

ANAYASA’NIN 90. MADDESİ DEĞİŞİKLİĞİ KARŞISINDA YASALARIN GELECEĞİ VE ANAYASAL DENETİM

Şahnaz GEREK*
Ali Rıza AYDIN**

GİRİŞ

1982 Anayasası’nın on maddesinde, 7.5.2004 günlü, 5170 sayılı Yasa ile yapılan dokuzuncu değişikliğin genel gerekçesi, “Bir taraftan hayat hakkının, demokratik toplumun temel değeri olduğunu ve ölüm cezasının kaldırılmasının, bu hakkın korunması ve tüm insanların doğuştan gelen onurunun bütünüyle ve bu tanınması için elzem olduğunu vurgulayan ve ülkemizde de imzalanan İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Avrupa Sözleşmesi’ne ek 13 nolu protokol gereğince ölüm cezasının kaldırılmış olması; diğer yandan dünyada, gelişen yeni demokratik açılımlara uyum sağlanması açılıma uygun bir şekilde temel hak ve hürriyetlerin, evrensel düzeyde kabul edilmiş standart ve normlar ile Avrupa Birliği kriterleri seviyesine çıkarılması amacıyla kanunlarımızda düzenlemeler yapılması ihtiyacı temel yaşamız olan Anayasa’da da değişiklikler yapma zorunluluğu doğurmuştur” şeklinde gösterilmiştir.¹

Bu değişiklikler içinde yer alan, Anayasa’nın, “Milletlerarası antlaşmaları uygun bulma” başlıklı 90. maddenin son fıkrasına 5170 sayılı Yasa’nın 7. maddesiyle eklenen, “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri”nin esas alınacağına ilişkin tümce ise, “Uygulamada usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan haklarına ilişkin milletlerarası antlaşmalar ile kanun hükümlerinin çelişmesi halinde ortaya çıkacak bir uyuşmazlık halinde hangisine öncelik verileceği konusunda tereddütlerin giderilmesi amacıyla 90. maddenin son fıkrasına hüküm eklenmektedir” şeklinde gerekçelendirilmiştir.

* Anayasa Mahkemesi Raportörü.

** Anayasa Mahkemesi Raportörü.

¹ TBMM Tutanak Dergisi, Dönem: 22, Cilt: 48, Yasama Yılı: 2, 83. Birleşim.

Ancak, Anayasa'nın 90. maddesinde yapılan bu değişikliğin, *Resmi Gazete'* de yayımlanarak yürürlüğe girdiği 22.5.2004 gününden bu yana, söz konusu ek tümcenin uygulanması konusunda çözümden çok tartışma yaratıldığı görülmektedir. Tartışma, kuşkusuz çözüme yönelik olduğu sürece yararlıdır. Ancak, *"uyuşmazlık halinde" "tereddütlerin giderilmesi"* amacıyla getirilen ve doğrudan uygulanma olanağı bulunan bu Anayasa kuralı, düzenleniş şekli bakımından çözüme yönelik olmaktan uzaktır; ek tümce bu şekliyle, 5170 sayılı Yasa ile yapılan Anayasa değişikliğinin genel gerekçesindeki amaca uygun davranma konusunda, farklı uygulamalara ve kargaşaya neden olacak niteliktedir.

Bu incelemede, Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasındaki ek tümcenin neden bu şekilde düzenlendiği, düzenlemeden sonra, yasalarla, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerin iç hukuktaki hiyerarşik yapısı, uygulamada ve yargı yerlerinde çıkabilecek olası sorunların tartışılması gibi teorik ve hukuksal görüş ve tartışmalara yer verilmeyecektir.² Somut çözüm önerileri üretilmedikçe de bu tartışmaların devam edeceği, çözüm için atılan adımın başka çözüm-süzlüklere yol açacağı anlaşılmaktadır.

İnceleme, ek tümcenin uygulanması sonucu, *"esas alınacak"* sözleşme hükümleri karşısında *"esas alınmayacak"*, başka bir anlatımla *"uygulanmayacak"* yasa hükümlerinin Türk Hukuk sistemindeki *"konumu ve geleceği"* ve Anayasa'nın 146-153. maddelerinde yer alan Anayasa Mahkemesi'nin inceleme usulü ve *"Anayasa Yargısı"* ile sınırlı olarak, tartışmaları ve kargaşayı çoğaltmaya değil, sonuçlandırma hedefine yöneliktir.

90. maddenin son fıkrasına göre, usulüne göre yürürlüğe konulmuş ve yasa hükmünde olan uluslararası sözleşmeler hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamamaktadır. Öte yandan, Anayasa Mahkemesi'nin, bir yasanın ya da yasa hükmünün uluslararası sözleşmelere aykırı olup olmadığını inceleme görevi de bulunmamaktadır. Bununla birlikte, 148. madde uyarınca, yasaların Anayasa'ya uygunluğunu denetlemekle görevli ve yetkili olan, 153. maddeye göre kararları kesin olup, iptal edilen yasa hükümleri iptal kararları *Resmi Gazete'* de yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkan ve kararları yasama, yürütme ve yargı organlarını,

