

Uluslararası Antlaşmalar Konusunda Türk Hukukunun Önemli Bir Eksikliği: “Ön-Denetim”

Rona AYBAY*

I- Giriş: 1961 Anayasası

Bu makalede işlenecek olan ana konu, uluslararası antlaşmalarla ilgili “ön-denetim”dir. Ancak, ana konunun daha iyi daha iyi anlaşılabilmesine yardımcı olacağı düşüncesiyle, bazı başka konulara da değinilecektir.

1961 Anayasası ile kanunların anayasaya uygunluğunun yargı yoluyla denetimine olanak veren bir düzenleme getirilmiş ve böylece Türkiye’de “hukuk devleti”nin gerçekleşmesi bakımından çok önemli bir dönem açılmıştır. “İptal yolu” aracılığıyla doğrudan doğruya başvurulabilecek Anayasa Mahkemesinin kurulması; öteki mahkemelerde görülen davalarda da “itiraz yolu” ile anayasaya aykırılık konusunun Anayasa Mahkemesi önüne getirilebilmesi 1961 Anayasası ile Türk Hukukuna getirilen yeniliklerin en önemlisi sayılabilir. Böylece, 1960 öncesi dönemde dile getirilmiş¹ bir özlem gerçekleşmiştir.

* Prof.Dr., İKÜ Hukuk Fakültesi (A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Eski Öğretim Üyesi)

¹ Türkiye’de “kanunların anayasaya aykırılığının yargı yoluyla denetimi” konusunda öncü görüşler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Onar, Erdal; Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler, Ankara 2003, s.168 vd. Bu öncüler arasında, kanımca, 1950’lerin genç Asliye Hukuk yargıcısı Refik Gür’ün özel bir yeri vardır. Refik Gür’ün amsına, Anayasa Mahkememizce bir etkinlik düzenlenmesi konusunda, yaptığım öneri için bkz. Mahkemenin 44. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Türkiye Cumhuriyetlerin Anayasal Sorunları ve Türkiye’de Seçim Sistemleri, 25-26 Nisan 2006, Değerlendirme Oturumu, Anayasa Yargısı 23, Anayasa Mahkemesi Yayını, Yayın Sayısı 54, 2006.

Daha sonra, Anayasa Mahkemesindeki temaslarımda sözlü olarak da yinelediğim bu önerinin bugüne dek ilgi görmediğini üzüntüyle belirtiyorum.

Öte yandan, 1961 Anayasası ile “*usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmaların kanun hükmünde olduğu*”nun belirtilmesi de konumuz bakımından önemli bir yeniliktir. Bu hükümle, başta mahkemeler olmak üzere, hukuku uygulamak durumunda olan bütün makam ve kişiler bakımından, uluslararası antlaşmalar “uygulanması zorunlu” kaynaklar haline getirilmiştir. Ancak, bunlar hakkında “*anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı*” hükmünün de getirilmiş olması dikkatlerden kaçırılmamalıdır. Aşağıda, bu konuyla ilgili sorunları açıklamaya çalışıyorum.

1961 Anayasası ile açılan dönemin bir başka özelliği olarak, bu dönemde Türkiye'nin taraf olduğu çeşitli konuları kapsayan ikili ve çok taraflı antlaşmaların sayısının çok arttığı da belirtilmelidir.

1961 Anayasasının “Milletlerarası andlaşmaları uygun bulma” başlıklı 65. maddesi şöyleydi:

“Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı Devletlerle ve milletlerarası kurullarla yapılacak andlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır.

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

Milletlerarası bir andlaşmaya dayanan uygulama andlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan iktisadî, ticarî, teknik ve idari andlaşmaların Türkiye Büyük Millet Meclisince uygun bulunması zorunluluğu yoktur; ancak, bu fıkraya göre yapılan iktisadî, ticarî veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren andlaşmalar, yayınlanmadan yürürlüğe konulmaz.

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

Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında 149'uncu (iptal davası)² ve

² Açıklama niteliğindeki “iptal davası” ve “itiraz yolu” deyimleri yazar tarafından eklenmiştir.

151'inci (itiraz yolu) maddeler gereğince Anayasa Mahkemesine başvuramaz.”

1961 Anayasası ile getirilen ve günümüzde de yürürlüğünü sürdüren³ 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 vezaiî bizzat kendi ifa eder” hükmünün, uygulamada yarattığı sorunların ortadan kaldırılması amaçlanmıştır.

(ii) Anayasada 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 yapılabilmektedir.

(iv) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş antlaşmaların “kanun hükmünde” olduğu belirtilmiştir.

(v) Ancak bunların, anayasaya aykırılığını ileri sürerek Anayasa Mahkemesine başvurabilme yolu kapatılmıştır.

Uluslararası antlaşmalara ilişkin olarak 1961 Anayasasının 65.maddesi olarak kabul edilmiş olan metin, 1982 Anayasasına da, anlamı etkilemeyen küçük değişikliklerle girmiş ve 2004 yılında eklenen bir tümce dışında yürürlüğünü aynen sürdürmüştür. Bu Anayasalarda yer alan bazı hükümlerin

³ Günümüzde yürürlükte olan metne, 2004 yılında yapılan bir anayasa değişikliği ile, şu tümce eklenmiştir: “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.” Bu tümcenin yarattığı durumu ve sorunları, ileride ayrıntılı olarak açıklamaya çalışacağım. (Bkz. aşağıda III/4 “2004 yılında eklenen tümcenin çözümlenmesi) Buradaki amacımız bakımından, bu hükmü sadece belirtmenin yeterli olduğunu sanıyorum.

ve kavramların anlamı, gerek kuramsal bakımdan gerek uygulama açısından duraksamalara ve tartışmalara yol açmıştır.

II - Bugünkü Anayasanın 90. maddesinin tarihçesi

1) 2004 yılında eklenen tümceden önceki dönem

Antlaşmaların “kanun hükmünde” olduğunu ve bunlar hakkında “anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı”⁴ni belirten tümcelerin 1961 Anayasasının 65. maddesi (ve dolayısıyla bugünkü 90. madde) metnine nasıl girdikleri hakkında bilgi vermek, konunun aydınlatılması bakımından yararlı olacaktır.

