

ULUSLARARASI ANTLAŞMALARIN TÜRK İÇ HUKUKUNDAKİ KONUMU VE ETKİLERİ*

Arş. Gör. Ali İbrahim AKKUTAY**

ÖZET

Bu çalışmada, uluslararası antlaşmaların Türk iç hukukunda uygulanmasıyla ilgili temel ilkeler ve tartışmalar incelenmiştir. Önce genel olarak uluslararası antlaşmaların hiyerarşik yeri üzerinde durulmuş, daha sonra 1982 T.C. Anayasası'nın 90. maddesinin son fıkrasına 5170 sayılı yasayla eklenen son cümleden sonraki duruma ve tartışmalara yer verilmiş, konuyla ilgili çeşitli değerlendirmelerde bulunulmuştur.

ANAHTAR KELİMELER

Uluslararası antlaşmalar, 1982 T.C. Anayasası, Hiyerarşi

ABSTRACT

In this study the basic principles of international treaties and the discussions on these treaties in Turkish municipal law were examined. Firstly the hierarchy of international treaties was discussed and then the amendment of article 90 with its effects was argued.

KEY WORDS

International treaties, Article 90 of 1982 Constitution of Turkey, Hierarchy

* Bu çalışma Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünde yapılmış olan "Uluslararası Antlaşmaların İç Hukuka Etkisi" adlı yüksek lisans tezinden üretilmiştir. (AKKUTAY, İbrahim, **Uluslararası Antlaşmaların İç Hukuka Etkisi**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Ankara, 2007)

** Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Umumi Hukuku Araştırma Görevlisi.

Uluslararası antlaşmaların Türk iç hukukunda uygulanması, antlaşmaların normlar hiyerarşisindeki konumuyla ilgilidir. Bu konu T.C. Anayasasının 90. maddesinin son fıkrasında kaleme alınmıştır. Ancak bu fıkra ile ilgili olarak iki farklı dönem gözümüze çarpmaktadır. Bunun sebebi de bu fıkra ile ilgili olarak 07.05.2004 tarihinde eklenen son cümlesidir. Bu hükümle temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar daha farklı bir konuma getirilmiştir.

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların, özellikle de çok fazla gündeme gelmesi sebebiyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin, iç hukukumuzdaki konumu önceden de farklı bir tartışma konusuydu. Ayrıca 2001 yılı Anayasa değişiklikleri yapılırken de uluslararası antlaşmalarla ilgili olarak 90. maddenin son fıkrasında bir değişiklik teklifinde bulunulmuştu. Biz de bu nedenle konuyu 2004 yılında yapılan değişiklikten önce ve sonra olmak üzere ikiye ayırarak inceleyeceğiz.

I. ULUSLARARASI ANTLAŞMALAR GENEL OLARAK TÜRK İÇ HUKUKUNDA YERİ

T.C. Anayasasının 90. maddesi 2004 yılında yapılan değişiklikten önceki düzenlemesiyle, çağdaş anayasaların çoğunun aksine uluslararası hukukla iç hukukun ilişkisi hakkında bir hüküm koymamıştır. Sadece T.C. Anayasası'nın 90. maddesinin son fıkrası¹ usulüne göre yürürlüğe sokulmuş uluslararası antlaşmaların kanun hükmünde olduğunu belirtmiştir; ancak bu açık hükme rağmen fıkranın devamında uluslararası antlaşmaların anayasaya aykırılığı hakkında Anayasa Mahkemesine başvurulamayacak olması hükmünü getirmesiyle uluslararası antlaşmaların kanunların üstünde olduğu görüşü de bazı yazarlar tarafından savunulmuş ve hatta bazı yargı kararlarında da yer almıştır.

Bu noktada sorunu sadece T.C. Anayasası açısından değerlendirmemek gerekmektedir. Karşılaştırmalı hukukta ülkelerin anayasaları ve ulusal yargı kararları dikkate alındığı takdirde, uluslararası hukukta genel geçerli, bir kademelenme ilkesi tespit edebilmek mümkün değildir. Anayasalarda yer alan uluslararası antlaşmaların iç hukuktaki yerine ilişkin açık veya örtülü çatışma kuralları da ya içeriğine ve doğrudan uygulanabilir niteliğine bakılmaksızın, genel olarak uluslararası antlaşmalarla, ya da hukukun genel ilkeleri ile ilgilidir. Özellikle insan haklarının uluslararasılaşması ve küreselleşen dünyada ulus üstü Avrupa Birliği'nin ortaya çıkması, bütünleşebilmek

¹ “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz.”

amacıyla anayasalarda yeni formüller bulunması zorunluluğunu beraberinde getirmiştir.²

T.C. Anayasası'nın 148. maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesi kanunların şekil ve esas bakımından anayasaya uygunluğunu denetlemektedir. Ayrıca aynı madde de kanun hükmünde kararnemelerin de denetleneceği belirtilmektedir. Dolayısıyla kanunların ve kanun gücündeki kararnemelerin anayasaya uygunluğunun denetlendiği bir durumda, anayasanın antlaşmaların açıkça kanun hükmünde olduğunu belirtmesine rağmen Anayasa Mahkemesince denetlenemeyeceğini ifade etmesi, uluslararası antlaşmaların Türk iç hukukunda kanunlardan ve kanun hükmünde kararnemelerden daha üstün bir konumda bulunup bulunmadığı tartışmasını da beraberinde getirmiştir.

Bir başka ifadeyle usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmaların kanun hükmünde olduğu ve Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamama kuralı, uluslararası antlaşmalar arasında bir nitelik farkı gözetmeksizin, genel olarak uluslararası antlaşmalara yönelik ve dolayısıyla hiç de açık olmayan ve dolayısıyla ona öğretinin farklı anlamlar yüklediği bir çatışma kuralıdır.³

Savunulan görüşlerden birisi uluslararası antlaşmaların kanunlardan üstün olduğudur. Bu görüşü paylaşan Mümtaz Soysal, Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasındaki uluslararası antlaşmaların kanunlarla eşit olduğu düzenlemesi tek başına yer alıyor olsaydı bir sorun kalmayacağını, özel hüküm – genel hüküm ilişkisinin araştırılacağını ve sonradan getirilmiş olan düzenlemenin rahatlıkla uygulanabileceğini belirtmektedir.⁴

Edip Çelik de uluslararası antlaşmaların kanundan üstün hatta anayasal nitelikte olduğunu özellikle 2004 yılında yapılan değişiklikten önceki durumda insan haklarına yönelik uluslararası antlaşmalar yönünden kabul etmekteydi. "Biz, 1961 ve 1982 Anayasaları'nın antlaşmaları kanun hükmünde sayan hükümleriyle, anlaşma ile kanunu eşdeğerde tuttuğu görüşüne katılmıyoruz."⁵ dedikten sonra "İnsan Haklarının

² YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, "Mayıs 2004'te Anayasa'nın 90. Maddesine Eklenen Hükümün Türk Anayasalık Blokuna Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme", Bülent Tanör Armağanı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2004, s. 784

³ YÜZBAŞIOĞLU, a.g.m. , s. 785

⁴ SOYSAL, Mümtaz, "Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler", Anayasa Yargısı, C. 2, Ankara, 1985, s. 15

⁵ ÇELİK, Edip, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulanması", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Lütfi Duran'a Armağan, S. 1 – 3, 1988, s. 50

korunmasına yönelik kurallar *jus cogens* nitelikli kurallardır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf olan devletler Sözleşme'nin içerdiği hak ve özgürlükleri yargılarına bağlı bütün kişilere tanımayı kabul ettikleri gibi, iç hukuk düzenlerinde Sözleşme'ye aykırı hukuk kuralları koymamayı ve varolan kuralları da Sözleşme ile uyum sağlayacak biçime getirmeyi yüklenmişlerdir. Avrupa Konseyi üyeleri için Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki hak ve özgürlüklere ilişkin kurallar, olağan hukuksal yükümlülükler olmaktan öteye, bu devlet toplumunun anayasal niteliğindeki kurallardır.”⁶

Bir uluslararası antlaşma yürürlüğe girdikten sonra, kanun hükmünde olması göz önünde bulundurulduğunda, aynı hususu düzenleyen bir kanunu ilga edecektir. Zira *lex posterior derogat legi priori* ilkesi uyarınca sonraki tarihli kanun, önceki tarihli kanunu ilga eder ve öncelikle uygulanır. Mademki uluslararası antlaşma da kanun hükmündedir, o da önceki tarihli kanunu ilga edecektir.

