

TÜRK VE ALMAN HUKUKUNDA GENEL DÜZENLEYİCİ İŞLEMLER

Yard. Doç. Dr. Bülent Kent*

ÖZET

İdare, kanunlarla kendisine verilen görevleri yerine getirebilmek için idari işlemler yapmaktadır. İdari işlemlerden genel, soyut, sürekli ve kişilik dışı niteliğe sahip olan genel düzenleyici işlemlerin güçler ayrılığı ilkesi içindeki yeri, bunları hangi kurumların çıkartacağı, çıkarma yetkisinin kaynağı ve hangi konuları kapsayacakları eskiden beri tartışılmaktadır.

Bizde çalışmamızda Türk ve Alman hukukundaki idarenin düzenleyici işlemlerini karşılaştırmalı biçimde ele aldık.

Anahtar Kelimeler

Türk ve Alman Anayasalarında genel düzenleyici işlemler, kanun hükmünde kararname, tüzükler ve yönetmelikler.

GİRİŞ

İdare, her zaman, sürekli, soyut, nesnel ve herkes için geçerli genel düzenlemeler içeren, uyulması zorunlu hukuksal işlemler yapar ve bunlara “idarenin düzenleyici işlemleri” denir. Ancak idare, normlar hiyerarşisi ilkesine yani, üst hukuk normlarına uygun olmak koşuluyla kendi görev alanına giren hususlarda düzenleme yetkisine sahiptir. İdarenin sahip olduğu bu düzenleme yapma yetkisi Anayasalarda açıkça öngörülmüştür. Fakat idarenin yapabileceği düzenleyici işlemlerin Anayasalarda sayılanlar ile sınırlı olduğunu kabul etmek çok mümkün görülmemektedir. Anayasalarda ismen gösterilmemiş olsa da idare çeşitli isimler adı altında düzenleyici işlemler yapabilmektedir.

I. Genel Olarak Genel Düzenleyici İşlemler

Anayasanın 123. maddesinde idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. İdarenin kanunla düzenlenen görevleri yerine getirebilmesi için genel bir düzenleme yetkisine sahip olması gerekmektedir. “Genel düzenleme” kavramı kamu hukukunda kural koyma anlamına gelmektedir. Hukukta kural koymak da sürekli, soyut ve nesnel,

* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Öğretim Üyesi.

genel durumları belirleyen normlar yapmak şeklinde ifade edilmektedir¹. Bir işlemin kural olup olmadığı bunları yapanların niteliklerine göre değil, bu işlemlerin içeriklerine ve doğrudukları hukuksal sonuçlara göre saptanır. “Maddi” denilen bu ayrıma göre; sürekli, soyut, nesnel ve herkes için geçerli, genel düzenlemeler içeren uyulması zorunlu hukuksal işlemlere “düzenleyici işlemler” ya da “kural işlemler” denilmektedir².

Genel düzenleyici işlemler yapabilme yetkisine gerçekte birinci derecede yasama organı sahip olmasına rağmen, Anayasa ve kanunlar ile yargıya, yürütme ve idareye de açıkça bu konuda yetki verilmektedir. Bununla beraber sadece yasama tarafından yapılanlar kanun olarak nitelendirilirler. Yürütme ve idare tarafından düzenleme yetkisi kullanılarak yapılan işlemler ise kanun hükmünde kararname, tüzük ve yönetmelik olarak adlandırılırlar. Hem kanunlar hem de yürütme ve idarenin yaptığı genel düzenleyici işlemler sürekli, soyut ve nesnel, genel durumları belirlemekte olmalarına rağmen aralarında bir derece ve bağımlılık farkı bulunmaktadır³. Çünkü yürütme kanunla başlar ve kanun olmayan bir sahada yürütmeden bahsedilemez. Kanun dışında yürütme ve idarenin kendine özgü bir faaliyet alanı olmadığından, düzenleyici işlem yapması mümkün değildir. Bir başka şekilde ifade etmek gerekirse, yürütme ve idare ile yasama arasındaki fark bir hiyerarşi farkından ibarettir. Bu fark da bir taraftan kanunun üstünlüğüne, diğer taraftan idarenin kanuna bağlılığına dayanmaktadır⁴. Buradan çıkan sonuç; yasama organının düzenleme yapma yetkisinin genel ve asli niteliğe sahip yetki olmasına rağmen, yürütme ve idarenin düzenleme yetkisinin türevsel ikincil niteliğe sahip olduğudur⁵.

1. İdarenin Düzenleyici İşlemlerinin Kaynağı Nedir?

Temsili demokrasilerde güçler ayrılığı ilkesine göre, yasa yapma yetkisi parlamentonun yetkisi dahilinde bulunmaktadır. Ancak günümüz modern devletinde, genel düzenleyici işlemler çıkarmanın da, kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde önemli bir araç olduğu da inkar edilemez bir gerçekliktir. Fakat bu gerçeklik, hükümet sistemleri teorisi ile, uygulamayı karşı karşıya getirmekte ve düzenleyici işlemlerin kaynağı nedir sorusunu ortaya çıkartmaktadır⁶.

Doktrinde idarenin düzenleme yetkisinin kaynağı konusunda değişik görüşler ileri sürülmüştür.

¹ İl Han Özay, Günışığında Yönetim, İstanbul 2002, s. 347; Lütfi Duran, Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir mi?, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, sayı: 1-3, 1983, s. 34.

² A. Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, İdare Hukuku, Cilt I, Genel Esaslar, Ankara 2010, s. 111; İsmet Giritli/Perteve Bilgen/Tayfun Akgüner, İdare Hukuku, İstanbul 2006, s. 152; Özay, s. 348.

³ Özay, s. 348; Yıldızhan Yayla, İdare Hukuku, İstanbul 2009, s. 18.

⁴ Ender Ethem Atay, İdare Hukuku, Ankara 2006, s. 56; Kemal Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, Bursa 2010, s. 374; Turan Güneş, Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, Ankara 1965, s. 28.

⁵ Giritli/Bilgen/Akgüner, s. 156; Gözler, Anayasa, s. 373; Güneş, s. 80; Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, München 2009, s. 71; Lütfi Duran, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul 1982, s. 390.

⁶ Alfred Katz, Staatsrecht, Heidelberg 1996, s. 215.

Günday'a göre idarenin düzenleme yetkisi, idarenin takdir yetkisinden ve hukuk devletinin bir gereği olan belirlilik ve düzenli idare ilkelerinden ve bunların dayanağını teşkil eden eşitlik ilkesinden kaynaklanmaktadır. İdarenin takdir yetkisi kaçınılmaz olduğuna göre, idarenin genel düzenleme yetkisine sahip olması da zorunlu olmaktadır. İdarenin düzenleme yetkisi genel nitelikte olup, sadece Anayasada öngörülmüş bulunan düzenleyici işlemler ile sınırlı değildir. İdare, Anayasada öngörülen düzenleyici işlemler dışında da, kararname, karar, tebliğ, genelge, sirküler, tamim vs. gibi adlarla düzenleyici işlemler yapabilir⁷.

Giritli/Bilgen/Akgüner' e göre yürürlükteki Anayasa hükümleri çerçevesinde, idarenin sınırsız, bağımsız ve bütünüleyici bir düzenleme yetkisinin bulunduğu kabul edilemez. İdarenin düzenleme yetkisi türevsel, ikincil niteliktedir. 1982 Anayasasının yürütmeyi "yetki" olarak düzenlemesi, güçlü ve otoriter bir idare yaratmak istemesi, idarenin Anayasa ve kanunlar çerçevesi dışına çıkarak, tek başına düzenleme yapmasına olanak vermez. Çünkü, idarenin özerk bir yetkisinin bulunduğu kabul edilemez⁸.

Gözübüyük/Tan da Giritli/Bilgen/Akgüner gibi Anayasaya göre yürütmenin yetki oluşunun düzenleme yetkisini özerk hale getirmediğini belirtmektedir⁹.

Atay ise, hukuk sistemimizde normlar hiyerarşisine uygun olmak koşuluyla idarenin genel düzenleme yapabilme yetkisinin varlığını kabul etmektedir. Yazara göre, kamu yararı veya ilgili idarenin yürütmek durumunda bulunduğu kamu hizmetinin gereklerinin zorunlu kıldığı durumlarda idare düzenleyici işlem yapabilir¹⁰.

