

KANUN HÜKMÜNDE KARARNAME (KHK)

Lâtfi DURAN

GİRİŞ

Türkiye Cumhuriyetinde 12 mart (1971) dönemi etkili çevrelerce açılır ken Hükümetin başına getirilen eski bir hukuk profesörü, «lüks anayasa» kompleksi ve «kuvvetli icra» ya da «güçlü yürütme» özlemi içinde, otuz yıldır kamu hukukunu sürekli olarak izlediği ve işlediği saviyle, 1961 Anayasası üzerinde geniş ve önemli değişikliklere girişmiş ve büyük ölçüde başarıya da ulaşmıştır.

Bununla beraber, 20 Eylül 1971 tarihli ve 1488 numaralı kanunla gerçekleştirilen bu Anayasa değişiklikleri arasında, özellikle «kuvvetli icra» yaratmak üzere, 64 üncü maddeye «kanun hükmünde kararname» (KHK) ile ilgili olarak eklenen yeni uzun hükümler yöneldikleri amacı ve istenilen sonucu sağlamakta yetersiz kalmıştır. Esasen T.C. Anayasası'nın, «Yasama yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez.» (m. 5) ve «Yürütme görevi, kanunlar çerçevesinde, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından yerine getirilir.» (m. 6) diyen «Genel esasları» olduğu gibi kaldıkça, KHK nin gerçek yasama yetkisi ile donatılmış bir «güçlü yürütme» ortaya çıkarması sözkonusu olamazdı. Kaldıkı, Türkiye'nin anayasal geleneği ve sistemi, yasama yetkisinin, milletin seçilmiş temsilcilerinden başka bir organ tarafından kullanılmasına kesinlikle engeldir.

Gerçekten, 1961 Anayasası 64 üncü maddesinin yeni ek fıkraları ile, Bakanlar Kuruluna kanunla ve belli konularda ve belirli süre içerisinde kuralralları koymayı içeren KHK çıkarmak yetkisi verilmesi, verilebilmesi, sanıldığı gibi, yasama yetkisinin devri anlam, etki ve sonucu taşımayıp, yürütmenin düzenleme yetkisinin bir ölçüde genişletilmesinden ibarettir¹. Çünkü Türkiye Cumhuriyetinin anayasal geleneği, TBMM ni, Osmanlı Devletinde tüm kamusal yetkileri elinde toplayan Halife Şultanın yerine koyduğu ve bugüne değin geçerliğini koruyan anayasal sistemi ise, sürekli çahşan yasama organının genellikle kural-işlem ve özellikle kişileri etkileyen yasama işlemi yapma yetkisini tekelinde tuttuğu yolundadır. Nitekim, 1971 Anayasa değişiklikleri, yasama yetkisinin devri yasağına ve yürütmenin

¹ Aksî görüş : Erdoğan Teziç, Yasama yetkisi ve kanun hükmünde kararname, Anne İdari Dergisi, Cilt 5, Sayı, 1, Mart 1972, s. 3-14.

kanunlar çerçevesinde görev niteliğine hiç dokunmamış ve KHK denilen yeni işlemi de, bu genel esaslara uygun olarak, özenle ve ayrıntılı biçimde düzenlemiş bulunmaktadır.

Bu itibarla, KHK işlemi, ne farklı bir anayasal isteme dayanan Kanun Esası'nın (m. 36) Vükelâ Hey'eti ile Padişahı, olağanüstü ve acele hallerde, doğrudan doğruya ve genel olarak çıkarılmağa yetkili kıldığı «muvakaten kanun hüküm ve kuvvetinde karar»a yani geçici kanuna, ne de değişik anayasal geleneklere sahip Fransız III ve IV üncü Cumhuriyet rejimlerinin uygulanmalarında görülen «decret-loi», yani kanun-kararnameye benzetilebilir. KHK, Türkiye'nin II. Cumhuriyet anayasal sistemiyle pek de bağdaşmayan kendine özgü bir düzenleyici genel işlem türüdür.

Anayasa değişikliğinden bu yana beş yıla yakın bir süre geçmiş olduğu halde; KHK üzerinde ancak bugün durmamızın nedeni, son zamanlarda Millet Meclisinde memurlara ilişkin KHK lerin ele alınması değil, bu konunun 1974 yılında, önce Danıştay, sonra da Anayasa mahkemesi tarafından işlenmesi ve böylece pozitif hukukta belirginleşmeğe başlamasıdır. Bu mahkemelerin içtihatlarını irdeleyip eleştirebilmek için önce 1972-1973 ders yılında İstanbul Hukuk Fakültesi öğrencilerine dağıtılan çoğaltılmış İdare Hukuku notlarındaki KHK'yle ilgili açıklamalarımızı aşağıya geçirmeği gerekli gördük.

I — KHK'NİN HUKUKİ NİTELİĞİ

T.C. Anayasasında 1971 yılında yapılan değişikliklerden biri ile, yürütme organının, yani Bakanlar Kurulunun, yasal kuvvette bir tür düzenleyici işlem çıkarabileceği kabul edilmiş bulunmaktadır.

Söyle ki, 1961 Anayasasının 64 üncü maddesine eklenen yeni hükümler uyarınca, «T.B.M.M. kanunla, belli konularda, Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarmak yetkisini verebilir. Yetki veren kanunda, çıkarılacak kararnamelerin amacı, kapsam ve ilkeleriyle bu yetkiyi kullanma süresinin ve yürürlükten kaldırılacak kanun hükümlerinin açıkça gösterilmesi ve kanun hükmünde kararnamede de yetkinin hangi kanunla verilmiş olduğunun belirtilmesi lazımdır.»

«Kanun hükmünde kararname» (KHK) adı verilen bu yeni işlem türü, organik bakımdan idarî, işlevsel (fonctionnel) yönden düzenleyici işlem niteliğindedir.

Gerçi, KHK'nin TBMM nce verilen bir yetki ile çıkarıldığına bakılarak, işlevsel bakımdan yasama işlemi olduğu sanılır. Ancak, Bakanlar Kurulu bu tür işlemleri ile, yürürlükteki yasal hükümlerden yalnızca yetki kanununda kaldırılacağı açıkça gösterilen kanun hükümlerini değiştirebileceğinden, aslında bu konularda, yasama değil, düzenlemede bulunmaktadır.

Gerçekten yetki kanunu, KHK nin amacını, kapsamını ve ilkelerini belirttiğine göre; bu işlem nitelikçe, Anayasanın 107 nci maddesi uyarınca

Bakanlar Kurulunun çıkardığı «Kanunun emrettiği işleri belirten» tüzükten farksızdır. Şu kadar ki, yetki kanununun verdiği düzenleme yetkisi, alelâde kanundan alınan aynı nitelikteki selâhiyetten daha geniş olabilir ve bir süre ile bağlıdır. Bu derece ve müddet ayrılığından başka, KHK ile tüzük arasında esasta bir fark yoktur.

Hernekadar, Anayasanın 64 üncü maddesindeki yeni hükümlere göre; «Kararnameler Resmi Gazete'de yayımlandıkları gün TBMM ne sunulduğu» halde, tüzükler böyle bir muameleye tâbi değil ise de; bu sunuş, kararnameler yasama meclislerince kabul edilinceye kadar onların niteliğinde hiçbir değişiklik yapmış olmaz. Gerçekten, yasama yetkisi aslı, genel ve Anayasa çerçevesinde sınırsız olduğundan; TBMM, yürürlükteki, örneğin «kanunun emrettiği işleri belirten» bir tüzüğü her zaman bir kanun tasarısı veya teklifi biçiminde ele alıp, dilediği gibi kanunlaştırabileceğine göre; bu metin hüküm ve etkilerini sürdürürken, idarî düzenleyici işlem niteliğini de korur. İşte K.H.K da, yasama meclislerince incelenip kabul edilinceye dek, işlevsel bakımdan idarî düzenleyici işlem den ibarettir.