Tam tersi durum son derece ilginç bir boyuttadır. Zira bir uluslararası antlaşma usulüne göre yürürlüğe sokulup uygulanmaya başladıktan sonra, aynı hususta Türkiye Büyük Millet Meclisince kanun adı altında bir düzenleme getirildiği zaman, kanunun uluslararası antlaşmayı ilga etmesi söz konusu olamaz. Hatta antlaşmadan sonra yürürlüğe giren kanun Anayasa Mahkemesi'ne anayasaya aykırılık iddiasıyla götürülebilirken, antlaşma götürülemeyecektir. İşte bu noktada yine uluslararası antlaşmaların kanunlardan üstün olduğu görüşü savunulabilmektedir. Çünkü bu durumda bir başka ilke karşımıza çıkmaktadır: *lex posterior derogat legi in friori*. Yani özel nitelikte hükümler içeren kanunlar, genel nitelikte hükümler içeren kanunlara göre öncelikle uygulanır. Bu durumda antlaşmaların daha sonra çıkarılan kanunlara göre özel hükümler içerdiği, bu sebeple, hiçbir kanunun uluslararası antlaşma metnini ilga edemeyeceğinden hareketle, antlaşmaların kanunlardan üstün olduğu düşünülebilir; ancak özel hükümler içeren kanunların, genel hükümler içeren kanunlara nazaran öncelikle uygulanması, iç hukuk düzenlerinde de o kanuna bir üstünlük tanımamaktadır. Türk iç hukukunda yer alan normlar hiyerarşisine göre kanunlardan üstün olan hukuk kaynağı anayasadır ve özel nitelikte hükümler içeren bir kanunun, diğer kanunlara göre üstünlüğünün kabul edilmesi onu neredeyse anayasa hükmü konumuna getirir. Bu sebeple hiçbir surette bu ilkenin aynı düzeydeki iki hukuk kaynağının uygulanmasını düzenlediği unutulmamalıdır. Paralel bir şekilde düşünerek bu ilkeye başvurulmasının aynı hukuki güce sahip iki hukuk kaynağının uygulanmasını düzenlediğinden hareketle, uluslararası antlaşmaların Türk iç hukukunda kanunlarla aynı güce sahip bulunduğu sonucuna ulaşabiliriz.

⁶ ÇELİK, a.g.m. , s. 55

Uluslararası Antlaşmaların Türk İç Hukukundaki Konumu Ve Etkileri

Soysal, devletin bir uluslararası antlaşmayı imzalayıp, onaylayarak, bu antlaşma metnini kendi açısından hüküm ifade eder bir duruma getirdiğini, antlaşma hükümlerinin iç hukuktaki etkilerini bilerek ve öngörerek bunu yaptığını belirtmektedir. Bu durumda uluslararası antlaşmalara yasalardan biraz farklı, anayasaya yaklaşıcı ve anayasaya yeni bir anlam ve yorum kazandıran bir boyut olduğunu; uluslararası antlaşma hükümlerinin anayasaya aykırılığının ileri sürülebilmesi nedeniyle⁷,

⁷ Anayasa Mahkemesi eski Medeni Kanun'un kocanın izin vermemesi durumunda karının hakimden izin alarak çalışabileceğini düzenleyen 159. maddesini iptal ettiği E. 1990/30, K. 1990/31 no.'lu ve 29.11.1990 tarihli kararında (<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1990/K1990-31.htm>) anayasaya aykırılık savını uyuşmazlığı mahkeme önüne getiren İzmir Sulh Mahkemesi'nin isteği olmadığı halde uluslararası antlaşmalar yönünden incelemiştir. Anayasa Mahkemesi, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve bağlı 7. Protokol, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi ve Avrupa sosyal Şartı'na gönderme yapmıştır. Yalnız Türkiye bu tarihte 7. protokole taraf değildir ve 7. Protokolü kararında tartışması, usulüne göre yürürlüğe konulmuş bir uluslararası antlaşma olmaması itibarıyla Anayasa'nın 90. maddesiyle çelişmiştir. Yalnız yine de Anayasa Mahkemesi Medeni Kanun'un 159. maddesinin uluslararası antlaşmaya değil Anayasa'ya aykırılığına karar vermiştir. Yani uluslararası antlaşmaları destek ölçü norm olarak değerlendirmiş, kanunlardan üstün bir yere koymamıştır. Zaten uluslararası toplumun bir üyesi olarak, uluslararası antlaşma hükümlerinin dikkate alınması kadar doğal bir durum olamaz; fakat sadece imzalanan ve usulüne göre yürürlüğe konulmayan bir uluslararası belgenin dikkate alınması, Anayasa'nın 90. maddesiyle öngörülen amaca aykırıdır. Yalnız yapılan bu saptamanın da Anayasa'nın 138. maddesinin 1. fıkrası hükmünde öngörülen hakim hukuka uygun karar vereceği ilkesine aykırı düşüp düşmeyeceği de bir soru işareti yaratmaktadır; ama yine de pozitif düzenleme itibarıyla hakim yürürlükte olan bir uluslararası antlaşmayı dikkate alması daha yerinde olacaktır.

430 sayılı "Olağanüstü Hal Bölge Valiliği ve Olağanüstü Halin Devamı Süresince Alınacak İlave Tedbirler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname" nin çeşitli maddelerinin iptali savıyla açılan davada, "Anayasa'nın 15. maddesinin birinci fıkrasına göre, olağanüstü yönetimlerde temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının durdurulması ve bunlar için Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı önlemler alınabilmesi, bunların milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklere aykırı olmaması koşulu ile olanaklıdır. Milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler içine öncelikle milletlerarası hukukun genel ilkeleri, sonra da devletin taraf olduğu sözleşmeden doğan yükümlülüklerin girdiği kabul edilmektedir. Şu durumda olağanüstü yönetimlerde kişi hak ve özgürlüklerine getirilecek sınırlandırmaların, önce milletlerarası hukukun genel ilkelerine sonrada Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu sözleşmelere aykırı olmaması gerekir." ve "Anayasa'nın 15. maddesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 15. maddesinin hemen hemen bir yinelenmesidir. Bu nedenle olağanüstü yönetime ilişkin bir düzenleme ile hak ve özgürlüklere getirilen bir sınırlandırma Anayasa'nın 15. maddesine uygun görüldüğünde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne de uygun olacağı kuşkusuzdur." (E. 1991/6, K. 1991/20 no.'lu ve 03.07.1991 tarihli karar) diyerek ilgili kanun hükmünde kararnamenin anayasaya uygunluğunu denetlerken, Anayasa'nın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne uygun olması gerektiği gibi bir izlenim yaratmaktadır. Zira eğer Anayasa'nın 15. maddesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 15. maddesinden farklı bir hüküm içeriyor olsa ve yapılan sınırlandırma anayasaya uygun ve fakat uluslararası antlaşmaya aykırı olsaydı, yine de geçerliliğini koruyacak mıydı? Burada aslında Anayasa Mahkemesi yine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini destek ölçü norm olarak görmüş; ancak kaleme alınış şekli bakımından sanki Anayasa adı geçen Sözleşme'nin yorumlanması için bir destek ölçü normmuş izlenimini vermiştir.

