koşulu olarak gördüklerini, onların yargısal erkin yalnızca Anayasadan doğmadığını, bizzat insanların kendisinden de doğduğu anlayışını benimsediklerini, yargıçları doğrudan seçmeseler bile, seçtikleri temsilciler yoluyla yargıçların atandığını belirtmektedir. Bkz. Stephen Breyer, *The Court and The World*, Vintage Books, New York 2016, s. 244.

¹⁴ Bkz. Stuart G. Scheingold, *The Politics of Rights*, Yale University Press, USA 1974, s. 98-99.

Birleşik Devletler Anayasasında kanunilik prensibini ortaya çıkaran temel hüküm “hukuka uygunluk” (due process) ilkesidir.¹⁵ Günümüzde, Federal Temyiz Mahkemesi tarafından uygulanan şekliyle hukuka uygunluk, Alman öğretisindeki “Rechtsstaat” (Hukuk Devleti), İngiliz hukukundaki “Rule of Law” (Hukuk Devleti) kavramlarıyla benzer hususları kapsamaktadır. Gerçi, Amerikan hukukunda da hukuk devleti anlamında “rule of law” kavramı kullanılmaktaysa da bu kavram hem “due process” kavramı gibi anayasal bir kavram değildir hem de Federal Temyiz Mahkemesi kararlarında kullanılmamaktadır. Federal Temyiz Mahkemesi kararlarında daima “due process” kavramı kullanılmaktadır.¹⁶

Az önce belirtildiği üzere “due process” kavramının “hukuk devleti” ilkesi ile benzer birçok ortak noktaları bulunmaktadır. Hatta kanımızca Birleşik Devletler bakımından “due process” kavramının “hukuk devleti” ilkesini ifade

¹⁵ Birleşik Devletlerde hukuk devleti ilkesinin karşılığını oluşturan “hukuka uygunluk” (due process) esasının bir kolunu oluşturan usuli hukuka uygunluk isterse en dar anlamında ceza muhakemesini idare eden teknik bir kavram olarak anlaşılabilir bile onun özünü “kanunilik” ilkesi oluşturmaktadır. Gerçekten de due process ilkesi haksız yere cezalandırılmayı önlemek için tasarlandığından onun kalbini kanunilik ilkesinin oluşturacağı açıktır. Amerika Birleşik Devletlerinde, due process ilkesinin tartışmasız, açık gereklerini; “suçlamanın bildirilmesi” (notice of the charge) ve büyük ve küçük jüri yoluyla haksız mahkûmiyetin önlenmesi süreçleri oluşturmaktadır. Çağdaş öğretisi, bu gerekleri; avukat tutma, yüzleşme, “ihzar müzakeresi” (compulsory process), delil toplamadaki bazı sınırlamalar ve “bir suçtan dolayı iki kere cezalandırma yasağını” da (immunity double jeopardy, non bis in idem) due process ilkesinin gerekleri olarak eklemektedir. Bununla birlikte, ne kadar ekleme yapılırsa yapılsın due process ilkesinin söz konusu muhakeme boyutları, kanunilik ilkesi benimsenmediği müddetçe anlamsız olacaktır. Gerçekten de kanunilik ilkesi benimsenmediği müddetçe suçlamanın bildirilmesi, jüri tarafından yargılanma, avukat tutma veya yüzleşme gibi muhakeme ilkelerinin bir anlamı kalmaz. Bu bağlamda, bir devletin pozitivist bir tutum takınarak suçlu olmayı belirli süreçlerin takip edilerek mahkûm olmakla özdeşleştirilmesi anlaşılabilir bir husus olmasına karşın, bir anayasanın yalnızca kanunu ihlal etmeyenlerin mahkûm olmasını önleyici süreç öngörmesi yeterli değildir. Anayasanın makul olabilmesi için, bunun yanında, masum kişilerin cezalandırılmasının da yasaklanması gerekir. Bu çerçevede, Birleşik Devletler Anayasasının çerçevesini oluşturan kişiler ceza sorumluluğu salt usuli süreçlere indirgememişler, usuli süreçler ne kadar adil olursa olsun hukuku ihlal etmeyen hiç kimsenin yargılanmamasını da öngörmüşlerdir. Bu yüzden belirli bir eylemden dolayı cezai sorumluluğun doğabilmesi için muhakeme normlarından bağımsız olarak eylemin ceza normunun unsurlarını gösterdiği tipe uygun olması, kısacası tipiklik ilkesine uygun olması gerekmektedir. Bu bağlamda, hukuk devletinin koruma düzenekleri adil bir muhakeme normları oluşturmaktan ziyade hukuksal olarak cezalandırmayı düzenlemeyi kendisine erek edinmiştir. Bkz. Donald A. Dripps, *The Constitutional Status of the Reasonable Doubt Rule*, *California Law Review*, Vol. 75, 1987, s. 1681-1683 ve dn. 87.

¹⁶ Krş. Kerem Altıparmak, “Due Process of Law” Kavramının Amerikan Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme, *AÜHFİD*, Cilt 45, sayı 1-4, Yıl 1996, s. 220 ve dn. 2-3. Altıparmak, burada hukukun üstünlüğü anlamında “rule of law” kavramının kullanıldığını belirtse de kanımızca bu doğru değildir. Çünkü Amerikan hukukunda “hukukun üstünlüğü” anlamında (supremacy of law) kavramı kullanılmaktadır.

ettiği söylenebilir. Birleşik Devletler Anayasasında hukuk devleti kavramı yerine kullanılan “due process” kavramı, bazı maddi unsurlar içermekle birlikte esas itibarıyla usuli bir nitelik taşımaktadır. Bu bağlamda “hukuk devleti” (due process) ilkesi yalnızca demokratik yasa yapım sürecinde ortaya çıkan kuralların uygulanmasına hizmet etmemekte, bununla eşzamanlı olarak, bireyleri keyfi devlet uygulamalarına karşı da korumaktadır. Gerçekten de 1787 Anayasasına hukuk devletinin çeşitli unsurlarının yerleştirilmesinde temel güdü, birey haklarının korunması olmuştur. Hatta Federalistler bir Haklar Senedi (Bill of Rights) eklemeye söz vermiş olmasalar, Anayasasının onay süreci de tamamlanmış olmayacaktı. Bu yüzden birey hak ve özgürlüklerinin korunması, Amerikan anayasacılığının temelini oluşturmaktadır.¹⁷

Sözcük anlamıyla “due process” (hukuka uygunluk) kavramı; kişinin keyfi bir şekilde yaşamından, özgürlüğünden ve malvarlığından mahrum edilmemesi anlamını taşır.¹⁸ Due process kavramı, Amerikan anayasacılığının temelini oluşturan birey hak ve özgürlükleri bakımından yaşamsal bir önem taşımasına karşın pozitif hukukta herhangi bir tanımı bulunmamaktadır. Daha açık bir deyişle, söz konusu kavramın etkili olduğu hukuksal alan çok geniş olmasına karşın, bunun hukuki konumunu soyut bir şekilde belirlemek oldukça zor olup içtihatlar ışığında konunun değerlendirilmesi gerekmektedir. Gerçekten de Federal Temyiz Mahkemesi adına önceki yargıçlardan Cardozo, “due process” kavramını tanımlarken “onun, halkımızın geleneklerinde ve vicdanında temel olarak kökleşmiş” bir anayasal garanti olduğunu belirtmiş ve “düzenlenmiş özgürlük (ordered liberty) kavramında saklı” olduğunu vurgulayarak, kesin bir tanımının olmadığını, olaydan olaya değişebilecek bir kavram olduğunu ima etmiştir. Bir başka yargıç Frankfurter ise Rochin v. California (1952) davasında; “Mahkeme, usulün her aşamasında “usulü”, İngilizce konuşan halkın geçmişten kalan doğruluk ve adalet anlayışına aykırı olup olmadığını inceler. Bu adalet ölçütleri hiçbir yerde yazılı olmamasına rağmen bellidir” diyerek “due process” kavramının esnek niteliğine vurgu yapmıştır.¹⁹

Birleşik Devletlerde “due process” kavramının açık bir tanımının yapılamamasının en önemli nedenlerinden birisini, kavramın, günün gelişen koşullarına göre sürgit bir gelişim içerisinde bulunması oluşturmaktadır. Bu

¹⁷ Gerald L. Neuman, 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. 560.

¹⁸ Jack C. Plano ve Milton Greenberg, The American Political Dictionary, Eighth Edition, Holt, Rinehart and Winston, Inc., Florida 1989, s. 271.

¹⁹ Altparmak, s. 222 ve dn., 14-15.

bağlamda söz konusu kavram hakkında yapılacak değerlendirmede kavramın devingenliğinin dikkate alınması gerekmektedir. Federal Temyiz Mahkemesi de bu kavramın anlamını tüm yönleriyle açıklayarak kendisini bağlamak istememektedir.²⁰Az önce “hukuka uygunluk” (due process) kavramının çok geniş hukuksal alanda geçerli olduğu belirtilmişti. Gerçekten de Birleşik Krallıkta yalnızca ceza yargılamasında uygulanan bir teminattan ibaret olan “hukuka uygunluk” kavramı, Amerika Birleşik Devletlerinde özel hukuk yargılaması ve ceza yargısı açısından geçerli olduğu gibi özel hukuk ve kamu hukuku uyuşmazlıklarında da geçerli olan bir esas niteliğini taşımaktadır.²¹

Due process kavramıyla ilgili anayasal ilkelerden anlaşılacağı üzere söz konusu kavram, Amerikan Anayasasının ilan edildiği 1787 yılında usuli, bir başka deyişle, asgari muhakeme güvencelerini sağlamak üzere tasarılanmıştır. Bununla birlikte, günümüzdeki anlamıyla “hukuka uygunluk” (due process), usuli bir güvenceyi aşarak usuli (procedural) güvenceler yanında, “maddi hukuka uygunluk” (substantive due process) niteliğini de taşımıştır.²² Birleşik Devletler Anayasasının V. ve XIV. “Eklerinde” (Amendments) due process kavramıyla doğrudan ilgili hükümlere yer verilmektedir. Daha açık bir deyişle bu maddelerde, hiç kimsenin, yaşam, özgürlük veya malvarlığından “hukuka uygun” (due process of law) olmadıkça yoksun bırakılamayacağı ifade edilmektedir. Amerikan Anayasasının iki ayrı maddesinde yer alan bu düzenlemenin ifadeleri büyük çaplı olarak özdeş²³ olsa da her biri ayrı amaçlara hizmet etmekte ve içerikleri de uygulamaya bağlı olarak birbirlerinden oldukça farklılaşmış bulunmaktadır. Daha açık bir deyişle, “EK” (Amendment) 5. maddedeki kullanılan “due process” kavramının amacı, Federal Devletin hukuka uygun davranmasını sağlamaktır. Ancak, federal devlet olmanın

²⁰ Altıparmak, s. 223.

²¹ Altıparmak, s. 224.

²² Krş. Freund’un Konuşması in Charles P. Curtis in The Role of the Constitutional Text in Supreme Court and Supreme Law, Editör, Edmond Cahn, A Clarion Book, New York 1954, s. 74..

²³ Magna Carta; due process veya “hukuk devleti” (rule of law) ilkesinin kökenini oluşturmaktadır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Breyer, s. 271 vd. Ancak Magna Carta’nın hiçbir şekilde “kanunilik” ilkesinin kökenini oluşturmadığını belirtmek gerekir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hasan Dursun, Suç ve Cezada Kanunilik İlkesinin Yazılı Dünya Tarihçesi, Adalet Dergisi, Sayı: 59, Eylül 2017, s. 210 vd. Bu gerçeğe rağmen Dripps, Magna Carta’nın öneminin bilincine varan Amerikan kolonilerinin, onu kutsayarak 1688 yılındaki İngiliz ihtilali sırasında kendilerine de uygulanacağını garantisini aldıklarını, Coke ve Blackstone’un yorumları esas alındığında Magna Carta’nın 39. maddesinin çağdaş anlamının “kanunilik” ilkesi olduğunu, zira bu maddeye göre hukuk tarafından saptanmadığı müddetçe hiçbir kişinin cezalandırılmayacağını ifade etmektedir. Bkz. Dripps, s. 1680-1681. Hâlbuki Magna Carta’da suç ve cezada kanunilik ilkesi düzenlenmediğinden Dripps’in görüşünün bu kısmına katılabilmek zordur.

doğal sonucu olarak yalnızca federal devlet organlarının hukuka bağlı kalması yetmemekte, bunun yanında, her bir federe devletin de hukuka bağlı olmasını sağlamak gerekmektedir. Çünkü bireylerin günlük yaşamda daha çok karşılaştıkları, temel hak ve özgürlüklerini daha açık tehdit edebilecek olan federe devlettir. Bu anlamda federe devletlerin hukuka bağlılığının sağlanması daha da büyük önem taşımaktadır. Bu bağlamda, 1868 yılında, Amerikan Anayasasında bir değişiklik yapılarak, federe devletlerin de “hukuka uygunluk” (due process) olmaksızın kişileri; özgürlük,²⁴ mülkiyet ve yaşamlarından mahrum edemeyeceği kuralı getirilmiştir.²⁵ İdari suç ve cezalarla kişinin temel hak ve özgürlüğü ihlal edileceği veya sınırlandırılacağı veya ceza, özellikle para cezasıyla kişi mülkiyet hakkından mahrum edileceği için demek ki Anayasada yapılan bu değişiklik sonucu, hukuka uygun olmadıkça hiç kimseye idari ceza uygulanamayacaktır.

Yukarıda belirtildiği üzere, “due process” kavramının özgün hali salt usuli güvence sağlamak ereğine yönelmiş iken Federal Temyiz Mahkemesinin birçok kararında maddi hukuka ilişkin konularda da kullanılmıştır. Gerçekten de Federal Temyiz Mahkemesi temel hak ve özgürlükler bakımından “maddi due process” kavramının²⁶ uygulanmasını federe devletlere karşı istikrarlı bir şekilde kabul etmektedir. Mahkeme, anayasada sayılmış olan bir hakkı, Ek 14. madde yoluyla federe devletlere karşı uygulanır bir hale getirmektedir ki, Federal Temyiz Mahkemesi “içerme” yoluyla Anayasanın Ek ilk 10. maddesini, “kendiliğinden” (ipso facto) Ek 14. maddenin kapsamına sokarak federe devletlere karşı da uygulanır hale getirmiştir.²⁷

²⁴ Amerika Birleşik Devletlerinde özgürlük; yalnızca devlet sınırlamalarından bağımsızlık şeklinde anlaşılmasında, bunun yanında özgürlüğün deposu olarak kabul edilen özel yaşamın gizliliğine saygıyı da gerektirmektedir. Bu ülkede öz yaşamın gizliliğine saygı hakkı, gerçekte bütün özgürlüklerin başlangıcı olarak kabul edilmektedir. Bkz. Charles P. Curtis, Review and Majority Rule in The Role of the Constitutional Text in Supreme Court and Supreme Law, Editör, Edmond Cahn, A Clarion Book, New York 1954, s. 184.

²⁵ Altıparmak, s. 220 ve dn., 4.

²⁶ Aslında, maddi due process kavramının gelişip uygulanmasında, yasama organı ve İdarenin hukuka uygun hareket etmesi zorunluluğu ve bu zorunluluğun yargı organları tarafından denetlenebilmesinin etkisi büyüktür. Bu bağlamda mahkemeler, özgürlüğü sınırlandıran bir düzenlemeyi söz konusu sınırlandırma “keyfi” olduğu, makul olmadığı (unreasonable) veya devletin karışamayacağı bir alana ait olması durumunda iptal etmektedir. Bkz. Plano ve Greenberg, s. 272.

²⁷ Bischoff’un konuşması in Williard Hurst, The Role of History in The Role of the Constitutional Text in Supreme Court and Supreme Law, Editör, Edmond Cahn, A Clarion Book, New York 1954, s. 59. Daha doğru bir deyişle, Amerikan Anayasası çerçevesinde yurttaşlara diğer ülke yurttaşlarından “farklı bir derecede” (a peculiar degree) önem verilmektedir. Daha açık bir deyişle, yurttaşlara verilen önem, Federal Temyiz Mahkemesi tarafından ortaya konulan Amerikan Anayasasının Ek 14. maddesi ile orijinal Haklar Bildirgesi arasındaki ilişkilere dayanmaktadır. Mahkemeye göre bir eyaletin ceza muhakemesine, söz

Anayasanın Ek 5. ve 14. maddelerinde ifade edilen “due process” ilkesi, daha açık bir deyişle, hukuka uygun olmaksızın kimsenin yaşamından, özgürlüğünden ve malından mahrum edilemeyeceği ilkesi yalnızca yargı organlarını değil, yasama, yürütme ve idare organlarını da bağlamaktadır. Buradaki ölçüt, kişinin mülkiyet veya özgürlüklerini doğrudan veya dolaylı olarak ihlal eden bir yasal veya idari işlemin söz konusu olup olmamasıdır. Söz konusu maddelerdeki özgürlük ve mülkiyet kavramları çok geniş bir şekilde yorumlanarak birçok idari işlemin bu kapsamda değerlendirilmesine olanak tanınmıştır.²⁸ Due process kavramının İdareyi bağlaması konumuzla yakından ilgili olduğundan üzerinde durulması faydalı olacaktır.

