



T.C.

ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
ANAYASA HUKUKU BİLİM DALI

NORMLAR HİYERARŞİSİ: TÜRK, ALMAN VE İNGİLİZ HUKUK
SİSTEMLERİNDE KURAL İŞLEMLERİN VE MAHKEME KARARLARININ
HİYERARŞİK GÜCÜ

Yahya Berkol GÜLGEÇ

BURSA 2015



T.C.

ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
ANAYASA HUKUKU BİLİM DALI

NORMLAR HİYERARŞİSİ: TÜRK, ALMAN VE İNGİLİZ HUKUK
SİSTEMLERİNDE KURAL İŞLEMLERİN VE MAHKEME KARARLARININ
HİYERARŞİK GÜCÜ

Yahya Berkol GÜLGEÇ

701380004

Danışman:

Prof. Dr. Kemal GÖZLER

BURSA 2015

TEZ ONAY SAYFASI

T. C.

ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Kamu Hukuku (Anayasa Hukuku) Anabilim Dalı'nda 708013004 numaralı Yahya Berkol Gülgeç'in hazırladığı "Normlar Hiyerarşisi: Türk, Alman ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Kural İşlemlerin ve Mahkeme Kararlarının Hiyerarşik Gücü" konulu Yüksek Lisans Tezle ilgili tez savunma sınavı, 02/09/2015 günü 15...- 17...saatleri arasında yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin **B.AŞ.ABİLİ** olduğuna **oybirliği/oybirliği/oyçokluğu** ile karar verilmiştir.

Prof. Dr. Kemal Gözler
Kemal Gözler

Üye (Tez Danışmanı ve Sınav
Komisyonu Başkanı)
Akademik Unvanı, Adı Soyadı
Uludağ Üniversitesi

Yrd. Doç. Dr. Berke Öztaş

Üye **Berke Öztaş**
Akademik Unvanı, Adı Soyadı
Üniversitesi

Türk Alman Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Yrd. Doç. Dr. Fatma Dilem SEVGİLİ GENÇAY
Uludağ Ün. Hukuk Fakültesi

Üye **Fatma Dilem**
Akademik Unvanı, Adı Soyadı
Üniversitesi

Üye
Akademik Unvanı, Adı Soyadı
Üniversitesi

Üye
Akademik Unvanı, Adı Soyadı
Üniversitesi

...../...../ 20.....

ÖZET

Yazar Adı ve Soyadı : Yahya Berkol GÜLGEÇ
Üniversite : Uludağ Üniversitesi
Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü
Anabilim Dalı : Kamu Hukuku
Bilim Dalı : Anayasa Hukuku
Tezin Niteliği : Yüksek Lisans Tezi
Sayfa Sayısı : xvii+404
Mezuniyet Tarihi : / / 20.....
Tez Danışman(lar)ı : Prof. Dr. Kemal GÖZLER

NORMLAR HİYERARŞİSİ: TÜRK, ALMAN ve İNGİLİZ HUKUK SİSTEMLERİNDE KURAL İŞLEMLERİN VE MAHKEME KARARLARININ HİYERARŞİK GÜCÜ

Çalışmanın konusu Türk, Alman ve İngiliz hukukunda kural işlem niteliğindeki normların ve mahkeme kararlarının, bu sistemlerdeki hiyerarşik yerini ortaya koymaktır. Bu amaca ulaşmak için Hans Kelsen'in hukuk normlarının geçerliliğine ve normlar hiyerarşisine ilişkin teorisinden faydalanılacak ve söz konusu normların hiyerarşik konumu bu teori doğrultusunda belirlenecektir.

Çalışmanın ilk bölümü teorik incelemeler için ayrılmıştır. Dolayısıyla, bu kısımda, Hans Kelsen'in hukuk normlarının geçerliliği ve normlar hiyerarşisine ilişkin teorisi tartışılacaktır. Bunun yanında, çalışmada farklı hukuk sistemleri açısından ayrıca incelememiz gerekecek olan normların beklenen hiyerarşik yerine ilişkin, her hukuk sistemi için geçerli olmasını beklediğimiz açıklamalar tekrara düşmemek amacıyla bu bölümde verilecektir.

Çalışmanın ikinci bölümü, Türk hukuk sistemindeki kural işlem niteliğindeki normların ve mahkeme kararlarının hiyerarşik yerinin birinci bölüm kapsamında yürütülen tartışma uyarınca incelenmesini konu edinmektedir. Bu bölümde, Türk hukukunun hiyerarşik yapısı, inceleme konusu normların hukukî rejiminin kısaca incelenmesi ile ortaya konacaktır.

Çalışmanın üçüncü bölümü Alman hukukundaki kural işlem ve mahkeme kararlarının hiyerarşik gücünün birinci bölümde benimsenen görüşler doğrultusunda belirlenmesini amaçlamaktadır. Türk hukuku dışında bir başka Kıta Avrupası hukuk sisteminin incelenmesinin, karşılaştırma açısından anlamlı sonuçlar sağlayacağı düşünülmektedir.

Çalışmanın dördüncü ve son bölümü İngiliz hukukunun hiyerarşik yapısını ortaya koymayı amaçlamaktadır. İngiliz hukuku kendine has özelliklere sahiptir ve bu hukuk sistemindeki hiyerarşik ilişkilerin incelenmesi, Kelsen'in teorisi açısından zorlu bir sınav teşkil etmektedir. Amaçlanan, İngiliz hukuk literatüründe incelenmemiş olsa dahi, İngiliz hukukunda da normlar arasındaki hiyerarşik ilişkinin Türk ve Alman hukuk sistemlerinde olduğu gibi incelenebileceğini göstermektir.

Anahtar Sözcükler: Kural işlemler, normlar hiyerarşisi, Hans Kelsen, Avrupa Birliği hukuku, uluslararası hukuk iç hukuk ilişkisi, mahkeme kararları

ABSTRACT

Name and Surname : Yahya Berkol GÜLGEÇ
University : Uludağ University
Institution : Institute of Social Sciences
Field : Public Law
Branch : Constitutional Law
Degree Awarded : Master
Page Number : xvii+404
Degree Date : / / 20.....
Supervisor (s) : Prof. Dr. Kemal GÖZLER

HIERARCHY OF NORMS: HIERARCHICAL POWER OF THE REGULATORY ACTS AND COURT DECISIONS IN TURKISH, GERMAN AND ENGLISH LEGAL SYSTEMS

Subject matter of this thesis is the determination of the hierarchical place of the regulatory norms and court decisions in Turkish, German and English legal systems. In order to achieve this purpose, Hans Kelsen's theory in relation to the validity of legal norms and hierarchy of norms will be examined and the hierarchical place of the mentioned norms will be determined in line with this theory.

The first section of the thesis is reserved for theoretical inquiries. Therefore, in this section, Hans Kelsen's theory in relation to the validity of legal norms and hierarchy of norms will be discussed. Moreover, in order not to fall into repetition, explanations expected to be valid for all legal systems regarding hierarchical place of the norms to be evaluated separately for each legal system will be presented in this section.

The second section of the thesis aims to investigate the hierarchical place of the regulatory acts and court decisions in Turkish legal system pursuant to the debate conducted in the first section. In this section, the hierarchical structure of the Turkish legal system will be revealed by a short examination of the legal regime of the mentioned norms.

The third section of the thesis aims to determine the hierarchical power of the regulatory acts and court decisions in German law in line with the views adopted in the first section. It is expected that the examination of another legal system in civil law tradition apart from the Turkish law will provide significant results in terms of comparison.

The fourth and the last section of the thesis aims to reveal the hierarchical structure of the English legal system. English law has some *sui generis* qualities and the examination of hierarchical relations in this legal system will prove to be a stern test for Kelsen's theory. The purpose is to demonstrate that, although it is not often the situation in English legal literature, the hierarchical relationship between the norms in English law can be examined just as in Turkish and German legal systems.

Keywords: Regulatory acts, hierarchy of norms, Hans Kelsen, European Union law, relationship between international law and municipal law, court decisions

ÖNSÖZ

Yüksek lisans tezimi hazırladığım bir yılda türlü zorluklarla karşılaştım. Bunların içinde akademik olduğu kadar manevî zorluklar da vardı. İnsanın bu tür zorluklar karşısında dayanması ve devam edebilmesi pek çok etkenin elbirliği yapmasıyla mümkün olabiliyor. İzleyen satırları bu etken kişi ve kurumlara teşekkür için ayırdım.

Tezimin konusu olan normlar hiyerarşisi gerek Türk hukukunda gerekse incelemeye konu Alman ve İngiliz hukuk literatüründe üzerinde özellikle durulmamış bir konu. Doğrudan konuyla ilgili olan kaynak bulmak konusunda yaşadığım zorluklar çalışmam boyunca beni özgün bir akıl yürütme arayışına itti. Ancak, inceleme konusu normların hukukî rejimine ilişkin edindiğim kaynaklar olmadan herhangi bir özgünlüğe erişmek mümkün değildi. Bu nedenle, değerli kaynaklara ulaşmamı sağlayan, kapılarını her daim bana açık tutan ve bulunamayan kaynakların ardından neredeyse benim kadar üzülen Ankara, İstanbul, Marmara, Bilkent, Bahçeşehir ve TOBB üniversiteleri hukuk fakültelerinin kütüphane çalışanlarına teşekkürlerimi sunarım.

Bazı fikirlerin yeşermesi ancak karşılıklı tartışma neticesinde gerçekleşebiliyor. Ne kadar şanslıyım ki bu tartışma ortamı ve beni hareket geçiren parlak fikirler her ihtiyaç duyduğumda bana sağlandı. Bu nedenle, başta ev arkadaşlarım ve fikir yoldaşlarım Salih Taşdöğen ve Şerif Ahmet Öztürk olmak üzere, Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi bünyesinde beraber çalıştığım araştırma görevlisi arkadaşlarıma sabırları ve katkıları için müteşekkirim. Bu bağlamda özel olarak teşekkür etmem gereken bir başkası hem tutarlı ve sıradışı akıl yürütmesi hem de bu süreçteki manevî desteğiyle yolumu aydınlatan Av. Şeyma Olgun'dur. Sözcüklerde karşılığı olmayan desteğinin yanında teşekkürüm mahcup kalmıştır.

Son olarak, bilim yolunda bana hep cesaret ve ilham vermiş olan sevgili babam İbrahim Gülgeç, bana her konuda olan güveni ve inancıyla zorlukları aşmamı sağlayan sevgili annem Güzide Gülgeç ve salt varlığıyla bile bana güç veren canım kardeşim Zerrin Sesim Gülgeç'e, çalışmam ve hayatım boyunca yanımda oldukları için teşekkür eder, bu çalışmayı ve ardındaki emeği bu yıl kaybettiğimiz rahmetli babaannem Hanife Gülgeç'in aziz hatırasına adadığımı bilmelerini isterim.

Bursa, 2015.

Yahya Berkol Gülgeç

İÇİNDEKİLER

Sayfa

TEZ ONAY SAYFASI.....	ii
ÖZET	iii
ABSTRACT	iv
ÖNSÖZ.....	vii
İÇİNDEKİLER.....	viii
KISALTMALAR CETVELİ	xvi
ŞEKİLLER	xvii
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM NORM VE NORMLAR HİYERARŞİSİ TEORİSİ

I. NORM	5
A. Kelsen'in Hukuk Anlayışı.....	5
B. Norm Kavramı	8
C. Normun Geçerliliği	12
II. NORMLAR HİYERARŞİSİ.....	20
A. Anayasalar Ve Normlar Hiyerarşisindeki Yerleri.....	22
1. Yumuşak – katı anayasa ayrımı	24
2. Yazılı – yazısız anayasalar.....	29
B. Yasama İşlemlerinin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri	33
C. Uluslararası Hukuk Normlarının Normlar Hiyerarşisindeki Yeri	36
1. Uluslararası hukukun tanımı ve koyucusu	37
2. Uluslararası hukuk normlarının bağlayıcılığı.....	38
3. Uluslararası hukukun hukuk niteliği konusundaki tartışmalar.....	38
4. Uluslararası hukuk – iç hukuk ilişkisi	41
b. Monist görüş.....	46

(1) Gerçekçi monist okul	47
(2) Normcu monist okul	48
(3) Normcu monist görüşün eleştirisi	54
(4) Uygulamanın monist – düalist görüşlere ilişkin durumu ve değerlendirmemiz	56
D. AB Hukuku Ve Normlar Hiyerarşisindeki Yeri.....	59
1. AB hukukunun niteliği	60
2. AB hukukunun kaynakları.....	63
a. Doğrudan uygulanabilirlik ve doğrudan etkililik kavramları.....	64
b. Birincil mevzuat	65
c. ABAD kararları	67
d. İkincil mevzuat.....	69
(1) Birincil mevzuat ve ikincil mevzuat arasındaki hiyerarşi.....	69
(2) İkincil mevzuat türlerinin tahdidiliği	70
(3) Tüzükler	71
(4) Yönergeler	72
(5) Kararlar	74
(6) Görüş ve tavsiyeler	76
(7) İkincil mevzuatın kendi arasındaki hiyerarşi	77
e. AB'nin akdettiği uluslararası antlaşmalar	79
1. AB hukukunun üstünlüğü ilkesi	81
a. Terim sorunu	82
b. Hukukî temeli.....	83
c. Üye devletlerin AB hukukunun üstünlüğü ilkesine yaklaşımı.....	86
(1) AB hukukuna üstünlük tanıyan ülkeler	86
(2) AB hukukunun üstünlüğünü sınırlı olarak kabul eden ülkeler	86
(3) Ulusal anayasalara üstünlük tanıyan görüşler.....	87
d. AB hukukunun üstünlüğü konusundaki görüşümüz	89
E. Mahkeme Kararları	92
F. İdarenin Düzenleyici İşlemleri.....	95

İKİNCİ BÖLÜM
TÜRK HUKUKUNDA KURAL İŞLEM VE MAHKEME KARARLARININ
HİYERARŞİK GÜCÜ

I. TÜRK ANAYASASININ NORMLAR HİYERARŞİSİNDEKİ YERİ.....	101
A. Anayasa Değişikliğini Yapmaya Yetkili Organ.....	103
B. Kabul Yetersayısı Bakımından.....	103
C. Devlet Başkanına Tanınan Yetkiler.....	103
1. Veto yetkisi.....	104
2. Referandum yetkisi.....	106
D. Değiştirilemeyecek Hükümler.....	107
II. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARININ NORMLAR HİYERARŞİSİNDEKİ YERİ.....	109
III. KURAL İŞLEM NİTELİĞİNDEKİ YASAMA İŞLEMLERİ.....	115
A. Kanun.....	115
1. Genel açıklamalar.....	115
2. Kanunların ihdas usulü.....	116
a. Öneri.....	116
b. Görüşme.....	118
c. Kabul.....	119
d. Yayın.....	120
3. Kanunların normlar hiyerarşisindeki yeri.....	122
B. İhtüzük.....	122
1. Parlamento kararlarının tanımı ve kanunlardan ayrılması.....	123
2. Parlamento kararlarının konu bakımından olumlu şartları ve örnekleri.....	123
3. Parlamento kararlarının konu bakımından olumsuz şartı.....	125
4. Bir parlamento kararı olarak TBMM içtüzüğü.....	125
a. TBMM içtüzüğünün yargısal denetimi.....	126
b. TBMM içtüzüğünün normlar hiyerarşisindeki yeri.....	127
IV. ULUSLARARASI HUKUK NORMLARI.....	130
A. Türk Hukuku Açısından Uluslararası Hukuk Normu.....	130
B. Uluslararası Antlaşmalara İç Hukukta Geçerlilik Kazandırılması Usulü.....	131
C. Uluslararası Antlaşmaların Normlar Hiyerarşisindeki Yeri.....	133

1. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin olmayan uluslararası antlaşmalar.....	134
2. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar	135
V. İDARİ YARGI ORGANLARININ KARARLARININ NORMLAR	
HİYERARŞİSİNDEKİ YERİ.....	140
VI. İDARENİN DÜZENLEYİCİ İŞLEMLERİ	142
A. Kanun Hükmünde Kararname	142
1. Olağan dönem kanun hükmünde kararnameleri.....	143
a. Yetki unsuru	144
b. Konu unsuru	144
c. Şekil unsuru.....	148
d. Usul unsuru	149
(1) Yetki kanunu.....	149
(2) Olağan dönem kanun hükmünde kararnamelerinin Bakanlar Kurulunda görüşülmesi.....	151
(3) Resmi Gazete’de yayınlanma	151
(4) TBMM’nin onayına sunma.....	152
e. Olağan dönem kanun hükmünde kararnamelerinin yargısal denetimi.....	153
(1) Denetimin kapsamı	154
(2) Dava açmaya yetkili kişiler ve dava açma üresi	155
f. Olağan dönem kanun hükmünde kararnamelerinin normlar hiyerarşisindeki yeri.....	156
2. Olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnameleri	159
a. Yetki unsuru	160
b. Sebep unsuru	162
c. Konu unsuru	162
d. Süre unsuru.....	164
e. Yer unsuru	166
f. Olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamesinin yer ve süre bakımından sınırlı olmasının kanunlarla ilişkisine etkisi	168
g. Şekil ve usul unsuru	169
h. Olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerinin yargısal denetimi	169

i. Olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerinin normlar hiyerarşisindeki yeri.....	173
3. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi.....	175
a. Hukukî rejimi	175
b. Normlar hiyerarşisindeki yeri.....	177
B. Tüzük.....	178
1. Yetki unsuru.....	179
2. Sebep unsuru	180
3. Konu unsuru	182
4. Usul unsuru.....	182
5. Şekil unsuru.....	188
6. Tüzüklerin yargısal denetimi.....	188
7. Tüzüklerin normlar hiyerarşisindeki yeri	189
C. Yönetmelik.....	190
1. Yetki unsuru.....	191
a. Bakanlar Kurulu yönetmelik çıkarabilir mi?.....	191
b. Bakanlığı bulunmayan bakanlar ile tüzel kişiliği bulunmayan kamu kuruluşlarının durumu	196
2. Konu unsuru	197
3. Sebep unsuru	198
4. Usul unsuru.....	200
5. Şekil unsuru.....	200
6. Yönetmeliklerin yargısal denetimi	202
7. Yönetmeliklerin normlar hiyerarşisindeki yeri	203
D. Adsız Düzenleyici İşlemler	206
1. Hukukî dayanağı.....	206
2. Hukukî rejimi	207
3. Yargısal denetimi	212
4. Adsız düzenleyici işlemlerin normlar hiyerarşisindeki yeri.....	213
a. Yönetmelik veya tüzük niteliği taşıyan adsız düzenleyici işlemler	213
b. Diğer adsız düzenleyici işlemler	214

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
ALMAN HUKUKUNDA KURAL İŞLEMLER VE MAHKEME KARARLARININ
HİYERARŞİK GÜCÜ

I. ALMAN ANAYASASININ NORMLAR HİYERARŞİSİNDEKİ YERİ	219
A. Anayasanın Bütün Organları Bağlaması	220
B. Değiştirilme Usulü	220
C. Değiştirilemeyecek Maddeler	221
D. Federal Ve Federe Anayasalar Arasındaki İlişki	222
E. Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararlarının Normlar Hiyerarşisindeki Yeri..	223
II. KURAL İŞLEM NİTELİĞİNDEKİ YASAMA İŞLEMLERİ	225
A. Kanunların Hukukî Rejimi	226
B. Kanunların Normlar Hiyerarşisindeki Yeri	228
C. <i>Bundestag</i> Ve <i>Bundesrat</i> İçtüzükleri	231
D. İçtüzüklerin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri	235
III. ULUSLARARASI HUKUK NORMLARI	237
A. Uluslararası Hukukun Temel İlkeleri	238
B. Uluslararası Hukukun Temel İlkelerinin Normlar	242
Hiyerarşisindeki Yeri	242
C. Uluslararası Antlaşmalar	244
D. Uluslararası Antlaşmaların Normlar Hiyerarşisindeki Yeri	246
IV. AB HUKUKU NORMLARININ NORMLAR HİYERARŞİSİNDEKİ YERİ	247
V. İDARİ YARGI ORGANLARININ KARARLARININ NORMLAR	
HİYERARŞİSİNDEKİ YERİ	253
VI. İDARENİN DÜZENLEYİCİ İŞLEMLERİ	258
A. <i>Rechtsverordnung</i> Ve Normlar Hiyerarşisindeki Yeri	260
1. <i>Rechtsverordnung</i> un hukukî rejimi	260
2. <i>Rechtsverordnung</i> un normlar hiyerarşisindeki yeri	264
B. <i>Satzung</i> Ve Normlar Hiyerarşisindeki Yeri	270
1. <i>Satzung</i> ların hukukî rejimi	270
2. <i>Satzung</i> un normlar hiyerarşisindeki yeri	273
C. <i>Verwaltungsvorschrift</i> Ve Normlar Hiyerarşisindeki Yeri	278

1. <i>Verwaltungsvorschriftin</i> hukukî rejimi.....	278
2. <i>Verwaltungsvorschriftin</i> normlar hiyerarşisindeki yeri	283

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

İNGİLİZ HUKUKUNDA KURAL İŞLEMLERİN VE MAHKEME KARARLARININ HİYERARŞİK GÜCÜ

I. İNGİLİZ ANAYASASININ NİTELİĞİ VE NORMLAR HİYERARŞİSİNDEKİ YERİ	288
II. YASAMA İŞLEMLERİ	294
A. Parlatentonun Üstünlüğü İlkesi	295
B. Parlamento Kararları Ve Kanunlardan Ayrılması	304
C. Kanunlar	305
1. Kamusal kanun önerilerinin ihdas usulü	306
a. Sunum aşaması	307
b. Avam Kamarası süreci	309
(1) Birinci okuma	309
(2) İkinci okuma	310
(3) Komite safhası	310
(4) Rapor	311
(5) Üçüncü okuma	311
c. Lordlar Kamarası süreci	311
d. Kraliyet onayı safhası	313
2. 1911 ve 1949 tarihli parlamento kanunları	314
D. İçtüzükler	319
E. Kanunların Ve İçtüzüklerin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri	323
III. ULUSLARARASI HUKUK NORMLARI	326
A. İngiltere’de Uluslararası Antlaşmaların Yapılması Ve İç Hukuka Etkisi	327
B. Uluslararası Örf Ve Âdet Hukuku	329
C. Uluslararası Antlaşmaların Normlar Hiyerarşisindeki Yeri	330
D. Uluslararası Örf Ve Âdet Hukukunun Normlar Hiyerarşisindeki Yeri	336
IV. AB HUKUKU NORMLARI	337
A. İngiliz Hukukunda AB Hukukuna İlişkin Düzenlemeler Ve Tartışmalar	337

B. AB Hukuku Normlarının Normlar Hiyerarşisindeki Yeri	341
V. MAHKEME KARARLARININ NORMLAR HİYERARŞİSİNDEKİ YERİ	344
A. Yargı Organlarının Yapısı Ve <i>Stare Decisis</i> İlkesi	345
B. Mahkemeler Tarafından Gerçekleştirilen Norm Denetimi.....	348
C. Mahkeme Kararlarının Normlar Hiyerarşisindeki Yeri.....	352
VI. ALT MEVZUAT.....	355
A. Terminoloji.....	355
B. Alt Mevzuatın Hukukî Rejimi.....	357
C. Alt Mevzuatın Siyasal Ve Yargısal Denetimi	359
1. Siyasal denetim.....	359
2. Yargısal denetim	361
a. Ultra vires ilkesi	362
b. Belirsizlik	363
c. Genel hukuka aykırılık	363
d. Makuliyet	364
D. Alt Mevzuatın Normlar Hiyerarşisindeki Yeri	365
1. Hem siyasal hem de yargısal denetime tâbi olanlar	366
2. Yalnızca siyasal denetime tâbi olanlar	367
3. Yalnızca yargısal denetime tâbi olanlar	367
4. Ne siyasal ne de yargısal denetime tâbi olanlar.....	367
SONUÇ.....	373
KAYNAKÇA.....	387
ÖZGEÇMİŞ.....	404

KISALTMALAR CETVELİ

Kısaltma	Bibliyografik Bilgi
AAD	Avrupa Adalet Divanı
AB	Avrupa Birliği
ABAD	Avrupa Birliği Adalet Divanı
a.g.e.	Adı Geçen Eser
a.g.m.	Adı Geçen Makale
AMKD	Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi
a.y.	Aynı yer
Bkz.	Bakınız
ev.	Çeviren
ed.	Editör
KHK	Kanun hükmünde kararname
m.	Madde
s.	Sayfa
ss.	Sayfadan sayfaya
UAD	Uluslararası Adalet Divanı
v.dğr	Ve diğerleri
vd.	Ve devamı.

ŞEKİLLER

Şekil 1: Türk Hukukunda Normlar Hiyerarşisis. 218
Şekil 2: Alman Hukukunda Normlar Hiyerarşisis. 287
Şekil 3: İngiliz Hukukunda Normlar Hiyerarşisis. 371

GİRİŞ

Hukuk, karşımıza parça parça çıkmaktadır. İlk olarak, uluslararası hukuk ve ulusal hukuk olmak üzere ayrılır. Daha sonra ise ulusal hukuk sisteminin içinde kamu hukuku – özel hukuk ayırımına ve bunların da anayasa hukuku, idare hukuku, medeni hukuk, borçlar hukuku gibi kategorilerine rastlarız. Hukuk öğrencisi, en azından Türkiye'deki hukuk fakültelerinde, hukukun ve hukuk normunun ne olduğundan önce, belli kategorilerdeki hukuk kurallarının içeriğini öğrenir. Bu içeriğin çeşitliliği ve farklılığı kişiyi dipsiz bir kavramlar kuyusunun içine atar. Hukuk sistemlerinin temelinde aynı yapının bulunduğu, hukukun ve hukuk kuralının her hukuk sisteminde aynı anlama geldiği, bu kuralların aynı ilkelere göre geçerlilik kazandığı yönündeki birleştirici bir düşünüş tarzı bu anlamda cezbedicidir.

İster uluslararası hukuk alanında olsun, isterse ulusal hukuk sistemlerinin farklı bölümlerinde, bir hukuk normunun başka bir hukuk normu tarafından öngörüldüğü için geçerli olduğu iddiası, bu anlamda birleştirici bir iddiadır. Bir hukuk sistemine mensup olan bütün normların alt ve üst normlar arasındaki geçerlilik bağı ile kenetlendiği ve farklı norm türleri arasındaki bu bağların da tek, üstün bir normda düğümlendiği doğru ise, bütün hukuk sistemleri açısından gözlemlenebilir bir "veriler bütünü"ne ulaşmak mümkündür. Bu veriler bütünü, hukuk normlarının geçerliliği teorisinin sağlayacağı olanaklar ile hukukçunun boğulmakta olduğu kavramlar kuyusundan çıkmasını ve hukuku bir bütün olarak inceleyebilmesini sağlayacaktır. Bu anlamda geçerlilik teorisi, hukukçunun karanlık kavramlar kuyusuna tuttuğu fenerdir.

Bu çalışmada amaç, örnek olarak seçilen ülkelerde normlar hiyerarşisini ortaya koymak ve elde edilen tablodan yola çıkarak incelenen hukuk sistemleri hakkında anlamlı sonuçlara ulaşmaktır. Ancak, üç farklı hukuk sisteminin normlar hiyerarşisini bir bütün olarak ortaya koymak bu çalışmanın amacını aşacaktır. Nitekim, hukuk sistemlerinde normlar çok fazla sayıda ve türdedir. Kural işlem niteliğinde normlar olduğu gibi, birel nitelik arz eden pek çok farklı türde normun varlığı da söz konusudur¹. Bunların her birinin tâbi olduğu hukukî rejimi ayrı ayrı incelemek bu çalışmanın kapsamını aşacaktır. Öte

1 Örneğin bireysel idarî işlemler, birel nitelikte parlamento kararları ve idarî sözleşmeler de birel normdur.

yandan, bir hukuk sistemini genel hatlarıyla anlayıp, diğer sistemlerle karşılaştırmaya yetecek olan pek çok ilke, kural işlemler ile benimsenmiştir. Bu nedenle, incelemeye konu hukuk sistemleri açısından tutarlı sonuçlara varabilmek adına yalnızca kural işlemlerin incelenmesinin yeterli olacağını öngörüyoruz. Ancak, bununla birlikte kural işlemlerin geçerliliğini etkileme gücüne sahip olan mahkeme kararlarının da incelemeye dâhil edilmesi uygundur. Nitekim, belli normları hukuk düzeninden kaldırma gücüne sahip olan mahkemeler ve bunların kararlarının hiyerarşik gücü bir hukuk sistemi açısından pek çok veri sağlayabilir. Her şeyden önce, mahkeme kararları, bir hukuk sisteminin genel ilkelerinin benimsenmiş olduğu kural işlemlerin geçerliliğini etkileme gücüne sahiptir. Dolayısıyla, çalışmamızda, kural işlemlerin hukuka uygunluğunu denetlemeye yetkili olan mahkemelerin vereceği kararların hiyerarşik gücünü incelemeyi de amaçlamaktayız. Bununla birlikte, idarî rejim uygulamasının görüldüğü Türk ve Alman hukuk sistemlerinde hukuk mahkemelerinin kararlarının hiyerarşik yeri incelenmeyecektir. Nitekim, bu mahkemelerin yetkileri arasında kural işlemlerin geçerliliğini denetlemek bulunmamaktadır. Kanunlar ve idarenin düzenleyici işlemleri bu mahkemelerin yargısal denetimine tâbi değildir. Aynı zamanda, kural işlem niteliğindeki düzenlemeleri somut uyuşmazlıklarda uygulamak durumunda olan hukuk mahkemesi kararları normlar hiyerarşisinde kural işlemlerin ve bu işlemlerin yargısal denetimini gerçekleştirmekle yetkili mahkeme kararlarının altında yer alacaktır. Bu konunun ayrıca incelenmesine lüzum yoktur.

Çalışmada incelenecek olan hukuk sistemleri rastgele seçilmemiştir. Türk hukuk doktrininde belli başlı normların hiyerarşik gücü hala tartışmalıdır². Öncelikle, Türk hukuk sisteminde normlar hiyerarşisinin ne şekilde olması gerektiği ortaya konacaktır. Alman hukukunun tercih edilmesinin sebebi ise, her şeyden önce bir Kara Avrupası hukuk sistemi olan Alman hukukunun Türk hukuku ile karşılaştırılmasından anlamlı sonuçlar elde edileceğinin umulmasıdır. Almanya'nın Avrupa Birliği üyesi olması ve Avrupa Birliği hukuku normlarının bu hukuk sistemindeki yerinin tartışılacak olması da karşılaştırma açısından önemlidir. Öngörümüze göre, Avrupa Birliği hukukçuları tarafından genel olarak kabul edilen Avrupa Birliği hukukunun üstünlüğü ilkesi bizim benimseyeceğimiz normatif geçerlilik teorisi açıdan geçerli olmayacaktır. Dolayısıyla, her ne kadar ikisi de Kıta

2 Örneğin temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalar, TBMM İçtüzüğü ve olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnameleri. Hatta, genel olarak mahkeme kararlarının bu hiyerarşiye hiç dahil edilmediğini de belirtebiliriz.

Avrupalı geleneğine mensup hukuk sistemleri olsa da, Avrupa Birliği hukukunun normlar hiyerarşisindeki yerinin Türk hukuku ve Alman hukuku arasında karşılaştırma açısından anlamlı sonuçlar sağlayacağı kanaatindeyiz. Kaldı ki Almanya incelemeye konu ülkeler arasındaki tek federal devlettir. Federal yapının normlar hiyerarşisinde yarattığı değişiklikler de ortaya konmuş olacaktır. İncelemeye konu son hukuk sistemi ise İngiliz hukukudur. Bu ülkenin seçilmesindeki temel amaç, genellikle Kıta Avrupasına mensup hukuk sistemlerini inceleyen kitaplarda yer verilen normlar hiyerarşisinin, Kelsen'in iddia ettiği gibi bütün hukuk sistemlerine uygulanabilir olup olmadığı ile ilgilidir. Ortak Hukuk ("*Common Law*") sistemi Kıta Avrupasından çok büyük farklılıklar göstermektedir. Normlar hiyerarşisinin İngiliz hukuku açısından tespiti ve bu tespitin Türk ve Alman hukuk sistemleri açısından elde edilen sonuçlar ile karşılaştırılmasının değerli çıkarımlara gebe olduğu düşünölmektedir.

Çalışmada hukuk normlarının geçerliliği ve normlar hiyerarşisi Hans Kelsen'in düşünceleri doğrultusunda incelenecektir. Her ne kadar normatif geçerlilik Kelsen'in buluşu olmasa ve genellikle Austin ile özdeşleştirilse de³, Kelsen normatif geçerlilik düşüncesini Kant'ın *is/ought* ikiliğine dayandırarak geliştirmiş ve normlar hiyerarşisinin sistematik açıklamasını sunmuştur. Kelsen'in bunu yaparken iç hukuk normlarının hiyerarşik kademelendirilmesi ile yetinmeyip uluslararası hukuk-iç hukuk ilişkisini de incelemiş olması, düşüncelerini bu konuyu ele alan bir çalışma için vazgeçilmez kılmaktadır. Dolayısıyla, çalışmanın ilk kısmı Kelsen'in düşünceleri doğrultusundan norm kavramı, normun geçerliliği ve normlar hiyerarşisinin ne olduğu konularına yoğunlaşacaktır. Çalışmanın ilk bölümünde genel olarak bir hukuk sisteminde bulunan anayasa, kanun, uluslararası antlaşmalar, mahkeme kararları⁴ gibi normların hiyerarşik gücü konusunda genel olarak geçerli olduğunu düşündüğümüz tespitlere de yer verilecektir ki her hukuk sistemi açısından bunları tekrar etmek zorunda kalmayalım.

İzleyen üç bölümde ise sırasıyla Türk, Alman ve İngiliz hukuk sistemlerinde normlar hiyerarşisi, ilk bölümde gerçekleştirilen tespitler doğrultusunda tespit edilmeye çalışılacaktır. Bunun içinse, hukuk sistemlerindeki çeşitli normların içeriğinin incelenmesi ve mevcut normların hukukî rejimlerinin belirlenmesi gerekmektedir. Nitekim, bir normun normlar hiyerarşisindeki yeri bu normun tâbi olduğu hukukî rejim ile ilgilidir. Bir başka

3 Ahmet Ulvi Türkbağ, "Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları", **Anayasa Yargısı**, Cilt: 28, Yıl: 2011, s. 75.

4 Her şeyden önce mahkeme kararlarının niçin birer norm olduğu açıklanmaya çalışılacaktır.

deyişle, bir normun hiyerarşik gücü, onun hukukî rejiminden kaynaklanır. Normların hukukî rejimlerinin incelendiği kısımlar olabildiğince kısa tutulmaya çalışılacak ve yalnızca inceleme konusu normun hiyerarşik gücüne etki edebilecek nitelikte hususlar değerlendirilecektir. Neticede amacımız, genel olarak bir hukuk sistemindeki normların hukukî rejimini incelemek değil, bunların o hukuk sistemi içindeki hiyerarşik yerini belirlemektir.

Yeri geldikçe, bir hukuk sistemini incelediğimiz kısımda, daha önce incelenen hukuk sistemi ile karşılaştırmalara yer verilecektir. Ancak, bir bütün olarak, üç hukuk sistemi açısından yapacağımız asıl karşılaştırma ve bu karşılaştırmadan elde edilecek netice çalışmanın son bölümünde sunulacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

NORM VE NORMLAR HİYERARŞİSİ TEORİSİ

Bu bölümde, çalışmamızın teorik altyapısını oluşturacak olan norm ve normlar hiyerarşisi teorisini inceleyeceğiz. Bu incelememizi ünlü hukukçu Hans Kelsen'in oluşturduğu saf hukuk teorisi kapsamında gerçekleştireceğiz ve yeri geldiğinde yazarın görüşlerinin eleştirisini sunacağız. Ayrıca, hukuk sistemlerinde karşımıza çıkacak olan normlar ile ilgili genel geçer bilgilere de bu kısımda, normlar hiyerarşisi başlığı altında yer vereceğiz ki ilerleyen kısımlarda tekröre düşmeyelim.

I. NORM

Çalışmanın amacı hukuk sistemlerindeki kural işlemlerin ve mahkeme kararlarının kendi aralarında ve birbirleriyle olan ilişkisini incelemektir. Hukuk normları arasındaki hiyerarşik ilişki bir geçerlilik ilişkisidir. Bu nedenle, hukuk normunun ne olduğu, nasıl geçerlilik kazandığı gibi sorulara yanıt vermeden çalışmanın amacına ulaşması mümkün değildir. Bu bölümde Hans Kelsen'in norm kavramı, normun geçerliliği ve normlar hiyerarşisi hakkındaki görüşlerine yer verilecektir. Ancak, öncelikle, bu düşüncelerin sağlam bir temele oturtulması için Kelsen'in hukuk teorisinin genel çizgileri hakkında kısaca bilgi vermeyi uygun görüyoruz.

A. KELSEN'İN HUKUK ANLAYIŞI

Hans Kelsen, farklı sistemlerde değişkenlik arz eden hukuk anlayışlarının hukukun bilim olma niteliğine şüphe düşürmesi nedeniyle yeni bir hukuk bilimi kurmayı amaçlamıştır¹. Kelsen "*Pure Theory of Law*" isimli eserinin giriş kısmında hukukun saf teorisini şu sözcüklerle tanımlamıştır:

"Hukukun saf teorisi bir pozitif hukuk teorisidir. Belirli bir hukuk sisteminin değil, genel pozitif hukukun teorisidir. Belirli ulusal veya uluslararası hukuk normlarının yorumlanması değil, genel bir hukuk teorisidir; ancak, bir yorum teorisi

1 Veçdi Aral, "Kelsen'in Hukuk Anlayışı", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 33. Fasikül, s. 514; Joseph Raz, "Kelsen'in Temel Norm Kuramı", çev. Şule Şahin Ceylan, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 62, Sayı: 4, Yıl: 2013, s. 1179-1180.

sunmaktadır"².

Bu tanımdan, Kelsen'in hukuk teorisinin bütün sistemlere uygulanabilir, genel bir hukuk anlayışı olma iddiasında olduğu anlaşılmaktadır. Kelsen'in bir başka amacı da hukukun saf teorisinin Ortak Hukuk ("*Common Law*") ülkeleri için de geçerli olduğunu göstermektir³. Özetle, Kelsen, hukuku tıpkı doğa bilimleri gibi genel geçer geçerliliğe sahip bir bilim hâline getirmeyi amaçlamakta ve bu amacı gerçekleştirmek için pozitif hukuktan yola çıkmaktadır.

Pozitif hukuk niçin bu amaç için uygundur? Kelsen'e göre pozitif hukuk, psikoloji, sosyoloji, ekonomi, siyaset bilimi ve etik gibi diğer bilimlerin etkisinden soyutlanmalıdır⁴. Çünkü, bu diğer bilimler "*hukuk biliminin özünü belirsizleştirmekte ve konularının niteliği gereği, sınırlarını ortadan kaldırmaktadır*"⁵. Bir bilimin amacı nesnesini bilmek, kavramaktır. Hukuk da, eğer bir bilim olma iddiasındaysa, "*...nesnesini olduğu gibi tanımlamalı ve belli değer yargıları açısından nasıl olması veya olmaması gerektiği*"⁶ ile ilgilenmemelidir. Dolayısıyla, olan hukuk dışında, "olması gereken" hukuk Kelsen'in anlayışının dışında kalmaktadır⁷. Burada vurgulanan bahsi geçen diğer bilimlerin mutlaka değer yargıları üzerinden işlediği değil, hukukun oluşumuna yola açan beşerî faaliyetlerin hukukun inceleme alanının dışındaki olgusal âleme ait olduğudur⁸. Olgusal olan ile normatif olan arasındaki ilişkiye aşağıda değinilecektir.

Buradan görüleceği üzere, hukukun pozitivist teorisinin ortaya attığı düşünce, hukuk ile ekonomik şartlar, toplumsal gelişmeler, etik ve benzeri olgusal değişimler arasında hiçbir bağıntı olmadığı iddiası değildir. Yalnızca, bu ilişkiyi incelemek hukuk

2 Hans Kelsen, **Pure Theory of Law**, 5.b., The Law Book Exchange, New Jersey, 2008, s. 1. (Çeviri yazara aittir.)

3 Hans Kelsen, **Essays in Legal and Moral Philosophy**, 1. b., D. Reidel Publishing Company, Dordrecht, 1973, s. xiii.

4 Kelsen, **Essays in Legal and Moral Philosophy**, a.g.e., s. xi; Raimund Hauser, **Norm, Recht und Staat**, 1.b., Springer, Viyana, 1968, s. 1.

5 Kelsen, **Pure Theory of Law**, a.g.e., s. 1. (Çeviri yazara aittir.)

6 Hans Kelsen, **General Theory of Law and State**, 3.b., Harvard University Press, Cambridge, 1949, s. xiv. (Çeviri yazara aittir.)

7 Doğal hukuk anlayışının Kelsen tarafından reddedilmesinin temelinde de bu düşünce yatar. Olması gereken hukuk, pozitif hukukun birtakım üstün değerlere uygun olması gerektiğine işaret etmektedir ki hukukun saf teorisi olan hukuktan öteye geçmez. Bkz. Clemens Jabloner, "Kelsen and his Circle: The Viennese Years", **European Journal of International Law**, Cilt: 9, 1998, s. 371-372. Yalnızca olan hukuk önemlidir ve hukuk biliminin nesnesi de pozitif, yani hukuken yetkili bir makam tarafından açıklanan irade neticesinde ihdas edilen normlardır. Olan ve olması gereken hukuk ayrımı gereksiz bir tekrardır. (Bkz. Friedrich Nietzsche, **Güç İstenci**, 1.b., Say, İstanbul, s. 410.)

8 Sylvie Delacroix, **Legal Norms and Normativity: An Essay in Genealogy**, 1.b., Hart Publishing, Portland, 2006, s. 27.

biliminin alanı olarak görülmemektedir. Pozitivist anlayışa göre böyle bir durum, biyoloji biliminin yasaları uyarınca matematiğin problemlerine çözüm üretmeye çalışmaya benzer. Ampirik âlem ile normatif âlem karışmaz. Hukuk yalnızca hukuktan kaynaklanır, olgulardan veya değerlerden değil⁹. Normatif âlem ile ampirik âlemin düalizmi, Kelsen'in Kant'ın etiğinden yola çıkarak benimsediği bir görüş olarak hukuku ayrı bir bilim olarak ortaya koyma çabasının zeminine yerleşmiştir¹⁰.

Doğal hukuk, hukukun kaynağının pozitif hukuk ve dolayısıyla insan iradesi değil, Tanrı'nın veya doğanın ürünü olduğu veya hukukun akıl yoluyla erişilebilecek genel ilkelerden türediğini iddia eder¹¹. Bu bağlamda doğal hukuk teorisi, Kelsen'in saf teorisinin aksine "olan"a değil, olması gerekene yönelmiş, çalışmalarını olması gerekeni baz alarak yürütmüştür¹². Doğal hukukun, hukukun kaynağı olarak gördüğü şeyin çağlar boyunca değiştiği gözlemlenmektedir. İlk Çağ'da doğaya, yani doğa kanunlarına uygun olan hukuk geçerli hukuk olarak kabul edilip, güçlünün güçsüz üzerindeki sınırsız tahakkümü hukuka uygun olarak görülürken, Orta Çağ'a gelindiğinde hukukî geçerliliğinin temeline tanrısal irade konulmuştur. 16. yüzyıldan itibaren ise aydınlanma ve Rönesans'ın etkileri doğal hukuk düşüncesine de yansımış ve hukukun tek geçerlilik kaynağı olarak akıl görülmeye başlanmıştır¹³. Her ne kadar doğal hukuk kendisini değişmez, mutlak bir hukuk düzeni olarak aktarmışsa da¹⁴ gerçekte, tarih boyunca doğal hukuk anlayışının ve dolayısıyla da ancak doğal hukuka uygun olduğu takdirde geçerli kabul edilen pozitif hukukun geçerlilik kaynağının değişkenlik gösterdiği görülmektedir¹⁵. Pek tabii, eğer bu değişim fen bilimlerindeki değişim gibi gözlem, teknikteki ilerlemeler gibi nesnel nitelik arz eden hususlardan kaynaklanıyorsa geçerli kabul edilebilir. Ancak, bu değişimin sebebi genel olarak değer yargılarıdır. İlk Çağ'da kölelik son derece hukuka uygun görülürken, günümüzde kesinlikle söz konusu olmamasının sebebi, insanlığın bilimsel metotlar vasıtasıyla kesin ve mutlak doğrulara ulaşmış olması değil, insanlığın ve özellikle de iktidarın köleliğe bakış açısının değişmesi ve belki de artık bu kuruma ihtiyacının kalmamasıdır. Doğal hukukun üzerine kurulduğu temeller metafizik temellerdir ve bu

9 Andreas Kalyvas, "The Basic Norm and Democracy in Hans Kelsen's Legal and Political Theory", **Philosophy and Social Criticism**, Cilt: 32, Sayı: 5, s. 576.

10 Delacroix, a.g.e., s. 27

11 Kelsen, **General Theory of Law and State**, a.g.e., s. 392.

12 Kemal Gözler, **Hukuka Giriş**, 10. b., Ekin, Bursa, 2013, s. 58.

13 Gözler, **Hukuka Giriş**, a.g.e., s. 214, 215, 216.

14 Kelsen, **General Theory of Law and State**, a.g.e., s. 396-397.

15 Kemal Gözler, "Tabii Hukuk ve Hukuki Pozitivizme Göre Adalet Kavramı", **Muhafazakar Düşünce**, Yıl: 4, Sayı: 15, Kış 2008, s. 79.

temellerin bilimsel olarak tespit edilebilmesi mümkün değildir¹⁶. Dolayısıyla, hukuku bir bilim olarak ortaya koymaya çalışan Kelsen'in doğal hukuku reddetmesi şaşırtıcı değildir. Ona göre, temel norm, yani bir hukuk düzeninin nihai dayanağı, adil ve eşitlikçi bir düzen sağlamak yerine "anamlı bir sistem" sunmayı amaçlamaktadır¹⁷.

B. NORM KAVRAMI

Norm kelimesi Latince aslen gönye anlamına gelen¹⁸ "norma" kelimesinden türemiştir ve genellikle emir veya reçete anlamlarına gelmektedir¹⁹. Kelsen norm kavramını şu şekilde tanımlamaktadır: "*Norm*", bir kimsenin belirli bir şekilde davranması gerektiğini kimsenin o kişinin o şekilde davranması gerektiğini ima etmeden ifade eden bir kuraldır."²⁰. Bir başka yerde norm, olgusal bir eylemin anlamıdır²¹. Bu bağlamda, bir hukuk kuralı ile fen bilimi kuralı arasındaki farkı vurgulamak, hukukun normatif yapısını ortaya koyacaktır. Hem hukukî hem de fennî kurallar nesnelere bir koşulla tanımlanır. "*Doğa kanunu A durumunda B'nin olduğunu (veya olacağını) belirtir. Hukuk kuralı ise: A olursa B olmalıdır der.*"²². Bu bağlamda hukuk kuralı bir gereklilik belirttiği için bir norm niteliğindedir. Doğa kuralı nesnesi ile arasındaki ilişkiyi illiyet olarak belirlerken hukuk normu muhatabı açısından gereklilik arz etmektedir²³. Normlar genel bir nitelik arz edebileceği gibi birel bir nitelik de arz edebilir, yani yalnızca belli bir kişinin belli bir davranışını düzenleyebilir²⁴. Bu durumda, genel ve soyut nitelikteki hukuk kurallarının

16 Gözler, **Hukuka Giriş**, a.g.e., s. 217.

17 Kelsen, **General Theory of Law and State**, a.g.e., s. 402. Bu bağlamda, pozitivistizmde hukuk normları "iyinin ve kötünün ötesinde" algılanırlar. Hukuk ötesi iyi ve "olması gereken"ler, pozitivist anlayışta dikkate alınmazlar. Bkz. Friedrich A. Von Hayek, "Siyasî Bir İdeal Olarak Hukuk Devleti" (Çev: Seva Gültekin Göktolga ve Ali Rıza Çoban), **Hukuk Devleti: Hukukî Bir İlke, Siyasî Bir İdeal** (Editörler: Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan ve Adnan Küçük), I.b., Adres, Ankara, 2008, s. 75.

18 Gözler, **Hukuka Giriş**, a.g.e., s. 58. Ayrıca bkz. <http://www.archives.nd.edu/cgi-bin/lookup.pl?stem=norma&ending>. Erişim Tarihi: 25 Temmuz 2015. Latince-İngilizce sözlüğe göre norma, kural-standart anlamına gelmektedir.

19 Kelsen, **Essays in Legal and Moral Philosophy**, a.g.e., s. 217.

20 Kelsen, **General Theory of Law and State**, a.g.e., s. 35.

21 Hans Kelsen, "On the Basic Norm", **California Law Review**, Cilt: 47, Sayı: 1, Mart 1959, s. 107. Aslında bu tanımdan Kelsen'in birel nitelikteki işlemlerin norm olmadığını düşündüğü sonucu çıkarılabilir. Nitekim, normun doğrudan bir kişiye yönelmemesi gerektiği ifade edilmektedir. Ancak, hemen aşağıda göreceğimiz gibi, bu sonucun çıkarılması Kelsen'in düşüncesi açısından doğru olmayacaktır. Normlar birel nitelik de arz edebilirler.

22 Kelsen, **General Theory of Law and State**, a.g.e., s. 46; Hauser, a.g.e., s. 20.

23 a.y.

24 Kelsen, **Essays in Legal and Moral Philosophy**, a.g.e., s. 221; Hauser, a.g.e., s. 12-13. Bununla birlikte, norm kavramının bütün bağlayıcı hukuk işlemlerini mi yoksa yalnızca genellik arz eden bağlayıcı hukuk işlemlerini mi kapsadığı konusu tartışmalıdır. (Bkz. Roman Herzog, **Allgemeine Staatslehre**, I.b., Athenäum, Frankfurt, 1971, s. 302.). Bu çalışmanın önem arz eden bir yanı da, Kelsen'in görüşleri doğrultusunda norm kavramının birel nitelikli olabileceğini kabul etmesi ve bu

(kanun, tüzük, yönetmelik...) yanı sıra birel nitelikteki işlemlerin de birer norm olduğunu söylemek mümkündür.

Hukuk normlarının diğer davranış normlarından farkı ise yaptırım²⁵ ve bu yaptırımı uygulayacak olan merci noktasında ortaya çıkmaktadır. Buna göre, hukuk normu her şeyden önce bir yaptırım içermeli, bağlayıcı olmalı ve herhangi bir aykırılık devlet tarafından yaptırma bağlanmalıdır²⁶. Etik ve mantık gibi normatif alanlarda da yaptırım olduğundan bahsetmek mümkündür; ancak, bu normlara aykırılık hâlinde aykırılığın devlet tarafından yaptırma bağlanmayacağı mutlak olarak iddia edilemez²⁷. Örneğin, otobüste yaşlılara yer vermen bir ahlak normu olarak mevcut olsa ve bir yaptırımı olsa da (örneğin: kınanmak, ayıplanmak, toplumdaki dışlanmak) bu yaptırımın devlet tarafından uygulanacağını söylemek mümkün değildir. Öte yandan, hem etik hem de hukukî düzlemde var olan ve dolayısıyla hem toplum hem de devlet tarafından yaptırma bağlanabilecek bir takım normlar olması mümkündür. Ancak, bu durum, etik normların devlet tarafından yaptırma bağlandığı anlamına gelmemelidir. Etik normlar ve hukuk normları iki farklı düzlem oluşturur. Bunlar, içerikleri aynı olsa dahi, kesişmez ve iki farklı norm dizisi olarak kalmaya devam ederler. Dolayısıyla bir aykırılığın hem etik hem de hukukî normu ihlal etmesi durumunda devlet tarafından yaptırma bağlanacak olan aykırılığın hukuk normuna aykırılık olduğu söylenmelidir.

Ancak, her ne kadar yaptırım ve yaptırımı uygulayacak olan merci, hukuk normu ile ahlâk normu ve diğer davranış kurallarının ayırt edilmesinde önem arz etmekteyse de, yaptırımın bir hukuk normunun zorunlu unsuru olduğunu söylemek kanımızca doğru değildir. Hukuk düzenindeki yaptırımlar da birer hukuk normudur²⁸. İster mahkemeler isterse idarî makamlar tarafından uygulansınlar, yaptırımlar birer hukukî işlemde başka bir şey değildir. Bunu anlamının yolu da yaptırım niteliğindeki işlemin yöneldiği

şekilde *stare decisis* ilkesinin bulunmadığı hukuk sistemlerindeki birel nitelikli mahkeme kararlarını da norm olarak incelemesidir. Fakat, normun tanımının ne şekilde yapıldığının hayati bir öneme sahip olmadığı kanısındayız. Nitekim, eğer normun yalnızca kural işlem niteliğindeki kurallardan oluştuğu kabul edilirse, bu kez hukukî işlemlerin hiyerarşisi incelenebilir ve bizim bu çalışmada erişeceğimiz sonuçların hepsine erişilebilir. Bu durumda değişen tek husus çalışmanın ve bölümlerin başlıkları olacaktır. Burada önemli olan husus., Kelsen'in birel nitelikteki işlemlerin de norm olacağını kabul etmesidir.

25 Richard D. Latta, "Hans Kelsen and the Bindingness of Supra-National Legal Norms", Yüksek Lisans Tezi, Georgia State University, 2012, http://scholarworks.gsu.edu/philosophy_theses/116, s. 1. Erişim Tarihi: 6 Haziran 2015.

26 Rona Aybay, **Introduction to Law**, 1.b., Alfa, İstanbul, 2013, s. 47-48.

27 Aybay, **Introduction to Law**, a.g.e., s. 48.

28 Hauser'in deyimiyile: "... jede Sanktion ist ein Sollen, aber nicht jedes Sollen eine Sanktion" (Her yaptırım bir olması gerektirir, ancak her olması gereken bir yaptırım değildir.). Hauser, a.g.e., s. 9.

muhatap açısından bir "olması gereken" mi ihtiva ettiği, yoksa işlem ile kişinin davranışı veya işlemin kişi üzerinde yarattığı sonuç bakımından illiyet bağının mı söz konusu olduğuna bakılabilir. Mahkeme, bir kişiyi mahkûm ettiğinde, o kişinin hapse girmesi, belli bir adlî para cezası ödemesi gibi hususlarda bir "olması gereken" ortaya koymaktadır. Nitekim, o kişi, tutuklanıp hapse girmedikçe veya hukuken belirlenen para cezasını yatırmadıkça, mahkeme kararının ifade ettiği "olması gereken" gerçekleşmemektedir. Yani, mahkeme kararı ile kişinin davranış arasında olgusal bir illiyet bağı bulunmamaktadır. Dolayısıyla, söz konusu yaptırım, hukuk âleminde kalan, olgusal âlemle ilişkisi bulunmayan bir "olması gereken", bir normdur. Yaptırım da bir norm olduğuna göre, geçerliliğini bir başka normdan almalıdır²⁹. Kısacası, insan davranışı üzerinde "olması gereken" teşkil eden bir normun hukuken mevcut olabilmesinin yaptırım niteliği taşıyan bir başka norma bağlanması hukuk normunun geçerliliği teorisi açısından anlamsızdır. Bir normun mevcut olmasının tek şartı, üst norm tarafından öngörülmektir, öngörülen norma aykırılık durumunda yaptırıma bağlayan bir normun öngörülmüş olması değil. Kanımızca, hukuk normunun yaptırım unsurunun aslî ve zorunlu bir unsur olarak değil, tali ve hukuku diğer normatif alanlardan ayırmaya yarayan bir unsur olarak öngörmek yerinde olacaktır. Kaldı ki, pozitif hukuk düzenlerinde pek çok norma aykırılık halinde bir yaptırım öngörülmemiştir. Bu durum söz konusu normların geçerliliğini etkilememekte, onları hukuk âleminde çıkarmamaktadır. Aykırılık halinde hiçbir yaptırımın öngörülmediği normlarla aşağıda farklı hukuk sistemlerini incelerken karşılaşacağız.

Öte yandan, normların dışında başka normatif kategorilerin de olduğu düşünülmektedir. Bir ayrıma göre dört çeşit normatif kategori vardır: İlkeler, normlar, kurallar ve karar usulleri³⁰. Bu ayrımı yapan Krasner'e göre, ilkeler "*olgulara, nedenselliğe ve doğruluğa ilişkin inançlar*"dır³¹ ve normatif kategoriler içerisindeki en soyut kategoriyi oluştururlar; bunlar bir sistemin üzerine kurulduğu temel yapıtaşlarıdır³². Yukarıdaki tanıma sahip olan normlar, ilkelerden daha detaylı, haklar ve yükümlülüklerle yönelik önermelerdir³³. Benzer şekilde, kurallar ve karar usulleri de normlardan daha spesifikler ve ilki uygulama safhasında bir hareket için yol gösterici rolünü üstlenirken, karar usulleri,

29 Bu husus aşağıda "Normun Geçerliliği" başlığı altında incelenecektir.

30 Anthony Clark Arend, **Legal Rules and International Society**, 1.b., Oxford University Press, New York, 1999, s. 14.

31 Stephen D. Krasner, "Structural Causes and Regime Consequences: Regimes as Intervening Variables", **International Organization**, Cilt: 36, Sayı: 2, Yıl: 1982, s. 186.

32 Arend, a.g.e. , s. 14.

33 a.y.

kurallardan daha spesifik olmasalar da farklı bir sürece, karar verme sürecine ilişkin yol haritaları niteliğindedir³⁴. Görüldüğü üzere, Krasner'in ayırımında norm kavramı, normatif hukuk önermeleri arasında bir kategori olarak sayılmış ve ilkeler, kurallar, karar usulleri gibi ayrı kategorilere yer verilmiştir. Buradan, sanki Kelsen'in norm tanımının bütün hukukî önermelere uygulanmayacağı, yalnızca doğrudan bireylerin hak ve yükümlülüklerini etkileyen önermeler için geçerli bir norm tanımı getirildiği izlenimine kapılmak mümkündür. Ancak bu görüş ve hatta bu tespit pek de isabetli değildir. Her şeyden önce hukuk âlemindeki ilkelerin insan davranışını etkilemediği yönünde bir gözlem yapılması isabetsiz olacaktır. "Hukukun genel ilkeleri", "hukuk devleti ilkesi", "ölçülülük ilkesi" gibi pek çok ilke bütün dünya ülkelerinde mahkemeler tarafından, uygulanmaktadır. Öte yandan, mahkemeler tarafından uygulanıp normlar âleminden olgular âlemine aktarılmasalar dahi, ilkeler dolaylı yoldan da olsa insan davranışını konu edinmektedirler. Örneğin, kuvvetler ayrılığı ilkesi her ne kadar doğrudan insan davranışını değil, devletin organları arasındaki ilişkiyi konu edinse de, bir hâkimin yerindelik denetimi yapmasını yasaklayarak onun davranışını etkilemektedir. Krasner tarafından "kurallar" ve "karar usulleri" olarak adlandırılan normatif kategoriler için ayrıca bir yorum yapmaya gerek yoktur, nitekim bunların da bir şekilde insan davranışına ilişkin olduğu zaten tanımlarında belirtilmiştir. Öte yandan, böyle bir ayırımın ne kadar yerinde olduğu tartışmalı olup, bir önermenin ne zaman bir ilke, ne zaman bir norm ya da kural olacağına belirlenmesinin her zaman çok kolay olmayacağı konusunda itirazlar bulunmaktadır³⁵. Bu nedenle, çalışmamızda kullanılan "norm" ifadesi hiçbir ayırım gözetmeksizin bütün hukukî normatif kategorileri kapsayacaktır.

Hans Kelsen, kuşkusuz hukukun normatif bir bilim olarak ortaya konmasına en büyük katkıyı sağlamış olan düşünürdür. Ona göre hukuk teorisi olabildiğince değer yargılarından ve diğer bilimlerin metodolojisinden arındırılmalı ve pozitif hukuku incelemekle yetinmelidir³⁶. Değer yargılarının yanı sıra hukuk bilimini olgulardan da soyutlamak gerekmektedir. Çünkü, Kelsen'e göre olan bir şeyden bir şeyin olması gerektiği

34 Arend, a.g.e., s. 15.

35 Arend, a.g.e., s. 15.

36 Ota Weinberger, "Introduction: Hans Kelsen As A Philosopher", **Essays in Legal and Moral Philosophy**, 1. b., D. Reidel Publishing Company, Dordrecht, 1973, s. XI; Kendra Frew, "Hans Kelsen's Theory and The Key to His Normativist Dimension", **The Wester Australian Jurist**, Cilt: 4, 2013, s. 293.

çıkartılamayacağı gibi, olması gereken bir şeyin de olana işaret etmesi zorunlu değildir³⁷. Bir başka deyişle, hukuk bilimi olgusal âlemlerle ilişkisi olmayan, olgusal olandan bağımsız bir normatif âlemi inceler³⁸. Bu açıdan, bir hukuk normunun, norm olarak ihdas edilmesinde siyasî, sosyolojik, tarihî ve ekonomik ne gibi etkenler rol oynamış olursa olsun, bir içerik bir kez norm olarak ihdas edildiğinde onun ihdasına yol açan olgularla bağı kesilmektedir.

Hukuk bilimini normatifliği açısından matematik bilimine benzetmek mümkündür. Bu benzetmeyi anlamlı kılmak için olgusal âlemdeki bir nesne ile normalsal âlemdeki bir sayısı arasındaki ilişkiyi incelemek gereklidir. Doğada, yani olgusal âlemde var olan bir portakalı "bir" sayısı ile ilişkilendirdiğimizde olgusal âleme ilişkin geçerli bir tespit yapmamaktayız. Belki, portakal bir bütün olarak kabul edilirse, bu tespitimizde doğruluk payı olduğu düşünülebilir. Ancak, başka bir açıdan bakıldığında, özellikle de portakalın iç yapısı incelenirse, bu nesnenin kendi içerisinde ayrı parçalardan oluştuğu ve kolayca dört, beş, altı yahut yedi sayılarıyla da ilişkilendirilebileceği görülecektir. Dolayısıyla, normalsal âlemdeki bir tespit, bir varsayımın olgusal âlemdeki gerçeklikle uyuma zorunluluğu bulunmamaktadır. Portakalı bir bütün olarak kabul edip, ona "bir" dediğimiz anda, portakalın aslında bir mi yoksa başka bir sayı mı olduğu tartışması normalsal âlemde anlamsız kalacaktır. Aynı şekilde, "hırsızlık yapılmayacaktır" şeklindeki bir norm da olgusal âlemde bağımsız bir şekilde var olur. Nitekim, gerçekte kişilerin hırsızlık yaptığı durumlara sıkça rastlanabilir. Ancak, bu durum normun anlamı geçerliliği üzerinde bir etki sahibi değildir. Matematik ve hukuk arasındaki bu ortak nokta ikisinin de normatif bilimlerin olmasından ileri gelmektedir. Sonuç olarak, hukuk normu için şu tespitlerde bulunabiliriz: 1) Norm doğrudan onu oluşturan irade veya olaylar ile alakalı değildir ve 2) Norm maddî anlamdaki bir gerçekliğe işaret etmese dahi norm olarak geçerliliğini sürdürecektir³⁹.

C. NORMUN GEÇERLİLİĞİ

Norm kavramını tanımladıktan sonra bir normun geçerliliğini nereden aldığı sorusuna cevap vermek gerekmektedir. Yukarıda normların oluşumlarında rol oynayan

37 Kelsen, **Pure Theory of Law**, a.g.e., s. 6; Kelsen, **Essays in Legal and Moral Philosophy**, a.g.e., s. 155; Torben Spaak, "Kelsen and Hart on the Normativity of Law", **Perspectives on Jurisprudence: Essays in Honour of Jes Bjarup**, ed. Peter Wahlgren, 2005, <http://ssrn.com/abstract=922755>, s. 403. Erişim Tarihi: 6 Haziran 2015.

38 Marco Haase, **Grundnorm – Gemeinwille – Geist**, 1.b., Mohr Siebeck, Tübingen, 2004, s. 33-34.

39 Kelsen, **General Theory of Law and State**, a.g.e., s. 37.

olgulardan bağımsız olduğunu belirtmiştik. Dolayısıyla, bir hukuk normunun geçerliliğini bir olgudan alması mümkün değildir⁴⁰. Önceki kısımdaki örneğimiz açısından bakacak olursak, bir portakalın "bir" olarak nitelendirilmesinin normsal âlemde geçerli olmasının sebebi, portakalın fiziksel âlemde "bir" olması değildir. Öyleyse bir norm niçin geçerli olur?

Kelsen'e göre bir normun geçerli olmasının sebebi onun ihdasına yola açan olgu değil, bu ihdas fiilinin geçerli olduğunu öne süren bir başka normdur⁴¹. Dolayısıyla, bir hukuk normunun geçerli olabilmesi için her daim onu geçerli kılacak bir üst norma ihtiyaç vardır⁴². Bir normun üst norm olabilmesi için ya alt normun ihdas şeklini ya da içeriğini belirlemesi, düzenlemesi gerekmektedir⁴³. Bu durumlardan her ikisinin birden üst norm tarafından gerçekleştirilmesi mümkündür, ancak üst norm olabilmek için bir tanesinin bulunması yeterlidir. Bunlardan ilkinde hukukunun dinamik yönü adı verilirken, diğerine statik yön ismi verilmektedir⁴⁴. Bir norm, ancak başka bir norm tarafından öngörüldüğü durumda geçerli olabilir. Dolayısıyla, bir normun geçerliliğini belirleyen normun da geçerliliğini bir başka normdan alması gerekecektir. Bu bağlamda, hukukun kendi geçerliliğini kendisinin, bir normun geçerliliğini yine başka bir normun belirlediğinden söz edilmektedir⁴⁵. Peki ya bu zincir sonsuza kadar bu şekilde uzatılabilir mi?

Kelsen'e göre bu mümkün değildir. Doğa kanunlarında bir olgu diğerinin sebebini veya sonucunu oluşturur ve bu sebepler-sonuçlar zinciri sonsuza dek uzatılabilir⁴⁶. Ancak, normların geçerlilik zinciri en üstün olduğu "varsayılan" bir norma dayanmak zorundadır⁴⁷. Bu varsayımın gerekliliği, en üstün normun yetkisi yine daha üstün bir norma dayanması gerekecek olan bir makam yahut kişi tarafından ihdas edilmesinin mümkün olmamasıdır⁴⁸. Bunun yanında bu varsayımın bir de pratik önemi bulunmaktadır. Buna göre, eğer bir hukuk sistemi içerisinde gerçekleştirilen norm koyma işlemlerini geçerli birer işlem ve

40 Kelsen, "On the Basic Norm", a.g.e., s. 108.

41 Kelsen, **Pure Theory of Law**, a.g.e., s. 9; Spaak, a.g.m., s. 403; Türkbağ, a.g.m., s. 75; Raz, a.g.m., s. 1173.

42 Kelsen, **General Theory of Law and State**, a.g.e., s. 110; Kelsen, **Pure Theory of Law**, a.g.e., s. 193.

43 Kelsen, **General Theory of Law and State**, a.g.e., s. 123; Haase, a.g.e., s. 39. Bir başka anlatımla, her norm, geçerlilik şartlarını bir üst normdan alır ve aynı zamanda bu üst normun içerik anlamında koyduğu sınırlarla da bağlıdır. Bkz. Dirk Heckmann, **Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen**, I.b., Mohr Siebeck, Tübingen, 1997, s. 138-139, 146.

44 Kelsen, **Pure Theory of Law**, a.g.e., s. 195-196.

45 Graham Hughes, "Validity and the Basic Norm", **California Law Review**, Cilt: 59, Sayı: 3, Mayıs 1971, s. 695.

46 Kelsen, **Essays in Legal and Moral Philosophy**, a.g.e., s. 162.

47 Kelsen, **Pure Theory of Law**, a.g.e., s. 194.

48 a.y.

normları da geçerli birer norm olarak yorumlamak amacındaysak Kelsen'in temel norm ("*Grundnorm*") ismini verdiği bu normun geçerliliğini varsaymak zorundayız⁴⁹. Aksi takdirde, bu normun da geçerliliğini sağlayacak olan daha üst normu sonsuza dek aramak zorunda kalırız. Dolayısıyla, esasen temel normun geçerliliği varsayılmak durumunda değildir. Ancak, bu durumda bir hukuk sisteminde ihdas edilmiş olan normların geçerliliği savunulamaz ve hukukî anarşizm söz konusu olur. Kelsen bu görüşe karşı çıkmamaktadır⁵⁰. Ancak, hukuk bilimi icra etmek isteyen birisi için temel normun varsayılmasının bir zorunluluk olduğunu belirtmektedir. İşte, geçerliliğini daha üst bir norma borçlu olmayan ve var olan bütün normların geçerliliğine bir tür normatif geçerlilik çeşmesi olarak kaynaklık ederek hukuk sisteminin bütünlüğünü sağlayan bu en nihaî ve varsayımsal norma temel norm ismi verilmektedir⁵¹. Temel normun ilk özelliği olarak pozitif bir norm olarak ihdas edilmemiş olması, bunun yerine varsayılmış olması gösterilebilir⁵². Eğer, bir hukuk sistemini anlamlandırabilmek için geçerliliği varsayılan bir temel norma ihtiyaç olduğu iddia ediliyorsa, bu temel normun aynı zamanda hukuk sisteminin geçerliliğini tesis etmeye yönelik epistemolojik bir araç olduğu da düşünülebilir⁵³.

Kelsen'in temel normun geçerliliğini varsaymak yönündeki düşüncesi amaçsal olmakla eleştirilebilir. Bir hukuk normunun geçerliliğini açıklayabilmek için içeriğinin tespiti bilimsel açıdan mümkün olmayan bir normun geçerli olduğunu varsaymak elbette ki pek bilimsel bir yöntem değildir. Hatta bu yöntemin, özellikle de temel norma bir içerik yüklenmesinin Kelsen'in teorisini saflıktan uzaklaştıracağı ve doğal hukuk teorilerine yaklaştıracağı da ileri sürülmektedir⁵⁴. Gerçekten de içeriği ile birlikte, geçerliliğini başka

49 Kelsen, **Pure Theory of Law**, a.g.e., s. 200; Hauser, a.g.e., s. 85-86.

50 Delacroix, a.g.e, s. 37.

51 Kelsen, **General Theory of Law and State**, a.g.e., s. 111; Raz, a.g.m., s. 1170.

52 Hakan Gustafsson, "Fiction of Law", **No Foundations**, Cilt: 4, Ekim 2007, s. 86.

53 a.y. Bununla birlikte, Kelsen'in yaşamının sonlarına doğru temel normun "varsayımsal" olduğu düşüncesinden uzaklaşarak bu normun "kurgu" ("*fiction*") olduğunu vurguladığı belirtilmektedir. Bazı yazarlara göre, bu husus basit bir anlatım değişikliğinden ibaret değildir ve Kelsen'in temel norm hakkındaki görüşlerinin değiştiğine işaret etmektedir. Buna göre, kurgu ile varsayım arasındaki en temel fark, kurgulanan hususun gerçek olmadığı konusunda bir farkındalığın bulunmasıdır (Bkz. Gustafsson, a.g.m., s. 100). Biz bu konunun detaylı incelemesine girmeyi uygun bulmuyoruz. Nitekim, Kelsen'in temel norma ilişkin düşünceleri ne denli değişmiş olursa olsun, temel normun bir hukuk sistemi açısından yerine getirdiği fonksiyon aynıdır. Ayrıca, aşağıda belirteceğimiz gibi, temel normun herhangi bir hukuk sisteminin normlar hiyerarşisinde yer almasına gerek yoktur. Nitekim, temel norm hukuk dışı bir kavramdır. Ancak konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. Gustafsson, a.g.m., s. 94-101; Neil Duxbury, "Basic Norm: An Unsolved Murder Mystery", **LSE Law, Society and Economy Working Papers 17/2007**, <http://ssrn.com/abstract=1033331>, s. 3-10. Erişim Tarihi: 12 Haziran 2015.

54 Delacroix, a.g.e., s. 55.

bir üst normdan almayan, bir normun varsayılmasının tüm hukukun aslı kaynağının Tanrı'nın kuralları, doğa kuralları yahut akıl olduğunu söylemekten pek de farkı olmamaktadır. Ancak, bunun dışında yapılabilecek tek şey olgulardan normlar türetmeye çalışmaktır ki bunun anlamsız bir uğraş olacağı düşünülmektedir. Hukukun saf teorisinin normların geçerliliği konusunda sağlayacağı bilimsel metodun faydası ve kendi içindeki tutarlılığını sağlama çabası uğruna Kelsen saf bir bilimsellikten uzaklaşmak zorunda kalmıştır. Dolayısıyla, çalışmamızın kapsamını aşarak yeniden bir normatif geçerlilik teorisi arayışına girmeden ve çalışmanın amacına ulaşabilmesi açısından geçerliliği varsayılan, sorgulanamaz bir temel norm kavramını kabul etmek durumundayız. Aksi takdirde, geçerliliklerini ve normlar hiyerarşisindeki yerlerini değerlendireceğimiz normlar için sıfırdan bir geçerlilik teorisi yaratmak durumunda kalırız.

Öte yandan, Kemal Gözler iradeci pozitivizmden yola çıkarak Kelsen'in varsayımsal temel norm çıkmazında bir çözüm getirmeyi amaçlamıştır. Bu görüşü değerlendirmeden önce kısaca iradeci pozitivizm hakkında bilgi vermek gerekmektedir. İradeci pozitivizm, doğal hukuk anlayışının aksine, hukukun bir iradenin ürünü olduğunu kabul etmektedir⁵⁵. Bu irade ise beşeri bir iradedir. Dolayısıyla, bu görüşe mensup olan hukukçular, hukukun kaynağının kanun koyucunun, halkın, hükümdarın veya monarhın iradesi olduğunu söyleyeceklerdir⁵⁶. Bu görüşü Kelsen'in pozitivizminden yani normcu pozitivizmden ayırmak gereklidir. Nitekim, Kelsen'e göre herhangi bir irade kesinlikle bir normun geçerliliğini belirleyemez⁵⁷. İrade, ancak anlamı norm olan bir fiil olabilir⁵⁸. Yani, bir kanunu geçerli kılan şey, ampirik anlamda parlamentonun oyçokluğu ile bir tasarı yahut teklifi kabul etmesi değil, üst norm konumundaki anayasanın parlamentoda oyçokluğu ile kabul edilen bir tasarı ya da teklifin kanun adı verilen norm olarak yaratılmış olacağı yönündeki ifadesidir. Kaldı ki, bir normun, onu ihdas eden irade ortadan kalksa dahi varlığını sürdürmeye devam edebileceği⁵⁹ iddia edilmektedir. Parlamento örneğinde, bir kanuna oy veren milletvekilleri öldükten sonra irade sahibi olamazlar. Bu durumda, hukukî geçerlilik kaynağından yoksun kalan kanunun geçersiz hâle gelmesi gerekirdi⁶⁰. Ancak, durum böyle değildir. Dolayısıyla, irade, bir normun geçerlilik kaynağını oluşturuyor

55 Gözler, **Hukuka Giriş**, a.g.e., s. 207-208.

56 Gözler, **Hukuka Giriş**, a.g.e., s. 208.

57 Raz, a.g.m., s. 1173.

58 Kelsen, **Pure Theory of Law**, a.g.e., s. 9-10.

59 Kelsen, **Pure Theory of Law**, a.g.e., s. 10.

60 a.y.

olamaz. Yine de bu görüşe karşı çıkmak mümkündür. Eğer kanuna geçerlilik sağlayan şeyin teker teker milletvekillerinin iradesi değil de yasama organının bir bütün olarak iradesi olduğu kabul edilirse, Kelsen'in itirazı öne sürülemeyecektir.

Özetle söylemek gerekirse, iradeci pozitivizm hukuku egemenin emri şeklinde tanımlamakta ve egemeni de siyasî olarak bağımsız bir toplumda herkesin itaat ettiği ancak kendisi hiç kimseye itaat etmeyen güç olarak görmektedir⁶¹.

Kemal Gözler'e göre, Kelsen'in teorisi anayasanın geçerliliği dışında bütün normların geçerliliğini çok isabetli bir şekilde tanımlamakta, ancak anayasanın geçerliliği konusunda varsayımsal bir temele dayandığı için bizim de yukarıda ifade ettiğimiz üzere bilimsellik ve objektiflikten uzaklaşmaktadır⁶². Üst normu bulunmadığı için anayasanın normcu pozitivist bir teori ile açıklanamayacağını düşünen Gözler, iradeci pozitivizmin anayasanın geçerliliği sorununa bir çözüm üretebileceği kanısındadır⁶³. Buna göre, anayasa dışında bir hukuk sisteminde bulunan normların geçerliliği Kelsen'in normcu pozitivistlikle açıklanırken, bu sistemin en tepesinde yer alan anayasanın geçerliliği kendisini var eden kurucu iktidarın iradesinden kaynaklanmaktadır⁶⁴. Kurucu iktidarın normatif âlemin dışında ampirik âleme ait bir olgu olduğu pozitivistler tarafından kabul edildiğine göre⁶⁵ böyle bir düşüncenin kendi içerisinde çelişkili olacağını düşünmekteyiz.

Yukarıda bahsedildiği üzere, normalsal geçerlilik zincirini sonsuza kadar geri götürmek pratik olarak mümkün değildir. Bir noktada durularak en üst normun geçerliliğinin varsayılması pratik amaçlardan dolayı zorunlu görünmektedir. Geçerliliği varsayılan bu normun anayasa olduğu düşünüldüğünde Kelsen'in temel norm varsayımına yöneltilebilecek eleştirilerden bir tanesi bertaraf edilmiş olur. Bu da temel normun, yani geçerliliği varsayılan normun, içeriği ve gerçekliği sorunudur. Öte yandan, anayasa temel norm olarak varsayılsa dahi bu varsayımsal geçerliliğin bilimselliğine ilişkin itiraz geçerli kalmaya devam edecektir. Kelsen'in anayasaların üstünde bir temel norma ulaşma isteğinin özel bir sebebi bulunmaktadır. Aşağıda ayrıca inceleyeceğimiz gibi Kelsen'in amacı, bütün ulusal hukuk sistemleri ile uluslararası hukuku tek bir temel norm altında birleştirip, hukuku ayrılmaz bir bütün, konusu teklik arz eden bir bilim hâline getirmeye

61 John Austin, **The Province of Jurisprudence Determined**, 1.b., ed. Wilfrid E. Rumble, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, s. 166.

62 Gözler, **Hukuka Giriş**, a.g.e., s. 211.

63 a.y.

64 a.y.

65 Kemal Gözler, **Kurucu İktidar**, 1.b., Ekin, Bursa, 1998, s. 24-28.

çalışmaktadır. Ancak, bir normun geçerliliğini olgusal bir iradeden aldığı bir kere ileri sürüldüğünde teorik olarak ampirik ve normatif âlemler arasındaki perde yırtılacak, ampirik olan ile normatif olanın düalizmi, olan ("is") ile olması gereken ("ought") arasındaki fark ortadan kalkacaktır. Dolayısıyla, bir kez bu yola girildiğinde anayasa dışındaki normların geçerliliğinin normcu pozitivizm doğrultusunda değerlendirilmesi gerektiğini söylemek pek tutarlı olmayacaktır.

Bu noktadan sonra karşımıza bu temel normun ne olduğu sorunu çıkmaktadır. Kelsen'e göre, ulusal hukuk sisteminin temel normu güç kullanarak ve hukuk dışı yollarla başa geçmiş olan bir kişinin veya meclisin koymuş olduğu ilk anayasadır⁶⁶. Bu anayasanın geçerli olduğu varsayılmazsa, sürekli daha üst bir norm arayışına girmek gerekecektir. Bu durumda, hukuk sistemini geçerli bir bütün olarak yorumlamak mümkün olmayacaktır. İlk anayasanın temel norm olarak varsayılması gerekliliği, ulusal hukuk sistemi ile uluslararası hukukun ilişki halinde olmadığı düşünülmesi halinde mümkündür. Bununla birlikte, iç hukuk ve uluslararası hukuk arasındaki ilişkiyi incelemeye başladığında Kelsen bu temel norm varsayımı yerine, ulusal hukuk sistemlerine geçerlilik sağlayan uluslararası örf ve adet hukuku niteliğindeki pozitif bir normu koymaktadır⁶⁷. Buna göre, bir hukuk düzeni ancak uygulandığı alanda genel bir etkililik arz ediyorsa geçerlidir⁶⁸. Buradaki etkililikten kasıt belli bir alandaki halk üzerinde kontrol sahibi olmak şeklinde ifade edilebilir⁶⁹. Dolayısıyla, örneğin, bir anayasa ancak hükümleri geniş uygulama alanı bulup itaat görüyorsa geçerli kabul edilebilir⁷⁰. Burada tespit edilmesi gereken anayasanın bir bütün halinde uygulanabilirliği ve etkinliği olup, tek bir anayasa yahut kanun normunun etkinlikten yoksun olması o hukuk düzeninin geçerliliğini etkilemez⁷¹. Geneli etkisiz olan bir hukuk düzenindeki normlar bütünüyle geçersiz olacaktır⁷². Bu nedendir ki, bir devrim, savaş ya da darbe nedeniyle etkisiz kılınan bir hukuk düzeni, temel norma aykırı

66 Kelsen, **General Theory of Law and State**, a.g.e., s. 115.

67 Kelsen, **Pure Theory of Law**, a.g.e., s. 215. Burada Kelsen, ulusal hukuk sistemlerinin pozitif bir uluslararası hukuk normundan geçerlilik aldığını göstermeye çalışmaktadır ki iki sistemin birliğini gösterebilirsin. Daha sonra ise uluslararası hukukun temel normu *pacta sunt servanda* olarak benimseyip, uluslararası hukukun ulusal hukuk sistemlerinden üstün olduğu görüşünü savunacaktır. Dolayısıyla, etkililik prensibinin temel norm değil, varsayılmayan, pozitif bir norm olduğu unutulmamalıdır.

68 Kelsen, **Pure Theory of Law**, a.g.e., s. 215; Kelsen, **General Theory of Law and State**, a.g.e., s. 120; Türkbağ, a.g.m., s. 75-76.

69 Kelsen, **Pure Theory of Law**, a.g.e., s. 215.

70 Kelsen, **Pure Theory of Law**, s. 210.

71 Kelsen, **Pure Theory of Law**, s. 212.

72 Kelsen, **General Theory of Law and State**, a.g.e., s. 119.

hâle geldiğinden, geçerliliğini de yitirmektedir⁷³. Aynı sebepten dolayı hukuk dışı gerçekleşen savaş, darbe ve devrim neticesinde etkin kılınan bir hukuk düzeni de temel norm uyarınca geçerli kabul edilmelidir⁷⁴. Bir başka deyişle, içeriği etkililik prensibi olarak kabul edilebilecek olan bu norm, ulusal hukuk düzenlerinin anayasalarına geçerlilik tanımaktadır⁷⁵. Bununla birlikte, etkililik ile geçerliliğin eş anlamlı olduğu düşünülmemelidir. Kelsen'e göre, etkililik, ulusal hukuk düzenlerinin bir bütün olarak geçerliliğinin bir şartıdır, ancak kendisi değildir⁷⁶. Bu bağlamda etkililik, bir ulusal hukuk düzeninin geçerliliği bakımından temel norm tarafından gerçekleşmesi öngörülen olgusal bir kriterden ibarettir. Örneğin, "adam öldüren kişi cezalandırılır." şeklindeki bir norm bakımından, kişinin cezalandırılması için olgusal âlemde öldürme fiilini işlemiş olması gerekir. Benzer şekilde bu normun "genel anlamda etkili olan bir ulusal hukuk sistemi geçerlidir" şeklinde bir içeriğe sahip olduğu düşünülürse, etkililik de hukuk sisteminin geçerli olabilmesi için olgusal âlemde gerçekleşmesi gereken bir ön koşuldur. Bu nedenle, ulusal hukuk sistemlerine geçerlilik sağlayan normun etkililik olduğu ve olan ile olması gereken arasındaki perdenin ortadan kaldırılarak hukukun saf teorisinde bir tutarsızlığa yol açıldığı iddia edilemeyecektir.

Varsayımsal temel norm yerine etkililik prensibi kabul edildiğinde, tek bir normun geçerliliği ile etkililiği arasında bir bağlantı bulunacağını söyleyebilir miyiz? Şu ana kadarki tabloda etkililik prensibi bir hukuk düzeninin tamamına ilişkindir ve dolayısıyla tek tek normların geçerliliği hakkında bir şey söylememektedir. Öyleyse, önceki açıklamalardan yola çıkarak tek bir normun geçerliliğinin ancak ve ancak üst norm tarafından belirlenebileceğini ve söz konusu hukuk normunun üst normunda etkililik konusuna ilişkin bir hüküm bulunmaması durumunda, normun etkililiği ile geçerliliği arasında bir bağ bulunmadığını söylemek makul görünmektedir. Ancak, Kelsen'in bu

73 Kelsen, **General Theory of Law and State**, a.g.e., s. 117.

74 Aslında Kelsen'e göre darbe, savaş ve devrim gibi hadiseler uluslararası hukuk açısından norm yaratıcı olaylardır.(bkz. Hans Kelsen, **Principles of International Law**, 3.b., Lawbook Exchange, New Jersey, 2003, s. 415-416; Kelsen, **General Theory of Law and State**, a.g.e., s. 118.). Dolayısıyla, bunların hukuk dışı olduğunu söylemek, uluslararası hukuk bir hukuk alanı olarak kabul edildiği takdirde, mümkün değildir. Ancak, kanımızca, bir hukuk düzeninin uluslararası hukukta geçerli bir hukuk düzeni olarak tanınması, Kelsen için hukuk düzeni ile devlet kavramları özdeş olduğundan (bkz. Kelsen, **General Theory of Law and State**, a.g.e., s. 393.), tanınmayı da gerektirdiğinden bu hadiseler doğrudan hukuk yaratmazlar. Netice itibarıyla savaş, devrim, darbe gibi olayların yine de hukuk dışı olgular olarak değerlendirilmesi gerektiği kanısındayız. (Bizim görüşümüzü destekleyen bir açıklama için bkz. Kemal Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, 1.b., Cilt: 1, Ekin, Bursa, 2011, s. 317-318.).

75 Kelsen, "On the Basic Norm", a.g.m., s. 108-109.

76 Hughes, a.g.m., s. 698.

konudaki çalışmasına bakıldığında farklı eserlerinde farklı görüşlerin geliştirildiği görülmektedir. "*General Theory of Law and State*"⁷⁷ eserinde bir normun etkililiği ile geçerliliği arasında hiçbir bağlantı bulunmadığını ve hiç uygulanmayan bir normun bile geçerliliğini koruduğunu belirtirken⁷⁸ "*Pure Theory of Law*" isimli eserinde bir normun geçerli olabilmesi için en azından belli bir etkililiğe sahip olması gerektiğini vurgulamaktadır⁷⁹. Bunlardan ilkinin üçüncü baskısının 1949 yılında gerçekleştirildiği, ikincisinin orijinalinin ikinci baskısının ise 1960 yılında yapıldığı göz önünde bulundurulursa, Hans Kelsen'in normun geçerliliği için etkili de olması gerektiği yönündeki görüşü sonradan geliştirdiğini söylemek yanlış olmaz.

Hans Kelsen'in düşüncelerindeki bu değişimin kanımızca olumsuz yönde olduğunu söylememiz gerekir. Üst norm bunu gerektirmedikçe ki temel normun teker teker normların geçerliliğine ilişkin olarak değil bir hukuk sisteminin bütününe ilişkin olarak etkililik şartını getirdiğini belirtmiştik, bir normun geçerliliğinin asgarî de olsa bir etkililik seviyesine bağlanması olgusal bir durumu normatif âlemde geçerlilik şartı hâline getirmek demektir. Somutlaştırmak gerekirse, kapalı mekânlarda sigara içilmesi hâlinde idarî para cezası öngören bir norm, ihlal edilmesine rağmen uygulanmadığında geçerliliğini yitirecektir. Çünkü bu durumda normun etkililiği olmayacaktır. Tabii ki burada bahsedilen bir kereliğe mahsus olarak yahut kabahat teşkil eden fiilin tespit edilememesinden dolayı idarî para cezası uygulanmaması değil, gereken bütün şartlar oluşmasına rağmen idarenin norma aykırı davranarak gerekli işlemi yapmaması durumudur. Burada geçersiz olan bir normdan değil, geçerli bir norma aykırı hareket eden idareden bahsetmek uygun düşecektir. Bir başka örnek ise kanunlar ihtilafından yola çıkılarak verilebilir. Kanun koyucunun aynı konuda biri eski tarihli diğeri eni tarihli iki düzenleme yapması durumunda *lex posterior* ilkesi gereğince sonraki tarihli kanun uygulanacak ve önceki tarihli kanun bu kanun yürürlükte kaldıkça hiç uygulama bulmayacak ve dolayısıyla da etkililiğe sahip olamayacaktır. Ancak, bundan dolayı üst norm olan anayasaya ne içerik ne de usul bakımından aykırılık teşkil etmeyen önceki tarihli kanunun geçersiz kılınacağını söylemek yanlış olur. Çünkü, bu durumda sonraki tarihli kanun önceki tarihli kanunu ilga etmiş, geçersiz kılmış olacaktır. İlga eden kanun ilga edildiğinde mülga kanun kendiliğinden hayat bulmayacağına göre sonraki kanun yürürlükten kaldırıldığında önceki

77 Çeviri: "Genel Hukuk ve Devlet Teorisi".

78 Kelsen, **General Theory of Law and State**, a.g.e., s. 30.

79 Kelsen, **Pure Theory of Law**, a.g.e., s. 11.

tarihli kanun uygulama alanı bulmayacaktır. Oysa hukuken olması gereken sonraki kanun ilga edildiğine, önceki tarihli kanunun uygulanmaya devam etmesi ve böylece de hukuk sisteminde boşluğa mahal verilmemesidir.

Kaldı ki Kelsen'in görüşünü kabul etmek, bir normun geçerliliğini olgusal bir duruma bağlamaktır ki bu durumda Kelsen kendi içinde çelişmiş olur. Ya da bir kanunun geçerli olabilmesi için anayasada belirlenen şartlardan başka etkili de olması gerektiğini belirten bir normun varlığını göstermelidir. Etkililik prensibi, bir hukuk sisteminin en üstünde yer alan pozitif norma geçerlilik sağladığı ve o sistemdeki diğer normların bu en üst normdan (genellikle anayasa) geçerlilik aldığı düşünülduğünde, böyle bir düşünceye temel oluşturacak başka bir normun ortaya konması gerekecektir. Daha önce de vurgulandığı üzere olgusal âlem ile normsal âlem arasında bir geçiş, olgudan norm türetmek mümkün değildir. Dolayısıyla biz, Kelsen'in bu konudaki görüşünün ihmal edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Elbette ki üst norm, örneğin anayasa, bir kanunun ancak etkililiğe sahip olduğu, uygulandığı zaman geçerli olacağını öngörebilir. Her ne kadar böyle bir hüküm kanunların uygulayıcısı olan yürütme ve yargı organlarına zımnen, kanunları uygulamayarak onları ilga etme yetkisi verilmesi gibi alışılmışın dışında bir duruma yol açacak olsa da, ancak böyle bir hükmün üst normda yer alması durumunda etkililik bir normun geçerliliğini etkileyen bir husus olarak karşımıza çıkabilir.

II. NORMLAR HİYERARŞİSİ

Hukuk düzenindeki normlar yukarıda açıklanan geçerlilik ilişkisi ile birbirlerinin üst ve alt normları olarak sıralanmaktadır⁸⁰. Hukukun kendi içinde mantıklı bir bütün olduğu varsayımdan hareketle bu sıralanmanın hiyerarşik bir niteliğe sahip olması gerektiği düşünülmektedir⁸¹. İşte bu hiyerarşik geçerlilik ilişkisi normlar hiyerarşisi olarak adlandırılmaktadır⁸². Bu üst ve alt normlar zincirinde bir normun geçerliliği yalnızca ve yalnızca onun ihdas şeklini belirleyen üst norma uygun şekilde ihdas edilip edilmemesine bağlıdır. Üst norma aykırı olan alt normun geçerli kalamaması gerektiği vurgulanmaktadır⁸³. Her norm 1) üst normun öngördüğü şekilde ihdas edildiği ya da 2)

80 Latta, a.g.m., s. 2; Haase, a.g.e., s. 39; Heckmann, a.g.e., s. 141.

81 Gözler, **Hukuka Giriş**, a.g.e., s. 181.

82 Latta, a.g.m., s. 2-3; Gustafsson, a.g.m., s. 85. Normlar hiyerarşisi/*Stufenbau/hierarchy of norms*.

83 Heckmann, a.g.e., s. 148. Bir hukuk sisteminin genel tablosu bu yöndedir. Bu anlamda belki de, üst norma aykırı olan alt normun geçersiz olması veya en azından *lex superior derogat legi inferiori* ilkesi uyarınca uygulanmamasının hukukun genel ilkesi olarak görülmesi mümkündür. Ancak kanımızca, bu

içerik olarak üst norma uygun olduğu için geçerlidir. Dolayısıyla, bir normatif sistemde geçerliliği varsayılan temel norm dışındaki bütün normların bir üst normu bulunmak zorundadır. İşte bir hukuk düzenindeki üst normlar ve alt normlar arasındaki bu ilişki, birbirine bağlı çok sayıda bağımsız norm çiftleri olmaktan ziyade piramit şeklinde bir hiyerarşi olarak algılanmaktadır⁸⁴. Bir hukuk sistemindeki normların en üstün olandan en alta olana kadar aralarındaki geçerlilik ilişkisi ile tanımlandıkları bu düzene normlar hiyerarşisi adı verilmektedir.

Bu normlar hiyerarşisinin bir çeşit organlar hiyerarşisi ile ilişkili olduğunu söylemek yanlış olmaz⁸⁵. Neticede, aşağıda göreceğimiz üzere, anayasalar kurucu iktidarlar, kanunlar parlamentolar, düzenleyici işlemler ise idarenin çeşitli kademeleri tarafından çıkarıldığına ve bu normların ihdası bu organların iradesi sonucunda gerçekleştiğine göre, farklı organların iradesinin farklı güçteki normlara vücut verdiği söylenebilir⁸⁶. Bu bağlamda, aşağıda inceleyeceğimiz normlar hiyerarşisinin basamaklarındaki normları ihdas eden organlar arasında da bir hiyerarşi olduğu, bu hiyerarşi hukuk düzeni tarafından yok sayılmadıkça, söylenebilecektir.

Norm kavramı ve geçerlilik koşullarını inceledikten sonra sıra normlar hiyerarşisinin ne olduğu sorununu incelemeye gelmiştir. Aşağıda, genel olarak bir normlar hiyerarşisinin özellikleri ile ilgili tespitlerde bulunulacaktır. Ancak, bu tespitlin geçerliliği hukuk sistemleri arasında değişiklik gösterebilir. Nitekim, bir ulusal hukuk sisteminde normlar hiyerarşisini belirleyen başlıca norm anayasalardır⁸⁷. Dolayısıyla, farklı anayasalar farklı normlar hiyerarşisi öngörebilecek olsa da çoğu örnekte normlar hiyerarşisinin belli bir şekilde, en azından temel hatları açısından benzer biçimde oluşturulduğu görülmektedir.

Normlar hiyerarşisinin tepesinde en üstün konumdaki normun ne olduğu sorusuna yukarıda yaptığımız açıklamalar doğrultusunda "temel norm" cevabı verilebilir. Temel norm, bir hukuk sisteminin, özellikle de anayasaların, geçerlilik aldığı bir normsa ve geçerliliği daha üstün bir norma dayandırılmadan varsayılıyorsa oluşturulacak bir normlar hiyerarşisinde en üstte yer alacağı açıktır. Fakat, normlar hiyerarşisi oluşturulurken

durumun her hukuk sistemi açısından geçerli olması gerekmez. Bir ilke, hukuk sistemi tarafından benimsendiği ölçüde vardır. Bir hukuk sisteminin en üstün normu pekala kendisine aykırı bir normun geçerli olarak kabul edilmesi ve uygulanması gerektiğini düzenleyebilir. Neticede, kendisine aykırı olan alt normun iptal edilmesi üst norm olmanın bir koşulu değildir. Üst norm olmanın tek koşulu alt normun yapılış usulünü ve/veya içeriğini belirlemektir.

84 Kelsen, **General Theory of Law and State**, a.g.e., s. 124.

85 Gözler, **Hukuka Giriş**, a.g.e., s. 181.

86 Konunun daha detaylı incelemesi için bkz. Gözler, **Hukuka Giriş**, a.g.e., s. 181-185.

87 İbrahim Ö. Kaboğlu, **Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)**, 9. b., Legal, İstanbul, 2014, s. 42.

genellikle temel norma yer verilmez. Nitekim, temel norm kesinlikle hukuk dışı bir kavramdır ve yalnızca ulusal hukuk düzenlerinin geçerliliğini sağlamak amacıyla varsayılmıştır⁸⁸. Temel norm hukuk dışı bir varsayım olduğuna göre onu normlar hiyerarşisine dâhil etmenin çalışmamızın amacı açısından pratik bir önemi bulunmamaktadır.

Etkililik prensibinin normlar hiyerarşisinin tepesinde yer alıp alamayacağı sorusu ise uluslararası hukuk-iç hukuk ilişkisi hakkında varacağımız sonuçla alakalıdır. Biz bu ilişkiyi, aşağıda uluslararası hukuk normlarının hiyerarşik gücünü inceleyeceğimiz kısımda geniş olarak ele alacağız. Nitekim, monist bir sistemde uluslararası hukuk normlarının ulusal hukuk normlarına üstünlüğü kabul edilirse, etkililik prensibinin normlar hiyerarşisinde anayasa üstü bir seviyeye yerleştirilmesi gerekir.

Çalışmamız kapsamında üç farklı hukuk sistemini inceleyip bu hukuk sistemlerinde benzer normlara (anayasa, kanun, uluslararası antlaşma vb...) yer vereceğimizden, her hukuk sistemi açısından ortak olarak yapacağımız tahlilleri burada bir arada verip, örnek hukuk sistemlerini incelerken tekrara düşmekten kaçınmış olacağız.

A. ANAYASALAR VE NORMLAR HİYERARŞİSİNDEKİ YERLERİ

Anayasayı tanımlamanın maddî ve şeklî olmak üzere iki kriteri bulunmaktadır. Buna göre, maddî kritere göre anayasa "*bir devletin temel yapısını, kuruluşunu, iktidarın devrini ve devlet iktidarı karşısında bireylerin özgürlüklerini düzenleyen bir belge*"⁸⁹ olarak tanımlanırken, şeklî anlamda anayasa ise "*normlar hiyerarşisinde en üst sırayı işgal eden, kanunlardan farklı ve daha zor bir usülle konulup değiştirilebilen hukuk kurallarının bütünü*"⁹⁰ şeklinde tanımlanmaktadır. Bu tanımın kullanılması ile ilgili tek sorun, zaten normlar hiyerarşisinde en üst basamağı işgal eden normu aradığımız için, normlar hiyerarşisinin en tepesinde yer almayı, anayasanın tanımlayıcı bir unsuru olarak kullanılmış olmasıdır. Bu yanlış bir tespit değil, yalnızca biz zaten normlar hiyerarşisinde en üstte yer alan normu arayacağımızdan, çalışmamız açısından faydasız bir tespittir. Dolayısıyla, kanunlardan farklı bir organ tarafından çıkarılan veya aynı organ tarafından çıkarılmakla birlikte daha zor bir usulle değiştirilen normu aramak, bizim için daha uygun bir yol olacaktır.

88 Erdoğan Teziç, **Anayasa Hukuku**, 17. b., Beta, İstanbul, 2014, s. 42; Delacroix, a.g.e., s. 49.

89 Teziç, **Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 10.

90 Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, a.g.e., s. 106. Aynı yönde bkz. Herzog, a.g.e., s. 309.

Maddî anlamda anayasa tanımının bu çalışma kapsamında esas alınması yerinde olmaz. Nitekim, anayasada düzenlenmiş olan bir konunun alelade kanunlarla düzenlenememesi ve yine kanunlarla düzenlenmiş bulunan bir hususun anayasada yer almaması için hiçbir sebep yoktur⁹¹. Bu da, içeriğine bakarak anayasa ve kanun normlarını ayırmayı imkânsız hale getirmektedir. Maddî anlamda anayasa tanımı, bu normun içerik anlamında sınırlı olduğu, belki de bu normun üstünde onu içerik anlamında sınırlayan daha üstün bir norm olduğu izlenimini yaratmaktadır. Esasen, maddî anlamda anayasa tanımı ampirik bir takım tespitlerden yola çıkarak yapılmaktadır. Bu tespitte dünya üzerinde anayasaların ekseriyetle belirtilen hususları düzenlemesidir. Bu hususun zorunlu olması ve dolayısıyla bir tanım olarak esas alınabilmesi için anayasaları içerik anlamında sınırlayacak bir üst normun bulunması gerekir. Bu normun temel norm olduğu kabul edilemez. Nitekim Kelsen'in varsayımsal temel normunun hukuk içi bir husus olduğu kabul edilse dahi, bu norm anayasaların içeriğine dair bir şey belirtmemektedir. Dolayısıyla, bu çalışmada anayasanın tanımı olarak şeklî kriter esas alınarak, bu kriterin doğruluğu aşağıda araştırılacak ve kriterin uygulanmadığı anayasaların niçin anayasa hükmünde olmadığı ortaya konacaktır.

Bir normun, normlar hiyerarşisinin en tepesinde yer alması iki şey ifade eder: İlk olarak, incelenen norm o hukuk sistemindeki bütün diğer normlara geçerliliğini sağlayan norm olmalıdır⁹². İkinci olarak ise bu normun gerek yapılış usulü gerekse içerik olarak uygun olması gereken başka bir norm bulunmamalıdır. Aslında bu iki şart aynı şeyi ifade etmektedir. Nitekim, her norm geçerliliğini bir normdan almak zorundaysa ve (geçerliliği varsayılan temel normu değerlendirme dışı bıraktığımızda) anayasa geçerliliğini hiçbir normdan almıyorsa, diğer bütün normların geçerliliğinin gerek şeklî (yapılış usulü) gerekse maddî (içerik belirlemesi) anlamda anayasa ya da ona eşdeğer kuvvetteki bir normdan alması gereklidir. Fakat bütün normların geçerliliğini anayasadan aldığını göstermektense, anayasanın geçerliliğini hiçbir norma borçlu olmadığını göstermek anayasanın normlar hiyerarşisinin tepesinde yer aldığını göstermek için daha kolay bir yoldur. Ancak, daha

91 Hans Frisch, *Lehrbuch des Österreichischen Verfassungsrechtes*, 1.b., Springer, Viyana, 1932, s. 28.

92 Hukuk sistemindeki bütün normlara geçerlilik sağlama ifadesinin, anayasanın bir hukuk sistemindeki bütün normlara doğrudan geçerlilik sağlama şeklinde anlaşılması gerekir. Anayasalar kanunlara geçerlilik sağlarken, anayasaya aykırı olmamak koşuluyla, kanunların da bir başka norma geçerlilik sağlama teorik olarak mümkündür. Neticede, bir normun normlar hiyerarşisinin tepesinde yer alması için, o sistemdeki bütün normlara tek tek geçerlilik sağlama gerekmez. Eğer bu norm tek bir norma geçerlilik sağlıyorsa ve tüm diğer normların geçerliliği bu ikinci norm tarafından sağlanmaktaysa, yine normlar hiyerarşisinin en tepesinde yer alacaktır. Dolaylı olarak sağlanan bir geçerliliğin de kabul edilmesi gereklidir.

öncesinde yumuşak – katı anayasa kavramını inceleyip bunlar arasında bir ayrıma gitmek gereklidir.

1. Yumuşak – Katı Anayasa Ayrımı

Yumuşak ve katı anayasa ayrımı anayasaları yapan, değiştiren yetkili organlar ile değiştirilmesi şartlarına göre yapılan bir ayrımdır⁹³. Buna göre yumuşak anayasa "...yürürlükte olduğu ülkedeki diğer yasalar gibi yapılan ve değiştirilen"⁹⁴ anayasalardır. Yumuşak anayasalara esnek anayasalar ismi de verilmektedir⁹⁵. Yürürlükteki diğer yasalar gibi yapılan ve değiştirilen ifadesi kanunları ve anayasayı yapan ve değiştiren organların aynı olmasını ve bunların aynı karar usulüyle değiştirilebilmesini ifade eder. Katı anayasa ise "...normal kanunlardan daha farklı organlarca ve daha zor usullerle değiştirilebilen anayasa"⁹⁶ olarak tanımlanmaktadır. Esasen bu tanımda "ve" yerine "veya" demek yeterli olacaktır. Çünkü, aşağıda görüleceği üzere, "farklı organlarca değiştirilme" ve "daha zor usullerle değiştirilme" şartlarından yalnızca birinin varlığı bir anayasanın katı anayasa olması için yeterlidir. Bununla birlikte, katı anayasalarının kanunlardan daha "farklı" bir usulle değiştirilmesi gerektiğini belirtmek yeterli değildir⁹⁷. Eğer bu usul, kanun usulünden daha zor, örneğin parlamentonun nitelikli çoğunluğunu gerektiren veya anayasa değişikliği önerisinin iki kere görüşülmesi gerektiğini belirten, bir usul değilse, bu durumda anayasanın gerçekten katı bir anayasa olacağını söylemek doğru değildir. Bu bağlamda belki de en basit ve doğru katı anayasa tanımı "yapımı ve değiştirilmesi yasalarinkinden farklı ve daha zor şartlara bağlanmış"⁹⁸ anayasadır. Ancak burada da "anayasa yapmak"tan bahsedildiğinden, aslî kurucu iktidarın anayasa yaparken sınırlı olduğu gibi kanımızca yanlış bir fikir edinilebilir. Dolayısıyla kanımızca, katı anayasayı en basit şekliyle tanımlırsak, değiştirilmesi kanunlardan daha zor şartlara bağlanmış anayasadan bahsetmek durumundayız.

Bir normun üst norm olabilmesi için alt normun yapılış usulünü veya içeriğini belirlemesi gerektiği belirtilmişti. Bu doğrultuda yapılması gereken tartışma yumuşak bir anayasanın kanunun üst normu olup olamayacağıdır. Eğer yumuşak anayasalar ile

93 İsmet Giritli-Jale Sarmaşık, **Anayasa Hukuku: Genel Esaslar -Türk Anayasa Hukuku**, 2.b. Beta, İstanbul, 2013, s. 8.

94 Giritli-Sarmaşık, a.g.e., s. 10.

95 Şükrü Karatepe, **Anayasa Hukuku**, 1.b., Savaş, Ankara, 2013, s. 18.

96 Kemal Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, 3. b., Ekin, Bursa, 2012, s. 59.

97 Bkz. Giritli-Sarmaşık, a.g.e., s. 9.

98 Bülent Tanör, **İki Anayasa**, 5.b., XII Levha, İstanbul, 2013, s. 148.

kanunların yapılış ve değiştiriliş usulü arasında bir fark yoksa, yani anayasa da kanun gibi parlamento tarafından değiştirilip, kanun için öngörülen parlamento çoğunluğu ile kabul edilebiliyorsa, metninde kanunların yapılış usulüne ilişkin hükümler bulunsa dahi, bunlar parlamento tarafından çıkarılacak bir kanun tarafından değiştirilebilecektir. Dolayısıyla, anayasanın kanun karşısındaki üstünlüğünden söz etmek mümkün olmayacaktır. Bu durumda, anayasayı değiştirebilen kanun, kendi kendisinin yapılış usulünü düzenleyebildiğinden, kanunun anayasa altı bir seviyede bulunduğu söylenemeyecektir. Dolayısıyla, yumuşak bir anayasa yine normlar hiyerarşisinin üst basamağında yer alabilir. Ancak bu basamakta ona kanunun eşlik edeceği ve dolayısıyla anayasanın en üstün norm olmayacağı açıktır. Yine de kanunlarla aynı usulle değiştirilebilen anayasanın kanundan başka bir nitelik arz ettiğini savunmak doğru değildir⁹⁹. Yumuşak anayasalar, başka bir başlık taşısalar da kanun niteliği arz ederler.

Katı anayasalar ise ya başka ve özel olarak öngörülen bir organ tarafından (kurucu meclis) ya da kanunlar için öngörülenden daha zor bir usulle değiştirilirler. Dolayısıyla, katı bir anayasa söz konusu olduğunda kanunların kendi yapılarının düzenlemeleri, yani basit bir kanunla anayasanın kanunların yapılış usulünü düzenleyen hükümlerinin değiştirilmesi mümkün değildir. Böylece, katı bir anayasanın kanunların geçerliliğini belirlediği (gerek usul gerekse içerik anlamında) ve dolayısıyla da kanunlardan üstün olduğu kabul edilmelidir. Bu bağlamda, katılık niteliğinin, anayasanın üstünlüğünü pekiştiren bir nitelik olduğu belirtilmektedir¹⁰⁰. "Pekiştirmek" denmesinin nedeni, anayasaların niteliği, içeriği ve özleri itibariyle üstün kurallar içerdiği düşüncesidir¹⁰¹. Yumuşak anayasalara ilişkin olarak yukarıda yaptığımız açıklamalardan anlaşılacağı üzere, katı olmayan bir anayasanın normatif anlamda üstün bir tarafından bahsetmek mümkün değildir. Dolayısıyla "pekiştiren" ifadesi yerine "sağlayan" demek daha doğru olacaktır.

Böylece, normlar hiyerarşisinde en üstün konumda bulunan bir anayasadan bahsedebilmek için bu anayasanın katı bir anayasa olması, kanunlardan farklı organlarca veya onlardan daha zor bir usulle değiştirilmeleri gerektiğini söyleyebiliriz. Bu nedenle de hangi usullerle bir anayasaya katılık sağlanabileceğinin belirlenmesi, inceleme konusu ülkelerin anayasalarının niteliğini ve dolayısıyla da anayasalarının normlar hiyerarşisindeki yerini belirlerken faydalı olacaktır.

99 Kelsen, **General Theory of Law and State**, a.g.e., s. 125.

100 Tanör, **İki Anayasa**, a.g.e., s. 148.

101 a.y.

Anayasalara katılık sağlama yolları aşağıdaki şekillerde belirlenebilir:

– Özel Meclis Usulü¹⁰²: Bu usulde anayasayı değiştirebilecek organ olarak kanun yapmaya yetkili olan organdan farklı bir organ öngörülmüştür. Özel meclisten kasıt anayasayı değiştirmek üzere özel olarak kurulacak olan bir organdır¹⁰³. Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri Anayasasının 5. maddesinde sırf anayasayı değiştirmekle görevli olan bir konvansiyon meclisi öngörülmüşken Fransız Anayasasında da Millet Meclisi ve Senatonun bir araya gelerek oluşturacağı özel bir meclis anayasayı değiştirme görevini üstlenmektedir¹⁰⁴.

– Değişikliğin kabulü için daha zor bir usulün öngörülmesi: Bir anayasayı katılaştırmanın bir başka yöntemi anayasa değişikliği için kanunlar için gereken parlamento çoğunluğundan daha nitelikli, daha zor elde edilen bir çoğunluğun öngörülmüş olmasıdır¹⁰⁵. Dolayısıyla, kanunların kabulü için oyların basit çoğunluğu yeterli görülmüşken anayasanın değiştirilmesi için üye tamsayısının çoğunluğunun olumlu oyu aranmış yahut toplantıya katılanların veya üye tamsayısının nitelikli çoğunluğu gerekli görülmüşse, o anayasanın katı bir anayasa olduğu söylenebilecektir. Bununla beraber, anayasa değişikliğinin kabulü için iki kez görüşülüp kabul edilmesi gerektiği de öngörülmektedir¹⁰⁶. Kuşkusuz bu usul de kabul usulünün zorlaştırılmasına ilişkin olduğu için bir anayasayı katı kılacaktır.

Kanunların kabulü için nitelikli çoğunluğun öngörüldüğü bir sistemde anayasayı değiştirmek için ayrı bir organ öngörülmüş, fakat bu meclisin anayasa değişikliğini kabul etmesi için basit çoğunluk yeterli görülmüşse bu anayasa katı bir anayasa olarak kabul edilebilir mi? Kanımızca, anayasayı değiştirmek için ayrı bir organın öngörülmüş olması, kanunlar ve anayasa değişikliklerinin yetkili organlarda kabul edilmeleri için gereken oy oranlarından bağımsız olarak bir anayasayı katı bir anayasa yapmak için yeterlidir. Aranan çoğunluklar eğer bu iki işlemi yapmaya yetkili organlar aynı organ olsaydı önem arz edecekti. Nitekim, yukarıda öngörülen durumda, kanunların kendi geçerlilik şartlarını belirlemesi, basit bir kanun ile anayasanın hükümlerinin değiştirilmesi mümkün değildir. Çünkü, kanun yapmaya yetkili olan organ, anayasayı değiştirmeye yetkili değildir. Dolayısıyla verilen örnekteki bir anayasanın katı bir anayasa olarak kabul edilmesi

102 Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, a.g.e., s. 60.

103 Giritli-Sarmaşık, a.g.e., s. 9.

104 Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, a.g.e., s. 60.

105 a.y.

106 Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, a.g.e., s. 61.

gerekmektedir.

– Referandum usulünün öngörülmesi: Eğer kanunlar için öngörülmemiş olmasına rağmen, anayasa değişikliklerinin referanduma sunulması öngörülmüş ise, bu referandumun ihtiyarî veya zorunlu olmasına bakılmaksızın o anayasanın katı olduğu söylenmelidir¹⁰⁷. Öte yandan, bu referandum ihtiyarî değil zorunlu bir referandum olması gerektiği de doktrinde belirtilmektedir¹⁰⁸. Kanımızca, bütün diğer hususlarda kanun yapmak için öngörülen şartlar ile anayasa değişikliği için öngörülen şartların aynı olması durumunda, ihtiyarî bir referandumun da anayasayı katılaştırmak için yeterli olması gerekmektedir. Neticede, ihtiyarî dahi olsa bu şart, anayasa değişikliğini zorlaştıran, hatta değişikliğin önünde engel teşkil edebilecek bir husustur. Ancak, böyle bir anayasanın katılık derecesinin düşük olacağı düşünülebilir.

– Anayasa değişikliğine ilişkin yasaklar getirilmesi: Bir anayasanın değiştirilmesi konusunda süre ve dönem yasakları ile değiştirilemeyecek maddeler gibi birtakım yasaklar mevcutsa, o anayasanın katı bir anayasa olduğu söylenmektedir¹⁰⁹. Bazen, bir anayasanın yürürlüğe girdikten sonra belli bir süre için değiştirilemeyeceği öngörülmüş olabilir¹¹⁰. Bu durumda bir süre yasağından bahsedilmektedir. Ancak, bu süre dolduktan sonra anayasanın katı bir anayasa olarak kalıp kalmadığı hususunda olumsuz cevap vermek gerektiği kanaatindeyiz. Eğer anayasalara katılık sağlayan diğer yöntemlerden bir tanesi ile birleştirilmezse, anayasa değişikliği alelade kanunlar ile gerçekleştirilebileceği için, bu sürenin dolmasından sonra anayasanın katılık arz etmeyeceği söylenmelidir. Öte yandan, anayasalar belirli dönemlerde değiştirilemeyeceklerini de öngörmüş olabilirler. Devlet başkanına vekâlet edildiği dönemlerde, savaş, sıkıyönetim ve olağanüstü hal gibi zamanlarda anayasaların değiştirilmelerini yasaklamaları dönem yasaklarına örnek teşkil eder¹¹¹. Böyle anayasalar katı anayasalardır. Bunların katılığı devletin bahsedilen durumda bulunup bulunmadığına göre değişmez. Nitekim, süre yasağının aksine dönem yasağında öngörülen yasaklar her zaman tekrar ortaya çıkabilirler. Süre yasağı ise öngörüldüğü süre boyunca (ki bu süre mutlak ilk yıllar olmak zorunda değildir, bir ara dönem de öngörülmüş olabilir) anayasaların değiştirilmesine engel teşkil ederken, bu sürelerin dolmasıyla birlikte,

107 Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, a.g.e., s. 60-61.

108 Giritli-Sarmaşık, a.g.e., s. 9.

109 Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, a.g.e., s. 61.

110 a.y.

111 a.y.

katılıklarını sağlayan başkaca bir hüküm olmadığı takdirde, yumuşak anayasa haline geleceklerdir. Oysa dönem yasaları spesifik bir döneme değil, bir devletin farklı zamanlarda tekrar tekrar yaşayabileceği genel nitelikteki dönemlere işaret etmektedir. Son olarak, bir anayasada değiştirilemeyecek maddelerin bulunması da anayasaya katılık sağlamaktadır¹¹². Bu tür maddelerle, anayasa değişikliği için ayrı bir organ kurulması veya nitelikli çoğunluk aranması gerekmemesine rağmen, kanunlar içerik anlamında sınırlanmakta, anayasanın düzenlediği birtakım hususların kanunlar tarafından düzenlenmesine müsaade edilmemektedir. Bu yasağı koyan maddenin alelade bir kanun tarafından değiştirilebilmesi ve dolayısıyla sonrasında bu yasaklı alanın kanun tarafından düzenlenebilir olması mümkün olsa dahi anayasa değiştirme süreci zorlaşmış olacağından bu anayasa katı bir anayasa olarak kabul edilebilir.

– Yukarıda sayılanlar dışında devlet başkanına anayasa değişikliklerine ilişkin veto yetkisi verilmesi (kanunlar için öngörülmediği halde) veya federal bir devletle federal anayasanın değiştirilmesi için federe devletler tarafından onaylanmasının gerekmesi yine anayasalara katılık sağlama yöntemleri arasında sayılmaktadır¹¹³. Referandum için olduğu gibi burada da devlet başkanının veto yetkisinin mutlak veya geciktirici olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Neticede, anayasa değişikliği süreci kanun yapma sürecinden daha zor bir hale getirilmektedir.

Genel olarak bir anayasaya katılık sağlama yöntemleri yukarıdakiler gibidir. Ancak, bunların dışında farklı yöntemlerin öngörülmesi de mümkündür. Verilen yöntemler genellikle mevcut devletlerin anayasalarında bulunan yöntemlerdir.

Bununla birlikte, yukarıdaki şartların her zaman kanunların yapılış usulüne göre değerlendirilmesi gerektiği unutulmamalıdır. Bir başka deyişle, bu yöntemler ancak kanunlar için öngörülmemiş ama anayasalar için öngörülmüş iseler katılık sağlarlar. Öte yandan, bu yöntemlerden bir tanesi kanunlar için, diğeri ise anayasa değişiklikleri için öngörülmüşse, bir anayasanın yumuşak mı katı mı olduğunu saptamak zor olabilir. Örneğin, basit çoğunluk ile kabul edilecek bir kanun için referandum şartının getirildiği bir anayasa varsayalım. Bu anayasa değiştirilmesi için referandum şartı aramamakta, bunun yerine devlet başkanına veto yetkisi vermektedir. Bu tür durumlarda bu anayasanın katı olduğunu rahatlıkla söyleyemeyiz. Kanımızca, yalnızca ilk yöntem, yani anayasa

112 Giritli-Sarmaşık, a.g.e., s. 9.

113 Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, a.g.e., s. 62.

değişikliği için ayrı bir meclis kurulduğu durumlarda diğer yöntemlerden bir veya birkaç tanesinin kanunlar için de öngörülmüş olması anayasayı yumuşatmaya yetmez. Nitekim, yukarıda da değinildiği gibi, bu durumlarda kanunların (gerek usulî gerekse maddî açıdan) anayasayı değiştirerek kendi geçerlilik şartlarını düzenlemesi mümkün olmamakta ve anayasanın kanunlara üstünlüğü kabul edilmiş olmaktadır. Ancak, bu tartışma büyük bir pratik öneme sahip değildir. Nitekim, dünya anayasalarının büyük kısmı, bu şartları kanunlar açısından aramasa da, anayasalar açısından genellikle birden fazla şartı aramaktadır¹¹⁴. Buradan yola çıkarak dünya anayasalarının çoğunun katı anayasalar olduğu gözlemlenmektedir.

Sonuç olarak, bir anayasanın normlar hiyerarşisinin en tepesinde yalnız kalabilmesi için katı bir anayasa olması zorunludur¹¹⁵. Yumuşak, yani alelade kanunlar ile değiştirilebilen anayasalar normlar hiyerarşisinde kanunlarla birlikte yer alırlar. Kanunla değiştirilen, hukuk düzeninde kanunların yarattığı etkiyi yaratan, içeriği kanunla da belirlenebilecek olan bir norma kanundan farklı bir isim verilmesi bile aldatıcıdır. Yumuşak bir anayasanın bulunduğu bir sistemde, anayasa bir kanun tarafından tamamen ilga edilerek yerine kanun başlığını taşıyan bir norm da ihdas edilebilir. Dolayısıyla, anayasaların gerçekten anayasa niteliği arz edebilmeleri için katı olmaları gerekir. Eğer anayasalar devlet organlarının üzerinde, bireylerin hak ve özgürlüklerini güvence altına alan bir metin olarak maddî anlamda tanımlanmak istenirse bile katı olmaları gerekecektir¹¹⁶.

2. Yazılı – Yazısız Anayasalar

Anayasalara ilişkin olarak konumuz ile yakından ilişkili bir başka ayırım ise yazılı – yazısız anayasa ayırımıdır. Bu ayırımı yaparken de amacımız normlar hiyerarşisinin tepesine yerleştirilebilecek bir anayasanın niteliğini belirlemektir.

Yazılı anayasaların tanımı farklı yazarlarca, farklı şekillerde yapılmaktadır. Bazı

114 a.y.

115 Ek olarak kanunların anayasaya uygunluk denetiminin de öngörülmüş olmasının gerektiği yönünde bir görüş mevcuttur. Bkz. Bülent Tanör - Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 14.b., Beta, İstanbul, 2014, s. 126. Ancak, kanımızca, anayasa yargısı, anayasa ve kanunların normatif ilişkisine dair değildir. Anayasa Mahkemesinin iptal kararları ile kanunların hiyerarşik ilişkisine dairdir. Bu konuda yeri geldiğinde detaylı yorumlar yapılacaktır. Ancak, bir hukuk sisteminde anayasa yargısının olmaması, anayasanın üstünlüğünü kendi başına ortadan kaldırmaz. Olsa olsa, anayasa yargısının katı anayasanın bir ön şartı değil, pratik gereği olduğu ileri sürülebilir. Nitekim, yukarıda, üst normu tanımlarken belirttiğimiz gibi, anayasa normunun kanunun üst normu olmasının sebebi ona aykırı olan kanunların Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi değil, anayasa normunun içerik veya usul anlamında kanun açısından bir "olması gereken" ihtiva etmesidir.

116 Kaboğlu, a.g.e., s. 12.

yazarlar, yazılı anayasa tanımı yaparken anayasanın maddî tanımından hareketle, anayasaların içeriğine ilişkin hususlara yer vermekte, diğerleri ise yazılı anayasaların "yazılılık" unsuruna vurgu yaparak daha minimalist bir tanım tercih etmektedir. Maddî anayasa tanımındaki hususlara yazılı anayasa kavramı tanımında yer veren yazarlara göre yazılı anayasa şu şekillerde tanımlanmaktadır: "*Yazılı anayasa, devletin hukukî statüsünü, temel kurum ve organları, kişilerin temel hak ve özgürlükleri ile ilgili temel kuralları içeren, sistematik biçimde yetkili organ tarafından hazırlanan temel belgedir.*"¹¹⁷ veya "*Yazılı anayasalar, devletin temel siyasî ve idarî organları ile kişilerin hak ve özgürlüklerini, sistematik bir kanun metninde maddeler hâlinde gösteren anayasalardır*"¹¹⁸. Yazılı anayasalara aynı zamanda dar anlamda anayasa ("*Verfassung im engeren Sinn*") ismi de verilmektedir¹¹⁹.

Yazılılık özelliğinden hareketle, anayasanın maddî tanımını karıştırmadan yazılı anayasayı tanımlayan yazarlar ise şu şekilde ifadeler kullanmaktadır: "*Yazılı anayasalar, belirli organlar tarafından kabul edilen ve bir belge şeklinde ortaya çıkan anayasalardır*"¹²⁰, "*Yazılı anayasa, resmi şekilde ve kendine özgü usullere uyularak kabul edilen ve tek bir metinde toplanan kurallar bütünüdür.*"¹²¹ veya "*Yazılı anayasa kuralları kağıt üzerinde harflerle ifade edilmiş, yani yazılı bir metne sahip olan anayasadır*"¹²².

Tanım yapmak kuşkusuz hukuk alanında çok büyük öneme sahiptir ve hiç de kolay bir iş değildir. Yukarıdaki farklı tanımlara yol açan başlıca husus ilk gruptaki yazarların, anayasanın maddî tanımından yola çıkarak yazılı anayasa tanımını maddî anayasa tanımı ile birleştirmeleridir. Aşağıda ayrıca değerlendirileceği gibi maddî anayasa tanımı, çalışmamız açısından uygun değildir. Nitekim, biz anayasaların içeriği değil, normlar hiyerarşisinde işgal ettiği yer ile ilgilenmekteyiz. Dolayısıyla da anayasalar ile ilgili her türlü tanımda şekli hususları göz önünde bulunduran tanımlara yönelmek mecburiyetindeyiz.

Bununla birlikte, yukarıdaki tanımlara ilişkin tek problem yazılı anayasaları tanımlarken seçilen hareket noktası değildir. Yazarların yazılı anayasalardan bahsederken "...yetkili organ tarafından hazırlanan", "belirli organlar tarafından kabul edilen" gibi

117 Giritli-Sarmaşık, a.g.e., s. 6.

118 Karatepe, a.g.e., s. 16.

119 Frisch, a.g.e., s. 26.

120 Ferman Demirkol, **Anayasa Hukuku: Genel Esaslar – Türk Anayasa Hukuku**, 6.b., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s. 24.

121 Kaboğlu, a.g.e., s. 13.

122 Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, a.g.e., s. 52.

ifadelere yer verdiği görülmektedir. Kuşkusuz, anayasaların kendilerinin yeni bir anayasa yapım süreci öngördüğü durumlarda hukuken tespit edilebilir "yetkili" organlarca yeni bir anayasa yapılması mümkündür. Ancak, bir anayasa yeni bir anayasa yapılmasını öngörmek zorunda değildir. Bir anayasanın hükümlerinin tamamı değiştirilebilse ve bu gerçekleştirilse bile yeni bir anayasa yapılmış olmaz. Kısacası, mevcut bir anayasanın öngördüğü usullere dayanarak yapılan değişikliklerle yeni bir anayasa yapmış olmaz, mevcut olanı değiştirmiş olursunuz¹²³. Anayasayı değiştirme kudreti olarak nitelendirilen bu yetki türev kurucu iktidar¹²⁴, bir başka ifadeyle tali kurucu iktidar yetkisidir. Bir anayasanın kendisi, bütün maddeleri değiştirilebilir olsa bile, yeni bir anayasa yapımı sürecini öngörüp bu şekilde yürürlükten kalkışını düzenlemedikçe, aslî kurucu iktidar dışında hiçbir yetki ile yeni bir anayasa yapılamaz. Aslî kurucu iktidar ise hukuk dışı bir iktidardır¹²⁵. Kurucu iktidarlar, devrim, darbe ve savaş gibi hukuk boşluklarının bulunduğu durumlarda ortaya çıkarak yeni bir düzen yaratırlar¹²⁶. Hukuk düzenlerini bir bütün halinde etkili olup olmamalarına bağlı olarak geçerli kabul eden temel norma göre, kurucu iktidarı yaratan darbe, savaş, devrim gibi olaylar, önceki hukuk düzenini etkisiz kıldığı için geçersiz, kurucu iktidarın kuracağı düzeni ise etkili olduğu ölçüde geçerli kılmaktadır¹²⁷. Bu durumda, hukuk boşluğu sırasında, geçerli bir hukuk düzeni ile bağlı olmadan hukuk yaratan kurucu iktidarın "yetkili" veya "belirli bir organ" olup olmadığını belirlemenin hukukî bir yolu bulunmamaktadır. Bu nedenle de yazılı anayasaların "yetkili bir organ tarafından hazırlanmış veya kabul edilmiş olması" ibaresi bir şey ifade etmemektedir. Kaboğlu'nun "belirli organ" ifadesinin hukuken belirli bir organ olmadığı takdirde kabul edilmesi ise mümkündür. Neticede yazılı anayasaların metninin niteliği ne olursa olsun, bir organ tarafından yürürlüğe sokulduğu yönündeki tespit gerçekle bağdaşmaktadır.

Öte yandan, Şükrü Karatepe tarafından yapılan " *Yazılı anayasalar, devletin temel siyasî ve idarî organları ile kişilerin hak ve özgürlüklerini, sistematik bir kanun metninde maddeler hâlinde gösteren anayasalardır.*" şeklindeki tanım da sorunludur. Nitekim, anayasa metni ancak ve ancak maddî anlamda kanun metni olabilir.

Yukarıdaki tanımlardan ve tartışmalardan yola çıkarak yazılı anayasayı biz şu

123 Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, a.g.e., s. 116.

124 Kaboğlu, a.g.e., s. 27.

125 Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, a.g.e., s. 106; Fazıl Sağlam, **Anayasa Hukuku Ders Notları**, 1.b., Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, Lefkoşa, 2013, s. 25.

126 Kelsen, **Principles of International Law**, a.g.e., s. 415-416; Kelsen, **General Theory of Law and State**, a.g.e., s. 118.

127 Kelsen, **General Theory of Law and State**, a.g.e., s. 118-119.

şekilde tanımlıyoruz: Yazılı anayasa, içeriği harflerle ifade edilmiş bir metin teşkil eden belge demektir. Görüldüğü üzere, bu içeriğin ne olduğunun bir önemi yoktur. Bir anayasa, maddî anayasa tanımında belirtilen hususlara değinmese dahi yazılı nitelik arz edebilir. Elbette, bu tanımları yapan yazarlar, anayasanın maddî tanımından hareket ettikleri ve yazılı anayasa ibaresindeki anayasayı bu tanım doğrultusunda tanımladıkları için böyle bir sorun ortaya çıkmaktadır. Ancak, yine de, yukarıda gösterildiği üzere, anayasanın maddî anlamdaki tanımı bu normun normlar hiyerarşisinin en üst basamağında yer almasını açıklayamamakta ve dolayısıyla en azından bizim çalışmamızın incelediği konuda yetersiz kalmaktadır.

Yazısız anayasaya "teamüli anayasa"¹²⁸ veya "geleneksel anayasa"¹²⁹ isimleri de verilmektedir. Yazısız anayasalar örf ve adet kuralı niteliğinde olan kurallardır¹³⁰ ve ancak maddî anlamda anayasa tanımına göre bir anayasa niteliği arz edebilirler¹³¹. Dolayısıyla, yazısız anayasalar, devletin temel yapısı, kuruluşu, seçim usulleri ve devlet nezdinde kişilerin hak, özgürlük ve ödevlerine ilişkin örf ve adet kurallarıdır. Bu nedenle de yazısız anayasa kurallarının mevcut olabilmesi için örf ve adet kurallarına ilişkin şartların sağlanması gereklidir.

Belli bir konuda, muhataplarının davranışlarına ilişkin bir gereklilik (*ought/Sollen*) teşkil eden bir örf ve adet kuralının oluşabilmesi için temel olarak üç şartın kümülatif olarak gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu şartlar 1) maddi unsur, yani kuralın eskiden beri sürekli bir şekilde tekrar ediliyor olması, 2) manevi unsur, yani kuralın bağlayıcı olduğu yönünde bir *opinio iuris* oluşmuş olması ve 3) söz konusu kuralın hukuk düzeni tarafından tanınmış olmasıdır¹³². Bu üçüncü şart özellikle önemlidir, çünkü örf ve adet normlarının da geçerliliğini bir başka normdan aldığı ifade etmektedir¹³³. Dolayısıyla, örf ve adet kuralı niteliğindeki normlar, normlar hiyerarşisinde, tıpkı diğer normlar gibi onlara tanınan seviyede yer alacaktır. Normlar hiyerarşisinde örf ve adet kurallarına tanınan seviye genellikle yazılı hukuk altı olup¹³⁴, bunun hukuk sistemleri arasında farklılık arz etmesi mümkündür.

Netice itibariyle yazısız anayasanın şu şekilde tanımlanması mümkündür: Yazısız

128 Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, a.g.e., s. 52.

129 Karatepe, a.g.e., s. 14.

130 Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, a.g.e., s. 52-53.

131 Giritli-Sarmaşık, a.g.e., s. 7.

132 Gözler, **Hukuka Giriş**, a.g.e., s. 169-170.

133 Gözler, **Hukuka Giriş**, a.g.e., s. 170.

134 Aybay, **An Introduction to Law**, a.g.e., s. 75.

anayasalar, devletin kuruluşu, işleyişi, organları arasındaki ilişki ile bireylerin hak, özgürlük ve ödevlerin ilişkin, uzun zamandan beri sürekli olarak uygulanagelen, toplumda bağlayıcı olduklarına dair inanç uyandıran ve hukuk düzeni tarafından tanınmış olan kurallar bütünüdür.

Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere yazısız anayasalar, örf ve adet hukuku nitelikleri itibariyle normlar hiyerarşisinin en üstünde yer alamazlar. Yazılı bir anayasanın, anayasal teamüllere hiyerarşik olarak kanun üstü bir statü tanınması durumunda bile bu kurallar, hiyerarşideki yerlerini anayasaya borçlu olacaklarından ve bu anlamdaki geçerliliklerini anayasaya borçlu olacaklarından, normlar hiyerarşisinde anayasanın altında kalmaya devam edeceklerdir.

Sonuç olarak, bir anayasanın normlar hiyerarşisinin en üst kademesinde yer alabilmesi için katı bir anayasa olması gerekir. Ancak yazılı bir anayasa katı olabileceğinden, bu anayasanın aynı zamanda yazılı olacağını da söyleyebiliriz. Aksi takdirde, diğer normlardan üstün, onlardan farklı kategoride değerlendirilebilecek bir normdan bahsetmemiz mümkün olmaz. Çalışmamız boyunca inceleme konusu hukuk düzenlerinin anayasalarını değerlendirirken ve normlar hiyerarşisinde buldukları yeri incelerken bu kısımda yapılan açıklamalardan yararlanılacaktır.

B. YASAMA İŞLEMLERİNİN NORMLAR HİYERARŞİSİNDEKİ YERİ

İşlem "*belirli bir sonuç doğurmaya yönelik irade açıklaması*" olarak tanımlanırsa, yasama işleminin "*...yasama organının belli bir sonuç doğurmaya yönelik irade açıklaması*" olarak tanımlanması mümkündür¹³⁵. Yasama organları bu irade açıklamalarını iki farklı işlemle gerçekleştirir: Kanunlar ve parlamento kararları.

Hans Kelsen kanunlardan bahsederken şeklî ("*formal*") ve maddî ("*substantive*") olmak üzere iki farklı tanımdan bahseder. Buna göre, şeklî anlamda kanunlar bir organın kuruluşunu ve izlemesi gereken usulü belirlerken, maddî anlamdaki kanunlar bir organın uygulayacağı hukuku belirler¹³⁶. Burada dikkat edilmesi gereken husus bu tanımın kanunun ne olduğuna ilişkin değil, ne yaptığına, yani fonksiyonuna ilişkin olmasıdır. Bir kavramı tanımlarken onun fonksiyonunun ancak tamamlayıcı bir unsur olabileceğini düşündüğümüzden, çalışmamız için bu tanıma benimseyemiyoruz.

Doktrinde Kelsen'in ayrımıyla aynı isimde başka bir kanun tanımına gidilmektedir.

135 Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, a.g.e., s. 350.

136 Kelsen, **General Theory of Law and State**, a.g.e., s. 129.

Buna göre, yine şekli ve maddî olmak üzere iki farklı kanun tanımı yapmak mümkündür. Carré de Malberg tarafından öne sürülen şekli kanun tanımına göre kanunu "...yetkili organ ya da yasama meclislerince öngörülen usullere uyularak yapılan işlem"¹³⁷ olarak tanımlayabiliriz. Bu anlayışta, anayasanın şekli tanımında olduğu gibi, kanunların içeriğine yer verilmemiştir. Maddî anlamda kanun tanımı ise içerik göz önünde bulundurularak yapılmaktadır ve şöyle ifade edilebilir: "...kanun, genel soyut, kişisel olmayan (objektif) kurallar içeren bir işlemdir"¹³⁸. Bu tanıma göre hangi organ ve hangi usulle yapılmış olursa olsun genel, soyut, objektif kurallara yer veren her metin kanun niteliğindedir¹³⁹. Dolayısıyla, anayasalar ve idarenin düzenleyici işlemleri¹⁴⁰ de birer kanun olarak nitelendirilmektedir. Çalışmamızın başlıca amacı genel, soyut ve objektif kurallar içeren normlar arasında hiyerarşik bir ayırım gitmek olduğu için, maddî anlamda kanun tanımını kullanamamaktayız.

Öte yandan, kanunların şekli kritere göre tanımlanması da bazı alanlarda sorun yaratmaktadır. Örneğin, bu tanıma göre kanunları parlamento kararlarından ayırmak mümkün olmamaktadır. Çünkü, hem kanunlar hem de parlamento kararları aynı organ tarafından ihdas edilmektedir¹⁴¹. Kanunun ve parlamento kararının şekli tanımlarının istisnaen iki meclisli sistemlerde işe yarayacağı söylenebilir. Nitekim, bu sistemlerde parlamento kararlarını çift kademeli meclis sisteminin bir kademesinin iradesi ihdas ederken, kanun ihdası için her ikisinin de iradesi gerekmektedir¹⁴². Dolayısıyla, iki meclisli sistemlerde, bu iki işlemi yapan organlar farklı olduğundan şekli kriterin kullanılması mümkündür. Ancak, tek meclisli sistemler açısından bu iki işlemi birbirinden ayırmak için maddî kriterin kullanılması zorunlu hâle gelmektedir¹⁴³. Ayrıca, şekli anlamda kanun birel nitelikteki kanunlara da müsaade ettiği için hukuk devleti açısından problemler yaratabileceği, örneğin, talimat niteliğindeki kanunlar ve hâkimlerin kanunla bağlılığı

137 Teziç, **Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 15. Aynı yönde bkz. Karl Schmitt, "Liberal Hukuk Devletinin İlkeleri ve Hukuk Devletinde Kanun Kavramı", **Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke, Siyasi Bir İdeal (Editörler: Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan ve Adnan Küçük)**, 1.b., Liberte, Ankara, 2008, s. 135; Ali Em, **Kanunların ve İdari Düzenleyici Tasarrufların Yapım Tekniği**, 4.b., Turhan, Ankara, 2003, s. 13.

138 Demirkol, a.g.e., s. 36; Ayrıca bkz. Onur Sır, **Hukuk Devleti Açısından Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi**, 1.b., Turhan, Ankara, 2011, s. 241.

139 Bu bağlamda şekli anlamda kanun tanımının her zaman kural işlemleri ifade etmediği, bu tanıma göre birel nitelikte kanunların da mümkün olduğunu belirtmek gerekir. Cengiz Arıkan, **Türk Anayasa Hukukunda Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi**, 1.b., Yetkin, Ankara, 2011, s. 38.

140 Tanör-Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 279.

141 Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, a.g.e., s. 352.

142 a.y.

143 a.y.

ilkesi dolayısıyla hâkimlerin bağımsızlığının tehlikeye düşebileceği belirtilmektedir¹⁴⁴.

Parlamento kararları parlamentonun iç işleyişini¹⁴⁵ veya diğer organlar ile ilişkisini¹⁴⁶ düzenleyen işlemlerdir. Parlamentoların kendi işleyişlerini ve dolayısıyla diğer organlar ile nasıl bir ilişki yürüteceğini düzenleme hakkı özerk karar alma yetkisinden kaynaklanmaktadır¹⁴⁷. Kural olarak parlamento kararları anayasal denetime tâbi değilken, kanunların anayasaya uygunluğu yargı mercilerince denetlenir¹⁴⁸. Kanunlar ve parlamento kararları arasında genel olarak gözlemlenebilecek bir başka fark ise kanunların devlet başkanının onayına sunulması gerekirken, parlamento kararlarının böyle bir kurala tabi olmamasıdır¹⁴⁹. Ancak, yargı denetimi ve devlet başkanının onayı konusunda bu iki tür işlemin gösterdiği farklar onları maddî anlamda ayırtırmak için yeterli değildir. Bu nedenle de parlamento kararlarının parlamentonun iç işleyişine veya diğer organlar ile olan ilişkisine dair düzenlemeler içermesi üzerine yoğunlaşılmalıdır.

Bu doğrultuda maddî anlamda parlamento kararları "*...parlamentoların iç yapısına ve çalışma düzenine ilişkin olarak veya parlamentoların yürütme ve yargı organlarıyla ilişkileri çerçevesinde aldığı kararlar*"¹⁵⁰ şeklinde tanımlanmaktadır.

Bu tanıma göre, parlamento kararlarının içerik itibariyle kanunlardan daha dar bir alana sahip olduğu¹⁵¹, kanunla düzenlenen her hususun parlamento kararı ile düzenlenemeyeceği¹⁵² kabul edilmelidir. Öte yandan, parlamento kararı ile düzenlenebilecek bir alanın kanunla düzenlenip düzenlenemeyeceği de tartışılabilir. Kanunlar, yürürlükte oldukları sürece parlamentoyu da bağlar. Dolayısıyla, anayasal bir kısıtlama olmadığı sürece, içerik anlamında genellik arz eden kanunlarla parlamentonun iç işleyişinin ve diğer organları ile ilişkisinin düzenlenmesi mümkündür. Dolayısıyla, parlamento kararlarının konusu, parlamento kararlarının mahfuz alanı olarak nitelendirilmemelidir. Bu durumda maddî kriter de parlamento kararını kanunlardan ayırmak için yeterli olmayabilir. Bu nedenle biz genel parlamento kararı tanımına bir başka unsur eklemeyi uygun görüyoruz: Parlamento kararı, parlamentonun iç işleyişine veya diğer devlet organları ile ilişkisine dair, parlamento tarafından parlamento kararı şeklinde

144 Schmitt, a.g.m., s. 144. Benzer bir görüş için bkz. Sır, a.g.e., s. 243.

145 Teziç, **Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 72.

146 Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, a.g.e., s. 353.

147 Teziç, **Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 72.

148 Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, a.g.e., s. 352.

149 a.y.

150 Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, a.g.e., s. 353.

151 a.y.

152 Teziç, **Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 73.

düzenlenmiş olan yasama işlemidir. Parlamento kararının kanunlardan bir diğer farkı ise bunların kural olarak yargı denetiminin dışında tutulmuş olmalarıdır¹⁵³. Ancak bu husus her ülkenin hukuk sistemine göre ayrıca değerlendirilerek teyit edilmelidir.

Bu bağlamda, parlamento kararlarından ayırt edilmeleri için kanun tanımını parlamento kararları dışında kalan yasama işlemleri olarak tanımlamak mümkündür¹⁵⁴. Parlamento kararları birel nitelik arz ettikleri takdirde çalışmamızın konusu dışında kalacaktır. Ancak, diğer parlamento kararlarının aksine düzenleyici nitelik arz eden Parlamento içtüzüklerinin hiyerarşik gücünü incelememiz gerekmektedir.

Anayasanın mevcut olduğu hukuk sistemlerindeki normlar hiyerarşisinde her norm gibi kanunlar da anayasaların onlar için belirlediği yerde bulunacaktır. Bu yer hakkında söylenebilecek tek husus kanunların anayasaların altında yer alması gerektiğidir. Nitekim, yukarıda açıklandığı gibi aksi bir durumda, yani söz konusu anayasayı yumuşak bir anayasa olması hâlinde, kanun ve anayasa hiyerarşik olarak aynı basamakta yer alacak ve bu da anayasanın hukukî nitelik anlamında kanun ile özdeş olmasına yol açacaktır. Diğer normlarla kanunların ilişkisi, anayasal düzenlemeye göre farklılık gösterebilir, ancak genel olarak, kanunların hukuk sistemlerinde, anayasa altı ve düzenleyici işlem üstü bir mertebede olduğu, farklı ülkelerin pozitif düzenlemelerinin genellikle buna işaret ettiği belirtilebilir.

Parlamento içtüzüklerinin kural işlem niteliği arz eden parlamento kararları olduğu düşünülebilir. Bu işlemler, somut bir durumda ilişkin birel bir "olması gereken" ifade etmektense, soyut ve genel "olması gerekenler" içermektedirler. Özellikle de parlamento içtüzüklerinde kanun yapma usulüne ilişkin düzenlemelerin bulunması durumunda, bu normların hiyerarşik yerinin belirlenmesi önem arz etmekte ve daha önce pek de incelenmemiş bir konu arz etmektedir. Ancak, genel olarak parlamento içtüzüklerinin normlar hiyerarşisinde hangi konumda bulunacağına dair bir tespit yapmak zordur. Bunun için, her hukuk sistemindeki parlamento içtüzüklerine ilişkin anayasal kuralların ve içtüzüklerin içeriğinin ayrıca değerlendirilmesi gerekecektir.

C. ULUSLARARASI HUKUK NORMLARININ NORMLAR HİYERARŞİSİNDEKİ YERİ

Normlar hiyerarşisinde uluslararası hukuk normlarının yerini belirlemek belki de en

153 Sır, a.g.e., s. 245.

154 Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, a.g.e., s. 354.

meşakkatli uğraş olacaktır. Nitekim, uluslararası hukukun hukuk niteliği konusunda şüpheler olduğu gibi, iç hukuk ile olan ilişkisi konusunda da farklı görüşler mevcuttur. Bu görüş ve tartışmalara kısaca yer vermeden, belli birtakım varsayımlarla uluslararası hukuk normlarının normlar hiyerarşisindeki yerini belirlemek doğru olmayacaktır. Ancak, bu kısımdaki amacımızın, uluslararası hukuk ve normları ile ilgili tartışmalar hakkında kesin bir kanaate varmak değildir. Bunun için ayrı bir çalışma yapmak gerekecektir. Yine de, bu tartışmalara değinmek suretiyle, uluslararası hukuk normlarının normlar hiyerarşisinde hangi basamakta yer alacağı sorusuna cevap aramak zorundayız.

1. Uluslararası Hukukun Tanımı ve Koyucusu

Uluslararası hukukun tanımı konusunda iki farklı görüş bulunmaktadır. Geleneksel görüşe göre, uluslararası hukuk "*devletler arasındaki ilişkileri düzenleyen kurallar bütünü*"¹⁵⁵ olarak tanımlanmaktadır. Bu tanımın geleneksel olarak nitelendirilmesindeki ana sebep uluslararası hukukun konusunun yalnızca devletlerarası ilişkiler olduğunun ve uluslararası hukukun bireyler arası ilişkileri düzenlemeyeceğinin düşünülmesidir. Ancak, yakın zamanda uluslararası hukukta gerçekleşen gelişmeler ile bu görüşün değişmeye başladığı, özellikle Uluslararası Ceza Divanı gibi uluslararası mahkemelerin statüleri ile bireylerin davranışlarını da düzenleyen uluslararası hukuk normlarının bulunduğu görülmektedir. Uluslararası örgütlerin uluslararası hukuk sözleşmeleri akdedebildikleri de göz önüne alındığında uluslararası hukuku "*devletlere, uluslararası örgütlere, devlet niteliği kazanmamış örgütlenmiş topluluklara ve uluslararası toplumun bütünü*"ne ilişkin kurallar olarak tanımlamak mümkündür¹⁵⁶. Daha kısa ve uluslararası hukukun tedrici gelişimine daha uygun bir tanım "*uluslararası aktörlerin davranışlarını düzenleyen hukuk kuralları bütünü*"¹⁵⁷ şeklinde olmalıdır. Görüldüğü gibi, bu yeni anlayışta iç hukuk ile uluslararası hukukun birbirinden ayrılmasının daha sorunlu bir hâl alması mümkündür. Nitekim, iç hukukla uluslararası hukuku düzenledikleri ilişkiler temelinde rahatlıkla ayırabilecek olan geleneksel görüş uygulamada geçerliliğini yitirmeye başlamıştır.

Bununla birlikte, hukukun düzenlediği ilişkiler ile yapıcısı çok farklı iki kavramdır. Uluslararası hukuk bireyler arası ilişkileri de düzenleyebilecekse de ancak devletler ve

155 Hüseyin Pazarcı, **Uluslararası Hukuk**, 12.b., Turhan, Ankara, 2013, s. 4; Kelsen, **Pure Theory of Law**, a.g.e., s. 320.

156 Pazarcı, a.g.e., s. 5.

157 Arend, a.g.e., s. 26.

uluslararası örgütler tarafından oluşturulmaktadır¹⁵⁸. Kaldı ki bir uluslararası hukuk normunun ihdas edilmesi için tek devletin veya uluslararası örgütün iradesi yeterli olmayıp birden fazla norm koyucunun bir araya gelmesi gerekmektedir. Bu durum da uluslararası hukukta norm yaratma şeklinin, tek bir devletin yetkili organlarınca normların ihdas edildiği iç hukuktakinden farklılık arz ettiğini göstermektedir.

2. Uluslararası Hukuk Normlarının Bağlayıcılığı

Uluslararası hukuk normlarının bağlayıcılığı ile iç hukuk normlarının bağlayıcılığı arasında önemli bir fark bulunmaktadır. İç hukukta ilke olarak bütün normlar genel bağlayıcılığa sahipken, uluslararası hukuktaki normların yalnızca küçük bir kısmı genel bağlayıcılığa sahiptir¹⁵⁹. Bunlar, bütün devletler için hak ve yükümlülük yarattıklarından uluslararası hukukun genel normları olarak değerlendirilebilir ve kaynakları örf ve adet hukukudur¹⁶⁰. Bununla birlikte, kimi zaman örf ve adet hukukunun da bölgesel bir nitelik arz etmesi ve genel bağlayıcılığa sahip olmaması mümkündür¹⁶¹. Bunların dışındaki uluslararası hukuk normları ise genellikle sözleşmelerle yaratılır ve yalnızca taraf ülkeleri, yani bu sözleşme ile bağlı olacağını beyan eden ülkeleri bağlar¹⁶².

Bu bağlayıcılığın kaynağının ne olduğu sorusuna Kelsen *pacta sunt servanda* ilkesi cevabını vermektedir. Ona göre, uluslararası antlaşma akdetme yetkisi örf ve adet hukukundan, örf ve adet hukuku ise uluslararası hukukun temel normu olarak gördüğü *pacta sunt servanda* ilkesinden geçerlilik almaktadır¹⁶³. Uluslararası hukuk normlarının bağlayıcılığı ve müeyyidesi konularındaki eleştiriler uluslararası hukukun hukuk niteliğine yöneltilen eleştiriler ile paralellik göstermektedir. Bu nedenle tekerrüre düşmemek amacıyla bu eleştirileri aşağıdaki bölümde ele alacağız.

3. Uluslararası Hukukun Hukuk Niteliği Konusundaki Tartışmalar

Uluslararası hukukun hukuk olarak nitelendirilmesinin doğru olup olmadığı yönündeki tartışmalar bu alanın ortaya çıkışından beri yaşanmaktadır¹⁶⁴. Çalışmamızın

158 Pazarıcı, a.g.e., s. 9.

159 Kelsen, **Pure Theory of Law**, a.g.e., s. 323.

160 a.y.

161 Pazarıcı, a.g.e., s. 105.

162 Pazarıcı, a.g.e., s. 31.

163 Kelsen, **Pure Theory of Law**, a.g.e.,s. 324.

164 Lassa Francis Lawrence Oppenheim, **Oppenheim's International Law**, ed. Sir Robert Jennings - Sir Arthur Watts, 9.b., Cilt: 1, Pearson, Essex, 1996, s. 11.

konusu itibariyle, uluslararası hukukun gerçekten hukuk olup olmadığı konusunu detayıyla incelemek mümkün olmayacaktır. Yine de çok kısaca uluslararası hukukun hukukî niteliğine ilişkin tartışmaların genel olarak yoğunlaştığı noktaları belirtmekte fayda görüyoruz. Bu bağlamda, uluslararası hukukun hukuk niteliğine ilişkin itirazlar temel olarak egemenlik ve yaptırım başlıklarında toplanmaktadır.

Oppenheim, hukuku "bir toplulukta, bu topluluğun ortak rızası ile dışsal bir güç tarafından icra edilecek olan, insan davranışına yönelmiş olan kurallar bütünü"¹⁶⁵ olarak tanımlamaktadır. Yazara göre, uluslararası hukuk, hukuk olmanın üç şartını, eksikleri bulunmasına rağmen, yerine getirmektedir: 1) Devletlerden oluşan bir uluslararası toplum bulunmaktadır. 2) Bu devletlerin davranışlarını düzenleyen kurallar, yani uluslararası hukuk kuralları mevcuttur. 3) Devletler kendi rızalarıyla, bu kuralları icra edecek uluslararası örgütler kurmuş, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi ve Uluslararası Adalet Divanı gibi örgütlerin zorlayıcı ve bağlayıcı karar alma yetkisini tanımışlardır¹⁶⁶. Ancak, aşağıda da görüleceği üzere, bu zorlayıcı ve bağlayıcı karar almaya yetkili olan örgütlerin "egemen" niteliği ve icra kudretlerinin yeterliliği, yani ihlallerin yaptırımı bağlanması konularında itirazlar bulunmaktadır.

Uluslararası hukukun hukuk olmadığına yönelik ilk saldırı egemenlik cephesinden gelmektedir. Raymond Aaron'a göre, uluslararası hukukun egemen devletler tarafından ihdas edildiğinin kabulü ile bu kuralların devletleri bağladığı görüşleri tutarsızdır¹⁶⁷. Nitekim, bu durumda, ya devletler artık egemen değildir ya da uluslararası hukukun bağlayıcı olduğundan söz edilemez¹⁶⁸. Dolayısıyla, uluslararası hukuktaki iradeci pozitivist görüşün uluslararası hukukun bağlayıcılığını açıklamakta yetersiz kaldığı düşünülmektedir. Nasıl olur da egemen bir güç, kendi koyduğu kuralla bağlı olabilir¹⁶⁹? Dolayısıyla, uluslararası ilişkilerde hukuken egemen bir yapının varlığı gösterilmedikçe, uluslararası hukuk normlarının bağlayıcı olması ve dolayısıyla da "olması gereken" ifade eden birer hukuk normu olarak nitelendirilmeleri mümkün değildir¹⁷⁰. Görüldüğü gibi, bu eleştiri iradeci pozitivist teoriye yönelik bir eleştiridir. Bir başka anlatımla, uluslararası hukukun,

165 Jennings-Watts (editörler), a.g.e., s. 9.

166 Jennings-Watts (editörler), a.g.e., s. 9-10.

167 Mehmet Emin Çağırın, "Raymond Aaron ve Uluslararası Hukukun Hukuk Niteliği", **İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 56, Sayı: 1-4, 1998, s. 80; Jochen von Bernstorff - Thomas Dunlap, **The Public International Law Theory of Hans Kelsen**, 1.b., Cambridge University Press, Cambridge, 2011, s. 15.

168 Çağırın, a.g.m., s. 80.

169 Çağırın, a.g.m., s. 74.

170 a.y.

hukuk olarak kabul edilebilmesi için devletin yetkilerini tanımlayan ve sınırlandıran bir etkiye sahip olması gerekmektedir¹⁷¹. Uluslararası hukukun bu konudaki yetkisini iç hukuktaki anayasa ile kıyaslayan Bolton, uluslararası hukukun gerçek anlamda bir hukuk düzeni olmadığı sonucuna varmaktadır¹⁷². Bizim yukarıda açıkladığımız gibi normların geçerliliği kendilerini ihdas eden organların herhangi bir niteliğine bağlı değildir. Her norm geçerliliğini başka bir üst normdan almak durumundadır. En sonunda ise temel normun varsayılması icap edecektir ki üst norm arayışı sonsuza dek sürüp gitmesin. Aaron'a göre, normcu teorinin eksikliği de bu temel normun içeriğine ilişkindir. Yazar, temel normun içeriği konusunda ikna olmamıştır¹⁷³.

Uluslararası hukukun hukuk niteliğine ilişkin ikinci büyük cepheyi "yaptırım" başlığı altında toplamak mümkündür. Bu görüşe göre, uluslararası hukuk normlarının ihlalleri yaptırıma bağlanamamaktadır. Hukuk düzeninde ise, ihdas edilmiş olan kurallara aykırılığın etkili şekilde yaptırıma bağlanmış olması gerektiği düşünülmektedir¹⁷⁴. Dolayısıyla, uluslararası hukuk, hukuk olarak kabul edilmemelidir. Aslında bu görüş ile uluslararası ilişkilerde merkezî otoritenin, yani egemenin yokluğu konusu ile bağlantılıdır. Merkezî bir otorite bulunmuyorsa, yaptırımın kimin tarafından uygulanacağı belirlenemeyebilir. Bu belirleme yapılabilse dahi, egemenin yokluğunda uygulanan yaptırımın etkili bir sonuç doğurup doğurmayacağı tartışmalıdır. Ancak, isabetle belirtildiği gibi, kanımızca da "hukuk" kavramı ile yaptırımın eş anlamlı olmadığı, bir normun, sırf yaptırımı etkisiz diye hukuk normu olmaktan çıkmayacağı kabul edilmelidir¹⁷⁵. Yaptırıma bağlanma olsa olsa bir etkililik şartıdır, hukuk normunun geçerlilik şartı değil¹⁷⁶. Bununla birlikte, uluslararası hukukta yaptırım mekanizmalarının etkili işlememesi uluslararası hukukun tümünden etkisiz olduğu anlamına da gelmemelidir. Nitekim, istatistiksel olarak devletlerin uluslararası antlaşmalar ve uluslararası hukuka uygun hareket ettiği gözlemlenebilir¹⁷⁷. Bununla birlikte, tek başına etkililik de bir normun hukuk normu olduğunu göstermez¹⁷⁸. Örneğin, kişilerin genel olarak ahlaka uygun davranması, ahlak

171 John R. Bolton, "Is There Really Law in International Affairs", **Transnational Law and Contemporary Problems**, Cilt: 10, Sayı: 1, Bahar 2000, s. 2.

172 Bolton, a.g.m., s. 48. Bolton'a göre, uluslararası hukuk belgeleri siyasî ve etik nitelik arz etmektedir.

173 Çağırın, a.g.m. s. 75-76.

174 Çağırın, a.g.m., s. 86.

175 Anthony D'Amato, "Is International Law Really Law", **Northwestern University Law Review**, Cilt: 79, Sayı: 5-6, 1984-1985, s. 1293.

176 Çağırın, a.g.m., s. 88.

177 Çağırın, a.g.m., s. 87.

178 D'Amato, a.g.m., s. 1300.

kurallarının hukuk kuralı olduğunu göstermeyecektir. Ancak, netice itibariyle yaptırım ve etkililik hususunda bizim benimsediğimiz bakış açısı ile şunları söyleyebiliriz: 1) Bir hukuk normunun mutlaka yaptırım içermesi gerekmez. Yaptırım, hukuk normunun zorunlu bir unsuru değildir. Dolayısıyla, yaptırımsızlıktan yola çıkarak uluslararası hukukun hukuk olmadığını savunmak güçtür. 2) Etkililik, Kelsen'de iç hukuk düzenlerinin geçerliliğini düzenleyen pozitif bir norm olarak görülmektedir. Uluslararası hukuk düzeninin geçerli olması için etkili olması gerekmemektedir.

Uluslararası hukukun var olduğunu göstermeye çalışan yazarların ise Hart'ın tanıma kuralından ("*rule of recognition*") hareketle, uluslararası hukukun, muhatapları tarafından bağlayıcı olarak kabul edildiğini ve bu nedenle de hukuk niteliği bakımından herhangi bir sorun bulunmadığını öne sürmektedirler¹⁷⁹. Normlar hiyerarşisini Kelsen'in görüşleri doğrultusunda inceleyeceğimiz için, Hart'ın tanıma kuralından hareketle, hukuk uygulayıcıları ve muhataplarının hukuk kuralını hukuk olarak görüp görmemesine bakarak bir sonuca ulaşmak bizim açımızdan güçtür.

Yukarıdaki açıklamalar, okuyucuyu kesin bir sonuca yöneltmeyi amaçlamamaktadır. Görüşümüz, uluslararası hukukun da gerçek anlamda bir hukuk olduğu görüşüne yakındır. Uluslararası hukukun gerçekten hukuk olmadığı yönündeki eleştiriler, daha çok uluslararası hukukun eksikliklerine işaret etmektedir. Ancak, uluslararası hukuk alanındaki bu tür eksikliklerin giderilmesi konusunda hızla aşama kaydedildiği de unutulmamalıdır¹⁸⁰. Her şey bir yana, uluslararası hukukun hukuk olmadığının kabul edilerek bu normlara iç hukuk normlar hiyerarşisinde yer vermemek, asıl amacı teorik olarak kural işlemlerin ve mahkeme kararlarının hiyerarşik gücünü incelemek olan bir çalışma açısından kolaya kaçmak olurdu. Dolayısıyla, uluslararası hukukun bir hukuk dalı olduğunu ve normlarının da birer hukuk normu olduğunu kabul ediyoruz.

4. Uluslararası Hukuk – İç Hukuk İlişkisi

Monist ve Düalist hukukçular uluslararası hukuk ile iç hukuk ilişkisi hakkında iki zıt görüşü temsil etmektedirler. Bunlardan ilkinе göre, uluslararası hukuk ile ulusal hukuk bir bütündür. Dolayısıyla, hem uluslararası hem de ulusal normların aynı hiyerarşi

179 Anthony Aust, **Handbook of International Law**, 2.b., Cambridge University Press, Cambridge, 2010, s. 3; Martin Dixon, **International Law**, Oxford University Press, 7.b., Oxford, 2013, s. 4; Melda Sur, **Uluslararası Hukukun Esasları**, Beta, 7.b., İstanbul, 2013, s. 9-10.

180 Oppenheim, a.g.e., s. 11.

içerisinde gösterilmesi gerekecektir. Düalist anlayış ise uluslararası hukuk sistemi ile ulusal hukukun iki ayrı normsal âlemi temsil ettiğini ve dolayısıyla da bunlar arasında herhangi bir hiyerarşik ilişkinin bulunamayacağını belirtmektedirler. Aşağıda genel birtakım açıklamalara yer verildikten sonra, bu iki görüşün temel hareket noktaları irdelenecektir.

a. Düalist görüş

Düalist görüş genellikle pozitivist yazarlar tarafından savunulmaktadır¹⁸¹. Düalist görüş mensubu başlıca hukukçular Triepel, Anzilotti¹⁸² ve Strupp'tur¹⁸³. Bu görüşü savunan yazarlara göre kaynağı ve konusu farklı olan uluslararası hukuk ile iç hukuk birbiriyle ilişki içerisinde olmayan ve dolayısıyla da aralarında çatışma çıkması imkânsız olan iki ayrı sistemdir¹⁸⁴. Şimdi bu görüşün dayanak noktalarını inceleyelim.