1961 Anayasasının hazırlanması evresinde, anayasanın bütününe kapsayan, sistematik üç tasarı (taslak) ortaya çıkmıştı: Kısa adlarıyla, “Ön-tasarı”⁴, “S.B.F. Tasarısı”⁵ ve “Temsilciler Meclisi Tasarısı”⁶.

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

Usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş antlaşmalar hakkında, anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağına ilişkin hüküm de bu üç tasarımın **hiç birinde** yoktu.

Antlaşmaları Anayasa Mahkemesinin denetim alanı dışına çıkaran böyle bir hükmün olmamasına karşılık, Anayasa Mahkemesine bu konuda bir tür **ön-denetim** yetkisi tanıyan bir düzenleme, *üç Tasarıda* da yer almıştı. Bu düzenlemelerin öngördüğü usule göre; onaylanması sözkonusu olan bir antlaşmanın Anayasaya aykırın olduğu TBMM üyelerinin belli bir oranınca⁷ ileri sürülürse, onaylamayı uygun bulma kanununun kabulüne ilişkin işlemler, Anayasa Mahkemesi’nin kararına kadar durdurulacaktı.⁸

⁴ Milli Birlik Komitesine Anayasa Ön-Projesi hazırlamakla görevlendirilen Bilim Komisyonunun hazırlayıp, Milli Birlik Komitesine sunduğu Anayasa Tasarısı (“Onar Tasarısı” olarak da anılır).

⁵ Siyasal Bilgiler Fakültesi İdari İlimler Enstitüsü’nün hazırladığı Anayasa Tasarısı.

⁶ Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu’nun hazırladığı Anayasa Tasarısı.

⁷ “Ön-tasarı”ya göre, “TBMM üye tamsayısının en az üçte biri” (Madde 63/II); “SBF Tasarısı”na göre, “Meclislerden birinin tam üye sayısının beşte biri” (Madde 77/II), Temsilciler Meclisi Tasarısına göre; “Meclislerden birinin üye tam sayısının beşte biri” (Madde 63/II).

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

Yani, onaylamayı uygun bulma kanunu, ancak Anayasaya aykırılık iddiasının Anayasa Mahkemesince reddedilmesi halinde çıkarılabilecekti. Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesi, sözkonusu antlaşmayı Anayasaya aykırı bulursa, o antlaşma onaylanamayacaktı.⁹ Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonunun 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 Meclisinde böylece kabul edilmiş, fakat o zamanki Kurucu Meclisin üst Meclisi durumunda olan ve askerlerden oluşan Milli Birlik Komitesince¹⁰, ilgili maddeye köklü değişiklikler getiren bir düzenleme yapılmıştır. Değişiklikler şöyle özetlenebilir:

(i) Antlaşmaların, onaylanmadan önce, Anayasa Mahkemesince, anayasaya uygunluk denetiminden geçirilmesine olanak veren hüküm metinden çıkarılmış; böylece, bu yol kapatılmıştır.

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

(iii) Ama öte yandan, kanunlarla ilgili olarak “iptal davası” veya “Anayasaya aykırılık itirazı” aracılığıyla işleyecek Anayasa Mahkemesinin 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 Kurulunda 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, üzerinde hiç görüşme yapılmaksızın, aynen kabul edilmiştir.

⁹ Böyle bir ön-denetim sistemi, 1958 Fransız Anayasasına da benimsenmiştir. Bu Anayasaya göre, kabul edilecek bir uluslararası yükümlülüğün anayasaya aykırı olduğu “Anayasa Konseyi”nce ilan olunursa, sözkonusu yükümlülüğün kabulü, ancak bir anayasa değişikliği ile olanaklı hale gelir. Böyle bir başvuruda bulunma yetkisi, Cumhurbaşkanı, Başbakanı, Parlamentonun iki meclisinden birinin başkanına, 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 Anayasasına göre de, Anayasa Mahkemesinin, 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)

¹⁰ 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.

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 edilmiş olması; bu konuda, Temsilciler Meclisi dışından kaynaklanan güçlü bir etkinin rol oynadığını düşündürmektedir.

1961 Anayasasına, deyim yerindeyse, “son dakikada” giren bu yeni düzenleme; üstelik Anayasanın, 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 Mahkemesine, onaylama öncesi denetim olanağı veren hüküm tasarından çıkarılmıştır.

Anayasa yargısı açısından, geriye kalan tek olanak ise, antlaşmanın içeriğine ilişkin bir denetimi kapsamaksızın, sadece onaylamayı uygun bulma kanununu Anayasa Mahkemesi önüne götürmektir.¹¹ Anayasa Mahkemesi, antlaşmaların yargı denetimi dışında tutulmasına ilişkin kuralla, anayasal denetimin dışında tutulmak istenen hususun, “yöntemince yürürlüğe konulmuş bir uluslararası antlaşma”nın kendisi olduğunu açıklamış ve “*Bu nedenle, andlaşmadan bağımsız olarak onay yasalarına karşı Anayasa Mahkemesi’ne başvurulabileceğini*” belirtmiştir.¹² Ancak, sadece birkaç biçimsel maddeden ibaret bu kanun üzerindeki denetim olsa olsa, onaylamayı uygun bulma kanununun çıktığı tarihte onaylamanın gerçekleştiği tarih arasındaki zaman parçası içinde sözkonusu olabilir. Çünkü bu devre içinde henüz ortada “usulüne göre yürürlüğe konulmuş bir antlaşma” yoktur.¹³

Günümüzde yürürlükte bulunan Anayasanın 90. maddesi hazırlanırken, 1961 Anayasasının 65. maddesi, birkaç küçük ve anlamın özünü etkilemeyen sözcük değişikliğiyle¹⁴ aktarılmıştır. Bu metin, 1982 Anayasasını hazırlayan

¹¹ 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

¹² AYMK, E.1996/55, K.1997/33,karar t.27 Şubat 1997, “Esasın incelenmesi bölümü,” A-Uluslararası andlaşmaların Uygun Bulunmasına İlişkin Yasaların Anayasal Denetimi Sorunu”.

¹³ Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi’nin, onaylamanın uygun bulunduğuna ilişkin kanunu onay tarihinden sonra da anayasaya uygunluk denetiminden geçirmesine, kamıca, bir engel yoktur. Çünkü, Anayasa Mahkemesince verilen iptal kararları geri yürümez (AY m.153/V); dolayısıyla onaylamanın uygun bulunduğuna 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.