Gözler'e göre ise, idarenin düzenleme yetkisinin üç kaynağı vardır: İdarenin düzenleme yetkisi, birinci olarak, Anayasadan, ikinci olarak kanundan ve nihayet "eşyanın tabiatı'ndan kaynaklanmaktadır. Eşyanın tabiatından kaynaklanan düzenleme yetkisinin altında "idarenin işlemesi" ve kamu düzeninin sağlanması gibi ihtiyaç ve gereklilikler bulunmaktadır¹¹. Yazara göre, kanun koyucunun her şeyi düzenleme imkanının bulunmaması, kamu hizmetinin iyi işlemesi, kamu düzeninin sağlanması, takdir yetkisinin objektifleştirilmesi gibi durum ve ihtiyaçlar, idarenin bir kanuna dayanmasa bile, düzenleme yetkisine sahip olmasını gerektirmektedir. Dolayısıyla idare, kendisine kanunla yetki verilmemiş olsa, hatta bir alan önceden kanunla düzenlenmemiş olsa bile, o alanda düzenlemeler yapabilir¹².

Yayla'da "kanun herhangi bir düzenleme yapmamış olsa bile, idarenin kamu güvenliğini, sağlığını ve esenliğini- kısaca kamu düzenini-korumak için, bir düzenleyici işlem yapması kabul edilmek gerekir, çünkü bu bir görev zorunluluğudur"¹³ şeklinde Gözler ile benzer bir görüşü savunmaktadır.

⁷ Metin Günday, *İdare Hukuku*, Ankara 2002, s. 196.

⁸ Giritli/Bilgen/Akgüner, s. 156.

⁹ Gözübüyük/Tan, s. 113.

¹⁰ Atay, s. 56.

¹¹ Kemal Gözler, *İdare Hukuku Cilt I*, Bursa 2003, s. 1020 vd.

¹² Gözler, *İdare*, s. 1034.

¹³ Yayla, s. 145.

Türk hukuk doktrininde yürütmenin ve idarenin düzenleme yetkileri genellikle birlikte ele alınmıştır. Bunda idarenin Anayasada yürütme içinde düzenlenmiş olmasının katkısı büyüktür. Ancak bilindiği gibi, Anayasanın 123/2. maddesi de idarenin kuruluş ve görevlerinin, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanacağını belirtmiştir. Bizim görüşümüze göre, düzenleme yetkisi incelenirken merkezi yönetimin bir organı olan yürütme ve idarenin özellikle de yerinden yönetim kuruluşlarının düzenleme yetkileri ayrı ayrı incelenmelidir¹⁴. Gözübüyük/Tan'ın ifade ettiği gibi, "Başbakan ve bakanlardan oluşan hükümet, devletin üst yönetim kuruluşudur. Hükümetin ana görevi devletin yüksek yönetimini sağlamak, başı olduğu idareye yön vermektir. Hükümet, idarenin bir üst kuruluşu olmakla birlikte, idari bir kuruluş olmaktan çok, özel yapılı anayasal bir kuruluştur. Hükümetin idari görevleri yanında, bunu aşan yasal görevleri de vardır"¹⁵. İdari fonksiyon ise, kamu hizmetiyle yani halkın günlük ortak ihtiyaçlarının giderilmesi ile alakalıdır. Günlük anlam ve yaşamda toplumsal huzur ve barış ile kamu yararının tatminini sağlamaya yöneliktir. Bu sebeple hükümet fonksiyonu siyasi, idari fonksiyon ise, teknik nitelikte görülmektedir¹⁶.

İdari fonksiyonun teknik ve uzmanlık isteyen nitelikte olmasından dolayı bazı kamu hizmetlerinin genel idare faaliyetleri çerçevesinde yürütülmesinin imkansızlığı veya güçlüğü karşısında hizmetin ayrı bir tüzel kişilik şeklinde örgütlenmesi yoluna gidilmiştir. Anayasa Mahkemesi de bir kararında kamu tüzelkişiliğine sahip kurumların, dolayısıyla "yönetmelik özerkliği" sahip olduklarını belirtmiştir¹⁷. Anayasa Mahkemesi yine aynı kararında yerinden yönetim ilkesini, özerklik ilkesi olarak nitelendirmiş ve "Anayasanın 127. maddesinin ikinci fıkrasında sözü edilen "yerinden yönetim ilkesi", aslında "özerklik kurumunun" anayasal bir temele oturtulması anlamındadır. Bu ilke, yerel yönetimlerin tüzel kişiliğe sahip olmaları, görevli organlarını seçme hakkının verilmesi ve bu organlara karar verme yetkisinin tanınması gibi üç öğeden oluşur"¹⁸. şeklinde belirtmiştir. Görüldüğü gibi bazı kurumlar için demokrasinin faziletlerinden yararlanılarak, etkili hizmet üretebilmeleri amacıyla yerinden yönetim yani özerklik ilkesi benimsenmiştir. Yerinden yönetimin önemli unsurlarından birisi de böylece Yüksek Mahkemenin ve doktrinin¹⁹ görüşüne göre kurumun yetkili organları tarafından "karar alma ve aldığı kararı uygulayabilme" yetkisidir. İşte bu yetki yerinden yönetim bir diğer ifadeyle özerk kurumlara belli bir kanuna dayanmadan yönetmelik yapma yetkisi vermektedir. Örneğin yerel yönetimler kendi coğrafi sınırları içinde ve kendi görev alanlarında yerinden

¹⁴ Hükümet ve idari işlerin ayrılması çabaları konusunda bkz. Yayla, s. 20.

¹⁵ Gözübüyük/Tan, s. 28.

¹⁶ Atay, a. 26; Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, Ankara 2009, s. 95; Giritli/Bilgen/Akgüner, s. 156; Yayla, s. 19.

¹⁷ Anayasa Mahkemesi, 22.6.1988 tarih, E.978/18-K.988/23, RG; 26.11.1988, sayı: 20001, s. 15.

¹⁸ Anayasa Mahkemesi, 22.6.1988 gün ve E.978/18, K.988/23, RG; 26.11.1988, sayılı kararı, RG. 26.11.1988-20001.

¹⁹ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 286; Ruşen Keleş, Yerinden Yönetim ve Siyaset, İstanbul 2000, s. 49; Nuri Tortop, yerel Yönetimler ve Mali Özerklik, Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, Cilt 5, sayı 5, Eylül 1996, s. 3.

yönetim ilkesinden kaynaklanan bir düzenleme yetkisine sahip olmalıdırlar. Çünkü yerel özerklik, gerçekte bir “muhtariyet” durumundan başka bir şey olmayıp siyasal iktidarın çok-merkezli olmasını sağlaması nedeniyle özgürlüğü koruyucu bir hizmet görmektedir²⁰. Gene bilim, teknik, sanat ve kültür faaliyetlerinin yerine getirildiği üniversitelerde, bu alanlarla ilgili, kanuna dayanmadan fakat kanunlara aykırı olmamak şartıyla kendi tercihleri konusunda düzenlemeler yapabilmeleri gerektiğini düşünmekteyiz.

Anayasanın 127.maddesinin 1. fıkrası, yerel yönetimlerin il, belediye ve köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere oluşturulan kamu tüzel kişileri olduğunu hükme bağlamakla, yerel yönetimlerin ancak mahalli müşterek ihtiyaçların karşılanması için görevlendirilebileceklerini ve kendilerine verilecek hizmet ve görevlerinde mahalli müşterek ihtiyaçlarla sınırlı olacağını kabul etmiştir. Anayasa Mahkemesine göre, mahalli müşterek ihtiyaçlar, “...aynı yörede birlikte yaşamaktan doğan eylemler durumların yarattığı, yoğunlaştırdığı ve güncelleştirdiği, özünde yerel ve kamusal hizmet karakterinin ağır bastığı ortak beklentileri ifade etmektedir”²¹. Tanımdan da anlaşıldığı gibi yerel yönetimlerin sorumluluk alanını belirleyen mahalli müşterek ihtiyaçlar kavramını somutlaştırmak çok kolay olmamaktadır. Zamana ve bölgeye göre farklılıklar gösterebilmektedir. Gözler’in de belirttiği gibi “kanun koyucunun her şeyi düzenleme imkanının bulunmaması, kamu hizmetinin iyi işlemesi, kamu düzeninin sağlanması takdir yetkisinin objektifleştirilmesi gibi durum ve ihtiyaçlar idarenin bir kanuna dayanmasa bile, düzenleme yetkisine sahip olmasını gerektirmektedir”²². Ancak bize göre bu yetki eşyanın tabiatından değil yerinden yönetim yani özerklik ilkesinden kaynaklanan bir yetki olmalıdır. Dolayısıyla yerel yönetimler ya da üniversiteler gibi özerk kurumlar başta olmak üzere kendilerine kendi alanlarıyla ilgili kanunla yetki verilmemiş olsa, hatta bir alan daha önceden kanunla düzenlenmemiş olsa bile, o alanda düzenlemeler yapabilirler. Danıştay Dava Daireleri Kurulu da, kanuni dayanakta yoksun olduğu iddiasıyla Bakanlar Kurulunun genel bir kararına karşı açılan iptal davasında “... yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak kayıt ve şartıyla idarenin genel ve asli bir düzenleme yetkisine sahip olduğu yolundaki idare hukuku ilkesi”nden bahsetmektedir²³. Danıştay yine bir kararında “Kamu yararının gerektirdiği hallerde, idarenin genel nitelikte düzenleme yetkisine sahip olduğu hukukun genel ilkelerindedir. Bu nedenle idarenin toplum ve

²⁰ Giovanni, Sartori, Demokrasi Teorisine Geri Dönüş, çev. Tunçer Karamustafaoglu/ Mehmet Turhan, Türk Demokrasi Vakfı yayını, Ankara 1993. (Nakleden: Meltem Dikmen Canikoğlu, Özerklik: Anayasal Temelleri ve Demokrasilerde Anlamı, Kamu Hukuku Arşivi cilt 3, sayı 1, 2/2000, s. 42.