Her şeyden önce, uluslararası hukuk – iç hukuk ilişkisi konusunda tartışmalar bulunması, bu iki hukuk alanının konu ve kaynak anlamındaki zıtlığından kaynaklanmaktadır¹⁸⁵. Konu bakımından, iç hukuk vatandaşların kendi arasındaki veya devlete karşı olan hak ve yükümlülüklerini düzenlerken¹⁸⁶, uluslararası hukuk devletler arasındaki ilişkileri konu edinmektedir¹⁸⁷. Bu iki hukuk sisteminin kaynakları açısından farklılık arz ettikleri belirtilmektedir. Buna göre, bir iç hukuk sisteminde geçerli hukukî kaynaklar olan ve devletin iradesi ile ihdas edilen kanun, yönetmelik ve benzeri kaynakların uluslararası hukukta kaynak olarak görülmesi mümkün değildir¹⁸⁸. Uluslararası hukukta ancak birden fazla devletin ortak iradesi hukuka kaynaklık edecek bir norm ihdas edebilir¹⁸⁹. Bununla birlikte, iki hukuk sisteminin muhatapları açısından da bir farklılık olduğu söylenebilir¹⁹⁰. Uluslararası hukuk devletlere hitaben düzenlemeler getirip, onların davranışlarını düzenlerken, iç hukuk kişi veya kişi gruplarının davranışlarını

181 Malcolm N. Shaw, **Intrnational Law**, 6. b., Cambridge University Press, Cambrdige, 2008, s. 131.

182 Pazarıcı, a.g.e., s. 18.

183 Shaw, a.g.e., s. 131.

184 Hasan Tunç, "Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye ile İlgili Örnek Karar İncelemesi", **Anayasa Yargısı**, Cilt: 17, Yıl: 2000, s. 174. Uluslararası hukuk ve ulusal hukuk sistemleri arasında normatif çatışmaların olamayacağı ile ilgili ayrıca bkz. Bernstorff-Dunlap, a.g.e., s. 71.

185 Heinrich Triepel, "İç Hukukla Arsulusal Hukuk Arasındaki Münasebeler", çev. Orhan Arsal, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 3, Yıl: 1937, s. 8-11.

186 Heinrich Triepel, **Völkerrecht und Landesrecht**, 1.b., C. L. HIRSCHFELD, Leipzig, 1899, s. 12.

187 Triepel, "İç Hukukla Arsulusal Hukuk Arasındaki Münasebetler", a.g.m., s. 8-11.

188 Triepel, "İç Hukukla Arsulusal Hukuk Arasındaki Münasebetler, a.g.m., s. 11.

189 a.y.

190 Triepel, **Völkerrecht und Landesrecht**, a.g.e., s. 11.

düzenler¹⁹¹. Buna göre, uluslararası hukukun doğrudan kişileri hedef alan düzenlemeler içermesi mümkün değildir¹⁹².

Düalistler bu tespitlere dayanarak iç hukuk uluslararası hukuk ilişkisi açısından bazı sonuçlara ulaşmaktadır. Bunlardan ilki bir iç hukuk normu ile uluslararası hukuk normu arasında çatışma çıkmasının mümkün olmamasıdır¹⁹³. Eğer, iki normun konuları tamamen birbirinden farklı ise bu normların çatışmayacağını söylemek isabetlidir. Triepel bu hususu şu şekilde ifade etmiştir:

"Arsiulusal hukukla dahili hukuk yalnız birbirinden ayrı kısımlar, kollar değil, fakat aynı zamanda birbirinden farklı hukukî sistemlerdir de. Bunlar birbirlerine pek sıkı temasta bulunan fakat hiçbir zaman üst üste gelmeyen iki dairedir. Mademki dahili hukuk ve arsiulusal hukuk aynı münasebetleri tedvir etmiyorlar, o halde bu iki hukuk sisteminin kaynakları arasında bir 'rekabet'in olmasına hiç bir zaman imkân olmaz."¹⁹⁴

Aslında bu durumu Almanya'daki federal kanun – federe kanun ilişkisine benzetmek mümkündür. Alman hukukunda normlar hiyerarşisinin inceleneceği aşağıdaki bölümde detayıyla değinileceği üzere, Alman Anayasası federal kanun ve federe kanunlar tarafından düzenlenebilecek konuları ayrı ayrı belirtmiştir. Dolayısıyla, düzenledikleri hususlar açısından bu iki normun çatışması mümkün değildir. Eğer somut durumda böyle bir çatışmaya rastlanıyorsa, iki normdan bir tanesi içerik anlamında anayasaya aykırı durumdadır. Benzer şekilde, iç hukuk normları ile uluslararası hukuk normlarının konuları da farklıysa, bunlar arasında hiçbir çatışma cereyan etmeyecektir.

Düalist görüşten çıkarılabilecek bir başka sonuç ise uluslararası hukuk normlarının doğrudan, iç hukukta bir aktarma veya gönderme işlemi yapılmadan, ulusal hukukta uygulama bulmasının mümkün olmamasıdır¹⁹⁵. Dolayısıyla, bir uluslararası antlaşma yetkili yürütme organları tarafından imzalandığında doğrudan mahkemeler tarafından uygulanamayacaktır. Mahkemelerin bu sözleşmeyi iç hukuk münasebetlerinde uygulayabilmesi için öncelikle bunların parlamentonun bir aktarma işlemi ile (veya öngörülen başka bir usul ile) iç hukuk için geçerli hâle getirilmesi gerekmektedir. Benzer şekilde, iç hukuka aktarılmamış veya hiçbir ulusal norm tarafından atıf yapılmamış bir uluslararası hukuk normunun vatandaşlar açısından hak ve yükümlülük doğurması da

191 Antonio Cassese, **International Law**, 2.b., Oxford University Press, Oxford, 2005, s. 214.

192 a.y.

193 Triepel, **Völkerrecht und Landesrecht**, a.g.e., s. 23.

194 Triepel, "İç Hukukla Arsiulusal Hukuk Arasındaki Münasebetler", a.g.m., s. 12.

195 Pazarıcı, a.g.e., s. 19; Triepel, "İç Hukukla Arsiulusal Hukuk Arasındaki Münasebetler", a.g.m., s. 13; Walter Rudolf, **Völkerrecht und deutsches Recht**, 1.b., J.C.B. Mohr, Tübingen, 1967, s. 2.

mümkün olmayacaktır.

Yukarıdaki açıklamalardan yola çıkarak düalist bir iç hukuk sisteminde uluslararası hukuk normlarının hangi düzeyde yer alacağını belirlemek gereklidir. Bu bağlamda, uluslararası hukuk normlarının iç hukuk normlar hiyerarşisinde doğrudan bir yeri olmayacağı ve ancak iç hukuk düzeni tarafından atıf yapılan yahut aktarma işlemi ile iç hukukta benimsenen uluslararası hukuk normlarının hiyerarşi içerisinde yer alacağı açıktır. Kemal Gözler tarafından bu soruna milletlerarası antlaşmalara ilişkin olarak şöyle bir çözüm getirilmiştir: "... milletlerarası andlaşmaların iç hukukta geçerli olmasına temel teşkil eden işlem hangi organdan çıkıyorsa, milletlerarası andlaşmaların iç hukuk normlar hiyerarşisinde o işlemle aynı basamakta..."¹⁹⁶ olması gerekir. Bunun sebebi ise organlar hiyerarşisi açısından her iki işlemin arkasında da aynı organın iradesinin bulunması olarak gösterilmiştir¹⁹⁷. Burada bir ayırım yapılması gerekmektedir. Bir uluslararası hukuk normunun iç hukuktaki geçerliliğini belirleyen norm ile onu iç hukuka aktaran norm iki farklı husustur. Hiçbir normun, geçerliliğini belirleyen normla aynı seviyede olması mümkün değildir. Bu durum bizzat üst norm-alt norm ilişkisine aykırı olacaktır. Örneğin, bir anayasa milletlerarası antlaşmaları belli bir şekilde iç hukuka aktarılacağını düzenlemiş olabilir. Bu anayasa kuralı uluslararası hukuk normunun iç hukuktaki geçerliliğini belirleyen norm olup, uluslararası hukuk normunun hiyerarşik olarak üstüdür. Ancak, geçerlilik normu aksini öngörmediği sürece, aktaran işlem ile uluslararası hukuk normunun aynı seviyede olacağını söylemek organlar hiyerarşisi ile uyumlu bir düşüncedir.

Sonuç olarak, uluslararası hukuk normunun normlar hiyerarşisinde, geçerliliğini sağlayan iç hukuk normunun altında, aksi geçerlilik normunca öngörülmedikçe, aktaran norm ile aynı seviyede bulunacaktır.

Düalist görüşe birtakım eleştiriler yöneltilmektedir. Hüseyin Pazarcı'ya göre, düalist görüşün en zayıf noktasının hem iç hukuk hem de uluslararası hukukta devletin norm koyucu ve uygulayıcı olarak görülmesidir¹⁹⁸. Eğer uluslararası hukuk ve iç hukuk gerçekten birbirinden bağımsız hukuk sistemleri olsaydı, bunların yapıcılarının farklı olması gerektiği ileri sürülmektedir. Ancak yazar tarafından da kabul edildiği üzere bu eleştiriye karşı iki sistemdeki hukuk yaratma tekniklerinin birbirinden çok farklı olması ile

196 Gözler, **Hukuka Giriş**, a.g.e., s. 189.

197 a.y.

198 Pazarcı, a.g.e., s. 21.

cevap verilebilir¹⁹⁹. Netice itibariyle, sırf bu eleştiri ile düalist teorisinin yanlışlanması pek mümkün görünmemektedir. Düalist teorisinin yanlışlanabilmesi için iç hukukun geçerliliğini uluslararası hukuktan aldığı, uluslararası hukukunun geçerlilik kaynağının iç hukuk olduğu veya bu iki hukuk sistemi arasında bir altlık –  stl k ilişkisinin bulunmadığı, fakat her ikisinin de geçerliliğini ortak bir üst normdan aldığı gösterilmelidir. Bu eleştiri ise monist teori tarafından getirilmektedir. Monist teoriyi aşağıda ayrıca inceleyeceğiz, ancak burada Kelsen'in monist teorisinin genel düalizm eleştirisini kısaca sunmayı uygun görüyoruz.

Hans Kelsen, aynı anda iki geçerli hukuk sisteminin bulunamayacağını d şnmekte ve "*kimse iki efendiye hizmet edemez*" demektedir²⁰⁰. Yukarıda hukuk normlarının geçerliliğini kabul eden bir kişinin niçin etik normlar ile ilgilenmemesi gerektiğini, etiğin hukukî değerlendirmelerden niçin soyutlanması gerektiğini incelemiştik. Kelsen'e göre, hukuk bir bilim olarak var edilecekse, nihaî geçerliliği aynı temel norma dayanan tek bir normatif sistem olarak algılanmak zorundadır. Düalist görüş, aynı anda geçerli iki farklı normatif sistemin varlığını kabul etmektedir. Uluslararası hukukun da doğrudan veya dolaylı olarak insan davranışlarını düzenleyebileceği göz önüne alındıđında²⁰¹, kişiler iki buyruktan birine uymak durumunda bırakılmaktadır. Kelsen'e göre bu bakış açısı, hukukun geçerliliğini ortadan kaldıracaktır²⁰².

Öte yandan Kelsen, uluslararası hukuk normları ile iç hukuk normlarının çatışabileceğini, uluslararası hukuk normuna aykırı olarak bir iç hukuk normu yaratılmasının ve bu iç hukuk normunun geçerliliğini korumasının mantıksız bir yanı olmadığını d řnmektedir²⁰³. D şn ld ğ nde aynı Şey iç hukuk sistemleri için de geçerlidir. Örneğin, Türk hukukunda, bir olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi anayasaya aykırı olsa dahi aykırı normun iptali Anayasa madde 148/1 tarafından engellenmektedir. Dolayısıyla, uluslararası hukuk ile iç hukuk sistemlerinin monist bir bakış açısıyla tek bir sistem olarak değerlendirilmesi halinde ortaya  z lemeyecek sorunlar çıkacağından bahisle düalizmin meşrulaştırılması Kelsen'e göre mümkün deđildir²⁰⁴.

Öte yandan Kelsen'e göre, iç hukukun geçerliliği bir uluslararası hukuk normundan

199 a.y.

200 Kelsen, **Pure Theory of Law**, a.g.e., s. 329.

201 Bernstorff-Dunlap, a.g.e., s. 72.

202 Kelsen, **General Theory of Law and State**, a.g.e., s. 363.

203 Kelsen, **Pure Theory of Law**, a.g.e., s. 330-331.

204 Kelsen, **Pure Theory of Law**, a.g.e., s. 329.

kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla bu açıdan etkililik prensibi, yani ulusal hukuk sistemlerine geçerlilik sağlayan normun bir uluslararası hukuk normu olduğu belirtilmektedir²⁰⁵. Dolayısıyla, eğer uluslararası hukukun bir normu iç hukuka göre üst norm konumundaysa, bu iki hukuk sisteminin ayrı iki sistem olduğu iddia edilemeyecektir. Devlet ortaya çıkmadan uluslararası hukukun olamayacağı ve dolayısıyla ilk devletin hukuk sistemine geçerlilik sağlayan normun uluslararası hukuk normu olamayacağı iddia edilebilir. Ancak bu iddialara çabucak cevap veren Kelsen, bu itirazın maddi bir olgu ile normlar arasındaki mantıksal ilişkiyi ayırt edemediğini belirterek, ailenin de devletten eski bir olgu olduğunu ancak aile hukukunun pekâlâ devletin hukukuna, yani iç hukuka tabi olduğunu belirtmektedir²⁰⁶. Kısacası, maddî bir olgu olarak devletin uluslararası hukukun doğuşundan önce var olması, yani ampirik alemde ilk uluslararası hukuk normunun ihdasının kronolojik olarak devletin oluşumundan sonra cereyan etmesi, iç hukuk düzeninin bir uluslararası hukuk normundan kaynaklanmasını etkilememektedir.

Dualist görüş ve eleştirisi ile ilgili bu tartışmayı yürüttükten sonra monist teoriyi, monist teoriye göre uluslararası hukuk normlarının iç hukuktaki yerini ve eleştirisini işleyeceğiz.

b. Monist görüş

Monist görüş, en basit ifadesiyle uluslararası hukuk ile iç hukukun bir bütün olduğunu savunmaktadır. Bu sistemde iç hukukun mu yoksa uluslararası hukukun mu üstün olduğu sorusuna ise farklı yanıtlar verilmektedir²⁰⁷. İç hukukun üstünlüğünü savunan görüş uluslararası ilişkilerde devlet üstü bir iktidarın bulunmamasına ve uluslararası antlaşma akdetme yetkisinin ulusal hukuklarda düzenlenmesine dayanmaktadır²⁰⁸. Uluslararası hukukun üstünlüğünü savunan monistler ise gerçekçi okul ve normcu okul olarak ikiye ayrılmaktadır²⁰⁹. Bu görüşlerden ilkinin kısaca inceleyeceğiz, nitekim hukukî tespitlerden ziyade sosyolojik tespitlere yer veren bu görüşün, çalışmamız açısından bize katkı sağlayacağı kanısında değiliz. Detaylı olarak yer vereceğimiz monist görüş Hans

205 Kelsen, **General Theory of Law and State**, a.g.e., s. 368.

206 Kelsen, **Pure Theory of Law**, a.g.e., s. 338-339.

207 Pazarıcı, a.g.e., s. 19. Bu nedenle monist anlayışta mutlaka uluslararası hukukun üstünlüğünün kabul edileceği yönündeki bir tespit hatalıdır. Böyle bir tespit için bkz. Eileen Denza, "The Relationship Between International and National Law", **International Law**, ed. Malcolm D. Evans, 4.b., Oxford University Press, Oxford, 2014, s. 418.

208 Pazarıcı, a.g.e., s. 19.

209 Pazarıcı, a.g.e., s. 20.

Kelsen'in görüşü olacaktır. Ancak, bundan önce monist olmakla beraber iç hukukun uluslararası hukuka üstün olduğu iddiasında olan görüş için kısa bir yorum yapmayı uygun buluyoruz.

Kanımızca, uluslararası hukukta devlet üstü bir otoritenin bulunmaması devletlerin egemenliği ile ilgili bir husustur. Benzer şekilde, devlet egemen olduğu ve kendi üzerinde hiçbir egemen kabul etmediği için, uluslararası hukuk iç hukukta, ancak ilgili devlet tarafından kabul edilirse geçerli olabilir. Bir başka deyişle, devletlerin egemenliği ilkesi olmadan, iç hukukun uluslararası hukuka üstünlüğünü savunan görüşün ikinci argümanı olan, antlaşma akdetme yetkisinin ulusal hukuk düzenlerinde öngörülmüş olması ileri sürülemeyecektir. Bu görüşe göre, eğer devletin çeşitli organları iç hukuk düzenlerinde antlaşma akdetmek üzere yetkilendirilmeseydi, en azından o devlet için uluslararası hukukun bir geçerliliği bulunmayacaktı. Dolayısıyla, uluslararası hukukun bir bütün olarak görece geçerliliğini²¹⁰ çeşitli iç hukuk düzenlemelerinden aldığı söylenebilir²¹¹. Bununla birlikte, uluslararası hukukun tek kaynağının antlaşmalar olmadığı, örf ve adet yoluyla da uluslararası hukuk normu yaratılabileceği iddia edilebilir. Ancak, düşünüldüğünde, devletin örf ve adet hukukuna konu olan davranışı da bir başka devlete ilişkindir. Başka bir devlet ile hiçbir ilişki içerisine girme hakkı bulunmayan devletin uluslararası örf ve adet kuralı ile bağlı olması mümkün değildir. Nitekim, tek bir devletin davranışıyla örf ve adet hukuku yaratılması mümkün değildir. Kısacası, örf ve adet hukuku da devletin, kendisine hukuk düzeni tarafından bahşedilen kişiliğinden dolayı yaratılabilmektedir. Böylelikle, uluslararası hukukun kaynağı olan örf ve adet hukukunun geçerlilik kaynağı olarak da iç hukukun gösterilmesi mümkün olabilir. Dolayısıyla, monist olmakla beraber, iç hukukun uluslararası hukuka üstünlüğünü savunan görüş, düalist görüşe yaklaşmaktadır. Nitekim, bu görüşte de uluslararası hukukun iç hukukta geçerli olabilmesi için bir atıf veya aktarma işleminin yapılması gerekecektir. Aşağıda Hans Kelsen'in monist görüşünü incelerken, bu düşünceye tekrar yer verip, aslen uluslararası hukukun iç hukuka üstünlüğünü savunan Kelsen'e göre de bu görüşün kabul edilebilir olacağını göstereceğiz.

(1) Gerçekçi monist okul

Toplumbilimci kuram, uluslararası hukuku yalnızca devletlerin kendi arasındaki ilişkileri düzenleyen bir hukuk olarak değil, bireylerden oluşan bütün toplumların hukuku

210 Görece (relative) geçerlilik kavramı için bkz. Pazarcı, a.g.e., s. 31.

211 Bernstorff-Dunlap, a.g.e., s. 15.

olarak görmektedir²¹². Bu görüşün mensuplarından Scelle'ye göre, uluslararası hukuk normları ile iç hukuk normları arasında çözümsüz bir çatışma çıkması mümkün değildir, nitekim böyle bir sürekli çalışma durumunda toplumlararası dayanışmadan kaynaklanan ortak yaşam olanağı kalmayacaktır²¹³. Dolayısıyla, bu durumun engellenmesi için uluslararası hukuk kurallarının, daha küçük toplum birimlerinin hukuku konumundaki iç hukuk kurallarına üstün tutulması gerekmektedir²¹⁴.

Bu düşünce çalışmamıza katkı sağlamaktan uzaktır. Bir kere, ortak yaşamın devamını sağlamak amacıyla bir normun diğerinden üstün tutulması normatif geçerlilik açısından sorunludur. Yukarıda görüldüğü üzere, her norm geçerliliğini bir başka normdan almak durumundadır. Geçerlilik sağlayan norm üst norm iken, geçerlilik sağlanan norm alt norm konumunda olacaktır. Gerçekçi okulun görüşünün normatif açıdan haklı görülebilmesi için "ortak yaşamın ayakta tutulmasına hizmet eden normlar üst normlardır" şeklinde varsayımsal bir temel norma ihtiyaç vardır. Kaldı ki, hangi normun ortak yaşamın ayakta tutulmasına hizmet edip, hangisinin etmeyeceğinin tespiti de pek mümkün değildir. Son olarak, gerçekçi monist okulun görüşleri kabul edilse dahi, bu görüşün yalnızca uluslararası hukuk – iç hukuk ilişkisine değil, iç hukuk normları arasındaki ilişkiye de uygulanması gerekir ki bu durum normlar hiyerarşisinin gereğince ortaya konmasını imkansız hale getirecektir.

(2) *Normcu monist okul*

Uluslararası hukuk ile iç hukukun bir bütünün parçaları olduğunun normcu bir bakış açısıyla gösterilebilmesi için bu iki normatif sistemin de en nihayetinde aynı temel norma dayandığı gösterilmelidir. Burada "en nihayetinde" ibaresinden kasıt şudur: Normlar birbirleri ile aynı hiyerarşik basamaktaysa, bu ikisinin de aynı temel norma dayandığı gösterilmelidir. Eğer bir norm diğerinden üstün ise zaten bu iki norm bir bütünün parçalarını teşkil eder ve üstün normun temel normu, alttaki norm için de temel norm olur.

Kelsen'in temsil ettiği normcu monist okula göre, örf ve adet yoluyla yaratılmış olan *pacta sunt servanda* ilkesi uluslararası hukukun temelini oluşturmaktadır²¹⁵. Devletler uluslararası hukukun bu ilkesi neticesinde kendi ortak davranışlarını düzenlemeye yetkili

212 Pazarıcı, a.g.e., s. 4.

213 Pazarıcı, a.g.e., s. 20.

214 a.y.

215 Kelsen, **Pure Theory of Law**, a.g.e., s. 323.

hale gelmişlerdir²¹⁶. Pazarıcı, Kelsen'in *pacta sunt servanda* ilkesinin aynı zamanda ulusal hukuk sistemlerinin de geçerlilik kaynağı olduğunu düşündüğünü belirtmektedir²¹⁷. Ancak, Kelsen bu sonuca hemen varmamaktadır. Bu ilkenin ulusal hukukun geçerliliğini ne şekilde sağlayacağı hususundan önce Kelsen, ulusal hukuk sistemlerinin bir uluslararası hukuk normundan geçerlilik aldığını gösterip uluslararası hukukun iç hukuka üstünlüğüne hükmedecektir.

Kelsen, uluslararası hukuk göz ardı edilirse, bir iç hukuk sistemindeki temel normun, kurucu iktidarı yetkili bir norm koyucu olarak belirleyen norm olarak kabul edileceğini; ancak, uluslararası hukuk dikkate alındığında bu normun zaten uluslararası hukukun bir normu olan "etkililik prensibi" olduğunu belirtmektedir²¹⁸. Buna göre, ancak genel anlamda etkili bir hukuk sistemi geçerli olabilir. Etkililik dendiğinde yer ve içerik bakımından etkililik anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, eğer Kelsen, etkililik prensibinin bir uluslararası hukuk normu olduğunu gösterebilirse, uluslararası hukuk normlarından birinin iç hukuka geçerlilik sağladığını ve dolayısıyla bu iki hukuk sisteminin bir bütünün parçalarını teşkil ettiğini göstermiş olacaktır.

Bu amaca ulaşmak için Kelsen, kurucu iktidarın yeni bir hukuk sistemi yaratma yöntemlerini yani devrim ve darbeyi incelemektedir. Buna göre, uluslararası hukuk ile iç hukuk ayrı iki sistem olarak ele alınır, devrim ve darbe neticesinde tamamen farklı devletler ortaya çıkacak ve devletlerin devamlılığında bahsedilemeyecektir²¹⁹. Nitekim, Kelsen'e göre devlet hukuk sisteminden başka bir şey olmayıp bu sistemin kendisini ifade eder²²⁰ ve dolayısıyla, hukuk dışı bir şekilde ortadan kaldırılan hukuk düzeni neticesinde eski devlet yok olur. Hiçbir hukukçunun olayları bu şekilde değerlendirmedeğini ve Rusya Federasyonu'nun Sovyetler Birliği'nin devamı olduğunun herkesçe kabul edildiğinin altını çizen Kelsen, bu durumun ancak uluslararası hukukta, başarılı devrim ve darbelerin hukuk yaratan birer maddî olgu olduğunu kabul eden bir norm olması hâlinde mümkün olacağını belirtmektedir²²¹. Etkililik ilkesinin böyle bir norm olduğu görülecektir. Her ne kadar ulusal hukukta yer almasa da, devrim ve darbe gibi maddî olgular uluslararası hukuk açısından birer hukuk yaratma yöntemidir ve bir ülkenin hukuk sistemi bu metodlarla

216 Kelsen, **Pure Theory of Law**, a.g.e., s. 324.

217 Pazarıcı, a.g.e., s. 20.

218 Kelsen, **General Theory of Law and State**, a.g.e., s. 367; Bernstorff-Dunlap, a.g.e., s. 93-94.

219 Kelsen, **General Theory of Law and State**, a.g.e., s. 368.

220 Kelsen, **General Theory of Law and State**, a.g.e., s. 181-183.

221 Kelsen, **General Theory of Law and State**, a.g.e., s. 368 – 369.

değiştirilse dahi uluslararası hukuk açısından devletin kişiliğinde bir değişim olmayacaktır.

Kelsen'in buradaki düşünce tarzını eleştirmek mümkündür. Netice itibariyle, hukukçuların devrim ve darbeler sonrasında ortaya çıkan hukuk sistemlerini, eskisinin devamı olarak görmeleri ampirik alemde cereyan eden bir tespit, bir görüştür. Bu görüş, belki de yanlıştır. Belki de, yeni hukuk düzenlerini yeni birer devlet olarak kabul etmek gerekir ki Kelsen devlet ile hukuk sisteminin bir olduğunu düşündüğüne göre, hukuk sisteminin öngörmediği bir yolla değiştirilen hukuk düzeni neticesinde eski devletin ortaya kalkacağını söylemek daha doğru olacaktır. Ancak, bir monist olan Kelsen'in uluslararası hukuk ile iç hukuku bir bütün olarak kabul ettiği ve dolayısıyla, bir norm yaratma usulünün hukuk sisteminde öngörülüp görülmediği tartışılırken uluslararası hukukun da göz önünde bulundurulması gerekeceği unutulmamalıdır. Ancak, her durumda, yukarıda yapılan yorumun bir nebze amaca yönelik, uluslararası hukukçuların genel olarak üzerinde hemfikir oldukları bir durumu meşru temele dayandırmak üzere yapıldığı kanısındayız.

Bu noktadan sonra, sonuca varış şekli eleştirilebilecek dahi olsa, Kelsen, iç hukuk sistemlerinin geçerliliğini uluslararası hukuktaki etkililik prensibinden aldığını göstermiş olmaktadır. Uluslararası hukukun temel normu olarak da *pacta sunt servanda* gösterildiğine göre, en nihayetinde, bu ilke hem uluslararası hukukun hem de onun alt normu niteliğindeki iç hukukun temel normu olacaktır. Dolayısıyla, uluslararası hukuk ile iç hukuk yalnızca aynı hukuk sistemine mensup değildir. Aralarında hiyerarşik bir ilişki de vardır.

Bununla birlikte, Kelsen iç hukukun uluslararası hukuka üstün olduğu bir monist sistemin de var olabileceğini kabul etmektedir. Eğer iki normatif sistemin aynı anda geçerliliği kabul edilemezse – hukuk ve etik örneğinde olduğu gibi – uluslararası hukuk ile iç hukukun aynı sistemin parçası olması icap eder. Dolayısıyla, iç hukukun üstün olduğu, uluslararası hukukun geçerliliğini iç hukuktan aldığı gösterilse de monist bir yaklaşım benimsenmiş olacaktır. Önce uluslararası hukukun geçerliliğini *pacta sunt servanda* uyarınca sağlayıp sonra bu hukuk sisteminin iç hukuka nasıl geçerlilik sağladığını göstermek yerine, ulusal hukuk düzeninin geçerliliği egemenlik ("*sovereignty*") uyarınca varsayılırsa, iç hukuktan yola çıkarak uluslararası hukukun geçerliliğini belirlemek mümkündür²²².

Bir devletin egemenliğinden kasıt o devletin kurucuları tarafından oluşturulan

222 Kelsen, *Pure Theory of Law*, a.g.e., s. 336.

anayasanın geçerliliği varsayılan en üst norm, yani temel norm olması anlamına gelmektedir²²³. Böylelikle, kurucu iktidarın üzerinde bir güç bulunmamakta, onun koyacağı normların geçerliliğini sağlayan ve yapılacak olan anayasanın hukuka uygunluğu konusunda ölçü norm olarak alınacak bir normun olmadığı varsayılmaktadır. Egemen bir devlet, bu sebeple, kendi hukukunun geçerlilik sahası içinde hangi normların uygulanacağını hiçbir sınırlamaya tabi olmadan belirleyebilir. Dolayısıyla, bir kere iki normatif sistemin aynı anda geçerli olamayacağı kabul edilir ve devletin egemenliği temel norm olarak varsayılırsa, uluslararası hukukun da geçerliliğini iç hukuktan alması gerekecektir, çünkü geçerliliği varsayılan başka bir normatif sistem bulunmamaktadır. Dolayısıyla, ortaya şu sonuç çıkmaktadır: Uluslararası hukuk iç hukukta, ancak iç hukuk tarafından tanındığı takdirde geçerlidir²²⁴.

Görüleceği üzere, bu noktada Kelsen düalizmin bir seçenek olmadığını vurgulamaktadır. Düalistlerin iddia ettiği üzere uluslararası hukukun ancak iç hukukta "atıf" veya "aktarma" yollarıyla tanındığı zaman geçerli olacağını kabul edilmesi halinde, ulusal hukuk uluslararası hukuka geçerlilik sağlayacaktır. Dolayısıyla da iki bağımsız hukuk sisteminden değil, yine aralarında hiyerarşi bulunan, aynı sisteme ait iki normatif gruptan bahsedilecektir. Bu durumda her iki norm grubu da geçerliliğini aynı normdan (kurucu iktidar tarafından ihdas edilen anayasa) alacağından, aralarında çözülemeyecek bir çatışma olması mümkün değildir; her iki norm da aynı devletin iradesi tarafından ihdas edilmektedir²²⁵. Dolayısıyla, aslında iki hukukun da "geçerlilik kaynağı" aynıdır: Devletlerin egemenliği ilkesi²²⁶.

Öte yandan, uluslararası hukukun geçerliliğinin ulusal hukuk düzenlerince tanınmasına bağlı olması normu monist okul açısından pozitif bir düzenleme değildir; uluslararası hukuk normları geçerliliklerini devletler tarafından tanınmalarına bağlamamaktadır²²⁷. Benzer şekilde, uluslararası hukukun hiçbir tanınmaya ihtiyaç olmadan geçerli olduğu düşüncesi de pozitif hukuk temelinden mahrumdur; her iki

223 Kelsen, **Pure Theory of Law**, a.g.e., s. 335.

224 Kelsen, **Pure Theory of Law**, a.g.e., s. 335; Bernstorff-Dunlap, a.g.e., s. 104.

225 Kelsen, **Pure Theory of Law**, a.g.e., s. 336.

226 Düalizmin işlendiği yukarıdaki kısımdan hatırlanacağı üzere, uluslararası hukuk ile iç hukukun gerek düzenledikleri ilişkiler, gerekse kaynakları bakımından zıt olması, bunların ayrı hukuk sistemleri oldukları iddiasını destekler şekilde öne sürülmekteydi. Kelsen, bir uluslararası hukuk normunun iç hukukta geçerli olabilmesi için söz konusu devlet tarafından tanınması gerektiğinin kabul edilmesi durumunda bile bu iki hukukun kaynakları, en azından geçerlilik kaynakları arasında bir fark bulunmadığını göstermektedir.

227 Kelsen, **General Theory of Law and State**, a.g.e., s. 381.

düşünceyi de hukukî hipotezler olarak değerlendirmek gerekmektedir²²⁸. Ancak, yukarıda belirtildiği gibi, normcu monist görüşe göre tanınma şartı uluslararası hukuk normu açısından aransa dahi, düalist değil, monist bir sistem söz konusu olacaktır.

İç hukukun uluslararası hukuka üstünlüğünü kabul eden monist teorinin de mümkün olduğunu ve iki monist görüş arasındaki farkın geçerliliği varsayılan temel normdan kaynaklandığını belirten²²⁹ Kelsen, iç hukukun uluslararası hukuka üstünlüğünün kabul edilmesi durumunda geniş ve dar anlamda ulusal hukuk arasında ayrıma gitmektedir. Buna göre, geniş anlamda ulusal hukuk, anayasa ve ona uygun olarak ihdas edilen kanun, yönetmelik ve benzeri normlardan oluşan dar anlamdaki ulusal hukuka ek olarak, devlet tarafından tanınan uluslararası hukuk normlarını da kapsamaktadır²³⁰. Ancak, uluslararası hukukun fonksiyonunun değişmediğini ve hala dar anlamdaki ulusal hukukun geçerliliğini etkililik prensibi uyarınca belirlediğini düşünen Kelsen, uluslararası hukuk ile dar anlamdaki ulusal hukuk arasındaki hiyerarşinin baki kaldığını belirtmektedir; bir başka deyişle "*...uluslararası hukuku tanıyan devlet böylelikle ona teslim olmuş olur*"²³¹. Dolayısıyla, tanınan uluslararası hukuk normları kanunlardan, idarenin düzenleyici işlemlerinden ve normlar hiyerarşisindeki diğer tüm normlardan üstün konumda yer alacaktır.

Kelsen'in bu görüşüne katılmak zordur. Bir kere, tanınan uluslararası hukuk normlarının normlar hiyerarşisinde hangi seviyede yer alacağı, bu normları tanıyan iç hukuk normu tarafından belirlenebilir. Devlet bir uluslararası hukuk normunu tanıırken, onu hangi durumlarda uygulayacağını belirleyebilir. Kaldı ki, bir iç hukuk sisteminin, ulusal hukuk sistemlerinin yer ve içerik olarak geçerliliğini belirlediği iddia edilen "etkililik prensibini" değil, başka bir uluslararası hukuk normunu tanıdığı durumlar da söz konusu olabilir. Dolayısıyla, ulusal hukuktaki anayasaların incelemesini yapmadan, tanınan uluslararası hukuk normlarının dar anlamda iç hukuk normlarından üstün olacağını söylemek pek isabetli değildir. Öte yandan, bir uluslararası hukuk normu olduğu belirtilen²³² etkililik prensibi tanınmış olsa dahi, geçerliliğini iç hukuk normları gibi anayasadan alacakları için, uluslararası hukuk normlarının normlar hiyerarşisinde anayasanın altında, yine anayasa tarafından belirtilen konumda yer alması beklenecektir.

228 Kelsen, **General Theory of Law and State**, a.g.e., s. 382.

229 Kelsen, **Pure Theory of Law**, a.g.e., s. 339.

230 Kelsen, **Pure Theory of Law**, a.g.e., s. 340.

231 a.y.(Çeviri yazara aittir.)

232 Kelsen, **General Theory of Law and State**, a.g.e., s. 367-368.

Görüldüğü üzere, iç hukukta tanınan uluslararası hukuk kurallarının geçerlilik ve normlar hiyerarşisindeki yeri itibarıyla iç hukuk normlarından farkı olmadığı için, her ikisi de geçerliliğini anayasadan aldığı ve normlar hiyerarşisinde yine anayasanın belirlediği konumda yer alacakları için dar ve geniş anlamda iç hukuk ayrımının yerinde olduğunu düşünmüyoruz. Öte yandan, Kelsen'in her durumda uluslararası hukukun üstün olacağını düşünmesi onun hukuk teorisinin amacı ile ilgilidir. Şayet, uluslararası hukuk iç hukuka üstün tutulmaz ve ancak bir devlet için, o devletin hukuk sistemi tarafından tanındığı ölçüde geçerli olacağı kabul edilir ve bütün ulusal hukuk sistemlerinin üzerinde, hepsi için geçerli bir normlar sistemi bulunmazsa, hukukun tekliği sağlanamamış olur. Hukuk, farklı iç hukuk sistemleri temelinde, bunların tanıdığı/tanımadığı uluslararası hukuk normları ile birlikte parçalı halde kalmaya devam eder.

Kelsen, uluslararası hukuk ve iç hukukun farklı konularda düzenleme yaptığı, birinin devletlerarası ilişkileri düzenlerken diğerinin devlete tabi birey ve organların ilişkilerini düzenlediği ve dolayısıyla da konuları arasındaki bu zıtlık sebebiyle ayrı, birbiriyle etkileşime girmeyen hukuk sistemleri olduğu yönündeki düalist görüşü²³³ de reddetmektedir. Bir devletin iç işleri iç hukuk düzeni tarafından düzenlenen işleriyken, dış işleri uluslararası hukuk tarafından düzenlenen işleridir. Dolayısıyla, uluslararası hukukun devletin dış işleri, iç hukukunsa iç işlerine ilişkin olduğundan bahisle bu iki sistemin farklı konularda düzenlemeler yapan iki ayrı normatif düzen olduğu yönündeki düşünce Kelsen için şunu ifade etmektedir: "...ulusal hukuk ulusal hukuk tarafından düzenlenen hususları, uluslararası hukuk ise uluslararası hukuk tarafından düzenlenen hususları düzenler"²³⁴. Dolayısıyla, Kelsen'e göre uluslararası hukukun ve iç hukukun hangi konuları düzenlediği yine bu sistemlerin normları tarafından belirlendiğine göre düalistlerin savı anlamsız kalmaktadır.

Normcu monist okul, uluslararası hukuk ile iç hukukun birbirinden bağımsız, etkileşime girmeyen iki hukuk sistemi olarak değerlendirilmesi durumunda biri uluslararası hukuk alanında diğeri ise iç hukukta faaliyet gösteren iki ayrı devlet kişiliğinden söz etmek gerekeceğini belirtmektedir²³⁵. Oysa, uygulanan hukuka bakıldığında uluslararası alanda bir sözleşme ihdas eden devlet ile iç hukukunda kanun koyan devlet arasında bir ayrıma

233 Triepel, "İç Hukukla Arşulusal Hukuk Arasındaki Münasebetler", a.g.m., s. 8-9, 12.

234 Kelsen, **General Theory of Law and State**, a.g.e., s. 304 – 305. (Çeviri yazara aittir.)

235 Kelsen, **General Theory of Law and State**, a.g.e., s. 376.

gidilmediği gözlemlenmektedir²³⁶. Hukukî açıdan devlet denilen kavram, hukuk düzeninden ibaret olduğuna ve hem ulusal hukuk hem de iç hukukta faaliyet gösteren devlet aynı kişilik, aynı devlet olarak görülmekteyse, bu kişiliğin tek ve evrensel bir hukuk düzeninden kaynaklandığının kabulü gerekmektedir²³⁷.

Son olarak normcu monist okula göre, uluslararası hukuk normlarının kendi arasında bir hiyerarşi bulunduğunu söyleyebiliriz. Kelsen'e göre, uluslararası antlaşma akdetme yetkisi örf ve adet hukukundan kaynaklanmaktadır²³⁸. Uluslararası antlaşmalar ile kurulan uluslararası örgütlerin kararları ve ihdas ettiği diğer normlar ise, geçerliliklerini bir uluslararası antlaşmaya borçlu olduklarından, normlar hiyerarşisinde uluslararası antlaşmaların altında yer alacaklardır. Eğer uluslararası hukuk-iç hukuk ilişkisi konusunda Kelsen'in görüşlerini benimsemiş olsaydık, bu hiyerarşi bizim için de önem teşkil edecekti. Ancak, aşağıda görüleceği gibi, biz, uluslararası hukuk normlarının iç hukukta tanındıkları ölçüde geçerli olacaklarını kabul edeceğiz. Bu nedenle, farklı uluslararası hukuk normlarının iç hukuktaki hiyerarşik konumu da yine iç hukukun düzenlemelerine göre belirlenecektir.

(3) Normcu monist görüşün eleştirisi

Normcu monist teorinin kendi içinde belli bir bütünlüğe, tutarlılığa sahip olduğu görülmektedir. Yine de aynı anda, aynı davranışı düzenleyen iki ayrı normatif sistemin olamayacağı görüşünden hareketle geleneksel düalist bakış açısına yerinde eleştiriler yönelten bu okulun belli başlı konularda eleştirildiği görülmektedir.

Her şeyden önce normcu monist okulun bakış açısı her daim reddedilebilir. Nitekim, uluslararası hukuk ile iç hukukun, hangisi üstün olursa olsun, geçerliliğini aynı temel normdan almaları sebebiyle aynı hukuk sisteminin parçaları olduğu iddia edilmektedir. Ancak, hatırlanacağı üzere temel norm hem içeriği hem de geçerliliği bakımından bir varsayımdan ibarettir. Kelsen, pozitif hukukun geçerli kabul edilebilmesi için bu normun varsayılmak zorunda olduğunu belirtmektedir. Aksi takdirde sonsuza kadar uzanan bir zincir şeklinde her normun geçerlilik kaynağı olan bir üst norm aranması gerekecektir. Uygulanan hukuka geçerlilik kazandıracak olan temel normun içeriği yine uygulanan hukuka bakılarak gerçekleştirilmektedir. Yani, eğer devletler uluslararası

236 Kelsen, **General Theory of Law and State**, a.g.e., s. 377.

237 Kelsen, **General Theory of Law and State**, a.g.e., s. 378.

238 Kelsen, **Pure Theory of Law**, a.g.e., s. 323-324.

hukuku kendi iradeleriyle yaratıyor ve yarattıkları normlarla bağılı oldukları kabul ediliyorsa, uluslararası hukuka geçerlilik sağlayan temel normun bu duruma uygun bir içeriğe sahip olması gerekir. Kelsen, bu aşamada, uluslararası hukukun genel ilkelerinden bir olarak geniş kabul bulmuş olan *pacta sunt servanda* ilkesine dayanarak savını güçlendirmektedir. Aynı husus iç hukuk sistemine geçerlilik sağlayan etkililik prensibi için de söylenebilir. Bu bakış açısının zaman zaman sıkıntılı olabileceği kanısındayız. Olanı meşrulaştırmak amacıyla temel norm arayışına girmek pek de bilimsel bir yaklaşım değildir. Özellikle de bu norm, yazılı bir hukuk kuralı olmaktan ziyade örf ve adet hukukunda yaratılmış bir norm ise, içeriğinin tespiti zorlaşmaktadır. Kelsen, belli bir amaç uğruna, var olan hukuku bir bütün olarak ve geçerli şekilde yorumlayabilmek için belli varsayımlarda bulunmuştur ve varsayımlar kolaylıkla reddedilebilir.

Öte yandan, bu durum normcu monist görüşün önemini azaltmamaktadır. Nitekim, geleneksel düalist bakış açısına normatif geçerlilik penceresinden değerli eleştiriler yönelten normcu monizm, özellikle uluslararası hukukun bir devlet açısından ancak tanındığı zaman geçerli olmasının da monist bir yaklaşım olduğunu göstererek değerli bir tespitte bulunmuştur.

Normcu monist okula yöneltilebilecek bir başka eleştiri ise bu görüşün uluslararası hukuk normlarındaki değişimleri açıklama konusunda yetersiz olduğudur²³⁹. Yukarıda açıklandığı üzere, uluslararası hukukun bir normu olarak kabul edilen etkililik prensibi ulusal hukuk sistemlerine, *pacta sunt servanda* ilkesi de uluslararası hukuk sistemine geçerlilik sağladığından, içeriği devletlerin örfi olarak davrandıkları şekilde davranmaya devam etmeleri gerektiği şeklinde olan temel norm, hem uluslararası hukukun hem de iç hukukun geçerlilik normudur. Dolayısıyla, örf ve adet çerçevesinde oluşturulduğu iddia edilen bu norm üstün normdur ve buna aykırı olan normlar geçersizdir. Bu normun içeriği ele alındığında, içeriğinin de örf ve âdete işaret ettiği ve devletlerin örf ve âdete aykırı sözleşmelerinin veya örfi uygulamadan sapan davranışlarının, bu davranışlar bir uygulama, örf ve adet değişikliğine işaret etse dahi, - en azından başlangıçta - hukuka aykırı olarak değerlendirilmesi gerekecektir²⁴⁰. Ancak, uygulanan hukukun bu konuda çok daha esnek olduğu belirtilmektedir²⁴¹.

Son olarak normcu monist okulun niçin uluslararası hukuk normlarını iç hukuk

239 Pazarıcı, a.g.e., s. 21.

240 a.y.

241 a.y.

normlarından bir bütün halinde üstün tuttuğunu anlamak güçtür. Monist bir sistemin uluslararası hukuk ve iç hukuk kavramları arasında ayrıma gitmesinin tek sebebi anlaşılma kaygısı olmalıdır. Yani geleneksel olarak ayrı iki sistem olduğu kabul edilen norm bütünlerinin hatalı bir şekilde ayırık tutulduğunu göstermek kaygısıyla bu kavramların kullanılması icap eder. Bir kere bu gösterildikten sonra ortada aralarında altlık – üstlük ilişkisi bulunan iki farklı norm bloğu değil, bir temel normdan geçerliliğini alan farklı normlar kalacaktır. Dolayısıyla, normcu monist görüşün uluslararası hukuka ait olduğunu belirttiği etkililik normunun niçin iç hukuk hükümlerinin üst normu olduğunu ve dolayısıyla, bu normun da geçerlilik kaynağı olan *pacta sunt servanda* ilkesinin hangi sebepten dolayı ulusal hukuk sistemlerinin üst normu konumunda olduğunu anlamak mümkün olsa da, nihaî geçerliliğini yine iç hukuk sistemleri gibi *pacta sunt servanda* ilkesinden alan uluslararası sözleşmelerin neden ulusal hukuktan üstün tutulması gerektiği anlaşılamamaktadır²⁴². Bu tespiti, Kelsen'in teorisinde devletlerin birer hukuk düzeni olarak algılanmasına dayandırmak mümkündür. Buna göre, uluslararası antlaşmaların devletleri bağladığını söylemek, iç hukuk düzenlerini bağladığını ve bunlar açısından birer "olması gereken" ifade ettiğini belirtmektir. Ulusal hukuk düzenleri açısından bağlayıcılık arz eden uluslararası antlaşmalara ve diğer uluslararası hukuk normlarına aykırılığın bir yaptırımını olsun ya da olmasın, bunların normatif olarak üstün olduğuna hükmedilmelidir. Ancak, bu açıklamaya karşı çıkmak da mümkündür. Her şeyden önce devletin hukuk düzeni ile özdeş olduğu fikri reddedilebilir. Buna göre, devleti, anayasa tarafından oluşturulmuş bir kişilik olarak algılamak, uluslararası hukukun bir hukuk düzeni değil de, bu hukuk düzeni tarafından oluşturulan kişi üzerinde bağlayıcı olduğu anlamına gelecektir.

(4) Uygulamanın monist – düalist görüşlere ilişkin durumu ve değerlendirmemiz

Çalışmanın bu bölümünde, monist ve düalist görüşlerin uluslararası yargı organları ve iç hukuk sistemleri tarafından değerlendirilmesi ile ilgili bilgiler verip, kendi değerlendirmelerimizi ve sorunlu gördüğümüz noktaları ekleyerek uluslararası hukuk – iç hukuk ilişkisine dair bölümü sonlandıracağız.

242 Uluslararası hukukun bir bütün olarak iç hukuk anayasalarından üstün tutulması gerektiği yönündeki görüş Alfred Verdross tarafından da eleştirilmiş ve artık bu iki sistem bir olduğuna göre, yalnızca belli nitelikteki, iç hukuka geçerlilik sağlayan normların iç hukuktan üstün tutulması gerektiğini düşünmüştür. Bkz. Alfred Verdross, **Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung**, 1.b., J.C.B. Mohr, Tübingen, 1923, s. 134'ten Aktaran: Bernstorff – Dunlap, a.g.e., s. 98.

Genel olarak uluslararası yargı kararları ve iç hukuk sistemlerinin konuya bakış açısı incelendiğinde monizme veya düalizme yönelik genel bir eğilime rastlanmadığı; buna karşın uluslararası yargı ve hakemlik organlarının uluslararası hukuk – iç hukuk çatışmasında uluslararası hukuku üstün tutar nitelikte oldukları belirtilmektedir²⁴³. Bu görüşün belirtildiği öne sürülen davalardan bir tanesi Uluslararası Adalet Divanı'nın 1902 tarihli Ergin Olmayanların Vasiliğine İlişkin Sözleşme Davası olduğu görülmektedir. Söz konusu dava 9 Temmuz 1957 tarihinde Hollanda tarafından İsveç'e karşı, bahsi geçen uluslararası sözleşmedeki yükümlülüklerin iç hukuk düzenlemesi ile ihlal edildiği iddiasıyla açılmıştır. Olay kısaca, İsveç hükümetinin Hollanda vatandaşı reşit olmayan bir çocuğun vasiliğini anne babasından alıp, başka bir kimseye vermesi ile başlamış ve Hollanda'nın bu davranışın 1902 tarihli Ergin Olmayanların Vasiliğine İlişkin Sözleşme'ye aykırı olduğu iddiasıyla Uluslararası Adalet Divanı'na başvurusuyla sonlanmıştır. Bu davada Hollanda'nın iddiası bu uygulamanın İsveç hükümetinin mevzubahis sözleşme kapsamında üstlendiği yükümlülüklerle aykırı olduğudur²⁴⁴. Mahkeme, 28 Kasım 1958 tarihli kararında ulusal hukuktaki kanunların uluslararası hukuk kapsamında üstlenilen yükümlülükleri ortadan kaldırmayacağını belirtmektedir²⁴⁵.

Söz konusu karardaki ifadenin uluslararası hukukun iç hukuktan üstün olduğu şeklinde yorumlanması kanımızca mümkün değildir. Daha önce belirttiğimiz gibi, herhangi iki norm arasındaki altlık – üstlük ilişkisi bir geçerlilik ilişkisidir. Uluslararası Adalet Divanı'nın yukarıdaki tespitinin uluslararası sözleşme ile iç hukuktaki kanun arasında bir geçerlilik ilişkisine ilişkin olduğunu söylemek ise zordur. Nitekim, uluslararası antlaşmanın iç hukuk açısından bir "olması gereken" ifade ettiği hususu tartışmalıdır. İç hukuktaki bir düzenleme ile uluslararası hukuk kapsamında üstlenilen yükümlülüklerden kurtululamayacağı yönündeki tespit, yalnızca uluslararası hukukun üstünlüğünü savunan monist görüş ile değil düalist görüş ile de uyumludur. Nitekim, birbirinden tamamen farklı nitelikteki iki normatif sistemin birbirlerinde doğrudan hukukî etki yaratması beklenemez. 1902 tarihli Ergin Olmayanların Vasiliğine İlişkin Sözleşme, iç hukuktaki kanuna geçerlilik sağlamamaktadır. Kanun da tüm diğer iç hukuk normları gibi geçerliliğini anayasadan almaktadır.

243 Pazarıcı, a.g.e., s. 21.

244 *Case concerning the Application of the Convention of 1902 governing the Guardianship of Infants (Netherlands v. Sweden)*, Judgment of 28 November 1958, I.C.J. Reports, s. 7.

245 *Case concerning the Application of the Convention of 1902 governing the Guardianship of Infants (Netherlands v. Sweden)*, Judgment of 28 November 1958, I.C.J. Reports, s. 67.

Yeri gelmişken belirtmek gerekirse, çatışan iki normdan bir tanesine uygulamada öncelik tanınması uygulanan normun üstünlüğünü göstermeye yetmez. Bilindiği üzere çatışma yalnızca üst ve alt norm arasında değil, aynı seviyedeki normlar arasında da yaşanmakta ve bu çatışmalar *lex posterior ve lex specialis* gibi birtakım genel ilkeler uyarınca çözülmektedir. Yukarıdaki dava ile ilgili olarak da Uluslararası Adalet Divanı'nın önündeki olaya İsveç kanununu uygulayarak yaklaşması beklenemezdi. Nitekim Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. Maddesi'nde belirtildiği gibi, mahkeme tarafından uygulanacak olan hukuk kuralları uluslararası hukuk kurallarıdır. Mahkeme karar verirken ulusal mevzuatı göz önünde bulundurmamak zorunda olmadığı gibi bu mevzuatın sıhhatiyle ilgili bir işlem tesis etmesi de mümkün değildir.

Uluslararası yargı makamlarınca uluslararası hukukun iç hukuka üstün olduğu görüşünün benimsendiğine bir başka gösterge olarak 25 Temmuz 1974 tarihli *Balıkçılık Davası* kararı gösterilmektedir²⁴⁶. Söz konusu dava İzlanda tarafından çıkarılan tek taraflı bir yönetmelik ile İzlanda balıkçılık bölgesinin elli deniz miline çıkarılmasına ilişkin olarak Birleşik Krallık tarafından yapılan başvuru ile açılmıştır²⁴⁷. Davada söz konusu durumun 1958 tarihli Açık Denizlere İlişkin Cenevre Sözleşmesi'ne aykırı olup olmadığı tartışılmıştır. Bu konuda mahkeme şu tespitte bulunmuştur:

"İzlanda'nın 14 Temmuz 1972 tarihli Yönetmelik hükümleri ve bunların uygulanma şekli Davacının balıkçılık haklarını ihlal etmektedir. İzlanda'nın tek taraflı davranışı bu nedenle sahil Devletleri dâhil olmak üzere bütün Devletlerin balıkçılık özgürlüklerini kullanırken diğer Devletlerin menfaatlerine saygı göstermelerini gerektiren 1958 tarihli Açık Denizlere İlişkin Cenevre Sözleşmesi'nin 2. maddesinde benimsenen ilkenin ihlali niteliğindedir"²⁴⁸

Bu noktada sorulması gereken soru şudur: Burada mahkemenin Birleşik Krallık'ın balıkçılık haklarının ihlal edildiğini düşünmesine sebep olan durum İzlanda'nın söz konusu yönetmeliği ihdas etmesi mi yoksa bu yönetmeliği ampirik alemde uygulaması mıdır? Sırf norm ihdası ile bir özgürlüğün ihlal edilmesi mümkün müdür? Cenevre Sözleşmesi'nin ilgili maddesinin lafzına bakıldığında, bu ihlal için aranan davranışın bir norm ihdası değil, maddi âlemdeki icraî veya ihmâlî bir davranış olduğu görülecektir. Dolayısıyla, uluslararası sözleşmeye aykırı olan husus yönetmelik maddesi değil, bu madde uyarınca

246 Pazarıcı, a.g.e., s. 22.

247 *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974, s. 7.*

248 *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974, s. 30.* (Çeviri yazara aittir.).

devletin gerçekleştirdiği eylemdir²⁴⁹. Kaldı ki, böyle bir norm ihdas edilmesi bir uluslararası sözleşme ile yasaklansa dahi, kanımızca sözleşmeye aykırı olabilecek olan husus ihdas edilen norm değil, belli bir içeriğe sahip olan normu ihdas etmek yönündeki norm koyucu iradedir. Dolayısıyla, uluslararası hukuk açısından uygulanacak olan yaptırım yönetmeliğe değil, uluslararası hukuk uyarınca yasaklanan fiili gerçekleştiren devlete yönelecektir.

Keza yine, yukarıda belirttiğimiz gibi, İzlanda tarafından ihdas edilen yönetmelik geçerliliğini iç hukuktaki normlara borçludur. Yönetmelik ile mevzubahis uluslararası sözleşme arasında bir geçerlilik ilişkisi bulunamayacağından, yönetmeliğin uluslararası sözleşmeye aykırı olduğu veya bu durumda uluslararası sözleşmeye bir üstünlük tanındığının söylenmesi mümkün değildir.

Görüldüğü üzere, monist ve düalist görüşler hakkında uygulanan hukukta da tam ve tatmin edici bir karar olduğunu söylemek zordur. Bu iki görüşten biri ancak belli varsayımlara dayanılarak benimsenebilir. Gerek uluslararası yargı makamlarınca, gerekse iç hukuk düzenleri ve doktrince henüz bu konuda ikna edici bir çözüm getirildiği söylenemez. Bu nedenledir ki biz de çalışmamızın amacı açısından uygun gördüğümüz bir yaklaşımı benimseyerek bu yaklaşımın monist veya dualist olarak nitelendirilmesiyle ilgilenmeyeceğiz.

Bize göre, bir uluslararası hukuk normunun iç hukuk sisteminde şüpheye yer bırakmayacak şekilde bir anlam ifade edebilmesi, mahkemeler tarafından uygulanabilmesi için iç hukukta bir geçerlilik dayanağının olması gerekir. Bu durumda uluslararası hukuk normları, bu normun iç hukuktaki geçerliliğini sağlayan normun belirttiği güce sahip olacak ve buna göre normlar hiyerarşisindeki yerini alacaktır. Geçerlilik normunun bu konuda sessiz kaldığı durumlarda ise uluslararası hukuk normunun aktaran norm seviyesinde yer alması gereklidir.

D. AB HUKUKU VE NORMLAR HİYERARŞİSİNDEKİ YERİ

Uluslararası hukuk normlarının iç hukuk normlar hiyerarşisinde alacağı yeri

249 Örneğin, Birleşik Krallık balıkçılık gemilerine kapatılmış bulunan bölgede güvenlik güçlerinin dolaşması, bu bölgeye girişin engellenmesi, Birleşik Krallık yetkililerine bu bölgeye balıkçılık gemilerinin alınmayacağına dair bir bildirim yapılmış olması gibi. Bu tür eylemler ampirik alemdeki olgulardır. Eğer, İzlanda, söz konusu yönetmeliği çıkarmış, ancak buna karşılık uluslararası antlaşma hükümlerini uygulamış olsaydı, UAD önünde uluslararası hukuka aykırılığın tespit edilmesi mümkün olmazdı.

inceledikten sonra Avrupa Birliği hukuku konusundaki temel tartişmalara da yer vermemiz ve bu normların iç hukuk normlar hiyerarşisindeki yerini belirlememiz gerekmektedir ki bunların düzenleyici işlemler ile hiyerarşik ilişkisini inceleyebilelim. Nitekim, incelememize konu olacak olan iki ülke açısından (Almanya ve İngiltere) AB hukuku normlarının iç hukuktaki yerinin tespiti çok önemli ve tartişmalıdır.

Bu kısım uluslararası hukuk normlarının normlar hiyerarşisindeki yerinden ayrı olarak yer vermemiz eleştirilebilir. Ancak, aşağıda görüleceği üzere Avrupa Birliği hukuku yaygın olarak klasik uluslararası hukuktan farklı bir alan olarak görülmektedir. Biz de sistematiğimizde bu genel kabule uyarak AB hukukunu ayrı olarak incelemeye karar verdik. Ancak, AB hukukunun niteliğini incelediğimiz aşağıdaki kısımda da görüleceği gibi, AB hukukunun uluslararası hukuktan farklı bir alan olduğu görüşüne katılmıyoruz.

1. AB Hukukunun Niteliği

Bu kısım kapsamında ilk olarak tespit edilmesi gereken husus AB hukukunun niteliğidir. Bu hukuk sistemine bir iç hukuk sistemi mi, uluslararası hukuk sistemi mi yoksa şahsına özgü üçüncü bir kategori olarak mı bakılması gerektiği AB hukukuna ilişkin konumuzla ilgili pek çok önemli sorunun çözümünde kilit rol oynayacaktır.

Çalışmamızın yukarıdaki bölümünde uluslararası hukuk ile iç hukuk ayırımına giderken düalistlerin bu hukuk sistemlerinin düzenledikleri konudan ve yapıcılarından yola çıktığını, Kelsen önderliğindeki normcu monist okulun ise konudan yola çıkararak bu iki sistemin ayrılamayacağını düşündüğünü görmüştük. Nitekim, uluslararası hukukun ve iç hukukun konusu bunların normları tarafından belirlenmekte olup, bu normlardan ziyade, bu iki sistemin konularını düzenleyen bir st norm bulunmadığından, bunların konularına göre birbirinden ayrılması mümkün olmamaktadır²⁵⁰. Dolayısıyla, bu iki sistemi birbirinden ayırmanın tek yolu hukukun yaratıcısına bakmaktır. Buna göre, uluslararası hukukun birden fazla devletin irade açıklaması veya örf – adet niteliğindeki davranışı tarafından yaratıldığı, iç hukukun ise tek bir devletin iradesiyle yaratıldığı ileri sürülebilir.

Bu bakış açısıyla AB hukukunun niteliği incelendiğinde, bu hukuk sisteminin de uluslararası hukuk kavramına dâhil olacağı görülecektir. Nitekim, AT Kurucu Antlaşmaları olarak adlandırılan ve AB'nin temellerini atarak, mevzubahis hukuk düzenini yaratan 1951 tarihli Avrupa Kömür ve elik Topluluğu Kurucu Antlaşması, 1957 tarihli Avrupa

250 Kelsen, **General Theory of Law and State**, a.g.e., s. 304 – 305.

Ekonomik Topluluğu Kurucu Antlaşması ile aynı tarihli Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu Kurucu Antlaşması ve son olarak AB'ni kuran 1992 tarihli Avrupa Birliği Antlaşması, her biri egemen farklı devletler arasında imzalanmıştır ve bu anlamda uluslararası hukuka tabidirler²⁵¹.

Avrupa Topluluğu'nu kuran antlaşmalar akdedildiği zaman üye devletler tarafından genel olarak benimsenen görüş de bu antlaşmaların birer uluslararası hukuk sözleşmesi olduğu ve dolayısıyla AB hukukunun yaratıcılarının ve AB'nin kurumlarını kontrol edenlerin egemen sözleşmeciler tarafından kabul edilmekteydi²⁵². Bununla birlikte, Avrupa Adalet Divanı Avrupa Ekonomik Topluluğu Kurucu Antlaşması'nın diğer uluslararası hukuk sözleşmeleri gibi değerlendirilmemesi gerektiğini, bu sözleşmenin yalnızca devletlerarası yükümlülükleri düzenlemektense, üye devletlerin kendi rızalarıyla egemenlik haklarını sınırladığı yeni bir hukuk düzeni yarattığını *Van Gend en Loos*²⁵³ davasında belirtmiştir²⁵⁴. Görüldüğü üzere, Avrupa Adalet Divanı AB hukukunu uluslararası hukuktan, konusu itibarıyla farklı olduğunu ve diğer uluslararası hukuk sözleşmeleri ile niteliksel bir fark gösterdiğini düşünmektedir. Daha sonra *Costa v ENEL* davasında AB hukukunun üstünlüğü ilkesini kabul edecek olan mahkeme, AB hukukunu uluslararası hukuktan ayırarak, uluslararası hukukun iç hukukta geçerli olabilmesi için öncelikle iç hukuka aktarılması veya iç hukuktaki bir düzenleme ile uluslararası hukuk normuna atıfta bulunulması gerektiği yönündeki iddiaları bertaraf etmek niyetindedir.

Peki, bu değerlendirmeyi yerinde olarak kabul etmek mümkün müdür? Bir başka deyişle, devletler arasında akdedilen bir sözleşmenin, devletler arasındaki yükümlülükleri düzenlemekten öte, yeni bir hukuk düzeni kurduğu, sözleşmeciler tarafından egemenliğini sınırlandırdığından bahisle diğer uluslararası sözleşmelerden ayrıldığı söylenebilir mi? Kanımızca, bir sözleşmenin uluslararası hukuk sözleşmesi olup olmadığını anlamak için içeriğini incelemek yetersizdir. Mahkemenin "yeni bir hukuk düzeninden" kastı zaten devletler ve devletlerin iradesi ile kurulan bir üçüncü kişi (AB) arasındaki yükümlülüklerden başka bir şey değildir. Benzer şekilde, Birleşmiş Milletler Antlaşması ile de yeni bir hukuk düzeni yaratılmıştır ve bu hukuk düzeni uluslararası hukuk kapsamında

251 AB Kurucu Antlaşmalarının uluslararası antlaşma niteliği için bkz. Hans Peter Ipsen, **Europäisches Gemeinschaftsrecht**, 1.b., J.C.B. Mohr, Tübingen, 1972, s. 79; Thomas von Danwitz, **Europäisches Verwaltungsrecht**, 1.b., Springer, Berlin, 2008, s. 163.

252 Damian Chalmers – Adam Tomkins, **European Union Public Law: Text and Materials**, 1.b., Cambridge University Press, Cambridge, 2007, s. 183-184.

253 *Vand Gend en Loos v Nederlandse Administratie der Belastingen* [1963] ECR 1.

254 Chalmers – Tomkins, a.g.e., s. 184.

değerlendirilmeye devam etmektedir. Bununla birlikte, AB üyesi olmakla birlikte devletlerin bazı konulardaki yasama yetkilerini devrettikleri ve dolayısıyla da benzerine pek rastlanmayan bir yükümlülük altına girdikleri doğrudur. Lakin, devletlerin üstlendiği yükümlülüğün içeriği ne olursa olsun, Kurucu Antlaşmalar tâbi oldukları hukukî rejim itibariyle değil, ancak içerikleri itibariyle diğer uluslararası hukuk sözleşmelerinden ayrılabilirler.

AB hukukunun iç hukuka üstün tutulması, AB organları tarafından alınan kararların ve ihdas edilen işlemlerin devletlerin dışında bireyleri ve tüzel kişileri de bağlayabilmesi ve AB hukuku ile ilgili uyuşmazlıkların çözümü için zorunlu yargı yetkisine sahip bir mahkeme bulunması gibi nedenlerin AB hukukunu uluslararası hukuktan ayırdığı ve onu uluslararası bir yapıya kavuşturduğu düşünülmektedir²⁵⁵. Ancak, bütün bu sonuçlar, aynı uluslararası hukuk sözleşmelerinde söz konusu olduğu gibi, birden fazla devletin bir araya gelerek bu konulardaki iradelerini birbiriyle uyuşur şekilde açıklamasından dolayı ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla, aynı sonuçların BM örgütü açısından da öngörülmesine hukuk teorisi açısından hiçbir engel bulunmamaktadır. Kaldı ki, her uluslararası hukuk sözleşmesi için olduğu gibi bir devletin Kurucu Antlaşmalardan çekilmesi mümkündür. Kısacası, AB hukuk düzenini kuran antlaşmaların da temelinde, diğer uluslararası hukuk sözleşmelerinde olduğu gibi devletlerin iradesi yatmaktadır. Polonya Anayasa Mahkemesi de anayasal düzeni ile AB hukukunun ilişkisi hakkında verdiği 11 Mayıs 2005 tarihli kararında Polonya'nın AB'ne üye olmasını sağlayan Katılım Antlaşmasının diğer uluslararası hukuk sözleşmelerinden farklılık arz eden bir unsur olmadığını ve AB hukukunun "uluslararası" niteliğinin ne birincil mevzuatta ne de ikincil mevzuatta kararlaştırılmadığını belirtmektedir²⁵⁶.

Yukarıdaki tartışmalardan yola çıkarak AB hukukunun da uluslararası hukuk kapsamına girdiği ve yukarıda uluslararası hukuk – iç hukuk açısından değindiğimiz genel tartışmaların, AB hukuku açısından da yapılabileceğini söyleyebiliriz²⁵⁷. Dolayısıyla, yukarıda bir uluslararası hukuk normunun iç hukukta geçerli olabilmesi ve uygulanabilmesi için iç hukuk düzeni tarafından kendisine atıfta bulunulması veya bir

255 Pazarıcı, a.g.e., s. 11.

256 Polonya Anayasa Mahkemesinin 11 Mayıs 2005 tarihli ve K18/04 Nolu kararı. Kararın ilgili kısımlarının İngilizce çevirisi için bkz. Chalmers – Tomkins, a.g.e., s. 199, 200, 201.

257 Bu sonucun mümkün ve özellikle ulusal hukuk sistemleri açısından uygun olacağı, ancak AB'nin hedeflerine ulaşması açısından yetersiz kalacağı belirtilmektedir (Aalt-Willem Heringa - Philipp Kiiver, "Constitutions Compared: Origins and Main Features", http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1461411, s. 18. Erişim Tarihi: 2 Nisan 2015.

aktarma işleminin gerçekleşmiş olması gerekeceği belirtilmelidir. Aşağıda inceleneceği üzere bu gereklilik AB hukuku açısından pek sorun yaratmayacaktır, nitekim AB üyesi devletler bir şekilde AB hukuku normlarını iç hukukuna aktarmış bulunmaktadır. Ancak, AB hukukunun üstünlüğü konusuna gelindiğinde, uluslararası hukuk normları açısından aradığımız bu şartın, AB hukukunun yorumunda farklı bir bakış açısı sunacağını göreceğiz.

2. AB Hukukunun Kaynakları

AB hukukunun kaynakları genel olarak birincil ve ikincil hukuk olarak ikiye ayrılmaktadır. Birincil hukuk ("*primary legislation*") genel olarak Kurucu Antlaşmalardan, bunların eklerinden ve bunları tadil eden antlaşmalardan oluşmaktadır. Bunlar AB hukuk düzeninin ilk elden kaynakları durumundadır. Öte yandan, AB'nin genel bir kural koyma yetkisi bulunmamakta, ancak Kurucu Antlaşmalarda belirtilen konularda düzenleme yapabilmektedir²⁵⁸. İşte, AB organları belirli konularda düzenleme yapma yetkisini Kurucu Antlaşmalardan aldığı için, bu yetkiye dayanarak ihdas ettiği normlara ikincil hukuk ("*secondary legislation*") ismi verilmektedir. Avrupa Birliğinin İşleyişine İlişkin Andlaşmanın 288. maddesinde ikincil hukuk kaynakları tüzük ("*regulation*"), yönerge ("*directive*"), karar ("*decision*"), tavsiye ("*recommendation*") ve görüş ("*opinion*") olarak belirtilmiştir.

Aşağıda bu kaynaklar ayrı ayrı incelenecek, bunlar arasında veya bunların kendi arasında hiyerarşik bir ilişki olup olmadığı tartışılacaktır. Hiyerarşi hususu önem arz etmektedir. Nitekim, bu normların arasında bir hiyerarşi mevcutsa, ulusal hukuk düzenlerine etkileri konuşulurken de bir hiyerarşiden bahsetmek gerekecektir. Çalışmanın maksadını aşmamak için bu normlar bütün hukukî yönleriyle ele alınmayacak, ana hatlarıyla incelenerek, yalnızca çalışmamızın konusuna temas eden tartışmalar gerçekleştirilmeye çalışılacaktır.

AB hukukunun kaynaklarını incelemeye geçmeden önce değinmemiz gereken bir husus AB normlarının doğrudan uygulanabilirliği ve doğrudan etkililiğidir. Nitekim, aşağıda inceleyeceğimiz normlar ve bu normların ulusal hukuk düzenlerinde uygulanabilirliği açısından bu konuların önemi büyüktür.

258 Chalmers – Tomkins, a.g.e., s. 131.

a. Doğrudan uygulanabilirlik ve doğrudan etkililik kavramları

Bu kısımda doğrudan uygulanabilirlik ve doğrudan etkililik kavramlarının ne anlama geldiği sorunu ele alacağız. ABAD kararlarına bakıldığında doğrudan uygulanabilirlik ve doğrudan etki kavramlarının birbiri yerine kullanıldığına şahit olunmaktadır²⁵⁹. Doktrinde ise bu kavramları ayırarak inceleyenler olduğu gibi, Divan içtihadını takip ederek herhangi bir ayırım yapmayanlar da mevcuttur²⁶⁰. Doğrudan uygulanabilirliği "*Ulusal otoritelerin müdahalesi ve yardımı olmadan, doğrudan Birlik hükümlerine dayanarak haklar elde*"²⁶¹ edilmesi ve ayrıca yükümlülük konulması olarak algılayan Bozkurt-Özcan-Köktaş'a göre, doğrudan etki doğrudan uygulanabilirliğe bağlı olarak ortaya çıkan bir sonuçtan ibarettir²⁶². Bu bağlamda, doğrudan etki, bir AB hukuku normunun ulusal mahkemeler nezdinde bireyler tarafından ileri sürülebilmesini ifade ederken²⁶³, doğrudan uygulanabilirlik AB hukuku normlarının bir iç hukuk normuna ihtiyaç duyulmadan o ülkenin iç hukukunun bir parçası haline gelmesini ve AB organlarınınca ihdas edildiği anda iç hukukta başkaca bir işleme gerek olmadan uygulanabilmesini ifade etmektedir²⁶⁴. Bozkurt-Özcan-Köktaş'a göre, doğrudan uygulanabilir olmayan bir AB hukuku normunun doğrudan etki yaratması mümkün değilken, doğrudan uygulanabilir olan her norm da doğrudan etki yaratmaz²⁶⁵. Bu etkinin ortaya çıkması için ABAD içtihadı ile benimsenen açıklık, kesinlik, şartsızlık ve uygulanabilmek için başka bir işleme gerek olmama²⁶⁶ gibi birtakım kriterlerin sağlanmış olması gerekir.

Bu iki kavram arasında bir ayrıma gidilip gidilmemesinin çalışmamız açısından önemi şudur: Kurucu Antlaşmalarda doğrudan uygulanabilirliğin yalnızca tüzüklere tanındığı görülmektedir. Bu durum karşısında tüzüklerden başka bir normun doğrudan uygulanabilir olduğunu ileri sürmek, ki Divan içtihadı bu yöndedir, kanımızca mümkün olmayacaktır. Divan içtihadına aşağıda tekrar değineceğiz. Dolayısıyla, eğer doğrudan

259 İlke Göçmen, **Avrupa Birliği Hukukunda Direktiflerin Bireyler Arasındaki İlişkilere Etkileri**, 1.b., Yetkin, Ankara, 2008, s. 50.

260 Herhangi bir ayırım yer vermeyen yazarları örneklendirmesi için bkz. Hacı Can, **Avrupa Birliği Hukuku**, 2.b., Sürat, İstanbul, 2013, s. 166.

261 Enver Bozkurt - Mehmet Özcan - Arif Köktaş, **Avrupa Birliği Hukuku**, 6.b., Yetkin, Ankara, 2012, s. 203.

262 Bozkurt - Özcan - Köktaş, a.g.e., s. 204.

263 Paul Craig - Gráinne de Búrca, **EU Law: Text, Cases and Materials**, 4.b., Oxford University Press, Oxford, 2008, s. 268.

264 Işıl Özkan, **Avrupa Birliği Kamu Hukuku**, 1.b., Seçkin, Ankara, 2011, s. 98.

265 Bozkurt - Özcan - Köktaş, a.g.e., s. 205.

266 Göçmen, a.g.e., s. 102.

uygulanabilirlik ile doğrudan etkililik aynı kavramlarsa, tüzüklerden başka bir normun kişiler açısından ulusal mahkemeler nezdinde korunabilecek haklar yaratması mümkün görünmemektedir. Öte yandan, bu kavramların farklı kavramlar olduğu ve yukarıdaki anlamı taşıdıkları düşünülürse, belki doğrudan uygulanabilir olmayan bir normun doğrudan etki doğuracağı gösterilebilir. Ancak, bu durumda da iç hukuka aktarılmamış, iç hukuk normlar hiyerarşisine dâhil olmayan bir normun, mahkemeye bu normu uygulamasını söyleyen pozitif bir hükmün yokluğu da göz önünde bulundurulursa, nasıl olup da ulusal bir mahkeme tarafından uygulanabileceği sorusu gündeme gelmektedir. Doğrudan uygulanabilirlik ve doğrudan etkililik hakkındaki diğer tartışmaları aşağıda birincil ve ikincil mevzuat türlerini incelerken yapacağız.

b. Birincil mevzuat

Birincil mevzuatın ilk ayağını Avrupa Topluluğunu ve Avrupa Birliğini kuran antlaşmalar oluşturmaktadır²⁶⁷. Bu antlaşmalar Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşma, Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğunu Kuran Antlaşma ve Avrupa Atom Enerjisi Topluluğunu Kuran Antlaşmalar²⁶⁸ ile AB'ni kuran Avrupa Birliği Antlaşmasıdır²⁶⁹. Bunlardan Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğunu Kuran Antlaşma belirlenen 50 yıllık sürenin dolması sebebiyle günümüzde yürürlükten kalkmıştır²⁷⁰.

Kurucu Antlaşma metinleri dışında bu antlaşmaları tadil eden antlaşmalar da birincil mevzuat olarak değerlendirilmektedir. Bu antlaşmalar arasında 2000 yılında imzalanan Nice Antlaşması ve 1997 yılında imzalanan Amsterdam Antlaşması örnek olarak gösterilebilir²⁷¹.

Kurucu Antlaşmalar ve onları tadil eden diğer antlaşmaların yanında Sözleşmeler Hukuku Hakkında Viyana Sözleşmesinin 2. maddesinin 2. fıkrasını yansıtan Avrupa Birliği Antlaşmasının 51. maddesi uyarınca bu antlaşmaların ekleri ve protokolleri de birincil mevzuat hükmünde olacaktır²⁷². Bununla beraber, antlaşmalara eklenen beyanların ("*declarations*") bir bağlayıcılığı olmayacak ve bunlar birincil mevzuat kapsamına dâhil

267 Alina Kacorowksa, **European Union Law**, 2.b., Taylor & Francis, Oxon, 2011, s. 200.

268 Walter Cairns, **Introduction to European Law**, 2.b., Cavendish, Londra, 2002, s. 72.

269 John Fairhurst, **Law of the European Union**, 8.b., Pearson, Essex, 2010, s. 57. Avrupa Birliği Antlaşması hem kurucu antlaşmalardan hem de tadil eden antlaşmalardan sayılabilir. Nitekim bu antlaşma AB'ni kurarken, Kurucu Antlaşmaları da tadil etmiştir. Bkz. Karen Davies, **Understanding European Union**, 2.b., Cavendish, Londra, 2003, s. 36.

270 Cairns, a.g.e., s. 73.

271 Davies, a.g.e., s. 36.

272 Kacorowksa, a.g.e., s. 201.

edilmeyecektir.²⁷³.

Birincil mevzuat hükümlerinin en önemli özelliği doğrudan etki yaratabilmeleridir. Bu konuya yukarıda genel hatlarıyla değinmiştik. Burada konuyu biraz daha detaylı şekilde ve birincil mevzuat açısından ele alacağız. Her ne kadar Avrupa Adalet Divanı tarafından bu kavramlar eş anlamlı olarak kullanılmışsa da doğrudan etki yaratmanın ulusal mahkemeler nezdinde ileri sürülebilme ile ve doğrudan uygulanmanın ise üye devlet iç hukuk sistemlerine aktaran yahut atıfta bulunan bir norma gereksinim olmaksızın dahil olma ile ilgili olduğu fikri kanımızca doğrudur.²⁷⁴ Bir başka deyişle, doğrudan iç hukuk sisteminin bir parçası haline gelme ile ulusal mahkemelerde bireysel hak yaratabilme özellikleri birbirinden ayrılmalıdır. Zaten doğrudan etki kavramı "*Bir vatandaşın kendi ulusal mahkemeleri nezdinde bir Topluluk hukuku hükmüne dayanmasını sağlayan mekanizma...*"²⁷⁵ şeklinde tanımlanmaktadır. Bu noktada, doğrudan uygulanabilir olmayan bir normun iç hukuka aktarılmadan doğrudan etki yaratıp yaratamayacağı sorusu akla gelmektedir. Kanımızca, ulusal mahkemeler iç hukuktaki bir anayasa veya kanun hükmü aksini belirtmedikçe, iç hukukun parçası haline gelmemiş olan bir norma dayanarak karar veremezler. Bu mahkemeler anayasal olarak iç hukuku uygulamak ve denetlemekle görevlendirilmişlerdir. Dolayısıyla, her doğrudan uygulanabilir norm kişilere hak sağlamayacağı ve iç hukukun parçası haline gelmemiş bir norm da ulusal mahkemeler tarafından dikkate alınamayacağı için, ulusal mahkemeler önünde ileri sürülecek bir Birlik hukuku normunun öncelikle doğrudan uygulanabilir olması ya da bir şekilde üye devlet iç hukukuna aktarılmış olması icap etmektedir. Doğrudan uygulanabilir olmayan bir normun, iç hukuka aktarıldıktan sonra etki yaratabilmesini doğrudan etki olarak tanımlamak ise anlamsızdır. Nitekim, burada artık doğrudanlıktan bahsetmek mümkün olmamaktadır. Dolayısıyla, doğrudan etki için doğrudan uygulanabilirliğin, yani başkaca bir işleme gerek kalmaksızın iç hukukun parçası haline gelebilme yetisinin bir normda mevcut olması gerektiği kanaatindeyiz.

Birincil mevzuatın doğrudan etki yaratabileceğine dair bir hüküm Kurucu Antlaşmaların metninde mevcut değildir.²⁷⁶ Birincil mevzuat hükümlerinin, gereken şartları taşımaları halinde doğrudan etki yaratabileceği Adalet Divanı içtihatları ile

273 a.y.

274 Sionaidh Douglas-Scott, **Constitutional Law of the European Union**, 1.b., Pearson, Essex, 2002, s. 288.

275 Cairns, a.g.e., s. 99.

276 a.y.

belirlenmiştir. *Van Gend en Loos* kararı ile Adalet Divanı, AB hukuk düzeninin diğer uluslararası hukuk antlaşmaları ile aratılan düzenlerden farklılık arz ettiğini, AB hukukunun yalnızca devletler arasındaki yükümlülükleri düzenlemekten ziyade, kişilere hitap etmek ve onlara haklar bahşetmek gayesinde olduğunu ve dolayısıyla belirli koşullarda Kurucu Antlaşma hükümlerinin doğrudan etki yaratabileceğine hükmetmiştir²⁷⁷. Divanın doğrudan etki yaratacak olan normlarda aradığı ilk şart etkiyi doğuracak olan kuralın açık olmasıdır²⁷⁸. Yani kuralın kapsamı, içeriği ve hukukî sonucuna ilişkin bir şüphe bulunmamalıdır. İkinci olarak kuralın uygulanmasının ulusal bir makam veya Birlik organlarının takdirine bırakılmamış olması gerekmektedir²⁷⁹. Son olarak ise söz konusu hükmün uygulanmasının ulusal makam veya Birlik organlarıncı ihdas edilecek ek bir işlemle gerçekleştirileceği hususunda şüpheye yer olmaması gerekmektedir²⁸⁰. Bir başka deyişle, ilgili hükmün uygulanması için üye devletler veya Birlik organlarından harekete geçmesi beklenmelidir. Aşağıda görüleceği gibi, doğrudan etki yalnızca birincil mevzuat hükümleri için değil, Divanın ortaya koyduğu şartları sağlayan bütün bağlayıcı AB mevzuatı için geçerlidir.

Birincil mevzuat hükümleri doğrudan uygulanabilir nitelikte değildir. AB hukukunda bu etki yalnızca ikincil mevzuat türlerinden tüzüklere, Kurucu Antlaşmalar yoluyla sağlanmıştır. Dolayısıyla, birincil mevzuat hükümlerinin üye devletlerin iç hukukunda hüküm ifade edebilmesi için bunlara ilişkin bir aktarma veya atıf işleminin gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Ancak, birincil mevzuat zaten üye devletler tarafından iç hukuka aktarıldığı, hukuk sistemlerinin bir parçası haline geldiği için, birincil mevzuat hükümlerinin ulusal mahkemeler nezdinde ileri sürülebileceğini düşünebiliriz. Lâkin, yukarıda ifade edildiği gibi, bu durumda doğrudan etkiden söz etmek manasız kalmaktadır, nitekim ortada "doğrudan" bir etki değil iç hukuka aktarma aracılığıyla gerçekleştirilen "dolaylı" bir etki bulunmaktadır.

c. ABAD kararları

Avrupa Birliği Adalet Divanının kararları kendisini bağlamamaktadır²⁸¹. İngiliz hukukunda olduğu gibi *stare decisis* ilkesinin geçerli olduğu hukuk sistemlerinde içtihadın

277 Douglas-Scott, a.g.e., s. 283.

278 Cairns, a.g.e., s. 100.

279 a.y.

280 Cairns, a.g.e., s. 101.

281 Cairns, a.g.e., s. 81.

normlar hiyerarşisinde yer aldığı konusunda tartışma bulunmazken, bu ilkenin geçerli olmadığı sistemlerde mahkemeleri bağlamayan içtihatların normlar hiyerarşisinde yer almayacağı düşünülmektedir²⁸². Kanımızca bu durumun tek sebebi, bu tür kararların norm sayılmaması olabilir. Mahkeme kararlarının normlar hiyerarşisindeki yerini inceleyeceğimiz sonraki bölümde biz, mahkeme kararlarının kararı veren mahkeme açısından bağlayıcı olmasa dahi birer norm teşkil ettiği ve dolayısıyla normlar hiyerarşisinde yer alacağı sonucuna vardık. Bu tartışma ile ilgili olarak ilgili bölüme bakılmalıdır.

Dolayısıyla, kanımızca Avrupa Birliği Adalet Divanı kararları AB hukuku kaynakları arasında yer almaktadır ve normlar hiyerarşisinde belli bir yere yerleştirilmeleri gerekmektedir²⁸³. Bu bölümdeki amacımız Avrupa Birliği Adalet Divanını detaylı bir şekilde incelemek olmadığından, genel birtakım bilgiler vermekle yetinecek ve birincil mevzuat ile ikincil mevzuat karşısında nasıl bir hiyerarşik yere sahip olduğunu anlamaya çalışacağız.

Avrupa Birliği Adalet Divanı birincil mevzuat tarafından kurulmuş, prosedürü ve uygulayacağı hukuk birincil mevzuat tarafından ortaya konmuştur. Dolayısıyla, Avrupa Birliği Adalet Divanı içtihadının birincil mevzuata aykırı olması mümkün değildir. Hem kararlarını hangi usulle vereceğini düzenleyen hem de uygulanacak hukuku temin eden birincil mevzuat, Avrupa Birliği Adalet Divanı içtihadına göre üst norm konumunda bulunacaktır. Dolayısıyla, Divan kararlarının AB hukuku normlar hiyerarşisinde birincil mevzuatın altında yer alacağını söyleyebiliriz. Avrupa Birliğinin İşleyişine İlişkin Antlaşmanın

Avrupa Birliğinin İşleyişine İlişkin Antlaşmaya ek 3 Nolu Protokol, Avrupa Birliği Adalet Divanının statüsünü düzenlemektedir²⁸⁴. Bu protokolün 51. maddesi ise Avrupa Birliğinin İşleyişine İlişkin Antlaşmanın 263. maddesine atıfta bulunarak, Divanın AB organları tarafından ihdas edilen normların hukuka uygunluğunu denetleyeceğini belirtmiş ve bazı normları bu denetimin dışında tutmuştur. Kısacası, Divanın bir AB organının işlemini, yani ikincil mevzuatı içtihadıyla geçersiz kılma olanağı bulunmaktadır. Böylelikle normlar hiyerarşisinde Avrupa Birliği Adalet Divanı içtihadının ikincil mevzuatın üzerinde

282 Kemal Gözler, **Hukuka Giriş**, a.g.e., s. 191.

283 Aynı yönde bkz. Cairns, a.g.e., s. 80-81; Kaczorowska, a.g.e., s. 229; Davies, a.g.e., s. 43-44; Fairhurst, a.g.e., s. 68-69.

284 Protokolün İngilizce metni için bkz. http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2008-09/statut_2008-09-25_17-29-58_783.pdf, 3.01.2015.

yer alacağı sonucuna ulaşılmaktadır²⁸⁵.

d. İkincil mevzuat

İkincil hukuk kaynakları birincil hukuk tarafından AB organlarına tanınan yetki doğrultusunda AB organları tarafından ihdas edilen normları ifade etmektedir. Avrupa Birliğinin İşleyişine İlişkin Antlaşmanın 288. maddesinde tüzük, yönerge, karar, tavsiye ve görüş olarak beş farklı türü belirtilen ikincil mevzuatı düzenleyen bu maddenin tahdidî olmadığı düşünülmekte olup²⁸⁶ bu sorun aşağıda ayrıca ele alınacaktır. Öncelikle birincil mevzuat ile ikincil mevzuat arasında hiyerarşik bir ilişki bulunup bulunmadığını değerlendirmeliyiz.

(1) Birincil mevzuat ve ikincil mevzuat arasındaki hiyerarşi

Bu soruya kolaylıkla olumlu yanıt verilebilir. Nitekim, ikincil mevzuatın varlık sebebi birincil mevzuattır. İkincil mevzuatı çıkarmaya yetkili organlar, bunların hangi usulle ve hangi konularda norm ihdas edebileceği doğrudan birincil mevzuat tarafından düzenlenmektedir²⁸⁷. Dolayısıyla, birincil mevzuat AB hukuku normlar hiyerarşisinde en üst mertebededir. İkincil mevzuat normlar hiyerarşisinde daha alt bir kademede yer aldığına göre, yapılış usulü ve içerik anlamında birincil mevzuat hükümlerine uygun olmak zorundadır.

Bu tespit, birincil mevzuatın ve ikincil mevzuatın iç hukuk normlar hiyerarşisindeki yerini belirlerken önem arz edecektir. Bu kapsamda yapılan değerlendirmeler ışığında incelemeye konu AB üyesi devletlerin hukuk düzenlerini ayrıca inceledikten sonra ikincil mevzuatı normlar hiyerarşisinde birincil mevzuatın altına yerleştirmek durumundayız. Birincil mevzuat, AB hukukundaki en üstün norm olarak Avrupa Birliği Adalet Divanı kararları ve ikincil mevzuatın üzerinde yer alacaktır²⁸⁸.

Bu kısa tespitten sonra ikincil mevzuat türlerinin tahdidî olarak sayılıp sayılmadığı hususunu inceleyeceğiz.

285 Niçin bu sonuca ulaştığımız sonraki bölümde anlaşılacaktır.

286 Jürgen Bast, "Legal Instruments", **Principles of European Constitutional Law**, ed. Armin von Bogdandy – Jürgen Bast, 1.b., Hart, Portland, 2006. s. 374-376.

287 Kamuran Reçber, **Avrupa Birliği Hukuku ve Temel Metinleri**, 1.b., Dora, Bursa, 2012, s. 145; Danwitz, a.g.e., s. 201-202.

288 Kaczorowska, a.g.e., s. 204-205.

(2) İkincil mevzuat türlerinin tahdidiliği

Avrupa Birliğinin İşleyişine İlişkin Antlaşmanın 288. maddesinin genel olarak ikincil mevzuatı düzenlediğini belirtmiştik. Bu maddede beş adet ikincil mevzuat türüne yer verilmiş olması sayılanların dışında bir ikincil mevzuat türünün olup olmadığı hususunu tartışmalı hale getirmiştir. Kurucu Antlaşmalar bu konuda sessiz kalmakta, başka ikincil mevzuat türlerinin mümkün olduğu yönünde bir hüküm barındırmazken, bunları yasaklamamaktadır da.

Bu konuda doktrindeki yaygın görüş sayılan mevzuat türlerinin tahdidî olmadığı ve AB organlarının katalog dışı ikincil mevzuat ihdas etmesinin mümkün olduğu yönündedir²⁸⁹. Bu görüşteki yazarlar, amaçsal yorumdan ve Kurucu Antlaşmalara ilişkin hazırlık çalışmalarından yola çıkarak bu sonuca varmaktadırlar²⁹⁰. Ancak, AB organlarının tamamen Kurucu Antlaşmaların metninden bağımsız olarak yeni tür ikincil mevzuat yaratabileceği noktasında bu görüşe karşı çıkılabilir. Avrupa Birliği Antlaşmasının 4. maddesinin 1. fıkrasında "Antlaşmalarda Birliğe verilmemiş yetkiler, 5. madde uyarınca üye devletlere aittir." denilmektedir. Birliğin genel anlamda hukuk yapma yetkisinin olmadığı da göz önüne alınırsa²⁹¹, Birlik ve organlarının yetkilerine ilişkin hükümlerin istisna niteliğinde olduğu görülecektir. Aslolan Birliğin yetkisizliği ise Birlik organlarının yetkilerine ilişkin hükümlerin dar yorumlanması ve açıkça yetkilendirilmediği hallerde yetkisiz olması gerektiği kabul edilebilir. Dolayısıyla, antlaşma metninde tereddüt olan durumlarda yetkisizlik lehine yorum yapılarak AB organlarının Kurucu Antlaşmaların metninde sayılanlar dışında ikincil mevzuat çıkaramayacağı iddia edilebilir. Ancak, kanımızca bu argüman da çok kuvvetli olmayacaktır. Nitekim, AB'nin yetkili olduğu durumların istisna olması üye devletler nezdinde ve düzenleme konusu itibariyle geçerlidir. Bu yetkinin kullanılmasına yarayan araçların, yani ikincil mevzuat türlerinin de dar yorumlanması gerektiği yönündeki iddia geçerliliğini yitirmektedir.

Aslında, ikincil mevzuat türlerinin tahdidî olup olmaması uygulamada çok büyük bir fark yaratmamaktadır. Nitekim, Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşmanın 288. maddesi, ikincil mevzuat türlerini sayarken aslında yalnızca bir ikincil mevzuat hükmü ile yaratılacak olan hukukî etkiyi düzenlemiştir²⁹². Buna göre, yalnızca tüzükler doğrudan

289 Bast, "Legal Instruments", a.g.e., s. 375.

290 a.y.

291 Chalmers – Tomkins, a.g.e., s. 131.

292 Bast, "Legal Instruments", a.g.e., s. 376.

uygulanabilirliği haiz olacak ve bütünüyle bağlayıcı olacak, yönergeler bağlayıcılık arz ederken doğrudan uygulanabilirlikten mahrum kalacak, kararlar yalnızca muhataplarını bağlarken, görüş ve tavsiyelerin bağlayıcı olmayacaktır. Organların hangi konulara ilişkin olarak hangi ikincil mevzuat türünü kullanacağı konusunda bir sınırlama bulunmamakta, uygun türün seçilmesi konusunda AB organlarına çok geniş bir takdir yetkisi tanınmaktadır²⁹³. Dolayısıyla, AB organlarının başka bir isim altında ikincil mevzuat çıkarması durumunda da 288. maddede sayılan hukukî etkilerle bağlı kalacağı düşünülürse, mevzubahis yeni bir tür ikincil mevzuat yaratma işlemi basit bir isim değişikliğinden ibaret kalacaktır.

AB hukuku normlarının incelemeye konu ülkelerin normlar hiyerarşisindeki yerini incelerken biz, bağlayıcılık arz eden tüzük, yönerge ve kararları ele alacağız. Netice itibariyle, başka bir isim altında bir AB hukuku normu ihdas edilse dahi yukarıda sayılan normlara bağlanan hukukî sonuçlara sahip olması gerekecek ve normlar hiyerarşisinde de hukukî sonucuna göre bir yer alacaktır. Tavsiye ve görüşlere ise hukuk normu nitelikleri taşımadıkları kanaatinde olduğumuz için normlar hiyerarşisinde yer vermeyeceğiz. Bu konuda aşağıda ilgili kısımdaki tartışmaya bakılabilir.

(3) Tüzükler (“Regulations”)

Tüzükler AB hukukunun uygulamadaki yeknesaklığını sağlamak için en sık başvuru olan ikincil mevzuat türüdür ve genel uygulamaya sahip olmaları ile üye devletlerin iç hukukuna aktarılmasına gerek olmaksızın doğrudan uygulanabilirliği bu açıdan büyük önem arz etmektedir²⁹⁴. Ayrıca, Avrupa Adalet Divanı kararlarına göre üye devletlerin tüzüklerin içeriğini değiştirecek düzenlemeler yapmasının mümkün olmamasının²⁹⁵ da bu normun yeknesaklaştırıcı etkisini arttırdığı söylenebilir. Tüzüklerin Resmî Gazete’de yayınlanması zorunludur²⁹⁶ ve yürürlüğe yayınlandıktan yirmi gün sonra veya tüzükte belirtilen başka bir tarihte girerler²⁹⁷.

Bununla beraber, tüzüklerin "genel uygulama" gücüne sahip olması hukukî bir zorunluluk olarak görülmemekte, genel nitelik arz etmeyen tüzüklerin de geçerli olduğu

293 a.y.

294 Chalmers – Tomkins, a.g.e., s. 133; Danwitz, a.g.e., s. 177.

295 Bast, "Legal Instruments", a.g.e., s. 351.

296 Bast, "Legal Instruments", a.g.e., s. 383.

297 Chalmers – Tomkins, a.g.e., s. 133.

kabul edilmektedir²⁹⁸.

Yukarıda uluslararası hukuk normlarının iç hukuktaki yerini tartışırken, uluslararası hukukun iç hukukta hüküm ifade edebilmesi için iç hukukta bir atıf veya aktarma işleminin yapılması gerektiğini belirtmiştik²⁹⁹. Tüzüklerin varlığı ilk bakışta bu düşüncemizi yanlışlar nitelikte görünebilir. Netice itibariyle, uluslararası hukuk alanında ortaya çıkan bir norm, spesifik bir aktarma veya atıf işlemine gerek olmaksızın geçerli ve uygulanabilir olacaktır. Ancak, bu konuda değerlendirme yapılırken AB Kurucu Antlaşmaları metninin halihazırda üye devlet iç hukuklarına aktarılmış olduğu unutulmamalıdır. Avrupa Birliğinin İşleyişine İlişkin Antlaşmanın 288. maddesinin de iç hukuka aktarılmış olduğu düşünüldüğünde tüzüklerin iç hukuktaki geçerlilik kaynağının mevcut olduğunu görmüş oluruz. Bir uluslararası örgütün bütün kararlarının başkaca bir işleme gerek olmaksızın iç hukukta uygulanabilir olduğuna dair bir kanun çıkarılmasına engel bir durum bulunmadığı gibi (anayasada yer alabilecek olan aksi bir hüküm hariç olmak üzere), aynı şartlarda AB organları tarafından ileri bir tarihte çıkarılacak tüzüklere de aynı statünün tanınması mümkündür.

(4) Yönergeler (“Directives”)

Avrupa Birliğinin İşleyişine İlişkin Antlaşmanın 288. maddesine göre yönergeler üye devletler tarafından belirli bir süre içinde ulaştırılması gereken hedefler belirlerler ve bu hedeflere nasıl ulaşılabileceğini üye devletin hukuk düzenine bırakırlar³⁰⁰. Bir başka deyişle, ulaştırılması öngörülen amaç açısından yönergeler yöneldikleri üye devletleri bağlar, ancak tüzükler gibi üye devlet hukuk sistemlerinde doğrudan uygulama bulmazlar³⁰¹. Bu durum, dolaylı etki ilkesi ile açıklanmaktadır, yani yönergelerin iç hukukta etki yaratması için üye devletlerin öncelikle yönergenin hedeflerini esas alan bir iç hukuk işlemi yapması gereklidir³⁰².

Birincil mevzuatı incelediğimiz yukarıdaki kısımda doğrudan etki ile doğrudan

298 Bast, "Legal Instruments", a.g.e., s. 351-352.

299 Tekrar hatırlatalım ki burada bahsettiğimiz "gereklilik" çok katı şekilde algılanmamalıdır. Hem monist hem de düalist teorinin belli eksiklikleri bulunması, konunun niteliği itibariyle doğaldır. Ancak, çalışmamızda uluslararası hukuk normlarının iç hukuk normları hiyerarşisindeki yeri ve bu normların idarenin düzenleyici işlemleri ile hiyerarşik ilişkisini inceleyebilmek için bu konuda bir varsayımda bulunmak durumunda kaldık. Seçtiğimiz varsayım tamamen temelsiz olmayıp, mevcut seçenekler açısından bize en anlamlı gelen yoldur.

300 Chalmers – Tomkins, a.g.e., s. 133; Reçber, a.g.e., s. 119.

301 Danwitz, a.g.e., s. 180.

302 Bast, "Legal Instruments", a.g.e., s. 355-356.

uygulanabilirlik arasındaki farkı belirtmiştik. Buna göre, doğrudan etki, AB hukuku mevzuatının bireyler açısından hak yaratabilme yetisi iken, doğrudan uygulanabilirlik aracı bir işlem olmaksızın üye devlet hukuk sistemlerinin bir parçası olmayı ifade etmektedir³⁰³. Her ne kadar yönergeler esas itibariyle doğrudan etki yaratamasalar da Avrupa Adalet Divanının çok tartışmalı kararları belli şartlar altında yönergelerin de doğrudan etki yaratabileceğine hükmetmektedir³⁰⁴. Bu içtihadın açıkça Avrupa Birliğinin İşleyişine İlişkin Antlaşmanın 288. maddesinin lafzına aykırı olduğu, yönergelerin de doğrudan etki yaratabileceği kabul edilirse yönerge ve tüzük arasında bir fark kalmayacağı iddia edilmiştir³⁰⁵. Burada hemen belirtelim ki Avrupa Adalet Divanı "doğrudan uygulanabilir" ve "doğrudan etki yaratabilir" kavramlarını birbiri ile aynı anlamda kullanmaktadır³⁰⁶. Bu kavramlar arasındaki fark kabul edilse dahi, doğrudan etki yaratacağı düşünülen normun öncelikli olarak doğrudan uygulanabilir olması gerektiği kanısındayız. Nitekim, üye devletlerin iç hukukunda uygulama bulmayan, bu hukukun parçası olmamış bir normun vatandaşlar açısından nasıl olup da hak yaratacağı hususu belirsizdir. Madde metninden yönergelerin üye devletler açısından bağlayıcı olacağı anlaşılmaktadır. Buna rağmen Avrupa Adalet Divanı şu üç argüman temelinde yönergelerin doğrudan etki yaratabileceğine karar vermiştir³⁰⁷: 1) 288. maddenin 3. fıkrası tarafından yönelere bağlayıcılık tanınmış olması onların doğrudan etki yaratabilmesini gerektirmektedir. 2) Yönelere doğrudan etki gücü tanınmadıkça, normun olumlu anlamda etki doğurması ve bireylerin ulusal mahkemeler nezdinde bu normlara dayanarak hak iddia etmesi engellenmiş olacaktır. 3) Ulusal mahkemelerin AB hukukuna ilişkin soruları Avrupa Birliği Adalet Divanına gönderebilmesini sağlayan Avrupa Birliğinin İşleyişine İlişkin Antlaşmanın 267. maddesine dayanarak, dolaylı olarak bu normların bireyler tarafından ileri sürülebileceği ve bunların doğrudan etki yaratabileceği ileri sürülmüştür.

Mahkemenin argümanlarının geçerli olduğu söylenemez. Her şeyden önce yönergelerin bağlayıcılığı ile doğrudan etki yaratabilmeleri farklı konulardır. Yönergeler AB tarafından üye devletleri muhatap alarak çıkarılan ve üye devletleri yönergede belirtilen amaçlara ulaşılması anlamında bağlayan normlardır. Bu normlar, ulaşılması istenilen amaca ilişkin bir yöntem belirlenir dahi, üye devlet istenilen amaca ulaştığı

303 Douglas-Scott, a.g.e., s. 288.

304 a.y.

305 Douglas-Scott, a.g.e., s. 289.

306 Göçmen, a.g.e., s. 50; Douglas-Scott, a.g.e., s. 288.

307 Douglas-Scott, a.g.e., s. 289.

sürece farklı bir yöntem kullanması bir ihlal oluşturmayacaktır. Nitekim, yönergelerin bağlayıcılığına ilişkin 288. maddenin 3. fıkrasındaki "*as to the result to be achieved*" ifadesi "ulaşılacak istenilen sonuç bakımından" şeklinde Türkçeye çevrilebilir ve kullanılan yöntem ile yöntemlerin içeriği açısından bir bağlayıcılığın söz konusu olmadığını ifade eder.

Divanın ikinci argümanının kabulü de çok güçtür. Yönergelere doğrudan etki tanınmaması, bireylerin bu normları ileri sürerek ulusal mahkemelerde hak iddia edememesi ve dolayısıyla yönergelerin yararlı etkisinin azalmasına yol açacak olsa dahi, bu sonuç bizzat Avrupa Birliğinin İşleyişine İlişkin Antlaşma tarafından öngörülmektedir. Aşağıda görüleceği üzere, birincil mevzuat hükümleri ile Divan kararları arasında bir hiyerarşi vardır. Divan içtihatlarının birincil mevzuat hükümlerine uygun olması gerekmektedir. Birincil mevzuatın öngördüğü sonucu amaçsal yorum yoluyla hiçe sayan Divanın bu yorumu kanımızca hukuksuzdur.

Son olarak, ulusal mahkemelerin AB hukukuna ilişkin soruları Divana gönderebileceği şeklindeki 267. maddeye dayanılmak suretiyle yapılan yorumun da hukuken geçerli olduğunu söylemek mümkün değildir. Nitekim, 267. maddeye dayanarak ulusal mahkemelerin yalnızca doğrudan etki yaratan normları değil, AB hukukuna ilişkin herhangi bir sorunu Divan önüne getirmesi mümkündür ve zaten bu düşünce Divan tarafından da terk edilmiştir³⁰⁸.

Yukarıda yaptığımız açıklamalara dayanarak, doğrudan etkinin ancak doğrudan uygulanabilen normlara atfedilebileceği ve dolayısıyla doğrudan uygulanabilir olduğuna dair hiçbir hukukî dayanağa sahip olmadığımız yönergelerin doğrudan etki yaratamayacağını söyleyebiliriz. Dolayısıyla, yönergeler iç hukuk normlar hiyerarşisinde doğrudan bir yer bulamaz. Hatta, doğrudan etki ve doğrudan uygulanabilirlik kavramlarının farklı olduğu kabul edilirse, yönergelerin doğrudan etkililiği kabul edilse dahi, bu normlara iç hukuk normlar hiyerarşisinde yer verilmemelidir. Nitekim, bu normları doğrudan uygulanabilir olmayıp, iç hukuk düzeninin bir parçası haline gelmezler.

(5) Kararlar (“Decisions”)

Kararlar Avrupa Birliği Antlaşmasının 288. maddesinde öngörülmüştür. Bunlar

308 a.y.

muhatapları açısından bir bütün olarak bağlayıcılık arz ederler³⁰⁹. Bu özellikleri kararları yönergelerden ayıran temel farktır³¹⁰. Hatırlanacağı üzere, yönergelerin iç hukuka nasıl aktarılıp uygulanacağı konusunda üye devletlere bir serbestlik tanınmıştı. Kararlar açısından ise bu tür bir serbestlik söz konusu değildir. Bu durum yönergelerin yalnızca ulaşılmak istenen sonuç açısından bağlayıcı olmasından kaynaklanmaktadır. Soyut hükümler içeren tüzüklerden farklı olarak ise kararlar belli muhataplara yönelmişlerdir³¹¹. Bu çerçevede kararlar, kararlar belli üye devlet veya özel kişileri muhatap alan ve bunlar açısından bağlayıcılık arz eden ikincil mevzuat türü olarak ifade edilebilir³¹². Avrupa Birliğinin İşleyişine İlişkin Antlaşmanın 297. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, belli bir muhatabı olan kararların bağlayıcı olabilmesi için ilgisine bildirilmiş olması gerekir ve bağlayıcı hukukî etki bu bildirimden itibaren söz konusu olur³¹³.

Belli muhatapları olan kararları almaya yetkili olan organlar Parlamento ile birlikte hareket eden Konsey, Konsey veya Komisyondur³¹⁴. Bununla beraber, metninde belli bir muhatap belirtilmemiş olan kararların da üye devletler, AB ve organlarından oluşan bir muhatabı olduğu kabul edilmektedir³¹⁵.

Kararlar çerçeve kararlar ve diğer kararlar olarak ikiye ayrılabilir. Çerçeve kararlar ulusal mevzuatın yeknesaklaştırılması için kullanılır ve yönergelerde olduğu gibi ulaşılmak istenilen amaç açısından üye devletleri bağlarlar³¹⁶. Bu anlamda benzer olsalar da bireyler açısından hak yaratmaları mümkün değildir³¹⁷.

Diğer kararlar kabaca, çerçeve kararların dışında kalan bütün kararları kapsamaktadır. Bu gruba dâhil olan kararların doğrudan "uygulanabilir" olabileceği iddia edilmektedir³¹⁸. Tıpkı yönergelerde olduğu gibi kararlara da bu etki Divan içtihadı neticesinde tanınmaktadır. 288. maddenin lafzı incelendiğinde kararların böyle bir etki yaratamayacağını anlamaktayız. Ancak, "Bir karardan kaynaklanan yükümlülüğün etkilenen kişiler tarafından ilke olarak ileri sürülememesi kararlara 189. madde³¹⁹

309 Craig - de Búrca, a.g.e., s. 86; Reçber, a.g.e., s. 123-124.

310 Bozkurt - Özcan - Köktaş, a.g.e. s. 190.

311 Özkan, a.g.e., s. 118.

312 Chalmers – Tomkins, a.g.e., s. 133-134; Can, a.g.e., s. 197.

313 Craig - de Búrca, a.g.e., s. 86.

314 Rudolf Streinz, **Europarecht**, 9.b., C.F. Müller, Hamburg, 2012, s. 185.

315 Streinz, a.g.e., s. 186; Chalmers – Tomkins, a.g.e., s. 134.

316 Chalmers - Tomkins, a.g.e., s. 134.

317 a.y.

318 Bast, "Legal Instruments", a.g.e., s. 358.

319 Avrupa Birliğinin İşleyişine İlişkin Antlaşmanın 288. maddesine tekabül etmektedir.

tarafından atfedilen bağlayıcı etki ile uyuşmayacaktır"³²⁰. Görüldüğü gibi, Divanın buradaki gerekçelendirmesi yönergeler doğrudan etki bahşeden içtihadının gerekçesi ile benzeşmektedir. Yukarıda yönergeler açısından ifade ettiğimiz eleştiriler burada kararlar için de ileri sürülebilir. Hukuken yapılması gereken tespit kanımızca burada da kararların doğrudan uygulanabilir olmadığı, dolayısıyla doğrudan etki yaratamayacağı yönündedir. Ancak, olan değil de olması gereken açısından bakıldığında, kararlar ve yönergelerin durumu açısından önem teşkil eden bir fark bulunmaktadır. Kararlar, yönergelerin aksine, yalnızca üye devletleri değil özellikle rekabet hukuku alanında özel kişileri ve şirketleri de muhatap alabilir ve bunlar açısından bağlayıcıdır³²¹. Dolayısıyla, rekabet hukuku alanında kendisi açısından bağlayıcı olan bir karar hükmünü dikkate alan, fakat bunu yaparken ulusal mevzuata aykırı³²² davranmış olan bir özel kişi açısından ulusal hukukta yaptırıma gidilmesi mümkün olabilir. Bu nedenle, kararlara en azından özel kişileri muhatap aldığı durumlarda doğrudan etki tanınmasının daha doğru olacağı ileri sürülebilirse de, Kurucu Antlaşmaların lafzı karşısında bu gücün kararlara tanınması kanımızca mümkün değildir.

Dolayısıyla, yönergeler açısından tespit ettiğimiz gibi kararların da bir ulusal hukuk düzeninin normlar hiyerarşisinde doğrudan kendisine yer bulmayacağını söyleyebiliriz.

(6) Görüş ve tavsiyeler (“Opinions and recommendations”)

288. maddede son olarak yer verilen ikincil mevzuat türleri görüşler ve tavsiyelerdir. Bu normların bağlayıcılığı bulunmamaktadır ve genellikle diğer normların değerlendirilmesinde kullanılacak, pratik öneme sahip olan belgelerdir³²³. Bunlara belge dememizin sebebi, norm kavramını incelediğimiz yerde bir hukuk normunun, yaptırımı öngörülmemiş olsa bile, bağlayıcılık arz etmesi gerektiği ve görüş ile tavsiyelerin bu bağlayıcı nitelikten uzak olmasıdır. Görüş ve tavsiyeler yumuşak yasa (“soft law”) olarak değerlendirilir³²⁴ ve birer norm olmadıkları için normlar hiyerarşisinde yer almaları mümkün değildir. Bu nedenle de çalışmamız sırasında inceleyeceğimiz normlar hiyerarşisinde hiçbir şekilde dâhil olamayacakları söylenebilir.

320 *Franz Grad v. Finanzant Traunstein* Dava No: 9/70 [1970]ECR 825. Aktaran: Douglas-Scott, a.g.e., s. 288.

321 Chalmers – Tomkins, a.g.e., s. 133-134.

322 Kararlar doğrudan uygulanabilir olmadığı için doğrudan iç hukuk düzeninin parçası haline gelmezler, ancak yine de bir ulusal hukuk düzenine tabi olan özel kişileri için bağlayıcıdır. Bu nedenle, özellikle kararın gereği ve aynı konudaki iç hukuk düzenlemesi uyuşmamaktaysa, özel kişinin haksız yere yaptırıma tabi tutulacağı iddia edilebilir.

323 Chalmers – Tomkins, a.g.e., s. 137.

324 a.y.

(7) İkincil mevzuatın kendi arasındaki hiyerarşi

Yukarıdaki açıklamalardan görüldüğü üzere ulusal hukuk düzenlerinde doğrudan yer alacak olan ikincil mevzuat kanımızca yalnızca tüzüklerden müteşekkildir. Diğer normların iç hukuk düzenlerine aktarılmadan normlar hiyerarşisinde yer alması mümkün değildir. Ancak, böyle bir aktarımın olduğu durumlar açısından ikincil mevzuatın kendi arasında bir hiyerarşi olup olmadığı hususu değerlendirilmelidir.

Kural olarak AB hukuku ikincil mevzuatı arasında hiyerarşi tesis eden bir hüküm birincil mevzuatta mevcut değildir³²⁵. Ancak, normlar hiyerarşisinin açıkça bir mevzuat hükmünde düzenlenmesi gerekmez. Normlar hiyerarşisi, normlar arasındaki geçerlilik ilişkisinden doğmaktadır. Dolayısıyla, açıkça Kurucu Antlaşmaların metninde geçmese dahi bir ikincil mevzuat diğerinin geçerliliğini belirleyebiliyor, ihdas usulünü veya içeriğini düzenleyebiliyorsa, aralarında hiyerarşik bir ilişki olduğundan bahsedilebilir. Buna rağmen, tüzük, yönerge ve kararlar arasında bir hiyerarşi bulunmadığı gözlemlenmektedir. Bunlar arasındaki çatışma *lex posterior derogat lex priori*³²⁶ veya *lex specialis derogat lex generali* ilkeleri uyarınca çözülür.

AB hukukunda ikincil mevzuatı ihdas edecek olan organlar arasında bir hiyerarşi öngörülmemiştir³²⁷. Dolayısıyla, organlar hiyerarşisinden hareketle bu normlar arasında bir hiyerarşi tesis edilmesi de mümkün değildir. Kaldı ki, AB hukukunda ikincil mevzuat ihdas etmeye yetkili kılınmış olan Konsey ile birlikte hareket eden Parlamento, Komisyon ve Konsey, sayılan ikincil mevzuat türlerinden herhangi birini neredeyse sınırsız bir takdir yetkisi ile seçebilir³²⁸.

Öte yandan, ikincil mevzuat ihdas etmeye yetkili olan organların bu yetkilerini aslen böyle bir yetkiyle donatılmamış olan bir AB organına (örneğin Avrupa Birliği Merkez Bankası) devretmesi ve bu normun yetkiyi devralan kurum tarafından ihdas edilmesi halinde devirde bulunan organın ihdas ettiği norm ile aslen yetkili organların normları arasında bir hiyerarşi bulunup bulunmadığı kanımızca tartışmalıdır. Bu konuda genel olarak devredilen organın işlemi ile devreden organın işlemi arasında bir hiyerarşi

325 Chalmers – Tomkins, a.g.e., s. 135.

326 Bast, "Legal Instruments", a.g.e., s. 378. Jütgen Bast, *lex specialis* ilkesine yer vermemiştir. Ancak, aynı düzeyde bulunan normların çatışması halinde uygulanan genel ilkelere dahil olan *lex specialis*in bu durumda uygulanmaması için bir sebep bulunmamaktadır.

327 Bast, "Legal Instruments", a.g.e., s. 377.

328 Bast, "Legal Instruments", a.g.e., s. 376.

tesis edilemeyeceği düşünülmektedir³²⁹. Bununla beraber, ikincil mevzuat buna açıkça izin vermedikçe, devirde bulunulan organın işlemi devirde bulunan ikincil mevzuata aykırı olamayacaktır³³⁰. Dolayısıyla, yalnızca devreden norm ile yetkilendirme ile ihdas edilen norm arasında bir ilişkinin düşünülebileceği, ihdas edilen norm ile genel olarak ikincil mevzuat arasında hiyerarşik bir ilişkiden bahsedilemeyeceği düşünülmektedir³³¹.

Biz aynı görüşte değiliz. Çünkü her şeyden önce, Kurucu Antlaşmalar ikincil mevzuat ihdas etme yetkisini öncelikle Konseyle birlikte hareket eden Konsey, Konsey ve Komisyona vererek bu organlar ile diğer organlar arasında bir hiyerarşi tesis etmiş bulunmaktadır. Normlar hiyerarşisinin aynı zamanda bir organlar hiyerarşisi olduğu düşünülürse, ilk izlenim ikincil mevzuat ile delege edilmiş mevzuat ("*delegated legislation*") arasında hiyerarşik bir ilişki olması gerektiği yönündedir³³².

İkincil mevzuat bir bütün halinde ve aralarında hiçbir fark olmaksızın diğer organların işlem ihdas etmesi için yetkilendirme normu olarak kullanılabilir. Dolayısıyla, delege edilmiş mevzuat, hiyerarşik değer olarak ikincil mevzuatın altında yer almalıdır. Elbette ki bu açıklama, ikincil mevzuata göre üst norm konumundaki birincil mevzuat tarafından aksi öngörülmemişse mümkündür ki biz Kurucu Antlaşmalarda bu anlama gelen bir hüküm bulunmadığı kanısındayız.

Bu konu ile ilgili ileri sürülen bir görüş, ikincil mevzuat ve delege edilmiş mevzuat arasında ulusal hukuk düzenlerindeki yasama işlemi – yürütmenin düzenleyici işlemi benzeri bir kıyasa gitmektense İspanya ve İtalya örneklerini dikkate alarak yalnızca delege eden norm ile delege edilmiş norm arasında hiyerarşik bir ilişkinin varlığını kabul etmek yönündedir³³³. İspanyol Anayasasının³³⁴ 82. maddesi ile İtalyan Anayasasının³³⁵ 77. maddesi Türk hukukundaki kanun hükmünde kararnamelerin İspanyol ve İtalyan hukukundaki karşılığını, yani idarenin kanun gücünde düzenleyici işlem yapabilmesini düzenlemektedir. Ancak, burada atlanmaması gereken nokta belirtilen maddeler uyarınca ihdas edilen düzenleyici işlem ile kanunların, her ikisinin de üst normu niteliğindeki

329 Chalmers – Tomkins, a.g.e., s. 135.

330 Bast, "Legal Instruments", a.g.e., s. 381.

331 a.y.

332 Ayrıca bkz. Reçber, a.g.e., s. 145.

333 a.y.

334 İspanyol Anayasasının İngilizce metni için bkz.

http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Hist_Normas/Norm/const_espa_texto_ingles_0.pdf. Erişim Tarihi: 2 Ocak 2015.

335 İtalyan Anayasasının İngilizce metni için bkz.

https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione_inglese.pdf. Erişim Tarihi: 2 Ocak 2015.

anayasanın bir hükmü tarafından açıkça ifade edildiği için eşit güçte olduklarıdır. Eğer Kurucu Antlaşmalar da benzeri bir hüküm ihtiva etseydi, ikincil mevzuat ile delege edilmiş mevzuatın hiyerarşik olarak eşit güçte olduğu şüpheye yer bırakmayacak şekilde söylenebilirdi. Ancak, böyle bir hükmün yokluğunda, normatif geçerlilik esasında hareket ederek ikincil mevzuatın bir bütün olarak delege edilmiş mevzuattan üstün olduğuna kanaat getirilmelidir. Kaldı ki, İtalyan ve İspanyol anayasalarının kurduğuna benzer bir sistemde de yetki kanununu diğer kanunlardan soyutlayarak idarenin kanun hükmündeki düzenleyici işlemlerinin üstüne yerleştirmek, fakat diğer kanunları kanun hükmündeki düzenleyici işlem ile aynı seviyede görmek hukuk mantığı açısından mümkün değildir. Nitekim bu, yetki kanununun hiyerarşik olarak diğer kanunların üzerinde yer aldığı anlamına gelmektedir. Hem Türk hukuku, hem de İtalyan ve İspanyol hukukları, idarenin kanun hükmünde bir düzenleyici işlem ihdas edebilmesi için belli bir yetkilendirme kanununu şart koşturmaktadır. Bu şart, ilgili hukuk düzenlerinin anayasalarında koşulmuştur. Bu durumda yetki kanunlarının kanun hükmündeki düzenleyici işlemin geçerliliğini belirlediği iddia edilemez. Nitekim kanun hükmündeki düzenleyici işlemin hangi usule uyularak tesis edileceği anayasa hükmünce belirlenmektedir. Ancak, bir normun üst norm olarak nitelendirilmesini sağlayacak olan diğer unsurun, yani içeriği belirleme unsurunun örneğimizde mevcut olduğunu söyleyebiliriz. Yani, yetki kanunu, kanun hükmündeki düzenleyici işlemin içerik olarak sınırını belirlemektedir. Bu durumda, anayasa hükmü olmasaydı, yetki kanunun ve yetki kanunu diğer kanunlardan soyutlamak mümkün olmayacağından genel olarak kanunların kanun hükmündeki düzenleyici işlemlerden hiyerarşik olarak üstün olduğunu kabul etmek gerekecekti. Ancak anayasaların açık hükmü bu kabulü imkânsız kılmaktadır.

Dolayısıyla, kanımızca ikincil mevzuat arasında bir hiyerarşi bulunmasa da ikincil mevzuat ile delege edilmiş mevzuat arasında hiyerarşik bir ilişkinin bulunduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla, iç hukuktaki normlar hiyerarşisi AB hukuku normları açısından ele alınırken bu iki norm grubu arasındaki hiyerarşik ilişkiyi göz önünde bulundurmamız gerekecektir.

e. AB'nin akdettiği uluslararası antlaşmalar

Avrupa Topluluğu ve şimdiki ismiyle Avrupa Birliğinin tüzel kişiliği bulunmaktadır ve AB'nin tüzel kişilik sıfatıyla üye devletler dışındaki uluslararası hukuk kişileriyle

uluslararası antlaşmalar akdetmesi mümkündür³³⁶. Bu antlaşmalar da AB hukukunun önemli bir kaynağını oluşturur. Burada bu antlaşmaların AB hukuku normlar hiyerarşisindeki yerini kısaca göreceğiz ve üye devletlerin iç hukukundaki normlar hiyerarşisini araştırırken bu normları dikkate alıp almayacağımıza karar vereceğiz.

AB adına uluslararası antlaşmanın görüşmelerini Konsey tarafından yetkilendirilen Komisyon üstlenmektedir³³⁷. Ancak, antlaşmanın onaylanması Konsey tarafından gerçekleştirilmektedir³³⁸. Antlaşmaların yapılması sürecinde üye devletler veya Komisyon tarafından söz konusu antlaşma içeriğinin AB hukuku birincil mevzuatına uygun olup olmadığı yönünde ABAD'ndan "görüş" istenebilmektedir³³⁹.

AB tarafından yapılan uluslararası antlaşmaların AB hukuku normlar hiyerarşisinde birincil mevzuat altı ve ikincil mevzuat üstü bir seviyeye sahip olduğu kabul edilmektedir³⁴⁰. Bu yönde birincil mevzuatta bir hüküm bulunmamaktadır. Onaylanacak olan uluslararası antlaşmanın birincil mevzuata uygunluğunu değerlendiren ABAD'nın uluslararası antlaşmanın onaylanmasını engelleme gibi bir yetkisi bulunmamaktadır, bir başka deyişle, birincil mevzuata aykırılık nedeniyle bir uluslararası antlaşmanın geçersiz hale gelmesi mümkün değildir. Söz konusu hiyerarşik ilişki ABAD içtihadı tarafından belirlenmiştir³⁴¹. Bazı kararlarda bu ilişkinin uygulama önceliği mi yoksa normatif üstünlük mü olduğu belirsiz olsa da sonraki kararlarında ABAD normatif üstünlükten bahsetmiştir. Nitekim, bu antlaşmalara aykırı ikincil mevzuat hükümleri iptal edilebilmektedir³⁴².

AB tarafından üçüncü kişilerle akdedilen uluslararası antlaşmaların üye devletlerin hukuk sisteminde yer alıp almayacağı konusu doğrudan uygulanabilirlik ve doğrudan etkililik kavramları ile ilgilidir. Biz bu kavramları yukarıda incelemiş, kanımızca bu kavramların ABAD tarafından oluşturulmasında ciddi sıkıntılar olduğunu, özellikle doğrudan etkililik ile birincil mevzuat hükümlerine göre üye devlet hukuk sistemlerinde uygulanamayacak olan normların uygulanmasına neden olduğunu belirtmiştik. ABAD

336 Cairns, a.g.e., s. 82; Fairhurst, a.g.e., s. 68. Avrupa Topluluğunun tüzel kişiliği ve uluslararası antlaşma akdetme yetkisi hakkında bkz. Davies, a.g.e., s. 46.

337 Davies, a.g.e., s. 46.

338 Cairns, a.g.e., s. 82.

339 Cairns, a.g.e., s.82-83.

340 Kaczorowska, a.g.e., s. 213; Cairns, a.g.e., s. 83.

341 Örn. *International Fruit Company v Produktschap voor Groenten en Fruit* [1972] ECR, s. 1227; *Schröder KG v. Germany* [1973] ECR, s. 146. (Dikkat çekenler sırasıyla: Cairns, a.g.e., s. 83; Kaczorowska, a.g.e., s. 213.).

342 Kaczorowska, a.g.e., s. 213.

içtihadına göre daha katı şartlara bağlı olmakla birlikte AB tarafından akdedilen uluslararası antlaşmaların da doğrudan etki doğurabilmesi, yani ulusal mahkemeler öncüne kişiler tarafından ileri sürülebilmesi mümkündür³⁴³. Doğrudan etkililiğin değerlendirilmesinde uluslararası antlaşmanın AB hukuku sistemine hangi norm ile aktarıldığının (tüzük, yönerge vs.) bir önemi bulunmamaktadır³⁴⁴.

AB uluslararası hukukta antlaşma akdetmeye yetkili bir aktördür. Öte yandan, AB'nin yetkili olduğu alanlarda uluslararası antlaşma akdetmesi, üye devletlerin bu konudaki yetkisini ortadan kaldırmamaktadır³⁴⁵. Kanımızca, AB'nin akdettiği uluslararası antlaşmanın da iç hukukun bir parçası olabilmesi için öncelikle üye devletin hukuk sisteminde öngörülen usule göre iç hukuka alınması gerekecektir. Aksi halde, bu norm iç hukukun bir parçası olamayacaktır. Bir kere iç hukuka alındığında ise o hukuk sisteminde uluslararası antlaşmalar üye devlet iç hukuk sisteminde diğer uluslararası antlaşmalar ile aynı hiyerarşik güce sahip olacaktır. Dolayısıyla, kanımızca AB tarafından akdedilen uluslararası antlaşmaların iç hukuk normlar hiyerarşisi incelenirken ayrıca incelenmesine gerek yoktur. Bu normların doğrudan etkili olduğu kabul edilse dahi, doğrudan uygulanabilir olmadıkları için iç hukukun bir parçası halinde geldikleri kabul edilemez.

1. AB Hukukunun Üstünlüğü İlkesi

AB hukukunun egemen bir hukuk sistemi olmasının üstünlük, kendi yetkisini belirleme ve sadakat yükümlülüğü olmak üzere üç temel sonucu bulunmaktadır³⁴⁶. Bunlardan özellikle de ilki bizim çalışmamız açısından çok büyük önem arz etmektedir. Çünkü bu ilke, AB hukukunun üye devlet hukuk sistemleri ile hiyerarşik ilişkisine işaret ediyor olabilir. Bu nedenle de bu ilkeyi, hukuki niteliği, sonuçları ve üye devletlerin hukukunda bu ilkenin algılanışı gibi konuları burada incelemeyi uygun görüyoruz.

AB hukukunun, üye devlet iç hukuklarından üstün bir konumda olduğu görüşü doktrinde ve Avrupa Adalet Divanı içtihadında³⁴⁷ hâkimdir. Bu kısımda, bu ilke ile ne kastedildiği, hangi dayanaklara sahip olduğu ve iç hukuk düzenlerinin bu ilkeye yaklaşımı ele alınacaktır. İç hukuk düzenlerinin bu ilkeye yaklaşımını ele alırken, inceleme konusu olan iki ülkenin, yani Almanya ve İngiltere'nin yaklaşımını aşağıda, bu ülkelerin normlar

343 Kaczorowska, a.g.e., s. 335.

344 Kaczorowska, a.g.e., s. 336.

345 Cairns, a.g.e., s. 83.

346 Chalmers – Tomkins, a.g.e., s. 185-186.

347 Burada Avrupa Birliği ile birlikte kurulan Avrupa Birliği Adalet Divanı içtihatları da kastedilmektedir.

hiyerarşisini ve düzenleyici işlem rejimlerini inceleyeceğimiz kısımlara bırakılacaktır.

a. Terim sorunu

İngilizce literatürde bu ilkedden bahsederken "*primacy of the Union law*" teriminin kullanıldığı görülmektedir. Ancak, metin içinde bu ilkeye ilişkin tespitlerde bulunulurken "*supreme*" sıfatının ve "*supremacy*" isminin de kullanıldığı görülmektedir. "*Primacy*" kelimesinin hem üstünlük hem de öncelik anlamları bulunurken "*supremacy*" ifadesinin öncelik ifade ettiği söylenemez.

Bu iki kelime arasındaki farktan yola çıkarak İspanya Anayasa Mahkemesi AB hukuku ile İspanya Anayasası arasındaki ilişkiye dair kararında³⁴⁸ "*supremacy*" ifadesi ile "*primacy*" ifadesinin farklı olduğunu belirtmektedir. Buna göre, "*primacy*" ifadesi AB hukuku ile iç hukuk hükümlerinin çatışması durumunda AB hukuku hükümlerinin uygulanması şeklindeki bir nevi çatışma kuralını ifade ederken, "*supremacy*" kelimesi bir norm grubunun diğerine olan üstünlüğünü ifade etmektedir ve AB hukuku açısından geçerli değildir. Nitekim, yukarıda da detayıyla incelediğimiz gibi, bir normun diğerinden üstün olması ancak üstün olduğu iddia edilen normun alttaki normun geçerli bir şekilde ihdas edilme usulünü veya içeriğini belirlemesi ile mümkündür. Bu durumda alttaki norm üstteki norma uygun şekilde ihdas edilmeden geçerlilik kazanamayacak veya içerik olarak üst normun belirlediği sınırların dışına çıkamayacaktır. AB hukuku ile ulusal hukuklar arasında böyle bir ilişkinin varlığından söz etmek güçtür. Her şeyden önce hiçbir AB hukuku normu ulusal hukuk düzenlerindeki normların ihdas usulünü belirlememektedir. Bununla beraber, AB hukuku normlarının içerik anlamında geçerliliklerini düzenlediğini söylemek de güçtür. Her ne kadar üye devletler Avrupa Birliğinin İşleyişine İlişkin Antlaşma ile belli konulardaki yasama yetkilerinin kullanımını AB organlarına bırakmış olsa da, yukarıda ileri sürüldüğü gibi bir uluslararası hukuk sözleşmesi olan bu antlaşma ile ulusal kanunların içerik anlamında sınırlarının belirlendiğinin düşünülmemesi gerekmektedir. Bu sınırlamaya ilişkin hükümler ile üye devletler yalnızca belirlenen konularda düzenleme yapmama yükümlülüğünü üstlenmiş bulunmaktadırlar. Dolayısıyla, iç hukukta kanun üstü düzeyde yer alan bir norm ile buna paralel bir düzenleme yapılmadıkça, AB'nin mahfuz düzenleme alanına giren bir konudaki kanun geçerliliğini, anayasaya uygun olduğu sürece, koruyacaktır.

348 İspanya Anayasa Mahkemesinin 2005 yılında verdiği 1 CMLR 981 tarihli kararı. Kararın ilgili kısmının İngilizce çeviris için bkz. Chalmers – Tomkins, a.g.e., s. 198-199.

Dolayısıyla, literatürde Türkçeye "üstünlük" şeklinde tercüme edilen, İngilizce literatürde sıklıkla "*primacy*" olarak geçen, ancak zaman zaman "*supreme*" ve "*supremacy*" şeklinde de ifade edilen ilkenin çalışmamızın konusunu oluşturan normatif bir üstünlükten ziyade uygulamadaki bir öncelik, bir çatışma kuralına işaret ettiği kanısındayız.

Bununla birlikte, bir normun geçersiz olması ile belli bir durumda (örneğin bir çatışma kuralı sebebiyle) uygulanmamasının aynı şeyi ifade ettiğini düşünen yazarlar da bulunmaktadır³⁴⁹. Ancak, bir normun geçersiz olması ile geçerli olması, fakat bir çatışma kuralı dolayısıyla uygulanmaması arasında fark bulunmaktadır. Geçersiz bir norm ya hukuk âleminde hiç ortaya çıkmamıştır ya da geçersizliğinin tespiti halinde hukuk âleminde kaldırılır. Çatışma kuralı nedeniyle uygulanmayan bir norm geçerliliğini ve hukuk düzenindeki varlığını sürdürecektir, çatışma kuralının veya öncelikli olarak uygulanan normun ilgası ile birlikte ayrıca bir işleme gerek olmaksızın uygulanır hâle gelecektir. Ayrıca, bir normun geçersiz olduğuna ancak bu geçersizliği tespit etmek ile görevli bir mahkeme karar verebilecekken, çatışma kuralı genel olarak devletin organlarını bağladığı için (aksi öngörülmedikçe) her düzeydeki mahkemeler tarafından uygulanabilecektir. Yani, bir kanun, AB hukuku normu ile çatıştığından bahisle geçersiz hâle getirilemeyecekse de pekâlâ (böyle bir çatışma kuralının varlığı halinde) ihmal edilebilecektir³⁵⁰.

Dolayısıyla, AB hukukunun üstünlüğünden bahsedilirken bir çatışma kuralından bahsedildiğini söyleyebiliriz. Bu çatışma kuralına göre, bir AB hukuku normu ile iç hukuk normu çatıştığında, iç hukuk normu ihmal edilerek AB hukuku uygulanmalıdır.

b. Hukukî temeli

AB hukukunun üstünlüğü ilkesi, ne birincil mevzuat ne de ikincil mevzuat metinlerinde geçmemektedir³⁵¹. Eğer AB Anayasası yürürlüğe girmiş olsaydı antlaşmanın 1-6 maddesi "Anayasa ve kendilerine verilen yetkileri kullanırken Birliğin organları tarafından ihdas edilen hukuk Üye Devletlerin hukukundan üstün tutulacaktır" diyerek bu ilkeyi öngörmüş olacaktı³⁵². Ancak, mevcut durumda AB hukukunun üstünlüğü ilkesi

349 R. Riegel, "Das Grundrechtsproblem als Kollisionsproblem in europäischem Gemeinschaftsrecht", **Bayerische Verwaltungsblätter**, Sayı: 12, Yıl: 15 Haziran 1976, s. 360'tan aktaran: Karen J. Alter, **Establishing the Supremacy of European Law**, 1.b., Oxford University Press, New York, 2001, s. 91.

350 Bu tespitimizin ulusal hukuk düzenlerindeki pozitif çatışma kurallarına bağlı olduğu unutulmamalıdır.

351 Göçmen, a.g.e., s. 56.

352 Bu arada belirtelim ki, bu ifadenin AB hukuku ile ulusal anayasalar arasındaki üstünlük sorununun çözümleneceği yönünde görüşler yine de mevcuttur. Bu görüşlerin bir değerlendirmesi için bkz. Göçmen, a.g.e., s. 74-76.

içtihadî bir ilke niteliğinde olup yerindeliği son derece tartışmalıdır.

Avrupa Adalet Divanı'na göre AB hukuku bir bütün halinde üye devletlerin ulusal hukuklarından üstündür³⁵³. Bu fikir tarafından *Van Gend Loos* kararını takiben aldığı *Costa* davasında ileri sürülmüş ve oldukça radikal bir karar olarak algılanmıştır³⁵⁴. Mahkemenin bu kararı AB hukukunun üstünlüğüne dair tek hukukî dayanak olarak önem teşkil ettiği için kararın önemli gördüğümüz kısımlarını aşağıda çeviriyoruz. Daha sonraki tartışmaları bu karardaki tespitler üzerinden yürüteceğiz.

"Uluslararası antlaşmaların aksine, ATA, sözleşmenin yürürlüğe girmesi ile birlikte Üye Devletlerin hukuk sistemlerinin bir parçası haline gelen ve mahkemelerinin uygulamakla yükümlü olduğu kendi hukuk düzenini yaratmıştır.

Süresiz, kendi kurumlarına, hukuk ehliyetine, uluslararası düzeyde temsil kabiliyetine ve daha önemlisi Devletlerden Topluluğa egemenliğin sınırlanması veya yetki devri yoluyla aktarılan gerçek yetkilere sahip olan bir Topluluk yaratarak, Üye Devletler egemenlik haklarını, belirli konularda da olsa, sınırlandırmış ve böylece hem vatandaşlarını hem de kendilerini bağlayan bir hukuk düzeni kurmuşlardır.

Her Üye Devletin hukuk sistemine Topluluk kaynaklı hükümlerin ve daha genel olarak Sözleşmenin maddeleri ve ruhunun entegre edilmesi, doğal olarak, Devletlerin kendileri tarafından karşılıklılık esasına bağlı olarak kabul edilen bir hukuk sistemine aykırı, tek taraflı ve sonraki tarihli bir işleme öncelik tanınmasını imkansız hale getirmektedir. Böyle bir işlem, dolayısıyla, bu hukuk sistemine aykırı olamaz. Topluluk hukukunun uygulanabilirliği Sözleşmenin 10(2) maddesinde belirtilen hedeflere ulaşılmasını tehlikeye sokmadan ve 12. maddede yasaklanan ayrımcılığa yol açmadan sonraki tarihli iç hukuk kanunlarının dikkate alınması suretiyle bir devletten diğerine farklılık arz edemez.

Topluluk hukukunun üstünlüğü, bir tüzüğün 'bağlayıcı' ve 'bütün Üye Devletlerde doğrudan uygulanabilir' olduğunu belirten 249. madde³⁵⁵ tarafından da doğrulanmıştır. Çekinceye konu olmayan bu hüküm, bir devletin tek taraflı olarak Topluluk hukukuna üstün tutulabilecek bir yasama işlemi ile onu etkisiz hale getirebilmesi durumunda anlamını yitirecektir."³⁵⁶

Avrupa Adalet Divanının Topluluk hukukunun üstünlüğünü kanıtlarken genel hükümlere dayandığı görülmektedir. Buna göre, bir ulusal hukuk hükmü ile Topluluk hukukunun değiştirilebilmesi veya uygulanmasının engellenmesi hem ticari formalitelerin azaltılması amacını tehlikeye sokacak (Avrupa Ekonomik Topluluğu Kurucu Antlaşması Madde 10/2) hem de farklı ülkelerde farklı uygulamalara yol açarak gümrük vergisi konusunda ayrımcı uygulamalara (Avrupa Ekonomik Topluluğu Kurucu Antlaşması 12.

353 Douglas-Scott, a.g.e., s. 278.

354 Chalmers – Tomkins, a.g.e., s. 184-185.

355 Avrupa Birliğinin İşleyişine İlişkin Antlaşmada 288. maddeye tekabül etmektedir.

356 *Costa v ENEL* 1964 Avrupa Adalet Divanı 585, Dava 6/64. Türkçe çevirisi tarafımızdan gerçekleştirilmiştir. Kararın İngilizce metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61964CJ0006>. Erişim Tarihi: 7 Mart 2015.

madde) neden olabilecektir. Ancak, bu kadar önemli bir sonucun, böyle genel hükümlerden çıkarılması pek de isabetli değildir. Üye Devletlerin iradesi AB hukukunun ulusal hukuka göre öncelikli olarak uygulanmasını amaçlasaydı, kolaylıkla buna ilişkin bir metni Kurucu Antlaşmalara dâhil edebilirlerdi. Kaldı ki yürürlüğe girmeyen AB Anayasasının 1-6 maddesi de bu neticeyi destekler niteliktedir.

Mahkemenin yararlandığı bir başka argüman ise Avrupa Birliğinin İşleyişine İlişkin Antlaşmanın 288. maddesinde Birlik tarafından çıkarılan tüzüklerin³⁵⁷ (*regulation*) bağlayıcı ve üye devletlerin hukuk sisteminde doğrudan uygulanabilir bir nitelik arz ettiğidir. Bağlayıcılık ve doğrudan uygulanabilirlik ile üstünlük arasında, bu üstünlük bir çatışma kuralı olarak dahi algılansa nasıl bir bağlantı olduğunu anlamak güçtür. Bunlardan ilki, yani bağlayıcılık, bir hukuk normuna uyulmasının zorunlu olduğunu ifade etmektedir. Ancak, bu durum bir normun öncelikli olarak uygulanacağını göstermez. Kanunlar da bağlayıcılık arz eder, ancak bu durum önceki tarihli bir kanunun sonraki tarihli bir kanuna göre öncelikli olarak uygulanmasını gerektirmemektedir. Bu nedenle burada sanki mahkeme normatif bir üstünlüğü ima ederek, normlar hiyerarşisinde alt kademedeki sonraki normun üst kademedeki önceki norm karşısında uygulanamayacağını ifade etmektedir. Ancak, daha önce belirttiğimiz gibi, AB hukuku ile iç hukuk arasında bu türden bir normatif hiyerarşi mevcut değildir. Diğer yandan, doğrudan uygulanabilirliğin de AB hukuku normlarına bir üstünlük sağlayacağını söylemek mümkün değildir. Tüzüklerin bu özelliği iç hukukta başkaca bir aktarma veya atıf işlemine gerek olmaksızın, yetkili AB organınca ihdas edilmekle hüküm ifade eder hale gelmesine ilişkindir³⁵⁸.

Göçmen tarafından isabetle ifade edildiği gibi, Avrupa Birliği'nin "*uluslarüstü özelliklerine istinaden Topluluk hukukunun önceliğinin iddia edilmesi*" de "*olması gerekeni ifade etmekten öteye geçemez*"³⁵⁹.

Görüldüğü gibi, mahkemenin AB hukukunun üstünlüğünü kurarken geliştirdiği içtihat sağlam hukukî temellere dayanmamaktadır. Bu durum, üye devletlerin AB hukukunun üstünlüğünü benimsemesinde tereddütlere ve farklı uygulamalara yol açmıştır. Bir açıdan, Birlik hukukunun farklılaşan uygulamalarını engellemeye çalışan mahkeme, argümantasyonu zayıf bu içtihadı ile birlikte engellemeye çalıştığı durumun ortaya

357 Regulation ifadesinin yönetmelik olarak Türkçeye çevrilmesi daha uygundur. Ancak, Türkçe literatürde genellikle "tüzük" çevirisine rastladığımız için bu terminolojiyi kullanmayı tercih ettik.

358 Chalmers – Tomkins, a.g.e., s. 133.

359 Göçmen, a.g.e., s. 56, 127. dipnot.

çıkmasına katkıda bulunmuştur.

c. Üye devletlerin AB hukukunun üstünlüğü ilkesine yaklaşımı

Bu kısımda kısaca incelememizde ayrı bir yer ayırmadığımız üye devletlerin hukukunda AB hukukunun üstünlüğü ilkesinin nasıl anlaşıldığını inceleyeceğiz. Bu bağlamda, AB hukukunun üstünlüğü ilkesine üç temel yaklaşım olduğunu söyleyebiliriz. Bunlardan bir tanesi ilkeyi olduğu gibi kabul eden AB hukukunun üstünlüğü cephesidir. Bazı ülkeler ise bu üstünlüğü belli sınır ve şartlarla kabul etmektedir. Son olarak, bazı ülkelerde ulusal hukukun AB hukukundan üstün olduğu düşünülmektedir. Bu nokrada kastettiğimiz üstünlüğün normatif anlamda hiyerarşik bir üstünlük değil, uygulamada öncelik tanınması olduğunu hatırlatmak isteriz.

(1) AB hukukuna üstünlük tanıyan ülkeler

Bu ülkelere örnek olarak Hollanda ve Avusturya örnek gösterilebilir. En başından beri iç hukukun, anayasa dâhil olmak üzere, herhangi bir normu ile AB hukuku normunun çatışması durumunda AB hukukunun uygulanacağı bu ülkelerde kabul edilmiştir³⁶⁰. Bu görüşün bu ülkelerdeki hukukî dayanağı ise monist bir anlayışa sahip olan Hollanda hukukunda AB hukukunun kendisi, yani Avrupa Adalet Divanının konuyla ilgili içtihatları iken, Avusturya'da AB'ne katılımı gerçekleştiren kanunun 2. maddesidir³⁶¹. Görüldüğü gibi, Avusturya hukukunda AB hukuku normları iç hukuk normları karşısındaki üstünlüklerini bir kanuna borçludurlar. Dolayısıyla, Avusturya hukuk sisteminde bir AB hukuku normunun zaten kanunlardan ve anayasadan hiyerarşik olarak üstte yer alması mümkün değildir. Nitekim, iç hukuktaki bu ayrıcalıklı konumlarını yine bir iç hukuk normuna borçludurlar. Avusturya'da AB hukukunun iç hukuka göre üstün tutulmasında tek istisna "anayasanın genel ilkeleri" olarak karşımıza çıkmaktadır³⁶². Aslında, Avusturya da sınırlı da olsa AB hukukunun üstünlüğü ilkesine bir sınırlama getirdiği için ikinci gruptaki ülkeler arasında değerlendirilebilirdi.

(2) AB hukukunun üstünlüğünü sınırlı olarak kabul eden ülkeler

360 Cristoph Grabenwarter, "National Constitutional Law Relating to the European Union", **Principles of European Constitutional Law**, ed. Armin von Bogdandy - Jürgen Bast, 1.b., Hart Publishing, Portland, 2007, s. 97.

361 a.y.

362 a.y.

Görüldüğü gibi, AB hukukunun üstünlüğünü Avrupa Adalet Divanının tespit ettiği haliyle kabul eden üye devletlerin sayısı bir hayli azdır. Bu konuda en kalabalık grubu AB hukukunun üstünlüğünü belli şartlara tabi olarak kabul eden ülkeler oluşturmaktadır.

İtalya bu gruptaki ülkelere örnek olarak gösterilebilir. İtalya'nın Avrupa Topluluğu üyesi olmasının yolu anayasal bir hükümlerle açılmıştır. İtalyan Anayasasının 11. maddesine göre İtalyan devletinin bir uluslararası örgüte yetki devrinde bulunması bu durumun uluslar arasındaki barış ve adalete katkı sağlayacağı durumlarda mümkündür³⁶³. İtalya'nın Topluluk üyeliğinin anayasaya uygunluğu ile ilgili önüne gelen bir davada³⁶⁴ İtalyan Anayasa Mahkemesi, anayasanın 11. maddesini yorumlayarak Topluluk organlarına temel anayasal ilkelerini ve temel insan haklarını ihlal edecek yönde bir yetki devredilemeyeceğini kararlaştırmıştır³⁶⁵. İtalyan Anayasa Mahkemesi 1984 yılı *Granital*³⁶⁶ kararında bu görüşünü yineleyerek, AB hukukunun üstünlüğü ilkesini temel olarak benimsese de, ancak temel hak ve özgürlükleri ihlal etmediği sürece uygulanabileceğini hükme bağlamıştır³⁶⁷. 1989 tarihli *Fragd*³⁶⁸ kararında da bu görüşte bir değişiklik yaşanmamış ve İtalyan Anayasa Mahkemesi AB hukukunun üstünlüğü ilkesini şartlı olarak uygulamaya devam etmiştir³⁶⁹.

Danimarka ve Belçika da bu gruba dahil olan ülkeler arasındadır. Danimarka da mahkemeler Topluluk hukukunun AB'ne katılımı sağlayan kanunda belirtilen egemenlik devrine dair kısıtlamalara uyup uymadığının denetlenebileceği kabul edilirken, Belçika'da da uluslararası antlaşmaların anayasaya uygunluğunun denetlenebilmesinin yalnızca şekli değil maddî anlamda da mümkün olduğu ve bu imkânın AB hukuku açısından da bulunduğu kabul edilmiştir³⁷⁰. Bunların yanında, İspanya, İrlanda, Almanya ve İngiltere gibi ülkelerin de bu gruba dahil olduğu belirtilmektedir³⁷¹. Bunlardan Almanya ve İngiltere örneklerini aşağıda detaylı bir şekilde inceleyeceğiz.

(3) Ulusal anayasalara üstünlük tanıyan görüşler

Yukarıdaki iki grup ülkenin yanında, anayasanın kayıtsız olarak AB hukukundan

363 Douglas-Scott, a.g.e., s. 273.

364 *Frontini v Ministero delle Finanze* [1974] 2 CMLR 372.

365 Douglas-Scott, a.g.e., s. 273.

366 8 Temmuz 1984 tarihli ve 170/1984 Nolu *Granital* kararı.

367 Grabenwarter, a.g.e., s. 98.

368 İtalyan Anayasa Mahkemesinin 2 Nisan 1989 tarihli ve 232 Nolu kararı. (72 RDI 103).

369 Douglas-Scott, a.g.e., s. 274.

370 Grabenwarter, a.g.e., s. 99.

371 Grabenwarter, a.g.e., s. 98-102.

üstün olduğunu düşünen ve AB hukukunu yalnızca basit hukuka³⁷² ("*einfaches Recht*") üstün tutan ülkeler de azımsanacak sayıda değildir. Bu noktada ilk örnek olarak karşımıza Fransa çıkmaktadır.

AB hukukunun uluslararası sözleşmeler ile aynı nitelikte görüldüğü Fransa'da Anayasanın 54. maddesi uyarınca birincil Birlik mevzuatının Fransız Anayasa Mahkemesi tarafından ön denetiminin yapılması söz konusudur³⁷³. Öte yandan, Anayasanın 55. maddesi ise belli şartlara tabi olmakla birlikte AB hukukuna uygulamada ulusal hukuk karşısında öncelik tanımakta ve bu şekilde AB hukukunun normlar hiyerarşisinde anayasa altı, kanun üstü bir seviyeye yerleştirildiğine işaret edilmektedir³⁷⁴. Ancak, bu tespit doğru değildir. Daha önce de vurgulandığı gibi öncelikli olarak veya kanunun çatışan hükmüne rağmen uygulanabilir olmak AB hukukunu normlar hiyerarşisinde kanun üstü bir seviyeye yerleştirmeyecektir. Çünkü, hem kanunlar hem de AB hukuku Fransız hukukundaki geçerliliklerini Fransız Anayasasından almaktadırlar ve bu iki norm arasında bir geçerlilik ilişkisi bulunmamaktadır.

Polonya'da da ülkenin anayasasının AB hukukunun üstünde olduğu görülmektedir. Polonya Anayasa Mahkemesi, Polonya'nın AB'ne katılımına ilişkin olarak akdettiği uluslararası antlaşmanın anayasaya uygunluğunu incelediği kararında³⁷⁵ ülkenin anayasasının AB hukukunun üzerinde olacağı ve AB hukukuna anayasal hükümlere rağmen uygulamada öncelik tanınmayacağı vurgulanmıştır. Bu konuda mahkemenin görüşü aşağıdaki şekilde özetlenebilir:

"Ulusal hukuku 'Avrupa hukukuna yakın' şekilde yorumlama ilkesi... bazı sınırlara tabidir. Bu ilke hiçbir şekilde anayasal normların doğrudan lafzı ile çelişen veya Anayasa tarafından öngörülen asgarî şartlara aykırılık yaratan durumlara yol açamaz. Özellikle de bireysel hak ve özgürlükler alanındaki anayasal hükümler Topluluk hukukunun iktibasî ile azaltılıp sorgulanamayacak asgarî bir eşik teşkil ederler."

Daha önce değinilen bu kararda, AB hukukunun diğer uluslararası antlaşmalardan

372 Basit hukuk, *einfaches Recht* veya *simple law* kavramına Alman doktrininde rastlamış bulunmaktayız. Bu kavram ülkenin anayasa dışındaki hukuk normları tarafından oluşturulan hukuk düzenini ifade etmektedir.

373 Jörg Gundel, *Die Einordnung des Gemeinschaftsrechts in die französische Rechtsordnung*, 1. b., Duncker & Humblot, Berlin, 1997, s. 57.

374 Grabenwarter, a.g.e., s. 103.

375 Polonya Anayasa Mahkemesinin 11 Mayıs 2005 tarih ve K18/04 Nolu kararı. Kararın İngilizce tercümesi için bkz. Chalmers – Tomkins, a.g.e., s. 199-201.

farklılık arz etmeyen bir sözleşme neticesinde Polonya hukuk düzeninde geçerli hale geldiği vurgulanmış, AB hukukunun egemen bir hukuk sistemi olduğu düşüncesi pozitif kaynaktan mahrum olduğu için reddedilerek, anayasal normlar ile Birlik hukukunun çatışması durumunda, bu çatışmanın Birlik hukuku lehine çözümlenmesi için hukukî bir sebep bulunmadığı belirtilmiştir. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin vurgunun Polonya örneğini İtalya örneğine yaklaştırdığı düşünülse de, kararın metninden anlaşılacağı üzere Polonya'da AB hukuku normlarının yalnızca temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan değil, bütün anayasal normlara uygun olması gerekmektedir.

Son olarak, Yunan hukukunda da AB hukukunun anayasa karşısında bir üstünlüğe sahip olmadığı söylenebilir. Yunan Anayasasının 28(1) maddesi AB hukukuna yalnızca basit hukuk (*einfaches Recht/simple law*) karşısında öncelik tanımaktadır³⁷⁶. Bir şeyi zikretmek diğerlerini dışlamaktır³⁷⁷ ilkesinden hareketle, AB hukukunun Yunan Anayasasına göre öncelikli olarak uygulanamayacağını söyleyebiliriz.

d. AB hukukunun üstünlüğü konusundaki görüşümüz

Görüldüğü gibi, Avrupa Adalet Divanının AB hukukunun üstünlüğü yönündeki içtihadının üye devlet hukukları tarafından benimsendiğini söylemek zordur. Devletlerden yalnızca küçük bir kısmı AB hukukunun ulusal hukuklarına üstünlüğünü kabul etmektedir ve bunlardan Avusturya'nın bu gruba dâhil edilip edilmeyeceği şüphelidir. Nitekim, Avusturya hukukunda da anayasanın temel ilkelerinin AB hukukuna göre üstün konumda bulunduğunu görmekteyiz. Üye devletlerden büyük bir kısmının anayasa mahkemeleri AB hukukunun basit hukuka üstünlüğünü kabul etmekte, ancak konu anayasal normlara gelince belirli sınırlamalara gittiği görülmektedir. Bu yaklaşımın tutarlılığı ile ilgili şüphelerimiz de ilgili kısımda belirtilmiştir.

Antlaşma metinleri ve ikincil mevzuatta yer alması dahi, AB hukukunun üstünlüğü ilkesi AB hukukunda bir norm olarak tesis edilmiş durumdadır. Nitekim, Avrupa Adalet Divanı ve sonraki ismiyle Avrupa Birliği Adalet Divanının kararları bağlayıcı nitelik arz eder³⁷⁸. Bu bağlayıcılık hem üye devletler hem de Birlik organları için geçerlidir. Divanın kararlarına karşı bir başvuru yolu bulunmamaktadır. Ancak, Avrupa Birliği Adalet Divanı ve Avrupa Adalet Divanı kendisini kuran ve birincil mevzuat olarak adlandırılan

376 Grabenwarter, a.g.e., s. 104.

377 *Expressio unius est exclusio alterius*.

378 Aulis Aarnio, *Essays on the Doctrinal Study of Law*, 1.b., Springer, Heidelberg, 2011, s. 153.

antlaşmalara göre karar vermek zorundadır. Bir başka deyişle, bu antlaşmalar, divan kararlarına göre üst norm durumundadırlar. Kurucu antlaşmalarda yer almayan, böylesine önemli bir ilkeyi, AB hukukunun etkisini genişletecek şekilde, kanımızca zorlama bir yorum ile tesis eden Avrupa Adalet Divanı, birincil mevzuatı ihlal etmektedir. Dolayısıyla, her ne kadar divanın üst norma aykırı olarak tesis ettiği normu iptal ettirecek veya geçersizliğini tespit edecek hukukî bir yol olmasa da (divan bu içtihadından dönmediği sürece), birincil mevzuata aykırı bu normun somut olayda uygulanmaması mümkündür. Nitekim, üst norm ile çatışan alt normun uygulanmaması genel bir hukuk ilkesi niteliğindedir³⁷⁹. Dolayısıyla, AB hukukunu uygulamakla yükümlü olan üye devlet mahkemelerinin divanın bu içtihadını ihmal etmesinin mümkün olduğu kanaatindeyiz.

Öte yandan, konuyu ulusal hukuk sistemleri açısından değerlendirdiğimizde durum bambaşka görünmektedir. İlk olarak AB Kurucu Antlaşmalarının AB üyesi bir ülkedeki durumunu inceleyelim.

Avrupa Birliği Antlaşması'nın 54. maddesinin 1. fıkrası uyarınca "... Antlaşma, yüksek Akit Taraflarca kendi anayasal kurallarına uygun olarak onaylanır". 2. fıkrada ise antlaşmanın ancak onay belgelerinin tevdi edilmesi yoluyla yürürlüğe girecektir. Dolayısıyla, antlaşmanın, söz konusu ülkenin anayasal kurallarına göre, parlamento tarafından kabulünün arandığı durumlarda bu onayın genellikle kanun şeklinde yapıldığı görülmektedir. İncelememize konu olan ülkelerden İngiltere ve Almanya da Kurucu Belgeleri parlamentoları tarafından onaylamışlardır. Böylece, bir uluslararası sözleşme olarak iç hukuka aktarılan AB Kurucu Antlaşmaları, normlar hiyerarşisinde bir önceki bölümde açıklandığı üzere anayasanın altında, kanunlarla aynı seviyede veya devletin anayasası yoksa iç hukuka aktaran kanunun belirlediği yerde yer alacaktır³⁸⁰. Bu antlaşmaları iç hukuka aktaran üye devletler, AB tüzüklerinin ("*regulations*") doğrudan etki yaratacağını kabul etmektedirler. Dolayısıyla, geleceğe yönelik olarak bazı normların doğrudan iç hukukta uygulanabilir hale geleceğini kabul etmektedirler. Ancak, bu doğrudan uygulanacak olan normların yukarıda açıklandığı gibi normlar hiyerarşisinde iç hukuka aktarılan Kurucu Antlaşmaların altında yer alacağı unutulmamalıdır. Bu antlaşma

379 *Lex superior derogat legi inferiori*.

380 Anayasanın bulunmadığı İngiltere'den yola çıkarak, en üstün normun kanun olduğu varsayılarak bu tespit yapılmıştır. Buna göre, kanun hem geçerlilik sağlayan hem de aktaran normdur. Bir norm kendisine geçerlilik sağlayan normun hiyerarşik olarak altında yer alacağına göre, her ne kadar kanun aynı zamanda aktaran norm olsa da, AB hukuku normlarının normlar hiyerarşisinde kanun altı bir seviyede yer alacağı düşünülmelidir.

metinlerinde AB hukukunun öncelikli olarak uygulanacağına dair bir hüküm olmadığına göre, bu durum aktaran kanun veya anayasanın bir hükmü ile kararlaştırılabilir. Bu durumda hem AB hukuku hükümlerini (iç hukukun bir parçası haline getirilen Kurucu Antlaşmalar dolayısıyla) hem de iç hukuk hükümlerini uygulamakla yükümlü olan mahkemelerin iç hukuk hükümlerinin belirlediği çatışma kurallarına göre karar vermesinde hukuken hiçbir sakınca bulunmamaktadır.

Dolayısıyla, AB hukukunun iç hukuk karşısında bahsedilen nitelikte bir üstünlüğünün bulunup bulunmadığına kanımızca yine iç hukuk düzenlemelerine bakılarak karar verilmelidir. AB hukukunun iç hukuka kural olarak üstün tutulduğu bir düzenin, Avrupa'nın bütünleşmesine fayda sağlayacak olması mümkündür. Ancak, bu tür yüce amaçların hukukî bir değerlendirmede en azından aslî hareket noktası olmaması gerektiği kanaatindeyiz. Kaldı ki, AB hukukuna iç hukuka göre üstünlük tanınması başka bazı yüce amaçları dikkate alan itirazları beraberinde getirmektedir. Bu ilkenin üye devletler tarafından hiçbir zaman bir uluslararası antlaşma ile kabul edilmediğini bir yana bırakırsak, yaygın olarak AB norm koyma sürecinde demokratik meşruiyetin bulunmadığı eleştirisi yapılmaktadır³⁸¹. AB Anayasası yürürlüğe girseydi büyük ölçüde çözüleceği düşünülen bu soruna detaylı bir şekilde değinmek bizim çalışmamızın amacını aşacaktır. Ancak, illa ki değerler temelinde bir değerlendirme yapılacaksa, demokratik meşruiyet pahasına Avrupa bütünleşmesinin tercih edilmesi gerektiğini söylemenin ne derece doğru olduğu tartışmalıdır. Zaten bizim amaçladığımız şey, AB hukuku normları dâhil olmak üzere, bir iç hukuk sisteminin bütün normlarını normatif geçerlilik esasında değerlendirerek bunların normlar hiyerarşisindeki yerini belirlemek olduğundan, bu tartışmaların bize fayda sağlamayacağı da açıktır.

Netice itibarıyla, AB Kurucu Antlaşmaları, AB'ne katılım antlaşmaları ve bunlarda değişikliğe yol açan antlaşmalar, bir başka deyişle birincil mevzuat, iç hukuk normlar hiyerarşisinde her hukuk düzeninin ayrıca belirlediği yerde bulunacaktır. Eğer böyle bir belirleme yoksa, birincil mevzuat, bir uluslararası antlaşma olması dolayısıyla, iç hukukta kendisine geçerlilik sağlayan normun altında, kendisini iç hukuka aktaran norm ile aynı seviyede yer alacaktır. Burada tekrar hatırlanmalıdır ki uygulamadaki öncelik, yani bir iç hukuk hükmü ile AB hukuku hükmünün çatışması durumunda AB hukukunun uygulanması şeklindeki çatışma kuralı, AB hukuku normlarına normatif üstünlük sağlamaz. Çünkü, bu

381 Chalmers – Tomkins, a.g.e., s. 167-168.

önceliklerini iç hukuk sistemindeki bir anayasa maddesine veya kanun hükmüne borçludurlar. Öte yandan, AB kapsamında kabul edilen tüzükler ("*regulation*") hiyerarşik olarak iç hukuka aktarılan kurucu antlaşmaların altında yer aldığından, iç hukuktaki yerlerini de buna göre değerlendirmek gerekecektir. Diğer AB hukuku normları doğrudan iç hukukun bir parçası olmadığı için bunların normlar hiyerarşisindeki yerini incelemek mümkün değildir. Ancak, bunların da iç hukuka aktarılmaları mümkündür. Bu durumda bu normların, genel kurala göre, aktaran norm ile aynı seviyede yer alması gerektiği kanısındayız.

E. MAHKEME KARARLARI

Mahkeme kararlarının normlar hiyerarşisinde yer alıp almadığı hususu tartışmalıdır. Kanımızca bu sorun Kelsen'in norm tanımı doğrultusunda ele alınmalıdır. Bu nedenle, öncelikle mahkeme kararını tanımlayacak ve ardından da Kelsen'in norm tanımı doğrultusunda normlar hiyerarşisine dâhil edilip edilmeyeceğini tartışacağız.

Mahkeme kararı bir yargı işlemidir. Yargı işleminin de "*yargı organlarının hukukî uyumsuzlukları çözme konusunda yaptıkları işlem*"³⁸² şeklinde tanımlanması mümkündür. Burada tartışılması gereken husus mahkemelerinin bu uygulama işleminin bir norm niteliği taşıyıp taşımadığını tespit etmektir.

Yukarıda norm kavramını tartıştık. Bu tartışmayı yaparken kavramın mutlaka doğrudan insan davranışına yönelme zorunluluğunu olmadığını, nitekim, örneğin, devlet organlarına yönelmiş olsa dahi insan davranışı üzerinde dolaylı bir etkisi olacağını belirtmiştik. Ayrıca, genel nitelikli normlar olabileceği gibi birel nitelikli normların da olabileceğini belirtmiştik. Mahkeme kararlarını da bu tanım doğrultusunda değerlendirmek gerekmektedir.

