

ALMANYADA İCRA ORGANININ TANZİM SALAHİYETİ

Doçent Ragıp Sarıca

1 — Malûm olduğu veçhile (1) Alman doktrini, nizamnameleri, umumiyetle ve öteden beri (2), «hukukî nizamnameler» (Rechtsverordnung) ve «idari nizamnameler» (Verwaltungsverordnung) olmak üzere iki sınıfa ayırmaktadır.

Bu tasnifi Alman mahkemeleri de, esas itibariyle, kabul etmektedirler (3).

Bu itibarla mezkûr tasnifin, Alman hukukunda klâsik bir tefrik olduğu tereddütsüz söylenebilir.

(1) Meselâ sayın hocamız Ord. Prof. S. S. Onar şöyle diyor: «Alman müellifleri ve vâzı kanunu nizamnameleri ikiye ayırmakta... İdarenin kendiliğinden yapabileceği nizamnameler onun iç faaliyetini tanzim edecek nizamnamelerdir. Bunlar memurlara ısdar edilen emirler mahiyetindedir. Bunlara idari nizamnameler denilir. Hakikatte bir hukuk kaidesi ihtiva eden, idarenin dış faaliyetlerini, şahıslarla olan münasebetlerini tanzim eden nizamnameler ise ancak teşri uzvunun sarîh bir müsaadesiyle yapılır. Bunlar hukukî nizamnameler veya kanunu ikmal eden nizamnameler namı alır», İdare Huk. 1942, s. 221—222.

(2) Gerçekten: a) Laband, Alman müelliflerinin hemen müttefikan nizamnameleri (hukukî) ve (idari) diye iki kategoriye ayırdıklarını söylüyor. Böyle bir tefrike taraftar olanları da şöyle tespit ediyor: Gneist, v. Gerber, G. Meyer, Pröbst, Schulze, Ulrich, Löning, Gareis, Gaupp, v. Stengel, Seydel, Hänel, Rosin, Seligmann, Jellinek, (Laband, Le Droit public de l'Empire Allemand, 1901, t. II. p. 382, note 1).

b) Keza Otto Mayer, bu tefrikin öteden beri devam edegeldiğini belirtiyor, (O. Mayer, Le Droit administratif Allemand, 1903, t. I, p. 158, note 5; 158 et suiv.; 162, note 9).

c) Bu müellifler gibi Profesör Fritz Fleiner de bu tefrikin cihanşümül olduğunu beyan ediyor, (F. Fleiner, Les principes généraux du Droit administratif Allemand, 1933, p. 45, note 3).

d) Alman hukukunda kanun ve nizamname arasındaki münasebeti inceliyen Strazburg'lu Profesör Carré de Malberg dahi bu tefrikin Almanyada an'anevi ve klâsik bir tefrik olduğunu teslim ediyor, (C. de Malberg, Bulletin de la Société de Législation comparée, 1924—1925, p. 323—324).

(3) Laband, aynı eser, s. 382, not 1.

2 — Bundan dolayı Alman hukukunda tanzim salâhiyetini kavrayabilmek için, her şeyden evvel, hukukî ve idarî nizamnamelerden ne anlamak lâzımgeldiğini tespit etmek iktiza eyler.

Biraz evvel arzettiğimiz üzere Almanyada hâkim telâkkiye göre Devlet namına vaz'olunan umumî, mücerret kaideler, düsturlar iki türlüdür:

I. Bir kısım kaideler vatandaşların, fertlerin hukukî statülerine taallük ederler. Şöyle ki bu kimseler için birtakım yeni haklar ve borçlar yaratırlar. Bunlara «hukuk kaideleri» (Rechtssätze, Rechtsnormen, Rechtsvorschriften) denir. Bu gibi kaideler, fertler üzerinde tesir icra ettiklerinden teşri faaliyeti sahasına dâhildirler. Bunları vazetmek salâhiyeti kaideten teşri uzvuna aittir. Bu kaideleri icra uzvu, idare re'sen, yani sırf kendi salâhiyetlerine dayanmak suretiyle koyamaz. Ancak —ileride görülecek ki— teşri uzvu bu salâhiyeti icra organına, idareye devredebilir. Hususî bir kanunla icra uzvunu, idareyi hukuk kaideleri vaz'etmeye mezun kılabilir.

II. Bir kısım kaideler ise, sadece idarenin iç hayatına, dâhili teşkilâtına, organizasyonuna taallük ederler. Bundan dolayı bu kaideler, münhasıran hiyerarşiye tâbi olan idare memurlarına —sırf memur olmaları itibariyle— hitabederler. İdarenin kendi teşkilât ve faaliyet sahası dâhilinde birtakım hukukî neticeler doğururlar. Hiyerarşi rabitası dolayısıyla memurlara birtakım vecibeler yüklerler. Ezcümle memurlar için bu kaidelere riayet etmek vazifesini tahmil ederler.

Bunlara «idarî kaideler» (Verwaltungsvorschriften) denir. Bu gibi kaideler, idarenin teşkilât ve faaliyetine ait olduklarından bunları idare, re'sen vaz'edebilir. İdarenin böyle bir salâhiyeti vardır. Bu, idare fonksiyonunun icabatındandır. Zira idare, âmme hizmetlerinin organizasyonu ve işlemesiyle mükelleftir. Keza hiyerarşi kudreti dolayısıyla idare, memurlara emir vermek, onlara vecibeler tahmil etmek imkânını haizdir. Hulâsa, idare bu kaideleri, doğrudan doğruya kendi fonksiyonuna ve salâhiyetlerine istinaden vaz'edebilir.

İşte nizamnamelerin «hukukî» ve «idarî» diye iki kategoriye ayrılmaları ihtiva ettikleri kaidelerin bu tarzda tefrik edilmesine dayanmaktadır (4). Filhakika:

(4) C. de Malberg, aynı eser, s. 324.

A) Hukukî nizamnameler hukuk kaideleri, prensipleri, düsturları vazederler. Bunlar mücerret, umumî kaideler ihtiva ettikleri gibi; aynı zamanda vatandaşlar ve fertler üzerinde tesir icra ederler. Bunlara birtakım haklar bahş ve birtakım vecibeler tahmil ederler. Hulâsa, bunlar ferdi haklar sahasında birtakım neticeler husule getirirler. Bu alanda birtakım hukukî neticeler doğururlar. Bu itibarla bu nizamnameler mahiyetleri ve muhtevaları bakımından tıpkı kanunlara benzerler. Hattâ bundan dolayıdır ki kanunlar gibi neşir, ilân ve promulge edilirler. Başka bir söyleyişle neşir, ilân ve promülgasyon, bunların mer'iyete girebilmeleri ve muteber sayılmaları için zarurî birer şarttır.

Hukukî nizamnamelerin kanundan yegâne farkları şudur ki: kanun teşri uzvu tarafından ve teşriî bir usul dairesinde yapılır. Halbuki hukukî nizamnameler bu uzuv tarafından ve bu usul dairesinde meydana getirilmez. Bunları icra uzvu —Teşkilâtı Esasiye Kanunundan veya hususî bir kanundan aldığı bir salâhiyete ve müsaadeye müsteniden (5)— ve başka usullere tevfikân yapar.

Hukukî nizamnameler de son bir tahlilde ikiye ayrılırlar (6). Şöyle ki:

1. Muvakkat bir zaman için kanun kuvvetini haiz olan hukukî nizamnameler vardır,

2. Sırf kanunların icrasına mütaallik hukukî nizamnameler mevcuttur.

1. Birinciler —kanun kuvvetini haiz olduklarına göre— mevcut kanunları, hükümleri tatil, tadil ve hattâ ilga edebilirler.

Fakat icra uzvunun, bu gibi nizamnamelerle teşri uzvu tarafından vaz'olunan kanunlara dokunması kanunların üstünlüğü prensibine muhaliftir. Bundan dolayı bu gibi nizamnamelerin parlâmento tarafından —ilk içtimada— tasdik edilmeleri şarttır. Zira aksi takdirde icra uzvu —bu gibi nizamnameler ısdar etmekle— mevzuatı hiçe indirebilir. Bundan ötürüdür ki bu nizamnamelerin kanun kuvvetini haiz olabilmeleri parlâmentonun tasdikına bağlıdır. Binnetice parlâmento, bunları tasdik etmiyecek olursa, bunlar hiçbir hüküm ifade etmezler. Keza parlâmento isterse bunları ilga edebilir. Velhâsıl görülüyor ki bu nizamnamelerin tasdik edilmemesi halinde bunlar ortadan kalkarlar. Bu bakımdan bunların ömrü muvakkattir denebilir.

(5) Bu salâhiyet ve müsaade meselesine birazdan temas edeceğiz.

(6) Laband, aynı eser, s. 382—383.

2. İkinci nevi hukukî nizamnamelere gelince; bunlar mer'î kanunlara ve hükümlere dokunmak şöyle dursun, ancak kanunların çizdikleri hudutlar dâhilinde kalmak suretiyle kendilerine bırakılan fer'î, tâli noktaları tanzim ederler. Kanunların vaz'ettikleri kaideleri, hükümleri tamamlayacak kaideler, hükümler koyarlar. Binnetice bunlar, kanunların birer mütemmimi sayılırlar. Hulâsa bunlar, kanunların icrasını kolaylaştırmak maksadiyle kanunların tanzim etmedikleri bazı hususlar ve noktalar hakkında birtakım hukuk kaideleri vaz'ederler. Nihayet bunlar için tasdik mevzuubahis değildir. Bu itibarla da ömürleri muvakkat değil devamlıdır.

B) İdarî nizamnameler ise hukuk kaideleri değil, sadece idarî kaideler vaz'ederler. Bu gibi nizamnameler mücerret, umumî kaideler ihtiva etmekle beraber (7); vatandaşlara ve fertlere hitabetmezler. Onlar için hukukî neticeler doğurmazlar. Ancak —umumî ve mücerret bir şekilde— idarî makamlara ve memurlara hitabederler. Yani muayyen, münferit ve müşahhas tek bir hâdise için değil, umumî ve mücerret bir şekilde filân falan hallerde tatbik edilmek üzere birtakım direktif ve emirler ihtiva ederler.

Bu itibarla idarî nizamnameler idare edilenler, fertler, üçüncü şahıslar için vacibürriaye değildirler. Sırf idare teşkilâtı içinde kuvvet ve hüküm ifade ederler. İdarenin iç hayatına taallük ederler. Münhasıran mâdun makamlar ve memurlar için mecburiyürriayedirler. Bundan dolayıdır ki idarî nizamnameler için idarenin dâhilî tasarrufları, «res interna» oldukları söylenir.

Velhâsıl idarî nizamnameleri —mahiyetleri ve muhtevaları itibariyle— maddî mânada birer kanun saymaya imkân yoktur. Binnetice bunların kanunlar ve hukukî nizamnameler gibi neşir, ilân ve promülgasyonları lâzımgelmez. Bu gibi ameliyeler, idarî nizamnamelerin mer'iyet ve muteberiyetleri için birer şart değildirler. Bu nizamnameler, sadece alâkadar makam ve memurlara tamim, talimat, sirküler, not şeklinde bildirilir.

Şunu da ilâve edelim ki idarî nizamnameler muhtelif hususlara taallük edebilirler:

(7) Filhakika idarî nizamnamelerin de —hukukî nizamnameler gibi— umumî, mücerret kaideler vazettikleri; bu cihetten müşahhas, münferit hallerde mahsus idarî kararlardan, tasarruflardan farklı oldukları umumiyetle kabul olunmaktadır. Bu noktada Laband, Fleiner, C. de Malberg müttefiktirler, (bakınız: Laband, t. II, p. 518; Fleiner p. 45; C. de Malberg, p. 323—324).

1. Bir kere idarî nizamnameler doğrudan doğruya bir kanunun icrasiyle ilgili olabilirler (8).

2. Aynı zamanda idarî nizamnameler muayyen idarî vazifeleri, işleri muhtelif idarî makamlar, merciler arasında tevzi edebilirler. Bu gibi nizamnamelerin, herhangi bir kanunun icrasiyle doğrudan doğruya bir alâkaları yoktur.

3. Nihayet idarî nizamnameler işlerin sureti tedvirini tanzim edebilirler. Yani âmme hizmetlerinin görülmesinde takibolunacak usul ve formaliteleri tespit ederler. Bu gibi nizamnamelerin de, kanunların icrasiyle doğrudan doğruya bir alâkaları yoktur.

(8) Burada dikkatimizi çeken bir nokta şudur ki: kanunların icrası zımında ittihaz olunan nizamnameler iki türlüdür:

1. Filhakika bir kısmı —yukarıda anlattığımız üzere— kanunları tamamlayacak birtakım hukuk kaideleri vazederler. Bir kanunun düzenlemediği tâli noktaları, fer'i meseleleri tanzim ederler. Bu gibi kaidelerin —teferruata taallük etmekle beraber— hukuk kaideleri oldukları müsellemdir. Bu kaideleri ihtiva eden nizamnamelerin de hukukî nizamnameler oldukları muhakkaktır.

Buna misal olarak, dinamit hakkındaki 9 haziran 1884 tarihli kanun gösterilebilir. Kanunda beyan olduğu veçhile bu kanunun birinci maddesinde musarrah hükümler atışta kullanılan infilâk edici maddelere kabili tatbik değildir. Fakat kanun, bu kategoriye dâhil olan infilâk maddelerini tâyin, tespit ve tâdadetmiş değildir. Kanun, bu işi nizamnameye terketmiştir. Gerçekten mezkûr kanun «işbu infilâk edici maddeler bir nizamname ile tâyin olunacaktır» demektedir. İşte bu gibi bir nizamname de 13 mart 1885 tarihinde ısdar olunmuştur. Nizamname, atışta kullanılan infilâk maddeleriyle ne anlamak lâzımgeldiğini tespit etmiştir. Bunları bir bir saymıştır. Görülüyor ki bu nizamname, kanunun boş bıraktığı tâli bir noktayı tanzim etmekte; kanunu itmam ve ikmal eylemektedir. Bu cihetle mezkûr nizamname âdetâ kanunun bir mütemmimi ve istitatesidir. Nizamname muhtevasını bizzat kanun metninde yer almış farzetmek gerektir. Başka bir söyleyişle nizamnamenin ihtiva ettiği bu kaideleri sanki doğrudan doğruya kanun tarafından vaz edilmiş farzeylemek icabeder.

Elhâsıl görülüyor ki bir kanunun icrasına taallük eden, kanunun icrasını ve tatbikini teshil veya temin maksadiyle meydana getirilen, kanunun boşluklarını dolduran, kanunun tanzim etmediği tâli noktaları düzenliyen nizamnameler: birer hukukî nizamnamedir. Bu gibi nizamnamelere «kanunların icrası zımında müttehaz nizamnameler» veya sadece «icrai hukukî nizamnameler» denir.

2. Lâkin şu da muhakkaktır ki idare, bir kanunun icrasını temin maksadiyle hukukî nizamnamelerden maada idarî nizamnameler de ısdar edebilir. Yani idare, bir kanunun icrasını teshil veya temin için idarî makamlara birtakım direktifler, talimatlar, emirler vermek lüzumunu duyabilir. İdare, kanunları tatbik edecek olan makam ve memurlara kanunu nasıl anlamaları lâzımgeldiğini bildirir. Kanunları nasıl, ne şekilde tatbik etmeleri icabettiğini göste-

3 — Şimdiye kadar söylediklerimizi hulâsa etmek lâzımgelse diyebiliriz ki: iki türlü nizamname vardır. Bazıları birer hukuk kaidesi ihtiva ederler. Bunlar «hukukî nizamname» tesmiye olunur. Bir kısmı ise hukukî kaideler değil, idarî kaideler vaz'ederler. Bunlara «idarî nizamname» denir (9).

Görülüyor ki bu tasnif, nizamnamelerin hukuk kaideleri ihtiva edip etmemeleri esasına müstenittir. Bu itibarla bir nizamnamenin hukukî veya idarî olduğunu tespitte yarayacak kıstasın da bu esasa

rir. Hulâsa nasıl hareket etmeleri iktiza eylediğini idare, bir takım direktifler ve kaidelerle, tâyin eder. İşte bir kanunun icrası zımnında ittihaz olunan bu direktiflerin, kaidelerin, emirlerin idarî bir nizamname ile vazoldukları meydandadır. Bunun, hukukî nizamname ile karıştırılmaması gerekir. Zira bu direktifler, kaideler ve emirler vatandaşlara, fertlere hitabetmezler. Bunları ilgilendirmezler. Sadece memurlara hitabederler. Bunlara yol gösterirler. Bunlar için hüküm ve mâna ifade ederler. Bunları bağlarlar.

Meselâ dinamit hakkında ismi geçen kanun, ikinci maddesinde, kanunun icrası için muktazi idarî nizamnameler —yani idarî makamlara, zabıtaya, ilh... hitabeden talimat, emir ve direktif— vaz'olunacağını söylemektedir. Bu gibi nizamnamelere «kanunların icrasıyla ilgili idarî nizamnameler» ismi verilir.

Elhâsıl görülüyor ki kanunların icrası zımnında gerek hukukî nizamnameler gerekse idarî nizamnameler ısdar olunabilir. Bir kanunun icrasını teshil veya temin maksadiyle her iki nevi nizamname meydana getirilebilir. Binaenaleyh bir kanunun icrasıyla ilgili nizamnameden bahsederken bunun hangi neviden bir nizamname olduğuna dikkat edilmek lâzımgelir. Bu, hukukî bir nizamname midir; yoksa idarî bir nizamname midir? Tasrih etmek gerekir.

(9) Burada bir terminoloji meselesine temas zarureti vardır:

Birinci nevi nizamnamelere tek bir isim verildiği halde ikinciler muhtelif suretlerde adlandırılmaktadır. Filhakika hukukî nizamnamelere Almanca «Rechtsverordnung» ve Fransızca «ordonnance juridique» denilir. Halbuki idarî nizamnamelere umumiyetle «Verwaltungsverordnung», «ordonnance administrative» deniliyor. Fakat Fleiner (s. 45) bunlara bazan sadece «nizamname» (Réglement); bazan «hizmet tamimi, talimi» (Dienstanweisungen), Dienstinstruktinen), (instruction), (note officielle) de dendiğini söylüyor.

Laband (II, s. 545) ise bunlara «nizamname», «emirname» (ordonnance) dendiğini kaydediyor.

Otto Mayer (I, s. 162) e gelince, Alman doktrininde idarî nizamnameler için «Verwaltungsverordnungen» tâbirinin kullanıldığını söylüyor. Fakat Alman mevzuatında bu ıstılahın yerleşmediğini belirtiyor. Kanunların, hukukî nizamnameleri sadece «nizamname» tesmiye ettiğini anlatıyor. İdarî nizamnamelerden bahseden metinlerde ise «Verwaltungsvorschrift» dendiğini ilâve ediyor. Müellif, mevzuatça kabul olunan bu terminolojinin tercihe şayan olduğunu tebarüz ettiriyor. Diyor ki: «Bu kadar farklı olan iki şeye aynı ismi vermeye, her ikisine (nizamname) demeye ne lüzum var?» Elhâsıl O, Mayer, lisanın sadeliği ve açıklığı bakımından idarî nizamnamelere «nizamname» denmemesini istiyor.

dayanması zaruridir. Kısaca nizamnameleri bu suretle ayırdetmeye medar olacak kriteriyum: bunların birer hukuk kaidesi vaz'edip etmediklerine bakacaktır.

Zâhirdir ki bu kıstas dahi, başka bir kriteriyuma muhtaçtır. Zira bir kaidenin ne zaman bir hukuk kaidesi sayılıp sayılmıyacağını da ayrıca tespit etmek mecburiyeti vardır. Bir kelime ile hukuk kaidesinin de bir kıstasını bulmak gerektir.

Nizamnameleri «hukukî» ve «idari» diye ayırırken bunların ihtiva ettikleri kaidelerin hukukî veya idarî olduklarına bakanlar bize böyle bir kıstas veriyorlar mı?

Bu suale Carré de Malberg, «Vaymar Teşkilât Kanununda madde ve şekli kanun tefriki ve kanun mefhumu» adlı makalesinde (10), menfi cevap vermektedir. Gerçekten Strazburg'lu profesör, bu yazısında Vaymar Anayasasına göre kanun telâkkisi hakkında Alman âmme hukuku profesörleri kongresine birer rapor tevdi eden Berlin privat dozent'lerinden Herman Heller ve Rostok profesörlerinden Max Wenzel'in noktai nazarlarını hulâsa ediyor (11).

Heller'in fikirlerini naklettiği sırada «hukuk kaidesi» mefhumu hususunda müellifler arasında hiçbir zaman ittifak hâsıl olmadığını kaydediyor. Hukuk ıstılâhları arasında «hukuk kaidesi» kadar müphem bir terime nadiren rastlandığını söylüyor. Nizamnameleri iki kategoriye ayıranların «hukuk kaidesi» ile anladıklarını vâzihan izah etmediklerini iddia ediyor. Diyor ki: «Bu tefriki ilk olarak en açık bir şekilde ortaya atan Laband dahi «hukuk kaidesi» nden ne anlamak lâzımgeldiğini açıkça tespit etmekten âdeta içtinabetmiştir» (12).

Lâkin biz, Carré de Malberg ve Heller'in fikrine iştirak edemeyeceğiz. Filhakika Laband'ın altı ciltlik eserine göz gezdirmek zahmetine katlananlar görürler ki müellif ikinci cildinde bu bahse açıkça temas etmektedir: hukuk kaidesi ile ne kastedtiğini izah eylemektedir (13).

Belki Laband'ın, hukuk kaidesini isabetle tarif ve izah etmediği iddia olunabilir. Nitekim bunu ileride göreceğiz. Fakat, zannımızca,

(10) Bu makale «L'Allemagne depuis le guerre» serisinin 1929 tarihli nüshasında intişar etmiştir s. 71—111.

(11) Mezkûr iki rapor Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 4, 1928 de çıkmıştır.

Şunu ilâve edelim ki biz, raporları C. de Malberg'den nakletmekteyiz.

(12) Mezkûr makale, s. 74 ve 86.

(13) Laband, t. II, p. 518. Bu meseleye birazdan temas edeceğiz.

müellifin hukuk kaidesi ile ne anlamak lâzımgeldiğini tavzih etmediği asla söylenemez.

Laband gibi birçok müellifler dahi hukuk kaidesinden ne anlamak icabettiğini izaha çalışmışlardır. Bunlar, hukuk kaidesinin ve neticeten de hukukî—idari nizamnameler tefrikının bir kıstasını bulmaya gayret etmişlerdir. Hulâsa iki nevi nizamnamenin mevcudiyetini kabul eden ve bu itibarla «düalist» (ikinci) tesmiye olunan telâkkiyi müdafaa edenler hukuk kaidesinin ve hukukî nizamnamelerin birtakım kıstaslarını aramışlar ve ileri sürmüşlerdir.

Bunlara bir nazar atfetmek, sanırız ki, faydadan hâli olmaz:

I. İlk bir kıstas, hukuk kaidesini ve bnetice hukukî nizamnameyi umumî ve mücerret bir kaide şeklinde mütalâa eden kriter-yumdur.

Bu telâkkide hukuk kaidesi umumî ve mücerret bir kaidedir. Şöyle ki bu kaide münferit ve müşahhas bir hâdiseye münhasır olmayıp mümasil bütün hallere kabili tatbiktir.

Carré de Malberg ve Heller ile beraber bu kıstasa iltifat edilemeyeceğini biz de kabul etmekteyiz (14). Gerçekten sırf münferit ve müşahhas bir hâdiseye taallük eden bir kaidenin dahi birtakım hukukî neticeler tevli dedebileceği, herkes için mecburiyürriye olabileceği bedihidir. Hulâsa mücerret ve umumî olmıyan bir kaide de birtakım haklar ve vecibeler doğurabilir. Bundan dolayı da bu gibi bir kaideyi hukuk kaidesi saymak zarurîdir (15).

II. İkinci kıstas Laband (16), Rosin (17) ve G. Jellinek (18) gibi hukukçuların ortaya koydukları kriteriyumdur.

Bu telâkkiye göre hukuk: fertlerin mütekabil hak ve vecibelerine birtakım sınırlar çizer. Mahiyeti itibariyle hukuk, ayrı iradelere sahip mütaaddit şahısların mevcudiyetini tazammun eder. İşte bu zıt iradelerin karşı karşıya gelmeleri ve birbirleriyle ihtilâf haline düşmeleri bahse mevzu olduğu taktirdedir ki bunların fevkin-

(14) C. de Malberg, aynı makale, s. 86.

(15) Nitekim Laband da bu kanaattadır. Müellife göre: «Hukuk kaidesinin behemehal umumî bir kaide olması iktiza eylemez. Yani mümasil bütün hallere tatbiki gerekmez. Sırf münferit ve müşahhas bir hâdiseye, tek bir münasebete de taallük edebilir», Laband, t. II, p. 260—263.

(16) Laband, t. II, p. 518—525.

(17) Das Polizeiverordnungsrecht in Preuszen, s. 29—30, (Laband'dan naklen).

(18) Gesetz und Verordnung, s. 240 (Laband'dan naklen).

de birtakım kaidelere lüzum duyulur. Bu kaideler hukuk kaideleridir. İşte bu kaideler bu gibi mütekabil münasebetleri tanzim ederler. Bunlar, bu gibi münasebatta bulunanlar için mecburiyürriyedirler.

Bir kimsenin, sırf kendi hattı hareketini tâyine yarıyacak olan ve cebrinefsetmek suretiyle kendiliğinden boyun eğeceği bir kaide vaz'eylemesi mümkündür. Fakat bu, hiçbir zaman bir hukuk kaidesi addolunamaz. Zira, dediğimiz gibi hukuk mütaaddit şahısların mevcudiyetini istilzam eder. Bir kimsenin, sırf kendisine karşı hukukî mânada hak ve vecibeleri olamaz.

Hukuk, muhtelif irade sahalarını tâyin, tespit ve tefrik eder. Yani bir irade lehine bir hak yaratır ve diğeri aleyhine bir borç doğurur. Birisine müsaade bahşeder, ötekisi için bir memnuiyet vaz eder.

Fertler için böyle olduğu gibi Devlet için de aynen böyledir. Devlet, bir kere —teşri sıfatiyle— hukuk yaratır. Aynı zamanda Devlet —idare sıfatiyle— hukukun kendisine çizdiği hudutlar dâhilinde idarî faaliyetlerde bulunur.

Aşıkârdır ki bu faaliyet sahası içinde idarenin iradesi tamamen hâkimdir. İdare, bu alan dâhilinde —kanunların çizdiği çerçeveyi aşmamak şartıyla— iradesini serbestçe kullanır. Birtakım tasarruflar yapar, kararlar ittihaz eder, emirler verir, kaideler vaz eder. Bu kaideler âmme hizmetlerinin teşkilâtlandırılmasına ve işlemesine taallûk eder. Bunlar, mâdun makamlar ve memurlar için vacibürriyedirler. Fakat bunlar idarî birer kaideden başka bir şey değildirler.

Velhâsıl bu saha aşılmadıkça, idare edilenlere birtakım haklar tanınmadıkça veya bunlara birtakım külfetler yüklenmedikçe bu kaideler hiçbir zaman birer hukuk kaidesi sayılamazlar. Başka bir söyleyişle bir kaide ki ancak idarenin kendi sahası içinde meydana çıkar ve sırf bu sahaya maksur kalır, sırf bunun dâhilinde tesir icra eder, işte bu kaide hiçbir zaman bir hukuk kaidesi olamaz! Zira hukuk, muhtelif irade sahaları üstünde bir nizamdır. Muhtelif sahalar arasındaki münasebatı tanzim eder. Muhtelif sahalar arasındaki mütekabil münasebetlere taallûk eder.

İdarenin iradesi sırf kendi hudutları içinde kaldıkça, başka bir irade ile temasa geçmedikçe, başka şahıslarla münasebata girişmedikçe bir hukuk kaidesi şeklinde tecelli edemez. Kısaca idare teşkilâtına tamamen yabancı kalanlar, idare karşısında üçüncü şahıs vaziyetinde bulunanlar için birtakım haklar ve vecibeler, birtakım

izinler ve yasaklar yaratmadıkça vaz'olunan kaideler hiçbir zaman birer hukuk kaidesi vasfını haiz olamazlar. Bunlar münhasıran idarenin kendi iç sahasına taallük ederler. Bunlar res interna'dırlar. Bu cihetle idarenin kendi sahasının sınırları dâhilinde herhangi bir şekilde tezahür eden iradesini hukukî bir tezahür saymak imkânsızdır.

Nasıl bir fert, sırf kendi fabrikası, kendi çiftliği hakkında bir tedbir ittihaz ettiğinde bunu hukukî bir kaide telâkki etmemiz imkânsızsa; idarenin münhasıran kendi iç faaliyetini tanzim eden kaideleri de hukukî birer kaide saymamız kabil değildir.

Bu uzun izahattan anlaşılıyor ki mezkûr telâkkiye nazaran hukuk kaidesi vatandaşlara, fertlere tesir edecek mahiyetteki kaidelerdir. Halbuki idarî kaideler sadece idarenin iç faaliyetine, memurlara —sırf memur olmaları itibariyle— taallük eden birtakım kaidelerdir.

