

İDARENİN HUKUK KURALLARINI ÜST NORMLARA UYGUNLUK BAKIMINDAN KONTROL ETME VE KURALI UYGULAMAYI İHMAL ETME YETKİSİ

*Yrd. Doç. Dr. Atila ERKAL**

ÖZET:

İdarenin uyguladığı normların üst normlara uygunluğunu kontrol etme ve aykırılık durumunda normun uygulanmasını ihmal etmesi yetkisinin bulunup bulunmadığı idare hukukunun tartışmalı konularından biridir. İdarenin uyguladığı normun üst normlara aykırılığını kontrol etme yetkisi genel olarak kabul edilmektedir. Bu yetki çerçevesinde normun üst normlarla çatışmasını tespit etmesi durumunda normun uygulanmasını ihmal etme bakımından yasama organının koyduğu normlar ile yürütme organının koyduğu normlar arasında farklar bulunmaktadır. Özellikle kanunun anayasa ile çatışması durumunda, bunun uygulanmasını ihmal etme yetkisi bulunmamaktadır. Buna karşılık genel düzenleyici işlemlerin üst normlarla çatışması açık ve bariz ise idare bunu uygulamaktan kaçınma yetkisine sahiptir.

Anahtar Kelimeler: Normlar Hiyerarşisi, Normlarda Çatışma Sorunu, İdarenin Normu Kontrol Yetkisi, İdarenin Normu İhmal Etme Yetkisi, İdari Usul.

ZUSAMMENFASSUNG:

Eines der umstrittenen Themen im Verwaltungsrecht ist, ob die Verwaltung ein Prüfungsrecht bezüglich der von ihr angewendeten Normen hat oder nicht. Die Verwerfungskompetenz der Verwaltung ist ein weiteres Themengebiet im Verwaltungsrecht, in dem kein Konsens besteht. Der Verwaltung obliegt das Prüfungsrecht, Normen anhand von höherrangigen Normen zu prüfen. Soweit festgestellt wird, dass eine Norm rechtswidrig ist, wird eine Verwerfungskompetenz der Verwaltung zwischen dem Gesetz und der Verwaltungsvorschrift differenziert. Insbesondere wenn Gesetze mit der Verfassung kollidieren, hat die Verwaltung keine Verwerfungskompetenz. Demgegenüber besitzt die Verwaltung eine Verwerfungskompetenz bezüglich der untergesetzlichen Rechtsnormen, soweit die Rechtswidrigkeit offensichtlich ist.

Schlüsselwörter: Normenhierarchie, Kollision der Normen, das Prüfungsrecht der Normen durch die Verwaltung, Verwerfungskompetenz der Verwaltung, Verwaltungsverfahren.

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

I. GİRİŞ

Her hukuk sistemi içerisinde bir birlik mevcuttur. Bu nedenle de hukuki sorunların çözümünde hukuki güvenliğin ve hukuk barışının sağlanabilmesi için sadece tek bir doğru çözüm bulunmalıdır.¹ Bu da olaylara uygulanabilecek birden fazla hukuk kuralının bulunması ve birbiri ile çatışması halinde çatışmayı çözecek ilkelerin mevcudiyetini zorunlu kılmaktadır. Normlar hiyerarşisinin etkilerinden biri de budur. Normlar hiyerarşisinde bir alt normun kaynağının bir üst norm olması nedeniyle alt normun üst norma aykırı olamayacağı kabul edilmektedir.²

Kural koyma yetkisi aslen yasama organına ait olsa da yürütme organının da kural koyma yetkisi bulunmaktadır. Devlet erklerinin kural koyma yetkisi bazen aynı erkin koyduğu kurallar bazen farklı erklerin koyduğu kurallar arasında çatışma çıkmasına sebep olabilmektedir. Özellikle yasama organı ile yürütme organının koyduğu kuralların birbiri ile çatışması durumunda, idarenin hangi kuralı uygulayacağı konusunda duraksamalar meydana gelebilmektedir. Bu çatışmanın giderilmesinde birtakım ilkelere başvurulmaktadır. Buna karşılık, normların çatışması durumunda idarenin bu çatışmayı engellemesine yönelik doğrudan bir pozitif düzenleme mevcut değildir. Bu nedenle somut bir olayda gerek aynı gerekse farklı hiyerarşi içerisinde yer alan kuralların birbiri ile çatışması durumunda idarenin hangi kuralı uygulayacağı hususunda duraksamalar yaşanmaktadır. Dolayısıyla norm çatışması durumunda bunların giderilmesinde mevzu bahis olan ilkeler idare için uygulanabilecek midir? sorusu akla gelmektedir. Diğer taraftan, idarenin uygulayacağı normun üst normlara uygunluğunu denetleme yükümlülüğü olup olmadığı, idarenin denetim yükümlülüğü kabul edilse bile hukuka aykırı gördüğü normu uygulama yükümlülüğü altında olup olmadığı, hükmü uygulamaktan kaçınma, başka bir ifade ile ihmal etme yetkisinin varlığı hususunda da duraksamalar söz konusu olmaktadır. Makalede bu sorunlar üzerinde durulacaktır.

¹ Wolff- Hans J./Bachof Otto/Stober, Rolf, Verwaltungsrecht I, München 1994, s. 290.

² Bu teori Hans Kelsen'e dayanmaktadır. Ancak karşıt görüşler de mevcuttur. Özellikle, Merkl'e göre hukuk düzeni birbirine bağlı hukuk kurallarından oluşan bir sistemdir ve iki basamaktan oluşur. Bu zorunlu hukuk anlayışından ilki Anayasadır ve hukuku uygulama yetkisi verir. Diğeri ise altta yer alan "somut olarak icra etme"dir. Bunu da hukukun yansıma şeklinin ikili yapısı (Dualismus von Rechtsformen) olarak adlandırmaktadır. Borowski, Martin, Die Lehre von Stufenbau des Rechts nach Adolf Julius Merkl, in: Paulson/Stolleis, (Hrsg.) Hans Kelsen - Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts, Tübingen 2005, s. 131 vd.

II. KURAL KOYMA YETKİSİ VE NORMLAR HİYERARŞİSİ

A. Yasama Organının Kural Koyma Yetkisi

Yasama organının temel görevi kural koymaktır.³ Kural koyma işlevini anayasa, kanun, milletlerarası andlaşmaları uygun bulma ve içtüzük yapma yoluyla yerine getirmektedir.

Yasama organı gerek mevcut anayasada değişiklik yapma ve gerekse yeni bir anayasa yapma yetkisine sahiptir. Anayasaların yapılmasına kurma ya da kuruculuk işlevi denilmektedir. Devleti hukuki ve siyasi bir kurum olarak kuran iktidara ya da güce de kurucu iktidar denmektedir. Kurucu iktidar kaynağı ve yetkileri bakımından asli kurucu iktidar ve türev ya da tali kurucu iktidar olarak ikiye ayrılmaktadır.⁴ Yeni bir anayasa yapma yetkisinin asli kurucu iktidara ait olduğu hususunda görüş birliği mevcuttur. Buna karşılık tali kurucu iktidarın da sil baştan anayasa yapma yetkisine sahip olduğu ağırlıklı olarak kabul edilmektedir.⁵

Anayasa genel ve soyut nitelikte kurallar içeren kanundur. Ancak değiştirilmesi diğer kanunlara göre daha zor koşullara bağlanmıştır ve hiyerarşik olarak daima diğer kanunların üstünde yer almaktadır. Buna anayasanın şekil ve esas bakımından üstünlüğü ilkesi adı verilir.⁶ Anayasanın üstünlüğü ilkesine Türk Hukuku'nda ilk kez 1924 Anayasa'sında yer verilmiştir. 1961 Anayasa'sının 8. maddesi, 1982 Anayasa'sının ise 11. maddesi anayasanın üstünlüğü ilkesine yer vermiştir.⁷

Yasama yetkisinin asli ve genel olması sebebiyle de yasama organı anayasa aykırı olmadığı sürece tüm alanlarda kanun yapma yetkisine sahiptir. Ayrı-

³ Diğer görevleri için bkz. Anayasa md. 87.

⁴ **Teziç**, Erdoğan, Anayasa Hukuku, İstanbul 2009, s. 156.

⁵ Yasama organının yeni anayasa yapıp yapamayacağı konusunda ağır basan görüş tali kurucu iktidarın sil baştan anayasa yapabileceği yönündedir. **Kaboğlu**, İbrahim Ö., Anayasa Kurultayı Amacı ve Anlamı Nedir?, Anayasa Kurultayı - Prof. Dr. Yılmaz Aliefendioğlu'na Armağan, Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi, Ankara 2010, s. 14; **Can**, Osman, Yeni Anayasa Çalışmaları Yöntemine İlişkin Birkaç Not, Anayasa Kurultayı - Prof. Dr. Yılmaz Aliefendioğlu'na Armağan, Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi, Ankara 2010, s. 127; Buna karşılık Anayasanın 175. maddesinin anayasa değişikliğini düzenlediği, bu nedenle tali kurucu iktidarın anayasada sadece değişiklik yapabileceği, buna karşın sil baştan anayasa yapamayacağı görüşü için bkz. **Gözler**, Kemal, Asli Kurucu İktidar - Tali Kurucu İktidar Ayrımı: TBMM Yeni Bir Anayasa Yapabilir mi?, in: Ece Göztepe ve Aykut Çelebi (Editörler), Demokratik Anayasa: Görüşler ve Öneriler, İstanbul 2012, s. 45 vd.

⁶ **Akıylmaz**, Bahtiyar / **Sezginer**, Murat / **Kaya**, Cemil, Türk İdare Hukuku, Ankara 2013, s. 48.

⁷ Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğünü düzenleyen bu maddeye göre; "Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz".

ca Anayasanın 90. maddesi uyarınca da Türk Kanunları'nda değişiklik getiren milletlerarası andlaşmaların onaylanması TBMM'nin bunu bir kanunla uygun bulması şartına bağlanmıştır. Milletlerarası anlaşmayı yürütme organı imzalarsa da, andlaşmanın onaylanmasını TBMM bir kanunla uygun bulmalıdır. 1982 Anayasası'nın 90/2. maddesinde, parlamentonun onayına tabi olmayan andlaşmalar da sayılmıştır. Buna göre, ekonomik, ticari 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 konabilmektedir. Bu takdirde andlaşmalar, yayımlarından başlayarak iki ay içinde TBMM'nin bilgisine sunulmaktadır. Bunun dışındaki andlaşmaların Cumhurbaşkanlığı tarafından onaylanabilmesi için parlamentonun izni şart koşulmuştur. Diğer ülkelerde, uluslararası andlaşmaların Cumhurbaşkanı tarafından onaylanması bakımından parlamentonun izin şartı istisnai, Türkiye'de ise kuraldır.⁸

Bunlar dışında yasama organı, Bakanlar Kuruluna, kanun hükmünde kararname çıkartması için kanunla yetki verebilir. Yasama organı ayrıca sadece parlamentoyu bağlayan ve parlamento dışında uygulama alanına sahip olmayan kurallardan oluşan içtüzük çıkartmaktadır. Kanun dışında yaptığı tüm işlemler ise parlamento kararı olarak adlandırılmaktadır.⁹

B. Yürütme Organının Kural Koyma Yetkisi

Yürütme organının kural koyma yetkisi tali nitelikte bir yetkidir. Bu nedenle ancak üst normun varlığı durumunda buna dayanarak kural koyabilmektedir.¹⁰ Yürütme organının kural koyma yetkisi Anayasanın 91. maddesinde kanun hükmünde kararname¹¹, 115. maddesinde tüzük ve 124. maddesinde yönetmelik çıkartma olarak düzenlenmiştir. Tüzük ve yönetmeliklerin üst normlara aykırı olmayacağı açıkça Anayasa ile hüküm altına alınmıştır.¹²

Yürütme organının, tüzük ve yönetmelik dışında adsız düzenleyici işlemler yapma yetkisinin bulunduğu da kabul edilmektedir. Ancak bu husus tartışmalıdır. Bir görüşe göre idare ancak tüzük ve yönetmelik yapabilir, bunun dışında

⁸ Gözler, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. 2, Bursa 2011, s. 654.

⁹ Atar, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Konya 2011, s. 183.

¹⁰ Danıştay'ın aksi yönde kararları da mevcuttur. Buna göre devlet egemenlik hakkına dayanarak gerektiğinde kanunda düzenlenmeyen bir konuyu düzenleyici işlemle düzenleyebilir. DDK, E. 1976/92, K. 1977/160 KT. 25.3.1977, DD. sy. 28, 29, s. 246, 252.

¹¹ Kanun Hükmünde Kararnemelerin hukuki rejimi, tüzük, yönetmelik ve adsız düzenleyici işlemlerden farklıdır. KHK'nın yargısal denetimi Anayasa Mahkemesine tabi iken diğerleri idari yargı mercilerince denetlenir.