Mahkemeler karar verirken mevcut hukuku uygularlar. Bunun tek istisnası hukuk düzeni tarafından hâkimin hukuk yaratmasına imkân verilmesidir. Ancak, bu işlemi yaparken, yeni hukuk "yaratırken" dahi hâkim, hukuk düzenini uygulamaktadır. Hâkimin hukuk yaratabilmesi için gerekli şartlar oluşmuşsa, bu konudaki normu uygulayarak hâkimin, en azından somut olaya uygulanmak üzere norm yaratması mümkündür. Bu açıklamadan yola çıkarak hâkimin karar vermeye ilişkin eyleminin bir norm teşkil etmeyip, normların uygulamasından ibaret olduğu iddia edilebilir. Ancak, aşağıda görüleceği gibi,

382 Kemal Gözler, **Devletin Genel Teorisi**, 4.b., Ekin, Bursa, 2012, s. 328.

yine hukuk düzeninin somut olaya uygulanmasından ibaret olduğu söylenebilecek olan bireysel idarî işlemleri norm olarak kabul ederken mahkeme kararların etmemek kanımızca çelişkili bir tutum olacaktır.

Eğer norm, insanların davranışları hakkında bir gereklilik belirten kural demekse, mahkeme kararı da pekâlâ bir normdur. Hâkim, karar vererek, somut olaya ilişkin hukukî bir gereği açıklamaktadır. "A, B'ye tazminat ödemelidir", "İdarî makamın düzenleyici işlemi kanuna aykırı olduğu için geçersizdir", "A, B'den aldığı nişan hediyelerini iade etmelidir" gibi tespitler bireysel nitelikte olsalar bile bir veya daha fazla kişinin davranışları hakkında bir "olması gereken"den bahsetmektedir. Dikkat edilecek olursa, karar veren hakim ampirik alemde hiçbir değişikliğe yol açmamakta, kararı tamamen normlar aleminde etki doğurmaktadır. Haksız fiil işleyen A kişisi B'ye tazminatı hâkim karar verdiğinde değil, gerekli ödemeyi B'nin banka hesabına yaptığında ödemektedir. Üstelik mahkeme kararına uyulmaması hukuk düzeni tarafından yaptırıma bağlanmıştır. Davanın tarafları, mahkeme kararının gereğini yerine getirmezlerse, cebrî süreçler devreye girecek ve somut olay, normun gereğine uygun hâle getirilecektir. Dolayısıyla, hâkimin kararını normlar âleminde cereyan eden bir olması gerekenden başka bir şey olarak yorumlamak mümkün değildir. Zaten, mahkeme kararlarının bağlayıcı olduğunun kabul edilmesi ile birlikte³⁸³, bu işlemin bir norm olduğu da kabul edilmiş olmaktadır. Nitekim, hukukta yalnızca hukukî bağlayıcılıktan ve dolayısıyla da hukuk normunun bağlayıcılığından söz edilebilir.

Nitekim Kelsen de bu fikirdedir. Mahkeme kararlarını birel nitelikte de olsalar birer norm olarak kabul etmektedir³⁸⁴. Tıpkı diğer normlar gibi, mahkeme kararları da geçerliliklerini üst normlarından, yani normlar hiyerarşisinde kendilerinden üstte bulunan normlardan almaktadırlar.

Kemal Gözler bu konuda bizimle aynı fikirde değildir. Yazara göre, mahkeme kararları hâkimleri bağlamadığı ve sonraki tarihli benzer bir olayda kararı veren hakim kararından dönebileceği için normlar hiyerarşisine dahil edilmemektedir³⁸⁵. Kara Avrupası sisteminde mahkeme kararlarının hâkimleri bağlayıcı olmadığı konusunda bir tartışma bulunmamaktadır. Ancak, kanımızca bu tespit yapılırken, mahkeme kararlarının davanın taraflarını bağladığı ve dolayısıyla genel norm tanımını kapsamına dâhil oldukları göz ardı

383 Gözler, **Devletin Genel Teorisi**, a.g.e., s. 331.

384 Kelsen, **General Theory of Law and State**, a.g.e., s. 144.

385 Gözler, **Hukuka Giriş**, a.g.e., s. 191.

edilmiştir. Kaldı ki, bir normun geçerliliğini ancak bir başka normdan alacağı yukarıda normun geçerliliğine ilişkin yaptığımız açıklamalar doğrultusunda kabul edilirse, buna paralel olarak bu normun geçersiz hale getirilmesi, hukuk âleminden kaldırılması da bir başka norm tarafından gerçekleştirilmelidir. Hukuk âleminden kaldıran norm ya söz konusu norm ile aynı seviyede ya da daha üst seviyede bulunmalıdır. *Stare decisis* ilkesi kapsamında yer almayan mahkeme kararlarıyla da normlar geçersiz hâle getirilebildiğine göre, kanımızca bunların da birer norm teşkil ettiği kabul edilmelidir.

Öte yandan, Ortak Hukuk ("*Common Law*") sisteminde mahkeme kararları mahkemeleri de bağladığı ve mahkemelerin belli bir konuda belli bir şekilde karar vermesini emrettikleri için normlar hiyerarşisine dâhil oldukları konusunda bir tartışma yoktur³⁸⁶. Aynı kabul içtihadı birleştirme kararları için de yapılmaktadır³⁸⁷.

Bununla beraber, idarî rejim uygulamasının görüldüğü Fransa, Türkiye ve Almanya gibi ülkelerde hukuk mahkemelerinin kararları ve içtihadı birleştirme kararları ile idare mahkemelerinin kararları ve içtihadı birleştirme kararları arasında bir ayrıma gidilmesi gerekmektedir.

İdari rejim uygulamasının görüldüğü ülkelerde idarî eylem ve işlemlerin (ister düzenleyici olsunlar isterse bireysel) hukuka uygunluk denetimi hukuk mahkemelerinde değil, bu görevle özel olarak oluşturulmuş idare mahkemelerinde gerçekleştirilmektedir. Dolayısıyla, bu iki yargı kolunun kararlarının hukuk düzeninde yarattığı etkiler farklıdır. İdarenin bireysel işlemleri ve düzenleyici işlemleri hukuk mahkemelerinin kararlarıyla geçersiz hâle getirilemezken, idare mahkemelerinin iptal kararları, içtihadı birleştirme kararı niteliği taşımaları dahi, bu güce sahiptirler. Dolayısıyla, normlar hiyerarşisini oluştururken idare mahkemelerinin karar ve içtihadı birleştirme kararlarını düzenleyici işlemlerin ve dolayısıyla da bireysel idarî işlemlerin üstünde bir yere yerleştirmek gerekmektedir. Öte yandan, kanımızca, idarenin düzenleyici işlemleri hukuk mahkemelerinin kararlarına dayanak oluşturabilecekleri, bu kararların hukuka uygun şekilde verilmesini sağlayabilecekleri için hukuk mahkemelerinin kararlarının üzerinde yer almaktadır. Hukuk mahkemelerinin kararları düzenleyici işlem niteliğindeki normlara aykırı olamazlar. Bunların Türk hukukunda görülen içtihadı birleştirme kararı olmaları da bu durumda bir değişikliğe yol açmaz. Kısacası, idare mahkemeleri bir karar verirken düzenleyici işlemin yahut bireysel işlemin hukuka aykırılığına ve geçersizliğine

386 Gözler, **Hukuka Giriş**, a.g.e., s. 201.

387 Gözler, **Hukuka Giriş**, a.g.e., s. 202.

hükmedebilirken, hukuk mahkemelerinin bu güçten yoksun olması bu iki yargı kolunun içtihatlarının normlar hiyerarşisinde farklı bir yerde bulunmasını gerektirir. Dolayısıyla biz, her içtihadı birleştirme kararının değil, ancak idarî yargıdaki içtihadı birleştirme kararlarının ve diğer kararların normlar hiyerarşisinde bütün düzenleyici işlemlerin üzerine yer alacağını düşünmekteyiz³⁸⁸.

İdari rejim uygulamasının görüldüğü ülkeler için idarî yargı içtihatları hususunda bir ayrıma gidilmesinin bir başka gereği de bu ülkelerin idare hukuklarının kodifiye edilmemiş olması ve içtihatların bu sistemlerde hukukun genel kaynağı konumunda olmasıdır³⁸⁹. İçtihat bu ülkelerde hukuk yaratan ve dolayısıyla düzenleyici ve bireysel işlemlerin geçerliliğine etki eden normlardır. İdare, kanunla olduğu kadar idarî içtihatlar ile de bağlı olacaktır³⁹⁰.

Bununla beraber, her içtihadı birleştirme kararı normlar hiyerarşisinde içtihattan üst bir konumda yer alır. Nitekim, içtihatların içtihadı birleştirme kararlarına aykırı olması mümkün değildir³⁹¹.

Sonuç olarak, ayrı bir idarî yargı kolunun bulunmadığı ülkelerde düzenleyici işlemlerin ve bireysel işlemlerin denetimi normal hukuk mahkemeleri tarafından yapılacağından, içtihatların düzenleyici işlemlerin üzerinde yer alacağını söylemek gerekir. Bu ülkelerde mahkemeler kanun ile bağlı olacağından içtihatlar kanun altı bir seviyede yer almaktadır.

Ayrı bir idarî yargı sistemine sahip olan ülkelerde ise idarî yargı alanındaki içtihatlar düzenleyici işlemlerin üzerinde yer alacaktır. Hukuk mahkemeleri karar verirken düzenleyici işlemler ile bağlı olduğuna göre, bunların kararları düzenleyici işlemlerin altında yer alacaktır.

F. İDARENİN DÜZENLEYİCİ İŞLEMLERİ

İdare veya yürütme, genel olarak kanunların uygulanmasını sağlamakla yetkili bir devlet organıdır. Bu nedenle de, idare veya yürütmeden beklenen, kural işlem niteliğindeki

388 İdarî yargı ile hukuk yargısındaki içtihadı birleştirme kararları arasında ayırım gözetmeksizin içtihadı birleştirme kararlarını normlar hiyerarşisinde düzenleyici işlemlerin üzerine yerleştiren görüş için bkz. Gözler, **Hukuka Giriş**, a.g.e., s. 191.

389 Gözler, **Hukuka Giriş**, a.g.e., s. 192.

390 Gözler, **Hukuka Giriş**, a.g.e., s. 192-193.

391 Gözler, **Hukuka Giriş**, a.g.e., s. 193. Kemal Gözler'in idarî yargıdaki içtihadı birleştirme kararları ile idarî yargı içtihatları arasında kurduğu hiyerarşik ilişki aynen hukuk mahkemelerinin içtihadı birleştirme kararları ve içtihatları için de uygulanabilir niteliktedir.

kanunların somutlaştırılarak belli durumlara veya kişilere uygulanmasının sağlanması olmalıdır. Bu bakımdan, idarenin birel nitelikte, yani somut durumlara ilişkin işlemler ihdas etme yetkisini sahip olması normaldir. Ancak, dünya üzerindeki bütün hukuk sistemlerinde idarenin kural işlem niteliğinde bazı normlar da ihdas edebildiği görülmektedir. Dolayısıyla, bu normların normlar hiyerarşisindeki yerinin de belirlenmesi gerekmeyecektir. Öncelikle, idarenin düzenleme yetkisinin kaynağına ilişkin çeşitli görüşlere kısaca yer verelim.

İlk olarak idarenin düzenleme yetkisinin kaynağı olarak kanunları uygulama görevi gösterilebilir³⁹². Ancak, kanunları uygulama görevi, idareye anayasa veya o hukuk sisteminin en üstün normu tarafından verilmiş olsa bile, bu görevin düzenleyici işlem yapma yetkisini içerip içermeyeceği sorusu son derece şüphelidir. Nitekim, idare kanunları her somut durumda bireysel idarî işlemler ile uygulamak suretiyle de kanunların uygulanmasını sağlayabilir. Bu görüş, idarenin düzenleme yetkisini "eşyanın tabiatı"na dayandıran görüş ile paraleldir. İdarenin düzenleme yetkisinin kaynağını eşyanın tabiatı olarak gören görüş temel olarak, Anayasa, kanun veya başkaca bir pozitif düzenleme ile yetkilendirilmese dahi, bazı konularda idarenin yürüttüğü faaliyetin doğası gereği düzenleme yetkisine sahip olması gerektiğini savunmaktadır³⁹³. Bu nedenle de idarenin düzenleme yetkisinin asıl kaynağı olarak "eşyanın tabiatı" gösterilmektedir³⁹⁴. Bu "eşyanın tabiatı" kavramına bazı gerekliliklerin girdiği ifade edilmektedir ve bu gereklilikler "kanun koyucunun her şeyi düzenleme imkânsızlığı", "kamu hizmetinin iyi işlemesi ihtiyacı", "kamu düzeninin sağlanması ihtiyacı" ve "takdir yetkisinin objektifleştirilmesi ihtiyacı" olarak sıralanmaktadır³⁹⁵.

Eğer kamu düzeninin sağlanması, kamu hizmetinin iyi işlemesi gibi ihtiyaç ve gereklilikler, hukuk normları tarafından benimsenmedikleri takdirde hukuk dışı gerekliliklerdir. Bunlar olsa olsa hukuk dışı bir "olması gereken" ifade edebilirler. Hukukta "olan" ile "olması gereken" arasında bir geçiş olamayacağı gibi, farklı normatif kategoriler, örneğin etik ve hukuk arasında da geçiş olamaz. "Geçiş olamaz" ifadesi ile kasıt, bir kategorideki normun geçerliliğini diğer kategorideki normdan alamayacağıdır. Hukuk

392 Lütfi Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, 1.b., İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1982, s. 388-389.

393 Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, 2.b., Ekin, Bursa, 2009, s. 1158.

394 Michel Rougevin-Baville – Renaud Denoix de Saint Marc – A. Laberoux, **Leçons de droit administratif**, Hachette, Paris, 1989, s. 140'tan aktaran: Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 1158.

395 Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 1158-1160.

normunun geçerliliğini bir başka hukuk normundan alması zorunludur. Dolayısıyla, eğer pozitif hukuk düzenlemelerinin idareye düzenleme yetkisi vermediği durumlarda da idarenin söz konusu hukuk dışı "olması gereken"lere dayanarak düzenleme yapabileceği kabul edilirse, hukuk dışı bir "olması gereken"den hukukî bir "olması gereken" türetilmiş olur ki bunun hukuk mantığı ile bağdaşmadığını belirtmiştik. Dolayısıyla, kanımızca, idarenin düzenleme yetkisinin bir kaynağı olarak "eşyanın tabiatı"nın kabul edilmesi mümkün değildir.

Almanya'da ise idarenin kendi iç işleri ve yapısını düzenleme yetkisinin eşit davranma yükümlülüğünden doğduğu düşünülmektedir³⁹⁶. Buna göre, somut durumda, farklı kişilere eşit davranma yükümlülüğü anayasal olarak mevcut olan idare, bu yükümlülüğünü kendi içinde etkili olan düzenleyici işlemler ile düzenleyerek, bir nevi takdir yetkisini objektifleştirmektedir³⁹⁷. Bu görüş, kanımızca ilk görüşe oranla daha makuldür. Fakat, yine de pozitif temelden yoksun bir gereklilikten bahsetmektedir. Anayasal eşit davranma yükümlülüğü, idarenin belli somut durumlarda belli işlemlerin nasıl yapılacağını düzenleyen kural işlemler ihdas etme yetkisini kendi içinde barındırmamaktadır. Bu görüşteki yazarlar da anayasanın bir hükmüne bakarak, hukuk dışı bir gereklilik çıkarmakta ve idarenin düzenleme yetkisini bu gereklilik üzerine inşa etmektedirler.

Kanımızca, idarenin düzenleme yetkisinin nereden kaynaklanabileceği açıktır. Bir norm, geçerliliğini ancak başka bir normdan alabileceğine göre, "idarenin genel ve kişilik-dışı idarî işlemler yapma yetkisi" olarak tanımlanan³⁹⁸ düzenleme yetkisinin de ancak, normlar hiyerarşisinde bu normlardan üstte yer alacak olan pozitif bir normdan kaynaklanması gerekir. Hukukî tespitler, hukuk normlarına dayanarak yapılmalıdır. Olgusal âlemdeki gerek veya ihtiyaçlar ile hukuk normlarının ifade ettiği olması gerekenler birbirinden kesin olarak ayrılmış durumdadır. Dolayısıyla, bir hukuk normu tarafından idarenin düzenleyici işlem yapma yetkisi öngörülmedikçe, idarenin hukuken düzenleyici nitelikte işlem yapabileceğinin kabulü mümkün değildir. İdarenin düzenleyici işlem yapma yetkisine ihtiyaç duyması, hatta böyle bir yetkinin bütün hukuk sisteminin ve idarenin

396 Markus Möstl, "Nomative Handlungsformen", **Allgemeines Verwaltungsrecht**, 14.b., de Gruyter, Berlin, 2010, s. 666.

397 Turan Güneş, **Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri**, 1.b., Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Ankara, 1965, s. 88.

398 Georges Vedel – Pierre Devolve, **Droit administratif**, Cilt: 2, Presses universitaires de France, Paris, 1992, s. 328'den Aktaran: Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 1155.

işleyişi açısından olumlu olacağı yönündeki bir tespitten yola çıkarak hukuken idarenin bir konuda yetkili olduğunun söylenmesi isabetli değildir. Böyle bir tespit yapılması halinde "olan"dan "olması gereken" türetilmiş olur ki bunun mümkün olmadığını yukarıda belirtmiştik.

Dolayısıyla, idarenin düzenleyici işlem yapabilmesiyle yasama organının kanun çıkarabilmesi arasında hiçbir fark bulunmamaktadır. Her iki yetkinin de, yetkinin kullanımı neticesinde ortaya çıkacak olan normun hiyerarşik üstü konumundaki bir başka norm tarafından öngörülmüş olması gerekmektedir. Dolayısıyla, idarenin düzenleyici işlemlerinin hiyerarşik gücü de, bu normlara geçerlilik sağlayan üst normlar tarafından belirlenecektir. Ancak, bu belirlemeye yönelik dünya genelinde bir eğilim olduğunu söyleyebiliriz.

Bu eğilimin temel hareket noktası kuvvetler ayrılığı teorisidir³⁹⁹. Bu teori uyarınca, aslî düzenleme, kural koyma yetkisi yasama organına aittir ve yürütmeye bu türden bir yetki verilmesi söz konusu değildir. Ancak, zamanla, siyasî, sosyolojik ve ekonomik etkilerle bu keskin ayrımın yumuşatıldığı ve istisnaen yürütmeye düzenleme yapma yetkisinin verildiği gözlemlenmektedir⁴⁰⁰. Ancak, her ne kadar kuvvetler ayrılığı ilkesi, idareye de düzenleme yetkisinin tanınmasıyla yumuşatılmış olsa da, idarenin bu yetkisinin sınırlandırılması için bazı hukukî önlemler alınmıştır. Bu önlemler, aşağı yukarı bütün hukuk sistemlerinde ve inceleme konusu ülkelerin hepsinde, idarenin düzenleme yetkisinin yasama organının kontrolünde, yasama organı tarafından çıkarılan kanunların sınırları dâhilinde kalma zorunluluğu olarak ortaya çıkmaktadır⁴⁰¹. Türkiye'de ve Almanya'da idarenin kanuniliği ilkesi ("*Gesetzmäßigkeit*"), İngiltere'de *ultra vires* ilkesi bu önlemlere örnek olarak gösterilebilir. İdarenin kanuniliği ilkesi, idarenin birel veya düzenleyici işlemlerinin kanuna dayanmak ("*secundum legem*") ve kanuna aykırı olmamak ("*intra legem*") zorunda olduğunu ifade etmektedir⁴⁰². *Ultra vires* ilkesi ise idarenin düzenleme yetkisinin kanunla sınırlı olduğunu belirtmektedir⁴⁰³. *Ultra vires* ilkesinin idarenin kanuniliği ilkesinden farkı, bu ilkenin kanuna dayanma, yani ancak kanunla daha önce düzenlenmiş bir alanda düzenleme yapılabilme özelliğini içermemesi ve yalnızca

399 Möstl, a.g.e., s. 618.

400 Adil Özkol, "Almanya'da Yürütme Organının Düzenleme Yetkisi", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 26, Sayı: 3-4, Yıl: 1969, s. 131.

401 Herzog, a.g.e., s. 268.

402 Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 136-138.

403 David Dyzenhaus, "The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy", **The Province of Administrative Law**, 1.b., Hart, Oxford, 1997, s. 282.

düzenlemelerin kanuna uygun olmasını gerektirmesidir.

Hukuk sistemleri tarafından idarenin düzenleyici işlemlerine ilişkin olarak yukarıda benimsenen kurallar, idarenin düzenleyici işlemlerinin normlar hiyerarşisindeki yeri ile yakından ilgilidir. Nitekim, her üç hukuk sisteminde de kanuna uygun olma gerekliliği bulunan idarenin düzenleyici işlemlerinin normlar hiyerarşisinde kanun altı bir seviyede yer alması beklenecektir. Ancak, bu konuda nihâî kararı vermeden önce, hukuk sistemlerinin detaylı şekilde incelenmesi ve bu kuralın istisnalarının öngörülüp öngörülmediğinin belirlenmesi gerekmektedir.

İdarenin düzenleyici işlemlerinin normlar hiyerarşisindeki yeri ile ilgili diğer bir önem arz eden konu da bunların mahkeme kararları ile olan hiyerarşik ilişkisidir. Hukuk devleti ilkesinin (veya İngiltere'de hukukun üstünlüğü ("*rule of law*") ilkesi) bir gereği olarak, idarenin işlemlerinin, düzenleyici işlemler dâhil olmak üzere, yargı denetimine tâbi olması hukuk sistemlerinde esastır⁴⁰⁴. Bu nedenle, hukuka aykırı olan düzenleyici işlemler, mahkeme kararları ile geçerliliğini yitirebilmekte ve hukuk âleminde kaldırılabilmektedirler. Bu anlamda, mahkemelerin iptal kararları ile idarenin düzenleyici işlemleri arasında hiyerarşik bir ilişki olup olmadığı değerlendirilmelidir.

Bir normun geçerliliğini ancak başka bir normdan alıyor olması, bu geçerliliğini de yine bir norm dolayısıyla yitireceği anlamına gelmektedir. Ampirik alemde gerçekleşen olgular ile bir normun geçerliliğini yitirmesi mümkün değildir. Bir kanun, ancak başka bir kanun veya bir anayasa hükmü onu ilga ettiğinde hukuk âleminde kalkacaktır. Ancak, mahkemelerin iptal kararlarının da aynı etkiyi gösterdiği düşünüldüğünde, mahkeme kararlarının ya idarenin düzenleyici işlemleri ile aynı seviyede ya da bunların hiyerarşik üstü konumunda normlar olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim, bir norm ancak kendisiyle eşit veya üst seviyede bir norm dolayısıyla geçerliliğini yitirecektir. İptal kararını veren mahkeme, bu kararını verirken denetimini gerçekleştirdiği norm ile bağlı değildir. Dolayısıyla, mahkeme kararlarının normlar hiyerarşisinde yargısal denetimi gerçekleştirilebilen ve bu denetimin neticesinde iptal edilebilen düzenleyici işlemlerden üstte yer alması gerekir. Bu mahkeme kararlarının hangi mahkemelerin kararları olduğu hukuk sisteminde idarenin düzenleyici işlemlerinin yargısal denetimini gerçekleştirmekle görevli olan mahkemelere göre değişiklik gösterecektir.

Netice itibarıyla, idarenin düzenleyici işlemlerinin normlar hiyerarşisinde

404 Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 124.

kanunların ve bu normların yargısal denetimini sağlayan mahkeme kararlarının altında yer alacağını tespit etmiş bulunmaktayız. Ancak, yargısal denetimi mümkün olmayan ve mahkemelerin diğer düzenleyici işlemlerin yargısal denetimlerini gerçekleştirirken uyması gereken, mahkemeyi bağlayan düzenleyici işlemlerin olması olasılığı, örnek hukuk sistemleri incelenirken göz önünde bulundurulmalıdır.

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA KURAL İŞLEM VE MAHKEME KARARLARININ HİYERARŞİK GÜCÜ

Çalışmanın ilk kısmında teorik bilgilere yer verilmiş, incelemeye konu ülkelerin hukuk düzenlerine ilişkin tespitlerden olabildiğince kaçınılmıştır. İncelemeye konu hukuk sistemleri açısından geçerli olmasını beklediğimiz bu genel bilgileri bir arada vererek tekrardan kaçındıktan sonra sıra her bir hukuk sisteminin ayrıntılı incelemesine gelmiştir. İlk olarak, Türk hukuk sisteminde normlar hiyerarşisini yukarıdaki bilgiler ışığında inceleyecek ve kural işlemler ile mahkeme kararlarının normlar hiyerarşisindeki yerini bu bilgiler ışığında tespit etmeye çalışacağız.

I. TÜRK ANAYASASININ NORMLAR HİYERARŞİSİNDEKİ YERİ

İlk kısımda incelediğimiz sıra uyarınca ilk olarak Türk Anayasasının niteliğini ve normlar hiyerarşisindeki yerini tespit etmemiz gerekmektedir. Bu kısımdaki amacımız Türk Anayasasının normlar hiyerarşisinin tepesinde, iç hukuktaki en üstün norm olarak yer alması beklenen şekli anlamda anayasa tanımına uygun olup olmadığını tespit etmekten ibarettir. Eğer bu soruya olumlu cevap verebilirsek, Anayasanın Türk hukuku normlar hiyerarşisinin en tepesinde yer aldığını doğrulamış oluruz.

12 Eylül 1980 tarihinde Türk Silahlı Kuvvetleri kendi arasındaki hiyerarşiye dayalı bir bütün halinde hareket etmek suretiyle¹ yönetime el koyarak hukuk boşluğu yaratmıştır. Yaratılan hukuk boşluğu 27 Ekim 1980 tarihli ve 2324 sayılı "Anayasa Düzeni Hakkında Kanun" tarafından doldurulmaya çalışılmıştır². Bu kanuna göre, yasama ve yürütme yetkileri Millî Güvenlik Konseyi'nde toplanırken, yargı organlarının varlığına dokunulmamakla birlikte yetkilerine kısıtlamalar getirilmiştir³. Ayrıca, 1961 Anayasasının bütün hükümleri yürürlükten kaldırılmamış, ancak hukuk dışı⁴ yöntemlerle 1961

1 Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, 1.b., Ekin, Bursa, 2000, s. 93.

2 Zafer Gören, **Anayasa Hukuku**, 1.b., Yetkin, Ankara, 2011, s. 84.

3 Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 94.

4 Burada "hukuk dışı" tabiri bir eleştiri anlamında kullanılmamıştır. Kastedilen iç hukukta belirlenen anayasa değişikliği usullerine uyulmamış olmasıdır. Zaten ortada bir darbe söz konusu olduğu için, darbe ile yaratılan hukuk boşluğunda "hukuk dışı" tabirinin bir eleştiri olarak kullanılması abes olurdu.

anayasasının üstünlüğü ortadan kaldırılmış⁵ ve çalışmamız açısından bu dönemde de en üstün norm olduğu iddia edilebilecek bir anayasa kalmamıştır.

29 Haziran 1981 tarihinde Milli Güvenlik Kurulu tarafından çıkarılan "Kurucu Meclis Hakkında Kanun" ile yeni anayasa yapılması için bir meclis oluşturulması öngörülmüş⁶ ve gerçekleştirilen çalışmalar neticesinde 1982 Anayasası, gerçekleştirilen halkoylamasının ardından 18 Ekim 1982 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

İlk kısımda belirtildiği gibi, normlar hiyerarşisinin en tepesine yerleştirilebilecek olan anayasanın katı bir nitelik arz etmesi gerekmektedir. Bir başka deyişle, anayasa değişikliği için bir kurucu meclis oluşturulması gerekmeli ya da, anayasa değişikliği olağan meclis tarafından gerçekleştirilecekse, kanun yapma usulünden daha zor bir usul aranmalıdır. Kanımızca bu iki şartın bir arada "kanunlardan daha zor değiştirilmek" olarak ifade edilmesi yeterlidir. Nitekim, anayasa değişikliği için ayrı bir meclis oluşturulmasının gerekmesi de aslen anayasaların kanunlardan daha zor değiştirileceğine işaret etmektedir. Öte yandan, "daha zor bir usul" ifadesinden özellikle kaçınıyoruz. Nitekim, kanımızca anayasanın olağan yasama organından başka bir organ tarafından değiştirilmesi usul değil, yetki unsuruna ilişkindir. Son olarak, yine yukarıda yaptığımız tespite binaen, katı olması gereken bir anayasa aynı zamanda yazılı nitelik arz etmelidir.

1982 Anayasasının yazılı nitelikte olduğuna şüphe yoktur. Yukarıda yazılı anayasayı "yazılı anayasa, içeriği harflerle ifade edilmiş bir metin teşkil eden belge demektir" şeklinde tanımladığımızı göre, 1982 Anayasasının yazılı bir anayasa olduğu konusunda şüphe kalmamaktadır. Dolayısıyla, incelenmesi gereken konu 1982 Anayasasının değiştirilmesinin kanunlardan daha zor olup olmadığıdır.

Öncelikle kanun yapma usulü incelenmelidir. 1982 Anayasasının 96. maddesi "Türkiye Büyük Millet Meclisi, Anayasada başkaca bir hüküm yoksa toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar verir; ancak karar yeter sayısı hiçbir şekilde üye tamsayısının dörtte birinin bir fazlasından az olamaz" demektir. Dolayısıyla, kanun yapmak için toplantıya katılan milletvekillerinin salt çoğunluğu yeterli olacaktır. Ancak, bu yetersayıya bir sınır getirilmiştir. Buna göre, kanun lehine en az 139 milletvekilinin oyu gerekmektedir. Nitekim, 550 milletvekilinin dörtte biri 137,5 iken, bunun bir fazlası 138,5 oydur. Gereken oy sayısı bu sayıdan az olamayacağına göre, kanun yapmak için toplantıya katılan milletvekillerinin salt çoğunluğunun olumlu oyu ve her durumda 139 olumlu oy

5 Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 95.

6 Demirkol, a.g.e., s. 181.

gerekmektedir. Anayasa bu maddesiyle basit çoğunluk şartına bir alt sınır getirmiştir.

Bir anayasanın katı olması demek, anayasanın hiçbir hükmünün alelade kanun yapma usulü ile değiştirilememesi anlamına geldiğine göre anayasanın değiştirilebilmesi için yukarıdaki yetersayılardan daha yüksek bir sayı öngörülmüş olması gerekmektedir. Şimdi 1982 Anayasasına göre anayasanın nasıl değiştirildiğini bazı başlıklar altında inceleyelim.

A. ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİNİ YAPMAYA YETKİLİ ORGAN

1982 Anayasasının 175. maddesinde anayasa değişikliği teklif etme ve değişiklik hakkında karar verme yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne tanındığı için, anayasanın anayasa değişikliği için ayrı bir kurucu meclis kurulmasını öngörmediği, bu yetkiyi aynı zamanda alelade kanunları çıkarmakla görevli olan Türkiye Büyük Millet Meclisine verdiği tespit edilmelidir. Dolayısıyla, 1982 Anayasasının anayasa değişikliği için ayrı bir meclis kurulmasını öngörerek katılık sağlama yoluna gitmediği görülmektedir.

B. KABUL YETERSAYISI BAKIMINDAN

1982 Anayasasının 175. maddesinin 1. fıkrasında "Değiştirme teklifinin kabulü Meclisin üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun gizli oyuyla mümkündür." denmektedir. Buna göre, bir anayasa değişikliğinin parlamento tarafından kabul edilebilmesi için 330 milletvekilinin olumlu oyu gerekmektedir. Görüleceği üzere, kanunların kabulü için "toplantıya katılanların" salt çoğunluğunu arayan anayasa, anayasa değişikliği için hem üye tamsayısını baz almış, hem de kabul için nitelikli çoğunluk öngörmüştür. Bu anlamda, 1982 Anayasasının katı bir anayasa olmanın koşulunu yerine getirdiğini söyleyebiliriz⁷.

C. DEVLET BAŞKANINA TANINAN YETKİLER

Ancak, 1982 Anayasasına katılık sağlayan tek husus kabul yeter sayısının yüksekliği değildir. 175. madde incelendiğinde Cumhurbaşkanıya anayasa değişikliği ile ilgili olarak kanunlar bakımından tanınmayan bir referanduma sunma ve veto yetkisi⁸ tanındığı görülmektedir.

7 Ayrıca, Anayasanın anayasa değişikliği teklifleri için parlamento üye tamsayısının en az üçte birini gerektirmesi de anayasayı katılaştıran bir faktör olarak görülebilir (m. 175). Bkz. Arkan, a.g.e., s. 39; Tanör, a.g.e., s. 151.

8 Aşağıda görüleceği üzere bu veto yetkisi kimi durumlarda kanunlar açısından tanınan yetki ile aynı iken, kimi zaman farklı ve zorlaştırıcı bir etki görmektedir.

1. Veto Yetkisi

1982 Anayasasının 175. maddesinin 3. fıkrasına göre meclis tarafından üye tamsayısının üçte ikisinden az bir oyla kabul edilen bir anayasa değişikliği Cumhurbaşkanı tarafından tekrar görüşülmek üzere meclise gönderilebilir. Bir başka deyişle, burada Cumhurbaşkanıya anayasa değişikliğine ilişkin bir veto yetkisi tanınmaktadır. Mühim olan, bu veto yetkisinin kanunlar açısından tanınan veto yetkisinden daha zorlaştırıcı bir yetki olup olmadığıdır. Kanunlar açısından cumhurbaşkanına tanınan yetki "geciktirici veto" yetkisidir⁹. Bir başka deyişle, Cumhurbaşkanının meclise geri gönderdiği kanun teklifi veya tasarısı, değiştirilmeden kabul edilirse Cumhurbaşkanı teklif veya tasarımı onaylayarak yürürlüğe sokmak durumundadır. Üye tamsayısının üçte ikisinden az bir oyla kabul edilen anayasa değişikliği önerisinin meclise geri gönderilmesi hâlinde söz konusu olan veto yetkisi ile kanunlar açısından öngörülen veto yetkisinin niteliği farklıdır. Nitekim, üye tamsayısının en az beşte üçü ile, vefakat üye tamsayısının üçte ikisinden az bir oyla kabul edilmiş olan anayasa değişikliği önerisinin Cumhurbaşkanı tarafından tekrar görüşülmek üzere meclise geri gönderilmesi durumunda, meclisin bu teklifi tekrar kabul etmesi için beşte üç çoğunluk yeterli olmamaktadır. 1982 Anayasasının 175. maddesinin 5. fıkrasından anlaşılacağı üzere belirtilen oranlarla mecliste kabul edilen ve sonra cumhurbaşkanı tarafından meclise geri gönderilen anayasa değişikliği teklifinin tekrar kabulü için önceki kabul yetersayısından daha fazla sayıda oy gerekmektedir. Buna göre, ancak meclis üye tamsayısının üçte ikisi ile anayasa değişikliği önerisi tekrar Cumhurbaşkanının önüne gelebilir¹⁰. Bu durumda Cumhurbaşkanının veto yetkisinin geciktirici değil, zorlaştırıcı veto yetkisi olduğu görülmektedir¹¹. Bu konuda, bir kere geri gönderilen anayasa değişikliği teklifinin daha büyük bir çoğunluk ile kabul edilmesinin pratikte mümkün olmadığından bahisle, söz konusu veto yetkisinin uygulamada "mutlak veto" şeklini alacağı düşünülmektedir¹².

9 Geciktirici veto kavramı konusunda bkz. Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 1000-1001; Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, 13.b., Yetkin, Ankara, 2012, s. 170-171. Yazarlar, Cumhurbaşkanının anayasa değişikliklerine ilişkin veto yetkisinden bahsederken "geciktirici veto"dan bahsederken, aynı kavramın Cumhurbaşkanının kanunlar açısından sahip olduğu yetki açısından kullanılmasında bir sakınca yoktur.

10 Erdal Onar, **1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu**, Ankara Üniversitesi, Ankara, 1993, s. 85.

11 Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 996; Tanör, **İki Anayasa** a.g.e., s. 152-153.

12 Onar, **1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu**, a.g.e., s. 85; Erdoğan Teziç, "Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisi", **Anayasa Yargısı**, Cilt: 3, Yıl: 1986, s. 92.

Öte yandan, başlangıçta üye tamsayısının en az üçte ikisi tarafından kabul edilen bir anayasa değişikliği teklifinin Cumhurbaşkanı tarafından yeniden görüşülmek üzere meclise geri gönderilmesi durumunda zorlaştırıcı veto yetkisinden değil, kanunlarda olduğu gibi geciktirici veto yetkisinden bahsetmek gerekecektir¹³. Nitekim, yine 175. maddenin 5. fıkrası gereği, geri gönderilen anayasa değişikliği teklifi yine ilk baştaki üçte iki çoğunluk ile kabul edilebilmektedir.

Anayasa Mahkemesi başlangıçta hangi oranla kabul edilmiş olursa olsun Cumhurbaşkanı tarafından tekrar görüşülmek üzere meclise geri gönderilen bir anayasa değişikliği teklifinin genel kabul çoğunluğu olan üye tamsayısının beşe üçü ile kabul edebileceğine karar vermiştir¹⁴. Anayasa Mahkemesi bu kararının gerekçesinde, Cumhurbaşkanı tarafından geri gönderilen anayasa değişikliği tekliflerinin tekrar kabulünde de genel kabul esasının geçerli olduğunu; üçte iki çoğunluk ile kabul edilmenin, ister ilk kabulde ister Cumhurbaşkanının geri göndermesi üzerine kabul etmede, referandumun zorunluluğunun kalmaması için öngörülmüş bir şart olduğunu ileri sürmüştür¹⁵. Anayasa Mahkemesinin yorumu kabul edildiği takdirde, başlangıçta üye tamsayısının üçte ikisinden az oyla kabul edilen anayasa değişikliği teklifleri için cumhurbaşkanının veto yetkisinin zorlaştırıcı bir etkiye sahip olmadığı anlamına gelecektir. Nitekim, her şart altında geri gönderilen değişiklik teklifi üye tamsayısının beşte üçü ile kabul edilebilecektir. Üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ancak referandumun zorunlu olup olmadığını belirlemekte kullanılmaktadır. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesinin yorumu doğrultusunda, cumhurbaşkanının anayasa değişikliği sürecinde zorlaştırıcı veto yetkisi değil, kanun yapma sürecindeki veto yetkisi ile aynı nitelikte bir geciktirici veto yetkisi söz konusu olacağından, cumhurbaşkanının veto yetkisinin anayasaya katılık sağlayan sebeplerden bir tanesi olduğu savunulamayacaktır.

Madde metni yorum farklılıklarına yol açabilecek şekilde düzenlenmiştir. Dolayısıyla, Cumhurbaşkanının veto yetkisinin niteliğine ilişkin doktrin ve Anayasa Mahkemesi arasında farklı görüşlerin bulunması doğaldır. Ancak, kanımızca Anayasa Mahkemesinin görüşünü kabul etmek mümkün değildir. Şu kadarı doğrudur: Cumhurbaşkanının en başta veya geri gönderme üzerine üçte iki çoğunluk ile kabul edilen

13 Teziç, "Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisi", a.g.m., s. 92-93.

14 Teziç, **Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 198.

15 Anayasa Mahkemesinin 31 Mayıs 2007 tarihli ve 2007/68 Sayılı kararı. Karar metni için bkz. 7 Ağustos 2007 tarihli ve 26606 Sayılı Resmi Gazete.

bir anayasa değişikliği kanununu halkoymasına sunma zorunluluğu bulunmamaktadır. Beşte üçten fazla, üçte ikiden az her türlü çoğunluk durumunda halkoymasının zorunlu olduğu 4. fıkradan belirtilmiştir. Ancak, bu maddede söz konusu zorunlu halkoymasının ancak söz konusu anayasa değişikliği meclise iade edilmedikçe söz konusu olacağının belirtilmesinin sebebi, kanımızca Cumhurbaşkanını tarafından geri gönderilen bir anayasa değişikliği kanunu açısından zaten zorunlu referandum olasılığının ortadan kalkmasıdır. Nitekim, bu değişiklik ancak meclis üye tamsayısının üçte ikisi ile kabul edilebilecek ve halkoyması ihtiyarî hale gelecektir.

Dolayısıyla, anayasa değişikliği usulünde cumhurbaşkanına kanun yapma usulünde öngörülmemiş nitelikte, zorlaştıracı bir veto yetkisi verildiği görülmektedir. Dolayısıyla, 1982 Anayasası yalnızca anayasa değişikliği için daha nitelikli bir yeter sayı öngörerek değil, aynı zamanda cumhurbaşkanına olağan kanun usulünde tanımadığı bir veto yetkisi tanıyarak da katılık sağlamaktadır. Ancak, Cumhurbaşkanının veto yetkisinin niteliğine ilişkin görüşümüz kabul edilmese ve buradaki veto yetkisinin kanunlar açısından da öngörülen geciktirici veto yetkisi niteliği taşıdığı düşünülse dahi, Türk Anayasasına katılık sağlayan tek husus bu olmadığı için, bizim konumuz açısından değişen bir şey olmayacaktır.

2. Referandum Yetkisi

1982 Anayasası, anayasa değişikliklerine ilişkin olarak bir referandum süreci öngörmüştür. Bu süreç kanunun hangi çoğunlukla kabul edildiğine veya cumhurbaşkanı tarafından meclise geri gönderilip gönderilmediğine göre zorunlu veya ihtiyarî olabilese de, yukarıda anayasalara katılık sağlamanın yollarını incelediğimiz kısımda belirtildiği gibi, kanunlar için öngörülmemen ihtiyarî referandum da anayasaya katılık sağlamaya yeterlidir.

1982 Anayasasının 175. maddesinin 4. fıkrasında göre üye tamsayısının üçte ikisinden az oyla kabul edilen ve tekrar görüşölmek üzere meclise geri gönderilmeyen anayasa değişikliği teklifleri zorunlu olarak Cumhurbaşkanı tarafından halk oylamasına sunulacaktır. Bu durumda ortaya çıkan referandum zorunlu referandumdur.

Öte yandan, 175. maddenin 5. fıkrası uyarınca, başlangıçta üye tamsayısının en az üçte ikisi ile kabul edilen veya ister beşte üç isterse üçte iki çoğunluk ile kabul edilmiş olsunlar, cumhurbaşkanı tarafından tekrar görüşölmek üzere meclise gönderilmiş olan ve cumhurbaşkanının önüne bundan sonra gelen teklifler açısından zorunlu değil ihtiyarî bir

referandumdan bahsetmek gerekmektedir¹⁶.

Netice itibariyle, kimi zaman zorunlu kimi zamansa ihtiyarî özellik göstermesine karşın, 1982 Anayasasında öngörülen ve normal kanunlar açısından öngörülmemiş olan referandum sürecinin anayasaya katılık sağlayan bir etken olduğu belirtilmelidir.

D. DEĞİŞTİRİLEMEYECEK HÜKÜMLER

Anayasalara katılık sağlamanın bir başka yolu da değiştirilemeyecek bazı hükümlerinin bulunmasıdır. Anayasanın değiştirilemeyecek hükümlerinin bulunması yine anayasa tarafından öngörülmüş olmalıdır. 1982 Anayasasının 4. maddesi şu şekildedir: "Anayasanın 1 inci maddesindeki Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hükümle 2'nci maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve 3 üncü maddesi hükümleri değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez.". Buna göre, 1982 Anayasasının bazı maddelerin değiştirilemeyeceğini öngörerek katılık kazanmaktadır.

Değiştirilemeyecek maddelerin hukuken ifade ettiği husus bu tür yasakların gerçekten anayasalara katılık sağlayıp sağlamayacağı açısından önem arz etmektedir. Bazı yazarlar, aslî kurucu iktidar ile tali kurucu iktidar arasında herhangi bir ayrıma gitmeden, önceki kurucu iktidarın sonrakini bağlamasının mümkün olmadığını belirterek anayasalardaki değiştirilemeyecek hükümlerin hukukî etkiden uzak, siyasî temenniler olduğunu öne sürmektedirler¹⁷. Bu görüş benimsenirse, hukukî bağlayıcılıktan uzak bir hükmün anayasaya katılık sağlaması mümkün olmaz. Dolayısıyla, anayasalardaki değiştirilemeyecek hükümlerin anayasalara katılık sağlamanın yollarından biri olarak değerlendirilmemesi gerekir. Fakat, bu görüşün yerinde olduğunu söylemek güçtür. Aslî kurucu iktidar ile tali kurucu iktidar arasında nitelik farkı ve her şeyden önemlisi bir kudret farkı bulunmaktadır. Bir dönemin aslî kurucu iktidarının bir başka dönemin aslî kurucu iktidarını bağlayamayacağı hukuken geçerli bir tespittir. Nitekim, yukarıda ilgili bölümde açıklandığı üzere her iki iktidar da hukuk dışıdır, hukuk boşluğu sırasında ortaya çıkarlar ve hiçbir hukuk normu ile bağlı olmadan işlerler. Bu hukuk normlarına önceki kurucu iktidar tarafından ihdas edilen normlar da dâhildir. Ancak, tali kurucu iktidar hukuk içi bir iktidardır. Anayasayı değiştirme iktidarı anayasaya uygun olarak kullanılır¹⁸. Aksi söz konusu ise tali kurucu iktidardan değil, hukuk ile bağlı olmayan aslî kurucu iktidardan

16 Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 997.

17 Teziç, **Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 201.

18 Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 1004.

bahsetmek icap eder. Dolayısıyla biz, anayasaların metninde belirtilen değiştirilemeyecek hükümlerin tali kurucu iktidar açısından hukuken bağlayıcı olduğu ve dolayısıyla da anayasalara katılık kazandıran unsurlar arasında sayılmaları gerektiği kanaatindeyiz. Bu bağlamda, 1982 Anayasasının tali kurucu iktidar tarafından değiştirilemeyecek hükümlere yer vererek katılık kazandığı görülmektedir.

1982 Anayasasının değiştirilemeyecek hükümlerine ilişkin bir başka tartışma konusu ise öncelikle 4. maddenin değiştirilmesi suretiyle ilk üç maddenin değiştirilip değiştirilmeyeceğine ilişkindir. Bu tartışma 1982 Anayasasının katı bir anayasa olup olmadığını belirleme konusunda önem arz edebilir. Her şeyden önce anayasa tarafından açıkça değiştirilemeyeceği düzenlenen her maddenin tali kurucu iktidar tarafından değiştirilmesi mümkündür. 1982 Anayasasının 4. maddesi ilk üç maddenin tamamını veya belli kısımlarını değiştirilemeyecek hükümler kısmına almış, fakat kendisini değiştirilemeyecek hükümler arasında zikretmemiştir. Dolayısıyla, ilk olarak 4. maddenin yürürlükten kaldırılması ve sonrasında ilk üç maddenin değiştirilmesi mümkün gözükmektedir¹⁹. Bu durumda, Türk Anayasasının 4. maddesinin ne derece katılık kazandıracak sorgulanabilir. Neticede, anayasanın ilk üç maddesi bile değiştirilmeye karşı mutlak, aşılabilir bir koruma altında değildir. Ancak, burada değerlendirilmesi gereken mevcut hali ile 4. maddenin, diğer zorlaştırıcı usuller bulunmasaydı dahi, alelade bir kanun tarafından ilk üç maddenin doğrudan değiştirilmesine engel teşkil edip etmediğidir. Varsayalım ki 1982 Anayasasına katılık kazandırdığı iddia edilebilecek tek hüküm 4. maddedir. Bu durumda Türkiye Büyük Millet Meclisi kanunlar için öngörölmüş usulle bir anayasa değişikliği gerçekleştirebilecektir. Yani, zorlaştırılmış bir yetersayı veya cumhurbaşkanının sahip olduğu geciktirici veto ve referanduma sunma gibi yetkilerden bahsedemeyeceğiz. Ancak, bu durumda bile anayasa hükümleri kanunların ihdas usulünü belirlemekte (96. madde) ve 4. madde ile anayasa değişiklikleri içerik anlamında sınırlandırmaktadır. Kanunların geçerliliğini belirleyen üst norm konumundaki anayasanın 4. maddesi, tali kurucu iktidarı yine bağlayacak ve ilk üç maddenin doğrudan değiştirilmesini engelleyecektir. Dolayısıyla, 4. maddenin şu andaki haliyle varlığı bile ilk üç maddenin değiştirilmesi açısından zorlaştırıcı bir usul öngörmektedir. Tali kurucu iktidarın ilk olarak 4. maddeyi değiştirmeden ilk üç maddenin içeriğine dokunması mümkün değildir. Ancak, bu durumda katılık derecesi açısından bir ayrıma gidilebilir.

19 Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 1005.

Mutlak olarak değiştirilemeyecek maddelerin bulunduğu bir anayasanın, öncelikle bir maddesinin değiştirilmesi suretiyle diğer bütün maddeleri değiştirilebilecek bir anayasaya göre daha katı bir nitelik arz ettiği söylenebilir.

şayet 4. madde kendisinin de değiştirilemeyeceğini kararlaştırmış olsaydı, ilk üç maddeye ilişkin olarak mutlak bir yasak getirseydi, 1982 Anayasası daha katı bir anayasa olarak deęerlendirilebilirdi²⁰. Buradan çıkan önemli bir sonuç vardır. Teleolojik bir yorum ile 4. maddenin de yasak kapsamında bulunması gerektiğini iddia etmek, 4. maddenin ancak bu şekilde aslı kurucu iktidarın amacına uygun olarak yorumlanabileceğini ileri sürmek yerinde bir tespit değildir. Çünkü, 4. maddenin mutlak bir yasak içermemesinin de bir amacı olduğu söylenebilir. Pekala, aslı kurucu iktidar, anayasayı mutlak bir yasağın katılaştıracığı kadar katılaştırmak istememiş, daha optimal olduğunu düşündüğü bir katılık seviyesinde karar kılmış olabilir.

Yukarıdaki tartışmalar ışığında söylenmesi gereken husus 1982 Anayasasının 4. maddesinin başlı başına anayasaya katılık sağlayan unsurlardan birisi olduğudur.

Görüldüğü gibi, 1982 Anayasası katı anayasalara ilişkin koşullardan birden fazlasını yerine getirmektedir. Her ne kadar 1982 Anayasasının 11. maddesi "Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır." diyerek anayasanın üstünlüğünü vurgulamışsa da, daha önce de açıklandığı üzere katı bir anayasa olmadan bu hükmün bir anlamı kalmaz. Her ne kadar anayasanın yasama organını bağlayacağı ve kanunların anayasayı bağlamayacağı düzenlense de, alelade kanunlar ile değiştirilebilen bir anayasa normlar hiyerarşisinde kanunlar ile aynı seviyede yer alacaktır. 1982 Anayasası katı bir anayasa olduğuna göre, normlar hiyerarşisinin en üst basamağında yer almaya elverişlidir.

II. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARININ NORMLAR HİYERARşISİNDEKİ YERİ

İlk bölümde yaptığımız tartışmada yargı kararlarının da normlar hiyerarşisinde bir yeri olduğunu, bu kararların da norm olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştik. Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesi kararlarının Türk hukukunun normlar hiyerarşisinde hangi basamakta yer alacağını tespit etmemiz gerekecektir.

1982 Anayasasının Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerini düzenleyen 148.

20 Anayasaların katılık dereceleri ve optimal katılık seviyesi için bkz. Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, a.g.e., s. 63.

maddesine göre, Anayasa Mahkemesinin iki temel görevi olduğu söylenebilir. Bunlardan birisi, kanun, kanun hükmünde kararname, TBMM İçtüzüğü normlarının esas ve şekil bakımından Anayasaya uygunluğunun denetlenmesidir. Diğeri ise bireysel başvurudur. Bizim konumuzu ilgilendiren husus Anayasa Mahkemesinin kanun, kanun hükmünde kararname ve TBMM İçtüzüğü hakkında verdiği iptal kararlarıdır. Nitekim, Anayasa Mahkemesi kararlarının hiyerarşik gücünü tespit edebilmek için, mahkeme kararlarının diğer normlara ilişkin olarak ne gibi kararlar verebileceğini, bu kararların diğer normlar üzerindeki etkilerinin ne olduğunu incelemek gerekir. Bireysel başvuru neticesinde Anayasa Mahkemesi tarafından verilen karar ise bir normun geçerliliğine ilişkin değildir. Burada, Anayasa Mahkemesi yalnızca belli bir temel hak veya özgürlüğün ihlal edilip edilmediğini değerlendirmektedir. Dolayısıyla, verilen bir kararın da herhangi bir normun geçerliliğini etkilemesi düşünülemez. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi kararlarının Türk hukuku normlar hiyerarşisindeki yerini incelerken bizim esas alacağımız kararları iptal kararları olacaktır.

Anayasa Mahkemesinin kanunlar, kanun hükmünde kararnameler ve TBMM İçtüzüğü hakkında vereceği iptal kararları, Anayasanın 153. maddesinin 3. fıkrası uyarınca denetimi gerçekleştirilen normun geçerliliğini yitirmesine yol açmaktadır. Bir başka deyişle, her ne kadar Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 154. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, bir kanunu, kanun hükmünde kararnameyi veya TBMM İçtüzüğünü değiştirme veya bunların yerine aynı güçte yeni bir norm ihdas etme yetkisine sahip olmasa da, mevcut ve geçerli haldeki bu normları, anayasada belirtilen şartlar mevcutsa, yürürlükten kaldırabilmektedir²¹. Anayasa Mahkemesinin bu yetkisinin negatif yasa koyuculuk olarak adlandırıldığı görülmektedir²². Bu durum, bir kanun, kanun hükmünde kararname veya TBMM İçtüzüğünün geçerliliğinin Anayasa Mahkemesinin iptal kararından etkilenebileceğini göstermektedir. Ayrıca, Anayasanın 153. maddesinin 1. fıkrasına göre, Anayasa Mahkemesi kararları kesindir. Bu mahkemenin kararlarına karşı herhangi bir merciinin yapabileceği herhangi bir şey bulunmamaktadır. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesinin iptal kararını geri çevirerek denetimi gerçekleştirilen normun yürürlükte ve

21 İptal edilen normlar söz konusu kararın yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkabileceği gibi, Anayasa Mahkemesinin kararının yürürlüğe girmesi için daha ileri bir tarihin belirlenmiş olması da mümkündür. Bkz. Erol Cansel, "Some Problems Arising From Annulment Decisions of the Constitutional Court", **Constitutional Jurisdiction**, ed. Yekta Güngör Özden ve Emine Yıldız, 27 Nolu Türk Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 1993, s. 99.

22 Fatih Öztür, **Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Politik Sorun ve Yargısal Aktivizm Doktrini: Anayasal Yargı Denetimi Gerekli Mi?**, 1.b., Beta, İstanbul, 2012, s. 46.

geçerli kalmasını sağlayacak başka bir norm bulunmamaktadır.

Buraya kadar yaptığımız tespitlerden yola çıkarak şunu belirtmemiz gerekir: Bir norm hukuk düzenindeki geçerliliğini normlar hiyerarşisinde kendisinden üstte bulunan başka bir norma borçluysa, bu geçerliliği ancak yine kendisinden üstte veya onunla aynı seviyede bulunan bir norm dolayısıyla kaybedebilir. Bu noktada kanunlar veya aynı seviyede bulunan başka normların (kanun-kanun hükmünde kararname, tüzük-tüzük) da birbirini yürürlükten kaldırayabileceği öne sürülebilir. Ancak, Türk hukukunda kanun, kanun hükmünde kararname veya TBMM İçtüzüğü'nün anayasa mahkemesinin iptal kararının geçerliliğini etkilemesi mümkün değildir. Dolayısıyla, anayasa mahkemesinin verdiği iptal kararlarının normlar hiyerarşisinde kanun, kanun hükmünde kararname ve TBMM İçtüzüğü'nün üzerinde yer alacağını söyleyebiliriz.

Ancak, tartışmanın burada bittiğini söylemek doğru olmaz. Çok sorunlu bir başka tartışma konusu bulunmaktadır. Üst normun, alt normun içeriğini veya ihdas usulünü belirleyen norm olduğunu daha önce belirtmiştik. Konuya bu açıdan yaklaşacak olursak, karşımıza başka bir sorun çıkacak ve Anayasa Mahkemesi kararlarının normlar hiyerarşisinde kanunların üstünde yer alacağı konusunda bizi şüpheye düşürecektir.

1982 Anayasasının 149. maddesi Anayasa Mahkemesinin çalışma ve yargılama usullerini düzenlemektedir. Bu maddenin 5. fıkrasına göre, "Anayasa Mahkemesinin kuruluşu, Genel Kurul ve bölümlerin **yargılama usulleri**, Başkan, başkanvekilleri ve üyelerin disiplin işleri kanunla; Mahkemenin **çalışma esasları**, bölüm ve komisyonların oluşumu ve işbölümü kendi yapacağı İçtüzükle düzenlenir.". Bu fıkra, Anayasa Mahkemesinin İçtüzüğü ile kanun arasında içerik anlamında bir ayırıştırma yapmaktadır. İki norm tarafından düzenlenebilecek olan diğer hususlar, normatif üstünlük anlamında bizi ilgilendirmemektedir. Karşımıza çıkan ilk sorun ise yargılama usulünün ve çalışma esaslarının ne anlama geldiğidir. Nitekim, eğer Anayasa Mahkemesinin iptal kararı verirken izleyeceği usul yargılama usulü ise ve çalışma esasları değilse, kanun ile iptal kararının ihdas usulünün belirlenmesi söz konusu olacak ve anayasa mahkemesinin iptal kararının kanundan üstün olduğu yönündeki tespit hakkında soru işaretleri yaratacaktır.

Kanımızca, iptal kararı verirken izlenecek usulün "yargılama usulü" tabiriyle ifade edildiğinin kabul edilmesi gerekir. Nitekim, lafzi olarak, kararın ihdas usulünün, neticede iptal kararında da bir normun yargılandığını kabul edersek, yargılama usulüne ilişkin olduğunu kabul etmek gerekecektir. Bu bakımdan "çalışma esasları" ifadesi ile tam olarak

ne anlatıldığıının tespiti zor olabilir. Ancak, şimdilik bu konuyu daha sonraya saklıyoruz.

30 Mart 2011 tarihli ve 6216 Sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, Mahkemenin görev ve yetkileri açısından Anayasada mevcut olan hükümleri tekrar etmektedir. Bu bağlamda, Kanunun Mahkemenin iptal kararı verme yetkisini düzenlediğinden bahisle üst norm konumunda bulunduğu bahsedilemez. Aynı, TBMM İçtüzüğü-kanun arasındaki ilişkiyi incelerken değineceğimiz gibi, kuruluş kanunundan üst norm olarak bahsedebilmemiz için incelenmesi gereken Anayasada zikredilmemiş bir şartı iptal kararı açısından öngörmüş olup olmadığı veya **öngörüp öngöremeyeceğidir**. Yani, mühim olan şudur: Anayasa acaba, kuruluş kanununa kendisi tarafından hâlihazırda düzenlenmiş bulunmayan ve mahkemenin yargılama usulüne ilişkin bir hususu düzenleme yetkisi vermiş midir?

Anayasanın "Çalışma ve Yargılama Usulü" başlıklı 149. maddesi genel olarak Mahkemenin iptal kararı verirken izleyeceği usulü belirlemiştir. Örneğin, buna göre, 1. fıkra uyarınca, iptal kararı verilebilmesi için en az 12 üyenin salt çoğunluğu gereklidir. Aynı maddenin 3. fıkrası ise anayasa değişikliğinin iptali için nitelikli bir çoğunluk öngörmüştür. Daha sonra ise 5. fıkra ile yargılama usulünün düzenlenmesini kanuna bırakmıştır. Türk hukukunda kanunların genelliği ilkesi geçerli olduğu için, bu durumda, Anayasada mevcut olan hükümlere aykırılık taşımadığı sürece, kanunla ek yargılama usulü şartları öngörülmesinin mümkün olduğu kabul edilmelidir. Bu durumda ise, mevcut kuruluş kanununda bu ek şartların öngörülüp öngörülmediğine bakılmaksızın kanun normu ile Anayasa Mahkemesinin iptal kararı verme usulünün düzenlenebileceği söylenebilir. Hal böyleyken, kanunun Anayasa Mahkemesinin iptal kararı verme usulünü düzenleyebileceğinden bahisle kanunun üst norm olduğu düşünülemez mi? Öte yandan, söz konusu kanunun da Anayasa Mahkemesinin denetimine tâbi olduğu ve bu kanun hükümlerinin geçerliğinin de iptal kararı ile sona erdirilebileceğini nasıl göz ardı edeceğiz?

Bu konuda bize yol göstermesi için yetki kanunu ile kanun hükmünde kararnamenin hiyerarşik ilişkisini örnek göstermek istiyoruz. Yetki kanunu aslen, kanun hükmünde kararnamenin içeriğini ve ihdas usulünü ilişkin bazı hususları (kanun hükmünde kararnamenin çıkarılma süresini) düzenleyebilen bir kanundur. Hatta, kanun hükmünde kararnamenin yetki kanununa aykırılıktan dolayı iptali söz konusu olur. Bu durumda, kanunların (yetki kanunu da alelade bir kanun olduğu, yalnızca özel bir içeriğe sahip olduğu düşünülürse) kanun hükmünde kararnameden üstün olduğunu söylememiz

gerekirdi. Ancak, her iki normun da üst normu konumundaki Anayasa, kanun hükmünde kararnamelerin neticede "kanun" hükmünde olduğunu belirlediğinden, bu konuda genel teoriye dayanarak tespitler yapmanın âlemi yoktur. Çünkü, bir normun normlar hiyerarşisinde hangi seviyede yer alacağını en nihayetinde anayasa belirleyebilir. Dolayısıyla, genel normatif geçerlilik teorisine göre bu durumda yetki kanunu, kanun hükmünde kararnamenin üst normu niteliğinde olsa da, aynı teori bize, daha üst konumdaki normun tespitini dikkate almamız gerektiğini söyleyecektir. Çünkü her ikisinin de üst normu olan anayasa, bunların hiyerarşik gücünü de serbestçe belirleyebilecek, yalnızca, ne yaparsa yapsın bunları kendi seviyesine çıkaramayacaktır.

Anayasa Mahkemesinin kuruluş kanunu ile kararları arasındaki hiyerarşik ilişkinin de bu çerçevede değerlendirilmesi gerektiği kanısındayız. Normatif geçerlilik teorisine göre yalnızca kuruluş kanunu ile iptal kararlarını ele aldığımızda, kanunun, kararın alınma usulünü düzenlediği için üst norm olduğu düşüncesine kapılabiliriz. Ancak, her iki normun da üst normu konumundaki Anayasa ile iptal kararlarına, anayasaya aykırılık bulunması durumunda kuruluş kanunu hükümlerini bile geçersiz kılma gücü verilmiştir. Dolayısıyla, burada "ihdas usulünü belirleme", "içeriği belirleme" gibi kıstaslara başvurarak bir çıkarım yapmak mümkün değildir. Anayasa, iptal kararına, bu kararların ihdas usulünü düzenleyeceği öngörülen kanun hükmünü bile iptal etme gücü verdiği için, normlar hiyerarşisinde Anayasa Mahkemesinin iptal kararları kanunlardan üstte yer alacaktır.

Değerlendirilmesi gereken bir başka husus da Anayasa Mahkemesi kararı ile Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü arasındaki hiyerarşik ilişkidir. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü geçerliliğini Anayasadan alan ve içerik anlamında da yine Anayasa ile sınırlı bir normdur. Buna göre, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü ile düzenlenebilecek olan hususlar çalışma esasları, bölüm ve komisyonların oluşumu ile bunlar arasındaki işbölümüdür (Anayasa Madde 149/5). Anayasa aynı fıkrada "yargılama usulünün" düzenlenmesini başka bir norma bıraktığına göre, "çalışma esasları" ile yargılama usulünden, bir başka deyişle karar alma usulünden başka bir hususun kastedildiğini varsaymak durumundayız. 6216 Sayılı Kanunun "İçtüzük" başlıklı 5. maddesinin 1. fıkrasının c bendinde ise, yargılama usul ve esaslarının İçtüzük ile düzenleneceği belirtilmiştir. Kanımızca, bu hüküm anayasaya aykırıdır. Anayasanın 149. maddesinin 5. fıkrası uyarınca, İçtüzük tarafından yargılama usulünün düzenlenmesi mümkün değildir. Bununla birlikte, ilgili Kanunun aynı maddesi "Bu Kanun çerçevesinde" bir Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü çıkarılacağını öngörerek,

İçtüzüğün bu kanuna dayanılarak çıkarılacağını öngörmektedir. Halbuki, İçtüzüğün kanuna dayanma gibi bir zorunluluğu bulunmadığı gibi, kanımızca dayanması da mümkün değildir. Nitekim, bu iki norm arasında böyle bir hiyerarşik ilişki anayasada öngörülmemiştir. Anayasa Mahkemesi de kanun koyucunun hatasını izleyerek İçtüzüğün 2. maddesinde hukukî dayanak olarak 6216 Sayılı Kanunu göstermiştir. Bununla da kalmayarak İçtüzüğün 44. ve 49. maddeleri arasında Mahkemenin yargılama usulleri düzenlenmiştir. Kanımızca, İçtüzüğün yargılama usulüne ilişkin bu hükümleri de anayasaya aykırıdır, ancak, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğünün yargısal denetimi öngörülmemiş olduğundan, bu konuda İçtüzüğün bir yaptırıma tâbi tutulması mümkün değildir. Netice itibariyle, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü ile yargılama usullerinin düzenlenmesi anayasal olarak mümkün değildir. İptal kararı da Mahkemenin İçtüzüğü üzerinde herhangi bir etki sahibi olmadığına göre, bu iki norm arasında hiyerarşik bir ilişki bulunmadığını söyleyebiliriz. Bununla beraber, Anayasa Mahkemesinin İçtüzüğünün normlar hiyerarşisinde nerede yer aldığını tespit etmek kolay değildir. Nitekim, iptal kararı ile Mahkemenin İçtüzüğü arasında hiyerarşik bir ilişki bulunmadığı gibi, bu İçtüzük ile kanun arasında veya idarenin herhangi bir düzenleyici işlemi arasında da hiyerarşi bulunmamaktadır. Biz, böyle durumlarda, söz konusu normu, geçerlilik aldığı norma göre konumlandırmanın daha doğru olacağı kanısındayız. Örneğin, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü ile idarenin adsız düzenleyici işlemleri arasında hiyerarşik bir ilişki olmadığından bahisle, bu normu normlar hiyerarşisinde adsız düzenleyici işlemlerin seviyesine yerleştirirsek, Mahkemenin İçtüzüğü normları hiyerarşisinde kanun altı bir seviyede yer alacak ve kanuna tâbi olduğu izlenimini yaratacaktır. Bu nedenle, her ne kadar konusu itibariyle herhangi bir norm ile hiyerarşik bir geçerlilik ilişkisi kuramayacak olsa da, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğünü normlar hiyerarşisinde kendisine geçerlilik sağlayan Anayasanın hemen altında konumlandırmak daha uygun olacaktır.

Netice itibariyle, normlar hiyerarşisinde anayasa mahkemesinin iptal kararları Anayasanın altında, ancak kanunların üzerinde yer alacaktır. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü ise kanımızca Anayasa Mahkemesi kararları ile aynı düzeye yerleştirilebilir. Bunun sebebi, yukarıda yaptığımız analiz sonucu, kanunları Anayasa Mahkemesi kararlarının altına yerleştirme zorunluluğudur. Yoksa, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü ile kanunlar arasında bir geçerlilik ilişkisi bulunmamaktadır.

III.KURAL İŞLEM NİTELİĞİNDEKİ YASAMA İŞLEMLERİ

Türk Anayasasının niteliğini ve normlar hiyerarşisindeki yerini inceledikten sonra yasama işlemlerinin 1982 Anayasasında nasıl düzenlendiği ve bu normların normlar hiyerarşisinde hangi basamakta yer alacağını belirlememiz gerekmektedir. Yasama işlemleri arasında birel nitelik arz eden parlamento kararları konumuz dışında kalacaktır.

Yasama işlemleri "... yasama organının belli bir sonuç doğurmaya yönelik irade açıklaması"²³ olarak tanımlanmaktadır. Çalışmamızın birinci bölümünde yasama işlemlerinin genel olarak kanun ve parlamento kararı olarak ikiye ayrıldığını belirtmiştik. Kanun için "...yetkili organ ya da yasama meclislerince öngörülen usullere uyularak yapılan işlem"²⁴ şeklindeki şekli kriteri benimsemiş, ancak şekli kriterin kanun ile parlamento kararlarını ayırmakta işe yaramadığını, bunun için maddî kriter gerekliliği değerlendirme yapılması gerektiğini belirtmiştik.

A. KANUN

Türk hukukunda yasama işlemlerinin ilk türüne kanun adı verilmektedir. Aşağıda kanunun tanımı yapılacak, kanunlar ile ilgili Türk hukukundaki genel ilkelere yer verilecek ve ihdas usulü incelenerek kanunların normlar hiyerarşisindeki yeri tartışılacaktır.

1. Genel Açıklamalar

1982 Anayasasının 87. maddesinde "...kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak..." Türkiye Büyük Millet Meclisinin görevleri arasında sayılmıştır. Dolayısıyla, kanun normunu koymaya, mevcut kanunları tadil etmeye ve yürürlükten kaldırmaya yetkili olan organ Türkiye Büyük Millet Meclisidir. 1982 Anayasasının birinci bölümdeki ilgili bölümde yaptığımız tartışmaya uygun olarak şekli anlamda kanun anlayışını benimsediği görülmektedir²⁵. Dolayısıyla, kanunların konu unsuruna ilişkin bir hüküm anayasada doğrudan bulunmamaktadır. Bu bağlamda, anayasaya aykırı olmadığı sürece her konunun kanunun konu unsurunu oluşturabileceğini söyleyebiliriz²⁶. Bununla birlikte, bazı işlemlerin kanuna konu olamayacağı belirtilmektedir²⁷. Yine de, bu işlemlerin oldukça sınırlı sayıda olduğu belirtilmelidir.

23 Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 371.

24 Teziç, **Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 15.

25 Gören, **Anayasa Hukuku** a.g.e., s. 175.

26 Tanör - Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 280.

27 Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 217-220.

Ayrıca, 1982 Anayasasının 11. maddesinde kanunların anayasaya aykırı olamayacağı belirtilmektedir. Bu hükümden hem kanunların anayasada belirtilen usule aykırı olarak ihdas edilemeyeceği hem de içerik anlamında anayasaya aykırı olamayacakları anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, kanunların içerik anlamında anayasa tarafından sınırlandırıldığı, anayasaya aykırı içerikte kanun ihdas edilemeyeceği de söylenebilir. Anayasaya aykırı içeriğe sahip olan kanunlar Anayasasının 148. maddesinin 1. fıkrası gereği Anayasa Mahkemesinin denetimine tâbi olacaktır. Ancak, içerik olarak sınırlandırılmakla konu bakımından sınırlandırılmak arasında fark vardır. Konu, içeriği de barındıran daha geniş bir kavramdır. İçerik belli bir konuda norm tarafından öngörülen somut düzenleme olarak adlandırılabilir. Kanunların içerik olarak anayasaya aykırı olamamaları, anayasa hükmü ile düzenlenmemiş bir konuda kanun ihdas edilemeyeceği anlamına gelmez²⁸. Bu konuda ihdas edilen kanun ile getirilen düzenlemenin anasadaki düzenlemeye aykırı olamayacağı anlamına gelir. Bu iki durum aynı şeyi ifade etseydi, yasama yetkisinin genelliği ilkesinin örneğini dünya ülkelerinin anayasalarında bulmak imkânsız hale gelirdi.

2. Kanunların İhdas Usulü

Türk hukukunda kanunların geçerli bir şekilde ihdas edilebilmesi için öneri²⁹, görüşme, kabul ve yayın olmak üzere dört safhadan geçmesi gerekmektedir. Şimdi bu safhaları kısaca inceleyelim³⁰.

a. Öneri

Anayasasının 88. maddesinin 1. fıkrası uyarınca kanun önermeye Bakanlar Kurulu ve milletvekilleri yetkilidir³¹. Bunlardan Bakanlar Kurulu tarafından yapılan öneriye kanun

28 Türk hukukunda yasama yetkisinin genelliği ilkesi benimsenmiştir. Bu ilkeye göre, kanunların *intra constitutionem* olması, yani anayasaya aykırı olmaması gerekirken, *secundum constitutionem* olması, yani anayasaya dayanması gerekmez. Anayasada düzenlenmemiş olan konular da ilk elden kanunlar tarafından düzenlenebilir.

29 Burada 1982 Anayasasının "teklif" şeklindeki terminolojisi yerine Kemal Gözler tarafından önerilen "öneri" kelimesini tercih ettik. Çünkü, isabetle belirtildiği üzere Türk hukukunda iki farklı öneri şekli bulunmaktadır ve bunlardan bir tanesine zaten "kanun teklifi" ismi verilmektedir. Bkz. Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 401.

30 Burada genel olarak kanun normunu ihdas usulü işlenmiştir. Türk hukukunda Bütçe Kanunu ve Kesin Hesap Kanunu gibi ihdas usulü açısından farklılık arz eden kanunlar da bulunmaktadır. Ancak, bunlar birer kural işlem niteliği göstermedikleri için konumuz dışında kalmaktadır. Arıkan, a.g.e., s. 42-43.

31 Teziç, **Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 47; Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 401; Tanör - Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 297.

tasarısı, milletvekilleri tarafından yapılabilecek kanun teklifi ismi verilmektedir³².

İçtüzüğün 73. maddesine göre kanun tasarılarının her bir bakan tarafından imzalanması ve gerekçeli olması zorunludur ve imzalardaki herhangi bir eksiklik kanun önerisinin yapılmamış olduğu anlamına gelmektedir³³. Bakanlar Kurulu'nun kanun önerebiliyor olması, kanun tasarılarının "...meclisten güvenoyu almış hükümet programının uygulama araçları..." olduğu gerekçesiyle siyaseten meşrulaştırılmakta, cumhurbaşkanının kanun tasarılarında imzasının bulunmasının gerekmemesi siyasî tercihleri ilgilendiren bir öneriye cumhurbaşkanının katılımının tarafsızlığını zedeleyeceği ve sorumsuz hukukî statüsü ile bağdaşmayacağıyla açıklanmaktadır³⁴.

Anayasanın 155. maddesinin 2. fıkrası Danıştay'ın görevleri arasında Başbakan veya Bakanlar Kurulu tarafından gönderilen kanun tasarıları hakkında görüş bildirmeyi de saymıştır. Teziç tarafından bu kurala uygulamada uyulmadığı tespit edilmiş ve bu durumun meclis tarafından kabul edilecek olan kanunu sakatlamaması, Danıştay'ın görüşünün danışma kararı şeklinde olması ve Bakanlar Kurulu'nun bu görüş ile bağlı olmaması ile açıklanmıştır³⁵. Kanımızca bu açıklama doğru değildir. Nitekim, aşağıda göreceğimiz gibi Danıştay'ın tüzüklere ilişkin olarak verdiği görüş de bir danışma görüşüdür ve Bakanlar Kurulu'nu bağlamamaktadır. Ancak, bu görüş alınmadan hazırlanan tüzükler Danıştay tarafından iptal edilebilmektedir. Bu görüşün alınmamasının söz konusu kanun tasarısının kabul edilmesi ile ihdas edilen kanunun sıhhatine etki etmemesi olsa olsa 155. maddenin 2. fıkrasının söz konusu kanun tasarısını Danıştayın görüşüne sunup sunmamak konusunda bir takdir yetkisine sahip olması ile açıklanabilir. Nitekim, Danıştay görüşünün alınmamasının Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenemeyeceği yönünde bir hüküm Anayasa'da mevcut değildir³⁶.

32 Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, 14.b., Ekin, Bursa, 2013, s. 252.

33 Teziç, **Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 48-49; Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 401-402.

34 Teziç, **Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 48.

35 a.y.

36 Burada vurgulamak istediğimiz husus, aşağıda olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerini incelerken daha iyi anlaşılacaktır. Burada kısaca şunu belirtelim: Aslında, bir hükme aykırılığın yaptırma bağlanmaması, kendi başına söz konusu hükmün bağlayıcı olmadığı sonucuna yol açmaz. Örneğin, olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerinin yargısal denetiminin gerçekleştirilmesi mümkün değildir, ancak bu, Anayasadaki hükümlerin bu normlar açısından birer "olması gereken" teşkil ettiği gerçeğini değiştirmez. Bunlar, hukuken söz konusu kararnameyi çıkaracak organları bağlar, ancak bu hükümlere aykırılık yaptırma bağlanmamıştır. Aykırılığın yaptırma bağlanması hukuk normunun bağlayıcılığı ile ilgili olmadığı gibi, üst norm olmanın da şartı değildir. Ancak, genel kural, bağlayıcı bir hükme aykırılığın yaptırma bağlanmasıdır. Dolayısıyla, Anayasada bu yaptırım olasılığını engelleyen bir hüküm olmadıkça, yargı organlarının bağlayıcı hükümlere aykırılığı denetleyebilmesi gerekir. Kanun tasarıları tarafından böyle istisna tutan bir hüküm bulunmadığına göre, Anayasa

Kanun tekliflerini vermeye tek bir milletvekili dahi yetkilidir ve bunların da gerekçeli olarak sunulması gerekmektedir³⁷. Öte yandan, bir milletvekilinin imzası bulunduğu sürece kanun tekliflerinin kaç milletvekili tarafından imzalandığı önem arz etmemektedir³⁸.

Açıklanan hususlar dışında kanun teklif ve tasarıları aynı hükümlere tabidir³⁹. İçtüzüğün 75. maddesi "Hükümet veya teklif sahibi verilen kanun tasarısı veya tekliflerini gündeme alınmadan evvel Genel Kurula bilgi verilmek şartıyla geri alabilirler." hükmüne yer vermektedir. Ancak, 75. maddenin 3. fıkrası uyarınca gündeme alınmış olan bir tasarı ya da teklifin geri alınması için Genel Kurul kararı gerekmektedir. Yine 75. maddenin 2. fıkrasına göre hükümet veya milletvekilleri tarafından geri alınan tasarı veya tekliflerin başka bir üye veya esas komisyon tarafından üstlenilmesi halinde kanunlaştırma sürecine devam olunur. Doğal olarak, eğer Bakanlar Kurulunun geri çektiği bir tasarı söz konusu ise bu tasarıların milletvekilleri tarafından üstlenilmesinden sonra bir kanun teklifinden bahsetmek gerekecektir.

İçtüzüğün 76. maddesi, görüşülüp reddedilen kanun teklif ve tasarıların ret tarihinden itibaren bir yıl geçmedikçe tekrar önerilemeyeceğini düzenlemektedir. 77. madde ise "kadük olma" durumunu düzenlemektedir⁴⁰. Buna göre "Bir yasama döneminde sonuçlandırılmamış olan kanun tasarısı ve teklifleri hükümsüz sayılır. Ancak, Hükümet veya TBMM üyeleri bu tasarı veya teklifleri yenileyebilirler."

b. Görüşme

Kanun tasarısı ve teklifleri İçtüzüğün 73 ve 74. maddeleri uyarınca Genel Kurul'da görüşülmeden önce meclisin ilgili komisyonuna gönderilir⁴¹. İçtüzüğün 74. maddesi gereğince ilgili komisyonların kanun teklif ve tasarılarını sahiplerine tamamlatma yetkisi bulunmaktadır⁴². Komisyon çalışmaları İçtüzüğün 37. maddesi uyarınca çalışmalarını kırk beş gün içinde sonuçlandırmak durumundadır⁴³. Bu aşamadan sonra kanun teklif veya

Mahkemesi tarafından Danıştay görüşünün alınıp alınmamasının kanun tasarıları açısından denetlenememesi, görüşün alınıp alınmaması konusunda Bakanlar Kurulunun bir takdir yetkisine sahip olduğunun düşünüldüğü izlenimini uyandırmaktadır.

37 Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, a.g.e., s. 252.

38 Teziç, **Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 38.

39 Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 402.

40 a.y.

41 Teziç, **Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 49.

42 Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 310.

43 Teziç, **Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 50.

tasarısının Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunda görüşülmesine geçilir.

İçtüzük 52. maddesinin 1. fıkrasında, kanun tasarı veya teklifine ilişkin komisyon raporunun meclis başkanı tarafından Genel Kurul'a gönderilmesinin ardından görüşmeye geçilmeden önce 48 saatlik bir bekleme süresi öngörmüştür⁴⁴. Bu bekleme süresi ancak İçtüzüğün 52. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen öncelikli görüşme usulüyle kaldırılabilir⁴⁵. İşaretle oylanacak olan bu istem aynı zamanda bir kanun tasarı ya da teklifinin görüşme sırasında ilk sıraya alınmasını da sağlayabilir⁴⁶.

Usulüne uygun şekilde sunulan kanun veya tasarıların Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde görüşülerek oylanabilmesi için her şeyden önce 1982 Anayasasında öngörülen toplantı yetersayısının mevcut olması gerekmektedir. Anayasanın 96. maddesinde düzenlenen toplantı yeter sayısı üye tamsayısının üçte biri olarak belirlenmiştir. TBMM'nde 550 üye bulunduğuna göre, 184 milletvekili görüşme için mecliste bulunmadıkça toplantı yetersayısına ulaşılmış olmaz. Ölüm, istifa, düşme gibi nedenlerle üye sayısında eksiklik yaşanması durumunda da İçtüzüğün 2. maddesinin 1. fıkrası uyarınca 550 milletvekili üzerinden hesaplama yapılır⁴⁷.

Genel Kurulda gerçekleştirilecek olan görüşmede, toplantı yetersayısının mevcut olduğu tespit edildikten sonra tasarı veya teklifin bütünü görüşmeye açılır⁴⁸. Bu aşamadan sonra maddelerin görüşülmesine geçilip geçilmeyeceği oylanır ve olumsuz bir sonuç halinde tasarı veya teklif reddedilmiş sayılır⁴⁹.

Genel Kurul'daki görüşmelerin ikinci safhası kanun tasarı veya teklifindeki maddelerin teker teker görüşülmesini içerir⁵⁰. Kanun tasarı veya tekliflerinin tümü üzerindeki görüşmeler tamamlandıktan sonra teker teker maddelerin görüşülmesine ivedilikle geçilmesi gerekmektedir⁵¹.

c. Kabul

Görüşme safhası tamamlanan kanun tasarı ve teklifleri üzerinde oylama aşamasına geçilir. Bir kanun tasarı veya teklifinin kabul edilebilmesi için gereken oy sayısı 1982

44 Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 403.

45 a.y.

46 a.y.

47 Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 403, 69. Dipnot.

48 Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 311.

49 Teziç, **Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 51.

50 Teziç, **Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 51.

51 Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 404 – 405.

Anayasasının 96. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, olumlu oy sayısı 139'dan az olmamak üzere, toplantıya katılan milletvekillerinin salt çoğunluğunun olumlu oyu gerekmektedir. Dolayısıyla, toplantı yetersayısı olan 184 milletvekili ile görüşülen bir kanun tasarı veya teklifi oylanırken salt çoğunluğu ifade eden 93 milletvekilinin oyu yeterli olmayacaktır. Nitekim, her şart altında bir kanun teklif veya tasarısının kabul edilebilmesi için 139 olumlu oy gerekmektedir⁵².

Salt çoğunluk İçtüzüğü'nün 146. maddesinin 1. fıkrasında "belli bir sayının yarısından az olmayan çoğunluk" olarak tanımlanmıştır⁵³. Salt çoğunluğun belli bir sayının yarısından fazla olan çoğunluk olarak tanımlanması gerekirdi. 300 milletvekilinin katıldığı bir toplantıda ilk tanıma göre 150 milletvekilinin oyu salt çoğunluk olarak değerlendirilebilirken, ikinci tanıma göre ancak 301 milletvekilinin oyu salt çoğunluk olarak nitelendirilebilecektir. Dolayısıyla İçtüzük, Teziç'in ifade ettiği gibi⁵⁴ dolaylı bir tanıma değil yanlış bir tanıma gitmektedir. Bu durumda İçtüzüğü'nün ilgili maddesinin anayasaya aykırı olduğu tespit edilmelidir. Yine de mevcut durumda anayasa ile çelişen İçtüzük hükmünün değil, aşağıda göstereceğimiz gibi İçtüzüğe göre üst norm olan Anayasa hükmünün doğrudan uygulanması yoluyla bu eksikliğin uygulamada bertaraf edilebileceğini düşünmekteyiz.

d. Yayın

Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kabul edilen kanun tasarı ve tekliflerinin yürürlüğe girebilmesi için Cumhurbaşkanı tarafından Resmi Gazete'de yayınlanması gerekmektedir⁵⁵. Kanun tasarı ve tekliflerinin yasalaşması, yayın safhasından önce, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin kabulü ile gerçekleşmektedir⁵⁶. Bir başka deyişle, kanunların geçerli birer norm olarak ihdas edilmesi aşaması yayın aşamasında değil, kabul aşamasında gerçekleşmekte; ancak, geçerli şekilde ihdas edilen normun yürürlüğe girebilmesi için cumhurbaşkanı tarafından yayınlanması gerekmektedir. Dolayısıyla, Cumhurbaşkanının yayınlama işlemi yasama fonksiyonu kapsamında bir yasama işlemi

52 Sağlam, **Anayasa Hukuku Ders Notları**, a.g.e., s. 390.

53 Teziç, **Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 54.

54 a.y.

55 Erdoğan Teziç, **Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı**, 1.b., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1972, s. 137. Erdoğan Teziç, **Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 55.

56 Gözler, **Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 406.

olarak değil⁵⁷, bir idarî işlem olarak kabul edilmektedir⁵⁸.

Kanunların yayın tarihinde veya yayın tarihinden belli bir süre sonra yürürlüğe gireceği kanunun kendisi tarafından düzenlenebileceği gibi bu konuda hüküm bulunmadığı hallerde kanunlar yayın tarihinden itibaren 45 gün sonra yürürlüğe girmektedirler⁵⁹.

1982 Anayasasının 89. maddesine göre, Cumhurbaşkanının yayınlanmasını uygun bulmadığı kanunları bir daha görüşülmesi için gerekçeleri ile birlikte meclise geri göndermesi mümkündür. Geri gönderme yetkisi de yayınlama gibi 15 gün içerisinde kullanılmalıdır. Cumhurbaşkanının bir kanunun tümünün değil de bir kısmının yayınlamaya uygun olmadığını düşünmesi halinde de kanunun tümünü geri göndermesi gerekir⁶⁰. Kısmen uygun bulmama durumunda meclisin yalnızca uygun bulunmayan hükümleri tekrar görüşebileceği 89. maddede belirtilmiştir. 89. maddenin 2. fıkrası uyarınca bütçe kanunlarının geri gönderilmesi mümkün değildir⁶¹. Cumhurbaşkanı tarafından geri gönderilen kanunun değiştirilmeden kabul edilmesi halinde kanunun olduğu şekli ile yayınlanması zorunludur; ancak, kanunun değiştirilerek kabul edilmesi halinde yeni bir yasa yapıldığı kabul edilir⁶² ve kanun Cumhurbaşkanı tarafından aynı süre içinde tekrar geri gönderilebilir.

Öte yandan, Cumhurbaşkanının geri gönderme yetkisinden "veto yetkisi" olarak bahsedilmesinin yanıltıcı olabileceği düşünülmektedir⁶³. Bunun sebebi, veto kelimesinin önleyici veya zorlaştırıcı bir yetkiyi ifade etmesidir. Teziç'e göre geciktirici veto yetkisi devlet başkanı tarafından geri gönderilen kanunun ancak daha nitelikli bir çoğunlukla kabul edilebilmesi durumunda ortaya çıkmaktadır⁶⁴. Teziç'e göre geciktirici veto olan bu husus, Gözler'e göre "zorlaştırıcı veto" anlamına gelmektedir⁶⁵. Bir yetkinin ne ifade ettiği konusunda fikir birliği olduğu sürece bu yetkinin nasıl adlandırıldığı karşılaşılan hukukî sorunların çözümünde pek önem taşımayacaktır. Lâkin biz geciktirici veto yetkisinin, yani cumhurbaşkanı tarafından geri gönderilen bir kanunun aynı çoğunluk esasında tekrar kabul edilebildiği durumlarda ortaya çıkan yetkinin⁶⁶, "veto yetkisi" olarak adlandırılmasında bir

57 Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 407.

58 Teziç, **Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı**, a.g.e., s. 139.

59 Demirkol, a.g.e., s. 43.

60 Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 311.

61 Demirkol, a.g.e., s. 42.

62 Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 312.

63 Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 407; Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 311-312.

64 Teziç, **Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 57.

65 Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, a.g.e., s. 127.

66 a.y.

sakınca görmüyoruz. Nitekim, veto yetkisinin zorlaştırıcı olma unsurunun mutlaka kabul çoğunluğuna ilişkin olması gerektiğini düşünmüyoruz. Geri gönderme yetkisinin salt ikinci bir kabul prosedürü gerektirmesinin bu zorlaştırıcılık fonksiyonunu zaten yerine getirdiği kanısındayız.

3. Kanunların Normlar Hiyerarşisindeki Yeri

Kanunların *secundum constitutionem* olması gerekmez de bunların *intra constitutionem* olması, yani anayasaya aykırı olmamaları gerekir. Bu durumun 1982 Anayasasındaki dayanakları kanunların anayasaya aykırı olamayacağına hükmeden 11. madde ile kanunların ihdas edilme usulünü düzenleyen 87. ve 88. maddelerdir. Anayasa normları kanunların geçerliliğini belirlemekte ve içeriğini sınırlandırmaktadır. Dolayısıyla, 1982 Anayasası kanunlara göre üst norm statüsündedir ve normlar hiyerarşisinde kanunlar anayasanın altında yer alacaktır.

1982 Anayasasının 148. maddesi gereği kanunların şekil ve esas bakımından anayasaya uygunluk denetimi Anayasa Mahkemesi tarafından gerçekleştirilmektedir. Daha önce belirtildiği üzere, mahkeme kararları da birer norm olarak normlar hiyerarşisinde yerlerini almaktadırlar. Anayasa Mahkemesi kararlarının normlar hiyerarşisinde anayasa altı bir seviyede yer alacağını belirlemiştik.

Normlar geçerliliğini ancak başka bir normdan aldığına ve yine ancak normlar hiyerarşisinde kendisi ile aynı veya üst seviyede bir norm tarafından yürürlükten kaldırılabileceğine göre, Anayasa Mahkemesi içtihatlarının normlar hiyerarşisinde kanunların üzerinde yer alacağı sonucuna ulaşmamız icap eder. Nitekim, Anayasa Mahkemesinin kararı ile anayasaya aykırı olduğu tespit edilen bir norm yürürlükten kaldırılabilir, ancak bu kararı verirken Anayasa Mahkemesinin kanunlarla bağlı olduğu söylenemez. Dolayısıyla, kanunlar normlar hiyerarşisinde hem anayasanın hem de Anayasa Mahkemesi kararlarının altında yer alacaktır.

B. İÇTÜZÜK

Bu bölümde yasama işlemlerinin diğer türü olan parlamento kararlarından TBMM İçtüzüğü incelenecek ve bu normun normlar hiyerarşisindeki yeri belirlenecektir.

1. Parlamento Kararlarının Tanımı ve Kanunlardan Ayrılması

Parlamento kararlarının yalnızca iki meclisli sistemlerde şekli kriterine göre ayrılabilmesi belirtilmektedir⁶⁷. İki meclisli parlamentolarda tek meclisin iradesi ile ortaya çıkan işlemler parlamento kararı iken, iki meclisin iradelerinin bir araya gelmesiyle oluşan yasama işlemleri kanundur. Ancak, 1982 Anayasası tek meclisli bir yasama organı öngördüğüne göre, iki meclisli bir yapı kuran 1961 Anayasası döneminden farklı olarak parlamento kararlarının kanunlardan ayrılması sorunu ortaya çıkmaktadır.

Parlamento kararları ile kanunların birbirinden ayrılmasında şekli kriter işe yaramadığına göre mecburen maddî kriterine başvurmak gerekmektedir⁶⁸. Çünkü, hem parlamento kararları hem de kanunlar TBMM tarafından ihdas edilmektedir. Buna göre, içerik anlamında yasama organının iç yapısına ve çalışma düzenine ilişkin olan konular, yasama organının yürütme organı ile olan ilişkileri ve yasama organının yargı organı ile ilişkileri kanun ile değil, parlamento kararları ile düzenlenmektedir⁶⁹.

Öte yandan, parlamento kararlarının yasama organının kanun dışında kalan bütün işlemleri olarak tanımlanması gerektiği yönünde de bir görüş mevcuttur⁷⁰. Bu görüşün temeli parlamento kararlarının çok fazla sayıda olması ve maddî anlamda bir bütünlük arz edecek şekilde tanımlanmasının mümkün olmamasına dayanmaktadır⁷¹. Bu zorluğu kabul etmemek mümkün değildir. Aşağıda görüleceği gibi, parlamento kararlarının maddî kriter bakımından ortak bir tanımla ifade edilmesi oldukça güçtür. Öte yandan, kanunların maddî kriterine göre tanımı çok daha problemlidir. Her şeyden önce kanunlar konu bakımından anayasal bir sınıra tabi değildirler. Dolayısıyla, öncelikle kanunlar ile hangi konuların düzenlenebileceğini tespit etmek gerekir ki 1982 Anayasasının oluşturmuş olduğu sistemde bunu yapmak mümkün değildir. Bu nedenle, bize göre tanımlanması ve gerekirse tek tek sayılması gerekenler parlamento kararları olup, kanunların bunlar dışındaki bütün yasama işlemleri olarak tanımlanması daha uygundur⁷².

2. Parlamento Kararlarının Konu Bakımından Olumlu Şartları ve Örnekleri

Kemal Gözler'i takip ederek parlamento kararlarını şu şekilde tanımlıyoruz:

67 Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 231.

68 Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 376.

69 Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 377.

70 Erdoğan Teziç, **1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı**, a.g.e., s. 11; Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 231; Arıkan, a.g.e., s. 47; Tanör - Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 309.

71 Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 231.

72 Gözler, **Devletin Genel Teorisi**, a.g.e., s. 235.

"Parlamento kararları, Türkiye Büyük Millet Meclisinin iç yapısına ve çalışma düzenine ilişkin olarak veya Türkiye Büyük Millet Meclisinin yürütme ve yargı organlarıyla ilişkileri çerçevesinde aldığı kararlardır."⁷³. Bu içeriğe sahip olan işlemler dışında kalan bütün işlemlerin birer kanun olduğu kabul edilmelidir. İçtüzük dışındaki parlamento kararları birel nitelik arz ettiğinden, çalışmamız açısından tek tek örneklendirilip incelenmeleri gerekmemektedir. Bazı örnekler vermekle yetineceğiz.

Yasama organının kendi iç işleyişi ve düzenine ilişkin olarak alabileceği kararlara örnek olarak 1982 Anayasasının 95. maddesinde düzenlenen Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü, yasama dokunulmazlığının kaldırılması kararı ile 84. maddede düzenlenen milletvekilliğinin düşmesi kararı gösterilebilir⁷⁴.

Yasama organının yürütme organı ile ilişkileri çerçevesinde aldığı parlamento kararları parlamenter sistemin gereklerinden kaynaklanan kararlar ve yürütme organlarının bazı işlemlerinin yasama organının onayına tabi kılınmasından kaynaklanan kararlar olmak üzere ikiye ayrılabilir⁷⁵. Bunlardan, Cumhurbaşkanının seçimi kararı, 1982 Anayasasının 110. maddesinde düzenlenen güven oyu verilmesi kararı ve 100. maddede düzenlenen meclis soruşturması açılması kararı ilk grubu örneklendirirken⁷⁶, 166. maddede düzenlenen kalkınma planlarının onaylanması ve sıkıyönetim ilan kararının onaylanması şeklindeki işlemler ikinci grubu örneklendirmektedir⁷⁷.

Yasama organının yargı organları ile ilişkileri çerçevesinde aldığı parlamento kararları genellikle yargı organlarına üye seçimi şeklinde ortaya çıkmakta olup⁷⁸, 1982 Anayasası yasama organına böyle bir yetki tanımadığı için bunların örneklendirilmesi mümkün olmamaktadır⁷⁹. Bunun yanında Türk hukukunda savaş ilanı kararı tarafından örneklendirilen *sui generis* parlamento kararları ile yürütme ile olan ilişkiler çerçevesinde değil, ancak bağımsız idarî otoriteler olarak adlandırılan Sermaye Piyasası Kurulu, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu gibi tüzel kişiliği haiz kurumlar ile ilişkileri çerçevesinde de parlamento kararları aldığı görülmektedir⁸⁰.

Yukarıda belirtilen şartlar, parlamento kararlarının konu bakımından olumlu

73 Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 377.

74 Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 378. Ayrıca, bu kararların konu bakımından ne anayasada ne de İçtüzük'te sınılandırılmamış olduğu dikkat çekmektedir. Bkz. Arıkan, a.g.e., s. 47.

75 Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 378-379.

76 Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 232.

77 Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, a.g.e., s. 245.

78 Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 379.

79 Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 380.

80 Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 379-380.

şartlarını teşkil etmektedir.

3. Parlamento Kararlarının Konu Bakımından Olumsuz Şartı

Bir parlamento kararını kanunlardan ayırabilmek için konusunun yukarıda işlenenler kapsamında yer alması gerekmektedir. Bununla birlikte, parlamento kararlarının konu anlamında bir de olumsuz şartı bulunduğu belirtilmektedir. Buna göre, yasama organının parlamento kararları ile vatandaşları bağlayan kurallar koyması mümkün değildir⁸¹. Ayrıca, anayasada düzenlenen temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran parlamento kararlarının da anayasanın 13. maddesine aykırı olacağı düşünülmektedir⁸².

4. Bir Parlamento Kararı Olarak TBMM İçtüzüğü

Türk hukukunda Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü, hukukî dayanağını Anayasanın 95. maddesinin 1. fıkrasında bulmaktadır. Buna göre, "*Türkiye Büyük Millet Meclisi çalışmalarını, kendi yaptığı İçtüzük hükümlerine göre yürütür.*". Bu bağlamda, İçtüzük, diğer parlamento kararlarının aksine, kural koyan, genel ve soyut düzenlemeler içeren bir normdur⁸³. Meclisin çalışmalarında izlenmesi gereken yol ve kuralları belirtir. Yine Anayasanın 88. maddesinin 2. fıkrası uyarınca "*Kanun tasarı ve tekliflerinin Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülme usul ve esasları İçtüzükle düzenlenir.*" hükmüne yer verilmiştir. Bu bağlamda, Anayasanın İçtüzüğün konusuna ilişkin bir sınırlama getirdiği görülmektedir. Meclisin çalışmalarına ilişkin olmayan bir konuda İçtüzükle düzenleme yapılması düşünülemez.

Anayasanın 95. maddesinin 2. fıkrası, İçtüzük hükümlerine ilişkin bir başka şartı belirlemektedir. Buna göre, "*İçtüzük hükümleri, siyasî parti gruplarının, Meclisin bütün faaliyetlerine üye sayısı oranında katılmalarını sağlayacak yolda düzenlenir.*". Böylelikle, Anayasa İçtüzüğü içeriğinin niteliği bakımından da sınırlandırmış olmaktadır. Şimdi de İçtüzüğün hangi usulle kabul edileceğini görelim.

Anayasanın 96. maddesinin 1. fıkrasına göre, "*Türkiye Büyük Millet Meclisi, yapacağı seçimler dahil olmak üzere bütün işlerinde üye tamsayısının en az üçte biri ile toplanır.*". Yapılacak bütün işlerde geçerli olan bu hüküm, İçtüzük kabulü veya değişikliği

81 Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 381.

82 Ergun Özbudun, "Parlamento Kararları ve Yasama Meclislerinin İçtüzükleri", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 36, Sayı: 1-3, Yıl: 1979, s. 8; Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 381.

83 Bu bağlamda, İçtüzük bir kural işlemidir. Gözler, **Devletin Genel Teorisi**, a.g.e., s. 232.

için yapılacak olan toplantı açısından da geçerlidir. Yine aynı fıkra hükmüne göre, İçtüzüğün kabul edilebilmesi için gereken çoğunluk toplantıya katılanların salt çoğunluğudur. Fakat, karar yeter sayısı hiçbir şekilde Meclis üye tamsayısının dörtte birinin bir fazlasına karşılık gelen 139'dan az olamayacaktır.

Bu bilgilerden yola çıkarak Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün tanımını şu şekilde yapabiliriz: İçtüzük, meclisin çalışmalarına ilişkin usul ve esasları düzenleyen, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından olağan karar alma usulüne göre kabul edilen kural işlem niteliğinde bir parlamento kararıdır.

İçtüzüğün değiştirilmesine ilişkin hükümler İçtüzüğün kendisinde mevcuttur. Buna göre, TBMM İçtüzüğünün 181. maddesinin ilk fıkrası "*İçtüzükte değişiklik yapılmasını öngören teklifler, milletvekillerince yapılabilir. Bunlar hakkında kanun teklifleri hakkındaki hükümler uygulanır.*" denmektedir. Bu değişiklikler aynı maddenin son fıkrası uyarınca Resmî Gazete'de yayınlanmakla yürürlüğe girer. Başka bir yürürlük tarihinin kararlaştırılması mümkündür. Son olarak, birbirinden maddî ölçüte göre ayrılan parlamento kararları ile kanunların içerik anlamında çatışmasının mümkün olmadığını, biri tarafından düzenlenmesi gereken bir konunun diğeri ile düzenlenemeyeceğini belirtelim⁸⁴.

a. TBMM içtüzüğünün yargısal denetimi

Parlamento kararları için genel olarak bir yargısal denetim öngörülmemiştir⁸⁵. Ancak, bu kuralın istisnaları mevcuttur. Bu istisnalar meclis içtüzüğü, yasama dokunulmazlığının kaldırılması ve üyeliğin düşmesi kararlarıdır⁸⁶. Buradan anlaşılacağı üzere, TBMM İçtüzüğünün Anayasaya uygunluk denetimi Anayasa Mahkemesi tarafından gerçekleştirilecektir. Bu husus Anayasanın 148. maddesinin 1. fıkrasında da belirtilmiştir. Aynı fıkra hükmüne göre, İçtüzüğün anayasaya uygunluk denetimi hem şekil hem de esas bakımından gerçekleştirilebilir.

Anayasa Mahkemesinin şekil denetimi hem Anayasanın hem de İçtüzüğün hükümleri uyarınca gerçekleştirilecektir. Nitekim, Meclisin çalışmalarında izlenecek usul ve esasları düzenleme yetisini haiz olan İçtüzük, kendi değiştirilme usulünü de 181. maddede düzenlemiştir. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi, Anayasada öngörülmuş bulunan toplantı ve karar yeter sayılarının sağlanıp sağlanmadığını da denetleyebilecektir.

84 Arıkan, a.g.e., s. 50; Tanör - Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 309-310.

85 Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 233.

86 a.y.

Esas bakımından denetim ise yalnızca Anayasaya aykırılık şeklinde ele alınacaktır. Bu bağlamda, İttüzük hükümleri ile Meclisin iç çalışmalarına ilişkin Anayasada öngörölmüş olan hükümlere aykırı düzenlemeler getirilmesi mümkün değildir.

b. TBMM İttüzüğünün normlar hiyerarşisindeki yeri

Parlamento kararları da kanunlar gibi geçerliliklerini anayasadan almaktadırlar. 1982 Anayasası hem parlamento kararlarının içeriğini, yani hangi konulara ilişkin olarak verilebileceklerini çeşitli maddelerinde belirtmiş hem de parlamento kararı alma usulünü toplantı ve karar yeter sayıları açısından aynı maddede düzenleyerek bunların ihdas usulünü belirlemiştir. Dolayısıyla, anayasa parlamento kararlarının üst normu niteliğindedir. Parlamento kararları anayasaya aykırı olamazlar. Çoğu parlamento kararının anayasa yargısının kapsamı dışında bırakılması bu konuda duraksamalara yol açabilir. Ancak, bir normun diğer bir normun geçerliliğini belirlemesi ve alt norm açısından bir "olması gereken" teşkil etmesi ayrı, bu hususun yargısal olarak denetlenmesi ayrı bir husustur. Parlamento kararlarının kural olarak anayasa yargısı dışında bırakılmış olması anayasa ile parlamento kararları arasındaki hiyerarşik ilişkiye değil, olsa olsa Anayasa Mahkemesi kararları ile parlamento kararları arasındaki hiyerarşik ilişkiye dair bir şeyler belirtmektedir. Nitekim, bir normun yargısal denetimi mümkün değilse, bir mahkeme kararı ile geçersiz kılınabileceğinden bahisle mahkeme kararını normun hiyerarşik üstü olarak nitelendirmek mümkün olmayacaktır. Kaldı ki konumuz kapsamına giren TBMM İttüzüğünün yargısal denetimi yapılabildiğinden, bu tartışma yalnızca birel nitelikteki parlamento kararları açısından söz konusu olmaktadır.

Üst normun alt normun ya içeriğini belirlediğini ya da yapılış usulünü gösterdiğini daha önce belirtmiştik. Parlamento kararları ile kanunlar arasındaki ayrımı yaparken maddi kriterden yola çıkarak parlamento kararı ile düzenlenebilecek olan konuların kanunlar ile düzenlenemeyeceğini de belirtmiştik. Dolayısıyla, bizim yaptığımız ayrıma göre bu iki normun konu bakımından çatışması mümkün değildir. Parlamento kararı ile düzenlenebilecek konular anayasada düzenlenmiştir. Bunların dışında, meclisin iç işleyişi ve düzenine ilişkin hususlarda da parlamento kararları ihdas edilebileceği belirtilmişti. Buradan parlamentoların içerik anlamında anayasa tarafından düzenlendiği ve kanunlar aracılığı ile parlamento kararlarının içeriğinin belirlenemeyeceği açıklanmıştır. Bir içerik belirlemesi yapılacaksa, bu hâlihazırda anayasa tarafından gerçekleştirilmiştir. Kanunlar ile

parlamento kararları farklı konularda ihdas edilirler. Biriyle düzenlenen alanın, Anayasa Mahkemesi'nin kararına rağmen⁸⁷, kanımızca diğeri tarafından düzenlenmesi ve bu sebeple de içerik anlamında iki norm arasında bir hiyerarşi tesis edilmesi mümkün değildir.

Ancak, bir norm diğeri bir normun ihdas usulünü belirlediği için de üst norm olabilir. Bu bağlamda, İktüzük ile kanun arasında, "ihdas usulünü belirleme" yoluyla bir altlık-üstlük ilişkisi kurulmuş olabilir. Aşağıda bu olasılığı değerlendireceğiz.

Kanunların kabul edilebilmesi için gereken toplantı ve karar yeter sayıları Anayasada düzenlenmiştir. Ancak, ihdas usulünden anlaşılması gereken yalnızca nihâf oylama usulü değildir. Bir işlemin hazırlanışında da uyulması gereken usuller belirlenmiş olabilir. Bu bağlamda bir norm hakkındaki tartışmanın ne şekilde yürütüleceği, kimler tarafından imzalanacağı, kim tarafından hangi organa sunulacağı gibi hususlar da ihdas usulüne ilişkindir ve normun geçerli şekilde ihdas edilebilmesi için bu usullere uyulması gerekir. Burada önemli olan TBMM İktüzüğü ile kanunların ihdas usulü açısından Anayasada öngörülmemiş usulî kuralların bulunup bulunmadığıdır. Bu soruya olumlu yanıt vermek gerekmektedir.

Kanunların ihdas usulü genel anlamda anayasanın 96. maddesi tarafından düzenlenmiştir. Bununla beraber, İktüzük ile kanun ihdas etme usulü açısından anayasa tarafından öngörülmemiş bazı usuller getirilmiştir⁸⁸. Kanun tasarı ve tekliflerinin meclis içerisindeki hazırlanma ve görüşülme usulleri, kanun ihdas etme usulü açısından bağlayıcı birer norm niteliği taşımaktadır. Kanun yapılırken bu usullere uyulması gerekir. Ancak, bu usullere uyulmasının yargısal denetimi ayrı bir husustur. 148. maddenin 2. fıkrasının⁸⁹ karşılığının bulunmadığı 1961 Anayasası döneminde, Anayasa Mahkemesinin İktüzükte

87 Anayasa Mahkemesinin 9 Ekim 1987 tarihli kararı, Esas No: 1987/23, Karar No: 1987/27. Parlamento kararı ile düzenlenmesi öngörülen bir konuda kanun çıkarılması Anayasa Mahkemesi tarafından hukuka aykırı bulunmamıştır. Kanun koyma yetkisinin genelliği ilkesinden yola çıkan mahkeme (Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 235.) yasama yetkisinin düzenleme alanının sınırsız olduğunu ve dolayısıyla parlamento kararı ile düzenlenmesi öngörülen bir konunun kanun ile de düzenlenebileceğini belirtmiştir. Bu karar doktrinde eleştiriye sebep olmuştur. Çünkü, eğer parlamento kararı ile düzenlenmesi gereken bir alana kanun ile düzenlenirse, bu düzenlemelerin yarattığı hukukî etki farklı olacaktır. Parlamento kararları genel kural olarak yargı denetimi dışındadır. Yine, Cumhurbaşkanının parlamento kararları üzerinde herhangi bir yetkisi bulunmamaktadır (Bu yöndeki görüşler için bkz. Erdoğan Teziç, "Parlamento Kararı ve Kanun", **Anayasa Yargısı**, Cilt: 5, Yıl: 1988, s. 124.). Ancak, parlamento kararı yerine kanun çıkarılması durumunda nihai düzenleme hem anayasa mahkemesinin denetimine tabi olacak hem de düzenlemeye ilişkin olarak cumhurbaşkanının yetki sahibi olması söz konusu olacaktır.

88 Bu usuller TBMM İktüzüğünün 73. ve 91. maddeleri arasında bulunmaktadır.

89 Bu hüküm, Anayasa Mahkemesinin kanunlar üzerindeki şekil denetimini yalnızca teklif yetersayısı, oylama çoğunluğu ve ivedilikle görüşme gibi şartların sağlanıp sağlanmadığı ile sınırlamıştır. Bkz. Sağlam, **Anayasa Hukuku Ders Notları**, a.g.e., s. 428-429.

öngörülen usule aykırılık halinde kanunları iptal etmesi, İttüzüğün kanunların ihdas usulünü belirleme gücüne işaret etmektedir. 1982 Anayasasında benimsenen ve bir anlamda kanunların İttüzük hükümlerine aykırılığa dayanarak iptal edilmesinin önüne geçen hüküm, İttüzüğün kanunların geçerli bir şekilde ihdas edilmesi için izlenmesi gereken usulü belirlediği gerçeğini değiştirmemektedir. Bu usul hala İttüzük tarafından belirlenmekte ve bağlayıcılık arz etmektedir. Ancak, kanunu iptal edecek olan Anayasa Mahkemesi kararının (yani bir başka normun) bu aykırılığa dayanması mümkün değildir. Bir başka deyişle, yeni eklenen anayasa hükmü İttüzük – kanun ilişkisini değil, hangi hallerde bir kanunun Anayasa Mahkemesi tarafından geçersiz kılınabileceğini etkilemektedir.

Dolayısıyla, TBMM İttüzüğünün hiyerarşik anlamda kanundan üstün olduğunu söyleyebiliriz. Ancak, bu hiyerarşik üstünlük uygulamada pek karşımıza çıkmamaktadır. Nitekim, kanunların denetimi açık anayasa hükmü nedeniyle İttüzük hükümlerine aykırılık temelinde gerçekleştirilememektedir. Aynı şekilde, İttüzük, birel parlamento kararlarının da ihdas usulünü belirleyebilecektir. Dolayısıyla, bu normların da hiyerarşik üstü olduğu kabul edilmelidir.

Son olarak, Anayasa Mahkemesi kararları ile parlamento kararları arasındaki hiyerarşiden bahsedilebilir. Daha önce de belirtildiği üzere, bazı istisnalar dışında parlamento kararlarının yargısal denetimi mümkün değildir. Ancak, parlamento kararlarından hiyerarşik olarak üstün olduğunu belirttiğimiz TBMM İttüzüğünün anayasaya uygunluk denetimi şekil ve esas bakımından Anayasa Mahkemesi tarafından gerçekleştirilebilmektedir. Bu durumda Anayasa Mahkemesi kararlarının hem kanunların hem de bütün parlamento kararlarının üst normu olduğunu söylemek mümkündür.

Böylece, İttüzüğün kanun ve diğer parlamento kararlarından üstün bir norm olduğunu belirlemiş bulunmaktayız. Doğal olarak, İttüzük de diğer parlamento kararları gibi geçerliliğini anayasadan almaktadır. İttüzükler yalnızca anayasada belirlenen usulle (toplantı ve karar yeter sayısı) kabul edilmemektedir. Anayasa aynı zamanda, İttüzüğün meclisin kendi çalışmalarına ilişkin olmasını da düzenleyerek içerik anlamında iettüzüğü sınırlamıştır. Peki acaba Anayasa Mahkemesi kararları ile İttüzük arasında bir hiyerarşi var mıdır?

Anayasanın 149. Maddesine göre, Anayasa Mahkemesi Türkiye Büyük Millet Meclisi İttüzüğünü şekil ve esas bakımından denetlemeye yetkilidir. Yani, anayasa

mahkemesi tarafından ihdas edilen norm ile bir İçtüzük hükmünün yürürlükten kaldırılması mümkündür. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi kararları İçtüzüğün hiyerarşik üstü konumundadır. Nitekim, bir İçtüzük hükmü, Anayasa Mahkemesinin iptal kararı nedeniyle geçerliliğini yitirebilmekte ve hukuk âleminde kalkabilmektedir.

IV. ULUSLARARASI HUKUK NORMLARI

Birinci bölümün ilgili kısmında yaptığımız açıklamalar uyarınca uluslararası hukuk normlarının iç hukukta doğrudan etki doğurmayacağını ve bu normların iç hukuk sistemlerinde geçerli birer norm olarak kabul edilip normlar hiyerarşisine dâhil edilebilmeleri için iç hukuka aktarılmaları veya iç hukukta bunlara atıfta bulunan bir norm olması gerektiğini belirtmiştik. Türk hukukunda uluslararası hukuk normlarının yerini de çalışmamızın Birinci bölümünde yaptığımız açıklamalar doğrultusunda tartışacağız.

A. TÜRK HUKUKU AÇISINDAN ULUSLARARASI HUKUK NORMU

İ hukuk sistemlerinde ancak bu sistemler tarafından tanınan uluslararası hukuk normları geçerli olacağına göre, yalnızca bazı uluslararası hukuk normlarına geçerlilik tanınması söz konusu olabilir. Bu durumda, incelenen hukuk sistemlerinde "uluslararası hukuk normu" ibaresinden kastın ne olduğunun belirlenmesi gerekmektedir. Hangi uluslararası hukuk normlarının iç hukukta geçerli olacağı genellikle anayasalar tarafından belirlenmektedir. Dolayısıyla, bizim de bu soruya 1982 Anayasası çerçevesinde cevap vermemiz icap eder.

Uluslararası hukuk normlarının iç hukukundaki yeri 1982 Anayasasının 90. maddesi tarafından belirlenmektedir. Bu madde genel olarak, uluslararası hukuk normlarının iç hukukta geçerli olabilmesi için izlenmesi gereken usulü belirlemektedir. 90. maddenin 1. fıkrasına göre: "*Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak andlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır*". Görüldüğü üzere, bu hüküm, uluslararası hukuk normlarından yalnızca uluslararası antlaşmalara değinmekte, uluslararası örf adet hukuku ve uluslararası hukukun genel ilkeleri gibi normlar açısından sessiz kalmaktadır.

Hükümün geri kalan fıkralarında da uluslararası antlaşmalardan başka bir uluslararası hukuk normuna değinilmemektedir. Dolayısıyla, Türk anayasal sisteminde

uluslararası antlaşmaların dışındaki uluslararası hukuk normlarının geçerlilik kazanamayacağını, bu normların iç hukuk açısından hüküm ifade etmediğini söyleyebiliriz. Böylelikle, Türk anayasal sistemi açısından "uluslararası hukuk normu" ifadesinden anlaşılması gereken uluslararası antlaşmalardır.

B. ULUSLARARASI ANTLAŞMALARA İÇ HUKUKTA GEÇERLİLİK KAZANDIRILMASI USULÜ

1982 Anayasasının 104. maddesinin 2. fıkrasının (b) bendine göre, Türk hukukunda uluslararası antlaşmaları onaylama yetkisi yasama organına değil, yürütme organının başı konumundaki Cumhurbaşkanıya verilmiştir⁹⁰. Dolayısıyla, akdedilmiş bulunan bir uluslararası antlaşmanın Türk iç hukukunda geçerli olabilmesi için gerçekleştirilecek olan aktarma işlemi Cumhurbaşkanının onay işlemi olacaktır. Ancak, Cumhurbaşkanının bu yetkisini kullanabilmesi için Parlamentodan şekli anlamda bir kanunla bu işlemi uygun bulması gerekmektedir (Anayasa m. 90/1). Genel kural olarak meclisin uygun bulma kanunu çıkarması şart iken, bir grup ayrık durumlarda bu usule başvurulmasına lüzum yoktur⁹¹. Dolayısıyla, Türk hukukunda uluslararası antlaşmaların onaylanmasının kanunla uygun bulunmasının kural, bu şartın aranmamasının ise istisna olduğunu ifade edebiliriz⁹².

1982 Anayasasının 90. maddesini 1. fıkrası, hükümet tarafından akdedilecek bir uluslararası antlaşmanın iç hukuka aktarılmasının meclisin çıkaracağı bir kanun ile uygun bulunacağını düzenlemektedir. Cumhurbaşkanının onay yetkisini kullanabilmesi belirli durumlarda Meclis tarafından bir kanun çıkarılmasına bağlı olduğundan, bu kanuna "yetki kanunu" dendiği görülmektedir⁹³.

Yukarıda zikredilen genel kuralın dışında, meclis tarafından çıkarılacak bir uygun bulma kanununa gerek olmaksızın uluslararası antlaşmaların yürürlüğe sokulabileceği bir usul de mevcuttur. Bu usuller iki ayrık durumda, 1982 Anayasasının 90. maddesinin 2. ve 3. fıkraları uyarınca ortaya çıkmaktadır.

Bunlarda ilkinde göre, "*Ekonomik, ticarî ve teknik ilişkilere...*" dair uluslararası antlaşmalar, "*...süreleri bir yılı...*" aşmamak ve "*...Devlet Maliyesi bakımından bir*

90 Rona Aybay, "Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 70, 2007, s. 188.

91 Aybay, "Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri", a.g.m., s. 195.

92 Kemal Gözler, "Uluslararası Antlaşmaları Akdetme ve Onaylama Yetkisi", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt: 56, Sayı: 2, Nisan-Haziran 2001, s. 85.

93 Aybay, "Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri", a.g.m., s. 195.

yüklenme getirmemek, kişi hallerine ve Türklerin yabancı memleketlerdeki mülkiyet hakkına dokunmamak..." şartlarıyla doğrudan yayınlanma ile yürürlüğe sokulabilir (90/2). Belirtilen şartlardan biri dahi mevcut değilse, söz konusu uluslararası antlaşmanın yürürlüğe sokulabilmesi için meclis tarafından uygun bulma kanunu çıkarılması gerekecektir.

İkinci istisna ise 90. maddenin 3. fıkrasında ortaya çıkmaktadır. Fıkra metnine göre, "...Milletlerarası bir andlaşmaya dayanan uygulama andlaşmaları..." ve ekonomik, ticari, teknik veya idarî nitelik taşımakla birlikte bir kanun tarafından genel olarak verilen bir yetkiye dayanarak yapılan antlaşmalar açısından da uygun bulma kanunu çıkarılmasına gerek yoktur. Bu fıkradaki ekonomik, ticarî ve teknik nitelik arz eden uluslararası antlaşmalar ile 2. fıkradaki antlaşmalar arasındaki fark, 3. fıkradaki antlaşmaların kanunun verdiği genel bir yetkiye dayanarak yapılmasıdır⁹⁴. Ayrıca, bu fıkra kapsamındaki antlaşmalar açısından yayınlanma zorunluluğu yalnızca "...ekonomik, ticari veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren..." antlaşmalar açısından bulunmaktadır. 244 Sayılı Kanunun⁹⁵ 2/4 ve 3/3(1) maddeleri uyarınca, ekonomik veya ticari nitelik arz etmeyen, özel kişilerin haklarına müdahale etmeyen ve Türk kanunları ile çatışmayan uluslararası antlaşmalara ilişkin Bakanlar Kurulu kararlarının de yayınlanmasının zorunlu olmaması, 1982 Anayasasının 90. maddesinde istisna olması gereken şeyi kural, kural

94 Servet Armağan, **1982 Anayasası'nda Uluslararası Andlaşmaların İmzalanması ve Onaylanması Sistemi**, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anayargi/armagan.pdf, s. 354. Erişim Tarihi: 27.01.2015.

95 31 Mayıs 1963 tarihli ve 244 Sayılı Milletlerarası Andlaşmaların Yapılması, Yürürlüğü ve Yayınlanması ile Bazı Andlaşmaların Yapılması İçin Bakanlar Kuruluna Yetki Verilmesi Hakkında Kanun. Biz, Türk hukukunda uluslararası hukuk normlarına iç hukukta geçerlilik kazandırma usulünü incelerken olabildiğince bu kanundan uzak durmaya gayret gösterdik. Bunun sebebi, söz konusu kanunun açıkça anayasa aykırı hükümler içermesidir. Her şeyden önce, Anayasa uluslararası antlaşmaların onaylanması, yani iç hukuka aktarılması yetkisini Cumhurbaşkanına tanımışken, 244 Sayılı Kanunla aynı yetki bir kararname çıkaracak olan Bakanlar Kurulu'na tanınmıştır (m. 3/1). (Bu kanuna karşı 1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesine başvurulmuş, ancak Anayasa Mahkemesi hukuken son derece geçerli sebeplerin varlığına rağmen söz konusu Kanunun hiçbir maddesini iptal etmemiştir. Bkz. Anayasa Mahkemesinin 4 Mart 1965 tarihli ve E. 1963/311 K. 1965/12 Sayılı Kararı.) Ayrıca, söz konusu maddenin 3. fıkrasında da Anayasaya aykırılık olduğu söylenebilir. Nitekim, Anayasanın 90. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında belirtilen antlaşmaların onaylanmasının kanunla uygun bulunmasına gerek olmadığı belirtilmişse de, 244 Sayılı kanunun 3. maddesinin 3. fıkrasında bu tür antlaşmalar için uygun bulma kanunu çıkarılamayacağı düzenlenmiştir. Uygun bulma kanunu çıkarılmasının zorunlu olmaması ile uygun bulma kanunu çıkarılamaması farklı hususlardır. Anayasanın düzenlemesine göre, istisna kapsamındaki uluslararası antlaşmaların onaylanması bile yürütme organı tarafından arzu edilmesi halinde kanunla uygun bulunabilecektir. Kanımızca söz konusu kanunun Anayasaya aykırı olan hükümleri yerine söz konusu kanunun artık soyut norm denetimi ile iptali mümkün değildir. Bir uyuşmazlık sırasında bu kanuna ilişkin bir anayasaya aykırılık iddiasının da somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesinin önüne taşınması pek mümkün görünmemektedir. Ancak, kanımızca, 244 Sayılı Kanunun Anayasaya aykırı hükümleri yerine Anayasa hükümleri *lex superior derogat legi priori* ilkesi uyarınca uygulanmalıdır.

olması gereken şeyi ise istisna haline getirdiği için eleştirilmiştir⁹⁶.

Son olarak, 90. maddenin 4. fıkrası şöyle demektedir: "*Türk kanunlarına değişiklik getiren her türlü andlaşmaların yapılmasında birinci fıkra hükmü uygulanır*". Bu fıkrada "yapılması" ifadesinden anlaşılması gereken antlaşmaların geçerli bir şekilde iç hukuka aktarılmasıdır. Hatırlanacağı üzere, 90. maddenin 1. fıkrası yürütme organının onaylama işleminin meclis tarafından çıkarılan bir kanun ile uygun bulunmasını gerektirmekteydi. Buna göre, "*Türk kanunlarına değişiklik getiren*" uluslararası antlaşmaların iç hukukta yürürlüğe girebilmesi için, bu antlaşmaların onaylanmasının bir kanun ile uygun bulunması gerekecektir. Bu noktada "*Türk kanunlarına değişiklik getiren*"⁹⁷ ifadesinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Burada kastedilen kuşkusuz, aynı konuya ilişkin olarak uluslararası antlaşmaların Türk hukuk sistemindeki kanunlardan farklı bir düzenleme getirmesidir. Bir başka deyişle, uluslararası antlaşmanın Türk kanunları ile çatışmasından bahsedilmektedir. Buna göre, Türk kanunları ile çatışan bir uluslararası antlaşmanın yürürlüğe girebilmesi uygun bulma kanununun çıkarılmasına bağlıdır.

C. ULUSLARARASI ANTLAŞMALARIN NORMLAR HİYERARŞİSİNDEKİ YERİ

Uluslararası antlaşmaların normlar hiyerarşisindeki yeri konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır⁹⁸. Öncelikle konuya ilişkin anayasa hükmüne yer vermeliyiz. 1982 Anayasasının 90. maddesinin 5. fıkrasına göre:

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

96 Kemal Başlar, "Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt: 24, Sayı: 1-2, 2004, s. 283.

97 Teknik olarak bir uluslararası antlaşma hükmü ile iç hukuktaki bir kanunun değiştirilmesi mümkündür. Ancak, bunun için iç hukuk düzeninde uluslararası antlaşmalar ile kanunların aynı seviyede yer aldığı öngörülmesi gerekir. Uluslararası antlaşmalar, belirli bir ülkedeki spesifik bir kanunun belli yönde değiştirilmesini öngörür ve bu uluslararası antlaşma o ülkenin hukuk sistemine göre iç hukuka aktarılırsa, iç hukuktaki kanunun değiştirilmiş olduğunu söylemek mümkün olabilir. Ancak, bu sorun ile uygulamada karşılaşılmamaktadır. Çünkü, uluslararası antlaşmaların spesifik kanunların içeriğine ilişkin değişiklik getirdiği görülmemektedir. Ancak, salt teorik açıdan bakıldığında bunun gerçekleşmesine engel bir durum bulunmamaktadır. Nitekim, ne uluslararası hukuk ne de iç hukuk konu bakımından sınırlandırılmıştır. Hans Kelsen'in ifade ettiği gibi hem uluslararası hukuk hem de iç hukuk düzenleyecekleri konuları kendileri belirlemektedir (Kelsen, **General Theory of Law and State**, a.g.e., s. 304 – 305.). Yine de, uluslararası hukukta mevcut olan uluslararası antlaşmalar düşünüldüğünde, söz konusu olabilecek olanın bir uluslararası antlaşma ile iç hukuktaki kanunun değiştirilmesi değil, bu uluslararası hukuk normunun kanun ile çatışması olduğunu düşünmek gerekir.

98 Aybay, "Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri", a.g.m., s. 197-198.

Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır."

Öncelikle temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar ile diğer uluslararası antlaşmalar arasında bir ayrıma gidip, uluslararası antlaşmaların normlar hiyerarşisindeki yerini buna göre belirlemek gerekmektedir. Öncelikle temel hak ve özgürlüklere ilişkin olmayan uluslararası antlaşmaların normlar hiyerarşisindeki yerini inceleyelim.

1. Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Olmayan Uluslararası Antlaşmalar

Doktrinde, anayasanın açık hükmüne ağırlık vererek, temel hak ve özgürlüklere ilişkin olmayan uluslararası antlaşmaların normlar hiyerarşisinde kanunlar ile aynı seviyede yer alacağını savunan bir görüş bulunmaktadır⁹⁹. Yaygın olan bu görüş, yargı organlarınca da benimsenmiştir¹⁰⁰. Anayasanın açık hükmüne dayandığı için bu görüşe karşı çıkmak zor olsa da, başka bir görüş, anılan hükmün monist sisteme ilişkin olup kanunlar ile uluslararası antlaşmalar arasındaki hiyerarşik ilişkiye ilişkin bir hüküm olmadığını savunduktan sonra uluslararası antlaşmaları normlar hiyerarşisinde kanun üstü bir seviyeye yükseltmektedir¹⁰¹.

Öncelikle, Anayasanın 90. maddesinin 5. fıkrasının monist bir anlayışa işaret ettiğini söylemek mümkün değildir. Uluslararası hukukun doğrudan uygulanabilirliğini savunan monist bir görüş uluslararası antlaşmaların iç hukukta yürürlüğe giriş usulünü düzenleme gereği duymazdı. Nitekim, bu anlayışta uluslararası hukuk normları, devletler arasında tesis edildiği anda iç hukukta uygulanabilir niteliği haizdirler. 90. maddenin 5. fıkrasının ilk cümlesi usulüne göre yürürlüğe girmiş uluslararası antlaşmalardan bahsettiğine göre, burada iç hukukta öngörülen usuller ile uluslararası hukuk normuna geçerlilik kazandırılması söz konusudur. Üst norm, bir normun geçerli bir şekilde ihdas edilmesi için gerekli usulü öngören norm olduğuna göre, söz konusu anayasa normunun üst norm niteliğinde olduğu tartışmasızdır. Üst norm konumundaki bir norm ise altındaki normların hukukî etkilerini ve normlar hiyerarşisindeki yerlerini, kendi üst normlarına uygun olmak koşuluyla, düzenleyebilir. Anayasa, en üstün norm konumunda olduğuna

99 Gözler, **Hukuka Giriş**, a.g.e., s. 189.; Zeki Hafizoğulları, "Türk Hukuk Düzeninde Hukukun Üstünlüğü Prensibi Sorunu", **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı:1, Yıl: 2002, s. 22..

100 Faruk Bilir, "Anayasa'nın 90. Maddesinde Yapılan Değişiklik Çerçevesinde Milletlerarası Anlaşmaların İç Hukuktaki Yeri", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 13, Sayı: 1, 2005, s. 79-80.

101 Başlar, a.g.m., s. 295-296.

göre ve usulüne göre yürürlüğe girmiş olan uluslararası antlaşmaların kanun hükmünde olduğunu belirtmişse, bunların normlar hiyerarşisinde aynı seviyede olacağını belirtilmesi gerekir. Kaldı ki, anayasada böyle bir hüküm olmasaydı dahi kanunlar ile usulüne göre yürürlüğe girmiş uluslararası antlaşmaların normlar hiyerarşisinde aynı seviyede olduğuna hükmedilmelidir. Nitekim, hem uluslararası antlaşmalar hem de kanunlar iç hukuktaki geçerliliklerini anayasadan almaktadırlar ve bunlar arasında bir geçerlilik ilişkisi bulunmamaktadır. Kanunların uluslararası antlaşmalara uygun olma veya uluslararası antlaşmalarca belirlenen usulle yürürlüğe girme gibi bir zorunluluğu bulunmadığına göre, uluslararası antlaşmaların kanunların üst normu olma şansı bulunmamaktadır. Öte yandan, uluslararası antlaşmaların yürürlüğe girebilmesi için meclisten uygun bulma kanunu çıkarılmasından bahisle, kanunların uluslararası antlaşmalardan üstün olduğundan da bahsedilemez. Nitekim, uygun bulma kanunu uluslararası antlaşmaların geçerli şekilde ihdas edilme usulünü belirlememekte veya uluslararası antlaşmaların içeriğini kısıtlamamaktadır. Bu usul hâlihazırda anayasa tarafından öngörülmüştür ve uygun bulma kanunun çıkarılması bu usulde aranan bir koşuldur. Kısacası, kanun ile uluslararası antlaşma arasındaki ilişki, aşağıda inceleyeceğimiz kanun ve kanun hükmünde kararname ilişkisine benzemektedir. Bu normlar arasında herhangi bir hiyerarşi bulunmamaktadır. Normlar hiyerarşisinde aynı seviyede bulunurlar ve aynı hukuki etkiyi yaratırlar.

Keza, uluslararası antlaşmaların anayasaya aykırılığının iddia edilememesi temelinde kanunlardan hiyerarşik olarak üst konumda bulunacağını savunan görüşler de mevcuttur¹⁰². Daha önce parlamento kararları ve kanunların hiyerarşik ilişkisi kapsamında belirtildiği gibi, yargısal denetimin bir norm için mümkünken diğeri için mümkün olmaması bu iki norm arasındaki hiyerarşik ilişkiye ilişkin değil, olsa olsa mahkeme kararı ile bu iki norm arasındaki hiyerarşik ilişkiye ilişkin anlam ifade eder. Dolayısıyla, kanunların anayasal denetimi mümkünken uluslararası antlaşmaların denetiminin mümkün olmadığından bahisle, uluslararası antlaşmaların kanunlardan hiyerarşik olarak üstün olduğu görüşü yersizdir.

2. Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Uluslararası Antlaşmalar

Uluslararası antlaşmaların normlar hiyerarşisindeki yerine ilişkin olarak Türk hukukunda yaşanan bir başka tartışma da temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası

102 Bu görüşler için genel olarak bkz. Aybay, "Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri", a.g.m., s. 198.

antlaşmalara ilişkindir. 90. maddenin 5. fıkrası temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar ile kanunların çatışması halinde uluslararası antlaşmanın "esas" alınacağını düzenlemektedir. Öncelikle, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar ile ilgili temel sorunlara yer vermeyi uygun görüyoruz.

Öncelikle, temel hak ve özgürlükler ifadesinden ne anlaşılacağı şüphelidir. Prof. Dr. Rona Aybay'ın belirttiği gibi "temel hak ve özgürlükler" ifadesi uluslararası hukuktansa anayasa hukukunda kullanılan bir terimdir¹⁰³. Anayasa hukukunda ise temel hak ve özgürlükler kavramı anayasada güvence altına alınan hak ve özgürlükleri ifade etmek için kullanılmaktadır¹⁰⁴. Bu durumda, her ne kadar anayasa aynı kelimeler ile ifade etmemiş olsa da, yalnızca 1982 Anayasasında yer verilen hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların kanunlarla çatışması halinde esas alınacağı anlaşılabilir¹⁰⁵. Öte yandan, insan hakları hukukundan hareketle bu ifadenin birinci ve ikinci kuşak insan haklarını içerdiği de düşünülmektedir¹⁰⁶. Bu durumda, öncelikle temel hak ve özgürlükler ifadesinden ne anlaşılması gerektiği belirlenmelidir.

Olması gereken hukuk açısından tartışmalı olsa da kanımızca burada temel hak ve özgürlükler ifadesi ile 1982 Anayasası'nda "Temel Hak ve Hürriyetler" olarak ifade edilen hak ve özgürlüklerin anlaşılması gerekmektedir. Anayasa hükmünün terminolojisi her ne kadar "temel hak ve özgürlükler"den bahsetse de bu anlatımın "temel hak ve hürriyetler" olarak anlaşılması, herhangi bir anlam değişikliğine yol açmadığı için mümkündür. Öte yandan, insan hakları terimi ile temel hak ve özgürlükler terimi çok farklı hususları ifade etmektedir. Temel hak ve özgürlükleri bir terim olarak "anayasada güvence altına alınıp düzenlenen hak ve özgürlükler" olarak tanımlamak ve içeriğini belirlemek oldukça kolaydır. Öte yandan, çok geniş bir haklar grubunu içeren "insan hakları" terimi ile ne kastedildiğini belirlemek bile güçtür¹⁰⁷. Dolayısıyla, anayasada, madde gerekçesinde olduğu gibi "insan hakları" terimi de kullanılabilirken temel hak ve özgürlükler ifadesine yer verilmiş olmasının, ilgili hüküm kapsamındaki uluslararası antlaşmaların 1982 Anayasasının metninde düzenlenen temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası

103 Aybay, "Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri", a.g.m., s. 202.

104 Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 208-209.

105 1982 Anayasası Temel Hak ve Ödevler başlığı altında Temel Hak ve Hürriyetlere yer vermişse de, kanımızca anayasa hukuku açısından "temel hak ve özgürlükler" ifadesinden anayasanın zikredilen maddesi altındaki hak ve özgürlüklerin anlaşılması mümkündür. Bu konu hakkında bkz. Aybay, "Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri", a.g.m., s. 202.

106 Başlar, a.g.m., s. 310.

107 Bir örnek için mülkiyet hakkının insan hakları kapsamında olup olmadığı tartışması verilebilir. Bkz. Aybay, "Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri", a.g.m., s. 204.

antlaşmalar olduğu fikrini güçlendirdiğini söyleyebiliriz.

Öte yandan, "temel hak ve özgürlükler" tabirinden ne anlaşılması gerektiği belirlense dahi, "temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşma" ifadesinden ne anlaşılması gerektiği, bu antlaşmaların özel olarak temel hak ve özgürlükleri düzenleme amacı gütmemesinin gerekip gerekmediği konularında da tartışmalar bulunmaktadır¹⁰⁸. Bununla beraber, anayasa hükmünün lafzından hareketle, antlaşmanın bütününe temel hak ve özgürlüklerin düzenlenmesi amacıyla yapılması gerektiğinin anlaşıldığı belirtilmektedir¹⁰⁹. Kanımızca, anayasa maddesinin lafzından özel olarak temel hak ve özgürlükleri düzenlemek amacıyla akdedilen bir uluslararası antlaşmadan bahsedildiği sonucunun çıkarılması güçtür. Bir şeye ilişkin olmak, yalnızca o şeye ilişkin olmak anlamına gelmemelidir. Bu noktada bir uluslararası antlaşmanın hükümleri arasında ayrıma gidilebilir. Buna göre, bir uluslararası antlaşmanın temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümlerine kanunlar karşısında bir uygulama önceliği tanınacaktır. Eğer aşağıda, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların normlar hiyerarşisinde diğer uluslararası antlaşmalardan farklı bir hiyerarşik yerde yer alacağına karar vermiş olsaydık, bu durum sorun yaratabilirdi. Nitekim, bu durumda iç hukuka aktarılmış bir uluslararası antlaşmanın kendi hükümleri arasında hiyerarşi olabileceğini göstermek zorunda kalacak ve bunda da büyük ihtimalle başarısız olacaktır. Ancak, biz, temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmaların da diğer uluslararası antlaşmalar ve kanunlarla aynı hiyerarşik seviyede yer alacağına karar vereceğimiz için, bu sorun bizim açımızdan söz konusu olmayacaktır.

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin olmayan uluslararası antlaşmaların kanunlardan üstün olduğunu savunan görüş, aynı gerekçelerle temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan uluslararası antlaşmaların da kanunlardan üstün olduğunu haliyle kabul edecektir. Öte yandan, temel hak ve özgürlüklere ilişkin olmayan uluslararası antlaşmalar ile kanunları aynı seviyede görmesine rağmen temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların kanunlardan üstün olduğunu savunan görüşler mevcuttur¹¹⁰.

Mehmet Turhan'a göre, 1982 Anayasasının 15. maddesinde olağanüstü dönemlerde uluslararası hukuktan doğan sorumlulukların ihlal edilmeden temel hak ve özgürlüklerin

108 Aybay, "Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri", a.g.m., s. 203-204; Başlar, a.g.m., s. 312.

109 Başlar, a.g.m., s. 310.

110 Gözler, **Hukuka Giriş**, a.g.e., s. 186-187; Mehmet Turhan, "Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve Özgürlüklere Etkisi ve Anayasa Mahkemesi", **Anayasa Yargısı**, Cilt: 20, 2003, s. 230.

sınırlandırılmasının öngörülmesi, normal dönemlerde bu sorumlulukların evleviyetle ihlal edilmemesi anlamına gelmektedir¹¹¹. Bu nedenle de ulaşılan sonuç, normal dönemlerde de kanunla temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların temel hak ve özgürlüklere, ya da yazarın deyimiyle insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmalara aykırı olamayacağı yönünde olmaktadır. Her şeyden önce, normal dönemde kanun-temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar ilişkisini düzenleyen açık bir anayasa hükmü varken olağanüstü hale ilişkin bir hükümden yola çıkarak evleviyet yorumu yapılması yerinde değildir. Bu konuda anayasanın açık olan diğer hükmünden yola çıkılarak bir sonuca ulaşılmalıdır. Ancak, bu yorumun doğru olduğu kabul edildiğinde dahi aşağıda göreceğimiz gibi, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar ile kanunlar arasında bir hiyerarşi olduğu sonucuna varılmaması gerekmektedir.

Bu nedenle de biz, 90. maddenin 5. fıkrasından hareketle "esas alınır" ifadesinin üzerinde duracak ve bu ifadenin normatif bir üstünlük ifade edip etmediğini kararlaştıracacağız.

90. maddenin 5. fıkrasının gerekçesinde bu fıkranın bir çatışma kuralı olarak düzenlendiği¹¹² ve amacın temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmaların kanunlar ile çatışması halinde temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalara öncelik verilmesi olduğu belirtilmiştir. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir uluslararası antlaşma ile kanunların çatışması halinde "uygulanması" veya bir mahkemenin kararına esas oluşturması gereken norm uluslararası antlaşmadır. Bu bağlamda, "AB hukukunun önceliği/üstünlüğü" tartışmasında yaşadığımız sorun ile benzer bir sorun karşımıza çıkmaktadır. Bir çatışma kuralı sebebiyle başka bir norma nazaran öncelikli olarak uygulanmak normatif üstünlük anlamına gelir mi?

Biz bu soruya tekrar hayır cevabını vermek durumundayız. Üst norm olmanın koşulları bilinmektedir. Üst norm ya alt normun içeriğini sınırlayacak ya da alt normun ihdas ediliş usulünü belirleyecektir. Kanunların içerik olarak temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalara aykırı olması mümkündür. Zaten bu nedenle anayasada bir çatışma kuralı öngörülmüştür. Kanunların içerik olarak temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaya aykırı olması halinde iptal edilmelerinin öngörülmemiş olması da

111 Turhan, "Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve Özgürlüklere Etkisi ve Anayasa Mahkemesi", a.g.m., s. 229-230.

112 Ayrıca bkz. Aybay, "Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri", a.g.m., s. 205-206.

bu iki norm arasında hiyerarşik bir ilişki olmadığına işaret etmektedir¹¹³. Öte yandan, hem temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalar hem de kanunlar geçerliliklerini doğrudan anayasadan almakta olup, bunlar arasında ihdas usulü anlamında bir geçerlilik ilişkisi kurulmamıştır. Dolayısıyla, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar da, tıpkı diğer uluslararası antlaşmalar gibi, normlar hiyerarşisinde kanunlar ile aynı seviyede yer alacaktır.

Kaldı ki, 90. maddenin 5. fıkrasının ilk cümlesi uluslararası antlaşmaların kanun hükmünde olduğunu belirlemektedir. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar açısından getirilen çatışma kuralı, bu antlaşmaların tabi olacağı hukukî rejime ilişkin bir hüküm değildir. Bir usul kuralıdır. Dolayısıyla, "kanun hükmünde olma" açısından temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar ile diğer uluslararası antlaşmalar arasında ayırım yapmak yerinde değildir.

90. maddenin 5. fıkrasının yorumunu yukarıdaki şekilde yaptıktan sonra 15. maddeden yola çıkılarak Mehmet Turhan tarafından gerçekleştirilen yorumun doğru olduğunu varsayalım ve birbiri ile çelişen iki anayasa hükmünü yorumlayalım. Bu durumda karşımızda çatışmakta olan aynı seviyedeki iki norm bulunmaktadır. Aynı seviyedeki normlar arasındaki çatışmalar ya *lex specialis* ya da *lex posterior* ilkelerine göre çözümlenecektir. Anayasanın 90. maddesinin 5. fıkrasına eklenen temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaları konu edinen cümle 2004 tarihli iken 15. maddenin incelemeye konu ilk fıkrası 2001 tarihlidir. Bu nedenle de *lex posterior* ilkesine göre 90. maddenin 5. fıkrası yerine 15. maddenin 1. fıkrasının uygulanması mümkün değildir. Bu çatışmada 15. maddenin uygulanması gerektiği sonucuna *lex specialis* ilkesinden yola çıkılarak ulaşıldığı görülmektedir¹¹⁴. Dolayısıyla iki hüküm arasında bir özellik-genellik ilişkisinin olup olmadığı araştırılmalıdır. Bir başka deyişle, bu hükümlerin konuları açısından bir özellik-genellik arz edip etmediği incelenmelidir. 15. maddenin 1. fıkrası olağanüstü hal dönemlerinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını konu edinmektedir. 90. maddenin 5. fıkrasına 2004 yılında eklenen tümce ise temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar ile kanunların çatışmasına ilişkindir. Dolayısıyla, bu iki hüküm arasında bir özellik-genellik ilişkisi gözetilerek, temel hak ve

113 Ancak bu tespit tek başına hiyerarşik bir ilişkinin olmadığını göstermeye yetmez. Aşağıda olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnameleri ve anayasa açısından bunun doğruluğu gösterilecektir.

114 Turhan, "Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve Özgürlüklere Etkisi ve Anayasa Mahkemesi", a.g.m., s. 230.

özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar söz konusu olduğunda 15. maddenin uygulanması gerektiğine *lex specialis* ilkesinden yola çıkarak ulaşmak, kanımızca mümkün değildir. Bu normlar arasında düzenleme konusu bakımından bir özellik-genellik değil, tamamen farklılık söz konusudur. Bununla birlikte, Mehmet Turhan tarafından varılan sonuç, bizim vardığımız sonuçla aynıdır. Yazara göre de temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar ile kanun hükümleri çatıştığında uluslararası antlaşma uygulanmalıdır¹¹⁵. Ancak, "15. madde kapsamına giren uluslararası antlaşmalar açıkça yasa üstü bir hukuksal statüye sahiptirler. Bu sözleşmeler anayasal kurallar niteliğindedir."¹¹⁶ yönündeki tespitlere katılmıyoruz. Burada uygulamadaki öncelik ile normatif üstünlük karıştırılmaktadır. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların iç hukuktaki geçerliliğini belirleyen norm anayasa iken, geçerlilik normu ile geçerliliği belirlenen normun aynı seviyede görülmesi normatif üstünlüğün doğru anlaşılmadığını göstermektedir.

Nihai olarak, hem temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların hem de diğer uluslararası antlaşmaların normlar hiyerarşisinde kanun düzeyinde yer alacağını tespit etmiş bulunmaktayız. Öte yandan, bir bütün olarak uluslararası antlaşmalar, Türk hukukundaki geçerliliklerini 1982 Anayasasının 90. maddesine borçlu oldukları için normlar hiyerarşisinde anayasanın altında yer alacaklardır.

V. İDARİ YARGI ORGANLARININ KARARLARININ NORMLAR HİYERARŞİSİNDEKİ YERİ

Her mahkeme kararı bir norm olduğuna göre, Türk hukuku açısından idarî yargı organlarının kararlarının normlar hiyerarşisindeki yerini incelemek gereklidir. Bunu yaparken, yukarıda Anayasa Mahkemesi kararları açısından izlediğimiz yöntemi takip edeceğiz. Bu durumda incelenmesi gereken husus bu mahkemelerin kararlarının diğer normlar üzerinde nasıl bir etki doğurduğu ve bunların geçerliliğini etkileme gücüne sahip olup olmadıklarıdır.

Türk hukuk sisteminde idarenin işlem ve tasarruflarının denetimi için ayrı bir yargı kolu öngörülmüştür. Bu bağlamda, Türk hukuk sistemi idarî rejim uygulamasının görüldüğü bir sistemdir. Bu bizim konumuz açısından şunu ifade etmektedir: İdarenin kural işlem niteliğindeki işlemleri, yani düzenleyici işlemler, ancak bunların hukuka uygunluk

115 a.y.

116 a.y.

denetimini yapmakla görevli olan idarî yargı organları tarafından geçersiz kılınabilirler¹¹⁷. Bu bağlamda, tüzüklerin yargısal denetimi doğrudan yüksek yargı organı Danıştay'da gerçekleştirilebilirken, yönetmelik ve adsız düzenleyici işlemlerin yargısal denetimi idare mahkemelerinde gerçekleştirilebilir.

Buradan şu sonuç çıkmaktadır: İdarenin düzenleyici işlemleri idarî yargı organları tarafından geçersiz kılınabilirler. Bunlardan yalnızca tüzük idare mahkemeleri ve bölge idare mahkemeleri tarafından iptal edilemez. Genel olarak, idarî yargı organlarının kararları ile geçersiz hale getirilebilen idarenin düzenleyici işlemlerinin normlar hiyerarşisinde bu yargı organlarının kararlarının altında kalacağı söylenmelidir. Ancak, yargı organlarının kararları Türkiye'de bireysel nitelik arz ettiğinden ve *stare decisis* ilkesi benimsenmediğinden genel bağlayıcılığa sahip olmadığı için, her kararı ayrı ayrı değerlendirmek gerekecektir. Örneğin, bir idare mahkemesinin bireysel idarî işlemi iptal eden kararı elbette ki normlar hiyerarşisinde yönetmeliklerin üzerinde değildir. Ancak, biz burada mahkeme kararlarının genel olarak sahip olduğu güce, yani mahkemelerin nihaî olarak sahip olduğu yetkiye göre bu kararların normlar hiyerarşisindeki yerini belirleyeceğiz. Dolayısıyla, idare mahkemeleri ve bölge idare mahkemelerinin kararlarının normlar hiyerarşisinde yönetmelik ve adsız düzenleyici işlemlerden, Danıştay kararlarının ise tüzük ve diğer düzenleyici işlemlerden üstte yer alacağını tespit etmiş bulunuyoruz.

Bununla beraber, idarî yargı organlarının kanunların hukukî denetimini gerçekleştirme yetkisi bulunmamaktadır. Bu normu geçersiz kılamayacakları gibi, düzenleyici işlemlerin yargısal denetimini gerçekleştirirken de kanunları uygulamak zorundadırlar. Bir başka deyişle, kanunlar, idareyi olduğu kadar idarî yargıyı da bağlayacaktır. İdarî yargıda kanuna aykırı içtihat olamayacağı¹¹⁸, bu organların kararlarının normlar hiyerarşisinde kanun altı bir seviyede bulunmasından kaynaklanmaktadır.

İdarî yargı organları kararlarının kendi arasında da bir hiyerarşi içinde bulunduğu söylenebilir. İtiraz ve temyiz süreçleri ile idare mahkemeler açısından bölge idare mahkemeleri ile Danıştayın, bölge idare mahkemeleri açısından ise Danıştayın kararları bağlayıcıdır. Bu nedenle de, ayırmak gerekirse, normlar hiyerarşisinde idarî yargı

117 Kanun hükmünde kararname de organik kritere göre idarenin düzenleyici işlemi niteliği taşırlar. Ancak, bunlar idarenin düzenleyici işlemlerinin yargısal denetiminin idarî yargı organlarıncı gerçekleştirilmesi yönündeki kuralın istisnasını oluştururlar ve Anayasanın 148. Maddesi gereğince Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilebilirler. Ayrıca bireysel idarî işlemler için de aynı husus dile getirilebilir. Ancak, bireysel idarî işlemlerin normlar hiyerarşisindeki yeri konumuzun dışında kalmaktadır.

118 Gözler, **Hukuka Giriş**, a.g.e., s. 192-193.

organlarının kararları arasındaki sıralama üstten alta doğru Danıştay kararları, bölge idare mahkemelerinin kararları ve idare mahkemeleri kararları şeklinde olmalıdır.

VI. İDARENİN DÜZENLEYİCİ İŞLEMLERİ

Bu kısımda, Türk hukukunda idarenin ihdas edebileceği düzenleyici nitelikteki işlemleri inceleyecek, bunların tâbi olduğu hukukî rejimi anlatarak normlar hiyerarşisindeki yerlerini tespit edeceğiz.

Türk hukukunda düzenleyici işlemler çok farklı isimler almaktadırlar. Ancak, düzenleyici işlemlerin isimlerine göre değil, tâbi oldukları hukukî rejime göre değerlendirilmeleri daha doğru olacaktır. Nitekim, bu bölümün bize göstereceği gibi, idarenin adsız düzenleyici işlemleri de normlar hiyerarşisinde bu normlar için belirlenen hukukî rejime göre bir yer edinecektir. Ancak, Türk hukukunda, tâbi olunan hukukî rejim açısından bir değerlendirme yapıldığında dahi, incelemeye konu diğer Kıta Avrupası ülkesi olan Almanya'ya kıyasla, idarenin düzenleyici işlemlerinin çok farklı hiyerarşik güçlerde tezahür ettiği görülecektir. Bu durumun 1982 Anayasasının güçlü bir yürütme organı lehine getirdiği hükümlere bağlanması mümkündür.

Artık, düzenleyici işlemlerin türlerini, bunların hukuki rejimini incelememiz ve normlar hiyerarşisindeki yerlerini belirlememiz gerekmektedir. Türk hukukunda temel olarak düzenleyici işlemler olağan dönem kanun hükmünde kararnameleri, olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri¹¹⁹, tüzük, yönetmelik ve adsız düzenleyici işlemler olarak sayılabilirler. Aşağıda, bu işlemlerin tabi olduğu hukukî rejimi kısaca inceleyerek normlar hiyerarşisindeki yerlerini tespit edeceğiz.

A. KANUN HÜKMÜNDE KARARNAME

Kanun hükmünde kararnamelerin şu şekilde tanımlanması mümkündür:

119 Bununla birlikte, kanun hükmünde kararnamelerin yürütmenin düzenleyici işlemi olarak görülmesi şekli bakış açısıyla mümkündür. Maddî ölçüte göre, kanun hükmünde kararnameler ve idarenin diğer düzenleyici işlemleri de "kural-işlem" niteliği taşıdıkları için kanun olarak kabul edileceklerdir. Bununla birlikte doktrinde kanun hükmünde kararnamelerin ne yürütmenin düzenleyici işlemi ne de yasama organının işlemi olarak kabul edilemeyeceğini savunan bir görüş de mevcuttur. Bkz. Onur Karahanoğulları, "Kanun Hükmünde Kararnamelerin Niteliği (Bir Öneri: Birlikte Yasama)", **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt: 31, Sayı: 2, Haziran 1998, s. 51-55. Biz, bu tartışmanın detaylarına girmeden kanun hükmünde kararnameleri yürütme organının bir düzenleyici işlemi olarak kabul edeceğiz. Nitekim, kanun hükmünde kararnamelerin yürütmenin düzenleyici işlemi olarak kabul edilip edilmemesi bu normun hiyerarşik yerini etkilemeyecek bir tartışmadır.

"Bakanlar Kurulunca, Yasama Organının bir yetki kanunu ile verdiği düzenleme yetkisine dayanarak veya olağanüstü hallerde böyle bir yetki kanunu olmadan da çıkarılan ve yürürlükte şekli kanunları değiştirebilme ve yürürlükten kaldırabilme gücüne sahip olan kararnameler"¹²⁰

Yalnız, kanımızca olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin "cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan bakanlar kurulu" tarafından çıkarılabileceğinin vurgulanması yerinde olacaktır. Nitekim, aşağıda göreceğimiz gibi olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri ihdas edecek olan Bakanlar Kurulu'nun Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanması şarttır.

Türk hukukuna kanun hükmünde kararname kavramı ilk olarak 1961 Anayasasında 1971 yılında gerçekleştirilen değişiklikle girmiştir¹²¹. Olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnameleri ise daha sonra 1982 Anayasası tarafından öngörüülecektir. Yürütmenin yasa gücünde düzenleme yapabilmesinin ardında yürütmeyi güçlendirme eğilimi yatmaktadır¹²².

Tanımdan da anlaşılabilceği gibi Türk hukukunda olağan dönem ve olağanüstü dönemlerde çıkarılabilecek, farklı hukukî rejime sahip iki tür kanun hükmünde kararname bulunmaktadır. Olağan dönem kanun hükmünde kararnameleri 1982 Anayasasının 87. maddesi kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisini Türkiye Büyük Millet Meclisine vermiş ve 91. maddesi de bu yetkinin ne şekilde, hangi şartlara tabi olarak verileceğini düzenlemiştir. Bununla birlikte, Anayasanın 121 ve 122. maddeleri de olağanüstü hal durumunda ihdas edilebilecek olan kanun hükmünde kararnameleri düzenlemektedir. Bunların tâbi olduğu hukukî rejim farklı olduğuna ve birbirlerinden farklı usullerle ihdas edildiklerine göre, bunların ayrı normlar olarak incelenmesi gerekmektedir.

1. Olağan Dönem Kanun Hükmünde Kararnameleri

Yukarıda yaptığımız tanımdan hareketle olağan dönem kanun hükmünde kararnamelerinin "Bakanlar Kurulu tarafından, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin çıkaracağı bir yetki kanunu uyarınca çıkarılan ve kanunları değiştirebilme, yürürlükten kaldırabilme gücüne sahip olan norm" olarak tanımlanması mümkündür. İlk olarak, olağan dönem kanun hükmünde kararnamelerini çıkarmaya yetkili organı ve kanun hükmünde

120 Metin Günday, **İdare Hukuku**, 10.b., İmaj, Ankara, 2013, s. 103.

121 Turgut Tan, "Ekonomik Hukuk ve Ekonomik Kamu Hukuku", **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt: 5, Sayı: 1, Mart 1972, s. 29; Karahanoğulları, "Kanun Hükmünde Kararnamelerin Niteliği (Bir Öneri: Birlikte Yasama)", a.g.m., s. 41.

122 Karahanoğulları, "Kanun Hükmünde Kararnamelerin Niteliği (Bir Öneri: Birlikte Yasama)", a.g.m., s. 42.

kararnamelerin diğ er unsurlarını inceleyelim.

a. Yetki unsuru

1982 Anayasasının 91. maddesine göre olağan dönem kanun hükmünde kararnamesini çıkarmaya yetkili olan makam Bakanlar Kuruludur¹²³. Ancak, Bakanlar Kurulu bu yetkisini doğrudan kullanamaz; öncelikle TBMM'nden bir yetki kanunu çıkarılması ve kanun hükmünde kararnamenin amacı, kapsamı, ilkeleri, kullanma süresi gibi hususların belirtilmesi gerekir¹²⁴. Bu nedenle de Bakanlar Kurulunun kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin yetki kanunu ile sınırlandırılmış bir yetki olduğu ifade edilmektedir¹²⁵. Hatta, Bakanlar Kurulunun kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin doğrudan anayasadan değil de bu yetki kanunundan kaynaklandığı düşünülmektedir¹²⁶. Biz yetki kanunu aşağıda, kanun hükmünde kararnamenin usul unsurlarını işleyeceğimiz kısımda inceleyeceğiz.

b. Konu unsuru

1982 Anayasasının 91. maddesinde yetki kanunun kanun hükmünde kararnamenin konusunu belirlemesi gerektiği belirtilmiştir¹²⁷. Buradan hareketle, kanun hükmünde kararnamenin konu bakımından yalnızca anayasa ile sınırlı olacağı düşünülebilir. Ancak, 91. madde çıkarılacak olan kanun hükmünde kararnamenin "kapsamı"nın belirtileceğini düzenlemiştir. Bu nedenle de kapsam ifadesi ile ne kastedildiğini belirlememiz gerekmektedir.

Bir görüşe göre, Anayasanın 91. maddesinde kanun hükmünde kararnamelerin hangi konularda çıkarılacağına yetki kanununda belirtilmesi şart koşulmamışsa da, 87. maddede Türkiye Büyük Millet Meclisinin görevleri arasında "belli konularda" Bakanlar Kurulunu kanun hükmünde kararname çıkarmak konusunda yetkilendirmekten bahsedildiği için, yetki kanununda kanun hükmünde kararname ile düzenlenmesi gereken konuların belirtilmesi gerekmektedir¹²⁸. Bu görüşe karşı çıkan Kemal Gözler'e göre ise 87.

123 Arıkan, a.g.e., s. 56; Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 1178.

124 Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 248; Melikşah Yasin, **İdarenin Yasama Tarafından Denetlenmesi**, 1.b., XII Levha, İstanbul, 2011, s. 98.

125 Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 1178.

126 Ergun Özbudun, "1961 ve 1982 Anayasalarında Kanun Hükmünde Kararnameler", **Anayasa Yargısı**, Cilt: 2, Yıl: 1985, s.230.

127 Em, a.g.e., s. 18.

128 Bkz. Günday, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 105; Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 249; Turgut

madde meclisin genel görevlerini düzenlediği ve 91. madde özel olarak yetki kanunu çıkarılmasına ilişkin olduğu için, bu iki hüküm arasında bir genellik-özellik ilişkisi kurularak, çatışma 91. madde lehine çözümlenmelidir¹²⁹. Dolayısıyla, 91. maddede konu unsuru yetki kanununda bulunması zorunlu olan unsurlardan biri olarak sayılmamışsa, bu unsurun yetki kanununda bulunmasının zorunlu olmadığı sonucuna varılmalıdır. Öncelikle iki hüküm arasında bir çatışma olup olmadığına bakılmalıdır. Çatışma, aynı hukukî etkiye (güce) sahip iki normun aynı konuda farklı hükümler içermesi olduğuna ve 87. madde belli konularda Bakanlar Kurulunun yetkilendirilebileceğini öngördüğüne göre, 91. maddede geçen ve yetki kanununda bulunması gereken unsurlardan birinin "konu" unsurunu karşılayıp karşılamadığına bakılmalıdır.

Buna göre, kapsam unsuru "*...bu yetkiye dayanılarak çıkarılacak kanun hükmünde kararname ile hangi alanların, hangi konuların düzenleneceği, hangi kişilere ilişkin düzenlemeler getirilebileceğini...*"¹³⁰ anlatmaktadır. Dolayısıyla, kanımızca 91. maddede ayrıca kanun hükmünde kararnamelerin hangi "konularda" çıkarılacağıın yetki kanununda belirtilmesi gerektiği yönünde bir hüküm bulunmamasının bir önemi yoktur. Kanun hükmünde kararnamenin "kapsamının" yetki kanununda belirtilmesi, zaten kanun hükmünde kararnamenin konu bakımından yetki kanunu ile sınırlandığı anlamına gelmektedir. Sonuç olarak, 91. madde ile 87. madde arasında bir çatışma olmadığı kanısındayız.

Bununla birlikte, kanun hükmünde kararnamelerin konu unsuru anayasa tarafından da sınırlandırılmıştır. 1982 Anayasasının 91. maddesinin ilk fıkrasında şöyle denmektedir: "Ancak sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasî haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnameler ile düzenlenemez." Dolayısıyla, Anayasanın belirtilen bölümlerindeki temel hak ve özgürlükler, Anayasanın 13. maddesi uyarınca ancak kanun ile sınırlanabileceği gibi, bunların kanun hükmünde kararnameler ile düzenlenmesi de mümkün değildir¹³¹. Bu

Tan, "Türk Hukukunda Kanun Hükmünde Kararname Uygulaması ve Sorunlar", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt: 50, Sayı: 1-2, Yıl: 1995, s. 337.

129 Kemal Gözler, **Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukukî Rejimi**, 1.b., Ekin, Bursa, 2000, s. 38-39. Aynı yönde bir başka görüş için bkz. Tanör - Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 386.

130 Gözler, **Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukukî Rejimi**, a.g.e., s. 44.

131 Şeref Gözübüyük - Cahit Tutum, "Yasa Gücünde Kararnameler", **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 1, Mart 1975, s. 3.

nedenle, 13. madde ile 91. maddenin uyum içerisinde olduğu söylenmektedir¹³². Bu uyum, belirtilen bölümlerdeki hakların negatif statü hakları olması ve bu alanlarda sınırlama ile düzenlemenin aynı anlama gelmesinden kaynaklanmaktadır¹³³. Sonuç olarak, basın, sanat, din, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme, dernek kurma, seçme ve seçilme, siyasi parti kurma, kamu hizmetlerine girme gibi temel hak ve özgürlükler anayasa hükmü gereğince kanun hükmünde kararnamelerin konusu dışına çıkarılmıştır¹³⁴. Bu konularda olağan dönem kanun hükmünde kararnameleri ile herhangi bir düzenleme yapılması mümkün değildir. Bununla birlikte, hükmün mefhum-u muhalifinden sosyal ve ekonomik hakların kanun hükmünde kararname ile düzenlenebileceğinin anlaşıldığı ifade edilmektedir¹³⁵.

