

# TBMM YGK'LERDE DEĞİŞİKLİK YAPABİLİR Mİ?

**Prof. Dr. Cem Eroğul**

Ankara Üniversitesi

Siyasal Bilgiler Fakültesi Fakültesi



## Özet

1971'den başlayarak Türk anayasaları, yasa gücünde kararname (YGK) yoluyla yasalarda değişiklik yapılması, yeni yasal düzenlemeler konması ve yasa hükümlerinin yürürlükten kaldırılması yolunu açmıştır. Bu yolun açılmasıyla birlikte, TBMM, kendisini yalnızca YGK çıkarmaya izin vermekle, çıkarılan YGK'leri son aşamada yasaya dönüştürüp dönüştürmemekle yetkili saymamış; buna bir de, YGK'lerde değişiklik yapma ya da bunlara yeni düzenlemeler getirme yetkisini eklemiştir. Bu yazının amacı, bu ek yetkinin anayasal bir dayanağının olup olmadığını araştırmaktır. Bu amaçla, önce kimi hükümleri yasa olan karma YGK'lerin tüzel (hukuki) niteliği araştırılmış, sonra da TBMM'nin bu uygulamasının yarattığı yetki sorunu incelenmiştir. Bu tartışma ve incelemenin sonucunda, TBMM'nin YGK'lerde değişiklik yapmasının anayasal dayanağı bulunmadığı görüşüne varılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Tüze (hukuk) normlarının sıradüzeni (hiyerarşisi); yasa-YGK ilişkisi, TBMM'nin yetkileri.

*Can the Turkish Grand National Assembly Amend Decrees Having Force of Law?*

## Abstract

An amendment made on the Turkish Constitution in 1971 paved the way for the Government to enact, amend and abrogate parliamentary acts. It wasn't sufficient for the Turkish Grand National Assembly the power to authorise the Government to issue decrees having force of law and to enact them as parliamentary acts. It also granted itself to amend and complete these decrees. This article aims to examine whether this additional power has a constitutional basis. With this objective, first the juridical nature of these decrees amended by a parliamentary act is investigated, and then the competence problem created by this practice is scrutinised. The view reached at the end of this discussion is that the amendments made by the Grand National Assembly on decrees having force of law have no constitutional basis.

**Keywords:** Hierarchy of juridical norms, the relation between statutes and decrees having force of law, the powers of the Turkish Grand National Assembly.

## TBMM YGK'lerde Değişiklik Yapabilir mi?

TBMM'nin uzun süredir benimsediği bir uygulamaya göre, yasa yoluyla, kimi yasa gücünde kararnemelerde (YGK) değişiklikler yapılmaktadır. Sonuçta ortaya, kimi hükümleri yasa olan YGK'ler çıkmıştır. Bunlara bütünüyle yasa demeye olanak yoktur: Birçok maddeleri yalnızca YGK hükmüdür. Öte yandan, bunların, bütün maddeleri yalnızca YGK'yle düzenlenmiş bulunan YGK'lerden ayrımlı oldukları da ortadadır: Kimi maddeleri ya da hiç değilse düzenlemeleri, yasa hükmüdür.

Öyleyse, bunlar nedir? Demek ki, öncelikle, bu metinlerin tüzel (hukuki) niteliğini belirleme sorunu vardır. Bunların tüzel geçerliği, bu sorunun çözümüne bağlı olacaktır. Örneğin, içinde anayasa düzenlemeleri taşıyan bir içtüzük, ya da kimi maddeleri yasa olan bir tüzük olabilir mi? Bunun tartışılmaya değer bir konu olduğu, Anayasa Mahkemesi'nde (A.M.) dava konusu yapılmış olmasından da bellidir (K.2003/66).

Bu yazının amacı işte bu sorunu tartışmaktır. Konunun sınırlarının belirlenmesi açısından, öncelikle, olağanüstü YGK'leri kapsam dışında bıraktığımı belirtmeliyim. Bence, A.M.'nin bu konudaki çığır açıcı kararlarından (K.1991/1, K.1991/20, K.1992/36) sonra, bu tür kararnemelerin, ad benzerliği dışında, olağan YGK'lerle hemen hemen hiçbir ortak noktası bulunmadığı ortaya çıkmıştır. Bu tür kararnemelerin TBMM'ce nasıl onaylanması gerektiğini araştırdığım bir yazıda (EROĞUL, 2000) belirttiğim gibi, A.M. kararlarıyla, yasalarda değişiklik yapamayacağı belirlenmiş bulunan bir düzenleme türünü, artık "yasa gücünde" saymaya olanak yoktur. Bu nedenle, olağanüstü YGK'leri, burada tartışılan konunun dışında bırakıyorum.

Öte yandan, sınırları belli bir yazı çerçevesinde, olağan YGK'lerin tüzel konumunun her yönüyle tartışılmasına olanak bulunmadığı açıktır. Buna gerek de yoktur. Çünkü bu konuda, Türkçe alanyazında (literatürde) yeterince değerli

araştırma çıkmıştır (Kitaplar: GÖZLER, 2000; KARAHANOGULLARI, 1996; YÜZBAŐIOđLU, 1996).

