

ULUSLARARASI ANTLAŞMALARIN TÜRK HUKUKUNDAKİ YERİ

Rona AYBAY*

I. Giriş

Uluslararası antlaşmaların Türk iç hukuku ve dolayısıyla Türk mahkemeleri açısından önemi 1961 Anayasası'nın yürürlüğe girmesiyle artmıştır. Bu önem artışında Anayasa'nın *"usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmaların kanun hükmünde olduğu"* ve bunlar hakkında *"anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamayacağı"* hükmünün önemli rolü olmuştur. Ayrıca, bu dönemde Türkiye'nin taraf olduğu çeşitli konuları kapsayan ikili ve çok taraflı antlaşmaların sayısı da çok artmıştır.

1961 Anayasası'nın *"Milletlerarası antlaşmaları uygun bulma"* başlıklı 65. maddesi şöyleydi:

"Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kurullarla yapılacak antlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır."

İktisadî, ticarî veya teknik münasebetleri düzenleyen ve süresi bir yılı aşmayan antlaşmalar, Devlet maliyesi bakımından bir yüklenme gerektirmemek, kişi hallerine ve Türklerin yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmamak şartıyla, yayınlanma ile yürürlüğe konabilir. Bu takdirde, bu antlaşmalar, yayımlarından başlayarak iki ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin bilgisine sunulur."

Milletlerarası bir andlaşmaya dayanan uygulama antlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan iktisadî, ticarî, teknik ve idari antlaş-

* Prof. Dr., TBB-İHAUM Başkanı.

maların Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce uygun bulunması zorunluğu yoktur; ancak, bu fıkraya göre yapılan iktisadî, ticarî veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren antlaşmalar, yayınlanmadan yürürlüğe konulmaz.

Türk kanunlarına değişiklik getiren her türlü antlaşmaların yapılmasında 1. fıkra hükmü uygulanır.

Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında 149. (iptal davası)¹ ve 151. (itiraz yolu) maddeler gereğince Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz."

1961 Anayasası ile getirilen ve günümüzde de yürürlüğünü sürdüren² düzenlemenin temel nitelikleri şöyle özetlenebilir:

(i) Uluslararası antlaşmaların onaylanmasının yasama işlemi değil, yürütme organınca yerine getirilecek bir işlem olduğu, dolaylı olsa da, duraksamaya yer bırakmayan biçimde belirtilmiştir. Böylece, 1924 Anayasasındaki Türkiye Büyük Millet Meclisi "*Devletlerle mukavele, muahede ve sulh akdi (...) gibi vezaifi bizzat kendi ifa eder*" hükmünün, uygulamada yarattığı sorunların ortadan kaldırılması amaçlanmıştır.

(ii) Anayasa'da kullanılmış olan "*Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak antlaşmalar*" deyiminin kapsamına; adı (örneğin, sözleşme, protokol vb.), içerdiği konu yada taraf sayısı ne olursa olsun, uluslararası antlaşma tanımına uyan her türlü antlaşma girer.

(iii) Yürütme organınca gerçekleştirilecek "*onaylama*", ilke olarak TBMM'ce bir "*onaylanmanın uygun bulunması kanununa*" (yetki kanunu) çıkarılmasına bağlı olmakla birlikte, belli durumlarda ve koşullarda, "*yetki kanunu*"na gerek olmaksızın da onaylama yapılabilir. tedir.

(iv) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş antlaşmaların "*kanun hük-*

¹ Açıklama niteliğindeki "iptal davası" ve "itiraz yolu" deyimleri yazar tarafından eklenmiştir.

² Günümüzde yürürlükte olan metne, 2004 yılında yapılan bir anayasa değişikliği ile şu tümce 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."

Bu tümcenin yarattığı durumu ve sorunları, ileride ayrıntılı olarak açıklamaya çalışacağım. Buradaki amacımız bakımından, bu hükmü sadece belirtmenin yeterli olduğunu sanıyorum.

münde” olduğu belirtilmiştir.

(v) Ancak bunların, anayasaya aykırılığını ileri sürerek Anayasa Mahkemesi’ne başvurulabilme yolu kapatılmıştır.

Uluslararası antlaşmalara ilişkin olarak 1961 Anayasası’nın 65. maddesi olarak kabul edilmiş olan metin, 1982 Anayasası’na da, anlamı etkilemeyen küçük değişikliklerle girmiş ve 2004 yılına kadar da yürürlüğünü sürdürmüştür. Bu metinlerde yer alan bazı hükümlerin ve kavramların anlamı, gerek kuramsal bakımdan gerek uygulama açısından duraksamalara ve tartışmalara yol açmıştır.

II. Bugünkü Anayasa’nın 90. maddesinin arihçesi

1. 2004 yılında eklenen tümceden önceki dönem

Antlaşmaların “kanun hükmünde” olduğunu ve bunlar hakkında “anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’ne başvurulamayacağı”nı belirten tümcelerin 1961 Anayasası’nın 65. maddesi (ve dolayısıyla bugünkü 90. madde) metnine nasıl girdikleri hakkında bilgi vermek yararlı ve aydınlatıcı olacaktır.

1961 Anayasası’nın hazırlanması evresinde, Anayasa’nın bütünü nü kapsayan, sistematik üç tasarı (taslak) ortaya çıkmıştı: Kısa adlarıyla, “Ön-tasarı”,³ “SBF Tasarısı”⁴ ve “Temsilciler Meclisi Tasarısı”.⁵

Antlaşmaların kanun hükmünde olduğuna ilişkin tümce (yada benzer bir anlatım) bu üç tasarının (taslağın) *hiç birinde* yoktu.

Usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş antlaşmalar hakkında, anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’ne başvurulamayacağına ilişkin hüküm de bu üç tasarının *hiç birinde* yoktu.

Antlaşmaları Anayasa Mahkemesi’nin denetim alanı dışına çıkaran böyle bir hükmün olmamasına karşılık, Anayasa Mahkemesi’ne bu konuda bir tür *ön-denetim* yetkisi tanıyan bir düzenleme, *üç Tasarıda* da yer almıştı. Bu düzenlemelerin öngördüğü usule göre, onaylanması söz konusu olan bir antlaşmanın Anayasaya aykırı olduğu TBMM

³ Milli Birlik Komitesine Anayasa Ön-Projesi hazırlamakla görevlendirilen Bilim Komisyonu’nun hazırlayıp, Milli Birlik Komitesi’ne sunduğu Anayasa Tasarısı.

⁴ Siyasal Bilgiler Fakültesi İdari İlimler Enstitüsü’nün hazırladığı Anayasa Tasarısı.

⁵ Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu’nun hazırladığı Anayasa Tasarısı.

üyelerinin belli bir oranınca⁶ ileri sürülürse, onaylamayı uygun bulma kanununun kabulüne ilişkin işlemler, Anayasa Mahkemesi'nin kararı- na kadar durdurulacaktı.⁷

Sonuç olarak, onaylamayı uygun bulma kanunu, ancak Anayasa'ya aykırılık iddiasının Anayasa Mahkemesi'nce reddedilmesi halinde çıkarılabilecekti. Yani Anayasa Mahkemesi, söz konusu antlaşmayı Anayasaya aykırı bulursa, o antlaşma onaylanamayacaktı.⁸ Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu'nun gerekçesinde, bir antlaşmanın yürürlüğe girmesinden sonra Anayasaya aykırılık nedeniyle iptali halinde, devletin uluslararası sorumluluğu sözkonusu olacağından, anayasaya uygunluk denetiminin önceden yapılmasının zorunlu bulunduğu belirtilmişti.

Madde, Temsilciler Meclisi'nde böylece kabul edilmiş, fakat o zamanki Kurucu Meclis'in üst Meclisi durumunda olan ve askerlerden oluşan Milli Birlik Komitesince⁹, ilgili maddeye köklü değişiklikler ge-

⁶ “Ön-tasarı”ya göre, “TBMM üye tamsayısının en az üçte biri” (m. 63/II); “SBF Tasarısı”na göre, “Meclislerden birinin tam üye sayısının beşte biri” (m. 77/II), Temsilciler Meclisi Tasarısı'na göre; “Meclislerden birinin üye tam sayısının beşte biri” (m. 63/II).

⁷ 27 Mayıs 1960 tarihinde yapılan askeri müdahaleden sonra oluşturulan Kurucu Meclisle ilgili kanun (Kurucu Meclis Teşkili hakkında kanun; RG, 16 Aralık 1960, 10682) da yabancı devletlerle ve uluslararası kuruluşlarla yapılan antlaşmalarla, sözleşme ve her türlü anlaşmaları onaylama yetkisinin, 1924 Anayasası'nda olduğu gibi, Kurucu Meclise ait olduğunu belirtmişti (m. 18/II). Aynı kanuna göre, “yabancı devletler ve milletlerarası teşekküllerle yapılan antlaşmaları (...) onaylamaya Kurucu Meclis üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile karar verilir” di (m. 27/II).

⁸ Böyle bir ön-denetim sistemi, 1958 Fransız Anayasasınca da benimsenmiştir. Bu Anayasaya göre, kabul edilecek bir uluslararası yükümlülüğün anayasaya aykırı olduğu “Anayasa Konseyi”nce ilan olunursa, söz konusu yükümlülüğün kabulü, ancak bir anayasa değişikliği ile olanaklı hale gelir. Böyle bir başvuruda bulunma yetkisi, Cumhurbaşkanı, Başbakan, Parlamentonun iki meclisinden birine, altmış milletvekili yada altmış senatöre tanınmıştır (m.54).

