

PAPER DETAILS

TITLE: FRANSA'DA IDARI SUÇ VE CEZALARDA KANUNILIK ILKESININ UYGULANMASI

AUTHORS: Hasan DURSUN

PAGES: 469-516

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/981510>

FRANSA'DA İDARİ SUÇ VE CEZALARDA KANUNİLİK İLKESİNİN UYGULANMASI

The Application Of Legality Principle On Administrative Crime And Punishments In France

Dr. Hasan DURSUN¹

Geliş Tarihi: 06.03.2017

Kabul Tarihi: 24.05.2017

ÖZET

Türk İdare Hukuku, Fransız İdare hukukundan esinlenmesine karşın, idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanması bakımından iki ayrıksı durum dışında Fransa'dan örnek alınacak husus bulunmamaktadır. Zira Fransız Anayasası ve mevzuatı yürütmeye idari suç ve ceza alanında özerk düzenleme yetkisi tanımışlar ve idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanması gerektiği anlayışını açıkça benimsememişlerdir. Yine suç ve ceza arasında ayrılmaz bir bütünlük ilişkisi bulunmasına karşın Fransız mevzuatı suç ve ceza'yı birbirinden ayırmış ve idari suçlarda kanunilik ilkesinin uygulanmasının şart olmadığı anlayışını benimsemiştir. Yine, idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesi, kişi hak ve özgürlüklerini koruma işlevini ancak genel nitelikli bir idari usul kanunuyla birlikte yerine getirebilmesi olanaklı olmasına Fransa'da böyle bir usul kanununun bulunmaması önemli bir eksiklik oluşturmıştır. Ancak bu koşullar altında, Fransız yargı organlarının özellikle Anayasa Konseyinin halka yönelik idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanmasının şart olduğu yönünde bir eğilim taşıması, yurttaşların, hak ve özgürlüklerini korumak ve geliştirmek bakımından büyük önem taşımaktadır. Türk Anayasasının 38. maddesinin 1. ve 3. fıkralarında her türlü suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanacağı örtük olarak belirtilmesine karşın Anayasa Mahkemesi ve Danıştay aksine bir tutum takınmışlar ve idari suç ve ceza'yı birbirinden ayırarak idari suçlarda kanunilik ilkesinin uygulanmasının gerekli olmadığı anlayışını benimsemişlerdir. Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın bu tutumu sonucu kişilerin hak ve özgürlükleri büyük bir tehlike altında bırakılmıştır. Zira kişi hak ve özgürlükleri idari suçlarda da kanunilik ilkesinin benimsenmesiyle korunabilir. Bu bağlamda kanunilik ilkesinin idari suç ve cezalarda benimsenmesi, ceza hukuku suç ve cezalarında benimsenmesinden daha fazla önem taşımaktadır. Zira yargının aksine idare ne bağımsız ne de tarafsızdır.

Anahtar Kelimeler: İdari Suç ve Ceza, Suç ve Ceza Kanunilik İlkesi, Halka Yönelik İdari Suç ve Ceza, Disiplin Suç ve Cezası, İdari Usul.

ABSTRACT

Although Turkish administrative law inspired from France administrative law, except two condition, there is no point taking example France at the application the legality principle on the administrative crimes and punishments. This is because French Constitution and legislation acknowledged the power of arrangement within the field of administrative crimes and punishments for the execution and overtly did not accept the condition that the legality principle must be applied on the administrative crimes and punishments. Again, although there is indivisible unity relation between crime and punishment, French legislation broke down the crime and punishment from each other and adopted the mentality that there is no requirement the application legality principle on administrative crimes. Again, the legality principle on administrative crimes and punishments can fulfill its mission to protect human's basic rights and freedoms with the general administrative procedure act. The missing general administrative procedure act in France is a considerable deficiency. Nevertheless, under that condition, French judicial organs particularly "Constitutional Council" (Conseil constitutionnel) makes a tendency that it is required applying the legality principle on publicly targeted administrative crimes and punishments. That tendency is appropriate to protect and develop human's rights and freedoms. Inasmuch as nullum crimen nulla poena sine lege principle holds key for protecting and developing human's rights and freedoms. Although Turkish Constitution Article 38 paragraph 1 and 3 covertly denote that in every types of crimes and punishments is necessary to apply legality principle, Constitutional Court and Council of State assume counter-attitude and they divided administrative crime and administrative act 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 as the legality principle can protect human's rights and punishments embracing the principle as well in administrative crimes. Within that context, legality principle is more necessary in administrative crime and punishments than criminal law. Because contrary to justice, administration is neither independent nor impartial.

Keywords: Administrative Crime and Punishment, Nullum Crimen Nulla Poena Sine lege "Legality" Principle, Publicly Targeted Crimes and Punishments, Discipline Crimes and Punishments, Administrative Procedure.

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

1. GİRİŞ

Bu çalışmada Kıta Avrupası hukukuna tabi ülkelerden Fransa'da idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanması üzerinde durulacaktır. İnceleme yapılırken idari suç ve cezalar arasında; "halka yönelik idari suç ve cezalar" ile "disiplin suç ve cezaları" şeklinde bir ayırım² yapılacak ve bunların her birinde söz konusu ilkenin nasıl uygulandığı irdelenecektir. Çalışmanın oylumunu arttırmamak için ise disiplin suç ve cezaları bakımından araştırma yapılırken ağırlıklı olarak kamu görevlileri hakkında öngörülen disiplin suç ve cezaları üzerinde durulacaktır.³

İdari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanması konusunda Kıta Avrupası hukuk dizgesine sahip olan ülkelerden Fransa'nın seçimi bilinçli olarak yapılmıştır. Zira Türk idare hukukunun esin kaynağını Fransız idare hukuku oluşturduğundan Fransa'daki idari suç ve cezalarda kanunilik uygulamalarının Türkiye açısından bir esin kaynağı olmaya layık olup olmadığı saptanacaktır.

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

I. FRANSIZ ANAYASASINDA KANUNİLİK İLKESİ

Suç ve cezada kanunilik ilkesinin Fransız Anayasasındaki düzenleme tarzına bakmadan önce söz konusu ilkenin tarihçesine kısaca değinmek uygun olacaktır. Zira özellikle Fransız Devrimiyle birlikte suç ve cezada kanunilik

² İdare ile kişi arasında izin, ruhsat veya İdarenin bünyesinde çalışma gibi idareyle arasında bir bağ olan kişiler için öngörülen idari suç ve cezalar, disiplin suç ve cezalarını, buna karşın böyle bir bağ olmadığı durumlarda öngörülen idari suç ve cezalar, halka yönelik idari suç ve cezaları oluşturur. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. HasanDursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 197 vd.

³ Az önce belirtildiği üzere disiplin suç ve cezaları oldukça geniş kapsamlıdır. Örneğin İdare ile kişi arasında "özel bağ" (specialhardship) bulunduğu için verilen bir "ruhsat iptali" cezası, "disiplin cezası" sayılır.

⁴ Çok sayıda düşünürün benimsediği üzere anayasa hukuku, idare hukukunun fasıl başlarını, bir başka deyişle, idare hukuku, anayasa hukukunun somut görünümünü oluşturmakta, hatta Turan Güneş'in isabetli olarak belirttiği üzere idare hukukunun ana prensipleri, Anayasada bulunmaktadır. Bu bağlamda, Güneş, anayasanın, anayasa hukukunun ne derece kaynağı ise idare hukukunun da o derece kaynağı olduğunu, daha açıkçası kamu hukukunun bir bütün olduğunu belirtmektedir. Bkz. TuranGüneş, Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, AÜSBF Yayınları No: 191-173, Ankara 1965, s. 2.Yine Almanya Federal İdare Mahkemesi önceki başkanlarından F. Werner'in ifadesiyle idare hukuku, anayasa hukukunun somutlaştırılmış şeklidir. Almanya Federal İdare Mahkemesi önceki başkanlarından H. Sendler ise bu ilişkiyi açıklarken yalnızca anayasa hukukunun somut açıklamasını idare hukukunda bulmakla kalmayıp, örneğin "dengeli karar" ve "orantılılık" ilkesi gibi idare hukukunun birçok ilkelerinin de anayasadan türetildiğini belirtmiştir.Bkz. Jurgenschwarze, European Administrative Law, Revised 1st Edition, Sweet and Maxwell, London 2006, s. 116-117 ve dn.12-13.

ilkesi, evrensel olarak ceza hukukunun temel bir ilkesi haline gelmiş ve bilinir kılınmıştır. Gerçekten de Ancel'in belirttiği üzere, kanunsuz suç ve ceza olmaz kuralının, XVIII. yüzyıl sonunda ceza hukukunun temel prensiplerinden birisi haline gelmesinin ana nedenini, 1789 Fransız Devrimi oluşturur. Gerçekten de söz konusu ilke, tarihsel bakımdan Fransız İhtilalini belirginleştiren fikirler harekâtının hukuki bakımdan sonuçlarından birisini meydana getirmiştir. Özellikle Fransa'da ilke, ihtilalden önceki rejimin doğurduğu keyfi muamele korkusundan doğmuştur. Bu dönemde yargıçlar "keyfi cezalar" dizgesi gereğince aşırı yetkiye sahip bulunmuşlardır.⁵

Hâlbuki Fransız Devrimi, 26 Ağustos 1789 tarihinde Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesini ilan etmiş ve bu bildirmede kişi özgürlüğü, en kıymetli unsur olarak değerlendirilmiştir. Hukuksal açıdan bu fikirler hareketi doğal olarak baştanbaşa bütün mevzuatı kanunilik ilkesi üzerine dayandırmaya yol açmış, kişi özgürlüğünün ancak kanunla sınırlanabileceği ve kanunun da ancak ulusal iradedden doğacağı esası kabul edilmiş ve böylelikle yargıcın yetkisi oldukça fazla bir şekilde kısıtlanmıştır. Nitekim 1804 tarihli Fransız Medeni Kanununun 5. maddesinde; yargıçların kendilerine intikal eden davalarda genel ve düzenleyici kurallara başvurmaları yasaklanmıştır.⁶ Bu bağlamda Fransız Devrimi sonucu yargıcın yetkisi özel hukuk sorunlarında bile dar olarak saptanırken, ceza hukuku alanında daha da daraltılmıştır.⁷ Bu tarihsel bilgilerden sonra Fransız Anayasasının yapısı ve kanunilik ilkesi hakkındaki hükümlerinin incelenmesi yerinde olacaktır.

Yürürlükteki 4 Ekim 1958 tarihli Fransız V. Cumhuriyet Anayasasının⁸ temel özelliklerinden işe başlamak gerekirse, bunlardan ilkin, rejimi yarı-başkanlık haline getirecek ölçüde Cumhurbaşkanı aşırı yetkilerin tanınmış olması oluşturur. İkinci olarak, Parlamento zayıflamış, buna karşın yürütme organı, güçlü, özerk ve tek elci düzenleme yetkisine kavuşmuştur.⁹ Üçüncü olarak ise yasama işlevi ile yürütme işlevi birbirinden sert bir şekilde ayrılmıştır.¹⁰

⁵ Marc Ancel, Muasır Mevzuatta "Kanunsuz ceza olmaz" Kaidesi, Adliye Ceridesi, Yıl: 29, 1938, s. 1327-1328.

⁶ Fransız Medeni Kanununun 5. maddesinde yer alan bu hüküm, günümüzde bile geçerli bulunmaktadır.

⁷ Ancel, s. 1328.

⁸ 1958 yılında yürürlüğe giren Fransız Anayasasının İngilizce tam metni için bkz. <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/english/constitution/constitution-of-4-october-1958.25742.html>, Erişim Tarihi, 23.2.2017).

⁹ Fransa'da yürütme organının, 1958 Anayasasıyla kavuştuğu özerk ve tek elci düzenleme yetkisinin tarihçesi, gerekçesi ve niteliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kazım Burak Öztürk, Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 35-48, 112 vd.

¹⁰ Bkz. Murat Sarıca, Fransa'nın V inci Cumhuriyet Anayasası, İÜHFM, Cilt: XXVII, Sayı: 1-4, 1962, s. 92.

Az önce yürürlükteki 4 Ekim 1958 tarihli Fransız Anayasasının en temel özelliklerinden birisini, yürütme organının güçlü bir konuma getirilmesi olduğu belirtilmişti. Gerçekten de yürürlükteki Fransız Anayasasında yürütmenin ve onun içinde de özellikle Cumhurbaşkanının yetkilerini artırılmış ve ona üstün bir mevki sağlanmıştır.¹¹ Cumhurbaşkanına tanınan “olağanüstü hal” (acil durum) yetkileri konusunda Anayasanın 16. maddesi oldukça dikkat çekmektedir. Bu maddenin 1. fıkrasında; Cumhuriyet’in kurumları, ülkenin bağımsızlığı, milli bütünlüğü veya uluslararası yükümlülüğün yerine getirilmesi ciddi ve ağır bir tehlikeye düştüğü ve anayasal kurumların düzenli işleyişi sekteye uğradığı takdirde Cumhurbaşkanının “resmi” (formel) olarak Başbakan, Parlamentonun iki kanadının Başkanları ve “Anayasa Konseyi” (AK) ile görüşükten sonra durumun gerektirdiği bütün önlemleri alacağı ifade edilmiş, bu maddenin 2. fıkrasında ise Cumhurbaşkanının durumdan ve aldığı önlemlerden halkı bilgilendireceği belirtilmiştir.¹² Görüldüğü üzere olağanüstü durumlarda Cumhurbaşkanı, bütün anayasal kurumların yerini almakta ve yetkileri sınırsız bir biçimde artmaktadır.¹³

Cumhurbaşkanının, Anayasanın 16. maddesinde öngörülen olağanüstü yetkiyi kullanabilmesi için iki temel koşulun bulunması gerekmektedir. Bunlardan ilki, oldukça belirsiz bir şart niteliğini taşımakta olup Cumhuriyet’in kurumları, ülkenin bağımsızlığı, milli bütünlüğü veya uluslararası yükümlülüğün yerine getirilmesinin ciddi ve ağır bir tehlikeye düşmesidir. Bu hallerin neler olduğunun açık ve kesin bir şekilde belirtilmesi olanaklı olmasa da bir isyan hareketi, siyasi komplo, yabancı bir devletin “ültime” (kesin uyarı) vermesi, Parlamentonun mevcut bir uluslararası antlaşmayı feshetmesi veya bu antlaşmaya karşı olup iktidar geldiklerinde onu feshedeceğini bildiren parti veya partilerin seçimi kazanması, yerel isyanlar bu durumlara örnek olarak gösterilebilir. İkinci koşul ise daha sınırlayıcı bir koşul olup birinci şartta belirtilen durumların, anayasal kurumların düzenli işleyişini sekteye uğratması gereğidir.¹⁴

Anayasanın 16. maddesinde sayılan bu temel koşullar dışında bağlayıcı olmayan “ikincil” (tali) nitelikte bazı koşulların da bulunması gerekmektedir. Bunlardan ilki, yukarıda belirtildiği üzere Cumhurbaşkanının resmi olarak Başbakan, Parlamentonun iki kanadının Başkanları ve Anayasa Konseyi ile görüşükten sonra bu kararı alması ve maddenin 2. fıkrası gereği, Cumhurbaşkanının durumdan ve aldığı önlemler hakkında halkı bilgilendirmesidir. Bununla birlikte, bu ikincil koşullar yerine getirilmese bile

¹¹ Sarıca, s. 65.

¹² Fransız Anayasasının İngilizce metninden yapılan bu çeviri tarafımıza aittir.

¹³ Sarıca, s. 70.

¹⁴ Sarıca, s. 70-71.

Cumhurbaşkanının “acil durum” kararı alabilmesinin önünde hukuksal bir engel bulunmamaktadır.

Cumhurbaşkanının 16. madde gereğince acil durum ilan etmesinin ve bu halin gerektiği önlemleri alabilmesinin, kanımızca, idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanmasına derin yansımaları olacaktır. Bu bağlamda, Cumhurbaşkanı her şeyden önce yasama organının yerine geçmiş olacaktır. Gerçi Anayasanın 16. maddesinin 3. ve 4. fıkralarında, Cumhurbaşkanının böyle bir önlem aldığı takdirde Parlamentonun kendiliğinden toplanacağı ve olağanüstü hal yetkilerinin kullanılması döneminde Meclisin feshedilemeyeceği belirtilse de kanımızca söz konusu karar süresince Parlamentonun yasama görevini yerine getirebilmesi pek olası değildir. Aslında Parlamentonun bu dönemde dağıtılamamasının temel nedenini, Cumhurbaşkanının yetkilerini kötüye kullanması durumunda Meclisin onu Yüce Divana gönderebilmesi oluşturur.¹⁵ Cumhurbaşkanı acil durum yetkilerini kullandığı dönemde, zaten normal dönemde yürütmenin başı olduğuna göre, yürütme yetkisini de tek başına kullanabilecektir.¹⁶ Cumhurbaşkanı acil durum döneminde, yasama ve yürütme yetkisini tek başına kullandığına ve yaptığı işlemlere karşı da yargı yoluna başvurulamayacağına göre bu dönemde kanımızca ne ceza hukukuna giren suç ve cezalarda ne de cezai idari hukukunun kapsamına giren idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesi uygulanabilecektir. Zira bu dönemde Cumhurbaşkanı idari suç ve cezaya yönelik kanun koysa hatta söz konusu cezayı uygulasa bile bu işlemlere karşı yargı yoluna başvurulamayacağına¹⁷ göre koyduğu veya uyguladığı normun kanunilik ilkesi bakımından değerlendirilmesinin yapılması olanaksız hale gelecektir.¹⁸

¹⁵ Bkz. Sarica, s. 71.

¹⁶ Ancak Cumhurbaşkanının acil durum kararını ilan ettiği dönemlerde yargı yetkisini kullanabilmesi kanımızca olanaksızdır. Bu sonuca yine Anayasanın 16. maddesinin incelenmesi sonucu ulaşmaktayız. Gerçekten de Anayasanın 16. maddesinin 3. fıkrasında, Cumhurbaşkanının anayasal kurumların görevlerini yapabilmesi doğrultusunda acil önlemleri alırken Anayasa Konseyine danışacağı ifade edilmiş, 6. (son) fıkrasında ise Anayasa Konseyinin acil durum döneminin bitiminden belirli bir müddet geçtikten sonra acil durum koşullarının bulunup bulunmadığını ilan edeceği belirtilmiştir. Görüldüğü üzere, acil durum döneminde bile Anayasa Konseyinin çalışması sekteye uğramamakta, bu dönemle ilgili olarak Konseyin görev yapması esası kabul edilmektedir. Anayasa Mahkemesinin eşiti olan Anayasa Konseyinin bu dönemde görev yapması kabul edildiğine göre, Cumhurbaşkanının acil durum döneminde bile herhangi bir yargı yetkisini kullanamayacağı sonucuna varmak olanaklıdır.

¹⁷ Zira Anayasanın 16. maddesi gereğince Cumhurbaşkanının yapacağı düzenlemeler AK’nin ön incelemesinden geçtikten sonra Cumhurbaşkanı tarafından imzalanarak yürürlüğe girmekte ve yargı denetimi altında bulunmamaktadır. Bkz. Jean Waline, *Droit administratif*, 22^e édition, Éditions Dalloz, Paris 2008, s. 308.

¹⁸ Günümüzde olağanüstü dönemlerde Cumhurbaşkanına bu şekilde sınırsız bir yetki verilmesi bakımından Fransa ayrık bir durumu oluşturmaktadır. Üstelik Fransa’da

Söz, Fransız Anayasasının yürütme organına aşırı yetki vererek kanunilik ilkesini ortadan kaldıran hükümlerinden açılmışken, diğer Anayasa hükümlerinde bu tipte kurallara yer verilip verilmediğini irdelemek uygun olacaktır. Burada hemen şu hususu belirtmek gerekir ki Fransız Anayasasında yürütme organına özerk düzenleme yetkisi vererek, suç ve cezada kanunilik ilkesini ortadan kaldıran oldukça fazla sayıda hüküm bulunmaktadır. Bu hükümleri sırasıyla irdelemek yerinde olacaktır.

Yürütme organına aşırı yetki vererek suç ve cezada kanunilik ilkesini bulanıklaştıran veya ortadan kaldıran hükümlerden birisini, Anayasanın 38. maddesi oluşturur. Bu maddede; hükümetin, programını yürütebilmek için geçici süreliğine normal olarak kanuna konu olan önlemlerin “kararname” (ordonnance) ile yapılması için Parlamentodan izin isteyeceği, bu izin üzerine Danıştay’ın görüşü alındıktan sonra kararnamenin Bakanlar Kurulu tarafından çıkartılacağı, yayımlanmalarını takiben yürürlüğe gireceği, kararname için verilen iznin yetki kanunu tasarısı haline getirilerek kararname çıkartma süresi bitmeden önce Parlamenteoya sunulmazsa geçersiz hale geleceği, Parlamenteonun yetki kanununu açıkça onaylaması gerektiği, kanun konusu olan alanda yapılacak kararnamenin çıkartma süresi bittikten sonra ancak kanunla değiştirilebileceği ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere, Anayasanın 38. maddesindeki koşullara uyan bir kararname ile geçici bir süre olsa bile idari suç ve ceza konulabilecektir ki bu durumun “kanunilik” ilkesinin “kanunun tekelciliği” alt ilkesine¹⁹ aykırılık oluşturduğu ortadadır.

Cumhurbaşkanının bu yetkisini kullandığı dönemler de bulunmuştur. Gerçekten de örneğin Cumhurbaşkanı de Gaulle Nisan 1961 ile Eylül 1961 tarihleri arasında bu yetkiyi kullanmıştır. Fransız Cumhurbaşkanına verilen bu kadar aşırı yetkilerin örneklerine diğer çağcıl ülkelerde rastlanılmamasına karşın, tarihte bazı örnekleri bulunmaktadır. Gerçekten de Rus çarları ile Roma Devletinde fevkalade hallerde diktatörler böyle aşırı yetkilere sahip olmuşlardır. Krş. Sarıca, s. 71. Bununla birlikte tarihte çar ve diktatörlerin böyle yetkiye sahip olmasının Fransız Cumhurbaşkanına bu şekilde olağanüstü yetki verilmesini haklı çıkarmayacağı konusunda Fransız öğretisi neredeyse oydaşı içerisinde bulunmaktadır. Örneğin Fransız öğretisinden DoyenVedel, Anayasanın 16. maddesinin, Fransız Cumhurbaşkanına diktatör olma yetkisi sağladığını ifade etmiş, (nak.Jean,WalineDroitadministratif, 22e édition, ÉditionsDalloz, Paris 2008.s. 308) Waline ise aynı yerde Vedel’e katılarak bu madde gereği Cumhurbaşkanının yargı yetkisi dışında her şeye yetkili olduğunu, bu çerçevede Cumhurbaşkanının hem genel hem de birel işlem yapabileceğini ifade ederek durumun vahametini ortaya koymuştur. Waline, Anayasanın 16. maddesi gereği Cumhurbaşkanının yapabileceği işlemlerin devletin normal işlevini sağlama doğrultusunda olması gerektiğini de eklemiştir.