Konuyu çözümleyebilmek (tahlil edebilmek) için burada yürütölmesi gereken başlıca iki tartışma vardır. Bunlar da, yazının iki ana başlığını oluşturacaktır: I. Karma YGK'lerin tüzel niteliği nedir? ("TÜZEL NİTELİK") II. Karma YGK'ler nasıl bir yetki sorunu yaratmaktadır? ("YETKİ SORUNU")

## I. TÜZEL NİTELİK

Burada öncelikli konumuz, katıksız YGK'ler değil, içinde yasa taşıyan "karma" YGK'lerdir. Dolayısıyla, her Őeyden önce, bu tür bir düzenleme biçiminin tüzel niteliği ve geçerliği tartışılmalıdır. Ancak bu yapıldıktan sonra, genel olarak YGK'lerin tüzel niteliği sorununu ele almak anlamlı olur. Bu bölümde, işte bu sıraya uyulacaktır.

Ancak konuya girmeden önce, bir itirazı hemen karşılamak gerekir. Birileri, karma YGK diye bir Şey olmadığını, aynı konunun bir bölümünün YGK, bir bölümünün ise yasa ile düzenlendiğini ileri sürebilir. Bunun örnekleri de verilebilir. Ne var ki, tam karma nitelikte olan düzenlemeler de vardır. Örneğin, 27.10.1989 günlü ve 388 sayılı Güneydoğu Anadolu Projesi'ne ilişkin YGK'nin birinci maddesinde yalnızca "18 yıl" sözcükleri yasayla konmuş (4.11.2004 günlü ve 5254 sayılı yasa. RG. 25640, 11.11.2004), maddenin gerisi YGK olarak kalmıştır. Böyle bir metne "karma" denmesine herhalde kimse itiraz edemez.<sup>1</sup>

Tüze (hukuk) düzeninin en temel kurallarından biri, bilindiği gibi (KELSEN, 1949: 123-4), metinler sıradüzenidir (hierarchy). Anayasadan, ya da bağlayıcıysa tüzenin genel kurallarından başlayıp sıradan bir genelgeye, kesinleşmemiş bir yargılık (mahkeme) kararına, ya da iki özel kişi arasındaki bir sözleşmeye dek, bütün tüze dünyası, birinin geçerliği ötekine uygunluğuna bağlı olan bir düzenlemeler merdiveni biçimindedir. Açıktır ki, bu temel kuralın işleyebilmesi, her düzenlemenin kendi içinde türdeş olmasına bağlıdır. Bir bölümü üst ya da alt basamaklardaki türden düzenlemelerden oluşan karma bir metnin, üste bağlılığı, alt için ise bağlayıcılığı, nasıl sağlanacaktır? Örneğin, bir maddesi anayasa, bir maddesi tüzük, bir maddesi sirküler olan bir düzenleme,

<sup>1</sup> Bir başka örnek, 10.7.2003 günlü, 4924 sayılı Eleman Temininde Güçlük ekilen Yerlerde Sözleşmeli Sağlık Personeli alıştırılması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükümünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'dur (RG. 25178, 24.7.2003). Bu yasayla, 13.12.1983 günlü, 181 sayılı YGK'nin 22. maddesinde yer alan "on (10)" ibaresi "otuz (30)" olarak değiştirilmiştir.

tüze sıradüzeninde hangi basamağa oturtulacaktır? Böyle bir düzenlemenin tüzel geçerliği nasıl ölçülecektir? Metni parçalayıp içindeki her düzenlemeyi ayrı bir tüze değerlendirmesinden geçirmek olanaklı mıdır?

Burada, düzenlemelerin tüzel niteliğinin tartışıldığı, somut içeriklerinin konu dışında bırakıldığı gözden kaçırılmamalıdır. Örneğin, bir içtüzük ya da bir tüzük maddesi, bir anayasa ya da yasa maddesini olduğu gibi yineleyebilir. Ne var ki bu yineleme, ilgili içtüzük ya da tüzük hükmünü, anayasa ya da yasa hükmüne dönüştürmez. Bugün yürürlükte olan TBMM İçtüzüğü'nün 106. maddesinin dördüncü fıkrasına göre: "Gensoru görüşmeleri Anayasanın 99 uncu. maddesi hükümlerine göre yapılır." Bu düzenlemeyi nasıl yorumlayacağız? İçtüzükle, bir içtüzük maddesinin bir anayasa maddesi durumuna getirildiğini söyleyebilir miyiz? Kuşkusuz, hayır. İçtüzük böyle diyeceğine, Anayasa'nın 99. maddesini olduğu gibi buraya alsaydı, yine İçtüzük'un 106 maddesinin dördüncü fıkrasındaki düzenlemenin bir anayasa düzenlemesi olduğunu söyleyemezdik. İçeriği, sözcüğü sözcüğüne aynı olsaydı da bunu söyleyemezdik.

Öyleyse, tüze düzeninin doğasından yola çıkarak, bu düzenin varlık koşulu olan temel kuralın, tüze düzenlemelerinin yukarıdan aşağıya doğru bağlayıcı olan bir merdiven oluşturması zorunluğunun, ancak her basamağın kendi içinde türdeş olmasıyla sağlanabileceğini kabul etmemiz gerekir. Sözcükler olduğu gibi yinelenirse bile, örneğin yönetmelikte yasa, ya da yönergede kararname hükmü bulunamaz. Bulunan özdeş düzenleme, yasa ya da kararname niteliğinde değildir. İçinde yer aldığı metnin tüzel niteliğini taşır.

