



Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku Anabilim Dalı

**İPTAL DAVALARINDA İHMAL KURUMU:
FRANSIZ ÖRNEĞİYLE KARŞILAŞTIRMALI BİR İNCELEME**

Samet Saygı

Yüksek Lisans Tezi

Ankara, 2017

İPTAL DAVALARINDA İHMAL KURUMU:
FRANSIZ ÖRNEĞİYLE KARŞILAŞTIRMALI BİR İNCELEME

Samet Saygı

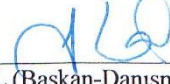
Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

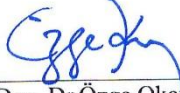
Ankara, 2017

KABUL VE ONAY

Samet Saygı tarafından hazırlanan “İptal Davalarında İhmal Kurumu: Fransız Örneğiyle Karşılaştırmalı Bir İnceleme” başlıklı bu çalışma, 31/05/2017 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda başarılı bulunarak jürimiz tarafından Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.



Doç. Dr. Sedat ÇAL (Başkan-Danışman)



Yrd. Doç. Dr. Özge Okay TEKİNSOY



Yrd. Doç. Dr. M. Artuk ARDIÇOĞLU

Yukarıdaki imzaların adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

Prof. Dr. Sibel BOZBEYOĞLU

Enstitü Müdürü

BİLDİRİM

Hazırladığım tezin tamamen kendi çalışmam olduğunu ve her alıntıya kaynak gösterdiğimi taahhüt eder, tezimin kâğıt ve elektronik kopyalarının Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü arşivlerinde aşağıda belirttiğim koşullarda saklanmasına izin verdiğimi onaylarım:

- Tezimin/Raporumun tamamı her yerden erişime açılabilir.
- Tezim/Raporum sadece Hacettepe Üniversitesi yerleşkelerinden erişime açılabilir.
- Tezimin/Raporumun yıl süreyle erişime açılmasını istemiyorum. Bu sürenin sonunda uzatma için başvuruda bulunmadığım takdirde, tezimin/raporumun tamamı her yerden erişime açılabilir.

31/05/2017



Samet Saygı

YAYIMLAMA VE FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI BEYANI

Enstitü tarafından onaylanan lisansüstü tezimin tamamını veya herhangi bir kısmını, basılı (kâğıt) ve elektronik formatta arşivleme ve aşağıda verilen koşullarla kullanıma açma iznini Hacettepe Üniversitesine verdiğimi bildiririm. Bu izinle Üniversiteye verilen kullanım hakları dışındaki tüm fikri mülkiyet haklarım bende kalacak, tezimin tamamının ya da bir bölümünün gelecekteki çalışmalarda (makale, kitap, lisans ve patent vb.) kullanım hakları bana ait olacaktır.

Tezin kendi orijinal çalışmam olduğunu, başkalarının haklarını ihlal etmediğimi ve tezimin tek yetkili sahibi olduğumu beyan ve taahhüt ederim. Tezimde yer alan telif hakkı bulunan ve sahiplerinden yazılı izin alınarak kullanılması zorunlu metinlerin yazılı izin alınarak kullandığımı ve istenildiğinde suretlerini Üniversiteye teslim etmeyi taahhüt ederim.

•Tezimin/Raporumun tamamı dünya çapında erişime açılabilir ve bir kısmı veya tamamının fotokopisi alınabilir.

(Bu seçenekle teziniz arama motorlarında indekslenebilecek, daha sonra tezinizin erişim statüsünün değiştirilmesini talep etmeniz ve kütüphane bu talebinizi yerine getirirse bile, teziniz arama motorlarının önbelleklerinde kalmaya devam edebilecektir)

oTezimin/Raporumuntarihine kadar erişime açılmasını ve fotokopi alınmasını (İç Kapak, Özet, İçindekiler ve Kaynakça hariç) istemiyorum.

(Bu sürenin sonunda uzatma için başvuruda bulunmadığım takdirde, tezimin/raporumun tamamı her yerden erişime açılabilir, kaynak gösterilmek şartıyla bir kısmı veya tamamının fotokopisi alınabilir)

oTezimin/Raporumun.....tarihine kadar erişime açılmasını istemiyorum ancak kaynak gösterilmek şartıyla bir kısmı veya tamamının fotokopisinin alınmasını onaylıyorum.

o Serbest Seçenek/Yazarın Seçimi

31/05/2017

Samet Saygı

ETİK BEYAN

Bu çalışmadaki bütün bilgi ve belgeleri akademik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi, görsel, işitsel ve yazılı tüm bilgi ve sonuçları bilimsel ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu, kullandığım verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığımı, yararlandığım kaynaklara bilimsel normlara uygun olarak atıfta bulunduğumu, tezimin kaynak gösterilen durumlar dışında özgün olduğunu, Doç. Dr. Sedat ÇAL danışmanlığında tarafımdan üretildiğini ve Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Yazım Yönergesine göre yazıldığımı beyan ederim.

Samet Saygı

ÖZET

SAYGI, Samet. *İptal Davalarında İhmal Kurumu: Fransız Örneğiyle Karşılaştırmalı Bir İnceleme*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2017.

İptal davası, idari işlemlerin hukuka uygunluğunu denetleyerek idarenin kanuniliğini temin etmeyi amaçlayan dava türüdür. İptal davasında idari işlemlerin uluslararası andlaşmalara, anayasaya, kanunlara ve idari düzenleyici işlemlere uygun olup olmadığı incelenir. Normlar hiyerarşisi kuramı, hukuk düzenindeki her bir kuralın üst norma aykırı olmaması gerektiğini öngörse de iptal davasında kullanılan ölçü normlar birbirlerine aykırılık teşkil edebilmektedir. *Lex superior* ilkesine göre üst norma aykırı olan kuralın yargılama esnasında uygulanmaması gerekir. Lakin hukuk kurallarının bir yargı kararıyla ortadan kaldırılmaksızın ihmal edilmesi mahkemeler açısından sorun oluşturacak niteliktedir.

Türk Anayasası'nın 90. maddesine eklenen son cümle temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalara aykırı kanun hükümlerinin yargılama esnasında ihmal edilmesini öngörmektedir. Fransız Anayasası'nın 55. maddesi ise uluslararası andlaşmalara kanunlar karşısında mutlak bir üstünlük tanımıştır. Türkiye'de, bir somut denetim metodu olan itiraz yolu nedeniyle, Fransa'da ise ekran-yasa hipotezinden ötürü Anayasa'ya aykırı kanunlar mahkemelerce ihmal edilmemiştir. Kanuna aykırılığı yargılama faaliyeti sırasında anlaşılan idari düzenleyici işlemler mahkemeler tarafından ihmal edilebilmektedir. Fakat bu uygulama da öğretilere eleştirilere konu olmuştur. Yapılması gereken, yargılamada uygulanacak kuralların üst hukuk normlarına uygun olup olmadığının yetkili yargı merciince incelenmesine izin verecek tutarlı bir düzenlemeyi hayata geçirmektir.

Anahtar Sözcükler: İptal davası, normlar hiyerarşisi, *lex superior* ilkesi, ihmal

ABSTRACT

SAYGI, Samet. *Legal Omission in Action for Annulment: A Comparative Study with French Example*, Master Thesis, Ankara, 2017.

Action for annulment aims to ensure the legality of administration through reviewing conformity of administrative acts with law. International treaties, constitution, legislative codes and regulatory acts are taken into account as a reference in this review. While the theory of hierarchy of norms requires each rule to be in conformity with superior norms, they might be in contradiction as well. According to *lex superior* principle, any rule that doesn't conform to its superior needs to be set aside in judicial argumentation. However, ignoring a rule that has not been abrogated by a judicial decision may cause problems in legal theory.

The last sentence of the 90th article of Turkish Constitution, which was prescribed by the 2004 Amendment, stipulates that legal provisions that violate international treaties on fundamental rights and liberties should be disregarded in judicial review. The 55th article of the French Constitution recognizes an absolute priority over national legislation. In Turkey, because of constitutional exception, which is an *a concreto* way of constitutional control, national law which is incompatible with Constitution can not be omitted by tribunals but only be cancelled by Constitutional Court. In France same situation prevails due to *loi-écran* hypothesis, which provides that tribunals have no authority for constitutional control. An administrative regulation, which is considered illegal by an administrative judge, is oftenly disregarded and the relevant law is directly applied when solving the litigation. Nevertheless, this practice has been subject to various critics in the doctrine, mostly those of positivist jurists. What ought to be done is to establish a system that would allow the superior judicial authority to review the legality of rules that should be applied in action for annulment.

Key Words: Action for annulment, hierarchy of norms, *lex superior* principle, omission

İÇİNDEKİLER

KABUL VE ONAY	i
BİLDİRİM	ii
YAYIMLAMA VE FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI BEYANI	iii
ETİK BEYAN	iv
ÖZET	v
ABSTRACT	vi
İÇİNDEKİLER	vii
KISALTMALAR	x
GİRİŞ	1
1. BÖLÜM: İPTAL DAVASI VE NORMLAR HİYERARŞİSİ	5
1.1. İptal Davalarının Hukuki Mahiyeti	5
1.1.1. İptal Davasının Tanımı ve Amacı	5
1.1.2. İptal Davasının Unsurları	7
1.1.2.1. İdari İşlem	8
1.1.2.2. Menfaat İhlali	14
1.1.2.3. İşlemin İptalini Gerektiren Haller	18
1.1.2.3.1. Yetki Unsuru	19
1.1.2.3.2. Şekil Unsuru	23
1.1.2.3.3. Sebep Unsuru	27
1.1.2.3.4. Konu Unsuru	28
1.1.2.3.5. Amaç Unsuru	30
1.2. Normlar Hiyerarşisi	31
1.2.1. Saf Hukuk Teorisi	31
1.2.2. Normlar Hiyerarşisi	32
1.2.3. Hiyerarşi Çeşitleri	35
1.2.4. Norm Çatışması ve İhmal Kavramı	37
1.2.5. Lex Superior İlkesi	38
1.2.6. Türk Hukukunda Normlar Hiyerarşisi	40
2. BÖLÜM: KANUNLARIN İHMAL EDİLMESİ	45
2.1. Kanunların Uluslararası Andlaşmalara Dayanılarak İhmal Edilmesi	45

2.1.1.Uluslararası Andlaşma Kavramı	45
2.1.1.1. Tanımı ve Uluslararası Hukukta Düzenlenişi.....	45
2.1.1.2. Türk Hukukunda Uluslararası Andlaşma Kavramı	48
2.1.2. 2004 Değişikliği Sonrası İhmal.....	52
2.1.2.1. Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Milletlerarası Anlaşma Kavramı.....	52
2.1.2.2. Andlaşma ile Çatışma Halinde Olacak Normun Niteliği	57
2.1.2.3. Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Milletlerarası Anlaşmaların Kanunlar ile Çatışma Halleri.....	59
2.1.2.4. Yargı Uygulamasında İhmal.....	63
2.1.2.5. Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Dönemlerinde İhmal	74
2.1.3. Fransa Örneği: Uluslararasılaşma ve AB Etkisi.....	82
2.1.3.1. Uluslararası Andlaşmaların Fransız İdari Yargısında Uygulanması	82
2.1.3.2. AB Etkisi	86
2.1.4. Değerlendirme.....	89
2.2.Kanunların Anayasaya Dayanılarak İhmal Edilmesi.....	91
2.2.1.Türk Hukukunda Anayasal Denetim.....	92
2.2.1.1. Soyut Norm Denetimi-İptal Davası	92
2.2.1.2. Somut Norm Denetimi-İtiraz Yolu.....	93
2.2.2. Yargı Uygulamasında İhmal.....	95
2.2.2.1. 1961 Anayasası'nda Öngörülen Ön Sorun Müessesesi	95
2.2.2.2. Anayasa Mahkemesi'nin Denetim Mahkemesi Olarak Görev Yaptığı Haller	96
2.2.2.3. Anayasa'ya Aykırılığı İleri Sürülemeyen Kanunların Durumu	98
2.2.2.4. İptal Kararının Yürürlüğünün Ertelendiği Haller.....	101
2.2.2.5. Anayasaya Uygun Yorum Metodu	103
2.2.3. Fransa Örneği	105
2.2.3.1. Fransa'da Anayasal Denetim.....	105
2.2.3.2. Anayasa'nın İdari Yargıya Etkisi-Yasa Ekranı Hipotezi	107
2.2.3.3. 2008 Değişikliği-Anayasaya Aykırılık İtirazı	108
2.2.4. Değerlendirme.....	111
3. BÖLÜM:DÜZENLEYİCİ İŞLEMLERİN İHMAL EDİLMESİ.....	113
3.1.Türk Hukuku'nda Düzenleyici İşlem Kavramı.....	113
3.1.1. İdarenin Düzenleme Yetkisi	113
3.1.2. Düzenleyici İşlem Çeşitleri	117
3.1.2.1. Tüzük.....	117
3.1.2.2. Yönetmelik	118
3.1.2.3. Adsız Düzenleyici İşlemler	120
3.1.2.4. Düzenleyici İşlemler Arası Hiyerarşi Sorunu	122
3.1.2.5. Düzenleyici İşlemlere İlişkin Yargılama Usulü	124
3.2. Uluslararası Andlaşmalara Dayanılarak İhmal	126
3.3. Anayasaya Dayanılarak İhmal.....	130
3.4. Kanuna Dayanılarak İhmal	134
3.4.1.Kanuna Aykırılığın Saptanması Problemi	134

3.4.1.1. İşleme Uygulanacak Öncelikli Norm.....	136
3.4.1.2. İşleme Uygulanacak Üstün Norm	141
3.4.1.3. Kanuna Aykırılığı Saptayacak Yargı Organı	147
3.4.2. Yargı Uygulamasında İhmal.....	149
3.4.2.1. İdare Mahkemeleri	149
3.4.2.2. Danıştay	156
3.4.2.3. AYİM Örneği.....	160
3.5. Fransa Örneği.....	164
3.5.1. Kanun ve İdari Düzenleyici İşlem.....	164
3.5.2. Kanunilik İlkesi.....	167
3.5.3. İptal Davası ve Hukuka Aykırılık Defi	168
3.6. Değerlendirme	170
SONUÇ.....	172
KAYNAKÇA.....	177
Kitaplar ve Makaleler	177
Mahkeme Kararları	181
Anayasa Mahkemesi	181
Danıştay.....	182
İdare Mahkemesi.....	183
İş Mahkemesi	184
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi.....	184
Fransız Anayasa Konseyi	185
Fransız Danıştayı.....	185
Fransız Yargıtayı	185
Avrupa Birliği Adalet Divanı	185
EK 1: ORJİNALLİK RAPORU	187
EK 2: ETİK KURUL İZİN MUAFİYETİ FORMU	189

KISALTMALAR

a.g.e.	: adı geçen eser
a.g.m.	: adı geçen makale
AİD	: Amme İdaresi Dergisi
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜSBF	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
bkz.	: bakınız
CC	: Conseil Constitutionnel
C.Cas.	: Cour de Cassation
CE	: Conseil d'Etat
C.	: Cilt
DD	: Danıştay Dergisi
E.	: Esas
GÜHF	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
K.	: Karar
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
No	: Numara
N°	: Numara
OHAL	: Olağanüstü Hal
S.	: Sayı
T.	: Tarih
s.	: Sayfa
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TODAİE	: Türkiye Ortadoğu ve Amme İdaresi Enstitüsü
vd.	: ve devamı
yy.	: yüzyıl

GİRİŞ

İptal davası, kişiler hakkında tek taraflı olarak tesis edilip hukuki sonuç doğuran idari işlemlerin hukuki denetimini yapmayı amaçlayan dava türüdür. İptal davalarında, dava konusu edilen işlemlerin uluslararası hukuk normlarına, anayasaya, kanunlara ve diğer düzenleyici işlemlere aykırı olup olmadıkları incelenir. Bu dava türünde yapılan hukukilik denetiminde, mevzuatta bulunan ilgili normların tümü nazara alınarak yargılama yapılır.¹ Bir idari işlem çoğu zaman, anayasada sınırları çizilen bir alanda yapılan bir kanunun verdiği yetkiye dayanılarak ilgili idarenin çıkarmış olduğu bir tüzük ya da yönetmeliğe dayanılarak tesis edilmektedir. Hatta idari işlemin konusunu ilgilendiren bir uluslararası andlaşmanın mevcudiyeti de söz konusu olabilmektedir. Başka bir deyişle bir idari işlemin etki ettiği hukuki menfaat alanı, aslında birden çok normatif hukuk kuralı tarafından düzenlenmektedir. Bu kuralların birbirlerine göre hiyerarşik konumları ve somut olaya etkileri farklıdır. İdeal bir düzenlemede her zaman uyum içerisinde olması gereken hukuk kuralları, bazen birbirleriyle çatışabilmektedir. Birbiriyle çatışan normlara göre hukukilik denetimi yapılması ise uygulamada yargı organlarının karar vermesini güçleştirmektedir.

Norm çatışması basitçe, iki hukuk kuralının bir durum, olay ya da kişiye yönelik olarak farklı düzenlemeler içermesi olarak tanımlanabilir. Hukuk sistemini oluşturan kuralların muhtelif şekillerde çatışmaları mümkündür. Kimi zaman aralarında genellik/özellik ilişkisi olan normlar birbirlerine aykırı hükümler içerir. Kim zaman ise farklı tarihlerde yürürlük kazanan kurallar birbirleriyle çatışma içerisindedir. Bu iki durumun çözümüne yönelik olarak geliştirilen *lex specialis* ve *lex temporis* ilkeleri, çatışma halinde olan kurallardan hangisinin olaya uygulanması gerektiğini bulmaya yöneliktir. *Lex temporis* ilkesinin uygulandığı durumda hangi kuralın yürürlükte olduğu araştırılırken, *lex specialis* ilkesine ise hangi kuralın özel olarak uyumsuzluğa ilişkin bir düzenleme içerdiğinin tespiti için başvurulur.² Başka bir deyişle, özel hüküm-genel hüküm ve önceki hüküm-sonraki hüküm çatışmalarında esasen olaya uygulanması gereken tek bir kural mevcuttur. Bahsettiğimiz ilkeler o kuralı bulma konusunda bize yol gösterir. İki kuraldan doğru olan seçilerek uyumsuzluk çözülmeye çalışılır. Bu çatışma hallerinde iki

1 Onur Karahanoğulları, İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s.111

2 İsmet Giritli, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner, İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, 2008, s.138, 139

kuraldan birinin görmezden gelinmesi, yani ihmal edilmesi gibi bir durum söz konusu değildir.

Tez çalışmamızda “ihmal etmek” fiilini, bir uyuşmazlığa uygulanabilecek iki kuraldan birinin kasıtlı olarak görmezden gelinmesi ve diğerinin tercih edilmesi olarak ele aldık. Nitekim “ihmal” kavramı, “*dikkatsizlikten ve özensizlikten kaynaklanan kusur; savsaklama, gerekli özeni göstermeme*”³ olarak; “ihmal etme” kavramı ise “*savsamak, savsaklamak, boşlamak*”⁴ olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla biz “ihmal” kavramını, geçerli ve yürürlükte olup bir uyuşmazlığın ilgili olduğu konuyu ya da alanı düzenleyen iki hukuk kuralından birinin görmezden gelinerek diğerinin uygulanması olarak kabul edeceğiz. Bu bağlamda ihmal problemi, aralarında hiyerarşik bir ilişki olan ve birbiriyle çatışan hukuk kuralları arasında ortaya çıkan bir problem olarak kavramsallaştırılmıştır. Biraz daha açmak gerekirse ihmal, bir sorunun çözümünde başvurulabilecek iki hukuk kuralından, normlar hiyerarşisinde üst sırada bulunan norma aykırı olan alt normun görmezden gelinmesi ve uyuşmazlığın üst norma göre çözülmesi olarak ifade edilebilir.

Hukuk düzeninin işleyişine ilişkin biçimsel bir açıklama getiren normlar hiyerarşisi, hukuk kurallarını bir sıralamaya sokarak her hukuk kuralının geçerliliğini bir üst normdan alacağını öngörmektedir. Üst norma uygun olması gereken alt norm onunla uyumlu olmadığında, davanın çözümünde daha fazla etkinliğe sahip olan üstteki hukuk kuralının esas alınarak alt normun ihmal edilmesi bir çözüm yöntemi olarak gündeme gelmektedir. Bu tarz bir norm çatışmasının çözümüne yönelik olarak geliştirilmiş olan *lex superior derogat legi inferiori* ilkesi, üst normun kendisine aykırı olan alt norma öncelikli olarak uygulanacağını, o normu bertaraf edeceğini öngörür.⁵ Örnek vermek gerekirse, bir uluslararası andlaşmayı ya da anayasayı ihlal eden bir kanun hükmünü yahut kanuna aykırılık taşıyan bir tüzük veya yönetmelik hükmünü yargılama esnasında ihmal etmek mümkün müdür? Bu soruya olumlu yanıt vermek problemleri çözer gibi görünse de usulüne uygun olarak yürürlüğe girmiş ve bir yargı kararıyla ortadan kaldırılmadıkça hukuki etkisini devam ettiren genel düzenleyici normların görmezden gelinmesi, pozitivist bir anlayışa dayanan normlar hiyerarşisi kuramı açısından sorun

3 Adalet Bakanlığı-Hukuk Sözlüğü, <http://www.sozluk.adalet.gov.tr/ihmal>, Erişim Tarihi:12/12/2015

4 Türk Dil Kurumu-Güncel Türkçe Sözlük,

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&kelime=ihmal etmek&cesit=2&guid=TDK.GTS.58d027f63e1694.22847697, Erişim Tarihi:12/12/2015

5 Yasemin Işıktaç, Hukuk Normunun Mantıksal Analiz ve Uygulaması, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s.139

oluşturabilecek ve bir normun uygulamada göstermesi gereken hukuki etkinliğini tehlikeye düşürebilecektir.

Bir hukuk normunun üst norma aykırılık sebebiyle ihmal edilmesi meselesi, idare, yargı organları ya da kamu hizmetinin muhatapları nezdinde tartışılabilir. Şüphesiz bu başlıkların her biri geniş incelemelere konu olabilecek niteliktedir. Biz, hukuk kurallarının mahkemeler tarafından yargılama faaliyeti kapsamında ihmal edilmelerini incelememize esas aldık. Çalışma alanımızı da yalnızca idari yargıda görülen iptal davaları ile sınırlandırdık. Adli yargı mahkemelerinde uygulanacak normların ihmali problemini yeri geldikçe değinilen birkaç örnek hariç olmak üzere çalışmamızın dışında tuttuk. İptal davalarında mahkeme, önüne gelen idari işlemin hukukilik denetimini gerçekleştirirken ilgili hukuk kurallarının tamamına bir bütün halinde başvurur. Bu kurallar kimi zaman normlar hiyerarşisinde üstlerinde bulunan kurallara aykırı olabilirler. Bu durumda çatışma halinde olan iki normdan birinin ihmal edilmesi gündeme gelir. Bu problemin çözümü için pozitif hukukta belirli çözüm yolları öngörülmüş olabilir. Örneğin, Anayasa'nın 90. maddesinin son cümlesinde, temel hak ve hürriyetlere ilişkin andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi durumunda anlaşma hükümlerinin esas alınacağını öngörmektedir. Ayrıca 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7/4. maddesinin son cümlesinde de bir idari işlemin dayanağı olan düzenleyici işlemin iptal edilmemesinin işlemin iptaline engel olmayacağı kurala bağlanmıştır. Bu düzenlemelerin, alt norm-üst norm çatışmasını, uyuşmazlığı gören mahkemenin iki kuraldan birini diğerine tercih etmesi yoluyla çözüme kavuşturduğu söylenebilir. Fransız Anayasası'nın 55. maddesindeki düzenleme ise, uluslararası andlaşmaların kanunlardan üstün olduğunu belirtmekle yetinmiş, bu iki kuralın çatışması durumunda hangi çözüm yönteminin benimseneceğine ilişkin somut bir yol göstermemiştir. Tez çalışmamızda, gerek mevzuu hukukta bir kuralın ihmal edileceğine ilişkin açık bir düzenlemenin mevcut olduğu durumları, gerekse somut bir düzenleme olmaksızın çözümün yargı içtihadına bırakıldığı durumları incelemeye çalıştık.

Özet olarak bu tez, idari yargı organlarının iptal davalarının görülmesi sırasında ölçü olarak kullandıkları hukuk kurallarını, üst normlara aykırı olmaları nedeniyle ihmal edip edemeyecekleri sorununu, mevzuat ve içtihadındaki örnekleriyle incelemeyi amaçlamaktadır. Bu incelemede, ihmal kurumuna ihtiyaç duyulmasına sebep olan

etkenler, mevzuatta normların ihmal edilmesine izin veren düzenlemeler, bu kurumun uygulanma koşulları ve pozitif hukukta hayata geçirilebilecek çözüm önerileri sunulmaya çalışılacaktır. Birinci bölümde, iptal davalarının hukuki niteliğinden bahsedilecek; bunun yanında normlar hiyerarşisi kuramı ve *lex superior* ilkesi izah edilerek, Türk mevzuatında normlar hiyerarşisinin nasıl düzenlendiği anlatılacaktır. Belirtmek gerekir ki, iptal davasında kullanılan hukuk kurallarının çeşitleri ve normlar hiyerarşisindeki yerleri nazara alındığında, birçok farklı durumda kuralların ihmalî söz konusu olabilir. Biz yargı uygulamasında en sık karşılaşılan problemleri esas alarak, kanunların ve düzenleyici işlemlerin üst hukuk normlarına göre ihmal edilmesini incelemeyi tercih ettik. İkinci ve üçüncü bölümler, ihmale konu olabilecek normların biçimsel ve maddi niteliği nazara alınarak düzenlenmiştir. İkinci bölümde kanunların uluslararası anlaşmalara ve anayasaya göre ihmal edilmesi işlenmektedir. Üçüncü bölümde ise, uygulamada en sık karşılaşılan problem olan, idari düzenleyici işlemlerin üst hukuk normları esas alınarak ihmal edilmesi konu edilmektedir. İkinci ve üçüncü bölümlerde yaptığımız inceleme, idare hukukunun kuramsal olarak kaynağı olan Fransız hukukundan verilen örneklerle karşılaştırmalı olarak gerçekleştirilmiştir. Fransa'da hukuk normlarının çatışmasına ve ihmal kurumuna ilişkin yapılan teorik tartışmalar ve mahkeme kararlarında varılan sonuçlara kısaca yer verilmiştir. Fransız örneğiyle yapılan bu karşılaştırma, Türk yargı ve doktrininde karşılaşılan problemlere yol göstermek ve alternatif çözümler sunmak amacıyla gerçekleştirilmiştir. Sonuç bölümünde ise, ihmal kurumuna ilişkin veriler toparlanarak tez boyunca ele alınmış olan problemler ve çözüm önerileri kısaca tekrarlanmaktadır.

1. BÖLÜM: İPTAL DAVASI VE NORMLAR HİYERARŞİSİ

İptal davalarında uygulanacak normların yargılama esnasında ihmal edilmesini incelemeyi amaçlayan tez çalışmamız için öncelikle ele alınması gereken iki husus mevcuttur. Çalışma alanı iptal davalarıyla sınırlandırıldığı için, idari yargıda öngörülmüş bir dava türü olan iptal davasının hukuki niteliği öncelikle ortaya koyulmalıdır. İkinci olarak, ihmale konu olacak normların aralarındaki ilişkiyi ortaya koyan ve genel kabul gören normlar hiyerarşisi kuramı incelenecek ve bu kuramın Türk hukukunda nasıl uygulamaya geçirildiği açıklanmaya çalışılacaktır.

1.1. İPTAL DAVALARININ HUKUKİ MAHİYETİ

1.1.1. İptal Davasının Tanımı ve Amacı

Anayasa'nın 2. maddesi uyarınca 'hukuk devleti' ilkesinin geçerli olduğu hukuk sistemimizde, idarenin faaliyetlerinin hukuka uygun olmasını ve devletin de kendi koymuş olduğu kurallarla bağlı olmasını temin etmek amacıyla, mevzu hukukta idari ve yargısal denetim olmak üzere belirli denetim yolları öngörülmüştür. İdari denetim yolları, farklı kanunlarda düzenlenmiş olup, genel olarak hiyerarşik denetim ve vesayet denetimi biçimlerinde uygulanmaktadır. Anayasa'nın 125. maddesi, "*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.*" hükmü ile idarenin faaliyetlerinin yargı mercilerince denetlenmesinin temelini ortaya koymuştur. Bu kapsamda, idari alanda gerçekleşen işlem, eylem ve sözleşmelere karşı yargı mercilerinde açılacak davalarda uygulanacak yargılama usulünü düzenleyen 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu yürürlüğe koyulmuştur. Kanun'un 1. maddesi "*Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare mahkemeleri ve vergi mahkemelerinin görevine giren uyuşmazlıkların çözümü, bu Kanunda gösterilen usullere tabidir.*" hükmünü ihtiva etmektedir.

İdare, kamu hizmetini yerine getirirken işlem tesis etmek, eylemde bulunmak ve idari sözleşme imzalamak olarak sayılabilecek 3 şekilde davranır.⁶ İptal davası, idarenin faaliyetlerini yürütürken tesis etmiş olduğu işlemlerin denetimine yönelik olarak düzenlenmiş bir dava türü olup, 2577 s. Kanun'un 2. maddesinin 1. fıkrasının a bendinde "*İdarî işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri*

⁶ Turgut Candan, Açıklamalı İdari Yargılama Usulu Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s.59

ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan iptal davaları,” şeklinde tanımlanmıştır. Kanun metninden de anlaşılacağı üzere, idari hâkim iptal davasında, işlemi tesis eden idari makamı ya da işlemin muhatabını yargılamaz; dava konusu işlemin hukuka uygun olup olmadığını inceler. Bu özelliğinden ötürü iptal davası doktrinde objektif dava olarak nitelendirilmişse de⁷ objektif niteliğinin asıl olarak hukuk düzeninin yargılama konusu işlemdeki hukuka aykırılıktan korunmasını sağlamasından⁸, diğer bir deyişle iptal kararlarının hukuk düzeninde doğurdıkları etki ve sonuçlardan kaynaklandığı da savunulmuştur.⁹

İptal davasında hâkim, söz konusu işlemde hukuken bir sakatlık olup olmadığını incelemekle yetinir; işlemin ilgilinin hukuki durumları üzerinde oluşturacağı etkiye dair bir hüküm vermez. Kişilerin birbirlerine verdikleri zararın telafi edilmesini amaçlayan davalarla aynı mahiyeti taşıyan tam yargı davasının aksine, iptal davası idare hukukunun doğuşundan sonra ortaya çıkmış ve yalnız idare hukukuna has bir davadır.¹⁰ Waline'e göre iptal davası teknik olarak bir davalı içermemekte olup, klasik anlamda iki taraflı bir dava değildir. Tam yargı davalarında davacı kendi hakkını savunurken, iptal davalarında hukuku savunmaktadır.¹¹ Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu bir kararında iptal davasının amacını ve fonksiyonunu şu şekilde açıklamaktadır:

“...iptal davalarının, idari işlemlerin hukuka uygunluğunun saptanması, hukukun üstünlüğünün ve böylece idarenin hukuka bağlılığının sağlanması ve sonuçta hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesine olanak sağlanması nedeniyle...”¹²

Sonuç olarak denilebilir ki iptal davası, hukuk düzenini bozan hukuka aykırı işlemi ortadan kaldırarak hem hukuk düzenini koruyan hem de idareye hukuk devleti ilkesinin hayata geçirilmesine yönelik olarak yol gösteren dava türüdür.

İptal davasının en önemli unsuru olan idari işlem, ilerde açıklanacağı üzere, kamu hizmetini yürüten idari makamlar tarafından ilgililer hakkında tek taraflı olarak tesis

7Ender Ethem Atay, “İptal Davasının Nitelikleri ve İptal Kararlarının Uygulanması”, Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl Sempozyumu (11/05/2007), Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No :74, Ankara, 2008, s.55

8 Kazım Esin ve Yüksel Yenice, Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usulü, Arısan Yayınevi, Ankara, 1983, s.11

9 Candan, a.g.e., s.60

10 Siddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.:III, İsmail Akgün Yayınevi, İstanbul, 1966, s.1770

11 Jean Waline, Droit Administratif, Dalloz, Paris, 2014, s.645,647

12 Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, T:26/05/2000, E:1999/390, K:2000/761, <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/>, Erişim Tarihi:13/10/2015

edilen ve hukuki sonuç doğuran irade açıklamasıdır. İlgililerinin menfaat alanına etki ederek hukuk alanında sonuç doğuran idari işlemler, bu özelliğiyle, idari faaliyetin yürütülmesi esnasında maddi alanda etki oluşturan idari eylemlerden ayrılmaktadır. İdari eylemler sonucu gerçekleşen hak ihlalinin telafi edilmesi amacıyla açılan tam yargı davası bir edim davası özelliği taşıırken, iptal davası idari işlemin hukuka aykırılığının tespit edilerek hukuk alanından kaldırılması amacını güder. Kamu hizmetinin görülmesi amacıyla kamu kudret ve ayrıcalıklarından faydalanan idare ile özel hukuk kişileri arasında imzalanan idari sözleşmelerden kaynaklanan davalar ise uygulamada iptal ya da tam yargı davası şeklinde zuhur etmektedir.

İptal davasının diğere bir unsuru, davanın açılması için aranan menfaat ihlali şartıdır. Menfaat ihlali, kişi ile idari işlemin yöneldiği hukuki durum arasında kurulu olan ya da kurulması beklenen ilişkinin işlemin konusu nedeniyle bozulması olarak nitelendirilebilir.¹³ Tam yargı davalarında aranan “hakkın muhtel olması” şartı, menfaat ihlaline göre daha dar kapsamlı olup, dava ehliyeti yönünden iptal davasına göre farklı bir incelemeyi gerektirmektedir.

İptal davasının görülebilmesi için, idari işlemin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurlarından biri nedeniyle hukuka aykırı olduklarının iddia edilmesi gerekmektedir. İdari işlemin mevcudiyeti ve menfaat ihlali şartları, davanın kabul edilebilirliğine, yani idari yargılama usulü hukukuna dair şartlar olup, işlemin sayılan unsurlarında ortaya çıkıp iptaline karar verilmesine yol açan hukuka aykırılık durumu ise maddi idare hukukuna ilişkin bir şarttır.¹⁴

Tüm bu verilerin ışığında, Waline'in ifadesiyle özetlersek, iptal davası, tüm ilgililerin idari hâkimden, bir idari işlemin hukuka aykırılığının tanınmasını ve iptaline karar verilmesini isteyebildiği yargısal bir başvurudur.¹⁵

1.1.2.İptal Davasının Unsurları

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde açıkça düzenlendiği üzere, iptal davasının söz konusu olabilmesi için bir idari işlemin olması, bu davanın işlem tarafından menfaati ihlal edilenler tarafından açılması ve işlemin yetki, şekil,

¹³ Candan, a.g.e., s.63

¹⁴ Onar, a.g.e., C.:III, s.1776

¹⁵ Waline, a.g.e., s. 650

sebepler, konu ve amaç unsurlarından biri yönünden hukuka aykırılığının iddia edilmesi gerekmektedir. Bu başlık altında iptal davasının bu hususiyetleri üç bölümde incelenecektir.

1.1.2.1.İdari İşlem

1.1.2.1.1.Tanımı

Özel hukuk alanında hukuki ilişkiler, çoğunlukla, hukuk öznelerinin karşılıklı olarak uyuşan irade açıklamalarıyla ve iki taraflı olarak kurulmaktadır. Kişinin faydasını esas alan özel hukuk, irade serbestisi ilkesi gereğince kişinin kendi karar verme hürriyetini öncelemektedir.¹⁶ İdare hukuku alanında ise, hukuki işlemlerin temelini idarenin yürütmekte olduğu kamu hizmeti ve kolluk faaliyetleri oluşturmaktadır. Bu faaliyetler devletin üstünlüğüne dayalı olarak gerçekleştirilmektedir ve özel hukukun temelinde yatan irade serbestisi, kişisel menfaat gibi ilkelerden daha farklı dinamikler içermektedir.

Kamu hizmetini genel itibarıyla bireylerin isteğinden bağımsız olarak tesis edip işleten idare cihazı, işleyişinde de çoğunlukla bireylerin istemine/onayına ihtiyaç olmaksızın işlem ve eylemlerde bulunur. Yukarıda da belirtildiği üzere, idarenin gerçekleştirmekte olduğu faaliyetler hukuki dünyada genel olarak idari işlem, idari eylem ve idari sözleşme olarak tezahür eder. İdari işlemler, devletin zorlayıcı gücüne dayanarak gerçekleştirdiği idare fonksiyonunun en belirgin olarak uygulamaya döküldüğü hukuki işlem türüdür. İradelerin karşılıklı olarak uyuşması aranmaksızın, idarenin tek taraflı kararıyla hukuki sonuç doğuran idari işlemler, bu özelliklerinden ötürü farklı bir hukuki rejime tabi olmaktadır.¹⁷

Özetle idari işlem, bir idari makam tarafından, bir kamu hizmetinin yürütülmesi kapsamında kamu hukukunun kendisine tanıdığı kamu gücü kullanılarak tesis edilen ve idarenin tek taraflı kararı ile hukuki sonuç doğuran; bünyesinde idarenin nihai iradesinin tecelli ettiği (kesin) ve yürütülmesi zorunlu olan (icrai) işlemdir.¹⁸

16 Waline, a.g.e., s.415

17 Celal Erkut, İptal Davasının Konusunu Oluşturması Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Doktora Tezi, Danıştay Matbaası, Ankara, 1990, s.10 vd.

18 Candan, a.g.e., s.66

1.1.2.1.2. Özellikleri

Öncelikle belirtmek gerekir ki idari makamların yapmış olduğu işlemlerin tümü idari işlem olmayıp, idari işlemin tespitinde belirli niteliklerin aranması gerekecektir. Onar'a göre idarenin sözleşmeler gibi iki taraflı tasarrufları ile, hukuki tesiri olmayan irade beyanları ya da özel hukuk alanında sonuç doğuran işlemleri idari işlem sıfatını haiz değildir.¹⁹ İdarenin, bir kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olmayıp, özel hukuk alanına ait olan ve özel hukuk kişilerinin aralarındaki münasebetlerinden farklı olmayan işlemleri idari işlem olarak addedilemez. Örneğin taşınmaz satımı, araç kiralanması gibi işlemleri, bir kamu hizmetinin görünümünden çok, bir kurumun olağan işleyişi için gerekli olan muameleler olduğundan bu işlemler özel hukuk rejimine tabi olup, bu işlemlerden doğan uyuşmazlıklar adli yargının görev alanına girer.²⁰

İdarenin tüm işlemleri idari işlem niteliğini haiz olmadığı gibi, idari işlemler de İdare cihazının faaliyetlerine münhasır değildir. Duran'ın tanımına göre, “İdari işlemler kural olarak idari organ ve makamların “İdare alanındaki” irade açıklamalarıdır.”²¹ Yani, idari işlemler kaideten, dar anlamda idare olarak bildiğimiz yürütme organına bağlı merkezi birimler ile yerel yönetim birimleri tarafından yapılmaktadır. Fakat bu anlamdaki idari organ ve makamların her türlü işlemi idari işlem olmadığı gibi, yürütme organının dışında kalıp yasama ve yargı organlarına dahil kurumların yönetim birimleri tarafından, kamu gücü ayrıcalıkları tarafından tesis edilen ve yasama ve yargı fonksiyonlarının dışında kalan idari nitelikteki işlemler de kapsam dışında tutulmamalıdır. Örneğin bir mahkemenin ya da yasama meclisinin kendi yönetimindeki personele, idari mallara, işleyişe dair tesis ettiği işlemler, bu kurumlar yürütme organı altında bulunmasa da mahiyetleri itibariyle idari niteliktedir. Zira bu işlemlere idari nitelik kazandıran, yapıcılarının niteliği değil, yapılan hizmetin kamu hizmeti olması ve tesisinde yargılama ya da yasama usulü değil idari usul kurallarının uygulanmasıdır.²² İdari işlemin kapsamında bulunduğu faaliyetin maddi niteliğine göre belirlenmesini gerektiren bu görüş, “idare işlevi” kavramını esas almaktadır. İdare işlevinin olumsuz bir tanımını yapan Duran, yasama, hükümet etme ve yargılama niteliği taşımayan tüm kamusal

19 Onar, a.g.e., C.:I, s.388

20 Candan, a.g.e., s.72

21 Lütfi Duran, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1982, s.385

22 Candan, a.g.e., s.70

kurum ve işlerin idare işlevini oluşturacağını söylemektedir.²³ O halde diyebiliriz ki, bir idari işlem, müellifinden bağımsız olarak, eğer idare işlevine ait bir kamu hizmeti faaliyeti kapsamında tesis edilmişse, diğer şartları da taşıması şartıyla idari işlem olarak nitelendirilebilecektir.

İdare, ilgililerin hukuki durumlarında rızaları olmaksızın tek yanlı olarak değişiklik yapabilmekte olup, idari işlemler bu yetkinin hayata geçirilmesini sağlayan enstrümanlardır. Bu yetki, idare hukuku doktrininde kamu kudreti ayrıcalıkları (*prerogatives de puissance publique*) olarak zikredilmekte olup²⁴, Danıştay da bir kararında, İdare tarafından tesis edilen bir işlemin idari işlem sayılabilmesi için işlemin yapılması sırasında kamu kudreti ayrıcalıklarının kullanılmış olması gerektiğini belirtmiştir.²⁵ İdarenin tek yanlı irade açıklaması ile karşı tarafın rızasına ihtiyaç duymaksızın hukuki sonuç doğurması idari işlemlerin temel özelliğidir.²⁶ Erkut'a göre bir işlemin tek yanlı karakterinin tespitinde, işlemin konusunu oluşturan hukuksal ilişkiye uygulanacak kuralların kimin tarafından oluşturulduğu sorununun çözülmesi önem arz etmektedir. Eğer bir işlem ile getirilen kurallar tek bir iradenin ürünüyse ve işlemin taraflarının birbirleri ile olan ilişkilerini düzenlemiyorsa tek yanlı bir işlem söz konusudur. Buna karşılık eğer işlem tarafların iradelerinin uyuşması sonucu oluşmuş ve ihdas edilen kurallar tarafların birbirleriyle karşılıklı ilişkilerinin düzenliyor ise çok taraflı bir işlemden bahsetmek mümkündür. Tek yanlı irade açıklaması, tek bir kişinin iradesi anlamına gelmemektedir. Tek yanlı idari işlemin oluşumunda kurucu iradeyi oluşturan bir ya da birden çok kişi ya da makam mevcut olabilir. Bu durum işlemin tek yanlılığına hanel getirmez. Aynı şekilde işlemin idare edilenlerin başvurusu üzerine tesis edilmiş olması da tek yanlılık niteliğini etkilemeyecektir.²⁷

İdari sözleşmelerini iptal davasına ne şekilde konu olabilecekleri ise tartışmalı bir husustur. Candan'a göre, idarenin idare edilenlerin katılımıyla imzaladığı sözleşmeler iptal davasına konu edilemezler. Hukuki niteliği itibariyle idari sözleşmelerin bünyesinden ayrılabilen işlemlerin iptal davasına konu edilebilmeleri mümkündür.²⁸ Atay'a göre idari sözleşmelerden doğan davaların ayrı bir tür olarak

23 Duran, İdare Hukuku Ders Notları, s.2

24 Waline, a.g.e., s. 415

25 Danıştay 10. Daire, T:22/12/1983, E:1983/1432, K: 1983/2702, Nakleden: Candan, a.g.e., s.74

26 Karahanoğulları, a.g.e., s.156

27 Erkut, a.g.e., s.20 vd.

28 Candan, a.g.e., s.75

sınıflandırılması yanlıştır. Yazar, idari sözleşmelerin düzenleyici nitelikteki hükümlerinin üçüncü kişiler tarafından iptal davasına konu edilebileceğini, bunun dışındaki uyuşmazlıkların ise tam yargı davası formunda ortaya çıkacağını savunmaktadır.²⁹ Odyakmaz, İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nun "Tam yargı davalarında yetki" başlıklı 36. maddesinde geçen "İdarî sözleşmelerden doğanlar dışında kalan tam yargı davalarında yetkili mahkeme" ibaresinden yola çıkılarak sözleşmelerden doğan davaların tam yargı davası olduğu görüşünü eleştirmiştir. Zira bu ifade yalnızca sözleşmelerden doğan davaları yetki kuralına istisna kabul eden bir kural olarak nitelendirilebileceği gibi, sözleşmelerden doğan davaları tam yargı davalarına münhasır kılacak bir anlam taşımamaktadır. Bu nedenle sözleşmelerin oluşturulma, uygulanma ve sona ermelerinden sonraki aşamalar ayrı ayrı değerlendirilerek, ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların niteliklerine göre iptal ve tam yargı davaları olarak mahkemelerin önüne gelebileceği sonucuna varılmalıdır.³⁰ Yenice ve Esin de sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların iptal ve tam yargı davası formunda görülebileceği görüşünü paylaşmaktadır.³¹

2577 sayılı Kanun'un 14. maddesi, iptal davasına konu edilecek idari işlemlerin kesin ve yürütülebilir işlemler olması gerektiğini öngörmektedir. Kesinlik ve yürütülebilirlik kavramları genelde birlikte anılsa da ayrı ayrı anlamlar taşımaktadırlar. Bir işlemin kesin olması, o işlemin tekemmül etmesi için gerekli olan tüm idari aşamaların geçilmiş olması, diğer bir deyişle o işlem üzerinde idarenin nihai iradesinin tecelli etmiş olması anlamına gelir. Eğer bir işlemin hukuk düzeninde geçerlilik kazanması için, hiyerarşik üstün ya da vesayet makamının onayı gerekiyorsa o işlem kesinlik vasfını kazanamamış demektir. Öte yandan bir işlemin yürütülebilir olması ise onun, hukuk düzeninde ya da hedef aldığı kişi ya da kişilerin hukuki durumlarında değişiklik meydana getirmesini ifade eder.³² Bu açıdan, bir işlemin oluşturulması sürecinde bağlayıcılık vasfı taşımayan hazırlık işlemleri, açıklayıcı nitelik taşıyan işlemler, kurum içi organizasyona dair işlemler vb. irade açıklamaları iptal davasına konu oluşturabilecek idari işlemler değildirler.³³ Bir işlemin dava konusu edilebilmesi için, bu iki niteliği bir arada taşıması

29 Atay, "İptal Davasının Nitelikleri...", s.39

30 Zehra Odyakmaz, "Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri", GÜHF Dergisi, Haziran Aralık 1998, C.:II, S.:1-2, s.180

31 Esin ve Yenice, a.g.e., s.122

32 Candan, a.g.e., s.76 vd.

33 Waline, a.g.e., s.417

gerekmektedir. Erkut, iptal davasına konu olabilecek işlemi, icrailik sıfatı kapsamında şu şekilde tanımlamaktadır: *“Kamu gücü ve kudretinin, üçüncü kişiler üzerinde, ayrıca başka bir işlemin varlığına gerek olmaksızın, doğrudan doğruya çeşitli hukuki sonuçlar doğurmak suretiyle etkisini gösterdiği işlemler icrai niteliktedir.”*³⁴

İdari işlemlerin en önemli özelliklerinden biri de hukuka uygunluk karinesinden faydalanmalarıdır. Bu karineye göre bir işlem tesis edildiği andan itibaren hukuka uygun kabul edilir. Bu durum, idari işlemin başka bir makamın ya da ilgililerin onayını almadan hukuki sonuç doğurması demek olan icrailik özelliğinin doğal sonucudur. Kaideten yetkisiz olan idare, ancak kendisine kanunlarca yetki verildiği zaman işlem tesis edebilir. İrade serbestisine sahip olmaksızın ancak sınırlı yetki alanında eyleyebilen idarenin işlemlerinin kural olarak hukuka uygun kabul edilmesi, idari istikrar prensibi ile uyumlu bir düzenlemedir. Şu hâlde bir idari işlemin muhatabı olan ilgili, işlemin hukuka aykırı olduğunu düşünüyorsa, ya idari başvuru yollarıyla idareden bu işlemi kaldırmasını ya da geri almasını talep edecek, ya da açacağı iptal davası ile işlemi hukuken ortadan kaldırmanın yolunu arayacaktır. Hukuka uygunluk karinesinin bir gereği olarak, iptal davası açıldığında dahi, işlem hukuki sonuçlarını doğurmaya devam eder ve bir yürütmeyi durdurma kararı alınmadıkça, iptal hükmüne kadar işlemin hukuki etkisi mevcudiyetini sürdürür.³⁵ İcrailik niteliğinin bir başka doğal sonucu, idari işlemlerde idarenin re'sen icra yetkisine sahip olmasıdır. Özel hukukta yapılan hukuki muameleler, irade serbestisi gereğince karşı tarafın onayına muhtaç olduğu gibi, bu işlemlerin icra edilebilmesi için adli icra mercilerine müracaat edilmesi gerekmektedir. Oysa idari işlemler, ilgilinin rızasına ihtiyaç duyulmadan tek taraflı olarak tesis edilip kendiliğinden sonuç doğurduğu gibi, aynı zamanda ortaya çıkardıkları hukuki sonuçların maddi aleme geçirilmesi de idarenin yetkisindedir. Diğer bir deyişle idare, idari işlemi başka bir hukuki mercie ihtiyaç duymaksızın icra edebilir.³⁶ Örneğin belediyenin almış olduğu bir yıkım kararı, kanuni usullere sadık kalınıp gerekli müddet beklendikten sonra, yine işlemin müellifi olan belediye tarafından icra edilecek ve yıkım kararına konu bina, eklenti vb. unsur yıkılacaktır.

İdari işlemin bu özellikleri, idari yargıya has bir dava türü olan iptal davasında izlenen yargılama usulünü de şekillendirmektedir. Örneğin, hukuka uygunluk karinesi

34 Erkut, a.g.e., s.119

35 Karahanoğulları, a.g.e., s.159 vd.

36 Onar, a.g.e., C.:I, s.386

nedeniyle, dava konusu edilen bir işlem, yürütmeyi durdurma kararı alınmadığı müddetçe sonuçlarını doğurmaya devam etmekte; kesin ve yürütülebilirlik nitelikleri ise davanın ilk inceleme safhasında görüşülmekte ve yargılamanın ilerlemesi için ön şart niteliğini taşımaktadır.

1.1.2.1.3. Türleri

İdari işlemler, onları tesis eden mercilerin niteliği, yapılırken izlenen usuller, konuları ve hedeflerinde bulunan ilgililerin nitelikleri nazara alınarak farklı şekillerde tasnif edilebilirler. Fakat en çok önem arzeden ayırım, işlemlerin konularını temel alan, düzenleyici işlem-birel/bireysel işlem ayırımıdır.³⁷

Düzenleyici işlemler, idarenin kural koyan, kişilik dışı ve objektif nitelik taşıyan, işlemlerdir. Birel işlemler ise düzenleyici işlemler tarafından konulan kuralları somut durumlara uygulayarak kişiler hakkında sübjektif hak veya borç doğuran işlemlerdir. Düzenleyici işlem öncelikle kişilik dışıdır. Yani ortaya koyduğu hukuki etki, belirli bir kişiyi değil, düzenleme konusu statüye girecek kişi ya da kişileri hedef almaktadır. Bu noktada, düzenleyici işlemin hedefine gireceklerin kişiliği ve sayısı önemsiz olup, bu yalnızca bir kişi bile olabilir. Yani burada düzenleyici işlemin niceliksel değil niteliksel bir hususiyeti mevcuttur. Öte yandan birel işlemler somut durumlara özgü olup genellikle ismen belirttiği kişi ya da kişileri hedef alır.³⁸

Karahanoğulları, birel işlemleri tümel ve tikel önermelerden tekil önermeler çıkartmaya benzetmektedir. İdarenin açıkladığı iradesi hukuk düzenine yönelik ise düzenleyici işlem, belirli bir hukuk öznesinin ya da nesnesinin hukuki statüsüne ilişkinse birel işlem, bahsedilmelidir. Düzenleyici işlemin tespitinde, zamansal olarak süreklilik şartı zikredilse de bu şart tek başına yeterli olmayacaktır. Düzenleyici işlemin getirdiği kurallar, çok sınırlı bir zaman için uygulansa da zaman sınırlaması kuralı tekilleştirmez. Kuralın uygulanma süresi geçse bile, o zaman aralığı içerisindeki hukuki ilişkileri düzenlemeye devam ediyorsa düzenleyici niteliğini koruyacaktır. Zaman bakımından tekilleşme düzenlemenin yalnızca bir gün ya da kesin bir zaman aralığıyla sınırlandırılması yoluyla ya da toplumsal/tabii bir olay nedeniyle olabilir. Örneğin bir senelik süre için toplu taşıma ücretlerini düzenleyen tarife düzenleyici işlem iken, bu

³⁷ Waline, a.g.e., p.423

³⁸ Candan, a.g.e., s.87

düzenlemedeki yetkiye dayanarak bir Kurban Bayramı süresince toplu taşımayı ücretsiz kılan işlem ya da kar yağışı nedeniyle okulları bir gün tatil eden işlem, birel işlemdir.³⁹

Bir düzenleyici işlemin tespitinde doktrinde ve içtihadta en çok kabul edilen kriter, işlemin soyut, genel ve kişilik dışı bir kural koyması, yani normatif bir içeriğe sahip olmasıdır.⁴⁰ Bu sayılan kriterler her ne kadar yol gösterici olsa da düzenleyici işlem birel işlem sınırını saptamak her zaman kolay olmamaktadır. Zira uygulamada iki türe de tam olarak uymayan işlemler mevcuttur. Bir kamulaştırmada kamu yararı kararının alınması, kamu görevine ilişkin istihdam ilanı gibi işlemler klasik ayrıma göre sınıflandırılmayan işlemlere örnek teşkil etmektedir.⁴¹

Bir işlemin düzenleyici veya birel işlem olduğunun belirlenmesi, işlemin tekemmül etmesi için bildirim vb. şekli şartlar, ortadan kaldırılma usulü ve tâbi olacağı hukuki rejim açısından önem arz etmektedir. Örneğin bir işlemin düzenleyici işlem olduğu tespit edildiğinde, o işlemde doğan uyuşmazlıklara bakacak yargı yeri değişebilecek, dolayısıyla bu tespit davadaki görev sorununun çözülmesi bakımından önem taşıyacaktır.

1.1.2.2. Menfaat İhlali

Usul kuralları, bir yandan yargılama makamları önünde kişilerin sahip oldukları hak arama hürriyetini etkin bir şekilde muhafaza etmek, bir yandan da mahkemelerin aşırı dosya yükünden ötürü görevlerini ifa edemez hale gelmelerini engellemek için yargısal başvuruları düzene koyan kurallar öngörmektedir. Ehliyet kurumu da bu fonksiyonu ifa eden usul hukuku müesseselerinden biridir. Medeni yargılamada, bir kişinin dava açması için taraf ehliyetine ve dava ehliyetine sahip olması gerekmektedir. Medeni hukuktaki hak ehliyeti ve fiil ehliyetinin usul hukukundaki karşılığı olan bu ehliyet şartları idari yargılama usulünde de uygulama alanı bulmaktadır. Nitekim 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun, kendisinde hüküm bulunmayan bazı konularda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili hükümlerinin uygulanacağını öngören 31. maddesi, ehliyet kurumunu da içermektedir. Yani açılan bir iptal davasında, davacının

39 Karahanoğulları, a.g.e., s.169 vd.

40 Candan, a.g.e., s.88

41 Waline, a.g.e., p.422

taraf ehliyetine ve dava ehliyetine sahip olup olmadığına, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ehliyete ilişkin hükümlerine bakılarak karar verilecektir.

Bununla birlikte, idari yargıda iptal davası açmak için bir kişinin taraf ehliyetini ve dava ehliyetini haiz olması yeterli değildir. İdari Yargılama Usulü Kanunu, 2. maddesinde ehliyete ilişkin özel bir düzenleme getirmiş ve iptal davalarının menfaati ihlal edilenler tarafından açılabileceğini öngörmüştür. Buradaki menfaat ihlalden anlaşılması gereken, ilgilinin menfaatinin dava konusu edilen işlem dolayısıyla ihlal edilmiş olması, diğer bir deyişle işlemin iptal edilmesinde ilgilinin menfaatinin bulunmasıdır. Menfaat ihlali, kişi ile idari işlemin yöneldiği hukuki durum arasında kurulmuş olan ya da kurulması beklenen/istenen bağın işlemin konusu nedeniyle bozulması anlamına gelmektedir.⁴² İptal davalarında, tam yargı davasında olduğu gibi hak ihlali aranmamakta, daha hafif bir şart olan menfaat ihlali şartı aranmaktadır. Zira tam yargı davası için hukuk sistemi tarafından koruma altına alınmış bir hakkın muhtel olması şart koşulmuştur. İptal davasında ise davacının menfaat alanının etkilenmiş olması yeterlidir. Davacı ile davanın konusu arasında bir menfaat ilişkisinin mevcut olduğunun tespiti, söz konusu usul şartının yerine getirilmesi için yeterlidir. Bu şekilde hukuk düzenini bozan hukuka aykırı işlemlere karşı nispeten daha geniş kapsamlı olarak dava açılması imkânı sunulmuştur. İptal davaları için menfaat şartının öngörülmesi, davanın ilgilinin subjektif hakkından bağımsız olan objektif niteliğine zarar verir gözüktüğü de menfaat ihlali ile tam yargı davaları için öngörülen hak ihlali kavramları birbirinden çok farklıdır. Hak ihlali, tam yargı davasının esasına etki eden bir durumdur. Yani bir olayda subjektif bir hak ihlal edilmişse bu durum tespit edilerek, ihlalin telafi edilmesine, tazminat ödenmesine hükmedilir. Menfaat ihlali ise, yalnızca iptal davasının görülebilmesi için gereken bir şart olup, davanın esasına taalluk eden bir husus değildir. Yani bir olayda menfaat ihlalinin bulunması davanın iptal ya da kabulle sonuçlanması için ya da menfaatin ihlal edilmemiş olması davanın redle sonuçlanması için bir sebep teşkil etmez. Menfaat şartı yalnızca, davanın açılmasında ciddiyeti tesis etmek ve ilgisiz kimselerin başvuruları ile yargılama mercilerini meşgul etmelerinin önüne geçmek için öngörülmüştür.⁴³

42 Candan, a.g.e., s.107

43 Onar, a.g.e., C.:III, s.1781

Anayasa Mahkemesi, iptal başvurularında kişisel hakkın ihlal edilmesi şartının aranmasına yönelik kanun hükmüne karşı açılan davada verdiği kararda, iptal davalarındaki menfaat ihlali şartını şu şekilde formüle etmektedir:

“...İptal davaları, kesin ve yürütülmesi zorunlu nitelikteki idarî işlemler hakkında açılabilir. Böyle bir idarî işlemin iptalinin istenilebilmesi için davacının menfaatinin ihlâl edilmiş olması gerekir. Yargı kararlarında ve öğretilerde "menfaat", davacı ile iptalini istediği idarî işlem arasındaki bağı, ilgiyi anlatır. İdarî işlem ile dâva açan kişi arasında meşru, güncel ve ciddi bir ilişki söz konusu ise dâvada menfaat bağı bulunduğu kabul edilmektedir. Bunun dışında öznel (sübjektif) bir hakkın ihlâl edilmesi koşulu araştırılmaz.

Hak, hukukun koruduğu menfaattir. Özel hukukta her menfaat korunmaz. Kamu hukukunda ise iptal dâvaları yoluyla her menfaatin korunması zorunludur. Tam yargı dâvalarının aksine iptal dâvalarında davacı olabilmek için menfaat ihlâlinin yeterli sayılması, idarenin hukuka uygun davranmasını sağlamak amacına yöneliktir. Her ne kadar bu amacın tam olarak gerçekleşebilmesi için menfaat ihlâlî koşulunun aranmaması düşünülebilirse de bu durumda, idarî işlemlerle ilgisi bulunmayan kişilerin dâva açması sonucu idare devamlı dâva tehdidi altında kalır ve böylece idarenin işleyişi olumsuz yönde etkilenir.

Dâva ehliyeti için aranan "menfaat ihlâlî" koşulu, her olaya özgü irdelenmiş ve dâva konusu işlemin davacıyı etkilemiş olması idarî yargıda menfaat ihlâlinin varlığı için yeterli sayılmıştır...”⁴⁴

Bu kararında Anayasa Mahkemesi, iptal davası için menfaat ihlali koşulunu kaldırarak yerine hak ihlali şartı getiren düzenlemeyi, hak arama hürriyetini Anayasa hükümlerine aykırı olarak kısıtladığı; önceden dava açılabilen birçok konuda dava yolunu kapattığından bahisle, idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğunu öngören Anayasa'nın 125. madde hükmünü ihlal ettiği sonucuna vararak iptal etmiştir.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu da bir kararında sübjektif ehliyet şartı olan menfaat ihlali konusunda Anayasa Mahkemesi ile benzer sonuçlara varmıştır:

“İptal davalarındaki sübjektif ehliyet koşulu, doğrudan doğruya hukuk devletinin yapılandırılması ve sürdürülmesine ilişkin bir sorundur. Dolayısıyla sübjektif ehliyet koşulunun, idari işlemlerin hukuka uygunluğunun iptal davası yoluyla denetlenmesini engellemeyecek bir biçimde anlaşılması gerekmektedir.”⁴⁵

Alıntı yapılan bu içtihatlardan da anlaşıldığı üzere, iptal davası için getirilen menfaat ihlali koşulu, dava açma imkanını kısıtlamak amacıyla getirilmiş bir şart olmayıp, yargı

44 AYM, T:21/09/1995, E:1995/27, K:1995/47,

[http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/2164aca9-c71c-4151-9942-](http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/2164aca9-c71c-4151-9942-31c87986eaa9?excludeGerekce=False&wordsOnly=False)

[31c87986eaa9?excludeGerekce=False&wordsOnly=False](http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/2164aca9-c71c-4151-9942-31c87986eaa9?excludeGerekce=False&wordsOnly=False), Erişim Tarihi:18/10/2015

45 Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, T:26/05/2000, E:2000/408, K:2000/774, Nakleden:Celal Erkut ve Selçuk Soybay, Anayasa ve İdari Yargılama Hukukuna İlişkin Kanunlar, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001, s.239

mercileri tarafından hukukilik denetiminin sınırlarını genişletecek şekilde geniş yorumlanmalıdır. Bu kapsamda Danıştay, kent planlaması, çevre, özelleştirme vb. konularda semt sakinlerinin ve vatandaşların⁴⁶; üyelerinin ortak çıkarlarını ilgilendiren konularda derneklerin⁴⁷, vakıfların, kooperatiflerin, sendikaların⁴⁸, meslek odalarının vb. kurumların dava açmasına müsaade ederek sübjektif ehliyet şartını hukuk devleti ilkesi ve hak arama hürriyetine uygun olarak geniş yorumlamaktadır.⁴⁹

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda açıkça öngörülme de doktrin ve içtihadta yerleşik kabul görmüş görüşe göre, iptal davasının açılmasına müsaade edecek menfaat meşru, kişisel ve güncel olmalıdır. Menfaatin meşru olması, ilgili ile dava konusu arasındaki ilişkinin hukuk düzeni tarafından korunmaya layık olması anlamına gelmektedir. Hukuk düzeni tarafından korunması mümkün olmayan, hukuka veya kanuna aykırı olarak elde edilmiş menfaat, iptal davası açılmasına imkân vermeyecektir. Örneğin tapuda bir taşınmazın maliki olarak gözükmeyen kişi, o taşınmaz hakkında yapılan idari tasarruflara karşı iptal davası açmaya ehliyetli değildir.⁵⁰

Menfaatin kişisel olması, dava konusu idari işlemin doğrudan ya da dolaylı olarak ilgilinin kişisel durumunu etkilemiş olmasıdır. Kişisellik kriteri çok sıkı uygulanmamalı, yukarıda açıklandığı gibi, bir semtte/köyde/şehirde oturmaktan ötürü kişilerin o yerle alakalı idari tasarruflara karşı dava açmasına izin verilmelidir. Aynı şekilde belirli amaçlar için kurulmuş sendika, vakıf, dernek gibi tüzel kişilerin, bizzat kendi tüzel kişilikleri etkilenmese de üyelerinin ortak menfaati ya da kuruluş amaçlarında bulunan bir mesleğin, meslek grubunun menfaatleri söz konusu olduğunda iptal davasının bu kuruluşlar tarafından açılmasına müsaade edilmelidir. Nitekim Danıştay içtihadı da bu yönde gelişmiştir.⁵¹

46 Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, T:06/12/1996, E:1995/396, K:1996/598, <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet>, Erişim Tarihi:18/10/2015

47 Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, T:26/05/2000, E:1999/390, K:2000/761, Nakleden: Candan, a.g.e., s.105

48 Danıştay 10. Daire, T:21/05/1996, E:1995/4319, K:1996/2743, <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet>, Erişim Tarihi:18/10/2015

49 Candan, a.g.e., s.107

50 Candan, a.g.e., s.111

51 Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, T:08/03/1979, E:1971/1, K:1979/1, Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, T:08/03/1996, E:1995/913, K:1996/143, Kararları Nakleden: Erkut ve Soybay, a.g.e., s.239, s.240

Doktrinde, menfaat şartının kişisel niteliğinin geniş yorumlanmasına ilişkin tutumun idarenin ekonomik faaliyet alanına olan yansımaları da değerlendirilmiştir. Ruhsat davaları özelinde bu durumu tartışan Çal, bir kişiye ruhsat verilmesine ya da verilmemesine ilişkin işlemlerin, ilgili alanda faaliyet gösteren girişimciler ya da kamu hizmetinin muhatabı olan vatandaşlar tarafından dava konusu edilebilmesini savunmuştur. Nitekim Danıştay, 1991 tarihli bir kararında, özelleştirme işlemlerinin vatandaş sıfatıyla iptal davasına konu edilebileceği sonucuna varmıştır.⁵² Bunun yanında, idarenin sözleşmelerinden etkilenen fakat sözleşme tarafı olmayan üçüncü kişilere dava açma hakkının tanınması için “*ayrılabilir işlem kuramı*”nın uygulandığı bir vakıadır.⁵³ Yazar, bu yaklaşımın ruhsat işlemlerine ilişkin davalar ve idarenin diğer ekonomik faaliyetleri için uygulanmaması için bir sebep olmadığını belirtmektedir.⁵⁴

Menfaatin güncel olması, davanın açıldığı tarihte, davacı ile dava konusu işlemin yöneldiği durum arasındaki ilişkinin mevcut olması demektir. Davanın açıldığı tarihte olmayan fakat ileride gerçekleşmesi beklenen bir menfaat bağı iptal davasının açılması için yeterli olmaz. İkinci olarak, davanın açıldığı tarihte var olan menfaat, davanın esası hakkında karar verilene kadar devam etmelidir.⁵⁵ Bu nedenle, dava devam ederken davacının işlemin bozduğu hukuki durumla bağının son bulması, başka bir deyişle işlemin iptaline yönelik menfaatinin son bulması durumunda, idari yargıcın davayı bu nedenle sona erdirmesi gerekmektedir.⁵⁶ Yargılama esnasında işlemin ya da menfaatin ortadan kalkması durumunda, doğrudan red kararı verilmeksizin davanın esastan çözümlenmesinin mümkün olup olmadığı tartışılmıştır.⁵⁷

1.1.2.3. İşlemin İptalini Gerektiren Haller

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu, iptal davasının idari işlemlerin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı açılacağını düzenlemiştir. Bu unsurlarda ortaya çıkacak hukuka aykırılıklar için kanun

52 Danıştay 10. Daire, T:25/11/1991, E:1990/2308, K:1991/3355, Nakleden: Sedat Çal, Türk İdare Hukukunda Ruhsat, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012, s.267

53 Murat Sezginer, İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlemler Kuramı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000, s.50,51, Nakleden: Çal, a.g.e., s.274

54 Çal, a.g.e., s.266 vd.

55 Danıştay 6. Dairesi, T:21/02/1989, E:1988/1816, K:1989/323, Nakleden: Candan, a.g.e., s.116

56 Candan, a.g.e., s.116

57 Şeref Gözübüyük, Yönetmelik Yargı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s.189 vd., Candan, a.g.e., s.118

farklı karar çeşitleri öngörmemiş olup, unsurların herhangi birisi yönünden hukuka aykırı olan işlem idari hâkim tarafından iptal edilecektir. İdari işlemin unsurları, nitelik olarak öğretisel bir ayırım görünümü çizmekteyse de kanun bu unsurları sayarak adeta hâkime yol göstermiş ve idari işlemi bu unsurlar yönünden değerlendirmesi gerektiğini belirtmiştir.

İdari işlemlerin çözümlenmesi, bu işlemler bünyesinde idarenin kanuniliğinin denetlenmesini sağlar. Bu çözümlenmenin en etkili yolu ise işlemi unsurlarına ayırmaktır. Ancak işlemin öğeleri yalnızca bir çözümlenme aracı olmayıp, bundan da önce açıklanmış olan iradenin idari olabilmesinin kurucu şartlarıdır. Nitekim bir idari işlem ancak yetki, şekil, sebep, konu ve amaç unsurları hukuka uygun bir şekilde oluştuğu zaman tekemmül edecektir.⁵⁸ Dolayısıyla, tesis edilmiş bir işlemdeki hukuka aykırılığın tespiti, kanunun da yol göstermesiyle bu kurucu unsurların hukuka uygunluğunun denetlenmesi vasıtasıyla yapılabilecektir. İdari işlem ve kararların unsurlarına ayrılarak incelenmesi ve hukuka aykırılığın bu unsurlarda aranması idari yargılama hukukunun gelişmesi ile zaman içerisinde ortaya çıkmış bir yöntemdir. Fransa'da önceleri idarenin hukuka aykırı tüm işlemleri yetkiye ilişkin görülmüş ve idarenin yetkisini aştığı sonucuna varılmıştır. Nitekim Fransız hukukunda iptal davası halen, yetki aşımı anlamına gelen "*excès de pouvoir*" terimi ile ifade edilmektedir. İdari yargılama tekniğinin gelişmesi ile hukuka uygunluk denetiminde idari işlemin unsurları önem kazanmıştır.⁵⁹

Bu bölümde idari işlemin unsurları tanımlanarak, bu unsurlarda ortaya çıkabilecek hukuka aykırılık halleri genel hatlarıyla irdelenecektir.