Ancak, yetki kanununda kaldırılması öngörülen kanunî hükümlerin, KHK nin çıkarılmasına kadar geçen süredeki hukukî niteliğinin ne olduğu sorulabilir. Bu hükümler, Bakanlar Kurulunca değiştirilinceye dek, kanun niteliğindedir; yerlerine konulanlar ise, idari düzenleyici işlemlerdir. Burada yürütme organı, yasama meclislerinin izni ile yürürlükteki bir kanun hükmünün «uygulanabilirliğini» geçici olarak askıya almakta ve yerine kendi düzenleyici işlemini koymaktadır. Nitekim TBMM nce reddedilen KHK yürürlükten kalkınca, bunun değiştirdiği kanun hükümleri kendiliğinden «uygulanabilir» hale gelir.

Bakanlar Kurulu, yetki kanununa dayanarak, yürürlükteki kanun hükümlerinden dilediğini kaldırabilseydi, o zaman yasama işlevinden söz edilebilirdi. Bu itibarla, parlamento açısından bir tasarıdan başka birşey olmayan KHK, olduğu gibi veya değiştirilerek kabul edildikten sonra Kanun, yani yasama işlemi niteliğini kazanır. Böylece meclislerden geçen KHK nin, daha önce tüzük gibi olan hükümlerinin normal kanun kurallarına dönüş-tüğü kabul edilebilir.

Binaenaleyh, Türk KHK mekanizmasında, ne bir yasama yetkisinin yürütme organına devri (délégation), ne de yasal maddelerin düzenleme alanına aktarılması (délégalisation; déclassement) sözkonusudur. T.C. Anayasası'nın 64 üncü maddesine eklenen yeni hükümlerle, sadece yürütme organının düzenleme yetkisi biraz daha genişletilmiş ve serbestleştirilmiş bulunmaktadır. Anılan maddenin diğer yeni hükümleri ve KHK'nin bir yıllık uygulaması da, bu anlayış ve görüşü destekler ve doğrular yöndedir.

II — KHK'NİN HUKUKİ REJİMİ

Gerçekten, «Bu kararnameler, Resmî Gazete'de yayımlandıkları gün yürürlüğe girerler» ve «...TBMM ne sunulur.» «... TBMM ne sunulan kararnameler, Anayasa'nın ve yasama meclisleri içtüzüklerinin kanunların görüşül-

mesi için koyduğu kurallara göre ...diğer kanun tasarı ve tekliflerinden önce ve ivedilikle görüşülüp karara bağlanır. Yayımlandıkları gün TBMM ne sunulmayan kararnameler, bu tarihte, TBMM nce reddedilen kararnameler bu kararın Resmî Gazete'de yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Değiştirilerek kabul edilen kararnamelerin değiştirilmiş hükümleri bu değişikliklerin Resmî Gazete'de yayımlandığı gün yürürlüğe girer.» «Anayasa Mahkemesi, bu kararnamelerin Anayasaya uygunluğunu da denetler.» Bütün bu hükümler, KHK nin, bir düzenleyici işlem olarak yürürlükte olmasına rağmen, yasama meclisleri için alelade bir kanun tasarısından ibaret bulunduğunu göstermektedir.

TBMM, KHK yi toptan ve aynen kabul veya reddetmek durumunda olmayıp, herhangi bir kanun tasarısı gibi, sadece ivedilik ve öncelik ile, incelemek, tartışmak ve gerektiğinde değiştirmek veya hiç kabul etmemek mevkindedir.

Bu kararnamelerin, yasama meclislerince reddedilmesi halinde, bunun bir «karar»la saptanacağı açıklanmakta ise de; kabul edilmesi taktirinç ne biçim bir yasama işlemine konu olacakları belirtilmemektedir. «ncak kararnamelerin değiştirilmiş hükümleri, «kanun» biçiminde olmak gerektiğine göre; aynen kabul edilen KHK ların da kanun şeklinde ortaya çıkması zorunlu sayılmalıdır. Gerçekten, yasama meclisleri, bir kanun teklif veya tasarısını içtüzükleri uyarınca alacağı kararlarla reddedebilir, fakat kişiler ve kurumlar hakkında etkili ve geçerli iradelerini ancak «kanun» biçiminde saptayıp açıklayabilir.

Böylece, aynen veya değiştirilerek TBMM nden geçen kararnameler, kanunlaşmış olacağından; diğer kanunlar gibi, Cumhurbaşkanınca yeniden ve tam metni ile Resmî Gazete'de yayınlanmalıdır. Bugüne kadar çıkarılan iki KHK dan ilki, Millet Meclisince reddedileceği anlaşılınca, Cumhuriyet Senatosunda görüşülmeden, Bakanlar Kurulunca alelade bir kararname ile yürürlükten kaldırılmış bulunmaktadır². Yürütme organının bu muamele tarzı, gerek esas, gerek şekil bakımından eleştirilebilir, fakat burası tartışma yeri değildir.

KHK nin Anayasaya uygunluk denetiminin öngörölmüş olması, bir kanun veya yasama işlemi karşısında bulunulduğunun kanıtı sayılamaz. Çünkü, aynı kararnamelerin yetki kanununa ve bunda değiştirilmesi öngörölmeyen yürürlükteki öteki kanunlara uygunluğu sorunu da öncelikle ortaya çıkabileceğine ve Anayasa Mahkemesi bu konuda yetkili olmadığına ve kılınmadığına göre; bu sorun, genel hükümler (m. 114, 140) uyarınca, Yüksek İdare Mahkemesi Danıştay tarafından incelenmek ve çözümlenmek gerekir.

Ne var ki, yetki kanunu ile yürürlükteki öteki kanunlar dışında KHK nin Anayasa ve Hukukun Genel İlkelerine aykırılığı iddia edildiğinde; bu sorunun Anayasa Mahkemesine götürülmesi yeğ tutulmaktadır. İşte genişletilmiş düzenleme yetkisi dolayısıyla ortaya çıkan bu sorunu Danıştay'a bı-

² 23 Ekim 1972 - 7/5225, R.G., 12 Kasım 1972-14359.

rakmamak içindir ki, Anayasa Mahkemesine, istisnaen idarî düzenleyici işlem üzerinde denetleme yetkisi ve görevi verilmiş bulunmaktadır.

Bu itibarla, kararnamelerin yasama işlemi olmaları nedeniyle değil, tersine yetki kanununda değiştirilmesi öngörülen kanun hükümlerinin serbestleşen ve yürürlükteki yasaların hiç düzenlemediği ya da değinmediği açık konu ve noktaları bakımından üstün hukuk kurallarıyla bağlı bulunmamaları dolayısıyla, idarî işlem nitelikleri gereği Anayasaya uygunluk denetiminin de Damştay tarafından yürütülmesi sonucu doğacağı için, bunun Anayasa Mahkemesince yapılması tercih edildiğinden açıkça gösterilmesi zorunluğu duyulmuştur.

Anayasanın 64 üncü maddesi ek hükümlerini kabul edenlerin bu konudaki titizlikleri, KHK nin esasına ilişkin sınırlamalarda da kendini göstermektedir. Şöyle ki, Anayasanın Temel hak ve ödevlerle ilgili genel hükümleri, kişinin hakları ve ödevleri ile siyasî haklar ve ödevlerin, kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceğini açıklamış ve böylece yetki kanununun içeriği sıkı kayıt ve şartlarla bağlanmış bulunmaktadır.

Ancak uygulamada, KHK nin konu sınırlamalarını ve yetki kanununun çeşitli kısıtlamalarını gerçekleştirmek ve denetlemek hiç de kolay değildir. Örneğin, 23 Mayıs 1972 tarihli ve 1589 numaralı Devlet Memurları Kanunu ile ilgili yetki kanununun, ilk bakışta, Anayasanın 117 ve 118 nci maddelerinde yer alan konuların düzenlenmesini Bakanlar Kuruluna bıraktığı sanılabilirse de; gerçekte bu maddelerin özü ve kaynağı olan, «kamu hizmetlerine girme hakkı»na ilişkin 58 ve 59 uncu maddeler, KHK nin, düzenleme alanı dışında kalan Anayasa'nın «Siyasî haklar ve ödevler» bölümünde bulunmaktadır.