¹² Benzer yönde bkz. AMK, E. 2010/29, K. 2010/90, K. T. 16.07.2010, RG. 04.12.2010, sy. 27775.

başka isimlerle düzenleyici işlem yapamaz.¹³ Bir başka görüşe göre ise idare tüzük ve yönetmelik dışında düzenleyici işlem yapabilir, ancak bu işlemler tüzük ve yönetmeliklerin hangisinin ögelerini taşıyorsa, onun hukuki rejimine tabi tutulmalıdır.¹⁴ Son görüşe göre ise takdir yetkisine sahip olan idare bunun doğal sonucu olarak düzenleme yetkisine sahiptir.¹⁵ Uygulamada, yürütme organının Anayasa’da sayılanlar dışında, ‘karamame’, ‘karar’, ‘tebliğ’, ‘sirküler’, ‘genelge’, ‘ilke kararı’, ‘esaslar’, ‘yönerge’, ‘talimat’, ‘statü’, ‘genel emir’, ‘tenbihname’, ‘genel tenbih’, ‘ilan’, ‘duyuru’, ‘plan’, ve ‘tarife’ gibi değişik isimler taşıyan işlemlerle genel, soyut, sürekli ve kişilik dışı objektif hukuk kuralları koyduğu görülmektedir. Bu tür düzenleyici işlemlere, bunların adı anayasada geçmediği için adsız düzenleyici işlem denmektedir.¹⁶

Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 11/4. fıkrasına göre ise uygulamada birliği sağlamak amacıyla özel hükümler saklı kalmak kaydıyla Resmi Gazete’de yayımlanacak olan adsız düzenleyici işlemlerin karar, tebliğ ve genelge olarak adlandırılacağı hüküm altına alınmıştır.¹⁷

Bu işlemler dışında idareye bazı kanunlarda istisnaen hukuk yaratma yetkisinin tanındığı da görülmektedir. Örneğin 1700 sayılı Dahiliye Memurları Kanunu’nun 27. maddesi vali ve kaymakamlara istisnai hallerde hukuk yaratma yetkisi tanımaktadır.¹⁸ Buna göre kanun, tüzük ve yönetmeliklerde bir olaya ilişkin hüküm bulunmadığı takdirde vali ve kaymakamlar bu olaya uygulanacak kural koyma yetkisini haizdirler.¹⁹

C. Yargı Organının Kural Koyma Yetkisi

Yargı organı içtihadı birleştirme kararları ile kural koyar. İctihadı birleştirme kararları Resmi Gazetede yayınlanır ve konusuna göre yargı mercilerini ve idareyi bağlar. Bunun dışında Medeni Kanunun 1/2. maddesi, kanunda uygulanabilir bir hüküm yada örf ve adet hukukunda bir kural bulunmadığı takdirde hakime kural yaratma yetkisi tanımaktadır. Her ne kadar kural koyarken hakim kuralın mahiyetini genel ve objektif ve benzer olaylara uygulanacak nitelikte belirlese de bu kural sadece görmekte olduğu somut olaya uygulanmaktadır.

¹³ **Yarsuvat**, Duygun, Yürütme Organının Koyduğu Kaidelerle Suç İhdası ve 1961 Anayasası, İÜHFİM, C. 29, sy. 3., İstanbul 1963, s. 543, 544.

¹⁴ **Duran**, Lütfi, İdare Hukuku, İstanbul 1982, s. 389; **Tan**, Turgut/**Gözübüyük** A. Şeref, İdare Hukuku, C. I Ankara 2007, s. 137 vd.

¹⁵ **Günday**, Metin, İdare Hukuku, Ankara 2011, s. 225 vd.

¹⁶ **Gözler**, Kemal, Türk Anayasa Hukukuna Giriş, Bursa 2011, s. 276.

¹⁷ RG. 17.2.2006, sy. 26083.

¹⁸ **Akılmaz/Sezginer/Kaya**, Türk İdare Hukuku, s. 83.

¹⁹ 1700 sayılı Dahiliye Memurları Kanunu md. 27: “Kanun ve nizamnamelerde sarahat olmayan ve hakkında hususi emir bulunmayan mesailde mafevkten istizan imkanı olmadığı takdirde vali, kaymakam ve nahiye müdürleri kendi içtihatlarıyla hareket ederler ve tedbir alırlar.”.

D. Normlar Hiyerarşisi

Hukuk düzeninde birliğin sağlanmasına hizmet eden en önemli unsurlardan bir tanesi de normlar hiyerarşisidir.²⁰ Çünkü normlar hiyerarşisi teorisi, normlar arasında belli bir basamak belirleyerek hukuk düzeninin uyum içinde işlemlerini sağlamaktadır. Bu teori temelini Hans Kelsen'den almaktadır. Buna göre normlar arasında aynı basamakta yer alan normlar ve farklı basamakta yer alan normlar birbirinden ayırılmaktadır.²¹ Ayrıca normlar arasında bir hiyerarşi kurulmakta üstte yer alan norm altta yer alan normun kaynağı olmaktadır. Bu nedenle de altta yer alan norm üstteki norma uygun olmak zorundadır. En üst hiyerarşide yer alan anayasa ise altta yer alan tüm normların geçerlilik sebebi sayılmaktadır.²² Normlar arasındaki bu hiyerarşi normların sahip olduğu gücü göstermektedir. 1982 Anayasası da başlangıç kısmında, 11, 115 ve 124. maddelerinde en üstten başlayarak en alttaki norma kadar bir hiyerarşi olduğunu ve üst norma uyma zorunluluğunu açıkça hüküm altına almıştır.

Yukarıda ifade edildiği üzere her üç erkin de kural koyma yetkisi bulunmaktadır. Mevzubahis kurallar da normlar hiyerarşisinde, hiyerarşik olarak anayasa, kanun, milletlerarası andlaşma, kanun hükmünde kararname, içtihatları birleştirme kararları, tüzük, yönetmelik ve adsız düzenleyici işlemler olarak sıralanmaktadır. Ancak normlar hiyerarşisi açısından milletlerarası andlaşmaların nerede yer alacağı hususunda farklı yaklaşımlar vardır. Kanunun üstünde²³ ya da eşit düzeyde²⁴ yer aldığı konusunda, görüşler mevcuttur. Farklı yaklaşımların kaynağı Anayasanın 90. maddesinde düzenlenen milletlerarası andlaşmalarla ilgili maddenin neredeyse her fıkrasında farklı hukuki sonuçların düzenlenmesidir. Özellikle Anayasa 90/son hükmünde yer alan "usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar-

²⁰ **Scholzen**, Hans, Nichtigkeit oder Vernichtbarkeit verfassungswidriger Rechtsnormen, Eine verfassungsrechtliche Untersuchung des Rechtsschicksals verfassungswidriger Gesetze und darauf gegründeter Einzelakte, Düsseldorf 1977, s. 38.

²¹ **Scholzen**, Nichtigkeit oder Vernichtbarkeit verfassungswidriger Rechtsnormen, s. 39.

²² **Kelsen**, Hans, Reine Rechtslehre, Wien 1960, s. 198.

²³ **Soysal**, Mümtaz, Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler, Anayasa Yargısı 2, Ankara 1996, s. 16; Temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar bağlamında bkz. **Arslan**, Zühtü, Anayasa Teorisi, Ankara 2005, s. 226; Hatta İnsan haklarına ilişkin uluslararası andlaşmaların uluslararası hukuk kuralı olarak anayasa üstü değer taşıdığı bahisle anayasa üstünde görüşler de mevcuttur. **Tanör**, Bülent/**Yüzbaşıoğlu** Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2001, s. 478; **Yüzbaşıoğlu**, Necmi, Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine, İnsan Hakları Merkezi Dergisi, C. II, Mayıs 1994, sy. 1 s. 34; Milletlerarası andlaşmalara kanun üstü bir değer verilmesine eleştirel yaklaşım için bkz. **Gözler**, Kemal, Milletlerarası Andlaşmalara Kanun Üstü Bir Değer Tanınabilir mi? (Anayasa Değişikliği Teklifi Hakkında Bir Eleştiri), www.anayasa.gen.tr/madde90.htm. (Erişim Tarihi, 31.10.2013).

²⁴ **Özbudun**, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2002 s. 212.

la kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır” hükmü nedeniyle bu konuda milletlerarası andlaşma ile kanunun çatışması durumunda milletlerarası andlaşmaya öncelik tanınmıştır. Bu hüküm kanun ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmanın çatışması durumunda idarenin kanun hükmünü ihmal edeceği sonucunu da doğurmaktadır.²⁵

Normlar hiyerarşisinde aynı düzeyde yer alan düzenleyici işlemler arasında hiyerarşi olup olmadığı hususunda farklı görüşler bulunmaktadır. Özellikle yönetmelik çıkartma yetkisinin başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerine tanınması ve ayrıca bakanlar kurulunun da yönetmelik çıkartabileceğinin kabul edilmesi, yönetmelikler arasındaki hiyerarşi tartışmasını beraberinde getirmiştir.

²⁵ İdarenin milletlerarası andlaşmaları uygulamadığı, daha çok kanunları uyguladığı görülmektedir. Örneğin 3201 sayılı Kanununun 5/1. maddesine göre yurt dışındaki sigortalılık süreleri; “Yurt dışındaki sigortalılık sürelerinin tespitinde, bunu belirten ve istek sahibinin ibraz edeceği ispatlayıcı belgelerde kayıtlı bulunan tarihler arasındaki son tarihten geriye doğru olmak üzere gün sayıları esas alınır” hükmünü içermekteydi. Buna karşılık Türkiye Cumhuriyeti ile Almanya Federal Cumhuriyeti Arasında Sosyal Güvenlik Sözleşmesi’nin (RG. 10.04.1964, sy. 11976) 29. maddesinde Türk Sosyal Sigorta Mercii için geçerli olan hususlar düzenlenmiştir. Bu maddenin 4. bendine göre “Bir kimsenin Türk sigortasına girişinden önce bir Alman rant sigortasına girmiş bulunması halinde, Alman Rant Sigortasına girişi, Türk Sigortasına giriş olarak kabul edilir” 5. Bendinde ise “Türk mevzuatına göre sigortaya devam hususunda, Alman mevzuatına göre geçen sigortalılık süreleri nazara alınır” hükmüne ve Yargıtay’ın içtihatları andlaşmanın uygulanması yönünde olmasına rağmen Sosyal Güvenlik Kurumu işe başlama tarihi açısından milletlerarası andlaşma hükmünü uygulamamaktadır.. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 28.03.2012 tarihli ve 2012/10-27 Esas, 2012/254 Karar sayılı kararında, ilgili davacının Türkiye’de sigorta başlangıç tarihinin yurt dışında işe başlama tarihi olarak kabul edilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. Yargıtay’ın gerekçesi şu şekildedir. “Yurt dışında çalışan Türk vatandaşlarının sigortalılık başlangıcı yönünden, buldukları ülke ile yapılan ikili uluslararası sosyal güvenlik sözleşmelerinde açık hüküm bulunmayan veya hiç sözleşme yapılmayan ülkelerde bulunanların durumu 3201 Sayılı Kanununun 5. maddesinde düzenlenmiştir... davacının çalışmalarının geçtiği Almanya ile 2.11.1984 tarihinde imzalanan Türk Alman Sosyal Güvenlik Sözleşmesine Ek Sözleşmenin 29. maddesinin 4. bendi hükmü uyarınca yurtdışında ilk defa çalışmaya başladığı tarih olarak kabul edilmesi gerekmektedir... aynı konu hakkında bir tarafta iç hukuk alanında kabul edilen bir yasa kuralı diğer tarafta uluslararası sözleşmede yer alan farklı bir düzenleme çıkmaktadır. Bu sorun kurallar kademelenmesindeki (Normlar Hiyerarşisindeki) sıralamaya göre çözümlenmesinde kuşku bulunmamaktadır. Öncelikle belirtmelidir ki; Anayasamızın 90/son maddesinde öngörüldüğü üzere; yöntemine göre yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşmeler kanun hükmündedir. Öyle ki, bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine dahi başvurulamaz. Anayasa; böylece uluslararası sözleşmenin bir kuralını iç hukuk açısından <Yasa> gücünde görmüş <normlar hiyerarşisi> yönünden daha alt sırada kabul etmemiştir. Bu durumda denilebilir ki, uluslararası sözleşmenin bir kuralına, uygulanma açısından yasal güç tanımak Anayasal bir zorunluluktur”. Kanun Koyucu idarenin andlaşma hükmünü uygulamaması üzerinde 6552 sayılı Kanunla 3201 sayılı Kanunda değişikliğe gitmiş ve 5. maddede açıkça “uluslararası sosyal güvenlik sözleşmelerinde Türk sigortasına girişinden önce âkit ülke sigortasına girdiği tarihin Türk sigortasına girdiği tarih olarak kabul edileceğine ilişkin özel hüküm bulunan ülkelerdeki sigortalılık sürelerini borçlananların âkit ülkede ilk defa çalışmaya başladıkları tarih, ilk işe giriş tarihi olarak kabul edilir” hükmünü getirmiştir.

Aynı hiyerarşi içerisinde yer alan makamların çıkarttığı yönetmelikler arasındaki hiyerarşi, yönetmelik çıkararak makamın hiyerarşisine göre belirlenmektedir.²⁶ Buna karşın aralarında hiyerarşi bulunmayan idarelerin çıkarttığı yönetmelikler arasında hiyerarşi olup olmadığı hususunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre gerek merkezden yönetim kuruluşları ve yer bakımından yerinden yönetim kuruluşları ve gerekse hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşları arasında hiyerarşi olmaması nedeniyle, merkezi idarenin düzenleyici işlemlerinin ya da yerinden yönetim kuruluşlarının diğer yerinden yönetim kuruluşlarının düzenleyici işlemlerinden üstün olmadığı ifade edilmektedir.²⁷ Buna karşın düzenleyici işlemler arasındaki hiyerarşinin, bunları çıkartan makamın idari teşkilat içindeki yerine göre tespit edilemeyeceği de ifade edilmektedir.²⁸ Buna göre düzenleyici işlemler arasındaki hiyerarşi idarelerin yerine getirdikleri görev ve kamu hizmeti çerçevesinde yapacakları düzenlemelerde içerik bakımından genel ve özel düzenleme ilişkisine göre belirlenebilir. Yani Bakanlar Kurulu'nun, Bakanlıklardan ve YÖK'ün de üniversitelerden daha genel düzenleme yapma yetkisine sahip olması nedeniyle hiyerarşik olarak daha üstte yer almaktadır. Kanunkoyucu da düzenleyici işlemler arasındaki hiyerarşiyi bazı kanunlarda hüküm altına almıştır. Örneğin, Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun 14/5. maddesine göre ilçe belediyelerinin bir düzenleyici işlem olan uygulama imar planları, büyükşehir belediyelerinin çıkarttığı nazım imar planına uygun olmak zorundadır. Bu hükme göre Büyükşehir Belediyesinin çıkarttığı nazım imar planı, ilçe belediyesinin çıkarttığı uygulama imar planının üstünde yer almaktadır.

Pozitif düzenlemeler ile getirilen normlar dışında hukukun genel ilkeleri gibi anayasaüstü normların varlığı ve bunların anayasayla çatışması durumunda hangisinin uygulanacağı hususunda tartışmalar mevcuttur.²⁹ Ancak, konuyu sınırlama amacıyla bu makalede sadece pozitif düzenlemeler arasındaki çatışmalar ele alınacaktır.