¹⁴ “İktisadi” yerine “ekonomik”, “münasebetleri” yerine “ilişkileri” sözcüklerinin konulması gibi. Anayasa Mahkemesine başvurma yolunu kapatan tümce de değiştirilmiş ve şu biçimi almıştır: “Bunlar hakkında anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz.” Görüldüğü gibi, bunlar maddenin özünü değil, anlatıma ilişkin ayrıntılarla ilgili değişikliklerdir. Bu durum, 1982 Anayasasının gerekçesinde; 1961 metninin uygulamada iyi işlediği ve ihtiyacı karşıladığı nedenine bağlı olarak açıklanmıştır.

Kurucu Meclisin, tüm üyeleri askeri kanadı oluşturan Milli Güvenlik Konseyince atanan “Danışma Meclisi”nden görüşmesiz geçmiş; 4 General ve 1 Amiralden oluşan “Konsey” de, maddede herhangi bir değişiklik yapmamıştır.

1982 Anayasasının 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.¹⁵ AÜ SBF tarafından yayınlanan bu Anayasa önerisinin 65. maddesi 1. fıkrası şöyleydi:

“Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve uluslararası kuruluşlarla yapılacak anlaşmalar onaylanmadan önce TBMM'nin bilgisine sunulur. Sunuluktan 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 sürülmeyen anlaşmalar TBMM'nce uygun bulunmuş sayılır. Hakkında görüşme açılması istenen ya da Anayasa Mahkemesi önüne götürülüp de Anayasayla bağdaşır bulunan anlaşmaların onaylanması TBMM'nin onaylamayı bir yasayla uygun bulmasına bağlıdır.”

Bu önerilerin gerekçesi de şöyleydi:

“Öte yandan, (önerilen) yeni fıkra, anlaşmaların Anayasaya aykırı görülebilecekleri durumlara da açıklık getirmektedir. Usulüne göre yürürlüğe konmuş anlaşmaların 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.”¹⁶

¹⁵ O tarihte, Ankara Üniversitesi SBF Dekanı Prof. Dr. Cevat Geray ve Dekan Yardımcısı olan bu makalenin yazarı, önerileri içeren kitaptan nüshaları, Danışma Meclisi'nin Anayasa Komisyonu Başkanı Prof. Orhan Aldıkaçtı'yı resmen ziyaret ederek sunmuşlardır.

¹⁶ Gerekçeli Anayasa Önerisi, A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, yayın no. 497, Ankara 1982, s.88 ve 90.

2) 2004 yılında eklenen tümce

1982 metninin, 1961 Anayasasının 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.”¹⁷

Bu değişikliğin gerekçesi şundan ibarettir:

“Bu hüküm Avrupa Birliğine uyum çerçevesinde hukuksal alt yapı sağlanması için gerekli görülmüştür.”

Teklif Anayasa Komisyonunda şu gerekçe ile kabul edilmiştir:

“...değişiklik Komisyonumuzca egemenlik hakkının kullanılmasına bir sınır getirip getirmemesi yönünde tartışılmış, 90uncu maddenin bütünlüğü içinde Komisyonumuzca uygun görülerek oy birliği ile kabul edilmiştir.”¹⁸

Ancak, bu öneri Genel Kurul görüşmeleri aşamasında reddolunmuştur.¹⁹

Üç yıl kadar sonra yapılan bir Anayasa değişikliği ile, 90. maddeye şu tümcenin eklenmesi kabul edilmiştir:²⁰

“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.”

¹⁷ 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 Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun Teklifi (TBMM 21. Dönem, Yasama Yılı 3, 2001, Sıra sayısı 737.).

¹⁸ Anayasa Komisyonu raporu, 2/803, s.7.

¹⁹ Bu teklifin altında imzası bulunan ve teklifin görüşüldüğü Anayasa Komisyonunda 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.

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

III - Anayasanın 90. maddesinin açıklanması

1) Giriş

Anayasanın 90.maddesine 2004 yılında “temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır” tûmcesinin eklenmesi, bu konuda yeni ve köklü bir değişiklik yaratmıştır. Bu değişiklikle, tartışmalarda dikkate alınması gereken yeni ve önemli ögeler ortaya çıkmıştır.

Aşağıda, 90. maddenin son biçiminin bir çözümlemesini sunuyorum. Ancak, öncelikle bugünkü 90. maddenin öncüsü olan 1961 Anayasanının 65. maddesinin “hazırlık çalışmaları”na ilişkin olarak yukarıda²¹ 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.

Anayasanın 90. maddesindeki düzenlemeye göre Türkiye adına “yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla²² 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’ce “onaylanmanın uygun bulunduğu”na 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.²³

²¹ Bkz. Yukarıda II- Bugünkü Anayasanın 90. maddesinin tarihçesi; 1) 2004 yılında eklenen tûmceden önceki dönem

²² 1961 metninde burada kurul “Kurul” sözcüğü kullanılmıştır. “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.

²³ “Onaylanmanın uygun bulunduğu”na ilişkin kanunun “yetki kanunu” olarak nitelendirilmesi, bu durumda yürütme organına bir “görev” değil “yetki” verildiğini göstermesi açısından yerindedir. Çünkü, yürütme organı, hakkında “onaylanmanın uygun bulunduğu”na ilişkin kanun çıkmış bir antlaşmayı, siyasal bazı nedenlerle onaylamayabilir; yani kendisine yasama organınca verilmiş yetkiyi kullanmamış olabilir.

Ancak 90. maddedeki düzenleme, bu temel ilkedен ayrılmının sözkonusu olduğu ayrıksı (istisnai) durumların bulunduğunu göstermektedir. Bu ayrıksı durumlarda, yürütme organı, bir yetki kanununa gerek olmaksızın, antlaşmaları onaylayabilmektedir. Bu durumlar da AY m. 90'ın ikinci ve üçüncü fıkralarında düzenlenen iki türe ayrılmaktadır. 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 andlaşmaların yapılmasında 1 inci fıkra hükümü 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 fıkra 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.²⁴

1963 yılında kabul edilmiş olan 244 sayılı kanun²⁵, 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.²⁶ 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 antlaşmalardan 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 dokunsa 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.²⁷

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.