¹⁹ Suç ve cezada kanunilik ilkesinin alt ilkelerini “kanunun tekelciliği”, “kanunun açıklığı” ve “kanunun geçmişe uygulanmazlığı” alt ilkeleri oluşturmaktadır. Kanunun tekelciliği alt ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 26-76.

Aslında Anayasanın 16. ve 38. maddesi, Fransa'yı kolaylıkla diktatörlük yönetimine çevirici hükümler içermesinden dolayı oldukça tehlikelidir. Gerçekten de Sarıca'nın belirttiği üzere, parlamentonun işlemediği veya gölgede kaldığı rejimler, o ülkede liberal özgürlüklerden bir süre bahsedilse bile diktatörlük olduğundan²⁰ bu vargının özellikle Anayasanın 16 ve 38. maddeleri bağlamında, Fransa açısından bir hayli geçerli olduğu açıktır.

Yürütme organına aşırı yetki vererek suç ve ceza, özellikle idari suç ve cezada kanunilik ilkesini ortadan kaldıran bir başka durumu, Anayasanın 21. maddesi oluşturur. Gerçekten de Anayasanın 21. maddesinin 1. fıkrasında, Başbakanın hükümetin faaliyetlerini yöneteceği, ulusal savunmadan sorumlu olduğu, yasaların yürütülmesini sağlayacağı ve belirli koşullara bağlı olarak²¹ düzenleme yapmaya yetkili olduğu ve sivil ile askeri makamlara atama yapacağı ifade edilmiştir. İşte Fransız kamu hukuku öğretisi, bu hükümden hareketle, İdarenin özerk düzenleme yetkisi dışında kanunların yürütülmesini sağlamak bağlamında da düzenleme yetkisine sahip olduğu sonucuna ulaşmıştır. Hatta Fransız Anayasa Konseyi (AK), 17.1.1989 tarihinde vermiş olduğu bir kararda, Anayasanın 21. maddesinde başbakana verilen yetki ve görevlerin, yasa ile başbakan dışındaki idari mercilere o kanunu yürütmek için düzenleme yetkisi tanınmasına engel olmadığını belirtmiştir.²²

Anayasanın 21. maddesinin 1. fıkrasında verilen yetkiye dayalı olarak Fransız başbakanlarının idari suç ve ceza kuralı koyması uygulamasına rastlanılmıştır. Örneğin Fransız Başbakanı bu fıkra da belirtilen yetkiyi dayanak olarak alıp 28 Haziran 1973 tarihinde bir kararname çıkartmış, kararnameyle motosiklet sürücülerinin kask, araba sürücülerinin ise emniyet kemeri takmasını zorunlu kılmıştır. Fransız Yargıtay'ı 20 Mart 1980 tarihinde vermiş olduğu bir kararda, söz konusu kararnamenin kanunilik ilkesine uygun olduğunu belirtmiş, Danıştay ise 22 Ocak 1982 tarihinde vermiş olduğu kararda, hukukilik denetimi yerine yerindelik denetimi yaparak söz konusu kararnamenin kazalarda ölüm ve yaralanmaları azalttığı için uygun olduğu sonucuna varmıştır.²³ Fransız Yargıtay'ı ve Danıştay'ının bu kararlarına katılabilmek olanaksızdır. Zira Başbakan söz konusu kararnameyle idari suç ve ceza koyarak kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesine aykırı davrandığı gibi ileride ayrıntılı bir şekilde anlatılacak olan Anayasanın 34. maddesine de aykırı davranmıştır.

Yürütme organına aşırı yetki sağlayarak suç ve ceza ve bu arada idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesini ortadan kaldıran bir diğer durumu,

²⁰ Sarıca, s. 95.

²¹ Anayasanın 13. maddesindeki koşullara bağlı olarak.

²² Öztürk, s. 103.

²³ André de Laubadère, Jean-Clade Venezia ve Yves Gaudemet, *Traité De Droit Administratif* Tome 1, 12^e Édition, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, Paris 1992, s. 709.

Anayasanın 36. maddesi oluşturmaktadır.²⁴ Anayasanın bu maddesinde “sıkıyönetim” (l'état de siège) kararının Bakanlar Kurulu tarafından verileceği ve 12 günden sonraki uzatma durumlarının yalnızca Parlamento tarafından yapılabileceği ifade edilmiştir. Fransa'da sıkıyönetim ilan edilmesinin önemli sonuçları bulunmaktadır. Bu bağlamda sıkıyönetimin ilanı ile sivil yetkililerin görevlerinin askeri makamlara geçtiğini, polisin yetkilerinin artırıldığını ve devlete karşı işlenen suçlarda yetkili olan ceza mahkemelerinin görevlerinin askeri mahkemelere geçtiğini belirtmek gerekir.²⁵ Özellikle ilk iki sonucun idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesine önemli darbeler vuracağı ortadadır.

Fransa'da idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesini ortadan kaldıran bir başka durumu, “olağanüstü hal” (l'état d'urgence) olarak betimlemek olanaklıdır. Fransa'da olağanüstü hal kararında da az önce bahsedilen sıkıyönetim durumunda uygulanan esaslar uygulanmaktadır.²⁶ Danıştay özellikle 1985 yılından itibaren vermiş olduğu kararlarda sıkıyönetim ve olağanüstü hal döneminde yapılan işlemlerin sınırlı bir şekilde yargı denetimine tabi olacağını belirtmiştir.²⁷ Ayrıca Fransa'da, sıkıyönetim ve olağanüstü halde, polisin yetkileri çoğalmakta ve mahkeme kararına gerek olmaksızın idari otoriteler, kişi hak ve özgürlüklerini ihlal edebilmektedir.²⁸ Hatta bu dönemlerde Danıştay'ın istikrar bulmuş içtihatlarıyla, polisin yasal dayanak olmaksızın bile bazı idari cezaları uygulayabileceği esası benimsenmiştir.²⁹ Fransa'da sıkıyönetim ve olağanüstü dönemlerde yargı denetiminin hafifletilmesi veya yasal dayanak olmaksızın polisin idari yaptırım ve bu arada idari ceza verebilmesinin kanunilik ilkesini büyük ölçüde tahrip edeceği açıktır.

Bu ayrıkı durumlar dışında, Fransa'da, hiçbir zaman yürütme organına özerk bir şekilde ceza verme yetkisinin tanınmadığını belirtmek gerekir. Daha açık bir deyişle, Fransız Parlamentosu, çeşitli iktisadi, siyasi, idari ve ekonomik nedenlerle yürütme organlarına düzenleme yapma, bir başka deyişle idari suç koyma yetkisi vermişler, ancak o fiillerin cezalarını her zaman bizzat kendisi

²⁴ Anayasanın 35. maddesinde ise “savaş ilanı” durumu düzenlenmektedir. Savaş ilanı kararının verildiği durumlarda idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesi doğası gereği ortadan kaldırıldığı için bu konu üzerinde ayrıca durulması gereksizdir.

²⁵ Waline, , s. 309, de Laubadère-Venezia-Gaudemet, s. 721.

²⁶ Bununla birlikte olağanüstü halin ilanı ve uzatılması konusunda tek yetkili makamı, Bakanlar Kurulu oluşturmaktadır. Bkz. de Laubadère-Venezia-Gaudemet, s. 722.

²⁷ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Waline, s. 309-312.

²⁸ de Laubadère-Venezia-Gaudemet, s. 720. Yazarlar burada İkinci Dünya Savaşının yapıldığı 1939 ila 1945 yılları ile Cezayir Savaşının olduğu 1957-1958 yılları arasında polisin, kişi hak ve özgürlüklerini önemli ölçüde sınırlandırdığını ifade etmektedirler.

²⁹ Fazla bilgi için bkz. de Laubadère-Venezia-Gaudemet, s. 723. Bununla birlikte, yargısal içtihatlarla olağanüstü hal ve sıkıyönetim döneminde yapılacak işlemler ve bu arada idari suç ve ceza işlemlerinin “ölçülülük” ilkesine uygun olması gerektiği aranmıştır. Konu hakkında fazla bilgi için bkz. Waline, s. 312 vd.

saptamıştır. Fransa’da yürütme organından kastedilen hususun, bakanlıklar, valilik, belediye başkanlığı,³⁰ askeri makamlar ve diğer kamu kuruluşlarının olduğunu belirtmek gerekir.³¹

Bu açıklamalardan sonra mevcut 4 Ekim 1958 tarihli Fransız V. Cumhuriyet Anayasasının suç ve cezada kanunilik ilkesi hakkındaki hükümlerinin incelenmesi uygun olacaktır. Bu hükümlerden ilki Anayasanın Başlangıç kısmıdır. Anayasanın Başlangıç kısmında 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesine ve 1946 Anayasasının Başlangıç Kısımına yollama yapılmıştır. 26 Ağustos 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesinin 8. maddesinde,³² suç ve cezada kanunilik ilkesi açıkça benimsemiştir. İşte 1958 Anayasası, söz konusu bildirgeyle bir bağ kurmuştur. Gerçekten de bu anayasanın Başlangıç kısmının, gerek 1789 ilkelerine gerekse bu ilkeleri tamamlayan ve bir kez daha yineleyen 1946 Anayasasının Başlangıç bölümüne gönderme yapmak yoluyla aynı ilkeleri koruyucu nitelikte bir işlev üstlendiğini belirtmek gerekir.³³

1958 Anayasasının Başlangıç kısmında, yalnızca 1789 Bildirgesinde belirtilen “insan hakları ve ulusal egemenlik” ilkelerine yollama yapılmıştır.³⁴ 1789 Bildirgesinin tümünün veya yalnızca yollama yapılan kısmının pozitif

³⁰ Ancak burada şu hususu hemen ifade etmek gerekir ki Fransa’da yerel yönetim organları hiç bir şekilde idari ceza koymaya yetkili değildir. Zira Anayasanın 34. maddesi ile 72. maddesi böyle bir duruma olanak vermemektedir. Bkz. Frank Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, Economica, Paris 1993, s. 147.

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

³² Bu madde hükmü şu şekildedir: “Kanunun ancak ciddi ve açık bir şekilde gerekli cezalar koyması lazımdır. Bir kimse, ancak suçun işlenmesinden önce kabul edilerek yürürlüğe giren ve usulüne uygun bir şekilde uygulanan bir kanun uyarınca cezalandırılır.” Bkz. Aydoğan Özman, İnsan Hakları ile İlgili Temel Metinler, Birleşmiş Milletler İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Sağlama ve Koruma Türk Grubu, Ankara 1967, s. 11-12.

³³ Francois-GentotGazier, Bruno Michel-Genevois, 1789 İlke ve Düşüncelerinin, Anayasa Konseyi ve Conseil D’Etat Kararlarına Etkisi (Çeviren Celal Erkut), İHİD, Sayı 1-3, Yıl 10, 1989, s. 89. 1946 Anayasasının “Başlangıç” kısmının ilk paragrafı şu şekildedir: “Hür milletlerin beşer kişiliğini kendilerine teslim etmeye ve itibardan düşürmeye kalkışmış olan rejimlere karşı kazandıkları Zafer ertesinde Fransız Ulusu her insanın ırk, din ve inanç farkı gözetilmeksizin devredilmez ve kutsal haklara sahip olduğunu yeniden ilan eder. 1789 tarihli haklar demecinde yazılı insan ve yurttaş hak ve özgürlükleri ile Cumhuriyet kanunlarınca tanınmış bulunan ana prensipleri resmen teyit eder.” 1946 tarihli Fransa Cumhuriyet Anayasasının Türkçe tam metni için bkz. Bülent Nuri Esen, Fransa Cumhuriyeti Anayasası, AÜHFD, Cilt 5, Sayı 1-4, 1948, s. 1-17.

³⁴ 1958 Anayasasının Başlangıç kısmının ilk paragrafının son hali şu şekildedir: “Fransız halkı, 1789 Beyannamesinde tanımlanan, 1946 Anayasasının başlangıç kısmında teyit edilip tamamlanan insan haklarına ve milli egemenlik ilkelerine, aynı şekilde 2004 Çevre Şartında belirtilen hak ve ödevlere bağlılığını ihtişamla ilan eder”. Bkz. ([https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/Fransa-TR \(4.10.1958\).pdf](https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/Fransa-TR%20(4.10.1958).pdf), Erişim Tarihi, 30.3.2012). 1.3.2017 tarihi itibarıyla TBMM’nin internet sitesinden ülke anayasalarına ulaşılamamıştır.

Anayasa metni³⁵ olduğu konusunda AK'nin açık bir içtihadı bulunmamaktadır. Bununla birlikte öğretide kimi yazarlar, Konseyin yalnızca 1958 Anayasasının Bildirgeye yollama yaptığı ilkeleri benimsediğini ileri sürmüş, buna karşın, öğretide baskın olan diğer yazarlar ise Konseyin salt yollama yapılan ilkeleri değil, Bildirgenin tümünün³⁶ Anayasa metnine dâhil olduğunu savunmuşlardır. Bacot'un belirttiği üzere, öğretide baskın olan görüş daha doğrudur. Çünkü 1958 Anayasası ve 1958 Anayasasının salt Başlangıç kısmına yollama yaptığı 1946 Anayasası, 1789 Bildirgesini bütünüyle onaylamakta ve onu tamamlama durumunda kalırlarsa bunu Bildirgeyi yapanların görüşüne uygun olarak ve oradaki ilkeleri değiştirmeden yapmaktadırlar.³⁷

Aslında 1789 Bildirgesi, onu hazırlayanların iradesine uygun olarak dokunulmaz, tartışılmaz ve değişmez bir nitelik taşıması gerekirken, AK vermiş olduğu dolaylı nitelikteki kararlarla onu bütünüyle koşullara ve takdire bağlı bir konuma getirmiştir.³⁸ Örneğin AK, 28 Kasım 1973 tarihinde vermiş olduğu bir kararda; Anayasanın Başlangıcının 34. maddesinin 3 ve 5. fıkraları ile 66. madde hükümlerinin bir arada değerlendirmesi sonucunda, kabahatler ile özgürlüğü bağlayıcı önlemlere yer vermemek kaydıyla bunlara uygulanacak cezanın belirlenmesinin, yürütmenin düzenleme yetkisi içerisinde olduğunu belirtmiştir. Daha açık bir deyişle, bu içtihadında AK, Anayasanın 34. maddesinin 5. fıkrasında; yalnızca cürüm ve cünhaların düzenlendiğini, bunun dışında kalan kabahatlerin ise kanun ile düzenlenecek alan dışında kaldığını kabul etmiştir.³⁹ Bununla birlikte, Bacot'un isabetli olarak belirttiği üzere Konseyin bu içtihadı bütünüyle hatalıdır. Gerçekten de Konseyin doğru bir sonuca varabilmesi için ya Anayasanın 34. maddesinin, Bildirgenin bütün cezaların kanun ile düzenlenmesini öngören 8. maddesine aykırı olabileceğini, ancak Anayasa tarafından düzenlenen özel hükmün, Bildirgenin genel hükmü karşısında üstün tutulmasını kabul etmesi gerekirdi⁴⁰ veya 1789 Bildirgesinin kurucularının Anayasanın Bildirgeye aykırı olmasını yasaklayan görüşüne uyararak Anayasanın 34. maddesinin herhangi bir değer taşımadığı kanısına varması gerekiyordu veya 1958 Anayasasının söz konusu maddesinde belirtilen "cürüm" ve "cünha" ibaresini en geniş anlamda kabul ederek her türlü suç ve

³⁵ 1958 Anayasasının tartışmaları sırasında bir görüş, 1789 Bildirgesinin "anayasal değer" taşıdığı görüşünü savunmuş, diğer bir görüş ise "anayasanın altında değer" taşıdığı görüşünü öne sürmüştür. Birincisi görüşü savunanlar, gelecekte yapılacak bir anayasa değişikliği ile Bildirgenin değiştirilebileceğini ya da ortadan kaldırılabilceğini ileri sürerken, ikinci görüşü benimseyenler, aynı işin olağan yasama sürecinde de yapılabileceğini öne sürmüşlerdir. Bkz. Guillaume Bacot, 1789 Bildirisi ve 1958 Anayasası (Çeviren; Süheyl Batum), İHİD, Sayı 1-3, Yıl 10, 1989, s. 12.

³⁶ Ve bu arada suç ve cezada kanunilik ilkesinin düzenlendiği Bildirgenin 8. maddesini.

³⁷ Fazla bilgi için bkz. Bacot, s. 11.

³⁸ Fazla bilgi için bkz. Bacot, s. 12 vd.

³⁹ Bacot, s. 13.

⁴⁰ Özel kanun genel kanuna tercih edilir, Latince bir deyişle "lexspecialiageneralibusderogat".

cezada kanunilik ilkesinin uygulanacağını kabul ederek, en azından, Bildirgenin 8. maddesi ile uyumlu bir şekilde yorumlaması gerekirdi.⁴¹

1958 Anayasasının kanunilik ile ilgili bir başka hükmünü, Anayasanın 34. maddesi ile 37. maddesi oluşturmaktadır. Suç ve cezada, bu arada, idari suç ve cezada kanunilik ilkesinin uygulaması bakımından yaşamsal bir önem taşıyan ve kanun ile düzenleyici işlemler arasındaki sınırı somut bir şekilde gösteren bu maddeler üzerinde ayrıntılı bir şekilde durmak yerinde olacaktır. Anayasanın 34. maddesi, kanunla düzenlenecek alanı, düzenlemenin yoğunluğu bakımından ikili bir ayrımla göstermiştir. Daha açık bir deyişle, bu maddenin ilk fıkrasında kanunla düzenlenecek alanlar sıralanmış, ikinci fıkrasında ise belirtilen alanlarda kanunun “temel ilkeleri” (basicprincipes) saptayacağı ifade edilmiştir. Bu bağlamda maddenin 1. fıkrasının 3. bendine göre “ağır suçlar” (cürümler) ve “diğer temel suçlar” (cünha) ile bunların cezalarına ilişkin kurallar kanunla konulacaktır.⁴² Anayasanın 34. maddesinin bu bent hükmünden, idari suç ve cezanın kanun konusu olup olmadığı hususunda öğreti açık bir sonuç çıkartmamaktadır.⁴³

Bununla birlikte, Fransız yargı organları, Anayasanın 34. maddesinin 1. fıkrasının 3. bent hükmünden, idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanmayacağı sonucuna varmaktadırlar.⁴⁴ Bu bağlamda Danıştay’ın 16 Ocak 1981 tarihinde karara bağladığıSté. Varoise de transports davasında Hükümet Komiseri; yalnızca ceza mahkemesi veya onun denetimi altında verilen cezaların Anayasanın 34. maddesinin 1. fıkrasının 3. bendinin kapsamı altında olduğunu belirtmiştir.⁴⁵

AK ise 23 Eylül 1987 tarihinde vermiş olduğu bir kararda; Anayasanın 34. maddesi gereği, cürüm ve cünha niteliğindeki çok ciddi suçları saptamak ile suçun ağırlığını belirlemede yalnızca yasama organının yetkili olduğunu belirtmiştir. Konsey bu kararında, trafik suçlarında en üst cezayı yasama organının saptayacağını, bu sınırlar içerisinde düzenleme yapma yetkisinin İdareye ait olduğunu, bir sınır saptanmadan İdarenin düzenleme yetkisinin bulunmayacağını ifade etmiştir.⁴⁶

⁴¹ Bacot, s. 13.

⁴² Bu hüküm T.B.M.M.’nin yeni anayasalarla ilgili çevirisinde; “cürüm ve suçların tayini ve bunlara uygulanacak cezalar şeklinde” öngörülmüştür. Bu çeviri, Fransız Ceza Kanununun suçları; cürüm, cünha ve kabahat şeklinde yapmış olduğu üçlü tasnifi dikkate almadığı için hatalıdır.

⁴³ Bkz. Moderne, s. 204.

⁴⁴ Ancak 34. maddenin söz konusu bendinin anlamının, yüksek yargı organları tarafından tam olarak açıklığa kavuşturulmadığını belirtmek gerekir. Fazla bilgi için bkz. MireilleMartyDelmas ve CatherineCollyTeitgen, Punirsansjuger, Economica, Paris 1992, s. 65 vd.

⁴⁵ Delmas ve Teitgen, s. 65-66 ve dn. 1.

⁴⁶ Delmas ve Teitgen, s. 66 ve dn. 2.

Yasama organının algısına göre küçük kabul edilen suçları, bu bağlamda idari suçları, İdarenin tek başına düzenleyip düzenleyemeyeceği konusunda AK herhangi bir yorumda bulunmamıştır. Aslında idari suç ve cezaların kanunilik ilkesine tabi olması esası, Anayasanın 34. maddesinin 1. fıkrasının 3. bendinden çıkartılamasa da bu fıkranın 1. bendinden çıkartılabilmesi olanaklıdır. Zira Anayasanın 34. maddesinin 1. fıkrasının 1. bendinde, medeni haklar ile kamusal özgürlüklerin kullanabilmeleri için yurttaşlara tanınan temel güvencelerin kanun tarafından düzenleneceği ifade edilmiştir. Kısacası kişi özgürlükleriyle ilgili konularda İdarenin düzenleme yetkisi bulunmamakta, bu yetki salt yasama organının tekelinde bulunmaktadır. Uygulanan her idari ceza yurttaşın özgürlüğünü ihlal ettiğine göre Anayasanın bu hükmü gereği idari suç ve cezanın bütünüyle kanunilik ilkesine uygun olması gereği açıktır. Ancak AK bu konuda sessiz⁴⁷ kalmaktadır.⁴⁸

Anayasanın 37. maddesinde ise kanunla düzenlenecek konular dışındaki hususların yürütmenin düzenleyici işlemleriyle yapılacağı belirtilmiştir. Daha

⁴⁷ İleride ayrıntılı bir şekilde anlatılacağı üzere AK, halka yönelik idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanması konusunda Anayasanın belirli bir maddesine dayanmak yerine “hukukun genel ilkeleri” kavramına dayanmaktadır. İlk defa Fransız Danıştay’ı tarafından uygulamaya geçirilen “hukukun genel ilkeleri” kuramının (Fazla bilgi için bkz. Gazier ve Bruno, s. 86 vd.) gereklerinden birisini de suç ve cezada kanunilik ilkesi oluşturmaktadır. İşte 1958 Fransız Anayasası kısa bir Başlangıç Kısmı çerçevesinde, gerek 1789 Bildirgesi ilkelerine (anımsanacağı üzere Bildirgenin 8. maddesinde kanunilik ilkesi düzenlenmekteydi) gerekse bu ilkeleri tamamlayan ve bir defa daha yenileyen 1946 Anayasasının Başlangıç Kısmına gönderme yapmak suretiyle söz konusu ilkeleri koruyucu bir işlev üstlenmiştir. Bunun ötesinde, 1958 Anayasasıyla hukukun genel ilkeleri bakımından iki temel yenilik öngörmüştür. Bunlardan ilki, “hukukun genel ilkelerinin kanunlara özgü değerlendirme alanı içerisine alınması”, ikincisi ise AK’nin denetim kapsamının yalnızca Anayasanın organik maddeleri ile sınırlandırma esasının kaldırılması, bunun yanında, “hukukun genel prensiplerine uygunluk denetimi” de yapabileceği esasının benimsenmesidir. 1958 Anayasasında getirilen bu yeniliklerle birlikte, “hukukun genel ilkeleri” kuramının hukuksal içeriğinin ne olduğu konusunda yoğun tartışmalar yaşanmıştır. Daha açık bir deyişle, kaynağını 1789 Bildirgesi ile 1946 ve 1958 Anayasalarının Başlangıç bölümünden alan prensipler ile 1958 Anayasasının Başlangıç bölümünde yer almayan, ancak, söz konusu kısmın benimsediği ilkelerin sonucu olarak ortaya çıkan hukuksal prensipler arasında “hukuksal değer” bakımından bir fark olup olmadığı tartışmanın merkezini oluşturmuştur. Bu bağlamda, ilk kategorideki prensiplerin doğrudan doğruya Cumhuriyet kanunlarına tanınmış olduğu ve günümüzün sosyal, siyasal ve ekonomik gereklerinin bir sonucu olarak Başlangıç Kısmında yer aldığı, dolayısıyla, bu ilkelerin “doğrudan doğruya uygulama yetisine sahip oldukları” esası kabul edilmiş, diğer yandan, öğretinin bir kısmı ve 16 Temmuz 1971 tarihli kararından sonra da Anayasa Konseyi tarafından söz konusu ilkelerin “anayasal değer” taşıdıkları görüşü benimsenmiştir. Gazier ve Bruno, s. 89-90 ve dn. 25. Bununla birlikte, Fransız Danıştay’ı (Conseil d’Etat), genel hukuk ilkelerine kural olarak yasal bir statü vermiştir. Daha açık bir deyişle, Fransız Danıştay’ı, 12 Şubat 1960 tarihli “Société Eky” davasında birinci kategorideki hukukun genel ilkelerine anayasal bir değer tanırken, geleneksel bir şekilde her iki kategori bakımından hukukun genel ilkelerine “yasal değer taşıyan prensipler” statüsünü vermiştir. Bkz. Gazier ve Bruno, s. 90 ve dn. 26.