² Bu konuda, Gülmez, Mesut, (2004), *"Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmeleri'nin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri"*; Karagülmez, Ali, (2004), *"5170 sayılı Yasa'yla Anayasa'nın 90. Maddesinde Yapılan Değişikliğe Bir Bakış"*, Şahbaz, İbrahim, (2004), *"Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri"*, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 54, Eylül-Ekim 2004, Sayfa 147-216; Kaboğlu, İbrahim, (2004), *"Hukukta Yeni Düzenleme"*, *Radikal*, 26.7.2004, İnternet Baskısı; Gönenç, Levent, (2004), *"1982 Anayasası'nda Sessiz Devrim: 90. Madde Değişikliği ve Getirdiği Sorunlar"*, <http://www.yasayananayasa.ankara.edu.tr/makalelerine/bakilabilir>.

idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlayan Anayasa Mahkemesi ve Anayasa Yargısı bütün bu tartışmalar içinde sonuçları bakımından önemli ve son noktadır. Aslında, usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşmelerden, özellikle temel hak ve özgürlüklere ilişkin olanlar Anayasa Yargısı'nda kullanılmakta; Anayasa Mahkemesi, Anayasa'ya uygunluk denetiminde, “değerlendirmede gözetilen”, “yardımcı norm olarak değer ve etkisi göz önünde tutulan” ve daha da önemlisi Anayasa'nın hazırlanmasında göz önünde bulundurulmuş, dayanağı ve gerekçesi olan, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve temel hak ve özgürlüklerle ilgili uluslararası sözleşmelerden yararlanarak Anayasa Yargısı'na aydınlatıcı ve zenginleştirici bir yorum getirmektedir.³

90. maddenin son fıkrasında yer alan ek tümcenin, Anayasa Yargısı'ndaki yerini belirleyebilmek için anlam ve kapsamına bakmak gerekmektedir. Tümcede, “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşma” ile “kanun”, iki belirleyici unsur olarak yer almaktadır. “Kanun” ile ilgili herhangi bir nitelendirme yapılmadığı halde, “milletlerarası antlaşma” ile ilgili nitelendirme yapılmıştır. Bu nitelendirme, “Temel hak ve özgürlükler”dir. 90. maddenin gerekçesinde nitelendirme, “insan hakları” olarak gösterilmiştir. Ek tümce, iki metin arasında bu nitelendirmeye bağlı bir karşılaştırma yaptığı için karşılaştırma yapılan “kanun” kurallarının da temel hak ve özgürlüklerle ilgili olacağı kuşkusuzdur. “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş” uluslararası sözleşmelerin bütünü, “temel hak ve özgürlüklere ilişkin” olabileceği gibi, kimi hüküm ya da hükümleri de temel hak ve özgürlüklere ilişkin olabilir. Hangi uluslararası sözleşmelerin ya da uluslararası sözleşmelerin hangi hükümlerinin temel hak ve özgürlüklerle ilgili olduğu konusu ise madde metninin düzenlenişine bakıldığında, tamamen karşılaştırmayı yapacak tarafa bırakılmıştır.

Ek tümcede, tartışmalara neden olacak en önemli sözcük “*uyuşmazlıklarda*” sözcüğü olarak ortaya çıkmaktadır. Bu sözcük aynı zamanda, “*esas alınır*” sözcükleri ile birlikte, bir Anayasa hükmü olan ek tümcenin doğrudan uygulanmasının da anahtarıdır. Aynı zamanda, “*yetki veren*” ek tümcenin uygulanması için ayrıca bir uygulama yasası çıkarılmasına da gerek bulunmamaktadır.

Temel Sorun

Temel sorun şudur: Temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmeler ile kanun hükümlerinin karşılaştırılması hangi uyuşmazlık-

³ Gerek, Şahnaz ve Aydın, Ali Rıza, (2004), “Türk Anayasa Yargısında İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin Yeri”, *Anıme İdaresi Dergisi*, TODAİE, Sayı: 37/3 Eylül, 2004.

larda kimler tarafından yapılacak ve buna bağlı olarak her iki metindeki aynı konuyu içeren hükümleri kimler belirleyecek ve kimler, nasıl esas alacaktır?

Sorun, yasama, yürütme ve yargı organları ile birlikte tüm anayasal kurumları, gerçek ve tüzel kişileri ilgilendirmektedir. Çünkü, Anayasa, 90. maddeye eklenen tümcede uyuşmazlığın, nerede, nasıl ortaya çıkan bir uyuşmazlık olduğu konusunda belirleme yapmamıştır. Madde gerekçesinde, “uygulamada” sözcüğü ile bağlantı kurulmuş, uygulamada çıkacak bir uyuşmazlığın halinden söz edilmiştir. Anayasa ve yasalarla verilen görevlerin yerine getirilmesi ve bu görevlerle ilgili tüm faaliyetler, her bir müessese için “uygulama”dır. Uygulamalarda da, konusuna göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerle kanunların arasında çatışma çıkması mümkündür. Uygulamayı ve uyuşmazlık çözümünü, sadece yürütme organı ve onun içinde yer alan idare ya da yargı organları tarafından yapılan işlem, “esas alma”yı da sadece bu organlara verilen bir yetki olarak görmek mümkün değildir. Yasama organının yasama süreci, bu organın bir uygulamasıdır. Yasama süreci içinde yapılan tartışmalar, verilen önergeler, teklif ya da tasarılarından çıkarılan ya da eklenen hükümler yasama organının uygulamasında ortaya çıkan uyuşmazlıklar sonucu oluşmaktadır.