1.1.2.3.1. Yetki Unsuru

Yetki, idarenin yasalarca kendisine bir işlem tesis etme yolunda verilmiş karar alma gücüdür. Hangi idari makam ya da kurumların ne tür kararlar alabileceği kanunlarca belirlenir. Zira Anayasa'nın 123. maddesinde idarenin, kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği öngörülmüş olup, 128. maddesinde ise devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli

⁵⁸ Karahanoğulları, a.g.e., s.343

⁵⁹ Metin Günday, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011, s.152

görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği; memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görev ve yetkilerinin de kanunla düzenleneceği hükmü yer almıştır. Bu hükümler İdarenin kanuniliği ilkesinin de temelini oluşturmaktadır. Bu ilkeye göre İdare, herhangi bir alanda ilke olarak yetkisizdir. Ancak bir kanun hükmü ile kendisine bir alanda düzenleme yetkisi verilmesi durumunda bir işlem yapabilecektir. Hukuki işlemlerin bireylerin irade uyuşmasına dayandığı özel hukukta var olan irade serbestisinin aksine idare hukukunda var olan yetkisizlik prensibi, idarenin sahip olduğu üstün yetkilerin oluşturduğu sistem ile tutarlıdır. Nitekim idare ilgililerin irade beyanına ihtiyaç duymaksızın tek taraflı olarak işlemler tesis etmekte, bu işlemler icrai nitelik arzederken idare bu işlemlere yönelik re'sen icra yetkisine sahip olmaktadır.⁶⁰

Yetki unsuru, idari işlemin tesisinde zamansal olarak en başta gelen unsur olduğundan ilk başta incelenmeyi hak etmektedir.

Doktrinde yetki unsuru çoğunlukla kişi, yer, zaman ve konu bakımından yetki olarak dörde ayrılarak incelenmektedir. Yetkisizlik prensibi nedeniyle, kanunlarda bir idari işlemi yapabilme yetkisi öngörülürken bu işlemi kimin, hangi zamanda ve hangi alanla yapabileceği ve bu idari işlem bünyesinde ne gibi hukuki değişiklikler gerçekleştireceği belirlenir. Bu nedenle bu ayırım, bir idari makam ya da kurumun idari işlem yapabilme ehliyetinin kişi, yer, zaman ve konu açısından sınırlandırılması belirleyici olmaktadır.⁶¹

İdari işlemin yetki unsuru açısından hukuka aykırı olması, öğretilerde fonksiyon gaspı, yetki gaspı ve yetki tecavüzü olmak üzere üç farklı şekilde ele alınmaktadır.⁶²

İdari işlemin yetki unsurunun incelenmesinde öncelikle idareye atfedilen iradeyi açıklayan kişinin, yani memurun medeni hukuk bakımından ehliyetli olması hususu incelenmelidir. Zira medeni hukuka göre temyiz kudreti bulunmadan açıklanan bir irade beyanı idare açısından da sonuç doğurmayacaktır. Bunun ardından, açıklanan iradenin devletin fonksiyonları ile alakalı olması gerekir. Devletin görev alanını ilgilendirmeyen, kişisel bir irade açıklamasının idareye atfedilmesi mümkün olmayacaktır. İdarenin yaptığı bir açıklamanın hukuka uygun olarak tesis edilmiş bir idari işlem olabilmesi için ise idare işlevine ilişkin bir açıklama olması gerekir. Başka bir deyişle idare, içinde bulunduğu yürütme fonksiyonunun dışına çıkarak işlem tesis etme yetkisine sahip

60 Kemal Gözler, İdare Hukuku, C.:I, Ekin Kitabevi, Bursa, 2009, s..746 vd.

61 Gözübüyük, a.g.e., s.205 vd.

62 Gözler, a.g.e., C.:I, s.809

değildir. İdarenin bu şekilde kendi görev alanının dışına çıkarak yasama ve yargının alanında işlem tesis etmesi sonucu fonksiyon gaspı oluşmaktadır.⁶³ İdari makamlar, normalde kanun ya da parlamento kararı yoluyla yapılması gereken işlemleri idari işlem tesis ederek yapamazlar. Bu durumun dayanağı, Anayasa'nın 7. maddesindeki “*Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez.*” hükmüdür. Örneğin Anayasa'nın mutlaka kanunla düzenlenmesini öngördüğü alanda bir idari işlemle düzenleme yapılması durumunda yasamanın alanına tecavüz edilmekte, fonksiyon gaspı oluşmaktadır.⁶⁴ Örneğin suç ve cezaların ancak kanunla koyulabileceği hükmü varken kanunda öngörülmeleyen bir suç tipinin idari düzenleme ile getirilmesinde fonksiyon gaspı vardır. Öte yandan idarenin mahkemelerin alanına girerek bir uyuşmazlığı sona erdirici hüküm niteliğinde işlem tesis etme yetkisi de bulunmamaktadır. Nitekim Anayasa'nın 9. maddesi gereğince yargı yetkisi Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır. İdarenin, yargısal bir inceleme gerektiren bir konuda idari işlem tesis etmesi fonksiyon gaspı oluşturacaktır. Örneğin bir derneğin kapatılması nihai olarak hâkim kararını yani yargısal bir faaliyeti gerektirir. Bir derneğin, Anayasa'nın 33. maddesinde belirtilen durumlar olmaksızın valinin emriyle kapatılması idarenin yargının alanına girmesi anlamına gelir ve bu durum bir fonksiyon gaspıdır. Fonksiyon gaspının olduğu durumlarda yokluk müeyyidesinin işlemeyeceği, çoğunlukla ilgili idari işlemin hukuken ortadan kaldırılması için iptal kararına ihtiyaç duyulacağı yönünde görüşler mevcutsa da⁶⁵, fonksiyon gaspının olduğu durumlarda idari işlemlerin yoklukla malul olduğunu savunan görüşler de vardır.⁶⁶

Yetki gaspı, idare adına irade açıklama ehliyeti olmayan biri ya da idari hiyerarşinin tamamıyla dışında olan biri tarafından yapılan irade açıklaması durumunda olur. Herhangi resmi bir sıfatı olmayan bir kişinin tesis ettiği işlem yetki gaspı ile malul olacaktır. Gözler'e göre, resmi sıfattan tamamıyla mahrum olan kişilerin yapmış oldukları işlemler yok hükmündedir. Bu hükmün istisnası ise “fiili memur” (*fonctionnaire de fait*) teorisidir. Buna göre idari makamları her nasılsa işgal etmiş ve ilgililer nezdinde yetkili görünümü veren kişiler tarafından tesis edilen işlemler

63 Onar, a.g.e. C.:I, s.301

64 Gözler, a.g.e., C.:I, s.810

65 Gözler, a.g.e., C.:I, s.814

66 Candan, a.g.e., s.129

açısından iyiniyetli üçüncü kişiler korunur (*görünüşte memur teorisi*).⁶⁷ Ayrıca, olağanüstü durumlarda, idari kurumların görevlerinin yerine getirememesinden ötürü, idareye tamamen yabancı kişilerin yaptıkları bazı işlemler de hukuka uygun kabul edilmektedir.⁶⁸

Yetki gaspı, idari işlemi tesis eden makamın idare ile olan ilişkisine bağlı olarak gerçekleşen bir sakatlık halidir. Yetki tecavüzünde ise, idare adına irade açıklamaya yetkisi olan bir makam ya da kişi tarafından yapılan bir irade açıklaması mevcuttur. Yani işlemi tesis eden kişi idareye yabancı değildir. Fakat, işlemin tesisinde yetki, kanunen verilmiş yerde, konuda ya da zamanda uygulanmamaktadır. O halde yetki tecavüzü, bir idari makamın başka bir idari makamın yetkisine giren bir konuda veya yerde idari işlem tesis etmesi ile oluşur.⁶⁹

Bir idari makamın, başka bir idari makamın görevine giren bir konuda karar alması konu bakımından yetki tecavüzü oluşturacaktır. Örneğin merkezi idare makamları tarafından alınması gereken bir kararın yerinden yönetim kuruluşları tarafından alınması, vesayete tabi bir makamın gerekli olduğu halde vesayet makamının onayını almadan işlem tesis etmesi, idari hiyerarşide, astın üstün yetkili olduğu konuda veya üstün astın yetkisine giren bir hususta karar alması yetki tecavüzüne örnektir.⁷⁰

İdari karar alma yetkisi belirli alanlarla sınırlıdır. Merkezi idari makamlar açısından bu alan tüm ülke toprakları iken, yerinden yönetim kuruluşları ise kanunen yetkili kılındıkları il, ilçe, belediye, köy veya belde alanları ile sınırlı olarak düzenleme yapabilirler. İdari işlemin bu sınırlar gözetilmeden tesis edilmesi, yetkinin yer bakımından aşılması sonucunu verir. Örneğin bir belediyenin belediye sınırları dışında imar düzenlemesi yapması ya da bir valinin komşu ildeki bir gösteriyi yasaklaması yer bakımından yetki tecavüzüne örnektir.⁷¹

İdari işlem tesis etmek adına verilen yetki, yetkinin kullanılacağı süre başlamadan ya da bittikten sonra kullanılırsa, zaman bakımından yetki tecavüzü vardır. Örneğin, yeni

67 Georges Vedel ve Pierre Delvolvé, *Droit Administratif*, Presses universitaires de France, Paris, 1992, C.:I, s.304, Nakleden: Gözler, a.g.e., C.:I, s.817

68 Waline, a.g.e., s.399

69 Gözler, a.g.e. C.:I, s.818

70 Gözler, a.g.e. C.:I, s. 819 vd.

71 Candan, a.g.e., s.133

atanan bir memur, atanmadan önce veya görev süresi bittikten sonra işlem tesis ederse yetkisini zaman bakımından aşmış olur.⁷²

Yetki unsuru bakımından sakatlıkların müeyyidesi, yukarıda belirtilen yokluğa ilişkin istisnalar mahfuz olmak üzere, yargı mercileri tarafından verilecek iptal kararıdır. Onar, fonksiyon gaspı, yetki gaspı ve ağır ve bariz yetki tecavüzü hallerinde işlemin yok hükmünde olacağını savunmaktadır. Ağır ve bariz yetki tecavüzü, bir bakanlıktaki memur hakkında başka bir bakanlığın işlem yapması örneğinde olduğu gibi, işlemdeki yetkisizliğin bir yargısal incelemeye gerek olmaksızın kolaylıkla farkedilebileceği yetkisizlik halleridir.⁷³

1.1.2.3.2.Şekil Unsuru

İdari işlemin şekil unsuru, aslında, işlemin hem hukuk alemine gelirken aldığı form olan şekli, hem de tesis edilirken takip edilen usulü içerir. Gözler'e göre bu ikisi şekil unsuru kapsamında incelense de farklı kavramlardır ve sakatlık halleri farklı yaptırımlara bağlanmıştır. Şekil, idari işlemin taşıyıcısına, içinde yer aldığı belgeye, kendisiyle ifade edildiği söze, harekete referans yapmaktadır. Usul ise idari işlemin yapılması sürecinde takip edilen yöntemlerin toplamıdır.⁷⁴

Doktrin ve içtihatla bir işlemin şekline ve tesis edilme usulüne ilişkin kurallar esaslı nitelik taşıyanlar ve taşımayanlar olarak ikiye ayrılmakta ve bu kuralların yalnızca esaslı nitelikte olanlarının ihlalinin işlemi sakatlayacağı kabul edilmektedir. Örneğin yasalarda idareye bir konuda karar alması için verilen süreler kural olarak düzenleyici süreler olup, bu sürelerin aşılması işlemi sakatlamaz. Fakat disiplin hukuku gibi belirli alanlarda idareye tanınan süreler kesindir ve ilgilisi adına bir garanti oluşturmaktadır. Bu sürelerin aşılması işlemi şekil yönünden sakatlar.⁷⁵

Bir idari işlem, hangi usulde tesis edildiyse kaideten aynı usul takip edilerek ortadan kaldırılmalıdır. Örneğin bir düzenleyici işlemin yapılışında bir makam ya da kurulun görüşü alınması gerekiyorsa, bir maddesinin değiştirilmesi ya da tamamen ilga edilmesi sürecinde de aynı görüşün alınması mecburidir. Bu kurala usulde paralellik ilkesi denir.

72Gözübüyük, a.g.e., s.208

73 Onar, a.g.e. C.:I, s.332

74 Gözler, a.g.e. C.:I, s. 829 vd.

75 Candan, a.g.e., s.137 vd.

Ancak aksi kanunla öngörülümüşse, işlemin tesisinde ve değıştirilmesi ile kaldırılmasında farklı usuller izlenebilir.⁷⁶

Mevzuatımızda idari işlemin tesisi için ilgilinin savunmasının alınması, başka bir deyişle çelişme usulü genel bir şart olarak öngörülmemiş olmakla birlikte⁷⁷, Anayasa'nın ve Devlet Memurları Kanunu'nun ilgili hükümleri uyarınca savunma kurumu disiplin mevzuatında önemli bir yere sahiptir. Buna göre bir memura savunması alınmadan disiplin cezası verilmesi de disiplin cezasına ilişkin işlemde şekil yönünden hukuka aykırılık oluşturacaktır. Meclis veya kurullarca alınan kararlarda, toplanma yeri, zamanı, toplantı ve karar yeter sayılarına riayet edilmemesi de o toplantıda alınan kararları şekil unsuru bakımından sakatlayacaktır.⁷⁸

Özel hukukta kendi çıkarları doğrultusunda ve irade serbestisi ile hareket eden kişilerin, kendi menfaatlerini en iyi şekilde koruyacakları varsayıldığından, hukuki işlemler kural olarak bir şekle tabi kılınmamıştır. İdare hukukunda ise, işlemi tesis eden makamlar kendileri dışında bir hukuk süjesini etkileyen irade açıklamaları yapmakta ve idari işlemler ilgilileri hakkında önemli sonuçlar doğurmaktadır. Kamusal işlemlerde şekil, işlemin hukuka uygunluğunu temin edecek en önemli araçlardan biridir. Şekil kuralları sayesinde ilgili makamlar, verecekleri karar üzerinde daha iyi düşünerek sonuçlarını daha sağlıklı hesap edeceklerdir. Aynı zamanda tesis edilen işlemin içeriği daha net bir biçimde belli olacaktır.⁷⁹

İdari işlemler kural olarak yazılı şekle tabidir. Yani bir idari işlemin hukuka uygun olarak vücut bulması için yazılı bir belgede düzenlenmiş olması gerekir. Anayasa'nın 125. maddesinin 3. fıkrası, idarî işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin, yazılı bildirim tarihinden başlayacağını öngörmekle, dolaylı yoldan da olsa idari işlemlerin yazılı olması gerektiğini kabul etmiştir.⁸⁰ Zira, ilgiliye yapılan ve yargısal başvuru için esas kabul edilen tebliğ yazılı olursa, tesis edilen işlemin de yazılı olarak husule getirilmesi gerekecektir. Yazılılık kural olmakla beraber, kanunen öngörülümüş olması şartıyla idarenin sözlü beyanlarının da idari işlem olarak sayılması mümkündür. Örneğin trafik polisinin el ile verdiği talimatlar ve yönlendirmeler, yasadışı toplantı ve gösteri

76 Gözler, a.g.e., C.:I, s.877 vd.

77 Gözler, a.g.e., C.:I, s.864

78 Gözübüyük, Yönetmelik Yargı, s.222

79 Onar, a.g.e. C.:I, s.309

80 Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, İdare Hukuku Genel Esaslar, C.:I, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s.475

yürüyüşlerinin dağıtılmasına yönelik sözlü olarak yapılan bildirimler, ilgilileri bir şeyi yapmaya ya da yapmamaya zorladığı için idari işlem sayılmaktadır. Bunun yanında zımni red veya zımni kabul işlemleri de idarenin yazılı bir açıklamasını içermemesine karşın hukuki sonuç doğuran bir işlem olarak kabul edilmekte ve davaya konu edilebilmektedir.⁸¹ Candan ise, idari işlemlerin yazılı olmasına yönelik mevzuatta genel bir hüküm olmadığını, bu nedenle açık bir hüküm olmadıkça işlemlerin sözlü olarak da tesis edilebileceklerini savunmaktadır. İdari makamların hukuki sonuç doğuran bir davranışının, örneğin kamu görevlisini görevini bırakmaya ya da kadrosunun gerektirdiği görevlerle ilgisi olmayan görevleri ifa etmeye zorlayan davranışlarının da idari işlem sayılabileceğini ileri sürmektedir.⁸² İdari işlemlerin yazılı olması hem idarenin düzenli işlemesi hem de ilgililerin hak kayıplarının önlenmesi adına bir güvence olmakla beraber, bu kuralın çok katı uygulanması, yazılı olmamasına rağmen ilgilileri hakkında hukuki sonuç doğuran durumları da yargı denetimi dışında bırakabilecektir. Bu nedenle yazılılık kuralı idari işlemin muhatabının hak arama hürriyeti lehine sonuç doğuracak şekilde yorumlanmalıdır.

İdari işlemin içeriğinde tesis eden kişi ya da kişilerin imzalarının da bulunmasının zorunlu olduğu savunulmaktadır. İmzanın bulunup bulunmaması işlemin şekil unsuru ile ilgili bir mesele iken, işlemin yanlış kişi tarafından imzalanmış olması yetkiye ilişkindir. Sonuç olarak işlemin imzalanması işlemin hukuken vücut bulduğunun ve yetkili kişilerce tesis edildiğinin tespiti adına önemlidir.⁸³

Her idari işlemin husulüne sebep olan bir gerekçesi mevcuttur. Mevzuatımızda gerekçenin idari işlemde belirtilmesini zorunlu kılan genel bir kural bulunmamakla birlikte bazı kanunlarda gerekçe zorunluluğu getiren hükümler de mevcuttur. Fakat ilgili idare, davanın görümü aşamasında ara karar ile işlemin gerekçesini soran hâkim ya da mahkemeye cevap vererek işlemin dayandığı maddi ve hukuki sebepleri belirtmek zorundadır. İşlemin gerekçesinin ortaya çıkarılması, idarenin hukuka uygun davranıp davranmadığının tespit edilerek hüküm kurulması adına önem arzeder. Kanunen gerekçe zorunlu tutulmuş olmasına rağmen gerekçe gösterilmeksizin tesis edilen işlemde şekil unsuru bakımından hukuka aykırılık mevcuttur.⁸⁴

81 Gözler, a.g.e. C.:I, s. 831

82 Candan, a.g.e., s.145 vd.

83 Gözler, a.g.e. C.:I, s. 833, 834

84 Günday, a.g.e., s.145

Anayasa'nın 40. maddesi devletin, işlemlerinde ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorunda olduğunu öngörmektedir. Fakat bu hususu idari işlemler için bir şekil şartı olarak zorunlu kılan bir kanuni düzenleme mevcut değildir. İçtihadta ve doktrinde, başvurulacak kanun yollarının gösterilmemesinin sonuçlarına ilişkin fikir birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre kanuni düzenleme bulunmadığı için Anayasa hükmü doğrudan uygulanamaz⁸⁵. Anayasa'nın 40. maddesinin amacı, işlemlerin sırf başvuru yollarının gösterilmemesi nedeniyle esastan iptal edilmesi değil ilgililerin haklarını aramasını kolaylaştırmaktır. Bu nedenle bir işlemde başvuru yolları ve süresinin gösterilmemiş olması işlemi şekil açısından sakatlamayacaktır.⁸⁶ Danıştay ödeme emrine karşı açılan bir davada, ödeme emrinde dava açma süresinin belirtilememesi nedeniyle dava açma süresinin işlemeye başlamayacağı sonucuna varmıştır.⁸⁷ Bir görüşe göre ise, Anayasahükmüyle getirilen bu zorunluluk, kanunlarda genel dava açma süresinden daha kısa olan sürelerle sınırlı olarak uygulanmalıdır. Yani işlemde özel dava açma süresi belirtilmemişse, o işlem için genel dava açma süresi esas alınmalıdır.⁸⁸

Usul ve şekil sakatlıkları genel olarak işlemin iptali sonucunu doğurmakla beraber, işlemin esasına etki etmeyen tali nitelikteki sakatlıklar iptali gerektirmez. Şekil unsurundaki sakatlığın tali/asli olarak nitelendirilmesi hâkim tarafından her olayın hususiyetine göre takdir edilecek bir husustur. Bazı ağır şekil sakatlıkları, idari işlemin vücuda gelmesini tehlikeye düşürdüğü için işlemin yokluğu sonucunu da doğurabilir. Örneğin yazılı olması gereken bir işlemin yazılı olarak yapılmaması, ilanı gereken bir düzenleyici işlemin Resmî Gazete'de yayınlanmaması, bu işlemlerin maddi olarak hukuk dünyasına gelmelerine engel olur. Bu türdeki işlemlere karşı açılan davalarda hâkim, davaya konu olabilecek bir işlem olmadığını gerekçeleriyle beraber ortaya koyup davayı reddetmelidir.⁸⁹

85 Candan, a.g.e., s.150

86 Emre Akbulut, "İdari İşlemlerde Kanun Yolu ve Süresini Gösterme Yükümlülüğünün Yargısal Denetime Etkisi, TBB Dergisi, S.:81, 2009, s.9

87 Danıştay 4. Daire, T:13/11/2006, E:2005/2134, K:2006/2156, DD, Yıl:37, S.:115, 2007, s. 177-180, Nakleden: Yeliz Şanlı Atay, "İdari İşlemlerde Başvuru Yollarının Gösterilmesi Yükümlülüğü", TBB Dergisi, S.:96, 2011, s.312

88 Danıştay 10. Daire, T:31/12/2007, E:2006/2232, K:2007/6691, DD, S.:118, 2008, s.335 Nakleden: Candan, a.g.e., s.151

89 Gözler, a.g.e. C.:I, s. 848

1.1.2.3.3. Sebep Unsuru

Sebep, idareyi bir konuda işlem yapmaya iten maddi ya da hukuki saiktir. Kanunlar, belirli sebeplere hukuki sonuçlar bağlayarak idareyi bu durumlarda işlem yapmaya sevkederler. İdari işlemler kendilerinden önce var olan ve nesnel hukuk kurallarınca belirlenen sebeplere dayanmak zorundadırlar. İdari işlemlerin gerekçeli olarak kaleme alınması, yani idarenin dayandığı sebebin işlem metninde belirtilmesi gibi bir zorunluluk olmasa da ilgili işlem dava konusu edildiğinde, idare bu işlemin gerekçesini savunma dilekçesinde veya ara karara verdiği cevapta mahkemeye sunmak zorundadır.⁹⁰ İdare her işlemini bir sebebe dayandırır. Fakat dayanılan sebebin, o işlem için kanunda öngörülen sebep olması gerekmektedir. İdareyi işlem yapmaya sevkeden hukuki sebep, işlem yapılmasını öngören mevzuat hükmüdür. İdarenin işlemini doğru hukuk kuralına dayandırmaması işlemi sebep unsuru yönünden sakatlayacaktır. Eğer idare kanunen öngörülen sebepten başka bir sebebe dayanmışsa yine işlemin sebep unsurunda sakatlık ortaya çıkacaktır. İşlem hukuken doğru sebebe dayansa da sebep gerçek değilse, yani vücut bulmamışsa, yine sebep unsuru bakımından hukuka aykırılık doğacaktır. İdarenin dayandığı sebebin gerçek olup olmadığını, davanın esasına ilişkin yaptığı maddi inceleme ile hâkim tespit edecektir. Bir diğer durum da işlemin sebebinin kanunda öngörülmüş olup gerçekten var olsa da idare tarafından yanlış değerlendirilmesidir. Bu halde idare, kanunun o sebebe bağladığı sonuç olan işlemin konu unsuru ile sebep arasındaki bağlantıyı yanlış kurmaktadır. Örneğin disiplin hukuku açısından uyarma cezasını gerektiren bir fiil işlemiş olan kamu görevlisine kınama cezası verilmesi durumunda, sebep unsuru doğru tespit edilmiş olsa dahi sebep unsuru ile konu unsuru arasındaki bağlantı hukuka aykırı olarak kurulmuştur.⁹¹

Kanunlar bazen bir idari işlem için sebep öngörmez. Onar, böyle durumlarda, idarenin işlemin sebebini takdir etmede serbest olduğunu ve sebep göstermek zorunda olmadığını ileri sürmektedir. Bu işlemler sebepsiz, illersiz, mücerret tasarruflar olarak sunulmuştur. Bu işlemler söz konusu olduğunda sebebin belirlenmesi meselesinin idarenin takdir yetkisi kapsamında olduğu ve yargı yetkisinin dışında kalacağı savunulmuştur.⁹² İdari hâkime düşen görev, idarenin işlemlerinin yerindelik denetimini

90 Günday, a.g.e., s.152

91 Candan, a.g.e., s.154 vd.

92 Onar, a.g.e., C.:I, s.298

yapmadan hukuka uygun olup olmadıklarını incelemektir. Dolayısıyla uygulamada, işlemin sebebi kanunda gösterilmemiş olsa bile, hangi maddi ve hukuki sebeplere dayanılarak tesis edildiği idareden sorulmaktadır. Bu şekilde idarenin takdir yetkisini hukuka uygun kullanıp kullanmadığı denetlenebilmektedir. Günday'a göre de bir işlem için ilgili kanunda sebep öngörülmemiş olsa bile idare o işlem için sebep göstermek zorundadır. Nitekim idari işlemin sebep ve amaç unsurları arasında sıkı bir bağ vardır. Kanunda bir sebep gösterilmemiş olsa dahi idarenin o işlem ile hedeflenen amacı gerçekleştirmeyi mümkün ve elverişli kılacak bir sebebe dayanması zorunludur. Başka bir deyişle sebebi hiç gösterilmemiş bir işlem söz konusu olsa dahi, idare belirli olaylara ve nedenlere dayanarak işlem tesis etmelidir. Ayrıca söz konusu olay ve nedenlerin gerçek olması ve söz konusu işlemi yapmaya, yani işlem ile hedeflenen amacı gerçekleştirmeye yeterli olması gerekir. Aksi takdirde işlem sebep unsuru yönünden hukuka aykırı olacaktır.⁹³ Sonuç olarak belirtmek gerekir ki kanunen bir sebep tayin edilmemiş olsa dahi idarenin takdir yetkisi sınırsız değildir. Bu nedenle takdir yetkisinin hukuka uygun kullanılıp kullanılmadığı idari yargıcın denetimine tâbidir.

İşlemin sebep unsurundaki sakatlıklar, yetki ve şekil unsurunda olduğu gibi yokluk sonucunu doğurmazlar. Bu nedenle sebep unsuru yönünden hukuka aykırı olan işlemlerin yaptırımını iptaldir.

1.1.2.3.4. Konu Unsuru

İdari işlemin konusu, o işlem ile hukuk alanında meydana getirilen sonuçtur. Örneğin bir kamulaştırma işleminin konusu, kamulaştırılan mal üzerindeki mülkiyet hakkının devlete geçmesidir. Ya da bir kişinin kamu görevine atanması işlemi, ilgilinin memur statüsüne girmesi sonucunu doğurduğundan, konu unsuru incelenirken memuriyet statüsünün o kişinin hak ve borçlarında gerçekleştirdiği değişiklikler ele alınacaktır.

Özel hukukta fertler hukuki muamelelerinin konusunu diledikleri gibi seçebilmektedirler. Nitekim özel hukukta kanunca yasak kılınmamış her şeyin serbest olması kuralı geçerlidir. İdare hukukunda ise kanunilik ilkesi gereğince idarenin yapacağı işlemler kanunlarda öngörülmüştür. Diğer bir deyişle idarenin hangi durumlarda hangi işlemleri tesis edeceği düzenleyici işlemler tarafından önceden

⁹³ Günday, a.g.e., s.156

belirlenmiştir. İdare hukukuna statü hukuku denmesinin sebebi de budur. Bu hukuk dalında hukuki muameleler ile yeni hukuki durumlar yaratılmaz. Kanunlar tarafından şartları daha önceden düzenlenmiş olan statüler, yine daha önceden belirlenmiş olan hukuki sebepler vuku bulduğunda uygulama alanı bulur. Örneğin bir iş akdi, işveren ve işçi arasında, kanunun belirlediği sınırlar içerisinde, teorik olarak da olsa serbestçe tayin edilebilir. Oysa bir memur, tabi olacağı şartları idare ile arasında anlaşarak belirlememektedir. Atama işleminden yeni bir hukuki durum neş'et etmez. Bilakis ilgili bu işlem ile, şartları önceden kanunen tayin olunmuş ve hem memuru hem de idareyi bağlayan memuriyet statüsüne girmektedir. Dolayısıyla atama işleminin konusu, hukuken objektif olarak belirli ve malum bir sonuçtur.⁹⁴

İdari işlemin konu unsuru bakımından hukuka uygun olarak neş'et edebilmesi için öncelikle konusunun mümkün olması ve meşru olması gerekmektedir. İmkânsız bir sonucu oluşturmayı hedefleyen bir idari işlem hukuka aykırı olacaktır. Örneğin önceden ölmüş olan birinin memuriyete atanmasına ilişkin atama işlemi, konusu yönünden sakattır. Aynı şekilde hukuken caiz görülmeyen bir sonucun doğması da ilgili işlemi konu bakımından sakatlayacaktır. Örneğin, bir kamu kurumuna ait bir taşınmaz malın başka bir kamu kuruluşu tarafından kamulaştırmasına kanun müsaade etmemektedir. Bu yöndeki bir kamulaştırma işlemi, konusu nedeniyle hukuka aykırılık arzeder.⁹⁵

Yukarıda belirtildiği gibi idari işlemin sebep unsuru ile konu unsuru arasında sıkı bir bağ vardır. Zira düzenleyici işlemler belirli sebeplere uygulanacak belirli hukuki sonuçlar öngörmüştür. İdari işlemin uygulanmasına sebep olacak durum kanunda düzenlenen sebebe uygun olmadığında veya gerçek olmadığında işlemin sebep unsurunda hukuka aykırılık meydana gelirken, bir duruma kanunda öngörülen sonuç uygulanmadığında işlemin konu unsuru sakatlanmaktadır. Bu nedenle bir idari işlem tesis edilirken işlemin sebep unsuru ile konu unsuru arasındaki ilişkinin doğru kurulması hukuka uygunluk adına önemlidir. İdari işlemin sebebi ve konusu Fransız doktrininde beraber incelenmekte ve bu konudaki aykırılıklar genel olarak kanunun ihlali (*la violation de la loi*) olarak nitelendirilmektedir.⁹⁶

İdari işlemin konu unsurunda meydana gelecek sakatlık, işlemin yokluğu sonucu doğurmaz, fakat iptal yaptırımını ile karşılaşır.

94 Onar, a.g.e. C.:I, s.314

95 Günday, a.g.e., s.158

96 Waline, a.g.e., s.664

1.1.2.3.5. Amaç Unsuru

Amaç, bir tasarruf ile varılmak istenen nihai sonuç, gayedir.⁹⁷ Özel hukukta hayat bulan kişisel menfaatin/kârın maksimizasyonu ilkesi idare hukukunda geçerli değildir. İdari işlemler ancak kamu yararı amacı ile tesis edilebilirler. Aslında bir idari işlem ile güdülen amaç, işlemi yapan makamın iç dünyasında hedeflediği gaye ile ilgili bir mesele olduğundan, gerçek amacın tespit edilmesi oldukça zordur. Ancak işlemin dış dünyada doğurduğu sonuçların kanun ile güdülen amaca açıkça aykırı düşmesi halinde amaç unsuru yönünden hukuka aykırılığın tespiti yapılabilir. Örneğin siyasi bir gaye ile üst düzey bir yetkilinin görevinden alınması, bir sektörde faaliyet gösteren yakınlarını koruma amacı güden bir belediye başkanının aynı sektördeki diğer işyerlerine ruhsat vermemesi, kişisel maddi çıkar sağlamak amacıyla belediye görevlilerinin elverişsiz arazilerde imar düzenlemesi yapması, kamu yararı amacı güdülmeyen, bu nedenle amaç unsuru nedeniyle hukuka aykırı işlemlerdir.⁹⁸

İdari işlemlerin umumi amacı kamu yararı ise de kanunda bir işlem için özel bir amacın öngörüldüğü durumlar da olabilir. Böyle bir durumda kanundaki amacın takip edilmemiş olması, amaç unsuru yönünden hukuka aykırılığın teşekkül etmesi için yeterli olacaktır. Tabiatıyla böyle bir durumda amaç unsurundaki sakatlık daha kolay anlaşılacaktır. Bir belediyenin kolluk kuvvetini, kamu düzenini tesis etmek için değil, belediyenin mali kaynaklarının artırılması için kullanılması, kanunen gösterilenden başka bir amaç için kullanılmasına örnek olarak gösterilebilir.⁹⁹

Kamu yararından ya da kanunda belirtilen amaçtan başka bir amacın gözetilmesi Türk doktrininde amaç saptırması olarak adlandırılırken, Fransız doktrininde yetki saptırması anlamına gelen “*détournement de pouvoir*” kavramıyla ifade edilmektedir. Zira idare bunu yapmakla kendisine verilmiş olan yetkinin nihai amacını saptırmakta, bu yetkiye yabancılaşarak arzedilen bir amaç izlemektedir.¹⁰⁰ Aynı başlık altında incelenebilecek diğer bir sakatlık hali de usul saptırmasıdır (“*détournement de procédure*”). Bu halde idare, kendisine başka bir durumda başka bir amaç için kullanılmak üzere tanınmış bir usulü, önündeki olayda daha pratik bulduğu için uygulamakta, aslında mevcut olayda

97 Onar, a.g.e. C.:I, s.316

98 Candan, a.g.e., s.160 vd.

99 Onar, a.g.e., C.:I, s.320

100 René Chapus, Droit Administratif, Montchrestien, Paris, 2001, s.1048

uygulaması gereken prosedürü hayata geçirmemektedir.¹⁰¹ Örneğin tarihi bir alanın düzenlenmesi amacıyla yıkılmak istenen bir yapının usulüne uygun olarak kamulaştırılarak yıkılması gerekirken; yıkılmaya elverişli olduğu ve çevre için tehlike arzettiği ileri sürülerek yıkım kararı alınması durumunda, başka bir hukuka aykırılık durumu için düzenlenmiş olan yıkım usulü saptırılarak amacına aykırı şekilde kullanılmaktadır.¹⁰²

Amaç unsurundaki hukuka aykırılığın yaptırımını da mahkeme kararı ile ilgili idari işlemin iptal edilmesidir.

1.2. NORMLAR HİYERARŞİSİ

Normlar arası çatışmanın yargısal incelemeye etkisini konu alan çalışmamız için normların birbirlerine göre astlık/üstlük ilişkisini açıklayan normlar hiyerarşisi kuramı önem taşımaktadır. Bu bölümde öncelikle, hukuki normativizmin kurucusu sayılan Hans Kelsen'in "Saf Hukuk Kuramı" incelenecek ve bu kapsamda "*lex superior*" ilkesinin teorik temelleri açıklanacaktır. Ardından Türk Hukuku'nda kuralların nasıl kademelendiği, başka bir deyişle normlar hiyerarşisinin Türk mevzuatında ne şekilde hayata geçirildiği izah edilecektir.

1.2.1. Saf Hukuk Teorisi

Öncelikle belirtmek gerekir ki hukuki normativizm pozitivist bir akımdır. Hukukla ahlak arasına kesin bir sınır koyar. Bu nedenle tabii hukuk ekolünün hukuka katmış olduğu ilke ve kuralları hukuk dışı görür. Bu kurama göre hukuk teorisi yalnızca pozitif hukukla ilgilenmelidir. Adaletin ve adil olan kuralın aranması hukuk biliminin konusu değildir. Zira adalet, rasyonel olmayan bir kavramdır. Avusturyalı bir hukukçu olan Hans Kelsen, kuramını geliştirirken hukuku yabancı unsurlardan ayırmak suretiyle rafine bir bilim dalı ortaya koymaya çalışmıştır.¹⁰³ Hukukun farklı ideolojik sistemlerde farklılık göstermeyen ortak biçimsel yanını ortaya koyarak hukuka doğa bilimleri

101 George Dupuis, Marie José Guédon ve Patrice Chrétien, Droit Administratif, Editions Dalloz, Paris, 2009, s.656

102 Danıştay 6. Daire, T:27/05/1987, E:1987/451, K:1987/590, <http://www.kararara.com/danistay/dnsty17/dnstyk16855.html>, Erişim Tarihi:22/03/2017

103 Vecdi Aral, Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1978, s.5

karşısında bağımsız bir yer sağlamaya çalışmıştır.¹⁰⁴ Kelsen' e göre insan her ne kadar doğanın bir parçası olması hasebiyle doğa yasalarıyla bağlı olsa da burada söz konusu olan nedensellik (*causalité*) ilişkisidir. Oysa, insanın toplumun bir unsuru olması nedeniyle tâbi olduğu kurallar ise ereksellik (*finalité*) yasalarıdır. Doğa yasaları olanı anlatırken, topluma egemen olan yasalar olması gerekene ilişkindir.¹⁰⁵

Biçim-içerik ikileminden hareket eden bu teoriye göre kural hukukun biçimi; normun konusunu oluşturan ve siyasi, ahlaki ya da sosyal kaynaklı olabilen unsurlar ise hukukun içeriğidir. Buradan da anlaşılacağı gibi normun içeriği değişik bilim dallarının konusunu oluşturabilir. Aynı zamanda bu içerik, yani kuralın içeriğinde emredilen ya da yasaklanan husus, zamana ya da hukuku yaratan kültüre göre değişebilmektedir. Oysa Kelsen'e göre hukuk bilimi normun içeriğiyle değil kendisiyle uğraşır. Hukuk kuralının içeriğini oluşturan değerler/normlar siyaset bilimi, felsefe, sosyoloji gibi başka bilim dallarının konusudur. Buradan da anlaşılacağı üzere Kelsen, sadece kuralın kendisini inceleyerek hukuku biçimsel olarak kavramsallaştırmaya çalışmıştır. Hukukçu sadece hukukun mekanik yapısını inceleyecek, hukuk normları arasındaki ilişkiyi çözmeye çalışacaktır.¹⁰⁶ Normcu pozitivizmin ve Saf Hukuk Teorisi'nin hukukun kaynağına dair ileri sürdüğü tezler çalışmamızın esas konusunu oluşturmadığı için bu kadar bahsetmekle yetineceğiz. Nitekim Kelsen'in devletin hukuksal niteliği ve hukukla ilgili görüşleri hayli eleştiriye maruz kalsa da hukukun hiyerarşik yapısı ve işlemlerin geçerliliği ile ilgili görüşleri büyük oranda benimsenmiştir.¹⁰⁷ Tezimiz için asıl önemli olan normlar hiyerarşisi ve *lex superior* ilkesidir.

1.2.2. Normlar Hiyerarşisi

Normlar hiyerarşisi teorisi, hukukun kendi yaratılışını düzenleyip kurala bağladığı tezi üzerine kuruludur. Öyle ki, hukuk kuralları yalnızca birbirleriyle düzen içinde ve aynı bağlama dayanan kurallar olmayıp, aynı zamanda kendi aralarında üretim/uygulama

104 Adnan Güriz, Hukuk Başlangıcı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2013, s.258 vd.

105 Erdoğan Teziç, Anayasa Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014, s.94

106 Niyazi Öktem ve Ahmet Ulvi Türkbağ, Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, Der Yayınları, İstanbul, 2011, s.400

107 Teziç, a.g.e., s.94

ilişkisi barındırırlar.¹⁰⁸ İradeci pozitivist kuramlar hukuku egemen iradenin ürünü olarak görürlerken normcu pozitivism'e göre hukuku yaratan yine hukuktur. Başka bir deyişle hukuk normları, başka normların öngördüğü kişi ya da kurumlar tarafından yine o normlar tarafından öngörülen usule göre ihdas edilirler. Yani bir normun kaynağı her zaman başka bir norm olacaktır.¹⁰⁹

Kelsen'e göre 'olan'dan 'olması gereken' türemez. Olması gereken, yani norm yalnızca başka bir 'olması gereken'den yani başka bir normdan türeyebilir. Bu nedenle Kelsen, normlar arasında hiyerarşik bir ilişki olduğunu savunmuştur. Bu görüşe göre her bir norm geçerliliğini bir üst normdan alır.¹¹⁰ Kanun anayasanın, tüzük ise kanunun öngördüğü organ tarafından üretilecektir. Bu sebepten her bir hukuk normunun temeli, o normun yapılmasına ilişkin yetki ve şekil kurallarını belirleyen, kendisine uygun olarak kural ihdas edilmesi gereken bir üst normdur. Şu durumda kanunların ve diğer normların nihai temeli anayasadır. Anayasa ise gücünü tüm normların en üstünde yer alan ve kendisine “Grundnorm” denilen kavramdan almaktadır. “Grundnorm”, yani temel norm, bir hukuk normu olmayıp anayasanın geçerliliğini açıklamak için kendisine müracaat edilen varsayımsal bir kavramdır.¹¹¹ Kelsen'e yöneltilen en önemli eleştiriler, hukuk teorisinin temeline koyduğu temel normun niteliğinin belirsiz olması yönünde olmuştur. Zira Grundnorm hukuki bir kavram değildir. Hukuku yabancı unsurlardan ayırma amacı taşıyan bir kuramın, hukuki olmayan ve ancak diğer bilim dallarının yardımıyla açıklanabilen bir kavramı kullanması eleştiri toplamıştır.¹¹² Bu noktada Gözler, normcu pozitivism'in hukuk normlarının kaynağını ve birbirleriyle olan ilişkilerini başarılı bir biçimde açıkladığını, buna rağmen anayasanın kaynağı konusunda normcu pozitivist kurama dayanamayacağımızı ifade etmektedir. Bu nedenle yazara göre, anayasanın altında bulunan normların açıklanmasında normcu pozitivism, anayasanın kaynağının açıklanmasında ise iradeci pozitivism benimsenmelidir.¹¹³

108 Pierre Brunet, “Introduction: la hiérarchie des normes, fétiche ou nécessité?”, Revue de Théorie Constitutionnelle et Philosophie du Droit, 2013/21, s.5, <https://revus.revues.org/2768>, Erişim Tarihi:10/2/2016

109 Kemal Gözler, Hukuka Giriş, Ekin Yayınevi, Bursa, 2012, s.164

110 Öktem ve Türkbağ, a.g.e., s.405

111 Hans Kelsen, Theorie Pure du Droit, Traduction Française de la 2ème édition de la “Reine Rechtslehre” par Charles Eisenmann, Dalloz, Paris, 1962, s.6-13, 225-314, Nakleden: Gözler, Hukuka Giriş, s.163

112 “Grundnorm” ya da “Temel Norm” konusunda ayrıntılı bir analiz ve eleştiriler için bkz: Joseph Raz, “Kelsen'in Temel Norm Kuramı”, Çeviren: Şule Şahin Ceylan, AÜHF Dergisi, C.:64, S.:4, 2015, s.1169-1193

113 Gözler, Hukuka Giriş, s.164

Pozitivist yaklaşıma göre bir normun geçerliliği normun içeriğiyle değil, onun bir hukuk sistemine aidiyetiyle belirlenir. Kelsen'e göre bir normun geçerliliği, onun özgül varlığıdır. Özgül varlık ise o normun bir normatif düzen içerisindeki varlığıdır. Kelsen'e göre normatif düzen, tüm normların geçerliliğinin aynı ve tek bir norma dayandırılabilirdiği normlar sistemidir. Bu düzen içerisindeki her bir norm, geçerli olmak için, başka bir normun belirlediği şartlara uygun olarak konulmuş olmalıdır. Başka bir ifadeyle Kelsen'e göre bir norm, belirli bir içeriğe sahip olduğu için değil, belirli bir şekilde, yani, kendisine üstün olan normun öngördüğü şekilde yapılmış olduğu için geçerlidir. Bu şekilde tüm normlar en nihayetinde geçerliliklerini temel normdan almaktadırlar. İşte bu durum, her bir normu o normatif düzenin bir parçası yapmakta ve geçerli kılmaktadır.¹¹⁴

Normativist teoriye göre hukuk kuralları üstünlük sıralamasına tabidir. Bu sıralama kurallar arası zıtlık ve çatışmayı engellemeyi amaçlar. Kelsen, yukarıda da bahsedildiği üzere hukuk düzenini piramit biçiminde tasarlamıştır.¹¹⁵ Hukuk düzeni, kademeli olarak sıralanmış normlarla, aşağıdan yukarıya doğru, bireysel eylem ve işlemler, yargı kararları ve idari işlemler, yönetmelik, tüzük, kanunlar ve anayasa olarak sıralanmaktadır. Normativist teori hukukun oluşumu ile uygulanması arasında bir ayrım yapmamaktadır.¹¹⁶ Örneğin anayasaya dayanılarak kanun ihdas edilmesi aynı zamanda anayasanın uygulanmasıdır. Bu şekilde her norm bağlayıcılığını ve geçerliliğini bir üst normdan almaktadır.¹¹⁷

Onar da hukukun kaynakları ve tasarrufları arasında bir ayrım yapılması fikrine karşı çıkmaktadır. Kurallar piramidinde yukarıdan aşağıya her bir norm, düzenlediği alana ilişkin olarak kaideler oluşturur. Bir yönetmeliğin kanuna uygun olması mecburiyeti, derece olarak kanunun altında olmasından ötürüdür. Yoksa bu durum yönetmeliğin hukuk kaynağı olması niteliğine hanel getirmez. Aynı durum sözleşmeler için de geçerlidir. Her ne kadar iki kişi arasındaki hukuki ilişkileri düzenlese ve nisbi etkiler doğursa da sözleşme de nitelik olarak hukuk kaidesi üreten bir kaynaktır. Bu şekilde her bir kuralın hem üst normun uygulanması hem de bir alt norma geçerlilik sağlayacak

114 Hans Kelsen, *Theorie Pure du Droit*, Traduction Française de la 2ème édition de la "Reine Rechtslehre" par Charles Eisenmann, Dalloz, Paris, 1962, s.256-262, Nakleden: Kemal Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş*, US-A Yayıncılık, Ankara, 1998, s.73 vd.

115 Tekin Akıllıoğlu, *Hangi Hukuka Giriş*, İmaj Yayınevi, Ankara, 2014, s.161

116 Aral, a.g.e., s.49

117 Teziç, a.g.e., s.95

kuralları belirleyen bir hukuk kaynağı olarak görülmesi idare hukukunun mantığına daha uygundur.¹¹⁸

1.2.3. Hiyerarşi Çeşitleri

Her ne kadar tüm hukuk sistemlerinde hiyerarşi içeren bir düzen olsa da tekil bir hiyerarşiden bahsetmek doğru olmaz. Hukuk kurallarının kademelenme biçimine göre hiyerarşi şekilleri de farklılık arz etmektedir. Guastini'ye göre temelde dört farklı hiyerarşi türü vardır. Biçimsel ya da yapısal olarak ifade edilen hiyerarşide hukuk kurallarının nasıl ihdas edileceğini öngören kurallar ile bunlara göre oluşturulmuş olan kurallar arasındaki ilişki söz konusudur. Bu ilişkide, üretilen kuralın maddi içeriğinin üst norma aykırılığı değil, kuralın hukuken nasıl meydana getirildiği önemlidir. Örneğin her anayasada mevcut olan ve kanun yapımına ilişkin düzenlemeler içeren kurallar ile kanunlar arasındaki hiyerarşi biçimsel bir hiyerarşidir. Maddi ya da özsel hiyerarşide ise hukuk kurallarının içeriğindeki normlar esas alınır. Eğer bir hukuk kuralının, diğer bir kurala aykırı hükümler içermesi yasaklanmışsa, ikinci kuralın ilkinde göre hiyerarşik üstünlüğünden bahsedilir. Burada üstünlük üçüncü bir kural tarafından öngörülür. Örneğin anayasalarda bulunan ve kanunların anayasaya aykırı hükümler içermeyeceğini öngören hüküm nedeniyle anayasa ile kanunlar arasında maddi bir hiyerarşi mevcuttur. Bu durum yumuşak ve sert anayasalar için farklılık arz eder. Yumuşak bir anayasa kanunlara yalnızca şekli yönden üstündür. Zira yumuşak anayasalar kanunların yapım usulüne ilişkin kural koysalar da diğer hükümleri oldukça genel ifadeler içerirler. Düzenledikleri alanlarda kanun koyucuyu gerçek anlamda sınırlamazlar. Hatta anayasa hükümlerine asıl anlamını kanun koyucu yürürlüğe koyduğu yasalarla verir. Sert anayasalar ise hem maddi hem de şekli hiyerarşide kanunlara üstündür. Maddi hiyerarşinin olduğu durumda şekli hiyerarşinin mevcudiyetinden evleviyetle söz edilse de şekli hiyerarşinin varlığı maddi hiyerarşinin varlığını zorunlu kılmamaktadır.¹¹⁹

Başka bir hiyerarşi çeşidi ise mantıksal ya da dilbilimsel hiyerarşidir. Bu hiyerarşi, hukuk normunun ifade tarzından ötürü ortaya çıkar. Bir hukuk kuralı kullandığı ifadeler

118 Onar, a.g.e., C.:I, s.260 vd.

119 Riccardo Guastini, "Lex superior, Pour une théorie des hiérarchies normatives", Revue de Théorie Constitutionnelle et Philosophie du Droit, 2013/21, s.49, <http://revus.revues.org/2664>, Erişim Tarihi:10/2/2016

ile kendini başka bir kurala bağlıyorsa aralarında bir hiyerarşi oluşur. Örneğin bir kavramın anlamını ve kapsamını belirleyen hukuk kuralı ile o kavrama yer veren kurallar arasında mantıksal bir hiyerarşi mevcuttur. Ya da başka bir normun uygulama alanını belirleyen, örneğin geçmişe yürürlüğünü yasaklayan norm ile diğer norm arasındaki ilişki de bu türden bir ilişkidir. Son olarak aksiyolojik yani değerbilimsel hiyerarşiden söz edilebilir. Bu hiyerarşi çeşidi, hukuk kuralları tarafından pozitif olarak ortaya koyulmayıp, uygulayıcılar ve yorumlayıcılar tarafından oluşturulan bir hiyerarşidir. Hukuk normlarını uygulayanlar, eğer bir norma diğerinden daha üstün bir değer atfediyorlarsa, iki norm arasında bu türden bir ilişki hasıl olur. Örneğin hukukun genel ilkeleri ile pozitif olarak düzenlenmiş daha özel nitelikli ilkeler arasında aksiyolojik bir hiyerarşi vardır. Ya da iki anayasal ilke arasındaki çatışma halinde bazı ilkelere belirli durumlarda üstünlük tanınır. Siyasi kişiliklerin söz konusu olduğu durumlarda basın özgürlüğüne ve ifade hürriyetine, özel hayatın gizliliğine oranla öncelik verilmesi ve üstünlük tanınması bu duruma örnektir.¹²⁰

Yargılama faaliyeti sırasında, çatıştığı düşünülen normlar arasında ne tür bir hiyerarşi olduğunu tespit etmek önemlidir. Nitekim bazı hiyerarşik ilişkilerdeki çatışmalar için pozitif hukukta öngörülmuş çözüm yolları olabilir. Örneğin 1982 Anayasası'nda bir kanunun Anayasa'ya aykırı olduğu düşünülüyorsa, davanın görüldüğü mahkemeye itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurma imkânı tanınmıştır. Fakat kanunlar ile Anayasa arasındaki biçimsel hiyerarşinin ihlal edilmesi halinde durum farklı olacaktır. Nitekim Anayasa'nın 148. maddesi ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 36/4 hükmü uyarınca bir kanunun Anayasa'ya şekil bakımından aykırı olduğu iddiası mahkemeler tarafından ileri sürülemez.¹²¹ Yani çatışan normlar arasındaki hiyerarşinin türü, çatışmanın çözümünde benimsenecek yol açısından önem arz etmektedir. Aksiyolojik hiyerarşi zaten yargı mercilerinin oluşturduğu bir hiyerarşi iken, dilbilimsel hiyerarşide çıkacak sorunlar, normlar arasında dikey bir ilişki olmadıkça *lex posterior* ya da *lex specialis* ilkelerine göre çözülecektir. Çalışmamızı ilgilendiren çatışma şekilleri maddi ve şekli hiyerarşide gerçekleşebilecek, başka bir deyişle aralarında dikey bir hiyerarşi olan kurallar arasındaki çatışmalardır.

120 Guastini, a.g.m., s.50

121 Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009, s.511

1.2.4. Norm Çatışması ve İhmal Kavramı

Her ne kadar hukuk sistemlerinin tutarlılık arzeden kurallardan oluştuğu kabul edilse de birbiriyle uyumsuz kuralların mevcudiyeti söz konusu olabilmektedir. Aynı konuda farklı düzenleme öngören kurallar arasında çatışma olduğu kabul edilir. Bu çatışmaların çözümü ve bir konunun hangi kurala dayanarak çözüleceğinin belirlenmesi için çeşitli ilkeler geliştirilmiştir.

Normlar hiyerarşisinde aynı seviyede bulunan iki kural eğer farklı tarihlerde yürürlüğe girmişse bu kurallar arasındaki çatışma “*lex posterior derogat legi priori*” ilkesine göre çözümlenir. Bu kural, sonraki tarihte yürürlüğe girmiş olan normun, daha önce yürürlüğe girmiş normu ilga edeceği anlamı gelir.¹²² Başka bir deyişle kural koyucu makam, önceden koymuş olduğu kuralla farklı düzenleme getiren bir kural koyuyorsa önceki kuralı ortadan kaldırmış demektir. Bu durum, bir normun başka bir norm tarafından zımnen ilga edilmesine bir örnektir. Normun hukuk sisteminden kaldırıldığı açıkça ifade edilmese dahi mantık kuralları gereği tercih edilen sonraki tarihli normun önceki tarihli normu ilga ettiği kabul edilmektedir. Bu nedenle hukuki problem, yakın tarihli kurala göre çözülür.¹²³

Bir diğer ilke ise, yine aynı seviyede olan kurallar arasında uygulanan “*lex specialis derogat legi generali*” ilkesidir. Bu ilkeye göre aralarında çatışma olan normlardan biri genel hüküm diğeryse özel hüküm niteliği taşıyorsa özel hüküm tercih edilir.¹²⁴ Genel hüküm, ilgili olduğu alanı genel ve ayrıntısız şekilde düzenler. Özel hüküm ise nispeten daha istisnai bir duruma ilişkin somut bir düzenleme getirir. Bu nedenle genel hüküm ile çatışan özel hüküm, belirli bir olaya daha çok uygulanabilir niteliktedir. Örneğin, Anayasa’da bulunan yasama yetkisinin devredilmezliği kuralı genel hüküm iken, Meclis’in bir yetki kanunuyla Bakanlar Kurulu’na kanun hükmüne kararname çıkarma yetkisi verebileceğini öngören kural özel hükümdür.¹²⁵

Lex posterior ve *lex specialis* ilkeleri, normlar hiyerarşisinde aynı seviyede olan kurallar arasındaki çatışmaların çözümü için kullanılan ilkelerdir. *Lex posterior* ilkesine göre sonraki tarihli kuralın önceki kuralı ilga ettiği, yani yürürlükten kaldırdığı kabul edilir.

122 Bryan A. Garner, Black’s Law Dictionary, Thomson Reuters, St. Paul, 2009, s.995

123 Kemal Gözler, “Yorum İlkeleri”, Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, Kamu Hukukçuları Platformu ve TBB Ortak Yayını, Ankara, 2013, s.66

124 Aaron X. Fellmeth ve Maurice Horwitz, Guide to Latin in International Law, Oxford University Press, New York, 2011, s.174

125 Gözler, “Yorum İlkeleri”, s.67

Lex specialis ilkesinde ise özel hükmün öngördüğü hususi düzenleme nedeniyle olaya uygulanması gereken kural özel hüküm niteliğindeki kuraldır.¹²⁶ Kanaatimizce, bu iki ilkenin uygulanması yoluyla çözülmeye çalışılan norm çatışması hallerinde hukuk kuralları ihmal edilmemektedir. Bu ilkeler uygulanması gereken kuralın bulunmasında bize yol gösterirler. Fakat bir kuralın görmezden gelinmesi sonucunu doğurmazlar. Zira bir hukuk kuralının ihmal, bir olaya uygulanabilecek ya da uygulanması gereken hükümler getirmesine rağmen o kuralın görmezden gelinmesi ve uygulanmamasıdır. *Lex posterior ve lex specialis* ilkelerinin uygulandığı durumlarda ise olaya uygulanacak hukuk kuralı bir tanedir. Bize göre ihmal, aralarında dikey hiyerarşi bulunan kuralların çatışması halinde mümkün olabilir. Zira böyle bir durumda birbirleriyle uyumsuz olan kurallardan her ikisi de olaya uygulanabilecek ya da uygulanması gereken kurallardır. Fakat bunlardan hiyerarşide aşağıda olan kural ihmal edilerek üstün olan kural uygulanmaktadır. Bu tarz bir çatışma için kullanılan ilke ise “*Lex superior derogat legi infeiori*” ilkesidir.

1.2.5. Lex Superior İlkesi

Normlar hiyerarşisi başlığında açıklandığı şekliyle hiyerarşik bir bütün şeklinde kavramsallaştırılan hukuk kuralları arasında uyumsuzluklar çıkabilmektedir. Bir hukuk kuralı kendisiyle aynı seviyede veya farklı seviyedeki bir norm ile çatıştığında, bu problemi çözmek adına bir kısım ilkeler benimsenmiştir. Bizim çalışmamıza esas olan çatışma, birbirleriyle dikey olarak bağlantısı olan kuralların, yani hiyerarşik olarak biri üstte biri altta olan iki kuralın çatışması olduğundan, ele almamız gereken ilke *lex superior* ilkesidir. Bu ilke “*Lex superior derogat legi infeiori*” özdeyişinde ifadesini bulur. Bu ilkeye göre alt norm ile üst norm çatışırsa, normlar hiyerarşisinin mantığı gereğince üst norm uygulanacaktır.¹²⁷ Gözler, bu tarz bir çatışma halinde *lex superior* ilkesini işletecek olan makamın, ilgili kurallar üzerinde hukuki denetim yapabilecek

126 Jean-Louis Halpérin, “*Lex posterior derogat priori, lex specialis derogat generali* Jalons pour une histoire des conflits de normes centrée sur ces deux solutions concurrentes”, *Revue d'Histoire du Droit*, 80-3/4, 2012, s.355,

127 Yasemin Işıқтаç, *Hukuk Normunun Mantıksal Analiz ve Uygulanması*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s.139; Chapus'ye göre, bir alt normun üst norma uygunluğu, üst normun sarahati ve ayrıntı seviyesiyle yakından alaklıdır. Genel anlamda üst norma uygunluktan kastedilen, üst normun öngördüğü düzenlemeye aykırı olacak hiçbir kurala yer vermemektir. Başka bir deyişle, üst noma uygun olmaktan kastedilen, aslında üst norma aykırı olmamaktır. (Chapus, a.g.e., s.1011, 1012)

mahkemeler olduğunu belirtmektedir. Diğer bir deyişle üst norma aykırı olduğu ileri sürülen hukuk kuralı, yetkili makam tarafından hukuk düzeninden kaldırılmadıkça uygulanacaktır. Şu hâlde kurallar arası çatışma bir mahkeme kararıyla tespit edilmediği müddetçe, aslında bir “görünüşte çatışma” vardır.¹²⁸

Guastini ise, *lex superior* ilkesinin içi boş bir totoloji olduğunu savunmaktadır. Zira bu ilkenin uygulanması üst normun alt normu geçersiz kılması anlamına gelir. Bunun için ise önce üst normun ve alt normun tespit edilmesi gerekmektedir. Yani hangi normun “*superior*” hangisinin “*inferior*” olduğunun belirlenmesine ihtiyaç duyulacaktır. Bunun için ise diğer pozitif düzenlemelere bakmak gerekir. Bir normun diğerine aykırı hükümler içermeyeceğini, içerdiği durumda yargı organları tarafından iptal edileceğini öngören kurallar, ilgili normlar arasında üstlük astlık ilişkisi kurar. Başka bir deyişle bir normun diğerinden üstün olduğu zaten, ikinci normun ilkinde aykırı olamayacağını ya da aykırı olduğunda iptal edileceğini öngören kurallar vasıtasıyla anlaşılır. Şu durumda üst normun alt normu geçersiz kılacağını söylemek anlamsızdır. Aksine, bir norm kendisine aykırı olan normu geçersiz kılabiliyorsa üst normdur. Geçersiz kılma ya da bertaraf etme, üst norm olmanın bir sonucu değil şartıdır.¹²⁹

Bir görüşe göre ise bu noktada sorulması gereken soru, bir organın gücü ile oluşturduğu hukuk kurallarının normlar hiyerarşisindeki yeri arasında bağlantı olup olmadığıdır. Başka bir deyişle, kamuya ait bir gücü kullanan bir makam ya da kurumun, sosyal hayata ilişkin olgulara etki etme gücü ile o makam ya da kurumun ürettiği normların hiyerarşideki konumu arasında bir ilişki var mıdır? Bu soruya olumlu cevap veren görüşe göre hukuk normunun yorumu bir bilgi eylemidir. Bir hukuk kuralı, belirli sayıda muhtemel anlamlara sahiptir. Bunların bir araya gelmesiyle, bir alt normun düzenleme yaparken saygı göstermesi gereken bir çerçeve oluşur. Her bir hukuk kuralı alttaki kurala sınırlı bir hareket alanı bırakır. Bu mantık gereğince üst normları ihdas edenler, hedef aldıkları alana dair daha önemli bir düzenleme gücüne sahiptirler. Aynı şekilde, sosyal ilişkileri düzenlemek adına nispeten az meşruiyete sahip olan bir organın oluşturduğu kurallar daha aşağı kademelerde yer alacaktır. Siyasi ilkeler, devlet gücünün farklı organlar tarafından paylaşımına dair olduğu kadar, devlet bünyesinde meydana getirilen kuralların kademelenmesine ilişkin olarak da kurallar getirirler. Bir

128 Gözler, Hukuka Giriş, s.225

129 Guastini, a.g.m., s.51

hukuk sisteminin dayandığı meşruiyet prensibinin, o sistemde üretilen normlar arasındaki ilişkiyi de etkilemesi tabiidir.¹³⁰

Bu bakış açısının modern hukuk sistemlerine esas teşkil eden demokratik meşruiyet prensibiyle uyum içerisinde olduğunu düşünmekteyiz. Nitekim anayasa normlarına aykırı olan kanun hükümlerinin yaptırıma tâbi tutulmasını öngören anayasa yargısının temellerinden biri de anayasal kuralları tesis eden kurucu iktidarın kanun koyucuya göre daha fazla meşruiyete sahip olmasıdır. Bir anlamda hiyerarşiyi kuran şey, hukuk kurallarını yapanların taşıdıkları siyasi meşruiyettir. Bu bağlamda kanun koyucu tarafından oluşturulan yasa hükümlerinin de idari makamların oluşturdukları düzenleyici işlemlerden daha üstün olmaları normaldir, zira yasama organı, sosyal hayatı düzenlemek adına idari mercilere oranla daha fazla meşruiyete sahiptir. Bu şekilde, *lex superior* ilkesi gereğince üst normun, daha meşru bir güç tarafından ihdas edilmiş olması nedeniyle kendisiyle çatışan alt normu etkisiz kılması bir temel kazanmış olmaktadır. Daha büyük temsil gücüne sahip meclis tarafından koyulmuş bir kanun hükmü, bir kamu kurumu tarafından hazırlanan düzenleyici işlemin bir hükmü ile çatıştığında kanuna üstünlük tanınması, aynı zamanda hukuk sisteminin temelini oluşturan meşruiyet ilkesinin de gereğidir. Yargı organlarının bu görüşü benimsemesiyle, meşruiyet prensibi yalnızca teorik bir zeminde kalmayacak, kuralları hayata geçiren makamların kendilerine tanınmamış bir takdir yetkisini fiilen kullanmaları da yaptırıma bağlanmış olacaktır.

1.2.6. Türk Hukukunda Normlar Hiyerarşisi

Türk hukukunda normlar hiyerarşisinin nasıl hayata geçirildiğini incelemek için, devletin siyasi organizasyonunu düzenleyen ve hukuki temellerini atan Anayasa'ya göz atmamız gerekmektedir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 11. maddesi hem Anayasa'nın hem de kanunların hiyerarşideki yerini ortaya koymaktadır:

“Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.”

¹³⁰Raphael Paour, “Les contraintes juridiques de la hiérarchie des normes”, *Revue de Théorie Constitutionnelle et Philosophie du Droit*, 2013/21, s.201 vd., <https://revus.revues.org/2755>, Erişim Tarihi: 18/02/2016

Bu hükümden anlaşılacağı üzere Anayasa, tüm gerçek ve tüzel kişileri ve kamu otoritelerini bağlayan hukuki metindir. Bu özelliği nedeniyle normlar hiyerarşisinin en üst sırasında bulunmaktadır. Türk hukuk sisteminde ihdas edilecek tüm kurallar Anayasa'ya uygun olmak zorundadır ve geçerliliklerini Anayasa'dan alırlar. Ayrıca kanunların Anayasa'ya aykırı olamayacakları öngörülmüş, bu sayede kurallar kademelenmesinde Anayasa'nın altında oldukları kurala bağlanmıştır. Ayrıca Anayasa'nın 7. maddesi şu hükmü içermektedir:

“Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez.”

Bu hüküm ile yasama meclisine Anayasa'dan sonra asli bir düzenleme yetkisi verilmiştir. Meclisin kanunlarla düzenleyeceği alana, 107. maddede Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği'nin kuruluşu, teşkilat ve çalışma esasları, personel atama işlemlerine ilişkin olarak çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi dışında bir sınırlama getirilmemiştir. Yasama yetkisi genel ve asli bir yetkidir. Yasama meclisi, getirdiği kuralların içeriği Anayasa'ya aykırı olmamak şartı ile dilediği konuda kanunla düzenleme yapabilecektir. Bunun yanında meclis, herhangi bir konuyu Anayasa'dan sonra araya bir işlem girmeksizin doğrudan düzenleme yetkisine sahiptir.¹³¹

Anayasa'nın 91. maddesi ise, meclisin yetkilendirmesi üzerine Bakanlar Kurulu'nun çıkaracağı Kanun Hükmünde Kararname rejimini düzenlemektedir.

“Türkiye Büyük Millet Meclisi, Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebilir. Ancak sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez.

Yetki kanunu, çıkarılacak kanun hükmünde kararnamenin, amacını, kapsamını, ilkelerini, kullanma süresini ve süresi içinde birden fazla kararname çıkarılıp çıkarılmayacağını gösterir.”

Kanun hükmünde kararnameler, meclisin yetkilendirmesiyle Bakanlar Kurulu tarafından ihdas edilen ve yürürlükteki kanunları değiştirebilen işlemlerdir. 91. maddenin devam eden fıkralarında kanun hükmünde kararnamelerin Resmî Gazete'de yayımlandıkları gün meclisin onayına sunulacaklarını belirtmektedir. Aynı zamanda Anayasa'nın 148. maddesi, kanunların ve kanun hükmünde kararnamelerin Anayasa'ya şekil ve esas bakımından uygunluğunun Anayasa Mahkemesi tarafından denetleneceğini öngörmektedir. Bu açıdan kanun hükmünde kararnamelerin normlar hiyerarşisinde

131 Tanör ve Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s.264

kanunlarla aynı seviyede olduğunu belirtmek yanlış olmaz.¹³² Fakat bu denilenler, olağan dönemde yapılan kanun hükmünde kararnameler için geçerlidir. Zira yine Anayasa'nın 148. maddesine göre, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde dava açılmayacaktır. Bu sebeple, Anayasa'ya aykırılıkları ileri sürülemeyen olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerinin, Anayasa Mahkemesi'nin denetimine tabi olan olağan dönem kanun hükmünde kararnamelerinden üstün olduğunu tespit etmek gerekir.

Anayasa'nın 115. maddesi idarenin düzenleyici işlemlerinden olan tüzükleri düzenlemektedir:

“Bakanlar Kurulu, kanunun uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek üzere, kanunlara aykırı olmamak ve Danıştay'ın incelemesinden geçirilmek şartıyla tüzükler çıkarabilir.
Tüzükler, Cumhurbaşkanınca imzalanır ve kanunlar gibi yayımlanır.”

Maddede belirtildiği gibi tüzük, kanunun uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek üzere çıkarılır. Yasama gücünün asli yetkisi nedeniyle kanun herhangi bir konuyu düzenleyebildiği halde tüzük ancak kanunda belirtilen bir konuda düzenleme yapabilmektedir. Yine hükmün belirttiği üzere tüzüğün kanuna aykırı olmaması gerekmektedir.¹³³

Anayasa'nın 124. maddesi ise bir diğer idari düzenleyici işlem olan yönetmeliklere dair bir düzenleme getirmektedir:

“Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler.
Hangi yönetmeliklerin Resmî Gazetede yayımlanacağı kanunda belirtilir.”

Maddeden anlaşılacağı üzere yönetmelikler normlar hiyerarşisinde kanunlar ve tüzüklerden sonra gelmektedir. Yönetmelik kanuna aykırı olamayacağı gibi, düzenlediği konuda yürürlükte olan bir tüzük varsa o tüzüğe de aykırı olmaması gerekmektedir.

Normlar hiyerarşisi kabaca, Anayasa, kanunlar-kanun hükmünde kararnameler, tüzük, yönetmelik olarak sıralansa da Teziç'in belirttiği üzere bir kısım hususlar bu sıralanmada kural dışılıklar oluşturmaktadır. Öncelikle Anayasa'nın 90. maddesi uluslararası andlaşmaları özel bir yerde konumlandırmaktadır:

132 Teziç, a.g.e., s.35, 97

133 Güriz, a.g.e., s.61

“Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak andlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır.

...

Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7/5/2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.”

Anayasa hükmünün son fıkrası her ne kadar usulüne göre imzalanmış uluslararası andlaşmaları kanun hükmünde kabul etse de bu andlaşmalara karşı Anayasa’ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi’ne başvurma olanağını ortadan kaldırarak, aslında kanunların üstünde bir yer vermektedir. Bunun yanında maddenin son cümlesine göre, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi durumunda milletlerarası andlaşma hükümleri uygulanacaktır. Şu durumda temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmalara, uluslararası andlaşmalar arasında ayrıcalıklı bir yer tanınmıştır. Nitekim madde metnine göre kanunlarla aynı normatif güce sahip olmalarına rağmen çatışma halinde, kanunların ihmal edileceği öngörülmüştür.¹³⁴

Öte yandan Anayasa’nın 153. maddesi, Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlayacağını öngörmektedir. Buna benzer şekilde içtihadı birleştirme kararları kanunlara benzer şekilde emsal olaylarda bağlayıcı nitelik taşımaktadır. Bu iki içtihat türünün genel bağlayıcı nitelikleri bunların normlar hiyerarşisindeki yeri hakkında tereddüte sebep olmaktadır. Tüm bu anlatılanlar göz önüne alındığında Teziç, Türk Hukuku’ndaki kurallar kademelenmesini şu şekilde sunmaktadır:

“-Birinci kademedede Anayasa, Anayasa Mahkemesi kararları, anayasa teamülleri ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar.

-İkinci kademedede temel hak ve özgürlükler dışındaki milletlerarası andlaşmalar.

-Üçüncü kademedede kanunlar, içtihadı birleştirme kararları, Osmanlı İmparatorluğu döneminden kalma yasa niteliğindeki düzenleyici işlemler, 1924 Anayasası dönemi “meclis yorumları” ve 1982 Anayasası’na göre çıkarılan kanun hükmünde kararnameler.