Bununla birlikte, 91. madde uyarınca kanun hükmünde kararname ile düzenlenebileceği belirtilen 3. bölümdeki ekonomik ve sosyal haklardan bazılarının klasik haklara benzeyen temel hak ve özgürlüklerden olduğu tespit edilmiştir¹³⁶. Dolayısıyla, yukarıda açıklandığı gibi, bu bölümde yer alan çalışma ve sözleşme hürriyeti, grev ve lokavt hakkı gibi haklar konusunda yapılacak herhangi bir düzenlemenin sınırlama anlamına gelmesi çok muhtemeldir. Nitekim, negatif statü hakkı niteliğindeki bu tür haklar devlete müdahale etmeme yükümlülüğü yüklemesine rağmen, devlet bu alana düzenleme ile müdahale etmektedir. Bu durumda kanun hükmünde kararname ile sınırlama değil, düzenleme yapılabileceği belirtilse de¹³⁷, negatif statü hakları açısından bu iki işlem arasında bir fark olup olmayacağı şüphelidir. Dolayısıyla, bu konular kanun hükmünde kararname ile düzenlenebilse dahi, Bakanlar Kurulunun bu bölümde yer alan ve negatif statü hakları niteliğinde olan haklar açısından düzenleme yetkisinin, temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceğini öngören Anayasanın 13. maddesi dolayısıyla çok sınırlı olacağını belirtmek gerekmektedir.

Bununla birlikte, 1982 Anayasasının pek çok maddesinde belli bir konunun kanunla düzenleneceği belirtilmektedir. İdarenin kuruluş ve görevleri ile memurların atanması, görev ve yetkileri, toplu iş sözleşmelerinin yapılması gibi konuların kanunla düzenleneceği

132 Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 1179.

133 Fazıl Sağlam, **Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü**, 1.b., Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1982, s. 23; Fazıl Sağlam, "Türk Hukukunda Kanun Hükmünde Kararname Çıkarmanın Sınırları Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar" **Anayasa Yargısı**, Cilt: 1, 1984, s. 268.

134 Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 1179; Arıkan, a.g.e., s. 56-57.

135 Ender Türk, **1982 Anayasasına Göre Kanun Hükmünde Kararnameler ve Yargısal Denetimi**, 1.b., Seçkin, Ankara, 2013, s. 70.

136 Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 1182.

137 Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 1183.

Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilmiştir¹³⁸. Bu konuların kanun hükmünde kararname ile düzenlenip düzenlenemeyeceği konusu açıklığa kavuşturulmalıdır.

Bu konuyla ilgili olarak Türk hukukunda münhasıran kanunla düzenlenebilecek olan alanın çok dar olduğu¹³⁹ ve bu münhasır alanın ya düzenlenecek olan alanın kendine has niteliğinden ya da ilgili maddenin yazılış tarzından kaynaklanabileceği belirtilmektedir¹⁴⁰. Buna göre, örneğin suç ve ceza yaratmak, niteliği itibari ile yasama organının kanun şeklinde yapacağı bir işlemle gerçekleştirilebilecektir¹⁴¹. Biz niteliği itibari ile yasama organının tekeline giren bazı konular olabileceği düşüncesini paylaşmıyoruz. Kanımızca, bir hukuk düzeninde suç ve cezanın yürütme organı tarafından yaratılmasının da öngörülmüş olması mümkündür. Böyle bir düzenin yerindeliği tartışılabilir olsa dahi hukuken bunun önünde bir engel yoktur. Nitekim, hukukun genel ilkeleri bir hukuk düzeni tarafından benimsenmedikçe anlam ifade etmezler. Keza, bir konunun kendine özgü niteliği de hukuk düzeni o konuya bu niteliği bahşetmediyse hükümsüzdür. Öte yandan, kanun dışında bir düzenleme ile bir konunun düzenlenemeyeceğinin maddenin yazılış tarzından, yani lafzından anlaşılacağı kanımızca da doğrudur. Anayasanın merkezî yönetimin bütçesini düzenleyen 163. maddesi açıkça bütçe konusundaki değişikliklerin kanun hükmünde kararname ile gerçekleştirilemeyeceğini düzenlemektedir. Dolayısıyla, bütçedeki bir değişiklik mutlaka kanun ile gerçekleştirilmek durumundadır.

Yukarıdaki tartışmalar ışığında, kanımızca Anayasada yalnızca kanun ile düzenlenebileceği öngörülmemiş olan konularda kanun hükmünde kararname ile düzenleme yapılabilmesi mümkündür¹⁴². Yalnızca kanunla düzenlenebilecek olmak, bir konunun, kanun ile aynı hukukî etkiye sahip olduğu Anayasanın 91. Maddesinde "kanun hükmünde" demek suretiyle belirtilen kanun hükmünde kararname ile açıkça düzenlenemeyeceğinin öngörülmüş olması demektir. Kanun hükmünde kararname, kanun gücünde oldukları için kanunları değiştirebilirler. Ana kural budur. Dolayısıyla, kanun ile düzenlenebilecek, fakat kanun hükmünde kararname ile düzenlenemeyecek bir alanın olduğunu varsaymak için bu istisnanın Anayasada açıkça öngörülmüş olması gerekecektir. Dolayısıyla, anayasada "kanunla düzenlenir" ifadesinin kullanıldığı konular

138 Gözler, **Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukukî Rejimi**, a.g.e., s. 102.

139 Güneş, a.g.e., s. 116.

140 Gözler, **Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukukî Rejimi**, a.g.e., s. 103.

141 a.y.

142 Aynı yönde bkz. Arıkan, a.g.e., s. 58.

bakımından kanun hükmünde kararname ile düzenleme yapılabileceğini genel olarak kabul etmek gerekmektedir. Zaten, isabetle belirtildiği gibi, Anayasadaki "kanunla düzenlenir" ifadesi, genel olarak bir konunun temel ilke ve esaslarının kanunla düzenlenmesi gerektiğini vurgulamakta, bir alanın yalnızca şekli anlamda kanun ile düzenlenebileceği sonucuna ulaşmak için söz konusu maddelerin ayrıca incelenerek, bu sonuca ulaşılmasını gerektiren ek ifadelerin bulunması gerekmektedir¹⁴³.

Anayasa Mahkemesinin de Anayasada kanunla düzenleneceği öngörülen konuların kanun hükmünde kararname ile düzenlenebileceği yönündeki görüşü benimsediği tespit edilmiştir¹⁴⁴. Bu konuya ilişkin bir kararında Anayasa Mahkemesi "Anayasa'nın, bir konunun yasayla düzenleneceğini öngördüğü durumlarda, o konu KHK ile ilgili özel hüküm olan 91. maddenin sınırlaması dışında kalmadıkça ya da 163. maddede olduğu gibi kanun hükmünde kararname çıkarılamayacağı açıkça belirtilmedikçe KHK ile düzenlenebilir... Anayasa'nın yasayla düzenleme yapılacağını öngören her maddesini, mutlak ve yalnız yasa çıkarılmasını gerektiren bir zorunluluk sayıp KHK'yi sakıncalı bulmak... olanaksızdır."¹⁴⁵ demektedir.

c. Şekil unsuru

Olağan dönem kanun hükmünde kararname şekil unsuru bakımından diğer Bakanlar Kurulu kararname ile özdeştir¹⁴⁶. Buna göre, bir kolektif işlem olan kanun hükmünde kararnamenin geçerli şekilde ihdas edilebilmesi için bütün bakanların iradesinin aynı anda ve aynı yönde açıklanması gerekmektedir¹⁴⁷. Kanun hükmünde kararnamenin bir bakan tarafından dahi imzalanmaması işlemin sakat olmasına yol açacaktır¹⁴⁸. Bununla birlikte, Anayasanın 104. maddesinde Cumhurbaşkanının görevleri arasında kararname imzalamak olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla, kanun hükmünde kararnamelerde

143 Güneş, a.g.e., s. 105; Seçkin Yavuzdoğan, "Anayasa Mahkemesinin Yürütme Organının Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisine Yaklaşımı", **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 3-4, 2004, s. 249; Mustafa Avcı, "Türkiye'de Olağan Dönem Kanun Hükmünde Kararname'leri ile İlgili Bazı Sorunlara İlişkin Değerlendirmeler", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 16, Sayı: 1, 2012, s. 38.

144 Bkz. Anayasa Mahkemesinin 16 Mayıs 1989 tarihli ve E. 1989/4, K. 1989/23 Sayılı kararı. (Dikkat Çeken: Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 251.)

145 Anayasa Mahkemesinin 16 Mayıs 1989 tarihli ve E. 1989/4, K. 1989/23 Nolu Kararı, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı: 25, s. 245.

146 Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 252.

147 Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 1184.

148 a.y.

Cumhurbaşkanının da imzasının bulunması gerekir¹⁴⁹. Cumhurbaşkanının imzasının bulunmadığı kanun hükmünde kararname metinlerinin Resmî Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmesi mümkün değildir¹⁵⁰.

d. Usul unsuru

Olağan dönem kanun hükmünde kararnamelerin usul unsurunu, ihdas usulünü incelemeyi amaçladığımız bu kısımda öncelikle yetki kanundan bahsetmemiz gerekmektedir.

(1) Yetki kanunu

Anayasanın 91. Maddesi uyarınca Bakanlar Kurulunun kanun hükmünde kararname ihdas edebilmesi için Türkiye Büyük Millet Meclisinin çıkaracağı bir kanun ile bu konuda yetkilendirilmesi gerekmektedir¹⁵¹. Bu yetki kanunu meclis tarafından çıkarılmadan Bakanlar Kurulunun olağan dönem kanun hükmünde kararnamesi çıkarması mümkün değildir. Nitekim, Bakanlar Kurulunun olağan dönem kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi Anayasanın yanında yetki kanunundan kaynaklanmaktadır¹⁵². Kanımızca, genel olarak Bakanlar Kurulunun kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin Anayasadan kaynaklandığı, ancak bu yetkinin kullanılabilmesi için yetki kanunu çıkarılması gerektiği, dolayısıyla somut bir kanun hükmünde kararname açısından yetki kanununun da Bakanlar Kurulunun yetkisine kaynaklık ettiği şeklinde bu tespiti açmak mümkündür.

Yetki kanununun hukukî niteliği konusu tartışmalıdır. Bu tartışmanın detaylarına girmek konumuz açısından bir fayda sağlamaz. Ancak, kısaca belirtmek gerekirse bu tartışma yetki kanunu ile verilen yetkinin yasama yetkisinin devri niteliğinde olup olmadığı üzerinde yoğunlaşmaktadır. Eyüp Engin ve Sırrı Akın'a göre, yetki kanununun işlevi, idarenin düzenleme yetkisini genişletmekten ibarettir. Bu nedenle de yasama yetkisinin

149 Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 252-253; Özbudun, "1961 ve 1982 Anayasalarında Kanun Hükmünde Kararnameler", a.g.m., s. 233.

150 Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 1185.

151 Tanör - Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 281.

152 Eyüp Engin ve Sırrı Altın, "Türk Hukukunda Kanun Hükmünde Kararname Uygulaması", **Sayıştay Dergisi**, Sayı: 34, 1999, s. 34. Bununla birlikte, "...KHK çıkarma yetkisi doğrudan Anayasadan değil, Bakanlar Kuruluna bu yetkiyi veren yetki Kanunundan doğduğu için..." ifadesi kanımızca tamamen doğru değildir. Bakanlar Kurulunun bu yetkisinin doğrudan Anayasadan kaynaklanmadığı söylenemez. Yalnızca Anayasadan kaynaklanmadığı, yetki kanununun da Bakanlar Kurulunun bu yetkisinin kaynaklarından olduğu kanımızca daha doğru bir ifadedir.

devri değil, idarenin düzenleme yetkisinin genişletilmesi söz konusudur¹⁵³. Erdoğan Teziç'e göre de Bakanlar Kuruluna verilen yetki neticesinde, yetki kanunu ile belirlenen yetkiler yasamanın yetki alanından çıkıp yürütmenin yetki alanına girmemektedir¹⁵⁴. Yasama organı verdiği yetkiyi her zaman geri alabileceği ve o alanda kendisi düzenleme yapabileceği için¹⁵⁵, yetki kanun ile verilen yetki yasama yetkisinin devri değil, belli bir konuda yürütme organının yetkili kılınmasıdır¹⁵⁶.

Doktrindeki diğer görüş ise yetki kanunu ile devredilenin yasama yetkisi olduğunu kabul etmektedir. Ergun Özbudun, yasama yetkisinin "kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak" unsurlarını içerdiğini ve kanun hükmünde kararname ile yürürlükteki kanunların ilga edilebildiğini ve değiştirilebildiğini vurgulayarak kanun hükmünde kararname ihdas etme yetkisinin maddî anlamda yasama yetkisi kapsamına girdiğine dikkat çekmektedir¹⁵⁷.

153 Engin – Altın, a.g.m., s. 34. Benzer yöndeki bir görüş için bkz. Burhan Kuzu, **Türk Anayasa Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnameler**, 1.b., Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1985, s. 366; Cemil Çelik, **Olağanüstü Hal ve Temel Hak ve Hürriyetler**, 1.b., Seçkin, Ankara, 2010, s. 254.

154 Teziç, **Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 37; Erdoğan Teziç, "Yasama Yetkisi ve Kanun Hükmünde Kararnameler", **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt: 5, Sayı: 1, Mart 1972, s. 5. Benzer yöndeki görüşler için bkz. Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararların Göre Türkiye'de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi**, 1.b., Beta, İstanbul, 1996, s. 202; Tanör - Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 288-289.

155 Teziç, **Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 37.

156 Teziç, **Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 36. Aynı yönde bkz. Em, a.g.e., s. 18; Tanör - Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 286, 288; Cengiz Derdiman, "Türk Kamu Yönetimi ve Hukukunda Kanun Hükmünde Kararname (1982 Anayasası'nın 91. Maddesinin Değerlendirilmesi)", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt: 51, Sayı: 1, 1996, s. 141. Ancak, Derdiman aynı makalede kanun hükmünde kararnamelerin aynı zamanda yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesinin istisnası niteliğinde olduğunu söylemektedir. Bkz. Derdiman, a.g.m., s. 145.

157 Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 212. Aynı yönde bir başka görüşler için bkz. Günday, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 104; Avcı, a.g.m., s. 34-35; Gözler, **Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukukî Rejimi**, a.g.e., s. 27-28; Lütfi Duran, "Yürütme Yetkisi Özerk Sayılabilir Mi?", **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Yıl: 4, Sayı: 1-3, s. 41-42, dipnot 6; Türk, a.g.e., s. 58-59. Kanımızca da bu görüş yerindedir. Yasama yetkisinin kapsamını Anayasanın pozitif hükümlerine göre belirlemek mümkündür. Anayasanın 87. Maddesine göre, kanun yapmak, kaldırmak ve değiştirmek yasama yetkisi kapsamında sayılmıştır. Anayasanın 7. Maddesi uyarınca ise yasama yetkisi kapsamındaki bu yetkilerin başka bir organa devredilmesi mümkün değildir. Buradan anlaşılması gereken sayılan yetkilerin başka bir organ tarafından kullanılmasının mümkün olmamasıdır. Yetki kanunu ile Bakanlar Kuruluna devredilen yetkinin şekli anlamda kanun yapma yetkisini içermediği söylenebilir. Ancak, kanun hükmünde kararnameler ile şekli kanunların değiştirilebildiği ve yürürlükten kaldırılabilirdiği düşünüldüğünde, kanun hükmünde kararnamelerin yasama yetkisi kapsamında kanunları değiştirme ve ilga etme yetkisi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği görülecektir. Dolayısıyla, yetki kanununu öngören anayasa maddesi, genel hüküm niteliğindeki 7. maddenin istisnası niteliğindedir. İngiliz hukukundaki "*delegated legislation*" konusu incelendiğinde kanımızca yasama yetkisinin devrinin mutlaka o alanda yasama organının artık hiçbir işlem gerçekleştirememesi anlamına gelmediği anlaşılacaktır. Nitekim, İngiltere'de idareye yasa gücünde düzenleyici işlem ("*delegated legislation*") yapma yetkisini devreden ("*delegate*") Parlamento aynı alanda düzenleme yapabilmektedir. Bununla birlikte, kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin ne genişletilmiş bir düzenleme yetkisi ne de yasama yetkisinin devri niteliğinde olmadığını savunan bir üçüncü görüş de bulunmaktadır. Bkz. Karahanoğulları, "Kanun

Yetki kanununda belirtilmesi gereken hususlar, kanun hükmünde kararnamenin amacı¹⁵⁸, kapsamı¹⁵⁹, ilkeleri¹⁶⁰, süresi¹⁶¹ ile bu süre içinde birden fazla kanun hükmünde kararname çıkarılıp çıkarılmayacağıdır. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesinin 1990 yılında oluşturduğu içtihadı göre, yetki kanunu ile Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi ancak yetki verilmesinin "ivedi", "zorunlu" ve "önemli" olması halinde mümkündür¹⁶². Anayasanın metninde yer almayan bu şartların Anayasa Mahkemesi içtihadı ile getirilmesi doktrinde eleştirilerin hedefi olmuştur. Ancak, bu eleştirilerin incelenmesi konumuz dışında kalacaktır¹⁶³. Kaldı ki, Anayasa Mahkemesi 2011 yılında verdiği bir kararıyla bu içtihadı dönüştürmüştür¹⁶⁴.

(2) Olağan dönem kanun hükmünde kararnamelerinin Bakanlar Kurulunda görüşülmesi

Bakanlar Kurulu bir kuruldur ve kurullar müzakere usulü ile karar alırlar¹⁶⁵. Bir başka deyişle, kanun hükmünde kararname taslağının Bakanlar Kurulunda bakanlar tarafından görüşülmesi ve tartışılması gerekir. Aksi halde, Bakanlar Kurulunda gündeme alınmamış, tartışılmamış bir kanun hükmünde kararname usul unsuru bakımından sakat olacaktır¹⁶⁶.

(3) Resmi Gazete’de yayınlanma

Kanun hükmünde kararnameler Bakanlar Kurulunda tartışıldıktan ve başbakan ile bakanlar tarafından imzalandıktan sonra Cumhurbaşkanının imzasına sunulur ve Cumhurbaşkanı da kendi imzasını kanun hükmünde kararnameye ekleyerek kararnameyi

Hükmünde Kararnamelerin Niteliği (Bir Öneri: Birlikte Yasama)", a.g.m., s. 58-61.

158 Detaylı açıklamalar için bkz. Hüseyin Denizhan, **Türk Anayasa Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnameler**, 1.b., Turhan, Ankara, 2006, s. 171-172; Gözler, **Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukukî Rejimi**, a.g.e., s. 40-41; Türk, a.g.e., s. 61-62.

159 Detaylı açıklamalar için bkz. Metin Günday, "Doç. Dr. Metin Günday'ın Yorumu", **Anayasa Yargısı**, Cilt: 1, Yıl: 1984, s. 274; Gözler, **Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukukî Rejimi**, a.g.e., s. 44.

160 Detaylı açıklamalar için bkz. Gözler, **Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukukî Rejimi**, a.g.e., s.54-63.

161 Detaylı açıklamalar için bkz. Gözler, **Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukukî Rejimi**, a.g.e., s. 63-64, 81; Em, a.g.e., s. 19-20; Derdiman, a.g.m., s. 148-150.

162 Gözler, **Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukukî Rejimi**, a.g.e., s. 81.

163 Bu eleştiriler açısından bkz. Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 252; Avcı, a.g.m., s. 40-41.

164 Anayasa Mahkemesinin 15 Aralık 2011 tarihli ve 28143 Sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan 27 Kasım 2011 tarihli ve E. 2011/60, K. 2011/147 Sayılı Kararı.

165 Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 1185.

166 Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 1185-1186.

Resmi Gazetede yayınlar¹⁶⁷. Resmi Gazetede yayınlanmak kanun hükmünde kararnameler için yürürlük şartıdır. Resmi Gazetede yayınlanmayan bir kanun hükmünde kararnamenin geçerli bir biçimde ihdas edilmesi mümkün değildir. Anayasanın 91. maddesinin 6. fıkrasına göre, kanun hükmünde kararnamede başkaca bir tarih belirtilmemişse, yürürlük tarihi Resmi Gazetede yayınlanma tarihidir.

(4) TBMM'nin onayına sunma

Anayasanın 91. maddesinin 7. fıkrasına göre, kanun hükmünde kararnamelerin Resmi Gazetede yayımlandıkları gün Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayı için sunulması zorunludur¹⁶⁸. Meclisin onayına sunma, kanun hükmünde kararnameler için bir yürürlük şartıdır. Nitekim, 91. maddenin son fıkrasına göre, Resmî Gazetede yayınlanmalarına rağmen Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulmayan kanun hükmünde kararnameler aynı gün yürürlükten kalkmaktadır¹⁶⁹.

Bununla birlikte, Anayasanın 91. maddesinin son fıkrasındaki ifadenin Resmi Gazetede yayımlandığı gün Meclise sunulmayan kanun hükmünde kararnamenin yürürlüğe girmemesini amaçladığı, fakat bu düşüncenin "yürürlükten kalkar" şeklinde ifade edilmesinin, kanun hükmünde kararnamenin Meclis onayına sunulmadan yürürlüğe gireceğine işaret ettiği vurgulanmaktadır¹⁷⁰. Nitekim, isabetle belirtildiği gibi "...ancak yürürlükte olan bir şey yürürlükten kalkabilir."¹⁷¹ Bu durumda, yayımlandığı gün Meclise sunulmayan bir kanun hükmünde kararnamenin bir gün dahi olsa yürürlükte kalabileceği ve bu gün içerisinde bu kanun hükmünde kararnameye dayanılarak gerçekleştirilecek olan işlemlerin, kanun hükmünde kararname yürürlükten kalktıktan sonra da geçerliliğini koruyacağı vurgulanmaktadır¹⁷².

Kanımızca, yukarıda verilen bilgiler ile kanun hükmünde kararnamelerin usul unsuru konusu tamamlanmaktadır. Doktrinde, Türkiye Büyük Millet Meclisinin kanun hükmünde kararnameyi onaylaması veya reddetmesi işlemleri de usul unsurunun kapsamında değerlendirilmektedir¹⁷³. Ancak, bizim açımızdan önem teşkil eden husus,

167 Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 1186.

168 Yasin, a.g.e., s. 98.

169 Tanör -Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 384.

170 Avcı, a.g.m., s. 44.

171 a.y.

172 a.y. Bizim de katıldığımız görüş budur. Aksi görüş için bkz. Yasin, a.g.e., s. 98; Türk, a.g.e., s. 74.

173 Bkz. Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 254-256; Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 1186-1187.

kanun hükmünde kararnamenin geçerli biçimde ihdas edilmesindeki usuldür. Kanun hükmünde kararnameler Resmi Gazetede yayınlanmak ve Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulmakla yürürlüğe girdiğine göre, buraya kadar izlenmesi gereken usul ile geçerli bir şekilde ihdas edilmektedirler. Kanımızca, Türkiye Büyük Millet Meclisinin daha sonra yürürlüğe girmiş olan bu kanun hükmünde kararname hakkında yapacağı işlem, kanun hükmünde kararnamenin usul unsuruna ilişkin olmayan, bağımsız bir işlemdir. Nitekim, kanun hükmünde kararnamenin meclise onay için sunulmuş olması ihdas, yani geçerlilik kazanma, usulü açısından bir şart teşkil ederken, meclis tarafından onaylanmak ancak yürürlükte kalmak açısından anlam ifade etmektedir.

Anayasanın 91. maddesinin son fıkrasına göre, kanun hükmünde kararnamenin meclise sunulması ve görüşülmesinin ardından, meclisin verebileceği üç çeşit karar bulunmaktadır: Ret, kabul veya değiştirerek kabul. Bu işlemlerin yasama işlemleri olarak birer kanun mu yoksa parlamento kararı mı olduğu tartışılmalıdır¹⁷⁴. Keza, Meclisin kabul, ret veya değiştirerek kabul kararından sonra kanun hükmünde kararnamenin kanuna dönüşüp dönüşmeyeceği konusunda da tartışmalar mevcuttur¹⁷⁵. Bu tartışmalar, bizim olağan dönem kanun hükmünde kararnamelerinin normlar hiyerarşisindeki yeri ile ilgili ulaşacağımız sonucu değiştirmeyecektir. Nitekim, eğer Meclisin onayından sonra olağan dönem kanun hükmünde kararnamesi kanuna dönüşecekse, normlar hiyerarşisinde kanun seviyesinde yer alacaktır. Eğer olağan dönem kanun hükmünde kararnamenin, Meclisin onayı sonrasında kanuna dönüşmeyip, kanun hükmünde kararname olarak kalacağı düşünülürse, onay öncesi ve sonrası zamanlarda normlar hiyerarşisindeki yerinde bir değişme gerçekleşmeyecektir. Bu nedenle de bu tartışmalara yer vermeyeceğiz.

e. Olağan dönem kanun hükmünde kararnamelerinin yargısal denetimi

1982 Anayasasının 148. maddesinin birinci fıkrasında "Anayasa Mahkemesi, ... kanun hükmünde kararnamelerin... Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler..." denerek, Anayasa Mahkemesi kanun hükmünde kararnameleri şekil ve esas bakımından, yani ihdas usulü ile içerik anlamında Anayasaya uygun olup olmadığını denetlemeye yetkili kılınmıştır. 1961 Anayasası döneminde, olağan dönem kanun

174 Bu konudaki tartışmaların güzel bir özeti için bkz. Gözler, **Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukukî Rejimi**, a.g.e., s. 136-141.

175 Tartışmalara örnek için bkz. Tanör - Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 399-400; Gözler, **Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukukî Rejimi**, 156-164.

hükmünde kararnamelerin Danıştay tarafından da denetlenebileceği savunulmuşsa da¹⁷⁶, 1982 Anayasası döneminde bunun mümkün olmayacağı düşünülmektedir. Nitekim, olağan dönem kanun hükmünde kararnameleri maddî anlamda yasama işlemi olarak görülmüştür ve bir olağan dönem kanun hükmünde kararnamesi ile yetki kanununda özel olarak belirtilmesine gerek olmaksızın diğer kanunlar deđiřtirilebilmektedir¹⁷⁷. Bir başka deyişle, kanun hükmünde kararnameler yalnızca yetki kanununun belirttiği kanunları değiştirme gcnce sahip değildir. Kanunla eşdeğer güce sahip olan bir norm olarak, sınırlandırılmadıkça bütün kanunları değiştirebilir ve yürürlükten kaldırılabılır. Değiştirilecek veya yürürlükten kaldırılabılacak kanunların yetki kanununda ayrıca gösterilmesi, 1982 Anayasasında zorunlu değildir.

Buna rağmen, Türk hukukunda, kanun hükmünde kararnameler idarenin düzenleyici işlemleri olduğu için, bunların Danıştay tarafından denetlenebileceği düşünülmektedir. Buna göre, olağan dönem kanun hükmünde kararnamesi, meclis tarafından onaylanıncaya kadar kanuna dönüşmeyip, idarenin bir düzenleyici işlemi olarak kaldığından bunların Danıştay denetimine tâbi olması gerekir¹⁷⁸. Olağan dönem kanun hükmünde kararnamelerinin Danıştayın değil Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi olması, kanun hükmünde kararnamenin organik veya maddî anlamda niteliğine değil, Anayasanın pozitif düzenlemesine bađlıdır¹⁷⁹. 1982 Anayasasının Danıştayın görevleri arasında kanun hükmünde kararnameleri denetlemeye yer verilmediği görülmektedir. Öte yandan, Anayasanın 148. maddesinde kanun hükmünde kararnamelerin Anayasa Mahkemesinin Denetimine tabi olacağı açıkça öngörülmüştür.

(1) Denetimin kapsamı

Anayasanın 148. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, Anayasa Mahkemesinin olağan dönem kanun hükmünde kararnameleri üzerindeki denetimi hem şekil hem de esas bakımındandır. Bir başka deyişle, Anayasa Mahkemesi, olağan dönem kanun hükmünde kararnamenin hem öngörülen usule uygun şekilde ihdas edilip edilmediğini, hem de içeriği itibariyle Anayasada ngrlen hükümlere uygun olup olmadığını denetleyecektir.

Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesinin, kanun hükmünde kararnamenin yetki

176 zbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 256; Teziç, "Yasama Yetkisi ve Kanun Hükmünde Kararnameler", a.g.m., s. 12.

177 Teziç, **Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 41.

178 Kuzu, **Türk Anayasa Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnameler**, a.g.e., s. 419.

179 Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 1191.

kanununa uygunluğunu denetleyip denetleyemeyeceği sorusu gündeme gelmektedir. Anayasanın 148. maddesinin lafzından hareket edildiği takdirde, Anayasa Mahkemesinin yalnızca Anayasaya uygunluk denetimi yapabileceği, yetki kanununa uygunluğun denetlenemeyeceği düşünülebilir¹⁸⁰. Ancak, bu düşünce yerinde olmayacaktır. Nitekim, yetki kanunun, çıkarılacak olan kanun hükmünde kararnameyi ilkeleri, kapsamı, yetkinin kullanılma süresi gibi hususlarda sınırlayacağı Anayasa tarafından öngörülmüştür. Dolayısıyla, yetki kanununa uyulmadan çıkarılacak olan bir kanun hükmünde kararname zaten Anayasaya aykırı şekilde ihdas edilmiş olacaktır¹⁸¹. Öte yandan, yetki kanunu ile Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verilmesinin Anayasanın 7. Maddesindeki yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesinin bir istisnasını oluşturduğu görüşüne katıldığımızı belirtmiştik. Dolayısıyla, yasama organından yürütme organına yapılan bir yetki devrinin, Anayasada öngörülen istisna tarafından belirlenen usul ve şartlara uygun olması gerekecektir. Aksi halde, Anayasanın öngörmediği bir şekilde yetki devri gerçekleştirilmiş ve Anayasaya aykırı işlem yapılmış olabilir¹⁸². Anayasa Mahkemesinin de içtihadı bu yöndedir. Yüksek Mahkemeye göre:

"Hernekadar, Anayasa'nın 148. maddesinde KHK'lerin yetki yasalarına uygunluğunun denetlenmesinden değil yalnızca Anayasa'ya biçim ve esas bakımlarından uygunluğunun denetlenmesinden söz edilmekte ise de, Anayasa'ya uygunluk denetiminin içerisine öncelikle KHK'lerin yetki yasasına uygunluğunun denetimi girer. ... Yetki yasası olmazsa KHK olamaz. Bu yetkinin dışına çıkılması KHK'yi Anayasa'ya aykırı duruma getirir. Böylece, KHK'nin yetki yasasına aykırı olması Anayasa'ya aykırı olması ile özdeşleşir."¹⁸³

(2) Dava açmaya yetkili kişiler ve dava açma üresi

Olağan dönem kanun hükmünde kararnamelerine karşı iptal davası açabilecek kişiler Anayasanın 150. maddesinde sayılmıştır. Buna göre, Cumhurbaşkanı, iktidar ve ana muhalefet partisi Meclis grupları ile en az 110 milletvekili, olağan dönem kanun hükmünde kararnamelerin iptali için Anayasa Mahkemesinde dava açabilir.

180 Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 1192.

181 Aynı yönde bkz. Arıkan, a.g.e., s. 61; Özbudun, "1961 ve 1982 Anayasalarında Kanun Hükmünde Kararnameler", a.g.m., s. 230-231.

182 Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 256.

183 Anayasa Mahkemesinin 5 Şubat 1992 Tarihli ve E. 1990/22, K. 1990/22 Nolu Kararı, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, Cilt:1, Sayı: 29, s. 91.

Anayasanın 151. maddesi, kanun hükmünde kararnameye karşı iptal davası açılabilmesi için belli bir süre sınırı öngörmüştür. Bu süre sınırı, kanun hükmünde kararnamenin Resmî Gazetede yayınlandığı günden itibaren 60 gündür. Bu sürenin esas bakımından iptal davası açma süresi olduğu, ancak 10 Kasım 1983 tarihli ve 2949 Sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun'un 22. maddesi dolayısıyla, aynı sürenin şekil bakımından yapılacak olan denetime de uygulanacağı belirtilmektedir¹⁸⁴.

f. Olağan dönem kanun hükmünde kararnamelerinin normlar hiyerarşisindeki yeri

Yukarıda olağan dönem kanun hükmünde kararnamelerinin hukukî rejimini incelemiş bulunuyoruz. Şimdi de, incelemiş olduğumuz hukukî rejime göre, olağan dönem kanun hükmünde kararnamelerinin Türk normlar hiyerarşisindeki yerini tespit edelim.

Yukarıda da belirtildiği gibi, olağan dönem kanun hükmünde kararnamelerinin ihdas usulü Anayasa tarafından belirlenmektedir. Anayasanın belirlediği usule aykırı olarak olağan dönem kanun hükmünde kararnamesi çıkarılması mümkün değildir. Böyle kanun hükmünde kararnameler, Anayasanın 148. maddesinde öngörüldüğü gibi şekil bakımından Anayasa Mahkemesinin denetimine tâbi olacak ve Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilebileceklerdir.

Öte yandan, 1982 Anayasası aynı zamanda olağan dönem kanun hükmünde kararnamelerinin içeriğini de sınırlamaktadır. Örneğin, Anayasanın ikinci kısmının birinci, ikinci ve dördüncü bölümlerinde yer alan klasik haklar benzeri temel hak ve özgürlüklerin kanun hükmünde kararname ile düzenlenmesi mümkün değildir. Bu bağlamda, anayasanın aynı zamanda olağan dönem kanun hükmünde kararnamesinin içeriğini de belirlediği, sınırladığı söylenebilir.

Bir üst normun, üst norm olarak nitelendirilebilmesi için ya bir diğer normun ihdas usulünü ya da içeriğini belirlemesi gerektiğini daha önce belirtmiştik. Anayasa, olağan dönem kanun hükmünde kararnamelerinin hem ihdas usulünü hem de içeriğini belirlediğine göre, olağan dönem kanun hükmünde kararnamelerinin normlar hiyerarşisinde Anayasa altı bir seviyede yer alacağı görülmektedir.

Olağan dönem kanun hükmünde kararnamelerinin yargısal denetimi başlığı altında

184 Gözler, **İdare Hukukui**, a.g.e., s. 1191.

yukarıda incelendiği üzere, Anayasa Mahkemesi bu kararnamelerin Şekil ve esas bakımından Anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisine sahiptir. Anayasa Mahkemesinin kararı ile o ana dek geçerli olarak kabul edilen bir olağan dđnem kanun hđkmünde kararnamesinin hukuk âleminde kaldırılması, iptal edilmesi mđmkündür. Bir norm, geğerliliğini ancak başka bir normdan alabileceğine gđre, bir normun bu geğerliliği yine başka bir norm, kendisine eşit veya ũst konumdaki bir norm tarafından kaybedeceğinin de kabulđ gerekir. Olağan dđnem kanun hđkmünde kararnamelerin Anayasa Mahkemesinin kararı ile geğerliliğini yitirebildiğini gđrmüŐ bulunuyoruz. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi kararları ile olağan dđnem kanun hđkmünde kararnameleri normlar hiyerarşisinde ya aynı basamaktadır ya da mahkemenin kararları daha ũst bir konumdadır. Anayasa Mahkemesi, karar verirken yalnızca Anayasa hđkũmleri ile bağlıdır. Zaten, gđrevi İętũzũk, kanun ve olağan dđnem kanun hđkmünde kararnamelerinin Anayasaya uygunluğunu denetlemek olarak belirtildiğine gđre¹⁸⁵, başka tũrlũsũnũn olması da beklenemezdi. Kısacası, Anayasa Mahkemesinin kararlarının olağan dđnem kanun hđkmünde kararnamelerine uygun olma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu nedenle de bu iki norm aynı seviyede değildir. Olağan dđnem kanun hđkmünde kararnamelerinin, normlar hiyerarşisinde, Anayasa Mahkemesi kararlarının da altında yer aldığı kabul edilmelidir.

1982 Anayasasının 91. maddesi, kanun hđkmünde kararnamelerin "kanun" hđkmünde olduğunu belirtmiştir. Buradan ęıkarılacak olan sonuç, kanun hđkmünde kararname normunun normlar hiyerarşisinde kanun ile aynı seviyede yer aldıęıdır¹⁸⁶. Bundan Őtũrũ, kanun hđkmünde kararnameler ile kanunlar arasında bir ęatıŐma ęıkması durumunda sđz konusu ęatıŐma *lex superior derogat legi inferiori* (ũst kanun, alt kanunları ilga eder) ilkesi değil, *lex specialis derogat legi generali* (Özel hđkũm, genel hđkmũ ilga eder) veya *lex posterior derogat legi priori* (sonraki kanun, Önceki kanunları ilga eder) ilkelerine gđre ęözũlecektir¹⁸⁷. Keza, hem kanun tarafından bir kanun hđkmünde kararnamenin hem de bir kanun hđkmünde kararname ile kanunun deęiŐtirilebiliyor olması bu iki normun normlar hiyerarşisinde aynı seviyede yer aldığını gđstermektedir. Olağan dđnem kanun hđkmünde kararnamelerinin genel olarak kanunlara uygun olma zorunluluğu

185 Tũrk Anayasasının 148. maddesi.

186 Gđzler, **Hukuka Giriş**, a.g.e., s. 188; Tanör - YũzbaŐioęlu, a.g.e., s. 383; Teziç, "Yasama Yetkisi ve Kanun Hđkmünde Kararnameler", a.g.m., s. 8.

187 Gđzler, **Hukuka Giriş**, a.g.e., s. 188.

bulunmamaktadır¹⁸⁸. Bununla birlikte, biri Türkiye Büyük Millet Meclisinden diğeri ise Bakanlar Kurulundan çıkan bu iki normun aynı hukukî güçte olmasının organlar hiyerarşisi açısından sakıncalı olmadığı, nitekim Bakanlar Kurulunun bu normu ihdas edebilmek için Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından yetkilendirilmesi gerektiği vurgulanmaktadır¹⁸⁹.

Bununla birlikte, yetki kanunu ile olağan dönem kanun hükmünde kararnamesi arasındaki ilişkinin, kanunların ve olağan dönem kanun hükmünde kararnamelerinin normlar hiyerarşisinde aynı seviyede yer aldığı düşüncesi ile ilgili şüphe yaratması mümkündür¹⁹⁰. Nitekim, genel olarak ifade edildiği gibi, üst norm, alt normun ya ihdas usulünü ya da içeriğini belirler. Yetki kanununun, olağan dönem kanun hükmünde kararnamesinin kapsamını, bir başka deyişle düzenleyebileceği konuları belirlediğini düşünürsek, bu iki normun aynı seviyede olduğunu nasıl iddia edeceğiz?

Yetki kanunu, diğer kanunlardan farklı bir norm değildir. Buna, yetki kanunu denmesinin sebebi, ihdas usulü ve hukukî gücü bakımından kanundan farklı nitelikler arz etmesi değil, içeriğinin yasama yetkisinin devrine ilişkin olmasıdır. Yetki kanunu da diğer kanunlar gibi ihdas edilir ve teknik anlamda bir kanundur. Ancak, bir yandan da olağan dönem kanun hükmünde kararnamesinin içeriği bu kanunla sınırlandırılabilir. Dolayısıyla, genel norm teorisine göre, kanunların olağan dönem kanun hükmünde kararnamelerinden üstün olduğu söylenebilirdi. Ancak, Anayasanın 91. maddedeki açık hükmü, bu kararnamelere kanun gücünü bahşetmektedir. Dolayısıyla, anayasanın pozitif düzenlemesi dışında, bu iki normun aslında aynı seviyede olmadığı yönünde yorum yapılması mümkün değildir. Dolayısıyla, olağan dönem kanun hükmünde kararnamesinin, yetki kanununa aykırılık halinde iptal edilebilmesini, bu kararnamenin kanun altı bir seviyede yer aldığı için değil, Bakanlar Kurulunun yetki kanununun kapsamı dışında kalan, belirlenen unsurlara aykırı konularda düzenleme yapma yetkisinin olmamasına bağlamak gereklidir.

Son olarak, olağan dönem kanun hükmünde kararnameleri ile Danıştay ve idare mahkemelerinin içtihadı arasında hiyerarşik bir değerlendirmeye gitmek gerekmektedir. Olağan dönem kanun hükmünde kararnamelerinin, meclis tarafından kabul edilinceye dek

188 Yetki kanununun özel durumu ile ilgili olarak aşağıdaki paragrafa bakınız.

189 Gözler, **Hukuka Giriş**, a.g.e., s. 188.

190 Nitekim yetki kanunu da hukukî rejim açısından diğer kanunlardan farksızdır. Bkz. Onur Karahanoğulları, "Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisi", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt: 52, Sayı: 1-4, s. 406-407. Aksi görüş için bkz. Turgut Tan, "Kanun Hükmünde Kararname Uygulaması", **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt: 17, Sayı: 4, Yıl: 1984, s. 37.

idarî yargı organlarının denetimine tâbi olması gerektiği yönünde bir görüş olsa da¹⁹¹, Anayasanın ve Danıştay Kanununun pozitif düzenlemeleri ışığında bu görüşler kabul edilebilir değildir. Dolayısıyla, olağan dönem kanun hükmünde kararnamelerinin gerek meclisin kabulünden önce, gerekse de sonra, Danıştay veya bir idarî yargı organının denetimine tâbi olması mümkün değildir. Anayasanın 148. maddesi uyarınca bir olağan dönem kanun hükmünde kararnamesini denetleyebilecek yegâne yargı organı Anayasa Mahkemesidir. Dolayısıyla, Danıştay veya idare mahkemelerinin kararlarının normlar hiyerarşisinde olağan dönem kanun hükmünde kararnamelerinin üzerinde yer alacağını söylemek mümkün olmaz. Öte yandan, idare mahkemesi idarenin düzenleyici ve birel işlemlerini denetlerken kanunları ve kanun gücündeki diğer normlar ile anayasa hükümlerini dikkate almak durumundadır. Dolayısıyla, Danıştay ve idare mahkemesi kararlarının kanuna ve kanun gücündeki diğer işlemlere aykırı olması mümkün değildir. Buradan yola çıkarak, olağan dönem kanun hükmünde kararnamelerinin normlar hiyerarşisinde idare mahkemesi ve Danıştay kararlarından üstte yer alacağını söyleyebiliriz.

Netice itibariyle, olağan dönem kanun hükmünde kararnameleri normlar hiyerarşisinde, anayasa ve anayasa mahkemesi içtihadının altında, Danıştay ve idare mahkemesi içtihadının üstünde, kanun, usulüne göre yürürlüğe girmiş uluslararası antlaşmalar ile aynı seviyede yer alır. Bu da olağan dönem kanun hükmünde kararnamelerini dolaylı olarak TBMM İçtüzüğünün de altına yerleştirmektedir.

2. Olağanüstü Dönem Kanun Hükmünde Kararnameleri

Olağanüstü hâl ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnameleri olağan dönem kanun hükmünde kararnamelerine benzemekle birlikte, onlardan ayrılan birçok yönü de bulunmaktadır¹⁹². Bu farklı yönler, birer norm olarak olağan dönem kanun hükmünde kararnameleri ile olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnamelerini farklılaştırmaktadır. Aşağıda görüleceği gibi, bu iki norm birbirinden farklı normlardır. Nitekim her şeyden önce bunların ihdas usulü birbirinden farklılık göstermektedir. Dolayısıyla, bu normların hukukî rejimi ve normlar hiyerarşisindeki yeri de ayrı bir başlık altında incelenmelidir.

Öncelikle belirtmelidir ki 1982 Anayasasında olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun

191 Bkz. Kuzu, **Türk Anayasa Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnameler**, a.g.e., s. 387.

192 Gözler, **Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukukî Rejimi**, a.g.e., s. 173.

hükmünde kararnamesi terimi kullanılmamaktadır¹⁹³. Bunların Resmî Gazetede "kanun hükmünde kararnameler" başlığı altında yayınlandığı gözlemlenmektedir¹⁹⁴. Biz, çalışmamız kapsamında olağanüstü hâl ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnameleri için "olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamesi" terminolojisini kullanacağız. Nitekim, olağan dönem kanun hükmünde kararnameleri, sıkıyönetim ve olağanüstü hal gibi olağanüstü yönetim usullerinin ilan edilmemiş olduğu dönemlerde çıkarılabildikleri için bu ismi almışlardır. Dolayısıyla, olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnamelerinin de kanımızca "olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamesi" olarak anılmasında bir sakınca yoktur. Buradaki "olağanüstü dönem", olağanüstü hal ve sıkıyönetim ilanının geçerli olduğu dönemleri kapsamaktadır.

Ayrıca, çalışmamızın kapsamının dışına çıkmamak için olağanüstü yönetim biçimlerine ilişkin açıklamalara yer vermeyeceğiz. İncelememiz bir norm olarak olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamesinin unsurları, hukukî rejimi ve yargısal denetimi ile normlar hiyerarşisindeki yeri ile sınırlı olacaktır.

Olağan dönem kanun hükmünde kararnameleri açısından yaptığımız gibi, olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerinin, idarenin birer düzenleyici işlemi olarak, unsurlarının incelenmesi gerekmektedir. Biz de aşağıda sırasıyla olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerinin yetki, konu, şekil ve usul unsurlarının inceleyeceğiz.

a. Yetki unsuru

Olağan dönem kanun hükmünde kararnamelerini çıkarmaya yetkili olan organ olarak Bakanlar Kurulunu göstermiştik. Olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerini çıkarmaya yetkili organ 1982 Anayasasının 121. maddesinin 3. fıkrasında gösterilmiştir. Buna göre, olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnameleri, Bakanlar Kurulu tarafından değil, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından ihdas edilebilirler¹⁹⁵. Dolayısıyla, her şeyden önce olağan ve olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnameleri arasında, bunları çıkarmaya yetkili makam açısından bir farklılık vardır. Bu farklılık dolayısıyla, Cumhurbaşkanının bu iki normun ihdasındaki imzasının hukukî niteliği de değişmektedir. Buna göre, olağan dönem kanun hükmünde

193 Gözler, **Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukukî Rejimi**, a.g.e., s. 175.

194 a.y.

195 Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 257; Türk, a.g.e., s. 86; Yılmaz Aliefendioğlu, "Anayasa Yargısı Açısından Olağanüstü Yönetim Usulleri", **Anayasa Yargısı**, Yıl: 1992, Cilt: 9, s. 419.

kararnameleri açısından cumhurbaşkanının imzası şekli bir onaydan ibaretken, olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnameleri açısından işlemin aslî unsuru niteliğindedir¹⁹⁶.

Doktrinde 1961 Anayasası döneminde Lütfi Duran tarafından savunulduğunu tespit ettiğimiz bir görüşe göre, olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerinin çıkarılmasında Cumhurbaşkanı, Bakanlar Kurulu ve TBMM ortak yetkilidir¹⁹⁷. Biz bu görüşe katılmıyoruz. Yetkili organın "Cumhurbaşkanı başkanlığındaki Bakanlar Kurulu" olduğu vurgulanabilir. Ancak, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulunun ayrı ayrı vurgulanması doğru değildir. Nitekim, olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamesinin çıkarılması için gerekli olan irade bunların ayrı ayrı iradesi değil, bir kurul halindeki kolektif iradeleridir. Yasama organı ise olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamesinin çıkarılmasına hiç katılmamaktadır. Bu normun geçerli bir şekilde ihdas edilmesinde yasama organının hiçbir rolü bulunmamaktadır. Norm, Resmî Gazetede yayınlanmakla geçerli bir şekilde yürürlüğe girer. Meclisin onayına sunulduktan sonra meclisin kararıyla yürürlükten kaldırılması geçerli bir şekilde ihdas edilmeye ilişkin değil, yürürlükte kalmaya ilişkin bir şarttır.

Yetki unsuru bakımından bir başka farklılık ise olağan dönem kanun hükmünde kararnameleri için meclisin yetki kanunu çıkarması gerekirken, olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnameleri açısından bu şartın öngörülmemiş olmasıdır¹⁹⁸. Anayasanın 91. maddesi Bakanlar Kuruluna olağan dönem kanun hükmünde kararnamesi çıkarılması için yetki verilmesini düzenlemektedir. Aynı maddenin 5. fıkrası ise, olağanüstü hal ve sıkıyönetim dönemlerinde Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacak olan kanun hükmünde kararnameleri, yani olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerini madde kapsamı dışında bırakmıştır. Anayasanın olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerine ilişkin olan 121. ve 122. maddelerde de yetki kanunu çıkarılması gerektiği düzenlenmediğine göre, olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnameleri açısından TBMM'nin bir yetki kanunu çıkarması gerekmediğini söyleyebiliriz. Bu nedenle de olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerinin, 1982 Anayasasında idarenin aslî ve özerk düzenleme yetkisine sahip olmasının tipik örneğini

196 Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 257; Arıkan, a.g.e., s. 62; Çelik, a.g.e., s. 253.

197 Lütfi Duran, "Bunalım Kararnameleri", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt: 50, Sayı: 3, s. 146.

198 Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 1207; Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 257; Denizhan, a.g.e. s. 154.

teşkil ettiği belirtilmektedir¹⁹⁹.

b. Sebep unsuru

İdarî işlemin sebep unsuru "... o idarî işlemde önce gelen, İdareyi o işlemi yapmaya sevk eden ve nesnel hukuk kurallarınca belirlenmiş bulunan bir etken..."²⁰⁰ olarak tanımlanmaktadır. Bu bağlamda, olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerinin sebebe bağlı işlemler olduğu belirtilmektedir²⁰¹.

Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamesi çıkarabilmesi için öncelikle olağanüstü yönetim usullerinden birisinin meclis tarafından ilan edilmiş olması gerekmektedir²⁰². Bu usullerden birisinin ilan edilmemiş olduğu durumlarda, Cumhurbaşkanı başkanlığındaki Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamesi sebep unsuru bakımından hukuka aykırı olur²⁰³. Bu sakatlığın denetiminin yapıp yapılamayacağı ayrı bir husustur.

c. Konu unsuru

Yukarıda, olağan dönem kanun hükmünde kararnamelerinin konu bakımından bazı anayasal kısıtlamalara tâbi olduğunu belirtmiştik. Yine, olağan dönem kanun hükmünde kararnameleri kapsam, yani konu bakımından yetki kanunları ile sınırlandırılmıştı. Olağan dönem kanun hükmünde kararnameleri açısından öngörülen bu sınırlamalar, olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnameleri açısından geçerli değildir²⁰⁴. Bunun sebebi ise, bu sınırlandırmaları öngören Anayasanın 91. maddesinin 1. fıkrasında, olağanüstü dönem

199 Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 257; Yavuzdoğan, a.g.m., s. 236. Anayasanın 107. maddesine göre Cumhurbaşkanının Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğini düzenlemek üzere çıkardığı özel kararnamenin ise idarenin iç düzenine ilişkin bir düzenleme olarak idare edilenlerin hak ve yükümlülüklerini etkilemeyeceği belirtildikten sonra, bu tür işlemlerin düzenleme kavramı ile ifade edilenin dışında kaldığı ve dolayısıyla olağan dönemde yürütmenin özerk düzenleme yetkisine sahip olduğuna örnek olarak gösterilemeyeceği vurgulanmaktadır. Biz de bu nedenle, cumhurbaşkanlığı kararnamesini incelememiz dışında tutmaktayız. Bkz. Duran, "Yürütme Yetkisi Özerk Sayılabilir Mi?", a.g.m., s. 40.

200 Günday, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 152.

201 Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 760.

202 Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 760-761; Cem Eroğul, "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Olağanüstü Yasa Gücünde Kararnamelerin TBMM'ce Onaylanması Sorunu", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt: 54, Sayı: 4, s. 33; Duran, "Bunalım Kararnameleri", a.g.m., s. 143, 148.

203 Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 761.

204 Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 257.

kanun hükmünde kararnamelerinin açıkça bu sınır dışında tutulmuş olmasıdır²⁰⁵. Bu nedenle, her türlü temel hak ve özgürlüğe ilişkin olarak olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnameleri ile düzenleme yapılması mümkündür²⁰⁶.

Anayasanın 15. maddesinde olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnameleri ile temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının durdurulabileceği ve bunlar hakkında anayasal güvencelere aykırı düzenlemeler getirilebileceği genel olarak düzenlendikten sonra, bu kararnameler ile bile dokunulamayacak bir çekirdek alan yaratılmıştır²⁰⁷. 15. maddenin 2. fıkrasında yaratılan bu çekirdek alan 1) savaş neticesinde gerçekleşen ölümler dışında kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığına ilişkin müdahaleleri, 2) din, vicdan, kanaat ve düşünceleri açıklamaya zorlamayı, 3) suç ve cezaların geçmişe yürütülmesini ve 4) masumiyet karinesine aykırı düzenlemeleri olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerinin konu bakımından kapsamı dışında bırakmaktadır.

Bunun dışında, olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamesi çıkarma yetkisinin olağanüstü hal ve sıkıyönetimin gerektirdiği konular ile de sınırlı olduğu söylenebilir²⁰⁸. Bu sınırlar, sırasıyla olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnamelerine ilişkin olmak üzere Anayasanın 121. maddesinin 3. fıkrası ve 122. maddesinin 2. fıkrasından kaynaklanmaktadır²⁰⁹. Olağanüstü hal veya sıkıyönetimin gerektirdiği konuların ne olduğu sorusuna, bir idarî işlemin sebep unsuru ile konu unsuru arasındaki sıkı ilişkiden yola çıkılarak cevap verilmektedir. Buna göre, olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerinin konu bakımından olağanüstü hal veya sıkıyönetimin sebepleri ile sınırlı olduğu söylenebilir²¹⁰. Bu bakımdan, olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerinin konu bakımından olağan dönem kanun hükmünde kararnamelerinden daha sınırlı olduğu ifade edilmektedir²¹¹.

Olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerinin konu unsuru bakımından Anayasa tarafından sınırlandırıldığı açıktır. Bu kapsamdaki Anayasa hükümleri Cumhurbaşkanlığı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu açısından bir "olması gereken"

205 Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 763; Aliefendioğlu, a.g.m., s. 422.

206 Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 257.

207 Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 764.

208 Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 258; Mehmet Turhan, "Olağanüstü Hallerde Çıkarılabilecek Kanun Hükmünde Kararnameler", **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt: 25, Sayı: 3, Eylül 1992, s. 27; Arıkan, a.g.e., s. 63; Aliefendioğlu, a.g.m., s. 423; Karahanoğulları, "Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisi", a.g.m., s. 404.

209 Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 764.

210 Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 766.

211 Eroğul, a.g.m., s. 33.

teşkil eder. Bununla birlikte, bu sınıra uyulup uyulmadığının denetlenip denetlenemeyeceği konusunda doktrinde tartışmalar yaşanmaktadır. Bu tartışmaları biz de aşağıda, olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerinin yargısal denetimini inceleyeceğimiz yerde inceleyeceğiz.

d. Süre unsuru

Olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerinin süre unsuru Anayasanın 121. maddesinin 3. fıkrası ile 122. maddesinin 2. fıkrasından kaynaklanmaktadır. Buna göre, olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnameleri olağanüstü hal veya sıkıyönetim süresince çıkarılabilecektir. Olağanüstü hal veya sıkıyönetim süresi dışında bir yetki kanununa dayanmadan ve Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan kanun hükmünde kararnameler süre unsuru bakımından sakattır²¹².

Bu durumda, süresi içinde çıkarılan olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerinin, bu süre dolduktan sonra geçerliliğini koruyup korumayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Bir görüşe göre, olağanüstü hal ve sıkıyönetimin sona ermesi halinde, süresi içinde çıkarılmış olan olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnameleri yürürlükten değil, uygulamadan kalkacaktır²¹³. Bununla birlikte, yürürlükten kalkma ile uygulamadan kalkma arasında bir fark olmadığı ve bu tür kanun hükmünde kararnamelerin yürürlükten de kalkacağı düşünülmektedir²¹⁴. Buna temel olarak ise konusu gerçekleşen veya konusuz kalan normların kendiliğinden yürürlükten kalkacağı gösterilmektedir²¹⁵. Olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerinin sebebi ile konusu arasında sıkı bir ilişki olduğuna göre, olağanüstü hal veya sıkıyönetimin sona ermesi ile olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamesinin konusuz kalacağı düşünülebilir.

Kanımızca, bir normun konusunun gerçekleşmesi veya konusuz kalması dolayısıyla onun geçerliliğinin etkileneceğini söylemek doğru değildir. Konunun gerçekleşmesi veya konusuz kalma normatif âlemde gerçekleşen yenilikler değildir. Bunlar maddî âlemde cereyan ederler. Maddî âlem ile normatif âlem arasında bir geçiş olamayacağı, bir *is*'den *ought* türetilmeyeceğine ve aynı şekilde *is not*'tan *ought not* çıkarılamayacağına göre, bir normun konusunun gerçekleşmesi veya konusuz kalması durumunda normun geçerliliğini

212 Gözler, **Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukukî Rejimi**, a.g.e., s. 202.

213 Burhan Kuzu, **Olağanüstü Hal Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hal Rejimi**, 1. b., Kazancı Yayınları, İstanbul, 1993, s. 248.

214 Gözler, **Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukukî Rejimi**, a.g.e., s. 203.

215 a.y.

yitireceği, yürürlükten kalkacağına söylenmesi normatif geçerlilik teorisi ile bağdaşmaz. O norm, bir daha asla uygulanmayacak olsa dahi geçerli bir şekilde varlığını sürdürür. Bir normu hukuk âleminde kaldırmanın tek yolu yine başka bir norm olmasıdır. Bu norm, yürürlükten kalkacak olan normun kendisi dahi olabilir²¹⁶. Bu durumda kendiliğinden yürürlükten kalkma durumu söz konusu olur.

Dolayısıyla, olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnemelerinin olağanüstü hal veya sıkıyönetimin sona ermesi ile birlikte yürürlükten kalkması için bu yürürlükten kalkmanın ya normlar hiyerarşisinde üst seviyede bulunan bir norm tarafından öngörülmüş olması ya da normun kendisi tarafından belirtilmesi gereklidir. Aksi takdirde, bu normun yürürlükten kaldırılabilmesi için onunla eşdeğer güce sahip veya normlar hiyerarşisinde ondan üstte olan bir norm ile ilga edilmesi gerekecektir.

Bu durumda, olağanüstü hal veya sıkıyönetimin sona ermesi ile birlikte süresi içinde çıkarılan olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnemelerinin yürürlükte kalacağını söylüyorsak, yeni bir sıkıyönetim veya olağanüstü hal ilan edildiğinde, bu ilanın sebepleri birebir önceki olağanüstü hal veya sıkıyönetim ile aynı olsa dahi, olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnemesinin yürütme organı tarafından tekrar uygulanabileceğini söyleyebilir miyiz? Kanımızca bu mümkün değildir. Nitekim, olağanüstü yönetim usullerinin ilanları aynı kategorideki sebeplere dayansalar dahi bu sebeplerin aynı sebepler olduğu, dolayısıyla, önceden çıkarılmış olan olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnemesi ile çıkarılabilecek olan olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnemesinin konularının aynı olduğu söylenemez. Haliyle, anayasa tarafından yeni bir olağanüstü hal veya sıkıyönetim döneminde çıkarılabileceği öngörülen olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnemesi ile önceden çıkarılmış olan kararname aynı norm olamaz. Bu durumda, önceki kararnemenin uygulanması anayasaya aykırılık teşkil edecektir.

Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesinin esasen yerinde bir karar verdiğini düşünmekteyiz:

"Olağanüstü hâlin sona ermesine karşın, olağanüstü hâl KHK'sindeki kuralların uygulanmasının devam etmesi olanaksızdır... KHK ile getirilen kuralların nasıl olağanüstü

216 Kanımızca, kendiliğinden yürürlükten kalkmanın tek yolu, yürürlükten kalkacak olan norm tarafından belli bir sürenin geçmesiyle veya bir olayın vuku bulması ile yürürlükten kalkacağına düzenlenmesidir. Aslen, Kemal Gözler de kendiliğinden yürürlükten kalkmanın tek yolu olarak bu durumu örnek göstermiştir. Yazarın daha yeni tarihli görüşü, kendiliğinden yürürlükten kalkmanın yalnızca bu yürürlükten kalkmanın normun kendisi tarafından öngörülmesi durumunda gerçekleşeceği yönünde olabilir. Bkz. Gözler, **Hukuka Giriş**, a.g.e., s. 243.

hâl öncesinde uygulanmaları olanaksız ise olağanüstü hâl sonrasında da uygulanmaları veya başka bir zamanda veya yerde... uygulanmak üzere **geçerliliklerini korumaları olanaksızdır**"²¹⁷.

Ancak, bir normun yalnızca belli bir süre boyunca uygulanabilecek olması, bu sürenin dışında o normun geçerliliğini yitirdiği anlamına gelmez. Bu norm, belirlenen süre dışında uygulanmaya kalkarsa, o uygulama işlemi geçersiz olacaktır. Anayasanın hiçbir hükmünden olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerin belli bir süre yürürlükte kaldıktan sonra geçerliliklerini yitireceği anlaşılmamaktadır. Yalnızca, Anayasanın 121. maddesinin 3. fıkrası ve 122. maddenin 2. fıkrasında bu normların olağanüstü yönetim usulü boyunca **uygulanabileceği** düzenlenmiştir. Aksi halde, normun kendisi değil, uygulayan işlem anayasaya aykırı olacaktır.

Dolayısıyla, garip bir durumla karşı karşıya kalmaktayız. Elimizde, sıkıyönetim veya olağanüstü hal dönemi boyunca uygulanan, daha sonrasında uygulanması hukuken imkânsız olan, ancak yine de geçerliliğini koruduğunu belirttiğimiz bir norm kalmaktadır. Kanımızca, Anayasada olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerinin, olağanüstü yönetim usullerinin sona ermesi ile birlikte yürürlükten kalkacağına düzenlenmiş olması yerinde olurdu. Ancak, böyle bir düzenleme olmadığına ve hiç uygulanmayan bir norm da geçerliliğini sürdürebildiğine göre²¹⁸, olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerinin tek tek ilga edilmesi gerekecektir.

e. Yer unsuru

Olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerinin yer bakımından uygulaması ile ilgili bir sınırlandırma Anayasada öngörülmemiştir²¹⁹. 25 Ekim 1983 tarihli ve 2935 Sayılı Olağanüstü Hal Kanununda da bu konuda bir hüküm bulunmamaktadır²²⁰. Bununla birlikte, olağanüstü hal veya sıkıyönetimin ülkenin tamamı değil de bir bölümü için ilan edilmiş olması halinde, kararnamenin de yalnızca o yer açısından önlemler öngörmesi

217 Koyulaştırma yazar tarafından yapılmıştır. Anayasa Mahkemesinin 10 Ocak 1991 tarihli ve E. 1990/25, K. 1991/1 Nolu kararı, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 27, s. 101.

218 Çalışmamızın birinci bölümünde, Kelsen'in "*Pure Theory of Law*" eserinin sonraki baskılarında hukuk sisteminin yanısıra teker teker o sisteme ait normların geçerli olabilmesi için de minimum düzeyde bir etkililiğin söz konusu olması gerektiğini belirttiğini ve kanımızca bu görüşün yerinde olmadığını belirtmiştik.

219 Gözler, **Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukukî Rejimi**, a.g.e., s. 204.

220 Gözler, **Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukukî Rejimi**, a.g.e., s. 205.

gerektiği savunulmaktadır²²¹. Bu düşünce özetle şu şekilde ifade edilebilir:

"Olağanüstü halin ve sıkıyönetimin gerekli kıldığı konular' ifadesi, zımnen 'yer' unsurunu da ihtiva etmektedir. Çünkü, olağanüstü hal veya sıkıyönetimin ilân edilmediği bir yerde, olağanüstü halin ve sıkıyönetimin gerekli kıldığı bir konu evleviyetle (*a fortiori*) yoktur. O halde, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun olağanüstü hal veya sıkıyönetim ilân edilen yerin dışında kalan yerlerde de uygulanmak üzere kanun hükmünde kararname çıkarırsa, bu kararname 'yer bakımından (*ratione loci*) yetkisizlik' ile sakat olur."²²²

Benzer yöndeki bir başka görüşe göre, olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamesinin olağanüstü yönetim usulünün ilan edildiği bölge açısından uygulanmaması ve diğer bölgelerde de uygulama bulması, olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamesi ile bir başka bölgede olağanüstü hal ilan edilmiş olduğu anlamına gelecektir.²²³ Bu bağlamda, Bakanlar Kurulu olağanüstü hal ilan etmek için bir kararname çıkarmak yerine olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamesi çıkarmış olacak²²⁴ ve usul saptırması söz konusu olacaktır.²²⁵

Anayasa Mahkemesi de 3 Temmuz 1991 tarihli kararı ile olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamesi çıkarma yetkisinin, olağanüstü hal veya sıkıyönetimin ilan edildiği yer ile sınırlı olduğunu kabul etmiştir. Yüksek Mahkemeye göre: "KHK ile getirilen önlemlerin sadece olağanüstü hal ilân edilen bölge için geçerli olması, bölge dışına taşırılmaması gerekir. Olağanüstü hal KHK'lerinin uygulanacağı yer, olağanüstü hal ilan edilen bölge veya bölgelerdir. Ülkenin bir bölgesi için ilân edilen olağanüstü hal nedeniyle olağanüstü hal ilân edilmeyen yerlerde olağanüstü hal KHK'lerine geçerlilik tanınmaz."²²⁶

Bununla birlikte, olağanüstü hal veya sıkıyönetimin gerekli kıldığı bir konuda düzenleme yapıldığı sürece, bu düzenlemenin olağanüstü hal veya sıkıyönetim ilan edilen bölgelerin dışında alınmış olmasının anayasaya aykırı görülmemesi gerekir²²⁷. Dolayısıyla, olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerinin yer bakımından sınırlı olması,

221 Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 259; Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 769-770.

222 Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 770.

223 Turhan, "Olağanüstü Hallerde Çıkarılabilecek Kanun Hükmünde Kararnameler", a.g.m., s. 31.

224 Çetin Özek, "'Yumuşatma' Değil 'Aldatmaca'", **Cumhuriyet Gazetesi**, 22 Mayıs 1990, s. 2.

225 Turhan, "Olağanüstü Hallerde Çıkarılabilecek Kanun Hükmünde Kararnameler", a.g.m., s. 31.

226 Anayasa Mahkemesinin 3 Temmuz 1991 tarihli ve E. 1991/6, K. 1991/20 Nolu Kararı, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, Cit: 1, Sayı: 27, s. 375.

227 Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 771.

yalnızca yer ve konu unsurlarının birbirinden ayırlamadığı düzenlemeler açısından geçerlidir. İlan edilen bölge dışında alınan bir önlem, bölge içindeki olağanüstü hal veya sıkıyönetimin gerekli kıldığı bir konuya ilişkinse, Anayasaya aykırılıktan bahsedilemez.

f. Olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamesinin yer ve süre bakımından sınırlı olmasının kanunlarla ilişkisine etkisi

Olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnameleri yer ve zaman bakımından sınırlamalara tâbi olduğuna göre, bu normlarla süre ve yer açısından sınırlamaya tâbi olmayan kanunların değiştirilip değiştirilemeyeceği sorunu gündeme gelmektedir. Bu soruya olumsuz yanıt verilmektedir²²⁸. Bu normlarla genel geçer uygulamaya sahip olan kanunların değiştirilmesi, olağanüstü hal veya sıkıyönetimin sona ermesinden sonra da olağanüstü dönem gereğince alınan önlemlerin uygulanacak olması anlamına gelecektir ki bu durum Anayasanın 121. maddesinin 3. fıkrası ve 122. maddesinin 2. fıkrasına aykırılık oluşturacaktır²²⁹. Kaldı ki, olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnameleri ile temel hak ve özgürlüklerin 15. madde uyarınca 13. maddedeki sınırlamalarla bağlı olmaksızın sınırlandırılabilmesi unutulmamalıdır. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi de olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnameleri ile kanunların değiştirilemeyeceğini kararlaştırmıştır:

"Olağanüstü hal KHK'leri ile getirilen kuralların olağanüstü hal bölgeleri dışında veya olağanüstü halin sona ermesinden sonra da uygulanmalarının devamı isteniyorsa bu konudaki düzenlemenin yasa ile yapılması zorunludur. Çünkü olağanüstü hal bölgesi veya bölgeleri dışında veya olağanüstü halin sona ermesinden sonra da uygulanmalarına devam edilmesi istenilen kuralların içerdiği konular 'olağanüstü halin gerekli kıldığı konular' olamazlar."²³⁰

Bununla birlikte, olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamesi ile kanunlara aykırı düzenlemeler yapılmasında bir sakınca yoktur. Bunlar da, olağan kanun hükmünde kararnameleri gibi kanun gücündeki işlemlerdir. Mühim olan husus, olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamesinin öngördüğü düzenlemelerin, yer ve süre açısından

228 Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 260.

229 Gözler, **Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukukî Rejimi**, a.g.e., s. 211; Çelik, a.g.e., s. 260.

230 Anayasa Mahkemesinin 10 Ocak 1991 tarihli ve E. 1990/25, K. 1991/1 Nolu Kararı, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 27, s. 101. Aynı yönde bkz. Kemal Gözler, "Olağanüstü Hal Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukukî Rejimi", **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 47, Sayı: 4, Ağustos 1990, s. 587; Aliefendioğlu, a.g.m., s. 425.

sınırlılık unsurunu bertaraf edecek şekilde, ülke genelinde ve süresiz olarak geçerli olan bir kanunun değiştirilmesi suretiyle gerçekleştirilmemesidir²³¹.

g. Şekil ve usul unsuru

Şekil ve usul açısından olağan ve olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnameleri arasında benzerlikler mevcuttur. Her şeyden önce, olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamesi de yazılı şekle tâbi olacak ve Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun bir işlemi olarak Bakanlar Kurulunda müzakere edilmiş olması gerekecektir. Bu kararnamede de Cumhurbaşkanı, Başbakan ve bakanların imzasının bulunması gerekir²³². Bu toplantıya Cumhurbaşkanı başkanlık edeceğinden inisiyatifin Cumhurbaşkanı'da olacağı düşünülmektedir²³³. Olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnameleri de olağan dönemdekiler gibi Resmî Gazetede yayınlanmalı ve yayımlandıkları gün TBMM'nin onayına sunulmalıdırlar²³⁴.

Anayasanın olağan dönem kanun hükmünde kararnamelerine ilişkin 91. maddesi genel hüküm niteliğindeki, olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerine ilişkin 121. maddenin 3. fıkrası ile 122. maddenin 2. fıkrası özel hüküm niteliğindedir²³⁵. Dolayısıyla, eğer 121/3 ile 122/2 maddelerinde özel hüküm bulunmuyorsa, 91. maddenin genel hükmü uygulanacaktır²³⁶. 121/3 ve 122/2 maddelerinde Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunma ile ilgili hüküm bulunmadığına göre, olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerinin de Resmi Gazetede yayımlandıkları gün meclisin onayına sunulmalarının zorunlu olduğu, aksi takdirde kararnamelerin aynı gün kendiliğinden yürürlükten kalkacağı kabul edilmelidir.

h. Olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerinin yargısal denetimi

Olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerinin yargısal denetimi 1982 Anayasasının 148. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, Anayasa Mahkemesi ne şekil ne de esas bakımından olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerini

231 Gözler, **Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukukî Rejimi**, a.g.e., s. 211-212.

232 Karahanoğulları, "Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisi", a.g.m., s. 391.

233 Duran, "Bunalım Kararnameleri", a.g.m., s. 146.

234 a.y.

235 Gözler, **Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukukî Rejimi**, a.g.e., s. 178-179.

236 Gözler, **Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukukî Rejimi**, a.g.e., s. 239. Aynı yönde bkz. Eroğul, a.g.m., s. 40.

denetleyemeyecektir²³⁷.

Olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerinin bir anayasa hükmü tarafından yargı denetimi dışında bırakılması Türk hukuk doktrininde eleştirilere yol açmıştır²³⁸. Elbette, bu tartışma, hukuk devleti ilkesinin kapsamı ile ilgili bir tartışmadır. Hukuk devleti ilkesi eğer bütün erklerin hukukla bağılılığını ifade ediyorsa, anayasa yargısının hukuk devleti ilkesini güçlendiren bir unsur olacağı düşünölmelidir²³⁹. Öte yandan, hukuk devleti ilkesinin neyi gerektirdiği tartışmasından kesin bir sonuç çıkarılması bugüne dek mümkün olmamıştır. Her durumda, bir ilke, bir hukuk sistemi açısından benimsendiği ölçüde var olacaktır. Dolayısıyla, olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerini Anayasa Mahkemesinin denetimi dışında bırakan 148. maddenin, Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesini zedelemesi mümkün değildir. Bunun mümkün olduğu kabul edilse dahi, anayasa normları arasında hiyerarşi bulunmadığı için²⁴⁰, bu aykırılık hukuk devleti ilkesi lehine çözümlenemeyecektir²⁴¹. Kanımızca, 1982 Anayasasının aykırı olabileceği hukuk devleti ilkesi Anayasanın 2. maddesinde benimsenen ilke değil, pozitif düzenlemeler dışında genel bir kavram olarak içi doldurulmaya çalışılan hukuk devleti kavramı olabilir. Aslı kurucu iktidarın ise doktrindeki yazarların görüş ve düşünceleriyle oluşturulmuş bir kavrama uygun davranmak, aynı kavramı benimsemek zorunda olmadığı açıktır²⁴². Bununla birlikte, hukuk devleti ilkesi ile olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerinin anayasa yargısının dışında tutulmasının bağdaşmadığını ve bu bağdaşmazlığın hukuk devleti ilkesi lehine çözölmesi gerektiğini öne süren görüş de bulunmaktadır²⁴³. Biz, anayasa normları arasında hiyerarşi kurulmasının mümkün olmadığını düşünöyoruz²⁴⁴. Dolayısıyla, bu görüşü benimsememiz mümkün değildir.

Yukarıda açıklanan sebeplerle eleştirilerin hedefi olsa da Türk hukukunda olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerinin Anayasa Mahkemesinin ve diğer

237 Arıkan, a.g.e., s. 63; Çelik, a.g.e., s. 266-267.

238 Bu eleştirilerin bir özeti için bkz. Gözler, "Olağanüstü Hal Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukukî Rejimi", a.g.m., s. 584-585.

239 Sır, a.g.e., s. 136-137. Aynı yönde bkz. Osman Avşar, **Avrupa Birliği'nde Hukuk Devleti ve Hukukî Güvenlik Algısı**, 1.b., Adalet, Ankara, 2010, s. 45-46.

240 Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, a.g.e., s. 168 vd.

241 Gözler, **Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukukî Rejimi**, a.g.e., s. 213.

242 Aslı kurucu iktidarın her türlü hukuk normundan bağımsız, sınırsız bir iktidar olduğu görüşünü çalışmanın ilk bölümünde dile getirmiştik.

243 Hikmet Tölen, "Olağanüstü Kanun Hükmünde Kararnamelerin Yargısal Denetimi Sorunu", **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 3-4, 2004, s. 91.

244 Bu görüşün detaylı bir açıklaması için bkz. Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, s. 164-172.

tüm mahkemelerin yargısal denetimi dışında tutulduğuna kanaat getirilmelidir.

Bununla birlikte, Anayasanın olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerinin yargısal denetimini yasaklayan hükmü karşısında, bu denetime açık kapı bırakan hükümler olduğu da düşünülmektedir. Bu görüşe göre, Anayasa'da, olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerinin olağanüstü yönetim usulünün uygulandığı süre boyunca ve ilgili bazı konularda çıkarılabileceğinin düzenlenmesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması hususunda dokunulamayacak bir çekirdek alanın yaratılması ve Anayasanın 125. maddesinin 1. fıkrasında idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık bırakılması gibi hususlar olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerinin yargısal denetimini mümkün kılar niteliktedir²⁴⁵. Bu görüşlere, olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerinin yer ve süre bakımından sınırlı normlar olduğu ve bu sınırları aşan normların birer olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamesi değil olağan dönem kanun hükmünde kararnamesi olarak değerlendirilip bunların anayasaya uygunluk denetiminin yapılabileceği yönündeki görüşler de eklenmektedir²⁴⁶.

Anayasa Mahkemesi de olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerinin yer ve süre bakımından sınırlı normlar olduğuna ve bu nitelikleri taşımayan olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerinin anayasaya uygunluk denetiminin gerçekleştirilebileceğine karar vermiştir²⁴⁷. Söz konusu kararda Anayasa Mahkemesi, 9 Mayıs 1990 tarih ve 424 Sayılı “Şiddet Olaylarının Yaygınlaşması ve Kamu Düzeninin Ciddî Şekilde Bozulması Sebebine Dayalı Olağanüstü Halin Devamı Süresince Alınacak İlave Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararname” ile aynı tarihli ve 425 Sayılı “2935 Sayılı Kanun ile 285 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname”nin belli hükümlerinin iptaline karar vermiştir. Bu iptalin gerekçesi iki noktada yoğunlaşmaktadır. Bunlar söz konusu kararnamelerin, olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerinin konu bakımından anayasal sınırlarından birini oluşturan “yalnızca olağanüstü hâlin gerekli kıldığı konularda

245 Tülen, a.g.m., s. 91-93.

246 Gözler, "Olağanüstü Hal Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukukî Rejimi", a.g.m., s. 587-589; Aliefendioğlu, a.g.m., s. 426; Eroğul, a.g.m., s. 35-36.

247 Olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamesinin yer bakımından sınırı ve olağanüstü hâlin geçerli olduğu bölge dışında da genel uygulama bulan kanunlarla ilişkisi hakkındaki karar için bkz. Anayasa Mahkemesinin 10 Ocak 1991 tarihli ve E. 1990/25, K. 1991/1 Sayılı Kararı, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 27, ss. 65-110.

çıkarılma” ve yine olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerinin yer bakımından anayasal sınırını oluşturan “olağanüstü hal bölgelerinde uygulanma” şartlarına aykırı olmalarıdır. Anayasa Mahkemesi, eğer yalnızca söz konusu Anayasa hükümlerinin, olağanüstü dönemlerde Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacak olan kararnameler açısından birer “olması gereken” teşkil ettiğini belirtmekle yetinseydi, bir itirazımız olmazdı. Nitekim, bu Anayasa hükümleri, olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnameleri açısından bağlayıcıdır ve söz konusu normların bu normlara aykırı şekilde ihdas edilmemesi gerekir. Ancak, Anayasa Mahkemesinin olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerinin Anayasaya uygunluğunu denetleyip denetleyemeyeceği bu husustan bağımsızdır. Anayasanın 148. maddesindeki denetim yasağı, Anayasa hükümlerinin olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnameleri açısından birer üst norm olup olmadığına ilişkin değil, Anayasa Mahkemesi kararlarının olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerinin üst normu olup olmadığına ilişkindir.

Anayasa Mahkemesi, söz konusu kararda iptali istenen kararnamenin konu unsuruna ilişkin bir esas denetimi gerçekleştirmektedir. Hem “olağanüstü dönemlerin gerektirdiği konularda çıkarılma” hem de “olağanüstü dönem bölgesinde uygulanma” söz konusu kararda konu unsuru bakımından ele alınmıştır. Nitekim, “olağanüstü dönem bölgesinde uygulanma” şartı da kararda, söz konusu kararnamenin olağanüstü dönem bölgesi dışında da uygulama alanı bulan kanunların değiştirilmesinin konu edinilip edinilmeyeceğine ilişkin olarak değerlendirilmiştir²⁴⁸. Dolayısıyla, ortada tipik bir esas denetimi olduğu kanısındayız. Bu denetim ise, Anayasanın 148. maddesine aykırılık teşkil etmektedir. İsbetle vurgulandığı gibi, bir normun anayasal “olması gereken”lere aykırılığıyla bu normları yargısal denetimi farklı hususlardır²⁴⁹. Bu bağlamda, olağanüstü hâl bölgesi dışında uygulanan bir olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamesi, unsurları bakımından Anayasaya aykırılık teşkil etse, bu aykırılık hukukçular tarafından tespit edilebilse bile, Anayasa Mahkemesinin bu aykırılığı tespit ederek söz konusu normu iptal etmesi Anayasanın 148. maddesi dolayısıyla mümkün değildir.

Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesinin olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerinin yargısal denetimini gerçekleştiremeyeceğini, bu tür kanun hükmünde

248 Anayasa Mahkemesinin 10 Ocak 1991 tarihli ve E. 1990/25, K. 1991/1 Sayılı Kararı, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 27, s. 100-101.

249 Gözler, **Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukukî Rejimi**, a.g.e., s. 219.

kararnamelerin Anayasa Mahkemesinin iptal kararı ile geçersiz kılınamayacağını tespit edebiliriz. Bu durumun Anayasa Mahkemesinin iptal kararları ile olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerinin hiyerarşik ilişkisini etkileyip etkilemediğini aşağıda tartışacağız.

Olağan dönem kanun hükmünde kararnamelerinin meclis tarafından reddedilmesi, onaylanması veya değiştirerek kabulü ile bu işlemlerin olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamesi açısından yapılması temel anlamda birbirine benzemektedir. Dolayısıyla, olağanüstün kanun hükmünde kararnamelerin de Meclis tarafından kabulü, reddi veya değiştirilerek kabulü, bu normların hiyerarşik gücünü etkilemeyecektir.

i. Olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerinin normlar hiyerarşisindeki yeri

Olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnameleri de, olağan dönem kanun hükmünde kararnameleri gibi, geçerliliklerini doğrudan Anayasadan almaktadırlar. Bu normun ihdas usulü doğrudan Anayasanın kendisi tarafından 121/3 ve 122/2 maddelerinde öngörülmüştür. Dolayısıyla, normlar hiyerarşisinde olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerinin anayasa altı bir seviyede yer alması gerekecektir. Yine Anayasanın kendisi tarafından bu normun anayasaya uygunluk denetiminin yapılamaması bu gerçeği değiştirmez. Nitekim, bu durum Anayasa ile olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerinin hiyerarşik ilişkisine değil, olsa olsa Anayasa Mahkemesi kararı ile olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamesinin hiyerarşik ilişkisine ilişkin bir şey söylemektedir. Olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamesinin anayasaya aykırılık denetiminin yapılamayacak olması da yine Anayasanın gücünden ve normlar hiyerarşisinin en tepesinde yer almasından kaynaklanmaktadır.

Benzer şekilde, anayasal denetimin bulunmamasından dolayı, olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerinin Anayasaya aykırı düzenlemeler taşıması da bu normun normlar hiyerarşisinde Anayasa altı bir seviyede yer aldığı gerçeğini değiştirmez. Nitekim, maddî gerçeklik anlamında olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamesinin Anayasaya aykırı düzenlemeler içermesi, hukuken olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerinin *intra constitutionem* olması gerektiği gerçeğini değiştirmez. Olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnameleri açısından her anayasanın ilgili normları birer "olması gereken" ifade ederler. Bu "olması gereken"e aykırılığın Anayasa Mahkemesi

kararı ile yaptırıma bağlanmamış olması ayrı bir konudur. Yaptırım içermeyen hukuk normlarının olmasında yadrganacak bir durum bulunmamaktadır.

Olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnameleri de olağan dönem kanun hükmünde kararnameleri gibi kanun hükmünde, yani kanun gücündedir. Anayasa koyucu bu normların normlar hiyerarşisinde kanunlar ile aynı seviyede yer alacağını öngörmüştür. Dolayısıyla, bunların normlar hiyerarşisinde kanunların altında mı üstünde mi yer alacağını uzun uzun normatif geçerlilik teorisi uyarınca tartışmaya gerek yoktur. Olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnameleri de normlar hiyerarşisinde kanun, uluslararası antlaşmalar ve olağan dönem kanun hükmünde kararnameleri ile aynı basamakta yer alacaklardır.

Anayasa Mahkemesi kararı ile olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerinin denetlenebilmesi, bir olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamesinin normlar âleminde kaldırılması mümkün değildir. Dolayısıyla, yukarıda diğer kanun hükmünde kararnameler için yaptığımız, "bir norm nasıl geçerliliğini başka bir normdan alıyorsa, yine başka bir norm dolayısıyla kaybeder" şeklindeki yorumu yaparak Anayasa Mahkemesi kararlarının normlar hiyerarşisinde olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamesinin üstünde yer alacağı yorumunu burada yapamıyoruz. Ancak, yukarıda belirttiğimiz gibi, olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerinin normlar hiyerarşisinde kanun seviyesinde, kanunlar ile aynı basamakta yer alacağı doğrudan Anayasa tarafından düzenlenmiştir. Bu durum, "kanun hükmünde olma"nın bir sonucudur. Anayasa Mahkemesi kararlarının kanun ve olağan dönem kanun hükmünde kararnamelerinin üzerinde yer aldığını gösterdiğimize göre, olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerinin de normlar hiyerarşisinde Anayasa Mahkemesi kararlarının altına yerleştirilmesinde bir sakınca yoktur.

İçtüzük, meclisin iç çalışma düzenine ilişkin hükümler içerir. Bu, İçtüzüğün içerik anlamında Anayasa tarafından sınırlandırıldığı anlamına gelir²⁵⁰. Olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnameleri meclis dışında yürütme organı tarafından ihdas edilen bir işlem olduğuna göre, bu norm ile olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerinin ihdas usulünün belirlenmesi veya içeriğinin sınırlandırılması mümkün değildir. Buna rağmen, İçtüzüğün kanuna göre üst norm niteliği taşıdığını yukarıda göstermiştik. Olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnameleri normlar hiyerarşisinde kanun seviyesinde olduğuna göre, her ne kadar aralarında doğrudan bir geçerlilik ilişkisi kurulamayacak olsa da,

250 Anayasanın 95. maddesi, İçtüzüğün meclisin iç çalışmalarına ilişkin olacağını belirterek, bu normu konu unsuru açısından sınırlandırmıştır.

olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamesinin normlar hiyerarşisinde İtüzük altı bir seviyeye, kanunların yanına yerleştirilmesi doğru olacaktır.

Böylece, olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerinin normlar hiyerarşisinde sırasıyla Anayasa, Anayasa Mahkemesi kararı ve İtüzüğün altında, kanunlar, parlamento kararları, usulüne göre yürürlüğe girmiş uluslararası antlaşmalar ve olağan dönem kanun hükmünde kararnameleri ile aynı basamakta yer aldığını tespit etmiş bulunmaktayız.

3. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi

Türk hukukunda dikkat çekici bir başka düzenleyici işlem türü cumhurbaşkanlığı kararnameleridir. Her ne kadar bu normlar uygulama alanı, yani konu unsuru bakımından oldukça sınırlı olsalar da, bu normlara kısaca yer vermeden geçmek uygun düşmezdi. Nitekim, aşağıda görüleceği üzere, cumhurbaşkanlığı kararnameleri Türk hukukunda idarenin sahip olduğu özerk düzenleme yetkisinin bir örneği olarak önem arz etmektedir.

a. Hukukî rejimi

Türk hukuku normlar hiyerarşisi açısından incelememiz gereken idarenin bir başka düzenleyici işlemi cumhurbaşkanlığı kararnamesidir. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi 1982 Anayasasının 107. maddesi tarafından öngörülmüştür. İlgili maddeye göre: "Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilat ve çalışma esasları, personel atama işlemleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenir."

Buna göre, Cumhurbaşkanlığı kararnamesini çıkarmaya yetkili olan kişi Cumhurbaşkanıdır. Cumhurbaşkanı'nın bu işleminin karşı imza kuralına tâbi olmadığı ve Cumhurbaşkanı'nın bu işlemi kendi başına yapacağı düşünülmektedir²⁵¹. Bu tespitin önemi Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yargısal denetimine ilişkindir. Nitekim, Anayasanın 105. maddesinin 2. fıkrası uyarınca "Cumhurbaşkanı'nın resen imzaladığı kararlar ve emirler aleyhine Anayasa Mahkemesi dâhil, yargı mercilerine başvurulamaz.". Cumhurbaşkanlığı kararnamesi de Cumhurbaşkanı tarafından resen imzalanıyorsa, bu norm yargısal denetim dışında kalacaktır. Cumhurbaşkanı tarafından bu yetkinin kullanılabilmesi için kanun hükmünde kararnameler için öngörülen "yetki kanunu" şartı da

251 Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 298.

bulunmamaktadır²⁵².

Bununla birlikte, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin konu bakımından sınırlı bir norm olduğu görülmektedir. Bu norm Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin iç yapısına ve çalışma esaslarına ilişkindir²⁵³. Bir başka deyişle, bu normların dışa etkili olarak vatandaşları ve toplulukları bağlaması mümkün değildir²⁵⁴. Bu nedenle de bu normların Türk hukukunda istisnaî nitelikte olan idarenin özerk düzenleme yetkisine işaret edemeyeceği düşünülmektedir²⁵⁵. Özerk düzenleme yetkisi en temel anlamıyla, bir alanın idare tarafından düzenlenebilmesi için o alanın daha önceden Anayasa veya kanun tarafından düzenlenmiş olmasının gerekmemesini ifade eder²⁵⁶. Dolayısıyla, özerk düzenleme yetkisinin, ilgili normun konu unsuru ile bir ilgisi yoktur. Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin özerk bir düzenleme olmadığı iddia edilmesi ya bu normun özerk olmadığına ya da düzenleme olmadığına işaret eder ki her iki tespit de isabetsiz olur. Bir kere, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğine ilişkin Anayasa'da doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. 107. maddede Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğine ilişkin hususların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceğinin belirtilmesi ise bu konuda kanunla düzenleme yapılamayacağını ifade etmektedir²⁵⁷. Dolayısıyla, bu konunun düzenlenebilmesi için öncelikle kanunla düzenleme yapılması da mümkün değildir. Bu bakımdan, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin özerkliği konusunda hiçbir şüphe bulunmamalıdır. Bu kararnamenin düzenleyici niteliği ise doğrudan Anayasanın 107. maddesi tarafından vurgulandığına göre, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin özerk düzenleme yetkisinin bir örneği olduğu konusunda şüphe bulunmamaktadır.

Sıkı olmamakla beraber Cumhurbaşkanlığı kararnamesi açısından da bir takım şekil şartları bulunmaktadır. Neticede cumhurbaşkanının bir kararnamesi olan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi yazılı şekle tâbidir²⁵⁸. Bununla birlikte, Cumhurbaşkanı veya yokluğunda vekili tarafından imzalanmış olması gereklidir²⁵⁹.

252 a.y.

253 Yavuzdoğan, a.g.m., s. 237.

254 Duran, "Yürütme Yetkisi Özerk Sayılabilir Mi?", a.g.m., s. 40.

255 Yavuzdoğan, a.g.m., s. 237. Lütfi Duran ise, bu norm içe dönük olabileceği için, özerk düzenleme yetkisine "gerçek anlamda" örnek oluşturamayacağı kanısındadır. Duran, "Yürütme Yetkisi Özerk Sayılabilir Mi?", a.g.m., s. 40.

256 Duran, "Yürütme Yetkisi Özerk Sayılabilir Mi?", a.g.m., s. 34-35.

257 Ergun Özbudun, **Anayasa Hukuku**, 2.b., Anadolu Üniversitesi, Eskişehir, 2004, s. 137.

258 Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumî Esasları**, 3.b., Cilt: 1, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s. 398.

259 a.y.

b. Normlar hiyerarşisindeki yeri

Yukarıda görüldüğü gibi, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi Türk hukukundaki geçerliliğini Anayasaya borçludur. Anayasa öngörmemiş olsaydı, Cumhurbaşkanının bu normu ihdas etme yetkisi bulunamazdı. Ayrıca, Anayasa aynı zamanda bu normun içeriğini, neyi düzenleyebileceğini de belirlemiştir. Bu nedenle de bu normların normlar hiyerarşisinde Anayasa altı bir seviyede yer alacağına şüphe bulunmamaktadır. Ancak, bu normun kanun ve Anayasa Mahkemesi kararları ile hiyerarşik ilişkisinin tespiti kolay değildir. Öncelikle Anayasa Mahkemesi kararları ile olan ilişkisini ele alalım.

Yukarıda Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yargısal denetime tâbi olmadığını belirtmiştik. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesinin bir kararı ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin geçerliliğini yitireceğini söylemek ve bu nedenle de Anayasa Mahkemesi kararlarının normlar hiyerarşisinde Cumhurbaşkanlığı kararnamesinden üstte yer alacağını söyleyemeyiz. Öte yandan, Anayasa Mahkemesinin karar verirken Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile bağlı olması da mümkün değildir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve TBMM İçtüzüğü'nün yargısal denetimini gerçekleştirirken Cumhurbaşkanlığı kararnamesini bir ölçü norm olarak alamayacak ve yalnızca Anayasaya dayanarak denetim gerçekleştirecektir. Dolayısıyla, bu iki norm arasında hiyerarşik bir ilişkinin bulunmadığı söylenebilir. Ancak, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin hiyerarşik yerine kesin olarak karar vermeden önce bu normun kanun gibi başka normlar ile hiyerarşik ilişkisini de incelemek gereklidir.

Kanunların içerik olarak Cumhurbaşkanlığı kararnamesini belirlemesi mümkün değildir. Bu zaten Anayasa tarafından yapılmıştır ve yukarıda yaptığımız tespit neticesinde aynı içerikte kanunlar çıkarılması mümkün değildir. Ancak, acaba, kanunların Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin ihdas usulünü belirlemesi mümkün müdür? Yasama yetkisinin aslîliği ilkesi uyarınca, kanunların *secundum constitutionem* olması gerekmemektedir. Bu nedenle, Anayasa'da düzenlenmemiş bir hususun ilk elden kanunlarla düzenlenmesi mümkündür²⁶⁰. Ancak, Anayasanın 107. maddesinin kanunların genelliği ilkesinin istisnasını oluşturmaktadır ve kanunların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi tarafından düzenlenmesi gereken hususları konu edinmesi mümkün değildir. Ancak, kanunlar tarafından Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin ihdas usulünün düzenlenmesine anayasal bir engel bulunmamaktadır. Dolayısıyla, içerik belirlemek yoluyla olmasa da

260 Arıkan, a.g.e., s. 37; Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 367; Güneş, a.g.e., s. 41.

ihdas usulünü belirlemek yoluyla kanunların Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin üst normu olması mümkündür. Burada önemli olan böyle bir kanunun var olup olmadığı değil, hukuka uygun şekilde var olup olamayacağıdır. Kanunlar, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin ihdas usulünü belirleme, bu norm için çeşitli şekli ve usulî kurallar belirleme gücüne sahip olduğuna göre, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi normlar hiyerarşisinde kanun altı bir seviyede yer almalıdır.

Daha önce de çeşitli vesilelerle belirttiğimiz gibi, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin ihdas usulünü belirleyen bir kanuna uygunluğunun yargı yoluyla denetlenememesi bu iki normun hiyerarşik ilişkisine dair bir husus değildir. Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kanunlara uygunluğu hiçbir makam tarafından denetlemeyecek olsa bile kanunlar, bu normların ihdas usulünü belirleme gücüne sahip olduğu için hiyerarşik üst konumunda yer alacaktır. Aynı durum Anayasa ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesi açısından da geçerlidir. Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin anayasaya uygunluk denetimi Anayasa Mahkemesi tarafından yapılamıyor diye, bu normun normlar hiyerarşisinde Anayasa ile aynı kademeye yerleştirilmesi mümkün değildir.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kanun altı bir seviyede yer alacağına göre, bu normların tüzük ve yönetmelik gibi düzenleyici işlemlerle hiyerarşik ilişkilerinin de incelenmesi gerekmektedir. Biz tüzük ve yönetmelik normlarını aşağıda detaylı şekilde inceleyeceğiz. Dolayısıyla, tüzük ve yönetmelik normlarının Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile hiyerarşik ilişkisi de aşağıda ilgili yerlerde incelenecektir.

B. TÜZÜK

Bu kısımda, Türk hukukunda idarenin düzenleyici işlem türlerinden biri olan tüzüklerin hukukî rejimini ve normlar hiyerarşisindeki yerini inceleyeceğiz. 1982 Anayasası 115. maddesinde "Bakanlar Kurulu, kanunun uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek üzere, kanunlara aykırı olmamak ve Danıştay'ın incelemesinden geçirilmek şartıyla tüzükler çıkarabilir." diyerek tüzüklerin Türk hukukundaki varlığını tanımıştır. Anayasanın bu maddesinden hareketle tüzükler şu şekilde tanımlanmaktadır: "Tüzükler bir kanunun uygulanmasını göstermek ve emrettiği işleri belirtmek üzere, kanunlara aykırı olmamak ve Danıştayın incelemesinden geçirilmek şartıyla Bakanlar

Kurulu tarafından çıkarılan yazılı hukuk kurallarıdır."²⁶¹. Şimdi bu düzenleyici işlemin unsurlarını inceleyelim.

1. Yetki Unsuru

Tüzük çıkarmakla yetkili organ, Anayasanın 115. maddesine göre Bakanlar Kuruludur²⁶². Ancak, tüzüklerde yalnızca başbakan ve bakanların imzası değil, cumhurbaşkanının imzası da bulunmaktadır²⁶³. Bunun nedeni, Türk hukukunda Bakanlar Kurulunun bütün işlemlerine cumhurbaşkanı tarafından imza atılıyor olmasıdır²⁶⁴. Dolayısıyla, burada Cumhurbaşkanının tüzük işleminin yapıcısı olup olmadığı tartışılabilir.

Lütfi Duran'a göre, Cumhurbaşkanının tüzüğe ilişkin imzası, aynı kanunlar açısından öngörülüne benzer şekilde, işlemin varlığını ve geçerliliğini doğrulamak ile yayınlamaktan ibarettir²⁶⁵. Nasıl, kanun yapma yetkisi aslen yasama organına aitse, tüzük yapma yetkisinin de Bakanlar Kuruluna ait olduğu sonucuna buradan ulaşılmaktadır²⁶⁶. Bu noktada Anayasanın 89. maddesinin 115. maddesine kıyasen uygulanması söz konusudur. 115. maddenin 2. fıkrası tüzüklerin Cumhurbaşkanı tarafından imzalanacağını ve kanunlar gibi yayınlanacağını düzenlemektedir. Ancak, bir madde Cumhurbaşkanı ile Bakanlar Kurulunun arasındaki ilişkiyi düzenlerken, diğer madde Türkiye Büyük Millet Meclisi ile Cumhurbaşkanı arasındaki ilişkiyi düzenlediğinden, burada kıyasın koşullarının eksik olduğu belirtilmektedir²⁶⁷. Kanımızca, yasama organının kanun çıkarmaya yetkili olduğu hukuk dışı bir yorumdan değil doğrudan Anayasanın 7. ve 87. maddelerinden kaynaklanmaktadır. Anayasanın 7. maddesi yasama yetkisini TBMM'ne verirken, 87. maddesi bu yetkiyi "kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak" olarak somutlaştırmaktadır. Benzer şekilde, tüzük çıkarma yetkisi de Bakanlar Kuruluna aittir. Çünkü, Anayasanın 115. maddesi tüzüklerin Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacağını açıkça düzenlemiştir. Ortada kıyas yapmaya gerek olacak bir boşluk olmadığı kanısındayız.

Bunun yanında, tüzük taslaklarının Danıştayın denetiminden geçirilmesi zorunlu olduğundan (Anayasa m. 115/1), Türk hukukunda tüzük çıkarma yetkisinin Danıştay ve

261 Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 1237.

262 Şeref Gözübüyük – Turgut Tan, **İdare Hukuku**, 10.b., 1. Cilt, Turhan, Ankara, 2014, s. 110; Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 1238; Günday, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 111.

263 Gözübüyük - Tan, a.g.e., s. 110

264 Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 1238.

265 Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, a.g.e., s. 452.

266 a.y.

267 Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 1245.

Bakanlar Kurulu arasında paylaştırıldığı da düşünülmektedir²⁶⁸. Bu görüşün temelinde Danıştayın inceleme neticesinde verdiği görüşün Bakanlar Kurulu için bağlayıcı olduğu düşüncesi yatmaktadır. Danıştay incelemesi, kanımızca tüzüğün usul unsuruna ilişkin bir şarttır. Eğer, Bakanlar Kurulu ancak Danıştay denetiminden geçmiş nihaî metni tüzük halinde getirebiliyorsa²⁶⁹ bu yetkinin Bakanlar Kurulu ve Danıştay arasında paylaştırıldığı söylenebilecektir. Nitekim, bu durumda Danıştayın iradesi doğrudan normun ihdası için gereklidir. Onun iradesi dışında tüzük çıkarılması mümkün olmayacaktır. Ancak, biz aşağıda, Danıştayın inceleme neticesinde bildirdiği görüşün bağlayıcı olmadığını savunarak Bakanlar Kurulunun tüzük çıkarmaya yetkili tek organ olduğunu savunacağız.

Bununla birlikte, bazen kanunların tüzük çıkarılması için belli bir süre öngördüğü görülmektedir. Bu tür sürelerin tüzüklerin hızlı bir şekilde çıkarılmasını amaçladığı ve dolayısıyla bu sürenin dolmasından sonra çıkarılan tüzüklerin de hukuka uygun olacağı yönünde görüşler bildirilmektedir²⁷⁰. Biz de esas olarak bu görüşlerle hemfikiriz. Nitekim, eğer kanun tüzüğün belli bir süre içerisinde çıkarılmasını öngörmüş, fakat bu sürenin dolmasından sonra çıkarılacak olan tüzüklerin geçersiz olacağı yönünde bir yaptırıma hükmetmemişse veya açıkça böyle bir yaptırıma hükmetmemekle birlikte, kanun metninden geçersizlik yaptırımı anlaşılamiyorsa süresi dışında çıkarılan tüzüğün hukuka aykırı olacağına hükmedilemez.

2. Sebep unsuru

Sebep unsurunu yukarıda "... o idarî işlemde önce gelen, İdareyi o işlemi yapmaya sevk eden ve nesnel hukuk kurallarınca belirlenmiş bulunan bir etken..."²⁷¹ şeklinde tanımlamıştık. Tüzük de, aynı kanun hükmünde kararnameler gibi, sebebe bağlı işlemlerdir. Buna göre, bir tüzüğün sebep unsuru bir kanundur²⁷². Tüzüklerin *secundum legem* olma özelliğinden dolayı, mutlaka bir kanuna dayanmaları gerekmektedir. Daha önce kanunla düzenlenmemiş bir konuda tüzük çıkarılması mümkün değildir²⁷³. Fakat, o konu kanun tarafından ilk elden düzenlendiği sürece, kanunun açıkça tüzük çıkarılmasını

268 Günday, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 111; Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, a.g.e., s. 453.

269 Günday, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 111.

270 Duran, **İdare Hukuku Ders Notları** s. 455; Günday, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 112.

271 Günday, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 152.

272 Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 1238.

273 Günday, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 112.

öngörmesine lüzum yoktur²⁷⁴. Bununla birlikte, eğer tüzük çıkarılacağı ayrıca kanun tarafından öngörülmüşse, Bakanlar Kurulu bu tüzüğü çıkarmak zorundadır²⁷⁵. Hatta, yürütmenin hem bir yetki hem de görev olmasından dolayı, eğer kanunun uygulanmasının gösterilmesi ve emrettiği işlerin belirtilmesi için tüzük çıkartılması gerekliyse, bu husus kanun tarafından öngörülmemişse bile Bakanlar Kurulunun hukuken o tüzüğü çıkarmakla yükümlü olduğu söylenebilir²⁷⁶. Ancak, tüzük çıkarılacağı ayrıca öngörülmemişse, aynı maksatla yönetmelik çıkarılması da kanımızca mümkündür. Fakat, kanunun uygulanması anlamında bir düzenleyici işleme ihtiyaç duyulmasına rağmen, bu düzenleyici işlemin çıkarılmaması kanunî idare ilkesinin ihlali anlamına gelecektir²⁷⁷.

Bununla birlikte, kanunun tüzükle düzenlenmesini öngördüğü bir konunun yönetmelik ile düzenlenmesi mümkün değildir. "Zira bu hallerde, konunun tüzükle düzenlenmesini öngörerek, kanun koyucu, yürütme organını yönetmelik gibi her zaman değiştirebileceği bir metin yerine daha esaslı şekil şartlarına tâbi bulunan bir tüzükle bağlamak istemiştir."²⁷⁸ Kanunun tüzükle düzenlenmesini öngördüğü bir alanın yönetmelikle düzenlenmesi kanun koyucunun iradesinin dolanılmasına sebep olur²⁷⁹.

Bununla beraber, kanunun yönetmelikle düzenleneceğini öngördüğü bir alanın tüzükle düzenlenip düzenlenmeyeceğini de tartışmamız mümkündür. İlk bakışta, bu örnekte idarenin daha sıkı şekli şartlara uymasının gerekeceği ve bu nedenle de yönetmelikle düzenlenmesi öngörülen bir alanın tüzükle düzenlenmesinin daha güvenceli olacağı düşünülebilir. Ancak, kanımızca, yönetmelikle düzenlenmesi kanunen öngörülmüş bir alanın tüzükle düzenlenmesi de mümkün değildir. Nitekim, kanun koyucunun tüzük yerine yönetmeliği tercih etmesinin de belli sebepleri olabilir. Her şeyden önce, söz konusu düzenleyici işlemin daha kolay değiştirilebilecek bir metin olmasını öngörmüş olabilir. Bu konuda kanun koyucunun niyetini okumak her durumda mümkün olmadığına göre, kanunun sözü ile bağlı kalınması doğru olacaktır. Ayrıca, kanun koyucu, idarenin daha önce benzer bir konuda çıkarılan ve normlar hiyerarşisinde yönetmeliğin üstünde yer alan bir tüzüğe uygun olarak düzenleme yapılmasını istemiş olması da mümkündür. Bu nedenlerle, kanımızca, kanunda yönetmelikle düzenleneceği öngörülen konular

274 Günday, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 112-113.

275 Günday, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 113.

276 Onur Karahanoğulları, **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler**, 2.b., Turhan, Ankara, 2012,, s. 94.

277 a.y.

278 Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 1239.

279 Güneş, a.g.e., s. 175.

yönetmelikle, tüzükle düzenleneceği düzenlenen konular da tüzükle düzenlenmelidir.

3. Konu unsuru

Anayasanın 115. maddesinde tüzüklerin "kanunun uygulanmasını göstermek" ya da "kanunun emrettiği işleri belirtmek" üzere çıkarılacağı düzenlenmiştir. Buna göre, tüzüklerin bu iki konu ile ilgili olarak çıkarılabileceği söylenebilir²⁸⁰. Bununla beraber, tüzükleri konularına göre "kanunun uygulamasını göstermek" için çıkarılan tüzükler ve "kanunun emrettiği işleri belirtmek" için çıkarılan tüzükler olarak ikiye ayıran yazarlar olduğu görülmektedir²⁸¹. Bu yazarlar göre, "kanunun emrettiği işleri belirtmek" amacıyla çıkarılan tüzükler yürürlüğe girmeden kanunun uygulanması mümkün değildir²⁸².

Bu görüşe karşı, tüzükleri konularına göre ayırmanın pratikte her zaman mümkün olmadığı vurgulanmakta ve bu iki konuda çıkarılan tüzüklerin de aynı hukukî rejime tâbi olduğu belirtilmektedir²⁸³. Böyle bir ayırımın pratik bir öneme sahip olmaması nedeniyle²⁸⁴ çalışmamızda tüzükleri konularına göre ayırmadan inceleyeceğiz.

4. Usul unsuru

Tüzükler de tıpkı olağan dönem kanun hükmünde kararnameleri gibi bir Bakanlar Kurulu işlemidir. Dolayısıyla da kolektif bir işlemdir. Yani, tüzüklerin Bakanlar Kurulunda müzakere edilmiş olması gerekir, aksi halde usul unsuru bakımından hukuka aykırılık söz konusu olur²⁸⁵. Ancak, bunun yanında tüzüklerin bir de Danıştay denetiminden geçirilme zorunluluğu vardır. Usul unsurundaki bu şart tüzükleri idarenin diğer düzenleyici işlemlerinden ayırmaktadır²⁸⁶.

Danıştayın denetiminden geçmek, tüzüklerin aslî usul şartı olduğundan, bu denetimden geçmeyen tüzükler usul unsuru bakımından hukuka aykırıdır²⁸⁷. Bu hukuka aykırılığın yaptırımını olarak tüzüğün hiç yapılmamış sayılacağı belirtilmektedir²⁸⁸. Bu sonuç, kanımızca, son derece makuldür. Nitekim, daha önce de belirttiğimiz gibi, eğer bir

280 Günday, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 113.

281 Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, a.g.e., s. 454-455; Tahsin Bekir Balta, **İdare Hukukuna Giriş**, 1.b., Cilt: 1, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1968/1970, s. 124.

282 Balta, a.g.e., s. 124; Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, a.g.e., s. 454-455.

283 Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 1239; Günday, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 113.

284 Güneş, a.g.e., s. 179; Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 263.

285 Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 1239.

286 Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 263; Tanör - Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 405.

287 Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 1240.

288 Günday, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 112.

normun belli bir norm olmasının sebebi öngörülen ihdas usulü ile yürürlüğe sokulmuş olmak ise, Danıştay denetiminden geçirilmemiş bir metnin tüzük olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Danıştay denetimi, tüzükler açısından bir usul şartı olarak öngörülmüştür. Bununla birlikte, Danıştay denetiminden geçmemiş olan bir metnin tüzük olarak nitelendirilmesi mümkün olmasa da yönetmelik olarak nitelendirilebileceği öne sürülmüştür²⁸⁹. Ancak, bu durumda kanun koyucunun tüzükle düzenlenmesini istediği bir alanın, usul şartına aykırı olan tüzüğün yönetmeliğe dönüştürülmesi halinde, kanun koyucunun iradesi bertaraf edilmiş olacak, söz konusu alan sıkı şekil şartına bağlı bir norm tarafından düzenlenecekken, yönetmelik gibi idare tarafından çok daha rahat değiştirilebilecek bir norm ile düzenlenmiş olacaktır²⁹⁰. Yukarıda biz de kanunda açıkça tüzük ile düzenleneceği belirtilen bir konunun yönetmelikle düzenlenmesinin kanuna ve kanunî idare ilkesine aykırı olacağını belirtmiştik. Danıştay da kanunda tüzükle düzenlenmesi öngörülen bir alanın yönetmelikle düzenlenemeyeceğini belirtmiştir²⁹¹. Bununla birlikte, kanunun bir alanın tüzükle mi yönetmelikle mi düzenleneceği konusunda sessiz kaldığı durumlarda ortada usul şartına aykırı bir tüzük mü yoksa bir yönetmelik mi olduğu sorusu tartışmalı olabilir. Nitekim, aşağıda göreceğimiz gibi, Bakanlar Kurulunun yönetmelik çıkarmasının mümkün olduğunu savunan görüşler bulunmaktadır²⁹². Bakanlar Kurulunun yönetmelikleri de birer kurul işlemi, yani kolektif işlemdir. Bakanlar Kurulunun tüzükleri ile yönetmeliklerini ayırt eden tek husus bunların başlığı ve Danıştay denetimidir. Dolayısıyla, Bakanlar Kurulunun tüzük çıkarmak niyetiyle kaleme aldığı, fakat Danıştay denetiminden geçirmediği metinler, Bakanlar Kurulunun çıkaracağı bir yönetmelikte aranan bütün unsurları taşıyacaktır. Bir başka deyişle, aslında burada bir "dönüştürme kuramı"ndan bahsetmek de mümkün değildir²⁹³. Buna göre, meclisin bir kanunla onayladığı kanun hükmünde kararnamenin kanuna dönüşmesi mümkün değildir. Ancak, bunun sebebi, bu normları çıkaran organların "iradesi" değil, bunların ihdas usulüdür. Kanun hükmünde kararname Bakanlar Kurulu tarafından, bir yetki kanununa dayanarak, bir kurul kararı olarak çıkarılan ve hukukî geçerliliğini meclisin onayından önce kazanan bir normdur. Kanun ise doğrudan Anayasadan alınan yetki ile parlamento tarafından

289 Onar (Sıddık Sami), a.g.e., Cilt: 1, s. 383. (Dikkat Çeken: Günay, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 112.

290 Güneş, a.g.e., s. 175-176; Günay, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 112; Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 1240.

291 Danıştay 1. Dairesinin 12 Kasım 1992 tarihli ve E. 1992/343, K. 1992/349 Nolu Kararı.

292 Biz bu görüşlere karşı çıkarak aşağıda Bakanlar Kurulunun yönetmelik çıkaramayacağını savunacağız.

293 Dönüştürme kuramı için bkz. Sıddık Sami Onar, a.g.e., Cilt: 1, s. 383. Eleştirisi için bkz. Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 1040-1043.

Anayasa ve İÇtüzükte öngörülen usule uygun olarak çıkarılmaktadır. Dolayısıyla, meclisin onayı ile, daha önce başka bir norm olarak ihdas edilmiş olan kanun hükmünde kararnamenin, bir kanuna dönüşmesi, bu durum Anayasa tarafından öngörülmediği için, mümkün değildir. Ancak, burada karşılaştığımız durum farklıdır. Bir kere, her iki norm da aynı organ tarafından çıkarılmaktadır. Bu normun tâbi olacağı hukukî rejim, onu çıkaran organın iradesi ve nitelendirmesi ile bağlı değildir. Tâbi olunacak hukukî rejim, o normun öngörülen anayasal usullerden hangisi ile çıkarıldığına bağlıdır. Dolayısıyla, Bakanlar Kurulu bir normu tüzük olarak çıkarmak niyetinde olsa bile, bu norm Danıştay denetiminden geçirilmemişse tüzük olduğundan bahsedilemez. Bu durumda, söz konusu normun bir yönetmelik için gereken şartları taşıyıp taşımadığı belirlenmelidir. Aşağıda detaylı olarak inceleneceği üzere, Bakanlar Kurulu, tüzük çıkarılması ile ilgili diğer şartlara uyduğu takdirde, salt Danıştay denetimi şartının ihlali mevcutsa, geçerli şekilde bir yönetmelik çıkarmış olacaktır. Ancak, yalnızca bir olasılık olarak belirttiğimiz bu görüşü benimsemiyoruz. Nitekim, bize göre, Bakanlar Kurulu tarafından yönetmelik çıkarılabilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla, Danıştay incelemesinden geçirilmeden yayınlanmış, Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan düzenleyici nitelikteki bir işlem her şekilde hukuka aykırı olacaktır.

Bununla birlikte, Danıştay incelemesinden geçirme şartının tüzükte herhangi bir değişiklik yapılmak istendiğinde bu değişiklikler açısından da geçerli olduğu belirtilmelidir. Benzer şekilde, Danıştay denetiminden geçmiş olan bir metin üzerinde değişiklik yapılarak tüzüğün ihdas edilmesi de mümkün değildir. Herhangi bir değişiklik halinde, yeniden Danıştay incelemesinden geçirmek zorunludur²⁹⁴. Danıştay da bu hususu içtihadında benimsemiştir²⁹⁵.

Doktrinde Danıştay incelemesinin istişârî nitelikte olduğu, yani Bakanlar Kurulunun Danıştayın verdiği görüşle bağlı olmadığı yönünde bir görüş bulunmaktadır²⁹⁶. Buna göre, Danıştay denetiminden geçirmek bir usul şartıdır²⁹⁷; bu bağlamda, tüzüğün Danıştay denetiminden geçirilmesi zorunlu iken, Bakanlar Kurulu bu inceleme neticesinde Danıştayın belirttiği görüşlerle bağlı değildir.

Bununla birlikte, doktrinde Danıştay denetiminin tüzük işleminin yetki unsuruna

294 Gözübüyük – Tan, a.g.e., s. 111.

295 Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 12 Haziran 1987 tarihli ve E. 986/45, K. 987/32 Nolu Kararı, **Danıştay Dergisi**, Sayı: 68-69, s. 207 vd. (Nakleden: Gözübüyük – Tan, a.g.e., s. 111.).

296 Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 1240.

297 Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 1242.

ilişkin olduğu yönünde de görüşler bulunmaktadır. Duran'a göre, düzenleyici nitelikte bir işlemin tek başına Bakanlar Kurulu tarafından yapılması uygun görülmediğinden bu yetki Bakanlar Kurulu ile Danıştay arasında paylaştırılmıştır²⁹⁸. Duran'ın kanısı bu anlamda tarihsel bir argümandır ve hukuken geçerliliği tartışmalıdır²⁹⁹. Türk hukukunda bir durumun öteden beri belli bir şekilde anlaşılmış olması, pozitif bir hükmün, öteden beri anlaşılan şekilde yorumlanması gerektiğine işaret edemez. Bununla birlikte Metin Günday da, yukarıda belirtildiği gibi, Danıştayın tüzük çıkarmakla yetkili bir organ olduğunu savunmaktadır³⁰⁰. Bu görüşün sebebi olarak, Bakanlar Kurulunun tüzük çıkarma yetkisini ancak taslağı Danıştay denetiminden geçirerek kullanabilmesi olarak göstermektedir³⁰¹. Ancak, burada bir işlemin yapıcısı ile o işlemin yapılması için zorunlu olan usulî bir süreçte görevli olan organ birbirine karıştırılmaktadır. İşlemin yapılabilmesi için Danıştayın denetim işlemi gerçekleştirmesinin gerekmesi, kendi başına Danıştayın bu işlemin yapıcısı haline gelmesine yol açmaz. Öncelikle, Danıştayın inceleme ile ortaya koyduğu iradenin işleme etkisi incelenmelidir. Bir başka deyişle, Danıştayın görüşü Bakanlar Kurulu açısından bağlayıcı ise Danıştay işlemin yapıcısı sayılabilecek ve zaten eğer Danıştay işlemin yapıcısı ise Danıştay incelemesinin yetki unsuruna ilişkin olduğu söylenebilecektir. Dolayısıyla, Metin Günday'ın argümanının değerlendirilebilmesi için öncelikle Danıştay incelemesinin niteliğine karar vermek gereklidir. Ayrıca, Giritli-Bilgen-Akgüner ve Berk'in de Danıştay incelemesini tüzüğün yetki unsuru altında incelediği, fakat bunun sebebini göstermediği görülmektedir³⁰².

Belirttiğimiz gibi, Danıştayın görüşünün Bakanlar Kurulu açısından bağlı olması, Danıştayın tüzük çıkarma yetkisine sahip organ olarak görülmesini kaçınılmaz olarak beraberinde getirir. Hatta, Danıştayın görüşünün Bakanlar Kurulu açısından bağlayıcı olduğunu ve Bakanlar Kurulunun ancak Danıştay denetiminden geçen tüzüğü son haliyle kabul edebileceğini, onun üzerinde tekrar Danıştayın "onayı" olmadan bir işlem yapamayacağı kabul edildiğinde, Bakanlar Kurulu yalnızca tüzüğü çıkarıp çıkarmama konusunda inisiyatif alan bir organ olarak görülecek, hatta, kanunun tüzük çıkarılmasını zorunlu kıldığı ya da kanunun uygulanması için tüzük çıkarılmasının zorunluluk arz ettiği

298 Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, a.g.e., s. 453.

299 Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 1242, dipnot 231.

300 Günday, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 111.

301 Günday, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 111.

302 İsmet Giritli - Pertev Bilgen - Tayfun Akgüner - Kahraman Berk, **İdare Hukuku**, 6.b., DER Yayınları, İstanbul, 2013, s. 227-228.

durumda tüzük çıkarmaya yetkili olan organ Danıştay haline gelecektir. Bu durumda, Bakanlar Kurulunun tüzük çıkarma yetkisi olduğunu söylemek de mümkün değildir. Nitekim, kanun öyle gerektirdiği yahut da kanunun uygulanması için tüzük çıkarılması icap ettiğinden, Bakanlar Kurulu hukuken Danıştayın son şeklini verdiği metni tüzükleştirmek zorunda kalacaktır. Kanımızca, böyle bir görüş Anayasaya aykırı olur. Nitekim, Anayasamız tüzüklerin Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacağını öngörerek (m. 115) bu konuda asıl irade sahibi olması gerekenin Bakanlar Kurulu olması gerektiğine hükmetmiştir.

Kanımızca, Danıştayın incelmesinin tüzük işleminin usul unsuruna ait olduğunun ve bu incelemenin zorunlu, fakat inceleme neticesinde belirtilen görüşün uyulması ihtiyarî, bağlayıcılığı olmayan bir görüş olduğu kabul edilmelidir³⁰³. Aksinin kuvvetler ayrılığı ilkesine de aykırı olacağı vurgulanmaktadır³⁰⁴. Son olarak bu konudaki bir Anayasa Mahkemesi kararını incelemekte fayda vardır.

"1961 Anayasası'nın Temsilciler Meclisi'nde görüşülmesi sırasında tasarıdaki 'mütalaası alınarak' sözleri yerine 'Danıştayın tetkikinden geçirilmesi' açıklığının konulması, tüzük konusundaki işlevin istişarî olmadığını kanıtlamaktadır. Öğretilde, Danıştay incelemesinin kapsamlı ve Tüzüğe geçerlilik sağlayan bir kural işlem olduğu konusunda belirgin bir çoğunluk vardır. Danıştay'ın katkısının düşünce bildirmekle sınırlı kalmayacağı açıktır. Kuruluşu bakımından hem bir danışma ve inceleme organı, hem de yüksek bir yargı organı olan Danıştay'ın tüzük konusundaki katkısı yalnız Anayasa'nın 115. maddesi gereği değil, aynı zamanda anayasal kuruluşu ve yapısı (konumu) gereğidir."³⁰⁵

İlk olarak, 1961 Anayasasının hazırlık çalışmalarından faydalanarak 1982 Anayasasındaki durumu yorumlamanın hukuken isabetsiz olduğu belirtilmelidir³⁰⁶. 1961 Anayasası ile 1982 Anayasası askerî darbeler neticesinde oluşturulmuşlardır. 1982 Anayasası 1961 Anayasasının öngördüğü herhangi bir usulle çıkarılmamış, hukuk dışı yöntemlerle kendisini 1961 Anayasası yerine geçirmiş ve "etkililik"³⁰⁷ sağlayarak geçerliliğini kurmuştur. 1961 Anayasasının bir hükmünün hazırlık çalışmalarından yola çıkılarak 1982 Anayasasının bir hükmü hakkında hukukî yorumda bulunulması (bu

303 Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 1241.

304 a.y.

305 Anayasa Mahkemesinin 21 Haziran 1991 tarihli ve E. 1990/19, K. 1991/15 Nolu kararı, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 28, s. 22-23.

306 Bu yöndeki bir görüş için bkz. Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 1241-1242.

307 Hans Kelsen'in temel norm varsayımına uygun şekilde, bir bütün halinde etkili olan 1982 Anayasası geçerliliğini 1961 Anayasasından değil, olsa olsa varsayımsal temel normdan almaktadır.

normların içeriği tamamen aynı olsa da) hukuken mümkün değildir. Bununla birlikte, bir an için 1961 Anayasasının hazırlık çalışmalarındaki bir hükmün 1982 Anayasasının bir hükmünün yorumlanmasında uygulanabileceğini kabul etsek dahi, Anayasa Mahkemesinin yorumuyla, Danıştay incelemesinin neticesindeki görüşün Bakanlar Kurulu açısından bağlayıcı olacağı sonucuna ulaşılamaz. Anayasa Mahkemesi, "mütalaa" sözcüğü yerine "tetkik" ifadesinin seçilmiş olmasından yola çıkarak Danıştay görüşünün bağlayıcı olacağı sonucuna ulaşmaktadır. Tetkik sözcüğünün anlamı inceleme veya araştırmadır³⁰⁸. "Mütalaa" ise etüt veya "herhangi bir konu üzerinde ayrıntılı düşünme ile oluşan görüş ve yorum" anlamına gelmektedir³⁰⁹. Bu kelimelerin hiçbirinin kendi başına bağlayıcılık ifade eden bir anlamı bulunmamaktadır. Bu kelimeler, Danıştayın yapacağı işi nitelemektedir. Danıştay bir etüt de gerçekleştirirse, bir inceleme veya araştırma da gerçekleştirirse, bu etüt, inceleme veya araştırma neticesinde ulaşılan sonucun Bakanlar Kurulunu bağlayıp bağlamayacağı ayrı bir sorundur. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesinin "1961 Anayasası'nın Temsilciler Meclisi'nde görüşülmesi sırasında tasarıdaki 'mütalaa' alınarak" sözleri yerine 'Danıştayın tetkikinden geçirilmesi' açıklığının konulması, tüzük konusundaki işlevin istişarî olmadığını kanıtlamaktadır." şeklindeki açıklaması doğru değildir. Benzer şekilde, Danıştay incelmesinin kapsamı ile bu incelemeden geçirilmeyen bir metnin tüzük olarak ihdas edilemeyeceği de Danıştay incelemesinin ulaştığı sonucun Bakanlar Kurulu açısından ne ifade ettiğinden farklı bir sorundur. Danıştay incelemesinin "kapsamı" Danıştayın hukukîlik denetimi yanında yerindelik denetimi de yapabileceğine işaret ediyor olabilir. Ancak, buna dayanarak, Bakanlar Kurulunun bu denetim ile bağlı olduğu söylenemez. "Danıştay incelemesinin... Tüzüğe geçerlilik sağlayan bir kural işlem olduğu..." tespiti de yerinde değildir. Her şeyden önce, tüzüğe geçerlilik sağlayan norm Anayasasının 115. maddesidir. Danıştay incelemesi, tüzüğün ihdas usulüne dâhil olan maddî bir olgudur. Kanunlar için teklif nasıl bir geçerlilik kaynağı değil, usulî adım ise, Danıştay incelemesi de aynı şekilde tüzük için bir geçerlilik kaynağı olamaz. Maddî olgularla normlara geçerlilik sağlanması mümkün değildir. İkinci olarak, Danıştay denetiminin zorunlu olması, tüzük ihdasının usulî bir şartı olduğu için, bu şarta aykırılık tüzüğü

308 Bkz. Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.54df9a44b70a70.38187170, Erişim Tarihi: 14.2.2015.

309 Bkz. Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.54df9a49a1b323.21285317, Erişim Tarihi: 14.2.2015.

sakattamaktadır.

Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesinin Danıştay görüşünün Bakanlar Kurulu açısından bağlayıcı olduğu ve bundan dolayı da Danıştayın tüzük işleminin yapıcısı olduğu yönündeki düşüncesinin hukukî temelden yoksun olduğunu düşünmekteyiz.

Kanımızca, Danıştayın incelemesi tüzük işleminin usulî şartıdır. Dolayısıyla, Danıştay incelemesinin Bakanlar Kurulu açısından bağlayıcı olması düşünülemez. Bakanlar Kurulunun tüzük işleminin yapıcısı olarak, bu işlemin içeriğini başka hiçbir organın etkisinde kalmadan, kanun ve Anayasaya uygun olarak belirleyebilmesi gerekmektedir.

5. Şekil unsuru

Tüzüğün şekil unsuru açısından ilk olarak belirtilmesi gereken husus yazılılıktır. Diğer düzenleyici işlemler gibi tüzüklerin de yazılı biçimde oluşturulması gerekir³¹⁰. Aksi halde geçerlilik kazanmaları mümkün değildir.

Bununla birlikte, tüzükler de diğer Bakanlar Kurulu işlemleri gibi birer kolektif işlemdir. Tüzük metninin başbakan ve bakanlar tarafından imzalanması gereklidir³¹¹. Bundan sonra, tüzük metni Cumhurbaşkanı tarafından da imzalanarak Resmî Gazetede yayınlanacaktır³¹².

1322 Sayılı Kanunların ve Nizamnamelerin Sureti Neşir ve İlanı Hakkında Kanunun 3. maddesi uyarınca, tüzükler, eğer kendi yürürlük tarihlerini göstermemişlerse, yayımlandıkları günü izleyen günü başlamak üzere 45 gün sonra yürürlüğe girecektir³¹³.

6. Tüzüklerin yargısal denetimi

1982 Anayasasının 125. maddesinin 1. fıkrası idarenin bütün eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunu açık tutmuştur. Tüzükler bu bağlamda bir istisna teşkil etmemektedirler. Tüzüklerin hukuka aykırı olduğu iddiası ile ilgili iptal davası Danıştay Kanununun 24. maddesinin ilk fıkrasının a bendi uyarınca doğrudan Danıştayda açılır. Danıştay her şeyden önce tüzükleri Anayasada öngörülen usulle ihdas edilip edilmedikleri ile *secundum legem* ve *intra legem* nitelikleri itibariyle denetleyecektir. Ayrıca, içerik bakımından da doğrudan

310 Giritli ve diğerleri, a.g.e., s. 228.

311 Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 1245.

312 a.y.

313 a.y.

Anayasaya aykırı olan tüzüklerin iptali mümkündür. Bununla birlikte, Danıştay, yasama perdesi nedeniyle³¹⁴, kanuna ve Anayasaya uygun olan bir tüzüğü, dayanak kanun Anayasaya aykırı olsa dahi iptal etmemektedir³¹⁵.

7. Tüzüklerin normlar hiyerarşisindeki yeri

Tüzükler Türk hukukundaki geçerliliğini Anayasanın 125. maddesinden almaktadır. Anayasanın bu maddesi hem tüzüklerin ihdas usulünü belirlemekte hem de tüzüklerin "kanunların uygulamasını göstermek" veya "emrettiği işleri belirtmek" konularında çıkarılabileceğini düzenlemektedir. Dolayısıyla, normlar hiyerarşisinde tüzüklerin Anayasa altı bir seviyede yer alacağına şüphe yoktur. Yargısal denetim açısından da Danıştay, kanuna uygun olsa dahi doğrudan Anayasaya aykırı olan tüzükleri iptal edebilmektedir.

Tüzüklerin, kanunlara aykırı düzenlemeler getirmesi de yasaktır. Tüzükler hem *secundum legem* hem de *intra legem* olmak zorundadırlar. Kanunların tüzüklerin üst normu olması, tüzüklerin içerik itibarıyla kanunlara aykırı düzenlemeler öngörememesinden kaynaklanmaktadır. Yoksa, yukarıda söylendiği gibi, tüzüklerin ihdas usulü doğrudan Anayasa tarafından belirlenmiştir. Bundan dolayı, tüzüklerin normlar hiyerarşisinde kanun altı bir seviyede yer alacağı açıktır. Tüzükler, kanunların yanı sıra kanun gücündeki, kanun hükmünde kararname, usulüne göre yürürlüğe girmiş uluslararası antlaşma gibi diğer normların da hiyerarşik olarak altındadır. Tüzüklerin, bu normlarda öngörülmüş olan düzenlemelere de aykırı olmaması gerekir.

Tüzükler, kanun ve kanun gücündeki diğer normların hiyerarşik astı olduğuna göre, kanunüstü bir hiyerarşik güce sahip olan normların da altında yer alacaktır. Bu nedenle, TBMM İçtüzüğü, Anayasa Mahkemesi kararları gibi normlar, normlar hiyerarşisinde tüzüklerin üzerinde yer alacaktır. Ancak, bu normlar arasında doğrudan bir geçerlilik ilişkisi bulunduğu söylenemez. Anayasa Mahkemesi kararı ile bir tüzüğün geçersiz kılınması mümkün değildir. Nitekim, tüzüklerin yargısal denetimi Anayasa Mahkemesine değil, Danıştaya verilmiş bir görevdir. Ancak, Anayasa Mahkemesi kararı ile normlar hiyerarşisinde tüzüğün üstünde yer alan kanunların geçersiz kılınabilmesi, dolaylı olarak

314 Kanun perdesi, bir idarî yargı organının, idarenin bir işlemini denetlerken, bu işlemin kanuna ve anayasaya uygunluğunu denetlemekle sınırlı olduğunu ifade eder. Eğer ki söz konusu idarî işlem, dayandığı kanunun Anayasaya aykırılığı dolayısıyla hukuka aykırı, ancak bu kanuna ve Anayasaya uygun ise, idarî yargı organının yapabileceği bir şey yoktur. Ülkü Azrak, "İdari Yargıda Anayasaya Uygunluk Sorunu", **Anayasa Yargısı**, Cilt: 9, Yıl: 1992, s. 328-329.

315 Azrak, a.g.m., s. 328.

normlar hiyerarşisinde Anayasa Mahkemesi içtihadını tüzüklerin üstüne çıkarmaktadır. Keza, İçtüzük ile tüzüklerin geçerlilik şartlarının belirlenmesi, içeriğinin kısıtlanması da olanaksızdır. Ancak, bu normun da kanunlara göre üst norm olduğunu gösterdiğimize göre, İçtüzüğün de dolaylı olarak normlar hiyerarşisinde tüzüklerin üstünde yer alacağını söyleyebiliriz.

Tüzüklerin Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile hiyerarşik ilişkisi de incelenmelidir. Biz yukarıda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kanun altı bir seviyede yer alacağını, çünkü kanunlar aracılığıyla bu normların ihdas usulünün belirlenebileceğini tespit ettik. Tüzükler de Bakanlar Kurulu tarafından kanunların uygulamasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek amacıyla çıkarıldığına göre, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin konuluş usulünü belirleyen kanuna dayanılarak bir tüzük çıkarılması mümkündür. Bu durumda, ihdas usulün bakımından Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin bu tüzük hükümlerine de uygun olması gerekecektir. Türk hukuk sisteminde bu duruma bir engel bulunmamaktadır. Öte yandan, elbette ki Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin bu tüzük hükümlerine uygunluğu yargı mercileri tarafından denetlenemeyecek, fakat bu husus tüzüklerin normlar hiyerarşisinde Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin üzerinde yer alacağı gerçeğini değiştirmeyecektir.

Son olarak, Danıştay kararları ile tüzükler hukuk âleminden kaldırılabilir, hukukî geçerliliklerini yitirebiliyorlarsa, Danıştay içtihadının normlar hiyerarşisinde tüzüklerin üzerinde yer aldığına şüphe yoktur.

Sonuç olarak, tüzüklerin normlar hiyerarşisinde Anayasa, Anayasa Mahkemesi içtihadı, kanunlar, kanun hükmünde kararnameler, uluslararası antlaşmalar ve Danıştay içtihadının altında yer alacaktır. İdare mahkemeleri tüzükleri denetleyemeyeceği, fakat, örneğin, bireysel idarî işlemlerin hukukiliğini değerlendirirken tüzüklere uygun karar vermek zorunda olacakları için, tüzükler normlar hiyerarşisinde bu mahkemelerin kararlarından yukarıda yer alacaktır.

C. YÖNETMELİK

Kanun hükmünde kararnameler ve tüzükler dışında Türk hukukunda doğrudan Anayasa tarafından zikredilen bir başka düzenleyici işlem yönetmeliktir. Yönetmelik "...genel, soyut, kişisel olmayan, nesnel hükümler içeren, organik ve biçimsel yönden idarî;

maddî yönden kural-işlem niteliğinde olan hukuksal işlemler..."³¹⁶ olarak tanımlanmaktadır. Bu tanıma göre, yönetmeliği tüzükten ayırmak mümkün değildir. Nitekim, tüzükler de biçimsel yönden idarî nitelik arz eden kural-işlemlerdir. Tüzükteki zorunlu Danıştay incelemesi ile bu iki normu ihdas edebilecek olan kişi ve organlar, yönetmelikle tüzüklerin ayrılmasında kullanılabilir ölçütlerdir.

Yönetmeliklerin uygulamadaki en yaygın düzenleyici işlem türü olduğu gözlemlenmektedir³¹⁷. Yönetmelikler Anayasanın 124. maddesinde düzenlenmektedir. Anayasanın 124. maddesine göre: "Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelik çıkarabilirler.". Buna göre, yönetmeliğin "Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri tarafından kanunların uygulanması amacıyla çıkarılabilen, Danıştay incelemesinden geçirilmesi gerekmeyen, genel, soyut, kişilik dışı ve nesnel düzenlemeler getiren, biçimsel açıdan idarî işlem, maddî açıdan ise kural-işlem (yasama işlemi) olan düzenleyici işlem" olarak tanımlanması kanımızca daha doğrudur.

Biz de aşağıda yönetmelikleri unsurları açısından teker teker inceleyecek, yönetmeliğin unsurları ile ilgili tartışmalı konulara değinerek, bunların yargısal denetimlerini ele alacağız.

1. Yetki unsuru

Anayasada yönetmelik yapma yetkisi yalnızca başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişiliklerine tanınmıştır³¹⁸. Bununla birlikte, Bakanlar Kurulunun, kamu tüzel kişiliğini haiz olmayan kamu kuruluşlarının veya devlet bakanlarının yönetmelik çıkarıp çıkaramayacağı konularında tartışmalar bulunmaktadır.

a. Bakanlar Kurulu yönetmelik çıkarabilir mi?

Anayasada Bakanlar Kurulunun yönetmelik çıkarmaya yetkili organlar ve kuruluşlar arasında sayılmadığı açıktır³¹⁹. 1982 Anayasasının 124. maddesinde mevcut olan düzenlemenin çok benzerini içeren 1961 Anayasası döneminde Bakanlar Kurulunun

316 Giritli ve diğerleri, a.g.e., s. 230.

317 Gözübüyük - Tan, a.g.e., s. 112.

318 a.y.

319 Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 1248.

yönetmelik çıkaramayacağı savunulmuştur. Lütfi Duran'a göre:

"Esasen, yürütme, ve İdarenin özerk düzenleme yetkisi bulunan Fransız Hukuk sisteminde bile, bu yetkiyi kullanabilecek makamlar ve kamu görevlileri sayılı ve sınırlı iken, düzenleyici işlem yapmanın istisnaî bir yetki olduğu Türkiye'de, bütün makam ve kuruluşların yönetmelik çıkarabileceği düşünülemez."³²⁰

Türk hukuk sisteminde idarenin yetkileri birer verilmiş yetki olarak istisna konumundadır ve dar yorumlanmalıdır. Dolayısıyla, Anayasada yönetmelik çıkarmak ile yetkili olduğu düzenlenmemiş olan Bakanlar Kurulunun bu yetkiyi haiz olmadığının kabul edilmesi gerektiği düşünülebilir.

Duran'a göre, esasen, bakanlıkların ayrı ayrı yapabileceği bir işlemin kolektif olarak Bakanlar Kurulu tarafından yapılabilmesi düşünülebilir³²¹. Ancak, bakanların bir arada çıkaracakları yönetmeliğin bir Bakanlar Kurulu kararı olarak görülmemesi gerektiği ve bunun Türk hukuk sisteminde mümkün olmadığı belirtilmektedir³²². Nitekim, Bakanlar Kurulu kararnamesi şeklinde oluşturulacak olan her işlemde Cumhurbaşkanının imzasının bulunması zorunludur. Bu da, Cumhurbaşkanını yönetmelik çıkarmaya yetkili bir makam hâline getireceği için kabul edilemeyecek bir durumdur³²³. Biz bu görüşe temkinli yaklaşmaktayız. Nitekim, bir işlemde Cumhurbaşkanının imzasının bulunması zorunlu olduğu için Cumhurbaşkanının o işlemin yapıcısı haline geldiğini söylemek zordur. Ayrıca, Bakanlar Kurulunun yönetmelik çıkarabileceğinin kabulü halinde tüzüğün uygulamasının kalmayacağı da düşünülmektedir³²⁴. Biz bu görüşe de katılmıyoruz. Her şeyden önce, Anayasada öngörülmüş bulunan bir düzenleyici işlem nedeniyle diğer bir düzenleyici işleme uygulamada hiç rastlanamayacak olsa da bu durumda hukuka ya da Anayasaya aykırı bir durum söz konusu değildir. Hatta, bu konuda siyaset bilimi açısından bir sorun olduğu dahi şüphelidir. Bununla birlikte, yukarıda, kanunun tüzükle düzenlenmesini öngördüğü alanların tüzükle düzenlenmesi gerektiğini ve yönetmelikle düzenlenemeyeceğini belirtmiştik. Dolayısıyla, ortada siyaset bilimi açısından bir sıkıntı olacağı düşünülse dahi, kanun koyucu belli alanların tüzükle düzenlenmesini öngörerek bu sorunu rahatlıkla aşabilecektir.

1982 Anayasası döneminde de Bakanlar Kurulunun yönetmelik çıkaramayacağı

320 Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, a.g.e., s. 459.

321 Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, a.g.e., s. 459.

322 Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, a.g.e., s. 459-460.

323 a.y.

324 Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, a.g.e., s. 460.

savunulmaktadır. Bu görüşe göre, Bakanlar Kurulunun yapabileceği düzenleyici işlem türü Anayasanın 115. maddesinde tüzük olarak öngörülmüştür. Anayasanın 124. maddesinde de Bakanlar Kurulu sayılmadığına göre, Bakanlar Kurulunun yönetmelik çıkaramayacağı görüşü kabul edilmelidir³²⁵.

Giritli-Bilgen-Akgüner ve Berk'e göre de "...yönetmelik çıkarma yetkisini, Anayasada öngörülen yerlerin ya da kuruluşların dışına taşımak ve her icraî karar alabilen idari kuruluşun yönetmelik çıkarabileceğini kabul etmek, Türk anayasa ve idare hukuku ilkelerine ters düşer."³²⁶. Ancak, bu hususun detaylı açıklaması, hangi anayasa ve idare hukuku ilkelerinin ihlal edileceği belirtilmemektedir.

Doktrindeki aksi görüşe göre ise Bakanlar Kurulunun yönetmelik çıkarabilmesi mümkündür. Ergun Özbudun tarafından savunulduğu üzere, Anayasanın 124. maddesinde Bakanlar Kurulunun sayılmamış olması, Bakanlar Kurulu tarafından yönetmelik çıkarılamayacağı anlamına gelmez³²⁷. Bu görüşü desteklemek için ise, 1924 Anayasasında yönetmelik çıkarma yetkisinden bahsedilmediği halde, 1322 Sayılı Kanuna dayanılarak Bakanlar Kurulu tarafından yönetmelik çıkarıldığı, Bakanlar Kurulunun bu yetkisini 1961 Anayasası döneminde de sürdürdüğü gösterilmektedir³²⁸. Bu görüşlerin ikna ediciliği fevkalade tartışmalıdır. 1961 Anayasasına kadar olan dönemde, bir kanuna dayanarak Bakanlar Kurulunun yönetmelik çıkarmasında hukuka aykırı bir durum bulunmamaktadır, meğer ki Anayasada bu durumu yasaklayan bir hüküm bulunsun. Fakat, 1961 Anayasasında Bakanlar Kurulunun yönetmelik çıkarmaya devam etmesinden hareketle ne gibi bir hukukî analiz yapılabileceği anlaşılamamaktadır. Kuşkusuz, burada değerlendirilmesi gereken Bakanlar Kurulunun söz konusu yönetmeliklerinin hukuka uygunluğudur. Bu değerlendirmeyi yapan Lütfi Duran'a göre, zaten bizzat Bakanlar Kurulunun yönetmelik çıkarıyor olması hukuka aykırıdır³²⁹. Dolayısıyla, "olan"dan ("*is/Sein*") "olması gereken" ("*ought/Sollen*") türemeyeceği için, Bakanlar Kurulunun yönetmelik çıkarması maddî olgusundan bu konuda yetkili olduğu hukukî sonucuna ulaşılması mümkün değildir. Hatta, Özbudun'a göre, "...yönetmeliğin genel düzenleyici işlem türü olduğunu kabul edecek olursak, icraî karar almaya yetkili her idarî makamın

325 Teziç, **Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 78; Tanör - Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 406-407.

326 Giritli ve diğerleri, a.g.e., s. 231.

327 Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 264.

328 a.y.

329 Lütfi Duran, **Türk İdare Hukuku Notları**, a.g.e., s. 460. Duran'ın tespitleri 1961 Anayasası dönemine ilişkindir. Fakat, Bakanlar Kurulunun yönetmelik çıkarıp çıkaramayacağını ile ilgili tartışma açısından 1961 ve 1982 Anayasaları arasında bir fark bulunmamaktadır.

yönetmelik yapmaya yetkili olması gerekir."³³⁰. Yönetmeliğin "genel düzenleyici işlem türü" olmasının ne ifade ettiği ve bu durumun niçin kabul edilmesi gerektiği açıklanmamaktadır. Bununla beraber, bu konuda ikna olunsa dahi, icraî karar almaya yetkili her makamın yönetmelik yapma yetkisine sahip olması gerekliliğinin hukukî bir gereklilik olduğu, pozitif hükümlerce desteklendiği şüphelidir. Bu konuda dayanak herhangi bir pozitif hüküm gösterilmemekte, yalnızca Danıştay Genel Kurulu Kararına atıf yapılmaktadır³³¹.

Bakanlar Kurulunun da yönetmelik çıkarabileceğini düşünen bir başka yazar ise Turan Güneş'tir. Yazara göre, Bakanlar Kurulunun da yönetmelik çıkarabileceği, birkaç bakanın bir araya gelmesiyle yönetmelik çıkarabileceğinden hareketle anlaşılabilir³³². Dolayısıyla, bütün bakanların bir araya gelmesi ile de yönetmelik çıkarılması mümkündür³³³. Ancak, kanımızca bu tespiti yaparken dikkatli olmak gereklidir. Anayasada "bakanlık"ların yönetmelik çıkarabileceği öngörülmüştür. Dolayısıyla, birden fazla bakanın bir araya gelmesiyle değil, birden fazla bakanlığın bir araya gelmesiyle yönetmelik çıkarılabileceği söylenebilecektir. Elbette ki, bakanlıklarını temsilen bakanların yönetmelik çıkarmak amacıyla bir araya gelebileceği düşünülebilir. Ancak, neticede norm, bakanlar tarafından değil, bakanlıklar tarafından ihdas edilmiş olacaktır. Bakanlar Kurulu da bakanlıklardan değil, bakanlardan müteşekkil bir kuruldur. Dolayısıyla, Turan Güneş tarafından varılan sonucun isabetli olduğu da şüphelidir. Bununla beraber, Bakanlar Kurulunda bir bakanlığın görev alanına giren ve yönetmelikle düzenlenecek bir konunun Bakanlar Kuruluna taşınabileceği ve burada görüşülebileceği karşıt görüş tarafından da kabul edilmektedir³³⁴. Ancak, bu durumda söz konusu konunun görüşülmesiyle yetinilmesi gerektiği ve nihaî kararın yetkili bakanlığa bırakılması gerektiği savunulmaktadır³³⁵.

Anayasanın 124. maddesinde kamu tüzel kişiliklerinin yönetmelik çıkarabileceği düzenlenmiştir. Devletin de bir tüzel kişilik olduğu açıktır³³⁶. Bunun dışında, Bakanlar Kurulu, bakanlıklar, başbakanlık ve Cumhurbaşkanlığının devlet tüzel kişiliğinden ayrı bir tüzel kişiliği bulunmamaktadır³³⁷. Bu nedenle, devlet tüzel kişiliği adına farklı konularda

330 Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 264.

331 a.y. Bu karara daha sonra değineceğiz.

332 Güneş, a.g.e., s. 95-96.

333 a.y.

334 Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, a.g.e., s. 460.

335 a.y.

336 Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 165.

337 Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 166.

farklı organların irade açıklamakla yetkili olduğu, nitekim bu organların yetkilerinin farklı olduğu kabul edilmelidir. Yönetmelik çıkarma iradesini devlet tüzel kişiliği adına açıklama yetkisi Anayasanın 124. maddesi uyarınca yalnızca başbakanlık ve bakanlıklara tanınmış bulunmaktadır.

Türk idare hukukunda, idarenin düzenleme yetkisi verilmiş yetkidir. Bu nedenle de asıl olan idarenin yetkisizliğidir. İstisna niteliğindeki yetkililiğin dar yoruma tâbi tutulması icap eder. 1982 Anayasasının 124. maddesinde yönetmelik çıkarma yetkisine sahip olan makamlar arasında Bakanlar Kurulu sayılmamıştır. Bakanlar Kurulunun bakanlıkların değil bakanların bir araya toplandığı bir kurul olduğu düşünüldüğünde de, dolaylı yoldan Bakanlar Kurulunun yönetmelik çıkarmaya yetkili olduğu sonucuna ulaşılması mümkün olmayacaktır. 124. maddede yönetmelik çıkarmaya yetkili olduğu söylenen makamların dar yoruma tâbi tutulması, bunlar dışındaki kişi ve organların yönetmelik çıkarmaya yetkili olmadığı kabulü gereklidir.

İçtihat ise bizim görüşümüzün aksine, Bakanlar Kurulunun yönetmelik çıkarma yetkisine sahip olduğunu kabul etmektedir. Anayasa Mahkemesi, Turan Güneş tarafından öne sürülen görüşü benimseyerek, bakanlıkların bir araya gelerek yönetmelik çıkarma yetkisinin bulunduğu bir sistemde, bakanların bir araya gelmesinden müteşekkil olan Bakanlar Kurulunun da yönetmelik çıkarma yetkisini haiz bulunduğunu kabul etmektedir³³⁸. Bu görüşün eleştirisini yukarıda sunduğumuz için, tekrara düşmemek amacıyla burada yorum yapmıyoruz. Daha genişletici bir yorum ile Danıştay Genel Kurulu, 1961 Anayasası döneminde, yönetmelik çıkarma yetkisinin 113. maddede anılan makamlarla sınırlı olmadığına ve icraî karar alabilen her makamın bireysel idarî işlemlerini düzenlemek amacıyla yönetmelik çıkarabileceğine karar vermiştir³³⁹. Önceki Anayasa döneminde verilen bu kararın 1982 Anayasası dönemi için geçerliliğini bir kenara bırakırsak, idarenin yetkilerinin verilmiş yetki olduğu, birer istisna teşkil ettiği ve dolayısıyla da dar yorumlanmasının icap ettiği Türk hukuk sisteminde Anayasa hükmünün aksine böyle bir yorum geliştirilmiş olması yerinde değildir. Eğer, diğer makamların da yönetmelik çıkarabileceği öngörülme istenseydi, rahatlıkla bu durumun Anayasada belirtilmesi mümkündür.

338 Anayasa Mahkemesinin 23-25 Ekim 1983 tarihli ve E. 967/41, K. 969/57 Nolu kararı, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı: 8, s. 40. (Nakleden: Gözübüyük - Tan, a.g.e., s. 40).

339 Danıştay Genel Kurulunun 1 Nisan 1965 tarihli ve 65/67 Nolu Kararı. (Nakleden: Güneş, a.g.e., s. 182).

b. Bakanlığı bulunmayan bakanlar ile tüzeli kişiliği bulunmayan kamu kuruluşlarının durumu

Türk hukukunda "devlet bakanları"nın bakanlıkları bulunmamaktaydı³⁴⁰. Anayasanın 124. maddesinde yalnızca bakanlıklar ile başbakanlığın ve kamu tüzeli kişiliklerinin yönetmelik çıkarabileceği düzenlendiğine göre, bakanlığı ve tüzeli kişiliği bulunmayan devlet bakanı tarafından yönetmelik çıkarılması mümkün değildi³⁴¹. Fakat, 29 Haziran 2011 tarihinden itibaren Türkiye'de "devlet bakanı" adı altında bir bakan bulunmamaktadır³⁴². Dolayısıyla, devlet bakanının yönetmelik çıkarıp çıkarmayacağı ile ilgili bir soru pratikte karşımıza çıkmayacaktır.

Benzer şekilde, devlet tüzeli kişiliğini temsilen başbakanlık ve bakanlıklar dışında, yalnızca kamu tüzeli kişiliklerinin yönetmelik çıkarabileceği öngörüldüğüne göre, kamu tüzeli kişiliği bulunmayan makamların tüzük çıkarmaması icap eder³⁴³. Bununla birlikte, kanunla kamu tüzeli kişiliği bulunmayan makamlara da yönetmelik çıkarma yetkisi verildiği gözlemlenmektedir³⁴⁴. Anayasa Mahkemesi, bu gibi durumlarda söz konusu kanunu Anayasaya aykırı bularak iptal etmemektedir. Yüksek Mahkemeye göre, tüzeli kişiliği bulunmayan makama verilen yetkinin yönetmelik çıkarma yetkisi değil, yönetmeliğin metnini hazırlama yetkisi olarak anlaşılması gerekir³⁴⁵. Dolayısıyla, burada kamu tüzeli kişiliğine sahip olmayan makamlara verilen yetki, nihaî olarak yönetmelik ihdas edilmesi için irade açıklama yetkisi değil, bir taslak hazırlama yetkisidir.

Danıştayın içtihadı da aynı yöndedir³⁴⁶. Buna göre, kamu tüzeli kişiliği bulunmayan bir makama verilen yönetmelik çıkarma yetkisinin, yönetmeliğin taslak metnini hazırlama yetkisi olarak yorumlanması gerekmektedir³⁴⁷. Dolayısıyla, Danıştayın da kamu tüzeli kişiliği bulunmayan makamların yönetmelik çıkarmayacağını kabul ettiği görülmektedir³⁴⁸.

Biz de bu görüşlere katılmaktayız. Ne devlet bakanlarının ne de kamu tüzeli

340 Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 1247.

341 a.y.

https://tr.wikipedia.org/wiki/Devlet_Bakanl%C4%B1%C4%9F%C4%B1_%28T%C3%BCrkiye%29, Erişim Tarihi: 20 Temmuz 2015.

343 Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 1248-1249.

344 Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 1249.

345 Anayasa Mahkemesinin 18 Şubat 1985 tarihli ve E. 1984/9, K. 1985/4 Nolu Kararı, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, Sayı: 21, s. 122.

346 Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 1249.

347 Danıştay 5. Dairesinin 25 Mayıs 1988 tarihli ve E. 986/1983, K. 988/2866 Nolu kararı, **Danıştay Dergisi**, Sayı: 74-75, s. 243.

348 Gözübüyük - Tan, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 114.

kişiliğini haiz olmayan makamların yönetmelik çıkarma yetkisinin bulunduğu söylenemez. Bununla birlikte, yetkili bir makam tarafından çıkarılacak olan yönetmeliğin taslak metninin kamu tüzel kişiliğine sahip olmayan başka bir makam tarafından hazırlanmasında hukuken bir sakınca yoktur. Nitekim, Anayasada taslakların da ancak yetkili makamlar tarafından hazırlanacağı öngörülmemiştir. Dolayısıyla, taslak hazırlama görevinin, konu bakımından Anayasada düzenlenmeyen hususları düzenleyebilecek olan kanun aracılığı ile kamu tüzel kişiliği bulunmayan bir makama verilmesi mümkündür.

Yukarıdaki tartışmaların yanı sıra, TBMM Başkanlığı, yargı organları gibi icraî işlem yapabilen her organın yönetmeliğin hukukî rejimine sahip olan düzenleyici işlemler yapabileceği yönünde bir görüş de mevcuttur³⁴⁹. Yönetmeliğin hukukî rejimine sahip bir norm, adı ne olarak konursa konsun bir yönetmelik olacaktır. Hukuk normlarını belirleyen şey isimleri değil, bunların hukukî rejimidir. Dolayısıyla, söz konusu görüş, diğer makamların da yönetmelik çıkarabileceğini ifade etmektedir. Biz, çok da detaylı bir açıklama yapmadan, Bakanlar Kurulunun yönetmelik çıkaramayacağı yönündeki görüşümüz doğrultusunda bu organların da yönetmelik çıkaramayacağını, çünkü bu organların Anayasada yönetmelik çıkarmakla yetkili olan organlar arasında sayılmadığını belirtmekle yetiniyoruz. Ancak, kanunla öngörülmesi halinde bu organların detayları aşağıda incelenecek olan adsız düzenleyici işlem çıkarabilmeleri mümkündür.

2. Konu unsuru

Anayasanın 124. maddesine göre, yönetmelikler kanun ve tüzüklerin uygulanması amacıyla ve bu normlara aykırı olmamak şartıyla çıkarılabilmektedir³⁵⁰. Dolayısıyla, yönetmeliklerin konu unsuru, kanun veya tüzüklerin uygulanmasına yönelik olmak zorundadır. Kanun ve tüzüklere içerik anlamında aykırı olamazlar. Bu nedenle de, yönetmeliklerin normlar hiyerarşisinde kendisinin üzerinde yer alan anayasa, kanun ve tüzük gibi normlara aykırılıktan dolayı kolayca hukuka aykırı hale gelebilecekleri vurgulanmaktadır³⁵¹. Danıştay da, yönetmeliklerin normlar hiyerarşisinde kanun ve tüzükten aşağıda yer aldığını ve bunlara aykırı düzenlemelerin yönetmeliklerle getirilemeyeceğini benimsemiş bulunmaktadır³⁵².

349 Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 1250.

350 Gözübüyük - Tan, a.g.e., s. 115.

351 Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 1252.

352 Danıştay 5. Dairesinin 25 Mayıs 1988 tarihli ve E. 1987/2545, K. 1988/2659 Nolu Kararı, **Danıştay Dergisi**, Sayı: 73-75, s. 302.

Kanunların konu itibariyle genel bir sınırlamaya tâbi olmadığı, Anayasada hiç düzenlenmemiş konularda da kanunla düzenleme yapılabileceği, kanunların içerik anlamında tek sınırının Anayasada düzenlenmiş bulunan hususlara aykırı düzenleme yapmamak olduğu hatırlandığında, yönetmeliklerin de kanun ve tüzüklerin uygulanmasına yönelik konuları düzenleyebileceği düşünülürse, genel olarak yönetmeliklerin kanunların tâbi olduğundan öte bir konu sınırlamasına tâbi olduğu söylenemez. Bütçe ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması gibi, Anayasa tarafından kanunla yapılacağı öngörülen düzenlemeler dışında, yönetmeliğin de her türlü konuya ilişkin olarak çıkarılabileceği kabul edilmelidir. Ancak, yönetmeliklerle getirilen düzenlemelerin kanunlar veya tüzükler (yahut da Anayasa) ile çatışması durumunda, yönetmelik konu unsuru bakımından hukuka aykırı olacak ve yargısal denetim neticesinde iptal edilebilecektir. Dolayısıyla, konu unsuru açısından söz konusu olan sınırsızlık yönetmeliğin içeriği, yani somut durumda getirdiği düzenleme açısından geçerli değildir.

Bununla birlikte, bir kanunun ya da tüzüğün uygulanmasına yönelik olarak yönetmelik çıkarılabilmesi için kanunun açık yetki vermesi gerekip gerekmediği hususu tartışmalıdır³⁵³. Biz, yukarıda, idarenin düzenleme yetkisini kullanabilmesi için kanun tarafından açık bir yetkilendirmenin gerekip gerekmediği sorusuna olumsuz yönde cevap vermiştik. Bu konudaki görüşümüz için ilgili sayfalara bakılmalıdır.

Bununla beraber, Anayasanın 124. maddesinde her bakanlık veya kuruluşun kendi faaliyet alanı ile ilgili yönetmelik çıkarabileceği belirtilmektedir. Dolayısıyla, bu alanın sınırlarının belirlenmesi sorunu da ortaya çıkmaktadır³⁵⁴. Danıştayın, yönetmeliklerin bazı maddelerini yönetmeliği çıkaran makamın görev alanı dışında kaldıkları için iptal ettiği görülmektedir³⁵⁵. Bir makam ancak kendi görev alanını ilgilendiren kanun ve tüzüklerin uygulanması için tüzük çıkarabilir³⁵⁶. Bir kanun veya tüzüğün birden fazla makamın görev alanını ilgilendirmesi halinde, kanımızca her makam kendi görev alanına ilişkin hükümlerin uygulanması için yönetmelik çıkarabilecektir.

3. Sebep unsuru

Anayasanın 124. maddesinde yönetmeliklerin kanun veya tüzüklerin uygulanması

353 Gözübüyük -Tan, a.g.e., s. 115.

354 Gözübüyük - Tan, a.g.e., s. 115.

355 Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 4 Kasım 2010 tarihli ve E. 2010/2072, K. 2010/1467 Nolu kararı, **Danıştay Dergisi**, Sayı: 126, s. 37 ve devamı. (Nakleden: Gözübüyük - Tan, a.g.e., s. 115-116).

356 Giritli ve diğerleri, a.g.e., s. 232.

amacıyla çıkarılacağı belirtildiğine göre, yönetmeliklerin sebep unsurunun kanun veya tüzük olduğu söylenebilir³⁵⁷. Türk hukukunda idarenin muhtar bir düzenleme yetkisinin olmaması³⁵⁸, bir başka deyişle, idarenin düzenleyici işlemlerinin *secundum legem* olma, yani kanuna dayanma zorunluluğu dolayısıyla, daha önce kanunun düzenlemediği, genel ilkelerini belirlemediği bir alanda doğrudan yönetmelik çıkarılması hukuka aykırı olacaktır³⁵⁹.

Yukarıdaki açıklamalardan çıkarılacak bir sonuç, yönetmeliklerin hukukî dayanak olarak başka bir yönetmeliği gösteremeyeceği, mutlaka bir kanuna veya tüzüğe dayanması gerektiğidir³⁶⁰. Yukarıda incelediğimiz gibi, tüzük de mutlaka bir kanuna dayanmak zorundadır. Dolayısıyla, tüzüğe dayanan bir yönetmelik aynı zamanda kanuna da dayanacaktır. Yönetmeliğin bir başka yönetmeliğe değil de tüzük veya kanuna dayanmasının normlar hiyerarşisi açısından ifade ettiği şudur: "Normlar hiyerarşisinde hiçbir norm, kendi yer aldığı basamakta olan bir normdan geçerliliğini alamaz."³⁶¹. Geçerlilik, mutlaka daha üst basamaktaki bir normdan kaynaklanmak zorundadır. Bununla beraber, üst basamaklardaki bütün normlardan geçerlilik alınması gerekmez. Örneğin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü normlar hiyerarşisinde yönetmelikten üst bir basamakta yer almaktadır, fakat yönetmelik geçerliliğini İçtüzükten değil, kanundan almaktadır. Bununla beraber, Danıştayın başka bir yönetmeliğe dayanan yönetmelikleri hukuka uygun bularak iptal etmediğine rastlanmaktadır³⁶².

Yukarıda tüzük için aynı hususu incelerken belirttiğimiz gibi, kanunun yönetmelik çıkarılmasını öngördüğü durumlarda idare tarafından yönetmelik çıkarılmalıdır. Yönetmelik çıkarmak yerine adsız düzenleyici işlem türlerinden birinin çıkarılması mümkün değildir³⁶³. Kanımızca, yönetmelik çıkarılmasının öngörüldüğü hallerde tüzük çıkarılması da mümkün değildir. Nitekim, daha önce vurguladığımız gibi, her ne kadar tüzük veya yönetmelik çıkarılması için kanunda açık yetki verilmesine gerek olmasa da, açık yetkinin verildiği durumlarda kanunun belirttiği konularla ve düzenleyici işlemin şekli

357 Günay, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 116; Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 1253.

358 Güneş, a.g.e., s. 184.

359 Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 1253; Karahanoğulları, **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdarî İşlemler**, a.g.e., s. 61-62; Emre Akbulut, **Türk İdare Hukukunda Kanunî İdare İlkesi**, 1.b., Beta, İstanbul, 2013, s. 66-67.

360 Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 1254.

361 Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 1255.

362 Danıştay İdarî Dava Daireleri Genel Kurulunun 28 Ocak 1994 tarihli ve E. 1992/523, K. 1994/37 Nolu kararı. (Nakleden: Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 1254-1255.).

363 Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 1255.

ile bağılı kalınması gerekir. Nasıl tüzük çıkarılmasının öngörüldüğü yerlerde yönetmelik çıkarılması hukuka aykırı görülüyorsa³⁶⁴, yönetmelik çıkarılmasının öngörüldüğü durumlarda da tüzükle düzenleme yapılmaması gerekir. Esasen, tüzük normlar hiyerarşisinde yönetmeliğin üzerinde yer aldığı için, bunun mümkün olduğu düşünülebilir. Ancak, bu sefer de kanun koyucunun esnek bir düzenleyici işlem ile düzenlenmesini öngördüğü bir alanın tüzük gibi katı şekil şartlarına bağılı bir işlem tarafından düzenlenmesi söz konusu olur. Kanımızca, kanun koyucunun niyetini okumaya çalışmak yerine, sözüne bakılmalıdır.