Anayasa’nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü, Anayasa hükümlerinin, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri ve bu arada “Anayasa Mahkemesi”ni⁴ de bağlayan temel hukuk kuralları olmasından kaynaklanmaktadır. “Anayasa hükümleri, ister ana çizgileri ile ilkeleri kısaca, ister bütün ayrıntılarıyla bazı konuları tam olarak belirtmiş bulunsun etki ve değer bakımından hep aynı değerdedir.”⁵ Başka bir anlatımla, “Anayasa’nın kural ve ilkeleri, etki ve değer bakımından eşit olup, hangi sebeple olursa olsun birinin ötekine üstün tutulmasına olanak bulunmadığından, bunların bir arada ve hukukun genel kuralları göz önünde tutularak uygulanmaları zorunludur.”⁶ 90. maddenin son fıkrasında yer alan ek tümce de bir Anayasa hükmüdür; bağlayıcıdır ve üstündür. 90. maddedeki ek tümcenin de bir Anayasa hükmü olarak Anayasa’da yer almış bulunan diğer kurallarla etki ve değer bakımından eşit olduğunda kuşku yoktur. “Anayasa’da belli bir konuyu düzenleyen özel ilke varken o konuyu da kapsamı içine alabilecek nitelikte bir genel ilke bulunsa bile onun değil konuya özgü Anayasa ilkesinin uygulanması gerekmektedir.”⁷ Anayasa koyucunun bu Anayasa hükmü ile “uyuşmazlık” konusunda özel, açık, net bir nitelendirme yapmadığı göz

⁴ AYMK, 22.9.1977 günlü, E. 1977/90, K. 1977/92, RG, 11.11.1977/16110.

⁵ AYMK, 22.5.1963 günlü, E. 1963/205, K. 1963/123, AYMKD, 2/14.

⁶ AYMK, 16.10.1990 günlü, E. 1990/32, K.1990/25, AYMKD, 26/429.

⁷ Bkz., dipnot 6.

önünde bulundurulduğunda, yürütme ve yargı sürecinde olduğu gibi, yasama sürecinde ve yasaların Anayasa'ya uygunluğunu denetlemekle görevli Anayasa Mahkemesi'nin yargılama sürecinde de bir "uygulama" ve "uyuşmazlık" söz konusu olacaktır.

Yasa çıkarmak, yürürlükteki yasaları değiştirmek ya da yürürlükten kaldırmak yasama organının, yasaların Anayasa'ya uygunluğunu denetlemek de Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasa ile kendilerine verilen görev ve yetkilerle ilgili uygulamalardır. Bu uygulamaların, yürütme ve yargı organlarının uygulamalarından temel farkı her iki organın da yürürlükteki yasaları yürürlükten kaldırma yetkisine sahip olmalarıdır. *"Kanunlar, yürürlükleri belli bir süreye bağlı olmadıkça veya yasama organınca açık ya da örtülü biçimde icra edilmedikçe yürürlükte kalırlar. Bir kanun kaldırılmadıkça veya Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmedikçe hükmünü icra etmiş ve tükenmiş olsa bile yürürlükte dir."*⁸

Bu durumda, 90. maddenin ek tümcesinde yer alan "esas alma" işlemini, yürütme ve yargı organları içinde kimler, nerede, ne zaman yapacak olursa olsun, bu esas alma işleminin sonucu, karşılaştırma yapılan yasa hükmü uluslararası sözleşmelerle aynı konuda farklı hükümler içerse bile, yürürlükte kalmaya devam edecektir. Bunun sonucu, temel hak ve özgürlüklerle ilgili uluslararası sözleşmede yer alan hükümlerle çatışan bir yasa kuralının farklı uygulamalarda kimi zaman esas alınmaması kimi zaman da esas alınması şeklinde ortaya çıkacaktır. Bir başka anlatımla, bu tür bir yasa kuralı yürürlükte kalacak; ancak, uyuşmazlığın ortaya çıkıp çıkmasına göre uygulanmayacak ya da uygulanacaktır. Bir başka sonuç ise, yürütme ya da yargı organlarının kendi içlerinde de farklı uygulamaların ortaya çıkabileceğidir. Bu durumda, Anayasa'nın "kanun önünde eşitlik ilkesi" uygulamasında ihlal edilecek ve "hukukun üstünlüğü" zedeleneyecektir.

ÇÖZÜM

Anayasa hükmü, "esas alınır" ibaresi ile, bir yasa kuralının koşulların oluşması halinde esas alınmamasını başka bir deyişle uygulanmamasını buyurmaktadır. Uygulanmayacak bir yasa kuralının yürürlükte kalmasının hukuksal yararı bulunmamaktadır. Böyle bir yasa kuralı yürürlükte kaldığı sürece keyfi ve takdiri uygulamalara neden olabilecektir. Hukuk düzenini kuran ve ayakta tutan, hukukun üstün kuralları ile bağlı bir hukuk devletinde, olaya ve zamana bağlı bu tür keyfi ve takdiri uygulamaların yeri olamaz. Anayasa'nın bir amacı da "uygulamada sürekliliği"⁹ sağlamaktır. Bu

⁸ AYMK, 5.1.1988 günlü, E. 1987/14, K. 1988/1, AYMKD, 24/1.

⁹ AYMK, 11.9.1986, günlü, E. 1985/33, K. 1986/22, AYMKD, 22/187.

durumda, ortaya çıkan sorununun çözümünde görev yasama organına ve Anayasa Mahkemesi'ne düşmektedir.

