T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

İDARENİN DÜZENLEME YETKİSİ

Fransız ve Türk Hukukunda Düzenleme Yetkisinin Kapsamı Yönünden Karşılaştırmalı Bir İnceleme

Doktora Tezi

K. Burak ÖZTÜRK

Tez Danışmanı : Prof. Dr. Metin GÜNDAY

Tez Jürisi Üyeleri

Prof. Dr. Turgut TAN

Prof. Dr. Metin GÜNDAY

Prof. Dr. Erdal ONAR

Doç. Dr. Cüneyt OZANSOY

Doç. Dr. Ali ULUSOY

Tez Sınavı Tarihi: 1.12.2006

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER I

KISALTMALAR V

GİRİŞ 1

BİRİNCİ BÖLÜM
İDARENİN DÜZENLEME YETKİSİNİN GELİŞİM ÇİZGİSİ 6

I. FRANSA 7

A. DÜZENLEME YETKİSİNİN DOĞUŞU: 1789-1799 9

1. 1791 Anayasası: Düzenleme Yetkisinin Yadsınması 10

2. Uygulamada Düzenleme Yetkisinin Ortaya Çıkışı ve Anayasallaşması 17

B. DÜZENLEME YETKİSİNİN ÖZERKLEŞMESİ 25

1. Kural: İdarenin Kanunların Uygulanmasına Yönelik Düzenleme Yetkisi 26

2. Uygulama: Kanunu Aşan Düzenleme Yetkisi 33

II. TÜRKİYE 40

A. DÜZENLEME YETKİSİNİN DOĞUŞU: 1876-1924 43

1. 1876 Kanun-ı Esasîsi 43

2. 1920-1924 Dönemi 50

B. DÜZENLEME YETKİSİNİN YERLEŞMESİ.....56

1. 1924 Anayasası.....56

2. 1961 Anayasası.....61

İKİNCİ BÖLÜM
DÜZENLEME YETKİSİNİN KURAMSAL ÇERÇEVESİ.....66

I. İŞLEVSEL YAKLAŞIM.....67

A. YASAMA İŞLEVİNİN BİR PARÇASI OLARAK DÜZENLEME YETKİSİ.....68

1. Yasama ve Yürütme Arasındaki İşlevsel Ayırım.....68

2. İşlevsel Ayırıma Uygun Bir Kuramsal Açıklama: Yasama Yetkisinin Devri.....75

B. İŞLEVSEL YAKLAŞIMIN POZİTİF HUKUKU AÇIKLAMA GÜCÜ.....80

1. Pozitif Hukukta Devlet İşlemlerinin Tasnifi.....80

2. Düzenleme Yetkisini Yasama Yetkisinin Devri İle Açıklayan Görüşlerin Yetersizliği.....85

II. DÜZENLEME YETKİSİNİN İDARÎ İŞLEVE İTHALİ: KANUNLARIN YÜRÜTÜLMESİ KAVRAMI.....87

A. KURAMSAL ÇERÇEVE.....88

1. Düzenleme Yetkisinin Kanunların Yürütülmesi İşlevine Bağlanması.....88

2. Düzenleme Yetkisinin Kanunların Yürütülmesi İşlevine Bağlanmasının Hukuksal Sonuçları 94

B. KURAMSAL ÇERÇEVENİN AKIBETİ 102

1. Fransız Hukuku: Çerçevenin Kırılması.....102

2. Türk Hukuku: Çerçevenin Uyarlanarak Muhafazası 107

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

1958 FRANSIZ VE 1982 TÜRK ANAYASALARINDA DÜZENLEME YETKİSİNİN KAPSAMI.....115

I. DÜZENLEME YETKİSİNİN FARKLI GÖRÜNÜM BİÇİMLERİ VE ORTAK DAYANAK SORUNU 116

A. ÖZERK VE TÜREV DÜZENLEME YETKİSİ 116

1. Fransız Hukuku.....117

2. Türk Hukuku.....125

B. DÜZENLEME YETKİSİNİN DAYANAĞI.....131

1. Anayasal Dayanak Arayışı 132

2. Düzenleme Yetkisinin Dayanağı Sorunu ve Kurum Teorisi.....137

3. Regülasyon İşlevi ve Düzenleme Yetkisi.....143

II. DÜZENLEME YETKİSİNİN KANUNLA İLİŞKİSİ.....147

A. DÜZENLEME YETKİSİNİN KANUNLA İLİŞKİSİNİ BELİRLEYEN FAKTÖRLER.....148

1. Fransız Hukuku: Özerk Düzenleme Yetkisinin Konumu 148

2. Türk Hukuku: Yasama Yetkisi ile Düzenleme Yetkisi Arasındaki Sınırın Belirsizliği 153

B. KANUNUN HİYERARŞİK ÜSTÜNLÜĞÜ 162

1. Yasallık İlkesinin Kapsamı 163

2. Fransız Hukuku 165

3. Türk Hukuku 167

SONUÇ 170

ÖZET 174

RESUME 175

KAYNAKÇA 176

KISALTMALAR

a.	**:** Aşağıda
AİD	**:** Amme İdaresi Dergisi
AJDA	**:** Actualité juridique – droit administratif
AÜSBF	**:** Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
AYM	**:** Anayasa Mahkemesi
B.	**:** Baskı
Bkz.	**:** Bakınız
C.	**:** Cilt
CC	**:** Conseil Constitutionnel
CE Ass.	**:** Conseil d'Etat Assemblée
CE sect.	**:** Conseil d'Etat Séction
CE	**:** Conseil d'Etat
chap.	**:** Chapitre
chron.	**:** Chronique
CNRS	**:** Centre national de la recherche scientifique
concl.	**:** Conclusion

D.	**:** Recueil Dalloz
DBB	**:** Danıştay Bilgi Bankası
DD	**:** Danıştay Dergisi
DDDK	**:**Danıştay Dava Daireleri Kurulu
dn.	**:** Dipnot
E.	**:** Esas
éd.	**:** Édition
EDCE	**:** Etudes et documents du Conseil d'Etat
Fasc.	**:** Fascule
GAJA	**:**Les grands arrêts de la jurisprudence administrative
GDCC	**:** Les grandes décisions du Conseil constitutionnel
İ	**:** İçtima
İHİD	**:**İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi
İÜHF	**:**İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Juriscl. Adm.	**:** Jurisclasseur Administratif
K.	**:** Karar
LGDJ	**:** Librairie Générale du Droit et de la Jurisprudence
LPA	**:** Les Petites Affiches

m.	**:** Madde
près.	**:** Présentation
PUF	**:** Presse Universitaire de France
R. G.	**:** Resmî Gazete
R.	**:** Recueil Lebon
RDP	**:** Revue de droit public
Rec.	**:** Recueil des décisions du Conseil constitutionnel
RFDA	**:** Revue française de droit administratif
S.	**:** Recueil Sirey
Sa.	**:** Sayı
T.	**:** Tome
trad.	**:** Traduction
v.d.	**:** Ve devamı
Vol.	**:** Volume
y.	**:** Yukarıda
Y.	**:** Yıl
ZC.	**:** Zabıt Ceridesi

GİRİŞ

Modern devletin ortaya çıkışıyla birlikte, devlet iktidarının ve bu iktidarın kullanım biçimlerinin hukuksal bir boyut kazandığı; böylece devletin yürüttüğü faaliyetlerinde hukuksal sonuçları yönünden nitelenmeye başladığını görülmektedir. Bu açıdan, devletin genel ve soyut norm koyma faaliyetinin bir kategori olarak ortaya çıkışı, bu nitelemenin bir sonucudur. Bu, devletin daha önce soyut ve genel kurallar koymadığı anlamına gelmemektedir; esasen Antik Çağ'dan beri "genel ve soyut kural" anlamında kanun kavramı bilinmekte ve özellikle siyaset felsefesinin başlıca ilgi alanlarından birisini oluşturmaktadır. Modern devletin getirdiği yenilik, egemenliğin görünümü olan devlet yetkilerinin ve bu meyanda soyut ve genel kural koyma yetkisinin hukuksal bir içerik kanmasıdır.

Devletin kural koyma faaliyetinin hukuksal boyutuyla önemli bir soruna dönüşmesi ise, kuvvetler ayrılığı kuramlarının etkisiyle devlet faaliyetlerinin farklı organlar arasında paylaştırıldığı döneme tekabül eder. Bu dönemde yasama ve yürütmenin farklı işlevleri yerine getirmek üzere teşekkül eden iki organ halinde ortaya çıkışı, devletin kural koyma faaliyetini bu iki organ arasında bugün bile süren bir çekişme konusu durumuna getirmiştir.

İdarenin düzenleme yetkisinin geçirdiği serüvenin, her aşamasında bu çekişmenin izlerini taşıdığını söylemek yanlış olmaz. Ulusal egemenlik mitinden aldığı destekle genel iradenin tek temsilcisi konumuna yerleşen yasama organının "düzenleme" gibi toplumsal yaşama müdahalenin en etkili biçimlerinden birini kendi tekelinde tutmak istemesi karşısında, bu demokratik meşruiyet dayanağından yoksun olduğu halde gerek kökeni gerek yöneldiği amaç bakımından yasamadan çok da farklı olmayan[1] yürütme ya da idarenin neredeyse doğal bir yönelimle, kural koyma

[1] Burada kast edilen gerek yasama gerek yürütmenin devletten kaynaklanarak ortaya çıktığı ve bu ikisi arasındaki ayırımın göründüğü kadar doğal olmadığıdır.

faaliyetinden kendisine ayrılan mütevazi payı büyütme çabası içerisine girdiği görülmektedir[2].

Bu çalışmanın konusunu idarenin düzenleme yetkisinin anılan genişleme eğiliminin de etkisiyle de belirsizleşen kapsamıdır. Çalışmanın yöntem ve öncüllerinin açık bir biçimde ortaya konabilmesi için **(II)** öncelikle "idarenin düzenleme yetkisi" kavramından ne anladığımızı ve konunu hangi kapsamda ele alınacağını kısaca belirtmekte **(I)** yarar görüyoruz.

I. Kavramsal Belirleme ve Konunun Sınırlandırılması

İdarenin düzenleme yetkisi kavramını tanımlamak bir yandan kolay bir yandan da güçtür. İşin kolay kısmını yalın bir tanım vererek gerekirse, idarenin düzenleme yetkisinin, idare örgütü içerisinde yer alan bir kurum ya da makam tarafından bireylerin hukuksal durumları üzerinde etkili genel ve soyut kurallar koyma yetkisi olduğu söylenebilir. Ne yazık ki bu tanımdan hareketle atılan ilk adımda ilk güçlükler karşımıza çıkmaktadır. Öncelikle idare örgütünün, bir başka değişle organik anlamda idarenin nasıl tanımlanacağı sorunu gündeme gelmektedir. Özellikle günümüzde idare örgütünün son derece karmaşık hale gelmesi bir yana, idare hukukunun uygulanma alanına karma yapıların da dahil olması yalnızca bu sorunun irdelenmesini bağımsız bir çalışma konusu haline getirmektedir.

Bundan başka, "kişilerin hukuksal durumları üzerinde etkili olma" unsurunun da, son derece tartışmalı, kesin belirlemelerden uzak bir alan oluşturduğu görülmektedir. Devletin toplumsal yaşama müdahale biçimlerinin çeşitlenmesi ve "tek yanlılık" özelliğinin zayıflaması yanında, idarenin yargısal denetimden kaçınmak için kimi işlemlerini "etkililik" özelliğinden yoksun göründükleri bir formda sunma eğilimi, bu noktanın da ayrıntılı bir incelemeyi hak ettiğini ortaya koymaktadır.

---

[2] Sorunun yasama ve yürütme arasındaki bir mücadele olarak ortaya konması bu ikisinin her zaman karşı kamplarda yer aldığı anlamına gelmemektedir. Kimi zaman yasama ile yürütmenin aralarındaki yetki paylaşımı konusunda sorun yaşamadığı ancak "sistemin bekçileri"nin mücadele ruhunu ayakta tuttuğu görülmektedir.

Nihayet bu tanımdan kaynaklanan son güçlük düzenleme yetkisine dayanılarak tesis edilen işlemlerin genel ve soyut olma özelliğine ilişkindir. Belki de çözülmesi en zor soruna yol açan bu özellikler bugüne kadar kesin olarak nitelenebilmiş değildir. Bir işlemin doğrudan ve dolaylı muhatapları açısından farklı sonuçlar doğurması olasılığı ile doğrudan muhatabı olmayan genel işlemlerin tasnifi sorunu bu iki özellikle tanımlanan düzenleyici işlemin nitelenmesini neredeye olanaksız kılmaktadır. Kuşkusuz elverişsiz kavramlardan hareketle nitelenmek istenen bir kavramın bu yolla tanımlanmasının mümkün olmadığını söylemek de anlamlı bir saptamadır; Ne var ki, pozitif hukukun düzenleyici işlem nitelemesinin özellikle yargılama hukuku yönünde önemli sonuçlar bağlaması karşısında bu saptamayla yetinmek mümkün değildir. Hatta kimi zaman düzenleyici işlem niteliği taşımadığı tartışmasız olan bir işlemin, farklı mülahazalarla düzenleyici işlemlere özgü yargılama usulü kurallarına tâbi olmasını teminen böyle nitelendiği görülmektedir.

Bu tablo karşısında, düzenleme yetkisine ilişkin bir çalışmada bu sorunların tümünün çözülmesi beklenebilir; böyle bir beklenti, düzenleme yetkisinin ya da düzenleyici işlemlerinin tespit ve teşhisine yönelik çalışmalar yönünden kuşkusuz haklıdır. Bununla birlikte ana ekseni düzenleme yetkisinin kapsamı olan bu çalışmayı sözü edilen beklentiyi karşılamaktan bir hayli uzak olduğunu peşinen belirtelim. Bunun nedeni, çalışmanın düzenleme yetkisinin genişleme eğilimini ortaya koyan belirli bir gelişim çizgisini izleyerek bugün varılan noktada bu yetkinin kapsamına ilişkin bir kural ya da ölçütün varlığını sorgulamayı konu edinmesidir. Fransız ve Türk hukuku açısından karşılaştırmalı yöntemle gerçekleştirilen çalışmada, iki hukuk düzeni arasındaki benzerlik ve farklılıklardan hareketle yanıtlanmak istenen soru şudur: Düzenleme yetkisinin hareket alanı nedir ve nasıl belirlenir? Bu sorunun ayrıntıda boğulmadan yanıtlanabilmesi için bazı ön kabuller kaçınılmazdır. Bu ön kabullerin büyük ölçüde anılan güçlüklere ilişkin olduğu söylenebilir. O halde, çalışmanın özünü oluşturan sorun yanıtı üzerinde etkisi olmayan bazı meselelerin ihmâl edilmesi pahasına düzenleme yetkisi için başta zikredilen tanımı geçerli sayarak çalışmanın kapsamı belirlenmektedir.

Bu noktada kanun hükmünde kararname kurumunun anılan tanımın kapsamına girdiği halde çalışmanın kapsamı dışında bırakıldığı belirtilmelidir. Gerek Fransız gerek Türk hukukunda farklı biçimlerde de olsa benimsenen bu işlem türü, kanun gücünde olması bakımından yasama işlevine, idare tarafından tesis edilmesi yönünden de idari işleve yaklaşmaktadır. Esasen düzenleme yetkisinin bir görünümü sayılması mümkün olsa da kanun hükmünde kararnameler bu çalışmada yalnızca bu yetkinin genişleme eğiliminin bir gösteresi olarak ele alınmış; ancak yetkinin dayanak ve kapsamına ilişkin tartışmalar bu melez işlem türü dışarıda bırakılarak klâsik düzenleme yetkisiyle sınırlanmıştır.

Son olarak çalışmanın konusunun düzenleyici işlemler değil, düzenleme yetkisi olduğunu ve düzenleyici işlemlerin hukuksal rejiminin sorun ve tartışmalarında kapsam dışı bırakıldığını belirtmekte yarar görüyoruz.

II. Yöntem

Öncelikle çalışmanın Fransız ve Türk hukuku açısından karşılaştırmalı yöntemle yapıldığı belirtilmelidir. Türk idare hukuku sistemi ve öğretisi üzerindeki Fransız etkisinin yoğun olması, bu alanda yapılan çalışmalarda Fransız hukuk kaynaklarına sıkça başvurulması sonucunu doğurmaktadır. Böylece, Türk hukuku yönünden önemli bir referans niteliği taşıyan Fransız hukukunun verileri, karşılaşılan sorunların çözümünde yol gösterici olabilmektedir.

Bu çalışmada ise, Fransız hukuku ile Türk hukukunun birlikte ele alınmasının nedeni, Fransız hukukunun mehaz olma özelliği değildir. Her iki hukuk sisteminde düzenleme yetkisinin gelişim çizgisinin izlenmesi, bu gelişimin çeşitli aşamalarında iki düzen arasında belirgin koşutluk ve ayrılıkların varlığını göstermektedir. Gerek anayasa metinleri ve kuramsal açıklamalar, gerek uygulama düzeyinde beliren bu benzerlik ve farklılıkların ortaya koyduğu ilginç tablonun, bu iki hukuk düzeninden hareketle düzenleme yetkisinin niteliğine ilişkin temel saptamalarda bulunma olanağı tanıyacağı düşünülmüştür. Bir başka anlatımla, burada söz konusu olan, Türk hukukunda karşılaşılan sorunların çözümünde Fransız hukukunun desteğine başvurulması değil, iki düzenin eşit ağırlıkta incelenmesi suretiyle, düzenleme yetkisine ilişkin sorunların olabildiğince bütünsel bir yaklaşımla ele alınmasıdır.

Türk idare hukukunun Fransız hukukundan etkilenmiş olması, bu açıdan bir dezavantaj oluşturmamaktadır; tam aksine, esasen benzer gereksinimlere karşılık vermek için geliştirilen çözümlerin farklılığı, karşılaştırmayı daha da cazip kılmaktadır.

Çalışma üç bölümden, daha doğru deyişle üç aşamadan oluşmaktadır. Birinci aşama, düzenleme yetkisinin her iki hukuk düzenindeki gelişim çizgisinin sergilenmesini içermektedir. Bu aşamadaki ana eksen, anayasal düzeyde düzenleme yetkisine ilişkin olarak benimsenen ilke ve kurallar ile bu yetkinin görünüm biçimleri arasındaki ilişkinin incelenmesidir. Bu inceleme bizi, ikinci aşamaya geçişi sağlayan bir sonuca ulaştırmaktadır: Anayasa metinleri ile uygulama arasındaki kronik çelişki. Bu çelişkinin temel nedeni ise, düzenleme yetkisinin anayasal çerçevelerin kendisine sundukları ile yetinmemesi ve sürekli bir genişleme eğilimi içerisinde olmasıdır.

İkinci aşamada, düzenleme yetkisinin kuramsal çerçevesi ele alınmaktadır. Pozitif hukuku sistemleştirme misyonunun taşıyıcısı olan öğreti açısından düzenleme yetkisinin sorunlu alanı, en ciddi meydan okumalardan birini içermektedir. Bu yetkinin genişleme eğilimini, kamu hukukunun anayasal düzeyde kabul gören en temel ilkelerini sarsmasına rağmen, kolayca reddedemeyen öğretinin, elindeki tek etkili araç olan "kuram"ı neredeyse tümüyle uygulamanın hizmetine sunması bile düzenleme yetkisini tatmin etmeye yetmemiştir. Bunun sonucu, ne anayasal metinlerin kendisine biçtiği rolü kabullenen, ne de herhangi bir kuramsal çerçeveye tam olarak oturan düzenleme yetkisinin genişleme eğiliminden vazgeçmeyerek yoluna devam etmesidir.

Çalışmanın üçüncü aşaması, bu yolculuğun – şimdilik – son durağı olan 1958 Fransız ve 1982 Türk Anayasa düzenleri yönünden bir durum değerlendirmesinden ibarettir. Belirli bir eğilimi içeren gelişme çizgisinde bugün gelinen noktanın, ilk bakışta, bu eğilime uygun olarak düzenleme yetkisine altın çağını yaşattığı söylenebilir. Bununla birlikte, görünüşte yürütmenin yasama karşısında güçlendirildiği bu dönemde, yasallık ilkesinin de bir ölçüde etkili olabildiği ve sürekli değişen dengenin yine farklı bir noktada oluştuğu görülmektedir.

BİRİNCİ BÖLÜM

İDARENİN DÜZENLEME YETKİSİNİN GELİŞİM ÇİZGİSİ

İdarenin düzenleme yetkisinin Fransa ve Türkiye'deki gelişim süreci, esas olarak her iki ülkenin anayasal gelişmelerinden hareketle oluşturulan bir çerçevede değerlendirilebilir. Bunun nedeni, düzenleme yetkisine ilişkin gelişmelerin yasama – yürütme ayırımının gelişimine koşut bir çizgi izlemesidir. Düzenleme yetkisi bu çizgi doğrultusunda ele alındığında, bu yetkinin sürekli bir genişleme eğilimi içerisinde olduğu görülmektedir.

Bu eğilimin ana göstergesi, devletin temel işlevlerini ve bu işlevlerin devlet organları arasındaki dağılımını düzenleyen anayasa metinleri ile düzenleme yetkisinin görünüm biçimleri arasındaki çelişkilerdir. Fransız ve Türk hukuk sistemlerinde, düzenleme yetkisinin uygulamadaki tezahürlerinin anayasa metinlerinde öngörülen çerçeveye tümüyle uyduğu bir döneme rastlamak hemen hemen olanaksızdır. Her iki hukuk düzenin anayasa metinlerinin farklı öncüllerden hareket ettiği dönemlerde bile bu paralelliğin sürmesi ve hiçbir dönemde düzenleme yetkisinin anayasaların sunduğu çerçeve ile yetinmeye yanaşmaması, bugün yürürlükte olan 1958 Fransız ve 1982 Türk Anayasaları'nda yer alan düzenlemeleri de etkilemiş; ancak getirilen yeni düzenlemeler sorunun tümüyle çözülmesini sağlamamıştır.

Ne var ki, düzenleme yetkisinin gelişim sürecinin bu ortak özelliğe rağmen Fransız ve Türk hukukunda her zaman aynı doğrultuda evrildiği de söylenemez. Kaldı ki, farklı tarihsel ve sosyal bağlamlarda gerçekleşen bu gelişim süreçlerinin bir arada değerlendirilmesi, yapay paralellikler kurulması tehlikesini içermektedir. Bu nedenle gerek kronolojik yönden, gerek Türk hukuku üzerindeki etkisi bakımından önceliğe sahip olan Fransız hukukunda düzenleme yetkisinin gelişim sürecinin

incelenmesinden (**I**) sonra, bu incelemenin verilerini de kullanarak Türk hukukundaki sürecin ele alınması (**II**) yararlı olacaktır.

I. FRANSA

Fransız hukukunda idarenin düzenleme yetkisinin, 1789 Devrimi'nin bir ürünü olduğu söylenebilir. Bu saptama kuşkusuz, Devrim'i önceleyen Eski Rejim döneminde, mutlak iktidarın sahibi olan Kral'ın genel ve soyut normlar içeren işlemler yapmadığı anlamına gelmez[3]. Yalnızca, Eski Rejim döneminde yasama ve yürütme işlevleri arasında herhangi bir ayrışma söz konusu olmadığı için, Kral'ın yaptığı işlemlerin bugünkü anlamıyla "düzenleyici işlem" olarak nitelenmesine olanak yoktur[4]. Zira, Eski Rejim'de kanun ile düzenleyici işlemi, içerik yönünden birbirinden ayıracak bir ölçüt bulunmamaktadır; Kral'ın farklı adlar altında yaptığı işlemler, yalnızca biçimsel yönden birbirlerinden ayrılabilirler[5].

Kral'ın sahip olduğu bu normatif yetkiyi tek başına kullanmasına olanak olmadığı da ortadadır. Bu nedenle, bu yetkinin Kral adına çeşitli makamlar

---

[3] Kral'ın kullandığı genel ve soyut kapsamlı normatif yetkinin ilk görünümleri, XII nci yüzyıla uzanmaktadır. Feodalitenin zayıflaması ve Kral'ın iktidarının güçlenmesi ile birlikte bu yetki, örf ve âdeti arka plana iterek, ana hukuk kaynağı durumuna gelmiştir. Bkz. Philippe SUEUR, **Histoire du droit public français (XVe – XVIIIe siècle)**, 3e éd. (2 vol.), PUF, 2001, T. II, p. 56-58.

[4] "(Bu işlemler) kuvvetler ayrılığı ilkesini benimsemeyen bir kamu hukuku düzeninde yapıldığı için, hükümleri arasında yasama kudretine ilişkin olanlarla düzenleme yetkisine dayananları birbirinden ayırmaya gerek yoktur": Anselme BATBIE, **Traité théorique et pratique de droit public et administratif**, (7 vol.), Cotillon, 1861-1868, T. III, s. 445. Her ne kadar Eski Rejim döneminde kanun ile düzenleyici işlem arasında esasa ilişkin kimi farklar bulunduğu savunulsa da (bkz. Jean-Claude DOUENCE, **Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'Administration**, LGDJ, 1968, s. 9-10), bu dönemde bunlar arasında açık bir ayırım yapabilmek mümkün değildir. Bkz. Hélène MICHAUD, "Les actes intitulés règlements sous l'Ancien Régime", **Bibliothèques de l'Ecole des Chartes**, 1957, s. 167.

[5] DOUENCE, s. 8. Nitekim, Kral'ın genel ve soyut norm içeren tüm işlemleri, aralarındaki biçimsel farklara karşın, "Kral'ın Kanunları" (*Les lois du roi*) adıyla anılmıştır (Bu işlemlerin bütünsel ve ayrıntılı bir değerlendirmesi için bkz. François OLIVIER-MARTIN, **Les lois du roi**, LGDJ, 1997). Bu bakımdan, Kral'ın *règlement* (tüzük) adıyla yaptığı işlemlerin, diğer işlemlerine göre daha alt düzeyde olduğunu söylemeye de olanak yoktur. Bkz. Jean Mariel NZOUANKEU, **La notion d'acte réglementaire en droit français**, thèse (Paris II), 1976, s. 227.

tarafından kullanılabildiği; hatta bu makamlar arasında, yerel yönetimlerin de bulunduğu görülmektedir[6]. Ancak bu saptamadan hareketle, Kral dışında kalan makamlarca kullanılan yetkinin, idarenin düzenleme yetkisinin bir görünümü ya da öncülü sayılması, yasama ve yürütme işlevlerinin 1789 Devrimi'nden sonra kazandıkları anlamdan yola çıkan anakronik bir bakış olur[7]. Eski Rejim döneminde Kral'ı bağladığı varsayılan ve genellikle doğal hukukla açıklanan bazı ilke ve kuralların varlığına karşın[8], bu Rejim'in önemli bir özelliği, devletin örgütlenme ve işleyiş biçimine ilişkin bir anayasasının olmayışıdır[9]. Bu koşullarda ne yasama yetkisinden, ne de düzenleme yetkisinden söz edilmesi mümkündür; Kral'ın egemenlikten kaynaklanan yetkileri toplamına ayırım yapılmaksızın verilen ad, "kraliyet erki"dir (*pouvoir royal*).

Bu nedenle, düzenleme yetkisinin doğuşunu 1789 Devrimi'ne tarihlemek yanlış olmaz. 1789'dan, bugün yürürlükte olan V. Cumhuriyet Anayasası'nın kabul edildiği 1958 yılına kadar geçen 169 yıllık süre, idarenin düzenleme yetkisi yönünden ele alındığında, birkaç döneme ayrılabilirse de; bu süreçte, düzenleme yetkisine ilişkin anayasal ve kuramsal kabullerle uygulama arasındaki iki temel çelişki, sürelerin uzunluğu yönünden dengesiz görünen ikili bir ayırımı haklılaştırmaktadır. Bu açıdan yapılan ayırımda, birinci dönem, anayasa koyucuların idareye düzenleme yetkisi tanımama yolundaki eğilimine rağmen bu yetkinin uygulamada kendisine yer bulduğu 1789-1799 dönemidir (**A**). 1799 (VIII inci Yıl)

---

[6] Félix MOREAU, **Le règlement administratif**, Fontemoing, 1902, s. 63. Eski Rejim döneminde yazılmış bir eserde, bu durum şöyle açıklanmaktadır: "*Her şeyi bilmesi ve her yerde bulunması mümkün olmayan, dolayısıyla ülkesinin herhangi bir yerinde baş gösteren ve ivedilikle düzenlenmesi gereken her türlü olayı öngöremeyen Kral, başlıca memurlarının (…) tüzükler yapmasına izin verir. Ancak bu tüzükler, geçicidir ve mutlak ve değişmez kanunlar yapma yetkisine münhasıran sahip olan Kral'ın iradesi altında yapılırlar*": Charles LOYSEAU, **Traité des seigneuries**, A. L'Angelier, 1608, s. 52.

[7] Kaldı ki, alt düzeydeki idarî makamlar (özellikle "*Intendant*" ve "*Parlement*" adı verilen yarı idarî, yargı yargısal kuruluşlar) tarafından yapılan işlemler yönünden, düzenleyici işlem ile yargısal işlem arasındaki sınırların muğlak olduğu belirtilmelidir. Bkz. Jean-Marie AUBY, "Les aspects nouveaux du pouvoir réglementaire de l'Administration en droit administratif français", in **Mélanges STASSİNOPOULOS**, LGDJ, 1974, s. 9.

[8] Pierre BODINEAU / Michel VERPEAUX, **Histoire constitutionnelle de la France**, 2e éd., PUF, 2002, s. 10-11.

[9] BODINEAU / VERPEAUX, s. 10.

Anayasası ile yürütme organına açıkça düzenleme yetkisi tanınmış ve bu dönem böylece kapanmıştır.

1799 yılından başlayan ve 1958'e uzanan ikinci dönemde ise, idarenin kanunları uygulamak için ve bu amaçla sınırlı olarak düzenleme yetkisine sahip olduğu tartışmasız biçimde kabul edilmekle birlikte, uygulamada bu sınırlar içerisinde kalmayan düzenleme yetkisi kanuna göre özeklik kazanmakta ve bu dönem, idarenin özerk düzenleme yetkisinin açık anayasal düzenlemeye kavuşturulmasıyla son bulmaktadır (**B**).

A. DÜZENLEME YETKİSİNİN DOĞUŞU: 1789-1799

1789 Devrimi'nden sonra kabul edilen ilk anayasa olan 1791 Fransız Anayasası, kuvvetler ayrılığı kuramlarının da etkisiyle, yasama ve yürütme erklerinin birbirinden ayrıldığı bir düzen getirmiş; böylece, yasamanın kanun koyma yetkisi dışında, yürütmenin de genel ve soyut kural koyma yetkisine sahip olup olmadığı sorusunun sorulabilmesini, bir başka anlatımla, idarenin düzenleme yetkisinin tartışma konusu edilebilmesini mümkün kılmıştır. Ne var ki, Anayasa'nın hazırlanması sürecinde bu soruya verilen yanıt, yine kuvvetler ayrılığı kuramlarının ve Eski Rejim dönemi uygulamalarına duyulan tepkinin etkisiyle, olumsuzdur (**1**). Buna rağmen, Anayasa metninin muğlâklığı ve bu metni yorumlayarak yasamanın ya da yürütmenin işlemlerini denetleyecek bir organın olmayışı, yürütmenin uygulamada düzenleyici işlemler yapabilmesi sonucunu doğurmuştur (**2**). Bu doğrultuda, Devrim'in mantığı çerçevesinde yasaklanan idarenin düzenleme yetkisinin, yine Devrim'in getirdiği düzen sayesinde mümkün hâle geldiği ve on yıl gibi kısa bir süre içerisinde açık bir biçimde varlık gösterdiği söylenebilir.

1. 1791 Anayasası: Düzenleme Yetkisinin Yadsınması

1791 Anayasası, yukarıda da belirtildiği gibi, 1789 Devrimi'nden sonra hazırlanan ilk anayasadır. Bu nedenle, 1791 Anayasası'nda yer alan düzenlemelerin hemen hemen tümü, Devrim'i hazırlayan nedenler ve Devrim ideolojisi ile bağlantılıdır[10]. Yürütmenin yetkilerine ve özellikle düzenleme yetkisine ilişkin tartışmalar ve Anayasa'da yer alan düzenlemeler (**c**), iki temel etkiden beslenmiştir: Kuvvetler ayrılığı kuramları (**a**) ve kralın yeni düzendeki konumu (**b**).

a. Kuvvetler ayrılığı kuramları

XVIII inci yüzyılın sonundan bu yana, kuvvetler ayrılığı kuramları kamu hukuku ve siyaset bilimi alanındaki gelişmeler üzerinde önemli etkiler doğurmuştur; bu etkilerin bugün de kısmen sürdüğünü söylemek yanlış olmaz[11]. Bu kuramların idarenin düzenleme yetkisinin doğuşu bakımından da etkisi büyüktür.

Kuvvetler ayrılığı kuramlarının hareket noktası, XVIII inci yüzyılda Avrupa'nın büyük bölümünde etkinliğini sürdüren mutlak monarşilerin iktidarını sınırlama, böylece keyfiliği ve istibdadı önleme kaygısıdır. Bu kuramların özgünlüğü, sorunu ortaya koyuş biçimlerinden çok, soruna buldukları çözümdedir.

---

[10] Fransız Devrimi'nin neden ve sonuçları, tarihçiler arasında bugün bile güncelliğini koruyan önemli tartışmalara konu olmuştur; Devrim'in nedenlerini sosyo-ekonomik koşullarda arayan tarihçiler ile analizlerinde siyasal ve kültürel koşulları ön plana çıkaran tarihçiler arasında, araştırmanın yöntemi ve içeriğine ilişkin önemli uzlaşmazlıklar mevcuttur (Devrim'in sosyal nedenlerini vurgulayan bir çözümleme için bkz. Georges LEFEBVRE, **La Révolution française**, 7^{e} éd., PUF, 1989; siyasal ve kültürel nedenleri ön plana çıkaran bir analiz için bkz. François FURET / Denis RICHET, **La Révolution française**, Hachette Littérature, 1999). Devrim'in bütünsel bir çözümlemesi, bu çalışmanın boyutlarını fazlasıyla aştığı için, siyasal, sosyal ve ekonomik analizlere müsait zengin içeriğine rağmen, 1789 Devrimi'nin aynı zamanda hukuksal ve anayasal bir devrim olarak nitelendiği de dikkate alınarak (bkz. BODINEAU / VERPEAUX, s. 12), Devrim'in idarenin düzenleme yetkisi ile sınırlı hukuksal sonuçları, gerektiği ölçüde siyasal nedenler de dikkate alınarak irdelenmeye çalışılacaktır.

[11] İdare hukuku öğretisinde kuvvetler ayrılığı ilkesinin, yasama ile yürütme arasındaki ayırıma ilişkin boyutundan çok, idare ile yargı arasındaki ayırım yönünden ele alındığı görülmektedir. Örneğin, Jean RIVERO / Jean WALINE, **Droit administratif**, 19^{e} éd., Dalloz, 2002, s. 135 (n^{o} 131)'de, kuvvetler ayrılığı kuramları, idarî yargının doğuşu vesilesiyle ele alınmaktadır.

Buna göre, devlet iktidarının sınırlanması ve istibdadın önlenmesi, ancak devletin üstlendiği farklı işlevlerin farklı organlarca yerine getirilmesi ile mümkündür[12].

Devletin egemenliğine dayanarak yürüttüğü faaliyetlerin farklı işlevleri yerine getirmeye yönelik olduğu düşüncesi, kuvvetler ayrılığı kuramlarında neredeyse doğal ve evrensel bir saptama görünümündedir. Her türlü serbest eylemin iki unsuru bulunduğu, bunların eyleme karar veren irade (manevî unsur) ile onu uygulayan güç (maddî unsur) olduğu düşüncesinden hareketle yaratılan ve devletin faaliyetleri bakımından da geçerli olduğu savunulan "irade-güç" karşıtlığı[13], yasama ve yürütme erkleri arasındaki ayırıma da temel oluşturmaktadır.

Devlet erkleri arasındaki ayırımda, "irade" yasama erkine; "güç" ise yürütme erkine tekabül etmektedir. Buna göre, kararın alınması yasama işlevinin, uygulanması ise yürütme işlevinin bir parçasıdır.

Bu noktada, mutlak monarşilerde geçerli olan, yasama ve yürütme işlevlerinin tek elde toplanması anlayışı, istibdadın ve keyfiliğin nedeni olarak görülmekte; özgürlüğün sağlanması için, bu farklı işlevlerin birbirinden ayrılarak farklı organlarca yerine getirilmesi gerektiği savunulmaktadır.

Kuvvetler ayrılığı kuramları, devlet iktidarının farklı organlar arasında paylaştırılması düşüncesinden hareketle, idarenin düzenleme yetkisinin ortaya çıkışı için elverişli zemini oluşturmaktadırlar. Devlet işlevlerinin tek elde toplandığı Eski Rejim döneminde, kral tarafından yerine getirilen düzenleme işlevini, yasama ya da yürütme işlevinin bir parçası olarak niteleme olanağı bulunmadığı hâlde, yasama ve

---

[12] Bu düşünceyi en açık biçimde dile getiren MONTESQUIEU olmuştur. Buna göre, yasama ve yürütme erkleri aynı kişi ya da organda birleştiği takdirde, özgürlükten söz etmeye olanak yoktur. Zira bu durumda, yasama ve yürütme erklerini elinde bulunduran kişi ya da organın, baskıcı kanunlar yapıp, bunları müstebitçe uygulaması tehlikesi mevcuttur. Bkz. MONTESQUIEU, **De l'esprit des lois** (1758), 2eme Partie, Livre XI, Chap. VI: "De la constitution de l'Angleterre".

[13] Jean Jacques ROUSSEAU, **Du contrat social** (1762), Livre III, Chap. I: "Du gouvernement en général". ROUSSEAU'nun, bu karşıtlığı, insan eylemine benzeterek açıklaması, bunu doğal bir karşıtlık olarak gördüğünü göstermektedir: "*Bir nesneye doğru yürüdüğümde, öncelikle bunu istemem gerekir; daha sonra, ayaklarım beni oraya götürmelidir. Bir felçli koşmak istesin, ya da çevik bir insan istemesin bunu, her ikisi de oldukları yerde kalırlar. Siyasal bir oluşumun da saikleri aynıdır: orada da güç ve irade ayırımı görülmektedir*".

yürütme erklerinin ayrışmasıyla, bu mümkün hâle gelmiştir. Bir başka anlatımla, kuvvetler ayrılığı kuramları, idarenin düzenleme yetkisinden söz edilebilmesinin ön koşulunu oluşturmaktadır.

Ne var ki, bu kuramların yasama ve yürütme işlevlerinin içeriğine ilişkin yaklaşımı, idarenin (yürütmenin) hiçbir biçimde düzenleme yetkisine sahip olmasına imkân tanımamaktadır. Şöyle ki, düzenleme yetkisinin konusunu oluşturan genel ve soyut normların ancak yasama işlevini simgeleyen "irade"nin bir sonucu olabileceği; yürütme erkinin ise, bu iradeyi uygulayan güç olarak, yasama organınca getirilen genel ve soyut normları somut durumlara uygulamakla sınırlı bir işlevi bulunduğu kabul edilmektedir[14].

Bu açıdan kuvvetler ayrılığı kuramlarının, bir yandan idarenin düzenleme yetkisinin ortaya çıkışını mümkün kılarken, diğer yandan yürütmeye düzenleme yetkisi tanımadığı paradoksal sonucuna ulaşmak yanlış olmaz[15]. Fransa'da düzenleme yetkisinin doğuşu, büyük ölçüde bu paradoksun da bir yansımasıdır.

---

[14] Yasama ve yürütme işlevleri arasındaki ayırımın bu yönünü en açık biçimde ifade eden düşünür ROUSSEAU'dur. Buna göre, yasa ile düzenlenen konu, onu oluşturan irade gibi geneldir. Bu genellikten anlaşılan, yasa(nın) "*yurttaşları bir bütün, eylemleri ise soyut*" olarak algılamasıdır; yasa asla "*bir kimseyi birey, bir eylemi bireysel*" olarak düzenleyemez (Livre II, Chap. VI: "De la loi"). Yürütmenin alanı ise, yalnızca birel işlemler tesis etmekten ibarettir (Livre III, Chap. I: "Du gouvernement en général"). John LOCKE ve MONTESQUIEU'de ise, ayırımın bu yönü, yasama açısından, daha dolaylı biçimde ifade edilmiştir. LOCKE, yasa kavramını açıkça tanımlamamakla birlikte, **Second Treatise of Civil Government** (1690), Chapter XII, Sec. 144'te, değişmez ve sürekli güce (*constant and lasting force*) sahip olan yasaların daimi olarak uygulanması (*perpetual execution*) zorunluluğundan söz etmekte; yasaların doğal hukuka uygun olması gerekliliğine ilişkin olarak da, "*yasakoyucuların koyduğu kurallar [rules that they (the legislators) make]*" ibaresini kullanmaktadır (Chapter XI, Sec. 135). Bu görüşleri LOCKE'un "yasa"yı genel ve soyut hukuk kuralı olarak algıladığını göstermektedir. MONTESQUIEU, 2^{e} Partie, Livre XI, Chap. VI: "De la constitution de l'Angleterre"de de, yasanın belirli bir zaman için ya da daimi olarak yapılabilmesi özelliğinden söz edilerek, soyut hukuk kuralı niteliği vurgulanmaktadır.

[15] Michel FROMONT, M. VERPEAUX'nun idarenin düzenleme yetkisinin doğuşunu incelediği yapıtına yazdığı önsözde, düzenleme yetkisini "*kuvvetler ayrılığının gayrimeşru çocuğu*" olarak nitelemektedir (Préface, in Michel VERPEAUX, **La naissance du pouvoir réglementaire 1789-1799**, PUF, 1991, s. V).

b. Yeni düzende kralın konumu

1789 Devrimi, siyasal ve hukuksal yönden, kralın sahip olduğu mutlak iktidarın keyfi kullanımına bir tepki olma özelliği de göstermesine karşın, Devrim'in ana aktörleri arasında cumhuriyetçi bir düzenin benimsenmesi konusunda görüş birliği oluşmamış ve 1791 Anayasası'nda meşrutî monarşi olarak nitelenebilecek bir yönetim biçimi kabul edilmiştir. Anayasa'nın hazırlanması sürecinde, yasama ile yürütme arasındaki ayırım ile yürütmenin konum ve yetkilerine ilişkin olarak Kurucu Meclis'te yapılan tartışmalar değerlendirilirken, yürütme organının başında kralın yer aldığı unutulmamalıdır. Bir başka anlatımla bu tartışmalar, kuvvetler ayrılığı gibi salt kuramsal mülahazalardan kaynaklanmamakta; aynı zamanda, kralın yeni düzendeki konumuna ilişkin istek ve kaygıları da yansıtmaktadır. Kimi pratik gerekçelerin da bu süreçte etkili olduğu dikkate alındığında, sonuçta ortaya çıkan anayasa metninin Kurucu Meclis'in başlangıçtaki radikal eğilimlerinden uzak oluşu kolaylıkla anlaşılabilir[16].

1791 Anayasası'nın hazırlanması sürecinde egemen olan görüş, yürütme erkinin tümüyle yasamaya tâbi olmasıdır[17]. Kuvvetler ayrılığı kuramlarının ve özellikle ROUSSEAU'nun etkisi altında kalan Kurucu Meclis'te, yasama ile yürütme arasındaki ilişkinin tartışılması sırasında sıklıkla "irade" karşısında "güç" imgesine başvurulmaktadır[18]. Bunun bir sonucu olarak, Millet Meclisi ile kralın eşit konumda olmadıkları; yürütme yetkisine sahip olan makamın bu yetkisini, kanunların uygulanmasını sağlamaya yönelik ve kanunlara uygun olarak kullanması gerektiği savunulmuştur[19].

---

[16] F. MOREAU, s. 66-67'de, Kurucu Meclis tartışmalarının, üyelerin benimsedikleri ilkeler ve yürütme yetkisinin kötüye kullanılmasından duydukları kaygı ile pratik zorunluluklar arasındaki mücadeleyi yansıttığı görüşündedir.

[17] VERPEAUX, s. 32 v.d.

[18] Kurucu Meclis üyesi TARGET'nin Anayasa Komitesi'ne sunduğu insan hakları bildirgesi tasarısında kullandığı metaforun, ROUSSEAU'nun savlarıyla benzerliği dikkat çekicidir: "*Her siyasal toplumda, her insanda olduğu gibi, bir irade bir de eylem mevcuttur. Eylemi yöneten iradedir: şu kadar ki, yasama kudretine tekabül eden genel irade, hükümetin veya yürütme gücünün faaliyetini idare eder*" (**Archives parlementaires**, T.8, s. 289'dan aktaran VERPEAUX, s. 33).

[19] VERPEAUX, s. 34-35.

Bu anlayış, kuramsal açıklamasını kuvvetler ayrılığı düşüncesinde bulmasına karşın, önemli ölçüde krala duyulan güvensizlikten beslenmektedir. Kralın Eski Rejim döneminde sahip olduğu mutlak iktidarın kullanımını despotizme vardırdığı düşüncesinde olan Kurucu Meclis üyeleri, kuvvetler ayrılığı kuramlarından aldıkları destekle, kralın yetkilerini sınırlandırmak ve onu, genel iradenin ifadesi olan kanunlar karşısında "basit bir uygulayıcı"[20] konumuna indirgemek istemişlerdir[21].

Kurucu Meclis'te yapılan tartışmalardan, bu yaklaşımın krala düzenleme yetkisi tanınmaması yolunda bir eğilim içerdiği sonucuna varılabilir[22]. Böylesi bir sonuç, ROUSSEAU'nun savunduğu biçimiyle kuvvetler ayrılığı kuramına uygun olduğu gibi, kralın yetkilerini sınırlandırma amacına da hizmet etmektedir. Bununla birlikte, bu noktada pratik zorunluluklar ileri sürülerek, yürütme organının düzenleme yetkisine sahip olması gerektiği, aksi halde kanunların uygulanmasında ciddi güçlüklerle karşılaşılacağı savunulmuştur[23]. Kurucu Meclis'teki bu tartışmalar, kesin olarak çözüme bağlanamamış ve bu çözümsüzlük, hazırlanan Anayasa'da

---

[20] TARGET, Archives parlementaires, T. 8, s. 288'den aktaran VERPEAUX, s. 34.

[21] Kurucu Meclis'te azınlıkta olan ve yürütme ile yasamanın eşit konumda olması gerektiğini savunan üyeler ise, kralın da ulusun temsilcisi olduğu ve kanunlardan kaynaklanmayan neredeyse doğal bir iktidara sahip bulunduğu düşüncesindedirler. İlginç olan, bu görüş taraftarlarının da, kuvvetler ayrılığı kuramlarından destek almalarıdır. Buna göre, yasama organının despotizme yönelmemesi ve kuvvetler arasında dengenin sağlanması, güçlü bir yürütmenin varlığına bağlıdır. Bununla birlikte, yürütmenin bu biçimde güçlendirilmesini savunanlar, krala düzenleme yetkisi tanımaktan çok, kanunları veto etme ve gerektiğinde Meclis'i feshetme yetkilerinin tanınması yolunda talepler dile getirmişlerdir. Bu görüşler için bkz. VERPEAUX, s. 36-40.

[22] F. MOREAU, s. 64; VERPEAUX, s. 39.

[23] Sözgelimi, MALOUET, kralın en azından kendisine bağlı çeşitli idari birimlere ilişkin geçici düzenlemeler yapabilmesi gerektiğini savunurken; Langres Psikoposu M. de LA LUZERNE, yasamaya ilişkin düzenlemelerin Millet Meclisi, idareye ilişkin düzenlemelerin ise kral tarafından yapılması gerektiği görüşündedir (Buradaki yasama ve idare ayırımının belirsizliği hakkında bkz. VERPEAUX, s. 46). MİRABEAU, krala düzenleme yetkisi tanımama eğiliminde olan çoğunluğu eleştirirken, "*Meclis'e, kabul edeceği kanunların hiçbir yoruma ihtiyaç göstermeyeceğinden bu denli emin olup olmadığını sormak isterim; hâl böyleyse, kuşkusuz kralın hiçbir düzenleme yapamayacağını kabul etmek gerekir. Ancak, aksine, kanunlar da hatadan bağışık olmayan insanlar tarafından yapılmaktadır: yürütme erkine, düzenleyici işlem yapma yetkisi tanınmalıdır*" demektedir. Kanunların yorumlanması ve tamamlanması gereksinimini kabul eden, ancak krala düzenleme yetkisi tanınmaması gerektiği görüşünde olan CHAMPION DE CERE, kanunları yorumlama ve tamamlama yetkisinin yasama organına ait olduğu düşüncesinden hareketle, yasama organının sürekli ve aralıksız faaliyette bulunmasını önermiştir. Bu tartışmalar için bkz. Archives parlementaires, T. 8, s. 282'den aktaran F. MOREAU, s. 63-66. Ayrıca bkz. VERPEAUX, s. 41-49.

yürütme organının düzenleme yetkisi konusunun açıkça düzenlenmemesi sonucunu doğurmuştur[24].

c. 1791 Anayasası'nda yürütme organının düzenleme yetkisi

1791 Anayasası, Kurucu Meclis tartışmalarının da gösterdiği gibi, kuvvetler ayrılığı kuramları ile Kral'ın yeni düzendeki konumuna ilişkin görüş ve kaygıların etkisi altında hazırlanmıştır. Sonuçta ortaya çıkan Anayasa metninde de, bu etkileri görmek mümkündür.

Egemenliğin ulusa ait olduğunu ve tüm devlet yetkilerinin sahibi olan ulusun, bunları ancak yetki devri suretiyle kullanabileceğini öngören[25] 1791 Anayasası'na göre yasama yetkisi, halk tarafından seçilen geçici temsilcilerden oluşan bir Ulusal Meclis'e; yürütme yetkisi ise Kral'a devredilmiştir[26].

1791 Anayasası'nda yasamanın yürütmeye üstünlüğü açık bir biçimde ifade edilmiştir. Buna göre, "Fransa'da kanunun otoritesinden daha üstün bir güç yoktur. Kral yalnızca kanuna dayalı olarak hükmeder ve ancak kanun adına kendisine itaat talep edebilir"[27].

Yasama ve yürütme organının karşılıklı yetkilerini düzenleyen hükümlerle de, yürütmenin yasamaya tâbi kılındığı görülmektedir[28]. Buna göre, kanunları

---

[24] Kurucu Meclis'e sunulan ve kralın düzenleme yetkisine ilişkin açık hükümler içeren önerilerin tümü reddedilmiştir. Bunlar arasında krala geçici düzenlemeler yapabilme yetkisi tanınmasına ilişkin öneriler olduğu gibi, kralın geçici de olsa düzenleyici işlem yapamamasını öngörenler de bulunmaktadır. Bkz. F. MOREAU, s. 64-65.

[25] 3 üncü Başlığın 1 ve 2 nci maddeleri.

[26] 3 üncü Başlığın 3 üncü maddesi. Anayasa'da düzenin temsilî niteliği vurgulanırken, Ulusal Meclis ve Kral'ın halkın temsilcileri olduğu hükme bağlanmıştır (3 üncü Başlığın 2 nci maddesi). Bu hüküm, ilk bakışta yasama ve yürütmenin eşit konumda olduğu izlenimi doğurmaya elverişli ise de, 1791 Anayasası'nda yer alan diğer hükümler, yürütmenin yasamaya tâbi olarak düzenlendiğini açıkça göstermektedir.

[27] 3 üncü Başlığın 2 nci Bölümünün 1 inci Kısmının 3 üncü maddesi.

[28] Yürütme organının kanunlara tâbi olduğu konusunda hiçbir tereddüt bulunmamakla birlikte, kanunlara uygun hareket edip etmediğinin nasıl denetleneceği tartışma konusu olmuştur. Bu

önermek ve kabul etmek yetkisi, münhasıran yasama organına aittir; Kral, yalnızca kimi hususların yasama organınca dikkate alınmasını önerebilir[29]. Yürütme organının ise, geçici nitelikte bile olsa, kanun koyma yetkisi bulunmamaktadır; yalnızca, kanunların uygulanmasını emretmek ya da anımsatmak için kanunlara uygun duyurular (*proclamations*) yapmak yetkisi ile donatılmıştır[30].

1791 Anayasası'nda, yukarıda yer verilen hükümler dışında, yürütme organının düzenleme yetkisine ilişkin açık bir hüküm yer almamaktadır. Kral'a tanınan duyurular yapmak yetkisinin içeriği konusunda, Anayasa'da herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiş olmasına ve Kurucu Meclis'te bu konuya ilişkin olarak yapılan tartışmalardan da bir sonuca varılamamasına karşın[31]; bu yetkinin, kanunların uygulanmasını sağlamak amacıyla kullanılacak bir düzenleme yetkisini içerdiği savunulmaktadır[32]. Bununla birlikte, genellikle kabul edilen görüş, 1791 Anayasası metninin Kral'a düzenleme yetkisi tanımadığı yolundadır[33].

Bu sonuncu yorumun, Devrim'in mantığı içerisinde hareket eden anayasa koyucunun iradesine en uygun yorum olduğunu savunmak yanlış olmaz. Siyasal boyutuyla, Kral'ın mutlak iktidarının keyfi kullanımına bir tepki niteliği taşıyan

---

denetimin yasama organına bırakılmasının, Kral'ın kanunlar üzerinde sahip olduğu veto yetkisinin kullanımını da etkileyebileceği ve sonuçta yasama organının bütün yetkileri tekeline almasına yol açabileceği düşünüldüğünden, Kral'ın tüm işlemlerinin, cezaî sorumluluğu olan bakanlardan biri tarafından da imzalanması öngörülmüş ve bu suretle yürütme organının kanuna aykırı işlem yapmasının engellenmesi amaçlanmıştır. Bkz. Francis HAMON / Michel TROPER / Georges BURDEAU, **Droit constitutionnel**, 27e éd., LGDJ, 2001, s. 311.

[29] 3 üncü Başlığın 3 üncü Bölümünün 1 inci Kısmının 1 inci maddesi.

[30] 3 üncü Başlığın 4 üncü Bölümünün 1 inci maddesi. Anayasa'da yer verilen *proclamation* sözcüğünün kendisinden türediği *proclamer* fiilinin birinci anlamı, "resmî bir işlemle ilan etmek veya tanımak", ikinci anlamı ise, "geniş bir topluluk önünde duyurmak"tır (Le Petit Robert: "proclamer").

[31] VERPEAUX, s. 80.

[32] F. MOREAU, s.66-67'de, Kurucu Meclis'te yapılan tartışmalara da atıfla, pratik zorunlulukların kralın düzenleyici işlem yapmasının Anayasa'da açıkça yasaklanmasına engel olduğunu belirtmekte ve buradan hareketle, anayasa koyucunun Kral'ın öteden beri sahip olduğu düzenleme yetkisini muhafaza ettiği sonucuna varmaktadır.

[33] Bu görüşün dayanağı, Anayasa'nın kısa süreli uygulaması değil, anayasa koyucunun iradesidir. DOUENCE, s. 13'te, 1791'de düzenleme yetkisinin "*kural olarak yasaklandığı*"nı belirtirken, VERPEAUX, s. 87'de, "*varsayım biçiminde bir saptama*" olarak, anayasa koyucunun Kral'ın alacağı kararları belirsiz terimlerle nitelemesinden, bunları yalnızca birel işlemlerden ibaret saydığı sonucunu çıkarmaktadır. Aynı yönde bkz. Paul LOUIS-LUCAS, "La loi", **D**, 1964, s. 198.

Devrim'in, Kral'ı kanunların uygulanması bağlamında da olsa düzenleme yetkisi ile donatması, tepki duyulan bu iktidarın sınırlanması amacına ters düşer. Kaldı ki, XVIII inci yüzyılın sonunda kanun kavramının, kuvvetler ayrılığı kuramlarının da etkisiyle maddî yönden tanımlandığı[34] ve Kral'ın geçici nitelikte de olsa kanun çıkarmasını yasaklayan anayasa hükmünün, Kral'a hiçbir biçimde genel ve soyut kural koyma yetkisi tanımadığı söylenebilir.

Ne var ki, bir anayasa metninin öngördüğü düzenin belirlenmesi, anayasa koyucunun iradesi yanında ve daha çok, anayasanın nasıl uygulandığının irdelenmesine bağlıdır. 1791 Anayasası'nın yürürlükte kaldığı bir yıllık sürede bile, kralın uygulamada kullandığı yetkiler, anayasa metninde sergilenenden çok farklı bir tablo ortaya koymaktadır.

2. Uygulamada Düzenleme Yetkisinin Ortaya Çıkışı ve Anayasallaşması

1791 Anayasası'nda Kral'a düzenleme yetkisi tanınmaması, bir yandan Devrim'in felsefesi ve ilkeleriyle uyumlu bir çözüm, diğer yandan Kral'ın Eski Rejim'deki konumundan duyulan kaygının bir yansıması olarak[35], olağan karşılanmak gerekir. Ancak, Yeni Rejim'in aktörleri, bu ilkeler ve kaygılardan hareketle kurulan düzenin, pratik zorunlulukların da belirleyici olduğu hukuk uygulamasında hayata geçirilmesi konusunda yeterince öngörülü sayılamazlar. Bu nedenle, 1791 Anayasası'nın düzenleme biçimine rağmen, bu Anayasa'nın uygulandığı dönemde Kral'ın düzenleyici işlemler yaptığı görülmektedir (**a**). Nihayet, savaş ortamının yarattığı belirsizlik içerisinde geçen birkaç yılın sonunda, Kral'ın yerini devrimci bir yürütmenin almasının da yarattığı rahatlıkla, idareye

[34] Bu dönemde "yürütme" kavramından yalnızca kanunların maddi olarak uygulanması anlaşılmakta; kural konması, kanunun tekelinde sayılmaktaydı. Bkz. HAMON / TROPER / BURDEAU, s. 311.

[35] André de LAUBADÈRE / Jean-Claude VENEZIA / Yves GAUDEMET, **Traité de droit administratif**, T. I, 15e éd., LGDJ, 1999, s. 655-656 (n° 830)'da, Devrim döneminde kurucu iktidarın yürütmeye düzenleme yetkisi tanımaması, Kral'ın eski yasama yetkisinin canlanmasını önleme kaygısı ve kuvvetlerin katı ayrılığına bağlılıkla açıklanmaktadır.

açıkça düzenleme yetkisi tanınması (**b**), pratik kaygı ve zorunluluklar karşısında, "ilkeler"in değerini göstermesi bakımından da dikkat çekicidir.

a. 1791 Anayasası uygulamasında Kral'ın düzenleme yetkisi

1791 Anayasası henüz yürürlüğe girmeden önce, Kurucu Meclis'in Devrim'in yeni anayasasını hazırlamaya yönelik çalışmaları sürerken, bir yandan da yasama faaliyetinin yerine getirilmesi kaçınılmazdı. Eski Rejim büyük ölçüde yıkıldığı için, yeni anayasa yürürlüğe girene kadar toplumsal gereksinimlerin karşılanmasına yönelik olarak düzenleme faaliyetinin yerine getirilmesi de Kurucu Meclis tarafından üstlenilmiştir.

Kurucu Meclis tarafından çıkarılan kanunlara bakıldığında, bunların son derece ayrıntılı olduğu görülür[36]. Kimi zaman Kurucu Meclis, kendi aldığı kararları[37] açıklayan ve yorumlayan, bunların nasıl uygulanacağını gösteren talimatlar da çıkarmıştır[38].

1791 Anayasası ile oluşturulan Ulusal Meclis'in de, Anayasa'nın felsefesine ve Kurucu Meclis uygulamasına sadık kalarak, kanunların uygulanması için yapılması gereken ikincil düzenlemeleri kendi tekeline almak istemiş; bunu sağlamak için de, derhal ve başka bir işlemin aracılığına gerek olmaksızın uygulanması mümkün ve zorunlu olan, son derece ayrıntılı kanunlar çıkarmıştır. Yine Meclis, kanunların uygulanmasında karşılaşılan güçlükler karşısında, yeni kararlar alarak

---

[36] "(Kurucu Meclis tarafından çıkarılan kanunlar) bir üniformanın düğmelerini tarife varacak ölçüde, en sıradan konuları düzenlemektedir; düzenlenen her konuda, her şeyi söyleme endişesi açıkça görülmektedir": F. MOREAU, s. 69.

[37] Gerek 1789 Devrimi'nden 1791 Anayasası'nın yürürlüğe girdiği tarihe kadar Kurucu Meclis'in, gerek 1791 Anayasası'nın yürürlükte olduğu dönemde Millet Meclisi'nin yaptığı kanunlar, kararname (*décret*) adıyla da anılmaktadır. Kanun ve kararname arasındaki fark, esasa ilişkin olmayıp, ilgili metnin hazırlanma yöntemine ilişkindir. Bkz. VERPEAUX, s. 90-91.

[38] F. MOREAU, s. 69'da, bu talimatları kendi döneminin – MOREAU'nun kitabı, 1902 yılında yazılmıştır – bakanlık sirkülerlerine benzetmektedir.

eskiden çıkarılmış olan kararların nasıl uygulanacağını göstermiş ve bunları tamamlamıştır[39].

Bununla birlikte, gerek Kurucu Meclis'in, gerek Ulusal Meclis'in çıkardığı bazı kanunlarda, yürütme organına kanunun uygulanması için gerekli emirleri vermek ve önlemleri almak yetkisi tanındığı görülmektedir. Bu yetkinin kanunu tamamlayıcı nitelikte genel ve soyut karar almak yetkisini de içerip içermediği sorusuna farklı yanıtlar verilebilirse de[40], Kral'ın bu hükümlere dayanarak düzenleyici işlemler yaptığı görülmektedir.

1789'dan 1792'ye kadar Kral'ın yaptığı düzenleyici işlemler, kapsamları yönünden[41] değerlendirildiğinde, bunların esas olarak yasama organınca yapılan kanunların yürütülmesini sağlamaya yönelik olduğu görülmektedir. Kral, sonradan 1791 Anayasası'nın da başına eklenen 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nde ve Anayasa metninde yasama organının münhasır yetki alanına girdiği belirtilen konularda düzenleme yapmadığı gibi; yasama organınca ayrıntısıyla düzenlenmiş olan konularda da, düzenleme yetkisi kullanmamıştır.

Bununla birlikte, kimi zaman, yasama organının açık bir yetkilendirmesi veya daveti olmadan da, bir kanunun uygulanmasını sağlamak üzere Kral'ın düzenleme yaptığı görülmektedir[42]. Bu tür bir düzenleyici işlem vesilesiyle, Kral'ın uygulamada kullandığı düzenleme yetkisinin Anayasa'ya uygunluğu, Meclis'te tartışma konusu

---

[39] Bu gelişim süreci ve örnekler için bkz. VERPEAUX, s. 105 v.d.

[40] Örneğin, F MOREAU, s. 70 v.d.'nda, bu durumu, yapılması gereken işin büyüklüğü ve ivediliğinin yarattığı bir zorunluluk olarak görmekte, yasama organının niyetinin de Kral'a düzenleme yetkisi tanımak olduğu sonucuna varmakta iken; VERPEAUX, s. 113 v.d.'nda, hiçbir tarihsel verinin, yasama organının Kral'a kanunları uygulama görevi yüklerken, düzenleme yetkisi de tanıma niyetiyle hareket ettiğinin düşünülmesine izin vermediğini savunmaktadır. Aynı yönde bkz. Michel TROPER, "L'émergence du gouvernement", in **Mélanges GÉLARD – Droit Constitutionnel**, Montchrestien, 1999, s. 136.

[41] Kral'ın yaptığı düzenleyici işlemler şekil yönünden değerlendirildiğinde, bunlara çok çeşitli isimler verildiği görülmektedir. 1791 Anayasası'nın yürürlüğe girdiği tarihe kadar Kral, düzenleyici işlemlerini daha çok Eski Rejim dönemine ait bazı isimleri kullanarak yaparken; 1791 Anayasası'nın yürürlüğe girmesiyle, bunlar yerine kimi zaman "talimat" (*instruction*), kimi zaman Anayasa'da öngörülen "duyuru" (*proclamation*) ibaresini kullanmaya başlamıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. VERPEAUX, s. 117 v.d; F. MOREAU, s. 71 v.d.

[42] F. MOREAU, s. 74.

edilmiş[43]; hatta, yürütme organınca yapılan duyuruların kapsamına ilişkin kesin sınırlar çizilmesini öngören bir kanun teklif edilse de, bu öneri kanunlaşamamıştır[44].

Kral'ın uygulamada kullandığı bu düzenleme yetkisinin, 1789 Devrimi'nin mantığına ve 1791 Anayasası'na uygunluğu kuşkulu olmakla birlikte, yukarıda değinilen tartışma dışında yasama organının itirazlarına konu olmaması, Kurucu Meclis ve Ulusal Meclis'in başlangıçtaki eğilim ve kaygılarının etkisini yitirdiği izlenimini uyandırmaktadır. Bununla birlikte, düzenleme yetkisine ilişkin sorunlar bir yana, tarihsel gelişmeler bir bütün olarak ele alındığında, Devrim'in temel ilkelerinin ve Kral'ın konumuna ilişkin kaygıların geçerliliğini koruduğu görülmektedir[45]. Bu nedenle, Kral'ın düzenleme yetkisini kullanması, yasama organının – Devrim'in felsefesine de uygun olan – her konuyu düzenleme arzusunun, eşyanın tabiatı karşısındaki yenilgisi ile açıklanabilir[46]. Bu açıklama, düzenleme yetkisinin tüm serüvenine damgasını vurmuş olan, ilkeler ile pratik zorunluluklar arasındaki karşıtlığı göstermesi bakımından da önemlidir.

---

[43] Meclis üyelerinden PRIEUR ve CAMUS, Kral'ın kendi inisiyatifiyle yaptığı bu duyurunun, Meclis kararnameleriyle kesin olarak yasaklandığını ve böyle bir uygulamanın tekrarlanmaması gerektiğini belirtmekte; PRIEUR, ayrıca Kral'ın bu işleminin kanunlarla öngörülmeyen cezalar içerdiğinden yasama işlemi niteliği taşıdığını eklemektedir. ROUGIER-La BERGERIE de aynı görüştedir: "*(Kral'ın bu işlemi) 12 Ekim 1791 tarihli Kanun'u açıklamak için yapılmış görünse de, tam anlamıyla kanun niteliğindedir (…) Şayet yürütme erki kendisinde, Anayasa'nın ifadesiyle kanunların uygulanmasını sağlamaya yönelik olmayıp gerçek anlamda kanun niteliği taşıyan duyurular yapmak yetkisini görüyorsa, bir Ulusal Meclis'in varlığına gerek yoktur*". Bununla birlikte, Meclis'te farklı düşünen üyeler de bulunmaktadır. Sözgelimi LAFON-LADEBAT, Kral'ın tartışma konusu duyurusunda, "*daha önce çıkarılmış kanunlara uygun ve bunların uygulanması için gerekli hükümler*"den başka bir şey görmediğini ifade etmekte; yine de yürütmenin bu türden işlemlerinin kapsamının yasama organınca ciddi bir denetime tâbi tutulması gerektiğini de belirtmektedir. Bu konudaki tartışmalar için bkz. Archives parlementaires, T. 9, s. 186; T. 38, s. 175 ve s. 351'den aktaran VERPEAUX, s. 141-142.