Bu telâkkiyi tamamen tahlil etmiş olmak için şunu da ilâve edelim ki bu görüş tarzı birtakım tenkidlere uğramış; lâkin bu tenkidlere karşı dahi birtakım itirazlar dermeyan olunmuştur. Bunlara da bir nazar atalım:

A) Heller, yukarıda ismi geçen raporunda, bu telâkkiyi ele alarak hayli hırpalamaktadır. Hulâsatan diyor ki: «Bu doktrine göre iki türlü kaide mevcuttur. Bunlardan bir kısmı hukuk kaideleridir. Diğerleri ise hukukî değildir. Demek ki hukuk nizamını ilgilendiren kaidelerin hepsi (hukuk kaidesi) vasfını haiz değildir. Kısaca, bazı kaideler: hukuk kaideleri, (Rechtsätze) vasfına maliktirler. Diğerleri ise: gayri hukukî, (Nichtrechtsätze) dirler. Halbuki kaideleri bu şekilde tarife çalışmak pek de akıllıca bir şey sayılmasa gerektir. Zira gayrihukukî kaidelerin mevcut olduğunu söylemek: zımnen bunların birer hukuk kaidesi olmadığını iddia etmek demektir. Oysa ki hukukî sahada yer alan, hukuk ilmini ilgilendiren, hukukçuları meşgul eden her kaide hukukî sayılmak icabeder. Çünkü hukuk nizamını alâkalandıran bir kaidenin hukukî bir kaide olması mutasavver değildir. Böyle bir kaide bir hukuk kaidesinden başka bir şey olamaz. Zira hukuk nizamını ilgilendiren her kaide nihayet maddî, fiilî birtakım vaziyetlere birtakım hukukî neticeler tertibetmekten başka bir şey yapmaz. Bu itibarla her kaide: hukuk kaidesi sayılmak iktiza eyler.

Heller tezini bazı misallerle ispata çalışıyor. Bilfarz bir kanun gibi bir nizamnamenin, emirnamenin, kararnamenin, idarî bir kara-

rın, bir mahkeme hükmünün... birtakım hâdiselere, birtakım hukukî neticeler terettübettirmekten başka bir şey yapmadığını söylüyor. Bunların birtakım haklar ve vecibeler doğurduğunu, yarattığını ilâve ediyor. Diyor ki: «Bunların hepsi —hitabettikleri şahıslar için— birer hukuk kaidesi teşkil eder. Bilfarz bir âmme hizmetinin organizasyonuna ve işlemesine mütaallik dâhilî bir nizamname dahi alâkadarlar için birtakım hukukî neticeler doğurur.»

Nitekim C. de Malberg de bu noktayı, başka bir yazısında belirtiyor (19). İdarî kaidelerin, idarî nizamnamelerin dahi hukukî neticeler doğurduklarını söylüyor. Zira, diyor, bunlar memurlar için mecburiyürriyedirlir. Yani memurlar, bunlara riayet etmekle mükelleftirler. Devlet ajanları için böyle bir vecibe, böyle bir mükellefiyet doğuran bir mecburiyetin ise hukukî bir mecburiyet olduğu meydandadır. Binnetice bu kaidelerin de hukukî oldukları aşîkârdır.

Olsa olsa denebilir ki: «İdarî nizamnameler, idare edilenler için vacibürriaye değildirler. Bunlar, ancak dâhilî bir idare hukuku yaratırlar. Bunların, idare dışında tatbikî imkânsızdır.» Fakat —ve bu mülâhazayı kendimiz serdediyoruz— bu keyfiyet dahi mezkûr kaidelerin ve nizamnamelerin hukukî mahiyetlerini ve hukukî vasıflarını bertaraf edemez. Çünkü —malûm olduğu üzere— her hukuk şubesi, hukukî neticelerini ancak kendi sahasında meydana getirir. Ticaret hukuku, sırf tüccarlar; usul hukuku, dâvacılar... arasında birtakım neticeler tevlidettiği gibi idarî nizamnameler de münhasıran memurlar hakkında birtakım neticeler husule getirirler. Bu vaziyet, zannımızca, bu nizamnamelerden hukukî olmak vasfının esirgenmesi için kâfi gelemez.

Hulâsa hukukî sahada yer alan hiçbir kaide yoktur ki, bazı hukukî neticeler doğurmasın ve binaberin bir hukuk kaidesi sayılmasın! Bir hukuk kaidesinin mücerret veya müşahhas olması; muayyen bazı şahıslara veya umuma hitabetmesi; vatandaşları veya sadece memurları ilgilendirmesi; teşri, idare veya kaza uzvu tarafından vaz'edilmesi... rol oynamaz.

Bu gibi bir kaide, her zaman bir hak veya vecibe doğurur. Daima bir hukuk kaidesidir.

Görülüyor ki bilgin doçent —bir ilim adamına yakışacağı veçhile— âlim üstatların fikirlerine şiddetle hücum etmekten asla çekinmiyor.

Esasen Helli'n noktai nazarı birçok hukuk ulemasınca da kabul edilmektedir. Meselâ —bilindiği üzere— Kelsen ve Merkl'e göre muhtelif hukuk kaideleri arasında bir meratip silsilesi mevcuttur. Bu kaideler umumîden münferide, mücerretten müşahhasa doğru inmekle beraber; hepsi —yani anayasa, kanun, nizamname, talimatname münferit bir karar, akit ilh...— birer hukuk düsturu, birer hukuk kaidesi sayılmak icabeder.

B) Lâkin hukuk nizamı içinde yer alan her kaidenin behemehal bir hukuk kaidesi sayılması lâzımgelceği iddiası da tenkide uğramıştır. Meselâ aynı kongreye bir rapor tevdi eden Profesör Wenzel, diğer bütün hususlarda hemen hemen Heller ile tamamen mutabık iken bu noktaya itiraz etmektedir.

Wenzel, diğer raportörün bir mülâhazasını ele alıyor. Gerçekten Heller, G. Jellinek'in bir mütalâasını nakletmektedir. Jellinek der ki: «Her Devlet ajanı tarafından ısdar olunan emirleri birer hukuk kaidesi sayarsak; bilfarz bir küçük zabıtın erlere hitaben verdiği emri de bir hukuk kaidesi telâkki etmek icabeyler» (20).

Halbuki Heller, bu gibi bir emrin de pekâlâ bir hukuk kaidesi sayılabileceğini söylüyor. Diyor ki: «Bir hukuk kaidesinin salâhiyettar bir merci tarafından münferit bir hale tatbiki dahi yeni bir hukuk kaidesi sayılmak gerektir.»

Wenzel ise, buna asla taraftar değildir. O, bu noktada Heller'e değil Jellinek'e hak vermektedir. Diyor ki: «Öyleys^e çocuklarına emreden baba, velâyet hakkındaki Medenî Kanun kaidelerini; açısına yemeği hazırlaması hususunda emir veren bir ev sahibi de, hizmet akdine mütaallik hükümleri münferit ve müşahhas hâdiselere tatbik ettiklerine göre birtakım yeni hukuk kaideleri vaz ediyorlar demektir. Böyle olunca mevcut hukukî nizamın bu suretle her an yeni kaidelerle zenginleşmekte, genişlemekte olduğunu kabul etmek icabeder.»

Raportör ise buna yanaşmamaktadır. O, hukuk kaidesinin vaz'ı ameliyesini hukuk kaidesinin tatbiki keyfiyetinden ayırıyor. Bu iki vaziyet arasında öteden beri kabul edilegelen farkı hatırlatıyor. Ancak hukuk yaratan yeni kaidelerin birer hukuk kaidesi sayılabileceğini söylüyor. Mevcut hukuka istinaden ve tevfikân ısdar olunan emir ve kararların ise hukukun tatbikından ibaret olduğunu anlatıyor.

(20) Jellinek, ismi geçen eser, s. 234.

Hulâsa Wenzel'e göre —meslektaşının iddia ettiği veçhile— hukuk nizamını ilgilendiren her kaide behemehal bir hukuk kaidesi değildir.

İşte bundan dolayıdır ki Wenzel, hukukî nizamnamelerle idari nizamnameler tefrikının hakikate ve şe'niyete tekabül ettiğini beyan ediyor. Hattâ bu tefrike tekrardan kıymet vermek; bu telâkkinin itibarını iade etmek lâzımgeldiğini ilâve ediyor.

Hegel, tez ve antitezden bir sentez çıkacağını söyler. İtiraf edelim ki biz, bir taraftan Heller'in fikrini, diğer taraftan Wenzel'in tenkidini nazara alarak bir terkip yapmak ve hakikate varmak kudretini kendimizde göremiyoruz. Bunu, hukuk felsefecilerine ve mütehasıs Alman hukukçularına bırakıyoruz. Sadece mevcut iki telâkkiyi karşı karşıya koymakla iktifa ediyoruz.

III. Nihayet üçüncü bir kıstas da pek eski olan mülkiyet ve hürriyet kriteriyumudur. Bu kıstasa göre ancak vatandaşların hürriyetlerine ve mülkiyet haklarına taallük eden kaideler birer hukuk kaidesidir. Bu gibi mesailin dışında kalan kaideler ise birer hukuk kaidesi sayılmamak icabeder.

Dediğimiz gibi bu, çok eski ve hattâ bayat bir telâkkidir. Bugün hemen hiçbir müellif tarafından kabule mazhar olmamaktadır. Bu itibarla bunun üzerinde durmaya lüzum olmasa gerektir.

4 — Kıstas meselesine —mevzuumuz nispetinde— temas ettikten sonra Alman doktrinince kabule mazhar olan (hukukî) ve (idari) nizamnameler tefrikinin, mevzuat tarafından da benimsenmiş olup olmadığını araştırmak sırası gelmiştir.

Alman teşkilâtı esasiye hukukunu yakından tetkik eden birçok hukukçular (21), Vaymar Teşkilât Kanununun muhtelif hükümlerini bir evvelki Alman Anayasasına göre —yani 1871 imparatorluk kanununa— müracaat etmek veya atıf yapmak suretiyle izah ettiklerini göz önünde tutuyoruz. Bu cihetle Weimar Kanunundan evvel 1871 imparatorluk kanununa göz atmayı faydalı buluyoruz.

I. 1871 İmparatorluk Teşkilât Kanununa göre) nizamname meselesi)

Bir kere hemen şunu kaydedelim ki bir metnin tefsiri, şu veya bu yolda anlaşılması dahi yine bir telâkki ve kanaat meselesidir.

(21) Ezcümle, Brunet, V. Tichelen, Vermeil.

En objektif bir metne dahi sübjektif bir mâna vermek mümkündür. Nitekim mevzuat aynı kaldığı halde birbirlerini takibeden nesillerin buna ayrı ayrı mânalar vermeleri, metinlere başka başka şeyler söyletmeleri bunun en açık bir delilidir.

Bu itibarla biz mevzuatı tahlil ederken dahi yine muayyen bir doktrine dayanmak zorunda kalacağız. Bundan dolayı evveleminde Laband, O Mayer, Fleiner gibi klâsik müelliflere başvuracağız. Keza bu hususta C. de Malberg gibi tanınmış bir hukukçunun yazılarından ve «Reisicumhur ve Devlet problemi» hakkında mühim bir eser yazmış ve bunu Belçika Ünivresitesinin yardımıyla bastırmış olan J. V. Tichelen'in kitabından da istiane eyliyeceğiz.

Yalnız şunu da kaydedelim ki biz, bu muhtelif müelliflerde tanzim salâhiyeti hakkında topladığımız dağınık ve perakende malûmatı, mümkün mertebe sentetik ve esaslî bir şekilde bir araya toplamaya gayret ettik. Bundan ötürüdür ki tetkikimiz bu çetin meselelerin tenvirine birazcık olsun hizmet eder kanaatindeyiz.

A) Bu tetkikimize evvelâ hukukî nizamnamelerden başlayalım:

1871 imparatorluk kanunundan hukukî nizamnameler hakkında çıkarılabilecek olan izahatı zannımızca on iki noktada toplamak mümkündür:

1. Bir kere mezkûr müelliflerden hiçbiri 1871 Teşkilât Kanununun (hukukî nizamname) diye ayrı bir nizamname kategorisini sarahaten kabul ettiğini söylemiyor. Bu müellifler, mezkûr Anayasanın kurduğu rejime göre hukukî nizamnameler meydana getirilebileceğini kaydediyorlar. Böylelikle bu gibi bir nizamname kategorisinin Anayasa tarafından zımnen kabul edildiğini anlatmış oluyorlar.

2. Anayasa, hukukî nizamnameler ısdar etmek salâhiyetini kaidaten, genel bir surette hiçbir Devlet organına vermiş değildir. Yani Teşkilât Kanunu, hukukî nizamnameler yapmaya salâhiyettar uzuv veya makamları göstermemiştir (22). Filhakika Anayasa, hukukî nizamnameler hususunda tamamen sâkittir. Bundan dolayı Esas Teşkilât Kanununa göre hiçbir makam kaideten genel bir surette bu gibi nizamnameler yapmaya doğrudan doğruya mezun kılınmış sayılamaz.

Elhâsıl müelliflerin hepsi şu noktada müttefiktirler ki: 1871

(22) Laband, s. 384—395; O. Mayer, s. 158; Fleiner, s. 51, note 5; C. de Malberg, Bulletin, s. 406, not 1; V. Tichelen, s. 452.

rejiminde gerek birinci nevi (23), gerekse ikinci nevi (24) hukukî nizamnameler ısdarına kaideten hiçbir uzuv umumî bir surette salâhiyettar değildir.

Ancak her kaidenin de istisnaları olduğu malûm bir hakikattir. Hukukî nizamnameler ısdarına esas itibariyle hiçbir uzvun salâhiyettar olmadığı kaidesinin de tek tük müstesnaları mevcuttur.

Bu istisnalar, münhasıran kanunların icrasiyle ilgili olan hukukî nizamnamelere aittir. Yoksa Anayasa, kanun kuvvetini haiz nizamnameler meydana getirebilmek salâhiyetini hiçbir uzva istisnaen dahi —yani müstesna hallerde bile— tanımış değildir. Bu itibarla herhangi bir uzuv, bu gibi nizamnameleri re'sen ısdar etmeye kalkışsa bunların Anayasaya aykırı sayılmaları gerekir.

Kanunların icrasiyle ilgili bulunan nizamnamelerin ısdarı hususunda Teşkilât Kanununda kabul olunan istisnalar ise şunlardır:

a) İmparator, posta telgraf mevzuatının icrasiyle ilgili olan hukukî nizamnameleri, re'sen ısdara salâhiyettardır.

b) Bunun gibi imparator donanma ve orduya mütaallik kanunların tatbiki için muktazi hukukî nizamnameleri doğrudan doğruya vaz'edebilir.

Anayasa 50, 53 ve 63 üncü maddelerinde hükümdara bu istisnai hallerde mezkûr kanunların icrasını temin maksadiyle kendiliğinden hukukî nizamnameler meydana getirmek salâhiyetini tanımıştır.

Fakat bu istisnalar haricinde hiçbir uzvun —ezcümle imparatorun— Anayasa mucibince re'sen bu gibi bir tanzim salâhiyetini haiz olmadığı muhakkaktır.

3. Ancak şu var ki 1871 Teşkilât Kanununun hukukî nizamnameler hususundaki bu sükûtundan Anayasaya göre bu gibi nizamnamelerin sureti kat'iyede memnu olduğu neticesini çıkarmak doğru olmaz. Zira, Laband'ın dediği gibi (25) Anayasanın hiçbir maddesinden bu nizamnamelerden bahsedilmemesi bunların hiçbir suretle meydana getirilemeyeceğini göstermez. Kanun vâzı için Teşkilâtı Esasiye Kanununun koyduğu sarîh hudutlardan başka sınırlar ve engeller olamayacağı aşîkârdır. Binaenaleyh teşri uzvu —Teşki-

(23) Yani kanun kuvvetini haiz ve mevzuatı tadil, tatil ve ilga edebilecek hukukî nizamnameler. Laband, 1871 Teşkilât Kanununun bu gibi nizamnamelerin ısdarı hususunda tamamen sâkit olduğunu söylüyor (Laband, t. II, p. 386).

(24) Yani kanunların icrasına mütaallik hukukî nizamlar. Laband, Anayasanın bu hususta da sustuğunu söylüyor, (Laband, t. II, p. 385).

(25) Laband, t. II, p. 386.

lâtı Esasiye Kanununun kendisine bıraktığı serbest saha dâhilinde—nasıl dilediği kanunları vaz'etmekte serbest ise; herhangi bir hukukî nizamname ısdarı hususunda da hususî bir kanun çıkarabilir.

İşte teşri uzvu, bir kanun vaz'etmek suretiyle icra uzvuna, idarî makamlara hukukî nizamname yapmak salâhiyetini tanıyabilir. Bunda tereddüdü mucip bir nokta yoktur. Böyle bir kanunun Teşkilâtı Esasiyeye aykırı olacağı hiçbir zaman iddia edilemez. Keza kanunun haddizatında Anayasayı tadile mâtuf bulunduğu; binabe-rin bunun, ancak Anayasanın tadili için gereken ekseriyet ve usul dairesinde vaz'ı lâzımgeleceği de söylenemez.

Nitekim tatbikatta da daima böyle hareket edilmiştir. Müracaat edilen bu usulün yolsuzluğu hakkında hiçbir şüphe duyulmadığı gibi; bunun aleyhinde hiçbir itiraz da serdedilmemiştir. Yani hukukî nizamname ısdar edebilmek salâhiyetini bazı makamlara tanıyan kanunların, Anayasaya aykırı oldukları hususunda zihinlerde hiçbir şüphe uyanmamıştır. Bu kanunların Anayasaya mugayereti iddia edilmemiştir.

Bu keyfiyet, yukarıdaki tezin doğruluğunu ispat ve teyideder.

4. Hulâsaten diyebiliriz ki idarî nizamnameler yapmak hususunda muhtar bir salâhiyete sahip olan idare, esas itibariyle, hukukî nizamnameler yapmak salâhiyetini haiz değildir.

Hukukî kaideler ihtiva eden bir nizamname ancak bir imparatorluk kanununun hususî bir müsaadesine dayanmak şartıyla ve ancak bu kanunun göstereceği makam tarafından ısdar olunabilir. Diğer bir tâbirle hukukî nizamnameler ancak bir imparatorluk kanununa tevfikân, bir delegasyona müsteniden (26) meydana getiril-

(26) Filhakika Alman klâsik doktrini hukukî nizamnameleri bu gibi bir delegasyon ile izah etmektedir. Alman hukukunda teşri salâhiyetinin delegasyonu, devri meselesini pek ciddî bir surette incelemiş olan C. de Malberg—hemen bütün Fransız müellifleri gibi—âmme hukukunda delegasyon'un, vekâletin caiz olamayacağına kani bulunmaktadır. Lâkin müellif, gerek Alman tatbikatında gerekse doktrininde delegasyon esasının kabul edildiğini de teslim ve itiraf eylemektedir. Ancak delegasyon'un, vekâletten tamamen ayrı bir şey olduğunu iddia etmektedir (Bulletin, p. 321, 410 et suiv.)

Bu meseleyi burada kurcalamaktan fayda ummuyoruz. Zira bizi alâkadar eden cihet: hukukî nizamnamelerin hakikatte vekâlet esasına istinaden yapıp yapılmadığı keyfiyeti değildir. Bizce mühim olan yegâne nokta şudur ki: hukukî nizamnameler ancak hususî bir kanunun müsaadesine tevfikân meydana getirilebilir. Bu müsaade, haddizatında ister bir vekâlet olsun, ister olmasın bu bizi alâkadar etmez. Yegâne gayemiz böyle bir müsaadenin zarurî bir şart teşkil ettiğini belirtmekten ibarettir.

dikleri takdirdedir ki hukukan muteber sayılabilirler. Velhâsıl hukukî nizamnamenin muteberiyeti böyle kanunî bir müsaadeye ve bu gibi bir delegasyona tâbidir. Hattâ bundan dolayıdır ki Laband, hukukî nizamnamelerin hangi kanun maddesi mucibince ittihaz olduklarının bu nizamnamelerde zikredilmesi usulünü yerinde bulmaktadır. Gerçi bu zarurî bir merasim ve şart değildir. Zira Anayasa, hukukî nizamnamelerden bahsetmediğine göre bunların istinadedecekleri kanunlara atıf yapmalarını da tabiatıyla söylemiş değildir. Hususî kanunların da nizamnameler için bu gibi bir mecburiyet tahmil ettikleri vâki değildir. Binaenaleyh nizamnamenin hangi kanuna tevfi kanun ısdar olunduğunun nizamnamede gösterilmesi tamamen ihtiyarî fakat bununla beraber pek faydalı bir usuldür.

5. Dedik ki hususî bir kanun, bir makama bu gibi bir nizamname yapmak salâhiyetini tanıyabilir. Almanyada bu yolda vaz'olunmuş kanunları nazarı itibara alırsak görürüz ki kimi bu salâhiyeti Bundesrat'a vermiştir (27), kimi bu salâhiyeti hükümdara tanımıştır; kimi bunu şansöliyeğe bahsetmiştir (28); kimi başka bir merkezi idare makamını hukukî nizamname yapmağa mezun kılmıştır; kimi ise bu salâhiyeti Land'lara, memleketlere bırakmıştır.

Bu noktaları tafsil edelim:

a) Bundesrat'a tanınan tanzim salâhiyeti asıldır. Şöyle ki bir kanun, filân hususta bir hukukî nizamname yapılacağını söylerken bunun kimin tarafından ısdar olunacağını göstermezse bu salâhiyetin Bundesrat'a ait olduğu kabul olunmak gerektir (29).

b) İmparatora tanınan salâhiyete gelince; kanun tanzim işini ya münhasıran ona bırakır. Bu takdirde imparator nizamnameyi tek başına yapar. Veya kanun, bu hususta Bundesrat'ın muvafakatini de şart koşar. Bu takdirde nizamname bu iki organın iştirakiyle meydana getirilir.

(27) 1891 Anayasasına göre Bundesrat, Alman İmparatorluğunu teşkil eden 25 Land'ı, yani memleketi temsil eden murahhaslar heyetidir. Bu murahhasları Land'ların hükümetleri tâyin eder, (R. Brunet, La Const. de Weimar, p. 20—21; 23—25).

(28) 1871 rejiminde şansöliye, imparatorun sonra en büyük icra ve idare organıdır. Onu, hükümdar tâyin eder. O, imparatorun yegâne nazırıdır. Muhtelif işlerin —hariciye, dâhiliye, adliye, ilh...— tedviri için şansöliye bu hizmetlerin başına birtakım şahıslar getirebilir. Bunlar, birer nazır değildir. Sadece birer *secrétaire d'Etat*, müsteşar, birer memurdurlar, (Brunet, p. 21).

(29) Filhakika bu esas, Bundesrat'ın imparatorluk rejiminde işgal ettiği mevki icabatındandır. Birçok müellifler bu fikirdedir, (bakınız: Laband, t. II, p. 395, note 3).

c) Bu gibi bir salâhiyet şansöliyeye tanındığında hukukan şansöliye bu salâhiyeti müstakillen kullanmak imkânını haizdir. İmparator, onun yerine kaim olamaz. Maamafih siyasi bakımdan aşıkârdır ki imparator bu gibi hallerde şansöliyeden filân tarzda bir nizamname ısdar etmesini isteyebilir. Şansöliye mütavaat etmediği takdirde de onu vazifesinden affedebilir. Lâkin hukukî cihetten muhakkak olan şudur ki bu gibi hallerde nizamnameyi yapmak münhasıran şansöliye aittir (30). Şunu da ilâve etmek lâzımdır ki: kanun, şansöliyenin bu salâhiyetini başka bir uzuvla müştereken —bilfarz Bundesrat ile birlikte— kullanmasını söyleyebilir. Bu halde nizamname müştereken tanzim kılınır.

d) Hususî bir kanun, hukukî nizamname yapmak salâhiyetini şansöliyeden başka kimselere, diğer Devlet makamlarına, memurlara da tanıyabilir. Meselâ 10 temmuz 1879 kanunu, zabıta nizamnamelerini yapmak salâhiyetini konsoloslara tanımıştır. Halbuki zabıta nizamnamelerinin Ceza Kanunu gibi cezai kaide ve hükümler vaz'edebileceği muhakkaktır (31). Kısaca bu nizamnamelerin birer hukukî nizamname olduğu meydandadır.

İşte kanundan bu gibi salâhiyet alan makamlar, memurlar bu nizamnameleri tek başlarına ısdar ederler. İmparator veya şansöliye bunların yerine kaim olamazlar. Maamafih şansöliye, memura ısdar ettiği nizamnameyi geri alması hususunda emir verebilir. Hi-yerarşik rabıta dolayısıyla memurun bu emre itaate mecbur olduğu muhakkaktır.

e) Land'lara, yani imparatorluğu teşkil eden muhtelif Alman memleketlerine hususî bir kanunla tanınan tanzim salâhiyeti hakkında kayda değer izahat şundan ibarettir:

Bu tanzim salâhiyeti, ancak bu kanunun tâyin ettiği hudutlar dairesinde ve gösterdiği mevât hususunda kullanılır. Yani tekmil nizamnameler gibi bunların da kanunlara muhalif olmamaları gerekir. Keza bu nizamnameler— tekmil hukukî nizamnameler gibi— kuvvetlerini hususî bir kanundan alırlar. Bir Land tarafından ısdar olunmakla beraber kanun vâzının hususî bir müsaadesine, delegasyonuna dayandıklarından vâzı kanunun eseri sayılırlar. Bu iti-

(30) Laband, kitabının ilk tab'ında bu gibi ahvalde imparatorun şansöliye yerine kaim olabileceği tezini müdafaa etmişken bilâhare bu fikrinden rücu etmiştir, (Laband, t. II, p. 400, note 1).

(31) Zabıta nizamnameleri hakkında tafsilât için bakınız: O. Mayer, t. II, p. 38 et suiv; Laband, t. II, p. 402.

barla mahallî mevzuat içinde değil imparatorluk mevzuatı içinde yer alırlar. Binnetice bunlar, Land mevzuatının, hattâ Land Anayasalarının üstünde bir mevki işgal ederler. Ancak şu var ki bu nizamnameler münhasıran o Land'ın, o memleketin ülkesi dâhilinde mer'î olur ve hüküm ifade ederler. Bu memleketin sınırlarını aşmazlar.

Bu nizamnamelerin, Land'ın hangi organı tarafından ısdar edileceğine gelince; bunu da kanun gösterir. Kanun, nizamnamenin ya mahallî meclisçe, ya mahallî hükümetçe veya mahallî bir makamca ittihaz olunacağını söyler. Kanun bu noktada sükût ederse mesele her Land'ın kendi mevzuatına, kendi âmme hukuku prensiplerine göre hallolunur. Yani tanzım salâhiyeti, esas itibariyle, hangi uzva ait ise nizamnameyi o yapar.

Nihayet şunu da ilâve edelim ki: kanun, bir Land'a ancak merkezle —yani bir imparatorluk uzviyle— müştereken bu gibi bir nizamname yapmak salâhiyetini tanıyabilir. Böyle olunca tabiidir ki nizamname ancak müştereken meydana getirilebilir.

6. Hukukî nizamnamelerin —tıpkı kanunlar gibi— neşir ve ilânı lâzımdır. Aksi takdirde bunların mecburî bir mahiyeti olamayacağı müelliflerin ekseriyetince kabul olunmaktadır (32).

7. Bu nizamnamelerin —yine kanunlar gibi— promülgasyonu şarttır (33).

8. Hukukî nizamnameyi yapmak hangi uzva ait ise neşir, ilân ve pronülgasyonu da kaideten ona terettübeder.

9. Hukukî nizamnamelerin mer'iyeti meselesine gelince; nizamname, kendisi ne zaman mer'iyete gireceğini tâyin eder. Bu hususta nizamnamede sarahat olmadığı takdirde nizamname, Anayasanın 2nci maddesinde kanunların mer'iyeti için kabul edilen müddet sonunda mer'iyete girer (34).

10. Hukukî nizamnameleri incelerken üzerinde durulması ge-

(32) Laband, t. II, p. 414, note 2 deki müellif isimlerine bakınız.

(33) Promülgasyon: bir kanunun veya bir hukukî nizamnamenin tekevün ve tekemülü için gereken şekil ve usulün tahakkuk etmiş olduğunu müeyyit ve mübeyyin resmî bir vesikadır. Aynı zamanda promülgasyon, memur ve hâkimler için bu kanun veya nizamnameyi tatbik etmeleri hususunda bir emri tazammun eyler. Kanunların promülgasyonu için bakınız: Laband, t. II, p. 318—336; hukukî nizamnamelerin promülgasyonu için de t. II, p. 406—412 ye bakılması rica olunur.

(34) Laband, t. II, p. 416.

reken bir nokta da: bu nizamnameler üzerinde kazai bir mürakabenin mümkün olup olmadığıdır.