²¹ Anayasa Mahkemesi, 22.6.1988 tarih, E.978/18-K.988/23, RG; 26.11.1988, sayı: 20001, s. 15.

²² Gözler, İdare, s. 1034.

²³ Danıştay Dava Daireleri Kurulu 5 Mayıs 1972 Tarih ve E. 1970/453, K. 1972/385 Sayılı Karar, Amme İdaresi dergisi, Cilt5, 1972 Sayı 4, s. 201 (Nakleden: Duran, s. 392).

hizmet yararına bir alanı düzenlemesi için mutlak surette, idareye bu hususta yetki tanıyan bir metnin varlığı zorunlu değildir” demiştir²⁴.

Günday “uygulama yönetmelikleri”nden bahsettikten sonra “Anayasada yönetmelik çıkarmaya yetkili oldukları belirtilmiş bulunan makamların “kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak”tan başka idari faaliyetleri de vardır. İşte bu idari faaliyetlere ilişkin düzenleyici işlemler yapılması ve bu düzenleyici işlemlere de yönetmelik adı verilmesi mümkündür. Aynı şekilde, öteki idari mercilerin de idari faaliyetlerine ilişkin olarak düzenlemeler yapmalarına ve bu düzenlemeleri yönetmelik olarak adlandırmalarına engel yoktur...bu tür yönetmeliklere “adi yönetmelikler” denmektedir”²⁵ şeklinde ifade etmiştir. İşte özerk kurumlar, görev alanlarıyla ilgili olarak bir kanuna dayanmadan adi yönetmelikler yapabilmelidir. Benzer şekilde Akyılmaz/Sezginer/ Kaya’ya göre de, “Kamu tüzel kişiliğine sahip kuruluşlar da kendi görev alanları içindeki her konu ile ilgili olarak yönetmelik çıkarabilirler. Bu kuruluşların yönetmelik çıkarabilmesi için, kendilerine yetki veren açık bir kanun hükmünün bulunması da şart değildir”²⁶.

Özetle, devlet tüzel kişiliğinden ayrı bir kamu tüzel kişiliği ve dolayısıyla özerkliği olan kurumlar, daha önce kanunla düzenlenmemiş kendi alanları ile ilgili konularda, yürürlükteki anayasal ve yasal kurallara aykırı düşmemek koşulu ile genel düzenleme yetkisine sahip olmalıdırlar.

2. Özerk Kurumların Düzenleme Yetkisi Asli Nitelikte midir?

Özerk kurumların düzenleme yetkisi asli nitelikte kabul edilemez. Bunun iki nedeni bulunmaktadır. Birincisi bu yetkinin asli nitelikte kabul edilmesi Anayasa da düzenlenen güçler ayrılığı ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Güçler ayrılığı sisteminde asli düzenleme yetkisine sadece yasama organı sahiptir. Bu konuda Anayasa da değişiklik yapılmadığı sürece, yani mevcut düzenlemeyle özerk kurumların düzenleme yetkisi asli yetki kabul edilemez. Yani Fransız Hukukunda kabul edilmiş bulunan “muhtar düzenleme yetkisi” ne benzer bir düzenleme yapıldığı sürece yasama organı dışında bir başka organın asli düzenleme yetkisine sahip olması mümkün değildir²⁷.

Kanunla belirlenen ölçüde tamamen veya kısmen bağımsızlık, faaliyet alanıyla ilgili serbest karar alabilme ve kendi adına ve sorumluluğu altında bu kararları uygulayabilme yeteneği olarak tanımlanan özerklik ilkesi sadece icrai karar almak bakımından kendini gösterir²⁸. Yani özerk kurumlar, kanunla belirlenen derecede hiçbir makamdan izin ve onay almadan karar alabilmek ve yine hiçbir makamdan izin ve onay almadan kararları uygulamak yetkisine

²⁴ Danıştay Dava Daireleri Kurulu 28 Nisan 1972 Tarih ve E. 1968/709, K. 1972/364 Sayılı Karar, Amme İdaresi Dergisi, Cilt5, 1972 Sayı 3, s. 193-194 (Nakleden: Duran, s. 392).

²⁵ Günday, s. 103.

²⁶ Akyılmaz/ Sezginer/Kaya, s. 69.

²⁷ Fransız Hukukundaki “muhtar düzenleme yetkisi” konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Gözler, İdare, s. 1147; Güneş, s. 57 vd.

²⁸ Akyılmaz/ Sezginer/Kaya, s. 178.

sahiptirler²⁹. Bu nedenle özerk kurumların düzenleme yetkisinin asli nitelikte kabul edilmemesinin bir diğer sebebi de, özerkliğin yasalardan kaynaklanan bir yetki olmasıdır.

Özerklik, kurumların etkin kararlar almasını ve daha iyi hizmetler yapabilmesini sağlamak için tanınmış bir yetki olduğu için özerklik yasalara aykırı uygulanamaz. Kanun koyucu özerklik ilkesinin özüne dokunmadığı sürece bu yetkiyi sınırlandırabilir. Kısacası özerklik asli yetkiye sahip yasama organının yaptığı bir Anayasa ya da bir kanuna dayandığı için, özerklik ilkesinden kaynaklanan düzenleme yetkisi de türevsel ikincil nitelikte kabul edilmelidir.

Özerk kurumların bir kanuna dayanarak yapmış oldukları yönetmelikler ile kanuna dayanmadan yaptıkları yönetmelikler arasında uygunluk sorunu ortaya çıkarsa sorun nasıl çözülecektir. Bu durumda Anayasanın 123. maddesinde ifade edilen "idarenin bütünlüğü ilkesinin" sağlanması bakımından bir kanuna dayanılarak yapılan ve kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamaya yönelik olan yönetmeliklerin uygulanması gerektiğini düşünmekteyiz. Bir başka ifade ile bir kanuna dayanılarak yapılan yönetmelikler, kanuna dayanmadan, özerklik ilkesi gereğince yapılan yönetmeliklerden daha üst hukuk kuralı olarak kabul edilmelidir.

II. Türkiye'de ve Almanya'da İdarenin Düzenleyici İşlemleri

Osmanlı Devletinde, yasama ve yürütme yetkileri padişahın tekelinde toplandığından, idarenin düzenleme ve bununla bağlantılı olarak bugünkü anladığımız anlamda düzenleyici işlemler yapma yetkisi gelişmemiştir. Bu durum 1921 Anayasasında da değişmemiştir. Anayasanın 7. maddesinde kanunların yanı sıra nizamnameler (tüzükler) de öngörülmüş fakat yasama, yürütme ve hatta idare fonksiyonu TBMM'de toplanmış olduğundan, idarenin düzenleme yetkisi belirgin bir şekilde kullanılamamıştır.

1924 Anayasası ile idarenin düzenleme yetkisinin bir yere kadar bağımsız bir nitelik kazandığı göze çarpmaktadır. Anayasanın 52. maddesinde düzenleyici işlem olarak sadece tüzüklerden³⁰ bahsedilirken yönetmeliklere yer verilmemiştir³¹.

1971 yılında 1961 Anayasasının 64. maddesinde yapılan değişiklikle kanun hükmünde kararname düzenlenmiştir.

²⁹ Akyılmaz/ Sezginer/Kaya, s. 178.

³⁰ Yargı fonksiyonunun henüz gelişmediği bu dönemde şayet tüzüklerin kanunlara aykırı olduğu düşünülürse, bu sorunun Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından hükme bağlanacağı kabul edilmiştir.