Yasalar arasında uyum ve uygunluk sağlamakla da görevli olan yasama organı, bu konudaki görevini iki şekilde yerine getirebilir. Birincisi, yürürlükte olan yasa ya da yasa hükümlerinin, 90. maddede yer alan ek tümce kapsamında görülmesi halinde, yürürlükten kaldırılmasıdır. Ancak bu tür kuralların saptanması uzun ve güç bir süreçtir. İkincisi, yasama süreci içinde yasalaşmayı bekleyen tasarı ve tekliflerin ek tümcedeki ilke gözetilerek düzenlenmesidir. Bu, *"hukuk devleti"*nin de gereğidir. Konu, bu yönüyle yasama sürecinin öncesini de ilgilendirmektedir. Yasa tasarılarının hazırlık sürecinde yürütme organı ve idare Anayasa'nın bu hükmünü gözetmek durumundadır. Ek tümceye göre, uyuşmazlık ortaya çıktığı zaman *"esas alma"* konusunda yetkili olan yürütme organının yasaların hazırlık sürecinde Anayasa hükmünü gözetmemesi hukuk devleti açısından çelişki oluşturacaktır. Yasa tasarı ve tekliflerinin hazırlık sürecinde önemli görevlerden biri de Danıştay'a düşmektedir. 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 42. maddesine göre, *"Başbakanlık veya Bakanlar Kurulu'na gönderilen kanun tasarı ve tekliflerini"* incelemek ve gereğine göre karara bağlamak veya düşüncesini bildirmek Danıştay Birinci Dairesi'nin görevleri arasında sayılmıştır.

Yürürlükteki yasalar açısından bir başka denetim süreci ise Anayasa yargısıdır. Anayasa Mahkemesi, ister iptal davası yolu ile ister itiraz başvurusu yolu ile önüne gelsin bu tür yasaları Anayasa kurallarını gözeterek denetlemek ve Anayasa'ya aykırı gördüğünde iptal etmek görev ve yetkisine sahiptir.

Anayasa, ek tümcede *"esas alınır"* sözcükleri ile bağlayıcı bir kural getirmiştir. Bu kuralın kimleri bağlayacağı konusunda da düzenleme yapmamıştır. Ancak, yasama sürecinde ortaya çıkan uyuşmazlıklarda yasama organı'nın, Anayasal denetimde de Anayasa Mahkemesi'nin bu Anayasa hükmünü göz önünde bulundurmaması ve bu hükme dayanarak bir işlem yapmaması düşünülemez.

Temel hak ve özgürlüklerle ilgili uluslararası sözleşmeler, Anayasa'nın dayanağı ve gerekçesi olduğu gibi, temel hak ve özgürlüklerle ilgili kimi Anayasa hükümlerinin de, benzer hükümleri taşıma yoluyla, kaynağı olmuştur.

Anayasa'nın 2. maddesinde de, Türkiye Cumhuriyeti'nin *"insan haklarına saygılı"* demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Herkesin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez *"temel hak ve hürriyetlere"* sahip olması da Anayasa'nın 12. maddesinde yerini almıştır. Anayasa'nın temel haklar ve ödevler başlıklı ikinci kısmı temel hak ve özgürlüklerle ilgili hükümler içermektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkileri Anayasa'da sayılmıştır. Kanunların ve kanun hükmünde kararnamelerin Anayasa'ya uygunluğunun denetimi Anayasa Mahkemesi'nin temel görevleri arasındadır. Bu konuda Anayasa'nın 148. maddesinde ve 90. maddesinde yer alan iki istisna bulunmaktadır. 148. maddeye göre, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesi'ne dava açılmaz.

90. maddenin son fıkrasında da, "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz" kuralı getirilmiştir. Anayasa Mahkemesi, anayasal denetimi engelleyen bu düzenlemeyi, "Anayasa'da yer alan genel hukuk ilkelerinin istisnasını oluşturan" "uluslararası uzlaşmalarla ilgili siyasi ağırlıklı kural" olarak tanımlamıştır.¹⁰ Ancak, "antlaşmadan bağımsız olarak onaylamayı uygun bulma yasalarına karşı Anayasa Mahkemesi'ne başvurulabilir."¹¹ Ek tümceye dayanarak ortaya çıkabilecek Anayasa'ya aykırılık sorunu ise, uluslararası sözleşmeyle karşılaştırma yapılacak "yasa kuralı" ile ilgili olabileceğinden bu konuda da Anayasa Mahkemesi'ne başvurulabilecektir.

"Anayasa koyucunun, kimi yasaları Anayasa'ya uygunluk denetiminden ayrık tutmayı dilediğinde bunu açıkça belirleme yolunu seçtiği bir gerçektir."¹² Ek tümce kapsamındaki uluslar arası sözleşmelerle karşılaştırılacak yasalar Anayasa'nın 148. maddesinin kapsamına girmektedir. Bu yasalar, Anayasa'nın, Anayasa'ya uygunluk denetimi dışında bıraktığı yasalardan değildir.

90. maddede de belirtildiği gibi, yasaların iç hukuk düzeninde üstün norm olan Anayasa'ya uygunluğunun denetimini yapan Anayasa Mahkemesi'nin, bir yasanın ya da yasa hükmünün uluslararası sözleşmelere aykırı olup olmadığını inceleme görevi bulunmamaktadır. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülen yasa ya da yasa kurallarının anayasal denetimini yaparken, usulüne göre kabul edilmiş ve kanun hükmünde olan uluslararası sözleşmeleri, özellikle de, Anayasa'nın dayanağı, kaynağı ve gerekçesi olan insan hakları ile ilgili sözleşmeleri, göz önünde bulundurmakta, onlardan destek almaktadır.¹³

Anayasa Mahkemesi'nin, bir iptal davası ya da itiraz başvurusu olmadıkça, bir yasa kuralını kendiliğinden ele alıp inceleme ve Anayasa'ya

¹⁰ AYMK, 16.10.1990 günlü, E. 1990/32, K. 1990/25, AYMKD, 26/437.

