

İDARİ YARGILAMA USÛLÜNDE DÜZENLEYİCİ İDARİ İŞLEMLERİN İHMALİ MESELESİ*

*Doç. Dr. Melikşah YASİN***

ABSTRACT

In this study, mainly the question of “whether administrative tribunals, when faced a regulatory administrative act; constituting the basis of litigated administrative act but not itself litigated, can disregard on the basis of its being unlawful or invoke directly a supreme legal norm to decide the case” will be analyzed. In that, the basis of the institution of “disregard”, the meaning and consequences, problems thereof will be handled and the solutions will be suggested.

Although the direct application of the constitution by disregarding the law itself is also argued in Turkish Administrative Law, it will not be analyzed here as this issue does not fall under the framework of this study.

ÖZET

Bu çalışmada; temel olarak idari yargı yerlerinin, dava konusu edilmiş bir idari işlemin dayanağını teşkil eden ancak kendisi dava konusu edilmemiş düzenleyici işlemi, hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle “ihmal ederek” doğrudan bir üst hukuk normunu uygulamak suretiyle uyuşmazlık hakkında karar verip vermeyecekleri meselesi üzerinde durulacaktır. Bu kapsamda; idari yargıda “ihmal” müessesinin dayanağı, ihmal kavramının anlam ve sonuçları, doğuracağı sorunlar ile bu sorunlara yönelik çözüm önerileri üzerinde durulacaktır.

İdare hukukunda, idarenin kanunu ihmal ederek Anayasayı doğrudan uygulayıp uygulamayacağı meselesi de tartışılmakla beraber¹; çalışma “düzenleyici idari işlemlerin ihmali” ile sınırlı olduğundan bu konuya girilmeyecektir.

* Makale, hakem denetiminden geçirilmiştir.

** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ Bu konuda bkz. BİLGİN Pertev; İdare Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 1996, s.107-109, AZRAK Ülkü; “İdari Yargıda Anayasa Uygunluk Sorunu”, Anayasa Yargısı, S.9, 1992, s.323-340, AKILLIOĞLU Tekin, *İnsan Hakları -I- Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri*, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara 1995, s.60

1. GENEL OLARAK HUKUKA AYKIRI NORMLARIN ETKİSİZLEŞTİRİLMESİ YÖNTEMİ OLARAK İHMAL

1.1. Bilindiği üzere; idari işlemler yargı kararı ile aksi belirlenene kadar hukuka uygun kabul edilirler². “*Hukuka uygunluk karinesi*” olarak ifade edilen bu özellikleri gereği, düzenleyici idari işlemler de, haklarında hukuka aykırılık iddiaları bulursa dahi, bu iddialar yargı kararı ile tespit edilinceye kadar yürürlükte kalmaya devam ederler³. İdarenin hukuka aykırı işlemleri kaldırmaması veya değiştirmemesi, ilgilileri tarafından da dava yolunun (bilerek veya ihmal edilerek) tercih edilmemesi durumunda, bu düzenleyici işlemlere dayanılarak işlem tesisine devam edilecektir.

Ancak, üst normlara aykırı düzenleyici işleme geçerlilik tanınması, bu işleme dayanan tüm idari işlemlerin de, diğer unsurlarında bir sakatlık olmaması kaydıyla, hukuka uygun kabul edilecekleri anlamına gelir. İdari yargının temel işlevlerinden biri de hukuka bağlı idareyi gerçekleştirmek olduğuna göre, yargı yerlerinin hukuka aykırılığını tespit ettikleri bir düzenleyici işlemi ihmal ederek doğrudan üst normu uygulamalarına imkan tanınması gerektiği öne sürülebilir. Nitekim bu kanaati paylaşan yazalardan CANDAN görüşünü; “kişisel işlemlere karşı açılan davalarda hukuka uygunluk denetimini bu kişisel işlemin dayanağını oluşturan düzenleyici idari işlemlerle sınırlamak, idarenin hukuka uygunluğunun denetimiyle güdülen amaca ve Hukuk Devleti ilkesine uygun değildir. İdari yargı yeri idari davaya konu edildiğinde hukuka uygunluk denetimine tabi tutma yetkisi kendisine ait olan düzenleyici bir idari işlemi üst hukuk norma uygunluğunu, bu düzenleyici işleme dayanılarak tesis edilen kişisel işlemin yargısal denetimi dolayısıyla araştırıp değerlendirilmeli ve üst norma aykırı bulması halinde düzenleyici işlemi atlayıp doğrudan üst normu davada uygulayabilmelidir.”⁴ gerekçelerine dayandırmaktadır. KARAVELİOĞLU da bu durumun “üstünlüğün anayasada ve kanunlarda olduğu anlayışının ve üstün hukuk kurallarına uyma zorunluluğunun sonucu olduğunu”⁵ ifade etmektedir.

Şüphesiz ki bu görüşlerin haklılık payı olmakla birlikte, buradaki temel mesele, mahkemelere tanınacak bu yetkinin doğuracağı sakıncaları giderecek bir yöntemin ortaya konulmasıdır. Aksi halde, bir sonraki başlıkta incelenecek sorunların ortaya çıkması kaçınılmaz olacaktır.

² YILDIRIM Turan; İdari İşlemler, in İdare Hukuku, 12. Levha Yayınları, İstanbul 2013, s.394.

³ Hukuka uygunluk karinesinin kanunla istisnaları olabileceği gibi açılacak bir iptal davasında verilecek yürütmenin durdurulması kararı da bu ilkenin bir istisnasını teşkil eder.

⁴ CANDAN Turgut; Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 5.Baskı, Adalet Yay., Ankara 2012, s.400.

⁵ KARAVELİOĞLU Celal; İdari Yargılama Usulü Kanunu, 6.Baskı, c.1., Ankara 2006, s.568-569.

1.2. Bilindiği üzere idari yargılama usulünde, düzenleyici idari işlemler dava açma süresi içinde doğrudan dava konusu edilebildiği gibi dava açma süresinin geçmesinden sonra ise bu işlemlere dayanılarak tesis edilen uygulama işlemleri üzerine de dava konusu edilebilirler. Bu ikinci ihtimalde; davacı dilerse uygulama işlemi ile birlikte düzenleyici işlemi dava konusu edebileceği gibi düzenleyici işlem veya birel işleminden sadece birini de dava konusu edebilir. Bu yolla; işlemin hukuki dayanağını oluşturan düzenleyici işlemin iptal edilebilirliğine imkan tanınarak dava konusu işlemin de buna bağlı olarak iptali mümkün kılınmaktadır. (İYUK 7/4.madde)

1.3. Ancak; sadece uygulama işleminin iptalin talep edildiğinde, bu işlemin dayanağını teşkil eden düzenleyici işlemin hukuka aykırılığı mahkeme tarafından tespit edilirse, nasıl bir karar verileceği hususunda mevzuatta açık bir düzenleme bulunmamaktadır. İdari yargı uygulamasında ise; 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun (İYUK) 7/4.maddesinin son cümlesinin, düzenleyici işlemlerin dava konusu edilmeden de yargısal denetimlerine izin verdiği kabul edilmektedir⁶. Söz konusu hükme göre; “*düzenleyici işlemin iptal edilmemiş olması bu*

⁶ “(...) Öte yandan, 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. Danıştay; 13.D., E.2009/4475, K. 2012/1589.