Dünyanın çok farklı bir yöresinden bir örnek de şudur: 1994 yılında referandum sonucunda kabul edilmiş olan Tacikistan Anayasası'na göre de, Anayasa Mahkemesi'nin, uluslararası antlaşmaları yürürlüğe girmeden önce anayasaya uygunluk bakımından denetleme yetkisi vardır (Tacikistan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı Aliev Zarif Malakhovich'in Tebliği; Anayasa Yargısı 23, Anayasa Mahkemesi yayını, yayın sayısı 54, 2006, s. 20-21)

⁹ 27 Mayıs 1960 askeri müdahalesini gerçekleştiren silahlı kuvvetler mensuplarından oluşan Milli Birlik Komitesinin başlangıçta 38 üyesi vardı. 1961 Anayasasını hazırlayan Kurucu Meclisin toplanmasından önce 12/13 Aralık 1960 tarihinde gerçekleştirilen bir tasfiye sonucunda Komitenin 14 üyesi (14'ler adıyla anılan grup) yurt dışı görevlere atanarak, dışarıda bırakılmıştı.

tiren bir düzenleme yapılmıştır. Değişiklikler şöyle özetlenebilir:

(i) Antlaşmaların, onaylanmadan önce, Anayasa Mahkemesi'nce, Anayasaya uygunluk denetiminden geçirilmesine olanak veren hüküm metninden çıkarılmış; böylece, bu yol kapatılmıştır.

(ii) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş antlaşmaların “*kanun hükmünde*” olması kabul edilmiştir.

(iii) Fakat kanunlarla ilgili olarak “*iptal davası*” veya “*Anayasaya aykırılık itirazı*” aracılığıyla işleyecek Anayasa Mahkemesi'nin denetiminden geçirilme yolu, antlaşmalar bakımından kapatılmıştır.

Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu daha önce kabul edilmiş olan metinde köklü değişiklikleri yapan Milli Birlik Komitesi metnini aynen benimsemiş; Temsilciler Meclisi Genel Kurulu'nda da, daha önce kabul edilmiş olan madde metnini -deyim yerindeyse “*tersyüz eden*”- yeni metin üzerinde hiçbir üye söz istememiş; böylece “*askeri kanat*”tan gelen yeni metin, aynen kabul edilmiştir.

Daha önce benimsenmiş olan madde metnine, bu kadar önemli ve köklü değişiklikler getirmiş; öncekinden bütünüyle farklı olan yeni düzenlemenin, üzerinde hiçbir üye görüş bildirmeden aynen kabul edilmesi, bu konuda, Temsilciler Meclisi dışından gelen bir etkinin rol oynamış olabileceğini düşündürmektedir.

1961 Anayasası'na, deyim yerindeyse, “*son dakikada*” giren bu yeni düzenleme üstelik Anayasa'nın, gerek yasama gerekse yürütme organlarının işlemlerini yargı denetimine sıkı sıkıya bağlayan genel eğilimine açıkça ters düşmüştür. Çünkü bu düzenleme ile, bir yandan onaylanmış ve yürürlüğe konulmuş bir antlaşmanın Anayasa Mahkemesince denetlenmesi yolu kapatılmış; öte yandan Anayasa Mahkemesi'ne, onaylama öncesi denetim olanağı veren hüküm de tasarıdan çıkarılmıştır.

Anayasa yargısı açısından, geriye kalan tek olanak ise, antlaşmanın içeriğine ilişkin bir denetimi kapsamaksızın, sadece onaylamayı uygun bulma kanununu Anayasa Mahkemesi önüne götürmektir.¹⁰ Anayasa Mahkemesi, antlaşmaların yargı denetimi dışında tutulma-

¹⁰ Onaylamanın uygun bulunmasına ilişkin kanunun anayasaya uygunluk denetimi için bkz., AYMK E. 1996/55, K. 1997/33. Zikreden Can, Osman, Imperatoris locuta, causa finita? Anayasa'nın 90. madde değişikliği ve Anayasa yargısı, *Maltepe Üniv. Hukuk Fak. Dergisi*, yıl 2005, sayı 1, s. 94

sına ilişkin kuralla, anayasal denetimin dışında tutulmak istenenin, yöntemince yürürlüğe konulmuş bir uluslararası antlaşmanın kendisi olduğunu açıklamış ve “*Bu nedenle, antlaşmadan bağımsız olarak onay yasalarına karşı Anayasa Mahkemesi’ne başvurulabileceğini*” belirtmiştir.¹¹ Ancak, sadece birkaç biçimsel maddeden ibaret bu kanun üzerindeki denetim olsa olsa, onaylamayı uygun bulma kanununun çıktığı tarihle onaylamanın gerçekleştiği tarih arasındaki zaman parçası içinde söz konusu olabilir. Çünkü bu devre içinde henüz ortada “*usulüne göre yürürlüğe konulmuş bir antlaşma*” yoktur.¹²

Günümüzde yürürlükte bulunan Anayasa’nın, 90. maddesi hazırlanırken, 1961 Anayasası’nın 65. maddesi, birkaç küçük ve anlamın özünü etkilemeyen sözcük değişikliğiyle¹³ aktarılmıştır. Bu metin, 1982 Anayasası’nı hazırlayan Kurucu Meclis’in, tüm üyeleri askeri kanadı oluşturan Milli Güvenlik Konseyi’nce atanan “*Danışma Meclisi*”nden görüşmesiz geçmiş; 4 General ve 1 Amiralden oluşan “*Konsey*” de, maddede herhangi bir değişiklik yapmamıştır.

1982 Anayasası’nın hazırlık çalışmalarının yürütülmekte olduğu bu dönemde, Ankara Üniversitesi SBF ve Hukuk fakültelerinin ilgili öğretim üyelerince bir “*Gerekçeli Anayasa Önerisi*” hazırlanmış ve kitap olarak yayınlanmıştır. Bu “*Anayasa Önerisi*”nde de ön-denetim sağlayacak bir sistem öngörülmüştür. Ancak, 1982 metnini hazırlayanların bu öneriyi dikkate aldıklarına ilişkin bir belirti yoktur.¹⁴ Ankara Üni-

¹¹ AYMK, E. 1996/55, K. 1997/33, karar t. 27 Şubat 1997, “Esasın incelenmesi bölümü, “A-Uluslararası anlaşmaların Uygun Bulunmasına İlişkin Yasaların Anayasal Denetimi Sorunu”.

¹² Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi’nin, onaylamanın uygun bulunduğu ilişkin kanunu onay tarihinden sonra da anayasa uygunluk denetiminden geçirmesine, kanımca, bir engel yoktur. Çünkü Anayasa Mahkemesi’nce verilen iptal kararları geri yürümez (AY m. 153/V); dolayısıyla onaylamanın uygun bulunduğu ilişkin kanun iptal edilmiş olsa bile, yürütmenin o kanuna dayanarak yaptığı onay işlemi geçerli olmaya devam edecektir. Ancak, bu iptalin siyasal ve diplomatik bakımdan bir takım sorunlara yol açabileceği de, bir gerçektir.

¹³ “İktisadi” yerine “ekonomik”, “münasebetleri” yerine “ilişkileri” sözcüklerinin konulması gibi.

Anayasa Mahkemesi’ne başvurma yolunu kapatan tümce de değiştirilmiş ve şu biçimi almıştır: “Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi’ne başvurulamaz.” Görüldüğü gibi, bunlar maddenin özüyle değil, anlatıma ilişkin ayrıntılarla ilgili değişikliklerdir. Bu durum, 1982 Anayasası’nın gerekçesinde; 1961 metninin uygulamada iyi işlediği ve ihtiyacı karşıladığı nedenine bağlı olarak açıklanmıştır.

¹⁴ Ankara Üniversitesi SBF Dekanı Prof. Cevat Geray ve bu satırların yazarı, önerileri içeren kitabı, Danışma Meclisi’nin Anayasa Komisyonu Başkanı Prof. Orhan

versitesi SBF tarafından yayınlanan bu Anayasa önerisinin 65. maddesi 1. fıkrası şöyleydi:

“Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve uluslararası kuruluşlarla yapılacak antlaşmalar onaylanmadan önce TBMM’nin bilgisine sunulur. Sunuluştan başlayarak otuz gün içinde en az elli milletvekili tarafından hakkında görüşme açılması istenmeyen ya da üye tamsayısının üçte biri tarafından Anayasayla bağdaşmazlığı Anayasa Mahkemesi önünde ileri sürülmemeyen antlaşmalar TBMM’nce uygun bulunmuş sayılır. Hakkında görüşme açılması istenen ya da Anayasa Mahkemesi önüne götürülüp de Anayasayla bağdaşır bulunan antlaşmaların onaylanması TBMM’nin onaylamayı bir sayıyla uygun bulmasına bağlıdır.”

Bu önerilerin gerekçesi de şöyleydi:

“Öte yandan, (önerilen) yeni fıkra, antlaşmaların Anayasaya aykırı görülebilecekleri durumlara da açıklık getirmektedir. Usulüne göre yürürlüğe konmuş antlaşmaların sonradan Anayasaya aykırılık nedeniyle iptal edilememesi devletin uluslararası sorumluluğundan doğan bir durum olduğuna göre Anayasaya aykırılık sorununun aydınlanabileceği tek aşama anlaşmanın uygun bulunmak üzere meclise geldiği aşamadır. İşte bu aşamada parlamento üyelerinin üçte biri konuyu Anayasa Mahkemesi’ne götürmek fırsatını bulabilecek ve mahkemenin verdiği karara göre uygun bulma işleminin yasayla tamamlanması yoluna gidilecektir.”¹⁵

2. 2004 yılında eklenen tümce

1982 metninin, 1961 Anayasası’nın 65. maddesini -öze ilişkin olmayan birkaç küçük değişiklikle yineleyen- 90. maddesinin sonuna, şöyle bir tümce eklenmesi ilk kez 2001 yılında önerilmiş ama sonuç olarak kabul görmemişti:

“Kanunlar ile milletlerarası anlaşmaların çatışması halinde milletlerarası antlaşmalar esas alınır.”¹⁶

Aldıkaçtı’yı resmen ziyaret ederek sunmuşlardır.