⁴⁸ Delmas ve Teitgen, s. 66-67, Waline, s. 404.

açık bir deyişle maddede, kanunun kapsamına girmeyen diğer konuların tüzük niteliğinde olacağı, bu konulara ilişkin bir alanın kanun tarafından düzenlenmesi durumunda “Danıştay” (Conseild’État) ile görüşülerek o kanunun kararnameyle değiştirilebileceği, yine, Anayasa yürürlüğe girdikten sonra Anayasa Konseyi tarafından “düzenleme alanı” (tüzük) olduğu ifade edilen kanunların “kararname” (décrète) ile değiştirilebileceği ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere bu maddede, Anayasanın 34. maddesinde belirtilen hususlar dışında kalan alanlarda Parlamantonun kanun yapması esası kabul edilmemiştir. Bu bağlamda Anayasanın bu maddesi, düzenleme alanı bakımından İdarenin düzenleyici işlemlerinin asıl, buna karşın, yasama işlemlerinin ayrıkısı olduğunu belirtmiştir.⁴⁹ Bundan başka, Anayasanın 37. maddesinin 2. fıkrası, Parlamantonun, İdarenin düzenleme alanına tecavüz ettiği durumlarda Anayasa Konseyinin buna engel olmasını da öngörmüştür.⁵⁰

Yapılan bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere Fransa’da idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesini doğrudan düzenleyen anayasal bir hüküm bulunmamaktadır.⁵¹ Bunun gibi ülkede idari suç ve ceza konusu düzenleyen genel nitelikli bir kanun da bulunmamaktadır.⁵² Bu yüzden idari yargı organları; özellikle “Danıştay” (Conseild’État, CE) ile “Anayasa Konseyi, AK” (Conseilconstitutionnel, CC) tarafından söz konusu suç ve cezalara uygulanacak ilkeler, genel hukuk ilkeleri kuramının yardımıyla belirlenmektedir.⁵³ Bu açıklamalardan sonra ilk olarak, Fransa’da halka yönelik idari suç ve cezalarda kanunilik konusunun irdelenmesi yerinde olacaktır.

⁴⁹ Nitekim bu yüzden Mantovani Fransız Anayasanın 37. maddesiyle yürütmeye özerk bir düzenleme yetkisi verildiği için Fransa’da “nullumcrimennullapoenasine lege” ilkesinin mutlak bir şekilde uygulandığının hiçbir şekilde savunulamayacağını, bu ülkede söz konusu ilkenin, sınırlı bir şekilde uygulandığını haklı olarak belirtmiştir. FerrandoMantovani, *DirittoPenaleParte generale*, V edizione, Casa EditriceDott. AntonioMilani, Cedam-Padova 2007, s. 50.

⁵⁰ Fazla bilgi için bkz. Sarıca, s. 80 vd.

⁵¹ Ayrıca Fransız Anayasasının hiçbir yerinde idari suç ve ceza konusunda da açık bir hüküm bulunmamaktadır.

⁵² Böyle bir kanunun bulunmamasından Fransız Danıştay’ı rahatsız gözükmemektedir. Gerçekten de Fransız Danıştay’ının 6 Şubat 1981 tarihli kararında; idari cezaların çok geniş konuları kapsadığı için onlar hakkında genel bir kural koymanın güç olduğu ifade edilmiştir. Bkz. MatthiasGuyomar, *La Compétencedupouvoirréglementaireautonomepourretirerunecarteprofessionnelle à titre de sanction*, RFDA, Septembre-Octobre 2004, s. 915.

⁵³ Krş. Delmas ve Teitgen, s. 12.

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

A. GENEL OLARAK

Fransa'da yakın yıllara kadar "halka yönelik idari suç ve ceza" kavramı pek fazla gelişmemiştir. Bunun temel nedenini, kanımızca, 26 Ağustos 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesinin 16. maddesi⁵⁴ oluşturmuştur. Gerçekten de bu bildirgenin 16. maddesinde "erkler ayrılığı" kavramına özel bir vurgu yapılmış ve bu ayrıma sahip olmayan devletlerin anayasaya sahip olamayacağı belirtilmiş, bu maddenin gereği olarak da kişi hak ve özgürlüklerinin yasama organı ile bağımsız ve nesnel yargı tarafından korunacağı anlayışı benimsenmiştir. Bu anlayışın etkisiyle Fransa'da hiçbir zaman idari suç ve ceza, ceza hukuku suç ve cezasına karşı bir üstünlük kazanamamıştır.⁵⁵ Nitekim günümüzde bile başka ülkelerde idari ceza olarak kabul edilen hafif suçlar ile polis kurallarının ihlali, Fransa'da ceza hukuku (kabahat) cezası olarak kabul edilmektedir.⁵⁶ Bu bağlamda, esenlik, güvenlik ve sağlık için öngörülen kurallara aykırılık hallerinde öngörülen yaptırımlar, ceza hukukuna ait bulunmakta, idari cezalar daha çok vergisel veya mali düzen ile özel bir takım düzenlere (örneğin, çevre ve imar gibi) aykırılık halinde öngörülmektedir. Ayrıca bu ülkede, idareye duyulan güvensizlik nedeniyle bazı idari cezaların, idare mahkemesi yargıcı tarafından verilmesi esası da benimsenmiştir. Bununla birlikte ülkede idari cezanın özellikle son yıllarda sürekli bir gelişim ve büyüme gösterdiğini⁵⁷ belirtmek gerekir.⁵⁸

İdari suç ve cezanın Fransa'da son yıllarda gelişmenin altında yatan temel nedeni, AK'nin 1980'li yılların ikinci yarısından itibaren regülatif idari suç

⁵⁴ Bu maddede hakların güvence altına alınmadığı ve erkler ayrılığının kabul edilmediği bir toplumda Anayasanın bulunmadığı ifade edilmiştir. Krş. Özman, s. 13. Özman burada "anayasa" yerine "kuruluş" ibaresini kullanmaktadır ki bunu isabetli olarak kabul edememekteyiz.

⁵⁵ Krş. Moderne, s. 26.

⁵⁶ Ancak Vichy Hükümeti döneminde Fransa'da idari cezaya yaygın bir şekilde başvurulmuş, hatta siyasal güdülerle yaygın bir şekilde idari tutuklamaya girişilmiştir. Bu dönemde idari cezanın uygulanması konusunda bkz. Moderne, s. 28-29.

⁵⁷ Fransa'da önceleri idari ceza çok az kullanılırken Chapus'un değişimiyle son yıllarda moda haline gelmiştir. RenéChapus, Droitadministratifgénéral Tome 1, 15^e édition, Montchrestien, Paris 2001, s. 1172. Daha açık bir deyişle, bu ülkede önceleri söz konusu cezaları sıklıkla üniversiteler verirdi. Son yıllarda Fransa'da "Bağımsız İdari Otorite" (BİO) yoluyla verilen idari cezalar oldukça yaygınlaşmıştır. Üstelik BİO'lar tarafından verilen oldukça ağır idari para cezalarının verilebileceği esası yargı organları tarafından hukuksal temellere oturtulmuştur. Bunların yanında, Fransa'da bakanlıkların da "idari para ceza" (amendesadministratives) verme yetkileri bulunmaktadır.Bkz. Waline, s. 404.Bütün bu gelişmelere ve idari cezaya olan mutlak gereksinime rağmen söz konusu ceza verilirken idarenin hem taraf hem de yargıç olması yüzünden onun meşruiyetinin Fransa'da yoğun bir şekilde sorgulandığını belirtmek gerekir.Fazla bilgi için bkz. Waline, s. 402, 405.

⁵⁸ Moderne, s. 26-27.

ve cezalara yeşil ışık yakması oluşturur. Aslında AK'nin regülatif idari suç ve cezalara yeşil ışık yakmasını son derece doğal karşılamak gerekir. Zira tüm çağcıl ülkelerde olduğu gibi Fransa'da da BİO'lar Amerikan örneğine uygun olarak kurulduğu ve kendilerinin çıkarmış olduğu normlara aykırı davrananlara ceza verme yetkisinden mahrum bırakılmaları sağduyuya aykırı olduğundan söz konusu cezaların anayasal açıdan sorun doğurması pek olanaklı gözükmemektedir.⁵⁹ Bu açıdan regülatif idari suç ve cezanın AK bağlamında kısaca tarihçesinin incelenmesi faydalı olacaktır.

AK, günümüzde, İdarenin ceza verme yetkisini tanımış olsa da bu konuda başta oldukça ürkek davranmıştır. AK'nin bu ürkekliğinin altında yatan çeşitli nedenler bulunmaktadır.⁶⁰ Bunlardan ilkinin, az önce üzerinde durulduğu üzere 1789 Bildirgesinin 16. maddesindeki "erkler ayrılığı" ilkesi oluşturmuştur. Erklar ayrılığının⁶¹ katı bir yorumu, yasal veya idari düzenlemeyi yapan organın kendisinin ceza verememesi esasına dayanır. Hâlbuki Fransa'da 1980'li yıllardan itibaren kamu yönetimine giren BİO'nun doğal olarak düzenleme yapması, ilgili olduğu sektörü yönlendirmesi ve kendisinin ceza verme yetkisine sahip kılınması gerekir. İşte Fransa'da 1980'li yıllardan itibaren kurulan BİO'lar yoluyla idari ceza veren bir yargının ortaya çıktığı belirtilmiş ve bu durumun kişi hak ve özgürlüklerine aykırı olduğu ifade edilmiştir. Bu gerekçelerle regülatif idari otoritelerin⁶², kısacası BİO'ların ceza verme yetkisine sahip olmasının

⁵⁹ Moderne, s. 145.

⁶⁰ AK'nin bu ürkekliğinin altında yatan nedenleri, Anayasasının 66. maddesi ile 1789 Bildirgesinin erkler ayrılığını belirten 16. maddesi ile 8. maddesi oluşturur. Gerçekten de 4 Ekim 1958 tarihli Fransız Anayasasının 66. maddesinde yargının bireysel özgürlüklerin koruyucu olduğu ifade edilmiş ve 1789 Bildirgesinin 8. maddesinde ise yukarıda belirtildiği üzere cezaların yalnızca kanunla konulabileceğini belirtmiştir. Bu bağlamda Fransa'da cezalar ya mahkemeler tarafından verilmekte ya da İdare tarafından verildiği durumlarda mahkemenin denetimine tabi olmaktadır. İdareye veya mahkeme dışındaki bir organa, somut olarak bağımsız bir idari otoriteye, yaptırım uygulama yetkisini vermek, bireysel özgürlüklerin tek taraflı olarak nasıl etkilenebileceğine ilişkin geleneksel kavramlarla çatışmaktadır. Bununla birlikte, aşağıda ayrıntılı bir şekilde görüleceği üzere, AK, 1980'li yılların sonlarına doğru verdiği çeşitli kararlarında, bağımsız bir idari otoritenin para cezası verme ve ruhsatları iptal etmesine, onun, ancak kanunun sınırları içerisinde faaliyet göstermesi durumunda izin verilebileceğine hükmetmiştir. Krş. John Bell, Fransa'da Bağımsız İdari Otoriteler (Çeviren; Cemil Kaya), 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Yayına Hazırlayan Hakan Pekcanitez, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2004, s. 407-408.

⁶¹ Erklar ayrılığı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hasan Dursun, Erklar Ayrılığı ve Yargıç Bağımsızlığı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 80, 2009, s. 29-76.

⁶² Söz regülatif idari otoritelerden açılmışken hemen şu husus belirtmek gerekir ki Fransa'da BİO'lar çok farklı alanlarda kurulmasına rağmen onları temel olarak üç kategoriye indirmek olanaklıdır. Bunlardan ilkinin, temel haklar, ikincisini, ekonomik veya mali, sonuncusunu ise İdarenin tasarruflarının yine kendisi tarafından belirlenmesi gereken alanlarda kurulan BİO'lar olarak tasnif etmek olanaklıdır. Bu ülkede BİO'lar (örneğin Rekabet Konseyi) çok yüksek miktarlarda para cezası vermeye yetkili kılındığı gibi mesleğin yasaklanması, iznin iptali gibi para cezası dışında değişik idari cezalar vermeye de yetkili bulunmaktadır. Fazla bilgi için bkz. Moderne, s. 143.

anayasal ilkelere aykırı olduğu savında bulunularak konu çeşitli defalar konu AK'nin önüne taşınmıştır.⁶³

Bu bağlamda AK, 30 Aralık 1982 tarih ve 82-155 sayılı kararında, yasa koyucunun yargı dışı organlara idari ceza verme yetkisi tanıyamayacağı görüşünü savunmuştur. AK, 10-11 Aralık 1984 tarih ve 84-181 sayılı kararında ise idari cezaya karşı daha sert bir tutum takınarak, 1789 Bildirgesinin 11. maddesinde⁶⁴ belirtilen hak ve özgürlük kötüye kullanılsa bile gazete şirketlerine idari ceza uygulanamayacağını belirtmiştir.⁶⁵

AK'nin 1982 ve 1984 yıllarında vermiş olduğu bu kararlar öğretide farklı şekillerde yorumlanmıştır. Kimi yazarlar, bu kararlarla bütün idari nitelikte mali cezalar ile diğer idari cezaların yasaklandığı sonucuna varmış,⁶⁶ kimileri ise bu kararların sadece olaylara özgü olduğunu, ancak hiçbir zaman sansür niteliğinde idari ceza olamayacağını, bununla birlikte, başka alanlarda söz konusu cezaların olabileceğini ve bunların Anayasaya aykırı olmadığı sonucuna ulaşmıştır.⁶⁷ Delmas ve Teitgen'in isabetli olarak belirttikleri üzere aslında AK'nin özellikle 1984 yılında vermiş olduğu söz konusu karar, idari cezanın anayasal temelinin bulunup bulunmadığını değil, basın özgürlüğünü kısıtlayan sansür veya sansüre eşdeğer nitelikte idari cezaların verilebilmesinin olanaksız olduğu yönünde verilmiş bir karardır.⁶⁸

AK'nin 1982 ve 1984 yıllarında vermiş olduğu bu kararlar, yasa koyucu ile Danıştay'ın depenalizasyon⁶⁹ lehindeki eğilimlerine aykırı düşmekteydi. Nitekim bu durumun farkına varan AK, 17 Ocak 1989⁷⁰ ve 28 Temmuz 1989

⁶³ Moderne, s. 145, Delmas ve Teitgen, s. 30.

⁶⁴ 26 Ağustos 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesinin 11. maddesinde; düşünce ve fikirlerin serbest bir şekilde iletiminin en değerli haklardan birisini oluşturduğu, bu nedenle her yurttaşın serbestçe konuşabileceği, yazabileceği ve bunları yayımlayabileceği, ancak kanunda belirtilen hallerde bu özgürlüğün kötüye kullanılmasından sorumlu olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Özman, s. 12.

⁶⁵ Bkz. Moderne, s. 183.

⁶⁶ Örneğin Sauvé, AK'nin 10-11 Ocak 1984 tarihli kararında idari cezanın anayasal dayanağının olmadığı görüşünün kabul edildiğini belirtmiştir. Bkz. Jean MarcSauvé, Lessanctionsadministratives en droitpublicfrançais, AJDA, 20 octobre 2001 spécial, s. 17-18.

⁶⁷ Moderne, s. 183-184 ve dn. 54.

⁶⁸ Delmas ve Teitgen, s. 31, 34 ve dn. 1.

⁶⁹ Depenalizasyon; ceza hukukunun kapsamına giren suç ve cezaların idare hukukunun kapsamına giren suç ve cezalara dönüştürülmesi anlamını taşır.

⁷⁰ AK'nin 17 Ocak 1989 tarihinde verdiği karara yol açan gelişme şu şekilde olmuştur: Fransa'da 1989 yılında çıkartılan bir kanun; Görsel-İşitsel Üst Kurul'a ruhsatları durdurma ve geri alma yetkisi yanında, ayrıca bir şirkete yıllık hâsılatının %3'ü, eğer lisans anlaşmasını sürekli ihlal ediyorsa %5'ine kadar para cezası verme yetkisi tanımış, usule ve gerekçenin bildirilmesine ilişkin çok önemli güvenceler öngörmüş ve Kurulun kararları aleyhine idare mahkemelerine başvurulabileceği esasını benimsemiştir. Kurula verilen bu yetkinin anayasaya aykırı olduğu savıyla AK'ye başvurulması üzerine, AK 17 Ocak 1989 tarihinde vermiş olduğu kararda, Kurula,

tarihli kararlarında sırasıyla Görsel-İşitsel Konsey ile Borsa Komisyonuna verilen idari ceza verme yetkisinin, Bildirgenin 16. maddesinde düzenlenen erkler ayrılığı ilkesine aykırı olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Zira Konsey'e göre söz konusu BİO'lar bakımından İdare ile idare edilenler arasında özel bir ilişki bulunmaktadır.⁷¹Daha açık bir deyişle, AK'nin 17 Ocak 1989 tarihli kararında; Görsel-İşitsel Konsey'in BİO olduğu, onun görevini yerine getirebilmek için görev sınırları içerisinde idari ceza verebileceği, erkler ayrılığı ilkesinin idari ceza vermeye engel olmadığı ifade edilmiştir. AK'nin 28 Temmuz 1989 tarihli kararında ise idari cezanın sınırları daha da genişletilerek Borsa Komisyonunun BİO olmasa bile idari ceza verebileceği, erkler ayrılığı veya başka anayasal ilkelerin idari cezayı engellemeyeceğini, görev ve yetki sınırları çerçevesinde kalmak koşuluyla kamu gücünü kullanan her organa idari ceza uygulamak yetkisinin verilebileceği, kamu gücünü kullanmak gibi ayrıcalıklı yetkilerin İdareye verilmesinde bir sakınca yoksa İdareye idari ceza verme yetkisinin tanınmasında da bir sakıncanın bulunmadığı, idari cezanın da idari işlem gibi İdarenin kullandığı bir araç olduğu ifade edilmiştir.⁷² Bununla birlikte, AK'nin bu son kararında; idari cezanın temel olarak iki sınırının bulunduğu belirtilmiştir. Bunlardan ilkinin, idari cezayla özgürlüğü bağlayıcı cezanın verilemeyeceği, ikincisinin ise idari cezanın Anayasada öngörülen temel hak ve özgürlükleri garanti altına almak için alınan önlemlere⁷³ aykırı olamayacağı hususu oluşturur.⁷⁴ Kısacası, AK'nin 28 Temmuz 1989 tarihli kararında, Borsa Komisyonunun BİO olduğu, bu organının faaliyet gösterdiği konunun temel hak ve özgürlük alanı olduğu için kanun sahası olduğu, bu yüzden yasama organının gerekli sınır ve çerçeve çizmeden İdareye yetki veremeyeceği⁷⁵ ifade

lisan anlaşmasının somut ihlaline ilişkin yaptırımların, kanunlar ve kararnameler tarafından öngörülen kurallar çerçevesinde oluşturulduğu gerekçesiyle bu yetkiye izin verilmesinin hukuka uygun olduğu sonucuna varmıştır.Bell, s. 408 ve dn. 6.Bu karar bağlamında AK, regülatif kurumların yaptırım uygulama yetkisinin kabulünün gerekçesini; özellikle lisans anlaşması başta olmak üzere lisans sahibinin yükümlülüklerinin önceden hukuksal olarak belirlenen çerçeve ile saptanmış olmasını, usul kurallarına uyulmasını ve kararlarına karşı mahkemede dava açma hakkının bulunmuş olması hallerine dayandırmıştır.Bkz. Bell, s. 408.

⁷¹ AK'nin pek bilinmeyen 30 Aralık 1987 tarih ve 87-237 sayılı kararında ise BİO kimliği taşıyan İletişim Komisyonuna verilen mali ceza uygulama yetkisi Anayasaya uygun bulunmuştur. AK bu kararında, 1982 yılında vermiş olduğu az önce bahsedilen kararının aksine, idari mali cezanın öngörülebileceği görüşünü savunmuştur. Mahkeme, kararına gerekçe olarak da İdare ile idare edilenler arasında özel ilişkinin bulunduğu her durumda idari mali cezanın uygulanabileceğini belirtmiştir.Bkz. Moderne, s. 184-185. Bu kararın kanımızca ünlü olamamasının nedenini, AK'nin idari para cezası dışında halka yönelik idari cezanın bulunup bulunmadığı sorusunu yanıtsız bırakması ve idari cezalar konusunda ayrıntılı bir anayasal analize girişmemesi oluşturur.

⁷² Delmas ve Teitgen, s. 32,Krş., Moderne, s. 185.

⁷³ Aşağıda anlatılacağı üzere bu önlemlerden birisini de "suç ve cezada kanunilik" ilkesi oluşturur.

⁷⁴ Moderne, s. 185-186.