“Olayda, 2577 sayılı idari Yargılama Usulü Kanunu’nun 7/4. maddesinde yer alan “düzenleyici işlemin iptal edilmemiş olmasının, bu düzenlemeye dayalı işlemin iptaline engel olmayacağı” yolundaki hüküm karşısında; dava konusu 4.4.2001 günlü, 18/2317 sayılı işlemin dayanağı olan Maliye Bakanlığı Gelirler Kontrolörleri Yönetmeliği’nin 19. maddesi, 4369 sayılı Yasa ile değişik 178 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye aykırı olduğu halde, bu madde hükmü “ihmal edilmemek”, bir başka anlatımla, bu madde hükmüne “hukuki bir değer yüklemek” suretiyle, anılan maddeye dayanılarak tesis edilmiş olan dava konusu işlemin iptali istemiyle açılan iş bu davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir. *Danıştay, 5. D., E. 2006/3804, K.2007/3778, T. 29.6.2007, DD., S.117, s.158.*

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 7. maddesinin 4. fıkrası son cümlesinde, düzenleyici işlemin iptal edilmemiş olmasının bu düzenlemeye dayalı işlemin iptaline engel olmayacağı kurala bağlanmıştır. (...) Uyuşmazlık konusu olayda, dava konusu işlem tarihinde yürürlükte olan ve işleme dayanak alınan Yönetmelik maddesinde görevde yükselme suretiyle atanacak personel için 657 sayılı Yasanın 125. maddesinin (C) ve (D) bentlerine göre ceza almamış, olma koşulu getirilmiş ise de, anılan madde ile 657 sayılı Yasanın yukarıda sözü edilen 132. maddesinde sayılan görevler dışında kalan görevler için de bu koşulun getirilmesinde yasa hükmünün kapsamını genişletici nitelikte, Yasaya aykırı düzenleme yapıldığı açıktır. Bu durumda, 657 sayılı Yasanın 132. maddesinde sayılan görevler dışında kalan görevler için de 657 sayılı Yasanın 125. maddesinin (C) ve (D)

işleme dayalı işlemin iptaline engel olmaz.” Ancak; bu hükmün “ihmal” uygulaması için pozitif bir temel oluşturup oluşturmadığı tartışmalıdır. Zira, 7/4. madde bir bütün olarak değerlendirildiğinde; bu şekilde yorumlanmaya uygun olmadığı da söylenebilir. Madde metninde; *“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.”* ifadelerine yer verilmiştir. Maddenin ihmal uygulaması için yasal dayanak olarak gösterilen son cümlesinin; esasen düzenleyici ve birel işlemlere karşı birlikte veya sadece birel işleme karşı dava durumunda; düzenleyici işlemin iptali talebi reddedilse veya düzenleyici işlem hiç dava konusu edilmemiş olsa bile bu durumun birel işlemin iptaline engel olmayacağını açıkladığı söylenebilir. Zira, düzenleyici işlemin hukuka uygun olması, bu işleme dayanılarak tesis edilen işlemlerin her zaman hukuka uygun olacakları anlamına gelmez. Ancak, “iptal davası ile doğal olarak sağlanan bu sonucun, kanunkoyucu tarafından ayrıca ve özellikle ifade edilmesinin anlamsız olduğu” ifade edilerek, 7/4.maddenin son cümlesinin iptal davası ile sağlanabilecek bu olağan sonuç dışında bir amaç güttüğü ve bu amacın da, üst norma aykırı olan ancak süresi içinde dava konusu edilerek iptali edilemeyen düzenleyici işleme uygun olarak tesis edilen birel işlemlerin düzenleyici işlem ihmal edilerek üst hukuk normuna göre denetlenmesi için hakime yetki vermek olduğu ifade edilmektedir⁷. Gerçekten de bu ikinci yorum hem yasama tekniği bakımından hem de idari yargının işlev ve amacı bakımından daha isabetlidir. Ancak, kanunkoyucunun böyle bir amaç güttüğü kabul edilse bile, en azından hakime tanınan bu yetkinin yol açacağı sorunları göz ardı ettiği görülmektedir. Aşağıda inceleneceği üzere, ihmal tekniği idari yargılama usulü bakımından önemli bazı sorunları da beraberinde getirmektedir.

1.4. İdari yargılama usulünde İYUK 7/4. maddeye dayandırılan “ihmal” yürürlükte bulunan bir düzenleyici idari işlemin farklı gerekçelerle mahkemeler tarafından uygulamaktan imtina edilmesi, bilinçli şekilde göz ardı edilmesidir. Diğer bir ifadeyle; idare hukukunda ihmal uygulaması, üst norma aykırı düzenleyici işlemlerin, dava konusu edilmedikleri halde, yargı yerleri tarafından ihmal edilerek doğrudan üst normun uygulanması suretiyle karar verilmesi yöntemidir.

bentlerine göre ceza almamış,olma koşulu getirilmesinde yasaya uygunluk bulunmadığından, 2577 sayılı Yasanın yukarıda anılan hükmü uyarınca işlemin iptali gerekirken, davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir. ”Danıştay 2. Daire, E.2005/316, K.2007/1744, DD., S.116, s.121-123.

⁷ CANDAN Turgut; Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 5.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, 400-401.

1.5. Şüphesiz ki; hukuk devletinde hukuk normları arasında bir çelişki olamayacağı, bir çelişki olması durumunda, çelişkinin idarenin hukuka aykırı düzenlemesini kaldırmak veya değiştirmek suretiyle veya üst hukuk normuna göre yapılacak olan denetim neticesinde yargı organlarınca giderileceği açıktır. Ancak, yargı yerlerinin üst hukuk normuna aykırı olan düzenleme hakkında bir karar veremediği durumlarda, hukuka aykırılığı tespit edilen bir düzenlemenin dikkate alınarak karar vermesinin de hukuk devleti ilkesi bakımından kabulü mümkün olmamalıdır.

Hukuken yürürlükte bulunan bir normun, yargı organları tarafından, hukuki varlıklarına son verilmeksizin, ancak fiilen uygulanmayarak etkisizleştirilmek suretiyle üst hukuk normuna göre karar verilmesini haklı kılan hukuki gerekçeler olduğu gibi hakime tanınacak böyle bir yetkinin hukuk sistemi bakımından aşağıda açıklanacağı üzere bazı temel ilkelere uygunluğu da tartışmaya açıktır.

1.6. Ancak, ilgili açıklamalara geçmeden önce, ifade etmek isteriz ki; “ihmal” ,ancak mahkemelerin başvurabileceği bir yöntem olup, idarelerin kendi düzenleyici işlemlerini veya bir başka idarenin düzenleyici işlemini ihmal etmesi mümkün değildir. Zira, idare eğer bir işleminin hukuka aykırı olduğu kanaatine varırsa bunu kaldırmak veya değiştirmek suretiyle hukuka aykırılığı giderebilir. İdare, kendi düzenleyici işlemlerini ihmal edemeyeceği gibi bir başka işlemle bunların yürürlüğünü askıya da alamaz⁸. Bir idarenin diğer bir idarenin düzenleyici işlemini ihmal etmesi de mümkün olmamalıdır. Bir idare, uygulamakla yükümlü olduğu bir başka idarenin düzenleyici işleminin hukuka aykırı olduğu kanaatinde ise, bu işlemlere karşı varsa kanunda öngörülen itiraz gibi idari usulleri işletebilir veya yargı yoluna gidebilir.

1.7. İlk bakışta; kişilerin lehine ve hukuka uygun idarenin tesisi amacına uygun

⁸ “Milli Eğitim Bakanlığına Bağlı Anadolu Liseleri Öğretmenlerinin Seçimi ve Atamalarına İlişkin Yönetmelik Resmi Gazetede yayımlanmamış ise de, davalı idare Anadolu liselerine öğretmen atamalarına ilişkin düzenlemeyi yönetmelik düzeyinde gerçekleştirerek Milli Eğitim Bakanlığı Tebliğler Dergisinde yayımlamıştır. Anılan Yönetmelik hükümlerine göre Anadolu lisesi öğretmenliğine atamaların sınavla yapılmasının öngörüldüğü, daha önce bu okullarda görev yapmakta iken herhangi bir nedenle anılan Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği 1.1.2000 tarihinden önce görevlerinden ayrılmış olanların da sınava tabi tutulması kurula bağlandığı halde; normlar hiyerarşisinde daha alt sırada bulunan dava konusu genelgeyle Yönetmeliğin seçme sınavına yönelik hükümlerinin 2001 yılına mahsus olmak üzere uygulanmamasına karar verilmek suretiyle sınav usulünün ortadan kaldırılarak sınavı kazanamayan veya sınava girmeyenlere de Yönetmelik hükümlerine aykırı biçimde Anadolu liseleri öğretmenliğine atanma önceliği tanınarak 2000 yılındaki sınavı kazananların Yönetmelikle korunan haklarının ihlal edilmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır. Danıştay, 2. D., E. 2004/1650, K. 2006/527, T. 17.2.2006.”

gibi görünen ihmal yöntemi, idari yargılama usulünün bazı ilke ve müesseseleri ile çelişik olduğu gibi; uygulanmasına yönelik kapsam ve çerçevenin belirlenmemiş olması, Danıştay uygulamasında da bu kapsam ve çerçevenin belirlenmesine yönelik ilkelerin ortaya konulamamış olması nedeniyle önemli hukuki sorunları gündeme getirmektedir. Aşağıda bu çelişki ve sorunlar üzerinde ayrıntılı şekilde durulacaktır.