¹⁵ Gerekçeli Anayasa Önerisi, AÜ Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, yayın no. 497, Ankara 1982, s. 88 ve 90.

¹⁶ Demokratik Sol Parti Genel Başkanı İstanbul Milletvekili Bülent Ecevit, Milliyetçi Hareket Partisi Genel Başkanı Osmaniye Milletvekili Devlet Bahçeli, Anavatan Partisi Genel Başkanı Rize Milletvekili Mesut Yılmaz ile 288 Milletvekilinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun Teklifi (TBMM 21. Dönem, yasama yılı 3, 2001, Sıra sayısı 737.).

Bu değişikliğin gerekçesi şundan ibarettir:

“Bu hüküm Avrupa Birliği’ne uyum çerçevesinde hukuksal alt yapı sağlanması için gerekli görülmüştür.”

Teklif Anayasa Komisyonu’nda şu gerekçe ile kabul edilmiştir:

“...değişiklik komisyonumuzca egemenlik hakkının kullanılmasına bir sınır getirip getirmemesi yönünde tartışılmış, 90. maddenin bütünlüğü içinde komisyonumuzca uygun görülerek oy birliği ile kabul edilmiştir.”¹⁷ Ancak, bu öneri Genel Kurul görüşmeleri aşamasında reddolunmuştur.¹⁸

Üç yıl kadar sonra yapılan bir Anayasa değişikliği ile 90. maddeye şu tümcenin eklenmesi kabul edilmiştir:¹⁹

“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.”

III. Anayasa’nın 90. maddesinin açıklanması

1. Giriş

Anayasa’nın 90.maddesine 2004 yılında *“temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır”* tümcesinin eklenmesi, bu konuda yeni ve köklü bir değişiklik yaratmıştır. Bu değişiklikle, tartışmalarda dikkate alınması gereken yeni ve önemli öğeler ortaya çıkmıştır.

¹⁷ Anayasa Komisyonu raporu, 2/803, s. 7.

¹⁸ Bu teklifin altında imzası bulunan ve teklifin görüşüldüğü Anayasa Komisyonu’nda üye olan ve bu teklifin “mimarı” olduğunu belirten Amasya Milletvekili Ahmet İyimaya, bu konuyu şöyle açıklamaktadır:

“...uzlaşma komisyonunca kabul gören, bütün parti genel başkanlarının da imzaları ile TBMM’ne intikal eden ve komisyonlarca oybirliği ile benimsenen (bu madde) bir anda bir yerlerden estirilen rüzgarla genel kurul aşamasında reddolunmuş; olması gerekenin gerçekleşmesi 2004 yılına sarkmıştır.” Av. Habibe İyimaya, Kayaaslan, Beykoz 1 Asliye Hukuk Mahkemesi’ne sunulan cevap layihası (dosya nu. 2006/420). Bu dilekçe “Sahip Molla Çiftliği Davası yahut Beykoz Konakları ile Acarkent’in Hukuki Rejimi” başlığı ile özel olarak yayınlanmıştır.

¹⁹ 7 Mayıs 2004 tarihli ve 5170 sayılı kanunla gerçekleştirilen Anayasa değişikliği; RG 22 Mayıs 2004, 19464.

Aşağıda, 90. maddenin son biçiminin bir çözümlemesini sunuyorum. Ancak, öncelikle bugünkü 90. maddenin öncüsü olan 1961 Anayasası'nın 65. maddesinin "*hazırlık çalışmaları*"na ilişkin olarak yukarıda²⁰ verdiğim bilgileri anımsamanın, konunun tarihsel boyutunun aydınlatılması bakımından çok yararlı olduğunu sanıyorum. Bunun, bugün tartışılan konuların daha iyi anlaşılmasına yardımcı olacağını ve böylece tartışmaları kolaylaştıracağını umuyorum.

Anayasa'nın 90. maddesindeki düzenlemeye göre Türkiye adına "yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla"²¹ yapılacak antlaşmalar"; onaylama işleminde TBMM'nin rolü açısından iki türe ayrılır:

(i) Onaylanması için TBMM'nin "*onaylamayı bir kanunla uygun bulması*" gerekli olan antlaşmalar;

(ii) Onaylamaya ilişkin bir kanunun çıkmış olmasına gerek olmaksızın, Yürütme organınca tek başına yapılan bir işlemle onaylanabilen antlaşmalar.

Bu konuda temel ilke, bir antlaşmanın onaylanmasının, TBMM'nce "onaylanmanın uygun bulunduğu" ilişkin bir kanunun kabul edilmesine bağlı olmasıdır. Bu kanunla, onaylama işlemi için, yürütme organına yetki verilmiş olmaktadır. Bu nedenle de, bu kanuna kısaca "*yetki kanunu*" denildiği görülmektedir.²²

Ancak 90. maddedeki düzenleme, bu temel ilkeden ayrılmanın söz konusu olduğu ayırksı (istisnai) durumların bulunduğunu göstermektedir. Bu ayırksı durumlarda, yürütme organı, bir yetki kanununa gerek olmaksızın, antlaşmaları onaylayabilmektedir. Bu durumlar da AY m. 90'ın ikinci ve üçüncü fıkralarında düzenlenen iki türe ayrıl-

²⁰ Bkz., Yukarıda II. Bugünkü Anayasa'nın 90. maddesinin tarihçesi 1. 2004 yılında eklenen tümceden önceki dönem

²¹ 1961 metninde burada kurul "Kurul" sözcüğü kullanılmıştı. "Kurul" heyet karşılığıdır ve genellikle tüzel kişilikten yoksun bir oluşumu akla getirir. Oysa bir uluslararası antlaşmaya taraf olmanın başta gelen koşulu, uluslararası hukuk kişiliğine sahip olmaktır. Dolayısıyla, burada geçen "Kurul" sözcüğü yerine "kuruluş" denilmesi daha uygundur; bunu da uluslararası "örgüt" anlamında anlamak doğru olur.

²² "Onaylamanın uygun bulunduğu" ilişkin kanunun "yetki kanunu" olarak nitelendirilmesi, bu durumda yürütme organına bir "görev" değil "yetki" verildiğini göstermesi açısından yerindedir. Çünkü yürütme organı, hakkında "onaylamanın uygun bulunduğu"na ilişkin kanun çıkmış bir antlaşmayı, siyasal bazı nedenlerle onaylamayabilir; yani kendisine yasama organınca verilmiş yetkiyi kullanmamış olabilir.

maktadır. Ancak, bu ayrıksılıkların açıklanmasından önce belirtilmesi gereken önemli bir nokta vardır:

Bir uluslararası antlaşmaya taraf olmanın, Türk kanunlarında değişiklik ortaya çıkması sonucunu doğurması halinde, AY m. 90'ın ikinci ve üçüncü fıkralarında belirtilmiş bulunan ayrıksılıklardan ayrılmak ve temel kural olan TBMM'nin *"onaylamayı bir kanunla uygun bulması"* koşuluna uymak zorunludur:

"Türk kanunlarına değişiklik getiren her türlü antlaşmaların yapılmasında 1. fıkra hükmü uygulanır " (AY m. 90, f. IV).

(i) *Ayrıksılık durumlarının birinci türü (AY m. 90/II):*

Ekonomik, ticari veya teknik ilişkileri düzenleyen antlaşmalar *"yayınlanma ile yürürlüğe konulabilir"*.

Ancak, bu türe giren antlaşmaların *"Devlet maliyesi bakımından bir yüklenme gerektirmemesi, kişi hallerine ve Türklerin yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmaması"* ve süre olarak da *"bir yılı aşmaması"* gerekir. *"Bu takdirde bu antlaşmalar, yayımlarından başlayarak iki ay içinde"* TBMM'nin bilgisine sunulur (AY m. 90, f. II).

(ii) *Ayrıksılık durumlarının ikinci türü (AY m. 90/III)*

Daha önce taraf olunmuş bir uluslararası antlaşmaya dayanan uygulama antlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan ekonomik, ticari, teknik ve yönetsel (idari) antlaşmaların *"TBMM'nce uygun bulunması zorunluluğu"* ilke olarak, yoktur. Ancak *"bu fıkraya göre yapılan ekonomik, ticari veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren antlaşmalar, yayınlanmadan yürürlüğe konulamaz."*

Görüldüğü gibi, bu fıkra kapsamındaki teknik ve idari nitelikteki antlaşmaların yayınlamadan yürürlüğe konulmasına olanak vardır. Ayrıca, bir önceki fıkradaki (m. 90/II) düzenlemeden farklı olarak, TBMM'nin bilgisine sunulma koşulu yoktur.