(<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1991/K1991-20.htm>)

4149 sayılı "832 sayılı Sayıştay Kanunu'nun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine ve Bu Kanuna

hükümlerinin anayasayla birlikte düşünülmesi gerektiğini ve anayasanın onlarla birlikte yorumlanmasının daha uygun olduğunu belirtmektedir.⁸

Bunun yanı sıra bazı yazarlarca bir de uluslararası antlaşmaların anayasadan üstün olduğu savunulabilmektedir.⁹ Bu görüşe çeşitli dayanaklar getirilmektedir. Öncelikle Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin uluslararası antlaşmaların yapılması hususundaki yetkilerinin kanunların yapılmasında olduğu kadar geniş olmadığı söylenmektedir. Yani buradan çıkacak sonuç meclisin uluslararası antlaşmaların yapılması esnasında bir iradesinin olmadığıdır. Gerçekten sadece yapılması değil onaylanması aşamasında da meclisin uluslararası antlaşma hükümlerinin bir kısmını yürürlüğe sokmama veya değiştirme hakkı yoktur. Yalnız bu hususun tek başına antlaşmaların anayasadan üstün olduğunu gösterdiğini kolaylıkla söylemek her koşulda mümkün değildir. Zira antlaşmayı onaylama yetkisi yine anayasa ve yasalar tarafından belirlenmiş kurumlar tarafından kullanılabilir. Ayrıca Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin bir uluslararası antlaşmayı tamamen reddetme hakkı da vardır. Bunların dışında bir antlaşmanın belirli hükümlerine çekince de konabilir.

Bazı Maddeler Eklenmesine Dair Kanun'un 8. maddesiyle eklenen ek 11. maddesinin iptalinin istenmesine dair gerekçede Anayasa'nın 90. maddesine aykırılık da savunulmuştur. Gerekçe şu şekildedir: "Ayrıca, Türkiye'nin 21.11.1988'de Strasbourg'da imzalanan, 8.5.1991 tarih ve 3723 sayılı Kanun gereğince 6.8.1992'de 92/3398 sayılı karar ile Bakanlar Kurulu tarafından onaylanan ve 3.10.1992 gün ve 21364 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 'Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'nda da, yerel yönetimlerin mali kaynaklarına, merkezi idare tarafından sınır getirilemeyeceği ve yerel yönetimlerin hizmetlerini yerine getirebilmesi için asgari mali olanaklara sapsız kılınması gerektiği hususları yer almıştır. Bu Şart'ın 'Yerel Makamların Mali Kaynakları' başlıklı 9. maddesine göre T.C. 'mali bakımdan zayıf olan yerel makamların korunmasını sağlamakla, mali yükün eşitsiz dağılımının etkilerini ortadan kaldıracak önlemleri almakla yükümlüdür', üstelik bunu yaparken 'yerel makamların kendi sorumluluk alanlarında kullanabileceği takdir hakkını da azaltamaz' ve bu takdir hakkı 'tam'dır. Belirtilen uluslararası metin TBMM tarafından da kabul edilmiştir ve Anayasa'nın 90. maddesi gereğince, Anayasa'ya aykırılığı bile iddia edilemeyecek, bağlayıcı bir metindir. İptali istenen hüküm, Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu bu uluslararası antlaşmaya da aykırıdır." Anayasa mahkemesi şu kararı vermiştir: "Anayasa'nın 90. maddesinde, uluslararası antlaşmaların yürürlüğe konulmasına ilişkin prosedür gösterilmiş ve usulüne göre yürürlüğe konulan antlaşmaların yasa hükmünde olduğunu belirtmiş olup; dava konusu kuralın Anayasa'nın 90. maddesiyle ilgisi bulunmamaktadır." Aslında dava gerekçesini ileri sürenler burada kanun hükmünün uluslararası antlaşmaya uygunluğunun denetlenmesini istemişlerdir. Anayasa Mahkemesi de dolaylı bir şekilde Anayasa'nın 90. maddesinin kendisine böyle bir yetki vermediğini, bu nedenle 90. maddeye dayanarak bir inceleme yapamayacağını belirtmiştir. Bunu yapmasaydı Anayasa Mahkemesi burada hem kanunların uluslararası antlaşmalara uygunluğunun denetimi yolunu açmış olacak, hem de uluslararası antlaşmaları kanunların üstünde veya anayasal düzeyde bir konuma getirmiş olacaktı. (Bkz. E. 1996/58, K. 1996/43 no.'lu ve 20.11.1996 tarihli karar, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1996/K1996-43.htm>)

⁸ SOYSAL, , a.g.m. , s. 17

⁹ GÜLMEZ, Mesut, "Evet Uluslararası Antlaşmalar Anayasa Üstüdür", Cumhuriyet Gazetesi, 17.06.1998, s. 2

Bir başka dayanak olarak da uluslararası sorumluluk¹⁰ kurumu gösterilmektedir. Yani uluslararası antlaşmayı imzalayan devlet, bu antlaşmaya saygı göstermek, antlaşmanın onaylanması için gerekli önlemleri almak zorundadır. Bunun için iç hukukta gereken düzenlemeler yapılmalıdır.¹¹ Bütün bunlar doğrudur; ancak uluslararası sorumluluk kurumu, ihlaller sonucu gündeme gelen bir kurumdur. Bir antlaşma hükmünün ihlal edilmesi ve bir zararın meydana gelmesi gerekmektedir. Ancak bir devletin sorumluluğunun gündeme gelmesi, o devletin tazminat ödeyecek olmasının gerekmesi, o antlaşmayı kanundan veya anayasadan üstün bir konuma getirmez. Zira uluslararası sorumluluk kurumu, devletlerin antlaşma hükümlerine aykırı düzenlemeler yapmasının önünü kesemez, böyle bir önleyici denetimin yapılabilmesi ancak bu durumun T.C. Anayasasında açıkça kabul edilmesi durumunda mümkündür.

¹⁰ Uluslararası antlaşmalarla ilgili olarak muhtemel sorunlardan birisi de, uluslararası antlaşmalara aykırı davranılması veya uyulmaması durumlarında, devletleri bu antlaşmaya uygun davranmaya zorlayacak mekanizmanın ne olacağıdır. Yukarıda detaylı şekilde üzerinde durulan egemenlik kavramı, devletlerin antlaşmalarla daha çok haklar sağlayıp, daha az yükümlülükler altına girmesi şeklinde davranışta bulunmasına neden olan bir dürtüdür. Dolayısıyla devletler, yükümlülüklerini yerine getirmedikleri zaman daha ağır koşullarla karşılaşacaklarını hissetmelidirler.