Çeşitli defalar belirtildiği üzere hukuk devleti ilkesi, Birleşik Devletlerde “due process” veya “due process of law” olarak adlandırılmaktadır. Bu ilkenin yürütme-idare bakımından anlamı, yürütme-idarenin adaletin gereklerini yerine getirebilmek için, kişiye karşı bir işlem yaparken uygun süreçleri takip etmek zorunda olmasıdır.²⁹

Yine müteaddit defa belirtildiği üzere, Birleşik Devletler Anayasasının V. ve XIV. Ekleri, bir kimsenin yaşamı, özgürlüğü ve malından mahrum bırakılmadan önce “hukuka uygunluk” (due process of law) ilkesinin gereklerine uyulması gerekliliği açık bir şekilde belirtilmiştir. Amerika’da due process ilkesinden daha çok ceza davalarında adil yargılanma hakkı bakımından söz edilmesine rağmen söz konusu ilke, ceza davaları dışında da geçerli bulunmaktadır. Bu bağlamda, kişiye karşı bazı idari işlemler yapılmadan önce, örneğin ruhsat verilmesi, izin iptali veya idari para cezası işlemlerinin uygulanmasından önce söz konusu ilkenin gereksinimlerine uyulmak zorundadır. Daha açık bir deyişle, kişiye karşı söz konusu idari işlemler yapılmadan önce ona due process ilkesinin gereği olarak eksikliklerini gidermesi için uygun bir zaman verilmeli ve uyuşmazlık karara bağlanmadan önce onun dinlenilme hakkına saygı gösterilmelidir.³⁰

Bununla birlikte, İdarenin yaptığı işlemlerden kişilerin yaşam, özgürlük ve mülkiyet haklarına müdahale eden eylemlerinin hangilerinin “hukuka uygun”

konusu muhakeme geleneklerde ve bütün insanların bilincinde köklü bir şekilde yerleşmiş olan temel adalet ilkelerini incitmediği müddetçe müdahale edilemez. Bu çerçevede halkın adaletsizlik duygusu anayasal bir ölçüt olmaktadır. Halkın duyarlılığı ve niteliği anayasa hukukunu belirlemekte; her bir insanın tüm temel hakları, halkın benimsediği standartlara bağlı olmaktadır. Edmond Chan, *The Sense of Injustice*, 1949, s. 112-113’den naklen in Charles P. Curtis, *Review and Majority Rule in The Role of the Constitutional Text in Supreme Court and Supreme Law*, Editör, Edmond Cahn, A Clarion Book, New York 1954, s. 174.

²⁸ Altıparmak, s. 241.

²⁹ William C. Johnson, *Public Administration Partnerships in Public Service*, Third Edition, Waveland Press Inc., USA 2004, s. 285.

³⁰ Johnson, s. 285-286.

(due process) olduğunu kesin olarak tanımlamak olanaklı değildir. Bunun gibi yeni bir olayda yeni güvencelerin “hukuka uygunluk” kapsamına alınabilmesi konusunda genel ilkelerin konulması da oldukça güçtür.³¹ Ancak due process kavramının kapsamına alınan yeni güvenceler bakımından bu zamana kadar konulan genel ilkeleri dörde ayırmak olanaklıdır. Bu ilkelerden birisi “kanunilik” kavramıyla yakın ilgilidir. Buna göre, bir işlemin yapılmasını gerekli kılan veya yasaklayan ve sıradan bir yurttaş tarafından bilinmesi zorunlu olan bir kanunun muğlak ifadeler içermesi veya uygulamada keyfiliğe yol açması “hukuka uygunluk” ölçütüne aykırı düşer. Nitekim Federal Temyiz Mahkemesi, 1972 yılında vermiş olduğu Palmer-City of Euclid Ohio’ya karşı davası ile 1983 yılında vermiş olduğu Kalender-Lawson’a karşı davasındaki kararlarında, gece geç ve alışılmadık saatte sokakta bulunan ve bulunma gerekçesini açıklamayan kişi hakkında hapis ve para cezasını öngören bir kanunu belirsiz olduğundan “due process” ilkesine aykırı görmüştür.³² Yukarıda belirtildiği üzere, due process ilkesi, idareyi de bağlayan bir ilke olduğundan eğer bu nitelikte bir kanun idari ceza da öngörmüş olsaydı bu kanunun da “hukuka uygunluk” (due process) ilkesine aykırı düşeceği açıktı.

Bütün bu anlatılanlardan açıkça anlaşılacağı üzere “due process” kavramı, bütünüyle olaylara bağlı olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak söz konusu kavram her ne kadar olaylara bağlı olarak ortaya çıksa da bireylerin İdare önündeki konumu hakkında oldukça önemli güvenceler sağlamaktadır. Bu bağlamda Amerikan hukuku bakımından idarenin hukuka uygun hareket etmesini sağlama yolunda en temel güvencelerden birisinin olaylar temelinde due process kavramının geniş yorumu olduğu kuşkusuzdur.³³

Due process kavramıyla ilgili açıklamaları bitirmeden önce önemli bir hususa vurgu yapmak uygun olacaktır. Amerika Birleşik Devletlerinde “due process” kavramı yargısal denetim bakımından büyük bir önem taşımakta olup sistem farklılıklarına karşın kıta Avrupa’sının hukuk düzenleriyle birçok ortak değeri taşımaktadır. Daha açık bir deyişle, Amerikan Anayasasında yukarıda belirtilen due process hükümleri diğer hukuk düzenlerinde ifade edilen hukuksal güvenceleri bireylere sunmuştur. Bir başka deyişle, due process kavramı genişletici bir yorumla İdarenin denetimi bakımından oldukça önemli ilkeler getirmiştir. Bu durumdan Türkiye açısından önemli bir dersin çıkartılabilmesi olanaklıdır. Daha açık bir deyişle Anayasanın 2. maddesinde ifade edilen “hukuk devleti” kavramı da en az “due process of law” kavramı kadar yoruma açık, genişletici yorumla kişilere güvence sağlayıcı, günün

³¹ Altıparmak, s. 245.

³² Altıparmak, s. 245-246 ve dn. 112.

³³ Krş. Altıparmak, s. 247.

koşullarından etkilenebilecek ve etkin bir denetim aracı olarak kullanılabilir bir anayasa hükmüdür.³⁴

Bir devletin hukuk devleti olarak nitelendirilebilmesi için o devletin erkler ayrılığı ilkesini benimsemesi gerekmektedir.³⁵ Birleşik Devletlerde “hukuk devleti” (due process) ilkesinin benimsendiği sonucuna bu ülkede erkler ayrılığı kuramının benimsenmesi nedeniyle de ulaşmak olanaklıdır. Nitekim erkler ayrımının hukuk devleti ilkesinin temel bir unsuru olarak kabulünün Birleşik Devletler anayasacılığı bakımından kökeni çok eskilere dayanmaktadır. Daha somut bir deyişle büyük bir Amerikan devrimcisi olan John Adams tarafından hazırlanan 1780 tarihli Massachusetts Anayasasında; insanların yönetimi değil de hukukun yönetimi olabilmesi için bu toplumun yönetiminde, yasama organının yürütme ve yargı yetkilerini asla kullanmayacağı, yürütmenin asla yasama ve yargı yetkilerini ya da bunlardan birisini kullanmayacağı, yargının ise yasama ve yürütme yetkilerini ya da bunlardan birisini kullanmayacağı açıkça ifade edilmiştir.³⁶

Birleşik Devletlerde erkleri ayrılmış bir devletle etkin olarak hukuka bağlı devlet arasında kurulmuş bir bağ bulunmaktadır. Nitekim Anayasada da özenli bir şekilde bu bağa yer verilmiştir. Gerçekten de Anayasanın I. maddesinde Kongrenin yasama yetkilerine yer verilmiş, II. maddede yürütme organı olan Başkandan söz edilmiş, III. maddesinde ise mahkemelerin yargı yetkilerine temas edilmiştir. Bununla birlikte, bu yetkilerin yasaların yönetimi altında kullanılacağına dair açık bir hükme yer verilmemiştir.³⁷

5. İdareye Yetki Devri ve İdarenin Takdir Yetkisi

Bu kısımda son olarak kanunilik ilkesiyle yakın ilişki içerisinde bulunan yasama organının idareye yetki devri ile idarenin takdir yetkisi üzerinde durulacaktır. Başlangıçtan bu yana uygulamada zaten mükemmel olmayan erkler ayrılığı, çağcıl idari devletin doğuşuyla tüm ülkelerde ve bu arada Birleşik Devletlerde tam olarak işleyemez bir konuma düşmüştür. Gerçekten de Kongre tüm siyasi sorunlarını yasama işlemleriyle çözümleyemeyecek bir aşamada bulunmakta, bu yüzden “temel esasları” (parametreleri) belirleyerek özgül kurallar geliştirmeyi yürütmenin içerisinde yer alan idarelere bırakmaktadır. Kongre, örneğin, otomobillerin daha güvenli olması veya hava kirliliğinin

³⁴ Krş. Altıparmak, s. 249.

³⁵ Carl Schmitt, *Liberal Hukuk Devletinin İlkeleri ve Hukuk Devletinde Kanun Kavramı* (“Der rechtsstaatliche Bestandteil der modernen Verfassung” verfassungslehre, 8. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1993’den çeviren Bilal Canatan) in *Hukuk Devleti*, Adres Yayınları, Ankara 2008, s. 125.

³⁶ Neuman, s. 562.

³⁷ Strauss, s. 88.

denetim altında tutulması konularında kendisi karar vermekte, ancak arabaların koltuklarına güvenlik kamerası konulup konulmaması yönündeki kararı Ulaştırma Sekreterliğine³⁸ bağlı Ulusal Otoyol Trafik Güvenliği İdaresine, karbon monoksit salgılamalarının denetim altına alınmasının gerekli olup olmadığına ve bunun derecesine ilişkin kararı Çevre Koruma İdaresine bırakmaktadır. Bu bağlamda, Birleşik Devletlerde yürütme organının büyük ölçüde yasama organının yetkisine benzer bir yetki kullandığı açıktır.³⁹

Bunun gibi Birleşik Devletlerde yürütme organı, ilk derece yargı organlarının yetkisinde olduğu söylenebilecek pek çok kişisel uyuşmazlık konusunda da karar vermektedir. Daha açık bir deyişle, yürütme organı içerisinde federal yargıdan daha çok sayıda idare hukuku yargıcı olarak adlandırılan yargıç benzeri kişiler bulunmakta, bu kişiler, düzenleyici işlemlerin ihlali durumunda verilecek para cezaları vermekte, ulusal iş yasaları çerçevesinde işverenler ve işçiler arasındaki haklar, mülteci sorunları ve devlet yardımına ilişkin istemler gibi konularda karar vermektedirler.⁴⁰

İdarenin kişisel uyuşmazlıklar hakkında vermiş olduğu kararlara karşı ilgililer yargısal denetim yoluna başvurabilme hakkına sahip bulunmaktadır. Yargı benzeri idari işlemler olarak adlandırılabilir idari kararlar, yargısal denetime tabi tutulurken üç ayrı unsurun her birisine ayrı ayrı bakılmaktadır. Bunlar; idarenin hareket ettiği nesnel düzlem olan maddi olaylara ilişkin değerlendirmesi, işleminin hukuksal dayanağının belirlenmesi, bir başka deyişle, işleme uygulanan hukuk, üçüncü olarak ise fiili veya hukuki olarak bırakılmış olan bir boşlukta İdarenin takdir yetkisi kullanmasının ya da hükmü uygulamasının niteliği, kısacası uygulama sorunlarıdır.⁴¹

Konu, İdarenin takdir yetkisinden açılmışken idari suç ve cezalar bakımından da oldukça önemli olan bu konu üzerinde biraz daha durmak uygun olacaktır. Hukuk devleti ilkesi, kanunilik ilkesinin şekli olarak yerine getirilmesini yeterli görmüş olsaydı, İdareye veya mahkemeye sınırsız bir takdir yetkisi verilerek her şeyin hukuk sınırları içerisinde kaldığı söylenebilirdi. Konuyu daha da açmak gerekirse “quod principi placuit legis habet vigorem” (prensin hoşuna giden kanun gücündedir) ilkesi de tek mil bir yasal ilkedir, ancak bu ilke,

³⁸ Bazıları hatalı bir şekilde Amerika Birleşik Devletleri bağlamında “bakan” ve “bakanlık” kavramından bahsetmektedir. Hâlbuki bu ülkede “başkanlık sistemi” geçerli olduğu için parlamenter sistemin geçerli olduğu ülkelerdeki gibi bakan ve bakanlık kavramı bulunmamaktadır. Bu yüzden Birleşik Devletler bakımından “bakan” kavramının yerine “sekreter”, “bakanlık” kavramının yerine “sekreterlik” kavramının kullanılması uygun olacaktır.

³⁹ Strauss, s. 88-85.

⁴⁰ Strauss, s. 89.

⁴¹ Strauss, s. 93.

hukuk kuralının açık ve kesin olarak değil, keyfi olarak belirleneceğini anlatır. İşte bu yüzden due process bağlamında kanunilik ilkesinin gereğinin yerine getirilmiş olmasından bahsedilebilmesi için yasayla İdareye veya mahkemeye sınırsız bir takdir yetkisi verilmemeli, söz konusu yetkinin tanınmış ilkeler ve prensipler çerçevesinde hareket edilerek nesnel bir biçimde kullanılmasını sağlayıcı düzeneklerin oluşturulması gerekir.⁴² Hatta Coke'un renkli ifadesiyle, hukuk; "belirsiz ve çarpık takdir yetkisiyle" değil, "altın ve doğru bir çubuk" ile saptanabilir.⁴³

İdarenin takdir yetkisinin keyfi kullanılmayıp nesnel bir şekilde kullanılması ve sınırlandırılması, kanımızca, due process ilkesinin başlıca ereğini oluşturmaktadır. Gerçekten de birçok idare hukuku kuralı ve normu, yasama organının yasayla bakanlıklara ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarına verdiği geniş yetkiyi sınırlandırmaya çalışmaktadır. Bu bağlamda due process ilkesinin benimsediği kanuniliğin bir başka esaslı unsuru, takdir yetkisinin kötüye kullanılmasının önlenmesi oluşturur. Günümüzde kimi ülkelerde hukuk devleti ilkesi göz ardı edilerek, geniş takdir hakkına sahip olunmadan etkin bir İdarenin oluşturulamayacağı esastan hareket edilmekte ve kanunların da çoğunlukla hükümet/idare tarafından hazırlanması yüzünden kanunlarda İdarenin takdir hakkını genişletici nitelikte oldukça geniş ve muğlak tabirlere yer verilmektedir. Due process ilkesi, mahkemelere, idarenin yetkisini kötüye kullanmasını önlemek ve çoğu durumlarda zeki bir şekilde kanunun satırlarını okumak ve şekil ve esas bakımından icra-yürütme gücünü uygun bir çerçevede tutmak görevini vermiştir.⁴⁴

Due process ilkesi, devletin üç erki içerisinde yurttaşların özgürlüklerine karşı en doğrudan tehlikeyi oluşturan tutum ve davranışlar, yürütme organından kaynaklandığının ve yargısal denetimden kaçabilme olasılığı en yüksek olan işlemlerin de yürütme organının yargı benzeri veya yasama benzeri işlemlerinden çok takdir yetkisi çerçevesinde yapmış olduğu işlemler oluşturduğunun bilincine varmıştır. İdarenin takdir yetkisini kötüye kullanılabileceği bilincinde olan mahkemeler, söz konusu kötüye kullanımı engelleyerek hukukiliğin korunması ve geliştirilmesinde merkezi bir rol oynamışlardır. Bu yüzden Birleşik Devletlerde, İdare, takdir yetkisini hiçbir şekilde keyfi kullanamamaktadır. Mevzuatla idareye takdir yetkisi nesnel hukuk sınırları içerisinde verilmekte, daha açık bir deyişle, kamu görevlisine bazı unsurları göz önüne alması, bazılarını ise göz ardı etmesi istenmekte, kimi durumlarda ise kararını gerekçeli olarak vermesi beklenmektedir. İşte bu

⁴² Krş. H.W.R. Wade, Administrative Law, Sixth edition, Oxford University Press, Great Britain 1988, s. 23.

⁴³ Nak. Wade, 1988, s. 23.