Yukarıda belirttiğimiz gibi, ayrıksılık (istisna) kapsamına giren iki türdeki antlaşmalar, TBMM'nin bir *"onaylamayı uygun bulma"* (yetki) kanunu çıkarmasına gerek olmaksızın, yürütme organınca gerçekleştirilen bir işlemle onaylanabilmektedir.²³

²³ Anayasadaki düzenlemenin sözü, bu türe giren antlaşmaların, TBMM'den onaylamanın uygun bulunduğuna ilişkin bir kanun çıkarılmasına gerek olmaksızın, onaylanmasına olanak vermektedir. Ancak, içeriği bakımından bu türe giren bir

1963 yılında kabul edilmiş olan 244 sayılı kanun²⁴ bugünkü 90. maddenin öncüsü olan AY m. 65 ile kurulan düzenlemeye, yürütme organının yetkilerini genişletecek yönde bazı değişiklikler getirmiş ve yeni kurallar koymuş görünmektedir. 244 sayılı kanunun “İktisadi, ticari, idari ve teknik antlaşmaların yapılmasında hükümetin yetkisi” başlıklı 5. maddesi ve “NATO ile ilgili antlaşmaların yapılmasında hükümetin yetkisi” başlıklı 6. maddesinin kapsamına giren antlaşmaların, Anayasa ile belirlenmiş kural dışında yeni bir ayrıksılık kategorisi yarattığı belirtilerek eleştirilmiştir.²⁵ Kanımca, bu eleştiriler yerindedir; çünkü 244 sayılı kanuna göre, 5 ve 6. maddelerde belirtilen antlaşmalar hakkında da şu hüküm geçerli olacaktır:

“Kanunun verdiği yetkiye dayanılarak Bakanlar Kurulunca yapılan iktisadi, ticari, teknik veya idari anlaşmalardan Türk kanunlarına değişiklik getirmeyenleri onaylamak veya bunlara katılmak için; bunların süresi bir yılı aşsa veya Devlet maliyesi bakımından bir yüklenmeyi gerektirse veya kişi hallerine veyahut Türk vatandaşlarının yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunda dahi, onaylama veya katılmayı uygun bulmak üzere kanun yapılması zorunluluğu yoktur.”

Ancak Anayasa Mahkemesi, kurulduğu ilk yıllarda verdiği bir kararla, 244 sayılı kanunun hükümlerinin Anayasaya aykırı olmadığına hükmetmiştir.²⁶

2. Antlaşmaların kurallar dizgesindeki yeri konusunda farklı görüşler

Anayasada, usulüne göre yürürlüğe konulmuş antlaşmaları “kanun hükmünde” sayan, ama kanunlar için genellikle açık olan Anayasa Mahkemesi denetimini olanaksız kılan bu düzenleme nedeniyle; antlaşmaların, kurallar hiyerarşisindeki yerini saptamak zor hale gelmişti.

antlaşmanın onaylanması için de, yürütme organınca TBMM’den bir “yetki kanunu” çıkartılması girişiminde bulunmasına engel olmasa gerekir.

²⁴ Milletlerarası Anlaşmaların Yapılması, yürürlüğü ve yayınlanması ile bazı antlaşmaların yapılması için bakanlar kuruluna yetki verilmesi hakkında kanun; kanun nu. 244, kabul t. 31 Mayıs 1963, RG 11 Haziran 1963, 11425

²⁵ Pazarıcı, Hüseyin; Uluslararası Hukuk, gözden geçirilmiş 4.bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s. 73vd.

²⁶ Anayasa mahkemesi, E.1963/311, K.1965/12, AYMKD C. 3, s. 67 vd.

Bazı yazarlar “kanun hükmünde” oluşlarına ağırlık vererek, Türk hukuku açısından antlaşmaların kanunlarla aynı düzeyde olduğu görüşündeydi.²⁷

Buna karşılık, antlaşmalarla ilgili olarak “Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’ne başvurulması” yolunun kapatılmasına ağırlık veren yazarlar ise, usulüne göre yürürlüğe konulmuş antlaşmaların kanunlardan daha üst düzeyde olduğunu kabul etmekteydiler.²⁸

Bu konuda, 1993 yılında Danıştay’ca düzenlenen İdare Hukuku Kongresi’nde açıkladığım görüşüm, özetle şöyleydi:

“...uluslararası antlaşmaların Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’ne başvurulmaması, antlaşmalara ‘kanun-üstü’ bir statü kazandırılmaz.”²⁹

3. Onaylamayı uygun bulma kanununun hazırlanmasında Dışişleri Bakanlığı’nın rolü;

244 sayılı kanunun 4. maddesine göre, antlaşmaların onaylanmasına ilişkin kanun tasarılarını ve bunlarla ilgili olarak TBMM’ne sunum yazıları ile kararname tasarılarını hazırlamak görevi Dışişleri Bakanlığı’nındır.

Bir antlaşmanın onaylanabilmesi için, TBMM’den onaylamanın uygun bulunduğuna ilişkin bir kanun çıkarılmasının gerekli olup olmadığının değerlendirilmesi, uygulamada Dışişleri Bakanlığı’nca yapılmaktadır. Dışişleri Bakanlığı, uygun bulma kanununun (yetki kanununun) gerekli olduğu sonucuna varırsa konuyla ilgili bir kanun tasarısı taslağı bu Bakanlıkça hazırlanıp, Başbakanlığa gönderilmektedir.³⁰

²⁷ Bkz., Bilir, Faruk; Anayasa’nın 90. maddesinde yapılan değişiklik çerçevesinde milletlerarası anlaşmaların iç hukuktaki yeri., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fak.Dergisi, C. 13, sayı 1, yıl 2005, s. 79 vd. Başlar, Kemal, Uluslararası antlaşmaların onaylanması, üstünlüğü ve anayasal denetimi üzerine, Prof. Dr. Sevin Toluner’e Armağan, MHB, özel sayı İstanbul 2001, s. 295 vd.,

²⁸ Türk hukukçuları, “Anayasa – kanun - uluslararası sözleşme” arasındaki altık-üstlük ilişkisini, daha çok Türkiye’nin taraf olduğu insan hakları sözleşmeleri açısından, özellikle de, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi açısından tartışmışlardır..

²⁹ Aybay, R., Türk hukukuna göre uluslararası antlaşmalarla kanunlar arasındaki altlık üstlük ilişkisi; II Ulusal İdare Hukuku Kongresi-İdari Yargının Dünyada Bugünkü Yeri, 10-14 Mayıs 1993, Ankara, s. 277 vd.

³⁰ Onaylamanın uygun bulunduğuna ilişkin kanun tasarısı, Başbakanlık Kanunlar

Anayasaya göre, TBMM'ne kanun teklifi sunma, Bakanlar Kurulu'nun yanı sıra milletvekillerine de tanınmış bir yetkidir (m. 88/I). Ancak, uygulamada uluslararası antlaşmaların onaylanmasına ilişkin önerilerin milletvekillerince değil sadece bakanlar kurulunca yapılabilceği kabul edilmektedir.³¹ Anayasa'nın, "*kanun teklif etmeye bakanlar kurulu ve milletvekilleri yetkilidir*" hükmü (m. 88/I) karşısında bu uygulamayı yerinde bulmak, kanımca, olanaklı değildir. Bir yada birkaç milletvekilinin, bir uluslararası antlaşmanın onaylanmasının uygun bulunduğuna ilişkin bir girişimde bulunarak, bu yolda bir kanunun çıkmasını sağlamalarına herhangi bir engel olduğunu sanmıyorum. Parlamento yaşamının gerçekleri karşısında, böyle bir teklifin yasa-laşma olasılığı genel olarak zayıf görünse de, milletvekillerine Anayasa ile tanınmış bir yetkinin kullanılmasının engellenmesi yerinde değildir. Milletvekillerinin, bu yoldan, hükümeti onaylamaya siyasal bakımdan zorlama ve kamuoyu oluşturma yetkileri bulunduğu da kabul edilmelidir.

Kaldı ki, onaylamanın sonuç olarak yürütme organının (hükümetin; bakanlar kurulunun) yetki alanına giren bir işlem olduğunda da kuşku yoktur. Anayasa'nın "*Yürütme*" genel başlığı altındaki 104. maddesine göre, "*milletlerarası antlaşmaları onaylamak ve yayımlamak*", Cumhurbaşkanı'nın yetkisindedir. Onaylamanın uygun bulunduğuna ilişkin kanunla, yürütme organına onaylama konusunda bir "*görev*" değil "*yetki*" verilmektedir.

4. 2004 yılında eklenen tümcenin çözümlenmesi

A. Giriş

Anayasa'nın 90. maddesine 2004 yılında eklenen tümcenin kabulünden sonra, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası antlaşmaları, Türk kanunları karşısındaki durum açısından ikiye ayıran yeni bir sınıflama yapmak gerekmektedir:

- (i) "*temel hak ve özgürlüklere ilişkin*" uluslararası antlaşmalar;
- (ii) bunlar dışında kalan antlaşmalar.

ve Kararlar Genel Müdürlüğü'nün incelemesinden sonra, Bakanlar Kurulu tasarısı olarak TBMM'ne sunulmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz., Pazarıcı, H., bir önceki dipnotunda belirtilen yapıt, s. 74 vd.

³¹ Pazarıcı, bir önceki dip notunda a. g. y., s. 74.

“Temel hak ve özgürlüklere ilişkin” uluslararası antlaşmalar dışındaki antlaşmaların, aynı konuyu düzenleyen Türk kanunlarıyla çatışması halinde, hangisine üstünlük tanınacağı sorunu açısından, 2004 değişikliğinden önceki durumda bir değişiklik yoktur. Dolayısıyla, bu konuda antlaşma hükmüne üstünlük tanıyan ve tanımayan görüşleri savunan yazarların görüşlerini etkileyecek yeni bir durum ortaya çıkmış değildir.

Buna karşılık, *“temel hak özgürlüklere ilişkin”* bir uluslararası antlaşma hükmü ile bir Türk kanunu arasında çatışma çıkması halinde, uluslararası antlaşma hükmünün *“esas alınması”* gereğinin bir anayasa hükmü haline gelmesi, üzerinde düşünülmesi gereken ciddi bir sorun olarak ortaya çıkmıştır.