İç hukuk düzenlerinde hukuk kurallarına uyulmadığı takdirde yasalarla belirlenen yaptırımlar yine yasalarla belirlenen yöntemlerle uygulanmaktadır; ancak uluslararası hukuk düzeninin yapısı ve yaptırım uygulayacak devlet benzeri bir örgütlenmeye sahip olmaması itibarıyla, uluslararası hukukta tek bir otorite tarafından yaptırım uygulanması çok fazla karşılaşılan bir yol değildir. Bu nedenle uluslararası hukukta, çeşitli baskı yöntemleri ya da kuvvet kullanılması veya cezalandırma yoluyla devletlerin yükümlülüklerine uymasının sağlanması veya kurala aykırı davranan devletin karşı tarafa verdiği zararın etkilerini ortadan kaldırmak için durumu düzeltecek önlemler alması ya da zararı gidermesi (uluslararası sorumluluk) şeklinde iki yöntemle karşılaşılmaktadır.(bkz. PAZARCI, Hüseyin, **Uluslararası Hukuk Dersleri 3. Kitap**, Turhan Kitabevi, Üçüncü baskı, Ankara, 1999, s. 148,149) Egemenlik kavramı ve onun sınırlandırılması ve devri terminolojisi, uluslararası sorumluluk kavramıyla da yakın bir ilişki içerisindedir. Devletlerin egemenlikleri, onlar için uluslararası hukukun bağlayıcı kurallarına aykırı davranma hakkı veren bir kural yaratmaz. (PERKINS, Jon A. , **“The Changing Foundations of International Law: From State Consent to State Responsibility”**, Boston University International Law Journal, Vol. 15, 1997, s. 453) Zira devlet egemenliğinin tek taraflı hakimiyeti, uluslararası hukukun yükümlülüklerine uyacak bir içerik kazanır hale gelmiştir.(TRACHTMAN, Joel P. , **“Reflections on the Nature of the State: Sovereignty, Power and Responsibility”**, Canada – United States Law Journal, Vol. 20, 1994, s. 403) Uluslararası antlaşmalardan kaynaklanan sorumluluğa çok çeşitli davranışlar neden olabilir. Bu nedenlerin neler olduğunun tek tek belirlenmesi son derece zordur, hatta imkansızdır. Zaten tek bir sözleşmede, antlaşmalar hukukuyla ilgili olarak, antlaşma hükümlerinin ihlal edilmesinin sonuçlarının baştan sona bütün ayrıntılarıyla ele alınması ne kodifikasyon taraftarlarınınca ne de daha sonra doktrin ve yazarlar tarafından savunulmuştur.(REUTER, Paul, **Introduction to the Law of Treaties**, Pinter Publishers, New York/London, 1989, S. 150) Bunun en önemli nedeni uluslararası sorumluluk kurumunun, uluslararası hukuka aykırılığa neden olan davranışları düzenleyen yükümlülükler arasında fark gözetmemesidir. Yani uluslararası sorumluluk yükümlülüğün kaynağı ne olursa olsun sadece yükümlülüklerin ihlaliyle ilgilenmektedir. Bu kurumun ayrıca uluslararası antlaşmalar için özel olarak düzenlenmesine gerek yoktur. Aralarında işbirliği bulunuyor olması yeterlidir.)

¹¹ GÜLMEZ, a.g.m. , s. 2

Uluslararası antlaşmalardan kaynaklanan yükümlülüklerle uyulmasını sağlamak amacıyla uluslararası çeşitli denetim mekanizmaları geliştirilmiştir. Bu mekanizmaların kararları yargı kararları gibi bağlayıcı değildir ve iç hukuk düzenlerinde doğrudan etkili olmazlar. Bu denetim mekanizmalarının kararları bağlayıcı olmadığı halde, bu kararlara uygun davranılana kadar baskı unsurları olduğu belirtilmektedir. Zira aykırılıkların antlaşmanın anayasa ve yasalara uygunluğunun sağlanması ile değil, onların antlaşmaya uygunluğunun sağlanması ile giderilebilir olduğu görüşü savunulmaktadır.¹² Zaten bu düşünce uluslararası hukukun gösterdiği gelişim süreci boyunca karşımıza çıkan önceliklerden birisidir. Bununla beraber önceki iki paragrafta da ısrarla üzerinde durulduğu üzere, uluslararası sorumluluk kurumunun ve denetim mekanizmalarının varolması, temel hak ve özgürlüklere ilişkin olmayıp kanunlardan farklı hükümler içeren antlaşmaların yargı organlarında ve idari mercilerde öncelikle uygulanacağı anlamına gelmemektedir. Zira T.C. mahkemeleri önlerine gelen somut olaylara uygulanacak uluslararası antlaşmalar bulunduğu halde, bunları ihmal ederek, kanunu uygulayabilirler. Bu durumun aksini sağlayabilecek ne bir ulusal ne de bir uluslararası düzenleme mevcuttur.

Uluslararası antlaşmaların usulüne göre yürürlüğe konulduktan sonra, iç hukukta bu antlaşmalara uygun davranma yükümlülüğü altına girildiği bir gerçektir. Bu uygun davranma yükümlülüğünün gerçekleştirilebilmesi yollarından birisi de denetim mekanizmalarının caydırıcı yaptırımlar uygulamasıdır. Aslında bu organların daha önceden vermiş oldukları kararları da iç hukukta dikkate almak gerekmektedir. Türk iç hukukunda da Anayasa'nın 138. maddesinin 1. fıkrası hakimlerin hukuka uygun karar vereceklerini belirtmektedir. Sonuç olarak denetim mekanizmalarının karar ve uygulamaları uluslararası antlaşmaların anlam ve niteliğinin ortaya konması araçlarıdır. Dolayısıyla söz konusu karar ve uygulamalar da Anayasa'nın 138. maddesi anlamında hakimlerin uyması gereken hukukun bir parçasıdır. Bununla beraber böylesi bir sonucun uluslararası antlaşmaları anayasa veya kanun üstü bir konuma getirdiği düşüncesine temkinli bir şekilde yaklaşmak gerekmektedir. Zira bu durum, aynı Avrupa Birliği örneğinde olduğu gibi, egemen yetkilerin devri yoluyla gerçekleşebilir. Yalnız ne Anayasa'nın 90. maddesi böyle bir düzenleme getirmiştir, ne de Anayasa'nın 6. maddesi¹³ bu hususa izin verebilecek bir hüküm içermektedir. Zira Anayasa'nın altıncı maddesine göre yasama, yürütme veya yargı organlarına

¹² GÜLMEZ, , a.g.m. , s. 2

¹³ "Egemenlik kayıtsız şartsız milletindir.

Türk Milleti, egemenliğini, anayasanın koyduğu esaslara göre yetkili organları eliyle kullanır.

Egemenliğin kullanılması, hiçbir surette hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz. Hiçbir kimse veya organ kaynağını anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz."

ait bir hususta uluslararası bir merciinin kararının doğrudan uygulanabilmesi, bu durumun anayasadan kaynaklanması şartına bağlanmıştır.

Necmi Yüzbaşıoğlu ise temel hak ve özgürlüklere ilişkin ulus-üstü sözleşmelerin Türk Hukuku bakımından anayasa-üstü olduğunu görüşünü şu şekilde dile getirmektedir: “Biz, bu konuda, **Türk Hukuku** bakımından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi doğrudan uygulanabilir nitelikte olan temel haklara ilişkin ulus-üstü sözleşmelerin ve **Avrupa Birliği Hukukunun** Anayasal veya Anayasa üstü değer taşıdığı görüşlerine katılıyoruz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmaların kanun hükmünde olduğu kuralı ile güdülen amaç, Türk hukukunda kurallar kademelenmesinde antlaşmaların yerini belirlemek değildir. Bu kuralla ulaşılmak istenen asıl amaç Türk hukuk düzeninde uluslararası hukuk – iç hukuk ilişkilerinde tekçi görüşün benimsendiğini vurgulamak ve dolayısıyla antlaşmaların ayrıca ulusal bir hukuk işlemi gerekmez, iç hukuk düzeninde doğrudan uygulanabileceğine ilişkin kuşkuları ortadan kaldırmaktır.”¹⁴ Yalnız burada Avrupa Birliği Hukuku anlamında doğrudan uygulama ve ulus üstülük kavramları çelişmektedir.

Uluslararası antlaşmaların kanun hükmünde olduğu görüşünü savunan Ergun Özbudun¹⁵, Rona Aybay¹⁶ ve Sevin Toluner’e¹⁷ göre Anayasanın son fıkrasının hükmü gayet açıktır. Buna göre antlaşmaları kanun gücünde saymanın doğal sonucu yukarıda bahsettiğimiz ilke uyarınca sonraki tarihte yürürlüğe giren antlaşmanın önceki tarihli kanun hükümlerini ilga etmesi olacaktır. Bu durum üstünlük olarak değerlendirilemez. Ayrıca yasama yetkisi sınırsız olduğuna göre uluslararası antlaşma hükümlerine aykırı kanun yapılmasının önünde bir engel yoktur.¹⁸ Bu konuda yetki tamamen Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne aittir. Bu durum gayet tabii uluslararası hukuk açısından sorunlar yaratabilir, kabul edilmez ve istenilmeyen bir durumun ortaya çıkmasına neden olup Türkiye’nin uluslararası sorumluluğunu gündeme getirebilir. Ancak bunların hiçbirisi yasama organının kanun yapma yetkisini ve gücünü ortadan kaldırmaz. Böylesi bir müdahale ancak Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin yasama yetkisini uluslararası hukukun tanımış olduğu yollarla devretmesi ve ulusüstü bir kuruluşun yasama organının kararlarını doğrudan

¹⁴ YÜZBAŞIOĞLU, a.g.m. , s. 789

¹⁵ ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Sekizinci Baskı, Ankara, 2004, s. 207 vd.

