

5170 SAYILI YASA'YLA ANAYASA'NIN 90. MADDESİNDE YAPILAN DEĞİŞİKLİĞE BİR BAKIŞ

Dr. Ali KARAGÜLMEZ*

I. GENEL OLARAK

7.5.2004 tarihli ve 5170 sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun” un 7. maddesiyle Anayasa’nın 90. maddesinin son fıkrasındaki,

“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa’ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi’ne başvurulamaz.” kuralına aşağıdaki cümle eklenmiştir:

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

7. maddenin gerekçesinde,

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

Çalışmamızda, henüz çok yeni ve uygulamada şekillenecek olan 5170 sayılı Yasa’yla Anayasa’nın 90. maddesinde yapılan değişiklik ile ilgili özellikle tartışmaya neden olabilecek bazı konulara değinmek istiyoruz.

II. BAZI ÜLKELERDEKİ DURUM

5170 sayılı Yasa’yla Anayasa’nın 90. maddesine eklenen hükme benzer düzenlemeler, farklı boyutlarda kimi ülke Anayasalarında da yer almaktadır.

* Hâkim.

Alman Anayasası'nın "Uluslararası hukuk ve federal hukuk" başlıklı 25. maddesine göre,¹ devletler hukukunun genel kuralları, Federal Alman Hukuku'nun (ayrılmaz) bir parçasıdır ve federal topraklarda oturanlar için doğrudan hak ve yükümlülük belirler ve kanunlardan önce gelirler.

Avusturya Anayasası'nın 9. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre,² devletler hukukunun kabul gören genel kuralları, federal hukukun ayrılmaz bir parçasıdır.

Fransız Anayasası'nın 55. maddesine göre³de, usulüne uygun onaylanmış ve uygun bulunmuş antlaşma veya anlaşmalar yayımlandıklarında, diğer tarafça da uygulanmak koşuluyla, kanunlardan üstündür.

Alman ve Avusturya Anayasaları'nda milletlerarası andlaşmadan değil, devletler hukukunun genel ilkelerinden söz edilmiştir. Bu yönü itibarıyla, Alman ve Avusturya Anayasaları'nda daha geniş bir kavram kullanılmıştır. Bununla birlikte, "devletler hukukunun genel ilkeleri" ibaresi, genişliğinin yanı sıra, "andlaşma" kavramına göre daha soyut, belirsiz ve tartışmalı bir kavramdır. Uygulanması noktasında oldukça geniş bir yorum olanağı bulunmaktadır. Böylesi durumlarda, yorum sahası ne kadar geniş ise, devletler hukukunun genel ilkelerinin uygulanabilme olanağı da o kadar dar kapsamda olabilecektir.

Fransız Anayasası'nda ise, anlaşma ve andlaşmadan söz edilmiştir ve bu açıdan Türk Anayasası'nın 90. maddesine benzemektedir ve söz konusu andlaşma, kanunlardan üstündür. Bununla birlikte, Fransız Anayasası'nda, Türk Anayasası'ndaki "temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşma" ibaresinden farklı olarak, herhangi bir kritere bağlama yapılmadan, "anlaşma ve andlaşma" sözcükleri kullanılmıştır.

Fransız Anayasası'nda, Türk Anayasası'ndan farklı olarak, "diğer tarafça da uygulanmak" şartına bağlı bir daraltma bulunmaktadır. "Diğer tarafça da uygulanmak" koşulu, andlaşmanın kanundan üstün sayılabilmesinin ön koşulu niteliğindedir ve Türk Anayasası'nın 90. maddesinden daha dar kapsamlıdır.

Fransız Anayasası'ndaki "diğer tarafça da uygulanmak" koşulunun uygulanması, belirsizlikler de içerebilecektir. Örneğin, diğer tarafça uygulanmak koşulu, ikiden fazla tarafı olan andlaşmalarda, tarafların tümünün uygu-

¹ m. 25: "The general rules of international law shall be an integral part of federal law. They shall override laws and directly establish rights and obligations for the inhabitants of the federal territory."

² m. 9: "The generally recognized rules of international law are regarded as integral parts of Federal law."

³ m. 55: "Treaties or agreements duly ratified or approved shall, upon publication, prevail over Acts of Parliament, subject, in regard to each agreement or treaty, to its application by the other party."

laması mı yoksa bir ya da birkaçının uygulaması olarak mı anlaşılacaktır? Söz konusu karşı tarafın uygulamasında kapsam tartışması da geniş bir yorum alanı doğurmaktadır. Acaba diğer tarafça uygulanmak koşulu, her konuda tam bir örtüşmeyi mi gerektirecektir; yoksa genel olarak uygulanmanın olması yeterli midir?

Fransız Anayasası'ndaki söz konusu ön koşulla ilgili soru ve sorunları artırebilmek mümkündür.

III. 5170 SAYILI YASA DEĞİŞİKLİĞİNİN UYGULANMA KOŞULLARI

Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına 5170 sayılı Yasa'yla eklenen cümlelerin uygulanabilmesi için, aşağıdaki koşulların gerekli olduğunu düşünmekteyiz:

A. Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Andlaşma Olmalıdır

1. Milletlerarası Andlaşma Kavramı

Fransız Anayasası'ndaki "*antlaşma veya andlaşma*" ibaresi yerine Türk Anayasası'nın 90. maddesinde, "*milletlerarası andlaşma*" kavramı kullanılmakla yetinilmiştir.