³¹ 1924 Anayasasında yönetmeliklere yer verilmemiş de olsa, 25.05.1928 tarih ve 1322 sayılı Kanun ve Nizamnamelerin Sureti Neşir ve İlanı Hakkında Kanunun 1. maddesi, bakanlar kurulu ve bakanlıkların, nizamname hükümlerini açıklamak ve kanun ve nizamnamelerin uygulanmasında memura rehber olmak üzere ve de kanun ve nizamnamelere aykırı hükümler taşımamak kaydıyla talimatnameler (yönetmelik) çıkarabileceklerini öngörmüştür. Hatta Kanunun 2. maddesi talimatname çıkarma yetkisini vilayet ve belediyelere de tanımıştır. Duran, s. 387; Giritli/Bilgen/Akgüner, s. 152; Günday, s. 194; Güneş, s. 73.

1982 Anayasasının 91. maddesinde kanun hükmünde kararname, 115. maddesinde tüzükler, 124. maddesinde yönetmelikler düzenlenmiştir. Anayasanın 107. maddesinde de yeni bir düzenleyici işlem türü olarak 107. maddede Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi düzenlenmiştir. Uygulamada 1982 Anayasasında sayılan bu düzenleyici işlemlerden ayrı olarak genelge, tebliğ, karar, tamim, sirküler gibi ve doktrinde “adsız düzenleyici işlemler”³² olarak tanımlanan düzenleyici işlemlere³³ de rastlanmaktadır³⁴. Bunlar her ne isim altında yapılırsa yapılsınlar, güçler açısından yönetmelik sayılmalıdırlar ve Anayasanın 124. maddesindeki kayıt ve şartlara uygun olmalıdırlar³⁵.

Federal Alman Anayasa’sında yürütme ve idarenin düzenleyici işlemleri olarak kanun hükmünde kararname (Verordnung mit Gesetzeskraft) ve yönetmeliklere (Rechtsverordnung) yer verilmiştir. Bunun dışında kamu tüzel kişiliğe sahip kurumların tüzük (Satzung) yapma yetkileri bulunmaktadır. Ancak bu yetki Federal Anayasada açıkça düzenlenmeyip kanunlarla verilmiş bir yetkidir. Alman hukukunda da Türk hukukundaki adsız idari işlemlere benzer ve değişik isimlerle adlandırılan idari işlemlere rastlanmaktadır. İdari yönetmelikler³⁶ (Verwaltungsvorschriften) olarak Türkçe’ye çevirebileceğimiz bu tür işlemler, bireyler için yeni hukuk kuralı mahiyeti taşımazlar. Daha çok kurum içi ilan yolları ile duyurulurlar ve yürütülen kamu hizmeti (Innenbereich) ile ilgili olarak kamu görevlilerine yönelik genel emir ve direktifleri içerirler³⁷.

Weimar Anayasası döneminde hükümete Anayasanın 48/2 maddesinde “anayasa hükmünde kararname” (Verordnungen mit Verfassungskraft) çıkarma yetkisi verilmişti. Ancak Nazi rejimi döneminde hükümet sürekli anayasa hükmünde kararname çıkartarak anayasada değişiklikler yapmıştır. Hatta Nazi hükümetine anayasa hükmünde kararnamelerle yeni anayasa yapma yetkisi dahi verilmiştir. Böylece kanunlar ile kararnameler arasında bir fark kalmamıştır³⁸. Ancak Federal Anayasa bugün hükümete anayasa hükmünde kararname çıkarma yetkisi verilmemiştir.

³² Özay, s. 349.

³³ Adsız düzenleyici işlemler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Gözler, İdare, s. 1124 vd.

³⁴ Duran’a göre, yürütme ve idarenin, kanundan bağımsız özerk düzenleme yetkisi bulunmadığı ilkesini koyan bir hukuk sisteminde, Anayasa ile öngörülmemiş bir düzenleyici işlemin varlığı kabul edilemez. Yoksa böyle bir düzenleme yetkisi, Anayasanın çerçevelediği düzenleyici işlemlerden daha geniş ve kuvvetli olma eğilimi taşır. Bu itibarla yürütme ve idarenin düzenleyici işlemlerin tüzükler ve yönetmelikler olduğunu kabul etmek zorunludur. Ancak bu anayasal ilke, tüzük ve yönetmelik adını veya başlığını taşımayan düzenleyici işlemlerin tümü ile sakat ve geçersiz olmasını gerektirmez. Duran, s. 450.

³⁵ Duran, s. 450; Giritli/Bilgen/Akgüner, s. 153.

³⁶ Alman hukukundaki bu tür işlemleri Türk hukukundaki daha çok tamim, talimatname ve yönergeye benzetebiliriz.

³⁷ Franz-Joseph Peine, Allgemeines Verwaltungsrecht, Heidelberg 1998, s. 35; Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band II, München 1980, s. 654.

³⁸ Stern, s. 662.

1. Kanun Hükmünde Kararnameler

Kanun hükmünde kararnameler, “Yasama organının, konu, süre ve amacı belirleyen bir yetki kanunu ile verdiği yetkiye veya doğrudan doğruya Anayasa’dan aldığı yetkiye dayanarak, Devlet Başkanının ve Hükümetin çıkardığı, maddi anlamda kanun gücüne sahip, parlamentonun tasdiki ile şekli ve organik anlamda kanun gücünü kazanacak olan kararnameler” şeklinde tanımlanmaktadır³⁹. 1982 Anayasasının 91. maddesinde, olağan dönem kanun hükmünde kararnameleri ve olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnameleri şeklinde iki farklı tür olarak düzenlenmiştir.

Federal Alman Anayasasında kanun hükmünde kararnameler iki ayrı maddede düzenlenmiştir. Bunlardan ilki 2. Dünya Savaşı sırasında sürgün edilenlerin tekrar Almanya’ya geri dönmelerine ilişkin kanun hükmünde kararnamelerin çıkartılmasını düzenleyen 119. maddedir. Maddeye göre “Mülteci ve sürgün edilenler konusunda Federal Hükümet, federal bir yasa çıkarılıncaya kadar, özellikle bunların eyaletlere dağıtımını konusunda, Federal Konsey’in onayına bağlı kanun hükmünde kararname çıkarabilir. Ayrıca özel durumlarda Federal Hükümete münferit emirler verme yetkisi verilebilir. Emirler, gecikmesinde sakınca bulunmayan durumlar dışında eyaletlerin en yüksek makamlarına verilir”. Düzenleme, 2. Dünya Savaşından sonra mülteci ve sürgün edilenleri zor şartlardan kurtarabilmek için kanun hükmünde kararname çıkarılablmesine imkan vermektedir. Bu nedenle 119. madde geçiş dönemine ilişkin (Übergangsregelung) bir konuyu düzenlemeyi içermektedir⁴⁰. Federal Hükümet Federal Konsey’in (Bundesrat) onayından geçirilmesi şartıyla özel bir kanuna dayanmadan bu konuda kanun hükmünde kararname yapabilecektir. Bu tür kanun hükmünde kararnameler ile ayrıca savaş döneminde mülteci ve sürgün edilme konularıyla ilgili tüm kanunlar ortadan kaldırılacaktır⁴¹. Bugün çok fazla uygulama alanı olmayan bu madde yine de Federal Anayasa’da tutulmaktadır⁴². Bu maddeye dayanılarak başka konularla ilgili, bir başka ifadeyle genel bir kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin türetilmeyeceği de kabul edilmektedir⁴³.

Kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin düzenlendiği bir diğer madde de Federal Anayasasının 127. maddesidir. Maddeye göre, “Federal Hükümet, 124 ve 125. maddelere göre, federal hukuk olarak geçerli kaldığı sürece Birleşik Ekonomi Bölgesinin idare hukukunu, ilgili eyalet hükümetlerinin onayıyla bu Anayasasının ilanından itibaren bir yıl içinde Baden, Büyük Berlin,

³⁹ Burhan Kuzu, Türk Anayasa Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnameler, İstanbul, 1985, s. 132.

⁴⁰ Bruno Schmidt-Bleibtreu/Franz Klein, Kommentar zum Grundgesetz, Bonn-München-Neuwied, 1995, Art. 119, s. 1527; Michael Sachs, Grundgesetz, Kommentar, München 2009, Art. 119, s. 2340.

⁴¹ Sachs, s. 2340.

⁴² Her ne kadar sürekli bir uygulama alanı olmasa da bazen yinede büyük öneme sahip olmaktadır. Örneğin 1988 yılında yaklaşık 240.000, 1989 yılında ise 720.000 kişi bu maddeye dayanılarak yapılan kanun hükmünde kararnameler ile Almanya’ya getirilmiştir. Schmidt-Bleibtreu/Klein, s. 1527.

⁴³ Sachs, s. 2341.