¹⁶ AYBAY, Rona, “**Uluslararası Antlaşmalar ‘Anayasa – Üstü’ mü?**”, Cumhuriyet Gazetesi, 06.05.1998, s. 2

¹⁷ TOLUNER, **Milletlerarası Hukuk ile İç Hukuk Arasındaki İlişkiler**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1973., s. 586 vd.

¹⁸ AYBAY, a.g.m. , s. 2

uygulanması durumunda mümkün olabilir. Bu nedenle uluslararası antlaşmalarla ilgili olarak akılcı ve gerçekçi bir şekilde yapılacak olan yasal düzenlemeler, uluslararası arenada savunulabilir. Dolayısıyla şu anki anayasal ve yasal düzenlemeler karşısında uluslararası antlaşmaların kanun hükmünde olduğunu kabul etmek daha uygundur.

Kemal Gözler de kanunlarla uluslararası antlaşmalar arasında bir hiyerarşi kurulamayacağı görüşünü savunanlardandır. Durumu tamamen Türk iç hukukunun pozitif değerlendirmeleri çerçevesinde ele almaktadır. Ona göre bir uluslararası antlaşmanın onaylanmasının uygun bulunmasına dair kanun ile özel niteliğe sahip bulunmayan kanunlar Meclisin adi çoğunluğu ile kabul edilmektedir ve eğer uluslararası antlaşmalara kanunlardan üstün ve dolayısıyla anayasal bir değer tanınacaksa, uluslararası antlaşmaların onaylanmasının uygun bulunmasına dair kanunların meclisin adi çoğunluğu ile değil, üçte iki çoğunluğu ile kabul edilmeleri gerekir. Bu husus, meclisin adi çoğunluğu ile dokunamayacağı anayasaya, uluslararası antlaşmalar vasıtasıyla dokunması anlamına gelir ki; bu husus anayasanın üstünlüğü ilkesini zedeler ve T.C. Anayasası'nın sert anayasa olma özelliğiyle bağdaşmaz.¹⁹

Hukuk mantığı içerisinde bir uluslararası antlaşmaya taraf olunmasının, yükümlülükler yüklenilmesinin, uluslararası hukuku öncelikle uygulanması gereken bir konuma getirdiği ortadadır. Uyulmayacak yükümlülükler altına girilmesi çok da anlamlı değildir. Bu nedenle uluslararası antlaşmaların yasalardan üstün olması gerektiği görüşü savunulabilir. Ancak böylesi temenniler veya hukuk mantığı yoluyla ulaşılan çıkarımlar, pozitif hukuk düzeni içerisinde varolan durumu değiştiremez. Anayasa'nın 90. maddesi açıkça uluslararası antlaşmaların kanun hükmünde olduğunu belirtmiştir ve aksinin savunulması için ancak Polonya²⁰ ve Slovenya²¹

¹⁹ GÖZLER, Kemal, "Milletlerarası Andlaşmalara Kanun Üstü Bir Değer Tanınabilir mi?", <http://www.anayasa.gen.tr/madde90.htm>

²⁰ Polonya, anayasasının doksanmıncı ve doksan birinci maddelerinde değişikliğe gitmiştir. Buna göre Polonya Cumhuriyeti, Polonya Anayasası'nın doksanmıncı maddesi uyarınca belli bazı konularda, uluslararası antlaşmalar gereğince bir uluslararası örgüte veya uluslararası kuruluşa devlet otoritesinden kaynaklanan bir takım yetkilerini devredebilecektir. (KELLERMANN, Alfred E. , "Türkiye'nin AB'ne Entegrasyon Sürecinin Anayasal Boyutları – Ortaklık Anlaşmasının Katılım Öncesi Etkisi – Katılım ve Ulusal Anayasalar", Avrupa Birliği'ne Katılımın Ulusal Hukuk Düzenleri Üzerindeki Etkisi (Hukuksal Mülahazalar ve Olay İncelemeleri, T.C. Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü, 12 – 13 Aralık 2003, Böl. 3, s. 6) Ayrıca doksan birinci maddesi uyarınca, onaylanan bir uluslararası antlaşma, Resmi Gazete'de yayımlandıktan sonra iç hukuk düzeninin bir parçası olmakta ve uygulanması bir yasayı gerektirmedikçe doğrudan uygulanmaktadır. Bir yasanın antlaşmayla çatışması durumunda antlaşma hükümleri doğrudan uygulanmaktadır. Polonya Anayasası her ne kadar Avrupa Birliği'ne ya da Avrupa Topluluklarına gönderme yapmıyorsa da Avrupa bütünlüğünün doğrudan uygulanabilir kurallar içeren kurucu antlaşmalarının iç hukuk düzeninde geçerliliğinin tartışılmasını önlemiş olacaktır. (ODER, Bertil Emrah, "Avrupa Birliğinde Çokmerkezli Anayasacılığın Yapısal Sorunları: Yetki Çatışmaları ve İkincillik İlkesi Işığında Türkiye İçin Karşılaştırmalı Gözlemler" , Anayasa Yargısı, C. 22, Ankara, 2005, s. 181)

²¹ Slovenya'nın Avrupa Birliği'ne üyeliği sürecinde egemenlik yetkilerinin devredilmesiyle ilgili

anayasalarında yapıldığı gibi değişiklik yoluna gidilmeli ve uluslararası antlaşmaların ve uluslararası kuruluşların kararlarının Türk iç hukukunda doğrudan uygulanacağı yönünde düzenlemeler getirilmelidir. Bunun dışında aşağıda inceleyeceğimiz 5170 sayılı Kanunla Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına eklenen son cümlede olduğu gibi, uluslararası antlaşmaların uygulamadaki yeri açıkça belirtilmelidir. Bu yapılmadıkça uluslararası antlaşmalar sahip olduğu ayrıcalıklara rağmen kanun hükmündedir.

Uluslararası antlaşmaların kanunlardan veya Anayasa'dan üstün olduğu görüşleri, uluslararası antlaşma hükümlerine uyulması sorunu ile bu kuralların iç hukuktaki değeri sorunu arasında ayırım yapamamaktan kaynaklanmaktadır. Oysa uluslararası antlaşmaların başlıca kaynağını oluşturduğu uluslararası hukuk çerçevesinde doğan yükümlülükler uylumamasının olağan sonucu, yükümlülüğünü yerine getirmeyen devletin uluslararası sorumluluğunun kabulü olmaktadır. Aynı şekilde insan haklarıyla ilgili uluslararası antlaşmalar hususunda da, insan haklarının uluslararası düzeyde korunması mekanizmaları da, uluslararası sorumluluk kurumundan bir takım farklılıklar göstermekle birlikte, sonuçta insan hakları ile ilgili uluslararası antlaşmalara aykırılığı saptama, bu durumun düzeltilmesini isteme ve gerekirse zarar giderim ödenmesine karar verebilme olanakları ile donatılmıştır.²²

Değişiklikten önceki durumla ilgili son olarak, Anayasa'nın 90. maddesi dışındaki, uluslararası hukuka ve uluslararası antlaşmalara göndermede bulunulan maddeleri üzerinde duracağız. Anayasa'nın 15. maddesinin 1. fıkrası savaş seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hal durumlarında uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerin ihlal edilmemesi şartıyla temel hak ve özgürlüklerin sınırlanabileceğini, 16. maddesi yabancılar için temel hak ve özgürlüklerin uluslararası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabileceğini, 42. maddesi