Bu *“esas alınma”*nın anlamının ne olduğu, *“temel hak ve özgürlüklere ilişkin”* deyiminin kapsamına hangi uluslararası antlaşmaların girdiği gibi bazı önemli konuların aydınlatılması gerekmektedir. Bu konulara ilişkin olarak ortaya çıkan sorulara, hukuk tekniği açısından doyurucu yanıtlar bulunmasının, 90. maddeye eklenen tümcenin uygulanabilirliği açısından büyük önemi vardır. Bu kavramların anlamı konusunda açık-seçik bir anlayışa varılamaması, belirsizliklere ve dolayısıyla bir-biriyle çelişen uygulamalara ve içtihatlarla yol açacaktır.

B. 90. maddeye eklenen tümcenin gerekçeleri

Bir yasa metninin incelenip değerlendirilmesinde, yasama organına sunulan metnin gerekçelerinin ve hazırlık çalışmalarının *“bağlayıcı”* olmasa da çok yararlı bir kaynak olduğu bilinen bir gerçektir. Hukuk alanında, *“tarihsel yorum”* denilen bir yöntem de, *“yorum yöntemleri”* arasında yer verilmiş olması bunu doğrulamaktadır. Ancak, incelediğimiz konu açısından, gerekçelerin ve hazırlık çalışmalarının çok yetersiz ve uygulamaya ışık tutacak nitelikten uzak olduğunu söylemek zorundayım.

Anayasa’nın 90. maddesine bir tümce eklenmesinin yanı sıra Anayasa’nın 15, 17, 30, 38, 87, 131, 143 ve 160. maddelerinde değişiklikler içeren Anayasa Değişikliği Teklifinin Genel Gerekçesi, Anayasa Komisyonu raporundaki dizilişle 10 satırdan ibarettir. En temel yasa olan Anayasada köklü değişiklikler öngören bir önerinin dayandığı gerek-

çelerin çok daha ayrıntılı açıklamalar içermesi beklenirdi. İktidar partisinin grup 5 başkanvekili ile 193 milletvekilinin imzalarıyla sunulan değişiklik teklifinin Genel Gerekçesi şöyledir:

“Avrupa Birliği’ne üye adayları olan ülkemizin Kopenhag Siyasi Kriterleri bağlamında yerine getirmesi gereken hususlar ile yasal düzenlemeler 24 Temmuz 2003 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan ‘Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Ulusal Program’da belirlenmiş bulunmaktadır.

Bir taraftan hayat hakkının, demokratik toplumun temel değeri olduğunu ve ölüm cezasının kaldırılmasının, bu hakkın korunması ve tüm insanların doğuştan gelen onurunun bütünüyle tanınması için elzem olduğunu vurgulayan ve Ülkemizce de imzalanan İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Avrupa Sözleşmesi’ne Ek 13 No’lu Protokol gereğince ölüm cezasının kaldırılmış olması; diğer yandan, dünyada gelişen yeni demokratik açılımlara uyum sağlanması ve bu 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 Anayasada da değişiklikler yapma zorunluluğu doğurmuştur.”

Anayasa’nın 90. maddesine bir tümce eklenmesine ilişkin madde-nin gerekçesi de şundan ibarettir:

“Uygulamada usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan haklarına ilişkin milletlerarası antlaşmalar ile kanun hükümlerinin çelişmesi halinde ortaya çıkacak bir uyumsuzluğun hallinde hangisine öncelik verileceği konusundaki tereddütlerin giderilmesi amacıyla 90. maddenin son fıkrasına hüküm eklenmektedir.”³²

Madde gerekçeleri de içinde olmak üzere, gerekçeler sadece bir sayfaya sığabilmiştir. Anayasa’nın dokuz maddesinde önemli değişiklikler öngören bir teklifin gerekçelerinin açıklanmasında bu denli “tasarruflu” davranılması, yadırganacak bir tutum olsa gerektir.

³² Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, TBMM, (S. Sayısı: 430) Adalet ve Kalkınma Partisi Grup Başkanvekilleri Ankara Milletvekilleri Salih Kapusuz, Haluk İpek, Bursa Milletvekili Faruk Çelik, Ordu Milletvekili Eyüp Fatsa ve Hatay Milletvekili Sadullah Ergin ile 193 Milletvekilinin; Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun Teklifi ve Anayasa Komisyonu Raporu (2/278).

C. “Temel hak ve özgürlükler” deyimi

“Temel hak ve özgürlükler” deyimi, uluslararası insan hakları hukukundan çok, anayasal iç hukukta kullanılan bir deyimdir. Maddenin gerekçesinde “*insan haklarına*” ilişkin milletlerarası deyimi kullanılmışken, metinde “*temel hak ve özgürlükler*” denilmesinin anlamı nedir? Burada kullanılmış olan “*temel hak ve özgürlükler*”in kapsamının belirlenmesinde ölçüt nedir?³³

Ölçüt olarak TC Anayasası kabul edilecek ise, hemen belirtmek gerekir ki, günümüzde yürürlükte olan metinde “*temel hak ve özgürlükler*” deyimi kullanılmış değildir. Anayasada, “*temel haklar ve ödevler*” başlığı altında (m. 12 vd.) “*temel hak ve hürriyetler*” deyimi kullanılmıştır.

Anayasa maddesinin anlatımında gösterilmesi gereken özenin gösterilmediği ve burada kast olunanın 1982 Anayasası’ndaki “*temel hak ve hürriyetler*” olduğunu varsayarsak; o zaman da, Anayasa’nın 12-74 maddelerinde düzenlenmiş geniş bir yelpazenin bu kapsamda olduğu gibi bir sonuca varırız. Bu geniş yelpazenin içine “*Kişinin hakları ve Ödevleri*” (m. 17-40), “*Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler*” (m. 41-65) ile “*Siyasi Haklar ve Ödevler*” (m. 66-74) başlıkları altında düzenlenmiş haklar ve özgürlükler girer. Bu geniş yelpaze, Türkiye’nin de içinde bulunduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sistemi içinde korunan hak ve özgürlüklerden çok daha geniş bir alanı kapsamaktadır. Öte yandan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sisteminde “*mülkiyet*” hakkının da temel insan haklarından sayılması³⁴ da, bu konu açısından üzerinde önemle durulması gereken bir konudur. Çünkü bireylerin mülkiyet hakkıyla doğrudan değilse de dolaylı biçimde ilgili sonuçlar doğurmayacak bir uluslararası antlaşma yok gibidir. Burada kullandığım “*bireyler*” deyimine, AİHS bağlamında yalnız gerçek kişilerin değil tüzel kişilerin (örneğin ticaret şirketlerinin) de girdiği gözden kaçırılmamalıdır.

Anayasa Komisyonu’ndaki görüşmeler sırasında bazı üyelerin önerilen maddeyle ilgili eleştirileri, Komisyon raporuna şu tümcelerle yansıtılmıştır:

“*Bu madde üzerindeki görüşmelerde sayısı çok fazla olan milletlerarası*

³³ Bu konuyla ilgili olarak üzerinde durulması gereken noktalar için bkz., Başlar, 27. dipnotunda a. g. y., s. 309 vd.

³⁴ Bkz., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne ek Birinci Protokol, m.1

antlaşmaları uygulayıcıların bilmesinin zor olacağı, hangi antlaşmaların bu çerçevede değerlendirileceğinin tadat edilmesinin gerekli olduğu üyelerimizce ifade edilmiştir. Ancak bu öneri Komisyonumuzca kabul görmemiş ve çerçeve 7. madde teklifte yer aldığı şekliyle kabul edilmiştir.”³⁵

Anayasa Komisyonu üyelerinden altı milletvekili, Komisyon Raporuna şu “karşı oy yazısı”nı eklemişlerdir:

“Teklifin 7. maddesinde, kanunlarla aynı konuda farklı hükümler taşıyan ve bu nedenle çıkacak uyuşmazlıklarda hükümleri esas alınacak temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmaların en azından hangi kaynaklardan gelen antlaşmalar olduğuna ilişkin bir belirleme yapılmasının, çıkabilecek bir takım farklı yorum ve uygulamaları önlemek bakımından yararlı olacağını düşünüyoruz ve bu nedenle 7. maddedeki düzenlemeye karşıyız.”

Sonuç olarak, AY m. 90’a eklenen tümcedeki “temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalar” deyimini kapsamına, hangi antlaşmaların girdiğinin saptanmasında çok büyük güçlülükler olduğunu söyleyebiliriz. Bu kapsamın belirlenmesinde, sadece antlaşmanın başlığına (adına) bakılarak, dar bir yorum yapılabileceği gibi, içerdiği hükümlere bakılarak geniş bir yorum da olanaklıdır. Antlaşmaların adına bakılarak yapılacak dar yorum yaklaşımı benimsenirse, çözüm yine kolay olmayacaktır. Çünkü konuyla ilgili birçok uluslararası antlaşmanın adında, değişik deyimlerin kullanıldığı görülür: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (AİHS) resmi adında, “insan hakları” deyimini yanı sıra “temel özgürlükler” (fundamental rights) deyimine yer verilmiş; buna karşılık “ikiz sözleşmeler” diye anılan iki Birleşmiş Milletler belgesinin adlarında “ekonomik, sosyal ve kültürel haklar” ve “medeni³⁶ ve siyasal haklar” deyimlerine yer verilmiştir. Ayrıca, konuyla ilgili antlaşmaların (ve sözleşmelerin) adlarında “çocuk hakları”, “kadınlara karşı ayrımcılığın önlenmesi”, “insan onurunun (haysiyetinin) korunması” gibi deyimlerin kullanılması da olağandır. Dolayısıyla, bir antlaşmanın, AY m. 90’a eklenen son tümcedeki “temel hak ve özgürlüklere ilişkin” deyimini kapsamına girip girmediğinin belirlenmesinde, antlaşma-

³⁵ Anayasa Komisyonu Raporu; Dönem 22, Yasama yılı 2, S. sayısı 430 (2/278). Anayasa Komisyonu’nca, madde metninde yapılan tek değişiklik şudur: “Komisyonumuza verilen redaksiyon yetkisi çerçevesinde bu maddede geçen ‘andlaşmalar ile’ ibaresi ‘andlaşmalarla’ şeklinde düzeltilmiştir”.