Rheinland-Pfalz ve Württemberg-Hohenzollern eyaletlerinde yürürlüğe koyabilir". Yani, 2. Dünya Savaşı sonrasında Batı Almanya sınırları içerisinde Birleşik Ekonomik Bölge hukukunun oluşturulması için kanun hükmünde kararname çıkarılması öngörülmektedir. Bu düzenleme de, 119. madde gibi, savaş sonrası belli konularda geçiş dönemini düzenlemek için Federal Hükümete Federal Konseyin onayından geçirildikten sonra kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisini vermektedir. 127. madde 23 Mayıs 1950 tarihinden itibaren uygulama alanını kaybetmiştir⁴⁴. Bu nedenle Anayasa Komisyonunda maddenin kaldırılması teklif edilmiş, ancak bu teklif reddedilmiştir⁴⁵.

Federal Alman hukukunda görüldüğü gibi kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi hem konu hem de zaman itibarıyla sınırlandırılmıştır. Federal Anayasa, Türk hukukunda olduğu gibi değişik konularda hükümetlere kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi vermemektedir. Federal Anayasanın 129/3. maddesi de daha önceden kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi veren kanunları da ortadan kaldırmıştır.

Özetle diyebiliriz ki, Alman hukukunda Federal Anayasa federal hükümetlere yetki kanunlarına ihtiyaç duyulmadan kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi vermiştir. Ancak bugün itibarıyla bu yetkiler güncelliğini kaybetmiştir. Anayasa koyucu, Federal Anayasada değişiklik yapmadığı yani yeni konularda kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi vermediği sürece, federal hükümetler kanun hükmünde kararname çıkartmamaktadırlar⁴⁶.

1982 Anayasasının 91. maddesi, yetki kanununun, çıkarılacak kanun hükmünde kararnemenin, amacını, kapsamını, ilkelerini kullanma süresini ve süresi içinde birden fazla kararname çıkarılıp çıkarılmayacağını göstermek zorunda olduğunu belirterek, sık sık kanun hükmünde kararname çıkarma yoluna başvurulmasını önlemiştir. Yine Anayasa Mahkemesi de Anayasa'da öngörülmüş yetki kanunlarının unsurları yanında "önemli", "zorunlu" ve "ivedi" durumlarda KHK çıkarma yetkisinin verileceğini belirterek 91. maddeyi tamamlayıcı bir karar vermiştir⁴⁷.

2. Yönetmelikler

Yönetmelik çıkarmak günümüz modern devletinde yürütme ve idarenin vazgeçemediği önemli faaliyetlerinden birisidir. Çünkü çok teknik ve ayrıntılı konularda parlamentoların yönetmelik yapmak için toplanması hem zaman bakımından, hem de yönetmeliklerin içeriği bakımından çok mümkün görülmemektedir⁴⁸. Bununla beraber, seçimle oluşan meclislerin yaptığı yasaların sahip olduğu "demokratik meşrutiyet" niteliğine de yönetmelikler doğrudan sahip değildir. Ancak bu eksiklik yönetmeliklerin kanunlara dayandırılması suretiyle giderilmeye çalışılmaktadır⁴⁹. Böylece parlamentoların iş yüklerinin hafifletilmesi amacıyla yürütme ve idareye 1982 Anayasasının 124. madde-

⁴⁴ Schmidt-Bleibtreu/Klein, s. 1547.

⁴⁵ Sachs, s. 2387.

⁴⁵ Stern, s. 663.

⁴⁷ Anayasa Mahkemesi, 1.2.1990 tarih, E.988/64, K.90/2, AYMKD, s. 29/163.

⁴⁸ Katz, s. 215.

⁴⁹ Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, München 2009, s. 72.

sinde, Alman Federal Anayasasının da 80. maddesinde yönetmelik (Rechtsverordnung⁵⁰) çıkarma yetkisi verilmiştir.

1982 Anayasasının 124. maddesi şöyledir; “Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelik çıkarabilirler”.

Federal Anayasanın 80/1. maddesinde ise “Federal hükümete, federal bir bakan veya eyalet hükümetlerine, yasayla yönetmelik çıkarma yetkisi verilebilir. Yasada, verilen yetkinin konusu, amaç ve kapsamı belirtilir. Yönetmelikte, hukuki dayanak açıklanır. Yasada, yetkinin devri öngörülmüş ise, devir yönetmelikle olur”.

Düzenleyici bir işlem olarak yönetmelikler genel, soyut ve kişilik dışı kuralları ve nesnel hükümler içeren, organik ve biçimsel yönden yürütme-idari, maddi bakımdan ise kural-işlem özelliğine sahip hukuksal işlemlerdir⁵¹. Yönetmelik çıkarma yetkisi bir kanuna dayandığı için asli nitelikte bir yetki⁵² olmadığı gibi yönetmelikler normlar hiyerarşisine göre, üstteki hukuk kurallarına uymak zorundadırlar. Yönetmelikler içerik ve bağlayıcılık bakımından yasalardan farklı değildir, bütün idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlamaktadır.

a. Karşılaştırmalı Olarak Yönetmeliklerin Unsurları

1982 Anayasasının 124. maddesi ve Federal Anayasasının 80. maddesi yönetmelik çıkarmaya yetkili makamları saymıştır. Bunlar Türk hukukunda Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişileriye, Alman hukukunda ise federal hükümet, federal bir bakan ve eyalet hükümetleridir. Almanya’da asıl ve ilk yetkili olarak (Erstdelegation) yönetmelik yapmaya yetkili kurumların sayısı sınırlı yani “numerus clausus” kabul edilmektedir⁵³. Parlamento, federal hükümet, federal bakan ve eyalet hükümetlerinin hepsini yetkilendirebileceği gibi, alternatifli olarak de yetkilendirilmektedir⁵⁴. Buna karşın Türk hukukunda yönetmelik çıkartabilecek kuruluşların sınırlı olup olmadıkları tartışmalıdır ve bu konuda farklı görüşler mevcuttur⁵⁵.

Türk hukukundan farklı olarak Almanya’da yetki kanununda öngörülmüş olmak şartıyla, yönetmelik çıkarma yetkisi bir başka alt kuruma devredilebilir (Subdelegation). Yani “sonradan yetkilendirebilme” ile bazı kamu kurumları da yönetmelik çıkartabilmektedir. Ancak Anayasasının ilgili kanun maddesinde hangi kurumlara yönetmelik çıkarma yetkisinin devredilebileceği gösterilmemiştir. Bu tamamıyla parlamentonun takdirine bırakılmıştır. Genellikle başbakanlık ve bakanlık teşkilatında yer alan alt kurumlara

⁵⁰ Rechtsverordnung kavramı doktrinde türkçeye tüzük olarak ya kararname olarak da çevrilebilmektedir. Biz yönetmelik olarak çevirmeyi uygun bulduk.

⁵¹ Giritli/Bilgen/Akgüner, s. 162; Katz, s. 215; Stern, s. 664.

⁵² Katz, s. 216; Sachs, s. 1600.

⁵³ Katz, s. 217; Stern, s. 666.

⁵⁴ Stern, s. 668.

⁵⁵ Farklı görüşler için bkz. Ebru Gündüz, Yürütmenin Düzenleyici İşlemleri ve Yargısal Denetimleri, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XI, Sa. 1-2, Y. 2007, s. 765.

(nachgeordnete Behörden) devir yapılabildiği gibi kamu hukuku tüzel kişilerine de (Anstalten des öffentlichen Rechts) örneğin Federal Merkez Bankası gibi ya da yerel yönetimlere de devir yapılabileceği kabul edilmektedir⁵⁶. Devir işleminin yapılabilmesi için öncelikle bunun bir federal kanunda öngörülmüş olması gerekmektedir. Daha sonra da asıl yetkili kurum tarafından devir işlemini yapan “yetkilendirme yönetmeliğinin” çıkartılması gerekmektedir⁵⁷.

Almanya’da yönetmelik çıkarma yetkisi yürütmeye ait olmakla beraber, Federal Meclisin, yürütmeye bu yetkinin kullanılmasında değişik şekillerde örneğin, dinleme, bilgi alma (Anhörung), tavır alma (Benehmen), sorguya çekme (Einvernehmen), gibi müdahalelerde de bulunabileceği de kabul edilmektedir. Bir başka ifadeyle, parlamento yürütmenin yönetmelik çıkarma yetkisine istediği şekilde etki yapabilmektedir. Ayrıca federal meclis kanunların önceliği ilkesi gereğince yönetmelik yapma yetkisine ve yönetmeliği de ortadan kaldırmaya yetkisine sahiptir. Ancak yürütme yerine geçerek kendisi yönetmelik yapmamaktadır⁵⁸.