⁷⁵ AK'nin Borsa Komisyonu ile ilgili kararında, somut bir deyişle, borsada izinle faaliyet gösteren

edilmiştir.⁷⁶

AK'nin 28 Temmuz 1989 tarihinde vermiş olduğu bu karar, halka yönelik idari cezalar bakımından bir dönüm noktasını oluşturur. Zira bu kararla, İdarenin sadece daha önce aralarında bağ olan kişilere ceza vermesi⁷⁷ yanında, ilk defa olarak İdareyle aralarında bağ olmayan kişilere de İdarenin regülatif idari ceza verebileceği anlayışı anayasal bir temele kavuşturulmuştur.⁷⁸ Hatta bu kararla AK, kanun tarafından sınır ve çerçeve çizilmese bile BİO'lara geniş takdir yetkisi tanıyarak onlara ceza verme yetkisi tanıyan kanunların geçerli olduğu anlayışını benimsenmiştir.⁷⁹

Bu kısımdaki açıklamaları bitirmeden önce Fransa'da ceza ve idare hukukunda geçerli olan kanunilik anlayışı ile idari cezadan ne anlaşıldığı üzerinde durmak faydalı olacaktır. İdari cezanın kendisiyle en çok karıştırılan kavramı "idari tedbir" oluşturur. İdari ceza ile idari tedbir arasında ayrımı sağlayacak nitelikte ölçüt bulma çabasına giren Fransız Danıştay'ının tutumundan övgüyle söz etmek gerekir. Gerçekten de Fransız Danıştay'ı çeşitli ölçütler yardımıyla idari ceza ile idari tedbir arasında ayrım yapılabileceği yönünde bir çaba içerisinde girmiştir. Danıştay'ın benimsediği ilk ölçüt, idari işlemin içeriğidir. Daha açık bir deyişle Danıştay, kimi durumlarda işlemin içeriğine bakılarak idari ceza ile idari tedbir arasında bir ayrım yapılabileceği görüşünü savunmuştur. Bu bağlamda Danıştay, 4 Kasım 1942 tarihinde vermiş olduğu bir kararda, idari para cezasının doğası gereği idari ceza olduğu, çünkü bu cezanın verilmesi durumunda idari tedbirin temel ereği olan kamu düzenini koruma ereğinin bulunmadığı ifade edilmiştir.⁸⁰

firmalara uygulanacak olan idari yaptırımların kanun ve düzenlemelere dayalı olmasının şart olduğu belirtilmiştir.Bkz. Moderne, s. 235.

⁷⁶ Moderne, s. 225.

⁷⁷ Az önce belirtildiği üzere AK'nin 17 Ocak 1989 tarihli kararında, yalnızca cezanın muhatabı ile İdare arasında özel bir bağın olduğu durumlarda İdarenin ceza verebileceği esası benimsenmiştir. Üstelik bu kararda söz konusu ceza, disiplin cezası olarak adlandırılmıştır. Bkz. Sauvé, s. 17.

⁷⁸ Delmas ve Teitgen, s. 32-33, Sauvé, s. 17.Regülatif idari suç ve cezaların anayasal bir temele oturtulması bakımından yaşamsal bir önem taşısa da AK'nin 28 Temmuz 1989 tarihli kararından ne anlaşılmaması gerektiği konusunda öğretilde yoğun tartışmalar yaşanmıştır. Daha açık bir deyişle bu karardan bir kısım yazarlar, bu karardan, kamu gücü kullanan her organının idari ceza verebileceğini, bunun salt BİO'ya özgü bir durum olmadığını, bir kısmı ise Anayasa gereği çok az kamu organının idari ceza verebileceğini, bu cezayı da ancak maddi ve usul normlarına uymak koşuluyla verebileceğini anlamışlardır.Moderne, s. 148.Bununla birlikte, bu karardan az önce belirtildiği üzere idari cezanın salt İdare ile kişi arasında özel bağ bulunan durumlarda verilebileceğinin anlaşılmadığı, bunun yanında, söz konusu bağın bulunmadığı durumlarda da idari cezanın verilebileceğinin anlaşıldığı benimseyen görüş daha doğrudur.Bkz. Moderne, s. 160.

⁷⁹ Moderne, s. 144.

⁸⁰ Bkz. Delmas ve Teitgen, s. 46 ve dn. 2.

Fransız Danıştay'ının, 30 Eylül 1960 ve 26 Temmuz 1975 tarihlerinde vermiş olduğu kararlarda ise “yaptırımın süresinin” idari ceza ile idari tedbir arasındaki ayrım bakımından bir ölçüt oluşturabileceği görüşü savunulmuştur. Daha açık bir deyişle Danıştay, sonul (nihai) veya ara işlemin süresinin “önceden” (apriori) olarak belirlendiği durumların prensip olarak idari ceza, buna karşın, işleminin süresinin önceden belirlenemediği durumlarda yapılan işlemin idari polis tedbiri olduğunu belirtmiştir. Zira mahkemeye göre, kamu düzeninin ne kadar süre içerisinde sağlanacağı belirli olmadığından süresi belirli olmayan işlemleri idari polis tedbiri olarak kabul etmek gerekir.⁸¹

Bunların yanında, Fransız Danıştay'ı, yasanın amacına bakılarak da idari ceza ile idari tedbir arasında ayrım yapılabileceği görüşünü benimsemiştir. Bu bağlamda Danıştay'ın, 15 Temmuz 1957 tarihinde vermiş olduğu kararında, izin veya ruhsat (lisans) verilmesinin reddedilmesinin ilke olarak idari cezayı oluşturmayaacağı zira bu durumda bir yükümlülüğün ihlalinin söz edilemeyeceği, buna karşın, izin veya ruhsat (lisans) iptalinin söz konusu olduğu hallerin bir yükümlülük ihlalinin gerektirdiği için ilke olarak idari cezayı oluşturacağı ifade edilmiştir.⁸²

Fransız Danıştay'ının idari ceza ile idari tedbir arasında ayrım bağlamında kilometre taşı niteliği taşıyan görüşünü, 1995 yılında yayımlamış olduğu bir rapor oluşturmuştur. Bu raporda idari cezanın⁸³ temel olarak iki belirleyici özelliğinin bulunduğu ifade edilmiştir. İdari cezanın ilk özelliğini, bir kamu organı tarafından “kamu gücü ayrıcalığı” (prérogatives de puissance publique) kullanılarak yapılan tek taraflı bir idari işlem olması, ikincisini ise yasal veya idari düzenlemelerin ihlalinin dolaylı cezalandırma amacıyla verilen bir yaptırım niteliğioluşturur.⁸⁴ Bu açıklamalardan sonra (halka yönelik) idari cezalar ile idari tedbirler arasında ayrımı ortaya koyma yönünde Fransız Danıştay'ının verdiği kararlardan bazı örnekler vermek uygun olacaktır.

Danıştay, kamu sağlığına aykırı olduğu gerekçesiyle özel ilaç üreten bir eczaneye verilen iznin iptal edilmesini (25 Mayıs 1958 tarihli Soc. Laboratoires Geigy davası), aynı gerekçeyle bir tedavi kurumunun kapatılmasını

⁸¹ Delmas ve Teitgen, s. 46 ve dn. 3.

⁸² Delmas ve Teitgen, s. 46 ve dn. 4.

⁸³ Fransız Danıştay'ı ve yazarlar “idari ceza” kavramını ifade etmek üzere “administrativesanction” ibaresini kullanmaktadırlar. Gerçi Fransızca “sanction” sözcüğü “yaptırım, müeyyide” anlamına geldiği gibi “ceza” anlamına da gelir. Bkz. Saraç, T. Büyük Fransızca-Türkçe Sözlük, Adam Yayınları, İstanbul 2005, s. 1266. Ancak biz Danıştay ve yazarların “administrativesanction” ibaresini “idari ceza” anlamında kullandığını düşünüyoruz. Zira Fransızlar ceza hukukunun kapsamına giren “ceza” için “punition”, idare hukukunun kapsamına giren “ceza” için “sanction” sözcüğünü kullanmaktadırlar.

⁸⁴ Les Pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions, Conseil d'Etat, La Documentation française, Paris 1995, s. 35-36.

(27 Haziran 1982 tarihli Prat-Flottes davası), kamu düzenini korumak ereğiyle polis önlemleri bağlamında bir derneğin feshedilmesini (21 Temmuz 1970 tarihli Krivine ve Frank davası), aynı eylemlerle bir barın kapatılmasını (16 Haziran 1975 tarihli DmeCanu davası), ticari faaliyetten menini (16 Ekim 1981 tarihli Matteuci davası), pazar yerinde verilen satış izninin iptalini (9 Ekim 1994 tarihli Tigrini davası) “idari ceza” yerine “idari tedbir” olarak kabul etmiştir.⁸⁵

Bu kararlarında Fransız Danıştay'ının yükümlülüğün ihlal edilip edilmemesine göre idari ceza ile idari tedbir arasında ayrım yaptığını belirtmek gerekir. Gerçekten de Danıştay, bir yükümlülüğün ihlali, kusur veya ihmalin cezalandırılmasını idari ceza, kamu düzenini sağlamak veya önleyici nitelik taşıyan işlemleri ise idari tedbir olarak kabul etmiştir. Bu bağlamda Danıştay, yasa ve düzenlemelere aykırı olduğu için bir barın kapatılmasını idari ceza olarak kabul ederken, kamu düzeni, genel sağlık veya genel ahlakı koruyabilmek için barın veya başka bir işyerinin kapatılmasını idari tedbir olarak nitelendirmiştir.⁸⁶ Öte yandan yine Fransız Danıştay'ının istikrar kazanmış içtihatlarıyla; kamu görevlisinin açığa alınması, rekabete aykırı davranışın durdurulması, sarhoş araba kullanılmasının önlenmesi, idari ceza olarak değil, idari tedbir olarak nitelendirilmiştir. Zira Danıştay, haklı olarak, bu tip olaylarda, mevzuattan doğan bir yükümlülüğün ihlal edilmediği, sonradan telafisi olanaksız durumların önlenmesinin amaçlandığı sonucuna varmıştır.⁸⁷

Fransız Danıştay'ının idari tedbir ile idari ceza arasında ayrıma olanak sağlamak üzere son derece yerinde ölçütler bulmasına karşın kanımızca temel bir nedenden⁸⁸ dolayı Fransa'da idari tedbir ile idari ceza arasında ayrım,

⁸⁵ Bkz. Chapus, Tome 1, s. 1121.

⁸⁶ Delmas ve Teitgen, s. 45.

⁸⁷ Delmas ve Teitgen, s. 44.

⁸⁸ Fransa'da idari ceza ile idari tedbir arasında sağlam bir şekilde ayrım yapılamamasının başka nedenleri de bulunmaktadır. Bunlardan ilki, Danıştay'ın söz konusu ayrıma özellikle 1995'ten önce “dizgesel” (sistematik) bir şekilde yaklaşmamasıdır. (Bunun yanında, Fransa'da bir idari yaptırımın idari ceza veya idari tedbir olarak adlandırılması bakımından yüksek yargı organları arasında da uyumsuzluk bulunmaktadır. Örneğin, ehliyetin geçici olarak alınması işlemi, Danıştay'ın 29 Mayıs 1987 tarihinde vermiş olduğu kararda idari ceza olarak adlandırılmasına karşın, söz konusu işlem Yargıtay'ın 4 Kasım 1988 tarihinde vermiş olduğu kararda “polis ve kamu düzeni tedbiri” veya “geçici güvenlik tedbiri” türünde bir idari tedbir olduğu, daha somut bir deyişle, burada yolu kullananların güvenliğinin sağlanmasının amaçlandığı ifade edilmiştir. Bkz. Delmas ve Teitgen, s. 47 ve dn. 4) Örneğin Danıştay, 6 Mart 1970 tarihinde vermiş olduğu bir kararda, amacı cezalandırma olsa ve yükümlülük ihlalinden kaynaklanmış olsa bile emekliye ayırma işleminin idari ceza olmadığına hükmetmiştir. Bkz. Delmas ve Teitgen, s. 46-47 ve dn. 1. Yine Danıştay, 2 Temmuz 1958 yılında vermiş olduğu bir kararda; ilgili kişinin gerekli yükümlülükleri yerine getirmemesi nedeniyle mali veya parasal bir destek veya yardımın kesilmesini idari tedbir olarak kabul etmiştir. Delmas ve Teitgen, s. 47 ve dn. 3. Hâlbuki Danıştay konuya dizgesel bir şekilde yaklaşmayı söz konusu yaptırımları “idari ceza” olarak nitelendirmesi gerekirdi. Fransa'da

kimi durumlarda isabetli olarak yapılamamaktadır. Daha açık bir deyişle, idari tedbirin önleme⁸⁹ işlevinin bulunması, buna karşın, idari cezanın baskın olarak bastırma işlevinin bulunmasına karşın, kimi durumlarda, kendisine idari tedbir yaptırımı uygulanan kimse, bu yaptırımı idari ceza olarak kabul edebilmektedir. Örneğin, idari tedbir niteliğinde olan zabitanın kamu sağlığını gelecekte koruyabilmek için bir laboratuvarı kapatması, bu yaptırımı muhatabı tarafından farklı bir şekilde algılanabilmektedir. Daha somut bir deyişle, laboratuvarı kapatılan kişi, söz konusu yaptırımın geçmiş davranışları nedeniyle uygulandığını, dolayısıyla ortada bir idari cezanın bulunduğunu algılayabilmektedir. Bu algı farklılıklarını son derece normal olarak karşılamak gerekir. Nitekim Danıştay da laboratuvarın kamu sağlığına tehlike oluşturması yüzünden kapatılmasını her zaman idari tedbir olarak değerlendirse de başka nedenler yüzünden yapılan kapatma işlemini kimi durumlarda idari ceza, kimi durumlarda ise idari tedbir olarak kabul etmektedir.⁹⁰

Buraya kadar anlatılan hususlardan anlaşılacağı üzere idari tedbir ile idari ceza arasında ayırım yapmak oldukça zordur. Zira her ikisi de idare tarafından uygulanmakta, yükümlendirici⁹¹ ve bireysel idari işlem kategorisine dâhil

idari ceza ile idari tedbir arasında ayırımın istikrarlı ve doğru bir şekilde yapılamamasının başkibir nedenini, yasa koyucunun tutumu oluşturur. Örneğin Fransız Orman Kanununda önceleri ağaç dikme emrinin ihlali için uygulanan yaptırım idari ceza olarak kabul edilirken, daha sonra söz konusu kanunda yapılan değişiklikle idari tedbir olarak kabul edilmiştir.Bkz. Delmas ve Teitgen, s. 45.Aynı tutumu Türk kanun koyucusu da göstermektedir. Örneğin, 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 16. maddesinin 2. fıkrasında; idari tedbirlerin, mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirler olduğu ifade edilmektedir. Dikkat edileceği üzere burada yaptırımın tipinebakılarak, somut bir deyişle, “mülkiyetin kamuya geçirilmesi” yaptırımının doğrudan “idari tedbir” olduğu ifade edilmektedir. Bu tutum hatalıdır. Zira idari ceza ile idari tedbir arasında öze yönelik temel farkları; norm ihlalinin bulunup bulunmaması ile “cezalandırma” amacının olup olmadığı oluşturur. Bu bağlamda mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımı norm ihlali ve cezalandırma amacıyla uygulanıyorsa idari ceza, bu koşullar olmadan engelleme, ihlali durdurma gibi önleme amacıyla uygulanıyorsa idari tedbir durumuyla karşı karşıya kalınır. Bu yüzden mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımının “görünüşüne” (per se) bakılarak doğrudan onun idari tedbir olduğu söylenemez.

⁸⁹ İdari tedbir durumunda ileride aynı olayların tekrerrünün önlenmesi ereği bulunmaktadır. Bkz. MichelDegoffe, L’ambigüité de la sanctionadministrative, AJDA, 20 Octobre 2001 spécial, s. 31.

⁹⁰ Degoffe, s. 30.

⁹¹ Söz yükümlendirici işlemlerden açılmışken bu işlemler hakkında genel bir bilgi vermek uygun düşecektir. Zira gerek idari ceza gerekse idari tedbir “yükümlendirici işlem” kategorisine girmekte ve bu yüzden ikisi arasındaki farkı ortaya koymak oldukça zorlaşmaktadır. Bu bağlamda irade açıklamasının yöneldiği hukuki sonucun niteliğine, bir başka deyişle, ilgisinin hukuki hareket alanını sınırlaması ya da genişletmesine göre idari işlemler yükümlendirici veya yararlandırıcı olabilir.Bkz. Bahtiyar Akyılmaz, İdari Usul İlkeleri İşığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Yetkin Yayınları, Ankara 2000, s. 55. Daha açık bir deyişle, bir idari işlem, bir hak tanıyarak, hakkı güçlendirerek veya bir yükümlülüğü kaldırarak kişinin hukuki hareket alanını genişletiyorsa yararlandırıcı idari işlem, buna karşın, var olan bir hakka

bulunmakta ve bu yaptırımlar uygulanırken idari usul kurallarına uyulması⁹² gerekmektedir. Ancak kanımızca Fransız Danıştay'ının 1995 yılında yayımladığı raporda idari cezadan söz edilebilmesi için aranılan ikinci özellik, idari ceza ile idari tedbirini birbirinden ayırmak bakımından oldukça sağlam bir ölçütü oluşturmaktadır. Bu ölçüt, yukarıda belirtildiği üzere idari cezanın yükümlülük ihlali nedeniyle uygulanması ve amacının cezalandırma olmasıdır.⁹³ Bu bağlamda, cezai düzenlemeyi öngören bir mevzuata dayalı olmadan kamu düzenini sağlayabilmek için alınan önlemler, muhatabı açısından olumsuz sonuçlar doğursa bile "idari tedbir" sayılır. Nitekim Fransız Danıştay'ı polis önlemlerini haklı olarak idari tedbir olarak kabul etmiştir.⁹⁴ Daha açık bir deyişle, halka yönelik idari ceza durumunda bir mevzuata dayalı olarak hatalı bir fiili cezalandırmak ereği bulunmakta, buna karşılık idari tedbir durumunda hatalı bir davranışı cezalandırmak yerine genel kamu düzenini korumak hedeflenmektedir. Kuşkusuz, İdarenin uyguladığı tedbir halinde de bir mevzuat bulunmaktadır. Ancak söz konusu mevzuat, cezalandırma ereğini gütmemekte, güvenlik, dirlik-esenlik ve kamu sağlığından oluşan kamu düzenini korumayı hedeflemektedir.⁹⁵ İdari ceza verilebilmesi için gerekli olan "mevzuat ihlali" ve "cezalandırma" ereği, onunla idari tedbir arasındaki "öze yönelik" (maddi) farkı, kanımızca, doyurucu bir biçimde ortaya koymaktadır.

Kanunilik ilkesine gelince öncelikle Fransız idare hukukunda geçerli olan kanunilik kavramının incelenmesi yerinde olacaktır.⁹⁶ Fransız idare hukuku dizgesinin "kanunilik" ilkesinin ruhuna uygun olarak tasarımılandığını belirtmek gerekir. Ancak Fransa'da "kanunilik" kavramından "şekli anlamda kanun", bir başka deyişle, dar anlamda "yasal pozitivizm" anlaşılmamakta, söz

müdahale edilmek ya da korunmasını engellemek yoluyla bireylerin hukuki durumlarını sınırlandırıp, onlara yapmak, katlanmak, kaçınmak yükümlülüğü getiriyorsa yükümlendirici idari işlem denilir. Akyılmaz, s. 55-56. Bu bağlamda bütün emredici ve yasaklayıcı işlemlerle, ceza ve tedbir işlemleri ile vergisel işlemler yükümlendirici idari işlemlerdir. Krş. Akyılmaz, s. 56. Yükümlendirici işlemin yapılabilmesi için idarenin özel bir yetki kuralı ile yetkilendirilmesi gerekirken, yararlandırıcı işlemler için mutlaka özel bir kanunun bulunmasına gerek yoktur. Akyılmaz, s. 56. İdari ceza ile idari tedbirin ikisinin de yükümlendirici işlem kategorisine dâhil olması, ikisi arasındaki öze yönelik ayrımı güçleştirmektedir.

⁹² İdari tedbirler bakımından daha dar kapsamlı olarak idari usul kurallarına uyulması gerekse de.

⁹³ Aslında "idari tedbir" ile "idari ceza" arasındaki ayrımı oluşturacak ölçütü, "ceza" kavramının doğasına bakarak da bulmak olanaklıdır. Gerçekten de ceza, doğası gereği acı verici nitelik taşımakta ve bir "ihlal"ın bulunmasını gerektirmektedir. Bu yüzden hiçbir tedbir, ceza niteliğini taşıyamamaktadır. Bu bağlamda normun ihlalinden önce alınan önleyici bir tedbir ceza niteliği taşıyamamakta, bunun gibi koruyucu bir tedbir de ceza sayılmamaktadır. Krş. ElioCasetta, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Decima Edizione, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano 2008, s. 336.

⁹⁴ Chapus, Tome 1, s. 1121.

⁹⁵ Krş. Ali Ulusoy, *İdari Yaptırımlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 175.

⁹⁶ Zira idari ceza, idare hukuku kurallarına uygun olarak "idari işlem" ile verildiğine göre idare hukukunda geçerli olan kanunilik ilkesinin incelenmesi, konumuz açısından fayda sağlayacaktır. Schwarze, s. 213-214.

konusu kavram geniş anlamıyla anlaşılabilir her türlü yazılı hukuk kuralının bu kavramın içerisine girdiği kabul edilmektedir. Bunun gibi bu ülkede “idarenin kanuniliği” ilkesi de geniş bir şekilde anlaşılabilir, İdarenin görevinin, “kanun” dışında (kararname, tüzük gibi) idari düzenlemeyle de saptanabileceği esas benimsenmektedir. Bu bağlamda Fransa’da, “hukuk devleti” kavramına uygun olarak geniş bir “yasallık” anlayışı kabul edilmiş ve bundan yürütme ve idarenin yazılı hukuk (Anayasa, kanun, idari düzenleme) kurallarına uygun hareket etmesi anlaşılmıştır.⁹⁷

Bununla birlikte halka yönelik idari suç ve cezalar bağlamındagerek ceza hukukundaki gerekse idare hukukundaki kanunilik ilkesinin uygulanması yönündeki Danıştay’ın içtihatlarının istikrar kazanamadığını belirtmek gerekir. Danıştay’ın kimi kararlarında halka yönelik idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanması gerektiği sonucuna varılırken, bazı kararlarında tam aksi yönde bir tutum takınılarak, söz konusu ilkenin idare hukukunun özelliklerine göre uygulanacağı sonucuna varılmıştır. Örneğin, Danıştay’ın 28 Eylül 1945 tarihinde vermiş olduğu bir kararda; kanuni ibareler geniş olsa bile suçun tanımının İdare veya onun denetimi altında başka bir organ tarafından yapıldığı her durumun kanunilik ilkesine aykırılık oluşturmayaacağı sonucuna ulaşılmıştır.⁹⁸Yine Danıştay’ın 12 Mayıs 1950 tarihinde vermiş olduğu “Marcaillou” kararında; ceza hukukunun bütün ilkelerinin idari cezada uygulanmasının olanaksız olduğu, bu bağlamda idari ceza normunda belirsiz ibareler kullanılmasının veya İdarenin denetimi altında kavramların altlandırılacağına belirtilmesinin, idari faaliyetin sürekliliğinin bozulmaması için yerinde olduğu, bu durumun, suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık oluşturmadığı görüşü savunulmuştur.⁹⁹Buna karşın Danıştay’ın 25 Haziran 1948 tarihli “Stédjournal-L’Aurore” kararında, idari ceza işlemlerinin hiçbir şekilde aleyhe geriye yürümeyeceği esas benimsenmiştir.¹⁰⁰

Ceza hukukundan geçerli olan suç ve cezada kanunilik ilkesinin idari cezada uygulamasına gelince, AK’nin az önce belirtilen 17 Ocak 1989 tarihli kararının, idari suç ve cezalarda¹⁰¹ katı veya sert bir şekilde olmasa da kanunilik ilkesinin

⁹⁷ Krş. Schwarze, s. 212-213.