[44] VERPEAUX, s. 142.

[45] Sözgelimi Kral'ın Meclis tarafından yapılan üç kanunu veto edişini izleyen ve tahttan indirilmesi ile sonuçlanan gelişmeler, Kral'a ve monarşiye duyulan güvensizliği göstermektedir. Buna karşın, Kral'ın tahttan indirilmesine ilişkin tartışmalar sırasında, Kral'ın düzenleyici işlemlerinin Anayasa'ya uygunluğu konusu belirleyici rol oynamamıştır. Bkz. VERPEAUX, s. 143.

[46] F. MOREAU, s. 70.

b. Düzenleme yetkisinin güçlenmesi ve 1799 (VIII inci Yıl) Anayasası

Kral'ın tahttan indirilmesi ve Cumhuriyet'in ilanı (Ağustos – Eylül 1792) ile başlayan dönemde, siyasal yönden ciddi bir belirsizlik egemendir; Devrim'in yerleştirilmesi çabası ile Fransa'ya savaş açan Avrupa monarşilerine karşı ülkenin savunulması zorunluluğu, şiddet dâhil her türlü yöntemin uygulanmasını meşrulaştırmıştır[47].

Kral'ın görevlerinin askıya alınmasından sonra, Amerikan modelinden esinlenilerek oluşturulan[48] ve Kral'ın tahttan indirilmesi ile Cumhuriyet'in ilanına karar veren Konvansiyon'un, kendisinden önceki Kurucu ve Ulusal Meclisler gibi, yasama faaliyetini son derece ayrıntılı düzenlemeler yaparak yürüttüğü[49]; hatta, bu Meclislerden farklı olarak, 1791 Anayasası'nın yürürlükte olmayışının da sağladığı rahatlıkla, yürütme işlevini de bizzat yürütmek istediği görülmektedir[50]. Hatta Konvansiyon, çeşitli özel kararlarında da tekrarladığı genel bir hükümle[51], tüm kamu görevlileri ve makamlarına, kanunu yorumlamak ya da tamamlamak gerekçesiyle kanun hükümlerini genişleten, sınırlayan ya da bunlara aykırı kararlar veya duyurular yapmayı yasaklamıştır[52].

---

[47] BODINEAU / VERPEAUX, s. 21. Özellikle 1792-1795 yılları arasında, herhangi bir anayasanın yürürlükte olmadığı ve Devrim kurumlarının anayasal bir çerçeve ile sınırlı olmaksızın faaliyette bulunduğu dikkate alındığında, böyle bir dönemin uygulamalarından hareketle idarenin düzenleme yetkisinin hukuksal çerçevesine ilişkin anlamlı sonuçlara ulaşmak güç görünse de, düzenleme yetkisinin gelişim sürecini göstermesi bakımından, bunlara ana hatlarıyla değinmek yararlı olacaktır.

[48] Jacques GODECHOT (prés. par), **Les Constitutions de la France depuis 1789**, Flammarion, 2006, s. 69.

[49] Konvansiyon dönemi, yasamanın mutlak kudreti (*l'omnipotence législative*) ile de ifade edilmektedir. Bkz. VERPEAUX, s. 191.

[50] Konvansiyon tarafından yapılan kanunlarla düzenlenen konular için bkz. F. MOREAU, s. 74.

[51] 14 frimaire an II (2 nci Yıl - 1793) tarihli Kararname'nin 2 nci Bölümünün 11 inci maddesi'nden aktaran F. MOREAU, s. 75.

[52] Anılan Kararname, kanunların uygulanmasının genel bir düzenlemeye kavuşturulması yolundaki ilk girişimdir (VERPEAUX, s. 181). Hatta, bu Kararname'nin, daha sonra kanunların uygulanması görevinin, bunları yapan organdan farklı bir organa verilmesine yönelik eğilimlerin oluşumunda da etkili olduğu savunulmaktadır. Bkz. Joseph BARTHELEMY, **Le rôle du pouvoir exécutif dans les républiques modernes**, Giard et Brière, 1906, s. 484.

Bununla birlikte, yine eskiden olduğu gibi, Konvansiyon'un da kanunların uygulanması için çeşitli idarî makamları görevlendirmesi söz konusudur[53]. Özellikle, bu dönemde siyasal yönden de güçlü konumda olan Kamu Esenliği Komitesi'nin (*Comité de salut public*) yaptığı bazı düzenleyici işlemlerin, kanun hükümlerinin ötesine geçtiği dikkat çeker[54]. Bu açıdan bakıldığında, herhangi bir anayasanın yürürlükte olmadığı ve savaş koşullarıyla biçimlenen bir dönemde de, tüm yetkileri kendi elinde toplamak niyetiyle yola çıkan bir Meclis'in bile, idareye düzenleme yetkisi tanıdığı, hatta bu yetkinin yasama yetkisine müdahale eder tarzda kullanılabildiği görülmektedir[55]. Kuşkusuz bu durum, Kral ile Meclis arasındaki çatışmanın ortadan kalkması ve yasama ile yürütmenin siyasal yönden bir ölçüde özdeşleşmesi ile de açıklanabilir.

Konvansiyon tarafından hazırlanan anayasal metinlerden 1795 (III üncü Yıl) Anayasası[56], daha önceki anayasalara göre, yürütme organını bir hayli güçlendirmektedir[57]. Bu Anayasa'da, yasama organı tarafından belirlenen beş üyeden

---

[53] Bu makamlar arasında, Meclis komiteleri, Konvansiyon'un ordu nezdinde görevlendirdiği temsilciler, bakanlar ve yerel yönetimler de bulunmaktadır. Bkz. F. MOREAU, s. 75. Konvansiyon'un çeşitli idari makamları kanunların uygulanmasıyla görevlendirdiği kararnamelerinin ayrıntılı analizi için bkz. VERPEAUX, s. 191-213.

[54] François BURDEAU, **Histoire du droit administratif**, PUF, 1995, s. 60.

[55] VERPEAUX, s. 213'te, Konvansiyon tarafından çıkarılan kararnamelerin analizinden hareketle, bunların idareye düzenleme yetkisi tanıyan metinler olarak görülmesinin mümkün olmadığını; bunlar ile, çeşitli idarelerin kanunların uygulanmasını sağlamak üzere maddi ya da birel işlemler tesis etme konusunda yetkilendirildiğini savunmaktadır. Bu saptamanın, metinlerin okunmasından hareketle yapıldığı unutulmamalıdır; yazara göre, uygulamadaki durum, idarenin fiilî şartların zorlaması altında düzenleme yetkisi kullandığını göstermektedir (Bkz. s. 278 v.d.).

[56] Aslında Konvansiyon tarafından hazırlanan ilk anayasal metin, hiç uygulanma olanağı bulamayan 1793 (I inci Yıl) Anayasası'dır. 1791 Anayasası'ndan çok farklı ve ona tepki niteliği taşıdığı savunulan bu metinde (Bkz. Léon DUGUIT, **Traité de droit constitutionnel**, 3e éd. (5 vol.), Fontemoing, 1927-1930, T. II, s. 680), Yürütme Konseyi'nin genel idarenin yönetim ve gözetimi için ancak kanunların uygulanması bağlamında hareket edebileceği öngörülmekte (m. 65); ayrıca, yasamanın münhasır yetki alanında yer alan konular açıkça belirlenmektedir (m. 54-55). Yürütmeyi gerçek bir erk olarak değil, Meclis'in bir ajanı gibi düzenleyen (HAMON / TROPER / BURDEAU, s. 314) bu Anayasa'nın da, idarenin düzenleme yetkisini öngörmediği savunulmaktadır. Bkz. VERPEAUX, s. 164.

[57] 1795 Anayasası'nda yürütme organı (*Directoire*) öylesine önemlidir ki, Devrim'den bu yana ilk kez Rejim, onun adıyla anılmaktadır: BODINEAU / VERPEAUX, s. 31. BARTHELEMY, s. 518'de de, 1795 Anayasası'nı hazırlayan Konvansiyon'un yaklaşımının bağımsız bir yürütme düşüncesinden etkilendiği belirtilmektedir.

oluşan (m.132) yürütmenin (*Directoire*), 1791 Anayasası'nda olduğu gibi, kanunlara uygun ve uygulanmalarını sağlamaya yönelik duyurular yapabileceği kabul edilmekte (m. 145); ancak, 1791 Anayasası'ndan farklı olarak, bu duyuruların düzenleyici işlem niteliğinde olamayacağı izlenimi doğurmaya elverişli herhangi bir hükme yer verilmemektedir[58].

Bu dönemin uygulamasında da, *Directoire* çok sayıda düzenleyici işlem tesis etmiştir. Bu işlemlerle düzenlenen konular arasında esas olarak kolluk, idari makamlar arasındaki ilişkilerin veya belirli bir idarenin işleyişinin düzenlenmesi, ordunun yönetimi ve savaşın yürütülmesi, kimi kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi ve özel kesimin bazı sınaî faaliyetlerinin denetimi yer almaktadır[59]. Bunlardan bir bölümü, kanunlarda yer alan açık hükümlere (kanun koyucunun davetine) dayanmakta; bir bölümü ise, bir kanunun uygulanması için yapılmış olmakla birlikte, ilgili kanunda buna ilişkin hüküm bulunmamaktadır. Hatta bu dönemde yapılan düzenleyici işlemler arasında, hiçbir kanunla ilgisi bulunmayan, tümüyle yürütme organının inisiyatifine dayananlar da mevcuttur[60].

1791 yılından itibaren yürürlükteki anayasalara uygunluğu tartışmalı olmakla birlikte uygulamada gitgide genişleyerek kendisine yer bulan düzenleme yetkisi, ilk olarak 1799 Anayasası'nda açıkça öngörülmektedir. Görünüşte kendisinden önceki anayasalara benzer biçimde yasama ile yürütme organlarını birbirinden ayıran bu Anayasa, yürütme yetkisini ismen belirlediği üç konsüle vermekte (m. 39) ve yürütme organına kanunların uygulanması için gereken düzenlemeleri (*règlements*) yapma yetkisi tanımaktadır (m. 44).

---

[58] Anayasa koyucunun bu sükûtu, F. MOREAU tarafından (s. 76), yürütme organına zımnen düzenleme yetkisi tanıma iradesini yansıtır tarzda yorumlanırken; F. BURDEAU, s. 60'da ve VERPEAUX, s. 330 v.d.'nda, 1795 Anayasası uyarınca yürütme organının her türlü düzenleme yetkisinden yoksun olduğunu savunmaktadır.

[59] Bu konularda yapılan düzenleyici işlemlerin ayrıntılı bir döküm ve analizi için bkz. VERPEAUX, s. 358-373.

[60] Farklı türlerdeki bu düzenleyici işlem örnekleri için bkz. F. MOREAU, s. 77, dn. 6-9; VERPEAUX, s. 374-393. F. BURDEAU, s. 60'da, yürütme organının düzenleme yetkisini kimi zaman kanunlara açıkça aykırı biçimde kullanması yolundaki uygulamayı, Eski Rejim dönemindeki kural koyma faaliyetine benzetmekte ve bu tutumun, o dönemde bu faaliyetin yasamanın tekelinde olması gerektiğini savunanları rahatsız ettiğini belirtmektedir.

Yürütme organının yapacağı düzenleyici işlemlerin kapsamı, Anayasa'da açıkça belirtilmemiştir. Buna karşın bu dönemde, kuvvetler ayrılığı ilkesinin daha az vurgulandığı, kanunun tanımlanması çabasından vazgeçildiği ve kanunla düzenlenmesi gereken konuların Anayasa'da yer almadığı; bunun sonucu olarak, idarenin düzenleyici işlemlerinin neredeyse kanunlarla eşit düzeyde tutulduğu dile getirilmektedir[61]. Hatta bu Anayasa'nın, bir tür düzenleyici işlem olarak öngördüğü (m. 48) ancak tanımlamadığı "*règlements d'administration publique*" (R.A.P.) kategorisi ile, yürütme organının idarî konularda herhangi bir kanuna dayanmaksızın kural koyma yetkisine sahip kılınmak istendiği savunulmaktadır[62].

Anayasa metninden hareketle yapılan yorumlar ne olursa olsun, uygulamada, Birinci Konsül olan Napoléon BONAPARTE'ın düzenleme yetkisini olabildiğince geniş biçimde kullandığı ve kanunların daveti üzerine tesis ettikleri yanında, hiçbir kanuna dayanmayan özerk düzenleyici işlemler yaptığı da görülmektedir[63]. Bu durum, bir ölçüde BONAPARTE'ın eğilimleriyle de açıklanabilir; nitekim 1802 (X uncu Yıl)'de yapılan plebisit ve Anayasal düzenleme ile yaşam boyu Konsül seçilen ve 1804 (XII nci Yıl) Anayasası ile imparator yetkilerine sahip olan BONAPARTE, bu sıfatla yasama yetkisini de şahsında toplamış, yasama ile yürütme arasındaki ayırım gitgide silikleşerek, önemini yitirmiştir[64].

1789'dan 1799'a uzanan süreç, idarenin düzenleme yetkisi yönünden değerlendirildiğinde, anayasalarda yasaklandığı söylenebilecek olan bu yetkinin uygulamada artan bir sıklıkla kullanıldığı dikkati çekmektedir. Bununla birlikte, anayasa metinlerinde de, idarenin düzenleme yetkisine bakıştaki katılığın önemli ölçüde yumuşadığı görülmektedir. Bunun nedenlerinin, bir ölçüde, Kral'ın tahttan

---

[61] F. MOREAU, s. 78. AUBY, Les aspects nouveaux, s. 10'da, BONAPARTE'ın iktidarda olduğu dönemde, yasama işlemi ile düzenleyici işlem arasında gerçek bir hiyerarşi bulunmadığını belirtmektedir. Bununla birlikte, 1799 Anayasası'nın 44 üncü maddesinin, gerçek bir düzenleme yetkisinden çok, idareye genel düzenlemeler aracılığıyla talimat verme yetkisini içerdiği de savunulmaktadır. Bkz. LOUIS-LUCAS, s. 199.

[62] F. BURDEAU, s. 74.

[63] F. MOREAU, s. 79; F. BURDEAU, s. 74-75.

[64] F. MOREAU, s. 80. BONAPARTE'ın imparator oluşundan sonra, düzenleyici işlemler ile kanunların değiştirilmesi ya da yürürlükten kaldırılması yoluna da gidildiği görülmektedir. Bkz. F. BURDEAU, s. 75.

indirilmesinin ve yasama yanında yürütme yetkisinin de devrimci aktörlerin eline geçmesinin yarattığı rahatlıkla ilgili olduğu ortadadır; ancak bu süreç, bir yandan da kuvvetler ayrılığı kuramlarından kaynaklanan devrimci ilkelerin, pratik zorunluluklar ve fiilî koşullar karşısındaki yenilgisiyle açıklanabilir[65]. Dönemin koşullarının olağanüstü niteliği, bu saptamanın değerini kısmen azaltmaktadır; ne var ki, 1799'u izleyen yıllarda ve özellikle 1875 tarihli III. Cumhuriyet Anayasası'nın yürürlükte olduğu dönemde de düzenleme yetkisinin yayılma ve genişleme eğiliminin sürmesi, bu durumun olağanüstü koşullarla sınırlı olmadığını göstermektedir.

B. DÜZENLEME YETKİSİNİN ÖZERKLEŞMESİ

1799 Anayasası'nda idarenin düzenleme yetkisinin açıkça öngörülmesinden sonra, XIX uncu yüzyıl boyunca birbiri ardına kabul edilen tüm anayasaların idareye kanunların uygulanması amacıyla düzenleme yetkisi tanıdığı görülmektedir. 1946 tarihli IV. Cumhuriyet Anayasası da bu geleneğe bağlı kalmıştır. Bununla birlikte, anayasal metinlerin değerlendirilmesinden hareketle varılan bu sonucun (**1**) düzenleme yetkisinin uygulamadaki görünümünü yansıtmaktan uzak olduğu da bir gerçektir. Özellikle XX nci yüzyılın, 1875 Anayasası'nın yürürlükte olduğu ilk kırk yılında[66] ve 1946 Anayasası'nın yürürlükte olduğu dönemde, anayasal düzenlemeler ile bağdaştırılması güç kimi uygulamaların Devlet Şurası tarafından da hukuka

---

[65] Nitekim, yürütme organının genişleyen yetkileri, kuvvetler ayrılığından miras kalan yasama – yürütme işlevleri arasındaki ikili ayırımı, üçlü bir ayırımla ikame etmek suretiyle meşrulaştırılmak istenmiştir: Yasama, hükümet ve idare. SIEYES'in de ifade ettiği gibi, yürütme kudreti yalnızca "eylem"i (*action*) içerirken; hükümet işlevi, "düşünce"den (*pensée*) ibarettir. Bkz. TROPER, s. 137.

[66] XIX uncu yüzyıl boyunca düzenleme yetkisinin uygulamadaki görünümleri konusunda doyurucu bir bilgiye ulaşmak mümkün olamamaktadır. Bu dönemde, düzenleme yetkisinin kanunların uygulanması amacı ile sınırlı, ikincil ve türev bir yetki olduğu kural olarak kabul edilmiştir; düzenleme yetkisinin XIX uncu yüzyıl uygulamasındaki görünümleri öğretinin üzerinde durduğu konular arasında yer almamaktadır. Bunun nedenlerinden birisi, 1789-1799 döneminden farklı olarak, bu dönemde düzenleme yetkisinin önemli politik tartışma konuları arasında yer almıyor oluşudur. Ancak bundan daha önemlisi, idarenin yargısal denetiminin yeterince etkili olmayışıdır. 1870'li yıllara kadar tutuk adalet sistemi içerisinde faaliyette bulunan Devlet Şurası'nın, XIX uncu yüzyılda idarenin düzenleme yetkisine ilişkin herhangi bir bakış geliştirdiğini söyleyebilmek güçtür. Ayrıca, bu dönem, XX nci yüzyılın ilk çeyreğinde kamu hukuku öğretisinde yaşanan canlanma ve zenginlikten de yoksundur.

uygun bulunduğu ve nihayet 1958 tarihli V. Cumhuriyet Anayasası ile idarenin özerk düzenleme yetkisinin pozitif hukuk sisteminin bir parçası hâline geldiği görülmektedir (**2**).

1. Kural: İdarenin Kanunların Uygulanmasına Yönelik Düzenleme Yetkisi

1799 Anayasası ile Konsül seçilen ve daha sonra İmparator olan BONAPARTE'ın iktidarının sona erdiği 1815 yılından[67] 1958'e kadar, yürürlükte olan tüm anayasal metinlerde, idarenin düzenleme yetkisinin kanunların uygulanması amacıyla sınırlı olduğu kuralı benimsenmiştir. Bununla birlikte, 1875 Anayasası'nın kabulünden önce, bu kurala bağlı sonuçlar yeterince işlenmemişken (**a**), 1875 ve 1946 Anayasaları'nın yürürlükte olduğu dönemde, öğretinin düzenleme yetkisinin ikincil ve türev niteliğini vurgulayarak (**b**), bu yetkiyi kuramsal bir çerçeve içerisinde açıklama çabasına girdiği görülmektedir.

a. 1875 Anayasası'ndan önceki durum

1814 Anayasal Şartı'nın kabulünden 1875 Anayasası'nın yürürlüğe girişine kadar geçen sürede Fransa, önemli sosyal ve siyasal gelişmelere sahne olmuş; büyük ölçüde bu gelişmelerin etkisiyle azımsanamayacak sayıda rejim ve anayasa değişikliği yapılmıştır[68]. Ancak bu dönem idarenin düzenleme yetkisi açısından ele

[67] Aslında BONAPARTE, 1814 yılında iktidardan düşürülerek, sınırlı monarşik bir yönetim biçimini benimseyen 1814 Anayasal Şartı benimsenmiş ve XVI ncı LOUIS'nin kardeşi XVIII inci LOUIS kral olmuştur. Bununla birlikte, BONAPARTE, 1815 yılında bir kez daha iktidarı ele geçirerek, 1814 Şartı'nda kimi değişiklikler yapmış; ancak yüz gün kadar süren bu durum, XVIII inci LOUIS'nin tekrar kral olması ve 1814 Şartı'nı ilk biçimiyle yürürlüğe sokması ile son bulmuştur. Bu gelişmelerin hukuksal boyutları için bkz. BODINEAU / VERPEAUX, s. 45-47; GODECHOT, s. 209-216, 225-229.

[68] BONAPARTE'ın tekrar iktidara geldiği yüz gün bir yana bırakılacak olursa, sınırlı monarşinin benimsendiği dönem 1848'e kadar sürmüş, ancak bu arada meydana gelen 1830 Ayaklanması, yeni bir anayasal şartın kabulü ve monarşinin parlamenter sisteme doğru daha da evrilmesi sonucunu

alındığında, rejim değişikliklerine ve farklı anayasal düzenlemelere rağmen anayasal metinlerdeki hükümlerin ve uygulamanın büyük ölçüde birbirine benzediği görülmektedir. Bu dönemin temel özellikleri, idarenin düzenleme yetkisinin tartışmasız kabulü ve bu yetkinin, kanunlar çerçevesinde kullanılabileceği esasının benimsenmesidir. Ne var ki, uygulamada, bu esasa aykırı örnekler varlığını korumuştur.

Bu açıdan, idarenin düzenleme yetkisine ilişkin olarak XX nci yüzyılın ilk yarısında da geçerliliğini koruyan kimi ilke ve kuralların, Restorasyon Dönemi'nde oluştuğu söylenebilir[69]. Anayasal monarşi yönetim biçimini benimseyen 1814 Anayasal Şartı, Kral'ın önerisi (m. 16) üzerine kanun koyma yetkisini iki Meclis'ten oluşan yasama organına bırakmakta (m. 17-21); Kral'a ise ayrıca, kanunların uygulanması ve devletin emniyeti için gerekli olan tüzük ve kararnameleri yapma yetkisini tanımaktadır (m. 14)[70]. Bu dönemde, İmparatorluk Dönemi'nde etkisini yitirmiş olan yasama-yürütme ayırımı belirgin hâle gelmiş; kanun, eski gücüne tekrar kavuşmuş, ancak her konuyu düzenleme iddiasından vazgeçerek, ikincil düzenlemelerin yapılması konusunda idarenin görevlendirilmesi yaygınlaşmıştır[71].

---

doğurmuş; 1848 İhtilali'nden sonra ise, II. Cumhuriyet Rejimi'ne geçilmiştir. Ne var ki, II. Cumhuriyet yalnızca dört yıl ayakta kalabilmiş; Cumhurbaşkanı olan Louis-Napoléon BONAPARTE, düzenlediği bir halkoylamasına dayanarak 1852 yılında kendisine sınırsız ve şahsına bağlı yetkiler tanıyan bir anayasa değişikliği yapmış; ancak görünüşte cumhuriyet rejiminin bu niteliğini korumuştur. Ne var ki, aynı yıl yapılan bir başka anayasa değişikliği ile İmparatorluk rejimi tekrar tesis edilmiş ve Louis-Napoléon BONAPARTE, III. NAPOLEON adıyla imparator olmuştur. III. Cumhuriyet'in kurulduğu 1870 yılına kadar süren bu II. İmparatorluk Dönemi'nde de, rejimin biçimi üzerinde etkili olmayan çok sayıda anayasa değişikliği yapıldığı görülmektedir. Bkz. BODINEAU / VERPEAUX, s. 49-78; GODECHOT, s. 241-246, 253-262, 279-286.

[69] F. MOREAU, s. 81-82.

[70] Devletin emniyeti için gerekli olan düzenlemeleri yapma yetkisi, kanunların uygulanmasını aşan ve yürütme organına özerk düzenleme yetkisi tanıyan bir yenilik olarak değerlendirilebilirse de, 1830 İhtilali'ne yol açan 25 Temmuz tarihli Kararname'ye kadar bu yetkinin neredeyse hiç kullanılmadığı görülmektedir. Bkz. F. MOREAU, s. 81.

[71] F. MOREAU, s. 81-82. 1830 İhtilali'nin sonucu olarak hazırlanan 1830 Anayasal Şartı'nda da, Kral'ın düzenleme yetkisine yer verilmekle birlikte, İhtilal'e neden olan 25 Temmuz tarihli kararnamelerin alınmasının dayanağı hüküm (1814 Şartı'nın 14 üncü maddesinin Kral'a devletin emniyetini sağlamak için de düzenleyici işlemler yapma yetkisi veren bölümü) yeni metinde yer almamakta; 1830 Şartı'nda Kral'ın kanunların uygulanması için gerekli tüzük ve kararnameleri yapma

1848 tarihli II. Cumhuriyet Anayasası'nda ise, düzenleme yetkisinin açıkça yer almadığı görülmektedir; ancak bu Anayasa ile, Cumhurbaşkanı'na kanunların uygulanmasını gözetmek ve sağlamak görevi verilmekte (m. 49) ve bu görevin, düzenleme yetkisini de içerdiği kabul edilmektedir. 1852 Anayasası'nda, cumhurbaşkanının kanunların uygulanması için gerekli tüzük ve kararnameleri yapma yetkisi açıkça düzenlenmiş (m. 6); daha sonra, İmparatorluk rejiminin benimsenmesiyle, bu hüküm İmparator bakımından uygulanmıştır. Nihayet, 1870 tarihli İmparatorluk Anayasası'nda, imparatora kanunların uygulanması için gerekli tüzük ve kararnameleri yapma yetkisi tanınmaktadır (m. 14).

Anılan anayasal metinlerin tümünde idarenin kanunların uygulanması çerçevesinde düzenleme yetkisine sahip olduğunun kabulü, kanunla düzenlenmesi gereken konulara ilişkin bir anlayış değişikliğiyle de koşuttur. Yukarıda da belirtildiği gibi, 1814 Şartı ile, Devrim'in kanunun mutlak gücüne dayalı anlayışının, pratik zorunluluklar karşısında terk edilmesi ve kanun koyucunun her konuyu ayrıntılı olarak düzenlemesinin mümkün olmadığı görüşünün egemen olması söz konusudur[72]. Bu dönemin uygulamasında, kanunların bir önceki döneme göre daha az ayrıntılı hükümler içerdiği ve sıklıkla ayrıntı düzeyindeki ikincil düzenlemeleri idareye bıraktığı görülmektedir[73]. Bu nedenle, idarenin düzenleme yetkisinin ancak

---

yetkisi tanındıktan sonra, bu yetkinin kanunların askıya alınması veya uygulanmalarının ihmal edilmesi anlamına gelecek şekilde kullanılması yasaklanmaktadır (m. 13).

[72] Esasen kanunun yalnızca genel ilkeleri koymakla yetinmesi ve ayrıntıya ilişkin düzenlemeleri yürütmeye bırakması gerektiği görüşü, 1814 yılından önce de savunulmuş ve benimsenmiştir. Örneğin, BONAPARTE tarafından hazırlatılan 1804 tarihli Medenî Kanun (*Code civil*) Tasarısı'nı sunuş konuşmasında PORTALIS, kanunun görevinin hukukun genel ilkelerini koymakla sınırlı olduğunu belirtmekte; her konuda doğabilecek sorunlara ilişkin ayrıntılara inmenin kanunu uygulamak konumunda bulunanlara ait olduğunu belirtmektedir (Bkz. Jean-Étienne-Marie PORTALIS, **Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil**, Joubert, 1844, s. 7-8). Ancak, XIX uncu yüzyılın başında ileri sürülen bu görüşler, Fransız kamu hukuku geleneğinin oluşumu sürecinin bir parçasını oluşturmaktan çok, BONAPARTE'ın iktidarını yasama organı karşısında güçlendirme ve meşrulaştırma amacına yönelik konjonktüre bağlı argümanlardır.

[73] Örnekler için bkz. F. MOREAU, s. 81-85. Hatta XIX uncu yüzyıl boyunca, özellikle 1875 Anayasası'nın kabulünden önceki dönemde, kanun ile düzenleyici işlemin alanlarının birbirinden farklı olduğu ve ayrıntıya ilişkin kimi hususlarda kanunla getirilen düzenlemelerin aslında kanun konusu olmadığı için, yürütme organı tarafından da değiştirilebileceği veya yürürlükten kaldırılabileceği savunulmuştur. Bununla birlikte, demokratik parlamentarizmin yerleşmesiyle birlikte

kanunlar çerçevesinde kullanılabilecek olması kuralı, nesnel bir sınır oluşturmakla birlikte; kanunun kapsamına ilişkin anlayış değişikliği de dikkate alındığında, 1789-1799 dönemine göre düzenleme yetkisini sınırlamaktan çok genişletmektedir.

Bu dönemin bir başka özelliği, düzenleme yetkisinin idare içerisinde yayılmasıdır. Bu dönemde çıkarılan kanunların, yalnızca yürütme organının başında yer alan Kral, İmparator veya Cumhurbaşkanı'nı değil, bunlar dışında kalan çok sayıda idari makamı da[74], ikincil düzenlemeleri yapmakla görevlendirdiği görülmektedir.

Düzenleme yetkisinin kanunların yürütülmesi amacıyla sınırlı olarak kullanılması gerekliliği dönemin anayasal metinlerden kolayca anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, uygulamada bu kurala aykırı örnekler, eskiden olduğu gibi bu dönemde de varlığını korumaktadır. İdare, kimi zaman kanunlarla kendisine tanınan yetkinin sınırlarını aşmakta; kimi zaman, hiçbir kanuna dayanmaksızın, özerk ve spontane bir düzenleme yetkisi kullanmaktadır[75]. Ne var ki, öğretinin idare hukukunu sistemleştirerek açıklama çabasından uzak bulunduğu[76]; idari yargı denetiminin ise, yeterince etkili olmadığı[77] dikkate alındığında, bu türden aykırılıkların hukuk düzeni içerisinde değerlendirilmesi mümkün olamamaktadır.

---

bu görüşlerin terk edildiği görülmektedir. Bkz. Jean-Louis MESTRE, "De l'ancien sur l'article 37, alinéa 2, de la Constitution", **RFDA**, 2001, s. 301 v.d.

[74] Bu makamlar arasında, bakanlar, valiler, belediye meclisleri, il idare kurulları ve Kamu Eğitimi Kraliyet Konseyi ya da Noterler Odası gibi münferit idareler yer almaktadır. Örnekler için bkz. F. MOREAU, s. 85, 87-88.

[75] Örnekler için bkz. F. MOREAU, s. 81-91.

[76] İdarî işlevi ve idarenin yetkilerini sistemleştirerek açıklama çabası, Fransız kamu hukuku öğretisinde, devlet kuramı hakkında yapılan çalışmalarla koşuttur. Bu çalışmaların büyük kısmı, 1875 Anayasası'nın yürürlükte olduğu dönemde yapılmış olup, 1875 yılından önce idare hukuku alanında yazılan eserlerin idarenin faaliyet konularına ilişkin birer repertuar niteliği taşıdıkları söylenebilir. Bu eserlerde, idarenin düzenleyici işlemleri konusuna da yer verilmekle birlikte, yapılan açıklamalar, kısa saptamalardan öteye geçmemektedir. Örnek olarak bkz. Paul PRADIER-FODÉRÉ, **Précis de droit administratif**, 7^{e} éd., Guillaumin et C^{ie}, 1872.

[77] 1799 yılında kurulan Devlet Şurası'nın etkili bir yargısal denetim yapabilmesi, ancak III. Cumhuriyet Dönemi'nde mümkün olmuştur. Bu nedenle, 1870'lerden önce düzenleme yetkisinin kullanımına ilişkin kuralları belirleyen Devlet Şurası kararlarına rastlamak mümkün değildir. Devlet

b. 1875 ve 1946 Anayasaları

Fransız kamu hukukuna ilişkin birçok ilke ve kural, 1814 Anayasal Şartı'nın yürürlükte olduğu dönemde oluşmuş ise de, bunların cumhuriyet rejimi içerisinde kök salıp yerleşmesi, III. Cumhuriyet Dönemi'ndedir. İdarenin düzenleme yetkisi yönünden de, bu dönemde geliştirilen yaklaşımlar, kısmen önemini korumaktadır.

1870 yılında Cumhuriyet'in ilan edilmesini izleyen anayasa çalışmaları, 1875 tarihinde, sonradan 1875 Anayasası olarak anılan üç ayrı anayasal metnin kabulü ile sonuçlanmıştır. Fransa tarihinde en uzun süre uygulanan anayasa olan 1875 Anayasası[78], iki meclisli yasama organı (m. 1[79]) ile Cumhurbaşkanı (m. 2) ve bakanlardan[80] (m. 6) oluşan bir yürütme organı öngörmekte; kanunların çıkarılması görevini yasama organına (m. 1), kanunların uygulanmasını gözetme ve sağlama görevini ise Cumhurbaşkanı'na (m. 3) vermektedir.

1875 Anayasası'nda, düzenleme yetkisine ilişkin açık hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte, artık öğretide ve uygulamada idarenin düzenleme yetkisine sahip olduğu kuşkusuz kabul edilmekte olduğundan, bu yetkinin

---

Şurası'nın ve idarenin yargısal denetiminin gelişim süreci hakkında bkz. **Le Conseil d'Etat: son histoire à travers les documents d'époque, 1799-1974**, CNRS, Paris 1974.

[78] 1875 Anayasası, II. Dünya Savaşı'nda Fransa'nın Almanya karşısında yenilgiye uğradığı 1940 yılına kadar, 65 yıl süreyle uygulanmıştır. GODECHOT, değiştirilmesindeki ve dolayısıyla koşullara uyarlanmasındaki kolaylık nedeniyle, bu Anayasa'nın, 1940 yenilgisi olmasaydı, daha uzun süre yürürlükte kalabileceği görüşündedir.

[79] 1875 Anayasası'nı oluşturan üç kanundan, 25 Şubat 1875 tarihli olanı, kamu erklerinin örgütlenmesine ilişkin bulunmaktadır; metindeki madde atıfları, bu Kanun hükümlerine yapılmıştır.

[80] 1875 Anayasası, "kabine" sözcüğüne yer vermemekte, "bakanlar kurulu" ibaresi ise, yalnızca Devlet Şurası üyelerinin seçimine ilişkin hükümde (m. 4) yer almaktadır. 1875 Anayasası, bakanların toplu ve bireysel sorumluluğunu, Cumhurbaşkanı'nın ise vatana ihanet suçu dışında sorumsuzluğunu düzenlemiş; Cumhurbaşkanı'nın tüm işlemlerinin ilgili bakan tarafından da imzalanması kuralını getirmiştir. Bu anlamda, Anayasa'da bir başbakan ya da Bakanlar Kurulu Başkanı öngörülmemiş ise de, uygulamada 1879 yılından sonra, Cumhurbaşkanı'nın hükümet başkanını seçtiği ve hükümet başkanının da hazırladığı bakanlar kurulu listesini Cumhurbaşkanı'nın imzasına sunduğu görülmektedir. Bkz. BODINEAU / VERPEAUX, s. 89-90. Bununla birlikte, 1875 Anayasası döneminde, yürütmenin başında Cumhurbaşkanı'nın yer aldığı ve Bakanlar Kurulu'na başkanlık eden kişinin, bugünkü anlamda başbakan konumunda olmadığı unutulmamalıdır.

dayanağına ilişkin tartışmalar 1875 Anayasası'nın yürürlükte olduğu sürece devam etmiş ve yine bu dönemde, düzenleme yetkisine ilişkin olarak Fransız hukukunda genel kabul gören anlayış savunulmuş ve yerleşmiştir[81].

İdarenin düzenleme yetkisinin dayanağını yasama işlevinde ve idareye bu yetkiyi tanıyan kanunlarda bulan, bu doğrultuda düzenleme yetkisini yasama yetkisinin devri ile açıklayan görüşlerin yoğun olarak savunulduğu bu dönemde; bu görüşlere karşı, düzenleme yetkisinin kaynağını Anayasa'dan aldığını ve yasama yetkisinin devri niteliğinde olmayıp idarî işlevin bir parçasını oluşturduğunu savunan CARRÉ de MALBERG'in kuramsal açıklamalarından[82] hareketle, 1875 Anayasası'na göre düzenleme yetkisinin kapsamı belirlenmiştir; bu belirleme, bugün de Fransız kamu hukuku literatüründe, 1958 Anayasası'nın bütünüyle farklı düzenlemelerine rağmen kısmen benimsenmektedir[83].

Düzenleme yetkisini idarenin tek yanlı işlem yapma yetkisinin bir türü olarak gören CARRÉ de MALBERG'e göre, idarenin bütün faaliyetinin amacı ve dayanağı kanunların yürütülmesi kavramıdır. Bu açıdan, idarenin düzenleme yetkisi Anayasa'da açıkça öngörülmese de, 1875 Anayasası'nın 3 üncü maddesinde Cumhurbaşkanı'na verilen kanunların yürütülmesini gözetme ve sağlama görevi dolayısıyla, kaynağını Anayasa'dan almaktadır.

---

[81] 1875 Anayasası'nın yürürlükte olduğu dönem, Fransız kamu hukuku tarihindeki en canlı tartışmaların yapıldığı, en kapsamlı devlet kuramlarının savunulduğu dönemdir. Adhémar ESMEIN, Léon DUGUIT, Gaston JÈZE, Maurice HAURIOU, Raymond CARRÉ de MALBERG gibi önemli kuramcıların tümü, 1875 Anayasası'nın yürürlükte olduğu XIX uncu yüzyılın sonu ve XX nci yüzyılın başında eser vermişlerdir.

[82] Gerek düzenleme yetkisini yasama işlevi bağlamında açıklayan görüşler (1. Bölüm, II-A), gerek CARRÉ de MALBERG'in kuramsal yaklaşımı (1. Bölüm, II-B) aşağıda ayrıntılı olarak irdeleneceğinden, burada yalnızca anılan yazarın düzenleme yetkisinin kapsamına ilişkin olarak ulaştığı sonuçların sergilenmesiyle yetinilecektir. Bu sonuçların 1875 Anayasası'nın düzenleme yetkisine bakışını yansıttığı, neredeyse oybirliğiyle kabul edilmektedir.

[83] Bugün yürürlükte olan 1958 Anayasası, kanunla düzenlenecek konuları belirledikten sonra, bunlar dışında kalan konularda idarenin özerk düzenleme yetkisini öngörmektedir. Bununla birlikte, kanun konusu olan alanlarda, ikincil düzenlemelerin idare tarafından yapılmasının mümkün olduğu kabul edildiğinden, idarenin kanunların yürütülmesine yönelik düzenleme yetkisi de, özerk düzenleme yetkisi yanında varlığını sürdürmektedir. Bkz. 3. Bölüm, I, A, 1.

Bu noktadan hareketle, yürütmenin (1875 Anayasası bakımından Cumhurbaşkanı'nın) genel düzenleme yetkisine sahip olduğu sonucuna varan CARRÉ de MALBERG, bu yetkinin sınırlarını ise, yine dayanak kavram olan "kanunların yürütülmesi"nden hareketle belirlemektedir. Düzenleme yetkisinin dayanağı, kanun ile düzenleyici idarî işlem arasındaki doğal hiyerarşiyi de belirlediğine göre, idare düzenleme yetkisini ancak kanunlar çerçevesinde ve bunlara uygun olarak kullanabilir. Bir başka anlatımla, kanunun olmadığı alanda idare düzenleme yetkisine sahip olmadığı gibi, kanunla düzenlenmiş alanlarda da, bu yetkinin kanuna aykırı olarak kullanılması mümkün değildir.

Bununla birlikte, kanunların yürütülmesi kavramının geniş yorumlanması gerektiği görüşünde olan yazar, 1875 Anayasası'nda belirli konuların mutlaka kanunla düzenlenmesi gerektiğinin öngörülmemiş olmasından da hareketle, belirli bir konuda kanun çıkarılmış olmasının, o alanda düzenleme yetkisinin kullanılabilmesi için yeterli olduğunu savunmakta; kanunun içeriği ile ilgilenmemektedir. Yürütme düzenleme yetkisini doğrudan Anayasa'dan aldığına göre, kanunla yapılan, Anayasa ile düzenleyici işlem arasında aracılıktan ibarettir. Bu aracılığı, belirli bir konunun düzenlenmesini idareye bırakan tek maddelik bir kanun bile sağlayabilir[84].

Düzenleme yetkisini, mutlaka kanunun aracılığına ihtiyaç gösteren, ikincil ve türev bir yetki olarak gören anlayış, 1875 Anayasası döneminde yaygın kabul gören anlayıştır[85]. Kuramsal yönden farklı temellere dayanmakla birlikte, öğretinin büyük çoğunluğu, düzenleme yetkisinin kanuna tâbi olduğu görüşünü benimsemiştir.

1946 Anayasası'nın da aynı esasa bağlı kalınarak hazırlandığı söylenebilir. II. Dünya Savaşı'nın hemen sonrasında, savaş döneminde Fransa'yı yönetmiş olan

---

[84] CARRÉ de MALBERG'in bu görüşleri için bkz. 2. Bölüm, II, A, 2.

[85] Aslında, düzenleme yetkisinin 1875 yılına kadarki gelişim sürecinin de gösterdiği gibi, bunu bir yenilik saymak mümkün değildir; 1814 Şartı'ndan itibaren tüm anayasal metinlerde düzenleme yetkisinin kanunla ilişkisi benzer biçimlerde yorumlanmaya elverişli ifadelerle kaleme alınmıştır, hatta 1875 Anayasası'nın 3 üncü maddesindeki ifade, 1848 Anayasası'ndaki ile tümüyle aynıdır. Buradaki asıl yenilik, bu görüşün dile getiriliş biçimine ilişkindir; varılan sonuç ilk kez, kuramsal bir açıklama ile desteklenmektedir. Nitekim bugün, düzenleme yetkisine ilişkin Fransız kamu hukuku geleneğinden söz edilirken, akla ilk gelen 1814 Anayasal Şartı değil, 1875 Anayasası ve CARRÉ de MALBERG olmaktadır.

Vichy Hükümeti'nin otoriter anlayışına da bir tepki olarak, parlamenter sistemi tekrar kuran 1946 Anayasası, yürütme organını tümüyle iki başlı hâle getirmiş; Cumhurbaşkanı yanında, bir de Bakanlar Kurulu Başkanı öngörerek, kanunların yürütülmesinin sağlanması görevini, bu ikinciye vermiştir (m. 78).

1946 Anayasası döneminde de, kanunların yürütülmesi görevinin Anayasa'da açıkça öngörülmeyen düzenleme yetkisini içerdiği kabul edilmektedir. Bu dönemde de, düzenleme yetkisi kanunla sınırlı ve kanunlara uygun olarak kullanılması gereken bir yetkidir.

Ne var ki, Devrim'den itibaren düzenleme yetkisinin serüvenine damgasını vurmuş olan "metin – uygulama" çelişkisi, 1875 ve 1946 Anayasaları'nın uygulandığı dönemi bağışık tutmamıştır. Aksine, bu dönemde çelişkinin yoğunlaştığı ve öğretinin de yardımıyla anayasalardan çıkarılan ilke ve kurallara aykırı uygulamaların, kimi zaman kanun koyucunun kimi zaman da Devlet Şurası'nın imzasını taşıdığı görülmektedir.

2. Uygulama: Kanunu Aşan Düzenleme Yetkisi

1799 Anayasası'ndan itibaren, anayasal metinlerde idarenin düzenleme yetkisine sahip olduğu açıkça ya da üstü örtülü olarak kabul edilmekte; ancak bu yetkinin kanunların çizdiği çerçeve dışında ya da kanunlara aykırı olarak kullanılmasına olanak tanınmamaktadır. Bununla birlikte, yine 1799'dan itibaren uygulamada bu çerçevenin dışına çıkıldığı da bir gerçektir. 1875 ve 1946 Anayasaları'nın yürürlükte olduğu dönemde ise, aynı yöndeki uygulamanın yeni bir boyut kazandığı görülmektedir. Bir yandan, idareye kanunların çizdiği çerçeveyi aşan, neredeyse özerk düzenleme yetkisinin kanun koyucu tarafından tanındığı (**a**) gözlemlenirken; diğer yandan, idarenin bu çerçeveyi aşan kimi düzenleyici işlemlerinin Devlet Şurası tarafından hukuka uygun bulunması (**b**) söz konusudur.

a. Düzenleme yetkisini kanuna bağımlılıktan kurtaran yasal girişimler

1875 Anayasası Dönemi'ne kadar, düzenleme yetkisinin kanunlara uygun olarak kullanılması gereğine aykırı uygulamalar, kanun koyucuda hoşnutsuzluk yaratmış; en azından, kanun koyucudan açık destek görmemiştir. 1875 Anayasası'nın yürürlükte olduğu dönemde ise, parlamenter sistemin yerleşmesinin ve yasama organındaki çoğunluğun desteğine sahip hükümetlerin iktidara gelmesinin de bir sonucu olarak, yürütme organına daha esnek bir düzenleme yetkisi tanınması, yasamanın da gündemine girmiştir[86]. Bu gelişmenin en önemli ürünü, kanun gücünde kararname (*décrets-lois*) uygulamasıdır.

1875 Anayasası'nda yasama yetkisinin devrini yasaklayan herhangi bir hüküm yer almadığı gibi, buna açıkça izin veren bir düzenleme de bulunmamaktadır. Ancak I. Dünya Savaşı yıllarından itibaren, yasama organının bir kanunla yürütme organına, belirli bir süre için belirli bir konuda kanun gücünde kararnameler yapma yetkisi vermeye başladığı görülmektedir[87]. Adından da anlaşılacağı gibi, mevcut kanunları değiştirme gücüne sahip olan bu türden kararnameler, öngörülen sürenin sonunda yasama organının onayına sunulmakta, yasama organı tarafından benimsenen kararnameler kanuna dönüşmekte; yasama organının onaylamayı reddetmesi durumunda, ilgili kararname yürürlükten kalkmaktadır. Konunun yasama organınca görüşülmemesi hâlinde ise, kararnameler idarî işlem olarak yürürlükte kalmaya devam etmektedir[88]. Henüz yasama organının onayına sunulmamış olan ya da onaya sunulmakla birlikte, yasama organınca görüşülmediği için yürürlükte kalan kararnamelerin idari işlem niteliği taşımasının en önemi sonucu, bunlara karşı Devlet Şurası'nda iptal davası açılabilmesinin mümkün oluşudur[89].

---

[86] Emile GIRAUD, **La crise de la démocratie et le renforcement du pouvoir exécutif**, Sirey, 1938, s. 137'de, yasama organının sahip olduğu ayrıcalıkları korumak konusundaki kıskançlığına rağmen idareye düzenleme yetkisi tanımaya istekli olmasını, bu yetkinin tanındığı alanlarda kural koyma görevinin güçlüğü ve politik yönden önemsiz oluşu ile açıklamaktadır.

[87] HAMON / TROPER / BURDEAU, s. 359.

[88] Joseph BARTHÉLEMY / Paul DUEZ, **Traité de droit constitutionnel**, Dalloz, 1933, s. 780.

[89] CE, 3.8.1918, Compagnie des chargeurs d'Extrême-Orient, **R.** 814.

Devletin özellikle ekonomik yaşama müdahalelerinin artığı bir dönemde, yasama organının yapısı ve işleyişi gereği bu müdahaleleri gereken etkililik ve ivedilikte gerçekleştirmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle başvurulan[90] bu uygulamanın, 1875 Anayasası'na uygunluğu bir yana[91], idarenin sahip olduğu düzenleme yetkisinin kanunla sınırlı niteliğini tartışılır hâle getirdiği açıktır. Her ne kadar, düzenleme yetkisinin kanun ile ilişkisi, bir kanunun aracılığı koşuluna indirgenmiş ve kanun gücünde kararname uygulamasında yetki kanunu aracılığıyla bu ilişki sağlanıyor olsa da, sonuçları itibarıyla kanunlarda değişiklik yapma gücüne sahip düzenleme yetkisi, Fransız hukukunda yeni ve çizilmek istenen kuramsal çerçeveye aykırıdır. Bir anayasal örf ve âdet kuralı oluşturduğu savunulan[92] bu uygulamanın yarattığı rahatsızlık, 1946 Anayasası'na, 1875 Anayasası'ndan farklı olarak, yasama yetkisinin devredilemeyeceğine dair bir hükmün (m. 13) konulması sonucunu doğurmuştur.

Bununla birlikte, idareye kanun gücünde kararname yapma yetkisi veren yetki kanunları uygulaması, 1946 Anayasası döneminde de sürmüş[93]; hatta, hükümetin talebi üzerine Devlet Şurası'nın verdiği bir görüşle bu uygulamanın Anayasa'ya aykırı olmadığı kabul edilmiştir[94]. Böylece, kanunla düzenlemenin esas

---

[90] RIVERO / WALINE, s. 47 (n° 49). Kanun gücünde kararname uygulamasına, özellikle 1926, 1934, 1937 ve 1939 yıllarında başvurulduğu görülmektedir.

[91] HAMON / TROPER / BURDEAU, s. 361'de, bu uygulamanın temsilî demokrasinin siyasal ilkelerine aykırı olduğu savunulabilirse de, 1875 Anayasası'na aykırı olmadığı belirtilmektedir. Georges VEDEL, **Manuel élémentaire de droit constitutionnel**, Sirey, 1949, s. 499-500'de ise, uygulamanın anayasaya uygunluğu savını zayıf bulmaktadır.

[92] Henry BERTHÉLEMY / Jean RIVERO, **Cinq ans de réformes administratives, 1933-1938**, Rousseau, 1938, s. 5 v.d.

[93] André de LAUBADÈRE, "Des pleins pouvoirs aux demi-décrets-lois", **D**, 1952, chron. 35. Bu türden bir yetki kanunu bağlamında yapılan analiz için bkz. René CHAPUS, "la loi du 11 juillet 1953 et la question des décrets-lois", **RDP**, 1953.954.

[94] CE, 6.2.1953 (*avis*), **RDP**, 1953.170. Devlet Şurası bu görüşünde, yasa koyucunun düzenleme yetkisinin kapsamını serbestçe belirleyebileceğini, yasamanın yetki alanına giren bazı konuları düzenleme yetkisinin alanına sokabileceğini, bu alanda tesis edilen düzenleyici işlemlerle kanunlarda değişiklik yapılabileceğini ve bu düzenleyici işlemlerin de, yasa koyucu o alanı düzenleme yetkisini dışlayacak şekilde tekrar ele alana kadar, yine düzenleyici işlemlerle değiştirilebileceğini belirtmektedir. Devlet Şurası'na göre, bunun iki istisnası mevcuttur; bunlardan birincisi, Anayasa hükümleri ya da "cumhuriyetin anayasal geleneği" uyarınca ancak kanunla düzenlenebilecek olan konulardır. Ayrıca, kanunun tanıdığı düzenleme yetkisinin fazla genel veya belirsiz olması, Millet

olduğu bir düzende, yasama organının ivedilik gösteren durumlara müdahalede yetersiz kaldığı gerekçesiyle, bu esasın yumuşatıldığı ve tüm kuramsal ve anayasal engellere rağmen düzenleme yetkisinin 1789'dan bu yana sergilediği genişleme eğiliminin sürdüğü görülmektedir.

1946 Anayasası döneminde rastlanan bir başka uygulama da, "çerçeve-kanun" uygulamasıdır. Buna göre, çıkarılan bir kanun ile, belirli bir alanda yapılması gereken reformlara ilişkin ilkeler belirlenmekte, bir anlamda bu reformların çerçevesi çizilerek bu bağlamda gereken düzenlemeleri yapmak konusunda hükümete yetki verilmektedir. Çerçeve-kanun uygulamasında da hükümete verilen yetki, gerekirse mevcut kanunlarda değişiklik yapmayı içermektedir[95].

Yasama organının yapı ve işleyişinden kaynaklanan yetersizliği gerekçe gösterilerek başvurulan tüm bu uygulamaların belirli konularla sınırlı çözümler içermesi, artan düzenleme gereksiniminin giderilmesinde etkili olamadığından, 17 Ağustos 1948 tarihli Kanun'un 6 ncı maddesinde, "doğası gereği düzenleme yetkisinin alanına giren konular"ın uzun bir listesine yer verildiği görülmektedir. Bu Kanun'la yapılmak istenen, daha sonra 1958 tarihli V. Cumhuriyet Anayasası'nın anayasal düzeyde gerçekleştirdiği özerk düzenleme yetkisinin yaratılmasıdır. Bu Kanun'a göre, doğası gereği düzenleme yetkisinin alanına giren konularda daha önce çıkarılmış kanunlar varsa, Devlet Şurası'nın görüşü alınarak hazırlanacak bir Bakanlar Kurulu kararı ile bu kanunların değiştirilmesi ya da yürürlükten kaldırılması mümkündür[96]. Bu yönden 1958 Anayasası'nın habercisi sayılabilecek olan bu uygulama, düzenleme yetkisinin alanı kanunla öngörülmüş olduğu ve yine bir kanunla daraltılabileceği için, düzenleme yetkisinin özerkliğini yeterli derecede

---

Meclisi'nin ulusal egemenliğin kullanımını hükümete bırakması anlamına geleceğinden, Anayasa'ya aykırı olur.

[95] Çerçeve-kanun uygulaması hakkında bkz. Jean CHARPENTIER, "Les lois-cadres et la fonction gouvernementale", **RDP**, 1958.220.

[96] Roger PINTO, "La loi du 17 août 1948", **RDP**, 1948.517. 17 Ağustos 1948 tarihli Kanun'u siyasal zorunluluklara uygun ancak Anayasa'ya aykırı bulan VEDEL, 1946 Anayasa koyucusunun kanun gücünde kararname uygulamasını mutlak olarak yasaklama eğilimini eleştirmektedir (Droit constitutionnel, s. 502).

güvenceye kavuşturmaktan uzaktır[97]. Bununla birlikte, düzenleme yetkisinin algılanma biçiminin 1958 Anayasası'nın kabulü arifesinde ulaştığı noktayı göstermesi bakımından önemli sayılabilir.

b. Devlet Şurası kararlarında düzenleme yetkisinin özerkliği

1875 ve 1946 Anayasaları'nın yürürlükte olduğu dönemlerde, bir yandan kanun koyucu toplumsal gereksinimleri etkili ve ivedi olarak karşılamadaki yetersizliğini kabul ederek, belirli alanları düzenlemeyi yürütmeye bırakma eğilimi içindeyken, diğer yandan yürütmenin de, kanun koyucunun müdahalesinin yetersiz olduğu durumlarda yasal dayanak aramaksızın düzenleme yetkisi kullandığı görülmektedir. Bu durum 1789'dan bu yana süren bir uygulamanın devamı olmakla birlikte, bu dönemde, yürütmenin yasal dayanak olmaksızın tesis ettiği düzenleyici işlemlerin hukuka aykırılığı Devlet Şurası önünde ileri sürülmüş; böylece, Devlet Şurası da, bu uygulamanın hukuka uygunluğunu değerlendirmek durumunda kalmıştır[98].

Bu dönemde, idarenin doğrudan yasal dayanak olmaksızın düzenleme yetkisi kullanmasına ilişkin olarak Devlet Şurası'nın verdiği birkaç önemli karar bulunmaktadır. Bu kararlardan ilki[99], Cumhurbaşkanı'nın, haklarında disiplin önlemi alınmadan önce kamu görevlilerine işlem dosyasının iletilmesini öngören kanun hükmünün uygulanmasını askıya alan kararnamesinin iptali istemine ilişkindir. Devlet Şurası, bu iptal istemini, 1875 Anayasası'nın 3 üncü maddesinde Cumhurbaşkanı'na verilen "kanunların yürütülmesini sağlama" görevinin, kanunlar ve diğer mevzuatla kurulan kamu hizmetlerinin her dönemde işler durumda olmasını ve savaştan kaynaklanan güçlüklerin bunların işleyişini engellememesini gözetmeyi de içerdiği; kanunun kamu görevlilerine tanıdığı güvencenin disiplin yetkisinin

---

[97] Georges DUPUIS / Marie-José GUÉDON / Patrice CHRÉTIEN, **Droit administratif**, 8e éd., Armand Colin, Paris 2002, s. 151.

[98] Burada, Devlet Şurası'nın kimi kararları ile benimsenen çözümler üzerinde durmakla yetinilecektir; bu kararların düzenleme yetkisinin kuramsal boyutuna ilişkin yönleri için bkz. 2. Bölüm, II. B, 1.

[99] CE, 28.6.1918, *Heyriès*, **R.** 651; **S**. 1922.3.49, note HAURIOU; **GAJA**, n° 33.

kullanılmasını güçleştireceği ve idarenin işleyişini kesintiye uğratacağı; savaş döneminde kamu erklerinin işleyiş koşulları dikkate alındığında, Cumhurbaşkanı'nın kendi otoritesi altındaki kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi için gereken önlemleri bizzat almaya yetkili olduğu gerekçeleriyle reddetmiştir. Bu karar, bir düzenleyici işlemle kanun hükmünün askıya alınabileceğini kabul etmesi yönünden çok önemli görünmekle birlikte, olağanüstü koşullar dikkate alınarak verildiği için, olaya özgü ve istisnaî nitelik taşımaktadır[100].

Tümüyle olağan koşullar söz konusu olduğu hâlde, hiçbir yasal düzenlemenin bulunmadığı bir alanda idareye düzenleme yetkisi tanıyan ilk karar[101] ise, Cumhurbaşkanı'nın otomobil trafiğinin düzenlenmesine ilişkin kararnamesinin iptali istemi hakkındadır. Otomobil trafiği ile ilgili hiçbir yasal düzenleme bulunmamasına ve kamu yollarının korunması ile kolluk önlemleri alanında kanunla yerel yönetimlerin yetkili kılınmasına karşın, Cumhurbaşkanı'nın anılan kararnamesi Devlet Şurası tarafından hukuka uygun bulunmuştur. Bu kararda, 1875 Anayasası'na hiç atıf yapılmamakta[102]; "ülkenin bütününde uygulanacak olan kolluk önlemlerinin alınması(nın), hiçbir yasal yetkilendirme olmasa da, Cumhurbaşkanı'nın kendisine ait yetkiler" arasında olduğu belirtilmektedir. Böylece, ilk kez Devlet Şurası tarafından, yasallık ilkesinin geçerli olduğu bir düzende, yürütmenin özerk düzenleme yetkisine sahip olduğu kabul edilmiş olmaktadır.

Devlet Şurası'nın bir başka önemli kararı[103], 1875 Anayasası uyarınca genel düzenleme yetkisine sahip olmayan ve ilgili kanunlarla da yetkilendirilmeyen bakanların düzenleme yetkisine ilişkindir. Bu kararında Devlet Şurası, herhangi bir

---

[100] Georges VEDEL, "Les bases constitutionnelles du droit administratif", **EDCE**, 1954, s. 37'de, bu kararın ne kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesiyle, ne de "olağanüstü durumlar" ya da "kriz yetkileri" kuramlarıyla yeterince açıklanabileceğini belirtmekte; kararın asıl doyurucu açıklamasını, Anayasa'nın 3 üncü maddesinde öngörülen kanunların yürütülmesinin sağlanması görevinde bulmaktadır. Bu yönden VEDEL'in, *Heyriès* kararını, bağlı olduğu olağanüstü koşullara rağmen olağanlaştırdığı söylenebilir.

[101] CE, 8.8.1919, *Labonne*, **R.** 737; **GAJA**, n° 37.

[102] Bununla birlikte, Devlet Şurası'nın bu kararını verirken de 1875 Anayasası'nın 3 üncü maddesinde öngörülen kanunların yürütülmesi görevinden hareket ettiği savunulmaktadır. Bkz. Marcel WALINE, **Droit administratif**, 7e éd., Sirey 1957, s. 114.

[103] CE Sect., 7.2.1936, *Jamart*, **R.** 172; **S**. 1937.3.113, note RIVERO; **GAJA**, n° 52.

kanun hükmünde kendilerine düzenleme yetkisi tanınmamış da olsa bakanların, belirli bir hizmetin başında yer alan her mercî gibi, kendi otoriteleri altında bulunan idarelerin düzenli işleyişini sağlamak için gereken önlemleri almaya yetkili olduğu sonucuna varmaktadır. Bu karar da, idarenin anayasal ve yasal dayanak olmaksızın, sınırlı da olsa düzenleme yetkisine sahip olmasının bir örneğini oluşturmaktadır[104].

1946 Anayasası döneminde Devlet Şurası'nın verdiği bir kararda[105] ise, Anayasa'da kamu görevlilerine grev hakkı tanınmasına rağmen, bu hakkın nasıl kullanılacağını düzenleyecek olan kanunun çıkarılmamış olması nedeniyle İçişleri Bakanı'nın, belirli kamu görevlilerini grev hakkından yoksun bırakan düzenleyici işleminin hukuka uygunluğu tartışılmaktadır. Devlet Şurası'na göre, grev hakkını düzenleyen bir kanunun bulunmayışı, bu hakkın suiistimalini ya da kamu düzeninin gereklerine aykırı olarak kullanılmasını önlemeye dönük sınırlamalar getirilmesine engel değildir. Kanun koyucunun konuyu düzenlememiş olması nedeniyle, bu sınırlamaların kapsam ve niteliğini belirlemek konusunda, kamu hizmetlerinin düzenli işleyişinden sorumlu olan hükümet yetkilidir[106].

Yukarıda anılan kararların ortak yönü, düzenleme yetkisinin ancak bir kanunun varlığına bağlı ve kanunlara uygun olarak kullanılmasını öngören bir anayasal sistemde, bu kuralın tümüyle ihmal edilmesi, hatta son örnekte görüldüğü gibi neredeyse tersine çevrilmesidir. Böylece Devlet Şurası, 1958 Anayasası ile düzenleme yetkisine özerklik tanınmadan çok önce, özellikle kolluk ve kamu hizmetleri alanında düzenleme yetkisinin özerkliğini kabul etmiş olmaktadır.

Bu kararların bir başka ortak özelliği, olağan koşullara ilişkin de olsalar, kanun koyucunun ihmalinden kaynaklanan bir zorunluluğa dayanmalarıdır[107].

---

[104] Jamart kararı ile kabul edilen özerk düzenleme yetkisinin sınırları için bkz. François VINCENT**, Le pouvoir de décision unilatérale des autorités administratives**, LGDJ, 1966, s. 246 v.d.

[105] CE Ass., 7.7.1950, *Dehaene*, **R.** 426; **RDP** 1950.691, concl. GAZIER, note M. WALINE; **GAJA** n° 68.

[106] Aslında, bu yönüyle İçişleri Bakanı'nın personelinin grev hakkını sınırlaması, *Jamart* kararıyla kabul edilen bakanların düzenleme yetkisinin özel bir biçimi olarak da görülebilir. Bkz. F.H. (note), CE, 4.2.1976, *Section syndicale C.F.D.T. du Centre psychothérapique de Thuir*, **AJDA**, 1978.51.

[107] Hükümet Komiseri GAZIER'nin, Dehaene kararına ilişkin mütalaasındaki şu cümle dikkat çekicidir: "Bir devlette kurucu iktidar bilinçli olarak muğlâk, yasama organı sistematik olarak güçsüz,

Esasen, 1789 yılından itibaren Fransız kamu hukukunda düzenleme yetkisinin genişleme eğilimini, kanun koyucunun ivedi ve etkili düzenlemeleri yapma konusundaki yetersizliği ve toplumun düzenlenmesi gereksinimine ilişkin bir anlayış belirlemektedir. Bu eğilimin vardığı nihaî ve uç nokta, 1958 tarihli V. Cumhuriyet Anayasası'dır. Bu Anayasa, düzenleme yetkisinin kanuna bağımlılığı kuralını tümüyle ortadan kaldırarak, kanunun alanı ile düzenleme yetkisinin alanını birbirinden ayırmış; hatta, kanunla düzenlenmesi gereken konuları tahdîdî olarak belirleyip, bunlar dışında kalan hususlarda yürütme organını yetkili kılmıştır[108].

II. TÜRKİYE

Türkiye'de Fransa'dakine benzer bir Eski Rejim – Yeni Rejim ayırımı yapılmak istenirse, Yeni Rejim'in 1920'de ulusal egemenlik düşüncesine dayalı Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin kuruluşu ve 1923'te Cumhuriyet'in ilanı ile başladığını söylemek yanlış olmaz. Bununla birlikte, bu biçimde yapılan ayırım, esas olarak siyasal nitelik taşımakta olup, Türkiye'de yasama ve yürütme ayrışmasının XIX uncu yüzyılda Osmanlı İmparatorluğu döneminde yaşandığı ve 1876 tarihli Kanun-ı Esasî ile benimsenen sınırlı monarşi rejimiyle birlikte, düzenleme yetkisinin de gündeme geldiği görülmektedir.

Düzenleme yetkisi yönünden, 1876 tarihine kadar geçerli olan Osmanlı devlet düzeninin Fransa'daki Eski Rejim Dönemi ile şaşırtıcı bir benzerlik gösterdiği görülmektedir. Siyasal, sosyal ve kültürel yapıdaki önemli farklılıklara karşın, mutlak monarşinin özelliklerinin bir yansıması olarak, Osmanlı Devleti'nde de hükümdar, bugün yasama, yürütme ve yargı olarak adlandırılan yetkilerin tümünü şahsında toplamakta[109]; sahip olduğu kural koyma yetkisini, farklı adlar altında tesis

---

hükümet de sürekli olarak tereddütlü ise, durumu tek başına düzeltecek olan yargıç değildir" (**RDP**, 1950.708).

[108] 1958 Fransız Anayasası'nın getirdiği düzenleme için bkz. 3. Bölüm, I, A, 1.

[109] Recai Galip OKANDAN, **Âmme Hukukumuzun Ana Hatları**, İÜHF Yayınları, 1971, s. 25.

ettiği işlemler[110] aracılığıyla kullansa da, bu işlemler arasında yasama yetkisinden kaynaklananlar ile düzenleme yetkisine dayananları birbirinden ayırma olanağı bulunmamaktadır[111]. Kimi zaman, hükümdar dışındaki devlet görevlilerinin hükümdar adına kullandıkları yetkileri[112] de, düzenleme yetkisinin bir görünümü olarak değerlendirmeye imkan yoktur.

Bununla birlikte, bu dönemde hükümdarın yapmış olduğu işlemlerden kanunlar ve nizamnameler arasındaki ayırım, düzenleme yetkisinin doğuşunu işaret etmese de, düzenleme yetkisinin ortaya çıkışından sonra, kanun ile düzenleyici işlem arasındaki sınırların belirlenmesinde önemli rol oynamıştır. Bu ayırımın ana ölçütü, düzenlenecek olan konunun önemidir. Buna göre, önemi nedeniyle sürekli ve istikrarlı bir kurala bağlanması gereken konular, kanunla düzenlenirken, daha az önemli sayılan konular nizamname konusu yapılmıştır[113].