Öte yandan, KHK çıkarma yetkisini kullanma süresinin, kanunda gösterilmesi emredilirken, herhalde bunun, nihayet birkaç ay gibi kısa olması düşünülmüş ve istenmiş bulunmasına rağmen, anılan yetki kanununda iki yıl gibi çok uzun tutulduğu görülmektedir. Bu uygulamadan çıkan sonuç şudurki, TBMM, yetki kanunu ile sadece yürütmenin düzenleme yetkisini genişlettiği için olacak, görevde bulunan Bakanlar Kurulu üyelerini veya Başbakanın kişiliğini gözönünde tutmadan uzun süreli çıkarmakta sakınca veya tehlike görmemektedir. Oysa Fransa'da, «dècret-loi» (kanun-kararname) ile yürürlükteki kanunlardan herhangi biri değiştirilip kaldırılabilirdiğinden; bu yetki, ancak iki-üç ay gibi çok kısa süreler için ve çoğu kez belli Başbakan ve Bakanlar Kurulunun işbasında kalması kayıt ve şartıyla verilmektedir.

Demek ki, Türkiye'de KHK çıkarma yetkisinin, nazarı olarak, yürütme organınca kötüye kullanılamıyacağı ve genişletilmiş bir düzenleme yetkisinin ibaret bulunduğu için kaygı doğurmayacağı kabul edilmektedir.

III — KHK'NİN YARGISAL DENETİMİ

Buraya kadar olan ders notlarında da belirtildiği gibi; KHK nin, bir yandan yetki kanununa ve bunun değiştirilmesini öngörmediği diğer kanun-

lara öte yandan Anayasa'ya ve Hukukun Genel Prensiplerine aykırılığı söz-konusu olabilir.

Anayasa'nın, 64 üncü maddesi son cümlesinde ki, «Anayasa Mahkemesi, bu kararnamelerin Anayasaya uygunluğunu da denetler.» hükmü, ikinci tür aykırılık sorununu çözümlemiş bulunmaktadır.

KHK nin yetki kanununa ve öteki kanunlara uygunluğunun yargısal denetimi sorunu ise, 64 üncü maddede özel bir hükümle karşılanmamış olduğuna göre; Anayasa'nın genel hükümleri ve Türk Kamu hukuku ilkeleri uyarınca çözümlenmek gerekir. Başka bir deyişle, KHK yasama meclislerince kanunlaştırılıncaya kadar, bir tür düzenleyici genel işlem olmak itibariyle, Anayasanın 114, 140 ve Danıştay Kanunu 30/A maddeleri hükümlerince Yüksek İdare Mahkemesince yargı yolu ile denetlenmelidir. Kanunlaştıktan sonra da sadece Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülebilecek olan KHK, yine genel kurallar uyarınca ancak Anayasa Mahkemesi tarafından incelenebilir.

1 — Danıştay'ca.....

Oysa Danıştay Dâva Daireleri Kurulu, 2 sayılı kanun hükmündeki kararnamenin, çarşı ve mahalle bekçilerine ilişkin Ek Geçici 6 ncı maddesi (C) bendinin iptali istemiyle açılmış olan davaları, oybirliği ile aldığı 7 Haziran 1974 tarihli kararlarıyla, «**inceleme kabiliyeti bulunmadığından**» reddedilmiştir³. Bu kararların düzeltilmesi için ilgililerin yaptığı başvurmaları DDK bir oya karşı çoğunlukla verdiği 22 Kasım 1974 tarihli bilinen, red-formüllü ilâmlarıyla karşılamıştır⁴.

Yüksek İdare Mahkemesinin KHK ye ilişkin bu ilk kararlarındaki içti-hadin, kesinlikle irdelemek ne yazık ki, mümkün görünmüyor. Çünkü, ne esas kararda, ne de düzeltme ilâmında, dâvacıların iptalini istedikleri 2 sayılı KHK nin Ek Geçici 6 ncı maddesi (C) bendinin hangi üst hukuk kuralına (Anayasa veya kanun) ne bakımdan aykırı olduğunu iddia ettikleri açıklanmış değildir. Ayrıca sözkonusu kararlar, 521 sayılı Danıştay Kanununun 74 üncü maddesi uyarınca, dâvalı Maliye Bakanlığının savunması alınmadan, ilk inceleme aşamasında verilmiş bulunduğundan; bu noktanın aydınlatılmasında, karşı tarafın düşünce ve görüşlerinden de yararlanmak olanağı yoktur.

Gerçekten, «çarşı ve mahalle bekçileriyle bu kuruluşta görevli personelin kadro ücretleri ve buna tekâbül eden intibak derecelerini düzenleyen 2 sayılı kanun hükmündeki kararnamenin Ek Geçici 6 ncı maddesinin (C) bendinin iptali» (Kararın «Dâvanın Özeti» hanesi); 23 Mayıs 1972 tarihli ve 1589 numaralı Devlet Memurları Kanunu ile ilgili yetki kanununda, 772 sayılı Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanununun, kaldırılması öngörülen mevzuat arasında sayılmamış bulunması nedeniyle yetki kanununa aykırılığınan ötürü istenmiş olabileceği gibi; eşitlik ilkesini çiğnediğinden Anayasa'ya aykırı düşüğü gerekçesiyle de talep edilmiş olabilir. Bu ikinci olasılıkta Ana-

³ DDK, 7 Haziran 1974, Bekçiler, E. 1974 -Karar; 1974) 540 (yayımlanmamıştır).

⁴ DDK, 22 Kasım 1974, Bekçiler, Esas; 1974/441 - Karar; 1974/745 (yayımlanmamıştır).

yasa Mahkemesinin çözümlenmekle yetkili kılındığı bir dâva karşısında bulunan Danıştay, görevsizlik kararı vermek durumunda idi. Birinci olasılıkta ise Yüksek Mahkemenin görevine giren bir uyuşmazlık sözkonusu olduğuna göre; «dâvanın inceleme kabiliyeti bulunmadığı» hükmüne, ancak KHK nin salt yasama işlemi niteliğini taşıdığı gerekçesine dayanarak varabilirdi.

Oysa DDK, 7 Haziran 1974 tarihli «**Bekçiler**» kararından, ne böyle bir gerekçe ile, ne de görevsizlik sebebiyle dâvaları reddetmemiş; 521 sayılı Danıştay Kanununun iptal dâvasına ilişkin m. 30/A bendini aktararak «Bahsi geçen kanun hükmü karşısında ancak ilgililer hakkında tesis olunan idarî işlemlerin Danıştay'da dâva konusu edilmesi mümkün olup, madde hükmünün kanun hükmündeki bir kararnamenin iptali için dâva açılmasına cevaz veremeyeceği açıktır.» demekle yetinmiştir. Bu suretle Danıştay, kendi önünde ancak idarî işlemlerin dâva konusu olabileceğini belirterek kanun hükmündeki kararnameye karşı açılan iptal davasının «inceleme kabiliyeti bulunmadığı» sonuca varmakla, bunları idarî işlem saymadığını anlatmıştır; fakat yasama işlemi niteliğini taşıdığını söylemiş değildir. Çünkü bu nitelermeyi yapmış olsaydı, görevsizlik kararı vermesi gerekirdi. «Dâvanın inceleme kabiliyeti bulunmadığı» hükmünün görevsizlik kararından başka bir şey olduğu, aktarılan gerekçenin baş tarafındaki, «ancak ilgililer hakkında tesis olunan idarî işlemlerin Danıştay da dâva konusu edilmesi mümkün» olduğu ibaresiyle daha belirgin şekilde ortaya çıkmaktadır. Şöyleki, Bakanlar Kurulu'nun iradesinden ibaret olan KHK organik (uzvî) bakımdan idarî işlem ise de, taşıdığı hükümler itibariyle, alelâde idarî kararlardan sayılamaz; ancak bu olağan dışı düzenleyici genel işleme dayanılarak ilgililer hakkında yapılan uygulama işlemlerine karşı Danıştay önünde dâva açılabilir. Şu halde, Yüksek Mahkemeye göre, KHK, aslında bir tür idarî işlemdir, fakat idarî yargı yolu ile denetlenemez, yani «hükümet tasarrufu» dur. Esasen, «dâvanın inceleme kabiliyeti bulunmadığı» hükmü, Danıştay'ın 1961 den önceki dönemde Yürütme ve idarenin, denetlemekten çekindiği işlemlerine karşı açılan dâvaları red için kullandığı formüldür.