Bu saptamadan yola çıkarak, karma YGK'lerle ilgili bir ilk değerlendirme yapabilir miyiz? Bence, evet. İki değişik tüzel düzenleme türünde içerikçe özdeş hükümler bulunsun bile, biçim açısından özdeş düzenlemeler bulunamaz. Bunlar, ister istemez, içinde yer aldıkları metnin niteliğini üstlenirler. Ö. 1921 Anayasası, (5 Eylül 1920'de kabul edilen, 18 sayılı) Nisab-ı Müzakere Kanunu'nun birinci maddesine göndermede bulunarak, bu düzenlemeye anayasal bir güç vermiştir. Bu yasa artık, anılan yönüyle anayasa hükmündedir. Ya da "inkılap kanunları"na karşı itiraz yolunu kapamakla, 1982 Anayasası'nın 174. maddesi, binlerce Türk yasası içinde sekiz tanesini ayrı bir tüzel konuma taşımıştır. Ya da tersine, 11.02.1964 günlü ve 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'in değişik 4. maddesinin birinci fıkrası ile Türk Vatandaşlık Kanunu'nu değiştiren 13.02.1981 günlü ve 2383 sayılı yasaya göre düzenlenen yeni 1. maddenin

sözcüğü sözcüğüne aynı olması,<sup>2</sup> ilgili yönetmelik fıkrasının bir yasa maddesi olduğu anlamına gelmez. İşte bu uslamlamadan (muhakemeden) yola çıkarak, karma nitelikte herhangi bir tüzel düzenleme olamayacağı gibi, kimi maddeleri yasa olan bir YGK olamayacağını da söyleyebiliriz.

Bu uslamlamayı dayanaksız bırakacak tek durum, yasa ile YGK'nin tüzel olarak özdeş kabul edilmesidir. Başka bir deyişle, yasa düzenlemesinin, YGK içinde "yabancı madde" gibi durmamasını sağlayacak tek çözüm, yasayla YGK'nin tümüyle özdeş sayılmasıdır. Uygulamada iki olasılık vardır: 1) Burada tartışılan konuda olduğu gibi, YGK içinde yasa ile düzenleme yapılmıştır; 2) Yasada, YGK ile düzenleme yapılmıştır. İkinci olasılık, hiçbir tartışmaya yol açmamaktadır. Uygulamada, kimi hükümleri YGK ile düzenlenmiş birçok yasamız vardır. Kaldı ki, 1971 anayasa değişikliği ile YGK kurumunun benimsenmesinin gerekçesi, tam da bu yolu açmaktır. Peki, ikinci olasılığın kuramda ve uygulamada hiçbir duraksama yaratmamasından, yasa ile YGK'nin tüzel olarak özdeş olduğu sonucu çıkar mı? Çıkarırsa, birinci olasılık da geçerli kabul edilecektir. Çıkmazsa, ortada bir sorun var demektir. Kanımca, işte bu noktada bir sorun vardır ve bunun tartışılarak açıklığa kavuşturulması gerekir.

Gerçek şudur ki, anayasaya baktığımızda, yasalarla YGK'ler arasında, ne yetki, ne neden (sebe), ne yöntem, ne konu, ne de amaç bakımından özdeşlik bulunmadığını görüyoruz. Bunlar alanyazında çok incelenmiş sorunlar olduğundan, burada çok kısa bir anımsatma ile yetinilebilir. Yetki açısından; yasada TBMM, YGK'de bakanlar kurulu yetkilidir. Neden açısından; yasada anayasaya, YGK'de ise, hem anayasaya, hem de yetki yasasına dayanmak gerekir. Yöntem açısından; yasa yapma yöntemiyle YGK düzenleme yöntemi, tümüyle ayrı kurallara bağlanmıştır. Konu açısından, anayasa, yasalar için asal (asli) bir düzenleme alanı öngörmüşken; YGK'ler için bu alan hem anayasaca sınırlanmış, hem de yetki yasasıyla belirlenmesi zorunlu kılınmıştır. Amaç açısından yasa, düzenlediği konuda kamu yararını gerçekleştirme gerekçesiyle yetinebilirken; YGK, niye bu amacın yasayla değil de YGK'yle gerçekleştirilmesinin kamu yararına daha uygun olacağını ortaya koymak zorundadır. Görüldüğü gibi, tüzel niteliği belirleyen türlü öğeler açısından, yasa ile YGK, çok ayrı iki tüzel düzenleme türüdür. Başka bir deyişle, yasa ile YGK'yi özdeş saymaya olanak yoktur.

2 "Türkiye içinde veya dışında Türk babadan olan ya da Türk anadan doğan çocuklar doğumlarından başlayarak Türk vatandaşlarıdır."