Bu meselenin tenviri için sırasıyla Laband'a, O. Mayer'e, Fleiner'e ve C. de Malberg'e müracaat edelim:

a) Derhal şunu kaydedelim ki Laband, bu meseleyi pek açık bir surette halletmiş değildir. Dolambaçlı birtakım ifadeler kullanmaktadır. Hukuki nizamnameler aleyhine mahkemeye müracaat olunabilir mi, olunamaz mı? Mahkeme, hukuki nizamnamelerin muteberiyetini murakabe edebilir mi, edemez mi? Müellif bu suallere kesin olarak cevap vermemektedir.

Gerçi Laband, nizamnameler üzerinde bir murakabeden bahsetmiyor değildir (35). Lâkin bunun ne gibi bir murakabe olduğunu, yani kimin tarafından yapıldığını açıkça söylememektedir.

Filhakika hukuki bir nizamnamenin murakabesinden bahsedildiğinde bundan iki şey anlamak mümkündür:

Ya nizamnameyi promülge eden makam tarafından yapılan bir murakabe mevzuubahistir, veya bir ihtilâf zuhurunda bir kaza mercii, bir mahkeme tarafından nizamnamenin muteber olup olmadığının tetkiki ve araştırılması bahse mevzu olur.

Acaba Laband murakabeden bahsederken bu iki murakabeden hangisini istihdaf etmektedir? Bunu sarahaten söylemiyor. Müellifin fikrine ihanet etmiş olmamak için bu nokta hakkındaki izahatını mümkün merteye aynen nakletmeye çalışalım:

Laband bir kere hukuki bir nizamnamenin hukukan muteber sayılabilmesi için iki şartın tahakkuk etmesi lâzımgeldiğini söylüyor:

aa) Evvelâ nizamnamenin gereken şekil ve usul dairesinde ısdar edilmiş olması muktazidir. Bu, şekli bir şarttır.

bb) Saniyen nizamnamenin caiz olması lâzımdır. Yani —anladığımıza göre— nizamnamenin, kanunun çizdiği hudutları aşmamış olması gerekir. Diğer bir ifade ile nizamname, muhtevası itibariyle, kanuna uygun olmalıdır. Kanunun gösterdiği mevzudan başka bir mevzuu olmamalıdır. Kısaca, kanunun kendisine bıraktığı mevât ve mesâilden başkasını tanzime kalkmamış olmalıdır. Bu ise, maddî bir şarttır .

Şimdi şu sualler akla gelir: mademki nizamnamenin hukukan muteber sayılabilmesi için bu gibi şartların tahakkuku lâzımdır. Öy-

(35) Laband, t. II, p. 409—412.

leyse bu şartların tahakkuk edip etmediğini araştırmak, kontrol etmek zarureti vardır.

Binaenaleyh ilk sual şudur: acaba şekle ait şartın tahakkuk edip etmediğini kim araştıracaktır? Bu noktayı kim murakabe edecektir?

Anladığımızı göre Laband, şekli şartın tahakkuk edip etmediğini ancak nizamnameyi promülge eden makamın araştırabileceğine kanidir. Bunu mahkemelerin kontrol etmesi mümkün değildir. Bu hiçbir suretle mahkemelerin salâhiyeti cümlesinden değildir (36). Esasen müellif, kanunların promülgasyonu bahsinde de aynen bu kanaati izhar etmektedir. Her ne kadar müelliflerin çoğu mahkemelerin, kanunların Esas Teşkilât Kanununa aykırılığını tetkike salâhiyettar olduklarını kabul etmekte ise de; Laband'a göre promülgasyon, kanunun, her bakımdan, Teşkilâtı Esasiyeye mutabık olduğunu teyideder. Artık mahkemenin bunu münakaşa ve murakabe etmesine imkân yoktur (37).

İşte nizamnamelerde de vaziyet aynen böyledir. Mahkeme, promülgasyonla teyit ve tasdik olunan noktaları artık münakaşa edemez. Bu hususlar, kazaî murakabenin dışında kalmak icabeder.

Fakat ikinci bir sual varittir: acaba nizamnamenin maddî muteberiyet şartının tahakkuk edip etmediğini kim araştıracaktır? Yani nizamname muhtevasının kanunun gösterdiği mevzua uygun olup olmadığını kim murakabe edecektir?

Zannımızca Laband, mahkemelerin bu hususu araştırabileceklerini, murakabe edebileceklerini kabul eylemektedir. Zira müellife göre, promülgasyon, «ancak nizamnamenin gereken şekil ve usul dairesinde itihaz olunduğunu» müeyyettir. Demek ki nizamnameyi promülge eden makam, bunun muhteva ve mevzu bakımından Teşkilâtı Esasiyeye veya alelâde kanunlara mutabık olup olmadığını araştırmış değildir. Kısaca, promülgasyon bu noktaları teyid etmektedir. Bu itibarla, ihtilâf halinde, bu noktanın mahkemece murakabesi mümkün olsa gerektir (38).

(36) Laband, t. II, p. 409.

(37) Laband, t. II, p. 318—336.

(38) Lâkin şunu itiraf edelim ki Laband, bunu —bizim gibi— açık bir surette söylemiyor. Yalnız şunu hesaba katmak lâzımgelir ki: müellif, kanunların promülgasyonundan bahsereken ve mahkemelerin hiçbir suretle müdahalesine taraftar olmadığını anlatırken bu söylediklerinin sırf kanunlar için vârit olduğunu kaydediyor. Bu izahatını nizamnamelere teşmil etmemek lâzımgeldiğini belirtiyor (t. II, p. 322, note 1). Biz, bundan şunu anlıyoruz ki bu bakımdan

Elhâsıl, anladığımızı göre, mahkemeler hukuki nizamnamelerin —muhteva ve mevzu bakımından— kanunlara uygun olup olmadıklarını araştırabilirler. Nizamnamelerin kazai murakabesi, sırf bu noktaya münhasırdır.

b) O. Mayer'e gelince; müellife göre «nizamnamenin muteberiyeti, kanuna uygun olmasına tâbidir. Fakat bir makamdan sâdır olmakla nizamnamenin muteberiyeti kendiliğinden teeyyüdetmiş demektir. Murakabe salâhiyetini haiz bir makam, nizamnamenin muteber olmadığını beyan edinceye değin nizamname hüküm ifade etmekte devam edebilir» (39).

İtiraf edelim ki bu izahattan fazla bir şey anlamıyoruz. Filhalka nizamnamenin kanuna uygun olup olmadığını murakabe edecek olan makam hangisidir? O. Mayer bunu açıkça söylemiyor. Kaçamaklı bir cevap veriyor. «Murakabe salâhiyetini haiz bir makamın, nizamnamenin muteber olmadığını beyan edebileceğini» söylüyor. Lâkin murakabe salâhiyetini haiz makam: mahkeme midir? Yoksa nizamnameyi promülge eden makam veya sair herhangi idari makam —bilfarz hiyerarşik bir makam— mıdır? Bunu kestirmek imkânsızdır.

Şunu da kaydedelim ki Laband —kendi hesabına— O. Mayer'in, nizamnamelerin hiç bir suretle murakabe edilemeyeceğini düşündüğüne kanidir. Zira nizamnamenin şekli ve maddi muteberiyet şartlarından bahsederken «O. Mayer'in, nizamnamelerin maddi bakımından dahi —yani şekli bakımdan olduğu gibi muhteva cihetinden de— murakabe olunamayacağı tezini müdafaa ettiğini» hatırlatıyor (40).

c) Fleiner, bu husustaki bütün şüphe ve tereddütlerimizi izale ve bertaraf etmektedir (41) Geçekten müellif, bir nizamnamenin kanuna uygun olduğu takdirde idari makamlar, mahkemeler ve vatandaşlar için mecburiyürriye olacağını söylüyor. Müellife göre hususî bir kanuna istinaden nizamname ısdarına mezun kılınmayan

kanunla nizamname arasında bir fark vardır. Şekli şartın tetkiki ve murakabesi cihetinden fark olmadığına göre; bu fark, olsa olsa nizamnamenin muhteva ve mevzu itibariyle muteberiyetine taallük eder. Yani mahkemelerin murakabesi kanunlarda ne şekil, ne muhteva bakımından hiçbir suretle bahis mevzuu olmadığı halde; nizamnamelerin şekil cihetinden değil fakat münhasıran mevzu ve muhteva noktasından mahkemelerce murakabesi mümkündür.

(39) O. Mayer, t. I, p. 159.

(40) Laband, t. II, p. 409, note 1.

(41) Fleiner, p. 52.

bir makam tarafından ittihaz olunan bir nizamname hukukan hiçbir hüküm ifade edemez. Bunun gibi bir nizamnamenin hüküm ifade etmesi için kanunen gereken şekil ve usul dairesinde tanzimi lâzımdır. Aksi takdirde nizamname muteber sayılmamak gerektir. Nihayet bir nizamname, kanunun tâyin ettiği hudutları aştığı veya kanunun hükümlerine muhalif olduğu takdirde dahi hukukan muteber telâkki olunamaz.

Hulâsa, kanuna aykırı olan bir nizamname ne idarî makamlar, ne mahkemeler, ne de vatandaşlar için kıymet ifade etmez. Bu itibarla gerek adli, gerek idarî mahkemelerin, gerekse memurların nizamname üzerinde bir murakabe salâhiyetleri vardır. Meğer ki bir kanun sarahaten bu salâhiyetleri kendilerinden nez'ede!

Yalnız Fleiner, ne adli, ne de idari bir mahkemenin bir nizamnameyi iptal ve ilga edemeyeceğini belirtiyor. Ancak nizamnamenin hukukan muteber olmadığını beyan etmekle iktifa etmeleri lâzımgeldiğine işaret ediyor. Binnetice hâkimin, umumî olarak nizamnameyi iptal etmeyip sadece muayyen bir hâdisede bu nizamname ile ihticacemeyeceğini anlatmak istiyor (42). Bu itibarla müellife göre bir mahkemenin, bir nizamnameyi hükümsüz telâkki ettiği halde başka bir mahkemenin aynı nizamnameyi muteber sayması mümkündür (43).

Görülüyor ki Fleiner, mahkemelerin hukukî nizamnameler üzerinde kazaî murakabelerini icra edebileceklerini açıkça anlatıyor.

d) C. de Malberg de 1871 rejiminde mahkemelerin, nizamnameleri murakabe etmeye salâhiyettar olduklarını söylüyor (44).

11. Hukukî nizamnamenin mahiyeti göz önünde tutulunca kolaylıkla anlaşılır ki: nizamnamenin vazettiği hukuk kaidesi —tıpkı kanunun koyduğu hüküm gibi— herkes için mecburîdir. Bu, herkesi bağlar. Hattâ nizamnameyi yapan makam dahi bununla bağlıdır. Şüphe yok ki hukukî bir nizamname, yine tanzim salâhiyeti harekete getirilerek —yani yeni bir nizamname ısdar edilerek— tadil ve ilga edilebilir. Lâkin nizamname ilga edilmeyip baki kaldıkça herkes için mecburiyürriyedir (45).

(42) Fleiner, p. 52, note 3.

(43) Fleiner, p. 52, note 2.

(44) C. de Malberg, *Bullet.*, p. 331.

(45) O. Mayer, t. I, p. 116—117.

12. Hukukî nizamnameler hakkında kayda değer son bir nokta da: bunların cezai hükümler vaz'edip edemeyecekleridir. Gerçekten bir kanunun, cezai hükümler ihtiva eden bir nizamnamenin yapılmasını tecvîz edip edemeyeceği hayli münakaşalı bir meseledir. Fakat Laband, hukukî nizamnamelerin —ezcümle zabıta nizamnamelerinin— ceza kanunları gibi cezai hükümler koyabileceklerini söylüyor. Meselâ 10 temmuz 1879 kanunu mucibince konsolosların —muhtevaları itibariyle birer ceza kanunundan başka bir şey olmıyan— zabıta nizamnameleri ısdarına salâhiyettar olduklarını hatırlatıyor. Binaenaleyh müellife göre hukukî nizamnamelerle cezai hükümler vaz'olunabileceği şüpheden varestedir (46).

Yukarıda on iki noktada topladığımız izahatla hukukî nizamnamelerin 1871 anayasasına göre tetkikine nihayet vermiş oluyoruz. Şimdi aynı anayasaya göre ve aynı metot dairesinde idarî nizamnameleri inceliyeceğiz:

B. 1871 kanununa göre idarî nizamnameler.

1. Bir kere idarî nizamnamelerin tarifini hatırlatalım: bunlar, sırf idarenin iç hayatına, yani idare teşkilât ve faaliyetine taallük eden ve münhasıran idarî makam ve memurlara hitabeyliyen birtakım idarî kaideler, emirler, direktifler ihtiva ederler.

2. İdarî nizamnamelerin, hukukî nizamnamelerden farkı şudur: bu sonuncular hukuk kaideleri ihtiva ettikleri halde; birinciler, sadece idarî mahiyette birtakım kaidelerden, emirlerden ibarettirler. Bu hususta vaktiyle gereken izahatı verdiğimizden bu meseleyi burada tekrardan tafsil edecek değiliz.

3. İdarî nizamnameleri, hukukî nizamnamelerden ayırmak lâzımgeldiği gibi; bunları, ferdi ve müşahhas idarî tasarruflardan ve emirlerden de tefrik etmek zaruridir.

Malûm olduğu üzere idare, vazife ve faaliyetlerini kanun dairesinde ve fakat kanunun kendisine tanıdığı serbesti içinde icra eder. Gerçekten idarenin faaliyetleri en ince teferruatına kadar önceden tâyin, tespit ve tanzim edilmiş değildir. Kanunlar, idareye serbest hareket edebilme imkânını bahşederler. Lâkin idarenin serbestçe hareketi demek: idarî faaliyetlerde anarşinin hüküm sürmesi demek değildir. Herhangi bir memurun, kendi takdirine göre dilediği gibi hareket edemeyeceği, faaliyette bulunamayacağı aşikârdır. Bu cihetle yüksek idarî makamların, mâdun makam ve memurlara birtakım di-

(46) Laband, t. II, p. 462

rektifler, talimatlar, tamimler, sirküleri, emirler vermeleri ve göndermeleri muktazidir. Bu, —Fleiner'in de işaret ettiği veçhile (47)— hiyerarşi kudretinin tabii bir neticesidir. Mâdun makam ve memurların bunlara riayet etmeleri de yine hiyerarşi esasının zarurî icabındandır.

Hulâsa, idare kendi faaliyet sahası ve teşkilâtı içinde meratip silsilesine tâbi ajan ve memurlarına hitaben birtakım emirler ısdar eder. Bu emirler iki türlüdür:

a) Bazan bir emir, muayyen ve müşahhas bir hale taallûk eder. Bu takdîrde emir, tek bir hale münhasır demektir. Yani mezkûr emir muayyen bir memura filân halde şu suretle hareket etmesini söyler. İşte bu emir ferdî ve müşahhastır. Bunu, idarî bir nizamname telâkki etmek imkânsızdır. Zira —birazdan göreceğimiz veçhile— idarî nizamnameler ferdî ve müşahhas kaideler ihtiva etmezler; umumî ve mücerret kaideler vaz'ederler.

b) Bazan da bir emir umumî bir mahiyeti haiz olur. Umumî ve mücerret kaideler ihtiva edebilir. Şöyle ki memurların hattı hareketini ve faaliyet tarzını umumî ve mücerret surette tâyin ve tanzim eder. Yani muayyen bir memura değil muhtelif memurlara hitabeder. Aynı zamanda tek, müşahhas bir hâdiseyi değil gayrimuayyen halleri istihdaf eder. İşte bu gibi genel kaideler ihtiva eden emirlerdir ki «idarî nizamname» ismini taşırlar.

Hulâsa idarî nizamnameler —bu genel mahiyetlerine binaen— ferdî ve müşahhas emirlerden ayrılırlar. Şunu da ilâve edelim ki müellifler bu noktada müttefiktirler (48).

(47) Gerçekten Fleiner idarî nizamnameleri tarif ederken bunların, yüksek idarî makamlarca —hiyerarşi kudretine istinaden— ısdar olunduklarını belirtiyor. Fleiner, p. 45.

(48) Meselâ Laband'a göre hukukî nizamnameler gibi idarî nizamnameler de genel mahiyette kaideler ihtiva ederler. Bundan dolayı idarî nizamnameleri, bu bakımdan, hukukî nizamnamelerden ayırmak isteyenler aldanmaktadır. Zira idarî nizamnamelerin, sadece ferdî ve müşahhas hâdiseleri, meseleleri tanzimle iktifa etmedikleri muhakkaktır. Meselâ posta telgraf hizmetine, gümrük işlerine, ilh... taallûk eden birçok idarî nizamnameler vardır ki bunlar müşahhas bir tek hâdiseye münhasır kalmazlar. Umumî olarak mümasil bütün hallerde tatbik olunurlar. Yani genel bir tatbik kabiliyetleri vardır. Bu itibarla idarî nizamnamelerin, umumîlik bakımından, herhangi bir kanunla rekabet edebilecekleri aşikârdır. Hulâsa bunların, kanunlar ve hukukî nizamnameler gibi genel bir mahiyeti haiz oldukları muhakkaktır (Laband, t. II, p. 518).

Fleiner de idarî nizamnamelerin umumî mahiyette emirler ihtiva ettikle-

4. 1871 anayasasına göre hangi makamların idarî nizamnameler ısdar edebileceklerini görelim:

a) Bir kere hükümdar —icra ve idarenin şefi olmak hasebiyle— idarî nizamnameler meydana getirmek salâhiyetini haizdir.

b) Bunun gibi, şansölye ve her hizmetin şefi —yani *secrétaire d'Etat*— ve hiyerarşinin muhtelif basamaklarını işgal eden makamlar da bu gibi nizamnameler yapabilirler. Bir mafevk makam, kendisinden bir derece aşağı bir makama hitaben böyle bir nizamname, böyle bir emir ısdar edebilir. Fakat bu keyfiyet mâdun makamın da —mafevkın meskût bıraktığı noktaları tamamlamak üzere— kendisinden bir derece aşağıdakiler için bu gibi bir nizamname ısdar etmesine mâni değildir. Keza bu aşağı derecedeki makamlar ve memurlar da, kendi mafevklerinin sükût ettikleri noktaları tamamlayacak nizamnameler meydana getirirler. İdarî nizamnameler bu suretle yukarıdan aşağıya doğru tevali edebilir (49).

5. İdarî nizamname ısdar edebilmek için ayrıca hususî bir müsaadeye, kanunî bir izne, bir delegasyona lüzum yoktur. Bu gibi bir salâhiyet, «idare fonksiyonu» mefhumu içinde mündemiçtir. Binnetice bu salâhiyet, idare fonksiyonunun icrasına iştirak eden bütün makamlara zımnen tanınmış bulunmaktadır (50).

6. İdarî nizamnamelerin —kanunlar ve hukukî nizamnameler gibi— ne neşir ve ilânına ve ne de promülgasyonuna lüzum vardır. Bunların, ancak alâkadar makam ve memurlara tebliği zarurîdir. Umumiyetle idarî nizamnameler bunlara sirküler şeklinde tebliğ olunur. Bunlar için hiçbir şekil şartı mevzuubahis değildir.

7. İdarî nizamnameler —birer hukuk kaidesi vaz'etmediklerinden— ve sadece mâdun memurlara hitabeylediklerinden bunlar sadece bu memurlar için hüküm ifade ederler. Hiyerarşi rabitası dolayısıyla bunlar için mecburiyürriyedirler. Fakat başkaları için, ez-cümle idare edilenler için hüküm ifade etmezler ve mecburî değildirler.

8. İdarî nizamnamelerin tetkikine nihayet vermek için bunların kazâî murakabeye tâbi olup olmadıklarını da tespit etmemiz ica-

rini belirtmektedir. Bunların, hizmete mütaallik kaidelerden teşekkül ettiklerini anlatmaktadır (Fleiner, p. 45).

C. de Malberg de kaidelerin, hukukî ve idarî olmak üzere ayrılmasından bahsederken bu kaidelerin umumî mahiyeti üzerinde durmaktadır, Bull., p. 323.

(49) Bunun sebebi hemen aşağıda anlaşılacaktır.

(50) Laband, t. II, p. 546.

beyler. Lâkin hemen şunu kaydedelim ki bu meseleyi ne Laband, ne O. Mayer, ne Fleiner açık ve kesin olarak halletmiş değildir.

Gerçekten bu müellifler, her nedense, mahkemelerin idarî nizamnameler üzerinde kazai murakabelerini kullanıp kullanamayacaklarını bize sarahaten söylemiyorlar. Bu meseleye ya hiç temas etmiyorlar, veya bunu tatmin edici şekilde incelemiyorlar.

a) Meselâ O. Mayer bu meseleye hiç temas etmemektedir.

b) Laband ise temas etmekle beraber bunu kesin olarak halletmiyor. Lâkin bu husustaki izahatından mahkemelerin, idarî nizamnameler üzerinde kazai murakabelerini icra edemeyecekleri neticesini çıkarabileceğimizi sanıyoruz.

Filhakika müellif, idarî tasarrufların şekillerine tahsis ettiği paragrafta icrai kararlardan bahsetmektedir. Bunlara umumiyetle «kararname» (décret) ve tahriri oldukları takdirde de «karar» (arrêté) ismini vermektedir. İcrai kararların, üçüncü şahıslar hakkında tesirler husule getirdiğini söylemektedir. Hulâsa, icrai kararların, idarece tek taraflı olarak ısdar edilmelerine rağmen, idare ile üçüncü şahıslar arasındaki münasebetlere taallûk ettiklerini belirtmektedir. Bu itibarla idarenin, sırf kendi faaliyet sahasına taallûk eden ve sırf bu saha içinde hüküm ifade eden tasarrufların —yani idarî nizamnamelerin— birer icrai karar sayılamıyacağını anlatmaktadır (51).

Müellif, alâkadarlar tarafından icrai kararlar aleyhine itiraz olunabileceğini ilâve etmektedir. Alâkadar —hâdisesine göre— icrai karara karşı ya hiyerarşik müracaatta bulunur, ya idarî bir mahkemede iptal dâvası açar veya adli bir mahkemede bir dâva ikame eder. Elhâsil Laband'a nazaran mahkemeler icrai kararlar üzerinde kazai murakabelerini icra edebilirler (52).

Lâkin hizmete mütaallik emirlerden bahsederken Laband (53) ne münferit ve müşahhas emirlerin ve ne de umumî ve mücerret emirlerin —yani idarî nizamnamelerin— hiçbir zaman birer icrai karar sayılamıyacağını tebarüz ettiriyor. Nihayet idarenin, mahkemeler tarafından murakabesi meselesini mütalâa ederken de mahkemelerin, ancak idarî bir tasarruftan müteessir olan bir ferдин müracaati üzerine harekete gelebileceklerini söylüyor (54). Bu izahattan anlaşılıyor ki idarî nizamnameler sırf idarenin iç hayatına mün-

(51) Tafsilât için bakınız: Laband, t. II, p. 530—544.

(52) Laband, t. II, p. 537.

(53) Laband, t. II, p. 544—547.

(54) Laband, t. II, p. 551.

hasır kaldıklarından ve idarenin dışında birtakım neticeler meydana getirmediklerinden bir ferdi müteessir ve mutazarrır edemezler ve binaenaleyh ferdin şikâyetine sebebiyet veremezler. Binnetice idarî nizamnameler bir dâva mevzuu teşkil edemezler.

Fakat tekrar edelim ki Laband bunu sarahaten söylemiyor. Bu neticeyi, koyduğu esaslardan çıkarmamızı âdeta bize bırakıyor.

c) Fleiner'e gelince; o da bu meseleyi vâzih bir surette halletmiyor (55). İdarî nizamnamelerin birer hukuk kaidesi vaz'etmediklerini hatırlatıyor. Bunların, sırf idare makinesinin muntazam bir surette işlemesine hizmet ve yardım eden idarî kaideler ihtiva ettiklerini belirtiyor. Bir hukuk kaidesinin ihlâliyle bir idarî nizamnamenin ihlâli arasındaki farka işaret ediyor. Diyor ki: «Bir memur, idarî nizamnameye mugayir hareket ederse inzıbatî cezaya çarpılabilir. Bunun gibi idarî nizamnamenin ihlâlinden dolayı mutazarrır olan bir fert de mafevk makama müracaat ederek onun müdahalesini tahrik edebilir (58). Lâkin bu gibi hallerde bir hakkın ihlâli dolayısıyla tamiri hususunda idare hukukunda kabul edilen hukukî yolların hiçbirinden istifade olunamaz. Yani —anladığımıza göre— bir hukuk kaidesinin ihlâli halinde alâkadâr kazaî bir müracaatta bulunabilir. Bir tazminat veya iptal dâvası açabilir. Halbuki idarî bir nizamnamenin ihlâli bahse mevzu olduğunda alâkadârın mahkemeye müracaat etmesine, dâva açmasına imkân yoktur.

Fleiner'e göre Alman imparatorluk mahkemesi de böyle düşünmektedir. Filhakika yüksek mahkeme, idarî bir nizamnamenin (bir talimatın) yanlış tefsiri dolayısıyla vâki bir temyiz talebini reddetmiştir. Mahkeme, idarî nizamnamenin hukuk düsturları, kaideleri ihtiva edemeyeceğini belirtmiştir. Halbuki temyiz talebinin, ancak bir hukuk kaidesi ihlâli halinde mümkün olabileceğini hatırlatmıştır (57). Bunun gibi birçok mahkeme kararları da idarî bir nizam-

(55) Fleiner, p. 46—47.

(56) Görülüyor ki Fleiner evvelce idarî nizamnameyi sırf idarenin kendi faaliyet sahasında birtakım neticeler husule getiren tamamen dâhili bir tasarruf olarak tarif etmiş iken; idarî bir nizamnamenin ihlâli keyfiyetinin üçüncü şahıslara da müessir olabileceğini itiraf ediyor. Demek ki idarî bir nizamname —velev ki dolayısıyla olsun— idare edilenleri, üçüncü şahısları da ilgilendirebilir. Bundan çıkan netice ise şu ki: hukukî ve idarî nizamname tefriki hakikate pek de tevafuk eylememektedir. Lâkin biz Alman doktrinince kabule mazhar olan bu tefriki nakletmekle iktifa ettik. Yoksa bu telâkkinin tenkidine girişmek istemedik. Bundan dolayı bu tenakusa sadece işaret ediyoruz.

(57) Fleiner, p. 46, note 2.

namenin koyduğu kaidelere ademi riayet keyfiyetinin idarî mahkemeler nezdinde bir dâvaya sebebiyet veremeyeceğini göstermektedir (58).

Hulâsa bu izahattan şunu anlıyoruz ki: idarî bir nizamname hiçbir suretle bir dâvaya sebebiyet veremez. Bir dâvaya mevzu ve zemin teşkil edemez. Bir kelime ile mahkemelerin, idarî nizamnameler üzerinde kazâî murakabeleri bahse mevzu olamaz.

Esasen idarî nizamnamelerin mahiyetini göz önünde tutunca bu neticeye varmak —zannımızca— zarurîdir. Zira —tarifi veçhile— idarî nizamname, idarenin sırf iç faaliyetine taallûk eder. İdare karşısında üçüncü şahıs vaziyetinde bulunan fertlere tesir etmez. Bu itibarla kimseye tesir etmediğine göre hiçbir dâvaya sebebiyet veremeyeceğini de kabul etmek iktiza eder. Ne bir memur, ne alelâde bir şahıs bundan müteessir olamaz ki dâva açmakta menfaati bulunsun! Halbuki menfaati olmaksızın dâva açılmıyacağı: hukuk prensipleri icabatındandır.

İdarî nizamnameler hakkındaki izahatımıza burada nihayet veriyoruz. Bu suretle tanzim meselesini 1871 anayasası bakımından tamamen gözden geçirmiş bulunuyoruz.

Şimdi aynı meselenin Vaymar rejimi yönünden tetkikine girişebiliriz.

II. Vaymar anayasasına göre tanzim salâhiyeti

İlim, her şeyden evvel tasnif demek olduğundan tetkikimize, nizamnamelerin Vaymar rejiminde tasnifi meselesiyle başlayalım.

Hemen şunu söyliyelim ki müracaat ettiğimiz eserlerden hiçbiri nizamnameleri —umumî ve sistematik bir şekilde— tasnife teşebbüs etmiş değildir. Bu itibarla muhtelif kaynaklardan topladığımız malûmata dayanarak bunu, bizzat kendimiz yapmak zorundayız.

Vaymar kanununa göre icra uzvunun, idarenin tanzim salâhiyetini muhtelif hallerde kullandığını nazarı itibara alalım. Meydana getirilen nizamnamelerin muhtelif şekiller arzettiklerini hesaba katalım. Bu suretle nizamnameleri dört sınıfa ayırabiliriz:

(58) Fleiner, p. 46, note 2.

- I. Hukukî nizamnameler (59);
- II. Hususî kanunlara müsteniden ısdar olunan ve kanun kıymetini haiz olan nizamnameler (60);
- III. İdarî nizamnameler;
- IV. Reisisumhurun, 48 inci madde mucibince ısdar ettiği fevkalâde ve istisnâî nizamnameler.