Böylece Yüksek İdare Mahkemesi, II. Cumhuriyet döneminde Bakanlar Kurulu'nun sıkıyönetim ilân kararından⁵ ve yıllık programdan⁶ sonra, hükümet tasarrufları listesine KHK leri de eklemiş olmaktadır. Ancak, Danıştay'ın sıkıyönetim ilânına ilişkin kararı ile KHK hakkındaki içtihatları arasında iki önemli fark görülmektedir. Yüksek Mahkeme, bunlardan birincisinin «yasal bir tasarruf» olduğunu açıkca saptamakta ve bu niteliği dolayısıyla, iptali için açılan davayı «görevsizlik»ten reddetmektedir.

⁵ DDK., 3 Temmuz 1970, Türkiye Maden-İş Sendikası, E. 1970/419 - K. 1970/444, Amme İdaresi Dergisi, Cilt 3, Sayı 3, Eylül 1970 s. 266-268; bu karar üzerine düşüncelerimiz için bak. Sıkıyönetim kararı, Cumhuriyet gazetesi, 13 Temmuz 1970; bu içtihadın eleştirisi için bak.; Kâzım Yenice, Sıkıyönetim İlâm Kararı ve Yargısal Denetim Sorunu, Danıştay Dergisi, Yıl 1, Sayı 2, s. 18-35 (Bu yazının içinde, aynı konuya ilişkin DDK nun 3 Temmuz 1970 tarihli E. 1970/389 - 1970/442 numaralı DİSK kararının metni ve azlık oyu yazısı da vardır.

⁶ DDK., 7 Aralık 1973, Aysev, , E. 1972/194 - K. 1973/716, Amme İdaresi Dergisi, Cilt 7, Sayı 1, Mart 1974, s. 190-193. Bu konu için Amme İdaresi Dergisi, Cilt 8, Sayı 3, Eylül 1975 te yayınlanacak olan «Türkiye'de' Planlamanın Hukukî Rejimi» başlıklı incelememize bakınız.

Dayanağı ve sonucu doğru olmamakla beraber, bu yargılama biçimi kendi içinde tutarlıdır ve bir «hükümet tasarrufu» na örnek vermeyebilir. Şayet, Bakanlar Kurulu'nun aynı sıkıyönetim ilanı kararına karşı Anayasa Mahkemesinde Türkiye İşçi Partisinin açmış olduğu iptal dâvası da «görevsizlik» sebebiyle reddedilmemiş olsaydı⁷. Sıkıyönetim ilanı kararının denetlenmesi, Adalet mahkemesinin görev alanına hiç girmediğine göre, herhangi bir yargı yolu ile yapılamıyacak demektir, dolayısıyla bu yürütme işlemi, bir «hükümet tasarrufu» sayılmak gerekir.

Buna karşılık, KHK nin, dâva veya itiraz yolu ile, Anayasa Mahkemesince denetlenebileceği ileri sürülerek Danıştay'ın 7 Haziran 1974 tarihli «Bekçiler» kararının bir «hükümet tasarrufu» yaratmadığı söylenebilir. Şu şartla ki, Anayasa Mahkemesi, KHK nin, yalnız Anayasaya değil, yetki kanununa ve kaldırılması öngörülmemiş öteki kanunlara aykırılık iddialarını da gözönüne alıp, iptal hükmü vermeğe yetkili kabul edilirse.....

Anayasa'nın 64 üncü maddesi, son cümlesinin açık hükmü, Yüksek Mahkemeye böyle bir yetkinin tanınmasına ve onun tarafından kullanılmasına hiç de elverişli değildir. Tam tersine, yukarıda açıklandığı üzere, Anayasa'nın genel kuralları ve Türk kamu hukuku ilkeleri, Anayasa Mahkemesinin KHK yi bu bakımdan denetlemesine kesinlikle engeldir. Nitekim, ileride sözkonusu edilecek Anayasa Mahkemesinin, yine 2 sayılı KHK nin Ek Geçici 2 nci maddesine ilişkin kararında, sadece Anayasaya aykırılık itirazı öne sürülmüş ve kabul olunmuştur⁸

Bu itibarla KHK, Anayasa Mahkemesi ve Anayasa açısından değilse de, Danıştay ve yetki kanunu ile kaldırılması öngörülmemiş öteki kanunlar bakımından «hükümet tasarrufu» niteliğini taşımaktadır.

Oysa, bütün hukukçular gibi, Danıştay mensupları da, T.C. Anayasası'nın 114 üncü maddesinin gerek 1961 metni, gerek 1971 değişik şekli karşısında, artık Türk Hukukunda «hükümet tasarrufu»na yer ve olanak kalmadığını, hemen oybirliğiyle ifade ve kabul etmekte idiler⁹ Sıkıyönetim ilanı kararına ilişkin DDK nun 3 Temmuz 1970 tarihli görevsizlik kararına gelinceye kadar, Yüksek İdare Mahkemesi hiçbir idarî dâvayı «hükümet tasarrufu» gerekçesiyle reddetmiş de değildir.

Bununla beraber, Danıştay'ın 1971 den önceki yürütme ve İdarenin takdir yetkisini kamu yararı amacıyla sınırlayıcı içtihadını, 114 üncü maddeye eklenen ikinci fıkrâ hükmü dolayısıyla bırakma değilse de, yumuşatma yo-

⁷ An. Mah., 17 Kasım 1970, Türkiye İşçi Partisi, E. 1970/44 - K. 1970/42, R.G., 30 Mart 1971 - 13794, An. Mah. Kararlar Dergisi, Sayı 8, s. 443-451.

⁸ An. Mah. 8 Ekim 1974, Danıştay 5. Dairesi, E. 1974/18 - K. 1974/42, R.G., 29 Ocak 1975-15133, s. 2-6.

⁹ İsmail Hakkı Ülgen, ileride 9 ve 10 sayılı dipnotlarda gösterilen konuşmalar; Kâzım Yenice, yukarıda 5 sayılı dipnotunda gösterilen yazı; Recep Başpınar, Danıştay'ın yetkilerinin Sınırlandırılması Çalışmaları ve Düşündükleri, Danıştay Dergisi Yıl 2, Sayı 3, 1972, s. 43; Orhan Özdeş, «Yüksek Yargı Organı Olarak Danıştay ve Sorunları» (Sempozyum konuşması), Danıştay Dergisi, Yıl 3, Sayı 11, 1973, s. 45, bu konuşma, «Danıştayın Tarihi Gelişimi ve Cumhuriyet Devrinde Danıştay» başlığı ile, Danıştay Dergisi'nin Cumhuriyetin 50. Yılı Özel sayısında (1973) da yayımlanmıştır.

luna girdiği görülmektedir. Nitekim, 1971 Anayasa değişikliği girişimi sırasında Yüksek İdare Mahkemesinin yargı yetkisinin korunması için büyük çabalar harcadığı anlaşılan Danıştay Başkanı dahi, müessesenin 105 inci kuruluş yıldönümünde (10 Mayıs 1973) yaptığı konuşmada, «114 üncü madde de bu kere yapılan değişiklik ise, idari işlemlerin unsurlarının, özellikle takdir yetkisinin yargısal denetime tâbi olacağı yolundaki ana ilkeyi şüphesiz ortadan kaldırmamış, ancak, Danıştay'a bu yönden bir hareket serbestisi tanımıştır Şüphesiz. bu husus, yalnız Danıştay'a, onun yargısal içtihadlarına bağlı bir yetkidir»¹⁰ demek suretiyle, Yürütme ve İdareye serbest takdir yoluna açık tutulabileceğini kabul etmektedir.