2. İHMAL YÖNTEMİNİN İDARE HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

2.1. İhmal Yönteminin Sınırlarının Belirsizliği

Üst hukuk normuna aykırı bir düzenleyici işlemin yürürlükte kalmasının hukuk devleti ilkesine aykırı olacağı ve bu tür işlemlerin hukuk aleminden kaldırılmaları gerektiği açıktır. Bu işlemlerin yargı kararıyla iptal edilmemeleri veya idarenin kendiliğinden bu işlemleri kaldırmaması/değiştirmemesi durumunda; mahkemelerce “ihmal edilerek” etkisizleştirilmesi yukarıda açıklandığı üzere genel olarak kabul edilmektedir. Ancak; dava konusu edilmeyen hangi düzenleyici işlemlerin ihmal edebileceği konusunda bir düzenleme olmadığı gibi içtihatlarla geliştirilmiş bir ölçütten bahsetmek de mümkün görünmemektedir. Bu durum; mahkemelere tanınacak düzenleyici işlemleri ihmal edebilme yetkisinin sınırlarını belirsiz kılmaktadır. Örneğin; mahkeme düzenleyici işlemin tamamının hukuka uygunluğunu mu denetleyecektir yoksa sadece uyuşmazlıkla ilgili olan hükümleri bakımından da mı değerlendirme yapacaktır? Her konuda düzenleyici işlemler bakımından ihmal yöntemi uygulanacak mıdır yoksa konu bakımından bir ayırım (mesela temel hak ve özgürlüklere açıkça ihlal etmek gibi) yapılabilir mi? Bu ve benzeri sorulara cevap oluşturacak yasal bir düzenleme olmadığı gibi Danıştay kararlarında da ihmal yönteminin sınır ve kapsamını belirlemeye yönelik ölçütler ortaya konulmamıştır.

Bunula birlikte idari yargıda genellikle; “kanunla verilen düzenleme yetkisini aşacak şekilde yapılan düzenlemeleri”⁹, “kanunla getirilen düzenlemeyi genişleten düzenleyici işlemler”¹⁰, “kanunun öngördüğü düzenlemenin sınırını aşacak ve değiştirecek nitelikte düzenlemeler getiren yönetmelik hükümlerinin”¹¹ ihmali gerektiğine karar vermektedir. Görüldüğü üzere, yargı organlarınca yapılan değerlendirme, üst hukuk normuna aykırılık ile sınırlı kalmaktadır. Hukuka aykırılığın niteliği, kapsamı gibi hususlara ilişkin değerlendirmeler yapılmamaktadır. Bu yaklaşım, ihmal yönteminin ne zaman uygulanacağı hususunda yargı organlarına

⁹ Danıştay, 5. D., E. 2006/3804, K.2007/3778, T. 29.6.2007.

¹⁰ Danıştay, 5. D., E. 2002/3255, K. 2005/5075, T. 10.11.2005, DD., S.112, s.172

¹¹ Danıştay, 13.D., E. 2009/4475, K. 2012/1589.

geniş bir takdir yetkisi bırakmakta böylece hangi uyuşmazlıklarda bu yönteme başvurulacağı konusunda belirsizlik oluşturmaktadır.

2.2. Normlar Hiyerarşisi Bakımından Değerlendirme

Hukuk düzeni bakımından kurallar kademelenmesini ifade eden normlar hiyerarşisi kuramına göre, alt normlar üst normlarına uygun olmalıdır¹². Normlar hiyerarşisi gereğince, yürürlükte bulunan üst normlara uygun tesis edilmiş olan uygulama işlemlerinin, iptali mümkün olmamalıdır. Normlar arasındaki uyumsuzluk ise alt norm bakımından bir iptal sebebidir. İhmal yöntemi; bir taraftan üst norma aykırı alt normunu etkisizleştirmek suretiyle, normlar arasındaki hiyerarşi ilişkisini hukuka uygun hale getirmekte, diğer taraftan hukuken geçerli ve yürürlükte bulunan alt hukuk normunu göz ardı ederek fiilen etkisiz kılmaktadır. Ancak, ihmal edilen norm iptal edilmediğinden hukuki varlığını, dolayısıyla da normlar hiyerarşisi içindeki yerini korumakta, uygulanmaya devam etmektedir. İçinden çıkılması güç bir çelişkiyi ifade eden bu durum, ihmalin gerekliliği kadar ihmal yönteminin sakıncalarına da işaret etmektedir.

Danıştay'ın uygulamasında, tüzük ve yönetmelik gibi idarenin düzenleyici işlemler de yargısal denetim bakımından üst hukuk normu olarak kabul edilmekte ve doğal olarak bu üst hukuk normlarına aykırılık teşkil eden alt işlemler “normlar hiyerarşisi ilkesine” aykırılık gerekçesiyle iptaline karar verilebilmektedir.¹³

İşte kural olarak normlar hiyerarşisi içinde bir “değer taşıyan” ve alt normların denetlenmesinde ölçü olarak kullanılan bu düzenleyici işlemlerin hukuka aykırı olduklarının mahkemece tespiti halinde; bu düzenlemeler normlar hiyerarşisinin dışına çıkarılmakta, yargısal denetim normlar hiyerarşisinin bir üst halkasında

¹² “Kamu idarelerinin Yasalarla tanınan yetki ve görev içerisinde yürüttükleri faaliyetlerini düzenleyen, açıklayan düzenleyici işlemlerinin, üst normlara aykırı olmaması gerektiği, “normlar hiyerarşisi” adıyla açıklanan genel hukuk ilkesinin gereği ve sonucudur. Danıştay, 10. D., E. 1996/3388, K. 1998/5083, T. 20.10.1998”

¹³ “Bilindiği gibi, idare hukukunda normlar hiyerarşisinde yönetmeliklerden sonra gelen genel düzenleyici işlemlerden olan Genelgeler bir Yönetmeliğe dayalı olarak hazırlanır ve Yönetmelik hükümlerine açıklık getirilmek suretiyle uygulamaya geçirilmesi amaçlanır. Danıştay, 5.D., E.2002/1895, K. 2003/1891, T. 6.5.2003”

Belirtilen durumda, okul müdürünün herhangi bir nedenle görevinden ayrılmış olması halinde müdür başyardımcısının, müdüre vekalet edeceği anılan Yönetmelik maddeleri ile açıkça hükme bağlanmış olmasına karşın bu hükümlere, kariyer ve liyakat ilkelerine aykırı olarak müdür başyardımcısı ve müdür yardımcılarının bu görev için yetersiz ve isteksiz olmaları halinde o ilde görevli tüm öğretmen ve yöneticiler ile daha önce yöneticilik görevinde bulunanlar arasından vekaleten görevlendirme yapılmasının uygun olduğu yolundaki dava konusu Genelgede normlar hiyerarşisine e ve hukuka uyarlık bulunmamaktadır. Danıştay, 12. D., E. 2003/3936, K. 2005/492, T. 21.2.2005.

yer alan düzenlemeye göre yapılabilmektedir.

Mahkemelerin, dava konusu edilmediği için önüne gelmeyen üst normları, yürürlükte olmasına rağmen, uygulamaması, diğer bir ifade ile bu düzenlemeleri gördüğü dava ile sınırlı olsa bile işlevsiz kılması normlar arasındaki hiyerarşinin tesisini sağlamakla birlikte, bu işlemlerin hukuk alemindeki varlıklarına son verilmemesinden uygulanmaya devam edilecek ve esasen normlar hiyerarşisindeki bu halkanın sakatlığı da devam edecektir.