Esasında, hukuki mahiyeti ve dolayısıyla bağlayıcılık vasfı açısından aralarında fark olmamasına rağmen milletlerarası hukuk kuralları getiren yazılı belgeler için 14 kadar değişik terim kullanılmaktadır. 90. maddede, bu terimlerden en genel olanı seçilmiştir.⁴

Bu itibarla, Anayasa'nın 90. maddesindeki "*milletlerarası andlaşma*" kavramı, Fransız Anayasası'ndaki "*antlaşma veya anlaşma*" kavramını da içerecek tarzda ve bilinçli olarak kullanılmıştır.

2. Usulüne Göre Yürürlüğe Konulma

31.5.1963 tarihli ve 244 sayılı "*Milletlerarası Andlaşmaların Yapılması, Yürürlüğü ve Yayınlanması İle Bazı Andlaşmaların Yapılması İçin Bakanlar Kuruluna Yetki Verilmesi Hakkında Kanun*" da, milletlerarası bir andlaşmanın yürürlüğe konulması usulü kurala bağlanmıştır.

⁴ Anayasa'nın 90. maddesinin aynen alındığı 1961 Anayasası'nın 65. maddesinin gerekçesinden.

244 sayılı Yasa'nın 1. maddesine göre, milletlerarası andlaşmaların parafe edilmesi, imzalanması veya nota teatisine konu teşkil etmesi veya hut bu andlaşmalara katılma bildirilerinin yapılması için Türkiye Cumhuriyeti'nin temsilcilerinin tâyini ve bu temsilcilerin yetkilerinin tespiti, Bakanlar Kurulu Kararnamesi'yle olur; ancak bu kararnameler, *Resmî Gazete*'de yayımlanmaz.

a. Uygun Bulma Yasası

Kural olarak, 244 sayılı Yasa'nın 2. maddesinin birinci fıkrasına göre, milletlerarası andlaşmaları onaylama veya bu andlaşmalara katılma, onaylama veya katılmanın bir yasayla uygun bulunmasına bağlıdır.

244 sayılı Yasa'nın 2. maddesine göre uygun bulma yasası çıkarılma zorunluluğu olmayan konular ise şöyledir:

1. İktisadi, ticari veya teknik münasebetleri düzenleyen ve süresi bir yılı aşmayan andlaşmaların onaylanması veya bunlara katılmak için; Türk kanunlarına değişiklik getirmemek, Devlet maliyesi bakımından yüklenme gerektirmemek, kişi hallerine ve Türk vatandaşlarının yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmamak şartıyla, onaylamanın veya katılmanın uygun bulunmasına dair bir yasa yapılması zorunluluğu yoktur. Bu halde, andlaşmanın onaylanmasının veya buna katılmanın uygun bulunması hakkında bir kanun çıkmamış olup da, onaylama veya katılma işlemlerinin yerine getirilmiş olması takdirinde, bu andlaşma, *Resmî Gazete*'de yayımlanmasından başlayarak iki ay içinde, bir Başbakanlık yazısına ekli olarak Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na gönderilir. TBMM Başkanlığı, bu andlaşmaları, Genel Kurul'un bilgisine sunar.

2. Milletlerarası bir andlaşmaya dayanılarak Bakanlar Kurulu'nca yapılan uygulama andlaşmalarından Türk yasalarına değişiklik getirmeyenleri onaylamak veya bunlara katılmak için; bunların konusu iktisadi, ticari veya teknik münasebetlerin dışında kalsa veya süresi bir yılı aşsa veya Devlet maliyesi bakımından bir yüklenmeyi gerektirse veya kişi hallerine veya Türk vatandaşlarının yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunsa dahi, onaylama veya katılmayı uygun bulmak üzere yasa yapılması zorunluluğu yoktur.

3. Yasa'nın verdiği yetkiye dayanılarak Bakanlar Kurulu'nca yapılan iktisadi, ticari, teknik veya idari andlaşmalardan Türk yasalarına değişiklik getirmeyenleri onaylamak veya bunlara katılmak için; bunların süresi bir yılı aşsa veya Devlet maliyesi bakımından bir yüklenmeyi gerektirse veya kişi hallerine veya Türk vatandaşlarının yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunsa dahi, onaylama veya katılmayı uygun bulmak üzere kanun yapılması zorunluluğu yoktur.

Uygun bulma yasası gerektiren bir andlaşmanın usulüne uygun yürürlüğe konulduğunu söyleyebilmek için, yalnızca uygun bulma yasasının kabul edilip *Resmî Gazete’de* yayımlanarak yürürlüğe girmesi yeterli değildir.

b. Bakanlar Kurulu Kararnamesi

244 sayılı Yasa’nın 3. maddesinin birinci fıkrasına göre, milletlerarası andlaşmaların onaylanması, bunlara katılma, bunların feshini ihbar etmemek suretiyle yürürlük süresini uzatma, Türkiye Cumhuriyeti’ni bağlayan bir milletlerarası andlaşmanın belli hükümlerinin yürürlüğe konulması için gerekli bildirileri yapma, milletlerarası andlaşmaların uygulama alanının değiştiğini tespit etme, bunların hükümlerinin uygulanmasını durdurma ve bunları sona erdirmeye, Bakanlar Kurulu Kararnamesi’yle olur.