³⁶ Yabancı dillerdeki “civil” sözcüğünün Türkçeye “medeni” diye çevrilmesinin yerinde olup olmadığı tartışmalıdır. Ancak, konumuzun özüyle ilgili olmayan bu soruna değinmekle yetiniyoruz.

nın başlığına bakılarak bir değerlendirme yapmak sağlıklı sonuçlara götürmez.

“*Temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşma*” deyiminin kapsamının belirlenmesinde ölçüt olarak, başlıkların değil antlaşmaların içeriğinin alınması halinde ise, belki daha da büyük güçlüklerle karşılaşılması olasıdır. Çünkü bu yola gidildiğinde antlaşma, sözleşme ve protokol gibi adlar altında “*temel hak ve özgürlüklere ilişkin*” hükümler içeren yüzlerce belgedeki hükümlerin değerlendirilmesi gerekecektir. Bu arada, insan hakları belgelerinde yer alması tartışmalı bir hak olan mülkiyetin, Türkiye’nin de taraf olduğu AİHS’ye Ek 1. Protokol’ün 1. maddesi uyarınca temel haklardan sayıldığı anımsanmalıdır. İkili antlaşmalar da içinde olmak üzere hemen bütün antlaşmalarda, mülkiyet hakkıyla doğrudan yada dolaylı biçimde ilgili hükümlere rastlanabilir. Dolayısıyla, bir antlaşmanın “*temel hak ve özgürlüklere ilişkin*” olup olmadığının saptanması için ölçüt olarak, içerdiği hükümlerin alınması da, sorunun güçlüğüne azaltmayacak, büyük olasılıkla daha da arttıracak; içinden çıkılması zor durumlara yol açacaktır.

“*Temel hak ve özgürlüklere ilişkin*” antlaşmalar deyiminin kapsamını olağanüstü genişletecek bu yaklaşımın doğuracağı sorunlar, aşağıda değineceğimiz “*doğrudan uygulanan*” nitelikte olan ve olmayan antlaşmalar ayrımı yoluyla azaltılabilir; yani doğrudan uygulanabilir nitelikte olmayan antlaşmalar, kapsam dışı bırakılabilir.

Ç. “*Esas alınır*” deyimini

Anayasanın 90. maddesine eklenen “*esas alınır*” deyiminin anlamı nedir? Bu deyim, Türk hukukunda bu anlamda ve özellikle Anayasa Hukuku düzeyinde, ilk kez kullanıldığını sanıyorum. Anayasa değişikliği teklifinin gerekçesinde, bu konuyla ilgili olarak yer alan açıklama şöyledir:

“*Uygulamada usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan haklarına ilişkin milletlerarası antlaşmalar ile kanun hükümlerinin çelişmesi halinde ortaya çıkacak uyumsuzluğun halinde hangisine ‘öncelik verileceği’ (abç) konusundaki tereddütlerin giderilmesi amacıyla 90. maddenin son fıkrasına hüküm eklenmektedir.*”

Madde gerekçesindeki bu anlatıma bakılarak, amacın “*öncelik vermek*” olduğu söylenebilir mi? Amaç bu ise, neden madde metninde

bu açıkça belirtilmemiş ve “*esas alınır*” gibi Anayasa düzeyindeki bir düzenlemede alışılmış olmayan bir deyim kullanılmıştır? Bu sorulara kesin ve açık bir yanıt verme olanağı yoktur. Gerekçede “*öncelik verilmesi*”nden söz edilmiş olmasına bakılarak, amacın bu olduğu söylenebilir mi? Kanımca, gerekçede “*öncelik verilmesi*”nden söz edilmişken, kabul edilen maddede, “*esas alınır*” denilmesi, anayasa koyucunun “*öncelik verilmesi*”nden yana olmadığı; bu konunun uygulamadaki yorumlara bırakıldığı biçiminde anlaşılmalıdır.³⁷

V. 90. maddeye eklenen tümce karşısında antlaşmaların ayrılabilceği türler

1. Giriş

Anayasa’nın 90. maddesinde kullanılmış olan “*Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak antlaşmalar*” deyiminin kapsamına, adı, içerdiği konu yada taraf sayısı ne olursa olsun, uluslararası antlaşma tanımına uyan her türlü antlaşma girer. 90. maddenin sonuna 2004 yılında bir tümce eklenmesinden sonra, adı antlaşma, sözleşme, protokol vb. olabilen bütün bu uluslararası belgelerle ilgili olarak, yukarıda da belirttiğimiz gibi, şöyle bir ayırım yapılması zorunlu hale gelmiştir:

- (i) “*Temel hak ve özgürlüklere ilişkin*” olanlar;
- (ii) “*temel hak ve özgürlüklere ilişkin*” olmayanlar.

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin olmayan antlaşmalar bakımından, 1961 Anayasası ile yapılmış olan düzenlemede bir değişiklik yoksa da, “temel hak ve özgürlüklere ilişkin” antlaşmalar bakımından, üzerinde durulması anayasal bir zorunluluk olan sorunlar vardır.

AY m. 90’a eklenen tümce açısından, antlaşmalar arasında yapılması gereken bir başka ve önemli ayırım da; doğrudan uygulanan antlaşmalarla bu nitelikte olmayan antlaşmalar arasındaki ayırmadır.

2. 90. maddeye eklenen tümcenin bir “*yasa çatışması*” kuralı olması amaçlanmıştır

Birinci olarak üzerinde durmak istediğim nokta, 90. maddeye ek-

³⁷ Karşı görüş için bkz., Bilir, Faruk; 27. dipnotunda a. g. y., s. 88

lenen tümcenin getirdiği kuralın, bir maddi hukuk kuralı değil, “yasa çatışması” kuralı olmayı amaçlamış görünmesidir.³⁸ Yasa çatışması (kanunlar ihtilafı) kurallarının işlevi, uyuşmazlığın çözüme bağlanması için, işin özüne uygulanacak “maddi” hukuk kuralının belirlenmesini sağlamaktır. Aynı konuya ilişkin olarak yan yana var olan kurallar arasında, uygun seçimin yapılmasını ve böylece belirlenmiş olan kuralın uygulanması sağlanır. Örneğin, bir davaya bakmakta olan mahkeme, çözüme ulaşmak için aynı konuya ilişkin farklı düzenlemeler getirmiş iki kuraldan hangisini uygulaması gerektiğini, yasa çatışması kuralları uyarınca belirler.

AY m. 90’a eklenen tümcenin bir maddi hukuk kuralı olmadığına kuşku yoksa da, bir “yasa çatışması” kuralı olarak ne kadar başarılı olduğunun tartışılması gerekir. Çünkü ek tümcenin anlatımından, Türk kanunu ile çatışan uluslararası antlaşma hükmüne “üstünlük” tanınacağı değil, bu hükmün “esas” alınacağı anlaşılmaktadır.³⁹ Ayrıca, “esas alınacak” olan “temel hak ve özgürlüklere ilişkin” antlaşmalar deyiminin kapsamına hangi antlaşmaların gireceği yada girmeyeceği de belirsizdir.

3. Uluslararası antlaşmalar arasında “doğrudan uygulanır” olanlar ve olmayanlar ayrımı

Konumuzla ilgili olarak, 90. maddeye eklenen tümce açısından aralarında uyuşmazlık (çatışma) bulunması söz konusu olabilecek kurallardan biri, bir Türk kanunu, öteki de Türkiye’nin onaylamış olduğu bir uluslararası antlaşma hükmüdür. Ancak, bu noktada “doğrudan uygulanan” (self-executing) uluslararası antlaşmalarla bu nitelikte olmayan antlaşmalar arasındaki ayrımın gözden kaçırılmaması gerekir.

Doğrudan uygulanabilen antlaşmalar, ulusal yasa koyucunun ayrıca bir düzenleme yapmasına gerek olmaksızın içhukukun bir parçası haline gelen; dolayısıyla, mahkemelerce ve öteki hukuk uygulayıcı-

³⁸ Yasa çatışması (kanunlar ihtilafı) sorunları, sadece “yabancılik ögesi” içeren (uluslararası) nitelikteki uyuşmazlıklarda değil, ulusal hukuk sistemi içinde de, örneğin, çeşitli hukuk dalları arasında (Borçlar Hukuku ile Ticaret Hukuku arasında yada İş Hukuku ile Borçlar Hukuku arasında gibi) çıkabilir. Bkz., Aybay, R./ Dardağan, E.; Yasaların Uluslararası düzeyde Çatışması (Kanunlar İhtilafı), İstanbul Bilgi Üniv. Yay. 2001, s. 29.

³⁹ Bu konunun açıklanması için bkz., yukarıda B - 90. maddeye eklenen tümcenin gerekçeleri

larınca uygulanabilen kurallar içerir. Buna karşılık, doğrudan uygulanabilir nitelikte olmayan antlaşma hükümlerinin muhatabı hukuk uygulayıcıları değil, yasama organıdır. Ulusal hukuk uygulayıcıları doğrudan uygulanır nitelikte olmayan antlaşma hükümlerini kendiliğinden uygulama durumunda değildir. Bu uygulamanın yapılabilmesi için; araya o antlaşma hükümlerinin iç hukuk düzeyinde uygulanmasını sağlamaya yönelik bir yasama işleminin (kanunun) girmesi gerekir.