III. NORMLARDA ÇATIŞMA SORUNU

Normlar arasındaki çatışma, aynı olaya ilişkin uygulanacak birden fazla normun mevcut olması, bunların aynı konuyu farklı şekilde hüküm altına alması, yani farklı içeriğe sahip olması ve uygulandığında farklı hukuki sonuçlar

²⁶ **Güneş**, Turan, Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, Ankara 1965, s. 189; **Gözler**, Kemal, İdare Hukuku Dersleri, Bursa 2014, s. 445 vd.

²⁷ **Gözler**, İdare Hukuku Dersleri, s. 446.

²⁸ **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, Türk İdare Hukuku, s. 69; Benzer şekilde **Güneş**, Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, s. 192, 193.

²⁹ **Wolff/Bachof /Stober**, Verwaltungsrecht I, s. 291 vd.; Bu konuda bkz. **Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, s. 152 vd.

doğurması durumunda söz konusu olmaktadır.³⁰ Hukuk düzenine ihdas edilen her yeni norm hukuki değişikliği de beraberinde getirmektedir.³¹ Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 4/1-a maddesinde de belirtildiği üzere, hazırlanan mevzuat taslaklarının üst normlara aykırı olmaması gerekmektedir. Ancak her mevzuat taslağında bunun gerçekleştirilmesi mümkün olamamaktadır. Hatta Bakanlıklar, çıkarttıkları genelgeler ile, idarelerin çıkartacakları yönetmelik ve diğer düzenleyici işlemlerde üst normlara uygunluğa dikkat etmeleri gerektiğine ve özellikle kanun değişikliklerinde düzenleyici işlemleri bu üst normlara uygun hale getirmeleri gerektiğine dikkat çekmektedir.³² Muhtemel bir norm çatışmasını önlemek için sadece üst normlara uygunluğun araştırılması yeterli değildir. Yürürlüğe girecek bir üst normun aynı zamanda alt normlarla uyum içinde olup olmadığı, çatışan alt normların çıkartılacak üst normla uyum içinde olmasını sağlamak amacıyla alt normun değiştirilmesi için de gerekli sürecin işletilmesi gerekmektedir.³³

Normlar arasında çatışma çıkmasının en önemli nedenlerinden biri kural koyma tekniğidir. Norm yürürlüğe girdiğinde aynı hiyerarşideki bir önceki düzenlemeyi iptal ettiğini açık bir şekilde belirtiyorsa zaten norm çatışmasını da ortadan kaldırıyor demektir. Her ne kadar Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 4/1-ç maddesinde, hazırlanan taslaklarda düzenlenen alana ilişkin mevzuatın tamamının gözden geçirilerek, gerekiyorsa mevcut hükümlerde gerekli değişikliklerin yapılacağı veya kaldırılacağı belirtilse de, kanunlar açısından bunun kısmen söz konusu olduğu görülmektedir. Özellikle “*Torba Kanun*” olarak adlandırılan kanun yapımında birden çok kanunda değişikliğe gidilmekte ve hangi maddelerin yürürlükten kaldırıldığı da açıkça düzenlenmemektedir. Bu değişikliklerin birçoğu önceki hükümleri zımnen ilga etse de, uygulayıcılar tarafından bunun tespit edilemediği görülmektedir. Buna karşılık idarenin düzenleyici işlemlerinde, çoğunlukla, usulde paralellik ilkesinin de bir gereği olarak sonraki düzenlemenin önceki düzenlemeyi açıkça yürürlükten kaldırdığı hüküm altına alınmaktadır. Ancak farklı düzenleyici işlemlerle çatışma söz konusu olabilmektedir.

³⁰ **Maurer**, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, München 2004, s. 83; **Heckmann**, Dirk, Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen. Elemente einer Theorie der autoritativen Normgeltungsbeendigung, Tübingen 1997, s. 142

³¹ **Heckmann**, Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen, s. 151.

³² Örneğin, büyükşehir belediyelerince yapılacak imar yönetmeliği revizyon çalışmalarında; Planlı Alanlar Tip İmar Yönetmeliği'nin genel hükümlerine, tanımlar ve ruhsata ilişkin hükümlerine aykırı hükümlere yer verilmemesi, Tip İmar Yönetmeliği'nde parsel ve yapılaşmaya ilişkin olarak belirlenen azami veya asgari sınırlarının, uygulama imar planı ile hüküm getirilmeksizin sadece yönetmelik hükmü olarak aşılması gerekmektedir. Bayındırlık ve İskan Bakanlığının 31.10.2008 tarih ve 2008/11 sayılı Genelgesi http://sgb.csb.gov.tr/mevzuat/dosyalar/r_20130923004446599_8ecc0d93-efe9-4d28-b2eb-01e10622e849.pdf (E. T. 23.03.2014)

³³ **Heckmann**, Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen., s. 152.

Normlar hiyerarşisinde çatışma aynı düzeydeki normlar arasında çıkabileceği gibi farklı düzeyde normlar arasında da çıkabilmektedir. Ancak aynı düzeyde normlar arasında bir çatışmanın çıkması ve bunun giderilmesi ile farklı düzeyde normlar arasındaki çatışmanın giderilmesinde başvurulacak yöntemler birbirinden farklılık arz etmektedir. Normların çatışmasında hangi normun uygulanacağı Lex Superior, Lex Posterior ve Lex Specialis ilkelerine göre tespit edilmektedir. Ancak doktrinde bu ilkelerin içerikleri, düzeyleri ve hukuki sonuçları sebebiyle hala yetersiz olduğu ve de tartışmalı olduğu ifade edilmektedir.³⁴

Bu teoriye tamamen karşı çıkanlar da bulunmaktadır. *Merkel* üst normun, alt normun temel esaslarını kapsadığını ifade etmektedir.³⁵ Bu nedenle kanun koyucunun prensipte daha sonradan koyduğu kuralın daha önce koyduğu kuralla çatışır nitelikte bir kural koyamayacağı, önce konulmuş kuralın hukuk düzeninde yer aldığı, sonraki kanunla önceki kanunun kaldırılabilmesinin ancak pozitif bir düzenleme ile verilecek bir yetkiye dayanabileceği, bunun sonucu olarak da özellikle *Lex Posterior* ilkesinin önceliğinin pozitif bir düzenlemeyle hüküm altına alınması gerektiği ifade edilmektedir.³⁶ Diğer taraftan, bahsi geçen ilkelere normu ilga eden (kaldıran) bir gücünün olmadığı, daha çok anayasal sınırlar doğrultusunda kural koyma ya da kural değiştirmeye hizmet eden yorum ilkeleri olarak ele alınması gerektiği ifade edilmektedir.³⁷

Normlar arasında çatışmayı giderici bu ilkelerin hukukun farklı dallarında farklı uygulandığı görülmektedir.³⁸ Ayrıca bu ilkeler, hukukta mantık ilkeleri, hukukun genel ilkeleri, yorum ilkeleri, örf ve adet ilkeleri; basit hukuki kavramlar ve hatta kesin geçerliliği olan kurallar olamayacağı şeklinde kategorize

³⁴ **Vranes**, Erich, Lex Superior, Lex Specialis, Lex Posterior- Zur Rechtsnatur der "Konfliktlösungsregeln", ZaöRV 2005, s. 391.

³⁵ **Scholzen**, Nichtigkeit oder Vernichtbarkeit verfassungswidriger Rechtsnormen, s. 40.

³⁶ **Merkel**, Adolf, Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues. in: Verdross, Alfred (Hrsg.), Gesellschaft, Staat und Recht. Festschrift Hans Kelsen zum 50. Geburtstag gewidmet, (unveränderter Nachdruck der Ausgabe von Julius Springer, Wien 1931) Frankfurt am Main: Sauer und Auvermann 1967, s. 252, 294; Nakledebn: **Borowski**, Die Lehre von Stufenbau des Rechts nach Adolf Julius Merkel, s. 135.

³⁷ Çatışmayı giderici ilkeler, çatışma halindeki normlar açısından doğru anlamın belirlenmesinde bir yorum ilkesi olarak görülebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Vranes, ZaöRV 2005, s. 398 vd.

³⁸ Özellikle uluslararası hukukta 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 30. maddesi aynı konu hakkında birbirini takip eden anlaşmaların uygulanmasını hüküm altına alırken normlar arası çatışmayla ilgili bahsi geçen ilkelerin hepsinin uygulanmasını, aynı düzeyde olan andlaşmalar için öngörmüştür. Bu nedenle de çatışmayı çözecek kurallar arasında hiyerarşi olmadığından hangi ilkenin uygulanacağı sorusu akla gelmektedir. **Alexy**, Robert, Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, 2. Aufl. Baden- Baden 1991, s. 303. Ceza Hukuku alanında ise samimî lehine olan kanun uygulanır ilkesi gereğince bu ilkelerin uygulanma kabiliyeti güçleşecektir.

edilmektedir.³⁹ Ancak hayatın her alanındaki değişikliklere paralel olarak hukuk da değişmekte ve gelişmektedir. Hızlı değişim norm çatışmalarına neden olabilmekte ve bu çatışmaların da bir şekilde giderilmesi gerekmektedir. Bundan dolayıdır ki bu ilkelerle getirilen çözüm yolu, hukuk sisteminin yapısından kaynaklanan zorunlu bir sonuçtur. *Kelsen* normlar arası çatışmayı, mantık çatışmasında olduğu gibi anlamsız⁴⁰ ve norm koyucunun kendi kendine itirazı (*ein normwidrige Norm ist ein selbstwiderspruch*) olarak görmektedir.⁴¹ Dolayısıyla, kural koyan organın koyduğu kurallar arasında çıkan çatışma aslında organın kendi kendine itirazı anlamına gelmektedir. Bunlar birlikte değerlendirildiğinde kural koyan organın birbiri ile çatışan norm ihdası bir mantık çatışmasıdır ve bunun giderilmesi gerekmektedir.

A. Normlar Hiyerarşisinde Altta Yer Alan Normun Üst Norm ile Çatışması

1. Genel Olarak

Normlar hiyerarşisinde yasama organının koyduğu kurallar arasında çatışma çıkabilmektedir. Bu bağlamda kanunlar anayasa ile çatışabilmektedir. Yürütme organının koyduğu kurallar anayasa ya da kanunla çatışabileceği gibi kendi arasında da çatışabilmektedir. Anayasa'nın 115. maddesine göre tüzük, kanunların uygulanmasını göstermek, 124. maddeye göre yönetmelik, kanunun ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak için yapılabilir. Bu nedenle üst norma uygun olunmalıdır. Yasama organının tekeline verilmiş temel hak ve özgürlüklerle ilgili konuda düzenleyici işlemle hüküm konulması, fonksiyon gaspı nedeniyle yokluk hükmündedir.⁴² Her ne kadar bunun tespiti mahkemece yapılırsa da mahkeme aşamasına gelmeden yasama organının iradesine müdahale edilmesi nedeniyle bunun ihmal edilmesi gerekir. Buna karşılık uygulamasını gösterirken ayrı yükümlülükler getirmesi durumunda da konu bakımından sakatlık söz konusu olacaktır.

İdarenin, kanunla hüküm getirilmeyen bir konuya ilişkin olarak tüzük veya yönetmelikle düzenleme yapamayacağı kuşkusuzdur.⁴³ *Danıştay*, düzenleyici işlemin hiyerarşik olarak bağlı bulunduğu üst hukuk normlarında açık bir düzenlemeye yer verilmediği durumlarda bir hakkın kullanımının engellenmesi ya

³⁹ Ayrıntılı olarak bkz. *Vranes*, ZaöRV 2005, s. 393 vd.

⁴⁰ *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, s. 209 vd.

⁴¹ *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, s. 271 vd.

⁴² DİDDGK, E. 2008/2358, K. 2012/2133, K. T. 20.11.2012, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/iddgk-2008-2358.htm>; D.10.D, E. 2013/8108 sy. YD Kararı, KT. 27.12.2013 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/10d-2013-8108.htm>.

⁴³ D.5.D, E.2010/817, K. T. 25.06.2010 YD Kararı <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/5d-2010-817.htm> (E.T. 27.03.2014).

da kısıtlanması sonucunu doğuran bir başka düzenleme yapılmasının hukuken mümkün olmadığını ifade etmektedir.⁴⁴ Ayrıca yönetmelikler, düzenleniş amacına aykırı olarak, üst hukuk kurallarında öngörülen çerçeve ve yetkiyi aşar nitelikte düzenleme getirmezler.⁴⁵ Yönetmelikle kanun maddesi sınırlandırılmayacağı gibi⁴⁶ kanunda yer almayan bir kısıtlama da getirilemez.⁴⁷ Bazı kararlarında *Danıştay*, yönetmelikleri, üst normlara aykırı olmasa da genel ilkelere aykırılık sebebiyle hukuka aykırı görmüştür.⁴⁸ Adsız düzenleyici işlemlerin de üst normlara uygun olması gerekmektedir.⁴⁹

2. Özel Bir Düzenleyici İşlem Türü Olarak İmar Planları

Bazen üst yönetmelikler, düzenleme alanı ile ilgili alt düzenleyici işlemlerin varlığı halinde öncelikle bu düzenleyici işlemlerin uygulanacağını hüküm altına almaktadırlar. Örneğin Planlı Alanlar Tip İmar Yönetmeliği'nin 2/1. maddesine göre; proje hazırlanması yapı ruhsatı ve arazi düzenlemesine ilişkin uygulamalar planlı alanlar tip imar yönetmeliği ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının çıkartacağı imar yönetmeliklerine göre yapılmaktadır. Bu yönetmeliklerde yer alan genel hükümler, tanımlar ve ruhsata ilişkin hükümler, planlarla ve ilgili idarelerce çıkarılacak yönetmelikleri değiştirmeyeceği dolayısıyla aykırı olmayacağı ifade edilmektedir. Devamında ise istisnalar getirilmekte ve bu belirtilen hükümler dışındaki hususlarda ise uygulama imar planının öncelikle uygulanacağı düzenlenmektedir. 2. fıkrada Bakanlar Kurulu kararı ile uygulama ve yatırımlarda, bedeli kamu kaynağı kullanılarak yapılan kamu yatırımlarında

⁴⁴ D.8.D E. 11333 Sayılı YD kararı, K. T. 16.7.2013, http://www.danistay.gov.tr/kararlar/2012_11333.pdf (E. T. 18.2.2014); D.8.D, E. 2013/413 sayılı YD. Kararı, K. T. 12.09.2013, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/8d-2013-413.htm> (E. T. 25.03.2014). Kanunla düzenlenmeyen bir konunun yönetmelikle düzenlenemeyeceği, Özürlüler Veritabanı Oluşturulmasına ve Özürlülük Bilgisinin Nüfus Cüzdanında Yer Almasına Dair Yönetmelikle özürlülük bilgisinin nüfus cüzdanında yer almasının hukuki dayanağının bulunmadığı belirtilmiştir. Ayrıca bu kişilik haklarına da aykırı bulunmuştur. DİDDGK, E. 2008/1763, K. 2012/2340, K. T. 28.11.2012, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/iddgk-2008-1763.htm>

⁴⁵ D.13. D, E. 2005/213, K.2005/1558, K. T. 16.3.2005.