DDK'nun 7 Haziran 1974 tarihli «Bekçiler» kararı, acaba KHK konusunda Bakanlar Kurulunun takdir yetkisine karışmamayı amaçlayan bu eğilimin bir ürünü müdür? Böyle bir yoruma da pek yer olmasa gerek. Çünkü, aynı Danıştay Başkanının, «Hukuk Devleti» konusundaki bir sempozyumda yaptığı başka bir konuşmada açıkladığına göre; 1971 Anayasa değişiklikleri sırasında o dönemin Başbakanına yolladığı bir yazıya, «Anayasa Mahkemesinin yetkisi ile ilgili bir madde hakkında şu özel not konmuştur: (Özel not: Aynı düşünceler (yargı denetimini kısıtlayıcı değişiklik taslağının Türkiye Cumhuriyetinin hukuk devleti niteliğiyle bağdaşmadığı), Anayasa Mahkemesi yönünden, 107. maddenin «Yetki kanunlarıyla Kanun Kuvvetinde Kararnameler hakkında Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı gibi Kanun Kuvvetinde Kararnameler yargı denetimine de tabi değildir.» şeklindeki son fıkrası için de varittir.)¹¹ Sayın Başkanın, bu sözleriyle, Anayasa değişikliği taslağındaki 114 üncü madde hükmüne koşut olarak, sonradan 64 üncü maddeye aktarılan 107 inci maddeye eklenmiş yargı denetiminin yasaklayıcı hükmün düzeltilmesine yönelen uyarısının da gözönünde tutulmuş olduğunu, üstü kapalı biçimde de olsa, anlatmak istediği sezilmektedir.

Danıştay Başkanının bu noktaya ilişkin düşüncesini yanlış anlamadıkça, Anayasanın 114 üncü maddesine eklenen fıkra hükmü gibi, 64 üncü maddesine verilen son şeklin de, KHK üzerinde, genel kurallar uyarınca, yargı denetimi yapılmasını engellemediği görüşünde olduğu söylenebilir. Fakat, 2 sayılı KHK ye ilişkin «Bekçiler» dâvasının karar düzeltilmesi aşamasında DDK'nu yöneten sayın Başkanın, bu yoldaki istemin reddine oy veren çoğunluk arasında yer aldığına bakılırsa, yargısal denetim yanında olmadığı görülmür.

Buna karşılık, sözkonusu dâvanın ilk aşamasında DDK nda bulunmayıp karar düzeltilmesi incelemesine katılan bir sayın üye 7 Haziran 1974 tarihli «Bekçiler» kararına muhalefette tek başına kalmış ve büyük ölçüde paylaştığımız şu eleştirileri yönelmiş bulunmaktadır.

¹⁰ İsmail Hakkı Ülgen, 6 Nisan 1974 Günü İzmir'de Yaptığı Konuşma, Danıştay Dergisi, Yıl 3, Sayı 11, 1973, s. 7-8.

¹¹ İsmail Hakkı Ülgen, Danıştay'ın 105. Kuruluş Yıldönümü Konuşması, Türkiye Barolar Birliği Bülteni, Yıl 4, Mayıs 1973, Sayı 19, s. 5, Danıştay Dergisi, Yıl 3, Sayı 8, 1973, s. 9; aynı konuşma, Danıştay Dergisi'nin Cumhuriyetin 50. yılı Özel (1973) sayısında da yayımlanmıştır.

«KARŞI OY : 1488 sayılı kanunla Anayasanın 64. maddesinde yapılan değişiklik üzerine Türkiye Büyük Millet Meclisinin kanunla Bakanlar Kuruluna belli konuları kanun hükmünde kararnamelerle düzenleme yetkisinin vermesi, yasama yetkisinin devri anlamını asla taşımaz; çünkü Anayasanın 5. maddesi (Yasama yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez) hükmü değişikliğe uğramaksızın yürürlüktedir; diğer deyimle, Bakanlar Kurulunca çıkarılan kararname, «kanun hükmünde» olsa bile, «Kararname» dir ve Yasama Organının değil İcra Organının işlemidir. Ancak sözü edilen kararnameler, TBMM ne sunulup onun tarafından aynen veya tadilen tasvip edildikten sonradır ki Yasama Organının tasarrufu halini alacaktır.

1488 sayılı kanunla getirilen kanun hükmünde kararname müessesesi 1958 Fransız Anayasasınının 38. maddesinde öngörülen Ordonans müessesesinden ve eski Dècret-Loi'lardan esinlenerek ihdas edilmiştir; aynen alma değilse de onun adaptasyonudur; Yasama Organi tarafından kanunla düzenlenmesi gereken belli bir konunun belli süre içinde İcra Organınca düzenlenmesi, yürürlüğe konması ve Yasama Organının tasvibine sunulmasından ibarettir. Mezkûr nedenle de Fransız Danıştayınca, «Ordonance» dahi, özerk kararname (Dècret autonome) gibi, organik ve formel kıstasla idarenin işlemi olarak kabul edilmiş, yargısal denetime sokulmuş ve bu içtihat doktrince, hukuk otoritelerince benimsenmiştir (R. Odent, Contentieux Administratif, 1966, s: 183; Prof. A. Laubadere, T.E. Droit Administratif, I, no: 110; Prof. Rivero, P. Droit Administratif, no: 62). Durum yurdumuzda da hemen hemen aynı iken, «Kanun Hükmünde» denilse bile «Kararname» adını ve niteliğini taşıyan bir işlemi, ancak T.B.M.M. ce düzenlenebilecek «kanun» niteliğinde saymak Danıştayın yargı denetiminden masun tutmak, Anayasa'nın 114. maddesi hükmüyle bağdaşmaz. 114. madde, «İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır» demektedir. O halde «her türlü idare işlemi» kavramı aydınlığa kavuşturulmalıdır. İdarenin işlemleri hem idarî, hem yargısal, hem de yasal nitelikte olabilir. 114. madde, idarî işlemlerden değil, idarenin her türlü işleminden söz etmiştir. Anayasa veya kanun, idareye, ezcümle yargısal karar alma yetkisi tanyabilir. (Anayasanın 127. maddesinin, Sayıştaya sorumluların hesap ve işlemlerini yargılayarak kesin hükme bağlama imkânı vermesi, 213 sayılı Vergi Usul Kanununa dayanan İtiraz ve Temyiz Komisyonlarının yargısal karar alması gibi); fakat idarenin işlemi, yargısal nitelikte de olsa, Danıştay'ın temyiz davası yoluyla, yargı denetiminden kurtulamaz. Aynı şekilde idare, Anayasanın 64. maddesindeki hallerde, Yasama Organının kanunla vereceği izinle, umumî, objektif, gayrişahsî, kanun hükmünde kurallar koysa bile bu bir «Kararname» olmaktan öteye gidemez. «Kanun» addedilemez; ancak T.B.M.M. ne sunulup orada «komisyonlarda ve genel kurullarda... görüşülüp krara» bağlandıktan sonra kanun niteliğine bürünebilir; bu tarihe kadar da idarenin bir çeşit, yasal işlemi olarak Danıştay'ın önünde iptal davasına konu teşkil etmesine hiçbir engel yoktur. Ancak burada hatıra gelebilecek şu sorunun karşılanmasında yarar vardır: İdrenin işlemi, yani kararname, esasen kanun hükmünde olduğuna, bunun kanunsuzluğu söz konusu edilemeyeceğini ve Anayasa'nın 64. maddesi son fıkrası bu kararnamelerin Anayasaya uygun-

luğunun Anayasa Mahkemesince denetlenmesini öngördüğüne göre Danıştay neyi inceleyecek, denetleyecektir? Danıştay burada, Anayasaya aykırılık dışındaki hukuk'a aykırılığı araştıracaktır ve bu onun ihtisasına, görev alanına giren bir husustur. Kanun Hükmündeki Kararname, Bakanlar Kurulu'nun bir çeşit işlemi olduğundan, bunun yetki ve şekil yönünden hukuka aykırılığı, sakatlığı iddia edilebileceği gibi Bakanlar Kurulu'nun, T.B.M.M. ce kendisine tanınan sınırlı yetkinin ötesine geçtiği, yetki kanununu ihlâl ettiği de ileri sürülebilir. Bu sorunlar, Anayasaya aykırılık sorunu değildir ve esasen vatandaşların, hak arayanların, doğrudan Anayasa Mahkemesine başvurma ehliyeti de bulunmamaktadır. Diğer taraftan, Kamu Hukuku ilminde belirtildiği üzere yetki devri (délégation du pouvoir) sonucu itiraz edilen işlemler, artık yetkiyi devredene değil, yetki kendisine devredilmiş olana aittir. Dolayısıyla Kanun Hükmünde Kararname, yetkiyi devreden Yasama Organımız T.B.M.M. nin değil, yetkiyi almış olan Bakanlar Kurulu'nun işlemidir ve T.B.M.M. ce aynen veya değiştirilecek tasvip olununcaya kadar da, Anayasaya aykırılık yönü dışında kalan Hukuk'a aykırılık halleri için, idarenin işlemi olarak, Danıştay'ın yargı denetimine tabi tutulması gereklidir.