Bu ayrımın, konumuz bakımından önemi şu noktadadır: Türk kanunu ile *“temel hak ve özgürlüklere ilişkin”* olan ama doğrudan uygulanabilir nitelik taşımayan bir antlaşma hükmünün çatışması halinde, konu 90. maddeye eklenen tümcenin kapsamı dışındadır. Çünkü böyle bir durumda mahkemenin aynı konuya uygulaması söz konusu olabilecek iki ayrı ve bağlayıcılık bakımından eşit nitelikte hüküm değil sadece bir hüküm (kanun hükmü) vardır; dolayısıyla da *“temel hak ve özgürlüklere ilişkin”* bir antlaşma ile kanun arasında bir *“yasa çatışması”* sorunundan söz edilemez. Böyle bir durumda, doğrudan uygulanabilir nitelikte olmayan antlaşma hükmü, ancak kanun hükmünün yorumlanmasıyla yardımcı olabilir.

4. Doğrudan uygulanan antlaşma kuralları ve 90. maddeye eklenen tümce

Yukarıda belirttiğimiz gibi, doğrudan uygulanır nitelikte olmayan antlaşma hükümleri, AY m. 90’a eklenen tümcenin kapsamı dışındadır. Şimdi üzerinde duracağımız konu ise, aynı tümce karşısında doğrudan uygulanan antlaşma hükümlerinin durumudur.

Türkiye’de *“usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmaların kanun hükmünde”* olması 1961 Anayasası’nın yürürlüğe girdiği tarihten bu yana, anayasal bir gerekliliktir. AY m. 90’ın sonuna bir tümce eklenirken, bu konuyla doğrudan ilgili olan son fıkranın ilk tümcesinde herhangi bir değişiklik yapılmış değildir.

AY m. 90’a söz konusu tümceyi ekleyenler, yukarıda da belirttiğimiz gibi, bir *“yasa çatışması”* kuralı koymayı amaçlamış görünmektedirler. Bu nedenle, doğrudan uygulanan bir antlaşma hükmü ile bir kanun hükmü arasında uyuşmazlık (çatışma) çıkması halinde, ek tümce uyarınca, uluslararası antlaşma hükümlerinin *“esas alınması”* gerek-

tiğini kabul etmek durumundayız. Ancak, burada, yukarıda değindiğimiz “*esas alınmamam*” anlamı dışında, incelenmesi gereken önemli bir sorun daha vardır:

1961 Anayasası’nın yürürlüğe girdiği tarihten bu yana, Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası antlaşmaların “*kanun*” hükmünde olduğu kabul edilmiştir. Yukarıda belirttiğimiz gibi, AY m. 90’a eklenen tümce ile bu konunun özüne ilişkin olarak bir değişiklik getirilmiş değildir. Ek tümceyle getirilen düzenleme, çatışma halinde, uluslararası antlaşma hükmünün “*esas alınması*” gereğini belirtmektedir. Ancak, yukarıda da açıklamaya çalıştığımız gibi, AY m. 90’a ek tümcenin gerekçesinde, uluslararası antlaşma hükmü ile kanunun çatışması halinde, antlaşmaya “*üstünlük*” tanınması öngörülmüş iken; sonuç olarak kabul edilen metinde “*esas alınma*” deyimini kullanılmıştır. Bundan, antlaşma hükmüne üstünlük tanınmasının, her halde zorunlu olmayıp, bu konunun başta mahkemeler olmak üzere hukuku uygulamak durumunda olan kurumların yorumuna bırakıldığı sonucu çıkarılabilir. Bu sonuca göre de, AY m. 90’ın 1961 Anayasası ile kurulmuş olan düzeninde bir değişiklik olmadığı; Anayasa, kanun ve uluslararası antlaşma hükümleri arasındaki altlık-üstlük ilişkisinin, eskiden olduğu gibi, uygulayıcıların ve öğretinin yorumlarıyla belirleneceği söylenebilir. Uygulamada bu konuda son söz, temyiz yetkisini kullanan Yüksek Mahkemelerin olacaktır. Bu sorunun, bir “*anayasaya aykırılık*” konusu oluşturması ve dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi önüne getirilmesi, var olan anayasa kuralları çerçevesinde, olanaklı değildir. Çünkü uyumsuzluk Anayasa ile kanun arasında değil, kanunla uluslararası antlaşma arasındadır.⁴⁰ Kısacası, AY m. 90’a eklenen tümce, bu konuda da yeni bir düzenleme getirmiş değildir.

⁴⁰ “Anayasa Mahkemesi, asli işlevi olan anayasallık denetimini yaparken, yasa hükümlerinden doğan uyumsuzlukların muhatabı değildir. (...) İşlevselliği, Anayasa’nın 148. maddesinde açık bir biçimde tanımlanmış ve Anayasaya uygunluk denetimiyle sınırlandırılmıştır. Bu çerçevede Anayasa Mahkemesi’nin Anayasa normlarıyla bağılılığından hareketle, Mahkemeyi Anayasallık denetimi yaparken, Anayasaya rağmen, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşme hükümlerini uygulamak zorunda olan bir merci olarak düşünmekte isabet bulunmamaktadır.” Can, O.,10 dipnotunda zikredilen makale, s. 93 vd.

5. AİHS ile “temel hak ve özgürlüklere ilişkin” öteki antlaşmalar arasındaki ayrım

Bilindiği gibi, AİHS ile kurulan ve Türkiye’nin de içinde bulunduğu sistemin çok önemli bir özelliği vardır: AİHS’nde ve ek Protokollerde tanınmış olan hakların ve özgürlüklerin, taraf bir devletçe ihlal edildiğine ilişkin savlar, belli koşullarla⁴¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne götürülebilmekte ve taraf devlet yargılanabilmektedir. AİHS’nin 46. maddesine göre, taraf devletler Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin, kendileriyle ilgili davalarda verilir kesinleşmiş kararına uymakla yükümlüdür.

Buna karşılık, insan haklarına ve “temel hak ve özgürlüklere” ilişkin öteki antlaşmaların bazılarında “komite” ve “komisyon” gibi adlarla anılan organlar eliyle yürütülen “yargı benzeri” türden denetim yöntemleri kabul edilmiş olsa bile, bir taraf devletin, antlaşmadan doğan yükümlülüğüne aykırı davrandığı yolundaki savlar üzerine bir “mahkeme” önüne götürülebilmesine olanak yoktur.

Bu iki tür antlaşmanın, konumuz açısından önemli olan farkı da bu noktada açıkça ortaya çıkmaktadır. AİHS ve taraf olunan ek Protokoller ile kabul edilmiş olan bir yükümlülüğe aykırı davranış, taraf devletin, bir insan hakkı ihlalinde bulunduğu gerekçesiyle bir uluslararası mahkeme olan AİHM önünde yargılanmasına ve davanın “kesin hüküm” niteliğinde bir kararla sonuçlanmasına yol açabilmektedir. AİHS sözleşmesinin ve ek Protokollerle güvence altına alınmış bir hakkın yada özgürlüğün, ihlali savının ileri sürülmesi halinde⁴² konunun incelenmesinde sadece Sözleşme ve Protokol hükümlerinin sözünün değil, AİHM’in içtihatlarının da değerlendirilmede ölçüt olarak kullanılması gerekir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin, sistemin içindeki ulusal mahkemelerin üstünde bir “temyiz mahkemesi” olduğunu düşünmenin yanlışlığı bilinen bir gerçektir. Bununla birlikte, bu mahkemenin içtihatlarının, ulusal mahkemelerce dikkate alınması da sistemin mantığının bir gereğidir. Ulusal mahkemece verilmiş olan bir karar, sonuç

⁴¹ Bu koşulların ayrıntısına girmek, konumuz bakımından gerekli olmadığı için değinmekle yetiniyoruz.

⁴² Böyle bir sav, gerçek kişilerin yanı sıra, tüzel kişiler ve giderek tüzel kişiliği olmayan topluluklarca ileri sürülebileceği gibi (AİHS m. 34) başka bir taraf devletçe de AİHM önüne getirilebilmektedir (AİHS m. 33).

olarak AİHM önüne götürülürse, ilgili devletin, “*insan hakkı ihlalinde bulunmuş olduğu*” bir uluslararası düzeyde yargı kararıyla saptanmış olacaktır. AİHM’ce verilip kesinleşmiş bir karar, tazminat ödeme yükümlülüğü getirebilmesinin yanı sıra “*yargılamanın yenilenmesi*” nedeni olabilmektedir.⁴³

Buna karşılık, doğrudan uygulanabilir nitelikte hükümler içeren ama bir uluslararası yargı organı eliyle sağlanan denetime yer vermeyen uluslararası antlaşmaların uygulanması ve bu uygulamanın temyiz yoluyla denetlenmesi sadece ulusal yargı sisteminin sorumluluğundadır. Bu durumun, uygulama açısından çok önemli bir sonucu şudur: bir Türk mahkemesince “*temel hak ve özgürlüklere ilişkin*” olan ama yargısal denetim içermeyen bir doğrudan uygulanabilir antlaşma hükmü ile ilgili olarak verilip, kesinleşmiş bir hüküm, olsa olsa akademik, siyasal ve diplomatik yoldan eleştirilebilir; ama uluslararası bir yargı organı önüne götürülemez.

Kanımca, AY m. 90’a eklenen tümce, bu konu açısından da bir değişiklik yaratmış değildir. Türk mahkemelerince “*temel hak ve özgürlüklere ilişkin*” olan bir antlaşma hükmü, 90. maddeye bu tümce eklenmeden önce de, dava konusu AİHS ve ek Protokoller kapsamında bir konuya ilişkin ise, AİHM önüne götürülebiliyordu, yani AİHS’nin “*esas alınma*”nın da ötesinde “*üstünlüğü*” kabul edilmişti denilebilirdi. AY m. 90’a eklenen tümce ile getirilen değişikliğin, “*esas alınma*” kavramıyla bu üstünlüğü “*zayıflatması*” olasılığından söz edilebilir; ama AİHS’nin yerleşmiş sistemi içinde (AİHS m. 1,46 vb.) bu konuda bir geriye dönüş söz konusu olamaz.