⁴⁶ Adalet Bakanlığı tarafından çıkartılan "Hükümlü ve Tutukluların Ziyaret Edilmeleri Hakkında Yönetmelik" in 14. maddesi hükümlü ve tutukluları ziyaret edebilecek kişileri düzenlemiş, bu hükmün iptali için açılan davada *Danıştay*, kanun maddesini sınırlandıran yönetmelik maddesini hukuka aykırı bulmuştur. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>; benzer karar D.10.D., E. 2006/5393, K. 2009/10123, K. T. 2.12.2009, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>

⁴⁷ D.13.D, E. 2005/63, 2005/3312, K. T., 28.06.2005, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>

⁴⁸ D.5.D, E. 2001/1683, K. 2004/3371, K. T. 29.9.2004, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/5d-2001-1683.htm> (E. T. 27.03.2014)

⁴⁹ Genelge ile yönetmeliklere aykırı hükümler getirilemez. D.10.D, E. 2012/335, K.T. 20.04.2012 YD kararı <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (E. T. 25.03.2014)

öncelikle imar planlarının imar planlarında hüküm bulunmaz ise, bu yönetmelik hükümlerine uyulur, denilmek suretiyle uygulama önceliğini imar planlarına tanımıştır. 3. fıkrada ise alt kademe planların, üst kademe planların kesinleştiği tarihten itibaren en geç bir yıl içinde ilgili idarece üst kademe planlara uygun hale getirilmesi zorunludur demek suretiyle normlar hiyerarşisine uygun hale getirilmesi istenmektedir.

Yönetmelik, sadece imar planlarının bakanlar kurulu kararı ile uygulama ve yatırımlarda, bedeli kamu kaynağı kullanılarak yapılan kamu yatırımlarında imar planlarının yönetmelik hükümleri ile çeliştiğinde öncelikle uygulanacağını ifade etmektedir. Bu düzenleme alt normun üst normu değiştirebileceği veya öncelikle uygulanacağını düzenlemesi nedeniyle de normlar hiyerarşisi bakımından çelişkili bir sonuç doğurmaktadır. Yukarıda ifade edildiği üzere alt norm kaynağını üst normdan alır ve ona aykırı olamaz, aykırılık söz konusu ise öncelikle üst norm uygulanır. İmar hukukunun genel olarak çok özel bir alan olan çevre ve şehircilik alanlarını düzenlemesi sebebiyle bu hizmetlerin yerine getirilmesinde yerelliğin önem taşıması ve ona göre hizmet üretme söz konusu olduğundan imar planları önem taşımaktadır. Ancak bu durum normlar hiyerarşisindeki sıralamayı değiştirme yetkisi doğurmaz. Aksi takdirde bütün normlar için keyfi bir uygulama söz konusu olabilir. Bu nedenle yönetmeliğin yukarıdaki hükmünde imar planları yapılırken uyulması gereken zorunlu hususlar belirtilmiştir. Diğer hususlarda zaten mahalli idarelere yetki tanınmış ve imar planlarının öncelikle uygulanacağı ifade edilmiştir. Bu nedenle tali hususların yönetmelikle değil doğrudan idarece kararlaştırılması normlar hiyerarşisi bakımından da uygun olacaktır. Kısacası, yönetmelikte belirlenen temel alanların düzenlenmesi diğer alanlarda düzenlemelerin doğrudan imar planları ile yapılması yönünde doğrudan mahalli idarelere yetki tanınması uygun olacaktır. Buna karşın *Danıştay*, imar planlarını imar yönetmeliklerine göre üst norm niteliğinde görmekte ve bu nedenle öncelikle imar planlarının uygulanması zorunluluğuna işaret etmektedir.⁵⁰ Ancak diğer taraftan yönetmelikler, Anayasa'nın 124. maddesinde sayılan bir işlem türüdür. Buna karşın imar planları adsız düzenleyici işlemdir. Bu nedenle hiyerarşik olarak İmar Yönetmeliğinin altında yer alır. Diğer taraftan idare, hukuk kurallarını daha az soyut olandan, yani daha somut olandan uygulamaya başlar.⁵¹ Dolayısıyla aynı konuda birden fazla kural varsa daha az soyut olan kurallar uygulanmaktadır. Bu nedenle de öncelikle imar pla-

⁵⁰ İmar hukukunda imar planlarının yönetmeliklere nazaran üst norm olduğu, imar planındaki kurala uyma zorunlu olduğu, olayda yürürlükteki imar planına göre dava konusu parselde tek yapı yapılabileceği öngörüldüğü buna karşı yönetmelikte bir parselde birden fazla yapı yapılmasını düzenleyen yönetmelik hükmü uygulanamaz. D.6.D, E. 1988/1496, K. 1989/408, K.T. 22.02.1989; Benzer şekilde <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/6d-1988-1496.htm> (E.T. 25.03.2014); Kalabalık, Halil, İmar Hukuku Dersleri, Ankara 2013, s. 464.

⁵¹ **Akılmaz/Sezginer/Kaya**, Türk İdare Hukuku, s. 47.

nı uygulanır. İmar planları hazırlanırken İmar Yönetmeliklerine uyulması zorunludur. Diğer taraftan imar planlarında bina kitle ölçüleri gibi birtakım hususlara yer verilmemişse bu durumda Planlı Alanlar Tip İmar Yönetmeliği uygulanır.⁵²

B. Normlar Hiyerarşisinde Aynı Düzeyde Yer Alan Normlar Arasında Çatışma

Normlar hiyerarşisinde aynı düzeyde yer alan normlar arasında çatışma çıkması durumunda hangi normun uygulanacağı hususunda sonraki kanun önceki kanunu ilga eder (*Lex Posterior derogat legi priori*) ya da özel kanun genel kanunları ilga eder - (*Lex Specialis derogat legi generali*) ilkesi uyarınca hangi normun uygulanacağı belirlenebilmektedir. Bu ilkeler çatışan hukuk kurallarını aynı usul süreci izlenerek aynı organ tarafından konması durumunda geçerlidir. Burada organların eşitliğine ve usul süreçlerine bir müdahale söz konusu olmamaktadır.⁵³ Dolayısıyla kanun koyan yasama organı kendi içerisinde, düzenleyici işlem yapan yürütme organı da kendi içinde ve usul sürecinde eşit değerde koyduğu kuralların çatışmasının önlenmesi bu ilkeler aracılığı ile sağlanmaktadır.

Anayasa ile düzenleyici işlemler arasında da çatışma çıkabilir. Ancak buna rağmen idarenin düzenleyici işlemi uygulaması durumunda idari yargıda dava açma imkanı bulunmaktadır.⁵⁴

1. Lex Posterior İlkesi

Lex Posterior ilkesi daha çok aynı düzeyde yer alan normlar hakkında uygulanmaktadır. Bunun temelinde kural koyma yetkisi tanınmış organa, kuralı değiştirme ve kaldırma yetkisinin de verilmiş olması yatmaktadır.⁵⁵ Bu nedenle bu ilkenin uygulanmasında kural koyan organın aynı olması ve çatışmaya neden olan ve aynı konuyu düzenleyen normların konulmasında zaman farkı olması gerekmektedir.⁵⁶ Farklı düzeyde yer alan normlar açısından uygulanması güçtür. Bir kanun sonraki tarihli olsa da anayasaya uygun olmak zorundadır. Bir tüzük sonraki tarihli olsa da kanun ve anayasaya uygun olmak zorundadır. Bunun gibi yönetmelik ve diğer adsız düzenleyici işlemler sonraki tarihli olsa da üst normlara uygun olma zorunlulukları vardır. Dolayısıyla *Lex Posterior* ilkesine göre normlar hiyerarşisinde aynı düzeyde yer alan iki norm arasında bir çatışma var-

⁵² Ergen, Cafer/Böke, Veli, Kaçak Yapı, Ankara 2005, s. 17.

⁵³ Callias/Ruffet, EGV/EUV-AEUV Art. 288, 2011, Rn. 13.

⁵⁴ D.7.D, E. 2007/6465, K. 2009/1777, K. T. 2.4.2009
<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/7d-2007-6465.htm>

⁵⁵ Kelsen, Reine Rechtslehre, s. 210.

⁵⁶ Kelsen, Reine Rechtslehre, s. 210.

sa bu durumda daha sonradan kabul edilmiş norm uygulanacaktır. Burada sonraki norm öncekini zımnen ilga etmektedir.⁵⁷ Ancak bu genelleme her zaman doğru sonuç vermemektedir. Özellikle önceki norm özel sonraki norm genel ise sonraki norm önceki özel normu ilga etmemektedir. Burada normun hangi kapsamda düzenlendiği önem taşımaktadır. Norm çatışmasının ayrı düzenleme ya da aynı düzenleme içinde yer alan normların arasında çıkması bakımından farklılık söz konusudur. Aynı düzeyde yer alan kanunlar arası, karameneler arası, tüzük, yönetmelik ve diğer düzenleyici işlemler arasında ya da kendi içlerinde çatışma da yaşanabilir. Aynı düzeyde yer alan iki normun çatışması durumunda *Lex Posterior* ilkesinden ziyade *Lex Specialis* ilkesini uygulanır.⁵⁸ Ancak hukukun bazı dallarında bunun istisnaları söz konusu olabilmektedir. Özellikle ceza hukukunda suç tarihi itibarıyla sanığın lehine olan norm uygulanacağından, suç işlendikten sonra yürürlüğe giren bir norm sanığın aleyhine ise suç tarihinde yürürlükte olan norm uygulanacaktır.

2. Lex Specialis İlkesi

Lex Specialis ilkesinde genel - özel hüküm ayrımı yapılır ve aynı düzeyde yer alan normlar arasında uygulanır. Buradaki çatışma aynı düzeyde yer alan hükümler arasında⁵⁹ (kanun-kanun, tüzük-tüzük, yönetmelik-yönetmelik) olabileceği gibi aynı düzeyde yer alan farklı normlar arasında da olabilir. Bu durumda özel kanun genel kanun ya da özel hüküm genel hüküm ayrımına neden olur. *Lex Specialis* ilkesine göre özel kanun ya da hüküm niteliğindeki kural genel hükümden önce gelir. Bu durumda genel hükmün uygulanması ihmal edilir. Ancak burada karşımıza çıkan diğer bir durum birbiri ile çatışan hükümler aynı özel düzenleme yada genel düzenleme içerisinde yer alıyorsa hangi normun uygulanması gerektiğidir. Eğer farklı tarihlerde yürürlüğe girmişlerse bu durumda *Lex Posterior* ilkesine göre çözüm mümkündür. Ancak buna karşın çok zor da olsa bu hükümler aynı tarihte yürürlüğe girmişse bu hükmün ikisinin paralel uygulamasının imkansız olması ve bu hükümlerden birini diğerine tercih etme yetkisinin olmaması nedeniyle birbiri ile bağdaşmayan bu hükümlerin

⁵⁷ **Gözler**, Kemal, Hukuka Giriş, Bursa 2013, s. 343.

⁵⁸ **Gözler**, Hukuka Giriş, s. 343 vd.

⁵⁹ DMK m. 10/3'e göre; "Amir, maiyetindeki memurlara kanunlara aykırı emir veremez" hükmünü içermektedir. Buna karşılık m. 11/2 ise "Devlet memuru amirinden aldığı emri, anayasa, kanun, tüzük ve yönetmelik hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Amir emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilirse, memur bu emri yapmağa mecburdur" hükmü ile amirin verdiği emri yazılı teyit etmesi durumunda memura hukuka aykırı emri yerine getirme yükümlülüğü yüklemektedir. Dolaylı olarak da sorumluluk amirin kendinde kalmak kaydıyla hukuka aykırı emir verme yetkisi tanınmaktadır. Buna karşın memurun suç teşkil eden emri yerine getirmeyeceği düzenlenmektedir. Burada çelişen iki hükümden sonraki özel hükümdür. İki arasındaki çatışmada bu hükmün uygulanması gerekmektedir.

birbirini yok ettiğini kabul etmek ve gerçek kanun boşluğu varmış gibi hakimin hukuk yaratma yoluna gidileceği doktrinde ifade edilmektedir.⁶⁰ Buraya kadar hukuka aykırılık durumunda uygulanacak normlar arasında çatışma durumunda hangi normun uygulanacağından bahsettik ancak burada asıl sorun izah edilen ilkelerin özellikle yargı aşamasında hukuka aykırı normun tespit edilmesinde uygulandığıdır. Dolayısıyla gerek Anayasa Mahkemesi ve gerekse idari yargı mercileri normun hukuka aykırılığını bahsedilen ilkelere göre çözmektedirler.