Bu kısımda son olarak uluslararası antlaşma ve kanun hükmünde kararnamelerin de bir yönetmeliğin sebep unsurunu oluşturabileceğini belirtelim. Nitekim, bu normlar yalnızca kanunlarla aynı hiyerarşik seviyede yer almamakla kalmamakta³⁶⁵ ve "kanun hükmünde" kabul edilmektedirler.

4. Usul unsuru

Türk hukukunda, tüzüklerin aksine, yönetmelikler için izlenmesi gereken belli bir usul bulunmayıp, her makamın yönetmelik çıkarırken kendi karar alma yöntemine göre bir usul izleyeceği söylenebilir³⁶⁶. Dolayısıyla, yönetmelik için öngörülmüş yeknesak bir usul bulunmamaktadır.

5. Şekil unsuru

Kanımızca Bakanlar Kurulunun yönetmelik çıkartmaya yetkili olmadığını yukarıda belirtmiştik. Bu nedenle de Cumhurbaşkanının imzası, yönetmelikler için zorunlu bir unsur değildir. Nitekim, bu imza Bakanlar Kurulunun işlemleri açısından zorunlu görülmüştür.

1961 Anayasasında her yönetmeliğin Resmi Gazetede yayınlanması öngörülmüşken, 1982 Anayasası buna gerek görmemiştir³⁶⁷. Anayasanın 124. maddesinin 2. fıkrasına göre: "Hangi yönetmeliklerin Resmi Gazetede yayınlanacağı kanunla belirtilir.". Bu kanun 24 Mayıs 1984 tarihli ve 3011 Sayılı Resmi Gazetede yayınlanan

364 Bunun sebebi olarak kanun koyucunun belli bir alanın şekil bakımından daha sıkı şartlara bağılı olan tüzük tarafından düzenlenmesini öngörmesine rağmen, çok daha rahatlıkla değiştirilip çıkarılabilecek olan yönetmelikle düzenlenemeyecek olması gösterilmektedir. Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 1239.

365 Arasında hiçbir geçerlilik ilişkisi bulunmayan, konuları itibariyle birbirinden farklı iki normun da hiyerarşik olarak aynı basamağa yerleştirilmesi mümkündür. Bu nedenle "aynı basamakta yer almakla kalmamak" ifadesi kullanılmıştır.

366 Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 1256; Günday, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 115. Prof. Dr. Metin Günday, usul unsurunu da şekil unsurunun içinde incelemektedir.

367 Günday, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 115.

Resmi Gazetede Yayımlanacak Olan Yönetmelikler Hakkında Kanun'dur.

Kanunun 1. maddesine göre, başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerinin işbirliği, yetki ve görev alanlarına ilişkin düzenlemeler getiren, kamu personeline ilişkin genel hükümleri kapsayan ve kamuyu ilgilendiren yönetmeliklerin Resmi Gazetede yayınlanması gerekmektedir³⁶⁸. Buna karşın, milli güvenliğe ilişkin ve gizlilik derecesi taşıyan yönetmelikler yayınlanmayacaktır³⁶⁹. Görüldüğü üzere, kanun koyucunun kullandığı dil oldukça belirsizdir. Örneğin, "kamu personeline ilişkin genel hükümleri kapsayan" ile anlatılmak istenen nedir? Bir yönetmelik genel hükümleri nasıl kapsar? Burada bahsedilen genel hükümlere ilişkin düzenlemeler midir? Hangi yönetmeliklerin Resmi Gazetede yayınlanacağı konusunda uygulamada tereddütlerin yaşandığı ve bu konuda nihai karar verme yetkisinin Başbakanlığa bağlı Mevzuatı Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğü olduğu belirtilmektedir³⁷⁰.

Bununla birlikte, Resmi Gazetede yayınlanması istenen yönetmelikler açısından dayanak kanunların özel hükümler içerdiği görülmektedir³⁷¹. Haliyle, bunda bir sakınca yoktur. Anayasa, hangi yönetmeliklerin yayınlanacağını kanunla düzenleneceğini belirtmiştir. Dayanak kanun da bir kanun olduğuna göre, genel kuralları koyan kanuna kıyasla özel hüküm niteliği taşıyacak ve çıkarılmasını öngördüğü yönetmelik açısından dayanak kanun uygulanacaktır.

Resmî Gazetede yayınlanmak, yönetmeliklerin ilgilileri açısından hukukî sonuç doğurabilmesi için zorunlu bir şarttır³⁷². Yönetmeliklerin ilgililerine tebliğ yoluyla ulaştırılmadan veya Resmi Gazetede yayınlanmadan bunlar açısından hak sınırlandırıcı veya yükümlülük yaratıcı bir etki doğurması mümkün değildir³⁷³. Danıştay, Resmi Gazetede yayınlanması gereken bir yönetmeliğin yayınlanmaması halinde yürürlüğe girmeyeceğini kabul etmektedir³⁷⁴.

Bununla birlikte, Ergun Özbudun Anayasanın 124. maddesinin 2. fıkrasındaki hükmün, yönetmeliklerin ilgililere duyurulmasının zorunlu olmadığı şeklinde

368 Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 1256; Günday, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 115-116.

369 Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 1256.

370 Gözübüyük - Tan, a.g.e., s. 119.

371 a.y.

372 Gözübüyük - Tan, a.g.e., s. 120.

373 Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 264.

374 Danıştay 10. Dairesinin 4 Mayıs 1988 tarihli ve E. 986/1113, K. 988/806 Nolu kararı, **Danıştay Dergisi**, Sayı: 72-73, s. 655.

yorumlanmaması gerektiğini belirtmektedir³⁷⁵. Dolayısıyla, Resmi Gazetede yayınlanma zorunluluğu olmayan bir yönetmeliğin de uygulanabilmesi için haklarını ve yükümlülüklerini etkilediği ilgililere tebliğ yoluyla duyurulması gerekir. Bu durum zaten, hukuk devleti ilkesinin neticelerinden bir tanesidir. Hukuk devleti ilkesi, idarenin faaliyetlerinin öngörülebilir olmasını, vatandaşların devletin hangi durumlarda nasıl hareket edeceğini öngörebilmesini ve kendisine uygulanacak olan hukuk kurallarından haberdar olmasını gerektirir³⁷⁶. Dolayısıyla, Resmi Gazetede yayınlanmadığı gibi, ilgililerine tebliğ de edilmeyen bir yönetmeliğin uygulanması doğrudan Anayasanın 2. maddesinde öngörülen hukuk devleti ilkesine aykırı olacak ve yönetmelik de Anayasaya aykırılık sebebiyle iptal edilebilecektir.

Yönetmeliklerden Resmî Gazetede yayınlanması gerekenlerinin yayınlanması gerektiğini, diğerlerinin ise mutlaka ilgililerine tebliğ ile uygulanabilir hale geleceğini belirtmiş bulunmaktayız. Bunun yanında, bu yönetmeliklerde yapılan değişikliklerin de, yönetmeliklerin yayınlanması gerekiyorsa yayınlanması, yoksa da ilgililerine tebliğ edilmesi gerekmektedir³⁷⁷.

Sonuç olarak, Remi Gazetede yayınlanması gerektiği halde yayınlanmayan bir yönetmeliğin şekil unsuru açısından sakat olduğu ve bu tür yönetmeliklerin, bu yönetmeliklere dayanılarak yapılmış olan bireysel idarî işlemler ile birlikte, iptal edileceği söylenmelidir³⁷⁸.

6. Yönetmeliklerin yargısal denetimi

Organik kritere göre, bir idarî işlem olan yönetmeliklerin yargısal denetimi idarî yargıda gerçekleştirilir³⁷⁹. Danıştay Kanununun 24. maddesinin 1. fıkrasının c bendi ne göre, bakanlıklar ile kamu kuruluşları ve kamu kurumu niteliğini haiz meslek kuruluşlarının ülke genelinde uygulanacak olan yönetmeliklerinin yargısal denetimi ilk derece mahkemesi olarak Danıştay tarafından gerçekleştirilecektir³⁸⁰. Öte yandan, kamu kuruluşları ve kamu kurumu niteliği taşıyan meslek kuruluşlarının yalnızca belli bir

375 Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 264.

376 Hayek, a.g.e., s. 86-87.

377 Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 1259.

378 Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 1258.

379 Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 1259.

380 Anılan bentte bakanlıklar ile kamu kuruluşlarının bütün yönetmelikleri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının bütün ülkede uygulanacak olan düzenleyici işlemlerinin ilk derece mahkemesi olarak Danıştayda denetleneceği belirtilmektedir.

bölgede uygulanacak olan yönetmeliklerinin yargısal denetimi ise, o yer bakımından genel görevli olan idare mahkemesince gerçekleştirilecektir³⁸¹.

Yönetmeliklerin yargısal denetiminde dikkate alınacak olan başlıca hususlar bu normun unsurları bakımından hukuka uygunluğu ile aynı konudaki tüzük ve kanunlara aykırı hükümler içerip içermediğidir. Yönetmeliklerin tüzük ve kanunlara aykırı hükümler içermeyeceği doğrudan Anayasanın 124. maddesi tarafından öngörülmüştür.

7. Yönetmeliklerin normlar hiyerarşisindeki yeri

Anayasanın 124. maddesi, Türk hukukunda yönetmeliklere hukukî geçerlilik kazandırmaktadır. Anayasa, hem yönetmeliklerin hangi makamlarca ihdas edilebileceğini hem de bu normun hangi konulara ilişkin olabileceğini belirterek içeriğini belirlemektedir. Dolayısıyla, Anayasanın yönetmeliğe göre üst norm niteliği taşıdığına şüphe yoktur. Anayasaya aykırı şekilde ihdas edilmiş bir normun hukuk düzeninde geçerli olarak var olabilmesi mümkün değildir. Kısacası, yönetmelikler normlar hiyerarşisinde Anayasanın altında yer alacaktır.

Yönetmeliklerin kanunlarda yer alan hükümleri değiştirecek şekilde düzenlemeler getirmesine imkân yoktur³⁸². Bu durum Anayasanın 124. maddesinin 1. fıkrasında da doğrudan öngörülmüştür. Dolayısıyla, yönetmelikler *intra legem* olmak zorundadır. Yönetmeliklerle kanunlara aykırı düzenlemeler getirilemiyor, kanuna aykırı olan yönetmelikler hukuka aykırı olarak kabul ediliyorsa, kanunların ve normlar hiyerarşisinde kanunla aynı düzeyde yer alan usulüne göre yürürlüğe girmiş uluslararası antlaşmalar, kanun hükmünde kararname gibi normların normlar hiyerarşisinde yönetmeliklerin üzerinde yer aldığı kabulü gerekmektedir.

Bununla birlikte tüzükler de normlar hiyerarşisinde yönetmeliklerin üzerinde yer alacaktır. Nitekim, 124. maddenin 1. fıkrası yönetmeliklerin ancak tüzüklere aykırı olmamak şartıyla çıkarılabileceğini öngörmüştür. Dolayısıyla, yönetmelikler normlar hiyerarşisinde kanun ve eşdeğer düzeydeki normların yanı sıra, tüzüklerin de altında yer alacaktır³⁸³.

Biz yukarıda mahkeme kararlarının niçin bir norm olması gerektiğini ve dolayısıyla

381 Günday, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 117.

382 Gözübüyük - Tan, a.g.e., s. 116.

383 Tüzük ve yönetmeliklerin arasındaki hiyerarşi ile ilgili olarak ayrıca bkz. Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 1268.

neden normlar hiyerarşisinde yer alması gerektiğini açıklamıştık. Bu nedenle, idare mahkemesi kararlarıyla yönetmeliklerin hiyerarşik ilişkisini de incelemek gerekmektedir. Yönetmeliklerin yargısal denetiminin Danıştay ve idare mahkemeleri tarafından gerçekleştirildiğini belirtmiştik. Bu denetimde mahkemelerin, kendi normunu ihdas ederken, yani kararını verirken, normlar hiyerarşisinde yönetmeliğin üzerinde yer alan normlara dayanarak, yönetmeliği hukuk düzeninden kaldırma yani iptal etme yetkisi bulunmaktadır. Dolayısıyla, mahkemelerin ihdas ettiği normun hukukî etkisi ile yönetmelik hukuk düzeninden kaldırılabilir. Bir norm, geçerliliğini ancak kendisi ile eş güçte veya daha güçlü başka bir normdan dolayı kaybedeceğine göre³⁸⁴, idarî yargı kararlarının normlar hiyerarşisinde yönetmeliklerin üzerinde yer alacağı açıktır. Belki de burada bakanlıkların yönetmelikleri ile kamu kuruluşları ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının bütün ülkede uygulanacak olan yönetmelikleri ve diğer yönetmelikler arasında bir ayrıma gitmek gerekebilir. Nitekim, ilk gruptaki yönetmeliklerin ilk derece ve bölge idare mahkemelerinin kararlarıyla hukuk düzeninden kaldırılması mümkün değildir.

Son olarak, yönetmelikler ile Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin hiyerarşik ilişkisine değinmek gerekmektedir. Yukarıda, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin de yönetmelikler gibi tüzüklerin hiyerarşik astı olduğu tespitinde bulunmuştuk. Nitekim, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin ihdas usulünü düzenleyen bir kanuna dayanarak Bakanlar Kurulu tarafından tüzük çıkarılması halinde, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi açısından bu tüzük bir "olması gereken" teşkil edecek ve ihdas usulünü belirleyen üst norm konumuna yerleşecektir. Ancak, kanımızca aynı hususun yönetmelikler açısından düşünülmesi mümkün değildir. Nitekim, Anayasanın 124. maddesine göre başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilikleri ancak kendi görev alanlarına giren kanun ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak amacıyla çıkarılabilirler. Dolayısıyla, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin ihdas usulünü düzenleyen bir kanun veya tüzük çıkarılması halinde, bunlara dayanan bir yönetmeliğin çıkarılamayacağı, nitekim, bu konunun başbakanlık, bakanlıklar veya kamu tüzel kişiliklerinin görev alanına girmediği söylenebilir. Benzer şekilde, bir yönetmeliğin içeriğinin veya ihdas usulünün ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesi tarafından düzenlenmesi mümkün değildir. Bu normlar arasında hiyerarşik bir ilişki bulunmamaktadır.

384 Bir "olması gereken" ancak başka "olması gereken"den çıkartılabilir, yani bir norm geçerliliğini ancak başka bir normdan alabilir düşüncesinin tersten ifadesi, bir normun geçerliliğini yine başka bir normdan dolayı kaybedebileceğidir.

Ancak bu durumda, kendi arasında hiyerarşi bulunan yönetmelikler karşısında Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hangi yönetmelikler ile aynı seviyeye yerleştirilmesi gerektiği sorunu ortaya çıkar. Kaldı ki, bazı yönetmeliklerin yargısal denetimi Danıştay'da diğerlerinin ise ilk derece mahkemeleri ve Bölge İdare Mahkemelerinde gerçekleştirildiği düşünüldüğünde, yargısal denetimle yetkili olan mercilerin farklılığı sebebiyle, yönetmeliklerin kendi arasında ikinci bir hiyerarşik farklılık ortaya çıktığını görmekteyiz. Biz Cumhurbaşkanlığı kararnamesini normlar hiyerarşisinde başbakanlık yönetmelikleri ve yargısal denetimi ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da gerçekleştirilen diğer yönetmelikler ile aynı kademeye koymayı uygun gördük. Nitekim, böylece, Cumhurbaşkanlığı kararnamesini normlar hiyerarşisinde, doğrudan geçerlilik aldığı Anayasaya olabildiğince yaklaştırmış olacağız. Ancak, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yargısal denetimi ilk derece mahkemesinde gerçekleştirilen yönetmeliklerle de aynı basamağa yerleştirilmesi kanımızca yanlış olmaz ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yargısal denetimi zaten hiçbir mahkeme tarafından gerçekleştirilemeyeceği için normlar hiyerarşisi açısından bir sakınca yaratmaz.

Bununla birlikte yönetmeliklerin kendi arasında hiyerarşi olup olamayacağını da değerlendirmemiz gereklidir. Türk hukukunda şu ana kadar incelediğimiz normların aksine yönetmeliklerin birbirinden farklı pek çok makam tarafından ihdas edilebilmesi mümkündür. Yönetmelik ihdas edecek olan makamların arasında hiyerarşik bir ilişki olmasından hareketle, bu makamların çıkardıkları yönetmelikler arasında da hiyerarşik bir ilişki olabileceği akla gelmektedir³⁸⁵. Bu düşünceye göre, yönetmelik çıkaran iki makam arasında hiyerarşik bir ilişki varsa, bu makamların yönetmelikleri arasında da hiyerarşik bir ilişki bulunmalıdır³⁸⁶. Çünkü, hiyerarşik üst konumundaki makamın sahip olduğu yetki, astın düzenleyici işlemlerini de kapsar. Üst, astın düzenleyici işlemini değiştirebilir, yürürlükten kaldırabilir veya astın yapacağı işlemin içeriğini belirleyebilir³⁸⁷. Haliyle, bir norm geçerliliğini ancak kendisine eş düzeyde veya daha üstteki bir norm dolayısıyla kaybediyorsa ve ast konumundaki makamın üstün işlemini yürürlükten kaldırma gibi bir yetkisi bulunamayacağına göre, hiyerarşik üst konumundaki makam ile astın yönetmeliği arasında da bir hiyerarşi olduğu görüşüne katılmak gerekmektedir. Buna göre, örneğin, başbakanlığın çıkarttığı bir yönetmelik bakanlık yönetmeliklerinden, bakanlığın çıkarttığı

385 Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 1270.

386 Güneş, a.g.e., s. 192-193; Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 1270.

387 Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 1270.

bir yönetmelik ise bakanlığın hiyerarşisine tâbi bir kamu tüzel kişiliğinin yönetmeliğinden üstün olacaktır³⁸⁸.

D. ADSIZ DÜZENLEYİCİ İŞLEMLER

"Adsız düzenleyici işlemler" ile ifade edilen, uygulamada idare tarafından çok çeşitli isimler altında çıkarılan, genel ve kişilik dışı nitelik arz edilen işlemlerdir³⁸⁹. Bu işlemlerin alabileceği isimleri tahdidî bir liste halinde sunmak mümkün değildir³⁹⁰. Bununla birlikte, bu tür işlemlerin uygulamada "tebliğ", "statü", "esaslar", "genel emir", "genelge", "yönerge" gibi isimler aldığı tespit edilmektedir³⁹¹. Adsız düzenleyici işlem yapma yetkisinin hukukî kaynağı hakkında farklı görüşler bulunmakta olup, benimsenen görüşe göre bu normların normlar hiyerarşisindeki yerinin değişebileceği belirtilmektedir³⁹². Bu nedenle de öncelikle adsız düzenleyici işlem yapma yetkisinin hukuki kaynağının ne olabileceği incelenmelidir.

1. Hukukî Dayanağı

İdarenin Anayasada zikredilen kanun hükmünde kararname, tüzük ve yönetmelik dışında düzenleyici işlem yapıp yapamayacağı sorusu idarenin düzenleme yetkisini kaynağına ilişkin bir sorudur³⁹³. Biz birinci bölümde, Türk hukukunda idarenin düzenleme yetkisinin ancak pozitif bir düzenlemeden kaynaklanabileceğini belirtmiştik. 1982 Anayasasında yer alan idarenin düzenleyici işlemleri kanun hükmünde kararname, tüzük ve yönetmelikten ibaret olduğuna göre, Anayasanın adsız düzenleyici işlemler için dayanak teşkil etmesi mümkün değildir. Öte yandan, kanun ile belli bir idarî makamın ya da makamların adsız düzenleyici işlem tesis edebileceğinin öngörülmesi durumunda, Türk hukukunda adsız düzenleyici işlemlerin hukukî dayanağı bulunmuş olur. Nitekim, yukarıda açıklandığı üzere, kanunla Anayasada öngörülenler dışında bir düzenleyici işlem yapılabileceğinin öngörülmesinde Anayasaya aykırı bir taraf bulunmamaktadır³⁹⁴.

388 Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 1271.

389 Yeliz Şanlı-Atay, **Türk İdare Hukukunda Adsız Düzenleyici İşlemler**, 1.b., Türkiye Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü, Ankara, 2011, s. 7.

390 Güneş, a.g.e., s. 186.

391 Şanlı-Atay, a.g.e., s. 7.

392 Fatma Didem Sevgili-Gençay, "Adsız Düzenleyici İşlemlerin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı: 63, Cilt: 2, 2014, s. 401.

393 Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 1261.

394 Çünkü kanunların genelliği ilkesi dolayısıyla, Anayasada düzenlenmemiş bir konunun ilk elden kanunla düzenlenmesi mümkündür.

Kısacası, kanun tarafından öngörüldüğü takdirde, idare tarafından kanun hükmünde kararname, tüzük ve yönetmelik dışında düzenleyici işlem yapılabilmesi mümkündür.

Bununla birlikte, idarenin adsız düzenleyici işlem yapabilmesinin dayanağı olarak "eşyanın tabiatı" kavramı da gösterilmektedir³⁹⁵. Bu görüşe göre, idarenin düzenleme yetkisinin sadece Anayasadan kaynaklanmadığı, eşyanın tabiatından da kaynaklandığı kabul edilirse, idarenin "eşyanın tabiatı" kavramının gerektirdiği durumlarda, Anayasada sayılanların dışında bir düzenleyici işlem çıkarabilmesi mümkündür³⁹⁶. Biz birinci bölümde, bu kavramın hukuk dışı bir kavram olduğunu, olsa olsa başka bir normatif kategoriye ait bir "olması gereken" ihtiva ettiğini ve dolayısıyla da geçerliliğini bu kavramdan alan bir hukuk normunun bulunamayacağını ifade etmiştik. Bizim görüşümüze paralel bir başka görüşe göre de bir makamın adsız düzenleyici işlem yapma yetkisine sahip olup olmadığı, ilgili kanunlara bakılarak kararlaştırılmalıdır³⁹⁷. Aksi halde, icraî karar alabilen her makamın adsız düzenleyici işlem yapabileceği kabul edilirse, kanuna dayanması gereken yetki unsurunun anlamsızlaşacağı öne sürülmektedir³⁹⁸.

Sonuç olarak, adsız düzenleyici işlemlerin hukukî kaynağı olarak kanundan başka bir seçenek kalmamaktadır. Adsız düzenleyici işlem çıkarma yetkisinin varlığından, kanunlarda öngörülmedikçe bahsetmek mümkün değildir. Belirtelim ki Anayasanın 115. ve 124. maddelerinde tüzük ve yönetmelik çıkarmakla yetkili olan makamlara da kanunla adsız düzenleyici işlem çıkarma yetkisi verilmesinde hukuka aykırı bir durum bulunmamaktadır. Ancak, aşağıda inceleyeceğimiz üzere, bu durumda yönetmelik ile adsız düzenleyici işlemi ayırt etmek hukuken mümkün olmamaktadır. Bunun sebebi, Anayasanın yönetmelikler için öngördüğü ihdas usulü şartlarının pek az sayıda olmasıdır³⁹⁹.

2. Hukukî Rejimi

Adsız düzenleyici işlemlerin nasıl bir hukukî rejime tâbi olacağı sorusu doktrinde pek çok tartışmaya yol açmıştır. Adsız düzenleyici işlemlerin tâbi olacağı hukuki rejim, bu işlemlerin normlar hiyerarşisinde nerede yer alacağı sorusu ile yakından ilişkilidir. Bu işlemlerin hukukî rejimini inceleyerek normlar hiyerarşisindeki yerini belirlememiz mümkün olacaktır.

395 Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 1261-1262.

396 Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 1262.

397 Şanlı-Atay, a.g.e., s. 124.

398 a.y.

399 Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 1265.

Bununla birlikte, adsız düzenleyici işlemlerin hukukî rejimini belirlemek kolay değildir. Her şeyden önce, adsız düzenleyici işlemin yönetmelikten farklı bir norm olup olmadığı sorusu yanıtlanmalıdır.

Anayasanın 124. maddesinde yönetmelik çıkarabilecek olan makamlar Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilikleri olarak belirlenmiştir⁴⁰⁰. Bunun dışında yönetmelikler için her makamın kendi faaliyet alanı ile ilgili kanunu uygulanması maksadı ile yönetmelik çıkarabileceği ve yönetmelik ile getirilen düzenlemelerin tüzük ve kanunlara aykırı olamayacağı öngörülmüştür. Yönetmelik için herhangi bir özel ihdas usulü öngörülmemiştir. İlgili kısımda da belirttiğimiz gibi, yönetmelikler onları çıkaran makamların karar alma usulüne göre çıkarılacaktır. Bu nedenle de yönetmelikler için yeknesak bir ihdas usulü öngörüldüğünü söyleyemeyiz⁴⁰¹. Yeknesak bir ihdas usulü öngörülmediği için Türk hukukunda yönetmeliklerin idarenin düzenleme yetkisini kullanmasının genel aracı olduğu belirtilmiştir⁴⁰².

Bu durumda, zaten yönetmelik çıkarmakla yetkili bir makama kanunla adsız düzenleyici işlem yapma yetkisi tanındığında, kanuna dayanılarak yapılan işlemin Anayasada öngörülen yönetmelikten ne farkı olduğu sorusu gündeme gelmektedir. Hukukta her işlem daha önceden üst norm tarafından öngörülen usule göre ihdas edildiği için geçerlidir ve aynı nedenle o norm olarak adlandırılır. Yönetmelik çıkarmaya yetkili bir makama adsız düzenleyici işlem çıkarma yetkisi tanındığında bu iki normun birbirinden nasıl ayrılacağı tartışmalıdır. Elbette ki kanun adsız düzenleyici işlemin ihdası için özel bir usul belirlemiş olabilir. Bu durumda, aynı makam tarafından çıkarılsalar dahi iki normu ayırt etmek mümkün olacaktır. Ancak, böyle bir usulün belirlenmediği durumlarda olağan karar alma usulüne göre hareket eden makamın bir yönetmelik değil de adsız düzenleyici işlem çıkardığını nasıl söyleyebiliriz? Adsız düzenleyici işlemler de *intra legem* olmak durumundadır⁴⁰³. Bu iki norm arasındaki farkın amaç unsuru açısından ortaya çıkacağı da düşünülebilir. Yönetmelikler kanun ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak amacıyla çıkarılan normlardır. Öte yandan, adsız düzenleyici işlemlerin farklı bir amaçla çıkarılabileceğinin kabulü zordur. Takdir yetkisinin objektifleştirilmesi maksadıyla çıkarılan bir adsız düzenleyici işlem de, takdir yetkisi kanunla tanınmış olduğundan

400 Kanımızca Bakanlar Kurulu yönetmelik çıkaramaz. Bu görüşümüzü yönetmelik normunu incelediğimiz önceki kısımda dile getirip açıklamıştır.

401 Bu konuda ayrıca bkz. Güneş, a.g.e., s. 181.

402 Şanlı-Atay, a.g.e., s. 116.

403 Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 1262.

kanunun uygulanması amacıyla çıkarılmaktadır. Hal böyle olunca, adsız düzenleyici işlemlerin tabi olacağı hukukî rejimi belirlemek de çok zor olmaktadır. Nitekim, genel olarak "adsız düzenleyici işlem" gibi bir kategori aslında Türk hukukunda bulunmamaktadır. Bu tamlama ile anlatılmak istenen, hukukî rejimi de dayanağını teşkil eden kanun tarafından belirlenecek olan pek çok sayıda şahsına özgü düzenleyici işlemlerdir. Genel olarak şunu söyleyebiliriz: Yönetmelik çıkarmaya yetkili olan bir makama kanunla, özel bir ihdas usulü veya farklı bir amaç öngörülmezsizin, adsız düzenleyici işlem çıkarma yetkisi tanınması durumunda, çıkarılacak olan işlemin, idare ve kanun tarafından yapılan isimlendirmeye bakılmaksızın, yönetmeliklerin hukukî rejimine tâbi olacak, daha doğru bir ifadeyle, çıkarılan normun bir yönetmelik olacaktır⁴⁰⁴. Çıkarılacak olan bu normun kanun tarafından yönetmelik dışında başka bir isimle anılmasının Anayasaya aykırı olacağı düşünülebilir. Ancak, sırf isimlendirme yanlış olduğu için isimlendirilen normun iptaline gerek yoktur. Çünkü isabetle vurgulandığı üzere, "bir işlemin varlığı ve sağlığı, başlığına değil, öğelerine göre değerlendirilir."⁴⁰⁵. Kanımızca, her adsız düzenleyici işlem için bu değerlendirmenin ayrı ayrı yapılması icap eder.

Öte yandan, bütün adsız düzenleyici işlemlerin yönetmeliğin hukukî rejimine tâbi olması gerektiği de belirtilmektedir. Gözler'e göre, adsız düzenleyici işlemlerin kanun hükmünde kararnamelerin ve tüzüklerin hukukî rejimine tâbi tutulması mümkün değildir⁴⁰⁶. Nitekim, bu normların ihdası için Anayasada özel bir ihdas usulü öngörülmüştür ve bu ihdas usulüne uygun olarak çıkarılmayan hiçbir normun bir kanun hükmünde kararname veya tüzük olarak nitelendirilip, bunların hukukî rejimine tâbi kılınması mümkün değildir⁴⁰⁷. Öte yandan, yazara göre adsız düzenleyici işlemlerin yönetmeliklerin hukukî rejimine tâbi tutulması mümkündür. Bu düşünce, Anayasanın yönetmelikler için özel bir ihdas usulü öngörmemiş olmasına, yönetmelik çıkarmaya yetkili makamların çok sayıda ve geniş bir yelpazeyi içermesine, sebep ve konu unsurları bakımından iki normun birbirinden farklı olmasının mümkün olmadığı görüşüne dayanmaktadır⁴⁰⁸. Ancak, kanımızca bu görüşün işlemin yetki unsuru ve ihdas usulü bağlamında sorun yaratması mümkündür. Nitekim, yukarıda vurgulandığı gibi, kanunla yönetmelik çıkarma yetkisine sahip olmayan makamlara da adsız düzenleyici işlem

404 Aynı yönde bkz. Tanör - Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 413.

405 Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, a.g.e., s. 472.

406 Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 1264-1265.

407 a.y. Bu özel usullerden kasıt, yetki kanunu ve Danıştay incelemesi gibi usullerdir.

408 Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 1265.

çıkarma yetkisinin verilmesi mümkün olabilir. Pek tabii böyle bir itiraza karşı, bu durumda söz konusu kanunun Anayasaya aykırı olacağı, nitekim yönetmelik çıkarmakla yetkili olmayan bir makama yönetmelik çıkarma yetkisinin verildiği ileri sürülebilecektir. Ancak, kanunun adsız düzenleyici işlem açısından farklı ve özel bir ihdas usulü belirlediği durumlarda yönetmelikle kanuna dayanarak ihdas edilen normun aynı norm olacağını söylemek mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla, her adsız düzenleyici işlemin bir yönetmelik niteliği taşıyacağı ve yönetmeliğin hukukî rejimine tâbi olacağını söyleyememesi doğru olmayacaktır. Bunun belirlenmesi için kanunun getirdiği düzenlemenin esas alınması kaçınılmazdır.

Anayasa Mahkemesi de idarenin yönetmelik ve tüzük dışında düzenleyici idarî işlem çıkarabileceğini kabul etmekle beraber, bu işlemlerin konu bakımından yönetmelik ve tüzüğün tâbi olduğu şartlara tâbi olduğunu belirtmektedir⁴⁰⁹. Mahkemeye göre, "İki temel idari düzenleme biçimi olan tüzük ve yönetmelikler hakkında konulan bu esasların diğer düzenleme biçimleri için de geçerli olduğunu kabul etmek gerekir. Zira tüzük ve yönetmelikler için konulan sınırlamaların diğer düzenleyici idarî işlemler için kabul edilmemesi, üst yasal metinler için konulan sınırlamanın alt yasal metinler için kabul edilmeyeceği anlamına gelir."⁴¹⁰ Bu karardan, idare tarafından çıkarılacak olan adsız düzenleyici işlemlerin de kanun ve tüzüklerin uygulanması amacına yönelik olarak ve konu unsuru bakımından bu normların uygulanması ile sınırlandırılmış olacağı anlaşılmaktadır⁴¹¹. Bir başka deyişle, Anayasa Mahkemesi, tüzük ve yönetmelikleri "üst yasal metin" olarak nitelendirerek, adsız düzenleyici işlemlerin normlar hiyerarşisinde tüzük ve yönetmelik altında yer aldığını kabul etmekte, buradan yola çıkarak da bu normların konu unsuru açısından bir çakışma olması gerektiğini vurgulayarak, adsız düzenleyici işlemlerin daha önce aynı konuda çıkarılmış olan tüzük ve yönetmeliklere uygun olması gerektiğini öngörmektedir. Aslen, bir işlemin normlar hiyerarşisindeki yerinden hareketle hukukî rejiminin belirlenmesi doğru değildir. Nitekim, normlar hiyerarşisi bir varsayım değil, işlemlerin hukukî rejimi ve birbirleriyle olan hukukî geçerlilik ilişkisinden çıkarılan bir "sonuç"tur. Dolayısıyla, öncelikle bu normlar arasındaki ilişkinin, adsız düzenleyici işlemlerin tâbi olacağı hukukî rejim (bizim görüşümüze göre

409 Anayasa Mahkemesinin 25 Mayıs 1993 tarihli ve E. 1993/3, K. 1993/20 Nolu kararı. 28 Kasım 1995 tarihli Resmî Gazete.

410 Anayasa Mahkemesinin 25 Mayıs 1993 tarihli ve E. 1993/3, K. 1993/20 Nolu kararı.

411 Yavuzdoğan, a.g.m., s. 246.

kanun ile belirlenen hukukî rejim) göz önünde bulundurularak irdelenmesi ve adsız düzenleyici işlemlerin normlar hiyerarşisindeki yerine bu analiz doğrultusunda karar verilmesi gerekecektir⁴¹².

Doktrindeki başka bir görüşe göre ise, adsız düzenleyici işlemlerin, eğer şartlarını taşıyorsa, birer tüzük olarak kabul edilmesi gerekir⁴¹³. Aslen bu düşünce benimsenebilir. Nitekim, tüzük çıkarma yetkisinin yine Bakanlar Kuruluna ve tam olarak Anayasada öngörüldüğü şekilde bir kanun tarafından verilmesinde hukuken bir sakınca yoktur. Elbette, Bakanlar Kurulu kararnamesi şeklindeki bir işlem kanunların uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek için ve Danıştay incelemesinden geçirilerek, Cumhurbaşkanının imzasına sunularak ve Resmî Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giriyorsa, bu işlemin bir tüzük olduğundan bahsedilebilir⁴¹⁴. Bununla birlikte, bu unsurlardan bir tanesinin dahi eksik öngörülmesi halinde söz konusu kararname bir tüzük olarak nitelendirilemeyecektir.

Dolayısıyla, asıl sorun, tüzük ve yönetmelik çıkarma yetkisi bulunmayan bir idarî makama kanunla düzenleme yetkisi verilmesi veya bu yetkiye sahip olan makamlara tüzük ve yönetmeliklerden farklı bir usulle ihdas edilecek bir düzenleyici işlem çıkarma yetkisinin verilmesi halinde ortaya çıkmaktadır. Bu iki halde idare tarafından çıkarılacak olan düzenleyici işlemler nasıl nitelendirilecek ve hangi hukukî rejime tâbi olacaklardır?

Bizim bu soruya vereceğimiz yanıt çok basittir. Bu tür işlemlerin tek ve bütün bir kategori olarak nitelendirilmesine gerek yoktur. Nitekim, hukuk mantığı açısından bu işlemlerin tek bir kategori olarak ele alınmasında da fayda bulunmamaktadır. Yukarıda gördüğümüz gibi, hukuk düzeninde tek bir hukukî rejime tâbi bir "adsız düzenleyici işlemler" bütünü mevcut değildir. Adsız düzenleyici işlemlerin yönetmelik veya tüzüklerin hukukî rejimine tâbi tutulamayacağı durumlarda kanunun düzenlemesine bakılmalıdır. Bu durumlarda, kanunun belirlediği rejim neyse, düzenleyici işlemin tâbi olacağı hukukî rejim de odur.

Bu bağlamda, adsız düzenleyici işlem kavramı ile ifade edilmesi gerekenin yönetmelik veya tüzük niteliği taşımayan normlar olduğu belirtilmelidir. Nitekim, yönetmelik veya tüzüğün hukukî rejimine tâbi olan bir norm yönetmelik veya tüzüktür.

412 Bununla birlikte, önerdiğimiz şekilde yapacağımız analizin neticesinde biz de Yüksek Mahkeme ile aşağı yukarı aynı sonuca ulaşacağız.

413 Duran, **İdare Hukuku Notları**, a.g.e., s. 472.

414 Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, a.g.e., s. 472.

Bunların başka şekilde isimlendirilmesinin anlamı olmayacaktır.

3. Yargısal Denetimi

İdarenin yargısal denetime tâbi olmasının hukuk devleti ilkesinin bir gereği olduğunu belirtmiştik. Bu gerek ile paralel olarak Anayasanın 125. maddesinde idarenin işlemlerinin yargı denetimine açık olduğu genel olarak benimsenmiştir. Bu hüküm bir genel hüküm niteliğindedir. Anayasa, çeşitli konularda bu genel hükme istisnalar getirmiştir. Kanımızca, bu durumda hukuk devleti ilkesinin ihlal edildiği söylenemez. Her şeyden önce, anayasanın bir hükmünün bir başka hükmüne aykırı olması, anayasa normları arasında hiyerarşi olmaması ve aykırılık da farklı hiyerarşik seviyedeki normlar arasında gerçekleşebileceği için, mümkün değildir. Bu istisnaların pozitif hukuk dışında belirlenip tanımlanabilecek olan bir hukuk devleti anlayışı açısından pürüz olarak nitelendirilebileceği doğru olsa da⁴¹⁵, pozitif hukuk açısından hukuk devleti ilkesi, Anayasanın benimsediği ölçüde mevcuttur. Kaldı ki, Anayasanın hukuk devleti ilkesini genel bir hüküm olarak benimsemiş olması ve buna daha sonra çeşitli istisnalar getirmesi de son derece hukuka uygundur.

Adsız düzenleyici işlemlerden yönetmelik ve tüzük niteliği taşıyanların, bunların hukukî rejimine tâbi olmak suretiyle, bunların tâbi olduğu yargısal denetime tâbi olacağı konusunda şüphe bulunmamaktadır. Buna göre, adsız düzenleyici işlemlerden yönetmelik niteliği taşıyanlardan başbakanlık, bakanlıklar, kamu kurumu ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının bütün ülkede uygulanacak olanları ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da, diğerleri genel görevli idare mahkemelerinde⁴¹⁶; tüzük niteliği taşıyanlar ise ilk derece mahkemesi olarak Danıştayda denetleneceklerdir.

Diğer adsız düzenleyici işlemlerin de Anayasanın 125. maddesindeki genel hüküm dolayısıyla yargı denetimine tâbi olacağı açıktır. Anayasanın hiçbir hükmünde idarenin tüzük ve yönetmelik dışında çıkarabileceği düzenleyici işlemlerin yargı denetiminden istisna tutulduğuna rastlanmamaktadır. Dolayısıyla, bu normların hukukî rejimini belirleyeceğini söylediğimiz kanunun, bu normları yargı denetiminin dışında tutması mümkün değildir. Bu kanun hükümleri Anayasaya aykırı olacaktır. Bu durumda, görevli

415 Bu pürüzler Kemal Gözler tarafından tespit edilmiştir. Bkz. Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, a.g.e., s. 175.

416 Ebru Gündüz, "Yürütmenin Düzenleyici İşlemleri ve Yargısal Denetimleri", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 11, Sayı: 1-2, Yıl: 2007, s. 775.

mahkemenin hangi mahkeme olacağı sorusu da sorulmalıdır. Kanımızca, kanun bu konuda herhangi bir hüküm belirlememişse, bu konuda genel görevli idare mahkemelerinin yargı denetimini gerçekleştireceği kabul edilmelidir⁴¹⁷. Ancak, kanunla Danıştayın bu normları ilk derece mahkemesi olarak denetleyebileceği de öngörülebilir. Anayasada, bu durumu yasaklayan bir hüküm bulunmamaktadır.

4. Adsız Düzenleyici İşlemlerin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri

Bir işlemin normlar hiyerarşisindeki yeri, o işlemin tâbi olduğu hukukî rejim ile yakından ilişkilidir. Bir kere, normlar hiyerarşisine yerleştirilecek olan normun tâbi olacağı hukukî rejimi belirleyen norm üst norm niteliği taşıyacaktır. Yine hukukî rejimi belirleyen norm tarafından, bir normun diğer bazı normlara aykırı olamayacağı düzenlenmiş olabilir. Bir başka deyişle, hukukî rejimi belirleyen norm, kendi hiyerarşik gücü çerçevesinde, hukukî rejimini belirlediği normun normlar hiyerarşisindeki yerini de belirleyebilir.

Yukarıda, adsız düzenleyici işlemlerin Türk hukuku açısından tek bir hukukî rejime tâbi olan bir kümeyi ifade etmediğini, bu işlemlerin tâbi olacağı hukukî rejimin, geçerlilikleri açısından kanun tarafından öngörülen şart ve usullere göre belirleneceğini belirtmiştik. Bu durumda, adsız düzenleyici işlemler kategorisindeki işlemlerin normlar hiyerarşisindeki yerinin de bir bütün olarak tespit edilmesi mümkün olmayacaktır. Bu nedenle, adsız düzenleyici işlem kategorisinde yer alan normların hiyerarşideki yerini belirlerken belli ayrımlara gitmek zorunlu olmaktadır.

a. Yönetmelik veya tüzük niteliği taşıyan adsız düzenleyici işlemler

Bir makama "tüzük" yapma yetkisinin verilmesi esasen mümkün değildir. Bu yetki zaten Anayasa tarafından tek bir makama verilmiştir ve başka bir idarî makam tarafından kullanılması mümkün değildir. Ancak, kanun hükmü ile Anayasa hükmünün tekrar edilerek Bakanlar Kuruluna Anayasada belirlenen usulle tüzük çıkarma yetkisinin verildiğinin tekrar edilmesinde hukuki açıdan bir sakınca bulunmamaktadır⁴¹⁸. Bu durumda, Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacak olan normun başka bir isim taşıyacağına öngörülmüş olmasının bir önemi yoktur. Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan normun her unsuruyla Anayasada düzenlenen bir tüzük olacağı açıktır. Dolayısıyla, totolojiden ibaret bir ifadeyle,

417 Gündüz, a.g.m., s. 775.

418 Böyle bir kanun hükmünün "gerekliliği" pek tartışmalıdır. Lakin, bu içerikteki bir kanunun geçerli olarak ihdas edilebileceğine şüphe yoktur.

bu tür adsız düzenleyici işlemlerin normlar hiyerarşisinde tüzük seviyesinde yer alacağını söyleyebiliriz. Zira, bunlar Anayasada öngörülen tüzükten farklı bir norm değildir. Öte yandan, kanunla, tüzük yapmaya yetkili olmayan bir makama verilen yetkinin neticesinde ihdas edilen normun, isterse Danıştay denetimi ve Resmî Gazetede yayınlanma gibi usulî şartlar öngörülmüş olsun, bir tüzük olduğunu söylemek mümkün değildir. Dolayısıyla, bu normun tüzük gücünde olacağını belirten bir kanun hükmü Anayasaya aykırı olacaktır. Aksinin kabulü halinde, bir başka makam tarafından ihdas edilen bir norm ile Bakanlar Kurulunun ihdas ettiği bir tüzük değiştirilebilecek veya yürürlükten kaldırılacaktır.

Öte yandan, Anayasa tarafından yönetmelik çıkarma yetkisine sahip olduğu belirtilen bir makama verilen adsız düzenleyici işlem yapma yetkisi, özel bir ihdas usulü düzenlemiyor, unsur ve şartları anlamında Anayasada yönetmelikler için belirlenen kaideleri öngörüyorsa, kanunun isimlendirmesi ne olursa olsun netice itibariyle ihdas edilen norm bir yönetmelik olacaktır. Yönetmeliğin hukukî rejimine tâbi olan bu normların da normlar hiyerarşisinde yönetmelik ile aynı seviyede, tüzük ve kanunların altında yer alacağına şüphe yoktur. Öte yandan, Anayasada yönetmelik çıkarma yetkisine sahip olduğu öngörülen makamların dışında bir makama yönetmelik çıkarma yetkisi kanunla verilemez. Dolayısıyla, sayılan idari makamların dışında bir makamın çıkaracağı öngörülen bir düzenleyici işlemin, isterse bütün unsur ve şartlarıyla yönetmeliğe benzesin, yönetmelik gücünde olacağını düzenleyen kanunlar Anayasaya aykırı olacaktır. Nitekim, bu durumda Anayasa tarafından öngörülmemiş bir makamın yönetmelik yapması, var olanları değiştirmesi ve yürürlükten kaldırması mümkün olacaktır.

b. Diğer adsız düzenleyici işlemler

Adsız düzenleyici işlemlerin normlar hiyerarşisindeki yeri sorunu asıl olarak yönetmelik ve tüzük niteliği taşımayan adsız düzenleyici işlemlere ilişkin olarak ortaya çıkmaktadır. Aslında, bu tür normların da hukukî rejimini kanun belirleyeceği için, bunların normlar hiyerarşisindeki yerinin de kanun tarafından belirleneceği söylenebilir. Ancak, kanun da anayasa ile sınırlı bir norm olduğundan, bu konuda kanunun hareket alanı belirlenmeli, netice itibariyle de yönetmelik ve tüzük niteliği taşımayan adsız düzenleyici işlemlerin normlar hiyerarşisinde nerede yer alabileceği (kanunun düzenlemesine bağlı olarak) kararlaştırılmalıdır.

Biz, yönetmelik ve tüzük niteliği taşımayan adsız düzenleyici işlemlerin normlar

hiyerarşisindeki yerinin belirlenmesi için bu normların konu bakımından genel olarak yönetmelik ve tüzük için belirlenen konu unsurundan farklı bir konu unsuruna sahip olup olamayacağını araştırmayı öneriyoruz. Nitekim, adsız düzenleyici işlemlerin normlar hiyerarşisinde yönetmelik ve tüzük arasına yerleştirilmesi durumunda, söz konusu yerleştirmeyi gerçekleştiren kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı gündeme gelecektir. Eğer, bir adsız düzenleyici işlem ile yönetmeliğin konu unsurunda çakışma olabilir, yani bu normlar içeriği itibariyle çatışabilirse; bir de adsız düzenleyici işlemin normlar hiyerarşisinde yönetmelik üstü bir seviyeye yerleştirilmesi durumunda, yönetmeliklerin yalnızca tüzük ve kanunlara aykırı olmamasını öngören Anayasanın 124. maddesine aykırı bir durum ortaya çıkacaktır⁴¹⁹. Benzer şekilde, aslen yönetmelik çıkarmakla yetkili olmayan bir makama, normlar hiyerarşisinde yönetmelik üstü bir seviyede bulunan bir adsız düzenleyici işlem çıkarma yetkisinin verilmesi suretiyle, bu makamın yönetmelikleri değiştirmesi veya yürürlükten kaldırmasına sebebiyet verilmiş olacaktır ki kanımızca bu durum da 124. maddeye aykırılık oluşturacaktır. Öte yandan, adsız düzenleyici işlemlerin konu unsuru, yönetmelik ve tüzüklerin konu unsuru ile çatışması mümkün olmayacak şekilde düzenlenirse, Anayasanın yukarıdaki maddelerinin ihlali söz konusu olmayacaktır. Nitekim, bu durumda, tüzük ve yönetmeliklerle adsız düzenleyici işlemin konu itibariyle çatışması mümkün olmayacaktır. Çatışmaları mümkün olmayacaksa, tüzüklerin yalnızca kanuna aykırı olamayacağını düzenleyen 115. maddenin ve yönetmeliklerin tüzük ile kanunlara aykırı olamayacağını düzenleyen 124. maddenin ihlali de söz konusu olmayacaktır. Yine konu itibariyle bir çatışma gerçekleşmeyeceğinden, adsız düzenleyici işlemler ile tüzük ve yönetmeliklerin değiştirilmesi veya yürürlükten kaldırılması da mümkün olmayacaktır. Bu nedenlerle, geçerliliğini, hem ihdas usulü hem de içerik anlamında, kanundan alan adsız düzenleyici işlemin normlar hiyerarşisinde kanun altı bir seviyede, tüzük ile aynı basamakta yer alacağını söylenmesi yanlış olmaz⁴²⁰. Bu durumda bir gariplik de yoktur. Nitekim, bir normun geçerliliğini üst basamaktaki bütün normlardan değil, üst basamaklardaki normların birinden alması gerekir. Yönetmeliklerin adsız düzenleyici işlemlerin bulunacağı basamağın altındaki bir basamakta bulunması, bu

419 Aynı yorum, adsız düzenleyici işlemlerin kanun tarafından kanun altı ve tüzük üstü bir seviyeye yerleştirilmesi durumunda da yapılabilir. Bu durumda da tüzüklerin yalnızca kanunlara aykırı olmamak zorunda olduğunu öngören Anayasanın 115. maddesine aykırılık söz konusu olacaktır.

420 Benzer şekilde bu normun yönetmelik basamağında da yer alması mümkündür. Fakat daha önce de belirttiğimiz gibi biz bir normun normlar hiyerarşisindeki yerini belirlerken, bu norma hukukî geçerlilik sağlayan norma olabildiğince yakın bir yerleştirme yapma yoluna gittik.

normların geçerliliklerini mutlaka hem tüzük hem de adsız düzenleyici işlemlerden alması gerektiği anlamına gelmemektedir. Üst basamakta olup da yönetmeliklerin geçerliliğini ilgilendiren tek norm tüzük olacaktır. Netice itibarıyla belirlenmesi gereken, adsız düzenleyici işlemlerin tüzük ve yönetmelikler için genel olarak belirlenen konu unsuru ile çatışmayacak, tamamen farklı bir konuyu düzenleyecek şekilde ihdas edilip edilemeyeceğidir. Bu soruya olumlu yanıt verilmesi halinde, adsız düzenleyici işlemler arasında konularına göre bir ayırım yapılmak suretiyle, bu ayırımın her kanadı için ayrı bir belirleme yoluna gitmek gerekecektir.

Anayasanın 115. maddesine göre tüzükler kanunların uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek amacıyla çıkarılabilir. Bu bağlamda, tüzüklerin konu unsurunun kanunların uygulanması olarak belirtilmesi mümkündür. Kanunun emrettiği işlerin belirtilmesi de aslen kanunların uygulanmasına yönelik bir işlemdir. Tüzüklerin kanunların emrettiği işleri belirtmesi, idarî makamların bu işleri birel işlemlerle somut olaylara uygulamasında yol gösterme, kanunun uygulanmasını sağlama amacı taşımaktadır. Yönetmeliklerin konusu da kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak olarak Anayasanın 124. maddesinde belirtilmiştir. Genel olarak tüzük ve yönetmeliklerin konusunun kanunların (veya yönetmelik açısından tüzüğün) uygulanması olduğunu söyleyebiliriz. Buradan anlaşılacağı üzere, tüzük ve yönetmeliklerin hükümleri, kanunlar ile düzenlenebilecek olan bütün konulara ilişkin, bunların uygulanmasına yönelik olacaktır. Kanunların Türk hukukunda konu anlamında sınırlanmamış olduğuna yukarıda değinmiştik. Bu durumda yönetmelik ve tüzük hükümleri kanunlar için söz konusu olabilecek bütün konuların uygulanmasını düzenleyecektir.

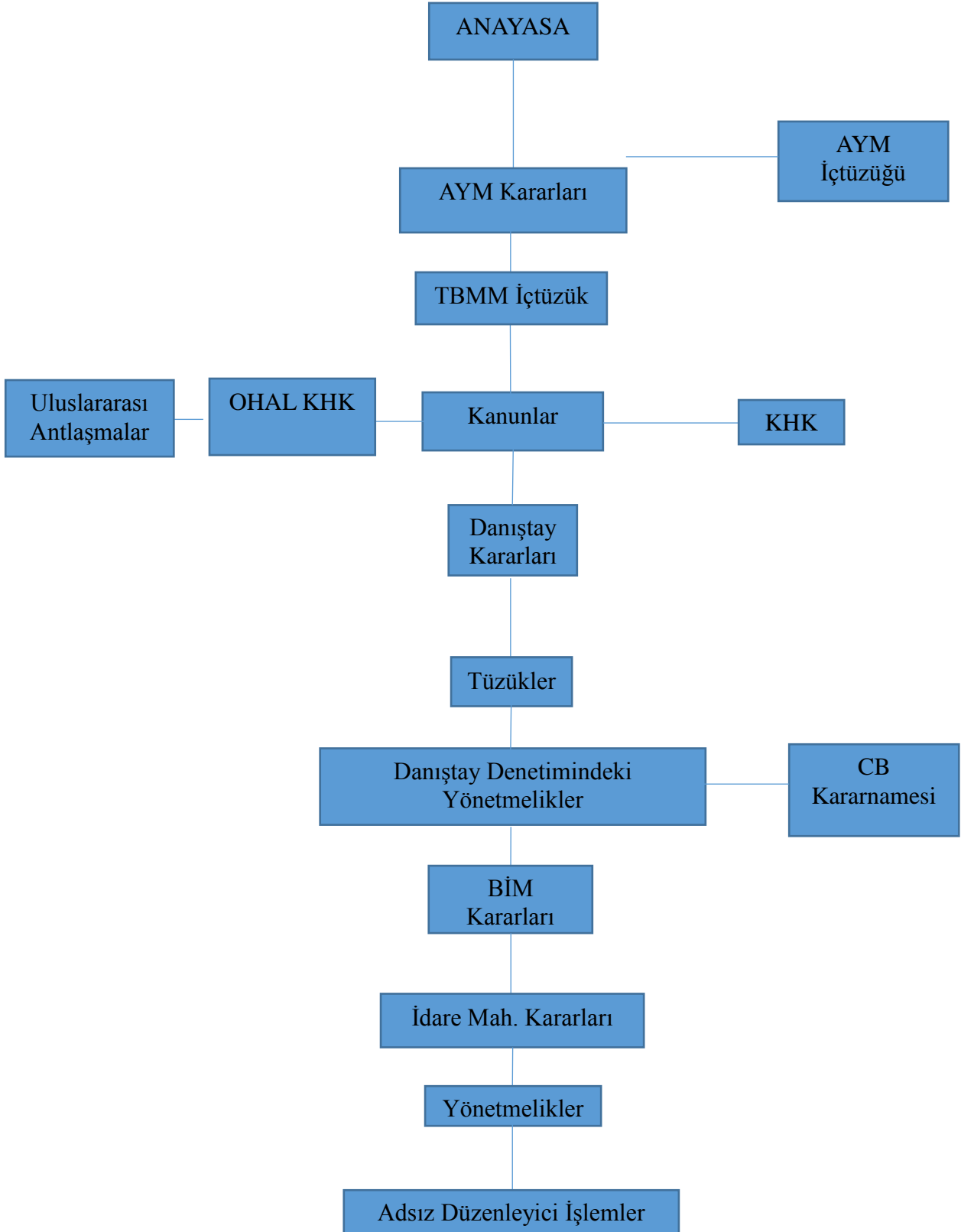
Hal böyle olunca, geçerliliğini kanundan alan bir adsız düzenleyici işlemin de konusunun genel olarak kanunlar tarafından düzenlenebilecek olan bütün konuların uygulanması olacağı açıktır. Elbette ki somut olayda kanunun konu bakımından adsız düzenleyici işlemi sınırladığı görülecektir. Ancak, bizim açımızdan mühim olan, adsız düzenleyici işlemin düzenlediği konuya ilişkin bir yönetmelik veya tüzük çıkarılıp çıkarılamayacağıdır. Kuşkusuz, bu normların konu unsuru bakımından çakışması mümkün olacaktır. Dolayısıyla, adsız düzenleyici işlemlerin normlar hiyerarşisinde yönetmelikle aynı seviyede veya daha üstte yer alması Anayasanın 115. ve 124. maddelerine aykırı olacaktır. Bu nedenle de, yönetmelik veya tüzük niteliğinde olmayan adsız düzenleyici işlemlerin normlar hiyerarşisinde yönetmelik altı bir seviyede yer alması gerektiğini

düşünüyoruz.

Kanunun yönetmelik veya tüzük ile düzenlenmesini öngördüğü bir alanın adsız düzenleyici işlem ile düzenlenemeyeceği isabetle belirtilmektedir⁴²¹. Kanımızca, kanunun adsız düzenleyici işlemle düzenlenmesini öngördüğü bir alanın da yönetmelik ve tüzükle düzenlenmesi mümkün değildir. Nitekim, yönetmelik ve tüzüğe ilişkin olarak yaptığımız yoruma paralel olarak, kanun, bir konunun, ihdas usulünü ve içeriğini kendisinin belirlediği bir norm ile düzenlenmesini öngörmüş olabilir. Bu konuda, kanun koyucunun niyetini tahmin etmeye çalışmak gibi imkânsız bir işi üstlenmektense, sözü esas alınarak hareket edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

421 Gözler, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 1263.

Şekil 1: Türk Hukukunda Normlar Hiyerarşisi



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ALMAN HUKUKUNDA KURAL İŞLEMLER VE MAHKEME KARARLARININ HİYERARŞİK GÜCÜ

Türk hukukunda kural işlem ve mahkeme kararlarının normlar hiyerarşisindeki yerini incelediğimiz önceki bölümün ardından, yine Kıta Avrupası hukuk sistemine mensup, idarî rejim uygulamasının bulunduğu bir başka ülke olan Almanya'nın hukuk sisteminde kural işlemlerin ve mahkeme kararlarının hiyerarşik gücünü inceleyeceğiz. Türk hukuku açısından olduğu gibi, Alman hukukunda da bu normların hiyerarşik gücünü tespit edebilmemiz için bunların hukukî rejimini incelememiz gerekecektir. Türk hukukundan farklı olarak, Alman hukukunda AB hukuku normlarının hiyerarşik durumunu da değerlendireceğiz.

Yine belirtelim ki, bir federal devlet olan Almanya'nın hukuk sistemindeki düzenleyici işlemleri incelerken federal devletin organları tarafından çıkarılabilecek olan düzenleyici işlem türlerinin incelenmesi ile yetineceğiz. Nitekim, aşağıda da aktarılacağı üzere, Alman hukukunda federal hukuk ile eyalet hukuku sistemleri arasında doğrudan Anayasa tarafından belirlenen bir hiyerarşi vardır ve bunun dışında federal hukuk ve federe hukuk sistemlerinin kendi içindeki hiyerarşileri birbirlerine çok benzemektedir.

I. ALMAN ANAYASASININ NORMLAR HİYERARŞİSİNDEKİ YERİ

Alman Anayasası *Grundgesetz* ismini taşımaktadır. *Grund* ve *Gesetz* kelimelerin bir araya gelmesinden oluşan bir bileşik kelime olan *Grundgesetz* aslen "Temel Kanun" anlamına gelmektedir. Biz çalışmamız açısından Anayasa ibaresini tercih edeceğiz. Nitekim, "*Grundgesetz*", yani "Temel Kanun" veya Anayasa ifadeleri ile anlatılmak istenen şey aynıdır¹.

23 Mayıs 1949 tarihinde yürürlüğe giren Alman Anayasasının² bizim aradığımız, normlar hiyerarşisinin tepesinde yer alacak olan şekli anlamda anayasa tanımına uyup

1 Hendrik Kornbichler - Julian Poster - Wolfgang Tiede - Armin Urabl, *Verfassungsrecht*, 2.b., Springer, Berlin, 2001, s. 2.

2 Donald P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of Federal Republic of Germany*, 2.b., Duke University Press, Durham, 1997, s. 40.

uymadığı öncelikli olarak incelenmesi gereken husustur. Nitekim, bir anayasanın normlar hiyerarşisinde nerede yer alacağını belirlemek için öncelikle bu metnin şekli anlamda bir anayasa olup olmadığını incelemek durumundayız.

A. ANAYASANIN BÜTÜN ORGANLARI BAĞLAMASI

Alman Anayasasının 1. maddesinin 3. fıkrası şöyle demektedir³: "Aşağıdaki temel hak ve özgürlükler yasama, yürütme ve yargı organlarına doğrudan uygulanarak bu organları bağlarlar". Dolayısıyla, devletin temel organları işlemlerini ihdas ederken anayasa hükümlerine uymak zorundadırlar. Anayasanın 20. maddesinin 3. fıkrası da yasamanın anayasal düzen ile, yürütme ve yargının ise kanun ile bağlı olacağını düzenlemektedir⁴. Bu maddeden de anlaşılacağı üzere, Anayasa hem yasamayı, hem de, kanunlar aracılığıyla, yürütme ve yargıyı bağlar niteliktedir. Böylelikle, şekli anayasa tanımının ilk şartının Alman Anayasası açısından mevcut olduğunu ifade etmek yanlış olmaz. Ancak, bu üstünlüğün sözde bir üstünlük olmadığını tespit edilmesi gerekmektedir.

B. DEĞİŞTİRİLME USULÜ

Ancak, Anayasanın bütün devlet organlarını bağlayacağını öngörmek yeterli değildir. Nitekim, kanunlardan daha zor bir usul ile değiştirilmeyen bir anayasanın üstünlüğü lafta kalacaktır⁵. Bu tür anayasalar, eğer anayasa değişikliği için ayrı bir organ, meclis kurulması da gerekmiyorsa, alelade kanunlar tarafından değiştirilebilecektir. Dolayısıyla, Alman Anayasasının kanunlardan daha zor bir usul ile değiştirilip değiştirilmediğinin, bir başka deyişle, katı bir anayasa olup olmadığının tespiti gerekmektedir.

Alman Anayasasının 79. maddesinin 2. fıkrası Anayasanın değiştiriliş usulünü düzenlemektedir. Buna göre, anayasa ancak *Bundestag* ve *Bundesrat*'ın, yani Alman parlamento sistemindeki her iki meclisin de nitelikli çoğunluğu (2/3) ile değiştirilebilir⁶. Anayasaya göre, kanun çıkarılması için *Bundestag*'ın basit çoğunluğu (m. 42/2),

3 Alman Anayasasının metni için bkz. http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/englisch_gg.html#p0107. Erişim Tarihi: 7 Mart 2015.

4 Walther Fürst - Hellmuth Günther, **Das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland in den Grundzügen**, 2.b., Erich Schmidt Verlag, Berlin, 1978, s. 153.

5 Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, a.g.e., s. 117-118.

6 Heringa-Kiiver, "Constitutions Compared: Origins and Main Features", http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1461411, s. 32. Erişim Tarihi: 2 Nisan 2015.

Bundesrat'ın ise "en az" basit çoğunluğu (m. 52/3) aranmaktadır. *Bundesrat*'ın içtüzüğü ile nitelikli çoğunluk araması mümkündür. Anayasanın hükmünün açık olduğu ve *Bundestag*'ın içtüzük ile kanun çıkarmak için nitelikli çoğunluk arayamayacağı düşünülürse, *Bundesrat*'ın karar almak için, örneğin, oybirliği araması durumunda anayasayı değiştirmenin kanun çıkarmaktan daha zor bir usule bağlandığı rahatlıkla söylenebilir mi⁷?

Her şeyden önce, mevcut *Bundesrat* İçtüzüğü'nün 48. maddesinde kararlar için basit çoğunluğu öngörüldüğünü belirtmemiz gerekir⁸. Ancak, oybirliği öngörülmüş olsaydı kanunların mı yoksa anayasa değişikliğinin mi daha zor bir usule tâbi olduğunu söylemek kanımızca mümkün olmazdı. Ancak, daha önce de incelediğimiz gibi, anayasalara katılık sağlamanın başka yolları da vardır ve Alman Anayasası hakkında son kararı vermeden önce bu yöntemlerden birinin öngörülüp öngörülmediğini incelememiz gerekmektedir.

C. DEĞİŞTİRİLEMEYECEK MADDELER

Değiştirilemeyecek maddelerin anayasalara eklenmiş olması anayasalara katılık sağlayan yöntemlerden birisidir.⁹ Alman Anayasasının 79/3 maddesi, 20. maddedeki beş ilkenin, federasyonun eyaletlere ayrılmasının ve 1. maddedeki insan onuru ifadesinin değiştirilemeyeceğini öngörmektedir¹⁰. Bununla birlikte, Türk hukuku açısından yaptığımız gibi, Alman hukuku açısından da değiştirilemeyeceği söylenen bu maddelerin, değiştirilme yasağını getiren maddenin öncelikle değiştirilmesi yoluyla değiştirilmesinin mümkün olup olmadığı tartışması yapılabilir. Bu tartışma, ele alınan hukuk sistemi hangi sistem olursa olsun, pozitif düzenlemeler değişmedikçe aynı şekilde cevaplandırılmalıdır. Alman Anayasası incelendiğinde 79. maddenin 3. fıkrasının değiştirilmesine engel bir madde görülmemektedir. Dolayısıyla, tali kurucu iktidarın öncelikle 79. maddenin 3. fıkrasını değiştirmek suretiyle, yasaklanan hususları (20. maddedeki ilkeler, federatif yapı, insan onuru ifadesi) da değiştirmesi mümkün görünmektedir. Bir başka deyişle, Alman Anayasasının 79. maddesinin 3. fıkrası da, Türk Anayasası gibi tali kurucu iktidarın

7 Alman hukukunda yalnızca belli konulardaki kanunların ihdasında *Bundesrat*'ın olumlu katılımı aranmaktadır. Diğer bazı alanlarda ise *Bundesrat* belli bir süre içinde olumsuz bir karar almaz ise kanun teklifi veya tasarısı yasalasmaktadır. Ancak, yine de, katı bir Anayasanın her türlü kanun yapma usulünden daha zor bir usulle değiştirilebilmesi gerekir.

8 *Bundesrat* İçtüzüğü için bkz. <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80060000.pdf>, Erişim Tarihi: 7 Mart 2015.

9 Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, a.g.e., s. 119.

10 Nigel G. Foster - Satish Sule, **German Legal System and Laws**, 3. Baskı, Oxford University Press, New York, 2002, s. 198; Fürst - Günther, a.g.e., s. 153.

anayasayı değiştirme kudretini sınırlandırmış, ancak bu sınırı mutlak bir sınır olarak öngörmemiştir. Yine de, yukarıda belirttiğimiz üzere, kanunlardan zor bir kabul yeter sayısı gerektirmemelerine rağmen, değiştirilemeyecek maddeler içeren veya anayasa değişikliklerine ilişkin olarak devlet başkanına referanduma sunma gibi bazı yetkiler tanıyan anayasaların da katı birer anayasa olarak kabul edilmesi gerekecektir. Nitekim, bu durumda da anayasanın salt bir kanun ihdasıyla tamamen değiştirilmesi mümkün olmamaktadır. Ancak, bu durumda bu Anayasanın katılık derecesinin daha düşük olduğu düşünülebilir.

Bunların dışında, Alman Anayasasının değiştirilmesi için başkaca bir şart öngörülmemiştir. Devlet başkanının anayasa değişikliğine ilişkin zorlaştırıcı veya geciktirici bir yetkisi olmadığı gibi, anayasa değişikliği için normal kanunları ihdas eden organlardan farklı bir organ da öngörülmemiştir.

Sonuç olarak, kanun konulması konusundaki *Bundesrat* içtüzüğünün mevcut hükümleri de göz önüne alındığında, Alman Anayasasının katı bir anayasa olduğunu ve dolayısıyla da normlar hiyerarşisinin en tepesinde kendi başına yer alacağını söyleyebiliriz. Bununla beraber, *Bundesrat* içtüzüğündeki düzenlemeye göre Alman Anayasasının katılığının tartışmalı hâle gelebilmesi ve Türk Anayasasının Alman Anayasasında öngörülen yöntemlere ek olarak devlet başkanına geciktirici ve zorlaştırıcı veto yetkilerini tanımış olması dolayısıyla, Türk Anayasasının daha katı bir nitelik arz ettiği savunulabilir.

D. FEDERAL VE FEDERE ANAYASALAR ARASINDAKİ İLİŞKİ

Federal bir devlet olan Almanya'da, federal devletin anayasasının yanında federe devletlerin de bir anayasası bulunmaktadır. Dolayısıyla, federal devlet anayasaları ile federe devlet anayasalarının arasındaki ilişkinin de ortaya konarak federal Anayasanın federe anasalardan üstün olduğu gösterilmelidir.

Alman Anayasasının 31. maddesi, federal hukuk düzeninin bir bütün olarak federe hukuk düzeninden üstün olduğunu düzenlemektedir. Bu hükmün doğrudan bir sonucu olarak federal hukuka ait normlar da normlar hiyerarşisinde federe hukuk normlarından üstte yer alacaktır¹¹. Ancak, bu hüküm genel olarak, federal ve federe hukukun bütün normları açısından düzenleme yapmakta, özel olarak federal Anayasa – federe Anayasalar konusunda bir şey söylememektedir.

11 Ipsen, a.g.e., s. 264.

Alman Anayasasının 142. maddesi, federe Anayasaların, federal Anayasanın 1. ve 18. maddeleri arasında düzenlenen temel hak ve özgürlüklere uygun hükümler benimsedikleri ölçüde geçerli olacaklarını belirtmektedir¹². Dolayısıyla, federe Anayasaların geçerlilik koşulu federal Anayasa tarafından belirlenmekte ve herhangi bir çatışma durumunda 31. madde uyarınca federal Anayasanın hükümlerinin geçerli olacağı düzenlenmektedir¹³. Bir başka deyişle, federe anayasaların, temel hak ve özgürlükler açısından federal Anayasada öngörölmüş olandan farklı sınırlama sebeplerine yer vermesi veya daha az koruma sağlaması gibi durumlarda, federe anayasaların bu hükümleri uygulanmayacaktır¹⁴. Federal Anayasanın federe anayasalardan üstün olduğuna işaret eden bir başka hükme Alman Anayasasının 28. maddesinin 1. fıkrasında rastlamak mümkündür. Buna göre, federe anayasaların benimsemesi gereken hukukun üstünlüğüne dayalı sosyal devlet, cumhuriyetçi ve demokratik devlet gibi ilkeler bulunmaktadır. Federe devletlerin anayasa koyucusu federal Anayasanın 28. maddesinin birinci fıkrasıyla bağlıdır ve bu ilkelere anayasada yer vermek zorundadır¹⁵.

Bu tespitlerden çıkan sonuç, federal Anayasanın federe anayasalar karşısında üst norm niteliğinde olduğu, bunların federe anayasa koyucuları bağladığı şeklindedir. Dolayısıyla da federal Anayasa normlar hiyerarşisinde bütün federe anayasalar ile geçerliliklerini federe anayasalardan alan federe hukuk normlarından üstte yer alacaktır. Bir başka deyişle, Alman Anayasasının üstün bir anayasa olduğunu ve normlar hiyerarşisinin tepesinde yer alacağını söyleyebiliriz¹⁶.

E. ALMAN FEDERAL ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARININ NORMLAR HİYERARŞİSİNDEKİ YERİ

Alman Anayasası Alman hukuku normlar hiyerarşisinin en tepesinde yer aldığından diğer bütün normların Anayasaya uygun olması gerekmektedir¹⁷. Anayasaya herhangi bir aykırılığın yaptırıma bağlanıp bağlanmadığı ayrı bir konudur. Ancak, Anayasaya aykırılığın yaptırımı, hukuk düzenlerinde ortak olarak, aykırı olan normun yargı organları

12 Kornbichler *et. al.*, a.g.e., s. 10.

13 Kornbichler *et. al.*, a.g.e., s. 11.

14 a.y. Ayrıca Alman Anayasasının 93. maddesine göre burada yalnızca bir uygulama önceliğinden değil, normatif bir üstünlükten bahsetmek gerekir. Nitekim, Federal Anayasa Mahkemesinin eyalet anayasalarının federal Anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisi bulunmaktadır. Alman Anayasasının 31. maddesinin niteliğine aşağıda tekrar değineceğiz.

15 Kornbichler *et. al.*, a.g.e., s. 189.

16 Ayrıca bkz. Elke Gurlit, **Verwaltungsvertrag und Gesetz**, 1.b., J.C.B. Mohr, Tübingen, 2000, s. 96.

17 Kornbichler *et. al.*, a.g.e., s. 266.

tarafından ihdas edilen bir başka normla hukuk âleminden kaldırılması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu yaptırıma da anayasal denetim, anayasaya uygunluk denetimi gibi isimler verilmektedir.

Alman Anayasasının 93. maddesinin 1. fıkrasının 2. bendine göre Alman Anayasa Mahkemesi ("*Bundesverfassungsgericht*") herhangi bir federal ya da federe kanunun şeklen veya esasen denetleme yetkisine sahiptir. Aynı hükme göre, federe hukukun federal hukuka uygun olup olmadığı da yine Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebilecek, bu konuda Yüksek Mahkeme tarafından karar verilebilecektir. Mahkemenin bu yetkisini kullanabilmesi için Federal hükümetin, eyalet hükümetinin veya *Bundestag*'ın üye tam sayısının dörtte birinin başvurusu gerekmektedir¹⁸. Bu maddede düzenlenen husus soyut norm denetimidir¹⁹.

Bununla birlikte, Alman Anayasasının 100. maddesinin 1. fıkrası incelendiğinde, somut norm denetiminin de öngörüldüğü görülecektir. Bu maddeye göre, uygulayacağı bir eyalet kanununun eyalet anayasasına aykırı veya federal kanun veya eyalet kanununun federal Anayasaya aykırı olduğu kanaatinde olan mahkeme bütün işlemleri durdurmalı ve duruma göre sırasıyla anayasaya uygunluk denetimi ile görevli eyalet mahkemesi veya Federal Anayasa Mahkemesinin kararını beklemelidir²⁰.

Federal Anayasa Mahkemesinin Anayasaya aykırı bulduğu federal kanunlar iptal edilerek hukuk âleminden kaldırılacaktır. Bir norm ancak başka bir normdan geçerlilik alabilir ve dolayısıyla yine hiyerarşik olarak kendisiyle eşit veya daha üst seviyedeki başka bir norm dolayısıyla hukuk âleminden kalkabileceğine göre²¹, Federal Anayasa Mahkemesi kararı da bir normdur ve bir norm olarak normlar hiyerarşisinde kanunların üstünde yer alacaktır²².

Bununla birlikte, yukarıdaki bilgilerden başka sonuçlar da çıkmaktadır. Herhangi bir federe hukuk normunun federal hukuka uygunluğu da Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebiliyor ve Mahkemenin kararı ile federe hukuk normları hukuk âleminden

18 Wolfgang Zeidler, "The Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany: Decisions on the Constitutionality of Norms", **Comparative Constitutional Review**, 1.b., ed. Michael Louis Corrado, Carolina Academic Press, Durham, 2007, s. 125.

19 Kornbichler *et. al.*, a.g.e., s. 266.

20 Zeidler, a.g.e., s. 125.

21 Federal Anayasa Mahkemesi, gerçekleştireceği norm denetimi neticesinde söz konusu normun üst hukuk normlarına aykırı olduğuna karar verirse, uygulayabileceği tek yaptırım geçersizlik ("*nullity*") yaptırımıdır. Zeidler, a.g.e., s. 126.

22 Nitekim, federal kanunların Anayasaya uygunluğunu denetleyip, bu normları iptal edebilen Anayasa Mahkemesi, bu denetimi gerçekleştirirken kanunlarla bağlı değildir.

kaldırılabiliriyorsa (Anayasa 93/I-2), Federal Anayasa Mahkemesi kararlarının federe hukukun tümünden, yani federe anayasalardan da üstün olduğunu söylememiz gerekir.

Ancak, Anayasa Mahkemesi kararları da hukuk sistemindeki geçerliliklerini Anayasa hükümlerine borçludurlar. Mahkemenin kararlarının hangi normları hangi şartlarda iptal edebileceği Alman Anayasasının 93. ve 100. maddeleri tarafından belirlenmiş, kısacası, kararlarının içerik anlamında sınırlandırılması Anayasa tarafından gerçekleştirilmiştir. Bir Anayasa Mahkemesi kararının Anayasa hükümlerine aykırı olmaması gerekir. Herhangi bir aykırılığın yaptırıma bağlanmamış olduğu düşünülebilir. Ancak, yaptırım ile bir normun bağlayıcılığı aynı anlama gelmediğine göre, Anayasa hükümlerinin Anayasa Mahkemesi kararları ile ilgili bir "olması gereken" ifade ettiği yadsınamaz. Anayasa Mahkemesi, gerek federal kanunların federal anayasaya, gerekse federe hukukun federal hukuka uygunluğunu denetlerken Anayasa hükümleri ile bağlıdır. Anayasa, Anayasa Mahkemesi kararlarının dayanağını oluşturmaktadır²³.

II. KURAL İŞLEM NİTELİĞİNDEKİ YASAMA İŞLEMLERİ

Yasama işlemlerinin şekli anlamda kanun ve parlamento kararından oluştuğunu ve tek meclisli yasama organı bulunan anayasal düzenlerde bu ikisinin organik kritere göre ayrılmasının mümkün olmadığını ve dolayısıyla da mecburen maddî kriterin kullanılması gerektiğini yukarıda belirtmiştik. Alman anayasal düzeninde yasama organı *Bundestag* ve *Bundesrat* olmak üzere iki kanatlıdır²⁴. Dolayısıyla, Alman hukuku açısından parlamento kararları ile şekli anlamda kanunların ayrılması için organik kriterin kullanılması söz konusu olabilir. Nitekim, genel teoriye göre bu iki organın katılımı ile ihdas edilen normlar şekli anlamda kanunları, tek organın katılımı ile ihdas edilenler ise parlamento kararlarını oluşturacaktır²⁵.

Parlamento kararları ve kanunları bu şekilde birbirinden ayırdıktan sonra kanunların ve düzenleyici nitelik arz eden meclis içtüzüklerinin normlar hiyerarşisindeki yerini inceleyeceğiz. İlk olarak kanunları ele alalım. Hemen belirtelim ki bu kapsamda ele alacağımız kanun kavramı federal hukuktaki kanun kavramıdır.

23 Kornbichler *et. al.*, a.g.e., s. 268.

24 Heringa-Kiiver, "Constitutions Compared: Origins and Main Features", http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1461411, s. 32. Erişim Tarihi: 2 Nisan 2015.

25 Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, a.g.e., s. 827-828. Bununla birlikte, bu tespitin her zaman doğru olup olmadığını aşağıda, Alman hukukunda parlamento kararlarını incelediğimiz kısımda inceleyeceğiz.

A. KANUNLARIN HUKUKÎ REJİMİ

Alman hukukunda da Türk hukukunda olduğu gibi, kanun kelimesi iki farklı anlamda kullanılmaktadır. Bunlardan birisi maddî anlamda kanun ("*Gesetz im materiellen Sinn*"), diğeri ise şeklî anlamda kanundur ("*Gesetz im formellen Sinn*")²⁶. Bunlar, Türk hukukunda sahip oldukları anlamı ihtiva ederler. Buna göre, maddî anlamda kanun, genel, soyut ve objektif düzenlemeleri ifade ederken, şekli anlamda kanun, hukuken belirlenmiş yetkili organ tarafından, daha önce öngörülen usule göre ihdas edilen işlemi ifade etmektedir²⁷. Şeklî anlamda kanun tanımında mühim olan, bir düzenlemenin içeriği değil, hangi organdan çıktığıdır²⁸. Bu bağlamda, maddî anlamda kanun tanımı Alman hukukundaki *Rechtsverordnung* ve *Satzungen*ları da kapsamaktadır²⁹. Alman Anayasasındaki kanun ("*Gesetz*") kavramından anlaşılması gerekenin şeklî anlamda kanun olduğu belirtilmektedir³⁰. Bu normların normlar hiyerarşisindeki yerini de inceleyeceğimizden, bu kısımda değerlendireceğimiz, çalışmamız açısından ayırt edici nitelikte olan tanım da şeklî anlamda kanun tanımıdır.

Alman hukukunda şeklî anlamda kanun yapma sürecine katılan organlar *Bundestag*, *Bundesrat*, federal hükümet ve devlet başkanıdır³¹. Ancak, hemen belirtelim ki burada aslî karar verme organları *Bundestag* ve *Bundesrat*tir. Federal hükümet ve devlet başkanının katılımları, Türk hukukunda olduğu gibi, teklif ve yayın sürecine ilişkin katılımlar olup, bunlar aslî karar verme sürecine dâhil olmamaktadır³². Bununla birlikte, *Bundestag* ve *Bundesrat* arasında kanun yapma sürecinde daha aslî rol oynayan taraf, üyeleri doğrudan halk tarafından seçilen *Bundestag* olup, eyaletlerin temsilcilerinden müteşekkil olan *Bundesrat* bu sürece onayı veya reddi ile katılmaktadır³³. Öncelikle, kanun yapma sürecinin kısaca incelenmesi gerekmektedir.

Alman hukukunda kanun yapma süreci üç şekilde başlayabilir. Kanun önerileri,

26 Kornbichler *et. al.*, a.g.e., s. 8; Josef Aulehner, **Grundrechte und Gesetzgebung**, 1.b., Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, s. 364.

27 Hartmut Maurer, **Allgemeines Verwaltungsrecht**, 5.b., C.H. BECK'SCHE, Münih, 1986, s. 44.

28 Frisch, a.g.e., s. 115.

29 Fürst - Günther, a.g.e., s. 154; Aulehner, a.g.e., s. 364.

30 Fritz Ossenbühl, "Gesetz und Recht: Die Rechtsquellen im demokratischen Rechtsstaat", **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, ed Josef Isensee - Paul Kirchhof, 3.b., Cilt: 5, C.F. Müller, Heidelberg, 2007, s. 141.

31 Theodor Schramm, **Staatsrecht**, 4.b., C: 1, Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-Münih, 1987, s. 106.

32 Fürst - Günther, a.g.e., s. 171.

33 a.y.

Alman Anayasasının 76. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, federal hükümet (Bakanlar Kurulu) *Bundesrat* tarafından gerçekleştirilebileceği gibi, bu önerilerin *Bundestag*ın içinden çıkması da mümkündür³⁴.

Alman Anayasasının 76. maddesinin 2. fıkrasına göre, önerinin federal hükümetten gelmesi durumunda, bu tasarılar öncelikle *Bundesrat*'a sunulacak ve *Bundesrat* altı hafta içinde görüşlerini bildirecektir³⁵. Anayasanın aynı maddesi uyarınca, *Bundesrat*'ın talebi üzerine bu sürenin dokuz haftaya çıkarılması mümkündür. Öte yandan, eğer tasarı *Bundesrat*'tan çıkmaktaysa, Anayasanın 76. maddesinin 3. fıkrasına göre, bu kez federal hükümet aynı süreler geçerli olmak üzere görüşleriyle birlikte tasarıyı *Bundestag*'a iletacaktır.

Bundestag'daki müzakere süreci Anayasa ve *Bundestag* İçtüzüğü uyarınca gerçekleştirilir. Bu müzakere sürecine komisyonların taslak üzerinde çalışmaları, *Bundestag* üyeleri tarafından yapılan değişiklik önerilerinin tartışılıp oylanması ve nihai olarak da taslağın oylanması aşamaları dâhildir³⁶. Anayasanın 42. maddesinin 2. fıkrasında göre, Anayasa aksini öngörmedikçe ve İçtüzük *Bundestag*ın kendi içindeki seçimlere ilişkin olarak istisna getirmediği, *Bundestag*ın karar alabilmesi için kullanılan oyların çoğunluğu yeterlidir. Kanun taslaklarının kabulü, herhangi bir istisnaya tâbi değildir ve *Bundestag* seçimlerine ilişkin de olmadığına göre, bu hususta bir istisnanın İçtüzük tarafından öngörülmesi mümkün değildir. Dolayısıyla, kanun taslaklarının *Bundestag*'da kabulü için kullanılan oyların çoğunluğunun elde edilmesi yeterlidir³⁷.

Kanun yapma sürecinde *Bundestag*ın çalışmalarını *Bundesrat* aşaması izleyecektir. Kanun yapma sürecine ilişkin olarak *Bundesrat*'ın sahip olduğu yetki ya onaylama yetkisi ya da itiraz yetkisidir³⁸. Bu yetki, söz konusu kanun tasarısının konusuna bağlı olarak değişmektedir. Ancak, genel kural olarak, *Bundesrat*'ın yetkisinin onaylama yetkisi değil, itiraz yetkisi olduğu söylenebilir³⁹. Bu durumda, genel olarak *Bundesrat*, Alman Anayasasının 77. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen sürecin⁴⁰ tamamlanmasından

34 Werner Heun, **The Constitution of Germany: A Contextual Analysis**, 1.b., Hart, Portland, 2011, s. 107; Christoph Degenhart, **Staatsrecht I**, 12.b., C. F. MÜLLER, Heidelberg, 1996, s. 236-237.

35 Fürst – Günther, a.g.e., s. 172.

36 Schramm, a.g.e., s. 111-112.

37 Schramm, a.g.e., s. 111.

38 Fürst - Günther, a.g.e., s. 173; Degenhart, a.g.e., s. 240-241.

39 Schramm, a.g.e., s. 113.

40 Bu süreç, kanun tasarısının değerlendirilmesi için iki meclisin birlikte toplanmasını ifade etmektedir. Eğer *Bundesrat*, *Bundestag* tarafından kabul edilen taslağın kendisine iletilmesinden itibaren üç hafta içinde böyle bir talepte bulunmazsa ve kanun tasarısı *Bundesrat*ın onayını gerektiren bir konuda değilse,

itibaren iki hafta içinde kanun taslağının kabulüne itiraz edebilir. İtiraz edilmesi halinde, tasarının kanunlaşabilmesi için itirazın kaldırılması gerekecektir. 77. maddenin 4. fıkrasına göre, itiraz oyların salt çoğunluğu ile yapılmışsa, kaldırılması için *Bundestag* üye tamsayısının salt çoğunluğunun oyu gerekir. Eğer, *Bundesrat* oyların üçte ikisi ile itiraz etmişse, bu durumda *Bundestag* oylarının da üçte ikisi gerekecek ve bu sayı hiçbir şekilde *Bundestag* üye tamsayısının salt çoğunluğundan az olamayacaktır.

Öte yandan, bazı konulardaki kanunlara ilişkin olarak *Bundesrat*'ın onayının arandığı görülmektedir. Bu tür kanunlar federal devletin eyaletlerin idarî yetkileri üzerindeki etkisine veya federal idarî yetkilerin genişletilmesine ya da malî paylaşım ile malî idareye ilişkin kanunlardır⁴¹. Bu konularda *Bundestag* tarafından kabul edilen tasarı, *Bundesrat* tarafından onaylanmadıkça kanunlaşmayacaktır (Alman Anayasası 78. madde). Anayasanın 52. maddesinin 3. fıkrasına göre, *Bundesrat*'ın onay için vereceği kararda en az oyların salt çoğunluğu aranır ve *Bundesrat* İçtüzüğü ile nitelikli çoğunluk aranması mümkündür. Özellikle de eyaletlerin hukukî durumunu ilgilendiren konularda *Bundesrat*'ın onayının aranması, eyaletlerin de federal kanun yapma sürecine katılımını sağlama amacına yöneliktir.

Son olarak, kanunların yayınlanması görevi devlet başkanına tanınmıştır ve devlet başkanı bu yetkisini başbakan ve bir bakan ile birlikte karşı imza kuralı uyarınca kullanacaktır⁴².

B. KANUNLARIN NORMLAR HİYERARŞİSİNDEKİ YERİ

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere, kanun yapma sürecinin en azından belli bir bölümü Alman Anayasası tarafından öngörülmektedir⁴³. Anayasanın 42/2 ve 52/3 maddelerinde *Bundesrat* ve *Bundestag*'ın karar vermesi için gereken çoğunluklar için bazı şartlar öngörülmüştür. Bu şartlar iki meclisin kanun yapımı sırasında alacağı nihai kararlar için de geçerlidir. Keza, kanunların yayınlanma zorunluluğu da yine Alman Anayasasının 82. maddesinin 1. fıkrası tarafından öngörülmüştür. Görüldüğü gibi, Alman Anayasası, federal kanunların ihdas usulünü belirleyen, bu normun geçerliliğini sağlayan bir üst norm

Anayasanın 78. maddesi uyarınca tasarı zaten kanunlaşacaktır.

41 FÜRST - GÜNTHER, a.g.e., s. 173-174.

42 FÜRST - GÜNTHER, a.g.e., s. 175. Kanunların yayınlanması Alman Anayasasının 82. maddesinin ilk fıkrasında, karşı imza kuralı ise 58. maddede öngörülmüştür.

43 *Bundestag* ve *Bundesrat* İçtüzüğü ile Anayasada öngörülenlerin dışında birtakım usullerin belirlenip belirlenmediği aşağıda ayrıca ele alınacaktır.

niteliğindedir⁴⁴. Anayasanın kanun koyucuyu üzerinde bağlayıcı bir etkiye sahip olduğu zaten Alman Anayasasının 20. maddesinin 3. fıkrasında yasama organının anayasal düzen ile bağlı olduğu belirtilerek doğrudan belirtilmiştir.

Ancak, Alman Anayasası yalnızca kanunların ihdas usulünü belirlemekle kalmamakta, aynı zamanda federal kanunların içeriğini de belirlemektedir. Alman Anayasasının 73. Maddesi münhasıran federal kanunlarla düzenlenecek olan hususları belirlerken, 74. Madde de federal ve federe kanunların müştereken yetkili olduğu alanları belirlemektedir⁴⁵. Buna göre, kanun koyucunun çıkaracağı kanunlar Anayasa tarafından federal kanun koyucunun yetkisi kapsamına giren konuları düzenlemelidir. Ancak, eğer kanun konu itibarıyla Anayasa tarafından belirlenen sınırlar içinde kaldıysa, Anayasa Mahkemesi tarafından herhangi bir yerindelik denetimi yapılması mümkün değildir⁴⁶. Buna rağmen, Anayasa, federal kanunlar açısından, hem ihdas usulünü hem de içeriği belirleme açısından üst norm konumundadır. Anayasanın, kanunlar açısından bir "olması gereken" ifade etmesi başka bir husus, kanunların bu "olması gerekene" uymaması halinde geçersiz kılınması, bir başka deyişle, bu aykırılığın bir yaptırımın bulunması ayrı bir husustur. Hukukta her normun bir yaptırım içermesinin zorunlu olmadığı daha önce gösterildiğine göre, Anayasanın federal kanunların üst normu olması ile, federal kanunların Anayasaya aykırılığı durumunda iptal edilebilmesi ayrı durumlardır.

Bir kanunun Anayasaya aykırılığının yaptırımı hukuk düzenlerinde genellikle anayasal denetimle görevli bir mahkeme tarafından kanunun hukuk düzeninden kaldırılmasıdır. Alman hukuku da bu açıdan bir istisna teşkil etmemektedir. Alman Anayasasının 93. maddesinin 1. fıkrasında federal kanunların federal Anayasaya aykırı olması halinde, kanunun Federal Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilebileceğini yukarıda belirtmiştik. Mahkeme kararlarının da birer norm olduğunu göstermiş bulunduğumuza göre, Anayasa Mahkemesi kararlarının da normlar hiyerarşisinde kanunların üstünde yer alacağını, nitekim, bu norm ile kanunların geçersiz kılınmasının mümkün olduğu söylenebilecektir.

Anayasanın 31. maddesinde federal hukukun bir bütün olarak federe hukuka üstün

44 Ayrıca bkz. Gurlit, a.g.e., s. 80; Fritz Ossenbühl, "Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes", **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland** (Editörler: Josef Isensee-Paul Kirchhof), 3.b., Cilt: 5, C.F. Müller, Heidelberg, 2007, s. 184-185.

45 Klaus Stern, **Das Staatsrecht Der Bundesrepublik Deutschland**, 1.b., Cilt: 1, C.H.BECK'SCHE, Münih, 1977, s. 510-511.

46 Hans Troßmann, "Der Bundestag: Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit", **Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart**, Cilt: 28, J.C.B. Mohr, Tübingen 1979, s. 33-34.

olduğu belirtilmektedir. Bu nedenle de federal kanunlar federe kanunlardan ve federe düzeyde yer alan, anayasalar dâhil olmak üzere, bütün normlardan hiyerarşik olarak üstün olacaktır. Bununla birlikte, Anayasanın 31. maddesi ile federal hukuk ile federe hukuk arasında hiyerarşik bir ilişki kurulmadığı da iddia edilmektedir⁴⁷. Bu görüş, federal kanunlar ile federe kanunlar arasında anayasal bir iş bölümü olduğuna dayanmaktadır⁴⁸. Dolayısıyla, özellikle de federal ve federe kanunlar açısından sorulması gereken soru hangisinin üstün olduğu değil, söz konusu düzenlemeyi yapmaya hangisinin yetkili olduğudur⁴⁹. Anayasanın 31. maddesinde düzenlenen şey federal hukukun federe hukuka normatif üstünlüğü değil, bir çatışma kuralıdır⁵⁰. Kanımızca, bu görüş doğru kabul edilebilirdi. Nitekim, Alman Anayasasının 31. maddesinin lafzından normatif üstünlük yerine uygulama üstünlüğünün çıkarılması ilk bakışta mümkün olabilir. Ancak, bunu yapmadan önce, Alman Anayasasının Almanca metninde "*Bundesrecht bricht Landesrecht*"⁵¹ ve Türkçeye "Federal hukuk eyalet hukukundan üstündür." şeklinde çevrilebilecek olan ifadenin normatif üstünlük anlamına gelip gelmediği, yine Anayasanın kendi düzenlemelerine göre çözülmeye çalışılmalıdır. Alman Anayasasının, Federal Anayasa Mahkemesinin yetkilerini düzenleyen 93. maddesinin 2. fıkrası incelendiğinde, Mahkemenin eyalet hukukunun federal hukuka uygunluğunu soyut norm denetimi yoluyla denetleyebileceği belirtilmektedir⁵². Bu denetimin neticesinde, federal hukuka aykırı olan federe hukukun geçerliliğini koruması mümkün değildir. Anayasa mahkemesinin vereceği kararlar, federal hukuka aykırı olan federe hukuk normu hukuk düzeninden kalkacaktır⁵³. Eğer, Anayasanın 31. maddesinde öngörülen husus, yalnızca bir çatışma kuralından ibaret olsaydı, Federal Anayasa Mahkemesinin federal hukuka aykırı olan federe hukuk normunu iptal etmemesi, yalnızca bu çatışma durumunda uygulanacak olan normun federal hukuk normu olması icap ederdi. Elbette, federal kanun ile federe kanunun çatışması halinde Anayasa Mahkemesi federal ve federe düzeydeki norm koyucuların yetkisini inceleyecektir. Ancak, bu yetki incelemesi bu iki hukuk normu normlar hiyerarşisinde aynı

47 Franz Mayer - Ferdinand Kopp, **Allgemeines Verwaltungsrecht**, 5.b., Richard Boorberg Verlag, Münih – Hannover, 1985, s. 106-107.

48 Mayer - Kopp, a.g.e., s. 107.

49 a.y.

50 a.y.

51 İngilizce: "*Federal law shall take precedence over Land law.*".

52 Degenhart, a.g.e., s. 46. Bu denetimin Alman Anayasasının 100. Maddesinin 1. Fıkrası uyarınca somut norm denetimi şeklinde olması da mümkünmüdür. Bkz. Dagenhart, a.g.e., s. 46.

53 Bkz. Steffen Detterbeck, **Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im öffentlichen Recht**, 1.b., J.C.B. Mohr, Tübingen, 1995, s. 424.

düzeyde bulunduğu için değil, münhasıran federe organın yetkisine giren bir konuda federal kanun tarafından norm tesis edilmesinin federal Anayasaya aykırı bir durum teşkil edecek olmasıdır. Dolayısıyla, federal kanunlar normlar hiyerarşisinde federe kanunlardan üstte yer alacak, ancak, eğer federal Anayasa belli bir konunun federe kanun tarafından düzenlenmesini öngörmüşse, o konunun federal kanun tarafından düzenlenmesi federal Anayasaya aykırılık nedeniyle federal kanunu sakatlayacaktır.

Netice itibarıyla, şu ana kadar yaptığımız açıklamalardan, kanunların Alman hukuku normlar hiyerarşisinde Anayasa ve Federal Anayasa Mahkemesi kararlarının altında, eyalet hukuku normlarının bir bütün olarak üstünde yer aldığını çıkartabiliriz. Şu ana kadar yer vermemiş olduğumuz normlar ile kanunların hiyerarşik ilişkisi aşağıda, o normları incelediğimiz kısımlarda ortaya konacaktır.

C. BUNDESTAG VE BUNDESRAT İÇTÜZÜKLERİ

Parlamento kararları, şekli anlamdaki kanun dışında kalan diğer yasama işlemleridir. Türk hukuku açısından belirttiğimiz gibi, bu işlemlerin de birel veya düzenleyici nitelik arz etmesi mümkündür ve birel nitelik arz edenler konumuz dışında kalacaktır. Parlamento kararları ekseriyetle birel nitelik arz ederken parlamentoların iç işleyişine ilişkin olan İçtüzükler bu duruma bir istisna teşkil etmektedirler. İçtüzükler, parlamentoların çalışma usullerini ve şeklini genel, soyut ve objektif şekilde düzenleyen parlamento kararlarıdır. Birer kural işlem olarak bizim konumuz kapsamına giren ve normlar hiyerarşisindeki yeri incelenmesi gereken normlar da bu içtüzüklerdir.

Alman Anayasasının sırasıyla 40. maddesinin 1. fıkrası ve 52. maddesinin 3. fıkrası, *Bundestag* ve *Bundesrat*'a içtüzük çıkarma yetkisini tanımaktadır. İçtüzükler, bu meclislerin organizasyonunu ve çalışma düzenine ilişkin hükümler içermektedir⁵⁴. Bununla birlikte, içtüzüklerin hukukî niteliği tartışmalıdır. Bir grup içtüzüklerin yalnızca içe etkili normlar olması dolayısıyla bunların hukuk normu olarak görülmemesi gerektiğini öne sürmektedir⁵⁵. Doktrinde İçtüzüklerin otonom birer *Satzung*⁵⁶ hükmünde olduğu görüşü de

54 Norbert Achterberg, **Parlamentsrecht**, 1. b., Mohr Siebeck, Tübingen, 1984, s. 38.

55 Gerald Kretschmer, "Geschäftsordnungen Deutscher Volksvertretungen", **Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland: Ein Handbuch**, ed. Hans-Peter Schneider - Wolfgang Zeh, 1. b., Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1989, s. 304.

56 İdarenin düzenleyici işlemlerinden birisi olan *Satzungu* aşağıda inceleyeceğiz. Burada kısaca, bu normun, kamu tüzel kişilerine, muhatapları ile olan ilişkilerini düzenlemek amacıyla kanunla (veya belediyeler açısından Anayasa ile) verilen yetkiye dayanılarak çıkarıldığını belirtelim

mevcuttur⁵⁷ ve bu görüş Alman Federal Anayasa Mahkemesi tarafından da benimsenmiştir⁵⁸. Ancak, kanımızca idarenin bir düzenleyici işlemi konumundaki *Satzung* ile *Bundestag* ve *Bundesrat* İçtüzükleri arasında herhangi bir bağlantı bulmak güçtür. Her şeyden önce, *Satzung*lar kamu tüzel kişilerince, muhataplar ile ilişkilerinin düzenlenmesi amacıyla çıkarılan, anayasal veya kanunî bir yetkilendirmeye dayanan, dışa etkili, yani vatandaşların hak ve yükümlülüklerine etki eden normlardır. İçtüzükler ise, tüzel kişiliği bulunmayan *Bundesrat* ve *Bundestag* tarafından çıkarıldıkları gibi, tamamen içe etkili, meclisin iç işleyişine dair normlardır⁵⁹. Kaldı ki, içerik bakımından da bu iki normun benzeştiğini söylemek mümkün değildir. Nitekim, *Satzung*lar ile bir kamu tüzel kişisi ile onun muhatapları arasındaki ilişkiler düzenlenirken (örneğin, üniversite ile öğrencisi), İçtüzükler *Bundesrat* ve *Bundestag*ın iç düzenine ilişkindir. Dolayısıyla, İçtüzüklerin birer otonom *Satzung* olarak nitelendirilmesinin yanlıtıcı olabileceği kanısındayız. Diğer bir görüş ise, içtüzükleri birer *Rechtsverordnung* olarak nitelendirmek yanlısıdır⁶⁰. Ancak, bu görüşü de benimsemek zordur. Nitekim, aşağıda görüleceği üzere, *Rechtsverordnung*, idarenin yasama organından aldığı yetki ile ihdas ettiği bir düzenleyici işlem türüdür ve dışa etkili, yalnızca idarenin mensuplarını değil üçüncü kişileri de bağlayan normlardır. Dolayısıyla, ne bu normları yapmaya yetkili organlar arasında ne de bu normların konuları ve ihdas usulü arasında herhangi bir benzerlik yokken, içtüzüğün bir tür *Rechtsverordnung* olarak değerlendirilmesi isabetsiz olacaktır. Bu normların tâbi olduğu hukukî rejim birbirinden tamamen farklıdır. İsabetle belirtildiği üzere, içtüzüklerin *Rechtsverordnung* olarak karakterize edilmesi, *Rechtsverordnung*un kanunla verilen yetkiye dayanılarak çıkartılmasına karşılık içtüzüğün Parlamentonun kendi başına yaptığı bir işlem olmasını açıklayamamaktadır⁶¹. Bu nedenlerle, kanımızca *Bundestag* ve *Bundesrat* içtüzükleri şahsına münhasır ayrı birer norm olarak algılanmalıdır. Bunlar Türk hukukunda olduğu gibi birer parlamento kararı olarak kabul edilseler dahi diğer parlamento kararlarının aksine birel nitelik arz etmezler ve bu normların düzenleyici niteliği onların hiyerarşik gücünü belirlerken dikkate alınmalıdır.

Bununla birlikte, *Bundestag* ve *Bundesrat*'ın kendi iç yapısını düzenleme yetkisinin

57 Schramm, a.g.e., s. 78.

58 Bkz. Alman Anayasa Mahkemesinin 10 Mayıs 1977 tarihli ve 44/308 Sayılı Kararı (BVerfG 44, 308). Dikkat Çeken: Fürst – Günther, a.g.e., s. 128.

59 Achterberg, a.g.e., s. 61.

60 Kretschmer, a.g.e., s. 305.

61 a.y.

Alman Anayasasının 40. ve 52. maddeleriyle sınırlı olmadığı, dolayısıyla da aynı düzenlemelerin İçtüzük yerine kanunlarla da yapılabileceği, bu konuda Anayasada bir yasak olmadığı düşünülmektedir⁶². Biz aynı kanıda değiliz. Her şeyden önce, meclis iç yapısının federal devletin bir kanunu ile düzenlenmesi gerekeceği ve bu nedenle de Anayasanın yalnızca federal devletin yasama yetkisine giren konular arasında bu yetkiyi de öngörmüş olması gerektiği kanımızca açıktır⁶³. Münhasıran federal devletin kanun yapma yetkisine giren konuların belirlendiği Anayasanın 73. maddesinde, *Bundesrat* ve *Bundestag*ın iç yapısının düzenlenmesi yer almamaktadır. Anayasanın 70. maddesinin 1. fıkrası uyarınca da genel yasama yetkisine federe devletlerin sahip olduğu düşünülürse, federal devletin meclislerin iç yapısını kanunla düzenleme yetkisinin olmadığı anlaşılmaktadır. Bu konuda, Alman Anayasasının 73. maddesinin tüketici bir liste olmadığını belirtelim⁶⁴. Ancak, yine de bir konuda federal kanun koyucunun yetkili olması için, bu yetkinin bir Anayasa maddesi tarafından öngörülmüş olması gerekmektedir⁶⁵. Anayasanın diğer maddelerinde ise federal kanun koyucuya meclislerin iç yapısını düzenlemek için herhangi bir yetki verildiğini söylemek mümkün değildir. Öte yandan, federal ve federe devletlerin, *Bundesrat* ve *Bundestag* iç yapısını düzenleme konusunda çakışan bir yetkiye sahip olduğu da söylenemez⁶⁶. Nitekim, çakışan yasama yetkisinin düzenlenmiş olduğu 74. maddede de *Bundestag* ve *Bundesrat*'ın iç yapısının düzenlenmesine ilişkin bir konu sayılmamıştır.

Son olarak, Alman Anayasasının 40. maddesi ile 52. maddesinde adı geçen "*Geschäftsordnung*" ("*Rules of procedure*") ifadesinden kanundan başka bir norm anlaşıldığı da ortadadır. Nitekim, yukarıda incelediğimiz gibi, Alman hukukunda şekli anlamda kanun bir şekilde her iki meclisin de katılımı ile ihdas edilmektedir. *Bundestag* ve *Bundesrat* tarafından benimsenecek olan İçtüzükler açısından ise böyle bir sürecin öngörülmemiş olduğu, bunların tek meclisin iradesiyle (katılımıyla) ihdas edildiği açıktır. Dolayısıyla, bu maddelerde geçen isimlendirmeden kanunun da anlaşılabilceği yönünde

62 Schramm, a.g.e., s. 78. Yazar bu tespiti yalnızca *Bundestag* içtüzüğü açısından yapmaktadır. Ayrıca bkz. Kretschmer, a.g.e., s. 303.

63 Aynı yönde bkz. Kretschmer, a.g.e., s. 302. Bu görüş doğrultusunda, Anayasa açıkça öngörmedikçe, Meclisin iç ayapısına ve çalışma düzenine ilişkin bir konunun içtüzük yerine kanunla düzenlenmesi mümkün değildir.

64 Bkz. Degenhart, a.g.e., s. 38.

65 a.y.

66 Çakışan yetki kapsamına giren konularda asıl yetkili olan yine federal devlettir. Ancak, federal devlet yasama yetkisine giren konuda düzenleme yapmamışsa, federe devletler yasama yetkisini kullanabilir. Bkz. Alman Anayasasının 72. maddesinin 1. fıkrası.

bir akıl yürütme de yapılamaz.

İçtüzüklere ilişkin yapılan başka bir tespit ise, kanun yapım sürecinde İçtüzüğe uyulmamasının herhangi bir sakıncası olmadığı yönündedir⁶⁷. Dolayısıyla, kanun koyucunun, yani *Bundestag* ve *Bundesrat*'ın kendi İçtüzüğünde belirlediği usulî esaslara uymadan çıkardığı bir kanun da geçerli olabilecektir. Bunun sebebi, kanunların normlar hiyerarşisinde İçtüzüğün üstünde olduğu, bunun ise Anayasanın 20. maddesinin 3. fıkrasında yasama organının yalnızca anayasal düzen ile bağlı olması ve İçtüzüğün yalnızca içe etkili bir norm olmasından kaynaklandığının düşünülmesi olabilir⁶⁸. Burada bizim bakışımızla ifade edilen şey aslında İçtüzüğün bir hukuk normu olmadığıdır. Her hukuk normunun bir yaptırımı olması gerekmediğine göre, İçtüzüğe aykırı şekilde kanun ihdas edilmesi durumunda kanun iptal edilemeyecek olabilir. Ancak, bu durum, İçtüzüğün bir hukuk normu, dolayısıyla da kanunlar açısından bir "olması gereken" ifade etmediği anlamına gelmez. Kaldı ki, bir normun normlar hiyerarşisindeki yerini önceden varsayıp, ona göre hukukî rejimini belirlemek de mantık yolunu tersten yürümektir. Normlar hiyerarşisi, bir hukuk düzeninde, normların hukukî rejimi incelenerek oluşturulabilecek, o hukuk sisteminin şematik bir gösteriminden ibarettir. Son olarak, Anayasanın 20. maddesinin 3. fıkrasından yasama organının kanun yaparken İçtüzük ile bağlı olmadığı sonucu çıkarılamaz. Nitekim, hem kanun hem de İçtüzük yasama organınca ihdas edilen normlardır. Dolayısıyla, yasama organının anayasal düzen ("*verfassungsmäßige Ordnung/constitutional order*") ile bağlı olması, hem İçtüzük hem de kanun normlarını ihdas ederken bu "düzen" ile bağlı olmasıdır. Görüleceği üzere maddede "Anayasa" ifadesi değil, "anayasal düzen" ifadesi kullanılmaktadır. Yasama organı, anayasanın kurduğu düzen ile bağlıdır ve bu düzene göre kanun ihdas ederken İçtüzüğe uymasının gerekip gerekmediği araştırılmalıdır.

Kaldı ki, Alman Anayasasının 52. maddesinin 3. fıkrası göz önüne alındığında, yukarıdaki tespit daha da anlamsız hale gelmektedir. Nitekim, bu maddeye göre, *Bundesrat*'ın karar çoğunluğu oylarının salt çoğunluğu olarak belirlenmiştir. Fakat, maddedeki "en az" ibaresi nedeniyle *Bundesrat* İçtüzüğü ile nitelikli çoğunluğun belirlenmesi de mümkündür. Bu durumda, örneğin, *Bundesrat*'ın onayının arandığı bir konudaki kanunun, *Bundesrat* İçtüzüğü tarafından belirlenmiş olan nitelikli çoğunluğa uyulmadan kabul edilmesi halinde, söz konusu tasarının kanunlaşacağı söylenebilir mi? Bu

67 Schramm, a.g.e., s. 78.

68 Achterberg, a.g.e., s. 61.

durumda kanunun Anayasaya aykırı şekilde ihdas edildiği ve Anayasaya aykırılığın, İçtüzüğe aykırılıktan kaynaklandığı söylenemez mi⁶⁹?

Kanımızca, yukarıdaki açıklamamız, İçtüzüğün kanunlar açısından niçin bir "olması gereken" ifade ettiğini göstermektedir. Ayrıca, İçtüzük hükümleri arasında da bir hiyerarşi olmadığından, İçtüzüğün kanunlar açısından bir olması gereken ifade eden kısmının yalnızca kabul çoğunluğuna ilişkin kısmı olmadığını gösterir. Bununla birlikte, geleneksel olarak Alman doktrinde kabul edilen görüşe göre, dışa etkili bir normun (örneğin kanunun ihdasında) içtüzük hükümlerine uyulmamış olması tek başına o normun hukuka uygunluğunu etkilememektedir. Ancak, söz konusu aykırılık aynı zamanda anayasaya aykırılık da teşkil ediyorsa norm hukuka aykırı hâle gelir⁷⁰. Bu görüş yalnızca şu açıdan doğrudur: Kanunların içtüzüğe aykırılığının Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebilmesi mümkün değildir⁷¹. Anayasa Mahkemesinin yetkileri Anayasanın 93. maddesinde sayılmıştır ve bu maddenin 1. fıkrasının 2. bendine göre, kanunlar üzerindeki denetim anayasaya uygunluk ile sınırlıdır. Ancak, daha önce de belirttiğimiz gibi, bir normun diğeri açısından "olması gereken" ifade etmesi, yani normlar hiyerarşisinde o normun üzerinde yer alması ile, alt normun üst norma aykırılığının denetlenebilmesi farklı hususlardır. Alman hukukundaki durum, yalnızca Anayasa Mahkemesinin kanunların yargısal denetimini gerçekleştirirken içtüzükleri birer ölçü norm olarak göremeyeceklerini ifade etmektedir. Dolayısıyla, kanımızca⁷², *Bundestag* ve *Bundesrat* içtüzüklerinin kanunlar açısından birer olması gereken teşkil edeceğini ve bu "olması gereken"lere uygunluğun yargısal denetiminin bağımsız bir husus olduğunun kabul edilmesi gerekir.

D. İÇTÜZÜKLERİN NORMLAR HİYERARŞİSİNDEKİ YERİ

Bundesrat ve *Bundestag*'ın İçtüzük çıkarma yetkileri Alman Anayasasının 40. ve 52.

69 Türk hukukundaki yönetmeliklerin tüzüklere aykırı olamama durumunu düşünelim. Tüzüğe aykırı olan bir yönetmelik Anayasaya da aykırı olacaktır. Nitekim, Anayasa, yönetmeliklerin tüzüklere aykırı olamayacağını düzenlemiştir. Alman hukukunda da, Anayasa *Bundesrat*'ta kanunun onaylanması için gereken çoğunluğun İçtüzük tarafından artırılabilceğini öngörmüşse, belirlenen bu çoğunluğa uyulmadan ihdas edilen kanun usulen Anayasaya aykırı olacaktır.

70 Jost Pietzcker, "Schichten des Parlamentsrechts: Verfassung, Gesetze und Geschäftsordnung", **Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland: Ein Handbuch**, ed. Hans-Peter Schneider - Wolfgang Zeh, 1.b., Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1989, s. 355.

71 Pietzcker, a.g.e., s. 357.

72 Aslında anayasa ile olağanüstü dönem kanun hükmünde karranamesi arasında Türk hukukunda mevcut olan ilişkiyi Alman hukukunda içtüzük ve kanun arasındaki ilişkiye benzetebiliriz. Olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerinin de anayasaya uygunluk denetimi yapılamamaktadır. Ancak, bu durum, anayasanın olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnameleri açısından bir "olması gereken" teşkil etmesini ve normlar hiyerarşisinde onlardan üstte yer almasına mani değildir.

maddelerinden kaynaklanmaktadır. Bir başka deyişle, bu normlar, hukuk düzenindeki geçerliliklerini Anayasadan almaktadırlar. Anayasa 42. ve 52. maddelerinde ise bu normların ihdas usulüne ilişkin, hangi çoğunluklar ile kararlaştırılacaklarını belirlemektedir. Bu normların içeriğine ilişkin olarak ise Anayasanın herhangi bir düzenlemeye yer vermediği görülmektedir. Ancak, normun isminin "*Geschäftsordnung*" veya İngilizcesi ile "*Rules of procedure*" olarak belirlenmesi bile aslen o normun içeriğine ilişkin bir sınırlandırmadır. Nitekim, bu isimlendirme, İçtüzüğün *Bundestag* ve *Bundesrat*'ın işleyiş kurallarına ilişkin düzenlemeler içereceğine işaret etmektedir. Ancak, her şekilde, Anayasa, sırf ihdas usulünü ve hangi organlar tarafından ihdas edileceklerini dahi belirlemiş olsa, İçtüzüklerin üst normu konumunda olacaktır⁷³.

93. maddenin 2. fıkrası uyarınca, içtüzüklerin Federal Anayasaya uygun olup olmadığının da denetimi gerçekleştirilebilmektedir⁷⁴. Bununla beraber, kanun yapım sürecinde içtüzük hükümlerine uygun işlem gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin Federal Anayasa Mahkemesi tarafından denetimi kural olarak mümkün değildir⁷⁵. Aynı zamanda Federal Anayasaya bir aykırılık olmadığı sürece sırf içtüzük hükmüne aykırılıktan bir kanunun geçersiz kılınması mümkün değildir⁷⁶. Bu bakımdan, Alman ve Türk hukuk sistemlerinde meclis içtüzüğü hükümlerinin kanun yapım sürecinde ihlal edilmesi dolayısıyla kanunların anayasa mahkemelerince iptal edilmesinin söz konusu değildir. Türk hukukunda son oylama sırasındaki usulsüzlükler ve Alman hukukunda aynı zamanda Anayasaya aykırılık teşkil eden ihlaller dışında kanunların yargısal denetimi sırasında meclis içtüzüğü hükümlerinin ölçü norm olarak alınması mümkün değildir.

Yukarıda, meclislerin iç yapısının İçtüzük yerine kanunlarla da düzenlenebileceği düşüncesini reddetmiştik. Keza, İçtüzük hükümlerine uyulmadan çıkarılan kanunların herhangi bir yaptırıma tâbi tutulmaması ile bu iki normun hiyerarşik ilişkisi arasında doğrudan bir bağlantı olmadığını belirttik. İki norm arasındaki altlık-üstlük ilişkisi, üstte olduğu iddia olunan normun alttaki açısından bir "olması gereken" ifade edip etmediğine göre belirlenir. Yaptırım, yaptırım şeklinde ortaya çıkan norm ile (bu durumda bir mahkeme kararı), yaptırıma tâbi tutulan norm arasındaki hiyerarşik ilişkiye ilişkin bir veridir. Dolayısıyla, Anayasada İçtüzüklerin meclisler açısından bağlayıcı olmadığına dair

73 Aynı yönde bkz. Achterberg, a.g.e. s. 327.

74 Pietzcker, a.g.e., s. 356.

75 Pietzcker, a.g.e., s. 357.

76 Pietzcher, a.g.e., s. 357; Degenhart, a.g.e., s. 556.

bir hükmün yokluğunda ve İçtüzüğün devlet organı tarafından ihdas edilen ve bir "olması gereken" ifade eden bir norm olduğu göz önünde bulundurulduğunda, İçtüzüklerin kanunlar açısından ihdas usulünü belirleyen bir üst norm olduğu anlaşılmaktadır. Örneğin, *Bundestag* İçtüzüğü kanun tasarı ve tekliflerin birinci, ikinci ve üçüncü okuma safhalarında uyulması gereken kuralları (m. 79, m. 81 ve m. 84) düzenlemekte, bu tasarı ve teklifler üzerindeki değişikliklerin hangi usulle gerçekleştirileceğini belirlemektedir (m. 82). Benzer şekilde *Bundesrat* içtüzüğünün 42. maddesi toplantı ve karar çoğunluklarını düzenlerken, 36. madde kanun önerilerinin *Bundesrat* başkanı tarafından öncelikle ilgili komitelere görüşülmek üzere gönderileceğini düzenlemektedir. *Bundesrat* İçtüzüğünün 30. maddesi ise yasamaya ilişkin işlerde oylama konusunda uygulanacak kuralları belirtmektedir. Tüm bu açıklamalardan, Alman hukukunda da İçtüzüğün, Türk hukukunda olduğu gibi, normlar hiyerarşisinde kanunlardan üstte yer alacağı anlaşılmaktadır.

Meclis İçtüzüklerinin Anayasa Mahkemesi kararları ile hiyerarşik ilişkisini de incelemek gerekmektedir. Yukarıda, Anayasa Mahkemesinin İçtüzük hükümlerinin yargısal denetimini gerçekleştirmeye yetkili olduğunu belirtmiştik. Dolayısıyla, Federal Anayasa Mahkemesinin kararı ile bir İçtüzük hükmünün geçerliliğini yitirmesi mümkündür. Bu denetimi gerçekleştirirken, Anayasa Mahkemesinin içtüzük hükümleriyle bağlı olması da mümkün olmadığına göre, Anayasa Mahkemesi kararları normlar hiyerarşisinde meclis içtüzüklerinin üzerinde yer alacaktır.

III. ULUSLARARASI HUKUK NORMLARI

Çalışmamızın ilk bölümünde uluslararası hukuk normlarının bir ülkenin hukuk düzeninde doğrudan yer alamayacağını, bunların mutlaka iç hukuka aktarılması veya iç hukuk tarafından bunlara atıfta bulunulması gerektiğini belirtmiştik. Aynı yerde Hans Kelsen'in görüşleri doğrultusunda yaptığımız tespite göre ise, bir uluslararası hukuk normunun iç hukukta uygulanabilmesi için öncelikle iç hukuka aktarılmasının gerekmesinin mutlaka düalist bir anlayışa işaret etmediğini, Kelsen'in monizminin bu anlayışın da monist bir anlayış olarak görülebileceğini ve aynı derecede meşru olduğunu düşündüğünü belirtmiştik. Dolayısıyla, bu bölümde, Alman hukukunda uluslararası hukuk normlarının normlar hiyerarşisindeki yerini tartışırken, kanımızca daha çok teorik bir tartışmadan ibaret olan monizm-düalizm tartışmalarına girmeden, Alman hukukunun pozitif düzenlemelerine göre bir incelemeyi tercih ediyoruz.

Türk hukukunda uluslararası hukuk normlarından anlaşılmanın uluslararası antlaşmalar olduğunu görmüştük. Alman hukukunda durum biraz daha farklıdır. Alman hukuku uluslararası antlaşmaların yanında uluslararası hukukun temel ilkelerine de birer norm olarak yer vermektedir⁷⁷. Dolayısıyla, bizim yapacağımız inceleme de uluslararası hukukun temel ilkelerinin iç hukuktaki yeri ve uluslararası antlaşmaların iç hukuktaki yeri olarak ikiye ayrılacaktır. Bu kapsamda, elimizden geldiğince "uluslararası hukukun temel ilkeleri" kavramından ne anlaşılması gerektiği hususuna da cevap arayacağız⁷⁸.

A. ULUSLARARASI HUKUKUN TEMEL İLKELERİ

Alman Anayasasının 25. maddesine göre, "Uluslararası hukukun genel ilkeleri federal hukukun bir cüzü olacaktır. Bunlar kanunlardan üstün olacak⁷⁹ ve federal ülkenin halkı için doğrudan hak ve yükümlülükler yaratacaktır."⁸⁰. Bu madde hükmünün anlaşılması için öncelikle uluslararası hukukun temel ilkelerinin ne olduğu belirlenmeli, daha sonra da bunların kanunlardan üstün olmasının ne anlam ifade ettiği tartışılmalıdır. Öncelikle uluslararası hukukun temel ilkeleri kavramından ne anlaşılması gerektiğine karar verelim.

25. maddede geçen "uluslararası hukukun genel ilkeleri" kavramı ilk olarak akla Uluslararası Adalet Divanı Statüsünün 38. maddesinin 1. fıkrasının c. bendindeki "uygar uluslar tarafından benimsenmiş hukukun genel ilkeleri" ifadesini akla getirmektedir. İlk olarak Statüde geçen bu kavramın ne ifade ettiğini ve Alman Anayasasının 25. maddesindeki "uluslararası hukukun genel ilkeleri" kavramının aynı anlama gelip gelmediğini inceleyeceğiz.

Uluslararası Adalet Divanı Statüsünün 38. maddesi, Statünün "Divanın Yetkileri" başlıklı II. Bölümünde yer almaktadır. Madde metninde sayılan kaynakların, Divanın uyuşmazlıkları çözerken uygulayacağı kaynaklar olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla, ilk

77 Alexander Proelß, **Bundesverfassungsgericht und überstaatliche Gerichtsbarkeit**, 1.b., Mohr Siebeck, Tübingen, 2014, s. 18.

78 Bu konu tartışmalıdır. Alman Anayasa Mahkemesinin kabulüne göre, uluslararası hukukun genel ilkeleri hem uluslararası örf ve adet hukukundan, hem uluslararası antlaşmalardan hem de medenî uluslar tarafından benimsenmiş olan hukukun genel ilkelerinden kaynaklanabilir. Bkz. Rudolf Geiger, **Grundgesetz und Völkerrecht mit Europarecht**, 5.b., C.H. Beck, München, 2010, s. 143-144.

79 "üstün olacak" ibaresi İngilizce "to take precedence" ve Almanca "vorgehen" fiillerini karşılamak üzere kullanılmaktadır. Bu kelimelerle gerçek anlamdan normatif bir üstünlüğün kastedilip kastedilmediğini tartışacağız.

80 Metnin Almancası için bkz. <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/gg/gesamt.pdf>, Erişim Tarihi: 22.03.2015. İngilizcesi için bkz. http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/englisch_gg.html#p0135, Erişim Tarihi: 22.03.2015.

olarak söyleyeceğimiz şey, burada sayılanların uluslararası hukukun bütün kaynakları olduğu iddiasının bulunmadığı, yalnızca Divan tarafından uygulanacak olan hukuku belirlediği yönündedir⁸¹.

Bu ifadenin henüz tam olarak gelişmemiş olan uluslararası hukuk alanında, örf-adet ya da uluslararası antlaşmalar kapsamında bir olaya uygulanacak norm bulunmadığında oluşacak boşluğun doldurulması amacıyla Statüye konduğu düşünülmektedir⁸². Tam olarak hangi ilkelerin kastedildiğine dair tartışmalar vardır. Bazı yazarlar bu maddede ifade edilen "uygar uluslar tarafından benimsenmiş hukukun genel ilkeleri" kavramının doğal hukuka işaret ettiği kanısındadır⁸³. Ancak, kanımızca bu görüşü benimsemek mümkün değildir. Her şeyden önce, doğal hukukun varsayılan bir geçerliliğe sahip olduğu⁸⁴ ve hukuk niteliğinin belli bir organ ya da kişi tarafından ihdas edilmesine bağlı olmadığı düşünüldüğünde, Statü maddesinde geçen "uygar uluslar tarafından benimsenmiş" ifadesinden ne anlaşılması gerektiği sorusu cevaplanamamaktadır. Nitekim, eğer bu ilkeler bazı uluslarca benimsenmişlerse, artık doğal hukukun değil pozitif hukukun bir parçası haline geleceklerdir. Yine vurgulandığı gibi, birtakım etik değer doktrinleri bazı ilkelerin niçin hukuk olması ve hukuk düzeninde benimsenmesi gerektiğini açıklayabilecek olsalar da, bunların hukuk olup olmaması uluslararası hukukun norm koyucuları tarafından benimsenip benimsenmemesine bağlıdır⁸⁵.

Öte yandan, diğer bazı yazarlar ve özellikle de pozitivistlere göre, "uygar uluslar tarafından benimsenmiş hukukun genel ilkeleri" ifadesi daha önceki a ve b bentlerinde benimsenen uluslararası antlaşma ve örf ve adet dışında bir kaynağa işaret etmemektedir⁸⁶. Bir başka deyişle, bu ilkeler doğrudan uluslararası hukukun kaynağı konumundaki örf ve adet hukuku veya uluslararası antlaşmalardan çıkarılan genel ilkeleri ifade etmektedir. Antonio Cassese ise, "uluslararası hukukun genel ilkeleri" ile "hukukun genel ilkelerinin" birbirine karıştırılmaması gerektiğini vurgulamaktadır⁸⁷. Buna göre, "uluslararası hukukun genel ilkeleri", uluslararası antlaşma veya örf-adet hukuku hükümlerinin genelleştirilmesinden çıkarılabilecek olan "geniş ve gevşek" davranış kurallarıdır⁸⁸. Buna

81 Dixon, a.g.e., s. 24-25.

82 Aust, a.g.e., s. 8.

83 Shaw, a.g.e., s.89; Dixon, a.g.e., s. 42-43.

84 Dixon, a.g.e., s. 42.

85 Dixon, a.g.e., s. 43.

86 Shaw, a.g.e., s. 99; Dixon, a.g.e., s. 43.

87 Cassese, a.g.e., s. 188.

88 a.y.

göre, "devletlerin egemen eşitliği" ilkesi uluslararası hukukun genel ilkelerinden birine örnek olarak gösterilebilir⁸⁹. Keza, başka bir devlete karşı şiddete yönelik faaliyetler sergilenmemesi yönündeki "iyi komşuluk ilkesi"nin de uluslararası hukukun genel ilkelerinden olduğu söylenebilir⁹⁰. Bu durumda, "uygar uluslar tarafından benimsenmiş hukukun genel ilkeleri" ifadesinden doğal hukukun anlaşılamayacağını belirtmiş ve genel olarak belirtilmiş olan pozitivist görüşün de hukukun değil, uluslararası hukukun genel ilkelerine işaret ettiğini göstermiş olduğumuza göre, Statünün 38. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendindeki ifadeden anlaşılması gereken kanımızca, dünya genelinde devletler tarafından iç hukuklarına ilişkin olarak benimsedikleri ilkelere⁹¹.

Dolayısıyla, kanımızca Alman Anayasasının 25. maddesinde geçen uluslararası hukukun temel ilkeleri kavramından anlaşılması gereken Uluslararası Adalet Divanının 38. maddesinde benimsenen hukukun genel ilkeleri değil, uluslararası hukukun aslı kaynakları konumundaki örf-adet hukuku ve uluslararası antlaşmalardan çıkarılan, bunlarda genel olarak gözetilen veya düzenlenen genel ilkelere⁹². Bu görüş, uluslararası hukukun genel ilkeleri ile Uluslararası Adalet Divanı Statüsünün 38. maddesindeki uygar uluslar tarafından benimsenmiş hukukun genel ilkeleri kavramlarını birleştirmektedir⁹³. Kanımızca, bu iki kavram arasındaki ayrımın gözetilmesi önemlidir. Dolayısıyla, biz, aşağıda, "uluslararası hukukun genel ilkeleri" kavramını, yukarıda belirlediğimiz sınırlarıyla ele alacağız.

Bu ilkelere örneklendirmek mümkün olsa da, bunların tahdidî olarak sayılması çok zordur. Nitekim, uluslararası antlaşmaların veya örf-adet hukuku normlarının genelinde mevcut olan pek çok ilkeye ulaşılması ve hâlihazırda ulaşılmış olanlar dışında başka ilkelere öne sürülmesi her zaman mümkündür. Mahkemelerin ve hukuk uygulayıcılarının neyin uluslararası hukukun genel ilkesi olduğunu belirleme konusunda pek çok zorlukla karşılaşması olasıdır.

Alman Anayasasının 25. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gereken bir başka

89 Dixon, a.g.e., s. 45.

90 Sur, a.g.e., s. 85-86; Dixon, a.g.e., s. 88.

91 Sur, a.g.e., s. 85-86; Dixon, a.g.e., s. 43.

92 Fürst – Günther, a.g.e., s. 162; Stefan Talmon, "Die Grenzen der Anwendung des Völkerrechts im Deutschen Recht", **Juristen Zeitung**, Cilt: 68, Sayı: 1, 2013, s. 12.

93 Geiger, a.g.e., s. 143-144.

husus ise uluslararası hukukun genel ilkelerinin kanunlardan üstün olmasının ne anlama geldiğidir. Bu konudaki genel kanı, uluslararası hukukun genel ilkelerinin kanunlardan üstünlüğünün normatif bir üstünlük anlamına geldiği yönündedir⁹⁴. Dolayısıyla, normlar hiyerarşisinde uluslararası hukukun genel ilkeleri, şekli anlamda federal kanunlardan üstün konumda olacaktır. Bu ilkeler kanunlar açısından bir "olması gereken" ifade ettiği ölçüde, kanunların uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olması gerektiği ifade edilmektedir. Ancak, uluslararası hukukun genel ilkelerinin kanunlar açısından bu şekilde bir "olması gereken" ifade ettiği durumlara pek rastlanmayacağı, dolayısıyla uygulamada Anayasanın bu hükmünün pek uygulama bulmayacağı düşünülmektedir⁹⁵. Esasen, Almanca "*vorgehen*" fiilinin kelime anlamı olarak normatif üstünlük mü yoksa uygulamada öncelik mi ifade ettiğini AB hukuku normları açısından incelediğimiz gibi tartışabilirdik. Fakat, bu tartışma uluslararası hukukun genel ilkeleri açısından, AB hukuku normları açısından olduğu kadar anlam ifade etmeyecektir. Nitekim, AB hukuku normları açısından AB hukukunun üstünlüğünün kabulünün yarattığı başlıca sıkıntı genel normatif teori açısındandır. İç hukuktaki geçerliliğini kanundan alan, kanunun aktarmasıyla iç hukukta uygulanır hale gelen, yani geçerliliğini kanundan alan bir norm nasıl olacak da bu yönde anayasal bir hükmün yokluğunda geçerliliğini sağlayan normdan üstün olacaktır? Oysa, uluslararası hukukun genel ilkelerini, genel aktaran norm konumundaki Anayasa⁹⁶ iç hukuka aktarmaktadır. Dolayısıyla, her iki normun da üst normu konumundaki Anayasanın bu iki norm arasındaki hiyerarşik ilişkiyi serbestçe belirleyebileceği kabul edilmelidir.

Üçüncü olarak, uluslararası hukukun genel ilkelerinin doğrudan vatandaşlar açısından hak ve yükümlülük yaratabilmesine değinmek gereklidir. Aslında, uluslararası hukukun genel ilkelerinin federal hukukun bir parçası olacağının düzenlenmesinden sonra vatandaşlar için hak ve yükümlülük yaratabileceklerinin de belirtilmesi anlamsız bir tekrardır. Nitekim, eğer bu temel ilkelerin içeriği, vatandaşlar için hak ve yükümlülük yaratabilecek nitelikteyse, zaten iç hukukun bir parçası durumunda oldukları için hukukî sonuçlarını tam olarak doğuracaklardır.

94 Füst - Günther, a.g.e., s. 163; Marten Burkens, "Federal Republic of Germany", **Constitutional Law of 15 EU Member States**, 1.b., ed. Lucas Prakke – Constantijn Kortmann, Kluwer, Deventer, s. 381.

95 Burkens, a.g.e., s. 381.

96 Füst - Günther, a.g.e., s. 162.

B. ULUSLARARASI HUKUKUN TEMEL İLKELERİNİN NORMLAR HİYERARŞİSİNDEKİ YERİ

Uluslararası hukukun genel ilkelerinin iç hukuk düzenindeki geçerliliğini sağlayan norm Anayasadır. Eğer Alman Anayasasının 25. maddesi olmasaydı, Anayasa uluslararası hukukun genel ilkelerinin iç hukuka aktarılması için bir usul de öngörmediği için, bu ilkeler iç hukukta uygulama bulamayacaklardı. Ancak, Anayasa aynı zamanda bu normları iç hukuka genel olarak ve bir bütün halinde aktaran normdur⁹⁷. Uluslararası hukuk normlarının iç hukuktaki hiyerarşik yeri ile ilgili olarak birinci bölümde yaptığımız tespite göre, bu normlar kendilerine hukuk düzeninde geçerlilik tanıyan normun altında, aktaran norm ile aynı seviyede yer alacaktı. Alman hukukunda uluslararası hukukun genel ilkelerinin normlar hiyerarşisindeki yeri ile ilgili durumda geçerlilik sağlayan norm ile aktaran norm aynı normdur. Dolayısıyla, böyle bir durumda, bu normların Anayasasının altında mı yoksa onlarla aynı seviyede mi yer alacağı sorusu ortaya çıkmaktadır. Bizim birinci bölümde yaptığımız tespit açıkça geçerlilik normu ile aktaran normun farklı normlar olduğu durumlar için geçerlidir. Bu örnekte, geçerlilik normuna ilişkin yorum lehine karar vermemiz ve uluslararası hukukun genel ilkelerinin normlar hiyerarşisinde Anayasasının altında yer alması gerektiğine hükmetmemiz gerekmektedir⁹⁸. Nitekim, Anayasasının 25. maddesi olmasaydı, bu normların iç hukuktaki yerinden bahsetmemiz mümkün olmazdı.

Yine yukarıda yaptığımız inceleme ışığında, uluslararası hukukun genel ilkelerinin normlar hiyerarşisinde federal kanunların üstünde yer alacağını söylemeliyiz⁹⁹. Bu tespit, genel olarak normatif geçerlilik kuramından yaptığımız bir tespit değildir. Bir başka deyişle, uluslararası hukukun genel ilkeleri, kanunların ihdas usulünü belirlediği veya içeriklerini sınırlandırdığı için değil, her iki normun da üst normu konumundaki Anayasasının hükmü böyle belirlediği için kanunlardan üst bir seviyededir. Burada söylediğimiz, uluslararası hukukun genel ilkelerinin konuları itibariyle kanunların ihdas usulünü veya içeriklerinin sınırının konu edinmeyeceği değil, Anayasa hükmü dolayısıyla

97 Ossenbühl, "Gesetz und Recht: Rechtsquellen im demokratischen Rechtsstaat", a.g.m., s. 178.

98 Fürst - Günther, a.g.e., s. 163.

99 Wolfgang Vitzthum, **Völkerrecht**, 5.b., De Gruyter, Berlin, 2010, s. 132; Ossenbühl, "Gesetz und Recht: Rechtsquellen im demokratischen Rechtsstaat", a.g.m., s. 178; Hans-Peter Folz "Germany", **International Law and Domestic Legal Systems**, 1.b., ed. Dinah Shelton, Oxford University Press, Oxford, 2011, s. 245.

bu değerlendirmeyi yapmaya gerek olmadıęıdır¹⁰⁰.

Ancak, Federal Anayasanın 25. maddesinin normatif üstünlüğe değil, uygulama önceliğine ("*Anwendungsvorrang*") işaret ettiği düşünülse bile, uluslararası hukukun genel ilkelerinin normlar hiyerarşisinde kanunlardan üstte yer alacağı kabul edilmelidir. Yukarıda kanunların normlar hiyerarşisinde Federal Anayasa Mahkemesi kararlarından altta yer alacağını, nitekim bu mahkemelerin kararları ile bir kanun hukuk âleminde kaldırılabilen, geçerliliğini kaybedebilmektedir. Öte yandan, aynı kararlar uluslararası hukukun genel ilkelerinin geçerliliğinin etkilenebilmesi söz konusu değildir. Federal Anayasa Mahkemesinin böyle bir yetkisi bulunmamaktadır. Buna karşılık, kanunların Anayasaya uygunluğunu denetleyen Anayasa Mahkemesi uluslararası hukukun genel ilkelerini ölçü norm olarak görmek ve bu normları uygulamak zorunda da değildir. Dolayısıyla, uluslararası hukukun genel ilkeleri ile Federal Anayasa Mahkemesi kararları arasında hiyerarşik bir ilişki bulunmamaktadır ve bu iki norm, normlar hiyerarşisinde aynı seviyede yer almalıdır. Görüldüğü gibi, dolaylı olarak uluslararası hukukun genel ilkelerinin normlar hiyerarşisinde federal kanunlardan üstte yer alacağı gösterilmektedir.

Uluslararası hukukun genel ilkelerinin normlar hiyerarşisinde Anayasa altı ve kanun üstü bir seviyede bulunacağını tespit ettikten sonra, bu normların, normlar hiyerarşisinde Anayasa altı, ancak kanun üstü bir seviyede bulunan diğer normlarla ilişkisini incelememiz gerekmektedir. Bu diğer normlar Anayasa Mahkemesi kararları ile *Bundesrat* ve *Bundestag* içtüzükleridir.

Anayasa Mahkemesi, kanunların geçerliliği hakkında karar verirken uluslararası hukukun genel ilkelerini ayrı bir norm olarak temel alamaz. Nitekim, Anayasanın 93. maddesinin 2. fıkrasına göre, Anayasa Mahkemesinin federal kanunlara ilişkin gerçekleştireceği denetim, anayasaya uygunluk denetimidir. Dolayısıyla, burada Anayasa Mahkemesi, uluslararası hukukun genel ilkelerini, kanunların Anayasaya uygunluğu bağlamında bir ölçüt olarak kullanmamaktadır. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesinin hukuken almaya yetkili olduğu kararları alırken uluslararası hukukun genel ilkeleri ile bağlı olmadığını görmekteyiz.

Öte yandan, uluslararası hukukun genel ilkelerinin de Anayasa Mahkemesi kararı ile iptal edilemeyeceği, geçersiz hale gelmeyeceği açıktır. Bir kere, Federal Anayasa Mahkemesinin yetkisini düzenleyen Anayasanın 93. maddesinde böyle bir yetkiden

100 Uluslararası hukukun genel ilkelerinin anayasa altı ve kanun üstü hiyerarşik gücü konusunda bkz. Talmon, a.g.e., s. 15.

bahsedilmemektedir. Her ne kadar aynı maddenin 3. fıkrasında, Anayasa Mahkemesinin kanunla kendisine verilen diğer görevleri de yerine getireceği düzenlenmişse de, Federal Anayasa Mahkemesi Kanununun¹⁰¹ ("*Bundesverfassungsgerichtsgesetz/Federal Constitutional Court Act*"), mahkemenin yetkilerini düzenleyen 13. maddesinde de bu yönde bir yetkiden bahsedilmediği görülmektedir.

Daha önce Federal Anayasa Mahkemesi kararlarının normlar hiyerarşisinde meclis içtüzüklerinden üstte yer alacağına karar verdiğimizize göre, bu hiyerarşide Federal Anayasa Mahkemesi kararları ile aynı seviyede yer alan uluslararası hukukun genel ilkelerinin de normlar hiyerarşisinde meclis içtüzüklerinin üzerinde yer alacağına kabul edilmesi gerekecektir. Bu iki normun birbirinin geçerlilik usulünü veya içeriğini belirlemesi mümkün değildir.

C. ULUSLARARASI ANTLAŞMALAR

Alman hukukunun normlar hiyerarşisinde yer alacak olan bir başka uluslararası hukuk normu uluslararası antlaşmalardır. Alman Anayasasının 59. maddesinin 1. fıkrası, devlet adına uluslararası antlaşmaları akdetme yetkisinin devlet başkanına ait olduğunu belirtmektedir. Dolayısıyla, Alman Anayasasının 59. maddesine göre Cumhurbaşkanı uluslararası antlaşmaları onaylama yetkisinin verildiği düşünülebilir¹⁰². Cumhurbaşkanı uluslararası antlaşmaların onaylandığını bildirmesi, uluslararası antlaşmanın dış bağlayıcılığına ilişkin bir husus olarak yorumlanmalıdır¹⁰³. Nitekim, uluslararası antlaşmaları iç hukuka aktaran normun kanun veya (idarî antlaşmalar söz konusu ise) ilgili idarenin işlemi olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁴. İç hukuk bakımından uluslararası antlaşmaları onaylama yetkisinin Cumhurbaşkanıda olduğunu belirtmek, bu antlaşmaları iç hukuka aktaran normun Cumhurbaşkanıın işlemi olduğu izlenimini yaratabilir. Söz konusu anayasa maddesinin 2. fıkrası ise izleyen şekildedir: "Federasyonun politik ilişkilerini düzenleyen veya federal yasama yetkisi kapsamındaki konulara ilişkin olan uluslararası antlaşmalar, böyle bir durumda federal kanun çıkarmakla yetkili olan

101 Kanunun Almanca metni için bkz. <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/bverfogg/gesamt.pdf>, Erişim Tarihi: 6 Ağustos 2015. İngilizce metin için bkz.

<http://www.iuscomp.org/gla/statutes/BVerfGG.htm>, Erişim Tarihi: 6 Ağustos 2015.

102 Christian Auxier, **Introduction Au Droit Public Allemand**, 1.b., PUF, Paris, 1997, s. 157'den aktaran Gözler, "Uluslararası Andlaşmaları Akdetme ve Onaylama Yetkisi", a.g.e., s. 79.

103 Vitzthum, a.g.e, s. 111.

104 Bu konuda İsviçre *Bundesrat*'ının 5 Mart 2010 tarihli ve **Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht** başlıklı raporu, <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2010/2263.pdf>, s. 2291. Erişim Tarihi: 1 Temmuz 2015.

mercilerin, federal kanun şeklinde çıkaracağı bir onay veya katılıma tabidir. İdarî antlaşmalar açısından federal idareye ilişkin hükümler kıyasen uygulanır."¹⁰⁵.

Her şeyden önce, Alman hukukunun temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalar ve diğer antlaşmalar gibi Türk hukukunda benimsenen ve oldukça sorun yaratan bir ayrıma gitmemektedir. 59. maddenin 2. fıkrasından üç tür uluslararası antlaşma olduğundan bahsedilebilir. Bunlardan ilki, federal devletin politik ilişkilerine veya federal kanunlara ilişkin olmayan¹⁰⁶, ayrıca idarî antlaşma niteliği de taşımayan uluslararası hukuk antlaşmalarıdır. Birinci kısımda kabul ettiğimiz görüşe doğrultusunda, bir uluslararası antlaşmanın, iç hukukta uygulanabilmesi ve normlar hiyerarşisinde yer alabilmesi için öncelikle aktarılması gerektiğine ve genel bir aktarma Anayasa tarafından gerçekleştirilmediğine göre, bu ilk tür antlaşmaların iç hukuk normlar hiyerarşisinde yer almayacağını söyleyebiliriz¹⁰⁷. İkinci tür antlaşmalar ise devletin politik ilişkilerine veya federal kanunlara ilişkin olan uluslararası antlaşmalardır ki bunların iç hukukta geçerli olması için öncelikle iç hukuka aktarılmaları gerekmektedir. Son antlaşma tipi ise idarî antlaşmalardır. Bu antlaşmalar açısından, 59. madde hükümleri federal idarî makamlara kıyasen uygulanacaktır. Dolayısıyla, söz konusu antlaşma, antlaşmanın düzenlediği hükümler federal devletin hangi biriminin yetkisine giriyorsa, onların işlemi ile iç hukuka aktarılacaktır.

Bir uluslararası antlaşma, eğer devletin diğer devletlerle politik ilişkilerini düzenliyorsa veya federal kanunların kapsamına giren bir konuda düzenlemeler içeriyorsa, bu uluslararası antlaşmaların öncelikle iç hukuka aktarılması gerekmektedir. Bu aktarma işlemi yasama organından çıkan şekli anlamda bir kanunla gerçekleştirilir

105 Çeviri yazara ait.

106 Burada federal kanunlara ilişkin olmayan ifadesi doğrudan Alman Anayasası metninden çeviridir. Kastedilen ise kuşkusuz, bu kanunlara değil, bu kanunların düzenlediği konulara ilişkin uluslararası antlaşmalardır.

107 Bununla birlikte, 59. maddenin 2. fıkrasının ilk cümlesine dahil olmayan, yani federal devletin politik ilişkilerine veya kapsamı federal kanunların konusu ile örtüşen uluslararası antlaşmaların dışında kalan bütün uluslararası antlaşmaların aynı fıkranın 2. cümlesine dahil olduğunu ve dolayısıyla bunların da idarî işlemler ile yürürlüğe sokulabileceğini savunan bir görüş de vardır. (bkz. Alexander Proelß, a.g.e., s. 27; Vitzthum, a.g.e., s. 114.). Kanımızca, 1. cümlede dışarıda kalan bütün uluslararası antlaşmaların "idarî antlaşmalar" ("*Verwaltungsabkommen*") kapsamına sokulması, bu iki kategori dışında kalan uluslararası antlaşmaların da iç hukukta uygulanabilir kılınmasına yönelik zorlama bir yorumdur. Ancak, Vitzthum'a göre, Anayasanın 59. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesi yanlış formüle edilmiştir (Vitzthum, a.g.e., s. 114). Eğer yazarın önerdiği yorum kabul edilmezse, belli tür uluslararası antlaşmalar iç hukuka aktarılamayacak ve bir uygulama boşluğu ("*Umsetzungslücke*") ortaya çıkacaktır. Çalışmanın birinci bölümünde ulaşılan sonuçla da paralel olduğundan, Anayasanın lafzı ile bağlı kalınması ve bu iki kategori dışında kalan uluslararası antlaşmaların Alman iç hukukunda yer almayacağını kabul edilmesi gerektiği kanısındayız.

("Vertragsgesetz"). Buradaki şekli anlamda kanun, uluslararası antlaşmanın iç hukukta uygulanabilmesini sağlayacaktır¹⁰⁸. Bu uluslararası antlaşmanın daha sonradan yine bir kanunla ilga edilmesi mümkün olacaktır¹⁰⁹. Bu şart, uluslararası antlaşma politik işlere veya federal kanunların kapsamına giren bir konuya ilişkin olduğu için hem doğrudan uygulanabilir olan hem de olmayan uluslararası antlaşmalar açısından geçerlidir¹¹⁰. Bu şekilde, parlamentonun kendi iradesi dışında iç hukuk normu yaratması için devletin uluslararası hukuk yükümlülüklerinden dolayı baskı altında kalması, iç hukuk ile devletin uluslararası hukuk ilişkilerini yeknesaklaştırmak zorunluluğu söz konusu olmamaktadır¹¹¹. Hemen belirtelim ki, Alman Parlamentosunun burada çıkaracağı kanun Türk hukukundaki "uygun bulma" kanunu ile karıştırılmamalıdır. Türk hukukundaki "uygun bulma" kanunu teknik olarak bir iç hukuka aktarma değil, söz konusu uluslararası antlaşmanın Cumhurbaşkanı tarafından iç hukuka aktarılmasını uygun bulmaktır. Bir başka deyişle, Türk hukukuna uluslararası antlaşmaları iç hukuka aktarmak anayasal olarak Cumhurbaşkanının yetkisidir (m.104/2-b). Meclis yalnızca bir kanun çıkartarak Cumhurbaşkanının bu yetkiyi kullanmasını mümkün kılmaktadır. Alman hukukunda ise söz konusu uluslararası antlaşmayı iç hukuka aktaracak olan bizzat Parlamentonun kendisidir.

Bununla birlikte, idarî antlaşmalar, idarî makamlar tarafından aktarılacaktır¹¹². Dolayısıyla, bunları iç hukuka aktaran işlemler de birer idarî işlem olacaktır. Bu idarî işlemler genellikle *Rechtsverordnung* veya *Verwaltungsvorschrift* şeklinde ortaya çıkmaktadır¹¹³.

D. ULUSLARARASI ANTLAŞMALARIN NORMLAR HİYERARŞİSİNDEKİ YERİ

Anayasanın 59. maddesi, uluslararası antlaşmaların iç hukuktaki geçerliliğini sağlayan ve belirleyen normdur. Bu açıdan, Alman Anayasasının 59. maddesi ile Türk Anayasasının 90. ve 104. maddeleri aynı işlevi görmekte, bir uluslararası hukuk

108 Vitzthum, a.g.e., s. 111.

109 Fürst - Günther, a.g.e., s. 163.

110 a.y.

111 a.y.

112 Proelß, a.g.e., s. 27.

113 Alexander Proelß, **Staatsrecht III-Völkerrecht und Aussenverfassungsrecht**, https://www.uni-trier.de/fileadmin/fb5/prof/OEF008/Grundz%C3%BCge_V%C3%B6lkerrecht/Staatsrecht_III-3.pdf, s. 4. Erişim Tarihi: 22 Temmuz 2015; Vitzthum, a.g.e., s. 119. Vitzthum bireysel idarî işlemle de bu aktarma işleminin gerçekleştirilebileceğini düşünmektedir.

normlarının iç hukuka ne şekilde aktarılacağını belirlemektedir. Dolayısıyla, bu maddelerin bir nevi, uluslararası antlaşmaların iç hukuktaki "ihdas usulünü" belirlediği düşünülebilir. Bu nedenle de, Alman normlar hiyerarşisinde iç hukuka aktarılmış olan uluslararası antlaşmalar Anayasanın altında yer alacaktır. Nitekim, Anayasanın 59. maddesi olmasaydı, bu normların Alman iç hukukunda uygulanması ve normlar hiyerarşisinde yer alması mümkün olmayacaktı.

Öte yandan, uluslararası hukuk normları için birinci bölümde belirlemiş olduğumuz genel kurala göre, uluslararası hukuk normları iç hukukta kendi geçerliliklerini sağlayan, ihdas usulünü belirleyen normun hiyerarşik astı konumunda yer alırken, kendilerini aktaran normlar ile aynı seviyede yer alacaktır. Bu durumda, devletin politik ilişkilerine veya federal kanunların konusu kapsamına giren uluslararası antlaşmaların, şekli anlamda bir kanunla iç hukuka aktarıldığı düşünüldüğünde, bunların normlar hiyerarşisinde kanunlarla aynı seviyede yer alacağı açıktır¹¹⁴. İdarî antlaşmaların normlar hiyerarşisindeki yeri ise, bunları iç hukuka aktaran normun normlar hiyerarşisindeki yerine bağlıdır¹¹⁵. Bu normlar iç hukuka *Rechtsverordnung* veya *Verwaltungsvorschrift* ile aktarıldığına göre, normlar hiyerarşisinde bu normların bulunduğu yerde yer alacaklardır¹¹⁶.

IV. AB HUKUKU NORMLARININ NORMLAR HİYERARŞİSİNDEKİ YERİ

Bu kısımda AB hukuku normlarının Alman hukukundaki hiyerarşik yerini inceleyeceğiz. AB hukuku normları hakkında genel tartışmaları çalışmanın birinci bölümünde sunmuştuk. Bu konudaki detaylı tartışmalar için ilgili bölüme bakılmalıdır. Burada yapacağımız şey, birinci bölüm doğrultusunda yürüttüğümüz tartışmaların sonucundan yola çıkarak Alman hukukunda AB hukukunun yerini belirlemektir.

Birinci bölümde, AB hukukunun uluslarüstü ve daha da önemlisi uluslararası hukuktan farklı bir hukuk alanı olarak değerlendirilmesini eleştirmiştik. Buna göre, AB hukukunu inceleyen yazarların çok büyük bir kısmı AB hukukunu, şimdiye dek eşine

114 Fürst - Günther, a.g.e., s. 163; Andreas von Arnould, **Völkerrecht**, 2.b., C.F. Müller, Leck, 2014, s. 208; Ossenbühl, "Gesetz und Recht: Rechtsquellen im demokratischen Rechtsstaat", a.g.m., s. 178; Folz, a.g.e., s. 245.

115 Arnould, a.g.e., s. 208; Proelß, a.g.e., s. 29; İsviçre *Bundesrat*'ının 5 Mart 2010 tarihli ve **Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht** başlıklı raporu, <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2010/2263.pdf>, s. 2292. Erişim Tarihi: 1 Temmuz 2015.

116 Bu normların normlar hiyerarşisinde hangi seviyede yer alacağı aşağıda, idarenin düzenleyici işlemlerinin normlar hiyerarşisindeki yerini inceleyeceğimiz kısımda belirlenecektir.

rastlanmadık düzenlemeler ve bir takım yenilikler getirdiği için ve özellikle de üye devletler belli alanlardaki düzenleme yetkisini devrettiğinden, uluslararası hukuktan farklı bir hukuk dalı olarak görmektedir. Ancak, ilk bölümde Kelsen'in görüşleri doğrultusunda tartıştığımız gibi, bir normun uluslararası hukuk normu olup olmadığını, o normun içeriğine, yani düzenlemelerine bakarak anlamak mümkün değildir. Nitekim, uluslararası hukukta hiçbir norm uluslararası hukuk normlarının içeriğini belli bir şekilde sınırlandırmamıştır. Uluslararası hukuk normları bu bağlamda, her şeyi konu edinebilirler¹¹⁷. Dolayısıyla, AB Kurucu Antlaşmalarının içerik anlamında getirdiği yenilikçi düzenlemeler ve farklılıklar, AB hukukunun uluslararası hukukun bir parçası olmaktan, Kurucu Antlaşmaları birer uluslararası antlaşma olmaktan çıkarmaz¹¹⁸.

Dolayısıyla, AB hukukunun Alman normlar hiyerarşisindeki yerinden bahsederken, aslında bir uluslararası antlaşmanın ve bu antlaşmaya dayanılarak ihdas edilmiş olan ikincil mevzuatın normlar hiyerarşisindeki yerinden bahsetmekteyiz. Bu bağlamda, birincil mevzuatın normlar hiyerarşisindeki yerini belirlerken, bu normu bir uluslararası antlaşma olarak görüp, iç hukuka hangi usulle aktarıldığını incelemeliyiz. Bunun için de AB Kurucu Antlaşmalarında yapılan en son değişiklik olan Lizbon Antlaşması'nın Alman hukukuna aktarılması sürecini inceleyerek başlayacağız.

Lizbon Antlaşması, AB üyesi devletler arasında Avrupa Birliği Antlaşması ve Roma Antlaşması'nı tadil etmek amacıyla 13 Aralık 2007 tarihinde imzalanmıştır. Yürürlüğe giriş tarihi ise 1 Aralık 2009'dur. Arada geçen sürede bütün üye devletlerin söz konusu tadil antlaşmasını kendi anayasal düzenlerinde belirlenen usulle iç hukukuna aktarması gerekmektedir. Almanya, bu süreci 9 Ekim 2008 tarihinde tamamlamıştır.

Almanya'nın Lizbon Antlaşması'nı iç hukuka aktarma usulüne bakıldığında, Lizbon Antlaşması'nın Alman Anayasasının 59. maddesinin 2. fıkrasının ilk cümlesindeki devletin politik işlerine ilişkin veya Alman kanunlarına değişiklik getiren bir uluslararası antlaşma olarak algılandığını görmekteyiz. Nitekim, Lizbon Antlaşmasının Alman iç hukukuna aktarılması için *Bundestag* ve *Bundesrat*'ın şekli anlamda bir kanun çıkarması gerekmiştir. Cumhurbaşkanı, ikinci meclis olan *Bundesrat*'ın 23 Mayıs 2008 tarihinde onay verdiği

117 Buna bir istisna olarak belki de Kelsen tarafından içeriği "*pacta sunt servanda*" olarak belirlenmiş olan uluslararası hukukun temel normu gösterilebilir. Nitekim, uluslararası antlaşma akdetme yetkisi de Kelsen'e göre bu ilkedен kaynaklanmaktadır. Ve hiçbir norm, kendi geçerliliğini belirleyen normu, hele ki hukuk dışı, varsayımsal bir norm olan temel normu değiştirmesi, ortadan kaldırması mümkün değildir.

118 Ayrıca bkz. Vitzthum, a.g.e., s. 122.

kanunu ancak 8 Ekim 2008 tarihinde yayımlayabilmiştir. Nitekim, arada geçen sürede Alman Parlamentosundaki muhalefet Lizbon Antlaşması'nın Alman hukukuna aykırılığı dolayısıyla Alman Anayasa Mahkemesine başvurmuştur¹¹⁹.

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere, Lizbon Antlaşması Alman hukukunda diğer uluslararası antlaşmalar gibi bir onay sürecine tâbi tutulmuştur. Zaten, birinci bölümde açıkladığımız gibi, AB hukukunun Kurucu Antlaşmaları olan Avrupa Birliği Antlaşması ve Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma veya bunları tadil etmiş olan Lizbon Antlaşması hukuken birer uluslararası antlaşma niteliğindedirler. Dolayısıyla, AB birincil mevzuatının normlar hiyerarşisinde, Alman Anayasasının 59. maddesinin 2. fıkrasının ilk cümlesi uyarınca bir kanunla iç hukuka aktarılan uluslararası antlaşmalar ile aynı seviyede yer alacağını söyleyebiliriz¹²⁰. Bu durumda, birincil mevzuat federal kanunlar seviyesinde yer alacak, Anayasa, uluslararası hukukun genel ilkeleri, Anayasa Mahkemesi kararları, *Bundesrat* ve *Bundestag* İçtüzüklerinin altında kalacaktır.

AB hukuku normlarının kendi arasındaki hiyerarşiye göre ise, ikincil mevzuat hükümleri birincil mevzuatın hiyerarşik astıdır. İkincil mevzuat, birincil mevzuat tarafından belirlenen usulle ve organlarca ihdas edilip, yine birincil mevzuatın belirlediği hukukî nitelikleri taşırlar. Bu nedenle, eğer Alman hukukunda birincil mevzuat bir kanun ile iç hukuka aktarılmışsa, iç hukukun doğrudan parçası hâline gelen tüzüklerin normlar hiyerarşisinde birincil mevzuat ile aynı seviyede yer alması mümkün değildir. Dolayısıyla, AB tüzüklerinin normlar hiyerarşisinde birincil mevzuat, yani kanun altı bir seviyede yer alması gerekecektir. Bir başka deyişle, AB tüzükleri normlar hiyerarşisinde Anayasanın, Anayasa Mahkemesi kararlarının, *Bundestag* ve *Bundesrat* İçtüzüklerinin, kanunların, kanunla iç hukuka aktarılan uluslararası antlaşmaların ve yine kanunla iç hukuka aktarılmış olan birincil mevzuatın altında yer alacaktır. Birincil mevzuat ve tüzüklerle inceleyeceğimiz diğer normların hiyerarşik ilişkisine yeri geldiğinde değineceğiz. Ancak, bir de AB hukukunun üstünlüğü ilkesine Alman hukukunda nasıl yaklaşıldığına değinmek gerekmektedir.

Almanya, Avrupa Birliği'nin egemen bir hukuk sistemi olduğu ve Avrupa Birliği hukukunun her türlü ulusal hukuktan üstün olduğu düşüncesine belli bir direniş gösteren

119 Vaughne Miller, "The Lisbon Treaty: Ratification Issues in Ireland, Germany, Poland and Czech Republic", www.parliament.uk/briefing-papers/SN05147.pdf, s. 19-20. Erişim Tarihi: 4 Temmuz 2015.

120 Alman Anayasasının 59. maddesinin ve Kurucu Antlaşmaları iç hukuka aktaran kanunun Topluluk hukukunun iç hukuktaki geçerliliğinin kaynağı olduğu görüşünün bir açıklaması için bkz. Ipsen, a.g.e., s. 262.

ülkelerin başında gelmektedir. Alman Anayasa Mahkemesi'nin görüşüne göre, Avrupa Birliği bir "devletler birliği" ("*Staatenverbund*") niteliği taşır ve bu bakış açısı Avrupa Topluluğu'nun üye devletler üzerinde değil, devletlerin Avrupa Birliği üzerinde hâkim olduğu görüşüne vurgu yapmaktadır¹²¹. Bu nedenle de Almanya'da AAD'nın AT hukukunun üstünlüğüne dair içtihadının kolaylıkla sindirilmediğini ve Anayasa Mahkemesinin, her ne kadar görüşleri zamanla önemli ölçüde değiştiyse de, bu fikri kabul etmekte zorlandığını söyleyebiliriz. Ancak, Alman Anayasa Mahkemesinin genel olarak bu ilkeyi benimsemekte değil, AT hukukunun Alman Anayasasına üstünlüğü düşüncesini benimsemekte zorlandığını belirtmek gereklidir. Alman Anayasa Mahkemesinin temel çekincesi, Alman Anayasasının temel hak ve özgürlükler açısından sağladığı güvenceler noktasında ortaya çıkmaktadır¹²². Bu bağlamda, Alman Anayasa Mahkemesinin verdiği üç önemli karar olan *Solange I*¹²³, *Solange II*¹²⁴ ve *The European Union Treaty*¹²⁵ kararlarından kısaca bahsetmekte fayda vardır.

Solange I kararı, AT'nun ihracat ve ithalata ilişkin iki kararnamesinin Alman vatandaşlarının Anayasa ile güvence altına alınmış olan temel hak ve özgürlüklerini ihlal ettiği iddiasına karşı verilmiş bir karardır¹²⁶. Biz karara konu olayın detaylarına girmeyeceğiz. Bizim için mühim olan, Topluluk hukukunun üstünlüğü içtihadına karşı Anayasa Mahkemesinin verdiği karardır. Alman Federal Anayasa Mahkemesi bu kararda, Alman Anayasasında güvence altına alınan temel hak ve özgürlükler ile Topluluk hukuku mevzuatı çatıştığı takdirde, Anayasa hükümlerinin uygulanacağına karar vermiştir¹²⁷. Bu nedenle de, Topluluk hukuku ulusal hukuk normları karşısında bir uygulama önceliğine¹²⁸

121 Ulrich Everling, "The European Union Between Community and National Policies and Legal Orders", **Principles of European Constitutional Law**, ed. Armin von Bogdandy - Jürgen Bast, I.b., Hart Publishing, Portland, 2006, s. 719; Philipp Kiiver, "The Lisbon Judgment of the German Constitutional Court: A Court-Ordered Strengthening of the National Legislature in the EU", **European Law Journal**, Cilt: 16, Eylül 2010, s. 579-580. Ayrıca, Almanya dışında başka ülkeler de Topluluk hukukunun geçerlilik kaynağı olarak kendi iç hukuk sistemlerini görmektedir. Bkz. Roman Kwiecień, "The Primacy of European Union Law Over National Law Under the Constitutional Treaty", **German Law Journal**, Cilt: 6, Sayı: 11, s. 1487-1488.

122 Kaczorowska, a.g.e., s. 362.

123 *Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr- und Vorratstelle für Getreide und Futtermittel* [1974] 2 CMLR 540.

124 *Re Wünsche Handelsgesellschaft* [1997] 3 CMLR 225.

125 *Manfred Brunner and Others v. The European Union Treaty* [1994] 1 CMLR 57.

126 Ece Göztepe, **Avrupa Birliği'nin Siyasal Bütünleşmesi ve Egemenlik Yetkisinin Paylaşılması Sorunu**, I.b., Seçkin, Ankara, 2008, s. 101-102.

127 Kaczorowska, a.g.e., s. 362; Vaughne Miller, "The Lisbon Treaty: Ratification Issues in Ireland, Germany, Poland and Czech Republic", www.parliament.uk/briefing-papers/SN05147.pdf, s. 20. Erişim Tarihi: 5 Temmuz 2015.