⁹⁸ Delmas ve Teitgen, s. 68 ve dn. 1.

⁹⁹ Delmas ve Teitgen, s. 28-29 ve dn. 5.

¹⁰⁰ Fazla bilgi için bkz. Waline, s. 399-400. Yazar burada Danıştay’ın bu görüşünün AK tarafından da desteklendiğini ifade etmektedir. Daha somut bir deyişle, AK 24 Ocak 1969 tarihinde vermiş olduğu kararda ceza işlemlerinde geçmişe yürürlü olarak düzenleme yapılamayacağını, 22 Ocak 1980 tarihinde vermiş olduğu kararda ise ceza işleri dışında kanun koyucunun isterse geriye yürürlü kanun yapabileceği esasını benimsemiştir.

¹⁰¹ Gerçi bazı yazarlar, bu kararın BİO’dan lisans alanlar için lisans koşullarının ihlali halinde verilecek cezaları kapsadığını, başka konularda, örneğin meslek kurallarına aykırılık halinde verilecek cezaları kapsamadığını belirtse de (nak. Moderne, s. 220 ve dn. 96) biz bu görüşe katılmamaktayız. Zira Konsey’in bu kararından bütün halka yönelik idari suç ve cezalarda sıkı veya katı bir şekilde olmasa da kanunilik ilkesinin uygulanması gerektiği sonucunun

“kanunun tekelciliği” alt ilkesinin uygulanacağını belirten ilk karar niteliği taşıdığını belirtmek gerekir.¹⁰² Hatta Genevois adlı yazar, AK’nin bu kararının idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulaması bakımından devrim niteliğinde bir karar olduğunu, bu karardan önce, idari cezanın verilebilmesi için yasa veya düzenlemenin ihlal edilmesinin şart koşulmayıp sadece olgu ve olaylara bakıldığını ifade etmektedir.¹⁰³ Daha açık bir deyişle, 17 Ocak 1989 tarihli kararından önce AK¹⁰⁴ idari suç ve cezalarda “kanunilik” ilkesinin “kanunun tekelciliği” alt ilkesinin bulunmasını şart koşmamaktaydı.¹⁰⁵ Bu bağlamda AK’nin, 28 Kasım 1973 tarih ve 73-80 sayılı kararında, Anayasanın Başlangıç, 33. maddesinin 3 ve 5. fıkraları ile 66. maddesi hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden, özgürlüğü bağlayıcı nitelik taşımayan idari cezaların İdarenin düzenlemeleriyle konulabileceği sonucuna varılmıştır.¹⁰⁶ AK’nin 30 Temmuz 1982 tarih ve 82-143 sayılı kararında ise hürriyeti bağlayıcı olmayan idari cezaların İdarenin düzenlemeleriyle konulabileceği, ancak yasama organının kanunla bu cezaları koymasında da bir sakınca olmadığı, daha açık bir deyişle, yasama organının böyle bir durumda İdarenin yetki alanına tecavüz etmiş sayılamayacağı ifade edilmiştir.¹⁰⁷

Ancak AK’nin 17 Ocak 1989 tarihli kararının, suç ve cezada kanunilik ilkesinin kanunun tekelciliği alt ilkesinin uygulanması bakımından rolü önemli olsa da bunu pek fazla abartmamak gerekir. Bir kere AK’nin 17 Ocak 1989 tarihli kararından önce¹⁰⁸ de söz konusu alt ilkeye vurgu yapan kararlarının bulunduğunu belirtmek gerekir.¹⁰⁹ Öte yandan bu kararda suçta kanunilik

çıkartılmasının olanaklı olduğunu düşünmekteyiz.

¹⁰² AK’nin 28 Temmuz 1989 tarihinde verdiği kararda da Borsa İşlemleri Komisyonunun yetkilerine ilişkin olarak aynı yaklaşım sergilenmiştir. Bkz. Bell, s. 408 ve dn. 7.

¹⁰³ Nak. Moderne, s. 204 dn. 31.

¹⁰⁴ AK’nin 17 Ocak 1989 tarihinde vermiş olduğu kararla regülatif idari suç ve cezaların hukuka uygun olduğu sonucuna varmasından AK’nin daha önce diğer idari suç ve cezaları kabul etmediği sonucu çıkartılmamalıdır. Zira Fransa ilk olarak 1970’li yıllarda trafik konusunda idari suç ve cezaları benimsemiş ve bu tip suç ve cezalara AK tarafından karşı çıkılmamıştır. Konu hakkında bilgi için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 4-5 dn. 19.

¹⁰⁵ Bununla birlikte AK, 17 Ocak 1989 tarihli kararından önce idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin “kanunun tekelciliği” alt ilkesinin uygulanmayacağını belirtse de bu ilkenin diğer bir alt ilkesini oluşturan “kanunun geçmişe uygulanmazlığı” alt ilkesinin uygulaması bakımından oldukça katı bir tutum takınmıştır. Gerçekten de Fransız mevzuatında idari suç ceza normlarının geriye yürümezliği ilkesi konusunda Anayasa veya yasalarda bir hüküm bulunmamasına karşın, AK’nin vermiş olduğu kimi kararlarda bu ilkeye katı bir şekilde uyulması gerektiği sonucuna varılmıştır. Örneğin Konseyin 30 Aralık 1982 tarih ve 82/155 sayılı kararında; 1789 tarihli Bildirgenin vergi cezalarının aleyhe geriye yürürlüğüne engel olduğu ifade edilmiştir. Kararda; cezanın türü idari ceza niteliğini taşısa bile niteliği gereği ceza olan bir şeyin aleyhe geriye yürütülmesinin olanaklı olmadığı ifade edilmiştir. Bkz. Moderne, s. 258 ve dn. 231.

¹⁰⁶ Moderne, s. 222 ve dn. 98.

¹⁰⁷ Moderne, s. 223.

¹⁰⁸ ve sonra.

¹⁰⁹ Gerçekten de AK’nin vermiş olduğu 30 Mart 1962 tarihi Bertaux kararı ile 17 Kasım 2006

ilkesinin gerçekleşebilmesi açısından kanun ve idari düzenlemelere aykırı yükümlülüğün ihlal edilmesinin yeterli olduğunu belirtilerek, kanunilik ilkesinin yalnızca “kanunun tekelciliği” alt ilkesinden bahsedilmiştir. Üstelik söz konusu alt ilkeye de layıkıyla bir vurgu yapılamamıştır. Zira suç ve cezada kanunilik ilkesinin kanunun tekelciliği alt ilkesinin gereğinin yerine getirilebilmesi için suç ve cezanın kaynağının yalnızca kanun olması gerekir.¹¹⁰ Hâlbuki 17 Ocak 1989 tarihli kararda kanuna ağırlık verilse¹¹¹ de suçun kaynağı olarak “idari düzenleme”den bahsedildiği için kanunun tekelciliği ilkesinin gerekleri yerine getirilememiştir. Öte yandan suç ve cezada kanunilik ilkesinin gereklerinin yerine getirilebilmiş olması için bu ilkenin “kanunun tekelciliği”, “kanunun açıklığı”¹¹² ve “kanunun geçmişe uygulanmazlığı”¹¹³ alt ilkelerinin tümünün eşanlı olarak benimsenmesi gerekmektedir.¹¹⁴

Nitekim bu gerçekten hareket eden AK, 9 Ekim 1996 tarihli Soc. Prigest davasında vermiş olduğu kararda, suç ve cezada kanunilik ilkesinin gerçekleşmiş sayılabilmesi için kanunda suçun kurucu veya yapıcı unsurlarının tam ve açık bir şekilde kanunla saptanmasının şart olduğunu ifade etmiştir.¹¹⁵ Bundan başka AK, 1998 yılında yürürlüğe girecek mali bir konuyla ilgili kanun hakkında vermiş olduğu kararda da, idari suç ve cezada, kanunilik ilkesinin “kanunun açıklığı” alt ilkesinin de uygulanması gerektiği görüşünü savunmuştur.¹¹⁶

Söz, suç ve cezada kanunilik ilkesinin “kanunun açıklığı” alt ilkesinden açılmışken, AK’nin bilinçli olmayarak, idari suç ve cezalarda söz konusu alt ilkeyi “olumsuz yetkisizlik” (incompétencenégative) olarak adlandırılan bir kavrama

tarihinde vermiş olduğu Sté CNP Asurances kararında idari cezanın verilebilmesi için ortada bir kanun metninin bulunması gerektiği sonucuna varılmıştır. Ancak bu kararlarda halka yönelik idari cezalarda kanunun tekelciliği alt ilkesinin uygulanmasının Anayasanın 37. maddesi gereği İdarenin düzenleme yetkisini ortadan kaldırmayacağı, daha açık bir deyişle, İdarenin idari suç ve ceza alanında da düzenleme yetkisine sahip olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Waline, s. 404.

¹¹⁰ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 37 vd.

¹¹¹ AK’nin daha sonraki kararlarında da suç ve ceza normunun düzenlenmesinde “kanun”a ağırlık veren kararları bulunmaktadır. Gerçekten de AK’nin 17 Mart 1997 tarihli Uluslararası Göç Ofisiyle ilgili kanun, 13 Ağustos 1993 tarihinde göç konusuyla ilgili kanun ve 7 Ocak 2004 tarihinde İçişleri Bakanlığı - Bankerrou’ya karşı davasında vermiş olduğu kararlarda, halka yönelik idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin kanunun tekelciliği alt ilkesine uyulması gerekliliğinin mutlak bir zorunluluk olduğu ifade edilmiştir. AK, az önce bahsedilen 13 Ağustos 1993 tarihinde vermiş olduğu kararında, 1789 Bildirgesinin 8.maddesine de yollama yaparak, bu maddede belirtilen “cezaların kanuniliği” ilkesinin, halka yönelik idari cezaları da kapsadığını belirtmiştir. Waline, s. 404-405.

¹¹² Kanunun açıklığı alt ilkesi hakkında bilgi için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 76-111.

¹¹³ Kanunun geçmişe uygulanmazlığı alt ilkesi hakkında bilgi için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 111-143.

¹¹⁴ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 21-23.

¹¹⁵ Chapus, Tome 1, s. 1177.

¹¹⁶ Krş. Bkz. Jean-Claude Bonichot, Lessanctions administratives en droit français et la Convention européenne des droits de l’homme, AJDA, 20 octobre 2001 spécial, s. 73.

başvurarak aradığını belirtmek gerekir.¹¹⁷ AK, yasama organının idari bir organa veya BİO'ya yetki tanırken kendine düşen payı kullanması gerektiğini, bunun kullanılmaması durumunun negatif yetkisizlik olduğunu ve hukuka aykırı düşeceğini ifade etmiştir.¹¹⁸ Bu bağlamda AK'ye göre, Anayasa, yasa koyucunun yetkisinin alanını saptamak suretiyle kanun koyucuyu da bağladığından Anayasanın 34. maddesinin kapsamına giren konuların düzenlenmesi bakımından bir kanun ile idareye yetki verilmesi yasaktır. Kuşkusuz, bu çözüm şeklinin, Anayasada açıkça öngörülmemesi nedeniyle AK'nin içtihatlarıyla konulan bir ilke olduğu ortadadır.¹¹⁹ AK'nin bu kararlarından idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin bu ülkenin kendisine özgü hukuk dizgesiyle¹²⁰ büyük çaplı¹²¹olarak uygulandığı sonucunu çıkartmak¹²² olanaklıdır.¹²³

¹¹⁷ Moderne'in belirttiği üzere, Fransız AK, negatif yetkisizlik kavramına başvurarak kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesine önem vermektedir. Bkz. Moderne, s. 251.

¹¹⁸ Moderne, s. 225.

¹¹⁹ Krş. Öztürk, s. 153.

¹²⁰ Fransa'nın kendisine özgü hukuk dizgesi diyoruz zira çeşitli defalar belirtildiği üzere bu ülkede idare anayasal bakımdan özerk bir düzenleme yetkisine kavuşmuştur. İdare özerk bir düzenleme yetkisine sahip olduğu için de suç ve cezada kanunilik ilkesi uygulamasının tam olarak gerçekleşmesi olanaksızdır.

¹²¹ Zira az önce belirtildiği üzere AK idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesinin gevşek veya esnek bir şekilde uygulanacağı sonucuna varmaktadır. Eğer AK söz konusu alt ilkenin katı veya sert bir şekilde uygulanacağını belirtseydi idari suçların en azından yapısal veya kurucu unsurlarının salt kanunla düzenlenmesi gerektiği sonucuna varması gerekirdi.

¹²² Bu sonucu çıkartmamızın temel gerekçesini, AK'nin çeşitli defalar bahsedilen 1989 yılında vermiş olduğu meşhur iki karardan itibaren regülatif idari suç ve cezalar bakımından kanunilik ilkesinin kanunun tekelciliği alt ilkesini daha katı bir şekilde kabul etmesi esası oluşturmaktadır. Gerçekten de bu yıldan itibaren AK, Başbakan (Anayasa md. 21/1) dışındaki kamu organlarına, hukuk tarafından öngörülen kuralları uygulama durumunda bulundukları zaman yasa koyucunun vermiş olduğu kural koyma yetkisine herhangi bir itirazının olmadığını, ancak konulacak kuralların kapsam bakımından "hem uygulama alanları hem de içerikleri yönünden sınırlı" olduğu sonucuna varmıştır. Bu bağlamda AK, regülatif otoritelerin mevzuatı yalnızca yorumlayacağını, ancak yaptığı yorumun bir yaptırım uygulanmasının gerekçesi olarak kullanılamayacağına hükmetmiştir. Örneğin AK, 1987 tarihli kararnamedeki "anlık" sözcüğünü, Görsel-İşitsel Üst Kurulun "altı saniye" ile sınırlı olarak yorumlamasını, yol gösterici açıklama niteliğinde bir yorum kabul ederek hukuka aykırı olarak kabul etmemiş, tam aksine, mevzuatın itiraz edilemeyecek yorumları olarak kabul etmiştir. Bununla birlikte Konsey, söz konusu yorumun bir para cezasının gerekçesi olarak uygulandığı durumlarda bunlara itiraz edilebileceğini, bu durumda, yaptırımların "kararname" hükümleri gereğince meşrulaştırılması gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Bell, s. 409. Bunun gibi AK yine bağımsız bir idari otorite olan Telekomünikasyon Düzenleme Otoritesi'nin (L'Autorité de Régulation des Télécommunications) oldukça sınırlandırılmış bir şekilde kural koyma yetkisine sahip olduğunu, onun yalnızca kanun ve kararnameler tarafından konulmuş olan kuralların yorumunu yapacağı anlayışını benimsenmiştir. Fazla bilgi için bkz. Bell, s. 414 vd.

¹²³ Krş. Moderne, s. 239. Kısacası AK bu kararlarında idari cezanın, kanunilik ilkesi dâhil Anayasada ceza hukuku için konulmuş ilkelere ve AİHM'nin kararlarında ortaya çıkan ruha uygun olarak yürütülmesi gerektiğini vurgulamıştır. Krş. Delmas ve Teitgen, s. 156.

AK'nin Görsel-İşitsel Konseyle ilgili yukarıda bahsedilen 17 Ocak 1989 tarihli kararının, suç ve cezada kanunilik ilkesinin “kanunun geçmişe uygulanmazlığı” alt ilkesi bakımından da büyük önem taşıdığını belirtmek gerekir. AK bu kararında, ceza hukukunun kapsamına giren cezalarda geçerli olan aleyhe geriye yürümezlik esasının idari cezalarda da geçerli olduğu sonucuna ulaşmıştır.¹²⁴ Öte yandan AK söz konusu kararında, idari cezaya, ceza muhakemesi usulünün temel prensiplerinin, örneğin savunma hakkına saygı ilkesinin uygulanacağı da belirtilmiştir. Zira AK'ye göre idari ceza da ceza hukukunun kapsamına giren ceza gibi kişi hak ve özgürlüklerini sınırlandırmaktadır.¹²⁵

AK idari cezaya, ceza hukukunun bazı ilkelerinin de uygulanacağı içtihadında bulunmuştur. Gerçekten de AK'nin yukarıda bahsedilen 17 Ocak 1989 tarihli ve 28 Temmuz 1989 tarihli kararlarında; 1789 Bildirgesinin 8. maddesi ve Cumhuriyetin temel ilkeleri çerçevesinde her türlü cezanın ve bu arada idari cezanın dört ilkeye tabi olması gerektiği ifade edilmiştir. Bunları; suç ve cezaların kanuniliği, masumiyet karinesi, cezaların şahsiliği ve cezaların gerekliliği ve oransallığı ile failin lehine olan kanunun derhal uygulanması şeklinde saptamak olanaklıdır.¹²⁶

İdari suç ve cezalarda, ceza hukukundaki kanunilik ilkesinin uygulaması bakımından sağlıklı bir sonuca ulaşabilmek açısından Danıştay'ın da konuyla ilgili içtihatlarının incelenmesi gerekir.¹²⁷ Hemen belirtmek gerekir ki Danıştay'ın birçok kararında 1789 tarihli Bildirgenin 8. maddesinde belirtilen suç ve cezada kanunilik ilkesine yollama yapılarak halka yönelik idari suç ve cezalarda da söz konusu ilkenin uygulanacağı belirtilmiştir. Örneğin Danıştay'ın yukarıda bahsedilen 12 Şubat 1960 tarihli SociétéÉky kararında; Bildirgedeki hükümlerin “suç ve cezalar arasında ölçülülük”, “suç ve cezaların kanuniliği”,

¹²⁴ Moderne, s. 258 ve dn. 232.

¹²⁵ Sauvé, s. 19.

¹²⁶ Chapus, Tome 1, s. 1176-1177. Bonichot ise bu ilkelerisuç ve cezaların kanuniliği, ölçülülük, aleyhe ceza normunun geriye yürümezliği ve savunma hakkına saygı şeklinde ifade etmektedir. Bonichot, s. 73.

¹²⁷ Gerçekten de Fransa'da halka yönelik idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanmasını garanti etmek açısından ilk derecede idare mahkemeleri (Tribunauxadministratifs), sonul aşamada ise Danıştay (Conseild'Etat) önemli bir rol oynamaktadır. Bunlardan özellikle Danıştay, idarenin yetkisinin sınırlandırılması konusunda tarihsel açıdan kararlı bir rol oynamıştır. Fransa'da idari kanuniliği test edecek en önemli usuli araç, idari işlem ve eylem gerçekleştirildikten sonra yapılacak olan; görev ve yetkiye, usul ve şekil kurallarına, hukuka veya takdir yetkisine aykırılıkları incelemeyi hedefleyen “yetki saptırması” (recourspourexçès de pouvoir) denetimidir.Bkz. Schwarze, s. 217. Öte yandan, Danıştay içtihatlarının incelenmesi bir başka açıdan da önem taşımaktadır. Gerçekten de AK'nin özellikle 1989 yılında vermiş olduğu kararlar, idari suç cezada kanunilik ilkesi ve diğer anayasal ilkelerin uygulanması bakımından önemli bir kilometre taşı oluştursa da bu ilkeler ayrıntılı bir şekilde uygulanamamıştır. Fransa'da söz konusu anayasal ilkeleri idari yargı organları, özellikle Danıştay ayrıntılandırarak başarılı bir şekilde uygulamıştır. Krş. Delmas ve Teitgen, s. 158.

“ceza kanunlarının geriye yürümezliği” ve “kanuni usuller içerisinde suçlunun sahip olduğu haklar” şeklinde dört ilkeyi ortaya ifade edilerek bunların halka yönelik idari suç ve cezalarda da uygulanacağı vurgulanmıştır.¹²⁸

Yine Danıştay'ın 27 Mayıs 1993 tarihli kararında; yalnızca ceza hukukunun kapsamına giren cezalar bakımından değil, halka yönelik idari cezalar bakımından da failin lehinde olan ceza normunun derhal uygulanacağı görüşü savunulmuştur. Bununla birlikte bu kararda Danıştay, kamu yararının gerekli gördüğü durumlarda kanun koyucunun lehe olan kanunun derhal uygulanması ilkesinden uzaklaşabileceği veya farklı bir çözüm yolunu benimseyebileceği görüşü benimsemiştir.¹²⁹

İdari ceza işlemlerine karşı etkin bir yargı denetim düzeneğinin kabul edilmemesi söz konusu işlemler bakımından kanunilik ilkesini zayıflatmaktadır. İşte Fransız Danıştay'ının 13 Mayıs 1991 tarihinde vermiş olduğu kararda böyle bir hataya düşülerek, BİO'ların ancak açık hata yaptığı durumlarda işlemlerinin ve bu arada idari ceza işlemlerinin iptal edileceği görüşü benimsenmiştir.¹³⁰ Eğer Danıştay bu tutumunu sürdürseydi söz konusu yüksek yargı organının regülatif idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesini tam olarak benimsemediği sonucuna varılırdı. Ancak Danıştay daha sonra vermiş olduğu kararlarda hatasını düzelterek AİHS ve AİHM içtihatlarına uyum sağlayabilmek açısından halka yönelik idari suç ve cezalarda yargısal denetimin tam olarak yapılması gerektiğini ifade etmiştir.¹³¹

AK ve Fransız Danıştay'ının halka yönelik idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanması konusunda son eğilimlerini özetlemek gerekirse, bu yargı organları, ceza hukukunun kapsamına giren suç ve cezalar ile halka yönelik idari suç ve cezalar arasında bir yakınlık kurmuşlar ve Anayasanın temel ilkeleri ile 1789 Bildirgesinin 8. maddesindeki kanunilik ilkesinin gerek ceza hukukunun gerekse cezai idare hukukunun kapsamına giren suç ve cezalar bakımından uygulanacağı esasını kabul etmişlerdir.¹³²

AK ve Danıştay'ın halka yönelik idari suç ve cezaların, Anayasanın temel ilkeleri ile 1789 Bildirgesinin 8. maddesinde belirtilen kanunilik ilkesine uygun olması gerektiği yönündeki eğilimleri, Fransız öğretisi tarafından oydaşı halinde benimsenmektedir.¹³³ Bu bağlamda Fransız öğretisine, Anayasanın temel ilkeleri ve Bildirgenin 8. maddesi çerçevesinde halka yönelik idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin aranması yönünde yargı organlarının verdiği

¹²⁸ Bkz. Gazier ve Bruno, s. 117 ve dn. 88.