²⁴ Anayasadaki düzenlemenin sözü, bu türe giren antlaşmaların, TBMM'den onaylamının uygun bulunduğuna ilişkin bir kanun çıkarılmasına gerek olmaksızın, onaylanmasına olanak vermektedir. Ancak, içeriği bakımından bu türe giren bir antlaşmanın onaylanması için de, yürütme organınca TBMM'den bir "yetki kanunu" çıkartılması girişiminde bulunmasına engel olmasa gerektir.

²⁵ Milletlerarası Antlaşmaların 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

²⁶ Pazarcı, Hüseyin; Uluslararası Hukuk, gözden geçirilmiş 4.bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s.73vd.

²⁷ Anayasa mahkemesi, E.1963/311,K.1965/12, AYMKD cilt 3, s.67 vd.

Bazı yazarlar “kanun hükmünde” oluşlarına ağırlık vererek, Türk hukuku açısından antlaşmaların kanunlarla aynı düzeyde olduğu görüşündeydi²⁸.

Buna karşılık, antlaşmalarla ilgili olarak “Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulması” yolunun kapatılmasına ağırlık veren yazarlar ise, usulüne göre yürürlüğe konulmuş antlaşmaların kanunlardan daha üst düzeyde olduğunu kabul etmekteydiler.²⁹

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 kazandıramaz.”³⁰

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 bulunduğu ilişkin bir kanun çıkarılmasının gerekli olup olmadığının değerlendirilmesi, uygulamada Dışişleri Bakanlığı’na yapılmaktadır. Dışişleri Bakanlığı, uygun bulma kanununun (yetki kanununun) gerekli olduğu sonucuna varırsa konuyla ilgili bir kanun tasarısı taslağı bu Bakanlıkça hazırlanıp, Başbakanlığa gönderilmektedir.³¹

Anayasaya göre, TBMM’ye kanun teklifi sunma, Bakanlar Kurulu’nun yanı sıra milletvekillerine de tanınmış bir yetkidir (m.88/I). Ancak, uygulamada uluslararası antlaşmaların onaylanmasına ilişkin önerilerin milletvekilleriince değil sadece Bakanlar Kurulunca yapılabileceği kabul edilmektedir.

²⁸ Bkz. Bilir, Faruk; Anayasanın 90. maddesinde yapılan değişiklik çerçevesinde milletlerarası antlaşmaların iç hukuktaki yeri, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fak. Derg., cilt 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.,

²⁹ Türk hukukçuları, “Anayasa – kanun - uluslararası sözleşme” arasındaki altlık-üstlük ilişkisini, daha çok Türkiye’nin taraf olduğu insan hakları sözleşmeleri açısından, özellikle de, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi açısından tartışmışlardır.

³⁰ 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.

³¹ Onaylamanın uygun bulunduğu ilişkin kanun tasarısı, Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü’nün incelemesinden sonra, Bakanlar Kurulu tasarısı olarak TBMM’ne sunulmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Pazarcı, H.; dn.26’da belirtilen yapıt, s.74vd.

Anayasanın, “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 yasalaşma olasılığı genel olarak zayıf görünse de, milletvekillerine Anayasa ile tanınmış bir yetkinin kullanılmasının engellenmesi yerinde değildir. Milletvekillerinin, bu yoldan, siyasal bakımdan hükümeti onaylamaya 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”, Cumhurbaşkanının yetkisindedir. Onaylamanın uygun bulunduğuna ilişkin kanunla, yürütme organına onaylama konusunda bir “görev” değil “yetki” verilmektedir.

4) 2004 yılında eklenen tümcenin çözümlenmesi

A - Giriş

Anayasanın 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.

“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 birbiriyle 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.

Anayasanın 90. maddesine bir tümce eklenmesinin yanısıra Anayasanın 15., 17., 30., 38., 87., 131., 143. ve 160. maddelerinde değişikler içeren Anayasa Değişikliği Teklifinin Genel Gerekçesi, Anayasa Komisyonu raporundaki dizilişle 10 satırdan ibarettir. En temel yasa olan Anayasada köklü değişiklikler öngören bir önerinin dayandığı gerekçelerin çok daha ayrıntılı açıklamalar içermesi beklenirdi. İktidar partisinin grup beş başkanvekili ile 193 milletvekilinin imzalarıyla sunulan değişiklik teklifinin Genel Gerekçesi şöyledir:

“Avrupa Birliğine üye adayı olan Ülkemizin Kopenhag Siyasi Kriterleri bağlamında yerine getirmesi gereken hususlar ile yasal düzenlemeler 24 Temmuz 2003 tarihli Resmî Gazetede 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 yasamız olan Anayasada da değişiklikler yapma zorunluluğu doğurmuştur.”

Anayasanın 90. maddesine bir tümce eklenmesine ilişkin maddenin gerekçesi de şundan ibarettir:

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

Madde gerekçeleri de içinde olmak üzere, gerekçelerin tümü sadece bir sayfaya sığabilmiştir. Anayasanın dokuz maddesinde önemli değişiklikler öngören bir teklifin gerekçelerinin açıklanmasında bu denli “tasarruflu” davranılması, yasama organınca konuya gereken önemin verildiğinden kuşku duyulacak ve yadırganacak bir durumdur.

C - “Temel hak ve özgürlükler” deyimi

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

Ölçüt olarak T.C. 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.

³² Dönem: 22, Yasama Yılı : 2 ,T.B.M.M., (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 Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun Teklifi ve Anayasa Komisyonu Raporu (2/278).

³³ Bu konuyla ilgili olarak üzerinde durulması gereken noktalar için bkz.Başlar, 28. dipnotunda agy. s.309 vd.