128 Topluluk hukukunun üstünlüğünden "uygulama önceliği" olarak bahsedilmesi son derece önemlidir.

sahipse de, Alman Anayasa Mahkemesine göre bu önceliğin Anayasa hükümleri karşısında bir hükmü yoktur¹²⁹. Ancak, aynı kararda Alman Anayasa Mahkemesi, söz konusu Topluluk hukuku normlarının bir ulusal mahkeme tarafından geçersiz kılınmasının da mümkün olmadığını vurgulamıştır¹³⁰.

Solange II kararında Alman Anayasa Mahkemesinin bir nebze yumuşadığı görülecektir. Bu davanın konusunu da yine iki Topluluk kararnamesinin Alman Anayasası tarafından tanınan temel hak ve özgürlükleri ihlal ettiği iddiasıdır¹³¹. Söz konusu kararda, ATAD'nın Alman Anayasasında güvence altına alınmış olan temel hak ve özgürlükleri etkili biçimde koruyabileceğine ikna olan Alman Anayasa Mahkemesi, temel hak ve özgürlüklerin korunması konusunda Topluluk hukuku tarafından yüksek standartlar korunduğu sürece, Topluluk hukuku normlarının Anayasada güvence altına alınan temel hak ve özgürlükleri ihlal ettiği gerekçesiyle Anayasa normlarının öncelikle uygulanmasına karar vermeyeceğini belirtmiştir¹³².

Alman Anayasa Mahkemesinin Topluluk hukukunun üstünlüğüne dair yorum yaptığı bir başka önemli kararı ise *Maastricht Kararı*¹³³. *Maastricht* Antlaşması ile demokratik olmayan AB'ne Anayasaya aykırı şekilde yetki devredildiğinin iddia edildiği¹³⁴ davada, Federal Anayasa Mahkemesi *Bundestag*ın hala Alman Anayasasının 79. maddesindeki demokratiklik ilkesinin gereğini yerine getirecek yetkilere sahip olduğuna karar vermiştir¹³⁵. Bu kararda da, Alman Anayasa Mahkemesi AB hukukunun üstünlüğü ilkesinin şarta bağlı olduğunu ve norm koyucu Topluluk organlarının onlara Kurucu Antlaşmalarda verilmiş bulunan yetkilerin sınırları içinde hareket edip etmediğini denetleyebileceğini belirtmiştir¹³⁶. Topluluğun (ya da Maastricht sonrasında Birliğin) *ultra*

Nitekim, uygulama önceliği kendi başına kesinlikle normatif üstünlüğe işaret edemez. Örneğin, özel kanunlar da genel kanunlar nezdinde bir uygulama önceliğine sahiptir. Ancak bu öncelik normatif üstünlük olarak yorumlanamaz. Kanunlar normlar hiyerarşisinde aynı basamakta yer alırlar.

129 Göztepe, a.g.e., s. 102.

130 Damian Chalmers – Gareth Davies - Giorgio Monti, **European Union Law**, 2.b., Cambridge University Press, Cambridge, 2010, s. 203.

131 Göztepe, a.g.e., s. 104.

132 Kaczorowska, a.g.e., s. 362.

133 [1994] 1 CMLR 57. Bu karar Avrupa Birliği Antlaşması Kararı ("*The European Union Treaty Decisions*") olarak da geçmektedir. Bkz. Kaczorowska, a.g.e., s. 362.

134 Gerhard Wegen – Christopher Kuner, "Germany: Federal Constitutional court Decision Concerning the Maastricht Treaty", **Comparative Constitutional Review**, 1.b., ed. Michael Louis Corrado, Carolina Academic Press, Durham, 2005, s. 232-233.

135 Kevin D. Makowski, "*Solange III: The German Federal Constitutional Court's Decision on Accession to the Maastricht Treaty on European Union*", **University of Pennsylvania Journal of International Business Law**, Cilt: 16, Sayı: 1, Yıl: 2014, s. 167.

136 Kaczorowska, a.g.e., s. 362; Wegen – Kuner, a.g.e., s. 233.

vires işlemleri, Alman hukuku açısından hiçbir sonuç doğurmayacaktır¹³⁷. Federal Anayasa Mahkemesinin *Maastricht* kararında benimsemiş olduğu görüşler *Lizbon* kararında¹³⁸ da tekrarlanmış, AB'nin devredilmiş yetkiler dışına çıkamayacağını vurgulayarak Kurucu Antlaşmalarda gerçekleştirilebilecek herhangi bir değişikliğin yetki devrine ilişkin anayasa hükümlerinin gereği olarak mutlaka *Bundestag*ın onayına sunulması gerektiğini belirtmiştir¹³⁹.

Görüldüğü gibi, Alman Anayasa Mahkemesi AB hukukunun üstünlüğü ilkesini bir uygulama önceliği olarak algılamakta ve esasen bu önceliğe itiraz etmemektedir¹⁴⁰. Ancak, sıra özellikle temel hak ve özgürlükler konusunda Alman Anayasasının sağladığı güvencelere geldiğinde Anayasa Mahkemesi tereddüt etmektedir. *Solange II* kararı özellikle ilginçtir. Bu kararda, Alman Anayasa Mahkemesi, Topluluk normlarının anayasal güvence altındaki temel hak ve özgürlükleri ihlal edip etmediğini denetleme ve gerekirse Anayasa hükümlerinin Topluluk normlarına göre öncelikle uygulanmasına hükmetme yetkisi olduğunu doğrulamış, fakat ATAD bu konuda gerekli özeni gösterdiği için bu yetkisini, aynı standartlar korundukça, kullanmayacağını belirtmiştir. Bir başka deyişle, Topluluk hukukunun Anayasa karşısında uygulama üstünlüğüne sahip olmadığı görüşü devam ettirildiyse de, AAD'na karşı daha ılımlı bir bakış açısı benimsenmiştir. *Maastricht* Kararı ise bizim çalışmamız açısından, Alman Anayasa Mahkemesinin Topluluk organlarının kendilerine verilen yetki içinde davranmaması halinde, söz konusu normun geçerli bir Topluluk hukuku normu olarak uygulama önceliğine sahip olamayacağını vurgulamaktadır.

Kanımızca, Alman Anayasa Mahkemesinin Topluluk hukukunun üstünlüğü konusunda yaşadığı tereddütler yersiz değildir, ancak bizim açımızdan yetersizdir. Nitekim, bu kararların hiçbirinde Mahkeme, Topluluk (Birlik) hukuku normlarının iç hukuktaki yerine ilişkin bir tespitte bulunmamaktadır. Uygulama önceliği, bir çatışma kuralı olarak düşünülmelidir. Dolayısıyla, normatif üstünlüğe işaret etmez¹⁴¹. Bu anlamda, Alman Anayasa Mahkemesi kararları bize pek yardımcı olmamaktadır.

137 Göztepe, a.g.e., s. 110.

138 Federal Anayasa Mahkemesinin 30 Haziran 2009 tarihli ve 2 BvE 2/08 Sayılı Kararı. Metin için bkz. http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20090630_2bve000209.html, Erişim Tarihi: 7 Ağustos 2015.

139 Kiiver, a.g.m., s. 580.

140 Çalışmanın birinci bölümünde açıklandığı gibi, kanımızca AB hukukunun ulusal hukuka göre öncelikle uygulanacağını söylemek bile hukuken mümkün değildir. Kurucu Antlaşmaların metninden zorlama yorumlarla AB hukukunun böyle bir önceliğe sahip olduğu ATAD kararları ile tespit edilmiştir.

141 Bu konuda AB hukukunun üstünlüğüne ilişkin birinci bölümde yaptığımız açıklamalara bakılabilir.

Sonuç olarak, AB hukuku normlarının Alman normlar hiyerarşisi içindeki yerini belirlerken, yukarıda hukuk normlarının geçerliliğine ilişkin yaptığımız genel tespitlerden yola çıkacağız. Uluslararası antlaşmalardan hukukî nitelik açısından bir farklılık arz etmediği kanaatinde olduğumuz birincil mevzuat, iç hukuka Alman Anayasasının 59. maddesinin 2. fıkrası uyarınca kanunla aktarılmıştır. Bu nedenle de (geçerliliği belirleyen norm ile aktaran norm ayrı normlar olduğundan) normlar hiyerarşisinde kanun seviyesinde yer alması gerekir. Birincil mevzuat uyarınca ihdas edilen ve doğrudan üye devletlerin hukukunun parçası olan tüzükler ise normlar hiyerarşisinde kanun altı bir seviyede yer almalıdır. Nitekim, kanun seviyesinde yer alan birincil mevzuat hükümleri tüzüklerin hem ihdas usulünü belirlemekte hem de bunları konu bakımından sınırlandırmaktadır (AB ve üye devletler arasında yetki paylaşımı). AB tüzüklerinin idare mahkemesi kararları ve idarenin düzenleyici işlemleri gibi diğer normlara kıyasla normlar hiyerarşisinde nerede yer alacağına aşağıda karar vereceğiz.

V. İDARİ YARGI ORGANLARININ KARARLARININ NORMLAR HİYERARŞİSİNDEKİ YERİ

Mahkeme kararlarının da birer norm olduğunu birinci bölüm kapsamında yaptığımız çalışmada ortaya koymuştuk. Burada, tekrara düşmemek amacıyla özetle şunu ifade etmek isteriz: Bir hukuk düzenindeki, "olması gereken" ifade eden her türlü işlemi bir norm olarak kabul etmeliyiz. Mahkemeler de bir uyumsuzluk neticesinde verdiği kararlarla, uyumsuzluk konusu somut durumla ilgili birel bir "olması gereken" tesis etmektedir. Bu kararların birel nitelik arz etmesi, onların bir norm olmadığı anlamına gelemez. Yalnızca, kural işlem niteliği taşımadıklarını gösterir. Hele ki söz konusu olan mahkemenin bir başka normun hukuka uygunluğuna ilişkin verdiği bir karar ise ve bu kararın neticesinde hukuka aykırı olduğu tespit edilen norm hukuk düzeninden kalkmaktaysa, mahkeme kararının norm niteliği konusunda hiçbir tartışma yapmaya gerek yoktur. Nitekim, bir norm geçerliliğini ancak başka bir normdan alıyorsa, bu geçerliliği de yine bir başka normdan dolayı kaybedecektir. Dolayısıyla, çalışmanın bu kısmında Alman hukukunda idarî yargı organlarının yapısını kısaca incelemek ve iptal kararlarının normlar hiyerarşisindeki yerini belirlemek durumundayız.

Almanya, idarî rejim uygulamasının görüldüğü ülkelerden birisidir. Yani, idarenin eylem ve işlemlerinin denetlenmesi için hukuk mahkemelerinden bağımsız bir yargı örgütü

öngörülmüştür. Alman İdare Mahkemeleri Usulü Kanununun ("Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz") 2. maddesine göre, federal düzeyde bir, eyalet düzeyinde iki adet idare mahkemesi bulunmaktadır. Federal düzeydeki idare mahkemesi Federal İdare Mahkemesi ("Bundesverwaltungsgericht") ismini taşıırken, eyalet düzeyindeki mahkemeler idare mahkemeleri ("Verwaltungsgericht") ve Yüksek İdare Mahkemesi ("Verwaltungsgerichtshof") olarak adlandırılmaktadır. Bu mahkemelerin yetkilerini incelemek suretiyle kararlarının normlar hiyerarşisindeki yerini belirleyecek ve kendi aralarında da bir hiyerarşi bulunup bulunmadığını tespit edeceğiz.

Almanya'da idare mahkemelerinin eyalet düzeyi mahkemeler ve federal mahkemeler olarak ikiye ayrılmasından bazı mahkemelerin federe hukuk düzenindeki idarî işlemleri denetleyebileceği ve federal düzeydeki idarî işlemlerin yalnızca Federal İdare Mahkemesi tarafından denetlenebileceği izlenimi çıkarılabilir. Ancak, durum böyle değildir. Alman hukukunda idare mahkemelerin yetkileri arasında denetimi gerçekleştirilecek olan norma göre bir ayırım genel kural olarak mevcut değildir. Kişilerin temel hak ve özgürlükleri idarenin düzenleyici veya birel nitelikteki bir işleminden dolayı ihlal edildiği sürece, her türlü idarî işlemin yargısal denetimi gerçekleştirilebilmektedir¹⁴². Bu doğrultuda, İdare Mahkemeleri Usulü Kanununun 40. maddesinin 1. fıkrası, idarî işlemlerin, kural işlem ya da birel işlem olarak ayırmaksızın, yargısal denetimini gerçekleştirmekle görevli olan mahkemeyi eyalet düzeyindeki idare mahkemeleri olarak belirlemiştir. Dolayısıyla, federal hukuk düzenine ait bir *Rechtsverordnung*un yargısal denetimi de, bu norm mahkemeye başvuran kişinin temel hak ve özgürlükleri ihlal ettiği ölçüde, eyalet düzeyindeki federe mahkemelerde gerçekleştirilebilecektir. Bununla birlikte, *Rechtsverordnung* ve *Satzung*ların iptali için doğrudan dava açılması ancak iki durumda mümkündür. İdare Mahkemeleri Usulü Kanununun 47. maddesinin 1. fıkrasına göre yalnızca Federal İnşaat Kanunu ("*Baugesetzbuch*") uyarınca çıkarılan *Satzung*lar veya aynı kanunun 246. maddesinin 2. fıkrası uyarınca çıkarılabilecek olan *Rechtsverordnungen*

142 Ulla Held-Daab, "Review of Administrative Decisions of Government by Administrative Courts and Tribunals", **The 10th Congress of The International Association of Supreme Administrative Jurisdictions**, Leipzig, September 2009, <http://www.aihja.org/images/users/1/files/germany.en.0.pdf>, s. 2, Erişim Tarihi: 7 Haziran 2015. Anılan kanunda, idare mahkemelerinin yetkisinin anayasal nitelik taşımayan kamu hukuku konularında söz konusu olacağı ve federal kanunlarca başka mahkemelerde görüleceği belirtilen işlerin bu mahkemelerin yetkisine girmeyeceği belirtilmektedir. Bunun sebebi Alman hukuk sisteminde Federal İdare Mahkemesi ve Federal Anayasa Mahkemesi dışında, Federal Finans Mahkemesi, Federal İş Mahkemesi ve Federal Sosyal Mahkeme olmak üzere üç adet daha yüksek mahkeme bulunması (Anayasa m. 95/1) ve esasen idare mahkemelerinin yetkisine girebilecek olan bazı konuların federal kanunlar aracılığıyla bu mahkemelerin görev alanına sokulmuş olma ihtimalinin bulunmasıdır.

aleyhine doğrudan iptal davası açılabilir. Bu davaları ilk derece mahkemesi olarak görecek olan mahkeme Yüksek İdare Mahkemesidir. Ancak, idare mahkemeleri de, doğrudan inceleyebilecekleri bir idarî işlemin hukuka uygunluğu, bu işlemin dayandığı *Rechtsverordnung* veya *Satzungun* hukuka uygunluğuna bağlı oldukça, bunların yargısal denetimini gerçekleştirebilir¹⁴³. Dolayısıyla, idare mahkemelerinin kararları ile *Rechtsverordnung* veya *Satzungların* geçersiz kılınamayacağı düşünülmesi doğru değildir. Alman idarî yargı sisteminin en alt kademesindeki idare mahkemelerinin bile şartları mevcutsa *Rechtsverordnung* veya *Satzungu* iptal etme yetkisi vardır.

Yüksek İdare Mahkemelerinin temel görevi İdare Mahkemeleri Usulü Kanununun 46. maddesinde belirtildiği üzere, idare mahkemelerinin vermiş olduğu kararları itiraz mercii olarak incelemektir. Bu bağlamda, Yüksek İdare Mahkemesi davanın maddî yönü ile ilgili de bir denetim gerçekleştirir. Ayrıca, anılan Kanunun 47. maddesinin ilk fıkrasına göre, Federal İnşaat Kanunu ("*Baugesetzbuch*") uyarınca çıkarılan *Satzunglar* veya aynı kanunun 246. maddesinin 2. fıkrası uyarınca çıkarılabilecek olan *Rechtsverordnungen* aleyhine açılan iptal davaları ve eyalet kanunlarında belirtildiği takdirde, eyaletlerin kanun seviyesi altındaki normlarının (*Satzung, Rechtsverordnung* gibi) doğrudan denetimi de ilk derece mahkemesi olarak Yüksek İdare Mahkemesinde gerçekleştirilecektir. Ancak, bu durumun, aynı normların idare mahkemelerince iptal edilemeyeceği anlamına gelmediğini, yalnızca idare mahkemelerinin bu normları, denetimi kapsamına giren (örneğin bireysel idarî işlemlerin) işlemin hukuka uygunluğu, bu düzenleyici nitelikteki işlemlerin hukuka uygunluğuna bağlı olduğu takdirde iptal edebileceklerini vurgulamamız gerekir.

Federal İdare Mahkemesi ise Alman hukukunda idarî yargı organları hiyerarşisinin en üst basamağında yer almaktadır. İdare Mahkemeleri Usulü Kanununun 49. maddesine göre, Federal İdare Mahkemesinin temel görevi, Yüksek İdare Mahkemeleri ile idare mahkemelerinin kararlarını temyizen incelemektir¹⁴⁴. Buna göre, Yüksek İdare Mahkemesinin denetimi salt bir hukuka uygunluk denetimidir; Mahkeme davanın maddî yönü ile ilgilenmez. Bununla birlikte, Federal İdare Mahkemesi anılan Kanunun 50. maddesinde de belirtilen hususlarda ilk derece mahkemesi olarak karar verir. Bu konulardan önemli birkaç tanesini belirtmek gerekirse, federal devlet ve eyaletler arasında yahut eyaletlerin kendi arasındaki anayasal nitelik arz etmeyen kamu hukuku uyuşmazlıklarını karara bağlamak, *Bundestag* üyeleri aleyhine, *Bundestag* Üyeleri

143 a.y.

144 Ayrıca adı geçen Kanunun 132, 134. ve 135 maddelerine de bu incelemenin detayları için bakılabilir.

Hakkında Kanunun ("*Abgeordnetengesetz*") 44a maddesi ve Alman *Bundestag* üyeleri için belirlenen davranış kurallarına aykırılık dolayısıyla alınan önlemlere karşı açılan iptal davalarını görmek sayılabilir. İdare Mahkemeleri Usulü Kanununun 135. maddesi, itiraz yolunun federal bir kanun tarafından kapatıldığı durumlar için Federal İdare Mahkemesine temyiz incelemesi öngörmektedir.

Yukarıda verilen bilgiler, Alman hukukunda idarî yargı organlarının kararlarının normlar hiyerarşisindeki yerini belirlemek açısından yeterlidir. Her şeyden önce, mahkeme kararlarının kendi aralarında bir hiyerarşiden bahsetmek mümkündür. Nitekim, eyalet düzeyindeki idare mahkemelerinin kararları Yüksek İdare Mahkemeleri tarafından itiraz yolu ile incelenebilmekteyken, hem idare mahkemelerinin hem de Yüksek İdare Mahkemelerinin kararları da Federal İdare Mahkemesinin temyizen incelemesine tâbidir. Söz konusu denetim itiraz da olsa temyiz de olsa, alt mahkemenin kararı itiraz veya temyiz mercii tarafından kaldırılabilir. Bu karar alt mahkemeyi de bağlamaktadır. Dolayısıyla, temyiz veya itiraz mercilerinin kararları normlar hiyerarşisinde daha üst bir basamakta yer almalıdır. Kısacası, Alman hukukunda idarî yargı organları kararları arasındaki hiyerarşi Federal İdare Mahkemesi kararları, Yüksek İdare Mahkemeleri kararları ve idare mahkemeleri kararlarıdır. Aslında, idarî yargı organlarının yapısı ve kendi arasındaki hiyerarşi bakımından Türk hukuku ile Alman hukuku arasında bir paralellik göze çarpmaktadır. Ancak, Türk hukuk sisteminde tüzük ve bazı yönetmeliklerin yargısal denetiminin yalnızca Danıştay tarafından gerçekleştirilebileceği öngörülmüştür. Bu da, normlar hiyerarşisinde Danıştay kararları ile Bölge İdare Mahkemeleri ve ilk derece idare mahkemeleri kararları arasına tüzük ve bazı yönetmeliklerin girmesine sebep olmaktadır. Alman hukukunda ise durum farklıdır.

Yukarıda belirttiğimiz gibi, Alman hukukunda idarî yargı organları arasında denetleyebilecekleri normlar açısından bir ayrıma gidilmemiştir. Belli şartlara tâbi olmakla beraber, idarenin düzenleyici işlemlerinin ilk derece mahkemeleri tarafından iptal edilmesi mümkün olmaktadır. Dolayısıyla, Alman hukuku normlar hiyerarşisinde idarî yargı organlarının kararlarının hiyerarşik kademelendirmesinde araya başka bir norm girmeyecektir.

İdarî yargı organları idarenin işlemlerinin yargısal denetimini gerçekleştirebilir ve bu normların iptaline karar verebilirler. İster federal isterse eyalet hukukuna dâhil olsun, idarî yargı organlarının bir kanunu iptal edebilmesi mümkün değildir. Bu yetki federal ve

federe düzeydeki anayasa mahkemelerine aittir. Dolayısıyla, bir idarî yargı organı, eğer bir kanunun anayasaya aykırı olduğundan şüphelenir ve söz konusu idarî işlemin de dayandığı kanunun federal anayasa veya eyalet anayasasına aykırı olmasından dolayı hukuka aykırı olduğuna karar verirse, yapabileceği tek şey söz konusu kanunun iptali için yetkili anayasa mahkemesine başvurmaktır. Öte yandan, bir idarî işlemin hukuka uygunluğunu denetlerken, kanunlar idarî yargı organları için birer ölçü normdur ve mahkemeleri bağlarlar. Dolayısıyla, idarî yargı organları kararlarının normlar hiyerarşisinde federal kanun altı bir seviyeye yerleştirilmesi gerektiği açıktır. Mahkemeler kanunlara aykırı karar veremezler¹⁴⁵. Ancak, eyalet kanunlarına göre bu kararların hiyerarşik konumu ne olacaktır?

Bu soruya yanıt verilirken, Alman hukukunda federal hukuk düzeninin eyalet hukuku düzeninden bir bütün olarak üstün olduğu ve federal hukuka ait bir *Satzungun* bile eyalet anayasalarından ve eyalet hukukuna ait diğer normlardan üstte yer alacağı unutulmamalıdır. En alt kademede idare mahkemelerinin bile eyalet düzeyindeki *Rechtsverordnung* veya *Satzungu* iptal edebileceği düşünüldüğünde, idarî yargı organlarının kararlarının normlar hiyerarşisinde eyalet hukuku normlarının bir bütün olarak üstünde yer alacağı sonucuna ulaşılmalıdır. Netice olarak, idarî yargı organlarının kararları normlar hiyerarşisinde federal kanunların altında, eyalet hukukunun ve federal hukukta idarenin düzenleyici işlemlerinin üzerinde yer alacaktır. Bu bağlamda, idarî yargı organlarının kararları normlar hiyerarşisinde kanun ile aynı ve kanun üstü seviyede bulunduğu karar verdiğimiz, bir kanunla iç hukuka aktarılan uluslararası antlaşmalar, AB hukuku birincil mevzuatı, Anayasa Mahkemesi kararları, *Bundestag* ve *Bundesrat* içtüzükleri, Anayasa gibi normların altında yer alacaktır. *Rechtsverordnung* veya *Verwaltungsvorschrift* ile iç hukuka aktarılan ve dolayısıyla normlar hiyerarşisinde bu normlarla aynı seviyede yer alan idarî antlaşmalar ise normlar hiyerarşisinde idarî yargı organlarının kararlarının altında yer alacaktır. Bu noktada AB tüzükleri ile idarî yargı organları kararlarının hiyerarşik ilişkisini ayrıca ele almak gerekmektedir.

AB tüzükleri Alman iç hukukunda doğrudan yer bulurlar. Bu normların Alman iç hukukunda, geçerliliklerini birincil mevzuattan aldıkları için kanun altı bir seviyede yer alacağını daha önce belirlemiştik. Dolayısıyla, idarî yargı organlarının kararları ile AB tüzüklerinin hiyerarşik ilişkisini incelerken ilk olarak bu normların bir idarî yargı organının

145 Ossenbühl, "Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes", a.g.m., s. 186.

kararı ile yürürlükten kaldırılıp kaldırılamayacağını incelemek gerekmektedir. Alman hukukuna bir kanunla aktarılmış bulunan Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşmanın 263. maddesi uyarınca, bir AB organı tasarrufunun hukuka uygunluk denetimi Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından gerçekleştirilir. Bu hüküm Alman hukukunda bir kanun değerindedir. Bu bağlamda, İdare Mahkemeleri Usulü Kanununun 40. maddesinin 1. fıkrasını yorumlamamız gerekmektedir. Bu maddeye göre, anayasal nitelik arz etmeyen bütün kamu hukuku uyuşmazlıkları konusunda, **federal kanunlar tarafından bu yetki başka bir organa verilmedikçe**, idare mahkemeleri yetkili olacaktır. Yüksek İdare Mahkemeleri ve Federal İdare Mahkemesinin yetkisine ilişkin maddeler incelendiğinde de AB tüzüklerinin hukuka uygunluk denetimi yetkisinin bu mahkemelere verilmediği görülmektedir. Dolayısıyla, AB tüzüklerinin ve diğer normlarının yargısal denetimini Avrupa Birliği Adalet Divanı'na veren birincil mevzuat hükmünün iç hukuka bir kanun tarafından aktarıldığı ve kanun gücünde olduğu düşünülürse, Alman hukukunda AB tüzüklerinin başka bir yargı organı tarafından denetlenemeyeceği sonucu çıkmaktadır.

Öte yandan, önüne gelen bir uyuşmazlığı çözmekle görevli olan idare mahkemeleri AB tüzüklerini de uygulamak durumundadır. AB tüzükleri, örneğin bireysel idarî işlemler açısından, bir "olması gereken" ifade ederler ve bunlara aykırı işlemlerin iptal edilmesi gerekir. Bu anlamda, AB tüzükleri idarî yargı organları açısından bağlayıcı, karar verirken gözetmeleri gereken normlardır. Sonuç olarak, kararları AB tüzüklerini geçersiz kılmak gücünden yoksun olan idarî yargı organları aynı zamanda AB tüzüklerine uygun karar vermekle yükümlüdürler. Bu nedenle de AB tüzükleri normlar hiyerarşisinde idarî yargı organlarının kararlarının üstünde yer almalıdır.

VI. İDARENİN DÜZENLEYİCİ İŞLEMLERİ

Türk hukuku gibi Alman hukukunda da idarenin düzenleyici işlemler yapabilmesi hukuken mümkündür. Fakat, yürütmeyi güçlendirme eğilimindeki 1982 Anayasasına kıyasla Alman Anayasası çok daha sınırlı bir düzenleme yetkisi öngörmektedir. Bunun sebebi olarak, Nazi döneminde idarenin düzenleme yetkisinin kötüye kullanılması ve Alman Anayasasının da bu kötüye kullanmaya bir tepki olarak hazırlanmış olması gösterilmektedir¹⁴⁶.

146 Özkol, a.g.m., s. 135; Heun, a.g.e., s. 110.

Alman Anayasasının yasama yetkisinin devredilmezliği¹⁴⁷, hukuk devleti ve kanunî idare¹⁴⁸ gibi ilkeleri Anayasasında yer vererek benimsediği düşünüldüğünde, idarenin düzenleyici işlemlerinin normlar hiyerarşisinde kanun altı bir seviyede yer alması beklenebilir. Ancak, elbette bu kadar çabuk sonuca varmamak gerekir. Nitekim, aynı ilkeleri benimsemiş olan Türk hukukunda kanun hükmünde kararnamelerin normlar hiyerarşisinde kanun ile aynı seviyede bulunduğunu görmüş bulunmaktayız. Her şeyden önce, bu genel ilkelerin istisnalarının öngörülmüş olması mümkündür. Bunun dışında, çalışmamız kapsamında idarenin düzenleyici işlemlerini bir bütün olarak ele almamak ve her bir normu ayrıca değerlendirmek durumundayız. Nitekim, bir hukuk sisteminde kanunî idare, hukuk devleti, kuvvetler ayrılığı ve yasama yetkisinin devredilmezliği gibi ilkelerin geçerli olması, idarenin düzenleyici nitelikteki bütün işlemlerinin normlar hiyerarşisinde belli bir konumda bulunmasını gerektirmez. Bu ilkelerin istisnalarının öngörülmüş olması her zaman mümkündür. Öte yandan, bu normların kendi arasında bir hiyerarşi olması da mümkündür ki bu durumda çalışmamız kapsamında bu ilişkiyi de tespit etmemiz gerekir.

Netice itibariyle, Alman hukukunda idarenin düzenleme yetkisinin genel olarak kanunî idare ilkesi, kuvvetler ayrılığı ve Alman Anayasa Mahkemesinin düzenleme yetkisini sınırlayan maddeleri geniş yorumlamasıyla sınırlandırılmaktadır¹⁴⁹. Bununla birlikte, Türk hukuku gibi Alman hukukunda da idarenin özerk bir düzenleme yetkisi bulunmamaktadır. İdarenin belli bir konuda düzenleme yapabilmesi için, bu düzenleme yetkisinin hukuk düzeni tarafından açıkça öngörülmüş olması gerekmektedir¹⁵⁰.

Alman hukukunda idare tarafından çıkartılabilecek olan üç çeşit düzenleyici işlem türü bulunmaktadır. Bunlar *Rechtsverordnung*, *Satzung* ve *Verwaltungsvorschrift*dir. Bu terimlerin Türkçeleştirilmesi oldukça zordur. *Rechtsverordnung* ifadesinin tüzük veya yönetmelik olarak çevrildiği göze çarpmaktadır¹⁵¹. Öte yandan, *Satzung* kelimesinin tüzük

147 Alman Anayasasının 24. maddesi egemenlik yetkilerinin devrini düzenlemektedir. AB üyesi olan Almanya açısından egemenlik yetkilerinin uluslararası bir örgüt kanunla devri mümkündür. Ancak, aynı devir yürütmeye gerçekleştirilemez.

148 Kay Hailbronner - Marcel Kau, "Constitutional Law", **Introduction to German Law**, ed. J. Zekoll ve M. Reimann, 1.b., Kluver Law International, La Hey, 2003, s. 57; Foster - Sule, a.g.e., s. 251; Görlitz, a.g.e., s. 88-94; Michael Nierhaus, "Administrative Law", **Introduction to German Law**, ed. Tuğrul Ansay - Don Wallace, 1.b., Kluwer, La Hey, 2005, s. 88.; Ossenbühl, "Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes", a.g.m., s. 184-185. Alman Anayasasının 20. Maddesinin III. Fıkrasına göre: "Yasama organı anayasal düzen ile, yürütme ve yargı ise kanun ve adalet ile bağlıdır.". (Çeviri yazara aittir.).

149 Heun, a.g.e., s. 110-111.

150 Mahendra P. Singh, **German Administrative Law In Common Law Perspective**, 1.b., Springer, Berlin, 1985, s. 19.

151 Tüzük çevirisi için bkz. Özkoç, a.g.m., s. 143. Yönetmelik çevirisi için bkz. Bülent Kent, "Türk ve Alman Hukukunda Genel Düzenleyici İşlemler", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**,

olarak çevrilmesinin daha doğru olabileceği düşünülebilir. Nitekim, bu kelimenin İngilizce karşılığı "bylaw"dur ve *bylaw* Türk hukukundaki tüzükleri karşılamak için kullanılmaktadır. *Verwaltungsvorschrift* kelimesi ise idare anlamına gelen *Verwaltung* ve "talimat, yönerge, düzenleme" anlamlarına gelen *Vorschrift* kelimelerinin birleşiminden oluşmaktadır. Bu bağlamda, bunların da "idarî yönergeler" olarak anılabileceği düşünülebilir¹⁵². Yine de, özellikle de Türk hukuku ile ilgili karşılaştırmalarda herhangi bir karışıklığa mahal vermemek için biz bu terimleri Türkçeye çevirmeden, Almandada kullanıldıkları şekliyle ele alacağız.

Aşağıda ayrı ayrı incelenecek olan *Rechtsverordnung*, *Satzung* ve *Verwaltungsvorschriften*in hukukî rejimine ancak bunların normlar hiyerarşisindeki yerini tespit etmemiz için gerektiği kadar yer vereceğiz. Daha ziyade, bu normların hukukî gücü ve diğer normlara kıyasla hangi seviyede yer aldıkları üzerinde duracağız.

A. RECHTSVERORDNUNG VE NORMLAR HİYERARŞİSİNDEKİ YERİ

İlk olarak, tâbi olduğu hukukî rejim açısından Türk hukukundaki kanun hükmünde kararnamelere benzeyen *Rechtsverordnungen*ın hukukî rejimini ve normlar hiyerarşisindeki yerini inceleyeceğiz.

1. *Rechtsverordnung*ın Hukukî Rejimi

*Rechtsverordnungen*ın hukukî temeli Alman Anayasasının 80. maddesidir. Bu maddenin birinci fıkrasına göre, *Rechtsverordnung* çıkarmakla yetkili olan makamlar federal hükümet (Bakanlar Kurulu), federal bakan veya eyalet hükümetleridir. Aynı maddenin son fıkrasına göre ise eyalet hükümetlerinin de federal bir kanun tarafından yetkilendirilmeleri halinde *Rechtsverordnung* ihdas edebileceği düzenlenmektedir. Bu organlar dışında başka bir organ tarafından *Rechtsverordnung* ihdas edilebilmesi veya bu yetkinin sayılanlar dışında başka bir organa verilmesi anayasaya aykırı olacaktır¹⁵³. Bu bağlamda, kanunî bir yetkilendirmeye dayalı olarak bu makamlar tarafından çıkarılan düzenleyici işlemler *Rechtsverordnungen*ı ifade etmektedir¹⁵⁴. Kanun benzeri bir hukukî güce sahip olduğu belirtilen *Rechtsverordnung* ile hak ve yükümlülüklerin sınırlanabilmesi,

Cilt: LXIX, Sayı: 1-2, Yıl: 2011, s. 492.

152 Kent, *Verwaltungsvorschriften*leri "idarî yönetmelikler" olarak çevirmekte ve söz konusu normları Türk hukukundaki yönerge ve talimatlara benzetmektedir. Bkz. Kent, a.g.m., s. 492.

153 Singh, a.g.e., s. 20.

154 Möstl, a.g.e., s. 645.

düzenlenebilmesi mümkündür ve bunlar hâkimleri bağlarlar¹⁵⁵. Genel olarak idarenin düzenleyici işlem yapma yetkisi için söylenebileceği gibi, *Rechtsverordnungen*ın da temel fonksiyonu ağır bir ödev olan kural koyma görevinin yerine getirilmesinde yürütme organının yasama organına yardımcı olmasıdır¹⁵⁶. Bununla beraber, *Rechtsverordnung* çıkarma yetkisinin aynı zamanda yürütme görevinin yerine getirilmesi ve vatandaşların hak ve yükümlülüklerinin düzenlenmesi konusunda da önemli rol oynadığı belirtilmektedir¹⁵⁷.

İstisnaî bir durum olarak başka bir merci tarafından *Rechtsverordnung* ihdas edilebilmesi mümkündür. 80. maddenin ilk fıkrası, yetki kanununda açıkça öngörüldüğü takdirde, *Rechtsverordnung* çıkarma yetkisinin anayasal olarak yetkili kılınan merciler tarafından bir başka merciye devredilmesinin mümkün olduğu öngörülmüştür¹⁵⁸.

Alman Anayasasının 80. maddesinin ilk fıkrası uyarınca, *Rechtsverordnung* ihdas edilebilmesi için kanunî bir yetkilendirmenin bulunması şarttır. Yetki kanununun ("*Ermächtigungsgesetz*") çıkarılacak olan *Rechtsverordnung*un içeriğini, kapsamını ve amacını (*Inhalt, Ausmaß, Zweck*) belirtmesi gerektiği de yine aynı fıkra da vurgulanmıştır. Bu zorunluluk federal devletin organları açısından doğrudan Anayasadan kaynaklanırken, eyalet hukuku kapsamında yapılacak olan düzenlemeler açısından da federal Anayasasının 28. maddesinin ilk fıkrasındaki homojenlik ilkesinin¹⁵⁹ uygulanacağı ve federe anayasalarda da *Rechtsverordnung* ihdas edilebilmesi için kanunların amaç, kapsam ve içerik unsurlarını belirtmesi gerektiği vurgulanmaktadır¹⁶⁰. Her ne kadar bu içerik, kapsam ve amaç unsurlarının mutlaka birbirlerini dışlayan, birbirlerinden farklı anlamlara gelmediği vurgulansa da Alman Anayasa Mahkemesi kararlarından yola çıkılarak içerik ile ifade edilenin düzenlemenin konusu, amaç ile anlatılanın yasama organının söz konusu düzenleme ile ulaşılmasını istediği hukukî sonucu, kapsamın ise düzenlemenin sınırlarını,

155 a.y.

156 a.y.

157 Mayer - Kopp, a.g.e., s. 247.

158 Singh, a.g.e., s. 27; Kent, a.g.m., s. 495.

159 Homojenlik ilkesi, Alman Anayasasının 28. Maddesinde yer almaktadır. Bu ilke ile ifade edilen temel olarak, Alman Federal Anayasasının 20. Maddesinde belirlenmiş olan hukuk devleti, demokrasi, federalizm gibi temel ilkelerin eyalet anayasaları açısından da geçerli olacağını düzenlemektedir. Bkz. Ekkehart Stein, **Lehrbuch Des Staatsrechts**, 2.b., J. C. B. MOHR, Tübingen, 1971, s. 106; Helge Lothar Batt, **Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit in vereinigten Deutschland: Die Die Dichotomie des Grundgesetzes zwischen limitierend-formalem und dirigierendmaterielem Verfassungsverständnis**, 1.b., Springer, Wiesbaden, 2003, s. 27.

160 Möstl, a.g.e., s. 646. Möstl'ün eyalet hukukundaki *Rechtsverordnungen*ın homojenlik ilkesi gereği federal hukuk *Rechtsverordnungen*ları ile benzer şartlara tâbi olacağını düşünülmesi, hukuk devleti ve dolayısıyla kanunî idare ilkesinin, eyalet hukuku anayasal düzenlerinde de geçerli olacağını düşünmesi ile açıklanabilir.

bir başka deyişle, neyin ne şekilde düzenlenebileceğini ifade ettiği vurgulanmaktadır¹⁶¹. *Rechtsverordnungen* bunları çıkararak makamca imzalandıktan sonra Federal Resmî Gazetede ("*Bundesgesetzblatt*") veya Adalet Bakanlığınca çıkarılan Resmî Gazetede ("*Bundesanzeiger*") yayınlanması gerekmektedir¹⁶².

Öte yandan, Anayasanın 80. maddesinin ilk fıkrasına göre, söz konusu kapsam, içerik ve amaç unsurları yeterli açıklıkla belirtilmelidir. Bu "yeterli açıklık" ifadesinden ne anlaşılması gerektiği tartışma konusu olabilir. Yeterli açıklık ile kastedilenin içerik, amaç ve kapsam unsurlarının doğrudan, dolaylı olmayan bir ifadeyle belirtilmesi olduğu düşünülmektedir¹⁶³. Bununla birlikte, Alman Anayasa Mahkemesine göre, bu unsurların birbirlerinden bağımsız şekilde ve ayrıca tanımlanmaması gerekmemekte, genel olarak anlaşılabilirliğin yeterli görülmesi¹⁶⁴.

*Rechtsverordnungen*ın hukukî rejimi incelendiğinde Türk hukukundaki kanun hükmünde kararnamelere benzerlik gösterdiği görülecektir. Her iki normun ihdası için de parlamentonun bir yetki kanunu çıkarması ve bu yetki kanununda düzenleme yapacak olan mercii çeşitli unsurlar açısından sınırlandırması gerekmektedir. Türk hukukunda kanun hükmünde kararnameler yalnızca Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılabilirken, *Rechtsverordnung* ihdas etme yetkisi de federal devlet hükümeti (Bakanlar Kurulu), bakanları veya eyalet hükümetleri tarafından çıkarılabilmektedir¹⁶⁵. Öte yandan, Alman Anayasasında *Rechtsverordnungen*ın kanun gücünde olduğunu düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle de, *Rechtsverordnung*ın normlar hiyerarşisinde şekli anlamda kanunlara göre nerede bulunduğunu tespit etmek için öncelikle bunların kanun gücünde olup olamayacağını tartışmak gerekmektedir.

Bu konuda Alman doktrininde farklı görüşler bulunmaktadır¹⁶⁶. *Rechtsverordnungen* ile kanunları değiştirme veya kaldırma yetkisinin verilip verilemeyeceği, bu tartışma açısından önem teşkil etmektedir. Alman hukukunda yalnızca istisnâî durumlarda kanunları değiştirme ve kaldırma gücüne sahip *Rechtsverordnung* çıkarılabilmektedir¹⁶⁷. Bu istisnalar Alman Anayasasının 119 ve 115k maddeleri tarafından

161 Singh, a.g.e., s. 20-21.

162 Kent, a.g.m., s. 498.

163 Möstl, a.g.e., s. 646.

164 Singh, a.g.e., s. 21. Ayrıca bkz. Federal Anayasa Mahkemesinin 23 Ekim 1951 tarihli kararı 1 BverfGE 14, 60 (Nakleden: Singh, a.g.e., s. 21.).

165 Kent, a.g.m., s. 495.

166 Özkol, a.g.m., s. 136.

167 Fritz Ossenbühl, "Rechtsverordnung", **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**,

örneklendirilmektedir¹⁶⁸. Alman Anayasasının 119. maddesine göre, mültecilerin ülke içinde yerleştirilmesi amacıyla, söz konusu alan kanunla düzenleninceye kadar ve yine *Bundesrat*'ın rızasıyla Federal Hükümet tarafından kanun gücünde *Rechtsverordnung* çıkarılabileceği öngörülmüştür¹⁶⁹. Yine 115k maddesinin ilk fıkrasında, olağanüstü hal durumunda çıkarılacak olan *Rechtsverordnungen*ın kanunların uygulanmasını durdurabileceği öngörülmüştür¹⁷⁰. Dolayısıyla, bu tür *Rechtsverordnungen*ın tâbi olduğu hukukî rejim farklıdır ve bu farklılık onların hiyerarşik gücüne etki edecektir. Belki de, bu iki tür *Rechtsverordnung*un tâbi olduğu hukukî rejim farklı olduğundan, bunları ayrı başlıklar altında incelemek gerekirdi. Fakat, kanun gücündeki *Rechtsverordnungen*lar istisnâî niteliktedir ve bunların hukukî rejiminin incelenmesi ayrı bir başlığı dolduracak nitelikte değildir. Bununla birlikte eski anayasa döneminde kanunla, kanun gücünde *Rechtsverordnung* çıkarma yetkisi verilebilmekteydi ve bu kanunların bir kısmının 1949 Anayasası döneminde de yürürlükte kalmış olması mümkündür. Ancak, bütün bu yetkiler Alman Anayasasının 129. maddesinin 3. fıkrası tarafından kaldırılmıştır¹⁷¹.

Öte yandan, *Rechtsverordnung* ile yargı kararlarının hiyerarşik ilişkisini ortaya koyabilmek için bu normların yargısal denetiminden de kısaca bahsetmek gerekmektedir. Almanya'da iki temelde *Rechtsverordnungen*ın yargısal denetiminin yapılması mümkündür: Bunlardan ilki normun yetki kanuna aykırı olması, diğeri ise Federal Anayasa veya, eğer eyalet düzeyinde bir *Rechtsverordnung* ise, eyalet anayasasına aykırılıktır¹⁷². Bu bağlamda, gerek şeklen gerekse içerik anlamında Federal Anayasaya (veya duruma göre eyalet anayasası) aykırı olan, yetki kanununda hukukî dayanağı bulunmayan veya bu kanunla verilen sınırları ihlal eden *Rechtsverordnungen*lar yetkili mahkeme tarafından geçersiz kılınabilmektedir¹⁷³. Alman hukukunda, denetime konu bireysel idarî işlemin hukuka uygunluğu, bu işlemin dayandığı *Rechtsverordnung*un hukuka uygunluğuna bağlı olduğu sürece, bu normların ilk derece idare mahkemeleri tarafından bile denetlenebileceğini yukarıda belirtmiştik. Son olarak, geçersizliğine hükmedilen bir *Rechtsverordnung*un başka bir kanunla geçmişe etkili olarak hukuka uygun hâle

ed. Josef Isensee-Paul Kirchhof, 1.b., C.F. Müller, Heidelberg, 2007, s. 274.

168 Ossenbühl, "Rechtsverordnung", a.g.e., s. 274, 74. dipnot.

169 Ayrıca bkz. Kent, a.g.m., s. 493.

170 Bu madde kapsamındaki *Rechtsverordnungen*ın gerçekten kanun gücünde olup olmadığını aşağıda tartışacağız.

171 Kent, a.g.m., s. 494.

172 Singh, a.g.e., s. 25.

173 Singh, a.g.e., s. 26.

getirilebileceği, ancak bunun için geçmişe yürüme konusundaki genel Anayasal ilkelere uyulması gerektiği vurgulanmalıdır¹⁷⁴. Somut bir dava ile ilişkili olmadan *Rechtsverordnungen*ın yargısal denetiminin gerçekleştirilmesi konusunda görevli mahkemeler Yüksek İdare Mahkemeleridir¹⁷⁵. Bu iki usul arasındaki farklılık bizim mahkeme kararları ile *Rechtsverordnungen* arasındaki hiyerarşik ilişkiye ilişkin tespitlerimizi etkilemeyecektir. Nitekim, Alman Anayasasının 80. maddesinin ilk fıkrası uyarınca çıkarılan her *Rechtsverordnung*, somut bir davayla bağlantısı olduğu takdirde, ilk derece mahkemeleri tarafından dahi iptali mümkündür.

2. *Rechtsverordnung*ın Normlar Hiyerarşisindeki Yeri

*Rechtsverordnungen*ın normlar hiyerarşisindeki yerini belirlerken Federal Anayasanın 80. maddesinden kaynaklananlar ile diğer maddelerde istisna olarak düzenlenmiş ve kanun gücündeki *Rechtsverordnungen* arasında bir ayrıma gitmek gerekmektedir. İstisna niteliğindeki *Rechtsverordnungen*ın hiyerarşik gücünü belirlemek kolaydır. Nitekim, bunların hiyerarşik yeri doğrudan anayasa tarafından belirlenmiştir. İlk olarak kanun gücündeki *Rechtsverordnungen*ın hiyerarşik yerini tespit edelim.

Kanun gücündeki *Rechtsverordnungen*ın normlar hiyerarşisinde federal kanunlar ile aynı seviyede yer alacağı bu istisna normları düzenleyen maddeler tarafından belirlenmiştir. 119. madde doğrudan kendi kapsamında çıkarılacak olan *Rechtsverordnungen*ın kanun hükmünde olacağını belirtmiştir. Bu normlarla mevcut kanunların değiştirilmesi veya yürürlükten kaldırılması mümkündür. Benzer şekilde 115k maddesi uyarınca çıkarılacak olan ve olağanüstü dönem *Rechtsverordnungen*ı olarak adlandırabileceğimiz normlar da yürürlükte kaldıkları süre boyunca kanunların yerine geçebilmektedir. Kanımızca, ilk gruptaki *Rechtsverordnungen*ın normlar hiyerarşisinde kanun seviyesinde yer alacağına dair bir şüphe bulunmamaktadır. Dolayısıyla, bu normlar normlar hiyerarşisinde, Federal Anayasa, Federal Anayasa Mahkemesi kararları, *Bundestag* ve *Bundesrat* içtüzükleri ve uluslararası hukukun genel ilkelerinin altında; kanunlar, AB hukuku birincil mevzuatı, kanunla iç hukuka aktarılmış uluslararası antlaşmalar gibi normlar ile aynı seviyede yer alacaktır. Ancak, ikinci gruptaki *Rechtsverordnungen* açısından aynı tespiti yapmamız mümkün değildir. Nitekim, 115k maddesinin metninden de anlaşılacağı gibi, bu normlar da yine olağanüstü dönemlerde çıkarılan kanunlara

174 Mayer - Kopp, a.g.e., s. 253.

175 Kent, a.g.m., s. 498.

dayanmakta, hukukî geçerliliklerini Anayasa yanında bu normlardan almaktadırlar. Bu normlar ile belli bir süre kanunların uygulanmasının durdurulabilmesi kanımızca normatif bir üstünlüğe değil bir uygulama önceliğine işaret etmektedir. Nitekim, olağanüstü dönemlerde çıkarılan kanunlar da olağan dönemde çıkarılan kanunlarla aynı hukukî rejime tâbidirler ve bu kanunlara dayanılarak çıkarılan *Rechtsverordnungen* bunlarla aynı güçte olacağına düşünülmesi, anayasanın kendisi böyle bir hüküm öngörmedikçe mümkün değildir. Anayasa maddesinden böyle bir hükmün öngörülmediği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, söz konusu *Rechtsverordnungen* bir kanunu ilga edememekte, yalnızca bunların uygulanmasını durdurmakta, bir başka deyişle bunlar "yerine" uygulanmaktadırlar. Kanımızca, ortada çok bariz ve alışılmış bir çatışma kuralı mevcuttur ve daha önce de vurguladığımız gibi, çatışma kuralları normatif üstünlüğe işaret edemezler. Dolayısıyla, 115k kapsamına çıkarılan *Rechtsverordnungen*ın, lehlerine bulunan çatışma kuralına rağmen, normlar hiyerarşisinde 80. madde uyarınca çıkarılan *Rechtsverordnungen* ile aynı seviyede yer alacaktır.

Alman hukukunda *Rechtsverordnungun* geçerliliğini sağlayan, bu normun ihdas usulünü öngören norm Anayasadır. Anayasanın 80. maddesi ile kimler tarafından, hangi şartlarla bu normun ihdas edilebileceği düzenlenmiştir. Bununla birlikte, *Rechtsverordnungun* içeriğine ilişkin Alman Anayasasında herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte, Anayasanın yalnızca şeklî anlamda kanun ile (*Gesetz im formellen Sinn*) düzenlenebileceğini öngördüğü alanlar, dolaylı olarak *Rechtsverordnungun* içerik anlamında sınırlarını oluşturmaktadır¹⁷⁶. Dolayısıyla, Anayasanın *Rechtsverordnungen*ın hem ihdas usulünü belirlediği hem de bu normu içerik anlamında sınırlandırdığı söylenebilir. Dolayısıyla, Anayasanın *Rechtsverordnungun* üst normu konumunda yer alacağına şüphe yoktur. Bu durum aynı zamanda Alman Anayasasının 20/III maddesinde yer alan ve yürütme organının kanun ve anayasa ile bağlı olacağını düzenleyen hükmüne uygundur.

Alman hukukunda, Anayasanın *Rechtsverordnungun* şeklî anlamda kanun gücüne sahip olacağını düzenlemediği düşünüldüğünde, yetki kanunu ve *Rechtsverordnung* arasındaki hiyerarşik ilişkinin de genel olarak üst norm-alt norm ilişkisine dair ölçüt doğrultusunda belirlenmesi gerekir. Bir başka deyişle şeklî anlamda kanun ile aynı şekilde

176 Düşünce özgürlüğü, toplantı özgürlüğü gibi temel hak ve özgürlüklerin düzenlenmesine ilişkin olan münhasır kanun alanı için bkz. Stefan Aschauer, **Die Parlamentarische Kontrolle der Regierung**, Bonn, 1967, s. 114'ten Aktaran: Özkol, a.g.m., s. 140.

ihdas edilen, diğer kanunlardan farklı bir kanun olmayan yetki kanununun *Rechtsverordnung*un ihdas usulüne veya içeriğine ilişkin bir husus belirleyip belirleyemeyeceği incelenmelidir.

Alman Anayasasının 80. maddesinin 1. fıkrasına göre, yetki kanunu *Rechtsverordnung*un içeriğini, kapsamını ve amacını belirlemelidir. Dolayısıyla, doğrudan Anayasadan kaynaklanan bir şekilde, yetki kanunu ile *Rechtsverordnung*un içeriğinin belirlenmesi, sınırlandırılması mümkündür. Öte yandan, ihdas usulü ile ilgili olarak yetki kanununun Anayasada hâlihazırda yer alanlardan başka şartlar öngörüp öngöremeyeceği tartışılabilir. Kanımızca, bu tür ekstra şartlar öngören kanun hükümleri Anayasaya aykırı olacaktır. *Rechtsverordnungen*ların ihdas usulü zaten Anayasa tarafından belirlenmiştir. Bu belirlemeye ek şartlar ancak Anayasa değişikliği ile getirilebilir. Fakat, bu tespit, değerlendirmemiz neticesinde kanunların *Rechtsverordnungen*ların hiyerarşik üstü olarak görülmesi gerektiği gerçeğini değiştirmemektedir. Nitekim, kanunlar ile bu normların içeriğinin belirlenmesi hala mümkündür.

Bu tespitlerimizden yola çıkarak, *Rechtsverordnung*un normlar hiyerarşisinde kanun altı bir seviyede bulunacağını tespit etmiş bulunmaktayız. Bununla birlikte, *Rechtsverordnung*un idare mahkemesi kararları karşısındaki konumunu da belirlemek gerekmektedir.

Bu belirleme görece kolaydır. Yukarıda idarî yargı organlarının kararlarının hiyerarşik gücünü incelerken, *Rechtsverordnungen*ların şartları mevcutsa ilk derece idare mahkemeleri tarafından dahi geçersiz kılınabileceğine değinmiştik. Mahkemenin kararı ile Anayasaya veya yetki kanuna aykırı olan *Rechtsverordnung* hukuk âleminde kaldırılmakta, geçerliliğini yitirmektedir. Her norm başka bir normdan geçerlilik aldığına ve yine ancak kendisi ile eş veya üst seviyede bir norm tarafından geçerliliğini yitireceğine göre, iki ihtimal söz konusudur. Ya *Rechtsverordnung* ile mahkeme kararı aynı seviyededir ya da mahkeme kararı *Rechtsverordnung*un üst normu konumundadır. Bu seçeneklerden birini eleminin yolu da bu kararı verirken Mahkemenin hangi normlarla bağlı olduğunu incelemektir. Nitekim, eğer bu iki norm aynı seviyedeysen, *Rechtsverordnung*un da Mahkeme kararı üzerinde bir "olması gereken" ifade etmesi gerekir. Ancak, bir *Rechtsverordnung*un hukuka uygunluğunu denetlerken Mahkemenin hukukî dayanağı, yani uygulaması, sözüyle bağlı olduğu normlar diğer *Rechtsverordnungen*lar değil, yetki kanunu

veya Anayasadır¹⁷⁷. Dolayısıyla, Mahkeme kararı ile *Rechtsverordnungun* aynı seviyede olması ihtimali elenmiş olmaktadır.

Netice itibariyle, *Rechtsverordnungen* normlar hiyerarşisinde idarî yargı organları kararlarının da altında yer almaktadır.

Bununla birlikte, eyalet hukuku seviyesindeki *Rechtsverordnungen*ın durumu hakkında da bir değerlendirme yapmak gerekir. Alman Anayasasının 31. maddesindeki hüküm gereğince, federal hukukun federe hukuka üstünlüğü düzenlendiğine göre, eyalet hukuku ve federal hukuktaki *Rechtsverordnungen*ın aynı seviyede yer almayacağı açıktır. Anayasanın 80. maddesinde öngörülen şartlar homojenlik ilkesi nedeniyle eyalet hukuku düzeyindeki *Rechtsverordnungen*lar açısından da geçerli olacağına göre, benzer değerlendirmelerin eyalet hukuku düzeyindeki *Rechtsverordnungen*lar açısından da yapılması mümkündür. Buna göre, eyalet *Rechtsverordnungen*ları, normlar hiyerarşisinde federe kanunların altında yer alacaktır.

Bununla beraber, aralarındaki hiyerarşi ilişkisi nedeniyle, hiyerarşik üst konumundaki idarî makamın ihdas ettiği *Rechtsverordnungen*ın astın ihdas ettiği *Rechtsverordnungtan* üstün olacağı da vurgulanmaktadır¹⁷⁸. Hatırlanacağı üzere, benzer bir tespit Türk hukukunda yönetmelikler açısından yukarıda yapılmıştı. Alman hukukunda *Rechtsverordnung* çıkarma yetkisi verilebilecek olan makamlar federal hükümet (Bakanlar Kurulu), federal bakanlar ve eyalet hükümetleri olduğuna (Anayasa 80. madde, 1. fıkra) ve federal Bakanlar Kurulu ile bakanlar tarafından ihdas edilen bütün normlar Anayasanın 31. maddesinde belirlenen federal hukukun üstünlüğü ilkesi sebebiyle eyalet hükümetleri tarafından ihdas edilen normlardan üstün olacağına göre; bu tespit yalnızca federal Bakanlar Kurulu tarafından ihdas edilecek olan bir *Rechtsverordnungun* normlar hiyerarşisinde bakanlar tarafından çıkartılanlardan üstün olacağını ifade etmektedir. Dolayısıyla, *Rechtsverordnungen*ın kendi arasında da bir hiyerarşi bulunduğunu ve federal hükümet tarafından ihdas edilenlerin bakanlar tarafından çıkarılanlardan ve bu ikisinin de eyalet hükümetlerinin *Rechtsverordnungen*larından üstün olduğunu söyleyebiliriz.

Normlar hiyerarşisinde kanunların altında yer aldığını belirlediğimiz *Rechtsverordnungen*ın iç hukuka usulünce aktarılmış olan uluslararası hukuk normlarına göre nerede yer alacağını belirlemek artık daha kolaydır. Yukarıda, uluslararası hukuk normlarının Alman normlar hiyerarşisindeki yerinden bahsederken temel olarak iki tür

177 Singh, a.g.e., s. 25.

178 Maurer, a.g.e., s. 61.

uluslararası hukuk normunun iç hukuktaki geçerliliğinden ve normlar hiyerarşisindeki yerinden bahsedebileceğimizi belirtmiştik: uluslararası hukukun genel ilkeleri ile uluslararası antlaşmalar. Bu iki grup normdan uluslararası hukukun genel ilkelerinin normlar hiyerarşisinde anayasa altı, kanun üstü bir seviyede bulunacağını belirtmiştik. Dolayısıyla, *Rechtsverordnungen* normlar hiyerarşisinde uluslararası hukukun genel ilkelerinin de altında yer alacaktır. Kanunlar ve uluslararası hukukun genel ilkeleri arasındaki ilişkiye dair söylediğimiz gibi, uluslararası hukukun genel ilkelerinin *Rechtsverordnung* açısından bir "olması gereken" ifade etmesi oldukça düşük bir ihtimaldir. Ancak, eğer böyle bir durum söz konusu olursa, *Rechtsverordnungun* kanunlar tarafından ifade edilen "olması gereken"e uygun olması gerekecektir. Bununla beraber, uluslararası hukukun genel ilkelerine dayanarak *Rechtsverordnung* ihdas etmek mümkün değildir. Nitekim, Alman Anayasası, *Rechtsverordnung* çıkarma yetkisinin ancak kanun ile verilebileceğini düzenlemiştir.

İç hukukta geçerliliği olabilecek diğer uluslararası hukuk normu ise uluslararası antlaşmalardır. Uluslararası antlaşmaların iç hukuktaki hiyerarşik yerini belirlerken, belli antlaşmalar için bir aktarma usulü öngörüldüğünü belirtmiştik. Bu antlaşmalar federal kanunların konusuna giren veya devletin politik ilişkilerini düzenleyen uluslararası antlaşmalar ve idarî antlaşmalardır. Bu iki tür dışındaki uluslararası antlaşmaların iç hukuka aktarılması düzenlenmemiştir. Bu durumda, iki grubun dışında kalan, nitelik itibarıyla bunlara dâhil olmayan uluslararası antlaşmaların iç hukuka aktarılamayacağını, dolayısıyla da bunların *Rechtsverordnungen* ile hiyerarşik ilişkisini incelemenin mümkün olmadığını belirtelim.

Devletin politik ilişkilerini düzenleyen veya federal kanunların konusuna giren uluslararası antlaşmaların iç hukuka aktarılması için Parlatentonun bir kanun çıkarması gerekmektedir. Aktaran norm kanun olduğu ve anayasada aksi bir hüküm olmadığı için, bu tür uluslararası antlaşmalar normlar hiyerarşisinde kanun ile aynı seviyede yer alacak, dolayısıyla yine şekli anlamda bir kanun ile ilga edilebileceklerdir (iç hukuk açısından). Bu durumda, *Rechtsverordnungen* normlar hiyerarşisinde, kanunla aynı seviyede bulunan bu tür uluslararası antlaşmaların da altında yer aldığını tespit etmemiz gerekir.

İdarî antlaşmalar ise iç hukuka idarenin (veya yürütmenin) ilgili biriminin çıkardığı bir *Rechtsverordnung* veya *Verwaltungsvorschrift* ile iç hukuka aktarılmaktadırlar. Bu nedenle de, hangi normla iç hukuka aktarılmışlarsa, normlar hiyerarşisinde o basamakta

yer alırlar. Yani, *Rechtsverordnung* ile idarî antlaşmaların hiyerarşik ilişkisi, bu antlaşmaların iç hukuka hangi norm ile aktarıldığına bağlıdır. Eğer aktaran işlem bir *Rechtsverordnung* ise, idarî antlaşmanın normlar hiyerarşisinde *Rechtsverordnung* seviyesinde yer aldığı kabul edilmelidir. Bu işlem bir *Verwaltungsvorschrift* ise, aşağıda inceleyeceğimiz gibi, idarî antlaşmanın normlar hiyerarşisinde *Rechtsverordnungen*ın altında yer alacağını kabul edilmesi gerekir.

Son olarak *Rechtsverordnung* ve iç hukukun parçası haline gelmiş olan AB hukuku normlarının hiyerarşik ilişkisini incelememiz gerekmektedir. Yukarıda, birincil mevzuatın Alman hukukunda kanun seviyesinde yer alması gerektiğini belirtmiştik. *Rechtsverordnungen*ın normlar hiyerarşisinde kanun altı bir seviyede yer alacağını da belirlediğimize göre, çok da detaylı bir inceleme yapmaya gerek olmaksızın bu normların birincil mevzuatın da altında yer alacağını söyleyebiliriz. Birincil mevzuatın *Rechtsverordnungen*lardan üst bir hiyerarşik basamakta bulunması için, mutlaka birincil mevzuat ile *Rechtsverordnung* çıkarma usulünün veya bu normların içeriğinin belirlenebilmesi gerekmez. Nitekim, bir norm geçerliliğini üst basamaktaki normların hepsinden değil, bir veya birkaçından alır. Dolayısıyla, normlar hiyerarşisinde, bir normun üst basamağında bulunan, ancak alt basamaktaki bu normun geçerliliğini belirlemeyen bir norm bulunması şaşırtıcı olmamalıdır.

AB hukuku normları ile *Rechtsverordnung* arasındaki ilişkinin daha zorlu tarafı AB tüzükleri açısından ortaya çıkmaktadır. AB tüzüklerinin normlar hiyerarşisindeki yerini, bunların geçerliliğini belirleyen birincil mevzuat dolayısıyla, kanun altı bir seviye olarak belirlemiştik. Şimdi de, bu seviyeyi *Rechtsverordnungen*ın seviyesi ile karşılaştırıp, somutlaştırmamız gerekmektedir. Bu konuda bize idarî yargı organlarının kararları yardımcı olacaktır. Yukarıda belirlediğimiz gibi, AB tüzükleri normlar hiyerarşisinde idarî yargı organlarının kararlarının üzerinde yer alacaktır. Nitekim, idarî yargı organlarının kararları ile bir AB tüzüğünü geçersiz kılma yetkisi olmadığı gibi, önlerine gelen uyuşmazlıklarda bu normları uygulamakla yükümlü, bu normların gereği ile bağlıdır. *Rechtsverordnungen*lar ise normlar hiyerarşisinde idarî yargı organlarının kararlarının altında yer almaktadırlar. Nitekim, bu normların idarî yargı organlarının gerçekleştireceği denetim neticesinde geçersiz hale gelmeleri mümkündür. Dolayısıyla, normlar hiyerarşisinde idarî yargı organlarının üstünde yer alacak olan AB tüzükleri, bu kararların hiyerarşik olan *Rechtsverordnungen*lardan da yukarıda olacaktır. Böyle bir yoruma gitmesek bile, idarenin

işlem yaparken doğrudan uygulanabilir olan AB hukuku normlarına uyması gerekir¹⁷⁹. Bu yükümlülük genel bir yükümlülük olup, neticede idarenin bir işlemi olan *Rechtsverordnung* için de geçerlidir.

B. *SATZUNG* VE NORMLAR HİYERARŞİSİNDEKİ YERİ

*Rechtsverordnung*tan sonra sıra Alman hukukundaki diğer bir düzenleyici işlem türü olan *Satzung*ları incelemeye gelmiştir. Aşağıda bu normun hukukî rejimi ve buna bağlı olarak normlar hiyerarşisindeki yerine ilişkin tartışmaları bulabilirsiniz.

1. *Satzung*ların Hukukî Rejimi

Alman Anayasası *Satzung*ları doğrudan düzenleme yoluna gitmemiştir. Bununla birlikte, Anayasanın 28. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenleme yetkisinin *Satzung* ihdas etme yetkisine işaret ettiği belirtilmektedir¹⁸⁰. Anayasal düzenlemeden yoksun oldukları için *Satzung*un tanımı sunmak kolay değildir¹⁸¹. Doktrindeki bir tanımsa şu şekildedir:

"*Satzung*lar belli bir amaç için devlet tarafından tanınmış bulunan, yerel yönetimler, üniversiteler, uzmanlık kurumları... gibi tüzel kişi kurumlar tarafından, ilişkilerini düzenlemeleri için onlara tanınmış kanunî otonomi sınırları içinde ihdas ettikleri ikincil mevzuattır."¹⁸²

Walter Jellinek, *Satzung*u daha kısa bir şekilde tanımlamıştır: "Bunların (*Rechtsverordnungen*) yanında bir kamu hukuku tüzel kişinin kendi adına ihdas edebileceği hukuk kuralları da mevcuttur. Bunlara otonom *Satzung* ismi verilir."¹⁸³.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi ise *Satzung*ları şu şekilde tanımlamaktadır:

"*Satzung*lar, devlet tarafından belirtilen kamu hukuku kişilerince, kanunen belirlenmiş alan kapsamındaki otonomiye dayanarak ve muhatapları ile kendilerine tâbi olan kişiler üzerinde etki yaratacak şekilde ihdas edilen düzenleyici işlemlerdir."¹⁸⁴

Federal Anayasanın 28. maddesinin ikinci fıkrası şu şekildedir: "Kanunen

179 Görnitz, a.g.e., s. 81.

180 Möstl, a.g.e., s. 622.

181 Möstl, a.g.e., s. 653.

182 Singh, a.g.e., s. 27. (Çeviri yazara aittir.).

183 Walter Jellinek, *Verwaltungsrecht*, 2.b., Springer, Berlin, 1929, s. 123. (Çeviri yazara aittir.)

184 Alman Anayasa Mahkemesinin 14 temmuz 1959 tarihli ve 10/20 Nolu Kararı (BVerfGE 10, 20), s. 116. (Dikkat Çeken: Möstl, a.g.e., s. 653). (Çeviri yazara aittir.)

belirlenen sınırlar içinde yerel toplumun bütün ilişkilerini kendi sorumlulukları dâhilinde düzenleme hakkı yerel yönetimlere tanınmalıdır." Anayasanın bu hükmünden yalnızca yerel yönetimlerin (belediyeler) *Satzung* çıkarma yetkisine sahip olduğu anlaşılmaktadır. Öte yandan, üniversiteler, uzmanlık kurumları gibi diğer kişilerin de kanun tarafından yetkilendirilmeleri halinde *Satzung* ihdas edebilecekleri belirtilmektedir¹⁸⁵. Dolayısıyla, *Satzung* çıkarmaya yetkili makamlar kümesi, kanunî düzenlemeye bağlı olarak, yalnızca belediyelerden, tüzel kişiliğe sahip olan bütün kamu kurumlarına genişleyebilecektir. Uygulamada, *Satzung*ların farklı isimler altında çıkarıldığına rastlanmaktadır¹⁸⁶.

*Satzung*lar ilgililerinin hak ve yükümlülüklerini sınırlama gücüne sahiptirler¹⁸⁷. Bununla birlikte, Federal Anayasa Mahkemesi, özellikle temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusunda verilecek olan *Satzung* çıkarma yetkisinin nesnel olarak belirlenebilir, sınırlı bir yetki olması gerektiğini vurgulamaktadır¹⁸⁸. *Satzung*ların sahip olduğu bu bağlayıcı etki kendinden makul bir yetkidir, *Rechtsverordnung* açısından olduğu gibi kanun benzeri bir sebepten kaynaklanmamaktadır¹⁸⁹. Öte yandan, *Satzung*ların bağlayıcılığı, genel bağlayıcılığa sahip olan *Rechtsverordnungen*ın aksine, sınırlı bir muhatap kitlesi açısından mümkündür¹⁹⁰. Ayrıca, *Rechtsverordnung* çıkarma yetkisinin parlamento tarafından devredilen yetkiden kaynaklandığı, buna karşın *Satzung* ihdas etme yetkisinin ise kamu tüzel kişilerinin kendi ilişkilerini düzenleme hakkından kaynaklandığı söylenebilir¹⁹¹.

*Satzung*ların ihdas usulü, *Satzung* ihdas etme yetkisini veren kanunlar tarafından düzenlenmektedir¹⁹². Bununla beraber, yerel yönetimler tarafından çıkarılacak olan *Satzung*lar açısından, bu usulün belli bir kısmı Anayasanın 28. maddesinin ilk fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, ancak belediyelerin demokratik, serbest seçimlerle belirlenen organları *Satzung* çıkarma yetkisine sahiptir¹⁹³. Ayrıca, bu organlar tarafından yapılan *Satzung*lar belediyelerin resmî gazetesinde yayınlanır¹⁹⁴. Diğer organlar tarafından ihdas edilecek olan *Satzung*lara ilişkin usulî kuralların tespiti için, bu normu ihdas etme yetkisi

185 Singh, a.g.e., s. 27.

186 Jellinek, a.g.e., s. 123.

187 Möstl, a.g.e., s. 656.

188 Federal Anayasa Mahkemesinin 9 Mayıs 1972 tarihli kararı 33 BverfGE 125, s. 158'den Aktaran: Singh, a.g.e., s. 28.

189 Möstl, a.g.e., s. 656.

190 Singh, a.g.e., s. 27-28.

191 Bernd Müller, *Verwaltungsrecht*, 3.b., Springer, Heidelberg, 2004, s. 136.

192 Singh, a.g.e. s. 29.

193 Singh, a.g.e. s. 28.

194 a.y.

tanıyan kanunların ayrı ayrı incelenmesi gerekecektir.

*Satzung*ların yargısal denetiminden de bahsetmek, aşağıda bu normların normlar hiyerarşisindeki yerini tespit ederken yardımcı olacaktır. Yerel yönetimler tarafından ihdas edilecek olan *Satzung*lara ilişkin bir Anayasa maddesi olduğuna göre, belediyelerin *Satzung*larının Alman hukukundaki geçerliliğini Anayasadan aldığı söylenebilir. Öte yandan, diğer kanunlar ile de başka kamu tüzel kişilerine *Satzung* çıkarma yetkisi verilmesi mümkündür ve yine yukarıda vurgulandığı gibi, bu kanunlar aynı zamanda bu normların ihdas usulünü belirlemektedir. Dolayısıyla, usulî aykırılık ve yetki aşımı (*ultra vires*) gibi temellerde *Satzungun* hukuka uygunluğunun denetlenebileceğini söylemek¹⁹⁵, aslında bu normun Anayasa ve kanunlara uygunluğu denetlemek anlamına gelmektedir. Nitekim, yetki aşımı, *Satzung* çıkaracak olan makama bu yetki verilirken getirilen kanunî sınırlara ilişkindir. İhdas usulü de kanunlar ile belirlenebileceğine göre, usulî aykırılıklardan da kastedilen aslen kanuna aykırılıktır. Yerel yönetimler tarafından ihdas edilecek olan *Satzunglar* açısından bir Anayasa hükmü de olduğuna göre, bu hükme aykırılığın da yetkili mahkemeler tarafından değerlendirileceği açıktır. Geçersizliğine hükmedilen bir *Satzungun* başka bir kanunla geçmişe etkili olarak hukuka uygun hâle getirilebileceği, ancak bunun için geçmişe yürüme konusundaki genel Anayasal ilkelere uyulması gerektiği vurgulanmalıdır¹⁹⁶. Son olarak, *Satzung*ların yargısal denetiminin, şartları mevcut olduğu sürece, ilk derece idare mahkemeleri tarafından dahi gerçekleştirilebileceğini yukarıda idarî yargı organı kararlarının hiyerarşik gücünü incelerken belirtmiştik.

Hukukî rejimleri açısından *Satzung*ları Türk hukukundaki yönetmeliğe benzetmek kanımızca bir nebze mümkündür. Hatırlanacağı üzere, Türk hukukunda yönetmelikler kamu tüzel kişilikleri ile tüzel kişiliğe sahip olmasalar bile Anayasada bunlara ilave olarak öngörülen başbakanlık ve bakanlıklar tarafından ihdas edilebilmekteler. *Satzunglar* da, her ne kadar merkezî idare teşkilatının bir parçası tarafından ihdas edilemeseler de, kamu tüzel kişilikleri tarafından ihdas edilmektedirler. Dolayısıyla, bu iki normu ihdas etmeye yetkili olan kişiler kümesinin kesişiminin çok elemanlı olduğunu söyleyebiliriz. Kamu tüzel kişiliğine sahip olan bütün kurumlar iki hukuk sisteminde yönetmelik ve *Satzung* ihdas edebileceklerdir.

195 Eberhard Schmidt-Assmann, **Die Kommunale Rechtsetzung im Gefüge der Administrativen Handlungsformen und Rechtsquellen**, 8.b., Vahlen, München, 1981, s. 52, dipnot 54'ten Aktaran: Singh, a.g.e., s. 29.

196 Mayer - Kopp, a.g.e., s. 253.

Öte yandan, her iki normun da kanunlarla belirlenen sınırlar içinde kalması gerekmektedir¹⁹⁷. Kanunların belirlediği sınırların aşılması durumunda normlar hukuka aykırı hale gelecek ve yargısal denetim yoluyla hukuk âleminden kaldırılacaklardır. Ancak, iki normun hukuk sistemlerinde üstlendiği roller bakımından ciddi bir farklılık olduğunu da belirtmek gerekir. Nitekim, Türk hukukunda yönetmelikler kanunların uygulanmasını sağlamak amacıyla çıkarılırken, Alman hukukunda *Satzungen*, kamu tüzel kişilerinin muhatapları ile ilişkilerinin düzenlenmesi amacıyla çıkarılmaktadırlar. Bu bağlamda, *Satzungen*ın işlevinin yalnızca kanunların uygulanmasını sağlamak değil, kanunların izin verdiği ölçüde yeni hukukî durumlar yaratmak, hukukî ilişkileri düzenlemek olduğu tespitinde bulunulabilir.

2. *Satzungun* Normlar Hiyerarşisindeki Yeri

Kısaca *Satzungen*ın hukukî rejimini inceledikten sonra, bu normun normlar hiyerarşisindeki yerini incelemiş bulunduğumuz hukukî rejimden yola çıkarak belirlemek gerekmektedir. Bu bağlamda, öncelikle Anayasa ile *Satzung* ilişkisini ele almak gerekecektir. Ancak, her kamu tüzel kişiliği tarafından çıkarılacak olan *Satzungen*ın hukukî temeli Anayasa olmadığı, yerel yönetimler dışındaki bütün kamu tüzel kişiliklerine bu yetkinin kanun tarafından verilmesi gerektiğini düşünerek ilk aşamada şekli anlamda kanun – *Satzung* ilişkisini incelemeyi uygun görüyoruz.

Yukarıda incelemiş olduğumuz gibi *Satzung* ihdas etme yetkisinin sınırları kanunlar tarafından belirlenmektedir. Bu açıdan hem usulî hem de içerik anlamında bir sınırlamadan bahsetmek mümkündür. Nitekim, *Satzungen*ın ihdas usulü kanunlarla belirlenmektedir¹⁹⁸ ve bu yetki kanunlar ile belirlenen sınırlar içinde kullanılmalıdır¹⁹⁹. Bu bağlamda, şekli anlamda kanunların hem *Satzungen*ın ihdas usulünü belirleme hem de içeriğini sınırlama gücüne sahip olduğunu ve bir üst normun sahip olabileceği iki nitelikten her ikisini de bünyesinde barındırdığını görmekteyiz. Bununla birlikte, *Satzungen*ın yetkiyi veren kanuna uygun olmasının zorunlu olduğu, buna karşılık diğer kanunlara uygun olma zorunluluğunun açıkça belirtilmediği düşünülmektedir²⁰⁰. Kanımızca, bu zorunluluğun

197 Bkz. Türk Anayasasının 124. maddesi ile Alman Anayasasının 28. maddesinin 2. fıkrası.

198 Singh, a.g.e., s. 28.

199 Alman Anayasasının 28. maddesinin 2. fıkrasında, yerel yönetimlerin muhataplarıyla olan ilişkilerini kanunlar tarafından belirlenen çerçevede düzenleyebileceği belirtilmiştir. Bu çerçeve usulî kurallardan oluşabileceği gibi, içeriğe ilişkin sınırlardan da oluşabilir.

200 Singh, a.g.e., s. 29.

ayrıca belirtilmesine de gerek yoktur. Nitekim, eğer kanunlar hem *Satzung* çıkarma yetkisinin usulünü hem de içeriğini belirleyebiliyorsa, birden fazla kanun tarafından bu yetkinin belirlenmesi de mümkündür. Dolayısıyla, *Satzunglar*, kendilerinin ihdas usulüne ve içeriğine ilişkin olmak kaydıyla, bütün kanunî düzenlemelere uymak durumundadır.

Dolayısıyla, *Satzunglar* da *Rechtsverordnungen* gibi federal hukuk düzeyinde iseler federal kanunların, federe hukuk düzenine aitseler, federe kanunların hiyerarşik astı konumundadırlar. Bununla birlikte, kanun gücündeki istisna *Rechtsverordnungen*ın da normlar hiyerarşisinde *Satzunglar*ın üstünde yer alacağı unutulmamalıdır. Alman Anayasasının, federal hukukun federe hukuka üstünlüğünü düzenleyen 31. Maddesi uyarınca ise federal *Satzunglar* federe anayasa ve federe kanunların, daha kısa bir tabirle bütün federe hukuk düzeninin hiyerarşik üstü konumunda yer alacaktır.

Satzunglar ile Alman Anayasasının ilişkisini göz önüne alacak olursak, bir kere Anayasanın 28. maddesi yerel yönetimler tarafından çıkarılacak olan *Satzunglar*a geçerlilik sağladığından, bunların hangi organ tarafından ihdas edileceğini ve içeriğinin neye ilişkin olacağını²⁰¹ düzenlediğinden, Alman Anayasası *Satzunglar*ın hiyerarşik üstü konumunda olacaktır. Dolayısıyla, yerel yönetimlerin çıkaracağı *Satzunglar*ın da doğrudan Anayasal hükümlere uygun olması gerektiği açıktır. Bununla birlikte Anayasanın diğer kamu tüzel kişileri tarafından ihdas edilen *Satzunglar* açısından da ne ifade ettiği tartışılabilir. Diğer *Satzunglar* da kanunî sınırlamalara tâbi olduğuna ve şekli anlamda kanunların üst normu Anayasa olduğuna göre, Anayasanın bu normlar açısından da bağlayıcı olduğu ve bunların üst normu konumunda bulunduğu söylenebilir. Nitekim, anayasal ve kanunî sınırlamaların bütün *Satzunglar* açısından geçerli olduğu doktrinde kabul görmüştür²⁰². Buna göre, Alman Anayasası federal düzeydeki *Satzunglar*ın, eyalet anayasaları da federe hukuk kapsamındaki *Satzunglar*ın üst normu konumunda olacaktır.

*Satzunglar*ın yargı denetimi idare mahkemeleri tarafından yapıldığına göre, bu norm ile *Satzunglar*ın hiyerarşik ilişkisinin de ortaya konması gerekmektedir. Yargısal denetim sırasında, yetkili mahkeme, normlar hiyerarşisinde *Satzunglar*ın üstünde bulunan ve bu normların hukukî rejimini belirleyen normlara dayanarak *Satzungun* hukuka uygunluğu hakkında bir işlem tesis etmektedir. Mahkemenin kararı, *Satzungun* hukuka

201 Bu içeriğin bir kanunla daha da sınırlanması yine 28. maddenin 2. fıkrası gereğince mümkündür. Ancak, Anayasanın 28. maddesinin ikinci fıkrası da *Satzung* çıkarma yetkisinin yerel yönetimlerin muhatapları ile "yerel ilişkilerini" düzenlemek ile sınırlı olduğunu belirterek içeriğe ilişkin bir sınır getirmektedir.

202 Müller, a.g.e., s. 136.

aykırı olduğu yönünderse, yaptığı işlem neticesinde *Satzung* hukuk âleminde kaldırılmaktadır. Dolayısıyla, mahkemenin ihdas ettiği norm *Satzungun* geçerliliğine etki etmekte, bu normun geçerliliğine son verebilmektedir. Bir norm ancak normlar hiyerarşisinde kendisiyle aynı veya daha üst bir seviyede bulunan başka bir norm dolayısıyla geçerliliğini kaybedeceğine göre, yetkili mahkemenin kararı ile *Satzunglar* ya aynı seviyededir ya da yetkili mahkeme kararının hiyerarşik üst konumunda olduğuna hükmedilmelidir. Öte yandan, bu değerlendirmeyi yaparken söz konusu mahkemenin *Satzunglar* ile bağlı olması, bunları uygulaması gerekmemekte; *Satzunglar* hiçbir şekilde mahkemenin bu konudaki kararına etki edemediğinden, bu iki normun aynı seviyede yer alma ihtimali bulunmamaktadır. Dolayısıyla, yetkili mahkemenin kararı, normlar hiyerarşisinde *Satzungların* üzerinde yer alacaktır.

Rechtsverordnungen (Anayasanın 80. maddesi uyarınca çıkarılan ve kanun gücünde olmayan *Rechtsverordnungen*) da *Satzunglar* gibi federal hukuk düzeyinde federal Anayasanın, federal kanunların ve yetkili mahkeme kararının hiyerarşik astı konumundaydı. Dolayısıyla, *Rechtsverordnung* ile *Satzung* arasında hiyerarşik bir ilişkinin bulunup bulunmadığı da değerlendirilmelidir. Yukarıda *Satzung* ve *Rechtsverordnungen*ın hukukî rejimi ile ilgili açıklamalar doğrultusunda, bunların geçerliliklerini birbirinden aldığına, birinin diğerinin ihdas usulünü belirlediğine veya içeriğini sınırlandırdığına dair bir gözlem yapılamamaktadır. Bununla birlikte, istisnai durumlarda normlar hiyerarşisinde daha üst konumda bulunan bir normun, alt basamaklardan birinde yer alan bir normun geçerliliğine doğrudan etki edemediği durumlar olmaktadır. Buna Türk hukukundan Anayasa Mahkemesi kararları ile tüzükler arasındaki ilişki verilebilir. Anayasa Mahkemesi, vereceği bir kararla tüzüğün geçerliliğini doğrudan etkileyemez. Ancak, aynı kararlar kanunların geçerliliği etkilenebildiğinden ve kanunlar da normlar hiyerarşisinde tüzüklerin hiyerarşik üstü konumunda bulunduğundan, Anayasa Mahkemesi kararları dolaylı olarak tüzüklerin üzerinde yer almaktadır. Dolaylı bir üstünlüğün söz konusu olup olmadığı da değerlendirilmelidir. Bu durumda *Rechtsverordnungen*ın *Satzungların* hiyerarşik üstü olduğu söylenebilecek midir?

Kanımızca, Alman Anayasasının 80. maddesi uyarınca çıkarılan *Rechtsverordnung* ile *Satzung* arasında herhangi bir geçerlilik ilişkisi kurulması mümkün değildir. Geçerliliğini kanundan alan *Satzunglar* ile ancak kanun gücündeki *Rechtsverordnungen* arasında hiyerarşik bir ilişki olabilir. Nitekim, 80. madde kapsamında çıkarılan

Rechtsverordnungen ile kanunların, yani *Satzungen*ın geçerliliğini belirleyen normların değiştirilmesi mümkün değildir.

Aksi bir görüşe göre *Satzungen* normlar hiyerarşisinde *Rechtsverordnungen*ın altında yer almalıdır²⁰³. Bu görüşün nedeni olarak, *Satzungen*ın otonom birer norm olması ve bu otonomiye bir bütün olarak federal hukuk ve eyalet hukukuna borçlu olmaları gösterilmektedir²⁰⁴. Ancak, bizim de katıldığımız ve Alman Anayasasının 28. maddesinin 2. fıkrasında da belediyeler açısından açıkça dile getirilen görüşe göre, *Satzungen*ın bir bütün halinde otonom olmayan federal hukuka dayanması değil, şekli kanunlara dayanması gerekmektedir²⁰⁵. Dolayısıyla, bir *Satzungun* *Rechtsverordnungs*ya dayandığından bahisle normlar hiyerarşisinde bunların altında yer alacağı düşünülmesi yerinde değildir²⁰⁶.

Son olarak, Türk hukukunda Anayasa Mahkemesi kararları ile tüzükler arasındaki dolaylı hiyerarşik ilişkiye benzer bir ilişkinin *Rechtsverordnung* ve *Satzungen* arasında bulunmadığını da söylemeliyiz. Normlar hiyerarşisinde bu iki norm arasında, *Rechtsverordnungen*lardan altta ancak *Satzungen*lardan üstte olan herhangi bir norm girmemektedir.

İç hukukta geçerliliği olan uluslararası hukuk normları ile *Satzungen*ın hiyerarşik ilişkisinin de belirlenmesi gerekmektedir. Alman hukukunda iki tür uluslararası hukuk normundan bahsetmek mümkündür. Bunlardan ilki Alman Anayasasının 25. maddesi uyarınca iç hukukta bir bütün halinde geçerli olan uluslararası hukukun genel ilkeleri, diğeri ise uluslararası antlaşmalardır.

Uluslararası hukukun genel ilkelerinin iç hukuka ayrıca ve teker teker aktarılmasına gerek olmadığını ve Anayasanın 25. maddesi dolayısıyla bu normların iç hukuka bir bütün olarak aktarıldığını belirtmiştik. Ayrıca, bu normların normlar hiyerarşisinde anayasa altı, kanun üstü bir konumda bulunduğunu da tespit etmiştik. *Satzung* çıkarma yetkisi kamu tüzel kişilerine bir kanun ile verildiğine ve bu norm kanunlara aykırı olamayacağına göre,

203 Markus Heintzen, "Das Rangverhältnis von Rechtsverordnung und Satzung", **Die Verwaltung**, Cilt: 29, Yıl: 1996, s. 17'den Aktaran: Ossenbühl, "Gesetz und Recht: Rechtsquellen im demokratischen Rechtsstaat", a.g.m., s. 180.).

204 a.y.

205 Heckmann, a.g.e., s. 146.

206 Bununla birlikte, Kent, Federal Anayasa Mahkemesinin Alman Anayasasının 28. maddesinin 2. fıkrasındaki kanun ifadesinden *Rechtsverordnungen*ı da anladığını ve dolayısıyla bu iki norm arasında bir hiyerarşi bulunduğuna hükmettiğini belirtmektedir. (Kent, a.g.m., s. 501.). Kanımızca böyle bir yorum Alman hukuk açısından sakıncalıdır. Çünkü, Alman hukukunda kanunların hukukî rejimini incelediğimiz yerde de belirttiğimiz üzere, Alman hukukundaki kanun, yani *Gesetz* kavramından öncelikli olarak anlaşılması gereken şekli anlamda kanun tanımıdır. *Rechtsverordnungs*ın ise şekli anlamda kanun tanımına dahil olması mümkün değildir.

*Satzung*ların normlar hiyerarşisinde kanunların olduğu gibi uluslararası hukukun genel ilkelerinin altında yer alacağını rahatlıkla söyleyebiliriz. Ancak, elbette ki uluslararası hukukun genel ilkelerinin içeriğinin *Satzung*lar açısından bir "olması gereken" teşkil edip etmeyeceği, bu ilkelerin *Satzung*ların uyması gereken belirli kurallar içerip içermediği tartışmalıdır. Fakat, Anayasanın, uluslararası hukukun kanunlara üstünlüğünü benimseyen 25. maddesi dolayısıyla bu tartışmaya bir cevap aramaya gerek yoktur. Uluslararası hukukun genel ilkeleri, Anayasanın bahsettiği güç dolayısıyla hem kanunların hem de *Satzung*ların hiyerarşik üstü konumunda olacaktır.

Uluslararası hukuk normlarının diğer grubunu oluşturan uluslararası antlaşmalar arasında bir ayırım yapmak gerekmektedir. Alman iç hukukunda geçerli olabilecek olan iki grup uluslararası antlaşma olduğunu belirtmiştik. Bunlardan ilki devletin politik işlerini düzenleyen ve federal kanunların konusuna giren uluslararası antlaşmalardır. Anayasanın 59. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, bu tür antlaşmalar iç hukuka şekli anlamda bir kanun tarafından aktarılmadıkça hiçbir geçerlilik kazanamazlar. Dolayısıyla, bu tür normların geçerliliğini belirleyen norm anayasa, bunları iç hukuka aktaran norm da kanun olduğundan (geçerlilik sağlayan norm ile aktaran norm farklı normlar olduğundan), bu tür uluslararası antlaşmaların iç hukuka aktarıldığı anda kanun seviyesinde yer alacağını kabul etmek gerekmektedir. Bu nedenle, *Satzung*lar normlar hiyerarşisinde bu tür uluslararası antlaşmaların altında yer alacaktır.

Diğer grup uluslararası antlaşmalar ise, Türk hukukunda da karşılığını bulan idarî antlaşmalardır. Bu tür antlaşmaların iç hukuka aktarılması için bir kanuna gerek yoktur. İdarenin (veya yürütmenin) ilgili birimleri bu tür antlaşmaları bir *Rechtsverordnung* veya *Verwaltungsvorschrift* aracılığı ile iç hukuka aktarır (Anayasa m. 59/2). Yine geçerlilik sağlayan norm ile aktaran norm farklı normlar olduğundan ve anayasada aksi bir hüküm bulunmadığından, idarî antlaşmalar iç hukuk normlar hiyerarşisinde *Rechtsverordnung* tarafından aktarılmışlarsa bu normlarla, yoksa *Verwaltungsvorschrift*lerle aynı seviyede yer alacaktır. Bu durumda, eğer aktaran norm *Rechtsverordnung*²⁰⁷ ise, idarî antlaşma ile *Satzung*lar aynı seviyede yer alacak, eğer aktaran norm *Verwaltungsvorschrift* ise, idarî antlaşma *Satzung*ların hiyerarşik astı konumunda yer alacaktır.

Son olarak, iç hukuka aktarılmış olan AB hukuku normları ile *Satzung*ların hiyerarşik ilişkisini belirlemek gerekecektir. *Satzung*ların normlar hiyerarşisinde kanun altı

207 Burada özellikle belirtilmediği için kanun gücünde olmayan, 80. madde kapsamındaki *Rechtsverordnungen* anlaşılmalıdır.

bir seviyede yer alacağını belirlemiştik. Buna göre, *Satzunglar* normlar hiyerarşisinde kanunla aynı seviyede yer alan birincil mevzuatın hiyerarşik astı konumunda olacaktır. Bu sonuca doğrudan, birincil mevzuatın kanun seviyesinde yer alması ve *Satzunglar*ın kanun altı bir hiyerarşik güce sahip olmasından ulaşabiliriz.

Keza, kanun altı bir seviyede yer alan *Satzunglar* idarî yargı organlarının kararları ile geçersiz kılınabildiğinden, bu organların kararlarının hiyerarşik astı konumundadırlar. Oysa, AB tüzüklerinin bir idarî yargı organının kararı ile geçersiz kılınması mümkün olmadığı gibi, idarî yargı organları karar verirken bu normları dikkate almak zorundadırlar. Dolayısıyla, idarî yargı organları kararları AB tüzükleri ile bağlıdır. Bu nedenle de AB tüzükleri normlar hiyerarşisinde bütün idarî yargı organlarının kararlarından üst bir basamakta yer alacaktır. Bu durum da AB tüzüklerinin de normlar hiyerarşisinde *Satzunglardan* üstte yer alacağını göstermektedir.

C. VERWALTUNGSVORSCHRIFT VE NORMLAR HİYERARŞİSİNDEKİ YERİ

*Verwaltungsvorschriften*in hukukî rejimi ve hiyerarşik gücüne ilişkin tartışmalar aşağıdaki iki bölüm kapsamında gerçekleştirilecektir.

1. *Verwaltungsvorschriftin* Hukukî Rejimi

Alman hukukunda idarenin düzenleyici işlemlerinin üçüncü ve son türünü *Verwaltungsvorschrift* oluşturur. İdarenin düzenleyici işlemleri arasında hukukî sınırları en az belirli olan da bu türdür²⁰⁸. *Rechtsverordnung* ve *Satzungdan*²⁰⁹ farklı olarak, idarenin *Verwaltungsvorschrift* çıkarabilmesi için yasama organı tarafından kendisine bir yetki verilmesine gerek yoktur. İdarenin *Verwaltungsvorschrift* çıkarma yetkisi, Alman Anayasasında yürütme görevi ile yükümlendirilmiş olmasından, bir başka deyişle, genel kuralları somut durumlara uyarlamakla mükellef olmasından kaynaklanmaktadır²¹⁰. Bu bağlamda, *Verwaltungsvorschrift* çıkarma yetkisinin Alman Anayasasının 3. maddesinin birinci fıkrası ile 20. maddesinin 3. fıkrasının kombinasyonundan ileri geldiği ifade edilmektedir²¹¹. Anayasanın 3. maddesinin 1. fıkrası hukuk önünde eşitliği düzenlemekte

208 Möstl, a.g.e., s. 659.

209 Burada yerel yönetimler dışındaki kamu tüzel kişileri tarafından *Satzung* çıkarılmasından bahsetmeyeyiz. Nitekim, yerel yönetimlerin de *Satzung* çıkarmak için öncelikle ihdas edilmiş bir Parlamento işlemine ihtiyacı yoktur. Bu yetkileri doğrudan Anayasadan kaynaklanmaktadır.

210 Möstl, a.g.e., s. 623.

211 a.y.

ve "Herkes hukuk önünde eşittir." demektedir. 20. maddenin 3. fıkrası ise yürütmenin kanun ve adalet ile bağlı olduğunu ifade etmekte, buradan da idarenin hem vatandaşların hukuk önündeki eşitliğini sağlamak hem de adalete uygun davranmak için bireysel idarî işlemlerini düzenlemesi gerektiği anlaşılmaktadır. Bir başka deyişle, ilk madde yürütmenin yetkisini, ikinci madde ise hukukî sınırlarını düzenlemektedir²¹².

Yürütmenin kanunların yanında adalet ile de bağlı olmasının *Verwaltungsvorschriften* açısından önemli bir başka sonucu daha bulunmaktadır. Buna göre, idare, bireysel işlemlerinin tesis ederken hem kendi koyduğu nesnelleştiren kurallara uymalı, hem de somut durumun adalet açısından gereklerini göz önünde bulundurmalıdır²¹³. Dolayısıyla, adaletin gereği olarak, bireysel idarî işlemler tesis edilirken *Verwaltungsvorschriften*in öngördüğü uygulamalardan sapılabilir ve hatta sapılması gereklidir. Mahkemeler, idarenin bir bireysel işleminin hukukîliğini değerlendirirken bu kriteri de göz önünde bulundurmaktadır.

Verwaltungsvorschrift, idarenin özerk olarak sahip olduğu, kanuni bir yetkilendirmeye ihtiyaç duymadan ihdas ettiği ve icraî işlemlerinin farklı somut durumlara Anayasanın 20. maddesinin 3. fıkrası uyarınca eşit olarak uygulanması maksadıyla çıkardığı düzenleyici işlemler olarak tanımlanabilir²¹⁴. Alman Anayasasının 20. maddesinin 3. fıkrası şu şekildedir: "Yasama organı anayasal düzenle, yürütme ve yargı ise kanun ve hukuk ile bağlıdır.". Bu noktada, *Verwaltungsvorschrift* çıkarma yetkisinin tam olarak nereden kaynaklandığı sorusu ortaya çıkabilir. Bu sorunun cevabı da idarenin eylem ve işlemlerinde yalnızca kanun değil aynı zamanda hukuk ile de bağlı olmasında yatmaktadır. Buna göre, somut durumlarda ve özellikle takdir yetkisine sahip olduğu konularda idarenin herkese eşit ve adil şekilde işlem tesis edebilmesi için, bireysel idarî işlemlerini düzenleme yetkisine sahip olması gerekmektedir. Bununla birlikte, yürütme organının kanunları yürütme görevinin doğrudan bir sonucu olarak, idarenin *Verwaltungsvorschrift* çıkarma yetkisine sahip olduğu da belirtilmektedir²¹⁵. Ancak, *Verwaltungsvorschriften*in hukukî kaynağına ilişkin en ikna edici ve bu çalışmaya en uygun görüş, Türk hukukundaki adsız düzenleyici işlemler açısından benimsediğimiz görüşe benzer şekilde, Armin von Bogdandy tarafından ifade edilmiştir. Buna göre, bir idarî makamın *Verwaltungsvorschrift*

212 a.y.

213 İdarenin somut durumun gereğine göre *Verwaltungsvorschriftin* düzenlemesinden sapma yükümlülüğü/hakkı için bkz. Möstl, a.g.e., s. 663-664.

214 Möstl, a.g.e., s. 661.

215 a.y.

çıkabilmesi için Anayasa, kanun veya normlar hiyerarşisinde *Verwaltungsvorschriften* üstte yer alan bir norm tarafından bu yetkinin öngörölmüş olması gerekmektedir²¹⁶. Bu noktada, *Verwaltungsvorschriften*in hukukî kaynağına ilişkin önceki görüşlerin de anayasal bir temeli bulunduğı düşünölebilir. Ancak, bu görüşler, *Verwaltungsvorschriften*in hukukî dayanağı olarak anayasada yer alan bir hükmün "gereğı"ni göstermektedirler. Kanımızca, *Verwaltungsvorschrift* çıkarma yetkisinin Anayasa, kanunlar veya normlar hiyerarşisinde daha üst basamakta yer alan bir norm tarafından (örneğin *Rechtsverordnung*) doğrudan öngörölmesi gerektiğı fikri daha yerindedir. Nitekim, anayasada mevcut olan genel hatlara sahip bir hükmün "gereğı" konusunda hemfikir olunması oldukça güçtür.

*Verwaltungsvorschriften*in *Rechtsverordnung* ve *Satzung*lardan en büyük farkı, bu normların yalnızca idarenin kendi içinde etkili olması (*innenrechtlich*) ve vatandaşlar üzerinde herhangi bir etki yaratmamalarıdır²¹⁷. Bir başka deyişle, *Verwaltungsvorschrift* ile yürütmenin parçası olan kişiler bağlanabilirken, vatandaşlar açısından hak ve yükümlölük yaratılamamaktadır²¹⁸. *Verwaltungsvorschriften* yürütmeye kanunla bir takdir yetkisi veya değerlendirme marjı tanındığı konularda, idarenin bu yetkilerin kullanımını düzenlemek için kullandığı araçlardır²¹⁹. Bununla birlikte, ilk aşamada yalnızca idare mensupları açısından bağlayıcı olan *Verwaltungsvorschriften*in mahkemeler ve yargıçlar tarafından somut durumlarda uygulanmakla dışa etkili hâle gelebilecekleri belirtilmektedir²²⁰. Örneğinin, bireylerin idare aleyhine açtığı davalarda bireylerin idarenin tesis etmiş olduğı *Verwaltungsvorschrift* uyarınca işlem tesis etmesi talep edilebilir. Bu talebin hâkim tarafından haklı görölmesi durumunda, *Verwaltungsvorschrift*in somut bir olayda vatandaşlar açısından uygulanarak dışa etkili bir norm haline gelmesi mümkündür. Bu nedenle de *Verwaltungsvorschriften*in vatandaşlar açısından bir "olması gereken" ifade etmediğı yönündeki tespit her zaman doğru olmamaktadır²²¹.

Bununla birlikte, idarenin bu aslî düzenleme yetkisi, kanunların belirlediğı sınırlar içerisinde kalmak durumundadır²²². Daha önce de belirttiğimiz gibi, yürütme, iş ve işlemlerinde kanun ve adalet ilkeleri ile bağlıdır. Bu bağlılık *Verwaltungsvorschriften* söz konusu olduğunda da geçerlidir. Dolayısıyla, *Verwaltungsvorschriften* aracılığıyla idarenin

216 Bogdandy, *Gubernative Rechtsetzung*, a.g.e., s. 480.

217 Müller, a.g.e., s. 138; Nierhaus, a.g.e., s. 91.

218 Möstl, a.g.e., s. 662.

219 a.y.

220 a.y.

221 Möstl, a.g.e., s. 662.

222 Möstl, a.g.e., s. 623.

kendi takdir yetkisini düzenlemesi ancak kanunların öngördüğü sınırlar içinde mümkündür. *Verwaltungsvorschriften*in kanunlarca öngörülenden farklı bir düzenleme getirmesi mümkün değildir.

Bunun yanında, *Verwaltungsvorschrift* ile *Rechtsverordnung* ve *Satzung* arasındaki ilişkinin de irdelenmesi gerekir. Bu iki grup norm arasındaki en büyük farklılık, birinin yalnızca idarenin mensuplarına yönelik, Türk hukukundaki talimat, yönerge benzeri bir normken, diğer ikisinin vatandaşlara ilişkin hükümler içerebilen, idare dışında da etkili ve sonuç doğurabilen normlar olmalarıdır. Ancak, yukarıda da gördüğümüz gibi mahkemelerin değerlendirmeleri sonucunda *Verwaltungsvorschriften*in de vatandaşların hak ve yükümlülükleri açısından etkili olabilmesi mümkündür. Dolayısıyla, bu farkın ne derece önemli olduğu tartışılabilir. Bizim konumuz açısından asıl önemli olan, *Verwaltungsvorschrift* ile öngörülen bir düzenlemenin *Satzung* veya *Rechtsverordnung* tarafından öngörülen bir düzenlemeye aykırı olup olamayacağıdır. Bu değerlendirme yapılırken, *Verwaltungsvorschriften*in amacının idarenin kendini düzenlemesi, kendisine tanınan takdir yetkisini ve değerlendirme marjını kullanırken, hukuk önünde eşitlik ilkesine uygun davranılması olduğu unutulmamalıdır. *Rechtsverordnungen*lar ve *Satzungen*ların işlevi ise *Verwaltungsvorschriften*inkinden farklıdır. Bunlar, vatandaşlar tarafından da uyulması zorunlu olan normlar yaratırlar. Aynı şekilde, bunlar ile idarenin bağlanması ve bir yükümlülük altına girmesi de mümkündür. Vatandaşların hak ve yükümlülükleri üzerinde etki doğuran normlar olarak *Rechtsverordnung* ve *Satzungen*ların yayınlanmaları da mecburidir ki hukuki belirlilik sağlanabilsin²²³. Öte yandan, *Verwaltungsvorschriften*in vatandaşlara duyurulma zorunluluğu bulunmamakta, bunların idareye mensup olan ilgililere duyurulması yeterli görülmektedir²²⁴. İşte, idare bir kere belli bir konuda takdir yetkisini veya değerlendirme marjını nasıl kullanacağını *Rechtsverordnung* veya *Satzung* aracılığıyla belirlemiş ve bunu vatandaşlara duyurmuşsa, daha sonradan idarenin iç işlemlerindeki *Verwaltungsvorschrift* ile bunun aksini öngörmesi mümkün değildir. Böyle bir durumun mahkemeler tarafından hukuk devleti ilkesinin doğrudan bir gereği olduğu belirtilen hukukî belirlilik ilkesine aykırı olacağı açıktır²²⁵. Dolayısıyla, *Verwaltungsvorschriften*in *Rechtsverordnung* veya *Satzungen*lara aykırı olması mümkün değildir. İdarenin iç işlemlerinde olmayan, vatandaşların hukukî durumu üzerinde

223 Möstl, a.g.e., s. 652, 658.

224 Möstl, a.g.e., s. 667.

225 Belirliliğin hukuk devletinin bir gereği olduğuna ilişkin olarak bkz. Hailbronner – Kau, a.g.e., s. 57.

etkili olan normlara aykırılık halinde, *Verwaltungsvorschriftin* geçersiz olacağı açıkça kabul edilmektedir²²⁶.

Konuya norm teorisi açısından yaklaşacak olursak da *Rechtsverordnung* ve *Satzungen*ın *Verwaltungsvorschriften*ler açısından birer "olması gereken" teşkil ettiklerini görürüz. *Verwaltungsvorschriften*ler bir idarî birimin kendi içinde, yalnızca kendi mensuplarını bağlayan normlar olsalar da, bu kişiler için birer olması gereken teşkil ederler. Hukuk normunun tanımında normun üçüncü kişilerin davranışları için (yani idare ve mensupları dışındaki kişiler) bir "olması gereken" teşkil etmesi şartı bulunmamaktadır. Doğrudan veya dolaylı olarak insan davranışının esas alınmış olması yeterlidir. Bu nedenle de, *Verwaltungsvorschriftin* muhatabı hiyerarşik ast ise, bu normların da bağlayıcılık arz ettiği, bir "olması gereken" ifade ettiği isabetle belirtilmiştir²²⁷.

Verwaltungsvorschrift ihdas etme süreci ile ilgili usulî kuralların genel olarak belirlenmiş olduğunu belirtmek mümkün değildir. Alman Anayasasının 84. ve 85. maddelerinin 2. fıkralarında, *Verwaltungsvorschriftin* birden fazla makamı bağlayacak bir nitelik arz ettiği iki durum için *Bundesrat*'ın rızasını şart koşarak belli bir ihdas usulü öngörmüştür²²⁸. Ancak, bunun dışında, genel olarak *Verwaltungsvorschriften*lere uygulanacak usulî kurallar mevcut değildir. Bu konuda bir usul serbestisinden bahsetmek mümkündür²²⁹. Bununla beraber, takdir yetkisi veya değerlendirme marjı tanıyan kanunların bu takdir yetkisi ve değerlendirme marjının ne şekilde objektifleştirileceğine ilişkin özel usulî şartlar getirmesi mümkündür. Bu durumda, bu şartların gözetilmesi gerekecektir.

*Verwaltungsvorschriften*ler idarenin iç düzen işlemi olduğundan, bunların yargısal denetimi öngörülmemiştir²³⁰. Ancak, eğer idare bu normlara dayanarak işlem tesis etmek gibi bir teamül geliştirmişse, bu durumda bu normların üçüncü kişiler açısından da etki doğurduğu kabul edilmekte²³¹ ve bunların yargısal denetimi mümkün olmaktadır²³². Dolayısıyla, istisnaen de olsa idarî yargı organlarının *Verwaltungsvorschrifteni* denetleyebileceklerini söyleyebiliriz.

226 Möstl, a.g.e., s. 664.

227 Bogdandy, **Gubernative Rechtsetzung**, a.g.e., s. 454.

228 Möstl, a.g.e., s. 667.

229 a.y.

230 Foster - Sule, a.g.e., s. 252.

231 a.y.

232 Bogdandy, a.g.e., s. 454; Nierhaus, a.g.e., s. 91; Ulla Held-Daab, "Review of Administrative Decisions of Government by Administrative Courts and Tribunals", <http://www.aihja.org/images/users/1/files/germany.en.0.pdf>, s. 4, Erişim Tarihi: 7 Haziran 2015.

2. *Verwaltungsvorschrift*in Normlar Hiyerarşisindeki Yeri

Verwaltungsvorschriften, Alman hukukundaki varlığını Anayasanın 3. maddesinin 1. fıkrasına borçludur. Buna göre, idare, farklı somut durumlarda eşit uygulama sağlamak amacıyla bu düzenleme yetkisini kullanmaktadır. Dolayısıyla, Anayasa, *Verwaltungsvorschriften* açısından geçerlilik sağlayan norm konumundadır. Bununla birlikte, Anayasanın içerik anlamında da *Verwaltungsvorschrift* çıkarma yetkisini sınırlandırdığı söylenebilir. Alman Anayasasının 20. maddesinin 3. fıkrası, genel olarak idarenin kanun ve adalet ile bağlı olduğunu vurgulamaktadır ki bu hüküm *Verwaltungsvorschriften* açısından da geçerlidir. İdarenin iç düzen işlemi konumundaki bu normun kanuna aykırı olması mümkün değildir ve bunu belirleyen husus bir Anayasa hükmüdür. Dolayısıyla, Anayasanın *Verwaltungsvorschriften*in üst normu konumunda bulunduğu dair bir şüphe kalmamaktadır.

Anayasanın 20. maddesinin 3. fıkrası, *Verwaltungsvorschriften*in kanuna aykırı olmayacağı anlamına geldiğinde göre, *Verwaltungsvorschriften*in normlar hiyerarşisinde kanunların da altında yer alacağına dair şüphe bulunmamaktadır. Esasen, idarenin *Verwaltungsvorschrift* çıkarabilmesi için herhangi bir kanun tarafından yetkilendirilmesi gerekmemektedir²³³. Öte yandan, eğer kanunlar ile bu yetkiye belirli sınırlar çizilmiş bulunuyorsa, Anayasanın 20. maddesinin 3. fıkrası uyarınca bu sınırların gözetilmesi gerekecektir²³⁴. Bu sınırlar usulî olabileceği gibi içeriğe ilişkin de olabilir. Zaten, takdir yetkisinin ve değerlendirme marjının kanun tarafından tanındığı düşünüldüğünde bu durumda şaşılacak bir şey yoktur. Netice itibarıyla, *Verwaltungsvorschriften* normlar hiyerarşisinde kanun ve kanunla eş seviyedeki ve ondan yukarıdaki diğer normların da altında yer alacaktır.

Yukarıda da vurguladığımız gibi, *Verwaltungsvorschriften*in normlar hiyerarşisindeki yeri ile ilgili olarak incelenmesi gereken bir diğer husus da, bunların *Rechtsverordnung* ve *Satzungen* ile hiyerarşik ilişkisidir. Daha önce vardığımız sonuca göre, vatandaşlar açısından bağlayıcılığı bulunan *Rechtsverordnung* ve *Satzungen* tarafından getirilen bir hükme aykırı bir *Verwaltungsvorschrift* ihdas edilmesi, bir başka deyişle idare mensuplarına, bu normlara aykırı bir bireysel idarî işlem tesis etme yetkisinin verilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla, *Verwaltungsvorschriften*in normlar hiyerarşisinde

233 Möstl, a.g.e., s. 661.

234 Möstl, a.g.e., s. 668.

Rechtsverordnung ve *Satzungen*ın da altında yer alacağıının, bu normlar tarafından belirlenen hükümlere aykırı hükümler içerebileceklerinin kabul edilmesi gerekir.

Verwaltungsvorschriften için genel bir yargısal denetim öngörülmemiştir. Ancak, bunların idarenin iç düzeni olarak kalmayıp, üçüncü kişiler üzerinde etki doğurduğu durumlarda istisnaen yargısal denetime tâbi olmaları mümkündür. Dolayısıyla, idarî yargı organlarının iptal kararlarına konu olmaları mümkündür. Bundan dolayı da normlar hiyerarşisinde idarî yargı organlarının kararlarının hiyerarşik olarak altında yer alacaklardır²³⁵. Ancak, bu sonuca farklı bir noktadan ulaşmak da mümkündür. *Rechtsverordnungen* ve *Satzungen* normlar hiyerarşisinde idarî yargı organlarının kararlarının altında yer alacağına göre, dolaylı olarak *Verwaltungsvorschriften*in de normlar hiyerarşisinde bu kararların altında yer alacağını söyleyebiliriz.

Uluslararası hukukun genel ilkeleri Alman Anayasasının 59. maddesinin 2. fıkrası gereğince Alman iç hukukunun bir parçasıdır ve normlar hiyerarşisinde kanunların üzerinde yer alır. *Verwaltungsvorschriften*in normlar hiyerarşisinde kanun altı bir seviyede yer alacağına şüphe olmadığına göre, bu normların uluslararası hukukun genel ilkelerinin de hiyerarşik astı olacağı rahatlıkla söylenebilir.

Öte yandan, Alman hukukunda geçerli olan bir başka uluslararası hukuk normu uluslararası antlaşmalardır. Uluslararası antlaşmalar arasında da kanunla iç hukuka aktarılanlar ile idarenin (veya yürütmenin) bir işlemi tarafından iç hukuka aktarılanlar arasında bir ayrıma gitmek gerekmektedir. Kanunla iç hukuka aktarılan, devletin politik ilişkilerini konu alan veya federal kanunların konusuyla çakışan uluslararası antlaşmaların iç hukuka kanunla aktarılması gerekir. Bu normların iç hukuktaki geçerliliğini belirleyen norm anayasa, bunları iç hukuka aktaran norm ise kanun olduğuna, yani geçerlilik normu ile aktaran norm farklı olduğuna göre; bu tür uluslararası antlaşmaların iç hukuk normlar hiyerarşisinde kanun seviyesinde yer alacağıının kabul edilmesi gerekir. Eğer bu uluslararası antlaşmalar normlar hiyerarşisinde kanun seviyesinde ise, *Verwaltungsvorschriften*in normlar hiyerarşisinde bunların altında yer alacağı söylenebilir.

İdarî antlaşmaların iç hukuka aktarılması ise yine Anayasanın 59. maddesinin 2. fıkrası gereğince idarenin (veya yürütmenin) bir işlemi ile gerçekleşmektedir. Bu aktarma işleminin *Rechtsverordnung* veya *Verwaltungsvorschrift* şeklinde olduğunu daha önce belirtmiştik. Dolayısıyla, bu tür idarî antlaşmalar normlar hiyerarşisinde kendilerini iç

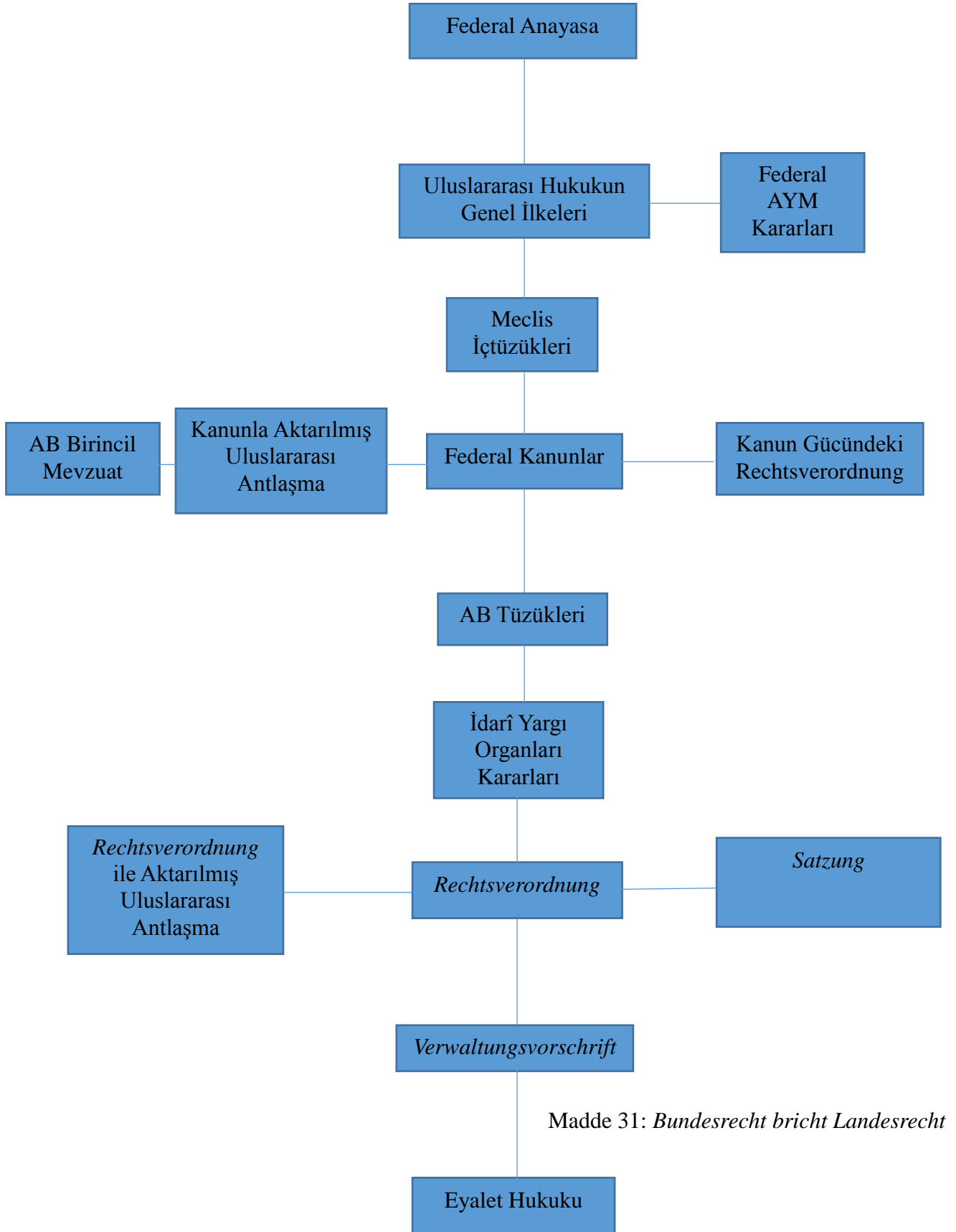
235 Nitekim, bu normları geçersiz kılabilen mahkeme kararları, bu kararı verirken hiçbir *Verwaltungsvorschrift* ile bağlı değildir.

hukuka aktaran *Rechtsverordnung* veya *Verwaltungsvorschrift* ile aynı seviyede yer alacaktır. *Verwaltungsvorschrift*lerin normlar hiyerarşisindeki yeri de bu aktarma işleminin türüne göre farklılık gösterecektir. İlk durumda *Verwaltungsvorschrift* idarî antlaşmaların altında, ikinci durumda ise bunlarla aynı seviyede yer alacaktır.

AB hukuku normları ile *Verwaltungsvorschrift*lerin hiyerarşik ilişkisini detaylı bir şekilde değerlendirmeye gerek kalmamıştır. Nitekim, yukarıda ilgili kısımlarda, AB hukuku normlarının (birincil mevzuat ve AB tüzükleri) normlar hiyerarşisinde *Satzung* ve *Rechtsverordnungen*lardan üstte yer alacağını göstermiştik. *Verwaltungsvorschrift*ler de normlar hiyerarşisinde *Satzung* ve *Rechtsverordnungen*ların altında yer alacağına göre, bu normların aynı zamanda AB hukuku normlarından da alt seviyede yer alacağını rahatlıkla söyleyebiliriz.

Son olarak, *Verwaltungsvorschrift*lerin kendi arasında bir hiyerarşinin mevcut olup olmayacağını tartışalım. *Verwaltungsvorschrift* çıkarma yetkisinin icraî karar almaya yetkili her türlü idarî makamda bulunduğunu belirtmiştik. Bu durumda, idare hukuku bağlamında aralarında hiyerarşi bulunan makamların kendi mensuplarına yönelik *Verwaltungsvorschrift*ler çıkarması mümkündür. Ancak, hiyerarşi yetkisine sahip olan makamın ihdas ettiği *Verwaltungsvorschrift*lerin normlar hiyerarşisinde hiyerarşiye tâbi olan makamın düzenlemesinden üstte yer alacağını kabul edilmesi gerekir. Nitekim, *Verwaltungsvorschrift*ler ile gerçekleştirilen husus, idarenin mensuplarına genel-geçer talimatlar vermesidir. Hiyerarşik olarak üstte yer alan makamın talimatı varken, astın talimatlarının geçerli olması mümkün değildir. Dolayısıyla, aynı Türk hukukunda yönetmeliklerin kendi arasında bir hiyerarşi olduğu gibi, *Verwaltungsvorschrift*lerin de kendi arasında bir hiyerarşi olacağını belirtmek gereklidir.

Şekil 2: Alman Hukukunda Normlar Hiyerarşisi



DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

İNGİLİZ HUKUKUNDA KURAL İŞLEMLERİN VE MAHKEME KARARLARININ HİYERARŞİK GÜCÜ

Türk ve Alman hukukunda normlar hiyerarşisini yukarıdaki gibi inceledikten sonra, hukuk geleneği olarak bu iki ülkeden farklılık gösteren, bir *Common Law* (Ortak Hukuk) sistemi olan İngiliz hukukundaki normlar hiyerarşisini inceleyeceğiz.

Normlar hiyerarşisi kavramının, *Common Law* hukuk sisteminden, "kavramsal hukuk bilimi" anlayışının daha yaygın olarak benimsendiği Kara Avrupası hukuk sistemi ile ilgili olduğu düşünülebilir. Ancak, daha önce de vurguladığımız gibi, Kelsen'in hukukun saf teorisini oluştururken amacı, her normatif hukuk sistemine uygulanabilecek, bütünlüklü bir hukuk teorisi sunmaktır. İngiliz hukukunun da, *Common Law* temelli olsa da, normatif olduğu konusunda şüphe bulunmamaktadır. İngiliz hukukçuların normlar hiyerarşisi tarafından sunulan anlayışı benimseyip benimsememesi veya hukukî çıkarımlarını bu anlayış penceresinden yapıp yapmaması, İngiliz hukukunda normlar hiyerarşisinin bulunup bulunmamasından farklı bir sorundur. Ancak, genel olarak, İngiliz hukukçuların çalışmalarında normlar hiyerarşisinde pek yer vermediğini söylemek gerekir.

Çalışmamız için benimsediğimiz bakış açısı doğrultusunda, İngiliz hukukunda bir anayasa olup olmadığının değerlendirilmesi, parlamentonun üstünlüğü ("*parliamentary supremacy/parliamentary sovereignty*") kavramının hukukî niteliği ve normlar hiyerarşisi üzerindeki etkisi, İngiliz mahkemelerinin İngiliz hukukundaki rolü ve kararlarının normlar hiyerarşisindeki konumu gibi konular, İngiliz hukukunun mahiyeti ve İngiliz hukukçuların hukuka bakış açısı sebebiyle, önceki iki hukuk sistemine oranla daha zorlu ve çalışmamızda benimsediğimiz bakış açısından ifade edilmesi daha güç sorunlar sunacaktır.

I. İNGİLİZ ANAYASASININ NİTELİĞİ VE NORMLAR HİYERARŞİSİNDEKİ YERİ

Söz konusu İngiliz Anayasası¹ olduğunda, ilk ve en önemli sorun, İngiltere'nin bir

1 Burada "İngiliz Anayasası" tabiri "Büyük Britanya" olarak da algılanabilir. İngiliz hukukçuların "anayasadan" bahsederken çoğunlukla Büyük Britanya Anayasasından bahsettiği görülmektedir. A. W. Bradley - K. D. Ewing, **Constitutional and Administrative Law**, 14.b., Pearson, ;Essex, 2007, s. 4;

anayasasının olup olmadığıdır. Doğal olarak, bu soruya verilecek olan yanıt, benimsenmiş olan anayasa tanımına göre farklılık arz edecektir. Çalışmamız açısından, anayasa terimi ile kastedilenin, normlar hiyerarşisinde en üst sırayı işgal eden ve kanunlardan daha zor bir usulle değiştirilen norm olduğunu daha önce belirtmiş, ancak bu niteliği haiz bir normun bu çalışma açısından anayasa olarak kabul edilebileceğini göstermiştik. Dolayısıyla, bize göre anayasanın tanımı "*normlar hiyerarşisinde en üst sırayı işgal eden, kanunlardan farklı ve daha zor bir usulle konulup değiştirilebilen hukuk kurallarının bütünü*"dür². Bu tanımın kullanılması ile ilgili tek sorun, zaten normlar hiyerarşisinde en üst basamağı işgal eden normu aradığımız için, normlar hiyerarşisinin en tepesinde yer almanın, anayasanın tanımlayıcı bir unsuru olarak kullanılmış olmasıdır. Dolayısıyla, bizim aradığımız anayasa normu, kanun çıkarmaya yetkili olandan farklı bir organca değiştirilebilen ya da aynı organ tarafından değiştirilmekle birlikte, değiştirilmesi için kanunlardan daha zor bir usul öngörülmüş olan³, yazılı hukuk normudur. Bu normun içeriği, neye ilişkin olduğu, bizi ilgilendirmemektedir⁴.

Alex Carroll, **Constitutional and Administrative Law**, 5.b., Pearson, Essex, 2009, s. 17; Pavlos Eleftheriadis, "Parliamentary Sovereignty and the Constitution", **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, Cilt: XXII, Sayı: 2, 2009, s. 1, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1486146, Erişim Tarihi: 2 Temmuz 2015. Öte yandan, ünlü İngiliz hukukçu Dicey "İngiliz Anayasası" tabirini kullanırken, Keith her iki kullanılışa da aynı sayfada yer vermektedir. Albert Venn Dicey, **An Introduction to the Study of the Constitutional Law**, 3.b., Macmillan, Londra, 1889, s. 4; Arthur Berriedale Keith, **An Introduction to British Constitutional Law**, 1.b., Oxford, Londra, 1931, s.2. Dicey ve Keith zamanında İngiltere'nin Birleşik Krallık yerine kullanılan bir anlatım olduğu ve günümüzde İngiltere tabirinin Birleşik Krallık'ı kapsayıp kapsamadığı tartışılabilir. (Bkz. Bradley – Ewing, a.g.e., s. 55.). Ancak, biz, özel olarak İngiliz hukukunu inceleyip, İskoçya, Galler gibi Birleşik Krallık mensubu ülkelerin hukuk sistemlerine yer vermeyeceğimizden "İngiliz Anayasası" tabirini tercih ediyoruz. Bu ilkenin bütün Birleşik Krallık için geçerli olup olmadığı bizi ilgilendirmemektedir.

2 Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, a.g.e., s. 106.

3 Zaten, kanunlardan daha zor bir usulle değiştirilme şartı kaba taslak olarak bir anayasanın normlar hiyerarşisinin en tepesinde yer almasını sağlayacaktır. Ancak, bu tespit, hukuk düzenlerinin genelinden yola çıkılarak yapılmış bir tespittir. Mevcut hukuk sistemlerinde kanunlar normlar hiyerarşisinin üst basamaklarından birinde yer alırlar ve eğer bir norm, kanundan üstün konumdaysa, bu normun anayasa olduğu gözlemlenebilir. Ancak, pek tabii ki bir hukuk sisteminin, normlar hiyerarşisinde anayasa ile kanun arasında yer alan bir başka norm öngörmüş olması da mümkündür. Dolayısıyla, bu tanıma ek bir şart daha getirilebilir: Bulunan normun, normlar hiyerarşisinde başka hiçbir normun altında yer almaması, başka hiçbir norma uygun olmaması gerekmektedir.

4 Bununla birlikte, Bradley ve Ewing, anayasa teriminin iki farklı anlama geldiğini belirttikten sonra, her iki tanımı da maddî kritere göre yapmaktadır. Bu iki tanım arasındaki temel fark, ilkinin özel bir hukukî kutsiyete sahip, devletin temel organlarının işleyişine ilişkin ilkeler içeren tek bir doküman olmasına rağmen, ikincisinin, bu kuralların bulunduğu normların hukukî niteliğinden bağımsız olarak, aynı içerikteki kurallar bütünü anlamına gelmesidir. Bu anlamda, Britanya'da ilk anlamda bir anayasa olmamasına rağmen, ikinci anlamda bir anayasanın, yani anayasal nitelikteki kuralların bulunduğu düşünülmektedir. Bkz. Bradley - Ewing, a.g.e., s. 4. Kanımızca, bu tartışmada mühim olan maddî anlamda anayasal nitelik gösteren kuralların kaç farklı belgede toplandığı değil, en başta anayasanın maddî anlamda tanımlanıp tanımlanmayacağıdır.

İngiliz hukuk sisteminde maddî anlamda bir anayasa bulunduğuna dair şüphe yoktur. Nitekim, İngiliz hukukunda devlet organlarının kuruluşu ve işleyişini düzenleyen hukuk kuralları mevcuttur⁵. Bu kurallardan yazılı olanları kanun (*Acts of Parliament*) şeklinde olabileceği gibi, Parlamentonun verdiği yetkiye dayanılarak çıkarılmış düzenleyici işlemler şeklinde de olabilir. Keza, bazı anayasal ilkelerin mahkeme içtihadıyla yazılı hâle getirilmesi de mümkündür⁶. Bu durumda, mahkeme içtihadıyla benimsenip yaptırıma bağlanmış Ortak Hukuk ilkelerinin de anayasal kaynak teşkil edeceği söylenebilir. Yazısız kurallar ise anayasal teamüller (*conventions of the constitution*) olarak değerlendirilmelidir⁷. Bu kaynakların İngiliz normlar hiyerarşisinde hangi basamakta yer alacağını ve İngiltere'nin maddî anlamda, yazılı bir anayasanın bulunduğu kabul edilse dahi, bu durumun çalışmamız açısından herhangi bir değişikliğe yol açıp açmayacağını aşağıda değerlendireceğiz.

Bununla birlikte, İngiliz hukukunda şeklî anlamda, yani bizim çalışmamıza konu teşkil edecek bir anayasanın bulunmadığı açıktır⁸. Zaten, kanunların normlar hiyerarşisindeki yerini incelerken göreceğimiz parlamentonun üstünlüğü ilkesi, İngiliz hukukunda normatif anlamda kanun üstü seviyede başka bir norm bulunmadığını ifade etmektedir. Öyleyse, bir an için İngiliz hukukuna hâkim olan maddî açıdan bakacak olursak, anayasal kaynakları normlar hiyerarşisinde nereye yerleştirmek gerekecektir? Bu sorunun cevabı, özellikle de yazılı kaynaklar açısından, oldukça basittir.

İngiliz hukukunun yazılı anayasal kaynaklarının kanun, alt mevzuat ("*delegated legislation*") veya mahkeme içtihadı şeklinde olabileceğini belirtmiştik. Keza, Avam

5 Serkan Yolcu, **İngiltere'de Kuvvetler Ayrılığı ve Yargı Bağımsızlığı Alanındaki Gelişmeler**, 1.b., Seçkin, Bursa, 2011, s. 22; Colin Turpin – Adam Tomkins, **British Government and the Constitution: Text and Materials**, 7.b., Cambridge University Press, Cambridge, 2012, s. 3.

6 Mahkeme içtihatlarının yazılı kaynak teşkil etmesiyle ilgili bkz. Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, a.g.e., s. 115.

7 Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, a.g.e., s. 113 – 114.

8 Bu bağlamda King'in tartışması özellikle ilginçtir. "Anayasa" ve "anayasa" terimleri arasında ayrıma giden King, ilk harfi büyük olan terim ile şeklî anlamda anayasayı kastetmekte, diğer terimi ise maddî anlamda anayasa için kullanmaktadır. Kanımızca da anayasa için benimsenebilecek olan iki farklı tanımın bu şekilde ortaya konması gerekir. King, ilk anlamdaki anayasa ile ikinci anlamdaki anayasanın örtüşebileceğini, ancak ikincinin ilkinden daha geniş bir kavram olduğunu ve yalnızca bir ülkedeki temel organlarının işleyişine ilişkin "en önemli" kuralları içerdiğini belirtmektedir. Şeklî anlamda anayasa, yani Anayasa ise, bu önemli kuralları barındırabileceği gibi, devletin temel organlarının işleyişine veya temel hak ve özgürlüklere ilişkin olmayan kurallar da içerebilir. King çalışması açısından geniş ve maddî anlamdaki anayasa tanımını benimsemiştir. Zaten, İngiliz hukukunda bir anayasadan bahsetmek isteniyorsa, aksinin yapılması mümkün değildir. Bkz. Anthony King, **Does the United Kingdom Still Have a Constitution**, 1.b., Sweet & Maxwell, Londra, 2001, s. 1-5. Aynı yönde bkz. Andrew Le Sueur, "Fundamental Principles", **English Public Law**, ed. David Feldman, 2.b., Oxford University Press, Oxford, 2009, s. 3.

Kamarası ile Lordlar Kamarasının içtüzüklerinin ("*standing orders*") de anayasal kaynaklar olarak değerlendirilebileceği belirtilmektedir⁹. İngiliz hukukunda, anayasal kurallar normlar hiyerarşisindeki yerine göre değil, içeriğine göre tanımlandığına göre, bu kuralların normlar hiyerarşisinde farklı basamaklarda yer almasında bir sakınca yoktur. Dolayısıyla, yazılı kaynaklar açısından, kanun şeklinde benimsenen anayasal kurallar normlar hiyerarşisinde kanun seviyesinde, düzenleyici işlem ve mahkeme içtihadı tarafından benimsenen kurallar ise bu normlarla aynı seviyede yer alacaktır.

İngiliz anayasa hukukunun yazısız kaynakları olarak kabul edilen anayasal teamüller ("*constitutional conventions*") ise nitelikleri gereği ayrı bir değerlendirmeye tâbi tutulmalıdır. Öncelikle anayasal teamüllerin tanımını verelim. Ünlü İngiliz hukukçu Dicey'ye göre anayasal teamüller egemen gücün birçok üyesinin davranışlarını düzenleyen, ancak mahkemeler tarafından uygulanmadıkları için hukuk kuralı olarak nitelendirilemeyecek olan alışkanlık, uygulama veya mutabakatlardır¹⁰. Anayasal teamül kavramındaki "teamül" ile kamusal uluslararası hukuk alanındaki teamülün farklı olduğu belirtilmelidir¹¹. Uluslararası hukuk alanındaki teamüller, yani örf ve adet hukuku kuralları, uluslararası hukuk kişilerinin uzun bir süre boyunca uydukları, yazısız, ancak bağlayıcı olduğuna inanılan ve hukuken bağlayıcılık arz ettikleri konusunda görüş birliği bulunan kurallardır¹². Belli bir konudaki hukuk kuralı yazılı hale getirilmemiş olsa dahi, *pacta sunt servanda* ilkesi gereğince, devletlerin davrandıkları şekilde davranmaya devam etmeleri beklenmektedir. Uluslararası mahkemeler, örf ve adet kuralının varlığını tespit etmeleri durumunda, devletlerin ve diğer aktörlerin bu kurallara uygun davranmaları gerektiğine karar verirler. Anayasal teamüller ise birer hukuk kuralı olarak kabul edilmemektedir¹³. Bunlara uyulmamasının tek yaptırımının kamuoyu tepkisi olarak gösterilmesi de¹⁴ anayasal teamüllerin hukukî normatif bir kategoriye ait olmadığı düşüncesini güçlendirmektedir. Zaten, Dicey'nin tanımından da anlaşılacağı üzere, uluslararası hukuktaki örf ve adet hukuku için aranan maddî ve manevî unsur, anayasal teamül açısından aranmamaktadır. Her ne kadar anayasal teamüllerin hukuk kuralı olmaması, bu kurallara aykırı davranılması halinde, mahkemeler tarafından herhangi bir yaptırım uygulanmayacak olmasına bağlansa

9 Bradley - Ewing, a.g.e., s. 19.

10 Dicey, a.g.e., s. 341. Ayrıca bkz. Hilaire Barnett, **Constitutional and Administrative Law**, 4.b., Cavendish, Londra, 2002, s. 26.

11 Bradley - Ewing, a.g.e., s. 20.

12 Aust, a.g.e., s. 6-7.

13 Carroll, a.g.e., s. 56; Dicey, a.g.e., s. 346.

14 E. C. S. Wade – G. Godfrey Phillips, **Constitutional Law**, 1.b., Longmans, New York, 1933, s. 7.

da¹⁵, kanımızca bir kurala aykırılığın yaptırıma bağlanmamış olması, tek başına o kuralı bir hukuk kuralı olmaktan çıkarmaz. Anayasal teamüllerin hukuk kuralı olarak nitelendirilmemesinin sebebi hukukî bağlayıcılıktan yoksun olmaları, bir "olması gereken" ihtiva etmemeleri veya başka bir deyişle, hukukî normatiflikten ziyade ahlakî normatifiğe ilişkin olmasıdır¹⁶. Eğer bu tespit doğruysa, anayasal teamüllerin anayasa hukuku alanındaki örf ve adet hukuku kuralları olarak nitelendirilmesi doğru olmaz¹⁷. Bu kurallar, hukukî âleme değil, başka bir normatif sistem olan ahlaka ait olarak nitelendirilmekte ve bu nedenle de hiçbir şekilde örf ve adet "hukuku" niteliği arz etmemektedirler. Hâl böyle olunca, anayasal teamüllerin İngiliz hukukunun normlar hiyerarşisinde yer alması da mümkün olmamaktadır. Nitekim, bir hukuk düzeninin normlar hiyerarşisinde yalnızca hukuk kuralları bulunur. Din, ahlak gibi başka normatif sistemlere ait normlar bu hiyerarşide yer almazlar. Farklı temel norma dayanan normatif sistemler birbirlerini dışlayıcıdır¹⁸.

Peki ama, anayasal teamüller olarak nitelendirilen kurallar gerçekten de bir hukuk kuralı niteliği arz etmezler mi? Bu sorunun cevabı, anayasal teamüllerin normlar hiyerarşisinde yer alıp almaması açısından hayatî önem arz edecektir. Cevabı bulmak içinse, hukuk kuralının ne olduğu sorusuna verdiğimiz yanıtta yola çıkmamız icap eder. Biz, çalışmamızın birinci bölümünde Kelsen'e göre bir hukuk normu ile ahlak veya din normu arasındaki en büyük farkın bu normlara aykırılığın devlet tarafından yaptırıma bağlanıp bağlanmadığı olduğunu belirtmiştik. Bununla beraber, bu bakış açısı tam olarak doğru değildir. Bir hukuk düzeninde yaptırımsız pek çok hukuk kuralı bulunmaktadır¹⁹. Bunda da şaşılacak bir durum yoktur. Nitekim hukukî yaptırım, bir hukuk normunun ihlali halinde başka bir normun uygulanmasının veya ihdasının yarattığı sonuçtur²⁰. Yani, bir hukuk normunun yaptırımının olması, başka bir hukuk normunun bu normun ihlaline bir sonuç bağlamış olmasına bağlıdır. Bu durumda, yaptırımın bir hukuk normunun zorunlu unsuru olduğu yönündeki Austinci görüş²¹, yaptırıma bağlanan normun varlığı için

15 Dicey, a.g.e., s. 346.

16 Anayasal teamüllerin hukukî değil, ahlakî (veya etik) normatifiğe ilişkin olmasına dair bkz. Carroll, a.g.e., s. 56.

17 Bu yöndeki bir nitelendirme için bkz. Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, a.g.e., s. 56.

18 Kelsen, **Pure Theory of Law**, a.g.e., s. 205. Bir normatif sistemin bütünlüğünü sağlayan norm temel normdur. Farklı temel normlara dayanan sistemler aynı normatif düzlemde bulunamazlar.

19 Arend, a.g.e., s. 21.

20 Julius Stone, **Legal System and Lawyers' Reasonings**, 1.b., Stanford University Press, Stanford, 1964, s. 200.

21 Arend, a.g.e., s. 21.

yaptırıma bağlayan bir normun varlığını gerektirir ki Kelsen'in teorisine göre böyle bir şartın olması mümkün değildir. Hatırlanacağı üzere, bir hukuk normunun var olması için gereken tek koşul, bu normun, ihdas usulünü veya içeriğini belirleyen bir üst normdan geçerlilik almasıdır. Bu nedenle, yaptırıma bağlanmanın bir hukuk normunun zorunlu unsuru olduğunu söylemek, kanımızca isabetli değildir. Dolayısıyla, bir hukuk normunun yaptırımının öngörülmüş olması ve bu yaptırımın devlet tarafından uygulanması, hukuk normunun diğer sistemlere (ahlak, din vs.) ait normlardan ayrılmasında kullanılırsa, aslında hukuk normu olan bir normun hukuk normu olmadığı, nitekim devlet tarafından yaptırıma bağlanmadığı sonucuna ulaşılabilir. Bununla birlikte, istisnasız her norm bağlayıcılık arz eder, bir "olması gereken"e işaret eder. Bu bakımdan, hukuk normları kadar ahlak ve din normlarının da bağlayıcılık arz ettiğini söyleyebiliriz. Bu normları, yapıcılara göre birbirinden ayırmak kısmen mümkün olabilir. Hukuk kuralları, devlet tarafından, daha önce öngörülmüş bir usulle ve içerikte ihdas edilen ve bağlayıcılık arz eden önermelerdir. Ahlak ve din normları devlet tarafından ihdas edilmez. Dinî bir norm ile aynı içeriğe sahip olan bir norm, devlet tarafından ihdas edilirse, artık bu dinî değil hukukî bir normdur. Kanımızca, bu anlayışın da birtakım pürüzleri vardır. Örneğin, iki gerçek kişi arasındaki bir kira sözleşmesinin, bu kişiler açısından bir hukuk normu teşkil ettiği konusunda şüphe yoktur²². Bu durumda, bu hukuk normunun yapıcısı devlet değil, gerçek kişilerdir. Benzer şekilde, uluslararası hukuk alanında da devletlerin yanında uluslararası örgütlerin norm ihdas etmesi mümkündür. Ancak, yine de, bir hukuk normunun eninde sonunda devlet veya devletin bir organı tarafından ihdas edilmiş bir hukuk normuna dayanacağını söylemenin yanlış olmayacağı kanısındayız. Neticede, özel hukuk sözleşmeleri, devlet tarafından ihdas edilmiş olan kanunlara aykırı olamayacak, kanunların izin verdiği sınırlar içinde ihdas edilebilecektir. Uluslararası örgütler de devletler arasında akdedilen bir uluslararası antlaşmaya dayanmakta, norm ihdas etme yetkisini bu uluslararası antlaşmadan

22 Burada işlemin yapıcıları gerçek kişilerdir. Gerçek kişilerin karşılıklı olarak uyuşan iradelerine hukuk düzeni tarafından hukukî bir sonuç bağlanmış, uyuşan bir iradelerin belli bir hukukî etki doğurması sağlanmış. Bu gerçek kişiler, daha sonra, kurdukları bu sözleşmeye aykırı davranarak hukuka aykırı hareket etmiş olurlar. Dolayısıyla, sözleşmenin hükümleri, bu sözleşmeyi akdeden gerçek kişiler açısından hukukî bir "olması gereken" ifade eder. Bu durumda, devlet tarafından konmuş olma kriterinin bir hukuk normu ile ahlâk normunu ilk bakışta mümkün olmadığı düşünülebilir. Ancak, aşağıda göreceğimiz gibi, neticede sözleşme normu da geçerliliğini devlet tarafından konmuş başka bir hukuk kuralından aldığından, pürüzlü de olsa bir hukuk kuralı ile ahlâk kuralını yapıcısına göre ayırt edebileceğimiz kanısındayız. Bu bağlamda, özellikle Türk hukuku açısından ilginç bir araştırma konusu genel ahlaka aykırı özel hukuk sözleşmelerinin geçersiz olmasıdır. Bu durumda, Türk hukukunda ahlakın geçerli bir normatif kategori olarak öngörülüp öngörülmediği ve toplumun bu vesileyle norm yaratma yetkisine sahip olup olmadığı tartışılabilir.

almaktadırlar. Din ve ahlâk kurallarının koyucusu olarak ise devletin oynadığı bir rol bulunmamaktadır. Bu normlar ya Tanrıdan ya da toplumdan kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla, istisnaî haller olabileceğini kabul etmekle birlikte, devlet tarafından konulan veya devletin koyduğu bir normdan geçerlilik alacak şekilde yaratılan normların hukuk normu olacağını söylemek doğru olacaktır. Anayasal teamüllerin de bu çerçevede değerlendirilmesi gerekmektedir. Kanımızca, anayasal teamül olarak nitelendirilen kuralların, devlet tarafından ihdas edildiğini veya bunların devlet tarafından ihdas edilmiş olan bir başka normdan geçerlilik aldığını söylemek mümkün değildir. Devlet tarafından ihdas edilmemiş olan bu kurallar, devletin belirlediği bir kurala dayanarak başka bir şekilde konmuş da değildir. Dolayısıyla, bu kural topluluğunun hukuk kuralı olarak nitelendirilmesi mümkün olmayacaktır. Örneğin, Kraliçenin başbakan olarak seçimlerden birinci çıkmış olan partinin liderini ataması gerektiği yönünde bir anayasal teamül bulunmaktadır²³. Ancak, bu kural, devlet tarafından öngörülmediği gibi, devletin koyduğu bir norma dayanarak başka bir kişi veya kurum tarafından da ihdas edilmiş değildir.

Sonuç olarak, İngiltere'de bir anayasa ve dolayısıyla anayasal nitelikte hukuk kuralları bulunduğunu kabul edecek olsak bile, çalışmamız açısından hiçbir şey değişmeyecektir. Bir kere, İngiliz anayasa hukukunun yazılı kaynakları, hangi norm şeklinde ortaya çıkıyorlarsa, normlar hiyerarşisinde o norm ile aynı basamakta ve hatta o normun kendisi olarak yer alacaklardır. Dolayısıyla, İngiliz anayasa hukukunun yazılı kaynaklarını, İngiliz normlar hiyerarşisinde ayrı bir basamak veya norm olarak incelemenin anlamı yoktur. Anayasal teamüller ise, hukuk normu olarak kabul edilmediklerinden, normlar hiyerarşisinde yer almayacaklardır. En nihayetinde, İngiliz hukukunun normlar hiyerarşisinin en tepesinde "Anayasa" adını vereceğimiz bir norm bulunmamaktadır. Bununla beraber, bu hukuk sisteminin en üstün normu olarak başka bir normun belirlenmesi gerekecektir. Şimdi, İngiliz hukukunda yasama işlemlerinin incelemesine geçelim ve bu normların normlar hiyerarşisinde nerede yer alacağını tartışalım.

II. YASAMA İŞLEMLERİ

Bir hukuk sistemindeki yasama işlemlerinin parlamento kararları ve kanunlar olarak ikiye ayrıldığını belirtmiştik. İngiliz hukuku açısından da durum farklılık arz

23 Carroll, a.g.e., s. 57.

etmemektedir. Ancak, iki meclisten yalnızca birinin kararı olan parlamento kararlarına "parlamento kararı" ("*resolution of the Parliament*") veya benzeri bir isimlendirme kullanıldığına sık rastlanmamaktadır. İngiliz hukukçular, meclislerinin, yetkilerine giren bazı konularda aldığı kararları ayrı başlıklar altında değerlendirmekte, bunlara genel bir üst başlık vermemektedir. Bununla birlikte, her iki meclisin de aldığı, kanun yapma sürecinin dışında birtakım kararlar bulunmaktadır. Dolayısıyla, bu kararlar için "parlamento kararları" terimini kullanarak, aslen Kara Avrupası hukuk sistemlerinde yaygın olan, daha çok bu sistemlerde benimsenmiş olan bir sınıflandırmayı İngiliz hukukuna uygulamış olmaktadır.

Kanunların İngiliz hukuku açısından önemi büyüktür. Şeklî anlamda bir anayasanın bulunmayışı, kanunların normlar hiyerarşisindeki yerini değiştirmiş ve katı bir anayasa tarafından sınırlandırılabilir, belli şartlara bağlanabilecek olan kanun gücünü eşine az rastlanır şekilde arttırmıştır. Bu nedenle, kanunların ve bunların İngiliz normlar hiyerarşisindeki yerinin incelenmesini, diğer hukuk sistemleri için yaptığımızdan farklı bir sistematik ile gerçekleştirmek durumundayız. Parlamento kararları ile kanun ayırımına girmeden önce, İngiliz hukukunda uzun süreden beri geçerliliğini koruyan parlamentonun üstünlüğü ("*supremacy of the Parliament/parliamentary sovereignty*") ilkesini incelemeyi uygun görüyoruz.

A. PARLAMENTONUN ÜSTÜNLÜĞÜ İLKESİ

Parlamentonun üstünlüğü ilkesi (*parliamentary sovereignty/supremacy of the Parliament*) Ortak Hukuk kökenli bir ilke olup²⁴ 17. yüzyılın sonu ile 18. yüzyılın başları arasındaki bir dönemde oluşturulmuştur²⁵. İngilizce doktrinde, parlamento egemenliği olarak tercüme edilebilecek olan "*parliamentary sovereignty*" veya parlamentonun üstünlüğü olarak çevrilebilecek olan "*supremacy of the Parliament*" olarak ifadesini bulmaktadır. Bu çalışmanın amacı açısından "*parliamentary sovereignty*" ibaresinin doğrudan tercümesi durumundaki parlamento egemenliği ibaresinin siyasî egemenliğin aidiyeti (Ör: T.C. Anayasası 6. Madde: "Egemenlik kayıtsız şartsız milletindir.") hususuyla karıştırılabileceği için uygun olmadığı kanaatindeyiz²⁶. Nitekim, İngiliz hukukundaki bu

24 Andrew Beale, **Essential Constitutional Law**, 2.b., Cavendish Publishing Limited, Londra, 1997, s. 5.

25 Carroll, a.g.e., s. 48; Ergun Özbudun, "İngiltere'de Parlâmento Egemenliği Teorisi", **Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 25, Sayı: 1-2, Yıl: 1968, s. 59.

26 Ayrıca, bizim de katıldığımız görüşe göre, "parlamentonun egemenliği" kavramındaki "egemenlik" ile siyaset bilimindeki "egemenlik" terimi aynı anlama gelmemektedir. Siyaset bilimindeki egemenlik

ilke, egemenliğin parlamentoya ait olduğuna işaret etmemekte, yasama organı işlemlerine diğer erklerin işlemleri nazarında hiyerarşik bir üstünlük tanımayı amaçlamaktadır²⁷.

Parlamentonun üstünlüğü ilkesi, en basit şekilde yasama organının, yasama işlevini yerine getirirken hiçbir hukukî sınırlandırmaya tâbi olmadığını ifade etmektedir²⁸. Burada geçen "Parlamento" ibaresinin ayrı ayrı Avam Kamarası ve Lordlar Kamarasını değil, her iki meclisin de onayından geçen bir önerinin kraliyet onayı almasıyla birlikte, *Queen in Parliament* olarak bilinen kanun koyma sürecini ifade ettiğini belirtmekte fayda vardır²⁹. Bu ilkeyi en güzel şekilde sistematize eden ve açıklayan hukukçu olarak Albert Venn Dicey gösterilmektedir³⁰. Dicey'nin anlatımıyla bu ilke şu şekilde açıklanmaktadır:

"Parlamentonun üstünlüğü ilkesi tam olarak İngiliz anayasası tahtında Parlamentonun her türlü kanun yapma veya ilga etme hakkına sahip olduğunu ve dahası İngiliz hukukunda hiç kimsenin veya hiç bir kurumun [body] Parlamento işlemini ilga etme veya ona üstün tutulma hakkına sahip olmadığını ifade eder."³¹

Parlamentonun üstünlüğü ilkesi için pozitif bir düzenleme arayışı, bu ilkenin içtihat yoluyla benimsendiği açıklaması ile sonlandırılabilir³². Ancak, normatif geçerlilik teorisine göre kanunların İngiliz hukuk sistemindeki en üstün norm olması ayrı, bu üstünlüğün bir ilke olarak tanınması ayrı bir durumdur. Bir araştırmacının, bizim çalışmamızın ilk bölümünde sunduğumuz teoriye göre hareket ederek İngiliz hukuk sistemindeki en üstün normun kanun olduğunu tespit etmesi mümkündür³³. Bunun için mahkemelerin genel bir

kavramı, bir siyasal düzendeki en üstün erki ifade etmek için kullanılırken, parlamentoya bu denli mutlak bir siyasal üstünlüğün atfedilemeyeceği düşünülmektedir. "Parlamentonun egemenliği" kavramı bizim de çalışmamızda belirttiğimiz tanımdan öte bir anlam taşımamaktadır. Bu nedenle, "parlamentonun üstünlüğü" ifadesinin tercih edilmesinin, kanunun normatif üstünlüğüne işaret etmesi bakımından olduğu kadar, siyasal egemenlik kavramı ile karıştırılmayı engellemek amacıyla da uygun olacağını düşünüyoruz. (Bu konuda bkz. Özbudun, "İngiltere'de Parlamento Egemenliği Teorisi", a.g.m., s. 75-76).

27 İsbetle vurgulandığı gibi, parlamentonun üstünlüğü ilkesi açısından önemli olan Parlamentonun siyasal egemenliği değil, Parlamento tarafından çıkarılan kanunların hukuk sistemi içinde üstün bir hiyerarşik konuma sahip olmasıdır. Bkz. Turpin - Tomkins, a.g.e., s. 59.

28 Wade – Phillips, a.g.e., s. 48.

29 Bradley – Ewing, a.g.e., s. 55.

30 Özbudun, "İngiltere'de Parlâmentonun Egemenliği Teorisi", a.g.m., s. 60.

31 Dicey, a.g.e., s. 38. (Çeviri yazara aittir.)

32 İngiliz mahkemeleri pek çok kararında bu ilkeye değinmiş ve mahkeme kararları bu ilkeye pozitif dayanak oluşturmuştur. Bu kararlardan güncel ve önemli olan biri için bkz. *Jackson v. Others v. Attorney General* [2005] UKHL 56, [2006] 1 A.C. 262. *Jackson* davasında mahkemeler parlamentonun üstünlüğü ilkesinden hareketle, parlamentonun kanunların ihdas usulünü dahi düzenleyebileceğine karar vermiştir. (Bkz. Eleftheriadis, a.g.m., s. 1.). Parlamentonun üstünlüğü ilkesinin Ortak Hukuk kaynaklı olduğuna dair bkz. Ines Weyland, "The Application of Kelsen's Theory of the Legal System to European Community Law: The Supremacy Puzzle Resolved", **Law and Philosophy**, Cilt: 21, Sayı: 1, 2002, s. 4.

33 Bununla birlikte, biz bu görüşte olmayacağız. Her ne kadar pratik açıdan çok farklı bir duruma yol

ilke olarak kanunların üstünlüğünü tespit etmesi gerekmez. Örneğin, Türk hukuk sistemindeki anayasanın, normlar hiyerarşisinin en üstünde yer alacağını tespit etmek için bu durumun illa ki anayasanın kendisinde düzenlenmiş olması gerekmez. Hukuk sistemi bir bütün halinde incelendiğinde anayasanın bütün diğer normlar açısından bir "olması gereken" ifade ettiği, ancak başka hiçbir hukuk normunun anayasa açısından bir "olması gereken" teşkil etmediği tespit edilerek, anayasanın bu hukuk sisteminin hiyerarşik yapılanmasının en tepesinde olduğu sonucuna varılabildi. Bu nedenle, kanunların İngiliz normlar hiyerarşisinin en üstünde olduğu yönündeki teorik tespitle parlamentonun üstünlüğü ilkesinin hukukî niteliği birbirine karıştırılmamalıdır. Şu haliyle, parlamentonun üstünlüğü ilkesi, İngiliz mahkemeleri tarafından ihdas edilmiş bir norm olarak içtihadî niteliktedir. Bununla beraber, parlamentonun üstünlüğü ilkesinin bizzat mahkemelerin bu ilkeyi benimsemesinden kaynaklandığını düşünen, bu ilke benimsenmemiş olsaydı bile İngiliz hukukunda kanunların mahkeme kararlarından üst seviyede olacağını reddeden bir görüş de mevcuttur³⁴. Kanımızca bu görüş isabetsizdir. Nitekim, eğer kanunlar, İngiliz normlar hiyerarşisindeki üstün konumunu bir mahkeme kararına borçlu ise, bir başka deyişle, mevcut geçerlilikleri ve hukuk sistemindeki konumları mahkeme içtihadından kaynaklanıyorsa, aslında o hukuk sisteminin en üstün normu konumunda değildirler. Eğer bu görüş, İngiliz hukuku normlar hiyerarşisinin en tepesine mahkeme kararlarını (içtihadî) yerleştirir ve mahkemelerin kanunla bağlılığının yine mahkemeler bu şekilde bir içtihat geliştirdiği için söz konusu olduğunu, ancak bu içtihattan sapılmadığı sürece, kanunların yargısal denetiminin gerçekleştirilemeyeceğini belirtirse ve normlar hiyerarşisini de buna göre oluşturursa görüş bir nebze kabul edilebilir hale gelir. Bu durumda, mahkemelerin parlamentonun üstünlüğü içtihadından vazgeçmesi durumunda kanunların hukuka uygunluk denetiminin gerçekleştirilebileceği düşüncesi doğar. Yani, sadece teorik bir tartışmadan ibaret olduğu izlenimi uyandıran bu konu, aslında pratik anlamda çok büyük bir öneme sahiptir. Bir kere, bir hukuk düzenindeki en üstün normun mahkeme kararları olması demek, bu ülkenin en güçlü organının halk tarafından seçilmiş olan parlamento değil, mahkemeler olduğunu kabul etmektir. Eğer durum bu ise, biz çekinmeden bu kabulde bulunabiliriz. Ancak, durumun bu olması beraberinde İngiliz hukuk sisteminin ne derece demokratik olduğu gibi bizi konudan çok uzaklaştıracak tartışmaların içine

açmayacak olsa da kanımızca parlamentoların İttüzüklerinin kanun üstü bir hiyerarşik güce sahip olduğu kabul edilmelidir. Bu konunun detaylı incelemesi aşağıda gerçekleştirilecektir.

34 Weyland, a.g.m., s. 4.

çekecektir. Neticede, kanunların hukuk sisteminde hiyerarşik olarak en üstün norm olmasıyla bunun mahkemeler tarafından ilkeleştirilmesi birbirinden ayrılabilirdiği sürece, bu türden bir tartışmaya girmek zorunda kalmadan, kanunu İngiliz normlar hiyerarşisinin tepesine yerleştirebiliriz.

Başka bir görüş ise, parlamentonun üstünlüğü ilkesinin İngiliz hukuk sisteminin temel normu niteliğinde olduğunu belirtmektedir³⁵. Eğer, İngiliz hukukunda hukuk normları arasındaki geçerlilik ilişkisine bakılarak kanunların en üstün norm olduğu tespitinde bulunamayacağı düşünülürse ve bu ilkenin sırf mahkeme kararlarından kaynaklandığı kabul edilmezse, bu eksiklik parlamentonun üstünlüğü ilkesinin İngiliz hukuku açısından bir temel norm olarak benimsenmesi ile bertaraf edilebilir. Bu durumda, mahkemeler içtihadından dönse dahi, kanun üstün norm olarak kalacaktır. Nitekim, mahkeme kararları ile varsayımsal temel normun içeriğinin değiştirilmesi veya onun etkisiz kılınması mümkün değildir.

Teorik olarak bir ulusal hukuk düzeni için diğerleri açısından benimsenenden farklı içerikte bir temel norm benimsenmesinde sorun yoktur. Nitekim, hukuk ötesi, varsayımsal bir norm olarak temel norm, tek bir şeye hizmet eder: Hukuk düzeninin anlamlı bir bütün olarak sunulması. Bu doğrultuda parlamentonun üstünlüğü ilkesinin de İngiliz hukukunun anlamlı ve hiyerarşik bir bütün olarak sunulmasına yardımcı olduğu ifade edilmektedir³⁶. Hukukçunun zihnindeki bir varsayımdan ibaret olan temel normun içeriğinin ne şekilde belirlendiğinin pek bir önemi yoktur. Ancak, böyle bir varsayım, zaten içeriğinin belirlenmesi bilimsel olarak imkânsız olan temel norm kavramı konusunda daha fazla tartışmaya yol açacaktır. Farklı hukuk sistemleri açısından farklı içerikte temel norm belirlenmesi, hukukçunun maksatlı hareket ederek, belli bir sonuca varsayımsal şekilde ulaşmaya çalıştığı eleştirisine yol açabilir ki bu eleştiri yerinde de görülebilir. Buna rağmen, İngiliz hukukunun anlamlı bir bütün olarak sunulabilmesi için bu içerikteki bir temel normun varsayılması gerektiği yönünde bir argüman ileri sürülebilir. Ancak,

35 Neil Parpworth, **Constitutional and Administrative Law**, 8.b., Oxford, New York, 2014, s. 71. Youngs'a göre de parlamentonun üstünlüğü ilkesi İngiliz hukukundaki bütün diğer normlardan üstündür. Yazar sadece AB hukuku konusunda tereddüt etmektedir. Raymond Youngs, **English, French and German Comparative Law**, 3.b., Routledge, New York, 2014, s. 18. Bu konuda Kelsen'i değil de H.L.A. Hart'ı takip ederek, parlamentonun üstünlüğü ilkesini tanıma kuralı ("*rule of recognition*") yerine koyan bir görüş de mevcuttur. Her iki durumda da İngiliz hukuk sisteminin temelinde bu ilkenin yattığı ve bütün hukuk sisteminin bu ilke üzerine kurulduğu düşünülmektedir. Bkz. Trevor R.S. Allan, **The Sovereignty of Law: Freedom Constitution and Common Law**, 1.b., Oxford University Press, Oxford, 2013, s. 133-134.

36 Gordon, a.g.e., s. 26.

kanımızca, parlamentonun üstünlüğü ilkesinin temel norm niteliği taşıdığı yönündeki bütün iddia ve çıkarımlar, kanunların üstünlüğünün teorik dayanağını zayıflatmaktadır. Bu nedenle, biz normlar hiyerarşisini tespit ederken maksatlı davrandığımız izlenimini uyandırabilecek her türlü varsayımdan uzak durmayı tercih ediyoruz.

Kanımızca parlamentonun üstünlüğü ilkesinin mahkemelerce benimsenmesinin etkisi, İngiliz hukuku normatif geçerlilik teorisine göre incelendiğinde zaten ulaşılabilecek olan bir sonucu somutlaştırması ve bir norm olarak tesis etmesidir. Bir başka deyişle, kanunların İngiliz normlar hiyerarşisinin en tepesindeki norm olması, başka hiçbir normdan geçerlilik almaması, yani başka hiçbir normun kanunun ihdas usulü ve içeriğini belirleme gücüne sahip olmaması ile ifade edilebilir. Pavlos Eleftheriadis'in parlamentonun her şeyi yapabileceği, ancak kendi üstün konumunu değiştiremeyeceği yönündeki düşüncesini³⁷, bu şekilde açıklamak mümkündür. Nitekim, kanunla belli bir normun yaratılabileceği ve kanunların bu norma aykırı olamayacağı düzenlenmiş ve hatta mahkemelerin bu norma aykırı olan kanunları iptal edebileceği düzenlenmiş olsa dahi, söz konusu norm İngiliz hukukundaki varlığını yine bu kanuna borçlu olacak, mahkemeler yine kanunun verdiği yetki ile bu yeni norma aykırı olan kanunları iptal edebilecektir. Dolayısıyla, kanunun İngiliz normlar hiyerarşisindeki üstün konumu aslında değişmeyecektir. AB hukukunun kanunların bu üstün konumuna etkisini aşağıda ilgili kısımda tartışacağımız için bu konuda burada bir yorum yapmayacağız.

Mahkemelerin parlamentonun üstünlüğü ilkesinden vazgeçmesi durumunda kanunların yargısal denetiminin yapılabileceği düşüncesinin normlar hiyerarşisinde Ortak Hukukun kanunların üzerinde yer almasına yol açacağını yukarıda belirtmiştik. Böyle bir kabulün olamayacağına yönelik en güçlü kanıt 24 Mart 2005 tarihli Anayasal Reform Kanunudur ("*Constitutional Reform Act*")³⁸. Adı geçen kanunun 40. maddesi İngiliz Yüksek Mahkemesinin yetkilerini belirlemektedir. Bu bakımdan, bir kanun, mahkemeler arasında hiyerarşik olarak en üstte bulunan Yüksek Mahkemenin verebileceği kararların içeriğini, neye ilişkin olabileceklerini belirlemektedir. Bu nedenle, kanunların mahkeme kararlarının üst normu niteliğinde olması gerektiği açıktır.