3. maddenin ikinci fıkrasına göre, onaylama veya katılma konusu olan milletlerarası andlaşmanın Türkçe metni ile andlaşmada geçerli olduğu belirtilen dil veya dillerden biri ile yazılmış metni birinci fıkradaki söz konusu kararnameye ekli olarak *Resmî Gazete’de* yayımlanır.

Milletlerarası bir andlaşmanın usulüne uygun yürürlüğe girebilmesi için, öncelikle uygun bulma yasasının TBMM tarafından kabul edilmesi ve *Resmî Gazete’de* yayımlanıp yürürlüğe girmesi gerekmektedir. Bu aşamada, söz konusu andlaşma henüz usulüne uygun yürürlüğe girmiş sayılmamaktadır. Bundan sonra, 244 sayılı Yasa’nın 3. maddesi gereğince, bu andlaşmanın onaylandığına ilişkin Bakanlar Kurulu Kararnamesi’nin *Resmî Gazete’de* yayımlanması gerekmektedir. Kararnamede, farklı bir tarih yoksa, *Resmî Gazete’de* yayım tarihinde, andlaşma usulüne uygun olarak yürürlüğe girmiş sayılır.

3. maddenin üçüncü fıkrasına göre, Bakanlar Kurulu Kararnamesi çıkarılma zorunluluğu olmayan konular ise şöyledir :

Bir önceki başlıkta belirtilen, uygun bulma yasası çıkarılması zorunluluğu olmayan bir milletlerarası andlaşmanın onaylanması veya buna katılma bir Bakanlar Kurulu Kararnamesi’yle olursa, bu andlaşmanın onaylanmasının veya buna katılmanın uygun bulunması hakkında yasa çıkarılamaz.

Milletlerarası bir andlaşmaya dayanılarak Bakanlar Kurulu’nca yapılan teknik veya idari nitelikteki uygulama andlaşmalarından ve yasanın verdiği yetkiye dayanılarak Bakanlar Kurulu’nca yapılp 2. maddenin ikinci fıkrasına göre TBMM’nin bilgisine sunulanların dışında kalan teknik veya idarî andlaşmalardan iktisadî veya ticarî nitelikte olmayan, özel kişilerin haklarını ilgilendirmeyen ve Türk kanunlarına değişiklik getirmeyenlerin

yayınlanması zorunlu değildir. Burada sözü edilen yayınlanması zorunlu olmayan andlaşmalar hakkında Bakanlar Kurulu'nca çıkarılan kararnamelerin yayınlanması da zorunlu değildir.

B. Milletlerarası Andlaşma Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Olmalıdır

5170 sayılı Yasa'yla Anayasa'nın 90. maddesine eklenen cümlelerin uygulanabilmesi için, söz konusu andlaşmanın temel hak ve özgürlüklere ilişkin bulunması gerekmektedir. Bu koşulun gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesi konunun, en güç ve tartışma yaratacak yönlerinden birisini oluşturmaktadır.

5170 sayılı Yasa'yla 90. maddeye eklenen cümlede, temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir yollama ya da açıklama yapılmamıştır. Bu durumda, *"temel hak ve özgürlüklere ilişkin olma"* kıstasının ele alınacağı alanlardan birisinin Anayasa olduğu düşünülebilir.

Anayasa'nın *"Temel Haklar ve Ödevler"* başlıklı ikinci bölümünde yer alan 12. maddede temel hak ve hürriyetlerin niteliği açıklanmıştır. 12. maddenin gerekçesine göre, temel hak ve hürriyetler bir devlet lütfu değildir ve kişiliğin; dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez bir unsurdur. Temel hak ve hürriyetlerin ikinci niteliği ise, içinde yaşanan topluma, aileye ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumlulukları da beraberinde getiriyor olmasıdır. Kişi sahip bulunduğu hak ve hürriyetleri kendi iradesi doğrultusunda kullanırken bu ödev ve sorumlulukları da göz önünde bulundurmak zorundadır.

Temel hak ve özgürlüklerin Anayasa'da dayanağının aranmasının diğer nedenleri de bulunmaktadır.

Türk Hukuku'nda temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir yasa, dayanağını Anayasa'dan almaktadır ve Anayasa'ya aykırı olamaz. Böyle bir yasa ile 90. madde kapsamındaki bir andlaşmanın aynı konuda farklı hüküm taşıması olgusu da, temel hak ve özgürlükleri ele alırken, konunun dayanaklarının başında Anayasa'nın geldiğini ortaya koymaktadır. Bir başka anlatımla, *"temel hak ve özgürlüklere ilişkin bulunma"* kriterinin ilk incelenen-çeği alan iç hukuk kuralları olmaktadır.