¹²⁹ Bkz. Les Pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions, s. 58.

¹³⁰ Bkz. Delmas ve Teitgen, s. 89 ve dn. 2.

¹³¹ Delmas ve Teitgen, s. 90.

¹³² Moderne, s. 204.

¹³³ Delmas ve Teitgen, s. 29.

kararların sürpriz gelmediğini belirtmek gerekir. Fransız öğretisi açısından sürpriz veya çelişkili olan husus, AK'nin içtihatlarıyla kabahatler¹³⁴ bakımından kanunilik ilkesinin kanunun tekelciliği alt ilkesinin gerekli olmadığı, bir başka deyişle, kabahat suçlarının idari düzenlemeyle yapılmasının Anayasaya uygun bulunmasına karşın kabahat miktarından daha hafif ceza öngörülmüş olsa bile tüm halka yönelik idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanması gerektiği esasının kabul edilmiş olmasıdır.¹³⁵

B. HALKA YÖNELİK İDARİ SUÇ VE CEZA TÜRLERİNDE KANUNİLİK İLKESİNİN UYGULAMASI

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.¹³⁶

Halka yönelik idari suç ve cezaların 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, 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 da¹³⁷ halka yönelik idari suç ve cezalar içerisinde incelenmektedir.¹³⁸

¹³⁴ Söz kabahatlerden açılmışken Fransız Ceza Kanununun, suçları; cürüm, cünha ve kabahat şeklinde üçe ayırdığını belirtmek gerekir.

¹³⁵ Krş. Moderne, s. 225.

¹³⁶ Bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 206.

¹³⁷ BİÖ 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 BİÖ arasında önceden bir bağ bulunmadığı için regülatif idari suç ve cezaları, halka yönelik idari suç ve cezaların içerisinde sınıflandırmanın daha doğru olduğunu düşünmekteyiz. Ancak yukarıda regülatif idari suç ve cezanın AK kararları bağlamında tarihçesi ile halka yönelik idari suç ve cezalar bakımından verilen genel bilgide temas edilen AK ve Danıştay içtihatları daha çok regülatif nitelikli idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulamasına yönelik olduğundan aşağıda Fransa'da regülatif nitelikteki idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesi uygulamasına ayrıca değinilmeyecektir.

¹³⁸ Çok geniş bir yelpazede yer alan halka yönelik idari suç ve cezaların örnekle yoluyla türleri bakımından Türkiye'de kanunilik ilkesinin uygulaması açısından bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 208-309.

Bu açıklamalardan sonra halka yönelik idari suç ve cezalardan idari vergi, idari çevre, idari trafik ve idari polis suç ve ceza türlerinde kanunilik ilkesinin uygulaması üzerinde durulması faydalı olacaktır.¹³⁹

1. İdari Vergi Suç ve Cezalarında Kanunilik İlkesinin Uygulamasının İrdelenmesi

Fransa'da idari vergi suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulamasını irdelemeye geçmeden önce Almanya'da olduğu gibi bu ülkede de idari vergi cezaları ile ilgili garip bir esastan bahsedilmesi faydalı olacaktır.

Gerçekten de Fransa'da kimi durumlarda ilgili kişi idari vergi cezasını ödemezse dört aya kadar hapsedilebilmektedir. Hapis cezasını vergi idaresi vermemekte, idare, söz konusu cezanın verilmesini ceza mahkemesinden istemekte ve mahkemenin kararıyla kişiye hürriyeti bağlayıcı ceza verilmektedir.¹⁴⁰ Bu ceza her ne kadar ceza mahkemesinin kararıyla uygulanıyor olsa da vergi cezasının ödenmemesi nedeniyle kişinin özgürlüğünden mahrum bırakılması, kanımızca, insan haysiyetiyle bağdaşan bir tutum olarak değerlendirilemez ve ilkel bir ceza hukukuna dönüşümü simgeler.

Fransa'da idari vergi suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulaması bağlamında şu hususu hemen belirtmek gerekir ki Fransa'da bu suç ve cezalar bakımından kanunilik ilkesine uyulması anayasal bir gerekliliktir. Gerçekten de Anayasanın 34. maddesinin 1. fıkrasının 4. bendinde; her türlü vergilerin matrah, oran ve tahsil biçimleri "kanun"un düzenlemesine özgülenmiştir. Kanımızca vergi cezaları da geniş anlamda "vergi" kavramının içerisine altlanılabileceğine göre bu suç ve cezalarda kanunilik ilkesine uyulması anayasal değerde bir norm niteliğini taşımaktadır.¹⁴¹

¹³⁹ Fransa'da 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 incelenmeyecektir.

¹⁴⁰ Delmas ve Teitgen, s. 95.

¹⁴¹ Aslında Fransa'da idari vergi cezalarında kanunilik ilkesinin uygulanması, anayasal değerde bir norm olarak düzenlenmese bile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadı gereğince de söz konusu ilkenin uygulanması gerekir. Gerçekten de Fransa'ya karşı açılan Bendenoun davasında AİHM'nin verdiği 24.2.1994 tarihli kararda, Fransa'da idari yaptırım sayılan mali yaptırımlar, Mahkemenin uyguladığı ölçütlere göre, ceza suçlamaları kapsamına dâhil edilerek, bunlara, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 6. maddesinin uygulanacağı belirtilmiştir. Bu kararında AİHM, iç hukuk kurallarıyla idari yaptırım olarak isimlendirilen bir takım yaptırımların aslında cezai yaptırım olarak nitelendirilmesinin, ilgili ülkenin verdiği tanıma göre değil, AİHS çerçevesinde yapılan değerlendirmelere göre belirlenebileceği, şayet Mahkeme tarafından adil yargılamaya ilişkin belirli ölçütlere göre yapılan değerlendirmede, bir yaptırımın cezai niteliği ağır basarsa, bu yaptırımın uygulanmasında AİHS'nin adil yargılanma hakkı olarak nitelendirilen 6. maddeye uyulmamasının açılan davanın kabulü sonucu doğuracağına dikkat çekilmiştir. Bu davada Mahkeme, dört ölçütten dolayı idari vergi cezasını, AİHS'nin 6. maddesinin kapsamına giren "cezai suçlama" olarak kabul etmiştir.

Nitekim Fransız AK, 30 Ekim 1982 tarih ve 1982-155 sayılı kararında; idari vergi cezaları bakımından da, suç ve cezada kanunilik ilkesinin daha ağır olan cezaların “geçmişe yürümezliği” (le principe de non-rétroactivité) alt ilkesinin geçerli olduğu sonucuna varılmıştır. Aslındabu karar salt idari vergi cezaları bakımından alınsa da kararın gerekçesinde failin aleyhinde olan tüm idari cezaların geçmişe yürürlü olamayacağı sonucuna varılmıştır. Daha açık bir deyişle, kararın gerekçesinde; failin aleyhine olan cezaların aleyhe geriye yürüme yasağının yalnızca ceza hukukunun kapsamına giren cezalar bakımından geçerli olmadığı, bunun yanında, “cezalandırıcı” niteliği bulunan diğer her türlü cezalar bakımından da geçerli olduğu, bu bağlamda, yasa koyucunun, yargı organı dışında bir başka makama cezalandırma yetkisi verdiği durumlarda da söz konusu yasağın geçerli olduğu sonucuna ulaşılmıştır.¹⁴²

Bu bahsi kapatmadan önce vergi konusunda Fransa’da anayasal seviyede ilginç bir hükme temas etmek uygun olacaktır. Anayasanın 40. maddesinde; Parlamento üyelerinin yapmış olduğu kanun teklifi veya değişiklik önergesi, kamu gelirini azaltıcı bir nitelik taşıyor veya yeni bir kamu gideri oluşturuyor veya kamu giderlerinin artmasına yol açıyorsa, teklif veya önerenin kabul edilemeyeceği ifade edilmektedir. Bu bağlamda Güneş’in isabetli olarak belirttiği üzere, Anayasanın 34. ve 40. maddeleri birlikte dikkate alındığında şöyle bir görüntüyle karşılaşılmaktadır. Parlamento; hükümet tarafından önerilen yeni bir verginin kurallarını saptayan ve kamu gelirlerini azaltan yasa tasarısında etkin olabilmesine karşın, kendisinin kamu gelirlerini azaltacak veya yeni bir kamu gideri getirecek veya kamu giderini artıracak bir yasa teklifinde bulunabilmesi olanaklı değildir. Kısacası, mevcut vergi yasalarındaki vergi yükünü hafifletebilecek bir yasa değişikliği, ancak hükümet tarafından

Bunlardan ilki; dava konusu olayın, Genel Vergi Kanununun 1729. maddesinin 1. fıkrası kapsamına girmesi, söz konusu fıkranın ise yalnızca özel statüye sahip belirli bir grubu değil, tüm vergi mükelleflerini ilgilendirmesidir. İkincisi; ceza yoluyla vergi miktarını artırmak, bir zararın parasal giderimini değil, benzeri davranışların tekrarını önlemek için cezalandırmayı hedeflemektedir. Üçüncüsü; söz konusu vergi miktarını artırma nedenleri, aynı zamanda önleyici ve cezalandırıcı amacı olan genel nitelikli bir kurala dayanmaktadır. Son ölçüt ise uygulanan yaptırımın miktarının çok yüksek olmasıdır. Nitekim olayda Bendenoun’a 422.534 Frank, şirketi için de 570.398 Frank idari vergi cezası tahakkuk ettirilmiştir. Üstelik söz konusu cezanın ödenmemesi durumunda Bendenoun’un anılan kanunun 1729. maddesinin 35. fıkrası gereğince hapisle tazyik edilmesi de öngörülmüştür. Bendenoun’un davası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Durmuş Tezcan, AİHS Açısından Vergi Cezaları ve Adil yargılanma Hakkı, Danıştay ve İdari Yargı Günü 138. Yıl 11-12 Mayıs 2006, Danıştay Matbaası, Ankara 2008, s. 24-26. AİHS’nin 7. maddesinde düzenlenen suç ve cezada kanunilik ilkesi, 6. maddedeki “cezaî suçlamalar” kapsamına giren olaylar için uygulanacağından ve idari vergi cezaları da 6. maddenin kapsamına girdiğine göre idari vergi cezalarının kanunilik ilkesine tabi olacağı AİHS hükümleri gereğince açıktır. AİHS’nin 7. maddesinde düzenlenen kanunilik ilkesi ve uygulaması hakkında bilgi için bkz. Durmuş Tezcan ve diğerleri, İnsan Hakları El Kitabı, 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016, s. 345-353.

¹⁴² Bkz. LesPouvoirs de l’administration dans le domaine des sanctions, s. 57.

parlamentoya yaptırılabilir. ¹⁴³Bu çerçevede, “sonul aşamada” ¹⁴⁴kamu gelirlerini azalttığı için idari vergi cezalarını ortadan kaldıran veya söz konusu cezaların ağırlığını azaltan yasa teklifleri ancak hükümet tarafından parlamentoya yaptırılabilir, buna karşın, kamu gelirlerini artırdığı için yeni bir idari vergi cezasını öngören veya mevcut idari vergi cezalarının ağırlığını artıran yasal değişiklikler Parlamentonun bizatihi kendisi tarafından yapılabilir. Bu durum idari vergi cezalarını azaltma veya ortadan kaldırma konusundaki gerçek yetkinin hükümette olduğunu somut bir şekilde ortaya koymaktadır.

2. İdari Çevre Suç ve Cezalarında Kanunilik İlkesinin Uygulamasının İrdelenmesi

Fransa'da halka yönelik idari suç ve ceza türlerinden idari çevre suç ve cezalarında ¹⁴⁵katı veya sert bir kanunilik ilkesi uygulanmamaktadır. Aslında Fransa'da her türlü halka yönelik idari suç ve cezalar ve bu arada idari çevre suç ve cezaları bakımından gevşek bir kanunilik ilkesinin uygulanmasını makul karşılamaya olanak yoktur. Gerçekten de AK, yukarıda çeşitli defalar bahsedilen 17 Ocak 1989 ve 28 Temmuz 1989 tarihli kararları ile 25 Şubat 1992 tarihinde vermiş olduğu bir kararda her türlü halka yönelik idari suç ve cezalar bakımından mutlaka kanunilik ilkesinin uygulanmasının gerekli olduğunu, ¹⁴⁶yasa koyucu tarafından sınırları açık ve kesin bir şekilde çizilmeden İdarenin düzenleyici işlemleriyle idari suç ve ceza konulamayacağı soncuna varmıştır. ¹⁴⁷

AK'nin bu uygulamasına karşın, 19 Temmuz 1976 tarihli Fransız Çevre Kanunu, İdarenin kendisine, çevreyi korumak için İdarenin koyduğu düzenlemelere uyulmaması halinde cezalandırma yetkisi vermiştir. Çevre

¹⁴³ Gülsen Güneş, Verginin Yasallığı İlkesi, Güncellenmiş 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., İstanbul 2008, s. 61.

¹⁴⁴ Burada “sonul aşamada” ibaresini bilinçli bir şekilde kullanmaktayız. Çünkü bir idari vergi cezasının konulması veya mevcut bir idari vergi cezasının artırılması sonul aşamada kamu gelirinin artmasına yol açsa da söz konusu cezanın amacı hiç bir şekilde kamu gelirlerini arttırmak olamaz. İdari vergi cezasının amacı “cezalandırma” olup, ona gelir gözüyle bakılması onur kırıcı bir tutumdur.

¹⁴⁵ Söz idari çevre cezalarından açılmışken bu ülkede idari çevre cezaları ile idari çevre tedbirleri arasında sağlıklı bir ayırım yapıldığını belirtmek gerekir. Bu bağlamda, çevre için tehlikeli bir şekilde faaliyet gösteren firmaların kapatılması işlemi idari tedbir olarak düşünülmekte, buna karşın, yükümlülüğe aykırı davranılması durumunda uygulanan yaptırımlar, örneğin, atık tesis kurma yükümlülüğüne uyulmamasından dolayı uygulanan kapatma işlemi idari ceza olarak kabul edilmektedir. Zira idari ceza, çevresel yükümlülüğe uyulmamasından dolayı yapılan bir cezalandırma işlemi olmasına karşın, çevresel idari tedbir durumunda çevreye verilecek ciddi zararların önlenmesi ereklenmiştir. Bkz. Malik Memlouk, L'étatdudroit dans le domaine desinstallationsclassées, AJDA, 20 octobre 2001 spécial, s. 40.

¹⁴⁶ Gerçekten de AK bu kararlarında ceza niteliği olan” her idari yaptırımın” 1789 Bildirgesinin 8. maddesinin kapsamına gireceğini ifade etmiştir. Bkz.Delmas ve Teitgen, s. 165.

¹⁴⁷ Memlouk, s. 38.

Kanununun bu hükmü, suç ve cezada kanunilik ilkesinin “kanunun tekelliliği” alt ilkesine aykırı olmasına karşın, Nantes Bölge İdare Mahkemesi 10 Ekim 1990 tarihinde vermiş olduğu bir kararda, Çevre Kanununun idari çevre suç ve cezalarının temelini oluşturduğunu, dolayısıyla suç ve cezada kanunilik ilkesi bakımından herhangi bir sorunun olmadığını belirtmiştir.¹⁴⁸ Hâlbuki mevzuatın bu hükmü kanunilik ilkesi bakımından sorun doğurucudur. Zira Fransız Çevre Kanununda, idari çevre suç ve cezalarının yapısal veya kurucu unsurları düzenlenmemiş, salt konusuna temas edilerek İdareye yetki verilmiştir. Böyle bir durumun suç ve cezada kanunilik ilkesinin kanunun tekelliliği alt ilkesine aykırılık oluşturacağı açıktır.

Fransa’da idari çevre suç ve cezaları bakımından kanunilik ilkesine uyulmasa da kanunilik ilkesinin tamamlayıcısı olan tipiklik ilkesine¹⁴⁹ uyum konusunda önemli bir düzeneğin kurulduğunu belirtmek gerekir. Gerçekten de bu ülkede kural olarak, idari çevre cezasının muhatabına idari çevre cezası verilmeden önce makul bir süre tayin edilerek “uyarı”nın verilmesi gerekmektedir.¹⁵⁰ Fransız Çevre Bakanlığı 18 Haziran 1998 tarihinde yayımladığı bir sirkülerde bu süreyi azami 3 ay olarak saptamıştır. Ancak idari mahkemeleri söz konusu süre sınırının gerçekçi olmadığını, kimi durumlarda bu sürenin 1 yıla kadar uzatılması gerektiğine hükmetmişlerdir.¹⁵¹ Bu ülkede, Bakanlığın veya nihai olarak son sözü söyleyecek olan yargı organlarının belirlediği süre içerisinde çevresel eksiklikler giderilmediği takdirde idari çevre cezası uygulanmaktadır ki¹⁵² bunun idari çevre suç ve cezalarında kanunilik ilkesi bakımından önemli bir fayda oluşturacağını düşünmekteyiz.

3-İdari Trafik Suç ve Cezalarında Kanunilik İlkesinin Uygulamasının İrdelenmesi

Fransa’da, toplumsal suç ve cezalar grubuna giren idari trafik suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulanmadığını peşinen belirtmek gerekir. Bu ülkededaha önceleri idari trafik suç ve cezalarında, temel olarak, sürücü ehliyetinin geri alınması idari cezası¹⁵³ uygulanırken, günümüzde, daha çok,

¹⁴⁸ Krş. Memlouk, s. 38-39 ve dn. 3.

¹⁴⁹ Tipiklik hakkında bilgi ile suç ve cezada kanunilik prensibi ve tipiklik ilkesi arasındaki ilişkiler için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 168-182.

¹⁵⁰ Degoffe, uyarının amacının; ilgili idari birimi, hangi yükümlülüğün yerine getirilmediği veya hangi ilkenin ihlal edildiğini belirlemeye zorlayarak, suç ve cezanın kanuniliği ilkesine tam anlamıyla bir etkinlik kazandırmak olduğunu belirtmektedir. Bkz. Michel Degoffe, Droit de sanction non pénale, Economica, Paris 2000, s. 74’den nak. Mustafa Karabulut, İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s. 121 ve dn. 27. Degoffe’nin bu görüşünün isabetli olduğu açıktır.

¹⁵¹ Memlouk, s. 44 ve dn. 56.

¹⁵² Memlouk, s. 44.

¹⁵³ Sürücü ehliyetinin geri alınması idari bir cezadır. Bkz. Waline, s. 402.

puan düşürerek ehliyetin geri alınması idari cezasına¹⁵⁴ ağırlık verilmiştir. Puan düşürülerek ehliyetin geri alınması cezasının yasal dayanağını 10 Temmuz 1989 yılında çıkartılan bir kanun oluşturmuş ve bu kanunla puan düşürülmesi yoluyla ehliyetin geri alınmasına temas etmiştir. Ancak söz konusu kanun, puan düşürülerek ehliyetin geri alınması cezasının kurucu veya yapıcı unsurlarını düzenlememiş, konuyu bütünüyle İdarenin düzenleyici işlemlerine bırakmıştır. Bu bağlamda, İdarenin düzenleyici bir işlemi bile sayılamayacak olan 25 Haziran 1992 tarihli bir genelgeyle de “puan düşürme” yaptırımını hakkında ayrıntılı maddi ve usul hukuku kurallarına yer verilmiştir.¹⁵⁵ Bu durumun kanunilik ilkesinin “kanunun tekelciliği” alt ilkesine bariz bir aykırılık oluşturduğu ortadadır.

4-İdari Polis Suç ve Cezalarında Kanunilik İlkesinin Uygulamasının İrdelenmesi

Sosyal veya toplumsal nitelikteki idari suç ve cezalar grubuna giren idari polis suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulaması bakımından tam bir karmaşanın yaşandığını belirtmek gerekir. Bir başka deyişle, bu konuda mevzuat ve yargı içtihatları arasında bir uyumsuzluk bulunmaktadır. Konu oldukça önemli olduğundan üzerinde biraz daha fazla durulması faydalı olacaktır.

Fransa'da, idari yargı organları, idari polis cezası niteliğinde bulunan “meslek ve sanattan yasaklanma” cezası bakımından suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin uygulanması gerektiği görüşünü savunmaktadırlar. Daha açık bir deyişle, idari yargı organları, meslek ve sanattan yasaklanma cezasının ya kanun veya kanunun temel ilkeleri belirlemesi koşuluyla İdarenin tasarruflarıyla düzenlenebileceği görüşünü benimsemektedirler.¹⁵⁶ İdari yargı organlarının bu sonuca ulaşmasına yol açan olayda; 1976 yılından beri taksi işleten Benkerrou adlı bir kişinin taksi işletme ruhsatı, polis biriminin 20 Kasım

¹⁵⁴ Bununla birlikte, puan düşürülerek ehliyetin alınması cezasının niteliği konusundaki Danıştay içtihatlarının istikrarlı olmadığını belirtmek gerekir. Daha açık bir deyişle Danıştay, 8 Aralık 1995 tarihinde vermiş olduğu *Mouvement de défensesautomobilistes* kararda puan kesilmesinin cezai nitelik taşımadığını belirtmiş olmasına karşın, 27 Eylül 1999 tarihinde *Roux* davasında vermiş olduğu kararda, puan kesilmesiyle sonul olarak ceza verileceğini, dolayısıyla işlemin cezai olduğunu ancak AİHS md. 6/1 anlamında cezai bir nitelik taşımadığını belirtmiştir. Bkz. Pierre Builly, *La Sanctionadministrative en matière de sécurité routière*, AJDA, 20 Octobre 2001 spécial, s. 37.

¹⁵⁵ Builly, s. 34-35.

¹⁵⁶ Daha önceleri Fransız Danıştay'ı meslek ve sanattan yasaklanma veya bu sonucu doğuracak olan izin veya ruhsat iptali cezalarında kanunilik ilkesinin “kanunun tekelciliği” alt ilkesine uyulmasının gerekli olmadığı görüşünü savunmuştur. Daha açık bir deyişle, Fransız Danıştay'ı, kişi hak ve özgürlüğünü sınırlandıran veya malvarlığına ilişkin halka yönelik idari cezalar konusunda bir kanun hükmünün bulunmasını şart koşsa da verilmiş bir iznin geri alınmasından ibaret bulunan idari cezanın bir tüzükle de konulabileceği görüşünü benimsemiştir. Bkz. Feyyaz Gölcüklü, <<İdari Ceza Hukuku>> Ve Anlamı; İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki, AÜSBFD, C. XVIII, S. 2, Haziran 1963, s. 175 ve dn. 70.