Şunu kaydedelim ki ilk üç kategori hakkında fazla izahat verecek değiliz. Zira bunlar —ana hatları itibariyle— 1871 rejiminde kabul olunan hukukî ve idarî nizamnamelerin aynıdır. Daha evvel bunları etraflıca tetkik ettiğimizden burada bunlara kısa bir nazar atfetmekle iktifa edebileceğimizi sanıyoruz. Biz, daha ziyade bu nizamnamelerin Vaymar rejiminde arzettikleri bazı hususiyetler üzerinde duracağız.

I. Hukukî nizamnameler.

A. Hukukî nizamnamelerden bahsederken zannımızca her şeyden evvel halli lâzımgelen bir mesele vardır: evveleminde Vaymar Teşkilât Kanununun, bu gibi bir nizamname kategorisi kabul edip etmediğini tespit etmemiz gerekir. Halbuki müracaat ettiğimiz eserlerden hiçbiri bu meseleye doğrudan doğruya temas eylememektedir. Vaymar kanunu da, hiçbir maddesinde, hukukî nizamnamelerden sarahaten bahsetmiş değildir. Bu itibarla anayasanın, Almanya da öteden beri cari olan klâsik tefriki —yani hukukî ve idarî nizamname tasnifini— açıkça kabul ettiği söylenemez. Fakat hâkim kanaatta nazaran Vaymar rejiminde de bu tefrikin devam edegeldiği iddia olunmaktadır. Anayasanın bu tefriki zımnen benimsediği ileri sürülmektedir.

1. Gerçekten C. de Malberg, nizamnameleri hukukî ve idarî olmak üzere ikiye ayıran klâsik tefrikin Vaymar Teşkilât Kanununda da kabul edildiğini söylüyor. «Gerçi, diyor, Vaymar kanunu 77 ve 179/2 nci maddelerinde hukukî ve idarî nizamnamelerden sara-

(59) Burada «hukukî nizamnameler» ile kanunların icrasiyle ilgili olan hukukî nizamnameleri kastediyoruz. Filhakika evvelce işaret ettiğimiz üzere hukukî nizamnameler iki türüdür. Bir kısmı kanunların icrasına taallük ederler. İşte burada bunlarla meşgul olacağız. Bir kısmı ise kanun kuvvetini haiz ve mevcut kanunları tatil, tadil ve ilga eden hukukî nizamnamelerdir ki, bunları biz ayrı olarak II numara altında mütalâa edeceğiz.

(60) 59 numaralı nota bakınız.

haten bahsetmiş değildir. Kanunun 77 nci maddesinde (61) sadece hükûmetin, imparatorluk kanunlarının icrası için muktazi idarî hükümleri (Verwaltungsvorschriften) vaz'edebileceği yazılıdır» (62).

Demek ki —bunu biz ilâve ediyoruz— bu maddede ne idarî nizamnamelerin, ne de hukukî nizamnamelerin adları geçmemektedir. Fakat C. de Malberg'in işaret ettiği veçhile ihzarî mesaiden anlaşılıyor ki:

a) Bir kere mezkûr maddede «Verwaltungsvorschriften» kelimesi «Verwaltungsverordnungen» tâbirine muadil olarak kullanılmıştır. Demek ki Vaymar kanununa göre —kanun aksini derpiş etmedikçe— hükûmet, Reich kanunlarının icrasını temin zımında idarî nizamnameler vaz'etmek suretiyle gereken bütün idarî tedbirleri, memurlara verilmesi icabeden tekmil direktifleri, emirleri ittihazı salâhiyettardır.

b) Saniyen bu maddenin mefhumu muhalifinden şu anlaşılıyor ki: Vaymar kanunu, esas itibariyle hükûmete hattâ Reich kanunlarının icrasını temin için dahi yeni hukukî kaideler ihtiva edecek olan hukukî nizamnameler vaz'etmek salâhiyetini tanımamaktadır. Yani hükûmet, bu maddeye müsteniden, kanunların icrası zımında vatandaşlar hakkında birtakım haklar ve vecibeler doğuracak olan hukukî nizamnameler ısdar edemez.

Hulâsa kanunların icrası hususunda hükûmet, Esas Teşkilât Kanunu mucibince, re'sen idarî nizamnameler meydana getirmek salâhiyetini haizdir. Fakat hususî bir kanun hükûmeti bu bapta sarihaten mezun kılmadıkça hükûmet, kanunların icrasını temin maksadiyle hukukî nizamnameler yapamaz.

2. 1933 te —yani Vaymar rejiminin bütün kuvvetiyle ayakta durduğu ve cari olageldiği bir devirde— Fransızca tercümesi intişar eden «Alman idare hukukunun genel prensipleri» adlı eserinde Prof. F. Fleiner, Alman idare hukukunun kaynakları meyanında kanunlardan sonra hukukî nizamnameleri zikrediyir (63). Böylelikle Vaymar rejiminde bu gibi bir nizamname kategorisinin yer aldığını an-

(61) Maddenin Türkçesini buraya —muhterem hocamız Prof. Dr. E. Memencioğlunun «Avrupa, Amerika, Afrika, Asya, Okyanusya Devletlerinin Esas Teşkilât Kanunları» tercümesinden naklen— kaydediyoruz: «Kanunlarda mâkûs bir hüküm mevcut olmadığı takdirde Reich hükûmeti Reich kanunlarının tatbikına muktazi umumî idarî hükümler ısdar eder».

(62) C. de Malberg, *Bullet.*, p. 326—327.

(63) Fleiner, p. 49.

latmış oluyor. Gerçi bunu, Vaymar kanununun hangi maddesinden istidlâl ve istihracettiğini söylemiyor. Lâkin hukukî nizamnamelerin hangi uzuv tarafından, hangi salâhiyete müsteniden ve hangi usul dairesinde ısdar olunacağını araştırmakla müellif, Vaymar anayasasının bunu zımnen kabul ettiğini ve benimsediğini ihsas ediyor.

3. Evvelce ismi geçen Profesör Wenzel, kongreye verdiği raporunda bu meseleyi lâyiğı veçhile aydınlatıyor. Filhakika raportör, bir kere —evvelce naklettiğimiz esbabı mucibeye müsteniden— hukukî nizamnamelerle idarî nizamnameler arasında gözetilen an'anevî tefrikin hakikate tekabül ettiğini söylüyor. Saniyen Vaymar anayasasının bu tefriki 77 nci maddesinde kabul etmiş göründüğünü kaydediyor. Wenzel'e göre bu madde, Reich hükûmetinin doğrudan doğruya anayasaya müstenit tanzim salâhiyetini yalnız «Verwaltungsvorschriften» lere —yani umumî mahiyetteki idarî hükümlere, başka bir söyleyişle sırf idarî nizamnamelere— hasretmektedir. Böylelikle mezkûr madde, Reich hükûmeti tarafından vaz'olunan tekmil nizamnamelerin birer hukuk kaidesi vaz'etmediklerini, hukuk yaratmadıklarını zımnen göstermektedir (64).

Biz bu hususta şunu ilâve edelim ki: mezkûr maddede «idarî hüküm» tâbiri kullanılıp «idarî nizamname» ibaresi istimal edilmediği halde müellifler, bu maddede idarî nizamnamelerin bahse mevzu olduğunu ihzarî mesaiden istidlâl etmektedirler. Maddenin, idarî nizamnamelerle hukukî nizamnameler arasındaki tefriki dayandığını söylemektedirler (65).

4. Bu noktada V. Tichelen'in, «Le Président de la République» adlı eserinden de çok müfit malûmat elde etmek mümkündür (66). Müellif, Vaymar kanununun ihzarî mesaisini inceliyor. 13 üncü maddenin münakaşası sırasında adliye nazırı mümessili Zweigert'in bir sözünü hatırlatıyor. Mümessil diyor ki: «13 üncü madde hukukî ni-

(64) Biz, bu izahattan şunu anlıyoruz: 77 nci madde Reich kanunlarının icrası için muktazi genel mahiyetteki idarî nizamnamelerin hükûmet tarafından yapılacağını beyan ediyor. Demek ki anayasa, hükûmete bu halde doğrudan doğruya bir tanzim salâhiyeti tanımaktadır. Fakat bu gibi nizamnamelerin ancak birer idarî nizamnameden ibaret olacağını da aynı madde söylüyor. İşte bu maddenin mefhumu muhalifinden —anayasaya göre— idarî olmıyan nizamnamelerin mevcut olabileceğini çıkarmak mümkündür: bu suretle Vaymar kanununun hukukî nizamnameler kategorisini zımnen kabul ettiği iddia olunabilir.

(65) Prof. Dr. E. Menemencioğlu, s. 75, not 1.

(66) V. Tichelen, p. 452—453.

zamnamelerin ısdarı hususunda genel bir salâhiyeti, bir müsaadeyi tazammun etmez. Fakat bu gibi bir neticeyi —yani hukukî nizamname ısdarı imkânını— elde etmek için bir kanunun hususî müsaadesine lüzum olduğunda ittifak ettik».

Bunun gibi Baviyera mümessili Von Preger de: «Hukukî nizamnameler ancak kanun tarafından verilen bir müsaadeye tevfikân yapılabılır» demiştir.

Biz, kendi hesabımıza, bu sözlerden Vaymar kanununu hazırlayanların hukukî nizamname kategorisini ittifakla kabul ettikleri neticesini çıkarıyoruz. Hulâsa Vaymar kanununu yapanlar, kanun metninde hukukî nizamnamelerden sarahaten bahsetmemekle beraber bunu zımnen kabul etmiş ve benimsemiş bulunmaktadır.

5. Nihayet Profesör Vermeil, Vaymar Esas Teşkilât Kanununa tahsis ettiği kıymetli eserinde— muhtelif devlet organlarının salâhiyetlerini incelerken— bize bu nokta hakkında kayda değer bazı izahat veriyor (67).

Vaymar kanununun 77 nci maddesi, hükûmetin projesinde ayrı iki madde olarak yer almış bulunuyordu. Biri: hükûmetin, Reich kanunlarının icrasına mütaallik idarî hükümler —yani idarî nizamnameler— vaz'edebileceğini söylüyordu. Diğer: de: hükûmetin nizamname yaparken Reichsrat'ın (68) muvafakatini almasını şart kılıyordu.

İşte bu projenin münakaşası sırasında Vaymar kanununun hazırlanmasında ve meydana gelmesinde çok büyük bir rol oynamış bulunan Profesör Preusz şöyle demiştir: «Hükûmetin ısdar edeceği hukukî nizamnameler için Reichsrat'ın muvafakatini alması şart koşulabilir. Fakat idarî nizamnameler için Reichsrat'tan bu gibi bir muvafakat değil, olsa olsa istişari bir mütalâa talebeylemek gerektir».

Biz bu sözlerden, kendi hesabımıza, şu neticeyi çıkarıyoruz ki Vaymar kanununu yapanlar —kanunun müzakere ve münakaşası sırasında— iki türlü nizamnamenin mevcudiyetini açık ve kesin olarak kabul etmişlerdir. Bu itibarla biz Vaymar kanununda an'anevî ve klâsik tefrikin kabul edildiğine ve benimsendiğine inanıyoruz.

(67) Vermeil, La Constitution de Weimar et le principe de la démocratie all., 1923, p. 156—166.

(68) Reichsrat: Alman federasyonunu teşkil eden muhtelif Land'ları, yani memleketleri temsil eden murahhaslar keyetidir. Bu murahhasları, Land'ların hükûmetleri tâyin eder. Reichsrat'ın gerek teşriî gerek icraî birtakım vazife ve salâhiyetleri vardır, Brunet, p. 212—220.

B. Vaymar Kanununda hukukî nizamnamelere, zımnen, yer verildiğini gösterdikten sonra şimdi bunları yapmaya salâhiyettar olan makamları tespit edelim.

Anayasa, hukukî nizamnamelerden umumî bir surette ve açıkça bahsetmediğine göre, tabiidir ki bunları umumî olarak hangi makamların yapmaya salâhiyetli olduklarını da anayasadan istihraça imkân yoktur.

Buna rağmen hangi makamların hukukî nizamnameler ısdar edebileceklerini tespit etmek kabildir. Zira —V. Tichelen'in işaret ettiği gibi (69)— bu hususta elimizde iki vasıta vardır:

1. Bir kere bu bapta ihzari mesaiden istifade edebiliriz. Gerçekten kanunun münakaşası esnasında Zweigert, Vaymar kanununun hukukî nizamnamelerin ısdarı hususunda hiçbir makama genel bir tanzim salâhiyeti tanımadığını söylemiş, lâkin bu gibi nizamnamelerin alelâde bir kanunun hususi müsaadesiyle yapılabileceğini kaydetmiştir. Bu noktada ittifak edildiğini de ilâve eylemiştir. Von Preger de: «Hukukî nizamnameler ancak kanun tarafından bahşedilen bir müsaadeye tevfikân yapılabilir» demiştir.

2. İkincisi Alman görenek ve gelenekleri bize bu hususun tenvirinde yardım edebilirler. Filhakika —evvelce arzettiğimiz veçhile— 1871 Teşkilât Kanununun hiçbir maddesi dahî hukukî nizamname yapabilmek salâhiyetini hiçbir organa tanımış değildi. Salâhiyettar makamları göstermemiştir. Lâkin birtakım kanunlar —bizzat bu kanunların icrasını temin maksadiyle— idari makamlara hukukî nizamnameler ısdar etmek salâhiyetini tanımışlardır. Böylelikle kanun vâzının, dilediği zaman tanzim salâhiyetini istediği makamlara bahşedebilmesi esası Alman taamülünde yerleşmiştir.

İşte —Vaymar kanununun bir ihtilâl mahsulü olmasına ve binaenaleyh mazi ile her türlü bağ ve irtibatını kesmesine rağmen— bu taamülün Vaymar rejiminde de yaşadığı haklı olarak iddia olunabilir. Zira —179 uncu madde mucibince— nizamnameleri ilgilediren mesailde Reisicumhur, imparatorun yerine kaim olmuştur. Keza hükûmet —yani nazırlar heyeti— eski Bundesrat'ın yerine geçmiştir. Bu itibarla —eskiden hukukî nizamnameler yapmak salâhiyeti hususî kanunlarla imparatora ve Bundesrat'a tanınmış olduğuna göre— bu salâhiyetin Vaymar sisteminde reisicumhura ve hükûmete ait olacağını V. Tichelen ile beraber kabul edebiliriz (70).

(69) V. Tichelen, p. 452.

(70) V. Tichelen, p. 452.

Velhâsıl Vaymar sisteminde kabul edilen prensipler şunlardır: anayasa mucibince hukukî nizamname yapmak salâhiyeti esas itibariyle ve kaideten hiçbir uzva ait değildir (71). Fakat alelâde kanunlar bu tanzim salâhiyetini diledikleri makamlara tanıyabilirler. Hukukî nizamname yapmaya salâhiyettar makamları gösterebilirler.

Bu prensiplerin sebebini anlamak zor değildir.

Hukukî nizamnameler hukuk kaideleri vaz'ettiklerine, hukuk yarattıklarına nazaran bu işin, esas itibariyle, teşri fonksiyonuna dâhil olduğu meydandadır. Zira Alman telâkkisinde hukukî nizamnameler maddî bakımdan —yani mevzu ve muhtevaları itibariyle— birer kanundur. Bundan dolayı bunları yapmak kaideten teşri uzvuna ait olmak gerektir.

İşte Vaymar kanununun —tıpkı 1871 kanunu gibi— hukukî nizamnameleri yapmak salâhiyetini muayyen bir uzva tevdi etmemesinin sebebi, zannımızca, budur (72). Filhakika hukuk yaratmak: teşri işidir. Teşri işi ise: kaideten teşri uzvuna aittir. Bundan dolayıdır ki, fikrimizce, Vaymar kanunu hukukî nizamnameleri yapmak salâhiyetini, esas itibariyle, başka bir uzva tanıyamazdı. Lâkin teşri fonksiyonunun ifa vasıtası da: kanundur. Bundan dolayı da, kanaatimizce, anayasa hukukî nizamnameler yapmak işinin teşri uzvuna terettübetliğini tabiatıyla söyleyemezdi. Zira teşri uzvu nizamnameler değil kanunlar yapar. Binaenaleyh Teşkilât Kanununun bu meselede sükût etmesi doğru ve yerinde idi.

Fakat teşri uzvunun —anayasanın çizdiği hudutlar dâhilinde— teşri salâhiyetinin bir kısmını başka bir uzva devredebilmesi Alman âmme hukukunda öteden beri kabul edilen bir esas olmuştur. Nitekim 1871 rejiminde teşri uzvu —birtakım hususî kanunlarla— hukukî nizamnameler yapmak salâhiyetini muayyen idarî makamlara vermekle, haddizatında teşri salâhiyetinin bir kısmını idareye devretmekten başka bir şey yapmamıştır. Mahkeme içtihadı ve doktrin de bu usulü benimsemiş ve tecviz etmiştir. Elhâsıl Alman telâkkisine nazaran bu hususta delegasyon caizdir. Müellifler bu noktada müttefiktirler. Bu meseleye evvelce temas etmiştik. Bu itibarla üzerinde duracak değiliz (73).

(71) «Kaideten» diyoruz. Çünkü bunun bazı istisnaları da yok değildir. Birazdan göreceğiz.

(72) «Zannımızca» diyoruz. Çünkü bu mütalâayı serdederken hiçbir müelliften ilham almıyoruz.

(73) Yalnız V. Tichelen'in bir mütalâasını buraya kaydedelim. Müellif diyor ki: «Fransız doktrini delegasyon esasından âdeta korkulu bir rüya gibi

Vaymar rejiminde de bu esas kabul edilmiştir. Delegasyon fikrine şiddetle muarız olan C. de Malberg dahi, Almanyada hâkim kanaata göre hukukî nizamnamelerin mesnedini delegasyon esasında aramak lâzımgeldiğini itiraf eylemektedir (74).

Nitekim Almanyada 1919 dan sonra mütaaddit kanunlar, muayyen mesailin tanzimini idarî makamlara bırakmışlardır. İdarî makamlar, bu kanunlara istinaden, bir sürü hukukî nizamnameler ısdar etmişlerdir. Bu usulün anayasaya uygunluğu hiçbir şüphe ve ihtilâfa sebebiyet vermemiştir.

Şimdiye kadar söylediklerimizi toplarsak diyebiliriz ki: Vaymar rejiminde de hukukî nizamnameler ısdar etmek salâhiyeti kaide-ten ve doğrudan doğruya hiçbir uzva verilmiş değildir (75). Anayasa bu hususta tamamen sakittir. Bundan dolayı Vaymar kanununa istinaden hiçbir uzvun kaide itibariyle böyle genel bir salâhiyeti yoktur.

Dikkat buyurulsun ki «hiçbir uzvun kaide itibariyle böyle genel bir tanzim salâhiyeti yoktur» diyoruz. Zira bu kaidenin istisnaları da yok değildir. Filhakika:

a) Bir kere Vaymar kanunu bazı istisnai hallerde bazı organlara hukukî nizamnameler yapmak salâhiyetini tanımıştır. Şüphe yok ki bu hallerde mezkûr uzuvlar hususî bir tanzim salâhiyetini haizdirler.

b) Bunun gibi alelâde kanunlar her zaman herhangi bir uzvu, bir makamı muayyen hususlarda hukukî nizamnameler yapmaya davet edebilirler. Yine bedihîdir ki bu gibi hallerde mezkûr uzuvlar, makamlar hususî bir tanzim salâhiyetine sahiptirler.

Bu söylediklerimizi biraz tafsil edelim:

a) C. de Malberg'in işaret ettiği üzere (76) Vaymar kanunu idarî hiyerarşi dışında birtakım hukukî neticeler husule getirebile-

kurtulmak isterken Alman doktrini delegasyon fikrine —icra uzvuna tanzim salâhiyetinin tanınmasını mümkün kılan yegâne vasıta olarak— baş vurmak zorunda kalmıştır (V. Tichelen, p. 454).

(74) Bu bapta evvelce verdiğimiz izahata atıf yapmakla iktifa ediyoruz.

(75) İdarî nizamname yapmak salâhiyeti bu kabilden değildir. İleride göreceğiz. Keza reisicumhura doğrudan doğruya fevkalâde birtakım nizamnameler yapabilmek salâhiyetini tanıyan 8 inci maddeyi bu kaidenin bir istisnası saymak lâzımdır. Kezalik 88, 91, 179/2 nci maddeler, bu kaidenin birer istisnasını teşkil ederler.

(76) C. de Malberg, Bull., p. 407.

cek, doğrudan doğruya idare edilenleri, fertleri, şahısları ilgilendirebilecek hukuk kaideleri, yani hukukî nizamnameler vaz'edebilmek salâhiyetini pek mahdut hallerde tanımıştır. Filhakika anayasa bu gibi maddeler, bu gibi haller pek nadirdir. Bunları şu suretle sıralamak mümkündür:

aa) Bir kere anayasa, 48 inci maddesinde, reiscumhura —âmme emniyetinin ve intizamının tehlikeye ve teşevvüşe duçar bulunduğu hallerde— fevkalâde birtakım hukukî nizamnameler ısdar etmek salâhiyetini tanımaktadır. Lâkin —evvelce çizdiğimiz plân mucibince— biz bu maddeye istinaden ittihaz olunan nizamnameleri ayrı bir bahiste tetkik etmeyi müreccah sayıyoruz. Bu itibarla bu noktaya şimdilik sadece işaret ediyoruz. Bunun tâmikını ileriye bırakıyoruz.

bb) Anayasanın 179 uncu maddesi de hukukî nizamnameler ısdarı hakkında bir müsaade tazammun etmektedir (76). Şöyle ki bu madde mucibince 1871 Esas Teşkilât Kanununa göre alelâde kanunlarla imparatora tanınan nizamnameleri (77) yapmak salâhiyeti reiscumhura intikal etmiştir. Keza 1871 kanuniyle Bundesrat'a tanınan nizamnameleri yapmak salâhiyeti de Reich hükûmetine geçmiştir (78).

Bünaberin Vaymar rejiminde, bundan evvel vaz'olunmuş alelâde kanunlara istinaden imparatorun, Bundesrat'ın ve Staatenaus-

(76) C. de Malberg, Bull., p. 407—408.

(77) Maddede ne «hukukî nizamname» ne «idari nizamname» den bahis yoktur. Sadece «nizamname» denmektedir. Müelliflerden bazılarına göre buradaki «nizamname» den maksat münhasıran hukukî nizamnamelerdir. Bazı müelliflere göre bununla sadece idari nizamnameleri anlamak lâzımdır. Nihayet bazı hukukçulara nazaran burada nizamnameden maksat: hem hukukî nizamnameler, hem de idari nizamnamelerdir. Biz bu sonuncu noktâ nazara iştirak ediyoruz. Bu itibarla burada hukukî nizamnamelerden bahsederken bu maddeyi de zikrediyoruz. İleride idari nizamnamelerden bahsederken de yine bu maddeyi tekrar idari nizamnamelere misal olarak göstereceğiz.

(78) Vaymar anayasası daha meydana gelmeden evvel 4 mart 1919 tarihli muvakkat kanunun 3 üncü maddesiyle Bundesrat'a tanınan bu tanzim salâhiyeti Staatenaususs'a, yani federasyonu teşkil eden muhtelif memleketlerin murahhasları heyetine intikal etmiş bulunuyordu. İşte Vaymar anayasasının 179/2 nci maddesini bu muvakkat kanunu nazara almak suretiyle tefsir etmek lâzımdır. Filhakika madde şöyle diyor: «İşbu Esas Teşkilât Kanununa değin mer'iyette bulunan ahkâm mucibince memleketlerin murahhasları heyetine ait olan nizamnamelerin ısdarı, işbu Esas Teşkilât Kanunu mucibince Reich hükûmetine intikal etmiştir».

schuss'un (79) yapmaya salâhiyettar oldukları hukukî nizamnameleri bundan böyle reisicumhur ve Reich hükûmeti yapacaktır.

Görülüyor ki burada anayasa, muayyen uzuvları —reisicumhuru ve Reich hükûmetini— doğrudan doğruya hukukî nizamnameler yapmaya mezun kılmaktadır. Gerçi bu gibi nizamnameler, behemehal alelâde kanunlara dayanmak zorundadırlar. Zira ancak bundan evvel böyle kanunlar vaz'olunmuş ise reisicumhur ve hükûmet bu tanzim salâhiyetini kullanabilecektir. Fakat reisicumhura ve hükûmete bu müsaadeyi bu kanunlar değil, doğrudan doğruya anayasa vermektedir. Bu itibarla bunu, bizzat anayasanın bahsettiği bir tanzim salâhiyeti addetmek lâzımdır.

cc) Anayasanın 88 inci maddesi de posta, telgraf, telefon muhaberatından bahsederken «Reich hükûmetinin, Reichsrat'ın muvafakatiyle muhabere hizmetlerinden istifade keyfiyetine mûtaallik esaslar ve vergiler koyan nizamnameler yapacağını» söylüyor.

Görülüyor ki burada da Vaymar kanunu alelittlak nizamnamelerden bahsediyor. Bununla hukukî nizamnameleri mi yoksa idarî nizamnameleri mi kastettiğini söylemiyor. Bu itibarla —179/2 nci madde gibi— bu madde de münakaşalara yol açmıştır. Bazı müellifler bu maddede sadece hukukî nizamnamelerin bahse mevzu olduğunu söylemişlerdir. Diğerleri bundan yalnız idarî nizamnameleri anlamak lâzımgeldiğini ileri sürmüşlerdir.

Kanaatımızca bu madde yalnız hukukî nizamnameleri istihdaf eylemektedir. Çünkü burada muhaberatın istifade hususunda esaslar, kaideler, vergiler vaz'edilmesi mevzuubahistir. Demek ki bu nizamnamelerle idare edilenler hakkında birtakım hukukî neticeler tevliedecek kaideler vaz'olunacaktır. Bir kelime ile bu nizamnameler, mezkûr hizmetlerden istifade edenlere birtakım mükellefiyetler yükliyecek ve birtakım haklar bahşedecektir. Bu gibi nizamnamelerin hukukî nizamnameler kategorisine dâhil olduğu meydandadır.

dd) Anayasanın 91 inci maddesi de Reich hükûmetinin —yine Reichsrat'ın muvafakatini almak şartıyla— «demiryollarının inşası, işletilmesi ve münakalesi hususunda nizamnameler ısdar edebileceğini» söylüyor.

Deminki madde gibi buradaki «nizamname» kelimesi iki mâna-ya çekiliyor.

Biz, bu maddenin de hukukî nizamnamelere taallûk ettiğine inanıyoruz. Hiç değilse bu maddenin hem idarî nizamnamelere hem hukukî nizamnamelere teşmîlî lâzımgeldiğini sanıyoruz. Binnetice bunu hem hukukî nizamnameler bahsinde zikrediyoruz, hem de idarî nizamnameler bahsinde zikredeceğiz.

ee) Bunun gibi 176 ncı madde memurların ve ordu mensuplarının sureti tahlifi hususunda reiscumhura doğrudan doğruya nizamname yapmak salâhiyetini bahşetmektedir. Lâkin bu maddenin hukukî nizamnameleri mi yoksa idarî nizamnameleri mi kasettiği vâzihan anlaşılmamaktadır. Bu gibi bir nizamnamenin, idarenin iç teşkilâtına ait kaideler vaz'edeceği akla gelebilir. Bu cihetle mezkûr nizamnamenin idarî bir nizamname sayılması gerektiği iddia olunabilir. Maamafih mahiyeti ihtilâflı olan bu nizamnameyi hem hukukî nizamnameler meyanında hem de idarî nizamnameler arasında zikretmeyi, kendi hesabımıza, daha muvafık buluyoruz.

İşte Vaymar kanununda hukukî nizamnamelerden bahseden yeğâne maddeler bunlardır.

b) Anayasanın sevk ettiği bu hükümler —yani 48, 179/2, 88, 91, 176 ncı maddeler— haricinde hiçbir uzuv re'sen hukukî nizamnameler ısdar etmesine imkân yoktur. Lâkin şu da muhakkaktır ki herhangi bir kanun dilediği bir uzva, makama herhangi bir hususta hukukî nizamnameler yapmak salâhiyetini de tanıyabilir. Kanun vâzı için böyle bir imkân daima mevcuttur. Vaymar kanunu —bu noktada sükût etmekle— Alman tatbikat ve taamülünde yerleşmiş bulunan bu usulü bertaraf ve reddetmiş sayılamaz.

Demek ki herhangi bir kanun icra uzvuna, idarî bir makama bu gibi bir salâhiyet tanıdığı takdirde bu uzuv, bu makam hukukî nizamname ısdar edebilir. Aksi takdirde hiçbir uzuv, hiçbir makam bu gibi bir nizamname yapamaz. Bir kanun bu gibi bir müsaade bahşetmedikçe icra uzvu, hattâ bir kanunun icrasını mümkün kılmak, kanunun icrasını temin veya teshil etmek maksadiyle dahi olsun bir hukukî nizamname meydana getiremez.