Anayasa maddesinin anlatımında gösterilmesi gereken özenin gösterilmediği ve burada kastolunanın 1982 Anayasasındaki “temel hak ve hürriyetler” olduğunu varsayarsak; o zaman da, Anayasanın 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 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 Komisyonundaki görüşmeler sırasında bazı üyelerin önerilen maddeyle ilgili eleştirileri, Komisyon raporuna şu tümcelerle yansıtılmıştır:

“Bu madde üzerindeki görüşmelerde sayısı çok fazla olan milletlerarası andlaşmaları uygulayıcıların bilmesinin zor olacağı, hangi andlaşmaların bu çerçevede değerlendirileceğinin tadad edilmesinin gerekli olduğu üyelerimizce ifade edilmiştir. Ancak bu öneri Komisyonumuzca kabul görmemiş ve çerçeve 7 nci madde Teklifte yer aldığı şekliyle kabul edilmiştir.”³⁵

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

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

³⁴ Bkz. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ek Birinci Protokol, m.1

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

Sonuç olarak, AY m. 90'a eklenen tümcedeki "temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalar" deyimini kapsamına, hangi antlaşmaların girdiğinin saptanmasında çok büyük güçlükler 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 bir çok uluslararası antlaşmanın adında, değişik deyimlerin kullanıldığı görülür: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS) resmi adında, "insan hakları" deyimini yanısıra "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 "ocuk 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, antlaşmanın başlığına bakılarak bir değerlendirme yapmak sağlıklı sonuçlara götürmez.

"Temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşma" deyimini 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. Protokolün 1. maddesi uyarınca temel haklardan sayıldığı anımsanmalıdır. İekli 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 güçlüğünü azaltmayacak, büyük olasılıkla daha da arttıracak; içinden çıkılması zor durumlara yol açacaktır.

"Temel hak ve özgürlüklere ilişkin" antlaşmalar deyimini 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.

³⁶ Yabancı dillerdeki "civil" sözcüğünün Türkçe'ye "medeni" diye çevrilmesinin yerinde olup olmadığı tartışmalıdır. Ancak, konumuzun özüyle ilgili olmayan bu soruna değinmekle yetiniyoruz.

Ç - “Esas alınır” deyimi

Anayasanın 90. maddesine eklenen “esas” alınır deyiminin anlamı nedir? Bu deyimin, 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 andlaşmalar ile kanun hükümlerinin çelişmesi halinde ortaya çıkacak uyumsuzluğun hallinde hangisine öncelik verileceği (abç) konusundaki tereddütlerin giderilmesi amacıyla 90 ıncı 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, anayasakoyucunun “öncelik verilmesi”nden yana olmadığı; bu konunun uygulamadaki yorumlara bırakıldığı biçiminde anlaşılmalıdır³⁷.

V - 90 maddeye eklenen tümce karşısında antlaşmaların ayrılabilceği türler

1) Giriş

Anayasanın 90. maddesinde kullanılmış olan “Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak andlaşmalar” 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

³⁷ Karşı görüş için bkz. Bilir, Faruk; 28. dipnotunda agy. s.88.

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 ayırımdır.

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

Birinci olarak üzerinde durmak istediğim nokta, 90. maddeye eklenen 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 yanyana 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 anlaşılmaktadır³⁹. 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 sözkonusu olabilecek kurallardan biri, bir Türk kanunu, öteki de Türkiye’nin onaylamış olduğu bir uluslararası antlaşma hükmüdür. Ancak, bu noktada “doğrudan uygulanan” (self-executing)

³⁸ Yasa çatışması (kanunlar ihtilafı) sorunları, sadece “yabancılık 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, Rona / Dardağan, Esra; Yasaların Uluslararası Düzeyde Çatışması (Kanunlar İhtilafı), İstanbul Bilgi Üniv. Yay. 2005, s.29.

³⁹ Bu konunun açıklanması için bkz. yukarıda III/4/B –“90. maddeye eklenen tümcenin gerekçeleri

uluslararası antlaşmalarla bu nitelikte olmayan antlaşmalar arasındaki ayrımın gözden kaçırılmaması gerekir.

Doğrudan uygulanabilen antlaşmalar, ulusal yasakoyucunun ayrıca bir düzenleme yapmasına gerek olmaksızın içhukukun bir parçası haline gelen; dolayısıyla, mahkemelerce ve öteki hukuk uygulayıcılarınca 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 içhukuk 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 sözkonusu 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 yorumlanmasında 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 Anayasasının 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 sözkonusu 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 uyumsuzluk (çatışma) çıkması halinde, ek tümce uyarınca, uluslararası antlaşma hükümlerinin “esas alınması” gerektiğini kabul etmek durumundayız. Ancak, burada, yukarıda değindiğimiz “esas alınmamanın” anlamı dışında, incelenmesi gereken önemli bir sorun daha vardır:

1961 Anayasasının 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.

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'de ve ek Protokollerde tanınmış olan hakların ve özgürlüklerin, taraf bir devletçe ihlal edildiğine ilişkin savlar,

⁴⁰ “Anayasa Mahkemesi, asli işlevi olan anayasallık denetimini yaparken, yasa hükümlerinden doğan uyumsuzlukların muhatabı değildir. (...) İşlevselliği, Anayasanın 148. maddesinde açık bir biçimde tanımlanmış ve Anayasaya uygunluk denetimiyle sınırlandırılmıştır. Bu çerçevede Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa normlarıyla bağlılığından 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.;11 no'lu dipnotunda zikredilen makale, s. 93 vd.

belli koşullarla⁴¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne götürülebilmekte ve taraf devlet yargılanabilmektedir. AİHS'nin 46. maddesine göre, taraf devletler Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, kendileriyle ilgili davalarda verilip kesinleşmiş kararlarına 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'nin 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 olarak AİHM önüne götürülürse, ilgili devletin, “insan hakkı ihlalinde bulunmuş olduğu” uluslararası düzeyde bir yargı kararıyla saptanmış olacaktır. AİHM'ce verilip kesinleşmiş bir karar, tazminat ödeme yükümlülüğü getirebilmesinin yanı sıra “yargılamanın yenilenmesi” nedeni olabilmektedir.⁴³

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).

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

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.

Kanımcı, 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 Protokollar 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” olasılığında söz edilebilir; ama AİHS’nin yerleşmiş sistemi içinde (AİHS m.1, m.46 vb.) bu konuda bir geriye dönüş sözkonusu olamaz.

Doğrudan uygulanan ama 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 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? Kanımcı, mahkemenin yükümlülüğü, antlaşma hükmünü “esas almak”tan ibarettir. Bu yükümlülüğün, uluslararası antlaşma hükmüne üstünlük tanımayı her halde ve kesinlikle gerektirdiği söylenemez.