1997 tarihinde verdiği bir kararla geçici olarak askıya alınmıştır. Polis bu ruhsatı geçici olarak askıya alırken, Başbakanın düzenleme yaparak taksi işletme ruhsatı sahiplerinden sabıka kaydı getirmelerini öngördüğünü, Benkerrou'nun sabıka kaydının olmadığına dair bir belge getiremediğini dolayısıyla onun işletme ruhsatının geçici olarak askıya alınmasının hukuka uygun olduğunu ifade etmiştir. Ancak polisin vermiş olduğu bu karar, Paris İdare Mahkemesinin 11 Mayıs 2001 tarihli kararıyla hukuka aykırı bulunarak iptal edilmiştir. İdare mahkemesinin söz konusu kararının temyiz edilmesi üzerine Danıştay 7 Temmuz 2004 tarihinde verdiği bir kararla söz konusu idare mahkemesinin kararını onaylanmıştır.

Paris İdare Mahkemesi ve Danıştay, Başbakanının kanunda öngörülme-yen bir izin yöntemini koyamayacağını, onun sadece trafik güvenliği ile ilgili düzenleme yapma yetkisinin bulunduğunu, suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin anlamının, kanunda öngörülme-yen suçlardan dolayı ceza verilmemesi olduğunu, olayda taksi işletme ruhsatının geçici olarak askıya alınmasının cezai nitelikte bulunduğunu, AK'nin yukarıda anlatılan 17 Ocak 1989 tarihli kararında ceza hukuku cezalarında olduğu gibi idari cezalarda da kanunilik ilkesinin uygulanacağı yönünde sonuca ulaşıldığı, Anayasanın 34. maddesinde de meslek, sanat ve iş yaşamına, ancak yasama organının müdahale edebileceğinin belirtildiği,¹⁵⁷ kişinin taksi işletme ruhsatının askıya alınmasının çalışma yaşamına bir müdahale oluşturduğu, dolayısıyla polis biriminin kanuna dayanmadan böyle bir ceza vermesinin hukuka aykırı olduğunu belirtmişlerdir.¹⁵⁸ Bu kararlardan, idari polis suç ve cezalarının bir türünü oluşturan meslek, sanat ve iş yaşamına yönelik cezalarda kanunilik ilkesinin uygulandığı, daha açık bir deyişle, bu ülkede yalnızca yasama organının bir faaliyeti yasaklamaya, izne veya önceden bildirmeye tabi tutmaya yetkili yetkili olduğu, polisin genel ve mutlak bir yasak öngörmesinin olanaklı olmadığı¹⁵⁹ sonucunu çıkartmak olanaklı olsa da kanımızca bütün idari polis suç ve cezaları bakımından böyle bir sonuca ulaşmak olanaklı değildir. Daha açık bir deyişle, Fransa'da idari polis suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulamasını esnekleştiren veya gevşeten bazı durumlar bulunmaktadır. Şimdi bu durumları incelemek faydalı olacaktır.

Fransa'da idari polis suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulamasını gevşeten ilk durum, polisin ceza işlemlerine karşı yargı denetiminin zayıflatılmış olmasıdır. Gerçekten de bu ülkede 27 Ocak 1983 tarihinde çıkartılan bir kararnameyle, polisin uyguladığı ceza işlemlerine karşı yargı denetiminin yoğunluğu azaltılmıştır.¹⁶⁰ İdari ceza işlemlerine karşı

¹⁵⁷ Anayasanın 34. maddesinin 2. fıkrasının 6. bendinde, çalışma, sendika ve sosyal güvenlik hakkı konusunda kanunların temel ilkeleri belirleyeceği ifade edilmiştir.

¹⁵⁸ Bu davanın ayrıntılı bir öyküsü için bkz. Guyomar, s. 913-922.

¹⁵⁹ Krş. de Laubadère-Venezia-Gaudemet, s. 718.

¹⁶⁰ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. de Laubadère-Venezia-Gaudemet, s. 720.

yargı denetiminin etkinsizleştirilmesi, kanunilik ilkesi açısından “gri delik”¹⁶¹ oluşturacağından bu durumun Fransa’da idari polis suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulanması bakımından bir gevşekliğe yol açacağı açıktır.

Fransa’da idari polis suç ve cezalarında kanunilik ilkesini gevşeten bir başka durum, kanunların genellikle söz konusu cezayı “azami” (en üst) bir sınır ile sınırlandırması ve bu sınır içerisinde polise cezayı saptamak bakımından geniş bir takdir yetkisi tanımasıdır. Kanımızca bir cezanın kanunilik ilkesine uygun olabilmesi için yalnızca üst sınırının gösterilmesi yetmemekte, bunun yanında alt sınırının da gösterilmesi gerekmektedir. Kısacası alt ve üst sınırlı cezalarda her iki sınırın gösterilmesi kanunilik ilkesi açısından zorunludur. Fransa’da idari polis cezalarında yalnızca üst sınırın gösterilmesi “kanunsuz suç ve ceza olmaz” (nullumcrimennullapoena sine lege) ilkesine büyük bir gevşeklik getirdiği ortadadır.¹⁶²

Buraya kadar yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere Fransa’da halka yönelik idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesi gerekli veya yeterli bir şekilde benimsenememiştir. Aslında bu ülkede halka yönelik idari suç ve cezalar bakımından kanunilik ilkesi tam veya katı bir şekilde benimsenmiş olsaydı bile yurttaşların hak ve özgürlükleri garanti altına alınmış sayılmazdı. Zira suç ve cezada kanunilik ilkesi, yurttaşların hak ve özgürlüklerine garanti sağlamayı ancak genel bir idari usul kanunun veya ceza verilmesi sürecini gösteren kanunun bulunmasıyla yerine getirebilir. Hâlbuki Fransa’da böyle kanunlar bulunmamaktadır. Bu bağlamda Fransa’da genel idari usul kanunun bulunmaması veya idari ceza öngören kanunlar, onların verilmesi usulünü düzenlememiş olduklarından, yurttaşlara sağlanan hak ve özgürlüklerin büyük bir tehlike altında bulunduğunu belirtmek gerekir.¹⁶³

III. FRANSA’DA DİSİPLİN SUÇ VE CEZALARINDA KANUNİLİK İLKESİNİN UYGULANMASI

A. GENEL OLARAK

Fransa’da disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulamasını irdelemeye geçmeden önce Fransız kamu yönetimi dizgesi ve kamu istihdamı konusunda genel bir bilgi verilmesi uygun olacaktır. Fransa’da kamu görevlileri, kamu yönetiminin hizmet verdiği alana göre ayrıma tabi tutulmakta ve bu bağlamda merkezi yönetim personeli, yerel yönetim personeli ve hastane personeli olmak üzere üç şekilde sınıflandırılmaktadır. Bu ülkede kamu görevlileri ayrıksız olarak kamu hukuku rejimine tabi bulunmaktadır. Daha

¹⁶¹ Suç ve cezada kanunilik ilkesinin uygulamasını bulanıklaştıran gri delik hakkında bilgi için bkz. AdrianVermeule, Our Schmittian Administrative Law, Harvard Law Review, Vol. 122: 1095, 2009, s. 1096.

¹⁶² Krş. Moderne, s. 224.

¹⁶³ Krş. Waline, s. 404.

açık bir deyişle, Fransız kamu görevlileri, iki tür hukuki mevzuata tabi bulunmaktadır. Bunlardan ilkin, personel kanunları¹⁶⁴ oluşturmaktadır. Bu kanunlar ile kamu görevlilerinin güvenceleri, yükümlülükleri, kamu istihdamını yöneten temel ilkeler ve kariyerleri düzenlenmiştir. İkincisini ise her bir kamu kurum veya kuruluşunda çalışan kamu görevlileri için uygulanmak üzere idarenin çıkardığı düzenlemeler oluşturmaktadır.¹⁶⁵

Almanya'da olduğu gibi Fransa'da da kamu istihdamında statü personeliyle diğer personel, bir başka deyişle, devlet memuru ile sözleşmeli personel arasında temel bir ayrım yapılır.¹⁶⁶ Bununla birlikte, Almanya'da olduğu gibi devlet memurunun kamu hukukuna, sözleşmeli personelin özel hukuk kurallarına tabi olduğu anlayışı Fransa'da benimsenmemekte, daha somut bir deyişle, ister devlet memuru olsun, isterse sözleşmeli personel olsun, her ikisi de kamu hukuku kurallarına¹⁶⁷ tabi bulunmaktadır.¹⁶⁸ Bu ülkede, kamu

¹⁶⁴ 13.7.1983, 11.1.1984, 26.1.1984 ve 9.1.1986 tarihli Kanunlar.

¹⁶⁵ TheStatus of PublicOfficials in Europe, Council of Europe Publishing, Strasbourg 1999, s. 12.

¹⁶⁶ Fransa'da kamu personel rejimini tam olarak anlayabilmek için kamu hukukuna bağlı olarak istihdam edilen kamu görevlilerinin statülerine göre dağılımı konusunda bazı rakamların verilmesi uygun olacaktır. Bu ülkede, 1998 yılında 3.711.076 "asıl kamu görevlisi" (titulaires), 864.078 "asıl olmayan kamu görevlisi" (non-titulaires) ve 272.190 "yardımcı görevli" (emploisaidés) olmak üzere toplam 4.847.344 kamu görevlisi istihdam edilmiştir. 2003 yılı bakımından ise bu rakamlar, 4.020.973 asıl kamu görevlisi, 955.598 asıl olmayan kamu görevlisi ve 208.081 yardımcı görevli olmak üzere toplam 5.184.652 kamu görevlisidir. Daha açık bir deyişle, Fransa'da statü hukukunun unsurları olarak kanunilik ve ulusal düzeyde katılım, kamu personel rejiminin ana unsurlarını oluşturmaktadır. Bu bağlamda kamu personelinin ana gövdesini oluşturan "asıl kamu görevlisi" (titulaires) ve "asıl olmayan kamu görevlisi" (non-titulaires) II. Dünya Savaşından sonra kazandıkları kamu hukukuna bağlı olarak istihdam edilme güvencesine sahip bulunmaktadır. Bu iki kesim, kamu personel rejiminin sayısal olarak da tamamına yakın kısmını oluşturmakta, böylelikle de rejimin bütün kategorileri (titulaires, non-titulaires, emploisaidés) kamu hukukuna bağlı istihdam türleri olarak varlıklarını korumaktadırlar. Ayrıca Almanya'nın tersine, az önce bahsedilen rakamlardan da anlaşılacağı üzere Fransa'da kamu görevlisinin sayısı hızla artmış ve asıl kamu görevlileri, kamu personel rejiminin ana gövdesini oluşturmuştur. Fazla bilgi için bkz. Onur Ender Aslan, Kamu Personel Rejiminin Anayasal İlkeleri, TODAİE Yayınları, Ankara 2006, s. 117-118.

¹⁶⁷ Fransa'da tüm çalışanların kamu hukuku statüsüne bağlı olması, pozitif anayasal metinler yüzünden değil, yargı içtihatları ve özellikle II. Dünya Savaşından sonra memurların oluşturdukları sendikaların sayesinde elde edilmiştir. Daha açık bir deyişle, güçlü bir memur sendikacılığına ve bu olgunun yansıması olarak memurların doğrudan katılım düzeneklerine yer veren Fransız geleneğinde güçlü statü hukuku, biçimsel anayasal metinler üzerinden değil, yazılı olmayan anayasal ilkeleri uygulamadan gelerek oluşturan memurların güçlü dayanışması üzerinden kurulmuştur. Bu dayanışmadan güç alan Fransız memur statü hukuku, özellikle 1980'li yıllardan itibaren görülen neo-liberal düzenin, kamu görevlisi statüsünü güçsüzleştirme yönündeki eğilimine karşı en güçlü karşı duruşu göstermiştir. Bkz. Aslan, s. 96-97.

¹⁶⁸ Ancak, Fransa'da sözleşmeli personel uygulamasına oldukça ayrıksı durumlarda başvurulmaktadır, bir başka deyişle, bu ülkede sözleşmeli personel istihdamı ikincil bir nitelik taşımaktadır. Bkz. TheStatus of PublicOfficials in Europe, s. 12. Ancak kanımızca Fransa'da sözleşmeli personel uygulaması ikincil bir nitelik taşısa ve kamu hukuku rejimine

çalışanlarının istihdam koşulları ve yükselmesi, kamu hizmetiyle ilgili kanunlar ve idari düzenlemeler ile belirlenmektedir.¹⁶⁹

Fransız kamu görevlilerinin disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulamasını incelemeye başlamadan önce AK tarafından, statü hukukundan doğan disiplin suç ve cezaları ile idari hizmet sözleşmelerinden kaynaklanan disiplin suç ve cezalarında anayasal prensipler ve bu arada kanunilik ilkesi uygulaması üzerinde durulmadığını belirtmek gerekir.¹⁷⁰

B. DİSİPLİN SUÇ VE CEZA TÜRLERİNDE KANUNİLİK İLKESİNİN UYGULAMASI

Disiplin cezalarının nirengi noktalarını, İdare ile kişi arasında özel bir ilişkinin bulunması ve idareye ceza verme yetkisinin daha önceden, başka bir deyişle, disiplin ihlalinin önce tanınması oluşturur. Bu bağlamda disiplin cezası salt kamu görevlileri hakkında uygulanmaz. Bunun yanında mahkûm, öğrenci, asker gibi kamu hizmetini kamu hizmetini kullanan kesimlerle İdare arasında özel bir hukuki ilişki içerisinde bulunan her durumda disiplin cezası uygulanır.¹⁷¹

Aşağıda, Fransa'da disiplin suç ve cezaları bağlamında, kamu görevlileri, öğrenciler, askerler ve mahkûmlar hakkında uygulanan disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulaması üzerinde kısaca durulacaktır.

1-Kamu Görevlilerine Uygulanan Disiplin Suç ve Cezalarında Kanunilik İlkesinin Uygulanmasının İrdelenmesi

Fransa'da kamu görevlilerinin disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulanması bakımından "suç" ve "ceza" bağlamında ikili bir ayrım yapılmaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki Fransa'da genel olarak, disiplin suçlarının önceden kanunla düzenlenmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Daha açık bir deyişle, Fransız disiplin hukukunda, ceza hukukundan farklı olarak, disiplin suçu teşkil eden davranışların kanunla önceden gösterilmesi zorunluluğu yoktur. Kısacası, disiplin suçları bakımından "kanunsuz suç olmaz" (nullum crimen sine lege) ilkesinin "kanunun tekeli" alt ilkesi geçerli bulunmamaktadır.¹⁷² Fransa'da disiplin suçlarının kurucu veya yapıcı unsurları, kamu görevlileriyle ilgili kanunlarda belirtilmemekte, bu unsurlar İdarenin düzenlemelerine bırakılmaktadır.¹⁷³

tabi olsa bile bu istihdam türünün disiplin suç ve cezaları bakımından kanunilik ilkesi uygulamasını ortadan kaldıracığı açıktır. Zira sözleşmeli personel istihdam rejiminin doğası; yasama organının, söz konusu rejimin unsurlarını düzenleme alanını sınırlandırmakta veya yasama organının düzenleme sürecine yürütmeyi ortak etmektedir.

¹⁶⁹ The Status of Public Officials in Europe, s. 11.

¹⁷⁰ Delmas ve Teitgen, s. 30.

¹⁷¹ Bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 309 vd.

¹⁷² Krş. René Chapus, Droit administratif général Tome 2, 15^e édition, Montchrestien, Paris 2001, s. 333.

¹⁷³ Krş. Francisco Cardona, Liabilities and Discipline of Civil Servants, January 2003. (Bkz. <http://>

Aslında Fransa’da idarenin düzenlemeleriyle doğrudan disiplin suçları da düzenlenmemekte, daha çok kamu görevlisinin uyması gereken yükümlülükler düzenlenmektedir. Bu bağlamda disiplin suçunu uygulayacak olan kamu kurum veya kuruluşunun, memurunun davranışının disiplin suçu tanımına girip girmediğini araştırması gerekmemektedir. Kamu kurum veya kuruluşunun bakması gereken husus, kamu görevlisinin davranışının memurun taşıdığı kamu görevi yükümlülüklerine aykırı olup olmadığıdır. Kısacası İdare, kamu görevlisinin davranışını genel olarak değerlendirmekte ve bunun bir yükümlülüğün ihlali olup olmadığına, eğer ihlal varsa, ihlalin, disiplin suçu oluşturup oluşturmadığına karar vermektedir.¹⁷⁴ Bununla birlikte, İdarenin düzenlemeleriyle doğrudan disiplin suçunun düzenlenmemesinden, İdarenin keyfi bir şekilde disiplin suçunun oluştuğuna karar verebileceği sonucu çıkartılmamalıdır. Bir kere, belirtilmesine gerek dahi olmadığı üzere, idare hukukunun genel prensibi gereği herhangi bir fiil veya davranışın maddi mevcudiyetinin bulunmadığı durumlarda bir disiplin suçu oluşmaz. İkinci olarak, İdarenin bir fiili disiplin suçu olarak nitelendirmesi de keyfi olamaz. Söz konusu nitelendirmenin İdare tarafından hukuka aykırı olarak nitelendirilmesi durumunda, yargı organı o nitelendirmeye dayanılarak uygulanan disiplin cezasını “yetki aşımı” (excès de pouvoir) nedeniyle iptal eder.¹⁷⁵

Fransa’da disiplin suçlarının aksine kamu görevlilerinin disiplin cezaları için “kanunsuz ceza olmaz” (nulla poena sine lege) ilkesinin kanunun tekelciliği alt ilkesi geçerli¹⁷⁶ bulunmaktadır.¹⁷⁷ Fransa’da kamu görevlilerine uygulanan tipik

www.sigmaweb.org/dataoecd/61/6/37890790.pdf, Erişim Tarihi, 10.12.2016), s, 6.

¹⁷⁴ Chapus, Tome 2, s. 333.

¹⁷⁵ Fazla bilgi için bkz. Chapus, Tome 2, s. 333 vd.

¹⁷⁶ Sancakdar’ın açıklamalarından Fransa’da disiplin cezalarında “kanunilik” ilkesinin uygulanmadığı yönünde bir izlenim edinmiş bulunmaktayız. Bu bağlamda yazar,Fransa’da genel ceza hukuku anlamındaki ceza için “peine”, idari yaptırımlar için ise “sanction” teriminin kullanıldığını belirtmekte ve bu ülkede disiplin cezalarının idari yaptırımlar içerisinde değerlendirilmediğini ifade etmektedir.Öte yandan yazar, Fransız Danıştay’ının (Conseild’Etat), bireysel bir işlemin idari bir yaptırım olarak nitelendirilmesi için iki ölçütün bulunmasını aradığını, bunlardan ilkinin, idari yaptırımın kamu gücü kullanılarak idari bir makam tarafından alınan tek taraflı karar olması, ikincisini ise idari yaptırımın yasaya, tüzük, yönetmelik gibi düzenleyici işlemlere aykırılık oluşturan fiiller nedeniyle idarenin ceza uygulaması olduğunu belirtmektedir. Yazar, bu iki ölçüt çerçevesinde, Fransız Danıştay’ının, idari yaptırımın kamu görevlilerine veya meslek kuruluşları tarafından üyelerine uygulanan bastırıcı niteliği bulunmakla birlikte, belirli bir kuruluş bünyesinde meslek kuruluşlarına saygıyı amaçlayan, özel kurallara göre verilen yaptırımlardan oluşan disiplin yaptırımlarından ayırt etmeyi sağlayacağı esasını benimsediğini ifade etmektedir. Bkz. Oğuz Sancakdar, Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetim, Yetkin Yayınları, Ankara 2001, s. 137-138. Yazarın görüşüne iki açıdan katılmamaktayız. Bunlardan ilki, az önce belirtildiği üzere Fransa’da kamu görevlilerinin disiplin cezaları hakkında kanunilik ilkesinin bütün alt ilkeleriyle birlikte uygulanmasıdır. İkinci olarak, Fransa’da “idari ceza” için (administratif sanction) ibaresi kullanılmakta ve kamu görevlilerine uygulanan disiplin cezaları, sürgit bir şekilde “idari ceza” kavramına altlandırılmaktadır.

¹⁷⁷ Krş. Chapus, Tome 2, s. 338.

disiplin cezalarını; uyarı, kınama, kademe ve derece ilerlemesinin durdurulması, alt düzey bir göreve atama, ikametgâh değiştirme zorunluluğuyla birlikte başka bir yere tayin, tüm veya kısmi maaş kaybıyla birlikte devlet memurluğundan geçici olarak çıkartma ve zorunlu emeklilik olarak saymak olanaklıdır.¹⁷⁸ Konuyu daha da somutlaştırmak gerekirse, 11 Ocak 1984 yılında çıkartılan ve 26 Temmuz 1991 tarihinde değiştirilen bir kanunla disiplin cezaları en hafifinden başlamak ve en ağırına doğru gidilmek üzere dört gruba ayrılmış ve İdarenin kamu görevlileri için ancak kanunen saptanan bu disiplin cezalarından birisini uygulayabileceği esası kabul edilmiştir. Kamu görevlilerine uygulanan disiplin cezaları gruplar temelinde en hafifinden en ağırına kadar gittiği gibi grubun kendi içerisinde de hafiften ağıra doğru bir sıralama bulunmaktadır. Örneğin hafif disiplin cezalarını teşkil eden birinci grup disiplin cezalarının en hafifini de “uyarı” (avertissement) disiplin cezası oluşturmaktadır. Bu gruptaki diğer bir disiplin cezası olan “kınamanın” (blâme) aksine uyarma cezası memurun sicil dosyasına girmemektedir.¹⁷⁹ Dördüncü grupta ise ilk ceza “re’sen emekliye sevk” (la mise à la retraite d’office) iken, disiplin cezaları içerisinde en ağır cezayı teşkil eden ikincisi ve sonuncusu ise “işten atma” (révocation) oluşturmaktadır.¹⁸⁰

Fransa’da kamu görevlilerinin disiplin cezalarında kanunilik ilkesinin diğer alt ilkelerini oluşturan “kanunun açıklığı” ve “kanunun geçmişe uygulanmazlığı” alt ilkeleri de geçerli bulunmaktadır. Ancak disiplin cezaları bakımından kanunilik ilkesinin “kanunun geçmişe uygulanmazlığı” alt ilkesinin uygulanması bir özellik göstermektedir. Gerçi, bu ülkede, söz konusu alt ilkenin bir gereği olarak kamu görevlisinin disiplin suçunu işlediği anda geçerli olan disiplin cezasını ağırlaştıran bir norm, geriye yürür bir şekilde işletilerek memurun aleyhine bir durumun oluşmasına izin verilmemektedir.¹⁸¹ Bununla birlikte, Fransa’da disiplin cezalarının lehe olarak geriye yürütmesi esası benimsenmemektedir.¹⁸² Gerçekten de Danıştay’ın 8 Kasım 1990 tarihli *Guiton* kararında disiplin cezalarının lehe olarak geriye yürütmeceği esası benimsenmiştir.¹⁸³

¹⁷⁸ Cardona, s. 9-10.

¹⁷⁹ Uyarma cezasının memurun dosyasına girmemesi, kanımızca onun bir “ceza işlemi” olmasını engellemektedir. Zira uyarma işlemi hem kamu görevlisinin bir yükümlülüğü ihlal etmesi, hem de cezalandırma amacıyla verilmesi yüzünden “ceza” kavramının içerisine girmektedir.