Hulâsa hiçbir uzuv, hiçbir makam —anayasada bu hususta bir sarahat mevcut olmadıkça veya hususî bir kanun kendisine bu yolda bir müsaade bahşetmedikçe— hukukî nizamname yapmaya kalkışamaz. Hiçbir makam —ne ifa ettiği fonksiyonun tabii icabatından olduğunu ileri sürerek, ne örf, âdet ve taamüle dayanarak— re'sen bu gibi bir tanzim salâhiyetini haiz olduğunu iddia edemez. Zira Almanyada —Fransanın tamamen aksine olarak— muhtar ve genel bir

tanzim salâhiyeti hiçbir zaman kabule şayan olmamıştır (80). Bunun aksine olarak Almanyada teşri salâhiyetinin devri, delegasyon'u ananevî bir prensip mahiyetini haizdir. Hattâ delegasyon esası, hukukî nizamnamelerin ısdarında takibolunması gereken yegâne yol ve usuldür (81). Hulâsa Vaymar rejimine müstenit Alman hukukunda delegasyon caizdir (82).

Bu uzun izahattan sonra asıl meselemize dönelim:

a) Evvelâ hangi uzuvların, makamların doğrudan doğruya Vaymar kanunu mucibince tanzim salâhiyetini haiz olduklarını görelim.

6) Saniyen hangi uzuvların, makamların, alelâde kanunların verdikleri salâhiyete, izne, delegasyon'a müsteniden tanzim salâhiyetini haiz olabileceklerini tespitte çalışalım.

a) Bir kere Vaymar kanunu, muayyen bazı istisnai hallerde, bazı uzuvların —doğrudan doğruya anayasaya müsteniden— hukukî nizamnameler ısdar edebileceklerini tasrih etmiştir. İşte Vaymar kanununa istinaden ve istisnaen hukukî nizamnameler ısdar edebilecek olan makamlar şunlardır:

aa) Reisicumhur;

66) Hükûmet.

aa) Anayasa mucibince reisicumhurun doğrudan doğruya, yani alelâde bir kanunun hususî bir müsaadesine muhtacolmaksızın ısdar edebileceği hukukî nizamnameler şunlardır:

(80) Nitekim Vaymar anayasasını etraflı bir surette tetkik eden Profesör Brunet'ye göre «Almanyada nizamname yapmak hususunda umumî mahiyette bir tanzim salâhiyetini haiz bir uzuv mevcut değildir. Bu itibarla reisicumhur —Fransada olduğu gibi— tanzim salâhiyetini haiz değildir. Yani bütün vatandaşlar için mecburî olan umumî mahiyette hükümler ve kaideler vaz'etmek salâhiyetine sahip değildir. Reisicumhur ve diğer herhangi bir organ ancak anayasanın zikrettiği istisnai hallerde veya alelâde bir kanunun kendisine izin verdiği ahvalde nizamnameler —yani hukukî nizamnameler— meydana getirebilir» (Brunet, p. 189, 202—203).

(81) V. Tichelen, p. 453—454.

(82) Evvelce zikrettiğimiz müelliflere Fleiner'i de katabiliriz. Gerçekten âlim profesöre göre: «Kanun vâzı, hukuk yaratmak vazifesini idarî makamlara tevdi edebilir. Böylelikle bu makamlara teşri fonksiyonunu devretmiş olur. Binnetice teşri kuvvetinin delegasyon'undan bahsolunabilir» (Fleiner, p. 49). Müellif, bu gibi bir delegasyon'un sıhhatinden ve muteberiyetinden bugün şüphe edilemeyeceğini ilâve ediyor. Diyor ki: «Ümumî Harbden beri idarî makamlara tanınan bu tanzim salâhiyeti —vüs'ati itibariyle— teşri salâhiyetinden, yani kanunlardan fazla bir ehemmiyet kesbetmiştir» (Fleiner, p. 50).

1. 48 inci madde mucibince âmme emniyeti, intizamı tehlikeye veya teşevvüşe duçar olduğunda reiscumhur fevkalâde nizamnameler ısdar edebilir;
2. 179 uncu madde mucibince reiscumhur, eskiden hususî kanunlara müsteniden imparatorun ısdara salâhiyettar olduğu teknil hukukî nizamnameleri ısdar edebilir (83);
3. 176 nci maddeye tevfikân memur ve ordu mensuplarının anayasaya sadık kalacaklarına dair yemin şeklini reiscumhur bir nizamname ile tanzim eder.

66) Anayasaya göre hükûmetin doğrudan doğruya —yani alelâde bir kanuna hacet kalmaksızın— ısdar edebileceği hukukî nizamnameler şunlardır:

1. 179 uncu madde mucibince eskiden hususî kanunlara müsteniden Bundesrat'ın ve bilâhare Staatenausschuss'un ısdara salâhiyettar olduğu bütün hukukî nizamnameleri hükûmet yapar. Bu itibarla eskiden vaz'olunup halen ilga edilmemiş bulunan hususî kanunlara tevfikân ısdarı gereken teknil hukukî nizamnameleri bundan böyle hükûmet yapmaya salâhiyettardır.
2. 88inci maddeye göre muhabere hizmetlerinden istifade hususunda gereken esasları ve vergileri ihtiva eden nizamnameleri Reich hükûmeti —ve fakat Reichsrat'ın muvafakatini almak şartıyla— meydana getirir.
3. 91 inci maddeye tevfikân —ve yine Reichsrat'ın muvafakatiyle— demiryollarının inşası, işletilmesi ve münakalesi hususlarını tanzim eden nizamnameleri de Reich hükûmeti ısdar eder.
4. 98 inci maddeye müsteniden hükûmet seyrisefain meselesini tanzim eder.

(83) Filhakika evvelce izah etmiştik: 179 uncu maddenin birinci bendine göre lâğvedilmiş olan müesseselerin yerine Vaymar kanununda onlara tekkabül eden müesseseler kaim olmuştur. Bu itibarla eski imparator yerine reiscumhur kaim olmuştur. Binaberin eskiden vaz'olunup halen ilga edilmemiş bulunan hususî kanunlara istinaden vaktiyle imparatorun yapmaya salâhiyettar olduğu hukukî nizamnameleri artık reiscumhur yapacaktır. Tafsilât için bakınız: V. Tichelen, p. 452, 458.

5. 15'inci maddeye göre Reich hükümeti, tatbikleri Land otoriteleri tarafından temin olunan Reich kanunları için de umumî talimatlar vaz'edebilir (84).

6) Vaymar kanununa göre hangi uzuvların istisnaen ve doğrudan doğruya tanzim salâhiyetini haiz olduklarını gördükten sonra hangi uzuvların, makamların alelâde kanunların verdikleri hususî izne, salâhiyete, delegasyon'a müsteniden tanzim salâhiyetini haiz olabileceklerini tespit edelim.

Alelâde bir kanun, bu salâhiyeti:

aa) Reiseumhura;

bb) Hükûmete;

γγ) Şansöliye;

δδ) Bir nazıra;

εε) Land'lara;

ζζ) Herhangi bir idarî makama tanıyabilir.

Bu mesele mevzuata göre hallolunmak gerektir. Bundan dolayı bu meselenin burada kurcalanmasında fayda yoktur.

C. Herhangi bir uzva hukukî nizamname yapmak salâhiyetini veren kanun: gerek salâhiyettar uzvu, gerek bu salâhiyetin vüs'at ve şumulünü, gerekse bunun muhtevasını tâyin eder (85).

D. Bir kanunun, herhangi bir makama umumî bir surette hukukî nizamname yapmak salâhiyetini tanıyabilip tanıyamıyacağını araştıralım.

1. Fleiner'e göre (86):

a) Bir kanun, tanzim salâhiyetini muayyen bir makama ya umumî ve devamlı bir surette toptan tanıyabilir. Yani bu hususta umumî bir delegasyon'la umumî bir salâhiyet ve müsaade bahşeder.

b) Veya kanun, muayyen bir makama sırf muayyen bir meselenin tanzimini tevdi eder. Yani sırf bu hususta bir delegasyon'da bulunur, hususî bir salâhiyet ve müsaade bahşeder.

Demek ki müellife göre umumî delegasyon caizdir. Lâkin Fleiner hususî delegasyon'un hukukî Devlet telâkkisine daha uygun olacağını ilâve ediyor.

(84) Bu «umumi talimatlar» dan yalnız idarî nizamnameleri anlamak mümkün olduğu gibi; bu tâbirin hukukî nizamnamelere de şâmil olduğu söylenebilir. Bu itibarla biz, mezkûr maddeyi hukukî nizamnameler meyanında zikrettiğimiz gibi, idarî nizamnameler bahsinde de tekrar zikredeceğiz.

(85) Fleiner, p. 51.

(86) Fleiner, p. 51.

2. Halbuki delegasyon meselesini ciddi bir surette inceliyen C. de Malberg bu fikirde değildir. Kendisi delegasyon esasını kabul etmemekle beraber; Vaymar rejiminde kanun vâzının icra uzvuna ancak hususî bir delegasyon'da bulunabileceğine kani bulunuyor. Ona göre bir kanun, bir makama ancak muayyen ve hususî mesail hakkında bir tanzim salâhiyeti tanıyabilir. Zira Vaymar kanunu hükûmete umumî bir tanzim salâhiyeti tanımaktan içtinabetmiştir. Anayasa, icra uzvuna umumî olarak hukukî nizamnameler ısdar emek salâhiyetini tanımamakla böyle umumî bir salâhiyetin icra uzvuna tanınmayacağını anlatmıştır. Bu gibi bir salâhiyetin, icra uzvunun ne mahiyeti, ne rolü, ne vazifesiyle kabili telif olmadığını belirtmek istemiştir. Bu itibarla Vaymar kanununun icra organına vermek istemediği bu umumî tanzim salâhiyetini ona alelâde bir kanunun bahşetmesine hukukan imkân yoktur. Bu, Vaymar kanununun hem ruhuna hem hükümlerine aykırı düşer (87).

Müellif, imparatorluk mahkemesinin bir kararından da bahsediyor. Bu kararında mahkeme, anayasada kanun vâzının teşri salâhiyetini —müddet ve mevzu bakımından mahdut olmak şartıyla— hükûmete devretmesine; alelâde bir kanunun icra organını hukukî nizamnameler ısdarına salâhiyetar kılmasına mâni olacak hiçbir hüküm bulunmadığını beyan etmektedir (88).

Demek ki Alman imparatorluk mahkemesi delegasyon, devir esasını —ancak mahdut olmak şartıyla— tecviz ediyor. Kısaca, mahkeme ancak hususî bir delegasyon'un caiz olacağını kabul ediyor.

Görülüyor ki mahkeme içtihadınca C. de Malberg'in telâkkisi Fleiner'in noktai nazarına tercih olunmaktadır. Lâkin şunu ilâve etmek lâzımgelir ki Almanyada mahkemeler kanunların anayasaya aykırılığını tetkike salâhiyettar değildirler. Binaenaleyh bir kanun, herhangi bir makama tanzim salâhiyetini umumî ve devamlı bir surette toptan tanısa hukukçular belki bunun anayasaya aykırılığından bahsedebilirler. Lâkin pozitif hukuk bakımından anayasaya aykırı olan bu kanun herhangi bir müeyyideden mahrum bulunmaktadır. Bu kanun, bir mahkemece —anayasaya aykırılığından ötürü— iptal veya ilga olunamaz. Binnetice bu kanun da —her kanun gibi— gerek idarî makamlar, gerek vatandaşlar, gerekse mahkemeler için mamulünbih ve mecburiyürriyedir. Nitekim bunu C. de Malberg dahi teslim et-

(87) C. de Malberg, Bull., p. 409.

(88) C. de Malberg, Bull., p. 411.

mektedir (89). Bundan dolayı Fleiner'in noktâi nazarı şe'nîyete ve hakikate daha uygundur.

E. Kanun, bir makama tanzim salâhiyetini sarahaten bahşede-bileceği gibi; bunu zımnen de tanıyabilir. Yani bu salâhiyeti kanun sarahatine istinadettirmek mümkün olduğu gibi; bunu kanunun ruhundan ve delâletinden de istihracetmek kabildir (90).

F. Hukukî nizamnameler mücerret, umumi ve mecburî hukuk kaideleri vaz'ettiklerinden maddî bakımdan birer kanundur. Bu cihetle prensip itibariyle kanunlar gibi imparatorluk Kavanin Mecmuasında (Reichsgesetzblatt) neşir ve ilânları lâzımdır (91). Ancak kanun vâzı hukukî nizamnameler için başka bir neşir ve ilân şekli kabul etmekte serbesttir. Nitekim 13 teşrinievvel 1923 tarihli kanun hukukî nizamnamelerin ya Reichsgesetzblatt, ya Reichs-Ministerialblatt (Zentralblatt) veya Reichsanzeiger'de neşredilebileceklerini kabul etmiştir.

G. Her nedense, müracaat ettiğimiz müelliflerden hiçbiri hukukî nizamnamelerin Vaymar rejiminde promülgasyonu meselesine temas etmiş değildir. Lâkin biz, 1871 rejimindeki taamülü nazarı itibara alarak ve hukukî nizamnamelerin muhteva bakımından kanun sayıldıklarını hesaba katarak bunların da —kanunlar gibi— promülg edilmeleri lâzımgeldiğini söylemeye cesaret edeceğiz.

H. Hukukî nizamnameyi ısdar eden makam, bunun ne zaman meriyete gireceğini dilediği gibi tespit edebilir (92). Şayet mezkûr makam bunu tespit etmezse hukukî nizamname neşir ve ilânının ertesi günü mer'iyete girer. Bu esas da 13 teşrinievvel 1923 tarihli kanunla vaz'olunmuştur (93).

I. Hususî bir kanuna istinadeden bir hukukî nizamname bu kanun ilga edildiğinde ne olacaktır?

Fleiner bu hususta kanunda sarahat olmadığı takdirde nizamnamenin artık mesnetsiz kaldığını kabul etmek lâzımgeldiğini söylüyor (94). Lâkin müellif, aksi tezi müdafaa edenler de olduğunu ilâve ediyor (95).

(89) C. de Malberg, Bull., p. 409, note 1.

(90) Fleiner, p. 51.

(91) C. de Malberg, Bull., p. 332, note 1; Fleiner, p. 51.

(92) C. de Malberg, Bull., p. 332, note 1.

(93) E. Menemencioglu, s. 73, not 1.

(94) Fleiner, p. 51, note 2.

(95) Meselâ Thoma, Jellinek aksi kanaattadırlar. (Fleiner, p. 51, note 2).

J. Hukukî nizamname yapmak salâhiyetini hususî bir kanundan alan bir makamın —kanunda hilâfına bir sarahat bulunmadıkça— bu salâhiyeti başkasına devredemiyeceği muhakkaktır (96).

K. Hukukî nizamnamelerle kanunlar arasındaki benzerlik ve ayrılıklar hakkında da biraz izahat verelim:

1. Evvelce işaret ettiğimiz üzere hukukî nizamnameler maddî bakımdan —yani muhtevaları itibariyle— birer kanundurlar. Bundan dolayı:

a) Hukukî nizamnameler —tıpkı kanunlar gibi— gerek vatandaşları, gerek mahkemeleri, gerekse idarî makamları, hülâsa herkesi bağlarlar. Herkes için mecburiyürriyedirler. Hattâ nizamnameyi yapan makam dahi bununla bağlıdır (97). Nizamname tadil veya ilga edilmedikçe onun için de vacibürriyedir.

b) Hukukî nizamnameler —aynen kanunlar gibi— imparatorluk mevzuatı, imparatorluk kanunları arasında yer alırlar. Hattâ bunun içindir ki hususî bir kanunun verdiği salâhiyete müsteniden Land'ların ısdar ettikleri nizamnameler mahalli mevzuattan madut değildir. Bunlar, imparatorluk mevzuatında mevki alırlar.

2. Lâkin hukukî nizamnameler —maddî bakımdan birer kanun sayılmakla beraber— uzvî ve şekli bakımdan asla birer kanun değildirler. Bir kelime ile bunlar kanun değildirler. Ancak kanunun yerini tutarlar (98). Daha doğrusu hukukî nizamnameler —uzvî bakımdan— birer idarî tasarruflar (99). Bundan dolayıdır ki:

a) Hukukî nizamnameler kanun kıymetini haiz değildirler. Başka bir ifade ile bunlar kaideler hiyerarşisinde kanunlardan sonra gelirler. Hülâsa kanun nizamnameden üstündür. Nizamname, kanundan bir aşağı derecededir.

b) Hukukî nizamname idarî bir tasarruf olduğuna göre tekmlil idarî tasarruflar gibi idare tarafından tadil, ıslah ve ilga edilebilir (100). Binaenaleyh bir hukukî nizamnamenin evleviyetle bir ka-

(96) Fleiner, p. 50.

(97) Fleiner, p. 51.

(98) Fleiner, p. 51.

(99) Fleiner, p. 51.

(100) C. de Malberg, Bull., p. 330. Ayrıca şu noktayı kaydedelim ki: Almanyada hâkim telâkkiye göre hukukî nizamname delegasyon esasına dayandığı halde; hukukî nizamname icra uzvunun eseri sayılmaktadır. Halbuki bilindiği üzere vekâlette vekilin yaptığı tasarruf müekkile muzaftır. Hukukî nizam-

nunla tadil, ıslah ve ilga olunabileceğini kabul etmek zaruridir (101).

c) Kanunun nizamnameye nazaran üstünlüğü dolayısıyla hukuki nizamnamelerin muteber sayılmaları ve mecburiyürriaye telâkki olunabilmeleri için her bakımdan kanuna tetabuk etmeleri iktiza eyler.

d) Nizamnamenin kanuna uyması lüzumunun tabii neticesi şudur ki: gerek idarî, gerekse adli mahkemeler —kanun hilâfını derpiş etmedikçe (102)— hukuki nizamnameler üzerinde kazai murakabelerini kullanabilirler. Nizamnamenin kanuna uygun olup olmadığını araştırabilirler. Bir kelime ile nizamnamenin muteber olup olmadığına karar verebilirler (103).

L. Hukuki nizamnamelerden bahsederken bir noktaya daha işaret edelim: Vaymar kanununun —tektük istisnalardan kat'annazar— icra organına hukuki nizamnameler yapmak hususunda genel bir tanzim salâhiyeti tanımadığını gördük. Lâkin Alman taamülü mucibince kanun vâzı tarafından verilen hususî bir müsaadeye tevfiikan herhangi bir uzvun nizamname ısdar edebileceğini de söyledik. İşte kanun vâzının, herhangi bir makama hukuki nizamname yapmak hususunda müsaade vermesini Alman doktrini delegasyon esası ile izah etmektedir.

Bu hususta Alman hukukçularının serdettikleri delil şudur. Diyorlar ki: anayasa, hukuki nizamname ısdar edecek makamları bizzat tâyin etmiş değildir. Lâkin anayasada kanun vâzının alelâde bir kanunla bu gibi makamları tâyin etmesine mâni olacak hiçbir hüküm de mevcut değildir. Bir kanun herhangi bir meseleyi doğrudan doğruya tanzim edebileceği gibi bu işi bir nizamnameye de tevdi edebilir. Esasen Alman anayasasına göre başka türlü hareket etmek imkânı mevcut değildir. Zira Vaymar kanunu —Fransız Esas Teşkilât Kanunu gibi— icra organına genel bir tanzim salâhiyeti tanımış değildir ki hükümet buna müsteniden bir nizamname ısdar edebilsin! Almanyada —bu gibi genel bir salâhiyetin mevcut olmaması dolayısıyla— her nizamname behemehâl alelâde bir kanundan aldığı

namelerin uzvî bakımdan teşriî birer tasarruf, yani birer kanun sayılmayıp; idarî birer tasarruf telâkki olunmaları zannımızca delegasyon veya vekâlet esasının hakikate tekabül etmediğini ispat eder.

(101) C. de Malber, Bull., p. 418, note 2.

(102) Fleiner, p. 52 ve note 4.

(103) C. de Malberg, Bull., p. 330—331.

hususî bir müsaadeye dayanmak zorundadır. Bir kelime ile Alman müelliflerine göre hukukî nizamnameleri ancak kanun vâzının bir delegasyon'una müsteniden meydana getirmek kabildir. Bu esas haricinde bir nizamnamenin ısdarına hukukan imkân yoktur.

Hulâsa Alman telâkkisine göre hukukî nizamnameler behemehal delegasyon esasına dayanmak mecburiyetindedirler. Alman hukukunda delegasyon gerek Vaymar kanununa, gerekse Alman taamülüne göre tamamen caizdir.

Ancak şu var ki Alman doktrinine göre Vaymar kanunu yalnız 10 ve 11 inci maddelerinde bu gibi bir delegasyon'a cevaz vermektedir. Filhakika işbu maddelerde mevzuubahsolan normatif kaidelerin ancak teşri yoluyla vaz'olunacağı musarrahtır. Bu itibarla bu gibi kaidelerin hukukî nizamname marifetiyle vaz'olunamayacağı meydandadır. Bu istisnalardan kat'annazar bir kanunun tanzim edebileceği her mesele —delegasyon suretiyle— bir nizamname tarafından da tanzim olunabilir.

Hattâ 114, 115, 158 inci maddelerde muayyen âmme haklarının ancak kanunla birtakım tahdidat ve takyidata tâbî tutulabileceği yazılı ise de; herhangi bir kanunun, bu gibi tahdidat ve takyidatı vaz'etmek işini bir nizamnameye tevdi edebileceği de bazı müelliflerce müsellemdir.

Bunun gibi 6 ncı ve mütaakıp maddelerde tadadolunan işlerin birer kanunla tanzim olunacağı musarrah ise de; bu maddelerin sadece Reich ile Land'lar arasında salâhiyet ihtilâflarını önlemek maksadını güttükleri muhakkaktır. Başka bir söyleyişle anayasanın maksadı: bu maddelerle Reich'a ait olan ve Land'lara terettübetmiyen mevadî ve mesaili tespit etmektedir. Yoksa anayasa, saydığı bu işlerin ancak bir kanunla tanzim edilebileceğini söylemek istemiyor. Nitekim 6 ncı madde açıktır: «Aşağıda yazılı işlerde kanun vaz'ı salâhiyeti münhasıran Reich'a aittir» diyor. 7 nci ve mütaakıp maddeler de bu görüşü teyidediyorlar.

Hulâsa mezkûr maddelerde hangi işlerin ancak birer kanunla tanzim edileceği mevzuubahis değildir. Bahse mevzu olan mesele: hangi işlerin tanzimi Reich'a, hangilerinin de Land'a ait olduğunun tespitinden ibarettir. Bu itibarla bu gibi işlerin tanzimini de Reich kanunlarının nizamnamelere terk ve tevdi edebileceği muhakkaktır.

Netice itibariyle şunu söyleyebiliriz ki, 10 ve 11 inci maddelerden kat'annazar, kanun vâzının icra uzvuna hukukî nizamname ısdarı hususunda delegasyon vermesi Alman tatbikat ve doktrininin hemen ittifakla kabul ettiği bir esastır.

Gerçi C. de Malberg gibi delegasyon esasının Alman hukukunda da caiz olmadığını iddia eden müellifler de yok değildir. Lâkin bunlar ekalliyette kalmaktadırlar. Bu cihetle bunların noktai nazarını burada tetkik etmekte pek de fayda olmasa gerektir (104).

M. Bir noktaya daha temas edelim: Vaymar anayasası, 72 nci ve mütaakıp maddelerinde, kanunların talikından, kanunlara karşı itiraz hakkından ve bunların yeniden reye konulmalarından, icabında halkın reyine arz keyfiyetinden bahseylemektedir. Hulâsa bu maddeler: teşri uzvunca kabul olunan kanunlara karşı birtakım itiraz imkânları tanımaktadırlar. İmdi şöyle bir soru akla gelebilir: acaba teşri uzvu, bir meseleyi bir kanunla tanzim edecek yerde bunun tanzimini bir idarî makama bırakmakla —anayasanın 72 nci ve mütaakıp maddelerinde kanunlara karşı kabul ettiği— itiraz yollarını kapamış olmaz mı? Teşri uzvu, tanzim salâhiyetini bu gibi itirazları bertaraf etmek maksadiyle kullanamaz mı? Hulâsa teşri uzvu, anayasanın kabul ettiği bu itirazlardan bu suretle kurtulmuş olmaz mı?

Şüphesiz yok ki, Vaymar kanununun mezkûr maddelerine tevfi-kan, teşri uzvunca vaz'olunan kanunlara karşı itiraz edebilmek imkânını haiz olanlar bu itirazı hukukî nizamnameler aleyhine kullanamazlar. Zira mezkûr maddeler bu gibi bir itirazı ancak kanunlar hakkında kabul etmiş bulunmaktadırlar.

Fakat şu da aşikârdır ki bu gibi bir itiraz icra uzvuna, idarî bir makama nizamname yapmak salâhiyetini bahşeden kanuna tevcih olunabilir. Çünkü tanzim salâhiyeti bir kanunla bahşedildiğine nazaran bu kanun da —her kanun gibi— böyle bir itiraza uğrayabilir.

N. Hukukî nizamnamelerin tetkikine nihayet verirken bir mesele üzerinde daha duralım: malûm olduğu üzere ceza hukukunda «kanunsuz suç, kanunsuz ceza olmaz» prensibi caridir. İşte hukukî nizamnameleri bu prensip açısından (zaviyesinden) da incelemek lâzımdır. Gerçekten hukukî nizamnameler arasında yer alan zabıta nizamnameleri vardır ki bunlar aynı zamanda ceza hukukunu ilgilendirirler. Zira bu nizamnameler bir taraftan fertler için birtakım emirler ve yasaklar vaz'edeler. Diğer yandan bunların cezaî müeyyidelerini koyarlar. Bir kelime ile zabıta nizamnameleri bazı fiillere suç

(104) Merak edenler tafsilât için şu eserlere bakabilirler: C. de Malberg, Bull., p. 320—347, 398—425 ve C. Schmitt, L'évolution récente du problème des delegations législatives.

mahiyeti izafe ederler. Aynı zamanda bir takım cezalar tertibeylerler.

Alman hukukunda hukukî nizamnameler behemehal bir kanuna dayanmak zorunda olduklarına nazaran; birkanunun idarî bir makama zabıta nizamnameleri meydana getirebilmek salâhiyetini bahşedip edemeyeceği hukukçular arasında hayli münakaşalara sebebiyet vermiştir.

Gerçi zabıta nizamnamelerinin diğer hukukî nizamnameler gibi, vatandaşlar için mecburî birtakım kaideler, emirler, yasaklar, vaz'etmeleri hiçbir tereddüde sebebiyet vermemektedir. Lâkin zabıta nizamnamelerinin ceza koyabilmeleri «kanunsuz ceza olmaz» prensibine muhalif sayılabileceğinden bu nokta zihinlerde birtakım istifhamlar doğurmaktadır.

Bir kelime ile, hukukan bu caiz midir? suali akla gelmektedir.

Prusya mevzuatı bu suale müspet cevap vermiştir. Filhakika Prusya kanunları idarî makamlara gerek fertler için mecburî kaideler vaz'etmek, gerekse bunların cezai müeyyidelerini tâyin etmek salâhiyetini tanımışlardır. Ancak mevzuat, bu zabıta nizamnamelerinin koyabilecekleri cezaların âzamî haddini tespit etmekle bu salâhiyeti bir dereceye kadar tahdidetmiştir.

Şimalî Almanya mevzuatı ise, esas itibariyle, «kanunsuz ceza olmaz» düsturunu benimsemiştir. Lâkin aynı zamanda bu prensibi ihtiyaçlarla telife çalışmıştır. Şöyle ki mevzuat, zabıta nizamnamelerinin ancak fertler için birtakım emirler ve yasaklar vaz'etmelerini tevziz eylemiştir. Fakat nizamnamelerin, bunların cezai müeyyidelerini koymalarına taraftar olmamıştır. Görülüyor ki burada iki iş ayrılmıştır: suçü tespit eden nizamnamedir, cezayı koyan bir ceza kanunudur (105). Bu suretle «kanunsuz ceza olmaz» prensibi mahfuz tutulmuş olmaktadır.

Şimalî Almanyanın ceza mevzuatında bu gibi bir tefrike birçok meselelerde tesadüf etmek mümkündür. Hattâ imparatorluk mevzuatı da bu usulü benimsemiştir. Reich Ceza Kanunu da, kabahatlere tahsis ettiği bölümde, birçok hallerde sadece cezaları tâyin etmekle

(105) Meselâ Bade Zabıta Ceza Kanununun 116 ncı maddesi «binaların inşası, hıfzıssıhhası, yangınlara karşı emniyet tedbirlerinin alınması hususunda mevcut nizamname hükümlerine riayet etmiyen bina sahipleri, mütaahhit ve amelelerin para veya hapis cezasına çarptacaklarını» söylemektedir. Görülüyor ki cezayı mucip olan hareketi, fiili, bir kelime ile suçü tâyin eden: nizamnamedir. Fakat cezayı koyan: ceza kanunudur.

iktifa eylemiş, fakat bu cezayı mucibolacak yasağı, yani memnu fiili, suçu tâyin etmek işini nizamnameye terkeylemiştir.

Şunu da ilâve edelim ki Reich mevzuatı daha da ileri gitmiştir (106). Filhakika zabıta nizamnameleri ısdarına salâhiyettar olan bütün makamlara, başka bir merciin tasvibine, tasdikına lüzum olmaksızın, doğrudan doğruya —150 markı tecavüz etmemek şartıyla— nakdî ceza vaz'edebilmek salâhiyeti tanınmıştır (107).