Parlamentonun üstünlüğü ilkesiyle ilgili incelememize dönecek olursak, Dicey'nin

37 Eleftheriadis, a.g.m, s. 1.

38 Kanunun İngilizce metni için bkz. http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/4/pdfs/ukpga_20050004_en.pdf, Erişim Tarihi: 1 Temmuz 2015.

tanımına göre bu ilkenin şu hukukî etkilerinin bulunduğunu söyleyebiliriz³⁹:

- Yasama erki aslî ve geneldir. Yasa yapmak için başka bir erk tarafından yetkilendirilmesine ihtiyaç yoktur ve yasama gücü konu bakımından sınırsızdır.
- Yasama usulünü belirleyen kurallar dışında,⁴⁰ parlamentonun yasama yetkisi hukukî bir sınıra tâbi değildir.
- Parlamento, öncüllerinin işlemleri ile bağlı değildir ve bu işlemleri kendi iradesinin ürünleriyle değiştirmekte serbesttir.
- Yasama işlemlerinin geçersizliği hiçbir mahkeme yahut başka bir merci önünde iddia edilemez.

Bu sonuçlardan ilki yazılı anayasaya sahip olan ülkelerde de benimsenen bir ilkedir. Aslında, egemenliğin millete ait olduğu anayasal sistemlerde, milleti temsil eden parlamentoların yetkilerinin kendinden kaynaklanması ve hiçbir konu sınırlamasına tâbi olmadan kullanılması son derece doğal ve temsili demokrasinin temel ilkelerine uygundur⁴¹. Dicey'ye göre yasama erkini sınırlandırabilecek tek şey halk tepkisidir⁴². Ergun Özbudun, yasama yetkisinin sınırsızlığını "parlâmento egemenliğinin olumlu anlamı" olarak adlandırmaktadır⁴³. İngiliz hukukçuların, yasamanın aslîliği ve genelliği

39 Barnett, a.g.e., s. 192; Ayrıca bkz. Weyland, a.g.m., s. 4-5.

40 Belirtelim ki yasamaya ilişkin usulî kuralların parlamento için hukukî bir sınır oluşturup oluşturmadığı hususu tartışmalıdır (Weyland, a.g.m., s. 4). Aşağıda, Avam Kamarası ile Lordlar Kamarası İçtüzüklerinin İngiliz normlar hiyerarşisindeki yerini inceleyeceğimiz kısımda öne süreceğimiz gibi, kanımızca usulî kuralların parlamento üstünlüğü ilkesine hukukî bir sınır getirmesi mümkündür. Doktrinde, usulî kuralların parlamentonun üstünlüğü ilkesi açısından hukukî bir sınır oluşturduğu savunulmaktadır (Weyland, a.g.m., s. 5). Bu da akla şu soruyu getirmektedir: Bu durumda hala kanunun İngiliz normlar hiyerarşisinin en tepesinde yer aldığı söylenebilir mi? Bu soruya yanıtı ilgili kısımda arayacağız.

41 Bununla birlikte, özellikle Almanya gibi federal yapılanmaya sahip olan devletlerde, federal kanunların genelliğinden söz etmek mümkün değildir. Nitekim, Almanya'da genelliği benimsenen kanunlar federal değil, federe kanunlardır. Bu durumun millet egemenliği ilkesi ile çeliştiği söylenemez. Neticede, federe devletler de temsili demokrasinin ilkelerine göre işlemektedir. Bu bakımdan, Almanya'da federal devlet kanunlarının değil, federe devlet kanunlarının genelliğinin söz konusu olması temsili demokrasi ile federalizm ilkelerinin kaynaşmasının sonucunda gerçekleşmiştir diyebiliriz.

42 Dicey, a.g.e. s. 70-77. Bununla birlikte, özellikle Büyük Britanya'nın Avrupa Birliği üyesi olmasından sonra, çalılmamızın ilk bölümünde incelediğimiz AB hukukunun üstünlüğü ilkesi dolayısıyla, parlamentonun üstünlüğü ilkesinin eskiye oranla daha sınırlı bir üstünlük olarak algılanması gerektiği düşünülmektedir (Lucas Prakke, "United Kingdom", **Constitutional Law of 15 EU Member States**, ed. Lucas Prakke - Constantijn Kortmann, Deventer, Kluwer, 2004, s. 870.).

43 Özbudun, "İngiltere'de Parlâmentonun Egemenliği Teorisi", a.g.m., s. 62. Adı geçen makalede, bu sınırsızlığın pek çok örneği de gösterilmektedir. Bununla birlikte, parlamentonun üstünlüğü ilkesinin bir de olumsuz yönü vardır. Kaba tabirle, bu olumsuz yön, yasama kudretinin tek bir organ tarafından değil, Avam Kamarası, Lordlar Kamarası ve monark üzere üç organ tarafından kullanılabilceğini ifade etmektedir (Özbudun, "İngiltere'de Parlâmentonun Egemenliği Teorisi", a.g.m., s. 65). Örneğin, tek bir meclisin kararı şeklinde ortaya çıkan normlar, yani parlamento kararları, birer kanun olarak kabul edilmemekte ve parlamentonun üstünlüğü ilkesinin kapsamı dışında kalmaktadırlar (Özbudun, "İngiltere'de Parlâmentonun Egemenliği Teorisi", a.g.m., s. 66). Ayrıca bkz. Michael Gordon,

ilkelerini Hobbes'un, bu erkin sınırını ise Locke'un sosyal sözleşme teorisinden etkilenecek açıkladığı görülmektedir. Kanımızca bu sınır hukukî olmaktan ziyade siyasî bir nitelik arz etmektedir ve bu nedenle de bu tartışmaya bu çalışmada girilmeyecektir.

Dicey, bir parlamentonun kendisinden sonra gelecek olan parlamentoların iradesini bağlayamayacağı tespitinin biri mantikî diğeri tarihî olmak üzere iki sebebi bulunduğunu düşünmektedir⁴⁴. Bir kere, parlamentonun kendisinden sonra gelecek olan parlamentoları bağlaması mümkün değildir. Nitekim, "*egemen bir iktidarın hem kendi yetkisini sınırlandırmasının, hem de egemen niteliğini korumasının*"⁴⁵ mümkün olmadığı düşünülmektedir. Örneğin, bir kanun mahkemelerin artık kanunların hukuka uygunluk denetimini gerçekleştirebileceğini öngörür ve kendini bu şekilde sınırlandırırsa kanun üstün konumunu yitirecek midir? Hukuk normlarının geçerliliği kuramı, bu yetki mahkemelere bir kanun tarafından verildiği için kanunun yine üst norm olarak kalacağını düşünmemizi gerektirir.

Yasama organının tarihî bir süreç neticesinde anayasal olarak üstün bir mertebeye eriştiği belirtilmektedir⁴⁶. Kanımızca Dicey'nin tanımından çıkarılan sonuçların ayrıca değerlendirilmesine ve hatta belirtilmesine dahi gerek yoktur. Nitekim, devletin bir organı olan Parlamento'yu işgal eden milletvekilleri seçimlerle değişse dahi, organik anlamda bir değişiklik gerçekleşmemektedir. Dolayısıyla, milletvekillerinin tamamı değişmiş olsa bile tek bir Parlamento varlığını sürdürdüğünden, bu Parlamento'nun öncülleri ile bağlı olması veya ardıllarını bağlaması gibi bir husus zaten söz konusu olmayacaktır. Ancak, belirtmek gerekir ki İngiliz hukukçuların konuya bakışı bu yönde değildir⁴⁷. Önceki ve sonraki parlamentonun ayrı birer organ olarak ele alınması durumunda dahi, Dicey'nin vardığı sonuca farklı bir bakış açısı ve gerekçelendirme ile ulaşmak mümkündür. Normlar hiyerarşisi teorisine göre, aynı organ tarafından aynı usulle ihdas edilen normlar, hiyerarşik olarak aynı seviyede yer alacaktır. İki normun aynı norm olması ile kastedilen husus bundan ibarettir. Buna göre, önceki parlamentonun iradesinin yansıdığı belge de, sonraki parlamentonun iradesini açıklayan belge de aynı organ(lar) tarafından aynı usulle ihdas

Parliamentary Sovereignty in the UK Constitution: Process, Politics and Democracy, 1.b., Hart Publishing, Oxford, 2015, s. 13.

44 Özbudun, "İngiltere'de Parlamento Egemenliği Teorisi", a.g.m., s. 70.

45 a.y.

46 a.y.

47 Bkz. Bradley - Ewing, a.g.e., s. 62; John Alder, **General Principles of Constitutional and Administrative Law**, 4.b., Pallgrave MacMillan, New York, 2002., s. 122; Barnett, a.g.e., s. 197.

edileceğinden, bunların normlar hiyerarşisindeki yeri aynı olacaktır⁴⁸. Varsayalım ki, önceki parlamento kanunlardan daha zor bir usulle değiştirilebilen ve farklı bir norm olarak nitelendirilen bir norm öngörmüştür. Bu durumda, ilk etapta sonraki parlamentonun önceki parlamento tarafından geçerlilik sağlanan ve kanunlardan daha zor değiştirilebilecek olan bu norm ile bağlı olacağı ve böylelikle sonraki parlamentonun önceki parlamento tarafından sınırlandırılacağı düşünülebilir. Ancak, söz konusu bu yeni öngörülen norma geçerlilik sağlayan normun zorunlu olarak bir kanun olacağı ve dolayısıyla bu yeni normun, değiştirilmesi için nasıl bir parlamento çoğunluğu veya başkaca zorlaştırıcı usul öngörülmüş olursa olsun, normlar hiyerarşisinde kanun altı bir seviyede yer alacağı unutulmamalıdır. Dolayısıyla, sonraki parlamento, doğrudan yeni öngörülen normu değiştiremeye dahi, önceki parlamentonun yeni normun ihdasını öngören kanununu değiştirerek, olası bir sınırlandırmadan kaçınılabilir. Kanımızca, bu ikinci sonucun bu şekilde izahı daha ikna edici ve hukuk tekniğine daha uygun bir yoldur.

Parlamentonun üstünlüğü ilkesinin hukukî sonuçları bakımından asıl önem arz eden husus üçüncü maddede zikredilmiştir. İngiliz Mahkemeleri, Parlamentonun çıkardığı kanunları iptal edemez ve bunların hukuka uygunluğunu denetleyemezler, bu sebeple de İngiltere'de anayasa yargısından söz etmek mümkün değildir⁴⁹. Aslen, kanunların yargısal denetiminin bir ölçüde mümkün olduğu yönünde bir görüş de mevcuttur. Bu görüşe göre, mahkemeler, önlerine gelen bir normun gerçekten kanunlar için öngörülen "*Queen in Parliament*" sürecinden geçip geçmediğini denetleyerek, söz konusu normun kanun olup olmadığını belirleyebilecektir. Bununla birlikte, şekle ve içeriğe ilişkin hususların ayırt edilmesi zorluk yarattığından mahkemelerin bu yönteme yanaşmadığı belirtilmektedir⁵⁰. Bir başka deyişle, hukuken kanunların sınırlı bir şekli denetiminin mümkün olabileceği düşünülmektedir. Ancak, bu görüş azınlıktadır. Baskın görüş, İngiltere'de parlamentonun kanun çıkarma yetkisinin yargısal denetimle sınırlanamayacağı yönündedir⁵¹. Ergun Özbudun'un belirttiği gibi:

"İngiliz anayasa hukukunun belki en belli başlı özelliği, İngiliz parlamentosunun egemen durumudur. Demokratik bir hükûmet sistemine sahip devletlerin hemen hepsi, hiç değilse

48 Esasen, bu iki normun aynı tür norm olduğunu belirtmek yeterlidir. Fakat biraz sonra yapacağımız tartışma açısından, bu ifadeyi daha doğru buluyoruz.

49 Bradley - Ewing, a.g.e., s. 55; Beale, a.g.e., s. 5; Alder, a.g.e., s. 122.

50 Prakke, a.g.e., s. 871.

51 Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, a.g.e., s. 439.

nazarî alanda, anayasanın üstünlüğü ilkesini benimsemişken... İngiltere'de bunun tam karşıtı olan bir sistemin... varlığı, gerçekten ilgi çekicidir."⁵².

Cevaplandırılmamız gereken bir diğere soru ise yasama organının hangi işlemlerinin bu ilke uyarınca değerlendirileceğini saptamaktır. Parlamentonun üstünlüğü ilkesinden yararlanacak olan yasama işlemlerine genel olarak *Act of Parliament* ismi verilmektedir. Terimin Türkçe tercümesi zaten "parlamento işlemi" anlamına geldiğinden, karışıklığa mahal vermemek için bu terimi kanun olarak Türkçeye çevireceğiz. Aşağıda görüleceği gibi, parlamento kararlarından ("*resolutions of the Parliament*") ayrılabilenler için bu işlemlere kanun adını vermekte bir sakınca görmüyoruz.

Yukarıda parlamentonun üstünlüğü ilkesini tanımlarken, bu ilkenin organik anlamda iki meclisli İngiliz Parlamentosundansa bir "kanun yapım süreci"ne ilişkin olduğunu belirtmiştik. Dolayısıyla, yalnızca belirtilen süreçten geçen yasama işlemlerinin Parlamentonun üstünlüğü ilkesinden yararlanacağını söyleyebiliriz. Bir başka deyişle, bir *Act of Parliament*, her iki meclisin ve kraliçenin katılımı ile ihdas edilen bir yasama işlemidir⁵³ ve yalnızca bu işlemler normlar hiyerarşisinde üstün konumdadır. Bunların dışında kalan, Avam Kamarası, Lordlar Kamarası ve Taht arasındaki ilişkileri düzenleyen yasama işlemleri ile meclislerin iç düzenlerine ilişkin yasama işlemleri bu ilkenin uygulamasının dışında kalmaktadır⁵⁴. Buna ek olarak, yalnızca Westminster Parlamentosu tarafından çıkarılan kanunlar bu üstünlükten yararlanır. Bir başka deyişle, Britanya'ya dâhil bulunan İskoçya ve Galler gibi ülkelerin parlamentolarının çıkardığı kanunlar için herhangi bir üstünlükten bahsedilemez⁵⁵. Kanun kavramının İngiliz hukukundaki tanımı ve parlamento kararlarından ayrılması aşağıda ayrıca incelenecektir.

Son olarak belirtebiliriz ki, parlamentonun üstünlüğü ilkesi, İngiliz hukukundaki bütün hukukî yetkilerin kendisinden kaynaklandığını değil, bütün yetkilerin ve diğere bütün hukuk normlarının bir kanun ile bertaraf edilip, geçersiz kılınabileceğini ifade eder⁵⁶. Örf ve adet kuralları İngiliz siyasal sisteminin gelişmesinde çok büyük rol oynamıştır ve örneğin Taç'ın ayrıcalık yetkileri ("*royal prerogative*") doğrudan bir kanundan

52 Özbudun, "İngiltere'de Parlamento Egemenliği Teorisi", a.g.m. s. 59.

53 Bradley - Ewing, a.g.e., s. 68; Sir William Wade – Christopher Forsyth, **Administrative Law**, 11.b., Oxford University Press, Oxford, 2014, s. 19.

54 Alder, a.g.e., s. 128 – 129; Barnett, a.g.e., s. 195.

55 Turpin - Tomkins, a.g.e., s. 59-60.

56 Gordon, a.g.e., s. 23.

kaynaklanmaz. Ancak, parlamentonun üstünlüğü ilkesine göre kanun, bu ayrıcalık yetkisi ile konmuş olan işlemleri, geçersiz kılabilir.

Aslen, parlamentonun üstünlüğü ilkesi ile ilgili pek çok detaya yer vermek, bu ilkeyi somut örnekler üzerinden incelemek mümkündür. Ancak, bizim çalışmamız açısından bu ilkenin önemi, kanunların İngiliz hukuku normlar hiyerarşisindeki yerine ilişkin kısmından kaynaklanmaktadır. Bu hususa da yukarıda yeterli detayla değinildiği kanaatindeyiz. Şimdi, İngiliz hukukunda parlamento kararları ile kanunların ne şekilde bir ayrıma tâbi olduğunu inceleyeceğiz.

B. PARLAMENTO KARARLARI VE KANUNLARDAN AYRILMASI

Parlamento kararları ile kanunların birbirinden ayrılması için iki meclisli sistemler ile tek meclisli sistemlerde bir ayrıma gitmek gerektiğini, tek meclisli sistemlerde bu iki normu ihdas eden organa göre bir ayırım yapmanın mümkün olmayabildiğini ve ister istemez bu iki normu ayırt etmek için maddî kritere, yani bu iki normun neyi düzenlediğine bakmak gerektiğini belirtmiştik. İki meclisli sistemlerde ise bu ayırım daha kolaydır. Buna göre, parlamento kararları tek bir meclis tarafından ihdas edilmekteyken, kanun yapma sürecine her iki meclisin de bir şekilde katılması gerekmektedir. Bir başka deyişle, parlamento kararları ile kanunların, iki kademeli bir mecliste, bu normların koyucusuna göre ayırt edilmesi mümkündür.

İngiliz Parlamentosu çift meclisli bir parlamentodur. Bir tarafta Avam Kamarası bulunurken, diğer tarafta Lordlar Kamarası bulunur. İngiliz hukuk sisteminde kanun koyma sürecine katılan üç organ bulunmaktadır. Bunlar, Avam Kamarası, Lordlar Kamarası ve Taç'tır⁵⁷. Bu organlardan bir tanesinin katılımı eksik olduğunda kanun ("*act of Parliament*") normunun ihdas edilebilmesi mümkün değildir⁵⁸. Dolayısıyla, kanunu ihdas edecek olan organ Avam ve Lordlar Kamarası ile Taç'tır. Öte yandan, Avam Kamarası ve

57 Le Sueur, a.g.e., s. 43. Kanun yapma sürecine Taç'ın katılımının hukukî mahiyeti konusunda tartışmalıdır. Bu tartışma, kanun tasarısı ve tekliflerinin kanunlaşabilmesi için gereken kraliyet onayını vermek veya vermemek konusunda monarkın bir yetkisinin olup olmadığı ile ilgilidir. Monarkın, seçilmiş hükümetin aksi yönde bir tavsiyesi olmadıkça, söz konusu onayı vermesi gerektiği yönünde bir anayasal teamül mevcuttur. (Bkz. Bradley – Ewing, a.g.e., s. 21; Alder, a.g.e., s. 274.). Kraliçe'nin kanunlar konusunda mutlak bir veto hakkının bulunduğunu kabul eden görüşler de mevcuttur (Bkz. Barnett, a.g.e., s. 27.). Bu konuda şu kadarını söyleyelim: Biz yukarıda anayasal teamüllerin hukukî değerini tartışmış ve bu normların, ahlak normatif düzeninde geçerli olsalar da, hukukî açıdan bir değeri olmadığını belirtmiştik. Dolayısıyla, hukuken Kraliçe'nin bir kanunu veto etmesinin mümkün olduğu ve bu yüzden de Kraliçe'nin kanun yapma sürecine katılımının salt şekli değil, aslî bir katılım olduğu kanısındayız.

58 Bradley - Ewing, a.g.e., s. 68.

Lordlar Kamarasının kanun yapma sürecine katılım dışında başkaca kararlar aldıkları görülmektedir. Örneğin, hükümet harcamalarının onaylanması, yalnızca Avam Kamarası tarafından gerçekleştirilir ve bu işlem bir parlamento kararıdır⁵⁹. Bununla birlikte, aşağıda incelenecek olan alt mevzuatın yürürlüğe girmesi veya yürürlükte kalması konusunda meclislere bir yetki tanınmış, yani alt mevzuat açısından siyasal denetim öngörülmüşse, bu konuda her meclisin yapacağı işlem de bir parlamento kararı olacaktır. Görüldüğü gibi, İngiliz hukukunda parlamento kararı almaya yetkili organlar ile kanun yapmaya yetkili organlar arasında farklılık bulunmaktadır. Dolayısıyla, parlamento kararları ile kanunları birbirinden ayırmak için maddî kriteri kullanma zorunluluğu, İngiliz hukuku açısından ortaya çıkmamaktadır. Netice itibarıyla, İngiliz hukukunda tek meclisin kararı ile alınabilen kararların parlamento kararı olacağını, her iki meclis ve Kraliçe'nin katılımını gerektiren normların ise kanun ("*act of parliament*") olarak nitelendirileceğini söyleyebiliriz. İngiliz hukukunda parlamento kararları ile kanunların ayrılmasında bir sorun ortaya çıkmamaktadır. Şimdi, bu ayrıma göre kanun ve parlamento kararı niteliğindeki içtüzük normunu daha detaylı olarak inceleyelim.

C. KANUNLAR

Bu kısmın amacı, kısaca İngiliz hukukundaki kanun yapma sürecini incelemektir. Ancak, bundan önce kanunlara ilişkin İngiliz hukukunda yapılan ayırmalardan bahsetmek gerekmektedir. İngiliz sisteminde kamusal kanun önerisi⁶⁰ ("*public bill*") ve özel kanun önerisi ("*private bill*") ayrımı yapılmaktadır⁶¹. Bunlardan ilki, herkesi ilgilendiren hukuku değiştirmeyi amaçlar ve çıkarılmaları her iki meclisin içtüzüklerinde ("*standing orders*") öngörülen usule tâbidir⁶². Çevrenin ve kamu sağlığının korunmasına ilişkin kanunlar, para politikalarına ilişkin kanunlar kamusal kanun önerilerine örnek olarak gösterilebilir⁶³. Bununla birlikte, özel kanun önerisi ile kastedilen, "*yalnızca bireysel, şirketsel veya yerel menfaatleri*" ilgilendiren bir kanun önerisidir⁶⁴. Bunlar için ayrı birer içtüzük

59 Bradley – Ewing, a.g.e., s. 214.

60 "Kanun tasarısı" yerine "kanun önerisi" tabirini tercih etmemizin nedeni "*public bill*", "*private bill*", "*hybrid bill*" gibi önerilerin hem Parlamento üyelerinden hem de hükümet kanadından gelebilecek olmasıdır. Kısacası, "*private member's bill*" bu önerilerin içeriğine ilişkin değil, öneri sahibine ilişkin bir ayrıma işaret etmektedir.

61 Bradley - Ewing, a.g.e, s. 194; Youngs, a.g.e., s. 36.

62 Bradley - Ewing, a.g.e, s. 194

63 Barnett, a.g.e., s. 472.

64 Bradley - Ewing, a.g.e, s. 194. Aynı yönde bkz. Youngs, a.g.e., s. 36.

öngörüldüğünden, bunların tâbi olduğu usul kamusal kanun önerilerinininkinden farklıdır⁶⁵. Özel kanun önerisi ile kamusal kanun önerisinin görüşülme usulü birbirine çok benzemekle birlikte, özel kanun önerisi söz konusu olduğunda ilgili düzenlemeden etkilenecek olanların bilgilendirilmesi ve bunların itirazlarının, varsa, dinlenmesi gerekmektedir⁶⁶. Bu iki türün yanı sıra, karma kanun önerisi ("*hybrid bill*"), finansal kanun önerisi ("*money bill*"), takviye kanun önerisi ("*consolidation bill*") ve kanun teklifi ("*private member's bill*") olmak üzere farklı ayrımlar da mevcuttur. Karma kanun önerisi aynı zamanda belli bir kişinin veya zümrenin menfaatlerini de etkileyen kamusal kanun tasarılarıdır⁶⁷. Finansal kanun tasarıları, meclis başkanı tarafından bu şekilde nitelendirilen ve finansal hususlar dışında başka bir konuya değinmeyen tasarılarıdır⁶⁸. Takviye kanun tasarıları, daha önce mevcut olmayan hususlarda düzenlemeler içermek yerine, mevcut düzenlemeleri değiştiren veya yürürlükten kaldıran tasarılarıdır⁶⁹. Kanun teklifleri ise, Türk ve Alman hukukunda olduğu gibi, hükümetin bir mensubundan değil, parlamentonun bir üyesinden gelen kanun önerileridir⁷⁰. Bir kanun teklifi genellikle kamusal kanun tasarısının özelliklerini göstermekle beraber, aksi nitelikte kanun teklifleri de mevcut olabilir⁷¹. Bunların ihdas usulü birbirinden bazı farklılıklar göstermektedir. Ancak, netice itibariyle, öngörülen usul tamamlandığı takdirde, bunların hepsi kanun gücünde olacak ve kanun olarak nitelendirileceğinden, bizim konumuz açısından mühim olan her bir türün ihdas usulünü detayıyla incelemek değil, ihdas usulünün hangi normlarla öngörüldüğünü göstermektir ki kanun ile bu normlar arasında hiyerarşik bir ilişkinin olup olmadığını tartışabilelim. Dolayısıyla, aşağıda yalnızca kamusal kanun tasarısının tâbi olduğu usulü ele alacağız. İngiliz doktrininde de kanun ihdası usulü tartışılırken kamusal kanun tekliflerinin ihdas usulüne ağırlık verilmektedir⁷².

1. Kamusal Kanun Önerilerinin İhdas Usulü

Bu kısımda kamusal kanun önerilerinin ihdas usulü incelenecektir. Bu bağlamda, temel olarak, teklif aşaması, Avam Kamarası süreci, Lordlar Kamarası Süreci ve kraliyet

65 Bradley - Ewing, a.g.e., s. 194.

66 Michael Zander, **The Law-Making Process**, 7.b., Hart Publishing, Oxford, 2015, s. 51.

67 Barnett, a.g.e., s. 472; Tim Vollans - Glenn Asquith, **English Legal System Concentrate: Law Revision and Study Guide**, 2.b., Oxford University Press, Oxford, 2011, s. 23; Zander, a.g.e., s. 53.

68 Barnett, a.g.e., s. 472; Vollans - Asquith, a.g.e., s. 23.

69 Barnett, a.g.e., s. 472.

70 Barnett, a.g.e., s. 472; Vollans - Asquith, a.g.e., s. 22; Zander, a.g.e., s. 53-54.

71 Carroll, a.g.e., s. 139.

72 Örn. Bkz. Barnett, a.g.e., s. 475-480; Bradley - Ewing, a.g.e., s. 195-201; Carroll, a.g.e., s. 139-144.

onayı ("*royal assent*") aşamaları incelenecektir.

a. Sunum aşaması

Kamusal kanun tasarıları parlamento içinden çıkabileceği gibi, bunların büyük çoğunluğu hükümet tarafından parlamentoya sunulmaktadır⁷³. Buradan da anlaşılacağı gibi, bizim tercih ettiğimiz terminolojideki tasarı/teklif ayrımı Türk hukukundaki tasarı/teklif ayrımı kadar mutlak bir ayrım değildir. Herkese uygulanacak olan hukuku değiştirmeyi amaçlayan kanun "önerilerine" tasarı ismini vermemizin sebebi, uygulamada bunların büyük çoğunluğunun hükümet tarafından sunulmasıdır.

Kanun tasarıları Kabine Ofisine ("*Cabinet Office*") bağlı bir Parlamenter Danışma Ofisi ("*Parliamentary Counsel Office*") tarafından hazırlanırlar⁷⁴. Bu süreçte, özellikle malî hususlara ilişkin konularda, idare dışındaki hukukçulardan da yardım alınması söz konusudur⁷⁵. Ancak, taslağın hazırlanması için bu Ofise gönderilmeden önce, idare içinde pek çok istişare gerçekleştirilir⁷⁶. Bu Ofise, kanunun ele aldığı konuyla ilgili bakanlık tarafından, kanunun nasıl bir düzenleme içereceği ile ilgili genel talimatlar önceden verilir⁷⁷.

Hükümet tarafından kanun tasarısının nihâî metni hazırlandığında bu metnin Parlamento'ya sunulması gerekmektedir. İlk olarak Avam Kamarası'na sunulması gereken finansal önlemler içeren kamusal kanun tasarıları dışında, tasarının ilk olarak hangi meclise sunulduğunun bir önemi bulunmamaktadır⁷⁸. Dolayısıyla, aşağıda inceleyeceğimiz parlamento sürecinde ilk tamamlanan Avam Kamarası olabileceği gibi, Lordlar Kamarası da olabilir.

Şimdiye kadar incelediğimiz kısım kısaca kamusal kanun önerilerinin hükümet tarafından parlamento'ya sunulması ile ilgiliydi. Ancak, unutulmamalı ki sık rastlanılan yol bu olsa da, Parlamento'nun içinden de bir kamusal kanun tasarısının çıkması mümkündür ki bu durumda söz konusu olan bizim yukarıda "kanun teklifi" olarak tercüme ettiğimiz "*private member's bill*"dir. Kısaca, bu usuldeki sunumu da inceleyelim.

Kanun tekliflerinin her iki mecliste de tartışılması hususu meclislerin içtüzükleri

73 Alder, a.g.e., s. 268.

74 Carroll, a.g.e., s. 139.

75 a.y.

76 Alder, a.g.e., s. 269.

77 Bradley - Ewing, a.g.e., s. 194.

78 Alder, a.g.e., s. 269; Vollans - Asquith, a.g.e., s. 22; Youngs a.g.e., s. 36.

tarafından düzenlenmektedir. Bu bağlamda, içtüzükler parlamento toplantılarının belli bir kısmını özel olarak bu tekliflerin görüşülmesi için ayırmaktadır⁷⁹. Bu günlerde hangi üyelerin tekliflerinin tartışılacağına kura ile belirlenmesi mümkündür. Bu yöntem kura yöntemi ile sunum ("*introduction by ballot*") adı verilmektedir⁸⁰. Bu kuralara her toplantı devresinin ("*session*") başında 400-500 milletvekili katılmaktadır ve bunlar arasından teklifi tartışılacak 20 üyenin ismi kura ile belirlenir⁸¹. Daha sonra, bu tekliflerin tartışılması için ayrılmış olan zaman diliminde, üyelerin kanun teklifleri tartışılır. Ancak, kanun tekliflerinin kanunlaşmasının zor olduğu belirtilmektedir⁸².

Kanun tekliflerinin Parlamentoda tartışılabilmesi için öngörülmuş tek usul kura yöntemi ile sunum değildir. Herhangi bir üyenin İçtüzükte öngörülen usulle, kanunun kısa ve uzun başlıklarıyla birlikte Gündeme ("*Order Paper*") yazılması yoluyla da kanun teklifini Parlamento'ya sunması mümkündür⁸³. Bu durumda, en az bir günlük süre verildikten sonra, üyenin istediği bir zamanda, detaylarını aşağıda göreceğimiz ikinci okuma aşamasından kanun teklifinin görüşülmesine geçilmektedir⁸⁴.

Kanun tekliflerinin bir başka sunum yöntemine ise on dakika kuralı ("*ten minutes rule*") ismi verilmektedir⁸⁵. Bu usulde, üye, Salı ve Çarşamba günleri Soru Zamanı ("*Question Time*") adı verilen safhadan sonra bir kanun teklifinin sunumu için önerge verebilir⁸⁶. Bu önergenin verilebilmesi için üyenin en az beş gün önceden bildirimde bulunmuş olması gerekmektedir⁸⁷. Her seferde yalnızca bir kanun teklifi yapılabilir ve vergilendirme, harcama ("*expenditure*") ile ilgili veya o toplantı devresi içinde Parlamentonun görüşüp hakkında bir karara vardığı kanunlar ile benzer içerikte tekliflerin yapılması mümkün değildir⁸⁸. Bu usule "on dakika kuralı" isminin verilmesi, önergesinin kabul edilmesi için üyenin on dakika konuşma hakkının bulunmasından ileri gelmektedir⁸⁹. Bu yöntem ile sunulan bir kanun teklifinin kanunlaşma ihtimalinin çok düşük olduğu ve elli yıllık bir süreçte (1949-1999) yalnızca 64 kanunun bu usulle sunulduğu

79 Bradley - Ewing, a.g.e., s. 195; Wade – Phillips, a.g.e., s. 137.

80 Barnet, a.g.e., s. 481.

81 Carroll, a.g.e., 144.

82 Barnet, a.g.e., s. 480; Terence Ingman, **The English Legal Process**, 13.b., Oxford University Press, New York, 2011, s. 127.

83 Barnet, a.g.e., s. 481.

84 Carroll, a.g.e., s. 146.

85 Carroll, a.g.e., s. 145.

86 Barnet, a.g.e., 481.

87 Carroll, a.g.e., s. 145.

88 Barnet, a.g.e., 481.

89 Carroll, a.g.e., s. 145.

belirtilmektedir⁹⁰.

Son olarak, kanun tekliflerinin olağan sunumundan ("*ordinary presentation*") bahsedilebilir. Bu usulde, bildirimde bulunmak şartıyla her üyenin herhangi bir kanun teklifini Parlamenteoya sunması mümkündür⁹¹. Bunlar, ancak kura yöntemi ile sunulacak bütün teklifler için ikinci okuma ("*second reading*") sürecine geçildiğinde sunulabileceklerinden, bu usulle bir teklifin kanunlaşma şansının çok düşük olduğu belirtilmektedir⁹².

Yukarıdaki usullerden herhangi biri ile parlamenteoya sunulan bir tasarı veya teklifin Parlamenteoda görüşülmesine geçilir. Aşağıda, önce Avam Kamarası, sonra da Lordlar Kamarası'ndaki usulü inceleyip, son olarak kraliyet onayına yer vereceğiz. Ancak, tekrar vurgulayalım ki bir tasarı veya teklif önce Avam Kamarasına sunulabileceği gibi, finansal önlemler içermediği takdirde, ilk olarak Lordlar Kamarasına sunulması da mümkündür. Bir tasarı'nın Avam Kamarası ve Lordlar Kamarasından geçebilmesi için her iki meclisin de basit çoğunluğu gerekmektedir meğerki toplantı yeter sayısına ulaşılmamış olsun⁹³.

b. Avam Kamarası süreci

Bir kanun tasarısı veya teklifinin Avam Kamarasında izlediği süreç temel olarak birinci okuma ("*first reading*"), ikinci okuma ("*second reading*"), komite süreci, rapor safhası ve üçüncü okuma ("*third reading*") olarak ayrılabilir. Bu süreçlerin ne olduğunu kısaca aşağıda göreceğiz.

(1) Birinci okuma

Birinci okuma evresi, bir kanun tasarısı veya teklifi Avam Kamarasına ilk defa sunulduğunda bir kez okunduğu evredir⁹⁴. Avam Kamarası'nın kamusal işlere ilişkin İçtüzüğü'nün 48. maddesine göre her üyenin önüne kamusal kanun tasarısının bir metni sunulur ve başlıkla birlikte kanun metninin tamamı bir defa olmak üzere okunur⁹⁵. Bunun ardından ilgili bakan tasarısının ikinci okuması için bir tarih belirler⁹⁶. Bu sürecin ardından,

90 a.y.

91 Barnett, a.g.e., s. 481.

92 a.y.

93 Youngs, a.g.e., s. 37.

94 Bradley - Ewing, a.g.e., s. 195.

95 Carroll, a.g.e., s. 140.

96 a.y.

tasarı çoğaltılarak dağıtılır⁹⁷. Son olarak, kanun tasarısı metni Kamusal Kanun Tasarısı Ofisi'ne sunulur ve burada başlığın içeriği tam olarak yansıtıp yansıtmadığı, içeriğin meclis kurallarına uygun olup olmadığı ve metnin gerçekten de bir kamusal kanun tasarısı mı yoksa karma nitelikte bir kanun tasarısı ("*hybrid bill*") mı olduğu incelenir⁹⁸.

Birinci Okuma safhasından sonra İkinci Okuma safhasına geçilir.

(2) İkinci okuma

Bir kanun ilk defa ikinci okuma safhasında gerçek anlamda incelenir, ancak bu inceleme kanunun detaylarına değil, ilkelerine, daha genel çerçevesine ilişkindir⁹⁹. Bu inceleme genellikle bütün meclisin katılımı ile gerçekleştirilen bir tartışmada yapılır¹⁰⁰, ancak 20 veya daha fazla üyenin itiraz etmemesi halinde, İkinci Okuma safhasındaki incelemelerin bir komiteye¹⁰¹ bırakılması da söz konusu olabilir¹⁰². Buna rağmen, komitenin incelemesinden sonra oylama bütün üyeler tarafından gerçekleştirilir¹⁰³. İkinci Okuma safhasının tamamlanmasının ardından Komite safhası gelmektedir.

(3) Komite safhası

Bu safhanın amacı, kamusal kanun tasarısının ayrı ayrı maddelerini görüşmek ve değişiklik önerilerini tartışmaktır¹⁰⁴. Bu görüşme ve değişiklik önerilerinin tartışılması daimi komite ("*standing committee*") adı verilen ve Türk hukukundaki komisyonlara benzeyen komitelerde gerçekleştirilir¹⁰⁵. Daimi komitelerin üyeleri milletvekillerdir ve mensup oldukları partinin Avam Kamarasındaki çoğunluğuna oranlı olarak¹⁰⁶ 16-25 üyeden oluşurlar¹⁰⁷. Bir kamusal kanun tasarısına İkinci Okuma evresinin sonu ile birlikte genel destek verilmiş olur, ancak muhalif milletvekillerinin bu evreyi, belli konularda değişiklik yapılması için çoğunluğu ikna etmek için kullanabileceği düşünülmektedir¹⁰⁸.

97 Bradley - Ewing, a.g.e., s. 195.

98 Carroll, a.g.e., s. 141.

99 Barnet, a.g.e., s. 476.

100 Carroll, a.g.e., s. 141.

101 Bu komite Avam Kamarası üyelerinden müteşekkildir. Ancak, İskoçya veya Galler ile ilişkileri konu alan bir kanun tasarısının ikinci okumasını gerçekleştirecek olan komite İskoç ve Galler meclisleridir. Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. Carroll, a.g.e., s. 141; Barnet, a.g.e., s. 476.

102 Barnet, a.g.e., s. 476.

103 a.y.

104 Bradley - Ewing, a.g.e., s. 196.

105 Barnet, a.g.e., s. 477.

106 a.y.

107 Carroll, a.g.e., s. 142.

108 Bradley - Ewing, a.g.e., s. 196.

Komite safhasının ardından, her ne kadar sonraki aşamalarda da değişiklik önerileri yapılabilecek olsa da, kamusal kanun tasarısına için önerilen değişiklikler büyük ölçüde belirlenmiş olmaktadır. Bu değişiklikler hakkındaki nihaî kararı Rapor safhasında meclisin bütün üyeleri verecektir¹⁰⁹.

(4) Rapor

Bu safhada Komite tarafından yapılan değişiklik önerilerinin tartışılması ve kabulü/reddi gerçekleştirilir¹¹⁰. Meclis Başkanı tartışılacak olan değişiklik önerilerini belirleme yetkisine sahiptir¹¹¹. Ayrıca, bu aşamada milletvekilleri tarafından yeni değişiklik önerilerinin yapılması mümkündür¹¹². Rapor safhasının ardından Avam Kamarası'ndaki sürecin son aşaması olan Üçüncü Okuma aşamasına geçilir.

(5) Üçüncü okuma

Üçüncü Okuma safhası, Avam Kamarasının kamusal kanun tasarısının bütünü üzerinde oylama yapacağı safhayı ifade eder¹¹³. Bu aşama, Avam Kamarasının tasarı üzerindeki son incelemelerini yapması için bir fırsattır¹¹⁴. Bununla birlikte, tasarı üzerinde yapılabilecek olan değişiklikler gramer veya baskı hatalarını düzeltmekten öteye geçemez¹¹⁵. Son olarak, bir kanunun Rapor ve Üçüncü Okuma safhalarından aynı anda geçmesinin mümkün olduğunu söyleyelim¹¹⁶.

c. Lordlar Kamarası süreci

Bir kamusal kanun tasarısının kanunlaşabilmesi için bu tasarının Lordlar Kamarası tarafından kabul edilmesi gerekmektedir. Bu durumun istisnaları, yani bir kamusal kanun tasarısının Lordlar Kamarasının onayı olmaksızın kabul edilebileceği durumlar 1911 ve 1949 tarihli Parlamento Kanunları ("*Parliament Acts*") tarafından öngörülmüştür¹¹⁷. Bununla birlikte, Lordlar Kamarası'nın yetkilerini ortadan kaldırmaya veya bu yetkileri azaltmaya yönelik düzenlemeler açısından bu kanunların uygulama bulmayacağı görüşü

109 Carroll, a.g.e., s. 142.

110 Alder, a.g.e., s. 270.

111 a.y.

112 Bradley - Ewing, a.g.e., s. 196.

113 Alder, a.g.e., s. 270.

114 Bradley - Ewing, a.g.e., s. 196.

115 Barnet, a.g.e., s. 480.

116 a.y.

117 Alder, a.g.e., s. 273.

mevcuttur. Bu görüşün temelinde, yalnızca Kraliçe ve Avam Kamarasının katılımı ile kabul edilen bir düzenlemenin kanun ("*Act of Parliament*") niteliği taşımayacağı ve kabul edilen normun bir çeşit alt mevzuat¹¹⁸ ("*delegated legislation*") olacağı düşüncesi yatmaktadır¹¹⁹. Biz, aşağıda Parlamento Kanunlarına ve bunların önemine kısaca değineceğimiz için burada detaylı açıklama yapma gereği duymuyoruz.

Esasen Avam Kamarasındaki süreç ile Lordlar Kamarasındaki süreç oldukça benzerdir. Fakat, bunları düzenleyen İçtüzükler farklı normlardır¹²⁰. Bu süreçlerin farklı normlar tarafından düzenlenmesi, sürecin de özdeş değil, benzer olmasına, bu iki süreç arasında küçük de olsa farklılıklar bulunmasına yol açmıştır. Bu farklılıklardan en önemlisi Lordlar Kamarasında kamusal kanun önerilerinin değerlendirilmesi için daimi komitelerin bulunmıyışdır¹²¹. Lordlar Kamarasında komite safhası meclisin bütün üyelerinin katılımı ile gerçekleştirilmektedir¹²². Öte yandan, Lordlar Kamarasının tasarıda değişiklik yapması veya belli hükümlerin kanunlaşmasını kabul etmemesi halinde, tasarinın Avam Kamarası'na geri dönmesi söz konusu olmaktadır¹²³.

Lordlar Kamarasındaki süreç, kanun yapma sürecinin ikinci basamağını oluşturabileceği gibi, vergilendirme veya hükümet harcamaları konuları dışındaki kamusal kanun önerilerinin ilk olarak Lordlar Kamarasına sunulması mümkündür¹²⁴. Bu durumda, yasama sürecinin ilk aşaması Lordlar Kamarasında gerçekleşecektir. Bununla birlikte, 1911 tarihli Parlamento Kanunu'nun 1. kısmına göre Lordlar Kamarasının finansal kanun tasarılarını ("*money bills*") tadil etme yetkisi bulunmamaktadır. Bu tür kanun tasarıları, Lordlar Kamarası tarafından bir ay içerisinde kabul edilmezse, doğrudan Kraliçe'nin onayını alarak kanunlaşabilirler¹²⁵.

Belirtilen hususlar dışında Lordlar Kamarası ile Avam Kamarasındaki usulî kurallar benzerdir. Tekrara düşmemek için bu aşamaları incelemeyeceğiz. Ancak, özellikle kamusal kanun önerilerinin ihdas usulü ile ilgili büyük önem arz eden 1911 ve 1949 tarihli Parlamento Kanunlarını ("*Parliament Acts*") incelemeden, kanun ihdası sürecini hakıyla

118 Esasen, "*delegated legislation*" tabirinin ikincil mevzuat olarak çevrildiğine de rastladık. Kanımızca bu isimlendirme doğrudur da. Ancak, AB hukuku kapsamında da ikincil mevzuattan bahsedeceğimiz için, bu tür düzenlemeler için kullanılan bir başka çeviri olan "alt mevzuat"ı tercih etmekteyiz.

119 Alder, a.g.e., s. 274.

120 Bradley - Ewing, a.g.e., s. 199.

121 a.y.

122 Carroll, a.g.e., s. 143.

123 Alder, a.g.e., s. 273.

124 a.y.

125 Carroll, a.g.e., s. 143.

incelemiş olmak mümkün değildir. Aşağıda göreceğimiz gibi, Parlamento Kanunları, Lordlar Kamarasının kamusal kanun tasarıları ve finansal kanun tasarılarına ilişkin olarak gerçekten bu işlemlerin yapıcısı olup olmadığını sorgulatacak nitelikteki hükümler içermektedir. Kaldı ki, bu kanunlar, kamaraların içtüzükleri ile kanunlar arasındaki hiyerarşik ilişkinin saptanması açısından da değer arz ettiğinden, çalışmamız için incelenmesi zorunlu bir konu niteliğindedirler. Bu kanunların kamusal kanun tasarıları açısından arz ettiği özel önem nedeniyle, onları bu kapsamda incelemeyi uygun görüyoruz.

d. Kraliyet onayı safhası

Bir kamusal kanun tasarısının, Avam Kamarası ve Lordlar Kamarasının onayını aldıktan sonra veya 1911 ve 1949 tarihli Parlamento Kararları uyarınca Lordlar Kamarasının veto yetkisi bertaraf edildiğinde kanunlaşabilmesi için Taç tarafından onaylanması gerekmektedir¹²⁶. Kraliyet onayı Kraliçe'nin bizzat verdiği bir onay değildir. 1541 tarihli bir Kanun'dan itibaren, kraliyet onayını vermek için belirlenen yetkililer ("commissioners"), Lordlar ve Avam Kamarasının huzurunda onay verirler¹²⁷. 1967 tarihli Kraliyet Onayı Kanunu ("*Royal Assent Act*") da kraliyet onayının yetkililer aracılığıyla verilebileceğini düzenlemektedir¹²⁸. Bununla birlikte, Tacın ayrıcalık yetkilerini ("*royal prerogative*") etkileyen bir tasarı için kraliyet onayı, Lordlar ve Avam Kamaralarındaki süreç tamamlandıktan sonra değil, bu süreçlerden önce alınmalıdır¹²⁹. Son olarak, istediği takdirde Kraliçe'nin bir kanuna kraliyet onayını şahsen verebileceği, bu yetkinin hala monarkta olduğu düşünülmektedir¹³⁰.

Bununla birlikte, kraliyet onayını verme yetkisi aslen Kraliçede kalmaya devam etmektedir. Dolayısıyla, bu yetkinin hukukî mahiyetinin belirlenmesi, Tacın kanun yapım sürecinde gerçek anlamda bir yetkili mi olduğu, yoksa şekli bir onay yetkisine mi sahip olduğunun anlaşılması açısından önemlidir. Hemen belirtelim ki, Kraliçenin Avam Kamarası ve Lordlar Kamarası sürecinden geçmiş olan bir kamusal kanun tasarısına her zaman onay vermesi gerektiği yönünde bir anayasal teamül mevcuttur¹³¹. Ancak, yukarıda da tartıştığımız üzere, anayasal teamüller hukukî bir değere sahip değildirler. Üstelik,

126 Barnett, a.g.e., s. 108; Wade-Phillips, a.g.e., s. 133.

127 Bradley - Ewing, a.g.e., s. 200.

128 Alder, a.g.e., s. 273.

129 Bradley - Ewing, a.g.e., s. 200.

130 Alder, a.g.e., s. 274.

131 Alder, a.g.e., s. 274; Ingman, a.g.e., s. 129; Beale, a.g.e., s. 16.

başbakanın önerisi üzerine Kraliçenin bir kanunu onaylamaktan kaçınabileceği belirtilmektedir¹³². Bu nedenle de, Kraliçenin onay vermeme hakkına hâlâ sahip olduğu¹³³, ancak 1707 yılından bu yana hiçbir monarkın bir kanunu onaylamaktan kaçınmadığı belirtilmektedir¹³⁴.

Netice olarak, İngiliz hukuk sisteminde monarkın kanunları veto etme yetkisini halen elinde bulundurduğu, ancak hukukî bağlayıcılığı olmayan, geleneksel uygulamalardan ibaret birtakım teamüller sebebiyle veto yetkisini kullanmadığı sonucuna varabiliriz. Bu durumda, Kraliçenin iradesinin kanun yapma sürecinde gerçekten etkili olduğunu ve Tacın kanun yapma yetkisine sahip olan üç organdan biri konumunda bulunduğunu belirtmek gerekir. Bir başka deyişle, İngiltere'de monark gerçekten de çift kademeli Parlamantonun yanında kanun yapmaya yetkili olan diğer organdır. Monarkın bu yetkisi, Kara Avrupası hukuk sistemine mensup olan Türkiye ve Almanya'da olduğu gibi şekli bir yetki olarak görülmemelidir.

Kanunlaşma süreci kraliyet onayı ile tamamlanır. Ancak, kanunun her zaman bu aşamada yürürlüğe girdiği sanılmamalıdır. Kraliyet onayının alınmasına rağmen, eğer kanun metninde başka bir tarih belirlenmişse, kanun o tarihte yürürlüğe girecektir¹³⁵. Eğer madde metninde herhangi bir tarih belirlenmemişse, 1978 tarihli Yorum Kanunu'nun 4. kısmı uyarınca, kanun kraliyet onayının alındığı gün yürürlüğe girecektir.

2. 1911 ve 1949 Tarihli Parlamento Kanunları

Bu iki kanunun İngiliz anayasa hukuku açısından önem arz etmesinin esas nedeni, kanun yapım sürecinde Lordlar Kamarasının veto hakkı ile oynayabileceği rolü sınırlamasıdır¹³⁶. İlk olarak 1911 tarihli Parlamento Kanunu ile Lordlar Kamarasının kanun yapım sürecindeki mutlak veto yetkisi belli içerikteki kanunlar açısından sınırlandırılmış ve yerine geciktirici veto yetkisi getirilmiş¹³⁷, 1949 tarihli Parlamento Kanunu ile ise geciktirici veto yetkisinin kanun yapma sürecindeki etkisi daha da azaltılmıştır. Detaylı olarak bu kanunların düzenlemelerinin incelenmesine geçmeden önce, kısaca 1911 öncesinde Lordlar Kamarasının kanun yapma sürecinde oynadığı rol, bu rolün İngiliz

132 Alder, a.g.e., s. 274.

133 Barnett, a.g.e., s. 27.

134 Grant, a.g.e., s. 20.

135 Bradley - Ewing, a.g.e., s. 200.

136 İlhan Arsel, "Lordlar Kamarasının Salâhiyetlerini Tahdide Matuf Son Teşebbüsler", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 7, Sayı: 1-2, 1950, s. 92.

137 Carroll, a.g.e., s. 191.

siyasî yaşamı açısından yol açtığı sorunlar ve bu sorunların çözümü için özellikle Avam Kamarası tarafından atılan adımlara kısaca değineceğiz.

1911 yılında ilk Parlamento Kanununun ihdasından önceki dönemde, Lordlar Kamarası, Avam Kamarası ile eşit yetkilerle donatılmış bir meclis olarak görülüyordu ve tıpkı Avam Kamarası gibi kanun yapımı sürecinde inisiyatif kullanma, kanun teklif etme yetkisine sahipti¹³⁸. Bu dönemde, Lordlar Kamarasının da Avam Kamarası ve Taç ile birlikte kanun yapım sürecinde yetkili olan organlardan biri olduğu konusunda hiçbir şüphe bulunmamaktadır. Bu durumda, demokratik meşruiyete sahip olmayan ve Kral tarafından atanan üyelerden oluşan Lordlar Kamarasının, halkın oylarıyla göreve gelmiş olan Avam Kamarası ve hükümetin ihdas etmek istediği bir kanunu engelleme yetkisinin bulunması eleştirilmeye başladı. Bu eleştirilere göre, Lordlar Kamarasının "*icraî kuvvet üzerinde hiç bir kontrol imkânına malik bulunmaması*"¹³⁹ gerekmekteydi. Aksi görüşte olan ve çoğunlukla muhafazakârlar tarafından ise hükümetin bir kanun tasarısı ile Lordlar Kamarasının yetkilerini daraltmayı önerme yetkisi bulunmamaktaydı¹⁴⁰.

Teamüllerin önemli ve hukuk dışı bir rol oynadığı İngiliz anayasal sisteminde, Avam Kamarası ve Lordlar Kamarası arasındaki görüş ayrılıkları genellikle gayriresmî usullerle çözülmektedir¹⁴¹. Genellikle, değişiklik önerileri reddedilen Lordlar Kamarasının Avam Kamarasının iradesine öncelik verdiği gözlemlenmiştir¹⁴². Ancak, Lordlar Kamarasının, özellikle de kanun yapım sürecinde mutlak veto yetkisine sahip olduğu bir dönemde, geri adım atmaması ve üstüne gayriresmî müzakere ve uzlaşma çabalarının da başarısız olması durumunda, süreç tıkanmaktaydı. 1911 tarihli Parlamento Kanunu, bu tıkanıklığa hukukî bir çözüm getirmeyi amaçlamıştır.

1911 tarihli Parlamento Kanunu ilk olarak, Parlamantonun görev süresini uzatmayı amaçlayanlar hariç olmak üzere (Kanunun 7. kısmı), kamusal kanun tasarıları üzerinde Lordlar Kamarasının sahip olduğu mutlak veto yetkisini kaldırmıştır¹⁴³. Esasen, kamusal kanun tasarıları üzerindeki mutlak veto yetkisinin kaldırıldığını söylemek tam olarak doğru değildir. Bir kamusal kanun tasarısı, eğer vergilendirme veya hükümet harcamalarını konu almıyorsa, ilk olarak Avam Kamarası'na sunulmak yerine Lordlar Kamarasına da

138 Arsel, a.g.m., s. 93.

139 a.y.

140 Arsel, a.g.m., s. 107.

141 Bradley - Ewing, a.g.e., s. 203.

142 a.y.

143 Carroll, a.g.e., s. 191.

sunulabilir¹⁴⁴. Önce Lordlar Kamarasına sunulan kanun tasarıları ise, hem 1911 hem de 1949 tarihli Parlamento Kanunlarının uygulama alanının dışındadır¹⁴⁵. 1911 tarihli Parlamento Kanunu, ilk olarak Avam Kamarası'na sunulan kamusal kanun tasarılarına ilişkin Lordlar Kamarasına geciktirici bir veto yetkisi vermektedir¹⁴⁶. Buna göre, Lordlar Kamarasının veto ettiği bir kamusal kanun tasarısı, üç toplantı devresi ("*session*") boyunca kanunlaşamaz¹⁴⁷. Ancak, üçüncü toplantı devresinde de Lordlar Kamarası tasarının kanunlaşmasına müsaade etmezse, tasarı doğrudan kraliyet onayı ("*royal assent*") almak üzere kanunlaşabilecektir¹⁴⁸. Bir başka deyişle, desteklemediği bir kamusal kanun tasarısına ilişkin olarak Lordlar Kamarasının yapabileceği tek şey, üç toplantı devresi boyunca bu tasarının kanunlaşmasını engellemektir. Daha sonra, Avam Kamarası isterse, Lordlar Kamarasının onayına ihtiyaç duymadan tasarıyı kanunlaştırabilir. Son olarak, finansal kanun tasarılarına ilişkin olarak Lordlar Kamarasının geciktirici bir veto yetkisine sahip olması yine kabul edilmiştir. Ancak, bu yetkinin pratikte veto yetkisine sahip olmamak anlamına geldiği vurgulanmalıdır. Nitekim, bu tür kanun tasarılarına ilişkin Lordlar Kamarasının geciktirici veto yetkisi yalnızca bir aylık bir süre için mevcuttur¹⁴⁹. Bu süre neticesinde, tasarı hala Lordlar Kamarasının onayına almamışsa, Avam Kamarası tasarıyı kanunlaşmak üzere kraliyet onayına sunabilir.

Lordlar Kamarasının sahip olduğu ve yaklaşık olarak 2 yıla tekabül eden geciktirici veto yetkisi, Parlamantonun 4. ve 5. yıllarında, yani seçimden önceki son iki yılında, Lordlar Kamarasının Parlamantonun çalışmalarını sekteye uğratabileceği ve genel seçimlere dek tasarıların kanunlaşmasını engelleyebileceği anlamına geliyordu¹⁵⁰. 1945 yılından itibaren oldukça geniş bir devletleştirme ("*nationalisation*") hareketi başlatmak isteyen İşçi Partisi, Lordlar Kamarasının geciktirici veto yetkisini 2 yıldan 1 yıla indirmek istedi¹⁵¹. Bunun neticesinde ise, 1949 tarihli Parlamento Kanunu ile 1911 yılında çıkarılmış olan kanunu tadil etmek için çalışmalar başlatıldı ve 1947'de bu yöndeki tasarı muhafazakârların sert muhalefetine rağmen Avam Kamarası'na sunuldu¹⁵². 1911 tarihli Parlamento Kanununun Avam Kamarası ve Lordlar Kamarasının mutabakatıyla kabul

144 Alder, a.g.e., s. 273.

145 Alder, a.g.e., s. 273.

146 Carroll, a.g.e., s. 191.

147 Arsel, a.g.m., s. 106.

148 Carroll, a.g.e., s. 191.

149 a.y.

150 Bradley - Ewing, a.g.e., s. 204.

151 a.y.

152 Arsel, a.g.m., s. 102.

edilmiş olmasına rağmen, ki 1911 öncesi dönemde bunun aksi mümkün değildi, tadil eden 1949 tarihli Parlamento Kanunu Lordlar Kamarası tarafından reddedilmiş ve bu tasarı 1949 yılında, 1911 yılında öngörülen sürece göre, Lordlar Kamarasının kararı aranmaksızın kraliyet onayına başvurulmak suretiyle kabul edilmiştir¹⁵³. Bu kanun, İlhan Arsel'in deyimiyile "*Lordların salâhiyetlerini son derece daraltmış ve onu artık iş görmekten aciz bir meclis haline sokmuştur.*". Kanımızca, bu tespit bir nebze abartılıdır. Nitekim, aşağıda bahsedeceğimiz üzere, pek çok kanun hakkında Lordlar Kamarasının mutlak veto yetkisi halen devam etmektedir.

Netice itibariyle, günümüzde bir kamusal kanun tasarısının kanunlaşabilmesi için Lordlar Kamarasından geçmesi teknik olarak şart değildir. Lordlar Kamarasının yapabileceği, kamusal kanun tasarılarını iki toplanış devresi, yani bir sene, parasal kanun tasarılarını ise bir ay süre ile geciktirmekten ibarettir¹⁵⁴. Lordlar Kamarasının değişiklik önerilerinin de tekrar Avam Kamarası tarafından onaylanması gerekeceği de düşünüldüğünde¹⁵⁵, Lordlar Kamarasının iradesinin gerçek anlamda kamusal kanun önerilerinin ihdasına katılan bir irade olup olmadığı; bir başka deyişle, Lordlar Kamarasının kamusal kanun önerilerinin yapıcısı olup olmadığı konusunda tereddüt yaşanabilir. Kanımızca, Lordlar Kamarasının 1911 ve 1949 tarihli Parlamento Kanunlarının kapsamına giren kanun tasarıları açısından, bu işlemlerin yapıcısı olduğunu söylemek mümkün değildir. Nitekim, üst meclisin iradesi, bu tasarıların kanunlaştırılmasında gerçek bir etki sahibi değildir. Üstelik, yalnızca Avam Kamarası ve Taç'ın katılımı ile de bir tasarinin kanunlaştırılması mümkün olmaktadır. Ancak, bu tespit, Lordlar Kamarasının İngiliz hukuk sisteminde kanun normunun gerçek yapıcılarından biri olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Her şeyden önce, özel kanun tasarıları, bakanlar tarafından çıkarılan geçici emirleri ("*provisional orders*") onaylayan kanunlar, ilk olarak Lordlar Kamarasına sunulan kanun tasarıları ve Parlamento'nun yasama dönemini uzatan kanunlar açısından 1911 ve 1949 tarihli Parlamento Kanunlarının uygulanması mümkün değildir¹⁵⁶. Bu da, bu tür kanunlar açısından Lordlar Kamarasının mutlak veto yetkisinin devam ettiği, bir başka deyişle, Lordlar Kamarasının katılımı olmaksızın bu normların ihdasının mümkün olmadığı anlamına gelmektedir. Dolayısıyla, bu normlar açısından

153 Moyra Grant, **The UK Parliament**, 1.b., Edinburgh University Press, Edinburgh, 2009, s. 47.

154 Grant, a.g.e., s. 46-47.

155 Grant, a.g.e., s. 79.

156 Alder, a.g.e., s. 273.

Lordlar Kamarası "işlemin yapıcısı" niteliğini korumaktadır. Bu noktada, İngiliz hukukunda kanunlar arasında yapılan ayrımın, normatif bir sınıflandırmaya işaret ettiği, bu işlemlerin aslında farklı normlar olduğu, nitekim farklı organlar tarafından farklı usullerle ihdas edildikleri öne sürülebilir. Ancak, bunlar aynı güçtedir, böyle bir ayrıma gitsek bile çalışmamız açısından fayda sağlamaz. Nitekim, hangi usul ile kabul edilmiş olursa olsun, neticede elimizde bir kanun olacak ve bu kanun parlamentonun üstünlüğü ilkesinin kapsamına girecektir.

Son olarak, Lordlar Kamarasının onayından geçmeyen bir normun olsa olsa düzenleyici işlem ("*delegated legislation*") niteliğinde olduğunu ileri süren görüşle ilgili birkaç hususa değinelim¹⁵⁷. Bu görüşün savunucuları, 1911 ve 1949 tarihli Parlamento Kanunları kapsamında kabul edilen normların birer kanun olamayacağını ileri sürmektedirler. Örneğin, 1949 tarihli Parlamento Kanunu'nun *ultra vires* olduğu, nitekim gerçek anlamda bir kanun olmadığı görüşü ileri sürülmektedir¹⁵⁸. Bu kanunun gerçekten bir kanun olmamasının sebebi, İngiliz hukukuna göre, bir metnin kanun olabilmesi için Avam Kamarası, Lordlar Kamarası ve Kraliçe'nin iradelerinin birlikte bulunmasının gerekmesi, bir başka deyişle, *Queen in Parliament* sürecinin tamamlanmasının icap etmesidir¹⁵⁹. Teamül olarak nitelendirilebilecek bu gereklilik temelinde, 1949 tarihli Parlamento Kanununun ve dolayısıyla bu kanuna dayanılarak çıkartılan herhangi bir kanunun gerçekten kanun niteliği taşımayacağı savunulmaktadır. Ancak, 1911 tarihli Parlamento Kanununun 2. kısmının lafzı karşısında bu görüşü savunmak zor görünmektedir. Nitekim, anılan hükme göre, Lordlar Kamarası tarafından iki toplanış devresinde kabul edilmeyen bir tasarı üçüncü kez Lordlar Kamarasına sunulmaksızın kraliyet onayıyla "kanunlaşır"¹⁶⁰. Kanunun açık hükmü karşısında, bu usulle yürürlüğe giren normların kanun gücünde olmadığını varsaymak, kanundan üstün bir norm tarafından bu tespitin yapılması halinde mümkün olabilir. Böyle bir hükmün yokluğunda ise, ancak bu tespitin anayasal teamüller kapsamında yapıldığı söylenebilir ki kanun tarafından açıkça

157 Bu görüşün bir özeti için bkz. Alder, a.g.e., s. 274.

158 Graham Zellick, "Is the Parliament Act Ultra Vires", *New Law Journal*, Sayı: 716, Yıl: 1969, s. 1, <http://www.francisbennion.com/word/nfb/1969/1969-001-nfb-is-the-parliament-act-ultra-vires.doc>, Erişim Tarihi: 12 Temmuz 2015.

159 Zellick, a.g.m., s. 1-2.

160 "...*that Bill* (yukarıda belirttiğimiz şekilde Lordlar Kamarası tarafından reddedilen bir kamusal kanun tasarısı) *shall, on its rejection by the House of Lords, unless the House of Commons vote to the contrary, be presented to His Majesty and become an Act of Parliament on the Royal Assent being signified thereto, notwithstanding that the House of Lords have not consented to the Bill...*". Hükümdeki "*Act of Parliament*" ifadesi bu normun da diğer kanunlarla aynı hukukî güce sahip olacağını göstermektedir.

düzenlenen bir alanda anayasal teamüllerin geçerliliği iddia edilemeyecektir. Kaldı ki anayasal teamüllerin hukukî bağlayıcılıktan yoksun olduğunu belirtmiştik. Dolayısıyla, kanımızca 1911 ve 1949 tarihli Parlamento Kanunları uyarınca kabul edilen normlar ile olağan usulle kanunlaşan normlar arasında hiyerarşik bir farktan bahsetmek mümkün değildir. Aslında, normatif geçerlilik açısından bakıldığında, 1911 ve 1949 tarihli Parlamento Kanunu ve bu kanunda belirlenen usulle kanunlaşan diğer normlar arasında bir geçerlilik ilişkisi bulunduğu iddia edilebilir. Nitekim, adı geçen kanunlar, diğer kanunların ihdas usulü ile tespitlerde bulunmaktadır. Ancak, aynı kanun metni, öngörülen usulle kabul edilen normların kanun olacağını öngördüğünden, bu normlar arasında hiyerarşik bir ilişkinin kurulması mümkün olmamaktadır¹⁶¹.

D. İÇTÜZÜKLER

Daha önce belirttiğimiz gibi, İngiliz hukuk doktrinde "parlamento kararı" adında bir normatif kategoriye rastlamadık. Ancak, Türk hukuk doktrinde "parlamento kararı" olarak geçen normlara paralel normlar İngiliz hukukunda da bulunmaktadır. Bu tür kararlara İngiliz hukukunda "*resolution*" ismi verilmektedir¹⁶². Biz, Türk hukukunu incelerken parlamento kararlarını maddî açıdan tanımlamıştık. Çünkü, ancak bu şekilde kanunlar ile parlamento kararlarını ayırt edebiliyorduk. İki kademeli meclise sahip olan hukuk sistemlerinde ise böyle bir ayrıma gitmek şart değildir. Nitekim, bu tür sistemlerde, her iki meclisin de katılımıyla ihdas edilen normlar kanunları oluştururken, tek meclisin kararları parlamento kararlarını oluşturmaktadır. Dolayısıyla, İngiliz hukuk sisteminde de kanun ve parlamento kararlarını tek meclisin iradesi ile mi yoksa iki meclisin iradesiyle mi oluşturulduklarına göre ayırt etmemiz mümkündür.

Yine de, İngiliz hukukundan vereceğimiz örneklerin Türk ve Alman hukukundaki parlamento kararları ile benzer olduğunu göstermek amacıyla maddî anlamda parlamento kararını hatırlamakta fayda görüyoruz. Buna göre parlamento kararı, meclisin iç işlerini ve organizasyonunu, karar alma sürecini veya meclisin yürütme organı veya yargı organı ile

161 Aşağıda göreceğimiz gibi, kanunlar bazı alt mevzuat türlerinin de kanun gücünde olacağını öngörmektedir. Ancak, buradaki durum bir normun kanun gücünde olacağını öngörülmesi değil, kanun olacağını öngörülmesidir. Yukarıdaki dipnotta bahsettiğimiz gibi, burada kanun olmayan bir norma kanun hükmünün tanınması ve bu suretle söz konusu normun mahkemelerin yargısal denetiminden istisna tutulması değil, belli bir süreç neticesinde ortaya çıkan normun "kanun" olarak nitelendirilmesi söz konusudur.

162 Bkz. O. Hood Phillips, **Constitutional and Administrative Law**, 3.b., Sweet & Maxwell, Londra, 1962, s. 53.

olan ilişkilerini konu alan yasama işlemleri olarak tanımlanabilir.

İngiliz hukukunda her iki meclisin İçtüzükleri¹⁶³, Avam Kamarası'nın bütçe kararı ("*budget resolution*"), hükümet harcamalarının Avam Kamarası tarafından onaylanması, Avam Kamarası tarafından savaş kararı alınması gibi pek çok parlamento kararı örneği görmek mümkündür. Ancak, bizim konumuz açısından önem arz eden birel nitelikteki parlamento kararları değil, kural-işlem niteliğindeki meclis içtüzükleridir. Dolayısıyla da aşağıda birel nitelikteki parlamento kararları ve bunların normlar hiyerarşisindeki yerini incelemeyip, yalnızca kamaraların içtüzüklerinin hukukî rejimini ve hiyerarşik gücünü tartışacağız.

İngiliz hukukunda Parlamentonun ayrıcalıklarından bahsedilir. Bu ayrıcalıklar hem Parlamento üyelerinin üyelik sıfatından kaynaklanan Türk hukukundaki dokunulmazlık benzeri ayrıcalıkları hem de Parlamentonun bir organ olarak sahip olduğu ayrıcalıkları kapsar. Bu bağlamda, Parlamentonun kendi iç yapısını ve işleyişini düzenleme, Parlamento üyelerinin dokunulmazlığı ve Parlamentonun kendi yapısını belirleme hakkı gibi ayrıcalıklardan bahsedilebilir. Parlamentonun sahip olduğu ayrıcalıklar hem Avam hem de Lordlar Kamarası için geçerlidir.

Bu kısımda bizi ilgilendiren ayrıcalık Parlamentonun kendi iç yapısını ve işleyişini belirleme ayrıcalığıdır. Avam Kamarası ile Lordlar Kamarasının içtüzükleri ("*standing orders*") bu ayrıcalığın sonuçlarıdır. Parlamentonun kendi iç işleyişi ve organizasyonunu düzenleme ayrıcalığı o denli büyüktür ki mahkemelerin bu iç işleyişe ve organizasyona kararları ile müdahale edebilmesi, İçtüzüklerin yargısal denetimini gerçekleştirmesi veya bu prosedüre uyulmadığı için o prosedür uyarınca alınan bir karar veya yapılan işlemi iptal etmesi söz konusu olmamaktadır. Mahkemelerin Parlamentonun iç işleyişine ilişkin hususları değerlendirememesinin bir Ortak Hukuk ilkesi olduğu söylenebilir. Ancak, bu ilke İngiliz hukukunda bir kanun tarafından da benimsenmiştir. 1689 tarihli Haklar Beyannamesinin ("*Bill of Rights*") 9. maddesine göre¹⁶⁴ "...Parlamentodaki tartışmalar veya işlemlerin hiçbir mahkeme veya Parlamento dışındaki hiçbir yerde geçersizliği öne sürülemez veya bu tartışma ve işlemler sorgulanamaz."¹⁶⁵. Bu ilkenin içtihat yanında

163 Hem Avam Kamarası hem de Lordlar Kamarası kamusal ve özel işlere ilişkin olmak üzere ikişer adet İçtüzüğe sahiptir.

164 Haklar Beyannamesi ("*Bill of Rights*") İngiliz Parlamentosu tarafından kabul edilmiş bir kanun niteliği taşımaktadır.

165 Enid Mona Campbell, **Parliamentary Privilege**, 1.b., The Federation Press, Leichhardt, 2003, s. 177; Evelyn Ellis, "Sources of Law and Hierarchy of Norms", **English Public Law**, ed. David Feldman, 2.b.,

kanun tarafından da benimsenmiş olması önem arz etmektedir. Nitekim, aşağıda belirteceğimiz üzere İngiliz hukukunda kanunlar mahkeme kararından üstün bir hiyerarşik güce sahiptir ve bu nedenle mahkemeler bu içtihattan dönse dahi, hala yürürlükte olan bu kanun nedeniyle İçtüzük hükümlerinin geçerliliğini denetleyebilmeleri mümkün olmayacaktır.

Bu bağlamda, İngiliz hukukunda da İçtüzüklerin Türk ve Alman hukuk sistemlerindeki benzer bir hiyerarşik yere sahip olup olmadığı incelenmelidir. İçtüzükler genellikle kanunların ihdas usulüne ilişkin hükümler içerdikleri için önem arz ederler. Nitekim, üst norm alt normun içeriğini veya konuluş usulünü belirleyen norm ise, İçtüzüklerin kanunlardan üstün bir norm olması olasılığı ortaya çıkmaktadır. Bu kısımda sırasıyla Avam Kamarası ve Lordlar Kamarası İçtüzüklerinde kanunların yapılış usulüne ilişkin ne gibi kuralların bulunduğunu tespit edeceğiz. Hemen belirtelim ki her iki kamaranın da ikişer adet içtüzüğü bulunmaktadır. Bunlardan bir tanesi kamusal işlere, diğeri ise özel işlere ilişkin İçtüzüklerdir. Bunların ne olduğuna yukarıda değindiğimiz için, burada tekrar etmiyoruz. Kanunlar açısından kamusal kanun tasarılarını işlemiş olduğumuz için burada da her iki kamaranın kamusal işlere ilişkin İçtüzüklerinde bulunan hüküm ve düzenlemelere yer vereceğiz ki daha sonra kanunla İçtüzüklerin hiyerarşik ilişkisini tartışabilelim.

Avam Kamarasının Kamusal İşlere İlişkin İçtüzüğünün 57-83 maddeleri arasında kamusal kanun önerilerinin görüşülmesi ile ilgili usullere yer verilmiştir. Türk ve Alman hukuk sistemlerinde, İçtüzüğün kanunun yapılış usulünü düzenleyen bir üst norm olarak kabul edilebilmesi için, bu normun Anayasa tarafından hâlihazırda öngörülmüş olan yapılış usulünden farklı, Anayasa tarafından öngörülmemiş usuller öngörebilmesi gerektiğini belirtmiştik. İngiliz hukuku açısından bu tartışma anlamsızdır. Nitekim, İngiliz hukukunda genel olarak kanun yapılış usulünü düzenleyen şekli anlamda bir anayasa bulunmamaktadır. Dolayısıyla, Avam Kamarasının Kamusal İşlere İlişkin İçtüzüğünün kamusal kanun önerilerinin görüşülmesi ve oylanması usulüne ilişkin olarak getirdiği normların yeni birer düzenleme olduğunu ve Parliamentonun kendi iç işleyişini düzenleme yetkisine dayandığını söyleyebiliriz. Şimdi bu düzenlemeleri örneklendirerek gerçekten kanun yapma usulüne ilişkin olup olmadıklarını değerlendirelim.

İçtüzüğün 57. maddesinin birinci fıkrası kamusal kanun önerilerinin, önceden izne

tâbi olmaksızın herhangi bir üye tarafından sunulabileceğini düzenlemektedir¹⁶⁶. İkinci fıkra ise birinci ve ikinci okuma süreçlerinin ne zaman gerçekleştirileceğini düzenlemektedir. Yukarıda incelediğimiz gibi, bu safhalar kanun koyma sürecinin parçalarıdır. Bu anlamda, örneğin ikinci okumanın belirli bir günde gerçekleştirilmesine dair alınan karar (Avam Kamarasının Kamusal İşlere İlişkin İçtüzüğü m. 57/2), kanunu yaratmaya yönelik usulî bir işlemdir. Keza, İçtüzüğün 65. maddesi, incelenmek üzere ilgili komitelere gönderilen tasarılar üzerinde komitelerin değişiklik yapma yetkisini düzenlemekte, 72. madde Avam Kamarasının bir kanun tasarısını tadil edilmiş haliyle tartışma usulünü düzenlemektedir. İçtüzükte buna benzer pek çok usulî hususta düzenlemeler bulunmaktadır. Bu kurallar, oldukça karmaşık ve detaylı olan kanun yapma usulünü belirlemektedir. Dolayısıyla, kanımızca Avam Kamarasının Kamusal İşlere İlişkin İçtüzüğünün kanun yapma usulünü belirlediği tartışmasızdır.

Lordlar Kamarasının Kamusal İşlere İlişkin İçtüzüğü için de aynı tespitleri yapabiliriz. İçtüzüğün 46 ve 47. maddeleri birinci, ikinci ve üçüncü okuma safhalarına ilişkin usulü düzenlerken, 48. maddesi üçüncü okuma safhasında yapılabilecek değişiklik önerilerini düzenlemektedir. Keza, İçtüzüğün 56. maddesinin 1. fıkrası kanun önerilerinin reddi veya değiştirilmesi yönündeki kararların bu yönde basit çoğunluk bulunmadıkça alınmayacağını düzenlemekte, aynı maddenin 3. fıkrası ise genel olarak Kamaranın karar alması için karar yönünde bir basit çoğunluk olması gerektiğini belirtmektedir. Özellikle, Lordlar Kamarasının kanun tasarısı hakkında alacağı herhangi nihâî bir kararın da bu usullere tâbi olacağı düşünüldüğünde, İçtüzüğün kanun yapma usulünü belirlediği konusunda şüphe kalmamaktadır.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında kolaylıkla İçtüzüklerin kanunların üst normu olduğu sonucuna varılabılırdi. Ancak, daha önce belirttiğimiz gibi, İngiliz hukukunda kanun yapma sürecini düzenleyen kanunların da bulunduğu görülmektedir. Dolayısıyla, bu sonuca varmakta aceleci olmamak ve parlamentonun üstünlüğü ilkesi karşısında İçtüzüklerin kanun yapma usulünü belirlediği gerçeği değerlendirilmelidir.

166 Bu durumda söz konusu taslağa "tasarı" değil de "teklif" isminin verilmesi Türk hukukçusunun bakış açısından daha uygun olacaktır. Ancak, paragraf boyunca devam edecek olan anlatımı bozmamak için "kanun tasarısı" demeye devam edeceğiz. Bir üye tarafından İçtüzüğün 57. maddesi uyarınca sunulan bir kanun "*private member's bill*" ismini almaktadır ve hem kamusal hem de özel kanun tasarıları açısından söz konusu olabilir. "*Private member's bill*" ile alakalı daha detaylı bilgi için bkz. Bradley – Ewing, a.g.e., s. 198-199; Carroll, a.g.e., s. 144-146.

E. KANUNLARIN VE İÇTÜZÜKLERİN NORMLAR HİYERARŞİSİNDEKİ YERİ

İngiliz hukuk sisteminde, normlar hiyerarşisinin en tepesinde bulunabilecek yazılı ve katı bir anayasa bulunmadığını tespit etmiştik. Bu durumda, hala İngiliz hukukundaki en üstün normu tespit edebilmiş değiliz. Normlar hiyerarşisini ortaya koyabilmek için öncelikle bir hukuk sistemindeki en üstün normu belirlemek gerekmektedir. Parlamantonun üstünlüğü ilkesi, İngiliz hukukundaki en üstün normun "*Queen in Parliament*" süreci ile ihdas edilen kanun ("*Act of Parliament*") olduğu izlenimini yaratmaktadır. Ancak, daha önce de belirttiğimiz gibi, bu ilke içtihadî nitelikte bir ilkedir ve bir hukuk sistemindeki en üstün normun içtihadî bir ilke sebebiyle bu niteliği haiz olduğunu söylemek mümkün değildir. Böyle bir tespit, kendi içinde çelişkili olacaktır. Çünkü, bu tespit kabul edilirse, kanun normu normlar hiyerarşisindeki yerini içtihadî bir ilkeye, yani bir başka norma, borçlu olacağından, kanunun normlar hiyerarşisinin en tepesinde yer alması mümkün olamayacaktır.

Bu normların normlar hiyerarşisindeki yerini belirlerken karşılaştığımız bir başka zorluk, İçtüzük ile kanunun ilişkisine dair olacaktır. Türk ve Alman hukuk sistemlerinde yaptığımız inceleme neticesinde, parlamento içtüzüğünün kanunlardan üstün bir konumda bulunduğunu, çünkü içtüzüklerin anayasadan aldıkları yetkiyle kanun koyma sürecini belirleme gücüne sahip olduğunu belirlemiştik. Anayasa mahkemelerinin, kanunları, içtüzüğe aykırılık nedeniyle iptal edip edemeyeceği ise başka bir konudur. İçtüzüğün üstün norm olmasıyla, bu norma aykırılığın yaptırıma bağlanmış olması ayrı hususlardır. Hukukta, üstün norma aykırılığın illa ki yaptırıma bağlanmış olması gerekmez. Çünkü, yaptırım, bizim benimsediğimiz anlayışa göre, bir hukuk normunun zorunlu unsuru değildir. Ancak, genel olarak, olgusal bir tespitle, hukuk sistemlerinin pek çoğunda üst norma aykırılığın, aykırı normun geçersizliğine yol açtığını söyleyebiliriz. Yine de, bu durumun istisnalarını bulmak mümkündür (Örneğin, Türk hukukunda olağanüstü hal kanun hükmünde kararname ile Anayasa arasındaki ilişki). Dolayısıyla, bu kısımda ilk olarak araştıracağımız husus Avam Kamarası ve Lordlar Kamarası içtüzükleri ile kanunlar arasındaki hiyerarşik ilişkinin ne şekilde olduğudur.

İngiliz Parlamentosu, yani Lordlar ve Avam Kamaraları, kendi iç yapısını ve prosedürünü düzenleme yetkisine sahiptir¹⁶⁷. Bu doğrultuda, meclislerin karar alma usulü

167 Edward Wavell Ridges, **Constitutional Law of England**, 5.b., Stevens & Sons, Londra, 1934, s. 67-68.

gibi pek çok husus meclislerin içtüzüklerinde incelenmiştir. Bu içtüzüklerde kanun koyma sürecine ilişkin kurallar da yer almaktadır. Bu bağlamda, İngiliz Parlamentosunun içtüzüklerinin Alman ve Türk hukuk sistemlerindeki meclis içtüzükleriyle paralellik arz ettiğini söyleyebiliriz. Bu nedenle, İngiliz hukukunda da içtüzüklerin, kanunlar açısından usulî bir "olması gereken" teşkil ettiği ve bu nedenle de normlar hiyerarşisinde kanunların üstünde yer alacağı düşünülebilir.

Ancak, Türk ve Alman hukuk sistemlerindeki durum biraz daha farklıdır. Örneğin, Türk hukukunda, kanunların genelliği ilkesinin benimsenmiş olmasına rağmen, meclisin iç yapısı ve işleyişine ilişkin kuralların meclis içtüzüğü ile düzenleneceğini ve bu alanın kanunlar tarafından düzenlenemeyeceğini belirtmiştik. Bu nedenle, bir kanunun geçerliliği anayasa ve içtüzük tarafından benimsenmiş olmakta, kanunlar kendi geçerliliklerini düzenleyememekteydi. Alman hukukunda ise, federal kanunların hangi konularda çıkarılabileceği Anayasa tarafından açıkça düzenlenmiştir. Bunların dışında bir konuda federal kanun çıkarılması mümkün değildir ve meclisin iç yapısı ile çalışma usulü federal kanunun konuları arasında sayılmamıştır¹⁶⁸. Dolayısıyla, Alman hukukunda da kanunların geçerliliğinin anayasa ve içtüzükler tarafından belirlendiğini söyleyebiliriz. Almanya'da da kanunların içtüzük hükümlerini bertaraf ederek kendi geçerliliğini düzenlemesi mümkün değildir. İngiliz hukukunda ise durum biraz farklıdır. Bir kere, İngiliz hukukunda kanunların konu bakımından hiçbir sınırlamaya tâbi olmadığı ifade edilmektedir¹⁶⁹. Parlatentonun üstünlüğü ilkesi tarafından da ifade edilen bu durum, çoğunlukla İngiliz hukukunda kanun üstü bir seviyede, kanunları konu bakımından sınırlandırabilecek bir üst norm olmamasından kaynaklanmaktadır. Bir başka deyişle, kanunların konu olarak kendi geçerliliklerini ele almasında herhangi bir hukukî engel bulunmamaktadır¹⁷⁰.

1911 ve 1949 tarihli Parlamento Kanunları, kanunların kendi geçerliliklerini konu edinebileceğinin en güzel örneğidir¹⁷¹. Bu kanunlarla, Lordlar Kamarasının belli kanun tasarıları hakkında sahip olduğu yetkiler düzenlenmiş ve sınırlanmış, bir kanun tasarısının Lordlar Kamarasının onayı olmaksızın da kanunlaşabileceği düzenlenmiştir. Bu durumun Parlamento Kanunlarının hukukî geçerliliğinin sorgulanmasına yol açtığını, İngiliz hukukunda Lordlar Kamarasının onayını almamış olan bir normun kanun olarak

168 Bununla birlikte, hem Türk hukukunda hem de Alman hukukunda anayasa mahkemelerinin kararlarının bizim düşüncemizin aksi yönünde olduğunu hatırlatalım.

169 Dicey, a.g.e., s. 38.

170 Bradley - Ewing, a.g.e., s. 70.

171 Bu konuda ayrıca bkz. Bradley - Ewing, a.g.e., s. 67.

nitelendirilemeyeceğinin belirtildiğini, buna rağmen 1911 tarihli Parlamento Kanunu'nun buna izin verdiğini ve 1949 tarihli Parlamento Kanunu'nun 1911 tarihli Parlamento Kanunu tarafından öngörülen usulle yürürlüğe girdiğini ifade etmiştik. Fakat, İngiliz hukukunda bir kanunun kanun olarak nitelendirilebilmesi için Lordlar Kamarasının onayını alması gerektiği savını destekleyen bir pozitif hukuk hükmü yoktur. Lordlar Kamarasının 1949 tarihli Parlamento Kanunu hakkında verdiği kararda benimsediği gibi "*1911 tarihli Parlamento Kanunu birincil mevzuatın tanımını değiştirmiştir ve Avam Kamarası'na Lordların onayı gerekmeksizin kendi usulüne göre kanun çıkarma yetkisini vermiştir.*"¹⁷². Buradan da anlaşılacağı üzere, İngiliz hukukunda kanunların kendi geçerliliklerini düzenleme gücü bulunmaktadır.

Kanunların kendi geçerliliğini düzenleyebileceğini kabul ettiğimizde ise çelişkili bir durumlar karşı karşıya kalmaktayız. Farklı normların, yani meclislerin içtüzüklerinin ve kanunların, kanun normunun geçerliliği hakkında "olması gereken" ifade ettiği, bu normun ihdas usulü hakkında düzenlemeler içerdiği görülmektedir. Bu noktada, hangi normun daha üstün olduğunun tespiti güçleşmektedir. İngiliz bir hukukçunun parlamentonun üstünlüğü ilkesi doğrultusunda kanunun İngiliz hukuk sistemindeki en üstün norm olduğunu söyleyeceği şüphesizdir. Bu ilke, daha önce de belirttiğimiz gibi, bir durumun mahkemelerce tespitinden ibarettir. Bu durum ise, İngiliz hukukunda kanunları içerik veya usul bakımından sınırlandırabilecek bir normun bulunmamasıdır. Dolayısıyla, kanun normu ile meclis içtüzüğünde öngörülmüş bir hükmün ilga edilmesi kanımızca mümkündür. Çünkü, konu bakımından sınırsız olan kanunlar, en nihayetinde Lordlar ve Avam Kamalarının içtüzüklerini değiştirmeyi de konu edinebilir. Aynı hususun ise içtüzükler açısından söylenmesi mümkün değildir. "*Standing order*" ifadesinin Türkçeye tam çevirisinin "daimî nizamname" şeklinde yapılması mümkündür. Bu tamlamadaki daimilik içtüzüğün düzenleyici özelliğine, nizamname ise iç işlerin düzenlenmesine işaret etmektedir. Dolayısıyla, kanımızca, meclis içtüzükleri ile meclisin iç işleyişi dışında bir konunun düzenlenmesi, bunu hüküm altına alan spesifik bir norm olmamasına rağmen, mümkün değildir¹⁷³.

172 David Jenkins, "Common Law Declarations of Unconstitutionality", **International Journal of Constitutional Law**, Cilt: 7, Sayı: 2, 2009, s. 204.

173 İngiliz hukukunda, Türk ve Alman hukukunda olduğu gibi, kanunla içtüzük hükümlerinin düzenlenemeyeceğine dair anayasal bir temel bulunmamaktadır. Bu durumda belki de bu iki norm arasındaki hiyerarşik ilişkiyi açıklamak için iradeci bir bakış açısı benimsenebilir ve iki meclisin iradesinin birleşmesi ile ihdas edilen bir normun, tek meclisin iradesiyle ihdas edilen bir normdan daha

Yukarıdaki açıklamalardan, her ne kadar meclis içtüzüklerinde kanun koyma usulünü düzenleyen hükümler bulunsa da, içtüzüklerin normlar hiyerarşisinde kanun altı bir seviyede yer alacağı sonucunu çıkarabiliriz. Dolayısıyla, içtüzük hükümleri ile bir kanun hükmü çatışır¹⁷⁴, *lex superior* ilkesi uyarınca kanun hükümleri uygulanmalıdır. Ayrıca, yalnızca şekli anlamda kanunların parlamentonun üstünlüğü ilkesine tâbi olduğunu düşünürsek, İçtüzüğün kanuna uygunluğunun denetiminin mahkemelerce yapılabileceği sonucuna ulaşabiliriz.

Netice itibariyle, İngiliz normlar hiyerarşisinin en tepesinde kanunların bulunduğunu, Lordlar ve Avam Kamaralarının içtüzüklerinin kanunların altında bulunduğunu söyleyebiliriz. Böylelikle,

III. ULUSLARARASI HUKUK NORMLARI

Bu kısımda uluslararası hukuk normlarının İngiliz normlar hiyerarşisinin hangi basamağında yer alacağını tespit edeceğiz. Bu amaçla, öncelikle kısaca İngiltere'de hangi uluslararası hukuk normlarına geçerlilik tanınabileceği ve uluslararası hukuk normlarının benimsenmesinde hangi usulün izleneceğini inceleyeceğiz.

Bu incelemeye geçmeden önce belirtelim ki İngiliz hukukunda tanınabilecek olan uluslararası hukuk normları uluslararası antlaşmalar ve uluslararası örf ve adet hukukudur. İngiliz hukukunda, Alman hukukunda olduğu gibi, uluslararası hukukun genel ilkelerine veya başkaca bir hukuk normuna iç hukukta geçerlilik tanımak için bir usul bulunmamaktadır. İlk olarak uluslararası antlaşmaların yapılmasını ve bunların iç hukuktaki etkilerini inceleyelim.

üstün olması gerektiği savunulabilirdi. Ancak, bu tespitin geçerliliğinden şüphe duymaktayız. Bir kere, iki meclisin iradesinin birleşmesi ile oluşan bir normun tek meclisin iradesinden üstün olduğunun savunulması normcu bakış açısıyla bağdaşmaz. Normcu bakış açısı, iradelerin birleşmesini usulî bir şart olarak algılayıp, neticede ortaya çıkan normun hukukî gücüne etki eden bir faktör olarak görmeyecektir. Ancak, genel olarak benimsediğimiz normcu bakış açısı bir yana, demokratik meşruiyet açısından İngiliz hukukunda asıl önem teşkil eden irade Avam Kamarası'nın iradesidir. Lordlar Kamarası'nın İngiliz hukukundaki rolü ikincil derece bir roldür (Bkz. Sir Courtenay Ilbert, **Parliament: Its History, Constitution and Practice**, 1.b., Henry Holt and Company, Londra, 1911, s. 32.). 1911 ve 1949 tarihli Parlamento Kanunları ile Lordlar Kamarası'nın rolü daha da arka planda kalmıştır. Dolayısıyla, iradeci bir bakış açısıyla bile, Lordlar Kamarası'nın iradesinin ne derece önemli olduğu ve onay verdiği normun hukukî gücüne ne katacağı pek şüphelidir. Aynı husus kraliyet onayı için de söylenebilir. Her ne kadar, iki normun ihdas sürecinde kraliyet onayı usulî bir farklılık yaratsa da, bu onayın, neticede ortaya çıkan normun hukukî gücüne ne kattığı şüphelidir.

174 Aslen, burada çatışma değil, aykırılık ifadesini kullanmak icap eder. Nitekim, çatışma aynı seviyedeki normlar arasında gerçekleşirken, aykırılık farklı hiyerarşik güce sahip olan normlar arasında ortaya çıkar. Ancak, henüz bu konudaki nihaî kararın verilmediği varsayımıyla, "çatışma" ifadesini tercih ettik.

A. İNGİLTERE'DE ULUSLARARASI ANTLAŞMALARIN YAPILMASI VE İÇ HUKUKA ETKİSİ

Bir hukuk sisteminde uluslararası antlaşmaların yapılması ile bunların iç hukuka aktarılması farklı hususları ifade edebilir. Monist sistemi benimsemiş olan hukuk sistemlerinde bir uluslararası antlaşma yapıldığı anda iç hukukun parçası haline gelirken, düalist sistemlerde uluslararası antlaşmanın yapılması ("*signing*") ile iç hukuka aktarılması ("*incorporation*") farklı zamanlarda ve farklı organların yetkilerini kullanmalarıyla gerçekleşmektedir. İngiltere bu bağlamda düalist sistemin bir örneğini teşkil etmektedir¹⁷⁵. Dolayısıyla, antlaşmanın yapılması ile iç hukuka aktarılması farklı süreçleri ifade edecektir. Uluslararası antlaşmaların uygulanması ("*implementation*") hususu ise hem monist hem de düalist sistemlerde farklı aşamalardır. İngiltere'de bu aşamaların ilkinde yürütmenin daha etkili (hatta belki de tek etkili) olduğu gözlemlenmekteyken, ikinci aşamada neredeyse Parlamento'nun mutlak bir hâkimiyeti bulunmaktadır¹⁷⁶. Hatta 2010 tarihinden beri, Parlamento'nun bu konudaki tek hâkim olduğu söylenebilir. Nitekim, 2010 tarihli Anayasal Reform ve Yönetim Kanunu ("*Constitutional Reform and Governance Act*") ile birlikte İngiliz hukukunda bir anayasal teamül olarak benimsenen Ponsonby Kuralı¹⁷⁷ ("*Ponsonby Rule*") kanun tarafından öngörülmüş ve Parlamento'ya herhangi bir uluslararası antlaşmanın, kanunla benimsenmesi gereksin yahut gerekmesin, iç hukuka aktarılmasını engelleme fırsatı tanınmıştır¹⁷⁸. Söz konusu kanunun 20. maddesinin 1. fıkrasına göre, bir uluslararası antlaşma, ilgili bakan tarafından Parlamento'ya sunulup 21 gün içerisinde herhangi bir meclis tarafından uluslararası antlaşmanın iç hukuka aktarılmaması yönünde bir karar alınmadıkça onaylanamaz¹⁷⁹. Bununla birlikte, bazı antlaşmaların kanun veya ikincil mevzuat tarafından iç hukuka aktarılması gerekmektedir ki bunlara aşağıda değineceğiz.

İngiliz hukuk sisteminde uluslararası antlaşmaları akdetme yetkisi ve usulüne ilişkin yazılı kurallar bulunmamaktadır¹⁸⁰. Uluslararası antlaşmaların akdedilmesi yetkisi

175 Alder, a.g.e., s. 102.

176 Sidney William Templeman, "Treaty-Making and the British Parliament-Europe", **Chicago-Kent Law Review**, Cilt: 63, Sayı: 2, Ocak 1991, s. 459.

177 Detaylı bilgi için bkz. Templeman, a.g.m., s. 465, 466.

178 Stephen Neff, "United Kingdom", **International Law and Domestic Legal Systems**, ed. Dinah Shelton, 1.b., The Oxford University Press, New York, 2011, s. 621.

179 Söz konusu kanunun metni için bkz. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/25>, Erişim Tarihi: 18 Mayıs 2015.

180 Robert B. Stewart, "Treaty-Making Procedure in the United Kingdom", **The American Political Science Review**, Cilt: 32, Sayı: 4, Ağustos 1938, s. 655.

ve usulü genellikle *Common Law* ve anayasal teamüller tarafından belirlenmektedir¹⁸¹. Buna göre, İngiliz hukuk sisteminde uluslararası antlaşmaları akdetme yetkisi yürütme organına aittir¹⁸². Yürütme organının kullanacağı bu yetki aslen Tacın ayrıcalıklı yetkileri ("*prerogative*") arasında bulunmaktadır¹⁸³. Uluslararası antlaşmaları akdetme yetkisinin monarka ait olması demek, iki veya çok taraflı uluslararası antlaşmaların hazırlık, görüşme ve imza süreçlerinde devleti temsil etmeye yetkili olan kişinin monark olması demektir. Ancak, monarkın çoğunlukla bu yetkisini hükümet veya diğer temsilcileri aracılığıyla kullandığı görülmektedir¹⁸⁴. Fiilen hareket eden kimseler hükümet veya diğer temsilciler olsa da, neticede antlaşmayı imzalayan kişi monark olarak kabul edilmektedir¹⁸⁵. Ancak, monarkın bu yetkisini kullanırken başbakan ve ilgili bakanın tavsiyesi üzerine hareket etmesi yönünde bir anayasal teamül bulunmaktadır¹⁸⁶.

İngiltere'de herhangi bir uluslararası antlaşmanın Parlamento tarafından onaylanması veya iç hukuka aktarılması gerektiğini düzenleyen herhangi bir norm bulunmamaktadır¹⁸⁷. Ancak, 2010 yılında çıkarılan Anayasal Reform ve Yönetim Kanunu uyarınca, bütün uluslararası anlaşmalar onay safhasından önce Parlamento'ya sunulmalıdır. Parlamentonun her iki meclisi de 21 gün içinde bir parlamento kararı olarak söz konusu antlaşmanın onaylanmasını engelleyebilir. Ancak, bu süre dolmuşsa ve her iki meclis de onaylamama yönünde bir karar almamışsa, uluslararası antlaşma onaylanabilir.

Bazı mahiyetteki uluslararası antlaşmaların iç hukuka aktarılması içinse mutlaka Parlamento'nun bir kanun çıkarması gerekmektedir. Bu bağlamda, İngiliz hukuk düzeninden farklı hükümler içeren, vatandaşların hak ve yükümlülüklerini etkileyen, vergi veya kamu harcamaları gibi finansal konularda düzenlemeler içeren uluslararası antlaşmaların iç hukuka aktarılması için Parlamento'nun kanun çıkarması zorunludur¹⁸⁸. Bu zorunluluk, kanımızca, bir anayasal teamül olmaktan daha öte bir anlam ifade etmektedir. Her şeyden önce, İngiliz hukukunda yukarıda belirtilen konularda düzenleme yapabilecek tek norm kanundur. Uluslararası antlaşmalar ise parlamentonun üstünlüğü

181 a.y.

182 Templeman, a.g.m., s. 461.

183 Barnett, a.g.e., s. 166. İngiltere'de monarkın yetkileri tarihsel bir süreç boyunca demokratik meşruiyete sahip olan Parlamento ve onun içinden çıkan Kabin'e geçmiştir. Yine de, monarkın bazı yetkileri kalmıştır ki bunlar, Parlamento'nun onayına tâbi olmadan kullanılabilirler. Bkz. Grant, a.g.e., s. 21; Alder, a.g.e., s. 299; Bradley – Ewing, a.g.e., s. 257.

184 Templeman, a.g.m., s. 461; Stewart, a.g.e., s. 656.

185 Templeman, a.g.m., s. 461.

186 Templeman, a.g.m., s. 462.

187 Stewart, a.g.m., s. 659.

188 Alder, a.g.e., s. 102; Bradley – Ewing, a.g.e., s. 325.

ilkesinin kapsamında yer almamaktadırlar¹⁸⁹. Bu konuların kanun dışında uluslararası antlaşmalar tarafından da doğrudan düzenlenebileceğinin kabul edilmesi hâlinde ise, İngiliz hukuku açısından içtihadî bir ilkeden daha fazlası, İngiliz normlar hiyerarşisinin mantikî bir sonucu olduğunu düşündüğümüz parlamentonun üstünlüğü ilkesine aykırı bir durum gerçekleşmiş, uluslararası antlaşmalar kanun normu ile aynı güçte kabul edilmiş olacaktır. Bu nedenle de, belirtilen konulara ilişkin olan uluslararası antlaşmaların iç hukuka aktarılması için bu aktarmanın Parlamento tarafından çıkarılacak olan bir kanunla gerçekleştirilmesi zorunludur. Bu şekilde bir kanun ile iç hukuka aktarılmamış olan uluslararası antlaşmaların uluslararası hukuk düzlemindeki geçerliliği etkilenmemekle birlikte¹⁹⁰, bu antlaşmaların İngiliz mahkemeleri tarafından uygulanması mümkün olmayacaktır¹⁹¹. Bununla birlikte, Parlamentonun onayını gerektiren bir uluslararası antlaşmanın ikincil mevzuat ile de iç hukuka aktarılabilirdiği görülmektedir¹⁹². Uluslararası antlaşmaların normlar hiyerarşisindeki yerini tartışırken, bu farklı usulü ve uluslararası antlaşmaların normlar hiyerarşisindeki yerini ayrıca göz önüne almak gerekecektir.

B. ULUSLARARASI ÖRF VE ÂDET HUKUKU

Uluslararası örf ve adet hukukunun kendiliğinden İngiliz hukuk sisteminin bir parçası olduğu iddia edilse de bu konu oldukça tartışmalıdır¹⁹³. Her ne kadar uluslararası örf ve adet hukukunun otomatik olarak İngiliz hukukunun parçası olduğu yönünde bazı görüşler İngiliz yargısında öne sürülmüşse de bu görüşlerin çoğunlukta olduğu ve bağlayıcı bir içtihat niteliği taşıdığı söylenemez¹⁹⁴. Kanımızca, İngiliz hukuk sisteminde uluslararası örf ve adet hukukunun kendiliğinden iç hukukun bir parçası olduğunu söylemek mümkün değildir. Zaten böyle bir tespitte bulunulursa, İngiliz sisteminin düalist bir sistem olduğu da reddedilmiş olacaktır. Zaten, bizim benimsediğimiz genel fikre göre de, bir uluslararası hukuk kuralının iç hukukta geçerli olabilmesi için bu normları genel olarak (Alman Anayasasının uluslararası hukukun genel ilkelerine ilişkin düzenlemesi gibi) veya teker teker iç hukuka aktaran bir norm olması gereklidir. Açıkladığımız sebeplerden ötürü, uluslararası örf ve adet hukuku normlarının kendiliğinden İngiliz hukukunun bir parçası

189 Bradley – Ewing, a.g.e., s. 56.

190 Stewart, a.g.m., s. 667.

191 Templeman, a.g.m., s. 481-482.

192 Templeman, a.g.m., s. 482.

193 Neff, a.g.e., s. 626-628.

194 Neff, a.g.e., s. 627.

olduğu görüşünü kabul edemiyoruz.

İngiliz hukukunda uluslararası örf ve adet hukuku kurallarına genellikle mahkeme kararlarında yer verilmektedir¹⁹⁵. Bu durumda, eğer uluslararası örf ve adet hukuku kuralının iç hukuka aktarıldığı düşünülürse, içtihat ile uluslararası örf ve adet hukuku arasında kanun ile uluslararası antlaşmalar arasındaki ilişkiye benzer bir ilişki olduğu söylenebilir. Yani, içtihat uluslararası örf ve adet hukukuna hem geçerlilik kazandırmakta hem de söz konusu normu iç hukuka aktarmaktadır. Uluslararası örf ve adet hukuku kurallarının İngiliz normlar hiyerarşisindeki yeri tartışılırken içtihat ile bu ilişkisi göz önünde tutulmalıdır.

C. ULUSLARARASI ANTLAŞMALARIN NORMLAR HİYERARŞİSİNDEKİ YERİ

Uluslararası antlaşmaların İngiliz normlar hiyerarşisindeki yerinin tespitinde ilk olarak ele alınması gereken konu bu normların kanunlar ile nasıl bir hiyerarşik ilişki içinde olduğudur. Daha önce belirttiğimiz gibi, bir uluslararası antlaşmanın iç hukuk normlar hiyerarşisinde hangi seviyede yer aldığını tespit etmek için öncelikle bu norma iç hukukta geçerlilik tanıyan kurala, sonra da bu normu iç hukuka aktaran norma bakmamız gerekmektedir. Buna göre, eğer geçerlilik sağlayan normda başka bir ifade yoksa, uluslararası antlaşma geçerlilik sağlayan normun altında, aktaran normlar aynı seviyede yer alacaktır. Örneğin, uluslararası antlaşmalar açısından, Türk hukukunda geçerlilik sağlayan, yani bunların iç hukukta tanınması, iç hukuka aktarılması usulünü belirleyen normun anayasa olmasına karşılık, bunları iç hukuka aktaran normun Cumhurbaşkanının onay işlemi olduğunu tespit etmiştik. Bu durumda, uluslararası antlaşmaların Anayasa altı bir seviyede, Cumhurbaşkanının onay işlemi ile eş seviyede yer alması icap edecekti. Ancak, Anayasanın 90. maddesi hükmüne göre, hangi norm tarafından aktarılmış olursa olsun, usulüne göre iç hukukta yürürlüğe giren bir uluslararası antlaşma kanun hükmünde olacağından, bu normlar normlar hiyerarşisinde kanunla aynı düzeyde yer alacaktır. İngiliz hukuku açısından ise durum biraz daha farklıdır. İngiliz hukuk sisteminde, uluslararası antlaşmaların yapılması ve iç hukuka aktarılması hakkında genel kurallar belirleyen bir anayasanın olmaması, iç hukuka aktarılmasının için Parlamento'nun kanun çıkarması gereken uluslararası antlaşmalar açısından kanunun hem geçerlilik sağlayan hem de iç

195 Örnekler için bkz. Neff, a.g.e., s. 628.

hukuka aktaran norm olmasına yol açmaktadır. Bu durumda ise genel olarak benimsediğimiz kuralı, İngiltere örneğinde yeniden kurgulamamız gerekecektir.

İngiliz hukukunda kanunla iç hukuka aktarılması gereken uluslararası antlaşmalar bazen kanunun eki olarak eklenmekte, diğer bazı durumlarda ise kanunlar söz konusu kanun uluslararası antlaşma metnine hiçbir atıf yapmadan, uluslararası antlaşmanın hükümleri ile paralel içerikte düzenlemeler getirerek aktarma işlemini gerçekleştirmektedirler¹⁹⁶. Ancak, kanun doğrudan uluslararası antlaşma metnine atıfta bulunmasa dahi, mahkemeler bu kanunun söz konusu antlaşmayı iç hukuka aktarmak amacıyla çıkarıldığı yorumunu yapmaktadır¹⁹⁷. Bu durumda, genel olarak uluslararası antlaşmaların iç hukuka aktarılış usulünü düzenleyen anayasa benzeri bir norm olmadığından, kanun hem söz konusu uluslararası antlaşmaya geçerlilik sağlayan, hem de onu iç hukuka aktaran norm konumunda bulunmaktadır. Böylece, genel olarak vardığımız sonuç, yani bir uluslararası hukuk normunun kendisine iç hukukta geçerlilik tanıyan normun altında, kendisini iç hukuka aktaran norm ile aynı seviyede yer alacağı tespiti anlamsız kalmaktadır. Dolayısıyla, soruna hukuk normlarının geçerliliği teorisi açısından bir çözüm üretmek gerekmektedir.

Kanun niçin bir üst norm konumundadır? Üst norm alt normun ihdas usulünü veya içeriğini belirleyen norm olduğuna göre, kanunların uluslararası antlaşmalara göre üst norm konumunda olduğunu söyleyebilir miyiz? Kuşkusuz, kanunlar uluslararası antlaşmaların ihdas usulünü belirlememektedir. Hatta, İngiliz hukuk sisteminde uluslararası antlaşmaların iç hukukta tanınma, iç hukuka aktarılma usulünü düzenleyen bir kanun da bulunmamaktadır. Ancak, içerik anlamında kanunun iç hukukta uygulanacak olan uluslararası antlaşmayı belirleyebileceğini ve bu antlaşmanın içeriğini sınırlandırabileceğini söyleyebiliriz. Bir kanunun, uluslararası antlaşmayı iç hukuka aktarırken belli hükümlerini hariç tutmasının önünde hiçbir hukukî engel bulunmamaktadır. Dolayısıyla, kanunların uluslararası antlaşmalara göre bir üst norm teşkil ettiği söylenebilir. Bu durumda ise, uluslararası antlaşmalar normlar hiyerarşisinde kanunların altında yer alacaktır.

Öte yandan, İngiliz hukukunda kanunla iç hukuka aktarılan uluslararası antlaşmaların kanun tarafından iç hukuka aktarıldıkları için kanun niteliğinde, kanunla eş

196 Stewart, a.g.m., s. 666; Templeman, a.g.m., s. 482; Andrew Burrows, **English Private Law**, 3.b., Oxford University Press, New York, 2011, s. 20.

197 Templeman, a.g.m., s. 482; Burrows, a.g.e., s. 20.

güçte görülmesi gerektiğini savunan bir görüş mevcuttur¹⁹⁸. Bu görüşe göre, kanunlarla uluslararası antlaşmalar arasındaki çatışmalar *lex posterior* ilkesine göre çözümlenmelidir¹⁹⁹. Kanımızca bu görüş isabetli değildir. Bu görüş, parlamentonun üstünlüğü ilkesi ile de çelişmektedir. Bu görüş kabul edilirse, parlamentonun üstünlüğü ilkesi ile kanunlara tanınmış olan bütün özellikler uluslararası antlaşmalara da tanınmış olur ki bu durumda niçin vergilendirmeye ilişkin bir uluslararası antlaşmanın yürürlüğe girebilmesi için parlamentonun bir kanun çıkarması gerektiği açıklanamaz. Dolayısıyla, uluslararası antlaşmalar parlamentonun üstünlüğü ilkesinin kapsamı dışındaysa²⁰⁰, bu iki normun normlar hiyerarşisinde aynı seviyede yer alması da mümkün değildir. Bunun dışında, uluslararası antlaşmayı iç hukuka aktaran kanun ile uluslararası antlaşmanın kendisinin ayrı normlar olarak algılanması gerekir. Neff'in bahsettiği çatışma aslen bir uluslararası antlaşma hükmü ile kanun arasındaki çatışma değil, iki kanun hükmü arasındaki çatışmadır.

Uluslararası antlaşmaların normlar hiyerarşisinde kanun altı bir seviyede yer alacağına karar verdikten sonra, şimdiye kadar ele aldığımız diğer normlar olan meclis içtüzükleri ile kanun aracılığıyla iç hukuka aktarılan uluslararası antlaşmaların hiyerarşik ilişkisini de incelemek gerekmektedir. İngiliz hukukunda, meclislerin kendi iç işlerini düzenleme ayrıcalığı olduğu kabul edilmektedir²⁰¹. Bu ayrıcalığın kanunî temeli de bulunmaktadır. Mahkemelerin, meclisin iç süreci ile ilgili hususları, bir normun kanun olup olmadığını belirleme dışında, denetlememesinin sebebi de temel olarak bu ayrıcalıktır²⁰². Ancak, kanunların bu ayrıcalığa müdahale edebileceğini yukarıda görmüştük. Bu durumda da yadırganacak bir şey olmadığı söylenebilir. Sonuçta, meclisin iç prosedürünü belirleyenler yine meclisler olmaktadır. Ancak, parlamentonun sahip olduğu bu ayrıcalık iç hukuk açısından geçerlidir. Devletlerarasında akdedilen bir uluslararası antlaşmanın bu ayrıcalıktan etkilenmeyeceği açıktır. Dolayısıyla, bir uluslararası antlaşma ile meclisin iç işleyişine dair bir hususun düzenlenmesi halinde, hangi normun üstün tutulacağı konusu karşımıza çıkmaktadır. Burada ele aldığımız uluslararası antlaşmanın kanunla iç hukuka aktarılması gereken bir antlaşma olduğunu düşünecek olursak²⁰³, uluslararası antlaşmanın

198 Neff, a.g.e., s. 629.

199 a.y.

200 Bradley – Ewing, a.g.e., s. 56.

201 Bradley – Ewing, a.g.e., s. 229-230; Wade-Phillips, a.g.e., s. 127.

202 Carroll, a.g.e., s. 217.

203 Bu tür bir uluslararası antlaşmanın iç hukuka aktarılmasının bir kanunla gerçekleştirilmesi gerektiği

kanuna ekleneceği ve kanunun söz konusu antlaşmayı iç hukuka aktarma iradesini yansıtacağı veya kanunun doğrudan bu antlaşmanın hükümlerine yer vereceği yahut da uluslararası antlaşmanın gereğince uygulanmasını sağlayacak olan değişiklikleri yapacağı²⁰⁴ aşikârdır. Bu durumda ise, içtüzük hükümlerinin uluslararası antlaşma hükümlerine üstün tutulacağını ve hatta bunların aynı seviyede yer alacağını, aralarındaki çatışmanın *lex posterior* veya *lex specialis* kurallarına göre çözüleceğini düşünmek kanunun normlar hiyerarşisindeki en üstün norm olması ile bağdaşmayacaktır. Uluslararası antlaşmaya aykırı olan bir içtüzük kuralı, kanuna da aykırı olacaktır. Dolayısıyla, İngiliz normlar hiyerarşisinde kanunla iç hukuka aktarılan bir uluslararası antlaşmanın normlar hiyerarşisinde meclis içtüzüklerinin üstünde yer alacağı kabul edilmelidir.

Hemen belirtelim ki, İngiliz hukukunda kanunla iç hukuka aktarılması gereken uluslararası antlaşmalar normlar hiyerarşisindeki bu yeri kanunlara borçludurlar. Bu bağlamda, kanun uluslararası antlaşma açısından üst normdur. Ancak, kanun aynı zamanda aktaran normdur da. Yani, uluslararası antlaşma bir kanun aracılığı ile iç hukukta yürürlüğe girmektedir. Bu bakımdan, iç hukuka bu usulle aktarılan uluslararası antlaşmaların kanun dışındaki diğer normlardan üstün olması gerekmektedir. Bu tespit, kanunların İngiliz normlar hiyerarşisinin tepesinde yer almasından kaynaklanan bir tespittir.

Bu şekilde iç hukuka kanun aracılığıyla aktarılan uluslararası antlaşmaların normlar hiyerarşisinde hangi konumda yer alacağını tespit etmiş bulunuyoruz. Ancak, İngiliz hukukunda her uluslararası antlaşma kanunla iç hukuka aktarılmamaktadır. İkincil mevzuat aracılığıyla iç hukuka aktarılan uluslararası antlaşmalar olduğu gibi, doğrudan monark tarafından onaylanan uluslararası antlaşmalar da mevcuttur. Bu durumda, bu tür uluslararası antlaşmaların normlar hiyerarşisindeki yerini ayrıca değerlendirmek gerekmektedir. İlk olarak, alt mevzuat ile iç hukuka aktarılan uluslararası antlaşmaları ele alalım.

Alt mevzuatın ("*delegated legislation*") ne olduğunu, hukukî rejimini ve normlar hiyerarşisindeki yerini aşağıda inceleyeceğiz. Şu aşamada yalnızca, İngiliz hukukundaki alt mevzuatın Türk ve Alman hukukundaki düzenleyici işlemlere benzediğini ve yürütme ya da idareye mensup kişilerce, kanunen verilen bir yetkiye dayanmak suretiyle

kanısında. Nitekim, bu tür antlaşmalar İngiliz hukukunda değişiklik yapmaktadır.

204 İngiliz mahkemelerine göre, uluslararası antlaşmaya doğrudan atıf olmasa bile bu tür kanunların uluslararası antlaşmayı iç hukuka aktaran kanunlar olduğunun kabul edildiği ve kanunların uluslararası antlaşma ile ilişkilendirilerek yorumlandığı unutulmamalıdır.

çıkarıldıklarını belirtelim. Alt mevzuat çıkarılabilmesi için mutlaka kanunî bir yetkilendirmeye gerek vardır²⁰⁵. Bu durumda, parlamentonun bir idarî mercii veya yürütmeye mensup bir kimseyi (örneğin bir bakanı) uluslararası antlaşmanın iç hukuka aktarılması konusunda yetkilendirmiş olması gereklidir. Bu durumda, kanun, söz konusu uluslararası antlaşmanın iç hukuktaki geçerliliğini sağlayan norm konumuna gelirken, ikincil mevzuat ise söz konusu antlaşmayı aktaran norm olacaktır. Dolayısıyla, bu durumda genel kuralımıza başvurarak uluslararası antlaşmanın normlar hiyerarşisindeki yerini belirleyebiliriz. Buna göre, bu usulle iç hukuka aktarılan uluslararası antlaşmalar kanun altında, kendilerini aktaran ikincil mevzuat ile aynı seviyede yer alacaktır. Aşağıda ikincil mevzuat türlerini, hukukî rejimlerini ve normlar hiyerarşisindeki yerlerini inceleyeceğimiz için burada detaya yer vermiyoruz. İkincil mevzuatın normlar hiyerarşisini incelediğimiz bölümde, bu normlarla iç hukuka aktarılan uluslararası antlaşmaların da normlar hiyerarşisindeki yerini belirlemiş olacağız. Ancak, şimdilik bu tür uluslararası antlaşmalar ile kamaraların içtüzükleri arasında hiyerarşik bir ilişki olup olamayacağını inceleyelim.

Kuşkusuz, iç hukuka alt mevzuat ile aktarılan uluslararası antlaşmaların da konu unsuru bakımından bir sınırı yoktur ve bunların da bir ulusal parlamentonun iç işleyişinde geçerli olacak kuralları konu edinmesi teorik olarak mümkündür. Buradan hareketle iç hukuka alt mevzuat ile aktarılan uluslararası antlaşmaların da normlar hiyerarşisinde içtüzüklerin üstünde yer alacağı izlenimi edinilmekteyse de bu tespit tamamen doğru değildir. Aşağıda, alt mevzuatın hiyerarşik gücünü inceleyeceğimiz yerde ayrıca belirteceğimiz gibi, alt mevzuatın yetki veren kanun tarafından parlamentonun denetimine tâbi tutulması mümkündür. Bu durumlarda, alt mevzuat ancak kamaraların birel nitelikteki parlamento kararlarının verdiği izinle ihdas edilebilmekte veya bunlar geçerli bir şekilde çıkarılmalarının ardından herhangi bir kamaranın olumsuz yöndeki kararıyla geçerliliğini yitirebilmektedirler²⁰⁶. Birel nitelikteki parlamento kararları konumuz dışında kalmaktadır. Ancak şu kadarını belirtelim: İçtüzükler düzenleyici nitelikteki parlamento kararları olarak birel nitelikteki parlamento kararlarının hiyerarşik üstü konumundadırlar. Bu durum İngiliz hukuku açısından da farklı değildir. Yukarıda, kamaraların genel karar nisaplarının içtüzüklerle düzenlendiğini görmüştük. Bu karar nisapları, kamaraların söz konusu kararları alırken gerekli olan çoğunluklara da uygulanır. Dolayısıyla, içtüzükler, İngiliz hukukunda, birel nitelikteki parlamento kararlarının ihdas usulünü düzenleyen birer üst

205 Edward Page, **Governing by Numbers**, 1.b., Hart, Oxford, 2001, s. 20.

206 Bu konuda aşağıya, alt mevzuatın siyasal denetimini incelediğimiz kısma bakınız.

norm niteliği taşırlar. Dolayısıyla, içtüzüklerle alt mevzuat aracılığıyla iç hukuka aktarılan uluslararası antlaşmaların hiyerarşik ilişkisi konusunda söz konusu aktaran alt mevzuatın parlamentonun kararı ile geçersiz kılınıp kılınmadığına göre bir ayrıma gitmek gerekmektedir. Eğer, aktaran alt mevzuat parlamentonun kararı ile geçersiz kılınabiliyorsa²⁰⁷, söz konusu alt mevzuat ile iç hukuka aktarılan uluslararası antlaşmaların normlar hiyerarşisinde birel nitelikteki parlamento kararlarının altında yer alacaktır. Bu kabulün doğrudan sonucu olarak söz konusu alt mevzuat ve onun aktardığı uluslararası antlaşma da içeriğine bakılmaksızın içtüzüklerin altında yer alacaktır.

Öte yandan, eğer aktaran alt mevzuat siyasal denetime tâbi kılınmamışsa, böyle bir akıl yürütme mümkün değildir. Bu durumda, siyasal denetimden istisna tutulmuş olan alt mevzuatın kamaraların içtüzükleri açısından "olması gereken" ifade eden bir üst norm olduğu iddia edilebilecek midir? Bu durumda, söz konusu aktaran alt mevzuatın kanunları değiştirme gücüne sahip olup olmadığına göre bir ayrıma gidilmelidir. Bu konunun da detaylarına aşağıda yer vereceğiz. Şimdilik, alt mevzuatın kanunları değiştirme gücüne sahip olabileceğini belirtmekle yetiniyoruz. Bu durumda, söz konusu alt mevzuat ile iç hukuka aktarılmış olan bir uluslararası antlaşmanın Parlamento'nun iç işleyişine ilişkin hükümler içermesi mümkündür. Parlamento'nun iç işleyişinin kanunlarla da düzenlenebileceğini düşündüğümüzde, örneğin, söz konusu uluslararası antlaşma sebebiyle (normlar hiyerarşisinde onunla aynı seviyede yer alan ve onunla aynı niteliği taşıyacak olan alt mevzuat aracılığıyla) Parlamento Kanunlarının değiştirilmesi mümkün olacaktır. Bu durumda, Parlamento'nun siyasal denetimine tâbi olmayan, ancak kanunları değiştirebilen alt mevzuat ile iç hukuka aktarılan uluslararası antlaşmaların da normlar hiyerarşisinde kamaraların içtüzüklerinin üzerinde yer alacağı kabul edilmelidir.

İngiliz hukukunda Parlamento'nun uluslararası antlaşmayı iç hukuka aktarma iradesini yansıtan bir işlemi (veya verdiği yetkiye dayanılarak çıkarılan alt mevzuat) olmadıkça, uluslararası antlaşmaların İngiliz iç hukukunun bir parçası olması mümkün değildir²⁰⁸. Bu bakımdan, İngiliz hukukunda değişiklik yol açmadığı, herhangi bir

207 Aşağıda görüleceği gibi, alt mevzuatın siyasal denetiminde farklı usuller mevcuttur ve parlamento her zaman denetime tâbi alt mevzuatı geçersiz kılamaz. Bazı durumlarda, ancak söz konusu alt mevzuatın yürürlüğe girebilmesi, yani geçerli şekilde ihdas edilebilmesi için parlamentoların olumlu bir kararı aranmaktadır. Bu durumda da herhangi bir alt mevzuatın geçersiz kılındığı söylenemeyecektir. Nitekim, henüz ortada geçerli bir alt mevzuat normu bulunmamaktadır. Dolayısıyla, bizim bu denetim kapsamında kastettiğimiz süreç "negatif karar süreci" olarak adlandırılan ve aşağıda detaylı şekilde incelenecek olan süreçtir.

208 Neff, a.g.e., s. 622.

vergilendirme veya kamu harcamasına ilişkin olmadığı dolayısıyla Parlamento'ya sunulmayan uluslararası antlaşmalar monark tarafından onaylanarak İngiltere açısından bağlayıcı hale gelse de, bunlar iç hukukun bir parçasını oluşturmazlar. Dolayısıyla, bunların normlar hiyerarşisindeki yerini belirlemek mümkün değildir. Bunlar yalnızca uluslararası hukuk bakımından devletlerarası bir bağlayıcılığa sahiptir ve İngiliz mahkemelerinde ileri sürülemezler.

D. ULUSLARARASI ÖRF VE ÂDET HUKUKUNUN NORMLAR HİYERARŞİSİNDEKİ YERİ

Uluslararası örf ve adet hukukuna iç hukukta geçerlilik sağlayan ve bunları iç hukuka aktaran normun mahkeme kararları olduğuna yukarıda değinmiştik. Bu durumda, uluslararası antlaşmalar ile bunları iç hukuka aktaran kanunlar arasındaki ilişkinin uluslararası örf ve adet hukuku normlarıyla mahkeme kararları arasında da mevcut olacağını söyleyebiliriz. Bu açıdan, uluslararası örf ve adet hukuku kurallarının İngiliz normlar hiyerarşisinde içtihat altı bir seviyede yer alacağı açıktır.

Bu tespitimize karşın, uluslararası örf ve adet hukuku kurallarının normlar hiyerarşisinde diğer *Common Law* kurallarıyla birlikte yer aldığı düşünülmektedir²⁰⁹. Kanımızca bu tespit yanlıştır. Kanunlar ve uluslararası antlaşmaların hiyerarşik ilişkisine ilişkin olarak söylediğimiz gibi, bir normun kendisine iç hukukta geçerlilik sağlayan normla aynı seviyede olması mümkün değildir, meğerki her iki normdan da üstün konumdaki bir başka norm buna hükmetmiş olsun. İngiliz hukukunda bu nitelikte bir üst norm bulunmamaktadır. Dolayısıyla da uluslararası örf ve adet hukuku kurallarının İngiliz normlar hiyerarşisinde içtihat altı bir seviyede yer alacağı kabul edilmelidir. Bu hiyerarşi belirlenirken, uluslararası örf ve adet hukuku kuralının hangi mahkemenin kararı ile iç hukuka aktarıldığı da önemlidir. Nitekim, mahkeme kararlarının kendi arasında da bir hiyerarşi bulunmaktadır.

Bununla birlikte, iç hukuka aktarılmış olan uluslararası örf ve adet hukuku kuralları ile kamaraların içtüzüklerinin de hiyerarşik ilişkisi incelenmelidir. Nitekim, aşağıda da göreceğimiz gibi, mahkeme kararları, dolaylı olarak da olsa, normlar hiyerarşisinde kamaraların içtüzüklerinin altında yer alacaktır. Dolayısıyla, normlar hiyerarşisinin tam olarak ortaya konması için bu iki norm arasındaki ilişkiye de değinmek gereklidir.

209 Neff, a.g.e., s. 629.

Uluslararası örf ve adet hukuku kuralları, devletler arasındaki ilişkilerdeki uygulamalara ilişkin kurallardır ve yine devletlerin uzun süredir tekrar edilen, bağlayıcı olduğuna inanılan davranışları neticesinde oluşurlar. Biz bu nitelikteki kuralların, ulusal parlamentoların iç işleyişi veya prosedürüne ilişkin kurallar olamayacağı görüşündeyiz. Uluslararası örf ve adet hukukunun tanımı gereği, bu kuralların içtüzüklerin düzenlediği alana veya içtüzüklerin ihdas usulüne ilişkin olması beklenemez. Benzer şekilde, parlamentonun içtüzüklerinin de uluslararası örf ve adet hukuku kuralları açısından bir “olması gereken” bir üst norm teşkil ettiği düşünülmemelidir. Dolayısıyla, bu normların normlar hiyerarşisinde aynı seviyede yer alması beklenebilir. Ancak, uluslararası örf ve adet hukuku kurallarının iç hukuktaki yeri aynı zamanda bunları iç hukuka aktaran mahkemenin hiyerarşik gücüne bağlı olduğundan, mahkeme kararlarının arasına hiyerarşide başka normların girmesi durumunda aralarında dolaylı yoldan bir hiyerarşik farklılık tesis edilmesi mümkündür. Mahkeme kararlarının kendi arasındaki hiyerarşi zincirinin başka bir norm tarafından bozulup bozulmadığını aşağıda inceleyeceğiz.

IV. AB HUKUKU NORMLARI

Bu başlık altında AB hukukunun İngiliz hukukundaki yerini araştıracağız. Bu bağlamda, İngiltere Almanya'dan farklı bir özellik göstermektedir. Hatırlanacağı üzere, Alman hukukunda AB hukukunun iç hukuktaki yeri sorusuna genellikle Federal Anayasa Mahkemesinin kararları doğrultusunda cevap aranmıştır. İngiltere'de ise bu soruya ilişkin bir kanun bulunmaktadır. Aşağıda öncelikle AB hukukunda ilişkin İngiliz hukukundaki düzenlemeleri ve yaklaşımları inceleyeceğiz. Daha sonra ise AB hukuku normlarının İngiliz iç hukukundaki yerini kararlaştıracacağız.

A. İNGİLİZ HUKUKUNDA AB HUKUKUNA İLİŞKİN DÜZENLEMELER VE TARTIŞMALAR

Çalışmamızın bu kısmında birinci bölümde detaylı olarak incelediğimiz AB hukuku normlarının İngiliz iç hukukundaki normlar hiyerarşisinin hangi basamağında yer alacağını tespit edeceğiz. Bunu yapabilmek içinse İngiltere'de AB hukuku normlarına ilişkin tartışmaları ve düzenlemeleri inceleyerek, İngiliz hukukçularının AB hukukuna, özellikle de AB hukukunun üstünlüğü ilkesine nasıl baktığını kısaca ortaya koymak gerekecektir. AB hukukunda konumuzla ilgili olan hususlara çalışmamızın ilk kısmında yer verdiğimiz

için, bu konulara burada tekrar girilmeyecek ve gerektiğinde ilgili kısma atıf yapılacaktır.

İngiltere'nin Avrupa Ekonomik Topluluğu'na üyeliği 1973 yılına rastlamaktadır ve bu üyelik ilk günden itibaren İngiliz anayasal düzeni ile ilgili birtakım siyasî ve hukukî tartışmalara yol açmıştır²¹⁰. Bu tartışmanın hukukî boyutunun temelinde parlamentonun üstünlüğü ilkesi temelinde gelişen İngiliz *Common Law* anlayışı ile Kıta Avrupası anlayışına daha yakın olan Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun hukukî üstünlük iddiasının olduğu göze çarpmaktadır²¹¹.

İngiliz hukuk sisteminin düalist bir anlayış benimsediğini ve İngiliz hukukunda değişiklik yapan uluslararası antlaşmaların iç hukukta etkili olabilmesi için, parlamentonun bunları uygulayan bir kanun çıkarması gerektiğini bir önceki bölümde belirtmiştik. İngiltere'de Topluluk hukukunun iç hukuktaki geçerliliğini sağlayan kanun 1972 tarihli Avrupa Toplulukları Kanunu'dur²¹². Dolayısıyla, AB hukuku normlarının İngiliz iç hukukundaki hiyerarşik yerlerini belirleyebilmek için bu kanunun hükümlerinin de incelenmesi gerekecektir. Bununla birlikte, Topluluk hukuku ile İngiliz anayasa hukuku arasındaki uyumsuzluğa ilişkin tartışmalarda mahkemelerin de önemli bir katkısı olmuştur. Bu nedenle, konuya mahkemelerin bakış açısını da yeri geldikçe yansıtmaya çalışacağız.

Diğer bazı ülkelerde olduğu gibi İngiltere'de de, AB hukukunun üstünlüğü ilkesi pek olumlu karşılanmamıştır²¹³. Bu hoşnutsuzluğun temelinde, İngiliz hukukunda parlamentonun iradesinin üstün olduğunun ve dolayısıyla da her konuda dilediği gibi kanun yapabileceğinin tanınmış olmasına rağmen, AB hukukunda, üyelerin belli konulara ilişkin yasama yetkisinden vazgeçtiği ve bu alanlarda AB hukuku ile çelişen iç hukuk normları ihdas edemeyeceklerinin içtihat yoluyla belirlenmiş olmasıydı²¹⁴. Dolayısıyla, İngiltere'nin Avrupa Topluluğuna üye olmasıyla birlikte, parlamentonun üstünlüğü ilkesinin hala geçerliliğini koruyup korumadığı tartışılır hale gelmekteydi. Bu tartışmanın detaylarına aşağıda değineceğiz. Ancak, öncelikle AB hukukunun İngiltere'de uygulanmasını sağlayan 1972 tarihli Avrupa Toplulukları Kanununun konumuzla ilgili 2. maddesi hükümlerini incelemek gerekmektedir.

İngiliz hukuk sistemi ile AB hukukunu (orijinal olarak Avrupa Ekonomik Topluluğu hukukunu) uyumlu hale getirmeyi ve AB hukukunun İngiltere'de uygulanmasını sağlamayı

210 Bradley – Ewing, a.g.e., s. 123; Davies, a.g.e., s. 6.

211 Beale, a.g.e., s. 7; Alder, a.g.e., s. 196.

212 Barnett, a.g.e., s. 216.

213 Kacorowska, a.g.e., s. 360.

214 Kacorowska, a.g.e., s. 360-361.

amaçlayan ve 1 Ocak 1973 tarihinde yürürlüğe giren²¹⁵ 1972 tarihli Avrupa Toplulukları Kanunu'nun 2. maddesinin 1. fıkrası, düalist bir anlayışa sahip olan İngiliz hukukunda AB hukukunun doğrudan uygulanabilir olduğunu belirlediği normların doğrudan uygulanabilirliğini sağlamak amacındadır²¹⁶. Söz konusu fıkra "*Antlaşmalar tarafından yaratılmış veya bunlardan kaynaklanan bütün haklar, yetkiler, sorumluluklar, yükümlülükler ve sınırlamalar ile Antlaşmalar tarafından öngörülen ve Antlaşmalar uyarınca Birleşik Krallık'ta başkaca bir işleme gerek olmaksızın hukukî etki yaratacağı veya uygulanacağı öngörülen bütün hukukî yollar ve usuller hukuken tanınacak ve sağlanacak, yürütülecek, bunlara izin verilecek ve uyulacaktır...*" demektedir. Dolayısıyla Kanun, doğrudan uygulanabilen veya iç hukukta uygulanması için öncelikle üye devletin bir düzenleme yapması gereken normlar arasında kendisi bir ayırım yapmaksızın bu hususun belirlenmesi tamamen AB hukukuna ve yetkili mercilerine bırakmaktadır. Bu durumun istisnasını ise Kanunun 2. Ekinde belirtilen hususlardaki AB hukuku normları oluşturmaktadır. Buna göre, vergilendirme, suç ihdası ve geriye yürüyen düzenlemelerin İngiliz hukukunda doğrudan uygulanması mümkün değildir ve bunların uygulanabilmesi için bir kanun çıkarılması gerekir²¹⁷. Aynı maddenin 4. fıkrası ise, açıkça Topluluk hukukunun "üstünlüğünden" bahsetmese de, uygulamadaki "önceliğinden" bahsetmektedir²¹⁸. Buna göre, iç hukuk kuralları, AB hukukunun gereksinimlerine uygun olarak yorumlanacak, mahkemeler bu iki grup kural arasında yorum yaparak, iç hukuku olabildiğince AB hukukuna uygun olarak yorumlayacaktır²¹⁹. Bir AB hukuku normu ile iç hukuk normu, bu iç hukuk normunun normlar hiyerarşisindeki konumundan bağımsız olarak, çatışırsa, iç hukuk normu değil, AB hukuku normu uygulanacaktır²²⁰. Aynı maddenin 2. fıkrası ise bakanlara, Kraliçeye veya ilgili başka birimlere bir kararname ("*Order in Council*") çıkartarak iç hukuk düzenlemelerini AB hukuku ile uyumlu hâle getirme yetkisini tanımaktadır. Bu fıkra hükmü uyarınca bakanın çıkaracağı norm, aşağıda göreceğimiz gibi bir ikincil mevzuat ("*delegated legislation*") niteliğindedir. Ancak, bu norma kanunla, kanunları değiştirebilme yetkisi tanınmıştır.

215 Carroll, a.g.e., s. 109.

216 Fairhurst, a.g.e., s. 262; Vollans - Asquith, a.g.e., s. 4.

217 Alder, a.g.e., s. 197.

218 Barnett, a.g.e., s. 216. Barnett'in "*supremacy*" ve "*primacy*" kelimelerini aynı cümle içinde farklı anlamlarda kullanması, bizim bu iki kelimenin aynı hususu ifade etmediği yönündeki görüşümüzü destekler niteliktedir. Buna göre, söz konusu Kanun'un, Topluluk hukukunun "üstünlüğünü" değil, "önceliğini" düzenlediğini söyleyebiliriz.

219 Barnett, a.g.e., s. 217.

220 Carroll, a.g.e., s. 110.

Yukarıda kısaca açıkladığımız 2. madde uyarınca yapılması gereken tartışma bu madde ile İngiliz Parlamentosunun üstünlüğünden vazgeçip geçmediğidir. Aslen, bu ilkedan vazgeçilmemesi için herhangi bir sebep olmadığı vurgulansa da²²¹, bu durum ilkenin içtihadî bir ilke olmasının ve gerek İngiliz mahkemelerinin gerekse Parlamentonun kararıyla terk edilebileceğinin düşünülmesinden kaynaklanmaktadır. Bizim de yaptığımız analize göre, bu ilke terk edilse dahi kanun İngiliz hukuk sisteminin en üstün normu olarak kalmaya devam edecektir. Nitekim, başka hiçbir normun kanunun geçerliliğini belirleme gücü bulunmamaktadır. Bu durumda ise, mahkemelerin bu yönde bir tespiti olmasa dahi kanun üstün norm konumunu koruyacaktır. Bir örnekle açıklamaya çalışalım: Parlamentonun üstünlüğü ilkesinin içtihadî bir ilke olduğunu hatırlayacak olur ve Parlamentonun bu madde hükmü ile parlamentonun üstünlüğü ilkesini kaldırmayı amaçladığını, bu hükmün bu ilkenin artık İngiliz hukukunda benimsenmemesi sonucuna yol açacağını düşünürsek; bu nedenle mahkemelerin bu ilkeyi uygulamaktan vazgeçmesi durumunda, mahkemelerin yine parlamentonun iradesine uyarak bu karara varacağı açıktır. Bu durumda ise parlamentonun üstünlüğü ilkesinin terk edildiğinin savunulması zordur. Avrupa Toplulukları Kanunu'nun İngiliz hukukundaki diğer kanunlardan hukukî nitelik bakımından farklı olmadığı da göz önüne alındığında²²², Parlamentonun söz konusu hükmü başka bir kanunla ilga edebileceğini görmek zor değildir. Ancak, böyle bir ilganın zımnî değil, doğrudan yapılması gerekmektedir²²³. Yine de, netice olarak Parlamentonun iç hukukta AB hukukuna geçerlilik sağlayan kanunu ilga etme yetkisi bulunmaktadır. Bu durum ise, parlamentonun üstün konumundan vaz geçtiği düşüncesini benimsemeyi güçleştirmektedir.

Parlamentonun üstünlüğü ilkesinin geçerliliğini koruduğu ve AB hukukuna aykırı olan kanunların uygulanmamasının Avrupa Toplulukları Kanunu'nun 2. maddesinin 4. fıkrası hükmü nedeniyle olduğu gözlemlenmektedir²²⁴. Uygulamada İngiliz mahkemelerinin parlamentonun üstünlüğü ilkesi ile AB hukukunun üstünlüğü ilkesi arasında çıkan bu güç çatışmadan, 1972 tarihli Avrupa Toplulukları Kanunu'nun gereğince, iç hukuk düzenlemelerini AB hukukuna uygun şekilde yorumlayarak kaçınabileceği, ancak bu durumun yalnızca Parlamentonun açıkça AB hukukuna rağmen uygulanacağını

221 Alder, a.g.e., s. 199.

222 Barnett, a.g.e., s. 216.

223 Bradley - Ewing, a.g.e., s. 147.

224 Alder, a.g.e., s. 196-197.

düzenlemediği durumlarda geçerli olduğu vurgulanmaktadır²²⁵. Kanımızca, bu görüş isabetlidir. Nitekim, Parlamento bir konuda açıkça AB hukukuna rağmen uygulanacağını düzenlemişse, mahkemelerin bu iki kanun arasındaki çatışmayı hem *lex posterior* hem de *lex specialis* ilkeleri gereği çözümlenerek, ilgili konuda kanunu uygulamaları gerekecektir. Kaldı ki, mahkemelerin AB hukukuna aykırı kanunu uygulamama veya AB hukuku ile örtüştüğü ölçüde uygulaması kanun ile AB hukuku normları arasında hiyerarşik bir ilişkinin değil, bir çatışma kuralının varlığına işaretir²²⁶. Uygulanmayan kanun, tam anlamıyla geçerli kalmaya devam edecektir²²⁷.

Netice itibariyle, İngiliz Parlamentosu, AB hukuku hükümlerine iç hukuk normlarına göre uygulamada bir üstünlük tanıyarak AB hukukunun üstünlüğü ilkesi ile amaçlanan menfaate uygun davranmıştır. Ancak, bu durumun parlamentonun üstünlüğü ilkesini ortadan kaldırdığını söylemek zordur. Bir kere, *Marcarthys v. Smith* (1979) ve *Garland v. British Rail Engineering* (1983)²²⁸ davalarında olduğu gibi, mahkemeler, Parlamento'nun açıkça AB hukukuna aykırı bir düzenleme yapma iradesini gösterdiği durumlarda kanunun uygulanacağı görüşünü ortaya koymuştur²²⁹. Bu bağlamda, mahkemelerin hâlâ parlamentonun üstünlüğü ilkesine bağlı kaldığı söylenebilir²³⁰. Öte yandan, aşağıda AB hukuku normlarının İngiliz normlar hiyerarşisindeki yerini incelerken göreceğimiz gibi, AB hukukunun kanundan üstün olduğunu kabulü, normatif açıdan mümkün değildir. Nitekim, "...AB hukuku yalnızca kanunlar böyle söylediği için Büyük Britanya'da uygulanmaktadır."²³¹.

B. AB HUKUKU NORMLARININ NORMLAR HİYERARŞİSİNDEKİ YERİ

AB hukuku normlarının İngiliz normlar hiyerarşisindeki yerini belirlemek için yukarıda AB hukuku normlarına ilişkin yaptığımız tartışmanın ışığında, şimdiye kadar normlar hiyerarşisindeki yerini belirlediğimiz normlar ile AB hukuku normlarını karşılaştırmamız gerekecektir. Bu nedenle, öncelikle İngiliz normlar hiyerarşisinin en üst basamağını işgal ettiğini düşündüğümüz kanunlarla AB hukuku normlarının hiyerarşik

225 Adler, a.g.e., s. 199.

226 a.y.

227 a.y.

228 *Marcarthys Ltd. v. Smith* [1980] Dava No: 129/79; *Garland v. British Rail Engineering Ltd.* [1983] Dava No: 12/81.

229 Barnett, a.g.e., s. 218.

230 Barnett, a.g.e., s. 219.

231 Turpin - Tomkins, a.g.e., s. 80.

ilişkinini belirleyerek işe başlamalıyız. Ancak, buna geçmeden önce bütün AB hukuku normlarının doğrudan İngiliz normlar hiyerarşisinde yer almadığını hatırlatmalıyız. Dolayısıyla, bu incelemeye kanunla iç hukukta geçerliliği sağlanan birincil mevzuat ile doğrudan uygulanabilirliğe sahip olan tüzükleri dâhil edeceğiz.

Yukarıda, Avrupa Toplulukları Kanunu'nun AB hukuku birincil mevzuatının İngiliz hukukundaki geçerliliğini sağlayan norm olduğunu belirtmiştik. Aynı kanun, ayrıca söz konusu antlaşmaları iç hukuka aktaran normdur. Dolayısıyla, kanun ile AB hukuku birincil mevzuatı ilişkisi esasen kanun-uluslararası antlaşma ilişkisinden farksızdır²³². Dolayısıyla, AB hukukunun birincil mevzuatı için belirlediğimiz hiyerarşik yer, uluslararası antlaşmalar için belirlediğimiz yerle aynı olacaktır. Nitekim, hukukî nitelik açısından birincil mevzuat ile uluslararası antlaşmalar arasında bir fark bulunmamaktadır. Bu tespite göre, birincil mevzuat, iç hukuktaki geçerliliğini kanunlardan aldığı için normlar hiyerarşisinde kanun altı bir seviyede yer alacaktır. Öte yandan, aynı kanun aynı zamanda birincil mevzuatı iç hukuka aktardığından, birincil mevzuatın tüm diğer iç hukuk normlarından üstün bir konumda olması gerekecektir. Görüldüğü gibi, birincil mevzuat için ayrıca bir tartışma yürütmeye gerek kalmamaktadır.

AB tüzükleri ise ikincil mevzuatın doğrudan iç hukukun parçası hâline gelen kısmını oluşturmaktadır. Buna göre, bu normun ayrıca iç hukuka aktarılmasına gerek yoktur. Nitekim, Avrupa Toplulukları Kanunu'nun 2. maddesinin 1. fıkrası da bu hususu doğrulamaktadır. Doğrudan iç hukukun parçası hâline gelen bu normların iç hukuk normlar hiyerarşisindeki yerini belirlemek için öncelikle bu normun birincil mevzuat ile hiyerarşik ilişkisine değinmek gerekir. Hatırlanacağı üzere, AB hukuku normları arasındaki hiyerarşiyi birincil mevzuat-ABAD kararları-ikincil mevzuat olarak tespit etmiştik. Tüzükler geçerliliklerini birincil mevzuattan alırlar ve dolayısıyla da normlar hiyerarşisinde bu normların altında yer almalıdırlar. Bu tespit, birincil mevzuat hükümleri iç hukuka aktarıldıktan sonra da geçerli olacaktır. Zaten, teorik olarak birincil mevzuatın geçerli olmadığı bir iç hukuk düzeninde tüzüklerin doğrudan uygulama bulması mümkün değildir. AB Antlaşmasının 55. maddesi ve Avrupa Birliğinin İşleyişine İlişkin Antlaşmanın 357. maddesinin üye devletlerin kendi usulünce iç hukuka aktarılması gerektiğini düzenlemiş olması da kanımızca bu zorunluluğa işaret etmektedir. Dolayısıyla, AB

232 Esasen birincil mevzuat ile uluslararası antlaşmalar arasında hukukî nitelik açısından bir fark bulunmamaktadır. Ancak, bu normlara farklı isimlerle değinmeye devam edeceğiz ki içerik anlamında hangi normdan bahsettiğimiz anlaşılsın.

tüzükleri normlar hiyerarşisinde kanunların ve birincil mevzuatın altında yer alacaktır. Birincil mevzuatın altında yer almakla, tüzüklerin normlar hiyerarşisinde kanunla iç hukuka aktarılan diğer uluslararası antlaşmaların da altında yer alacağı unutulmamalıdır.

İngiliz hukukunda içtüzükler ve ile AB tüzüklerinin hiyerarşik ilişkisini belirlemek ilk başta zor görünebilir. Hem içtüzükler hem de AB tüzükleri normlar hiyerarşisinde kanunların, birincil mevzuatın ve uluslararası antlaşmaların altında yer alacaktır. Dolayısıyla, bu iki norm arasındaki hiyerarşik ilişkinin tartışmasının yapılması zorunlu hâle gelmektedir. Hemen şunu hatırlatalım: İki normdan birinin üst norm diğerinin alt norm olabilmesi için birinin diğerinin geçerliliğini sağlaması, başka bir deyişle, diğer normun ihdas usulünü veya içeriğinin sınırlarını belirleyebilmesi gereklidir. Bu da demek oluyor ki, öncelikle bir norm konu itibarıyla diğerinin geçerliliğini veya içeriğini düzenleyebilecek olmalıdır. Birincil mevzuat uyarınca AB organları ile üye devletler arasında düzenleme alanları bakımından bir görev paylaşımına gidilmiştir. Bu görev paylaşımında AB organlarının düzenleme alanı belirlenmiş ve kalan alanlar üye devletlerin münhasır yetkisinde kalmıştır²³³. Bu bağlamda, Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma'nın 3. maddesi münhasıran AB'nin, 4. maddesi ise AB ile birlikte üye devletlerin yetkisinde bulunan konuları düzenlemektedir²³⁴. Antlaşmanın altıncı maddesindeki konular ise aslen üye devletlerin yetkisinde kalan, ancak AB'nin üye devletlerin aldığı önlemleri destekleyen tamamlayıcı işlemler yapabileceği konuları ifade etmektedir²³⁵. Bunların dışında kalan konular tamamen üye devletlerin yetkisinde kalacaktır.

İçtüzükler, meclisin iç işleyişine ve karar alma usulüne ilişkin düzenlemeler getirirler. İngiliz hukukundaki içtüzükler açısından da bu konuda bir farklılık bulunmamaktadır. AB tüzükleri ise ancak AB hukukunun konu edinebileceği alanda çıkartılabilirler. Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşmanın ilgili maddeleri incelendiğinde, tüzüklerin meclislerin iç işleyişine ilişkin düzenlemeler getirmesinin mümkün olmadığı gözlemlenmektedir. AB tüzükleri, İçtüzük normunun geçerliliğini veya içeriğini belirleme gücünden de mahkûmdur. Aynı husus içtüzükler açısından da söylenebilir. İçtüzüklerin herhangi bir hükmünün AB tüzüklerinin geçerliliğini belirlemesi veya içeriğini sınırlandırması mümkün değildir. Zaten bu belirleme ve sınırlandırma İngiliz

233 Klaus-Dieter Borchardt, **The ABC of European Union Law**, 1.b., Publications Office of the European Union, Germany, 2010, s. 38.

234 Borchardt, a.g.e., s. 39.

235 a.y.

hukuku normlar hiyerarşisinde içtüzüklerin üzerinde bulunduğunu tespit ettiğimiz birincil mevzuat tarafından gerçekleştirilmiştir. Ancak, AB tüzüklerinin bu açıklama dolayısıyla meclis içtüzükleriyle aynı seviyede yer alacağına karar vermeden önce, AB tüzükleri ile alt mevzuat aracılığıyla iç hukuka aktarılan uluslararası antlaşmalar arasında hiyerarşik bir ilişki olup olmadığı irdelenmelidir. Bizim bu konuya basit bir cevabımız var: Aşağıda göreceğimiz gibi, kanunla bir istisna getirilmediği takdirde, alt mevzuat yargısal denetime tâbidir. AB tüzüklerinin ise İngiliz mahkemelerince denetlenme olanağı bulunmamaktadır. Buradan hareketle, alt mevzuat ve dolayısıyla alt mevzuat aracılığıyla iç hukuka aktarılan uluslararası antlaşmaları normlar hiyerarşisinde mahkeme kararlarının altına yerleştirirken, bu mahkemeler tarafından denetlenemeyen ve aynı zamanda mahkeme kararları açısından birer "olması gereken" teşkil eden AB tüzüklerini mahkeme kararlarının üzerine yerleştirmek durumunda kalacağız. Dolayısıyla, yargısal denetime tâbi olup, siyasal denetime tâbi olmayan, kanunları değiştirme gücü bulunmayan alt mevzuat aracılığıyla iç hukuka aktarılmış olan uluslararası antlaşmalarla aynı seviyede yer alacak olan içtüzükler, araya mahkeme kararlarının girecek olması nedeniyle AB tüzüklerinin de altında yer alacaklardır.

V. MAHKEME KARARLARININ NORMLAR HİYERARŞİSİNDEKİ YERİ

Mahkeme kararlarının İngiliz hukuk sisteminde önemli bir yere sahip olduğu düşünülür. Her şeyden önce İngiliz anayasa hukukunun kaynakları arasında yer alan Ortak Hukuk mahkemeler tarafından yaratılan içtihadî ilkelerden oluşur²³⁶. İngiliz mahkemelerinin, Türk ve Alman mahkemelerinin aksine, yalnızca yasama ve yürütme tarafından konulan normları uygulayan organlar olmanın dışında o güne kadar hukuk düzeninde bulunmayan yeni bir norm yaratabilmeleri bu mahkemelerinin içtihadını özel kılmaktadır. Öte yandan, İngiliz hukukunda mevcut olan *stare decisis* ilkesi, yani bir mahkemenin kararlarının kendisi ve alt seviyedeki mahkemeler açısından bağlayıcı olması da İngiliz mahkeme kararlarına ilişkin değinilmesi gereken bir başka kendine özgülüktür²³⁷. Bu özellik, İngiliz mahkeme kararlarının kural olarak düzenleyici nitelik arz etmesine, aynı özellikleri taşıyan birden fazla ve önceden belirlenemeyecek olan somut

236 Carroll, a.g.e., s. 55.

237 David Charles Miller Yardley, **Introduction to British Constitutional Law**, Butterworths, Londra, 1964, s. 56.

durumlara uygulanabilmesine sebebiyet vermiştir²³⁸. Genel olarak Kıta Avrupası geleneğinde ise benzer somut durumlarda önceki kararları veya yüksek mahkemelerin içtihadını izleme zorunluluğu bulunmamaktadır²³⁹. Çalışmamızın bu kısmında, İngiliz mahkemelerinin kararlarının normlar hiyerarşisinde hangi seviyede yer aldığını tespit edeceğiz. Ancak, öncelikle İngiliz mahkemelerinin yapısı, *stare decisis* ilkesinin anlamı, mahkemelerin hukuka uygunluğunu denetleyebileceği ve denetleyemeyeceği normlar gibi konuları kısaca incelememiz gerekmektedir. Mahkeme kararlarının niçin birer norm olduklarına çalışmamızın ilk kısmında değindiğimizden, burada bu tartışmaya tekrar yer vermeyeceğiz.

A. YARGI ORGANLARININ YAPISI VE *STARE DECISIS* İLKESİ

İngiliz hukukunda mahkeme kararlarının kendi arasındaki hiyerarşiyi ve bu kararların normlar hiyerarşisindeki yerini belirlemek için ilk önce mahkemelerin yapısını kısaca incelemek ve *stare decisis* ilkesinden bahsetmek gerekmektedir. *Stare decisis* ilkesi bir mahkemenin daha önce başka bir mahkeme tarafından alınmış olan kararları bağlayıcı olarak kabul etmesi anlamına gelmektedir²⁴⁰. Buradaki önemli husus, bu ilkenin mahkemeler tarafından benimsenmiş olmasıdır. Mahkemeler, önceki kararlarından sapmamaları veya ancak çok katı koşullara bağlı olarak sapabilmeleri gerektiğini düşünmüştür. Bu nedenle de *stare decisis* ilkesinin içtihadî bir ilke olduğu ve İngiliz normlar hiyerarşisinde diğer mahkeme kararları ile aynı basamakta yer alacağı düşünülmelidir. Bu durumda, kanun hükmü karşısında *stare decisis* ilkesinin bir hükmü olamayacaktır. Ancak, bir kanunla *stare decisis* ilkesi kaldırılrsa veya mahkemeler kendileri bu ilkeden vazgeçseler de, bu durumun genel olarak mahkeme kararlarının kendi arasındaki hiyerarşiye veya mahkeme kararlarının normlar hiyerarşisindeki yerine etki edeceği düşünülemez. *Stare decisis* ilkesinden vazgeçilmesi, yalnızca bu mahkeme kararlarının düzenleyiciliğine, aslında birer kural işlem olma özelliklerine etki edecektir. Bu kararların normlar hiyerarşisindeki yerini, iptal edebilecekleri normlara göre

238 Eğer, bir mahkemenin kararı kendi hâkimleri ve alt seviyedeki hâkimler açısından, her durumda bağlayıcı ise, artık o konuda birel nitelikte değil, genel nitelikte bir norm tesis edildiğini söyleyebiliriz. Nitekim, bu tür mahkeme kararları, bir kere uygulanmakla tükenmemekte, tekrar tekrar benzer durumlarda uygulama bulmakta ve karar veren hâkimleri bağlamaktadırlar.

239 Zander, a.g.e., s. 215..Hatırlanacağı üzere, Türk ve Alman mahkemelerinin İctihadı Birleştirme Kararları dışındaki kararları düzenleyici değil, birel nitelik arz etmekteydi. Her karar ayrı bir somut duruma ilişkindi ve mahkemeler bir somut durumda v erdikleri kararı başka bir somut durumda izlemek zorunda değillerdi.

240 Burrows, a.g.e., s. 23.

belirlediğimiz için, mahkeme kararları birel nitelik arz etseler bile normlar hiyerarşisindeki yerleri değişmeyecektir.

2005 Anayasal Reform Kanunu ("*Constitutional Reform Act*") öncesinde İngiliz hukuk sisteminde en üstün konumdaki mahkeme yargılama fonksiyonunu yerine getiren Lordlar Kamarasıydı²⁴¹. Bu mahkeme, İngiltere ve Galler'in Yargıtaylarından ("*Court of Appeal*") gelen bütün davalara (ceza davaları dâhil), İskoç Yargıtay'ından gelen hukuk davalarına ve Kuzey İrlanda Yargıtay'ından gelen hem hukuk hem de ceza davalarına bakmaktaydı²⁴². Bir başka deyişle, İngiliz hukuk sistemindeki nihaî temyiz mercii Lordlar Kamarasıydı²⁴³. Bu mahkemenin kararları nihaîydi ve kendisi ile altındaki bütün diğer mahkemeleri bağlıyordu²⁴⁴. 2005 yılında çıkarılan Anayasal Reform Kanunu ile birlikte Lordlar Kamarasının bu yargısal fonksiyonu sonlandırılmış ve yerine Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi kurulmuştur²⁴⁵. Mahkeme bir bütün olarak Lordlar Kamarasının yargısal yetkileri ve bölgesel yetki devrine ("*devolution*") ilişkin *Privy Council* yetkilerini devralmıştır²⁴⁶. Dolayısıyla, yukarıda 2005 öncesi dönemde Lordlar Kamarasının yargı yetkisine dair yaptığımız açıklamaların Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi için de geçerli olduğunu söyleyebiliriz.

Mahkeme hiyerarşisinin bir alt kısmında İngiliz Yargıtayı ("*Court of Appeal*") bulunmaktadır. Bu mahkemenin kararları Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesinin (ve dolayısıyla Lordlar Kamarasının) önceki tarihli içtihadına uygun olmalıdır²⁴⁷. Ayrıca, bu mahkemenin kararları da kendisi ve daha alt seviyedeki mahkemeler açısından bağlayıcıdır²⁴⁸.

Bölgesel Mahkemeler, mahkemelerin hiyerarşik sıralanmasında Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi ve İngiliz Yargıtayının ardından gelir. Bu mahkemeler, aşağıda göreceğimiz *High Court*'tan²⁴⁹ gelen hukuk ve ceza davalarına bakarlar. Bölgesel mahkemeler hukuk davaları açısından İngiliz Yargıtayının hukuk davaları biriminin, ceza davaları açısından ise ceza davaları biriminin kararlar ve elbette ki Yüksek Mahkemenin

241 Zander, a.g.e., s. 216.

242 a.y.

243 Keith, a.g.e., s. 128.

244 Zander, a.g.e., s. 217.

245 Yolcu, a.g.e., s. 50.

246 Yolcu, a.g.e., s. 107.

247 Zander, a.g.e., s. 225.

248 Zander, a.g.e., s. 230.

249 Aslen *High Court* ifadesini de "Yüksek Mahkeme" şeklinde çevirebilirdik. Ancak 2005 tarihli Anayasal Reform Kanunu tarafından kurulan Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi ("*Supreme Court*") ile bir karışıklığa yol açmamak için orijinal adlandırmayı kullanıyoruz.

kararları ile bağılıdır²⁵⁰. Yine, Bölgesel Mahkemelerin kararları kendileri açısından da bağlayıcılık arz etmektedir.

High Court, daha alt konumdaki yerel mahkemeler ("*county courts*")²⁵¹ gibi mahkemeler için bir temyiz mercii konumundadır²⁵². Dolayısıyla, *High Court* kararları bu daha alt seviyedeki mahkemeler açısından bağlayıcılık arz edecektir. Bununla birlikte, *High Court* kararları kendi yargıçları açısından bağlayıcılık arz etmez ve somut olayda önceki kararlardan sapılabilir²⁵³.

Yerel mahkemeler ve sulh mahkemeleri ("*magistrates' courts*") İngiliz mahkemeler hiyerarşisinin en altında bulunan mahkemelerdir. Bunların vereceği kararlar ne kendileri açısından bağlayıcıdır ne de daha alt seviyede başka bir mahkeme bulunduğu için başka mahkemeler açısından²⁵⁴. Dolayısıyla, yerel mahkemeler ile sulh mahkemeleri kararları hiçbir şekilde düzenleyici nitelik arz etmeyen, birel nitelikteki kararlardır. Bu mahkemelerin verdikleri bir kararı benzer başka bir somut durumda izlemesi gerekmez. Ayrıca, bir somut durumda verdikleri herhangi bir karar da benzer başka bir somut durumda başka bir mahkeme tarafından uygulanmak zorunda değildir. Bu açıdan, yerel mahkemeler ve sulh mahkemelerinin kararları Türk ve Alman mahkemelerinkilerle benzerlik göstermektedir.

Yukarıdaki bilgilerden anlaşılacağı üzere, mahkemeler arasındaki hiyerarşik ilişki aslen mahkemelerin kararları arasındaki hiyerarşik ilişkiden kaynaklanmaktadır. Hiçbir alt kademe mahkeme kararının üst kademedekileri mahkemeleri bağlayamayacağı gerçeği²⁵⁵, mahkeme kararları arasında da bir hiyerarşi olduğu fikrini güçlendirmektedir. Bu durum, İngiliz hukukuna özgü bir durum değildir. Türk ve Alman hukuk sistemlerinde de mahkeme kararları arasında hiyerarşi bulunduğunu ve temyiz mercilerinin kararlarının ilk derece mahkemelerinin kararlarından daha üstün konumda olduğunu görmüştük. İngiliz hukukunu farklı kılan husus, mahkemenin bir kez verdiği bir kararın hukuken somut olaya uygulanmakla tükenmemesi ve ileride gerçekleşebilecek olan benzer olaylara da uygulanmasının gerekmesidir. Türk ve Alman hukukunda bir ilk derece mahkemesi daha

250 Zander, a.g.e., s. 251.

251 Bu mahkemelerin ilçe gibi idarî birimler ile bir ilişkisi bulunmadığı için "ilçe mahkemesi" şeklindeki bir çeviri yerine "yerel mahkeme" çevirisini tercih ediyoruz. Nitekim, neticede bu mahkemeler yargı yetkisi açısından belli bir bölge ile sınırlandırılmıştır. Bkz. https://en.wikipedia.org/wiki/County_court, Erişim Tarihi: 1 Ağustos 2015.

252 Keith, a.g.e., s.128.

253 Zander, a.g.e., s. 251.

254 a.y.

255 Zander, a.g.e., s. 254.

rahat bir şekilde üst mahkemenin geçmişte verdiği bir kararın aksi yönde karar verebilirken, İngiliz hukukunda böyle bir kararın temyiz mercii tarafından reddedileceği neredeyse kesindir. Yine de, alt mahkemelerin üst mahkemelerin geçmişte vermiş oldukları kararlara uymayabileceği belli durumların bulunduğu gözlemlenmektedir²⁵⁶. Ancak, biz bu halleri detayıyla incelemeyeceğiz. Nitekim, istisnaen ortaya çıkan bu haller, mahkeme kararları arasında bir hiyerarşi olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Her şeyden önce, bu istisnaî hallerin de 2005 yılından önce mahkemeler hiyerarşisinin tepesinde yer alan Lordlar Kamarası içtihadı neticesinde kesinleştiğini gözlemlemiş bulunmaktayız. Dolayısıyla, bu istisnaî hallere normatif olarak geçerlilik sağlayan norm yine Lordlar Kamarası tarafından ihdas edilen bir norm olduğundan, mahkeme kararlarının kendi arasındaki hiyerarşisine ilişkin bir değişiklik yaşanmayacaktır.

Mahkemelerin üst mahkemelerin bağlayıcı içtihadını ihmal edebilecekleri bir başka durum içtihadî olarak değil, kanunen öngörülmüştür. 1998 tarihli İnsan Hakları Kanunu, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni iç hukuka aktarmak amacıyla çıkarılan ve hükümlerinin büyük çoğunluğu 2 Ekim 2000 tarihinde yürürlüğe girmiş olan²⁵⁷ bir kanundur. Bu Kanunun 6. maddesinin 1. fıkrasına göre, eğer bir mahkeme, üst mahkemesinin içtihadının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı olduğu neticesine varırsa, mahkeme içtihadını ihmal ederek Sözleşme hükmüne göre karar verebilecektir²⁵⁸. Ancak, bu ihmal de zaten normlar hiyerarşisinde içtihadattan üstün konumda bulunan kanun normu tarafından mümkün kılındığı için, mahkeme kararları arasındaki hiyerarşiye etki etmeyecektir.

Bu şekilde, İngiltere'de mahkemelerin hiyerarşik yapılanması ve *stare decisis* ilkesine ilişkin gerekli olan hususlara değinmiş ve İngiltere'de mahkeme kararları arasında bir hiyerarşinin mevcut olduğunu göstermiş bulunuyoruz. Şimdi de İngiliz mahkemelerinin denetimi kapsamına hangi normların girdiğini göreceğiz.

B. MAHKEMELER TARAFINDAN GERÇEKLEŞTİRİLEN NORM DENETİMİ

İngiliz mahkemeleri görevlerini Parlamantonun ihdas ettiği kanunları yorumlamakla sınırlandırmıştır. Bu bağlamda, 2005 öncesinde en üstün mahkeme olan Lordlar Kamarası bile bir kanunun geçerliliğini test etme yetkisini kendisinde

256 Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Zander, a.g.e., s. 225-230.