3. Lex Superior İlkesi

Normlar hiyerarşinde ayrı basamakta yer alan normlar arasında bir çatışma varsa bu durumda üst norm alt normu ilga eder (*Lex Superior derogat legi priori*) ilkesine göre çözümlenir. Bu ilke uyarınca üst normun gücü alt normu bağlar. Kısaca alt norm üstte yer alan normlara uymak zorundadır. Üst norm, ilga gücünü hukuka uygun olmasından almaktadır. Bu nedenle üst normun kendisi hukuka aykırı ise alt normu ilga edemez.⁶¹

IV. NORMLARDA ÇATIŞMA DURUMUNDA İDARENİN NORMUN UYGULANMASINI İHMAL ETME YETKİSİ

Yukarıda ifade edildiği üzere normların çatışmasında çözüm yolu olarak görülen *Lex superior*, *Lex Posterior* ve *Lex Specialis* mahkemeye olduğu kadar idareye de yöneliktir. Çünkü normların idare tarafından üst normlara uygunluğunun denetlenmesi ile mahkemenin yaptığı kontrol arasında kararın etkisi dışında bir fark bulunmamaktadır.⁶² İdarenin kontrol yetkisi bağlamında hukuka aykırı bulunduğu normu ihmal ederken sadece kendisine ve işlemin muhatabına yönelik etkisi varken, mahkemenin üst normlara aykırı bulunduğu normu iptal etmesinde genele yönelik bir etki bulunmaktadır. İdare, hukuk kuralları birbiri ile çeliştiğinde bu ilkelere ya da pozitif düzenlemelere göre pozitif bir hukuk kuralının uygulanmasını ihmal edebilir mi sorusu akla gelebilir. Ayrıca idarenin kontrol yetkisini, yasama organı tarafından konulan ya da Anayasa Mahkemesi denetimine tabi tutulan normları kapsayacak şekilde mi anlamak gerekir yoksa sadece idarenin düzenleyici işlemlerinin üst normlara aykırılığı ile sınırlı tutmak mı gerekir?

Burada öncelikle idarenin işlevini yerine getirirken uygulayacağı normların hukuka aykırılığını kontrol yetkisini ve bunun neticesinde ortaya çıkacak normun uygulanmasını ihmal etme yetkisini birbirinden ayırt etmek gerekmektedir.

⁶⁰ Karayalçın, Yaşar/Yongalık, Aynur, Hukukta Öğretim Kaynaklar Metod, Problem Çözme, Ankara 2008, s. 152.

⁶¹ Detterbeck, Steffen, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, München 2006, s. 36.

⁶² Kopp, O. Ferdinand, Das Gesetzes- und Verordnungsprüfungsrecht der Behörden, DVBl. 1983, s. 825.

A. İdarenin Normun Hukuka Aykırılığını Kontrol Yetkisi

Yargı organlarınca yapılan denetime karşın uygulanacak hukuk kurallarının idare tarafından üst normlara uygunluk bakımından bir denetim ve normun uygulanmasının ihmal edilmesini düzenleyen açık bir hüküm bulunmamaktadır. Her ne kadar açık bir düzenleme bulunmasa da bazı pozitif düzenlemelerin ve ilkelerin kontrol yükümlülüğü getirdiği söylenebilir. Doktrinde ağır basan görüş de idarenin kontrol yükümlülüğü mevcut olduğu yönündedir.⁶³ Buna karşılık aleyhe görüşlerde bulunmaktadır.⁶⁴

Yukarıda ifade edildiği üzere kanunların anayasaya aykırılığının denetimi-ne ilişkin olarak gerek Anayasanın 148 ve devamı maddelerinde ve gerekse Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usullerine İlişkin Kanunun 35 ve devamı maddelerinde ayrıntılı düzenlemeler mevcuttur. Bu hükümler denetimin kapsamını da ayrıntılı olarak hüküm altına almıştır. Düzenleyici işlemlerin iptaline ilişkin olarak Anayasa'nın 125/1. maddesinde, 155. maddesinin verdiği yetkiye dayanarak 2577 sayılı Danıştay Kanunu'nun 24/1-c maddesinde ve İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2/1-a maddesinde hükümler yer almaktadır.⁶⁵ Ancak denetimin hangi kapsamda yapılacağı belirtilmemiştir.⁶⁶ Bu durumda düzenleyici işlemlerin denetimi üst hukuk normlarına uygunluk şeklinde gerçekleşmektedir.

1. Pozitif Düzenlemeler

a. Anayasal Düzenlemeler

Türk hukuk sisteminde çeşitli pozitif düzenlemelerde idarenin hukuka bağlılığı hüküm altına alınmıştır. 1982 Anayasa'sının başlangıç kısmında hiçbir kişi

⁶³ **Bachof**, Otto, Die Prüfungs- und Verwerfungskompetenz der Verwaltung gegenüber dem verfassungswidrigen und dem bundesrechtswidrigen Gesetz, AöR Bd. 87 (1962) s. 17; **Hoffmann**, Gerhard, Die Verwaltung und das verfassungswidrige Gesetz, JZ 1961, s. 198; **Hederich**, Matthias, Müssen Gemeinden verfassungswidrige Gesetze befolgen? NdsVBl. 1997, s. 273; **Detterbeck**, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, s. 37, 38; **Wolff/Bachof/Stober**, Verwaltungsrecht I, s. 312 vd; **Engel**, Rüdiger, Zur Normverwerfungskompetenz einer Behörde, NVwZ 2000, s. 1258.

⁶⁴ Grill, kanunda açıkça hüküm bulunmadığı sürece idarenin ilkesel olarak normları kontrol yetkisi mevcut değildir. **Grill**, Peter, Normprüfungs- und Normverwerfungskompetenz der Verwaltung, JuS 2000, s. 1081.

⁶⁵ Benzer hükümler 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevleri Hakkındaki Kanunun 4 vd maddelerinde, 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun 20/ 1. maddesinde yer almaktadır.

⁶⁶ Buna karşılık bazı ülkelerde denetimin üst normlara uygunluk kapsamında yapılacağı açıkça belirtilmektedir. Örn Alman İdari Yargılama Usul Kanununun 47. maddesinde yürütmenin çıkarttığı hukuki düzenlemelere ilişkin yargısal denetim hüküm altına alınmaktadır. Buna göre de mahkeme eyalet kanunlarının altında yer alan düzenlemelerin kanunlarla çatışıp çatışmadığı denetlenmektedir.

ya da kuruluşun hukuk düzeni dışında çıkamayacağı, her Türk vatandaşının hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme hakkında sahip olduğu ifade edilmektedir. Anayasa'nın 8. maddesinde yürütme yetkisi ve görevinin Anayasa ve kanunlara uygun kullanılacağı hüküm altına alınmıştır. Anayasanın 11. maddesinde Anayasa hükümlerinin, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olduğu belirtilmekte ve kanunların anayasaya aykırı olmayacağı ifade edilmektedir. Kanunsuz emri düzenleyen Anayasanın 137. maddesi "*Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, tüzük, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir*" hükmünü taşımakta ve idare ve ilgili kişilere hukuka uygun davranma yükümlülüğü getirmektedir. Ayrıca konusu suç teşkil eden emirler memur tarafından yerine getirilmez. Anayasanın bu hükmüne göre memurun amirinden aldığı emrin üst normlara aykırılığını tespit edebilmesi için bu emrin üst normlara aykırılığını araştırması ve dolayısıyla kontrol etmesi gerekmektedir. Diğer yandan bu emrin suç teşkil ettiğinin belirlenmesi için de kontrol yükümlülüğü doğar. Benzer hükümler 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda yer almaktadır. Görüldüğü üzere devletin erkleri ancak hukuk düzeninde mevcut olan hukuka göre faaliyette bulunabilir.

Bu anayasal hükümler idari faaliyetlerin kanuna dayanacağını ortaya koymaktadır. İdarenin kanuna ya da altta yer alan hukuk kurallarına uygun davranıp davranmadığı ise üst normlara uygunluğun kontrol edilmesi ile anlaşılabilir. Diğer bir ifade ile idarenin kanuna uygun davranma yükümlülüğünden, idarenin normu kontrol yükümlülüğü doğmaktadır.⁶⁷ Buna göre idare, faaliyetinde dayandığı hukuk kuralını belirlemeli ve de buna uygun davranmalıdır.⁶⁸

b. Kanuni Düzenlemeler

Devlet Memurları Kanunu'nun 6. maddesi memurlara Anayasaya ve kanunlara sadakatle bağlı kalmasının yanında, kanunları sadakatle uygulamak yükümlülüğü yüklemektedir. Kanunun 10. maddesi ise amir durumunda olan memurlara kanun, tüzük ve yönetmelik hükümlerine uygun davranma yükümlülüğü getirmekte, 11. maddesi ise kanunsuz emri düzenlemektedir. Benzer bir hüküm İl İdaresi Kanunu'nun 23. maddesinde yer almaktadır. Buna göre il idare şube başkanları ve kaymakamlar vali tarafından re'sen verilen emirlerin kanun, tüzük, yönetmelik ve Hükümet kararlarına uygun olmadığı içtihadında buldukları takdirde keyfiyeti valiye yazarlar. Dolayısıyla il idare şube başkanı veya kaymakamın valinin belli bir idari tasarrufta bulunma yolundaki emrini hukuka aykırı bulması için de verilen emrin sırasıyla normlar hiyerarşisine göre kontrol

⁶⁷ **Detterbeck**, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, s. 37.

⁶⁸ **Grill**, JuS 2000, s. 1081.

edilmesi gerekmektedir. Bundan kamu görevlisinin, göreviyle ilgili hukuk kurallarını ve hukuki değişiklikleri takip etme gerekliliği sonucu çıkmaktadır. Kamu görevlisi özellikle görevi ile doğrudan ilgili mevzuat değişikliklerini takip etmeli ve somut bir olayda güncel hükümleri uygulamalıdır.⁶⁹

Yukarıda bahsedilen hükümlerden memurun ve dolayısıyla da idarenin hukuka aykırı normları uygulama gibi bir yükümlülüğü olduğu sonucu çıkmamaktadır.⁷⁰ Bilakis memur faaliyetlerinin hukuka uygun olmasından sorumludur. Bu nedenle somut olayda uygulayacağı normun hukuka uygunluğunu kontrol etmesi gerekmektedir.⁷¹

2. Hukukun Genel İlkeleri

Hukukun genel ilkeleri de idareye uygulayacağı normu kontrol etme yükümlülüğü yüklemektedir. Bunların başında idarenin kanuniliği ilkesi gelmektedir.

İdarenin kanuniliği ilkesi, idarenin teşkilatına ve faaliyetlerine kanunun hakim olması anlamına gelmektedir.⁷² İdarenin kanuniliği ilkesi, idareye geçerli olan hukuku tespit etme yükümlülüğü getirmektedir. Bu da somut bir olaya uygulanacak hukuk kurallarının bir bütün olarak ele alınmasını gerektirmektedir. Bu nedenle uygulanacak normun hukuka uygunluğu tüm hukuk sistemi nazara alınarak belirlenmelidir.⁷³ Hukuk sistemi ve özellikle anayasa ile çatışan norm hukuk devleti ilkesi ile de çeliştiğinden “*hukuk*” olarak kabul edilemez ve bu nedenle etkisizdir.⁷⁴

İdarenin kanuniliği ilkesi, idarenin teşkilat ve faaliyetinin hukuk devleti ilkesi kapsamında gerçekleşmesini sağlayan önemli bir araçtır. İdarenin kanuniliği ilkesinin korunması öncelikle idarenin görevidir.⁷⁵ İdari yargı mercileri ancak idarenin bu görevini yerine getirememesi durumunda devreye girer ve hukuka uygunluk denetimi yapar. Ancak kanun koyucuya da idari faaliyetin hukuka uygun bir şekilde yerine getirilebilmesi için kanunları içeriksel olarak yeterli kapsamda yapma görevi yükler.⁷⁶ Aynı zamanda anayasal dayanağa sahip olan

⁶⁹ OVG Münster, 8.3.2002, I A 4078/00, DöD 2002, s. 256

⁷⁰ Benzer bir hüküm Alman Federal Memurlar Kanunu'nun 63. maddesinde yer almaktadır. Buna dayanarak da doktrinde benzer yaklaşımlar mevcuttur. **Ipsen**, Jörn, Staatsrecht I, Staatsorganisationsrecht, München 2004, s. 40.

⁷¹ Pietzcker, Jost, Inzidentverwerfung rechtswidriger untergesetzlicher Rechtsnormen durch die Verwaltung, DVBl. 1986, s. 806.

⁷² **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, Türk İdare Hukuku, s. 138.

⁷³ **Kopp**, DVBl. 1983, s. 823.

⁷⁴ **Kopp**, DVBl. 1983, s. 823.

⁷⁵ **Badura**, Peter, Staatsrecht, Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, München 1996, s. 275.

⁷⁶ **Badura**, Staatsrecht, s. 275

bu ilke idareye faaliyetlerinde ve teşkilatlanmasında kanunun önceliğine ve de kanuna dayanmayı bir yükümlülük olarak yüklemektedir. Bu nedenle idari faaliyetlerde kanun özellikle idarenin düzenleyici işlemlerinden önce gelmektedir. Diğer taraftan, kanuni dayanak ilkesinde ise idarenin özgürlük ve mülkiyet gibi temel haklara müdahalenin ancak kanuna dayanabileceği idarenin düzenleyici işlemleri ile bu alana müdahale edilemeyeceği ifade edilmektedir.⁷⁷ Dolayısıyla idarenin faaliyette bulunabilmesi ancak kanuni bir dayanağa bağlıdır. Bu nedenle kanunun önceliği ilkesine göre kanunda yer almayan bir ilke idarenin faaliyette bulunmasına engel olmayacaktır. Kanuni dayanak ilkesine göre ise kanunda açık bir düzenleme yoksa idare o alanda faaliyette bulunamayacaktır.⁷⁸ Hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleri de idarenin uyguladığı normu kontrol etme yükümlülüğü olduğu sonucu doğurmaktadır.