2.3. Taleple Bağlılık İlkesi Bakımından Değerlendirme

İdari yargılama usulünde, mahkemeler tarafların talepleri ile bağlıdır. Bir mahkemenin, dava konusu edilmemiş bir düzenleyici işlemi hukuka uygunluk bakımından değerlendirerek karar tesisi, bir yönüyle taleple bağlılık ilkesine aykırılık teşkil edebilir. Elbette ki, burada mahkemenin düzenleyici işlemin değil, dava konusu edilen uygulama işleminin iptaline karar vermesi, netice itibari ile davacının talebine uygundur ancak davalı idare bakımından yargılama usulü yönünden aynı sonucun doğmadığı açıktır. Düzenleyici işlemin “iptal” değil “ihmal” edilmiş olması da neticede düzenleyici işleme ilişkin mahkeme tarafından bir irade ortaya konulması anlamına gelmektedir. Bunun sonucu olarak; aşağıda üzerinde durulacağı üzerine, ihmal kararı üzerine idarenin herhangi bir tasarufta bulunmasının gerekip gerekmediği gibi önemli bir sorun ortaya çıkmaktadır.

Ayrıca, düzenleyici işlem hakkında ihmal kararı verilmesi yargılama usulü bakımından da sorunlar gündeme getirebilir. Örneğin; ihmal edilen düzenleyici işlem, davanın tarafı olmayan bir idarenin işlemi olabilir. Bu durumda, davada taraf olmayan bir idarenin işlemi hakkında bu idarenin savunması alınmadan karar verilmiş olacaktır. Diğer yandan; bu düzenleyici işlem davalı idare tarafından tesis edilmiş olsa bile, düzenleyici işleme yönelik bir iptal talebi olmaması nedeniyle davalı idare bu düzenleyici işleme yönelik hiç bir açıklama yapma/savunmada bulunma imkanına sahip olmayacaktır. Bu şekilde yapılacak bir değerlendirmenin savunma hakkının kısıtlanması ve mahkemenin tarafların görüşlerini dinlemeksizin bir sonuca varmasına yol açacaktır.

3. İHMAL YÖNTEMİNİN İDARE HUKUKU BAKIMINDAN DOĞURDUĞU SORUNLAR

3.1. Yargı Kararlarında Birliğin Bozulması

İhmal yöntemi, dava konusu edilmeyen düzenleyici işlemin hukuk alemindeki varlığını sona erdirmeyeceğinden, düzenleyici işlem sadece somut uyuşmazlık bakımından uygulanmayacaktır. Düzenleyici işlem, eğer mahkemenin hukuka aykırılık tespiti üzerine kaldırılmaz veya değiştirilmezse, yürürlükte kalmaya devam edecek ve yürürlükte kaldığı sürece de düzenleyici işleme dayalı olarak

yeni işlemler tesis edilebilecektir. Bir mahkeme tarafından ihmal edilen düzenleyici işleme dayanılarak tesis edilen başka işlemler için aynı anda veya bilahare ülke genelinde başka mahkemelerde açılmış davalar olabilir. Bu davalarda; mahkemeler, daha önce bir mahkeme tarafından ihmal edilmiş düzenleyici işlem hakkında ihmal yöntemine başvurmayarak uygulama işlemlerini hukuka uygun bulabilir. veya başka bir mahkeme düzenleyici işlemi hukuka uygun bularak ihmal etme yoluna başvurmayabilir. Bu durumda da aynı düzenleyici işlem bir Mahkeme tarafından hukuka uygun bir mahkeme tarafından hukuka aykırı olarak nitelendirilmiş olacak ve üzerindeki bu belirsizlikle hukuk alemindeki varlığını sürdürmeye devam edecektir. Bu durum ise, hukukun ülke genelinde yeknesak şekilde uygulanmasını engelleyecektir. Böyle bir durum, hukukun mahkemeden mahkemeye farklı uygulanması sonucuna yol açarak hukuki istikrarı bozacaktır.

Diğer yandan; aynı düzenleyici işlemin iptali için bir dava açılmış olabilir. Eğer halen düzenleyici işlem için derdest bir dava var ise bu davaya rağmen düzenleyici işlem hakkında ihmal kararı verilmemeli ancak bu dava bekletici mesele yapılması bir yargılama yöntemi olarak tercih edilmelidir.

3.2. Görevli Mahkemenin Değişmesi İhtimali

İdari yargılama usulünde; görev kuralları kamu düzeninden kabul edilmektedir. Bu nedenle; bir konuda görevli olmayan yargı yerinin bir uyuşmazlık hakkında karar tesisi mümkün değildir. Görev meselesinin, ihmal yöntemi bakımından önemi, uygulama işlemini denetleme konusunda görevli olan mahkemenin bu işlemin dayanağı olan düzenleyici işlem bakımından görevli olmaması ihtimalidir. Somut bir örnekle izah etmek gerekir ise, Danıştay'ın görev alanına giren bir Yönetmeliğe dayanarak tesis edilen bir uygulama işleminin iptali için idare mahkemesi nezdinde dava açıldığında idare mahkemesi düzenleyici işlem hakkında hukuka aykırılık değerlendirmesi yaparak ihmal kararı verebilir mi? Bu soruya olumsuz cevap vermek gerekir. Aksi bir yaklaşım, bir mahkemenin görev alanı dışında bir hukuki değerlendirme yapması anlamına gelecektir. Ancak uygulamada idare mahkemeleri Danıştay'ın görev alanına giren düzenleyici işlemler hakkında da ihmal kararı verebilmektedir^{14, 15}.

¹⁴ Danıştay, 6. D., E. 1990/2099, K. 1991/1884, T. 7.10.1991, DD., S.84-85, s.430.

¹⁵ Çalışmanın kapsamı dışında kalmakla beraber, adli yargı yerlerinin, düzenleyici idari işlemler hakkında ihmal kararı verip veremeyeceği sorununa da kısaca değinmek isteriz. Kanaatimizce, adli yargı yerleri, görev alanları dışında kaldığından, bir düzenleyici işlem hakkında ihmal kararı verememesi gerekir. Aksi bir yaklaşım; DURAN'ın ifade ettiği üzere, idari yargının özgürlük ve bağımsızlığını yitirmesine yol açacaktır. Ancak, Yargıtay'ın kararlarında uyuşmazlık bakımından önem taşıyan düzenleyici işlemleri hukuka uygunluk bakımından denetlediği görülmektedir. Bu konudaki kararlar ve eleştiriler için bkz. DURAN Lütfi; "Yargıtay'ın Kamu Hukukuna Değın Son Kararları Üzerine Mülâhazalar", AİD, c.18,

3.3. İhmal Edilen Düzenleyici İşlemin Geçerliliği Sorunu

Hukuka aykırılığı mahkeme tarafından tespit edilmiş bir düzenleyici işlemin geçerliliği de önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

İdari yargıda ihmal edilen düzenleyici işlemin hukuki varlığı, henüz iptal edilmediğinden, devam etmektedir. Üstelik bu ihmal kararından çoğunlukla sadece taraflar haberdar olmaktadır. Dolayısıyla, bu düzenleyici işlemler diğer mahkemeler tarafından yargısal denetimlerde göz önünde bulundurulabilecek, diğer idareler tarafından uygulanmaya devam edecektir.

Hukuka bağlı bir idarenin, hukuka aykırılığı mahkemece tespit edilmiş bir düzenleyici işlemi kaldırması veya değiştirmesi beklenir ise de idarenin bu yükümlülüğe uymaması durumunda nasıl bir yaptırımın gündeme geleceği de belirsizdir. Örneğin; böyle bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi idarenin ve kamu görevlilerinin sorumluluğuna yol açar mı? İdareye, İYUK 28.madde kapsamında, ihmal edilen düzenleyici işlemi yürürlükten kaldırılması zorunluluğu yüklenebilir mi?