---

[110] Özellikle Tanzimat Dönemi'nde, hükümdarın "kanunname", "nizamname", kararname", "talimatname", "tarifname" gibi farklı adlar altında düzenlemeler yaptığı görülmektedir. Bkz. Ali Fuat BAŞGİL, **Türkiye Teşkilât Hukukunda Nizamname Mefhumu ve Nizamnamelerin Mahiyeti ve Tâbi Olduğu Hukukî Rejim**, Kenan Basımevi, 1938, s. 37.

[111] BAŞGİL, s. 35-36'da, kural koyma gücünün ancak tanrısal iradeye özgü olduğuna inanılması nedeniyle, hükümdar tarafından yapılan kanun ya da nizamnamelerin, Allah'ın sahip olduğu yasama yetkisi karşısında, bugünkü anlamda düzenleme yetkisinin tezahürü olduğunu savunmaktadır. BAŞGİL'e göre, şer' (Kuran ve Hadis) ile kanun ve nizam arasındaki fark, Anayasa ile kanunlar arasındaki farka benzemektedir; hükümdarın şer'in kendisine tanıdığı alanda yaptığı kanun ve nizamnameler asla yasama işlemi niteliği taşımayıp ("*teşriî mahiyette*" olmayıp), "*bugünkü dilimizle tanzimi mahiyette*"dirler. Sosyo-ekonomik analizlerden hareketle ileri sürülen, Osmanlı Devleti'nin teokratik nitelik taşımadığı savı (bkz. Niyazi BERKES, **Türkiye'de Çağdaşlaşma**, Doğu-Batı Yayınları, 1978, s. 24 v.d.) bir yana bırakılsa bile, Tanrı'nın sahip olduğuna inanılan iktidarın devlet erklerinin ayrışması ile kullanılmaya başlanan kavramlar aracılığıyla açıklanması anakronik ve yanıltıcıdır. Bu tür bir saptama ancak, Fransa'da olduğu gibi, hükümdarın iktidarının kuramsal yönden sınırsız olmadığını (bkz. OKANDAN, s. 26) ve doğal hukuktan kaynaklandığı düşünülen kurallarla bağlı olduğunu göstermesi bakımından önemlidir.

[112] Örneğin vezirlerin ve özellikle vezir-i âzamın, kimi zaman kural koyma işlevini yerine getirmesi söz konusu olabilse de, bunlar, her türlü devlet yetkisini hükümdar adına kullanmakta olduklarından (bkz. OKANDAN, s. 31), koydukları kuralların da hükümdarın sahip olduğu yetkiden farklı bir düzenleme yetkisinden kaynaklandığı söylenemez.

[113] BAŞGİL, s. 36-37. Zamanla gereksinimlerin değişmesi sonucu, daha önce kanunla düzenlenen bir konuda sonradan nizamname çıkarılması veya bunun tam aksi de söz konusu olabilmektedir.

Tanzimat Dönemi'nde de[114] bu ayırım geçerliliğini korumuş; hatta daha da ayrıntılı bir açıklığa kavuşmuştur. Şöyle ki, şer'i hukuka veya teamüle göre mevcut olan bir hak veya yükümlülüğün kazanılması ya da yerine getirilmesi usulü kanunla belirlenirken, bu hak veya yükümlülüğün kanıtlanma yöntemi ile idare tarafından tanınması usulü nizamname ile düzenlenmektedir. Ayrıca, hukuk düzeninde önemli değişiklik getiren hükümler, can güvenliği ile ırz, namus ve malvarlığının korunması, vergilerin konması, askerlik hizmeti gibi hususlar kanun konusu yapılmış iken, idare örgütüne, memurların görevleri ve devlet dairelerinin işlemleri nizamnamelerle belirlenmiştir[115].

Bununla birlikte, Dönemin kanun ve nizamname metinlerinin incelenmesi suretiyle yapılan[116] bu ayırımın, bir kurala bağlandığını söylemek mümkün değildir; ancak bir uygulama[117] ya da teamül oluşturduğu söylenebilir.

Bu açıklamalar doğrultusunda, Türkiye'de düzenleme yetkisinin doğuşu sürecinin, yasama – yürütme ayırımına yer veren ilk anayasal metin olan 1876 Kanun-ı Esasîsi ile başladığını söylemek yanlış olmaz. Ancak, siyasal koşullar, bu sürecin Fransa'daki kadar kısa bir sürede tamamlanmasına izin vermemiş; düzenleme yetkisinin ortaya çıkışı ancak 1920-1924 Dönemi'nde gerçekleşebilmiştir. Bu nedenle, düzenleme yetkisinin doğuşu sürecini içeren dönem, 1876 tarihinden 1924 Anayasası'nın yürürlüğe girdiği tarihe kadar geçen süreyi kapsamaktadır (**1**). Düzenleme yetkisinin, bugün yürürlükte olan 1982 Anayasası'na uzanan ve bu

---

[114] Tanzimat Fermanı'nın, hatta 1789 yılına uzanan reform hareketlerinin, devlet yapısının modernleştirilmesi ve kişi haklarının güvence altına alınması yolunda önemli adımlar olarak değerlendirilmesi mümkün ise de, hükümdarın sahip olduğu yetkinin niteliği üzerinde etkili oldukları söylenemez. Sözgelimi, III. Selim döneminde kurulan ve hükümdarın yapmak istediği kimi düzenlemeler hakkında saltanat erkânı ile devletin ileri gelenlerinin görüşlerini dile getirdikleri "Meclis-i Meşveret"in, padişahın kendi yetkilerini sınırlandırmasının bir örneği olduğu ve meşrutiyete giden yolda önemli bir kazanım oluşturduğu (bkz. OKANDAN, s. 54; Bülent TANÖR, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980)**, 4. B., Afa, 1996, s. 26-27) doğru olmakla birlikte, tümüyle padişahın iradesine tâbi olan ve hukuksal güvencesi bulunmayan bu kurumun hükümdarın mutlak yetkisini dönüştürdüğünü ya da yasama yetkisinin kullanımına ortak olduğunu söylemeye olanak yoktur.

[115] BAŞGİL, s. 39-41.

[116] BAŞGİL, s. 39.

[117] BAŞGİL, s. 43.

Anayasa'daki düzenlemeleri gerek olumlu gerek olumsuz yönde belirleyen gelişim aşaması ise, 1924 ve 1961 Anayasası dönemlerine tekabül etmektedir (**2**).

A. DÜZENLEME YETKİSİNİN DOĞUŞU: 1876-1924

Türkiye'de düzenleme yetkisinin doğuşu süreci, anayasal gelişmeler açısından iki döneme ayrılabilir. Bunlardan birincisi, yasama – yürütme ayırımının şeklen de olsa benimsendiği 1876 tarihli Kanun-ı Esasî'nin kabulü ile başlayıp, Osmanlı Devleti'nin fiilen tarih sahnesinden silindiği 1920 yılına uzanmaktadır (**1**). Bu dönemde, düzenleme yetkisinin en azından anayasal metinlerde ortaya çıkışını gözlemlemek mümkündür. Kuvvetler birliği esasının benimsendiği 1920 – 1924 Dönemi'nde (**2**) ise, 1921 Anayasası'nda yasama yetkisi ile iç içe geçmiş olan düzenleme yetkisinin, uygulamada yasama yetkisine göre bağımsızlık kazandığı görülmektedir.

1. 1876 Kanun-ı Esasîsi

Sultan II. Abdülhamit tarafından 23 Aralık 1876 (7 Zilhicce 1293) tarihinde ilan edilen Kanun-ı Esasî, Tanzimat Dönemi'nde gelişen bir anayasacılık hareketinin sonucudur. Bununla birlikte, gerçek bir anayasa niteliği taşıdığı tartışmalı olan[118] bu metnin ortaya çıkışına yol açan etkilerin (**a**), düzenleme yetkisine ilişkin hükümlerini (**b**) de belirlediği görülmektedir. Uygulamada kısa süreli bir ömre sahip olan Kanun-ı Esasî, 1908 yılında fiilen tekrar yürürlük kazanmış, 1909 yılında önemli değişiklikler geçirmiş, ancak yine de uzun süreli bir uygulanma olanağı bulamamıştır (**c**).

[118] OKANDAN, s. 146-147'de, ulusun temsilcilerinin hazırlık sürecinde yer almadığı, Padişah'ın tek taraflı iradesiyle oluşan Kanun-ı Esasî'nin, bugün anlaşılan biçimiyle şeklen kanun niteliğinde olmadığını; içerik yönünden de, temel hak ve özgürlükleri güvence altına almak bir yana, bunların sınırlanmasında hükümdarın yetkilerini güçlendiren niteliğiyle, içerik yönünden de Anayasa niteliğinden yoksun bulunduğunu savunmaktadır. TANÖR ise, metnin kaleme alınış ve düzenleniş biçiminden, şeklen anayasa niteliğinde olduğu, en azından XIX uncu yüzyılda Avrupa'da örnekleri görülen Ferman Anayasalar türüne girdiği sonucuna varmaktadır (s. 102).

a. Kanun-ı Esasî'nin kabulüne yol açan nedenler

Kanun-ı Esasî'nin kabulü ve meşrutiyet yönetiminin oluşumunda, temel iki etkinin rol oynadığı söylenebilir. Bunlar, Tanzimat Dönemi'nde yetişmiş olup Avrupa'daki düşünce akımlarının etkisiyle hükümdarın mutlak iktidarının sınırlanması gereğine inanan bir bürokratik ve entelektüel elitin (Genç Osmanlılar) girişimleri ile Balkan ulusçuluğundan kaynaklanan dış etkilerdir[119]. Bu yargı, aksiyle ifade edilecek olursa, Kanun-ı Esasî'nin arka planında, "*geniş bir toplumsal taban*"ın[120] yer almadığı söylenebilir[121].

Bu yönüyle, anılan bürokratik ve entelektüel elit ile ancak meşrutiyet yönetimini kabul etmesi koşuluyla tahta çıkmasına izin verilen[122] II. Abdülhamit arasındaki pazarlığın bir sonucu olan Kanun-ı Esasî yapısal kimi gereksinimlere karşılık vermekle birlikte[123], bir halk hareketinin desteğinden yoksun olup, belirli bir sosyal sınıfın istek ve kaygılarını da yansıtmamaktadır. Bir yasama meclisi ya da kurucu meclis tarafından değil, dar bir yöneticiler grubu tarafından hazırlanan bu Anayasa[124], bu grubun ideolojik yönelimlerine esin kaynağı olan çeşitli Avrupa ülkelerinde benimsenmiş olan Anayasaların izlerini taşıyan eklektik bir metindir[125].

---

[119] İlber ORTAYLI, **İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı**, 3. B., Hil Yayın, 1995, s. 239 v.d. OKANDAN, s. 116-142'de, Kanun-ı Esasî'nin kabulüne yol açan etki ve olayların geniş bir özetine yer vermektedir.

[120] TANÖR, s. 97. Aynı yönde bkz. OKANDAN, s. 145. Karşı görüş için bkz. Orhan ALDIKAÇTI, **Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası**, 4. B., İstanbul Üniversitesi Yayını, 1982, s. 49.

[121] Arkasında geniş bir toplumsal taban olmayışının, Kanun-ı Esasî ile getirilen düzenin yüzeyselliği sonucunu doğurup doğurmadığı konusu, bu çalışmanın kapsamı dışındadır. Örneğin, Kanun-ı Esasî'nin bir ihtilalden değil, yönetici grubun içindeki bir kesimin başkaldırısından kaynaklandığı saptamasına katılan ORTAYLI (s. 239), buna karşın, yaşanan deneyimin önemli sonuçlar doğurduğunu savunmaktadır (s. 244-245).

[122] Bkz. OKANDAN, s. 132-133.

[123] TANÖR, s. 97.

[124] Mithat Paşa tarafından, Ziya Paşa ve Namık Kemal'in yardımlarıyla hazırlanan Kanun-ı Esasî tasarısı, on altısı mülkiye memurlarından, onu ulemâdan ve ikisi askerlerden oluşan ve bu konuyu görüşmek üzere kurulan yirmi sekiz kişilik Cemiyet-i Mahsusa tarafından incelenmiş; daha sonra,

Bu nedenle Kanun-ı Esasî'yi, Fransız Devrimi'nin doğrudan sonucu olan 1791 Fransız Anayasası'na benzetmek olanaksızdır. Kanun-ı Esasî'nin hazırlanma koşulları, 1791 Anayasası'nı hazırlanması sürecinde çeşitli sosyal sınıfların ve ideolojik yönelimlerin temsilcisi olan Kurucu Meclis üyeleri arasındaki tartışmalarla varılan toplumsal uzlaşı özelliğinden yoksundur. Genç Osmanlılar grubunun Fransız Devrimi'nden ve kuvvetler ayrılığı kuramlarından etkilenmiş olması[126], onları 1791 Anayasa koyucusu kadar radikal çözümlere götürmemiş; bunlar, yalnızca hükümdarın yetkilerinin sınırlandırıldığı bir anayasal monarşi düzenini savunmakla yetinmişlerdir.

Bu bakımdan, Fransa'da yasama – yürütme ayırımına yer veren ilk Anayasa, düzenleme yetkisini dışlama eğilimi gösterirken, Kanun-ı Esasî'de, hükümdarın geniş bir düzenleme yetkisine sahip olduğu görülmektedir.

b. Kanun-ı Esasî metninde düzenleme yetkisi

1876 Kanun-ı Esasîsi'nin hazırlanış koşullarının da etkisiyle, padişahın mutlak iktidarını sınırlama amacını gerçekleştirmekten uzak bir düzenleme getirdiği[127] öncelikle belirtilmelidir. Devlet iktidarından kaynaklanan işlevlerin farklı

Vükelâ Meclisi tarafından değiştirilerek kabul edilen metin, Hükümdar'ın onayına sunulmuştur. Bkz. OKANDAN, s. 138-139.

[125] Kanun-ı Esasî'nin hazırlanışında, Belçika ve Fransa Anayasaları'nın esas alındığı belirtilmektedir (Bkz. OKANDAN, s. 145). Belçika Anayasası ile kastedilenin 1831 tarihli Anayasa olduğunda kuşku bulunmamakta ise de, Fransız Anayasası ile kastedilen metnin hangisi olduğu tartışmalıdır. TANÖR'e göre, Kanun-ı Esasî sınırlı monarşi düzenini öngören 1814 Anayasal Şartı'ndan "*geniş çapta esinlen*"mekte iken (s. 103); İlhan ARSEL, **Türk Anayasa Hukuku'nun Umumî Esasları**, Mars Matbaası, 1962, s. 23'te, Kanun-ı Esasî'nin esin kaynağının, 1876 tarihinde yürürlükte bulunan 1875 III. Cumhuriyet Anayasası olduğunu belirtmektedir. Her ne kadar, hazırlık çalışmaları sırasında Sait Paşa'nın, 1875 Fransız Anayasası'nı Türkçeye çevirerek, "cumhurbaşkanı" yerine "padişah" ünvanını koyduğu belirtilmekte ise de (ORTAYLI, s. 245); Kanun-ı Esasî'de, 1814 Şartı'nın etkisinin daha yoğun olduğu görülmektedir. Kaldı ki ORTAYLI da, ortaya çıkan anayasa taslağının belirli bir Avrupa Anayasası'nın etkisiyle açıklanamayacağını; hazırlık çalışmaları sırasında pek çok anayasa metninin incelendiğini dile getirmektedir (s. 245).

[126] Özellikle Ziya Paşa ve Namık Kemal gibi yazarların eserlerinde bu etkileri görmek mümkündür. Bkz. OKANDAN, s. 118-125.

[127] ARSEL, s. 25.

organlarca yerine getirilmesi anlayışına açıkça yer vermeyen[128] bu Anayasa'nın "Memaliki Devleti Osmaniye" başlığını taşıyan ve devlet iktidarına ilişkin genel hükümleri içermesi beklenen ilk yedi maddesinde sözü geçen tek devlet organı Padişah'tır[129]. Yasama (teşrî) kavramına yer verilmeyen bu metnin[130], kanunları çıkarmakla görevli olan Meclis-i Umumî'ye ilişkin hükümlerinde, bu organın yetkileri Hükümdar lehine sınırlı tutulmuştur[131]. Padişahın yürütme alanındaki yetkileri dışında, kanunların yapılmasına ilişkin olarak sahip olduğu yetkiler ve müdahale olanakları da dikkate alındığında, Kanun-ı Esasî ile getirilen düzenin gerçek anlamda kuvvetler ayrılığı ilkesine dayanmadığı savında[132] önemli bir haklılık payı olduğu görülür.

Bununla birlikte, Kanun-ı Esasî metninin, Osmanlı Devlet düzeninde mevcut kanun – nizamname ayırımını kurumsallaştırdığı ve hükümdarın tüm müdahale ve etkisizleştirme olanaklarına karşın, kanun koyma yetkisini farklı bir organa (Meclis-i Umumî) verdiği[133] ve kanunla düzenlenmesi gereken konuları açıkça belirlediği de doğrudur[134]. Bu yönden Osmanlı İmparatorluğu'nun bu ilk Anayasası, yasama yetkisinden bağımsız bir düzenleme yetkisinin ortaya çıkışı için elverişli bir zemin oluşturmaktadır.

---

[128] OKANDAN, s. 149'da, görünüşte Hükümdar ve Meclis-i Umumî gibi iki organa yer veren Kanun-ı Esasî'nin, özünde bütün yetkileri Hükümdar'da topladığı ya da Hükümdar'ın iradesine tâbi kıldığını belirtmektedir.

[129] Her ne kadar Kanun-ı Esasî, yürütme görevini yerine getirmek üzere, Padişah'ın yanında Bakanlar Kurulu (Heyet-i Vükelâ) da öngörmüş ise de, "*…Hükümdarın yüksek otoritesi karşısında, Sadr-ı âzamın ve Bakanların önemi haiz yetkileri mevcut değildir*" (OKANDAN, s. 153).

[130] BAŞGİL, s. 43, dn. 19'da, Kanun-ı Esasî'de yasama yetkisinden söz edilmemesini, dönemin anlayışında tek yasa koyucunun Allah olabileceğinin düşünülmesi ile açıklamaktadır.

[131] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. OKANDAN, s. 154-161. BAŞGİL, s. 42'de, Kanun-ı Esasî'de Meclis'in yetkilerinin belirsiz ifadelerle kaleme alınmış ve zayıf bir esasa bağlanmış olmasını, bu metni hazırlayanların Padişah'ın geleneksel hükümranlık hakları karşısında fazla ileri gidememeleri ile açıklamaktadır.

[132] Karşı görüş için bkz. BAŞGİL, s. 42.

[133] BAŞGİL, s. 42.

[134] Kanunla düzenlenmesi gereken konuların özellikle, Kanun-ı Esasî'nin kişi hak ve özgürlüklerini öngören 8-26 ncı maddelerinde yer aldığı görülmektedir.

Kaldı ki, Kanun-ı Esasî metni, hükümdarın düzenleme yetkisini açıkça öngörmektedir. Buna göre, "*…ahkâmı şeriye ve kanuniyenin icrası ve devairi idarenin muamelatına müteallik nizamnamelerin tanzimi*" padişahın yetkileri arasındadır (m. 7). Bu hükmün, padişahın sahip olduğu düzenleme yetkisini, kısmen de olsa, kanunların yürütülmesine dayandırması, kanun ile nizamname arasında bir hiyerarşi yaratması yönünden de önemlidir. Ayrıca 7 nci madde hükmünün, idarenin iç işleyişine ilişkin olarak hükümdara kanunlarla bağlı olmayan özerk bir düzenleme yetkisi tanıdığı izlenimi doğmaktadır.

Kuşkusuz Kanun-ı Esasî'nin münferit bir hükmünden hareketle yapılan bu değerlendirmeler, toplumsal mücadele sonucunda oluşan bir güç dengesini yansıtmaktan uzak olan bu metnin bütünü dikkate alındığında, kuramsal spekülasyonlar olmaktan öte anlam taşımamaktadır. Özellikle Heyet-i Vükelâ'ya (Bakanlar Kurulu'na) Meclis-i Umumî'nin toplantı hâlinde olmadığı zamanlarda, devleti bir tehlikeden korumak ya da genel güvenliğin bozulmasını önlemek için hükümdarın iradesiyle karar alma yetkisi tanıyan ve bu şekilde alınan kararların, Meclis tarafından bu husus görüşülünceye kadar geçici olarak kanun hüküm ve gücünde olduğunu öngören 36 ncı madde hükmü, bir anlamda yasama yetkisinin yürütme organınca da kullanılmasına izin vermekte[135] ve düzenleme yetkisinin kapsamını büyük ölçüde belirsizleştirmektedir[136].

c. 1876 – 1920 Dönemi uygulamasında düzenleme yetkisi

Kanun-ı Esasî'nin 1876 yılından 1908'e kadar süren dönemde, fiilen uygulandığı süre çok kısadır. Özellikle 1878 Şubatı'nda II. Abdülhamit'in isteği

---

[135] Aynı yönde bkz. Sıddık Sami ONAR, **İdare Hukukunun Umumî Esasları**, 3. B. (3 C.), Hak Kitabevi, 1966, C. I, s. 398.

[136] Belirli bir yerde idare-i örfiye (sıkıyönetim) ilan edilmesi hâlinde, kanunlar ve diğer düzenlemelerin uygulanmasının geçici olarak askıya alınmasını ve o yerin yönetiminin özel düzenleme (nizam-ı mahsus) ile belirlenmesini öngören 113 üncü madde hükmü de, hükümdarın sahip olduğu düzenleme yetkisinin ne denli genişleyebildiğini göstermesi bakımından dikkat çekicidir.

doğrultusunda Meclis-i Umumî'nin tatil edilmesinden sonra[137], Kanun-ı Esasî yürürlükten kaldırılmadığı hâlde fiilen uygulanmamış ve sınırsız mutlak monarşi rejimine geri dönülmüştür.

Bununla birlikte, Kanun-ı Esasî'nin uygulanmadığı bu dönemde II. Abdülhamit'in soyut ve genel kural içeren işlemlerini, kanun adıyla yapmadığı ve bunlar için nizamname, talimatname ve kararname gibi adlar kullandığı görülmektedir. Kanun-ı Esasî'nin getirdiği düzene bağlı görünme kaygısıyla açıklanabilecek[138] olan bu durum, Hükümdar'ın kullandığı yetkinin gerçek niteliğini değiştirmemektedir. Bu anlamda, sınırsız mutlak monarşiye avdet edilmesiyle kural koyma yetkisinin tek sahibi durumuna gelen Padişah'ın bu yetkisini yasama ya da düzenleme yetkisi olarak nitelemeye olanak bulunmamaktadır[139].

II. Meşrutiyet'in ilanı (1908) ile Abdülhamit'in tekrar uygulamaya koymak zorunda kaldığı Kanun-ı Esasî, 1909 yılında önemli değişiklikler geçirmiştir. Bu değişiklikler, II. Abdülhamit'in baskıcı yönetimine bir tepki niteliği taşıdıkları için[140], bu doğrultuda padişahın yetkileri olabildiğince sınırlanmış; ancak,

---

[137] Kanun-ı Esasî'nin ilan edildiği 1876 yılının Aralık ayından Meclis'in tatil edildiği Şubat 1878'e kadar da, bu Anayasa'da öngörülen kurumların tam olarak işlediğini söylemek mümkün değildir. Kanun-ı Esasî'de öngörülen Meclis-i Umumî, 1877'nin Mart ayında açılmış; aynı yılın Haziran ayında da Padişah II. Abdülhamit'in isteği üzerine Meclis-i Umumî'yi oluşturan iki meclisten Meclis-i Mebusan dağıtılmıştır. Bununla birlikte, yürürlüğünü koruyan Anayasa'ya sadık görünmek isteyen Padişah, ikinci bir Meclis-i Mebusan'ın oluşumu için faaliyete geçilmesi emrini vermiş; bu ikinci Meclis de, Ocak 1878'de ilk toplantısını yapmıştır. Ne var ki, bu Meclis'in ömrü de yalnız bir buçuk ay sürmüş; Meclis-i Umumî Şubat 1878'de belirsiz bir süre için tatil edilmiştir. Bu gelişmeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. OKANDAN, s. 171-187.

[138] BAŞGİL, s. 43.

[139] Bu konuda Anayasa Mahkemesi'nin de ilginç bir kararı mevcuttur. Cumhuriyet'in ilânına rağmen yürürlükten kaldırılmamış olan 1299 (1882) tarihli Zabıtaî Saydiye Nizamnamesi'nin 1961 Anayasası'na aykırılığının itiraz yoluyla ileri sürülmesi üzerine verilen kararda, "*yasama yetkisini de elinde bulunduran o zamanın hükümdarı*" tarafından çıkarılan bu nizamnamenin, "*(a)dı nizamname olmakla birlikte toplum için uyulması zorunlu, genel, soyut, sürekli ve konuyu doğrudan doğruya düzenler nitelikte kurallar kapsa(dığı); yani kanun değer ve gücünde*" olduğu belirtilerek, "*(n)izamname adını taşımasının, o çağda kanunla nizamname arasındaki ayırımın kesin olarak belirmemiş ve tüzük (nizamname) deyiminin henüz bu günkü anlam ve kavramiyle yerleşmemiş bulunmasından ileri geldiği*" ifade edilmiştir. Bkz. AYM, E. 1966/4, K. 1966/25 – 3.5.1966.

[140] OKANDAN, s. 286'da, meşrutiyetçilerin amacının hükümdar ile toplum arasındaki dengeyi ikincisi lehine bozmak ve hükümdarı tarafsız bir organ hâline getirmek olduğu belirtilmektedir.

hükümdarın nizamname yapma yetkisi korunmuştur. 7 nci maddede yapılan değişiklikler, düzenleme yetkisinin kapsamını sınırlamakla birlikte, bu yetkinin icraî niteliğini de ortaya koymaktadır. Buna göre, "*…devair-i hükûmetin muamelatına ve kavaninin suver-i icraiyesine müteallik nizamnameler tanzimi*" padişahın yetkileri arasında sayılmaktadır. Değişik metinde kullanılan ifade, Kanun-ı Esasî'nin ilk metnindekinden daha da açık olarak, düzenleme yetkisini kanunların yürütülmesi kavramına bağlamaktadır.

1909 Değişiklikleri'ne egemen olan ve hükümdarın yetkilerini en aza indirgeme eğilimi taşıyan zihniyetin, düzenleme yetkisine bakışı şaşırtıcıdır. Bu bakış, meşrutiyetçilerin düzenleyici işlemlerde yasama işlemi niteliği görmemesiyle açıklanabilirse de, bu varsayımsal açıklamanın yeterince doyurucu olduğu söylenemez[141]. Mevcut verilerden hareketle varılabilecek olan tek kesin sonuç, kanunların uygulanması bağlamında yürütmenin[142] sahip olduğu düzenleme yetkisinin, 1876 Kanun-ı Esasîsi'nin 1909'da değiştirilen metninde son derece açık biçimde ifade edildiğidir.

Bununla birlikte, 1909 yılında değiştirilen biçimiyle parlamenter sisteme yaklaşan Kanun-ı Esasî'nin öngördüğü düzen tam anlamıyla hayata geçirilememiş; siyasal gücünü giderek artıran İttihat ve Terakki Fırkası'nın Meclis'teki çoğunluğu ve hükümeti denetimi altına alması sonucu, Kanun-ı Esasî tam anlamıyla uygulanma olanağından yoksun kalmıştır[143].

---

[141] BAŞGİL, s. 44-45'te, "…nizamname yapma işi(nin) sırf icraî ve idarî bir iş görüldüğü"nü belirtmekte; "…eğer nizamnamelerde bir kanun mânası, bir teşriî salâhiyet kokusu sezilseydi; (…) meşrutiyetçiler(in) bunu hükümdara bırak"mayacaklarını savunmaktadır. Burada BAŞGİL'in bir varsayımdan hareket ettiği açıktır; meşrutiyetçilerin düzenleme yetkisine ilişkin anlayışlarını kesin olarak ortaya koyan bir belge ya da beyana dayanmamaktadır. 1909 yılına dek Avrupa'nın yaşadığı anayasal monarşi deneyimlerinde de, hükümdarların benzer yetkilere sahip olması, meşrutiyetçilerin bu deneyimlerden etkilendiği ihtimalini akla getirmektedir. Kaldı ki, Türkiye'de düzenleme yetkisinin 1909'dan sonraki gelişimi de, BAŞGİL'in meşrutiyetçilere atfettiği kavrayıştan bir hayli uzak örnekler içermektedir.

[142] Kanun-ı Esasî'de hükümdara tanınan yetkilerin, 1909 Değişiklikleri bütün olarak ele alındığında, esasen Meclis'e karşı sorumlu olan Bakanlar Kurulu tarafından kullanılmasını öngören bir sistem getirildiği anlaşılmaktadır. Bkz. OKANDAN, s. 297-302.

[143] Bu döneme ait gelişmeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. OKANDAN, s. 333-409.

1876 Kanun-ı Esasîsi ile başlayan dönem, bir bütün olarak değerlendirildiğinde, düzenleme yetkisinin anayasal metinlerde yer aldığı ancak bu metinlerin tatbik edilememesi nedeniyle, yasama yetkisinden ayrışmış bir düzenleme yetkisinin kesin olarak ortaya çıkamadığı söylenebilir. Bu yönden, düzenleme yetkisinin doğuşu sürecinin başlangıç noktasını oluşturan bu Dönem, süreç tamamlanamadan kapanmıştır.

2. 1920-1924 Dönemi

23 Nisan 1920 tarihinde Ankara'da TBMM'nin açılışı ile başlayan ve 1923 yılında ilan edilen Cumhuriyet'in ilk anayasası olan 1924 Teşkilat-ı Esâsiye Kanunu'na uzanan dönemde, siyasal yönden Türkiye'nin yeni düzeninin temellerinin atıldığı söylenebilir. Hatta bu dönem bir bakıma, Osmanlı Dönemi'nde 1876 Kanun-ı Esasîsi ile başlayan, siyasal iktidarın niteliğinin dönüşmesi yönündeki bir gelişim zincirinin önemli bir halkası olarak görülebilir. Ancak konuya devlet erkleri arasındaki ilişki ve düzenleme yetkisi açısından bakılacak olursa, bu döneme egemen olan anlayışın gerek daha önceki Osmanlı meşrutiyetçiliğinden, gerek sonraki parlamenter eğilimden farklı nitelik taşıdığı sonucuna varmak kaçınılmazdır.

Bu dönemin anlayışında, savaş koşullarının yarattığı zorunluluklar bir yana bırakılacak olursa, 1920 yılında hâlâ işbaşında olan Osmanlı Padişahı'nın konumundan kaynaklanan kaygıların etkili olduğu söylenebilir. Bu kaygılarla hazırlanan 1921 Anayasası'nda kuvvetler birliği sistemine yer verilmiş ve düzenleme yetkisi, yasama yetkisi ile iç içe geçmiş olmakla birlikte (**a**), yasama yetkisinden ayrı bir düzenleme yetkisinin uygulamada, Anayasa metnine rağmen, zorunlulukların bir sonucu olarak ortaya çıktığı (**b**) görülmektedir.

a. 1920-1924 Dönemi'nin anayasal düzenini belirleyen nedenler ve 1921 Anayasası

1920-1924 Dönemi'nde Ankara'da kurulan ve yeni bir devletin nüvesini oluşturan TBMM Hükümeti, yasama ve yürütme erklerinin tek elde toplandığı, her iki işlevin de TBMM tarafından yerine getirildiği bir düzen oluşturmuş; 1921 Anayasası da bu esasa uygun olarak hazırlanmıştır[144].

Bu seçimi etkileyen birincil neden, yürütme yetkisine ilişkin belirsizlik ve padişahın konumunda kaynaklanan kaygılardır. Kanun-ı Esasî'ye göre oluşturulan son Meclis-i Mebusan İstanbul'daki işgal güçlerince dağıtılıp kapatıldığı için, yasama yetkisi yönünden bir meşruiyet sorunu yaşanmasa da, Kanun-ı Esasî'nin yürürlükte ve Padişah ile hükümetinin hâlâ işbaşında olması[145], yürütme yetkisinin kim tarafından kullanılacağı sorununu gündeme getirmektedir.

Padişahın İstanbul'da baskı altında olduğu ve görevini etkili biçimde yerine getirmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle geçici olarak safdışı edilmesine rağmen[146], TBMM içerisinde yer alan kimi milletvekillerinin koşullar olağanlaştığında Padişah'ın iktidarının tekrar tesisine taraftar olması, başta Milli Mücadele Hareketi'nin önderi konumundaki Mustafa Kemal Paşa olmak üzere saltanat ve hilafete muhalif milletvekillerini kaygılandırmakta[147]; Padişah'ı kalıcı

---

[144] Anayasa hukuku ve siyaset bilim literatüründe yasama ve yürütme erklerinin aynı organda birleştiği hükümet rejimi, Konvansiyonel Rejim ya da Meclis Hükümeti Rejimi olarak anılmaktadır. Esasen birbirinden çok farklı tipteki rejimleri nitelemekte kullanıldığı belirtilen (HAMON / TROPER / BURDEAU, s. 98) bu sisteme ilişkin tartışmalar, bu çalışmanın boyutlarını fazlasıyla aşmaktadır. Bu konuda bugüne dek yazılmış en kapsamlı eser için bkz. Paul BASTID, **Le gouvernement d'assemblée**, Editions Cujas, 1956.

[145] Ergun ÖZBUDUN, **1921 Anayasası**, Atatürk Araştırma Merkezi, 1992, s. 5: "Meclis'in karşılaştığı ilk sorun, Kanun-u Esasî hükümlerinden bağımsız olacak şekilde bir yürütme gücü oluşturmaktı".

[146] Mustafa Kemal Paşa'nın 24 Nisan 1920 tarihli Meclis içtimaındaki konuşması, **Atatürk'ün Söylev ve Demeçleri**, I-III, Atatürk Araştırma Merkezi, 1989, s. 60-63 (Bu konuşma, ÖZBUDUN, 1921 Anayasası, s. 5-7'de de alıntılanmaktadır).

[147] Başlangıçta Meclis'teki hassasiyetleri de dikkate alan Mustafa Kemal Paşa ve hükümeti de, hilafet ve saltanata taraftar görünmektedir. Hatta, Hükümet tarafından sunulan Anayasa Tasarısı'nın 5 inci maddesinde, "*Hilâfet ve saltanat makamının tahlisine muvaffakiyet hâsıl olduktan sonra Padişah ve halife-i müslümin kavanin-i esasiye dairesinde mevki-i muhterem ve mübeccelini ahzeder*" hükmü yer

olarak devre dışı bırakacak bir rejim arayışına itmektedir. Yasama ve yürütme kuvvetlerinin, ulusal egemenlik ilkesinden kaynaklanan bir meşruiyete sahip TBMM'nde toplanması esasına dayalı sistem, bir yandan Padişah'ın yürütme işlevine ortak ya da rakip olmasını önlemekte[148]; diğer yandan, Anadolu'daki savaşın daha etkili biçimde yürütülmesini[149] sağlamaktadır. Bu yönden bakıldığında, kuvvetler birliği sisteminin 1920-1924 Dönemi'nin koşullarından kaynaklanan bir seçimin sonucu olduğu söylenebilir[150].

1921 Anayasası'nın 2 nci maddesinde de, "*icra kudreti ve teşri salahiyeti(nin) milletin yegâne ve hakiki mümessili olan Büyük Millet Meclisinde tecelli ve temerküz*" ettiği belirtilmektedir. Anayasa ayrıca hükümeti oluşturan dairelerin idaresinin Meclis'in seçeceği İcra Vekilleri Heyeti eliyle yürütülmesini öngörmekte (m. 8) ise de, bu Heyet görevlerini Meclis adına ve Meclis'in yönlendirmeleri doğrultusunda yerine getirmektedir.

Daha Anayasa'nın kabulünden önce, TBMM'nin toplandıktan iki gün sonra aldığı 5 numaralı kararla oluşturulan ve 1921 Anayasası'nda da "İcra Vekilleri Heyeti" adıyla kendisine yer bulan yürütme organının, bu sistem içerisindeki yeri,

---

almış; bu hüküm, Özel Encümen tarafından Anayasa metninden çıkarılmıştır (Bkz. ÖZBUDUN, 1921 Anayasası, s. 24). Bununla birlikte, Mustafa Kemal daha sonra, 1921 Anayasası'nın benimsediği yönetim biçiminin aslında cumhuriyet olduğunu söyleyecektir. Bkz. Gazi Mustafa Kemal, **Nutuk**, Türk Tayyare Cemiyeti, 1927, s. 277 (Nutuk'tan bu bölüm, ÖZBUDUN, 1921 Anayasası, s. 7'de de alıntılanmaktadır).

[148] Mümtaz SOYSAL, **Anayasaya Giriş**, 2. B., AÜSBF Yayınları, 1969, s. 161. Kuvvetler birliği sisteminin benimsenmesi konusunda, 1921 Anayasası'nın hazırlıkları sırasında hiçbir esaslı tartışma olmamıştır. ÖZBUDUN, 1921 Anayasası, s. 24'te, hilafet ve saltanat yanlısı muhafazakâr milletvekillerinin de, kuvvetler birliği sisteminin ilkelerini, "*Mustafa Kemal Paşanın kişisel otoritesinin güçlenmesini engelleyecek araçlar*" olarak gördüklerini belirtmektedir.

[149] Mustafa Kemal Paşa'ya göre, Meclis'in karşısına çıkacak bir yürütme organını denetlemek ve ulusun yaşamsal sorunları hakkında "*böyle bir heyetle mücadeleye mecbur kalmak gibi*" mevcut durumun kaldıramayacağı sınırlı bir yasama göreviyle yetinmesi söz konusu olamaz; Meclis, ulusun genel yönetimini üstlenmek ve ülkenin esenliğini bizzat sağlamak zorundadır. Bkz. Mustafa Kemal Paşa'nın 24 Nisan 1920 tarihli anılan konuşması.

[150] Mustafa Kemal Paşa'ya göre, kuvvetler ayrılığı müstebit hükümdarların iktidarını sınırlandırmak için, ehven-i şer olarak bulunmuş bir ilkedir; ideal olan, TBMM'nin hükümet şeklidir. Bkz. Mustafa Kemal Paşa'nın 1 Aralık 1921 tarihinde TBMM'nde yaptığı konuşma, **Atatürk'ün Söylev ve Demeçleri**, Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü Yayınları, 1961, C. I, s. 210-215 (Bu konuşma, ÖZBUDUN, 1921 Anayasası, s. 60'da da alıntılanmaktadır).

pratik zorunluluklarla açıklanabilir. Şöyle ki, devletin yönetimiyle ilgili her türlü konuda Meclis'in karar alması olanaksızdır; bu nedenle, Meclis adına bu görevi yerine getirecek bir organın varlığı zorunludur[151]. Bununla birlikte, bu ikinci organın, tümüyle Meclis'in direktifleri doğrultusunda hareket etmesi ve onun karşısında hiçbir özerkliğinin bulunmaması[152], sistemin özünü zedelemeden bu pratik güçlüğü aşmayı sağlar.

Bu açıdan bakıldığında, İcra Vekilleri Heyeti'nin, belirli ölçüde özerklik ve hareket serbestisi gerektiren kural koyma işlevini üstlenmesi sistemin mantığına aykırıdır; bunun görevi, Meclis tarafından çıkarılan kanunların somut durumlara uygulanmasından ibaret olmalıdır.

1921 Anayasası'nda da, yürütme işlerinden sorumlu olan İcra Vekilleri Heyeti'nin düzenleme yetkisine sahip olduğuna ilişkin herhangi bir hüküm yer almadığı[153] gibi, "*(k)avanin ve nizamat tanziminde*" esas alınması gereken hususlara, Büyük Millet Meclisi'nin görevlerini düzenleyen 7 nci maddede yer verilmesi, kanunlar dışında kalan diğer düzenlemelerin de Meclis tarafından yapılmasını öngören bir sistem oluşturulduğu izlenimini güçlendirmektedir.

Bu durumda, Meclis tarafından yapılması gereken düzenlemeler arasındaki nitelik farkları silikleşmekte; bir başka anlatımla, yasama yetkisi ile düzenleme yetkisi iç içe geçmektedir.

---

[151] Mustafa Kemal Paşa'nın 24 Nisan 1920 tarihli anılan konuşması.

[152] ÖZBUDUN, 1921 Anayasası, s. 59-60.

[153] 1921 Anayasası'nda İcra Vekilleri Heyeti'nin görevleri belirlenmemiştir. Anayasa'nın hazırlık çalışmaları sırasında, Erzurum Mebusu Hüseyin Avni Bey, İcra Vekilleri Heyeti'nin görev ve yetkilerinin Anayasa'da sınırlandırılması gerektiğini savunmuş; Mustafa Kemal Paşa ise, İcra Vekilleri Heyeti'nin görevlerinin belirlenmesi ve sınırlanması sorununun "*gayet basit teferruattan ibaret*" olduğunu belirterek, bunun Anayasa'da öngörülmesinin gerekmediğini, Meclis tarafından her zaman talimatla bile yapılabileceğini ifade etmiştir (ZC., Cilt 7, İ: 135, 20.1.1337, s. 328'den aktaran ÖZBUDUN, 1921 Anayasası, s. 38-39).

b. 1920-1924 Dönemi uygulamasında düzenleme yetkisi

1920-1924 arasında geçen sürenin kısa oluşu, ülkenin içerisinde bulunduğu savaş koşulları da dikkate alındığında, 1921 Anayasası'na ilişkin bir uygulamanın yerleşmesine izin vermemiştir. Bununla birlikte, düzenleme yetkisi açısından, belirli bir eğilimin ortaya çıktığı söylenebilir.

Bu dönemde, TBMM'nin Anayasa'nın mantığına ve hükümlerine uygun olarak, yaptığı kanunların yürütülmesi görevini bizzat üstlendiği örneklere rastlamak mümkündür[154]. Ne var ki, İcra Vekilleri Heyeti'nin de, 1920 yılından itibaren, kanunların yürütülmesini sağlamak üzere "nizamname" adıyla düzenleyici işlemler yaptığı görülmektedir[155].

Anayasa'da dayanağı olmayan bu düzenleme yetkisinin ortaya çıkışı da, yine pratik zorunluluklarla açıklanabilir. Her konuda karar alması mümkün olmayan Meclis, yürütme işlevini TBMM adına yerine getirmek üzere oluşturulan İcra Vekilleri Heyeti'nin yetkisini, çerçevesini titizlikle çizdiği bir alanda sınırlama yolunu seçmemiş; tüm devlet erkleri Meclis'te toplandığı hâlde, İcra Vekilleri Heyeti kısa bir süre içerisinde kanunların yürütülmesine ilişkin konularda tek yetkili konumuna gelmiştir. Hatta Meclis'in önüne getirilen bazı konularda karar almayı, konunun "*alelusûl muamele-yi resmiyenin ifasından ibaret bir muamele-yi icraiye*"

---

[154] Örneğin 29.11.1920 tarih ve 66 sayılı İstiklal Madalyası Kanunu'nun 11 inci maddesi, "*İşbu kanunun icrayı ahkâmına Büyük Millet Meclisi memurdur*" hükmünü içermektedir.

[155] Bu işlemlere ilginç bir örnek, 66 sayılı İstiklal Madalyası Kanunu'na dayanılarak çıkarılan ve 18.3.1923 tarihli İcra Vekilleri Heyeti kararıyla yürürlüğe konulan "İstiklal Madalyasiyle Taltife Kesbi İstihkak Edenlerin Sureti İnhası Hakkında Nizamname"dir. 66 sayılı Kanun'un 1 inci maddesinde kimlere istiklal madalyası verileceği öngörülmekte; 3 üncü maddede ise, 1 inci maddeye göre istiklal madalyası almaya hak kazananlara ilişkin gerekçeli önerilerin Bakanlar Kurulu'na gönderileceği ve Bakanlar Kurulu'nun uygun gördüğü önerilerin Meclis tarafından benimsenerek onaylanması hâlinde madalyanın verileceği hükme bağlanmaktadır. Kanun'da önerilerin hangi makamlar tarafından hangi usullerle yapılacağına dair herhangi bir hüküm yer almamış ve kanunun yürütülmesini Meclis bizzat üstlenmiş olmakla birlikte, belirtilen hususlar anılan nizamnamede düzenlenmektedir.

olduğu gerekçesiyle reddettiği görülmektedir[156]. Böylece Meclis tarafından yürütme organına münhasır bir yetki alanı yaratılmış olmaktadır.

Anayasa'nın mantığına aykırı bu uygulama, Anayasa'nın 9 uncu maddesinde yer alan hüküm aracılığıyla görünüşte Anayasa'ya uygun sayılabilir. Buna göre, TBMM Başkanı'nın, Bakanlar Kurulu'nun da doğal başkanıdır ve Bakanlar Kurulu tarafından alınan tüm kararlar, TBMM Başkanı tarafından da onaylanarak imzalanır. Böylece Bakanlar Kurulu kararlarının TBMM'ne izafe edilmesi mümkün hâle gelmektedir[157]. Ne var ki, salt bu hükümden hareketle, yürütme organının sahip olduğu hareket serbestisini ve inisiyatifi açıklama olanağı yoktur. Esasen, Bakanlar Kurulu'nun yürütmeye ilişkin konularda Meclis'in yönlendirmeleri doğrultusunda hareket etmesi ve sıkı bir denetime tâbi olması gerekirken, uygulamada Meclis'in yürütme organı üzerindeki etki ve denetimi, parlamenter sistemdeki yasama-yürütme ilişkilerinin gereklerini aşmamış[158]; böylece Bakanlar Kurulu, geniş bir alanda, nispeten özerk bir faaliyet yürütebilmiştir.

1920-1924 Dönemi'nin olağanüstü koşulları, dönemin uygulamalarının hukuksal bir çerçeveye yerleştirilmesini güçleştirse de, düzenleme yetkisinin Fransız hukukundaki gelişme sürecinden aşina olduğumuz bir saptamanın bu dönem için de geçerli olduğunu göstermektedir: Düzenleme yetkisi, 1921 Anayasası'nın genel mantığına ve benimsediği ilkelere rağmen, pratik zorunlulukların bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Türkiye'de de düzenleme yetkisi, 1876 Kanun-ı Esasîsi deneyiminin sınırlı uygulaması bir yana bırakılırsa, ilkeler ile zorunluluklar arasındaki çatışmanın gölgesinde doğmuştur.

---

[156] ÖZBUDUN, 1921 Anayasası, s. 64.

[157] BAŞGİL, s. 48.

[158] ÖZBUDUN, 1921 Anayasası, s. 74. SOYSAL, s. 162'de, özellikle yasama organı üyelerinin iki gruba ayrılması ve Meclis içerisinde bir muhalefetin oluşmasının, sistemi parlamenter düzene yakınlaştırdığını belirtmektedir.

B. DÜZENLEME YETKİSİNİN YERLEŞMESİ

Türk hukukunda düzenleme yetkisine ilişkin ilke ve kuralların oluşum süreci, 1924 Anayasası ile başlamış; 1961 Anayasası Dönemi'nde ise, bir anlamda sonuçlanmıştır. Bugün yürürlükte olan 1982 Anayasası, kimi yönlerden 1961 Anayasası düzenine bir tepki niteliği taşımasına rağmen, düzenleme yetkisinin çerçevesine ilişkin temel kabulleri değiştirmiş sayılmaz.

1924 ve 1961 Anayasası'nın düzenleme yetkisinin gelişiminde aynı sürecin aşamaları olarak değerlendirilmesi, bu iki Anayasanın düzenleme yetkisine ilişkin benzer hükümler içerdiği anlamına gelmemektedir. Bu iki Anayasa'yı düzenleme yetkisinin gelişim sürecine ait kılan ortak özellik, kavramın hukuksal çerçevesinin oluşumunun kesin bir ayırım çizgisi olmaksızın iki döneme de yayılması ve bu ikisini birbirine bağlayan belirgin bir evrim çizgisinin bulunmasıdır. 1924 Anayasası hükümleri ile düzenleme yetkisinin uygulamadaki genişleme eğilimi arasındaki çelişkiden kaynaklanan sorunlar (**1**), 1961 Anayasası ile çözülmek istenmiş; ancak, bu Anayasa'nın hükümleri de uygulamadaki gelişmeyi karşılamaya yeterli olmamıştır (**2**).

1. 1924 Anayasası

1924 Anayasası'nın yasama ve yürütmenin karşılıklı konumları açısından benimsediği sistemin, 1921 Anayasası'ndaki kuvvetler birliği ile parlamenter sistem arasında bir yarı-parlamentarizm olduğu söylenebilir. 1923 yılında benimsenen Cumhuriyet'in ilk Anayasası olan bu metin, yürütme organının düzenleme yetkisini açıkça öngörmekte (**a**); ancak, kimi hükümleri, düzenleme yetkisinin uygulamadaki görünümünü açıklamakta yetersiz kalmaktadır (**b**).

a. 1924 Anayasası metninde düzenleme yetkisi

1924 Anayasası, yukarıda da belirtildiği gibi, yarı-parlamenter bir sistem öngörmekte; bir yandan kuvvetler birliği ilkesine – bir ölçüde – bağlı kalan bu Anayasa, diğer yandan 1921 Anayasası'na göre daha bağımsız bir yürütmenin oluşumuna olanak vermektedir.

Kuvvetler birliği ilkesine bağlılığın en açık biçimde ifade edildiği hükümler, Anayasa'nın 3 ve 4 üncü maddelerinde yer almaktadır. Buna göre, millet adına egemenlik hakkını, milletin tek ve gerçek temsilcisi olan TBMM'nin kullanacağı öngörüldüğü gibi, yasama yetkisi ile yürütme erkinin de TBMM'nde toplandığı da belirtilmektedir. Bununla birlikte, Anayasa'nın 6 ve 7 nci maddeleri uyarınca, yasama yetkisini bizzat kullanacak olan TBMM, yürütme yetkisini kendi seçtiği Cumhurbaşkanı ve onun belirleyeceği Bakanlar Kurulu eliyle kullanır.

Bu hükümlerin birlikte değerlendirilmesi, ilk bakışta 1921 Anayasası'na bağlı kalındığı izlenimini doğurmakta ise de, yürütme yetkisinin kullanım biçimine ilişkin hüküm, bu izlenimi geçersiz kılmaktadır; bu hükümden hareketle, TBMM'nin sahip olduğu yürütme yetkisini bizzat kullanmasının yasaklandığı sonucuna varmak bile mümkündür[159].

Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından kullanılacak olan bu yürütme yetkisinin düzenleme yetkisini de içerip içermediği ise, Anayasa'nın 7 nci maddesinde belirtilmemektedir[160]. Buna karşılık Anayasa'nın 52 nci maddesi,

---

[159] Anayasa'nın 7 nci maddesinin, Meclis'in hükümeti her zaman denetleyebileceği ve düşürebileceğine ilişkin 2 nci fıkra hükmü de, yürütme yetkisinin Meclis tarafından bizzat kullanılmasının mümkün olmadığı, Meclis'in yetkisinin yalnızca hükümeti denetlemek ve düşürmek ile sınırlı olduğu sonucunu güçlendirmektedir. Bununla birlikte, Anayasa yasama ve yürütme yetkileri arasındaki sınırı belirlemediği için, yürütme yetkisinin Meclis tarafından kullanılmasının mümkün olmadığı saptamasının hiçbir pratik sonucu bulunmamaktadır; bir konunun yürütme yetkisine ilişkin olup olmadığını belirlemek, Anayasa'da kanunla düzenlenmesi gerektiği öngörülen konular dışında, TBMM'nin yetkisi içindedir.

[160] Anımsanacağı gibi, Fransa'da 1799 Anayasası ile 1814 Anayasal Şartı, Türkiye'de ise 1876 Kanun-ı Esasîsi, yürütme organının görevlerini belirten maddelerinde, kanunların yürütülmesini sağlamak için düzenleyici işlemler yapma yetkisine açıkça yer vermektedir.

nizamname (tüzük) adı altında bir düzenleyici işlem türü öngörmekle[161], bu yetkinin varlığını açıkça ortaya koymaktadır.

1924 Anayasası'nın 52 nci maddesi uyarınca, "Bakanlar kurulu, kanunların uygulanışını göstermek yahut kanunun emrettiği işleri belirtmek üzere içinde yeni hükümler bulunmamak ve Danıştayın incelemesinden geçirilmek şartiyle tüzükler çıkarır". Aynı maddenin ikinci fıkrasında, tüzüklerin Cumhurbaşkanı tarafından imzalanmak ve ilan edilmekle yürürlüğe gireceği öngörülmüş; üçüncü fıkrada ise, tüzüklerin kanuna aykırılığı iddialarının çözüm yerinin TBMM olduğu hükme bağlanmıştır.

1924 Anayasası'nda, 52 nci madde hükmü dışında, düzenleme yetkisine ya da düzenleyici işlemlere ilişkin herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Bununla birlikte, Anayasa'nın çeşitli maddelerinde yer alan ve kanunla düzenlenmesi gereken konuları öngören hükümlerin, dolaylı olarak, düzenleme yetkisinin kapsamını belirlediği söylenebilir; Anayasa'da bir konunun kanunla düzenlenmesi gerektiğinin öngörülmesinin, o konunun idare tarafından düzenlenmesini olanaksız kıldığını, en azından bu alanda kullanılacak olan düzenleme yetkisini nispeten sınırladığını savunmak mümkündür[162].

b. 1924 Anayasası metni ile uygulama arasındaki çelişkiden kaynaklanan sorunlar

1924 Anayasası'nın düzenleme yetkisi açısından en önemli maddesinin 52 nci madde olduğu açıktır. Ancak bu madde hükmünün biri kuramsal, diğeri pratik iki temel soruna kaynaklık ettiği görülmektedir. Kuramsal sorun, anılan maddenin üçüncü fıkrasında tüzüklerin kanuna aykırılığı iddialarının TBMM tarafından

[161] Türk hukuku, bu yönüyle Fransız hukukundan ayrılmaktadır. Fransız hukukunda idarenin düzenleme yetkisi anayasa metinlerinde öngörülmekle birlikte, aşağıda görüleceği gibi, Türk hukukundaki tüzük ya da yönetmelik gibi özel yetki ve biçim kuralları içeren düzenleyici işlem türlerine yer verilmemektedir. Bkz. a. 3. Bölüm, I, A, 1.

[162] 1924 Anayasası'na göre kanunla düzenlenmesi gereken konularda idarenin düzenleme yetkisine ilişkin tartışma için bkz. a. 2. Bölüm, II, A, 2.

çözüme bağlanacağının öngörülmesine ilişkindir. Bu hüküm, tüzüklerin hukuksal niteliği konusunda kuşkular yaratmış; Anayasa'nın yürütme yetkisinin yasama organı adına kullanıldığı izlenimini doğurmaya elverişli 7 nci maddesi hükmüne de dayanılarak, tüzüklerin yasama işlemi niteliğinde olduğunun savunulmasını mümkün kılmıştır[163].

Anayasa'nın 52 nci maddesinden kaynaklanan pratik sorun ise, bu maddenin içerdiklerinden çok, dışladıklarına ilişkindir. 1924 Anayasası'nın yürürlükte olduğu dönemde, çeşitli idarelerin talimatname adıyla düzenleyici işlemler tesis ettikleri görülmektedir[164]. Hatta Kanunların ve Nizamnamelerin Sureti Neşir ve İlânı ve Mer'iyet Tarihi Hakkındaki 1322 sayılı Kanun'un, Resmi Gazete'de yayımlanması zorunlu işlemleri sayan 1 inci maddesinin (Z) bendinde, "*(n)izamnamelerin ahkâmını tavzih etmek veya kanun veya nizamnamelerin tatbikatında memurine rehber olmak ve kanun ve nizamnamelere mugayir ahkâmı muhtevi bulunmamak üzere bir Vekâlet tarafından münferiden veya alâkadar Vekillerce müştereken yahut İcra Vekilleri Heyetince kaleme alınan talimatnameler*"e yer verilmekte; aynı Kanunun 2 nci maddesinde de, özel kanunları uyarınca il idareleri ve belediyeler tarafından düzenlenen talimatnamelerin ne suretle yayımlanacağı öngörülmektedir. Bu hüküm, talimatnamelere dayanak oluşturamasa da, bu uygulamanın kanun koyucu tarafından da onaylandığını göstermektedir[165]. Oysa Anayasa'nın 52 nci maddesinde, açıkça bir düzenleyici işlem türü öngörülmüş ve genel olarak idarenin düzenleme yetkisine sahip olduğu yolunda hiçbir hükme yer verilmemişken, idarenin tüzük dışında da düzenleyici işlemler yapabileceğini savunmak kolay değildir. İdarenin düzenleme

---

[163] Bu konudaki tartışmalar için bkz. a. 2. Bölüm, I, A, 2.

[164] Bu dönemde kanunlarla da idareye talimatname çıkarma yetkisi tanındığı görülmektedir. Örnek olarak bkz. 25.6.1927 tarih ve 1160 sayılı Mükerrer Sigorta Hakkında Kanun'un (R.G. 1.8.1927 – 647) 8 inci maddesi; 8.4.1929 tarih ve 1416 sayılı Ecnebi Memleketlere Gönderilecek Talebe Hakkında Kanun'un (R.G. 16.4.1929 – 1169) 7 nci maddesi; 25.3.1957 tarih ve 6940 sayılı Riyaseticumhur Senfoni Orkestrası Kuruluşu Hakkında Kanun'un (R.G. 29.3.1957 – 9572) 19 uncu maddesi; 27.2.1960 tarih ve 7460 sayılı Yakın ve Orta-Doğu Çalışma Enstitüsü Teşkilat Kanunu'nun (R.G. 29.2.1960 – 10044) 16 ncı maddesinin ikinci fıkrası. Bu hükümlerde, talimatname çıkarma yetkisi genellikle bakanlıklara tanınmaktadır.

[165] Ragıp SARICA, **Türkiyede İcra Uzvunun Tanzim Salâhiyeti**, Türk Hukuk Kurumu, 1943, s. 219 v.d.'nda, talimatnameleri "*(t)anzim meselesinin 1322 No.lu kanun bakımından tetkiki*" başlığı altında incelemekle, anılan Kanun'un talimatnamelerin dayanağını oluşturduğu izlenimi yaratmaktadır.

yetkisinin kaynağının 52 nci madde olduğu kabul edildiği takdirde, idarenin tesis ettiği talimatnamelerin hukuka aykırı sayılması kaçınılmazdır[166].

Düzenleme yetkisinin uygulamadaki görünümünün Anayasa ile bağdaşmazlığını gösteren bir başka durum ise, Anayasa'nın çeşitli maddelerinde kanunla düzenlenmesi gerektiği öngörülen konuları düzenleyen tüzük ve talimatnamelerin varlığıdır[167]. Bu düzenleyici işlemler kanunla verilen bir yetkiye dayandığında, bu kanunun Anayasa'ya uygun olup olmadığı sorunu gündeme gelmektedir.

Nihayet, yine 1924 Anayasası'nın yürürlükte olduğu dönemde, 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Kanunu ile hükümete geniş bir düzenleme yetkisi tanındığı görülmektedir. Bu Kanun'un 1 inci maddesinde[168], "*(k)ambiyo, nukut, esham ve tahvilât alım satımının ve memleketten ihracının tanzim ve tahdidi ve Türk parası kıymetinin korunması zımnında kararlar ittihazına İcra Vekilleri Heyeti*"nin yetkili olduğu hükme bağlanmış; ancak Bakanlar Kurulu'nca bu konuda alınacak kararlara ilişkin başkaca bir kurala yer verilmemiştir. Dönemin olağandışı ekonomik koşullarından kaynaklanan ve Bakanlar Kurulu tarafından alınan çok sayıda karara dayanak olan bu hükmün de, 1924 Anayasası karşısında açıklanması güçtür.

Ne var ki, 1924 Anayasası metni ile düzenleme yetkisinin uygulamadaki görünümleri arasındaki bu çelişkilerin, yargı yerlerince tartışılan somut ve pratik sorunlara yol açtığını söylemek mümkün değildir. Bunun temel nedeni, 1924 Anayasası'nda kanunların anayasaya uygunluğu denetiminin öngörülmemiş olması ile adlî ve idarî yargı yerlerinin, anayasa aykırı buldukları kanunları uygulamaktan

---

[166] Bu konudaki tartışmalar için bkz. a. 2. Bölüm, II, A, 2.

[167] Bu konunun özellikle 1924 Anayasası'nın "*Türklerin hukuku âmmesi*"ni düzenleyen 5 inci Faslında yer alan ve bazı temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceği kuralını öngören Anayasa hükümleri bağlamında tartışıldığı görülmektedir. Bu tartışmalar için bkz. a. 2. Bölüm, II, A, 2.

[168] 1567 sayılı Kanun'un 15.2.1954 tarih ve 6258 sayılı Kanun'la değişik 1 inci maddesi, hâlen yürürlüktedir. Buna göre, "Kambiyo, nukut, esham ve tahvilat alım ve satımının ve bunlar ile kıymetli madenler ve kıymetli taşlarla bunlardan mamul veya bunları muhtevi her nevi eşya ve kıymetlerin ve ticari senetlerle tediyeyi temine yarıyan her türlü vasıta ve vesikaların memleketten ihracı veya memlekete ithalinin tanzim ve tahdidine ve Türk parasının kıymetinin korunması zımnında kararlar ittihazına Bakanlar Kurulu salahiyetlidir".

kaçınma yetkisini kendilerinde görmemeleridir[169]. Böylece, düzenleme yetkisinin çoğunlukla bir kanuna dayanan görünüm biçimlerinin ve dayanak kanunların yargı yerlerince Anayasa'ya uygunluğunun tartışılması söz konusu olamamıştır; ancak aşağıda da görüleceği gibi, düzenleme yetkisinin nitelik ve kapsamına ilişkin kuramsal tartışmalar ile öğretinin vardığı sonuçlarda, bu sorunların önemli bir etkiye sahip olduğu söylenebilir.

2. 1961 Anayasası

1961 Anayasası'nın yürürlüğe girişiyle birlikte, Türkiye'de tam bir parlamenter sistemin uygulanmaya başladığı söylenebilir. Özellikle 1950-1960 yılları arasında yasama organında çoğunluğu elinde bulunduran siyasal iktidarın uygulamalarına bir tepki niteliği taşıyan bu Anayasa'nın bir yandan yasama yetkisinin, diğer yandan yürütme faaliyetinin sınırlandırılmasına yönelik hükümler içerdiği görülmektedir.

Düzenleme yetkisi açısından da 1961 Anayasası, 1924 Anayasası'ndan kaynaklanan sorunların önemli bir bölümüne çözüm getirmekte ve yürütme görevinin kanunlar çerçevesinde yerine getirileceğini öngörmekle, düzenleme yetkisinin türev ve ikincil niteliğini vurgulamaktadır (**a**). Ne var ki, düzenleme yetkisinin genişleme eğilimi, bu dönemde de kendisini göstermekte; bu kez, özellikle ülkenin içinde bulunduğu ekonomik ve siyasal koşulların sorumluluğunu kısmen yasamanın mutlak üstünlüğü ilkesinde gören bir anlayışın "güçlü yürütme" taleplerinden de destek almaktadır (**b**).

---

[169] 1961 Anayasası ile anayasa yargısı düzeninin oluşturulmasından önce, Türk hukukunda olağan mahkemelerin kanunların Anayasa'ya aykırılığını denetleme "girişimleri" için bkz. Erdal ONAR, "Türkiye'de Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi Alanında Öncüler", in Mehmet TURHAN / Hikmet TÜLEN (ed.), **Anayasa Yargısı İncelemeleri – 1**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2006, s. 3 v.d.

a. 1961 Anayasası'nda düzenleme yetkisinin hukuksal çerçevesi

1961 Anayasası'nın, düzenleme yetkisi yönünden iki eğilimi birden içinde barındırdığını söylemek yanlış olmaz. Bunlardan birincisi, 1924 Anayasası'ndan kaynaklanan kimi sorunları çözüme bağlayarak, düzenleme yetkisinin kurumsallaşmasını sağlamaktır. İkincisi ise, bu yetkinin kanunların uygulanmasına dönük ve kanunlarla sınırlı bir çerçeveye yerleştirilmesidir.

Öncelikle, 1924 Anayasası'ndan kaynaklanan sorunları aşmaya yönelik hükümler üzerinde durmak gerekirse, bunlardan ilki, Anayasa'nın tüzükleri düzenleyen 107 nci maddesidir. 1924 Anayasası'nın 52 nci maddesi ile hemen hemen aynı ifadeyle kaleme alınan bu hükmün tek farkı, tüzüklerin kanuna aykırılığı iddialarının hangi organ tarafından çözümleneceğine ilişkin bir düzenleme içermemesidir. Bunun doğal sonucu, Anayasa'nın idarenin hiçbir işlem ve eylemine karşı yargı yolunun kapatılamayacağını öngören 114 üncü maddesi uyarınca, tüzüklerin hukuka aykırılığı iddiasıyla idari yargı yerlerinde iptal davası açılabilmesi olanağıdır. Böylece 1961 Anayasası, tüzüklerin niteliğine ilişkin kuşkuları ortadan kaldırmış olmaktadır.

1924 Anayasası'nda tüzükler dışında düzenleyici işlem öngörülmediği halde, uygulamada talimatname adıyla yapılan düzenleyici işlemlerin varlığından kaynaklanan sorun da, 1961 Anayasası'nın yönetmeliklere ilişkin 113 üncü maddesi hükmüyle çözümlenmiştir. Bu hükümle bakanlıklara ve kamu tüzel kişilerine kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla yönetmelik çıkarma yetkisi tanınmaktadır.

1961 Anayasası diğer yandan, düzenleme yetkisinin kanuna göre ikincil ve türev niteliğini vurgulamaktadır. Bu dönemde, düzenleme yetkisinin dayanağına ilişkin farklı görüşler ileri sürülmekle birlikte[170], öğretinin neredeyse oybirliğiyle

[170] Bazı yazarlar idarenin genel bir düzenleme yetkisine sahip olduğunu ve bunun kaynağının yürütme görevinde bulunduğunu belirtmekte (ONAR, İdare Hukuku, C. I, s. 371; Turan GÜNEŞ, **Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri**, AÜSBF Yayınları, 1965, s. 98); bununla birlikte, idarenin genel düzenleme yetkisine sahip olmadığı ve düzenleme yetkisinin dayanağının Anayasa'nın tüzüklere ilişkin 107 ve yönetmeliklere ilişkin 113 üncü maddeleri olduğu da

kanun olmayan yerde düzenleme yetkisinin de olamayacağını ve bu yetkinin kanunlara uygun olarak kullanılması gerektiği kuralını benimsediği görülmektedir[171]. Bu görüşün dayanağını Anayasa'da bulmak mümkündür: 6 ncı madde uyarınca, yürütme görevi kanunlar çerçevesinde yerine getirilirken, tüzükleri öngören 107 ve yönetmeliklere ilişkin 113 üncü maddelerde, bu işlemlerin kanunları uygulamaya dönük oldukları açıkça öngörülmektedir.

b. Uygulamadan kaynaklanan sorunlar

1961 Anayasası döneminde düzenleme yetkisine ilişkin kuramsal çerçeve, yargı kararları ile de büyük ölçüde doğrulanmakla birlikte, Danıştay'ın kimi kararlarında idarenin aslî ve genel bir düzenleme yetkisine sahip olduğunun belirtildiği de görülmektedir[172]. Bununla birlikte, bu kararlardan hareketle içtihadın idareye özerk bir düzenleme yetkisi tanıdığını söylemeye olanak yoktur; zira, sonuçları itibariyle bu kararlarda, düzenleme yetkisinin kullanılabilmesi için bir kanun hükmünün varlığı koşulundan vazgeçilmemiş, yalnızca kanunun bu yetkiyi açıkça tanımasına gerek olmadığı belirtilmiştir.