Bu izahatımızla hukukî nizamnamelerin tetkikini tamamlamış oluyoruz.

II. *Muvakkat kanun kuvvetini haiz hukukî nizamnameler.*

Vaktiyle işaret etmiştik: hukukî nizamnameler iki şekil arz ederler. Hukukî nizamnamelerin bir kısmı: ancak kanunların icrasına taallük ederler, bunları tamamlarlar. Bir kısmı ise: mevcut kanunları tatil, tadil veya ilga edebilirler.

İşte şimdi meşgul olmak istediğimiz nizamnameler bu sonunculardır. Filhakika biz burada —Vaymar rejimi bakımından— muvakkat kanun kuvvetini haiz ve binnetice mevzuatı tatil, tadil ve ilga imkânına malik olan hukukî nizamnamelere bir göz gezdireceğiz.

Bu nevi nizamnameler hakkındaki izahatımızı da birkaç noktada tophyalım:

A. Bir kere hemen şunu kaydedelim ki bu gibi nizamnamelere —kanun kuvvetini haiz olduklarından— «décret-loi» dendiği vâkidir.

B. Saniyen bunlar, haddizatında, birer hukukî nizamnameden başka bir şey değildirler. Zira hiçbir kanunun tanzim etmediği mevât hakkında yeni hukuk kaideleri koyarlar. Veya mevcut kanunları tadil ve bertaraf eden yeni ahkâm vaz'ederler. Bu itibarla hukukî nizamnameler hakkında şimdiye kadar söylediklerimizin hepsi bu «décret-loi» için de aynen vârittir. Kısaca, evvelki izahatımız bunlara da teşmil olunmak gerektir. Ezcümle tekmiil hukukî nizamnameler gibi bunları da icra uzvu ancak bir kanunun hususî müsaadesine tevfikân meydana getirebilir. Bir kelime ile bunlar, behemehal bir kanuna dayanmak zorundadırlar.

C. Acaba anayasa, kanun vâzının bu gibi nizamnameler yapabilmesi hususunda icra uzvuna bir salâhiyet ve mezuniyet vermesini tecviz etmiş midir? Diğer bir ifade ile acaba bu gibi kanunları

(106) 3 şubat 1924 tarihli nizamnamenin 3 üncü maddesi.

(107) Fleiner, p. 53—54.

anayasaya aykırı mı telâkki etmek icabeder? Yoksa bilâkis kanun vâzının böyle bir usule başvurusu tamamen muteber ve meşru mudur? Bir kelime ile anayasa bakımından bu usul caiz midir, değil midir?

Bu gibi bir suali niçin ortaya attığımızı da tavzih edelim. Evvelce —Vaymar rejiminde— kanun vâzının, hukukî nizamnamelerin ısdarı hususunda bu gibi bir usule başvurabileceğini belirtmiştik. Teşri uzvunun icra uzvuna, idarî makamlara tanzim salâhiyetini tanıyabileceğini, devredebileceğini anlatmıştık. Bu gibi bir delegasyon'un —anayasa yönünden— muteber olduğunu söylemiştik. Binaenaleyh bu meseleyi burada tekrardan kurcalamak belki ilk bakışta lüzumsuz telâkki olunabilir. Lâkin meramımızı anlatalım:

Bundan evvel, hukukî nizamnamelerden bahsederken, daha ziyade kanunların icrasiyle ilgili bulunan nizamnameleri kastettiğimizi kaydeylemiştik.

Gerçi hukukî nizamnameleri incelerken tespit ettiğimiz bütün hususiyetlerin ve vasıfların tekmil hukukî nizamnamelere —ve bu meyanda «décret-loi» lara— şâmil oldukları muhakkaktır. Lâkin şunu nazara almak lâzımdır ki kanunların icrasına mütaallik hukukî nizamnameler, nihayet mevcut bir kanunu tamamlamaktan, tâli noktalarını tanzim eylemekten başka bir şey yapmazlar. Bundan dolayı bu gibi nizamnameler pek önemli bir rol oynamazlar. Daha doğrusu kanun vâzının, kendi koyduğu kanunu tamamlamak işini icra uzvuna bırakması pek o kadar acip ve garip bir şey sayılmamak gerektir.

Halbuki kanunları tadil, ilga etmek imkânını haiz bulunan hukukî nizamnamelerde vaziyet bambaşkadır. Bu gibi nizamnameler, hiçbir kanunun henüz tanzim etmemiş olduğu mevât ve mesaili tanzim edebilecekleri gibi; mevcut kanunların hükümlerini tadil, ilga, bertaraf edebileceklerdir. Bu itibarla bunlar, kanunların icrasiyle ilgili hukukî nizamnamelerin pek fevkinde bir ehemmiyet arzettektedirler.

Bundan dolayıdır ki kanun vâzının âdeta kendi teşri salâhiyetinden muvakkaten feragat eylesesini tazammun eden bir usulün, anayasaya göre kabule şayan olup olmadığı câyisualdır.

Nitekim V. Poetzch (108), kanun vâzının —Esas Teşkilât Kanunu bakımından— hukukî nizamnameler ısdarına müsaade edip

(108) V. Poetzch: Archiv des Öffentl. Rechts., 1921, 164—172 (C. de Malberg'den naklen, Bull., p. 411, note 1).

edemiyeceğini incelerken şu neticeye varıyor ki: anayasaya göre kanun vâzı, ancak bir kanunun tatbik ve icrasını temin ve bu kanunun hükümlerini tamamlamak için hukukî nizamname ısdarına müsaade edebilir. Yani teşri uzvu, icra organını ancak mevcut kanunlar tarafından tanzim edilmiş bulunan mesailin tâli noktaları hakkında birtakım fer'î hukuk kaideleri vaz'etmek hususunda mezun kılabilir. Yoksa kanun vâzı, kanun kuvvetini haiz hukukî nizamnamelerin ısdarı hususunda icra organına bu gibi bir müsaade bahşedemez. Başka bir söyleyişle kanun vâzı, henüz hiçbir kanunun tanzim etmediği bir meselenin tanzimini bir hukukî nizamnameye bırakamaz. Keza teşri uzvu, bu gibi bir nizamnameye mevcut kanunları tadil ve ilga etmek imkânını tanıyamaz.

Bu gibi kanunları Vaymar anayasasına aykırı saymak lâzımdır.

İcra organına bu gibi nizamnameler yapabilmek salâhiyeti ancak ve ancak anayasanın tadili için gereken usul ve şartlar dairesinde vaz'olunan bir kanunla tanınabilir. Yani kanun vâzı, icra uzvuna bu gibi bir salâhiyet bahşetmek istiyorsa müracaat edebileceği hukukî ve meşru yol 76 ncı maddenin gösterdiği usule başvurmaktan ibarettir. Filhakika bu madde, muayyen nisaplara riayet etmek şartıyla, anayasanın alelâde bir kanunla tadil edilebileceğini söylemektedir. İşte kanun vâzı, bu maddede aranılan şartlara uymak suretiyle, icra organına «décret-loi» lar yapmak salâhiyetini tanıyabilir. Zira bu takdirde işbu kanun —gereken usul dairesinde— anayasayı tadil etmiş ve anayasaca tecviz olunmıyan bir usulü bu suretle vaz'etmiş sayılabilir.

Maamafih bu mevzuda dikkat edilmesi lâzımgelen bir nokta vardır: kanun vâzınının, 76 ncı maddeye uymaksızın, alelâde bir kanunla icra uzvunu «décret-loi» yapmaya mezun kıldığını farzedelim. Kanunun, anayasaya mugayir olduğunu da bir lâhza için kabul edelim. Kanunların anayasaya aykırılığını mahkemeler murakabeye salâhiyettar olmadıklarından (109) yapılacak bis şey yoktur. Bu kanunu da, diğer kanunlar gibi, muteber saymak icabedecektir. Bu kanun da, teknil kanunlar gibi, herkes için mecburîdir. Bu kanunla —sanki anayasaya uygunmuş gibi— ihticac olunacaktır. Hulâsa icra uzvunun, bu kanuna dayanarak, ısdar ettiği nizamnameleri, «décret-loi» ları da muteber telâkki etmek zarurîdir.

(109) Zira, C. de Malberg'in de işaret ettiği üzere, bu hususta bazı müelliflerin kanaati ne olursa olsun Fransada olduğu gibi Almanyada da —anayasaya göre— mahkemeler kanunların anayasaya uygun olup olmadıklarını murakabe edemezler (C. de Malberg, Bull., p. 331, 409, note 1).

Gerçi mahkemeler, hukukî nizamnamelerin kanunlara aykırı olup olmadıklarını kontrol edebilirler. Fakat nizamnamelerin dayandıkları kanunların anayasaya mutabık olup olmadıklarını araştıramazlar.

D. Deminki izahatımızdan çıkan netice şu ki: herhangi bir kanun, icra uzvunu, «*décret-loi*» lar ısdar etmeye mezun kılabilir. Nitekim Almanyada kanun vâzı bu usule sık sık başvurmuştur. Ezcümle —henüz 48inci madde geniş bir şekilde tefsir edilmediği devirlerde— buna ihtiyaç hâsil olduğunda «*décret-loi*» usulüne müracaat zorunda kalmıştır.

Hususiyle 1923 te markın sukutu karşısında hükûmetin, buna mâni olacak tedbirleri alması icabediyordu. Yukarıda işaret ettiğimiz veçhile henüz bu tarihte 48inci madde geniş bir surette tefsir edilmiyordu. Binaenaleyh bu maddenin mevcut vaziyeti karşılması imkânsızdı. Yani markın sukutiyle mücadele hususunda bu maddeden istifade edilemiyordu. Daha doğrusu bu maddeden istiane eylemek akla gelmiyordu. Bu itibarla hükûmetin, âcil tedbirler alabilmesi, kanun kuvvetini haiz kaideler koyabilmesi iktiza ediyordu. Bundan dolayı bir kanun, hükûmete kanun kuvvetini haiz hukukî nizamnameler, «*décret-loi*» lar ısdar edebilmek salâhiyetini tanıdı.

Bu kanun, 13 teşrinievvel 1923 tarihlidir. «*Décret-loi*» hususunda en tipik misali teşkil ettiği için bu kanunu burada misal olarak zikrettikten sonra biraz incelemek istiyoruz. Filhakika mezkûr kanun, hükûmete malî, iktisadî ve içtimai sahada tam salâhiyetler vermiştir. Kanun, hükûmetin bütün bu sahalarda zarurî ve müstacel sayacağı teknil tedbirleri alabileceğini söylüyor. Bu meyanda hükûmetin —anayasanın vatandaşlara tanıdığı— esas hakları da nazara almamakta muhtar olduğunu ilâve ediyor. Görülüyor ki —V. Tichelen'in dediği gibi (110)— bu kanun hükûmete âdeta diktatoryal salâhiyetler tanımaktadır.

Ancak şunu da ilâve etmek lâzımdır ki mezkûr kanun, hükûmete tanıdığı bu geniş salâhiyetler için birtakım hudutlar da vaz'etmektedir. Gerçekten kanuna göre hükûmet bu salâhiyetlerini çalışma müddetinin tanzimi, rant'ların tenkisi ve içtimai sigortalar hususunda kullanamaz. Velhâsıl bu mevât: hükûmete tanınan tanzim salâhiyetinin hudutlarını teşkil eylemektedir.

Şu nokta da kayda değer ki: mezkûr kanuna göre hükûmetçe ısdar olunan nizamnameler, kararnameler derhal Reichstag ve Reichsrat'a arzolunurlar. ve Reichstag'ın temennisi ve talebi üzerine de derhal ilga olunurlar.

Bu kanun hakkında nihai bir hüküm vermek icabetse —V. Tichelen'le beraber (116)— diyebiliriz ki: mezkûr kanun icra uzvunun salâhiyetlerini —muayyen ve sarih hudutlar dâhilinde— fevkalâde bir surette genişletmektedir. Hükûmet, kanun vâzının kendisine verdiği müsaadeye tevfikân kanun kuvvetini haiz nizamnameler isdar edebilmektedir. Hükûmet, âdeta kanun vâzı yerine kaim olmaktadır.

Acaba teşri uzvu, hükûmete bu kadar geniş salâhiyetler tanımakla, anayasaya aykırı bir kanun vaz'etmemiş midir?

Bu suale verilecek cevabı evvelce kaydettik: bir kanunun Esas Teşkilât Kanununa uygun olup olmadığı mahkemelerce araştırılmaz ki bu suali vaz'etmekte müspet bir fayda olsun! Filhakika mezkûr kanun, anayasaya mugayir olsa bile bunun bir müeyyidesi mevcut değildir. Bu itibarla, kanunun anayasaya uygun olup olmadığını tespit etmekten, hukukî bakımdan, hiçbir fayda beklenemez.

Şunu da ilâve edelim ki: hükûmete «*décret-loi*» lar vaz'edebilmek salâhiyetini tanıyan yegâne kanun, bu değildir. Daha birçok kanunlar, muhtelif tarihlerde, hükûmete bu gibi *décret*'ler yapabilmek müsaadesini vermişlerdir. Bunları, burada, sıralamakta fayda olmasa gerektir. Esasen şunu da nazarı itibara almalıdır ki bilâhare 48 inci madde çok geniş bir tarzda tefsir edilmiştir. Bu suretle zaruretler karşısında, âcil tedbirler, kanun kuvvetini haiz kararlar alınması gerektiğinde bundan böyle alelâde bir kanun vaz'edip hükûmete kanun kuvvetini haiz nizamnameler vaz'edebilmek müsaadesi tanıma-çağı yerde doğrudan doğruya 48 inci maddeye başvurulmuştur. Bu gibi ihtiyaçlar karşısında hükûmet, böyle bir kanun teklif ederek tam salâhiyetler istemeye lüzum hissetmemiştir. Tehlike hali ileri sürülmüş ve re'sicumhur doğrudan doğruya 48 inci maddeye dayanarak gereken bütün kararları, tedbirleri ittihaz etmiştir. Yani re'sicumhur —ayrıca bir kanuna ihtiyaç olmaksızın— re'sen fevkalâde birtakım nizamnameler vaz'etmiştir.

III. İdari nizamnameler.

Hemen şunu kaydedelim ki biz daha evvel idari nizamnamelerin mahiyetlerini ve hususiyetlerini belirttik. Bu itibarla burada bu meseleyi tekrardan ele alacak değiliz. Ancak idari nizamnamelerin —Vaymar rejimindeki— hususiyetlerine işaret etmekle iktifa eyliyeceğiz:

A. Hukukî nizamnameleri tetkik ederken yaptığınız gibi burada da her şeyden evvel Vaymar kanununun, bu gibi bir nizamname kategorisini kabul edip etmediğini araştıralım. Hukukî nizamnamelerin aksine olarak Vaymar kanununda idarî nizamnameler hususunda —77 nci maddede— sarahat mevcuttur. Filhakikâ madde aynen şöyle demektedir:

«Kanunlarda hilâfına bir hüküm mevcut olmadığı takdirde Reich hükûmeti, Reich kanunlarının tatbikına muktazi umumî idarî hükümler ısdar eder. Reich kanunlarını icra edecek olan Land makamları ise bu hususta Reichsrat'ın rızası lâhık olmalıdır.»

Bu maddeyi tahlil edelim:

1. Bir kere maddedeki «umumî idarî hükümler» sözünden «idarî nizamnameler» i anlamak lâzımgeldiği muhakkaktır. Bu noktada müellifler müttefiktirler (112). Burada evvelce verdiğimiz izahatı hatırlatmakla iktifa ediyoruz.

2. Görüldüğü üzere bu madde ile anayasa, hükûmete genel ve muhtar bir tanzim salâhiyeti tanımaktadır. Yani Esas Teşkilât Kanunu, hiçbir uzva, hiçbir makama doğrudan doğruya hukukî nizamnameler yapabilmek salâhiyeti vermiş değilken; hükûmete idarî nizamnameler yapmak hususunda doğrudan doğruya bir tanzim salâhiyeti bahşetmektedir. Başka bir söyleyişle hukukî nizamnameler yapmak için behemehal bir kanuna lüzum ve ihtiyaç vardır. Halbuki hükûmet, idarî nizamnameleri —ayrıca bir kanuna lüzum olmaksızın— yapabilir. Bir kelime ile hukukî nizamnameler mutlaka delegasyon esasına dayanmak zorundadırlar. İdarî nizamnameler ise muhtar bir tanzim salâhiyetine istinadederler. Diğer bir tabirle hükûmet, idarî nizamname yapmak salâhiyetini bir kanundan değil, bizzat anayasadan almaktadır.

3. Anayasanın, hükûmete niçin bu gibi bir salâhiyet tanıdığını anlamak zor değildir (113). İdarî nizamnameler —mahiyetleri itibarıyla— idare teşkilâtına, idarî işlerin organizasyonuna ve işlemesine taallük ederler. Bir kelime ile idarî nizamnameler hükûmetin (idarenin) fonksiyonunu lâyıkı veçhile ifa etmesine hizmet ederler. Bu cihetle bunları ısdar etmek: idare fonksiyonunun tabii icabatındandır. Binnetice anayasanın bu salâhiyeti hükûmete doğrudan doğruya tanınması pek yerindedir.

(112) C. de Malberg, p. 326—327; Fleiner, p. 51, note 5; E. Menemencioglu, s. 75, not 1; Verneil, p. 165—166.

(113) V. Tichelen, p. 451.

4. Fakat şunu da nazarı itibara almalıdır ki anayasa hükûmete bu tanzim salâhiyetini ancak «kanunlarda hilâfına bir hüküm mevcut olmadığı» takdirde tanımaktadır. Demek ki Vaymar kanunu, bir taraftan hükûmete muhtar bir tanzim salâhiyeti tanıyor; diğer taraftan da kanun vâzının bu salâhiyete dokunabilmesi ihtimalini derpiş ediyor. Binnetice teşri uzvu —yani parlamento— anayasanın doğrudan doğruya hükûmete verdiği bu salâhiyeti kısılabilmek, hattâ belki de tamamen bertaraf etmek, ortadan kaldırmak imkânını hazırlar.

Herhalde şu muhakkaktır ki teşri uzvu, vaz'edeceği kanunlara mütaallik idarî nizamnameleri ısdar edecek makamları tâyin edebilir (114). Yani bu hususlarda idarî nizamname ısdar etmek salâhiyetini hükûmetten başka makamlara bahşedebilir. Hattâ teşri uzvu, idarî nizamnamelerin muhtevasını, mevzuunu teşkil edecek olan idarî kaideleri, direktifleri bizzat kendisi bir kanunla vaz'edebilir. Yani bir kanunun icrası için muktazi idarî hükümleri, kaideleri bizzat teşri uzvu bu kanunla koyabilir (115). Bu suretle hükûmetin tanzim salâhiyetini hiçe indirebilir.

5. Dikkate şayan bir cihet de bu tanzim salâhiyetinin —Fransa ve Amerikanın aksine olarak— reiscumhura değil, hükûmete tanınmasıdır. Bu, Alman rejiminin bir hususiyetidir. Zira parlamenter memleketlerde tanzim salâhiyeti icra uzvu şefine —yani Devlet reisine— verilir. Halbuki burada anayasa, idarî nizamnameleri yapmak işini cumhur reisine değil, hükûmete tevdi etmiştir.

Gerçi, ilk bakışta, «hükûmet» mefhumunun içine cumhur reisinin de dâhil olduğu akla gelebilir. Lâkin Alman esas teşkilâtında «hükûmet» tâbirinin hususî ve dar bir mânası olduğu muhakkaktır. Şöyle ki «hükûmet» ten bahsedilince —Vaymar kanununa göre— bundan yalnız başvekil ve nazırları anlamak gerektir. Bu itibarla reiscumhur, «hükûmet» mefhumu dışında kalır. Filhakika anayasanın 52 nci maddesi aynen şöyle demektedir: «Reich hükûmeti, Reich şansöliyesi ile Reich nazırlarından müteşekkildir» (116).

(114) V. Tichelen, p. 455.

(115) C. de Malberg, Bull., p. 416, note 2, p. 423.

(116) Vaymar kanununun Türkçeye tercümesinde esas ittihaz olunan Dareste'te «hükûmet: Reich şansöliyesi ile Reich nazırlarından müteşekkildir» denilmektedir. Halbuki sayın hocamız Dr. E. Menemencioğlu'nun tercümesinde —herhalde mürettip hatası olarak— hükûmet: «Reich reisi ile Reich nazırlarından müteşekkildir» denilmektedir. «Reich reisi» tâbiri cumhur reisi mânasına geldiğine göre madde tamamen tağyire uğramış oluyor.

Şunu da hesaba katmak lâzımdır ki: 77 nci maddenin münakaşası sırasında Müessesan Meclisi henüz «hükûmet» tâbirini tarif etmiş değildi. Bu itibarla 77 nci maddede tanzim salâhiyetinin hükûmete tanındığı söylenilirken bununla reiscumhur mu, kabine mi, şansöliye mi, yoksa herhangi bir nazır mı kastedildiği belli değildi. Bu itibarla 77 nci madde hayli münakaşalara sebebiyet vermiştir. Lâkin Preusz, bu madde münasebetiyle hükûmeti tarife lüzum olmadığını; burada «hükûmet» demekle iktifa olunabileceğini; bilâhare «hükûmet» mefhumunu tarif etmek mümkün olabileceğini belirtmiştir. Binaenaleyh denebilir ki 77 nci maddede «hükûmet» mefhumu, bilâhare 52 nci maddede kabul edilen «hükûmet» tarifine atıf yapılmak suretiyle kullanılmıştır (117). Esasen Preusz, müzakereler sırasında reiscumhura tanzim salâhiyetinin tanınamayacağını sarahaten anlatmıştır (118).

Elhâsıl «hükûmet» mefhumu efradını cami ve ağyarını mâni bir şekilde tarif edilecek olursa bunun içine yalnız şansöliye ve nazırlar girer. Fakat reiscumhur bunun haricinde kalır.

Bir sual hatıra gelebilir: acaba Vaymar kanunu tanzim salâhiyetini niçin reiscumhura değil de, hükûmete tanımıştır? Bunun cevabını Preusz'den öğreniyoruz (119).

Vaymarı yapanlar, realist olmak istediler. Parlmanter memleketlerde nizamnameyi hakikatte heyeti vekilenin —hükûmetin— yaptığını düşündüler. «Madem ki yapan odur, tanzim salâhiyetini de ona tanımak lâzımdır» dediler.

Fakat biz —V. Tichelen'le beraber (120)— Vaymar kanununda kabul olunan esasın garabetine işaret etmekten kendimizi alamıyoruz. Filhakika Vaymar rejiminde hem bir taraftan Devlet reisine önemli bir yer veriliyor (121); yani reiscumhura —Devlet reisinin diğer memleketlerin çoğunda haiz olmadığı— birtakım geniş salâhiyetler bahşediliyor (122); hem de aynı zamanda ondan idarî nizamna-

(117) Vermeil, La Cont de Weimar et le principe de la démocr. all., 1923, p. 96.

(118) W. G. de Roussel, L'évolution du pouvoir exécut. en Allemagne, p. 92.

(119) V. Tichelen, p. 456, note 1.

(120) V. Tichelen, p. 457—458.

(121) Müellifler, ezcümle Vermeil, p. 311; Brunet, p. 179—183; G. de Roussel, p. 37—38, Vaymar kanununa göre reiscumhurun çok kuvvetli olduğunu belirtiyorlar.

(122) Meselâ parlamentoyu feshetmek salâhiyeti (m. 25); fevkalâde nizamnameler ısdar eylemek (m. 48); Reichstag'ın kabul ettiği kanunları referandum'e arz etmek salâhiyeti (m. 73, 74), bu kabildendir.

meler yapabilmek salâhiyeti esirgeniyor. Demek oluyor ki Almanya'da Reisisicumhur icra uzvunun başıdır. Lâkin esas itibariyle âmme hizmetlerinin şefi değildir. Zira âmme hizmetlerinin organizasyonuna ve işlemesine mütaallik idarî mahiyette umumî hükümler, kaideler vaz'edemez. İdarî faaliyetleri tanzim eyliyemez. Memurlara genel mahiyette emirler, direktifler veremez. Bir kelime ile —esas itibariyle (123)— idarî nizamnameler ısdar edemez.

Mahaza şunu ilâve etmek lâzımdır ki:

a) Vaymar kanununun 77 nci maddesi mucibince alelâde kanunlar —bu esasın hilâfına olarak— herhangi bir makama idarî nizamnameler vaz'etmek salâhiyetini tanıyabilirler. İşte kanun vâzı bu suretle reisisicumhura da idarî nizamnameler yapmak imkânını bahşedebilir.

b) Bunun gibi yine Vaymar kanunu, birtakım idarî nizamnameler ısdar edebilmek salâhiyetini doğrudan doğruya cumhur reisine bahşetmiştir. İşte bu istisnai hallerde tanzim salâhiyeti hükûmete değil, Devlet reisine aittir. Bu haller şunlardır:

aa) Bir kere Vaymar kanununun 176 nci maddesi reisisicumhura bilûmum memurlarla ordu mensuplarının anayasaya sadık kalacaklarına dair yeminleri hakkında nizamname yapmak salâhiyetini tanımıştır. Görülüyor ki Teşkilât Kanununun burada reisisicumhura tanıdığı salâhiyet pek önemli bir mevzua taallûk etmemektedir. Zira reisisicumhurun ısdar edeceği nizamname, nihayet bu yeminin şekli, formaliteleri hakkında birtakım idarî kaideler koymakla iktifa edecektir.

bb) İkincisi Vaymar kanununun 47 nci maddesi mucibince reis, Reich ordusunun kumandanlığını haizdir. İşte bazı müelliflere göre bu madde reisisicumhur için bazı askerî nizamnameler ısdar edebilmek salâhiyetini tazammun eder. Bunlara nazaran askerlik mesleğinin talim ve terbiyesi hususunda —başkumandanlık sıfatı dolayısıyla— reisisicumhur idarî nizamnameler yapabilir (124).

6. Bu maddede göze çarpan bir nokta da şudur: Reich kanunlarının icrası Land'lara bırakılmış olabilir. Bu takdirde bu kanunları icra ve tatbik edecek olan makamlar: Land makamlarıdır. Lâkin bu kanunların icrası zımında idarî nizamnameler ısdar etmek

(123) «Esas itibariyle» diyoruz. Zira bunun istisnaları vardır. Filhakika Vaymar kanununa göre reisisicumhurun bizzat ısdar edebileceği idarî nizamnameler mevcuttur. Birazdan göreceğiz.

(124) Tafsilât için bakınız: V. Tichelen, p. 459—460.

salâhiyeti kaideten yine Reich hükûmetine aittir. Demek ki kanunların icrasını temin ve teshil için Reich hükûmeti memurlara birtakım emirler ve direktifler verecektir (125). Fakat Reich hükûmetinin —Land'lara mütaallik— bu gibi idarî nizamnameler ısdar edebilmesi için Reichsrat'ın muvafakatini alması şarttır (126).

Velhâsıl görülüyor ki 77 nci madde mucibince kaideten yalnız hükûmet, kanunların icrasını ilgilendiren idarî nizamnameleri ısdar etmeye salâhiyetlidir. Fakat bu madde —evvelce de işaret ettiğimiz üzere— ancak idarî nizamnamelerin ısdarı hususunda bir salâhiyet ve müsaade tazammun eyler. Yoksa bu madde, hukukî nizamnamelere şâmil değildir. Demek ki kanunların icrası için muktazi idarî nizamnameler ayrıca bir kanuna dayanmaksızın hükûmet tarafından re'sen ısdar olunabilir. Lâkin herhangi bir kanunun icrasını temin veya teshil maksadiyle hiçbir uzuv, hukukî bir nizamname ısdar edemez. Bu, ancak bir kanun müsaadesiyle mümkündür (127).

Nihayet bu maddede bahse mevzu olan idarî nizamnameler: sırf kanunların icrasına taallük eden idarî nizamnamelerdir. Şu da muhakkaktır ki kanunun icrası bizzat Reich tarafından deruhte edilmiş bulunuyorsa hükûmet bu tanzim salâhiyetini Reichsrat'ın muvafakatini almadan kullanabilir. Halbuki kanunun icrası Land'lara terttüb ediyorsa hükûmet ancak Reichsrat'ın muvafakatini almak şartıyla bu salâhiyetini istimal edebilir (128).

7. Hükûmetin haiz olduğu bu tanzim salâhiyetinin hudutlarını da Vermeil'le birlikte tespit edelim (129):

(125) Unutmamak lâzımdır ki burada kanunların icrası zımında ittihaz olunacak kaideler, emirler, direktifler: sırf idarî hükümlerdir. Yoksa bunlar, hukukî kaideler değildir. Bir kelime ile burada bahse mevzu olan: hukukî nizamnamelerin değil, idarî nizamnamelerin ısdarı keyfiyetidir.