257 Parpworth, a.g.e., s. 91.

258 Zander, a.g.e., s. 255.

görmemiştir²⁵⁹. Öte yandan, kanun, Lordlar Kamarası (Yüksek Mahkeme) içtihadını değiştirebilecek, içtihadı bağlayıcı olmaktan çıkaracak tek norm olarak görülmektedir²⁶⁰. Bu durumların sebebi, hiç kuşkusuz, yukarıda incelemiş olduğumuz parlamentonun üstünlüğü ilkesidir. Buna göre, mahkemeler, içeriği ne olursa olsun kanunları uygulayacak, kararlarında bu kanunlarla bağlı kalacak²⁶¹ ve mahkemeler hiçbir suretle kanunların geçersizliğine hükmedemeyecektir. Dolayısıyla, mahkemelerin bir kanunun hukuka uygunluğunu denetleme yetkisi bulunmamaktadır. Ancak, karar verirken kanun hükümlerini dikkate almak zorundadırlar. Parlamentonun üstünlüğü ilkesini incelediğimiz kısımda bu hususlara detaylı bir şekilde değindiğimizden, konuyu burada uzatmanın gereği olmadığını düşünüyoruz.

Öte yandan, mahkemelerin çok istisnaî bir durumda bir kanunun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile uyumsuz olduğunu ifade etme şansı bulunmaktadır²⁶². İnsan Hakları Kanunu'nun 4. maddesi mahkemelere kanun veya idarenin düzenleyici nitelikteki işlemlerinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile uyumsuz olduğunu ilan etme yetkisini vermektedir²⁶³. Böyle bir ilan, kanunun geçerliliğini etkilemeyecektir²⁶⁴. Aslında buradaki amaç, Parlamento'ya söz konusu uyumsuzluğu gidermesi için bir uyarı yapmaktan ibarettir. Dolayısıyla, parlamentonun üstünlüğü ilkesinden vazgeçildiğinin veya ilkenin bu düzenlemeden etkilendiğini söylenebilmesi mümkün değildir²⁶⁵. Mahkemenin bu şekildeki bir ilanından dolayı söz konusu kanunun uygulanmaması bile söz konusu olsaydı, tıpkı Avrupa Toplulukları Kanunu – Parlamentonun üstünlüğü ilkesi ilişkisinde olduğu gibi, mahkemeler bir kanun hükmü bunu emrettiği için uygulamamayı seçmiş olacaktır.

İngiliz hukukunda Parlamento'nun sahip olduğu ayrıcalıklardan bir tanesinin kendi iç prosedürünü düzenleme yetkisi olduğunu daha önce belirtmiştik. Bu ayrıcalık neticesinde, Parlamento'nun iç düzenine ilişkin olan içtüzük ve parlamento kararlarının hukuken denetlenebilmesi mümkün değildir²⁶⁶. Buna göre, Parlamento kendi iç düzenine

259 William McKay - Charles W. Johnson, **Parliament and Congress**, 1.b., Oxford, Oxford, 2013, s. 8.

260 Yardley, a.g.e., s. 56.

261 Parpworth, a.g.e., s. 73.

262 Burada kasten "uyumsuz" kelimesini tercih etmekteyiz. Nitekim, aykırılık ancak alt normun üst normla "uyumsuz" olması durumunda ortaya çıkabilir.

263 Parpworth, a.g.e., s. 101; Jenkins, a.g.m., s. 184.

264 Parpworth, a.g.e., s. 101.

265 Jenkins, a.g.m., s. 184; Paul Craig, "Accountability, Human Rights Adjudication and the Human Rights Act 1998", **Accountability in the Contemporary Constitution**, ed. Nicholas Bamforth), 1.b., Oxford University Press, New York, 2013, s. 192.

266 Dawn Oliver, "Parliament and the Courts: A Pragmatic (or Principled) Defence of the Sovereignty of Parliament", **The Least Examined Branch: The Role of Legislatures in the Constitutional State**, ed.

dilediği gibi karar verebilir. Mahkemeler, önüne gelen bir normun kanun olup olmadığını anlamak için, metnin kendisinden öteye geçerek Parlamento'nun iç prosedürünün gereğince yerine getirilip getirilmediğini denetleyemezler²⁶⁷. Söz konusu ayrıcalık hem *Common Law* hem de kanun temellidir²⁶⁸. Dolayısıyla, bu ilkenin içtihadî bir ilke olduğu, geçerliliğini yalnızca bir mahkeme kararından aldığı ileri sürülemez. 1689 tarihli Haklar Beyannamesinin ("*Bill of Rights*") 9. maddesi şu şekildedir: "*Parlamento'daki konuşma özgürlüğü ve tartışmalar ya da işlemler mahkeme veya Parlamento dışındaki herhangi bir yerde sorgulanamaz.*"²⁶⁹. Dolayısıyla, Parlamentonun iç düzen işlemlerinin yargı bağımsızlığı ve Parlamento üyelerinin konuşma özgürlüğü gibi ayrıcalıkların kanunî temeli de bulunmaktadır. Bu durumda, İngiliz mahkemelerinin Parlamentonun sahip olduğu bu ayrıcalığı ilişkin içtihadî değişse dahi, kanun hükmü nedeniyle İçtüzük ve parlamento kararlarının denetlenmesi mümkün değildir.

İngiliz iç hukukunda geçerli olabilecek olan uluslararası hukuk normlarının uluslararası antlaşmalar ve uluslararası örf ve adet hukukundan ibaret olduğunu belirtmiştik. İngiliz mahkemelerinin usulüne uygun biçimde iç hukuka aktarılmış olan uluslararası antlaşmaları denetleme yetkisi bulunmamaktadır. Zaten, bir uluslararası antlaşmanın iç hukuka usulüne uygun şekilde aktarılmasının yolunun kanunla aktarma olduğunu düşündüğümüzde, mahkemelerin kanunen uygulanacağı öngörülmüş olan bir hükmün hukuka aykırı olduğuna hükmederek uygulamaması, parlamentonun üstünlüğü gereğince mümkün değildir²⁷⁰. Öte yandan, iç hukuka kanunla aktarılmamış olan bir uluslararası antlaşma da iç hukukun bir parçası olmadığına göre, bunların mahkemeler tarafından uygulanması ve denetlenmesi mümkün olmayacaktır. Buna karşın, iç hukuka alt mevzuat tarafından aktarılmış olan uluslararası antlaşmalar açısından durum farklıdır. Nitekim, aşağıda göreceğimiz gibi, alt mevzuat kanun aksini öngörmediği sürece mahkemelerin yargısal denetimine tâbidir. Bu durumda, bir uluslararası antlaşmayı iç hukuka aktaran alt mevzuatın hukuka aykırı olduğuna hükmeden mahkeme, söz konusu alt mevzuatı iptal etmek suretiyle uluslararası antlaşmanın da iç hukuktaki geçerliliğini

Richard W. Bauman - Tsvi Kahana, l.b., Cambirdge, New York, 2006, s. 311.

267 a.y.

268 a.y.

269 Çeviri yazara aittir.

270 Burada kanun ile usulüne uygun olarak iç hukuka aktarılmış olan uluslararası antlaşmaların hiyerarşik gücünün farklı olduğunu, ancak kanunla aktarılmış olmanın getirdiği avantajdan uluslararası antlaşmanın da faydalandığını ve kanun dışındaki diğer normların üzerinde veya onlar ile aynı seviyede yer aldıklarını hatırlatalım.

etkileyebilecektir. Uluslararası örf ve adet hukuku normları açısından da durumun farklı olduğunun belirtilmesi gerekecektir. Yukarıda açıkladığımız gibi, uluslararası örf ve adet hukuku kuralları İngiliz iç hukukuna içtihat yoluyla aktarılmakta, bunlar ancak içtihat tarafından benimsendiğinde iç hukukta etki doğurabilmektedirler. Dolayısıyla, İngiliz hukukunda uluslararası örf ve adet hukukuna geçerlilik sağlayan norm mahkeme kararlarıdır. Her ne kadar *stare decisis* ilkesi uyarınca mahkeme içtihadında bir değişiklik gerçekleşmesi zor olsa da, bu imkânsız değildir. Bunun yollarının mevcut olduğu belirtilmektedir²⁷¹. Dolayısıyla, önceden benimsenmiş olan bir uluslararası örf ve adet hukuku kuralının yine içtihat yoluyla iç hukukta geçersiz kılınması mümkündür.

Uluslararası hukuk normlarıyla benzer şekilde, İngiliz mahkemelerinin AB hukuku normlarını da hukukten denetleme yetkisi bulunmamaktadır. Her şeyden önce, birincil mevzuat iç hukuka kanun aracılığıyla aktarılmış olan bir uluslararası antlaşma niteliği taşıdığına göre, bu normların mahkemelerce denetlenip geçersiz kılınması parlamentonun üstünlüğü ilkesi uyarınca mümkün değildir. Bununla beraber, mahkemelerin doğrudan uygulanabilirliğe sahip olan ikincil mevzuatı (tüzükler) denetleyebilmesi de söz konusu değildir. Nitekim, iç hukuka usulünce aktarılmış olan Kurucu Antlaşmalar uyarınca, tüzüklerin hukuka uygunluk denetimini yapma yetkisi ulusal mahkemelere değil, Avrupa Birliği Adalet Divanı'na tanınmıştır (AB'nin İşleyişine İlişkin Antlaşmanın 263.maddesi). Kaldı ki, bu hususta ulusal mahkemelerin de yetkili olduğu kabul edilse bile, Avrupa Toplulukları Kanunu'nun 2. maddesinin 4. fıkrasında AB hukuku normlarına uygulamada bir üstünlük tanınmıştır. Öyle ki, bu normlar, kanunlardan farklı hükümler içerseler dahi, iç hukuk normlar hiyerarşisindeki yerlerinden bağımsız olarak, kanunlara (ve dolayısıyla tüm diğer normlara) tercihen uygulanacaklardır. Bu durumda, mahkemelerin bir AB tüzüğünün iç hukuka aykırı olduğuna hükmederek düzenlemeyi uygulamaması mümkün olmayacak, böyle bir durumda mahkeme Parlamentonun düzenlemesine aykırı davranmış olacaktır. Tüzükler dışındaki AB hukuku normlarının iç hukuka aktarılması gerektiğini ve bu aktarmanın genellikle bir kararname şeklinde yapıldığını belirtmiştik. Bu tür ikincil mevzuatın yargısal denetimi de Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından gerçekleştirileceğinden, İngiliz mahkemelerinin bu şekilde aktarılmış olan AB hukuku normlarını da denetleme yetkisi bulunmamaktadır. Avrupa Toplulukları Kanununun 2. maddesinin AB tüzükleri ve diğer AB ikincil mevzuatı arasında bir ayrıma gitmediği

271 Zander, a.g.e., s. 240, 241, 244.

düşünüldüğünde, İngiliz mahkemelerinin diğer ikincil mevzuat hükümlerini de iptal etme yetkisinin bulunmadığını, aksi takdirde bir kanun hükmünün ihlal edilmiş olacağını belirtmek mümkündür.

C. MAHKEME KARARLARININ NORMLAR HİYERARŞİSİNDEKİ YERİ

Yukarıda yaptığımız açıklamalar ışığında İngiliz mahkeme kararlarının normlar hiyerarşisindeki yerini inceleyeceğiz. Bunun içinse, şimdiye kadar incelediğimiz olan normlar ile mahkeme kararlarının ilişkisini değerlendirmemiz ve mahkeme kararlarını normlar hiyerarşisinde konumlandırmamız gerekmektedir.

Parlamentonun üstünlüğü ilkesi kanunlar ile mahkeme kararlarının hiyerarşik ilişkisinin belirlenmesinde kilit bir rol oynamaktadır. Yalnızca içtihadî bir ilkedden ibaret olmadığını gösterdiğimiz parlamentonun üstünlüğü ilkesi iki noktada önem arz eder. İlk olarak, kanunlar mahkemeler tarafından içerikleri her ne olursa olsun uygulanmalıdırlar. Bu bağlamda, kanunlar mahkemelerin kararları üzerinde bağlayıcı bir güce sahiptir ve mahkemelerin kanunların aksine karar vermesi hukuken mümkün değildir. İkinci olarak ise, kanunların geçerliliğinin mahkemelerde denetlenebilmesi mümkün değildir. Bu husus da mahkeme kararlarının kanunların geçerliliğine etki edemeyeceğini göstermektedir. Şayet, mahkemeler kanunların geçerliliğini denetleyebiliyor olsalardı, bir norm geçerliliğini ancak başka bir normdan alıp, yine bir başka norm dolayısıyla kaybedeceğinden, mahkeme kararlarını normlar hiyerarşisinde kanun üstü bir seviyeye yerleştirmemiz gerekebilirdi. Ancak, durum bu değildir. Kaldı ki, kanunların geçersiz olduğuna hükmedemeyen mahkemeler, karar verirken bu normu mutlaka dikkate almak ve normun öngördüğü biçimde karar vermek zorundadır. Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere, mahkeme kararları İngiliz hukuku normlar hiyerarşisinde kanun altı bir seviyede yer alacaktır.

Mahkeme kararlarının usulüne göre kanun aracılığıyla iç hukuka aktarılmış olan uluslararası antlaşmaların hukuka aykırı olduğuna hükmedip, bunları geçersiz kılması mümkün değildir. Bu normların uygulanacağı kanun tarafından bizzat öngörülmüştür. Her ne kadar, kanun ve uluslararası antlaşmanın kendisi farklı normlar olsalar da, bu durumda uluslararası antlaşmaları geçersiz kılamayan mahkemeler, onları uygulamakla yükümlüdür. Bir başka deyişle, iç hukuka kanunla aktarılmış olan uluslararası antlaşma hükümleri mahkemeleri bağlar. Bu nedenle de, uluslararası antlaşmaların normlar hiyerarşisinde

mahkeme kararlarından üstte yer alacağına hükmetmemiz gerekir. Ancak, aynı hususu alt mevzuat ile iç hukuka aktarılmış olan uluslararası antlaşmalar açısından söyleyemeyiz. Nitekim, kanun aksini öngörmedikçe, mahkemeler alt mevzuatın hukuka uygunluğunu denetleme yetkisine sahiptir ve söz konusu aktaran normu iptal etmek suretiyle bir uluslararası antlaşmanın iç hukuktaki geçerliliğini etkileyebilirler. Dolayısıyla, kural olarak, mahkeme kararlarının iç hukuka alt mevzuat aracılığıyla aktarılmış olan uluslararası antlaşmalardan üstün konumda olacağını belirtmek gerekir. Ancak burada da mahkemeler arasında bir ayrıma gitmek gerekir. Nitekim, İngiltere’de alt mevzuatın yargısal denetimini gerçekleştirmekle yetkili mahkeme *High Court*’a bağlı olan İdare Mahkemesidir (“*Administrative Court*”)²⁷². Dolayısıyla, alt mevzuat ve alt mevzuat ile iç hukuka aktarılmış ve yargısal denetime tâbi olan uluslararası antlaşmalar, normlar hiyerarşisinde *High Court* kararlarının altında, yerel mahkemeler ile sulh mahkemeleri kararlarının üzerinde yer alacaktır. Nitekim, en alt kademedeki bu mahkemeler, alt mevzuat ve alt mevzuat ile iç hukuka aktarılmış olan uluslararası antlaşmalar ile bağlı olacaklardır.

Bu durumda, yargısal denetime tâbi olan alt mevzuatın normlar hiyerarşisinde mahkeme kararlarının arasına girerek, bunların kendi arasındaki hiyerarşik zinciri bozduğu görülmektedir. Yukarıda, uluslararası örf ve adet hukuku kurallarının iç hukuk normlar hiyerarşisindeki yerinin, bunları iç hukukta benimseyen mahkeme kararına bağlı olduğunu belirtmiştik. Bu mahkeme kararına bağlı olarak, uluslararası örf ve adet hukuku kurallarının kendi arasında ve aynı zamanla kamaraların içtüzükleri arasında hiyerarşik kademe farkı bulunacaktır.

Kanunla iç hukuka aktarılmamış olan uluslararası antlaşmalar ile mahkeme kararları arasında ise hiyerarşik bir ilişki bulunmaz. Nitekim, bu tür uluslararası antlaşmalar İngiliz hukukunun bir parçası haline gelmemiştir.

Siyasal denetime tâbi olsun yahut olmasın, mahkeme kararları alt mevzuat ile iç hukuka aktarılmış olan bütün uluslararası antlaşmalardan üstün bir hiyerarşik güce sahip olduğuna göre, her ne kadar doğrudan bu normların yargısal denetimini gerçekleştiremeye de, bu kararların normlar hiyerarşisinde içtüzüklerin de üzerinde yer alacağını kabul edilmesi gerekir.

AB hukukunun birincil mevzuatı da kanunla iç hukuka aktarılmış bir uluslararası

272 M. Elizabeth Magill – Daniel R. Ortiz, “Comparative Positive Political Theory”, **Comparative Administrative Law**, 1.b., ed. Susan Rose-Ackerman – Peter L. Lindseth, Edward Elgar, Cheltenham, 2010, s. 140.

antlaşmadan farksızdır. Dolayısıyla, AB hukuku birincil mevzuatı ile mahkeme kararları arasındaki hiyerarşide de birincil mevzuat üstte olacaktır. Doğrudan uygulanabilir olan AB hukuk tüzükleri ile mahkeme kararlarının hiyerarşik ilişkisini de benzer şekilde inceleyebiliriz. Kurucu Antlaşmalar uyarınca tüzüklerin yargısal denetimini yapma yetkisi Avrupa Adalet Divanı'na verildiğine ve bu Antlaşmalar da İngiliz iç hukukuna aktarılmış olduğuna göre, İngiliz mahkemelerinin AB tüzüklerini denetleme yetkisinin bulunmadığını söyleyebiliriz. Hiçbir İngiliz mahkemesi bir AB tüzüğünün hukuka aykırı olduğu iddiasıyla geçersizliğine karar veremez. Bununla birlikte, Avrupa Toplulukları Kanunu'nun 2. maddesinin 4. fıkrası uyarınca, bu normları, kanunlara aykırı olsalar dahi, uygulamak zorundadırlar. Bir başka deyişle, AB tüzükleri İngiliz mahkemeleri bağlar. Bu nedenle de, İngiliz mahkeme kararlarının normlar hiyerarşisinde AB tüzüklerinin altında yer alacağını söyleyebiliriz. Aynı akıl yürütme, iç hukuka aktarılması gereken AB hukuku ikincil mevzuatı açısından da geçerlidir. Bu normlar da uygulama önceliğinden faydalanır ve mahkemeler tarafından bunların iptal edilmesi Avrupa Toplulukları Kanununun 2. maddesinin 4. fıkrasına aykırılık oluşturur.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında İngiliz hukukunda mahkeme kararlarının normlar hiyerarşisinde kanunların, iç hukuka kanunla aktarılmış olan uluslararası antlaşmaların, AB birincil mevzuatının, AB tüzüklerinin ve iç hukuka aktarılmış olan diğer AB ikincil mevzuatının altında yer alacağını kararlaştırmış bulunuyoruz. İç hukuka alt mevzuat aracılığıyla aktarılmış olan uluslararası antlaşmalar, alt mevzuatı öngören kanun bunları yargısal denetimden istisna tutmadıkça, normlar hiyerarşisinde mahkeme kararlarının altında yer alacaktır. İçtüzükler de normlar hiyerarşisinde siyasî denetime tâbi olmayan, yargısal denetime tâbi ve kanunları değiştiremeyen alt mevzuat seviyesinde yer alacağına göre, mahkeme kararları, her ne kadar içtüzüklerin hukuka uygunluk denetimini gerçekleştiremeyecek olsalar da, normlar hiyerarşisinde içtüzüklerin üzerinde yer alacaktır. Yukarıda, uluslararası örf ve adet hukuku kurallarının da mahkeme kararlarından geçerlilik aldığını ve bu kurallara geçerlilik sağlayan normlar olduklarını belirtmiştik. Dolayısıyla, mahkeme kararları normlar hiyerarşisinde iç hukuka aktarılmış bulunan uluslararası örf ve adet hukuku kurallarının da üzerinde yer almalıdır. Bununla beraber, mahkeme kararlarının kendi arasında da bir hiyerarşi mevcuttur. Bu hiyerarşi, mahkemeler arasında yukarıdaki bölümde açıklanan hiyerarşiden kaynaklanmaktadır. Buna göre, mahkeme kararları arasındaki hiyerarşi şu şekilde verilebilir: Yüksek Mahkeme kararları, İngiliz Yargıtayı

("Court of Appeal") kararları, Bölgesel Mahkeme kararları, *High Court* kararları, yerel mahkemeler ve sulh mahkemeleri kararları. Bu hiyerarşi de alt seviyede bulunan normlar, üst seviyedekiler tarafından geçersiz kılınabilir ve üst seviyedeki mahkeme kararları alttakiler açısından bağlayıcıdır.

VI. ALT MEVZUAT

Günümüzde, parlamentoların gereken bütün alanlardaki düzenlemeleri kendi başına yapması beklenmemektedir. Parlamentolardaki sürecin yavaşlığı, düzenlenen alanın teknik bilgi gerektirmesi, kamu hizmetlerinin yürütülmesinde esnekliğe ihtiyaç duyulması ve acil durumlarda çabuk reaksiyon gösterilmesi gereği gibi nedenlerle İngiliz hukukunda da Parlamento dışındaki kişi ve kurumların düzenleme yapmasına ihtiyaç duyulmaktadır²⁷³. Bununla birlikte, Parlamento yerine başka kişi ve kurumlara düzenleme yetkisi verilmesinin hukuk güvenliği, hukuk devleti (ve hukukun üstünlüğü) ve demokrasi gibi temel ilkeler açısından birtakım sakıncaları da bulunabilir. Yine de, düzenleme yetkisi devredilmeden, bütün detayların Parlamento tarafından düzenlendiği bir hukuk sisteminin pratik açıdan mümkün olmadığı düşünülmektedir²⁷⁴. Bu nedenle de, parlamento dışında ihdas edilen kural niteliğindeki normlara müsaade edildiği kadar, bunların denetiminin de sıkı bir şekilde gerçekleştirilmesi gerekmektedir ki bu düzenlemelerden beklenen fayda sağlanabilsin. Bu durumda yargısal denetimin parlamento dışında ihdas edilen kural niteliğindeki normlar açısından önemi fevkalade arttırmaktadır.

Bu kısımda, İngiliz hukukunda Parlamento dışında kimlerin veya hangi kurum-kuruluşların düzenleyici nitelikte norm ihdas edebileceğini inceleyecek, bunların hukukî rejimi ve yargısal denetimlerini kısaca inceleyerek, normlar hiyerarşisindeki yerini tespit edeceğiz. İngiliz hukukunda alt mevzuat ("*subordinate legislation*") olarak adlandıracağımız bu normların hukukî rejimini incelemeden önce birtakım terminolojik sorunlara değinmeyi uygun görüyoruz.

A. TEMİNOLOJİ

İngiliz hukukunda normlar hiyerarşisindeki yerini incelememiz gereken kural işlem nitelikteğindeki son norm alt mevzuattır ("*delegated legislation*"). Bu kategorideki, yani

273 Bradley – Ewing, a.g.e., s. 674-675; Carroll, a.g.e., s. 150-153.

274 Cecil T. Carr, "Delegated Legislation in England as Seen from Abroad", **Journal of Comparative Legislation and International Law**, 3. Seri, Cilt: 16, Sayı: 1, s. 101; Alder, a.g.e., s. 140.

"*delegated legislation*" adı altındaki normlara, idarenin düzenleyici işlemleri ismini vermek her zaman doğru olmaz. Örneğin, İskoç Parlamentosu tarafından çıkarılan kanunlar da birer "*delegated legislation*" hükmündedir. Nitekim, İskoç Parlamentosu 1998 tarihli İskoçya Kanunu tarafından kurulmuş ve bu Parlamento'nun sahip olduğu yetkiler kendisine bu kanun tarafından devredilmiştir²⁷⁵. Bu bağlamda, İngiliz hukukundaki "*delegated legislation*" kavramının "*yasamanın yürütmeye verdiği kural koyma yetkisi*"²⁷⁶ olarak tanımlanması aslen yerinde değildir. Bununla birlikte, bu kategorideki pek çok normun Türk ve Alman hukukunda olduğu gibi, idare tarafından ihdas edilen kural işlem niteliğindeki normlar olduğu söylenebilir. Dolayısıyla, istisnalar bir kenara bırakılırsa, ikincil mevzuatı kanunla yetkilendirilen ve yürütme organına mensup olan bir bakanlık yahut kurumun genel kural koyma yetkisi olarak tanımlayabiliriz²⁷⁷.

İngiliz hukuk doktrininde "*delegated legislation*" kavramı yanında "*subordinate*" (bağlı) veya "*secondary*" (ikincil) mevzuat tabirleri de kullanılmaktadır²⁷⁸. Bu ifadeler, birbiri ile aynı anlama gelmektedir. Aralarında kapsam bakımından herhangi bir farklılık bulunmamaktadır. Bununla birlikte, "*statutory instrument*" tabiri ile "*delegated legislation*" kavramı da karıştırılmamalıdır. "Kanunî belgeler" olarak tercüme edilebilecek olan "*statutory instrument*" ifadesi de bir tür alt mevzuat olmakla ve bu kategoride en çok rastlanan normlar olmakla birlikte, yalnızca Kanunî Belgeler Kanunu ("*Statutory Instruments Act*") altında düzenlenmiş olan normları ifade eder²⁷⁹.

AB hukukundaki ikincil mevzuat ile bu kısımda inceleyeceğimiz normları karıştırmamak için, Parlamento'nun verdiği yetkiye dayanarak çıkartılan normlara alt mevzuat ("*subordinate legislation*") ismini vereceğiz.

Alt mevzuat uygulamada pek çok isim almaktadır. Bunlara örnek olarak, yönetmelik ("*regulation*"), yönerge ("*direction*"), kurallar ("*rules*") ve tüzük ("*bylaw*") verilebilir²⁸⁰. Bu terimlerin birbirinden kesin çizgilerle ayrılan, birbirinden farklı hukukî rejimlere sahip olan normlar olduğu düşünülmemelidir²⁸¹. Bu ifadeler aslen yalnızca isimlendirmeden ibarettir.

275 Page, a.g.e., s. 20.

276 Onur Karahanogulları, "İngiliz Hukukunda İkincil Yasama", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt: 50, Sayı: 3-4, Yıl: 1995, s. 211.

277 John A. G. Griffith, "The Constitutional Significance of Delegated Legislation in England", **Michigan Law Review**, Cilt: 48, Sayı: 8, Yıl: 1950, s. 1079.

278 Page, a.g.e., s. 20.

279 Bkz. Paul Craig, **Administrative Law**, 4.b., Sweet & Maxwell, Londra, 1999, s. 368.

280 Alder, a.g.e., s. 141.

281 a.y. Bu isimlendirmenin pek bir önemi bulunmamaktadır.

B. ALT MEVZUATIN HUKUKÎ REJİMİ

Herhangi bir kimse veya kurum/kuruluşun düzenleme yetkisine sahip olabilmesi için kanunla yetkilendirilmiş olması şarttır²⁸². Dolayısıyla, Parlamento dışındaki hiçbir kişi veya kurumun birinci elden düzenleme yetkisi olmadığını söyleyebiliriz. Uygulamada, Parlamentosunun benzer konuda yeniden bir düzenleme yetkisinin devri talebi olmaması için, düzenleme yetkisini geniş olarak devrettiği gözlemlenmektedir²⁸³. Kanun koyucu genellikle bir konudaki genel ilkeleri belirledikten sonra detayları düzenleme yetkisini devretmektedir²⁸⁴. İngiliz hukuk sisteminde ise, esaslı noktaların kanun tarafından düzenlenmesini gerektiren bir üst norm bulunmamaktadır. Zaten, böyle bir ilkenin İngiliz pozitif hukukunda benimsenmesi de mümkün değildir. Nitekim, kanunlar hukuken her konuyu düzenleme ve dilediği konuları da düzenlemeye yetkisine sahiptir. Dolayısıyla, İngiliz hukukunda teorik olarak Parlamentosunun bir alandaki düzenleme yetkisini, genel ilke belirlemeden tamamen devretmesi mümkündür. Bu bağlamda, İngiliz hukukunda Parlamento dışındaki organ veya kişilere kural koyma yetkisinin devredilmesini mümkün kılan şeyin parlamentosunun üstünlüğü ilkesi olduğu söylenebilir²⁸⁵. Bir başka deyişle, İngiliz hukuku normlar hiyerarşisinin tepesinde yer alan kanun, bütün konularda istediği düzenlemeyi yapabilecek olduğu için, bir başka organa düzenleme yetkisi de verebilir.

İngiltere'de yürütme organına yetki devri genellikle iki şekilde gerçekleşmektedir. Belli konularda düzenleme yapmak üzere monarkın yetkilendirilmesi veya aynı amaçlarla bu yetkinin bir bakana verilmesi söz konusu olmaktadır²⁸⁶. 1946 tarihli Kanunî Belgeler Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile bu şekilde devredilen yetki neticesinde ihdas edilmiş normlara "kanunî belgeler" ("*statutory instruments*") ismi verilmektedir²⁸⁷. Aynı zamanda, bu tür alt mevzuat alt mevzuat türleri arasında en geniş yeri kapsadığı için, kısaca bu kanun altında ihdas edilebilecek olan kanunî belgeleri görmek gerekmektedir.

1946 tarihli Kanuna göre, tek bir bakandansa genel olarak hükümete devredilecek olan düzenleme yetkisi "*Order in Council*" adı verilen ve dilimize kararname olarak

282 Neil Hawke – Neil Parpworth, **Introduction to Administrative Law**, 1.b., Cavendish, Londra, 1998, s. 115.

283 Bradley - Ewing, a.g.e., s. 677.

284 Alder, a.g.e., s. 140.

285 Stanley Alexander de Smith, "Delegated Legislation in England", **The Western Political Quarterly**, Cilt: 2, Sayı: 4, Aralık 1949, s. 514.

286 a.y.

287 Craig, **Administrative Law**, a.g.e., s. 368.

tercüme edilebileceğini düşündüğümüz norm ile kullanılabilir²⁸⁸. Bir de monarkın ayrıcalıklı yetkisi olarak düzenlediği kararnameler vardır ki bu iki normu birbirinden ayırmak gerekir²⁸⁹. Monarkın ayrıcalıklı yetkisine dayanarak çıkardığı kararnameler Ortak Hukuk temellidir²⁹⁰. 1946 tarihli Kanun altındaki kararname ise kanunî bir yetkilendirme neticesinde söz konusu olmakta, bu yetki kanuna dayanmaktadır. Kanunî Belgeler Kanunu ("*Statutory Instruments Act*") altında devredilebilecek olan diğer yetki ise Bakanlar tarafından kullanılır²⁹¹. "Kanunî belge" nitelendirmesi de tam olarak bu normlar için kullanılmaktadır. Yerel makamlar tarafından ve başka kanunlar altında düzenlenen alt mevzuat "kanunî belge" tanımına dâhil değildir²⁹². Bununla birlikte, diğer kanunlara verilen yetkiler neticesinde ihdas edilen normlar da alt mevzuat niteliğindedir. Genel olarak bunların hukukî rejiminin farklı olduğunu söylemek zordur. Her şeyden önce, her yetki veren kanun, yetki ile koyulacak olan kuralın neye ilişkin olacağını ve hangi usulle ihdas edileceğini kendi belirleyecektir. Dolayısıyla, gerek 1946 tarihli Kanun, gerekse diğer kanunlarda verilen yetki ile ihdas edilecek olan normların farklı bir rejime tâbi olduğunu söylemek pek anlamlı değildir. Mühim olan, her iki gruptaki normların da mutlaka bir kanunla verilen yetkiye dayanmasıdır. Son olarak, Kanunî Belgeler Kanununa tâbi olan alt mevzuatın yayınlanmasının zorunlu olduğunu²⁹³ ve suç-ceza ihdas eden veya Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden kaynaklanan hakları sınırlayan alt mevzuat açısından yayınlanmanın, söz konusu normun uygulanabilmesi için zorunlu olduğu düşünülmektedir²⁹⁴.

Diğer kanunlarla verilen yetkilere ilişkin olarak Avrupa Toplulukları Kanunu örnek gösterilebilir. Hatırlanacağı üzere, bu Kanun'un 2. maddesinin 2. fıkrası ile Kraliçe'ye ve ilgili bakanlara İngiliz hukuku mevzuatını AB mevzuatı ile uyumlu hâle getirmek için kararname çıkarma yetkisi verilmekteydi. Bu şekilde ihdas edilen bir alt mevzuat hükmü sanki Parlamento tarafından ihdas edilmiş gibi düşünülecek²⁹⁵ ve yargı denetiminden bağımsız olduğu gibi kanunları değiştirme gücüne de sahip olacaktır. Burada genel bir yetki devri söz konusudur. Kraliçe veya bakanlar bir kararname ile İngiliz hukukunu,

288 Carroll, a.g.e., s. 153; Bradley - Ewing, a.g.e., s. 680.

289 Carroll, a.g.e., s. 153.

290 a.y.

291 Bradley - Ewing, a.g.e., s. 680.

292 a.y.

293 Alder, a.g.e., s. 141.

294 Bradley - Ewing, a.g.e., s. 687; Alder, a.g.e., s. 141.

295 Karahanoğulları, "İngiliz Hukukunda İkincil Yasama", a.g.m., s. 214.

kanunlar dâhil olmak üzere değiştirebilir. Buradan da anlaşılacağı üzere, yetki kanununun bir alt mevzuat hükmü ile kanunun değiştirilebileceğini öngörmesi mümkündür²⁹⁶. Bir başka deyişle, İngiliz hukukunda da, Türk hukukundaki kanun hükmünde kararname benzeri, kanunları yürürlükten kaldırma veya değiştirme gücüne sahip olan ve Parlamento dışında ihdas edilen normlar mevcut olabilmektedir²⁹⁷. Bu tür normların normlar hiyerarşisinde kanun seviyesinde yer alıp almadığını, bir başka deyişle, bunların hiyerarşik konumunun kanun hükmünde kararnamelere benzeyip benzemediğini aşağıda inceleyeceğiz.

Kanunî Belgeler Kanunu'na tâbi olmayan alt mevzuatın en güzel örneği tüzüklerdir ("*bylaws*"). Tüzük çıkarma yetkisi, İngiliz hukuku açısından, genellikle yerel yönetimlere tanınmış olsa da başkaca kamu kurum ve kuruluşlarına da tüzük çıkarma yetkisinin tanınması mümkündür²⁹⁸. İngiliz hukukundaki tüzüklerin en önemli özelliği sınırlı bir bölgede uygulama alanı bulmalarıdır²⁹⁹. Bir başka deyişle, tüzükler yalnızca yetki kanunuyla belirlenmiş olan sınırlı bir coğrafi alanda uygulanırlar. Parlamento tarafından çıkarılmış bir yetki kanununa uygun olarak ihdas edilen tüzükler, ancak yine yetki kanununda gösterilen Bakan'ın onayı ile yürürlüğe girebilirler³⁰⁰.

C. ALT MEVZUATIN SİYASAL VE YARGISAL DENETİMİ

Alt mevzuatın yaygınlaşmasından duyulan endişeler, bu normların sıkı bir denetime tâbi tutulmasını gerektirmiştir. Bu denetimin iki farklı türü bulunmaktadır. Birincisi alt mevzuat üzerinde Parlamento tarafından gerçekleştirilecek olan denetim iken diğeri mahkemeler tarafından yürütülecek olan yargısal denetimdir. Şimdi, öncelikle Parlamento'nun alt mevzuat üzerinde nasıl bir denetim yetkisi olduğunu inceleyecek ve daha sonra da bu normların yargısal denetimine göz atacağız.

1. Siyasal Denetim

Yetki kanunu ayrıca belirtmedikçe Parlamentonun alt mevzuat üzerinde bir denetim

296 Bkz. Hawke – Parpworth, a.g.e., s. 122-123. Alt mevzuata kanunları değiştirebilme gücü veren kanun hükümlerine VIII. Henry hükmü ("*Henry VIII clause*") ismi verilmektedir. Bkz. Bradley – Ewing, a.g.e., s. 679.

297 Karahanoğulları, "İngiliz Hukukunda İkincil Yasama", a.g.m., s. 214.

298 Hawke - Parpworth, a.g.e., s. 117.

299 a.y.

300 De Smith, a.g.m., s. 518.

yetkisi bulunmamaktadır³⁰¹. Bununla birlikte, eğer yetki kanununda öngörülmüşse, ihdasından önce veya sonra, alt mevzuatın Parlamento'ya sunulması gerekmektedir. Parlamento'nun denetimi için belirlenebilecek pek çok usul bulunmaktadır. Biz bunları maddeler halinde Bradley ve Ewing'den aktarıyoruz³⁰²:

- 1) alt mevzuatın ihdasından önce Parlamento'ya sunulması ve ihdas edilebilmesi için Parlamento'nun olumlu kararının aranması,
- 2) alt mevzuatın ihdasından sonra Parlamento'ya sunulması ve ancak Parlamento'nun olumlu kararı sonrasında yürürlüğe girebilmesi,
- 3) alt mevzuatın ihdas edilerek derhal yürürlüğe girmesi, ancak belirli bir süre içinde Parlamento'nun olumlu kararı olmadıkça yürürlükten kalkması³⁰³,
- 4) alt mevzuatın ihdas edilerek derhal yürürlüğe girmesi ancak herhangi bir Kamara'nın olumsuz kararı ile yürürlükten kaldırılabilmesi,
- 5) alt mevzuatın taslak halinde Parlamento'ya sunulması ve Parlamento'nun olumsuz kararı ile ihdasının engellenebilmesi³⁰⁴,
- 6) Kontrol konusunda başkaca bir hüküm öngörülmeden Parlamento'ya sunulma şartının getirilmesi³⁰⁵.

Belirtelim ki, yukarıda belirlenen usuller esasen olumlu ve olumsuz karar sürecinin örnekleri niteliğindedir. Buna göre, 1-3 arasındaki usuller olumlu karar prosedürünün alternatiflerini oluştururken, 4. ve 5. usuller olumsuz karar prosedürünü örneklendirmektedir³⁰⁶. Olumlu karar prosedürünün vergi ve harçlarla ilgili alt mevzuatın denetiminde kullanıldığı ve olumsuz karar prosedürünün genel yöntem olduğu belirtilmektedir³⁰⁷. Bununla birlikte, elbette vergilendirme ve harç dışındaki bir konuyu düzenleyen alt mevzuat için de olumlu karar prosedürünün öngörülmesi mümkündür. Alt mevzuat üzerinde Kamaraların dışında Ortak Komite'nin ("*Joint Committee*") de denetiminden bahsedilmektedir³⁰⁸.

Siyasal denetimden, Parlamento'nun denetimine tâbi olan alt mevzuatın normlar

301 Karahanoğulları, "İngiliz Hukukunda İkincil Yasama", a.g.m., s. 218.

302 Bradley - Ewing, a.g.e., s. 683.

303 İlk üç yöntem için bkz. Craig, **Administrative Law**, a.g.e., s. 371.

304 Dördüncü ve beşinci yöntemler hakkında detaylı bilgi için bkz. Craig, **Administrative Law**, a.g.e., 372-373.

305 Ayrıca bkz. Craig, **Administrative Law**, a.g.e., s. 371.

306 Bradley - Ewing, a.g.e., s. 683.

307 Karahanoğulları, "İngiliz Hukukunda İkincil Yasama", a.g.m., s. 219.

308 Bradley - Ewing, a.g.e., s. 687; Karahanoğulları, "İngiliz Hukukunda İkincil Yasama", a.g.e., s. 220-222.

hıyerarşisindeki yeri ile ilgili önemli bir bilgi edinilmektedir. Parlamento'nun alt mevzuat üzerindeki denetimi birel nitelikteki bir parlamento kararı ile kullanılmaktadır. Bu parlamento kararına dayanılarak alt mevzuat geçerli bir şekilde ihdas edilebilmekte veya aynı karardan ötürü geçerliliğini yitirebilmektedir. Ancak, siyasal denetimin etkili bir denetim olmadığı, nitekim, Parlamentodaki komitelerin çoğunluğunun da hükümet yanlısı vekillerden oluşacağı ve yalnızca azınlık hükümeti niteliğindeki hükümetlerin siyasal denetim konusunda zorlanabileceği vurgulanmaktadır³⁰⁹.

Alt mevzuatın hiyerarşik yerini incelerken, bu normları çeşitli kategorilere ayırmak zorunda kalacağız. Bunlardan bir tanesi de söz konusu alt mevzuatın siyasal denetimine ilişkin olacaktır. Belirtelim ki aşağıda “siyasal denetime tâbi alt mevzuat” ile kastedilen, geçerli olarak ihdas edildikten sonra herhangi bir kamaranın kararı ile geçersiz kılınabilen, yani yukarıda 4 numaralı yöntemle denetime tâbi tutulmuş olan alt mevzuattır. Nitekim, diğer bütün yöntemlerde, söz konusu karar ya alt mevzuat henüz geçerli bir şekilde ihdas edilmemişken alınan bir karar bulunmakta, ya da geçerli bir şekilde ihdas edilen alt mevzuat herhangi bir karar alınmaması durumunda yürürlükten kalkmaktadır. Bir başka deyişle, birel nitelikteki parlamento kararları ile alt mevzuat arasında normatif-hiyerarşik bir ilişkinin olduğunu gösteren tek yöntem 4 numaralı yöntemdir. Bu yönteme tâbi olan alt mevzuat, geçerli bir şekilde ihdas edilmiş olsa da bu geçerliliğini bir parlamento kararı neticesinde kaybetmektedir.

2. Yargısal Denetim

Alt mevzuat parlamentonun üstünlüğü ilkesinin kapsamında yer almadığı için bunların yargısal denetimi mümkündür³¹⁰. Alt mevzuatın yargısal denetimi esasen *ultra vires* adı verilen ilkeye dayanır³¹¹. Bununla birlikte, başka içtihadî ilkelere aykırılık durumunda da alt mevzuatın hukuka aykırı olduğuna hükmedilmesi mümkündür. Alt mevzuatın hukuka aykırı olduğuna karar verilebilecek olan durumları aşağıda inceleyeceğiz. Bunu yaparken güttüğümüz amaç, yargı kararları ile alt mevzuat arasındaki hiyerarşik ilişkiyi belirlemek olduğu kadar, yargı mercilerinin hangi normlara aykırılık

309 Ian Ward, **The English Constitution: Myths and Realities**, 1.b., Hart Publishing, Portland, 2004, s. 76.

310 Karahanoğulları, "İngiliz Hukukunda İkincil Yasama", a.g.m., s. 223. Ayrıca bkz. Youngs, a.g.e., s. 16. Ancak, Youngs, buna rağmen alt mevzuatın hiyerarşide içtihadın üzerinde yer alacağını söylemektedir. Bunun sebebi, pek muhtemel ki yazarın kanunla yargı denetimi dışında bırakılmış olan alt mevzuat ile diğerleri arasında bir ayrıma girmemesidir.

311 Karahanoğulları, "İngiliz Hukukunda İkincil Yasama", a.g.m., s. 223; Wade – Forsyth, a.g.e., s. 27-28.

durumunda alt mevzuatın hukuka aykırı olduğuna karar verdiğini görerek, diğer normlar ile alt mevzuat arasındaki hiyerarşik ilişkiye de ışık tutabilmektedir. Ancak, hemen belirtelim ki yetki kanununun bir alt mevzuatı yargısal denetimden bağışık kılması mümkündür. Ancak, kural alt mevzuatın yargı denetimine tâbi olması, istisna ise kanun ile bu denetimden hariç tutulmuş olmasıdır. Dolayısıyla, alt mevzuatın yargı denetiminden bağışık olabilmesi için bu hususun kanunda açıkça öngörölmüş olması gerekecektir.

a. *Ultra vires* ilkesi

Parlamento dışındaki bir kişi veya kuruma alt mevzuat çıkarma yetkisi tanınırken, yetki kanunu bu yetkinin kullanılmasına birtakım maddî ve usulî sınırlamalar getirmekte ve norm koyucunun hareket alanını sınırlandırmaktadır³¹². Yetki kanununun belirttiğı bu sınırlar aşıldığında, söz konusu idarî işlemin yargı organlarınca iptal edilmesi gündeme gelmektedir. Bu anlamda, *ultra vires* ilkesine göre yargısal denetim, mahkemelerin yasa koyucunun niyetinin idare tarafından aşılmasını engelleme görevidir³¹³. *Ultra Vires* ilkesinin, “maddî *ultra vires*” ve “usulî *ultra vires*” gibi iki farklı görünümü bulunmaktadır³¹⁴.

Maddî *ultra vires* ilkesi yetki kanununda konu bakımından sınırlanmış olan idarenin aşkın düzenleme yapmasını ifade etmektedir³¹⁵. Bir anlamda, yetki kanunu ihdas edilecek olan alt mevzuatın içeriğini belirlemekte ve sınırlandırmaktadır. Usulî *ultra vires* ilkesi ise işlemin belli bir usul izlenerek ihdas edilmesini ifade eder. Yetki kanunu alt mevzuat çıkarılırken belirli bir prosedür izlenmesini, bazı usullere uyulmasını emretmiş olabilir³¹⁶. Usulî *ultra vires* ilkeleri arasında emredici – yol gösterici ayrımı yapılmakta³¹⁷ ve yalnızca emredici usul kurallarına aykırılık durumunda alt mevzuat hukuka aykırı kabul

312 David Stott - Alexandra Felix, **Principles of Administrative Law**, 1.b., Cavendish Publishing Limited, Londra, 1997, s. 81.

313 Paul Craig, "Ultra Vires and the Foundations of Judicial Review", **Judicial Review and the Constitution**, ed. Christopher Forsyth, 1.b., Hart Publishing, Portland, 2000, s. 48.

314 Bazı kaynaklarda *ultra vires* ilkesinin içine yetkilerin kötüye kullanımı (*abuse of powers*) şeklinde üçüncü bir ayırım eklendiğı görölmektedir (bkz. Stott - Felix, a.g.e., s. 81.). Bu üçüncü başlığın içinde işlemleri ihdas ederken makul davranılmaması, uygun olmayan bir amaç güdülmesi, ilgisiz görüşlerin dikkate alınmasıyla işlem tesis edilmesi gibi hususların girdiğı görölmektedir. Craig de makuliyet ve alt mevzuatın yargısal denetiminde ölçü alınan çeşitli içtihadî kriterleri maddî *ultra vires* ilkesinin içine sokmuştur (Craig, a.g.e., s. 385.). Tanımdan anlaşılacağı üzere, maddî *ultra vires* söz konusu alt mevzuatın içerik anlamında yetki veren kanuna aykırılığını ifade etmektedir. Bu hususları *ultra vires* ilkesi ile bağılantılı görmediğimiz için Hawke ve Parpworth'ün ayrımını (Hawke – Parpworth, a.g.e.) benimseyerek ayrı başlıklar açmayı uygun gördük.

315 Stott - Felix, a.g.e., s. 81; Craig, a.g.e., s. 384.

316 a.y.

317 Wade – Forsyth, a.g.e., s. 183 – 184.

edilmektedir³¹⁸. Bununla beraber, İngiliz hukukunda kanunların belirli usulî sınırlamalar getirmediği durumlarda dahi mahkemelerin Doğal Adalet Kuralları (*Rules of Natural Justice*)/Adil Davranma Ödevi (*Duty of Fairness*) kapsamında alt mevzuatı denetime tâbi tuttukları görülmektedir³¹⁹. Bu ilkelerin içeriğinin tartışılması çalışmamızın kapsamı dışında kalacaktır³²⁰. Ancak, bu ilkelerin içtihadî ilkeler olarak Ortak Hukuk niteliği arz ettiklerini belirtmek gerekir.

Ultra Vires ilkesi en temel anlamda, alt mevzuatın içerik ve usul bakımından yetki kanunu ile sınırlandırıldığını ve yetki kanununa aykırı olamayacaklarını ifade etmektedir. Bu ilkedен, alt mevzuatın genel olarak kanunlara uygun olması gerektiği anlaşılmamaktadır. Zaten, *ultra vires* ilkesinden anlaşılması gereken, alt mevzuatın, kanun tarafından öngörülmesi halinde, kanunlara aykırı olabileceği ve hatta kanunları değiştirebileceği, ancak yetki kanunu tarafından belirlenen içeriksel ve usulî sınırları aşamayacağıdır.

b. Belirsizlik

Belirsizlik, tüzük ("bylaw") şeklindeki alt mevzuatın yargısal denetiminde söz konusu olan bir geçersizlik sebebidir³²¹. İngiliz mahkemeleri, tüzüğün açık ve belirli şekilde ihdas edilmesini aramaktadır. Tüzük konu ve usul bakımından kanun ve içtihat tarafından aranan şartlar gözetilerek ihdas edilse dahi, tam olarak nasıl bir düzenleme getirdiği anlaşılıyorsa, normun geçersizliğine hükmedilmektedir. Örnekleme gerekirse, bir planörün parkları "kalkış, uçuş veya iniş" için kullanmasını yasaklayan bir tüzük söz konusu olduğunda, planörün tam olarak ne suretle tüzüğü ihlal edeceğini ve parkın üzerinden geçerken inebileceği minimum irtifa belirtilmediği için işlem geçersiz sayılabilecektir³²². Belirsizlik durumunda tüzüğün ("bylaw") geçersizliğine hükmedilmesi de içtihat yoluyla benimsenmiştir.

c. Genel hukuka aykırılık

Tüzükler kanunlara aykırı olamazlar. Bu tespit, parlamentonun üstünlüğü ilkesinin

318 Karahanoğulları, "İngiliz Hukukunda İkincil Yasama", a.g.m., s. 224.

319 Stott - Felix, a.g.e., s. 82.

320 Bununla birlikte örneğin *audi alterem partem* ilkesinin bu kategorideki içtihadî ilkelerden olduğu ve işlemin muhatapların dinlenmeden ihdas edilmesi hukuka aykırılığa yol açabilmektedir. Bkz. Karahanoğulları, "İngiliz Hukukunda İkincil Yasama", a.g.m., s. 225.

321 Hawke – Parpworth, a.g.e., s. 117.

322 Hawke - Parpworth, a.g.e., s. 118.

doğrudan bir sonucudur. Buna göre, İngiliz hukuk düzenindeki en üstün kural koyucu irade Parlametonunkidir ve Parlamento bu iradesini kanunlar (*Acts of Parliament*) aracılığıyla açıkladığına göre, herhangi bir normun kanunlar ile çelişmesi mümkün değildir.

Tüzüklerin kanunlara aykırı olamayacağına dair bir örnek *Powell v. May* (1946) davasında kamuya açık yerde bahis oynanmasını yasaklayan bir tüzük, iki ayrı kanun izin verdiği için geçersiz kılınmıştır³²³.

İngiliz hukukunda tüzüklerin *intra legem* olma zorunluluğu bulunmaktadır. Bu durum açısından İngiliz hukuku ile Türk hukuku paralellik göstermektedir. Türk hukukunda da idarenin düzenleyici işlemlerinin kanuna aykırı olmama³²⁴ zorunluluğu bulunmaktadır. Bununla birlikte, kanunla düzenlenmemiş bir alanın tüzükle düzenlenmesinde İngiliz hukukunda bir sakınca bulunmamaktadır. Yani, İngiliz hukukunda tüzüklerin *secundum legem* olma zorunluluğu bulunmamaktadır.

d. Makuliyet

İngiliz mahkemeleri makul görmediği tüzükleri geçersiz kılmaktadır. Bir düzenleyici işlemin makul olmadığına dört durumda karar verilmektedir. Biz bu durumları Neil Hawke'tan aktarıyor³²⁵ ve örneklendiriyoruz³²⁶:

(1) Tüzüğün taraflı olması ve farklı gruplara eşit davranma yükümlülüğüne aykırı olması (*partial and unequal*) durumunda. Örneğin, kamu düzeni açısından bir sakınca bulunmamasına rağmen eşinsel hakları savunucularının belirli bir bölgede eylem yapmasını yasaklarken diğer gruplara böyle bir kısıtlama getirilmemesi durumunda olduğu gibi.

(2) Tüzüğün açıkça adaletsiz (*manifestly unjust*) olması hâlinde. Örneğin, ticaret sicil tüzüğünün, makul bir gerekçe olmaksızın, bilişim şirketlerinin kuruluşunda ağır belgeleme yükümlülüklerinin getirilmesi.

(3) Tüzük kötü niyetli olarak ihdas edilmişse. Örneğin, tüzük hükümleri bölgenin ihtiyaç ve çıkarlarına açıkça aykırı ise.

(4) Tüzük baskıcı hükümler içeriyor veya tüzüğe tâbi bir kimsenin haklarına keyfi şekilde müdahale ediliyorsa. Örneğin, kişinin özel yaşamının gizliliği haksız bir

323 a.y.

324 Halil Kalabalık, **İdare Hukukunun Temel Kavram ve Kurumları**, 5.b., Sayram, Konya, 2014, s. 413.

325 Hawke – Parpworth, a.g.e., s. 118 – 119.

326 Bütün bu ölçütler de içtihadî niteliktedir.

müdahaleye konu oluyorsa³²⁷.

Böylelikle, alt mevzuatın yargısal denetiminde temel ilkenin *ultra vires* olduğunu ve tüzükler açısından içtihat yoluyla bazı başka durumlarda da bu normların hukuka aykırı olabileceğinin belirlendiğini görmüş oluyoruz. İngiliz hukukunda alt mevzuatın tâbi olacağı hukukî rejimler ve bu normların alacağı isimlerin bir sınırı bulunmadığı için, bütün olasılıkları göz önüne alarak bu normların hukukî rejimini incelemek imkânsız hale gelmektedir. Ancak, alt mevzuatın normlar hiyerarşisindeki yeri konusuna geçmeden önce, tüzük dışındaki alt mevzuat türleri için söyleyebileceğimiz birkaç husus bulunmaktadır. İngiliz hukukundaki diğer düzenleyici işlemlerin geçersizliklerine sebep olan içtihadî ilkeler değişebilmektedir. Örneğin, kamulaştırma kararları (*compulsory purchase orders*) yalnızca *ultra vires* ilkesi uyarınca denetlenebilmektedir³²⁸. Dolayısıyla, kamulaştırma kararlarının, örneğin, genel hukuka uygun olma gibi bir zorunluluğu bulunmamaktadır.

D. ALT MEVZUATIN NORMLAR HİYERARŞİSİNDEKİ YERİ

Yukarıda da incelendiği üzere, alt mevzuatın tâbi olacağı hukukî rejim kanun tarafından belirleneceğinden, kategorik olarak bu normların normlar hiyerarşisindeki yerini incelemek mümkün değildir³²⁹. Her alt mevzuatın normlar hiyerarşisindeki yeri, tâbi olduğu hukukî rejime göre ayrıca belirlenmelidir. Bununla birlikte, en azından belli başlı niteliklerine göre alt mevzuatı gruplandırarak, bu normların normlar hiyerarşisindeki yerini incelemek bir nebze mümkündür. Keza, tüzüklerin ("*bylaws*") diğer alt mevzuat türlerinden farklı bir hukukî rejime ve yargısal denetime tâbi olduğunu da görmüş bulunmaktayız. Ancak, netice itibariyle bir tüzüğün de kanunla yargı denetiminden istisna tutulması mümkündür ve eğer tutulmamışlarsa bunlar da diğer alt mevzuat türleri gibi normlar hiyerarşisinde mahkeme kararlarının altında yer alacaktır. Dolayısıyla, kanımızca tüzükleri ayrı bir normatif kategori olarak incelemenin anlamı yoktur. Alt mevzuat kategorisinde³³⁰ ilk olarak siyasal denetime tâbi olan ve olmayan, sonra yargı denetimine tabi olan ve olmayan en son olarak ise kanunları değiştirme kudretine sahip olan ve olmayan normlar arasında bir ayırım yapılabilir. Biz bu kategorilerdeki alt mevzuatın hiyerarşik gücünü aşağıda olabildiğince açık bir şekilde incelemeye çalışacağız.

327 Hawke - Parpworth, a.g.e., s. 119.

328 a.y.

329 Alt mevzuatın hiyerarşik gücü, yani hukukî rejimi, tamamen ilgili kanunî düzenlemeye bağlıdır. Craig, **Administrative Law**, a.g.e., s. 393.

330 Bu bağlamda yalnızca idare tarafından çıkartılan alt mevzuatın inceleneyeceği unutulmamalıdır.

1. Hem Siyasal Hem de Yargısal Denetime Tâbi Olanlar

Siyasî ve yargısal denetime tâbi olan ve kanunları değiştiremeyecek olan alt mevzuat, yukarıda da açıklandığı gibi birel nitelikteki bir parlamento kararı veya mahkeme kararı dolayısıyla hukukî geçerliliğini yitiren normlardır. Dolayısıyla, bu tür normların normlar hiyerarşisinde mahkeme kararı ve kamaraların içtüzüklerinin altında yer alması gerekir. Nitekim, düzenleyici nitelik arz eden bir parlamento kararı olarak nitelendirilebilecek olan içtüzük, birel nitelikteki parlamento kararlarının hiyerarşik üstü konumundadır. Bu normlar aynı zamanda bir mahkeme kararı ile de geçersiz kılınabileceği için, normlar hiyerarşisinde aynı zamanda mahkeme kararlarının da altında yer alacaklardır. Biz yukarıda, mahkeme kararlarının, her ne kadar içtüzüklerin hukuka uygunluğunu denetleme güçleri bulunmasa da, içtüzüklerin üzerinde yer alacağını göstermiştik. Dolayısıyla, bu tespit şu ana kadar elde ettiğimiz sonuçlarla tutarlı bir tespittir.

Öte yandan, bu başlık altındaki alt mevzuatın da kanunları değiştirme gücüne sahip olan ve olmayan alt mevzuat olarak ikiye ayrılması mümkündür. Bunlardan kanunu değiştirme gücüne sahip olan normlar normlar hiyerarşisinde diğerlerinin üzerinde yer alacaktır. Nitekim, kanunu değiştirme gücü bulunmayan ve bu kategoriye dâhil olan normların geçerlilik aldığı kanunun değiştirilmesi suretiyle bunların ihdas usulünün veya içeriğinin belirlenebilmesi mümkündür. Öte yandan, kanunları değiştirme gücüne sahip olan, ancak siyasal denetime tâbi bir normun gerçekten içtüzüklerin hiyerarşik astı olup olmadığı konusunda şüpheye düşülebilir. Nitekim, parlamentonun bir kararı ile geçersiz kılınmadıkları takdirde, bu tür alt mevzuatın kamaraların iç işleyişine dair kanun hükümlerini değiştirme gücü olabilir. Biz, bu noktada söz konusu alt mevzuatın parlamentonun negatif karar süreci ile gerçekleştireceği denetimine tâbi olmasına ağırlık verdik. Ancak, kamaralarının içtüzüklerinin yerine geçmeyi doğrudan konu edinen bir kanunun değiştirilmesi için çıkarılan bir alt mevzuat söz konusu olduğunda, bu tespitimizin geçerliliği tartışmalı olacaktır. Dolayısıyla, somut duruma göre ayrıca yorum yapmak gerekecektir. Ancak, bu kategorideki alt mevzuat türlerinin büyük çoğunluğu için bizim tespitimiz geçerli olacağından, herhangi bir değişikliğe gitmiyoruz.

2. Yalnızca Siyasal Denetime Tâbi Olanlar

Bu kategorideki normların yargısal denetimi, yani bir mahkeme kararı ile geçerliliklerini yitirmeleri mümkün değildir. Ancak, yukarıdaki kategoride olduğu gibi, bunların da birel nitelikteki parlamento kararları tarafından geçersiz kılınması mümkündür. Dolayısıyla, bu normların normlar hiyerarşisinde birel nitelikteki parlamento kararlarının hiyerarşik üstü konumundaki içtüzüklerin altına yerleştirmek zorundayız. Mahkeme kararları ise, zaten içtüzüklerin üst normun olduğu için, her ne kadar bu normların yargısal denetimini gerçekleştiremese de, dolaylı olarak normlar hiyerarşisinde bu normların üzerinde yer alacaklardır. Dolayısıyla, bir üst kategoride kanun değiştirme gücüne sahip olan ve olmayan alt mevzuat hakkında söylediklerimiz bu kategorideki normlar açısından da geçerlidir.

3. Yalnızca Yargısal Denetime Tâbi Olanlar

Kanunla siyasal denetime tâbi kılınmamış olan alt mevzuatın birel nitelikte bir parlamento kararı ile geçersiz kılınması mümkün değildir. Ancak, bu tür alt mevzuat bir mahkeme kararı ile geçersiz kılınp, hukuk âleminde kaldırılabilirliğinden, bu normların normlar hiyerarşisinde mahkeme kararlarının altında yer alması gerekir. Yukarıda, siyasal denetime tâbi olmayan bir alt mevzuat ile iç hukuka aktarılan uluslararası antlaşmaların (ve dolayısıyla, siyasal denetime tâbi olmayan ve yargısal denetime tâbi olan alt mevzuatın) normlar hiyerarşisinde içtüzüklerden üst veya onlara eşit bir konumda bulunacağını belirlemiştik. Buna göre, alt mevzuat açısından da, siyasal denetime tâbi olmayıp kanunları değiştirebilen, ancak yargısal denetime tâbi olan alt mevzuatların içtüzüklerden üst, bunlardan kanunları değiştirme gücü bulunmayanların ise içtüzüklerle aynı seviyede bulunacağına hükmetmek gerekmektedir.

4. Ne Siyasal Ne de Yargısal Denetime Tâbi Olanlar

İngiliz mahkemelerinin kanunla yargısal denetimden istisna tutulmuş olan alt mevzuatı ve onun hükümlerini *ultra vires* ilkesi gereğince denetleyip geçersiz kılabilmesi mümkün değildir. Nitekim, bir kanun tarafından mahkemelerin belli bir normun yargısal denetimini gerçekleştiremeyeceğinin öngörülmesi durumunda, parlamentonun üstünlüğü ilkesi gereğince, mahkemelerin bu düzenlemeye uyması gerekecektir. Bir mahkeme kararı ile geçersiz kılınamayacak olan alt mevzuat normlar hiyerarşisinde mahkeme kararlarının

üzerinde yer alacaktır. Nitekim, bu normları geçersiz kılamayacak olan mahkemeler, herhangi bir konuda (örneğin idarî kararların yargısal denetimi sırasında) karar verirken söz konusu alt mevzuat hükümleri ile bağlı olacaklardır. Dolayısıyla, bu normlar, normlar hiyerarşisinde mahkeme kararlarının altında yer alacağına karar verdiğimiz içtüzük, uluslararası örf ve adet hukuku ve diğer tür alt mevzuatın da üzerinde yer alacaktır. Şimdi bu normun mahkeme kararlarının hiyerarşik üstü olan diğer normlarla ilişkisini incelemek gereklidir. Bu bağlamda kanunu değiştirebilen ve siyasal ya da yargısal herhangi bir denetime tâbi olmayan alt mevzuat ile aynı kategorideki diğer alt mevzuatın ayrılması gerekmektedir.

Kanunları değiştirme gücüne sahip olan ve mahkemeler ile Parlamentonun denetiminden istisna tutulmuş olan alt mevzuatın kanun gücünde olacağı düşünülebilir. Ancak bu düşünce kanımızca doğru olmaz. Nitekim, her ne kadar bu alt mevzuat türü kanunları değiştirebilse de, bu gücünü yine kanundan almakta ve bu normun hukukî geçerliliğini yetki veren kanun belirlemektedir. Kanunları değiştirebilecek olsalar dahi, yapabilecekleri değişikliğin kapsamı yetki kanunu tarafından belirlenmekte, bu normun kim tarafından hangi usulle çıkarılacağını da yine aynı kanun belirlemektedir. Kanunun belirlediği bu sınırlara uyulmasının yargısal olarak denetlenemeyecek olması, yetki kanunun alt mevzuat açısından bir "olması gereken" teşkil ettiği gerçeğini değiştirmez. Bu nedenle de kanunu değiştirme gücüne sahip olan ve her türlü denetimden istisna tutulmuş alt mevzuatın normlar hiyerarşisinde yine de kanun altı bir seviyede yer alması gerekir.

AB birincil mevzuatı, iç hukuka kanun tarafından aktarılmıştır. Kanunları değiştirme gücüne sahip ve yargısal-siyasal denetimden istisna bir alt mevzuatın söz konusu aktaran kanunu değiştirmesi ve hatta ilga etmesi ve dolayısıyla da AB hukukunun iç hukuktaki geçerliliğini etkilemesi mümkündür. Örneğin, aynı alt mevzuat hükmü ile Avrupa Toplulukların Kanununun 2. maddesinin 4. fıkrasının değiştirilmesi ve böylece AB hukuku normlarının iç hukukta tâbi olacağı hukukî rejimin etkilenmesi önünde hukukî bir engel bulunmamaktadır. Ancak, bu normların normlar hiyerarşisinde birincil mevzuatın üzerinde yer aldığına hükmetmeden önce, normlar hiyerarşisinde birincil mevzuatla aynı seviyede yer alan³³¹ kanunla iç hukuka aktarılmış uluslararası antlaşmalarla olan ilişkisini de incelemek gerekir.

Bu tür antlaşmaların, kanunla aktarılmaktan kaynaklanan hiyerarşik bir üstünlüğe

331 Bu iki norm aynı hiyerarşik seviyeye sahiptir. Kanunla birincil mevzuata ve hatta ikincil mevzuata tanınan üstünlük normatif bir üstünlük değil, bir uygulama üstünlüğüdür.

sahip olduğunu belirtmiştik. Ancak, kanunu değiştirme gücüne sahip olan ve denetimden istisna tutulmuş bir alt mevzuat ile bu aktaran kanunun da değiştirilmesi veya ilga edilmesi mümkündür. Bu açıdan kanunla aktarılmış uluslararası antlaşmalar ve birincil mevzuat arasında bir fark yoktur. Ancak, söz konusu uluslararası antlaşmanın da alt mevzuat açısından bir "olması gereken" teşkil edeceğini söyleyebiliriz. Nitekim, uluslararası antlaşmaları konu bakımından sınırlandıran bir üst norm uluslararası hukukta bulunmadığına göre, bu normların da değerlendirmeye konu alt mevzuat ile aynı hususları düzenleyebileceği ve bunları değiştiren hükümler getirebileceği açıktır. Bu durumda sonraki tarihli ve kanunla aktarılmış olan uluslararası antlaşmanın değil de alt mevzuat hükmünün uygulanmasını sağlayacak, iki norm arasında hiyerarşik bir ilişki tesis eden hukukî bir sebep bulunmamaktadır. Dolayısıyla, kanımızca, denetimden istisna kılınmış, kanunları değiştirme gücüne sahip alt mevzuat ile AB birincil mevzuatı ve kanunla iç hukuka aktarılmış olan uluslararası antlaşmalar normlar hiyerarşisinde aynı seviyede yer almalıdır. Nitekim, niteliği itibarıyla AB birincil mevzuatı da iç hukuka kanunla aktarılmış bir uluslararası antlaşmadır.

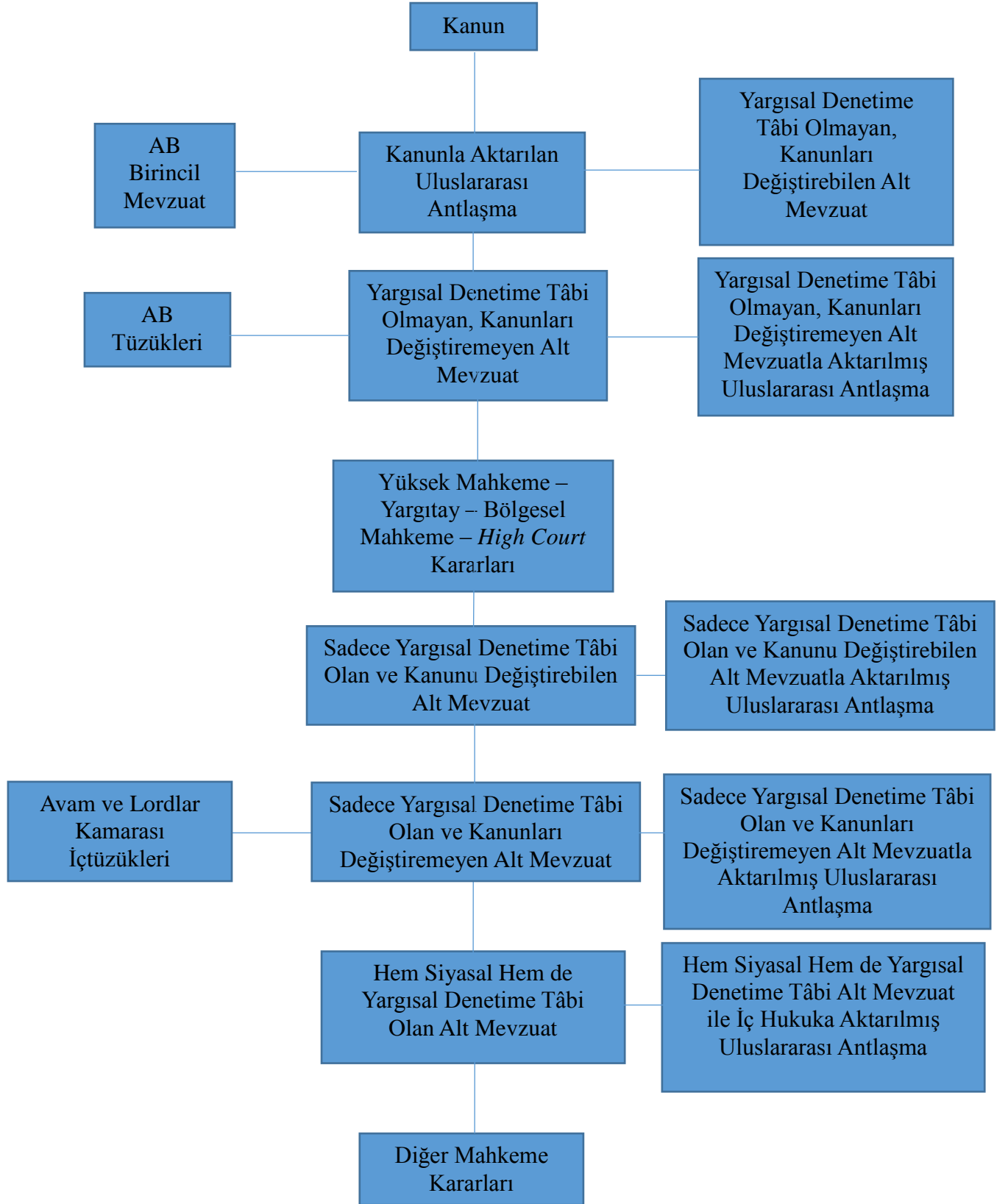
Kanunları değiştirme gücünden yoksun, fakat yargısal ve siyasal denetime tâbi olmayan alt mevzuatın da normlar hiyerarşisinde mahkeme kararlarının ve mahkeme kararlarının hiyerarşik astı konumundaki normların üzerinde yer alacağına şüphe yoktur. Aynı zamanda, kanunları değiştirme gücüne sahip olan ve herhangi bir denetime tâbi kılınmamış diğer alt mevzuat, bu normların çıkarılmasını öngören kanunları değiştirmek suretiyle bunların geçerliliğini belirleyebileceği için, bu kategorideki diğer alt mevzuat normlar hiyerarşisinde kanunları değiştirme gücünü haiz olanlardan altta yer alacaktır. Dolayısıyla, bunların birincil mevzuat ve kanunla iç hukuka aktarılmış olan uluslararası antlaşmalardan da altta yer alacağı kabul edilmelidir. Sorun, bu normlar ile AB tüzükleri arasındaki hiyerarşik ilişkidir.

AB tüzüklerinin Avrupa Toplulukları Kanunu dolayısıyla yalnızca kanunu değiştirme gücüne sahip olmayan ancak denetimden istisna tutulmuş alt mevzuat değil, bütün iç hukuk normları önünde bir uygulama üstünlüğüne sahip olduğu açıktır. Ancak, uygulama üstünlüğü, normatif üstünlük anlamına gelmediğine göre, bu iki norm arasındaki hiyerarşik ilişkiyi birbirlerinin ihdas usulünü veya içeriğini belirleyip belirleyemeyeceğini tespit ederek yapmalıyız. Konu bakımından bu iki norm arasında çatışmalar olması mümkündür. Bu çatışmalar sahip olduğu uygulama önceliği nedeniyle AB tüzükleri lehine

çözömlenecektir. Ancak, tüzüklerin aynı konuda söz konusu alt mevzuattan farklı hükümler içermesi, alt mevzuatın konu bakımından sınırlanması anlamına gelmemektedir. Bu bakımdan, AB tüzükleri, alt mevzuatın içeriği anlamında bir "olması gereken" teşkil etmemekte, ancak aynı konuda farklı hükümler içermektedir. Avrupa Toplulukları Kanununun 2. maddesinin 4. fıkrası uyarınca, AB tüzüklerinden farklı hükümler içeren alt mevzuat uygulanmayacak, ancak geçerliliğini koruyacaktır. Benzer şekilde, AB tüzükleri ile herhangi bir iç hukuk normunun ihdas usulünün belirlenmesi de mümkün değildir. AB tüzükleri, AB Kurucu Antlaşmaları ile düzenleme yetkisi Birliğe bırakılan konularda kural işlem niteliğinde düzenlemeler getirirler. Herhangi bir iç hukuk normunun ihdas usulünü belirlemek AB Kurucu Antlaşmaları ile Birliğe verilmiş yetkiler arasında bulunmamaktadır. Dolayısıyla, kanımızca bu iki normun normlar hiyerarşisinde aynı seviyede yer alması gerekir.

Böylelikle, İngiliz normlar hiyerarşisini amaçladığımız kapsamda incelemiş bulunuyoruz. Bu kısım boyunca yaptığımız açıklamalar pek olasıdır ki okuyucuya karışık gelecektir. Nitekim, İngiliz hukukunda normların hukukî rejimi ve hiyerarşik gücü konusunda genel düzenlemeler yapan bir normun, şekli, katı bir anayasanın bulunmaması, yazarı kendince bir sınıflandırmaya gitmek ve hukuk normlarının geçerliliğine ilişkin birinci bölümde ele alınan teoriye sıkça başvurmak zorunda bırakmıştır. Aşağıda verdiğimiz şeklin bu karışıklığı bir nebze olsun giderebileceğini umuyoruz.

Şekil 3 – İngiliz Hukukunda Normlar Hiyerarşisi



SONUÇ

Analizlerimiz neticesinde inceleme konusu hukuk sistemlerinde kural işlemlerin ve mahkeme kararlarının hiyerarşik yerini belirlemiş durumdayız. Bu kısımda bu tespitlerden çıkarılabilecek, karşılaştırma anlamında önem arz eden çıkarımlar sunulacaktır. İlk olarak Kelsen'in hukuk normlarının geçerliliğine ilişkin yaptığı tespitlerin birbirinden farklı hukuk sistemlerine ne ölçüde uygulanabildiğini değerlendirelim.

Türk ve Alman hukuk sistemleri açısından Kelsen'in kuramını uygulamakta pek bir sorun yaşamadık. Bu hukuk sistemlerinde katı bir anayasanın bulunması ve bu anayasanın normlar hiyerarşisine ilişkin genel bir çerçeve çizmesi, normlar hiyerarşisinin tespitini oldukça kolaylaştırmaktadır. Her şeyden önce, İngiliz hukukunda olduğu gibi normlar hiyerarşisinin en tepesinde bulunacak olan normun tespitinde herhangi bir sorun yaşanmamaktadır. Bununla beraber, katı bir anayasaya sahip olan sistemlerde de normlar hiyerarşisinin doğrudan anayasa hükümlerine bakılarak tespiti mümkün olmayabilmektedir. Örneğin, Alman hukukun iç hukuka aktarılmış olan uluslararası antlaşmaların hangi hiyerarşik seviyede yer alacağına dair bir tespit bulunmamaktadır. Bu durumda bu normun iç hukuk normlar hiyerarşisindeki yerini tespit ederken Kelsen'in genel üst norm tanımından yola çıktık. Anayasanın pozitif bir düzenlemesi bulunmamaktaysa, o normun hangi hiyerarşik seviyede yer alacağı Kelsen'in kuramının genel tanımlarından çıkarılmaktadır.

Bununla birlikte, Kelsen'in kuramının İngiliz hukukuna aynı kolaylıkla uygulanabildiğini söyleyemeyiz. Bu konuda ilk olarak İngiliz hukuku normlar hiyerarşisinin en üstünde bulunan normu tespit etmek gerekmektedir. Aslında teorik olarak normlar hiyerarşisinin en tepesinde tek bir normun bulunması gerekmez. Bazı hukuk sistemlerinde en üst seviyede birden fazla normun bulunması teorik olarak mümkündür. Fakat, İngiliz hukukunda karşılaştığımız sorun bu değildir. Sorun genel olarak parlamentonun üstünlüğü ilkesinin hukukî niteliğinin tespitinde ortaya çıkmaktadır. İngiliz hukukunda anlamlı bir normlar hiyerarşisi tespit edebilmek için parlamentonun üstünlüğü ilkesinin hukuk dışı, varsayımsal bir temel norm niteliğinde mi olduğu yoksa içtihadî bir Ortak Hukuk ilkesi mi olduğu kararlaştırılmalıdır. Kanımızca her iki yolla da tutarlı bir normlar hiyerarşisi ortaya konabileceğini tespit etmiş bulunmaktayız. Ancak,

mahkemelerin parlamentonun üstünlüğü ilkesi açısından oynadığı rolün, temel normun tespitinden öte olduğu ve bu ilkenin yeni bir kural olarak mahkemeler tarafından ihdas edildiği kabul edilirse, kanunlar, İngiliz hukukunda sahip olduğu üstünlüğü mahkeme içtihadına borçlu olacaktır. Bu durumda ise, kanunların gerçekten üstün bir konuma sahip olduğu ve normlar hiyerarşisinin tepesinde yer alacağı kabul edilemeyecek, en üst konuma mahkeme kararları yerleştirilecek ve normlar hiyerarşisinin geri kalanı bizim yukarıda tespit ettiğimiz şekilde oluşacaktır. Biz, yukarıda bu iki yöneme de başvurmamayı tercih ettik. Nitekim, parlamentonun üstünlüğü ilkesinin temel norm olarak benimsenmesi ile ilgili ciddi bir sıkıntı bulunmaktadır. Birinci bölüm kapsamında Kelsen'i izleyerek ulusal hukuk düzenleri dayandığı normun pozitif bir uluslararası hukuk normu olan etkililik prensibi olarak belirlemişken, İngiliz hukuku için farklı içerikte bir temel norm benimsemek, teorik olarak mümkün olsa da¹ bilimsellikten uzak bir yaklaşım biçimi olur. Bu yol bir kere tercih edildiğinde, hukukçunun maksatlı davranarak, arzu ettiği içerikte bir temel norm varsayması ve hukuk düzenlerini de buna göre yorumlaması mümkün olacaktır. En üstün normun Ortak Hukuk olduğunu kabul ettiğimizde ise, parlamentonun üstünlüğü ilkesi normatif açıdan anlamını yitirmekte ve "mahkemelerin üstünlüğü" ilkesine dönüşmektedir. İngiliz hukukunda mahkemelerin yetkileri ve görevleri kanunlarla belirlenmektedir. Dolayısıyla, kanunların mahkeme kararlarının üst normu olarak görülmesi gerekir. Bir başka deyişle, kanunların mahkemelerin karar verme usulünü ve yetkilerini düzenlemesi, içtihat yoluyla parlamentonun üstünlüğü ilkesinin tespit edilmesinden çok daha önceye dayanır. Dolayısıyla, kanunların geçerliliklerini mahkeme kararlarından aldığı ve üstün konumlarını da içtihadı borçlu olduğu yönündeki bir çıkarım kanımızca yanlış olacaktır. Kanunların İngiliz hukukundaki en üstün norm olmasının sebebi, başka hiçbir normdan geçerlilik almadığı halde diğer bütün normların geçerliliğini

1 Yalnızca ulusal hukuk düzenlerinin geçerliliği temel alındığında, her hukuk sistemi için farklı içerikte bir temel norm belirlenmesi mümkündür. (Raz, a.g.m., s. 1170.). Kelsen, bu maksatla, bir hukuk sisteminde hem yazılı anayasal nitelikteki kuralların hem de örf ve adet hukuk niteliği taşıyan anayasal kuralların geçerliliğini aynı anda sağlayan bir temel norm benimsenebileceğini vurgulamıştır. (Kelsen, **General Theory of Law and State**, a.g.e., s. 126.). Belki de İngiliz hukuku açısından bu içerikte bir temel norm benimsenseydi, normlar hiyerarşisini daha farklı şekilde sunmamız gerekebilirdi. Ancak, kanunların İngiliz hukukundaki en üstün norm olduğunu, özellikle de mahkeme kararlarından üstün olduğunu açıklamak için böyle bir varsayıma gerek duymuyoruz. Eğer mahkemelerin kanunların yargısal denetimini gerçekleştirebileceği savunulmuş olsaydı, bu içerikte bir temel norma ihtiyaç duyabilirdik. Nitekim, İngiliz hukukunda mahkemelerin yapısı, yargılama usulleri ve hangi konularda karar verebilecekleri (norm ihdas edebilecekleri) gibi hususlar kanunla düzenlenmiştir. Aksini söyleyen bir norm bu hukuk sisteminde bulunmadıkça, kanunların üst norm olduğu ve mahkemelerin bu normların yargısal denetimini gerçekleştirme yetkisinin bulunmadığı kabul edilmelidir.

belirleyebilmesidir. Bu üstünlüğün tespit edilmesi için İngiliz hukukuna özel bir temel norm varsayılmasına gerek yoktur. Hukukçunun yapacağı teorik bir tespit ile kanunların İngiliz normlar hiyerarşisinin en üst kademesine yerleşecektir.

Kanunların İngiliz hukukundaki en üstün norm olmasının normlar hiyerarşisinin tespiti açısından yaratacağı bir başka sorun daha bulunmaktadır. Genel olarak normların birbiri ile ilişkisini düzenleyen tek bir metin bulunmadığı için ve, örneğin, kanunlar alt mevzuat kategorisindeki normların hukukî rejimini her somut durum için farklı şekilde belirleyebileceğinden, normlar hiyerarşisinin tespiti için kanunlarca belirlenen çeşitli ve olası hukukî rejimlere göre hareket etmek gerekmektedir.

Temel norm, Kelsen'in kuramının hem en güçlü hem de en zayıf yanıdır. En güçlü yanıdır, nitekim bir kez varsayıldığında bütün bir hukuk sisteminin anlamlı ve hiyerarşik bir ilişkiler yumağı olarak ortaya konabilmesini sağlar. Bu anlamda Kıta Avrupası hukuk sistemlerinden çok farklı temeller üzerine kurulmuş gibi görünen Ortak Hukuk sisteminin temel norma dayalı olarak açıklanmasında da bir sorunla karşılaşmamaktadır. Temel norm aynı zamanda bu kuramın en zayıf yanıdır. Nitekim, bu normun içeriği konusunda fikir birliğine varmak mümkün değildir. Bir hukuk sistemi açısından belirlenmiş olan temel normun başka bir hukuk sistemi açısından farklı içerikte belirlenmesinde teorik olarak bir sorun yoktur. Nitekim, temel norm neticede bir varsayım, hukuk dışı bir kavramdır. Bu varsayımsal norm, bir hukuk sisteminin bütünüyle anlamlı ve geçerli kılınmasından başka bir şeye hizmet etmemektedir. Bu nedenle de, hukukçunun maksatlı yorumlarına alet edilme tehlikesi söz konusudur. Hukukçu temel normun içeriğini istediği gibi belirleme, varsayma özgürlüğüne sahip oldukça temel normun bilimselliği sorgulanacaktır.

Kelsen, temel norm varsayılmadan bir hukuk sisteminin geçerli olarak kabul edilemeyeceğini açıklamak için elinden geleni yapmıştır. Her norm geçerliliğini başka bir normdan almaktaysa, üst norm ve alt norm zincirinin sonsuza uzanması gerekir ki hukukçu durmadan üst normlar tespit ederek hukuk biliminin nesnesinden uzaklaşacak, hukuk bilimi nesnesini tespit etmekten öteye gidemeyecek, nesnesinin bilgisine ulaşamayacaktır. Bu nedenle temel normun varsayılması pratik bir zorunluluk olarak görülmektedir. Ancak, bu pratik zorunluluk, Kelsen'in hukukî anarşizm olarak adlandırdığı düşüncenin itirazlarını bertaraf edememektedir. Hukukun hiçbir geçerliliğinin olmadığı -ve belki de dolayısıyla hiçbir meşruiyetinin olamayacağı- eleştirisi rahatlıkla Kelsen'e yöneltilebilir ve Kelsen de bu tür bir eleştiriyi kabul etmektedir. Bir başka deyişle, Kelsen belli bir amaç

doğrultusunda temel normu varsaymıştır: Hukuk sistemlerini geçerli kılmak. Bu bağlamda, Kelsen, evrende var olan bir düzeni açıklamak ve anlamlandırmak için bir kuram geliştiren teorik fizikçiye benzetilebilir. Bu kuramın (temel normun) "gerçekliği" ispatlanamadığı için, deneysel fizikçilerin (hukukî anarşistler) bu kuramı kabul etmemesinde şaşılacak bir şey yoktur. Dolayısıyla, hukukta hâlâ daha kusursuz bir normatif geçerlilik kuramına gerek olduğunu söylememiz gerekir. Ancak, bu gereklilik kanımızca hiçbir şekilde Kelsen'in kuramının değerini azaltmaktadır. Yukarıda da gördüğümüz üzere, bu kuram ulusal hukuk düzenlerindeki normların hiyerarşik ilişkisini açıklamamızda çok büyük kolaylık sağlamaktadır. Daha az kusurlu bir teoriye ulaşmak için ise belki de Kant'ın *Sein/Sollen* düalizmini yanlışlamak ve istisnaen de olsa bir "olan"dan "olması gereken" türeyebileceğini göstermek gerekecektir. Nitekim, Kant'ın düalizmi kabul edildiğinde Kelsen'in yapmış olduğu gibi temel normun varsayılması, normun bilgisine ulaşmak isteyen hukukçu için kaçınılmaz bir pratik zorunluluktur.

Kelsen'in kuramının uygulanabilirliği dışında, incelemeye konu olan hukuk sistemlerinin normlar hiyerarşisinden karşılaştırma açısından ne gibi sonuçlar çıkarılacağı da önemlidir. Aksi takdirde, hukuk sisteminde mevcut olan normların belli bir hiyerarşi içinde sıralanması tek başına bir şey ifade etmez. Bu sıralamanın yorumlanması gerekmektedir.

Türk ve Alman hukuk sistemlerinde en üstün hiyerarşik güce sahip olan normlar anayasalardır. Türkiye'de 1982 Anayasası, Almanya'da ise federal Anayasa normlar hiyerarşisinin tepesinde bulunmaktadır. İngiltere'de ise en üstün normun "*Queen in Parliament*" prosedürüne göre Avam Kamarası, Lordlar Kamarası ve Taç'ın katılımıyla çıkarılan kanun olduğunu tespit etmiştik. Anayasalar hukuk dışı bir aslî kurucu iktidar tarafından konulurlar. Aslî kurucu iktidarın kanımızca hukukî bir sınırı bulunmamaktadır². Dolayısıyla, tespit edilen normlar hiyerarşisinden yola çıkarak aslî kurucu iktidar hakkında tespitler yapmak mümkün değildir. Ancak, bu anayasaları değiştirme, anayasa normları ile aynı hiyerarşik güçte düzenlemeler yapmaya yetkili bir de tali kurucu iktidarlar bulunmaktadır. Tali kurucu iktidarlar hukukla kavranmış, hukuka tâbi iktidarlar olduğu için, bunlar anayasaları ancak anayasalarda öngörülen usulle değiştirebileceğinden, tali kurucu iktidarın tespit edilen normlar hiyerarşisi bağlamında değerlendirilmesi mümkündür. Türk hukukunda en üstün konumda bulunan Anayasanın değiştirilmesi

2 Gözler, **Kurucu İktidar**, a.g.e., s. 58-59.

TBMM üyelerinin nitelikli çoğunluğuna verilmiştir. Almanya'da ise federal Anayasanın değiştirilmesi için ise hem *Bundestag* hem de *Bundesrat*'ın nitelikli çoğunluğu aranmıştır (m. 79/2). İngiliz hukukunda ise en üstün norm konumundaki kanunun çıkarılması için her iki kamaranın da basit çoğunluğu yeterlidir. Hatta 1911 ve 1949 tarihli Parlamento Kanunları uyarınca belli şartlarda ikinci meclisin onayı aranmaksızın da kanun çıkarılabilmektedir. Bu durumda, hukuk sistemindeki en belirleyici ve en üstün normun değiştirilmesi için Türkiye ve Almanya'da daha geniş bir uzlaşma arandığı söylenebilir. Ancak, bundan yola çıkılarak Türk ve Alman hukuk sistemlerinin İngiliz hukuk sisteminden daha çoğunlukçu olduğu iddia edilemez. Nitekim, neticede Almanya ve Türkiye'de anayasalar hukuk dışı iktidarlar tarafından konmuştur ve bu normların hükümlerinin ancak parlamentonun nitelikli çoğunluğu tarafından değiştirilebilmesi her zaman bir uzlaşma kültürüne işaret etmez. Değiştirilmesi kanunlardan, yani doğrudan halkın iradesini yansıtan organlar tarafından ihdas edilen bu normlardan daha zor olan anayasalar, belli dayatmalar da içeriyor olabilir. Dolayısıyla, sırf bu gözlemden incelemeye konu olan üç ülkenin çoğulcu veya çoğunlukçu bir demokrasi anlayışına sahip olduğuna karar veremeyiz. Ancak, İngiliz normlar hiyerarşisinde en üstün konumda bulunan kanunların doğrudan halk tarafından seçilmiş olan Parlamentonun basit çoğunluğu ile değiştirilebilmesi İngiliz hukuk sisteminin halk egemenliği teorisine yaklaştığını göstermektedir³. Bu tespiti yaparken bir hususu hatırlatmamız lazım. Aslen, İngiliz hukukunda Parlamentonun bir kanadı seçilmişlerden oluşurken, diğer kanadı atanmışlardan (Lordlar Kamarası) oluşmaktadır. Dolayısıyla, doğrudan halk tarafından seçilen meclisin tek başına hiyerarşik olarak en üst konumdaki norm olan kanunları değiştiremeyeceği düşünülebilir. Ancak, hatırlanacağı üzere 1911 ve 1949 tarihli Parlamento Kanunları ile Lordlar Kamarasının pek çok alanda kanun yapma sürecinde belirleyici bir rol

3 Halk egemenliği teorisinde, belli bir zaman diliminde yaşayan vatandaşların iradesi önemlidir. Millet egemenliği teorisinde ise asıl irade geçmişte yaşamış olan, günümüzde yaşayan ve gelecekte yaşayacak olan soyut bir millet kavramına dayanır. (Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, a.g.e., s. 443.). Meclis hükümeti sistemi halk egemenliği teorisinin benimsendiğinin en açık göstergesi olarak kabul edilmektedir. Elbette, İngiltere'de meclis hükümeti sistemi bulunmamaktadır. Fakat, millet egemenliği teorisinin kabul edildiği Türkiye'de, hukuk sisteminin en üstün normunu değiştirmek için o an yaşayan vatandaşlar tarafından seçilmiş olan Parlamentonun salt çoğunluğu yeterli değilken, İngiltere'de bu şekilde en üstün normun değiştirilmesi mümkündür. Dolayısıyla, doğrudan halk tarafından seçilen Parlamentonun basit çoğunluğunun en üstün konumdaki normu değiştirebilmesi, kanımızca İngiltere'de halk egemenliği teorisinden izler bulunduğunu göstermektedir. Bu sistemde, halkın temsilcilerinin basit çoğunluğu ile değiştirilemeyecek ve üstün konumda bir norm bulunmamaktadır. Katı anayasalar millet egemenliğine işaret ederler. Nitekim, bu normları değiştirmek için halkın seçtiği parlamento üyelerinin salt çoğunluğu değil, geçmiş ve gelecek kuşakların iradesini de açıklamaya ehil görülen nitelikli çoğunluk yetkilidir.

oynamasının önüne geçilmiştir. Her ne kadar hukuken Lordlar Kamarasını hâlâ kanun yapma sürecinin parçalarından biri olarak görmemiz gerekse de, kanunların değiştirilebilmesi için asıl önemli olanın seçilmiş meclisin salt çoğunluğunun elde edilmesi olduğunu söyleyebiliriz.

İngiltere'de bir anayasa yoktur. Ancak, normlar hiyerarşisinin en tepesinde yer alan bir norm vardır. Ve eğer diğer normların şekil ve/veya esas bakımından bu normlara uygunluğu denetlenebiliyorsa, anayasa yargısı benzeri bir yargısal denetimin İngiltere'de de mevcut olduğunu söyleyebiliriz. İngiltere'de diğer normların kanunlara uygunluğunun yargısal denetimi ile Türk ve Alman hukuk sistemlerindeki anayasa yargısının en önemli farkı, Türkiye ve Almanya'da bu işle görevli ayrı bir mahkeme belirlenmişken, İngiltere'de bu denetimin genel görevli mahkemeler tarafından gerçekleştirilmesidir. Bu durumun normlar hiyerarşisi açısından sonucu ise Türkiye ve Almanya'da mahkeme kararlarının (idare – anayasa mahkemesi ayrımı yapmaksızın) hiyerarşik yeri değişirken ve çeşitli mahkeme kararları arasında başka normlar yerleşirken, İngiltere'de bütün mahkeme kararlarının hiyerarşik olarak bir arada bulunması ve mahkeme kararlarının mahkemelerin kendi arasındaki hiyerarşiye göre sıralanmasıdır.

Mahkeme kararları açısından yapılabilecek bir başka tespit de Türkiye ve Almanya'da idarî rejim uygulamasının görülmesine dayanmaktadır. Türkiye ve Almanya'da anayasa yargısı ile görevli mahkemelerin verdiği iptal kararları ile idarî yargı organlarının kararları arasında hiyerarşik bir fark vardır ve bu fark mahkemeler arasında tesis edilmiş olan hiyerarşi ilişkisinden, yani birinin diğerinin temyiz veya itiraz mercii olarak atanmış olmasından kaynaklanmamaktadır. Anayasa yargısı ile görevli olan mahkemeler kanunun anayasaya uygunluğunu denetleyip, aykırılık halinde bu normları geçersiz kılabilenken, idarî yargı organları kararlarında kanunlar ile bağlıdır. Bu nedenle de kanunlar, normlar hiyerarşisinde idarî yargı organlarının kararları ile anayasa mahkemesi kararlarının arasında yer alır. Her ne kadar anayasa mahkemesinin idarî yargı organlarının kararları üzerinde herhangi bir denetim yetkisi olmasa da, bu mahkemenin kararları normlar hiyerarşisinde daha üst bir seviyede yer alacaktır. Görüldüğü gibi, organlar hiyerarşisinin doğrudan normlar hiyerarşisine işaret ettiği söylenemez. Nitekim, anayasa mahkemesi ile idarî yargı organlarının arasında bir hiyerarşi bulunmamaktadır. Anayasa mahkemesi bir idarî yargı organının kararını geçersiz kılamaz, geri çeviremez. Ancak, bu iki mahkemenin normları arasında hiyerarşik güç bakımından farklılık bulunmaktadır.

Bunun sebebi de açıktır. Norm, bir kez konulmakla yapıcısı ile bağıni kaybeder. Gücünü doğrudan yapıcısının organlar hiyerarşisindeki konumundan değil, kendisi hakkında geçerliliğini belirleyen üst normun hükmünden almaktadır. Bir başka deyişle, normlar hiyerarşisi her zaman bir organlar hiyerarşisine işaret etmemektedir. Bu hususu yürütme ve yasama açısından da gözlemek mümkündür. Alman Anayasasının 20/III maddesi yasama organının yalnızca anayasa ile bağılı olduğunu düzenlerken, yürütmenin kanun ve hukuk ile de bağılı olduğunu düzenlemiştir. Buradan, yasama organının yürütme organından hiyerarşik olarak üstün olduğu sonucu çıkarılabilir mi? Kanımızca bu organlar arasında hiyerarşi yoktur. Söz konusu maddenin yaptığı tek şey, idarenin işlem ve eylemlerinde yasama organının iradesine değil, bu iradenin neticesinde ortaya çıkan norm ile bağılı olduğunu belirtmektir. Öte yandan, organlar arasında bir hiyerarşi mevcutsa, bu organların (veya birimlerin) ihdas edecekleri aynı türden (kural işlemler ile kural işlemler, birel işlemlerle birel işlemle) işlemler arasında da hiyerarşi olduğu doğrudur. Nitekim, organlar arasındaki hiyerarşi yetkisi diğerinin yerine karar vermeyi de içerir. Bu durumda, hiyerarşik üst konumundaki makam, hiyerarşik astın işlemini ortadan kaldırabilir veya değiştirebilir. Bu doğrultuda, Türk hukukunda da hiyerarşik üst konumundaki idarî organ ve birimlerin yönetmeliklerinin astların yönetmeliklerinden hiyerarşik olarak daha üstün olacağını tespit etmiştik.

Uluslararası hukuk normlarının iç hukuk normlar hiyerarşisindeki yeri tartışmalı bir konudur. Bir kere, bu konuyu çözüme bağlamak için monist ve düalist bakış açıları arasında bir karara varmak, yahut bir üçüncü yol belirlemek gerekir ki bu çaba çalışmanın maksadını aşacaktır. Bu nedenle, birinci bölümde her iki anlayışa göre de kabul edilebilecek bir yol izlemeye karar verdik. Buna göre, uluslararası hukuk normlarının iç hukuk normlar hiyerarşisinde yer alabilmesi için atıf veya aktarma gibi bir yöntemin kullanılmış olması gerekmektedir. Kuşkusuz, bu kabul uluslararası hukuk normlarının iç hukuk normlar hiyerarşisindeki yerini etkileyecektir. Nitekim, bu normların iç hukuktaki yerini aktarma (atıf) usulünü düzenleyen ve aktarmayı (atf) gerçekleştiren norma göre belirlemek gerekecektir. Dolayısıyla, uluslararası hukuk normlarının iç hukukta hiçbir işleme gerek olmaksızın uygulanabileceğini savunan monist görüşü çürütmeden, aslında uluslararası hukuk normlarının iç hukuktaki hiyerarşik yerini kesin olarak tespit etmiş olmayız. Fakat, yine de, tercih ettiğimiz yöntemin geçersiz olduğu söylenemez. Çalışmamız ulusal hukuk sistemlerindeki normlar hiyerarşisini araştırmaktadır ve bu nedenle de ulusal hukuk

temelinde bir bakış açısına sahip olması gayet doğaldır. Hukuk sistemleri⁴, kendi egemenlikleri üzerine kurulmuşlardır. Dolayısıyla, bu sistemin kendisi öngörmedikçe, sistemin dışındaki bir normun geçerliliğini belirlemedikçe, bu dışsal normların iç hukukta kendiliğinden uygulanamayacağını kabul edilmesinde makul olmayan bir taraf yoktur.

Uluslararası hukuk normlarının iç hukuktaki geçerliliği konusunda incelemeye konu oluşturan üç hukuk sistemi de benzer bir anlayış benimsemiştir ve bu anlayışın düalist bir anlayış olduğunu söylemek mümkündür. Türkiye'de bir uluslararası antlaşmanın iç hukukta geçerli olabilmesi için Cumhurbaşkanı tarafından onaylanması gerekir. Bazı antlaşmalar açısından bu onaylama yetkisine kanunla izin verilmesi gerektiği Anayasada düzenlenmiştir. Fakat, onaylanmaları için kanuna gerek olsun yahut olmasın bu antlaşmalar iç hukukta kanun seviyesinde yer alacaktır. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların kanunlar karşısında bir uygulama önceliğinin bulunmasının, bu normların hiyerarşik gücünü etkilemeyeceğini ve bunların da kanun seviyesinde olduğunu tespit etmiştik. Bu bakımdan, her ne kadar maddenin anlatımının daha iyi olabileceğini düşünsek de, Türk Anayasası uluslararası hukuk normlarının iç hukuktaki hiyerarşik konumunun belirlenmesinde hukukçuya yardımcı olmaktadır. Eğer, anayasanın bir belirlemesi söz konusu olmasaydı, hukukçu bu normların hiyerarşik yerini hukuk normlarının geçerliliğine ilişkin kurama göre tespit etmesi gerekecekti. Alman hukukundaki uluslararası hukuk normlarına ilişkin durum ikiye ayrılarak incelenmelidir. Uluslararası hukukun genel ilkeleri bir bütün halinde Anayasa tarafından iç hukuka aktarılmaktadır ve bu nedenle de Alman Anayasası bu normlar açısından hem geçerlilik sağlayan hem de aktaran normdur. Bu durumda bu ilkeler normlar hiyerarşisinde Anayasanın altında yer alacak, fakat Anayasa hükmünün kendi belirlemesine göre, normlar hiyerarşisinde kanunlardan üstte yer alacaktır. Ancak, aynı Anayasa uluslararası antlaşmaların iç hukuktaki hiyerarşik konumu ile ilgili doğrudan bir düzenleme getirmemiştir. Dolayısıyla, soruna hukuk normlarının geçerliliğine ilişkin genel kuramdan yola çıkarak bir çözüm üretmek gerekecektir. Anayasa hükümleri uluslararası antlaşmalara iç hukukta geçerlilik kazandırılmasının usulünü düzenleyen, geçerlilik normu konumundadır. Dolayısıyla, bu uluslararası antlaşmaların normlar hiyerarşisinde Anayasa altı bir seviyede olacağı şüphesizdir. Diğer normlar ile

4 Kelsen'e göre hukuk sistemi ile devletin özdeş olduğu unutulmamalıdır. Bu durumda, devletin egemenliği, hukuk sisteminin egemenliği demektir. Hangi hukuk normunun hangi güce sahip olacağı, hangisinin ne şartlarda uygulanıp uygulanmayacağı konusunda yegane karar verici o hukuk sisteminin kendisidir.

uluslararası antlaşmaların hiyerarşik ilişkisini ise bu antlaşmaların iç hukuka aktarılma usulüne göre belirlemek gerekir. Alman hukukunda uluslararası antlaşmalar konularına göre kanunla veya idarenin düzenleyici işlemleri ile iç hukuka aktarılırlar. Uluslararası antlaşmaların iç hukukta aktaran norm seviyesinde yer alacağına karar verdiğimizize göre⁵, uluslararası antlaşmalar Alman hukukunda, aktaran norma göre, kanun seviyesinde veya idarenin ilgili düzenleyici işlemi seviyesinde yer alacaktır. İngiliz hukuk sistemi de Alman ve Türk hukuk sistemleri gibi düalist bir bakış açısı benimsemiştir⁶. Ancak, İngiliz hukukunda da Alman hukukunda olduğu gibi, uluslararası antlaşmaların iç hukuktaki yerini doğrudan düzenleyen bir norm bulunmamaktadır. Buna göre, bir uluslararası antlaşmanın hiyerarşik gücü, bu antlaşmanın iç hukuka hangi norm ile aktarıldığına bağlı olacaktır. İngiliz hukukunda da, Alman hukukunda olduğu gibi, uluslararası antlaşmaların iç hukuka kanunla veya idarenin düzenleyici nitelikteki bir tasarrufuyla aktarılması mümkündür. Ancak, iç hukuka kanunla aktarılan uluslararası antlaşmaların normlar hiyerarşisinde kanun seviyesinde yer alması mümkün olmayacaktır. Nitekim, İngiliz hukukunda kanun, uluslararası antlaşmalar açısından aktaran norm olabildiği gibi, aynı zamanda bunlara geçerlilik sağlayan normdur. Kanunla uluslararası antlaşmanın belli hükümlerinin aktarılmasıyla yetinilmesi, bir manada uluslararası antlaşmanın iç hukukta uygulanacak olan içeriğinin belirlenmesi mümkündür. Bununla birlikte, uluslararası antlaşmanın bir alt mevzuat tarafından iç hukuka aktarılması durumunda, bu alt mevzuatı çıkarma yetkisi veren kanun geçerlilik normu, alt mevzuat ise aktaran norm niteliğinde olacaktır. Bu durumda uluslararası antlaşmanın da söz konusu alt mevzuat ile aynı

5 Bu tespitin yalnızca geçerlilik sağlayan norm ile aktaran norm farklı normlar olduğu sürece geçerli olduğu unutulmamalıdır.

6 Dünya üzerinde monist bir anlayışa sahip hukuk düzeni olarak Hollanda'nın hukuk sistemi gösterilmektedir. Gerhard van der Schyff - Anne Meuwese, "Dutch Constitutional Law in a Globalizing World", **Utrecht Law Review**, Cilt: 9, Sayı: 2, Mart 2013, s.1. Kanımızca, bu tespit yanlıştır. Hollanda hukuk sisteminde herkesi bağayan uluslararası hukuk kurallarının iç hukukta uygulanabilmesini sağlayan norm Hollanda Krallığı Anayasasının 93. maddesidir. Aynı anayasanın 94. maddesi ise bir çatışma kuralı niteliğindedir ve iç hukukta bu kurullarla çatışan normların uygulanmayacağını ifade etmektedir. Bu durumda, Hollanda hukukunda Anayasanın ilgili hükmü bu tür uluslararası hukuk normları açısından genel bir aktaran normdur. Aynı zamanda bunların geçerliliğini de belirlemektedir. Dolayısıyla, Hollanda hukukunda bu tür uluslararası hukuk normlarının kendiliğinden geçerli olduğu ve aktarılmasına gerek olmadığı söylenemez. Bu normlar Anayasa tarafından topyekün aktarılmıştır. Bu anlamda, Almanya Anayasasının uluslararası hukukun genel ilkeleri ile ilgili 25. maddesi ile aynı niteliktedir. Burada da, her ne kadar yasama veya yürütme organının bir işlemi gerekmesi de, uluslararası hukuk normu kurucu iktidarın bir işlemi ile iç hukuka aktarılmaktadır. Dolayısıyla, Hollanda hukukunda 94. madde kapsamına giren uluslararası hukuk normlarının Anayasa dahil olmak üzere iç hukuktan üstün olduğu yönündeki tespit de hatalıdır. (Bkz. Schyff-Meuwese, a.g.m., s. 1.). Bu normlara iç hukukta geçerlilik sağlayan norm Anayasa ise, bu normların Anayasadan üstün olduğunun kabul edilmesi mümkün değildir. Olsa olsa, yine bir Anayasa hükmü dolayısıyla, Anayasaya göre "öncelikle uygulanacağından" bahsedilebilir.

hiyerarşik güce sahip olacağı kabul edilmelidir. Öte yandan, uluslararası örf ve adet hukukuna İngiliz hukukunda geçerlilik sağlayabilecek ve bunları aynı zamanda iç hukuka aktaracak olan norm mahkeme kararlarıdır. Hem geçerlilik sağlayan hem de aktaran norm aynı norm olduğuna göre, uluslararası örf ve adet hukuku kurallarının İngiliz normlar hiyerarşisinde kendilerini aktaran mahkeme kararlarının altında yer alacağını söyleyebiliriz.

Görüldüğü gibi, uluslararası hukuk normlarının iç hukuk normlar hiyerarşisindeki yeri incelenen hukuk sistemlerinde oldukça farklıdır. Bu farklılık, uluslararası hukuk normlarının iç hukuka aktarılma usulünden kaynaklanmaktadır. Bir başka farklılık ise, iç hukukta geçerliliği tanınan uluslararası hukuk normlarına ilişkindir. Türk hukukunda yalnızca uluslararası antlaşmaların geçerliliği bulunurken, Alman hukukunda uluslararası hukukun genel ilkeleri, İngiliz hukukunda ise uluslararası örf ve adet hukuku bu normların dışında geçerli olabilecek olan diğer uluslararası hukuk normlarıdır. Ulusal hukuk sistemlerinin en üstün konumundaki normları uluslararası hukuk normlarının iç hukuktaki geçerliliğini belirlemekte ve bunların hiyerarşik yerini doğrudan veya dolaylı şekilde belirlemektedir.

Çalışma sırasında AB hukukçuları tarafından kabul edilen ilkelerle birinci bölüm doğrultusunda benimsediğimiz hukukî geçerlilik kuramının uyuşmadığını görmüş olduk. Bu uyuşmazlık, uluslararası hukuk-iç hukuk ilişkilerine ilişkin olarak Kelsen'in önerdiği gibi uluslararası hukukun üstünlüğünü benimsememiş olmamızdan kaynaklanmamaktadır. AB hukukunun üstünlüğü ilkesi, ister normatif üstünlük olarak algılsın, isterse uygulama önceliği olarak, AAD ve ABAD kararları dışında pozitif hukuk metinlerinde rastlanmayan, AAD'nın birincil mevzuat uyarınca kendisine verilen yetkileri aşarak tesis ettiği, hukukî olmaktan ziyade Avrupa Topluluğu ve şimdiki Avrupa Birliği'nin bütünleşmesine ("*integration*") yönelik siyasî nitelikte, zorlama bir ilkedir. Çalışmamız sırasında bu ilkenin niçin normatif üstünlük olarak algılanamayacağını vurguladık. Kanımızca, AB hukukunun üstünlüğü ilkesi tamamen birincil mevzuata aykırı şekilde tesis edilmiş bir ilke olduğundan ve AAD (ABAD) kararları AB hukuku normlar hiyerarşisinde birincil mevzuat hükümlerinin altında yer aldığından dolayı AB hukukunun uygulama önceliğine de işaret edemez⁷. Ancak, çalışmanın amacı AB hukukunda birincil mevzuata aykırı Divan kararlarını ortaya koymak değil, AB hukuku normlarının iç hukuktaki hiyerarşik yerini

7 Bu bağlamda İngiltere'yi ayrı tutmak gerekir. Nitekim, İngiliz hukukunda AB hukuku normlarının uygulama önceliği bir kanun tarafından tespit edilmiştir.

belirlemektir. Bu nedenle de AB hukukunun üstünlüğü ilkesinin "uygulama önceliği" olarak anlaşılması gerektiği yönündeki düşünceyi göz önünde bulundurarak bu normların üye devlet iç hukukundaki hiyerarşik yerini tespit etmeye çalıştık. Çalışmamız AB hukuku normlarının hiyerarşik olarak pek de üstün bir konumda olmadığını, hele ki bu normların üye devlet anayasalarından (İngiltere içinse kanunlardan) üstün olmasına imkân olmadığını ortaya koymuştur. Bu ve benzer konulardaki görüş farklılığının en büyük nedeni normatif üstünlük ve uygulama önceliğinin doğru şekilde anlaşılmasıdır. Normatif üstünlük, bir başka normun içeriğini veya konuluş usulünü belirlemek anlamına gelirken, uygulama önceliği hukuku uygulamakla görevli olan idare veya mahkemelerin işlem ve eylemlerini bir norm yerine başka bir norma dayandırması gerektiğini belirtmektedir. Kısacası, uygulama önceliği, özel bir çatışma kuralı niteliğindedir ve bu çatışma kuralı normlar arasındaki hiyerarşik ilişkiden bağımsızdır. Aralarında hiyerarşik fark bulunan normlar arasındaki çatışmalar zaten *lex superior* ilkesine göre çözümlenir. Kanımızca AB hukukunun üstünlüğü ilkesi ile amaçlanan, bu normların hiyerarşik yerine bakılmaksızın AB hukuku normlarının iç hukukta uygulanmasını sağlamaktır ki, normlarının uygulanması açısından üye devletlerin hukuk uygulayıcılarına muhtaç olan AB'nin etkililiği sarsılmasın. Dolayısıyla, eğer AB hukukunun üstünlüğü ilkesi bir uygulama önceliği olarak kabul edilirse, bizim bu normların normlar hiyerarşisindeki yerini üstün bir yer olarak belirlememiş olmamız, AB'nin ve AB hukuku çalışan yazarların çoğunluğunun ulaşmak istediği "hedef"e hanel getirmez.

Alman hukukunda AB hukuku normlarının hiyerarşik yerini belirleyen bir Anayasa kuralı olmadığı gibi, Federal Anayasa Mahkemesinin bu konudaki kararları da normatif hiyerarşiye ilişkin değil, AB hukukunun uygulama önceliğinin hangi iç hukuk normları açısından geçerli olduğuna ilişkindir. Bu nedenle de Alman hukuku açısından AB hukuku normlarının hiyerarşik yeri bu normların iç hukuka hangi norm tarafından aktarıldığı ile ilgilidir. Birincil mevzuat hükümleri iç hukuka bir kanun tarafından aktarılmıştır. Bu nedenle, bu normlar kanun seviyesinde yer alacak, birincil mevzuat hükümlerine göre tesis edilmiş ve yine iç hukukta bir kanun hükmünde olan birincil mevzuata göre doğrudan uygulanabilir nitelik arz eden AB tüzükleri ise kanun altı bir seviyede, idarî yargı organları kararları ve idarenin düzenleyici nitelikteki işlemlerinin üzerinde yer alacaktır. İngiliz hukukunda da AB hukuku normlarının iç hukuktaki hiyerarşik yerine ilişkin bir düzenlemenin bulunmadığı söylenebilir. Nitekim, Avrupa Toplulukları Kanunu, bu

normların hiyerarşik yerini değil, uygulamada bu normlara tanınacak olan önceliği belirlemektedir. Bu bakımdan, İngiliz hukuku açısından da genel kurama başvurmak gerekmektedir. Ancak, bu kez birincil mevzuatı kanun altı bir seviyeye yerleştirmek gerekir. Nitekim, Alman hukukunda kanun birincil mevzuat açısından yalnızca aktaran norm konumundayken, İngiliz hukukundaki kanun hem aktaran hem de geçerlilik sağlayan norm konumundadır. Geçerliliğini birincil mevzuat hükümlerinden alan AB tüzükleri ise normlar hiyerarşisinde kanun ve birincil mevzuatın altında mahkeme kararlarının (ve dolayısıyla kanunlar tarafından mahkemelerin denetiminden hariç tutulmayan alt mevzuatın) üstünde yer alacaktır.

İngiliz hukukunda AB hukuku normları hiyerarşik olarak bütün mahkeme kararlarının üstü konumundadır. Bu durum aslen hiçbir ulusal mahkemenin AB normlarının geçerliliğini denetleme yetkisine sahip olmamasından, ancak bu normları uygulamakla yükümlü olmasından, yani bu normlarla "bağlı" olmalarından kaynaklanmaktadır. Alman hukukunda da AB hukukunun geçerliliğini denetleyebilecek bir mahkeme bulunmamaktadır. Ancak, Federal Anayasa Mahkemesi kararları normlar hiyerarşisinde kanun üstü bir seviyede yer aldığından, dolaylı olarak AB hukuku normlarının da üstünde yer almaktadır.

İncelenen bütün hukuk sistemlerinde yürütmenin (idarenin) de maddî anlamda kanun tanımına giren düzenleyici işlemler yapma yetkisi bulunmaktadır. Ancak, bu yetki belli şartlara tâbi kılınmıştır. Türk ve Alman hukuk sistemleri açısından hukuk devleti ("*Rechtsstaat/state of law*") ilkesinin bir uzantısı olarak doğrudan halk tarafından seçilmeyen yürütmenin (idarenin) düzenleyici işlemleri kanunla ve anayasa ile sınırlıdır. Bunların *secundum legem* ve *intra legem* olması gerekir. Ancak, bu durumun istisnaları olabilmektedir. Türk hukukunda cumhurbaşkanlığı kararnamesi özerk bir kararnamedir ve Anayasaya dayanması gerekmez. Bu bakımdan bu normlar *secundum legem* nitelik arz etmezler. Keza, kanun hükmünde kararnameler, kanunlara uygun olmak zorunda değildirler. Bunlar, normlar hiyerarşisinde kanun seviyesinde yer alırlar. Bu durum, Türk hukukunda yürütmenin düzenleme yetkisinin geniş ve güçlü bir yetki olduğunu göstermektedir. Bu durumun hukuk devleti ve demokrasi açısından doğurabileceği sıkıntılar, bu normların bir şekilde parlamentonun kontrolüne tâbi tutulması ile engellenmek istenmiştir. Alman hukukunda ise yürütmenin düzenleyici işlemlerinin hiyerarşik gücü Türk hukukundakine kıyasla oldukça azdır. Alman hukukunda kanun

seviyesinde bir düzenleyici işlem bulunmamaktadır. Bu durumu, Almanya'da Nazi döneminde yaşananların tekrarının önlenmek istenmesine bağlayabiliriz. Bu bağlamda, Alman hukukunda idarenin kanunlarla eş hiyerarşik güce sahip bir normu bulunmamaktadır. İngiltere'de de kanunlarla aynı seviyede bir alt mevzuat türü bulunmamaktadır. Ancak bu durumun Almanya'dakinden farklı yorumlanması gerekmektedir. Nitekim, İngiltere'de, bir kanun tarafından öngörüldüğü sürece, alt mevzuat ile kanunların değiştirilmesi mümkündür. Dolayısıyla, parlamento bütün yasama yetkisini teker teker idareye devretse dahi, teorik anlamda kanun, geçerlilik sağlayan norm olarak, üstün bir konumda kalacak, ancak pratikte Almanya'da korkulan durum gerçekleşebilecektir. Bu durum Almanya'da Federal Anayasa tarafından önlenirken, İngiltere'de teorik bir engelden bahsetmek mümkün değildir. Bir başka deyişle, Türkiye ve Almanya'da idarenin ne kadar düzenleme yetkisinin olabileceğine kat anayasalar tarafından karar verilmişken, İngiltere'de bu karar, çok daha kolay şekilde düzenlenebilecek olan kanunlar tarafından verilmektedir. Eğer bu husus, İngiliz demokrasisine zarar vermiyorsa, bunu İngiliz hukuk sistemine değil, İngiliz parlamenterlerin siyasî duyarlılığına ve genel siyasî kültürüne bağlamak gerekmektedir.

Son olarak, normlar hiyerarşisinin salt teorik değerinin yanında bir hukukçu için ne ifade ettiği önemlidir. Kanımızca, bir hukuk sisteminin bütün halinde anlaşılmasına yardım etmesinin ve normlar arası hukukî ilişkilerin şematize edilmesine katkı sağlamak dışında, normlar hiyerarşisinin doğru bir şekilde ortaya konmasının çok önemli bir sonucu daha vardır. Bir hukuk sisteminde, *lex superior* ilkesi uyarınca, içerik anlamında çatışan iki normdan bir tanesi hiyerarşik üst konumdaysa, uygulanması gereken hukuk kuralı üst norm tarafından öngörülendir. Çalışmamız boyunca defalarca vurguladığımız gibi, bir normun üst norm olması ile üst norma aykırılığın yaptırıma bağlanması ayrı hususlardır. Ancak, üst norma aykırılığın yaptırıma bağlanmadığı durumlarda bile, üst norm ile alt normun belli konulardaki düzenlemeleri uyuşmamaktaysa mahkemeler doğrudan üst normu uygulamak durumundadırlar. Bu durumda, alt norm geçersiz kılınmasa da, somut olaylarda karara temel alınacak norm, üst norm olacaktır. Eğer çatışma kuralları hakkındaki bu genel ilkeler⁸ kabul edilecekse, yargısal denetimin mümkün olmadığı

8 Buradaki kastımız, hukukta hakim olan genel ilkelerin ne denli pozitif temele sahip olduğudur. Ancak, kanımızca, salt mantıksal akıl yürütmelerden ibaret olan çatışma kuralları gibi ilkelerin benimsenmesinde bir sakınca yoktur. Bir kere bu ilkeler hukuk düzenleri tarafından değil belli bir yorum faaliyeti yürüten hukukçular tarafından benimsenmektedir. Yorum başlı başına bir akıl yürütmedir ve ampirik alemde gerçekleşir. Elbette ki pozitif hukuk düzenlerinin belli yorum kurallarına

durumlarda dahi mahkemelerin somut durumda üst norma aykırı olan alt normu uygulamayabileceği sonucuna ulaşılmalıdır.

Böylelikle, çalışmamızın karşılaştırma açısından önem arz eden sonuçlarını aktarmış bulunuyoruz. Ancak, normlar hiyerarşisi ile ilgili sorunların ve soruların burada son bulduğunu söylemek mümkün değildir. Her şeyden önce, birel nitelikteki normların hiyerarşik yerinin incelenmesi de çok önemlidir. Örneğin, birel nitelikteki parlamento kararları kural olarak Türkiye'de yargı denetimine tâbi değildir. Bu normlar ile hukuk sistemi açısından önemli pek çok karar alınmaktadır. Keza, bir hukuk düzenindeki atama kararlarının, bireysel idarî işlemlerin hiyerarşik yerinin belirlenmesi de aynı derecede önemlidir. Somut durumlara ilişkin normları olan birel nitelikteki işlemler (ki mahkeme kararları da genel olarak birel işlem niteliği arz ederler) kişinin hayatına en çok müdahale eden, temel hak ve özgürlükleri en çok ihlal eden normlardır. Özellikle bunların hiyerarşik yerinin belirlenmesi ve bu yerin, hukuk mahkemeleri de dâhil olmak üzere, mahkeme kararlarının hiyerarşik gücü ile bağlantılı olarak incelenmesi hukuk literatürüne önemli bir katkı sağlayacaktır. Biz, bir hukuk sisteminin temel özellikleri açısından daha belirleyici olan kural işlemlerin ve bunların geçerliliğini etkileme gücüne sahip mahkeme kararlarının normlar hiyerarşisindeki yerini belirleme kısmını tamamladık. Ancak, bu çalışma yarısından ayrı kalmıştır ve tamamlanmak için sabırsızlanmaktadır.

yer verdiği durumlarda, hukukçuların da bu kuralları takip etmesi gerekir. Ancak, aksi bir durumda salt mantıksal kökene sahip olan bu ilkelerin (*lex superior, lex posterior, lex specialis*) uygulanmasında bir sakınca olmadığı kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

Kitaplar

- AARNIO Aulis, **Essays on the Doctrinal Study of Law**, 1.b., Springer, Heidelberg, 2011.
- ACHTERBERG Norbert, **Parlamentsrecht**, 1.b., Mohr Siebeck, Tübingen, 1984.
- AKBULUT Emre, **Türk İdare Hukukunda Kanunî İdare İlkesi**, 1.b., Beta, İstanbul, 2011.
- ALDER John, **General Principles of Constitutional and Administrative Law**, 4.b., Pallgrave MacMillian, New York, 2002.
- ALLAN Trevor R.S., **The Sovereignty of Law: Freedom Constitution and Common Law**, 1.b., Oxford University Press, Oxford, 2013.
- ALTER Karen J., **Establishing the Supremacy of European Law**, 1.b., Oxford University Press, New York, 2001
- AREND Anthony Clark, **Legal Rules and International Society**, 1.b., Oxford University Press, New York, 1999.
- ARIKAN Cengiz, **Türk Anayasa Hukukunda Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi**, 1.b., Yetkin, Ankara, 2011.
- ARNAULD Andreas von, **Völkerrecht**, 2.b., C.F. Müller, Leck, 2014.
- AULEHNER Josef, **Grundrechte und Gesetzgebung**, 1.b., Mohr Siebeck, Tübingen, 2011.
- AUST Anthony, **Handbook of International Law**, 2.b., Cambridge University Press, Cambridge, 2010.
- AUSTIN John, **The Province of Jurisprudence Determined**, 1.b., Cambridge University Press, Cambridge, 2001.
- AVŞAR Osman, **Avrupa Birliği'nde Hukuk Devleti ve Hukukî Güvenlik Algısı**, 1.b., Adalet, Ankara, 2010.
- AYBAY Rona, **Introduction to Law**, 1.b., Alfa, İstanbul, 2013.
- BALTA Tahsin Bekir, **İdare Hukukuna Giriş**, 1.b., Cilt: 1, Türkiye ve Orta Doğu Amme

- İdaresi Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1968/1970.
- BARNETT Hilaire, **Constitutional and Administrative Law**, 4.b., Cavendish, Londra, 2002.
- BAST Jürgen, "Legal Instruments", **Principles of European Constitutional Law**, ed. Armin von Bogdandy – Jürgen Bast, 1.b., Hart, Portland, 2006.
- BEALE Andrew, **Essential Constitutional Law**, 2.b., Cavendish Publishing Limited, Londra, 1997.
- BERNSTORFF Jochen von - DUNLAP Thomas, **The Public International Law Theory of Hans Kelsen**, 1.b., Cambridge University Press, Cambridge, 2011.
- BATT Helge Lothar, **Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit in vereinigten Deutschland: Die Die Dichotomie des Grundgesetzes zwischen limitierendem formalem und dirigierendem materialem Verfassungsverständnis**, 1.b., Springer, Wiesbaden, 2003.
- BRADLEY A. W. - EWING K. D., **Constitutional and Administrative Law**, 14.b., Pearson, Essex, 2007.
- BOGDANDY Armin von, **Gubernative Rechtsetzung**, 1.b., Mohr-Siebeck, Tübingen, 2000.
- BORCHARDT Klaus-Dieter, **The ABC of European Union Law**, 1.b., Publications Office of the European Union, Germany, 2010.
- BOZKURT Enver – ÖZCAN Mehmet – KÖKTAŞ Arif, **Avrupa Birliği Hukuku**, 6.b., Yetkin, Ankara, 2012.
- BURKENS Marten, "Federal Republic of Germany", **Constitutional Law of 15 EU Member States**, 1.b., Kluwer, Deventer, 2004.
- BURROWS Andrew, **English Private Law**, 3.b., Oxford University Press, New York, 2011.
- CAIRNS Walter, **Introduction to European Law**, 2.b., Cavendish, Londra, 2002.
- CAMPBELL Enid Mona, **Parliamentary Privilege**, 1.b., The Federation Press, Leichhardt, 2003.
- CAN Hacı, **Avrupa Birliği Hukuku**, 2.b., Sürat, İstanbul, 2013.
- CANSEL Erol, "Some Problems Arising From Annulment Decisions of the Constitutional Court", **Constitutional Jurisdiction**, ed. Yekta Güngör Özden ve Emine Yıldız, 27 Nolu Türk Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 1993.

- CARROLL Alex, **Constitutional and Administrative Law**, 5.b., Pearson, Essex, 2009.
- CASSESE Antonio, **International Law**, 2.b., Oxford University Press, Oxford, 2005.
- CHALMERS Damian – DAVIES Gareth - MONTI Giorgio, **European Union Law**, 2.b., Cambridge University Press, Cambridge, 2010.
- CHALMERS Damian – TOMKINS Adam, **European Union Public Law: Text and Materials**, 1.b., Cambridge University Press, Cambridge, 2007.
- CRAIG Paul, "Accountability, Human Rights Adjudication and the Human Rights Act 1998", **Accountability in the Contemporary Constitution**, ed. Nicholas Bamforth, 1.b., Oxford University Press, New York, 2013.
- CRAIG Paul, **Administrative Law**, 4.b., Sweet & Maxwell, Londra, 1999.
- CRAIG Paul, "Ultra Vires and the Foundations of Judicial Review", **Judicial Review and the Constitution**, ed. Christopher Forsyth, 1.b., Hart Publishing, Portland, 2000.
- CRAIG Paul - BÚRCA Gráinne de, **EU Law: Text, Cases and Materials**, 4.b., Oxford University Press, Oxford, 2008.
- ÇELİK Cemil, **Olağanüstü Hal ve Temel Hak ve Hürriyetler**, 1.b., Seçkin, Ankara, 2010.
- DANWITZ Thomas von, **Europäisches Verwaltungsrecht**, 1.b., Springer, Berlin, 2008.
- DAVIES Karen, **Understanding European Union**, 2.b., Cavendish, Londra, 2003.
- DEGENHART Christoph, **Staatsrecht I**, 12.b., C. F. MÜLLER, Heidelberg, 1996
- DELACROIX Sylvie, **Legal Norms and Normativity: En Essay in Genealogy**, 1.b., Hart Publishing, Portland, 2006.
- DENİZHAN Hüseyin, **Türk Anayasa Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnameler**, 1.b., Turhan, Ankara, 2006.
- DEMİRKOL Ferman, **Anayasa Hukuku: Genel Esaslar – Türk Anayasa Hukuku**, 6.b., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013.
- DENZA Eileen, "The Relationship Between International and National Law", **International Law** ed. Malcolm D. Evans, 4.b., Oxford University Press, Oxford, 2014.
- DETTERBECK Steffen, **Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im öffentlichen Recht**, 1.b., J.C.B. Mohr, Tübingen, 1995.
- DICEY Albert Venn, **An Introduction to the Study of the Constitutional Law**, 3.b., Macmillian, Londra, 1889.

- DIXON Martin, **International Law**, Oxford University Press, 7.b., Oxford, 2013.
- DOUGLAS-SCOTT Sionaidh, **Constitutional Law of the European Union**, 1.b., Pearson, Essex, 2002.
- DURAN Lütfi, **İdare Hukuku Ders Notları**, 1.b., İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1982.
- DYZENHAUS David, "The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy", **The Province of Administrative Law**, 1.b., Hart, Oxford, 1997.
- ELLIS Evelyn, "Sources of Law and Hierarchy of Norms", **English Public Law**, ed. David Feldman, 2.b., Oxford University Press, Oxford, 2009.
- EM Ali, **Kanunların ve İdari Düzenleyici Tasarrufların Yapım Tekniği**, 4.b., Turhan, Ankara, 2003.
- EVERLING Ulrich, "The European Union Between Community and National Policies and Legal Orders", **Principles of European Constitutional Law**, ed. Armin von Bogdandy - Jürgen Bast, 1.b., Hart Publishing, Portland, 2006.
- FAIRHUST John, **Law of the European Union**, 8.b., Pearson, Essex, 2010.
- FOLZ Hans-Peter, "Germany", **International Law and Domestic Legal Systems**, 1.b., ed. Dinah Shelton, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- FOSTER Nigel G. - SULE Satish, **German Legal System and Laws**, 3. Baskı, Oxford University Press, New York, 2002.
- FRISCH Hans, **Lehrbuch des Österreichischen Verfassungsrechtes**, 1.b., Springer, Viyana, 1932.
- FÜRST Walther – GÜNTHER Hellmuth, **Das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland in den Grundzügen**, 2.b., Erich Schmidt Verlag, Berlin, 1978.
- GEIGER Rudolf, **Grundgesetz und Völkerrecht mit Europarecht**, 5.b., C.H. Beck, München, 2010.
- GİRİTLİ İsmet – BİLGİN Pertev – AKGÜNER Tayfun – BERK Kahraman, **İdare Hukuku**, 6.b., DER Yayınları, İstanbul, 2013.
- GİRİTLİ İsmet- SARMAŞIK Jale, **Anayasa Hukuku: Genel Esaslar -Türk Anayasa Hukuku**, 2.b. Beta, İstanbul, 2013.
- GORDON Michael, **Parliamentary Sovereignty in the UK Constitution: Process, Politics and Democracy**, 1.b., Hart Publishing, Oxford, 2015.

- GÖÇMEN İlke, **Avrupa Bilirği Hukukunda Direktiflerin Bireyler Arasındaki İlişkilere Etkileri**, 1.b., Yetkin, Ankara, 2008.
- GÖREN Zafer, **Anayasa Hukuku**, 1.b., Yetkin, Ankara, 2011.
- GÖZLER Kemal, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, 3. b., Ekin, Bursa, 2012.
- GÖZLER Kemal, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, 1. b., Ekin, Bursa, 2011.
- GÖZLER Kemal, **Devletin Genel Teorisi**, 4.b., Ekin, Bursa, 2012.
- GÖZLER Kemal, **Hukuka Giriş**, 10. b., Ekin, Bursa, 2013.
- GÖZLER Kemal, **İdare Hukuku**, 2.b., Ekin, Bursa, 2009.
- GÖZLER Kemal, **Kurucu İktidar**, 1.b., Ekin, Bursa, 1998.
- GÖZLER Kemal, **Türk Anayasa Hukuku**, 1.b., Ekin, Bursa, 2000.
- GÖZLER Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, 14.b., Ekin, Bursa, 2013.
- GÖZLER Kemal, **Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukukî Rejimi**, 1.b., Ekin, Bursa, 2000.
- GÖZTEPE Ece, **Avrupa Birliği'nin Siyasal Bütünleşmesi ve Egemenlik Yetkisinin Paylaşılması Sorunu**, 1.b., Seçkin, Ankara, 2008.
- GÖZÜBÜYÜK Şeref – TAN Turgut, **İdare Hukuku**, 10.b., Turhan, Ankara, 2014.
- GÜNDAY Metin, **İdare Hukuku**, 10. b., İmaj, Ankara, 2013.
- GÜNEŞ Turan, **Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri**, 1.b., Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Ankara, 1965.
- GRABENWARTER Cristoph, "National Constitutional Law Relating to the European Union", **Principles of European Constitutional Law**, ed. Armin von Bogdandy - Jürgen Bast, 1.b., Hart Publishing, Portland, 2007.
- GRANT Moyra, **The UK Parliament**, 1.b., Edinburgh University Press, Edinburgh, 2009.
- GUNDEL Jörg, **Die Einordnung des Gemeinschaftsrechts in die französische Rechtsordnung**, 1.b., Duncker & Humblot, Berlin, 1997.
- GURLIT Elke, **Verwaltungsvertrag und Gesetz**, 1.b., J.C.B. Mohr, Tübingen, 2000.
- HAASE Marco, **Grundnorm – Gemeinwille – Geist**, 1.b., Mohr Siebeck, Tübingen, 2004.

- HAILBRONNER Kay – KAU Marcel, "Constitutional Law", **Introduction to German Law**, ed. J. Zekoll ve M. Reimann, 1.b., Kluver Law International, La Hey, 2003.
- HAWKE Neil – PARP WORTH Neil, **Introduction to Adminisrative Law**, 1.b., Cavendish, Londra, 1998.
- HAUSER Raimund, **Norm, Recht und Staat**, 1.b., Springer, Viyana, 1968.
- HAYEK Friedrich A. Von, "Siyasî Bir İdeal Olarak Hukuk Devleti", çev: Sevda Gültekin Göktolga ve Ali Rıza Çoban, **Hukuk Devleti: Hukukî Bir İlke, Siyasî Bir İdeal**, editörler: Ali Rıza Çoban - Bilal Canatan - Adnan Küçük, 1.b., Adres, Ankara, 2008.
- HECKMAN Dirk, **Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen**, 1.b., Mohr Siebeck, Tübingen, 1997.
- HERZOG Roman, **Allgemeines Staatsrecht**, 1.b., Athenäum, Frankfurt, 1971.
- HEUN Werner, **The Constitution of Germany: A Contextual Analysis**, 1.b., Hart, Portland, 2011.
- ILBERT Courtenay, **Parliament: Its History, Constitution and Practice**, 1.b., Henry Holt and Company, Londra, 1911.
- INGMAN Terence, **The English Legal Process**, 13.b., Oxford University Press, New York, 2011.
- IPSEN Hans Peter, **Europäisches Gemeinschaftsrecht**, 1.b., J.C.B. Mohr, Tübingen, 1972.
- JELLINEK Walter, **Verwaltungsrecht**, 2.b., Springer, Berlin, 1929.
- KABOĞLU İbrahim Ö., **Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)**, 9. b., Legal, İstanbul, 2014.
- KACOROWSKA Alina, **European Union Law**, 2.b., Taylor & Francis, Oxon, 2011.
- KALABALIK Halil, **İdare Hukukunun Temel Kavram ve Kurumları**, 5.b., Sayram, Konya, 2014.
- REÇBER Kamuran, **Avrupa Birliği Hukuku ve Temel Metinleri**, 1.b., Dora, Bursa, 2012.
- KARAHANOĞULLARI Onur, **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler**, 2.b., Turhan, Ankara, 2012.
- KARATEPE Şükrü, **Anayasa Hukuku**, 1.b., Savaş, Ankara, 2013.
- KEITH Arthur Berriedale, **An Introduction to British Constitutional Law**, 1.b., Oxford,

- Londra, 1931.
- KELSEN Hans, **Essays in Legal and Moral Philosophy**, çev. Peter Heath, 1. b., D. Reidel Publishing Company, Dordrecht, 1973.
- KELSEN Hans, **General Theory of Law and State**, çev. Anders Wedberg, 3.b., Harvard University Press, Cambridge, 1949.
- KELSEN Hans, **Principles of International Law**, 3.b., Lawbook Exchange, New Jersey, 2003.
- KELSEN Hans, **Pure Theory of Law**, çev. Max Knight, 5.b., The Law Book Exchange, New Jersey, 2008.
- KING Anthony, **Does the United Kingdom Still Have a Constitution**, 1.b., Sweet & Maxwell, Londra, 2001.
- KOMMERS Donald P., **The Constitutional Jurisprudence of Federal Republic of Germany**, 2.b., Duke University Press, Durham, 1997
- KORNBICHLER Hendrik – POSTER Julian – TIEDE Wolfgang – URABL Armin, **Verfassungsrecht**, 2.b., Springer, Berlin, 2001.
- KRETSCHMER Gerald, "Geschäftsordnungen Deutscher Volksvertretungen", **Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland: Ein Handbuch**, ed. Hans-Peter Schneider - Wolfgang Zeh, 1.b., Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1989.
- KUZU Burhan, **Olağanüstü Hal Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hal Rejimi**, 1.b., Kazancı Yayınları, İstanbul, 1993.
- KUZU Burhan, **Türk Anayasa Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnameler**, 1.b., Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1985.
- LE SUEUR Andrew, "Fundamental Principles", **English Public Law**, ed. David Feldman, 2.b., Oxford University Press, Oxford, 2009.
- MAGILL M. Elizabeth – ORTIZ Daniel R., "Comparative Positive Political Theory", **Comparative Administrative Law**, 1.b., ed. Susan Rose-Ackerman – Peter L. Lindseth, Edward Elgar, Cheltenham, 2010.
- MAURER Hartmut, **Allgemeines Verwaltungsrecht**, 5.b., C.H. BECK'SCHE, Münih, 1986.
- MAYER Franz – KOPP Ferdinand, **Allgemeines Verwaltungsrecht**, 5.b., Richard Boorberg Verlag, Münih – Hannover, 1985.
- MCKAY William – JOHNSON Charles W., **Parliament and Congress**, 1.b., Oxford,

- Oxford, 2013.
- MÖSTL Markus, "Normative Handlungsformen", **Allgemeines Verwaltungsrecht**, ed. Hans-Uwe Erichsen - Dirk Ehlers, 14.b., de Gruyter, Berlin, 2010.
- MÜLLER Bernd, **Verwaltungsrecht**, 3.b., Springer, Heidelberg, 2004.
- NEFF Stephen, "United Kingdom", **International Law and Domestic Legal Systems**, ed. Dinah Shelton, 1.b., The Oxford University Press, New York, 2011.
- NIERHAUS Michael, "Administrative Law", **Introduction to German Law**, ed. Tuğrul Ansay - Don Wallace, 1.b., Kluwer, La Hey, 2005.
- NIETZSCHE Friedrich, **Güç İstenci**, çev. Nilüfer Epçeli, 1.b., Say, İstanbul.
- OLIVER Dawn, "Parliament and the Courts: A Pragmatic (or Principled) Defence of the Sovereignty of Parliament", **The Least Examined Branch: The Role of Legislatures in the Constitutional State**, ed. Richard W. Bauman - Tsvi Kahana, 1.b., Cambridge, New York, 2006.
- ONAR Erdal, **1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu**, Ankara Üniversitesi, Ankara, 1993.
- ONAR Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumî Esasları**, 3.b., İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.
- OPPENHEIM Lassa Francis Lawrence, **Oppenheim's International Law**, ed. Sir Robert Jennings - Sir Arthur Watts, 9.b., Cilt: 1, Pearson, Essex, 1996.
- OSSENBUHL Fritz, "Gesetz und Recht: Die Rechtsquellen im demokratischen Rechtsstaat", **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, ed. Josef Isensee - Paul Kirchhof, 3.b., Cilt: 5, C.F. Müller, Heidelberg, 2007.
- OSSENBUHL Fritz, "Rechtsverordnung", **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, ed. Josef Isensee - Paul Kirchhof, 1.b., C.F. Müller, Heidelberg, 2007.
- OSSENBUHL Fritz, "Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes", **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland (Editörler: Josef Isensee-Paul Kirchhof)**, 3.b., Cilt: 5, C.F. Müller, Heidelberg, 2007.
- ÖZBUDUN Ergun, **Anayasa Hukuku**, 2.b., Anadolu Üniversitesi, Eskişehir, 2004.
- ÖZBUDUN Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 13.b., Yetkin, Ankara, 2012.
- ÖZKAN Işıl, **Avrupa Birliği Kamu Hukuku**, 1.b., Seçkin, Ankara, 2011.
- ÖZTÜR Fatih, **Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Politik Sorun ve Yargısal Aktivizm**

- Doktrini: Anayasal Yargı Denetimi Gerekli Mi?**, 1.b., Beta, İstanbul, 2012.
- PAGE Edward, **Governing by Numbers**, 1.b., Hart, Oxford, 2001.
- PARPWORTH Neil, **Constitutional and Administrative Law**, 8.b., Oxford, New York, 2014.
- PAZARCI Hüseyin, **Uluslararası Hukuk**, 12.b., Turhan, Ankara, 2013.
- PHILLIPS O. Hood, **Constitutional and Administrative Law**, 3.b., Sweet & Maxwell, Londra, 1962.
- PIETZCKER Jost, "Schichten des Parlamentsrechts: Verfassung, Gesetze und Geschäftsordnung", **Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland: Ein Handbuch**, ed. Hans-Peter Schneider - Wolfgang Zeh, 1.b., Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1989.
- PRAKKE Lucas, "United Kingdom", **Constitutional Law of 15 EU Member States**, ed. Lucas Prakke - Constantijn Kortmann, Deventer, Kluwer, 2004.
- PROELß Alexander, **Bundesverfassungsgericht und überstaatliche Gerichtsbarkeit**, 1.b., Mohr Siebeck, Tübingen, 2014.
- RIDGES Edward Wavell, **Constitutional Law of England**, 5.b., Stevens & Sons, Londra, 1934.
- RUDOLF Walter, **Völkerrecht und deutsches Recht**, 1.b., J.C.B. Mohr, Tübingen, 1967.
- SAĞLAM Fazıl, **Anayasa Hukuku Ders Notları**, 1.b., Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, Lefkoşa, 2013.
- SAĞLAM Fazıl, **Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü**, 1.b., Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1982.
- SCHMITT Karl, "Liberal Hukuk Devletinin İlkeleri ve Hukuk Devletinde Kanun Kavramı", çev. Bilal Canatan, **Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke, Siyasi Bir İdeal**, ed. Ali Rıza Çoban - Bilal Canatan - Adnan Küçük, 1.b., Liberte, Ankara, 2008.
- SCHRAMM Theodor, **Staatsrecht**, 4.b., C: 1, Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-Münih, 1987.
- SHAW Malcolm N., **International Law**, 6. b., Cambridge University Press, Cambridge, 2008.
- SINGH Mahendra P., **German Administrative Law In Common Law Perspective**, 1.b., Springer, Berlin, 1985.
- SIR Onur, **Hukuk Devleti Açısından Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal**

- Denetimi**, 1.b., Turhan, Ankara, 2011.
- STEIN Ekkehart, **Lehrbuch Des Staatsrechts**, 2.b., J. C. B. MOHR, Tübingen, 1971.
- STERN Klaus, **Das Staatsrecht Der Bundesrepublik Deutschland**, 1.b., C.H.BECK'SCHE, Münih, 1977.
- STONE Julius, **Legal System and Lawyers' Reasonings**, 1.b., Stanford University Press, Stanford, 1964.
- STOTT David – FELIX Alexandra, **Principles of Administrative Law**, 1.b., Cavendish Publishing Limited, Londra, 1997.
- STREINZ Rudolf, **Europarecht**, 9.b., C.F. Müller, Hamburg, 2012.
- SUR Melda, **Uluslararası Hukukun Esasları**, Beta, 7.b., İstanbul, 2013.
- ŞANLI-ATAY Yeliz, **Türk İdare Hukukunda Adsız Düzenleyici İşlemler**, 1.b., Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü, Ankara, 2011.
- TANÖR Bülent – YÜZBAŞIOĞLU Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 14.b., Beta, İstanbul, 2014.
- TANÖR Bülent, **İki Anayasa**, 5.b., XII Levha, İstanbul, 2013.
- TEZİÇ Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, 17. b., Beta, İstanbul, 2014.
- TEZİÇ Erdoğan, **Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı**, 1.b., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1972.
- TRIEPEL Heinrich, **Völkerrecht und Landesrecht**, 1.b., C. L. HIRSCHFELD, Leipzig, 1899.
- TROßMANN Hans, "Der Bundestag: Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit", **Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart**, Cilt: 28, J.C.B. Mohr, Tübingen 1979.
- TURPIN Colin – TOMKINS Adam, **British Government and the Constitution: Text and Materials**, 7.b., Cambridge University Press, Cambridge, 2012.
- TÜRK Ender, **1982 Anayasasına Göre Kanun Hükmünde Kararnameler ve Yargısal Denetimi**, 1.b., Seçkin, Ankara, 2013.
- VITZTHUM Wolfgang, **Völkerrecht**, 5.b., De Gruyter, Berlin, 2010.
- VOLLANS Tim – ASQUITH Glenn, **English Legal System Concentrate: Law Revision and Study Guide**, 2.b., Oxford University Press, Oxford, 2011.

- WADE E. C. S. – PHILLIPS, G. Godfrey, **Constitutional Law**, 1.b., Longmans, New York, 1933
- WADE William – FORSYTH Christopher, **Administrative Law**, 11.b., Oxford University Press, Oxford, 2014.
- WARD Ian, **The English Constitution: Myths and Realities**, 1.b., Hart Publishing, Portland, 2004.
- WEGEN Gerhard – KUNER Christopher, "Germany: Federal Constitutional court Decision Concerning the Maastricht Treaty", **Comparative Constitutional Review**, 1.b., ed. Michael Louis Corrado, Carolina Academic Press, Durham, 2005.
- WEINBERGER Ota, "Introduction: Hans Kelsen As A Philosopher", **Essays in Legal and Moral Philosophy**, 1. b., D. Reidel Publishing Company, Dordrecht, 1973, ss. IX-XXVIII.
- YARDLEY David Charles Miller, **Introduction to British Constitutional Law**, Butterworths, Londra, 1964.
- YASİN Melikşah, **İdarenin Yasama Tarafından Denetlenmesi**, 1.b., XII Levha, İstanbul, 2011.
- YOLCU Serkan, **İngiltere'de Kuvvetler Ayrılığı ve Yargı Bağımsızlığı Alanındaki Gelişmeler**, 1.b., Seçkin, Bursa, 2011.
- YOUNGS Raymond, **English, French and German Comparative Law**, 3.b., Routledge, New York, 2014.
- YÜZBAŞIOĞLU Necmi, **1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararların Göre Türkiye'de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi**, 1.b., Beta, İstanbul, 1996.
- ZANDER Michael, **The Law-Making Process**, 7.b., Hart Publishing, Oxford, 2015.
- ZEIDLER Wolfgang, "The Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany: Decisions on the Constitutionality of Norms", **Comparative Constitutional Review**, 1.b., ed. Michael Louis Corrado, Carolina Academic Press, Durham, 2007.

Makaleler

- ALİEFENDİOĞLU Yılmaz, "Anayasa Yargısı Açısından Olağanüstü Yönetim Usulleri", **Anayasa Yargısı**, Yıl: 1992, Cilt: 9, ss. 411-434.
- ARAL Vecdi, "Kelsen'in Hukuk Anlayışı", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 33. Fasikül, ss. 513-552.

- ARSEL İlhan, "Lordlar Kamarasının Salâhiyetlerini Tahdide Matuf Son Teşebbüsler", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 7, Sayı: 1-2, Yıl: 1950, ss. 92-115.
- AVCI Mustafa, "Türkiye'de Olağan Dönem Kanun Hükmünde Kararnâme'leri ile İlgili Bazı Sorunlara İlişkin Değerlendirmeler", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 16, Sayı: 1, 2012, ss. 33-61.
- AYBAY Rona, "Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 70, 2007, ss. 187-213.
- AZRAK Ülkü, "İdari Yargıda Anayasaya Uygunluk Sorunu", **Anayasa Yargısı**, Cilt: 9, Yıl: 1992, ss. 323-340.
- BAŞLAR Kemal, "Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt: 24, Sayı: 1-2, 2004, ss 245-278.
- BİLİR Faruk, "Anayasa'nın 90. Maddesinde Yapılan Değişiklik Çerçevesinde Milletlerarası Anlaşmaların İç Hukuktaki Yeri", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 13, Sayı: 1, 2005, ss. 77-107.
- BOLTON John R., "Is There Really Law in International Affairs", **Transnational Law and Contemporary Problems**, Cilt: 10, Sayı: 1, Bahar 2000, ss. 1-48.
- CARR Cecil T., "Delegated Legislation in England as Seen from Abroad", **Journal of Comparative Legislation and International Law**, 3. Seri, Cilt: 16, Sayı: 1, Yıl: 1934, ss. 96-103.
- ÇAĞIRAN Mehmet Emin, "Raymond Aaron ve Uluslararası Hukukun Hukuk Niteliği", **İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 56, Sayı: 1-4, 1998, ss. 71-96.
- D'AMATO Anthony, "Is International Law Really Law", **Northwestern University Law Review**, Cilt: 79, Sayı: 5-6, 1984-1985, ss. 1293-1314.
- DE SMITH Stanley Alexander, "Delegated Legislation in England", **The Western Political Quarterly**, Cilt: 2, Sayı: 4, Yıl: 1949, ss. 514-526.
- DERDİMAN Cengiz, "Türk Kamu Yönetimi ve Hukukunda Kanun Hükmünde Kararname (1982 Anayasası'nın 91. Maddesinin Değerlendirilmesi)", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt: 51, Sayı: 1, 1996, ss. 135-164.
- DURAN Lütfi, "Bunalım Kararnameleri", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt: 50, Sayı: 3, ss. 141-158.
- DURAN Lütfi, "Yürütme Yetkisi Özerk Sayılabilir Mi?", **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Yıl: 4, Sayı: 1-3, ss. 33-42.

- ELEFTHERIADIS Pavlos, "Parliamentary Sovereignty and the Constitution", **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, Cilt: XXII, Sayı:2, 2009, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1486146, (2 Temmuz 2015).
- ENGİN Eyüp ve ALTIN Sırrı, "Türk Hukukunda Kanun Hükmünde Kararname Uygulaması", **Sayıştay Dergisi**, Sayı: 34, 1999, ss. 29-45.
- EROĞUL Cem, "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Olağanüstü Yasa Gücünde Kararnamelerin TBMM'ce Onaylanması Sorunu", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt: 54, Sayı: 4, ss. 31-46.
- FREW Kendra, "Hans Kelsen's Theory and The Key to His Normativist Dimension", **The Wester Australian Jurist**, Cilt: 4, 2013, ss. 285-293.
- SEVGİLİ-GENÇAY Fatma Didem, "Adsız Düzenleyici İşlemlerin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı: 63, Cilt: 2, 2014, ss. 397-417.
- GÖZLER Kemal, "Olağanüstü Hal Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukukî Rejimi", **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 47, Sayı: 4, Ağustos 1990, ss. 561-590.
- GÖZLER Kemal, "Tabii Hukuk ve Hukuki Pozitivizme Göre Adalet Kavramı", **Muhafazakar Düşünce**, Yıl: 4, Sayı: 15, Kış 2008, ss. 77-90.
- GÖZLER Kemal, "Uluslararası Antlaşmaları Akdetme ve Onaylama Yetkisi", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt: 56, Sayı: 2, Nisan-Haziran 2001, ss. 71-101.
- GÖZÜBÜYÜK Şeref – TUTUM Cahit, "Yasa Gücünde Kararnameler", **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 1, Mart 1975, ss. 3-7.
- GRIFFITH John A. G., "The Constitutional Significance of Delegated Legislation in England", **Michigan Law Review**, Cilt: 48, Sayı: 8, Yıl: 1950, ss. 1079-1120.
- GUSTAFSSON Hakan, "Fiction of Law", **No Foundations**, Cilt: 4, Ekim 2007, s. 83-103.
- GÜNDAY Metin, "Doç. Dr. Metin Günday'ın Yorumu", **Anayasa Yargısı**, Cilt: 1, Yıl: 1984, ss. 272-278.
- GÜNDÜZ Ebru, "Yürütmenin Düzenleyici İşlemleri ve Yargısal Denetimleri", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 11, Sayı: 1-2, 2007, ss. 753-775.
- HAFIZOĞULLARI Zeki, "Türk Hukuk Düzeninde Hukukun Üstünlüğü Prensibi Sorunu", **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı:1, Yıl: 2002, ss. 15-31.
- HUGHES Graham, "Validity and the Basic Norm", **California Law Review**, Cilt: 59, Sayı: 3, Mayıs 1971, ss. 695-714.

- JABLONER Clemens, "Kelsen and his Circle: The Viennese Years", **European Journal of International Law**, Cilt: 9, 1998, ss. 368-385.
- JENKINS David, "Common Law Declarations of Unconstitutionality", **International Journal of Constitutional Law**, Cilt: 7, Sayı: 2, Yıl: 2009, ss. 183-214.
- KALYVAS Andreas, "The Basic Norm and Democracy in Hans Kelsen's Legal and Political Theory", **Philosophy and Social Criticism**, Cilt: 32, Sayı: 5, ss. 573-599.
- KARAHANOĞULLARI Onur, "İngiliz Hukukunda İkincil Yasama", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt: 50, Sayı: 3-4, Yıl: 1995, ss. 211- 230.
- KARAHANOĞULLARI Onur, "Kanun Hükmünde Kararnamelerin Niteliği (Bir Öneri: Birlikte Yasama)", **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt: 31, Sayı: 2, Haziran 1998, ss. 41-62.
- KARAHANOĞULLARI Onur, "Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisi", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt: 52, Sayı: 1-4, ss. 387-435.
- KELSEN Hans, "On the Basic Norm", **California Law Review**, Cilt: 47, Sayı: 1, Mart 1959, ss. 107-110.
- KENT Bülent, "Türk ve Alman Hukukunda Genel Düzenleyici İşlemler", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: LXIX, Sayı: 1-2, Yıl: 2011, ss. 485-504.
- KIIVER Philipp, "The Lisbon Judgment of the German Constitutional Court: A Court-Ordered Strengthening of the National Legislature in the EU", **European Law Journal**, Cilt: 16, Eylül 2010, ss. 578-588.
- KRASNER Stephen D., "Structural Causes and Regime Consequences: Regimes as Intervening Variables", **International Organization**, Cilt: 36, Sayı: 2, Yıl: 1982, ss. 185-205.
- KWIECIEŃ Roman, "The Primacy of European Union Law Over National Law Under the Constitutional Treaty", **German Law Journal**, Cilt: 6, Sayı: 11, ss. 1479-1496.
- MAKOWSKI Kevin D., "*Solange III*: The German Federal Constitutional Court's Decision on Accession to the Maastricht Treaty on European Union", **University of Pennsylvania Journal of International Business Law**, Cilt: 16, Sayı: 1, Yıl: 2014, ss. 155-179.
- ÖZBUDUN Ergun, "1961 ve 1982 Anayasalarında Kanun Hükmünde Kararnameler", **Anayasa Yargısı**, Cilt: 2, Yıl: 1985, ss. 227-238.
- ÖZBUDUN Ergun, "İngiltere'de Parlâmento Egemenliği Teorisi", **Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 25, Sayı: 1-2, Yıl: 1968, ss. 59-79.

- ÖZBUDUN Ergun, "Parlâmento Kararları ve Yasama Meclislerinin İçtüzükleri", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 36, Sayı: 1-3, Yıl: 1979, ss. 3-26.
- ÖZKOL Adil, "Almanya'da Yürütme Organının Düzenleme Yetkisi", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 26, Sayı: 3-4, Yıl: 1969, ss. 131-148.
- RAZ Joseph, "Kelsen'in Temel Norm Kuramı", çev. Şule Şahin Ceylan, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 62, Sayı: 4, Yıl: 2013, ss. 1168- 1193.
- SAĞLAM Fazıl, "Türk Hukukunda Kanun Hükmünde Kararname Çıkarmanın Sınırları Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar" **Anayasa Yargısı**, Cilt: 1, 1984, ss. 261-271.
- SCHYFF Gerhard van der – MEUWESE Anne, "Dutch Constitutional Law in a Globalizing World", **Utrecht Law Review**, Cilt: 9, Sayı: 2, Mart 2013, ss. 1-5.
- STEWART Robert B., "Treaty-Making Procedure in the United Kingdom", **The American Political Science Review**, Cilt: 32, Sayı: 4, Ağustos 1938, ss. 655-669.
- TALMON Stefan, "Die Grenzen der Anwendung des Völkerrechts im Deutschen Recht", **Juristen Zeitung**, Cilt: 68, Sayı: 1, 2013, ss. 12-21.
- TAN Turgut, "Ekonomik Hukuk ve Ekonomik Kamu Hukuku", **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt: 5, Sayı: 1, Mart 1972, ss. 15-42.
- TAN Turgut, "Kanun Hükmünde Kararname Uygulaması", **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt: 17, Sayı: 4, Yıl: 1984, ss. 33-47.
- TAN Turgut, "Türk Hukukunda Kanun Hükmünde Kararname Uygulaması ve Sorunlar", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt: 50, Sayı: 1-2, Yıl: 1995, ss. 335- 353.
- TEMPLEMAN Sidney William, "Treaty-Making and the British Parliament-Europe", **Chicago-Kent Law Review**, Cilt: 63, Sayı: 2, Ocak 1991, ss. 459-484.
- TEZİÇ Erdoğan, "Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisi", **Anayasa Yargısı**, Cilt: 3, Yıl: 1986, ss. 83-94.
- TEZİÇ Erdoğan, "Parlamento Kararı ve Kanun", **Anayasa Yargısı**, Cilt: 5, Yıl: 1988, ss. 121-130.
- TEZİÇ Erdoğan, "Yasama Yetkisi ve Kanun Hükmünde Kararnameler", **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt: 5, Sayı: 1, Mart 1972, ss. 3-14.
- TRIEPEL Heinrich, "İç Hukukla Arşulusal Hukuk Arasındaki Münasebeler", çev. Orhan Arsal, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 3, Yıl: 1937, ss. 6-50.
- TURHAN Mehmet, "Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve Özgürlüklere Etkisi ve

Anayasa Mahkemesi", **Anayasa Yargısı**, Cilt: 20, 2003, ss. 215-248.

TURHAN Mehmet, "Olağanüstü Hallerde Çıkarılabilecek Kanun Hükümünde Kararnameler", **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt: 25, Sayı: 3, Eylül 1992, ss. 13-36.

TUNÇ Hasan, "Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye ile İlgili Örnek Karar İncelemesi", **Anayasa Yargısı**, Cilt: 17, Yıl: 2000, ss. 174-192.

TÜLEN Hikmet, "Olağanüstü Kanun Hükümünde Kararnamelerin Yargısal Denetimi Sorunu", **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 3-4, 2004, ss. 79-110.

TÜRKBAĞ Ahmet Ulvi, "Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları", **Anayasa Yargısı**, Cilt: 28, Yıl: 2011, ss. 71-82.

WEYLAND Ines, "The Application of Kelsen's Theory of the Legal System to European Community Law: The Supremacy Puzzle Resolved", **Law and Philosophy**, Cilt: 21, Sayı: 1, 2002, ss. 1-37.

YAVUZDOĞAN Seçkin, "Anayasa Mahkemesinin Yürütme Organının Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisine Yaklaşımı", **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 3-4, 2004, ss. 235-254.

ZELLICK Graham, "Is the Parliament Act Ultra Vires", **New Law Journal**, Sayı: 716, Yıl: 1969, <http://www.francisbennion.com/word/nfb/1969/1969-001-nfb-is-the-parliament-act-ultra-vires.doc>, (12 Temmuz 2015).

Diğer Kaynaklar

ARMAĞAN Servet, **1982 Anayasası'nda Uluslararası Andlaşmaların İmzalanması ve Onaylanması Sistemi**,

http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anayargi/armagan.pdf, (27.01.2015).

BUNDESRAT (İsviçre), **Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht**, <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2010/2263.pdf>, (1 Temmuz 2015).

DUXBURY Neil, "Basic Norm: An Unsolved Murder Mystery", **LSE Law, Society and Economy Working Papers 17/2007**, <http://ssrn.com/abstract=1033331>, (12 Haziran 2015).

HELD-DAAB Ulla, "Review of Administrative Decisions of Government by Administrative Courts and Tribunals", **The 10th Congress of The International Association of Supreme Administrative Jurisdictions**, Leipzig, September 2009, <http://www.aihja.org/images/users/1/files/germany.en.0.pdf>, (7 Haziran 2015).

- HERINGA Aalt-Willem – KIIVER Philipp, "Constitutions Compared: Origins and Main Features", http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1461411, (2 Nisan 2015).
- LATTA Richard D., "Hans Kelsen and the Bindingness of Supra-National Legal Norms", Yüksek Lisans Tezi, Georgia State University, 2012 http://scholarworks.gsu.edu/philosophy_theses/116, (6 Haziran 2015).
- MILLER Vaughne, "The Lisbon Treaty: Ratification Issues in Ireland, Germany, Poland and Czech Republic", www.parliament.uk/briefing-papers/SN05147.pdf, (4 Temmuz 2015.)
- ÖZEK Çetin, "'Yumuşatma' Değil 'Aldatmaca'", **Cumhuriyet Gazetesi**, 22 Mayıs 1990, <http://www.cumhuriyetarsivi.com/katalog/192/sayfa/1990/5/22/2.xhtml>, (26 Temmuz 2015).
- PROELB Alexander, **Staatsrecht III-Völkerrecht und Aussenverfassungsrecht**, https://www.uni-trier.de/fileadmin/fb5/prof/OEF008/Grundz%C3%BCge_V%C3%B6lkerrecht/Staatsrecht_III-3.pdf, (22 Temmuz 2015).
- SPAACK Torben, "Kelsen and Hart on the Normativity of Law", **Perspectives on Jurisprudence: Essays in Honour of Jes Bjarup**, ed. Peter Wahlgren, 2005, <http://ssrn.com/abstract=922755>, (6 Haziran 2015).

ÖZGEÇMİŞ			
Adı, Soyadı	Yahya Berkol		GÜLGEÇ
Doğum Yeri ve Yılı	Mersin		1988
Bildiği Yabancı Diller	İngilizce – Almanca – Rusça		
ve Düzeyi	İng. (Çok İyi) – Almanca (İyi) – Rusça (Başlangıç)		
Eğitim Durumu	Başlama - Bitirme Yılı		Kurum Adı
Lise	2002	2007	İstanbul Amerikan Robert Koleji
Lisans	2007	2011	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yüksek Lisans	2013	-	Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Doktora	-	-	-
Çalıştığı Kurum (lar)	Başlama - Ayrılma Yılı		Çalışılan Kurumun Adı
1.	2011	2013	Çakmak Avukatlık Bürosu
2.			
3.			
Üye Olduğu Bilimsel ve Mesleki Kuruluşlar	Ankara Barosu (2011 - 2013)		
Katıldığı Proje ve Toplantılar	Kamu Hukukçuları Platformu Toplantısı (30-31 Mayıs 2015)		
Yayınlar:	Yahya Berkol Gülgeç, "Uluslararası Adalet Divanı'nın Yargı Yetkisi ve Yargı Yetkisini Genişletme Çabalarının Eleştirisi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi , Sayı: 117, Yıl: 2015, ss. 379-418. Hasan Yazıcı v. Türkiye Davası, çev. Yahya Berkol Gülgeç, Legal Hukuk Dergisi (Prof. Dr. Rona Aybay'a Armağan), 2. Cilt, Aralık, 2014, ss. 2637 – 2665.		
Diğer:			
İletişim (e-posta):	yahyaberkolgulgec@yandex.com		
	Tarih	15.08.2015	
	İmza		
	Adı Soyadı		