Mahkemenin hukuka aykırı bularak adeta normlar hiyerarşisinin dışına ittiği düzenleyici işlemin değiştirilmesi veya yürürlükten kaldırılması hukuka bağlı bir idareden beklenen bir davranış olacaktır. Ancak; salt bu değişikliğin yapılması veya düzenleyici işlemin yürürlükten kaldırılmaması doğrudan kamu görevlilerinin hukuki sorumluluklarına yol açmayacağı kanaatindeyim. Zira idare, düzenleyici bir işlemi değiştirmek veya kaldırmak konusunda takdir yetkisine sahiptir. Kaldı ki; yargı kararının uygulanması, kararın davacıyı ilgilendiren hususlara ilişkin bir yükümlülük getirip, kararda yer alan davacıyı doğrudan ilgilendirmeyen ve talebi kapsamında olmayan “ihmaline karar verilen” düzenleyici işlemin değiştirilmesi/kaldırılmasının bu kapsamda değerlendiremeyeceği ileri sürülebilir.

Asıl problemlili olan husus; hukuka aykırı işlemin uygulanmaya devam etmesidir. Burada da; idarenin kendi tesis ettiği bir düzenleyici işlemi, mahkemenin hukuka aykırılık tespitine rağmen uygulamaya devam etmesinin bir hizmet kusuru olarak değerlendirilebileceği kanaatindeyim. Hiç bir idarenin; bilerek ve isteyerek hukuka aykırı davranacağı kabul edilemeyeceğinden bu durum bir hizmet kusuru olarak kabul edilmelidir. İdarenin; kimi zaman hukuku hatalı uygulaması/yorumlaması nedeniyle tesis edilen işlemlerden doğan zararın dahi tazmini kabul edildiğine göre¹⁶, hukuka aykırılığı mahkeme kararı ile tespit edilen bir düzenleyici

S.2, s.27-44.

¹⁶ Hukuka aykırı işlemler nedeniyle idarenin sorumluluğu konusunda ayrıntılı bilgi ve yargı kararları için bkz. GÖZÜBÜYÜK A. Şeref-TAN Turgut; *İdare Hukuku*, c.2., Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s.742 vd., GÖZLER Kemal; *İdare Hukuku*, c.2., Ekin Yayınevi,

işlemin uygulanarak bilerek hukuka aykırı işlem tesisi evleviyete sorumluluğa yol açacağı kabul edilmelidir.

4. DÜZENLEYİCİ İŞLEMLERİN İHMALİ YÖNTEMİ VE UYGULAMASINA İLİŞKİN ÖNERİLER

Yukarıda; ihmal yönteminin uygulanmasına ilişkin sorunlara işaret edildikten sonra bu başlık altında, sorunların çözümüne yönelik öneriler üzerinde durulacaktır. Bu önerileri iki kategoride ele almak gerekir. Birincisi; ihmal yöntemine ilişkin kanuni bir düzenleme yapılmaksızın, belki içtihadi olarak, getirilebilecek çözüm önerileridir. İkinci kategoride yer alan öneriler ise, sorunları daha kapsamlı ve tartışmasız şekilde sonlandıracak kanuni düzenleme gerektiren önerilerdir.

4.1. Mevcut Yasal Durum Karşısında İhmal Yöntemi Kullanılmasına İlişkin Öneriler

İdari yargının işlev ve amacı dikkate alınarak değerlendirme yapıldığında, gerçekten de mahkemenin, önüne gelen uyuşmazlığı çözmek için kullandığı hukuk normunun hukuka aykırılığını tespit etmesine rağmen, bu norm çerçevesinde uyuşmazlığı çözmesi “Hukuk Devleti” ilkesi bakımından kabulü mümkün değildir. Ancak, mahkemelere tanınacak sınırları ve sonuçları belirsiz bir ihmal yetkisi, bir taraftan bu kabul edilemez durumu çözerken diğer taraftan önemli başka hukuki sorunlara yol açabilmektedir. Tespit edebildiğimiz bu sorunların en aza indirilmesinin, bir içtihat mahkemesi olarak Danıştay’ın belirleyeceği ölçütlerle mümkün olabileceği kanaatindeyiz¹⁷. Bu bakış açısından hareketle, ihmal tekniğinin idare hukukunun ve idari yargının ilkelerinde uygun olarak ve etkili şekilde uygulanmasında dikkate alınabileceği düşüncesi ile aşağıda bazı öneriler üzerinde durulmuştur.

4.1.1. İhmal Edilecek Düzenleyici İşlem, Daha Önce Bir Yargı Kararı İle Hukuka Uygun Bulunmamış Olmalıdır

Düzenleyici bir işlem daha önce dava konusu edilmiş ve hukuka aykırılık iddiaları yargı mercii tarafından kabul görmeyerek dava esastan reddedilmiş ise bu düzenleyici işlemin aynı hukuki sebebe dayanarak ihmali mümkün olamaz. Çünkü, bu sebebe ilişkin olarak verilen ret kararı, kesin hüküm teşkil eder. Ancak; ret kararlarında kesin hükmün etkisi, ret kararının gerekçesi ile sınırlı olduğundan,

Bursa 2009, s.1061 vd.

¹⁷ İ Nitekim, Danıştay daha önce kanunla açıkça düzenlenmeyen çeşitli sorunları, içtihatlarla idare hukuku ve idari yargının özelliklerine uygun çözüm üretmiştir. Örneğin; fergat müessesinin idari yargıda uygulanması, yasal düzenleme yapılmadan önce savunma alınıncaya kadar geçici yürütmenin durdurulması kararı verilmesi gibi konularda idari yargının niteliklerine uygun içtihadi çözümler üretmiştir.

bir başka hukuka aykırılık sebebiyle işlemin iptali için dava açılabileceği¹⁸ gibi bu sebeple ihmali de mümkün olabilir.

Ancak ihmal talebinin reddinin, iptal talebinin reddi ile aynı hukuki sonuca yol açmayacağı kanaatindeyiz. Diğer bir ifade ile bir mahkemenin düzenleyici işlemin ihmali talebini reddetmiş olması, onu her yönüyle hukuka uygun bulduğu şeklinde yorumlanmamalıdır. İhmal yöntemin çok sınırlı ve özel durumlarda başvurulacak bir yol olması nedeniyle, bir mahkemenin ihmal talebini reddetmesi, bu düzenleyici işlemi hukuka uygun gördüğü veya hukuka uygunluğunu her açıdan denetlediği anlamına gelmez.

4.1.2. İhmaline Karar Verilecek İşlemin İptali İçin Halihazırda Açılmış Bir Davanın Bulunmaması

Bilindiği üzere, bir düzenleyici işlemin iptali için dava açılması bu işlemin uygulanmasına engel değildir. Bu nedenle; iptal davasına konu edilmiş ancak dava hakkında henüz kesin bir karar verilmemiş olan düzenleyici işlemlere dayanarak tesis edilen uygulama işlemleri için ayrıca başka davalar açılmış olabilir. Bir mahkemenin; ihmal yoluna başvurabilmesi için düzenleyici işlemin iptaline ilişkin olarak aynı gerekçe ve kapsamda açılmış derdest bir davanın bulunmaması gerekir. Zira, düzenleyici işlemin hukuka uygunluk denetimi görevli ve yetkili mahkeme tarafından kararlaştırılacak olup, uygulama işleminin inceleyen mahkemenin bu konuda bir karar verememesi gerekir. Eğer mahkeme böyle bir davanın varlığından haberdar ise bu davayı bekletici mesele yaparak bu davanın neticesine göre karar verebilir. Mahkemenin böyle bir davadan haberdar olmadığı durumlarda ise, iki farklı ihtimal söz konusu olabilir.

Birinci ihtimalde; Mahkemenin ihmal ettiği düzenleyici işlem hakkında, iptal davasını gören mahkeme de iptal kararı verebilir. Bu durumda, her iki mahkeme kararı arasında bir uyumsuzluk olmadığından netice itibari ile karar hukuka uygun olacaktır.

İkinci ihtimal ise, ihmeline karar verilen düzenleyici işlemin iptal talebinin reddedilmesidir. Bu durumda ise, ihmal yöntemi uygulanarak verilen mahkeme kararının temyiz aşamasında bozulması gerekir.