(126) Reichsrat'ın muvafakatininin şart koşulduğu başka haller daha vardır. Bunları şu suretle tespit etmek mümkündür:

1. M. 88,

2. M. 91,

3. Nihayet alelâde bir kanunun, muayyen bir uzva idarî bir nizamname yapabilmek salâhiyetini tanınması mümkündür. Bu kanun, ayrıca Reichsrat'ın muvafakatini de şart koşmuş olabilir. Şüphe yok ki bu takdirde nizamname, ancak Reichsrat'ın muvafakatiyle ısdar olunmak gerektir.

(127) Bu nokta hakkında evvelki izahatımızdan başka C. de Malberg, Bull., p. 337, note 1 e de müracaat olunabilir.

(128) Vermeil, p. 97.

(129) Vermeil, p. 145.

a) 77 nci madde mucibince hükümet, kanunların icrası için zaruri olan idarî nizamnameleri ısdara salâhiyettardır. Fakat Reichstag bu maddenin, hükûmete verdiği tanzim salâhiyetini her zaman ortadan kaldırmak imkânını haizdir. Demek ki bu salâhiyetin bir hududu: Reichstag'dır.

b) Aynı zamanda şu da var ki reiscumhur, hükûmeti tâyin ettiği gibi azil de edebilir. Demek ki bu salâhiyetin bir hududu da: reiscumhurdur:

c) Nihayet kanunların icrası Land'lara bırakılmış bulunuyorsa idarî nizamname ısdar edebilmek için hükümet Reichsrat'ın muvafakatini almak mecburiyetindedir. Demek ki tanzim salâhiyetinin bir hududu da: Reichsrat'tır.

B. Kanunların icrası için muktazi idarî nizamnameleri kaideten hükümet ısdar edecektir. Fakat herhangi bir kanunun bu salâhiyeti başka bir makama da tanıyabileceği muhakkaktır. Bu itibarla kanundan böyle bir müsaade alan her makamın bu gibi nizamnameler ısdar edebileceği izahtan varestedir. Bilfarz bir kanun idarî nizamname yapmak salâhiyetini reiscumhura, şansöliyyeye, yalnız bir nazıra, sair herhangi idarî bir makama, bir Land makamına tanıyabilir.

C. İdarî nizamnameler muhtelif hususlara taallük edebilirler. Diğer bir ifade ile idarî nizamnameler sadece ve bizzarure kanunların icrasıyla ilgili olmazlar (130).

1. Bir kere idarî nizamnameler doğrudan doğruya bazı kanunların icrasına taallük edebilirler. Meselâ imparatorluk Sanayi Kanununun 33 üncü maddesi mucibince «bir meyhane işletmek müsaadesi, lokal zabıtaca talebedilen şartlara tevafuk etmediği takdirde, verilmemek icabeder». İşte bu maddenin icrasını temin maksadiyle alâkadar mercilere, lokal'in ne gibi şartlara uyması lâzımgeleceği hakkında idarî direktifler, talimatlar verilmiştir (131). Bir kelime ile lokal'in tetkik ve muayenesinde hangi şartların, unsurların nazara alınması gerektiği hakkında idarî nizamnameler ısdar olunmuştur. Görülüyor ki burada idarî nizamname kanunun icrasıyla ilgilidir.

2. Fakat bazan idarî nizamnameler sadece muayyen idarî işleri muhtelif idarî makamlar, merciler arasında tevzi ve taksim edebilirler. Bunlarda, doğrudan doğruya bir kanunun icrası bahse mevzu değildir.

(130) Fleiner, p. 45.

(131) Fleiner, p. 45, note 4.

3. Keza idarî nizamnameler işlerin sureti tedvirini tanzim edebilirler. Yani işlerin görülmesinde takibolunacak usul ve formaliteleri tespit ederler. Bu gibi nizamnamelerin de bir kanunun icrasiyle ilgileri yoktur.

D. İdarî nizamnameler hukuk kaideleri ihtiva etmeyip yalnız idarî kaideleri muhtevidirler. Bundan dolayı bunlar, sırf alâkadar makam ve memurlar için hüküm ve kıymet ifade ederler. Münhasıran bu mâdun makamları ve memurları bağlarlar. Kanunlar gibi bu nizamnamelerin neşir, ilân ve promülgasyonları icabetmez. Bunlar, sadece alâkadar makam ve memurlara sirkülerlerle, tamimlerle, ilh... bildirilir, tebliğ olunur (132).

E. İdarî nizamnameler hitabettikleri mâdun memurlar için mecburiyürriyedirler. Zira memurla idarî nizamnameyi ısdar eden mafevkî arasında hiyerarşi münasebeti mevcuttur. Filhakika mafevkî emirlerine riayet: bu meratip silsilesinin icabatındandır. Binnetice idarî nizamnameye ademirriayet inzıbatî cezayı mucibolabilir (133).

F. Maamafih idarî nizamnameler hukuk kaideleri ihtiva etmeyeceklerine göre bunlara riayet etmeyecek olan memurlar için bizzat bu nizamnameler cezalar vaz'edemezler (134).

G. İdarî nizamnameler hukuk kaideleri vaz'etmediklerinden ve idarenin iç faaliyet sahası dışında tesir husule getirmediğinden —hukukî nizamnameler gibi— asla birer dâvaya sebebiyet veremezler. Bunlar, ne bir iptal dâvasına; ne de bir tazminat dâvasına vesile teşkil edemezler (135). Meselâ telgraf memurlarının, kendilerine verilen emir, talimat ve direktiflere riayet etmemeleri yüzünden telgraf metinlerinde, muhtevalarında yanlışlıklara sebebiyet vermeleri halinde bu gibi direktifler sırf memurlara hitabeden idarî nizamnameler olduklarından açılan bu gibi dâvaları mahkemeler reddeylemektedirler. Ancak nizamname posta ve telgraf hizmetinden istifade edenler —yani mektup ve telgraf gönderen ve alanlar— için de birtakım hukuk kaideleri koyduğu takdirde —yani bu nizamname, idare edilenleri ilgilendiren bir hukukî nizamname şeklini aldığı takdirde— dir ki mahkemeler bu nizamnameler üzerinde kazâî murakabelerini kullanabilmektedirler (136).

(132) Fleiner, p. 45—46.

(133) Fleiner, p. 46.

(134) Fleiner, p. 45, note 6.

(135) Fleiner, p. 46—47.

(136) Fleiner, p. 47, note 1.

Hulâsa mahkemelerin idarî nizamnameler üzerinde murakabe salâhiyetleri yoktur.

IV. — *Reisicumhurun, 48 inci madde mucibince, ittihaza salâhiyettar olduğu fevkalâde ve istisnai nizamnameler.*

A. Reisicumhura fevkalâde bir tanzim salâhiyeti tanıyan ve halen tetkik mevzuumuzu teşkil eden bu maddeyi evvelâ buraya dercedelim:

«Eğer bir Land (memleket), Reich Esas Teşkilât Kanununa veya kanunlarına tevfikân uhdesine terettübeden vecibeleri ifa etmeyecek olursa reisicumhur bu Land'ı (memleketi) ordu kuvvetiyle vecibesini ifaya icbar edebilir.

Eğer Alman Reich'i dâhilinde âmme emniyet ve nizamı vahim bir surette tehlike ve teşevvüşe duçar olmuş ise reisicumhur nizam ve emniyeti tekrar tesis için gereken tedbirleri ittihaz eder ve hini hacette bu hususta ordu kuvvetini istimale tevessül edebilir. Bu gayeye matufen muvakkat bir zaman için 114, 115, 117, 118, 123, 124 ve 125 inci maddelerde yazılı aslî hakları kısmen veya tamamen talik edebilir.

Reisicumhur işbu maddenin birinci ve ikinci bentleri mucibince ittihaz etmiş olduğu bilûmum tedbirler hakkında Reichstag'ı hemen naberdar etmeye mecburdur.

Teahhurda tehlike takdirinde bir Land (memleket) hükûmeti kendi arazisi üzerinde ikinci bentte yazılı tedbirler mahiyetindeki muvakkat tedbirleri ittihaz edebilir. Reisicumhurun veya Reichstag'ın talebi üzerine bu tedbirler izale edilmelidir.

Teferruat bir kanunla tanzim edilecektir.»

B. Şunu derhal kaydedelim ki maddenin birinci ve sonuncu bendi bizi burada doğrudan doğruya alâkadar etmemektedir. Zira bu maddenin birinci bendi reisicumhurun müsellâh kuvvete müracaat etmesinden bahseylemektedir. Bunun tanzim meselesiyle hiçbir alâka ve rabıtası olmadığı meydandadır.

Sonuncu bentte ise «teferruatın bir kanunla tanzim edileceği» söylenmektedir.

C. Bizi burada doğrudan doğruya alâkadar eden bentler 2 nci, 3 üncü ve 4 üncü bentlerdir.

D. Bir kere bu maddede dikkatimizi çeken bir nokta vardır: bu maddenin tatbik edilebilmesi için evveleminde «Alman Reich'i dâhilinde âmme emniyeti ve nizamının vahim bir surette tehlike ve

teşevvüşe duçar olması» lâzımdır. Bir kelime ile bu maddenin tatbıkı: bu gibi birtehlike veya teşevvüşün mevcudiyetine bağlıdır.

Şüphe yok ki böyle bir tehlikenin mevcut olup olmadığını takdir edecek olan reiscumhurdur. Demek ki âmme emniyetinin ve nizamının vahim bir surette teşevvüşe duçar olup olmadığını o, tespit edecek, buna o, karar verecektir.

Lâkin reiscumhurun bu takdir salâhiyeti mutlak ve hudutsuz değildir. Filhakika:

1. Bir kere —ileride görüleceği üzere— 48 inci maddede reiscumhurun, işbu madde mucibince ittihaz etmiş olduğu bilûmum tedbirleri Reichstag'a arz etmekle mükellef olduğu musarrahtır. Bu hükümden Reichstag'ın, reiscumhur tarafından ittihaz olunan tedbirleri murakabe edebileceği ve bunların iptalini isteyebileceği istidlâl olunmaktadır. İşte Reichstag'ın bu murakabesi reiscumhurun, 48 inci maddedeki «tehlike ve teşevvüş» mefhumunu dilediği gibi tefsir edebilmesine mâni olur.

2. Saniyen Alman doktrinine göre 48 inci maddede bahse mevzu olan tehlike ve teşevvüşün başka hudutları daha vardır. Filhakika Alman müelliflerine göre bu maddeye ancak dâhili buhranlar, yani dâhili ihtilâl, isyan ve karışıklıklar dolayısıyla başvurulabilir. Bir kelime ile bu maddeden ancak millî camia, halk topluluğu içinde zuhur eden karışıklıklar dolayısıyla istifade imkânı vardır. Diğer bir tâbirle bu maddenin tatbıkına ancak «Millet» ile «Devlet» arasındaki ihtilâflar sebebiyet verebilirler. Yoksa Devlet uzuvlarının kendi aralarındaki ihtilâfları bu maddenin tatbıkına vesile teşkil edemezler. Hulâsa muhtelif Devlet organları ve makamları beynindeki ihtilâflı vaziyetler reiscumhura bu maddeye müracaat hakkını bahşetmezler.

Maamafih şunu da ilâve etmek zarureti vardır ki birçok müellifler —mezkûr maddenin, esas itibariyle, ihtilâl, isyan, halkın kuvvete müracaati gibi karışıklıklara karşı koymak için vaz'olunduğunu kabul etmekle beraber— «dâhili karışıklık», «buhran» mefhumunu daha geniş tutmaya mütemayildirler. Bunlara göre bizzat bu karışıklıklar gibi ihtilâllere, isyanlara, karışıklıklara sebebiyet vermesi melhuz ve muhtemel bulunan hâdiseler dahi bu maddenin tatbıkı için kâfi bir sebep teşkil ederler. Bilfarz kıtlık devrinde iâşe maddelerinde ihtikâr ve istifçilik ve Devlet aleyhine gizli cemiyetler teşkili bu maddenin tatbıkına sebebiyet verebilirler (137).

E. Şuna da işaret edelim ki reiscumhurun bu maddeye müracaat edebilmesi için Reichstag'ın müçtemi bulunmaması şart değildir. Bu itibarla reiscumhur, âmme emniyet ve intizamı için vahim bir tehlike sezdiği takdirde —Reichstag ister müçtemi bulunsun ister bulunmasın— bu maddeye istinaden dilediği tedbirleri ittihaz kanunen salâhiyettardır. Bir kelime ile bu maddeye başvurabilmek için Reichstag'ın tatil veya feshedilmiş olması lâzımgelmediği gibi, içtima halinde olmaması da iktiza eylemez.

Yalnız şu var ki meclis müçtemi değilse, reiscumhur, ittihaz ettiği tedbirleri meclis reisine bildirmekle mükelleftir.

F. İkinci bentte dikkate şayan iki cümle vardır:

1. Bir kere «reiscumhur nizam ve emniyeti tekrardan tesis için gereken tedbirleri ittihaz edebilir».

Maddenin bu kısmı bizi yakından alâkadar eder. Çünkü reiscumhurun ittihaz edeceği tedbirler ya ferdi ve müşahhas olurlar, veya umumî ve mücerret olurlar. Filhakika kanun mutlak bir ibare kullanmıştır. Sadece «tedbir» demiştir. Bu itibarla bu sözden gerek ferdi, müşahhas tedbirleri gerekse umumî ve mücerret tedbirleri anlamak mümkündür (138).

Umumî ve mücerret tedbirlerden bahsederken nizamnameleri kastettiğimiz izahtan vârestedir (139). Aynı zamanda bu genel mahiyetteki tedbirler hem vatandaşları hem de memurları ilgilendirebilirler. Binaberin bu nizamnameler hem hukuk kaideleri hem idarî kaideler ihtiva edebilirler. Bir kelime ile bu nizamnameler gerek hukukî nizamnameler gerekse idarî nizamnameler şeklinde tecelli edebilirler. Herhalde bu madde mucibince reiscumhurun hukukî nizamnameler ısdar edebileceği muhakkaktır.

2. Saniyen reiscumhur «muvakkat bir zaman için 114, 115, 117,

(138) Nitekim Anschütz, reiscumhurun ittihaz edeceği tedbirleri —şekil bakımından— şöyle ayırmaktadır:

1. Ferdî müşahhas tedbirler,
2. Genel mahiyetteki tedbirler (W. G. de Roussel, p. 34—35).

(139) Nitekim Anschütz yukarıdaki tarifinde genel mahiyetteki tedbirlere karşılık olarak «Verordnungen» yani «nizamname» tâbirini kullanıyor. Keza W. G. de Roussel bu maddeyi tahlil ederken reiscumhurun —birinci bende göre— müsellâh kuvvete tevessül edebileceğini söylüyor. İkinci bent mucibince de nizamname ısdarına salâhiyettar olduğunu ilâve ediyor (W. G. de Roussel, p. 34). Keza E. Giraud, bu madde mucibince reiscumhurun kanun kuvvetini haiz nizamnameler ısdar edebileceğini beyan ediyor (E. Giraud, Le pouvoir exécutif dans les démocraties, 1938, p. 341).

118, 123, 124 ve 125 inci maddelerde yazılı asli hakları kısmen veya tamamen talik edebilir».

Maddenin bu kısmı da bizim için dikkati calip bir hükmü ihtiva etmektedir. Çünkü reiscumhurun, bu maddeye müsteniden, mezkûr maddelerde yazılı âmme haklarını kısmen veya tamamen tatil edebileceği söyleniyor. Bu suretle reiscumhura çok geniş bir salâhiyet tanınmış oluyor.

G. Şimdi bu iki cümleyi nazarı itibara alarak bu bendin heyeti umumiyesini kavramaya çalışalım. İşaret ettiğimiz üzere birinci cümlede reiscumhurun —nizam ve emniyetin tesisi için— muktazi *tekmil tedbirleri* ittihaz edebileceği söyleniyor. İkinci cümlede ise reiscumhurun, vatandaşların *muayyen âmme haklarını* tatil edebileceği beyan olunuyor.

İşte bu iki cümleye göre reiscumhurun haiz olduğu salâhiyetler neden ibarettir? Bunu tespit etmek lâzımdır.

Akla iki ihtimal gelebilir:

1. Bir kere denebilir ki: birinci cümleyi tekbaşına almak doğru olmaz. Zira her madde bir bütündür. Bu itibarla birinci cümle bu maddenin bir parçası ise; ikinci cümle de aynı maddenin diğer bir kısmıdır. Son cümle, birinci cümlelerin mânasını tamamlamaktadır. Binnetice birinci cümledeki «tedbir» kelimesini ikinci cümledeki «âmme haklarının tatili» söziyle mezc ve telif ederek anlamak zarurîdir.

2. Buna mukabil şöyle bir mütalâa serdedilebilir ve denebilir ki: birinci cümleyi tekbaşına almak lâzımdır. Yani bunun mânasını tespitte çalışırken ikinci cümleyi nazarı itibara almaya lüzum yoktur. Başka bir söyleyişle birinci cümledeki «tedbir» kelimesini ikinci cümle ile mukayyet olmaksızın anlamamız gerekir. Zira kanun, birinci cümlede «tedbir» den bahsediyor. İkinci cümlede de ayrıca «âmme haklarının tatilinden» bahsediyor. Bunlar, ayrı ayrı şeylerdir.

Bu iki noktai nazarı ayrı ayrı inceliyelim:

1. Birinci noktai nazara göre (140): bu maddede mevzuubahsolan «tedbir» den herhangi bir tedbiri anlamaya imkân yoktur. Bu maddeye müsteniden reiscumhur, dilediği herhangi bir tedbiri alamaz. Ancak ikinci cümlede musarrâh haklardan birini tatile müncer olacak bir tedbir ittihaz edebilir. Kısaca reiscumhurun ittihazı salâhiyettar olduğu tedbirler: münhasıran ikinci cümlede sayılan hak-

(140) V. Tichelen, p.461—462, 466—467.

ların kısmen veya tamamen tatilinden ibarettir. Bir kelime ile reisi-cumhurun alacağı tedbir ancak bu haklardan birinin tatiline taallük edebilir. Maddede musarrah hakların tatil ve tâlikından başka herhangi bir tedbir ittihaz edemez. Vatandaşların bu gibi âmme haklarını tatil etmekten başka herhangi bir netice tevli dedecek herhangi bir tedbiri almaya mezun değildir.

Bilfarz —bu misali biz veriyoruz— bu madde mucibince reisi-cumhur sırf vatandaşlar hakkında değil de Devlet organları, makamları hakkında birtakım tedbirler alamaz. Meselâ reisi-cumhur anayasanın vatandaşlara tanıdığı muayyen âmme haklarını tatil ettiği gibi; Vaymar kanununun veya alelâde kanunların muayyen uzuvlara, makamlara bahşettiği salâhiyetlere, imtiyazlara dokunmaya kalkışamaz. Devlet uzuvlarının, makamlarının durumlarına, salâhiyetlerine tesir edecek herhangi bir tedbiri alamaz. Organların, makamların salâhiyetlerini bir zaman için dahi tatil edemez. Hulâsa bu gibi tedbirleri 48 inci maddenin tecviz ettiği tedbirlerden addetmek imkânsızdır. Zira bu tedbirlerin vatandaşların âmme haklarını tatil etmeyip; Devlet organları üzerinde birtakım tesirler husule getirmek istedikleri meydandadır. Halbuki 48 inci madde reisi-cumhurun alacağı «tedbir»lerden bahsederken bu «tedbir» mefhumuyle —ikinci cümlemin anlatmak istediği veçhile— ancak vatandaşların muayyen âmme haklarını takyit ve tahdideden tedbirleri kastetmiştir.

Görülüyor ki bu tefsir oldukça dardır. Şöyle ki bu telâkkiye göre âmme emniyet ve intizamının vahim bir surette tehlikeye maruz bulunduğu zamanlarda reisi-cumhur —bu madde mucibince— sadece vatandaşlar hakkında birtakım tedbirler alabilir. Ancak ikinci cümlede musarrah âmme haklarını, bir müddet için, tatil edebilir. Bundan başka herhangi bir tedbir ittihaz edemez. Ezcümle Devlet organlarına, makamlarına hiçbir suretle dokunamaz.

İşte 48 inci maddeyi tahdidî bir surette tefsir edenlerin noktai nazarı budur. Maddeyi bu yolda anlamak lâzımgeldiğini iddia edenler ise: Anschütz (141); Stier-Somlo (142); Jellinek (143) ve Brunet (144) dir.

2. 48 inci maddeyi dar bir şekilde tefsir edenlerin noktai nazarını gördükten sonra; bir de bu maddeyi geniş bir surette tefsir eden-

(141) W. G. de Roussel'den naklen, p. 30.

(142) V. Tichelen'den naklen, p. 464.

(143) V. Tichelen'den naklen, p. 464.

(144) Brunet, p. 191—193.

lerin tezine göz gezdirelim. Bu tez bilhassa C. Schmitt (145), Jacobi (146) ve C. de Malberg (127) tarafından müdafaa edilmektedir.

a) C. Schmitt'e göre: 48 inci maddenin ikinci cümlesi birinci cümleyi tahdidetmez. Yani sonuncu cümle, birinci cümle ile reiscumhura tanınan salâhiyetleri takyide etmez. Bilâkis ikinci cümle birinci cümleyi tamamlar. Şöyle ki ikinci cümle reiscumhurun birinci cümle mucibince haiz olduğu salâhiyetlere yeni birtakım salâhiyetler daha katar. Hulâsa, reiscumhurun bu madde mucibince haiz olduğu salâhiyetler iki türdür:

aa) Bir kere birinci cümle mucibince reiscumhur —âmme emniyeti ve nizamı tehlikeye maruz bulunduğu zamanlarda— zarurî saydığı tekmil tedbirleri ittihaz salâhiyetlidir. Başka bir söyleyişle reiscumhur dilediği bütün tedbirleri alabilir. Hulâsa birinci cümlede mevzuubahsolan salâhiyet: umumî bir salâhiyettir. Zira kanun, reiscumhurun ne gibi tedbirler alabileceğini söylemiş değildir. Bu tedbirleri, tahdidî olarak göstermemiş, saymamıştır (148).

(145) Arch. für Off. Recht., 1941, p. 91 (V. Tichelen, p. 462—463).

(146) V. Tichelen, p. 463—464.

(147) C. de Malberg, Bull., p. 407.

(148) Maamafih C. Smith'e göre reiscumhurun haiz olduğu bu umumî salâhiyetin hudutları da yok değildir:

1. Bir kere reiscumhur bu salâhiyetini ancak âmme emniyeti ve nizamı ihlâl olduğu veya tehlikeye maruz bulunduğu takdirde kullanabilir.

2. İkincisi 48 inci maddenin tatbik edilebilmesi için mevcudiyetleri zarurî olan uzuvların ipka ve muhafazası lâzımdır. Yani —anladığımız göre— reiscumhur bu maddeye istinaden münasip gördüğü tedbirleri ittihaz ederken gerek vatandaşlar gerek Devlet organları, makamları hakkında dilediği tedbirleri alabilir. Ancak bu maddenin tatbiki için zarurî olan organlara dokunamaz. Yani reiscumhur —sırf bu maddeye müsteniden— Reichstag'ı fesih veya lâğvedemez. Zira bu maddede alınacak tedbirlerin meclisçe tasvibi mevzuubahistir. Daha doğrusu ittihaz edilen bilûmum tedbirler hakkında Reichstag'ın derhal haberdar edilmesi lâzımdır. Binaenaleyh bu maddenin tatbiki: ittihaz olunan tedbirlerin meclise arzını istilzam etmektedir. Demek ki bu maddenin tatbiki: bu maddenin tatbiki için zarurî olan bir uzvu bertaraf etmeye vesile teşkil edemez. Bir kelime ile —kanaatımızca— reiscumhur, bu maddeye tevfikân, teşri uzvunu tatil veya lâğvetmeye kalkışamaz.

Bunun gibi —ve yine fikrimizce— reiscumhur, bu maddeye istinaden, mahkemeler hakkında da tedbirler ittihaz edemez. Daha doğrusu kaza organını tatil, ilga etmeye kalkamaz. Zira mahkemelerin, bu maddeye istinaden ittihaz olunan tedbirler üzerine kazâî murakabelerini kullanabilecekleri müsellemidir. Demek ki bu maddenin tatbiki kazâî bir murakabenin icrasını tazammun eylemektedir. Öyleyse bu maddenin tatbiki: bu maddenin tatbikin-

bb) Saniyen ikinci cümle mucibince reiscumhur —yine aynı hallerde— muayyen âmme haklarını, âmme hürriyetlerini kısmen veya tamamen tatil edebilmek salâhiyetini haizdir. Bu hususî bir salâhiyettir. Zira —bunu biz ilâve ediyoruz— kanun, burada reiscumhurun muayyen âmme haklarını tatil edebileceğini söylemiş ve bu hakları tahdidî bir surette göstermiştir.

b) Leipzig profesörlerinden E. Jacobi ise bu maddeyi daha da geniş bir surette tefsir etmektedir. Gerçekten Jacobi'ye nazaran 48 inci madde reiscumhura anayasanın organik kısmına da dokunmak imkânını bahşetmektedir. Yani —anladığımıza göre— reiscumhur, bu maddeye tevfikân, Esas Teşkilât Kanununun ihdas ettiği organlar hakkında da dilediği tedbirleri alabilir. Lüzum gördüğü takdirde dilediği Devlet organlarını tatil veya ilga edebilir. Anayasanın bu uzuvlara tanıdığı salâhiyetleri kısımlar ve kaldırabilir.

Görülüyor ki Jacobi, C. Schmitt'ten daha ileri gitmektedir. Filhakika Profesör C. Schmitt'e göre reiscumhur, 48 inci maddenin tabiki için mevcudiyetleri elzem olan uzuvlara dokunamaz. Halbuki Jacobi'ye göre reiscumhur için bu gibi bir kayıt mevzu bahis değildir.

c) Nihayet C. de Malberg'e göre de 48 inci maddeye istinaden reiscumhurun ittihaz edebileceği tedbirler sadece vatandaşların âmme haklarının tatilinden ibaret olmamak gerektir.

İşte 48 inci maddeyi geniş bir surette tefsir edenlerin noktai nazarı da budur.

Bu iki telâkkiden hangisinin kabule şayan olup olmadığına gelince; biz ikinci noktai nazarın hakikate daha fazla tekabül ettiğine inananlarız.

Filhakika Vaymar kanununu yapanlar reiscumhura bu kadar geniş bir salâhiyet tanımak istemeseydiler birinci cümleyi kaleme almazlardı. Sadece ikinci cümle ile iktifa ederlerdi. Başka bir söyleyişle kanunun maksadı reiscumhurun yalnız vatandaşlar hakkında birtakım tedbirler ittihaz etmesine müsaade eylemek, fakat bundan başka herhangi bir tedbir almasını tecviz etmemek değildir. Ka-

dan mütevellit ihtilâflar için kabul edilen bir esası bertaraf etmeye yarayamaz.

3. Nihayet reiscumhur sadece tedbirler ittihaz edemez. Yani —anladığımıza göre— reiscumhurun ittihaz ettiği tedbirlerin hakikaten bir ihtiyaca cevap veren bir tedbir olmaları gerektir. Bir kelime ile bunların hakikî birer «tedbir» vasıf ve mahiyetini haiz olmaları lâzımdır.

nunun maksadı bu olsaydı iki cümle yerine tek cümle kullanırdı. Daha doğrusu birinci cümleyi tamamen hazif ve tayyederdi. Reiscumhurun sadece 115, 116, 117 inci ilh... maddelerde musarrah âmme haklarını kısmen veya tamamen tatil edebileceğini söylerdi. Birinci cümlede yaptığı gibi ayrıca gereken tedbirleri alabileceğini beyan etmezdi.

Bunun içindir ki biz iki cümlelerin reiscumhura ayrı ayrı salâhiyetler bahsettiğine kaniiz. Nitekim —bu noktai nazara pek taraftar görünmiyen— V. Tichelen dahi tatbikatta bu noktai nazarın kabule mazhar olduğunu itiraf etmektedir (149).

Gerçekten tehlikeli ve buhranlı zamanlarda reiscumhurun gereken tedbirleri alabilmesi için maddenin geniş bir surette tefsirine ihtiyaç vardı. Bundan dolayı tatbikatta 48 inci madde geniş bir şekilde tefsir edildi. Reiscumhurun —ikinci cümlede tadadolunmıyan âmme hakları müstesna (150)— dilediği bütün tedbirleri alabileceği kabul olundu.

Esasen —maddeden anlaşıldığı üzere— Reichstag, reiscumhur tarafından müttehas tedbirlerin daima geri alınmasını istiyebilir. Bu itibarla zâhiren reiscumhura diktatoryal salâhiyetler tanınmasına müncer olan bu geniş tefsir haddizatında reiscumhura ancak meclisin icazetiyle hareket etmek salâhiyetini tanıyor demektir. Gerçekten reiscumhur —ancak Reichstag müsaade ettiği veya göz yumduğu müddetçe— bir diktatör gibi hareket edebilecek, dilediği tedbirleri alabilecektir.

Ancak şu da muhakkaktır ki Reichstag, herhangi mülâhaza ile, kendiliğinden bu kontrol salâhiyetini kullanmıyacak olursa reiscumhurun hakikaten bir diktatör rolü oynamasına sebebiyet vermiş olur ki, Almanyada vaziyet bu merkezde inkişaf etmiştir.