Acaba *"temel hak ve özgürlüklere ilişkin bulunma"* kriterinin incelenmesinde, iç hukuk kuralları yeterli midir?

Söz konusu kriterin belirlenmesinde, incelenecek konulardan birisinin uluslararası bir andlaşma olduğu da göz önüne alındığında, iç hukuk kurallarıyla sınırlı bir incelemenin tek başına yeterli olması mümkün görünmemektedir. Burada uluslararası hukuk kaynaklarına da başvurulması gerekecektir.

Bu sonuçtan sonra bir başka sorun daha ortaya çıkmaktadır:

Acaba hangi uluslararası hukuk kaynakları ölçüt alınabilecektir?

İlk olarak akla, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler'in ilgili sözleşmeleri, ilgisine göre Çocuk Hakları Sözleşmesi, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi... gibi düzenlemeler gelmektedir.

Diğer yandan, Anayasa'nın 90. maddesindeki andlaşmanın, varsa ilgili olduğu uluslararası hukuk kaynakları da inceleme konusu içerisinde yer alabilecektir.

Bir başka sıkıntılı konu ise, andlaşmanın söz konusu dayanaklarının yorumunun nasıl yapılacağıdır.

C. Milletlerarası Andlaşma ile Kanunların Aynı Konuda Farklı Hükümler İçermesi Nedeniyle Uyuşmazlık Çıkmalıdır

Yukarıdaki iki koşul gerçekleşmiş ise, üçüncü olarak kanun ile andlaşmanın aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle uyuşmazlık çıkması durumunda andlaşma hükmü uygulanacaktır.

Burada üzerinde durulması gereken bazı soru ve sorunlar bulunduğunu düşünmekteyiz.

1. Neden “Kanun” kavramı kullanılmıştır?

Anayasa'da neden yalnızca “kanun” denilmiştir?

Bu soruya karşılık olarak, “kanun” kavramı, yukarıda değindiğimiz Alman ve Fransız Anayasalarında da kullanılmıştır denilebilir.

“Kanun” kavramını nasıl yorumlamak gerekecektir?

Anayasa'da, Başlangıç Bölümü'nden itibaren birçok maddede “kanun” kavramından söz edilmiştir. Genel olarak bakıldığında çoğunlukla, Anayasa'daki “kanun” kavramı, 88. ve 89. maddede sözü edilen, TBMM'ce “kanun” adıyla usulüne göre kabul edilip Cumhurbaşkanı tarafından onaylandıktan sonra *Resmî Gazete*'de yayımlanıp yürürlüğe giren normatif kuralları anlatır.

Anayasa'nın 88. maddesinde “kanunların teklif edilmesi ve görüşülmesi”, 89. maddesinde ise “Kanunların Cumhurbaşkanı'nca yayımlanması” konuları düzenlendikten sonra, inceleme konumuz olan 90. madde gelmektedir. Bu sistematik yapı içerisinde 5170 sayılı Yasa'yla 90. maddeye eklenen “kanun” kavramını geniş manada (örneğin kanun hükmünde kararnameyi de kapsar biçimde) yorumlamak mümkün müdür?

Diğer yandan, Anayasa'nın 90. maddesinin birinci fıkrasında "... TBMM'nin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır"; dördüncü fıkrasında, "*Türk kanunlarına değişiklik getiren her türlü andlaşmaların yapılmasında birinci fıkra hükmü uygulanır*"; son fıkrasında, "*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir*" kurallarında da "*kanun*" denilmektedir.⁵ 90. maddeye 5170 sayılı Yasa'yla eklenen cümlede, herhangi bir açıklama yapılmadan kullanılan "*kanun*" kavramının, 90. maddenin önceki fıkralarındaki "*kanun*" kavramından farklı yorumlanabilmesi Anayasa'nın sistematığına uygun olur mu?

Öncelikle belirtelim ki, Anayasa'nın 90. maddesinin birinci fıkrasındaki "*uygun bulma kanunu*" ibaresi, teknik anlamda "*kanun*"u kapsamaktadır ve uygun bulma işleminin kanun hükmünde kararname ile yapılabilmesi mümkün değildir.

Anayasa'nın 90. maddesinin, TBMM'nin görev ve yetkilerinin düzenlendiği maddeler içersinde ve kanunlarla ilgili 88 ve 89. maddelerden hemen sonra yer alması, 90. maddenin 5170 sayılı Yasa'dan önceki yukarıda belirtilen kimi hükümlerindeki "*kanun*" kavramının da teknik anlamda olması ve 5170 sayılı Yasa'yla eklenen cümlede "*kanun*" kavramı konusunda ayrıca bir açıklamaya yer verilmemiş bulunması karşısında, 5170 sayılı Yasa'yla Anayasa'nın 90. maddesine eklenen cümledeki "*kanun*" kavramını da teknik anlamda değerlendirmek gerektiğini düşünmekteyiz.

a. Kanun Hükmünde Kararname

Andlaşma ile aynı konudaki kanun hükmünde kararname hükmü arasında farklılık olursa ne olacaktır?

Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasına göre, sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez.

Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümleri ile dördüncü bölümlerindeki temel hak ve özgürlükler açısından KHK çıkarılamayacak olması, 5170 sayılı Yasa'yla eklenen cümledeki "*temel hak ve özgürlüklere ilişkin*" olma kriteri karşısında, "*kanun*" sözcüğünün kullanılmasının yerinde olabileceğini düşündürmektedir.

⁵ 1982 Anayasası'nın 90. maddesinin gerekçesinde, "*Andlaşmaların uygun bulunması ile ilgili bu madde uygulamada iyi işlediği ve ihtiyaca cevap verdiği için aynen kabul edilmesi uygun görülmüştür*" denilmiştir. Gerekçeden de anlaşıldığı üzere, Anayasa'nın 90. maddesi (5170 sayılı Yasa değişikliğine kadar), 1961 Anayasası'ndaki 65. maddeden aynen alınmıştır.

Bununla birlikte, Anayasa'nın "sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler" e ilişkin ikinci kısmının üçüncü bölümünün KHK ile düzenlenebilecek olması, bu düşüncüyü olumsuz yönde etkilemektedir. Kaldı ki, Anayasa'nın 91. maddesinin beşinci fıkrasında, sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde KHK çıkarılabilmesi (KHK ile düzenlenemeyecek bölümler bakımından) saklı tutulmuştur.

Nitekim, Anayasa'nın 122. maddesinin ikinci fıkrasına göre, "Sıkı yönetim süresinde, Cumhurbaşkanı'nın başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu sıkıyönetim halinin gerekli kıldığı konularda kanun hükmünde kararname çıkarabilir"

122. maddenin ikinci fıkrasına göre, sıkıyönetim süresinde Cumhurbaşkanı'nın başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacak KHK'lerde olağan dönemlerde Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacak KHK'lerdeki sınırlamalar yer almamaktadır.

Sonuç olarak, Anayasa'nın 90. maddesine eklenen cümle kapsamındaki bir andlaşma ile bir KHK'nın aynı konuda farklı hükümler içermesi halinde, KHK hükmünün uygulanmayacağını söylemek güçtür.

b. Tüzük ve Yönetmelik

Andlaşma ile tüzük ve yönetmelik hükmünde uyumsuzluk söz konusu olursa ne olacaktır?

Anayasa'nın 115. maddesine göre, tüzükler, kanunun uygulamasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek üzere ve kanunlara aykırı olmamak koşuluyla çıkarılabilir. Anayasa'nın 124. maddesine göre ise, yönetmelikler, kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak ve bunlara aykırı olmamak üzere çıkarılabilir. Tüzük ve yönetmeliğin dayanağı kanundur ve kanuna aykırı olamaz.

Andlaşma ile tüzük ve yönetmeliğin farklı hükümler içermesi durumunda dayanak kanun kuralı göz önüne alınacak ve dolayısıyla, tüzük ve yönetmeliğin dayanağı olan kanun hükmü değil, andlaşma hükmü esas alınacağına göre, tüzük ve yönetmelik kuralı da ihmal edilecektir denilebilir.

Ancak, tüzük ve yönetmeliğin dayanak kanunu ile andlaşma hükmünde farklılık olmadığı halde, tüzük ve yönetmelik hükmünde aykırılık olabilir.

Tüzük ve yönetmelik, dayanağı olan kanun kuralına aykırı ise, zaten idari yargıda iptal kararı verilebilecektir. Kimi zaman, tüzük ve yönetmeliğin Anayasa'ya aykırılığı bile ileri sürülebilir. Özellikle dayanak kanunun

soyut kurallarında açık bir Anayasa'ya aykırılık görülmesi dahi, tüzük ve yönetmelikte Anayasa'ya aykırılık gündeme gelebilecek ve bu yönden (idari yargıda) iptali yoluna gidilebilecektir.

2. Andlaşma ve Kanun Hükümlerinin Normatif Yapısındaki Sorunları

Milletlerarası andlaşmalar genellikle, genel çerçeveli ve bir kanun hükmü kadar somut olmayan kurallar içermektedir. Andlaşma hükümleri, andlaşmaya imza koyan tarafların iç hukuk kurallarıyla içini doldurabilecekleri, genellikle devletten devlete farklılıklar gösterebilen ve takdir hakkı veren nitelikte olabilmektedir.

Normatif çerçeve açısından andlaşma hükümlerine göre kanun hükümleri ise, kanuna dayalı çıkartılan tüzük ve hatta yönetmelik kuralı kadar ayrıntılı (somut) bir yapıda olabilmektedir.

Bu yapının bir sonucu olarak, uygun bulma kanunu çıkarılıp, yukarıda açıklanan prosedürden sonra usulüne uygun yürürlüğe giren andlaşmanın (genel çerçeve içeren) kuralları, çoğunlukla “*uyum kanunları*” şeklinde ifade edilen yasa normu ile düzenlemesi yapılmakta ve iç hukuka uyumu sağlanmaktadır.