-Dördüncü kademedede de Bakanlar Kurulu’nun kanunun uygulanmasını göstermek, ya da emrettiği işleri belirtmek üzere çıkardığı tüzükler

-Beşinci kademedede, kanunlarla tanınmış yetkiye dayanılarak Bakanlar Kurulu’nca çıkartılan kaide kararnameler.

134 Teziç, a.g.e., s.97

-Altıncı kademede Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerinin kendi görev alanlarına ilişkin olarak, kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere çıkardıkları yönetmelikler.”¹³⁵

Teziç'in, olağan dönem için saptamış olduğu bu normlar hiyerarşisi sıralaması, Türk hukukunda hukuk kaynağı olarak kabul edilebilecek kurallar arasındaki eşitlik/üstünlük ilişkilerini nitelikli bir şekilde ortaya koymaktadır. Elbette ki, uluslararası andlaşmaların Türk mevzuatına göre değeri ve normlar hiyerarşisindeki yeri, basit bir şemayla anlatılabilecek basitlik ve açıklıktan uzaktır. Doktrindeki tartışmaların farkında olarak, bu konunun tahlilini devam eden bölüme bırakıyoruz.

Birinci bölümde iptal davasının hukuki niteliği ile normlar hiyerarşisi kavramı kısaca ortaya koyulmaya çalışıldı. Bunun yanında hiyerarşide çatışan normlar arasındaki uyumsuzluğun giderilmesine ilişkin olarak öngörülen *lex superior* ilkesi incelendi. Devam eden bölümlerde, normlar arası dikey çatışma durumlarında ihmal kavramının nasıl anlaşılacağı ve uygulanabileceği uygulamadan örneklerle beraber açıklanmaya çalışılacaktır.

2. BÖLÜM: KANUNLARIN İHMAL EDİLMESİ

Bu bölümde, kanunların kendilerinden üstün olan normlara aykırı olduklarının tespit edilmesi durumunda yargılama esnasında ihmal edilmeleri meselesini tartışacağız. Kanunlardan üstün olan norm hiç şüphesiz öncelikle anayasadır. Zira yukarıda da bahsedildiği üzere kanunlar geçerliliklerini, yapıma şekillerini ve içerik olarak sınırlarını belirten anayasadan alırlar. Uluslararası andlaşmaların kanunlarla olan ilişkisi ise anayasa ile olduğu kadar açık değildir. Uluslararası hukukun iç hukuka göre konumu başlı başına ve derin bir tartışma konusu teşkil etmektedir. Uluslararası andlaşmaların normlar hiyerarşisinde iç hukuk normlarına göre üstün olup olmadığı doktrinde fazlasıyla tartışılabilir da biz mevzu hukuktaki düzenlemeleri esas alacağız. Önceki bölümde zikrettiğimiz üzere Anayasa'nın 90. maddesi bu konuda öncelikli inceleme enstrümanımız olacaktır. Bu bölümde öncelikle kanunların uluslararası andlaşmalara dayanılarak ihmal edilmesi, ardından anayasaya aykırılık durumunda gündeme gelebilecek ihmal sorunu incelenecektir.

2.1.KANUNLARIN ULUSLARARASI ANDLAŞMALARA DAYANILARAK İHMAL EDİLMESİ

2.1.1.Uluslararası Andlaşma Kavramı

2.1.1.1. Tanımı ve Uluslararası Hukukta Düzenlenişi

Gelişmiş ulusal hukuk sistemlerinde, var olan hukukun tespiti için anayasaya, yasama işlemlerine ve mahkeme içtihatlarına başvurmak gibi belirli ve kesin yöntemler vardır. Âdem-i merkeziyetin geçerli olduğu ve hiyerarşik bir güçten yoksun olan uluslararası sistemde ise, hukukun tespiti oldukça karmaşık bir problemdir. Global anlamda bağlayıcı hukuk normlarını oluşturan bir otorite olmadığı gibi, devletlerin rızası olmadığı müddetçe zorlayıcı bir uluslararası yargılama sistemi de işletilememektedir. Bu sistemde, uluslararası normlara tabi olan hukuk özneleriyle, bu normları oluşturan unsurlar aynıdır. Yüzyıllarca uluslararası hukukun en önemli kaynağı, devletlerin uygulamasından neş'et eden teamül hukuku olmuştur. Özellikle son yüzyılda, diplomatik ilişkiler, savaş hukuku, deniz hukuku, insan hakları gibi alanlarda teamül

hukukunun kodifiye edilmesine yönelik hayata geçirilen uluslararası andlaşmalar, hukukun belirli hale getirilmesini ve evrensel normları oluşturmayı amaçlamıştır. Teamül hukuku halen uluslararası planda belirli alanlarda önemini korusa da andlaşmalar ile oluşturulan normların uluslararası hukukun önemli bir parçası olduğunu ileri sürmek yanlış olmayacaktır.¹³⁶

Uluslararası andlaşmalar, anlaşma, sözleşme, muahede, pakt, konvansiyon, bildiri gibi birçok farklı terimle anılmaktadır. Bu terimlerin her biri, taraf devletlerin belirli bir şekilde davranmak, ya da aralarında belli ilişkileri tesis etmek konusunda kendilerini hukukten bağladıkları ve yazılı hale getirilmiş mutabakatlara, hukuki işlemlere gönderme yaparlar. Bu kapsamda devletlerin kendilerini gerçekleştirmekle yükümlü kıldıkları bir kısım şartlar ve düzenlemeler öngörülür. Devletlerin açık rızasını gerektiren hukuki işlemler olduklarından andlaşmalar, birçok yazar tarafından uluslararası hukukun en önemli kaynağı olarak görülmektedir.¹³⁷ Andlaşmaların uluslararası normların oluşturulmasında en sık kullanılan yöntem olduğunu belirten Cassese'ye göre ise uluslararası andlaşma, iki veya daha fazla uluslararası öznenin menfaatlerini uluslararası kurallara göre düzenleme amacına yönelik isteklerinin birleşimini ifade eder.¹³⁸

Birleşmiş Milletler Andlaşması'nın Giriş Notu'nda Andlaşma'nın ayrılmaz bir parçası olarak belirtilen Uluslararası Adalet Divanı Statüsü, Birleşmiş Milletler'in yargı organı olan Uluslararası Adalet Divanı'nın kuruluşuna ve işleyişine dair hükümler getirmektedir. Her ne kadar maddenin lafzında hukukun kaynaklarından bahsedilmese de 38. maddenin uluslararası hukukun kaynaklarını saydığı hususu genel kabul görmüş bir durumdur.¹³⁹ 38. madde şu hükmü içermektedir.

- “1. Kendisine sunulan uyuşmazlıkları uluslararası hukuka uygun olarak çözmekle görevli olan Divan:
- a. uyuşmazlık durumundaki devletlerce açık seçik kabul edilmiş kurallar koyan, gerek genel gerekse özel uluslararası antlaşmaları;
 - b. hukuk olarak kabul edilmiş genel bir uygulamanın kanıtı olarak uluslararası yapılagelmiş kurallarını;
 - c. uygar uluslarca kabul edilen genel hukuk ilkelerini;

136 Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, Routledge, New York, 1997, s.35

137 Malcolm Shaw, *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, s.88

138 Antonio Cassese, *International Law*, Oxford University Press, New York, 2005, s.170

139 Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, New York, 2008, s.5

d. 59. Madde hükmü saklı kalmak üzere, hukuk kurallarının belirlenmesinde yardımcı araç olarak adli kararları ve çeşitli ulusların en yetkin yazarlarının öğretilerini uygular.

2. Bu hüküm, tarafların görüş birliğine varmaları halinde, Divan'ın hakça ve eşitçe karar verme yetkisini zedelemesiz.”¹⁴⁰

Görüldüğü üzere 38. madde, Divan'ın karar verirken uygulayacağı unsurlar arasında ilk olarak devletler arası imzalanan uluslararası andlaşmaları saymaktadır. Bu nedenle uluslararası andlaşmaların uluslararası hukukun önemli bir kaynağı olduğunu varsaymak yanlış olmayacaktır.

Doktrinde sıklıkla yapılan bir ayrıma göre uluslararası andlaşmalardan bazıları iç hukuktaki sözleşmelere, bazıları ise yasalara benzemektedir. Bazı andlaşmalar, tarafları arasında uzun süreli yükümlülükler getirmekte ve evrensel planda temel bazı konulara ilişkin norm ihdas etmektedirler. Bu andlaşmalar, kural koyucu andlaşmalar (*law-making treaties*) olarak adlandırılırlar. Diğer tür andlaşmalar ise, taraf sayısı nispeten daha az olup, iç hukuktaki sözleşmelere benzer biçimde sadece hukuki değiş-tokuş niteliği taşırlar. Sözleşme benzeri andlaşmalar (*contract-treaties*) olarak isimlendirilen bu andlaşmalar, tarafların karşılıklı yükümlülüklerini yerine getirmesini öngörür, fakat kural koyma amacı taşımazlar. Bazı yazarlarca, ikinci tür andlaşmaların uluslararası hukukun kaynağı olarak sayılmaması gerektiği savunulsa da bu iki tür andlaşma arasındaki ayrım her zaman net değildir.¹⁴¹

Birleşmiş Milletler uluslararası Hukuk Komisyonu'nun çalışmaları üzerine 1969'da imzalanan ve 27 Ocak 1980'de yürürlüğe giren Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, bu konudaki uluslararası teamül kurallarını kısmen kodifiye etmiş olup uluslararası andlaşmaların hukuki rejimini düzenleyen en önemli hukuki belge niteliği taşımaktadır. Sözleşme'nin “Terimlerin Kullanılması” başlıklı 2. maddesinde “*andlaşma*”, “... , *ister tek bir belgede, isterse iki veya daha fazla ilgili belgede yer alsın ve (kendine) mahsus ismi ne olursa olsun, Devletler arasında yazılı şekilde akdedilmiş ve milletlerarası hukuka tabi olan milletlerarası anlaşma (mutabakat) demektir.*” olarak tanımlanmaktadır.¹⁴²Maddenin lafzından anlaşılacağı üzere bu tanım, uluslararası organizasyonların taraf oldukları andlaşmaları kapsamına almamaktadır. Türkiye'nin

¹⁴⁰http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/adalet_divani.pdf, Erişim Tarihi:24/01/2016

¹⁴¹ Malanczuk, a.g.e., s.37

¹⁴²http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/Viyana_69.pdf, Erişim Tarihi:01/04/2016

tarafı olmadığı Viyana Sözleşmesi'nin giriş kısmında, bu sözleşme ile düzenlenmemiş mevzuların uluslararası teamül kuralları ile düzenleneceğini belirtmektedir.

Uluslararası andlaşmaların uluslararası hukuk normlarının oluşturulmasında ve uluslararası ilişkilerin sürdürülmesinde önemli bir yeri vardır. Çalışmamız açısından ise, uluslararası andlaşmaların uluslararası alandan ziyade iç hukuka bakan yönleriyle doğurdıkları hukuki sonuçlar ehemmiyet arz etmektedir.

2.1.1.2. Türk Hukukunda Uluslararası Andlaşma Kavramı

Uluslararası hukukun iç hukuklarla ilişkisi her daim tartışma konusu yapılmış bir mevzuudur. Doktrinde düalizm ekolu olarak adlandırılan görüş, devletlerin içindeki ve aralarındaki ilişkilerin farklı olduğunu, bu nedenle bu alanlara uygulanacak hukuk kurallarının farklı olması gerektiğini ileri sürerek uluslararası hukukun ve ulusal hukukun birbirinden tamamen ayrı sistemler olduklarını, birbirlerine üstünlükleri olmadığı gibi, birine ait normların diğeri dahilinde etki doğuramayacağını savunur. Monist görüş ise, bünyesinde farklılıklar barındırmakla beraber, uluslararası ve ulusal hukuk sistemlerinin tek bir hukuk düzeni oluşturduklarını savunarak, çoğunlukla ilkinin ikincisine üstün olduğunu savlar.¹⁴³ Fakat ne pozitif hukuk ne de uygulama, bu teorilerin hiçbirinin tam olarak kabul edilmediğini göstermektedir. Her ülke, kendi mevzuatında getirdiği düzenlemeler ile uluslararası hukuka iç hukukunda kendine has şartlarla yer vermektedir.¹⁴⁴ Uluslararası hukukun kaynaklarından olan uluslararası andlaşmaların Türk hukukundaki yeri de mevzuattaki düzenlemelerin incelenmesi vasıtasıyla daha iyi anlaşılacaktır.

1961 Anayasası'nın 65. maddesindeki hüküm, uluslararası andlaşmaların iç hukuktaki yerine ilişkin bir düzenleme getirmekteydi. 1982 Anayasası'nın yapımında madde metninde çok küçük değişiklikler yapılmış ve madde gerekçesi aynen kabul edilmiştir.

1982 Anayasası'nın ilk halinde 90. madde şu şekilde bir düzenleme öngörmektedir:

“Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak andlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır.

¹⁴³ Shaw, a.g.e., s.121 vd.

¹⁴⁴ Hüseyin Pazarcı, Uluslararası Hukuk Dersleri-1.Kitap, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s.23

Ekonomik, ticarî veya teknik ilişkileri düzenleyen ve süresi bir yılı aşmayan andlaşmalar, Devlet Maliyesi bakımından bir yüklenme getirmemek, kişi hallerine ve Türklerin yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmamak şartıyla, yayımlanma ile yürürlüğe konabilir. Bu takdirde bu andlaşmalar, yayımlarından başlayarak iki ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinin bilgisine sunulur.

Milletlerarası bir andlaşmaya dayanan uygulama andlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan ekonomik, ticarî, teknik veya idarî andlaşmaların Türkiye Büyük Millet Meclisince uygun bulunması zorunluğu yoktur; ancak, bu fıkraya göre yapılan ekonomik, ticarî veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren andlaşmalar, yayımlanmadan yürürlüğe konulamaz.

Türk kanunlarına değişiklik getiren her türlü andlaşmaların yapılmasında birinci fıkra hükmü uygulanır.

Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz.”

Bu metin, Anayasa'nın 90. maddesinin 07/05/2004 tarih ve 5170 sayılı Kanun ile yapılan Anayasa değişikliği öncesindeki halidir. Maddenin son fıkrasına göre usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası anlaşmalar kanun hükmündedir. Fakat bu anlaşma hükümlerine karşı Anayasa Mahkemesi'nde Anayasa'ya aykırı oldukları iddiasıyla başvuru yapılamayacaktır.

Uluslararası andlaşmaların kanun hükmünde olmasının ne anlama geldiğinin ortaya konulabilmesi için öncelikle mevzu hukukta andlaşmaların onaylanma sürecinin anlaşılması gerekmektedir. 1924 Anayasası döneminde görüşmeler sonucu taraf olunmak istenen bir uluslararası andlaşma öncelikle meclis tarafından bir kanunla onaylanır, ardından Cumhurbaşkanı, Başbakan ve Dışişleri Bakanı tarafından imzalanan tasdik belgesi, andlaşmaya taraf olunması için gerekli mercie tevdi edilir ya da ikili andlaşmalarda karşılıklı olarak teati edilirdi. 1961 ve 1982 Anayasalarında ise meclisin bir andlaşmayı onaylama yetkisi yoktur. TBMM yalnızca, bir onaylamayı uygun bulma kanunu ile Bakanlar Kurulu'na bir andlaşmanın onaylanması için yetki vermektedir. 1982 Anayasası'na göre bir andlaşmanın onaylanması, onaylamayı uygun bulma kanunundan sonra Bakanlar Kurulu ve Cumhurbaşkanı'nın imzaladığı bir kararname ile gerçekleşir. Anayasa'nın 90. maddesinin 3. fıkrasındaki hüküm, yürütme erkine, bazı andlaşmaları meclisin onaylamayı uygun bulma kanununa ihtiyaç duymaksızın onaylama yetkisi vermektedir. Teziç'e göre “*Anayasanın andlaşmaları kanun hükmünde öngörmesinin amacı, usulüne göre yürütme organının onayladığı andlaşmanın Türk hukuk düzeninde yer aldığı; Türk yargıçlarının da bir uyuşmazlığı çözerken bunları Türk kanunları gibi uygulamak zorunda olduklarını vurgulamaktır. Bu hükmün dışı*

*dönük yönü ise, Türk Devleti'nin milletlerarası güvenilirliğini devam ettirme düşüncesinin bir ifadesidir.”*¹⁴⁵

Madde gerekçesinde son fıkraya dair bir açıklama bulunmadığından uluslararası andlaşmaların kanunlara göre hiyerarşik konumu tartışmalara neden olmuştur. Uluslararası andlaşmaların kanun hükmünde olması nedeniyle kanunlarla aynı normatif seviyede olduğunu iddia edenler olduğu gibi¹⁴⁶, Anayasa Mahkemesi'nde Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunulamayacağından ötürü kanunlardan üstün olduğu da savunulmuştur.¹⁴⁷ Bunun yanında yalnızca insan haklarına ilişkin andlaşmaların kanunlardan üstün olacağını savunan görüşler de mevcut idi.¹⁴⁸ Bu konuda farklı değerlendirmeler mevcut olsa da, 2004 değişikliği öncesi dönemde kanunlar ve uluslararası andlaşmalar arasındaki bir çatışmanın çözümünde genel hüküm-özel hüküm ya da önceki hüküm-sonraki hüküm ilkelerinin işletilmesi yanlış olmayacaktır.¹⁴⁹

07/05/2004 tarih ve 5170 sayılı kanunun 7. maddesi ile Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına bir hüküm eklenmiş ve uluslararası andlaşmaların iç hukuktaki yerine ilişkin önemli bir yenilik hayata geçirilmiştir. Bu hükme göre:

“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.”

Anayasa değişikliğinin gerekçesinde ise şu ifadeler yer almaktadır:

“GEREKÇE (7.5.2004—5170/7 md.)

Uygulamada usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan haklarına ilişkin milletlerarası andlaşmalar ile kanun hükümlerinin çelişmesi halinde ortaya çıkacak bir uyuşmazlığın hallinde hangisine öncelik verileceği konusundaki tereddütlerin giderilmesi amacıyla 90 ıncı maddenin son fıkrasına hüküm eklenmektedir.”¹⁵⁰

145 Teziç, a.g.e., s.12-13

146 Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s.422

147 Mümtaz Soysal, “Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler”, Anayasa Yargısı Dergisi, C.:2, 1985, s.17, Aynı doğrultuda: Danıştay 5. Daire, T:22/05/1991, E:1986/1723,

K:1991:933, DD, S.:84-85, s.326, Nakleden: Tanör ve Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s.484, 485, Aksi görüşte: Rona Aybay, “Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri”, TBB Dergisi, S. 70, 2007, s.198,

148 Mehmet Turhan, “Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve Özgürlüklerin Korunmasına Etkileri ve Türk Anayasa Mahkemesi”, Anayasa Yargısı Dergisi, C.:20, 2003, s.230

149 Osman İpkin, 5170 Sayılı Kanunun İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Konumuna Etkisi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2010, s.12

150 <http://web.deu.edu.tr/ab/ABTR/uyum/5170.htm#g>, Erişim Tarihi:02/02/2016, Bu düzenleme, Avrupa Birliği'ne üyelik sürecinde Birlik müktesebatının iç hukukta etkiler doğurmasını ve ulusal hukuk normlarına üstünlüğünü temin etme amacıyla hayata geçirilmişse de, madde metninde yalnızca temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmalar için kanunlara üstünlük tanımaktadır. Oysa AB gibi uluslararası bir oluşuma üyelik için, insan haklarına ilişkin olup olmadığına bakılmaksızın Avrupa Topluluğu'nun kuruluşuna ve organizasyonuna dair hükümler öngören andlaşmaların iç hukukta geçerliliğini sağlayacak anayasal düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. Bu değişiklik Türkiye'nin

Getirilen yeni düzenleme ile temel hak ve hürriyetlere ilişkin milletlerarası andlaşmalara, kanunlar karşısında üstünlük verildiği tartışmasıdır. Zira mezkûr andlaşmalarla kanunların bir konuda farklı hükümler içermesi durumunda andlaşma hükümleri esas alınacaktır. Bu nedenle, 2004 öncesi uluslararası andlaşmaların hukuki konumuna dair var olan tartışmalar, sınırları belirsiz de olsa temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan andlaşmalar için sona erdirilmiştir. Bunun doğal bir sonucu olarak, temel hak ve özgürlüklere ilişkin olmayan andlaşmaların kanunlar ile eşit normatif güce sahip oldukları kabul edilmiş olmaktadır. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşmalara karşı Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaması kuralı ise; andlaşmanın yürürlüğe girmesinden sonra gerçekleştirilen anayasal denetim sonrası verilecek muhtemel bir iptal kararı devletin uluslararası sorumluluğunu doğuracağından, bu ihtimali engelleme niyetiyle öngörölmüş bir kural olarak kabul edilmeli ve andlaşmalara üstünlük tanır bir şekilde yorumlanmamalıdır.¹⁵¹ O halde uluslararası andlaşmalar prensip olarak kanunlarla eşdeğer kabul edilmelidir. Fakat, 2004 değişikliğiyle 90. maddeye eklenen fıkra gereği temel hak ve hürriyetlere ilişkin milletlerarası andlaşmalar ile, Anayasa'nın 15, 16, 42 ve 92. maddelerinde belirtilen konularda yapılmış veya yapılacak andlaşma hükümleri bu kaidenin istisnasını oluşturmaktadır.¹⁵² Özbudun'a göre, Anayasa Mahkemesi'ne bir uluslararası andlaşmaya aykırı olduğu gerekçesiyle bir kanunu iptal etme yetkisi tanınmamış olduğu için uluslararası andlaşmalar anayasallık denetiminde ölçü norm haline gelmiş değildir. Fakat Yüksek Mahkeme, önüne gelen bir olayda temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmaya aykırı olduğunu saptadığı bir kanun hükmünü ihmal edebilecektir.¹⁵³

AB'ye üyeliğinin teknik altyapısını oluşturmaktan çok, üyelik sürecinde Türkiye'nin zayıf yönü olan insan hakları meselesinde elini güçlendirecek ve insan hakları normlarını uygulamakta çekingen davranan Türk hâkimlerini bu yönde teşvik edecek/zorlayacak bir hüküm ortaya koymuştur. (Levent Gönenç, "1982 Anayasası'nda Sessiz Devrim:90. Madde Değişikliği ve Getirdiği Sorunlar", http://www.yasayanayasa.ankara.edu.tr/belgeler/analizler/90_madde.pdf, Erişim Tarihi:02/02/2016)

151 Pazarıcı, a.g.e., s.35 vd.

152 Teziç, a.g.e., s.13-14

153 Özbudun, a.g.e., s.423

2.1.2. 2004 Değişikliği Sonrası İhmal

2004'te hayata geçirilen Anayasadeğişikliği ile, temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmalar ve kanunlar arasında bir hiyerarşi kurulmuş ve bu ikisinin çatışması durumunda hangisinin esas alınacağı belirtilmiş olsa da yeni düzenleme hala birtakım belirsizlikler içermektedir. Milletlerarası andlaşmaların neler olduğu, bunların kanunlar ile çatışmasının nasıl gerçekleşeceği ve andlaşma hükümlerinin esas alınması yoluyla getirilen çözümün nasıl uygulanacağı hala açıklanmaya muhtaçtır.

2.1.2.1. Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Milletlerarası Anlaşma Kavramı

Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına eklenen hüküm “usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmalar”dan bahsetmektedir. Ne madde metninde ne de gerekçesinde bu andlaşmaların hangi andlaşmalar olduğuna dair başka bir bilgi verilmemiştir.¹⁵⁴ Maddenin bu halinin milletlerarası andlaşmaların tespitinde zorluk çıkaracağı, bu nedenle hükmün uygulanmasında aksamalara neden olacağı, hem komisyon çalışmaları hem de genel kurul görüşmeleri esnasında dile getirilmiştir. Meclis Anayasa Komisyonu'nda “... *madde üzerindeki görüşmelerde sayısı çok fazla olan milletlerarası andlaşmaları uygulayıcıların bilmesinin zor olacağı, hangi andlaşmaların bu çerçevede değerlendirileceğinin tadad edilmesinin gerekli olduğu*” ifade edilmiş fakat komisyon tarafından kabul görmemiştir. Aynı zamanda Komisyon'da yazılan karşı oy yazısında da “*Teklifin 7 nci maddesinde, kanunlarla aynı konuda farklı hükümler taşıyan ve bu nedenle çıkacak uyuşmazlıklarda hükümleri esas alınacak temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmaların en azından hangi kaynaklardan gelen andlaşmalar olduğuna ilişkin bir belirleme yapılmasının, çıkabilecek bir takım farklı yorum ve uygulamaları önlemek bakımından yararlı olacağını düşünüyoruz ve bu nedenle 7 nci maddedeki düzenlemeye karşıyız.*” ifadeleriyle metnin belirsizliğine dikkat çekilmiştir.¹⁵⁵ Yine Genel Kurul görüşmeleri sırasında yapılan ve maddenin “*Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı, Uluslararası Çalışma Örgütü çerçevesinde yapılarak usulüne göre yürürlüğe*

¹⁵⁴<http://web.deu.edu.tr/ab/ABTR/uyum/5170.htm#g>, Erişim Tarihi:22/03/2017

¹⁵⁵ 22. Dönem 2. Yasama Yılı T.B.M.M.(S. Sayısı : 430), Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun Teklifi ve Anayasa Komisyonu Raporu (2/278): <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss430m.htm>, Erişim Tarihi:17/02/2016

konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır” şeklinde değiştirilmesine yönelik önerge de kabul görmemiştir.¹⁵⁶

Anayasa'nın mezkûr maddesinde belirtilen “temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar” ifadesinin vuzuha kavuşturulmasında başlıca sorun, bu andlaşmaların yalnızca ana konusu itibariyle temel hak ve özgürlükleri ele alan andlaşmalardan ibaret olup olmadığıdır. Hükmün lafzi yorumu esas itibariyle insan haklarını düzenlemeyen, fakat insan haklarına ilişkin düzenlemeler içeren andlaşmaların ilgili hükümleri kanunlar ile çatıştığında esas alınamayacağı sonucunu verebilmektedir. Öte yandan hükmün amaçsal yorumu ise, hangi andlaşmada yer alırsa alsın temel haklara ilişkin bir hükmün kanunlara üstün olması sonucunu doğuracaktır.¹⁵⁷

Bu şekilde bir yorum, kanaatimizce hükmün düzenlenme amacına daha uygundur. Zira uluslararası andlaşmanın ana düzenleme amacından ya da esas konusundan ziyade önem arzeden husus, insan haklarına ilişkin içerdiği hükümlerin iç hukukumuzda etki doğurmasıdır. Bu nedenle andlaşmanın ismi insan haklarıyla ilişkili olmasa bile, tek bir maddesi dahi temel hak ve özgürlüklere dair bir düzenleme getirdiği takdirde kanunlara üstün olarak uygulanmalıdır.¹⁵⁸

Madde metnindeki “temel hak ve özgürlükler” ifadesinin kapsamı da belirsizlikler taşımaktadır. Maddenin gerekçesinde “insan haklarına ilişkin milletlerarası andlaşmalar” ifadesi kullanılmışken madde metninde “temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar” ifadesinin kullanılması, bu kavramın sınırlarının belirlenmesini zorlaştırmıştır. Anayasa'nın 2. maddesinde “insan haklarına saygılı”, 14. maddesinde ise “insan haklarına dayanan” ifadelerine rağmen bu hükümde “temel hak ve özgürlükler” ifadesinin kullanılması kavram karmaşası oluşturmaya müsaittir. Bu tercih, insan haklarından daha sınırlı bir alanın kastedildiğine mi işaret etmektedir?

156 Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurul Tutanağı 22. Dönem 2. Yasama Yılı 86. Birleşim 07/Mayıs /2004 Cuma:

https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_g.birlesim_baslangic?P4=11825&P5=B&page1=14&page2=14, Erişim Tarihi:17/02/2016

157 Kemal Başlar, “Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni: Prof. Dr. Sevin Toluner'e Armağan, 24/1-2, 2004, s.315

158 İbrahim Şahbaz, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Yargı Sistemi'ndeki Yeri”, TBB Dergisi, S. 54, 2004, s.210

Bu hüküm, Anayasada hâlinde sistematik yoruma tabi tutulursa tüm insan haklarının bu kapsamda kabul edilmesi zorlaşacaktır. Zira Anayasa 2. maddesinde “insan haklarına saygılı”, 14. maddesinde ise “insan haklarına dayanan” ifadelerini kullanmışsa da hakları düzenlediği ikinci kısmının başlığı “Temel Haklar ve Ödevler” olarak konulmuştur. Bu kısmın “Genel Hükümler” başlığını taşıyan birinci bölümündeki hükümler istikrarlı biçimde “temel hak ve hürriyetler” ifadesini kullanmaktadır. Bu bölümde, “Kişinin hakları ve Ödevleri” (m. 17-40), “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler” (m. 41-65) ile “Siyasi Haklar ve Ödevler” (m. 66-74) düzenlenmiştir. Anayasa’nın Başlangıç Kısmında ise “Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak...” ifadesi yer almaktadır. Anayasa’nın bahsedilen hükümlerinin ortak ifadeleri içermesinden anlaşılacağı üzere Anayasa, İkinci Kısım’da sayılan temel hak ve hürriyetlere ilişkin düzenleme getirmektedir. Anayasa’nın 2. ve 14. maddelerindeki “insan haklarına saygılı” ve “insan haklarına dayanan” ifadeleri ise Türkiye Cumhuriyeti’nin bir niteliği olarak sayılmış olup, iç hukuku düzenleyici terimler olmaktan uzaktır. Bu bakış açısı benimsendiğinde, Anayasa’da zikredilen bir hakka ilişkin olarak bir uluslararası andlaşma ile kanun aynı konuda farklı düzenlemeler içerdiğinde andlaşma hükmü esas alınacaktır. Fakat Anayasa’da düzenlenmeyip, kanun ve uluslararası andlaşmanın düzenlediği bir hak söz konusu olur ve bu ikisi birbiriyle çatırırsa andlaşmanın üstünlüğünden bahsetmek söz konusu olamayacaktır.¹⁵⁹ Bu durumda kanun hükmünde olan uluslararası andlaşma hükmü ile kanun arasındaki çatışma, bu ikisi normatif olarak aynı seviyede sayılacağından genel yorum ilkeleri gereğince çözülecektir. Şunu da belirtmek gerekir ki, Anayasa’da yer verilen haklar listesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile korunan haklardan çok daha geniş bir alanı kapsamaktadır. Bilhassa mülkiyet hakkı, bu alanı daha da genişletmektedir. Nitekim günümüzde dolaylı yoldan da olsa mülkiyet hakkına temas etmeyen bir milletlerarası andlaşma yok gibidir.¹⁶⁰ Dolayısıyla, “temel hak ve özgürlükler” terimini Anayasa’da düzenlenen haklarla sınırlı tutmak, aslında çok da sınırlayıcı bir tutum olmayıp, Anayasa’nın sistematığına uyumlu bir yorumun gereğidir.

159 Şahbaz, a.g.m., s.209

160 Aybay, a.g.m., s.202

Gülmez'e göre ise bu konuda Anayasa'da düzenlenen haklar listesiyle bir sınırlandırma getirilmemelidir. Aynı şekilde taraf olduğumuz uluslararası andlaşmalarda düzenlenen hak ve hürriyetlerin ait olduğu kuşaklar nazara alınarak dar yorumlanmamalıdır. Bu hükümde “temel hak ve özgürlükler” terimi yerine “insan hakları” ifadesi kullanılsaydı bu sonuca çok daha kolay varılabilecekti. Yine de kullanılan terim, insan haklarının dinamik yapısı karşısında bizi sınırlayıcı bir haklar kategorisini ele alma sonucuna götürmemelidir. Onayladığımız ve onaylayacağımız tüm uluslararası metinlerde yer alan ve insan haklarına ilişkin olan düzenlemeler, hangi kategoride olurlarsa olsunlar ya da hangi kuşak haklardan sayılırlarsa sayılınsınlar bu kapsamda değerlendirilmelidir.¹⁶¹

Bu konuda tartışılabilir bir başka konu da “temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar” ifadesindeki “andlaşma” teriminin hangi andlaşmaları içerdiğidir. 1982 Anayasası'nın90. maddesine karşılık gelen ve çok küçük değişikliklerle kabul edilen 1961 Anayasası'nın65. maddesinin gerekçesi şu açıklamayı yapmaktadır:

“Maddede “Milletlerarası anlaşma” teriminin kullanılması ile yetinilmiştir. Gerçekten, hukuki mahiyeti yani bağlayıcılık vasfının menşei bakımından aralarında hiçbir fark mevcut olmamasına rağmen, milletlerarası hukuk kaideleri vaz'eden yazılı vesikalar için 14 kadar değişik terim kullanılmaktadır. Maddede, bu terimlerden en fazla umumi olanı tercih edilmiştir.”¹⁶²

Gerçekten uygulamada, devletler arasında benimsenen uluslararası metinler, çoğu zaman hukuki nitelikleri açısından önemli farklar taşımamalarına rağmen birçok farklı terimle isimlendirilmektedir. Anayasa'nın ilgili maddesi bu konuda “andlaşma” terimini kullanarak bu konuda kapsayıcı bir yaklaşımda bulunmayı amaçlamıştır. Fakat Başlar, bu konuda andlaşmaların tümünün aynı hukuki güce sahip olmadığı gerekçesiyle bazı istisnaların gözetilmesi gerektiğini savunmaktadır. Diğer bir deyişle, nitelikleri itibariyle esnek hukuk (*soft law*) belgelerinin antlaşma olarak kabul edilmemeleri, bu nedenle kanunlardan üstün olarak değerlendirilmemeleri gerektiğini belirtmektedir.¹⁶³

161 Mesut Gülmez, “Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmeleri'nin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri”, TBB Dergisi, S. 54, 2004, s.153

162https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TM_/d00/c002/b034/tm_000020340423.pdf, Erişim Tarihi:22/03/2017

163 Esnek hukuk kuralları (*soft law*), kesin olarak bağlayıcı hukuk normu niteliği taşımayıp, aynı zamanda hukuken bir değeri olmayan siyasi ilkelere de ibaret olmayan, siyaset ile hukuk arasındaki gri alanda işlev gören kurallardır. Bu tür kurallara örnek olarak, yürürlüğe girmesinden önce bir andlaşmanın içerdiği hükümler ya da uluslararası konferansların ya da örgütlerin hukuki bağlayıcılıktan yoksun olan kararları gösterilebilir. (Malanczuk, a.g.e., s.54) Bir andlaşmadaki *soft law* hükümlerin, taraflara “iyi davranış standartları öneren” ve icrai açıdan “dışsız” hükümler olduğu da

Deklarasyon niteliğinde olan İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, AGİT çerçevesinde imzalanan Helsinki Nihai Senedi ve Paris Şartı gibi belgeler bu duruma örnek teşkil etmektedir.¹⁶⁴ Öte yandan Gülmez, antlaşma, şart, pakt vb. her ne biçim altında olursa olsun imzaladığımız ve imzalayacağımız tüm insan hakları belgelerinin temel hak ve özgürlükler konusunda esas teşkil etmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu terimin pozitif dayanağı, usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan haklarına dair tüm hukuk metinleridir, yani insan hakları sözleşmeleridir. Bu hükümde kastedilen andlaşmalar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi içerdiği haklar için yargısal bir koruma sistemi öngören andlaşmalarla sınırlı tutulamaz.¹⁶⁵ Kanaatimizce, devletin insan haklarını konu alan bir andlaşmayı imzalaması, o hak ve özgürlüklerini iç hukukta hayata geçirme amacını göstermek açısından yeterlidir. Bu nedenle, Anayasa'nın 90. maddesindeki ifade, temel hak ve hürriyetlere ilişkin imzalanan tüm uluslararası metinleri kapsar şekilde anlaşılmalıdır. Bir uluslararası andlaşmanın esnek hukuk niteliği taşıması, metnin kapsadığı yükümlülüklerin hayata geçirilip geçirilmediğine ilişkin taraf devletin uluslararası plandaki sorumluluğuna yönelik sonuç doğurmaktadır. İç hukuka bakan yönü itibarıyla, temel hak ve özgürlüklere ilişkin imzalanmış bir andlaşmanın, her ne kadar uluslararası sorumluluk doğuran bir nitelik taşımasa da Anayasa'nın ilgili hükmü karşısında ulusal hukukta hiçbir değer taşıması, bu andlaşmaların tamamen hükümsüz olmasını neticesini doğuracaktır. Bu nedenle temel hak ve özgürlüklere dair imzalanan tüm uluslararası andlaşmaların kanunlardan üstün hukuki güce sahip oldukları kabul edilmelidir.

Usulüne göre yürürlüğe konulmuş bir uluslararası andlaşmanın anayasaya aykırı hükümler içermesi durumu da bu konuda akla gelebilecek bir sorundur. Bazı ülkeler andlaşmaların anayasaya uygunluğunun denetimine ilişkin mekanizmalar benimsemiş olsa da bizim hukuk sistemimizde bu tarz bir mekanizma yoktur. Uluslararası andlaşmanın onaylanmasını uygun bulma kanununun anayasal denetimini engelleyen bir hüküm olmasa da bu incelemede andlaşmanın içeriğine ilişkin bir denetim yapılması mümkün değildir. Zira konuları ayırt edilmeksizin hiçbir milletlerarası andlaşmaya karşı anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yapma imkânı

ifade edilmektedir. (Sedat Çal, "Reciprocity and Provisional Application Under Energy Charter Treaty", European Energy Law Report, Editörler: M.Roggenkamp-U.Hammer, Intersentia, 2009, s.195, <http://www.idare.gen.tr/cal-reciprocity.pdf>, Erişim Tarihi:03/04/2017)

164 Başlar, a.g.m., s.316

165 Gülmez, a.g.m., s.153

bulunmamaktadır. Milletlerarası andlaşmalar ile anayasa arasında doğabilecek çatışmalar ve bu ikisinin birbirine göre hiyerarşik konumu başlı başına derin bir tartışma konusudur. Bizim konumuz milletlerarası andlaşmalar ile kanunlar arası çatışma olduğundan burada zikrettiğimiz mevzuun tahkikine girmiyoruz.

Sonuç olarak denilebilir ki, 90. maddedeki “temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar”ın tespiti her yönden tartışmaya açıktır. Zira madde metni ve gerekçesi, hükmün kapsamını şüpheye yer bırakmayacak şekilde ortaya koymaktan uzaktır. Bu konuda karar verecek yargıcın, referans alacağı uluslararası andlaşmanın mahiyetini iyi tespit ederek uygulaması gerekmektedir.

2.1.2.2. Andlaşma ile Çatışma Halinde Olacak Normun Niteliği

Anayasa'nın 90. maddesine eklenen cümlede kanunların milletlerarası andlaşma ile bir konuda farklı hükümler içermesinden bahsedilmektedir. Fakat burada “kanun” terimi ile bahsedilen normun kapsamı belirsizdir. Başka bir deyişle buradaki ifade, maddi kanun olarak mı şekli kanun olarak mı anlaşılacaktır? Şekli kanun, yasama yetkisine sahip olan meclis tarafından, Anayasa'da öngörülen usule göre uyularak yapılan işlemlerdir. Bu yorum biçiminde kanun olarak adlandırılan işlemin içeriğinden ziyade, yasama organı tarafından hayata getirilen bir metin olması dikkate alınır. Maddi kanun kriteri ise, kanunun içeriğine odaklanarak, söz konusu işlemi yapan organdan ziyade, o işlemin neyi nasıl düzenlediğine, genel, soyut ve objektif kurallar ihdas edip etmediğine odaklanır.¹⁶⁶

Doktrinde genel kabul gören görüş, 5170 sayılı Kanun ile getirilen düzenlemedeki kanun terimini maddi kanun olarak anlamaktadır. Şu durumda yönetmelik, tüzük gibi genel, soyut, kişilik dışı kurallar koyan idari düzenleyici işlemler ve kanun hükmünde kararname de bu kapsamda kabul edilmelidir. “Kanun” terimi Anayasa'nın birçok yerinde geçmekte olup her zaman şekli kanun anlamında kullanılmamaktadır. Bu nedenle ilgili hükmü yorumlarken lafzi yoruma başvurmak hatalı olur.¹⁶⁷ Bu görüşün savunucuları daha da ileri giderek, Anayasa ile milletlerarası andlaşma hükümlerinin çatışması halinde de andlaşma hükümlerinin esas alınması gerektiğini ileri

¹⁶⁶ Teziç, a.g.e., s.15-17

¹⁶⁷ Başlar, a.g.m., s.326

sürmektedirler. 2. ve 14. maddelerinde “insan haklarına saygılı” ve “insan haklarına dayalı” cumhuriyet anlayışını benimseyen Anayasa'nın, insan haklarına ilişkin uluslararası andlaşmalardaki hükümlere aykırı düzenlemeleri Anayasa metninde tutarak korumasının 90. madde hükmünün ve cumhuriyetin niteliklerine yer veren diğer hükümlerin amacına ters düşeceği savunulmaktadır.¹⁶⁸

Kanaatimizce, 90. maddenin lafzı karşısında milletlerarası andlaşma hükümlerine anayasa karşısında üstünlük tanımak oldukça güçtür. Nitekim, hüküm andlaşma hükümlerinin kanunlarla çatışma halinde esas alınacağını öngörse de anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamayacağını da düzenlemektedir. Bu başvuru yolu kapatıldığına göre andlaşmaların anayasaya aykırı hükümler içermesi söz konusu olabilmektedir. Fakat Anayasa bu durumda ne yapılabileceğini adeta görmezden gelmekte, bu soruna bir çözüm yolu önermemektedir. Buna rağmen Anayasa hükümleri ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşma hükümleri çatıştığında andlaşma hükümlerini uygulamak, buna hiçbir şekilde olanak tanımayan 90. madde hükmünün lafzını fazlasıyla zorlamak olacaktır.

Bu hükmün yorumlanmasında argumentum *a fortiori* (evleviyet) kuralının uygulanması gerektiği de savunulmuştur.¹⁶⁹ Kanun, normlar hiyerarşisinde anayasanın hemen altında yer alan ve herhangi bir konunun düzenlenmesine yönelik olarak yasama erkinin asli düzenleme yetkisini kullandığı ana enstrümandır. 90. madde hükmünün uluslararası andlaşmalarla çatışan kanunlardan bahsederken, hiyerarşide kanunun altında yer alan ve kanunlara tabi olan diğer düzenleyici işlemleri de bu hükmün kapsamına dahil ettiğini düşünmek yerinde olacaktır. Yani kanun gibi normatif gücü diğerlerinden yüksek olan bir norm dahi andlaşma hükümleri ile çatıştığında ihmal edilebiliyorsa, diğer düzenleyici işlemlerin evleviyetle ihmale konu olması gerekir. Fakat anayasanın bu kapsamda olması mümkün değildir. Zira kanunun anayasaya göre ne bir üstünlüğü ne de bir kapsayıcılığı söz konusudur.

Bu noktada şu hususu da belirtmek gerekir. KHK'ler her ne kadar organik açıdan düzenleyici işlem sayılsa da maddi açıdan kanun gücünde olan işlemlerdir. Normlar hiyerarşisinde kanunlarla aynı düzeyde bulunurlar. Bir KHK, yürürlükteki bir kanun hükmünü değiştirebilir.¹⁷⁰ Anayasa aykırılıkları nedeniyle açılacak iptal davası Anayasa

168 Gülmez, a.g.m., s.155

169 Başlar, a.g.m., s.326

170 Gözler, a.g.e., C.:I, s.1177

Mahkemesi'nde görülür. Bu nedenle kanunların ihmaline yönelik yapacağımız inceleme, KHK'ler için de geçerli sayılmalıdır.

2.1.2.3. Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Milletlerarası Anlaşmaların Kanunlar ile Çatışma Halleri

Kanunların andlaşmalar karşısında ihmal edilmesi meselesini ele alabilmek için öncelikle bu ikisi arasında ne tür çatışmalar çıkabileceğini incelemek gerekmektedir. Anayasanın 90. maddesinin son fıkrası, milletlerarası andlaşma-kanun çatışmasını ifade ederken bu ikisinin aynı konuda farklı hükümler içermesinden bahsetmektedir. Maddenin gerekçesinde ise iki norm arasındaki çelişmeden bahsedilmektedir. Anayasa Komisyonu Raporu'nda yine çelişme ve çatışma ifadeleri kullanılmaktadır.¹⁷¹ Bu ifadelerin ne anlam ifade ettiğini yargılama aşamasında iki normu da değerlendirerek bir sonuca varmakla yükümlü olan hâkim ortaya koyacaktır.

Normlar arası çatışmanın belirlenmesi hususunda karşımıza çıkan problem, uluslararası andlaşmaların çoğu zaman yargılama konusu olaya doğrudan uygulanabilecek hükümler içermemesi meselesidir. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmalar, hakların içeriğinden ve kullanımlarına getirilebilecek istisnalardan bahsetseler de somut bir olayın çözümünde kullanılabilmesi için muhtevalarının daha açık bir şekilde ortaya koyulmaları gerekmektedir. Ülkemizde kanunların kimi zaman bir yönetmelik veya tüzük ve hatta genelge kadar ayrıntılı hükümler içerdiği göz önüne alındığında, bu nitelikteki kuralların genel ve soyut hükümler içeren andlaşma hükümleri ile çatışmasının tespiti hâkimler açısından kolay değildir.¹⁷² Denilebilir ki bir uluslararası andlaşmaya gerçek anlamını veren, o andlaşmayı hazırlayan kuruluştaki denetim ve yargı organları ile idari birimlerin andlaşma metnine getirdiği yorumdur. Örneğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin Türk Ceza Muhakemesi Kanunu'nda bulunan hükümler ile açık bir şekilde çatışması pek mümkün değildir. Zira bu madde çok genel bir şekilde adil yargılanma hakkından bahsetmektedir.¹⁷³ 6.

171 22. Dönem 2. Yasama Yılı T.B.M.M. (S. Sayısı : 430), Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun Teklifi ve Anayasa Komisyonu Raporu (2/278):

<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss430m.htm>, Erişim Tarihi:17/02/2016

172 Ali Karagülmez, "5170 Sayılı Yasa'yla Anayasa'nın 90. Maddesinde Yapılan Değişikliğe Bir Bakış", TBB Dergisi, Sayı 54, 2004, s.172

173 Başlar, a.g.m., s.319

maddenin metninde açıkça geçmese de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “bir yargı yerine başvurma hakkı”nı bu hak kapsamında saymaktadır. Mahkemenin ilk defa 1975 tarihli Golder/Birleşik Krallık kararında ortaya koyduğu bu hakka göre kişiye uyuşmazlığının görüm ve çözümü için bir yargı yerine başvurma imkanının sağlanmış olması gerekmektedir.¹⁷⁴ Buna benzer şekilde madde metninde, “yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkı”, “makul sürede yargılanma hakkı” gibi kimi haklar açıkça tanınmışken, verdiğimiz örneğin yanında “duruşmada hazır bulunma hakkı”, “silahların eşitliği”, kendini suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamama hakkı” gibi kimi haklar Mahkeme'nin içtihat yoluyla türettiği haklardır.¹⁷⁵ Bu nedenle milletlerarası andlaşmaların yorumunda, andlaşma hükümlerinin lafzının yanında koruma ve denetim organlarının benimsemiş olduğu yorumların da dikkate alınması gerektiği savunulmaktadır. Aksi durum Anayasada öngörülen düzenlemeyi etkisiz bırakacaktır. Zira bu düzenlemenin amacı, temel hak ve özgürlüklerin söz konusu uyuşmazlıkların uluslararası yargı organlarının önüne gelmeden ulusal mahkemeler aracılığıyla çözüme kavuşturulmasıdır. Andlaşmaların uygulanmasını denetlemekle görevli organların bir konuya ilişkin ilke kararlarının ve içtihatlarının dikkate alınmaması, o andlaşmanın hak ve özgürlüklere dair getirdiği korumayı ortadan kaldırır.¹⁷⁶

Aybay ise bu konuda bambaşka bir çözüm yolu önererek doğrudan uygulanabilir andlaşmalarla doğrudan uygulanması mümkün olmayan andlaşmalar arasında ayırım yapmak gerektiğini savunmaktadır. Doğrudan uygulanabilir andlaşmalar, yürürlüğe girmeleri sonrasında yasa koyucunun ayrıca bir düzenleme yapmasına gerek olmaksızın iç hukukta sonuçlar doğuran ve yargı organları tarafından uygulanabilen andlaşmalardır. Doğrudan uygulanabilir nitelikte olmayan andlaşmaların muhatabı ise uygulayıcılar değil, yasa koyucudur. Bu andlaşma hükmünün iç hukukta somut olaylara ve durumlara ilişkin hükümlerinin doğurabilmesi için, yasama organının ayrıca düzenleme yapması gerekmektedir. Bu ayırımın konumuza yönelik en önemli sonucu, doğrudan uygulanabilir nitelikte olmayan ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümler içeren bir andlaşmanın kanunla çatışmasının, Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası kapsamı

174 AİHM, Golder/Birleşik Krallık Davası, Başvuru No:4451/70, 21/2/1975,

175 Durmuş Tezcan vd., İnsan Hakları El Kitabı, Seçkin Yayınevi, 4. Baskı, Ankara, s.226 vd.

176 Gülmez, a.g.m., s.158

dışında tutulmasıdır. Zira böyle bir durumda bir olaya uygulanabilecek bağlayıcılık seviyeleri eşit iki farklı normdan bahsetmek mümkün değildir. Hukuki problemin çözümünde kullanılacak tek norm yasa hükmüdür. Andlaşma ise ancak yasanın yorumunda yol gösterici bir işleve sahip olabilecektir. Aybay, bu noktada Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin ve doğrudan uygulanabilir nitelikteki diğer andlaşmalar arasında da bir ayırım yapmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, taraf devletlerin sözleşme hükümlerine uygun davranıp davranmadığını denetleyen yargısal nitelikli bir kurumdur. Sözleşme'nin 46. maddesindeki “Yüksek Sözleşmeciler Taraf, taraf oldukları davalarda Mahkeme'nin verdiği kesinleşmiş kararlara uymayı taahhüt ederler.” hükmü gereğince Mahkeme'nin kararları kesin hüküm niteliği taşır ve taraf devletler bu kararlara uymak zorundadır. Bu nedenle bir kanunun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin bir hükmüyle aynı konuda farklı hükümler içermesi durumunun tespitinde uygulayıcılar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarını dikkate almak zorundadırlar. Aksi halde uyuşmazlık Strasbourg Mahkemesi'nin önüne gelecek ve problem yine bu yargı yerinin yorumuna göre çözülecektir. Fakat temel hak ve özgürlükleri düzenleyen diğer andlaşmalar, taraf devletlerin andlaşmaya uygun davranmasını temin etmek adına kimi denetim organları öngörseler de bunlar kesin hüküm niteliği taşıyan kararlar veren yargı organları değildir. Bu nedenle, her ne kadar doğrudan uygulanabilir nitelik taşısa da hayata geçirilmesi bir yargı organının himayesinde olmayan andlaşmaların kanunlarla çatışması konusunda nihai kararı verecek mercii ulusal yargı organları, yani Türk mahkemeleridir.¹⁷⁷ Aybay'ın bu ayırımını, yukarıda bahsedildiği gibi, kendisi de soyut ve genel hükümler içeren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Mahkeme'nin içtihadı vasıtasıyla iç hukukta uygulanırken, doğrudan uygulanabilir kabul edilmeyen andlaşmaların 90. maddenin kapsamı dışında tutulmasını tutarlı bulmuyoruz. Eğer bir andlaşma, hükümlerinin lafzı ve denetim organlarının kararları ile hukuki probleme çözüm getirir nitelik kazanmışsa hâkimler tarafından uygulanmalıdır. Nitekim doğrudan uygulanabilirlik kriteri benimsense dahi, bir andlaşmanın bu nitelikte olup olmadığını saptayacak mercii Türk mahkemeleridir. Eğer bu hükmün uygulanması daha belirli ve öngörülebilir hale getirilmek isteniyorsa, yasama meclisinin hayata getireceği değişikliklerle bu konuyu daha ayrıntılı olarak düzenlemesi gerekmektedir.

177 Aybay, a.g.m., s.206 vd.

Yukarıda da bahsedildiği üzere, 2004 Anayasa değişikliği, AB sürecinde Türkiye'nin insan hakları problemlerine bir çözüm getirmek amacıyla hayata geçirilmiştir. Dolayısıyla, Anayasa'ya eklenen hükümde, milletlerarası andlaşmaların, temel hak ve özgürlükler konusunda kanunlara nazaran bireyin daha lehine hükümler içerdiğinin varsayıldığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bu nedenledir ki andlaşma hükümlerine üstünlük tanınmıştır. Fakat, bir konuda kanun hükmünün ilgili andlaşmaya göre hak ve özgürlükleri daha genişletici bir düzenleme içermesi durumunda ne yapılacaktır? Madde metninin lafzi yorumundan her durumda andlaşma hükmünün uygulanacağı sonucu çıkmaktadır. Baskın görüşe göre böyle bir durumda Anayasa hükmünün öngörülüş amacı da dikkate alınarak hak ve özgürlüklerin lehine olan kanun hükmü uygulanmalıdır.¹⁷⁸ Bir görüşe göre, böyle bir durumda uluslararası alandaki düzenlemeden daha koruyucu bir hüküm öngören kanun ile andlaşma arasında bir çatışma yoktur. Bu nedenle lehe hüküm içeren kanun uygulanmalıdır.¹⁷⁹ Bu nedenle kanunun bir maddesi dahi andlaşmadan daha güvenceli bir düzenleme öngörüyorsa, kanun hükmünün uygulanmasından çekinilmemelidir.¹⁸⁰ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 53. maddesi bu soruna bir çözüm getirmektedir. Madde hükmünde; *“Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbirisi, herhangi bir Yüksek Sözleşmecî Taraf’ın yasalarına ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşme uyarınca tanınmış olabilecek insan hakları ve temel özgürlükleri sınırlandıracak veya onları ihlal edecek biçimde yorumlanamaz.”* denilerek, ulusal mevzuatta veya diğer bir uluslararası andlaşma ile sağlanmış lehe düzenlemelerin bertaraf edilmesini önlemeyi amaçlamıştır. Aynı şekilde Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 5. maddesi; *“Bu Sözleşmenin bir hakkı tanımadığı veya daha az ölçüde tanıdığı bahane edilerek, Sözleşmeye Taraf Devletlerden birinin iç hukukunda yasalarla, anlaşmalarla tanınmış bulunan veya geleneklerinde varolan temel insan haklarına sınırlama getirilemez veya bu haklara karşı yükümlülük azaltılamaz.”* hükmüyle aynı yönde çözüm getirmiştir. Uygulanacak andlaşma bu tarz bir hüküm içermese dahi doktrinde savunulan görüşe uygun olarak, kanunun lehe düzenleme getirmesi halinde andlaşmanın değil kanun hükmünün uygulanması gerektiğini düşünüyoruz.

178 Gülmez, a.g.m., s.156

179 Başlar, a.g.m., s.317

180 Şahbaz, a.g.m., s.213

Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınacağını öngörmektedir. Esas alma ifadesi, Anayasa Komisyonu Raporu'nda ve madde gerekçesinde “öncelikle uygulama” terimiyle ifade edilmiştir. Bir görüşe göre bu düzenleme, temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmalara yasalar karşısında üstünlük tanımaktadır ve bu ikisi arasında çıkacak bir çatışma ulusal hukuk bir kenara bırakılarak, andlaşma hükümlerinin referans alınması vasıtasıyla çözülecektir.¹⁸¹ Bir diğer görüşe göre ise, 90. maddedeki hüküm bir maddi hukuk kuralı değil, “yasa çatışması” kuralıdır. Yani, hukuki problemin çözülmesi için, olayın esasına uygulanacak maddi hukuk kuralının belirlenmesine yönelik bir kuraldır. Bu hüküm, andlaşmaların kanun hükmünde olması durumuna bir değişiklik getirmemekte, kanunlara karşı andlaşmalara bir üstünlük tanımamaktadır. Yalnızca belli durumlarda uyuşmazlığın hangi hukuk normunun kullanılarak çözüleceğini göstermektedir.¹⁸² Kanaatimizce 2004 değişikliği, andlaşmalara kanunlar karşısında üstünlük tanınıp tanınmadığı tartışmasından bağımsız olarak, bu ikisinin çatıştığı durumlarda kanun hükmünün ihmal edileceğini öngörmektedir. “Esas alınır” ifadesi, belirtilen durumlarda kanun hükmünün ihmal edilip, olaya andlaşma hükmünün uygulanması anlamına gelmektedir.¹⁸³ Bu durumda, kanun hükmü ilga edilmemiş olacak ve hukuki mevcudiyetini devam ettirecektir. Ayrıca, kanun hükmünün ihmalî yalnızca taraflar arasında (*inter partes*) etki doğuracak ve dava konusu uyuşmazlık dışında mahkeme önüne gelecek başka davalarda hâkimlertarafından uygulanabilecektir.¹⁸⁴

2.1.2.4. Yargı Uygulamasında İhmal

Şimdiye kadar, Anayasa'nın 90. maddesinde öngörülen düzenlemenin teorik temellerini ve doğurabileceği sıkıntıları anlatmaya çalıştık. Bu bölümde, ihmal kurumunun iptal davalarında ne şekilde uygulandığını mahkeme kararlarıyla anlatmaya çalışacağız.

181 Gülmez, a.g.m., s.156

182 Aybay, a.g.m., s.206

183 Aynı görüşte bkz: Karagülmez, a.g.m., s.174

184 Başlar, a.g.m., s.321

Ankara 5. İdare Mahkemesi, bir öğretmen hakkında verilen kınama cezasının dava konusu edildiği bir uyuşmazlıkta, Anayasa'nın 90. maddesine göre bir uluslararası andlaşma ile kanun hükmü arasındaki çatışmayı inceleyerek bir çözüme varmıştır.¹⁸⁵ Karar tarihinde yürürlükte olan Anayasa'nın 129. maddesi uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç, disiplin kararlarının yargı denetimi dışında bırakılmayacağını; 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 135. maddesi ise disiplin amirleri tarafından verilen uyarma ve kınama cezalarına karşı itirazın varsa bir üst disiplin amirine, yoksa disiplin kurullarına yapılabileceğini; aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve Devlet Memurluğundan çıkarma cezalarına karşı idari yargı yoluna başvurulabileceğini; 136/3. maddesi de uyarma ve kınama cezalarına ilişkin olarak itiraz edilmeyen kararlar ile itiraz üzerine verilen kararların kesin olup, bu kararlar aleyhine idari yargı yoluna başvurulamayacağını öngörüyordu. Mevzuatta yer alan bu hükümlerden ötürü, Anayasa'da açıkça yasaklanmamasına rağmen memurlara verilen uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yoluna başvurulamıyordu. Mahkeme, uyuşmazlığın esasına geçebilmek için öncelikle kınama cezasına karşı yargı yolunun açık olup olmadığını inceleme yoluna gitmiştir. Öncelikle uluslararası insan hakları hukukunun ve Anayasa'nın 90. maddesinde yapılan değişikliğin idari yargılama hukuku açısından değerini şu ifadelerle ortaya koymuştur:

“Anayasanın 138. maddesinde yer alan “hukuka” uygun karar vermenin iç hukuk yanında uluslararası hukuk da dahil olarak anlamak gerekir. Ulusal üstü hukuk herhangi bir şekilde ulusal hukuka dahil olmuşsa yargı yetkisini kullanan hakimlerin bunu göz önünde bulundurması zorunludur.

Yeni metinde yer alan “temel hak ve özgürlüklerin” iç hukukta yer alan temel hak ve özgürlüklerle sınırlı olmaması gerekir. Usulüne uygun yürürlüğe giren tüm uluslararası sözleşmelerde yer alan temel hak ve özgürlüklerin kapsam içinde bulunduğu anlaşılmaktadır. Uluslararası insan hakları hukukunun anlaşma, sözleşme, şart, pakt gibi belgelerce tanıdığı ve güvenceye aldığı tüm insan hakları bu güvence altındadır.”

Kararda, uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunun kapatılması söz konusu olduğu için mesele adil yargılanma hakkı kapsamında ele alınmıştır. Bu hakkın uluslararası sözleşmelerde sıklıkla yer verilen ve Anayasa tarafından da tanınan temel bir insan hakkı olduğunu belirten mahkeme, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin adil

¹⁸⁵ Ankara 5. İdare Mahkemesi, T:29/06/2004, E:2003/1796, K:2004/1212, Nakleden: Şanlı, “Anayasa Değişikliğinin Uzanamadığı Yer: Uyarma ve Kınama Cezalarının Yargısal Denetimi ve Bir Danıştay Kararı”, TBB Dergisi, S.70, 2007, s.125

yargılanma hakkına ilişkin kararlarından alıntılar yaparak, Mahkemenin “*Özetle, tarafsızlığı ve bağımsızlığından kuşku duyulmayacak şekilde oluşturulmuş bir mahkemeye başvuru olanağının tanınmadığı bir idari rejimin adil yargılanmaya uygun olmadığı ilkesinin kabul...*” ettiğini belirtmiştir. Ardından mahkeme, Anayasa'nın 90. maddesinde getirilen yeni düzenleme ışığında, Devlet Memurları Kanunu'nun ilgili hükümlerinin, Türkiye'nin taraf olduğu Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi ile bu konuda farklı hükümler içerip içermediğinin tespitine yönelmiştir. Türkiye tarafından 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalanan ve 4 Haziran 2003 tarihinde TBMM'de onaylanması uygun bulunan Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi, 4868 sayılı Kanunun 18 Haziran 2003 günlü ve 25142 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmasıyla yürürlüğe girmiştir. Bu sözleşmenin, adil yargılanma hakkını düzenleyen 14. maddesinde, herkesin mahkemeler ve yargı yerleri önünde eşit oldukları, herkesin hakkındaki bir suç isnadının veya hak ve yükümlülükleri ile ilgili bir hukuki uyuşmazlığın karara bağlanmasında, hukuken kurulmuş yetkili, bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından adil ve aleni olarak yargılanma hakkına sahip oldukları belirtilmiştir. Mahkeme bu hükme, adil yargılanma hakkının bir parçası olan mahkemeye başvurma hakkına hiçbir sınırlama getirmemesi yönünden yaklaşarak, uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunu kapatan kanun hükümlerinin Sözleşme ile aynı konuda farklı hükümler içerdiği sonucuna varmıştır. Bu nedenle, uyuşmazlığa konu olan olayda esas alınacak kuralın Sözleşme hükmü olduğuna hükmederek, kınama cezasına karşı mahkemeye başvurulabileceğini kabul edip davanın esasını incelemeye geçmiştir. Bunun yanında, Anayasanın ilgili hükmünün uyarma ve kınama cezasına karşı yargı yolunu kapatmadığını, bu nedenle bu yöndeki bir kanun maddesinin anayasaya aykırı olmayacağını da tespiti yapılmıştır. Mahkemenin davanın esası hakkında yaptığı inceleme sonrası verdiği iptal kararına karşı temyiz başvurusunda bulunmuş ve Danıştay'ın 12. Dairesi tarafından bozma kararı verilmiştir. Kararda “*açık olan Anayasa ve yasa hükümleri karşısında kınama cezasının yargısal denetimini yapmaya hukuken olanak bulunmadığından...*” gerekçesine dayanılmıştır.¹⁸⁶ Davanın esasını oluşturan kınama cezasının hukuka uygun olup olmadığı meselesinden bağımsız olarak, Danıştay'ın yargı yoluna ilişkin yaptığı yoruma katılmıyoruz. Zira Anayasanın karar tarihinde yürürlükte olan hükmü, uyarma ve kınama cezalarına karşı mahkemeye

186 Danıştay 12. Daire, T:18/10/2005, E:2004/4584, K:2005/3520, Nakleden: Şanlı, “Anayasa Değişikliğinin ...”, s.112

başvurma imkanının öngörülmesi konusunda yasama organına bir takdir yetkisi tanıyordu. Yani bu iki disiplin cezasına karşı yargı yolu açılrsa da kapatılsa da ilgili kanun hükmü Anayasa'ya aykırı olmayacaktı. Mahkemenin andlaşma hükümlerini esas alarak kanun maddeleriyle karşılaştırması sonucu vardığı sonuca katılıyoruz. 2010 Anayasa değişikliği sonrası anayasa hükmüyle uyarma ve kınama cezalarına karşı da yargı yolu açılmış olduğundan, incelediğimiz mesele güncel bir problem teşkil etmemektedir. Fakat, önceki düzenlemede yargı yolunun kapatılmasına ilişkin hükümler doğrudan Anayasada bulunsaydı, bambaşka bir tartışma söz konusu olacaktı. Bu durumda anayasa ve uluslararası andlaşma hükümlerinin çatışması söz konusu olacağından bu tartışmadan bahsetmekle yetinelim.

Bir başka kararda, Ankara 1. İdare Mahkemesi, Emniyet Genel Müdürlüğü'nde görev yaptığı birimin değiştirilmesine ilişkin işlemin mahkeme kararıyla iptal edilmesi üzerine, davacının eski görevine iade edilmeyerek Ankara Emniyet Müdürlüğü'nde görevlendirilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açtığı davayı görüşmüştür.¹⁸⁷ Karardan anlaşıldığı üzere, davalı idare davacının eski kadrosundan başka bir birimde görevlendirilmesine ilişkin işlemde 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28/1 maddesinin 3. cümlesindeki şu hükme dayanmıştır:

“Kamu görevlileri hakkında tesis edilen atama, görevden alma, göreve son verme, naklen veya vekâleten atama, yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleriyle ilgili olarak verilen iptal ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin mahkeme kararlarının gereği; dava konusu edilen kadronun boş olması hâlinde bu kadroya, boş olmaması hâlinde ise aynı kurumda kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanmak suretiyle yerine getirilir. Eski kadro ile atandığı yeni kadro arasında mali haklar bakımından bir fark bulunması durumunda, bu fark 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 91 inci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen usul ve esaslar çerçevesinde ödenir.”

Dava edilen işlem tarihinde yürürlükte bulunan bu hüküm sonradan 10/09/2014 tarih ve 6552 sayılı kanunun 97. maddesiyle şu şekilde değiştirilmiştir:

“Ancak, 23/4/1981 tarihli ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna ekli (1) ve (2) sayılı cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tabi olsalar dâhi daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının gereği, ilgilinin kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanması suretiyle iki yıl içinde yerine getirilir. Bu görevliler hakkındaki mezkûr işlemlerin uygulanması, telafisi güç veya imkânsız zararları doğuran hâllerden sayılmaz.

187 Ankara 1. İdare Mahkemesi, T:27/11/2014, E:2014/879, K:2014/2060, (Yayımlanmamıştır)

Bu fıkranın üçüncü cümlesinde belirtilen işlemlerle ilgili mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi ceza soruşturması ve kovuşturmasına konu edilemez; ancak disiplin hükümleri saklıdır.”

Bu hükümler de Anayasa Mahkemesi'nin 2/10/2014 tarih ve E.: 2014/149, K.: 2014/151 sayılı kararı ile iptal edilmiş ve iptal kararının 9/10/2014 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanmasına kadar da yürürlüğü durdurulmuştur. Şu durumda mahkeme, yapılan yasal değişiklikler ve Anayasa Mahkemesi'nin verdiği iptal kararları sonrasında idarenin, mahkeme kararlarının gereğini kendisine yapılan tebliğden itibaren gecikmeksizin ve en geç 30 gün içerisinde yerine getirmeye ve icabına göre işlem tesis etmeye zorunlu olduğunu belirterek; işlemin tesis edildiği tarihte yürürlükte olan ilgili mevzuat hükümlerinin Anayasa'nın 90. maddesi yönünden uygulanabilirliğini incelemektedir. Mahkeme, davacının eski kadrosuna atanmayıp başka bir göreve atanmasına dair işlemi, önceki atama kararının iptaline dair mahkeme kararının uygulanmaması olarak görüp, bu durumun hukuka uygunluğunu araştırma yoluna gitmiştir. Yargı organlarının kararlarının etkin bir şekilde uygulanmasının adil yargılanma hakkının en önemli unsurlarından biri olduğunun altını çizen mahkeme, bu konuya ilişkin olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Immobiliare Saffi v. İtalya kararında bu doğrultuda yapılan tespitlere yer vermektedir:

“Mahkeme kararlarının uygulanma zorunluluğu adil yargılanma hakkının en önemli boyutudur. Sürecin adil olması ama ortaya çıkan sonucun icrai olmaması hukuk devletinde kabul edilemez.” “Eğer devletin iç hukuk sistemi kesin, bağlayıcı bir mahkeme kararını taraflardan birinin zararına işlevsiz kılabilirse bu hak içi boş kalır. 6/1. maddenin detaylı olarak davacılara usuli güvenceler sağladığını (adil, açık, makul süreli yargılama gibi) fakat mahkeme kararlarının uygulanmasının korunmadığını kabul etmek imkansızdır. 6. maddeyi sadece, mahkemeye başvurma hakkına ve yargılama faaliyetine, sürecine münhasır olarak yorumlamak hukuk devleti ile bağdaşmayan sonuçların ortaya çıkmasına yol açar ki Sözleşmeyi onaylarken taraf devletler hukuk devletine saygılı olmayı kabul etmişlerdir. Bu nedenle herhangi bir mahkeme tarafından verilen kararın infazı muhakemenin, yargılamanın ayrılmaz bir parçası olarak düşünülmalıdır.”¹⁸⁸

İdari yargı sisteminin ve iptal davalarının ortaya çıkışından bu yana iptal kararının ilk hale iadeyi sağladığından ve işlem hiç yapılmamış gibi sonuç doğuracağından bahseden mahkeme, idarenin her zaman doldurup boşaltabileceği bir kadroya atama yapmamasını mahkeme kararının uygulanmaması olarak yorumlamaktadır. İdarenin bunu yaparken

188 AİHM, Immobiliare Saffi/İtalya Davası, Başvuru No:22774/93, 28/07/1999, [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["CASE OF IMMOBILIARE SAFFI v. ITALY"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-58292"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{), Erişim Tarihi:13/03/2016

dayandığı ve yukarıda yer verilen mevzuatta geçen “*dava konusu edilen kadronun boş olması hâlinde bu kadroya, boş olmaması hâlinde ise aynı kurumda kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanmak suretiyle yerine getirilir.*” şeklindeki kanun hükmü kararda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihadıyla adil yargılanma hakkının önemli bir unsuru olarak saydığı mahkeme kararlarının uygulanması kuralına ters düşer şeklinde yorumlanmıştır. Bu nedenle kanun hükmü ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin aynı konuda farklı hükümler içerdiği sonucuna varan mahkeme, milletlerarası andlaşma hükmünün uygulanmasının anayasal zorunluluk olduğunu belirtmiş ve ilgili kanun maddesini uygulanma kabiliyetinin olmadığına hükmetmiştir. Görüldüğü gibi burada, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin metninde açıkça yer almayan bir kural, Strasbourg Mahkemesi'nin Sözleşme'ye getirdiği yorum ile benimsenmiş ve bu yorum yerel mahkeme tarafından Sözleşme'nin uygulanmasında esas alınmıştır. Oyçokluğu ile alınan bu karara yazılan azlık görüşte ise, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesi uyarınca, iptal kararı üzerine ilgilinin eski kadrosuna atanmasının ancak bu kadronun boş olması durumunda mümkün olabileceği belirtilmiştir. Bu açık hüküm karşısında idarenin dava konusu işleminde bir hukuka aykırılık bulunmadığı savunulmuştur. Devletin tüm erkleriyle beraber yargı erkinin de hukukla bağlı olmasının hukuk devletinin bir gereği olduğu, idari yargılama prosedüründe idari işlemin hukuka uygunluğunun denetlendiği belirtilerek, yerindelik denetimi yapmanın mümkün olmadığına altı çizilmiştir.