⁴⁴ Krş. Wade, 1988, s. 23-24.

durumlarda, takdir yetkisinin kötüye kullanılıp kullanılmadığını mahkemeler saptadıkları standartlar çerçevesinde denetlemektedirler.⁴⁵

II. Amerika Birleşik Devletlerinde İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi

1. İdari Suç ve Cezanın Tarihi ve İdari Usul

Birleşik Devletlerde idari suç ve cezaların bir türünü oluşturan halka yönelik idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanması konusunu irdelemeye geçmeden önce bu ülkede idari ceza hukukunda kanuniliğin uygulanmasının tarihçesini ve söz konusu cezanın verilmesinde büyük önemi bulunan “idari usul” üzerinde durulması faydalı olacaktır.

a) İdari Suç ve Cezanın Tarihi

Amerika Birleşik Devletlerinde idari cezanın, hatta idarenin suç koyma yetkisinin devletin kuruluşundan bu yana kabul edilmediğini belirtmek gerekir. Gerçekten de önceleri Birleşik Devletlerde erkler ayrımı ilkesine bağlılık nedeniyle idarenin suç koyma yetkisi kabul edilmemekteydi.⁴⁶ Nitekim Federal Temyiz Mahkemesi idari ceza konusuyla ilk defa 1891 yılında vermiş olduğu United States-Eaton’a karşı davasındaki kararla karşılaşmıştır. Bu karara konu olan olayda Eaton adlı bir margarin toptancısı, “Margarin Kanunu’nun” (Oleomargarine Act) 18. Bölümünde ifade edilen “kanuna göre tutulması gerekli olan kayıtları” tutmadığı için mahkûm edilmiştir. Bununla birlikte, söz konusu kanun, tutulması gerekli olan kayıtların usul ve esaslarının Hazine Teşkilatı tarafından belirleneceği ve yayımlanacağını öngörmekteydi. Federal Temyiz Mahkemesinin bu davada çözümlemesi gereken sorun, kanun tarafından açıkça öngörülmemeyen, ancak kanunun yollamasıyla Hazine Teşkilatının yayımlayacağı kurallara uyulmaması durumunda mahkemenin bir mahkûmiyet hükmü verip veremeyeceği idi.⁴⁷

Federal Temyiz Mahkemesi bu kararında, Hazine Teşkilatının yayımladığı kuralların ihlal edilmesi durumunda mahkûmiyet hükmünün verilemeyeceği esasını benimsemiştir. Mahkeme buna gerekçe olarak, bir federal mahkemede “teamüli hukuk” (common-law) suçundan dolayı mahkûmiyet kararı verilebilmesi için bunun mutlaka yasada açıkça düzenlenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Buna ilave olarak Mahkeme, idari düzenlemelerin salt kanunu uygulamaya dönük olabileceğini, ancak onu hiçbir şekilde değiştiremeyeceğini

⁴⁵ Krş. Strauss, s. 95-98.

⁴⁶ Franck Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, Economica, Paris 1993, s. 24.

⁴⁷ Mark D. Alexander, Increased Judicial Scrutiny for the Administrative Crime, Cornell Law Review, 77, 612, March 1992, s. 616-617.

belirtmiştir. Mahkeme, bu kanunla ceza hukukuna ait bir suçun tanımının idari bir organa⁴⁸ bırakıldığını, icrai veya ihmali bir davranış yoluyla işlenebilen bir suçun konulabilmesi için bunun kanunda yeterli bir şekilde tanımlanması gerektiğini vurgulamıştır.⁴⁹

Birleşik Devletlerde, idari bir düzenlemenin ihlal edilmesiyle mahkemenin mahkûmiyet kararı verebileceği esas ilk defa Federal Temyiz Mahkemesinin 1896 yılında verdiği Kollock⁵⁰ kararında belirtilmiştir.⁵¹ Mahkemenin bu kararına konu olan olayda, Kollock adlı bir şahıs yukarıda belirtilen Eaton davasında olduğu Margarin Kanununu ihlalden dolayı ilk derece mahkemesi tarafından mahkûm edilmiştir. Daha somut bir deyişle, ilk derece mahkemesi, söz konusu kanunun “Margarinin yalnızca İç Gelir Komiserinin belirlediği esaslar çerçevesinde marka işareti ve damgayla satılabileceği” hükmünü ihlal etmekten dolayı Kollock’u cezaya çarptırmıştır. Kollock, margarini damgasız sattığını, ancak Kanunun komisere suçu tanımlama yetkisi vermesinin kabul edilemeyeceğini belirterek Federal Temyiz Mahkemesine başvurmuştur. Federal Temyiz Mahkemesi ise vermiş olduğu bu kararında, suçun kanun tarafından tam ve bütünüyle tanımlandığını, komisere verilen yetkinin “ayrıntı” niteliğinde olduğunu ifade etmiştir.⁵²

Suç tanımlamada İdarenin rolü bakımından önemli bir kilometre taşı oluşturan karar, Federal Temyiz Mahkemesinin 1911 yılında vermiş olduğu United States-Grimaud’a karşı davasındaki karardır. Bu davaya konu olan uyuşmazlıkta Grimaud adlı bir kişi, Federal Devletin arazilerinde yasadışı hayvan otlatmaktan mahkûm olmuştur. Grimaud, Kanunun belirli faaliyeti tanımladığı ve buna uygun ceza öngördüğünü buna karşın onun Tarım Sekreterliğine hangi arazilerde hayvan otlatma yasağı koyma yetkisinin tanımlanmasının hukuka aykırı olduğunu ifade etmiş ve Temyiz Mahkemesine başvurmuştur.⁵³

Bunun üzerine Federal Temyiz Mahkemesi Kollock davasında benimsediği şemayı esas alarak, Tarım Sekreterliğinin hayvan otlatma yasağı olan bölgeleri saptamasının detay nitelikte idari bir konu olduğunu, Kongre’nin

⁴⁸ Hazine Teşkilatına.

⁴⁹ Alexander, s. 617.

⁵⁰ 165 U.S. 526 (1896).

⁵¹ Aksi görüş için bkz. Moderne, s. 25, Cenk Şahin, Amerikan Federal İdare Hukukunda “Regülasyon” (Ve Türk İdare Hukukuna Yansımaları), XII Levha Yayıncılık A.Ş. İstanbul 2010, s. 65 dn. 155. Moderne ve Şahin, idari düzenlemeyle suç konulmasının ilk defa 1911 tarihli United States-Grimaud’a karşı davasında benimsendiğini belirtmektedirler. Ancak az sonra anlatılacağı üzere Grimaud davası idari ceza hukuku bakımından büyük önem taşımasına rağmen öncü bir dava niteliğini taşımamaktadır.

⁵² Alexander, s. 617-618.

⁵³ Alexander, s. 618.

cezayı belirlediği gibi söz konusu sekreterliğe verdiği düzenleme yetkisiyle ilgili faaliyeti de saptadığını, idari organın sadece konuyu oluşturan faaliyeti ayrıntılandırıldığını ifade etmiştir. Bundan başka Federal Temyiz Mahkemesi, Kongre tarafından Tarım Sekreterliğine devredilen yetkinin yasama veya idari nitelikte olup olmadığı üzerine de odaklanmıştır. Mahkeme, sonuçta söz konusu idari organa yapılan yetki devrinin yasama yetkisinin devri olmadığını, idari nitelikte olduğunu belirterek Sekreterliğin yaptığı düzenlemenin hukuka uygun olduğunu ifade etmiştir. Daha açık bir deyişle Mahkeme, idari nitelikte düzenleme yapma yetkisinin devredilmesinin yasama yetkisinin devri niteliğinde olmadığını gibi söz konusu sekreterlik tarafından yapılan düzenlemenin de yasama niteliğinde olmadığını, çünkü bu düzenlemeye aykırı davranışın cezasının zaten kanunda gösterildiğini, kısacası İdare tarafından verilen cezanın Kongrenin denetimi altında olduğunu ifade etmiştir.⁵⁴

Bir başka deyişle, Grimaud kararında Federal Temyiz Mahkemesi, Kongrenin bir idari organa düzenleme yetkisi verdiği zaman bu durum yasama yetkisinin devri olmadığı gibi yapılan düzenlemenin İdarenin düzenlemesi sayılmayıp Kongre'nin düzenlemesi olduğunu, daha açıkçası Kongre tarafından bir kamu suçunun konulmuş sayılacağını vurgulamıştır. Bununla birlikte Mahkeme, İdarenin düzenleme yapabilmesi için Kongre'nin cezaı göstermesinin, amacı saptamasının, amaca ulaşacak yolları belirtmesinin ve konu hakkında İdare tarafından yapılacak idari işlemler için gerekli standartları göstermesinin şart olduğunu belirtmiştir.⁵⁵

Buraya kadar yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere Birleşik Devletlerde Federal Temyiz Mahkemesi, Kollock kararından bu yana idari suçlar bakımından esnek nitelikte kanunilik ilkesini uygulamıştır. Daha açık bir deyişle, Federal Temyiz Mahkemesi, Kollock karardan bu yana Kongre tarafından yetki verilmesi kaydıyla İdarenin düzenleme yapma ve yapılan düzenlemelere aykırı hareket edilmesi halinde kanunda gösterilen cezalardan birisini verme yetkisine sahip olduğunu belirtmiştir.⁵⁶ Tersine bir deyişle, Federal Temyiz Mahkemesi, Kollock karardan itibaren suç ve cezaı bütünüyle İdarenin

⁵⁴ Alexander, s. 618, Moderne, s. 25, Şahin, s. 65 dn. 155. Şahin burada haklı olarak, Grimaud kararının özünde de ifade edildiği üzere, Federal Temyiz Mahkemesinin, kanunla, İdareye, yapacağı düzenlemelerin ihlal edilmesinden doğan cezaları belirleme yetkisi vermesini hukuka uygun bulmadığını, bu açıdan düzenlemelerin ihlalinin karşılığı olarak verilecek cezaların İdarece belirlenmesinin yasama yetkisinin devri olarak kabul edildiğini ve olanaklı olmadığını, cezaların mutlaka kanun koyucu tarafından saptanmasının şart olduğunu ifade etmiştir.

⁵⁵ Krş. Moderne, s. 206.

⁵⁶ Krş. Moderne, s. 205. Moderne, burada idari suçlarda kanunilik ilkesinin uygulanmasını ilk defa Grimaud kararından başlatmakta ve Birleşik Devletlerde idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesi uygulamasının esnek olduğundan bahsetmemektedir.

yaratması esasını kabul etmemiştir.⁵⁷ Ancak Federal Temyiz Mahkemesi daha sonraki kararlarında aramış olduğu bu koşulları gittikçe yumuşatmış ve Kongre tarafından İdareye belirsiz kavramlarla yetki tanındığı durumlarda bile idari organın o konuda uzmanlık ve teknik bilgisi bulunduğu gerekçesiyle söz konusu yetki devrini hukuka uygun bulmuştur. Bununla birlikte Mahkeme, sürgit bir şekilde, İdare tarafından yapılan işlemlerin hukuka uygun olmasını şart koşmuştur.⁵⁸

Kısacası Kollock kararından bu yana Birleşik Devletlerde her türlü cezalarda ve bu arada idari cezalarda katı bir şekilde kanunilik ilkesi geçerli olmasına⁵⁹ karşın idari suçlar bakımından aynı yargıya ulaşmak olanaksızdır. Daha açık bir deyişle, idari suçların kurucu unsurlarını yasa ve idari düzenleme birlikte oluşturmaktadır. Bu durum Birleşik Devletlerde idari suçlar bakımından esnek bir kanunilik ilkesinin benimsendiğini göstermektedir.⁶⁰ Bu bağlamda Birleşik Devletlerde Kongre, idari bir organı kurduğu zaman gerekirse o organ tarafından cezalandırılacak suçların doğasını göstermekte, idari organ da yetkili olduğu o alanda cezalandıracağı suçları düzenleme yaparak saptayabilmektedir.⁶¹

Federal Temyiz Mahkemesinin cezalarda ve bu bağlamda idari cezalarda katı, idari suçlarda esnek kanunilik ilkesini benimsemesine, Kongre yapmış olduğu düzenlemelerde büyük özen göstermiştir. Örneğin Kongre, “Eyaletler arası Ticaret Komisyonu’na” (I.T.C.) belirli malların güvenli bir şekilde taşınmasını sağlayabilmek için düzenleme yapma ve bu düzenlemelerin ihlal edilmesi halinde belirlediği hapis veya para cezası vermesini öngören bir yasa yapmış⁶² ve Federal Mahkeme de 1967 yılında vermiş olduğu United States-International Minerals and Chemical Corporation’a karşı kararda söz konusu kanunu Anayasaya uygun bulmuştur.⁶³

b) İdari Usul

Yukarıda belirtildiği üzere idari suç ve ceza konusu irdelenirken idari usul konusunun göz ardı edilmesi olanaksızdır.⁶⁴ Bu açıdan öncelikle idari usul

⁵⁷ Krş. Moderne, s. 227.

⁵⁸ Moderne, s. 227.

⁵⁹ Bunun gibi az sonra ayrıntılarıyla anlatılacağı üzere Birleşik Devletlerde Bağımsız İdari Organların (BiO) bile özerk düzenleme yoluyla ceza koyabilecekleri esası asla kabul edilmemiştir. Yine bu ülkede, idari suç ve ceza nitelikli usul kurallarını belirlemeye İdarenin kural olarak yetkili olmadığı anlayışı da benimsenmiştir. Bkz. Moderne, s. 240-241.

⁶⁰ Krş. Moderne, s. 228, 239.

⁶¹ Moderne, s. 226.

⁶² Bu şekildeki yetkiler eyaletler tarafından kurulan yerel idari organlara o eyalet meclisi tarafından da verilebilmektedir. Bkz. Moderne, s. 206.

⁶³ Moderne, s. 205 ve dn. 35.

⁶⁴ Nitekim Federal Temyiz Mahkemesi de idari ceza işleminin yalnızca maddi kanuna uygun

konusunda genel bir bilgi vermek uygun olacaktır. Birleşik Devletler büyük ölçüde örf-âdete dayalı olan “teamüli hukuk” (common-law) sistemine sahip olmasına karşın idari usul konusunda temel olarak yazılı hukuk sistemine sahip olan Kıta Avrupa’sı hukuk sistemine sahip olan ülkelere bir ölçüde öncülük ederek (zira bu yasa, İspanya ve İsviçre İdari Usul Kanunlarına öncülük etmiştir) II. Dünya Savaşından hemen sonra 1946 yılında “İdari Usul Kanunu’nu”⁶⁵ (Administrative Procedure Act, APA) çıkartmıştır. Birleşik Devletlerde İdari Usul Kanununun çıkması üzerine öğretide Shapiro gibi seçkin hukukçular bunu “Şimdi bizim de Avrupa tipi bir İdare Hukukumuz oldu” şeklinde değerlendirmişlerdir. Özay, yapılan bu değerlendirmeyi isabetli bulmakta ve Federal İdari Usul Kanununun İdarenin karar alma sürecini, tıpkı yargı alanında olduğu gibi taraflar ve her aşamaya katılım şeklinde bir usule bağladığını ifade etmektedir. Yazar, bu katılımın ancak taraflardan birisi olan İdarenin elindeki bilgi ve belgelere sahip olunmakla gerçek bir biçimde sağlanabileceğini, nitekim Amerikan kanun koyucusunun 1946 tarihli İdari Usul Kanununu, 1966 tarihinde çıkarmış olduğu “Bilgi Edinme Özgürlüğü Kanunu” (Freedom of Information Act) ile tamamladığını ifade etmektedir.⁶⁶

Birleşik Devletlerde halka yönelik idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanmasını tam olarak kavrayabilmek için 1946 tarihli İdari Usul Kanunu’nun (Administrative Procedure Act, APA) dikkate alınması yaşamsal bir önem taşımaktadır. Zira bu Kanunun 558. maddesinde idari cezanın verilmesi usulü saptanmış, 551. maddesinde ise idari organlar tarafından verilecek cezanın türleri gösterilmiştir.⁶⁷

Birleşik Devletlerde İdarenin düzenleyici işlemleri bakımından da İdari Usul Kanununun büyük önemi bulunmaktadır. Bu bağlamda Kongre’nin idareye düzenleyici işlem yapma yetkisi verdiği durumlarda İdare kendi başına düzenleyici işlem koyamamakta, söz konusu kanunda öngörülen birtakım usuli süreçlere uygun olarak düzenleme yapması gerekmektedir. Daha somut bir deyişle, Federal İdari Usul Kanunu, idarenin bir düzenleyici işlem yaparken önce genel bir ihbarname çıkartmasını, yapılacak düzenlemenin konusunu yazılı bir şekilde kamuoyuna sunmasını ve daha sonra ise yapılan işin “özlü ve genel” bir açıklama yapmasını şart koşmuştur. Bu yöntemle hareket ederek İdare, ilgililerin katılımına açık bir süreç yoluyla etkileri bakımından yasalara çok benzeyen kurallar koymaktadır. Bu bağlamda örneğin, iş güvenliği ya da

olmasının yeterli olmadığını, bunun yanında, usul normlarına uygun olması gerektiği görüşünü savunmaktadır. Bkz. Moderne, s. 226.