çeşitli araştırmalar yapılmış ve pek çok tartışma yaşanmıştır. Sovyet Bloku'nun dağılmasından sonra kendisini ilk kez ulusal egemenliğe sahip bir ülke olarak bulan Slovenya, egemenliğini bir ulus-üstü kuruluşa devretme konusunda halkının karşı çıkışı ve bu konudaki katı tutumuyla karşılaşmıştır. (LINDSTORM, Nicole, "Rethinking Sovereignty: The Politics of European Integration in Slovenia", Fletcher Forum of World Affairs, Vol. 24, 2000, s. 37) İşte bunun önüne geçmek ve Avrupa Birliği üyeliğini gerçekleştirebilmek için de anayasasında değişikliğe gitmiştir. Buna göre anayasasında belirtilen sınırlar dahilinde egemenliğe dair yetkilerini devredebilecektir. Yalnız Sloven Anayasası örgütlerin yetki devrine neden olan düzenleyici işlemleri neticesinde hükümetin ulusal meclisi bilgilendirmesi gerektiğini, ve ulusal meclisinde alınan bu kararlarla bağlı olacağını belirtmiştir. Ayrıca iç hukukunda yapacağı yasalar ve düzenleyici işlemler önceden onayladığı ve yayınladığı antlaşmalara uygun olmak zorundadır.(KELLERMANN, a.g.e. , s. 9,10)

²² PAZARCI, Hüseyin, "Türk Hukukunda Andlaşmalar ile Yasaların Çatışması", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni - Sevin Toluner'e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi, Y. 24, S. 1 – 2, 2004, s. 655

uluslararası antlaşmalarla düzenlenen durumlar saklı kalmak kaydıyla eğitim ve öğretim kurumlarında okutulacak yabancı diller ile yabancı dille eğitim ve öğretim yapan okulların tabi olacağı esasların kanunla düzenleneceğini, 92. maddesinin 1. fıkrası uluslararası antlaşmaların gerektirdiği haller dışında Türk askerinin yabancı ülkelere gönderilmesine veya yabancı askerin Türkiye'ye gelmesine Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin izin vereceğini düzenlemektedir.

“Belirli konulardaki bu istisna nitelikli yollamalar nasıl yorumlanmalıdır? Sözü edilen konuları düzenleyen uluslararası hukuk ya da antlaşmaların bağlayıcılık gücü ve kurallar sıralamasındaki yeri nedir? 90. maddede antlaşmaların onaylanması ve usulüne göre yürürlüğe konması için aranan koşullar, bu yollamalar için de geçerli midir?”²³

Öncelikle Anayasa'nın bu maddelerde bahsedilen hususlarla ilgili olarak uluslararası hukuk ve uluslararası antlaşma kurallarını doğrudan iç hukukla birleştirdiği, başka hiçbir işlem yapılmasına gerek olmadığı, usulüne göre yürürlüğe koymayı doğrudan Anayasa'nın yaptığı düşünülebilir.²⁴ Yüzbaşıoğlu'na göre 1982 Anayasası'nda, Türk hukuk düzeninde uluslararası antlaşmaların normlar hiyerarşisindeki yerini belirlerken, Anayasa'nın 90. maddesinin yanında, Türk hukukunu uluslararası hukuka açan Anayasa'nın 15. , 16. , 42. ve 92. maddeleri de göz önünde tutulmalıdır. 16. , 42. ve 92. maddeler de belirtilen konulara ilişkin kurallar getiren uluslararası antlaşma hükümleri garanti altına alınarak bunlara anayasal bir değer verilmiştir. 15. maddenin yorumundan çıkan sonuçta insan haklarına ilişkin ulus üstü veya uluslararası antlaşmaların anayasa üstü olduğudur.²⁵ Bununla beraber göz önünde tutulması gereken husus usulüne göre yürürlüğe koyma işleminin Anayasa'nın 90. maddesine ve 244 sayılı Kanun hükümlerine göre yapılmasının gerekli olduğudur. Dolayısıyla bu maddelerde adı geçen yükümlülükler Türkiye'nin usulüne göre yürürlüğe koyduğu uluslararası antlaşmalardan kaynaklanan yükümlülüklerdir.

Zaten 90. madde göz ardı edilirse uluslararası antlaşmaların yasama organının iradesi olmaksızın, veya hiçbir iç hukuk işlemi yapılmaksızın doğrudan etkili olduğu sonucuna ulaşılır. Doğrudan etkisi olan uluslararası antlaşmalar da iç hukuka üstün tutularak uygulanırlar. Böylesi bir durumda uluslararası antlaşmaların kanunların

²³ GÜLMEZ, Mesut, **İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa md. 90/son) adlı paneldeki bildiri**, TBB İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını, Ankara, 2005, s. 55

²⁴ GÜLMEZ, a.g.m.(2005), s. 55

²⁵ YÜZBAŞIOĞLU, a.g.m. , s. 790

yanı sıra anayasadan da üstün tutulması gerekir.²⁶ Halbuki bu hususta sadece 90. madde değil Anayasa'nın egemenlikle ilgili maddeleri de engel teşkil eder.

Dolayısıyla denebilir ki, uluslararası antlaşmaların herhangi bir iç hukuk düzeninde kanunlardan üstün olduğunu ve onlara aykırı kanunların bir hiyerarşi düzeni içerisinde uygulanamayacağını ileri sürmek ya uluslararası hukukun iç hukuka üstünlüğünü kabul eden tekçi görüşü açıkça benimseyen devletler bakımından geçerli olacaktır. Yani iç hukukunda belirtilen ilkeleri kabul etmemiş olan Türkiye için bir antlaşmaya uyulması gerektiği görüşü, yalnızca uluslararası hukuk düzeyinde geçerli olup, bunun da yaptırımı uluslararası sorumluluk olmakta ve kendiliğinden iç hukuk düzeninde uluslararası antlaşmaları yasaların veya anayasanın üstüne yerleştirememektedir.²⁷

II. 07.05.2004 TARİHİNDE 5170 SAYILI KANUNLA YAPILAN DEĞİŞİKLİKTEN SONRAKİ DURUM

Kanunlarla uluslararası antlaşmaların hiyerarşik konumu üzerindeki tartışmalara neden olan hususlardan birisi de temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan uluslararası antlaşmaların kendine has özellikleridir. Zira uluslararası hukukta temel hak ve özgürlüklere ayrı bir önem verilmekte ve bu konuyla ilgili çok çeşitli düzenlemeler yapılmaktadır.

Türkiye açısından bu durumun önemi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf olmasından itibaren ve özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin vermiş olduğu yüklü tazminat kararlarının uygulanmasının zorunluluğu karşısında ayrı bir boyut kazanmış durumdadır. İşte bu aşamada temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların Türk iç hukukundaki konumuyla ilgili olarak Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına²⁸ yeni bir cümle eklenmiştir. Buna göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir uluslararası antlaşma, Türk iç hukukunda yer alan bir kanunla aynı konuda daha farklı bir düzenleme getirmişse, antlaşmada yer alan düzenleme esas alınacaktır. Aslında madde metninde geçen "esas alınacaktır" ifadesinin anlamı konusunda da şüpheye düşülebilmektedir. Bu ifadeden antlaşmaların kanunlara üstün tutulduğu mu anlaşılmalıdır yoksa kanunlara göre öncelikle uygulanacağı mı? Buradan acaba uluslararası antlaşmalara aykırı kurallar içeren kanunların ya

²⁶ GÜLMEZ, a.g.m.(2005), s. 55

²⁷ PAZARCI, a.g.m., s. 656

²⁸ "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır."

da kanundaki kimi hükümlerin artık geçersiz olduğu ve uygulanmaması gerektiği sonucuna ulaşılabilir mi?²⁹