¹¹ Bu konuda 4163 sayılı Uygun Bulma Yasası'nın incelendiği AYMK, 27.2.1997 günlü, E. 1996/55, K. 1997/33, AYMKD. 37-1/79.

¹² AYMK, 6.4.1972 günlü, E. 1972/3, K. 1972/18, AYMKD, 10/273.

¹³ Bkz., Gerekmez ve Aydın (2004).

uygunluk denetimi yapma görev ve yetkisi yoktur. Mahkeme ancak, iptal davası ya da itiraz başvurusu yoluyla gelen yasa kurallarının Anayasa'ya aykırılık savlarını inceleyebilir. Bu incelemeyi yaparken ilgililer tarafından ileri sürülen gerekçelere dayanmak zorunda değildir.

Bir yasa kuralının, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerle aynı konuda farklı hükümler içermesi ve bu nedenle Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasının son tümcesine aykırılığı savı, iptal davası ya da itiraz başvurusu yoluyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelebilir. Bu durumda, Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 148. maddesinin gereğini yerine getirmek ve dava ya da başvuru usulüne uygun yapılmış ise, esas incelemeye geçmek durumundadır. Nitekim, 16.7.2004 günlü, 5230 sayılı Pamukbank Türk Anonim Şirketi'nin Türkiye Halk Bankası Anonim Şirketi'ne Devri ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un kimi hükümleri hakkında açılan iptal davasında, bu hükümler ile 158 sayılı ILO Sözleşmesi hükümleri karşılaştırılarak, Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasındaki ek tümceye de aykırılık savında bulunulmuştur. E. 2004/87 sayılı iptal davasının ilk incelemesi yapılarak esasın incelemesine geçilmiştir.

Aslında Anayasa Mahkemesi, yasalarla yasaların çeliştiğine bakmakla görevli değildir. *“Kanunların Anayasa'ya uygunluğunun yargı yoluyla denetlenmesi sırasında, iptali istenen kuralın öteki yasalara karşı olan durumunun, onlarla çelişir veya çelişmez nitelikte oluşunun değil, Anayasa ilkelerine ve ilkelere dayandığı genel hukuk kurallarına uygun olup olmadığının araştırılması gereklidir.”*¹⁴ *“Anayasa'ya uygunluk denetiminde ölçü olarak kanun hükümlerinin değil, Anayasa kurallarının ele alınması gerektiği ortadadır.”*¹⁵ Ancak, bir Anayasa kuralı olan ek tümce, artık temel hak ve özgürlüklere ilişkin *“kanun hükmündeki”* uluslararası sözleşmeler ile yasaların çelişir veya çelişmez nitelikte olduğuna bakılmasını gerektirmektedir.

90. maddedeki ek tümce uygulamada ortaya çıkabilecek uyumsuzlıklardan söz ederken *“uygulama”* ve *“uyuşmazlık”* konusunda herhangi bir sınırlama getirmediğinden Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen konu, Anayasa Mahkemesi yönünden bir uygulamadır ve Anayasa'nın 148. maddesine göre de Anayasa'ya aykırılık sorununun çözümlenmesi gerekmektedir. Ek tümce ile getirilen hüküm karşısında, Anayasa Mahkemesi ilgili sözleşme ile yasa hükmü arasındaki aykırılığı *“tespit”* etmekle yetinemez. Öte yandan, tespit, *“esas alma”* anlamına gelmez. Anayasa Mahkemesi, hem 90. maddedeki *“esas alma”* işlemini sonuçlandırmak, hem de 148. maddeye göre Anayasa'ya aykırılık sorununu çözmek durumundadır. Bunun sonucu da ilgili yasa kuralının, Anayasa'ya aykırılık savının reddi ya da iptalidir.

¹⁴ AYM, 19.6.1968 günlü, E. 1966/19, K. 1968/25, AYMKD, 7/29.

¹⁵ AYMK, 21.1.1971 günlü, E. 1969/37, K 1971/8, AYMKD, 9/229.

*“Bir yasa hükmünün Anayasa’ya aykırı olduğunun iddia edilebilmesi için, bu hükmün, metin olarak Anayasa’nın koyduğu esaslara aykırı bir kural içermesi lazımdır.”*¹⁶ Ek tümcede, Anayasa’nın koyduğu esas, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerle, yasa hükümlerinin çelişmesi halinde, uyumsuzluğun çözümünde uluslararası sözleşmelerin esas alınmasıdır. Bu kuralla, *“uyumsuzluk çıktığı an”* ilgili uluslararası sözleşmenin iç hukuka üstünlüğü benimsenmiştir. Üstünlüğün bir başka sonucu ise, iç hukuk kuralının yürürlükte olduğu halde esas alınmamasıdır. *“Anayasa’nın koyduğu esasa”* ilişkin aykırılığın incelenmesi sırasında, ilgili yasa kuralı ile ilgili uluslararası sözleşmenin çelişen bir yönü olup olmadığının araştırılması ve buna bağlı olarak Anayasa’ya aykırılık sorununun çözülmesi şeklinde yapılan denetim, ek tümce ile getirilen Anayasa hükmü karşısında, uygunluk denetimidir, yerin delik denetimi olarak da nitelendirilemez. Nerede, ne zaman ortaya çıkacak uyumsuzlukta olursa olsun, uygulanmayacak bir yasa hükmünün *“uygulama alanından kaldırılması”* yoluyla *“hukuk düzenini Anayasa’ya aykırı kurallardan arıtma görevi”* bu denetim ile yapılacaktır.