⁶⁵ “İdari Usul Kanunu” için “Yönetmelik Yasası” ibaresinin kullanılması olanaklı olsa da biz daha oturmuş olduğu için ilk halinin kullanılmasının daha yerinde olduğunu düşünmekteyiz.

⁶⁶ İl Han Özay, Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004, s. 3 ve özellikle dn. 3.

⁶⁷ Moderne, s. 178.

işçi sağlığına ilişkin standart koymak gibi önemli konulardaki düzenlemeler için diğer kamu kurumlarından olduğu kadar sendikalardan, üreticilerden, bunlara ait meslek kurumları veya derneklerden yüzlerce kişinin katılımı sağlanarak düzenleyici kurallar konulmaktadır. Bu kuralların konulmasıyla, katılımcılardan birisinin ya da menfaatlerinin ihlal edildiğini fark eden diğer kişilerin başvurusu üzerine, idari düzenleme, yargısal denetime tabi hale gelmektedir.⁶⁸

Federal İdari Usul Kanununun, İdarenin regülasyon işlevi bakımından da büyük bir önemi bulunmaktadır. Gerçekten de İdarenin regülasyon sürecinde kamu yararını sağlamaya yönelik seçimler yapmak yoluyla “siyasa” (policy) oluşturması, bu süreçte yer alan işlemlerin “özüne” (substance) yönelik bir olgu niteliğini taşımakta, söz konusu politikanın “nesnel” olarak kabul edilebilmesi için idari usul düzenekleriyle hukuksal bir kılıfa büründürülmesi ve uygulamaya konulması gerekmektedir. Bu bağlamda regülasyon sürecinin usule yönelik unsurunu oluşturan bu düzenekler, regülatör organların, yasanın genel çerçevesini çizdiği sınırın dışına çıkıp çıkmadığının anlaşılmasını sağlamaktadır. Bu arada yargı organları da kamu organlarının saptadığı politikaların yasanın amaçlarıyla uyumlu olup olmadığı, İdarenin yaptığı seçimin nesnel ve kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik olup olmadığını denetlerken büyük ölçüde APA’da belirtilen usuli standart ve ilkelerden yararlanmaktadır.⁶⁹

Yine Federal İdari Usul Kanunu idari nitelikte “yargısal benzeri karar alma” (adjudication) kavramını İdarenin belirli bir konudaki “karar” (order) almasına yönelik süreç olarak tanımlamış, kararı ise “teşkilatlar”ın (agencies) düzenleyici işlemleri dışında, ruhsatlandırmayı içine alacak şekilde diğer faaliyetlerine ilişkin “nihai karar” (final disposition) olarak belirlemiştir.⁷⁰

Regülasyonun temel uygulama araçlarından birisini oluşturan lisanslama (ruhsatlandırma), genel olarak kişi veya kurumların belirli bir faaliyette bulunmak için yetkilendirilmesi anlamını taşımaktadır. Bu yetkinin varlığını gösteren belge niteliğini taşıyan “lisans” (ruhsat) ise aslında “izin” (permit), “sertifika” (certificate), “onaylama” (approval), kayıt (registration), “patent veya berat” (charter) ve “muafiyet” (statutory exception) gibi farklı isim ve kapsamı olan işlemlerin genel ve ortak adını oluşturmaktadır.⁷¹

APA’ya göre, ruhsatlandırma süreci; lisansın verilmesi, talebin reddedilmesi ve sürdürülmesine ilişkin durumları da içerisine almaktadır. Teşkilata görev ve yetki veren kanunlar, kimi zaman lisanslama yetkisi de vermekte, teşkilat ise bu yetki kapsamında lisans alımının koşullarını, ruhsat sabinin hak ve

⁶⁸ Strauss, s. 92-93 ve dn. 21.

⁶⁹ Şahin, s. 70-71.

⁷⁰ Şahin, s. 138.

⁷¹ Şahin, s. 56.

yükümlülüklerini, lisansın yenilenmesini ve sona ermesi veya erdirilmesi gibi durumları saptayan kurallar koyabilmektedir.⁷²

APA'da "yargısal benzeri karar alma" ve "karar" kavramlarının tanımlarının geniş olması, İdarenin birbirinden farklı ad ve nitelikteki işlemlerinin aynı kapsamda ele alınması sonucunu doğurmuş bulunmaktadır. Bu işlemlerin aynı kapsamda değerlendirilebilmesi için "belirli kişi veya kişilere, içerisinde buldukları durum veya koşullara bağlı olarak belirlenmiş kuralların uygulanması" sonucunda meydana gelmeleri gerekmektedir. Bu bağlamda kamusal idari cezaların türleri olan örneğin "ruhsat iptali", "sosyal yardım ödeneğinin kesilmesi" veya "diğer idari cezalar"ın uygulanması gibi bütün işlemler, yargılama benzeri bir süreç sonucunda ortaya çıkarak, belirli ayrık durumlar dışında muhataplarına, hatta o işlemten etkilenenlere temel birtakım usuli güvenceleri vermektedir. Bu süreç, "uçuşmazlık çözme" (dispute resolution) işlevini de içerisine almaktadır.⁷³

Birleşik Devletlerde yargısal denetim düzenekleriyle bütünleştirilmiş idari usul düzenlemelerine yer verilmesinin temel nedenini; regülasyonun sağlam temellere dayalı bir idari usul düzeneği kurulmadan eksik kalacağı, hukuksal istikrarı sağlamayacağı, hatta giderek faydadan çok zarar getireceği anlayışının benimsenmesi oluşturur. Gerçekten de bu eksiklik, hem bireylerin hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınması, hem etkin bir regülasyon faaliyetinin yerine getirilmesi, hem de sağlıklı bir yargısal denetimin yapılabilmesine engel oluşturmaktadır. Nitekim Amerikan İdari Usul Kanununun yürürlüğe konulmasının altında "Yeniden Yapılaşma" (New Deal) zamanında yapılan regülasyon reformunun yatması da genel bir idari usul kanunu ile regülasyon arasındaki ayrılmaz bağı somut bir şekilde ortaya koymaktadır.⁷⁴

Az önce Amerika Birleşik Devletlerinde maddi hukuk normlarının idari suçlar bakımından gevşek veya esnek bir kanunilik aradığı belirtilmişti. Birleşik Devletlerde idari usul normları, durumu daha da ağırlaştırarak, kanunilik ilkesi bakımından oldukça önemli ayrık durumlar öngörmüş bulunmaktadır. Bir başka deyişle, İdari Usul Kanunu "kanunilik" ilkesinin gereklerine tam olarak uyulmasını öngörmemiştir. Gerçekten de kanun bir seri "kara delikler" (black holes) ve "gri delikler" (grey holes) içermektedir. Kara delik; yasal veya idari düzenlemelerle açık bir şekilde yürütmenin işlemlerinin hukuk devletinin gereklerine uygun olmasından ayrık tutulduğu veya idari tasarruflar hakkında yargı yoluna gidilmeyeceğinin belirtilmesi durumunda ortaya çıkmaktadır. Diğer yandan "örtülü kara delik" olarak adlandırılan gri delik ise yasal veya idari

⁷² Şahin, s. 56.

⁷³ Şahin, s. 139.

⁷⁴ Şahin, s. 179-180.

düzenlemelerle yürütmenin tasarrufları üzerinde birtakım yasal sınırlamalar olmasına karşın söz konusu sınırlamaların önemsiz olması yüzünden İdarenin istediği her şeyi yapabileceği bir durumu ifade etmektedir. Bu bağlamda gri delik, kişilerin hak ve özgürlükleri bakımından esaslı bir koruma sağlamaktan ziyade görünüşte veya biçimde hukuk devletine uyumu ifade etmektedir.⁷⁵

Amerikan İdari Usul Kanunu, dolayısıyla Birleşik Devletler idare hukuku bu tür deliklere sahip olduğu için bizzat kendisi Schmittvari, bir başka deyişle, Schmitt tipidir. Gerçekten de Alman Hukukçusu Carl Schmitt'in⁷⁶ en meşhur savı; liberal kanunculüğün prensipte bile gelecekte beklenen bütün halleri öngöremeyeceğidir. Schmitt, ayrık durumların, bir başka deyişle, kestirelemeyen koşulların her zaman için hukukta olağanüstü bir durum oluşturacağını, bunun ise liberal kanunculuk sistemini tehdit edeceğini ve potansiyel olarak ortadan kaldıracağını ifade etmiştir. Schmitt, liberal kanunculüğün geçerli olduğu ülkelerde, en fazla olağanüstü durumlarda yetki kullanıcılarının yetkilerinin somutlaştırılabileceğini, ancak bunun da işe yaramayacağını belirtmiştir. Bu bağlamda, Schmitt'in ifade ettiği gibi Amerikan idare hukukunun da ayrıntılı kurallardan meydana geldiğini savlamak, kendi içerisinde "çelişkili bir ifade" (oxymoronic) oluşturacaktır.⁷⁷

Nitekim Vermeule, Amerika'daki hukuk şemasını "Schmitt'in hukuku", mevzuat koyucusunu da "Schmitt'in norm koyucusu" olarak adlandırmaktadır. Yazar, daha açık bir deyişle, Amerikan idare hukukunu, Schmitt'in hukukuna

⁷⁵ Adrian Vermeule, Our Schmittian Administrative Law, Harvard Law Review, Vol. 122, 2009, s. 1096.

⁷⁶ Alman hukukçusu, Katolik filozof, siyaset kuramcısı ve hukuk profesörü olan Carl Schmitt 1888 yılında doğmuş, 1985 yılında ölmüştür. Schmitt'in ilginç bir yaşam hikâyesi bulunmaktadır. Alman Roma Katolik bir ailenin oğlu olan Schmitt, Berlin, Münih ve Strazburg'da hukuk okumuş ve 1915 yılında mezun olduktan sonra devlet sınavlarına girmiştir. 1916 yılında orduya girmek için gönüllü olmuş ve aynı yıl Strazburg'da girdiği "doçentlik sınavı" nı (habilitation) kazanmıştır. Münih, Greifswald, Bonn, Berlin ve Köln gibi çeşitli okullarda ve üniversitelerde ders vermiştir. 1933 yılında II. Dünya Savaşının sonuna kadar Berlin Üniversitesinde profesörlük yapmıştır. Schmitt, 1 Mayıs 1933 tarihinde Nasyonal Sosyalist Alman İşçi Partisi'ne (NSDAP) katılmıştır. Bu katılım üzerine Hermann Göring tarafından Prusya Devlet Danışmanı ve Nasyonal Sosyalist Hukukçular Birliğinin başkanı olmuştur. Haziran 1934 tarihinde Schmitt kendi çıkardığı Alman Hukukçular Gazetesinde baş editörlük yapmış ve bu gazetede Nazilerin ırkçı görüşlerini eleştirmiştir. Daha sonra Schmitt Naziler tarafından atandığı Reich Profesyonel Grup Lideri görevinden istifa etmiştir. II. Dünya Savaşının son ermesi üzerine Schmitt 1945 yılında Amerikan kuvvetleri tarafından ele geçirilerek bir toplama kampında bir yıldan fazla tutulmuş, 1946 yılında serbest bırakılması üzerine Plettenberg'deki evine dönmüştür. Yazar hukukta otoriter görüşlere sahip bulunmaktadır. Schmitt'in görüşleri hakkında bilgi için bkz. http://en.wikipedia.org/wiki/Carl_Schmitt, Erişim Tarihi, 3.3.2016.

⁷⁷ Bkz. Vermeule, s. 1103.

benzetmekte, Amerikan idare hukukunu ortak bir şekilde yaratan; yasa koyucu, başkan, yargıç ve diğer aktörleri ise “Schmitt’in norm koyucuları” olarak adlandırmaktadır. Bundan da öte yazar, bu aktörlerin yaptıkları işin Schmittvari olduğu konusunda bir bilince sahip olmadıklarını, hatta bunlardan çok azının Schmitt’in ismini duyduğunu belirtmektedir.⁷⁸

Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere, Amerikan İdari Usul Kanunu, birçok kara ve gri delik içermektedir. Çalışmanın kapsamını genişletmemek için Amerikan İdari Usul Kanununun içerdiği kara ve gri deliklerin ayrıntısına girmekten kaçınılacaktır.⁷⁹ Bu kara ve gri deliklerin kanunilik ilkesine zarar verdiği açıktır.

2- İdari Suç ve Cezada Kanunilik İlkesinin Uygulanması

İdari cezaların bir türünü oluşturan halka yönelik idari cezalar, daha önce konulan genel normlara aykırı davranışları cezalandırmayı hedefleyen işlemlerdir. Daha önce belirtildiği üzere bu cezalar, idare ile kişi arasında fiilin işlendiği sırada önceden bir ilişkinin olmadığı durumlarda verilen cezalardır. Örneğin, rekabet ihlali veya alkollü araba kullanma suçlarında idare ile kişi arasında önceden bir bağ bulunmadığından bu tür ihlaller halka yönelik idari suçlar, bu suçlar için öngörülen cezalar ise halka yönelik idari cezalar olarak adlandırılır.⁸⁰

Halka yönelik idari suç ve cezaların da çok değişik türleri bulunmaktadır. Bunlar idari polis, trafik, spor veya belediye suç ve cezalarında olduğu gibi daha çok toplumsal veya sosyal düzeni ihlal eden suç ve cezalar olabildiği gibi ekonomik, kültürel, imar, çevre, orman ve ihale gibi çok geniş yelpazede çeşitli suç ve cezalar olabilmekte, ayrıca, geleneksel nitelikteki idari vergi suç ve cezaları da halka yönelik idari suç ve cezaların kapsamına girmektedir. Bunlara ek olarak son yıllarda regülatif nitelikteki idari suç ve cezalar da⁸¹ halka yönelik idari suç ve cezalar içerisinde incelenmektedir.⁸²

⁷⁸ Vermeule, s. 1104.

⁷⁹ Bu kara ve gri delikler hakkında Vermeule’nin makalesine bkz.

⁸⁰ Bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 206.

⁸¹ BİO ile yurttaş arasında önceden bir bağ bulunduğu, örneğin, bir lisans ilişkisi bulunduğu durumda işlenen suç ve uygulanan cezalar “halka yönelik idari suç ve cezalar” değil “disiplin suç ve cezaları” olarak adlandırılmasına rağmen, regülatif idari suç ve cezaların birçoğunda cezanın muhatabı ile BİO arasında önceden bir bağ bulunmadığı için regülatif idari suç ve cezaları, halka yönelik idari suç ve cezaların içerisinde sınıflandırmanın daha doğru olduğunu düşünmekteyiz.

⁸² Çok geniş bir yelpazede yer alan halka yönelik idari suç ve cezaların örnekleme yoluyla türleri bakımından Türkiye’deki kanunilik ilkesinin uygulanma(ma)sı açısından bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 208-309.

Çalışmanın kapsamını çok fazla genişletmemek için halka yönelik idari suç ve cezalardan regülatif nitelikteki suç ve cezalarda⁸³ kanunilik ilkesinin uygulaması üzerinde durulması yeterli olacaktır.⁸⁴ Bundan önce regülatif idari suç ve cezaların organizasyon yapısı üzerinde durmak faydalı olacaktır.

a) Regülatif Suç ve Cezaların Organizasyon Yapısı

Yukarıda ayrıntılı bir şekilde belirtildiği üzere Birleşik Devletlerde ayrıksı durumlar dışındaki tüm kamusal organlar 1946 tarihli APA'ya tabidir. Bu bağlamda Bağımsız İdari Organlar da (BİO) APA'ya tabi bulunmakta ve Kongre tarafından, duyarlı alanlarda görev yapmak üzere kurulmuş bulunmaktadır. Bundan başka BİO'lar, kuruldukları alanlarda norm koyma ve en azından önemli gördükleri normun ihlali durumunda cezalandırma yetkisine sahip bulunmaktadır. BİO'ların tam bir listesini yapmak oldukça zordur. Bunun temel nedenlerinden birisini BİO için hepsi eşdeğer olarak kabul edilen "teşkilat" (agency), "komisyon", "kurul", "servis", "idare" gibi kavramların kullanılmasıdır.⁸⁵ Bununla birlikte Birleşik Devletlerde bağımsız idari teşkilatlar ile bağımsız regülatif komisyonlar aynı şeyi ifade etmemektedir.⁸⁶

⁸³ Aslında regülatif kurumlar bakımından dünyaya örnek oluşturan Birleşik Devletlerde regülatif idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin irdelenmesi, kanımızca tüm halka yönelik idari suç ve cezalarda söz konusu ilkenin uygulanmasının irdelenmesi anlamını taşıyacaktır. Nitekim Amerikalı ünlü idare hukukçusu Stephen G. Breyer'in belirttiği gibi Amerika Birleşik Devletleri idare hukukunun, öğretide oldukça fazla sorunlara temas eden regülasyon politikasından ayrı olarak incelenmesi olanaksızdır. Nak. Şahin, s. 69. Şahin burada, Federal Temyiz Mahkemesi yargıcı ve idare hukuku profesörü Breyer'in Amerikan idare hukuku yazınında büyük saygı gören kitabının "İdare Hukuku ve Regülasyon Politikası" (Administrative Law and Regulatory Process) adını taşıdığını, bu ismin, kavramın önemini vurguladığını ifade etmektedir. Ancak, yazarın kaynakça kısmında (s. 312) daha doğru ifade edildiği üzere, Breyer'in arkadaşlarıyla yazdığı söz konusu kitabının ismi "Administrative Law and Regulatory Policy" adını taşımaktadır. Bu kitabın doğru künyesi şu şekildedir: Stephen G. Breyer ve diğerleri, Administrative Law and Regulatory Policy, 4th Edition, Aspen Law & Business, New York, 1998.