Ne var ki, Danıştay'ın yayımlanmamış bir kararında[173] kullanılan ifade, idarenin özerk düzenleme yetkisinin tanındığına dair bir işaret sayılabilir. Buna göre, "hiçbir yasal metin olmasa dahi idarenin genel düzenleme yetkisi içerisinde düzenlemelerde bulunma zorunluluğu" vardır. Görüldüğü gibi, burada Danıştay, salt kanunla yetkilendirilme koşuluna değil, bir kanunun varlığına da gerek olmaksızın idarenin düzenleme yetkisini kullanabileceğini kabul etmektedir. Bu kabul, 1961 Anayasası ile getirilen sisteme tümüyle aykırı olmakla beraber, Danıştay'ın diğer

---

savunulmaktadır (Lûtfi DURAN, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul Üniversitesi Yayını, 1982, s. 450)

[171] ONAR, İdare Hukuku, C. I, s. 377-378; DURAN, İdare Hukuku Ders Notları, s. 388-390; GÜNEŞ, s. 134-135.

[172] DDDK, 28.4.1972, E. 1968/709 K. 1972/364, **AİD**, C. 5, S. 4, Aralık 1972, s. 201-203; DDDK, 5.5.1972, E. 1970 K. 1972/385, **AİD**, C. 5, S. 3, Eylül 1972, s. 193-195;

[173] DDDK, 5.4.1974, E. 1972/358 K. 1974/437, aktaran DURAN, İdare Hukuku Ders Notları, s. 391-392, dn. 1.

kararlarında tekrarlanmadığı için, içtihat düzeyine ulaştığını söylemeye olanak yoktur.

Yine bu dönemde, Anayasa'nın yönetmeliklere ilişkin 113 üncü maddesi ile, düzenleme yetkisinin anayasal kapsamı genişletilmekle birlikte, bu kez de idarenin tüzük ve yönetmelik dışında çeşitli adlarla yaptığı düzenleyici işlemlerin hukuka uygunluğu sorunu gündeme gelmiştir. Anayasa'da açıkça iki düzenleyici işlem türü öngörülmekle birlikte, kanunlarla çeşitli idarelere karar, tebliğ, sirküler gibi farklı adlar altında düzenleyici işlemler yapma yetkisi tanınması nedeniyle ortaya çıkan bu durum, düzenleyici işlemlerin genişleme eğiliminin bir göstergesidir[174].

1961 Anayasası'nın yürürlükte olduğu döneme ilişkin asıl önemli tartışma, güçlü bir yürütmeye duyulan özlemden kaynaklanmaktadır. Bu Anayasa'nın yasamayı yürütme karşısında üstün kılan ve katıksız bir parlamenter sistem öngören yapısının yürütmenin güçsüzlüğüne yol açtığı düşünülmekte; ekonomik ve siyasal bunalımlardan kurtulmanın, güçlü bir yürütmenin varlığına bağlı olduğu savunulmaktadır[175]. Kuşkusuz yürütmenin güçlendirilmesinin bir boyutu da, düzenleme yetkisinin genişlemesi ya da özerkleşmesidir. 1961 Anayasası'nda yapılan 1971 değişiklikleri ile Türk hukuk sistemine giren kanun hükmünde kararname kurumunun, güçlü yürütme özleminin idarenin genel ve soyut norm koyma yetkisi alanındaki bir yansıması olduğu söylenebilir[176]; böylece yürütme organına bir yetki kanununa dayanmak koşuluyla kanun gücünde düzenlemeler yapma yetkisi tanınmış olmaktadır[177].

---

[174] Gerçi, kanunların böylece düzenleme yetkisi tanıdığı makam ve organların çoğunun, Anayasa'nın 113 üncü maddesi uyarınca yönetmelik çıkarma yetkisine de sahip olması ve yönetmeliklerin de, tüzüklerden farklı olarak, herhangi bir anayasal biçim kuralına tâbi olmaması karşısında, bu farklı ad seçiminin hangi pratik amaca hizmet ettiğini anlamak kolay değildir.

[175] 1961 Anayasası döneminde, yürütmenin güçlendirilmesi konusundaki tartışmalar için bkz. Turgut TAN, "1982 Anayasası Yönünden Yürütme Görevi ve Yetkisinin Niteliği (Güçlü Devlet ya da Güçlü Yürütme), **Anayasa Yargısı**, C. 1, 1984, s. 31-33.

[176] TAN, Yürütme Görevi ve Yetkisinin Niteliği, s. 32-33.

[177] 1961 Anayasası döneminde kanun hükmünde kararnamelere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Lûtfi DURAN, "Kanun Hükmünde Kararname", **AİD**, C. 8, S. 2, Haziran 1975, s. 4 v.d.; Ergun ÖZBUDUN, "1961 ve 1982 Anayasalarında Kanun Hükmünde Kararnameler", **Anayasa Yargısı**, C. 2, 1985, s. 227 v.d.

1982 Anayasası ile getirilen düzenlemelerin de, büyük ölçüde güçlü yürütme talebini de karşılamaya dönük olduğunu söylemek yanlış olmaz. Bununla birlikte, 1982 Anayasası'nın öngördüğü düzen, 1958 Fransız Anayasası gibi eski düzeni tümüyle altüst etmemekte; hatta düzenleme yetkisi açısından bakıldığında, 1961 Anayasası döneminde geçerli olan anlayışı büyük ölçüde sürdürmektedir.

İKİNCİ BÖLÜM

DÜZENLEME YETKİSİNİN KURAMSAL ÇERÇEVESİ

Düzenleme yetkisinin Fransa ve Türkiye'deki gelişiminin gözlemlenmesi, anayasa metinleri ve uygulama arasındaki çelişki ile düzenleme yetkisinin genişleme ve yayılma eğilimini ortaya koymaktadır. Bu gelişmenin ilk aşamalarından itibaren görülen bu durum, Fransa'da XIX uncu yüzyılın ikinci yarısında, Türkiye'de ise 1924 Anayasası'nın yürürlükte olduğu dönemde yeni bir boyut kazanarak, öğretinin ilgi alanına girmiş; düzenleme yetkisinin kuramsal yönden açıklanması girişimleri önem kazanmıştır.

Bu açıklamalardan ilki, 1789 Devrimi'nin yasama – yürütme ayırımını algılayış biçimine uygun bir çerçeve geliştiren işlevsel yaklaşıma aittir. Pozitif hukukun verilerinden bağımsız, neredeyse doğal ve evrensel bir şema oluşturma iddiasında olan bu yaklaşımda, her türlü genel ve soyut kural koyma faaliyeti yasama işlevinin bir parçası olarak görülmekte; düzenleme yetkisi de bu doğrultuda yasama işlevi içerisinde değerlendirilmektedir (**I**). Türk öğretisini de bir ölçüde etkileyen bu yaklaşımın, rasyonel tutarlılığına karşın pozitif hukuku açıklama gücü son derece sınırlıdır.

İşlevsel yaklaşımın pozitif hukuku yeterince açıklayamaması, kamu hukuku öğretisinin yasama ve yürütme kavramlarını anayasal düzenlemeler doğrultusunda yeniden tanımlayarak düzenleme yetkisini bu çerçevede değerlendirmesine yol açmıştır. Bu değerlendirmenin hareket noktası, düzenleme yetkisinin kanunların yürütülmesi misyonuyla nitelenen idarî işlevin bir parçası olduğudur; buna bağlı hukuksal sonuçlar, Fransız hukukunda 1958 Anayasası'nın yürürlüğe girişine kadar, Türk hukukunda ise hâlen düzenleme yetkisine ilişkin egemen kuramsal çerçeveyi oluşturmaktadır (**II**).

I. İŞLEVSEL YAKLAŞIM

Yasama ve yürütme arasındaki ayırım, özellikle devlet işlemlerinin tasnifini sağlamak ve böylece farklı işlem kategorilerine uygulanacak hukuksal rejimi belirlemek yönünden kamu hukuku öğretisinin önemle üzerinde durduğu konulardan birisidir. Bununla birlikte, bu kavramların farklı boyutları, aralarındaki ayırımı güçleştirmekte; öğretide de görüş ayrılıklarına yol açmaktadır.

Yasama – yürütme ayırımına ilişkin temel sorun, genel devlet teorisinde farklı hukuk düzenlerinin pozitif metinlerinden bağımsız olarak yapılan rasyonel ayırımlar ile pozitif hukuk metinlerinde öngörülen düzenlemeler arasındaki uyumsuzluktan kaynaklanmaktadır.

Genel devlet teorisi yönünden yapılan rasyonel ayırımın hareket noktası, devletin hukuksal alandaki tüm faaliyetlerinin iki temel işleve yönelik olmasıdır: Soyut ve genel kuralların konması (yasama işlevi) ve bu kuralların somut durumlara uygulanması (yürütme işlevi)[178]. İşlev kavramından hareketle yapılan bu ayırımda, düzenleme yetkisine dayanılarak yapılan işlemlerin genel ve soyut kurallar içerdikleri için yasama işlevi içerisinde değerlendirileceği ortadadır. Nitekim, belirli dönemlerde pozitif hukuk metinlerinin de kısmî desteğiyle Fransız ve Türk öğretisinin bir bölümü, düzenleme yetkisinin yasama işlevinin bir parçası olduğunu savunmuştur (**A**).

Ne var ki, pozitif hukuk metinlerinde kural olarak bu rasyonel ayırımın benimsenmediği görülmektedir. Bu yönden, işlevsel yaklaşımın eleştiriye konu olan yönü, kuramsal tutarlılığı değil, pozitif hukuku açıklama gücünün son derece sınırlı oluşudur. İşlevsel yaklaşım, bir yandan anayasal düzenlemelerin açıklanmasında

[178] Devlet işlemlerinin tasnifinde pozitif hukukun benimsediği ölçütlerin esas alınması gerektiğini savunan yazarlarda bile, devletin iki hukuksal işlevi olduğu savunulmakta ve bu işlevler rasyonel biçimde tanımlanmaktadır; ancak, bunların pozitif hukuka göre devlet işlemlerinin tasnifinde ölçüt oluşturmadığı belirtilmektedir. Örnek olarak bkz. Hans KELSEN, **Théorie générale du droit et de l'État** (suivi de La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique), (trad. par Béatrice LAROCHE et Valérie FAURE), Bruylant LGDJ, 1997, s. 304-307.

yeterli olamamakta; diğer yandan, Fransız ve Türk kamu hukukuna egemen olan ilkelerle düzenleme yetkisinin genişleme eğilimini bağdaştıran bir kuramsal çerçeve oluşturamamaktadır (**B**).

A. YASAMA İŞLEVİNİN BİR PARÇASI OLARAK DÜZENLEME YETKİSİ

Fransız ve Türk anayasa metinlerinde işlev kavramına yer verilmemiş olması, öğretinin bu kavrama verdiği önemi azaltmamış; pozitif hukukun yasama ile yürütme arasındaki ayırımın ölçütüne ilişkin suskunluğu, pozitif hukukun verilerinden yola çıkmayan rasyonel bir kuram oluşturulmasına izin verir tarzda yorumlanmıştır[179]. İşte bu rasyonel kuramda, yasama ile yürütme arasındaki ayırım, yerine getirdikleri işlevden hareketle yapılmaktadır (**1**). Bu doğrultuda düzenleme yetkisini yasama işlevinin bir görünümü sayan işlevsel yaklaşımın, genelde pozitif hukukun ve uygulamanın desteğinden yoksun kaldığı doğru ise de, gerek Fransız gerek Türk hukukunda savunulmuş olan ve idarenin belirli bazı düzenleyici işlemlerini yasama yetkisinin devri ile açıklayan görüşlerin bu yaklaşıma uygun olduğu söylenebilir (**2**).

1. Yasama ve Yürütme Arasındaki İşlevsel Ayırım

Yasama ve yürütmenin birbirinden ayrılması, devlet tarafından yapılan işlemlerin sınıflandırılması yönünden önemlidir. İşlevsel ayırımda da, devlet işlemlerinin hukuk düzeninde meydana getirdikleri değişikliğin niteliğine göre, yasama ya da yürütme işlevlerinden hangisine ilişkin oldukları belirlenmektedir; bu yönüyle işlevsel ayırımın betimleyici olduğu söylenebilir (**a**). Bununla birlikte, işlevsel ayırımdan hareketle ayrıca, yasama ve yürütme işlevlerinin bu işlevleri

[179] DUGUIT, T. II, s. 162-163'te, o dönemde yürürlükte olan 1875 Fransız Anayasası'nın yasama yetkisine ilişkin hükümlerinde, yalnızca yasama organının iki meclisli olduğunun açıkça öngörüldüğünü, bunun dışında kanunların niteliğine ilişkin herhangi bir düzenleme içermediğini belirterek, hukukçunun hiçbir pozitif hukuk metniyle bağlı olmaksızın "yasama işlevinin rasyonel teorisi"ni oluşturmakta özgür olduğunu savunmaktadır.

yerine getirecek organları da belirlediğini savunmak mümkündür; bir başka anlatımla, belirli bir işleve dâhil olan işlemler, ancak belirli organlarca yerine getirilebilir. Bu boyutuyla işlevsel ayırımın, betimleyici olmanın ötesinde, devlet organları arasındaki yetki ve görev dağılımına ilişkin bir kural içerdiği (normatif niteliğe sahip olduğu) görülmektedir (**b**).

İşlev kavramından hareketle yapılan yasama – yürütme ayırımı, her iki boyutuyla, düzenleme yetkisine ilişkin önemli sonuçlar içermektedir (**c**). Öncelikle, normatif boyutuyla idarenin düzenleme yetkisini reddeden işlevsel yaklaşım, pozitif hukukun idareye bu yetkiyi tanıması karşısında, en azından buna dayanılarak tesis edilen düzenleyici işlemlerin "maddî anlamda kanun" niteliğinde olduğunun kabulü gerektiğini savunmuştur.

a. İşlev kavramı ve devlet işlemlerinin sınıflandırılması

İşlev kavramının genel olarak taşıdığı farklı anlamlardan hareketle, kamu hukukunda da iki anlamda kullanıldığı görülmektedir. Bunlardan birincisi, bir faaliyetin yöneldiği amacı ifade ederken; ikincisi ile, o faaliyetin konusu ya da sonucu kastedilmektedir[180].

Gerçekten, devletin işlevlerinden söz edildiğinde belki de akla ilk gelen, devlet faaliyet ve işlemlerinin yöneldiği amaçtır. Bu açıdan devletin işlevleri, kamu yararını gerçekleştirmek, kamu düzenini sağlamak ya da – bakış açısındaki farklılığa göre – bireylerin özgürlüklerini korumak, adil bir toplum düzeni kurmak gibi amaçlardır. Esas olarak hukuk ötesi alanda yer alan bu işlevler[181], anılan amaçlar doğrultusunda gerçekleştirilen faaliyetlere atıfla – kamu hizmetlerini yerine getirmek, kolluk faaliyetinde bulunmak – bir ölçüde hukuksallaştırılabilirse de,

---

[180] İdare hukukunda işlev kavramının ikili anlamı için bkz. Charles EISENMANN, **Cours de droit administratif**, (2 vol.), LGDJ, 1982-83, T. II, s. 16; Gérard TIMSIT, **Le rôle de la notion de fonction administrative en droit administratif français**, LGDJ, 1963, s. 12 - 14.

[181] EISENMANN, Droit administratif, T. II, s. 16.

devletin sosyal işlevleri arasında yer alırlar[182]. İşlev kavramının taşıdığı bu anlamın, yasama ve yürütme arasındaki ayırıma tümüyle yabancı olduğunu söylemek yanlış olmaz.

Yasama ve yürütme arasındaki ayırım yönünden işlev kavramı, belirli bir devlet faaliyetinin sonucunu ya da bu faaliyet çerçevesinde gerçekleştirilen işlemin hukuksal niteliğini ifade eder[183]. Bir başka anlatımla, devlet işlemleri, hukuk düzeninde meydana getirdikleri değişikliğin niteliğine göre sınıflandırılırlar. Bu işlemlerin toplamından oluşan işlevlerin de, bu bakımdan, devletin hukuksal işlevleri olarak adlandırılması mümkündür[184].

Devlet işlemlerinin sınıflandırılması gereksiniminden kaynaklanan bu ayırımda, devletin iki temel hukuksal işlevi olduğunu söylemek mümkündür: Yasama ve yürütme. Bu ayırım çerçevesinde, devletin genel ve soyut kural koyan işlemlerinin oluşturduğu bütün, yasama işlevi olarak adlandırılırken; bu kuralların somut durumlara uygulanmasına yönelik işlemler, yürütme işlevine aittir[185].

Yasama ve yürütme işlevleri arasındaki bu ayırım, en açık biçimde ünlü Fransız kamu hukukçusu Léon DUGUIT tarafından ortaya konmuştur[186]. Buna göre,

---

[182] EISENMANN, Droit administratif, T. II, s. 16. TIMSIT, s. 12'de, bu kavramı, "amaç-işlev" (*fonction-fin*) olarak adlandırmaktadır.

[183] EISENMANN, Droit administratif, T. II, s. 16.

[184] DUGUIT, T. II, s. 151 v.d. TIMSIT, s. 12'de devletin hukuksal işlevlerinin oluşturduğu kategori, "konu-işlev" (*fonction-objet*) kavramıyla nitelenmektedir.

[185] Bugün gerek Fransız gerek Türk hukukunda, devlet işlemlerini esas olarak organik ve biçimsel ölçütlerden hareketle tanımlayan yazarlarda bile bu işlemlerinin oluşturduğu kategorilerin işlev olarak nitelendiği görülmektedir (Örnek olarak bkz. LAUBADERE / VENEZIA / GAUDEMET, s. 616 (n° 786); Metin GÜNDAY, **İdare Hukuku**, 9. B., İmaj Yayınevi, 2004, s. 13 v. d. ; A. Şeref GÖZÜBÜYÜK / Turgut TAN, **İdare Hukuku (Cilt 1 Genel Esaslar)**, 2. Bası, Turhan Kitabevi, 2001, s. 4-5, n° 5). Oysa, organik ve biçimsel bir ölçütten hareketle işlev kavramına ulaşmak olanaksızdır; işlevler arasındaki ayırımın ölçütü, doğal olarak işlevsel olmalıdır. Artık işlevsel bir ölçütle belirlenmeyen bu kategorileri farklı adlandırmak gerektiği savunulabilirse de [Örneğin, RIVERO / WALINE, s.' de, idarî işlev" (*fonction administrative*) yerine, "idarî faaliyet" (*action administrative*) tabiri kullanılmaktadır], bugün işlev kavramının tümüyle anlamını yitirdiğini ve "faaliyet" kavramıyla eşanlamlı olarak kullanıldığını (bkz. HAMON / TROPER / BURDEAU, s. 113) söylemek daha gerçekçi sayılabilir.

[186] DUGUIT, devlet işlemleri arasında yaptığı bu ayırımı "işlevsel" (*fonctionnel*) sıfatıyla değil, "maddî" (*matériel*) sıfatıyla nitelemektedir (Bkz. T. II, s. 160 v.d.). Bununla birlikte, devlet işlemleri

hukuk düzeninde farklı türden değişiklikler meydana getiren üç tür işlem mevcuttur: Yeni bir kural koymak, var olan kuralı değiştirmek ya da kaldırmak suretiyle (belirlenebilir bir ya da birden fazla kimsenin hukuksal durumunu etkilemeksizin) objektif hukukta değişiklik yaratan kural-işlemler (*actes-règles*); objektif hukuk kuralına uygun olarak yapılan ve kuralın belirli bir kimseye ya da kimselere uygulanması suretiyle onları önceden içinde bulunmadıkları bir statüye sokan şart-işlemler (*actes-conditions*); bireyleri herhangi bir objektif hukuk kuralının uygulanması bağlamında olmaksızın özel, somut ve bireysel bir yükümlülük altına sokan öznel işlemler (*actes subjectifs*)[187].

Devletin hukuksal işlevlerini de bu noktadan hareketle tasnif eden yazar, devletin kural-işlem yaptığı her durumda, işlemi tesis eden organ hangisi olursa olsun, yasama işlevini; şart-işlem ya da öznel işlem tesis ettiği zaman ise, idarî işlevi[188] yerine getirdiğini savunmaktadır[189].

DUGUIT tarafından savunulan bu ayırımın, Türk idare hukuku öğretisi tarafından da benimsendiği ve "hukuki işlemlerin maddî yönden tasnifi" başlığı

---

arasındaki ayırımın, düzenleme konusu alan itibariyle yapıldığı durumda da maddî bir ayırım olarak görülmesi mümkün olduğundan (Fransızcada "*matériel*" sıfatı, alan ya da konu anlamına gelen "*matière*" sözcüğünden türetilmiştir), DUGUIT'nin tasnifini işlevsel olarak nitelemek daha doğru görünmektedir. Bkz. TIMSIT, s. 28, dn. 1.

[187] DUGUIT, T. I, s. 327-329.

[188] 1875 Fransız Anayasası'nın yürürlükte olduğu dönemde, devlet işlemlerinin tasnifine ilişkin karşıt kuramları savunan DUGUIT ile CARRÉ de MALBERG'in yürütme işlevinden değil, idarî işlevden söz ettikleri görülmektedir. Özellikle DUGUIT, "*yürütme işlevi*" kavramını reddetmekte; yürütmenin bir işlev değil, bir yetki olduğunu savunmaktadır (Bkz. T. II, s. 157-158). Yürütme ile idare kavramlarının eşanlamlı olmadığı ve iki kavram arasındaki farkın önemli sonuçları bulunduğu doğru ise de, idarenin düzenleme yetkisini açıklarken iki kavramı eşanlamlı olarak kullanmanın büyük bir sakınca yaratmayacağı, hatta düzenleme yetkisine ilişkin egemen açıklama biçiminin anlaşılmasını kolaylaştıracağı kanısındayız.

[189] DUGUIT, T. II, s. 156. DUGUIT'nin sistematiğinde yargılama işlevinin idarî işlevden ayrılmasındaki güçlük, yazar tarafından da itiraf edilmekte, buna karşın yine de yargılama işlevinin üçüncü bir devlet işlevi olduğu savunulmaktadır (bkz. T. II, s. 418 v.d.). Öngörülen sistemin tutarlılığını bozmak pahasına bu sava dayanak yapılan argümanlar, idarenin düzenleme yetkisinin değerlendirilmesi bakımından önem taşımadığı için, bu çalışmanın kapsamı dışında kalmaktadır.

altında esas olarak kural-işlem, şart-işlem ve öznel işlem kategorilerine yer verildiği görülmektedir[190].

b. İşlevsel ayırımda işlev-organ ilişkisi

Yukarıda da belirtildiği gibi, işlevsel ayırım esas olarak devlet işlemlerinin tasnifinde kullanılan bir ölçüt sağlamak bakımından önemlidir. Bu yönüyle, herhangi bir pozitif hukuk düzeninde işlemlerin, hangi organ tarafından hangi usulle yapıldıklarından bağımsız olarak, işlevsel ölçüte göre sınıflandırılması ve sözgelimi, idarenin düzenleyici işlemleri ile yüksek yargı organlarınca verilen içtihadı birleştirme kararlarının yasama işlevine dâhil sayılması mümkündür. Bu nedenle, işlevsel ayırımın o işlevi yerine getiren organa karşı tümüyle kayıtsız olduğu söylenebilir[191].

Ne var ki, ayırımın bu betimleyici yönüyle sınırlı bir değerlendirme, işlev kavramının ortaya çıkışında son derece önemli olan bir noktanın gözden kaçırılması sonucunu doğurmaktadır. Devletin birden çok farklı işlevi yerine getirdiğini saptayarak bu noktadan yola çıkan kuvvetler ayrılığı kuramcıları, bu farklı işlevler arasındaki ayırımda devlet işlemlerinin tasnifi ölçütünü değil, devlet organları arasındaki görev ve yetki dağılımının temel ilkesini bulmuşlardır[192]. Bir başka

---

[190] ONAR, İdare Hukuku, C. I, s. 338 v.d.; İl Han ÖZAY, **Günışığında Yönetim,** Alfa, 2002, s. 344 v. d. Bu ayırım, bugün tüm hukuksal işlemlerin ya da devlet işlemlerinin tâbi oldukları bir ayırım olarak sunulmamakta, daha çok idarî işlemlerin kendi içerisindeki tasnifine esas alınmaktadır. Örnek olarak bkz. GÜNDAY, s. 99 v. d., 116-117 .

[191] EISENMANN, Droit administratif, T. I, s. 100'de, devlet işlemlerinin maddî tasnifinin, pozitif hukukun devlet organlarına ve bu organların yetkilerine ilişkin verilerinden hareketle yapılmasının mümkün olmadığını; işlemlerin, bunları tesis eden organlardan bağımsız olarak öz niteliklerine göre sınıflandırılmasının yalnızca bilimsel kuramların, düşünme ve analiz kurallarının geçerli olduğu salt rasyonel bir ameliye olduğunu savunmaktadır.

[192] Kuvvetler ayrılığı kuramları hakkında bkz. y. 1. Bölüm, I, A, 1.

anlatımla, kuvvetler ayrılığı kuramlarında işlev, organı belirleyici bir etkiye sahip olup, betimleyici değil normatif bir boyut sergilemektedir[193].

Anımsanacağı gibi, kuvvetler ayrılığı kuramlarının temel ilkesi, devlet iktidarının birden çok organ eliyle kullanılması ve bu organların birbirini dengelemesi suretiyle iktidarın sınırsızlaşmasının önlenmesidir. İşte kuvvetler ayrılığı kuramlarında bu farklı organlar arasındaki görev ve yetki bölüşümünün ölçüsü, yerine getirdikleri işlevdir. Devletin üstlendiği iki işlev, ancak farklı organlar eliyle yürütülürse iktidarın tek elde toplanmasının önüne geçilebilir. Farklı işlevleri üstlenmeleri söz konusu olmayan ve her biri, gerek yasama gerek yürütme işlevlerini aynı anda yerine getirebilen organların birbirinden ayrılmasını, kuvvetler ayrılığı ilkesinin mantığı içerisinde açıklamak olanaksızdır. Sözgelimi yürütme organı, kural koyma ve kuralı somut durumlara uygulama yetkisi ile donatılırsa, iki işlevin tek elde toplanması ve iktidarın sınırsızlaşması tehlikesi doğacaktır.

Bu boyutuyla işlevsel ayırımda, genel ve soyut kural koyma faaliyeti yasama işlevinin tezahürü olduğundan, yasama işlevini üstlenen organ dışında kalan diğer devlet organlarının ve bu arada idarenin bu faaliyeti yerine getirmesi mümkün değildir. Maddî yönden tanımlanan yasama işlevi, ancak ve yalnızca yasama organı tarafından yerine getirilebilir. İdarenin de, yürütme işlevi dışında bir işlev üstlenmesi söz konusu olamaz; bu nedenle, idare tarafından genel ve soyut kural koyan işlemler yapılması olanaksızdır.

---

[193] Kuşkusuz işlev kavramının normatif boyutundan söz edilmesi, kavramın devlet organlarının yetkilerini düzenleyen kuralların hukuka uygunluğunu sınamada bağlayıcı ölçüt olarak kullanılabileceği anlamına gelmemektedir. Normatif boyut ile kastedilen, kavramın betimleyici rolünü aşarak, "olması gereken"e ilişkin bir değer yargısı yüklenmesidir. Kurulu bir hukuk düzeninde hiçbir bağlayıcılığı olmayan bu değer yargısı, ancak kurucu iktidar üzerinde yönlendirici bir etkiye sahip olabilir. Kurucu iktidarın ise, bu türden kuramsal spekülasyonlar yerine toplumun içinde bulunduğu sosyal ve siyasal koşullardan esinlenmesi daha olağandır. Bununla birlikte, yukarıda da belirtildiği gibi, 1791 Fransız Anayasası'nın hazırlanması sürecinde, başka pek çok etken yanında, kuvvetler ayrılığı kuramcılarının ve özellikle ROUSSEAU'nun devlet işlev ve organlarının nasıl düzenlenmesi gerektiğine ilişkin görüşleri de etkili olmuştur.

c. İşlevsel ayırımda düzenleme yetkisinin yeri

Bu açıdan değerlendirildiğinde, idarenin tesis ettiği düzenleyici işlemler, DUGUIT'nin deyimiyle "kural-işlem" niteliği taşıdıklarından, yasama işlevinin bir parçası ya da bir başka deyişle "maddî anlamda kanun" sayılmaktadırlar[194]. Gerçekten DUGUIT'ye göre, her ikisi de objektif hukuki durumlar yaratan, idarenin düzenleyici işlemi ile maddi anlamda yasama işlemi arasında hiçbir fark bulunmamaktadır; kanun ile düzenleyici idarî işlem arasındaki farklılık, yalnızca şekli noktalara ilişkindir[195].

ROUSSEAU'nun ortaya koyduğu biçimiyle işlev-organ ilişkisinin idarenin düzenleme yetkisi açısından sonucu ortadadır: Bu anlayış, hukuk sistemi içerisinde idarenin düzenleme yetkisine yaşam hakkı tanımamaktadır. Nitekim, ROUSSEAU'nun görüşlerinin de esin kaynakları arasında yer aldığı 1791 Fransız Anayasası'nda, yürütme organına düzenleme yetkisi tanınmaması[196] böyle açıklanabilir. Düzenleme yetkisinin uygulamada ortaya çıkışı ve 1799 yılından itibaren anayasallaşması, Fransız hukukunda işlev-organ ilişkisinin salt biçimiyle savunulmasını olanaksız kılsa da, gücünü tümüyle yitirdiği anlamına gelmemektedir. Sözgelimi, devlet işlemlerinin işlevsel tasnifini savunan DUGUIT, kuramının pratik sonuçlarını sergilerken[197], kuvvetler ayrılığı ilkesine yer veren bir sistemde, kural

---

[194] DUGUIT'nin kuramını en geniş biçimde ortaya koyduğu eserindeki paragraflardan birinin başlığı şöyledir: "*Tüzükler maddi anlamda kanunlardır*" (Bkz. T. II, s. 209).

[195] DUGUIT, T. II, s. 210 v.d.

[196] Bkz. y. 1. Bölüm, I, A, 1.

[197] Aşağıda da görüleceği gibi, DUGUIT'nin görüşlerini savunduğu dönemde yürürlükte olan pozitif hukuk düzeni (1875 Anayasası), devlet işlemlerinin işlevsel tasnifine olanak vermemektedir. Gerçekten o dönemde, anayasal ve yasal metinlerde, devlet işlemlerinin maddî yönden tasnifini öngören ya da mümkün kılan herhangi bir hüküm bulunmadığı gibi, uygulamada da, bu işlemlerin diğer idarî işlemlerle aynı hukuksal rejime tâbi olduğu kabul edilmekteydi. Bu durum karşısında DUGUIT, hukuksal işlemlerin tâbi olduğu rejimin, onların gerçek niteliği ile ilgisinin bulunmadığını ve yalnızca şeklî bir değer taşıdığını savunmaktadır (T. II, s. 214). Bu noktada, devlet işlemlerin tâbi olacağı rejimi belirleme gücüne sahip olmayan bir tasnifin, herhangi bir pratik yararının bulunmadığı ve rasyonel bir spekülasyondan ibaret olduğu düşünülebilir. İşte DUGUIT, bu muhtemel eleştiriye bir yanıt olarak kuramının uygulamadaki sonuçlarını sergilemeye girişmektedir.

olarak idarenin düzenleme yetkisine sahip olamayacağını, bunun ancak anayasanın açıkça izin vermesi koşuluna bağlı olduğunu belirtmektedir[198].

2. İşlevsel Ayırıma Uygun Bir Kuramsal Açıklama: Yasama Yetkisinin Devri

Yasama işlevinin genel ve soyut kural koyma faaliyeti olarak görülmesi ve bu işlevin ancak yasama organı tarafından yerine getirilmesi gerektiğinin savunulması, rasyonel açıdan tutarlı sayılabilirse de, pozitif hukuk metinlerinde idareye tanınan ve uygulamada da kaçınılmaz bir zorunluluk olarak görülen düzenleme yetkisini açıklamaya yeterli olduğu kuşkuludur. Ne var ki, düzenleme yetkisini yasama yetkisinin devri ile açıklayan görüşler, bu savın argümanlarına uygun görünmektedir.

Düzenleme yetkisini yasama yetkisinin devri olarak gören anlayışın temelinde, her türlü genel ve soyut kural koyma yetkisinin kural olarak yasama organına ait olduğu düşüncesi yer almaktadır. Uygulamada idarenin düzenleme yetkisini, yasama yetkisinden bağımsız ve idareye anayasa ile tanınan bir yetki olarak görmek olanaksızdır; bunun tek açıklaması, yasama yetkisinin devri olabilir. Buna göre, idareyi belirli konularda ikincil düzenlemeleri yapmakla görevlendiren kanun koyucu, aslında kendisine ait olan yasama yetkisini belirli bir konu ile sınırlı olarak idareye devretmiş olmaktadır.

Bu yönüyle işlevsel yaklaşımın analizine uygun olan bu görüşün, bu yaklaşımın doğrudan bir yansıması olduğunu savunmak da kolay değildir. Fransız (**a**) ve Türk hukukunda (**b**), düzenleme yetkisinin yasama yetkisinin devri niteliğinde olduğu yolundaki savlar yakından incelendiğinde, bunların temel kaygısının

[198] DUGUIT, T. II, s. 216. Türk hukukunda da benzer bir yaklaşım sergilendiği görülmektedir. ONAR, İdare Hukuku, C. I, s. 371'de, 1961 Anayasası'nın tüzük ve yönetmeliklere ilişkin hükümleriyle idareye düzenleme yetkisi tanınmış olduğunu belirtmekle birlikte, "*…idarenin maddî bakımdan kendi fonksiyonuna yabancı olan böyle bir salâhiyeti haiz olması*"nı daha genel bir anayasal dayanakla açıklama gereksinimi duymaktadır.

kuramsal bir tutarlılık ve sadakatten çok, pozitif hukuktan kaynaklanan özgül sorunlara çözüm arayışı olduğu görülür.

a. Fransız hukuku: Anayasal dayanak sorunu

Fransız hukukunda yasama yetkisinin devri kuramı, düzenleyici işlem türlerinden yalnızca "*Règlements d'administrations publiques (R.A.P.)*"[199] kategorisinin niteliğinin belirlenmesinde tartışılmış ve uygulanmıştır. İlk ve son kez 1799 Anayasası'nda zikredilen ve bugün Fransız hukukunda uygulamadan kaldırılmış olan R.A.P.[200], bir kanunun uygulanması için, o kanunda yer alan açık bir yetkilendirme hükmüne dayanılarak, genel düzenleme yetkisinin sahibi olan makam tarafından, Devlet Şurası Genel Kurulu'nun görüşü alınmak koşuluyla çıkarılan ve düzenleyici işlemler hiyerarşisinin en üst basamağında yer aldığı kabul edilen bir işlem türüdür[201]. XX nci yüzyılın başlarına kadar, kanunlarda öngörülen ve belirli bir hususun düzenlenmesi konusunda idareye yetki veren, hatta idareyi görevlendiren hükümlerin yasama yetkisinin devri niteliğinde olduğu ve bu hükümlere dayanılarak çıkarılan R.A.P.'nin de, yasama işlemi niteliği taşıdığı savunulmuştur[202].

R.A.P.'ye ilişkin açıklamalarda yasama yetkisinin devri kuramına başvurulmuş olması, sonuç olarak, idarenin düzenleyici işlemlerinden en azından bir bölümünü yasama işlevine ait sayması yönünden işlevsel bakışı doğrulamakta ise de, bu açıklama salt kuramsal spekülasyonlardan değil, pratik mülahazalardan da kaynaklanmaktadır. Öncelikle, idarenin düzenleyici işlemleri arasında etkileri

---

[199] "*Règlement d'administration publique*", tam olarak Türkçeye çevrildiğinde "*kamu idare tüzüğü*" anlamına gelmektedir. Bu düzenleyici işlem türü, büyük ölçüde Türk hukukundaki tüzüklerle benzerlik göstermekle birlikte, farklı bir hukuk düzenine ait özellikli bir kavram olması nedeniyle, bu çalışmada özgün adıyla, daha doğrusu Fransız hukukunda yaygın olarak kullanılan kısaltma biçimiyle (R.A.P.) anılacaktır.

[200] 7 ve 21 Temmuz 1980 tarihli iki organik kanun ile, diğer kanunlarda R.A.P.'ye yapılan atıfların, "*Danıştay incelemesinden geçirilmesi gereken kararname*"lere (*décret en Conseil d'Etat*) yapılmış sayılması hükme bağlanmak suretiyle, R.A.P. uygulamasına son verilmiştir.

[201] R.A.P.'nin özellikleri ve işlemler hiyerarşisindeki yeri hakkında bkz. Jean-Marie DUFFAU, "Grandeur et décadence du règlement d'administration publique", **AJDA**, 1980.469.

[202] Bkz. BATBIE, T. III, s. ; Georges CAHEN, **La loi et le règlement**, A. Rousseau, 1903, s. 240 v.d.

yönünden yapılan ikili bir ayırımı[203] esas alan bu kurama göre, yurttaşlar yönünden hak ve yükümlülük doğuran düzenlemeleri yapmak, kanun koyucunun yetki alanı içerisindedir. Anayasa metinlerinin yürütmeye kanunları uygulamakla görevlendiren hükümleri, yurttaşlar üzerinde etki doğurmayan ve idarenin işleyişi ile örgütlenmesine ilişkin olan düzenleyici işlemlere dayanak oluşturabilirse de, yasama yetkisinin alanına giren konularda düzenleyici işlem yapmak yetkisini içermemektedir. İşte yürütmenin anayasal yetkisi olmaksızın yaptığı düşünülen bu düzenleyici işlemlerin dayanağı, yasama yetkisinin devri kuramı aracılığıyla kanunlarda bulunmuştur.

Bu kuramın pratik sonuçlarından en önemlisi, yasama yetkisinin bir görünümü olduğu savunulan R.A.P.'nin yargısal denetimine ilişkindir. Bu tür düzenleyici işlemlerin, diğerlerinden farklı olan nitelikleri gereği yargısal denetime tâbi olmayacakları görüşü, Devlet Şurası tarafından da kabul görmüş; yasama işlevine ait olduğu kabul edilen R.A.P.'ye karşı açılan iptal davaları, dava konusunun idarî işlem niteliği taşımadığı gerekçesiyle reddedilmiştir[204].

---

[203] Bu ikili ayırımın, Alman hukukunun etkisiyle yapıldığı söylenebilir. XX nci yüzyılın başında Alman hukukunda, idarenin düzenleme yetkisine ilişkin ikili bir ayırım egemendir: İdarenin düzenleyici işlemleri, yurttaşların hukuksal durumları üzerinde değişiklik meydana getiren işlemler (*Rechtsverordnungen*) ile bireylerin hukuksal durumları üzerinde etkili olmayan, idarenin örgütlenme ve işleyişine ilişkin olup, muhatapları kamu görevlileri olan işlemleri (*Verwaltungsverordnungen*) kapsar. İkinci kategoride yer alan işlemler, idarenin sahip olduğu olağan hiyerarşi yetkisinden kaynaklanırken, ilk kategoride yer alan işlemlerin konusu, kanunla düzenlenmesi gereken alandadır. Bir başka deyişle, kişilerin hukuksal durumlarında değişiklik meydana getirmek kanun konusudur. Bu konuda bir düzenleyici işlem yapılabilmesi için, bu işlemin belirli bir kanunun uygulanması için ve bu kanunda yer alan açık bir yetki hükmüne dayanılarak çıkarılmış olması gerekir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Paul LABAND, **Le droit public de l'Empire allemand**, éd. française (6 vol.), Giard et Brière, 1900-1904, T. II, s. 379 v.d., 518 v.d., 544 v.d. Bugün de Alman hukukunda bu ayırım geçerliliğini korumakta, ancak kişilerin hukuksal durumlarında değişiklik meydana getiren düzenleyici işlemlerin kanuna bağımlılığı yargı organlarının içtihatlarıyla yumuşatılırken, idarenin olağan yetkisi alanında yer alan iç düzenleyici işlemlerin yargısal denetiminin güçlendirilmesi eğilimi egemen olmaktadır. Bkz. Michel FROMONT, "Le pouvoir réglementaire et le juge dans la République fédérale d'Allemagne", in **Mélanges M. WALİNE: le juge et le droit public**, (2 vol.), LGDJ, 1974, T. I, s. 27-38; Hartmut MAURER, **Droit administratif allemand**, (trad. M. Fromont), LGDJ, 1995, s. 351 v. d.

[204] Örnek olarak bkz. CE, 20.12.1872, *Fresneau*; CE, 1.4.1892, *Commune de Montreuil-sous-bois*, aktaran: Raymond CARRÉ de MALBERG, **Contribution à la théorie générale de l'Etat**, (2 vol.), Recueil Sirey, 1920, T. I, s. 590.

Daha sonra, Devlet Şurası'nın R.A.P.'ye karşı da iptal davası açılabileceğini kabul eden bir kararı[205] ile terk edilen bu çözüm, pratik bir yetki sorununu aşmaya yönelik de olsa, nedeni ve sonucu bakımından işlevsel ayırımın pozitif hukuktaki görünümlerine örnek olması bakımından önemlidir. Bir yandan, kanunun münhasır bir alanı olduğu öncülünden hareket eden bu anlayış, yasama işlevinin asıl taşıyıcısının yasama organı olduğunu dolaylı yoldan kabul etmekle, "işlev"i "organ"a bağlamakta; diğer yandan, R.A.P. adı verilen düzenleyici işlem kategorisinin yasama işlevi içerisinde yer aldığı sonucuna ulaşarak, devlet işlemlerinin tasnifinde kısmen de olsa işlevsel ayırıma yer vermektedir.

b. Türk hukuku: Tüzüklerin hukuksal niteliği

Türk hukukunda düzenleme yetkisini yasama yetkisinin devri niteliğinde gören yaklaşım, 1924 Anayasası'ndaki düzenlemelerden kaynaklanan bir sorunun neredeyse tamamen Fransız öğretisinden esinlenilerek çözüme bağlanmasını içermektedir[206].

Sorunun temelinde, 1924 Anayasası'nın yürütme yetkisinin TBMM adına kullanılmasını öngören 7 nci maddesi ile tüzüklerin kanuna aykırılığı iddialarının TBMM tarafından çözümleneceğini hükme bağlayan 52 nci maddesi yatmaktadır. Bu açıdan, Türk hukukunda sorunun Fransız hukukundakinden tümüyle farklı olduğu söylenebilir. Fransız hukukunda, anayasal dayanak bulunmayışı nedeniyle benimsenen yasama yetkisinin devri kuramından hareketle, R.A.P.'nin idarî yargı

---

[205] CE, 6.12.1907, *C^ie des Chemins de fer de l'Est et autres*, **R.** 915; **S.** 1908.3.1, concl. TARDIEU, note M. HAURIOU. Hükümet Komiseri TARDIEU'nün bu davada verdiği mütalaada da anımsattığı gibi, Devlet Şurası'nın XIX uncu yüzyıl boyunca geliştirdiği içtihadı, idarenin düzenleyici işlemlerine karşı iptal davası açılabilmesi olanağının aşamalı olarak kabul edildiğini göstermektedir. Şöyle ki, başlangıçta idarenin düzenleyici ve genel nitelikteki hiçbir işlemine karşı iptal davası açılamayacağını hükme bağlayan Devlet Şurası, yüzyılın ortalarına doğru R.A.P. dışında kalan düzenleyici işlemlere karşı açılan davalara bakmaya başlamış; nihayet, 1872'den itibaren, R.A.P.'nin hukuka uygunluğunun da, buna dayalı olarak yapılan uygulama işlemleri aracılığıyla denetlenebileceğini kabul etmiştir.

[206] 1924 Anayasası döneminde bu görüşün esas olarak Sıddık Sami ONAR tarafından savunulduğu görülmektedir. Bkz. "Nizamname ve Talimatnameler", **İzmir Barosu Dergisi**, 1 inci Teşrin 1937, N^o 3-7, s. 267-268.

denetimine tâbi olmadığı sonucuna varılırken; Türk hukukunda, tüzükleri idarî yargı denetimi dışında bırakan Anayasa hükmü dolayımıyla yasama yetkisinin devri kuramına ulaşılmaktadır[207].

Bu yönden Türk hukukunda 1924 Anayasası döneminde yasama yetkisinin devri kuramına başvurulmasa da, 1924 Anayasası'nın 52 nci maddesi uyarınca, Fransa'da bu kurama bağlanan pratik sonucun gerçekleşeceğini söylemek yanlış olmaz. Bir bakıma pratik etkililikten yoksun olan bu anlayış, o dönemde kamu hukuku öğretisine egemen olan kuramsallaştırarak açıklama eğiliminin bir görünümüdür.

Bununla birlikte, Türk hukukunda benimsenen çözüm, Fransız hukukundakinin aksine ayrıntılı kuramsal tartışmalara dayanmamakta; yukarıda anılan iki Anayasa hükmünden hareketle, tüzüklerin yasama yetkisinin devrine dayanan yasama işlemi (maddî anlamda kanun) olduğu belirtilmekle yetinilmektedir[208].

Görüldüğü gibi, gerek Fransız gerek Türk hukukunda yasama yetkisinin devri kuramına başvurulması, kuramsal bir açıklama ihtiyacına yol açan anayasal düzenlemelerden ve uygulamadan kaynaklanmaktadır. Ne var ki, pozitif hukukun verileri, bu ihtiyacın düzenleme yetkisini yasama işlevi içerisinde değerlendirerek karşılanamayacağını göstermektedir.

---

[207] ONAR da, Bakanlar Kurulu'nun tüzük çıkarma yetkisinin yasama yetkisinin devri niteliğinde olduğu görüşünü, tümüyle bu hükme dayandırdığını belirtmekte ve 1961 Anayasası'nda bu hükme yer verilmemesi nedeniyle, "yasama yetkisinin devri" görüşünden vazgeçmektedir. Bkz. ONAR, İdare Hukuku, C. I, s.

[208] ONAR, "Nizamname ve Talimatnameler", s. 267-268. 1924 Anayasası dönemindeki tartışma, kısmen de seçilen terminolojiden kaynaklanmaktadır. Fransızca'daki "*délégation*" (devir) sözcüğünün, "vekâlet" olarak tercüme edilmesi, Bakanlar Kurulu'nun tüzük çıkarma yetkisinin özel hukuktaki vekâlet adiyle açıklanıp açıklanamayacağı sorusunu gündeme getirmiştir. Bkz. SARICA, s. 163 v.d.

B. İŞLEVSEL YAKLAŞIMIN POZİTİF HUKUKU AÇIKLAMA GÜCÜ

Düzenleme yetkisinin yasama işlevinin bir parçası olarak görülmesi ve kimi zaman bu yetkinin yasama yetkisinin devri ile açıklanması, işlemin hukuksal sonucunu esas alan yönüyle rasyonel ve tutarlı bir kuram olarak görülebilir. Ne var ki, tarihsel nedenlerin ve sosyo-ekonomik koşulların etkisiyle hazırlanan pozitif hukuk metinlerinin, kuramsal tutarlılık kaygısı taşıdıklarını söylemek kolay değildir. Devlet işlemlerinin tasnifine ilişkin bir kuramın etkililiği de, esas olarak önerdiği tasnifin hukuksal sonuçlarının pozitif hukuka uygunluğu yönünden değerlendirilmek gerekir; Fransız ve Türk anayasa metinleri işlevsel yaklaşımın bu açıdan son derece yetersiz olduğunu ortaya koymaktadır (**1**).

Pozitif hukuka uygun olmayan bir tasnif, doğal olarak, pozitif hukuk metinlerinde öngörülen kategoriler arasındaki ilişkileri açıklamaya elverişli bir kuramsal çerçeve sunamamaktadır. İşlevsel yaklaşım da, pozitif hukukta organik ve biçimsel yönden nitelenen kanun kavramı ile düzenleme yetkisi arasındaki ilişkiyi kavrayamamakta; bir yandan düzenleme yetkisini katı bir biçimde kanuna bağlayarak uygulamadan kaynaklanan sorunlara çözüm bulamazken, diğer yandan, kanunun üstünlüğüne dayanan bir sistem de kuramamaktadır (**2**).

1. Pozitif Hukukta Devlet İşlemlerinin Tasnifi

Fransız ve Türk kamu hukuku öğretisi, pozitif hukukta devlet işlemlerinin tasnifinin organik ve biçimsel ölçüte dayandığı görüşündedir. Bu durumun, işlevsel yaklaşımın pozitif hukuku açıklama gücü yönünden sonucunu ortaya koyabilmek için, kanun kavramının pozitif hukuktaki anlamı üzerinde durulması gerekir; zira düzenleyici işlemlerin yasama işlevine dahil sayılabilmesi, ancak kanunun maddî yönden tanımlanmasıyla mümkündür. Ne var ki, pozitif hukukta kanun kavramının organik ve biçimsel yönden tanımlandığı görülmektedir (**a**).

O halde, pozitif hukukun düzenleme yetkisini yasama işlevi dışında gördüğünü söylemek yanlış olmayacaktır. Düzenleyici işlemlerin yargısal denetimine ilişkin kuralların gözlemlenmesi de, bu yargıyı doğrulamaktadır (**b**).

a. Fransız ve Türk Anayasalarında "kanun" kavramı

Fransız ve Türk kamu hukuku öğretisinde, kanun kavramından söz edilirken, hemen her zaman ikili bir ayırım yapıldığı dikkat çekmektedir. Buna göre, genel ve soyut kural niteliği taşıyan normlar, hangi organ tarafından yapılmış olursa olsun, maddi anlamda kanun sayılırlar. Buna karşılık, şekli anlamda kanun kavramı, hangi içeriğe sahip olursa olsun, yasama organı tarafından kanunlar için öngörülen usullere uyularak yapılan tüm işlemleri kapsar. Bir başka anlatımla, maddi anlamda kanun, içeriğiyle tanımlanırken; şekli anlamda kanun, işlemi yapan organ ve yapılış biçimi ile nitelenmektedir[209].

Burada maddi anlamda kanun ile kastedilenin işlevsel anlamda yasama işlemleri olduğu açıkça görülmekte ve öğretinin ısrarla anılan ayırıma yer vermesi[210], Fransız ve Türk pozitif kamu hukukunda maddi anlamda kanun kavramının da bir değeri olduğu izlenimini uyandırmaktadır[211].

---

[209] Maddi anlamda kanun – şekli anlamda kanun ayırımı için bkz. VEDEL, Droit constitutionnel, s. 479; Erdoğan TEZİÇ, **Türkiye'de 1961 Anayasası'na Göre Kanun Kavramı**, İstanbul Üniversitesi Yayını, 1972, s. 33 v.d.

[210] Yukarıda da belirtildiği gibi, "maddî anlamda kanun – şekli anlamda kanun" ayırımını ilk kez olarak kullanan DUGUIT'dir. Bununla birlikte, DUGUIT'nin sistematiğini tümüyle reddeden ya da en azından bu sistematiği benimsemeyen yazarlarda da maddî anlamda kanun kavramına yer verildiği görülmektedir. Örnek olarak bkz. RIVERO / WALINE, s. 45 (n^{o} 45); Tahsin Bekir BALTA, **İdare Hukukuna Giriş I**, TODAİE Yayınları, 1968/1970, s. 111-112; GÜNDAY, s. 81.

[211] Türk Anayasa Mahkemesi'nin bazı kararlarında maddî anlamda kanun tanımına yer verilmiştir (Örnek olarak bkz. AYM, 11.10.1963, E. 1963/124 K. 1963/243, ; AYM, 24.9.1990, E. 1990/31 K. 1990/24,). Ne var ki, buradan hareketle pozitif hukukta kanun kavramının maddî yönden tanımlandığı sonucuna varılamaz; maddî ölçüt, ancak yasama organının bir konuyu, Anayasa Mahkemesi'nin denetim alanı dışına çıkarmak için, kanun adı altında düzenlemek yerine bir meclis kararına konu etmesi durumunda kullanılmaya elverişlidir (Ergun ÖZBUDUN, **Türk Anayasa Hukuku**, 3. B., Yetkin Yayınları, 1993, s. 163). Bununla birlikte, pozitif hukukun buna ne ölçüde izin verdiği tartışılır.

Kanun kavramı öğretide içeriğine ilişkin bir unsurla tanımlanıyor olsa da, pozitif hukuk metinlerinde kanunun içeriğine ilişkin hükümler yok denecek kadar azdır[212]. Fransız ve Türk hukukunun hemen her döneminde, kanun, yasama organı tarafından belirli bir usulle yapılan işlem olarak tanımlanmaktadır[213]. O halde, pozitif hukuk yönünden maddi anlamda kanun – şekli anlamda kanun ayırımının yapay olduğu, hatta var olmadığı; pozitif hukuk metinlerinin, yalnızca belirli bir organ tarafından ve belirli bir şekle uygun olarak yapılan işlemleri kanun saydığını söylemek yanlış olmayacaktır[214].

Pozitif hukukta, kanunun tanımı yönünden olmasa da, kapsamı yönünden içeriğinin dikkate alındığı tek husus, kanunla düzenlenmesi gereken konular alanında karşımıza çıkmaktadır. Gerçekten gerek Fransız gerek Türk anayasal metinlerinde, belirli konuların yalnızca kanunla düzenlenebileceğini öngören hükümler yer almaktadır[215]. Burada içeriğe ilişkin bir esastan hareket edilmekle birlikte, "bir

---

[212] İdareye düzenleme yetkisi tanımayan ve bu nedenle işlevsel bir ayırımı benimsediği savunulabilecek olan 1791 Fransız Anayasası'nda bile, kanun, organik ve biçimsel bir ölçütle tanımlanmıştır; bu Anayasa'nın kısmen de olsa işlevsel ayırıma uygunluğu sonucuna, yürütmeye genel ve soyut kural koyma yetkisi tanımayan hükümlerinden hareketle varılmaktadır. Türk hukukunda da, anayasa metinlerinde yer verilmeyen bu ayırım, 1961 Anayasası'nın yasama organının görev ve yetkilerini düzenleyen 64 üncü maddesinin gerekçesinde zikredilmiş (Kâzım ÖZTÜRK, **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası**, (3 C.), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1966, C. II, s. 2259-2260); ancak 1982 Anayasası'nın bu konuyu düzenleyen 87 nci maddesinin gerekçesinde yer almamıştır (Bkz. Mehmet AKAD / Abdullah DİNÇKOL, **Gerekçeli – İçtihatlı 1982 Anayasası**, Alkım, İstanbul 1998, s. 380-381).

[213] HAMON / TROPER / BURDEAU, s. 116; ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, s. 164; Mukbil ÖZYÖRÜK, **İdare Hukuku Dersleri**, (çoğaltma), Ankara, 1972-1973, s. 47; BALTA, İdare Hukukuna Giriş, s. 11. Bununla birlikte, kanun kavramının belirlenmesinde şekli ölçütün geçerli olduğunu savunmanın, modern anayasacılıkla bağdaşmayan bir gerçekliği gizlemeye dönük olduğu savunulmaktadır; bu, devlet organlarından birinin (yasama organının) mutlak kudretidir. Buna göre, kanunun bir ölçütü yoktur; yalnızca kanunun hazırlanmasına özgü kurallar vardır. Bkz. LOUIS-LUCAS, s. 198.

[214] Bu saptama kuşkusuz, ROUSSEAU'nun görüşlerinin pozitif hukuk metinleri üzerinde tümüyle etkisiz olduğu anlamına gelmemektedir; düzenleme yetkisinin gelişim sürecinde bu etkiyi gözlemlemek mümkündür. Ne var ki, Fransız ve Türk anayasa metinlerinden hiçbirinde, kanunun genel ve soyut norm niteliği taşıdığı açıkça öngörülmemektedir. 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nde, kanunun genel iradenin ifadesi olduğu belirtilmiş ancak ROUSSEAU'nun buna bağladığı, kanunun konusu bakımından da genel olduğu sonucuna yer verilmemiştir

[215] Fransız hukukunda, 1875 Anayasası, Türk hukukunda ise 1921 Anayasası dışında tüm anayasa metinlerinde belirli konuların kanunla düzenlenmesi gerektiğini öngören hükümler yer almaktadır.

işlemin hukuk düzeninde meydana getirdiği değişiklik" anlamında işlev kavramının bununla ilgisi bulunmamaktadır; zira, kanunla düzenlenmesi gereken konularda da, bunun dışında kalan alanlarda da "düzenleme", genel ve soyut kural koymaya, bir başka deyişle işlevsel anlamda yasamaya ilişkindir.

Sonuç olarak, pozitif hukuk metinlerinde kanun kavramının organik ve biçimsel yönden nitelendiği, işlevsel bir yönü bulunmadığı kolaylıkla söylenebilir.

b. Düzenleyici işlemlerin yargısal denetimi

Düzenleme yetkisinin yasama işlevinden kaynaklanmadığını gösteren pozitif hukuk düzenlemelerinden hareketle idarî işleve ithali, aşağıda da görüleceği gibi, öğretinin oluşturduğu kuramsal çerçeve sayesinde gerçekleşmiştir. Bunun doğal sonucu da, düzenleme yetkisine dayanılarak tesis edilen işlemlerin idarî işlem niteliği taşıması ve diğer idarî işlemler gibi idarî yargı denetimine tâbi olmasıdır[216]. Bununla birlikte, düzenleyici işlemlerin yargısal denetimine ilişkin kurallar, kuramsal çerçevenin oluşturulmasından önce, idari yargı yerlerinin kararlarının bir sonucu olarak ortaya çıkmış ve işlevsel yaklaşımın açıklamalarına darbe vurmuştur.

Yukarıda da belirtildiği gibi, düzenleme yetkisine dayanılarak tesis edilen işlemlerin maddî anlamda kanun niteliğinde görülmesinin en önemli pratik sonucu, bunların yasama işlemlerinin hukuksal rejimine tâbi olmasıdır. Buna bağlı olarak, Fransa'da 1958, Türkiye'de ise 1961 tarihine kadar kanunların anayasaya uygunluğu denetimi yolu öngörülmemiş olduğu için, düzenleyici işlemlerin de her türlü yargısal denetimin dışında kalması kaçınılmazdır.

Bununla birlikte, her iki hukuk düzeninde öğretinin işlevsel yaklaşımı ikame edecek yeni bir kuramsal açıklama getirmesinden çok önce, idarî yargı yerlerinin kendilerini idarenin düzenleyici işlemlerine karşı açılan davaları görmeye yetkili saydıkları dikkati çekmektedir. Fransız hukukunda bir süre, düzenleme yetkisini yasama yetkisinin devri ile açıklayan görüşlerin de etkisiyle, idarenin düzenleyici

[216] CARRÉ de MALBERG, T. I, s. 576; GÜNEŞ, s. 47.

işlemlerine karşı açılan davaları esasına girmeden reddettiği doğrudur; ancak bu içtihat kısa süre içerisinde yalnızca R.A.P. ile sınırlanmış ve nihayet 1907 yılında tümüyle terk edilerek, idarenin her türlü düzenleyici işlemine karşı iptal davası açılabileceği esası benimsenmiştir[217].

Türk hukukunda ise, 1924 Anayasası döneminde tüzüklere karşı iptal davası açılamayacağı sonucuna varılmasının nedeni, tüzüklerin niteliğine ilişkin işlevsel bir yaklaşımın benimsenmesi değil, Anayasa'nın 52 nci maddesinin son fıkrasında tüzüklerin kanuna aykırılığı iddialarının TBMM'nde çözümleneceğinin hükme bağlanmış olmasıdır. Bu dönemde, idarenin talimatname adıyla tesis ettiği düzenleyici işlemlere karşı Danıştay'da iptal davası açılabileceği noktasında bir duraksama yaşanmamaktadır[218].

Gerek Fransız gerek Türk hukukunda, adlî yargı yerlerinin görmekte oldukları bir davaya ilişkin hukuka aykırı düzenleyici işlem hükmünü uygulamak zorunda olup olmadıklarına ilişkin tartışmalar da[219], işlevsel yaklaşımın gücünü azaltır niteliktedir. Zira adlî yargı yerlerinin davada uyguladıkları kanunları anayasa aykırı buldukları takdirde ihmal edip edemeyecekleri sorusu daha çok kuramsal düzeyde tartışılmış ve istisnaî birkaç örnek dışında uygulama alanı bulamamışken, davada uygulanacak norm idarenin düzenleyici işlemi olduğunda tartışmanın boyutu farklılaşmaktadır. Adlî yargı yerlerinin davada uygulanması gereken düzenleyici işlem hükmünü hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle ihmal ettiği örneklerin sayısı da, kanunlarla karşılaştırılamayacak kadar fazladır[220]. Bu da göstermektedir ki, pozitif hukukta, idarenin düzenleyici işlemleri, kanunlardan farklı bir hukuksal rejime tâbi olmuştur.

---

[217] CE, 6.12.1907, *C^ie des Chemins de fer de l'Est et autres*, **R.** 915; **S.** 1908.3.1, concl. TARDIEU, note M. HAURIOU.

[218] SARICA, s. 238.

[219] SARICA, s. 94-159'da, bu tartışmalar ayrıntılı biçimde ele alınmıştır.

[220] 1924 Anayasası döneminde tüzüklerin kanuna aykırılığı nedeniyle ihmal edildiği örnek yargı kararları için bkz. Turhan FEYZİOĞLU, **Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazaî Murakabesi**, AÜSBF Yayınları, 1951, s. 307-310.

2. Düzenleme Yetkisini Yasama Yetkisinin Devri İle Açıklayan Görüşlerin Yetersizliği

Düzenleme yetkisini yasama yetkisinin devri suretiyle açıklayan görüşlerin hareket noktası, genel ve soyut kural koyma yetkisinin yasama organının tekelinde olduğu ve idare tarafından ancak bu yetkinin kendisine devredilmesi suretiyle kullanılabileceği esasıdır. Bu nedenle, düzenleme yetkisinin yasama yetkisinin devri olarak görülebilmesi için, idareye bu yetkiyi devreden açık bir kanun hükmüne ihtiyaç vardır. Bu yönden, idarenin kural olarak sahip olmadığı düzenleme yetkisini, bir kanunla yasama yetkisinin kendisine devredilmesi yoluyla kullanabilmesi, uygulamayı da kapsayan genişletici bir yorum olarak görülebilir.

Ne var ki, yasama yetkisinin devrinden söz edebilmek için açık bir kanun hükmüne duyulan ihtiyaç, düzenleme yetkisinin idare tarafından kullanımını zora sokmaktadır. Başta yürütme organı olmak üzere çeşitli idarî mercilerin bir kanunu uygulamak bağlamında, ancak bu kanunda açık bir hüküm olmaksızın düzenleyici işlem tesis edebilecekleri de kabul edildiğine göre[221], bu türden düzenleyici işlemlerin yasama yetkisinin devriyle açıklanması olanaksızdır.

Nitekim, Fransız hukukunda yalnızca R.A.P., Türk hukukunda ise tüzükler yönünden yasama yetkisinin devri açıklamasına başvurulmuştur. Her iki hukuk düzeninde anılan işlemleri bu suretle açıklayan yazarların, idarenin diğer düzenleyici işlemleri yönünden farklı bir dayanak arayışı içerisinde oldukları ve genellikle düzenleyici işlemlerin bir bölümünü yasama yetkisinin devri yoluyla, diğer bir bölümünü ise idarenin kanunların yürütülmesi göreviyle açıkladıkları görülmektedir[222]. Oysa her iki hukuk düzeninde de bu türden bir farklılığı haklı kılacak neden bulunmamaktadır[223].

---

[221] René CHAPUS, **Droit administratif général T.I,** 15^{e} éd., Montchrestien, 2001, s. 658 (n^{o} 832); GÜNDAY, s. 209.

[222] Léon AUCOC, Des règlements d'administration publique et de l'intervention du Conseil d'Etat dans la rédaction de ces règlements, Cotillon, 1872, s. 4-5; ONAR, İdare Hukuku, C. I, s. 376, dn. 17.

[223] Türk hukukunda 1924 Anayasası döneminde, bu farklılığın Anayasa'nın 52 nci maddesinde tüzüklerin kanuna aykırılığı iddialarının TBMM tarafından çözüme bağlanacağının öngörülmesinden

Kaldı ki, Türk hukukunda 1924 Anayasası döneminde tüzüklerin çıkarılabilmesi için açık bir kanun hükmünün varlığı koşulu aranmamaktadır; zira kanunun emrettiği işleri belirtmek yanında, kanunların uygulanışını göstermek için de tüzük çıkarılabilir[224]. Bu durumda, hiçbir açık hükme dayanmaksızın salt bir kanunun uygulanmasını sağlamak için çıkarılan tüzüğü, yasama yetkisinin devri suretiyle açıklama olanağı yoktur; yasama organının salt bir kanun çıkarmakla zımnen yasama yetkisini devrettiği sonucuna varılamaz.

Öte yandan, yasama yetkisinin devredilip devredilemeyeceği de tartışmalıdır. 1946 Fransız ve 1961 Türk Anayasalarında, yasama yetkisinin devredilmezliği açıkça öngörülmek suretiyle, düzenleme yetkisini yasama yetkisinin devri olarak gören anlayış tümüyle geçersiz hâle gelmişse de, bu Anayasaların yürürlüğe girmesinden önce de, yasama yetkisinin niteliği gereği devredilemeyeceği öğretide çoğunlukla savunulmuştur[225]. Gerçekten, katı bir anayasada yasama organına tanınan bir yetkinin devredilemeyeceği sonucuna varmak için, bu devrin yasaklanması gerekmez; buna izin verilmemiş olması yeterlidir. Aksi takdirde, anayasa ile belirlenen devlet organları arasındaki yetki dağılımının, kanunla değiştirilmesi olanağı kabul edilmiş olacaktır ki, bunun anlamı, anayasanın öngörülen usullere aykırı olarak değiştirilmesidir.