Anayasa Mahkemesi, geniş bir yorum yetkisine de sahiptir ve *“herhangi bir hukuk kuralının tek başına değil içinde bulunduğu metnin tümü göz önünde tutularak yorumlanması, hukuk biliminin benimsenmiş ilkelerdendir.”*¹⁷ Ek tümcede her ne kadar, *“aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle”*, bir karşılaştırmadan söz ediliyorsa da, *“aynı konuda farklı hükümler içermesi”*, tek ve yeterli ölçüt değildir. Uluslararası sözleşme ile yasa kurallarının karşılaştırılmasında, sözleşme içeriğinin ve özünün de göz önünde bulundurulması zorunludur. Uluslararası sözleşmenin yorumlanmasına katkıda bulunan ve sözleşmeye uygunluğu denetleyen denetim organlarının kararlarından da yararlanılacaktır. Nitekim Anayasa Mahkemesi, kararlarında İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nden destek alırken, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin kararlarından da yararlanmakta, hatta bu kararları önemine göre gerekçesinde de kullanmaktadır.¹⁸ Esasa ilişkin incelemede geniş bir yorum tekniğine sahip olan Anayasa Mahkemesi, konuya bu yönden de olumlu ve yerinde katkılarda bulunacak ve hukuk düzeninin sağlanmasına gerekçe sunacaktır.

Öte yandan, bir Anayasa hükmünün, *“çıkabilecek uyumsuzlukla”* sınırlı olarak uygulanması ve bu uyumsuzluğun da nerede ve ne zaman çıkacağının bilinmemesi, ayrıca *“esas alma”* işleminin de sadece bu uyumsuzluğa bağlanması da hukuki istikrar bakımından sorunlar doğuracaktır. Bunu, bir Anayasa kuralının çözüm getirmek yerine çözümü çoğaltmak gibi bir

¹⁶ AYMK, 24.11.1987 günlü, E. 1987/24, K. 1987/32, AYMKD, 23/419.

¹⁷ AYMK, 20.9.1984 günlü, E. 1984/8, K. 1984/10, AYMKD, 20/298.

¹⁸ Bkz., Gerekmez ve Aydın (2004).

fonksiyon üstlendiği şeklinde de yorumlamak mümkündür. Anayasa Mahkemesi'nin, 1961 Anayasası'nda olduğu gibi,¹⁹ itiraz başvurularında olayla sınırlı ve tarafları bağlayıcı nitelikte bir karar verme yetkisi de bulunmamaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin, ek tümceye aykırılık nedeniyle usulüne uygun olarak açılan iptal davaları ve itiraz başvurularını, Anayasa'nın 90. maddesi veya bu maddeyle birlikte Anayasa'nın diğer kuralları yönünden inceleyerek iptal kararı vermesinin doğal bir sonucu, iptal edilen yasa kuralının aynı zamanda, karşılaştırma yapılan uluslararası sözleşmeye de aykırılığının tespiti şeklinde ortaya çıkacaktır. Anayasa Mahkemesi'nin, yasaların uluslararası sözleşmelere aykırılığını inceleme görevi bulunmadığından bu aykırılık tespitinin *"destek"* olarak kabulü gerekir. Mahkeme, bu tespiti yaptıktan sonra, Anayasa normunu esas alarak iptal kararı vereceğinden, bu durumda anayasal sınırlar içinde kalmış olacaktır.

Aslında, İnsan Hakları Sözleşmeleri ile Anayasa ve Anayasa Yargısı arasındaki bağlantı, 1962 yılında kurulan Anayasa Mahkemesi'nin Anayasal denetime başladığı yıllarda kurulmuş ve önemini artırarak gelişmiştir. 11.10.1963 günlü kararda, *"kanun koyucunun yasama faaliyetlerinde kendisini her zaman Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile bağlı"* tutmasının gerektiği ve *"kanunun da üstünde kanun koyucunun bozamayacağı temel hukuk prensipleri ve Anayasa'nın"* bulunduğu belirtilerek, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (İHEB) ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS), temel hukuk prensiplerinin yer aldığı kurallar bütünü olarak gösterilmiştir.²⁰ Söz konusu Beyanname ve Sözleşme'nin buyurucu ve bağlayıcı içeriğinin *"üstün ve evrensel hukuk kuralı"* niteliğini taşıdığının belirtildiği 29.1.1980 günlü kararda da, *"İnsanın içinde yaşadığı ulusun bireyi olması kadar aynı zamanda insanlığın da üyesi bulunması, çağımızda, insan hak ve özgürlüklerini yalnızca ulusal bir hukuk sorunu olmaktan çıkarmış ve ona evrensel bir anlam ve içerik kazandırmıştır. Bu bakımdan Anayasa'nın başlangıcı ve 2. maddesi hükümleri gereği olarak İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ni de itiraz konusu kuralın değerlendirilmesinde gözden uzak tutmaya olanak yoktur"* denilmiştir.²¹