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 yükümlülükten kurtulmuş sayılabilir.

Mahkemenin bu konuda takdirini kullanırken, Anayasanın “Başlangıç”ta belirtilen Türkiye Cumhuriyetinin “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 AIHS bile, belli durumlarda gerek ulusal gerek uluslararası düzeyde, kendi sistemi içinde sağlanan güvencelerden daha özgürlükçü düzenlemelerin bulunabileceğini; yani aşılabileceğini kabul etmiştir (m.53) .

VI- Türkiye Barolar Birliği'nin 2007 Anayasa Önerisi

1) Giriş

22 Temmuz 2007 genel seçimlerinde, oldukça büyük bir oy oranıyla birinci parti olarak çıkan ve rahatça tek başına hükümet kurabilecek sandalye sayısına ulaşan Adalet ve Kalkınma Partisi (AKP) adına, seçim sonrasında yapılan açıklamalarda, bütünüyle yeni bir anayasa yapılması için hazırlıklara başlanacağı duyurulmuştu. AKP 'nin bu konuda açıklanan amacı, 1980 askeri darbesinin kalıntılarının silinmesi ve “sivil” anayasa denilen yeni bir metnin hazırlanması olarak özetlenebilir. AKP sözcüleri, bu amaçlarının gerçekleşmesinde bütün “sivil toplum örgütleri”ni ve benzer kuruluşları, katkıda bulunmaya çağırılmışlardı.

Avukatlık Kanunu⁴⁴ ile kurulmuş olan ve Anayasanın 135. maddesi anlamında bir “kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu” olan Türkiye Barolar Birliği'nin (TBB) yasal görevleri arasında;

“Kanunların memleket ihtiyaçlarına uygun olarak gelişmesi ve yürütülmesi yolunda dileklerde, yayınlarda bulunmak, gerekirse ön tasarılar hazırlamak”; ve “Hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmak ve korumak, bu kavramlara işlerlik kazandırmak”

da sayılmıştır (Avukatlık kanunu,m.110 bent 6 ve 17).

⁴⁴ Kanun nu.1136,kabul t.19 Mart 1969, RG 7 Nisan 1969, 13168, D.5.ter., c.8, s.1694

TBB, bu görevlerinin gereği olarak çeşitli alanlardaki önemli kanun hazırlıklarıyla ilgili toplantılar düzenleyerek ve yayınlar yaparak katkılarda bulunmuştur. Bunlar arasında 2001 yılında hazırlanıp yayımlanmış bir “Anayasa Taslağı Önerisi” de vardı. AKP adına yapılan çağrı üzerine TBB’ce 2007 yılında yeni bir çalışma başlatılmış ve görev verilen uzmanlardan oluşan komisyon⁴⁵, dört ay kadar süren bir çalışmanın sonunda bir metin hazırlamıştır. TBB Yönetim Kurulunca küçük değişikliklerle kabul edilen bu metin “Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi; geliştirilmiş, gerekçeli yeni metin” adıyla, bir kitap olarak kamuya sunulmuştur.⁴⁶ Yayımlanan 413 sayfalık kitapta, hazırlanan 190 maddelik Anayasa Taslağı, genel gerekçe ve madde gerekçelerinin yanısıra, TBB’nin konuyla ilgili olarak 1982 yılında yayımlanmış “tarihsel belge” niteliğinde görüşleri ve önerileri de vardır.

2) TBB Önerisinin konuyla ilgili düzenlemesi

A- Giriş ve önerilen “Ön-denetim” düzeneği

TBB Önerisi, “Uluslararası antlaşmaların onaylanmasını uygun bulma” başlıklı 103. maddesinin son fıkrasında 1961 Anayasası ile kabul edilmiş ve 1982 metni ile yinelenmiş ilkenin benimsendiğini göstermektedir:

“Usulüne göre yürürlüğe konularak Resmi Gazetede yayımlanmış olan her türdeki uluslararası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz.”

Ancak, TBB Önerisinin Gerekçesinde açıklandığı üzere, bu konuda uygulamada duraksama yaratabilen iki noktaya açıklık getirilmiştir: Birinci nokta, antlaşmalara verilen adlarla ilgilidir. “Uygulamada, uluslararası antlaşma niteliğindeki belgelerin tek bir adı yoktur.” “Her türdeki” deyimini ile “içerdiği hükümler açısından uluslararası antlaşma niteliğinde olan ama taşıdığı ad nedeniyle niteliği duraksama yaratabilen metinlerle ilgili sorunların çözüme kavuşturulması amaçlanmaktadır.” İkinci nokta ise, çok daha önemli bir konuya ilişkindir: uluslararası antlaşmaların “kanun” hükmünde olduğu kabul edildiğine; yani yargıçların ve öteki kanun uygulayıcılarının bunları “kanun” gibi uygulamaları beklenildiğine göre, bu metinlerin Resmi Gazetede yayımlanmasının zorunlu olması doğaldır.

⁴⁵ Komisyon, şu kişilerden oluşmuştur: Prof. Dr. Rona Aybay, Prof. Dr. Süheyl Batum, Prof. Dr. Fazıl Sağlam, Prof. Dr. Oktay Uygun, Doç. Dr. Korkut Kanadoğlu, Yard. Doç. Dr. Faruk Bilir, Yard. Doç. Dr. Ece Göztepe ve Av. Teoman Ergül.

⁴⁶ Türkiye Barolar Birliği yayını, yayın nu.131, kanunlar dizisi 5. birinci bası Ekim 2007

TBB Önerisinde de, onaylamanın, TBMM'nce onaylanmanın uygun bulunmasına bağlı olması ilkesi benimsenmiştir: "Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve uluslararası kuruluşlarla bağitlanacak, her türdeki uluslararası antlaşmanın onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı uygun bulmasına bağlıdır" (fıkra 1).

Ancak sonraki fıkralar, bu konuda bir "Ön-denetim" düzeneği kurulduğunu; dolayısıyla da değişik durumların sözkonusu olabileceğini göstermektedir.