Düzenleyici işlemin iptal talebinin reddine ilişkin kararın Danıştay tarafından verilmiş olması durumunda, temyiz aşamasında kendi kararı ile çelişkili bir tespit içeren ilk derece mahkemesi kararı bozulacaktır.

¹⁸ GÖZÜBÜYK A. Şeref, TAN Turgut; *İdare Hukuku*, c.2, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s.628-629, ÇAĞLAYAN Ramazan; *İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması*, 2. Baskı, Seçkin Yay., İstanbul 2001, s.47.

Ancak; düzenleyici işlemin iptali talebinin reddine ilişkin karar, idare veya vergi mahkemesi tarafından verilmiş ise, Danıştay'ın temyiz aşamasındaki tutumu önem taşıyacaktır. Eğer Danıştay düzenleyici işlemin iptali davasında verilen ret kararını onarsa, bu durumda ihmal yöntemi uygulanarak verilen diğer mahkeme kararının bozulmasına hükmedebilecektir¹⁹. Şüphesiz ki; Danıştay ihmal yöntemini hukuka uygun bulmadığı halde neticede farklı bir gerekçe ile uygulama işlemi hakkında hukuka aykırılık değerlendirmesi yapabilir. Tüm bu olasılıkların ancak bu davaların aynı Danıştay Dairesinde görülmesi halinde veya davalı idarenin bu durumu mahkemenin gündemine getirmesi halinde değerlendirilmesi mümkün olacağını da hatırlatmak gerekir.

4.1.3. Üst Hukuk Normuna Aykırılığın Açık ve Somut Olması

İhmal yöntemine; istisnai bir yöntem olduğundan; ancak üst norma olan aykırılığın açık/aleni olması durumunda başvurulması gerekir. Burada açık hukuka aykırılıktan kastedilen şeyin, hukuken farklı yorumları gerektirmeyen, ilk değerlendirmede hemen, kolaylıkla anlaşılabilen aykırılıklardır. Danıştay da eski bir kararında bu hususa dikkate çekerek; *“düzenleyici tasarrufun, bir kanunla açıkça çatışacak şekilde hüküm sevk edilmiş olmadıkça, buna müstenid işlemin iptali dileğiyle açılan davanın çözümünde, ihmalî mümkün olamaz²⁰.”* görüşüne yer vermiştir. Bu nedenle hukuken farklı mülahazalara açık hukuka aykırılık iddialarının ihmal için yeterli sayılmaması gerektiği kanaatindeyim. Bu nedenledir ki; ihmal kararının mahkemede ancak oybirliği ile alınması gerektiği söylenebilir. Aksi halde; hakkında dava açmak için farklı imkanlar bulunan ve iptal edilme ihtimali tamamen ortadan kalkmamış olan bir düzenleyici işlemin, sadece farklı hukuki yorumlardan yola çıkılarak ihmal gibi önemli sonuçları olan bir uygulamaya konu edilmemesi gerekir.

İdari yargı pratiğinde kanuna aykırılık değerlendirmesi konusunda, özellikle kanunla verilen düzenleme yetkisinin aşılması bir kriter olarak kullanılmaktadır. Diğer bir ifade ile kanunla verilen düzenleme yetkisinin kapsamı dışındaki konularda düzenleme yapılmış olması ihmal gerekçesi olarak

Yeterli görülmektedir.

“Anılan Kanun Hükümünde Kararname'nin 43. maddesinde, idareye Yönetmelik çıkarma yetkisi verilmiş ise de, bu yetkinin, ancak maddede düzenlenmesi öngörülen hususlara ilişkin olduğunda kuşkuya yer bulunmamaktadır.

¹⁹ Tabi burada, Mahkemelerce verilen ret kararının etkisinin; yukarıda 4.1.1. nolu başlık altında yapılan açıklamalar çerçevesinde değerlendirileceğine kuşku duymamak gerekir.

²⁰ Danıştay Dava Daireleri Kurulu, E.1970/10004, K.1971/608, T.04.06.1971, DD., S.5, s.135.

Bu itibarla, 4369 sayılı Yasa ile değişik 178 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'de, yapılacak yeterlik sınavında başarılı olamayan stajyer kontrolörlerin yeniden yeterlik sınavına alınmayacağı ve kontrolörlük ile ilişkileri kesilerek Bakanlıkça durumlarına ve derecelerine uygun bir göreve atanacakları yolunda bir hükme yer verilmemiş olması karşısında, bu hususların Yönetmelik'le düzenlenmesine hukuken olanak bulunmadığından, dava konusu işlemin dayanağını oluşturan Maliye Bakanlığı Gelirler Kontrolörleri Yönetmeliği'nin 19. maddesinde yer alan hüküm ile 178 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'de öngörülmeven hususların düzenlendiği ve bu madde ile açıkça üst hukuk hükmüne aykırı bir düzenleme yapıldığı anlaşılmış bulunmaktadır²¹.

“Ne var ki, yukarıda adı geçen Yönetmeliğin 6/c maddesiyle getirilmiş olan “657 sayılı Yasa'nın 125. maddesinin (C) ve (D) bentlerine göre ve Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü'nün kınama ve uyarma dışındaki suçlardan dolayı disiplin cezası almamış olmak” koşulu, “memur” unvanlı kadroya yapılacak atamalar için de geçerli sayılarak, Yasa ile getirilen düzenleme adı geçen Yönetmelik ile genişletilmiş olup; Yasa'da açıkça sayılan görevler dışında başka görevler için de bu koşulun getirilmesi suretiyle yasaya aykırı düzenleme yapıldığı açıktır²².”

Bir başka kararda ise, kanun değişmesine rağmen, önceki yasal düzenlemeye uygun olsa bile yeni kanun değişikliğine aykırı hale gelen yönetmelik hükmünün uygulanmayacağı ifade edilmiştir. Dekanların atanması usulüne ilişkin 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu 16/a maddesinde değişiklik yapılmasına rağmen, bu değişikliğin yönetmeliğe yansıtılmaması nedeniyle, Yönetmeliğin değil doğrudan kanunun uygulanması gerektiğine hükmetmiştir.

“6.11.1981 gün ve 17506 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 2547 sayılı Yükseköğretim Yasası'nın 16/a maddesinde, dekanın “... fakültenin aylıklı üç profesörü arasından” seçileceği belirtilmiş, 18.2.1982 gün ve 17609 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Üniversitelerde Akademik Teşkilat Yönetmeliğinin 8.a maddesinde de aynı kural yer almıştır. Ancak yasanın 16.a maddesi, 2653 sayılı Yasa ile “... üniversite içinden veya dışından üç profesör arasından...” şeklinde değiştirilmesine karşın, adı geçen yönetmelikte aynı doğrultudaki değişiklik bu davanın açılmasından sonra, 1.04.1994 gün ve 21808 sayılı Resmi Gazetede yayımlanıp yürürlüğe giren yönetmelikle yapılmıştır. Olay gününde, yönetmeliğin 8.a maddesinin değişmeden önceki kuralı yürürlükte bulunmakta ise de, hukuk normları sıralamasında, yasalar yönetmeliklerden önce geldiğinden, uyumsuzluklarda yasa kurallarının öncelikle uygulanacağı açıktır²³.

²¹ Danıştay, 5. D., E. 2006/3804, K. 2007/3778, T. 29.6.2007.

²² Danıştay, 5.D., E. 2002/3255, K. 2005/5075, T. 10.11.2005 , DD., S.112, s.172.

²³ Danıştay 8.Daire, E. 1994/2354, K. 1995/1495, T. 3.5.1995, DD., S.91, s.855-857.

Bir başka kararda ise kanunda olmayan bir yükümlülüğün yönetmelikle getirilmesi nedeniyle yönetmelik hükmünün ihmali gerektiğine karar verilmiştir.

“Belirtilen yönetmelik hükmünde yer alan “diğer dağıtıcıların marka ve amblemini taşıyan boş veya dolu LPG tüplerini tesislerinde, ikmal araçlarında bulundurmamak” ibaresinin incelenmesinden, bu hükümle, dağıtıcı lisansı sahibi işletmecilere tüplü LPG faaliyeti yürütürken, 5307 sayılı Kanun’un 5. maddesinde var olmayan bir yükümlülüğün getirildiği, bu anlamda yönetmeliğin ilgili kısmının, Kanun’un öngördüğü düzenlemenin sınırını aşacak ve değiştirecek nitelikte düzenlemeler getirdiği anlaşıldığından belirtilen hükmün ihmal edilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır²⁴.”