Yukarıdaki usdüzenini (mantığı) uygularsak, bu durumda, ne yasa ile YGK düzenlemek, ne de YGK ile yasa düzenlemek olanaklı olmalıdır. Bence, bu usdüzeninin geçerli olduğu anayasaca da kabul edilmektedir. Böyle olmasaydı anayasa, açıkça, YGK yoluyla yasalarda değişiklik yapılabileceğini hükme bağlamazdı. Anayasada bu düzenleme olmasaydı, YGK çıkararak yasalarda değişiklik yapmaya olanak bulunamazdı. Onun içindir ki anayasa, bu konuyu özel olarak düzenleme gereğini duymuştur. Ne var ki, anayasa, yasalar için öngördüğü bu düzenleme yolunu YGK'ler için öngörmüş değildir. Anayasada, YGK yoluyla yasada değişiklik yapılabileceği belirtilmiş; buna karşılık, yasa yoluyla YGK'de değişiklik yapılabileceği belirtilmemiştir.

Herhangi bir yanlış anlamayı hemen önleme kaygısıyla, Anayasa'nın 91. maddesinin dokuzuncu fıkrasında yer alan "kararnamelerin değiştirilmiş hükümleri" sözünden, bir değiştirme yetkisinin varlığına hükmedilemeyeceğini belirtmem gerekir. Nasıl ki, aynı maddenin dördüncü fıkrasında yer alan "onaylanması" sözcüğünden, olağan YGK'lere ilişkin olarak TBMM'nin bir onaylama işlemi yaptığı sonucunun çıkmayacağı gibi.

Gerçekten de, TBMM'nin olağan YGK'lere ilişkin olarak yaptığı bütün işlemler, dar anlamda birer yasama işlemidir. Başka bir deyişle, bu işlemler, Anayasa'nın TBMM'nin görev ve yetkilerini düzenleyen 87. maddesinde yer alan "kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak" düzenlemesinin sınırları içindedir. Onaylanması ya da reddedilmesi söz konusu olabilecek olağanüstü YGK'lerin aksine (ki o da bence yalnızca "karar"la yapılabilir, EROĞUL, 2000), olağan YGK'lerle ilgili TBMM işlemlerinden hiçbiri, herhangi bir YGK'nin kabulüne, değiştirilmesine ya da kaldırılmasına ilişkin değildir. Öyle olsaydı, bu işlemlerin sonucunda, kimi hallerde kabul edilmiş bir YGK, kimi hallerde ise, değiştirilmiş bir YGK bulunurdu. Oysa bu işlemlerden sonra, ortada hiçbir YGK kalmamaktadır.

Olay şudur: 91. maddede sözü edilen onaylama, değiştirme ya da yürürlükten kaldırma işlemlerinin hepsi, gerçekte, birer yasa koyma işlemidir. Anayasa'nın "onaylama" dediği durumda yapılan, daha önce YGK ile düzenlenmiş birtakım kuralları bu kez yasa biçiminde düzenlemektir. Aynı sözcükler, daha önce YGK sözcükleri iken, yasa sözcükleri durumuna gelmiştir.<sup>3</sup> O andan itibaren, artık ortada bir YGK yoktur ki "onaylanması" söz

3 Örneğin: 19.8.1982 günlü, 2704 sayılı 6623 Sayılı Türk Hava Yolları Anonim Ortaklığı Kanununun 7359 Sayılı Kanunla Değişik 6 ncı Maddesinin Değiştirilmesine ilişkin 21 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabulü Hakkında Kanun (RG. 17788, 20.8.1982). Yasanın birinci maddesi, 21 sayılı YGK'nin (RG. 16531, 26.1.1979) birinci maddesini olduğu gibi yineliyor. İkinci maddesi yürürlük

konusu olsun. Tıpkı bir yasa tasarısı ya da önerisi kabul edildiğinde, artık ortada bir tasarı ya da öneri kalmadığı gibi. Gerçekten de, böyle bir durumda kimsenin usuna, yasa yerine, “onaylanmış tasarı ya da öneri” demek gelmez. O halde niye “onaylanmış YGK” diyelim? Aynı durum, “değiştirme” için de geçerlidir. Nasıl ki, işlemin sonucunda ortaya çıkan metin “değiştirilmiş tasarı ya da öneri” olmayıp yeni bir yasa ise; kimi maddeleri başka biçimde düzenlenen YGK de artık “değiştirilmiş YGK” değil, varlığı bitmiş olan YGK'deki kimi tümceleri kendi içine aktarmış bulunan yeni bir yasadır.<sup>4</sup> Yine aynı durum, “reddedilen” YGK'ler için de geçerlidir. Bunların “onaylanan” ya da “değiştirilen” YGK'lerden hiçbir ayrımı yoktur. Red yasası denen düzenleme, yeni bir yasadır.<sup>5</sup> Konusunun, daha önce yürürlükte bulunan bir YGK'nin hükümlerini yürürlükten kaldırma olması, bu temel gerçeği değiştirmez.<sup>6</sup>

İşin özü şudur ki, TBMM'nin olağan YGK'lerin düzenlenmesine ilişkin bütün işlemleri özdeştir. Bunların hepsi birer yeni yasadır. Ortadan kalkan YGK'nin hükümleri olduğu gibi yeni yasada yer alsın, ya da hiçbir hükmü burada yer almasın da, sonuç değişmez. Ortada artık YGK yoktur. TBMM, ister onaylamak, ister değiştirmek, ister reddetmek için olsun, YGK yapmaz. Yalnızca yasa yapar. Bunlar da ne onaylama, ne değiştirme, ne de reddetme yasalarıdır. Çünkü ortada onaylanacak, değiştirilecek ya da reddedilecek hiçbir şey kalmamıştır. Bunlar katıksız birer yeni yasadır.

tarihine, üçüncü maddesi ise yasanın yürütülmesine ilişkin. Görüldüğu gibi yasa, YGK'nin düzenlemelerini olduğu gibi yineleyip bunlara yasa biçimini vermekten başka bir şey yapmıyor.