Arzedilen nedenlerle, Kanun Hükmündeki Kararnamenin ptali dileğiyle açılan davanın inceleme niteliği olmadığı yolundaki çoğunluk görüşüne karşıym ve düzeltme isteğinin kabulünün uygun olacağı kanısındayım. Üye: Orhan Tüzemen»

Gerçekten, kanıtlayıcı ve inandırıcı olan bu «karşı oy» yazısına eklenebilecek fazla birşey yoktur. Biz sadece sayın üyenin, KHK de «Danıştay neyi inceleyecek, denetleyecek?» sorusuna verdiği «Danıştay burada Anayasaya aykırılık dışındaki hukuk'a aykırılığı araştıracaktır» yanıtı üzerinde biraz durarak, bir toktanın aydınlatılmasında yarar görüyoruz. Bu nokta, «hukuka aykırılık» kavramının neleri içerdiği veya kapsadığı sorundur.

Hatırlatalım ki, yukarıya aktarılan ders notlarımızda; Danıştay'ın KHK yi, yetki kanununa ve kaldırılması öngörülmeleyen kanunlara aykırılığı yönünden; Anayasa Mahkemesinin ise, Anayasa'ya ve Hukukun Genel Prensiplerine uygunluğu bakımından denetleyebileceğini ve denetlemesi gerektiğini ifade etmiştik. «Karşı oy» sahibi sayın üyenin de, sonraki açıklamalarından «hukuka aykırılık» terimiyle yetki kanunu ile öteki kanunlarda yer alan bütün kuralları kastedtiği anlaşılmaktadır.

Oysa, Danıştay idari işlemlerin hukuka uygunluğunu denetlerken, yalnız ve yerine göre yönetmelik, tüzük, kanun ve Anayasa hükümlerine değil yazılı olmayan Hukukun Genel Prensiplerine aykırılığını da araştırıp saptamağa yetkilidir. Anayasa'nın 64 üncü maddesinin son cümlesi gereğince, KHK nin Anayasaya uygunluğunu denetlemeğe Anayasa Mahkemesi yetkili bulunduğuna göre, Danıştay bu noktaya yönelen itirazları, genel hükümler uyarınca, adigeçen mahkemeye yollamak veya reddetmek durumundadır. KHK yasal güçte olduğundan ve esasen Bakanlar Kurulunca çıkarıldığından; bunun, yürürlükteki yönetmelik ve tüzüklere aykırılığı sözkonusu edilemez. Meğer ki, KHK, yetki kanununun konusu, kapsamı ve amacı dışında kalan veya kaldırılmasını öngörmediği kanunlara ilişkin bulunan bir yönetmeliği

ya da tüzüğü, bu mevzuat hükümlerine aykırı olarak değiştirmiş bulunsun. Bu taktirde, yönetmelik veya tüzük değişikliği yolu ile, gerçekte, Bakanlar Kurulu'nun yetkili kılınmadığı kanun hükümleri kaldırılmış ya da değiştirilmiş demek olur ki, bu yine Danıştay'ın esas görev alanına giren bir sorun teşkil eder.

Fakat KHK nin Hukukun Genel Prensiplerine aykırı hükümler koyması halinde; denilebilir mi ki, Danıştay, öteki idari işlemleri bu yönden denetlediği gibi, KHK yi de denetleyebilir. Bu sorunun çözümü, Hukukun Genel Prensiplerinin Türk Hukuk sistemindeki normlar hiyerarşisinde aldığı yerin belirlenmesine bağlıdır.

Yeri olmadığı için ayrıntılarına ve tartışmasına girmeden, bu noktanın, Anayasa'nın 132 nci maddesinin birinci fıkrasında, hakimlerin hüküm verirken bağlı oldukları normlar «Anayasa», «kanun», «Hukuk» ve «vicdani kanaat» diye sıralandığına göre, açıklanmış olduğunu söyleyebilirim. Başka bir deyişle, Hukukun Genel Prensipleri Türk Hukukunda kanundan sonra gelir, yani kanun bunlara uygun olmayan hükümler koyabilir.

Bu görüş ve düşüncenin yadırganacağından ve hatta tepki yaratacağından şüphe etmiyorum. Ancak, Türkiye Cumhuriyeti Anayasal sisteminin gereği olduğuna inandığım bu tez, hukuk düzenimiz ve yaşantımız konusunda kaygılara yol açacak nitelikte değildir. Çünkü 1961 Anayasası, özellikle ilk yürürlüğe girdiği biçimiyle, çağdaş ve uygar ülke ve toplumların benimsediği hemen tüm Hukukun Genel Prensiplerini ya açık seçik, ya da üstü kapalı olarak içermektedir. Böyle olunca, yasama organı kanun yaparken, adigeçen ilkelere de uymak zorundadır.

Ne var ki, kanunların Hukukun Genel Prensiplerine uygunluğu, Anayasa hükümleri aracılığıyla ve bunların kabul ettiği ölçüde yansımak durumunda olduğundan; KHK nin bu yönden denetimini de, Danıştay değil, Anayasa'ya aykırılık yolu ile yalnız Anayasa Mahkemesi yapmağa yetkili sayılabilir. Bu kural, Danıştay'ın öteki Yürütme ve İdare işlemlerini, kanunlarda aksine bir hüküm yoksa, Hukukun Genel Prensiplerine aykırılığı bakımından doğrudan doğruya incelemesine ve iptal etmesine engel olmaz. Çünkü, Hukukun Genel Prensipleri, normlar hiyerarşisinde, tüzük ve yönetmelikten önce yer almaktadır.

Öte yandan, KHK ile yapılan düzenlemelerde, Bakanlar Kurulu, tüzük ve yönetmeliklerden farklı olarak, daha önce herhangi bir kanunda hükme bağlanmamış hususları ilk kez ele alıp işleyebilir. Yeterki yetki kanununun konu, kapsam ve amacı dışına çıkmasın. Şu halde, hükümet, sadece kaldırılması öngörülen kanun hükümlerini lâğv ve tādil etmekle kalmayıp, aldığı yetki çerçevesinde bulunan boşlukları da gerekli gördüğü biçimde düzenleyebilir. Ancak, bunu yaparken, Anayasa'ya ve Hukukun Genel Prensiplerine aykırı hükümler koymamak zorundadır. KHK nin bu türden hükümlerine karşı ilgililerin itirazları sözkonusu olduğunda, sorunun Anayasa Mahkemesince çözümlenmesi gerekir.

2 — Anayasa Mahkemesi'nce...

İşte Anayasa Mahkemesi, Danıştay Beşinci Dairesinin, Devlet memurları ile ilgili 23 Aralık 1972 tarihli ve 2 sayılı KHK nin geçici 2 nci maddesinin ikinci fıkrası hükmünün Anayasa'nın 2 ve 12 nci maddelerine aykırı olduğu yolundaki davacı itirazını ciddi bularak, sorunun çözümlenmesi için başvurması üzerine, ilk defa 1974 yılı sonlarında bu tür bir yürütme işlemini yargı denetimine tâbi tutmuştur.¹²

KHK nin Anayasaya uygunluğu denetiminin sözkonusu olduğu Anayasa Mahkemesinin 8 Ekim 1974 tarihli «Danıştay 5. Dairesi» kararında, biri prosedüre, öteki esasa ilişkin bulunan iki noktanın çözümlendiği görülmektedir. Bunları incelemeyen önce, Danıştay önündeki uyumsuzluğu ve Anayasa Mahkemesine götürülen aykırılık sorununu kısaca açıklamak gerekir.