Ankara 17. İdare Mahkemesi'nin önüne gelen bir uyuşmazlıkta ise, kaymakam adaylığı sözlü sınavında başarısız sayılan davacı tarafından başarısız sayılmasına ilişkin işlemin iptali istenmiştir.¹⁸⁹ Davacı iptal isteminde, sınav öncesinde soruların ve yanıtlarının hazırlanmadığı, sözlü sınavın sesli ve görüntülü kayıt altına alınmadığı, komisyon üyelerince takdir edilen notun gerekçeleriyle ortaya konulmadığı gerekçesine dayanmıştır. Mahkeme ise “*1700 sayılı Dahiliye Memurları Kanunu'nun 5917 sayılı Kanun'un 1'inci maddesiyle eklenen 2/A maddesi uyarınca oluşturulan mülakat komisyonunun üyelerinin, Kanunda yer verilen usul kurallarına uygun olarak davacıya ayrı ayrı puanlar verdikleri ve ortalama olarak başarılı sayılmak için öngörülen 70 puanın altında puan takdir edildiği, mülakatların yapısı gereği adayların bilgi düzeyini ölçmeye yönelik yapılan yazılı sınavlardan farklı olarak adayların muhakeme gücü,*

189 Ankara 17. İdare Mahkemesi, T:24/02/2012, E:2011/2402, K:2012/210, (Yayımlanmamıştır)

ifade yeteneği, fiziki görünümü, genel kültürü gibi yönlerden mülakat sırasındaki durumlarının değerlendirilmesine yönelik olduğu göz önünde bulundurulduğunda, komisyon üyelerinin takdir yetkilerini Kanunla düzenlenen usul kurallarına uygun olarak kullandıkları anlaşıldığından, dava konusu işlemlerde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.” gerekçesine dayanarak oyçokluğuyla davanın reddine karar vermiştir. Karara yazılan azlık oyunda ise farklı bir inceleme yapılmıştır. Olayda mülakat sınavının hukuki denetiminin nasıl yapılacağı söz konusu olduğundan, azınlıkta kalan üye bu durumu adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirmiştir. Öncelikle, kaymakam alımında yapılan sözlü sınavın yargısal denetiminin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 08.12.1999 tarihli Pellegrin v. Fransa kararındaki "Sözleşmenin 6. maddesinin 1. fıkrasının amacı dışına çıkan tek uyumsuzluğun Devletin ve diğer kamu otoritelerinin genel menfaatini korumaktan sorumlu kamu otoritesinin temsilcisi olarak hareket ederek, kamu hizmetinin özel faaliyetlerini yürüten kamu personeli (polis ve silahlı kuvvetler personeli örneğinde olduğu gibi) tarafından ileri sürülenler olduğunu ve Mahkemenin her davada başvurusunun görevleri ve sorumluluklarının niteliğini göz önüne alarak karar vereceği" içtihadı uyarınca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde kapsamında olduğunun tespiti yapılmıştır.¹⁹⁰ Ardından, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin adil yargılanma hakkını, devletlerin mahkemeye başvurma hakkını düzenlerken bir takdir yetkisine sahip olduklarını, fakat bu yetkinin hakkın özüne ortadan kaldırmayacak şekilde ve meşru bir amaçla orantılı olarak kullanılması gerektiği şeklinde yorumladığı belirtilmiştir. Ardından, 1700 sayılı Dahiliye Memurları Kanunu'nun 2/A maddesinde geçen şu düzenlemelerin adil yargılanma hakkıyla uyumlu olup olmadığı incelenmiştir:

“...Mülakat, adayın;

- a) Bir konuyu kavrayıp özetleme, ifade yeteneği ve muhakeme gücünün,
 - b) Temsil kabiliyeti, davranış ve tepkilerinin mesleğe uygunluğu, liyakati ile genel ve fiziki görünümünün,
 - c) Özgüveni, ikna kabiliyeti ve inandırıcılığının,
 - d) Genel yetenek ve genel kültürünün,
 - e) Çağdaş, bilimsel ve teknolojik gelişmelere açıklığının,
- puan vermek suretiyle değerlendirilmesi yöntemidir.

¹⁹⁰ AİHM, Pellegrin/Fransa Kararı, Başvuru No:28541/95, 8/12/1999,

Mülakat komisyonu; Personel Genel Müdürünün başkanlığında İçişleri Bakanının, Bakanlık Müdürler Encümeninin Mülki İdare Amiri sınıfından olan üyeleri arasından görevlendireceği iki üyeden oluşur.

Adaylar, komisyon başkan ve üyeleri tarafından ikinci fıkranın (a) ila (e) bentlerinde yazılı özelliklerin her biri için yirmişer puan üzerinden değerlendirilir, verilen puanlar ayrı ayrı tutanağa geçirilir. Bunun dışında mülakat ile ilgili herhangi bir kayıt sistemi kullanılmaz. Başarılı sayılmak için, komisyon başkan ve üyelerinin yüz tam puan üzerinden verdikleri puanların aritmetik ortalamasının en az yetmiş olması şarttır. Mülakat sonucu; en yüksek puan alan adaydan başlamak üzere sıralama yapılarak mülakat başarı listesi hazırlanır ve bu liste mülakat komisyonu tarafından imzalanır...”

Azlık oyunda hakim, bu kanun maddesindeki *"Bunun dışında mülakat ile ilgili herhangi bir kayıt sistemi kullanılmaz"* hükmünün *"...açılan işbu davada şeklen değerlendirme yapılmasına izin vermekle beraber, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2.maddesinde belirtildiği şekliyle "sebeup" ve "maksat" yönünden yargısal denetim yapılması olasılığını ortadan kaldırarak, sonucu itibariyle davacının etkili başvuru ve adil yargılanma haklarını ölçsüz şekilde kısıtlamasının, söz konusu bu hakların özünü etkileyecek nitelikte bulunduğu..."* değerlendirmesini yapmıştır. Bu nedenle 1700 sayılı Dahiliye Memurları Kanunu'nun ilgili hükmünün, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/1 maddesi ile düzenlenen durumun aksine bir sonuç doğurduğu, bu nedenle Anayasa'nın 90. maddesi gereğince Sözleşme hükmünün esas alınması gerektiği sonucuna varmıştır.

İdare mahkemeleri, kimi kararlarında kanun hükümlerini ihmal ettikleri gibi, Anayasa'nın 90. maddesinin başka türlü uygulandığı durumlar da mevcuttur. Yargı organları bazı kararlarda, kanun hükmünü ihmal etmek yerine, milletlerarası andlaşma hükmünü Anayasa ve kanun hükümleriyle birlikte değerlendirerek, kanun maddesinin andlaşmanın getirdiği kural ve ilkelere uygun yorumlanması yolunu seçmektedir. Örneğin, Ankara 3. ve 15. İdare Mahkemeleri, verdikleri iki kararda bu yöntemi tercih etmişlerdir.¹⁹¹¹⁹² Söz konusu davalara konu olan olaylarda yabancı uyruklu olan davacılar, Türkiye'de bulunan çocuklarıyla iletişim kurabilmek için idareden uzun süreli ikamet izni talep etmişlerdir. Bu izin taleplerinin reddedilmesi üzerine açılan davalarda, mahkemeler, işlemin hukukiliğini, 5683 sayılı Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatine İlişkin Kanun hükümleri ile, 14 Eylül 1990 tarihinde imzalanan ve 9 Aralık 1994 tarihli ve 4058 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunan Birleşmiş Milletler

191 Ankara 3. İdare Mahkemesi, T: 18/07/2014, E:2013/1878, K:2014/1132, (Yayımlanmamıştır)

192 Ankara 15. İdare Mahkemesi T: 11/10/2013, E:2014/52, K:2013/1238, (Yayımlanmamıştır)

Çocuk Haklarına Dair Sözleşme hükümlerini bir arada nazarı itibara alarak değerlendirmişlerdir. Kanunun 7.maddesinde, “*sırf iş tutmak için gelecek sanat ve meslek erbabı olup da tutacağı iş, kanunlar gereğince Türk vatandaşlarına hasredilmiş bulunanlara, Türk kanun veya örf ve adetleriyle yahut siyasi icabatla telif edilemeyecek durumda olan veya faaliyette bulunan... yabancılara ikamet tezkeresi verilmeyeceği*” öngörülmüştür. Öte yandan Sözleşmenin 10.maddesinde ise; “*Ana-babası, ayrı Devletlerde oturan bir çocuk olağanüstü durumlar hariç hem ana hem de babası ile düzenli biçimde kişisel ilişkiler kurma ve doğrudan görüşme hakkına sahiptir. Bu nedenle ve 9 uncu maddenin 1 inci fıkrasına göre Taraf Devletlere düşen sorumluluğa uygun olarak, Taraf Devletler çocuğun ve ana-babasının Taraf Devletlerin ülkeleri dahil herhangi bir ülkeyi terketme ve kendi ülkelerine dönme hakkına saygı gösterirler. Herhangi bir ülkeyi terketme hakkı, yalnızca yasada öngörüldüğü gibi ve ulusal güvenliği, kamu düzenini, kamu sağlığı ve ahlâk veya başkalarının hak ve özgürlüklerini korumak amacı ile ve işbu Sözleşme ile tanınan öteki haklarla bağdaştığı ölçüde kısıtlamalara konu olabilir.*” hükmü vazedilmiştir.¹⁹³ Bu iki hükmü, Anayasa'nın çatışma halinde milletlerarası andlaşma hükümlerinin esas alınacağına ilişkin hükmüyle beraber değerlendiren mahkemeler, “*...davalı idarece davacının Türk kanun veya örf ve adetleriyle yahut siyasi icabatla telif edilemeyecek durumda veya faaliyetlerde bulunduğu, Türkiye'de oturduğu müddetçe huzur ve asayışı ihlal edeceğini ortaya koyan her hangi bir somut kanıt...*” sunulmadıkça, uzun süreli ikamet izni verilmesine yönelik başvurunun reddine ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varmışlardır. Görüldüğü gibi kanun hükmü bütün olarak ihmal edilmemiş, fakat uluslararası andlaşmanın çocuğun ebeveynleriyle olan ilişkisini koruyan hükümlerinin getirdiği güvenceler, kanun hükümlerinin sınırlarının çizilmesinde kullanılmıştır.

Ankara 13. İdare Mahkemesi'nin 18/06/2013 tarih ve E: 2012/1746 K: 2013/952 numaralı kararında, Süryani Kilisesi Vakfı bünyesinde açılacak anaokulunda milli eğitim müfredatına ek olarak haftanın belirli gün ve saatlerinde Süryanice dersi verilmesi sistemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali talebi görüşülmüştür.¹⁹⁴ Bu kapsamda mahkeme, Lozan Antlaşması'nın Müslüman olmayan azınlık topluluklarına eğitim ve öğretimi de kapsayan bir takım haklar tanıyan 40. ve 41.

193 <https://www.unicef.org/turkey/crc/cr23c.html>, Erişim Tarihi: 30/03/2016

194 Ankara 13. İdare Mahkemesi, T:18/06/2013, E:2012/1746, K:2013/952, (Yayımlanmamıştır)

maddeleri ile dava konusu işlemin dayanağı olan 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nun 2. maddesinin e bendini karşılaştırmıştır. Mahkeme, “*Lozan Antlaşmasının azınlık haklarının düzenlendiği 37 ila 44'üncü maddelerinde "Müslüman olmayan azınlıklara mensup Türk vatandaşları" ifadesinin kullanıldığı, herhangi bir şekilde bu azınlıkların kimler olduğuna ilişkin bir belirleme yapılmadığı gibi herhangi bir isim de zikredilmediği halde 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nun 2. maddesinin (e) bendinde azınlık okulları; Rum, Ermeni ve Musevî azınlıklar tarafından kurulmuş, Lozan Antlaşması ile güvence altına alınmış ve kendi azınlığına mensup Türkiye Cumhuriyeti uyruklu öğrencilerin devam ettiği okul öncesi eğitim, ilköğretim ve ortaöğretim özel okulları olarak tanımlanmış olup, bu haliyle anılan Kanun maddesi ile Lozan Antlaşmasının aynı konuda farklı hükümler içerdiği anlaşıldığından ve yine 2923 sayılı Yabancı Dil Eğitimi ve Öğretimi İle Türk Vatandaşlarının Farklı Dil ve Lehçelerinin Öğrenilmesi Hakkında Kanunda ise milletlerarası andlaşma hükümlerinin saklı olduğu hükmüne yer verilmiş olduğundan, uyuşmazlığın Lozan Antlaşması hükümleri esas alınmak suretiyle çözümlenmesi gerekmektedir.” gerekçesini kullanarak, Lozan Antlaşması'nda öngörülmeleyen bir kısıtlamanın kanun ile getirilmesi nedeniyle, Antlaşma hükümlerinin uygulanması gerektiği sonucuna vararak dava konusu işlemi iptal etmiştir. Kararın devamında Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine ve ayrımcılık yasağına gönderme yapılarak, Musevi, Rum ve Ermenilerle aynı statüde olan Süryanilerin farklı bir muameleye tabi tutulmasının hukuka aykırı olduğu belirtilmiştir. Aynı zamanda kararda, Anayasa'nın 42. maddesinin son fıkrasında milletlerarası andlaşma hükümlerinin saklı olduğu hükmüne yer verilmiş olmasına vurgu yapılarak, dolaylı olarak da olsa, aynı maddede düzenlenen eğitim ve öğrenim hakkına ilişkin bir uluslararası andlaşma ile kanunların aynı konuda farklı hükümler içerdiği belirtilmiştir. Sonuç olarak mahkeme, eğitim öğrenim hakkına ilişkin bir konuda Lozan Antlaşması'ndan farklı bir düzenleme öngören ve ek olarak kısıtlama getiren kanun hükümlerini ihmal ederek andlaşma hükümlerine göre hüküm vermiştir.*

Ankara 14. İdare Mahkemesi'nin 19/02/2015 tarih ve E:2013/1713 K:2015/241 numaralı kararında, Belediye Başkanlığı emrinde veri hazırlama kontrol işletmeni olarak görev yapan davacının, özürsüz ve izinsiz olarak görev mahallini terk ettiğinden bahisle 657 sayılı Kanunun 125/A-b maddesi ve tekerrür hükümleri uygulanmak suretiyle kınama

cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işlemin iptali istemi görüşülmüştür.¹⁹⁵ Dava konusu olayda davacı, üyesi olduğu Sendika'nın bağlı bulunduğu Konfederasyon'un aldığı karar doğrultusunda, mecliste görüşülmekte olan bir yasa tasarısının geri çekilmesi talebiyle bir günlük göreve gelmeme eylemine katılmış, bunun üzerine izinsiz ve özürsüz olarak görev yerini terkettiği gerekçesi ile davacının daha önce de aynı fiili işlediği dikkate alınarak 657 sayılı Kanununun 125/A-b maddesi ile 125. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca kınama cezasıyla cezalandırılmıştır. Mahkeme, disiplin cezasına dayanak teşkil eden kanun hükmü ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Dernek kurma ve toplantı özgürlüğü"nün düzenlendiği 11. maddesinde tanınan hakları beraber değerlendirmiştir. Mahkeme incelemesinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 15/09/2009 tarihli, "Kaya ve Seyhan - Türkiye" kararını esas almıştır.¹⁹⁶ Söz konusu kararda, Eğitim-Sen üyesi öğretmenlerin 11/12/2003 tarihinde KESK'in çağrısına uyararak, parlamentoda tartışılmakta olan kamu yönetimi kanun tasarısını protesto etmek üzere düzenlenen bir günlük ulusal eyleme katılmaları nedeniyle 11/12/2003 tarihinde göreve gelmedikleri için uyarma cezası verilmesinin, her ne kadar bu ceza çok küçük olsa da, sendika üyelerinin çıkarlarını korumak için meşru grev ya da eylem günlerine katılmaktan vazgeçirecek bir nitelik taşıdığı, öğretmenlere verilen disiplin cezasının "acil bir sosyal ihtiyaca" tekabül etmediği ve bu nedenle "demokratik bir toplumda gerekli" olmadığı sonucuna varılmış, söz konusu davada, başvuruların AİHS'nin 11. maddesi anlamında gösteri yapma özgürlüğünü etkili bir şekilde kullanma haklarının orantısız olarak sınırlandığı gerekçesiyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 11.maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesinde tanınan hakkın kapsamı konusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu karardaki yorumunu esas alan mahkeme, davacının üyesi olduğu sendikanın bağlı olduğu konfederasyonun aldığı karar doğrultusunda düzenlenen eyleme katılması fiilinin, görev yerini terk etmesi açısından mazeret olarak kabulü gerektiğine hükmederek dava konusu işlemin iptaline karar vermiştir. Bu kararda, milletlerarası andlaşma ile kanun arasında açık bir uyumsuzluk söz konusu değildir. Fakat mahkeme, disiplin cezasına gerekçe oluşturan mazeretsiz görev yerini terk etme eylemindeki 'mazeret' kavramının kapsamını

195 Ankara 14. İdare Mahkemesi, T: 19/02/2015, E:2013/1713, K:2015/241, (Yayımlanmamıştır)

196 AİHM, Kaya ve Seyhan/Türkiye Davası, Başvuru No:30946/04,

15/09/2009,[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"fulltext\":\[\"kaya and seyhan\"\].\"documentcollectionid2\":\[\"GRANDCHAMBER\", \"CHAMBER\"\].\"itemid\":\[\"001-93994\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\), Erişim Tarihi:20/03/2016

belirlerken, uluslararası bir andlaşmanın uygulayıcısı konumunda olan mahkemenin yorumunu benimsemiştir. Başka bir deyişle doğrudan kanun hükmü ihmal edilmemiş, fakat hükmün kapsamına girebilecek belirli durumlar, andlaşma hükmüne uygun olacak şekilde bertaraf edilmiştir. Yukarıda da belirtildiği gibi, kanun hükümleri bazen uluslararası andlaşmalarla açık bir uyumsuzluk içerisinde olmazlar. Bunun önemli bir nedeni, andlaşmaların çoğunlukla genel ifadeler içermeleridir. Fakat, denetleyici kurumların verdiği kararlar, andlaşma hükümlerinin kapsamını belirli hale getirmektedir. Denetleyici kurumların yorumuna uygun karar verilmesi yöntemi, Anayasa'nın 90. maddesi gereğince temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmaların üstünlüğünün temin edilmesi amacıyla idari yargının sıklıkla başvurduğu bir yoldur.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, Anayasa'nın 90. maddesine göre kanun hükümlerinin ihmal edilmesi yolu, adli yargıdaki mahkemelerce de uygulanmaktadır. 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu'nun 15/b. maddesinde yüksek yargı organlarının başkan ve üyeleri, hâkimler, savcılar ve bu meslekten sayılanların sendika kuramayacakları ve sendikaya üye olamayacakları hüküm altına alınmışken, bu konuda hakim ve savcılar tarafından kurulan sendikanın kapatılması için açılan davada Ankara 15. İş Mahkemesi'nin 28.07.2011 tarih ve E:2011/242, K:2012/531 sayılı kararında Anayasa'nın 90. maddesinden hareketle uluslararası anlaşmalar gerekçe gösterilerek hakim ve savcılarının sendika kurabilecekleri hüküm altına alınmış ve bu karar Yargıtay'ca da onanmıştır.¹⁹⁷

2.1.2.5. Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Dönemlerinde İhmal

“Kanunların Uluslararası Andlaşmalara Dayanılarak İhmal Edilmesi” başlığının buraya kadar olan bölümünde, kanunların ve kanun hükmünde kararnemelerin olağan dönemlerde milletlerarası andlaşmalara dayanılarak ne koşullarda ihmal edilebileceğini inceledik. Bu bölümde olağanüstü hâl ve sıkıyönetim dönemlerinde ihmal kurumunun işletilip işletilemeyeceğini kısaca inceleyeceğiz.

197 Ankara 15. İş Mahkemesi, T:28.07.2011, E:2011/242, K:2012/531, (Yayımlanmamıştır)

Hukuk sistemleri, savaş, doğal afet, ayaklanma gibi kamu düzeninin ciddi tehlike altında olduğu durumları önceden öngören düzenlemeler içerirler. Olağan dönemde uygulanan hukuk kuralları, bu dönemlerin yönetimi ve olağanüstü hale sebebiyet veren durumların ortadan kaldırılması için yetersiz olabilir. Güvenliğin temin edilmesinin ön planda olduğu bu dönemlerde yöneticilere olağandışı yetkiler tanınır, karar alma süreçleri hızlandırılır, temel hak ve özgürlükler büyük oranda askıya alınarak vatandaşlara ek yükümlülükler getirilebilir. Bu hallerde ne gibi kuralların uygulanacağı önceden düzenlenerek, bir bakıma olağanüstü haller de hukuk düzeni içine dahil edilmiş olur.¹⁹⁸

1982 Anayasası'nda olağanüstü hallerin yönetim rejimi, 119., 120., 121. ve 122. maddelerde düzenlenmiştir. Bu maddelere göre olağanüstü hâl ve sıkıyönetim olmak üzere iki türlü olağanüstü yönetim usulü vardır. Anayasa'ya göre, *“Tabii afet, tehlikeli salgın hastalıklar veya ağır ekonomik bunalım”* halleri ile, *“Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin ortaya çıkması veya şiddet olayları sebebiyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması”* hallerinde, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından, ikinci sırada sayılan hallerde Milli Güvenlik Kurulu'nun görüşü alınmak şartıyla olağanüstü hal ilan edilebilir. Sıkıyönetim ise, yine Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından *“Anayasanın tanıdığı hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik ve olağanüstü hal ilânını gerektiren hallerden daha vahim şiddet hareketlerinin yaygınlaşması veya savaş hali, savaş gerektirecek bir durumun başgöstermesi, ayaklanma olması veya vatan veya Cumhuriyete karşı kuvvetli ve eylemli bir kalkışmanın veya ülkenin ve milletin bölünmezliğini içten veya dıştan tehlikeye düşüren şiddet hareketlerinin yaygınlaşması”* sebebiyle, Milli Güvenlik Kurulu'nun görüşü alınmak şartıyla ilan edilebilir. Gerek olağanüstü hâl gerekse sıkıyönetim kararı Resmî Gazete'de yayımlanır ve derhal meclisin onayına sunulur. Meclis olağanüstü hâl ya da sıkıyönetim süresinin değiştirebilir, uzatabilir ya da bu kararı kaldırabilir.

Anayasa'da düzenlenen olağanüstü hâl rejiminin uygulanması için öncelikle yukarıda yer verilen hükümlere uygun olarak olağanüstü hâl ya da sıkıyönetim kararının alınması gerekmektedir. Her iki halde, durumun gereklerine göre nasıl tedbirler alınacağı, temel hak ve özgürlüklerin nasıl sınırlandırılacağı, vatandaşlara ve kamu görevlilerine ne gibi

198 Tanör ve Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s.401

yükümlülükler getirileceğinin kanunla düzenleneceği öngörülmüştür. Bu kapsamda çıkarılan OHAL Kanunu ile Sıkıyönetim Kanunu, yalnızca olağanüstü hallerde uygulanırlar. Olağan dönemlerde de yürürlükte olmalarına rağmen hüküm doğurmayan bu kanunların durumu doktrinde askıda yürürlük olarak değerlendirilmiştir.¹⁹⁹

Kanunla düzenlemenin yanında, 1982 Anayasası, olağanüstü dönemlere özel bir yenilik öngörmüştür. Olağanüstü hâl ve sıkıyönetim hallerinde Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, halin gerekli kıldığı konularda kanun hükmünde kararname çıkarabilir. Bu kararnameler Resmî Gazete'de yayımlanır ve meclisin onayına sunulur. Olağanüstü dönem KHK'lerinin olağan dönem KHK'lerinden en önemli farkı, bir yetki kanununa dayanmak zorunda olmamalarıdır. Bu nedenle olağanüstü dönem KHK'leri doktrinde, 1982 Anayasası'nda görev olmasının yanında yetki olarak da düzenlenen yürütme gücünün Anayasa'dan aldığı ilk el ve asli düzenleme yetkisine örnek olarak gösterilir.²⁰⁰ Bu kararnameler, olağan dönem kararnamelerinde olduğu gibi Anayasa'nın 91. maddesinde var olan sınırlandırmalara tabi olmayıp her konuda düzenleme getirebilir. Konu anlamında en önemli sınırlar, 121. ve 122. maddelerde belirtilen olağanüstü hâl ve sıkıyönetimin gerekli kıldığı haller ile Anayasa'nın 15. maddesinde belirtilen çekirdek haklardır. Anayasa'nın 148. maddesi uyarınca *“olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz.”* Fakat Anayasa Mahkemesi, 10 Ocak 1991 tarih ve E:1990/25 K:1991/1 numaralı kararında bu hükmü yorumlayarak, sınırlı olarak da olsa denetimin yolunu açmıştır.²⁰¹ Yüksek Mahkeme bu kararında, önüne gelen normun ismiyle bağlı kalmaksızın, OHAL KHK'si olup olmadığına içerdiği kuralları gözeterek kendisinin karar vereceğini belirtmiştir. Kısaca özetlemek gerekirse Anayasa Mahkemesi'ne göre olağanüstü hâl KHK'leri, olağanüstü hâl ya da sıkıyönetimin ilan edildiği yer ve süre ile bu hallerin gerekli kıldığı konular ile sınırlıdır. Konu, yer ve süreye ilişkin bu sınırları aşan düzenlemeler getiren KHK'ler, Anayasa'da düzenlendiği şekliyle OHAL KHK'si olarak kabul edilemez. Bunlar ancak olağan dönem KHK'si olarak kabul edilebilir. Böyle bir durumda yetki kanununa dayanmayan kararnameler Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilecektir.

199 Tanör ve Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s.408

200 Tanör ve Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s.410

201 AYM, T:10/1/1991, E:1990/25, K:1991/1, Nakleden: Gözler, a.g.e., C.:I, s.1231

Anayasa Mahkemesi'nin yorumuyla uygulanan bu sınırların yanında, Anayasa'nın 15. maddesinde olağanüstü hallerle ilişkin olarak başka bir düzenleme öngörülmüştür:

“Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.

(Değişik: 7/5/2004-5170/2 md.) Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.”

Bu hükme göre olağanüstü hâl, seferberlik, sıkıyönetim ve savaş hallerinde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması tamamen ya da kısmen durdurulabilecek, bunlara ilişkin olarak Anayasa'nın öngördüğü güvencelere aykırı tedbirler alınabilecektir. Maddenin ikinci fıkrası, bu hallerde dahi dokunulamayacak çekirdek hakları saymaktadır. Anayasa'nın 15. maddesi yalnızca KHK'lerden bahsetmemekte, olağanüstü hallerle ilişkin olarak genel bir düzenleme getirmektedir. Buna göre olağanüstü hallerde, kanun, KHK, mahkeme kararı ya da idari işlemle maddenin ikinci fıkrasında belirtilen çekirdek haklara dokunulması yasaklanmıştır. Temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasına ve durdurulmasına yönelik uygulamalar, durumun gerektiği ölçüde yapılmalıdır. Bunun yanında milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerin ihmal edilemeyeceği kurala bağlanmıştır. Bu kapsamda tarafı olduğumuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin “Olağanüstü Hallerde Yükümlülükleri Askıya Alma” başlıklı 15. maddesinde de benzer bir düzenleme öngörülmüştür:

“1) Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde her Yüksek Sözleşmeci Taraf, durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek koşuluyla, bu Sözleşme'de öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilir.

2)Yukarıdaki hüküm, meşru savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölüm hali dışında 2. maddeye, 3. ve 4. maddeler (fıkra 1) ile 7. maddeye aykırı tedbirlere cevaz vermez.

3)Aykırı tedbirler alma hakkını kullanan her Yüksek Sözleşmeci Taraf, alınan tedbirler ve bunları gerektiren nedenler hakkında Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne tam bilgi verir. Bu Yüksek Sözleşmeci Taraf, sözü geçen tedbirlerin yürürlükten kalktığı ve Sözleşme hükümlerinin tekrar tamamen geçerli olduğu tarihi de Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne bildirir.”

Buna göre olağanüstü hallerde taraf ülkeler sözleşme hükümlerini askıya alabilir. Fakat bu hallerde dahi, savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölüm halleri sonucunda ölüm hali dışında kişinin yaşam hakkına müdahale edilemez, işkence yasağı ve kimsenin kul ya da köle halinde tutulamayacağına ilişkin yasak ihlal edilemez ve suç ve cezada kanunilik prensibine aykırı uygulamalara yer verilemez. Şu hâlde, Anayasa'nın ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 15. maddelerinin birbirleriyle uyumlu hükümler içerdikleri söylenebilir.

Bu noktada incelenmesi gereken mevzu, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki hükümlerin askıya alınabildiği olağanüstü hallerde, Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasının uygulanıp uygulanamayacağıdır. Gerek olağanüstü hâl ve sıkıyönetim kanunlarının gerekse bu dönemde çıkarılan KHK'lerin milletlerarası andlaşmalara aykırı hükümler içermesi halinde, bu hükümler ihmal edilerek andlaşma hükümleri uygulanabilecek midir?

Yukarıda belirtildiği üzere OHAL KHK'lerine karşı Anayasa Mahkemesi'ne iptal başvurusu yapılması mümkün değildir. Fakat OHAL KHK'leri meclis tarafından kanun ile onaylandığından, onaylanan KHK'ler kanuna dönüşmekte ve anayasal denetime açık hale gelmektedir. Bu durumda mezkûr KHK ve kanunların, milletlerarası andlaşmaların, örneğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 15. maddesine aykırı hükümler içermesi halinde ihmal yolu işletilebilecek midir? Kanaatimizce, olağanüstü hâl ve sıkıyönetim hallerinde ilgililer hakkında tesis edilen işlemlerin dayanağı olan kanun ve KHK hükümleri, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 15. maddesine aykırı düzenlemeler içeriyorsa, Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasındaki hükme dayanarak ihmal edilmelidir. Bu durumlarda doğrudan andlaşma hükmü uygulanarak 15. maddede hiçbir şekilde dokunulamayacağı öngörülen hakkı ihlal eden işlemin iptaline karar verilmelidir. Örneğin yargı kararı olmaksızın bir idari işlemle ilgilinin suçlu sayılması, olağanüstü halde dahi mümkün değildir. Ya da idari işlemle bir kimseye Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 4/1 maddesinde yasaklanan kölelik yasağı kapsamına giren bir yükümlülük getirilemez. Bu şekilde bir işleme müsaade eden KHK ya da kanun hükmü ihmal edilmeli ve ilgili milletlerarası andlaşma hükmüne göre karar verilmelidir. Anayasa'nın 15. ve 90. maddelerinde yer alan hükümlerin birlikte okunarak uygulanması ancak bu şekilde mümkün olabilecektir.

İhmal yolunun işletilebilmesi için öncelikle idari işlemlerin idari yargıda dava konusu edilebilmeleri gerekmektedir. Bu noktada önümüze çıkan en önemli sorun, olağanüstü hâl ya da sıkıyönetim hallerinde tesis edilen işlemlere karşı yargı yolunun genelde kapalı olmasıdır. Örneğin 15/12/1990 tarih ve 430 sayılı Olağanüstü Hal Bölge Valiliği ve Olağanüstü Halin Devamı Süresince Alınacak İlave Tedbirler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 8. maddesine göre; *“Bu Kanun Hükmünde Kararname ile İçişleri Bakanına, Olağanüstü Hal Bölge Valisine ve olağanüstü hal bölgesi dahilindeki il valilerine tanınan yetkilerin kullanılması ile ilgili her türlü karar ve tasarruflarından dolayı bunlar hakkında cezai, mali veya hukuki sorumluluk iddiası ileri sürülemez ve bu maksatla herhangi bir yargı merciine başvurulamaz.”*. Aynı şekilde 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu'nun Ek 3. maddesi uyarınca, *“Bu Kanunla sıkıyönetim komutanlarına tanınan yetkilerin kullanılmasına ilişkin idari işlemler hakkında iptal davası açılmaz. Şahsi kusurları nedeniyle hukuki sorumlulukları ileri sürülemez.”*. Bu şekilde olağanüstü hâl ve sıkıyönetim dönemlerine ilişkin kanunlar dışında tüm hukuki işlemler yargı denetimi dışında bırakılmış olmaktadır. Bu uygulama, Anayasa'nın 15. maddesinin olağanüstü haller için öngördüğü hukuki güvenceleri anlamsız kılmaktadır. Aynı zamanda olağanüstü dönemin de bir hukuk rejimi olması ilkesi ve Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesini ihlal etmektedir.²⁰²

Anayasa Mahkemesi olağanüstü dönemlerde tesis edilen işlemlere yargı yolunu kapatan bir kanun hükmünde kararname hükmünü incelediği bir başvuruda örnek bir karar vermiştir.²⁰³ Danıştay 5. Dairesi'nin itiraz yoluyla yaptığı başvuruda, 10.7.1987 tarih ve 285 sayılı Olağanüstü Hal Bölge Valiliği İhdası Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 425 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile yeniden düzenlenen 7. maddesinin, Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülmüştür. Başvuru konusu 7. madde, *“Bu Kanun Hükmünde Kararname ile Olağanüstü Hal Bölge Valisine tanınan yetkilerin kullanılması ile ilgili idari işlemler hakkında iptal davası açılmaz.”* hükmünü içermektedir. Yüksek Mahkeme, OHAL KHK'lerine ilişkin yukarıda yer verdiğimiz içtihadını tekrarlayarak, öncelikle bu hükmün Anayasa'nın 121. ve 122. maddelerine göre bir KHK olup olmadığını incelemiştir. Mahkeme şu gerekçeye dayanmıştır:

202Tanör ve Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s.424

203AYM, T:22/05/2003 E:2003/28 K:2003/42,

<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/9a37ab36-2676-4498-849b-710ccdb54428?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, Erişim Tarihi: 03/08/2016

“Anayasa'nın "Yargı yolu" başlıklı 125. maddesinin ilk fıkrasında, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu; beşinci fıkrasında, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebileceği; altıncı fıkrasında da, kanunun, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halinde ayrıca millî güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık nedenleri ile yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlayabileceği belirtilmektedir. Buna göre, madde ile açıkça yargısal denetimine izin verilmeyenler dışında idari işlemlere karşı dava açma hakkı hiçbir halde engellenemeyecek, ancak sayılan durumlar nedeniyle yalnız yürütmenin durdurulması kararı verilmesi sınırlanabilecektir. Oysa, 285 sayılı Olağanüstü Hal Bölge Valiliği İhdası Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 425 sayılı KHK ile yeniden düzenlenen itiraz konusu 7. maddesinde, "Bu Kanun Hükmünde Kararname ile Olağanüstü Hal Bölge Valisine tanınan yetkilerin kullanılması ile ilgili idari işlemler hakkında iptal davası açılmaz" denilerek bu işlemlere karşı dava açma hakkı ortadan kaldırılmış, böylece Anayasa'nın olağanüstü yönetim usulü bağlamında öngörmediği bir yetki kullanılmıştır.

Bu durumda, itiraz konusu kuralın olağanüstü halle ilgili bir düzenleme olduğunun kabulü olanaklı bulunmadığından olağan KHK kuralı olarak değerlendirilmesi gerekir.”

Anayasa'nın 125. maddesinin altıncı fıkrasında yer alan ve olağanüstü hallerde yürütmenin durdurulması kararının kanunla sınırlanabileceğine ilişkin hükme dayanan Yüksek Mahkeme, hükmün mefhum-u muhalifinden, dava yolunun kapatılmayacağı sonucunu çıkarmıştır. Nitekim idari işlemin nihai hükme kadar hukuki sonuç doğurmasını engelleyen yürütmenin durdurulması kararının verilmesi dahi ancak kanunla sınırlanabiliyorsa, söz konusu Anayasa hükmünde işleme karşı yargı yoluna başvurma imkanının sınırlandırılmayacağı kastedilmiş olmalıdır. Bu nedenle Anayasa'nın olağanüstü hâl idaresi kapsamında öngörmediği bir yetkinin kullanıldığına hükmetmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin bu gerekçesine bütünüyle katılıyoruz. Bize göre de Anayasa'nın 125. maddesinin altıncı fıkrasındaki hüküm, zımnen de olsa olağanüstü hallerde tesis edilen işlemlere karşı yargı yolunun kapatılmasını yasaklamaktadır. Bu durumda bu işlemlerin yargı denetimine sunulamayacağını öngören kanun ve KHK hükümleri Anayasa'ya aykırı olarak kabul edilmelidir.

20/7/2016 tarihli ve 2016/9064 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla ülke genelinde ilan edilen olağanüstü hâl kapsamında çıkarılan ve 23/07/2016 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanan 667 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararname'de yargı yolunu kapatan bir hükme yer verilmemiş, yalnızca 10. maddesinde kararname kapsamında tesis edilen işlemler nedeniyle açılan davalarda yürütmenin durdurulmasına karar verilemeyeceği öngörülmüştür. Aynı kapsamda

çıkarılan 668 sayılı KHK'de de aynı hüküm yer almıştır. Kanaatimizce 667 ve 668 sayılı KHK'lerin getirdiği düzenleme Anayasa'nın öngördüğü olağanüstü hâl rejimine ve Anayasa Mahkemesi'nin kararına uygun ve yerindedir.

Özetlemek gerekirse, olağanüstü dönemlerde tesis edilen işlemlere karşı yargı yolunu kapatmak Anayasa'ya aykırıdır. Bu işlemlerin iptali için açılan davalarda, işlemlerin dayanağı olan kanun ve KHK hükümlerinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 15. maddesinin ve bu kapsamdaki diğer andlaşma hükümlerinin öngördüğü güvencelere aykırı olmaları durumunda, Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca davayı gören mahkeme tarafından ihmal edilmeleri gerekir. Bu hükümler yerine ilgili milletlerarası andlaşma hükümleri uygulanmalı ve bu hükümlere aykırı olan idari işlemin iptaline karar verilmelidir.

Bu noktada akıllara şu ihtimal gelebilir. Olağanüstü hâl ya da sıkıyönetim dönemlerinde çıkarılan KHK'lar hem Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 15. maddelerine aykırı olup hem de ayrıca bir idari işlem tesis edilmesine gerek bırakmayacak şekilde ayrıntılı düzenlemeler içerebilirler. Örneğin bir şahıs, suçluluğu mahkeme kararı ile saptanmadan KHK hükmü ile suçlu kabul edilebilir. Böyle bir durumda ilgili KHK hükmünün yargısal denetim mercii öncelikli olarak Anayasa Mahkemesi'dir. Anayasa Mahkemesi, OHAL KHK'ne karşı yapılan iptal başvurusu üzerine, bu başlık altında yer verdiğimiz içtihadı çerçevesinde ilgili KHK hükmünün Anayasa'da kendisine çizilen sınırları aştığını tespit etmeli ve bu gerekçeyle iptal kararı vermelidir. Hukuki sonuç doğrudan KHK ile oluşturulduğu ve idari davaya konu olabilecek bir idari işlem mevcut olmadığından, böyle bir KHK hükmünün idare mahkemelerinin önüne gelmesi zordur. Bu nitelikteki bir KHK hükmünün asıl muhatabı ilgili hakkında gerekli işlemleri tesis edecek olan idaredir. İdare, uygulaması gereken OHAL KHK'nin Anayasa'nın 15. maddesini ihlal ettiğini düşünüyorsa, KHK hükmünü ihmal etmeli ve uygulamaktan imtina etmelidir. Kanaatimizce Anayasa'nın ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 15. maddelerinde sağlanan hukuki korumaya uygun düşen çözüm budur. Tez çalışmamız hukuk normlarının yargı organları tarafından ihmalini incelemektedir. Bu husus hukuk normlarının idare tarafından ihmalini konusuna girdiğinden, bu kadar belirtmekle yetinelim.

2.1.3. Fransa Örneği: Uluslararasılaşma ve AB Etkisi

Bu bölümde, idare hukukunun menşei olan Fransız hukuk sisteminde uluslararası normların iç hukuktaki kurallara olan etkisi incelenecektir. Uluslararası düzeydeki kuralların gün geçtikçe güç kazanarak ulusal normları bertaraf edecek duruma gelmesi irdelenirken, Avrupa Topluluk Hukuku'nun ulusal hukuk üzerindeki üstünlüğü ve Avrupa Birliği müktesebatına aykırı olan ulusal kanunların durumu da ele alınacaktır.

2.1.3.1. Uluslararası Andlaşmaların Fransız İdari Yargısında Uygulanması

Fransız Hukuk Sistemi'nde 2. Dünya Savaşı'nın sonuna kadar uluslararası andlaşmaların uygulanması, idare açısından tabii bir yükümlülük olarak algılanmaktaydı. Zira idarenin uluslararası hukuk kurallarını ihlal etmesini yaptırıma bağlayan bir kural bulunmamaktaydı. 1946 Anayasası'nın ilgili hükümleri bu duruma son vermiştir. 1946 Anayasası'nın 26. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir:

“Usulüne göre onaylanmış ve yayınlanmış diplomatik andlaşmalar Fransız kanunlarına aykırı olsalar dahi, uygulanmaları için onaylanmalarını sağlamak için gerekli hükümlerden dışında bir düzenlemeye ihtiyaç duymaksızın kanun kuvvetin haizdir.”²⁰⁴

Bu şekilde usulüne göre yürürlüğe konulmuş ve kanunla onaylanmış andlaşmalar kanun gücünü haiz olmaktadır. 28. madde de şu kurala yer vermiştir:

“Usulüne uygun olarak onaylanmış veya yayınlanmış diplomatik andlaşmalar iç kanunlardan üstün bir kuvveti haiz olduklarından bunların hükümleri ancak diplomatik yoldan usulüne uygun olarak yapılmış bir tebliğ ile kaldırılabilir, değiştirilebilir veya ertelenebilir. Ticaret andlaşmaları hariç olmak üzere, 27. maddede yazılı andlaşmalardan biri söz konusu olduğunda, sona erme için ulusal meclisin izni gerekir.”²⁰⁵

Bu iki Anayasa kuralı ile, her ne kadar tamamen açık olmasa da uluslararası andlaşma hükümlerinin kanunlara aykırı olsalar dahi kanun gücünü haiz oldukları öngörülmüş

204“Les traités diplomatiques régulièrement ratifiés et publiés ont force de loi dans le cas même où ils seraient contraires à des lois françaises, sans qu'il soit besoin pour en assurer l'application d'autres dispositions législatives que celles qui auraient été nécessaires pour assurer leur ratification.”, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-de-1946-ive-republique.5109.html>, Erişim Tarihi: 04/04/2016

205“Les traités diplomatiques régulièrement ratifiés et publiés ayant une autorité supérieure à celle des lois internes, leurs dispositions ne peuvent être abrogées, modifiées ou suspendues qu'à la suite d'une dénonciation régulière, notifiée par voie diplomatique. Lorsqu'il s'agit d'un des traités visés à l'article 27, la dénonciation doit être autorisée par l'Assemblée nationale, exception faite pour les traités de commerce.”, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-de-1946-ive-republique.5109.html>, Erişim Tarihi:4/4/2016

olup, kanunlardan üstün güce sahip olan uluslararası normların ancak diplomatik yollarla yürürlükten kaldırılabileceği ya da değiştirilebileceği kurala bağlanmıştır.

1958 Anayasası ise, bu soruna 55. maddesinde yer verdiği kural ile şu şekilde bir çözüm getirmiştir:

“Usulüne uygun olarak onaylanmış olan andlaşmalar, yayımlanmalarından itibaren, her bir andlaşmanın diğer taraf(lar)ının da uygulaması şartına bağlı olarak, kanunlardan üstün bir gücü haizdir.”²⁰⁶

Bu düzenleme uyarınca, bir idari işlem her ne kadar ulusal kanunlara uygun olarak tesis edilmiş olsa bile, o işlemin uluslararası normlara aykırı olduğu hususu, idari yargılama esnasında ileri sürülebilecektir. Fransız Danıştay, içtihadı ile bir uluslararası andlaşmanın hangi şartlarda iç hukukta doğrudan etki doğurduğunu ve andlaşmaya aykırılığın ne koşullarda davacılar tarafından ileri sürülebileceğini belirlemiştir. 1952 tarihli *Dame Kirkwood* kararında Fransız Danıştay, idari işlemlerin uluslararası andlaşmalara uygunluğunu kontrol etmeye başlamıştır.²⁰⁷ Uluslararası andlaşmalara aykırı bir şekilde tesis edilen idari işlemlerin iptal yaptırımı ile karşılaşacağı hükme bağlanmıştır. Bir uluslararası normun, yalnızca devletlerarası ilişkileri düzenleyen bir nitelik taşımaksızın, aynı zamanda bireylerin doğrudan yararlanabileceği haklar yaratması ve hiçbir tamamlayıcı düzenlemeye ihtiyaç duymaksızın etki doğurması durumunda, iç hukukta doğrudan uygulanabilir nitelik taşıdığı ve ihlaline yaptırım uygulanabileceği söylenebilir.²⁰⁸

Fransız Anayasası'nın 55. maddesinde düzenlenen hükümlerle, Türk hukukundan ayrı olarak uluslararası hukuka mutlak bir üstünlük tanınmıştır. Türk Anayasası'nın 90. maddesinde olduğu gibi uluslararası normlar konularına göre ayrılarak bir değerlendirme yapılmamış, tüm uluslararası andlaşmaların ulusal hukuk normlarından üstün olduğu kurala bağlanmıştır. Fakat uluslararası andlaşmalara aykırı olmakla birlikte yürürlükte olan kanunların akıbetinin ne olacağına dair Anayasa'da bir hüküm bulunmamaktadır. Bizim hukukumuzda temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar için bu problem ihmal yolu ile çözülmüş olup, diğer andlaşmalar içinse

206“Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie.”, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/la-constitution-du-4-octobre-1958.5071.html>, Erişim Tarihi:4/4/2016

207 CE, Dame Kirkwood, 30/5/1952, <http://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/decisions/conseil-detat-assemblee-30-mai-1952-dame-kirkwood-rec-p-291/>, Erişim Tarihi:05/05/2016

208 Waline, a.g.e., s.285

temel kanun çatışması ilkelerine başvurulmakta iken; uluslararası hukukun mutlak üstünlüğünü öngören Fransa'da çatışma probleminin çözümü uygulamaya bırakılmıştır. Fransız hukukunda andlaşmalardan önce yürürlüğe girmiş olan kanunların, bu andlaşmalara aykırı oldukları durumda zımnen yürürlükten kalkacakları kabul edilmektedir. Chapus'ye göre bu durum, Anayasa'nın 55. maddesinin beklenen ve doğal bir sonucudur. Nitekim burada çözülmeye çalışılan sorun, önceki tarihli kanunun yürürlükte olmaya devam edip etmeyeceği sorundur ve bunun çözümü farklı tarihlerde yürürlüğe girip aynı konuları düzenleyen iki kanun hükmünün durumundan farksızdır. 55. maddede belirtilen mütakabiliyet şartının yerine gelmediği durumda, bu husus andlaşmaların uygulanmasının değil, kanunlara olan üstünlüğünün askıya alınmasını gerektirecektir. İdari hâkim, karşılıklılık şartının yerine gelip gelmediğinin tespitinin zorluk taşıdığı durumda, olayı Dışişleri Bakanlığı vasıtasıyla çözüme kavuşturacaktır.²⁰⁹ Bir uluslararası andlaşmadan sonra yürürlüğe giren ve genel hükümler içeren bir andlaşmanın söz konusu olması halinde, özel hükümler içeren andlaşmanın düzenlediği alanın muhafaza edilerek kanunun diğer alanlarda uygulanmaya devam edileceği çözümlüne ulaşmak gerekmektedir. Asıl zorluk ise, uluslararası normdan sonra yürürlüğe giren ve özel hükümler taşıyan kanunların durumunda ortaya çıkmaktadır. Zira bu ihtimalde, önceki tarihli kanunların durumunda olduğu gibi yürürlük sorunu değil, geçerlilik sorunu söz konusu olmaktadır. Bir milletlerarası andlaşmaya aykırı olduğundan ötürü sonraki tarihli bir kanunu mülga saymak mümkün değildir, çünkü kanun andlaşmadan sonra yürürlüğe girmiştir. Anayasa'nın 55. maddesinde andlaşmalara verilen üstünlüğün hayata geçirilmesi ancak, sonraki tarihli kanunların geçersizliğinin (*invalidité*) kabul edilmesi ile mümkün olabilir. Başka bir deyişle, bu özellikleri taşıyan bir kanun hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu kabul edilerek andlaşmanın üstünlüğü muhafaza edilebilir.²¹⁰

15 Ocak 1975 tarihli kararıyla Fransız Anayasa Mahkemesi, bir kanun hükmünün uluslararası bir andlaşmaya aykırı olmasının, o kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığı sonucunu doğurmayacağını kabul etmiştir.²¹¹ Fakat, seçim yargı organı olarak yargılama yaparken, andlaşmaya aykırı olan bir kanunun uygulanmasının mümkün olmadığı

209 Chapus, a.g.e., s.153

210 Chapus, a.g.e., s.154

211 CC, Décision n° 74-54 DC, 15/01/1975, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1975/74-54-dc/decision-n-74-54-dc-du-15-janvier-1975.7423.html>, Erişim Tarihi:02/04/2016

görüşünü benimsemektedir. Bu sıfatla davaya bakarken, uyguladığı kanunların Anayasa'ya uygunluğunu denetleme yetkisi olmayan mahkeme, milletlerarası andlaşmadan sonraki tarihte yürürlük kazanmış olsa dahi, andlaşmaya aykırılık taşıyan kanun hükmünün ihmal edilmesi gerektiğine hükmetmiştir.²¹²

Fransız Danıştay, 1968 tarihli *Syndicat Générale des Fabricants de Semoules de France* kararıyla kanunlardan yana bir tutum benimsemiştir.²¹³ Bu içtihadı göre, milletlerarası andlaşmadan sonra yürürlüğe giren bir kanun, andlaşmaya aykırı hükümler içerse de geçerliliğini devam ettirecektir. Bu yorum, idari yargıcın kanunların anayasallığını denetleme yetkisi olmadığı ilkesine dayanmaktadır. Yukarıda belirtildiği gibi bir andlaşmaya aykırı olan kanun, Anayasa'nın 55. maddesinde getirilen kural gereği aslında Anayasa'ya da aykırılık taşımaktadır. Dolayısıyla bu meseleyi bir Anayasa'ya uygunluk sorunu olarak ele alan Fransız Danıştay, idari yargılamada anayasal denetim yapılamayacağı, bu nedenle andlaşmaya aykırılık taşıyan bir kanunun uygulanmaya devam edeceği sonucuna ulaşmıştır. Bu çözümün doğal bir sonucu olarak, bir kanuna uygun olarak tesis edilmiş bir idari işlem, uluslararası bir andlaşmaya aykırılık taşısa da iptal edilmemelidir. Bu durumda, andlaşmaya aykırılık taşıyan ve idari işlemin dayanağını teşkil eden kanun hükmü, andlaşma ile işlem arasında engel (*loi écran*) oluşturur. Bu içtihadın 20 yıl boyunca benimsenmiş olması, Fransa ile Avrupa Topluluğu'nun diğer üyeleri arasında bir farklılık oluşturmuştur. Nitekim Avrupa Birliği Adalet Divanı bu konuda farklı bir görüşe sahiptir. Fransız Yargıtayı ise, 1975 tarihli "*Société des Cafés Jacques Vabre*" kararında²¹⁴, Anayasa'nın 55. maddesinde benimsenen ilkeye dayanıp, topluluk hukukunun hususi bir hukuk düzeni olduğunu ve kurucu andlaşmalar gereği üye devletlerin hukuk düzenlerine müdahil olduğunu ileri sürerek, andlaşmaların sonraki tarihli kanun hükümlerine üstünlüğünü benimsemiştir.²¹⁵

212 Dupuis, Guédon ve Chrétien, a.g.e., s.124

213 CE, Syndicat Générale des Fabricants de Semoules de France, N° 62814, 1/3/1968, Nakleden Chapus, a.g.e., s.155

214 C.Cas., Société des Cafés Jacques Vabre, N° de pourvoi: 73-13556, 24/5/1975, Nakleden: Chapus, a.g.e., s.156

215 Chapus, a.g.e., s.155 vd.

2.1.3.2. AB Etkisi

Avrupa Birliği'nin ilk hali olan Avrupa Ekonomik Topluluğu'nu kuran Roma Andlaşması, diğer uluslararası andlaşmaların çoğunluğunda olduğu gibi taraf devletlerin kendi kendilerini bağladıkları kurallar koymakla yetinmemiş, Avrupa Parlamentosu, Avrupa Komisyonu, Avrupa Birliği Adalet Divanı gibi kurumlar oluşturarak bunlara önemli yetkiler devretmiştir. Kurucu andlaşmalardaki ilkelerin hayata geçirilmesini ve Birliğin işleyişini gözeten bu kurumlar çeşitli kurallar ihdas etmektedirler. Andlaşmalarda yer alan kuralların yanında, türev birlik hukuku (*droit communautaire dérivé*) olarak adlandırılan bu kurallar bütünü de devletler açısından bağlayıcı etkiye sahiptir. Gün geçtikçe finans, çevre, tarım gibi birçok alan Birlik seviyesinde oluşturulan kurullarla düzenlenmektedir. Fakat bu kuralların iç hukukla olan ilişkisi kimi zaman problemlili bir durum arz etmektedir. 30 Mart 2010 tarihli ve C serisi 83 sayılı Avrupa Birliği Resmî Gazetesi'nde yayımlanan Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Andlaşma'nın 288. maddesinde, Birlik kurumları tarafından oluşturulacak 4 farklı işlem/karar türü öngörülmüştür.

“Kurumlar, Birliğin yetkilerinin kullanılması için tüzük, direktif, karar, tavsiye ve görüşler kabul eder.
Tüzükler genel uygulama alanına sahiptir. Bütünüyle bağlayıcıdır ve tüm üye devletlerde doğrudan uygulanır.
Direktifler, muhatap alınan her üye devleti, ulaşılması gerekli sonuçları itibarıyla bağlar, şekil ve yöntem seçimini ise ulusal otoritelere bırakır.
Kararlar bütünüyle bağlayıcıdır. Muhatabı belirtilen bir karar, yalnızca muhatabı için bağlayıcıdır.
Tavsiye ve görüşler bağlayıcı değildir.”²¹⁶

Tüzükler doğrudan uygulanma özelliğini haiz olduklarından uygulama aşamasında bir problem çıkarmasalar da direktifler, üyeler için bir hedef gösterip uygulamadaki usulü muhatap devlete bıraktığından, doğrudan uygulanabilirlik açısından tartışmalı bir konumda durmaktadırlar.²¹⁷ Bizim ilgileneceğimiz husus ise, Avrupa Birliği'nin ihdas ettiği kuralların iç hukuk normlarına normatif olarak yapmış olduğu etkidir. Bu konuda Avrupa Birliği'nin yargı organı olan Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın içtihadı ve ulusal düzeydeki uygulama bizim açımızdan yol gösterici olacaktır.

216 Andlaşma Metni için: <http://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf>, Erişim Tarihi:13/04/2016

217 Waline, a.g.e., s.289 vd.

Avrupa Birliği Adalet Divanı, 1978 tarihli Simmenthal kararında²¹⁸ Avrupa Topluluğu hukukunun ulusal hukuklara mutlak üstünlüğünü benimsemiştir. Bu içtihadında mahkeme, Topluluk hukukunun üstünlüğu ilkesi gereğince, andlaşmaların hükümleri ve kurumların doğrudan uygulanabilir tasarrufları ile ulusal hukuklarda var olan normlar arasındaki ilişkiyi değerlendirmiştir. Topluluk hukukunun ürünü olan normların ve tasarrufların, yalnızca yürürlüğe girdikleri tarihte mevcut bulunan ulusal hukuk kurallarını otomatik olarak uygulanabilir olmaktan çıkarmakla kalmayıp, aynı zamanda daha sonra meydana getirilecek hukuk kurallarını da kendilerine aykırı oldukları ölçüde bertaraf edecekleri hükmüne varılmıştır. Ulusal hukukun Topluluk/Birlik hukukuyla uyumsuz olan herhangi bir normu uygulanamaz olarak kabul edilmeli ve ulusal yargıç, bireylere Avrupa Topluluğu tarafından verilmiş olan hakları korumalıdır. Sonuç olarak ulusal mahkemeler, ulusal hukukun topluluk hukukuna aykırı olan herhangi bir hükmünü, sonra veya önce yürürlüğe girmiş olmasına bakmaksızın, yargılama esnasında bir kenara koyarak karar vermelidir. Avrupa Birliği Adalet Divanı, birlik hukukunun üstünlüğünü ve buna aykırı olan ulusal hukuk normlarının uygulanmaması gerektiğini ortaya koyarken, uygulanamazlık (*inapplicability*) terimini kullanmış ve bu normların bir kenara koyularak (*set aside*) karar verilmesi gerektiğinden bahsetmiştir. Sonuç olarak, Simmenthal kararı ile Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın, Avrupa Birliği Hukuku'na aykırı olan ulusal hukuk normlarının yargılama esnasında ihmal edilmesi gerektiği sonucuna vardığını söylemek mümkün gözükmemektedir.

Fransız Danıştayı, 1989 tarihli *Nicolo* kararı ile içtihat değişikliğine gitmiştir.²¹⁹ Bu karar ile birlikte, uluslararası andlaşmaların kendilerinden sonra yürürlüğe girmiş olsalar dahi kanunlardan üstün olduğu benimsenmiştir. Bu şekilde Fransız idari yargıcı, bir kanunun uluslararası andlaşmaya uygunluğunun denetimini yapmaya (*control de conventionnalité*) yetkili hale gelmiştir. Fransız Danıştayı bu kararında, içtihat değişikliğine dair geniş ve derin bir gerekçelendirme yapmamış, yalnızca, Avrupa Parlamentosu seçimlerinin iptali talebiyle açılan davayı, seçimlere ilişkin kanunun Roma Andlaşması'na aykırı olduğunu ileri sürerek reddetmiştir. Danıştay'ın, Anayasa'nın çok da açık olmayan 55. maddesini hiçbir açıklama getirmeden doğrudan bu şekilde yorumlamasını eleştiren Chapus, bu içtihatla beraber bir andlaşmaya aykırı

218 Court of Justice of the European Union, Case:106/77, 9/3/1978, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61977CJ0106&from=EN>, Erişim Tarihi:13/04/2016

219 CE, Nicolo, N° 108243, 20/10/1989, Nakleden, Chapus, a.g.e., s.156

olan kanun hükmünün kendiliğinden Anayasa'nın 55. maddesi ile getirilen ilkeyi, dolayısıyla Anayasa'yı ihlal ettiğini kabul etmek gerekeceğini belirtmektedir. Bu durumda mahkemeler, bir uluslararası andlaşmayı ihlal etmesi nedeniyle Anayasa'ya aykırı olan bir kanun hükmünün uygulamasını bertaraf etmek (*écarter l'application*), diğer bir deyişle hükmü ihmal etmek yetkisine kavuşmuşlardır.

Öte yandan, Avrupa Birliği andlaşmalarının devamı niteliğinde olan ve uygulanmasını amaçlayan tüzük ve direktiflerin de kendilerinden sonra yürürlüğe giren kanunlara üstünlük sağlayacak olması sorunlu bir durumdur. Nitekim andlaşmanın imzalandığı anda var olmayan alt düzenleyici/uygulama işlemlerinin sonradan ulusal kanunları bertaraf edecek olması, demokratik açıdan da sıkıntı yaratabilecektir. Önemli bir nokta da şudur ki, Fransız Danıştay, uluslararası andlaşmalara aykırı kanun hükümlerinin ihmal edileceğine hükmederek, uluslararası hukuk normlarının yorumlanması ve iç hukukla uyumu konusunda karar verme yetkisini ulusal yargı mercilerinin tekeline almıştır.²²⁰

Belirtmek gerekir ki, Fransız Anayasası'nın 55. maddesi, yalnızca andlaşmaların kanunlara üstünlüğünü kurala bağlamaktadır. Bu nedenle, Fransız Danıştay, 1997 tarihli Aquarone kararında²²¹, uluslararası teamüllerle kanunlar arasındaki bir çatışma durumunda bu kuralın uygulanmayacağını belirtmiştir. Kanunların andlaşmalara aykırı olması durumunda ihmal edilmesi, ancak ilgili andlaşma hükümlerinin kişi hak ve özgürlükleri üzerinde doğrudan etki (*l'effet direct*) doğurması durumunda mümkündür.²²²

Sonuç olarak, uluslararası hukukun ulusal hukuk normlarına mutlak üstünlüğünü benimseyen Fransız hukuk sistemi, usulüne uygun olarak onaylanmış olan uluslararası andlaşmalara aykırı olan kanun hükümlerinin, andlaşmadan önce veya sonra yürürlük kazanmış olmasına bakmaksızın ihmal edilmesini kabul etmektedir. Avrupa Birliği müktesebatının da devreye girmesiyle, yürürlükte olan ve Topluluk hukukuna aykırı olan kanunlar, Fransız Danıştay'ın zamanla değişen içtihadı sonucu uygulanamaz hale gelmişlerdir. Bu durumun, ulusal hukuktaki normlar hiyerarşisini ve klasik kanun

220 Chapus, a.g.e., s.156 vd.

221 CE, Aquarone, N° 148683, 6/6/1997,

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007976939&dateTexte=>,
Erişim Tarihi:20/04/2016

222 Dupuis, Guédon ve Chrétien, a.g.e., s.125

çatışması ilkelerini önemli ölçüde değiştirdiği anlaşılmaktadır. Pozitivist kurama göre, bir mahkemeye kararıyla kaldırılmadıkça veya başka bir kanun maddesiyle zımnen ya da açıkça ilga edilmedikçe bir hukuk normunun geçerli olduğu kabul edilmekte ise de, uluslararası hukukun gelişmesi ve ulusal hukuk sistemlerine gün geçtikçe artan biçimde nüfuz etmesiyle, bir kanun hükmü hukuka uygun bir şekilde ihdas edilmesine rağmen, aykırı olduğu uluslararası hukuk normu nedeniyle kendiliğinden geçersiz hale gelebilmekte ve yargı mercileri tarafından uyuşmazlıkların çözümünde ihmal edilebilmektedir.

2.1.4. Değerlendirme

Hem Türkiye'de hem de Fransa'da uluslararası andlaşmalarla çatışan kanunların iptal davalarında uygulanıp uygulanamayacaklarını incelemeye çalıştık. Bu inceleme uluslararası normların iç hukukta sahip olduğu normatif konum ve uygulanabilirliğini de ele almamızı gerektirdi. Bu başlıkta iki hukuk sisteminin bu konuda benimsedikleri çözümü kısaca karşılaştırmaya çalışacağız.

Belirtmek gerekir ki 2. Dünya Savaşı sonrası oluşan yeni politik düzlemde, imzalanan çok taraflı uluslararası andlaşmalar ile sayıca artan ve güçlenen uluslararası normlar, her iki ülkenin de iç hukuklarını etkilemiştir. Anayasalarda getirilen hükümlerle uluslararası andlaşmalara iç hukukta önemli bir konum verilmiştir. Fransa'nın 1946 Anayasası uluslararası andlaşmaların hem kanunlara aykırı hükümler getirirler dahi kanun gücüne sahip olduklarına hem de kanunlardan üstün olduklarına dair hükümler içermiştir. 1958 Anayasası ise daha kısa ve öz bir hükümlerle uluslararası andlaşmaların kanunlardan üstün bir gücü haiz olduklarını kurala bağlamıştır. Türkiye'de 1961 ve 1982 Anayasalarının benimsediği anlayışın Fransa'dan büyük oranda farklı olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim iki Anayasa'da da uluslararası andlaşmaların kanun hükmünde olduğuna dair hemen hemen aynı metne sahip iki hüküm yer almıştır. Fransa uluslararası andlaşmalardan kaynaklanan normlara kendi kanunları üstünde bir güç tanırken, Türkiye ulusal kanunlarla aynı hiyerarşik seviyede olduklarını kabul etmiştir. İki ülkenin tutumu arasındaki en önemli farkın bu düzenlemelerin içerdiği farklılık olduğunu söylemek mümkündür.

Fransız Anayasası uluslararası andlaşmaların kanunlara üstünlüğünü kurala bağlamış olsa da bu ikisi arasında çıkacak bir çatışmaya dair bir çözüm yolu öngörmemiştir.

Anayasa'da öngörülen üstünlüğün anlamı nedir? Yalnızca yasa koyucuya yön gösteren bir üstünlük mü söz konusudur, yoksa andlaşmalarla aykırı kanun hükümlerinin uygulanmayacağı sonucu mu doğmaktadır? Bu soruların cevabını Anayasa hükmü açıkça vermediğinden, andlaşmaların üstünlüğünün mahkemeler tarafından benimsenmesi zaman almıştır. Fransız Danıştay 1968 tarihli *Syndicat Générale des Fabricants de Semoules de France* kararında andlaşmalardan sonra yürürlüğe giren kanunların andlaşmalarla çatışma halinde ihmal edilemeyeceğine hükmetmişken; 1989 tarihli *Nicolo* kararında uluslararası andlaşmaların kanunlara karşı mutlak üstünlüğü yönünde hüküm tesis etmiştir. Yani Anayasa'da açık bir hüküm olmadığından, uluslararası andlaşmaların kendilerinden sonra yürürlüğe giren kanunlar ile çatışması probleminin uluslararası normların üstünlüğü lehinde çözülebilmesi için içtihadın evrilmesi gerekmiştir. Türkiye'de ise andlaşmalar kanunlarla aynı seviyede olduğundan, 2004 değişikliğine kadar iki norm arasındaki çatışmalarda *lex posterior* ve *lex specialis* ilkeleri esas alınmıştır. Bu açıdan Türkiye Anayasası'nın Fransa'ya göre teorik olarak daha net bir sistem ortaya koyduğunu söylemek mümkündür. Ancak 2004 tarihli Anayasa değişikliği ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar ile kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi halinde andlaşma hükümlerinin esas alınacağı kuralı getirilmiştir. Bu noktadan sonra Anayasa ikili bir ayırım yaparak temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmalar için Fransız içtihadı ile aynı sonuca götürülen bir sistem benimsemiştir. Hatta sadece üstünlükten bahsetmeyip, kanun hükümlerinin ihmal edileceğini öngörerek yargı mercilerine açık bir şekilde yol göstermiştir. Bu kapsama giren andlaşmalara aykırı kanun hükümleri ihmal edilecek, diğer andlaşmalar ise eskisi gibi kanunlarla aynı seviyede olacaktır.

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmaların tespitinde yaşanabilecek sorunlara yukarıda yeterince yer verdik. Bu sorunun çözümü doktrinin yanında içtihadta yapılacak tespitleri gerektirmektedir. Oysa uygulamaya bakıldığında, Türk yargısının andlaşmalarla çatışma halindeki normları ihmal konusunda çekingen davrandığını söylemek mümkündür. İdare mahkemeleri ve Danıştay, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ihlal kararı verdiği dosyalara birebir uyan uyuşmazlıkların çözümünde kanunları ihmal etmek ya da Sözleşme'ye uygun yorumlamak yoluna gitmektedir. Fakat AİHM tarafından verilen bir ihlal kararı olmaksızın, bir kanun hükmünün temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir andlaşmaya aykırı bulunarak ihmal edildiği durumlar oldukça

azdır. Yargı mercilerinin bu konuda daha çok inisiyatif alması hak ve özgürlüklerin hukuk sisteminde daha etkin kılınmasını temin edeceği gibi; hak ihlali oluşturan kanun hükümlerinin kaldırılmasına ya da düzeltilmesine yönelik olarak yasa koyucuya da yol gösterecektir. Fransa'daki uygulama ise Danıştay'ın *Nicolo* kararındaki içtihat değişikliğinden sonra daha çok istikrar kazanmıştır. Avrupa Birliği bünyesinde oluşturulan normların sayıca çokluğu ve iç hukukta doğrudan uygulanabilir nitelikleri sayesinde, Topluluk müktesebatına aykırı kanun hükümleri iptal davalarında tereddüt olmaksızın ihmal edilmektedir. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Topluluk hukukuna ilişkin normlara aykırı iç hukuk kurallarının uygulanamayacağına ilişkin istikrarlı içtihadı da bu duruma katkı sağlamıştır.

Sonuç olarak denilebilir ki, 1982 Anayasası'nın 90. maddesinde uluslararası andlaşmalar ve kanunlar arasındaki ilişkiye dair getirilen sistem, Fransız Anayasası'nın 55. maddesine göre daha somut niteliktedir. Oysa uygulamaya bakıldığında, Fransız Danıştay'ının ve idare mahkemelerinin Türk idari yargısına kıyasla uluslararası andlaşmalara aykırı kanun hükümlerini daha yüksek oranda ihmal ettikleri görülmektedir.

2.2.KANUNLARIN ANAYASAYA DAYANILARAK İHMAL EDİLMESİ

Kanunların anayasaya aykırılık içermeleri, bilhassa 20. yüzyılın ikinci yarısında Kıta Avrupası'nda yaygınlaşan anayasa mahkemelerinin temel varlık sebebidir. Devletin temel siyasi örgütlenmesini ve temel hak ve özgürlükleri düzenleyen anayasa, o devlet içerisinde kullanılacak tüm kamusal yetkilerin de kaynağıdır. Bu bakımdan en üstün hukuki metin olan anayasaya aykırı olan kanunların, anayasa mahkemeleri tarafından yaptırıma tabi tutulması, anayasanın üstünlüğü prensibinin doğal bir sonucudur.²²³ Ülkemizde 1961 Anayasası ile kurulan Anayasa Mahkemesi ile, Kıta Avrupası'nda benimsenen genel modele uygun olarak merkezi anayasal denetim sistemi hayata geçirilmiştir. Bu bakımdan mahkemelere, uyuşmazlığın çözümünde kullanılacak normları Anayasa'ya aykırı bulmaları durumunda ihmal etme yetkisi tanınmamıştır. Bir kanun hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğunun tespiti ve bu sebeple hukuk aleminden kaldırılması yetkisi münhasıran Anayasa Mahkemesi'ne aittir. Türk hukuk sisteminde

223 Tanör ve Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s.452

kaide, merkezi anayasal denetim olsa da uygulamada karşılaşılan bazı durumlarda, Anayasa'ya aykırı olan kanunların ihmal edilmesi ihtimali tartışılmaktadır. Bu bölümde öncelikle Türk Anayasa Yargısı'nın nasıl işlediği kısaca anlatılarak, uygulamada ortaya çıkan ve ihmalin söz konusu olabildiği istisnai durumlar tartışılacaktır. Ardından Fransa'da Anayasa'ya aykırı olan kanun hükümlerinin uygulanmasına ilişkin nasıl bir çözüm benimsendiği incelenecektir.