Türk hukukunda yönetmeliğin konusu, kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamaktır. Uygulama yönetmelikleri olarak adlandırılan bu tür yönetmelikler sadece Anayasada belirtilen idari makam ve organlarca yapılabilir⁵⁹. Bunlar dışında öteki idari mercilerin de idari faaliyetlerine ilişkin olarak düzenlemeler yapmalarına ve bu düzenlemeleri yönetmelik olarak adlandırmalarına hukuki yoktur⁶⁰.

Alman hukukunda yönetmeliğin konusu yetki kanununda açıkça belirtilmektedir. Türk hukukunda olduğu gibi, yönetmeliklerin konusu sadece tüzük ve kanunların uygulanmasını göstermek değil, başka konularda da, parlamento yönetmelik yapma yetkisi vermektedir. Kendisine yönetmelik yapma yetkisi verilen kurum ya da organ, yetki kanununda belirtilen konunun dışına çıkamaz, şayet çıkarsa yönetmelik iptal edilir. Bu nedenle yetki kanununda yasa koyucunun hangi kurumu hangi konuda yönetmelik çıkarmaya ilişkin yetkilendirdiğini ve yine yönetmeliğin amacını yoruma gerek bırakmayacak yeterli şekilde (hinreichend bestimmt) göstermesi gerekmektedir. Buna doktrinde belirlilik ilkesi (Bestimmtheitsgrundsatz) denilmektedir⁶¹.

Yetki kanunu ile genel yetkilendirme (Pauschalermachtigungen) güçler ayrılığı ilkesine aykırı bulunduğu için hukuka uygun değildir. Yönetmelik konusunun belirsiz, genel olması ya da sınırsız olması durumunda da (Globalermachtigungen) yetki kanununun hukuka aykırı olduğu kabul edilmektedir. Ancak yetki kanununda yetkili kurum ya da organların belirtilmesi sorun olmamasına rağmen konu, amaç ve ölçünün belirlenmesi her zaman çok kolay olamamaktadır. Bundan dolayı da birçok yetkilendirme kanunları Fede-

⁵⁶ Markus Heintzen, Das Rangverhältnis von Rechtsverordnung und Satzung, in: Die Verwaltung 29 (1996), s. 22.

⁵⁷ Katz, s. 217; Sachs, s. 1610.

⁵⁸ Maurer, s. 71; Stern, s. 665.

⁵⁹ Günday, s. 103.

⁶⁰ Günday, s. 103.

⁶¹ BVerfGE 55, 207 (226); Schmidt-Bleibtreu/Klein, s. 1066; Sachs, s. 1607.

ral Anayasa Mahkemesi'nden dönmektedir⁶². Yasakoyucu, yetkilendirme kanununu yaparken hukuk devleti ilkesi, (Rechtsstaatlichkeit), demokrasi (Demokratieprinzip) ve güçler ayrılığı ilkelerini (Gewaltenteilung) göz önünde tutmalıdır⁶³.

Yönetmeliklerin sebep unsurunu Türk hukukunda, kanun veya tüzük oluştururken, Alman hukukunda yetki kanunu oluşturmaktadır. Bir yönetmelik bir başka yönetmeliğin hukuki dayanağı olmaz. Çünkü normlar hiyerarşisinde hiçbir norm, kendi yer aldığı basamakta olan bir normdan geçerliliğini alamaz⁶⁴.

Türk hukukunda idarenin, bir alanı asli olarak yönetmelikle düzenlemesi, yani daha önce kanunla düzenlenmemiş bir alanı yönetmelikle düzenlemesi mümkün görülmemektedir⁶⁵. Çünkü Türk hukukunda “muhtar bir düzenleme” yetkisi bulunmamaktadır. Bununla birlikte, Güneş'e göre, belli bir kanuna dayanmayan ve dayandırılması da hayli zor olan yönetmeliklere Düstur ciltlerinde oldukça sık rastlanmaktadır. Hac amacıyla Suudi Arabistan'a gidecek olanlarla ilgili 28 Şubat 1963 tarihli yönetmelik, Kıbrıs Türk Birliğinin özlük hakları, çeşitli istihkakları ve sair masrafları hakkındaki yönetmelik ve yurt dışında gemi satın alınması hakkındaki yönetmelik kanun hükümlerine dayanmayan yönetmeliklere örnek verilebilmektedir⁶⁶.

Alman hukukunda yönetmelik çıkarmak bir yetki kanunuyla verildiği için, hangi konunun ne biçimde düzenleneceğinin yetki kanununda açıkça gösterilmesi gerekmektedir. Meclis, yönetmelikle düzenlenecek konuyu açıkça belirtmek şartıyla konunun belirlenmesinde takdir hakkına sahiptir.

Hem Türk hem de Alman hukukunda yönetmelikler için belli bir şekil şartı öngörülmemiştir. Ancak yönetmelikler yazılı şekle tabidir. 1982 Anayasasına göre hangi yönetmeliğin Resmi Gazetede yayımlanacağı bir kanunla tespit edilir. Bu Kanun “24.05.1984 tarih ve 3011 sayılı Resmi Gazetede Yayımlanacak Olan Yönetmelikler Hakkında Kanun”dur. Bu nedenle her yönetmeliğin Resmi Gazetede yayımlanması şart değildir. Bu Kanuna göre, Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerinin işbirliğine, yetki ve görev alanlarına ait hükümleri düzenleyen; kamu personeline ait genel hükümleri kapsayan ve kamuyu ilgilendiren yönetmelikler Resmi Gazetede yayımlanır. Yerel Yönetimler tarafından çıkartılacak yönetmelikler de o yerde çıkan bir gazetede ilan edilir. İster Resmi Gazetede, ister yerel bir gazetede yayımlansınlar, yönetmelikler ilgililere duyurulmadıkça veya onlara tebliğ edilmedikçe onlara uygulanamaz, haklarını azaltamaz, yükümlülüklerini çoğaltamaz⁶⁷.

Federal Anayasanın 82. maddesine göre, yönetmeliği çıkaran makam tarafından imzalanır ve-yasada aksine bir hüküm yoksa- Federal Resmi Gazetesinde (Bundesgesetzblatt) yayımlanır. Her yönetmelik kural olarak yürürlüğe giriş tarihini belirtir. Böyle bir kayıt yoksa, yönetmelikler Federal

⁶² Stern, s. 670.

⁶³ Katz, s. 217; Stern, s. 671.

⁶⁴ Gözler, İdare, s. 1119.

⁶⁵ Giritli/Bilgen/Akgüner, s. 156; Gözler, İdare, s. 1117; Günday, s. 105.

⁶⁶ Güneş, s. 185.

⁶⁷ Atay, s. 66; Gözübüyük/Tan, s. 138; Gözler, İdare, s. 1120.

Resmi Gazetesinin yayımlanmasını izleyen on dördüncü günün geçmesiyle yürürlüğe girerler. Almanya'da da yönetmeliklerin yayımlanmasını düzenleyen 30.01.1950 tarihli "Yönetmeliklerin Yayınlanmasına İlişkin Kanun" (Gesetz über die Verkündung von Rechtsverordnungen) bulunmaktadır. Kanuna göre yönetmelikler ya Federal Resmi Gazetede yayınlanır ya da Federal Adalet Bakanlığının çıkarttığı Federal Gazete'de (Bundesanzeiger) yayınlanır. Yerel yönetimlerin yönetmeliklerinin nasıl yayımlanacağı eyalet kanunlarında gösterilmiştir. Genellikle yerel yönetimler kendilerinin çıkarttıkları tüzükleri (Satzung) ne biçimde yayımlıyorlarsa yönetmelikleri de aynı şekilde yayımlamaktadırlar.

b. Yönetmeliklerin Yargısal Denetimi

Danıştay Kanunu'nun 24/1-d maddesine göre, bakanlıkların yönetmelikleri ile kamu kuruluşlarının ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının ülke çapında uygulanacak yönetmeliklerinin yargısal denetimi, ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da yapılır. Kamu kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının belli bir bölgede uygulanacak olan yönetmeliklerinin yargısal denetimi ise, genel görevli olan idare mahkemesinde yapılır⁶⁸.

Federal Anayasanın 80. maddesine göre, Federal Meclis tarafından verilen bir yetkiye dayanarak çıkartılan yönetmeliklerin denetimi iki aşamada olmaktadır. Yetki kanunun denetimi özellikle "belirlilik ilkesi" gereğince konu, amaç ve kapsamın yeterli açıklıkta düzenlenip düzenlenmediğinin denetimi Federal Anayasa Mahkemesi tarafından yerine getirilmektedir.