⁸⁴ ABD'de halka yönelik idari suç ve cezalar bakımından Türkiye'de olduğu gibi genel nitelikli bir kanun (5326 sayılı Kabahatler Kanunu) bulunmadığından, bu suç ve cezalarda genel nitelikli "kanunilik ilkesi" uygulaması doğal olarak incelenemeyecektir.

⁸⁵ Moderne, s. 142.

⁸⁶ Zira her bir regülatif komisyon belirli bir ekonomik faaliyeti yürütmektedir. Örneğin Federal İletişim Komisyonu, radyo ve televizyon yayıncılığı endüstrisini gözlemlemektedir. Kongre, regülatif komisyonlara, idari yetkiler verdiği gibi yargı veya yasama benzeri yetkiler de vermektedir. Regülatif bir komisyon, düzenlediği endüstri için kurallar koymakta, kuralları yönetmekte ve onları ihlal eden kişiler hakkında yargı görevinde bulunmaktadır. Regülatif komisyonların oldukça fazla ekonomik gücünün bulunmasından dolayı onların başkanlık ve yasama etkisinden bağımsız olması gerektiği düşünülmüştür. Gerçi Birleşik Devletlerde başkanlar, regülatörleri etkileyecek çeşitli yollar bulsalar da onların etkisi daha çok komisyonların üye yapısını oluşturmaktan ileriye gitmemektedir. Bu komisyonların yönetim kurulları,

Bu ülkede, çeşitli idari hizmetleri yürüten yaklaşık 200 bağımsız idari teşkilat bulunmaktadır. Kongre, bu teşkilatları kurarken farklı nedenlerden dolayı bunları mevcut bakanlıklara bağlamak istememiştir. Örneğin, “Ulusal Havacılık ve Uzay Merkezi” (NASA), Kongre tarafından çıkartılan bir yasayla, askeri denetim altındaki Savunma Sekreterliğindeki uzay programları dışında, ulusun temel uzay çalışmalarının, sivillerin denetimi altında olduğunu göstermek için kurulmuştur.⁸⁷

Birleşik Devletlerde BİO’lar için kimi zaman “yargı benzeri” (parajudiciaires) organ kavramı kullanılmakta ve BİO’ların özgürlüğü bağlayıcı ceza verme yetkisi dışında özellikle idari para cezası verme yetkisinin bulunduğu esas benimsenmektedir. Nitekim Federal Temyiz Mahkemesi de yukarıda ayrıntılı bir şekilde belirtildiği üzere 1911 tarihli United States-Grimaud’a karşı kararında teşkilatların idari ceza verme yetkisinin olduğu esasını benimsemiştir. APA’nın 9. Bölümünün 558. maddesinde ise teşkilatların *düzenleme yapma* yetkilerinin olduğu esas benimsenmiştir. Birleşik Devletlerde BİO’ların ceza verme yetkisi eskiden tartışmalı olmasına karşın günümüzde özellikle idarenin para cezası verme yetkisi hiçbir şekilde tartışılmamaktadır.⁸⁸

b) İlginç İki Regülatör Organ: Çevre Koruma Teşkilatı ve Mesleki Güvenlik ve Sağlık Merkezi

Konu, suç ve cezalarda kanunilik ilkesiyle yakından ilişkili olan bağımsız idari organların regülasyon yetkilerinden açılmışken bu organlardan ilgi çekici olan “Çevre Koruma Teşkilatı” (EPA) ile “Mesleki Güvenlik ve Sağlık Merkezi’nin” (OSHA) düzenleme yetkileri konusunda genel bir açıklama yapılması uygun olacaktır.

1970’li yılların başında, “sosyal karışıklık” (turmoil), çevrecilik gibi siyasal akımlar ve Kongre’de Liberal Demokratların gittikçe artan etkisi sonucu, Birleşik Devletlerin regülatif sisteminde önemli değişiklikler görülmüştür.

Cumhuriyetçi ve Demokratlardan oluşan beş ila dokuz üye arasında değişmektedir. Bu üyelerin görev süresi başkanın görev süresinden daha uzun bir şekilde belirlenmekte ve onların Başkan tarafından görevinden alınmasına izin verilmemektedir. Yapılan bu açıklamalardan, düzenleme yetkisinin salt komisyonlara özgü olduğu, teşkilatların düzenleme yetkisinin olmadığı sonucu çıkartılmamalıdır. Çünkü kimi teşkilatlar, aynen komisyonların sahip olduğu gibi, düzenleme yetkilerine de sahip bulunmaktadır. Örneğin, “Gıda ve İlaç Merkezi” (FDA), yeni ilaç ve tıbbi kimyasallar için izin verme ve onların piyasada satılması konusunda yetkilidir. Bkz. John J. Harrigan, Politics and the American Future, Third Edition, McGraw-Hill 1992, s. 319. Böyle bir yetkiye sahip olan FDA’nın tıbbi kimyasallar ve ilaç için düzenleme yapmaya ve bu düzenlemeleri ihlal eden kişiler hakkında idari ceza vermeye yetkili olduğu da açıktır.

⁸⁷ Harrigan, s. 319.

⁸⁸ Moderne, s. 143.

Buna ilave olarak, daha önceki regülatif komisyonların çoğu endüstri-özgün bir şekilde kurulmuş⁸⁹ iken, 1970'li yıllarda kurulan regülatif teşkilatlar, çoğunlukla, geniş sosyal hedeflere ulaşmayı sağlayabilmek için bütün ekonomiyi genel olarak regüle etmek üzere oluşturulmuştur. Bu bağlamda EPA çevre kurallarını uygulayabilmek, OSHA ise işyerlerinde iş güvenliğini oluşturmak üzere kurulmuşlardır. Bir başka deyişle, daha önce kurulan regülatif organlar belirli bir endüstriyi koruyabilmek için oluşturulmalarına karşın, 1970'li yıllarda kurulan bu kurumlar kamunun çıkarlarını koruyabilmek için kurulmuşlardır. Ayrıca bu yıllarda kurulan düzenleyici otoriteler, daha önceki yıllarda oluşturulan düzenleyici komisyonlardan daha az bağımsız olarak örgütlenmişlerdir. Örneğin EPA'nın, Başkan tarafından atanan ve görevden alınabilen bir yönetici tarafından yönetilmesi esası benimsenmiştir. Bu durum 1970'li yıllarda oluşturulan bağımsız idari otoriteler üzerinde Başkanın daha fazla etkili olmasını sağlamıştır.⁹⁰

1970'li yıllardaki regülasyon anlayışının, endüstri-özgün nitelik göstermekten uzak olması ve EPA ve OSHA gibi yeni regülatif teşkilatların sorumluluklarının gereğini hakkıyla yerine getirmeleri, iş çevrelerinin sert eleştirilerine yol açmıştır. Özellikle, EPA'nın halkı koruyucu uygulamaları, iş dünyasının yoğun bir şekilde sızlanmasına yol açmıştır. Çevre kanunlarını uygulamak için 1970 yılında kurulan EPA, şirketlerin çevreyi kirletmesini önleyebilmek için binlerce düzenleme yayımlamıştır. EPA'nın bu somut yaklaşımı, çevre kanunlarını kimi zaman oldukça soyut bir şekilde çıkaran Kongre ile söz konusu soyut hükümleri somut sorunlara uyarlama tarzına direnen iş çevrelerinde rahatsızlık oluşturmuştur. 1970'li yılların sonundan itibaren çevreci akımın azalması, EPA standartlarına uyum sağlamak istemeyen iş çevrelerinin tutumu ve EPA'nın düzenlemelerinin yüksek maliyet gerektirmesi nedeniyle ekonomik büyümenin önünde onu bir ayak bağı olarak gören muhafazakârların saldırıları, EPA'yı savunmasız bir konumda bırakmıştır. Başkan Reagan'ın yönetimi döneminde, EPA, iş çevrelerine daha fazla yardımcı olmaya başlamış, ancak bu sefer de Kongre üyeleri çevre kanunlarının uygulanmamasının yasal olmadığı gerekçesiyle EPA'yı yoğun bir şekilde eleştirmişlerdir. EPA'ya yöneltilen temel eleştirileri ise söz konusu teşkilatın kimi şirketlerin veri karartmalarına izin vermesi ile toksik ve tehlikeli atık boşaltanlara ayrıcalık sağlaması oluşturmuştur. Bu eleştiri sonucu Reagan, atamış olduğu ilk EPA yöneticisi Anne Gorsuch Burford'u görevden almış, yerine daha çevreci olan William Ruckleshaus'u atamıştır. Ruckleshaus, her ne kadar selefinden daha fazla çevreci olsa da bütçe kesintileri nedeniyle

⁸⁹ Birleşik Devletlerde regülatif komisyonların tarihçesi hakkında bilgi için bkz. Harrigan, s. 320-326.

⁹⁰ Harrigan, s. 322.

kurumun gördüğü zararı, çok sayıda personelin işten ayrılmasını ve çevre konusunda daha fazla “serbestleştirme”yi (deregulation) önleyememiştir. 1980’li yılların sonunda EPA, 1970 yılında kurulan EPA’nın “renksiz” (pale) bir taklidine dönüşmüştür.⁹¹

c) Regülatör Organların Uyguladıkları Yatırım Çeşitleri

EPA ve OSHA’nın düzenleme yetkisi konusundaki bu açıklamalardan sonra Amerika’da regülatör idari organların uyguladıkları yaptırım çeşitlerine kısaca bir göz atmak uygun olacaktır. Birleşik Devletlerde yasal düzenlemelerle öngörülen normlara aykırı tutum ve davranışlar için yalnızca ceza hukuku sonuçları öngörülmemekte, bunun yanında, cezai idare hukuku yaptırımları da öngörülmektedir. İdari bir düzenlemenin cezai idare hukuku yaptırımlarıyla desteklenmesinin altında yatan neden, bunlara uygulanabilirlik gücü vermek, hatta ünlü Amerikalı hukukçu Schwartz’ın⁹² deyimiyle “dış gösterme” ereğidir.⁹³

Günümüzde Birleşik Devletlerde, İdareye, özellikle para cezası niteliğinde olmak üzere çeşitli cezai yaptırımları uygulama yetkisi tanınmıştır. Gerçi Federal Temyiz Mahkemesi başlangıçta bu konuya pek olumlu yaklaşırsa da 1977 yılında vermiş olduğu Atlas Roofing Co.-Occupational Safety & Health Review Comm.’a karşı davasında vermiş olduğu karar ile birlikte, yasal düzenlemelerin ihlal edilmesi dolayısıyla bir suç ortaya çıkması durumunda buna ilişkin para cezasının İdare tarafından verilmesini hukuka uygun bulmuştur. Federal Temyiz Mahkemesine göre söz konusu hukuka uyarlılığın altında yatan iki temel gerekçe bulunmaktadır. Bunlardan ilki, İdarenin diğer devlet organlarına tanınan birtakım yetkileri kullanmaya başlamasından sonra bu tür cezaların uygulanmasının da idari bir niteliğe bürünmesi, ikincisi, regülasyon faaliyetlerine yönelik kuralların ihlal edilip edilmediğinin saptanmasını, en iyi olarak, o kuralları yürütmekle yükümlü olan ve hatta bazılarını kendisi düzenleyen İdarenin yapması gerekli olmasıdır.⁹⁴

Birleşik Devletlerde İdarenin yetkisi, yasal düzenlemelere aykırı faaliyette bulunanlara salt para cezası vermekle sınırlı kalmamakta, bunun yanında, başka yaptırım yetkileriyle de donatılmış bulunmaktadır. Daha açık bir deyişle, İdarenin faaliyet konusunu düzenleyen yasalar, İdareye, söz konusu faaliyetin konusuna göre, yabancı uyrukluların sınır dışı edilmesi, belirli bir alanda faaliyet gösterebilmek veya mesleği yürütebilmek için verilen izni gösteren

⁹¹ Harrigan, s. 322-323.

⁹² Schwartz, idare hukukunun her bir konusunu özel kişi ile idare arasında doğan uyumsuzluğun oluşturduğunu ifade etmektedir. Moderne, s. 142.

⁹³ Krş. Şahin, s. 65 ve dn. 154.

⁹⁴ Şahin, s. 66 ve dn. 157.

“ruhsatın” (lisansın) iptal edilmesi, idari sözleşmenin feshedilmesi, sosyal yardım kapsamında verilen ödeneğin kesilmesi veya yapılan ihlalin basın yoluyla ilan edilmesi gibi farklı türde yaptırım uygulama yetkileri vermektedir. Bu yaptırımların tümünün kökenini idare hukuku rejimi oluşturmaktadır.⁹⁵

Amerika Birleşik Devletlerinde gerek ekonomik gerekse sosyal regülasyon bakımından idari para cezasıyla birlikte sık bir şekilde uygulanan diğer bir idari ceza türünü, özel hukuk gerçek veya tüzel kişisine verilen ruhsatın askıya alınması veya iptali oluşturur. Lisansın askıya alınması veya iptali idari cezasının iki temel “işlevi” (function) bulunmaktadır. Bunlardan ilki, söz konusu askıya alınma veya iptal edilmeye hukuka aykırı faaliyetin cezalandırılması, ikinci olarak ise müdahale edilen alana getirilen düzenin, tasarlandığı şekilde işlemlerini sağlama, denetimden çıkmasına engel olma ve regülasyondan beklenen faydanın zedelenmesini önlemektir. Bu ikinci işlev, koruyucu bir ereğe hizmet ettiğinden koruyucu-önleyici bir niteliğe sahip olduğu açıktır.⁹⁶

Birleşik Devletlerde, İdare, 11 Eylül saldırılarından sonra, özgürlüğü bağlayıcı ceza verme yetkisiyle de donatılmıştır. Gerçi Birleşik Devletlerde söz konusu saldırılardan sonra İdareye tutuklama yetkisi verildiği, tutuklamanın ise bir tedbir olduğu dolayısıyla idareye özgürlüğü bağlayıcı bir ceza verme yetkisinin tanınmadığı ileri sürülebilir. Ancak ileri sürülebilecek böyle bir sav isabetsiz olacaktır. Zira tutuklamanın bir tedbir olduğu savı doğru olmasına karşın uygulamada söz konusu tedbir adeta bir cezaya, hem de İdare tarafından verilen idari bir cezaya dönüşmüştür. Gerçekten de 11 Eylül saldırıları, başkanlık yetkilerinin güçlendirilmesi sürecini ciddi bir şekilde hızlandırmış, Kongre, “Vatanseverlik Kanunu’nu” (Patriot Act) çıkartarak Yürütme ve İdareye, mevzuatı ihlal etmekte olan yabancıların gizli ve süresiz tutukluluğunu içeren olağanüstü yetkiler vermiştir. Yine bu Kanun, hiç bir sorumluluk olmaksızın tutuklama yapmaya izin vermiş ve herhangi bir mahkeme kararı olmaksızın terörist olarak belirlenen bir örgütün herhangi bir faaliyetine katılmasından kuşkulanan herhangi bir yabancıyı tutuklanmasını olanaklı kılmıştır.⁹⁷

⁹⁵ Şahin, s. 66.

⁹⁶ Şahin, s. 67.