2.2.1. Türk Hukukunda Anayasal Denetim

Türk hukuk sisteminde kanunların Anayasa'ya uygunluğunun denetlenmesine yönelik olarak başlıca iki yol benimsenmiştir. Bunlardan ilki, Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmesinden sonra yetkili kılınmış belirli kişi ve makamlarca Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla açılacak iptal davasıdır. Diğeri ise yargılama sırasında, uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığının iddia edilmesi veya yargı mercii tarafından tespit edilmesi üzerine, bu iddianın bekletici sorun yapılarak sorunun Anayasa Mahkemesi'ne gönderilmesidir.

2.2.1.1. Soyut Norm Denetimi-İptal Davası

İptal davası, kanunlar aleyhine Anayasa'ya aykırılıkları iddia edilerek Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması yoluyla hayata geçirilen bir anayasal denetim mekanizmasıdır. Anayasa'nın 148. maddesinin 1. fıkrası Anayasa Mahkemesi'nin, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nü şekil ve esas bakımlarından, Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından denetleyeceğini öngörmektedir. İptal başvurusunun usulünü düzenleyen 150.ve 151. maddeler ise, kanunların, kanun hükmündeki kararnamelerin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün şekil ve esas bakımından Anayasa'ya aykırı oldukları iddiasıyla iptal davası açabilme hakkını Cumhurbaşkanına, iktidar ve ana muhalefet partisi Meclis grupları ile Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyelere ait olduğunu belirtip, iptal talebinin ilgili hukuk normunun Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak altmış gün içerisinde kullanılması gerektiğini kurala bağlamıştır. Kanunların ve Anayasa değişikliklerinin

Anayasa'ya şekil bakımından aykırı oldukları iddiasıyla yapılacak başvurularda ise dava açma süresi 10 gündür. Anayasa'da benimsenen denetim, kanunların yürürlüğe girmesinden sonra gerçekleştirildiğinden giderici denetim olarak adlandırılmaktadır. Anayasa'ya uygunluk meselesi, hukuk kuralları daha uygulanmadan incelendiği için de soyut norm denetimi olarak nitelendirilmektedir. İptal davasında amaç, Anayasa'ya aykırı olduğu tespit edilen normun yürürlükten kaldırılarak Anayasa'nın üstünlüğünün temin edilmesidir.²²⁴

2.2.1.2. Somut Norm Denetimi-İtiraz Yolu

Anayasa'da düzenlenen bir diğer denetim metodu ise itiraz usulüdür. İtiraz yoluna, mahkemelerin yargılama esnasında uygulayacakları normların Anayasa'ya aykırılıklarının gündeme gelmesi durumunda başvurulmaktadır. Türkiye, Avrupa tipi merkezileşmiş anayasal denetimi benimsemiş olduğundan, uygulayacağı hukuk kuralının Anayasa'ya aykırı olduğunu düşünen hâkim, bu aykırılığı kendisi takdir ederek ilgili normu uyuşmazlığın çözümünde ihmal etme yetkisini haiz değildir. Bir davada uygulanacak kuralların Anayasa ile çatışma halinde olduğu düşünülüyorsa, bu mesele bekletici sorun yapılarak, ilgili kuralın Anayasa'ya aykırı olup olmadığına Anayasa Mahkemesi karar vermelidir. Anayasa'nın 151. maddesi itiraz yolunu, *“Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır.”* şeklinde kurala bağlamıştır. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, Anayasa'ya aykırılık hususu yargılama mercii tarafından kendiliğinden tespit edilebileceği gibi, davanın taraflarınca da ileri sürülebilir. İtiraz yolunun işletilebilmesi için taraflardan birini ileri sürdüğü Anayasa'ya aykırılık iddiasının mahkeme tarafından ciddi bulunması gerekmektedir. Anayasa, itiraz yoluna başvurulabilmesi için belirli şartlar öngörmüştür. Buna göre, davayı gören makamın mahkeme sıfatını taşıması, bakılmakta olan bir davanın mevcudiyeti, itiraza konu olan hukuk kuralının o davadaki uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak bir norm olması ve mahkemenin ilgili kuralın Anayasa'ya aykırı olduğuna karar vermesi ya da taraflardan

224 Tanör ve Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s.498 vd.

birinin bu yöndeki iddiasını ciddi bulması gerekmektedir. Bu şartların tümünün gerçekleşmesi durumunda, ilgili yargılama mercii Anayasa'ya aykırılık sorununun çözümünü Anayasa Mahkemesi'ne bırakır ve bu konuda karar verilene kadar asıl uyuşmazlığın çözümünü erteler. Anayasa Mahkemesi işin kendisine gelmesinden itibaren 5 ay içerisinde karar vermelidir. Eğer bu süre içerisinde karar verilmezse, mahkeme uyuşmazlığı yürürlükte olan kanun hükümlerine göre sonuçlandırır. Fakat Anayasa Mahkemesi, esas hakkındaki hüküm kesinleşinceye kadar Anayasa'ya aykırılık konusunda bir karar verirse mahkeme buna uymak zorundadır.²²⁵

İtiraz yolu, iptal davasına göre bir açıdan daha dar, bir açıdan da daha geniş bir nitelik taşımaktadır. Daha dardır, çünkü bu yola başvurulabilmesi için yukarıda değinildiği üzere görülmekte olan bir dava ve bu davanın çözümünde uygulanması gereken bir hukuk normu bulunmalıdır. Daha geniştir, çünkü iptal davasında olduğu gibi yalnızca belirli kişi ve makamların sınırlı bir sürede yapabilecekleri bir başvuru değildir. Bir kanunun Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmesinden yıllar sonra dahi itiraz yolu ile Anayasa Mahkemesi önüne getirilmesi mümkündür.²²⁶

Bu noktada Anayasa hükümlerinin doğrudan uygulanması meselesinden bahsetmek gerekir. Anayasa, tüm kurum ve kişileri bağlayan üstün hukuk kuralları içermekle beraber, bu kuralların uyuşmazlıkların çözümünde doğrudan uygulanması tartışmalara konu olmuştur. Akıllıoğlu, Anayasa hükümlerinin doğrudan uygulanmalarının bağlayıcılık niteliğinin doğal sonucu gibi görüldüğünü ve bu iki kavramın birbirine karıştırıldığını ifade etmektedir. Oysa ki Anayasa'nın bağlayıcılığı her zaman ve tüm kuralları için geçerliken, doğrudan uygulama bazı şartlara tabidir. Bir Anayasa hükmünün doğrudan uygulanması için öncelikle ilgili konuda düzenleme içeren bir kanun hükmünün mevcut olmaması gerekir. Ayrıca, uygulanacak Anayasa hükmünün açık, kesin ve ayrıntılı bir normatif içeriğe sahip olması gerekmektedir. Oysa kanunların ihmal meselesinin tartışılabilmesi için, öncelikle ortada bir kanun hükmü bulunmalıdır. Dolayısıyla bu iki tartışma birbirinden bağımsız tartışmalardır.²²⁷ Elbette ki bir kanun hükmü Anayasa'ya aykırılık nedeniyle ihmal edilirse, onun yerine ilgili Anayasa hükmü doğrudan uygulanacaktır. Biz yine de bir kanun hükmünün Anayasa'ya aykırı

225 Tanör ve Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s.501 vd.

226 Özbudun, a.g.e., s.439

227 Tekin Akıllıoğlu, İnsan Hakları-I-Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara, 1995, s.56 vd.

olmasından ötürü uygulanmaması ile, Anayasa hükümlerinin bir uyuşmazlığın çözümünde doğrudan etki doğuracak şekilde uygulanmasının birbirlerinden ayrı olarak incelenmesi gereken meseleler olduğunu düşünüyoruz. Nitekim bir Anayasa hükmünün uyuşmazlığın çözümünde nasıl uygulanacağı, ancak kanunun ihmaline karar verilmesinden sonra halledilmesi gereken bir problemdir. Bu nedenle böyle bir tartışmanın varlığından bahsetmeyi yeterli görmekteyiz.²²⁸

Görüldüğü üzere Türk hukuk sisteminde, Anayasa'ya aykırılık hali kanunların yargılama esnasında ihmal edilmesi için bir gerekçe oluşturmamaktadır. Merkezi anayasa yargısı sistemini benimseyen ülkemizde bu konuda karar verme yetkisi Anayasa Mahkemesi'ne aittir.²²⁹ Yine de uygulamada ortaya çıkan bazı ayırksı durumlarda, Anayasa'ya aykırı olduğu tespit edilen kanun hükümlerinin ihmal edilmesi söz konusu olabilmektedir.

2.2.2. Yargı Uygulamasında İhmal

2.2.2.1. 1961 Anayasası'nda Öngörülen Ön Sorun Müessesesi

1982 Anayasası'ndaki düzenlemelerine yukarıda yer verdiğimiz itiraz yolu, 1961 Anayasası'nda da öngörülmüştür. 1961 Anayasası'nda da hemen hemen aynı ifadelerle düzenlenen somut anayasal denetim yolunda, önemli bir fark bulunmaktadır. 1982 Anayasası'nda Anayasa'ya aykırılık meselesi hâkim tarafından bekletici sorun yapılmalıdır. Bekletici sorun yapılmasının anlamı, yargılama faaliyetini duraklatan sorun üzerinde davayı gören mahkeme dışında bir yargı merciinin, yani Anayasa Mahkemesi'nin karar verecek olmasıdır. 1961 Anayasası da yargıcın meseleyi Anayasa Mahkemesi'ne devretmesini öngörmekte ve Yüksek Mahkeme'nin 6 ay içerisinde karar vermesini öngörmektedir. Fakat bu süre içerisinde karar verilemezse, mahkemenin Anayasa'ya aykırılık iddiasını, kendi kanısına göre çözümleyerek dâvayı yürüteceği kurala bağlanmıştır. Başka bir deyişle, Anayasa Mahkemesi'nin 6 ay içerisinde karar vermemesi durumunda mahkemenin yaptığı bekletici sorun ön soruna dönüşmektedir. Anayasa'ya aykırılık hakkında asıl uyuşmazlığı gören mahkeme bir sonuca vararak davayı sonuçlandırmaktadır. Mahkeme, bir kanunu Anayasa'ya aykırı görüp bu durum

228 Ayrıca bkz.: Sevtap Yokuş, “Hak ve Özgürlüklere İlişkin Anayasal Hükümlerin Danıştay'ca Doğrudan Uygulanması”, İnsan Hakları Yıllığı, C.:19-20, 1997-1998, s.197-213

229 Gözler, “Yorum İlkeleri”, s.85

hakkında bir karar vermesi için Anayasa Mahkemesi'ne başvurursa ve bu konuda 6 ay içerisinde bir karar çıkmazsa, ilgili kanun hükmünü Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle ihmal ederek uyuşmazlığı çözebilecektir. Bu durumun, merkezi anayasal denetim sistemini benimseyen hukuk sistemimiz açısından önemli bir istisna oluşturduğu açıktır. Zaten 1961 Anayasası döneminde bir davanın ön sorun yöntemiyle çözülmesi yalnızca bir defa gerçekleşmiştir.²³⁰ 1982 Anayasası'nda ön sorun sistemine hiçbir şekilde yer verilmeyerek merkezi anayasal denetim sistemine daha uygun bir düzenleme benimsenmiştir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi'nin 5 aylık süre içerisinde karar vermesi her zaman mümkün olamayacağından, belirli şartlarla da olsa yerel mahkemelerin anayasal denetim yapması, ülke genelinde birbiriyle çelişen kararların verilmesine neden olabilecektir.²³¹ Akıllıoğlu ise, 1961 Anayasası'nda mahkemelere tanınan bu imkânın kaldırılmasını insan hakları ile bağdaşmadığı savıyla eleştirmektedir.²³²

2.2.2.2. Anayasa Mahkemesi'nin Denetim Mahkemesi Olarak Görev Yaptığı Haller

Anayasa'da ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'da Anayasa Mahkemesi'ne, kanunların ve diğer normların Anayasa'ya uygunluğunu denetlemenin yanında birçok görev verilmiştir. Üst düzey devlet görevlilerini Yüce Divan sıfatıyla yargılamak, siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin açılan davaları görmek, siyasi partilerin mali denetimini yapmak bu görevlerden bazılarıdır. Anayasa Mahkemesi, Yüce Divan yargılaması yaparken ve siyasi parti kapatma davalarını görürken, kendini dava mahkemesi olarak nitelendirmektedir. Bu yargılamalarda uyguladığı kanun hükümlerinin Anayasa'ya aykırı olduğunu düşünürse bu durumu bekletici mesele olarak değerlendirip, uyuşmazlığın çözümünden önce ilgili hukuk kuralının Anayasa'ya aykırı olup olmadığını görmektedir. Anayasa Mahkemesi, Cumhuriyet Senatosu İçtüzüğü'ne karşı açılan davada, dava açma yetkisine ilişkin problemi çözerken Anayasa Mahkemesi Kanunu ile Anayasa'nın ilgili hükümleri arasında çelişki olduğunu tespit etmiş ve şu değerlendirmeleri yapmıştır:

²³⁰ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s.508

²³¹ Özbudun, a.g.e., s.447

²³² Akıllıoğlu, a.g.e., s.55

“Öyle ise Anayasa'nın 149 uncu maddesi ile 44 sayılı kanunun 21 inci maddesinin 4 sayılı bendi arasındaki ayrılık, sadece bir deyiş ayrılığı değil, bir anlam ve hüküm ayrılığıdır. Başka bir deyimle 44 sayılı kanunun sözü geçen bendindeki hüküm Anayasa'ya aykırıdır.

Bir kanun hükmünün Anayasa'ya aykırı bulunması halinde yargı yerinin tutumu ne olabilir? Dâvaya bakmakta bulunan mahkeme (Bu mahkeme Anayasa Mahkemesi değilse) uygulanacak kanunun hükümlerini Anayasa'ya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa o hükmün uygulanmasından kendi kendine vazgeçemez. Ancak Anayasa Mahkemesinden karar isteyebilir. (Anayasa-Madde: 151). Anayasa Mahkemesine gelince: Bu mahkeme sadece Yüce Divan işlerinde ve siyasi partilerin kapatılması dâvalarında uygulanacak kanun hükümlerini Anayasa'ya aykırı görürse bekletici mesele çıkarmağa ve aykırılığı karara bağlamaya yetkilidir. (44 sayılı kanun-Madde 20/2). Öyle ise Anayasa Mahkemesinin iptal dâvaları, itiraz başvuruları, Yüce Divan işleri ve parti kapatma dâvaları dışında Anayasa'ya aykırı bir kanun hükmünün iptaline karar vermesi mümkün değildir.

Böyle bir durumda Anayasa Mahkemesine düşen nedir? Anayasa Mahkemesinin, yapısının niteliği ve Anayasa'nın. 8 inci maddesinde anlatımını bulan üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesi karşısında Anayasa'ya aykırı kanunu bir yana bırakarak doğrudan doğruya Anayasa hükmünü uygulaması gerekir. Nitekim 44 sayılı kanun tasarısı halinde iken Millet Meclisi Anayasa Komisyonunca hazırlanan raporda da bu görüşe açıkça yer verilmiştir.

Şu hale göre inceleme konusu işte, 44 sayılı kanunun 21 inci maddesinin 4 sayılı bendinin değil; Anayasa'nın 149 uncu maddesindeki hükmün uygulanması ve o hükme göre de Adalet Partisi Cumhuriyet Senatosu grubunun tek başına bu dâvayı açmağa yetkili bulunduğunun kabul edilmesi gereklidir.”²³³

Bu kararda görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi, öncelikle, siyasi parti kapatmaya veya Yüce Divan yargılamasına ilişkin bir yargılama faaliyeti yürütmediğinden, Anayasa'ya aykırılığı ön sorun ya da bekletici sorun yapamayacağına hükmetmiştir. Uygulayacağı kanunun Anayasa'ya aykırılığı bu yolla çözülemediğinden, ilgili kanun hükmünün ihmal edilmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin bu sonuca varmasının en önemli nedeni, Senato İçtüzüğü'ne karşı açılan iptal davasını görürken, “bir davaya bakmakta olan mahkeme” sıfatını kendinde görmemesidir. Bu nedenle Yüksek Mahkeme, ilgili kanun hükümlerini ihmal ederek doğrudan Anayasa hükümlerini uygulamıştır. Anayasa Mahkemesi 1971/67 sayılı başka bir kararında da²³⁴,

233 AYM, T:3/7/1964, E:1964/22, K:1964/54,

<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/f7476ce0-1cec-4652-b9e9-1993db8e07a8?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, Nakleden: Tanör ve Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s.520

234 AYM, T:17-19/8/971, E:1971/41, K:1971/67,

<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/21c4db84-fb05-43b6-ad71-5a17e78bc8c0?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, Nakleden: Tanör ve Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s.520

aynı içtihadını tekrarlamıştır. Anayasa Mahkemesi'nin, “*kanunların veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüklerinin Anayasaya uygunluğunu denetlerken yahut yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına veya Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinin düştüğüne ilişkin bulunan kararların Anayasanın 81. maddesinde yazılı olduğu üzere denetlenmesi görevini yaparken Anayasanın 151. maddesinde sözü geçen mahkeme durumunda bulunmadığı için...*” bir hükmün Anayasa'ya aykırılığına ilişkin olarak bekletici sorun yapılamayacağı belirtilmiştir. Bu nedenle bir milletvekilinin yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin işleme karşı açılan davada, Anayasa'ya aykırı olduğu iddia edilen 13/5/1971 tarih ve 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu ve bu Kanunun uygulanması ile ilgili olarak 26/10/1963 tarih ve 357 sayılı Askerî Hâkimler ve Askerî Savcılar Kanunu hükümlerinin ancak ihmal edilebileceği, fakat bu hükümlerin davada uygulanacak hükümler olmaması nedeniyle ihmalin de söz konusu olmadığı sonucuna varmıştır.

Bu bölümde yer verilen ihmal türü, Anayasa Mahkemesi'ne anayasal denetim dışında verilen yargısal görevlerin niteliğinden kaynaklanan bir durumdur. Bu nedenle idari yargıdaki iptal davalarında uygulanabilir nitelikte değildir. Fakat yine de Anayasa Mahkemesi'nin bu yorumu, anayasal denetimin mümkün olmadığı durumlarda anayasanın üstünlüğü ilkesinin korunması adına yol gösterici niteliktedir.

2.2.2.3. Anayasa'ya Aykırılığı İleri Sürülemeyen Kanunların Durumu

Anayasalar, içerdikleri geçici maddelerle bazı kanunlar için yargı bağımsızlığı sağlayabilmektedir. Bu kanunlar hakkında Anayasa'ya aykırı olduklarından bahisle Anayasa Mahkemesi'ne başvurma imkânı ortadan kaldırılabilir. Türk siyasi tarihinde hazırlanan anayasalar, genelde siyasi sebeplerle bu tarz bağımsızlıklar öngörmüş ve anayasanın üstünlüğü prensibine bazı kanunlar için istisna getirme niyeti taşımışlardır. 1961 Anayasası'nın Geçici 4. maddesi bu nitelikte bir kural içermektedir: “*Normal demokratik rejimi bütün teminatı ile kurmak amacıyla gerçekleştirilen ve yürütülen 27 Mayıs 1960 Devrim tarihinden 6 Ocak 1961 tarihine kadar çıkarılan kanunlar, Türkiye Cumhuriyeti'nin diğer kanunlarının değiştirilmesi ve kaldırılmasında uygulanan kurallara göre değiştirilebilir veya kaldırılabilir. Ancak, bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde iptal davası açılmayacağı gibi,*

itiraz yoluyla dahi mahkemelerde Anayasaya aykırılık iddiası ileri sürülemez.”. Başka bir deyişle bu kanunlar kanun gücünü haiz olduklarından, bir yasama işlemi ile açıkça ya da zımnen ilga edilebilseler de Anayasa Mahkemesi'nin denetimine tabi olmayacaklar ve iptal kararıyla yürürlükten kaldırılamayacaklardır. Anayasa Mahkemesi bir davada bu kanunlara ilişkin önemli bir karar vermiştir.²³⁵ O dönemde yürürlükte bulunan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun, ispat hakkını düzenleyen ve 29.11.1960 tarihli ve 144 sayılı kanunla değişik 481. maddesinin, 1961 Anayasası'nın 34. maddesiyle çatışma halinde olduğunu tespit eden Yüksek Mahkeme, Anayasa'nın geçici 4. maddesi uyarınca ilgili kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılık gerekçesiyle iptal edilemediğini; öte yandan, yasa koyucunun yürürlükteki mevzuat hükümlerini sonradan yürürlüğe giren Anayasa hükümlerine uyumlu hale getirme görevini yerine getirmediğini belirtmiştir. Şu durumda, ispat hakkına ilişkin doğrudan uygulanabilir nitelikteki kurallar içeren Anayasa hükmünün mevcudiyeti karşısında, Anayasa'ya aykırılığı tespit edilmiş olan kanun hükmünün ihmal edilerek kurallar kademelenmesinde en üstte yer alan Anayasa hükmünün uygulanması gerektiğine hükmedilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, 1982 Anayasası döneminde uzun bir süre Anayasa'nın Geçici 15. maddesi koruması altında olan kanunların ihmal edilmesi taleplerini reddetmiştir.²³⁶ Sonradan bu içtihadından vazgeçen Yüksek Mahkeme, Demokratik Barış Hareketi Partisi'nin kapatılmasına ilişkin davada, *“1995 yılında yapılan Anayasa değişikliğiyle oldukça daraltılan siyasî parti kapatılma nedenleri, 2820 sayılı Siyasî Partiler Kanunu'nda geniş biçimde yer almaya devam etmektedir. Başka bir deyişle, Anayasa'ya uygun değişiklik yapılmamıştır. Demokratik Barış Hareketi Partisi'nin 2820 sayılı Yasa'nın 89. maddesine göre kapatılması istenilmektedir. Bu maddede belirtilen kapatılma nedeni Anayasa'da öngörülmemiştir. Ancak, bu madde Anayasa'nın geçici 15. maddesi kapsamında olduğundan, Anayasa'ya aykırılık savında bulunma olanağı yoktur.”* tespitini yaptıktan sonra, Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca kanun gücünde

235 AYM: T:6/5/1982, E:1981/8, K:1982/3, Nakleden: Tanör ve Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s.521, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/ba593576-4453-45b0-b2ef-119762859e7f?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, Erişim Tarihi:30/03/2016

236 AYM, T:28/09/1984, E:1984/1, K:1984/1, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/63697638-b447-4379-9469-64aada8eac59?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, Erişim Tarihi:7/04/2017, AYM, T:10/07/1992, E:1991/2, K:1992/1, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/e06def87-87b8-44e3-8e1f-af0848c15f45?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, Erişim Tarihi:7/04/2017, Kararları Nakleden: Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku, Ekin Yayınları, Bursa, 2000, s.961

olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin örgütlenme ve düşünceyi açıklama özgürlüğüne ilişkin 10. ve 11. maddelerine de atıfta bulunarak, Siyasi Partiler Kanunu'nun 89. maddesinin Anayasa'ya ve Sözleşme'ye aykırı olması nedeniyle uygulanamayacağı sonucuna varmış ve davayı reddetmiştir.²³⁷

Bu kararında Mahkeme, Anayasa'ya aykırı olsa dahi anayasallık denetiminden muaf olan kanun hükümlerinin, bilhassa Anayasa'nın ilgili konuya ilişkin doğrudan uygulanabilir nitelikte hükümler içermesi durumunda, anayasanın üstünlüğü prensibi gereğince ihmal edilerek yargı bağımsızlığı engelinin aşılabileceğini göstermiştir.

Gözler, geçici 15. madde kapsamına giren kanunlara ilişkin olarak farklı bir görüş benimsemiştir. Bu konuda Anayasa hükümlerinin bağlayıcılığını öngören Anayasa'nın 11. maddesi ile, Anayasa'ya aykırılık iddiasının mahkemelerde ileri sürülmesini düzenleyen 152. madde ve geçici 15. maddenin içeriklerini karşılaştıran yazar, 11. maddenin genel hüküm niteliği taşıdığı, 152. madde ile geçici 15. maddenin ise özel hüküm olduğu sonucuna varmıştır. Bu nedenle gerek Anayasa Mahkemesi gerekse genel mahkemeler, Anayasa'nın özel hüküm niteliğindeki düzenlemesi nedeniyle geçici 15. madde kapsamındaki kanunları Anayasa'ya aykırı oldukları gerekçesiyle ihmal edemezler. Bu kanun hükümlerini uygulamak zorundadırlar. Ayrıca yazar, Anayasa'nın 177/e maddesindeki *“Anayasanın halkoylaması sonucu kabulünün ilânıyla birlikte yürürlüğe girecek hükümleri ve mevcut ve kurulacak kurum, kuruluş ve kurullar için yeniden kanun yapılması veya mevcut kanunlarda değişiklik yapılması gerekiyorsa bunlara ilişkin işlemler mevcut kanunların Anayasaya aykırı olmayan hükümleri veya doğrudan Anayasa hükümleri, Anayasanın 11 inci maddesi gereğince uygulanır.”* hükmünün de mahkemelere genel bir ihmal yetkisi vermediği görüşündedir. *“Bu imkân sadece, Anayasa'nın kurulmasını öngördüğü kurum, kuruluş ve kurullara ilişkin işlemlerde, bu kurum, kuruluş ve kurullara ilişkin yeni kanuni düzenlemeler yapılıncaya kadar tanınmıştır.”*²³⁸

1982 Anayasası'nın geçici 15. maddesi, 12/09/2010 tarihinde yapılan halkoylaması sonucu yürürlükten kaldırılmıştır. Yine de kanaatimiz odur ki, geçici maddeler ile anayasal denetimi yasaklanan kanun hükümlerinin Anayasa'ya aykırı olmaları

237 AYM, T:22/5/1997, E:1996/3 K:1997/3, Nakleden: Tanör, Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s.521
<http://www.kararlar.yeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/ad42736f-51bb-42c6-af74-75cb667dd218?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, Erişim Tarihi:30/03/2016

238 Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s.962 vd.

durumunda mahkemelerce ihmal edilmesi, Anayasa'nın üstünlüğü prensibine daha uygun bir çözümdür.

2.2.2.4. İptal Kararının Yürürlüğünün Ertelendiği Haller

Anayasa'nın “Anayasa Mahkemesinin Kararları” başlıklı 153. maddesinin 3. fıkrasında, *“Kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez.”* hükmü yer almaktadır. Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen bir kanun hükmü yürürlükten kaldırıldığında doğacak kanun boşluğunun kamu düzeni açısından büyük sorunlar oluşturabileceği durumda Yüksek Mahkeme, iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihi erteleyerek yasa koyucuya bu boşluğu dolduracak yeni düzenleme yapması için süre tanıyabilmektedir. Buna göre, bir hukuk kuralının Anayasa'ya aykırı olduğu Anayasa Mahkemesi tarafından tespit edilmiş ve iptaline karar verilmiş olsa bile, iptal hükmü belirli bir süre sonra yürürlüğe girmektedir. Başka bir deyişle, Anayasa'ya aykırı olan hukuk normu, iptal edilmesine rağmen bir süre daha yürürlükte kalmaya devam eder. Bu süre boyunca bu kural, tüm ilgili kişi ve kurumları bağlayacak ve uygulanacaktır.

Hiç şüphesiz bu durum problem oluşturmaya elverişlidir. Zira eğer idare mahkemesi, Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'ya aykırılığı tespit edilmiş ama iptal kararı ertelenmiş bir hükmü önüne gelen davada uygularsa, ilgilisi açısından oldukça haksız bir durum ortaya çıkaracaktır. Eğer iptal edilen kural uygulanmazsa, Anayasa Mahkemesi'nin erteleme kararına uyulmamış olacaktır.²³⁹ Azrak'a göre Anayasa Mahkemesi'nin erteleme kararı, iptal hükmünün genel nitelikli bir etki doğurmasını engelleme amacı taşır. Yoksa somut bir olayda iptaline hükmedilen kanun hükmünün uygulanarak haksız sonuçlar doğmasına yol açılması, erteleme kararının hedeflediği bir durum değildir. Bu nedenle varılacak en uygun çözüm, davaya bakan mahkemenin

239 Özbudun, a.g.e., s.458

davayı iptal kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar bekletmesi ve bu tarihten sonra hüküm vermesidir.²⁴⁰

İdari hâkimler bu konuda uygulama birliğine varmış değildir. Örneğin, Ankara 8. İdare Mahkemesi, davacıya vergi borcu nedeniyle yurt dışı çıkış yasağı konulmasına ilişkin işleme karşı açılan davada bu problemin çözümü için uğraşmıştır.²⁴¹ 05/02/2008 tarihli işlem, 5682 sayılı Pasaport Kanunu'nun 22. maddesinde yer alan, “*Yurt dışına çıkmaları; mahkemelerce yasaklananlara, memleketten ayrılmalarında genel güvenlik bakımından mahzur bulunduğu İçişleri Bakanlığınca tespit edilenlere, vergiden borçlu olduğu pasaport vermeye yetkili makamlara bildirilenlere pasaport veya seyahat vesikası verilemez...*” ifadesine istinaden tesis edilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin 18/10/2007 tarih ve E:2007/4 K:2007/81 sayılı kararı ile 5682 sayılı Pasaport Kanunu'nun 22. maddesinin 1. fıkrasında yer alan “*...vergiden borçlu olduğu pasaport vermeye yetkili makamlara bildirilenlere...*” bölümünün iptaline karar verilmiş olup, iptal edilen bölümün doğuracağı hukuksal boşluğun kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğü gerekçesiyle iptal kararının Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiştir. Karar 8/11/2007 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanmış olup, iptal edilen ifade 06/06/2008 tarihinden geçerli olmak üzere madde metninden çıkarılmıştır. Şu durumda yurtdışına çıkış yasağı işleminin tesis edildiği tarihte, dayanağı olan kanun hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu Anayasa Mahkemesi kararıyla tespit edilmiş haldedir. Mahkeme, “*Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihi ileri ertelemiş bulunması öncelikle yasama organına aynı konuda, iptal kararının gerekçesine uygun olarak, yeni bir düzenleme için olanak tanımak ve ortada hukuki bir boşluk yaratmamak amacına yönelik olup, yargı mercilerinin bakmakta olduğu uyuşmazlıklarda hukuka ve Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmiş kuralları uygulaması ve uyuşmazlıkları bu kurallara göre çözümlemesi sonucunu doğurmayacağı idari yargının yerleşik içtihatlarındandır.*” diyerek, iptal kararının yürürlüğe girmesi ertelenmiş olsa da, uyuşmazlığı kanun hükmünü ihmal ederek çözümlenmiştir. Fakat bu karar Ankara 8. İdare Mahkemesi'nin önceki kararının Danıştay tarafından bozulması üzerine verdiği ısrar kararıdır. Danıştay'ın bazı daireleri Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının yürürlüğe girmediği durumda ilgili kanun

240 Ali Ülkü Azrak, “Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği”, Anayasa Yargısı Dergisi, C.:1, 1984, s.165

241 Ankara 8. İdare Mahkemesi, T:19/12/2014, E:2014/1734, K:2014/2029, (Yayımlanmamıştır)

hükümlerinin yürürlükte olduğu, bu nedenle uyuşmazlıkların bu hükümler dikkate alınarak çözümlenmesi gerektiğini düşünmekte iken²⁴²; ilgili kanun hükümlerinin ihmal edilmesiyle suretiyle karar verilmesi yönünde karar veren daireler de vardır.²⁴³

Kanaatimizce, Anayasa'ya aykırılığı tespit edilmiş bir kanun hükmüne dayanılarak idari işlem tesis edilmesi, anayasal denetimi anlamsız kılacak ve anayasanın üstünlüğü prensibini ihlal edecek bir durumdur. Bu nedenle, haklarındaki iptal kararının yürürlüğe girişinin ertelendiği kanun ve kanun hükmünde kararname hükümlerinin yargılamada ihmal edilmesi yoluyla hüküm tesis edilmesi, ilgililerin haklarını korumak ve Anayasa'ya uygun bir hukuki denetim yapmak adına tercih edilmesi gereken çözüm yoludur.

2.2.2.5. Anayasaya Uygun Yorum Metodu

Anayasa Mahkemesi, norm denetimi esnasında verdikleri iptal ve red kararlarının yanında, içtihatla oluşturdukları başka kararlar da vermektedir. Anayasaya uygun yorum yoluyla, denetlenen hukuk kuralının iptal edilmeyerek, Anayasa'ya uygun yorumlanmasına ve bu şekilde uygulanmasına karar verilir.²⁴⁴

Şarta bağlı anayasaya uygunluk ya da yorumlu red kararı olarak da ifade edilen bu karar türü, anayasanın üstünlüğü, normlar hiyerarşisi ve hukuk düzeninin birliği anlayışının bir sonucudur. Sistematik yorumun farklı bir görünümü olan anayasaya uygun yorum tekniği, Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin 7 Mayıs 1955 tarihli kararında, “*Bir yasa anayasaya uygun olarak yorumlanabildiği ve bu yorum seçildiğinde hala anlamını koruduğu takdirde anayasaya aykırı değildir.*” şeklinde açıklanmıştır.²⁴⁵

Başka bir deyişle, anayasaya uygun yorum bir kanun hükmünün birden fazla şekilde yorumlanabilmesi imkanından yola çıkılarak anayasaya uygun olan yorumun seçilmesidir. Anayasa Mahkemesi'nin E:2002/108 K:2004/55 no'lu ve 20/07/2004 tarihli kararına yazılan karşı oy yazısında da anayasaya uygun yorum “*...Anayasaya uygun*

242 Danıştay 10. Daire, T:16/6/1999, E:1996/8712, 1999/3488, DD, S.:102, s.666 vd., Aynı yönde: AYM, T:26/06/2002, E:2001/377, K:2002/59, Kararları Nakleden: Gözübüyük ve Tan, a.g.e., s.62, 63

243 Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, T:30/10/2013, E:2010/2292, K:2013/3366, <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet>, Erişim Tarihi:23/03/2017; İptal kararı ertelenmiş yasa hükümlerinin erteleme süresi boyunca çekişmeli statülere uygulanamayacağına dair bkz.: Karahanoğulları, a.g.e., s.671 vd.

244 Tanör ve Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s.522 vd.

245 Bakır Çağlar, “Anayasa Yargısında Yorum Problemi, Karşılaştırmalı Analizin Katkıları”, Anayasa Yargısı Dergisi, C.:2, 1985, s.191

yorum, bir yasa normunun uygulanmasında aynı derecede savunulabilir nitelikte iki farklı yorum olanağı varsa, bunlardan anayasaya uygun olanının seçilmesine cevaz verir.” şeklinde ifade edilmiştir.²⁴⁶

Bu yorumun uygulanması yoluyla, diğer hukuk kurallarının temel meşruiyet kaynağı olan anayasanın alt normlar üzerindeki etkinliği sağlanmaktadır. Zamanla eskiyen ve mevcut koşullara uyum sağlayamaz hale gelen kanunların, üst normun içerdiği hükümler vasıtasıyla bir bakıma tazelenmesi temin edilmiş olur. Bu durum bilhassa anayasadan önce yürürlüğe girmiş kanunlar açısından çok önemlidir. Bunların yanında, anayasaya aykırılığı iddiasıyla yargı organları önüne getirilmesi bir şekilde engellenmiş olan kanunların, anayasaya aykırılıklarının giderilmesi açısından anayasaya uygun olarak yorumlanmaları çok önemlidir.²⁴⁷ Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, 7/12/1989 tarih ve 89/4 no'lu meşhur kararında, sıkıyönetim komutanları tarafından görevinden uzaklaştırılan kamu görevlilerinin bir daha kamu görevine kabul edilmemelerini öngören düzenlemeye ilişkin olarak şu değerlendirmeleri yapmış ve bu düzenlemeyi sadece sıkıyönetim süresiyle sınırlı olarak yorumlamak gerektiği sonucuna varmıştır:

“Bir yandan nitelikleri yukarıda açıklanan ve hakkında hukuk yollarına başvurma olanağı bulunmayan işlemle bu işlem için öngörülen yaptırım arasında adil bir denge kurulmasının hak, adalet ve hukuk devleti ilkelerinin bir gereği olması; öte yandan dayanağını Anayasa'nın 122. maddesinden alan ve bu maddede belirtilen durumlara bağlı olarak yürürlüğe konulan sıkıyönetimin geçici bir nitelik taşıması, dolayısıyla sıkıyönetim komutanlığınca alınan önlemlerin de sıkıyönetim süresi ile sınırlı bulunması; Anayasa'nın 15. ve 122. maddelerinde sıkıyönetim halinde temel hak ve özgürlüklerin durumun gerektirdiği ölçüde kısıtlanabileceğinin veya durdurulabileceğinin, 13. maddesinde de bu sınırlamaların Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olması gerektiğinin, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamayacaklarının ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılmayacaklarının açıklanmış olması nedenleri ile 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu'nun 2. maddesinin 2766 sayılı yasa ile değişik son fıkrasında yer alan "... bir daha kamu hizmetlerinde çalıştırılmazlar." ibaresini sıkıyönetim süresiyle sınırlı bir hüküm olarak değerlendirmek ve bunun sadece sıkıyönetim süresince hukuki sonuç doğurabileceğini kabul etmek gerekmektedir.”²⁴⁸

246 AYM, T:20/7/2004, E:2002/108, 2004/55, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/700a0450-4b23-4ce4-8062-34a9fd6355fd?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, Erişim Tarihi:1/6/2016

247 Ali Ülkü Azrak, “İdari Yargıda Anayasaya Uygunluk Sorunu”, Anayasa Yargısı Dergisi, C.:9, 1992, s.334 vd.

248 Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, T:7/12/1989, E:1988/6, K:1989/4, DD, S.:78-79, s.50 vd., Nakleden: Azrak, “İdari Yargıda...”, s.338

Anayasa Mahkemesi de 1982 Anayasası'nın geçici 15. maddesiyle yargı denetimine kapatılan kanun hükümlerinin, bu yorum metoduyla Anayasa'ya uygun olarak yorumlanması gerektiğini kabul etmiştir. Aynı şekilde kanunlarda mevcut olan bazı eksik düzenlemelere de bu tekniği kullanarak anlam kazandırmış ve Anayasa'ya aykırılık yönünde karar vermemiştir.²⁴⁹

Bu yöntem, yorumlu red kararlarının yasama organının gelecekteki hareket alanını basit iptal kararlarına oranla daha fazla sınırlandırdığı, Anayasa Mahkemesi'nin negatif kanun koyucu durumundan pozitif kanun koyucu durumuna geçtiği savıyla eleştirilmektedir. Özbudun, Anayasa'da yorumlu red kararı verilebileceğine ilişkin bir hüküm bulunmadığını, bilakis, 153. maddenin ikinci fıkrasındaki “*Anayasa Mahkemesi bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez.*” düzenlemesinin bu tarz bir yorumu engellemeyi amaçladığını belirtmektedir.²⁵⁰

Görüşümüz odur ki anayasaya uygun yorum metodu, Anayasa hükümlerinin kanunlar üzerinde daha fazla etkinlik kazanması ve kanun hükümlerinin anayasal ilkeler doğrultusunda uygulanabilmesi adına etkili bir metottur. Bilhassa Anayasa'ya uygunluk denetimine bir şekilde kapatılmış olan kanun hükümlerinin mahkemeler tarafından ihmal edilmesi yerine, Anayasa'ya uygun yorumlanarak uyuşmazlıkların çözümünde uygulanmaları, yargı denetimi yokluğunun getirdiği olumsuzlukları da giderecektir.

2.2.3. Fransa Örneği

2.2.3.1. Fransa'da Anayasal Denetim

Kanunlar, 1958 Anayasası'ndan önce Fransız Hukuk Sistemi'nde önemli ayrıcalıklara sahipti. Tarihsel olarak genel iradenin ürünü (*l'expression de la volonté générale*) olan bu kurallar, üst norm olan Anayasa'ya aykırı olmaları halinde dahi herhangi bir yaptırıma tabi tutulmuyorlardı.²⁵¹ 58 Anayasası ile beraber, anayasal denetimi

249 AYM, T:28/09/1984, E:1984/1, K:1984/1, Nakleden: Tanör ve Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s.523

250 Özbudun. a.g.e., s.452 vd.

251 Francis Hamon ve Michel Troper, Droit Constitutionnel, Lextenso éditions, Paris, 2014, s.660

gerçekleştirecek olan merkezi bir kurum oluşturuldu ve anayasanın üstünlüğü ilkesi gereğince üst normu ihlal eden kanunların hukuk sisteminden kaldırılacağı öngörüldü. Öncelikle belirtmek gerekir ki Fransız Anayasa Konseyi *a priori* bir denetim gerçekleştirmektedir. Başka bir deyişle ilgili normların Anayasa'ya uygun olup olmadıklarını yürürlüğe girmelerinden önce incelemektedir. Anayasa'nın 61. maddesi gereğince anayasal denetim, organik kanunlar ve parlamento meclisleri içtüzükleri için mecburidir. Yani bu kuralların usulüne uygun olarak yürürlüğe girebilmeleri için Anayasa Konseyi'nin denetiminden geçmeleri gerekmektedir. Sıradan yasalara ilişkin olarak ise Konsey'in yetkisi ikincildir. Kanunlar parlamento tarafından kabul edilmelerinden sonra fakat cumhurbaşkanı tarafından yayımlanmalarından önce Anayasa Konseyi'ne götürülebilirler. Bir kanunun Anayasa Konseyi önüne götürülmesi, onun yayımlanarak yürürlüğe girmesini Konsey'in kararına kadar ertelemektedir. Konsey'in Anayasa'ya aykırılığına hükmettiği kanun hükümleri yayımlanamaz. Eğer Anayasa'ya aykırı bulunan hükümlerin ilgili kanunun geri kalanından ayrılamayacağına karar verilirse bu durum kanunun tümünün yürürlüğe girişine engel olmaktadır. Bu sistemde yürürlüğe girmiş bir kanunun anayasal denetimi teorik olarak mümkün olmasa da Anayasa Konseyi, yürürlükte olan bir kanunu değiştiren, tamamlayan ya da alanını etkileyen bir kanunu denetlerken, önceki kanunun Anayasa'ya uygunluğunu inceleme yetkisini de kendisinde görmüştür.²⁵²

Anayasa metninin ilk halinde, Anayasa'ya aykırılık nedeniyle iptal isteminde bulunma yetkisi yalnızca Cumhurbaşkanı, Başbakan, Millet Meclisi ve Senato Başkanlarına verilmişti. 29 Ekim 1974'teki Anayasa değişikliği ile Anayasa'ya aykırılık itirazında bulunma imkânı altmış milletvekili ve altmış senatöre de verilmiş oldu. 70'li yıllara kadar nispeten az sayıda karar veren Konsey, anılan Anayasa değişikliği ile daha yüksek oranda içtihat oluşturmaya başladı.²⁵³

Fransız sisteminde kanunların Anayasa'ya uygunluğunun denetimi, kısaca anlatıldığı gibi soyut ve *a priori* olarak gerçekleştirilmektedir. Bu sistem, yürürlüğe girmiş bir kanunun Anayasa'ya uygunluk denetiminin yapılmasına müsaade etmemektedir. Meclis, Anayasa'ya aykırılık taşıyan bir kanunu ilga etmedikçe, o kanun hükümleri yadsınamaz (*incontestable*) bir nitelik taşımakta ve yargılama aşamasında ihmal edilmemektedir. 2008 düzenlemesi ise anayasal denetim mekanizmasına temel bir değişiklik getirmiştir.

²⁵² Hamon ve Troper, a.g.e., s.726 vd.

²⁵³ Louis Favoreu ve diğerleri, Droit Constitutionnel, Editions Dalloz, Paris, 2014, s.344

Bu değişikliği görmeden önce, Fransız doktrininin yargılama esnasında ortaya çıkan Anayasa'ya aykırılık sorununa getirdiği çözümleri inceleyeceğiz.

2.2.3.2. Anayasa'nın İdari Yargıya Etkisi-Yasa Ekranı Hipotezi

Anayasa temel olarak, siyasi gücün nasıl elde edileceği, nasıl el değiştireceği ve nasıl kullanılacağına ilişkin kurallar öngören hukuki metindir. Bunun yanında devletin organizasyonu ve işleyişini de düzenler. Bu kurallardan bir kısmı, idareyi bağlayan ve idari faaliyeti düzenleyen kurallardır.²⁵⁴ Anayasa hükümlerinin doğrudan uygulanabilirliği her zaman tartışma konusu olmuştur. Esasen, idari makamların bu hükümlere uyması zorunludur ve bir idari işlemin Anayasa'ya aykırı olması nedeniyle iptal edilebilmesine engel olan bir kural yoktur. İdari hâkim, kanunların Anayasa'ya uygunluğunu denetleme yetkisini haiz olmasa da idari işlemlerin hukuka uygunluğunu kontrol etmekle görevlidir. Bu bağlamda bir Anayasa hükmünü ihlal eden idari işlemi iptal edebilecektir.²⁵⁵

Ekran yasa hipotezi (*l'hypothèse de l'écran législatif*) ile mahkemelerde Anayasa'ya aykırılık nedeniyle iptal kararı verilebilecek hallerin sınırı çizilmiştir. Buna göre bir idari işlem ancak doğrudan ve zatında taşıdığı hukuki sonuçlar itibariyle Anayasa'ya aykırı olduğunda iptal edilebilir. Eğer ilgili işlem, dayanağı olan kanuna uygun olarak tesis edilmişse, Anayasa hükmüne aykırılık kanundan kaynaklanıyor demektir. Bu durumda idari işlemin iptali, kanunun Anayasa'ya aykırılığı anlamının tespiti anlamına gelecektir. İdari yargıcın, uygulamakla yükümlü olduğu kanunların Anayasa'ya uygunluğunu denetleme yetkisi bulunmamaktadır. Bu tarz bir aykırılığı tespit etse dahi, ekran yasa hipotezine göre bu kanunu uygulamaktan imtina edemeyecek, dolayısıyla idari işlemi iptal edemeyecektir. Bu durumda Anayasa'ya aykırılık taşıyan kanun, idari işlem ile Anayasa arasında engel oluşturacaktır.²⁵⁶ Kanun, her ne kadar idari işlemin Anayasa'ya aykırılığı sonucunu doğursa dahâkim işlemi yalnızca kanunu esas alarak denetleyebilir.²⁵⁷ Eğer kanun, herhangi bir alanda, hayata geçirilecek ilkeleri belirlemeden hükümete düzenleme yapma yetkisi veriyorsa, idare doğrudan Anayasa

254 Waline, a.g.e., s.278

255 Chapus, a.g.e., s.33

256 Waline, a.g.e., s.334 vd.

257 Dupuis, Guédon ve Chrétien, a.g.e., s.105

kuralları ile bağılı olur. Bu durumda Anayasa'nın doğrudan uygulanmasına neden olacak bir kanun hükmü bulunmadığından ekran yasa hipotezi uygulanmaz.²⁵⁸

2008 yılındaki Anayasa değişikliğine kadar itiraz yoluyla anayasal denetimin olmadığı Fransa'da ekran yasa hipotezi, yürürlükte olan kanunların Anayasa'ya aykırı olsalar bile, hiçbir şekilde ihmal edilemeyeceklerini öngörmüştür. Fransız Danıştay 1936 tarihli *Arrighi* kararında²⁵⁹ formüle ettiği hipotez gereğince, kanunların Anayasa'ya uygunluğunu denetlemeyi reddetmiş ve pozitif hukuktaki kanunlar meclis tarafından ilga edilene ya da değiştirilene kadar uygulanmaya devam edilmiştir. Chapus'nun 2008 değişikliğinden önce belirttiği gibi kanun, Anayasa'nın 55. maddesi gereğince uluslararası andlaşmaların üstünlüğüne ilişkin düzenleme hariç olmak üzere, bir konudaki üstün kural (*la règle suprême*) olma özelliğini taşımaktadır. Anayasa Konseyi'ne verilen anayasal denetimikânı, yalnızca yayımlanmamış kanunlar için geçerlidir. Bir kere yayımlanıp yürürlüğe giren kanun, Anayasa'ya aykırılığı iddia edilse dahi yadsınamaz bir norm haline gelmektedir.²⁶⁰

Azrak ise, idarenin temel hak ve özgürlüklere çoklukla etki eden faaliyetler gerçekleştirdiğini, yasanın her durumu düzenleyemeyeceğini ifade etmektedir. Mahkemelerin artan biçimde kanunu aşarak olaya uygulanabilen Anayasa hükümlerine göre karar verdiğini belirten yazar, idareye hareket alanı bırakmayan sızdırmaz yasa pratiğinin²⁶¹ etkinliğini kaybettiğini ve ekran yasa hipotezinin de zayıfladığını savunmaktadır.²⁶²

2.2.3.3. 2008 Değişikliği-Anayasaya Aykırılık İtirazı

Yasama işlemlerinin yalnızca yürürlüğe girmesinden önce anayasal denetime tabi tutulmasını öngören Fransız sisteminde, 2008 Anayasa değişikliğiyle önemli bir yenilik

258 Chapus, a.g.e., s.34

259 CE, Arrighi, 6/11/1936, Nakleden: Olivier Dutheillet de Lamothe, "Control de Constitutionnalité et Control de Conventionnalité", Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, Dalloz, 2007, s.3, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/cccc.pdf, Erişim Tarihi:20/07/2016

260 Chapus, a.g.e., s.74

261 "Sızdırmaz yasa" kavramı, Azrak tarafından, "Yasa koyucunun idare alanına ilişkin yasaları üretirken pratikte tartışma ve uyumsuzluk yaratabilecek boşluklar bırakmamak, idareye verdiği yetkileri ayrıntılı biçimde düzenlemek gibi bir eğilim taşıması olgusu..." olarak nitelenmiştir. Bu kavram, yasa koyucunun ayrıntılı kanuni düzenlemelerle, anayasal hükümlerin uyumsuzlukların çözümünde uygulanmasının önüne geçme çabası olarak kavramsallaştırılmıştır. (Azrak, "İdari Yargıda...", s.325)

262 Azrak, "İdari Yargıda...", s.326 vd.

hayata geçirilmiştir. Bu değişiklik ile yürürlükte olan kanunlar, görülmekte olan bir davada ileri sürülen Anayasa'ya aykırılık itirazı (*la question prioritaire de constitutionnalité-QPC*) üzerine Anayasa Konseyi'ne gönderilebilecektir. Anayasa'nın 61-1 maddesindeki hükme göre; “*Derdest bir dava sırasında bir yasa hükmünün Anayasal hak ve özgürlükleri ihlal ettiği iddiası ortaya atılır ise, bu iddia Danıştay, ya da Yargıtay tarafından süresi içinde Anayasa Konseyine havale edilir. Mevcut madde hükmünün uygulanmasına ilişkin şartlar bir organik yasayla düzenlenir.*”.

Bu düzenleme, temelde Türkiye'deki somut norm denetiminin mantığını taşımakla birlikte, önemli farklılıklar da içermektedir. Öncelikle, tüm yasama işlemlerinin değil, yalnızca Anayasa'daki hak ve özgürlükleri ihlal eden kanunların Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülebilecektir. Anayasa'ya aykırılık meselesinin Anayasa Konseyi'ne gönderilip gönderilmeyeceğine karar verme yetkisi, davaya bakmakta olan hâkime değil, yargı koluna göre Danıştay ya da Yargıtay'a aittir. Anayasa'ya aykırılık def'inin Konsey'e gönderilmesi için üç şart öngörülmüştür. Öncelikle itiraz konusu edilen yasa hükümlerinin mevcut uyumsuzluğa uygulanabilir olması gerekmektedir. Fakat ilgili normların bu nitelikte olup olmadığının takdiri ilk derece mahkemesine ya da Danıştay veya Yargıtay'a aittir. Anayasa Konseyi kanun hükümlerinin olaya uygulanabilir olup olmadığı hakkında bir karar vermemektedir. İkinci olarak ilgili kanun maddelerinin Anayasa'ya uygunluğu konusunda daha önce karar verilmemiş olmalıdır. Bu şart ancak hukuki ya da fiili şartların değişmiş olması halinde aşılabilmektedir. Son olarak Anayasa'ya aykırılık itirazının ciddi bir mahiyet taşıması gerekmektedir. Bu denetim yolunun uygulama şartlarını belirlemek üzere çıkarılan organik yasaya göre, davayı gören mahkeme ya da hâkim, Anayasa'ya aykırılık meselesini re'sen gündeme getiremez. Bu itirazın muhakkak davanın taraflarından biri tarafından yapılması gerekmektedir.²⁶³

Fransa'da mahkemelerin uygulayacakları kanunların uluslararası andlaşmalara uygunluğunu denetleyebildiklerini yukarıda izah etmiştik. Bu denetim, başka bir yargı merciine başvurmadan davayı gören hâkim tarafından gerçekleştirilmekte ve Anayasa'nın 55. maddesi gereğince bir andlaşmaya aykırı olan kanun hükmünün uyumsuzluğun çözümünde ihmal edilmesi sonucunu doğurabilmektedir. Anayasa'ya aykırılık itirazı ise, daha uzun ve zor bir sürecin işletilmesini gerektirmekte ise de

263 Favoreu ve diğerleri, a.g.e., s.345 vd.

sonucunda ilgili yasa hükümlerinin *erga omnes* etki doğuracak şekilde hukuk sisteminden kaldırılmasını sağlamaktadır. Bu nitelikleri itibarıyla Anayasa'ya aykırılık itirazından daha pratik şekilde çözülen andlaşmaya aykırılık itirazı (*moyen d'inconventionnalité*), gerek davanın tarafları gerekse yargı mercileri tarafından daha çok tercih edilebilir niteliktedir. Anayasa'ya aykırılık itirazının konusu temel hak ve hürriyetlerin ihlali olduğundan, bu iki itirazın aynı yargılamada beraber gündeme getirilmesi oldukça muhtemeldir. Bu ihtimali öngören organik yasa, Anayasa'ya aykırılık ve andlaşmaya aykırılık itirazlarının bir davada eş zamanlı olarak ileri sürülmesi durumunda, yargıcın öncelikle Anayasa'ya aykırılık meselesini çözüme kavuşturması gerektiğini kurala bağlamıştır.²⁶⁴ Bir bakıma organik yasa, kanun hükümlerin andlaşmaya aykırılıklarının uyuşmazlığı çözen hâkim tarafından tespit edilerek ihmal edilmesindenense, Anayasa'ya aykırılıkları konusunda Anayasa Konseyi tarafından hükme varılmasının öncelik arzettiğini öngörmektedir.²⁶⁵

Kanaatimizce hakimlerin kanunların Anayasa'ya aykırılığını re'sen gündeme getirememesi, Fransa'daki somut norm denetimini Türkiye'dekinden ayıran en önemli özelliktir. Kanun hükümlerini uyuşmazlığın çözümünde uygulamakla görevli olan hâkim, bu kuralların Anayasa'daki hak ve özgürlükleri ihlal ettiğini tespit edebilecek en önemli merciidir. Bu itirazı taraflardan birinin yapmasının şart koşulması bir anlamda hâkimin elini kolunu bağlayacaktır. Uyguladığı normun anayasal hak ve özgürlükleri ihlal ettiğini saptayan hâkim, tarafların itirazı olmadıkça bunu gündeme getirememekte ve davadaki Anayasa'ya aykırılık problemi gerçek anlamıyla çözüme kavuşturulamamaktadır. Bu nedenle bu sistemde taraflardan biri ileri sürmedikçe; Anayasa'ya aykırılık taşıyan bir kanun hükmünün uyuşmazlığa uygulanması gerekecektir. Fakat 2008 öncesi dönemde dahi Anayasa'ya aykırılık denetimi yapmayı reddeden Fransız idari yargıcı, yeni düzenlemenin ışığında Anayasa'ya aykırı bir kanunun hükmünü ihmali yoluna evleviyetle başvurmayacaktır.

264 Loi organique, n° 2009-1523, 10/12/2009,

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000021446446&categorieLien=i>
d, Erişim Tarihi: 25/07/2016

265 Hamon ve Troper, a.g.e., s.742,743

2.2.4. Değerlendirme

Anayasa Mahkemesi'nin ilk olarak hukuk sistemimize dahil edildiği 1961 Anayasası'yla beraber somut norm denetimi yolu da öngörülmüştür. Yani Anayasa Mahkemesi faaliyete başladığı andan itibaren, Anayasa'ya aykırılık iddiası mahkemeler önünde de ileri sürülebilmiş ve Yüksek Mahkeme bu itirazları çözüme bağlamıştır. Bu açıdan Anayasa'ya aykırılık taşıyan bir kanun hükmünün mahkemeler tarafından ihmalî kural olarak mümkün değildir. Bu konuda karar verme yetkisi münhasıran Anayasa Mahkemesi'ne aittir. Ancak bazı ayırksı durumlarda kanun hükümlerinin ihmalî yoluna gidilebilmiştir. Bu durumların çoğu Anayasa'ya uygunluk denetimi imkanının bulunmadığı durumlardır. Bir iptal davasında Anayasa'ya aykırı olduğu tespit edilen bir kanun hükmü için ihmal yönteminin uygulanabileceği en bariz durum, ilgili hüküm hakkında daha önceden Anayasa Mahkemesi tarafından verilen iptal kararının yürürlüğünün ertelendiği durumdur.

Fransa'da ise başlangıçta yalnızca *a priori* anayasal denetim öngörülmüştür. Kanunların meclis tarafından kabul edilmeleri ile Cumhurbaşkanı tarafından yayımlanarak yürürlüğe girmeleri arasındaki sürede açılacak iptal davası ile anayasal denetim mekanizması işletilmekteydi. Fransız idari yargı mercileri, kanunların anayasal denetimini yapmaya yetkili olmadığını çok net biçimde kabul etmiş ve bu yönde gelen talepleri istikrarlı biçimde reddetmiştir. Yukarıda yer verilen ekran yasa hipotezi gereğince Anayasa'ya aykırılık durumunda dahi Anayasa ile çatışma durumunda olan kanunun idari işlem ile Anayasa arasında engel oluşturacağına hükmedilmiştir. Ancak 2008 değişikliğiyle somut denetim yolu öngörüldükten sonra Anayasa'ya aykırılık itirazı mahkemeler önünde ileri sürülebilir hale gelmiştir. Bu imkân da yalnızca Anayasa'da tanınan hak ve özgürlüklerle alakalı kanun hükümlerine karşı ileri sürülebilmesi ve uyuşmazlığı gören hâkim tarafından gündeme getirilememesi nedeniyle kısıtlı bir yoldur.

İki ülkedeki somut norm denetimi sistemlerini karşılaştırdığımızda Türkiye'deki denetim yolunun daha etkin bir yol olduğunu söylemek mümkündür. İtiraz yolunun ilk olarak öngörüldüğü 1961 Anayasası'ndan itibaren mahkemeler, Anayasa'ya aykırı gördükleri kanun hükümlerini ihmal etmek zorunda kalmamışlardır. Nitekim Anayasa bu ihtimalde de Anayasa'ya aykırılık meselesinin Anayasa Mahkemesi'nin yetkisinin dışına çıkmasına müsaade etmemiştir. Fransa'da ise Anayasa Konseyi uzun bir süre

anayasal denetim yapmasına rağmen, yürürlükteki kanun hükümlerinin Konsey önüne getirilebilmesi ancak 2008 tarihli Anayasa değişikliği ile mümkün olmuştur. Bu sistemde dahi önemli kısıtlamalar öngörüldüğünü yukarıda inceledik. Uzun yıllar boyunca Anayasa'ya aykırı kanunlara dayanılarak tesis edilen idari işlemler denetlenememiş ve Anayasa'nın tüm hukuk sistemi üzerindeki üstünlüğü tam anlamıyla tesis edilememiştir. Türkiye'de ihmal yoluna başvurmayaya gerek bırakmayacak şekilde etkin bir sistem mevcut olsa da Anayasa'ya aykırılığının denetimi engellenmiş olan kanunlar bu sistemin en büyük açığını oluşturmuştur. Özellikle askeri darbe döneminden sonra geçici dönemlerde yürürlüğe koyulan yasama işlemleri anayasal denetim muaf tutulmuş ve anayasanın üstünlüğü ilkesinin hayata geçirilmesi bu kanunların yargı mercileri tarafından ihmal edilmesini gerektirmiştir.

3. BÖLÜM: DÜZENLEYİCİ İŞLEMLERİN İHMAL EDİLMESİ

Önceki bölümde, idari yargılamada kanun hükümlerinin ihmal edilmesini inceledik. Bu bölümdeyse, idari düzenleyici işlemlerin ihmali meselesini ele alacağız. Bu problem, kanunların ihmaline kıyasla pozitif hukuk düzenlemelerine pek fazla konu edilmediğinden, öğretilerdeki görüşler ve yargı içtihatları asıl yardımcılarımız olacaktır. Öncelikle Türk hukuk sisteminde idarenin düzenleme yetkisini dayanakları ve kapsamıyla birlikte ele alıp, mevzu hukukta ve uygulamada yer alan düzenleyici işlem çeşitlerinden bahsedilecektir. Ardından, kanuna aykırı düzenleyici işlemlerin mahkemeler tarafından hangi şartlarda ihmal edilebileceği, mahkeme kararlarından örnekler vererek açıklanacaktır. Bunun yanında mevcut düzenlemelerde ihmal kurumuna ihtiyaç duyulmasını gerektiren eksiklikler ve çözüm yolları ele alınacaktır. Son olarak da Fransa'daki idari düzenleme yetkisi ile beraber düzenleyici işlemlerin hukuka aykırılığının uyuşmazlıkların görünümü esnasında nasıl ileri sürülebileceği incelenecektir.

3.1.TÜRK HUKUKU'NDA DÜZENLEYİCİ İŞLEM KAVRAMI

3.1.1. İdarenin Düzenleme Yetkisi

Toplumsal ilişkilerin gelişmesi ve karmaşıklaşması ile beraber idare cihazı, sosyal hayatın neredeyse her köşesine nüfuz etmektedir. Bilhassa ekonomik gelişmelerin yönetimleri hızlı karar almak zorunda bırakması ve ülkelerin içerisinde geçtiği olağanüstü dönemler, yürütme erkinin güçlendirilmesi fikrini beslemektedir. Özellikle 2. Dünya Savaşı sonrasında oluşturulan anayasalar, yürütme gücünün çeşitli şekillerde ve artan biçimde etkin kılınması fikrinin hayata geçirildiğini ortaya koymaktadır.²⁶⁶ Bu eğilim Türk Anayasalarında da etkisini göstermiştir. Kuvvetler birliğini benimseyen 1924 Anayasası'nda yalnızca bir fonksiyon olarak yer alan, 1961 Anayasası'nda ise kanunlar çerçevesinde Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından yerine getirilen bir “görev” olarak nitelendirilen yürütme, 1982 Anayasası'nda “yürütme yetkisi ve görevi” olarak ifade edilmiştir. Madde gerekçesinden de anlaşılacağı gibi yürütme,

²⁶⁶ Turgut Tan, “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Yürütmenin Düzenleme Yetkisi”, Anayasa Yargısı Dergisi, C.:3, 1986, s.203

yasamaya bağı bir erk olmaktan çıkarılmıştır. Bu doğrultuda yürütmeye bazı asli yetkiler tanınmıştır. Buna rağmen, yürütmenin yasaya bağı olmadığı ya da idarenin kanuniliğı ilkesinin ortadan kalktığını savunmak mümkün değildir. Başka bir deyişle yürütmenin yetki olarak tanımlanması yürütmeyi özerk bir hale getirmemiştir.²⁶⁷

Düzenleyici işlem, idarenin tek taraflı olarak tesis ettiği, kişilik dışı ve genel nitelikteki işlemleridir.²⁶⁸ İdarenin neye dayanarak ve ne kapsamda düzenleme yapabileceğı 1961 Anayasası döneminde birçok tartışmaya konu olmuştur. 1982 Anayasası yürütmenin gücünü artırsa da düzenleme yetkisine dair tartışmalar nihayete ermemiştir. Bu konuya ilişkin olarak Anayasa'nın 8. maddesi, “*Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanını ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.*” kuralına yer vermektedir. Aynı zamanda 91., 121. ve 122. maddelerde Bakanlar Kurulu'nun kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisine, 115. ve 124. maddelerde idareye tüzük ve yönetmelik çıkarma yetkisine yer verilmiştir. Anayasa'nın içerdiği bu hükümler göz önüne alındığında, idarenin düzenleyici gücünün kapsamı konusundaki tartışmaları, düzenlemenin şekli ve içeriğı olarak ikiye ayırmak mümkündür.

Öncelikli sorun, idarenin neye dayanarak düzenleme yapacağıdır. Gözler'e göre idarenin düzenleme yetkisi, anayasa ve kanunlardan kaynaklanabileceğı gibi, eşyanın tabiatından da kaynaklanabilir. Yasama organının her durumu düzenlemesi olanaklı değildir. Kamu yararını ve kamu düzenini sağlamakla görevli olan idare, kanun tarafından görevlendirilmemiş olsa dahi düzenleme yapabilecektir.²⁶⁹ Turan Güneş'e göre ise, idareye birel işlem tesis etme yetkisi verilen her durumda düzenleyici işlem yetkisi de verilmiş sayılır. Nitekim idare, kendisine verilen takdir yetkisini eşitlik ilkesine uygun olarak ve objektif ilkelere göre kullanmakla yükümlüdür. Bu yükümlülük ise ancak kişilik dışı ve genel nitelikli kuralların koyulmasıyla gerçekleşebilir.²⁷⁰ Aynı görüşte olan Günday, idarenin takdir yetkisini kullanmasını düzenleyen kurallar koymasının belirlilik ve düzenli idare ilkelerinin gereğı olduğunu, bu nedenle de idarenin düzenleme yetkisinin genel nitelikli olduğunu belirtmektedir. Dolayısıyla, idarenin düzenleme

267 Turgut Tan, “1982 Anayasası Yönünden Yürütme Görevi ve Yetkisinin Niteliğı (Güçlü Devlet ya da Güçlü Yürütme)”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.:1, 1984, s.35,36

268 Gözler, a.g.e., C.:I, s.1153

269 Gözler, a.g.e., C.:I, s.1158

270 Turan Güneş, *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri*, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1965, s.83

yetkisi yalnızca Anayasa'da öngörülen düzenleyici işlemlerle sınırlı değildir. İdare bunların yanında, karar, genelge, tebliğ vb. işlemler tesis edebilmelidir.²⁷¹ Başka bir deyişle, idare, düzenlemek istediği alanda yalnızca tüzük ve kararname çıkarmak zorunda değildir. Anayasa'ya ve kanunlara uygun olmak üzere düzenleme yetkisini başka biçimlerde de kullanabilmelidir. Uygulama bu yönde olduğu gibi, öğretide de büyük oranda bu görüşte birleşmiştir.

İdarenin daha önceden kanunla düzenlenmeyen bir alanda düzenleme yapma yetkisinin olup olmadığı konusunda ise farklı görüşler mevcuttur. Gözler, idarenin düzenleme yetkisinin *intra legem* ve *secundum legem* özelliğini inceleyerek, işlem türlerine göre ayırım yapmaktadır. *Intra legem* özelliği gereği, idarenin düzenleyici işlemleri kanuna uygun olmak zorundadır. Tüzük ve yönetmeliğin düzenlendiği Anayasa maddelerinde bu husus açıkça belirtilmişken, adsız düzenleyici işlemler Anayasa'nın 8. maddesinde yürütme yetkisi ve görevinin Anayasa ve kanunlara uygun olarak kullanılacağına öngörülmesi nedeniyle aynı zorunluluğa tâbidir. Bu özelliğin tek istisnası olağan dönem ve olağan üstü hal kanun hükmünde kararnameleridir. Bu kararnamelerin kanunlara uygun olma zorunluluğu bulunmamaktadır. Nitekim bu işlemler kanun gücünde olduğundan, kanun hükümlerini değiştirebilirler. Kanuna aykırılık halinde ilgili kararname hükmünün aykırı olduğu kanun hükmünü değiştirdiği kabul edilir. Düzenleyici işlemlerin *secundum legem* özelliği, yani kanuna dayanma gerekliliğine ilişkin olarak Gözler, pozitif hukukta yer alan kurallara göre bir ayırım yapmaktadır. Anayasa'daki açık hükümler göz önüne alındığında, olağan dönem KHK'leri, tüzükler ve yönetmelikler kanuna dayanmak zorundadır. Bir yetki kanununun yetkilendirmesi olmadan olağan dönem KHK'si çıkarılamaz. Kanunun uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek üzere çıkarılan tüzükler ve kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere çıkarılan yönetmelikler de bir kanun tarafından düzenlenmeyen bir alanda kural koyamazlar. Oysa olağanüstü hallerde çıkarılan KHK'ler, bir kanunun yetkilendirmesine ihtiyaç duymaksızın çıkarılabilirler. Aynı şekilde Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği'nin kuruluşu, teşkilatı ve görevlerine ilişkin çıkarılan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi için de öncesinde kanun tarafından düzenleme yapılmış olmasına gerek yoktur. Uygulamada idare tarafından çıkarılan adsız düzenleyici işlemler için Anayasa'da açık bir düzenleme mevcut değildir. Bu nedenle

271 Günday, a.g.e., s.226

adsız düzenleyici işlemlerin kanuna dayanması gerektiğini öngören bir hüküm de yoktur. Bu görüşleri öne süren Gözler, idarenin düzenleme yetkisinin genel nitelikli ve asli bir yetki olduğunu belirtmektedir. İdare, olağan dönem KHK'ler, tüzükler ve yönetmelikler istisna tutulacak olursa, yaptığı düzenleyici işlemlerde kanuna dayanmak zorunda değildir. Daha önceden kanunla düzenlenmemiş bir alanda idare ilk elden düzenleme yapma yetkisine sahiptir.²⁷²

Aksi görüşü savunan Günday'a göre, idarenin kuruluş ve görevlerinin kanunla düzenleneceğini öngören Anayasa'nın 123. maddesi hükmü gereğince idarenin asli düzenleme yapma yetkisi yoktur. Bir alanın idare tarafından düzenlenebilmesi için o alanda öncelikle yasa koyucu tarafından kural konulmuş olması gerekmektedir. Bir konuda kanun yapılmış olması, idarenin düzenleme yapması için yeterli değildir. Yasa koyucu kanun çıkarırken, idarenin düzenleme yetkisinin sınırlarını çizmeli, o alandaki genel ilke ve prensipleri belirlemelidir. Aksi durum idareye keyfi düzenleme yapma imkânı verecek ve yasama yetkisinin devri anlamına gelecektir.²⁷³

Aynı görüşü benimseyen Duran, Türk hukuk sisteminde yürütme ve idarenin yetkisinin genel değil türev bir yetki olduğunu belirtmektedir. Bu yetki, Anayasa'dan ve kanunlardan gelen bir yetki olup, idarenin kendi niteliğinden sudur etmemektedir. Bu nedenle kanunen yetkilendirilmediği bir durumda idarenin düzenleme yapması kabul edilemez.²⁷⁴

Danıştay, 1961 Anayasası döneminde vermiş olduğu bazı kararlarında, idarenin asli düzenleme yetkisi olduğu sonucuna varmış, yasal bir dayanak olmasa dahi idarenin kural koyup düzenleme yapabileceğine hükmetmiştir.²⁷⁵ Oysa Anayasa Mahkemesi, 1982 Anayasası döneminde vermiş olduğu kararlarda, Anayasa'da öngörülen olağan üstü dönem KHK'leri ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi gibi işlemlere ilişkin istisnalar hariç olmak üzere yürütme gücünün türev bir yetki olduğu sonucuna varmıştır. İdare, önceden kanunla düzenlenmeyen bir alanda düzenleme yapma yetkisine sahip değildir.²⁷⁶ Aksi yöndeki yargı kararlarına rağmen doktrinde genel kabul gören görüş,

272 Gözler, a.g.e., C.:I, s.1164 vd.

273 Günday, a.g.e., s.226,227

274 Duran, İdare Hukuku Ders Notları, s.389,390

275 Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, T:05/04/1974, E:1972/358, K:1974/437, Nakleden: Duran, İdare Hukuku Ders Notları, s.392

276 AYM, T:13/06/1985, E:1984/14, K:1985/7, Nakleden: Turgut Tan, "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Yürütmenin Düzenleme Yetkisi", Anayasa Yargısı Dergisi, 1986, C.:3, s.206

yürütmenin özerk bir düzenleme alanının olmadığı, kanun olmaksızın idare tarafından düzenleyici işlem tesis edilemeyeceği yönündedir.²⁷⁷

3.1.2. Düzenleyici İşlem Çeşitleri

Bu bölümde idare tarafından tesis edilen düzenleyici işlem çeşitleri incelenecektir. Yukarıda da belirtildiği üzere, KHK'ler organik bakımdan idari düzenleyici işlem sayılsa da maddi açıdan kanun gücünde işlemlerdir. Normlar hiyerarşisinde kanunlarla aynı seviyede bulunurlar. Nitekim Anayasa'ya aykırılıkları iddia edilerek Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açılabilir. KHK'ler ile yürürlükte olan kanun hükümleri değiştirilebilir. Bu nedenle kanunların ihmaline yönelik II. bölümde yaptığımız incelemeler KHK'ler için de geçerli sayılmalıdır. Bu bölümde tüzük, yönetmelik ve adsız düzenleyici işlemler ele alınacaktır.