4 Örneğin: 17.6.1992 günlü, 3809 sayılı 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanununun 288 inci Maddesine Bir Fıkra Eklenmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulüne Dair Kanun (RG. 21273, 3.7.1992). Yasa, birinci maddesinde, 18 sayılı YGK'nin (RG. 16508, 3.1.1979) düzenlediği Türk Ticaret Kanunu'nun 288. maddesini, içine birkaç sözcük ekleyerek yeniden yazma yoluna gidiyor.

5 Örneğin: 26.2.1992 günlü, 3776 sayılı 29, 51, 64, 172 ve 173 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamelerin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun (RG. 21162, 5.3.1992). Yasa, birinci maddesinde, başlığındaki YGK'lerin sayılarını yineleyip bunların yürürlükten kaldırdığını belirtiyor. Bunun, yalnızca sayısını belirterek başka bir yasayı yürürlükten kaldıran bir yasadın hiçbir ayrımı yok.

6 Tıpkı, 2004 anayasa değişikliğine dek gündeme gelebilecek olan bir ölüm cezasının yerine getirilmesi yasasının, bir yargı kararı sayılamayacağı gibi.

## II. YETKİ SORUNU

Kamu tüzesinde yetki kuralları, belli bir işlemin tüzel olarak yok sayılmasına bile yol açabilecek denli önemli kurallardır. Onun için bunlar anayasada düzenlenmiştir. 1982 Anayasası'nın 6. maddesinin üçüncü fıkrasında dendiği gibi: "Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz." Öte yandan, Anayasa'nın 2. maddesine göre, "Türkiye Cumhuriyeti ... bir hukuk Devletidir." Tüze devleti ilkesi, devlet örgenleri arasında bir güçler ayrılığının bulunmasını gerektirir. Anayasa, bu ilkeyi gözeterek, yasama yetkisini TBMM'ye (md. 7), yürütme yetkisini cumhurbaşkanı ile bakanlar kuruluna (md. 8), yargı yetkisini de yargıhıklara (md. 9) bırakmıştır. Yasama ile yargı yetkisinin, anayasanın açıkça öngördüğü durumlar ayrı tutulursa, asal örgenleri dışında kimse tarafından kullanılamayacağı tartışmasızdır.

Bizi ilgilendiren karma YGK'lerde yetki sorununu çözebilmek için, öncelikle, olağan YGK'lerde yetki sorununa bakmak gerekir. Bunun için atılacak ilk adım, bu kararnamelerin doğasını belirlemektir. Hem A.M., hem de öğreti, genel olarak şu görüşte birleşiyor:<sup>7</sup> YGK'ler, "yapısal (organik-uzvi) bakımdan yürütme organı işlemi, işlevsel (fonksiyonel) yönden ise yasama işlemi niteliğindedir." (K.1992/6; GÜNDAY, 1997: 76)

YGK'ler içerik yönünden, gerçekleştirdikleri işlev açısından, birer yasama işlemi olduklarına göre, düzel (normal) olarak bunların yasama örgenince gerçekleştirilmesi gerekirdi. Ne var ki, yasama yetkisini kullanmak için meclisin elindeki araç, yasa aracıdır. "Kararname", yürütme örgeninin kullandığı bir araçtır. Kararname kalıbının benimsenmesinin doğal sonucu, yetkinin bakanlar kuruluna verilmesidir. Ancak bu çözüm güçler ayrılığına aykırı düştüğünden, bu ayırık durumun Anayasa'da özel olarak belirtilmesi kaçınılmaz olmuştur: 91. maddenin birinci fıkrası YGK çıkarma yetkisinin "Bakanlar Kuruluna" tannabileceğini hükme bağlamıştır. Dolayısıyla, bu yasama aracını başka hiçbir devlet örgeninin kullanması olanaklı değildir. Nitekim, TBMM'nin görev ve yetkilerinin sınırlayıcı bir biçimde sayıldığı 87. maddede YGK çıkarma yetkisi tannmadığı gibi, Anayasa'nın başka hiçbir maddesinde de böyle bir yetki yoktur.

Kaldı ki, YGK'lere örgensel (organik) açıdan bakıldığında, bunların birer yürütme işlemi olduklarında herkes birleşmektedir. Bunlar, yasama işi yapan

7 YGK'lerin, yasama ile yürütmenin birlikte gerçekleştirdikleri ortak bir yasama işlemi olduğunu savunan değişik bir görüş için bkz. Karahanogulları (1996).



birer yürütme işlemidir. Yasama işi yaptıklarına göre, yeni yasa koyabilirler, yürürlükteki bir yasada değişiklik yapabilirler, ya da bir yasal düzenlemeyi yürürlükten kaldıracırlar. Ancak, YGK aracılığıyla kullanılan yasama gücü sürelidir. Bu gücün sürekli olması isteniyorsa, yasa aracının kullanılması gerekir. YGK'de yasama gücü süreli olduğu içindir ki, yasa yapılmca, artık onun yerinde duran YGK ortadan kalkar.