Uyum kanununun kapsamı, andlaşmanın içeriğine göre değişebilmektedir. Kimi zaman, bir kanunda değişiklik yapılırken, genellikle “*Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*” gibi bir adla birden fazla kanunda değişiklik yapıldığı görülmektedir.

Bu sonuca göre, aynı konuda farklı hükümler içeren, aynı içerikte andlaşma ve kanun hükmü uyumsuzluğunun fazlaca olmayacağını düşünmekteyiz.

Ülkemizdeki kimi kanunların normatif yapısı itibarıyla, tüzük hatta yönetmelik ve hatta genelge kadar ayrıntılar içerdiği durumlarda, böylesi bir kanun kuralı ile oldukça soyut ve geniş çerçeveye sahip andlaşma kurallının aynı konuda farklı hükümler içerdiği sonucuna varabilmenin de güç olacağını belirtmek isteriz.

Diğer yandan, usulüne uygun yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmayı nasıl incelemek gerekecektir?

Bu andlaşmanın *Resmî Gazete*'de yayımlanan Türkçe metniyle sınırlı inceleme yeterli midir?

244 sayılı Yasa'nın 3. maddesine göre, Bakanlar Kurulu Kararnamesi'yle *Resmî Gazete*'de yayımlanan Türkçe ve muteber dil metninde, orijinal metni incelemek gerekli midir? Orijinal metnini esas alma yöntemini nasıl

belirleyebiliriz? Özellikle, orijinal metnin, hukuk terminolojisi bakımından yeterli olmayan bir çevirisi uygun olur mu? Her uygulayıcı bu çeviriyi yapabilir mi? Bu açıdan orijinal metnin incelenmesinde belirli çeviri ve inceleme standardı aramak gerekmeyecek midir?

Uluslararası platformda söz konusu andlaşmanın uygulanmasında, andlaşmanın içeriğinde yazılı dil ya da dillerdeki orijinal metni esas alınmaktadır. Bu açıdan, kanun ile farklı hüküm içermek konusunda söz konusu andlaşmanın orijinal metnin de incelenmesi gerekebilecektir. Burada da, uygulamayı yapan kişi ya da merciin bu incelemeyi yapma zorlukları ortaya çıkabilecektir.

3. Aynı Konuda Farklı Hükümler İçermek Kavramı

Aynı konuda farklı hükümler içermek kavramının da yoruma muhtaç olduğunu ve uygulamada sıkıntılara neden olabileceğini düşünmekteyiz.

5170 sayılı Yasa'nın konuyla ilgili madde gerekçesinde *"uygulamada usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan haklarına ilişkin milletlerarası andlaşmalar ile kanun hükümlerinin çelişmesi halinde ortaya çıkacak bir uyuşmazlığın hallinde hangisine öncelik verileceği konusundaki tereddütlerin giderilmesi amacıyla 90. maddenin son fıkrasına hüküm eklenmektedir"* denilmektedir.

Gerekçede yer alan *"çelişme"* sözcüğü kısmen konuya açıklama yapmaya çalışmıştır.

Farklı hüküm içermek, çelişmeyi anlatmaktadır. Çelişme sözcüğü, belli bir düzeyde, farklı sonuç doğuran bir uyuşmazlığı, bir aykırılığı çağrıştırılmaktadır. Esasında, işin doğası gereği, *"farklı hüküm"* kavramı, aleyhe sonuç doğuran bir aykırılığı anlatmaktadır.

Andlaşma ve kanun hükmünde, takdir hakkı tanımayan süre, sayı gibi somut veriler söz konusu ise, bunlar arasındaki çelişmeyi tespit daha kolay yapılabilir. Ancak, her çelişme de, işin esasına uygun olmayabilir.

Burada, andlaşma hükmüne göre, kanun hükmünün temel hak ve özgürlükler açısından sınırlayıcı olup olmadığı konusunun da değerlendirilmesi gerekecektir. Eğer kanun hükmü, andlaşma hükmüne göre, temel hak ve özgürlükler açısından daha genişletici (lehe) hüküm taşıyorsa, temel hak ve özgürlüklerin korunması ruhu açısından bir çelişmeden söz edilemeyecektir.

Diğer yandan, kanun hükmü kimi zaman uygulayıcı tarafından (örneğin yargı kararlarıyla) yoruma muhtaçtır ve uygulamaya bu yorum

yön vermektedir. Aynı konuda farklı hüküm içeren andlaşma kuralının yorumu nasıl olacaktır? Bu konunun da güç ve tartışmalı olacağını düşünmekteyiz.

D. 5170 Sayılı Yasa'yla Anayasa'nın 90. Maddesine Eklenen Cümlelerin Anayasa Mahkemesi'ne Yapılan Başvurulara Etkisi

Anayasa Mahkemesi'nin kimi kararlarında, usulüne uygun yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmaların da yer aldığı uluslararası belgeler, Anayasa'ya uygunluk denetiminde dayanılmamakla birlikte, değerlendirmede gözetilen destekleyici nitelikte görülmüştür.⁶

Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası gereğince, usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmaz.

Acaba temel hak ve özgürlüklere ilişkin yasalarla aynı konuda farklı hükümler içeren böyle bir andlaşma olduğunda, zaten yasa değil andlaşma esas alınacağına göre, bu sonuç Anayasa'ya uygunluk denetimini etkileyebilir mi?