Devlet Memurları Kanununun uygulanmağa başladığı 1970 yılından önce bulunduğu kadronun iki üst derecesinden aylık almakta olan bir memur, anılan kanunu değiştiren 1327 sayılı kanunun intibak hükümlerine göre, üçüncü dereceye oturtularak birinci derecenin ilk kademesinden maaş elde etmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin bu intibak hükmünü, müktesep hak ve eşitlik ilkesine aykırı sayarak, Resmî Gazete'nin 13 Temmuz 1972 günlü sayısında yayımlanan ve bu tarihten altı ay sonra yürürlüğe giren, 9 Mayıs 1972 tarihli kararıyla iptal etmesi üzerine, Bakanlar Kurulu 23 Aralık 1972 tarihli ve 2 sayılı KHK (R.G, 30 Aralık 1972-14407) ile konuyu yeniden düzenlemiştir.

Ancak, sözü edilen memur, bu arada isteği üzerine 2 Ağustos 1972 tarihinde emekliye ayrılmıştır. 2 sayılı KHK nin yeni intibak hükümleri, görevde bulunan ve bulunmayan tüm eski memurların durumunun, Anayasa Mahkemesi kararı uyarınca, düzeltilmesini öngörmekte ise de; bu yüzden 1 Mart 1970 ten 1 Haziran 1973 gününe kadar geçen sürede doğan gerek görev aylıkları gerek emekli aylıkları ve ikramiyesi farklarının kendilerine ödenmemesini emretmiştir.

İşte dâvacı emekli memur, emekli ikramiyesi ve aylıkları farklarını değil, görev aylıklarının 1 Mart 1970 ten 2 Ağustos 1972 arasındaki farklarını İdareden talep ve dâva etmiş; bunun için de 2 sayılı KHK nin ödemeyi yasaklayan geçici 2 nci maddesinin ikinci fıkrası hükmünün, Anayasa'nın 2 ve 12 nci maddelerine aykırı olduğunu leri sürmüştür.

Danıştay Beşinci Dairesi, bu Anayasaya aykırılık itirazını benimsemiş ve anılan fıkra hükmünü Türkiye Cumhuriyetinin Hukuk Devleti niteliğinde (m. 2) gömüllü «müktesep hak» esasına ve, «kanun önünde eşitlik» ilkesine (m. 12) ve ayrıca Anayasa Mahkemesinin yukarıda sözü edilen iptal kararına da uygun görmeyerek, Anayasa Mahkemesine başvurmuştur.

¹² An. Mah., 8 Ekim 1974, Danıştay 5. Dairesi, E. 1974/18 - K. 1974/42, R.G., 29 Ocak 1975 - 15133, s. 2-6.

A — KHK Prosedürüne İlişkin Bir Nokta

Anayasa Mahkemesi, her zaman ve büyük bir özenle yaptığı gibi, önce bu itirazın yöneldiği KHK hükmünün Danıştay'ca bakılan dāvaya uygulanması gerekli bir fıkra olup olmadığını araştırmıştır.

İtiraz konusu 2 sayılı KHK nin geçici 2 nci maddesinin olayda sadece görev aylıkları farkına ilişkin ikinci fıkrasının birinci cümlesi hükmünün uygulanması mümkün olduğunu saptayarak, emekli aylığı ve ikramiyesi farkları ile ilgili ikinci cümlesine de yöneltilen iptal istemini yetkisizlik nedeniyle reddetmiştir.

Ne var ki, dāvaya uygulanması kabul edilen ikinci fıkra hükmü, daha sonra 30 Mayıs 1974 tarihli ve 12 sayılı KHK (R.G., 31 Mayıs 1974-14901) ile, genişletilerek üstü kapalı biçimde değiştirilmiş olduğu halde; çetrefil bir yargılama ile, dāvacı emekli memur durumunda bulunanlara uygulanabilir nitelikte kabul edilmiştir. Konumuz bakımından önemli olan, Anayasa Mahkemesinin bu sorunu neden incelemeyi gerekli gördüğü ve bu sonuca nasıl vardığı değil, ara yargısıyla dolaylı biçimde, Bakanlar Kurulu'nun KHK ile düzlenlediği bir konuyu, buna ait KHK, TBMM nden henüz geçmemiş olsa bile, yetki süresi boyunca sonradan çıkaracağı KHK lerle yeniden tanzim, tâdil ve ilga edebileceğini anlatmasıdır. Gerçekten, Hükümet böyle bir yetkiye sahip değil idi ise, Anayasa Mahkemesinin 12 sayılı KHK yi ya hiç gözününe almaması, ya da önce bunun sağlık ve geçerlilik sorununu çözümlemesi zorunlu idi. Ancak, bu hususta kuşku ve duraksamaya yer ve gerek olmadığına göre¹³; sözkonusu prosedür noktasını niçin ortaya koymak gereğini duyduğumuz sorulabilir.

Anayasa Mahkemesi kararının bu noktaya ilişkin içtihadının açıklanmasında şu yarar vardır ki, Bakanlar Kurulunca yetki süresi içerisinde değiştirilen veya kaldırılan KHK lerin ya da belli hükümlerinin, artık TBMM tarafından incelenip, kabul veya reddedilmesine yer ve gerek kalmadığını belirtmeye imkân vermektedir. Gerçekten, TBMM'ne sunulan KHK, hukuki nitelik ve kuvveti ne olursa olsun, Anayasanın 64 üncü maddesi uyarınca, yasama meclislerince reddedilinceye kadar yürürlük ve geçerliğini koruduğuna göre; bunun reddi veya kabulü, sağlığı ve etkisi üzerinde hiçbir sonuç doğurmaz. Kaldı ki, bizim tezimiz gereğince, TBMM ne sunulan KHK, onun açısından kanun tasarısından ibaret olduğundan; Hükümet bunu değiştirmek veya kaldırmakla, parlâmentodan geri almaktan başka birşey yapmış sayılmaz.

Gerçi, yasama meclisleri üyeleri ya da komisyonları, böylece geri çekilen kanun tasarısını benimseyip teklif biçiminde yürütmeye yoluna gidebilirler. Lâkin, bu teklifin kanunlaşması halinde, ilişkin olduğu esas KHK nin geçerliği ve yürürlüğü, Hükümetçe değiştirilmesinden veya kaldırılmasından sonraki dönem için de sağlanmış olmaz; ortaya, ancak yayımı ile uygulanabilir yeni bir kanun çıkmış bulunur.

¹³ Aksini düşünen ve yersiz sorunlar ortaya atan : Kâmrân Baydur (Devlet Personel Dairesi Başkanı) *Kanun Hükmünde Kararname Nedir?*, «Milliyet», 10 Şubat 1975; *Yetki Kanunları Nasıl Uygulanır?* «Milliyet», 25 Mart 1975.

Bu açıklamaların ışığı altında, Bakanlar Kurulu'nun, 1 sayılı KHK yi (R.G., 12 Eylül 1972/14304) yürürlükten kaldıran 23 Ekim 1972 tarihli ve 7/5225 sayılı alelâde Kararnamesi (R.G., 12 Kasım 1972-14359) incelenirse bunun, gerek biçim, gerek içerik yönünden düzgün bir işlem olmadığı görülür. Şöyle ki, Hükümet, anılan alelâde kararnamede ifade edildiği gibi, Millet Meclisi Genel Kurulunca reddedileceği anlaşılan 1 sayılı KHK yi yürürlükten kaldırmak için, bu metnin kendisine «geri gönderilmesi» ni istememeli; sadece aksine bir KHK çıkarmakla yetinmeliydi. Fakat Bakanlar Kurulu, KHK yi yürürlükten kaldıracak bu işlemi de, KHK sıra sayısını alacak bir kararname ile yapmak ve TBMM ne sunmak durumunda idi.

Hükümet, bu yolu seçmeyip, 1 sayılı KHK yi, alelâde bir kanun tasarısı gibi Millet Meclisinden geri çekmekle; bunu, Resmi Gazetede yayımladığı 12 Eylül 1972 tarihinden itibaren yürürlükten ve geçerlikten alıkoymağı amaçlamış görünmektedir. Şöyle ki, Anayasa gereğince yayımlandığı gün TBMM ne sunulan 1 sayılı KHK, Millet Meclisi Genel Kurulundan geri gönderilince bu sunuş işlemi ortadan kalkmakta, dolayısıyla Resmi Gazetede çıktığı tarihte yürürlüğünü yitirmektedir. Oysa, yine Anayasa uyarınca, 12 Eylül-12 Kasım 1972 tarihleri arasındaki iki ay süre ile uygulanabilir nitelikte olan 1 sayılı KHK, bir takım ferdi uygulama işlemlerine esas teşkil etmiş bulunabilir ve bunlar sağlıklı ve etkili sayılmak gerekir. Hattâ, denilebilir ki, usulüne uygun biçimde aksine bir kararname ile yürürlükten kaldırılıp, TBMM'ne kaldırıldığı henüz bildirilmemiş olan 1 Sayılı KHK, daha sonra çıkarılan KHK lerle değiştirilmemiş ise, bugün de yürürlüğünü korumaktadır.