---

kaynaklandığı savunulmuştur (ONAR, İdare Hukuku, C. I, s. 375-376). Bununla birlikte, Anayasa'da bir işlem türünün yargısal denetimden bağışık tutulmasının, o işlemin niteliğini değiştirecek bir etkiye sahip olduğunu söylemek güçtür. Bu durumda sözgelimi 1982 Anayasası'na göre de, Cumhurbaşkanı'nın tek başına yaptığı işlemlerin ya da Yüksek Askeri Şura kararlarının, yargısal denetime tâbi olmadıkları için, idarî işlem niteliği taşımadıkları sonucuna varmak gerekir. Oysa bir işlemin yargısal denetime tâbi olup olmaması ya da idarî yargı denetimi dışında kalması, o işlemin niteliği üzerinde etkili değildir. Aksine, yargısal denetime ilişkin kurallar işlemin niteliğinin bir sonucudur; bu sonucun doğmasını engelleyen anayasal ya da yasal hükümler ise istisna sayılmak gerekir.

[224] Hatta SARICA, s. 81-84'te, tüzüklerin bu iki biçimi arasındaki ayırımdan bağımsız olarak da, her iki tür tüzüğün açıkça ya da zımnen verilen bir yetkiye dayanılarak çıkarılabileceğini savunmaktadır. Bu görüşe itibar etmek güçtür; zira kanunun emrettiği işleri belirtmek için çıkarılan tüzükler bakımından bu emrin zımnî de olabileceği kabul edildiği takdirde, muhatabı belli olmayan bir emir söz konusu olmaktadır. Oysa, kanunların uygulanışını gösteren tüzükler yönünden, kanunda tüzük çıkarılmasını öngören bir hükmün varlığına ihtiyaç olmadığı kolaylıkla söylenebilir.

[225] DUGUIT, T. II., s. 459; SARICA, s. 189-190.

Yasama yetkisinin devri anlayışının yarattığı bir diğer sorun da, düzenleme yetkisinin kapsamının belirlenmesine ilişkindir. Belirli bir kanundaki açık yetkilendirme hükmüne dayanılarak çıkarılan düzenleyici işlemin, diğer kanunlarla ilişkisi ne olacaktır? Şayet, bu hükmün yasama yetkisinin devredilmesi anlamına geldiği savunulacak olursa, bu hükme dayanılarak tesis edilen düzenleyici işlemlerle kanunların da değiştirilebileceğini kabul etmek gerekir; zira bu durumda idare kendisine devredilen yasama yetkisini kullanmaktadır. Böyle bir sonucun ise, yasama ile yürütme arasındaki anayasal hiyerarşiyi, hiçbir dayanak olmaksızın değiştireceği ortadadır; kaldı ki, yasama yetkisinin devri görüşünü benimseyen yazarların da esasen mantıksal olan bu sonuca değinmedikleri görülmektedir.

II. DÜZENLEME YETKİSİNİN İDARÎ İŞLEVE İTHALİ: KANUNLARIN YÜRÜTÜLMESİ KAVRAMI

Pozitif hukukta kanun kavramının organik ve biçimsel yönden tanımlanması ve bunun sonucu olarak düzenleme yetkisinin yasama işlevinin bir parçası olarak görülmesinin olanaksızlığı, işlevsel yaklaşımın zaafını ortaya koymuş; öğretiyi, bir yandan yasallık ilkesi uyarınca düzenleme yetkisini kanunlarla sınırlı bir çerçeveye yerleştirecek, diğer yandan bu yetkinin genişleme eğilimini de tümüyle göz ardı etmeyecek bir kuramsal çerçeve arayışına itmiştir.

Bu yeni kuramsal çerçeve (**A**), düzenleme yetkisini kanunların yürütülmesi kavramıyla açıklamakta ve böylece anayasa metinleri ile uygulama arasındaki çelişkiyi, biraz zorlanmak pahasına gidermektedir. Ne var ki, pozitif hukuktaki değişimler ve düzenleme yetkisinin yeni görünüm biçimleri çerçeveyi bu kez kaldıramayacağı ölçüde zorlamakta; Fransız hukukunda gücünü büyük ölçüde yitiren bu anlayış, Türk hukukunda da ciddi bir uyarlama ile kısmen yapay egemenliğini sürdürmektedir (**B**).

A. KURAMSAL ÇERÇEVE

Düzenleme yetkisinin yasama işlevinden kaynaklandığı görüşüne karşı çıkan anlayış, kanun ile düzenleme yetkisi arasında kesin bir hiyerarşi kurmakta ve ayrıca, kanunun varlığını düzenleme yetkisinin kullanılmasının bir önkoşulu olarak görmektedir (2). Öğreti bu sonuçlara, düzenleme yetkisinin idarî işleve ithal edilmesi suretiyle ve kanunların yürütülmesi kavramına bağlı olarak ulaşmaktadır. Bunu, o dönemde yürürlükte olan pozitif hukukun mümkün hatta bir bakıma zorunlu kıldığını söylemek yanlış olmaz (1).

1. Düzenleme Yetkisinin Kanunların Yürütülmesi İşlevine Bağlanması

İşlevsel yaklaşımın pozitif hukuku açıklama gücüne sahip olmadığının en önemli göstergesi, pozitif hukukta kanun tanımının organik ve biçimsel ölçütten hareketle yapılmış olmasıdır. Ne var ki, organik ve biçimsel ölçüt, işlevsel yaklaşımdan farklı olarak yasama ve yürütme kategorilerinin doğasına ya da niteliğine ilişkin herhangi bir saptama yapmaya elverişli olmadığından, düzenleme yetkisinin "ne olmadığını" belirlemek dışında bu ölçütten hareketle bir sonuca varmak mümkün değildir (**a**). Bu noktada, yürütme kavramının işlevsel niteliği devreye girmekte; anayasa metinlerindeki yürütme nitelemesinin de desteğiyle, düzenleme yetkisi yarı-işlevsel olarak adlandırılabilecek bir dayanağa kavuşturulmaktadır (**b**).

a. Organik ve biçimsel ölçütün yetersizliği

Fransız ve Türk kamu hukukunda, kanunun organik ve biçimsel yönden tanımlanmasından hareketle, yasama ve yürütme işlemleri arasındaki ayırımın

ölçütünün organik ve biçimsel olduğu söylenebilir[226]. Buna göre, bir devlet işleminin bu iki kategoriden hangisine girdiği o işlemi yapan organ ve yapılış usulü esas alınarak belirlenecektir.

Oysa pozitif hukuk metinlerinin incelenmesinden, yasama ile yürütme arasındaki ayırımın işlevsel olmadığı sonucuna varmak mümkünse de, bu ayırımın organik ve biçimsel ölçüte göre yapıldığı da söylenemez[227]. Esasen, pozitif hukuk yasama ile yürütme arasında bir ayırım ölçütü getirmemekte; yukarıda da belirtildiği gibi, yalnızca yasama işlemlerini organik ve biçimsel bir ölçütle tanımlamaya elverişli düzenlemeler içermektedir.

Fransız ve Türk anayasa metinlerinde, yürütme işlemlerinin (idarî işlemlerin) organik ve biçimsel yönden nasıl tanımlandığı sorusunun yanıtını aramak ise boşunadır.

Konuya düzenleme yetkisi açısından bakıldığında, bu ölçütten hareketle varılabilecek olan tek sonuç, düzenleme yetkisinden kaynaklanan işlemlerin yasama işlemi değil idarî işlem niteliğinde oldukları ve buna bağlı olarak, idarenin de genel ve soyut kural niteliğinde işlemler yapabileceğidir[228]. Buna karşılık, organik ve biçimsel ölçüt, düzenleme yetkisinin dayanağı ve kapsamı hakkında herhangi bir sonuca ulaşmaya izin vermemektedir.

Oysa düzenleme yetkisi açısından önemli ana sorun, bu yetkinin dayanağı ve kapsamıdır. Düzenleme yetkisini yasama işlevi içerisinde değerlendiren görüşlerin temel kaygısı, bu yetkiden kaynaklanan işlemlerin nasıl sınıflandırılacağını belirlemekten çok, anayasa metinleri ile uygulama arasındaki bir çelişki, hatta

---

[226] CARRÉ de MALBERG, T. I, s. 361 v.d.

[227] Öğretide, yasama ile idare arasındaki ayırımın kesin olarak belirlenemediği ileri sürülse de [bkz. GÖZÜBÜYÜK / TAN, s. 8 (n° 12)], bunun nedeni yasama ya da yargı organlarının yasama ya da yargı işlemi olarak nitelenmesi olanağı bulunmayan işlemlerinin varlığıdır. Gerçi bu işlemler yönünden de işlevsel ayırımı esas alan bir değerlendirme yapılmamaktadır; yalnızca bu durumda, organik ölçütün mutlak olarak uygulanmadığı ve işlemin biçimsel unsurlarına ağırlık vererek nitelendiği görülmektedir (Bkz. BALTA, İdare Hukukuna Giriş, s. 9-10). Bir başka anlatımla, yine ayırımın temeli organik ve biçimseldir.

[228] GÜNEŞ, s. 47.

mücadele alanı olan bu konuda, sistematik bir açıklama getirebilmektir. Bu yönüyle, düzenleme yetkisinin niteliğine ilişkin tartışmaların, devlet işlemlerinin sınıflandırılması tartışmalarına bir yandan koşut, bir yandan bu tartışmalardan çok farklı bir boyutu mevcuttur.

Pozitif hukukta devlet işlemlerinin organik ve biçimsel ölçütlere göre tasnif edildiği saptamasının düzenleyici işlemler yönünden sınırlı ve yetersiz kalması, organik ve biçimsel ölçütün niteliğinden kaynaklanmaktadır. Pozitif hukukun gözlemlenmesinden hareketle bulunan bu ölçüt, tasnif edilen işlemlerin doğasına ilişkin hiçbir ipucu vermemektedir[229]. Bir başka anlatımla, sözgelimi "yasama işlemi nedir?" sorusunun yanıtını, organik ve biçimsel ölçütte bulmak olanaksızdır; bu ölçütle "pozitif hukuk düzeninde bir işlemin yasama işlemleri kategorisine girdiği nasıl belirlenir?" sorusuna yanıt aranmaktadır. Bu soruya verilen yanıtın da totolojik olduğu ve asla bir tanım özelliği taşımadığı ortadadır: "Yasama işlemi, yasama işlemlerini yapmaya yetkili organ tarafından, yasama işlemleri için öngörülen usullere uyularak tesis edilen işlemdir".

Oysa işlevsel anlayış, düzenleme yetkisinin doğasına ilişkin saptamalar da içermesi yönünden, açıklayıcı bir kuramsal çerçeve öngörmektedir. Buna göre, genel ve soyut kurallar içeren işlemlere kaynaklık eden düzenleme yetkisi, hukuk düzeninde meydana getirdiği değişiklikler açısından nitelenen idarî işleve kural olarak yabancıdır. Bunun sonucu da, idarenin kaçınılmaz olarak sahip olduğu düzenleme yetkisinin yasama yetkisinden kaynaklanması ve bu yetkinin kanunlarla idareye devredilmesi koşuluyla kullanılabilmesidir.

İşlevsel anlayışın esas çıkmazı, kuramsal bir tutarsızlık ve yetersizlik değil, düzenleme yetkisinin uygulamadaki görünümleri ile anayasaların düzenleme yetkisine ilişkin hükümlerini açıklamaya elverişli olmamasıdır. Ne var ki, organik ve

[229] EISENMANN, Droit administratif, T. II, s. 50 v.d. Esasen Fransız ve Türk hukukunda yasama ile yürütme arasındaki ayırımın, başkaca bir ölçüt aramaya gerek olmaksızın, yalnızca iki organ arasındaki hiyerarşiyle açıklanabileceği görüşünün (bkz. F. MOREAU, s. 60; EISENMANN, Droit administratif, T. II, s. 51; GÜNEŞ, s. 47) de organik ve biçimsel ölçütün yetersizliğini doğruladığı söylenebilir. Ancak, bu hiyerarşi de, düzenleme yetkisinin dayanak ve kapsamı hakkında yeterince fikir vermemektedir.

biçimsel ölçüt, devlet işlemlerinin tasnifi ölçütü olmak bakımından pozitif hukuka uygun olsa da, düzenleme yetkisini açıklamakta işlevsel anlayışı ikame edememektedir.

b. Yürütmenin yarı-işlevsel tanımı

Kanun açısından yapılan saptamanın, yürütme işlemleri yönünden de geçerli olduğunu, dolayısıyla Fransız ve Türk kamu hukuku sistemlerinde yasama ile yürütme arasındaki ayırımın organik ve biçimsel ölçütlerden hareketle yapıldığını savunmak kolay değildir. Zira anayasal metinlerde yürütmenin yasamadan farklı olarak, organik ve biçimsel yönden tanımlanmadığı görülmektedir.

Anayasal metinlerdeki yürütme tanımının organik bir boyutu vardır; yürütme her zaman belirli bir organa atıfla nitelenmektedir[230]. Bununla birlikte, organik boyut yasamada olduğu kadar net değildir; yürütme faaliyeti, yalnızca dar anlamda yürütme organı değil, bütün bir idare örgütü tarafından yerine getirildiği için, bu örgüt karmaşıklaştığı ölçüde, yürütmenin organik boyutu da belirsizleşmektedir.

Yürütmenin biçimsel boyutunun ise, anayasa metinlerinde son derece sınırlı bir kapsamda ele alındığı görülmektedir. Bazı önemli idari işlemlere ilişkin biçim kurallarına yer verilmekle birlikte[231], genel olarak yürütmeyi biçimsel yönden niteleyen bir ölçüye anayasalarda rastlanmamaktadır. Yürütme faaliyetinin geniş kapsamı ve araçlarındaki çeşitlilik dikkate alındığında bunu olağan karşılamak gerekir; bu faaliyetin ortak bir biçimsel ölçüye bağlanması olanaksızdır.

---

[230] Sözgelimi, 1875 Fransız Anayasası'nda kanunların yürütülmesini sağlama görevi, Cumhurbaşkanı'na verilmişken (m. 3); 1958 Anayasası'nda, bu görevin Başbakana yüklendiği görülmektedir (m. 21). Türk hukukunda da, 1924, 1961 ve 1982 Anayasaları'nda yürütme görevi (ve yetkisi)nin Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından yerine getirileceği öngörülmektedir (sırasıyla m. 7, m. 6, m. 8).

[231] Daha çok Türk anayasaları yönünden geçerli olan bu duruma, tüzük ve yönetmeliklere ilişkin anayasa hükümleri örnek verilebilir. Fransız anayasalarında ise, idari işlemlerin biçim kurallarına ilişkin doğrudan hükümler yer almamaktadır.

İşte bu nedenlerle, pozitif hukukta yasama – yürütme ayırımının organik ve biçimsel bir ölçüte dayandığını savunan yazarlar, yasamayı kolaylıkla tanımlarken, yürütme ya da idarenin tanımında önemli güçlüklerle karşılaşmakta ve çoğunlukla, organik – biçimsel yönden nitelenmesi kolay olan yasama ve yargı dışındaki tüm devlet faaliyetini idarî faaliyet olarak değerlendirmeyi tercih etmektedirler[232]. Olmayana ergi yöntemiyle yapılan bu tanım bile, aslında yasama – yürütme ayırımının ortak bir ölçütü olmadığını göstermektedir.

Bir yandan işlevsel anlayışı ikame edecek, diğer yandan düzenleme yetkisinin genişleme eğilimini kanunîlik ilkesi ile bağdaştıracak olan formül, kanunların yürütülmesi kavramında ve yürütmeyi kısmen de olsa bu kavramla niteleyen anayasa hükümlerinde bulunmuştur.

Gerçekten, anayasa metinlerinde organik ve biçimsel boyutu belirsiz olan yürütmenin işlevsel yönünün vurgulandığı görülmektedir: Kanunların yürütülmesi. Fransız anayasalarında, yürütmeyi düzenleyen hükümlerin bu kavrama açıkça yer verdiği[233]; Türk hukukunda ise, yürütme ya da icra sözcüklerinin bu anlamda yorumlandığı görülmektedir[234]. Bununla birlikte, pozitif hukuk metinlerinde kanunların yürütülmesi kavramı, yürütmenin işlevsel tanımı ile birebir örtüşmemektedir. Zira, anımsanacağı gibi, işlevsel ayırımda yasama genel ve soyut kuralların konması, yürütme ise bu kuralların somut durumlara uygulanması iken, pozitif hukukta yürütmeyi niteleyen, kanunların uygulanmasıdır. Yine pozitif hukukun kanunu tümüyle organik ve biçimsel yönden tanımladığı dikkate alındığında, kanunların uygulanması kavramının yarı-işlevsel bir nitelik sergilediği

---

[232] ÖZYÖRÜK, s. 53; GÜNDAY, s. 11; İsmet GİRİTLİ / Pertev BİLGEN / Tayfun AKGÜNER, **İdare Hukuku**, 2. B., Der Yayınları, 2006, s. 7.

[233] Bkz. 1875 Anayasası'nın 3; 1946 Anayasası'nın ve 1958 Anayasası'nın 21 inci maddeleri.

[234] ONAR, İdare Hukuku, C. I, s. 372; SARICA, s. 29 v.d. Esasen, bu görüşün öğretinin tümü tarafından benimsendiğini söylemek mümkün değildir. Aşağıda da görüleceği gibi, yürütme görevinin yalnızca kanunları uygulamaktan ibaret olmadığı, ancak kanunlar çerçevesinde yerine getirilmesi gereken bir görev olduğu savunulmuştur (bkz. GÜNEŞ, s. 46). Bu görüş, kanunların yürütülmesi kavramının geniş yorumlanması ile ulaşılan sonuçlara, böyle bir zorlamaya başvurmadan ulaşmayı sağlamakla birlikte, "yürütme" kavramının ne anlama geldiği sorusuna da açık bir yanıt verememektedir.

söylenebilir; uygulanacak olan norm, işlevsel anlamda yasama işlemi değil, organik ve biçimsel anlamda kanundur.

Buna göre, düzenleme yetkisi de içinde olmak üzere idarenin sahip olduğu tüm yetkiler kanunların yürütülmesi amacına yöneliktir. Bir başka anlatımla, idarî işlevin konusu kanunların yürütülmesidir[235].

Kanunların yürütülmesi kavramını idari işlevin dayanağı olarak gören bu anlayışta, idarî işlev içerisinde yer alan işlemlerin de yasama işlemlerinden farklı bir hukuksal rejime tâbi oldukları, dolayısıyla organik ve biçimsel ölçütten hareketle varılan sonucun, bu anlayışta da geçerli olduğu söylenebilir[236]. Ancak, yukarıda da belirtildiği gibi, kanun kavramı salt organik ve biçimsel yönüyle kolaylıkla açıklanabilirken, düzenleme yetkisi açısından bu ölçüt yetersiz kalmakta; bu yetkinin nitelik ve kapsamını ortaya koyabilmek için, farklı bir temele gereksinim duyulmaktadır.

Bu noktada, kanunların yürütülmesi işlevinin genel ve soyut kural koyma yetkisini içermediği hâlde nasıl düzenleme yetkisine temel oluşturabileceği sorusu akla gelebilir. Kuşkusuz, uygulamada ve kimi anayasa metinlerinde idarenin düzenleyici işlemleri açıkça öngörüldüğünden, bu sorunun pozitif hukuk karşısında anlamsız olduğu söylenebilirse de, kuramsal tutarlılık açısından yanıtlanması zorunludur. Öncelikle, yürütme kavramının içeriğinin tümüyle dönüştüğü ve kuvvetler ayrılığı kuramcılarının kavrama yükledikleri anlamın artık geçerli olmadığı belirtilmelidir[237]. Bunu doğal karşılamak gerekir; düzenleme yetkisine ilişkin egemen açıklamanın yarı-işlevsel yönü bunu açıkça ortaya koymaktadır. Kanunun içeriği ne olursa olsun organik ve biçimsel yönden tanımlandığı bir düzende, kanunların uygulanması için tesis edilen işlemlerin içeriğini önemsemenin yararı yoktur.

---

[235] CARRÉ de MALBERG, T. I, s. 474 v.d.

[236] CARRÉ de MALBERG, T. I, s. 500'de, 1875 Anayasası'nda kullanılan yürütme yetkisi (*pouvoir exécutif*) ibaresinden hareketle, Fransız hukukunda idari işlevin, biçimsel bir kavram olduğunu belirtmektedir.

[237] Yürütme kavramının Fransız hukukunda geçirdiği dönüşüm için bkz. Raymond PELLOUX, "Remarques sur le mot et la notion d'exécutif", **Mélanges ROUBIER**, (2 vol.), Dalloz – Sirey, 1961, T. I, s. 369-378.

Kuvvetler ayrılığı kuramlarında kurulan işlev-organ ilişkisine sonuç bağlamak artık olanaksızdır. Yasama organı, genel ve soyut kurallar koyabildiği gibi, somut durumlara ilişkin işlemler de yapabiliyorsa, kuvvetler ayrılığı kuramcılarının farklı işlevlerin tek elde toplanmasından duydukları kaygı zaten gerçekleşmiş demektir. Bu durumda, kanunun üstünlüğünü sağlamak koşuluyla, idarenin de yasama ve yürütme işlevlerine dâhil işlemler yapabilmesinde bir sakınca bulunmamak gerekir.

2. Düzenleme Yetkisinin Kanunların Yürütülmesi İşlevine Bağlanmasının Hukuksal Sonuçları

Düzenleme yetkisinin kanunların yürütülmesi işleviyle açıklanması, bu yetkinin anayasal bir dayanağa sahip olması anlamına geldiği gibi, onu kanunlarla çizilen bir çerçeveye de oturtmaktadır (**a**). Pozitif hukuka uygun görünen bu sonuçları öğreti için cazip kılan, ancak bir yandan da istikrarlı bir kuramsal yaklaşım geliştirilmesini önleyen ise, uygulamadaki sorunların bu sayede büyük ölçüde çözümleniyor olmasıdır (**b**).

a. Düzenleme yetkisinin anayasal dayanağı ve kanunla sınırlı kapsamı

Kanunların yürütülmesi kavramına bağlanan düzenleme yetkisi, böylece bir anayasal dayanağa da kavuşmuş olmaktadır. Bu dayanak, Anayasaların yürütme organını kanunların yürütülmesi ile görevlendiren maddeleridir. Böylece düzenleme yetkisinin, yürütme görevinin içinde olduğu ve yasama organının değil, anayasa koyucunun idareye tanıdığı bir yetki olduğu kabul edilmiş olmaktadır.

Anayasa metinlerinin yürütmeyi düzenleyen maddelerinde bulunduğu savunulan bu dayanağın, düzenleme yetkisine özgü olmadığı da belirtilmelidir. Bu görüşün asıl savunucusu olan CARRÉ de MALBERG, genel olarak idarî işlevin bu maddelerden kaynaklandığını ve bu yönden düzenleme yetkisi ile idarenin sahip

olduğu diğer yetkiler arasında herhangi bir fark bulunmadığını kabul etmektedir[238]. Bu nedenle, kanunların yürütülmesi kavramına bağlanarak düzenleme yetkisinin idarî işleve ithal edildiğini söylemek yanlış olmaz.

Anayasa metinlerinde yasama işlemlerinin organik ve biçimsel yönden tanımlanması ve düzenleyici işlemlerin hukuksal rejiminin kanunlardan çok, diğer idarî işlemlere benzemesi, düzenleme yetkisine dayanılarak yapılan işlemlerin yasama işlemi niteliği taşıdığının savunulmasını pozitif hukuk yönünden olanaksız kılmaktadır. Bu durumda, idarenin kanunların yürütülmesi göreviyle açıklanan düzenleme yetkisinin kanunla ilişkisi bir hiyerarşi ilişkisine dönüşmekte; kanunlarla düzenleyici işlemler arasında var olduğu hâlde, pozitif düzenlemelerin hukuksal sonuç bağlamadığı içerik benzerliği önemini yitirmektedir.

Bununla birlikte, düzenleme yetkisinin anayasal dayanağa kavuşması, bu yetkinin özerkleşmesi anlamına gelmemektedir. İşlevsel yaklaşımın yasama yetkisinin devri suretiyle açıklamak isteyip başaramadığı kanuna bağımlılık ilkesi, bu kez anılan anayasal dayanak aracılığıyla gerçekleşmektedir. Düzenleme yetkisinin kanunların yürütülmesi kavramına bağlanması, doğal olarak, yetkinin sınırının kanunla çizilmesi anlamına gelmektedir.

Fransız öğretisinde, düzenleme yetkisinin kanunla ilişkisine dair en açık belirlemeyi CARRÉ de MALBERG'de bulmak mümkündür. Türk hukukunda savunulan görüşler üzerinde de önemli etkisi olan yazara göre, kanunlar ile idarenin düzenleyici işlemleri, aynı içeriğe sahip olsalar da, aynı etkilere sahip değildirler. Kanun, özü itibariyle üstün bir kural olup, kanun koyucu dışındaki tüm devlet makamlarını bağlar; bu makamlar, ancak kanunların kurduğu genel düzene uymak koşuluyla karar alabilirler. Alt düzeyde hukuk kaynağı olan düzenleyici işlemler ise, asla bu etkiye sahip değildir, kanun koyucuyu bağlamadıkları gibi, bu düzenlemeyi

[238] CARRÉ de MALBERG, T. I, s. 572.

yapan idari makamları da bağlamazlar; şöyle ki, bu makamlar kendi düzenleyici işlemlerini değiştirmek konusunda serbesttirler[239].

Bu noktadan hareketle varılan önemli bir sonuç, düzenleyici işlemlerin kanunlarla aynı inisiyatif ve serbest tasarruf gücüne sahip olmadığıdır. Yasama yetkisi, aslî ve koşulsuz bir biçimde kullanılabilirken, düzenleyici işlem, her türlü idari işlem gibi, tanımı gereği yalnızca bir kanunun uygulanması bağlamında devreye girebilir. Bunun sonucu olarak, düzenleyici işlemler bir yandan *intra legem* nitelik taşırlar; bir başka anlatımla, kanunlara aykırı olamayacakları gibi, kanunla düzenlenmek suretiyle kanun konusu yapılmış bir alanı düzenleyemezler. Diğer yandan, *secundum legem* nitelikte olup, geçerlilikleri bir kanunun varlığı koşuluna bağlıdır; kanuna dayanmayan düzenleyici işlemler hukuka aykırıdır[240].

Görüldüğü gibi, kanunların yürütülmesi kavramıyla açıklanan düzenleme yetkisinin katı bir biçimde kanuna bağlanması söz konusudur. Bununla birlikte, bu anlayışta işlevsel yaklaşımdan farklı olarak, düzenleme yetkisi kaynağını kanundan değil, anayasadan almaktadır; kanunun varlığı, anayasadan kaynaklanan yetkinin kullanımının önkoşulunu oluşturmaktadır.

---

[239] CARRÉ de MALBERG, T. I, s. 574–575. Yazar, kanun ile düzenleyici işlem arasındaki etki farkını vurgulamak isterken, önemli bir noktayı gözden kaçırmış görünmektedir. Bir düzenleyici işlemi tesis eden makamın onu değiştirmek konusunda serbest olduğu doğru ise de, bu değişiklik gerçekleşmediği sürece tesis ettiği birel işlemlerin o düzenleyici işleme uygun olması gerektiği de ortadadır. DUGUIT, T. II, s. 226-227'de, konunun bu yönüne değinmemekle birlikte, kanunların yasama organı dışında tüm devlet makamlarını bağladığı görüşünü eleştirmekte ve benzer bir akıl yürütmeyle, yasama organının bir kanunu değiştirmediği veya ilga etmediği sürece o kanunla bağlı olduğunu belirtmektedir.

[240] CARRÉ de MALBERG, T. I, s. 575–576. Fransız kamu hukukunda düzenleyici işlemler konusunda yazılmış ilk monografinin sahibi olan Félix MOREAU, düzenleme yetkisine ilişkin kuramsal sorunlardan çok, konunun pratik boyutlarını incelemekte; kanun ile düzenleyici işlem ilişkisine değindiği bölümde, ilkinin diğerine üstünlüğünü, her iki işlem türünü tesis eden organlar arasındaki hiyerarşi ile açıklamaktadır. Bkz. F. MOREAU, s. 50 v.d. MOREAU'nun bu görüşü, CARRÉ de MALBERG tarafından da benimsenmektedir (T. I, s. 346).

b. Uygulamadan kaynaklanan sorunlar ve yasallık ilkesinin yumuşatılması

Düzenleme yetkisinin kanuna bağlılığı ilkesi bu şekilde ortaya konduğunda, uygulamadan kaynaklanan kimi sorunların çözümlenmesi önemli bir gereksinim olarak belirmektedir. Bu sorunların ilki, idarenin kanunlarda açık hüküm bulunmadığı durumlarda bile düzenleme yetkisini kullanmasıdır. Düzenleme yetkisi kanuna göre ikincil ve türev nitelik taşıdığı hâlde, idareye bu yetkiyi açıkça tanıyan bir kanun hükmü bulunmasa da düzenleme yetkisinin kullanılabilmesi nasıl mümkün olacaktır?

Bu sorunun yanıtı, düzenleme yetkisinin anayasal dayanağa kavuşturulmasıyla verilmektedir. Zira, kanunda açık bir davet ya da yetkilendirme olmasa da, idarenin anayasa uyarınca yerine getirmekle görevli olduğu kanunların yürütülmesi görevinin, düzenleme yetkisini de içerdiği sonucuna ulaşılmaktadır. Dolayısıyla, anayasal bu yetkinin kullanılabilmesi için, yürütülecek olan bir kanunun varlığı yeterlidir; ayrıca, idareye açıkça düzenleme yetkisi tanınması gerekmez[241].

Bu durumda, 1875 Fransız Anayasası yönünden, düzenleme yetkisinin dayanağı, Anayasa'nın Cumhurbaşkanı'na kanunların yürütülmesini sağlama ve gözetme görevini yükleyen 3 üncü maddesidir. Türk hukukunda da 1924 Anayasası döneminde, düzenleme yetkisinin Anayasa'nın yürütmeyi düzenleyen 7 nci maddesinden kaynaklandığı savunulmuştur. Buna göre, düzenleme yetkisi, yürütme yetkisinin doğal ve zorunlu bir sonucu olup[242], kanunların yürütülmesinin sağlanması

---

[241] CARRÉ de MALBERG, T. I, s. 587; CHAPUS, Droit administratif général, s. 658 (n° 832); SARICA, s. 81-84; GÜNDAY, s. 209. Hatta, idareye belirli görevler veren kanun hükümlerinin, idareye bu görevleri yerine getirmek üzere zımnen düzenleme yetkisi de tanımış sayılması gerektiği savunulmaktadır. Bkz. Jean-Claude VENEZIA, "Les pouvoirs implicites dans la jurisprudence administrative", **in Mélanges M. WALINE**, T. II, s. 798-800; ÖZYÖRÜK, s. 27. Bununla birlikte, 1924 Anayasası döneminde her yönetim merciinin sahip olduğu yönetmelik çıkarma yetkisinin kanuni dayanağı ihtiyaç göstermediği de savunulmuştur. Bkz. Tahsin Bekir BALTA, **Türkiyede Yürütme Kudreti,** AÜSBF Yayınları, 1960, s. 40.

[242] SARICA, s. 29. Aynı yönde bkz. BAŞGİL, s. 84 v.d. 1924 Anayasası'nın 52 nci maddesinde öngörülen tüzüklerde bir tür yasama yetkisinin devri niteliği gören ONAR, bu istisna dışında, idarenin genel düzenleme yetkisinin 1924 Anayasası Döneminde, yürütme yetkisinden kaynaklandığı görüşündedir. Bkz. ONAR, C. I, s. 376, dn. 17.

için, bu kanunlardaki boşlukların doldurulmasına yönelik yeni kurallar konması kaçınılmazdır[243]. Bu açıdan, 1924 Anayasası'nın tüzüklere ilişkin 52 nci maddesi, 7 nci maddeden kaynaklanan bu genel düzenleme yetkisinin bir görünümünden ibarettir[244].

Böylece Türk hukukunda Fransız hukukundakinden daha önemli bir sorunun da çözüldüğü söylenebilir. 1924 Anayasası'nda yalnızca tüzükleri öngören 52 nci madde hükmüne yer verilmesine rağmen, idarenin uygulamada özellikle talimatname adıyla pek çok düzenleyici işlemler yaptığı görülmektedir. Düzenleme yetkisinin Anayasa'nın 52 nci maddesinden kaynaklandığı kabul edilecek olursa, tüzük dışındaki düzenleyici işlemlerin Anayasa'ya ve hukuka aykırı sayılması gerekeceği gibi, idarenin kanunun açık bir emri ya da daveti olmaksızın düzenleme yetkisi kullanması olanaksız hâle gelecektir. İşte düzenleme yetkisinin dayanağının 52 nci madde değil, Anayasa'nın 7 nci maddesinde öngörülen yürütme kavramı olduğunun benimsenmesi, tüzük dışında yapılan ve kimi zaman kanundaki açık bir yetkilendirme hükmüne dayanmayan düzenleyici işlemlerin de Anayasa'ya ve hukuka uygun sayılmasını sağlamaktadır[245].

---

[243] SARICA, s. 40-65'te, 1924 Anayasası'nın 52 nci maddesinde yer alan "yeni hüküm ihtiva etmeme" koşulunun anlamını tartışmakta ve sonuç olarak, bu ifadenin kanuna dayanmayan düzenleme yetkisi olamayacağı anlamına geldiğini belirtmektedir. SARICA'ya göre, bu doğrultuda, tüzüklerle yeni hükümler konabileceğini ve kanunların boşluklarının da doldurulabileceğini kabul etmektedir (s. 63). ÖZYÖRÜK, s. 27'de ise, 1961 Anayasası yönünden konuyu tartışırken, tüzüklerle kanunlardaki boşlukların doldurulamayacağını savunmaktadır.

[244] SARICA, s. 34.

[245] Öğretinin kuram oluştururken uygulamadaki durumu böylesine önemsediği ve kendisinde uygulamayı meşrulaştırma misyonunu da gördüğü iddiası, her zaman geçerli olmasa da, düzenleme yetkisi konusunda öğretinin de "itiraflar"ıyla doğrulanmaktadır. Örneğin SARICA'ya göre, idarenin Anayasa'nın 52 nci maddesinde öngörülen yetki dışında genel bir düzenleme yetkisine sahip olmadığı kabul edildiği takdirde, idareye talimatname çıkarma yetkisi tanıyan tüm kanunların Anayasa'ya aykırı olduğu sonucuna varmak icap eder ki, "*bu gibi bir iddia iltifata şayan olmasa gerektir*" (s. 38-39; ayrıca bkz. s. 28, dn. 1). Kaldı ki SARICA, idarenin düzenleme yetkisine anayasal dayanak arayışını, uygulamadan kaynaklanan sorunlarla açıklamakta ve daha başlarken, bu arayışı uygulamayı da anayasallaştıracak bir sonuca bağlama kararlılığı sergilemektedir: "*… anayasamızın icra uzvuna, idareye bu gibi bir tanzim salâhiyeti tanımadığını farz etmek Hukuken imkânsızdır. Çünkü böyle olsaydı – yani anayasa icra uzvuna, idareye tanzim salâhiyeti bahşetmemiş olsaydı – (…) idarî makamların talimatnameler yapabilmeleri Hukuken izah edilemezdi (…) Türkiyemizde icra uzvunun, idarî makamların bir takım tanzimî tasarruflar meydana getirdiklerini görmekteyiz. Demek ki bu*

Türk öğretisinin Fransız hukukunda benimsenen çözümlerden esinlendiği açıkça görülmekle birlikte, bunun nedeni, Türk idare hukukuna büyük ölçüde kaynaklık eden Fransız hukukuna sadakat kaygısından çok, uygulamada karşılaşılan sorunların giderilmesi çabasıdır. Bu durumun en çarpıcı göstergesi, Türk öğretisi ile Fransız öğretisinin oluşturduğu kuramsal çerçeve arasındaki küçük farklılıklardır. Bir örnek vermek gerekirse, 1875 Fransız Anayasası'nın 3 üncü maddesinde Cumhurbaşkanı'na tanınan kanunların yürütülmesi görevine içkin sayılan genel düzenleme yetkisinin yalnızca Cumhurbaşkanı'na ait olduğu kabul edilirken[246]; 1924 Anayasası'nın 7 nci maddesi, salt madde hükmünde öngörülen Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu'nun değil, bütün idarelerin genel düzenleme yetkisine dayanak oluşturacak biçimde yorumlanmaktadır. Bu yorum farkının ihtiyaca karşılık veren yönü gözden kaçmamalıdır; Türk hukuku yönünden asıl sorun, çeşitli idarelerin talimatname adıyla yaptıkları düzenleyici işlemlerin durumudur. Anayasa'nın 7 nci maddesinin idarenin genel düzenleme yetkisine dayanak oluşturduğu sonucuna varılmakla, bu talimatnamelerin hukuka ve idareye talimat çıkarma yetkisi veren kanunların Anayasa'ya aykırı sayılması tehlikesi bertaraf edilmiş olmaktadır.

Düzenleme yetkisinin kapsamının belirlenmesi yönünden önem taşıyan ve kuramsal açıklamalarla yanıtlanmak istenen bir başka soru ise şudur: İdarenin bir alanda ikincil düzenlemeleri yapabilmesi için, kanunun o alanı ne ölçüde düzenlemesi gerekir? Özellikle, anayasada kanunla düzenlenmesi gereken konuların öngörülmesi durumunda, bu sorunun yanıtı büyük önem taşımaktadır.

1875 Fransız Anayasası yönünden CARRÉ de MALBERG bu soruya açık bir yanıt vermektedir: Anayasa'da kanunla düzenlenmesi gereken herhangi bir alan öngörülmemiştir; dolayısıyla, kanun koyucu belirli bir konuyu istediği ölçüde düzenlemekte serbesttir. Bunun doğal sonucu ise, düzenleme yetkisinin kapsamının

---

uzvun, bu makamların genel mahiyette bir tanzim salâhiyetini haiz oldukları muhakkaktır (a.b.ç.)" (s. 27-28).

[246] 1875 Anayasası döneminde Cumhurbaşkanı dışındaki idari makamların genel düzenleme yetkisine sahip olmadığı kabul edilmekte; bu makamların düzenleme yetkisini kullanması, kanunlarla açıkça yetkilendirilmek koşuluna bağlanmaktadır. Devlet Şurası'nın içtihadıyla, bakanlar gibi uygulamada düzenleyici işlemler tesis etmesi zorunlu görülen makamlara, kanuni dayanak bulunmadığı durumlarda da özerk düzenleme yetkisi tanındığı görülmektedir. Bkz. y. 1. Bölüm, I, B, 2.

tümüyle kanun koyucunun yaptığı düzenlemeye göre belirlenmesidir[247]. Hatta yazar, kanunla yetkilendirilmek koşuluyla, daha önce kanunun hiç düzenlemediği bir alanda da düzenleme yetkisinin kullanılabileceğini savunmaktadır[248].

1924 Türk Anayasası'nda ise, 1875 Fransız Anayasası'ndan farklı olarak belirli hususların kanunla düzenlenmesi gerektiği öngörülmektedir. Bu farklılığa karşın, Türk hukukunda da Fransız hukukundakine benzer bir çözüm geliştirilmek istenmiş[249]; Anayasa'nın kanunla düzenlenmesi gerektiğini öngördüğü konularda, kanun koyucunun dilerse bizzat düzenleme yapabileceğini, dilerse bu konuları düzenlemek konusunda açık bir hükümle idareyi yetkilendirebileceği savunulmuştur[250]. İdarenin düzenleme yetkisini kullanabilmesi için her durumda bir kanunun varlığı zorunlu olduğuna göre, Anayasa'da kanunla düzenlenmesi gerektiği öngörülen hususların diğer konulardan tek farkı, birincilerin idare tarafından düzenlenmesi için açık bir yetki hükmü gerekirken, diğerleri yönünden açık hükme gerek bulunmamasıdır[251]. Bu farklılığın altında yatan bir anayasa hükmü ya da hukuksal neden aramak ise boşunadır; bunun nedeni, yalnızca uygulamada idareye kanunla düzenlenmesi gereken konularda düzenleme yetkisi tanıyan kanun hükümlerinin varlığıdır[252].

---

[247] CARRÉ de MALBERG, T. I, s. 599 v.d.

[248] CARRÉ de MALBERG, T. I, s. 581.

[249] SARICA, s. 65-81'de Anayasa'da kanunla düzenlenmesi gereken konularda düzenleme yetkisinin kullanılıp kullanılamayacağını tartışmak suretiyle bu hükümlerin varlığını kabul ederken, s. 195'de, CARRÉ de MALBERG'in 1875 Fransız Anayasası'na ilişkin olarak savunduğu görüşlerin, aynen 1924 Anayasası için de geçerli olduğunu ve 1924 Anayasası'nın belirli konuları yasama organına özgülediğinin söylenemeyeceğini belirtmektedir. Yazar burada, 1924 Anayasası'nın bazı konuların kanunla düzenlenmesi gerektiğini öngören hükümlerinden, bu konuların yasama organına özgülendiği sonucuna varılamayacağını kastediyor olsa bile, 1875 Fransız Anayasası ile kurduğu paralellik doğru görünmemektedir. Zira, 1875 Anayasası'nda belirli bir konunun kanunla düzenlenmesi gerektiğini öngören herhangi bir hüküm de bulunmamaktadır.

[250] SARICA, s. 81.

[251] SARICA, s. Anayasa'da kanunla düzenlenmesi gerektiği öngörülen, mahkemelerin kuruluş, görev ve yetkilerinin düzenlenmesi hususunda, kanunun açık hükmüyle idarenin yetkilendirilebileceğini belirtirken, "*(b)elki hattı zatında bu kanun anayasaya mugayirdir. Fakat mahkemeler bu kanunu tatbika mecburdurlar*" ifadesine yer vermekle, kendi görüşü hakkında kuşku uyandırmaktadır.

[252] Temel hak ve özgürlükleri sınırlayan düzenleyici işlemlerin hukuka uygunluğu sorununu tartışırken SARICA, o güne dek yürürlüğe giren nizamnamelerin neredeyse tümünün Anayasa'ya

Bu noktada, daha önce kanunla hiç düzenlenmemiş bir alanda idareye düzenleme yetkisi tanıyan kanunun yürütülmesi sorunu gündeme gelmektedir. Sözcüğün gerçek anlamıyla "uygulama" veya "yürütme"den söz edebilmek için, yürütülmesi gereken bir normun varlığı zorunludur. Oysa, belirli bir alanda idareye düzenleme yetkisi tanımakla yetinen bir kanunun o alana ilişkin yürütülmesi olanaklı bir norm koymadığı ortadadır. Bu durumda gerçek anlamda "yürütme"den söz edilmesinin mümkün olmadığını kabul eden CARRÉ de MALBERG, bununla birlikte, yürütme kavramının esnek yorumlanması gerektiğini, düzenleme yetkisinin kullanılabilmesi için bir kanunun varlığının zorunlu ve yeterli olduğunu savunmaktadır[253]. Bu koşulun gerçekleşmesi kaydıyla, idarenin bir anlamda aslî norm koyma yetkisine sahip olduğu söylenebilir. Yazar, düzenleme yetkisinin dayanağı olan yürütme kavramına getirdiği bu esnek yorumu, Fransız kamu hukuku geleneği ile açıklamakta ise de[254], bunun kaynağını belirtmemesi karşısında, gelenekle kastedilenin uygulama olduğu ve kuramsal açıklamanın bir kez daha uygulamayı meşrulaştırma işlevini yüklendiği söylenebilir.

Türk öğretisi ise, CARRÉ de MALBERG'in attığı bu son adımı atmakta isteksiz davranmaktadır. Bunun en belirgin örneği, Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun'a ilişkin değerlendirmelerdir. Anımsanacağı gibi, bu Kanun'da yürütme organına belirli konuları düzenlemek konusunda yetki verilmekte; ancak bu düzenlemeye esas olacak hiçbir ilke ya da kural öngörülmemektedir[255]. Fransız öğretisine koşut olarak, yürütme kavramının geniş yorumlanmasıyla çözülebilecek olan bu sorunda, Türk öğretisinin daha ürkek bir tutum sergilediği ve bu Kanun'la tanınan düzenleme yetkisini hukuksal bir analizle kanunların

---

aykırı sayılması tehlikesine işaret ederek, şöyle devam etmektedir: "*Mademki memleketimizin 20 senelik tatbikatı, teamülü budur. Yani mademki meydana getirilen nizamnamelerin hemen hepsi ferdî hürriyetleri takyit ve tahdit etmekten başka bir şey yapmıyor. Öyle ise teamülî Hukukun, kısaca Türk Hukukunun nizamnamelerin hürriyetleri takyit etmesini tecviz eylediğini kabul etmek zarurîdir*" (s. 67).

[253] CARRÉ de MALBERG, T. I, s. 580 v.d.

[254] CARRÉ de MALBERG, T. I, s. 581. Yazar, Anayasa'da yasama organının yürütmeyi herhangi bir konuyu düzenlemekle görevlendirmesine engel hüküm bulunmamasından hareketle, kanun koyucunun Anayasa'nın kendisine yasaklamadığı her şeyi yapmaya mezun olduğunu belirtmekte ve bu serbestiyi kullanma biçiminin Anayasa'ya aykırı sayılamayacağını savunmaktadır (s. 582-583, dn. 7).

[255] Bkz. y. 1. Bölüm, II, B, 1.

yürütülmesi kavramına bağlamak yerine, ülkenin içinde bulunduğu ekonomik koşullar ve zorunluluklar gibi, tümüyle hukuk dışı nedenlerle açıklamayı yeğlediği görülmektedir[256].

B. KURAMSAL ÇERÇEVENİN AKIBETİ

Düzenleme yetkisine ilişkin olarak, Fransız hukukunda 1875, Türk hukukunda ise 1924 Anayasası döneminde oluşturulan kuramsal çerçevenin, daha sonraki dönemlerde de etkisini sürdürdüğü söylenebilir. Bununla birlikte, bu iki hukuk sisteminde düzenleme yetkisini "yürütme" kavramıyla açıklayan anlayışın akıbeti farklı olmuştur.

Fransız hukukunda (**1**), idarenin özerk düzenleme yetkisinin içtihatlarla ve anayasal düzeyde kabulü, oluşturulan bu çerçevenin pozitif hukuku açıklama gücünü büyük ölçüde sınırlarken; Türk hukukunda (**2**), yürütme kavramına dayalı açıklama biçimi, kimi uyarlamalarla da olsa geçerliliğini korumuştur.

1. Fransız Hukuku: Çerçevenin Kırılması

Fransız hukukunda, düzenleme yetkisinin kanunların yürütülmesi kavramıyla açıklanmasına bağlanan sonuçlar, idarenin özerk düzenleme yetkisine izin vermemektedir. Devlet Şurası içtihatlarıyla idareye tanınan özerk düzenleme yetkisi, kanunların yürütülmesi kavramı geniş yorumlanarak açıklanmak istendiyse de (**a**), bu açıklama biçiminin Fransız kamu hukukunun temel ilkelerine ters düşmesi, kavramın itibarını sarsmış; nihayet, 1958 yılından itibaren idareye anayasal düzeyde özerk düzenleme yetkisinin tanınması (**b**), bu yetkinin tek dayanağının kanunların yürütülmesi olamayacağını ortaya koymuştur.

---

[256] BAŞGİL, s. 80'de, 1567 sayılı Kanun ile yürütmeye tanınan geniş düzenleme yetkisini, "*… karşısında mukavemet kabil olmayan bir zaruret*" biçiminde niteleyerek meşrulaştırmak istemekte; SARICA ise, bu olağanüstü düzenleme yetkisini "*…memleketimizin içinde bulunduğu nazik vaziyet*" ile izaha çalışmaktadır (s. 265).

a. Kanunların yürütülmesi kavramının geniş yorumu

Fransız hukukunda, düzenleme yetkisini kanunların yürütülmesi kavramına bağlayan egemen kuramsal çerçevenin çatlamasının ilk işareti, Devlet Şurası'nın kimi kararlarıyla düzenleme yetkisinin kısmî özerkliğinin kabul edilmesidir. Esasen Devlet Şurası'nın bu kararlarından ikisi (Heyriès – 1918, Labonne – 1919), kuramsal çerçevenin yaratıcısı olan CARRÉ de MALBERG'in devlet kuramına ilişkin görüşlerini içeren önemli eseri yayımlanmadan (1920) önce verilmiştir. Bu bakımdan, pozitif hukuku esas alarak oluşturulduğu savunulan kuramsal çerçevenin, daha başlangıçta pozitif hukuku açıklama gücünün sınırlı olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Anımsanacağı gibi, Devlet Şurası'nın sözü edilen kararlarının ortak yönü, düzenleme yetkisinin kullanılmasını – kimi durumlarda – kanunun varlığı ya da kanuna uygunluk koşulundan bağımsızlaştırmasıdır[257]. Oysa kanunların yürütülmesi kavramına bağlanan düzenleme yetkisinin kullanılmasında, yürütme kavramı son derece esnek yorumlandığı hâlde, kanunun varlığı koşulu her zaman aranmaktadır. Bu yönüyle, Devlet Şurası öğretinin geçmeye cesaret edemediği son eşiği de aşarak, düzenleme yetkisinin özerk niteliğini, belirli durumlarla sınırlı olarak kabul etmiş olmaktadır.

Öğretinin Devlet Şurası'nın bu içtihadını, kuramsal çerçevenin dışına çıkmadan açıklamasının tek yolu, çerçeveyi genişletmektir. Nitekim, ünlü Fransız kamu hukukçusu Georges VEDEL'in, idare hukukunun anayasal temellerini araştırdığı makalesinde[258] "*kanunların yürütülmesi*" kavramını tanımlayış biçimi, böylesi bir çabanın ürünüdür.

---

[257] Bkz. y. 1. Bölüm, I, B, 2.

[258] VEDEL, Les bases constitutionnelles, s. 21-53. VEDEL, 1958 Anayasası'nın yürürlüğe girişinden sonra da, bu görüşleri yeni Anayasa'ya uyarlanmış biçimiyle savunmaya devam etmektedir. Bkz. Georges VEDEL, **Droit administratif**, 5e éd., PUF, 1973, s. 17-56.

İdare hukukunun dayanağını kamu hizmeti kavramında arayan tezleri reddeden VEDEL'e göre, idare hukukunun anayasal temeli yürütme yetkisi kavramıdır[259]. Yazar idarenin varlığının hangi anayasa hükmüne dayandığı ve idari makamların hangi anayasal hükümden hareketle yetki kullandıkları sorularının yanıtlarını yargı kararlarında aramak gerektiğini vurguladıktan sonra, yukarıda sözü edilen Heyriès ve Labonne kararlarını seçmekte ve bunlardan hareketle kuramını oluşturmaktadır. Heyriès kararının ne "kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesi"yle, ne de "olağanüstü durumlar" ya da "kriz yetkileri" kuramlarıyla açıklanabileceği görüşünde olan VEDEL, Devlet Şurası'nın kararında 1875 Anayasası'nın 3 üncü maddesine atıf yapılmış olmasından hareketle, "idare etme"nin "kanunların yürütülmesini sağlama" ile eşanlamlı olduğunu ve olağanüstü dönemlerde kanunların yürütülmesini sağlama görevinin, bir kanunun uygulanmasının askıya alınmasını dahi içerebileceğini savunmaktadır. Labonne kararı açısından da, kararda hiç atıf yapılmamasına karşın, dayanak hüküm Anayasa'nın 3 üncü maddesidir[260].

VEDEL'in kanunların yürütülmesini sağlama görevinden ne anlaşılması gerektiği sorusuna verdiği yanıt ise, kuramının en can alıcı noktasını oluşturmaktadır. Buna göre, "…*kanunların yürütülmesinden her metnin paragraf paragraf, sadık bir biçimde uygulanması değil, her türlü yasal yetkilendirme dışında, Anayasa'dan kaynaklanan genel bir yetki anlaşılmak gerekir (…) Anayasa, (yürütme organına) kanunların yürütülmesi görevini vermekle, ulusal yaşamın sürekliliğinin sağlanmasının, bir başka anlatımla, kamu hizmetlerinin işlemesi ve düzenin temininin gerektirdiği her türlü önlemi almak konusunda yürütmeye genel bir yetki tanımış olmaktadır (…) Olağanüstü durumlar ya da kanun boşlukları nedeniyle, kanunların, yani devletin ve hukuk düzeninin korunması, bir kanunun feda edilmesini gerektirebilir (…) Kanunların yürütülmesi, analitik bir bakış açısıyla, her kanunun uygulanmasının sağlanmasıdır; sentetik yönden ise, yasal bir hukuk düzeninin şartlarının teminini ifade eder. Bunun da anlamı, düzene ve kamu hizmetlerinin*

[259] VEDEL, Les bases constitutionnelles, s. 39.

[260] VEDEL, Les bases constitutionnelles, s. 37-38.

işleyişine riayeti temin etmek suretiyle, devletin ve ulusal yaşamın devamlılığının sağlanmasıdır"[261].

Buradan da anlaşılacağı gibi, VEDEL'in kanunların yürütülmesi kavramına verdiği anlam bir hayli geniştir. Buna göre, bu kavram kanunların tek tek uygulanmasını değil, genel olarak hukuk düzeninin gerçekleştirilmesini ifade etmektedir. Hâl böyle olunca da, bu kavramdan hareketle idarenin kanunların uygulanmasını sağlamak için bir kanunun uygulanmasını askıya almak yetkisine sahip olması, yalnızca sözde bir çelişki içermektedir.

VEDEL'in görüşlerini ileri sürerken dayandığı hareket noktası, Fransız Anayasaları'nın işlevsel değil, organik ve şekli bir ölçütten hareketle devlet faaliyetlerini tasnif ettiğidir[262]. Bu saptama doğru olsa da, anayasalarda yer verilen kavramların tümüyle içi boşaltılarak yorumlanmasına izin vermeyeceği de ortadadır. Kanunların yürütülmesi kavramının, hukuksal dayanakları tartışmalı iki Devlet Şurası kararından hareketle bu denli geniş yorumlanmasının, sözcüklerin anlamına asgari bir önem bile atfetmiyor olması bir yana, bu yorum, Fransız kamu hukuku geleneğinde önemli bir yeri olan yasallık ilkesinin de tümüyle anlamsız duruma gelmesi potansiyelini içermektedir[263]. Şayet kanunların yürütülmesi görevi, bir kanunun varlığına rağmen o kanuna aykırı hükümler getirmeyi ya da kanunun olmadığı durumda, idarenin düzenleme yapmasını mümkün kılıyorsa ve bunun da dayanağı, genel olarak düzenin sağlanması ise, yasama yetkisine ilişkin her türlü analiz önemini yitirmekte; idare, dilediği konuyu dilediğince düzenleyebilmek konusunda neredeyse sınırsız bir yetkiye kavuşmaktadır[264]. Oysa, yasallık ilkesinin bir boyutu, yetkiye ilişkindir[265]. Bu anlamda, esası itibariyle hukuka uygun

---

[261] VEDEL, Les bases constitutionnelles, s. 38-41.

[262] VEDEL, Les bases constitutionnelles, s. 26.

[263] Benzer görüş için bkz. Daniel MOCKLE, **Recherches sur les pratiques administratives pararéglementaire**, LGDJ, 1984, s. 274 v.d.

[264] GÜNEŞ, s. 45 v.d.'nda, VEDEL'in bu görüşlerini, kanunu uygulamak kavramını bir hukuk kavramı olmaktan çıkardığı gerekçesiyle eleştirmektedir.

[265] İdari işlemlerin yetki unsuru, Fransız hukukunda işlemin "dış yasallığı"nın (légalité externe) bir parçası olarak görülmektedir. Bkz. Michel D. STASSINOPOULOS, **Traité des actes administratifs**, LGDJ, 1954, s. 98 v.d.

görülebilecek bir işlem, yetkili makam tarafından yapılmamışsa, esastaki hukuka uygunluk önemini yitirir. Yetkiye ilişkin kurallar, hukuk düzeninin sağlanması bir yana, böyle bir düzenin varlığından söz edilebilmesinin ön koşuludur. Bu açıdan idarenin, düzeni sağlamaya dönük her türlü işlemi tesis etmekte anayasal bir genel yetkiye sahip olduğu sonucuna varmak, sağlanacak bir düzenin olup olmadığı sorusunun öncelikle yanıtlanmasını gerektirmektedir.

b. 1958 Anayasası

Fransız hukukunda düzenleme yetkisine ilişkin kuramsal çerçevenin kırıldığı noktanın, 1958 Anayasası'nın yürürlüğe girişi olduğunu söylemek yanlış olmaz. Yukarıda da belirtildiği gibi, 1958 Anayasası ile getirilen düzende, idareye özerk düzenleme yetkisi tanınmakta; hatta kanunun alanına giren konular tahdidî olarak belirtilmekte ve bunlar dışında kalan her türlü konunun idare tarafından düzenleneceği öngörülmektedir. Bu yönüyle, 1958 Anayasası'nın idareyi "*genel yetkili kural koyucu*" hâline getirdiği belirtilmektedir[266].

Fransız kamu hukukunun kanun ile düzenleyici işlem arasındaki ilişki düzeneğini altüst eden 1958 Anayasası'nın, CARRÉ de MALBERG'in kuramını büyük ölçüde etkisizleştirdiği görülmektedir. Artık düzenleme yetkisinin kullanılması bir kanunun varlığına bağlı olmadığı gibi, kanuna uygunluk koşulunun aranması da söz konusu olmayacaktır. Ne var ki, 1958 Anayasası'nın kanunla düzenlenmesi gereken konulara yer verdiği, bir başka deyişle kanunun da mahfuz bir alanı olduğu düşünüldüğünde, bu alanda düzenleme yetkisinin kullanılıp kullanılamayacağı sorusunun yanıtı, kuramsal çerçevenin akıbeti yönünden önem taşımaktadır. İdarenin, kanunla düzenlenmesi gereken alanlarda ikincil bir düzenleme yetkisine sahip olduğu kabul edildiği takdirde, bu yetkinin kapsam ve sınırının belirlenmesiyle sınırlı olarak eski kuramsal çerçevenin geçerli olduğu savunulabilir.

---

[266] Jean RIVERO, "Regards sur les institutions de la Ve République", **D**, 1958, chron. 259.

1958 Anayasası'nın 21 inci maddesi, bir yandan başbakana düzenleme yetkisi tanırken, diğer yandan kanunların yürütülmesini sağlamayı başbakanın görevleri arasında saymaktadır. Fransız kamu hukuku öğretisi bu hükümden hareketle, idarenin, özerk düzenleme yetkisi dışında, kanunların yürütülmesini sağlamak için de düzenleme yetkisine sahip olduğu sonucuna ulaşmakta[267]; hatta Anayasa Konseyi, 21 inci maddede başbakana tanınan yetki ve yüklenen görevlerin, kanunla başbakan dışındaki idari mercilere o kanunu yürütmek için düzenleme yetkisi tanınmasına engel olmadığına karar vermektedir[268].

O halde, kanunların yürütülmesi bağlamında kullanılan düzenleme yetkisinin 1958 Anayasası döneminde de, sınırlı bir alanda da olsa varlığını koruduğu söylenebilir. Bu alanla sınırlı olarak, daha önce çizilen kuramsal çerçevenin de geçerli olduğu sonucuna varmak güç değildir. Bununla birlikte, aşağıda da görüleceği gibi, 1958 Anayasası döneminde düzenleme yetkisinin münhasıran bu kuramsal çerçeve içerisinde açıklanması olanaksız hâle gelmiştir.

2. Türk Hukuku: Çerçevenin Uyarlanarak Muhafazası

Türk hukukunda, düzenleme yetkisini kanunların yürütülmesi kavramıyla ya da yürütme göreviyle açıklayan yaklaşımın, Fransız hukukundaki durumun aksine değerini yitirdiği söylenemez. Türk hukukunda, düzenleme yetkisinin dayanağına ilişkin olarak farklı görüşler ileri sürülmekle birlikte, bu yetkinin kapsamı hakkında varılan sonuçlar arasındaki benzerlikler yanında, farklılıkların önemsiz olduğu söylenebilir (**a**).

Bununla birlikte, 1961 Anayasası'nın yürürlükte olduğu dönemde savunulan ve 1982 Anayasası'na göre de düzenleme yetkisinin dayanağını açıklamada başvurulan bir görüşün, diğerlerine göre ön plana çıktığı görülmektedir. Bu, düzenleme yetkisini idarenin birel işlemler tesis etmek konusunda sahip olduğu

[267] Marcel WALINE, "Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la Constitution de 1958", **RDP**, 1959, s. 710.

[268] CC, 17.1.1989, 88-248 DC, **GDCC** n° 43.

takdir yetkisiyle açıklayan görüştür (**b**). 1924 Anayasası döneminde çizilen çerçevenin dışına çıkmadan düzenleme yetkisinin kapsamını büyük ölçüde genişleten bu görüşün bugün Türk hukukunda egemen açıklama biçimi olduğunu söylemek yanlış olmaz.

a.Düzenleme yetkisi ile kanun arasındaki ilişki

Yukarıda da belirtildiği gibi, 1924 Anayasası'nın çeşitli hükümlerinden kaynaklanan sorunlar 1961 Anayasası'nın getirdiği düzenlemelerle çözümlenmiş; bir anlamda, anayasa koyucu da, 1924 Anayasası döneminde çizilmek istenen kuramsal çerçeveyi doğrulamıştır.

1961 Anayasası'nın tüzüklerden kaynaklanan uyuşmazlıkların TBMM tarafından çözüme bağlanacağı yolunda bir hükme yer vermemesi ve Bakanlar Kurulu dışında, bakanlıklar ve diğer kamu kuruluşlarına da görev alanlarını ilgilendiren konularda yönetmelik çıkarma yetkisi tanıması, bu bağlamda değerlendirilebilir. Böylece, idarenin düzenleyici işlemlerinin idarî işlev içerisinde değerlendirilmesi kolaylaşmakta; ayrıca genel olarak idarelerin düzenleme yetkisini kullanabilmesi sağlanmaktadır.

Bununla birlikte, 1961 Anayasası döneminde de, idarenin düzenleme yetkisinin dayanağı tartışmalıdır. Bazı yazarlar bu yetkiyi 1924 Anayasası döneminde savunulduğu gibi yürütme görevinin bir parçası olarak görmekte ve buna bağlı olarak idarenin genel bir düzenleme yetkisine sahip olduğunu savunmakta[269]; bazıları ise, Anayasa'nın tüzükleri öngören 107 ve yönetmelikleri hükme bağlayan 113 üncü maddeleri karşısında, idarenin yürütme görevinden kaynaklanan genel bir düzenleme yetkisi olmadığını ve bu yetkinin anılan maddelere dayandığını ileri sürmektedirler[270]. Hatta idarenin genel düzenleme yetkisine sahip olduğu

[269] ONAR, İdare Hukuku, C. I, s. 371.

[270] DURAN, İdare Hukuku Ders Notları, s. 389.

belirtilmekle birlikte, bunun yürütme görevine değil, Anayasa'nın yönetmeliklere ilişkin 113 üncü maddesine atıfla açıklandığı da görülmektedir[271].

Düzenleme yetkisinin dayanağına ilişkin bu tartışmalar, idarenin hangi adlarla ve hangi şekil koşullarına uyarak düzenleme yetkisini kullanması gerektiği konusunda farklı çözümlere varılması sonucunu doğursa da[272], bu yetkinin kapsamına ilişkin olarak önemli bir görüş ayrılığına yol açmamaktadır. 1924 Anayasası'nın yürürlükte olduğu dönemdeki gibi, düzenleme yetkisinin kanunlar karşısındaki durumu, son derece esnek bir bakışla ele alınmaktadır.

İdarenin düzenleme yetkisini kanunların yürütülmesi ve kamu hizmetlerinin gerektiği gibi yerine getirilmesi kavramlarıyla açıklayan ONAR, bu yetkinin kanun karşısındaki kapsamını büyük ölçüde genişletmekte; bu durumu, esas olarak yasama organının ağır işleyişi ve teknik uzmanlığa sahip olmayışı ile açıklamaktadır[273]. Yazar, kanunların yürütülmesi kavramının "hukuksal" analizine girişmeyerek düzenleme yetkisinin kapsamına ilişkin yargılarını hukuk dışı nedenlerle (teknik ve siyasal zorunluluklar) açıklamasına rağmen, 1924 Anayasası döneminde kanunların yürütülmesi kavramını geniş yorumlayan ve böylece düzenleme yetkisinin kapsamını belirleyen SARICA ile benzer sonuçlara ulaşmaktadır.

Düzenleme yetkisini yürütme görevine dayandıran GÜNEŞ, bununla birlikte, yürütme görevinden kanunların uygulanmasını anlamamakta; Anayasa'nın bu görevin "kanunlar çerçevesinde" yerine getirileceğini öngörmesi karşısında, kanunun düzenleme yetkisine ancak sınır oluşturduğunu savunmaktadır[274]. Bu açıdan bakıldığında, düzenleme yetkisinin kullanılabilmesi için, o alanı az ya da çok düzenleyen bir kanunun varlığı yeterlidir; bu koşul gerçekleştiği takdirde, idarenin düzenleme yetkisi "*hemen hemen sonsuz*"dur[275]. GÜNEŞ'in kanunların yürütülmesi kavramını bir yana bırakarak yaptığı analizde vardığı sonuçlar, düzenleme yetkisini

---

[271] BALTA, İdare Hukukuna Giriş, s. 122.

[272] Bu konuda bkz. a. 3. Bölüm, I, B, 1.

[273] ONAR, İdare Hukuku, C. I, s. 371 v.d.

[274] GÜNEŞ, s. 46.

[275] GÜNEŞ, s. 135.

kanunların yürütülmesiyle açıklayan CARRÉ de MALBERG, SARICA ve ONAR'ın ulaştığı sonuçlardan çok da farklı değildir.

Nihayet 1961 Anayasası döneminde idarenin yürütme görevinden kaynaklanan genel düzenleme yetkisine sahip olduğunu reddeden ve bu yetkiyi Anayasa'nın 107 ve 113 üncü maddelerine dayandıran DURAN, yetkinin kapsamı hususunda ise nesnel bir ölçüt ortaya koymanın olanaksız olduğunu belirterek, Anayasa'da kanunla düzenlenmesi gerektiği öngörülenler de dahil olmak üzere "*her konunun, Anayasada öngörülen istisnaları ve kanunî öğeleri saklı kalmak üzere, kanundan sonra, tüzük ve yönetmeliklerle düzenlenebileceği*"ni kabul etmektedir[276].