Uluslararası antlaşma niteliğindeki metinler, onaylanmadan önce Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulur. Genel Kurulun bilgisine sunulduğundan başlayarak otuz gün içinde Cumhurbaşkanı, metnin Anayasa ile bağdaşmazlığını ileri sürerek Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Bir siyasal parti grubu veya en az yirmi milletvekili de aynı gerekçeyle Anayasa Mahkemesine başvurulabileceği gibi konu hakkında görüşme açılmasını isteyebilir. Hakkında Anayasa Mahkemesine başvurulmayan veya görüşme açılması isteminde bulunulmayan metinlerin onaylanması uygun bulunmuş sayılır.

Anayasa Mahkemesince, Anayasayla bağdaşmaz bulunan uluslararası antlaşma niteliğindeki metinler onaylanamaz. Anayasa Mahkemesince Anayasayla bağdaşmaz bulunmayan veya hakkında görüşme açılmış olan metinlerin onaylanması, onaylanmanın bir kanunla uygun bulunmasına bağlıdır.

Gerekçede bu durum şöyle açıklanmıştır:

Onaylamanın, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin uygun görmesiyle yapılabilmesi ilkesi korunmuş; ancak, bu uygun görmenin herhalde bir kanunla belirtilmesi kuralından, pratik nedenlerle ayrılınmıştır. Türkiye Büyük Millet Meclisi içinde oluşan belli bir uyum ve uzlaşma sonucunda; onaylanması konusunda görüş birliği sağlanmış olan uluslararası antlaşmaların onaylanması için "kanun" çıkarılması gerekmeyecektir. Bu metinlerin onaylanması, ikinci fıkrada öngörülen usul uyarınca, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından "görüşmesiz" olarak uygun görülmüş sayılacaktır. Böylece, tartışma yaratmayan konularda Meclis gündeminin boş yere işgal edilmesi ve kısa sürede onaylanabilecek antlaşmaların onay işleminin gereksiz yere uzaması gibi, uygulamada sıkıntı yaratan bir durum önlenmiş olacaktır.

Ancak, Türkiye Büyük Millet Meclisi içinde, onaylanması için görüş birliği bulunmayan antlaşmalarla ilgili olarak, onaylamanın uygun

bulunduğunun “kanunla” belirtilmesi gerekli olacaktır. Böyle antlaşmalar için, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu’na sunulduktan başlayarak Cumhurbaşkanına, belli sayıdaki milletvekiline veya ana muhalefet partisi grubuna iki olanak tanınmaktadır: Birinci olanak, Anayasa Mahkemesi’ne başvurarak, onaylanması sözkonusu olan antlaşmanın içerdiği hükümlerin Anayasa ile bağdaşırılık açısından değerlendirilmesini istemektir. Bu çeşitli yabancı anayasalarda benimsenmiş olan bir yöntemdir.

Bu “hukuksal” ödenetimin yanında, ikinci bir olanak da şudur: Türkiye Büyük Millet Meclisi’nde görüşme açılarak, konunun “siyasal yerindelik” açısından tartışılması yolu da açık tutulacaktır⁴⁷.

Yapılan başvuru sonucunda Anayasa Mahkemesi’nce, “Anayasa ile bağdaşmaz” bulunan antlaşmalar doğal olarak onaylanamayacaktır. Anayasa ile bağdaşmaz bulunmayan veya üzerinde görüşme açılmış olan antlaşmaların onaylanması ise, onaylamanın “kanunla” uygun bulunmasına bağlı olacaktır.

Uluslararası antlaşmaların, onaylandıktan sonra Anayasa’ya aykırılık nedeniyle iptal edilememesi, devletin uluslararası sorumluluğunun bir gereği sayılmaktadır. Ayrıca, antlaşma hükümlerinde değişiklik yapılması veya antlaşmalardan çekilme gibi hususlar da, niteliği gereği uluslararası hukukun kurallarına bağlı olmaktadır. Dolayısıyla, bu gibi konularda, sorun henüz iç hukuk alanında iken yani onaylanmadan önce, gerek Anayasa’ya uygunluk gerek siyasal yerindelik açılarından denetim yapılmasına olanak veren bir düzen kurulması öngörülmektedir.

Buna karşılık, onaylanması konusunda Türkiye Büyük Millet Meclisi içinde belli bir uzlaşma ve uyum sağlanmış antlaşmalar da hızlı bir usulle onaylanabilecektir.

B- Onaylanması için “kanun” gerekmeyen antlaşmalar

Bazı antlaşmaların, onaylamayı uygun bulma kanununa gerek olmaksızın onaylanmasına olanak veren düzenleme, TBB Önerisinde de benimsenmiştir. Ancak, 1961 Anayasası ile konulan ve 1982 metni ile de benimsenen hükümlere, TBB Önerisinde de, bazı değişikliklerle yer verilmiştir:

⁴⁷ Cumhurbaşkanının, TBMM karşısındaki konumu, Meclis içinde işleyecek olan, uluslararası antlaşmanın “siyasal yerindeliği” tartışmalarını başlatmaya elverişli görülmemiştir. Bilindiği gibi, Cumhurbaşkanı TBMM üyesi olamaz (TBB Önerisi m.114/son f.;1982 Anayasası m.101 son f.) dolayısıyla yasama organı içinde, herhangi bir işlemi başlatma yetkisi yoktur. Cumhurbaşkanının, yasama organını içindeki bir işleme “müdahil” olması, ancak, kabul edilmiş kanunları, bir daha görüşülmek üzere “TBMM’ne geri göndermesinde sözkonusu olabilir (AY m. 89).

(Fıkra IV) “Ekonomik, ticarî veya teknik ilişkileri düzenleyen ve süresi bir yılı aşmayan antlaşmalar, devlet maliyesi bakımından bir yüklenme getirmemek, kişi hallerine ve Türkiye Cumhuriyeti yurttaşlarının yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmamak koşuluyla, Resmi Gazetede yayımlanma ile yürürlüğe konabilir.

(Fıkra V) Uluslararası bir antlaşmaya dayanan uygulama antlaşmaları ile kamunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan ekonomik, ticarî, teknik veya idarî antlaşmaların Türkiye Büyük Millet Meclisi’nce uygun bulunması zorunluluğu yoktur; ancak, bu fıkraya göre yapılan ekonomik, ticarî antlaşmalar ile veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren antlaşmalar, Resmi Gazetede yayımlanmadan yürürlüğe konulamaz.