3.1.2.1. Tüzük

Anayasa'nın 115. maddesindeki hüküm uyarınca tüzükler, kanunun uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek üzere, kanunlara aykırı olmamak ve Danıştay'ın incelemesinden geçirilmek şartıyla Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan düzenleyici işlemlerdir. Tüzük çıkarma yetkisi münhasıran Bakanlar Kurulu'na aittir. Yönetmeliklerde olduğu gibi bakanlıkların ya da diğer kamu tüzel kişilerinin tüzük çıkarma yetkisi yoktur. Bakanlar Kurulu işlemlerinde Başbakan ve bakanlarla beraber Cumhurbaşkanının da imzası bulunduğu için, tüzüklerin de Cumhurbaşkanı tarafından imzalanması gerekmektedir. Yine Anayasa'nın 115. maddesi gereğince tüzükler kanunlar gibi yürürlüğe girerler. Eğer yürürlüğe giriş tarihleri metinlerinde belirtilmiş ise bu tarihte, belirtilmemişse Resmî Gazete'de yayımlanmalarından itibaren 45 gün sonra yürürlüğe girerler.²⁷⁸

Tüzüğün sebep unsuru kanundur. Her tüzük bir kanuna dayanmak zorundadır. Kanun tarafından düzenlenmeyen bir alanda tüzük yapılamaz. Bazı kanunlar ihtiva ettikleri hükümlerin uygulanmasını sağlamak üzere tüzük çıkarılmasını öngörürler. Bu durumda Bakanlar Kurulu'nun tüzük çıkarma zorunluluğu bulunmaktadır. Başka bir düzenleyici

²⁷⁷ Gözübüyük ve Tan, a.g.e., s.115

²⁷⁸ Günday, a.g.e., 112 vd.

işlemlerle, örneğin yönetmelikle o kanunun uygulanmasına yönelik kural koyamaz. Fakat Bakanlar Kurulu tarafından tüzük çıkarılabilmesi için bunun kanun tarafından emredilmesi şart değildir. Herhangi bir kanunun uygulanması göstermek ya da emrettiği işleri belirtmek üzere tüzük çıkarılabilir. Tüzükler kanunların uygulanmasını göstermek ya da emrettiği işleri belirtmek üzere çıkarılırlar. Bir tüzüğün hukuken vücut bulması için Danıştay incelemesinden geçirilmesi gerekmektedir. Danıştay'ın incelemesi sonucu sunacağı görüş istişari niteliktedir. Bakanlar Kurulu bu görüşe uymak zorunda olmasa da Danıştay'ın incelemesine sunduğundan farklı hükümler içeren bir tüzüğü yürürlüğe sokamaz. Farklı bir tüzük yapılmak isteniyorsa bu da Danıştay incelemesine sunulmalıdır.²⁷⁹

Onar, Danıştay incelemesinden geçirilmemiş olan tüzüğün yok sayılmayacağını, tahvil edilerek yönetmeliğe dönüştürüleceğini savunmaktadır.²⁸⁰ Fakat bu görüş doktrindeki yazarlar tarafından kabul görmemektedir.²⁸¹ Kanun koyucunun bir konunun tüzükle düzenlenmesini öngördüğü durumda dönüştürme yoluyla tüzüğün yönetmelik olarak kabulü, yasa koyucunun açık iradesine aykırı olacaktır. Bu nedenle Günday, Danıştay incelemesinden geçirilmeyen tüzüklerin şekil unsurundaki sakatlık nedeniyle yok hükmünde olacağını belirtmektedir.²⁸²

3.1.2.2. Yönetmelik

Anayasa'nın 124. maddesi “*Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler.*” hükmünü içermektedir. Yönetmelik, idarenin bir konuda kural koyarken en sık başvurduğu düzenleyici işlemdir.²⁸³ Bu konuda en çok tartışılan mevzu yetkiye dairdir. Anayasa, Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerinin yönetmelik çıkarabileceklerini öngörmüştür. Bakanlar Kurulu'nun ve kamu tüzel kişiliğini haiz olmayan kamu kurumlarının yönetmelik çıkarıp çıkaramayacakları doktrinde tartışılmıştır. Günday, Anayasa hükmünün sınırlayıcı olarak yorumlanmaması gerektiğini savunarak, kamu

279 Gözler, a.g.e., C.:I, s.1238 vd.

280 Onar, a.g.e., C.:I, s.383

281 Gözler, a.g.e., C.:I, s.1040 vd.

282 Günday, a.g.e., s.112

283 Ender Ethem Atay, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s.62

kurumlarının kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak dışındaki görevleri yerine getirirken serbestçe yönetmelik çıkarabileceklerini belirtmektedir. Bu bağlamda kamu tüzel kişiliği olmayan kamu kurumları ve Bakanlar Kurulu'nun yönetmelik çıkarma yetkisine sahip olduğunu ifade etmektedir.²⁸⁴ Aksi görüşteki Atay, Anayasa'da sayılmış bulunanların dışında kalan makam ve kuruluşların yönetmelik çıkaramayacağını savunmaktadır.²⁸⁵

Anayasa Mahkemesi 23-25 Ekim 1969 tarih ve K:1969/57 sayılı kararında Bakanlar Kurulu'nun yönetmelik çıkarma yetkisine sahip olduğu sonucuna varmıştır.²⁸⁶ Danıştay 5. Dairesi 24/05/1988 tarih ve E:1986/1983 K:1988/2866 sayılı kararında Diyanet İşleri Başkanlığı'nın genel idare içine Başbakanlığa bağlı bir kuruluş olması nedeniyle yönetmelik yapamayacağı, ancak Başbakanlığa sunulmak üzere yönetmelik hazırlayabileceği sonucuna varmıştır.²⁸⁷ Gözler bu karara dayanarak tüzel kişiliğe sahip olmayan kamu kuruluşlarının yönetmelik yapma yetkisi olmadığını belirtmiştir. Bu kurumların hazırlayacakları yönetmelikler ancak bağlı oldukları bakanlıklar tarafından çıkarılacaktır. Fakat bu kurumlar, Anayasa'nın 124. maddesi anlamında yönetmelik çıkarmasa da idarenin genel düzenleme yetkisinden ötürü birel işlem tesis etme yetkisi olan her kurum, bu yetkinin kullanımını düzenlemek adına düzenleyici işlem tesis edebilir. Bu tür işlemler, yönetmelik olarak adlandırılmayacak fakat idarenin adsız düzenleyici işlemleri olarak adlandırılacaktır. O halde bu durumun isimlendirme dışında pek fazla bir anlamı yoktur.²⁸⁸

Yönetmelikler bir kanun ya da tüzüğe dayanılarak çıkarılırlar. Daha önceden bir kanun ya da tüzük tarafından düzenlenmeyen bir konuda yönetmelik çıkarılması mümkün değildir. Bir yönetmeliğin başka bir yönetmeliğe dayanılarak çıkarılması mümkün değildir. Eğer kanun bir konuda yönetmelik çıkarılmasını öngörüyorsa, ilgili kurum yönetmelik çıkarma yetkisini başka bir kuruma devredemez. Bu, yönetmeliklerin normlar hiyerarşisinde kanunlar ve tüzüklerin altında yer almasının bir sonucudur. Yine bundan ötürü yönetmelikler kanunlara ve tüzüklere aykırı olmamak zorundadır.

284 Günday, a.g.e., s.115

285 Yeliz Şanlı Atay, Türk İdare Hukukunda Adsız Düzenleyici İşlemler, TODAİE Yayınları, Ankara, 2011, s.121

286 AYM, T:23-25/10/1969, E:1967/41, K:1969/57, Nakleden: Gözler, a.g.e., C.:I s.1248

287 Danıştay 5. Dairesi, T:25/05/1988, E:1986/1983, K:1988/2866, DD, S.: 74-75, s.243,Nakleden: Gözübüyük ve Tan, a.g.e., s.132

288 Gözler, a.g.e., C.:I, s.1250

Yönetmeliklerle kanunu tamamlayıcı hükümler öngörülebilirse de kanunda tanınmış bir hak daraltılamaz.²⁸⁹

Yönetmeliklerin tamamı, tüzüklerin aksine Resmî Gazete'de yayımlanmamaktadır. Anayasa'nın 124. maddesine göre hangi yönetmeliklerin Resmî Gazete'de yayımlanacağı kanunla belirlenecektir. Bu kapsamda çıkarılan 3011 sayılı Resmî Gazete'de Yayımlanacak Olan Yönetmelikler Hakkında Kanun'un²⁹⁰ 1. maddesine göre *“Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişilerinin işbirliğine, yetki ve görev alanlarına ait hükümleri düzenleyen, kamu personeline ait genel hükümleri kapsayan, kamuyu ilgilendiren yönetmelikler Resmî Gazete'de yayımlanır.”* Ancak, *“Mahalli idarelerce düzenlenen ve bu idarelerin yetki ve görev alanlarına giren yönetmelikler, mahallinde çıkan gazete veya diğer yayın yolları ile ilan olunur.”*

3.1.2.3. Adsız Düzenleyici İşlemler

İdari kuruluşlar, tüzük ve yönetmeliklerin yanında, genelge, tebliğ, karar, yönerge vb. isimlerle genel, soyut, objektif kurallar koyarak düzenleme yapmaktadırlar. İdarenin Anayasa'da belirtilen tüzük ve yönetmelik dışında düzenleyici işlem yapmamaya ilişkin tartışmaya yukarıda yer verilmiştir. Yine de biz, bu konuya ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi'nin bir kararından bahsetmek istiyoruz. Anayasa Mahkemesi 07/06/1973 tarih ve E:1973/12 K:1973/24 sayılı kararında, idarenin Anayasa'da açıkça öngörülen tüzük ve yönetmelikten başka bir düzenleyici işlem yapamayacağına ilişkin tartışmaya yukarıda yer verilmiştir. İdarenin kanunlara uygun olarak genel nitelikli kural koyucu tasarruflarda bulunmasının idare hukukunun esaslarına uygun olduğu belirten mahkeme, aksini düşünmenin idari faaliyeti çıkmaza sokacağını ifade etmiştir.²⁹¹ Bu içtihadını 1982 Anayasası döneminde de devam ettiren Yüksek Mahkeme'ye göre idarenin adsız düzenleyici işlemler yapma yetkisine sahip olduğunu söylemek mümkündür. Yalnız kanunun açıkça tüzükle ya da yönetmelikle düzenleneceğini öngördüğü bir konuda bunların yerine adsız düzenleyici işlem ile düzenleme yapılması mümkün değildir. Gözler, adsız düzenleyici işlemlerin

289 Gözler, a.g.e., C.:I, s.1252

290 3011 sayılı Resmî Gazete'de Yayımlanacak Olan Yönetmelikler Hakkında Kanun, Resmî Gazete Tarih:1/6/1984 S. :18418

291 AYM, T:07/06/1973, E:1973/12, K:1973/24, Nakleden: Gözler, a.g.e., C.:I, s.1263

yönetmeliklerin hukuki rejimine tabi olması gerektiğini savunmaktadır. Nitekim KHK'lerin rejimine tabi tutulamayacağı açık olan adsız düzenleyici işlemlerin, Anayasa'nın açık hükmü karşısında tüzük gibi kabul edilerek Danıştay incelemesine sunulması ve yalnızca Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılabilmesi mümkün değildir. Bu nedenle adsız düzenleyici işlemler, yönetmelik gibi kabul edilmeli ve hem oluşturulma hem de yargısal denetim açısından yönetmeliğin tabi olduğu kurallara tabi olmalıdır.²⁹²

Uygulamada sıkça karşılaşılan adsız düzenleyici işlemlere kanunlar da yer vermektedir. Kanunlarda bu işlemlere verilen isimler düzenli değildir. Örneğin, “genel tebliğ”, “yönerge”, “genel emir” gibi adlar verilebilmektedir. Örneğin 5442 sayılı Kanun'un 9/ç maddesinde valilere genel emir çıkarma yetkisi verilmekte, 11/C maddesinde ise il içerisinde kamu düzeninin sağlanması için valilerin gereken karar ve tedbirleri alacaklarından bahsedilmektedir. Bunların bazıları karar, bazıları da tebliğ adı altında Resmî Gazete'de yayımlanmaktadır. Bu tür işlemlerin hangilerinin kurumların iç işleyişini hedef alan iç düzen işlemi niteliğinde olduğu, hangilerinin ilgililer hakkında hukuki sonuçlar doğurduğu tespit edilmelidir. İç düzen işlemi olanlar kesin ve yürütülebilirlik özelliğinden mahrum olduğu için dava konusu edilemezken, diğerleri iptal davasına konu olabilir. Yargı mercileri adsız düzenleyici işlemlerin hukuki niteliğini, idarenin isimlendirmesiyle bağlı kalmadan işlemin içerdiği hükümlerin mahiyetini değerlendirerek takdir edecektir.²⁹³

Duran, Türk hukukunda Anayasa tarafından öngörülen tüzük ve yönetmelikten başka bir düzenleyici işlem olamayacağını savunmaktadır. Adsız düzenleyici işlemlerin ise, tüzük ve yönetmeliklerin şekil şartlarına uydukları ölçüde bu işlemlerin rejimine tabi olacağını belirtmektedir. Örneğin bir işlem Bakanlar Kurulu tarafından Danıştay'ın incelemesinden geçirilerek oluşturulmuşsa tüzük niteliğinde kabul edilmelidir. Bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerinin kanunen yetkili kılınan mercileri tarafından oluşturulan düzenleyici işlemleri, Resmî Gazete'de yayımlanmaları şartıyla yönetmelik sayılmalıdır.²⁹⁴ Başka bir deyişle Duran, bir düzenleyici işlemin ismine bakılmaksızın Anayasa'da öngörülen tüzük ve yönetmeliğin şekil şartlarına uygun olmaları şartıyla geçerli kabul edilmeleri gerektiğini savunmaktadır.

292 Gözler, a.g.e., C.:I, s.1260 vd.

293 Gözübüyük ve Tan, a.g.e., s.142 vd.

294 Duran, İdare Hukuku Ders Notları, s.472,473

Bir başka görüş, Anayasa'da yönetmelik çıkaracak makamlar arasında sayılan bakanlık, başbakanlık ve kamu tüzel kişilerinin aynı zamanda adsız düzenleyici işlemler çıkarmaya yetkili olduklarında bir şüphe görmemekle beraber, bunlar dışındaki makam ve kuruluşların genel olarak bu yetkiyi haiz olduklarının kabul edilemeyeceğini savunmaktadır. Nitekim icrai işlem tesis edebilen her makamın adsız düzenleyici işlem yapabilmesi, hiyerarşideki her kademenin bu işlemler ile düzenleme yapabileceği anlamına gelir. Böyle bir kabul, dayanağını kanundan alması gereken yetki unsurunu anlamsız hale getirecektir. Bir makam ya da kurumun adsız düzenleyici işlem çıkarma yetkisine sahip olup olmadığının tespiti için kuruluş kanununa bakmak gerekir. Açıkça adsız düzenleyici işlem çıkarma yetkisi aranmasa da ilgili kanun hükümlerinin kural koyma yetkisi taşıyıp taşımadığı incelenerek bir sonuca varılmalıdır.²⁹⁵

3.1.2.4. Düzenleyici İşlemler Arası Hiyerarşi Sorunu

Türk hukukundaki pozitif normlar arasında mevcut olan normlar hiyerarşisine yukarıda değinmiştik. Aynı şekilde idari düzenleyici işlemler arasında da bir hiyerarşi olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Anayasa, kamu gücünün nasıl kullanılacağına ilişkin kuralları içeren temel hukuki metin olması itibarıyla hiyerarşide en üstün hukuk normudur. Anayasa'dan sonra kanunlar, kanun hükmünde kararnameler ve milletlerarası andlaşmalar gelmektedir. Her ne kadar yürütme organının işlemi olsa da kanunlarda değişiklik yapabilen kanun hükmünde kararnameler kanunlarla aynı seviyede yer alırlar. Milletlerarası andlaşmalar da Anayasa'nın açık hükmü gereğince kanun hükmündedir. Bu konudaki tartışmalara yukarıda geniş biçimde yer verdiğimiz için burada ayrıntılara değinmiyoruz. Tüzükler, Anayasa hükmü gereğince kanunun uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek üzere, kanunlara aykırı olmamak üzere çıkarılan düzenleyici işlemler olduklarından hiyerarşide kanunların altında yer alırlar. Başka bir deyişle tüzükler kanunlara, kanun hükmünde kararnamelere ve milletlerarası andlaşmalara aykırı olamaz. Kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve

²⁹⁵ Şanlı Atay, a.g.e., s.124 vd.; Ethem Atay ise takdir yetkisi kullanan ve icrai karar alabilen makam ve kurumların aynı zamanda düzenleme yetkisini haiz olduklarını belirtmektedir. (Ethem Atay, a.g.e., s.66)

bunlara aykırı olmamak şartıyla çıkarılan yönetmelikler, hiyerarşik olarak tüzüklerin altındadır.²⁹⁶

Bu noktada bazı problemler ile karşı karşıya gelinmektedir. Örneğin aynı adı taşıyan iki düzenleyici işlemin hükümlerinin birbiriyle çatışması halinde hangi hükümler uygulanacaktır? Eğer iki düzenleyici işlemi çıkaran kurum aynı ise *lex temporis* ya da *lex specialis* ilkelerinin uygulanması gerekir. Eğer aynı düzeydeki makamların işlemleri, örneğin iki bakanlığın çıkardığı yönetmelikler birbiriyle çatışıyorsa, yönetmeliğin düzenlediği konu aslen hangi bakanlığın görev alanına giriyorsa o bakanlığın işlemine üstünlük tanınır. Eğer aynı adı taşıyan düzenleyici işlemler farklı makamlar tarafından yapılmışsa, sorun bu makamların idari teşkilat içerisindeki konumlarına bakılarak çözülebilir. Örneğin Bakanlar Kurulu tarafından yapılan bir yönetmelik Başbakanlığın çıkardığı yönetmeliğe, Başbakanlığın yönetmeliği de bir bakanlık tarafından çıkarılan yönetmeliğe hiyerarşik olarak üstün sayılır.²⁹⁷ Aralarında idari hiyerarşi ilişkisi olan makamların düzenleyici işlemleri arasındaki çatışmayı çözmek nispeten daha kolaydır. Aralarında vesayet ilişkisi olan makamların çıkardıkları işlemlerin çatışması halinde nasıl bir çözüm benimsenmelidir? Örneğin Ulaştırma Bakanlığı'nın bir yönetmeliği ile Karayolları Genel Müdürlüğü'nün yönetmeliği birbirine aykırı hükümler içerirse hangi hükümler tercih edilecektir? Gözler'e göre bu sorun konu bakımından yetki kurallarına göre çözümlenmelidir. Bir konunun düzenlenmesi vesayet makamının yetkisi dahilindeyse onun çıkardığı düzenleyici işlem, aksi halde yerinden yönetim kuruluşunun işlemi uygulanacaktır. Eğer bir konuda hem merkezi idare makamı hem de yerinden yönetim kuruluşu düzenleme yapmaya yetkiliyse, merkezi idare makamı tarafından yapılan düzenleme esas alınır. Mahalli idareler tarafından yapılan düzenlemeler, yerel koşulları dikkate alarak, merkezi idare tarafından yapılan düzenlemede yer alan hükümlerden daha ağır hükümler getirebilir, fakat bunları hafifletemez.²⁹⁸

Bu konuda ortaya çıkan bir diğer problem ise, adsız düzenleyici işlemler ile yönetmelikler arasında bir hiyerarşi olup olmadığıdır. Bir görüşe göre adsız düzenleyici işlemler normlar hiyerarşisinde yönetmeliklerin altındadır. Bu işlemler yönetmeliklere aykırı hükümler içeremez. Zira tüzük ve yönetmelikler Anayasa tarafından öngörülmüş

296 Gözler, a.g.e., C.:I, s.1268

297 Günday, a.g.e., s.229

298 Gözler, a.g.e., C.:I, s.1271 vd.

düzenleyici işlemler olup, diğer düzenleyici işlemler ise idarenin genel düzenleme yetkisinden kaynaklanmaktadır.²⁹⁹ Gözler'e göre adsız düzenleyici işlemler yönetmeliklerin hukuki rejimine tabi tutulmalıdır. Başka bir deyişle tüzük ve yönetmelikler dışındaki düzenleyici işlemler yönetmelik sayılmalıdır. Bu nedenle bunlarla yönetmelikler arasında bir hiyerarşi yoktur.³⁰⁰ Atay, adsız düzenleyici işlemlerin hiyerarşideki yerinin tespitinde işlemi tesis eden makamın göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmektedir. Aynı makam tarafından yapılan işlemlerde adsız düzenleyici işlemler tüzük ve yönetmeliklerin altında yer alır. Eğer işlemler farklı makamlarca oluşturulmuşsa, işlemin müellifi olan makamın idari teşkilattaki konumu esas alınmalıdır. Örneğin Bakanlar Kurulu'nun kural koyucu nitelik taşıyan bir kararı, bir bakanlığın yönetmeliğinden üstündür.³⁰¹

3.1.2.5. Düzenleyici İşlemlere İlişkin Yargılama Usulü

Düzenleyici işlemler idarenin genel, soyut ve objektif nitelikli, tek yanlı idari kararlarıdır. Bu işlemlerin hukuka aykırılık halleri üst hukuk kurallarına aykırılık şeklinde ortaya çıkar. Yürürlüğe girmelerinden itibaren başlayacak dava süresi içerisinde hukuk aykırı oldukları iddiasıyla düzenleyici işlemlere karşı idare mahkemelerinde veya Danıştay'da iptal davası açılabilir. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7/4. maddesi uyarınca ilanı gereken düzenleyici işlemlerde dava süresi, ilan tarihini izleyen günden itibaren başlar. İdari düzenleyici işlemler için verilen iptal kararları da tıpkı birel işlemler için verilen kararlarda olduğu gibi geriye etkilidir. İptal edilen düzenleyici işlem hükmü tesis edildiği tarihten itibaren geçerli olmak üzere ortadan kalkar. Bu nedenle, doktrin ve içtihatla, bir düzenleyici işlemin iptal edilmesi üzerine o işlemle yürürlükten kalkan düzenleyici işlemin yeniden yürürlük kazanacağı büyük çoğunlukla kabul edilmektedir.³⁰²

299 Günday, a.g.e., s.230

300 Gözler, a.g.e., C:I, s.1269

301 Şanlı Atay, a.g.e., s.144

302 Danıştay 5. Daire, T:25/03/1998, E:1997/13, K:1998/515, DD, S.:97, 1999, s.308, Nakleden: Karahanoğulları, a.g.e., s.683, Günday, a.g.e., s.231, Candan, a.g.e., s.670 vd.; Buna karşılık Danıştay 6.Dairesi, imar planlarının iptal edilmesi üzerine, önceki imar planının kendiliğinden yürürlük kazanamayacağı görüşünü benimsemiştir: Danıştay 6. Daire, T:18.02.1997, E:1996/4797, K:1997/767, DD, S.:94, s.387, Danıştay 6. Daire, T:13.05.1998, E:1997/4680, K:1998/2489 sayılı kararı, DD, S.:98, s.323, Kararları nakleden: Şevki Davut, "İdari Yargıda İptal Kararı ve İptal Kararının Sonuçları, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2006, s.120; Atay da aksi

Düzenleyici işlemlere karşı açılacak davalara ilişkin olarak özel bir görev hükmü öngörülmüştür. 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 24. maddesi Danıştay'ın ilk derece mahkemesi sıfatıyla bakmaya görevli olduğu davaları saymaktadır. Buna göre Danıştay, Bakanlar Kurulu kararlarına, bakanlıklar ile kamu kuruluşları veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca çıkarılan ve ülke çapında uygulanacak düzenleyici işlemlere karşı açılacak iptal davalarını ilk derece mahkemesi olarak karara bağlar. Dolayısıyla bakanlıklar ile kamu kuruluşları veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca çıkarılan ve ülke çapında uygulanan bir düzenleyici işleme karşı açılacak iptal davası Danıştay tarafından görülecektir. Eğer bu işlemlerin ülke çapında uygulaması yoksa, tesis edildikleri yere göre yetkili idare veya vergi mahkemesinde dava açılacaktır.³⁰³

Düzenleyici işlemlere karşı dava açma imkânı, ilanlarından itibaren dava açma süresinin geçmesiyle birlikte son bulmamaktadır. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7/4. maddesi uyarınca bu işlemlerin uygulanması üzerine ilgililer, düzenleyici işlem veya uygulanan işlem yahut her ikisi aleyhine birden dava açabilirler. Düzenleyici işleme karşı açılacak davada Danıştay'ın görevli olması durumunda, birel işlem ile dayanağı olan düzenleyici işleme karşı birlikte ve Danıştay nezdinde dava açılacağı Danıştay dairelerinin büyük bir çoğunluğu tarafından kabul edilmektedir. Candan'a göre ise İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7/4. maddesi, iki işleme karşı birlikte dava açılabileceğini öngören bir hüküm içermemektedir. Maddenin amacı birel işlemin tesis edilmesi üzerine ilgiliye düzenleyici işlem için de dava açma imkânı tanımaktır. Tek dilekçe ile dava açma şartları 5. maddede düzenlenmiştir. Bu hükme göre aynı dilekçe ile dava açılacak işlemlerin aynı mahkemenin görev alanına girmesi gerekir. Bu nedenle idari işlem için yetkili idare mahkemesinde, dayanağı olan düzenleyici işlem için de Danıştay nezdinde dava açılmalıdır. Aksi durum kamu düzeninden olan görev hükümlerinin ihlali anlamına gelecektir.³⁰⁴

görüştür. Yazara göre “Düzenleyici işlemler maddi anlamda kanun sayılırlar. Bu düzenlemenin yapılmasında işlemi tesis eden iradenin yerine geçerek iptal edilen eski düzenlemenin tesisindeki iradenin konulması yerinde değildir.”, Atay, “İptal Davasının Nitelikleri...”, s.82

303 Candan, a.g.e., s.390

304 Candan, a.g.e., s.277

3.2. ULUSLARARASI ANDLAŞMALARLA DAYANILARAK İHMAL

Yargılama esnasında idari düzenleyici işlemlerin ihmali, kendilerinden hiyerarşik olarak üst sırada olan normlar göz önüne alınarak değerlendirilebilir. Bu durumda düzenleyici işlemlerin uluslararası andlaşmalara, Anayasa'yave kanunlara aykırılığı olmak üzere üç ihtimal söz konusu olabilir. Başka bir deyişle, dava konusu işlemin dayanağı olan idari düzenleyici işlemlerin hukuka aykırı olması durumunda, belirtilen üst normlara dayanılarak ihmali gündeme gelecek ve bu durumun hâkim tarafından değerlendirilmesi gerekecektir. Bu bölümde idari düzenleyici işlemlerin uluslararası andlaşmalara dayanılarak ihmal edilmesi meselesi ele alınacaktır.

Anayasa'nın 90. maddesi gereğince milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Eğer andlaşmanın konusu temel hak ve hürriyetlere ilişkin ise, kanunlardan üstün bir konum kazanmaktadır. Anayasa, tüzük ve yönetmelikler için de kanunlara aykırı olmama şartı getirmiştir. Şu durumda düzenleyici işlemlerin milletlerarası andlaşmalara da uygun olmak zorunda olduğu izaha gerek olmayan bir durumdur. Uluslararası andlaşmaya aykırılık, bir idari düzenleyici işlem için iptal sebebidir. O halde idari düzenleyici işlemlerin milletlerarası andlaşmalara aykırı olması durumunda, bu düzenleyici işlemlere dayanılarak tesis edilen işlemler için nasıl bir çözüm benimsenmelidir? İdari işleme karşı dava açılıp düzenleyici işlemin iptali istenilmediğinde, tek çözüm yolu uluslararası andlaşmaya aykırı olan düzenleyici işlemin ihmal edilmesidir.

İkinci bölümde, milletlerarası andlaşma ile aynı konuda farklı hüküm içeren kanun kavramından ne anlaşılması gerektiğini incelerken, kanunun maddi anlamda kanun olarak anlaşılması gerektiğini belirtmiştik. Yani sadece meclis tarafından kanun adı altında çıkarılan işlemler değil, meclis tarafından yapılmamış olsa dahi içerik olarak genel, soyut, objektif kural içeren düzenlemeler bu kapsamda kabul edilmelidir. Dolayısıyla idari düzenleyici işlemlerin temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla aynı konuda farklı hükümler içermesi durumunda andlaşma hükümlerinin esas alınması gerekir.³⁰⁵ Zaten kanunların dahi aykırı olduğu milletlerarası andlaşmalara dayanılarak ihmal edilebildiği durumda, kanunlardan hiyerarşik olarak aşağıda olan düzenleyici işlemlerin evleviyetle ihmal edilebilmeleri gerekir.

305 Başlar, a.g.m., s.326

İdare mahkemeleri, uluslararası andlaşmalara aykırılık arzeden düzenleyici işlemlerin ihmali yoluna sıklıkla başvurmaktadır. Ankara 10. İdare Mahkemesi bir davada, polis memuru olarak görev yapan davacının, *"Sendikaların veya üyesi bulunmadıkları derneklerin yapacakları bilimsel, kültürel ve teknik nitelik taşımayan açık veya kapalı yer toplantılarına veya gösteri yürüyüşlerine görevli olmaksızın katılmak"* suçunu işlediğinin tespitinden bahisle Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü'nün 8/32. maddesi uyarınca "Meslekten Çıkarma" cezası ile cezalandırılmasına, takdiren aynı Tüzüğün 15.maddesinin uygulanmasıyla bir derece alt ceza olan "24 Ay Uzun Süreli Durdurma" cezası ile cezalandırılmasına ilişkin davalı idare işleminin iptali istemini görüşmüştür.³⁰⁶

Dava konusu olayda davacı, üyesi olduğu sendikanın Genel Kuruluna katıldığından bahisle sendikal faaliyetleri nedeniyle disiplin cezasına maruz kalmıştır. Mahkeme, Kamu Hizmetinde Örgütlenme Hakkının Korunması ve İstihdam Koşullarının Belirlenmesi Yöntemlerine ilişkin 151 sayılı Sözleşme'nin³⁰⁷ ilgili hükümleri ile dava konusu işleme dayanak teşkil eden Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü'nün 8/32. maddesi hükmünün karşılaştırılması yoluna gitmiştir. Kamu Hizmetinde Örgütlenme Hakkının Korunması ve İstihdam Koşullarının Belirlenmesi Yöntemlerine ilişkin 151 sayılı Sözleşme'nin "Örgütlenme Hakkının Korunması" başlığını taşıyan Bölüm II-4. maddesinde, *"Kamu görevlileri, çalıştırılmaları konusunda sendikalaşma özgürlüğüne hanel getirecek her türlü ayrımcılığa karşı yeterli korumadan yararlanacaklardır. Böyle bir koruma, özellikle aşağıdaki amaçlara yönelik tasarruflara karşı uygulanacaktır: a) Kamu görevlilerinin çalıştırılmalarını, bir kamu görevlileri örgütüne katılmama veya üyelikten ayrılma koşuluna bağlamak, b) Bir kamu görevlisini, bir kamu görevlileri örgütüne üyeliği veya böyle bir örgütün normal faaliyetlerine katılması nedenleriyle işten çıkarmak veya ona zarar vermek."* kuralına yer verilmektedir. Öte yandan Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü'nün 8/32.maddesinde *"Sendikaların veya üyesi bulunmadıkları derneklerin yapacakları bilimsel, kültürel ve teknik nitelik taşımayan açık veya kapalı yer toplantılarına veya gösteri yürüyüşlerine görevli olmaksızın katılmak, üyesi veya ortağı buldukları tüzel kişiliklerin kapalı yer toplantılarına silahlı olarak veya açık yer toplantı ve gösteri yürüyüşlerine resmi giysili veya silahlı olarak katılmak veya üyesi buldukları derneklerin tüzüklerinde belirtilen amaçları dışındaki çalışmalarını*

306 Ankara 10. İdare Mahkemesi, T:15/07/2015 E:2014/1903 K:2015/111, (Yayımlanmamıştır)

307 http://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377291/lang—tr/index.htm, Erişim Tarihi:15/8/2016

veya bu nitelikteki toplantı veya gösteri yürüyüşlerini düzenlemek veya bunlara katılmak," fiili meslekten çıkarma cezasını gerektiren davranışlar arasında sayılmıştır. Mahkeme, 151 sayılı Sözleşme ile Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü arasında "bir kamu görevlisinin, bir kamu görevlileri örgütüne üyeliği veya böyle bir örgütün normal faaliyetlerine katılması nedenleriyle işten çıkarmak" fiili açısından bir uyuşmazlık olduğu sonucuna varmıştır. Nitekim, söz konusu anlaşmada yer alan herhangi bir kamu görevlisinin bir kamu görevlileri örgütü üyeliği nedeniyle ya da örgütün normal bir faaliyetine katılmış olunması gerekçesiyle görevine son verilemeyeceği düzenlenmesine karşılık; tüzük hükmünde andlaşmanın aksine emniyet görevlilerinin sendikal bir toplantıya katılmalarının "meslekten çıkarma" cezasını gerektirdiği kurala bağlanmıştır. Bu değerlendirmeleri yapan mahkeme, Anayasa'nın 90. maddesi gereğince milletlerarası andlaşmayla aynı konuda farklı düzenleme içeren tüzük hükmünü ihmal ederek 151 sayılı Sözleşme hükmüne göre karar vermiş ve hukuka aykırı bulunduğu dava konusu işlemin iptaline hükmetmiştir.

Mahkemelerin milletlerarası andlaşmalarla düzenleyici işlemler arasında açık bir aykırılık bulmadığı durumlarda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Sözleşme hükümlerine getirdiği yorumları esas alarak verdiği kararlar da mevcuttur. Bu durumlarda mahkeme düzenleyici işlem hükümlerini açıkça ihmal etmemekte, fakat Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararları çerçevesinde uygulamaktadır. Ankara 17. İdare Mahkemesi, TCDD İşletmesi Genel Müdürlüğü'nde 399 Kanun Hükmünde Kararname uyarınca büro şefi olarak görev yapan davacının 16/04/2013 tarihinde yurt çapında uygulanan bir günlük iş bırakma eylemine katılmasından ötürü hakkında yapılan soruşturma sonucu TCDD Personel Yönetmeliği uyarınca kınama cezası ile cezalandırılmasına ilişkin 06.06.2014 gün ve 8/40 sayılı işleme karşı yapılan itirazın reddine ilişkin işlemin iptali istemi hakkında böyle bir inceleme yürütmüştür.³⁰⁸ Davacı, üyesi olduğu sendikanın almış olduğu karar üzerine 16/04/2013 tarihinde yurt çapında uygulanan bir günlük iş bırakma eylemine katılmış, hakkında yapılan soruşturma sonucu, TCDD Personel Yönetmeliği'nin 100/5. maddesi uyarınca eylemin aylıktan kesme cezası ile cezalandırılması öngörülmüş ise de geçmiş sicilleri olumlu olduğundan dolayı bir alt ceza uygulanmasına gidilerek kınama cezası ile cezalandırılmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin dernek kurma ve toplantı özgürlüğünün düzenlendiği

308 Ankara 17. İdare Mahkemesi, T:03/07/2015 E:2014/1844 K:2015/1137, (Yayımlanmamıştır)

11.maddesinde; herkesin asayışı bozmayan toplantılar yapmak, dernek kurmak, ayrıca çıkarlarını korumak için başkalarıyla birlikte sendikalar kurmak ve sendikalara katılmak haklarına sahip olduğu; bu hakların kullanılmasının, demokratik toplumda zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amaçlarıyla ve ancak yasayla sınırlandırılabilceği, bu maddenin, bu hakların kullanılmasında silahlı kuvvetler, kolluk mensupları veya devletin idare mekanizmasında görevli olanlar hakkında meşru sınırlamalar konmasına engel olmadığı kuralına yer verilmiştir. TCDD Personel Yönetmeliği'nin kınama cezasını gerektiren fiillerin sayıldığı 100. maddesinin 5. fıkrasında yer alan *“kanun, tüzük, yönetmelik, karar, talimat ve emirlerde yazılı olan görevleri haklı veya zorlayıcı bir sebep olmaksızın yerine getirmemek veya eksik olarak yerine getirmek veya mevzuatın uygulanmasını zorunlu kıldığı hususları yapmamak veya yasakladığı işleri yapmak,”* ifadesine dayanılarak aylıktan kesme cezasının gerektiren bir eylem olduğu gerekçesiyle disiplin cezası tesis edilmiş ve bir alt cezaya hükmedilmiştir. Mahkeme bu kararda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesi ile işleme dayanak teşkil eden yönetmelik hükmünün çatıştığına ilişkin bir tespit yapmamıştır. Bunun yerine benzer bir olayda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin vermiş olduğu karar esas alınmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 15/09/2009 tarihli, Kaya ve Seyhan/Türkiye Kararı'nda ³⁰⁹; Eğitim-Sen üyesi öğretmenlere, 11/12/2003 tarihinde KESK'in çağrısına uyararak, parlamentoda tartışılmakta olan kamu yönetimi kanun tasarısını protesto etmek üzere düzenlenen bir günlük ulusal eyleme katılmaları nedeniyle 11/12/2003 tarihinde göreve gelmedikleri için uyarma cezası verilmesinin, her ne kadar bu ceza çok küçük olsa da, sendika üyelerinin çıkarlarını korumak için meşru grev ya da eylem günlerine katılmaktan vazgeçirecek bir nitelik taşıdığı, öğretmenlere verilen disiplin cezasının acil bir sosyal ihtiyaca tekabül etmediği ve bu nedenle demokratik bir toplumda gerekli olmadığı sonucuna varmış, bunun sonucu olarak, bu davada, başvuranların AİHS'nin 11. maddesi anlamında gösteri yapma özgürlüğünü etkili bir şekilde kullanma haklarının orantısız olarak çiğnendiği

309 AİHM, Kaya ve Seyhan/Türkiye Davası, Başvuru No:30946/04, 15/09/2009,

gerekçesiyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 11.maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Sözleşme'nin 11. maddesine getirmiş olduğu yorumu benimseyen mahkeme, davacının üyesi olduğu sendikanın aldığı bir karar sonucunda gerçekleşen göreve gelmeme eylemine katılmasının sendikal bir faaliyet olduğu, bu nedenle bu eylemin özürsüz olarak göreve gelmemek fiili kapsamında değerlendirilemeyeceği sonucuna vararak dava konusu işlemin iptaline hükmetmiştir.

Yukarıda yer verilen açıklamalar ve mahkeme kararlarından görüleceği üzere, idare mahkemeleri, bir düzenleyici işlemin temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası bir andlaşmaya aykırı hükümler içerdiğini tespit ettiğinde ilgili hükümlerin ihmal edilmesi noktasında duraksamamaktadır. Anayasa'nın 90. maddesi hükmü son derece açık olduğundan, kanunların dahi ihmal edilebildiği durumda idari düzenleyici işlemlerin ihmal edilmesi yargı merciileri nezdinde tartışma yaratmamaktadır.

Bu noktada, temel hak ve özgürlüklere ilişkin olmayan milletlerarası andlaşmalarla düzenleyici işlemlerin çatışması durumunda nasıl bir yöntem benimseneceği sorusu sorulabilir. Bu kategorideki andlaşmalar kanun hükmünde olup, normlar hiyerarşisinde kanunlarla aynı seviyede bulduklarından, bu andlaşmalara aykırı düzenleyici işlemlerin ihmal edilip edilmeyecekleri, düzenleyici işlemlerin kanuna aykırılığı durumunda ne yapılacağı sorusuyla aynıdır. Bu sorunu aşağıda ayrıntılarıyla ele alacağız.

3.3. ANAYASAYA DAYANILARAK İHMAL

İdari düzenleyici işlemler kanunların uygulanmasını sağlamak amacıyla idari makam ve kurumlar tarafından çıkarılır. Bu işlemlerin Anayasa'ya uygun olmaları hukuki bir zorunluluktur. Anayasa'ya aykırılık, bir idari düzenleyici işlem için iptal sebebidir. II. bölümde açıklandığı üzere yargılama esnasında Anayasa'ya aykırı olduğu düşünülen kanun hükümleri için Anayasa'da itiraz yolu öngörülmüştür. Bu kanun hükümlerinin hâkim tarafından ihmal edilmesine olanak yoktur. Dava konusu idari işlemin dayanağı olan düzenleyici işlemin Anayasa'ya aykırı olması halinde nasıl bir çözüm benimsenmelidir? Anayasa'ya aykırı bir düzenleyici işleme dayanılarak yapılmış bir idari işlem de hukuka aykırı olacaktır. Fakat işlemin Anayasa'ya aykırı olduğunun tespit edilerek iptal edilebilmesi için, düzenleyici işlemin ihmal edilmesi gerekir. Zira işleme

karşı dava açılıp düzenleyici işlemin iptalinin istenilmediği durumda tek çözüm yolu ihmaldir.

Bu noktada iki farklı aykırılık gündeme gelebilir. İdari işlemin dayanağı olan düzenleyici işlemin Anayasa'ya aykırılığı, onun da dayanağı olan kanun hükmünün Anayasa'ya aykırı olmasından kaynaklanabilir. Başka bir deyişle kanun hükmü Anayasa'ya aykırı olduğu için, o hükme dayanılarak çıkarılan yönetmelik, tüzük vb. düzenleyici işlem de Anayasa'ya aykırı olabilir. Anayasa'ya aykırılık kanun hükmünden düzenleyici işleme nüfuz edebilir. Kanaatimizce bu ihtimalde, yukarıda yer verilen ekran-yasa hipotezine benzer bir yaklaşım benimsenmelidir. Ekran yasa hipotezine göre, bir idari işlemin Anayasa'ya aykırılığı, işlemin dayanağı olan kanun hükmünden kaynaklanıyorsa, ilgili kanun hükmü yürürlükte ve geçerli olduğu sürece o işlem Anayasa'ya aykırı olması nedeniyle iptal edilemez. Kanun hükmü, idari işlem ile Anayasa arasında engel oluşturur. Bizim hukuk sistemimizde bunun uygulaması, ilgili kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla itiraz yoluna başvurulması yoluyla olur. Eğer bu yola başvurulup Anayasa Mahkemesi'nden iptal kararı alınmazsa, ilgili kanun hükmü uygulanmak zorundadır. Eğer bir düzenleyici işlemin Anayasa'ya aykırılığı dayanağı olan kanun hükmünden kaynaklanıyorsa, kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülerek Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması gerekir. Aksi takdirde o düzenleyici işleme dayanılarak tesis edilen idari işlemin yargılamasında düzenleyici işlemin ihmal edilmesi mümkün değildir. Zira düzenleyici işlemdeki Anayasa'ya aykırılık halinin sebebi kanunun Anayasa'ya aykırı olmasıdır ve bu durum için Anayasa'da itiraz yolu öngörülmüştür. Bu yola başvurulmaksızın düzenleyici işlemin ihmal edilmesi mevzu hukuka uygun bir çözüm olmaz.³¹⁰

İkinci ihtimalde, düzenleyici işlemin Anayasa'ya aykırı olmasının sebebi dayanağı olan kanun hükmü değildir. Kanun Anayasa'ya uygun olmakla birlikte idari düzenleyici işlem Anayasa'ya aykırı hükümler içermektedir. Kanaatimizce bu durumda düzenleyici işlem hükmü, Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle ihmal edilebilecektir. İdari işlemin hukuka uygunluğunun denetiminde üst normlar olan Anayasa ve kanun hükümleri uygulanacaktır. Bu ihtimalde Anayasa'ya aykırılığın tespitine dair bir görev problemi

310 Duran, İdare Hukuku Ders Notları, s.468, Yazar 1961 Anayasası döneminde ifade ettiği bu görüşünde, tüzüklerin Anayasa'ya aykırılığı sorununun kanunun Anayasa Mahkemesi'ne gönderilmesi yoluyla çözülebileceğini belirtmiştir. Bu nedenle bizim görüşümüze dayanak teşkil edecek bir çözüm yolu benimsemiştir.

ortaya çıkabilir. Yukarıda da belirtildiği üzere idari düzenleyici işlemler yürürlüğe girmelerinden itibaren dava açma süresi içinde dava konusu edilebildiği gibi, uygulama niteliğinde olan her birel işlemten sonra iptal istemi, idari işlemle birlikte dayanağı olan düzenleyici işleme karşı da yöneltilebilir. Bu halde uygulamada çoğunlukla benimsenen görüş, idari işlemin yargılamasının, dayanağı olan düzenleyici işlemin tabi olduğu görev kuralına tabi olacağı, yani düzenleyici işleme karşı açılan davaya bakmakla görevli yargı yerince yapılacağı yönündedir. Danıştay Kanunu md. 24/1-c uyarınca Danıştay, bakanlıklar ile kamu kuruluşları veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca çıkarılan ve ülke çapında uygulanacak düzenleyici işlemlere karşı açılacak iptal davalarını görmekle yetkilidir. Bu düzenleyici işlemlerden birine dayanılarak tesis edilen işleme karşı açılan bir davada, düzenleyici işlemin de iptali istenirse, bu istemi karara bağlamaya ve düzenleyici işlemin hukuka uygun olup olmadığına karar vermeye yetkili olan yargı mercii Danıştay'dır. Eğer düzenleyici işlemin iptali istenmezse, ilk derece mahkemesinin düzenleyici işlemin Anayasa'ya aykırı olup olmadığını takdir edebilme yetkisi var mıdır? Eğer bu yetkinin olduğuna hükmedersek, Anayasa'ya aykırılığın kanundan değil düzenleyici işlemin kendisinden kaynaklandığı durumda ihmal yoluna başvurabiliriz. Bu yetkinin münhasıran Danıştay'a ait olduğu kabul edilirse, bir yönetmelik ya da tüzük Anayasa'ya aykırı olsa dahi ilk derece mahkemesi tarafından ihmal edilemeyecektir. Bu görev problemi düzenleyici işlemlerin kanuna dayanılarak ihmal konusunda da gündeme gelmektedir. Bizim görüşümüze göre düzenleyici işlemlerin milletlerarası andlaşmalara aykırılığını tespit ederek ihmal yoluna gidebilen mahkemeler, aynı yetkiyi Anayasa'ya aykırılık halinde de kullanabilmelidirler.

Danıştay 10. Dairesi'nin önüne gelen bir davada bir yönetmeliğin Anayasa'ya aykırılığı mevzu bahis olmuştur.³¹¹ Söz konusu temyiz başvurusunda, gümrük muafiyetinden yararlanmak suretiyle ithal edilen otomobilin bir borç nedeniyle ihale sonucu davacıya satılması üzerine, aracın davacı adına tescil edilmesine olanak bulunmadığı yolunda tesis edilen işlemlerin iptali istemiyle açılan dava sonucunda, mahkeme tarafından verilen red kararının bozulması istenilmiştir. Dava konusu edilen işlemlerin dayanağı olan 1615 sayılı Gümrük Kanununun Uygulanmasına Dair Gümrük Yönetmeliğinin 12/H maddesinin (a) alt bendinde, malûl ve sakat kişinin mülkiyetinde bu yolla muaf

311 Danıştay 10. Dairesi, T:30/10/2003 E:2001/1835 K:2003/4190, Danıştay Kararlar Dergisi, S.:4, s281 vd., Nakleden: Gözübüyük ve Tan, a.g.e., s.119

olarak ithal edilmiş özel tertibatlı otomobil, minibüs ve motosiklet kayıtlı olduğu sürece ve bunların fiili ithal tarihinden itibaren beş yıl geçmedikçe satılamayacağı ve yeniden aynı şekilde muaf olarak otomobil, minibüs ve motosiklet ithal edilemeyeceği hükmü yer almış, (b) alt bendinde ise, malûl ve sakatlar tarafından ithal edilen özel tertibatlı otomobil, minibüs ve motosikletlerin fiili ithal tarihinden itibaren 10 yıl geçmemiş ise malûl ve sakat olmayanlara gümrük vergileri tahsil edilmeden satışının, hibesinin ve devrinin mümkün olmayacağı kurala bağlanmıştır. Öte yandan 1615 sayılı yasada ise söz konusu araçların haczedilemeyeceği veya haciz yoluyla satılamayacağına ilişkin bir hüküm de mevcut değildir. Başka bir deyişle yönetmelik, kanunda gümrük vergisinin tahsili gibi şartlara bağlanmış araç satışına ilişkin yasaklama getiren bir hüküm getirmiştir. Bu yönetmelik hükmünün kanuna aykırılık nedeniyle ihmalî yoluna da gidilebileceği tartışılabilir. Fakat Yüksek Mahkeme uyuşmazlığa mülkiyet hakkının sınırlandırılması yönünden yaklaşmıştır. Anayasa'nın 35. maddesi uyarınca mülkiyet hakkı ancak yasayla sınırlandırılabilir. Söz konusu uyuşmazlıkta ise kanunda öngörülme-yen bir hüküm ile araç satışını yasağa dönüştüren ve mülkiyet hakkını kısıtlayan, bu nedenle de Anayasa'ya aykırı olan yönetmelik hükmünün davada uygulanamayacağı hükmüne varılmıştır.

Danıştay 8. Dairesi'nin önüne gelen bir başka davada ise Anayasa'daki çalışma özgürlüğü tartışma konusu edilmiştir.³¹² Uyuşmazlıkta üretimi büyükşehir belediyesi dışında yapılan ekmeklerin belediye sınırlarında satışını yasaklayan belediye işlemi ile belediye encümeni kararının iptali istemiyle açılan davada, belediye sınırları dışında üretilen ekmeklerin sağlığa uygun koşulları taşıyıp taşımadığının ilgili belediye tarafından denetlenemeyeceğinden ötürü davayı reddeden mahkeme kararının bozulması istenilmiştir. Yüksek Mahkeme, belediye sınırları dışında üretilen ekmeklerin belediye sınırlarında satışının yapılamayacağını öngören bir yasal düzenleme bulunmadığını, Büyükşehir Belediyesi Zabıta Yönetmeliği'nde bu yönde bir kurala yer verilmişse de kanuna dayanmayan bu kuralın davanın çözümünde esas alınamayacağı sonucuna varmıştır. Başka bir deyişle Danıştay 8. Dairesi, belediye sınırları dışında üretilen ekmeklerin belediye sınırlarında satılamayacağını öngören ve bir kanuni düzenlemeye dayanmayan yönetmelik hükmünün, çalışma hürriyetinin yalnızca kanunla

312 Danıştay 8. Dairesi, T:20/11/1997, E:1995/4503, K:1997/3471, DD, S.:96, 1998, s.393, Nakleden Karahanoğulları, a.g.e., s.108

sınırlanacağını kurala bağlayan Anayasa hükmüne aykırı olması nedeniyle söz konusu davada ihmal edilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

Düzenleyici işlemlerin Anayasa'ya aykırılığı, uygulamada sıklıkla ortaya çıkan bir durum değildir. Hukuka aykırı olduğu düşünülen idari düzenleyici işlemlerdeki sakatlık, genelde kanuna ya da uluslararası andlaşmaya aykırılık şeklinde ortaya çıkmaktadır. İdare mahkemeleri, Anayasa'da öngörülen bir hükmü ihlal ettiğini düşündükleri düzenleyici işlemin Anayasa'ya uygun olarak uygulanmasını temin eden yorumu benimseyerek buna göre karar vermektedir. Anayasa'ya aykırılığın kanundan kaynaklandığı durumlarda da yukarıda belirtildiği gibi itiraz yoluna başvurularak kanunun Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülecektir.

Sonuç olarak, bir idari işlemin dayanağı olan düzenleyici işlemin doğrudan Anayasa'ya dayanılarak ihmal edilmesinin mahkeme kararlarında sıklıkla başvuru olan bir yöntem olmadığı söylenebilir. Bu durumun en önemli sebebi, Anayasa hükümlerinin ayrıntılı düzenlemeler içermemesidir. Çoğu zaman bir kanundan alınan yetkiyle çıkarılan idari düzenleyici işlemlerin dayanak kanuna aykırı olmaları daha tabiidir. Anayasal ilke ve hükümlere aykırılık arzeden düzenleyici işlemler, aynı zamanda kanuna da aykırı hükümler içerirler. Bu nedenle kanuna uygun olan bir idari düzenleyici işlemin Anayasa'ya aykırı olması fazlaca rastlanan bir durum değildir.

3.4. KANUNA DAYANILARAK İHMAL

Bu bölümde, düzenleyici işlemlerin kanun hükümlerine dayanılarak ihmali meselesi tartışılacaktır. Uygulamada çok sık karşılaşılan ve net bir çözüm getirilemeyen bu duruma ilişkin olarak mahkemeler ve Danıştay'dan farklı kararlar çıkmaktadır. İhmalin mümkün olup olmadığı, muhtemel problemler ve çözüm yolları ile incelenmeye çalışılacaktır.

3.4.1. Kanuna Aykırılığın Saptanması Problemi

Öncelikle, düzenleyici işlemlerin kanunlara dayanılarak ihmali ile hangi durumlarda karşılaşıldığını tespit etmek gerekir. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu 7/4. maddesinin düzenleyici işlemlere karşı uygulama işlemi ile birlikte dava açma imkânı getirdiğini belirtmiştik. Bu hüküm şu şekildedir:

“İlanı gereken düzenleyici işlemlerde dava süresi, ilan tarihini izleyen günden itibaren başlar. Ancak bu işlemlerin uygulanması üzerine ilgililer, düzenleyici işlem veya uygulanan işlem yahut her ikisi aleyhine birden dava açabilirler. Düzenleyici işlemin iptal edilmemiş olması bu düzenlemeye dayalı işlemin iptaline engel olmaz.”

Düzenleyici işlemin uygulanması üzerine ilgili, düzenleyici işlem veya uygulama işlemine karşı ya da her ikisine birden dava açabilecektir. Her ikisine birden dava açıldığı durumda, uygulama işlemi ile birlikte düzenleyici işlemin de üst norm olan kanunlara uygunluğu denetleneceğinden ihmal edilmesine gerek olmaz. Zira düzenleyici işlemin bizzat kendisi de dava konusu edilmiştir. Kanuna aykırı ise yargılama sonunda iptal edilebilir. Asıl sorun, düzenleyici işleme karşı dava açılmadığında ortaya çıkar. Düzenleyici işlem yürürlüğe girdikten sonra herhangi bir kişi tarafından ya da uygulanmasından sonra ilgili tarafından dava konusu edilmemiş olabilir. Kanunun 7/4. maddesinin son cümlesi, düzenleyici işlemin iptal edilmemiş olmasının bu düzenlemeye dayalı işlemin iptaline engel olmayacağını kurala bağlamıştır. Yani düzenleyici işleme karşı dava açılmamış olsa dahi birel işlem iptal edilebilecektir. Candan bu kuraldan birden fazla şey anlaşılabileceğini belirtmektedir. İlk anlama göre dava konusu edilmeyen düzenleyici işlem kanuna uygundur fakat uygulama işlemi düzenleyici işleme uygun olarak tesis edilmemiştir. Düzenleyici işlem dava konusu edilip iptal istemi reddedilse ya da hiç dava edilmese dahi bu aykırılık nedeniyle birel işlem iptal edilecektir. İkinci anlama göre ise birel işlemin dayanağı olan düzenleyici işlem kanuna aykırıdır fakat dava konusu edilmemiştir. Bu düzenleyici işleme uygun olarak tesis edilen birel işlem, düzenleyici işlem ihmal edilerek kanuna aykırılık sebebiyle iptal edilebilir.³¹³ Başka bir deyişle, birel işlemin iptali için kanuna aykırı olan düzenleyici işlemin iptal edilmesine gerek olmayıp, ihmal edilmesi yoluna başvurulabilir.

Bizim inceleyeceğimiz konu, kanun maddesinden çıkan ikinci anlamda olduğu gibi kanuna aykırı düzenleyici işlemin ihmal edilip edilemeyeceğidir. Konunun sınırlarını bu şekilde belirttikten sonra farklı görüşlerin incelenmesine geçebiliriz.

313 Candan, a.g.e., s.388

3.4.1.1. İşleme Uygulanacak Öncelikli Norm

İdari düzenleyici işlemlerin ilanlarından ya da uygulanmalarından sonra dava konusu edilmemiş olması kendilerine hukuka uygunluk karinesi sağlamaktadır. Yargı yerlerince iptal edilmemiş olan bir düzenleyici işlem kanuna aykırı dahi olsa hukuken mevcudiyetini sürdürmektedir. Başka bir deyişle, hukuka uygun kabul edilir ve kendiliğinden hukuki sonuç doğurur.³¹⁴

Akıllıoğlu'na göre, yasallık ilkesi hukuk kurallarının üstünlük sıralamasına göre uygulanması anlamına gelmektedir. Buna göre, en aşağı düzeydeki norm önce uygulanmalıdır.³¹⁵ Başka bir eserinde bu görüşü şu şekilde ifade etmiştir:

“Soyut ve genel hukuk kurallarının yürürlüğe girmiş olmalarına karşın çoğu zaman uygulanabilmeleri için düzenleme yapılmasına gereksinimi duyulur. Anayasa ve yasalar arasında bu tür bir ilişki vardır: yasalar anayasa kurallarının uygulanmasını sağlar. Yönetimce yapılan düzenleyici işlemler yasa-altı genel kural koyma anlamı taşır. Düzenleyici işlemler yasaların yönetimce nasıl uygulanacağını gösterir. Kısaca düzenleyici işlem, yasanın uygulama işlemidir...
...Kuralların üstünlük sıralaması ile uygulama sıralaması ters orantılıdır. Üstün kural en sonda uygulanır...”³¹⁶

Bu doğrultuda bir bakış açısı benimsendiğinde, normlar hiyerarşisinin kuralların üstünlük sıralamasını belirlediği gibi, uygulanma sırasını da belirleyeceği savunulabilir. Buna göre kanunlar, tüzükler, yönetmelikler olarak sıralanan hiyerarşinin en alt sırasında birel idari işlemler bulunmaktadır. İdari işlemlerin iptali istemiyle yapılan bir yargılama, hiyerarşide birel işlemlerden sonra ilk sırada gelen norma göre yapılmalıdır. Bu norm da idari makamlar tarafından oluşturulan düzenleyici işlemlerdir. Bu nedenle, düzenleyici işlem kanuna aykırı da olsa, kendisine uygun olarak tesis edilen idari işlemin hukuka uygunluk denetimi sırasında ihmal edilemeyeceği sonucuna ulaşılacaktır.

Aynı görüşü benimseyen Giritli, Bilgen ve Akgüner, üst norma aykırı olan alt normun yargı yerleri tarafından ihmal edemeyeceklerini savunmaktadır. Ancak iddia olunan aykırılık yetkili yargı yeri tarafından saptandıktan sonra üstteki normun uygulanması söz konusu olabilir. Yazara göre nasıl ki yargı mercileri uygulayacakları kanun

314 Karahanoğulları, a.g.e., s.107

315 Tekin Akıllıoğlu, “Danıştay Kararlarına Göre Uygulamada Temel Haklar-2”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C.:38, S.:1, 1983, s.124,

http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/38/1/tekin_akillioglu.pdf, Erişim Tarihi:30/08/2016

316 Akıllıoğlu, a.g.e., s.53

hükmünü Anayasa'ya aykırı görmeleri halinde ihmal edemezlerse, kanuna aykırı gördükleri düzenleyici işlemleri de görmezden gelemezler.³¹⁷

Bu konudaki yargı kararlarını ilerde inceleyeceğiz. Fakat, Danıştay bazı kararlarında düzenleyici işlemin kanuna aykırı bulunarak ihmal edilmesini davanın genişletilmesi yasağı kapsamında görmüştür. Bu görüşün dayanak noktası, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda ilgililere uygulama işlemiyle beraber düzenleyici işleme de dava açma imkânı tanınmış olmasıdır. Davacı bir idari işlemi dava konusu etmiş, fakat düzenleyici işlemin iptalini talep etmemiştir. Dolayısıyla, davacının talebi birel işlemin denetimiyle sınırlıdır. Yargı merciinin düzenleyici işlemin kanuna aykırı olduğunu tespit etmesi, davacı tarafından yöneltilen talebin aşılması anlamına gelir. Bu da davanın genişletilmesi yasağının ihlali olacaktır.³¹⁸

Burada, 1924 Anayasası döneminde yapılmış bir tartışmadan bahsetmek gerekir. 1924 Anayasası'nda tüzükler için özel bir düzenleme getirilmiştir. Anayasa'nın tüzükleri düzenleyen 52. maddesi şu hükmü içermektedir:

“İcra Vekilleri Heyeti, kanunların süveri tatbikiyesini irae veyahut kanunun emrettiği hususati tesbit için ahkam-ı cedideyi muhtevi olmamak ve Şurayı Devletin nazarı tetkikinden geçirilmek şartıyla nizamnameler tedvin eder. Nizamnameler Reisicumhurun imza ve ilanıyle mamulunbih olur. Nizamnamelerin kavanine mugayereti ilan olundukta bunun mercii halli Türkiye Büyük Millet Meclisidir.”

Görüldüğü üzere tüzükler, oluşturulmaları bakımından şimdiki Anayasa hükmüne yakın bir şekilde düzenlenmişlerdir. Bakanlar Kurulu tarafından kanunların emrettiği işleri göstermek veya uygulamalarını sağlamak için çıkarılırlar ve kanunlara yeni bir hüküm getirmeleri yasaktır. Farklı olan ise, tüzüklerin kanunlara aykırı oldukları durumda hangi makam tarafından denetime tabi tutulacağıdır. Anayasa hükmüne göre tüzüklerin kanunlara aykırı olduğu iddia edildiğinde bu meselenin çözüm mercii Türkiye Büyük Millet Meclisidir. Organik açıdan idari düzenleyici işlem olsa da maddi açıdan yasama gücünün bir türevi sayılan tüzükler, yasama gücünün üstünlüğü ilkesini benimseyen 1924 Anayasası tarafından Meclisin denetimine tabi tutulmuştur. Bu düzenleme kapsamında, kanuna aykırı tüzük meselesi doktrinde birçok yazar tarafından tartışma konusu edilmiştir. Mahkemeler yargılama esnasında uygulayacakları bir tüzüğün kanuna aykırı olması durumunda ne yapacaklardır? Tüzüklere karşı yapılacak bir iptal

317 Giritli, Bilgen ve Akgüner, a.g.e., s.138

318 Danıştay 12. Daire, T:31/10/1968, E:1968/720, K:1968:1992, AİD, C.:6, S.:4, 1978, s.138, Nakleden: Akıllıoğlu, a.g.m., s.124

başvurusu üzerine (dava yoluyla murakabe) bir tüzüğün iptaline karar verebilecek tek merciin Türkiye Büyük Millet Meclisi olduğu konusunda doktrinde görüş birliği vardır. Fakat bir mahkeme, yargılama esnasında uygulanacak tüzüğün kanuna ya da diğer üst normlara aykırı olduğuna ilişkin bir def'i (def'i yoluyla murakabe) ileri sürülürse ya da bu durumu kendiliğinden tespit ederse, ilgili tüzük hükmünü ihmal ederek üst normlara göre karar verebilir mi? Bir tüzüğün kanuna aykırı olduğunu tespit etme yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne verilmişken, mahkemelerin de bu durumu tespit ederek tüzüğü ihmal etme yetkisi var mıdır?³¹⁹

Bir görüşe göre, mahkemelerin ne dava ne de def'i yoluyla tüzüklerin kanunlara uygunluğunu denetlemeye yetkisi bulunmamaktadır. Bu yetki münhasıran meclise hasredilmiştir. Bir kanunun Anayasa'ya aykırılığı nasıl mahkemeler tarafından değerlendirilemiyorsa, tüzüklerin de kanuna aykırılığı konusunda böyle bir yöntem uygulanamaz. Anayasa, mahkemeleri bu yoldan açıkça men etmiştir. Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından iptal edilmedikçe, önüne gelen olayda hâkim, ilgili tüzük hükmünü uygulamakla mükelleftir.³²⁰

Aynı görüşü benimseyen Sarıca, tüzüklerin iptali talebiyle mahkemelere başvurulamayacağı gibi bu durumun dava esnasında def'i olarak da ileri sürülemeyeceğini ve hâkim tarafından re'sen nazara alınamayacağını savunmaktadır. Bu görüşüne dayanak olarak birçok delil sunan yazar, öncelikle terminolojik bir yaklaşım benimseyerek Anayasa'nın 52. maddesindeki "iddia" kavramının kapsamını tartışma konusu eder. Madde metnine göre tüzüklerin kanunlara aykırılığı iddiası hem doğrudan açılacak davaları hem de bir dava sırasında öne sürülecek def'ileri kapsamaktadır. Kavramın anlamı böyle anlaşıldığında, Anayasa hükmünün mahkemeleri, hem bir iptal başvurusunu doğrudan görmek hem de yargılama sırasında ileri sürülen bir iddiayı değerlendirerek tüzüklerin kanuna aykırı olduğunu tespit etmekten yasakladığı sonucuna varmaktadır. Bunun gibi hâkim, kanuna aykırılığı mevzu bahis olan tüzüğün Meclis tarafından görüşülmesi için bu durumu bekletici mesele de yapamaz. İptal edilmeyen tüzükler yürürlükte ve hâkim için bağlayıcıdır. Ayrıca yazar, mahkemeler

319 Turhan Feyzioglu, "Kanuna Aykırı Tüzükler Karşısında Mahkemelerin Durumu", AÜHF Dergisi, C.:6, S.:2, 1949, s.27, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/244/2152.pdf>, Erişim Tarihi:02/09/2016

320 Midhat Bey, "Teşkilatı Esasiye Kanununa Münafi Ahkamı İhtiva Eden Kanunlar Üzerinde Bizde Kazai Murakabe Meselesi", İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1928, sene 6, S.:35, s.1111-1112, Nakleden: Feyzioglu, a.g.m., s.34

kanuna aykırı tüzükleri ihmal ederken, aynı tüzüklere karşı yapılan başvurularda Meclisin farklı karar verebileceğini, bu durumun da hukuk güvenliğini tehlikeye atabileceğini savunmaktadır. Tüzükler kanun hükümlerini tefsir eden hukuk metinleridir. Bir hâkim, kanunun uygulanmasını gösteren bir tüzük bulunduğu zaman, kanun hükmünü tüzüğün gösterdiği şekilde anlamalı ve uygulamalıdır. Dolayısıyla hâkim nezdinde kanun ile tüzüğün çatışmasından bahsedilemez. Hâkim bir tüzüğün kanuna aykırı olduğuna kanaat getirirse dahi bu kanaati hukuki değerden yoksundur. Çünkü hâkimin tüzüğün kanuna uygunluğunu değerlendirme yetkisi bulunmamaktadır. Kanunların uygulanmasını gösteren tüzükler bir anlamda kanunun normatif gücüne sahiptir. Hâkim yürürlükte olan bir tüzüğü sorgulamaksızın uygulamak mecburiyetindedir çünkü tüzüğün kanuna aykırılığını takdir edemez. Zira mevzu hukukun yetki vermediği bir organın tespit ettiği bir duruma hukuki değer verilemez. Bir tüzük kanuna aykırı olsa dahi, 1924 Anayasası sisteminde bu aykırılık yalnızca Meclis tarafından tespit edildiği müddetçe hukuken muteberdir. Yazar tüzüklerin kanunların uygulamasını göstermeleri nedeniyle kanunların tamamlayıcı parçası olduklarını savunmaktadır. Bu nedenle bir olaya ilk uygulanacak norm tüzüktür. Zira tüzük kanunun nasıl anlaşılması ve uygulanması gerektiğini ortaya koymuştur. Bu halde hâkime düşen vazife tüzüğün kanuna uygunluğunu incelemek değil onu hukuki meseleye tatbik etmektir. ³²¹Pozitivist bir yaklaşım benimseyen Sarıca'nın, Gözler'in de bahsettiği gibi yetkisi olmamasına rağmen hâkimin tüzüğü kanuna aykırı bulması halinde bir "görünüşte çatışma"nın söz konusu olacağını kabul ettiğini söylemek mümkündür.³²²

Tüzükler hakkında farklı bir sistem benimseyen 1924 Anayasası döneminde yapılan bu tartışmanın mevcut hukuk normlarına göre daha farklı bir şekilde yapılacağı tartışmasızdır. Fakat yine de yukarıda belirtilen görüşler konumuza ışık tutar niteliktedir. Bu tartışmadaki karşıt görüşlere konu bütünlüğü açısından bir sonraki başlıkta yer vereceğiz.