Bu değerlendirmeler de göstermektedir ki, düzenleme yetkisinin dayanağına ilişkin tartışmaların, bu yetkinin kapsamı üzerinde ciddi sonuçları bulunmamaktadır. Öğreti, düzenleme yetkisinin kapsamını belirlerken, açık ya da kesin olmayan bir ölçüt benimsemek ya da hiç ölçüt getirmemek suretiyle düzenleme yetkisinin genişleme eğilimine kapı aralamıştır. Esasen, Türk hukukunda, Fransız hukukundan farklı olarak, düzenleme yetkisi ile kanun ilişkisinin belirlenmesinde tartışmasız iki ilkenin, bir kanunun varlığı koşulu ile yasamanın hiyerarşik üstünlüğü olduğu söylenebilir[277] [278]. Bunun sonucu olarak, düzenleyici işlemlerin kanuna aykırı olması mümkün olmadığı gibi, kanunla düzenlenmemiş bir alanda düzenleme yetkisinin

---

[276] DURAN, İdare Hukuku Ders Notları, s. 466. DURAN, 1965 yılında ise, Anayasa'da kanunla düzenlenmesi gerektiği öngörülen konularda temel ilkelerin kanunla konması gerektiğini, konuya ilişkin ayrıntıların ise idare tarafından düzenleneceğini kabul etmektedir (bkz. "İdare Alanının Düzenlenmesinde Teşrii ve Tanzimi Tasarrufların Sınırları", **İÜHF Mecmuası**, C. XXX, S. 3-4, 1965, s. 472). Yazarın bu ölçütten vazgeçmesinin nedeni, yukarıda da belirtildiği gibi, bu konuda açık ve kesin bir belirleme yapılmasının olanaksızlığıdır.

[277] GÜNEŞ, s. 47'de, Türk pozitif hukukunda, yürütmenin belirlenmesinde kanunların uygulanması kavramının esas alınmasını reddederken, yasama ile yürütme arasındaki tek ilişkinin yasamanın yürütmeye hiyerarşik üstünlüğü olduğunu belirtmektedir. Bu görüş, Türk hukukuna özgü olmayıp, Fransız hukukunda da 1875 ve 1946 Anayasaları'nın yürürlükte olduğu dönemlerde savunulmuştur. Bkz. F. MOREAU, s. 60; EISENMANN, Droit administratif, T. II, s. 51.

[278] 1958 Fransız Anayasası'nın özerk düzenleme yetkisine ilişkin hükümleri ile, ilk bakışta, bu iki ilkenin de geçerliliğini yitirdiği söylenebilir. Zira özerk düzenleme yetkisinin münhasır alana sahip kılınmasının, onu kanuna bağımlılıktan kurtardığı ve böylece kanunlarla eş düzeyde hukuk kaynağı hâline getirdiği söylenebilir. Ne var ki, 1958 Anayasası hükümlerinin kaleme alınış biçimi ve uygulamadan kaynaklanan kimi özellikler, bu ilk izlenimin doğru olmayabileceğini göstermektedir. Bkz. a. 3. Bölüm, II, A, 1.

kullanılması da olanaksızdır[279]. Kanunla düzenlemenin ölçüsü ve dolayısıyla düzenleme yetkisinin içerik yönünden sınırı konusunda ise, öğreti ve yargı kararlarından[280] hareketle kesin bir sonuca varmak güçtür.

b. Düzenleme yetkisinin dayanağı olarak idarenin takdir yetkisi

Türk hukukunda düzenleme yetkisinin dayanağına ilişkin olarak 1961 Anayasası döneminde savunulan ve 1982 Anayasası'nın yürürlükte olduğu dönemde de kimi yazarlar tarafından benimsenen[281] ve idarenin düzenleme yetkisini takdir yetkisi ile açıklayan görüş, özgünlüğü ve incelikli yapısı nedeniyle ayrıca üzerinde durulmaya değerdir.

İdarenin düzenleme yetkisinin, esas olarak 1961 Anayasası'nın yürütme görevini düzenleyen 6 ncı maddesinden kaynaklandığı görüşünde olan GÜNEŞ, bu açıklama ile yetinmeyerek bu yetkinin temelini araştırmakta ve idarenin düzenleyici işlemleri ile birel işlemlerinin farklı temelleri olup olmadığını sorgulamaktadır[282]. Yazarın bu analizinde, düzenleme yetkisinin takdir yetkisine dayandığı sonucuna varmaktadır.

---

[279] Kanunla düzenlenmemiş bir alanda düzenleme yetkisinin kullanılamaması ilkesinin, özellikle XX nci yüzyılın ikinci yarısından bu yana ne gibi bir pratik sonucu olabileceği sorusu haklı olarak akla gelebilir. Özellikle kanunun getirdiği düzenlemenin belirli bir yoğunlukta olması koşulunun da aranmaması karşısında, kamu gücünün müdahalesini gerektirdiği hâlde kanunla yüzeysel de olsa düzenlenmemiş alan yok gibidir. Bu ilkeyi açıklayan yazarlar tarafından verilen ilginç örnekler de bu yargıyı doğrulamaktadır; SARICA, s. 63'te, bıyık ve sakal hakkında çıkarılmış bir kanun bulunmadığından bu konunun idare tarafından düzenlenemeyeceğini belirtirken, GÜNEŞ, s. 42'de vatandaşların birbiriyle konuşmasını, barışmasını ve darılmasını öngören bir kanun olmadığı için, yürütmenin bu alanda faaliyette bulunamayacağını ifade etmektedir.

[280] Bu konudaki Anayasa Mahkemesi kararlarının değerlendirmesi için bkz. a. 3. Bölüm, II, A, 2.

[281] GÜNDAY, s.208. Kemal GÖZLER, **İdare Hukuku**, (2 C.), Ekin, 2003, C. I, s. 1024-1025'te, idarenin düzenleme yetkisinin eşyanın tabiatından kaynaklandığı bir örnek olarak, "*takdir yetkisinin objektifleştirilmesi*" ihtiyacından söz etmektedir.

[282] GÜNEŞ, s. 82 v.d. Yazarın bu sorgulamaya girişmesinin nedeni, düzenleyici işlemlerin kanunların çizdiği çerçeve içerisinde yeni kurallar koyarak kanunu tamamlayabileceği kabul edilirken, birel işlemlerin tümüyle kanuna uygun olarak tesis edilmeleri gereğini açıklama ihtiyacıdır.

GÜNEŞ'e göre, düzenleme yetkisi idarenin kendisine tanınan takdir yetkisini nasıl kullanacağını önceden belirlemesinden ibarettir. Bir başka anlatımla, çeşitli kanunlarla idareye takdir yetkisi çerçevesinde birel işlem tesis etme yetkisi tanınması durumunda, idarenin bu yetkisini somut olayda kullanmak yerine, "benzer olaylarda eşit şekilde uygulamak üzere baştan tespit etmesi" de mümkündür. Bu da, düzenleme yetkisinin kullanılmasından başka bir şey değildir[283].

GÜNEŞ, bu savını, takdir yetkisinin eşitlik ve yerleşmiş uygulamaya saygı ilkeleri ile sınırlı olmasından hareketle güçlendirmektedir. Buna göre, idarenin takdir yetkisini benzer durumlarda eşit biçimde kullanması bir zorunluluk olduğundan, aslında bu yetkinin kullanımı ile ileride kendisini bağlayacak zımnî bir düzenleme yaptığı söylenebilir. İdarenin bu zımnî düzenlemeyi açık olarak yapmasına da engel yoktur[284].

GÜNEŞ tarafından savunulan bu görüş, ilk bakışta ikna edici görünmekle birlikte, kimi eleştirilere açıktır. İdarenin düzenleme yetkisi ile birel işlem tesis etme yetkisi arasında herhangi bir fark bulunmadığı ve düzenleme yetkisinin de idarenin tek taraflı işlem tesis etme yetkisinin bir görünümü olduğu ortada ise de, idareye birel işlem tesis etmek konusunda tanınan takdir yetkisinin düzenleme yetkisine de kaynaklık ettiğini söylemek kolay görünmemektedir[285].

---

[283] GÜNEŞ, s. 88. Fransız hukukunda da takdir yetkisi ile düzenleme yetkisi arasındaki ilişkinin direktif (*directive*) adı verilen işlem kategorisi yönünden tartışıldığı görülmektedir. Direktifler, bir idari makam tarafından tesis edilen ve kendisi ile astlarının takdir yetkisini kullanırken benimseyeceği hareket çizgisini belirleyen işlemlerdir. Ancak Fransız hukukundaki tartışma, idarenin kanunla kendisine tanınan takdir yetkisini direktifler aracılığıyla sınırlayıp sınırlayamayacağına ilişkindir. Direktifler ile takdir yetkisi arasındaki ilişki için bkz. Procopios PAVLOPOULOS, **La directive en droit administratif**, LGDJ 1978, s. 40 v.d.

[284] GÜNEŞ, s. 89-90.

[285] Kuşkusuz burada, idarenin düzenleme yetkisini kullanırken sahip olduğu takdir yetkisi ile düzenleme yetkisinin dayanağı olduğu savunulan takdir yetkisinin birbirine karıştırılmaması gerekir. İdarenin düzenleyici işlemler yaparken de takdir yetkisine sahip olduğu açıktır; hatta buradaki takdir yetkisi, "düzenleme" kavramının niteliği gereği, birel işlem tesis ederken sahip olduğu yetkiden daha geniştir. GÜNEŞ'in düzenleme yetkisinin dayanağı olarak gördüğü takdir yetkisi ise, idareye birel işlem tesis etmek için tanınmış olan takdir yetkisidir. Anayasa Mahkemesi'nin kimi kararlarında yürütmenin yasalarla kendisine tanınan alanlar içerisinde takdir yetkisine dayanarak kurallar koyabileceği belirtilmekte ise de (örnek olarak bkz. AYM, 23, 24 ve 25.10.1969, E. 1967/41 – K.

Öncelikle, idarenin kanunîliği ilkesinin bir istisnası sayılan takdir yetkisinin hangi nedenle idareye tanındığı üzerinde durulmalıdır. Takdir yetkisine ilişkin açıklamalardaki ortak yön, bu yetkinin idareye, bir hukuk kuralı ile öngörülmesi mümkün olmayan somut durumların özelliklerine uygun çözümler bulma olanağı sağlamak için tanındığıdır[286]. Bir başka anlatımla, idarenin takdir yetkisine sahip olmasının nedeni, somut durumlara has özelliklerin dikkate alınmasına olanak tanımaktır. Oysa düzenleme yetkisinin takdir yetkisi ile açıklanması, takdir yetkisinin somut durumlara uyarlamayı mümkün kılan özelliğinin göz ardı edilmesi, bir bakıma, meşruluk dayanağını yitirmesi anlamına gelmektedir. Takdir yetkisinin eşitlik ve yerleşmiş uygulamaya saygı ilkelerine uygun olarak kullanılması zorunluluğuna da mutlak değer yüklenmemelidir. Takdir yetkisinin hukuka aykırı kullanımı mümkün değilse de, hukuka uygunluğun tek ölçütü, anılan ilkeler değildir; kimi durumlarda, somut olayın özellikleri de bu kullanımı hukuka uygun kılabilmektedir[287].

İdareye birel işlemler tesis etmek konusunda takdir yetkisi tanıyan bir kanun hükmünün kendiliğinden düzenleme yetkisini de içerdiği sonucuna varmak, bir

---

1969/57, R.G. 12.3.1971 – 13776), kanımızca burada kastedilen idareye düzenleyici işlem tesis etmek için tanınan takdir yetkisidir. Kimi zaman öğretinin kullandığı ifadeler de, düzenleyici işlemin temelinin birel işlemler için idareye tanınan takdir yetkisi olarak görüldüğü izlenimini yaratmaktadır; ancak bu izlenim her zaman geçerli değildir. Örnek olarak bkz. Jean FENET, **Le règlement préalable à la décision individuelle**, Recueil Sirey, 1937, s. 38: "*Düzenleyici işlem tesis etme keyfiyeti, takdir yetkisinin bir tezahüründen ibarettir. Birel işlemi önceleyen düzenleyici işlemlerin yapılmasında idarenin inisiyatif serbestisi tamdır*". Görüldüğü gibi, ilk cümlede yazar GÜNEŞ'in görüşüne paralel bir anlayışı savunduğu izlenimi doğmakta; ikinci cümleden ise, asıl olarak düzenleme yetkisinin kullanılmasında sahip olunan takdir yetkisini kastettiği anlaşılmaktadır.

[286] RIVERO / WALINE, s. 82 (n° 81). Takdir yetkisinin XX nci yüzyılın başında yapılan bir tanımı da, bu durumu ortaya koymaktadır: "Bir (idarî) makamın, benimseyeceği hareket tarzı önceden bir hukuk kuralıyla belirlenmeksizin, serbestçe hareket imkânına sahip olduğu her durumda takdir yetkisi vardır", MICHOUD, "Etude sur le pouvoir discrétionnaire", **Revue génér. d'adm.** 1914, III, s. 9'dan aktaran LAUBADERE / VENEZIA / GAUDEMET, s. 692 (n° 893).

[287] Özellikle Fransız hukukunda Devlet Şurası tarafından benimsenen idarî usul kuralları arasında, "olaya özgü koşulların incelenmesi" ilkesi yer almaktadır. Buna göre, birel işlemler yapmaya yetkili olan makamlar, olaya özgü koşulları dikkate alarak işlem tesis etmek zorundadırlar; kanunda öngörülmediği halde olaya özgü koşulları ihmal eden genel ve soyut bir ilke belirleyip buna göre hareket edemezler. Devlet Şurası, idarenin birel işlemini tesis ederken kendisi ya da hiyerarşik üstü tarafından çıkarılan direktiflere dayanabileceğini kabul etmekle birlikte, idarenin somut olayın özellikleri gerektirdiği ölçüde, kendisini anılan direktiflerle bağlı saymayabileceğine karar vermiştir. Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. AUBY, Les aspects nouveaux, s. 15.

bakıma idareye takdir yetkisini bağlı yetkiye dönüştürme olanağı tanımak anlamına gelmektedir[288]. Oysa kanun koyucu bu hususu kasten düzenlememek ve idareye de düzenleme yetkisi tanımamak suretiyle, ilgili idarenin otomatik bir uygulamaya gitmesini önlemek ve onu somut durumların özelliklerini dikkate almaya zorlamak istemiş olabilir.

[288] Fransız hukukunda da, idarenin direktifler aracılığıyla kanunla kendisine tanınan takdir yetkisini sınırlaması olanağının kabulünün, takdir yetkisine ilişkin klasik ilke ve kuralları tartışma konusu hâline getirdiği savunulmaktadır. Bkz. Jean BOULOUIS, "Sur une catégorie d'actes juridiques: les 'directives' ", **Recueil d'études en hommage à Charles EISENMANN**, Cujas, 1975, s. 201; karşıt görüş için bkz. PAVLOPOULOS, s. 72-73. Takdir yetkisinin direktif türü işlemler yapılmasına engel olduğu görüşü benimsendiği takdirde, düzenleme yetkisinin kaynağında takdir yetkisinin görülmesi, evleviyetle mümkün olmamak gerekir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

1958 FRANSIZ VE 1982 TÜRK ANAYASALARINDA DÜZENLEME YETKİSİNİN KAPSAMI

Bugün yürürlükte olan 1958 Fransız ve 1982 Türk Anayasası'nın ortak yönlerinden birisi, her iki metnin de yürütmenin güçlendirilmesi eğiliminin izlerini taşıyor olmasıdır. Bütün gelişim çizgisi boyunca belirli bir genişleme eğilimi gösteren düzenleme yetkisi yönünden, en azından bugün için bu çizginin ulaştığı son nokta olan bu Anayasaların, anılan yetkinin kapsamında herhangi bir değişiklik yaratıp yaratmadığı sorusunun yanıtlanması, tablonun tamamlanması için zorunludur.

1958 Fransız ve 1982 Türk Anayasaları'nın hazırlanmasında yürütmenin güçlendirilmesi gibi ortak bir eğilim gözlenmesine rağmen, bu eğilimin her iki Anayasa'daki yansıması farklı olmuş; Fransız Anayasası, yürütmeye özerk ve münhasır bir düzenleme yetkisi alanı tanımaktayken, Türk Anayasası'nda, düzenleme yetkisinin ikincil ve türev niteliği üzerinde açık ve doğrudan değişiklik yaratacak hükümlere kural olarak yer verilmemiştir. Bu iki metnin kabulü, bir bakıma, Fransa ve Türkiye'de birbirine koşut olarak evrilen gelişim çizgilerinin farklı yönlere saptığı noktayı oluşturmaktadır.

1958 ve 1982 Anayasaları'na göre düzenleme yetkisinin kapsamının belirlenebilmesi, daha doğru anlatımla bu kapsamın hangi esastan hareketle belirleneceğinin saptanması için, öncelikle bu yetkinin dayanağının ortaya konması gereklidir. Her iki hukuk düzeninde, artık anayasal düzeyde de düzenleme yetkisinin birden çok görünüm biçiminin varlığı nedeniyle; tüm bu düzenleme yetkisi türlerinin ortak bir dayanağa bağlanmasının ve böylece, düzenleme yetkisinin kapsamının belirlenmesinde ortak bir esastan yola çıkılmasının mümkün olup olmadığı sorusunun yanıtlanması kaçınılmazdır (**I**).

Düzenleme yetkisinin kapsamının belirlenmesi ise, bu yetkinin kanunla ilişkisinin incelenmesine bağlıdır (**II**). Gelişim çizgisi boyunca, düzenleme yetkisinin kapsamına ilişkin her türlü tartışmanın merkezinde, bu ilişki bulunmaktadır. Yürütmenin güçlendirilmesi eğilimini yansıtan Anayasaların, daha önceden kanuna göre türev ve ikincil niteliği vurgulanan düzenleme yetkisine ilişkin hükümleri, bu yetkinin kanun karşısındaki konumunu öngörme biçimleriyle, kapsamının ne olduğunu da ortaya koymaktadırlar.

I. DÜZENLEME YETKİSİNİN FARKLI GÖRÜNÜM BİÇİMLERİ VE ORTAK DAYANAK SORUNU

Esasen burada yanıtlanması gereken soru, düzenleme yetkisinin dayanağının ne olduğudur. Bununla birlikte, bu yetkinin farklı görünüm biçimlerinin anayasallaşması, öncelikle şu sorunun yanıtlanmasını gerektirmektedir: Düzenleme yetkisinin türleri nelerdir? (**A**) Bu ikinci sorunun önemi, ilkinin de sorulma biçimini belirlemesinden kaynaklanır. Şayet, idarenin düzenleme yetkisinin farklı görünüm biçimlerini tek bir başlık altında toplamak mümkün değilse, bir başka anlatımla, düzenleme yetkisinin türleri yerine "düzenleme yetkileri"nden söz etmek gerekiyorsa, düzenleme yetkisinin dayanağına ilişkin sorun da, bir ortak dayanak sorununa dönüşmektedir (**B**).

A. ÖZERK VE TÜREV DÜZENLEME YETKİSİ

1958 Fransız ve 1982 Türk Anayasaları'nda, esas olarak düzenleme yetkisinin iki görünüm biçiminin yer aldığı söylenebilir. Bunlardan biri, özerk düzenleme yetkisi, diğeri ise türev düzenleme yetkisidir. Özerk düzenleme yetkisi, herhangi bir kanunun uygulanmasına ilişkin olmayıp, bir kanunun varlığı koşulu dahî aranmaksızın kullanılan aslî bir yetkiyi ifade etmekte; türev düzenleme yetkisi ise,

idarenin yürütme görevinin bir parçası olarak sahip olduğu ve kanunların çizdiği çerçeve içerisinde kullanılan klasik düzenleme yetkisini karşılamaktadır.

Her iki hukuk sisteminde anılan Anayasalarla getirilen yenilik temelde özerk düzenleme yetkisine ilişkin olup, türev düzenleme yetkisinin klasik çerçevesi içerisinde öngörüldüğü söylenebilir. Bununla birlikte, Fransız (**1**) ve Türk (**2**) hukukunda, bu iki tür düzenleme yetkisinin uygulama alanı yönünden çok farklı, neredeyse karşıt çözümler benimsenmiştir.

1. Fransız Hukuku

1958 Anayasası'nın yürütme organına özerk ve münhasır düzenleme yetkisi tanıyan hükümlerinin, Fransız kamu hukuku sistemini tümüyle tersine çevirdiği söylenebilir. Bunun sonucu olarak, Fransız hukukunda özerk düzenleme yetkisi kural hâline gelirken (**a**), türev düzenleme yetkisinin sınırlı bir alanda kullanılması söz konusudur (**b**).

a. Kural: özerk düzenleme yetkisi

Yürütmenin güçlendirilmesi düşüncesinden hareketle hazırlanan 1958 Fransız Anayasası'nın bu açıdan getirdiği en önemli değişikliğin, idareye özerk düzenleme yetkisi tanımak olduğu kuşkusuzdur. 1958 Anayasası'nın 34 üncü maddesinde genel ilkeleri ya da kuralları kanunla belirlenmesi gereken konular sayılmakta; 37 nci maddede ise, bu konular dışında kalan her türlü konunun idare tarafından düzenleneceği öngörülmektedir.

1958 Anayasası'nın bu düzenleme biçiminden, 34 üncü maddede belirlenen konular dışında kalan her türlü alanda, idarenin bir kanunun varlığı koşulu aranmaksızın düzenleme yetkisini kullanabileceği anlaşılmaktadır. Bu durumda, 1958 Anayasası ile idarenin yalnızca özerk düzenleme yetkisine kavuşmakla kalmayıp, aynı zamanda kanun koyucu karşısında, devletin normatif faaliyeti

yönünden genel yetkili erk durumuna geldiği de söylenebilir[289]; zira kanun koyucunun düzenleyeceği alanın sınırı, konuların tek tek belirlenmesi suretiyle çizilmişken[290], düzenleme yetkisinin alanı, 34 üncü maddede sayılan konular dışında, sınırsızdır.

1958 Anayasası'na göre, idarenin özerk düzenleme yetkisinin kapsamının tam olarak belirlenebilmesi için, kanunla düzenlenmesi gereken konuları öngören 34 üncü madde üzerinde durulması zorunludur. Anayasa'nın 34 üncü maddesi, kanunla düzenlenmesi gereken çeşitli konu başlıklarını sayarken, ikili bir ayırım yaparak, birinci ve ikinci fıkralarda yer alan konulara ilişkin kuralların kanunla konacağını öngörmekte[291]; üçüncü fıkrada yer verilen konulara ilişkin olarak, kanunun temel ilkeleri belirleyeceğini hükme bağlamaktadır[292]. Bu durumda, kanunun 34 üncü maddede sayılan konulara ilişkin müdahalesinin iki düzeyde gerçekleşeceği söylenebilir. Bu ayırım ve müdahalenin yoğunluğundaki farklılık, özerk düzenleme yetkisinin alanını da belirlemektedir.

Anayasa'nın 34 ve 37 nci maddelerinin birlikte değerlendirilmesi, 34 üncü maddenin anılan üç fıkrasında sayılan konular dışındaki her türlü konunun özerk düzenleme yetkisinin alanında olduğunu tartışmasız biçimde ortaya koymaktadır.

---

[289] RIVERO, s. 259.

[290] Yasa koyucunun yetki alanına giren konuların tahdidî olarak sayılmak suretiyle belirlenmesi, Fransız kamu hukuku geleneğine tümüyle aykırı görünmekle birlikte, 1875 Anayasası'nın kabulünden önceki dönemde de, yasa koyucunun yetkisinin genel ilkeleri koymakla sınırlı olduğu ve kanun ile düzenleyici işlemin kendilerine özgü düzenleme alanları bulunduğu savunulmuştur. Bkz. MESTRE, s. 301-318.

[291] Bu konular şunlardır: Kamu hürriyetlerinin kullanılması için yurttaşlara tanınan temel güvenceler ve medenî haklar; ulusal savunmanın yurttaşlara kendileri ve malları üzerinde getirdiği yükümlülükler; tâbiyet, kişilik ve ehliyet, aile mal rejimleri, miras, bağış ve ölüme bağlı tasarruflar; suçların ve bunlara uygulanacak cezaların belirlenmesi; ceza yargılama usulü; af; yeni yargı düzenlerinin oluşturulması ve yargıçların statüsü; her türden malî yükümlülüğün matrah ve oranları ile uygulanma koşulları; banknot ihraç rejimi; yasama meclisleri ile yerel meclislerin seçim düzeni; kamu kurumu kategorilerinin yaratılması; askeri ve sivil kamu görevlilerine tanınan temel güvenceler; özel teşebbüslerin millîleştirilmesi ve kamu kesimini teşebbüslerinin mülkiyetinde bulunan malların özel teşebbüslere devri.

[292] Anayasa'nın 34 üncü maddesinde, ulusal savunmanın genel örgütlenmesi; yerel yönetimlerin özerk yönetimi, yetkileri ve kaynakları; eğitim-öğretim; çevrenin korunması; mülkiyet ve diğer ayni haklar ile medeni ve ticari borçlar rejimi; iş ve sendika hukuku ile sosyal güvenliğe ilişkin olarak yalnızca temel ilkelerin kanunla belirlenmesi öngörülmüştür.

Ancak 34 üncü maddenin üçüncü fıkrasında yer alan ve temel ilkelerinin kanunla belirleneceği öngörülen konularda yapılan düzenleyici işlemlerin niteliği tartışılarak, bu işlemlerin, temel ilkeleri belirleyen kanunun uygulanmasına dönük oldukları için, türev düzenleme yetkisinin bir görünümü oldukları savunulabilir[293]. Bununla birlikte, 34 üncü maddenin üçüncü fıkrasında öngörülen konularda kanun koyucunun yetkisi temel ilkeleri belirlemekle sınırlandığından ve 34 üncü madde kapsamı dışında kalan her türlü düzenleme, idarenin özerk yetkisi içerisinde değerlendirildiğinden, bu konularda temel ilkelerin uygulanmasına dönük kuralların konmasını, özerk düzenleme yetkisinin bir görünümü saymak da mümkündür[294]. Esasen gri bir alanda kullanılan melez bir yetki görünümündeki bu türden düzenleme yetkisi, 1958 Anayasası gri alanlar öngörmediğinden olsa gerek, Fransız Anayasa Konseyi tarafından özerk düzenleme yetkisinin bir türü olarak değerlendirilmiştir[295].

O halde, 1958 Anayasası'nın 34 ve 37 üncü maddelerindeki düzenlemelerden hareketle, idarenin özerk düzenleme yetkisinin iki görünümü olduğu söylenebilir: 34 üncü maddede sayılan konular dışında kalan her türlü konunun düzenlenmesi ile 34 üncü maddenin üçüncü fıkrasında yer alan konularda kanun koyucu tarafından belirlenen temel ilkelerin uygulanmasına dönük kuralların konması. Bununla birlikte, bu iki tür özerk düzenleme yetkisine ilişkin kurallar, doğal olarak birbirinden farklı olacaktır; şöyle ki, birinci türde, herhangi bir kanunun varlığı ve kanuna uygunluk koşulu aranmazken, ikinci tür düzenleme yetkisine dayanılarak yapılan işlemlerin

---

[293] Örneğin VEDEL, Droit administratif, s. 48'de, 1958 Anayasası'nın 34 üncü maddesinin 1 ve 2 nci fıkraları ile 3 üncü fıkrası ve 37 inci madde arasındaki tek ayırımın, düzenleme yetkisinin kapsamının genişlemesine ilişkin olduğunu belirtmekle, bu ayırımın yetkinin niteliği üzerinde bir etkisi olmadığını ifade etmiş olmaktadır.

[294] Jean-Marie AUBY, "Sur l'étude de la hiérarchie des normes en droit public", in **Mélanges Robert PELLOUX**, Editions l'Hermès, 1980, s. 36'da, Anayasa'nın lafzına uygun bir yorumun, kanunun temel ilkeleri belirlediği alandaki düzenleme yetkisinin özerk düzenleme yetkisi gibi göründüğü belirtilmektedir. Aynı yönde bkz. DOUENCE, s. 172.

[295] CC, 27.11.1959, 59-1 L, **Rec.** 71: "Anayasa'nın 37 nci maddesi hükümleri uyarınca, (temel ilkelerin uygulanmasına dönük) kuralların anılan ilkelere uygun olarak belirlenmesi, düzenleme yetkisi ile donatılan makama aittir". Görüldüğü gibi, Anayasa Konseyi bu konudaki düzenleme yetkisini, özerk düzenleme yetkisinin dayanağı olan 37 nci maddeye dayandırmaktadır. Ne var ki, zamanla Anayasa Konseyi'nin içtihadı dönüşerek Anayasa'nın 34 üncü maddesindeki ayırımın önemini yitirdiği görülmektedir. Bkz. a. 3. Bölüm, III, A, 1.

hukuka uygunluğu, temel ilkeleri belirleyen kanunların varlığı ve bunlara uygunluk koşuluna bağlı olmak gerekir.

Anayasa'da böylece öngörülen özerk düzenleme yetkisinin bütün bir idare örgütü tarafından kullanılmasının mümkün olmadığı da belirtilmelidir[296]. Anayasa'nın 13 ve 21 inci maddelerinin birlikte değerlendirildiğinde, düzenleme yetkisinin kural olarak başbakan tarafından kullanılacağı, ancak Bakanlar Kurulu'nda görüşülerek tesis edilen düzenleyici işlemlerin Cumhurbaşkanı tarafından da imzalanacağı görülmektedir.

Düzenleme yetkisine ilişkin olarak başbakan ve cumhurbaşkanı arasında yapılan yetki paylaşımının açık biçimde ortaya konabilmesi için, Fransız hukukunda yürütme organı tarafından tesis edilen işlem kategorileri üzerinde durmak gerekir. Biçimsel ölçütlere göre yapılan ve yürütme organının işlemleri arasındaki hiyerarşiyi belirleyen ayırıma göre, hiyerarşinin en üst basamağında, Devlet Şurası'nın incelemesinden geçirilmek ve Bakanlar Kurulu'nda müzakere edilmek suretiyle başbakan tarafından çıkarılan kararnameler (*décrets en Conseil d'Etat*) yer almaktadır. İkinci sırada ise, yine Bakanlar Kurulu'nda müzakere edilmekle birlikte, Devlet Şurası'nın incelemesine sunulmayan kararnameler (*décrets en Conseil des Ministres*) bulunmakta; nihayet hiyerarşinin üçüncü basamağını, başbakanın tek başına çıkardığı kararnameler (*décrets*) oluşturmaktadır[297].

Yürütme organının düzenleyici işlemleri de, bu üç kategoriden herhangi birinde yer alabilir. Bu kategoriler arasındaki ayırım Anayasa'dan kaynaklanmamaktadır; yalnızca bazı konularda yapılacak işlemlerin belirli yetki ya da biçim kurallarına uyularak tesis edilmesini öngören münferit Anayasa hükümleri mevcuttur[298]. Çeşitli kanunlarda da, belirli konularda yapılacak işlemlerin yukarıda

---

[296] CHAPUS, Droit administratif général, s. 652 (n° 826).

[297] Fransız kamu hukukundaki bu işlem türleri ve aralarındaki hiyerarşi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Jean-François LACHAUME, **La hiérarchie des actes administratifs exécutoires en droit public français**, LGDJ, 1966.

[298] Örneğin, aşağıda da üzerinde durulacağı gibi, Anayasa'nın 13 üncü maddesinde, Bakanlar Kurulu'nda müzakere edilen kararnamelerin Cumhurbaşkanı tarafından da imzalanacağı hükme bağlanmaktadır.

anılan üç kategoriden hangisine özgü biçim kurallarına uyularak tesis edileceğini öngören hükümler bulunmaktadır. Ancak özerk düzenleme yetkisi yönünden, bu yetkinin dayandığı bir kanunun varlığı söz konusu olamayacağı için, yürütme organının ilgili biçimsel kategorinin seçiminde, anayasal sınırlamalar dışında serbest olduğu düşünülebilir[299].

Ne var ki, bu seçimin düzenleme yetkisini kullanan makam yönünden önemli sonuçları bulunmaktadır. Anayasa'nın yukarıda anılan 13 üncü maddesi uyarınca, Bakanlar Kurulu tarafından müzakere edilerek çıkarılan kararnamelerin cumhurbaşkanı tarafından da imzalanacağı hükme bağlanmış ve 21 inci maddede de, başbakanın, 13 üncü madde hükümleri saklı kalmak koşuluyla düzenleme yetkisini kullanacağı öngörülmüştür. Buna göre, başbakan düzenleme yetkisini tek başına kullandığında, cumhurbaşkanının herhangi bir müdahalesi söz konusu olmamakta; ancak Bakanlar Kurulu'nda müzakere edilen kararnamelerin (Devlet Şurası'nın incelemesinden geçirilenler de içinde olmak üzere) çıkarılması yetkisine cumhurbaşkanı da ortak olmaktadır[300].

Bununla birlikte, Cumhurbaşkanı ile başbakan arasındaki yetki paylaşımı bir kenara bırakılacak olursa, Anayasa'da özerk düzenleme yetkisini kullanmak konusunda dar anlamda yürütme organının yetkili kılındığı; bu bakımdan,

---

[299] Anayasa Konseyi de, özerk düzenleme yetkisinin kullanılması yönünden yetkili makamı belirlemenin, kanun koyucunun değil, yürütme organının yetki alanına girdiğine karar vermiştir. Bkz. CC, 15.10.1980, 80-114 L, **Rec.** 66.

[300] Bu yetki paylaşımında birincil rolün Başbakana verildiği ve Cumhurbaşkanının müdahalesinin istisnai olduğu savunulsa da (bkz. Olivier DUHAMEL, **Le pouvoir politique en France**, 5^{e} éd., Editions du Seuil 2003, s. 203), hangi işlemlerin yukarıda anılan biçimlerden hangisine göre tesis edileceğini kesin olarak belirleyen anayasal bir kuralın olmaması ve Bakanlar Kurulu'nun gündeminin bu kurula başkanlık eden Cumhurbaşkanı tarafından belirlenmesi karşısında, Cumhurbaşkanı'nın belirli bir konunun Bakanlar Kurulu'nda görüşülmesini sağlamak suretiyle o konuda alınacak karara kendisini de ortak etmesi mümkündür. Bkz. LAUBADERE / VENEZIA / GAUDEMET, s. 72 (n^{o} 62). Devlet Şurası'nın, Cumhurbaşkanı'nın yetkisini belirlerken, bir kararnamenin Bakanlar Kurulu'nda müzakere edilmesini öngören bir mevzuat hükmünün varlığını aramayarak, fiilen o kararnamenin Bakanlar Kurulu'nda görüşülmesini yeterli gören içtihadının (Bkz. CE, 10.9.1992, *Meyet*, **R.** 327) da bu durumu güçlendirdiği söylenebilir.

cumhurbaşkanı, başbakan ve bakanlar kurulu dışında kalan idarî makamların özerk düzenleme yetkisine sahip olmadığı söylenebilir[301].

Nihayet, 1958 Anayasası'nda özerk düzenleme yetkisinin kapsamına ilişkin biri sınırlayıcı, diğeri genişletici iki saptama ile tablo tamamlanabilir. Sınırlayıcı saptama, kanunun alanına ilişkindir. Kanunla düzenleyici işlemlerin alanı arasındaki ayırım esas olarak 34 ve 37 nci maddelerde belirlenmekle birlikte, 1958 Anayasası'nın başka bazı maddelerinde de, kanunla düzenlenmesi gereken konulara yer verilmiştir[302]. Bu maddelerde yer alan düzenlemeler ölçüsünde, özerk düzenleme yetkisinin alanının da daralacağı kuşkusuzdur[303]. Ayrıca, kanunla düzenlenmesi gereken konuları belirleyen temel hüküm olan 34 üncü maddenin son fıkrasında, bu madde hükümlerinin organik bir kanun ile açıklanıp tamamlanabileceği öngörülmektedir. Özellikle, kanun koyucuya 34 üncü madde hükümlerini tamamlama olanağı tanınması, anayasa koyucunun kanunun alanını değişmez biçimde belirleme iradesi taşımadığını; bu alanın – ve dolayısıyla özerk düzenleme yetkisinin alanının – genişletilmesi ya da daraltılması konusunda kanun koyucuyu yetkilendirdiğini göstermektedir. Bu olanağın kanun koyucu tarafından kendi alanını genişletmek için kullanılması durumunda, özerk düzenleme yetkisinin alanının sınırlanacağı kuşkusuzdur.

Özerk düzenleme yetkisinin alanının genişlemesine ilişkin saptama ise, 1958 Anayasası'nın yürürlüğe girmesinden önce Devlet Şurası'nın kararlarıyla idareye tanınan özerk düzenleme yetkisine ilişkin olup[304], doğrudan Anayasa'dan kaynaklanmamaktadır. Esasen 1958 Anayasası'nda getirilen sistemin, idarenin özerk düzenleme yetkisine sahip olması gerektiğine ilişkin Devlet Şurası'nın tanıdığı gereksinime karşılık vermek amacını da taşıdığı ve bu nedenle, yeni düzende artık içtihatla özerklik tanımaya gerek kalmadığı söylenebilir. Kaldı ki, 1958'den önce idareye özerk düzenleme yetkisi tanınan konulardan biri olan genel kolluk alanı,

---

[301] Esasen bu durum, genel düzenleme yetkisinin Cumhurbaşkanı ve Başbakan'a ait olmasının bir sonucudur. Bkz. CHAPUS, Droit administratif général, T. I, s. 652 (n° 827).

[302] Örnek olarak bkz. m. 35, 36, 47, 53, 66, 72.

[303] CC, 2.7.1965, 65-34 L, **Rec**. 75.

[304] Bkz. y. 1. Bölüm, I, B, 2.

1958 Anayasası'nın 34 üncü maddesinde, "kamu hürriyetlerinin kullanılması için yurttaşlara tanınan temel güvenceler ve medenî haklar"a ilişkin kuralların kanunla konacağının öngörülmesi karşısında, özerk düzenleme yetkisine konu olamayacaktır. Ne var ki, Devlet Şurası, 1958 Anayasası'nın yürürlükte olduğu dönemde de eski içtihadını sürdürmüş ve bu Anayasa ile getirilen düzenlemenin, yürütme organının kolluk alanında sahip olduğu düzenleme yetkisini ortadan kaldırmadığına karar vermiştir[305]. Bu durumda, özerk düzenleme yetkisinin Anayasa'da öngörülen biçimiyle sınırlı olmadığı ve Devlet Şurası'nın Anayasa hükümlerini büyük ölçüde zorlayarak tanıdığı yetkinin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğini söylemek yanlış olmaz.

b. Sınırlı bir alan: türev düzenleme yetkisi

1958 Anayasası'nın idarenin düzenleme yetkisi konusundaki hükümleri, bu Anayasa'nın yürürlüğe girmesinden önce kuramsal çerçevesi çizilen ve kanunların uygulanması bağlamında kullanılan türev düzenleme yetkisinin tümüyle ortadan kalktığı izlenimini doğurmaya elverişlidir[306]. Bununla birlikte, Anayasa'nın uygulanması sürecinde türev düzenleme yetkisinin de varlığını koruduğu görülmektedir[307].

1958 Anayasası'nın 21 inci maddesinde, başbakanın yetki ve görevleri arasında "düzenleme yetkisini kullanmak" yetkisi yanında, "kanunların yürütülmesini sağlamak" görevine yer verilmiştir. Yürütmeye yüklenen bu görevin,

---

[305] Örnek olarak bkz. CE, 22.1.1982, Assoc. Auto-Défense, **D**, 1982, s. 494; CE, 17.2.1978, C.L.E.R., **AJDA**, 1978, s. 685.

[306] Jean KAHN, Conclusions sous CE, 27.1.1961, *Daunizeau et autres*, **AJDA**, 1961, s. 106.

[307] Bu kabulün gerekçelerinin daha çok pratik nedenlere dayandığı görülmektedir. Bu nedenler arasında, yasama organının yükünün aşırı derecede ağırlaşması tehlikesi (Bkz. Georges MORANGE, "La hiérarchie des textes dans la Constitution de 4 octobre 1958", **D**, 1959, chron., s.21) ile türev düzenleme yetkisinin tanınmamasının eşyanın tabiatına uygun olmaması (Bkz. DOUENCE, s. 164-165) sayılabilir.

1958 Anayasası'nın yürürlüğe girmesinden önce olduğu gibi, 1958 Anayasası döneminde de, türev düzenleme yetkisini içerdiği kabul edilmektedir[308].

Bu noktada, anılan türev düzenleme yetkisinin, Anayasa'nın sistematiği içerisinde kamu gücü tarafından düzenlenmesi söz konusu olan üç alandan hangisinde kullanılacağı sorusu akla gelebilir. Anayasa koyucunun, kanunun alanı ile düzenleme yetkisinin alanını birbirinden ayırmak ve kanunun alanını da kendi içinde ikili bir ayırıma tâbi tutmak suretiyle, düzenleme konusu olabilecek üç alan öngördüğünü söylemek mümkündür: Birinci alana ilişkin kurallar kanunla belirlenirken (m. 34/ I ve II), ikinci alanda kanun temel ilkeleri öngörmekte (m. 34/III) ve nihayet üçüncü alan münhasıran özerk düzenleme yetkisine ait olmaktadır (m. 37). Bu üçlü ayırım çerçevesinde, temel ilkelerin kanunla belirlendiği alanda, bu ilkelerin uygulanmasına ilişkin kuralların öngörülmesi özerk düzenleme yetkisinin konusu sayıldığından, türev düzenleme yetkisi, 34 üncü maddenin I ve II nci fıkralarında öngörülen konularda ve bu konulara ilişkin kuralları belirleyen kanunların yürütülmesi bağlamında devreye girmektedir[309].

Dar anlamda yürütme organı dışında kalan idarî makamlar yönünden ise, türev düzenleme yetkisinin kabulü kaçınılmazdır; zira, bu makamların, yukarıda da belirtildiği gibi, özerk düzenleme yetkisine sahip olmaları söz konusu değildir. Fransız hukukunda idarenin genel bir düzenleme yetkisinin varlığından söz etmek mümkün olmadığı ve genel düzenleme yetkisi yalnızca dar anlamda yürütme organı tarafından kullanıldığı için, özerk düzenleme yetkisinin de sahibi, başbakan ve cumhurbaşkanıdır[310]. Bu nedenle, diğer idarî makamların düzenleme yetkisini

---

[308] WALINE, La loi et le règlement s. 710; Raymond ODENT, **Contentieux administratif**, (6 fasc.), Les Cours de Droit, 1970-1971, Fasc. I, s. 241; VEDEL, Droit administratif, s. 44 v.d. Ayrıca bkz. CC, 3.5.1961, 61-13 L, **Rec.** 36.

[309] VEDEL, Droit administratif, s. 45.

[310] Bunun tek istisnası, yerel yönetimlerdir. 1958 Anayasası'nın 72 nci maddesinde 2003 yılında yapılan değişiklikle, yerel yönetimlerin de düzenleme yetkisine sahip olduğu açıkça öngörülmektedir. Bununla birlikte, bu yetki anayasal bir temele kavuşmakla birlikte, Anayasa'nın 37 nci maddesi anlamında özerk olduğu söylenemez. Zaten 72 nci maddede de, bu yetkinin kanunlarla öngörülen koşullarda ve yerel yönetimlerin görevlerinin yerine getirilmesi için kullanılacağı hükme bağlanmaktadır. Buradan hareketle yerel yönetimlerin, özerk olmasa da, anayasal düzeyde genel düzenleme yetkisine sahip oldukları söylenebilir.

kullanabilmeleri için, kendilerini bu konuda yetkilendiren bir üst normun varlığı zorunludur. Ancak 1958 Anayasası'na göre, eski düzenden farklı olarak, bu üst normun kanunlardan ibaret olmadığı ve çeşitli idarî makamların, yürütme organının özerk düzenleyici işlemleri ile de, bu işlemleri yürütmekle görevlendirilebilecekleri belirtilmelidir[311]. Bu nedenle, dar anlamda yürütme organı dışında kalan idarî makamlar yönünden türev düzenleme yetkisinin, kanunların ve özerk düzenleyici işlemlerin yürütülmesi bağlamında algılanması gerekir.

2. Türk Hukuku

1982 Türk Anayasası'nda da özerk düzenleme yetkisi öngörülmekle birlikte, sistemin Fransız hukukundakinin tam karşıtı olduğunu söylemek yanlış olmaz. Türk hukukunda, türev düzenleme yetkisi kural olma özelliğini korurken (**a**), özerk düzenleme yetkisi belirli bir konuyla sınırlı ve istisnaî nitelik taşımaktadır (**b**). Ayrıca Türk hukukunda, Fransız hukukundakinden farklı olarak, Anayasa'da yetki ve biçim kuralları yönünden tanımlanan tüzük ve yönetmelik gibi düzenleyici işlem türlerinin, düzenleme yetkisinin türleri ile ilişkisi üzerinde de durulmalıdır (**c**).

a. Kural: Türev düzenleme yetkisi

Türk hukukunda, 1982 Anayasası'nın yürütmeyi güçlendirme eğiliminin bir yansıması olmasına karşın, düzenleme yetkisinin türev niteliğini kural olarak değiştirmediği kabul edilmektedir[312]. Buna göre, 1982 Anayasası'nda düzenleme yetkisi kanunlar çerçevesinde ve kanunlara uygun olarak kullanılır.

---

[311] Bu sonuç son derece doğaldır; belirli konuların özerk düzenleme yetkisinin mahfuz alanında yer aldığı düşünüldüğünde, bu konularda yürütme organının koyduğu kuralların uygulanması bağlamında ikincil düzenlemelerin yapılması yetkisinin de, o konuyu düzenleyen yürütme organı işleminde öngörülmesi gerekmektedir.

[312] GÖZÜBÜYÜK / TAN, C. I, s. 104 (n° 140); Lûtfi DURAN, "İdarenin Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir mi", **İHİD**, Y. 4, S. 1-3, 1983, s. 42.

Anayasa'nın çeşitli hükümlerinde, düzenleme yetkisinin kanuna göre ikincil ve türev niteliği vurgulanmaktadır. Sözgelimi, 115 inci maddede Bakanlar Kurulu'nun "*kanunların uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek üzere, kanunlara aykırı olmamak (…) şartıyla*" tüzükler çıkarabileceği öngörülmekte; 124 üncü maddede ise, yönetmeliklerin "*kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla*" çıkarılabileceği hükme bağlanmaktadır.

1982 Anayasası'nın, 1924 Anayasası'nın yürürlükte olduğu dönemden bu yana düzenleme yetkisinin dayanağı olarak görülen yürütme görevine ilişkin 8 inci maddesinde de, yürütme yetkisi ve görevinin kanunlara uygun olarak kullanılacağı ve yerine getirileceği öngörülmekle, yürütmenin ikincil niteliği belirtilmiş olmaktadır. Ne var ki, 1982 Anayasası'nda yürütmenin, 1961 Anayasası'ndan farklı olduğu gibi yalnızca bir görev değil, yetki olarak da nitelenmesinin, düzenleme yetkisinin türev niteliği üzerindeki etkisi tartışılmaya değerdir.

Yürütmeye ilişkin olarak 1961 Anayasası'ndan farklı bir düzenleme getirilmesinin nedeni, 8 inci maddenin gerekçesinde açıkça ifade edilmektedir. Buna göre, " *(…) 1961 Anayasası (…) yürütmeyi Devletin yönetiminde, bütün faaliyetlerinde yasama kuvvetine bağlı, yasamaya tabi bir kuvvet olarak düzenlemiş idi. Halbuki modern hayatta yürütme kuvveti devletin beyni, hareket gücünün kaynaklandığı motorudur. Bundan dolayıdır ki, 1961 ilâ 1980 arasındaki devrede karar almak kudretinden yoksun hükümetler görülmüştür. İşte bu duruma son vermek için yürütme yasamaya tabi bir organ olmaktan çıkarılmış, her iki kuvvetin Devlet faaliyetlerinin düzenlenmesinde eşitlik ve denklik içinde işbirliği yapmalarını öngören parlamenter hükümet sistemi bütün gerekleriyle uygulanmaya konmuştur. Bu nedenle, yürütme, 1961 Anayasasında olduğu gibi bir görev olmaktan çıkartılmış, yürütme gerekli sahip ve kanunların kendisine verdiği görevleri yerine getiren bir kuvvet olarak düzenlenmiştir*"[313]. 1982 Anayasası'nın Başlangıcında, "*(k)uvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetkilerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve*

[313] AKAD / DİNÇKOL, s. 31-32.

işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu"nun öngörülmesi de, 8 inci maddenin gerekçesine koşuttur.

1982 Anayasası'nın Başlangıcı ve 8 inci maddesinin gerekçesinden hareketle, düzenleme yetkisinin niteliğine ilişkin açık ve kesin bir sonuca varmak mümkün değildir. Özellikle, her iki metinde yasama – yürütme ilişkisi hakkında çelişkili görünen ifadelerin varlığı dikkat çekicidir. Gerekçede, yürütmenin yasamaya tâbi olmaktan çıkarıldığı belirtilmekte, ancak kanunların kendisine verdiği görevleri yerine getiren bir kuvvet olarak düzenlendiği ifade edilmektedir. Yasama organı tarafından çıkarılan kanunlarla kendisine verilen görevleri yerine getiren bir kuvvetin, yasamaya tâbi olmadığını söylemek nasıl mümkün olur? Keza Anayasa'nın Başlangıcında da, bir yandan hiçbir kuvvetin diğerine üstün olmadığı öngörülürken, diğer yandan üstünlüğün kanunlarda olduğu belirtilmektedir. Kanunların üstünlüğü, yasamanın diğer kuvvetler üzerindeki üstünlüğünü de içermiyorsa, hangi anlama gelmektedir?

8 inci madde metninde yer verilen "yetki" sözcüğünün de, düzenleme yetkisinin türev niteliğini değiştirecek bir etkiye sahip olduğu düşünülemez[314]. Esasen yetki kavramını görevden farklılaştıran yön, ilgililerin hukuksal durumlarında değişiklik yaratan işlemler yapabilmeyi de içermesidir; oysa yürütmenin görev olarak düzenlendiği dönemde de, bu anlamda yetkiyi içermediği sonucuna varmak mümkün değildir. Bu yönden, yürütmenin bir yetki olduğunun öngörülmesi, aynı zamanda görev olarak da düzenlenmesi karşısında, 1961 Anayasası'nda olduğundan farklı sonuçlara ulaşmaya izin vermemektedir.

[314] TAN, Yürütme Görevi ve Yetkisinin Niteliği, s. 35-36; DURAN, Düzenleme Yetkisi, s 38-39. GÜNDAY, s. 42-43'te, Anayasa'da yürütmenin yetki ve görev olarak düzenlenmesinin, ancak Anayasa'nın münferit maddeleriyle yürütmeye tanınan kimi yetkileri açıkladığını ve bunun dışında bir anlamı olmadığını savunmaktadır. Anayasa Mahkemesi de, yürütmeye yetki olma gücünü veren esasların Anayasa'nın çeşitli maddelerine serpiştirilmiş durumda olduğunu belirtmektedir. Bkz. AYM, 9.10.1986, E. 1986/18 – K. 1986/24, R.G. 31.1.1987 – 19358. Bununla birlikte, Yüksek Mahkeme'nin Anayasa'da yürütmenin yetki olarak da öngörülmüş olmasının düzenleme yetkisinin kapsamının belirlenmesinde dikkate alınması gerektiği yolunda kararları da mevcuttur. Örnek olarak bkz. AYM, 15.10.1991, E. 1990/29 - K. 1991/37, R.G. 5.2.1992 – 21133.

Bu durumda, 1982 Anayasası'na göre, idarenin düzenleme yetkisinin kural olarak türev nitelik taşıdığını, dolayısıyla ancak bir kanunun varlığı koşuluna bağlı ve kanunlara uygun olarak kullanılması gerektiğini söylemek yanlış olmayacaktır[315].

b. İstisna: Özerk düzenleme yetkisi

1982 Anayasası'na göre idarenin düzenleme yetkisi kural olarak türev nitelik taşıyorsa da, bu kural mutlak değildir. Anayasa'nın kimi maddelerinde kanuna bağlı olmadan da soyut ve genel kural koyma yetkisinin kullanılmasına izin veren özel hükümler yer almaktadır[316].

Bu hükümlerden düzenleme yetkisine ilişkin olanı, Anayasa'nın Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği'ne ilişkin 107 nci maddesinde yer almaktadır. Buna göre, "*Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilat ve çalışma esasları, personel atama işlemleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenir*".

Bu madde hükmü, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği'nin örgütlenme ve işleyiş esaslarının düzenlenmesinde Cumhurbaşkanı'na özerk bir düzenleme yetkisi tanımaktadır[317]; anılan hususlar, herhangi bir yasal dayanak olmaksızın aslen Cumhurbaşkanı tarafından düzenlenecektir. Aslında burada Cumhurbaşkanı'na tanınan düzenleme yetkisinin aynı zamanda münhasır bir yetki olduğunu da

---

[315] Bu durum, Danıştay'ın kararlarında da ifade edilmektedir. Örnek olarak bkz. Danıştay 7. Daire, 26.09.2002, E. 2002/3190 K. 2002/2962, DBB: "*Yürütme, doğrudan doğruya Anayasadan kaynaklanan yetkileri dışında, ancak Yasa koyucu'nun çerçevesini çizip, biçimlendirdiği alanlarda, kanunlara göre ve kanunlardan aldığı yetkilere dayanarak, kanunların uygulanmasını sağlamak amacıyla düzenlemelerde bulunabilir. Dolayısıyla, Kanunlara uygun olarak kullanılabilecek olan yürütme yetkisi, özerk düzenleme yetkisini içermez ve sadece türevsel ve bağımlı düzenleyici işlemler yapılmasına olanak verir*".

[316] Bu hükümler arasında, Anayasa'nın Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu'na olağanüstü hâlin gerekli kıldığı konularda kanun hükmünde kararname yetkisi tanıyan 121 inci maddesinin 3 üncü fıkrası da yer almaktadır. Bu hüküm de, bir yetki kanunu olmaksızın Bakanlar Kurulu'na kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi tanıdığı için, özerk düzenleme yetkisinin bir görünümü sayılmakta ise de (GÖZLER, C. I, s. 1031), kanun hükmünde kararnameler, idarenin klasik düzenleme yetkisinin dışında kaldığı için, burada bu konu üzerinde durulmayacaktır.

[317] DURAN, Düzenleme Yetkisi, s. 37.

belirtmek gerekir; Anayasa bu konunun düzenlenmesinde münhasıran Cumhurbaşkanı'nı yetkili kılmaktadır. Bu bakımdan, 2879 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği Teşkilatı Kanunu'nun Anayasa'ya uygunluğu tartışılabilir. Her ne kadar bu Kanun'un 1 inci maddesinde, *"…Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenen Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu teşkilatı, çalışma esasları ve personel atama işlemleri dışında kalan konuları düzenle*"diği öngörülmekte ise de, çeşitli maddelerinde yer alan hükümler, Anayasa'nın 107 nci maddesinde Cumhurbaşkanı'na tanınan yetki alanına müdahale eder niteliktedir[318].

Anayasa'nın 107 nci maddesinde öngörülen Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, yine Anayasa'nın, Cumhurbaşkanı'nın tek başına yapacağı işlemlere karşı yargı yolunu kapatan 125 inci maddesi hükmü uyarınca, yargısal denetime tâbi tutulamamaktadır. Bunun sonucu olarak, anılan kararnamenin hangi koşullarda hukuka uygun olacağını belirlemek güç ve pratik değerden yoksundur. Bununla birlikte, Anayasa'nın 125 inci maddesi hükmünden hareketle, Cumhurbaşkanı'nın bu yetkisinin mutlak anlamda sınırsız olduğu sonucuna varmak mümkün değildir; hukuk devleti ilkesi, herhangi bir devlet organına sınırsız bir yetki tanınmasına engeldir. Bu bakımdan sözü edilen kararnamenin, Anayasa'nın 107 nci maddesinde öngörülen konular dışında herhangi bir konuyu düzenlemesi mümkün değildir. Ayrıca, Fransız hukukunda özerk düzenleyici işlemler yönünden benimsenen "*hukukun genel ilkelerine uygun olma*" zorunluluğunun[319], Türk hukukundaki özerk Cumhurbaşkanlığı kararnamesi açısından da geçerli olduğu savunulabilir.

Anayasa'nın 107 nci maddesinde öngörülen özerk düzenleme yetkisinin sınırlı alanı, bu yetkinin istisnaî nitelik taşıdığını göstermekte ve bu yönüyle, Türk hukukunda düzenleme yetkisinin türev nitelikte olduğu kuralını teyit etmektedir.

---

[318] Sözgelimi, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği'nde görevlendirilecek sözleşmeli personel ile süreli veya geçici personelin atanmasına ilişkin kimi hükümler, anılan Kanun'da düzenlenmektedir.

[319] Bkz. a. 3. Bölüm, II, A, 1.

c. Düzenleyici işlem türleri

Türk hukukunda düzenleme yetkisinin türleri üzerinde durulurken, Fransız hukukundan farklı olarak, düzenleyici işlem türlerine de değinmek zorunludur. Bunun nedeni, Fransız hukukunda düzenleyici işlem türlerinin olmayışıdır; idarî işlemlerin taşıdıkları başlık, içeriklerinden tümüyle bağımsız olarak, işlemi tesis eden makam ve işlemin tâbi olduğu biçim kurallarına göre belirlenmektedir[320]. Sözgelimi, Fransız hukukunda "*décret en Conseil d'Etat*" adıyla anılan işlemler, Devlet Şurası'nın görüşü alınmak ve Bakanlar Kurulu'nda müzakere edilmek suretiyle Başbakan tarafından çıkarılan ve Cumhurbaşkanı'nca imzalanan kararnamelerdir; ancak bu kararnameler, düzenleyici işlem niteliği taşıyabileceği gibi, birel işlem tesisine yönelik de olabilirler. Fransız hukukunda, Türk hukukundaki tüzük ya da yönetmelik gibi, salt düzenleyici nitelik taşıyan işlem türleri bulunmamaktadır.

Oysa Türk Anayasası'nda, belirli yetki ve biçim kurallarına bağlanmış düzenleyici işlem türleri mevcuttur. Bunlar, Anayasa'nın 115 inci maddesinde öngörülen tüzükler ile 124 üncü maddede düzenlenen yönetmeliklerdir. Ayrıca Anayasa'da öngörülmediği hâlde kanunlarla idareye tebliğ, yönerge, direktif, sirküler gibi farklı adlar altında düzenleyici işlemler yapma yetkisi tanındığı görülmektedir; bu üçüncü kategori de, genel olarak, idarenin adsız düzenleyici işlemleri adıyla anılmaktadır[321].

Bu farklı düzenleyici işlem türlerinin varlığı ve özellikle adsız düzenleyici işlemler kategorisi, düzenleme yetkisinin kaynağına ilişkin tartışmalarda önemli rol oynamıştır. İdarenin Anayasa'da öngörülen tüzük ve yönetmelikler dışında düzenleyici işlem tesis edip edemeyeceği sorusuna olumlu yanıt verilebilmesi için, idarenin düzenleme yetkisini genelleştirecek bir anayasal dayanağın varlığı zorunludur[322]. Bununla birlikte, farklı düzenleyici işlem kategorilerinin aynı

---

[320] Bkz. y. 3. Bölüm, I, A, 1.

[321] GÖZLER, C. I, s. 1124-1130.

[322] Nitekim, düzenleme yetkisinin dayanağının Anayasa'nın tüzük ve yönetmeliklere ilişkin hükümlerinde olduğunu savunan DURAN, bundan hareketle idarenin genel düzenleme yetkisine sahip olduğunu kabul etmemekte; bu bakımdan adsız düzenleyici işlemlerin ancak yönetmelik sayılarak geçerli olabileceklerini belirtmektedir (İdare Hukuku Ders Notları, s. 450).

zamanda niteliği yönünden farklı düzenleme yetkisi türlerini işaret ettiğini söylemek mümkün değildir. Yukarıda da belirtildiği gibi, idarenin farklı adlar altında yaptığı düzenleyici işlemler arasındaki farklılıklar, işlemin yetki ve biçim öğelerine ilişkindir; oysa düzenleme yetkisinin türleri, yetkinin kaynağı ve kanunlarla olan ilişkisine göre belirlenmektedir. Bu yönden, farklı yetki ve biçim kurallarına tâbi olsalar da idarenin farklı adlarla tesis ettiği düzenleyici işlemlerinin tümü, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi dışında, türev düzenleme yetkisinin görünümleri olup, kanunlarla çizilen çerçeve içerisinde yer almaktadırlar.

B. DÜZENLEME YETKİSİNİN DAYANAĞI

Düzenleme yetkisinin dayanağına ilişkin tartışmaların, 1958 Fransız ve 1982 Türk Anayasaları'nın yürürlükte olduğu dönemlerde, önceki dönemlere göre farklı bir özelliği bulunmaktadır; bu da düzenleme yetkisinin anayasallaşan türlerinin varlığıdır. Buna göre, düzenleme yetkisinin dayanağı sorunu, bu farklı türlerin ortak bir dayanağı olup olmadığı biçiminde ortaya çıkmaktadır.

Bu ortak dayanağın öncelikle Anayasa'da aranması, pozitif hukuka en uygun sonuca ulaşılmasını sağlayacaktır (**1**). Ne var ki, Fransız ve Türk Anayasaları gözden geçirildiğinde düzenleme yetkisinin farklı türlerinin tümünü birden kapsayan bir dayanak bulmanın güçlüğünü ortaya koymaktadır.

Düzenleme yetkisinin dayanağının Anayasa dışında aranması durumunda, akla gelen olasılıkların başında kurum teorisi yer almaktadır (**2**). Fransız kamu hukuku öğretisinin ünlü isimlerinden Maurice HAURIOU tarafından XX nci yüzyılın ilk çeyreğinde savunulmuş olan bu kuramın bugün için de güncelliğini tümüyle yitirmediği ve düzenleme yetkisi yönünden kapsayıcı bir dayanak sunmaya elverişli olduğu görülmektedir.

Nihayet, düzenleme yetkisinin tüm türlerini kapsayan bir dayanak arayışına yanıt vermemekle birlikte, özellikle son yirmi yılda bu yetkinin kapsamı üzerinde de etkili olabilecek kısmî bir dayanak savının regülasyon işlevine ilişkin olduğu

görülmektedir (**3**). Devletin işlevlerindeki dönüşüme koşut olarak ortaya çıkan bu yeni işlevin, düzenleme yetkisini içerdiği tartışmasız olsa da, farklı bir düzenleme yetkisine temel olup olamayacağı tartışılmaya değerdir.

1. Anayasal Dayanak Arayışı

Düzenleme yetkisinin anayasal dayanağı sorunu, yukarıda da görüldüğü gibi, Fransız hukukunda 1875 Anayasası'nın, Türk hukukunda ise 1924 Anayasası'nın yürürlükte olduğu dönemden itibaren öğretinin gündeminde önemli bir yer işgal etmektedir. Sorun, düzenleme yetkisinin uygulamadaki görünümlerinin tümünü birden kapsayan genel bir dayanak ihtiyacı ile böylesine önemli bir yetkinin anayasal temeli olmaksızın kullanılamayacağı düşüncesi ekseninde tartışılmış ancak düzenleme yetkisine anayasal dayanak oluşturduğu ileri sürülen hükümler, bu yetkinin genişleme eğilimini karşılamakta yetersiz kalmıştır. Bugün yürürlükte olan 1958 Fransız ve 1982 Türk Anayasaları yönünden sorun ele alındığında, her iki hukuk düzeni yönünden benzer sonuçlarla karşı karşıya kalınmaktadır. Fransız hukukunda düzenleme yetkisine ilişkin sistemi altüst eden 1958 Anayasası, bu yetkiyi genel ve kapsayıcı bir dayanaktan yoksun bırakırken (**a**); Türk hukukunda, 1982 Anayasası'nın kural olarak düzenleme yetkisinin türev nitelikte olduğunu öngörmesine karşın, bu yetkinin Anayasa'nın tek bir hükmüne dayandırılması güç görünmektedir (**b**).

a. Fransız hukuku

1958 Fransız Anayasası'nın çeşitli maddelerinin düzenleme yetkisine dayanak oluşturduğu ileri sürülebilir. Bunlardan ilki, kuşkusuz, düzenleme yetkisinin Başbakan tarafından kullanılacağını öngören 21 inci maddedir. Yine aynı maddede, Başbakan'a kanunların yürütülmesini sağlama görevinin verilmesinin, 1958 Anayasası'nın yürürlüğe girmesinden önce olduğu gibi, düzenleme yetkisinin dayanağı olarak görülmesi mümkündür. Nihayet, özerk düzenleme yetkisini öngören

ve 34 üncü maddede kanunlarla düzenlenmesi gerektiği öngörülenler dışındaki her türlü konunun düzenleme yetkisinin alanına girdiğini hükme bağlayan 37 nci madde de, adaylar arasındadır.

Ne var ki bu maddelerden hiçbirisi, düzenleme yetkisine genel ve kapsayıcı bir dayanak oluşturamamaktadır. Esasen, Fransız hukukundaki düzenleme yetkisi türleri arasında niceliksel yönden baskın bir tür olsa da (özerk düzenleme yetkisi), nitelik yönünden bu türlerden birisinin kural, diğerinin ise istisna olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu durumda da, düzenleme yetkisinin iki türünü ortak bir anayasal dayanağa bağlamak olanaksızlaşmaktadır.

Anayasa'nın özerk düzenleme yetkisine kaynak oluşturan 34 ve 37 nci maddeleri, türev düzenleme yetkisini öngörmemektedirler; hatta bu yetkiyi neredeyse dışlayan bir ifadeyle kaleme alınmışlardır[323]. Bu bakımdan 21 inci maddenin daha kapsayıcı olduğu görülmektedir; bir yandan her iki türü de kapsayacak bir biçimde genel olarak düzenleme yetkisinden söz ederken, diğer yandan türev düzenleme yetkisine dayanak oluşturacak şekilde kanunların yürütülmesi görevini öngörmektedir. Ne var ki, bu hükümle yetkili kılınan makamlar, Başbakan ve kimi durumlarda Cumhurbaşkanı'dır. Zaten Fransız hukukunda Başbakan ve Cumhurbaşkanı dışında kalan idarelerin genel düzenleme yetkisine sahip olmadığı ve ancak kanunla yetkilendirilmek koşuluyla düzenleme yetkisini kullanabilecekleri kabul edilmektedir[324]. Bununla birlikte, bu idarelerin kanunla yetkilendirilmek koşuluyla da olsa kullanabilecekleri düzenleme yetkisinin açık anayasal dayanağı bulunmamaktadır[325].

---

[323] Bununla birlikte, Anayasa Konseyi'nin idarenin türev düzenleme yetkisinin dayanağını da 37 nci maddede gören kararları mevcuttur. Örnek olarak bkz. CC, 2.12.1976, 76-94 L, **RDP**, 1977.458. Bu karardan hareketle, Anayasa Konseyi'ne göre 37 nci maddenin idarenin düzenleme yetkisinin tek dayanağı olduğu savunulmaktadır. Bkz. François LUCHAIRE, "Les sources des compétences législatives et réglementaires", **AJDA**, 1979, s. 12.

[324] CHAPUS, Droit administratif général, s. 652, n° 825.

[325] Bunun tek istisnası, Anayasa'nın 72 nci maddesinde öngörülen, yerel yönetimlerin düzenleme yetkisidir.