Kararlarda, daha önce de ifade edildiği üzere, yukarıda sorduğumuz soruların cevaplandırarak, ihmal tekniğinin kullanılmasına ilişkin ilkeler belirleyecek bir yaklaşımın olmadığı, kanuna uygunluk denetimin ne zaman, hangi kapsamda yapılacağı gibi hususların da tamamen yargı yerlerinin takdirine tabi olduğu görülmektedir.

4.1.4. İhmal Kararı Verecek Mahkemenin Görevli Mahkeme Olması

İdari yargılama usulünden idari işlemlere karşı açılacak davalarda görevli mahkemeler kanun ile belirlenmiş olduğunda, düzenleyici işlemler ile uygulama işlemlerine karşı birlikte veya sadece uygulama işlemine karşı dava açılması durumunda görevli mahkeme değişebilmektedir. Düzenleyici işlem hakkında dava açılmadan uygulama işlemine karşı görevli mahkemede dava açılmış olabilir. Böyle bir olasılıkta mahkeme elbette ki görevsizlik kararı veremez. Ancak uygulama işlemi konusunda görevli olan mahkeme, düzenleyici işlem bakımında görevsiz. Kanaatimce düzenleyici işlemin yargısal denetimi konusunda görevli olmayan mahkemenin düzenleyici işlem hakkında ihmal yoluna da gidememesi gerekir. Ancak, uygulamada, idari yargının bu ayırımı yapmadığı ilk derece mahkemelerinin Danıştay’ın görev alanına giren düzenleyici işlemler hakkında da ihmal kararı verdikleri görülmektedir. Örnek karara konu olayda; (*o tarihte yürürlükte bulunan mevzuat hükümlerine göre*) köy tüzel kişilerine köy yerleşim yerleri sağlamak için kamulaştırma yapma yetkisi tanıyan yönetmelik hükmüne uygun şekilde köy ihtiyar kurulu tarafından alınan kamulaştırma kararının iptali istemiyle açılan davada, ilk derece mahkemesi 442 Sayılı Köy Kanununda köy tüzel kişiliğine böyle bir görev verilmediği gerekçesiyle, yönetmelik hükmüne dayanılarak kamulaştırma yetkisi tanınamayacağı gerekçesiyle verdiği iptal kararı, Danıştay tarafından oyanmıştır. Danıştay kararında, Köy yerleşim yerlerinde

²⁴ Danıştay, 13.D., E. 2009/4475, K. 2012/1589, aynı mahiyette Danıştay, 13.D., E. 2009/5225, K. 2012/1588

kamulaştırma yapma yetkisinin Tarım ve Köyişleri Bakanlığına ait olduğunu da ifade ederek Yönetmelik hükmüne uygun işlemin iptaline ilişkin ilk derece mahkemesi kararının onanmasına karar vermiştir²⁵.

Karara konu olayda ihmal edilen yönetmelik Tarım ve Köyişleri Bakanlığı tarafından çıkarılmış ülke düzeyinde uygulanan bir düzenleyici işlem olması nedeniyle yargısal denetimi ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'ın görev alanına girmesine rağmen, idare mahkemesi yönetmelik hükmünün hukuka aykırı olduğu değerlendirmesi yaparak, dolaylı olarak görev alanı dışındaki bir iş hakkında karar vermiştir. Kanaatimce, ilk derece mahkemeleri, bu gibi durumlarda, görev alanları dışında kaldığından hukuka uygunluk denetimi yapamamalı ve düzenleyici işlemleri esas alarak karar vermeli ancak Yönetmelik hükmündeki hukuka aykırılığa ilişkin kanaatini de Yüksek Mahkemenin değerlendirmesine sunmak suretiyle, gerektiğinde temyiz aşamasında Danıştay'ın bu konuda bir karar vermesini sağlayabilir. Aksi bir durum idari yargıdaki görev kurallarının ihlali sonucunu doğuracaktır.

4.1.5. Tarafların İhmal Yöntemine İlişkin Savunmalarının Alınması

Kanunda ihmale ilişkin bir düzenleme olmadığı gibi ihmal yönteminin uygula-

²⁵ “Dava, ... Köyü, Dağılgan mevkiinde bulunan 1 ve 2 parsel sayılı taşınmazların köy yerleşim alanı olarak kamulaştırılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesince dava dosyasının, incelenmesinden kamulaştırma işleminin köy ihtiyar kurulu tarafından alınan 10.8.1989 günlü, 1 sayılı kamu yararı kararına dayandığının anlaşıldığı, Devlet ve kamu tüzel kişilerinin yapmakla yükümlü buldukları hizmetlerle ilgili olarak kamulaştırma işlemi tesis edebilecekleri, oysa davalı idarenin köy yerleşim alanı sağlama görevinin bulunmadığı, Köy Yerleşme Alanı Uygulama Yönetmeliğinin 6. maddesinin son fıkrasında köy tüzel kişiliği tarafından köy yerleşim alanı için kamulaştırma yapılabileceğinin belirtildiği, ancak 442 Sayılı Yasa ile 2942 Sayılı Yasanın 3. maddesinin 1. fıkrası ve 442 sayılı Köy Kanununa 7 Ek Madde Eklenmesi Hakkında 3367 Sayılı Kanunda bu konuda köy tüzel kişiliğine verilmiş herhangi bir görev bulunmadığı, bu durum karşısında yönetmelik kuralına dayanılarak kamulaştırma yetkisinin kullanılmayacağı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiş, davalı vekili tarafından karar temyiz edilmiştir. 442 Sayılı Yasaya 3367 Sayılı Yasayla eklenen Ek Madde 13’de ve 2510 Sayılı Yasaya 1306 Sayılı Yasanın 1. maddesiyle eklenen Ek 2, Ek 8 ve Ek 9. maddede yer alan kuralları karşısında köy yerleşim alanı için kamulaştırma yapma yetkisinin Tarım ve Köyişleri Bakanlığına ait olduğu açık bulunduğundan dava konusu işlemin yukarıda özetlenen gerekçeyle yetki yönünden iptali yolundaki temyize konu Sivas İdare Mahkemesinin 8.6.1990 günlü, E:1989/669, K:1990/361 sayılı kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 49. maddesinin 1. fıkrasında sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, bozma istemi yerinde görülmeyle anılan mahkeme kararının ONANMASINA dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 7.10.1991 gününde oybirliğiyle karar verildi. DANIŞTAY, 6. DAİRE, E. 1990/2099, K. 1991/1884, T. 7.10.1991, DD., S.84-85, s.430.

masına ilişkin bir usul de belirlenmemiştir. Ancak yargı yerlerinin içtihatlarla kanuna aykırı olmayan ve bu yöntemin amacına uygun usuller belirlenmesi mümkündür. Bu bağlamda; ihmal yoluna başvurmayı düşünen mahkeme, bu konudaki nihai kararından önce, düşüncesini taraflara bildirerek düzenleyici işleme ilişkin bu değerlendirme hakkında bilgi talebinde bulunmalıdır. Böyle bir usulün geliştirilmesi, hem savunma hakkının korunması hem de işlemi tesis eden idarenin varsa aksi yöndeki görüşlerinin değerlendirilmesi suretiyle daha doğru bir karar verilmesini sağlayacaktır.

4.1.6. İhmal Edilen Düzenleyici İşlemi Tesis Eden İdarenin Davanın Tarafı Olmaması Durumunda, Kararın Bu İdareye Gönderilmesi

Yukarıda açıklandığı üzere, kimi zaman düzenleyici işlemi tesis eden idare ile uygulayan idare farklı olabilir. Bu durumda, mahkemelerce verilecek ihmal kararı, uygulama işlemine karşı açılan davanın tarafı olmayan, düzenleyici işlemi tesis eden idare tarafından bilinmeyecektir.