Doğrudan uygulanan ama bir uluslararası yargısal denetim düzeneği içermeyen “*temel hak ve özgürlüklere ilişkin*” antlaşmalar bakımından AY m. 90’a eklenen tümce bir değişiklik getirmiş midir? Bu antlaşmalar, önce de şimdi de “*kanun hükmünde*” dir. Bir kanun hükmü ile antlaşma hükmünün çatışması halinde, hangisine öncelik verileceği

⁴³ Ceza Muhakemesi Kanunu’nda sayılan, yargılamanın yenilenmesi nedenleri arasında şu da vardır: “Ceza hükmünün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya dair Sözleşme’nin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin ve hükmün bu aykırılığa dayandığının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması “(m.311/1-f ve 2).Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’na ve İdari Yargılama Usulü Kanunu’na da aynı nitelikte hükümler eklenmiştir: HUMK 9 Ağustos 2002 tarihli ve 4771 sayılı kanunla eklenen m. 445/A ve İYUK’a 15 Temmuz 2003 tarihli ve 4928 sayılı kanunla eklenen m. 53/1, i.

konusundaki tartışmalar açısından da durumda önemli bir değişiklik yoktur. Kanun hükmüyle çatışma halinde, “temel hak ve özgürlüklere ilişkin” antlaşma hükmüne “üstünlük” tanınması değil bu hükmün “esas alınması” gerekmektedir. Dolayısıyla, çatışan hükümlerle ilgili davaya bakan mahkeme, uluslararası antlaşma hükmünü “esas” alacak, ancak olayın özelliğine göre, antlaşma hükmünü mü; yoksa kanun hükmünü mü uygulayacağını takdirine göre kararlaştıracaktır.

Ek tümcenin, “esas alınma” kavramıyla, çatışma halinde yeni kuralın eskisinin yerine geçmesi gerektiği ilkesini dışlaması ve uluslararası antlaşma hükmünün “esas alınması” gerektiğini belirtmesi, pratikte nasıl uygulanacaktır? Kanımca, mahkemenin yükümlülüğü, antlaşma hükmünü “esas almak”tan ibarettir. Bu yükümlülük, her halde ve kesinlikle uluslararası antlaşma hükmüne üstünlük tanımayı gerektirmez.

Bu konuda, ek tümcenin getirdiği söylenebilecek tek değişiklik şudur: AY m. 90’ın değiştirilmesinden önce, bir kanunla daha sonraki bir tarihte onaylanmış bir sözleşme hükmü arasında çatışma çıkması halinde, “sonraki kanun, aynı konuya ilişkin olan önceki kanunun yerine geçer” kuralı uyarınca, antlaşma hükmünü uygulamakla yükümlü olan mahkeme, bu yükümlülüğünden kurtulmuş sayılabilir.

Mahkemenin bu konuda takdirini kullanırken, Anayasa’nın “Başlangıç”ta belirtilen Türkiye Cumhuriyeti’nin “Dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olması” olgusunu ve “insan haklarına saygılı” demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olma niteliğini dikkate alması ve takdirini “insan haklarının gerçekleştirilmesi” yönünde kullanması beklenir. Ancak, bunun her olayda, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşma uyarınca karar vermeyi gerektiren, bir pozitif hukuk yükümlülüğü değil, yorumlamada yön gösterici ve genel nitelikte bir kural olduğu kabul edilmelidir.

Bizzat AİHS bile, belli durumlarda gerek ulusal gerek uluslararası düzeyde, kendi sistemi içinde sağlanan güvencelerden daha özgürlükçü düzenlemelerin bulunabileceğini; yani aşılabileceğini kabul etmiştir (m. 53).

SONUÇ

1961 Anayasası ile kabul edilen ve günümüzde de geçerli olan kural, “usulüne göre yürürlüğe konulmuş” uluslararası antlaşmaların “ka-

nun hükmünde" sayılmasını gerektirmektedir. Bu hüküm, "bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz" kuralıyla güçlendirilmiştir. Ancak, bu güçlendirmeyi dengeleyecek olan , uluslararası antlaşmanın bir Türk kanunu gibi işlem görmeye başlamadan (yani onaylanmasından) önce Anayasa Mahkemesi'nin denetimine sunulabilmesine olanak veren "ön denetim" sistemi, 1961 Anayasası'nın hazırlık çalışmalarının her aşamasında kabul edilmişken, Temsilciler Meclisi'ndeki ikinci görüşmede kaldırılmış; hiçbir üye söz alıp konuda görüş bildirmemiştir. Sonuçları günümüze kadar uzanan bu önemli olayının nedenlerinin açıklanması, yakın tarihimizin bir sayfasının aydınlatılması bakımından önemlidir.

AY m. 90'a 2004 yılında eklenen tümceyle ilgili hazırlık çalışmalarının ve meclis görüşmelerinin , böyle önemli bir konunun gerektirdiği özenle yapıldığını söylemek , kanımca, olanaklı değildir. en başta belirtilmesi gereken husus, gerekçelerin yazılmasında açıkça görülen "tasarruflu" davranıştır. Anayasa'nın dokuz maddesinde değişiklik yapılmasını öngören bir teklifin genel gerekçesi ve madde gerekçelerinin toplamı tek bir sayfaya sığacak kadardır. Konuların ciddiyeti ve değişikliklerin hukuk alanında yol açması olası tartışmalar karşında, çok daha özenli çalışmalar yapılması beklenirdi.

AY m. 90'a eklenen tümcede geçen iki önemli kavram olan "temel hak ve özgürlüklere ilişkin" ve "esas alınır" deyimleri, uygulamada çok duraksamalara , çelişkilere ve tartışmalı durumlara yol açacaktır. "Temel hak ve özgürlükler" deyimini Anayasa'nın başka hükümlerinde kullanılmış bir deyim değildir. Bu deyim kapsamına, hangi tür antlaşmaların girdiği yada girmediği konusu bitmez tükenmez tartışmalara yol açabilecek niteliktedir. Özellikle de, gerekçede "insan hakları" denilmişken, metinde "temel hak ve özgürlükler" deyiminin kullanılmış olması, bu konudaki belirsizliği arttırmaktadır.

"Esas alınma" da, bir hukuk deyimini olarak anayasal düzeyde kullanılması olağan bir deyim değildir. Gerekçede "üstün" tutulmadan söz edilmişken, kabul edilen metinde "esas alınma" denilmesinden, amacın, üstün tutma olmadığı sonucuna varılabilir. Bunun sonucu olarak, yargıç (kanun uygulayıcısı) aşağıda açıkladığımız gibi, ulusal yasa ile antlaşma arasında, yürürlüğe giriş tarihinden bağımsız bir seçim yapacak ve "insan haklarından yana" olana öncelik verecektir.

Anayasa değişikliğinin özensiz anlatımı karşısında, ek tümcenin eski durumda önemli bir değişiklik getirmediği söylenebilir, kanısındayım. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan ama doğrudan uygulanır (self executing) niteliği olmayan uluslararası antlaşma hükmünün, uygulamada bir Türk kanunu ile çatışması söz konusu olamaz; çünkü iki metin aynı aynı uygulanabilirlik düzeyinde değildir. Dolayısıyla, böyle bir durumda sadece Türk kanununun uygulanması gerekir.

Doğrudan uygulanabilir nitelikteki antlaşmalar arasında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin özel bir yeri vardır; çünkü bu sözleşme ve eki protokollarla getirilen düzen, bir uluslararası mahkemenin (AİHM'nin) denetiminde işlemektedir. Taraf devletler, bu mahkemenin kararlarının bağlayıcılığını kabul etmiş durumdadır. Ancak, AİHM kararlarının bağlayıcılığı nitelikte oluşu, sistemin doğasında zaten vardı; 2004 değişikliği bu konuda bir yenilik getirmiş değildir. Üç temel usul yasamızda (HUMK, CMK ve İYUK), AİHM'nin kesinleşmiş kararlarını, yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak kabul eden hükümler de, 2004 yılından önce zaten kabul edilmişti. Dolayısıyla, 2004 yılında AY m. 90'a eklenen tümceyle bunlar arasında bir bağlantı kurulması olanaklı değildir.

AİHS dışında, doğrudan uygulanabilir nitelikte olan insan hakları antlaşmalarından nadir olarak; komisyon, komite vb. adlarla anılan kurullar eliyle yürütülen denetim düzeneklerine rastlanabilmekte ise de, bunlar yargı organı değil, *"yargı benzeri"* niteliktedir. Böyle bir denetim düzeni içersin yada içermesin, bu türden bir antlaşma hükmü ile bir Türk kanununun çatışması halinde, Türk hukuk uygulayıcısı, hangi hükmü *"esas alacağını"* yorum yoluyla saptayacaktır. Özellikle, temyiz denetimi yapan yüksek mahkemelerin içtihatlarının önem taşıyacağı bu uygulamalarda, Türkiye Cumhuriyeti'nin *"insan haklarına saygılı"* demokratik ve laik hukuk devleti olma niteliği dolayısıyla *"insan haklarından yana"*, *"özgürlükleri genişletici"* yorumda bulunulması beklenir. Ancak, dikkat edilirse, bu da Anayasada belirtilmiş, baştan beri var olan bir ilkedir; AY m. 90'a eklenen tümce burada da bir yenilik getirmiş değildir.