Koşulları gerçekleştiğinde, yasa değil, andlaşma hükmü uygulanacağına göre, 5170 sayılı Yasa'yla eklenen cümle, böylesi bir yasa hükmünü nasıl etkilemektedir?

Bu yasa hükmü zımnen ilga edilmiştir denilebilir mi? Bir an için zımnen ilga düşüncesine sıcak bakıldığında, bu sonuç, genel kabul gören, bir yasa hükmünün nasıl ilga edileceğine ilişkin iç hukuktaki ilkelerle bağdaşabilir mi?

Nitekim, Anayasa'nın 87. maddesine göre, bir yasa hükmünü değiştirmek ve kaldırmak TBMM'nin görevleri arasında yer almaktadır. Anayasa'nın 148 ve devamı maddelerine göre ise, usulüne uygun bir başvuruda, bir yasa hükmünün Anayasa'ya aykırılığı halinde Anayasa Mahkemesi tarafından iptaline karar verilmektedir.

90. maddeye eklenen cümlede, “*çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır*” denilmektedir. Bu ibarede, söz konusu yasa hükmünün ilga edildiği sonucuna gitmek güçtür. Kaldı ki, “*esas alınır*” ibaresi, kaldırılma anlamını vermemektedir.

Burada, o uyumsuzlukta, bir ilga değil, esasında bir “*ihmal*” söz konusudur. Bu nedenle, o yasa hükmü, andlaşma kapsamı dışındaki konularda uygulamasını sürdürecektir.

⁶ AY Mah. K., 23.9.1996, E.1996/15, K.1996/34; AMKD., Sayı 32, C.2, s.806-807; 29.11.1990, E.1990/30, K.1990/31; AMKD., Sayı 27, C.1, s.57-64

5170 sayılı Yasa'yla 90. maddeye eklenen cümlelerin, Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvurulara etkisini, itiraz yolu ve iptal davaları açısından ele almak gerekmektedir.

1. İtiraz Yoluyla Gelen İptal Başvurularında

Anayasa'nın 152. maddesinin birinci fıkrası ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesinin birinci fıkrasının (1) numaralı bendi gereğince, itiraz yoluyla bir mahkemenin Anayasa Mahkemesi'ne iptal başvurusunda bulunabilmesi için iptali istenilen kuralın, *“o davada uygulanacak kural niteliğinde olması”* zorunlu koşulunun gerçekleşmesi gerekmektedir.

Konuya farklı açılardan yaklaşmak mümkündür :

1. Yaklaşım:

5170 sayılı Yasa'yla Anayasa'nın 90. maddesine eklenen cümleyle, hak ve özgürlüklere ilişkin aynı konuda farklı hükümler içeren hem yasa hem de usulüne göre yürürlüğe konulmuş andlaşma varsa, yasa değil andlaşma kuralı uygulanacağına göre, bir bakıma söz konusu yasa kuralı, o (dava-da) uyuşmazlıkta Anayasa'nın 90. maddesi gereğince uygulanacak kural olmaktan çıkmış olabilecektir. Kaldı ki, Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına göre usulüne uygun yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşmalar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası da mümkün olmayacağına göre, itiraz yolu belli konularda işlemez hale gelebilecektir.

Anayasa'nın 90. maddesine eklenen cümle, henüz çok yeni bir kural olmakla birlikte, biz bu konunun çözüme muhtaç olduğunu düşünmekteyiz. Özellikle itiraz yoluyla gelen başvurular bakımından varılacak sonuç, dolayısıyla iptal davalarını da etkileyebilecektir.

2. Yaklaşım:

Anayasa Mahkemesi kararlarına göre, *“davada uygulanacak yasa kuralı”*ndan maksat, bir davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz etki yapacak nitelikte bulunan ya da tarafların istek ve savunmaları çerçevesinde bir karar vermek için göz önünde tutulması gereken kurallardır.⁷

Anayasa'nın 90. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı konusu, yukarıda genel olarak değindiğimiz belirli bir incelemeyi gerektirmekte-

⁷ AY Mah., 4.9.1997, E.1997/56, K.1997/62; AMKD., Sayı 33, C.1, s.425-428; AY Mah., 4.10.2000, E.2000/55, K.2000/26, AMKD., Sayı 36, C.2, s.768-771.

dir. Bir başka deyişle, bir yasa kuralı varken, bir andlaşma kuralı hemen değil, koşullarının varlığı tespit edildikten sonra yasa kuralına rağmen, esas alınabilecektir. Bu sonuca gitmede, yasa kuralının olumsuz da olsa yine uygulanma konusu yapıldığı söylenebilir mi? Bu soruya evet denilebilirse, o yasa kuralının itiraz başvurusu incelemesi esastan yapılabilir.

3. Yaklaşım:

Anayasa'nın 90. maddesindeki değişikliğin, yine Anayasa'da düzenlenen Anayasa'ya aykırılıkla ilgili kuralları daraltabileceği yorumu, Anayasa'ya uygun olur mu?