Yetki kanununa dayanarak çıkartılan federal yönetmeliklerin (Bundesrechtliche Vorschriften) hukuki denetimi ise Federal Anayasa Mahkemesinin 2000 yılında verdiği bir karara⁶⁹ göre idare mahkemelerinde "tespit davalarına" (Feststellungsklage) konu olmaktadır⁷⁰. İdare Mahkemeleri Kanununun (Verwaltungsgerichtsordnung) 43. maddesinde düzenlenen tespit davaları ile bir hukuki ilişkinin varlığı-ki buna pozitif tespit davası (positive Feststellungsklage)- ya da yok olduğunun- buna da negatif tespit davası denir (negative Feststellungsklage)- tespiti talep edilmektedir⁷¹.

Eyaletlerin ve kamu tüzel kişiliğine sahip kamu kurumlarının yönetmeliklerinin denetimi ise İdare Mahkemeleri Kanunu'nun 47. maddesinde düzenlenen "normların denetim usulü" de (Normkontrollverfahren) gösterilmiştir. Norm denetiminde asıl görevli olan mahkemeler Yüksek İdare Mahkemeleridir (Oberverwaltungsgericht). Federal Yüksek İdare Mahkemesi ise sadece bir hukuk kuralında açıkça yetki verildiği durumda norm denetimi yapmaktadır⁷². İptal davalarında süre, önceden yapılan itiraz başvurusunun cevabının tebliğinden itibaren bir aydır. İtiraz başvurusu zorunlu değilse, yönetmeliğin ya da

⁶⁸ Günday, s. 105.

⁶⁹ BVerfGE 115, 81, 91.

⁷⁰ Federal Anayasa Mahkemesinin bu kararı doktrinde çok eleştirilmiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Friedhelm Hufen, Verwaltungsprozessrecht, München 2005, s. 329.

⁷¹ Hufen, s. 326; Konrad Redeker/Hans-Joachim von Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, Stuttgart 2004, s. 272.

⁷² Redeker/ Oertzen, s. 292.

idari işlemin tebliğ ya da yayımlanmasından itibaren bir aylık süre başlamaktadır (İdare Mahkemeleri Kanunu Prag, 74).

5. Tüzükler

Türk hukukunda yönetmeliğin yaygın kullanımına karşın, tüzük sık başvurulan bir düzenleyici işlem türü değildir. Bunun nedeni, yapabilecek organların yalnızca bakanlar kurulu ile sınırlandırılması ve Danıştay incelemesinden geçirilme zorunluluğunun bulunması gösterilebilir⁷³. Anayasanın 115. maddesine göre kanunların uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek üzere çıkarılan tüzükler Alman hukukunda farklı anlamda kullanılmaktadır. Kamu tüzel kişilerinin kendi görev alanları ile ilgili yaptıkları düzenleyici işlemlere “tüzük” (Satzung) denilmektedir⁷⁴. Tüzükler başta yerel yönetimler olmak üzere, üniversiteler ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları tarafından çıkartılmaktadır. Bu kurumlara tüzük yapma yetkisi ilgili kanunlarda verilmiştir. Belediyeler için belediye kanunlarını⁷⁵, esnaf ve sanatkarlar için Esnaf ve Sanatkarlar Kanunlarını⁷⁶ bunlara örnek olarak verebiliriz.

Tüzüklerin kanunlar ve yönetmeliklerden en önemli farklılığı, “devletin yasama” (Staatlichen gesetzgeber) ya da “devletin yürütme organı” (Staatlichen Exekutivorganen) tarafından değil, özerk kurumlar tarafından çıkartılmasıdır⁷⁷. Kamu tüzel kişilik içerisinde de hangi organın tüzük yapmaya yetkili olduğu ilgili kanunlarda belirtilmiştir. Genellikle seçmenler ya da üyeler tarafından seçimle iş başına gelen “karar organları” kamu tüzel kişiliği adına tüzük yapmaya yetkilidir. Hemen şunu belirtmeliyiz ki, seçimle iş başına gelen karar organlarını yine seçimle iş başına gelen parlamentolarla karıştırmamak gerekir. Çünkü kamu tüzel kişilerin karar organları sadece “idari görevlerle” ilgili kararlar alabilirken, parlamentolar Anayasaya aykırı olmadığı sürece her konuda karar alabilmektedirler.

Tüzük çıkarma yetkisi, yönetmelik çıkarma yetkisinde olduğu gibi türevsel nitelikte bir yetkidir. Yani aslilik unsuruna sahip değildir. Ancak yönetmeliklerden farkı bir yetkilendirme kanununa ihtiyaç duyulmamaktadır⁷⁸. Almanya’da bu nedenle yönetmeliklerin düzenlendiği Federal Anayasanın 80/1. maddesiyle tüzüklerin hiçbir bağlantısı yoktur⁷⁹. Yönetmelikler yürütme organı (Exekutivorganen) tarafından çıkartıldığı için, şekli kanuna ihtiyaç duyulmaktadır. Tüzükler ise demokratik seçimle göreve gelen organlar (Demokratisch gewählten Organen) tarafından çıkartıldığı için, kendi teşkilatları içerisinde

⁷³ Gözübüyük/Tan, s. 128.

⁷⁴ Maurer, s. 72.

⁷⁵ Örneğin Niedersachsen Belediye Kanununun 6/1 maddesi “Belediyeler yasal sınırlar çerçevesinde kendi hizmet alanlarını tüzükler ile düzenleyebilirler” demektir.

⁷⁶ Esnaf ve Sanatkarlar Kanunu 55/1. maddesi “Esnaf ve sanat örgütü kendi teşkilatını, üyeleri ile ilişkisini, kanunlar farklı şekilde öngörmediği sürece tüzükle düzenleyebilirler” demektir.

⁷⁷ Maurer, s. 73.

⁷⁸ Maurer, s. 73.

⁷⁹ Heintzen, s. 29; Peine, s. 35.

bunlar “yasakoyucu” (Gesetzgeber) rolünü üstlenmektedirler⁸⁰. Bu nedenle yasama organı tarafından yetki yasasına dayanarak çıkartılan yönetmelik yapma yetkisi “heteronomi” kabul edilirken, tüzük yapma yetkisi “otonomi” kabul edilmekte ve özerkliğin (Selbstverwaltung) bir parçası olarak görülmektedir⁸¹.

a. Tüzük Yapma Yetkisinin Sınırı

Özerklik yasal sınırlar içerisinde kullanılan bir yetki olduğu için, özerklikten kaynaklanan tüzük çıkarma yetkisi de yasal sınırlar içerisinde kullanılmaktadır. Bunun dışında mal topluluğu (Sachlich) olan özerk kurumların tüzük yapma yetkisi kanunlarla belirtilen görev ve yetki alanlarıyla sınırlıdır. Kişi topluluğu (Personell) olan özerk kurumların tüzük yapma yetkisi ise, üyeleri ile sınırlı tutulmuştur. Bunlar dışında “kanunların önceliği ilkesi” (Gesetzesvorbehalt) gereğince temek hak ve özgürlükler ancak yasa ile sınırlanabilir⁸². Yani temek hak ve hürriyetler, kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik veya diğer idari işlemlerle sınırlandırılmaz. Dolayısıyla özerk kurumlarda temek hak ve özgürlükleri sınırlandırıcı tüzük yapamazlar.

Kamu tüzel kişiliğe sahip özerk kurumlar tüzük çıkartabildikleri gibi, yönetmelikte çıkartabilmektedirler. Şayet özerklik alanlarını ilgilendiren yani kendilerine münhasır görev alanlarını ilgilendiren konuları (Selbstverwaltungsangelegenheiten) düzenleyecekler ise, bunu tüzükle yapmaktadırlar. Fakat kendi özgün görev alanlarına dahil olmayıp da Anayasa ya da kanunlarla kendilerine sonradan devredilmiş bir hizmet yerine getireceklerse (Auftragsangelegenheiten) bunu da yönetmeliklerle düzenlemektedirler⁸³. Böylece tüzükler özerk kurumların özerklik alanlarını düzenlemelerine yarayan hukuki işlemlerdir⁸⁴.

b. Tüzük ve Yönetmelik Arasındaki Hiyerarşik Sorunu

Türk hukukunda 1982 Anayasasının değişik maddelerinde genel ve soyut hukuk kuralları içeren düzenleyici işlemler arasında bir sıralama kabul edilmektedir. Tüzüklerle ilgili 115. maddesinde, tüzüklerin kanunlara aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Yönetmeliklerle ilgili 114. maddesinde ise yönetmeliklerin kanunlara ve tüzüklere aykırı olamayacağı ifade edilmiştir. Ayrıca kanunsuz emirden bahseden Anayasasının 137. maddesinde de, hiyerarşik üstün verdiği emrin sırası ile yönetmelik, tüzük, kanun ve Anayasaya aykırı olamayacağı kabul edilmiştir.