⁹⁷ Paye, s. 28, 160-161. Birleşik Devletlerde, 11 Eylül saldırılarından sonra “idari tedbir” bakımından kanunilik ilkesi ise adeta ortadan kalkmıştır. Gerçekten de az önce belirtilen Vatanseverlik Kanunu ile ABD makamlarının, havayolu şirketlerinin “çevrimiçi” (on-line), “yer ayırma” (reservation) ve “denetim” (check-in) sistemlerine ulaşım hakkı tanınmış, iletilen bilginin ise 11 Eylül saldırılarından sonra kurulan İç Güvenlik Bakanlığının Giriş/Çıkış adı verilen bir “veri tabanında” (database) saklanması esas kabul edilmiştir. Bundan da öte bu Kanunla, her havayolu şirketinin ABD’ye giden ya da ABD’den gelen yolcular hakkındaki tüm bilgiyi vermeleri zorunlu kılınmış, bunu ihlal eden şirketler için önemli yaptırımlar öngörülmüştür. Söz konusu yasayla daha da vahim bir durumu ise ABD’li gümrük yetkililerinin, havayolu şirketleri üzerine baskı kurabilmesinin yolunun açılması olmuştur.

Öyle ki, ABD gümrük yetkilileri, bu yasayı ihlal etmese bile inatçı şirketleri, uygulamada, piyasadan men etme yetkisine kavuşmuştur. Nitekim bu önlemler protesto ettiğini bildiren Alman şirketi Lufthansa'nın uçaklarının birisi aşırı kontrole tabi tutulmuş, bunun üzerine Avrupa Komisyonunun bir görevlisi "British Airways yolcuları gümrükten yirmi dakika bekleyerek geçerken, Lufthansa yolcuları üç saat beklemek zorunda kalırsa müşterinin eninde sonunda British Airways'i seçeceği açıktır" demiştir. Bkz. Jean Claude Paye, Hukuk Devletinin Sonu Olağanüstü Halden Diktatörlüğe Terörle Mücadele (Çev. G. Demet Lüküslü), İmge Kitabevi, Ankara 2009, s. 28, 161-162. Konu, yolcular hakkında alınan tedbirlerden açılmışken hemen şu hususu belirtmek gerekir ki Birleşik Devletler, özellikle Avrupa Birliği nezdinde girişimlerde bulunarak yolcular hakkında kısıtlama öngören çok sayıda düzenlemeyi yaşama geçirmiştir. Bu bağlamda ABD, Avrupa Komisyonu ile altı ay müzakere yaparak bütün taleplerini kabul ettirmiştir. Daha somut olarak, kimi ABD teşkilatları, Avrupa Birliği ülkelerinden gelen uçak yolcularının Yolcu İsim Kaydı dosyasındaki verilerine başvurma ve depolama hakkını kazanmış, böylelikle, tehlikeli olarak nitelendirilen bir kişinin, ABD toprağına girişini men etmiştir. Üstelik bu bilgiler, yanlış olsa bile, yabancılara söz konusu veriyi düzeltme olanağı verilmemiştir. Yüksek risk sınıfına giren kişiler için ABD toprağına girme yasağı 50 yıl olarak saptanmış, yabancılara elektronik bilgilerinin üç buçuk yıl, el ile aranan yabancılara yönelik bilgilerin ise yedi yıl saklanması uygulamasına geçilmiştir. Bkz. Paye, s. 162-163. ABD'nin hukuk devleti ilkesine aykırı çok sayıda tutumlarına (Bu tutumlar için bkz. Paye, s. 165-166), diğer ülkeler tarafından koşulsuz destek verilmesi ya da tepkisiz kalınması, ABD makamlarının eylemlerinin tek taraflı davranış üsluplarının daha da artmasına neden olmuş, üstelik bu eylemlerin, kanıtlara dayandırılması yerine, yalnızca istihbarata dayandırılarak temellendirilmesine yol açmıştır. Paye, s. 166. Bundan daha da vahimi, hukuk devletine aykırı olan bu düzenlemelere Amerikan Federal Temyiz Mahkemesi tarafından aykırı durumlar olduğu gerekçesiyle onay verilmesidir. Böyle bir duruma mahkeme tarafından onay verilmesi, Carl Schmitt'in hukuk hakkındaki öngörüsüne uymaktadır. Çünkü mahkemenin aykırı durum olduğu için yürütmeye ve idareye olağanüstü yetki veren bu düzenlemeleri kararıyla tanıması, aykırı durumu, hukuk düzeninin temeli haline getirmiştir. Daha açık bir deyişle, yürütme ve idare, mahkeme kararı aracılığıyla kendilerine yasama ve yargı ayrıcalıklarına vermiş ve bu durum erklerin formel ayrılığını sorgulatır hale getirmiştir. Bir başka deyişle, Federal Mahkemenin bu bağlamdaki kararları, önceki Başkan Bush'un kendi kendisine verdiği yargıç rolünü onaylamakta, böylelikle bu yetkiler, hukuk kuramının aslında diktatörlük olarak tanımladığı siyasi rejimin bir parçasını oluşturmaktadır. Paye, s. 49-50 ve dn. 46. Birleşik Devletlerde hukuk devleti ilkesine aykırı düzenlemeler, yalnızca Vatandaşlık Kanunuyla sınırlı kalmamış, Vatandaşlık Kanunu II olarak bilinen, 2003 tarihli İç Güvenliği Güçlendirme Kanunuyla doruk noktasına ulaşmıştır. Çünkü ilk çıkartılan ABD Vatandaşlık Kanunu, yabancılara yurttaşlara uygulanacak süreçleri net bir şekilde birbirinden ayırma yoluna giderken, Vatandaşlık Kanunu II ile birlikte hukukun askıya alınması, yalnızca yurttaş olmayanları değil, bununla eşzamanlı olarak tüm ABD'lileri ilgilendiren bir konu haline gelmiştir. Bkz. Paye, s. 58. Bu kanunun 503. Bölümü, ABD yurttaş olmayan ancak kalıcı bir şekilde ABD'de ikamet eden kişilerin de bir suç işlemeksizin ya da işleme eğilimi olmaksızın, Adalet Sekreterliğinin, onları, ulusal güvenlik için bir tehlike olarak gösterdiği durumlarda sınır dışı etmesine izin vermiştir. Bkz. Paye, s. 55. Vatandaşlık Kanunu II ile yürütme ve idare, hukuku yorumlayan ve her istediğinde "kanuniliği" gerçekleştirmek için koşulları değiştiren, kimin toplumun bir parçası, kimin toplumdaki dışlandığını belirleyen polis mahkemesi yargıçları konumunu elde etmiştir. Paye, s. 244. Birleşik Devletlerde Vatandaşlık Kanunları ikili bir hukuk sistemi üzerine kurulmuştur. Daha açık bir deyişle, söz konusu yasalar ile her ne kadar giderek daha

d) Regülatif İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi Uygulanması

Birleşik Devletlerde regülatif idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin nasıl uygulandığına gelince burada hemen şu hususu belirtmek gerekir ki Federal Temyiz Mahkemesi, söz konusu suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin “kanunun geçmişe uygulanmazlığı” alt ilkesinin uygulaması bakımından bu zamana kadar açık bir karar vermemiştir. Bununla birlikte kimi Federal “istinaf mahkemeleri” (circuit courts), regülatif idari suç ve cezalarda söz konusu alt ilkenin, daha açık bir deyişle, aleyhe geriye yürümezlik esasının geçerli olduğu görüşünü savunmuşlardır.⁹⁸

Birleşik Devletler Federal Temyiz Mahkemesinin regülatif idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin “kanunun tekelciliği” ile “kanunun açıklığı” alt ilkeleri bakımından kararları bulunmaktadır. Bununa birlikte bu kararlardan hangi sonuçların çıkartılabileceği konusunda öğretide bir uyuşmazlık yaşanmaktadır. Örneğin Şahin; Funk ve Seamon adlı yazarların görüşlerini dayanak alarak, Birleşik Devletlerde regülatif idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin söz konusu alt ilkelerin uygulandığı sonucuna varmaktadır. Yazar, Birleşik Devletlerde kamu kurum ve kuruluşlarının doğrudan ilgili yasada belirtilmese bile “doğal” (inherent) birtakım yetkilerinin olup olmadığı yönünde tartışmalar bulunsa bile İdarenin kişilerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale yetkisinin bu nitelikte olmadığını, bu tür bir yetkinin sadece kanunla tanınabileceği ve kanunun çerçevesinde kullanılabileceği konusunda bir kuşkunun bulunmadığını, bu bağlamda, regülasyon kuruluşlarına verilen yetkilerin bireylerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale niteliği taşıdığına

sınırlanmış olsa da bir taraftan kanunların yurttaşları koruması, diğer yandan ise yabancılar için hukukun askıya alınması süreci öngörülmüştür. Böylelikle sadece Birleşik Devletler yurttaşları için kısıtlı ve sınırlı bir hukuk devleti, yurttaş olmayanlar için ise salt (arı) şiddeti içeren bir örgüt yapısı birlikte yer almıştır. Paye, s. 61. Bir diğer deyişle, terörle savaşım gerekçesine sığınarak 11 Eylül saldırılarından sonra ikili bir hukuk düzeni kurulmuştur. Somut olarak, yurttaşlar için sınırlı ve kısıtlı bir hukuk devleti, yabancılar için ise hukuksuzluk yönetimi kurulmuştur. Paye, s. 241. İdari tedbirler bakımından kanunilik ilkesine aykırı olan bu düzenlemeler, genel olarak terör karşıtı normların içerisine yerleştirilmiş, daha sonra ise Avrupa kıtasına geçmiştir. Bu geçişte Birleşik Krallık aracı bir rol oynamıştır. Paye, s. 62. Yapılan bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere 11 Eylül saldırılarından sonra Birleşik Devletlerde idari tedbirler bakımından kanunilik ilkesine aykırı olan bu düzenlemelerle hukuk devleti ilkesi adeta yok edilmiştir. Nitekim Paye’de Batı ülkelerinde ve bu arada Amerika’daki durumu göz önüne alarak kitabının ismini “La fin de L’Etat de droit” (Hukuk Devletinin Sonu) şeklinde ifade etmiştir. Birleşik Devletlerde hukuk devletinin sonunu, kanımızca, yalnızca kanunilik ilkesine aykırı olarak alınan bu tedbirler getirmemiş, bunun yanında “doğal yargıç” ilkesine aykırı düzenlemeler de getirmiştir. Gerçekten de 13 Kasım 2001 tarihli Başkanlık Kanun Hükmünde Kararnamesiyle terör ile suçlanan yabancı uyrukluları yargılamak için olağanüstü mahkemeler kurulmuş, (Bkz. Paye, s. 28) böylelikle hukuk devleti ilkesi neredeyse bütünüyle ortadan kaldırılmıştır.

⁹⁸ Bkz. Moderne, s. 261 ve dn. 241.

göre, bu organların tasarruflarına yönelik asli düzenleme yetkisinin her zaman yasama organında, daha somut bir deyişle, Kongre’de olduğunu belirtmek gerektiğini ifade etmektedir.⁹⁹

Şahin, Birleşik Devletlerde regülasyon faaliyetini düzenleyen kanunların, etkin bir uygulamanın sağlanabilmesi için bu düzenlemeye ilişkin kuralların muhatapları tarafından ihlal edilmesi durumunda karşılaşacakları yaptırımları da saptadığını, bunun yanında, yasa koyucunun, bazen sadece kendisinin çerçeveselendirdiği kurallara aykırılıkları cezalandırdığını, bununla eşzamanlı olarak, İdarenin kendisinden aldığı yetkiye dayalı olarak koyduğu kurallara uyulmamasını da belirli yaptırımlara tabi tuttuğunu belirtmektedir.¹⁰⁰

Buna karşın, Moderne, farklı bir görüş savunarak, Birleşik Devletlerde Federal Temyiz Mahkemesinin, Kongre’nin denetimi altında ekonomi, mali, çevre, iletişim gibi alanlarda BİO veya idari organlara idari ceza verme yetkisini tanıdığını belirterek konuyu ikiye ayırmaktadır. Yazar, Mahkemenin, Kongre’nin saptadığı suç ve cezayı uygulayabilmek için idari organları görevlendirebileceğini, ancak suç ve cezayı, yasanın kendisinin somut olarak belirlemesi gerektiğini, ancak BİO’da durumun farklı olduğunu, bu organların suç ve cezayı kendilerinin belirleyebileceği esasının benimsendiğini belirtmektedir.¹⁰¹

Moderne, Federal Temyiz Mahkemesinin BİO’lar hakkındaki bu tutumunun, Amerikan öğretisinde tepkiyle karşılandığını, öğretinin, suç ve cezanın yasal çerçevesinin mutlaka Kongre tarafından çizilmesi, İdareye bu alanda salt uygulamaya yönelik yetkilerin verilebileceğini, İdareye suç ve cezayı belirleme yetkisinin verilemeyeceğini, aksine bir tutumun “yasama yetkisinin devri” niteliğini taşıyacağını savunduğunu nakletmektedir. Moderne, Federal Temyiz Mahkemesi, başlangıçta öğretinin bu tutumunu dikkate alarak Kongre’nin suç ve ceza konusunda İdareye çok geniş yetki tanımmasının keyfiliğe yol açacağını ve yasal çerçevenin çizilmediği ve böylelikle yasama yetkisinin devri niteliğini taşıdığı sonucuna vardığını, ancak sonraki kararlarında daha az titizlik gösterdiğini, hatta Kongre’nin idari suç ve cezayı belirleme konusunda İdareye yetki verdiği kanunları bile geçerli kıldığını ifade etmektedir.¹⁰² Bu bağlamda yazar, yukarıda ayrıntılı bir şekilde anlatılan 1984 tarihli ünlü Chevron kararı ile birlikte idari suç ve cezayı saptama konusunda İdareye verilen yetkinin anayasaya uygunluğunun tartışılmadığını, söz konusu yetkinin olağan olarak kabul edildiğini vurgulamaktadır.¹⁰³

⁹⁹ Bkz. Şahin, s. 42 dn. 84.

¹⁰⁰ Şahin, s. 65.

¹⁰¹ Moderne, s. 176-177 ve dn. 21’de bahsedilen Federal Temyiz Mahkemesi Kararları.

¹⁰² Moderne, s. 177.

¹⁰³ Bkz. Moderne, s. 178.

Bu farklı görüşlerden kanımızca Moderne'nin görüşü bize daha isabetli gelmektedir. Zira yazarın regülatif idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesini irdelerken BiO ile diğer idari organlar arasında Federal Temyiz Mahkemesinin yaptığı gibi bir ayırım yaparak farklı sonuçlara ulaşması daha isabetlidir. Öte yandan, suç ve ceza arasında ayrılmaz bir bütünlük ilişkisi bulunmaktadır. Bunlardan birisi bakımından kanunilik ilkesinin benimsenmemesi, diğeri bakımından da kanunilik ilkesinin benimsenmediği anlamını taşıyacaktır. Bu bağlamda Chevron kararında her ne kadar idari suç bakımından İdarenin yapacağı yorum esas alınarak idari suçlarda kanunilik ilkesinin uygulanmayacağı örtük olarak savunulsa da gerçekte hem idari suç hem de idari cezada kanunilik ilkesinin uygulanmayacağı ima edilmiştir. Zira suç ve ceza arasında “bütünleyici parça” ilişkisi bulunduğundan bunların birbirinden ayrılması olanaksızdır.