YGK'lerin birer yürütme işlemi olması, bunların yargı denetiminin yönetsel yargı tarafından yapılmasını gerektirirdi. Nitekim, yönetsel yargı düzenlemesinde bize örneklik etmiş olan Fransa'da durum böyledir. Bizim YGK'lerimizin karşılığı olan "ordonnance"lar, Danıştay'ımızın karşılığı olan Conseil d'Etat'nın denetimine bağlıdır (PACTET, 1992: 540-1). Biz kural dışı bir düzenleme yaptığımız içindir ki, özgül bir anayasa hükmü getirme zorunluğu doğmuştur. Anayasa YGK'lerin A.M'ce denetleneceğini açıkça öngörmeseydi (md. 148), bütün yönetsel düzenlemeler gibi bunların da yönetsel yargıya gönderilmesi gerekirdi.

Peki, yasama örgeni, YGK ile düzenlenmesini bir yetki yasası ile kabul ettiği bir konuyu kendisi doğrudan doğruya düzenleyebilir mi? Fransa'da, yasama örgeninin bu yola gitmesi yasaktır (PACTET, 1985: 540). Parlamento, verdiği yetkiyi artık kendisi kullanamaz. Bunun için, ya sürenin dolması, ya da yetki yasasının yürürlükten kaldırılması gerekir. İngiltere'de de meclisler, bir yetki yasası ile yürütmeye bıraktıkları konulardaki düzenleyici işlemlerde değişiklik yapamazlar. Meclislerin itirazı varsa, yürütme gücü işlemi geri çeker ve gereken düzeltmeleri kendisi yapar (BRADLEY/EWING, 2003: 657). Türkiye'de böyle bir yasak yoktur. Yetki yasasının tanıdığı süre içinde de, dışında da, meclis, aynı konuda, istediği gibi yasa çıkarabilir. Ancak durumun böyle olması, meclise YGK değiştirme yetkisi vermez. Meclis kendi düzenlemesini bildiği gibi yapar. Yasa YGK'nin yerine geçer; ancak, "içine girmez".

Oysa bizde yapılan budur. Bu nedenle, kanımca, bu uygulamada bir biçim bozukluğu vardır. Yasa biçimi altında, gerçekte YGK hükmü düzenlenmektedir. YGK'nin özelliği süreli, başka bir deyişle geçici olmasıdır. Yasa ise kalıcıdır. Geçiciliğin, kalıcılık özelliği taşıyan araçlarla düzenlenmesi, kanımca YGK kurumunun doğasına aykırıdır.

Tersi durumda ise bir aykırılık yoktur. Yasa içinde bir YGK hükmünün yer alması, kalıcı bir düzenlemede hızlı değişiklik gereksinimini karşılamak üzere, geçici bir düzenleme yapıldığı anlamına gelir. Kaldı ki anayasa, YGK kurumunu, tam da bu gerekçeyle kabul etmiştir. Kalıcı bir düzenleme yapılmıyca dek, yasaların kimi hükümlerinin, ya da yasa koyucunun ivedi

olarak düzenleyemediği kimi konuların YGK ile düzenlenmesi, kurumun doğasına tümüyle uygundur.

Üstün yasama gücü TBMM'nin elindedir. TBMM, bu güce dayanarak, o sırada kullandığı tüzel araçla ya da daha zayıf tüzel araçlarla yapılmış düzenlemeleri geçersiz kılabilir. Örneğin, bir anayasa hükmü, o hükme aykırı bütün yasaları etkisiz bırakabilir. Aynı tür bir sonuca bir yasa da yol açabilir. Yeni yasaya aykırı bütün yönetsel düzenlemeler etkisiz kalır.

Bunun tersi de doğrudur. En üstün yasama örgeni olarak TBMM, bir anayasa düzenlemesiyle, şu ya da bu yönde yasa çıkarılmasını; bir yasa düzenlemesiyle, yürütmenin şu ya da bu yönde düzenleyici işlemler yapmasını buyurabilir.

Ancak bütün bu üstünlüğüne karşın TBMM, yetki ve biçim kurallarıyla bağlıdır. Örneğin yasa, belli bir konuda tüzük çıkarılmasını öngörebilir. Buna karşılık, tüzüğü kendisi düzenleyemeyeceği gibi, eski tüzüğü de yürürlükten kaldıramaz. Kaldırma yetkisi, koyma yetkisine bağlıdır. Tüzük çıkarma yetkisi bakanlar kuruluna ait olduğuna göre, yürürlükten kaldırma yetkisi de yalnızca onundur. Yasaya aykırı duruma düşen tüzüğün geçerliğini yitirmesi, TBMM'nin elinde var olmayan bir kaldırma yetkisinin sonucu değil, alt düzenlemenin üst düzenlemeye aykırı olamayacağını öngören temel tüze kuralının sonucudur.