3. Kontrol Yetkisinin Kapsamı

İdarenin normu kontrol yetkisi, şekli ve maddi olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Şekli kontrolde normun yürürlükte olup olmadığı, maddi kontrolde ise içerik olarak üst normlarla çatışıp çatışmadığı belirlenmektedir.⁷⁹

a. Normun Şekli Açısından Kontrol Edilmesi

Normun şekli açısından kontrol edilmesi hukuk alanında var olup olmadığına tespiti ile ilgilidir. Bir normun uygulanabilmesi için ilgili organ tarafından sadece kabul edilmesi yeterli değildir. Bu normun usulüne uygun olarak yürürlüğe girmesi gerekmektedir.⁸⁰ Bunun için normun kabulü için yeter sayısı ve diğer usul sürecinin hukuka uygun sonuçlanması gerekmektedir. Ayrıca tüm normların yayınlanması gerekmektedir. Anayasa, kanun, kanun hükmünde kararname ve tüzüklerin Resmi Gazetede yayınlanmaları gerekmektedir. Yönetmeliklerin ise hepsinin Resmi Gazetede yayınlanma zorunluluğu bulunmamaktadır.⁸¹ Resmi Gazetede yayınlanma zorunluluğu bulunmayan düzenleyici işlemlerin ise usulüne uygun bir şekilde ilan edilmeleri gerekmektedir.⁸² Bir normun yayınlanması, yürürlüğe girmesi için yeterli değildir. Hukuk alanında hukuki sonuç doğurabilmesi için ayrıca yürürlüğe de girmesi gerekmektedir. Yürürlük tarihi normun yer aldığı metinde belirlenmişse o tarihte belirlenmemişse kanunlarda 45 gün sonra yürürlüğe girmektedir. Diğer normlar için ise farklı yürürlüğe giriş kuralları mevcuttur. Bu nedenle idarenin uygulayacağı normun şeklen

⁷⁷ **Badura**, Staatsrecht, s. 27 vd.; Ipsen, Staatsrecht I, s. 222.

⁷⁸ **Maurer**, Allgemeines Verwaltungsrecht, s. 116.

⁷⁹ **Kopp**, DVBl. 1983, s. 821.

⁸⁰ **Heckmann**, Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen. s. 44.

⁸¹ 3011 sayılı Kanun md. 1.

⁸² 3011 sayılı Kanun md. 2.

yürürlüğe girip girmediğini kontrol etmesi gerekmektedir. Bir norm yürürlüğe girmeden uygulanmışsa hukuk dünyasında değişiklik getiren bir normun bulunmaması sebebiyle ona dayalı olarak yapılan idari işlemler yok hükmünde kabul edilmektedir. Aynı durum yürürlükten kalkan hukuk kuralları için de geçerlidir.

b. Normun Maddi Açıdan Kontrol Edilmesi

Yürürlükte bulunan normlar üzerindeki maddi kontrol ise içerik olarak üst normlara uygunluk bakımından yapılmaktadır. İdarenin normları kontrol yetkisi hem aynı seviyedeki normlar arasında hem de alt-üst norm arasında söz konusu olmaktadır. İdarenin normların üst normlara uygunluğunun denetiminde kontrolün basit mi yoksa derinlemesine mi yapılacağı, diğer bir ifade ile hangi kapsamda yerine getirileceği sorun teşkil etmektedir. Özellikle doktrinde *Bachof*⁸³, idarenin kontrol yükümlülüğünün normlar hiyerarşisinde hem altlık üstlük ilişkisi hem de aynı düzeydeki normlar arasında gerçekleşeceğini ifade etmektedir. Ancak bu durumda kural koyma yetkisi bakımından bir ayırım yaparak yasama organı tarafından konulan kuralların altında yer alan normların ki, bunlar özellikle tüzük, yönetmelik ve diğer adsız düzenleyici işlemler olarak sıralanmaktadır, yasama organı tarafından konulan kurallara nazaran daha basit şartlarda kontrolün yapılacağı ve de normun uygulanmasının daha basit şartlarda ihmal edileceği yönündedir. Bunun temelinde de özellikle normu koyan ve koyduğu normun uygulanmasını ihmal edenin idare olması ve de norm koyma yetkisinde bir çatışma olmaması yatmaktadır. Buna karşılık bir kanunun anayasaya aykırı olması durumunda ancak daha ağır ve istisnai şartlar altında uygulanmasının ihmal edilebileceği ifade edilmektedir.⁸⁴ Bunun için kanunun anayasaya aykırılığının bariz bir şekilde ortada olması gerekmektedir. Bu durum özellikle kanunun parlamento tarafından kasti bir şekilde anayasaya aykırı olarak yapılması ya da Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen bir kanun hükmüne paralel hükümlerin mevcudiyetinde söz konusu olmaktadır. Bu nedenle bu kanunların uygulanmasının idare tarafından ihmal edilebileceği ifade edilmektedir.

Kanun uygulamasının idare tarafından ihmal edilmesi hukuki sorunlara neden olmaktadır. *Ipsen*, bir kanunun anayasaya aykırı olması durumunda yürütme oranının bu kanunu uygulamayacağı anlamına gelmeyeceğini ifade etmektedir.⁸⁵ Ancak diğer taraftan yürütmenin normların tümünü hukuk kuralları olarak telakki edeceği ancak gerektiğinde anayasanın kanundan ve diğer normlar-

⁸³ **Bachof**, AöR Bd. 87 (1962), s. 46 vd.

⁸⁴ **Bachof**, AöR Bd. 87 (1962), s. 47 vd.

⁸⁵ Ayrıca Anayasa ve kanun birbiri ile çatıştığında bunun soyut ve somut norm denetimi yoluyla belirleneceğini belirtmektedir. **Ipsen**, Staatsrecht I, s. 217.

dan önce uygulanacağını belirtmektedir. Türk hukukunda kanunların hukuka uygunluk denetimi Anayasa Mahkemesi'nce yapılır. Bir kanunun yürürlüğe girmesinden yürürlükten kalkmasına kadarki süreçte uygulama kabiliyeti bulunmaktadır. Bu nedenle bir kanunun idarece ihmal edilmesi söz konusu olmamaktadır.

Bu hususta, özellikle idarenin anayasa ve kanunlara uygun davranma yükümlülüğü konusunda bir sınırlama olmadığı için bu denetimin kapsamı da hayli geniş olacaktır.⁸⁶ Buna karşın idareden derinlemesine bir kontrol beklemek idari faaliyeti çıkmaza sokabilir. Bu nedenle kontrolün kapsamını idarenin açık veya basitçe anlaşılabilir hukuka aykırılık ile sınırlı tutmak uygun olacaktır.⁸⁷ Kontrolü idarenin resen yapmasının yanında işlemde menfaati ihlal edilenlerin başvurusuna göre de yapılabilir. Burada aslında Anayasa Mahkemesi'nin yaptığı somut norm denetimi benzeri bir usul idareye uyarlanabilir. İdare eğer hukuka aykırılığı ciddiye alırsa bu durumda idareye ya üst makamlara başvurma ya da normun hukuka aykırılığını yargı merciine dava açma suretiyle götürme hakkı tanınabilir.

B. İdarenin Normun Uygulanmasını İhmal Yetkisi

Kontrol sonucu bir normun hukuka aykırılığının tespiti durumunda bunun doğal sonucu olarak idarenin, hukuka aykırı gördüğü hukuk kuralının uygulanmasını somut olayda ihmal yetkisinin olup olmadığı sorusu akla gelmektedir. İdarenin kontrol yetkisinin varlığı hususunda olduğu gibi hukuka aykırı bir normun uygulanmasının ihmal edilmesinde de doktrinde hem lehe hem de aleyhe görüşler mevcuttur.

Normun uygulanmasını ihmal etme yetkisine karşı çıkan görüş, idarenin normları uygulamakla yükümlü olduğunu, dolayısıyla anayasaya aykırı olsa bile bu normu uygulaması gerektiğini ifade etmektedirler.⁸⁸ Bunun temelinde anayasaya aykırı normların geçersiz yada yok hükmünde olmadığı, bunların ancak yargı mercileri tarafından iptal edilebilir olduğu yatmaktadır.⁸⁹ Bu nedenle bir norm anayasa ya da kanuna aykırı olduğu tespit edilerek yargı merci tarafından iptal edilmediği sürece uygulanmalıdır.⁹⁰ Genel düzenleyici işlemler için de benzer görüşler bulunmaktadır. Buna göre genel düzenleyici işlemlerin hukuka uygunluk karinesinden yararlanması nedeniyle de getirilen normların, üst norm-

⁸⁶ Hederich, NdsVBl. 1997, s. 273.

⁸⁷ Bachof, AöR Bd. 87 (1962), s. 17.

⁸⁸ Güneş, Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, s. 190.

⁸⁹ Hoffmann, JZ 1961, s. 194.

⁹⁰ Rack, Reinhard, Die Gehorsamstheese –ein Beitrag zum verwaltungsbehördlichen Normprüfungsrecht, österreichische Juristenzeitung 1971, s. 89.

lar ile çatışması bir yargı kararı ile tespit edilmedikçe hukuka uygun kabul edilmekte ve uygulanması gerekmektedir.⁹¹

Normun uygulanmasını ihmal yetkisini reddeden görüşler bunu normun bağlayıcılığına dayandırmaktadır. Hukuk kurallarının bağlayıcılığının temelinde kural koyucunun iradesi yatmakta ve kuralın muhatapları da yetkiyi vererek başta normun geçerliliğine muvafakat etmektedir.⁹² Bunun dışında demokratik hukuk devletinde kanun koyucunun vatandaşın anayasal haklarını korumakla yükümlü olduğunu, idarenin kontrol ve ihmal yetkisinin kanun koyucunun bu yükümlülüğünü ihlal ettiğini ve hukuki güvenliğin zedelendiğini belirten görüşler de bulunmaktadır.⁹³ Demokratik bir hukuk devletinde hukuk kuralını bu konuda yetkilendirilmiş organ koymakta, bu nedenle hukuki güvenliğin güvence altında tutulabilmesi için hukuka aykırı koyduğu normu öncelikle kendisi ya da normun hukuka uygunluğunu kontrol etmekle görevli mahkeme kaldırmaktadır.⁹⁴

İdarenin normun uygulanmasını ihmal yetkisini reddeden görüşe karşın varlığını sınırlı olarak kabul eden görüşler ağırlıktadır.⁹⁵ Bu görüşe göre idarenin, hukuka aykırı olan ve bu nedenle geçersiz ya da yoklukla malul olması gereken bir normu uygulama zorunluluğu bulunmamaktadır.⁹⁶ İdarenin ihmal yetkisini kabul eden görüşler de reddeden görüşlerle aynı gerekçelere farklı bakış açılarıyla dayanmaktadırlar. İdarenin normu ihmal yetkisinin varlığını kabul edenler ihmal yetkisinin şartları ve kapsamı bakımından birbirinden ayrılmaktadır.

İdarenin ihmal yetkisi, idarenin kanuniliği ile doğrudan ilgilidir. İdarenin kanuniliği ilkesi normun şeklen uygulanmasından ziyade içeriksel olarak uygulanmasını gerektirmektedir. İdarenin uygulayacağı normun hukuk sistemi ile uyumlu olması gerekmektedir. Bu nedenle üst normlarla çatışan bir normun uygulanması idarece ihmal edilmelidir.⁹⁷ İdarenin üst normlara aykırı bir normu

⁹¹ **Wolff/Bachof/Stober**, Verwaltungsrecht I, s. 311; Gözler'e göre, idare tarafından konulan normların üst normlara aykırılığı sebebiyle geçersizliklerine sadece yargı organları verebilir. **Gözler**, Kemal, Hukukun Genel Teorisine Giriş, Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu, Ankara 1998, s. 110.

⁹² **Heckmann**, Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen. 193.

⁹³ **Hall**, Karl-Heinrich, Die Prüfung von Gesetzen auf ihre Verfassungsmäßigkeit durch die Verwaltung, DÖV 1965, s. 253.

⁹⁴ **Heckmann** Dirk, Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen. Elemente einer Theorie der autoritativen Normgeltungsbeendigung, Tübingen 1997, s. 403 vd.

⁹⁵ Kopp, idarenin ihmal yetkisini reddeden görüşe şiddetle karşı çıkmakta ve bunun için ortaya konan gerekçeleri problemleri çözmekten ziyade üstünü kapatmaya yönelik olduğunu ifade etmektedir. **Kopp**, DVBl. 1983, s. 822.

⁹⁶ **Engel**, NVwZ 2000, s. 1258.

⁹⁷ **Kopp**, DVBl. 1983, s. 824; Lüneburg Yüksek İdare Mahkemesi imara ilişkin düzenlemelerin üst normlara uygunluğunun belediyece kontrol edilmesi gerektiğini, aykırılık durumunda ise kanuna bağlı idare ilkesi gereği uygulanmasını ihmal etmesi gerektiğini belirtmektedir. OVG Lüneburg, Beschluss v. 15.10.1999, I M 3614/99, NVwZ 2000, s. 1061.

uygulanması aynı zamanda kamu görevlisinin Anayasaya ve kanuna bağlılığı ilkesine aykırı hareket etmesine neden olmaktadır.⁹⁸ Diğer taraftan, hukuka aykırı görülen normun kesin olarak uygulanmasının ihmal edilmesi de kabul edilememektedir. Eğer bir kamu görevlisi bir normu üst normlar ile çatışıyor gerekçesi ile uygulanmasını ihmal ederse ve o norm gerçekte hukuka uygun ise bu durumda da kanuna bağlılık ilkesine aykırı hareket etmiş olmaktadır. Bu nedenle bir normun üst normlara uygunluğu açık ve bariz değilse idarenin kanuna bağlılık ilkesi ile her zaman çatışma potansiyeli mevcuttur. İdarenin hukuki güvenlik, hukuki kesinlik ve üst norm koyucuya saygı nedeniyle sınırlı ve istisnai olarak idarenin normu ihmal yetkisi bulunmaktadır.⁹⁹

1. Yasama Organı Tarafından Konulan Normların İhmal Edilmesi

İhmal yetkisini farklı organların koyduğu kurallara göre değerlendirmek gerekmektedir. Yasama organının koyduğu kurallar ve özellikle kanunların uygulanması açısından idarenin uygulamayı ihmal yetkisi tartışmalı bir konudur. Aynı şekilde yargı organının içtihatları birleştirme kararları da herkesi bağlamaktadır. Bir görüşe göre idarenin bir kanunun anayasaya aykırılığı hususunda kesin bir kanaati oluşmuşsa o normu uygulamaktan kaçınabileceği ifade edilmektedir.¹⁰⁰ Diğer bir görüşe göre ise bir kanunun anayasaya aykırılığı hususunda şüpheye düşülmüş olması ihmal için yeterlidir.¹⁰¹ Buna karşılık yasama organının koyduğu kuralların idare tarafından uygulanmasının ihmal edilemeyeceğini kabul eden görüşler yukarıda belirtilen gerekçelere dayanmakta ve daha ağır basmaktadır.