1924 Anayasası döneminde yönetmeliklerin yargısal denetimi meselesi de tartışmaya konu olmuştur. O dönemde yönetmelikler Anayasa'da değil, talimatname adıyla 23/5/1928 tarih ve 1322 sayılı Kanunların ve Nizamnamelerin Sureti Neşir ve İlanı ve

321 Ragıp Sarıca, Türkiye'de İcra Uzvunun Tanzim Salahiyeti, Cumhuriyet Matbaası, İstanbul, 1943, s.125 vd.

322 Gözler, Hukuka Giriş, s.225

Mer'iyet Tarihi Hakkında Kanun'da düzenlenmişti. Yönetmeliklere karşı Danıştay'da iptal davası açılabilirdi. Fakat bir yönetmeliğin uygulama işlemi üzerine tekrar dava konusu edilebileceğini öngören bir hukuk kuralı mevcut değildi. Bu meseleyi ele alan Sarıca, bir uygulama işlemine yöneltilen iptal isteminin, işlemin kendisine birebir uygun olarak tesis edildiği düzenleyici işlemi de kapsayacağını belirtmektedir. Nitekim bir yönetmelik yürürlüğe girdiğinde kanuna aykırı olsa dahi ilgililer menfaat yokluğu nedeniyle ya da başka sebeplerden iptal davası açma yoluna başvurmamış olabilirler. İptal edilmeyen yönetmelik mevcudiyetini devam ettirir ve hukuki sonuçlarını doğurur. Bu düzenleyici işleme dayanılarak tesis edilen bir işlemin kanuna aykırılığı iddia edildiğinde, Danıştay bu hususu yönetmeliğin de iptali istenmiş gibi anlamalıdır. Bu bağlamda birel işlemin yanında yönetmeliğin de hukuka uygunluğu denetlenmelidir. Yazar bir işlemin dayandığı kanun, tüzük, yönetmelik gibi objektif norm iptal edilmedikçe işlemin de iptal edilemeyeceğini savunmaktadır. Başka bir deyişle, iptal edilmemiş bir yönetmelik kendisine uygun olarak tesis edilmiş olan işleme koruma sağlar. Bu nedenle bir idari işlemin iptal davası konusu edilmesi, dayanağı olan yönetmeliği de dava kapsamına alacaktır. Aksi takdirde birel işlemin iptaline olanak yoktur.³²³

Sarıca'nın bu konuda ifade ettiği görüşleri yorumlayacak olursak, kanuna aykırı bir düzenleyici işlemin ihmal edilmesine karşı çıktığı sonucuna varmak mümkündür. Yazar tüzüklere ilişkin görüşlerinde Danıştay'ın tüzüklerin kanuna aykırılığını denetleme yetkisinden Anayasa hükmüyle kesin olarak mahrum bırakıldığını savunuyordu. Bu nedenle tüzüklerin yargılama esnasında ihmal edilemeyeceğini ve uygulanması gerektiği sonucuna varmaktaydı. Yönetmeliklere ilişkin durum ise biraz daha farklılık arz etmektedir. Nitekim yönetmeliklerin yargısal denetimi Danıştay'ın yetkisinde olmasına rağmen yazar yönetmeliklerin ihmal edilemeyeceğini savunmaktadır. Bu görüşün sebebi, bir düzenleyici işlem iptal edilmedikçe ona dayanarak tesis edilmiş olan işlemin iptaline olanak olmamasıdır. Birel işlemin yargısal denetimi normlar hiyerarşisinde kendisinden sonra gelen ilk norma göre, yani yönetmeliğe göre yapılmalıdır. Birel işlemin iptali için kanuna aykırı olması yeterli olmayıp, kanuna aykırılık teşkil eden dayanak yönetmeliğin de iptali gerekmektedir. Yazar bu sorunun

323 Sarıca, a.g.e., s.239,240

çözümünü, birel işleme karşı yöneltilen iptal isteminin dayanağı olan yönetmelik hükmünü de kapsayacağı sonucuna vararak sağlamaktadır.

Bu dönemde Danıştay, ilgilinin uygulama işlemi ile beraber düzenleyici işleme karşı da dava açma imkânı olduğunu kabul etmiştir.³²⁴Duran ise düzenleyici işlemlerin uygulama işlemi ile beraber dava konusu edilemeyeceğini savunmuştur. Yazara göre bir uygulama işleminin dayanağı olan işlem nedeniyle hukuka aykırı olması durumunda, düzenleyici işlem yargı mercii tarafından ancak batıl kabul edilebilir fakat iptal edilemez. Bu karar da yalnızca söz konusu uyuşmazlıkla sınırlı olarak etki gösterir.³²⁵

1961 Anayasası döneminde yürürlüğe giren 24/12/1964 tarih ve 521 sayılı Danıştay Kanunu'nun 67. maddesi, düzenleyici işlemlere karşı yürürlüğe girmelerinden sonra doğrudan dava açma imkanının yanında uygulama işlemi ile beraber de dava açılabileceğini kurala bağlamıştır. Bu sayede bu konudaki tartışmalar kısmen sona ermiştir. Bu hükümle beraber, ilgili isterse yalnızca uygulama işlemine, isterse uygulama işlemi ile beraber dayanak düzenleyici işleme karşı dava açma imkanına kavuşmuştur.³²⁶

3.4.1.2. İşleme Uygulanacak Üstün Norm

İdari düzenleyici işlemlerin idari davaya konu edilerek iptal edilmedikleri müddetçe hukuka uygunluk karinesinden faydalanacakları tartışmasız bir gerçektir. Candan'a göre bu karine, düzenleyici işlemin kendisine ilişkin yargısal denetimi ilgilendiren bir meseledir. Düzenleyici işlemlerin uygulaması niteliğinde olan birel işlemlerin yargısal denetimi hukuka uygunluk denetimidir. Hukuka uygunluk denetimi idari işlemin normlar hiyerarşisinde üstünde olan tüm normlara uygunluğunu kapsar. Bu denetimi yalnızca düzenleyici işlemler ile kısıtlamak, idarenin hukuka uygunluğunu tesis etme amacı güden yargısal denetimi zedeler ve hukuk devleti ilkesini ihlal eder. İdare mahkemeleri, bizzat düzenleyici işlemlere karşı dava açıldığında onların hukuka uygunluğunu denetleyebileceği gibi; kendilerine dayanılarak tesis edilen birel işlemlerin denetimini yaparken de düzenleyici işlemlerin kanuna uygunluğunu gözetebilir. Kanuna

324 Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu, K:1944/82, DD, S.:27, s.26, Nakleden: Güneş, a.g.e., s.153

325 Lütfi Duran, İdare Hukuku Meseleleri, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1964, s.529; Güneş aslında Duran'ın çözüm yoluna katılsa da, yeni Danıştay Kanunu'nun 67. maddesinin ilgililere ayrıca düzenleyici işlemin de iptalini talep yetkisi verdiğini kabul etmektedir. (Güneş, a.g.e., s.157)

326 Güneş, a.g.e., s.157

aykırı bulunan düzenleyici işlemler ihmal edilerek doğrudan kanuna göre hüküm tesis edilmelidir.³²⁷

İhmal, düzenleyici işlemi yürürlükten kaldırmayacağı için dava açma süresinin kaçırılmasıyla kazanılan hukuka uygunluk karinesine de zarar vermeyecektir. Candan bu sonucu, kanun maddesinin anlamından çıkarmaktadır. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7/4. maddesinin son cümlesi, düzenleyici işlemin iptal edilmemiş olmasının bu düzenlemeye dayalı işlemin iptaline engel olmayacağını kurala bağlamaktadır. Yukarıda da bahsedildiği gibi bu hükümden, düzenleyici işleme aykırı olan birel işlemin iptali ya da kanuna aykırı olan düzenleyici işlemin ihmali olmak üzere iki sonuç çıkabilmektedir. Yazara göre, düzenleyici işleme aykırı olan idari işlemin iptal edilmesi zaten iptal davası ile her zaman sağlanabilecek bir durumdur. Düzenleyici işleme dava açılmamış ya da açılıp da iptal istemi reddedilmiş olsa dahi, kendisine aykırı olan işlem iptal edilecektir. Kanun koyucunun olağan bir sonucu öngörmek için ayrı bir hüküm tesis etmesi anlamsız olur. Dolayısıyla bu olağan sonuç dışında bir anlam kastedilmiş olmalıdır. Bu da kanuna aykırı olmasına rağmen dava edilmemiş düzenleyici işlemin ihmal edilmesi suretiyle kanuna dayanılarak karar verilmesidir.³²⁸

Kanun metninden yasaya aykırı düzenleyici işlemlerin dava edilmese dahi ihmal edilebileceğini sonucunu çıkarılabileceğini savunan başka yazarlar da vardır.³²⁹ Karahanoğulları, iptal edilmeyen düzenleyici işlemin kazandığı hukuka uygunluk karinesinin, kanuna aykırılık durumunda ihmal edilmesini engellemeyeceğini savunmaktadır. Yazar ayrıca, idarenin de kanuna aykırı düzenleyici işlemi uygulamaktan imtina edebileceğini belirtmiştir. Bu durum kendisi için bir yükümlülük olmasa da idare, tesis ettiği işlemin dayanağı olan düzenleyici işlem mahkeme tarafından ihmal edileceğini; bu suretle işlemin de iptal edileceğini bilerek hareket etmelidir.³³⁰

Bu görüş, temel olarak İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7/4. maddesinin yorumundan çıkarılan sonuca dayanmaktadır. Fakat bu şekilde pozitif bir düzenleme olmasa dahi *lex superior* ilkesinin düzenleyici işlemlerin ihmal edilebileceğini destekleyen görüşe dayanak teşkil edebileceğini savunmak yanlış olmaz. *Lex superior* ilkesine göre üst norm altındaki normu bertaraf eder. Bir idari işlemin hukuka uygunluğunun

327 Candan, a.g.e., s.389

328 Candan, a.g.e., s.389

329 Erkut ve Soybay, a.g.e., s.268

330 Karahanoğulları, a.g.e., s.107 vd.

denetiminde birçok hukuk kuralı kullanılmaktadır. Kanun ve düzenleyici işlem de bu normlar arasında bulunmaktadır. İdari işlemin bu normlardan herhangi birine aykırı olması, hukuka aykırı kabul edilmesi için yeterlidir. Bu durumda kanun, hiyerarşik olarak üstün olması nedeniyle kendisine aykırı olan düzenleyici işlemi hükümsüz kılar. Dava konusu idari işlemin düzenleyici işleme uygun olması işlem için bir koruma sağlamaz. Kanuna aykırı olan idari işlemin iptali gerekir. Başka bir deyişle, *lex superior* ilkesi yargısal denetimde referans normlardan üstün olan hukuk kuralının esas alınmasını gerektirir.

Yenice ve Esin de İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7/4. maddesinde öngörülen yeni düzenlemenin (*lex superior* ilkesinin adını anmasa da) normlar hiyerarşisinin gereği olan çözümü getirdiğini belirtmektedir:

“Düzenleyici bir işlem yürürlükte iken ve bunun iptali için açılmış bir dava yokken, idarece tamamen bu düzenlemeye dayalı subjektif bir işlem yapılmış; ilgilisi de idari yargı yerinde sadece kendisine uygulanan subjektif işleme karşı dava açmış olabilir. Davalı idare ise işlemin yürürlükte bulunan ve kendisini bağlayan düzenlemeye -örneğin tüzük veya yönetmeliğe- uygun olduğunu, buna karşı açılmış bir dava da bulunmadığına göre genel objektif düzenlemeye paralel subjektif idari işleme karşı ilgilinin açtığı iptal davasının reddi gerektiğini savunabilir. Buna karşılık, söz konusu subjektif işlem objektif düzenlemeye uygun da olsa, iptali istenmiyen bu genel düzenleme yasalara, temel hukuk kurallarına veya içtihatların birleştirilmesi hakkındaki bir karara aykırı olabilir. Bu takdirde normlar hiyerarşisi içinde üst kural gözetilerek, -objektif düzenleme yürürlükte de kalsa- subjektif düzenlemenin iptali gerekmez mi? Hatta idari yargı yeri, objektif düzenlemeye ve subjektif işleme karşı bir arada iptal davası açılmış olması halinde bile, bazı hukuki nedenlerle, objektif düzenlemenin iptali yoluna gitmemiş veya gidememiş olabilir. Bu konular Danıştay'da tartışma konusu olagelmıştır. Bu yeni düzenleme bu gibi tartışmalara son vermiş, idare hukuku esaslarına ve adalete uygun köklü bir çözüm getirmiş bulunmaktadır.”³³¹

Aynı görüşü benimseyen Karavelioğlu, kanuna aykırı olmasına rağmen dava konusu edilmeyen düzenleyici işlemin ihmali suretiyle karar verilmesinin “üstünlüğün Anayasa ve kanunlarda olduğu” anlayışının ve “üstün hukuk kurallarına uyma zorunluluğu”nun sonucu olduğunu belirtmektedir.³³²

Üst başlıkta 1924 Anayasası döneminde tüzüklerin kanuna aykırılıklarını inceleme yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne verildiğini ve mahkemelerin kanuna aykırı tüzük konusunda nasıl bir tutum benimseyeceklerinin tartışma yarattığından bahsetmiştik. Burada, mahkemelerin uygulayacakları tüzüğü kanuna aykırı bulmaları

331 Yenice ve Esin, a.g.e., s.192

332 Celal Karavelioğlu ve Erdem Cemil Karavelioğlu, Açıklama ve En Son İchtihatlarla İdari Yargılama Usulü Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, C.:1, s.448

durumunda tüzük hükmünü ihmal edebileceğini savunan görüşlere yer vereceğiz. Bu görüşün savunucuları da mahkemelerin bir tüzüğün kanuna aykırılığı iddiasıyla yapılacak bir başvuruyu değerlendirerek hükme bağlayamayacaklarını savunmaktadır. Fakat bir mahkeme, yargılama esnasında uygulama alanı bulacak tüzüğün kanuna aykırı olduğuna ilişkin iddiayı değerlendirmelidir. Başgil'e göre “...lâfziyle, ruh ve mânası ile, gaye ve maksadı ile kanunun lâfzına, ruh ve mânasına, gaye ve maksadına aykırı olan bir nizamname hükmü, hâkimi ilzam etmez. Hâkim önündeki bir dâvada tatbiki istenen bir nizamname hükmünün bir kanun hükmüne yahut umumî surette kanunî esaslara aykırı olduğuna kanaat edinirse, o hükmü tatbik etmez, kanunî esaslar dahilinde dâvayı halleder.”³³³

Feyzioğlu da aynı görüşü benimsemekte ve gerekçelerini şu şekilde sunmaktadır:

“Bir tüzük Anayasanın 52 nci, 68 inci ve müteakip, 85 inci maddelerine veya Ceza Kanununun birinci maddesine aykırı olarak yeni hükümler ve mükellefiyetler, yeni vergiler, yeni suçlar ve cezalar ihdas edecek olursa, idarî ve adlî mahkemeler bu tüzüğe mutlak surette riayete nasıl mecbur tutulabilirler? Böyle bir durum karşısında, tüzüğe riayet eden bir hâkim, dolayısıyla anayasaya ve tüzüğün ihlâl ettiği kanuna aykırı hareket etmiş olmaz mı? Bir mahkeme yekdiğerine açıktan açığa muhalif iki metin karşısında kalırsa, "ihkakı haktan imtina" edemeyeceğine göre, elbette bunlardan birini tercih ve diğeri- o dâvada- ihmal etmek mecburiyetindedir. Başka çıkar yol yoktur. Şu hâlde, bütün mesele hangi metnin diğeri tercih edileceği noktasındadır. Çarpışan metinlerden biri kanun, diğeri tüzük olduğu takdirde, hâkimin tüzüğü daha üstün tutarak kanunu ihmal etmesi mümkün müdür? Böyle bir hal tarzı, umumî hukuk ve mantık prensiplerine aykırı olmakla kalmaz, tüzüğü kanuna tâbi kılan anayasamızın sarahatına ve ruhuna da aykırı düşer.

Bir hâdiseye hangi hukuk kaidesinin tatbik edileceğini araştırmak ve tatbiki mümkün olan hukuk prensiplerine göre muhtelif kaideler arasında tercihler yapmak, mahkemelerin tabîi ve normal fonksiyonları arasındadır.

Yekdiğeriyle çarpışan bir kanun ve bir tüzük karşısında ise hâkim elbette bunlardan hangisi daha yeni ise onu tercih ve tatbik edemez...Bunun yerine hâkime rehberlik edecek ve iki metinden birini elindeki dâvaya tatbik etmesini mümkün kılacak başka bir hukuk prensibi vardır: *daha kuvvetli olan metnin tercihi*. Aksini ileri sürmek, anayasanın sarahati hilâfına, tüzüğün bir kanunu zımnen tâdil ve ilga edebileceğini kabul etmek demektir.”³³⁴

Burada Feyzioğlu'nun temelde iki unsura dayandığını söylemek mümkündür. “*daha kuvvetli olan metnin tercihi*” ifadesiyle hiç şüphesiz *lex superior* ilkesi kastedilmiştir. Tüzük, kanun ile çatıştığında daha üstün olan norm, yani kanun uygulanmalıdır. Hâkimin kanuna aykırılık teşkil eden tüzüğü uygulamasının kanunların tüzükler

333 Ali Fuat Başgil, Hukukun Ana Mesele ve Müesseseleri, İstanbul, 1946, s.191-192, Nakleden:

Feyzioğlu, a.g.m., s.39

334 Feyzioğlu, a.g.m., s.43

tarafından değiştirilebileceği anlamına geleceğini ifade eden yazar, iki norm arasındaki hiyerarşinin bozulacağını kastetmiştir. Kanuna aykırı olan bir tüzük uygulama imkânı bulursa, kanun ile tüzük arasında hiyerarşik bir ilişki kalmayacak, adeta ikisi aynı hukuk kuralıymışçasına bir sonuca varılacaktır. Bu sonuç, Anayasa'nın kanunlara açıkça tanıdığı üstünlüğe aykırıdır.

Onar, mahkemelerin tüzüklerin kanuna uygunluğunu denetleme yetkisi olmadığını ifade etmektedir. Fakat yargılama esnasında bir tüzüğün kanuna aykırı olduğu farkedilirse hâkim, tüzüğü iptal etmeksizin daha üstün norma yani kanuna göre uyuşmazlığı çözer.³³⁵ Onar'ın dolaylı olarak ihmali savunan görüşlerle aynı sonuca vardığını söylemek mümkündür.

Kısaca özetlemek gerekirse bu görüşü benimseyenler, tüzüklerin iptali talebiyle mahkemeler nezdinde dava açılmayacağını fakat hâkimin dava esnasında kanuna aykırı bulduğu tüzüğü ihmal ederek uyuşmazlığı kanunlara göre çözümlenebileceğini savunmaktadır.

1961 Anayasası ile tüzüklerin hukuka uygunluğunun denetimi Meclis'ten alınmış, 24/12/1964 tarih ve 521 sayılı Danıştay Kanunu'nun 67. maddesi ile düzenleyici işlemlere karşı yürürlüğe girmelerinden sonra doğrudan dava açma imkanının yanında uygulama işlemi ile beraber de dava açılabilmesi kurala bağlanmıştır. Bu değişiklikler önceki tartışmaları nisbeten azaltsa da kanuna aykırı düzenleyici işlemlerin dava konusu edilmediği durumda ihmal edilip edilemeyecekleri sorunu varlığını korumuştur. Bu dönemde verilen bir kararda Danıştay, düzenleyici işlemin ihmalinin mümkün olduğunu gerekçeleriyle beraber açıklamıştır:

“İdarî işlemlerin sadece yönetmelik, kararname ve benzeri nev’iden bir düzenleyici ve genel tasarrufa uygun bulunmaları, hukukî sıhhat kazanmalarına yeterli sayılamaz. Bu noktada yargı organı, işlemin dayandığı düzenleyici ve genel tasarrufun daha üstün hukuk kurallarına- Anayasa, kanun, hukukun genel prensipleri- aykırı hükümler taşıyıp taşımadığını incelemek zorundadır ve böyle bir incelemenin olumlu sonuç vermesinden sonradır ki işlemin sıhhati hakkında kesin bir yargıya varmak mümkün olabilir. Nitekim Anayasa'nın 132. maddesinde «Hâkimler Anayasa'ya, Kanuna, Hukuka ve vicdanî kanaatlarına göre hüküm verirler» denilmek suretiyle, yargı organlarımız asıl bağlayan kuralların sayılan üstün hukuk kuralları olduğu açıklıkla ifade edilmiştir. Şu hale göre, düzenleyici ve genel tasarruflarda yer alan hükümler, ancak, Anayasa, kanun ve hukukun genel prensiplerine uygun bulunmaları halinde bağlayıcı nitelik kazanabilirler. Aksi halde bu hükümlerin yargı organları önünde iptal veya ihmale uğramaları gerekecek, sözü

335 Sıddık Sami Onar, “Nizamname ve Talimatnameler”, İzmir Baro Dergisi, Sene 2, S.:7, s.267-268, Nakleden: Feyzioğlu, a.g.m., s.36

edilen esasa aykırı görüş ve uygulamaların da Anayasa'nın temel ilkesi olan «hukukun üstünlüğü» prensibi ile bağdaştırılması mümkün olamayacaktır...»³³⁶

Uler de Danıştay kararıyla aynı doğrultuda düşünmekte, dayanak düzenleyici işlem nedeniyle hukuka aykırı nitelik kazanan birel işlemin geçerli kabul edilemeyeceğini savunmaktadır. Nitekim yargı mercileri yalnızca idari düzenleyici normlarla değil tüm hukuk kuralları ile karar vermelidir:

“Temel işlem hukuka aykırı ise, buna dayanılarak yapılan işlemler de sakat doğacaklardır. Sonuç işlemlerdeki sakatlık, temel işlemde bulaşmış olmakla beraber artık temel işlemde ayrı olarak düşünülebilir. Sonuç işlem sakat doğmuştur. Temel işlem ortada olsun olmasın sakatlık sonuç işlemler için sürekli. Bunun aksini kabul etmek, bir sakatlık yapıldıktan sonra ona dayanılarak yapılan sakat işlemleri geçerli kabul etmek anlamına gelir ki bu kabul olunamaz. Yargı organları, idarenin her nasılsa iptalden kurtardığı sakatlıklarla değil, hukuk ile bağlıdır.”³³⁷

Balta ve Duran da aynı görüşü benimseyerek üst hukuk kurallarına aykırılık teşkil eden idari düzenleyici işlemlerin mahkemeler tarafından uygulanmayacaklarını savunmuşlardır.³³⁸

Alt başlıkta görüleceği üzere günümüzde düzenleyici işlemlerin ihmali yönünde hüküm tesis eden yargı mercileri genelde 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7/4. maddesinin son cümlesinde bulunan “*Düzenleyici işlemin iptal edilmemiş olması bu düzenlemeye dayalı işlemin iptaline engel olmaz.*” hükmüne dayanmaktadır. Oysa burada yer verdiğimiz Danıştay kararının verildiği ve öğretideki görüşlerin serdedildiği tarihte bu şekilde pozitif bir düzenleme mevcut değildir. Buna rağmen kanuna aykırı düzenleyici işlemlerin ihmal edilebileceği yönünde sunulan gerekçeler dikkat çekicidir. Öncelikle idari yargıda gerçekleştirilen hukukilik denetiminin normlar hiyerarşisinde bulunan tüm hukuk normlarına göre yapılması gerektiği belirtilmiştir. Buna göre idari işlemin yalnızca kendisinden sonra gelen ilk hukuk kuralı olan idari düzenleyici işleme uygun olması hukuka uygunluk için yeterli değildir. Bir işlemin hukuka uygun sayılabilmesi için idari düzenleyici işlemin de kendisinden üstün olan normlara uygun olduğunun tespiti gereklidir. Zira Anayasa hükmü gereğince hakimler, Anayasa'ya, kanunlara, hukuka ve vicdani kanaatlerine göre karar vermelidirler. Bu nedenle hukuka

336 Danıştay 12. Daire, T:31/10/1968, E:1968/720, K:1968/1992, Nakleden: Yüksel Esin, “Yönetmelikler (İdarenin Yetkisi ve Denetimi)”, İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemler, C.:III, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, Ankara, 1980, s.158,159

337 Yıldırım Uler, İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları, AÜHF Yayınları, Ankara, 1970, s.61

338 Tahsin Bekir Balta, İdare Hukukuna Giriş I, TODAİE Yayınları, Ankara, 1970, s.178, Duran, İdare Hukuku Ders Notları, s.470

uygunluk denetiminin yalnızca idari düzenleyici işlemle sınırlandırılması, bu işlemin aykırı olduğu üstün hukuk kurallarının ihmali anlamına gelecek ve hukukun üstünlüğü ilkesi ihlal edilecektir. Bu nedenle hâkim, dava konusu edilen birel işlemin dayanağı olan düzenleyici işlemin kanuna aykırı olduğunu tespit ederse, onu ihmal ederek üstün hukuk kurallarına göre karar vermelidir.

3.4.1.3. Kanuna Aykırılığı Saptayacak Yargı Organı

Kanuna aykırı düzenleyici işlemlerin ihmal edilebilmesi için öncelikle kanuna aykırı olduklarının tespit edilmesi gerekmektedir. Bu tespiti doğal olarak bir işlemin iptali istemiyle açılan davayı gören mahkeme yapacaktır. O halde şu soruyu sormak gerekir: İdari işleme karşı açılan davayı gören mahkemenin ilgili düzenleyici işlemin kanuna aykırı olduğunu tespit etmeye yetkili olup olmadığı nasıl tespit edilecektir?

İdari düzenleyici işlemlere karşı yürürlüğe girdikleri tarihten itibaren dava açma süresi içerisinde iptal davası açılabilir. 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 24. maddesindeki hükme göre Danıştay, Bakanlar Kurulu kararlarına, Bakanlıklar ile kamu kuruluşları veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca çıkarılan ve ülke çapında uygulanacak düzenleyici işlemlere karşı açılacak iptal davalarını ilk derece mahkemesi olarak karara bağlar. Yani bu düzenleyici işlemlerin hukuka aykırı olduklarına karar verme yetkisi Danıştay'a aittir. Bir idari işleme karşı dava açıldığında görevli mahkeme ilk derece mahkemesi iken, işlemle beraber dayanağı olan düzenleyici işleme karşı da dava açıldığında uygulamada iki dava da Danıştay tarafından görülmektedir. Bu konu tartışmalı olmakla beraber, düzenleyici işleme (Danıştay md.24 kapsamında olması şartıyla) karşı yöneltilen iptal istemini Danıştay'ın göreceği tartışmasıdır. Şu durumda yalnızca uygulama işlemine karşı dava açıldığında, davayı gören ilk derece mahkemesi düzenleyici işlemin kanuna aykırı olduğunu tespit edebilecek midir? Bu soru konumuz açısından önem arzeder, zira kanun ilk derece mahkemesine bu konuda yetki vermemiştir. Başka bir deyişle, belli düzenleyici işlemlerin hukuka aykırılığını dava yoluyla görmek idare mahkemelerinin yetkisi dahilinde değildir. Dava yoluyla denetim konusunda yetkisiz olmakla birlikte bu mahkemeler düzenleyici işlemlerin kanuna aykırı olduğunu bir yargılama esnasında itiraz yoluyla ya da re'sen tespit edebilirler mi?

Üst başlıkta alıntılanan ve Candan'ın savunduğu görüşe göre idare mahkemeleri, düzenleyici işlemlere karşı dava açıldığında hukuka uygunluk denetimi yapma yetkisini haiz olduğu gibi, bunlara dayanılarak tesis edilen birel işlemlerin yargılaması sırasında da dayanak düzenleyici işlemlerin hukuka aykırılığını gözetebilir ve ihmal yoluna gidebilir.³³⁹ Yazar, Danıştay Kanunu'nun 24. maddesinin düzenleyici işlemlerin yargısal denetimine ilişkin içerdiği görev hükmünden hiç bahsetmemektedir. Zira idare mahkemeleri, ülke çapında uygulanacak düzenleyici işlemlere karşı açılan davaları görmeye yetkili değildir. Bu nedenle düzenleyici işlemlerinin ihmal edilebileceği yönünde sunulan gerekçe ilgili kanun hükmü nedeniyle temelsiz kalmaktadır.

Bu noktada 1924 Anayasası döneminde kanuna aykırı tüzüklerin ihmalî problemine benzer bir yetki problemi olduğu düşünülebilir. O dönemde hukukilik denetimi Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne bırakılmış olan tüzüklerin kanuna aykırılığının mahkemeler tarafından yargılama esnasında denetlenip denetlenemeyeceği tartışılıyordu. Tüzüklere karşı açılacak bir davayı görme yetkisi olmayan mahkemelerin kanuna aykırılığı dava esnasında re'sen ya da def'i yoluyla inceleyebileceğini savunan görüşlere yukarıda yer verilmiştir. Yalnız, bu tartışmada mahkemelerin iptal davasını görmesine engel olan kural bir Anayasa hükmüdür. Anayasa koyucu mahkemelere böyle bir yetki vermediği gibi yasamanın üstünlüğünün bir tezahürü anlamına gelebilecek bir kural koymuş ve Anayasa'ya hâkim olan anlayışı gösteren siyasi bir tercih yapmıştır. Bu başlık altında bahsettiğimiz yetkisizlik ise bir kanun hükmünden kaynaklanmaktadır. İdari düzenleyici işlemlerin yargısal denetimi idari yargının yetkisinde olmakla birlikte, ülke çapında uygulanacak düzenleyici işlemlere karşı açılacak davaları ilk derece mahkemesi olarak Danıştay karara bağlayacaktır. Bu nedenle buradaki yetkisizlik probleminin 1924 Anayasası döneminde tartışılan yetkisizliğe oranla daha hafif olduğunu söylemek mümkündür. Fakat her ne olursa olsun ilk derece mahkemeleri idari düzenleyici işlemlerin önemli bir kısmına yönelik iptal istemlerini karara bağlama yetkisinden mahrumdur ve kanuna aykırı düzenleyici işlemlerin ihmalini savunan bir görüşün idare mahkemelerinin yargı yetkisi ileri sürülerek temellendirilmesi kanaatimizce sağlıklı olmayacaktır.

Görüşümüze göre, kanuna aykırı bir düzenleyici işlemin ihmaline dayanak teşkil edebilecek en önemli gerekçe, üst başlıkta yer verilen Danıştay kararında belirtildiği

339 Candan, a.g.e., s.389

gibi, hukuka uygunluk denetiminin kapsamı olmalıdır. Bir idari işlemin hukuka uygunluğu, yalnızca hiyerarşide kendisinden sonra ilk sırada gelen düzenleyici işlem esas alınarak belirlenemez. Hukukilik ya da hukuka uygunluk, normlar hiyerarşisinde üstün olan tüm hukuk kurallarının ele alınması yoluyla saptanabilir. Bu durumda idari işleme uygulanabilecek üstün bir norm varsa o uygulanmalı, alt norm olan düzenleyici işlem ihmal edilmelidir. Aksi durum yürütme organının bir işlemi karşısında ulusal iradeyi temsil eden meclisin yaptığı kanunun ihmal edilmesi anlamına geleceği gibi, normlar hiyerarşisini de anlamsız kılar.

3.4.2. Yargı Uygulamasında İhmal

Kanuna aykırı olan düzenleyici işlemlerin ihmalinin hangi şartlarda mümkün olduğunu üst başlıklarda teorik olarak incelemeye çalıştık. Bu başlıkta Türk yargı mercilerinin bu konuya nasıl yaklaştığını göreceğiz. Bu kapsamda idare mahkemelerinin ve Danıştay'ın düzenleyici işlemlerin ihmalini nasıl uyguladığını örnek kararlar ışığında görmeye çalışacağız.

3.4.2.1. İdare Mahkemeleri

Ankara 1. İdare Mahkemesi, 2014/1538 esas numarasıyla kayıtlı davada, cumhuriyet savcısı olarak görev yapan davacı hakkında İl Koruma Komisyonu'nca "2 personel ile özel koruma" şeklinde verilen kararın, "1 personel ile Yakın Koruma" şeklinde değiştirilmesine ilişkin Merkez Koruma Komisyonu işleminin yürütmesinin durdurulması hakkındaki istemi görüşmüştür.³⁴⁰ 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 20. maddesinde "*Terörle mücadelede görev veren veya bu görevi ifa eden adli, istihbarî, idarî ve askerî görevliler, kolluk görevlileri, Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürü ve Genel Müdür Yardımcıları, terör suçularının muhafaza edildiği ceza ve tutukevlerinin savcılar ve müdürleri, Devlet Güvenlik Mahkemelerinde görev yapmış hâkim ve savcılar, Ceza Muhakemesi Kanununun 250 nci maddesiyle yetkili kılınmış ağır ceza mahkemelerinde görev yapan hâkim ve savcılar ile bu görevlerinden ayrılmış olanlar ve terör örgütlerinin açık hedefi haline gelen veya getirilenler ile suçların*

340 Ankara 1. İdare Mahkemesi, T:25/12/2014, E:2014/1538, Yürütmenin Durdurulması İstemi Hakkında Verilen Karar, (Yayımlanmamıştır)

aydınlatılmasında yardımcı olanlar hakkında gerekli koruma tedbirleri Devlet tarafından alınır.” kuralına yer verilmiştir. 16.9.1995 tarihli Başbakan oluru ile yürürlüğe konulan "Koruma Hizmetleri Yönetmeliği"nin 8. maddesinde, terör ve anarşi ile mücadelede görev yapan adli, istihbari, idari ve askeri görevliler, talepleri halinde korumaya alınacak kamu görevlileri arasında sayılmıştır. Böylelikle, maddede sayılan kişilerin görev süresinden sonra korumaya alınmaları özel görevleri nedeniyle değil, genel güvenlik tehlikesi sebebiyle gündeme gelebilecektir. Bu durum ise, genel güvenlik tehlikesi sebebiyle korumaya alınacaklar hakkında düzenleme getiren Yönetmeliğin 10. maddesindeki *"terör odaklarının açık hedefi haline gelmesi"* veya *"can güvenliğinin ciddi ve harici tehdit altında olması"* koşullarının varlığına bağlanmıştır. Mahkeme, bahsi geçen Kanun hükmü ile dava konusu işlemin dayanağı olan Yönetmelik hükmünü karşılaştırmıştır. 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 20. maddesine göre Devlet Güvenlik Mahkemesi ve Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemesi hakim ve savcılarının halen görevde olup olmadıklarına bakılmaksızın can güvenliklerinin tehlikede olduğu karene olarak kabul edilmiş olup, bir koşul aranmaksızın devlet tarafından korunmaları gerekmektedir. Koruma Hizmetleri Yönetmeliği'ne göre ise söz konusu kişilerin görev süresince korunması bir kural olarak belirlenmiş olup, görev bittikten sonra korunmaları can güvenliklerinin tehlikede olmaları şartına bağlanmıştır. Yönetmelik hükmünün kanuna aykırı bir kural koyduğunu tespit eden mahkeme, Anayasa'nın 124. maddesi ve normlar hiyerarşisi gereğince ikincil düzenleme yetkisini haiz olan idare kanuna aykırı kural koyamayacağından, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7/4. maddesi gereğince yönetmelik hükmünün ihmal edilmesi gerektiği sonucuna varmıştır.

Ankara 13. İdare Mahkemesi'nin baktığı bir dosyada, Polis Meslek Yüksek Okulu öğrencisi olan davacı hakkında yapılan güvenlik soruşturması neticesinde basit yaralama suçundan 7 ay 23 gün süreli hapis cezası ile cezalandırıldığı ve hükmün açıklanmasının geri bırakıldığı tespit edilmesi üzerine okulla ilişkisinin kesilmesine dair işlemin iptali istemi görüşülmüştür.³⁴¹ İşlemin dayanağı olan Polis Meslek Yüksekokulları Giriş Yönetmeliği'nin yüksekokullara başvuru yapacak adaylarda aranacak şartları düzenleyen 8. maddesinin h fıkrasında *"h)Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; üst sınırı bir yıl veya daha fazla*

341 Ankara 13. İdare Mahkemesi, T:04/07/2014, E:2013/1616, K:2014/1152, (Yayımlanmamıştır)

hapis cezası öngörülen kasten işlenmiş suçlar ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 48/A-5 maddesinde sayılan suçlardan dolayı, 1)Affa uğramış veya yasaklanmış haklar geri verilmiş olsa dahi mahkûmiyeti bulunmamak, 2)Hükmün açıklamasının geri bırakılmasına karar verilmemiş olmak, 3)Devam etmekte olan bir kovuşturma bulunmamak veya kovuşturması uzlaşma ile neticelenmemiş olmak." şartı kurala bağlanmıştır. Devlet memurluğuna girişte aranılacak şartları sayan ve genel hüküm niteliğinde olan 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 48.maddesinde "*Devlet memurluğuna alınacaklarda aşağıdaki genel ve özel şartlar aranır. A)...45. Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, (İptal ibare: Anayasa Mah.nin 25/02/2010 tarihli ve E. 2008/17, K. 2010/44 sayılı Kararı ile.) zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkûm olmamak..."* hükmüne yer verilmektedir. Aynı zamanda 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun hükmün açıklamasının geri bırakılmasını düzenleyen 231/5 maddesinde; hükmün açıklanmasının geri bırakılması durumunda kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmayacağı öngörülmüştür. Anayasa'nın kamu hizmetine girme hakkını düzenleyen 70. maddesi ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimini düzenleyen 13. maddesi birlikte düşünüldüğünde, kamu hizmetine girme hakkını sınırlayan bir kuralın kanunla koyulması gerektiği açıktır. Bu durumda, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231/5 maddesi ve Devlet Memurları Kanunu'nun 48. maddesi birlikte düşünüldüğünde, hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen kişilerin memuriyete girişine bir engel bulunmamaktadır. Yönetmelik hükmüne göre ise hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olsa dahi söz konusu mahkumiyetin polis memurluğuna engel olacağı öngörülmüştür. Yönetmeliğin memuriyete girişte kanunda yer almayan ek koşullar getirdiği ve Anayasa'nın 13. maddesine aykırı olarak kamu hizmetine girme hakkının düzenleyici işlemle sınırlandırıldığı sonucuna varan mahkeme, yönetmelik hükmünü ihmal ederek doğrudan kanun hükümlerine göre karar vermiş ve dava konusu işlemin iptaline hükmetmiştir.

Belirtmek gerekir ki, idare mahkemeleri kanuna aykırı düzenleyici işlemlerin ihmal edilebilmesini çoğunlukla İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7/4. maddesindeki hükme dayandırmaktadır. Örneğin Ankara 14. İdare Mahkemesi bir kararında, düzenleyici işlemin ihmalini şu şekilde gerekçelendirmiştir:

“2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7. maddesinin 4. fıkrasında, "Düzenleyici işlemin iptal edilmemiş olması, bu düzenlemeye dayalı işlemin iptaline engel olmaz" hükmü yer almakta olup, bu hükümlerle, idari yargı mercilerine bireysel işlemlerin yargısal denetiminde, bu işlemlerin dayanağı ikincil nitelikteki düzenleyici işlemleri ihmal etme yetkisi tanınmıştır.”³⁴²

Mahkemeler verdikleri kararlarda bu maddenin anlamını tartışmamakta, bu hükmü doğrudan kanuna aykırı düzenleyici işlemlerin ihmaline izin verir şekilde yorumlamaktadır.

Ankara 5. İdare Mahkemesi'nin gördüğü bir davada, elektronik alet satışı yapan davacı şirketin TRT Genel Müdürlüğü'nden aldığı bandrollerin ücretlerini ödememesi nedeniyle, vermiş olduğu teminat mektuplarının nakde dönüştürülmesine ilişkin işlemin, şirkete herhangi bir bildirim yapılmaması nedeniyle hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek iptali istenmiştir.³⁴³ 3093 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Gelirleri Kanunu'nun 3. maddesinde, bu Yasanın 1. maddesinde belirtilen cihazları imal veya ithal edenlerin satıştan önce; ticari ithalat maksadı dışında yurda getirenlerin de ithal işlemlerinden önce, bandrol veya etiket almaya mecbur oldukları hükümlerine yer verilmiştir. Kanuna göre imal veya ithal edilen elektronik aletlerin satışı nedeniyle Radyo ve Televizyon Kurumu'na ödenecek bandrol ücreti kamu alacağı olup, tahsilinde 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uygulanacaktır. 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun'un 37. maddesinde, ödeme zamanı belirsiz kamu alacaklarının tahakkuk ettirilip, bir aylık ödeme süresi tanınarak ilgililerden istenmesi gerektiği; 55. maddesinde, vadesinde ödenmeyen kamu alacaklarının tahsili için ödeme emri düzenleneceği, 56. maddesinde ise, karşılığında teminat gösterilmiş bulunan kamu alacağı vadesinde ödenmediği takdirde, borcun 7 gün içinde ödenmesi, aksi halde teminatın paraya çevrileceği veya diğer şekillerle cebren tahsile devam olunacağına borçluya bildirileceği, 7 gün içinde borç ödenmediği takdirde teminatın bu Yasa hükümlerine göre paraya çevrileceği hükme bağlanmıştır. 3093 sayılı Yasa'nın 10. maddesine dayanılarak çıkarılan Türkiye

³⁴² Ankara 14. İdare Mahkemesi, T:11/12/2014, E:2014/1951, K:2014/1553, (Yayımlanmamıştır)

³⁴³ Ankara 5. İdare Mahkemesi, T:02/10/2012, E:2012/1369, K:2012/2238, (Yayımlanmamıştır)

Radyo Televizyon Kurumunca Bandrol Verilmesine İlişkin Uusl ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 6. maddesinde, Kurumla bandrol dolayısıyla irtibatı devam eden ve bandrol almak için ilk defa müracaat eden gerçek ve hükmi şahıslardan, talep edilen bandrol tutarı kadar teminat isteneceği; 11. maddesinde ise, gerçek ve hükmi şahısların Yasada belirtilen süre içinde Kuruma olan bandrol borçlarını ödememeleri halinde herhangi bir ihbar, ihtar ve mahkeme kararına gerek kalmaksızın, Kuruma verdikleri teminatın irad kaydedileceği ve Kurumun teminat olarak verilen tahvilleri vadesi geldiği takdirde tahsil etmeye yetkili olduğu kurala bağlanmıştır. Dava konusu işlem bu yönetmelik hükmüne dayanılarak tesis edilmiş olup, davacı şirketin bandrol ücretlerini ödememesi üzerine teminat mektupları herhangi bir bildirim yapılmadan nakde çevrilmiştir. Davacı ise bu işlemin bildirim yapılmadan gerçekleştirilmesi nedeniyle hukuka aykırı olduğunu ileri sürmektedir. Mahkeme bu noktada 6183 sayılı kanun ile yönetmelik hükümlerinin karşılaştırılması yoluna gitmiştir. Yasaya göre bandrol ücretlerinin tahsiline yönelik olarak teminatın nakde çevrilebilmesi için, öncelikle bir işlem tesis edilerek teminata bağlanan kamu alacağının vadesi belirlenmeli, vadesinde ödeme yapılmaması üzerine de ödeme emri düzenlenmelidir. Oysa yönetmelik hükmüne dayanılarak tahsilat yoluna gidildiğinden vade tayin edilmemiş ve ödeme emri düzenlenmemiştir. 3093 sayılı Kanun tahsilatın 6183 sayılı Kanuna göre yapılacağını belirtmesine rağmen uygulama yönetmeliği kanunu aykırı hükümler içermektedir. Mahkeme bu durumda kanuna aykırı yönetmeliğin 2577 sayılı Yasa'nın 7/4. maddesi gereğince ihmal edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Şu halde 6183 sayılı Yasanın öngördüğü usule uygun olarak tesis edilmeyen dava konusu işlem hukuka aykırı bulunarak iptaline karar verilmiştir.

Bazı durumlarda Anayasa Mahkemesi bir kanun hakkında iptal kararı verdikten sonra, o kanuna dayanılarak çıkarılmış olan düzenleyici işlemlerin de iptal kararının uygulanmasını tesis edebilmek amacıyla ihmal edilmeleri gerekmektedir. Ankara 14. İdare Mahkemesi'nde görülen bir davada, özel bir poliklinikte uzman doktor olarak görev yapan davacının, hastalarının ameliyatlarını özel hastanede yapmasına izin verilmesi istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istenilmiştir.³⁴⁴ Anayasa Mahkemesi, 21.1.2010 günlü ve 5947 sayılı Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 7.

344 Ankara 14. İdare Mahkemesi, T:23/05/2014, E:2012/1076, K:2014/612, (Yayımlanmamıştır)

maddesiyle, 11.4.1928 günlü, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 12. maddesinin değiştirilen ikinci fıkrasının birinci tümcesinde yer alan "... aşağıdaki bentlerden yalnızca birindeki ..." ibaresinin iptali istemiyle açılan davada, anılan ibareyi Anayasa'nın 17. ve 56. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir. Bu karar sonucunda hekimlerin özel muayenehane açabilmelerinin yanında özel ya da kamu sağlık kuruluşlarında çalışabilmelerinin önündeki engel kalkmıştır. Dava konusu işlem, Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmeliğin o tarihte yürürlükte olan 8. maddesinin 2. bendinde yer alan "*Poliklinik, mesleğini serbest icra etme hak ve yetkisi olan tabipler tarafından müşterek halde sadece o poliklinik bünyesinde icra etmek şartıyla açılır*" hükmüne dayanılarak tesis edilmiştir. Mahkeme, özel bir poliklinikte çalışan davacının hastasını özel bir hastanede ameliyat etmesinin önünde bir engel bulunmadığını tespit ederek, buna izin vermeyen yönetmelik hükmünün Anayasa Mahkemesi'nin kararı ve bu karar sonrasında oluşan kanuni durum gözönüne alınarak ihmal edilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Ankara 14. İdare Mahkemesi'nin önüne gelen bir başka davada da yönetmelik ve kanun hükümlerinin çatışması tartışma konusu olmuştur.³⁴⁵ Olayda, bir ilin Belediye Başkanlığı tarafından yapılan Enerji Üretim Tesisi Kurma ve İşletme Hakkının Kiraya Verilmesi ihalesi üzerinde kalan ve sözleşme imzalanan davacı şirketin, taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine göre yerine getirmediği iddiasıyla 2886 sayılı Kanunun 84. maddesi uyarınca tüm ihalelere katılmaktan 1 yıl süreyle yasaklanmasına ilişkin 03.09.2010 gün ve 27691 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan işlem dava konusu edilmiştir. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun "İdarelerce İhalelere Katılmaktan Geçici Yasaklama" başlıklı 84. maddesinin ilk fıkrası "*83 üncü maddede belirtilen fiil veya davranışlarda buldukları anlaşılmalr; bu fiil ve davranışlar ihale safhasında vaki olmuşsa idarelerce o ihaleye iştirak ettirilmeyecekleri gibi fiil veya davranışlarının özelliğine göre ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili bakanlık tarafından, haklarında bir yıla kadar bütün ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilir. Kararı veren idareler, bu kararı, Resmi Gazete'de ilan ettirirler. Bu kararlar ilgililerin müteahhitlik siciline de işlenir. İhalelere katılmaktan yasaklananlar, yasaklı oldukları süre içinde diğer idarelerce yapılacak ihalelere de müteahhit veya müşteri sıfatıyla katılamazlar.*" şeklinde düzenlenmiş olup, üçüncü fıkrası ise "*Üzerine ihale yapıldığı halde usulüne*

345 Ankara 14. İdare Mahkemesi, T:13/04/2011, E:2010/1517, K:2011/392, (Yayımlanmamıştır)

göre sözleşme yapmayan istekliler ile sözleşme yapıldıktan sonra taahhüdünden vazgeçen ve mücbir sebepler dışında taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirmeyen müteahhit veya müşteriler hakkında da, ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili bakanlık tarafından, bir yıla kadar ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilir ve bu kararlar Resmi Gazete'da ilan ettirildiği gibi ilgililerin müteahhitlik sicillerine işlenir.” kuralına yer vermektedir. Anılan iki fıkrada yer alan hükümleri karşılaştıran mahkeme, ilk fıkra kapsamına giren ilgililer hakkında yasaklamaya sebebiyet veren ve 83. maddede düzenlenen fiillerin ağırlığı nedeniyle tüm ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verileceği; üçüncü fıkrada olduğu gibi sözleşme yapıldıktan sonra taahhüdünden vazgeçen ve mücbir sebepler dışında taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirmeyen müteahhit veya müşteriler hakkında ise yalnızca söz konusu ihaleyi yapan idarenin ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verileceği sonucuna varmıştır. Oysa, 2886 sayılı Kanun'un 74'üncü maddesine dayanılarak çıkarılan Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik'in "İhalelere Katılmaktan Geçici Yasaklama" başlıklı 91'inci maddesinin ikinci fıkrasında üzerine ihale yapıldığı hâlde usûlüne göre sözleşme yapmayan istekliler ile sözleşme yapıldıktan sonra taahhüdünden vazgeçen ve mücbir sebepler dışında taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirmeyen müşteriler hakkında bir yıla kadar bütün ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verileceği kurala bağlanmıştır. Görüldüğü üzere kanun tarafından sözleşme imzalandıktan sonra taahhüdünün gereklerini yerine getirmeyenler için öngörülen farklılık yönetmelik tarafından ortadan kaldırılmış ve bu kişilerin de tüm ihalelerden yasaklanacağı belirtilmiştir. Mahkeme kanuna aykırı düzenleme getiren yönetmelik hükmünün uygulanamayacağına yönelik uzun bir gerekçe sunmuştur. Mahkemelerin düzenleyici işlemlerin ihmaline yönelik açıklamaları genelde kısa olduğundan bu gerekçeye burada yer vermeyi uygun buluyoruz:

“Bilindiği üzere; Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 8'inci maddesinde yürütme işlevinden görev yanında yetki olarak da bahsedilmekte, ancak aynı maddede bu görev ve yetkinin Anayasa ve kanunlara uygun olarak kullanılıp yerine getirileceği; 115'inci maddesinde yürütme organı ve idarenin düzenleyici işlemlerinden olan tüzüklerin kanuna; 124'üncü maddesinde de yönetmeliklerin kanunlara ve tüzüklere aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Diğer taraftan; Anayasa'nın 123'üncü maddesinin birinci fıkrasında da idarenin görevlerinin kanunla düzenleneceği belirtilerek, kanunlarla görev ve yetki olarak verilmeyen alanlarda (Anayasa'nın öngördüğü istisnalar dışında) idarenin düzenleme yapamayacağı vurgulanmıştır. Kanunî idare ilkesi gereğince; idarenin yapacağı düzenleyici işlemler, kanunun hükümlerini

aynen tekrarlamakla yetinmeyerek yeni bazı hükümler taşıyabilecekse de, düzenleyici işlemlerdeki bu yeni hükümlerin kanunun amacını, kapsamını, konusunu ve sınırını aşamayacaklarını kabul etmek gerekir. Bu anlamda Türk Hukuku'nda idarenin düzenleme yetkisi, kural olarak aslı değil türev düzenleme yetkisidir.

Buna göre; dava konusu olayda, 2886 sayılı Kanun'un 84'üncü maddesinin (ihale safhasında 83'üncü maddede belirtilen fiil veya davranışlarda buldukları anlaşılabilirler hakkında bir yıla kadar bütün ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmesini düzenleyen) birinci fıkrasının aksine, aynı maddenin üçüncü fıkrasında sözleşme yapıldıktan sonra taahhüdünden vazgeçen ve mücbir sebepler dışında taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirmeyenler hakkında tüm ihalelere değil, yalnızca ihaleyi yapan bakanlığa ait ihalelere katılmaktan yasaklanması yaptırımına yer verilmişken; Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik'in 91/(2) maddesinde üzerine ihale yapıldığı hâlde usûlüne göre sözleşme yapmayan istekliler ile sözleşme yapıldıktan sonra taahhüdünden vazgeçen ve mücbir sebepler dışında taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirmeyenler hakkında bir yıla kadar bütün ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verileceğinin belirtilmiş olması, üst hukuk normu niteliğindeki 2886 sayılı Kanun'un 84/III maddesine aykırılık teşkil ettiği, dolayısıyla üst hukuk normlarına aykırı olan Yönetmelik kuralının ihmal edilerek uyuşmazlığın, 2886 sayılı Kanun'un 84/III maddesinin doğrudan uygulanmak suretiyle çözümlenmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Nitekim; 2577 sayılı İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'nun 7/4 maddesinin son cümlesinde de, belirtilen sonuca ulaşabilmek için yapılan bu yoruma imkân verecek şekilde "Düzenleyici işlemin iptal edilmemiş olması bu düzenlemeye dayalı işlemin iptaline engel olmaz." hükmüne yer verilmiştir."

Kısaca mahkeme, Anayasa hükmü gereği idarenin düzenleme yaparken kanuna dayanmak zorunda olduğunu, bu nedenle türev bir yetki kullanan idarenin koyduğu normların kanuna aykırı olması durumunda idarenin kanuniliği ilkesi gereğince ihmal edilerek kanun hükümlerinin doğrudan uygulanması gerektiğini belirtmiştir.

3.4.2.2. Danıştay

Bu başlık altında Danıştay'ın ihmal kurumuna yer verilen kararlarına göz atacağız. Öncelikle düzenleyici işlemlerin ihmal edilemeyeceği yönünde verilen kararları ele alacağız.

Danıştay 10. Dairesi'nin önüne gelen bir temyiz başvurusu ile Turizm İşletmeleri Yönetmeliği'nin Geçici 4. maddesi ile 128. maddesinin B fıkrası uyarınca gazino işleten davacının turizm belgesinin iptaline yönelik işlemi iptal eden mahkeme kararının

bozulması talep edilmiştir.³⁴⁶ 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nun 37. maddesinin A fıkrasının 2 numaralı bendi uyarınca yürürlüğe konan Turizm Yatırım ve İşletmeleri Nitelikleri Yönetmeliği'nin 128. maddesinin b bendi, eğlence yerlerinde aranacak koşullara ek olarak *“işletme faaliyetleri nedeniyle bir önceki takvim yılı ve belgelendirmeyi takip edecek yıllarda en az 100.000 Amerikan doları veya karşılığı dövizin sağlandığının tespiti”*ni şart koşturmuştur. Aynı yönetmeliğin Geçici 4. maddesinde ise yönetmeliğin yayımından önce belgelendirilmiş müstakil eğlence yerlerinden, yönetmeliğin 127. ve 128. maddelerine uygun olanların yönetmeliğin yürürlüğe girmesinden itibaren 45 gün içerisinde incelenerek Kanun'un Geçici 1. maddesi uyarınca yeniden belgelendirileceğini, uyum sağlayamayanların belgelerinin iptal edileceğini kurala bağlamıştır. 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nun Geçici 1. maddesinde ise *“6086 sayılı Turizm Endüstrisini Teşvik Kanunu uyarınca alınmış olan turizm müessesesi kuruluş belgesi ile turizm müessesesi işletme belgelerinin bu Kanununun 37 nci maddesi (A) fıkrası (2) numaralı bendinde sözü geçen yönetmeliğin yürürlüğe girişinden itibaren en geç üç yıl içinde değiştirilmesi zorunludur. Değiştirme işlemleri her türlü vergi, resim ve harçtan muaftır.”* hükmüne yer verilmiştir. Görüldüğü üzere, önceden turizm belgesine sahip olanlar için kanunda tanınan süre 3 yıl iken, kanuna dayanılarak çıkarılan yönetmelikte 45 günlük bir süre öngörülmüştür. İlk derece mahkemesi, yönetmeliğin 128. maddesinde öngörülen ek şartın yıllık kazancı esas alması nedeniyle işletme sahiplerinin belgelerini yenilemeleri için bir yıllık süre tanınması gerektiğini belirterek dava konusu işlemin iptaline karar vermiştir. Danıştay 10. Dairesi ise yeni belge alacaklar ile önceden belgelendirilmiş işletmeler arasında bir ayırım yapmayan yönetmeliği inceleme olanağı bulunmadığı, bu nedenle de ihmal edilemeyeceğini belirtmiştir. Kanuna aykırılık arzeden yönetmeliğin neden ihmal edilemeyeceği yönünde bir açıklama bulunmamasıyla beraber, asıl gerekçenin yönetmeliğe yönelik bir iptal isteminin bulunmayışı olduğu anlaşılmaktadır. Başka bir deyişle, iptal davasında işlemin yanında yönetmeliğin de iptali istenmediği için, kanuna aykırı yönetmelik hükmünün incelenerek ihmal edilmesi, davanın genişletilmesi yasağının ihlali olarak görülmüştür.

346 Danıştay 10. Daire, T:03/02/1986, E:1984/2560, K:1986/43, DD, S.:64-65, s.431, Nakleden: Candan, a.g.e., s.388

Danıştay Dava Daireleri Kurulu'nun verdiği bir kararda ise bu konuda bir ayırım yapılmıştır.³⁴⁷ Kararda sunulan gerekçe şu şekildedir:

“...idare memurları kanunları, yetkili merciilerin görüş ve anlayışına uygun olarak ve düzenleyici tasarruf olarak müşahhaslaşan iradeleri dairesinde uygulamaya mecburdurlar. Bu düzenleyici tasarrufların, kanuna aykırılığı iddiası, bu tasarrufların iptali dileğiyle usulüne uygun şekilde Danıştay'da açılacak bir davada ileri sürülebilir ve iddia ancak böyle bir dava zımında Danıştay'ca incelenebilir. Düzenleyici tasarrufun, bir kanunla açıkça çatışacak şekilde hüküm sevkedilmiş olmadıkça, buna müstenit işlemin iptali dileğiyle açılan davanın çözümünde iptali mümkün olamaz...”

Gerekçenin başında Yüksek Mahkeme, ihmal kurumuna hukuk kuralını uygulayan özne cephesinden yaklaşmıştır. Kamu görevlileri, kanunları uygularken ancak idarenin düzenleyici işlemleri kapsamında işlem ve eylemde bulunabilirler. Başka bir deyişle bir memurun düzenleyici işlemi kanuna aykırı bulması durumunda, tabii olduğu idare cihazının iradesi hilafına hareket ederek ilgili yönetmelik ya da tüzük hükmünü uygulamaktan imtina etmesi mümkün değildir. Bu nedenle iptal kararına konu olmayan düzenleyici işleme uygun olarak tesis edilen işlemin yargılamasında düzenleyici işlemi ihmal etmek mümkün olmayacaktır. Zira kamu görevlisi uygulaması gereken yönetmelik ya da tüzüğü doğru şekilde uygulamıştır. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira idarenin kanuna ve hukuka uygunluğunun temin edilmesinde yargı organlarına rehber olacak kriter kamu görevlilerinin uygulamakla sorumlu olduğu kurallarla sınırlanamaz. İdare bir bütündür ve hukuk kurallarının bütününe uygun davranmakla mesuldür. Yüksek Mahkeme sonra bu görüşünü yumuşatarak bir ayırma gitmiş ve ancak kanuna açık aykırılık halinde düzenleyici işlemin ihmal edilebileceğini belirtmiştir. Açık aykırılık kriteri de mahkemeler tarafından uygulanabilir olmaktan uzaktır. Hangi durumun açıkça aykırılık teşkil edeceğinin nasıl belirleneceği oldukça belirsizdir.

Danıştay 11. Daire'nin önüne gelen bir olayda, Darphane ve Damga Matbaası Genel Müdürlüğünde görev yapan davacının, 4059 sayılı Yasaya 4315 sayılı Yasayla ilave edilen Ek 1. maddesi uyarınca, genel müdürlük personeli için öngörülen ek ödemedden yararlandırılması talebinin reddine ilişkin işlemin iptali ve hesaplanacak ek ücretlerinin ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılan davanın reddine karar veren mahkeme

³⁴⁷ Danıştay Dava Daireleri Kurulu, T:04/06/1971, E:1970/1004, K:1971/608, DD, S.:5, 1972, s.135, Nakleden: Akıllıoğlu, a.g.m., s.124

kararının bozulması istenilmiştir.³⁴⁸ 4059 sayılı Hazine Müsteşarlığı ile Dış Ticaret Müsteşarlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanuna 4315 sayılı Yasayla ilave edilen Ek 1. maddesinde, Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlıkları ile Darphane ve Damga Matbaası Genel Müdürlüğü kadrolarında (merkez teşkilatlarındaki sözleşmeli personel ve yurtdışı kadrolarında çalışan personel hariç) fiilen çalıştırılan personele, ek ödeme yapılabileceği, ek ödemelerin yapılmasında dikkate alınacak esas, usul ve oranların müsteşarlıkların bağlı bulunduğu bakanlar ile Maliye Bakanı tarafından müştereken belirleneceği öngörülmüştür. Bu kapsamda ilgili bakanlıklar tarafından çıkarılan "Hazine Müsteşarlığı ile Dış Ticaret Müsteşarlığı Personeline Denetleme Aidatı Fonu Hesabı ile Serbest Bölgeleri Tesis ve Geliştirme Fonundan Yapılacak Ek ücret ödemesine ilişkin Usul ve Esaslar" uyarınca Hazine Müsteşarlığı ile Dış Ticaret Müsteşarlığının bütün personeli için ek ödeme öngörüldüğü halde, ek ödemedeki yararlanacaklar, Darphane ve Damga Matbaası Genel Müdürlüğü personeli bakımından Daire Başkanları ile 1. Hukuk Müşaviriyle sınırlı tutulmuştur. Davacının başvurusu ise, Usul ve Esaslar'a göre ek ödeme ödenecek personel arasında olmaması nedeniyle reddedilmiştir. 4059 sayılı Kanun'un Ek 1. maddesinde bir ayırım yapılmadan bazı kurumlarda fiilen çalışan personele ek ödeme yapılabileceği düzenlendiği halde, Usul ve Esaslar'da meşru bir sebep olmaksızın Darphane ve Damga Matbaası Genel Müdürlüğü personeli arasından yalnızca Daire Başkanları ile 1. Hukuk Müşaviri için ek ödeme öngörülmesi eşitlik ilkesinin ihlali ve kanun tarafından tanınan takdir yetkisinin objektif kriterler uygulanmaksızın kullanılması olarak yorumlanmıştır. Bu sebeplerden ötürü kanuna aykırılık arzeden düzenleyici işlem 2577 sayılı Kanunun 7/4. maddesine dayanılarak ihmal edilmiş ve dava konusu işlem hukuka aykırı bulunmuştur.

Danıştay 2. Daire'nin gördüğü bir temyiz dosyasında, çalıştığı kurumda yapılan Görevde Yükselme Eğitimi Programı'na katılım başvurusu reddedilen davacının iptal başvurusu sonucu mahkeme tarafından verilen red kararının bozulması talep edilmiştir.³⁴⁹ Davacının çalıştığı kurumun görevde yükselecek personel ile ilgili yönetmeliğinin işlem tarihinde yürürlükte olan ilgili maddesine göre, görevde yükselme suretiyle atanacak personelin 657 sayılı Kanunun 125. maddesinin (C) ve (D) bentlerine

348 Danıştay 11. Daire, T:19/02/2003, E:2000/10901, K:2002/739,

<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/>, Erişim Tarihi:12/10/2016

349 Danıştay 2. Daire, T:17/04/2007 E:2005/316 K:2007/1744,

<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/>, Erişim Tarihi:12/10/2016

göre ceza almamış olması, ayrıca son üç yıllık sicil notlarının olumlu ve ortalamalarının 70 puandan aşağı olmaması şart olarak düzenlenmişti. Davacının talebi, geçmişte aylıktan kesme cezası ile cezalandırılmış olması nedeniyle yönetmeliğin bu hükmüne dayanılarak reddedilmiştir. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun "Uygulama" başlıklı 132. maddesinin 4. fıkrasında ise kendilerine disiplin cezası olarak aylıktan kesme veya kademe ilerlemesini durdurma cezası verilenlerin, valilik, büyükelçilik, müsteşar, müsteşar yardımcılığı, genel müdürlük, genel müdür yardımcılığı ve daire başkanlığı görevlerine atanamayacakları kurala bağlanmıştır. Görüldüğü üzere Devlet Memurları Kanunu aylıktan kesme veya kademe ilerlemesini durdurma cezası ile tecziye edilen kişilerin atanamayacakları görevleri sınırlı olarak belirtmişken, ilgili yönetmelik bu sınırı genişletmiş ve davacının görevde yükselme ile geleceği kadroyu da bu kapsama almıştır. Bu sebepten kanuna aykırı bir düzenleme getiren görevde yükselme yönetmeliğini ihmal eden Yüksek Mahkeme, dava konusu işlemi hukuka aykırı bularak yerel mahkeme kararını bozmuştur.

Görüldüğü üzere güncel durumda kanuna aykırı olmakla beraber dava konusu edilmeyen düzenleyici işlemlerin ihmal edilmesi doğrultusunda karar veren yargı merciileri büyük çoğunlukla, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7/4. maddesinde yer alan ve düzenleyici işlemin iptal edilmemesinin bireysel işlemin iptaline engel olmayacağı yönündeki hükme dayanmaktadır. 2577 sayılı kanunun yürürlüğe girmesinden önce ise, yargı merciileri, idarenin kanuniliği ilkesi ve ikincil düzenleme yetkisi nedeniyle idarenin kanunlara aykırı düzenleme yapamayacağı, normlar hiyerarşisinde düzenleyici işlemlerden üstün konumda olan kanun hükümlerinin dava konusu işleme öncelikle uygulanacağı gerekçelerine dayanarak kanuna aykırı düzenleyici işlemleri yargılama esnasında uygulamaktan imtina etmişlerdir.

3.4.2.3. AYİM Örneği

Bu bölümde Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin yargılama usulünde kullanılan bir yöntemin çalışma konumuz olan ihmal kurumuna uygulanabilirliğini tartışacağız.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, 4/7/1972 tarih ve 1602 sayılı Kanunla kurulmuş ve aynı zamanda Anayasa'nın 157. maddesinde de düzenlenmiştir. Anayasa'nın anılan

hükmüne göre Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, “...askerî olmayan makamlarca tesis edilmiş olsa bile, asker kişileri ilgilendiren ve askerî hizmete ilişkin idarî işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların yargı denetimini yapan ilk ve son derece mahkemesidir...”. 1602 sayılı Kanunun mahkemenin görevlerini öngören 20. maddesinde de aynı hüküm yer almaktadır. Aynı Kanunun 21. maddesinde ise “20 nci maddede belirtilen kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden dolayı; yetki, sebep, şekil, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından bahisle menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılacak iptal davaları, aynı idari işlem ve eylemlerin haklarını ihlal etmesi halinde açılacak tam yargı davaları, doğrudan doğruya ve kesin olarak Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde çözümlenir ve karara bağlanır.” hükmü yer almaktadır.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin önünde dava konusu edilebilecek işlemler yalnızca birel işlemler değildir. Aynı zamanda askeri hizmeti ilgilendiren düzenleyici işlemler de iptal ya da tam yargı davasına konu olabilirler.³⁵⁰ Kanunun 40. maddesi düzenleyici işlemlere karşı yapılacak yargısal başvurularda dava açma süresini düzenlemektedir. Yalnız şunu belirtmek gerekir ki, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi askeri hizmete ilişkin düzenleyici işlemlere karşı açılan davalara bakmakla yetkili olsa da tüzüklerin yargısal denetimi ancak Danıştay tarafından yapılabilir.³⁵¹ Bu durumun sebebi 1602 sayılı Kanunun 58. maddesinde yer alan hükümdür. Maddenin 4. fıkrasından itibaren, Mahkeme'nin bakmakta olduğu bir davada uygulanacak tüzüğün kanuna aykırı bulunması halinde nasıl bir yol izleyeceği düzenlenmiştir:

“...Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde görüşülmekte olan bir dava sebebiyle idari işlemin dayanağını teşkil eden tüzüğün ilgili hükümlerinin kanuna aykırılığı görülür veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddiliği kanısına varılırsa mahkeme;

a) Dava sebebi ile uygulanacak tüzük hükümlerini kanuna aykırı görürse bu yoldaki gerekçeli kararı veya,

b) Taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, tarafların bu konudaki iddia ve savunmalarını ve kendisini bu kanıya götüren görüşünü açıklayan kararı,

Dosya muhtevasını mahkemece bu konu ile ilgili görülen tasdikli suretleri ile birlikte Danıştay Başkanlığına gönderir.

Danıştay Dava Daireleri Kurulunun bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır.

Danıştay işin kendisine gelişinden itibaren nihayet doksan gün içinde kararını verir.

350 Celal Işıklar, “Askerlik Yükümlülüklerinden Doğan Uyuşmazlıkların Yargısal Denetiminde Görev”, Ankara Barosu Dergisi, Ankara, 2011/2, s.163

351 Gürbüz Gümüşay, “Askeri İdari Yargının Görev Alanı”, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2007, s.4

Bu süre zarfında karar verilmez ise Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kendi kanısına göre iddiayı çözümlenerek davayı yürütür. Ancak, Danıştayın kararı esas hakkındaki karar verilinceye kadar gelirse buna uyulması zorunludur.”

Belirtmek gerekir ki bu hükümde aynen Anayasa'nın 152. maddesinde düzenlenen itiraz yoluna benzer bir düzenleme getirilmiştir. Bu hükme göre Askeri Yüksek İdare Mahkemesi bakmakta olduğu bir davada uygulanacak bir tüzüğün hükümlerinin kanuna aykırı olduğunu farkeder ya da bu durum davanın taraflarınca ileri sürülür de mahkeme tarafından aykırılık durumu ciddi görülürse, tüzüğün ilgili hükümlerinin ihmal edilerek doğrudan kanunun uygulanması yoluyla davanın çözümlenmesi mümkün değildir. Başka bir deyişle kanun, tüzüğün kanuna aykırılığı meselesinin hallini Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'ne bırakmamıştır. Uygulanacak tüzük kanuna aykırı görülürse bu problem Danıştay'a gönderilerek oradan gelecek karar beklenmelidir. Danıştay Başkanlar Kurulu'nun kararıyla ilgili tüzük hükümlerinin iptaline karar verilirse, problem oluşturan normlar hukuk düzeninden kalkmış olacağından doğrudan kanuna dayanılarak hüküm tesis edilir. Danıştay'ın aksi yönde bir karar vermesi durumunda ise kanuna aykırı bulunsa dahi tüzük hükümleri dava konusu olayda uygulanarak karar verilmelidir.

Danıştay'ın dosyanın kendisine gönderilmesinden itibaren her halde 90 gün içerisinde karar vermesi gerektiğini düzenleyen kanun hükmü, bu sürede karar verilmemesi durumunda çok farklı bir çözüm yolu benimsemiştir. Eğer 90 gün içerisinde Danıştay tüzük hükümlerinin kanuna aykırılığı konusunda bir karar vermezse Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kanuna aykırılık meselesini kendi kanısına göre çözümlenerek hüküm tesis edecektir. Başka bir deyişle Mahkeme, Danıştay'dan süresinde karar gelmemesi halinde kanuna aykırı olduğunu düşündüğü tüzük hükümlerini ihmal ederek kanuna göre karar verebilecektir. Kanunun getirdiği bu düzenleme, yukarıda kanunların Anayasa'ya dayanılarak ihmal başlığında belirttiğimiz gibi 1961 Anayasası'nda yer alan itiraz yoluna benzer bir yöntem öngörmüştür. 1961 Anayasası'nda da Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'ya aykırılık itirazı üzerine süresinde karar vermemesi durumunda mahkemenin uyuşmazlığı kendi kanısına göre çözeceği düzenlenmişti. Yalnız her halde Danıştay'ın kanuna aykırılık meselesi üzerine verdiği karar, dosyanın esas hakkında karar verilinceye kadar gelirse Askeyi Yüksek İdare Mahkemesi buna uymak zorundadır.