Bir tüze aracıyla başka bir tüze aracı düzenlenemez.<sup>8</sup> Düzenlenebilmesi için bunun anayasa tarafından öngörülmesi gerekir. Anayasa koyucu, olağan olarak yasa yoluyla gerçekleştirilen yasama işlevinin, belli durumlarda, bakanlar kuruluna tanınacak geçici bir yetki ile kullanılabilmesini öngörmüştür. Dolayısıyla, bakanlar kurulunun çıkardığı YGK'nin yasalarda değişiklik yapabilmesi, anayasa gereğidir. Buna karşılık anayasa, yasa yoluyla YGK'de değişiklik yapılmasını öngörmüş değildir. Böyle açık bir izin olmadan, bir tüze aracının bir başka aracı düzenlemek için kullanılması, kanımca, anayasaya aykırıdır.

8 Bir tüzel aracın, kendisinden daha alt bir basamakta yer alan tüze aracının biçim koşullarını belirlemesi, onu düzenlediği anlamına gelmez. Örneğin, Anayasa'nın 91. maddesinin son fıkrasına göre, yayınlandıkları gün TBMM'ye sunulmayan YGK'ler, o gün yürürlükten kalkarlar. Aynı şekilde, yasa konusu haline gelen YGK hükümleri (Anayasa, başarısız bir anlatımla, "değiştirilmiş hükümler" diyor), yasanın RG'de yayınlanmasıyla yürürlükten kalkarlar. Burada, Anayasa, şu ya da bu YGK'nin içeriğini düzenlemiyor. Yalnızca YGK'lerin yürürlüğüne ilişkin yöntem kurallarını koyuyor.

Dikkat edilsin. Anayasaya aykırı olan yön, YGK tarafından düzenlenmiş konunun yasaca düzenlenmesi değildir. Yasanın, YGK'de değişiklik yapmak için çıkarılmasıdır. Örneğin yukarıda sözü edilen 5254 sayılı yasanın adı, daha birçok örnekte olduğu gibi, açıkça, "... Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"dur. Burada, yasa koyucunun YGK alanında bir düzenleme yapma amacında olduğu, herhalde tartışmaya yer bırakmayacak denli açıktır.

Kimileri bu yola zorunluktan girildiğini düşünebilir. Gerçekten de, anayasa kimi konuların YGK ile düzenlenmesini yasakladığından, bir YGK içinde böyle bir konuyla karşılaşıldığında, yalnızca bunun yasayla düzenlenip YGK içine yerleştirilmesi kaçınılmaz görünebilir. Bu durum, özellikle cezalara ilişkin hükümlerde karşımıza çıkar. Ancak bence, bu gerekçe inandırıcı değildir. Konuyu bütünüyle yasayla düzenlemek olanaklıyken, anayasanın koyduğu bir yasaktan kurtulmak için bir temel tüze kuralı çiğnenemez. Kaldı ki, anayasanın koyduğu bu yasağı böyle dar yorumlamak da, kanımca, anayasa koyucunun amacına uygun düşmez. Anayasa koyucu, suç ve cezayla ilgili bütün düzenlemelerin yasayla yapılmasını istemiştir. Bunların içinden yalnızca cezaları belirleyen hükümleri yasayla düzenlemek, geri kalanını ise YGK'ye bırakmak, bu amaca uygun sayılamaz.

Bu bakımdan, A.M.'nin 2003/66 sayılı kararı, çok tartışma yaratacak niteliktedir. Bu kararda, itirazda bulunan yargılığın elindeki konuyla sınırlı olarak, markaların korunmasına ilişkin 556 sayılı YGK'nin ve bunda değişiklik yapan 4128 sayılı yasanın anayasaya uygunluğu incelenmiştir. Oybirliği ile aldığı bu kararda, A.M., ne yazık ki, iki ilke sorununu tartışmaya yanaşmamıştır. Birincisi şudur: 4128 sayılı yasanın düzenlediği cezalar, 556 sayılı YGK'nin (md. 61) tanımladığı suçlara ilişkindir. Oysa, Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasından, yalnızca cezaların yasayla belirlenmesinin zorunlu olduğu, suçlar bakımından ise, yasanın başka tür bir düzenlemeye göndermede bulunması ile yetinilebileceği sonucu çıkarılabilir mi? İşte bu tartışmaya girmemek için A.M., davada uygulanacak hüküm yalnızca ceza hükmüdür diyerek, incelemesini işin bu yönüyle sınırlı tutmuştur. Kararın ilgili bölümü şöyledir: "İşlendiği ileri sürülen suç 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 61. maddesinin © bendinde tanımlanan nitelikte olduğundan bu suça 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 4128 sayılı Yaşa'yla eklenen 61/A maddenin © bendinde öngörülen cezanın uygulanması gerekir. Bu nedenle, inceleme[nin] anılan bentle sınırlı olarak yapılması gerekir." Görüldüğu gibi, A.M., YGK 61/c'yi bütünüyle bir yana bırakarak, yalnızca cezayı düzenleyen 61/A maddesinin "c" bendine bakmakla yetinmiştir. Böylece, bu kararda, ceza biçilen suçun YGK ile tanımlanmış olması sorununu tartışmamıştır.