İdarenin özellikle açık ya da zımnen yürürlükten kaldırılmayan kanunların uygulanmasını ihmal yetkisinin kabulü, asli ve genel yetkiye sahip olan kanun koyucunun iradesine aykırı davranılmasına neden olmaktadır. Diğer taraftan, idarenin keyfilğine yol açabilecektir. İdarenin kanuniliği ilkesi ve kamu görevlisinin Anayasaya ve kanunlara bağlılığı somut olayla ilgili anayasal ve kanuni normların uygulanmasını gerektirmektedir. Ancak kamu görevlisinin Anayasaya sadakati şüpheye yer vermeyen açık bir şekilde Anayasaya aykırı olan bir kanun hükmünü uygulamasına da engeldir. Bu nedenle hükmü uygulamadan önce bu durumu amire bildirmek zorundadır.¹⁰² Amir, ilgili hükmü Anayasaya

⁹⁸ **Detterbeck**, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, s. 38; **Hoffmann** bir taraftan bir memurunun anayasaya aykırı normu uygulamaktan kaçınarak sadakat yükümlülüğüne aykırı davranamayacağını, diğer taraftan memurun anayasa bağlılık ve memurluktan kaynaklanan sorumluluğun görevden kaynaklanan işlemlerinde anayasaya aykırı bir kanunu uygulamasını yasakladığını ifade etmektedir. **Hoffmann**, JZ 1961, s. 193 vd.

⁹⁹ OVG Koblenz, Beschluss v. 14.5.2013-8 A 10043-13, NVwZ- RR 2013, s. 748.

¹⁰⁰ **Hederich**, NdsVBl. 1997, s. 273.

¹⁰¹ **Kopp**, DVBl. 1983, s. 823.

¹⁰² Bir kanunun anayasaya aykırı olduğu hususunda memurun bu yöndeki "şüphesi" yetmemektedir. Memurun uyguladığı normun anayasaya aykırı olduğu hususunda "ikna olması" gerekmektedir. **Bachof**, AöR Bd. 87 (1962), s. 19.

aykırı bulursa, iptali için Anayasa Mahkemesine götürme imkanına sahip olmalıdır. Aksi takdirde amir doğrudan kanun hükmünün uygulanmasını yazılı olarak teyit ederse Anayasa'nın 137. maddesi bağlamında kanunsuz emir söz konusu olacaktır. Dolayısıyla yasama organının koyduğu kurallarda idarenin ancak söz konusu normun uygulamasını geçici olarak ihmal edebileceği sonucu doğmaktadır. Normun üst normlara aykırılığı ise Anayasa Mahkemesi'nce denetlenerek hukuka aykırı bir normu hukuk düzeninden kaldıracaktır.

Kanunun anayasayla çatışması durumunda somut olayda kanun hükmünü uygulayan idare, süreci durdurarak kanunun hukuka aykırı olup olmadığı hususunu amirine bildirmelidir. Amir de bu aykırılığı tespit ettiği ve ciddiye aldığı anda normun Anayasa Mahkemesi'nce kontrol edilmesine yönelik bir yetkisi bulunmamaktadır.¹⁰³ Türkiye'de kanunların anayasaya aykırılığı soyut norm denetimi ve somut norm denetimi yoluyla yapılmaktadır. İdarenin soyut norm denetimi yoluna başvurma yetkisi bulunmamaktadır. İdareye, uygulayacağı kanunun açık bir şekilde anayasaya aykırı olması durumunda Anayasa Mahkemesine başvurmasını sağlayacak mekanizmalar getirilmesi faydalı olacaktır. Buna karşılık anayasa ile çelişen bir normun tespitinin yargı merciine bırakılarak onun vereceği iptal kararına göre hareket edilmesinin temel hakların geç tecelli etmesine neden olacağı ifade edilmektedir.¹⁰⁴ Bu görüşe göre temel hakların kullanılmasının mahkeme kararı verilinceye kadar ertelenmesi hukukun hemen tecelli etmesi ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Örneğin DMK 125 ve diğer disiplin mevzuatında kıyas yoluyla disiplin suçu üretilebileceği ifade edilmektedir.¹⁰⁵ Ancak disiplin cezaları kıyas yoluyla artırılmamaktadır. Disiplin suçları açısından kıyas yapılabilirken disiplin cezaları açısından kanunilik ilkesi geçerlidir. Danıştay içtihatları disiplin suçunun kıyas yoluyla üretilebileceği¹⁰⁶, disiplin cezalarının ise kıyas yoluyla üretilemeyeceği, kanunla düzenlenmesi gerektiği yönündedir.¹⁰⁷ Buna karşılık, Anayasanın suç ve cezalara ilişkin esasları düzenleyen 38. maddesi suç ve cezalarda kanunilik ilkesini düzenlemektedir. Bu madde sadece ceza kanunu bağlamında temel ilkeler getirmemekte tüm suçlara

¹⁰³ Almanya'da amirin iddiayı ciddi görmesi halinde bunu Hükümete bildireceği ve Hükümetinde bunu Anayasa Mahkemesine götürmesi gerektiği ifade edilmektedir. **Wolff/Bachof/Stober**, Verwaltungsrecht I, s. 313; **Detterbeck**, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, s. 38; benzer bir şekilde **Maurer**, Allgemeines Verwaltungsrecht, s. 90.

¹⁰⁴ **Kopp**, DVBl. 1983, s. 824.

¹⁰⁵ **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, Türk İdare Hukuku, s. 631, 636; DMK m. 125'e göre, "Yukarıda sayılan ve disiplin cezası verilmesini gerektiren fiil ve hallere nitelik ve ağırlıkları itibarıyla benzer eylemlerde bulunanlara da aynı neviden disiplin cezaları verilir".

¹⁰⁶ DİDDGK, E. 2000/646, K. 2000/1119, KT. 09.11.2000, DD. sy. 105, s. 70 vd.

¹⁰⁷ DİDDK, E. 2007/1815, K. 2012/1218, KT. 20.09.2012 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (ET. 12.8.2014); D.8.D, E. 2013/8563, K. 2013/9503, KT. 04.12.2013 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/8d-2013-8563.htm> (ET. 12.8.2014).

ilişkin ilke getirmektedir.¹⁰⁸ Öyle olmasaydı 38/9 maddesinde idarenin kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamayacağı hükmü bu maddede değil 129. maddede yer alırdı. Ayrıca Anayasa'nın 128. maddesi, memurların özlük işlerinin kanunla düzenleneceğini belirtmektedir. Dolayısıyla, disiplin suçunun kıyas yoluyla üretilbileceği yolundaki kanuni düzenlemeler Anayasaya aykırılık teşkil etmektedir.

2. Yürütme Organı Tarafından Konulan Normların İhmal Edilmesi

Yürütme organının kanun hükmünde karamameler dışındaki düzenleyici işlemlerinin üst normlarla çatışması durumunda bunların belli şartlar çerçevesinde uygulanmasının ihmal edileceği kabul edilmektedir.¹⁰⁹ Ancak bu şartlar hususunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır.

Buna karşılık idarenin düzenleyici işlemleriyle getirdiği normun hukuka aykırılığı normu koyan idareye bildirilmesi durumunda idare normun hukuka uygun hale gelmesini sağlamak amacıyla değiştirilmesi ya da kaldırılması için gerekli tedbirleri alabilir. Aynı hiyerarşi içinde bulunmayan kurum ya da kuruluşlar idari yargıya başvurarak normun iptalini isteyebilir.¹¹⁰ Diğer bir görüş, normun uygulanmasını ihmal etmeyi çatışan normların doğuracağı sonuçlara göre değerlendirip ona göre ihmal etme yetkisi kullanabileceği yönündedir.¹¹¹ Burada özellikle değerlendirilecek husus, norma dayanılarak yada normun uygulanması ihmal edilerek alınan kararın mahkemeden dönüp tazminat ödemeye mahkum edilme ihtimalinin değerlendirilmesidir.¹¹² Başka bir görüşe göre ise idarenin normun uygulanmasını ihmal yetkisi ancak uygulanacak normun idari usul sürecinin sonlandırılmasında zaman kaybına neden olarsa ve bu zaman kaybında temel hakları ciddi bir şekilde ihlal ediyorsa mevcuttur.¹¹³

Kanunla çatışan bir düzenleyici işlem ancak ağır ve açık hukuka aykırılık durumunda etkisizdir, bunun dışında kural olarak etkili ancak yargı organınca iptal edilebilirliğe sahiptir.¹¹⁴ Özellikle normun üst normlarla çatışması doktrin ya da yargı kararıyla açıkça belirlenmişse idarenin ihmal yetkisi bulunmakta-

¹⁰⁸ **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, Türk İdare Hukuku, s. 630.

¹⁰⁹ Danıştay da yönetmelik hükmünün Kanuna aykırı olması durumunda normlar hiyerarşisine aykırılık nedeniyle ihmal edilerek kanun hükmünün uygulanması gerektiğini belirtmektedir. D.10.D, E. 2007/6066, K. 2010/8400, KT. 26.10.2010, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/10d-2007-6066.htm> (ET. 3.5.2014).

¹¹⁰ **Maurer**, Allgemeines Verwaltungsrecht, s. 91.

¹¹¹ **Bachof**, AöR Bd. 87 (1962), s. 47.

¹¹² **Grill**, JuS 2000, s.1081.

¹¹³ **Hederich**, NdsVBl. 1997, s. 272.

¹¹⁴ **Badura**, Staatsrecht, s. 276.

dır.¹¹⁵ Örneğin Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği'nin 11. maddesi kamu görevinden çıkarma cezasını öngörmektedir. 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nda 01.03.2014 tarihinde 6528 sayılı Kanunun 7. maddesiyle yapılan değişiklikten önce Kanunla kamu görevinden çıkarma cezası düzenlenmemiştir. Yönetmeliğin hükmü Danıştayca iptal edilmediği halde buna binaen verilen öğretim mesleğinden çıkartma cezalarını Kanunda böyle bir cezanın düzenlenmemesi nedeniyle iptal etmekteydi.¹¹⁶ Memurların özlük haklarının kanunla düzenleneceğine ilişkin anaysa hükmüne de açık bir şekilde aykırı yargı kararı ile de teyit edilmiştir. Dolayısıyla idare söz konusu Yönetmelik hükmünü uygulamış olsa da, ihmal etme yetkisine de sahipti.

Genel düzenleyici işlemi uygulayan memur bunun üst normlara aykırı olduğu iddiasıyla amirine bildirmesi durumunda, amir memura normun uygulanmasını ihmal etmesini emrederek normun değiştirilmesi ya da kaldırılması için gerekli idari süreci başlatabilir.¹¹⁷ Ancak idare düzenleyici bir idari işlemle koyduğu bir kuralın geçersizliğini daha sonra alacağı basit bir kararla belirleyemez.¹¹⁸ Bu nedenle kendisine yetki ve usulde paralellik ilkesi ile tanınan, idari işlemin değiştirilmesi, geri alınması, kaldırılması ya da yeni bir işlem yapılması yoluyla üst normlara aykırılığı gidermesi gerekmektedir.¹¹⁹ Ayrıca İYUK'un 11. maddesi uyarınca idari işlemin muhatapları da hem birel işlemin hem de düzenleyici işlemin üst normlara aykırılığı nedeniyle değiştirilmesi ya da kaldırılması için idareye başvuru yapabilecektir. İdarenin iç işleyişinde ise normu uygulayacak kamu görevlisinin, Anayasa'nın 137. maddesi ve diğer kanuni düzenlemeler çerçevesinde normun üst norma aykırılığını üst makamlara bildirmesi gerekmektedir. Ancak memurla amir arasındaki hiyerarşi ilişkisi nedeniyle memurun, kendisine verilen emrin hukuka aykırılığı olduğu gerekçesiyle dava açma imkanının bulunmadığı kabul edilmektedir. Türkiye'de idarenin, düzenleyici idari işlemlerin hukuka uygunluğunu denetlemek için idari yargıya bizzat gidebilmesini düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak genel hükümlere göre düzenleyici idari işlemin iptali için yargı yoluna başvurulabilmektedir. Buna karşın Almanya'da İdari Yargılama Usul Kanunu'nun 47. maddesinde düzenle-

¹¹⁵ Kassel Yüksek İdare Mahkemesi, düzenleyici işlemle getirilen bir normu uygulamasının idare tarafından ihmal edilebilmesinin sadece açık hukuka aykırılık durumunda söz konusu olduğuna hükmetmiştir. VGH Kassel, NVwZ 1990, s. 885; İdarenin normun uygulanmasını ihmal yetkisini reddeden mahkeme kararları da bulunmaktadır. VGH München, BayVBl. 1982, s. 654.

¹¹⁶ DİDDK, E. 2007/1815, K. 2012/1218, KT. 20.09.2012.

¹¹⁷ Pietzcker, DVBl. 1986, s. 807.

¹¹⁸ Engel, NVwZ 2000, s. 1258.