(Fıkra VI) Türk kanunlarına değişiklik getiren, uygulanabilmesi yeni kanunların yapılmasını gerektiren veya askeri nitelikte yükümlülükler öngören her türdeki uluslararası antlaşmanın bağıtlanmasında birinci fıkra hükmü uygulanır.”

Bu makalede, konunun “ön-denetim”le ilgili yönüne ağırlık verilmesi amaçlandığı için, onaylanması yetki kanunu gerektirmeyen antlaşmalar üzerinde durulmayacaktır. Ancak, özellikle önemli olan bir değişiklik önerisiyle ilgili olarak gerekçeyi aşağıda alıntılıyorum:

“Altıncı fıkra ile yürürlükteki Anayasa’nın 90.maddesinin dördüncü fıkrası hükmünün kapsamı genişletilmektedir. Yürürlükteki Anayasa’ya göre “Türk kanunlarına değişiklik getiren” antlaşmaların herhalde 1. fıkra kapsamında olması, uygulamada yetersiz kalabilmektedir. Var olan Türk kanunlarında herhangi bir değişiklik yapılmasını gerektirmeyen ama Türkiye Cumhuriyeti’nin uluslararası sorumluluğu uyarınca yeni yasal düzenlemeler yapılmasını gerektiren antlaşmaların, kamukoyucu Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin bilgisi dışında bağıtlanması uygun değildir. Öte yandan, askeri yükümlülükler içeren antlaşmaların da, Türk Silâhlı Kuvvetlerinin Başkomutanlığı sıfatının ve bu kuvvetlerin kullanılmasına karar vermek yetkisinin sahibi olan Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin bilgisi içinde olması doğal bir durum sayılmalıdır.”

C- “İnsan hakları” konusundaki antlaşmaların özel durumu

Yukarıda açıklamaya çalıştığım üzere⁴⁸, 1982 metnine 2004 yılında eklenen “temel hak ve özgürlüklere ilişkin” milletlerarası antlaşmalarla ilgili tümce, amaca hizmet edecek nitelikte değildir. Bu nedenle, sözkonusu tümce TBB metninden çıkarılmıştır. Önerilen fıkra şöyledir:

“Türkiye'nin taraf olduğu, münhasıran insan haklarının korunması amacıyla bağutlanan antlaşmalar ile kanunların çatışması halinde ilgili antlaşma hükümleri uygulanır.”

Bu konuyla ilgili gerekçe şöyle açıklanmıştır:

“Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası antlaşmalar arasında “temel hak ve özgürlüklere ilişkin” olanlar ve olmayanlar biçiminde bir ayrımı yeterince açık ve gerçekçi değildir. Özellikle, “mülkiyet”in de “temel bir hak” sayıldığı düşünülduğünde “temel hak ve özgürlükler” deyiminin kapsamı olağanüstü genişletilmiş olacaktır. Aynı durum, ekonomik ve sosyal haklar açısından da sorun yaratabilecektir. Ayrıca, “esas alınma” deyimini de, uygulamaya ışık tutacak bir açıklık taşımamaktadır. Uluslararası antlaşmalarla, kanun hükümlerinin çatışması halinde, hangi hükme üstünlük tanınması gerektiği, öğretide çelişik görüşlerin ileri sürülmesine yol açan tartışmalı bir konu olmuştur. Son fıkra hükmü ile getirilen “münhasıran insan haklarının korunması amacıyla bağutlanmış” olma koşuluyla, hükmün uygulama alanı gerçekçi bir biçimde belirlenmiş ve sınırlanmıştır.”

SONUÇ

1961 Anayasası ile kabul edilen ve günümüzde de geçerli olan kural, “usulüne göre yürürlüğe konulmuş” uluslararası antlaşmaların “kanun hükmünde” sayılmasını gerektirmektedir. Bu hüküm, “bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz” kuralıyla güçlendirilmiştir. Ancak, bu güçlendirmeyi dengeleyecek olan, uluslararası antlaşmanın bir Türk kanunu gibi işlem görmeye başlamadan (yani onaylanmasından) önce Anayasa Mahkemesinin denetimine sunulabilmesine olanak veren “ön-denetim” sistemi, 1961 Anayasasının hazırlık çalışmalarının her aşamasında kabul edilmişken, Temsilciler Meclisi'ndeki ikinci görüşmede kaldırılmış; hiçbir üye söz alıp konuda görüş bildirmemiştir. Sonuçları

⁴⁸ Bkz. Yukarıda III, Anayasanın 90. maddesinin açıklanması 4) 2004 yılında eklenen tümcenin çözümlenmesi.

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 aşırı ölçüdeki "tasarruflu" davranıştır. Anayasanın 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 karşısında, 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, çelişiklere ve tartışmalı durumlara yol açacaktır. "Temel hak ve özgürlükler" deyimini Anayasanın 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 artırmaktadır.

"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.

Anayasa değişikliğinin bu özensiz anlatımı karşısında, ek tümcenin eski durumda önemli bir değişiklik getirmediği söylenebilir, kanısındayım. Öte yandan, temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan ama doğrudan uygulanır (self-executing) niteliği olmayan uluslararası antlaşma hükmünün, uygulamada bir Türk kanunu ile çatışması sözkonusu olamaz; çünkü iki metin 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 düzeneği 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.

TBB'nin önerisi, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası antlaşmalarla ilgili olarak, onaydan önce işleyecek bir "ön-denetim" düzeneği öngörmektedir. Bu düzenek, hem Anayasa Mahkemesi yoluyla işleyecek "yargısal" hem de TBMM içinde işleyecek "siyasal yerindelik" denetimlerini içermektedir. Ayrıca, Cumhurbaşkanınca ve TBMM içindeki siyasal güçlerce sakıncalı görülmeyen antlaşmaların da, yetki kanununa gerek kalmaksızın, hızla onaylanmasına olanak vermektedir.

TBB Önerisinde, AY m.90'a 2004 yılında eklenen tümcenin yarattığı sakıncalı ve duraksamalara yol açan durumlara son vermeyi amaçlayan bir düzenleme de vardır. Öneriye göre, Türk kanunlarıyla çatışma halinde, öncelikle uygulanması öngörülen antlaşmalar, sadece "münhasıran insan haklarının korunması amacıyla bağitlanmış" olanlardır.