1602 sayılı Kanun yalnızca tüzüklerin kanuna aykırılığı konusunda bu yöntemin uygulanacağını belirtmiş olup, yönetmelikler ve diğer idari düzenleyici işlemler için bu tarz bir usul benimsemiş değildir. 58. maddenin içerdiği bu hükümden ötürü tüzükler hariç olmak üzere askeri hizmete ilişkin tüm idari düzenleyici işlemlere karşı açılacak iptal davalarında Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin yetkili olduğu sonucuna varılmıştır.

Kanaatimizce 1602 sayılı Kanununun 58. maddesinde yer alan bu usul, sivil idari yargılama usulünde de benimsenmelidir. Şüphesiz bu yöntemin uygulanması için kanuni bir düzenleme gereklidir. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda yapılacak bir değişiklikle, mahkemelerin yargılama esnasında uygulayacakları idari düzenleyici işlemlerin kanuna aykırı olduklarını tespit etmeleri ya da davanın taraflarından birinin bu yöndeki itirazlarını ciddi bulmaları durumunda kanuna aykırılık itirazını Danıştay'a göndermeleri zorunluluğu getirilmelidir. Bu şekilde davacının yalnızca idari işlemin iptalini isteyip dayanağı olan düzenleyici işleme karşı dava açmaması durumunda kanuna aykırı düzenleyici işlemlerin dava konusu olaya uygulanmasının önüne geçilebilecektir. Ayrıca kanunu gözetmeksizin yürürlüğe koyulan düzenleyici işlemler konusunda her mahkemenin farklı kararlar vermesi engellenebilir.

Yürürlükteki mevzuata göre kanuna aykırı olmasına rağmen dava konusu edilmeyen düzenleyici işlemlerin ihmal tartışmalı bir konudur. İhmal doğrultusunda öne sürülen birçok sav olsa da pozitivist bir anlayış benimsendiğinde yürürlükte olan bir normun uygulanması yönünde verilecek bir karar da gayet tutarlı olabilir. Başka bir deyişle, aynı düzenleyici işlemi bazı mahkemeler ihmal edip kanuna göre karar verirken bazı mahkemeler de ihmal yoluna gitmeyip olaya uygulayabilirler. Bu durumda aynı uyuşmazlık için farklı kararlar verilmiş olacaktır. Fakat bahsettiğimiz usul uygulandığında kanuna aykırılık problemi Danıştay tarafından çözülecek ve düzenleyici işlem hükmü kanuna aykırı görülürse iptal edilerek hukuk düzeninden kaldırılacaktır. Zaten ilgili davada iptal istemi düzenleyici işleme karşı da yöneltilmiş olsa bu istem Danıştay tarafından çözülecektir. Bu nedenle problem, kanuna aykırılığı tespit ederek bu yönde hüküm vermeye yetkili olmayan mahkemeler tarafından değil en üst yargı mercii olan Danıştay tarafından çözülecektir.

Bu konuda şöyle bir ayırım yapma ihtiyacı doğabilir. 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 24/1-c hükmü gereğince Danıştay, bakanlıklar ile kamu kuruluşları veya kamu kurumu

niteliğindeki meslek kuruluşlarınca çıkarılan ve ülke çapında uygulanacak düzenleyici işlemlere karşı açılacak iptal ve tam yargı davalarına ilk derece mahkemesi olarak bakacaktır. Şu durumda ülke çapında uygulanmayan düzenleyici işlemler için yetkili yargı yeri 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 32. maddesi gereğince düzenleyici işlemi yapan idari merciin bulunduğu yer idare mahkemesidir. Bu kapsama giren bir düzenleyici işlemin kanuna aykırılığının yargılama esnasında farkedilmesi ya da taraflarca iddia edilmesi halinde, mahkemenin bu meseleyi ön sorun olarak değerlendirmesi öngörülebilir. Mahkeme esas uyuşmazlığı karar bağlamadan önce dava konusu işlemin dayanağı olan düzenleyici işlemin kanuna aykırı olup olmadığı üzerine bir karar verir ve ardından bu karara dayanarak davanın esasını çözüme kavuşturur.

Bu kapsamda yapılacak bir kanuni düzenlemenin ayrıntıları üzerinde tartışılabilir. Kanaatimiz odur ki, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununda yer alan usulün İdari Yargılama Usulü Kanununa da eklenmesi, hem yargı kararlarının tutarlılığının sağlanması hem de idarenin kanuniliği ilkesinin yargılama esnasında tesis edilebilmesi açısından çok faydalı olacaktır.

3.5. FRANSA ÖRNEĞİ

Bu başlık altında Fransız idari yargılama hukukunda kanuna aykırı düzenleyici işlemlerin ihmalini tartışacağız. Öncelikle Fransa'da yürütme erkinin düzenleme yetkisi kısaca incelendikten sonra, uygulamada geliştirilen hukuka aykırılık definin şartları incelenecektir.

3.5.1. Kanun ve İdari Düzenleyici İşlem

Fransa'da, Fransız İhtilali'nden bu yana benimsenen değerler gereğince ulusal iradenin temsilcisi olan yasama gücü (*le pouvoir législatif*), 20. yy.'ın ortalarına kadar herhangi bir sınırlamaya tâbi tutulmamıştı. Egemen iradeyi temsil eden yasa koyucu istediği her konuda istediği her şekilde düzenleme yapma yetkisine sahipti. Yürütme gücü ya da idarenin düzenleme yetkisi (*le pouvoir réglementaire*) ise kanunların uygulanmasını sağlamakla görevli ikincil bir yetki olarak anlaşılıyordu. İdari düzenleyici işlemler nisbeten soyut ve genel hükümler içeren kanunların maddi olarak sonuç doğurabilmesi ve kamu görevlileri tarafından uygulanabilmesi için çeşitli kurallar içerirdi. Bu

düzenleyici işlemler, kanunlar tarafından düzenlenmeyen alanlarda kural koysalar bile, kanun hükümlerine ayrılan alanlara müdahale etmemek ve kanunlara aykırı olmamak mecburiyeti taşıyorlardı. 1958 Anayasası'ndan önce uygulamada ortaya çıkan otonom yönetmelikler, kanun hükmünde kararnameler ve çerçeve kanunlarla bu durum esnetilmiş olsa da pozitif hukukta yasama gücünün üstünlüğü ve yürütme erkinin klasik rolü değişmedi.³⁵²

1958 Anayasası ise öncesinde var olan ilkeyi tamamen tersine çevirmiştir. Anayasa'nın 34. maddesi kanunla düzenlenecek alanları liste halinde saymıştır. Yani, öncesinde yasama gücü konu bakımından sınırsız iken şimdi Anayasa'da belirlenen alanlar ile kısıtlanmıştır. Bu alanlar şu şekilde sıralanmıştır:

- “Yasalar, aşağıda belirtilen konulara ilişkin kuralları belirler;
- Medeni haklar, kamusal özgürlüklerin kullanılması için vatandaşlara tanınan temel güvenceler; basın özgürlüğü, çeşitliliği ve bağımsızlığı; Milli savunma nedeniyle vatandaşların kişilik ve mallarına getirilen yükümlülükler;
 - Tabiiyet, kişilerin hal ve ehliyetleri, evlilik rejimleri, veraset ve karşılıksız kazandırmalar;
 - Cürüm ve suçların tayini ve bunlara uygulanacak cezalar, ceza usulü, af, yeni yargı düzeninin ihdası ve yargı üyelerinin statüsü;
 - Her türlü vergilerin matrah, oran ve tahsil biçimleri; para basımı rejimi. Yasalar, aynı şekilde şu konuları da belirler;
 - Parlamento, yerel meclislerin ve yurtdışında yerleşik Fransız vatandaşlarının temsil edildiği meclislerin seçim rejimi ve yanı sıra mahalli idarelerin özel meclislerinin üyelerinin seçimle atandıkları görevler ve unvanlar;
 - Kamu kurumlarının kategorilerinin ihdası;
 - Devletin sivil ve askeri memurlarına tanınan temel güvenceler;
 - Teşebbüslerin millileştirilmesi, kamu sektörü teşebbüslerine ait mülkiyetin özel sektöre devri.”

Aynı zamanda 34. maddenin 3. fıkrası, yine bazı konuları sayarak kanunların bu konularda temel ilkeleri belirleyeceğini kurala bağlamıştır:

- “Yasalar, şu konularda temel ilkeleri belirler;
- Milli savunmanın genel teşkilatlanması;
 - Mahalli idarelerin serbest yönetimi, yetki ve kaynakları;
 - Öğrenim;
 - Çevrenin korunması;
 - Mülkiyet rejimi; ayni haklar, medeni ve ticari borçlar;
 - Çalışma, sendika ve sosyal güvenlik hakkı.”

Anayasa'nın 37. maddesi ise, yasa koyucunun alanına girmeyen konuların tüzükle düzenleneceğini öngörmektedir.:

“Yasa kapsamına girmeyen diğer konular tüzük niteliğindedir.

352 Dupuis, Guédon ve Chrétien, a.g.e., s.165

Bu konulara ilişkin yasa biçimindeki metinler, Danıştay'ın görüşü alınarak çıkarılacak kararnamelerle değiştirilebilir. Bu metinlerden, Anayasanın yürürlüğe girmesinden sonra çıkarılacak olanların kararname ile değiştirilebilmesi, bunların önceki fıkra gereğince tüzük niteliğinde olduğunun Anayasa Konseyince ilân edilmesine bağlıdır.³⁵³

Anayasa'nın öngördüğü yeni düzenlemeye göre kanunlara ayrılan alanda idari düzenleyici işlemler klasik fonksiyonunu sürdürecektir ve kanunların uygulanmasını sağlamakla görevli olacaktır. Tüzlere ayrılan alanda ise yürütme gücü, neredeyse yasama gücüne yaklaşan bir bağımsızlıkla kural koyucu bir niteliğe kavuşmuştur. Kanunların alanını ihlal eden idari düzenleyici işlemler, idari yargıda açılan iptal davasında iptal hükmüyle yaptırıma bağlanmışken; düzenleyici işlemlerin alanını ihlal eden kanunlar, idari nitelikte bir kararname ile değiştirilebilir. 1958 Anayasası'ndan sonra çıkarılmasına rağmen idari düzenleyici alana taşan yasal düzenlemelerin kararname ile değiştirilebilmesi için Anayasa Konseyi'nin onayının alınması gerekmektedir. Anayasa'nın getirdiği yeni düzenleme idari düzenleyici fonksiyona yasama gücüne yakın bir güç vermişse de gerek Anayasa Konseyi gerekse Danıştay, 34. maddeyi kanunların lehine olacak şekilde yorumlamış ve uygulamada kanunların idari düzenleyici işlemlere üstünlüğü devam etmiştir.³⁵⁴

Anayasa yapıcıların öngörmediği biçimde, 1958 sonrası kanunlar hem sayı hem de nitelik bakımından beklenenden çok daha etkin bir yer kaplamıştır. Bu durumun sebepleri arasında yüksek mahkemelerin yorumlarının yanında farklı sebepleri de vardır. Öncelikle Anayasa'da kanunlara ayrılan alanlar sayıca az gibi gözükse de nitelik olarak geniştir. Ayrıca, Anayasa'nın Giriş kısmında olanlar gibi yasamaya yetki veren diğer hükümlerinin varlığı gözardı edilmiştir. Anayasa, parlamentoda bir kanun tasarısı ya da teklifi görüşülürken, yürütmenin alanına müdahale edildiğini düşünürse hükümetin bu duruma karşı çıkabileceğini öngörmüştür. Hiç şüphesiz bu yol, bir mecburiyet değil ihtiyari bir seçenektir. Hükümetler de kimi zaman idari yargı denetiminden kaçmak, kimi zaman da sorumluluğu parlamento ile paylaşmak adına yürütmenin düzenleme alanına müdahale eden yasalara engel olmamışlardır.³⁵⁵

353 Fransa 1958 Anayasası, [https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/Fransa-TR\(4.10.1958\).pdf](https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/Fransa-TR(4.10.1958).pdf), Erişim

Tarihi:27/03/2017

354 Waline, a.g.e., s.302 vd.

355 Chapus, a.g.e., s.70

3.5.2. Kanunilik İlkesi

Kanunilik ilkesi “*légalité*” terimiyle ifade edilmektedir. Bu terim, “*yasallık, meşruiyet, kanuniyet*” ve “*yasaya uygunluk*” olarak tanımlanmıştır.³⁵⁶ Sözlük anlamı her ne kadar yasaya, yasallığa ve yasaya uygunluğa gönderme yapsa da idare hukukunda cari olan “*légalité*” prensibinin sadece kanunlardan ibaret olmadığını düşünmekteyiz. Nitekim bu prensibin temelini oluşturan normlar sadece kanunlar değildir.³⁵⁷ Kanunilik ilkesi, (*principe de légalité*) uluslararası normlar, anayasal ve yasal kurallar ve düzenleyici işlemlerle beraber içtihattan doğan ilkelerin hiyerarşik ve karmaşık bütününden oluşur. İdari işlemlerin ve sözleşmelerin kanuniliğinden bahsederken bu normlar bütününe uygunluktan bahsederiz.³⁵⁸ Örneğin idari düzenleyici işlemlerin hiyerarşide kendilerinden sonra ilk gelen kural olan kanunlara uygun olmaları beklenir. Fakat Anayasa'nın yürütmeye bıraktığı alanda yer alan düzenleyici işlemler, ilgili oldukları alanda bir kanundan bağımsız olarak kural koyarlar. Bu kapsamdaki düzenleyici işlemlerin bu ilke ile bağlı olmadıklarını düşünmek mümkün değildir. Elbette onlar da Anayasa ve uluslararası andlaşmalar gibi üstün hukuk kuralları ile bağlıdırlar. Bu nedenle biz, kanunilik ilkesinden bahsederken, aslında bu ilkenin kapsamını oluşturan tüm hukuk normlarını içine alacak şekilde “hukukilik” ya da “hukuka uygunluk” kavramından bahsediyoruz.

Fransa'da üstün iradenin ürünü olan kanunlar, ihdas edildikten sonra Anayasa'ya aykırılık def'i ve uluslararası andlaşmalara aykırılık dışında bir iptal yaptırımına uğramaz. Başka bir deyişle, yasama işlemleri karşı konulamaz (*l'acte incontestable*) normlardır. Öte yandan idari düzenleyici işlemlerin üst normlara aykırılığı daha sıklıkla yaptırımla sonuçlanabilmektedir. Hukuka aykırı bir düzenleyici işlemin uygulanması, gerek dava gerekse def'i yoluyla engellenebilir.³⁵⁹ Bir idari düzenleyici işlem, her zaman üst normlara uygun olma mecburiyeti taşımakta olup, bu normlara aykırı olması durumu dava açma süresi geçtikten sonra dahi ilgili işlemin ihmal edilmesine yol açabilmektedir.

356 Tahsin Saraç, Fransızca Türkçe Sözlük, Can Yayınları, İstanbul, 2009, s.282

357 Waline, a.g.e., s.277 vd.

358 Chapus, a.g.e., s.1011

359 Waline, a.g.e., s.300

3.5.3. İptal Davası ve Hukuka Aykırılık Def'i

Fransız idari yargı sisteminde, bir idari işlemin hukuka aykırı olduğu iddiasıyla iptal edilmesinin başlıca yolu, işlemin tesis edildiği tarihten itibaren dava açma süresi içerisinde açılacak iptal davasıdır. Bu yol, bizde de olduğu gibi kesin sonuç veren ve dava konusu işlemi hukuk aleminden kaldıran bir yargısal başvuru olsa da idarenin hukuka uygunluğunun yargısal denetiminde başvurulacak tek yol iptal davası değildir. Hukuka aykırılık def'i (*l'exception d'illégalité*), idari işlemlerin hukuka uygunluğunun denetlenmesinde uygulanan önemli bir yöntemdir.³⁶⁰ Hukuka aykırılık def'inin benimsenmesinin en önemli sebebinin, düzenleyici işlemdeki hukuka aykırılığın sürdürülmemesi ve hukuk devleti ilkesi olduğu söylenebilir.³⁶¹ Bir şekilde süresinde dava konusu edilmemiş düzenleyici işlemdeki hukuka aykırılığın hukuk devleti tarafından korunmaması gerekmektedir.

Normalde iptal başvurusu, gerek birel gerekse düzenleyici işlemler için kanunen öngörülen dava açma süresi içerisinde yapılmalıdır. Bu süre geçtikten sonra yapılan başvurular süre aşımı nedeniyle reddedilir. Fakat uygulamada, bir düzenleyici işlem için dava açma süresi geçmiş olsa dahi, uygulama işlemine karşı açılan bir iptal davasında, dayanak düzenleyici işlemin hukuka aykırılığı iddia edilebilmektedir. Dava açma süresi geçirilmiş ve kesinleşmiş bir düzenleyici işlemin hukuka aykırılığı her zaman iddia edilebilir. Düzenleyici işlemlere karşı ileri sürülebilecek hukuka aykırılık def'i için süre sınırlaması yoktur. Eğer idari düzenleyici işlemin hukuka aykırılığı yargı organı tarafından tespit edilirse, dava konusu işlem hukuki dayanağı kalmadığı (*manque de base légale*) gerekçesiyle iptal edilir.³⁶²

İptal davası idari işlemi iptalini ve hukuken ortadan kaldırılmasını amaçlarken, hukuka aykırılık def'i ilgili düzenleyici işlemin o davada uygulanmamasını amaçlar. Başka bir deyişle, hukuka aykırılığı tespit edilen işlem ilgili uyuşmazlığa münhasır olarak ihmal edilecek, fakat hukuken mevcudiyetini sürdürmeye devam edecektir. Doğal olarak bir düzenleyici işlemin iptal edilmesi sonucu onun tarafından yürürlükten kaldırılan düzenleyici işlem tekrar yürürlük kazanırken, ihmal durumunda böyle bir durum söz konusu olamaz. İptal davası yalnızca idari işlem hakkındaki iddiaları görmekle yetkili

360 Yves Gaudemet, Droit Administratif, Lextenso éditions, LGDJ, Paris, 2012, s.149

361 René Chapus, Droit du Contentieux Administratif, Montchrestien, Paris, 2008, s.681

362 Chapus, a.g.e., s.803

hâkim ya da mahkemenin önünde ileri sürülebiliyorken, hukuka aykırılık def'i asıl uyuşmazlığın görüldüğü tüm mahkemelerde ileri sürülebilir. Örneğin bir hukuk mahkemesinde yürütülen yargılama esnasında, davada uygulanacak düzenleyici işlemin hukuka aykırılığı iddia edilerek yargı mercii tarafından ihmal edilmesi sağlanabilir.³⁶³ Fransız Danıştay, hukuka aykırılık def'ini 24 Ocak 1902 tarihli *Avezard* kararından beri kabul etmektedir.³⁶⁴ Yürürlüğe girmelerinden itibaren hukuka aykırılık arzedan düzenleyici işlemler için durum bu şekilde olsa da, başlangıçta hukuka uygun olup sonradan fiili ya da hukuki şartların değişmesi sonucu hukuka aykırı hale gelen işlemler bazı tereddütler doğurmuştur. Fransız Danıştay 22 Ocak 1982 tarihli *Butin et Ah Won* kararında, idari düzenleyici işlemlerin hukuka aykırılık def'ini inceleyecek olan yargı merciiinin, yalnızca düzenleyici işlemin hukuka uygun olarak oluşturulup oluşturulmadığını değil, aynı zamanda dava konusu edilen uygulama işleminin tesis edildiği tarihteki hukukiliğini de denetleyebileceğini belirtmiştir. Yüksek Mahkeme, bu kararında Fransız Polinezyası'ndaki ceza mahkemelerinde kâtip üyelik makamını yalnızca ileri gelen eşrafa hasredip, hizmetçilere yasaklayan 21 Kasım 1933 tarihli kararnamenin 54. maddesinin durumunu tartışmıştır. İlgili kararname hükmünün, 1946 Anayasası ile benimsenen Deniz Aşırı Topraklar rejimi hükümleriyle beraber kanun önünde ve kamu hizmetine girişte eşitlik ilkelerine aykırı olduğu saptaması yapılmıştır. Bu nedenle sonradan değişen hukuki şartlar nedeniyle hukuka aykırı hale gelen kararname hükmü uyuşmazlığın çözümünde dikkate alınmamıştır.³⁶⁵

Hukuka aykırılık def'inin ileri sürülebilmesi için iki şart bulunmaktadır. Öncelikle, dava konusu birel işlem, hukuka aykırılığı ileri sürülen düzenleyici işlemi uygulamaya geçiren bir işlem olmalıdır. İkinci olarak, yalnızca düzenleyici işlemin birel işlemin hukukiliğini etkileyen hükümlerine karşı def'i ileri sürülebilir. Başka bir deyişle dava konusu edilen işlemi hukuka aykırı hale getirdiği iddia edilen hükümlerin hukuka aykırılığı ileri sürülebilecektir.³⁶⁶

Belirtmek gerekir ki, hukuka aykırı düzenleyici işlemlerin dava konusu edilebilmesi, idareye bu işlemlerin değiştirilmeleri ya da yürürlükten kaldırılmaları yönünde yapılan

363 Gaudemet, a.g.e., s.149

364 CE, *Avezard*, 24/01/1902, Nakleden: Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé ve Bruno Genevois, *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, Dalloz, Paris, 2013, s.264

365 CE, *Butin et Ah Won*, 22/1/1982, Nakleden: Jean François Lachaume, Hélène Pauliat, Stéphane Braconnier ve Clotilde Deffigier, *Droit Administratif /Les Grands Décisions de la Jurisprudence*, Presses Universitaires de France, Paris, 2010, s.206

366 Chapus, *Droit du Contentieux Administratif*, s.684, 685

başvuru sonucu da gerçekleşebilmektedir. Fransız Danıştay, *Alitalia* kararı ile, hukuka aykırılık arzeden düzenleyici işlemlerin değiştirilmesi ya da yürürlükten kaldırılmaları talebiyle her zaman ilgili idareye başvurulabileceğine hükmetmiştir.³⁶⁷ Bu başvurunun reddine dair işlemin dava konusu edilmesi yoluyla verilecek iptal kararı, idareye ilgili işlemi ilga etmesi yönünde bir yükümlülük doğurur.³⁶⁸ Bu yöntem, olağan dava açma süresi geçtikten sonra bir düzenleyici işlemdeki hukuka aykırılığın ileri sürülebilmesi için çok önemli bir yoldur.

Sonuç olarak denilebilir ki, Fransız idari yargı sisteminde, bir idari düzenleyici işleme karşı dava açma süresi geçmiş olsa dahi, uygulama işlemine yöneltilen iptal isteminin görülmesi esnasında, dayanak düzenleyici işlemin hukuka aykırı olduğu ya da sonradan değişen şartlar nedeniyle hukuka aykırı hale geldiği ileri sürülebilmekte; hukuka aykırılığı tespit eden yargı mercii ilgili düzenleyici işlemi ihmal ederek hukuki dayanaktan yoksun hale gelen dava konusu işlemi iptal edebilmektedir.

3.6. DEĞERLENDİRME

1924 Anayasası döneminde kanuna aykırı tüzüklerin yargılama esnasında uygulanıp uygulanmayacakları meselesi bir hayli tartışmaya sebep olmuştur. Fakat tüzüklerin yargısal denetimi için de idari yargı mercilerinin yetkilendirilmesiyle beraber ihmal kurumunun daha istikrarlı biçimde işletildiğini söylemek mümkündür. Mevzuatta buna yönelik bir hükmün olmadığı dönemde dahi Danıştay, bir idari işlemin hukuka uygun kabul edilebilmesi için yalnızca dayanak düzenleyici işleme uygun olmasının yeterli olmadığına, kanunlara aykırı düzenleyici işlemlerin ihmal edilerek üst normlara göre karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7/4. maddesinin son fıkrasında yer alan hükmün yürürlüğe girmesiyle beraber ihmal uygulamasının pozitif hukukun bir gereği olduğu doktrinin çoğunluğu tarafından kabul edilmektedir.³⁶⁹ Fransa'da ise, düzenleyici işlemlerin hukuka aykırılığı meselesi pozitif düzenlemelerde açıkça yer bulmamış, bu sorunun halli yargı içtihadına bırakılmıştır. Fransız Danıştay 1902 tarihli *Avezard* kararından başlayarak iptali istenen işlemin

367 CE, *Alitalia*, 3/02/1989, Nakleden: Lachaume ve diğerleri, a.g.e., s.207

368 Dupuis, Guédon ve Chrétien, a.g.e., s.663

369 Candan, a.g.e., s.389, Erkut ve Soybay, a.g.e., s.268, Karahanoğulları, a.g.e., s.107 vd., Yenice ve Esin, a.g.e., s.192s., Karavelioğlu ve Karavelioğlu, a.g.e., s.448, Balta, a.g.e., s.178, Duran, İdare Hukuku Ders Notları, s.470

dayanağı olan düzenleyici işlemin hukuka aykırı olduğunun dava esnasında def'i olarak ileri sürülebileceğini kabul etmiştir. Başlangıçta hukuka uygun olmasına rağmen değişen hukuki ya da fiili şartlar nedeniyle hukuka aykırı hale gelen yönetmeliklerin durumu ya da bir yönetmeliğin değiştirilmesi veya ilga edilmesi talebiyle yapılan başvurunun reddine dair işlemin dava konusu edilebilmesi gibi ihtimaller öğretide fazlasıyla tartışılmıştır. Hasılı, açık bir düzenlemenin yokluğuna rağmen hukuka aykırılık def'i Fransız içtihadında yerleşmiş ve istikrarlı uygulaması olan bir kurumdur. Türkiye'de ise, ilgili kanun hükmü açıkça ihmalden bahsetmese de doktrinde büyük oranda ihmal lehinde görüş birliği vardır. Yukarıda kanuna aykırılığı saptayacak yargı merciine ilişkin olarak bahsettiğimiz yetki problemi ise ne içtihadta ne de öğretide yer bulmamıştır. Fransa ve Türkiye'nin hukuka aykırı idari düzenleyici işlem problemine farklı yöntemleri uygulayarak birbirine çok yakın biçimde çözüm getirdiklerini söylemek mümkündür.

SONUÇ

Devletin sosyal hayata daha fazla müdahale etmeye başlaması ile kamusal faaliyetler çeşitlenmiş ve sayıca artmıştır. Bu dönüşüm, kişiler arasındaki ilişkileri düzenleyen hukuktan farklı bir hukuk alanının doğmasını sonuç vermiştir. Nitekim idare, tek yanlı iradesini kullanarak kişiler hakkında hukuki sonuç doğuran işlemler tesis etmekte ve bu işlemleri ilgililerin rızasına ihtiyaç duymaksızın uygulamaktadır. İptal davası, devletin eylem ve işlemlerinin farklı kurallara ve usullere tabi olarak yargılanmasını öngören idare hukukunun ortaya çıkardığı dava çeşididir. Bu dava türünde idari işlemin üst hukuk normlarına uygun olup olmadığı incelenir. Bu denetim yoluyla hukuka aykırı olan işlem iptal edilir ve idarenin hukuka uygun hareket etmesinin sağlanması hedeflenir. İdari yargılama usulünün gelişmesiyle birlikte idari işlem bileşenlerine ayrılarak incelenmiş ve yetki, şekil, sebep, konu ve amaç unsurları yönünden hukuka uygunluğunun denetlenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Bu unsurların en az biri yönünden hukuk kurallarına aykırı olan işlem iptal yaptırımıyla karşılaşmaktadır. İdari işlemin aykırı olmaması gereken ve iptal davasında referans olarak kullanılan hukukilik bloğu birçok farklı hukuk kuralından oluşur. Bunların arasında uluslararası andlaşmalar, anayasal hükümler, kanunlar ve idari düzenleyici işlemler gibi yaratıcı özneleri, oluşturulma şekilleri ve bir olayı düzenleme biçimleri farklı olan normlar bulunmaktadır. İdeal bir düzende bu kurallar bütünü birbirleriyle uyumlu ve çatışmaz halde olsa da gerçekte bu normlar birbirlerine aykırı düzenlemeler içerebilmektedir. İptal davasında gerçekleştirilen denetimde esas alınan normlar arasındaki çatışmanın nasıl çözümleneceği sorunu incelenmeye değer bir meseledir.

Hukuki normativizm ekolünün temsilcisi olan Kelsen, geliştirdiği saf hukuk kuramı ile hukuk kurallarını, içeriklerini oluşturan ve hukuka yabancı değerlerden bağımsız olarak kavramsallaştırmaya çalışmıştır. Bu kurama göre her bir norm kendisine hiyerarşik olarak üstün olan başka bir normdan doğar. Bir kural hem üstündeki kuralı hayata geçirir hem de altındaki kurala kaynak teşkil eder. Başka bir deyişle, her bir hukuk kuralı kendisinden üstün olan kurala uygun olarak oluşturulmalıdır. Bu şekilde tüm hukuk sistemi birbirleriyle hiyerarşik olarak astlık-üstlük ilişkisi içerisinde olan kurallar bütününe teşkil eder. Normlar hiyerarşisi kuramı, doktrinde genel olarak kabul görmüş ve hukuk kurallarının bütününe bir sistem olarak anlaşılmasında benimsenmiş bir kuramdır. Hukuk kuralları arasındaki çatışmaların çözümü için mevzu hukukta belirli

başvuru ve yargılama usulleri öngörülebildiği gibi, *lex posterior*, *lex specialis* ve *lex superior* gibi ilkeler de kullanılmaktadır. *Lex posterior* ve *lex specialis* ilkelerinin kullanım alanı bulunduğu durumlarda, normlar hiyerarşisinde aynı seviyede bulunan kuralların çatışması söz konusudur ve nihayetinde uyuşmazlığa uygulanacak tek bir hukuk kuralı mevcuttur. Hiyerarşideki yerleri farklı olan kurallar arasındaki çatışmada ise aynı olaya uygulanabilecek ve geçerliliğini koruyan birden fazla kural mevcuttur. Çatışmanın çözümü ancak bu kurallardan birinin ihmal edilerek diğerinin uygulanması yoluyla olacaktır. *Lex superior* ilkesi bu durumda hiyerarşik olarak üstün olan normun diğerini bertaraf edeceğini öngörür. Mevzu hukukta, yargılama esnasında uygulanması gereken fakat üst normlara aykırılığı tespit eden kuralların denetiminin sağlanabilmesi için bazı mekanizmalar öngörülse de bu yöntemler tüm çatışma hallerini kapsamamaktadır. *Lex superior* ilkesi hiyerarşik üstünlüğe dayalı bir çözüm getirirse de çatışmanın tespitinde yaşanabilecek sorunlar ve hukuka uygun olarak yürürlüğe koyulmuş iki kuraldan birinin ihmal edilmesinin pozitif hukuk açısından arzedeceği problemler ve son olarak bu duruma getirilebilecek çözümler araştırılmalıdır.

Uluslararası hukukun önemli bir kaynağı olan uluslararası andlaşmalar, iç hukukta doğrudan sonuçlar doğuran hükümler içermektedir. Ulusal hukuk sistemleri, uluslararası andlaşmalarla iç hukuk normlarının çatışmaları halinde çözüme yönelik pozitif düzenlemeler öngörmektedir. Türkiye'de Anayasa'nın 90. maddesi milletlerarası andlaşmaların kanun hükmünde olduğunu kurala bağlamış fakat temel hak ve hürriyetlere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konularda farklı hükümler içermeleri durumunda andlaşma hükümlerinin esas alınacağını düzenlemiştir. Başka bir deyişle temel hak ve özgürlüklerin söz konusu olduğu bir uluslararası andlaşmaya aykırılık teşkil eden kanun hükmü ihmal edilmeli ve uyuşmazlık andlaşmaya göre çözümlenmelidir. Gerek temel hak ve özgürlüklerin gerekse bunlara ilişkin düzenleme getiren milletlerarası andlaşmalarla kanunların çatışmasının tespiti konusunda belirsizlikler bulunsa da bu hüküm, uluslararası düzeyde korunan hak ve özgürlüklerin ulusal yargı merciilerinde etkin kılınması adına olumlu bir düzenlemedir. Fransız Anayasası'nda ise uluslararası andlaşmaların onaylanmalarından itibaren kanunlardan üstün bir normatif gücü haiz olacağı düzenlenmiştir. Andlaşmalara üstün bir konum verilmiş olsa bile, kanunlarla andlaşmaların çatıştığı durumda hangi çözüm yönteminin benimseneceğine dair bir yol gösterilmemiştir. Fransız Danıştay

andlaşmalarla kanunların yürürlüğe girişlerindeki öncelik/sonralık durumuna bakarak bir içtihat geliştirmiş ve andlaşmaların kendilerinden önce yürürlüğe giren kanunları bertaraf edebileceği, sonraki kanun hükümlerinin ise ihmal edilemeyeceği sonucuna varmıştır. Danıştay bir süre sonra bu içtihadından dönmüş, zamansal önceliğe bakılmaksızın uluslararası andlaşma hükümlerinin kendileriyle çatışan kanunlardan önce uygulanacağını belirtmiştir. Avrupa Birliği normlarının sayıca artmasının ve iç hukukta doğrudan uygulanabilir nitelikte olmasının bu içtihat değişiminde etkisinin olduğu söylenebilir. Uluslararası andlaşmalarla çatışan kanunlara ilişkin olarak Türkiye'de var olan pozitif düzenlemeler daha somut bir mahiyet taşımakta ise de Türk idari yargısının temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmaları ihlal eden kanun hükümlerini ihmal etme konusunda ziyadesiyle çekingen davrandığını söylemek mümkündür. Hâkimler, gerek hakların gerekse çatışan normların sınırlarını iyi tespit ederek anayasal hükümle sunulan bu imkanı değerlendirmelidir. Bu hükmün gerçek anlamda mana kazanması ancak içtihadın yön vermesiyle olacaktır. Dolayısıyla temel hak ve hürriyetlerin ne olduğu, bunlara ilişkin andlaşmaların kanunlarla ne gibi durumlarda çatışabileceği, uluslararası yargısal denetim organlarının yorumlarına da itibar etmek suretiyle mahkeme kararlarında ayrıntılı olarak ortaya konulmalıdır. Bu şekilde hem uluslararası hukukun iç hukukumuzdaki yeri belirlenmiş hem de temel hak ve hürriyetler daha etkin bir şekilde korunmuş olacaktır.

Kanunlar Anayasa'ya uygun olmak zorunda olsalar da Anayasa'ya aykırılık halinde kanun hükümlerinin ihmal edilmesi yolu çoğunlukla kapalıdır. Türkiye'de anayasal hükümle somut norm denetimi öngörülmüş ve mahkemelerde görülmekte olan bir davada uygulanacak kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığının tespit ya da iddia edilmesi halinde mahkemenin bu meseleyi itiraz yolu ile Anayasa Mahkemesi'ne göndermesi gerektiği kurala bağlanmıştır. Ancak anayasal denetim mekanizmasının işletilemediği istisnai durumlarda kanunların ihmali gündeme gelebilmektedir. Kanun hükümlerinin ancak yürürlüğe girmelerinden önce anayasal denetime tabi tutulabildiği Fransa'da ise 2008 yılındaki Anayasa değişikliğine kadar yasa ekranı hipotezi uygulanmıştır. Buna göre eğer bir işlemin Anayasa'ya aykırılığı dayanak kanun hükmünden kaynaklanıyorsa, idari hâkim yasa hükümlerinin Anayasa'ya uygunluğunu denetleme yetkisini haiz olmadığından, işlemin iptaline karar verilemiyordu. Başka bir deyişle, Anayasa'ya aykırı olan kanun hükmü işlem ile Anayasa arasında engel teşkil

ediyor ve ihmal edilemiyordu. Ancak 2008 yılındaki Anayasa değişikliği ile bir uyumsuzluğun çözümünde uygulanacak kanun hükümlerinin Anayasa'ya aykırılığının dava esnasında ileri sürülebilmesi mümkün hale geldi. Fransa'daki somut norm denetimi, Anayasa'daki temel hak ve özgürlüklerle sınırlanması ve yalnızca davanın taraflarınca ileri sürülebilmesi sebebiyle Türkiye'deki itiraz yolundan daha kısıtlı bir mekanizmadır.

Sonuç olarak belirtmek gerekir ki, anayasal denetim yetkisini yalnızca merkezi bir yargı organına inhisar ettiren Kıta Avrupası sistemini benimseyen Türkiye ve Fransa'da, Anayasa'ya aykırı kanunların ihmali söz konusu olmamıştır. Yargılama esnasında tespit edilen Anayasa'ya aykırılık halinin çözümü için anayasal hükümlerle mekanizmalar öngörülmüş ve idare mahkemelerine bu konuda takdir hakkı bırakılmamıştır.

İdari düzenleyici işlemler kanun hükümlerinin uygulanmasını sağlamak üzere yetkili idari makamlar tarafından çıkarılan genel, soyut ve objektif nitelikli işlemlerdir. Bu işlemlerin kanunlara ve üst hukuk normlarına aykırı olmamaları gerekir. 1924 Anayasası döneminde tüzüklerin yargısal incelemesini yapma yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne aitti. Bu dönemde kanuna aykırı tüzüklerin iptal davalarında ihmal edilip edilemeyecekleri doktrinde önemli bir tartışma konusu olmuştur. 1961 Anayasası döneminde ise genel olarak kanuna aykırı düzenleyici işlemlerin ihmal edilebileceğine ilişkin görüşler, normlar hiyerarşisi ve kanunilik ilkesine dayanmıştır. 1982 Anayasası'ndan hemen önce yürürlüğe giren 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7/4. maddesinin son cümlesinde, düzenleyici işlemlerin iptal edilmemesinin idari işlemin iptaline engel olmayacağı öngörülerek ihmal kurumunun pozitif dayanağı oluşturulmuştur. Maddenin lafzı açıkça bunu demese de doktrin ve içtihat bu konuda görüş birliği içerisindedir.

Fransa'da mevcut olan uygulamada, bir düzenleyici işlem için iptal davası açma süresi geçmiş olsa dahi, o işlemin hukuka aykırılığı, uygulandığı bir davada def'i olarak ileri sürülebilir. Bu def'inin kabul edilmesiyle düzenleyici işlem ihmal edilerek üst normlara göre hüküm tesis edilir.

Hiç şüphesiz, düzenleyici işlemlerin ilk derece mahkemeleri tarafından ihmal edilmesi, kanunilik ilkesini hayata geçirme bakımından faydalı olabilir. Öte yandan bu husus, ilk derece mahkemelerinin kendilerine karşı açılacak iptal davasını görmekle yetkili olmadıkları ülke çapında uygulanacak düzenleyici işlemler açısından gerek Türk

gerekse Fransız doktrininde ayrı olarak tartışılmamıştır. Görev probleminin yanı sıra, her bir mahkemenin kanuna aykırılığı farklı yorumlaması sonucu önemli içtihat farklılıkları oluşabilir. Bu da hangi düzenleyici işlemlerin hukuka aykırı olduğu, hangilerinin bağlayıcı olduğu konusunda tereddüt uyandıracak ve hukuki güvenlik ilkesini tehlikeye düşürecektir. Bu konuda, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin kanuna aykırı bulunduğu tüzükler için uyguladığı bekletici sorun usulünün sivil idari yargı için öngörülmesi gerekmektedir. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi uyuşmazlıkta uygulanacak tüzüklerin kanunlara uygunluğu meselesini bekletici sorun yaparak Danıştay'a gönderir ve oradan gelecek karara göre hüküm verir. Yapılacak yasal bir düzenlemeyle, iptal davalarında iptali istenmeyen dayanak düzenleyici işlemin kanuna aykırı olduğunu tespit eden mahkemenin, bu meseleyi bekletici sorun yaparak Danıştay'a göndermesinin yolu açılmalıdır. Bu şekilde hem düzenleyici işlemlerin kanuna aykırılığı hususunda yetkili merciin kararı temin edilmiş hem de mahkemeler arası içtihat farklılıklarının önüne geçilmiş olacaktır.

Hukuka uygun olarak vücut bulmuş fakat çatışma halinde olan hukuk kurallarından birinin ihmal edilerek uygulanmaması önemli bir tercihtir. Bu tercihin pozitivist hukuk anlayışına ve hukuk güvenliğine zarar vermeyecek şekilde yapılması gerekir. Bu konuda yasamaya ve mahkemelere çok iş düşmektedir. Yasama organı, hukuk kuralları arasındaki çatışmaların yargılama esnasında nasıl çözülebileceğini önceden öngören somut düzenlemeler getirmelidir. Anayasa'nın 90. maddesinin son cümlesinin hangi şartlarda uygulanacağı yasal düzenlemelerle netleştirilmelidir. Düzenleyici işlemlerin ihmaline yönelik olarak da bekletici sorun kurumunun getirilmesi gerekmektedir. Mahkemeler ise, uyuşmazlıkta üst norma aykırılığın sebebini nitelikli bir şekilde ortaya koymalı ve alt normun neden ihmal edildiğini rasyonel gerekçelerle temellendirmelidir. İhmalin gerekçesi ne kadar kuvvetli olursa bir kuralın üst normlara aykırılığına ilişkin şüpheler o oranda azalır. Danıştay, ihmal yoluna hangi koşullarda başvurulabileceğini içtihadıyla ayrıntılandırmalıdır. Bu şekilde kanunda yer alan düzenleme somutlaştırılmış olur. Aynı zamanda bu konuda mahkemeler arasındaki görüş ayrılıklarını da izale etmelidir. Bir kanun ya da düzenleyici işlemin mahkemelerce ihmal edilmesi konusunda içtihat birliği olursa, idare de ilgili normu uygulamaktan imtina edecek, bu şekilde uyuşmazlık en başından önlenmiş olacaktır.

KAYNAKÇA

KİTAPLAR ve MAKALELER

- AKBULUT, Emre “İdari İşlemlerde Kanun Yolu ve Süresini Gösterme Yükümlülüğünün Yargısal Denetime Etkisi, TBB Dergisi, Sayı:81, 2009, 1-21
- AKILLIOĞLU Tekin, “Danıştay Kararlarına Göre Uygulamada Temel Haklar-II”, AÜSBF Dergisi, C.:38, S.:1, 123-137
http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/38/1/tekin_akillioglu.pdf, Erişim Tarihi:30/08/2016
- AKILLIOĞLU Tekin, İnsan Hakları-I-Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara, 1995
- AKILLIOĞLU Tekin, Hangi Hukuka Giriş, İmaj Yayınevi, Ankara, 2014
- ARAL Vecdi, Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1978
- ATAY Ender Ethem, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006
- ATAY Ender Ethem, “İptal Davasının Nitelikleri ve İptal Kararlarının Uygulanması”, Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl Sempozyumu (11/05/2007), Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, Ankara, 2008, 13-97
- ATAY Yeliz Şanlı, “İdari İşlemlerde Başvuru Yollarının Gösterilmesi Yükümlülüğü”, TBB Dergisi, S.:96, 2011, 293-318
- ATAY Yeliz Şanlı, Türk İdare Hukukunda Adsız Düzenleyici İşlemler, TODAİE Yayınları, Ankara, 2011, s.121
- AYBAY Rona, “Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri”, TBB Dergisi, S. 70, 2007, 187-213
- AZRAK Ali Ülkü, “Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği”, Anayasa Yargısı Dergisi, C.:1, 1984, 151-168
- AZRAK Ali Ülkü, “İdari Yargıda Anayasaya Uygunluk Sorunu”, Anayasa Yargısı Dergisi, C.:9, 1992, 323-340
- BALTA Tahsin Bekir, İdare Hukukuna Giriş I, TODAİE Yayınları, Ankara, 1970
- BAŞGİL Ali Fuat, Hukukun Ana Mesele ve Müesseseleri, İstanbul, 1946, s.191-192, Nakleden: Feyzioğlu, “Kanuna Aykırı Tüzükler Karşısında Mahkemelerin Durumu”, s.39
- BAŞLAR Kemal, “Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni: Prof. Dr. Sevin Toluner'e Armağan, 24/1-2, 2004, 279-336
- BROWNLIE Ian, Principles of Public International Law, Oxford University Press, New York, 2008

- BRUNET Pierre, "Introduction: la hi archie des normes, fétiche ou nécessité?", Revue de Théorie Constitutionnelle et Philosophie du Droit, 2013/21, 5-10, <https://revus.revues.org/2768>, Erişim Tarihi:10/2/2016
- CANDAN Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usulu Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011
- CASSESE Antonio, International Law, Oxford University Press, New York, 2005
- CHAPUS Ren , Droit Administratif, Montchrestien, Paris, 2001
- CHAPUS Ren , Droit du Contentieux Administratif, Montchrestien, Paris, 2008
- ÇAĞLAR Bakır, "Anayasa Yargısında Yorum Problemi, Karşılaştırmalı Analizin Katkıları", Anayasa Yargısı Dergisi, C.:2, 1985, 163-195
- ÇAL Sedat, "Reciprocity and Provisional Application Under Energy Charter Treaty", European Energy Law Report, Editörler: M.Roggenkamp-U.Hammer, Intersentia, 2009, s.189-226, <http://www.idare.gen.tr/cal-reciprocity.pdf>, Erişim Tarihi:03/04/2017
- ÇAL Sedat, Türk İdare Hukukunda Ruhsat, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012
- DAVUT Şevki, "İdari Yargıda İptal Kararı ve İptal Kararının Sonuçları, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2006
- DE LAMOTHE Olivier Dutheillet, "Control de Constitutionnalit  et Control de Conventionnalit ", M langes en l'honneur de Daniel Labetoulle, Dalloz, 2007, 1-17, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/cccc.pdf, Erişim Tarihi:20/07/2016
- DUPUIS George, GUEDON Marie Jos  ve CHRETIEN Patrice, Droit Administratif, Editions Dalloz, Paris, 2009
- DURAN Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1982
- DURAN Lütfi, İdare Hukuku Meseleleri, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1964
- ERKUT Celal, İptal Davasının Konusunu Oluşturması Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Doktora Tezi, Danıştay Matbaası, Ankara, 1990
- ERKUT Celal ve SOYBAY Selçuk, Anayasa ve İdari Yargılama Hukukuna İlişkin Kanunlar, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001
- ESİN Yüksel ve YENİCE Kazım, Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usulü, Arısan Yayınevi, Ankara, 1983
- ESİN Yüksel, "Yönetmelikler (İdarenin Yetkisi ve Denetimi)", İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemer, C.:III, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, Ankara, 1980, 131-163
- FAVOREU Louis, PATRICK Ga a, GHEVONTIAN Richard, MESTRE Jean-Louis, PFERSMANN Otto, SCOFFONI Guy, ROUX Andr , Droit Constitutionnel, Editions Dalloz, Paris, 2014
- FELLMETH Aaron X. ve Horwitz Maurice, Guide to Latin in International Law, Oxford University Press, New York, 2011

- FEYZİOĞLU Turhan, “Kanuna Aykırı Tüzükler Karşısında Mahkemelerin Durumu”, AÜHF Dergisi, C.:6, S.:2, 1949, 27-61
<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/244/2152.pdf>, Erişim Tarihi:02/09/2016
- GARNER Bryan A., Black's Law Dictionary, Thomson Reuters, St. Paul, 2009
- GAUDEMET Yves, Droit Administratif, Lextenso éditions, Paris, 2012
- GİRİTLİ İsmet, BİLGİN Pertev, AKGÜNER Tayfun, İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, 2008
- GÖNENÇ Levent, “1982 Anayasası'nda Sessiz Devrim: 90. Madde Değişikliği ve Getirdiği Sorunlar”,
http://www.yasayananayasa.ankara.edu.tr/belgeler/analizler/90_madde.pdf, Erişim Tarihi:02/02/2016
- GÖZLER Kemal, Hukuka Giriş, Ekin Yayınevi, Bursa, 2012
- GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.:I, Ekin Kitabevi, Bursa, 2009
- GÖZLER Kemal, Türk Anayasa Hukuku, Ekin Yayınları, Bursa, 2000
- GÖZLER Kemal, “Yorum İlkeleri”, Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, Kamu Hukukçuları Platformu ve TBB Ortak Yayını, Ankara, 2013, 15-119
- GÖZÜBÜYÜK Şeref ve TAN Turgut, İdare Hukuku, C.:I, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010
- GÖZÜBÜYÜK Şeref, Yönetmelik Yargısı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012
- GUASTINI Riccardo, “Lex superior, Pour une théorie des hiérarchies normatives”, Revue de Théorie Constitutionnelle et Philosophie du Droit, 2013/21, 47-55
<http://revus.revues.org/2664>, Erişim Tarihi:10/2/2016
- GÜLMEZ Mesut, “Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri”, TBB Dergisi, S. 54, 2004, 147-161
- GÜMÜŞAY Gürbüz, “Askeri İdari Yargının Görev Alanı”, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2007
- GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011
- GÜNEŞ Turan, Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1965
- GÜRİZ Adnan, Hukuk Başlangıcı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2013
- HALPERIN Jean-Louis, “*Lex posterior derogat priori, lex specialis derogat generali* Jalons pour une histoire des conflits de normes centrée sur ces deux solutions concurrentes”, Revue d'Histoire du Droit, 80-3/4, 2012, 353-397
- HAMON Francis ve TROPER Michel, Droit Constitutionnel, lextenso éditions, Paris, 2014
- İŞIKLAR Celal, “Askerlik Yükümlülüklerinden Doğan Uyuşmazlıkların Yargısal Denetiminde Görev”, Ankara Barosu Dergisi, 2011/2, 139-170
- İŞIKTAÇ Yasemin, Hukuk Normunun Mantıksal Analiz ve Uygulanması, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004

- İPKİN Osman, “5170 Sayılı Kanunun İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Konumuna Etkisi”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2010
- KARAGÜLMEZ Ali, “5170 Sayılı Yasa'yla Anayasa'nın 90. Maddesinde Yapılan Değişikliğe Bir Bakış”, TBB Dergisi, Sayı 54, 2004, 163-177
- KARAHANOĞULLARI Onur, İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015
- KARAVELİOĞLU Celal ve KARAVELİOĞLU Erdem Cemil, Açıklama ve En Son İçtihatlarla İdari Yargılama Usulü Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015
- KELSEN Hans, Theorie Pure du Droit, Traduction Française de la 2ème édition de la “Reine Rechtslehre” par Charles Eisenmann, Dalloz, Paris, 1962, s.6-13, 225-314, Nakleden: Gözler, Hukuka Giriş, s.163
- LACHAUME Jean François, PAULIAT Hélène, BRACONNIER Stephane, DEFFIGIER Clotilde, Droit Administratif (Les Grands Décisions de la Jurisprudence), Presses Universitaires de France, Paris, 2010
- LONG Marceau, WEIL Prosper, BRAIBANT Guy, DELVOLVE Pierre, GENEVOIS Bruno, Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative, Dalloz, Paris, 2013
- MALANCZUK Peter, Akehurst's Modern Introduction to International Law, Routledge, New York, 1997
- Midhat Bey, “Teşkilatı Esasiye Kanununa Münafı Ahkamı İhtiva Eden Kanunlar Üzerinde Bizde Kazai Murakabe Meselesi”, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, sene 6, S. 35, 1928, s.1111-1112, Nakleden: Feyzioğlu, “Kanuna Aykırı Tüzükler Karşısında Mahkemelerin Durumu”, s.34
- ODYAKMAZ Zehra, “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, GÜHF Dergisi, C. II, S. 1-2, 1998, s.141-195, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/2_12.pdf, Erişim Tarihi:21/03/2017
- ONAR Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.: I-II-III, İsmail Akgün Yayınevi, İstanbul, 1966
- ONAR Sıddık Sami, “Nizamname ve Talimatnameler”, İzmir Baro Dergisi, Sene 2, S.:3-7, s.267,268, Nakleden: Feyzioğlu, “Kanuna Aykırı Tüzükler Karşısında Mahkemelerin Durumu”, s.36
- ÖKTEM Niyazi ve TÜRKBAG Ahmet Ulvi, Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, Der Yayınları, İstanbul, 2011
- ÖZBUDUN Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014
- PAOUR Raphael, “Les contraintes juridiques de la hiérarchie des normes”, Revue de Théorie Constitutionnelle et Philosophie du Droit, 2013/21, 201-218, <https://revus.revues.org/2755>, Erişim Tarihi: 18/02/2016
- PAZARCI Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri-1.Kitap, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014
- RAZ Joseph, “Kelsen'in Temel Norm Kuramı”, Çeviren: CEYLAN Şule Şahin, AÜHF Dergisi, C.:64, S.:4, 2015, 1169-1193

- SARAÇ Tahsin, Fransızca Türkçe Sözlük, Can Yayınları, İstanbul, 2009
- SARICA Ragıp, Türkiye'de İcra Uzmanının Tanzim Salahiyeti, Cumhuriyet Matbaası, İstanbul, 1943
- SEZGİNER Murat, İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlemler Kuramı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000, s.50,51, Nakleden: Çal, Türk İdare Hukukunda Ruhsat, s.274
- SHAW Malcolm, International Law, Cambridge University Press, Cambridge, 2003
- SOYSAL Mümtaz, “Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler”, Anayasa Yargısı Dergisi, C.:2, 1985, s.1-18
- ŞAHBAZ İbrahim, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Yargı Sistemi'ndeki Yeri”, TBB Dergisi, S. 54, 2004, 178-216
- ŞANLI, Yeliz, “Anayasa Değişikliğinin Uzanamadığı Yer: Uyarma ve Kınama Cezalarının Yargısal Denetimi ve Bir Danıştay Kararı”, TBB Dergisi, S.70, 2007, 112-134
- TAN Turgut, “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Yürütmenin Düzenleme Yetkisi”, Anayasa Yargısı Dergisi, C.:3, 1986, 203-216
- TAN Turgut, “1982 Anayasası Yönünden Yürütme Görevi ve Yetkisinin Niteliği (Güçlü Devlet ya da Güçlü Yürütme)”, Anayasa Yargısı Dergisi, C.:1, 1984, 31-47
- TANÖR Bülent ve Yüzbaşıoğlu Necmi, 1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009
- TEZCAN Durmuş, ERDEM Mustafa Ruhan, SANCAKDAR Oğuz, ÖNOK Rıfat Murat, İnsan Hakları El Kitabı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011
- TEZİÇ Erdoğan, Anayasa Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014
- TURHAN Mehmet, “Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve Özgürlüklerin Korunmasına Etkileri ve Türk Anayasa Mahkemesi”, Anayasa Yargısı Dergisi, C.:20, 2003, s.215-248
- ULER Yıldırım, İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları, AÜHF Yayınları, Ankara, 1970
- WALINE Jean, Droit Administratif, Dalloz, Paris, 2014
- YOKUŞ Sevtap, “Hak ve Özgürlüklere İlişkin Anayasal Hükümlerin Danıştay'ca Doğrudan Uygulanması”, İnsan Hakları Yıllığı, C.:19-20, 1997-1998, 197-213

MAHKEME KARARLARI

Anayasa Mahkemesi

- AYM, T:10/1/1991, E:1990/25, K:1991/1, Nakleden: Gözler, İdare Hukuku, C.:I, s.1231
- AYM, T:23-25/10/1969, E:1967/41, K:1969/57, Nakleden:Gözler, İdare Hukuku, C.:I s.1248

- AYM, T:07/06/1973, E:1973/12, K:1973/24, Nakleden: Gözler, İdare Hukuku, C.:I, s.1263
- AYM, T:28/09/1984, E:1984/1, K:1984/1, Nakleden: Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s.961, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/e06def87-87b8-44e3-8e1f-af0848c15f45?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, Erişim Tarihi:7/04/2017
- AYM, T:10/07/1992, E:1991/2, K:1992/1, Nakleden: Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s.961, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/63697638-b447-4379-9469-64aada8eac59?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, Erişim Tarihi:7/04/2017
- AYM, T:26/06/2002, E:2001/377, K:2002/59, Nakleden: Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku, s.63
- AYM, T:3/7/1964, E:1964/22, K:1964/54, Nakleden: Tanör ve Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku, s.520
- AYM, T:17-19/8/971, E:1971/41, K:1971/67, Nakleden: Tanör ve Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku, s.520
- AYM, T:6/5/1982, E:1981/8, K:1982/3, Nakleden: Tanör ve Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku, s.521
- AYM, T:22/5/1997, E:1996/3 K:1997/3, Nakleden: Tanör ve Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku, s.521
- AYM, T:28/09/1984, E:1984/1, K:1984/1, Nakleden: Tanör ve Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku, s.523
- AYM, T:13/06/1985, E:1984/14, K:1985/7, Nakleden:Turgut Tan, “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Yürütmenin Düzenleme Yetkisi”, s.206
- AYM, T:22/05/2003 E:2003/28 K:2003/42,
<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/9a37ab36-2676-4498-849b-710ccdb54428?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, Erişim Tarihi: 03/08/2016
- AYM, T:20/7/2004, E:2002/108, 2004/55,
<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/700a0450-4b23-4ce4-8062-34a9fd6355fd?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, Erişim Tarihi:1/6/2016

Danıştay

- Danıştay Dava Daireleri Kurulu, T:04/06/1971, E:1970/1004, K:1971/608, DD, S.:5, 1972, s.135, Nakleden: Akıllıoğlu, Danıştay Kararlarına Göre Uygulamada Temel Haklar-2, s.124
- Danıştay 12. Daire, T:31/10/1968, E:1968/720, K:1968:1992, AİD, C.:6, S.:4, s.138, Nakleden: Akıllıoğlu, Danıştay Kararlarına Göre Uygulamada Temel Haklar-2, s.124
- Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, T:7/12/1989, E:1988/6, K:1989/4, DD, S.:78-79, s.50 vd., Nakleden: Azrak, “İdari Yargıda...”, s.338
- Danıştay 10. Daire, T:03/02/1986, E:1984/2560, K:1986/43, DD, S.:64-65, s.431, Nakleden: Candan, İdari Yargılama Usulü Kanunu, s.388

- Danıştay 10. Daire, T:31/12/2007, E:2006/2232, K:2007/6691, DD, S.:118, 2008, s.335
Nakleden: Candan, İdari Yargılama Usulü Kanunu, s.151
- Danıştay 6. Daire, T:18.02.1997, E:1996/4797, K:1997/767, DD, S.:94, s.387,
Nakleden: Davut, İdari Yargıda İptal Kararı ve İptal Kararının Sonuçları, s.120
- Danıştay 6. Daire, T:13.05.1998, E:1997/4680, K:1998/2489, DD, S.:98, s.323,
Nakleden: Davut, İdari Yargıda İptal Kararı ve İptal Kararının Sonuçları, s.120
- Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, T:05/04/1974, E:1972/358, K:1974/437,
Nakleden: Duran, İdare Hukuku Ders Notları, s.392
- Danıştay 12. Daire, T:31/10/1968, E:1968/720, K:1968/1992, Nakleden: Esin,
Yönetmelikler (İdarenin Yetkisi ve Denetimi), s.158,159
- Danıştay 5. Dairesi, T:25/05/1988, E:1986/1983, K:1988/2866, DD, S.: 74-75, s.243,
Nakleden:Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku, s.132
- Danıştay 10. Dairesi, T:30/10/2003 E:2001/1835 K:2003/4190, Danıştay Kararlar
Dergisi, S.:4, s281 vd., Nakleden: Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku, s.119
- Danıştay 10. Daire, T:16/6/1999, E:1996/8712, 1999/3488, DD, S.:102, s.666 vd.,
Nakleden: Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku, s.62
- Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu, K:1944/82, DD, S.:27, s.26, Nakleden: Güneş,
Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, s.153
- Danıştay 8. Dairesi, T:20/11/1997, E:1995/4503, K:1997/3471, DD, S.:96, 1998, s.393,
Nakleden Karahanoğulları, İdarenin Hukukla Kavranması, s.108
- Danıştay 5. Daire, T:25/03/1998, E:1997/13, K:1998/515, DD, S.:97, 1999, s.308,
Nakleden: Karahanoğulları, İdarenin Hukukla Kavranması, s.683
- Danıştay 4. Daire, T:13/11/2006, E:2005/2134, K:2006/2156, DD, Yıl:37, S.:115, 2007,
s. 177-180, Nakleden: Şanlı Atay, İdari İşlemlerde Başvuru Yollarının Gösterilmesi
Yükümlülüğü, s.312
- Danıştay 12. Daire, T:18/10/2005, E:2004/4584, K:2005/3520, Nakleden: Şanlı,
Anayasa Değişikliğinin Uzanamadığı Yer: Uyarma ve Kınama Cezalarının Yargısal
Denetimi ve Bir Danıştay Kararı, s.112
- Danıştay 11. Daire, T:19/02/2003, E:2000/10901, K:2002/739,
<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/>, Erişim Tarihi:12/10/2016
- Danıştay 2. Daire, T:17/04/2007 E:2005/316 K:2007/1744,
<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/>, Erişim Tarihi:12/10/2016
- Danıştay 6. Daire, T:27/05/1987, E:1987/451, K:1987/590,
<http://www.kararara.com/danistay/dnsty17/dnstyk16855.html>, Erişim

İdare Mahkemesi

- Ankara 1. İdare Mahkemesi, T:27/11/2014, E:2014/879, K:2014/2060,
(Yayımlanmamıştır)
- Ankara 1. İdare Mahkemesi, T:25/12/2014, E:2014/1538, Yürütmenin Durdurulması
İstemi Hakkında Verilen Karar, (Yayımlanmamıştır)

- Ankara 3. İdare Mahkemesi, T: 18/07/2014, E:2013/1878, K:2014/1132, (Yayımlanmamıştır)
- Ankara 5. İdare Mahkemesi, T:29/06/2004, E:2003/1796, K:2004/1212, Nakleden: Şanlı, “Anayasa Değişikliğinin Uzanamadığı Yer: Uyarma ve Kınama Cezalarının Yargısal Denetimi ve Bir Danıştay Kararı”, s.125
- Ankara 5. İdare Mahkemesi, T:02/10/2012, E:2012/1369, K:2012/2238, (Yayımlanmamıştır)
- Ankara 8. İdare Mahkemesi, T:19/12/2014, E:2014/1734, K:2014/2029, (Yayımlanmamıştır)
- Ankara 10. İdare Mahkemesi, T:15/07/2015 E:2014/1903 K:2015/111, (Yayımlanmamıştır)
- Ankara 13. İdare Mahkemesi, T:04/07/2014, E:2013/1616, K:2014/1152, (Yayımlanmamıştır)
- Ankara 13. İdare Mahkemesi, T:18/06/2013, E:2012/1746, K:2013/952, (Yayımlanmamıştır)
- Ankara 14. İdare Mahkemesi, T: 19/02/2015, E:2013/1713, K:2015/241, (Yayımlanmamıştır)
- Ankara 14. İdare Mahkemesi, T:11/12/2014, E:2014/1951, K:2014/1553, (Yayımlanmamıştır)
- Ankara 14. İdare Mahkemesi, T:13/04/2011, E:2010/1517, K:2011/392, (Yayımlanmamıştır)
- Ankara 14. İdare Mahkemesi, T:23/05/2014, E:2012/1076, K:2014/612, (Yayımlanmamıştır)
- Ankara 15. İdare Mahkemesi T: 11/10/2013, E:2014/52, K:2013/1238, (Yayımlanmamıştır)
- Ankara 17. İdare Mahkemesi, T:24/02/2012, E:2011/2402, K:2012/210, (Yayımlanmamıştır)
- Ankara 17. İdare Mahkemesi, T:03/07/2015 E:2014/1844 K:2015/1137, (Yayımlanmamıştır)

İş Mahkemesi

- Ankara 15. İş Mahkemesi, T:28.07.2011, E:2011/242, K:2012/531, (Yayımlanmamıştır)

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

- AİHM , Immobiliare Saffi/İtalya Kararı, Başvuru No:22774/93, 28/07/1999,
[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["CASE OF IMMOBILIARE SAFFI v. ITALY\","documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-58292"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{), Erişim Tarihi:13/03/2016

AİHM , Pellegrin/Fransa Kararı, Başvuru No:28541/95, 8/12/1999,

AİHM , Kaya ve Seyhan/Türkiye Davası, Başvuru No:30946/04,
 15/09/2009,

Fransız Anayasa Konseyi

CC, Décision n° 74-54 DC, 15/01/1975,<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1975/74-54-dc/decision-n-74-54-dc-du-15-janvier-1975.7423.html>, Erişim Tarihi:02/04/2016

Fransız Danıştay

CE, Dame Kirkwood, 30/5/1952,
<http://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/decisions/conseil-detat-assemblee-30-mai-1952-dame-kirkwood-rec-p-291/>, Erişim Tarihi:05/05/2016

CE, Syndicat Générale des Fabricants de Semoules de France, N° 62814, 1/3/1968,
 Nakleden Chapus, Droit Administratif, s.155

CE, Nicolo, N° 108243, 20/10/1989, Nakleden, Chapus, Droit Administratif, s.156

CE, Aquarone, N° 148683, 6/6/1997,
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007976939&dateTexte=>, Erişim Tarihi:20/04/2016

CE, Arrighi, 6/11/1936, Nakleden:de Lamothe, Control de Constitutionnalité et Control de Conventiönnalité, s.3

CE, Avezard, 24/01/1902, Nakleden: Marceau Long ve diğlerleri, Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative, s.264

CE, Butin et Ah Won, 22/1/1982, Nakleden: Lachaume ve diğlerleri, Droit Administratif /Les Grands Décisions de la Jurisprudence, s.206

CE, Alitalia, 3/02/1989, Nakleden: Lachaume ve diğlerleri, Droit Administratif /Les Grands Décisions de la Jurisprudence, s.207

Fransız Yargıtayı

C.Cas., Société des Cafés Jacques Vabre, N° de pourvoi: 73-13556, 24/5/1975,
 Nakleden: Chapus, a.g.e., s.156

Avrupa Birliğı Adalet Divanı

Court of Justice of the European Union, Case:106/77, 9/3/1978, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61977CJ0106&from=EN>,

Erişim Tarihi:13/04/2016

EK 1: ORJİNALLİK RAPORU



**HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
YÜKSEK LİSANS/DOKTORA TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU**

**HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI BAŞKANLIĞI'NA**

Tarih: 13/06/2017

Tez Başlığı / Konusu: İptal Davalarında İhmal Kurumu: Fransız Örneğiyle Karşılaştırmalı Bir İnceleme

Yukarıda başlığı/konusu gösterilen tez çalışmamın a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana bölümler ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam 181 sayfalık kısmına ilişkin, 13/06/2017 tarihinde tez danışmanım tarafından Turnitin adlı intihal tespit programından aşağıda belirtilen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan orijinallik raporuna göre, tezimin benzerlik oranı % 10'dur.

Uygulanan filtrelemeler:

- 1- Kabul/Onay ve Bildirim sayfaları hariç,
- 2- Kaynakça hariç
- 3- Alıntılar hariç/dâhil
- 4- 5 kelimedenden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç

Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esasları'nı inceledim ve bu Uygulama Esasları'nda belirtilen azami benzerlik oranlarına göre tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Gereğini saygılarımla arz ederim.

Tarih ve İmza

Adı Soyadı: Samet Saygı
Öğrenci No: N13228161
Anabilim Dalı: Kamu Hukuku Anabilim Dalı
Programı: Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans
Statüsü: Y.Lisans Doktora Bütünleşik Dr.

13/06/2017

DANIŞMAN ONAYI

UYGUNDUR.

Doç. Dr. Sedat Çal

İPTAL DAVALARINDA İHMAL KURUMU: FRANSIZ ÖRNEĞİYLE KARŞILAŞTIRMALI BİR İNCELEME




ORJİNALLİK RAPORU

%10	%9	%5	%3
BENZERLİK ENDEKSİ	İNTERNET KAYNAKLARI	YAYINLAR	ÖĞRENCİ ÖDEVLERİ

BİRİNCİL KAYNAKLAR

1	www.aghukuk.org İnternet Kaynağı	%1
2	www.danistay.gov.tr İnternet Kaynağı	%1
3	www.anayasa.gen.tr İnternet Kaynağı	<%1
4	hukuk.istanbul.edu.tr İnternet Kaynağı	<%1
5	www.gib.gov.tr İnternet Kaynağı	<%1
6	Mustafa ŞAHİN. "MÎRZÂ ŞAHRUH'UN OĞLU MİRZA BAYSUNGÛR'UN SANAT VE SANATÇILARA BAKIŞI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ", Journal Of History School, 2014 Yayın	<%1
7	www.idare.gen.tr İnternet Kaynağı	<%1
8	tkb.meb.gov.tr	

EK 2: ETİK KURUL İZİN MUAFİYETİ FORMU

 <p>HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ TEZ ÇALIŞMASI ETİK KURUL İZİN MUAFİYETİ FORMU</p>
<p>HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI BAŞKANLIĞI'NA</p> <p style="text-align: right;">Tarih:13/06/2017</p> <p>Tez Başlığı / Konusu: İptal Davalarında İhmal Kurumu: Fransız Örneğiyle Karşılaştırmalı Bir İnceleme</p> <p>Yukarıda başlığı/konusu gösterilen tez çalışmam:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. İnsan ve hayvan üzerinde deney niteliği taşımamaktadır, 2. Biyolojik materyal (kan, idrar vb. biyolojik sıvılar ve numuneler) kullanılmasını gerektirmemektedir. 3. Beden bütünlüğüne müdahale içermemektedir. 4. Gözlemsel ve betimsel araştırma (anket, ölçek/skala çalışmaları, dosya taramaları, veri kaynakları taraması, sistem-model geliştirme çalışmaları) niteliğinde değildir. <p>Hacettepe Üniversitesi Etik Kurullar ve Komisyonlarının Yönergelerini inceledim ve bunlara göre tez çalışmamın yürütülebilmesi için herhangi bir Etik Kuruldan izin alınmasına gerek olmadığını; aksi durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.</p> <p>Gereğini saygılarımla arz ederim.</p> <p style="text-align: right;">Tarih ve İmza 13/06/2017 </p> <p>Adı Soyadı: Samet Saygı Öğrenci No: N13228161 Anabilim Dalı: Kamu Hukuku Anabilim Dalı Programı: Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Statüsü: <input checked="" type="checkbox"/> Y. Lisans <input type="checkbox"/> Doktora <input type="checkbox"/> Bütünleşik Dr.</p>
<p><u>DANIŞMAN GÖRÜŞÜ VE ONAYI</u></p> <p style="text-align: center;"> Doç. Dr. Sedat Çal</p> <p>Detaylı Bilgi: http://www.sosyalbilimler.hacettepe.edu.tr Telefon: 0-312-2976860 Faks: 0-3122992147 E-posta: sosyalbilimler@hacettepe.edu.tr</p>