Şunu hemen belirtmek gerekir ki, dokuz ay sonra verdiği bir kararda (K.2004/25), A.M. bu tutumunu düzeltmiştir. Aynı yargılıktan gelen itirazda, bu kez dava konusu olan suç, 556 sayılı YGK'nin 61/d maddesinde düzenlenen suçtur. Daha önce, ilgili suçu tanımlayan © bendini incelemeyi reddeden A.M., bu kez aynı YGK maddesinin (d) bendini, 61/A maddesinin © bendindeki ceza hükmü ile birlikte incelemeye karar vermiştir. Bu inceleme sonucunda, A.M., 3'e karşı 8 oyla bence doğru sonuca varmış ve suç tanımı yapan YGK hükmünü iptal etmiştir. Gerekçesi şöyledir: "İtiraz konusu 556 sayılı KHK'nin 61. maddesinde, 61/A maddesinde ceza öngörülen eylemler düzenlenmektedir. Suç ve cezalara ilişkin esasları düzenleyen 38. madde Anayasa'nın ikinci kısmının ikinci bölümünde yer aldığından bu konudaki düzenlemelerin kanun hükmünde kararname ile yapılması olanaklı değildir."

İkinci ilke sorunu ise, doğrudan doğruya bu yazıda tartışılan konuyla ilgilidir. Yine ne yazık ki, A.M. bu sorunu hiç tartışmamış, konuyu bir tek tümce ile kapama yoluna gitmiştir: "Ayrıca, Anayasa'da Kanun Hükmünde Kararnemelerin yasayla değiştirilmesini veya bunlara madde eklenmesini engelleyen bir kural da bulunmamaktadır." İkinci kararda, sözü edilen ilke sorunlarının ilkinin çözülmüş olmasına karşılık, ikinci ilke sorunu yine geçiştirilmiştir. Burada da, "Ayrıca,..." ile başlayan tümcenin olduğu gibi yinelenmesiyle yetinilmiştir. Ne var ki, Anayasa'da, "Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz." diyen bir kural (md. 6/3) vardır. Dolayısıyla, bütün organlar gibi TBMM'nin de, bir yetkiyi kullanabilmek için bunu anayasaya dayandırabilmesi gerekir. Bu konuda yasak bulunmaması yetmez. Böyle bir yetkinin kullanılmasını anayasaya uygun görüyorsa, A.M.'nin yasak yok demekle yetinmemesi, yetkinin kaynağını açıkça göstermesi gerekirdi.

Sonuç olarak, şunlar söylenebilir: Anayasa, ivedi gereksinimleri karşılayabilmek için, yasalarda YGK yoluyla geçici düzenlemeler yapılabileceğini kabul etmiştir. Dolayısıyla, bir YGK'nin konusu yasa değişikliği olabilir. Buna karşılık anayasa, yasa yoluyla YGK'lerde değişiklik yapılmasına izin vermemiştir. Bu konuda yasak bulunmaması yetmez. Bir devlet yetkisinin kullanılabilmesi için, buna izin veren kuralın, açıkça ya da hiç değilse örtülü olarak, anayasada bulunması kesinlikle gerekir. Anayasada böyle bir kural bulunmadığına göre, bir yasanın konusu YGK değişikliği olamaz. Kaldı ki, anayasanın YGK ile yasada değişiklik yapılmasına izin vermesine karşılık, yasa ile YGK'de değişiklik yapılması yolunu açmamış olması, birer tüze aracı olarak yasa ile YGK'nin niteliklerine bütünüyle uygundur. Yasa kalıcı, YGK ise geçicidir. Kalıcı bir araçta geçici nitelikte birtakım değişiklikler yapılabilmesi doğaldır. Buna karşılık, geçici bir düzenlemenin içine kalıcı hükümler yerleştirmek, tüze usdüzenine (mantığına) uygun düşmez.

## Kaynakça

- BRADLEY, A.W. / EWING, K.D. (2003), *Constitutional and Administrative Law* (London: Pearson Education Limited, 13<sup>th</sup> edition).
- EROĞUL, Cem (2000), "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Olağanüstü Yasa Gücünde Kararnamelerin TBMM'ce Onaylanması Sorunu," *A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 54/4: 31-46.
- GÖZLER, Kemal (2000), *Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukukî Rejimi* (Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları).
- GÜNDAY, Metin (1997), *Idare Hukuku* (Ankara: İmaj Yayıncılık, Gözden geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı).
- KARAHANOĞULLARI, Onur (1996), *(Yapısal Olarak) Kanun Hükmünde Kararname, Demokratik İlkelerde Yıpratıcı Etkileri ve 1982 Anayasası Düzenlemesi* (Ankara: yayınlanmamış yüksek lisans tezi).
- KELSEN, Hans (1949), *General Theory of Law and State* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, Third Printing) (Trans.: Anders Wedberg).
- PACTET, Pierre (1992), *Institutions politiques Droit constitutionnel* (Paris: Masson, 11e édition).
- YÜZBAŞIOĞLU, Necmi (1996), *Türkiye'de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi* (İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.).

### *Anayasa Mahkemesi Kararları:*

- E.1990/25, K.1991/1, G.10.1.1991. RG. 21162, 5.3.1992.
- E.1991/6, K.1991/20, G.3.7.1991. RG. 21165, 8.3.1992.
- E.1992/30, K.1992/36, G.26.5.1992. RG. 21792, 18.12.1993.
- E.2000/38, K.2003/66, G.18.6.2003. RG. 25328, 26.12.2003.
- E.2002/92, K.2004/25, G.2.3.2004. RG. 25462, 14.5.2004.