¹¹⁹ BVerwG 75, NJW 1987, s. 1344; İmar planları bağlamında bkz. Volhard, Rüdiger, Amtspflichten bei nichtigen Bebauungsplänen, NVwZ 1986, s. 105.

yici işlemlerin üst normlara uygunluğunun kontrolü özel olarak düzenlenmektedir. Bu hükme göre, gerçek ya da tüzel kişiler ya da idareler, düzenleyici işlemlerle getirilen norm nedeniyle ya da uygulanması durumunda haklarının ihlal edilmesi ya da öngörülebilir bir zamanda haklarının ihlal edilebileceğini ortaya koymaları durumunda, normun yayınlanmasından itibaren 1 yıl içerisinde, normu çıkartan idare aleyhine Yüksek İdare Mahkemesinde dava açabilmektedirler. Bu dava ile düzenleyici işleme karşı hem soyut hem de somut norm denetimi yoluna gidilebilmektedir.¹²⁰ Normun hukuka aykırılığı yönünde şüphe olması durumunda normun geçerliliğini tespit için idarenin yargı yoluna başvuru yapmayacağı ya da geçerlilik konusunda kendisinin karar vereceği hususunda takdir yetkisi bulunmaktadır.¹²¹ Buna karşılık idarenin, normun geçerliliği hususunda şüpheye düşmesi halinde yargı yoluna başvurarak bunun tespitini sağlama amaca uygun olacaktır.¹²²

Normlar hiyerarşisi hukuk kurallarının uygulanması bakımından önem arz etmektedir. Buna göre bir olaya yönelik birden fazla hukuk kuralı varsa en az soyut olandan başlanarak uygulanacağından yukarıda bahsedilmiştir.¹²³ Örneğin, 12.07.2013 tarihinde 6495 sayılı Kanununun 33. maddesi ile Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığı tarafından uygulanan sınavlara ait soru ve cevaplar 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun kapsamı dışına alınmıştır. Bilgi Edinme Hakkı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelikte ise bu istisna hükmü yer almamaktadır. Burada idare zımnen ilga edilen yönetmelik hükmünün uygulanmasını ihmal edecektir.

Üst yönetmelik ya da kanunun öngörmediği bir yükümlülüğün alt düzeyde yer alan bir düzenleyici işlemlerle getirilmesi durumunda bu hükmün geçerliliği etkilenecek midir? Örneğin kamu görevlilerinin görevlerini ifa ederken başörtüsü takmalarının kılık kıyafet yönetmeliği ile serbest bırakılması¹²⁴ ancak başka

¹²⁰ **Giesberts**, in. Beck'scher Online- Kommentar VwGO Hrsg. Posser/Wolf, München 2013, Rn. 1.

¹²¹ **Kopp**, DVBl. 1983, s. 828.

¹²² **Kopp**, DVBl. 1983, s. 828.

¹²³ **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, Türk İdare Hukuku, s. 47.

¹²⁴ Kamu Kurum ve kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık ve Kıyafetine Dair Yönetmelik'in 5. maddesi, 2. maddede sözü edilen personelin kılık ve kıyafette uyacakları hususları a bendinde; Kadınlar, Elbiseler, pantolon, etek temiz, düzgün, ütülü ve sade; ayakkabılar ve/veya çizmeler sade ve normal topuklu, boyalı; görev mahallinde baş daima açık, saçlar düzgün taranmış veya toplanmış; tırnaklar normal kesilmiş olur. Ancak, bazı hizmetler için özel iş kıyafeti varsa görev sırasında kurum amirinin izni ile bu kıyafet kullanılır. Hükmünü içerirken, 04.10.2013 tarihinde; 2'nci maddede sözü edilen personelin kılık ve kıyafette uyacakları hususları: Kolsuz ve çok açık yakalı gömlek, bluz veya elbise ile streç kot ve benzeri pantolonlar giyilmez. Etek boyu dizden yukarı ve yırtmaçlı olamaz. Terlik tipi (sandalet) ayakkabı giyilmez şeklinde değiştirilmiş c bendi eklenerek Ancak bazı hizmetler için özel iş kıyafetleri varsa görev sırasında kurum amirinin izni ile bu kıyafet kullanılır denmiştir.

bir kurumun kendi yönetmeliği ile yasaklanması durumunda çerçeve yönetmeliğe aykırılık nedeniyle alt yönetmelik ihmal edilmelidir. Yönerge, Kanuna ya da üst düzenleyici işlemlere aykırı ise ve bu aykırılık sebebiyle birey mağdur oluyorsa idare yönergeyi uygulamayı ihmal yetkisine sahip bulunmalıdır. Örneğin, 5102 sayılı Yüksek Öğrenim Öğrencilerine Burs, Kredi Verilmesine İlişkin Kanun ve buna ilişkin çıkartılan Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Burs-Kredi Yönetmeliği ile üniversitelerin bursların kesilmesine yönelik çıkarttığı yönerge hükümleri birbiri ile çatışırsa, üniversite kendi koyduğu kuralın uygulanmasını ihmal ederek yönergede gerekli değişikliklere gitmelidir.

SONUÇ

İdare, somut bir olaya uyguladığı normun üst normlara uygunluğunu kontrol etme yükümlülüğü altındadır. Bunun neticesinde idarenin üst normla çatışan normun uygulanmasını ihmal etme yetkisinin sınırlı olarak tanınması gerekmektedir. Özellikle düzenleyici idari işlemlerde uygulanacak normun açık ve bariz bir şekilde üst normlara aykırı olması durumunda idarenin bunun uygulanmasını ihmal yetkisi hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Aynı zamanda idarenin kanuniliği belirliliği, usul ekonomisi ve idarenin sorumluluğu ilkesinin bir sonucudur. İdarenin kendi koyduğu kuralın hukuka aykırılığını tespit etmesi durumunda somut olaya yönelik ihmal etmenin dışında, üst normlarla çatışmayı ortadan kaldırmak için gerekli değişiklikleri yapması gerekmektedir. Aksi takdirde hukuka aykırı normun uygulanmasını ihmal ederek somut bir olayda kanuni idare ilkesine uygun davranmaya çalışırken diğer taraftan diğer bütün olaylar için hukuka aykırı karar alma ihtimali devam edecektir. Dolayısıyla idare kendi koyduğu ve üst normlarla çatışan normun uygulamasını ihmal etmeyle yetinmemeli, hukuka uygun hale getirmelidir. Ayrıca Anayasaya ve diğer üst normlara açık ve bariz aykırı bir normun uygulanması nedeniyle hukuka aykırı alınan kararların iptali için açılan davaların neticelenmesi uzun sürebilmektedir. Hem bireylerin hakkını geç elde etmesi hem de usul sürecinde gereksiz harcamalara ve de tazmine neden olmaktadır. Devlet bütçesi içinde artı bir yük getirmektedir.

Denetimin kapsamı çok geniş olmamalıdır. Hukukçuların dahi zor tespit edebildiği yoruma açık bir hukuka aykırılığın tespiti idareden beklenemez. Yukarıda ifade edildiği üzere idarenin açık ve bariz hukuka aykırılığı tespit etmesi mümkündür. Genel düzenleyici idari işlemlerin üst normlar olan anayasa, kanun, milletlerarası andlaşma ve kanun hükmünde kararnameye aykırılığının açık ve bariz bir şekilde görülmesi ve uygulayıcının bu aykırılık hususunda kesin bir kanaati olmalıdır. Aynı şekilde düzenleyici işlemlerin diğer üst düzenleyici işlemlere aykırılığı için de aynı şartların geçerli olduğunu söyleyebiliriz.

Anayasa Mahkemesi'nin denetimine tabi olan ve yasama organı tarafından konulan normların kendi arasındaki hiyerarşi bağlamında üst norm ile çatışması halinde idare bu normun uygulanmasını ihmal etme yetkisine sahip bulunmamaktadır. Bunun nedeni normu yasama organının koyması ve yürütme organının ve özellikle idarenin normun geçerliliği üzerinde doğrudan bir tasarruf imkanına sahip olmamasıdır. Ancak yasama organının koyduğu normlarda, özellikle kanunlar Anayasa ile açık ve bariz bir şekilde çatışıyorsa bu durumda idareye normun uygulanmasını geçici olarak ihmal ederek Anayasa Mahkemesine götürme yetkisi tanınması isabetli olacaktır.

KAYNAKÇA

- Akyılmaz, Bahtiyar / Sezginer, Murat /Kaya, Cemil, Türk İdare Hukuku, Ankara 2013.
- Alexy, Robert, Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, 2. Aufl. Baden- Baden 1991.
- Arslan, Zühtü, Anayasa Teorisi, Ankara 2005.
- Atar, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Konya 2011.
- Bachof, Otto, Die Prüfungs- und Verwerfungskompetenz der Verwaltung gegenüber dem verfassungswidrigen und dem bundesrechtswidrigen Gesetz, AöR Bd. 87 (1962) s. 1 vd.
- Badura, Peter, Staatsrecht, Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, München 1996.
- Borowski, Martin, Die Lehre von Stufenbau des Rechts nach Adolf Julius Merkl, in: Paulson/Stolleis, (Hrsg.) Hans Kelsen - Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts, Tübingen 2005.
- Callias/Ruffet, EGV/EUV-AEUV Art. 288, beck-online.beck.de 2011.
- Can, Osman, Yeni Anayasa Çalışmaları Yöntemine İlişkin Birkaç Not, Anayasa Kurultayı - Prof. Dr. Yılmaz Aliefendioğlu'na Armağan, Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi, Ankara 2010, s. 127 vd.
- Detterbeck, Steffen, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, München 2006.
- Duran, Lütfi, İdare Hukuku, İstanbul 1982.
- Engel, Rüdiger, Zur Normverwerfungskompetenz einer Behörde, NVwZ 2000, s. 1258 vd.
- Ergen, Cafer/Böke, Veli, Kaçak Yapı, Ankara 2005.
- Giesberts, in. Beck'scher Online- Kommentar VwGO Hrsg. Posser/Wolf, beck-online.beck.de 2013.
- Gözler, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. 2, Bursa 2011.
- Gözler, Kemal, Aslı Kurucu İktidar - Tali Kurucu İktidar Ayrımı: TBMM Yeni Bir Anayasa Yapabilir mi?, in: Ece Göztepe ve Aykut Çelebi (Editörler), Demokratik Anayasa: Görüşler ve Öneriler, İstanbul 2012.
- Gözler, Kemal, Hukukun Genel Teorisine Giriş, Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu, Ankara 1998.
- Gözler, Kemal, İdare Hukuku Dersleri, Bursa 2014.
- Gözler, Kemal, Milletlerarası Andlaşmalara Kanun Üstü Bir Değer Tanınabilir mi? (Anayasa Değişikliği Teklifi Hakkında Bir Eleştiri), www.anayasa.gen.tr/madde90.htm. (Erişim Tarihi, 31.10.2013).

- Gözler, Kemal, Türk Anayasa Hukukuna Giriş, Bursa 2011.
- Grill, Peter, Normprüfungs- und Normverwerfungskompetenz der Verwaltung, JuS 2000, s. 1080 vd.
- Günday, Metin, İdare Hukuku, Ankara 2011.
- Güneş, Turan, Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, Ankara 1965.
- Hall, Karl-Heinrich, Die Prüfung von Gesetzen auf ihre Verfassungsmäßigkeit durch die Verwaltung, DÖV 1965, s. 253 vd.
- Heckmann Dirk, Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen. Elemente einer Theorie der autoritativen Normgeltungsbeendigung, Tübingen 1997.
- Hederich Matthias, Müssen Gemeinden verfassungswidrige Gesetze befolgen? NdsVBl. 1997, s. 273;
- Hoffmann, Gerhard, Die Verwaltung und das verfassungswidrige Gesetz, JZ 1961, s. 193 vd.
- Ipsen, Jörn, Staatsrecht I, Staatsorganisationsrecht, München 2004.
- Kaboğlu, İbrahim Ö., Anayasa Kurultayı Amacı ve Anlamı Nedir?, Anayasa Kurultayı - Prof. Dr. Yılmaz Aliefendioğlu'na Armağan, Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi, Ankara 2010, s. 12 vd.
- Kalabalık, Halil, İmar Hukuku Dersleri, Ankara 2013.
- Karayalçın, Yaşar/Yongalık, Aynur, Hukukta Öğretim Kaynaklar Metod, Problem Çözme, Ankara 2008.
- Kelsen, Hans, Reine Rechtslehre, Wien 1960, s. 198.
- Kopp, O. Ferdinand, Das Gesetzes- und Verordnungsprüfungsrecht der Behörden, DVBl. 1983, s. 821 vd.
- Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, München 2004.
- Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2002.
- Pietzcker, Jost, Inzidentverwerfung rechtswidriger untergesetzlicher Rechtsnormen durch die Verwaltung, DVBl. 1986, s. 806.
- Rack, Reinhard, Die Gehorsamsthese –ein Beitrag zum verwaltungsbehördlichen Normprüfungsrecht, österreichische Juristenzeitung 1971, s. 89 vd.
- Scholzen, Hans, Nichtigkeit oder Vernichtbarkeit verfassungswidriger Rechtsnormen, Eine verfassungsrechtliche Untersuchung des Rechtsschicksals verfassungswidriger Gesetze und darauf gegründeter Einzelakte, Düsseldorf 1977.
- Soysal, Mümtaz, Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler, Anayasa Yargısı 2, Ankara 1996, s. 5 vd.
- Tan, Turgut/Gözübüyük A. Şeref, İdare Hukuku, C. 1, Ankara 2007.

- Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2001.
- Teziç, Erdoğan, Anayasa Hukuku, İstanbul 2009.
- Volhard, Rüdiger, Amtspflichten bei nichtigen Bebaungsplänen, NVwZ 1986, s. 105 vd.
- Vranes, Erich, Lex Superior, Lex Specialis, Lex Posterior- Zur Rechtsnatur der "Konfliktlösungsregeln", ZaöRV 2005, s. 391 vd.
- Wolff- Hans J./Bachof Otto/Stober, Rolf, Verwaltungsrecht I, München 1994.
- Yarsuvat, Duygun, Yürütme Organının Koyduğu Kaidelerle Suç İhdası ve 1961 Anayasası, İÜHFM, C. 29, sy. 3., İstanbul 1963, s. 540 vd.
- Yüzbaşıoğlu, Necmi, Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine, İnsan Hakları Merkezi Dergisi, C. II, Mayıs 1994, sy. 1, s. 26. vd.