Daha çok Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne uyumu sürecinde Anayasa'nın egemenliğe ilişkin altıncı maddesiyle birlikte tartışılan 90. madde, orijinal haliyle, Avrupa Birliği normlarının, Birliğin öngördüğü biçimde Türkiye'de uygulanmasını imkansız kılmaktaydı.³⁰ Özellikle Birliğe üye ve üye olmaya aday ülkelerin anayasalarında uluslararası hukuka öncelik tanıyan düzenlemeleri birbiri ardına kabul etmesi karşısında, Türkiye'nin de bu yolda bir düzenlemeyi geciktirmeden hayata geçirmesi gerekiyordu, bu şekilde bir düzenleme teknik anlamda Avrupa Birliği üyeliğinin ön şartı olarak ortaya konuyordu. Bu nedenle bu düzenleme ilk kez 2001 yılında yapılan anayasa değişiklikleri sırasında gündeme gelmiş, her türlü uluslararası antlaşmanın kanunlardan üstün olduğu şeklinde bir düzenleme getirilmesi düşünülmüş ancak daha sonra bu değişikliğin yapılmasına sıcak bakılmamıştır.³¹

2004 yılında 90. maddede yapılan değişikliğin gerekçesinde de bu hususlara yer verilmiştir: "Avrupa Birliği'ne üye adayı olan ülkemizin Kopenhag siyasi kriterleri bağlamında yerine getirmesi gereken yasal düzenlemeler, 24.07.2003 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 'Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Ulusal Program'da belirlenmiş bulunmaktadır. Bir taraftan İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Avrupa Sözleşmesi, 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

²⁹ GÜLMEZ, Mesut, "Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri", TBBD, S. 54, 2004, s. 151

³⁰ Anayasa'nın 90. maddesinde yapılacak değişikliklerle ilgili, değişiklik yapılmadan önce önerilen düzenlemelerin bazılarında uluslararası antlaşmaların kanunlardan açıkça üstün olduğunun belirtilmesi ve Anayasa Mahkemesi'ne kanunların uluslararası antlaşmalara uygunluğunu denetleme yetkisinin tanınması önerileri getirilmekteydi. Örneğin TESEV'İN web sitesinde yer alan bir öneri şu şekildedir: "Anayasa'nın 90. maddesinin halihazırda mevcut bulunan 5 fıkrası aynen muhafaza edilmek suretiyle anılan maddeye aşağıdaki hükümler 6. ve 7. fıkralar şeklinde eklenmelidir:

'T.C. Devleti'nin uluslararası kuruluşlarla, insan haklarının alanını genişletmek, bu hakların güvencelerini güçlendirmek ve demokrasinin geleceğini korumak amacı ile yaptığı antlaşmalar, Türk hukuk sisteminde kanunların üzerinde bir yere sahiptir. Bunlar aleyhine anayasaya aykırı oldukları gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne dava açılmaz.

Kanunların 6. fıkrada tasrih olunan milletlerarası anlaşmalara esas yönünden uygunluk denetimini yapma yetkisi Anayasa Mahkemesi'ne aittir.' " (BATUM, Süheyl; ÖZBUDUN, Ergun; YAZICI, Serap ve SOFOUOĞLU, Cem, "Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin Avrupa Birliği'ne Üyeliğini ve Türk Hukuk Sisteminin Birliğin Hukuk Düzenine Uyumunu Sağlamak Üzere Önerilen Anayasa Değişikliği Teklifi", <http://www.tesev.org.tr/90madde.php>)

³¹ GÖNENÇ, Levent, "2004 Anayasa Değişiklikleri", Güncel Hukuk, S. 7, İstanbul, Temmuz 2004, s. 47

kriterleri seviyesine çıkarılması amacıyla kanunlarımızda düzenlemeler yapılması ihtiyacı, temel yasamız olan anayasamızda da değişiklikler yapma zorunluluğunu doğurmuştur.”³²

Gereğe bu şekilde kaleme alınırken, anlam bakımından ince bir fark gözlerden kaçmaktadır. Avrupa Birliği’ne üyelik sürecinde, üye devletler veya aday ülkeler Toplum Hukuku’nu iç hukuk düzenlerinde doğrudan uygulayabileceklerini belirtecek şekilde değişiklikler yapma yoluna gitmişlerdir. Bir başka ifadeyle yapılan değişiklikler ulus-üstü bir kuruluş olan Avrupa Birliği’ne devletlerin egemenlik yetkilerini devretmeleri sonucunu doğurmaktadır. Halbuki T.C. Anayasası’nın tamamı göz önünde bulundurulduğu takdirde egemenlik yetkilerinin devrinin mümkün olmaması bir tarafa, sadece temel hak ve özgürlüklere ilişkin değişiklik yapılması da tek başına yeterli değildir; çünkü Toplum Hukuku bir bütün olarak ele alınır ve sadece temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaları değil her alandaki Toplum düzenlemelerini, direktifleri ve yargı kararlarını da kapsar.

Burada önemli olan nokta eklenen son cümlenin, değişen egemenlik anlayışını ulus-üstü hukuka, uluslararası hukuka ve iç hukuka yansıtıp yansıtmadığı; ulus-üstü hukuk – iç hukuk arasında sağlıklı bir kademelenme kurulup kurulmadığıdır.³³

T.C. Anayasası ise 6., 7., 8., ve 9. madde hükümleriyle egemenlik yetkisinin kayıtsız şartsız millette olduğunu belirttikten sonra yasama, yürütme ve yargı erklerini kimlerin kullanabileceğini açıkça ifade etmiştir. Anayasa’nın şu anki düzenlemeleri karşısında bu erklerin bir başka uluslararası veya ulus-üstü kuruluşa devredilebilmesi mümkün görünmemektedir. İleride Türkiye’nin olası üyeliği gerçekleşirse, bu normların iç hukuka doğrudan ve üstün bir biçimde uygulanabilmesi için çok kapsamlı Anayasa değişikliklerine ihtiyaç duyulacaktır.³⁴

Bu sebeplerden ötürü temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalara tanınan ayrıcalığın nedeni sadece Avrupa Birliği’ne üyelik sürecinde aranmamalıdır. Sonuç olarak dünyanın ve dolayısıyla hukukun küreselleştiği günümüzde, insan hakları kavramının gelişimi ve uluslararasılaşması da göz önünde bulundurulmalıdır. Değişen egemenlik anlayışı ve küresel dünya düzeni, insan hakları hukukuna ayrı bir önem vermeyi gerektirmiş ve bunun sonucunda da T.C. Anayasasında yapılan

³² regal//eskiler/2004/05/20040522.htm

³³ YÜZBAŞIOĞLU, a.g.m. , s. 783

³⁴ ÖZOK, Özdemir, **İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa md. 90/son) adlı paneldeki bildirisi**, TBB İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını, Ankara, 2005, s. 9

değişiklikle, T.C. iç hukukunda temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalara ayrıcalık tanınmıştır.

Bu noktada gözümüze bir çelişki çarpmaktadır. Anayasa'nın başlangıç bölümü; "...Her Türk vatandaşının **bu Anayasadaki** temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak..." demektedir. Yani Anayasa başlangıç hükümlerinde insan haklarını evrensel olarak insan olmanın gereği olarak görmeyip, anayasal bir kural şeklinde nitelerken, 90. maddeyle evrensel insan hakları hukukuna uyum sağlamaya çabalamaktadır.