¹⁸⁰ Fransa’da uygulanan disiplin cezaları hakkında fazla bilgi için bkz. Chapus, Tome 2, s. 338 vd.

¹⁸¹ Bkz. Chapus, Tome 2, s. 339.

¹⁸² Disiplin cezalarının lehe bir şekilde geriye yürütmemesi, suç ve cezada kanunilik ilkesinin “kanunun geçmişe uygulanmazlığı” alt ilkesine aykırılık oluşturmaya da ceza hukukunun genel ilkelerine aykırılık oluşturur. Gerçekten de lehe olan bir ceza normunun geriye yürütmesi, ceza hukukunun genel bir ilkesini oluşturmaktadır. Fazla bilgi için bkz. Yüksel Metin, *Avrupa Birliği’nde Hukuk Devletin Unsurları in Hukuk Devleti: Hukukî Bir İlke, Siyasî Bir İdeal*, Editörler: Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan, Adnan Küçük, Adres Yayınları, Ankara 2008, s. 595 vd.

¹⁸³ Bkz. Degoffe, s. 29 dn. 14.

Burada şu hususu hemen belirtmek gerekir ki Fransa’da kamu görevlileri hakkında uygulanan disiplin cezaları bakımından suç ve cezada kanunilik ilkesinin alt ilkelerinin tümü benimsenmiş olsa da bu ülkede memurların disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulandığı söylenemez. Zira “suç” ve “ceza” arasında ayrılmaz bir bütünlük ilişkisi bulunduğu ve birisinde kanunilik ilkesinin benimsenmemesi, diğerinde de benimsenmediği anlamını taşıyacağı¹⁸⁴ için bu ülkede kamu görevlileri hakkında öngörülen disiplin suç¹⁸⁵ ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulandığından bahsedilemez. Fransa’da disiplin suç ve cezaları bakımından bir bütün halinde kanunilik ilkesinin benimsenmemesi, kanımızca, Fransız Anayasasına aykırıdır. Gerçekten de Fransız Anayasasının 34. maddesinin 2. fıkrasının 2. Bendinde; sivil kamu görevlilerine ve ordu mensuplarına temel garantilerin kanunla düzenleneceği ifade edilmiştir. Bu bağlamda Fransa’da kamu görevlileri için öngörülen disiplin suç ve cezalarında bir bütün olarak kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin benimsenmemesi, söz konusu garantiye aykırı olduğundan, anayasal aykırılık durumu bulunduğu söylenebilir.

2-Mahkûmlara Uygulanan Disiplin Suç ve Cezalarında Kanunilik İlkesinin Uygulamasının İrdelenmesi

Fransa’da disiplin suç ve ceza türlerinden¹⁸⁶ cezaevi disiplin suç ve cezaları bakımından kanunilik ilkesi uygulanmamaktadır. Gerçi bu ülkede daha önceleri “idari tedbir” yaptırımı olarak görülen disiplin cezalarının “ceza” olarak görülmesi yönünde bir eğilimin bulunsa ve bu bağlamda 2 Nisan 1991 tarihli bir “kararname” ile mahpusların işleyebileceği disiplin suç ve cezaları açıkça gösterilip “tüketici” (tahdidi) bir şekilde hazırlanan liste gereği disiplin suç ve cezaları üç gruba ayrılarak her bir gruba özgü farklı disiplin cezaları öngörülmüş¹⁸⁷ olsa da kanımızca yine de cezaevi disiplin suç ve cezaları bakımından kanunilik ilkesinin benimsendiğinden söz edilemez. Zira her ne kadar mahpusların işleyebilecekleri disiplin suç ve cezaları açık bir şekilde gösterilmiş, böylelikle suç ve cezada kanunilik ilkesinin “kanunun açıklığı” alt ilkesine uygun davranılmış olsa da söz konusu suç ve cezalar bizzat kanunda düzenlenmediği, bunun yerine kararname ile düzenlediği için kanunilik ilkesinin “kanunun tekelliliği” alt ilkesine aykırı davranılmıştır. Suç ve cezada kanunilik ilkesinin tek bir alt ilkesinin bile benimsenmemesi söz konusu ilkenin kabul edildiğinin savlanmasına engel oluşturduğundan Fransa’da cezaevi disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulanmadığı sonucuna ulaşmak kolaydır.

¹⁸⁴ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 495 vd.

¹⁸⁵ Aslında az önce belirtildiği üzere bu ülkede kamu görevlilerinin disiplin suçları doğrudan düzenlenmemekte, bunun yerine onların uymaları gereken yükümlülükler düzenlenmektedir.

¹⁸⁶ Disiplin suç ve ceza türleri hakkında bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 309-380.

¹⁸⁷ Degoffe, s. 29.

3-Öğrencilere Uygulanan Disiplin Suç ve Cezalarında Kanunilik İlkesinin Uygulanmasının İrdelenmesi

Fransa'da öğrenci disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesi doğası gereği uygulanmamaktadır. Gerçekten de bu ülkede öğrenci disiplin cezaları hiçbir şekilde "ceza" olarak kabul edilmemekte ve böylelikle söz konusu cezalar daha az "biçimsel" (formel) bir nitelik taşımaktadır.¹⁸⁸ Fransa'da öğrenci disiplin cezaları, "ceza" olarak kabul edilmediğine göre kanunilik ilkesi uygulamasından bahsetmek anlamsız olacağından konu üzerinde fazla durulmayacaktır.

4-Askerlere Uygulanan Disiplin Suç ve Cezalarında Kanunilik İlkesinin Uygulanmasının İrdelenmesi

Son olarak incelenecek olan askeri idari disiplin suç ve cezalarına gelince, bu ülkede 24 Mart 2005 tarih ve 2005-270 sayılı Kanun çıkartılmadan önce askeri idari disiplin cezaları; cezalandırıcı disiplin işlemleri, statü yaptırımları ve profesyonel yaptırımlar şeklinde üçe ayrılmaktaydı. Bununla birlikte, bu üç yaptırım türü arasındaki ayrım net değildi. 24 Mart 2005 tarihli yasa ile askeri idari disiplin cezalarından statü yaptırımları ve cezalandırıcı disiplin işlemleri kaldırılarak bunun yerine "disiplin yaptırımları" şeklinde ayrı bir kategori konulmuş ve bu yaptırımların, yasallık ilkesine daha uygun düşecek şekilde yeniden yapılandırılması sağlanmıştır.¹⁸⁹

Bu ülkede askeri idari cezalar bakımından gerek 24 Mart 2005 tarihli Kanun, gerekse daha önce çıkartılan kanunlarda kanunilik ilkesinin uygulanacağı esası benimsenmiştir. Ancak, daha önce çıkartılan kanunlarda askeri disiplin cezaları bakımından kanunilik ilkesinin uygulanması yönünde herhangi bir kaygı taşınmazken, 24 Mart 2005 tarihli kanun ile askeri idari disiplin suç rejimi bakımından yasallık ilkesinin yerleştirilmesine büyük önem verilmiştir.¹⁹⁰

Bununla birlikte bu ülkede askeri idari disiplin suç rejimi açısından kanunilik ilkesinin yerleştirilmesine ne kadar büyük önem verilirse verilsin, suç ve cezada kanunilik ilkesinin yerleşmesine iki türlü engel bulunmaktadır. Bunlardan ilkinin, kimi askeri idari disiplin cezalarının yargı dışı bırakılması oluşturur. Hukuk devleti ilkesine son derece aykırı olan bu durumun temel gerekçesi olarak, bu tür disiplin cezalarının "idari tedbir" olduğu ileri sürülmektedir.¹⁹¹ İkinci olarak,

¹⁸⁸ Degoffe, s. 30.

¹⁸⁹ Bu konularda geniş bilgi için bkz. Gaëlle Bossis, L'évolution du régime disciplinaire des militaires entre le volontariat et le contrôle du juge, RFDE, Juillet-Août 2005, s. 778-781.

¹⁹⁰ Bossis, s. 782-783.

¹⁹¹ Bu düşünce bütünüyle sakat olan bir düşüncedir. Zira her şeyden önce disiplin cezasının idari tedbir olarak düşünülmesi doğru olmadığı gibi idari tedbirin yargı dışında bırakılması da doğru değildir. Daha açık bir deyişle, idari tedbir, icrai nitelikte idari işlem kimliğine sahip olduğuna göre böyle bir idari işlemin yargı denetimi dışına çıkartılması açıkça hukuk devleti ilkesini tahrir eder.

askeri idari suçlar bakımından “askerlik şerefi” “kötü davranış” gibi muğlak veya nesnel olarak anlamının belirlenemeyeceği kavramlar kullanılmakta ve bu kavramların ihlal edildiği gerekçesiyle disiplin cezası verilebilmektedir. Örneğin, bir jandarma, kira borcunu ödeyemediği gerekçesiyle ordunun şerefine aykırı iş yaptığı için ordudan atılmış ve Paris İdare Mahkemesinin 8 Nisan 1999 tarihinde vermiş olduğu kararla da bu disiplin cezası hukuka uygun bulunmuştur.¹⁹²Bu çerçevede Fransa’da askeri idari disiplin suç ve cezaları bakımından kanunilik ilkesinin uygulanmadığı sonucuna ulaşılabilmesi olanaklıdır.

SONUÇ

Türk idare hukukunun esin kaynağını Fransız idare hukuku oluşturmaya karşın, bu çalışmadan anlaşılacağı üzere, Fransa’da idare suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulaması bakımından ülkemiz açısından az sonra belirtilecek iki ayrıksı durum dışında örnek alınacak bir husus bulunmamaktadır.

Bir kere, yukarıda ayrıntılı bir şekilde görüldüğü üzere, Fransız Anayasası ve mevzuatı yürütmeye idari suç ve ceza alanında özerk bir düzenleme yetkisi tanımış ve idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanması gerekliliğini açık bir şekilde aramamıştır. Bu tutum sonucu kişi hak ve özgürlükleri büyük bir risk altına konulmuştur. Zira idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanması, yurttaşların, İdarenin keyfi ve öznel tutumlarına karşı bir güvence oluşturur. Suç ve cezada kanunilik ilkesinin uygulamasının idari suç ve cezalarda aranmaması, söz konusu güvencenin ortadan kaldırılması anlamını taşımaktadır.

İkinci olarak, Fransız mevzuatının “idari suç” ve “idari ceza”yı birbirinden kopararak bunlardan birincisinde kanunilik ilkesinin uygulanmasının şart olmadığını belirtmesine karşın, ikincisinde gerekli olduğunu belirtmesi büyük bir hata oluşturmuştur. Hâlbuki “kanunsuz suç olmaz” ve “kanunsuz ceza olmaz” kuralı arasında “bütünleyici parça”¹⁹³ ilişkisi bulunmakta ve birisinin olmadığı durumda diğersinin de bulunmadığı sonucuna varılmaktadır. Bu bağlamda “kanunsuz suç olmaz” kuralının benimsenmediği bir durumda “kanunsuz ceza olmaz” ilkesi ne kadar benimsenirse benimsensin “suç ve cezada kanunilik” ilkesinin benimsendiğinden bahsedilememektedir.¹⁹⁴

¹⁹² Bossis, s. 778, 785 ve dn. 40.

¹⁹³ Eskiden mütemmim cüz olarak adlandırılan bütünleyici parça; bir nesnenin esaslı bir unsurunu oluşturmak üzere o nesne ile birleştirilen ve bu nesne telef veya tahrip yahut niteliği değiştirilmeksizin bu nesneden ayrılması olanaklı olmayan eşyalara denilir. Bu bağlamda, örneğin bir otomobil ile motoru, ev ile çatısı arasındaki ilişki, asıl eşya-bütünleyici parça ilişkisi olarak betimlenir. Bkz. Şeref Ertaş, Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002, s. 8.

¹⁹⁴ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda kanunilik İlkesi s. 495 ve

Üçüncü olarak, “idari usul” konusunda genel nitelikli bir kanunun bulunmaması nedeniyle de Fransa’nın örnek alınamayacağı ortadadır. Zira Fransa hariç diğer çağcıl ülkelerde (Örneğin A.B.D. ve Birleşik Krallık), idari suç ve cezalarda “kanunilik” esasının kabul edilmesinin yeterli olmadığı, bunun yanında, idari usul konusunda genel nitelikli bir kanunun kabul edilmesi gerektiği anlayışı egemendir. Bu çerçevede nasıl ki ceza usulünün hatalı veya eksik olarak düzenlendiği bir ülkede maddi ceza hukukunun iyi bir şekilde düzenlenmesinin bir anlamı bulunmamaktaysa, kanımızca, genel nitelikli idari usule ilişkin bir kanunun olmadığı¹⁹⁵ durumda da cezai idare hukukunda, bir başka deyişle, idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin velev ki katı ve sert bir şekilde olsa da benimsenmesinin bir anlamı bulunmamaktadır. Zira suç ve cezada kanunilik ilkesi, yurttışa güvence vermesi işlevini, yalnızca idari usul kurallarının doğru ve tam bir şekilde düzenlendiği durumda yerine getirebilmektedir. Öte yandan her idari ceza az veya çok kişi özgürlüklerini sınırlandırdığı için idari usul kurallarının olmadığı, uygulanmadığı veya hatalı olarak uygulandığı durumlarda, suç ve cezada kanunilik ilkesi, hedeflediği kişi hak ve özgürlüklerine güvence sağlanması işlevini gerekli ölçüde yerine getirmede oldukça zorlanmaktadır.¹⁹⁶

Yukarıda ikidurum dışında, idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanması bakımından Fransa’nın örnek alınamayacağı belirtilmişti. Bu iki durumdan ilkinin, mevzuatın müsait olmamasına karşın Fransız yargı organları, özellikle AK’nin halka yönelik idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanmasının şart olduğu yönünde bir eğilim taşımasıdır. Gerçekten de Fransız yargı organları, suç ve cezada kanunilik ilkesinin kişi hak ve özgürlüklerine güvence sağlanması işlevinin bilincine varmışlar ve bu ilkeyi halka yönelik idari suç ve cezalarda da uygulayarak, kanunilik ilkesi uygulamasının kapsamını genişletmişlerdir.

Türk yargı organları ise tam aksi bir tutum takınmışlardır. Gerçekten de Anayasanın 38. maddesinin 1. ve 3. fıkralarında “suç ve cezada kanunilik” ilkesi düzenlenmiş ve ceza hukuku suç ve cezaları ile idare hukuku suç ve cezaları arasında bir ayırım yapılmamış ve her türlü suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanması gerektiği örtük bir şekilde benimsenmiştir. Böylelikle Anayasa her türlü suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanması gerektiğini örtük bir şekilde benimsemesine karşın, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay, aralarında bütünüleyici-parça ilişkisi bulunan “idari suç” ve “idari ceza”yı birbirinden parçalayarak yalnızca idari cezada kanunilik ilkesinin uygulanması yönünde eğilim taşımışlardır. Bu eğilimin anlamı, söz konusu yargı organlarının, idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanmasının şart olmadığı anlayışını

dn.1214-1215.

¹⁹⁵ Türkiye’de olduğu gibi.

¹⁹⁶ Fazla bilgi için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda kanunilik ilkesi s. 482-483.

örtük olarak benimsemesidir.¹⁹⁷ Türk yargı organlarının bu tutumu sonucu kişi hak ve özgürlükleri, özellikle İdareden gelen tehditlere karşı savunmasız bir konumda kalmıştır.

İkinci olarak, AİHS'ne taraf olan Fransa, Sözleşmenin yorumunda nihai mercii olan AİHM'nin içtihatlarını dikkatle takip etmekte, gerek kanun koyucu gerekse yargı organları AİHM içtihatları doğrultusunda suç ve cezada kanunilik ilkesinin gereklerini yerine getirme yönünde yoğun çaba harcamaktadırlar. Bu zamana kadar AİHM içtihatları, bazı trafik suçları, vergi kaçakçılığından ötürü mali bir ceza olarak ek vergi yüklenmesi, 3-4 ay hapis cezasına yol açan askeri disiplin suçları, para cezası, ödenmemesi durumunda hapis cezasına çevrilebilen mütevazı para cezası, ehliyetin geri alınmasına yol açabilecek şekilde ceza puanı verilmesi, izin almaksızın inşa edilen bir binanın yıkılması, mahkemeye saygısızlıktan ötürü verilen üç günlük idari hapis cezası 6. madde kapsamında "cezai suçlamalar" olarak görülmüştür.¹⁹⁸ AİHS'nin 7. maddesinde düzenlenen suç ve cezada kanunilik ilkesi, 6. maddede belirtilen "cezai suçlama" konularına uygulanacağından, sayılan suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanması kaçınılmazdır. Fransız kanun koyucusu ve yargı organları, AİHM'nin içtihatlarını dikkatle takip ederek idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin gereklerini yerine getirmek bakımından önemli adımlar atmaktadırlar. Türkiye'nin de kişi hak ve özgürlüklerini etkin bir şekilde koruyabilmek için Fransa'dakine benzer şekilde kanun koyucu ve bütün yargı organlarının elbirliğiyle çaba göstererek AİHM içtihatları doğrultusunda asgari olarak sayılan idari suç ve ceza alanlarında kanunilik ilkesinin gereklerine uyması¹⁹⁹ faydalı olacaktır.

¹⁹⁷ Konu hakkında fazla bilgi için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda kanunilik İlkesi s. 490-496.

¹⁹⁸ Bkz. Tezcan ve diğerleri, s. 277.

¹⁹⁹ Türkiye'de ezici çoğunlukla gerek halka yönelik idari suç ve cezalarda gerekse disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesine uyulmamaktadır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 197-380.

KAYNAKÇA

Akyılmaz Bahtiyar, İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Yetkin Yayınları, Ankara 2000.

Ancel Marc, Muasır Mevzuatta “Kanunsuz ceza olmaz” Kaidesi, Adliye Ceridesi, Yıl: 29, 1938.

Aslan Onur Ender, Kamu Personel Rejiminin Anayasal İlkeleri, TODAİE Yayınları, Ankara 2006.

BacotGuillaume, 1789 Bildirisi ve 1958 Anayasası (Çeviren; Süheyl Batum), İHİD, Sayı 1-3, Yıl 10, 1989.

Bell John, Fransa'da Bağımsız İdari Otoriteler (Çeviren; Cemil Kaya), 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Yayına Hazırlayan Hakan Pekcanıtez, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2004.

BonichotJean-Claude, Lessanctionsadministratives en droitfrançais et la Conventioneuropéennedesdroits de l’homme, AJDA, 20 octobre 2001 spécial.

Bossis Gaëlle, L'évolutiondurégimedisdisciplinairedesmilitairesentrevolontédulégislateur et contrôledujuge, RFDE, Juillet-Août 2005.

Builly Pierre, La Sanctionadministrative en matière de sécuritérouitère, AJDA, 20 Octobre 2001 spécial.

Cardona Francisco, LiabilitiesandDiscipline of CivilServants, January 2003. (Bkz. <http://www.sigmaweb.org/dataoecd/61/6/37890790.pdf>, Erişim Tarihi, 10.12.2016).

Casetta Elio, Manuale diDirittoAmministrativo, DecimaEdizione, Dott. A. GiuffrèEditore, S.p.A. Milano 2008.

Chapus René, Droitadministratifgénéral Tome 1, 15^e édition, Montchrestien, Paris 2001.

Chapus René, Droitadministratifgénéral Tome 2, 15^eédition, Montchrestien, Paris 2001.

de Laubadère André, Jean-CladeVenezia ve YvesGaudemet, Traité De DroitAdministratif Tome 1, 12^eÉdition, Librairegénérale de droit et de jurisprudence, Paris 1992.

Degoffe Michel, L'ambiguïté de la sanctionadministrative, AJDA, 20 Octobre 2001 spécial.

Delmas MireilleMarty ve Teitgen CatherineColly, Punirsansjuger, Economica, Paris 1992.

Dursun Hasan, Erkler Ayrılığı ve Yargıç Bağımsızlığı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 80, 2009.

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

Ertuş Şeref, Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002.

Esen Bülent Nuri, Fransa Cumhuriyeti Anayasası, AÜHFD, Cilt 5, Sayı 1-4, 1948.

Gazier Francois-Gentot, Bruno Michel-Genevois, 1789 İlke ve Düşüncelerinin, Anayasa Konseyi ve Conseil D'Etat Kararlarına Etkisi (Çeviren Celal Erkut), İHİD, Sayı 1-3, Yıl 10, 1989.

Gölcüklü Feyyaz, <<İdari Ceza Hukuku>> Ve Anlamı; İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki, AÜSBFD, C. XVIII, S. 2, Haziran 1963.

Guyomar Matthias, La Compétencedupouvoirréglemen taireaunonmepourretirerunecarteprofessionnelle à titre de sanction, RFDA, Septembre-Octobre 2004.

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

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

Karabulut Mustafa, İdari Yapıların Hukuki Rejimi, Turhan Kitabevi, Ankara 2008.

LesPouvoirs de l'administration dans le domaine dessanctions, Conseil d'Etat, La Documentationfrançaise, Paris 1995.

Mantovani Ferrando, DirittoPenaleParte generale, V edizione, Casa EditriceDott. AntonioMilani, Cedam-Padova 2007.

Memlouk Malik, L'étatdudroit dans le domaine desinstallationsclassées, AJDA, 20 octobre 2001 spécial.

Metin Yüksel, Avrupa Birliği'nde Hukuk Devletin Unsurları in Hukuk Devleti: Hukukî Bir İlke, Siyasî Bir İdeal, Editörler: Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan, Adnan Küçük, Adres Yayınları, Ankara 2008.

Moderne Frank, Sanctionsadministratives et justiceconstitutionnelle, Economica, Paris 1993.

Özman Aydoğan, İnsan Hakları ile İlgili Temel Metinler, Birleşmiş Milletler İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Sağlama ve Koruma Türk Grubu, Ankara 1967.

Öztürk Kazım Burak, Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.

Sancakdar Oğuz, Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetim, Yetkin Yayınları, Ankara 2001.

Sarıca Murat, Fransa'nın V inci Cumhuriyet Anayasası, İÜHFM, Cilt: XXVII, Sayı: 1-4, 1962.

SauvéJean Marc, Lessanctionsadministratives en droitpublicfrançais, AJDA, 20 octobre 2001 spécial.

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

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

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

Tezcan Durmuş, AİHS Açısından Vergi Cezaları ve Adil yargılanma Hakkı, Danıştay ve İdari Yargı Günü 138. Yıl 11-12 Mayıs 2006, Danıştay Matbaası, Ankara 2008.

Tezcan Durmuş-Mustafa Ruhan Erdem-Oğuz Sancakdar-Rifat Murat Önok, İnsan Hakları El Kitabı, 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016.

Ulusoy Ali, İdari Yaptırımlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.

VermeuleAdrian, Our Schmittian Administrative Law, Harvard Law Review, Vol. 122: 1095, 2009.

Waline Jean, Droitadministratif, 22^eédition, ÉditionsDalloz, Paris 2008.