SONUÇ

Amerika Birleşik Devletlerinde idari suç ve ceza türlerinde kanunilik ilkesinin uygulamasını irdeleyen bu çalışmadan çıkan ilk sonuç, bu ülkenin Anglosakson hukukuna, dolayısıyla içtihat hukukuna dayanması nedeniyle idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanmadığı veya gerekli ölçüde uygulanmadığı şeklindeki algının yanlış olduğunun ortaya çıkmasıdır.¹⁰⁴ Hatta

¹⁰⁴ Bunun gibi kimi yazarlar, Anglosakson hukukuna tabi ülkelerin temyiz mahkemelerinin “hukuk yaratma” (declaratory power) yetkilerinin bulunması nedeniyle bu hukuk sistemine sahip ülkelerde ceza hukukunda kanunilik ilkesinin tehlikede olduğunu düşünmektedirler. Bu düşünce tarzının ne kadar hatalı olduğunu Cadoppi somut bir şekilde göstermektedir. Gerçi yazar her ne kadar konuyu karşılaştırmalı olarak İtalya ve İskoçya ceza hukukunda kanunilik ilkesi bakımından incelese de onun açıklamalarından söz konusu düşünce tarzının ne kadar isabetsiz olduğu konusunda bir genellemede bulunabilmek olanaklıdır. Yazar İtalya’da ceza hukukunun kapsamına giren suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin kabul edilmiş olmasına rağmen söz konusu ilkeye aykırı olarak özellikle kıyas yoluyla suç yaratılması bağlamında uygulamadan çeşitli örnekler vermektedir (Bu örnekler için bkz. Alberto Cadoppi, Nulla Poena Sine Lege And Scots Criminal Law: A Continental Perspective, The Juridical Review, Part 2, 1998, s. 81 vd.). Hatta Cadoppi, söz konusu örnekler karşısında hayrete düşen kimi kişilerin İtalyan ceza hukukunun İskoç ceza hukukundan ve “evleviyetle” (afortiori) İngiliz ceza hukukundan daha az belirli olduğunu ve kanunilik ilkesine daha az saygı gösterdiğini savladığını belirtmektedir. Yazar, böyle bir savda kısmi bir abartı olsa da kanunilik ilkesinin her iki (Anglosakson ve Kıta Avrupa’sı) hukuk sistemlerinde belirli bir noktaya kadar etkili olduğunu vurgulamaktadır. Cadoppi, kanunilik ilkesi bakımından iki hukuk sistemi arasında temel farkın, İskoç hukukçularının kanunilik ilkesinin kendi hukuk sisteminde bütünüyle uygulanmayacağına bilincinde olmasına karşın, İtalyan hukukçularının kuramsal olarak geçerli bu ilkenin uygulamada gerçekleştiği yönünde bir yanılığa sahip olmaları olduğunu belirtmektedir. Yazar İtalyan uygulamasının söz konusu kuramsal ilkenin tam olarak gerçekleştirilebilmesinin “hayal” (utopia) olduğunu ortaya koyduğunu belirtmektedir. Cadoppi, s. 84-85. Ancak Cadoppi bu düşüncesinden, hukuk kurallarını daha açık hale getirmek için bir çabaya girişilmesinden kaçınılması gerektiği sonucunun çıkartılmaması gerektiğini, özellikle ceza hukuku olmak üzere bütün hukuk dallarında açıklığın çok

kanımızca common law hukukuna tabi olan ülkelerde idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin Kıta Avrupa'sı hukuk dizgesine sahip olan Fransa'dan daha fazla uygulandığını¹⁰⁵ savunmak olanaklıdır. Gerçekten de Anglosakson hukukuna tabi ülkelerde ve bu arada Birleşik Devletlerde idare hukuku, İdarenin dışında oluşturulmuş bulunan organlar tarafından “denetim ve denge” (checks and balances) sisteminin bir parçası yoluyla evrim geçirerek gelişmiştir. Daha açık bir deyişle, bu ülkelerde yasa koyucu çerçeveyi kurarak, bu çerçevenin özünün mahkemeler tarafından yaratılacak ilke ve prensipler yoluyla doldurulmasını istemiştir. Bu bağlamda Anglosakson modeli Fransız modelinden oldukça farklıdır, çünkü bunlardan ikincisinde idari yargıç, idarenin içerisinde çalışarak normları geliştirmekte ve düzenleyici çerçevenin çoğu da yürütme organı tarafından çizilmektedir. Nitekim Fransız Anayasasının 34. ve 37. maddeleri, düzenleme işlevini, yasama ile yürütme arasında paylaşmıştır. Hâlbuki yukarıda görüldüğü üzere Amerikan hukukunda yürütme organına özerk bir düzenleme alanı bırakılmamış, söz konusu organın ancak kendisine yetki devredildiği zaman düzenleme yapabileceği esası kabul edilmiştir. Fransız idare hukukunun bu modeli, alternatif ve daha idari merkezli bir idare hukuku tanımı da doğurarak idareye uygulanan norm ve kuralların idare hukukunu oluşturacağı esası benimsenmiştir.¹⁰⁶ Fransız modelinin bu bakış açısı idare hukukunu, mahkeme merkezli bir “emir ve denetim” (command and control) sistemiyle konulmuş olmasından daha geniş anlamda ele alınmasını gerektirmektedir. Bu bağlamda idare hukuku, yasal ve idari düzenlemelere dayalı olarak yapılan idari tasarrufları merkezine alan ve ilkeleri, idari tasarrufların denetimi sırasında yargısal denetim tarafından geliştirilmiş bir sisteme dönüşmüştür.¹⁰⁷ Görüldüğü üzere Fransız idare hukuku, sanıldığı gibi aksine, Amerikan idare hukukundan daha fazla ölçüde içtihat merkezli konumda bulunmaktadır.

Aslında Anglosakson hukukuna tabi olan ülkeler ve bu meyanda Birleşik Devletler, idari usule daha fazla önem vermesinden dolayı bu ülkede Kıta Avrupa'sı hukukuna tabi olan ülkelere örneğin Fransa'ya nazaran daha fazla

önemli olduğunu ifade etmektedir. Bununla birlikte yazar, hukuk normları en üst açıklık ve ayrıntıyla düzenlene bile yargıçların her zaman kanunu yorumlamak için bir “boşluk” (room) bulacaklarını belirtmektedir. Cadoppi, s. 86.

¹⁰⁵ Fransa'da idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulaması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hasan Dursun, Fransa'da İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesinin Uygulanması, TAAD, Yıl. 8, Sayı: 31 (Temmuz 2017), s. 469 vd.

¹⁰⁶ Hatta bu tanım, Amerikan idare hukuku tanımını da etkilemiştir. Nitekim Amerikan idare hukukçusu Davis, idare hukukunu; idari tasarrufların yargısal denetim ilkeleri dâhil idari birimlerin yetkilerini ve idari süreçleri gösteren hukuk olarak tanımlamıştır. Bkz. Kenneth C. Davis, Administrative Law Text, Third Edition, 1972, s. 1'den nak. Harlow, s. 192 dn. 17.

¹⁰⁷ Harlow, s. 192 ve dn. 16.

bir şekilde geçerli olduğunu savunmak olanaklıdır.¹⁰⁸ Gerçekten de Amerika Birleşik Devletlerinde yalnızca idari suç ve cezaların özü, bir başka deyişle, maddi suç ve ceza normları bakımından değil, bu cezaların uygulanmasındaki usul, bir başka deyişle, yöntem bakımından da “kanunilik” ilkesine uyulması gerekmektedir. Nitekim yukarıda ayrıntılı bir şekilde incelendiği üzere Birleşik Devletler Anayasasının Ek V., ve XIV. maddelerinin birlikte değerlendirilmesi sonucu, kanunilik ilkesinden yalnızca maddi ceza normlarının anlaşılması gerektiği, bunun yanında “usul” (process) hükümlerinin de¹⁰⁹ anlaşılması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.¹¹⁰

Bu çerçevede çalışmamızdan çıkan ikinci sonuç; Türkiye’de de idari usule önem verilmesi gerekliliğidir. İdari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin tam olarak gerçekleşebilmesi açısından usul ilkelerine uyulması yaşamsal bir önem taşıdığından ve özellikle halka yönelik idari suç ve cezalarda Birleşik Devletlerde “biçimsel hukuka uygunluk” (procedural due process) ilkesine büyük önem verildiğinden konu üzerinde biraz daha durulması faydalı olacaktır.

Yukarıda yapılan incelemelerden anlaşılacağı üzere Birleşik Devletlerde özellikle halka yönelik idari suç ve cezalarda “maddi kanunilik” (substantial due process) esasının kabul edilmesinin yeterli olmadığı, bunun yanında, “usuli kanunilik” (procedural due process), diğer deyişle, idari usul ilkelerine uyulması gerektiği anlayışı egemendir. Birleşik Devletler kanımızca bu tutumuyla son derece isabetli davranmıştır. Gerçekten de nasıl ki ceza usulünün hatalı veya eksik olarak düzenlendiği bir ülkede ceza hukukunun iyi bir şekilde düzenlenmesinin bir anlamı bulunmamaktaysa, kanımızca, idari usule ilişkin ilkeleri düzenleyen bir kanunun olmadığı durumda da cezai idare hukukunda, bir başka deyişle, idari suç ve cezalarda, kanunilik ilkesinin düzenlenmesinin bir anlamı bulunmamaktadır. Zira suç ve cezada kanunilik ilkesi yurttaşta güvence vermesi işlevini yalnızca idari usul kurallarının doğru ve tam bir şekilde düzenlendiği durumda yerine getirebilir.

Ceza usulü kadar, yeryüzünde insanları ilgilendiren başka bir şey yoktur. Nitekim ceza usulünün kusurlu olduğu bir ülkede huzur bulunamaz. Zira Garraud’un belirttiği gibi, ceza kanununu ihlal etmemek elimizdedir ancak kimse, haksız yere takibata uğramayacağından emin olamaz.¹¹¹ Cezai idare

¹⁰⁸ Zira idari usul olmadan suç ve cezada kanunilik ilkesinin benimsenmesinin fazla bir önemi bulunmamaktadır.

¹⁰⁹ Özellikle “due process” kavramıyla.

¹¹⁰ Krş. Sait Güran, İfade Hürriyeti Üzerinde İdare’nin Yetkileri, İÜHFY No.: 289, İstanbul 1967, s. 417 vd.

¹¹¹ René Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, C.I, troisième édition, Paris 1913, n.1’den nak. Faruk Erem, *Ceza Usulü Hukuku*, Üçüncü Bası, AÜHFY No.: 274, Ankara 1970, s. 52 ve dn. 69.

hukuku bakımından da özdeş esaslar geçerlidir. Gerçekten de idari bir suç işlemek elimizdedir, ancak doğru ve tam bir nitelikte idari usul kurallarının olmadığı bir durumda kimse soruşturmaya uğramayacağı konusunda bir güvenlik içerisinde bulunamaz. Bu yüzden Türkiye açısından genel bir idari usul kanununa olan gereksinim oldukça büyüktür.¹¹²

Aslında genel nitelikli bir idari usul kanununa duyulan gereksinim için başka gerekçeler de ileri sürmek olanaklıdır. Bunlardan ilki, idari cezaya meşruiyet kazandırabilmektir. Bu bağlamda idari işlemlerin ve bu arada idari ceza işlemlerinin usul ve şekil kurallarına tabi tutulmasının, idari cezaya karşı ileri sürülen çok önemli bir itirazı ortadan kaldırdığını belirtmek gerekir. Gerçekten de idari cezaya yöneltilen itirazlardan birisini İdarenin tarafsızlık ve bağımsızlık teminatına sahip olamaması ve onun bir üst merci veya başkalarının özellikle siyasiler tarafından etki altına alınabileceği savıdır. Bu itiraz önemli ölçüde doğru olsa da söz konusu itirazı gidermede idari ceza işlemleri konusunda öngörülen usul ve şekil kurallarının büyük bir rol oynayacağını belirtmek gerekir. Gerçekten de bir idari ceza konulunca, bunun uygulama şekli ve usulleri idari usul yoluyla açıkça saptanmaktadır. Bu çerçevede, idari suç olarak kabul edilen fiillerin tanımı ve sayılması, eylemin tespiti, cezanın asgari ve azami sınırının tayini, el koyma, tebliğ, idari cezaya karşı itiraz şekil ve yollarının belirtilmesi gibi ilkeler, idari suç ve cezaya daha fazla açıklık getirmekte ve cezanın muhataplarını, İdarenin keyfiliğinden önemli ölçüde kurtarmaktadır. Bu bağlamda usul kurallarının ceza hukuku suç ve cezalarına da daha fazla açıklık getirdiği ve cezanın muhataplarını adli organların keyfiliğinden büyük ölçüde kurtardığını söyleyebilmek olanaklıdır. Gerçekten de usul kuralları öyle önemlidir ki eğer ceza usul kuralları olmasaydı yargı mercilerinin bile ceza tayini yoluna tam bir tarafsız ve nesnellikle gidebilmelerinin kuşkulu olduğu söylenebilirdi.¹¹³

İkinci olarak, gerek ceza hukukunun kapsamına giren cezanın, gerekse cezai idare hukukunun kapsamına giren idari cezanın uygulanması, devlet için bir külfet olduğu kadar yurttaş açısından da bir külfet oluşturmakta ve bunu kullanırken oldukça dikkat gösterilmesi gerekmektedir. Ancak yargı organlarına göre teminatsız, siyasi ve idari baskılara açık idari organlar tarafından ceza verilmesi, bu cezaların doğruluk, adillik ve yerindeliliğine gölge düşürebilmektedir. İşte bu gölgeyi ancak idari usul-şekil kurallarıyla genel nitelikli bir idari usul kanunu önemli ölçüde ortadan kaldıracaktır. Bu bağlamda

¹¹² Türkiye’de idari usul konusunda genel nitelikli bir kanuna gereksinim büyük olmasına rağmen bu konuda hazırlanan kanun tasarısı taslağı yıllardır Başbakanlığın raflarında bekletilmektedir. 15.12.2017 tarihi itibarıyla bu taslak hala TBMM’ne gönderilememiştir.

¹¹³ Krş. Sadrettin Sürbehan, İdari Müeyyide ve İdari Ceza Hukuku, Türk İdare Dergisi, Yıl: 42, Sayı: 328, Ocak-Şubat 1971, s. 144.

idari ceza verilirken söz konusu kurallara aykırılık, şekil bozukluğu olarak kabul edilmeli ve böylelikle bahsedilen gölgeden kaynaklanan sakıncaların önemli ölçüde giderilmesi gerekir.¹¹⁴

Üçüncü olarak, maddi nitelikte kurallara sahip olan cezai idare hukuku, idari usul hukukuyla bir bütünlük taşır. Daha açık bir deyişle, cezai idare hukuku, idari suç ve cezanın oluşmasına vücut veren tüm cezai normları, buna karşın, idari usul hukuku, idari cezanın doğumu ve icrası sürecinde izlenecek kuralları belirleyen usul normlarını içerir.¹¹⁵ Bu bağlamda idari ceza sürgit bir şekilde idare hukuku özellikle usul kurallarına uyularak idari işlemle verilir. Nitekim Zanolini'nin belirttiği üzere idari usul öyle önemlidir ki idari cezayı bir yargılama organı verse bile o organın idari usul kurallarını uygulaması bir zorunluluktur.¹¹⁶ Zira idari ceza ile idari usul arasında ayrılmaz bir bütünlük ilişkisi bulunması nedeniyle idari cezanın idari usulden kopartılması, idari cezada kanunilik ilkesini bütünüyle anlamsız kılmaktadır.

Dördüncü olarak, idare hukukunun gelişim gösterebilmesi ve kanuni idare ilkesinin gerçekleştirilebilmesi de idari usule önem vermeyi gerektirir. Gerçekten de yukarıda yapılan incelemelerden anlaşılacağı üzere Birleşik Devletlerde idare hukuku daha çok idari süreçleri düzenleyerek gelişimini sağlamıştır. Daha açık bir deyişle, Birleşik Devletlerin idare hukuku prensipleri daha çok "usuli" (procedural) bir nitelik taşımaktadır. Bu bağlamda Birleşik Devletlerde idare hukuku çerçevesinde Devlet ve İdarenin "kanunilik" sınırları içerisinde kalması gerekmekte ve yürütme ve İdarenin kendilerine devredilen düzenleme yetkisinin sınırlarını aşmaması gerekmektedir. Bu olgudan kanuni idare ilkesinin, daha açık bir deyişle, idarenin yetki ve görevi çerçevesinde¹¹⁷ hareket etmesinin Birleşik Devletlerin idare hukukunun sistemi gereği olduğu ortaya çıkmaktadır. Kısacası, idarenin "hukuka uygun" (due process) bir şekilde hareket etmesi gerekmektedir. Bundan başka, Birleşik Devletlerin idare hukuku, idari birimlerin işlem ve eylemlerini nasıl yapacakları konusunda hükümler içermekte, bir başka deyişle, idare hukuku, bir dizi usuli işlemler bakımından anahtar bir konumda bulunmaktadır.¹¹⁸

¹¹⁴ Krş. Doğan Soyaslan, Yürütme Organının Suç ve Ceza Koyma Yetkisi, Kazancı Hukuk Yayınları No: 77, Ankara 1990, s. 143-144.

¹¹⁵ Krş. Mualla Öncel ve diğerleri, Uygulamalı Vergi Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s. 5.

¹¹⁶ Guidio Zanolini, İdari Müeyyideler (Çeviren, Yılmaz Günal), Ankara 1964, s. 122.

¹¹⁷ İdarenin yetki ve görevi dışında hareket etmesi, yukarıda belirtildiği üzere common-law hukukuna tabi ülkelerde ve bu arada Birleşik Devletlerde "ultra vires" olarak nitelendirilmektedir.

¹¹⁸ Carol Harlow, Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values, EJIL, Vol. 17, No.1, 2006, s. 192 ve dn. 19.