Alman hukukunda ise yönetmelik ve tüzükler arasındaki sıralamayı öngören bir düzenleme bulunmamaktadır. Üstte bahsettiğimiz gibi tüzük çıkarma yetkisi özerk kurumlara verilmiş bir yetkidir. Özerklik yetkisi de Federal Anayasanın 28/2 maddesine göre “yasal sınırlar içerisinde” (im Rahmen der Gesetze) kullanılan bir yetkidir. Yasal sınırlar içerisinde yerine getirilme, yasa-

⁸⁰ Maurer, s. 73.

⁸¹ Maurer, s. 74.

⁸² Maurer, s. 74; Peine, s. 35.

⁸³ Maurer, s. 75.

⁸⁴ Peine, s. 35.

ların önceliğini (Vorrang des Gesetzes) zorunlu kılmaktadır. Bir başka ifadeyle, yasalar uygulanmaları bakımından tüzüklere göre bir önceliğe sahiptirler. Federal Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 28/2 maddesinde belirtilen özerkliğin yasal sınırlar içerisinde kullanılması kuralındaki “yasa” kavramı ile sadece kanun koyucunun yaptığı yasaları değil devlet organları tarafından yağılan diğer hukuki işlemleri de anlamaktadır⁸⁵. Dolayısıyla Federal Anayasa Mahkemesinin geniş yorumladığı yasa kavramının içine yönetmeliklerde girmektedir. Böylece yönetmeliklerde uygulanmaları bakımından tüzüklere göre önceliğe sahip olmaktadır⁸⁶.

c. Tüzüklerin Yargısal Denetimi

Türk hukukunda, Bakanlar Kurulunun yaptığı tüzükler idari işlem olarak görülmektedir. Bu nedenle 1982 Anayasasının 125. maddesi gereğince yargı denetimine tabidirler. Danıştay Kanununun 24/1-a maddesi gereğince tüzüklerin yargısal denetimi Danıştay’da yapılmaktadır.

Özerk kurumların çıkarttığı tüzüklerin hukuki denetimi Almanya’da İdare Mahkemeleri Kanununun 47. maddesinde düzenlenen norm denetimi usulü gereğince Yüksek İdare Mahkemeleri tarafından yerine getirilmektedir⁸⁷. Özerk kurumların tüzükleri arasında bir fark gözetilmeden bütün tüzükler bu düzenlemeye dahil edilmiştir. Bununla beraber her özerk kurumun kanununda tüzüklerle ilgili düzenlemelere rastlanmaktadır. Örneğin eyaletlerin kendi bölgelelerinde geçerli olmak üzere yaptıkları belediye kanunlarında belediyelerin yaptıkları tüzüklerin yayınlanması ve hukuki denetimleri konusunda ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir.

SONUÇ

1982 Anayasasının 91. maddesinde kanun hükmünde kararnameler, 115. maddesinde tüzükler, 124. maddesinde yönetmelikler düzenlenmiştir. Anayasanın 107. maddesinde de yeni bir düzenleyici işlem türü olarak 107. madde de Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi düzenlenmiştir. Uygulamada 1982 Anayasasında sayılan bu düzenleyici işlemlerden ayrı olarak genelge, tebliğ, karar, tamim, sirküler gibi ve doktrinde “adsız düzenleyici işlemler” olarak tanımlanan düzenleyici işlemlere de rastlanmaktadır. Bunlar her ne isim altında yapılsa yapılsınlar, güçler açısından yönetmelik sayılmalıdırlar ve Anayasasının 124. maddesindeki kayıt ve şartlara uygun olmalıdırlar.

Federal Alman Anayasa’sında yürütme ve idarenin düzenleyici işlemleri olarak kanun hükmünde kararname ve yönetmeliklere yer verilmiştir. Bunun dışında kamu tüzel kişiliğe sahip kurumların tüzük yapma yetkileri bulunmaktadır. Ancak bu yetki Federal Anayasada açıkça düzenlenmeyip kanunlarla verilmiş bir yetkidir. Alman hukukunda da Türk hukukundaki adsız idari işlemlere benzer ve değişik isimlerle adlandırılan idari işlemlerine rastlanmakta-

⁸⁵ BVerfGE 26, 228 (237).

⁸⁶ Heintzen, s. 33. Demokrasi ve idari hiyerarşi, yönetmeliklerin tüzüklerden önceliğe sahip olmalarını gerektirmemektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Heintzen, s. 29-30.

⁸⁷ Redeker/Oertzen, s. 297.

dır. Daha çok kurum içi ilan yolları ile duyurulurlar ve yürütülen kamu hizmeti ile ilgili olarak kamu görevlilerine yönelik genel emir ve direktifleri içerirler.

1982 Anayasasına göre Bakanlar Kurulunun yapabileceği işlem türü olarak tüzükler gösterilmiştir. Ancak tüzüklerin Danıştay incelemesinden geçirilmesi zorunlu tutulduğu için Bakanlar Kurulu bu yola çok başvurmamakta, Anayasada kendisine yetki verilmemesine rağmen yönetmelik çıkarma yolunu seçmektedir. Her ne kadar doktrinde ve mahkeme kararlarında Bakanlar Kurulunun yönetmelik çıkarması savunulsa da bize göre Anayasanın Bakanlar Kuruluna tüzük çıkarma yetkisini, başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerinde yönetmelik çıkarma yetkisi verdiği açıktır. Bu nedenle Anayasaya aykırılığın ortadan kaldırılması için sık başvuru olan bir düzenleyici işlem türü olmayan tüzüklerin Anayasadan çıkartılması gerekmektedir. Bakanlar kurulunda yönetmelik çıkartabilecek kurumlar arasında sayılmalıdır.

Anayasada, başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişiliğine sahip kuruluşlara yönetmelik yapma yetkisi vermesine rağmen, mevzuatta sayılanlar dışındaki kuruluşlara da yönetmelik yapma yetkisi tanındığı görülmektedir. Ayrıca yargı organları da bazen yönetmelik yapma yetkisini geniş yorumlama yoluna gidebilmektedir. Bu konudaki karmaşıklığı giderebilmek için, meclis Diyanet İşleri Başkanlığı ya da Hazine Müsteşarlığı gibi kamu tüzel kişiliği olmayan önemli kurumlara da ilgili kanunlarla yönetmelik yapma yetkisi verilmelidir. Bu yetki bürokrasiyi hem azaltacak hem de rahatlatacaktır. Fakat öncelikle meclise yönetmelik çıkarmayı devretme yetkisi verilmelidir.

KAYNAKÇA

A. Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, İdare Hukuku, Cilt I, Genel Esaslar, Ankara 2010.

Alfred Katz, Staatsrecht, Heidelberg 1996.

Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, Ankara 2009.

Burhan Kuzu, Türk Anayasa Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnemeler, İstanbul, 1985.

Bruno Schmidt-Bleibtreu/Franz Klein, Kommentar zum Grundgesetz, Bonn-München-Neuwiend, 1995.

Ebru Gündüz, Yürütmenin Düzenleyici İşlemleri ve Yargısal Denetimleri, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XI, Sa. 1-2, Y. 2007.

Ender Ethem Atay, İdare Hukuku, Ankara 2006.

Franz-Joseph Peine, Allgemeines Verwaltungsrecht, Heidelberg 1998.

Friedhelm Hufen, Verwaltungsprozessrecht, München 2005.

Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, München 2009.

İl Han Özay, Gümşğmda Yönetim, İstanbul 2002.

İsmet Giritli/Pertev Bilgen/Tayfun Akgüner, İdare Hukuku, İstanbul 2006.

Kemal Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, Bursa 2010.

Kemal Gözler, İdare Hukuku Cilt I, Bursa 2003.

Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band II, München 1980.

Konrad Redeker/Hans-Joachim von Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, Stuttgart 2004.

Lütfi Duran, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul 1982.

Lütfi Duran, Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir mi?, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, sayı: 1-3, 1983.

Markus Heintzen, Das Rangverhältnis von Rechtsverordnung und Satzung, in: Die Verwaltung 29 (1996).

Meltem Dikmen Canikoğlu, Özerklik: Anayasal Temelleri ve Demokratilerde Anlamı, Kamu Hukuku Arşivi cilt 3, sayı 1, 2/2000.

Metin Günday, İdare Hukuku, Ankara 2002.

Michael Sachs, Grundgesetz, Kommentar, München 2009.

Nuri Tortop, yerel Yönetimler ve Mali Özerklik, Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, Cilt 5, sayı 5, Eylül 1996.

Ruşen Keleş, Yerinden Yönetim ve Siyaset, İstanbul 2000.

Turan Güneş, Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, Ankara 1965.

Yıldızhan Yayla, İdare Hukuku, İstanbul 2009.