5170 sayılı Yasa'yla değişik Anayasa'nın 90. maddesindeki "...*çıkabilecek uyusmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır*" cümlesindeki, "*esas alma*" ibaresi, Anayasa'ya uygun yorumu da gerektirir.

Kaldı ki, 5170 sayılı Yasa'yla, Anayasa Mahkemesi'nin düzenlendiği Anayasa'nın 146 ilâ 153. maddelerinde herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Bu itibarla, andlaşma hükmüne aykırılığı nedeniyle ihmal edilen ve Anayasa'ya aykırılığı söz konusu olabilen bir yasa kuralının, itiraz yoluyla iptaline karar verilebilmesinin sınırlandırılması yaklaşımının, Anayasa'ya uygun bir yorum olmadığını da söylemek mümkündür.

Bu tartışmaların yanında, yukarıda açıklandığı üzere, 5170 sayılı Yasa'yla 90. maddeye eklenen cümlelerin, uygulanmasındaki zorlukların yanı sıra, tüm koşulları taşıyan andlaşma ve kanun hükmü olgusunun da fazlaca olmayacağı göz önüne alındığında itiraz yoluyla başvurular konusundaki etkinin fazlaca olmayacağını da söylemek isteriz.

2. İptal Davalarında

Anayasa'nın 150. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi'ne yapılacak iptal başvurusunda, itiraz yolundan farklı olarak, "*davada uygulanacak kural olma*" koşulu yoktur. Ancak, iptali istenilen yasa kuralı, temel hak ve özgürlüklere ilişkin aynı konuda farklı hükümler içeren uluslararası andlaşma ile çelişirse, yasa kuralı uygulanamayacağına göre ve bu sonuç Anayasa'nın 90. maddesine 5170 sayılı Yasa'yla eklenen cümleden kaynaklandığına göre, söz konusu yasa kuralı Anayasa'nın 90/son fıkrasına aykırı bir konuma gelebilecektir.

Bir yasa kuralının, yalnızca 5170 sayılı Yasa'yla 90. maddeye eklenen cümleye aykırı olması, Anayasa'ya aykırıdır denilmesi için yeterli olabilecek midir? Üstelik böyle bir yasa kuralı 90. madde dışında Anayasa'nın başka hiçbir maddesine aykırı değilse ne olacaktır?

Bu konunun tersini ele alırsak; o yasa kuralı Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasının son cümlesindeki bir andlaşma ile paralel hükümler taşıyorsa, doğal olarak yasa kuralı uygulanacaktır. Fakat, bu durumun ortaya çıkarabileceği bir başka sonuç ise, 5170 sayılı Yasa'yla eklenen cümle kapsamında bir andlaşma varsa ve iptali istenilen yasa kuralı bu andlaşmaya uygun ise, iptal isteminin kabulüne karar verebilmek mümkün müdür? Böyle bir andlaşma, Anayasa'ya uygunluk denetiminde destekleyici norm değil, denetimde gözetilecek ana norm haline gelebilecek midir?

Varılan bu aşamada, bir başka konu ise, iptali istenilen yasa kuralının, Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına göre, andlaşmaya uygun ve fakat Anayasa'nın diğer herhangi bir maddesine aykırılığının olması halidir. İptali istenilen yasa kuralı, 90. madde kapsamında aynı konudaki bir andlaşma hükmü ile çelişmiyorsa ve fakat bu yasa kuralı örneğin Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine aykırı ise ne olacaktır?

Biz sorunun çözümünde, Anayasa'nın 90. maddesindeki *"Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir"* cümlesinin belirleyici olabileceğini düşünmekteyiz. Bu cümlede, söz konusu andlaşmanın kanun hükmünde olduğu vurgulanmaktadır.

Anayasa yargısında, iptal istemine konu bir yasa hükmünün, bir başka yasa hükmüne uygun (paralel) olması değil, Anayasa'nın 11. maddesindeki, *"Kanunlar Anayasa'ya aykırı olamaz"* kuralı gereğince, Yasa kuralının Anayasa'ya uygun olması ana ilkedir.

Anayasa'ya aykırılık başvurusuna konu edilemese dahi, Anayasa'nın 90. maddesine göre söz konusu andlaşma bir kanun hükmündedir. 5170 sayılı Yasa'yla eklenen cümlede de bu sonucun bir devamı olarak, çelişen (çatışan) iki yasa kuralından hangisinin uygulanacağı konusu açıklığa kavuşturulmaktadır. Bu nedenle, andlaşmayla çelişmeyen ve fakat Anayasa'ya aykırı olan bir yasa kuralının iptaline karar verilebilecektir.

Diğer yandan, Anayasa'nın 90. maddesine göre, bir yasa kuralı ile çelişme nedeniyle bir andlaşma kuralının doğrudan uygulandığı halde, yasa kuralının Anayasa'ya aykırılığı konusu incelenecektir. Eğer yasa kuralının Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna varılırsa, o yasa kuralının, tek başına 5170 sayılı Yasa'yla değişik Anayasa'nın 90. maddesine aykırılığından iptaline karar verilebilmesinin güç olduğunu düşünmekteyiz.