Bu incelemeden doğan üçüncü sonuç, idari ceza işlemlerine karşı yargısal denetimin etkin bir şekilde sağlanmasının gerekli olduğunun ortaya çıkmasıdır. Gerçekten de yapılan bu incelemeden anlaşılacağı üzere Birleşik Devletlerin idare hukukunun temel işlevi, kamu gücünün denetimi veya Shapiro'nun ifadesiyle "sınırlanmış devleti" (bounded government) sağlamaktır. Bir başka ifadeyle, Birleşik Devletlerin idare hukukunun ana işlevi; kamu görevlilerini, idari organizasyonların işlem ve eylemlerini tanımlamak olan hukuk devleti ilkesine bağlamaktır. Gerçekten de XIX. yüzyılda Batıda ana gövdesi oluşturulan idare hukuku, erklerin biçimsel veya işlevsel olarak ayırımına dayanan anayasal bir bağlamda ortaya çıkmıştır. Bu şekilde ortaya çıkan idare hukuku "sınırlı devlet" in ortaya çıkması için yoğun ve önemli bir savaşım vermiştir. Nitekim bakanlıkların işlem ve eylemlerinin yargısal denetimini öngören Birleşik Devletlerdeki 1803 yılındaki Marbury-Madison'a karşı davasında verilen karar, bu konuda verilebilecek en güzel örneği oluşturmaktadır. Birleşik Devletlerde günümüz idare hukuku sistemi de sınırlanmış bir devlet için önemli bir mücadeleye girişmiş ve idare hukukunun "yargısal denetim" unsuruna¹¹⁹ vurgu

¹¹⁹ Türkiye açısından da İdarenin tasarruflarının ve bu bağlamda idari ceza işlemlerinin etkin bir şekilde denetlenmesi Türk idare hukukunun temel hedefini oluşturmalıdır. Bu hedefi gerçekleştirebilmek için adli-idari yargı ayrılığının benimsendiği ülkede bütün idari ceza işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüm yerinin idari yargı organı olarak saptanması gerekmektedir. Zira ancak bu şekilde idare üzerinde etkin bir denetim sağlanabilmesi olanaklıdır. Bu gerçeğe rağmen idari suç ve cezalarda genel bir kanun niteliğini taşıyan 30.3.2005 tarih ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 3. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde; idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacağı belirtilmiş, Kanunun 27. maddesinin 1. fıkrasında idari ceza işlemlerine karşı genel görevli mahkeme, sulh ceza mahkemesi olarak saptanmıştır. Amerika Birleşik Devletlerinde adli-idari yargı ayrımı bulunmadığı için o ülkede idari ceza işlemlerine karşı yargı yolunun doğal olarak adli yargı olarak öngörülmesi, idari ceza işlemlerinin etkin bir şekilde yargı tarafından denetlenmesi esasına zarar vermez. Zira Birleşik Devletlerde adli yargı organları, idari ceza işleminin dayanağı olan düzenlemeyi "hükümsüz kılma" (null, void) yetkisine sahiptir. Buna karşın Türkiye'de sulh ceza mahkemeleri, idari ceza işleminin dayanağı olan idari düzenlemeyi iptal etme yetkisine sahip değildir. Bu yetkiye yalnızca idari yargı organları sahip olduğundan idari ceza işlemleri etkin bir şekilde yalnızca idari yargı tarafından denetlenebilir. Öte yandan Türkiye'de anayasal olarak adli-idari yargı rejimi öngörüldüğü için kamu gücünün kullanılmasıyla yapılan tüm idari işlemlere karşı idari yargı organının görevli kılınmaması Anayasaya aykırıdır. Nitekim Günday'ın isabetli olarak belirttiği üzere, idari yargının varlık nedeni, İdarenin denetlenmesinde uzman yargı kolu olması ve bu denetimi adli yargıya oranla daha etkili bir biçimde yapabilesidir. Yazar, ayrıca, idari yargının temel işlevinin, bireyleri ve toplulukları İdarenin hukuka aykırı işlem ve eylemlerinden koruması olduğunu, yargı birliği sistemini benimsemiş ülkelerde idari işlem ve eylemlerin yargısal denetiminin "genel mahkemelerde" (adli mahkemelerde) yapılmasının hukuk devleti ilkesi açısından bir sakınca doğurmadığını, zira bu ülkelerde adli mahkemeler tarafından yapılan denetimin etkili bir yargı denetimi olduğunu, adli mahkemelere hukuka aykırı buldukları idari işlemleri hükümsüz kılma yetkisinin verildiğini de belirtmektedir. Buna karşın, yazar, Türkiye gibi

yapılmıştır.¹²⁰

Çalışmamızdan çıkan dördüncü sonuç, Amerikan idare hukuku hakkında fikir edinilmesi ve bu fikrin büyük önem taşımasıdır. Zira idari suç ve cezalar, idare hukukunun bir kolunu oluşturan “cezai idare hukuku” tarafından incelenmektedir.¹²¹ ABD’nin cezai idare hukukunun incelemesinden, ülkenin idare hukuku hakkında kabaca bir fikir edinebilmek olanaklı olmuştur.¹²² Bu bağlamda ABD’nin idare hukukunun merkezini “kanunilik” ilkesinin oluşturduğu sonucuna ulaşılmıştır. Aslında söz konusu ilkenin idare hukukunun

idari rejimi benimsemiş olan ülkelerde adli mahkemelerin idari işlem ve eylemler üzerinde etkili denetim yetkisinden soyutlandığını ve bu yetkilerin idari yargı yerlerine verildiğini, dolayısıyla, idari rejimi benimsemiş ülkelerde idari işlem ve eylemlerin yargısal denetiminin adli mahkemelere bırakılmasının, bu işlem ve eylemler üzerinde yapılacak olan yargısal denetimi de etkisiz hale getireceğini ve bu durumun en başta Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine aykırı düşeceğini ifade etmektedir. Bkz. Metin Günday, İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları in Anayasa Yargısı, 14, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. : 36, Ankara 1997, s. 347 vd. Öte yandan, idari rejimi benimsemiş ülkelerde adli-idari yargı ayrımı belirlenirken İdarenin kamu gücünü kullandığı işlemlere karşı idari yargı mercilerinin görevli kılınması gerekir. İdari ceza verilirken kamu gücü kullanıldığına göre idari ceza işlemlerine karşı yargısal başvuru mercii olarak sadece idari yargının saptanması gerekir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hasan Dursun, Kabahatler Kanunu ve Kanun Hakkındaki Anayasa Mahkemesi Kararına Genel Bir Bakış, Legal Hukuk Dergisi, Yıl: 6, Sayı: 70, Ekim 2008, s. 3418-3423, 3425-3428.

¹²⁰ Harlow, s. 191 ve dn. 11-13.

¹²¹ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 6 vd.

¹²² Amerikan idare hukuku hakkında fikir edinebilmenin Türkiye açısından çeşitli faydaları bulunmaktadır. Her şeyden önce, Türkiye’de genellikle bir işin temelindeki arka plana bakmak yerine yüzeysel yaklaşım ön plana geçmekte ve Amerika Birleşik Devletlerinde idare hukukunun sınırlı bir gelişim gösterdiği sanılmaktadır. Bu sanı son derece yanlıştır. Zira Amerikan Federal İdare Hukukunun, XX. Yüzyıldaki gelişim seyrini incelemek, Türk idare hukukçuları için muhteşem bir deneyim sayılacaktır. Gerçekten de Birleşik Devletlerde “kamu hukuku kuramı” oldukça derin köklere sahip bulunmaktadır. Amerikan idare hukukunu anlamak, 30.3.2005 tarih ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu çoktan başka bir mecraya girmiş olan milli cezai idare hukukumuzun günümüzde yaşamakta olduğu ve “kurgu” kısmen değiştirilmedikçe içerisinden çıkamayacağı “kimlik bunalımı”nı (5326 sayılı Kabahatler Kanununun doğurduğu bunalım hakkında fazla bilgi için bkz. Dursun, Kabahatler Kanunu ve Kanun Hakkındaki Anayasa Mahkemesi Kararına Genel Bir Bakış, s. 3428 vd.) aşmakta yararlı, hatta “yol gösterici” olacaktır. Öte yandan, Amerikan idare hukukunun, kısmi olarak, regülatör idari kurumları hakkında sergilenen özellikleri ve gelişim çizgisi, Türkiye’nin güncel idare hukuku sorunları için çağrışımlarla dolu bulunmaktadır. Her ne kadar bu konularda kural olarak Avrupa’ya bakmak diye özetlenebilecek bir entelektüel yükümlülük altında bulunuyormuşuz şeklinde görünsek de öncelikle regülasyon ve bunun yönetimini insanlığa kazandıran A.B.D.’ye bakarsak oradan esinlenen Avrupa’nın “uyarlama çabaları” sonucunda özgün sistemde yarattığı deformasyon daha iyi kavranabilir. Böyle bir yaklaşım, dönüşüm ve başkalaşım içerisinde bulunan Türk idare hukuku ve bu meyanda Türk Bağımsız İdari Otoriteleri açısından daha uygun olacaktır. Fazla bilgi ve krş. için bkz. Berkarda, s. 87 vd, 107.

merkezini oluşturduğu sonucunun, idare hukuku prensiplerine bakılarak da ulaşılabilmesi olanaklıdır. Gerçi hukukçuların idare hukukundan beklentileri farklı olduğu için onlar arasında idare hukuku prensiplerinin tam olarak neleri kapsadığı konusunda bir görüş birliği bulunmamaktadır. Bununla birlikte idare hukuku, asgari olarak hukuka göre “iyi yönetim” (good government) ideallerini sağlamayı amaç edinen bir hukuk sistemi olduğu ve iyi yönetim idealini gerçekleştirebilmek için açıklık, adillik, katılım, hesap verilebilirlik, tutarlılık, makuliyet, yargısal ve yargı-dışı başvuru süreçlerine ulaşılabilirlik, *kanunilik* ve tarafsızlık “ideallerine” bağlı kalınarak elde edilebileceği duraksamasız bir şekilde kabul edilmektedir.¹²³

Birleşik Devletlerde idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulamasının irdelenmesinden son¹²⁴ sonuç ise, ülkenin idare hukukunun, “due process” (hukuk devleti) ilkesine dayanması¹²⁵ ve due process ilkesinin de “kanunilik” esasına dayalı olmasıdır. Bu bağlamda Birleşik Devletlerde suç ve cezada kanunilik ilkesinin benimsenmediği bir ortamda due process ilkesinin anlamsız kalacağı anlayışının benimsendiğini belirtmek gerekir.¹²⁶ Aslında hukuk devleti ilkesi “kanunilik” kavramına gerçek anlamını vermektedir. Gerçekten de hukuk devleti, sınırsız takdir yetkisi veya keyfiliğin amansız bir düşmanını oluşturmakta ve ancak bu şekilde kanunilik ilkesinin hedefi olan kişi hak ve özgürlüklerini koruma işlevi gerçekleştirilebilmektedir. Bu bağlamda suç ve cezada kanunilik ilkesinin hukuk devletinin kökenini oluşturduğu bilinciyle her türlü suç ve cezada ve bu arada idari suç ve cezada söz konusu ilkenin titizlikle uygulanması gerekir.¹²⁷

¹²³ Aronson, M. B. Dyer ve M. Groves, *Judicial Review of Administrative Action*, Third Edition, 2004, s. 1’den nak., Harlow, s. 193 ve dn. 23.

¹²⁴ Önem açısından son değil! (Last but not least). Hatta bu sonuç, en önemli sonucu oluşturmaktadır.

¹²⁵ Krş. Harlow, s. 192.

¹²⁶ Nitekim Schmid, hukuk devletinin temel niteliğinden birisini, kanunsuz suç ve ceza olmaz kuralının kabul edilerek kanunların “geçmişe” (retroactive) değil “geleceğe” (prospective) etkili olacağı anlayışının benimsenmesi olduğunu haklı olarak ifade etmektedir. Bkz. Alex P. Schmid, *United Nations Measures against Terrorism and the Work of the Terrorism Branch. The Rule of Law, Human Rights and Terrorism in Anti-Terrorist Measures and Human Rights*, s. 56, Editörler; Wolfgang Benedek and Alice Marangopoulos, Martinus Nijhoff Publishers, Koninklijke Brill NV, Leiden, The Netherlands 2004.

¹²⁷ Ancak Türkiye’de idari suç ve cezaların türlerini oluşturan gerek halka yönelik idari suç ve cezalar, gerekse disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulanmadığını belirtmek gerekir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, *İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi*, s. 197-380.

KAYNAKÇA

- Alexander D. Mark, Increased Judicial Scrunity for the Administrative Crime, Cornell Law Review, 77, 612, March 1992.
- Altıparmak Kerem, "Due Process of Law" Kavramının Amerikan Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme, AÜHFD, Cilt 45, sayı 1-4, Yıl 1996.
- Balta Bekir Tahsin, İdare Hukukuna Giriş, TODAİE Yayınları, Ankara 1968-1970.
- Berkarda Kemal, Amerika'da İdare Hukuku Var mı?, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Prof. Dr. Pertev Bilgen'e Armağan, Sayı: 1-3, Cilt:13, 2003.
- Breyer Stephen, The Court and The World, Vintage Books, New York 2016.
- Cadoppi Alberto, Nulla Poena Sine Lege And Scots Criminal Law: A Continental Perspective, The Juridical Review, Part 2, 1998.
- Curtis P. Charles, Review and Majority Rule in The Role of the Constitutional Text in Supreme Court and Supreme Law, Editör, Edmond Cahn, A Clarion Book, New York 1954.
- Dripps A. Donald, The Constitutional Status of the Reasonable Doubt Rule, California Law Review, Vol. 75, 1987.
- Dursun Hasan, Kabahatler Kanunu ve Kanun Hakkındaki Anayasa Mahkemesi Kararına Genel Bir Bakış, Legal Hukuk Dergisi, Yıl: 6, Sayı: 70, Ekim 2008.
- Dursun Hasan, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.
- Dursun Hasan, Fransa'da İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesinin Uygulanması, TAAD, Yıl. 8, Sayı: 31 (Temmuz 2017).
- Dursun Hasan, Suç ve Cezada Kanunilik İlkesinin Yazılı Dünya Tarihçesi, Adalet Dergisi, Sayı: 59, Eylül 2017.
- Erem Faruk, Ceza Usulü Hukuku, Üçüncü Bası, AÜHFY No.: 274, Ankara 1970.
- Gibson Calvin ve Lindquist A. Stefanie, Substantive Due Process and Public Personnel Decisions a Cautionary Tale from the Eighth Circuit, Review of Public Personnel Administration, Vol. 21, No.4, Winter 2001.
- Günday Metin, İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları in Anayasa Yargısı, 14, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. : 36, Ankara 1997.
- Güneş Turan, Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, AÜSBF Yayınları No: 191-173, Ankara 1965.
- Güran Sait, İfade Hürriyeti Üzerinde İdare'nin Yetkileri, İÜHFY No.: 289, İstanbul 1967.

Harlow Carol, Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values, EJIL, Vol. 17, No.1, 2006.

Harrigan, J. John, Politics and the American Future, Third Edition, McGraw-Hill 1992.

Johnson, C. William, Public Administration Partnerships in Public Service, Third Edition, Waveland Press Inc., USA 2004.

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.

Öncel Mualla, Ahmet Kumrulu ve Mustafa Akkaya, Uygulamalı Vergi Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2004.

Özay İl Han, Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004.

Paye Jean Claude, Hukuk Devletinin Sonu Olağanüstü Halden Diktatörlüğe Terörle Mücadele (Çev. G. Demet Lüküslü), İmge Kitabevi, Ankara 2009.

Plano C. Jack ve Greenberg Milton, The American Political Dictionary, Eighth Edition, Holt, Rinehart and Winston, Inc., Florida 1989.

Schmid P. Alex, United Nations Measures against Terrorism and the Work of the Terrorism Branch. The Rule of Law, Human Rights and Terrorism in Anti-Terrorist Measures and Human Rights, Editörler; Wolfgang Benedek and Alice Marangopoulos, Martinus Nijhoff Publishers, Koninklijke Brill NV, Leiden, The Netherlands, 2004.

Scheingold G. Stuart, The Politics of Rights, Yale University Press, USA 1974.

Schmitt Carl, Liberal Hukuk Devletinin İlkeleri ve Hukuk Devletinde Kanun Kavramı ("Der rechtsstaatliche Bestandteil der modernen Verfassung" verfassungslehre, 8. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1993'den çeviren Bilal Canatan) in Hukuk Devleti, Adres Yayınları, Ankara 2008.

Strauss, L. Peter, Amerikan (İdari) Devletinde Hukukun Üstünlüğü, II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi- İdari Yargının Dünyada Bugünkü Yeri, 10-14 Mayıs 1993, Ankara 1993.

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

Sürbehan Sadrettin, İdari Müeyyide ve İdari Ceza Hukuku, Türk İdare Dergisi, Yıl: 42, Sayı: 328, Ocak-Şubat 1971.

Süzek Sarper, İş Güvenliği Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara 1985.

Şahin Cenk, Amerikan Federal İdare Hukukunda “Regülasyon” (Ve Türk İdare Hukukuna Yansımaları), XII Levha Yayıncılık A.Ş. İstanbul 2010.

Vermeule Adrian, Our Schmittian Administrative Law, Harvard Law Review, Vol. 122,, 2009.

Zanobini Guidio, İdari Müeyyideler (Çeviren, Yılmaz Günal), Ankara 1964.

Wade H.W.R., Administrative Law, Sixth edition, Oxford University Press, Great Britain 1988.

Wilson, Q. James, American Government, Fifth Edition, D.C. Heath and Company, USA 1992.