H. Tatbikatta kabule mazhar olmuş bulunan geniş tefsire göre reiscumhurun —bu madde mucibince— haiz olduğu fevkalâde salâhiyetlerin neden ibaret olduğunu görelim. Bu madde mucibince reiscumhurun iki türlü salâhiyeti vardır:

1. Evvelâ maddî, fiilî birtakım tasarruflar yapabilir. Bu mad-

(149) V. Tichelen, p. 462.

(150) Filhakika 48 inci maddeyi en geniş bir surette tefsire taraftar olanlar dahi ikinci cümlelerin sarahatine binaen reiscumhurun sayılan âmme haklarından başkalarını tatil, talik ve takyidedemiyeceğine kanidirler. Metin açıktır. Tatil olunabilecek hakları tahdidî bir surette saymaktadır. Bu itibarla bu haklardan maadasına dokunulamaz.

deye müsteniden reiscumhurun müracaat edeceği fiili tasarruflar: müsellâh kuvvete müracaat etmektir.

2. Saniyen hukukî birtakım tasarruflar meydana getirebilir ki bunları şu suretle sıralamak mümkündür:

a) Reiscumhur idarî nizamnameler yapabilir;

b) Reiscumhur, münhasıran bu kanuna dayanmak suretiyle —yani ayrıca hususî bir kanuna lüzum olmaksızın— hukukî nizamnameler ısdar edebilir. Diğer bir ifade ile Vaymar rejiminde —evvelce gördüğümüz veçhile— kaideten hukukî nizamname ısdar edebilmek için behemehal hususi bir kanunun bu bapta bir müsaadesine lüzum olduğu halde; 48 inci maddeye tevfiikan reiscumhurun re'sen hukukî nizamnameler ısdar edebileceği kabul olunmaktadır. Tatbikat da bu şekilde tecelli etmiştir.

Burada hukukî nizamnameden bahsederken her iki şekil ve nevini de kasdetmekteyiz. Filhakika 48 inci madde mucibince reiscumhur kanunların icrası zımında birtakım hukukî nizamnameler ısdar edebileceği gibi; kanun kuvvetini haiz ve binnetice kanunları tatil, tadil ve ilga etmek imkânına malik «décret-loi» lar da ittihaz edebilir. Bu suretle 48 inci madde mucibince reiscumhur teşriî faaliyette bulunabilir. Kanun vâzı gibi kanunların tanzim ettikleri mevaddı nizamnameler vasıtasıyla tanzim edebilir.

c) Reiscumhur, bu madde mucibince vatandaşların muayyen âmme haklarını birtakım tahdidat ve takyidata tâbi tutabilir.

d) Reiscumhur, vatandaşların muayyen âmme haklarını tatilden maada birtakım tedbirler ittihaz edebilir.

aa) İcra salâhiyetlerini muayyen makamlara devir ve tevdi edebilir. Meselâ reiscumhur anayasa tarafından icra uzvuna tanınan salâhiyetleri tamamen veya kısmen birtakım şahıslara —bilfarz mülkî veya askerî komiserlere— devredebilir. Nitekim tatbikatta bu görülmüştür.

bb) Askerî divanlar kurabilir.

Biz, bu madde mucibince reiscumhurun haiz olduğu fevkalâde salâhiyelerin hepsini burada inceliyecek değiliz. Yalnız reiscumhurun kanun kuvvetini haiz nizamnameler, «décret-loi» lar ısdarı meselesi üzerinde biraz duracağız.

I. Reiscumhurun —48 inci madde mucibince— haiz olduğu tanzim salâhiyetinin, kanunların tanzim ettikleri mevzu ve mevadda; bir kelime ile teşri sahasına da şâmil olduğu doktrin ve tatbikatta

kabul olunmaktadır. Bu itibarla —mezkûr maddeye müsteniden— reiscumhurun teşri salâhiyetini haiz olduğu söylenmektedir.

1. Doktrin ve tatbikat ceza hukuku ve ceza usulü mesailini tanzim hususunda reiscumhura geniş bir tanzim, teşri salâhiyeti tanımaktadırlar. Ancak reiscumhurun, anayasanın 105 ve 116ncı maddelerini (151) bertaraf ve ihlâl edemeyeceği de yine müsellemdir.

Hulâsa —bu iki maddede kabul edilen prensiplere dokunmamak şartıyla— reiscumhurun ceza hukuku ve ceza usulü sahasında kanun vâzı gibi teşri salâhiyetini haiz olduğu iddia edilmektedir. Bilfarz reiscumhur:

a) Ceza prosedürünü basit bir hale irca edebilir;

b) Yeni cezalar vaz'edebilir veya mevcut cezaları ağırlaştırabilir, artırabilir;

c) Askerî divanlar kurabilir.

Müelliflere göre reiscumhurun ceza hukuku sahasındaki bu fevkalâde tanzim salâhiyeti şu esasa dayanmaktadır: bu gibi tedbirlerin ittihazı bozulan âmme emniyet ve intizamının tekrardan tesisi için zarurîdir. Esasen bu gibi tedbirlerin Devlet reisi tarafından ittihazı Almanyada öteden beri kabul olunmuştur. Alman örf ve âdet taamülünde Devlet reisi bu gibi hallerde daima bu gibi salâhiyetleri haiz olmuştur.

2. Diğer teşriî mesail hususunda —yani ceza hukukundan başka sahalarda —reiscumhurun tanzim ve teşri salâhiyetini haiz olmadığı söylenmektedir.

Demek ki doktrine nazaran reiscumhur ceza hukuku sahasında teşri ve tanzim salâhiyetini haizdir. Bu saha haricinde bu gibi bir salâhiyeti yoktur. Biz, kendi hesabımıza, bu tefrikin tamamen sun'î olduğuna inanıyoruz. Zira, reiscumhura umumî ve mutlak olarak ceza vaz'etmek imkânı tanınınca bunun tabii ve zarurî bir neticesi olarak reiscumhur herhangi bir fiili suç haline sokabilecektir. Her fiil için ceza koyabilecektir. Bir kelime ile dilediği her hususu ceza hukuku çerçevesi ve ceza hukuku sahası içinde ithal edebilecektir. Bilfarz Medenî Kanununun, Ticaret Kanununun mevzuu içine giren muameleleri de memnu birer fiil, birer suç haline ifrağ edebilecektir. Bilfarz hile, ikrah, gabın, gayrikanunî rekabet... gibi hususları

(151) 105 inci maddeye göre —harb divanları müstesna— istisnaî mahkemeler tesis edilemez. 116ncı madde mucibince de bir fiil ancak bu fiilin ikandan evvel kanunen suç olarak tâyin edilmiş olduğu takdirde cezayı müstelzim olabilir.

birer suç sayabilecektir. Bunları birer ceza ile teyidedebilecektir. Elhâsıl medenî hukuk, ticaret hukuku mevaddını ceza hukuku mesaili haline kalbedebilecektir. Cezaî mevat ile cezaî olmıyan mevat tefrikinin hudutlarına dilediği elâstikiyeti verecektir. Bu suretle Medenî Kanun, Ticaret Kanunu... hükümlerini —doğrudan doğruya değilse bile— bilvasıta tadil ve tağyir etmiş olacaktır.

Bu itibarla biz bu gibi bir tefrikin hakikate ve şe'niyete hiçbir suretle tekabül edemiyeceğine kaniiz. Nitekim bazı müellifler —sarahaten değilse bile— zımnen ve dolambaçlı birtakım yollardan hareket ederek reiscumhurun —48 inci maddeye istinaden— mevcut bütün kanunları tadil edebilmesini tecviz eylemektedirler.

Bir kelime ile bunlar, reiscumhura mevzuatı tadil, ilga etmek, mevcut hükümler yerine başkalarını koymak salâhiyetini mutlak olarak tanımak istiyorlar. Hulâsa 48 inci maddeye tevfikân ve ayrıca hususî bir kanuna dayanmak mecburiyeti olmaksızın reiscumhurun kanun kuvvetini haiz nizamnameler, «décret-loi» lar ısdar edebileceğini iddia ediyorlar. Bu madde mucibince reiscumhurun, kanun vâzı gibi fakat muvakkat bir zaman için, teşri salâhiyetini dilediği veçhile kullanabileceğini söylüyorlar (152).

Şunu ilâve etmek lâzımdır ki tatbikat bu yolda inkişaf etmiştir. 48 inci maddeye dayanmak suretiyle reiscumhur —ayrıca hususî bir kanundan aldığı salâhiyete, müsaadeye istinadetmeksizin— bir sürü «décret-loi», kanun kuvvetini haiz kararnameler, hukukî nizamnameler ısdar etmiş, böylelikle kanun vâzı yerine geçmiş, ceza hukuku gibi teknil teşriî sahaları kendisi —âdeta teşri uzvu yerine kaim olarak— tanzim eylemiş, bu suretle kanun vâzının bir rakibi olarak Reichstag'ın yanında mevki ihraz eylemiştir. Filhakika kanun kuvvetini haiz nizamnamelerin adedi ve ehemmiyeti günden güne artmıştır. Binnetice Reichstag'ın teşri faaliyeti daralmaya yüz tutmuş; bilâkis reiscumhurun tanzim, teşri salâhiyeti aynı nispette genişlemiştir.

J. Şimdi 48 inci maddenin 3 üncü bendine bir nazar atfetmek sırası gelmiştir.

Bu bentte «reiscumhurun işbu maddenin birinci ve ikinci bentleri mucibince ittihaz etmiş olduğu teknil tedbirler hakkında Reichstag'ı haberdar etmeye mecbur olduğu» yazılıdır.

Bu hüküm tahlil olunduğunda şu noktalar tebarüz eder:

(152) Bu müellifler bilhassa Hattschek ve Meisgner'dir (V. Tichelen, p. 467).

1. Maddede sarahaten söylenmemekle beraber; meclisin bu tedbirleri murakabe edebileceği aşikârdır. Zira bu tedbirlerin meclise arzı keyfiyeti alelâde bir formaliteden ibaret değildir. Tedbirlerin meclise bildirilmesi mecburiyeti murakabeyi mümkün kılmak için vaz'olunmuştur. Demek ki Reichstag, hükûmetin diğer tasarrufları, işleri gibi bu madde mucibince reiscumhurun ittihaz ettiği tedbirleri de kontrol edebilecektir. Hattâ birçok Alman müelliflerine nazaran: Reichstag mezkûr maddenin tatbikını kontrol edebilecek yegâne mercidir. Bir kelime ile bu madde mucibince müttehad tedbirleri ve bu meyanda nizamnameleri, kararnameleri, «décret-loi» ları murakabe etmek münhasıran Reichstag'ın salâhiyeti cümlesindedir.

Keza işbu maddeye müsteniden müttehad tedbirler üzerinde mahkemelerin kazaî murakabelerini kabule taraftar olan hukukçular dahi hakiki murakabe merciinin: parlamento olduğunu teslim ediyorlar (153).

Velhâsıl anlaşılıyor ki parlamento bu tedbirler üzerinde siyasi kontrolunu kullanabilir.

2. Bu siyasi murakabe dolayısıyla Reichstag'ın, müttehad tedbirlerin geri alınmasını istiyebileceği de müelliflerce müsellemdir (154). Maamafih şuna işaret edelim ki doktrin Reichstag'ın bu tedbirleri bizzat kendisi iptal ve ilga etmediğini belirtmektedir. Filhakika müracaat ettiğimiz müelliflerden hiçbiri Reichstag'ın bu tedbirleri bizzat iptal, ilga, ref'edebileceğini söylemiyor. Bu müellifler, meclisin sadece bu tedbirlerin geri alınmasını (155), ortadan kaldırılmasını (156), tatilini (157), iptalini (158) *istiyebileceğini* beyan ediyorlar. Demek ki bu tedbirleri iptal edecek, geri alacak, kaldırarak olan yine onları vaz'eden makam, yani reiscumhurdur.

3. Reichstag bu tedbirlerin iptalini, geri alınmasını, kaldırılmasını, tatilini muayyen bir müddet zarfında değil her zaman istiyebilir.

4. Reichstag bu tedbirler üzerinde siyasi murakabesini kullanırken bunların ipkasına veya iptaline basit ekseriyetle karar verir.

(153) Tafsilât için bakınız: W. G. de Roussel, p. 33, 103—105.

(154) Vermeil, p. 144; W. G. de Roussel, p. 35; V. Tichelen, p. 468; C. Schmitt, (W. G. Roussel'den naklen, p. 36).

(155) V. Tichelen, p. 468.

(156) W. G. Roussel, p. 35.

(157) C. Schmitt, (W. G. Roussel'den naklen, p. 36).

(158) Vermeil, p. 144.

5 — Reiscümhurun bu karara derhal uyması lâzım gelir. Yani reiscümhur Reichstag'ca talep edilen tedbiri geri almak mecburiyetindedir (159). Hattâ meclis reiscümhur tarafından — bu talep üzerine — feshedilse dahi bu böyledir. Meclisin feshine rağmen reiscümhur ittihaz ettiği tedbirleri geri almak zorundadır. Ancak şu var ki yeni bir takım ahval ve şeraitin zuhuru dolayısıyla eskiden iptal olunan, geri alınan bir tedbiri reiscümhur tekrardan — 48 inci maddeye müsteniden — ittihaz edebilir. Bu itibarla reiscümhurun meclisi felhetmesi, ahval ve şeraitte bir değişiklik ve yenilik sayılmak icap eder. Binnetice bir tedbirin iptalini isteyen meclisin feshinden sonra reiscümhur iptal ettiği tedbiri yeniden alabilir. Hülâsa meclisin feshi keyfiyeti tedbirin yeniden ittihazı için kâfi bir sebep telâkki olunmaktadır. Nitekim tatbikat bu görüşü teyidemiştir.

6 — Reichstag'ca iptali talep olunan bir tedbirin reiscümhur tarafından iptali keyfiyeti makalede şamil olmaz. Yani iptal, Reichstag'ın talebi anından itibaren değil; sırf reiscümhurun müdahalesinden sonra hüküm ifade eder (160).

7 — 48 inci madde mucibince parlamentoya siyasi bir kontrol salâhiyetinin tanınmış olmasından mühim neticeler çıkar:

a) Bir kere bu meselede parlâmentonun üstünlüğü esası kabul olunmaktadır. Zira meclisin kararı reiscümhuru bağlamaktadır. Yani meclisin geri alınmasını talep ettiği tedbirleri reiscümhur iptal etmekle mükelleftir. Demek ki — bu maddeye tevfikân — reiscümhurun oynayacağı rol sırf muvakkat bir zamana münhasır kalmaktadır. Zira reiscümhurun ittihaz ettiği tedbirlerin, nizamnamelerin derhal — yani en kısa bir müddet içinde — meclise arzı lâzım gelmektedir. Meclis geri alınmasını isteyince de reiscümhur, ittihaz ettiği tedbirleri derhal geri almak mecburiyetindedir.

(159) Maamafih müelliflerden Herrfahrd'a göre (W. G. Roussel) hukukî bakımdan reiscümhur Reichstag'ın kararına ittiba mecburiyetinde değildir. Müellife nazaran reiscümhur ittihaz ettiği tedbirin doğruluğuna ve lüzumuna kani bulunduğu takdirde Reichstag'ın talebine rağmen bunu geri almayabilir. Bu tedbiri iptal etmiyebilir.

Bu noktai nazarı tenkit ve münakaşa etmek bize düşmez. Yalnız şunu belirtelim ki: Reiscümhurun Reichstag'ın kararına uymaması halinde, zannımızca, meclisin elinde iki silâh vardır. Bir kere Reichstag — 43 üncü madde mucibince — reiscümhurun — halkın rey itası yoluyla — iskatını isteyebilir. Saniyen — 59 uncu maddeye tevfikân — reiscümhuru, ana yasaya muhalif hareketinden dolayı, adalet divanı muvacehesinde tecrim edebilir.

(160) W. G. de Roussel, p. 104.

b) Bu madde mucibince reiscümhurun bizzat Reichstag hakkında, daha doğrusu aleyhinde tedbir ittihaz etmesi hukukan muhtasavver değildir. Buna hukukan imkân yoktur. Belki reiscümhur buna fiiliyatta tevessül edebilir. Fakat mademki ana yasaya göre Reichstag 48 inci maddenin tatbikini murakabe etmekle mükelleftir; demek ki Reichstag 48 inci maddenin kurmak istediği rejimin mürakıbı mevki ve vaziyetindedir. Zannımızca bir rejimi mürakabe edecek bir uzuv aleyhine — yine bu rejime dayanarak — bir tedbir ittihaz olunamaması hukuk mantığı icabatındandır. Başka bir söyleyişle 48 inci maddede ana yasa Reichstag'a bir kontrol salâhiyeti tanımıştır. Bu itibarla mezkûr maddeye istinaden bu mürakabe salâhiyetinin bertaraf edilmesi — ana yasa bakımından — imkânsızdır.

c) Yine aynı mülâhazalara istinaden denebilir ki: Reiscümhur tarafından sırf Reichstag'ın memleketin intizamı ve emniyeti için bir tehdit ve tehlike teşkil ettiği ileri sürülerek 48 inci maddeden istifade edilmesine hukukan imkân yoktur. Esasen Alman Ana Yasasında parlamanter rejimin kabul edildiği (161) göz önünde tutulacak olursa reiscümhurun 48 inci maddeyi parlâmento aleyhine bir silâh olarak kullanamaması daha kolaylıkla anlaşılır.

d) Yine bu mantıkî istidlâl bizi şu neticeye götürür ki: Reiscümhur, bu fevkalâde salâhiyetini Reichstag aleyhine kullanamadığı gibi; Reichstag'ın tasvip eylemediği, bilâkis benimsemekten imtina eylediği, tutmadığı bir siyaseti, bir programı tahakkuk ettirebilmek ve tatbik etmek maksadile dahi kullanamaz. Bu gibi bir hareketin ana yasanın ruhuna, kurduğu parlamanter rejime, koyduğu esaslara aykırı sayılmak lâzım geleceği aşikârdır. Filhakika ana yasa parlâmento ile hükûmet arasında çıkacak ihtilâfların halli için bir takım usuller ve yollar göstermektedir. Bu ihtilâfların bu yollardan halli gerekir.

e) Nihayet Reichstag'ın, herhangi bir tedbire göz yumarak iptalini talep etmemesi halinde reiscümhura hiçbir gûna mes'uliyet terettüp etmez. Westarp'a göre (162) bu takdirde Reichstag bunun mes'uliyetini reiscümhurla beraber paylaşır. Binnetice — bunu biz ilâve ediyoruz — Reichstag'ın iptalini talep etmediği bir tedbiri it-

(161) Nitekim Brunet, p. 156—157; E. Giraud, p. 337—339; Redslop (Rev. Dr. Pub. 1923, p. 511—539) Vaymar kanununun parlamanter rejimi kabul ettiğini belirtiyorlar.

(162) W. G. Roussel, p. 105.

tihaz etmiş olduğu için reiscümhurun ne iskatını, ne mücrimiyetini talep edememesi iktiza eyler.

K) 48 inci madde mucibince ittihaz olunan nizamnamelerin neşir, ilân ve promülgasyonu meselesine gelince; W. G. de Roussel bize neşir, ilân ve promülgasyonun bu nizamnameler için mecburî birer şart teşkil etmediklerini söylüyor (163).

L) Şunu da ilâve edelim ki teknil tasarruflar gibi reiscümhurun 48 inci maddeye tevfikân ittihaz ettiği tedbirlerin, nizamnamelerin de şansöliye ile müştereken imzalanması lâzımdır.

M) 48 inci maddenin 4 üncü bendine göre Land hükümetleri de, kendi hudutları dâhilinde reiscümhur gibi Reich kanunlarını, Land mevzuatını tatil, tâdil ve ilga eden hukukî nizamnameler isdar edebilirler. Ancak Reichstag veya reiscümhurun talebi üzerine bunlar geri alınacağı gibi; mahallî meclislerin de bunların iptalini istemeğe salâhiyetleri vardır.

N) 48 inci maddenin tetkikine nihayet vermeden bir noktaya daha temas edelim. Bu maddeye istinaden ittihaz olunan tedbirler ve bu meyanda nizamnameler üzerinde kazaî mürakabe cereyan edip edemiyeceğini araştıralım.

Evvelce hukukî nizamnamelerin kazaî mürakabeye tâbi olduklarını söylemiştik. Bu itibarla ilk nazarda 48 inci maddeye istinaden isdar olunan nizamnamelerin kazaî mürakabeye tâbi olup olmadıklarını araştırmaktaki fayda birden kestirilemez.

Lâkin 48 inci maddeye dayanan nizamnamelerin fevkalâde ve istisnaî mahiyetleri göz önünde tutulursa; bunlar üzerinde kazaî mürakabenin cereyan edip edemiyeceği keyfiyetinin tetkike değer bir mesele olduğu kolaylıkla anlaşılır. Hülâsa 48 inci maddeye tevfikân isdar olunan tedbirler — ve ezcümle nizamnameler — üzerinde kazaî bir mürakabe cereyan edip edemiyeceği câyi sualdir.

Fakat hemen şunu kaydedelim ki 48 inci maddeye müsteniden ittihaz olunan tedbirler ve bu meyanda nizamnameler üzerinde mahkemelerin kazaî mürakabelerini kullanıp kullanamayacakları meselesi alman doktrininde vazıhan ve kat'iyetle halledilmiş değildir. Baş vurduğumuz müelliflerden hiçbiri bunu açık ve kesin olarak halletmiyor. Hiçbirinden sarîh ve kat'î bir fikir edinmek mümkün olmuyor. Bu meseleyi en etraflı şekilde inceliyen W. G. de Roussel dahi, bu noktanın müphemiyet ve karanlığına işaret ediyor.

Biz, müellifin bu baptaki izahatiyle Smend ve Duez'in alman âmme hukukunda hükümet tasarrufları hakkındaki mütalâalarını nazarı itibara alarak şu neticelere varabileceğimizi sanıyoruz:

1 — Bir kere muhakkak olan şu ki, alman doktrini 48 inci maddenin bir takım hudutları olduğuna kanidir. Nitekim buna evvelce işaret etmiştik.

2 — Bu madde için bir takım hudutlar kabul olunduğuna nazaran; bunun mantikî bir neticesi olarak ihtilâf halinde bu hudutların aşılıp aşılmadığının mahkemece araştırılması iktiza eyler.

3 — Nitekim tatbikatta da böyledir. Mahkemelerin — ezcümle Staatsgericht ve Reichsgericht'in— 48 inci maddeye tevfiikan ittihaz olunan tedbirler üzerinde kazaî mürakabelerini kullandıklarını görüyoruz.

4 — Mahkemelerin bu baptaki içtihatlarından da şu esasları çıkarabiliriz:

a) Esas itibariyle 48 inci madde reisicümhura ve Land hükümetlerine çok geniş bir takdir salâhiyeti bahşetmektedir. Bundan dolayı bu maddenin tatbiki, prensip itibariyle, kazaî mürakabenin dışında kalmaktadır. Zira takdir salâhiyetinin mevcut olduğu yerlerde kazaî mürakabenin cereyan edemeyeceği alman âmme hukukunda da kabul olunan bir esastır (164).

b) Fakat her salâhiyet gibi takdir salâhiyetinin de hudutları vardır. Yani takdir salâhiyetinin dışında kalan hususlar ve noktalar da mevcuttur. İşte bu hususlarda, bu noktalarda kazaî mürakabenin cereyan edebileceği aşikârdır. İşte 48 inci madde, esas itibariyle, takdir salâhiyetine müstenit olduğu halde; bazı hususlarda, bazı noktalarda bu takdir salâhiyeti mevcut değildir. Binnetice 48 inci madde, prensip itibariyle, kazaî mürakabe dışında kaldığı halde; bu hususlarda, bu noktalarda mahkemelerin kontrolüne tâbi bulunmaktadır.

c) Bu itibarla kazaî mürakabenin hangi noktalarda cereyan edemeyeceğini; bilâkis hangi hususlarda böyle bir kontrolün bahse mevzu olabileceğini tesbit etmek faydalı olur.

Fakat bu meselede Reichsgericht ile Staatsgericht'in içtihatları birbirinden farklı olduğundan meseleyi evvelâ Reichsgericht'e, sonra da Staatsgericht'e göre mütalâa etmek zaruridir:

aa) Reichsgericht'in içtihadı şudur: Reichsgericht 48 inci madde mucibince müttehaz bazı nizamnamelerin — zabita nizamname-

lerinin — hukukan muteber ve sahih olup olmadıklarını ceza hukuku bakımından tesbit etmek zorunda kalmıştır. Yüksek mahkeme, bu maddeye tevfiikan isdar olunan zabıta nizamnamelerinin muteber olup olmadıklarını araştırmaktan kaçınmamıştır. Ancak şunu da ilâve etmek lâzımdır ki bu mevzuda mürakabe salâhiyetini çok çekingin bir tarzda ve pek mahdut bir şekilde kullanmıştır. Filhakika Reichsgericht'in içtihatlarına göre:

— Âmme emniyet ve nizamının hakikaten 48 inci maddenin tatbikini icap ettirecek derecede bir tehlikeye ve teşevvüşe duçar olup olmadığını tayin reiscümhurun ve onu kontrol edecek olan Reichstag'ın takdir salâhiyeti cümlesindedir. Binnetice mahkemeler âmme emniyet ve nizamının gerçekten 48 inci maddenin tatbikini muktazi kılıp kılmadığını araştıramazlar (165).

— Mahkemeler, ittihaz olunan tedbirlerin hakikaten önlenmesi istenilen tehlikeleri karşılayıp karşılamadıklarını da tetkik edemezler. Zira bu tedbirlerin ihtiyaçlara cevap verip vermediklerini; bir kelime ile bunların oportünite ve uygunluk derecesini takdir etmek mahkemelere terettüp etmez. Binaenaleyh âmme emniyet ve intizamı hakikaten mezkûr tedbirlerin alınmasını âmir midir? Vaziyet bu tedbirleri meşru gösterebilir mi? Mahkemeler bu noktaları araştırmazlar. Keza ittihaz olunan tedbirlerin şekil, nevi, vüs'at ve şümül itibariyle ihtiyaçlara uygun olup olmadıklarını mahkemeler takdir edemezler. Velhasıl ittihaz olunan tedbirlerin maksada uygunluğunu takdir etmek hususunda reiscümhur ve Reichstag tam ve mutlak surette serbesttirler (166).

Mahkemeler ancak aşağıdaki hallerde mürakabelerini kullanabilirler:

— 48 inci maddenin istihdaf ettiği gayeler nazarı itibara alınmadığı takdirde;

— İttihaz olunan tedbirlerin hukukan muteber olmaları için 48 inci maddenin aradığı hukukî şartlara riayet edilmediği bariz bir surette sabit olduğu zaman;

— Bu madde tamamen keyfi ve indî bir surette tatbik edildiği hallerde... mahkemeler bu tedbirlerin muteber olmadıklarına hükmedebilirler.

bb) Staatsgericht'in içtihadı ise daha geniştir. Filhakika Vay-

(165) W. G. Roussel, p. 103.

(166) W. G. Roussel, p. 103; Duez, p. 131.

mar Kanununun 19 uncu maddesi mucibince Staatsgericht'in rüyet ve halledeceği bir çok ihtilâflar vardır:

— Bir Land dahilinde zuhûr eden ana yasa ihtilâflarını — yani Land'ın muhtelif organları arasındaki ihtilâfları — halledecek hususî bir mahkeme mevcut değilse bunlara Staatsgericht bakar;

— Ayrıca bir mahkeme ihdas edilmediği takdirde muhtelif Land'lar arasında veya bir Land ile Reich arasında zuhûr eden hususî hukuk ihtilâflarından maada bütün ihtilâfları da Staatsgericht rüyet ve halleder.

İhtilâfların bu mahiyetleri dolayısıyla bu mahkemeye alelâde fertler değil ancak âmme hükmi şahısları — Reich, Land ve fırkalar — müracaat edebilirler. İşte Staatsgericht'te, 48 inci madde dolayısıyla, birçok müracaatler vaki olmuştur.

Staatsgericht de: 48 inci maddenin, hükûmet ve Reichstag için esas itibariyle bir takdir salâhiyeti tazammun ettiğini beyan etmiştir. Fakat kendisi siyasî ihtilâfları hal ile mükellef bir kaza mercii olmak itibariyle 48 inci madde mucibince müttehaz tedbirler üzerinde Reichsgericht'ten daha geniş bir kontrol icra etmiştir: İttihaz olunan tedbirlerin — hilâfı sabit oluncaya kadar — muteber olduklarını bir karine olarak kabul etmekle beraber; ana yasanın 48 inci maddenin tatbiki için aradığı şartların hakikaten tahakkuk edip etmediğini, hakikaten âmme emniyeti için bir tehlikenin mevcut olup olmadığını, vaziyetin ittihaz olunan tedbirleri hakikaten zarurî kılıp kılmadığını araştırmış. Bu noktalar üzerinde kazai mürakabesini kullanmıştır.

Doçent Ragıp Sarıca