O halde, 1958 Fransız Anayasası'nda idarenin düzenleme yetkisinin ortak ve genel bir dayanağı bulunmamaktadır[326]. Anayasa'nın münferit maddelerinden hareketle dayanak arayışına girildiğinde, Anayasa'da düzenleme yetkisinin yetkinin türüne değil, yetkiyi kullanan makama göre hükme bağlandığı görülmektedir. Buna göre, dar anlamda yürütme organının (Başbakan ve Cumhurbaşkanı) sahip olduğu özerk ve türev düzenleme yetkisinin dayanağı Anayasa'nın 21 inci maddesidir[327]. Bunlar dışında kalan idarelerin kanunların yürütülmesini sağlamak için sahip oldukları türev düzenleme yetkisinin açık anayasal dayanağı bulunmadığı gibi[328], yargı kararlarıyla çeşitli idarî makamlara tanınan özerk düzenleme yetkisi[329] de anayasal dayanaktan yoksundur.

b. Türk hukuku

1982 Türk Anayasası'na göre düzenleme yetkisinin dayanağı sorunu, 1961 Anayasası yönünden yapılan tartışmalar hareket noktası alınarak yürütülebilir. Bu açıdan bakıldığında, 1982 Anayasası'nın yürütme yetki ve görevini öngören 8 inci

---

[326] Devlet Şurası'nın kimi kararlarında düzenleme yetkisinin dayanağı olarak Anayasa'nın 21 ve 37 nci maddelerine bir arada atıf yapılmasına karşın (örnek olarak bkz. CE, 4.6.1975, Bouvet de la Maisonneuve, **R.** 330), bazı kararlarında yüksek yargı organının da Anayasa Konseyi gibi, türev düzenleme yetkisini Anayasa'nın 37 nci maddesine dayanarak değerlendirdiği görülmektedir (örnek olarak bkz. CE, 18.1.1974, CFDT, **R.** 36). Louis FAVOREU, "Les règlements autonomes n'existent pas", **RFDA**, 1987, s. 874-875'te, buradan hareketle, Fransız hukukunda 1958 Anayasası'na göre düzenleme yetkisinin dayanağının Anayasa'nın 37 nci maddesi olduğunu savunmaktadır. Anayasa Mahkemesi ve Devlet Şurası'nın bu kararlarına ve yazarın açıklamalarına rağmen, 37 nci maddenin türev düzenleme yetkisine nasıl dayanak oluşturabileceği sorusuna doyurucu bir yanıt vermek güçtür.

[327] Yerel yönetimlerin düzenleme yetkisi yönünden de Anayasa'nın 72 nci maddesinin dayanak oluşturduğu görülmektedir.

[328] DUPUIS / GUEDON / CHRETIEN, s. 154-155'de, Anayasa'nın bu konuda hüküm getirmemesinin, belirsiz bir uygulamaya ve farklı yorumlara yol açtığı belirtilmektedir. Kuşkusuz burada da düzenleme yetkisinin kanunların yürütülmesini sağlama görevine bağlanması mümkündür; ancak Anayasa'nın bu görevi hükme bağlayan 21 inci maddesinde yalnızca Başbakana yer verilmiş olmasından hareketle, başbakan dışında kalan makamların genel düzenleme yetkisine sahip olmadıkları kabulünün doğal sonucu, anılan maddenin bu makamların düzenleme yetkisine dayanak oluşturamayacağını da kabul etmek anlamına gelir.

[329] Bkz. y. 1. Bölüm, I, B, 2.

maddesi ile tüzük ve yönetmeliklere ilişkin 115 ve 124 üncü maddeleri üzerinde durulmalıdır.

Esasen idarenin genel düzenleme yetkisine dayanak olmak bakımından 115 ve 124 üncü maddeler, 8 inci maddeye göre daha açık nitelik taşımaktadırlar. Gerçekten bu madde hükümlerinin neredeyse tüm idareleri kapsamına alan bir içeriğe sahip olması (Bakanlar Kurulu, bakanlar, kamu kurum ve kuruluşları), idarenin genel düzenleme yetkisine kaynak oluşturmaları yönünden elverişli bir durum sergilemektedir[330]. 115 ve 124 üncü madde hükümlerinde idareye tanınan düzenleme yetkisinin kanunların uygulanmasını sağlamaya dönük olması, Türk hukukunda – Anayasa'nın 107 nci maddesinde Cumhurbaşkanı'na tanınan yetki dışında – idarenin özerk düzenleme yetkisine sahip olmadığının kabul edilmesi karşısında bir sakınca yaratmıyor görünse de, bu durumda, kanunları uygulamaya yönelik olmamakla birlikte, kanunlar çerçevesinde kullanılan bir düzenleme yetkisinin varlığından söz etmek mümkün olmayacaktır[331]. Ayrıca, bazı kanunlarda öngörülen adsız düzenleyici işlemleri açıklamak bakımından bu maddeler yetersiz kalmaktadır. Her ne kadar 1961 Anayasası döneminde, adsız düzenleyici işlemlerin yönetmelik sayılmak suretiyle geçerli olacakları görüşü savunulmuş ise de[332], yargı organları böyle bir dönüştürmeye gereksinim duymaksızın adsız düzenleyici işlemlerin varlığını kabul etmektedir[333].

Bu durumda, Anayasa'nın 8 inci maddesinin düzenleme yetkisine dayanak oluşturup oluşturamayacağı üzerinde durulmalıdır. Bu maddede, yürütme yetkisi ve

---

[330] Nitekim BALTA, İdare Hukukuna Giriş, s. 122'de, 1961 Anayasası yönünden yönetmeliklere ilişkin 113 üncü madde hükmünün, idarenin genel düzenleme yetkisine sahip olduğunun göstergesi sayılmaktadır. 1982 Anayasası açısından da aynı yargıya varılabilir.

[331] 1961 Anayasası döneminde özellikle GÜNEŞ'in düzenleme yetkisinin kanunların uygulanmasına yönelik bir yetki olmayıp, kanunlar çerçevesinde kullanıldığının savunulması (s. 46), düzenleme yetkisinin dayanağının Anayasa'nın tüzük ve yönetmeliklere ilişkin hükümlerinden kaynaklandığı görüşü ile bağdaşmamaktadır.

[332] DURAN, İdare Hukuku Ders Notları, s. 450.

[333] Örnek olarak bkz. AYM, 28.3.1963, E. 1963/4 – K. 1963/71, R.G. 18.10.1963 – 11534; AYM, 11.5.1963, E. 1962/32 K. 1963/9, R.G. 11.5.1963 – 11400; Danıştay 10. Daire, 08.12.2003, E. 2002/5616 K. 2003/4846, **DBB**. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi'nin, adsız düzenleyici işlemlerin yönetmelik sayılmak suretiyle geçerli olacağını kabul ettiği kararları da mevcuttur. Örnek olarak bkz. AYM, 23, 24 ve 25.10.1969, E. 1967/41 – K. 1969/57, R.G. 12.3.1971 – 13776.

görevinin Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından kanunlara uygun olarak yerine getirileceği öngörülmektedir. Fransız hukukundakinden farklı olarak, Türk Anayasalarında yürütme organına hiçbir zaman kanunların yürütülmesini sağlamak gibi genel bir görev verilmemesine karşın, 1924 Anayasası'nın yürürlükte olduğu dönemden itibaren "yürütme" kavramının bu anlama geldiği savunulmuştur[334]. 1961 Anayasası döneminde de, düzenleme yetkisinin kaynağını yürütme görevinden aldığı ve yürütme görevinin yalnızca Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu değil tüm idare tarafından yerine getirildiği ileri sürülmüştür[335]. Bu açıdan bakıldığında, 1982 Anayasası'nın 8 inci maddesi, 1961 Anayasası'nın yürütme görevini öngören 7 nci maddesinden çok farklı değildir[336]; dolayısıyla, idarenin genel düzenleme yetkisinin bu maddeye dayandırılması mümkündür.

Bize göre bu yorum, Anayasa'nın 8 inci maddesine taşıyabileceğinden fazla anlam yüklemektedir. Öncelikle yürütme kavramının son derece muğlak bir içeriğe sahip olduğu belirtilmelidir; kavramın tarihsel süreç içerisinde geçirdiği dönüşüm ve bu kavrama atfedilen farklı anlamlar[337], buradan hareketle kesin bir sonuca varmayı güçleştirmektedir. Nitekim, 1961 Anayasası döneminde de, düzenleme yetkisinin dayanağını yürütme görevinde gören yazarların bununla yetinmeyerek, görüşlerini anayasada öngörülmeyen "takdir yetkisi"[338] ya da "kamu hizmetlerinin gereği gibi yerine getirilebilmesi"[339] gibi kavramlarla destekleme gereksinimi duydukları görülmektedir.

---

[334] SARICA, s. 30.

[335] GÜNEŞ, s. 97.

[336] AYM, 18.6.1985, E. 1985/3 K. 1985/8, R. G. 18.10.1985 – 18902.

[337] PELLOUX, s. 376 v. d.'da içerdiği anlam çeşitliliği nedeniyle yetersiz hatta tehlikeli bulduğu bu kavram yerine hükümet işlevi kavramını önermektedir. Türk hukukunda da, yürütme kavramından "kanunların yürütülmesi" anlaşılmadığı takdirde, bu kavramın ne anlama geldiğini belirlemek kolay olmamaktadır. Anayasa'nın 8 inci maddesinde, yürütme görevinin kanunlara uygun olarak kullanılacağını hükme bağlanması, yürütme görevinin niteliğine ilişkin olarak hiçbir ipucu vermemektedir. Bu bakımdan, düzenleme yetkisinin yürütme görevi ve yetkisine dayandığı savının, bu yetkinin başka bir kavrama bağlanmasının olanaksızlığıyla da ilgili olduğu düşünülebilir.

[338] GÜNEŞ, s. 88.

[339] ONAR, C. I, s. 371 v.d.

Ayrıca Anayasa'nın 115 ve 124 üncü maddelerinin varlığı da, düzenleme yetkisinin dayanağını 8 inci maddede bulmayı güçleştirmektedir. 8 inci maddenin tek başına düzenleme yetkisine dayanak oluşturduğu kabul edildiğinde, genel olarak idareye yönetmelikler çıkarmak suretiyle kullanılabilecek bir düzenleme yetkisi tanıyan 124 üncü madde hükmüne neden yer verildiğini açıklamak kolay değildir. Kaldı ki, 8 inci maddenin en azından idarenin adsız düzenleyici işlemlerine dayanak oluşturduğunun savunulması da, pratik sonuçları yönünden açıklanması güç bir duruma yol açmaktadır. Zira bakanlıklar ile kamu kurum ve kuruluşları Anayasa'nın 124 üncü maddesi uyarınca ancak kanunların uygulanmasını sağlamak için yönetmelik çıkarabilirken, adsız düzenleyici işlemler için tek koşul, 8 inci madde uyarınca kanunlara uygun olmaktır. Kanunların uygulanmasını sağlamak ile kanunlara uygun olmak koşullarının aynı anlama gelmediği ve birincisinin ikincisine göre çok daha dar kapsamlı olduğu ise açıktır.

Bu bakımdan kanımızca, Türk hukukunda da düzenleme yetkisinin dayanağı Anayasa'nın münferit hükümleridir[340]. Buna göre, Bakanlar Kurulu, bakanlar ile kamu kurum ve kuruluşlarının sahip olduğu türev düzenleme yetkisi kaynağını Anayasa'nın 113 ve 124 üncü maddelerinde bulmakta; Cumhurbaşkanı'nın istisnai olarak sahip olduğu özerk düzenleme yetkisi ise, Anayasa'nın 107 nci maddesine dayanmaktadır. Türk hukukunda anayasal dayanağı bulunmayan düzenleyici işlem kategorisi, adsız düzenleyici işlemlerdir.

2. Düzenleme Yetkisinin Dayanağı Sorunu ve Kurum Teorisi

Kurum teorisi, yalnızca düzenleme yetkisini açıklamak üzere ortaya atılmış bir kuram olmadığı hâlde, özellikle Fransız hukukunda düzenleme yetkisine kapsayıcı bir dayanak sunan yönü dikkat çekmiştir. Ne var ki, hukuk disiplininin sınırlı çerçevesini aştığı gibi, genel olarak bilimsel yöntemin sınırlarını zorlayan metafizik boyutu nedeniyle anlaşılması güç esaslara dayanan (**a**) kurum teorisinin,

[340] GÖZLER, C. I, s. 1031'de, düzenleyici işlemlerin kanuna dayanma zorunluluğu konusunu her bir düzenleyici işlem için ayrıca incelenmesi gerektiğini belirtmektedir. Esasen bu tespit, düzenleme yetkisini tek bir anayasa hükmüne dayanarak açıklamanın olanaksızlığını da göstermektedir.

düzenleme yetkisine ilişkin yönlerinin de pozitif hukukla bağdaştırılması kolay değildir (**b**).

a. Ana hatlarıyla kurum teorisi

Kurum teorisinin esaslarının ortaya konabilmesi için öncelikle, bu teorinin kilit kavramı olan kurumdan ne anlaşıldığı üzerinde durmak gerekir. Farklı disiplin ve yaklaşımlarda farklı anlamlarda kullanılan bu kavram, kurum teorisinin kurucusu olan Maurice HAURIOU tarafından şöyle tanımlanmaktadır: "*Kurum, belirli bir sosyal çevrede hukuksal yönden maddîleşen ve süreklilik kazanan bir eser ya da teşebbüs fikridir. Bu fikrin gerçekleştirilmesi için, organlara sahip bir iktidar örgütlenmesi söz konusu olurken; diğer yandan, bu fikrin gerçekleştirilmesiyle ilgili sosyal grubun üyeleri arasında, iktidarın organları tarafından yönetilen ve çeşitli usullerle düzenlenen inanç ortaklığı gösterileri yapılır*"[341].

HAURIOU'nun bu açıklamasından doğrudan hukuksal sonuçlara varmak son derece güçtür. Ancak, kurum kavramını oluşturan unsurlar tek tek ele alındığında tablonun bir ölçüde açıklığa kavuştuğu söylenebilir. Buna göre, kurumun belirleyici unsuru, fikirdir; bu, kurumun oluşumuyla gerçekleştirilmek istenen ve bu oluşuma yön veren düşünceye tekabül etmektedir. Bununla birlikte, kurumun amacı ile ona yön veren düşünceyi birbirinden ayırmak gerekir; amaç, kurumun dışında yer alırken, ona yön veren düşünce kuruma içkindir[342].

İktidarın örgütlenmesi, bu düşüncenin gerçekleştirilmesi amacına yöneliktir. Bu açıdan bakıldığında, bir toplumda yaratıcı gücün kurumlar olduğu söylenebilir. Bir başka anlatımla, kurumu yaratan, hukuk kuralları değildir; tam aksine, içerdiği iktidar sayesinde hukuk kurallarını yaratan kurumlardır[343]. Kurum teorisinde iktidar spontanedir; her türlü normatif üretim, kurumdan kaynaklanmaktadır. Bunun anlamı,

---

[341] Maurice HAURIOU, "La théorie de l'institution et de la fondation (essai de vitalisme social)", **Cahiers de la Nouvelle Journée**, N° 4, 1925, s. 10.

[342] HAURIOU, La théorie de l'institution, s. 12-13.

[343] HAURIOU, La théorie de l'institution, s. 7.

kurumun kendi misyonu ve örgütlenmesi ile toplumsal yaşamın devamını sağlamaya yönelik doğal bir iktidar içerdiğidir[344].

Nihayet HAURIOU, kurum kavramının son unsuru olan "inanç ortaklığı gösterileri" ile, "yeni toplumsal ve siyasal kurumların oluşumuna eşlik eden büyük halk hareketleri"ni kastetmektedir[345]. Bu hareketler, kurumun özünü oluşturan düşüncenin sahiplenilmesine ilişkin olup, bu fikrin kurumlaşma sürecinde bireylerin bilinçaltında içselleştirilmesinin göstergesi olmaktadır[346].

Kurumların varlık nedeni, ortak bir düşüncenin gerçekleştirilmesine yönelik toplumsal eylemlerin yerine getirilmesine olanak veren bir sistemin kurulması olduğu için, bu teoride birincil olan, bu eylemlerin yerine getirilmesini sağlayan toplumsal yapının oluşturulmasıdır; bunun sonucu olarak ortaya çıkan davranış ve yetki kuralları ise ikincil niteliktedir[347].

HAURIOU'nun kurum teorisinin bir ölçüde organizmacı bir anlayışı yansıttığını söylemek yanlış olmaz. Bu teoride kurumlar canlı organizmalar gibi, sürekli değişim gösteren bir hayatiyet içerisinde görülmekte ve kurumların yaratıcı gücü de bu çerçevede değerlendirilmektedir[348].

---

[344] Bertrand FAURE, Le pouvoir réglementaire des collectivités locales, LGDJ, 1998, s. 127.

[345] HAURIOU, La théorie de l'institution, s. 19.

[346] HAURIOU, La théorie de l'institution, s. 21. Bununla birlikte HAURIOU, DURKHEIM'ın savunduğu türden bir toplumsal bilincin varlığını reddettiği gibi, bu bilincin kazanılmasını kitleleri yönlendirecek bir elite özgüleyen anlayışlara da karşı çıkmaktadır. Bkz. Eric MILLARD, "Hauriou et la théorie de l'institution", **Droit et Société** 30/31, 1995, s. 388.

[347] Ota WEINBERGER, "Les théories institutionnalistes du droit", in **Controverses autour de l'ontologie de droit**, PUF, 1989, s. 70.

[348] HAURIOU'nun kuramını oluştururken, XX nci yüzyılın başında savunduğu "*vitalisme*" kuramıyla ünlü Fransız sosyolog Henri BERGSON'dan da etkilendiği dile getirilmektedir. Bkz. Julien BOUTEILLER, **La détermination du patrimoine public responsable (essai théorique)**, thèse – Paris 13, 2000, s. 267-268.

b. Kurum teorisinin düzenleme yetkisi açısından sonucu: Devletin normatif faaliyetinde çoğulculuk

Metafizik yönüyle hukukun ve sosyolojinin sınırlarını zorlayan kurum teorisinin düzenleme yetkisine ilişkin tartışmalar yönünden Fransız kamu hukuku öğretisinde önemli etkilere sahip olduğu görülmektedir[349]. Bu durum, ilk bakışta yadırgatıcı gelebilir; zira bu teoride devletin normatif faaliyetinin kurumdan kaynaklandığı kabul edilmekle birlikte, anılan faaliyetin yasama organı ya da idare tarafından yerine getirilmesi konusunda herhangi bir doğrudan sonuca ulaşılmamaktadır. Ne var ki, teorinin yukarıda da anılan kimi boyutları düzenleme yetkisi açısından ele alındığında, ilginç sonuçlara varmak mümkün olmaktadır[350].

Kuşkusuz kurum kavramının düzenleme yetkisi ile yakından ilgili unsuru, iktidardır. Yukarıda da belirtildiği gibi, bu iktidarın spontane olarak kullanılabilmesi, tümüyle kurumun özündeki düşüncenin gerçekleştirilmesine yöneliktir. O halde önemli olan, kurum kavramından kaynaklanan normatif faaliyetin hangi organ tarafından gerçekleştirildiği değil, hangi amaca hizmet ettiğidir. "*HAURIOU'ya göre düzenleme yetkisi, var olmak için kanunla yetkilendirilmeye ihtiyaç duymaz; zira spontane ve toplumsal örgütlenmeye içkindir*"[351].

Kaldı ki, bu teoride tek kurum devlet değildir; devlet içinde birden çok kurumu barındıran bir büyük kurumdur. Dolayısıyla, geniş anlamda devlet içerisinde yer alan diğer kamu tüzel kişilerinin de, gerekli unsurlara sahip olmak kaydıyla, kurum niteliği taşıyacağı ortadadır. Özellikle yerel yönetimler bakımından bu unsurların tümünün gerçekleştiği söylenebilir; o halde, yerel yönetimlerin sahip

---

[349] Maryvonne HECQUARD-THERON, **Essai sur la notion de réglementation**, LGDJ, 1977, s. 132'de, düzenleme kavramının özünün kurumsal olduğunu ve her türlü düzenlemenin bir kurumdan kaynaklandığını ileri sürmektedir.

[350] Kurum teorisinin düzenleme yetkisi üzerindeki etkisi, yalnızca bu yetkinin dayanağına ilişkin değildir; Jean Marie RAINAUD, **La distinction de l'acte réglementaire et de l'acte individuel**, LGDJ, 1966, s. 12 v.d.'nda, düzenleyici işlemi "*kurumsal işlem*" olarak tanımlamaktadır.

[351] FAURE, Le pouvoir réglementaire des collectivités locales, s. 127.

oldukları düzenleme yetkisinin de kurum kavramına dayalı olarak açıklanması mümkündür[352].

Kurum teorisi, belirli bir örgütlenme düzeyine ulaşarak kurumsallaşmış her türlü topluluğun topluluk düzenini korumak ve topluluğu yönlendiren temel düşünceyi gerçekleştirmek için, kanunlardan bağımsız düzenleme yetkisine sahip olduğu bir hukuksal çoğulculuğa varmaktadır. Bir kurumun olduğu her yerde, düzenleme yetkisi de vardır; bu, üst hukuk kurallarının o kuruma bahşettiği bir ayrıcalık olmayıp, doğrudan kurumun kendisinden kaynaklanmaktadır[353].

HAURIOU'nun düzenleme yetkisine ilişkin açıklamalarında da, kurum teorisinin izleri görülmektedir. Buna göre, düzenleme yetkisi, yasama yetkisinden önce de var olan ve dolayısıyla varlığını yasamaya borçlu olmayan bir yetkidir. Bu durumda kurum niteliği taşıyan kimi idarelere kanunla düzenleme yetkisi tanınması, aslında zaten var olan bir sonucun doğrulanmasından ibarettir[354].

Kurum teorisinin pozitif hukuk üzerindeki etkisi ise sınırlıdır. Devlet Şurası'nın kimi kararlarında pozitif hukuku zorlayan sonuçlara varması zaman zaman öğretiyi bu teoriye başvurmaya yöneltse de, bu yargı kararlarında kurum teorisine doğrudan ya da dolaylı bir atıf yapılmamaktadır. Bu durumun en belirgin örneklerinden biri, yukarıda da üzerinde durulan[355] *Hèyries* kararıdır. Anımsanacağı gibi bu kararında 1875 Anayasası döneminde genel düzenleme yetkisinin sahibi olduğu kabul edilen Cumhurbaşkanı'nın savaş koşullarında bir kanunun uygulanmasını askıya alan işlemini hukuka uygun bulan Devlet Şurası, kurum

---

[352] Örneğin, Marc JOYAU, **De l'autonomie des collectivités territoriales françaises**, LGDJ, 1998, s. 35'de, yerel yönetimlerin düzenleme yetkisinin Devletin bir yetkilendirmesinden ya da kendileri dışında herhangi bir otoriteden değil, doğrudan kurum olma özelliklerinden kaynaklandığı savunulmaktadır.

[353] Düzenleme ve kurum kavramları arasında ilişki kurulması HAURIOU'ya özgü değildir. Sözgelimi Jean-Paul SARTRE, **Critique de la raison dialectique**, Gallimard, 1960, s. 586'da, konuya farklı bir açıdan bakarak, iktidarın yerleşmesi ve sürekliliğinin sağlanması için, kurumun varlığına gereksinim duyulduğunu; iktidarın sistem tarafından kurumların kurumsal güvencesi olmak üzere oluşturulduğunu savunmaktadır. SARTRE'ın yaklaşımında, "kurum" olgusunun iktidarın meşrulaştırılmasının bir aracı olarak görüldüğünü söylemek yanlış olmaz.

[354] Maurice HAURIOU, **Précis de droit administratif et de droit public**, 12^{e} éd., Sirey, 1933, s. 556.

[355] Bkz. y. 1. Bölüm, I, B, 2.

teorisini doğrudan ya da dolaylı olarak gönderme yapmamaktadır. Ayrıca, öğretide de VEDEL'in bu kararı, kanunların uygulanması kavramını son derece geniş yorumlayarak açıklamayı denediği yukarıda belirtilmişti[356]. Bununla birlikte, HAURIOU'nun *Hèyries* kararına yazdığı notta, kurum teorisini henüz tüm boyutlarıyla ortaya koymamış olduğu hâlde, bu teorinin sonuçlarına uygun bir değerlendirme yaptığı görülmektedir. Düzenleme yetkisini yalnızca kanunların yürütülmesi göreviyle açıklayan anlayışı eleştiren yazar, nihayet *Hèyries* kararı ile, kimi gerçeklerin gün ışığına çıktığını belirtmektedir. "*Önce hükümet ve idare etmek, sonra kanunları uygulamak; bunun anlamı şudur: yaşamak, düzenli yaşamaktan önce gelir*"[357].

Türk hukukunda ise, kurum teorisinin düzenleme yetkisine ilişkin boyutları öğreti ya da yargı organları tarafından doğrudan ele alınmamıştır[358].

Kurum teorisinin, bir yönüyle düzenleme yetkisinin genişleme eğilimini, pozitif hukuka ve pozitif hukuktan hareket eden kuramlara göre daha iyi kavradığı ve bu genişleme eğilimini açıklamaya elverişli bir çerçeve sunduğu düşünülebilir[359]. Bununla birlikte, pozitif hukukun kurallarına tümüyle yabancı bir kuramdan hareketle, Fransız hukukunda sınırlı, Türk hukukunda ise büyük ölçüde geçerli olan yasallık ilkesini açıklamak mümkün değildir. Kurum teorisinin tüm sonuçlarıyla geçerli olduğunun kabulü, pozitif hukukun devlet organları arasında yaptığı yetki ve görev bölüşümü ile normlar hiyerarşisinin tümüyle değerini yitirmesi anlamına gelebilir. Oysa HAURIOU'nun da böyle bir sonucu öngörmediği ve kurum teorisine ya da ondan esinlenen çözümlere, *Hèyries* kararında olduğu gibi, yalnızca pozitif hukukla bağdaşmayan kimi uygulamaları açıklamak için başvurduğu dikkati

---

[356] Bkz. y. 2. Bölüm, II, B, 1.

[357] Maurice HAURIOU (note), CE, 28.6.1918, *Hèyries*, **S.**, 1922, III, s. 50.

[358] ONAR, İdare Hukuku, C. I, s. 234 v.d.'nda, HAURIOU'nun kurum teorisini incelemekle birlikte, bu teorinin düzenleme yetkisine ilişkin doğrudan sonuçlarına değinmemektedir.

[359] Bertrand FAURE, "La crise du pouvoir réglementaire: entre ordre juridique et pluralisme institutionnel", **AJDA**, 1998, s. 547 v.d.'nda, düzenleme yetkisinin genişleme ve yayılma eğilimi ile kanunilik ilkesi arasındaki çelişkinin çözümünü, kurum teorisinden kaynaklanan hukuksal çoğulculukta bulmakta; kanunilik ilkesinin, otoritenin anarşik biçimde gelişmesi riski karşısında zorunlu olduğunu kabul etmekle birlikte, bu ilkenin bir dayanak olarak değil, bir sınır olarak algılanması gerektiğini savunmaktadır (s. 550).

çekmektedir. Bununla birlikte, yazarın yukarıda alıntılanan tümcesi bile, bu açıklamaları genelleştirerek düzenleme yetkisinin dayanağı saymanın, hukuk sistemini bireyler açısından tümüyle güvencesiz kılan sonuçlarını açıkça ortaya koymaktadır.

3. Regülasyon İşlevi ve Düzenleme Yetkisi

Özellikle son yıllarda devletin ekonomik yaşama müdahale biçimlerindeki dönüşüm, devletin işlevleri üzerinde de etkili olmuş ve devletin regülasyon işlevinden sıkça söz edilmeye başlanmıştır. Hukuksal boyutları henüz tüm açıklığıyla belirmemiş olan bu işlevin, düzenleme yetkisine kısmî de olsa bir dayanak oluşturup oluşturamayacağının saptanabilmesi için öncelikle niteliğinin açıklığa kavuşturulması (**a**); ardından, bu işlevden kaynaklana düzenleme yetkisinin özellikleri üzerinde durulması gerekir (**b**).

a. Regülasyon işlevinin niteliği

Regülasyon kavramı, çok uzun olmayan bir zaman önce Fransız ve Türk hukuk literatürüne girmiş[360] ve büyük ölçüde bağımsız idari otorite (BİO) adı verilen idarî yapılarla özdeşleşmiştir[361]. Bununla birlikte, regülasyon kavramının tanımının

[360] Fransız hukukunda bu kavramın hukuk dilinde kullanılmaya başlamasının otuz yılı aşmayan bir geçmişi olduğu belirtilmekte (Bkz. Michel GENTOT, "Les rèperes du droit de la régulation", **LPA**, 3.6.2002, N° 110, s. 48); buna karşın, Fransa'da bugün "regülasyon hukuku" adıyla bir hukuk dalının varlığı sorgulanmaktadır. Bkz. Marie-Anne FRISON-ROCHE, "La régulation, objet d'une branche du droit", **LPA**, 3.6.2002, N° 110, s. 3 v.d. Türk hukukunda ise, bu sürenin çok daha kısa olduğu ve regülasyon kavramının Türkiye'de henüz yeterince tanınmadığı söylenebilir. Bkz. Ali ULUSOY, **Bağımsız İdari Otoriteler**, Turhan Kitabevi, 2003, s. 22.

[361] BİO'lardan idarî yapı olarak söz edilmesinin nedeni, Fransız ve Türk hukukunda bütünüyle farklı yapısal özelliklere sahip olmalarıdır. Fransız hukukunda BİO'ların karakteristik özelliği, kamu tüzel kişiliğine sahip olmayıp merkezi idare içerisinde örgütlenmeleri olduğu hâlde [bkz. Jean-Louis AUTIN, "Autorités administratives indépendantes", **Juriscl. Adm.**, Fasc. 75, s. 7 (n° 18)], Türk hukukunda, tam aksine, kamu tüzel kişiliğine sahip oldukları görülmektedir (ULUSOY, s. 89).

doğrudan doğruya BİO'lardan hareketle yapılmasına olanak yoktur; kavram, devletin genel olarak üstlendiği yeni bir işlevi ifade etmek için kullanılmaktadır.

Regülasyon işlevinin tek bir tanımı olduğunu söylemek ise güçtür. Geniş anlamda regülasyon, "*eşit olmayan güçler arasında, hukuksal cebrin sürekli kullanımıyla denge sağlanması*"nı ifade etmektedir[362]. Bu anlamda regülasyonun, devletin toplumsal kesimler arasındaki dengesizliği gidermeye yönelik müdahaleleri de dâhil olmak üzere, her türlü alanda yaptığı her çeşit dengeleyici müdahaleyi içermesi, devletin yeni işlevlerinden biri olarak görülmesini olanaksız kılmaktadır. Oysa, bir süredir hukuk literatüründe kendisine yer bulan regülasyon kavramı, devletin üstlendiği yeni bir işlevi ifade etmektedir. Bu doğrultuda yapılan bir tanıma göre regülasyon, (genellikle piyasa düzenine tâbi) bir faaliyetin yürütülmesine ilişkin kuralların belirlenmesi, bu kurallara uygunluğun denetlenmesi ve ilgili faaliyetin aktörlerinin, faaliyetin yürütüldüğü alanda (piyasada) rekabetin ve çoğulculuğun sağlanması için yönlendirilmesi yetki ve etkinliklerinin toplamını ifade eder[363]. Bu ikinci tanım, esasen geniş anlamda regülasyon tanımıyla çelişki içerisinde değildir; ancak kapsamı, çok daha sınırlıdır.

Bu açıdan bakıldığında, regülasyon kavramıyla ifade edilen düzenleme, denetim ve yönlendirme yetki ve etkinlikleri bütününün, bu birliktelikten doğan özgün bir hukuksal anlamı olup olmadığı üzerinde durulabilir. Öncelikle, idarenin öteden beri yürüttüğü faaliyetlerin çoğunda da, faaliyeti yürüten idareye düzenleme ve denetim yetkisi tanındığı görülmektedir[364]. Yönlendirme etkinliğinin ise, hukuk dışı alanda yer aldığı için[365], hukuksal bir kavramsallaştırmaya esas alınması mümkün değildir. O halde, regülasyon işlevinin hukuksal yönden özgün yanı, amacı ve bu işleve konu olan alanın niteliğidir. Gerçekten, regülasyon işlevi, devletin neo-liberal misyonu doğrultusunda, toplumsal yaşamın duyarlı alanlarında aktör olarak

---

[362] FRISON-ROCHE, s. 4.

[363] ULUSOY, s. 21.

[364] İdarenin klasik faaliyetlerinden kolluk, büyük ölçüde düzenleme ve denetim yetkileri üzerine kurulmuştur. Bkz. ÖZAY, s. 505 v. d.; GÜNDAY, s. 268 v. d.

[365] Yönlendirme etkinliği, deontolojik kuralların hatırlatılması, ekonomik yaptırımlar uygulanması, ikna edici yöntemlere başvurulması gibi hukuk alanının dışında kalan faaliyetleri içermektedir. Bkz. ULUSOY, s. 27.

değil, bir tür hakem olarak yer alması biçiminde somutlaştırılabilir[366]. Regülasyon işlevinin daha çok ekonomik boyutuyla gündeme gelmesinin bir sonucu olarak, bu işleve konu alanların, önemli görülen bazı mal ve hizmet piyasaları olduğu ya da genel olarak piyasada rekabetin sağlanması için regülasyon işlevine başvurulduğu görülmektedir.

Regülasyon işlevinin bu yönüyle, kolluk ve kamu hizmeti gibi, "devletin sosyal işlevleri"[367] arasında yer aldığını söylemek yanlış olmaz. Bir bakıma, ekonomik düzeni sağlamaya yönelik özel kolluğa yaklaşan[368] regülasyon işlevi, ilgili alanın "regüle" edilmesinde salt bir düzenin sağlanmasının ötesinde, tüketicilerin yararının da gözetilmesi nedeniyle kamu hizmetleri ile de paralellikler içermektedir[369].

b. Regülasyon işlevi çerçevesinde kullanılan düzenleme yetkisinin nitelik ve kapsamı

Yukarıda da belirtildiği gibi, regülasyon işlevinin içerdiği yetkilerden birisi de düzenleme yetkisidir[370]. Bunun doğal olduğu söylenebilir; piyasadaki aktörlerin rekabet koşullarına uygun davranmalarının sağlanması, piyasanın bir ölçüde de olsa düzenlenmesini gerektirmektedir. Bununla birlikte, bu düzenleme yetkisinin nitelik

---

[366] ULUSOY, s. 25.

[367] Bkz. y. 2. Bölüm, I, A, 1.

[368] GÜNDAY, Rekabet Kurumunun düzenlediği bir panelde Kurumun yürüttüğü faaliyeti özel zabıta olarak nitelemektedir. Bkz. Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu, Rekabet Kurumu, 1999, s. 61.

[369] Türkiye'de telekomünikasyon alanındaki bazı faaliyetlerin, ancak imtiyaz sözleşmesi ile yürütülebileceğinin benimsenmesi ve bir tarafı özel kişi işletmeci olan imtiyaz sözleşmesinin diğer tarafında, telekomünikasyon alanındaki regülasyon otoritesi olan Telekomünikasyon Kurumu'nun yer alacağının öngörülmesi, regülasyon faaliyeti ile kamu hizmeti arasındaki kesişmenin iyi bir örneğidir.

[370] Fransa'da, regülasyonun düzenleme kavramından ibaret olup olmadığı sorusu kimi zaman gündeme gelmektedir (Bkz. Pierre BÉZARD, "L'évolution du droit de la régulation", **LPA**, 3.6.2002, N° 110, s. 8). Türkiye'de de, düzenleme ile regülasyon kavramlarının kimi zaman eşanlamlı kullanıldığı görülmektedir (Bkz. Berna TEPE / Şahin ARDIYOK, "Devlete Yeni Rol: Regülasyon", **AİD**, C. 37, S. 1, Mart 2004, s. 107). Bununla birlikte, düzenleme yetkisi regülasyon işlevinin yalnızca bir yönünü oluşturduğundan, böyle bir özdeşleştirmenin mümkün olduğu söylenemez.

ve kapsamının klasik düzenleme yetkisinden farklı olup olmadığı sorusu akla gelebilir.

Bu açıdan bakıldığında, regülasyon işlevinin asıl taşıyıcısı olan BİO'ların düzenleme yetkisi üzerinde durmak gerekir. Gerek Fransız gerek Türk hukukunda, anayasal veya yasal bir temeli olmaksızın düzenleme yetkisinin niteliğinde bir değişme ya da kapsamında bir genişleme söz konusu olamayacağından, BİO'ların da ancak kanunla kendilerine verilen regülasyon görevini yerine getirmek için düzenleme yetkisine sahip olacakları söylenebilir. Nitekim BİO'ların kuruluş kanunlarında genellikle düzenleme yetkisi ile de donatıldıkları görülmektedir[371].

BİO'ların sahip oldukları bu düzenleme yetkisinin niteliği yönünden de türev bir yetki olduğu ortadadır. Fransız hukukunda genel düzenleme yetkisine sahip olmayan BİO'lara kanunla düzenleme yetkisi tanınmasının Anayasa'ya aykırı olmadığı kabul edilmekte[372]; Türk hukukunda ise, zaten kamu tüzel kişiliğine sahip olan bu kurumların Anayasa'nın 124 üncü maddesinden kaynaklanan genel bir düzenleme yetkisi bulunmaktadır[373]. Bu çerçevede kullanılan düzeleme yetkisinin ise, klasik düzenleme yetkisinden bir farkı yoktur[374].

Esasen, regülasyon faaliyetinin teknik ve ekonomik yönü ağır basan kararlar alınmasını gerektirdiği ve bu faaliyeti yerine getirmek üzere oluşturulan BİO'ların, sahip oldukları uzmanlık ve yürüttükleri faaliyetin niteliği gereği, tesis ettikleri işlemlerin yargısal denetiminin daha sınırlı olması gerektiği savunulmaktadır[375]. Düzenleme yetkisi açısından konuya bakıldığında, bu kurum ve makamların üstlendikleri faaliyeti siyasal iktidarın ve piyasadaki aktörlerin etkisinden uzak bir

---

[371] Örnek olarak bkz. Radyo ve Televizyon Üst Kuruluna ilişkin 3984 sayılı Kanunun 8 inci maddesi, Sermaye Piyasası Kuruluna ilişkin 2499 sayılı Kanunun 22 nci maddesi.

[372] CC, 19.9.1986, 86-217 DC, **Rec.** 141.

[373] Turgut TAN, "Bağımsız İdari Otoriteler", **Perşembe Konferansları** 4, Ocak 2000, s. 9'da BİO'ların 124 üncü madde uyarınca yönetmelik çıkarma yetkisine sahip olduklarını ancak düzenleme yetkilerini daha çok başka adlar altında yaptıkları işlemlerle kullandıklarını belirtmektedir.

[374] TAN, Bağımsız İdari Otoriteler, s. 10.

[375] Ulusoy, s. 55-56.

biçimde yerine getirebilmeleri için kendilerine tanınan bağımsızlığın da etkisiyle bunların kullandığı düzenleme yetkisinin de daha özerk olduğu ileri sürülebilir.

Bununla birlikte pozitif hukuk karşısında böyle bir olası savın benimsenmesi mümkün görünmemektedir. Regülasyon işlevinin ve BİO'ların örgütlenme biçiminin mantığında bu türden argümanların yer aldığı kuşkusuzdur; ancak bu argümanlar, böyle bir farklılığı haklı kılacak ölçüde pozitif hukukun desteğine sahip değildirler. Şayet regülasyon işlevi, düzenleme yetkisinde bir farklılaşmayı gerekli kılıyorsa, bunun ancak kanunlar aracılığıyla ve Anayasa'ya uygun olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

II. DÜZENLEME YETKİSİNİN KANUNLA İLİŞKİSİ

1958 Fransız ve 1982 Türk Anayasaları'nın düzenleme yetkisine ilişkin hükümlerinden hareketle yapılan değerlendirmeler, Fransız hukukunda bu yetkinin kural olarak özerk, Türk hukukunda ise türev nitelik taşıdığını göstermektedir. Bununla birlikte, yetkinin kapsamının tam olarak belirlenebilmesi için, anayasal düzeyde öngörülen ilke ve kuralların ötesinde, kanun karşısında nasıl konumlandığının belirlenmesi zorunludur. Düzenleme yetkisinin kanunla ilişkisini, bunu doğrudan belirleyen ilkelerden çok, dolaylı etkileriyle bu ilişkinin dinamiklerini etkileyen mekanizma ve uygulamalardan hareketle anlamaya çalışmak daha gerçekçi olur.

Fransız ve Türk hukukunda düzenleme yetkisinin kanunla ilişkisinin, bir tek ilkeyle ifade edilmesi mümkündür: Kanunun hiyerarşik üstünlüğü (**B**). Fransız hukukunda düzenleme yetkisinin özerk niteliğine aykırı olan; Türk hukukunda ise, türev düzenleme yetkisinin bir gereği olmakla birlikte, türev olma özelliğini yansıtmakta yetersiz kalan bu ilkenin açıklamasını, dolaylı etkenlerde aramak gerekmektedir (**A**).

A. DÜZENLEME YETKİSİNİN KANUNLA İLİŞKİSİNİ BELİRLEYEN FAKTÖRLER

Fransız ve Türk hukukunda düzenleme yetkisi ile kanun ilişkisinin kanunun üstünlüğü ilkesiyle somutlaşmasını sağlayan etkenler birbirinden tümüyle farklıdır. Fransız hukukunda, düzenleme yetkisinin kural olarak özerk niteliği kabul edilmişken, bu niteliği korumaya dönük mekanizmaların işleyişi ile yargı organlarının özerk düzenleme yetkisine bakışı, bu yetkinin göründüğü kadar özerk olmadığını ortaya koymuş (**1**); Türk hukukunda ise, Anayasa Mahkemesi'nin kanunla türev düzenleme yetkisi arasındaki sınırı nesnel bir ölçüte bağlayamayan içtihadı, bu yetkinin kanunlara bağlı niteliğinin her yönüyle gerçekleşmesini önlemiştir (**2**).

1. Fransız Hukuku: Özerk Düzenleme Yetkisinin Konumu

Fransız hukukunda özerk düzenleme yetkisinin, Anayasa'da açıkça öngörülmesine karşın, göründüğü kadar özerk olmadığı söylenebilir. Bunun başlıca nedeni, yine Anayasa'da bu yetkinin alanını kanun koyucunun müdahalelerine karşı korumaya yönelik mekanizmalar ve bunların işleyiş biçimidir (**a**). Bu mekanizmaların yeterince etkili olamayışı, özerk düzenleme yetkisinin alanına kanun koyucunun müdahalesine cevaz vermekte; ayrıca, yargı organlarının düzenleme yetkisinin iki türü arasında fark görmeyen anlayışı (**b**), bu yetkiyi, özerk de olsa, ikincil bir konuma itmektedir.

a. Özerk düzenleme yetkisinin güvence altına alınmasına dönük mekanizmaların işleyişi

1958 Anayasası, idareyi özerk düzenleme yetkisine kavuşturmakla kalmayıp, aynı zamanda bu yetkinin yasa koyucunun müdahalelerinden korunmasına dönük bazı mekanizmalar öngörmektedir. Anayasa'nın 37 nci maddesinin ikinci fıkrası,

idarenin özerk düzenleme yetkisinin alanına giren konularda kanun çıkarılması hâlinde, hükümetin bu kanunların kendi alanları dışında bir konuyu düzenlediği hususunun tespiti için Anayasa Konseyi'ne başvurmasını mümkün kılmakta ve Konsey'in bu yolda karar vermesi (*délégalisation* kararı) durumunda, hükümetin bir kararname ile, kendi alanı dışında bir konuyu düzenlediği Anayasa Konseyi kararıyla tespit edilmiş olan yasayı değiştirmesi veya ilga etmesine izin vermektedir[376]. Hükümetin Anayasa Konseyi'ne başvurusu, herhangi bir süre ile sınırlı olmadığı için, bu yola her zaman başvurulması mümkündür.

Yine 1958 Anayasası'nın özerk düzenleme yetkisinin alanını yasama yetkisine karşı korumaya yönelik getirdiği bir başka düzenleme, 41 inci maddede yer almaktadır. Buna göre, bir yasanın yasama organında görüşülmesi sırasında hükümet, bu yasanın kendi alanı dışında kalan bir konuyu düzenlediği itirazını ileri sürebilir. Bu durumda, hükümet ile ilgili Meclis başkanı (duruma göre, Millet Meclisi'nin ya da Senato'nun başkanı) arasında bir anlaşmaya varılamazsa, sorun Anayasa Konseyi tarafından çözümlenir.

Kanun ile düzenleyici işlemin alanları arasındaki sınır, Anayasa Konseyi'nin 1959 yılından bu yana oluşturduğu içtihadıyla büyük ölçüde belirlenmiş olmakla birlikte, idarenin düzenleme yetkisinin alanını yasama organının müdahalelerinden korumaya dönük mekanizmaların işleyişindeki sorunlar, anayasal düzenlemenin de yetersizliği nedeniyle, idarenin özerk düzenleme yetkisinin alanını güvencesiz bırakmaktadır.

Bu alandaki sorunların ilki, Anayasa'da öngörülen ve yukarıda belirtilen iki mekanizmanın harekete geçirilmesinin hükümetin inisiyatifinde olmasından kaynaklanmaktadır. Gerçekten, gerek 37 nci maddenin ikinci fıkrasında öngörülen *délégalisation* süreci, gerek 41 inci maddede düzenlenen, ilgili Meclis başkanlığına itiraz usulü, yalnızca hükümet tarafından kullanılabilecek yöntemlerdir. Hâl böyle olunca, özellikle yasama organında güçlü bir çoğunluğa dayanan hükümetler, yasama

[376] Bu kural, 1958 Anayasası'nın yürürlüğe girişinden sonra çıkarılan kanunlar yönünden geçerlidir; bu tarihten önce çıkarılmış kanunlarda hükümetin kararname ile değişiklik yapabilmesi için, Anayasa Konseyi'nin vereceği bir *délégalisation* kararına gereksinim yoktur.

organının kendi alanlarına yönelik müdahaleleri karşısında sessiz kalabilmekte; hatta, çoğu kez, idarenin özerk alanına giren bir konunun, düzenleyici işlemlerle değil, kanun ile düzenlenmesini yeğleyerek, kendi alanlarının ihlaline kendileri önayak olmaktadırlar[377].

Bu noktada, idarenin özerk düzenleme yetkisi alanını ihlal eden, ancak hakkında 37 ve 41 inci maddedeki mekanizmalara başvurulmayan bir yasanın, Anayasa Konseyi'ne anayasaya aykırılık iddiası ile getirilip getirilemeyeceği sorusu akla gelebilir. 1958 Anayasası'nın 61 inci maddesi ile, kanunların yayımlanmadan önce, anayasaya uygunlukları konusunda karar verilmesi amacıyla, cumhurbaşkanı, başbakan, Millet Meclisi başkanı, Senato başkanı ya da altmış milletvekili veya altmış senatör tarafından Anayasa Konseyi'ne sevk edilmeleri mümkün kılınmıştır. İdarenin özerk alanında düzenleme getiren bir kanunun da, bu nedenle Anayasa'nın 34 ve 37 nci maddelerine aykırı olduğu açıktır. Bu yola başvurulmasının mümkün olması durumunda, yasama organındaki güçlü bir çoğunluğa dayanan bir hükümetin hareketsizliği durumunda dahi, muhalefet partisine/partilerine mensup milletvekillerinin girişimiyle konunun Anayasa Konseyi'ne taşınması mümkün olacaktır.

Anayasa Konseyi'nin, 34 üncü maddede belirlenen alanın dışındaki konuları düzenleyen yasaların anayasaya aykırı oldukları iddiasıyla yapılan bir başvuru üzerine verdiği ve daha sonra istikrarlı içtihadı hâline gelen kararı uyarınca[378], bir kanunun idarenin düzenleme yetkisi alanına giren bir konuyu düzenliyor olması, o kanunu anayasaya aykırı kılmaz. Bu kararın gerekçesi, bu türden bir sorunun çözümü için Anayasa'nın 37 ve 41 inci maddelerinde öngörülen yöntemlerin varlığına dayanmaktadır. Anayasa Konseyi, Anayasa'nın bu yöntemleri öngörmüş olmasından hareketle, sorunu bir anayasa aykırılık sorunu olarak algılamamakta ve 61 inci

[377] Bu konuya ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. Jean-Marie DUFFAU, **Pouvoir réglementaire autonome et pouvoir réglementaire dérivé**, thèse (Paris 2), 1975, s. 144 v.d.

[378] CC, 30.7.1982, 82-143 DC, **Rec**. 57; **GDCC**, no. 34.

maddede öngörülen anayasa uygunluk denetimi kapsamında bu konunun değerlendirilmesinin mümkün olmadığı sonucuna varmaktadır[379].

Anayasa Konseyi'nin bu içtihadı ile idarenin özerk düzenleme yetkisinin alanına müdahale eden kanunlara karşı başvurulabilecek mekanizmalar, 37 ve 41 inci maddelerde öngörülmüş olup inisiyatifi hükümetin elinde bulunan ve bu nedenle de kimi zaman yeterince işlemeyen mekanizmalardan ibarettir. Bunun sonucu olarak, idarenin düzenleme yetkisi alanı kısmen kanunlarla düzenlenmiş durumdadır.

Bu konuya ilişkin olarak nihayet idarenin özerk alanına giren konuları düzenleyen ve hakkında 37 ve 41 inci maddelerde öngörülen mekanizmalar işletilmeyen kanunların durumunu belirlemek gerekmektedir. Bu kanunlar, bir kez yürürlüğe girdiklerinde, Anayasa Konseyi'nce haklarında bir *délégalisation* kararı verilmediği sürece, diğer kanunlarla aynı konumdadırlar. Bu anlamda, idarenin bu kanunlara aykırı düzenleyici ve birel işlemleri, hukuka aykırı sayılmak gerekir.

b. Özerk düzenleyici işlemlerin hukuksal rejimi

1958 Anayasası'nda özerk düzenleme yetkisinin öngörülmesinin, devletin normatif faaliyetinin kanun koyucu ile idare arasında paylaştırılması olarak görülmesi durumunda, özerk düzenleyici işlemlerin hukuksal rejiminin de idarenin diğer işlemlerinden farklı olması ve kanuna yaklaşması gerektiği söylenebilir[380]. İdarenin özerk düzenleyici işlemler dışında kalan işlemlerinin kanunun ya da üst normun uygulanmasına yönelik olması, özerk düzenleyici işlemlerin ise herhangi bir başka normun uygulanması niteliği taşımaması da bu savı güçlendirmektedir.

---

[379] Pascale DEUMIER, "Loi et règlement Etat des lieux", Catherine PUIGELIER (dirigé par), **La loi**, Economica, 2005, s. 24-25'te, bu çözümün Parlamento'nun üstünlüğüne dayanan belirli bir kanun anlayışını yansıttığı ya da gerçek bir Anayasa Mahkemesi'ni yerleştirme iradesinden kaynaklandığı belirtilmekte, ancak umulanın aksine, olumsuz bir etkisi olduğu da eklenmektedir.

[380] FAVOREU, Les règlements autonomes existent-ils?, s. 407'de, mantıken özerk düzenleyici işlemlerin idarî işlemler hiyerarşisinin en üst basamağında yer alması gerektiğini belirtmektedir.

Bununla birlikte, bu konuda açık hüküm içermeyen 1958 Anayasası'nın uygulanması sürecinde Devlet Şurası ve Anayasa Konseyi tarafından benimsenen çözümler özerk düzenleyici işlemleri farklı bir hukuksal rejime kavuşturmaktan uzaktır. Öncelikle, idarenin diğer işlemleri gibi özerk düzenleyici işlemlerinin de idarî yargı denetimine tâbi olduğunu kabul eden Devlet Şurası içtihadının[381] bu türden bir farklılık arayışına darbe vurduğu söylenebilir. Buna göre, idari yargı mercileri önünde iptal davasına konu edilmek bakımından idarenin özerk ve türev düzenleyici işlemleri arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır.

Kuşkusuz özerk düzenleyici işlemlerin iptali için açılan davalarda yargısal denetimin yoğunluğu diğer idari işlemlere göre farklı olmaktadır; zira, bu işlemlerin temelinde uygulanmalarını sağladıkları bir kanun bulunmamaktadır. Bununla birlikte, Devlet Şurası özerk düzenleyici işlemlerin de hukukun genel ilkelerine uygunluk denetimine tâbi oldukları sonucuna varmakla[382], bunların hukuksal rejimini diğer idari işlemlerinkine yaklaştırmaktadır.

Ayrıca, yukarıda da belirtildiği gibi, özerk düzenleme yetkisinin güvence altına alınmasına yönelik mekanizmaların işleyiş biçiminden kaynaklanan sonuçlar, özerk düzenleyici işlemlerin de kimi zaman kanunlara aykırı olduğu için iptali sonucunu doğurabilmektedir. Şöyle ki, özerk düzenleme yetkisinin alanına giren bir konuyu düzenlediği hâlde yürürlüğe girmiş ve hakkında Anayasa'nın 37 nci maddesinde öngörülen *délégalisation* mekanizması işletilmemiş olan bir kanun, idarenin bu konuda yapacağı her türlü işlem yönünden bağlayıcı olacaktır. *Délégalisation* usulüne başvurmaksızın bu kanuna aykırı düzenleme yapan yürütme organının, konunun özerk düzenleme yetkisinin münhasır alanına girdiğini iddia etmesinin anılan düzenleyici işlemin hukuka uygunluğu üzerinde hiçbir etkisi yoktur. Fransız hukukunda, görülmekte olan bir davada uygulanacak kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığının görevli yargı yeri tarafından dikkate alınmasını sağlayan bir mekanizmaya yer verilmediğinden, Anayasa'nın 37 nci maddesinde öngörülen süreç

[381] CE Sec., 26.6.1959, Syndicat général des ingénieurs-conseils, **R.** 394.

[382] Devlet Şurası'nın 26.6.1959 tarihli kararında benimsenen bu çözüm uyarınca, özerk düzenleme yetkisinin tâbi olduğu hukukun genel ilkelerinin, yalnızca anayasal nitelik taşıyanlarla sınırlı olmadığı savunulmaktadır. Bkz. René CHAPUS, "De la soumission au droit des règlements autonomes", **D**, 1960, chron. 119.

işletilmediği müddetçe, idarenin özerk yetki alanını ihlal ederek çıkarılan kanunlara aykırı düzenleyici işlemlerin iptal edilmesi kaçınılmazdır[383].

Son olarak kanunla düzenlenmesi gereken konulara ilişkin olarak tesis edilen düzenleyici işlemler üzerinde durmak gerekir. Anımsanacağı gibi, Anayasa'nın 34 üncü maddesinde öngörülen ayırımdan hareketle, kuralları kanunla belirlenen konularda tesis edilen düzenleyici işlemler türev; kanunun temel ilkelerini öngördüğü alanlarda yapılan işlemler ise özerk düzenleme yetkisinin tezahürü sayılmaktaydı. Ne var ki, Anayasa Konseyi'nin içtihadı zamanla dönüşerek, Anayasa'nın 34 üncü maddesinde yapılan bu ayırıma önem atfetmemek gerektiği ve kuralların belirlenmesi ile temel ilkelerin öngörülmesi arasında herhangi bir fark bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır[384]. Bu nedenle, Anayasa'nın 34 üncü maddesinde öngörülen konuların bir bölümünde idarenin özerk düzenleme yetkisine sahip olduğu saptaması kuramsal açıdan hâlâ savunulabilirse de, pratik yönden 34 üncü maddede yer alan konularda kullanılan düzenleme yetkisi ortak hukuksal rejime tâbi olmaktadır[385].

2. Türk Hukuku: Yasama Yetkisi ile Düzenleme Yetkisi Arasındaki Sınırın Belirsizliği

Türk hukukunda, idarenin düzenleme yetkisini kullanabilmesi için o alanın önceden kanunla düzenlenmiş olması gerektiği kuralının benimsendiği yukarıda da belirtilmişti. Bu kural, Anayasa'nın tüzük ve yönetmeliklerin kanunların uygulanmasını sağlamak üzere çıkarılacağını öngören 113 ve 124 üncü maddeleri

---

[383] Devlet Şurası'nın özerk düzenleyici işlemlerin kanunlara uygunluğunu da denetlediği örnekler için bkz. CE, 19.12. 1962, *Syndicat national des médecins électro-radiologistes qualifiés*, **R.** 687; CE, 27.2.1970, *Bessin*, **R.** 139; CE, 12.10.1979, *Rassemblement des nouveaux avocats de France et autres*, **R.** 371.

[384] CC, 27.11.1959, 59-1 L, **Rec**. 67.

[385] Anayasa'nın 34 üncü maddesinin tümüyle kanuna özgülediği (kuralları kanunla belirlenecek olan) konularda Anayasa Konseyi'nin verdiği bir *délégalisation* kararına dayanılarak çıkarılan özerk düzenleyici işlemlerin varlığının da, özerk düzenleme yetkisini türev düzenleme yetkisi karşısında belirlemeye yönelik ayırıcı bir ölçütün olmadığın gösterdiği savunulmaktadır. Bkz. FAVOREU, Les règlements autonomes existent-ils?, s. 407.

kadar, idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğunu ve kanunla düzenleneceğini öngören 123 üncü maddesi ile de doğrulanmaktadır. Düzenleme yetkisi idareye üstlendiği görevleri yerine getirmek üzere tanınacağına ve bu görevler de ancak kanunla düzenlenebileceğine göre, anılan 123 üncü madde, kanuna dayanmayan düzenleme yetkisi olamayacağının dolaylı bir göstergesi sayılabilir.

Bununla birlikte, idarenin düzenleme yetkisine sahip olabilmesi için bunun kanunda açıkça öngörülmüş olması zorunlu değildir. Anayasa'nın ne 113 ve 124, ne de 123 üncü maddesi böyle bir zorunluluk öngörmekte; tam aksine, bu hükümler düzenleme yetkisinin kanundan bağımsız olmasa da, spontane olarak kullanılabileceğini göstermektedir. Bir kanunun uygulanmasını sağlamak için, o kanunun bunu açıkça öngörmesi gerekmez; bir kanun çıkarıldığı takdirde, idare o kanunu uygulamak bağlamında Anayasa'dan kaynaklanan bir düzenleme yetkisine sahiptir.

Bu açıklamalar, 1982 Anayasası'na da Türk hukukuna da özgü olmayıp, XX nci yüzyılın başından itibaren Fransız öğretisinde savunulmuş ve Türk öğretisince de benimsenmiş görüşlerin sonucudur. 1982 Anayasası'nda kendisini gösteren yürütmenin güçlendirilmesi eğilimi, Cumhurbaşkanı'nın istisnaî özerk düzenleme yetkisi dışında, bu ana kuralı değiştirmemiştir.

Ne var ki, bu kuralın kapsamının belirlenebilmesi için, nasıl uygulandığının da ortaya konması gerekmektedir. Fransız ve Türk hukukunda kanunların yürütülmesi kavramından hareketle düzenleme yetkisini kavramaya çalışan öğretinin, bu yetkinin uygulamadaki görünüm biçimlerini, kurdukları kuramsal çerçeveyi zorlayan analizlerle açıkladığına yukarıda değinilmişti. 1961 ve 1982 Türk Anayasaları uyarınca, kanunların Anayasa'ya uygunluğu denetimini yapan Anayasa Mahkemesi'nin, idareye düzenleme yetkisi tanıyan kanunların Anayasa'ya uygun olup olmadığı bağlamında düzenleme yetkisinin kapsamına ilişkin sonuçlara vardığı görülmektedir. Bu sonuçlardan hareketle, yasama yetkisi ile düzenleme yetkisi arasındaki sınırın ölçütünün somut uyuşmazlıklardan bağımsız olarak ortaya konması mümkün olabilir (**a**); ne var ki, somut uyuşmazlıkların değerlendirilmesi, bu ölçütün açık ve kesin olmadığını göstermektedir (**b**).

a. Anayasa Mahkemesi kararlarında yasama yetkisi ile düzenleme yetkisi arasındaki sınırın ölçütü

Yargı kararlarının esasen bir uyuşmazlığın çözülmesine yönelik olduğu tartışmasız olduğu hâlde, özellikle yüksek yargı organlarının kararlarında uyuşmazlığın çözümünde dayanılan temel ilke ve kuralların anımsatıldığına da sıkça rastlanmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, düzenleme yetkisinin çerçeve ve kapsamını genellikle, Anayasa'nın yasama yetkisinin devredilemeyeceğini öngören 7 nci maddesi bağlamında tartışmaktadır. Bir kanun hükmü ile belirli bir konunun düzenlenmesi hususunda idareye yetki verilmesi durumunda, bu kanun hükmünün Anayasa'nın anılan 7 nci maddesine aykırı olduğunun ileri sürülmesi, Anayasa Mahkemesi'ni yasama yetkisinin içeriğini ve dolayısıyla düzenleme yetkisinin kapsamını belirlemek konumunda bırakmaktadır.

İdarenin klasik düzenleme yetkisinin sınırlı ve tamamlayıcı bir yetki olduğunu kabul eden Anayasa Mahkemesi, yasama yetkisi ile düzenleme yetkisi arasındaki sınırı şöyle çizmektedir: "*(y)asama yetkisinin devredilmezliği ilkesi uyarınca, yürütme organına genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi verilemez. Yürütme organının yasayla yetkili kılınmış olması, yasayla düzenleme anlamına gelmeyeceğinden, yürütmeye devredilen yetkinin Anayasa'ya uygun olabilmesi için yasada temel esasların belirlenmesi, sınırların çizilmesi gerekir. Bu doğrultuda, uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin konuların düzenlenmesi ise yürütme organına bırakılabilir*"[386]. Yüksek Mahkeme'nin istikrar kazanan bu içtihadı[387] uyarınca temel esaslar ile yönetim tekniğine ilişkin konular

[386] AYM, 14.3.2005, E. 2003/70 – K. 2005/14, R.G. 26.4.2005 – 25797.

[387] Anayasa Mahkemesi, temel esaslar ile yönetim tekniğine ilişkin konular arasındaki ayırımdan hareketle yasama yetkisi ile düzenleme yetkisi arasındaki sınırı belirleyen bu yaklaşımı, ilk olarak 1961 Anayasası'nın yürürlükte olduğu dönemde geliştirmiş ve bugüne dek korumuştur. Örnek olarak bkz. AYM, 10.12.1962, E. 1962/198 – K. 1962/111, R.G. 24.1.1963 – 11316; AYM, 1977/1 – K. 1977/20, R.G. 5.12.1977 – 16130; AYM, 18.7.1994, E. 1994/46 – K. 1994/57, R.G. 14.12.1995 – 22493.

arasındaki ayırımın Anayasa'da açık bir dayanağı olmaması karşısında Mahkeme yaklaşımını, düzenleme yetkisinin tarihsel gelişiminden aşina olduğumuz bir gerekçeye dayandırmaktadır: "*Anayasa'nın 7. maddesine göre, yasama organı Anayasal sınırlar içinde kalmak kaydıyla, herhangi bir alanı düzenleme yetkisine sahip bulunmaktadır. Ekonomik olayların niteliği, gelişen koşul ve durumlara göre sık sık değişik önlemler alma, bunları kaldırma ve süratli biçimde hareket etme zorunluluğu, yasama organının yapısı ve işleyiş biçimi yasama organının yürütme organını yetkilendirmesini gerekli kılabilir*"[388] [389]. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi'nin dayandığı bu gerekçenin mutlak olmadığı da belirtilmelidir; hatta Yüksek Mahkeme'nin 1961 Anayasası'nın yürürlükte olduğu dönemde, 28.7.1967 günlü ve 933 sayılı Kalkınma Planının Uygulanması Esaslarına Dair Kanun'un iptali istemiyle açılan davada verdiği kararında[390] yukarıda alıntılan argümanın çürütülmesine yönelik çabası, uzunca bir alıntıyı haklı kılmaktadır:

---

[388] AYM, 29.12.2004, E. 2002/39 – 2004/125, R.G.25.10.2005 – 25977. Anayasa Mahkemesi'nin bu gerekçelendirme biçimine ilk kez, 1961 Anayasası'nın yürürlükte olduğu dönemde başvurduğu görülmektedir. Ancak, 1960'lı yılların başında verilen kararlardaki gelişim çizgisi ilgi çekicidir. Yüksek Mahkeme, düzenleme yetkisine ilişkin ilk kararlarından birisinde (AYM, 10.12.1962, E. 1962/198 – K. 1962/111, R.G. 24.1.1963 – 11316) yasama organının bir konuyu en ince ayrıntısına kadar düzenleme yetkisi olsa da, sözü edilen gerekçeyle uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin hususlarda yürütme organına düzenleme yetkisi verebileceğini belirtmekte; dört ay sonra verdiği bir kararında (AYM, 7.3.1963, E. 1962/281 – K. 1963/52, R.G. 11.5.1963 – 11140), kanunlarda ayrıntıya ilişkin teknik hususların düzenlenmesinin güçlüğünden bahisle, bu konularda yürütmeye yetki verilmesini bir zorunluluk olarak nitelemekte; nihayet bu sonuncudan yaklaşık yirmi gün sonra verdiği bir kararda da (AYM, 28.3.1963, E. 1963/4 – K. 1963/71, R.G. 18.10.1963 – 11534), ayrıntılı düzenlemelerin kanunla yapılmasının önemli sakıncalar içerdiğinin farkına varmaktadır. Yasama organının yapı ve işleyişinden kaynaklanan sonuçlara ilişkin bu değerlendirmelerle, kamu hukuku öğretisinin 1960'lı yıllardaki önemli ismi ONAR'ın görüşleri (bkz. İdare Hukuku, C. I, s. 371-372) arasındaki paralellik de gözden kaçmamaktadır.

[389] Yüksek Mahkeme bir başka kararında da, uyuşmazlık konusu kanun hükmü ile, yabancı uyruklu gerçek ve tüzel kişilerin Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde taşınmaz edinmelerine ilişkin bazı konularda idareye sınırsız ve açık olmayan bir düzenleme yetkisi tanındığını, oysa bu konuların düzenlenmesinde, yasama organının objektif ve serinkanlı değerlendirmesine ihtiyaç bulunduğunu belirtmektedir (Bkz. AYM, 13.6.1985, 1984/14 – 1985/7, R.G. 24.8.1985 – 18852). Mahkeme'nin bu kararları, yasama yetkisi ile düzenleme yetkisinin sınırının belirlenmesinde, "ivedilikle düzenlenmesi gereken konular" ile "düzenlenmesi objektif ve serinkanlı bir değerlendirmeyi gerektiren hususlar" arasında yapılacak bir ayırımın da geçerli ölçüt olabileceği izlenimini doğurmaktadır; ne var ki Anayasa Mahkemesi bu denli öznel bir ayırımı kuralsallaştırma eğilimine girmemiştir.

[390] AYM, 23, 24 ve 25.10.1969, E. 1967/41 – K. 1969/57, R.G. 12.3.1971 – 13776.