Mahkemece yapılan hukuka aykırılık tespitinin, işlemi tesis eden idare tarafından da bilinerek bu işlemin kaldırılması ve değiştirilmesine fırsat tanımak üzere, kararın bir suretinin bu idareye gönderilmesine karar verilebilir. Bu usulle; hukuka aykırılık tespiti yapılan düzenleyici işlemin kaldırılması/değiştirilmesi ve böylece hukuka aykırı uygulamaların durdurulması için idareye fırsat verilmiş olur.

4.2. Olması Gereken Hukuk Bakımından İhmal Yöntemine İlişkin Yapılması Önerilebilecek Düzenlemeler

Bir önceki başlıkta, mevcut yasal düzenleme çerçevesinde, mahkemelerin ihmal yöntemine başvurması durumunda, idari yargılama hukuku bakımından ortaya çıkan veya çıkabilecek problemlerin en aza indirilmesi bakımından bazı önerilerde bulunulmuştur. Şüphesiz ki bu önerilerin kabul edilip edilmemesi bir tarafa, her halde idari yargı mercilerinin bugüne kadar yapmaktan çekindikleri şekilde, uygulamada birliği sağlama ve ihmal yöntemini idari yargılama usulünün bünyesine uygun hale getirmek için bazı usul ve esaslar belirlenmesi gerektiğine kuşku yoktur.

Bu başlık altında ise ihmal yönteminin, olması gereken hukuk bakımından, ne şekilde düzenlenmesi gerektiğine ilişkin öneriler üzerinde durulacaktır.

4.2.1. Düzenleyici işlemlere karşı dava açma süresinin her bir uygulama işlemi ile birlikte yeniden başladığı gerçeği de dikkate alındığında, düzenleyici işlemin herhangi bir nedenle dava konusu edilmemiş olması, onun yürürlükte kalmasını mazur göstermemelidir. Özellikle idari yargının amaç ve işlevi bakımından, idari yargı yerlerinin hukuka aykırı gördükleri düzenleyici işlemleri ihmaline imkan verilmesinin hukuk devleti ilkesinin bir gereği olduğu yukarıda da ifade edilmişti. Ancak, düzenleyici işlemin sadece ihmal edilerek etkisiz kılınması yukarıda

açıklandığı üzere pek çok sorunu da beraberinde getirmektedir. Ancak; düzenleyici işlemlerin idari yargı mercileri tarafından dava konusu edilmeden de denetlenmelerine imkan tanıyacak bazı düzenlemeler yapılması durumunda ihmal usulün de gerek kalmayacaktır.

4.2.2. İhmal yönteminin kabulü yerine, düzenleyici işlemlerin, dava konusu edilmeksizin iptali konusunda idari yargıca yetki verilebilir. Uygulama işleminin iptali istemiyle açılacak bir davada, mahkeme, düzenleyici işlemin hukuka aykırılığı konusunda bir tereddüt yaşarsa, bu durumu bir ön mesele olarak ele alması, uygulama işlemi hakkında bir karar vermeksizin öncelikle düzenleyici işlem hakkında bir hukuka uygunluk değerlendirmesi yapması öngörülebilir. Davacı bakımından da, dayanak düzenleyici işlemin hukuka aykırılığının davanın her aşamasında ileri sürülmesine imkan tanınabilir.

4.2.3. Uygulama işleminin iptali istemiyle açılan davada, dayanak düzenleyici işlemin, uygulama işlemine karşı açılan davaya bakan mahkemenin görev alanı dışında kalması durumunda; ilk derece mahkemesinin, konuya ilişkin görüşü ile beraber dosyayı esas hakkında karar vermek üzere görevli mahkemeye göndermesi usulü getirilebilir. Bu aşamadan sonra görevli mahkemenin düzenleyici işlemde bir hukuka aykırılık bulunmadığı tespitini yaparak dosyayı ilk derece mahkemesine göndermesi öngörülebileceği gibi görevli mahkemenin Danıştay olması ihtimalinde Danıştay'ın dosyayı iade etmeksizin her iki işlem hakkında da karar vermesi de öngörülebilir.

İkinci bir öneri; ilk derece mahkemesinin, düzenleyici işlemi, Anayasa yargısına benzer bir yöntemle Danıştay'a götürerek, iptal davasına konu etmesidir. Burada artık ihmal değil Danıştay nezdinde gerçekleşecek bir itiraz yoluyla iptal davası açılması suretiyle düzenleyici işlemin yargısal denetimi sağlanabilir.

Her iki durumda da, mahkeme düzenleyici işlem hakkında ihmal değil, iptal kararı verecektir. Ancak, mahkemenin bu yola başvurabilmesi düzenleyici işlemin hukuka aykırılığı yönünde bir kanaate sahip olması gerekir.

4.2.4. Bu önerinin özellikle idari işlemlere karşı dava açılmasını belli bir süreye tabi tutmaya yönelik gerekçeleri geçersiz hale getireceği elbette ki ileri sürülebilir. Ancak, düzenleyici işlemlere karşı, birel işlemlerden farklı olarak, her uygulama işleminden sonra dava açılması imkanı olduğundan, düzenleyici işlemler bakımından davanın belli bir süreye tabi tutulmasına ilişkin gerekçelerin birel işlemler kadar kesin ve katı olmadığı söylenebilir. Bu nedenle; davacının ihmali veya başka bir nedenle uygulama işlemi ile birlikte düzenleyici işlemi dava konusu etmemiş olması, bu işlemin yargısal denetimine engel olmamalıdır.

4.2.5. Ancak, mahkemenin düzenleyici işlem hakkında da hukuka uygunluk de-

netimi yapmaya karar vermesi durumunda, bunu taraflara duyurması, işlemi bir başka idare tesis etmiş ise davanın bu idareye de ihbarını sağlaması, tarafların ve özellikle de düzenleyici işlemi tesis eden idarenin konuya ilişkin görüş ve değerlendirmelerini alması öngörülmelidir. Mahkemenin, düzenleyici işlemi de davanın kapsamına aldıktan sonra, muhakkak düzenleyici işlem hakkında iptal kararı verme zorunluluğu da bulunmamalıdır. Mahkeme neticede ilk görüşünün aksine düzenleyici işlemin hukuka uygun olduğuna karar verebilir. Bu şekilde yapılacak bir inceleme neticesinde mahkeme tarafından verilecek karar; düzenleyici işlemin hukuka uygun olduğu şekilde bir kanaat içerebileceği gibi düzenleyici işlemin iptaline de karar verilebilir.

SONUÇ

İhmal tekniği, İdari Yargılama Usulü Kanununun 7/4. maddesinin son cümlesi ile idari yargılama alanında uygulama alanı bulunmaktadır. Normlar hiyerarşisi içinde bulunan alt normlardan birinin üst normlara açıkça aykırılığını tespit eden bir mahkemenin, bu normu uygulayarak karar tesisinin, hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu konusunda kuşku bulunmamaktadır. İhmal yöntemi ile üst hukuk normuna aykırı olan bu normların etkisizleştirilmesi, hukuki bakımdan değersizleştirilmesi bu bakımdan gereklidir.

İhmal yöntemine başvurulması bir taraftan normlar hiyerarşisi içindeki sakat halkayı etkisiz hale getirmekle beraber, diğer taraftan hukuk düzeni bakımından başka sorunlara yol açabilmektedir. Bu sorunların bir kısmı idari yargı yerlerinin belirleyecekleri ilkelerle giderilebilecek niteliktedir. Ancak, yargı kararlarında ihmal yönteminin bu yönleriyle ele alındığını ve uygulamaya ilişkin esaslar belilemeye yönelik bir yaklaşım tespit edemedik. Bu nedenle, daha kesin bir çözüm olarak, hem ihmali gerekli kılan ihtiyaçları karşılamak hem de bahsedilen sorunları ortadan kaldırmak için, ihmal yerine, idari yargı mercilerinin, idari yargılama usulü kurallarını da gözetecek şekilde, düzenleyici işlemin yargısal denetimini sağlayacak bir yol öngörülmesi daha doğru bir yaklaşım olacağı kanaatindeyiz.