¹⁹ 1961 Anayasası'nın 152. maddesinin dördüncü fıkrasına göre, *"Anayasa Mahkemesi, diğer mahkemelerden gelen Anayasa'ya aykırılık iddiaları üzerine verdiği hükümlerin, olayla sınırlı ve yalnız tarafları bağlayıcı olacağına da karar verebilir"*. Anayasa Mahkemesi bu konuyu da itiraz konusu kuralın niteliği ve olayın özelliğine göre sonuçlandırmış, sınırlı ve tarafları bağlayıcı yorum yerine, kuralın tüm ilgililer üzerindeki etkisine bakarak, salt olayla ilgili, sınırlı ve tarafları bağlayıcı olarak iptal yönüne gidilmesini yerinde görmemiştir. (AYMK, 18.10.1974 günlü, E. 1974/18, K. 1974/42, AYMKD, 12/373; 23.1.1979 günlü, E. 1978/14, K. 1979/6, AYMKD, 17/21).

²⁰ AYMK, 11.10.1963 günlü, E. 1963/124, K. 1963/243, AYMKD, 1/422.

²¹ AYMK, 29.1.1980 günlü, E. 1979/80, K.1980/11, AYMKD, 18/87.

Anayasa Mahkemesi, İHEB ve İHAS'ı Anayasa'ya uygunluk denetiminde doğrudan dayanılmamakla birlikte değerlendirmede gözetirken ve aydınlatıcı, destekleyici ya da zenginleştirici norm olarak kullanırken, kimi kararlarında, Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülen kuralın İHAS'e de uygun olup olmadığını belirtmiştir.

27.9.1967 günlü kararda, örgütlenme özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin kuralın Anayasa'ya aykırılık savı reddedilirken, İHAS'ın konuyla ilgili kuralına yer vererek, *"Öte yandan bu sınırlama, 6366 sayılı Kanun'la onaylanmış olan İHAS'nın 11. maddesinin 2 sayılı bendine de uygundur"* ifadesine yer verilmiştir.

29.11.1990 günlü kararda, uluslararası sözleşmelerde evrenselleşmiş kurallara ve bu kurallarla uyum içinde olan Anayasa kuralına birlikte gönderme yapılarak, dava konusu hükmün her iki kurala da aykırı olduğu belirtilmiştir. Karara göre, *"Medeni Yasa'nın 159. maddesinin kocanın, karının iş veya mesleğini yürütmesine izin vermesini öngören düzenlemesi; Türkiye Cumhuriyeti'nin de taraf olduğu, Türk iç hukuku bakımından kanun niteliği kazanmış olan uluslararası sözleşmelerde evrenselleşmiş 'kadın, erkek eşitliği' ve 'karı ile kocanın eşit medeni haklara sahip oldukları' kuralına ve bu kurallarla uyum içinde olan Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır"*.²²

28.2.1991 günlü kararda da, Medeni Kanun'un 292. maddesinin evli erkeklerin zinasından doğan çocukların tanınmayacağına ilişkin bölümü Anayasa'nın, temel hak ve hürriyetlerin niteliği başlıklı 12. maddesi yönünden incelenirken, insan ve çocuk hakları ile bu konulardaki bildiri ve sözleşmelere yer verildikten sonra, itiraz konusu kuralın, çocuğun kişiliğine bağlı temel haklarına engel oluşturarak Anayasa'ya ve bu konudaki uluslararası güvencelere aykırı düştüğüne karar verilmiştir.²³

SONUÇ

a. Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasında yer alan ek tümcede, uyuşmazlığın çıkacağı yerler ve uyuşmazlık sonucunda ilgili sözleşmeyi esas alacak olanlar yönünden bir sınırlama bulunmamaktadır. Bu Anayasa hükmü, Anayasa'nın diğer hükümleri gibi, Anayasa'nın 11. maddesine göre, *"yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri"*, herhangi bir ayırım yapılmaksızın, bağlamaktadır. Belirli organ, kişi ya da uyuşmazlıklar yönünden sınırlama yapmak yorumu daraltır.

²² AYMK, 29.11.1990 günlü, E. 1990/30, K. 1990/31, AYMKD, 27-1/48.

²³ AYMK, 28.2.1991 günlü, E. 1990/15, K. 1991/5, AYMKD, 27-1/161.

b. Ek tümcenin uygulanması sonucu, “esas alınacak” sözleşme hükümleri karşısında “esas alınmayacak”, başka bir anlatımla “uygulanmayacak” yasa hükümlerinin Türk hukuk sistemindeki “konumu ve geleceği”, bu hükümler yürürlükte tutularak belirlenemez; uygulanmayacak yasa hükümlerinin yürürlükte kalmasının hukuksal yararı bulunmamaktadır.

c. Uygulanmama ile yürürlükte olmamanın sonuçları aynı değildir. “Esas alınmayacak” ve böylece “uygulanmayacak” hükümler, yürürlükte kaldığı sürece, farklı zamanlarda ve/veya farklı yerlerde farklı uygulamalar ortaya çıkabilecek bu da, “hukukun üstünlüğü”, “hukuk devleti”, “hukuk güvenliği”, “hukuki istikrar”, “adaletli hukuk düzeni” ve “eşitlik” gibi temel hukuk ilkelerinin ihlali sonucunu doğuracaktır.