Bununla beraber, Bakanlar Kurulunun KHK leri değiştiren veya kaldıran KHK leri, İdare Hukukunun «şekil-usulde ve yetkide koşutluk» kuralı gereğince, TBMM'ne sunması zorunlu ise de; yukarıdaki açıklamalar karşısında, bunların yasama meclislerince incelenmesine ve bir karara bağlanmasına hiç değilse pratik bakımdan, yer ve gerek yoktur.

B — Kazanılmış Hak ve Eşitlik

Anayasa Mahkemesi, incelenen 7 Ekim 1974 tarihli «**Danıştay 5. Dairesi**» kararında, aynı konu ile ilişkili 9 Mayıs 1972 tarihli «**Danıştay Beşinci Dairesi**» kararında¹⁴ olduğu gibi 2 sayılı KHK nin geçici 2 nci maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi hükmünü, Anayasanın, «**kazanılmış hak**» esasını içeren 2 nci maddesine ve «**eşitlik**» ilkesini kabul eden 12 nci maddesine aykırı görerek, oybirliğiyle iptal etmiştir. Ayrıca, bu kararın gerekçesinde, «önceki Anayasaya Mahkemesi kararıyla Anayasaya aykırı olduğu saptanarak iptal edilmek yolu ile yürürlükten kaldırılması öngörülmüş bulunan bir hükmün 2 sayılı KHK nin geçici 1. ve 2. maddeleriyle, özellikle geçici 2. maddenin iptali istenen ikinci fıkrası hükmü ile yürürlükte kalmasının sürdürülmesi sağlanmıştır» demek suretiyle, Bakanlar Kurulu'nun KHK çı-

¹⁴ Es 1971/58 - K. 1972/22, R.G., 13 Temmuz 1972-14244; An. Mah. Kararlar Dergisi, Sayı 10, 1973, s. 374-389.

karma yetkisini kesin hükme (kaziye-i muhkemeye) karşı kullanmış olduğunu da belirtmiştir.

Bu incelemenin konusu, ne Devlet Memurları statüsü, ne de Anayasa Mahkemesinin Hukuk Devleti ve eşitlik ilkeleri hakkındaki içtihadlarıdır; KHK'den ibarettir. Onun için 7 Ekim 1974 tarihli iptal kararının esası üzerinde fazla durmadan sadece bu noktaya ilişkin içtihadı katılmadığını işaret etmek istiyorum.

Söyle ki, Hukuk Devleti kavramı veya müessesesi, çağdaş ve uygar hiçbir ülkede ve toplumda, Anayasa Mahkemesinin anladığı ve uyguladığı genişlikte ve nitelikte hukuk kurallarını içermemekte ve kapsamamaktadır. Hele, «kazanılmış hak» ya da «müktesep hak» esasları gibi, 19 uncu yüzyılın liberal iktisadî ve sosyal düzeninin çoktan bırakılmış ve unutulmuş tutucu kurallarının, bugünkü Sosyal Hukuk Devletinde «Hukukun Genel Prensipleri»nden olduğunu söylemek ve kabul etmek kesinlikle mümkün değildir. Üstelik, objektif hukukla saptanan kamu görevlilerinin durumlarında, «kazanılmış hak» ilkesi, bu statü rejimini red ve inkâra götüreceğinden, asla sözkonusu olamaz. Kaldı ki, T.C. Anayasası, Yasama yetkisinin, geçmişi düzenlemesi bakımından, sadece 33 üncü maddesiyle suç ve ceza konusunda bir yasak koymuş, başkaca bir kısıtlama, sınırlama yapmamıştır. Bu ayrık durum dışında, TBMM gerekli gördüğü kuralı, «müktesep» veya «muntazar» haklara dokunup dokunmadığına bakmaksızın, serbestçe kanunlaştırabilir. Özellikle kamu personelinin statüsü, görevde bulunanların durumları hiç gözönüne alınmadan ve yalnızca kamu hizmetleri gereği ile kamu yararı amacı gözetilerek, düzenlenebilir ve düzenlenmelidir.

Anayasa'nın 12 inci maddesinde yer alan «kanun önünde eşitlik» ilkesine gelince, bu, Yüksek Mahkemenin kimi kararlarında doğru ve yerinde olarak belirlendiği gibi, maddi ve matematik eşitlemeyi içerip öngörmemekte, sadece bu maddede sayılan öğeler nedeniyle, aynı durumda bulunanlar arasında ayırım yapılmamasını gerektirmektedir. O halde, 657 sayılı kanunun yürürlüğünden önce bulunduğu kadronun iki-üç derece üstünden aylık alan memurun intibakında, gerçek durumu olan kadro derecesine oturtulması neden eşitsizlik oluyorsa; kaldırılan kanunlarla bir cemile olarak sağlanan yapay maaş tutarı, nasıl hem «kazanılmış hak»a, hem de «eşitlik» uygulamasına esas alınabiliyor? Barem sisteminde kadrosuzluk yüzünden derecesi yükseltilemeyen memura, yasama organı aylık artırması yolunu açtı diye, yararlanan kusursuz olsa bile, yararlandırıncı için sonradan durumu düzeltirken haksızlık yapmış sayılınsın?

Hem, Devlet ve kamu tüzel kişileri hizmetinde her zaman ve kesintisiz biçimde personel çalışmakta devam edeceğine ve bunların durumu ister istemez değişikliklere konu olacağına göre; kamu görevlilerinin statüsü Anayasa Mahkemesinin «imposer» ettiği «kazanılmış hak» ve «eşitlik» ilkeleri gözetilerek, nasıl yeniden düzenlenip, özlenen aşamaya ulaştırılabilecektir.

Galiba, Anayasa Mahkemesinden başka yasama ve yürütme organlarına da egemen olan bu anlayış ve uygulama yüzünden, uzun yıllardır, Türkiye'de bir personel reformu yapılamamaktadır. Son olarak bu işi, Bakanlar Ku-

rule'nun KHK yolu ile gerçekleştirebileceği sanılmış ki, Anayasa'nın 64 ncü maddesine 1971 de eklenen yeni hükümlerin ilk uygulaması, Devlet Memurları Kanununa ilişkin 23 Mayıs 1972 tarihli ve 1589 numaralı yetki kanunu çıkarılmıştır. Ancak, Hükümet de, bu konuda gerçekten yetenekli ve güçlü teknokratlarla çevrili olmadığı için, iki yıl gibi uzun bir sürede kamu görevlileri statüsünü istenilen biçimde düzenleyip ortaya koyamamıştır. Nitekim, yetki süresinin son günü olan 31 Mayıs 1974 tarihinden çıkarılan 12 sayılı KHK halâ daha Millet Meclisinden geçirilebilmiş değildir.¹⁵

SONUÇ

Bu deneyim de gösteriyor ki, Türkiye'de hızlı ve iyi düzenlemeler yapılamamasının sebebi, ne yasama meclislerinin çift olması ve çalışma usulleri, ne de yürütme organının yapısal ve işlevsel güçsüzlüğüdür. Şimdiki durumun başlıca nedeni, siyasal yöneticilerle teknik elemanların, çağdaş kamu idaresinin gerektirdiği düzeyin çok altında kalmış olmalarıdır. Anayasa Mahkemesi ile Danıştay'ın tutucu ve geriletici içtihatlarını da buna eklemek gerekir.

¹⁵ Bu inceleme yazılıp dizildikten sonra, 12 sayılı KHK, 15 Mayıs 1975 tarihli ve 1897 numaralı kanunla değiştirilerek kabul edilmiştir (R.G., 26 Mayıs 1975 - 15247).