"*(…) Anayasal sınırları aşan Bakanlar Kurulu kararnameleri ile düzenlemenin, iktisadi tedbirlerin yasa kuralları ile karşılanamıyacağı, bu tedbirlerin süratle alınması gerektiği düşüncesine dayandırılması dahi bugünkü iktisadi gerçeklerle, Yasama Meclislerinin çalışma durumuna uygun düşmemektedir. Bir kez, her konuda alınacak iktisadi tedbirler, genellikle, bellidir, iktisada ilişkin yazılarda ve uzman raporlarında gösterilmiş bulunmaktadır, yoksa bunlar yeniden aranılacak bulunacak değildir. Yapılacak iş, bilinen ve salık verilmiş olan tedbirlerden hangisine, belli durumda, başvurulacağı, birçok tedbirlerden hangisinin belli durumda seçileceğidir ki bu tedbirler yasada sayıldıktan sonra bunlardan bir veya birkaçının seçimi konusunda yürütmeye yasada belirlenecek sınırlar içinde yetki tanınabilir.*

Yasada öngörülmeyen çok önemli bir durumla karşılaşılır ya da gösterilmiyen bir tedbir zorunlu görülürse, ki bu seyrek gerçekleşebilecek bir olaydır, o zaman ivedilikle yasanın değiştirilmesi veya ek bir yasa çıkarılması yoluna gidilebilir. Unutulmamalıdır ki Meclisler çoğunluğunun kamu yararı gördüğü konularda yasa değişiklikleri kısa zamanda, Yasama Meclislerinde yapılabilmektedir"[391].

Anayasa Mahkemesi'nin temel esaslar ile uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin hususlar arasında yaptığı ayırımı, önündeki somut Anayasa'ya aykırılık sorunun özelliklerinden kaynaklanan çözümler bir yana bırakılırsa, açık bir biçimde ortaya koyduğunu söylemek mümkün değildir[392]. Her ne kadar Yüksek Mahkeme,

---

[391] Her ikisi de Anayasa Mahkemesi'ne ait olan bu iki karşıt yaklaşım, yasama organının ağır işleyişi ve hantal yapısından hareketle varılan sonuçların, esasen pozitif hukuka yabancı olup, sosyal ve siyasal alana ilişkin değer yargılarından kaynaklandığını göstermektedir. Ne var ki, yukarıda alıntılanan ikinci karar, Yüksek Mahkeme'nin değer yargılarındaki bir değişimi işaret etmemektedir; zira bundan önce ve sonra verdiği kararlarında bu doğrultuda çözümlemeler yer almamaktadır. Pozitif hukukun sistemleştirilmesi gayretinin önemli güçlüklerinden birisi de bu noktada karşımıza çıkmaktadır; "Anayasa Mahkemesi'nin ekonomik konularda düzenleme yetkisinin sınırına ilişkin içtihadı nedir?" sorusuna bütünsel bir yanıt arayan hukukçu, Yüksek Mahkeme'nin 933 sayılı Kanun'a ilişkin olarak verdiği kararın istisnaî nitelik taşıdığı gerekçesiyle göz ardı edilmesi gibi kolaycı bir çözüm ile 1969 yılının ekonomik koşullarının diğer yıllardakinden farklı olduğu yolunda mantıksal ancak anlamsız bir çıkarım arasında sıkışmaktadır.

[392] Turgut TAN, "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Yürütmenin Düzenleme Yetkisi", **Anayasa Yargısı**, C. 3, 1986, s. 209.

kimi kararlarında bu ayırımdan hareketle, kanunun hiçbir sınır ve çerçeve çizmeden yürütmeye kapsamı belirsiz bir düzenleme yetkisi tanımasının yasama yetkisinin devri anlamına geleceğini belirtmekte ise de[393], bu belirlemenin de ilkinden daha açık ve somut olduğunu söylemek olanaksızdır. O halde, sınırın nereden geçtiğinin belirlenmesi, hangi somut kanun hükümlerinin yasama yetkisinin devri niteliğinde görülüp hangilerinin görülmediğinin incelenmesine bağlıdır. Ancak bundan önce, Anayasa Mahkemesi'nin soyut yaklaşımına ilişkin son bir sorun üzerinde durulması zorunludur.

Bu sorun, Anayasa'da kanunla düzenlenmesi gerektiği öngörülen konularda idareye tanınan düzenleme yetkisinin sınırına ilişkindir. Anayasa Mahkemesi'nin kararlarından, bu konulara ilişkin olarak farklı ilkelerin geçerli olduğu sonucuna varmak mümkün değildir. 1961 Anayasası'nın yürürlükte olduğu dönemde verilen ve Anayasa'da kanunla düzenlenmesi gerektiği öngörülen konularda idareye düzenleme yetkisi tanınamayacağını hükme bağlayan istisnai karar dışında[394], Yüksek Mahkeme'nin yukarıda zikredilen sınırı, düzenlenecek konunun niteliğine ilişkin hiçbir ayırım yapmaksızın benimsediğini söylemek yanlış olmaz. Bununla birlikte, belirli bir konuda idareye düzenleme yetkisi tanıyan kanun hükümlerini, soyut bir açıklama ve ayırım yapmaksızın, o konunun kanunla düzenlenmesi gerektiğini öngören Anayasa hükmüne aykırı bularak iptal ettiği kararları mevcuttur[395].

---

[393] Örnek olarak bkz. AYM, 13.6.1985, E. 1984/14 – K. 1985/7, 24.8.1985 – 18852; AYM, 24.6.1997, E. 1996/56 – K. 1997/58, R.G. 13.01.2005 – 25699; AYM, 14.3.2005, E. 2003/70 – K. 2005/14, R.G. 26.4.2005 – 25797.

[394] AYM, 4.2.1966, E. 1965/2 – 1966/3, R.G. 8.6.1966 – 12317: "(Y)asama organının, sınırları belli edilen konularda yürütme organına düzenleme görevi verebilmesi hususunun doktrinde caiz görüldüğü bilinmekle beraber bu müsaadenin, Kanun Koyucuya belli konuların bir kanun ile düzenlenmesi görevinin Anayasa ile tahsisen verilmiş olması hallerine kadar uzatılması mümkün görülmemektedir. Zira bu hallerde Kanun Koyucunun, bir kanun hükmü ile, kendisine verilmiş olan düzenleme görevini idareye devretmesi, hem görevi veren Anayasa hükmüne, hem de (1961 Anayasası'nın) 5 inci maddesindeki yasama yetkisinin devrolunamayacağına dair olan kuralına aykırılık teşkil eder".

[395] Anayasa Mahkemesi, başlangıçta bu türden kararlarında ilgili Anayasa hükmü yanında yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine de dayanmakla birlikte (AYM, 28.6.1988, E. 1987/21 – K. 1988/25, R.G. 8.1.1989 – 20043: "*Anayasa'nın 162. maddesine göre, genel ve katma bütçeler Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından incelenip karara bağlandığından, aylık ve ödeneklerini bu bütçelerden alacak olan memurların kadrolarının da Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına*

b. Ölçütün somut uyuşmazlıklara göre değerlendirilmesi

Anayasa Mahkemesi'nin temel esaslar ile uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin hususlar arasında yaptığı ayırımın Mahkeme'nin önüne gelen Anayasa'ya aykırılık iddiaları yönünden somutlaşma biçimi, düzenleme yetkisinin kapsamına ilişkin olarak bu ayırımdan hareketle geliştirilen yaklaşımı tümüyle geçersiz kılacak çelişkiler içermektedir. Yüksek Mahkeme'nin yakın tarihli iki kararı, bu durumu açıkça ortaya koymaktadır.

Bu kararlardan biri[396], 3.7.2003 günlü ve 4916 sayılı "Çeşitli Kanunlarda ve Maliye Bakanlığının Teşkilât ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"un 19 uncu maddesiyle değiştirilen 22.12.1934 günlü ve 2644 sayılı Tapu Kanununun 35 inci maddesine; diğeri ise[397], 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun'a ilişkindir[398]. Birinci kararda iptali istenen 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 35 inci maddesi, yabancı uyruklu gerçek ve tüzel kişilerin Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde taşınmaz edinmelerini düzenlemekte; son fıkrasında da, kamu yararı ve ülke güvenliği bakımından bu madde hükmünün uygulanmayacağı yerleri belirlemeye Bakanlar Kurulu'nu yetkili kılmaktadır. İkinci karara konu olan 1567 sayılı Kanun'un 1 inci maddesinde ise, kambiyo, nukut, esham ve tahvilat alım ve satımının ve bunlarla kıymetli madenler ve kıymetli taşlarla bunlardan mamul veya bunları muhtevi her nevi eşya ve kıymetlerin ve ticari senetlerle tediyeyi sağlayan

---

sunulması, kanunla düzenlenmesi gerekir. Öte yandan, Anayasa'nın 7. maddesinde 'Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez' denildiğinden, kanun konusu olan bir işlemin Bakanlar Kurulu'nca yapılması da olanaksızdır"), son yıllarda konuyu ayrıca Anayasa'nın 7 nci maddesi yönünden de inceleme gereğini duymamaktadır (Örnek olarak bkz. AYM, 18.6.2003, E. 2000/5 – K. 2003/65, R.G. 8.5.2004 – 25456).

[396] AYM, 14.3.2005, E. 2003/70 – K. 2005/14, R.G. 26.4.2005 – 25797.

[397] AYM, 8.10.1998, E. 1997/53 – K. 1998/62, R.G. 4.7.2001 – 24452.

[398] Bu karar, Anayasa Mahkemesi'nin 1567 sayılı Kanun hakkındaki ilk kararı olmayıp, konunun düzenleme yetkisine ilişkin boyutuyla sınırlı olarak, 1961 Anayasası'nın yürürlükte olduğu dönemde verdiği 28.3.1963 tarih ve E. 1963/4 – K. 1963/71 sayılı (R.G. 18.10.1963 – 11534) kararındaki ifadeleri aynen içermektedir.

her türlü vasıta ve vesikaların memleketten ihracını ve memlekete ithalini tanzim ve tahdit etmek ve Türk Parasının kıymetinin korunması zımnında kararlar almak konusunda Bakanlar Kurulu'nun yetkili olduğu hükme bağlanmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin geliştirdiği ölçüt açısından bakıldığında, her iki hükmün birbirine benzer nitelikte olduğunu söylemek güç değildir. İki hüküm de, belirli konularda Bakanlar Kurulu'na düzenleme yetkisi tanımakta; ancak bu konulara ilişkin olarak, temel esaslar bir yana, hiçbir kural getirmemektedir. Bu yönüyle, her iki hükmün idareye sınırsız ve belirsiz kapsamlı bir düzenleme yetkisi tanıdığı söylenebilir. Ne var ki Anayasa Mahkemesi, Tapu Kanunu'nun 35 inci maddesinin son fıkrası yönünden bu görüşte olmakla birlikte, 1567 sayılı Kanun'un 1 inci maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna varmaktadır. Mahkeme'nin her iki kararında da temel esaslar ile uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin hususlar arasındaki ayırımı vurgulaması, aynı ölçütten hareket ettiğini gösterdiği hâlde, benzer hükümler hakkında karşıt sonuçlara nasıl vardığını anlamak mümkün olamamaktadır. Buna göre, Tapu Kanunu'nun ilgili hükmü ile Bakanlar Kurulu'na kamu yararı ve ülke güvenliği gibi sınırları belirsiz kavramlara dayanarak verilen geniş takdir yetkisinin yasama yetkisinin devri niteliğinde olduğu sonucuna varılırken, 1567 sayılı Kanun'un belirli ya da belirsiz hiçbir sınır öngörmeden idareye düzenleme yetkisi tanıyan 1 inci maddesi hükmü ile, "*konuya ilişkin temel kuralların saptan*"dığı belirtilmektedir. Bu ikinci değerlendirmenin, "temel kural" ölçütünün içini tümüyle boşalttığını söylemeye, 1567 sayılı Kanun'da yer alan hüküm karşısında, herhalde gerek yoktur[399].

İdarenin düzenleme yetkisinin kanunlarla çizilen çerçeve içerisinde kullanılabileceğini öngören Anayasa Mahkemesi bir başka kararında da[400], 23.5.1987 günlü ve 3332 sayılı Kanun'un, Bakanlar Kurulu'na Devlet Yatırım Bankası'nı özel hukuk hükümlerine tâbi bir anonim şirket hâlinde faaliyet göstermek üzere yeniden düzenleme yetkisi veren ve "Devlet Yatırım Bankasının tüzel kişiliğinin devam

[399] Danıştay'ın da 1567 sayılı Kanun'a ilişkin yaklaşımı farklı değildir. Danıştay 10. Daire, 23.02.1982, E. 1982/853 K. 1982/115, **DBB**'de, anılan Kanun ile idareye çok geniş yetkiler tanındığı, bu nedenle Kanun'da öngörülmeyen kimi hususlara ilişkin düzenlemelerin hukuka aykırı olmadığına karar vermektedir.

[400] AYM, 21.1.1988, E. 1987/11 – K. 1988/2, R.G. 29.3.1988 – 19769.

etmesi suretiyle anonim şirket nev'ine dönüştürülmesi ile ilgili esaslar, intikal hükümleri, bankanın ilgili olduğu bakanlığın tespiti, bankanın unvanı, maksat ve iştigal konuları, sermaye yapısı, idare ve temsili, organlarının teşkili, atama ve seçilme usulleri, görev ve yetkileri, denetlenmesi ve tasfiyesi ile ilgili hususlar Bakanlar Kurulu kararıyla belirlen"eceğini öngören 2 nci maddesi hükmünün Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre, "*(b)u düzenlemede, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin yasama yetkisini kullanarak bir kanun çıkardığı ve bu kanunla, yürütme yetki ve görevini kullanan Bakanlar Kurulu'na sınırları belli bir alan içinde takdir yetkisine dayanarak Anayasa ve yasalara aykırı olmayan bir düzenleme görevi verdiği açıkça ortadadır*". Anayasa Mahkemesi bu kararında, aslında temel esasların kanunla belirlenmesi gerektiği yolundaki içtihadının bir uzantısı olan "idareye sınırları belirli bir alan içerisinde düzenleme yetkisi tanınması" kuralını, bu sınırların esasları belirlenmiş bir çerçeve çizilerek belirlenmesi gerektiği biçiminde yorumlamamakta; düzenleme yetkisinin kapsamına hangi konuların girdiğinin sayılması suretiyle sınır çizilmesini yeterli gördüğü izlenimini yaratmaktadır.

Nihayet Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında da[401], 1982 Anayasası'nın 167 nci maddesi ile 2876 sayılı Dış Ticaretin Korunması Hakkında Kanun'un 3 üncü maddesi hükümlerini, anılan metinlerin lafzını bir hayli aşan biçimde yorumlayarak, dış ticaretin korunması alanında düzenleme yetkisini neredeyse sınırsız hâle getirmiştir. Anayasa'nın 167 nci maddesinin ikinci fıkrasında, "*(d)ış ticaretin ülke ekonomisinin yararına olmak üzere düzenlenmesi amacıyla ithalat, ihracat ve diğer dış ticaret işlemleri üzerine vergi ve benzeri yükümlülükler dışında ek mali yükümlülükler koymaya ve bunları kaldırmaya kanunla Bakanlar Kuruluna yetki verilebil*"eceği öngörülmekte; 2876 sayılı Kanun'un 3 üncü maddesinde de, "*(i)thalat, ihracat veya dış ticaret işlemleri üzerine konulan ek mali yükümlülüklerin nevi, miktarı, tahsili, takibi, iadesi, gerektiğinde bütçeye irat kaydedilmesi, bir fonda toplanması ve fonun kullanım esasları Bakanlar Kurulu kararında gösteril*"eceği hükme bağlanmaktadır. Yüksek Mahkeme'nin bu iki hükümden hareketle vardığı sonuç ise şöyledir: "*Anayasa'nın 167. maddesinin ikinci fıkrasının vermiş olduğu*

[401] AYM, 11.1.1985, E. 1984/6 – K. 1985/1, R.G. 17.6.1985 – 18787.

yetkiye dayanarak Yasama Organı, 'dış ticaretin düzenlenmesi'ni yürütme organına bırakmıştır. O halde, Bakanlar Kurulu, Anayasa'ya uygun olmak koşuluyla bu konunun çerçevesini, genel esaslarını, temel yönlerini ve ayrıntılarını tümüyle düzenleme yetkisine sahiptir". Anayasa'nın 167 nci maddesi, yasama organının Bakanlar Kurulu'na yalnızca dış ticaretin düzenlenmesi amacıyla ek malî yükümlülükler koymak ve kaldırmak yetkisi verebileceğini öngördüğü ve 2876 sayılı Kanunla da, sınırların aşılıp aşılmadığı tartışılabilirse de, esas olarak Anayasa'daki düzenleme doğrultusunda Bakanlar Kurulu'na ek malî yükümlülüklere ilişkin düzenleme yetkisi tanındığı hâlde, Anayasa Mahkemesi'nin Bakanlar Kurulu'nun genel olarak dış ticareti düzenlemek konusunda sınırsız bir yetkiye sahip olduğu sonucuna nasıl ulaştığını anlamak kolay değildir.

B. KANUNUN HİYERARŞİK ÜSTÜNLÜĞÜ

Fransız ve Türk hukukunda, yukarıda belirtilen nedenlerle düzenleme yetkisinin anayasal görünümünden farklı bir niteliğe büründüğü söylenebilir. Bu farklılığın her iki düzendeki ortak ifadesi, kanunun hiyerarşik üstünlüğü ilkesidir. Ne var ki, bu ortak sonucun Fransız ve Türk hukuku yönünden farklı anlamlara geldiği belirtilmelidir. Düzenleme yetkisinin genişleme eğilimi yönünden konuya bakıldığında, kural olarak türev nitelik taşıdığı Türk hukuk düzeninde, bu özelliğe bağlanan sonuçlardan yalnız birisine tâbi olması, bu eğilimi doğrularken; Fransız hukukunda, özerklikle nitelenen düzenleme yetkisinin, hangi biçimde olursa olsun kanunla bağlanması, yine anılan eğilim yönünden bir geri adım olarak görülebilir.

Kanunun üstünlüğü ilkesinin Fransız (**2**) ve Türk (**3**) hukuk düzenlerinde ne şekilde tezahür ettiğini incelemeden önce, yasallık ilkesinin kapsamı üzerinde durulması önemlidir. Zira kanunun üstünlüğü ilkesinin doğru anlamlandırılabilmesi yönünden, yasallık ilkesinin farklı kapsamlardaki algılanış biçimlerinin (**1**) de dikkate alınması ve düzenleme yetkisinin kanunla ilişkisinin bu çerçevede değerlendirilmesi yararlıdır.

1. Yasallık İlkesinin Kapsamı

Fransız ve Türk idare hukukunda geçerli temel ilkelerden biri, belki de en önemlisi olan yasallık ilkesinin kuramsal bir değerlendirmesi, Fransız kamu hukuku öğretisinin önemli isimlerinden Charles EISENMANN tarafından yapılmış olup[402], bu değerlendirme her iki hukuk sistemine de uygulanabilir olması bakımından[403] ilkenin kavranması için elverişli bir hareket noktası oluşturmaktadır.

Yasallık ilkesinden yalnızca idari işlemler ile kanunlar arasındaki uygunluk ilişkisini anlayan[404] EISENMANN, bununla birlikte, kanunlarla yetkilendiren makamların tesis ettiği işlemler de içinde olmak üzere her türlü hukuk kuralına uygun davranmanın yasallık ilkesinin gereği olduğunu belirtmektedir; zira kanunla yetkilendirilmiş makamın koyduğu kurala uymak, kanunda öngörülen yetki kuralı aracılığıyla dolaylı yoldan kanuna uygun davranmak anlamına gelmektedir[405].

Yazarın düzenleme yetkisi yönünden de büyük önem taşıyan saptaması ise, yasallık ilkesinin içeriğine ilişkindir. Buna göre, yasallık ilkesi farklı yoğunluk ve sonuçları olan iki anlama sahiptir: Asgarî yasallık anlayışında geçerli olan, bir "bağdaşırlık (aykırı olmama) ilişkisi"yken; azamî yasallık anlayışında "uygunluk ilişkisi" söz konusu olmaktadır[406].

Bağdaşırlık ilişkisinin gereği, idarenin kanunlara aykırı hareket edememesidir; kanunun yasakladığı işlemin yapılması mümkün olmadığı gibi, kanunun emrettiği hususların da yerine getirilmesi zorunludur. Bu anlayışta, kanunun

---

[402] Charles EISENMANN, "Le droit administratif et le principe de légalité", **EDCE**, 1957, s. 25-40.

[403] Nitekim EISENMANN'ın yasallık ilkesine ilişkin anlayışı, Türk hukukunda 1961 Anayasası yönünden GÜNEŞ tarafından da savunulmaktadır (s. 85 v.d.). 1982 Anayasası'nın 123 üncü maddesinde idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğunun ve kanunla düzenleneceğinin öngörülmesi de, aşağıda görüleceği gibi, EISENMANN'ın yasallık anlayışına uygun bir çerçeve sunmaktadır.

[404] EISENMANN, Principe de légalité, s. 29.

[405] EISENMANN, Principe de légalité, s. 29.

[406] Yasallık ilkesinin bu iki anlamı hakkındaki açıklamalar için bkz. EISENMANN, Principe de légalité, s. 31 v.d.

olmadığı yerde yasallık ilkesine aykırılıktan bahsetmek de mümkün değildir; "kurala aykırılık", kuralın varlığını gerektirir.

Uygunluk ilişkisinde ise, yasallık ilkesinin kapsamı bununla sınırlı değildir; uygunluk ilişkisi, "bir nesnenin, somut gerçekleşme biçimini oluşturduğu ideal, genel ve soyut bir tip ile arasındaki ilişki"yi ifade eder. Bu ilişkinin gereği olarak idarenin kanunla öngörülmeyen ve dolayısıyla izin verilmeyen bir işlemi yapması olanaksızdır. Kanunla düzenlenmeyen alanlarda yapılan işlemler, uygunluk ilişkisinin tanımı gereği, ortada bir kanun olmadığı için yasallık ilkesine aykırı olacaktır. Kuşkusuz bu yasallık anlayışı, "bağdaşırlık ilişkisi"ni de içermektedir.

EISENMANN'ın analizini düzenleme yetkisi yönünden açıklığa kavuşturalım. İdarenin kanunun açıkça yasaklamadığı veya sınırlamadığı her durumda düzenleme yetkisini kullanabileceğini öngören bir sistemde, bağdaşırlık ilişkisinin geçerli olduğu söylenebilir. Bu durumda, herhangi bir kanunla düzenlenmeyen alanda da idare düzenleme yetkisini kullanabilir; zira kanunun olmadığı yerde, yasaklama veya sınırlama da söz konusu değildir.

Oysa, yasallık ilkesinin "uygunluk ilişkisi"ne göre kurulduğu bir düzende, kanunun olmadığı yerde düzenleme yetkisinin de varlığından söz edilemez; zira bu ilişki uyarınca, düzenleme yetkisinin kanunla öngörülen ideal tipin bir ölçüde somutlaştırılması amacına dönük olarak kullanılması söz konusudur. Bu durumda, kanunun varlığı koşulunun yanı sıra, bağdaşırlık ilişkisinin de devreye gireceği kuşkusuzdur; düzenleme yetkisinin kullanılmasıyla tesis edilen işlemin bir ölçüde de olsa somutlaştırdığı kanuna aykırı olması düşünülemez[407].

Bu açıklamalardan da kolayca anlaşılabileceği gibi, Fransız ve Türk hukukunda yasallık ilkesi "uygunluk ilişkisi"ni içermektedir. Fransız hukuku yönünden EISENMANN'ın da açıkça dile getirdiği bu yargı, düzenleme yetkisine

[407] André DEMICHEL, **Le droit administratif**, LGDJ, 1978, s. 89-92'de, yasallık ilkesinin içeriğini üç ilkeyle açıklamaktadır: İdarenin faaliyetinin bir hukuk kuralına dayanması, bu kurala uygun olması ve bu kuralın uygulanmasını sağlaması. Hukuk kuralından "kanun" anlaşıldığı takdirde, bu anlayışın da yukarıda özetlenen yaklaşımla aynı sonuçları doğurduğu söylenebilir. Zira EISENMANN, "uygunluk ilişkisi"ni, belirtilen üç ilkeyi de içerecek biçimde tanımlamaktadır.

ilişkin kuramsal açıklamalarda da tartışmasız olarak kabul edilmektedir[408]. Bununla birlikte, aşağıda da görüleceği gibi, idareye özerk düzenleme yetkisi tanıyan 1958 Anayasası bu anlayışta kimi değişiklikler yaratmıştır.

Türk hukuku'nda da, 1924 Anayasası'nın yürürlükte olduğu dönemden bu yana düzenleme yetkisinin kullanılabilmesi için bir kanunun varlığı ön koşulunun aranması, yasallık ilkesinin uygunluk ilişkisi olarak algılandığını göstermektedir. 1982 Anayasası'nın da, çeşitli vesilelerle belirtildiği gibi, bu anlayışta önemli bir değişiklik yarattığı söylenemez. Ne var ki, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararlarından çıkan kimi sonuçlar, bu anlayışı tümüyle sarsmamakla birlikte, bu konuda bir kuşku uyandırmaya müsaittir.

2. Fransız Hukuku

1958 Fransız Anayasası'nın ilk bakışta yasallık ilkesini en azından özerk düzenleyici işlemler yönünden tümüyle geçersiz kıldığı söylenebilir. Gerçekten, devletin normatif faaliyetinin yasama organı ile idare arasında paylaştırılması, özerk düzenleme yetkisinin de yasama yetkisi ile eş düzeyde ve dolayısıyla kanunlarla hiyerarşi ilişki içerisinde olmadan kullanılabileceği izlenimini doğurmaktadır.

Ne var ki, özerk düzenleme yetkisinin alanının korunmasına ilişkin mekanizmaların işleyişi uygulamada farklı bir sonucun doğmasına neden olmuştur. Özerk düzenleme yetkisinin alanına müdahale eden kanunların Anayasa'ya aykırı oldukları gerekçesiyle Anayasa Konseyi tarafından ön denetime tâbi olabilecekleri iddiasını reddeden Konsey içtihadı ile bu alanın korunmasına ilişkin mekanizmaların harekete geçirilmesi inisiyatifinin münhasıran hükümetin elinde bulunması, özerk düzenleme yetkisine konu olması gereken alanları düzenleyen çok sayıda kanun çıkarılması sonucunu doğurmuştur. Bu durum, özerk düzenleyici işlemlerin diğer idari işlemlerden farklı bir hukuksal rejime tâbi olmaması sonucu ile birleşince, bu tür düzenleyici işlemlerin 1958 Anayasası'nın 34 üncü maddesinde öngörülen

[408] Bkz. y. 2. Bölüm, II, A, 2.

délégalisation süreci işletilmediği sürece, özerk düzenleme yetkisinin alanını düzenleyen kanunlara aykırı olamamasına yol açmaktadır.

Yasama organının idarenin özerk düzenleme yetkisinin alanına müdahalesini önlemek amacıyla öngördüğü mekanizmaların zayıflığı sonucu kanunun hiyerarşik üstünlüğü ilkesin doğrulayan 1958 Anayasası, idarenin yasama organının alanına müdahalesini önlemeye yönelik özel bir mekanizma ise öngörmemiştir. Bununla birlikte, bu türden müdahalelerin yaptırımsız kalacağını söylemek mümkün değildir. 1958 Anayasası yürürlüğe girmeden önce de var olan idari yargı denetimi, idarenin kendi alanını aşması durumunda devreye girebilecektir. Bir başka anlatımla, idarenin yasamanın alanına giren bir konuda yaptığı düzenleyici işlemler, idari yargı tarafından olağan yollarla denetlenerek, hukuka aykırı bulunup iptal ya da ihmal edilebilirler.

Yasamanın kendi alanına yeterince sahip çıkmaması da, Anayasa Konseyi'nin içtihadı ile yaptırıma bağlanmıştır. Yasama organı, kendi alanına giren bir konuda gereken düzenlemeyi yapmak yerine, konunun düzenlenmesini idareye bıraktığı takdirde, şayet ilgili kanun Anayasa Konseyi önüne götürülürse, Konsey bu yasanın yürürlüğe girmesine izin vermemektedir. Bunun gerekçesi, yasama organının kendi alanına giren konularda düzenleme yapmama konusunda yetkisiz olmasıdır (olumsuz yetkisizlik = *incompétence négative*)[409]. Anayasa, yasama yetkisinin alanını belirlemek suretiyle kanun koyucuyu da bağlamış; 34 üncü madde kapsamındaki konuların düzenlenmesi konusunda bir kanun ile idarenin yetkilendirilmesini yasaklamıştır. Bu çözüm Anayasa'da açıkça öngörülmemiş olmakla birlikte, Anayasa Konseyi tarafından yasaların anayasaya uygunluğu denetimi bağlamında geliştirilmiştir.

Esasen idarenin özerk düzenleme yetkisinin korunması konusunda çok da hassas olmayan Anayasa Konseyi'nin, kanunun alanının korunması ve dolayısıyla türev düzenleme yetkisinin sınırlanması konusundaki duyarlılığı, 1958 Anayasası'nın yürütmenin güçlendirilmesi eğilimini yansıtan ve düzenleme yetkisinin genişleme

[409] Anayasa Konseyi'nin bu konudaki içtihadı için bkz. Vincent TCHEN, "Domaines respectifs de la loi et du règlement", **Juriscl. Adm.**, Fasc. 106, s. 4 (n° 6-8).

eğilimini bir ölçüde karşılamaya dönük olduğu izlenimi veren genel yapısıyla ters düşmektedir. Bununla birlikte, 1958 Anayasası'nın aslında, yasama yetkisinin alanını nispeten önemli görülen konularla sınırlı bir alana özgülemesinin kanuna kaybettiği itibarını iade etmek amacını taşıdığı[410] ve Fransız hukukunda 1789 Devrimi'nin mirası olan kanunun üstünlüğü ilkesinin düşünsel planda geçerliliğini hâlen koruduğu düşünülürse[411], bu sonucun çok da şaşırtıcı olmadığı söylenebilir. Ne var ki, yasama organının kendisine özgülenen alanın dışına çıkarak neredeyse bir yasama enflasyonuna yol açmasının, amaçlanan "iade-i itibar"a uygun sonuçlar doğurduğunu söylemek mümkün görünmemektedir.

O halde, Fransız hukukunda, özerk düzenleme yetkisi yasallık ilkesinden tümüyle bağımsız görünümde olmasına rağmen, uygulamadan kaynaklanan nedenlerle kanunun hiyerarşik üstünlüğü ilkesinin geçerlilik kazandığı söylenebilir. Kuşkusuz özerk düzenleyici işlemler açısından yasallık ilkesi, türev düzenleme yetkisinden farklı olarak, "uygunluk ilişkisi"ni değil, "bağdaşırlık ilişkisi"ni ifade etmektedir. Özerk düzenleme yetkisinin kullanılabilmesi için, o alanın kanunla düzenlenmesi zorunlu değildir; ancak o alanda daha önce çıkarılmış bir kanun varsa, *délégalisation* süreci işletilmediği müddetçe, idare bu kanuna aykırı düzenleyici işlemler tesis edemeyecektir.

3. Türk Hukuku

Türk hukukunda düzenleme yetkisinin türev niteliğinin kural olarak benimsenmesi, yasallık ilkesinin de "uygunluk ilişkisi"ni ifade eder tarzda yorumlanmasını gerektirmektedir. Anayasa'nın yürütme görevi ve yetkisini düzenleyen 8 inci maddesinde bu yetki ve görevin "*kanunlara uygun olarak kullanıl*"acağının öngörülmesi de böyle yorumlanmalıdır. Her ne kadar, Anayasa'nın tüzük ve yönetmelikleri düzenleyen 115 ve 124 üncü maddelerinde, bu işlemlerin

[410] Jean-Louis PEZANT, Contribution à l'étude du pouvoir législatif selon la Constitution de 1958, **Mélanges Georges BURDEAU: Le pouvoir**, LGDJ, 1977, s. 457.

[411] LOUIS-LUCAS, s. 204.

"kanunlara aykırı olmamak şartıyla" tesis edileceğinin hükme bağlanması, "bağdaşırlık ilişkisi"ni akla getirse de, yine aynı maddelerde idarenin "kanunların uygulanmasını sağlamak üzere" tüzük ve yönetmelik çıkaracağının öngörülmesi, "uygunluk ilişkisi"ni doğrulamaktadır; zira kanunun uygulanmasının anlamı, o kanunla getirilen kuralların öngördüğü tipe uygun ve kuralı somutlaştıran işlemler tesis edilmesidir. Kaldı ki, Türk hukukunda yasallık ilkesinin anayasal dayanağı olarak görülen ve idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olup kanunla düzenleneceğini öngören Anayasa'nın 123 üncü maddesi hükmünden de kolaylıkla bu sonuca varılabilir; bir alanın kanunla düzenlenmiş olması, idarenin o alanda hareket edebilmesinin temel koşuludur[412].

Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın kimi kararları, düzenleme yetkisinin kullanılmasına ilişkin tek koşulun "kanunlara aykırı olmamak" gibi görüldüğü izlenimini doğurmaya elverişlidir. Öncelikle yukarıda belirtildiği gibi, Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında yasama yetkisi ile düzenleme yetkisi arasındaki sınırın belirgin bir ölçüte kavuşturulamaması, hatta böyle bir ölçütün olmadığı izlenimini doğurmaya elverişli kararların varlığı, düzenleme yetkisinin kanunla çizilen bir çerçeve içerisinde kullanılması gerektiğinin savunulmasını güçleştirmektedir.

Bunun dışında Danıştay'ın, bir düzenleyici işlemin hukuka aykırılığı iddiasıyla açılan iptal davalarında çoğunlukla, dava konusu düzenleyici işlemin, "uygunluk ilişkisi" anlamında dayanak sayılan kanun karşısındaki konumunu incelemeyerek; işlemin yalnızca üst norma aykırı olup olmadığını denetlemekle yetindiği görülmektedir[413]. Bunun, türev düzenleme yetkisinin niteliğine uygun

---

[412] GÜNDAY, s. 42.

[413] Kuşkusuz bu durum Danıştay'ın yaptığı denetimin niteliği ile de açıklanabilir. Bağdaşmazlık ilişkisi, yasallık ilkesinin tek boyutu olmamakla birlikte, vazgeçilmez bir unsurudur. Dolayısıyla kanunlarla bağdaşmazlık ilişkisi içerisinde bulunmayan düzenleyici işlemlerin iptal edilmesi kaçınılmazdır. Bu koşullarda, Danıştay'ın bu ilişkinin olmadığını saptadığı durumda, ayrıca uygunluk ilişkisinin varlığını araştırmaksızın iptal kararı verdiği düşünülebilir. Ancak Danıştay'ın açılan davayı reddederken de, yalnızca bağdaşmazlık ilişkisine atıfla yetinmesini anlamaya olanak yoktur. Bir kararında Danıştay, dava konusu yönetmelikte öngörülen konuların yönetmelikle düzenlenmesini engelleyen kanun hükmü bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermektedir (Danıştay 10. Daire, 20.11.1984, E. 1983/1018 K. 1984/1935, **DD**, S. 58-59, s. 363-366).

olmayan biçimde, düzenleme yetkisinin yargısal denetiminin ölçüsünü "bağdaşırlık ilişkisi"yle sınırlı bir yasallık ilkesine indirgediği söylenebilir.

Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın kararlarında idarenin daha önceden kanunla düzenlenmemiş bir alanda düzenleme yetkisi kullanabileceğinin açıkça ifade edildiği görülmemektedir. Ne var ki, bir başka vesileyle de değinildiği gibi, içinde bulunulan dönemin toplumsal ve ekonomik koşullarında kanunla düzenlenmemiş bir alan hemen hemen yok gibidir. Özellikle yargı organlarının, "ilgili alanın kanunla düzenlenmiş olması" koşulunu çok geniş yorumlayarak neredeyse "o konuya temas eden bir kanunun varlığı" gibi algılayan kararları karşısında, bu koşulun büyük ölçüde anlamını yitirdiği söylenebilir.

Bu durumda, Türk hukukunda düzenleme yetkisinin kanunla ilişkisinin "bağdaşırlık ilişkisi" olarak görüldüğünü ileri sürmek fazla iddialı sayılabilirse de, özellikle düzenleyici işlemlerin yargısal denetiminde esas alınan temel ölçünün genel olarak bu biçimde algılandığı söylenebilir[414]. Esasen Anayasa Mahkemesi kararlarında yer alan ve öğretinin de savunduğu birçok kuramsal ilke içerisinde, hemen her zaman hukuksal sonuç doğuran kural, "bağdaşırlık ilişkisi"ne göre belirlenmektedir. Fransız hukukunda düzenleme yetkisinin tümüyle kanunun boyunduruğundan kurtarıldığı görüntüsü altında, klasik (türev) düzenleme yetkisine ilişkin kurallardan yalnızca biri olan "kanunun hiyerarşik üstünlüğü" geçerliliğini korumakta; Türk hukukunda ise, düzenleme yetkisinin klasik çerçevesinin görünüşte korunduğu bir düzende, bundan geriye kalan ve hukuksal sonucu olan neredeyse tek kural, "kanunun hiyerarşik üstünlüğü" olmaktadır.

[414] Danıştay'ın yasallık ilkesine hiç değinmeden dava konusu düzenleyici işlemi "kamu yararı ve hizmet gereklerine aykırı olmadığı" gerekçesiyle hukuka uygun bulduğu kararları da mevcuttur; ancak bunların sayısı fazla değildir. Örnek olarak bkz. Danıştay 10. Daire, 29.4.1999, E. 1996/3874 K. 1999/2144, **DD**, S. 102, s. 607-609.

SONUÇ

İdarenin yetkileri, yürütmekle görevli olduğu hizmet ve faaliyetlerin gerektiği gibi yerine getirilebilmesi için, taşıyıcısı olduğu kamu gücüne dayanarak kullandığı hukuksal araçlardan ibarettir. Düzenleme yetkisi, bu açıdan bakıldığında, idarenin bireylerin hukuksal durumları üzerinde hukuksal sonuç doğuran tek yanlı işlem yapma yetkisinin bir görünümü olup, konusu olan işlemin normatif içeriğinden kaynaklanan özellikleri dışında, ayrıksı bir niteliğe sahip değildir. Bir başka anlatımla, idarenin düzenleyici işlemleri de, diğer idari işlemleri ile aynı kaynaktan beslendiğine göre, düzenleme yetkisi idarenin tek yanlı işlem yapma yetkisinden bağımsız ya da farklı bir konumda değildir; aksine, onun bir parçasıdır.

O halde, düzenleme yetkisini böylesine önemli kılan; anayasaların hazırlanması süreçlerinden öğretinin hukuku sistemleştirme çabalarına, birçok alanda gündemin en esaslı konularından biri hâline getiren nedir? Bu sorunun yanıtını verebilmek için, düzenleme yetkisine, devletin normatif faaliyeti açısından bakmak gerekir. İdarenin yetkileri yönünden değerlendirildiğinde olağan görünen düzenleme yetkisi, devletin normatif faaliyeti bakımından yasama ile yürütme ve idare arasında sürekli bir çekişme konusudur.

Düzenleme yetkisinin gelişim süreci, bu durumu açıkça ortaya koymaktadır. Fransız Devrimi'nde yürütmenin iktidarını güçlendirmesinin bir aracı olacağı düşüncesiyle yasamanın kıskançlıkla sahiplenmek istediği kural koyma yetkisi, kısa süre içerisinde yürütme tarafından da kullanılmaya başlamış; pratik zorunlulukların kaçınılmaz sonucu olarak görülen bu durum, idarenin düzenleme yetkisinin gitgide genişlemesi ve nihayet 1958 Anayasası'nda devletin normatif faaliyeti yönünden yürütmenin genel yetkili organ hâline gelmesine yol açmıştır. Türk hukukunda da, düzenleme yetkisinin Anayasa metinlerinde kabul edilen ilke ve kurallardan hep bir adım önde olduğu görülmektedir.

Bunun nedenlerini tam olarak tespit edebilmek çok kolay değildir. Hukuk sistemleri, ilkelerle pratik zorunluluklar arasındaki çelişkilerin kronikleşmesini kolaylıkla tolere edemediğinden, ilkeye aykırı uygulamanın istikrar kazanması hâlinde, ilkenin kendisi değilse de yorumlarının esnetildiği ve çelişkinin böylece giderilmesine çalışıldığı görülmektedir. Dolayısıyla, pratik nedenlerle açıklanan ilkeye aykırı bir uygulamanın, zaman içinde ilkeye uygun hâle geldiği örnekler az değildir.

Düzenleme yetkisinin gelişim çizgisi, bunun çok sayıda örneğini içermektedir. Fransız Devrimi'nin ulus egemenliğini ön plana çıkaran, bu egemenliğin taşıyıcısı olduğu varsayılan yasama organının koşulsuz üstünlüğünü benimseyen ve devletin normatif faaliyetini de önemi dolayısıyla münhasıran bu organa bırakan düşünsel tutarlılığının altında, yukarıda da belirtildiği gibi, yürütmenin güçlenmesini önleme kaygısı yatmaktadır. Bununla birlikte, yürütmenin düzenleme yetkisine sahip olmasının kaçınılmaz bir zorunluluk olarak görülmesi, yasamanın üstünlüğü ve yasallık ilkelerinin esnek yorumlanmasını gerektirmiş; kısa bir süre için uyumlu hâle gelen ilkelerle uygulama arasında, düzenleme yetkisinin genişleme eğiliminin sürmesiyle başgösteren yeni çelişkiler benzer yöntemlerle ortadan kaldırılmaya çalışılmıştır.

Pozitif hukukun oluşturulması sürecinin tutarlı bir sistem yaratma ameliyesiyle aynı anlama gelmediği açıksa da, bu gerçeğin kabulünü içine sindiremeyen öğretinin, ilkelerin uygulamaya uyarlanması sürecinde önemli rol oynadığı söylenebilir. Düzenleme yetkisini açıklamaya yönelik kuramsal savların bu anlamda masum olmadığı görülmektedir; anayasa metinlerinin yorumlanmasında, bu yetkinin görünüm biçimlerini mahkûm etmeden, sisteme eklemleme kaygısı doğrudan ya da dolaylı olarak sezilmektedir.

Kuşkusuz, pozitif hukukun gerçekleştiği alanın uygulama olduğu ve uygulamadan kaynaklanan sorunlara öğretinin kayıtsız kalamayacağı da doğrudur. Ancak düzenleme yetkisi açısından ilkelerle uygulama arasındaki çelişkinin boyutları, bu alanda sistematik tutarlılığı olan bir açıklama yapılmasını neredeyse

olanaksızlaştırmaktadır. Öğretinin oluşturduğu kuramsal çerçevelerin, tüm uyarlamalara rağmen açık vermesinin de nedeni budur.

Bugün gelinen noktada, devletin normatif faaliyeti yönünden yasama ile yürütmenin karşılıklı alanlarını belirlemek mümkün değildir. Fransız ve Türk hukuku açısından bu konuda kesin olarak söylenebilecek tek şey, yasamanın hiyerarşik üstünlüğü ilkesinin gereği olarak, düzenleme yetkisinin kanunlara aykırı kullanılamayacağıdır. Kuşkusuz bu kuralla bağdaşmayan somut örneklerin sayısı çoktur; ancak bunlar kuralın sorgulanmasını gerektirir nitelikte değildirler.

Düzenleme yetkisinin gelişim süreci yönünden konuya bakıldığında, yasamanın hiyerarşik üstünlüğünün, her dönemde kabul edilen neredeyse tek ilke olduğu söylenebilir. Fransa'da, idareye düzenleme yetkisi tanımayan dönemlerde evleviyetle benimsenen bu kural, düzenleme yetkisinin özerk niteliğe kavuştuğu bir düzende bile geçerliliğini korumaktadır. Türk pozitif hukuku da, esasen bundan fazlasını içeren ve düzenleme yetkisini kanunların yürütülmesiyle açıklayan anlayışın da, sonuçta bu noktaya vardığını göstermektedir.

Bu durum, şöyle de özetlenebilir: Toplumsal yaşamın önem arzeden alanlarının kanunla düzenlenmesi temenni edilmekte, ancak bunun mümkün ya da arzu edilen sonuçlara ulaşmak bakımından elverişli olmadığı bilinmektedir. O halde, kanunun hiyerarşik üstünlüğü ilkesi korunmak koşuluyla, idarenin düzenleme yetkisinin hemen her alana müdahale edebileceğini kabul etmek gerekir.

Bu sonucun, yasallık ilkesinin Fransız ve Türk hukukundaki algılanış biçimiyle bağdaşmadığı açıktır. Ne var ki, yasallık ilkesinin de sorgulanmayı hak eden boyutları olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Devlet organları içerisinde toplumsal yaşama somut müdahalelerde bulunan tek organ olan idarenin sınırlandırılması işlevinin ön plana çıkarılmasına rağmen, yasallık ilkesi, bu müdahalelerin meşrulaştırılması işlevini de üstlenmektedir. Kaldı ki, Fransız ve Türk hukuku açısından bu meşrulaştırmanın önemli sonuçlar doğurduğu da söylenebilir; kanunların tâbi oldukları farklı hukuksal rejim ve anayasa yargısının sınırlılıkları, kanuna dayanan idarenin denetlenmesini de güçleştirmektedir.

Bu yönden, devletin normatif faaliyetinin hangi organ tarafından yerine getirileceği sorununun sanıldığı kadar önemli olmadığı söylenebilir. Özellikle toplumdan devlete bakıldığında, asıl beklentinin kamusal faaliyetlerin düzenlilik ve belirlilik ilkelerine göre yerine getirilmesi olduğu ve düzenleme kavramının bu noktada önem kazandığı görülmektedir. Bu açıdan, idarenin faaliyetlerinin "kanun"a bağlanmasından daha önemli olan, "kural"a bağlanmasıdır. Yasama organının ulusun temsilcisi olduğu söyleminin iflası ile parlamenter sistemlerde sıkça karşılaşılan yasama – yürütme özdeşliği, yasamanın yürütme üzerindeki üstünlüğünü bir oyuna dönüştürmüştür. Belirlilik ilkesi yönünden de, devlet organları ve işlemleri arasında bir hiyerarşinin varlığı zorunludur; ancak kanunun bu hiyerarşideki yeri ve düzenleme yetkisine üstünlüğü sorgulanmayı hak etmektedir.

ÖZET

Fransız ve Türk hukukunun karşılaştırmalı incelemesi, idarenin düzenleme yetkisi alanındaki farklı gelişim koşullarına ve farklı hukuksal düzenlemelere rağmen, her iki hukuk düzeninin önemli benzerlikler gösterdiğini ortaya koymaktadır. İki düzen arasındaki temel benzerlik, düzenleme yetkisinin özerkleşme eğilimidir. Fransa'da idarenin düzenleme yetkisi anayasal düzeyde de özerkliğe kavuşmuşken, Türkiye'de kimi kısmi özerklik tezahürleri dışında düzenleme yetkisinin türev niteliği kural sayılmaktadır. Bununla birlikte, düzenleme yetkisinin öyküsü, her iki hukuk düzeninde de, başlangıç noktasına göre bir ölçüde genişlemeyi ve özerkleşmeyi içermektedir.

Bu gelişmenin altında yatan nedenler, hukuksal olmaktan çok toplumsal ya da siyasal alana ilişkindir. Bununla birlikte, bu gelişmeler ifadesini hukuksal düzlemde bulmakta; yasallık ilkesi gibi bazı geleneksel ilkelerle çatışmaya girmektedir. Bu çatışmanın ve hukuksal düzenlemelerdeki eksikliklerin sonucu olarak, idarenin düzenleme yetkisine ilişkin bir kuramsallaştırma girişimi, başarısızlığa mahkûm olmaktadır.

Bugün gelinen noktada, Fransız hukuku yönünden düzenleme yetkisinin kural olarak özerk; Türk hukuku yönünden ise türev nitelik taşıdığı kabul edilmektedir. Bununla birlikte, anayasa hükümlerinin uygulanma biçimi ile yargı organlarının yaklaşımı, her iki hukuk sisteminde düzenleme yetkisine ilişkin neredeyse tek ilkenin kanunların hiyerarşik üstünlüğü olduğunu göstermektedir.

RESUME

L'étude comparée des droits français et turcs fait découvrir la ressemblance importante entre les deux systèmes juridiques quant au pouvoir réglementaire de l'administration bien que les évolutions historiques et les solutions juridiques en soient différentes. La similitude fondamentale entre les deux est qu'il est possible d'observer une tendance à l'autonomie de ce pouvoir. Alors qu'en France ce dernier est doté d'une autonomie constitutionnelle, en Turquie il est en principe considéré comme dérivé, sauf quelques manifestations partielles d'autonomie. Néanmoins, l'histoire du pouvoir réglementaire dans tous les deux pays consiste en une élargissement et une autonomisation relatives par rapport au point de départ.

Les raisons essentielles qui se trouvent derrière cette tendance sont relatives plutôt aux domaines politiques et sociaux qu'au juridique. En dépit de cela, l'évolution qui en est due, ayant des incidences importantes sur le plan juridique, se met en conflit avec certains principes juridiques traditionnels, comme celui de légalité. Il résulte de ces conflits et des imperfections des certains solutions juridiques qu'une tentative de théorisation du pouvoir réglementaire est condamnée à l'échec.

Aujourd'hui, il est accepté que le pouvoir réglementaire en France est en principe autonome alors qu'en Turquie, il est dérivé. Néanmoins, la manière dont les dispositions constitutionnelles sont appliquée et l'approche de la jurisprudence montrent bien qu'en vérité, presque seul principe concernant le pouvoir réglementaire est qu'il ne peut s'exercer contrairement aux lois.

KAYNAKÇA

_____ _____ **Le Conseil d'Etat: son histoire à travers les documents d'époque, 1799-1974**, CNRS, Paris 1974.

_____ _____ **Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu**, Rekabet Kurumu, 1999.

AKAD, Mehmet / DİNÇKOL, Abdullah **Gerekçeli – İçtihatlı 1982 Anayasası**, Alkım, İstanbul 1998.

ALDIKAÇTI, Orhan **Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası**, 4. B., İstanbul Üniversitesi Yayını, 1982.

ARSEL, İlhan **Türk Anayasa Hukuku'nun Umumî Esasları**, Mars Matbaası, 1962.

AUBY, Jean-Marie "Les aspects nouveaux du pouvoir réglementaire de l'Administration en droit administratif français", in **Mélanges STASSİNOPOULOS**, LGDJ, 1974, s. 9-24. (Les aspects nouveaux).

AUBY, Jean-Marie "Sur l'étude de la hiérarchie des normes en droit public", in **Mélanges Robert**

PELLOUX, Editions l'Hermès, 1980, s. 21-37. (La hiérarchie des normes).

AUCOC, Léon — **Des règlements d'administration publique et de l'intervention du Conseil d'Etat dans la rédaction de ces règlements**, Cotillon, 1872.

AUTIN, Jean-Louis — "Autorités administratives indépendantes", **Juriscl. Adm.**, Fasc. 75.

BALTA, Tahsin Bekir — **İdare Hukukuna Giriş I**, TODAİE Yayınları, 1968/1970. (İdare Hukukuna Giriş).

BALTA, Tahsin Bekir — **Türkiyede Yürütme Kudreti,** AÜSBF Yayınları, 1960. (Yürütme Kudreti).

BARTHELEMY, Joseph — **Le rôle du pouvoir exécutif dans les républiques modernes**, Giard et Brière, 1906.

BARTHÉLEMY, Joseph / DUEZ, Paul — **Traité de droit constitutionnel**, Dalloz, 1933.

BASTID, Paul — **Le gouvernement d'assemblée**, Editions Cujas, 1956.

BAŞGİL, Ali Fuat — **Türkiye Teşkilât Hukukunda Nizamname Mefhumu ve Nizamnamelerin Mahiyeti ve Tâbi Olduğu Hukukî Rejim**, Kenan Basımevi, 1938.

BATBIE, Anselme — **Traité théorique et pratique de droit public et administratif**, (7 vol.), Cotillon, 1861-1868.

BERKES, Niyazi — **Türkiye'de Çağdaşlaşma**, Doğu-Batı Yayınları, 1978.

BERTHÉLEMY. Henry / RIVERO, Jean — **Cinq ans de réformes administratives, 1933-1938**, Rousseau, 1938.

BÉZARD, Pierre — "L'évolution du droit de la régulation", **LPA**, 3.6.2002, N° 110, s. 8-10.

BODINEAU, Pierre / VERPEAUX, Michel — **Histoire constitutionnelle de la France**, 2e éd., PUF, 2002.

BOULOUIS, Jean — "Sur une catégorie d'actes juridiques: les 'directives' ", **Recueil d'études en hommage à Charles EISENMANN**, Cujas, 1975, s. 191-203.

BOUTEILLER, Julien — **La détermination du patrimoine public responsable (essai théorique)**, thèse – Paris 13, 2000.

BURDEAU, François — **Histoire du droit administratif**, PUF, 1995.

CAHEN, Georges — **La loi et le règlement**, A. Rousseau, 1903.

CARRÉ de MALBERG, Raymond — **Contribution à la théorie générale de l'Etat**, (2 vol.), Recueil Sirey, 1920.

CHAPUS, René — "De la soumission au droit des règlements autonomes", **D**, 1960, chron. 119. (Des règlements autonomes).

CHAPUS, René — **Droit administratif général T. I**, 15e éd., Montchrestien, 2001. (Droit administratif général).

CHAPUS, René — "La loi du 11 juillet 1953 et la question des décrets-lois", **RDP**, 1953.954. (La loi du 11 juillet 1953).

CHARPENTIER, Jean — "Les lois-cadres et la fonction gouvernementale", **RDP**, 1958.220.

DEMICHEL, André — **Le droit administratif**, LGDJ, 1978.

DEUMIER, Pascale — "Loi et règlement Etat des lieux", in Catherine PUIGELIER (dirigé par), **La loi**, Economica, 2005, s. 21-36.

DOUENCE, Jean-Claude — **Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'Administration**, LGDJ, 1968.

DUFFAU, Jean-Marie — "Grandeur et décadence du règlement d'administration publique", **AJDA**, 1980.469. (Règlement d'administration publique).

DUFFAU, Jean-Marie — **Pouvoir réglementaire autonome et pouvoir réglementaire dérivé**, thèse (Paris 2), 1975. (Pouvoir réglementaire).

DUGUIT, Léon — **Traité de droit constitutionnel**, 3e éd. (5 vol.), Fontemoing, 1927-1930.

DUHAMEL, Olivier — **Le pouvoir politique en France**, 5e éd., Editions du Seuil 2003.

DUPUIS, Georges/GUÉDON, Marie-José/ CHRÉTIEN, Patrice — **Droit administratif**, 8e éd., Armand Colin, Paris 2002.

DURAN, Lûtfi — "İdare Alanının Düzenlenmesinde Teşrii ve Tanzimi Tasarrufların Sınırları", **İÜHF Mecmuası**, C. XXX, S. 3-4, 1965, s. 466-492. (İdarenin Düzenlenmesi Alanı).

DURAN, Lûtfi — "Kanun Hükmünde Kararname", **AİD**, C. 8, S. 2, Haziran 1975, s. 3-19 (Kanun Hükmünde Kararname).

DURAN, Lûtfi — **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul Üniversitesi Yayını, 1982. (İdare Hukuku Ders Notları).

DURAN, Lûtfi — "İdarenin Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir mi", **İHİD**, Y. 4, S. 1-3, 1983, s. 33-42. (İdarenin Düzenleme Yetkisi).

EISENMANN, Charles — **Cours de droit administratif**, (2 vol.), LGDJ, 1982-83. (Droit administratif).

EISENMANN, Charles — "Le droit administratif et le principe de légalité", **EDCE**, 1957, s. 25-40 (Principe de légalité).

FAURE, Bertrand — "La crise du pouvoir réglementaire: entre ordre juridique et pluralisme institutionnel", **AJDA**, 1998, s.547-552. (La crise du pouvoir réglementaire).

FAURE, Bertrand — **Le pouvoir réglementaire des collectivités locales**, LGDJ, 1998. (Le pouvoir réglementaire des collectivités locales).

FAVOREU, Louis — "Les règlements autonomes existent-ils?", **Mélanges Georges BURDEAU: le pouvoir**, LGDJ, 1977, s. 405-420. (Les règlements autonomes existent-ils?).

FAVOREU, Louis — "Les règlements autonomes n'existent pas", **RFDA**, 1987, s. 869-884. (Les règlements autonomes n'existent pas).

FENET, Jean — **Le règlement préalable à la décision individuelle**, Recueil Sirey, 1937.

FEYZİOĞLU, Turhan — **Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazaî Murakabesi**, AÜSBF Yayınları, 1951.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne — "La régulation, objet d'une branche du droit", **LPA**, 3.6.2002, N^{o} 110, s. 3-7.

FROMONT, Michel — "Le pouvoir réglementaire et le juge dans la République fédérale d'Allemagne", in **Mélanges M. WALİNE: le juge et le droit public**, (2 vol.), LGDJ, 1974, s. 27-38.

FURET, François / RICHET, Denis — **La Révolution française**, Hachette Littérature, 1999.

GENTOT, Michel — "Les rèperes du droit de la régulation", **LPA**, 3.6.2002, N^{o} 110, s. 48-49.

GIRAUD, Emile — **La crise de la démocratie et le renforcement du pouvoir exécutif**, Sirey, 1938.

GİRİTLİ, İsmet / BİLGEN, Pertev / AKGÜNER — Tayfun **İdare Hukuku**, 2. B., Der Yayınları, 2006.

GODECHOT, Jacques — **Les Constitutions de la France depuis 1789**, Flammarion, 2006.

GÖZLER, Kemal — **İdare Hukuku**, (2 C.), Ekin, 2003.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref /TAN, Turgut — **İdare Hukuku (Cilt 1 Genel Esaslar)**, 2. Bası, Turhan Kitabevi, 2001.

GÜNDAY, Metin — **İdare Hukuku**, 9. B., İmaj Yayınevi, 2004.

GÜNEŞ, Turan — **Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri**, AÜSBF Yayınları, 1965.

HAMON, Francis / TROPER, Michel / BURDEAU, Georges — **Droit constitutionnel**, 27^{e} éd., LGDJ, 2001.

HAURIOU, Maurice — "La théorie de l'institution et de la fondation (essai de vitalisme social)", **Cahiers de la Nouvelle Journée**, N^{o} 4,

1925, s. 1-45. (La théorie de l'institution).

HAURIOU, Maurice — **Précis de droit administratif et de droit public**, 12e éd., Sirey, 1933. (Droit public).

HECQUARD-THERON, Maryvonne — **Essai sur la notion de réglementation**, LGDJ, 1977.

JOYAU, Marc — **De l'autonomie des collectivités territoriales françaises**, LGDJ, 1998.

KELSEN, Hans — **Théorie générale du droit et de l'État** (suivi de La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique), (trad. par Béatrice LAROCHE et Valérie FAURE), Bruylant LGDJ, 1997.

LABAND, Paul — **Le droit public de l'Empire allemand**, éd. française (6 vol.), Giard et Brière, 1900-1904.

LACHAUME, Jean-François — **La hiérarchie des actes administratifs exécutoires en droit public français**, LGDJ, 1966.

LAUBADÈRE, André de/
VENEZIA, Jean-Claude/
GAUDEMET, Yves — **Traité de droit administratif**, T. I, 15e éd., LGDJ, 1999.

LAUBADÈRE, André de — "Des pleins pouvoirs aux demi-décrets-lois", **D**, 1952, chron. 35.

LEFEBVRE, Georges — **La Révolution française**, 7e éd., PUF, 1989.

LOUIS-LUCAS, Paul — "La loi", **D**, 1964, s. 197-204.

LOYSEAU, Charles — **Traité des seigneuries**, A. L'Angelier, 1608.

LUCHAIRE, François — "Les sources des compétences législatives et réglementaires", **AJDA**, 1979, s. 3-16.

MAURER, Hartmut — **Droit administratif allemand**, (trad. M. Fromont), LGDJ, 1995.

MESTRE, Jean-Louis — "De l'ancien sur l'article 37, alinéa 2, de la Constitution", **RFDA**, 2001, s. 310-318.

MICHAUD, Hélène — "Les actes intitulés règlements sous l'Ancien Régime", **Bibliothèques de l'Ecole des Chartes**, 1957, s. 156-167.

MILLARD, Eric — "Hauriou et la théorie de l'institution", **Droit et Société** 30/31, 1995, s. 381-412.

MOCKLE, Daniel — **Recherches sur les pratiques administratives pararéglementaire**, LGDJ, 1984.

MORANGE, Georges — "La hiérarchie des textes dans la Constitution de 4 octobre 1958", **D**, 1959, chron. IV.

MOREAU, Félix — **Le règlement administratif**, Fontemoing, 1902.

NZOUANKEU, Jean Mariel — **La notion d'acte réglementaire en droit français**, thèse (Paris II), 1976.

ODENT, Raymond — **Contentieux administratif**, (6 fasc.), Les Cours de Droit, 1970-1971, Fasc. I.

OKANDAN, Recai Galip — **Âmme Hukukumuzun Ana Hatları**, İÜHF Yayınları, 1971.

OLIVIER-MARTIN, François — **Les lois du roi**, LGDJ, 1997.

ONAR, Erdal — "Türkiye'de Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi Alanında Öncüler", in Mehmet TURHAN / Hikmet TÜLEN (ed.), **Anayasa Yargısı İncelemeleri – 1**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2006, s. 1-39.

ONAR, Sıddık Sami — "Nizamname ve Talimatnameler", **İzmir Barosu Dergisi**, 1 inci Teşrin 1937, N^{o} 3-7, s. 259-274 (Nizamname ve Talimatnameler).

ONAR, Sıddık Sami — **İdare Hukukunun Umumî Esasları**, 3. B. (3 C.), Hak Kitabevi, 1966. (İdare Hukuku).

ORTAYLI, İlber — **İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı**, 3. B., Hil Yayın, 1995.

ÖZAY, İl Han — **Günışığında Yönetim,** Alfa, 2002.

ÖZBUDUN, Ergun — "1961 ve 1982 Anayasalarında Kanun Hükmünde Kararnameler", **Anayasa Yargısı**, C. 2, 1985, s. 227-238.

ÖZBUDUN, Ergun — **1921 Anayasası**, Atatürk Araştırma Merkezi, 1992. (1921 Anayasası).

ÖZBUDUN, Ergun — **Türk Anayasa Hukuku**, 3. B., Yetkin Yayınları, 1993 (Türk Anayasa Hukuku).

ÖZTÜRK, Kâzım — **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası**, (3 C.), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1966.

ÖZYÖRÜK, Mukbil — **İdare Hukuku Dersleri**, (çoğaltma), Ankara, 1972-1973.

PAVLOPOULOS, Procopios — **La directive en droit administratif**, LGDJ 1978.

PELLOUX, Robert — "Remarques sur le mot et la notion d'exécutif", **Mélanges ROUBIER**, (2 vol.), Dalloz – Sirey, 1961, s.369-378.

PEZANT, Jean-Louis — "Contribution à l'étude du pouvoir législatif selon la Constitution de 1958", **Mélanges Georges BURDEAU: Le pouvoir**, LGDJ, 1977, s. 455-480.

PINTO, Roger — "La loi du 17 août 1948", **RDP**, 1948.517.

PORTALIS, Jean-Étienne-Marie — **Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil**, Joubert, 1844.

PRADIER-FODÉRÉ, Paul — **Précis de droit administratif**, 7e éd., Guillaumin, 1872.

RAINAUD, Jean Marie — **La distinction de l'acte réglementaire et de l'acte individuel**, LGDJ, 1966.

RIVERO, Jean / WALINE, Jean — **Droit administratif**, 19e éd., Dalloz, 2002.

RIVERO, Jean — "Regards sur les institutions de la Ve République", **D**, 1958, chron.259.

SARICA, Ragıp — **Türkiyede İcra Uzvunun Tanzim Salâhiyeti**, Türk Hukuk Kurumu, 1943.

SARTRE, Jean-Paul — **Critique de la raison dialectique**, Gallimard, 1960.

SOYSAL, Mümtaz — **Anayasaya Giriş**, 2. B., AÜSBF Yayınları, 1969.

STASSINOPOULOS, Michel D. — **Traité des actes administratifs**, LGDJ, 1954.

SUEUR, Philippe — **Histoire du droit public français (XVe – XVIIIe siècle)**, 3e éd. (2 vol.), PUF, 2001.

TAN, Turgut — "1982 Anayasası Yönünden Yürütme Görevi ve Yetkisinin Niteliği (Güçlü Devlet ya da Güçlü Yürütme)", **Anayasa Yargısı**, C. 1, 1984, s.31-47. (Yürütme Görevi ve Yetkisinin Niteliği).

TAN, Turgut — "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Yürütmenin Düzenleme Yetkisi", **Anayasa Yargısı**, C. 3, 1986, s. 203-216. (Yürütmenin Düzenleme Yetkisi).

TAN, Turgut — "Bağımsız İdari Otoriteler", **Perşembe Konferansları** 4, Ocak 2000, s. 3-17. (Bağımsız İdari Otoriteler).

TANÖR, Bülent — **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980)**, 4. B., Afa, 1996.

TCHEN, Vincent — "Domaines respectifs de la loi et du règlement", **Juriscl. Adm.**, Fasc. 106.

TEPE, Berna / ARDIYOK, Şahin — "Devlete Yeni Rol: Regülasyon", **AİD**, C. 37, S. 1, Mart 2004, s. 105-130.

TEZİÇ, Erdoğan — **Türkiye'de 1961 Anayasası'na Göre Kanun Kavramı**, İstanbul Üniversitesi Yayını, 1972.

TIMSIT, Gérard — **Le rôle de la notion de fonction administrative en droit administratif français**, LGDJ, 1963.

TROPER, Michel — "L'émergence du gouvernement", in **Mélanges GÉLARD – Droit Constitutionnel**, Montchrestien, 1999, s.133-139.

ULUSOY, Ali — **Bağımsız İdari Otoriteler**, Turhan Kitabevi, 2003.

VEDEL, Georges — "Les bases constitutionnelles du droit administratif", **EDCE**, 1954, s. 21-53. (Les bases constitutionnelles).

VEDEL, Georges — **Manuel élémentaire de droit constitutionnel**, Sirey, 1949. (Droit constitutionnel).

VEDEL, Georges — **Droit administratif**, 5e éd., PUF, 1973, (Droit administratif).

VENEZIA, Jean-Claude — "Les pouvoirs implicites dans la jurisprudence administrative", **in Mélanges M. WALINE**, s.795-808.

VERPEAUX, Michel — **La naissance du pouvoir réglementaire 1789-1799**, PUF, 1991.

VINCENT, François — **Le pouvoir de décision unilatérale des autorités administratives**, LGDJ, 1966.

WALINE, Marcel — **Droit administratif**, 7e éd., Sirey 1957 (Droit administratif).

WALINE, Marcel — "Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la Constitution de 1958", **RDP**, 1959.699 (La loi et le règlement).

WEINBERGER, Ota — "Les théories institutionnalistes du droit", in **Controverses autour de l'ontologie de droit**, PUF, 1989, s. 69-83.