d. “Uygulanmayacak” yasa kurallarının yürürlükten kaldırılması yasama organının, Anayasa’ya aykırılığının saptanarak iptal edilmesi de Anayasa Mahkemesi’nin görevidir. Anayasa’nın 11. maddesi karşısında, 90. maddenin son fıkrasındaki ek tümce bu iki organı da bağlamaktadır. “Uygulama” ve “uyuşmazlık” bu iki organın da görevleri sırasında ortaya çıkabilir.

e. Ek tümce karşısında, yasama organının görevi, yürürlükte bulunan yasaların, ek tümce doğrultusunda taranarak yürürlükten kaldırılması ve “usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşma” hükümlerine karşın, uygulanmayacağını bile bile, yasa çıkarılmamasıdır.

f. Ancak, yasama organı’nın bu gerekleri geciktirmesi ya da yerine getirmemesi durumunda, “son görev ve yetki”, yasaların Anayasa’ya uygunluğunu denetlemekle görevli ve yetkili olan Anayasa Mahkemesi’ne aittir. Anayasa Mahkemesi tarafından, “içerik yönünden yapılan yargısal denetimde, yasanın aykırı olduğu ileri sürülen Anayasa maddelerinin ve bu maddelerle ilişkisi bulunan Anayasa ilkelerinin de geniş bir yorumlama süzgecinden geçirilmesi zorunludur.”²⁴

Anayasa Mahkemesi, bu konuda kuşkusuz yasama organından da daha büyük bir sorumluluk karşındadır. Her ne kadar ek tümce, yasama organı’na da artık temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelere aykırı yasa çıkarmama konusunda bir sorumluluk veriyorsa da, yasama organı’nın böyle bir yasayı çıkarmasını engelleyici hükme de yer vermemiştir. Bunun denetimini yapacak tek organ Anayasa Mahkemesi’dir. Anayasa Mahkemesi, anayasal denetim yönünden istisna getirmeyen ek tümceyi gözetmek zorundadır; aksi halde Anayasa’ya aykırılık sorununu, anayasal denetim yönünden istisna getirilmeyen bir maddeye dayanarak inceleyip sonuçlandırmamakla karşı karşıya kalacaktır.

²⁴ AYMK, 17.7.1990 günlü, E. 1990/1, K. 1990/21, AYMKD, 26/301.

g. Anayasa Mahkemesi yapacağı inceleme sonucu, Anayasa'nın 90. maddesindeki ek tümceye göre, esas alınmayacak, başka bir deyişle uygulanmayacak bir yasa kuralını iptal ederken, hem kimi uyumsuzluklarda uygulanmayacak, ancak yürürlükte olduğu için kimi yerlerde uygulanmaya devam edecek yasa kuralının, farklı yerlerde uygulanmasının ortaya çıkaracağı eşitsizliği ve adaletsizliği gidermiş olacak, hem de yasama organına ek tümcedeki sözleşmelere aykırı yasa çıkarmama konusunda gerekçe sunacaktır.

h. Anayasa Mahkemesi'nin incelemesi, iptal davası ya da itiraz başvurusu yoluyla, Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasında yer alan ek tümceye aykırılığı ileri sürülen yasa hükmü yönünden öncelikle *"tespit"* ile başlayacaktır. Mahkeme, önüne gelen kuralın anlam ve kapsamına ve özelliğine göre inceleme yapacak, ilk incelemenin aşılması durumunda esas incelemeye geçecektir.

"Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşma" ile Anayasal denetimi yapılan yasanın *"aynı konuda farklı hükümler"* içerdiğinin tespiti durumunda, iki sonuç ortaya çıkabilecektir. Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülen kural, insan hakları, temel hak ve özgürlükler yönünden *"sözleşme"* hükmünden daha geniş ve lehe olabilir ki bu durumda, Anayasa'nın 90. maddesi hükmüne karşın, Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklerle ilgili genel ilkeleri ve evrensel insan hakları kuralları gerekçe gösterilerek, Anayasa'ya aykırılık savı reddedilebilir. İkinci sonuç ise uluslar arası sözleşme ile çelişerek, ona uygun olmayan yasa kuralının, artık uygulanmaz duruma geldiği ve Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasındaki ek tümceye aykırılığı nedeniyle iptalidir.

i. Yasaların Anayasa'ya aykırılığını denetlemekle görevli Anayasa Mahkemesi, incelediği yasa kuralı ile uluslararası sözleşmenin aynı konuda farklı hükümler içerdiğini, bu nedenle de temel hak ve özgürlüğün sınırlandığını tespit edecek, bu gerekçeyle de, Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasında yer alan ek tümceye aykırılık kararı verebilecektir. Mahkeme, denetiminde kuşkusuz Anayasa'nın diğer kurallarından da yararlanacaktır. Böylece, anayasal sınırlar içinde kalmış, aynı zamanda da, *"Kanunların Anayasa'nın açık hükümlerinden önce hukukun bilinen ve bütün uygar memleketlerde kabul edilen prensiplerine uygun olması şarttır"*²⁵ ilkesine de uygun hareket etmiş olacaktır. Böyle bir ilkeyi benimseyen Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasa'nın 90. maddesindeki ek tümce yönünden denetim yapması, Anayasa ile kendisine verilen bir görev olduğu kadar insan haklarını korumanın ve hukukun üstünlüğünün de gereğidir.

²⁵ AYMK, 22.12.1964 günlü, E. 1963/166, K. 1964/76, AYMKD, 2/288; 27.3.1986 günlü, E. 1985/31, K. 1986/11, AYMKD. 22/115.