Yapılan bir başka hatalı değerlendirme de kamuoyunda fazla yer alması sebebiyle bu değişikliğin sanki sadece Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni göz önünde tutarak gerçekleştirildiği noktasından hareketle yatmaktadır. Aslında bu yanlış da, değişikliğin yalnızca Avrupa Birliği üyeliği çerçevesinde gerçekleştirildiğini düşünmekten kaynaklanmaktadır. Oysa Türkiye'nin usulüne göre yürürlüğe sokmuş olduğu bütün temel hak ve özgürlüklere ait uluslararası antlaşmalar ayrıcalığa kavuşturulmuştur.³⁵

İnsan hakları hukuku uluslararasılaşma süreci içerisindedir. Tarihe yön veren olaylar sonucunda birey kavramı, devlet kavramına nazaran daha ön planda tutulmaya başlanmış ve insan hakları hukuku evrensel normlar temeline oturtulmaya çalışılmıştır. 1215 tarihli Manga Carta Libertatum(Büyük Hürriyet Fermanı), 17. ve 18. yüzyıllarda yayınlanan Hollanda Bağımsızlık Bildirisi, İngiltere İnsan Hakları Bildirisi, Amerika Birleşik Devletleri Bağımsızlık Bildirisi ve Fransa'da yayınlanan İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisiyle bireyin korunması, hak ve özgürlüklerinin teminat altına alınması amaç edinilmiş, buna yönelik kurallara yer verilmiştir.³⁶ Bu hareketler halk tabanlı olmakla beraber uluslararası sonuçlar doğurmuştur. Önceleri kendi iç hukuklarında etkili olmuş, devletlerin kendi egemen yetkilerinin

³⁵ Örneğin: Irk Ayrımcılığının Tüm Biçimlerinin Kaldırılması Uluslararası Sözleşmesi, Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi, Kadınlar Hakkında Tüm Ayrımcılık Biçimlerinin Kaldırılması Sözleşmesi, İşkence ve Başka Zalimce, İnsanlık Dışı ya da Onur Kırıcı Ceza ya da Davranışlara Karşı Sözleşme, Çocuk Hakları Sözleşmesi, Zorla Çalıştırma Sözleşmesi, Sendika Özgürlüğü ve Sendika Hakkının Korunması Sözleşmesi, Örgütlenme Hakkı ve Toplu Pazarlık Sözleşmesi, Ücret Eşitliği Sözleşmesi, Zorla Çalışmanın Kaldırılması Sözleşmesi, Zorla Çalıştırma Sözleşmesi, Örgütlenme Hakkı ve Toplu Pazarlık Sözleşmesi, Ayrımcılık Sözleşmesi, Asgari Yaş Sözleşmesi, Çocukların Çalışmalarının En Kötü Biçimlerinin Kaldırılması ve Yasaklanması Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 1 no'lu Protokol, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 6 no'lu Protokol, Avrupa Sosyal Şartı, Sosyal Güvenlik Avrupa Kodu, Sosyal Güvenlik Avrupa Sözleşmesi vb. (ÖZOK, a.g.m., s. 11,12)

³⁶ ÇETİNKAYA, Ender, **İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa md. 90/son)** adlı paneldeki bildirisi, s. 14

sınırlandırılması sonucunu doğurmuştur. Daha sonra ise uluslararası ve ulus-üstü insan hakları hukukunun oluşum sürecinde önemli roller oynamışlardır.

Günümüzde üzerinde ortak kabullere varılmış bir temel haklar dönemi yaşanmaktadır. Bununla birlikte devletlerin uygulamaları arasında her zaman bir yeknesaklık olamamaktadır, her devletin kendine özgü bir anlayışı olabilmektedir. Bu husus, gelişen ülkeler açısından bir bakıma zorunluluktur. Bu devletler gelişme koşullarına uygun bir temel haklar kuramı benimseyerek rahat etmek istemektedirler. Yalnız artık kendi anlayışlarına göre değil, ortak uluslararası hukuk kuralları bağlamında serbest oldukları da açıktır.³⁷ Türkiye de uluslararası hukuk düzeninin bir parçası olarak 2004 Anayasa değişikliğinden sonra temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaları kanunlardan üstün tutmak yolunu benimsemiştir.

Yapılan değişikliğin çok anlam ifade etmediği de savunulan görüşler arasında yer almıştır. Bu görüşe göre Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan “insan haklarına saygılı” hukuk devleti ilkesi ile Anayasa'nın 15. maddesi gereğince savaş, seferberlik, sıkıyönetim ve olağanüstü hal dönemlerinde temel hakların kullanılmasına ve durdurulmasına yönelik uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerin ihlal edilemeyecek olması, olağan dönemlerde uluslararası insan hakları antlaşmalarının dolaylı olarak üstün tutulmasına olanak tanımaktadır ve getirilen değişiklik sadece temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşma hükümlerine öncelik vermede çekingen davranan yargı mensuplarının doğrudan bu antlaşma hükümlerini uygulamasına kolaylık sağlayacak niteliktedir.³⁸ Hiç şüphesiz Anayasa, uluslararası toplumun bir üyesi olarak ve dünyadaki anlayış doğrultusunda temel hak ve özgürlükler yönünden birtakım ayrıcalıklar tanımıştır. Bunun yanı sıra taraf olduğu uluslararası antlaşmalarla da yükümlülükler altına girmiştir ve bu yükümlülükleri uygulamaması durumunda sorumluluğu gündeme gelecektir. Zaten bunlar uluslararası hukukun özünde varolan hususlardır; fakat temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların kanunlardan üstün olması, bu üstünlük iç hukukta açıkça belirtilmedikçe savunulamaz. T.C. Devleti, imzalamış olduğu bütün antlaşmalara uygun davranmakla yükümlüdür.

Türkiye, Anayasası'nın 90. maddesinde, dünya düzenine uyum sağlayabilmek amacıyla bu değişikliğe gitmiştir; ancak bu düzenlemenin hem Anayasa'nın

³⁷ AKILLIOĞLU, Tekin, “**Temel Haklar Gelişmesi Üzerine Bazı Düşünceler**”, Ankara Üniversitesi Siyasa Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 44 , S. 1 – 2, s. 161

³⁸ BAŞLAR, “**Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine**”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni - Sevin Toluner'e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi, yıl 24, S. 1 – 2, 2004, s. 299

90.maddesinde yer alan hükümlerle hem de Anayasa'nın diğer maddeleriyle uyumlaştırılmasına çok fazla çaba harcamamıştır. Ayrıca uluslararası hukuk sistemi göz önüne alındığı zaman ortaya çıkabilecek uygulamayla ilgili bir takım sorunlar üzerinde de çok fazla durmamıştır. Bütün bunlar da uygulamada çıkabilecek sorunların irdelenmesini gerektirmektedir.

Öncelikle Anayasa'nın 90. maddesinin birinci fıkrasına göre uluslararası antlaşmaların onaylanması usulünde esas kural, onaylamayı Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin bir kanunla uygun bulmasıdır.³⁹ Adı geçen maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında ise bu kuralın istisnaları bulunmaktadır. İşte bu noktada TBMM'nin iradesi olmaksızın yürürlüğe giren bazı uluslararası antlaşmaların, TBMM'nin iradesinin ürünü olan yasalar karşısında üstünlük kazanması söz konusu olabilecektir ki yürütme organının yasama organından geçiremeyeceğini düşündüğü düzenlemeleri bu yolla yasama organının iradesinden kaçırmaya çalışması mümkündür. Bu uygulama da yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesiyle çelişecektir.⁴⁰ Ayrıca yasama organı ile yürütme organı arasındaki kuvvetler ayrılığı ortadan kalkacaktır. Bu konuda bazı ülkelerin anayasalarında koruyucu düzenlemelerin yer aldığı görülmektedir.⁴¹

³⁹ Onaylamanın uygun bulunmasına dair kanun tasarısı Dışişleri Bakanlığınca hazırlanır ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sevk edilmek üzere Bakanlar Kuruluna sunulur. Dikkat edilirse, onaylamanın uygun bulunmasına dair kanun tasarısı doğrudan Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerince yapılamamaktadır, bu yetki Bakanlar Kurulundadır. Milletvekillerinin onaylanmanın uygun bulunmasına dair kanun teklif etme yetkilerinin önünde herhangi bir anayasal engel bulunmamaktadır. Bununla beraber Anayasa ve 244 sayılı Kanun uluslararası antlaşmaları imzalama ve onaylama yetkisini Bakanlar Kurulu'na ve ilgili diğer yetkili kişilere vermiştir. Yani imzalanan ve onaylanan bir uluslararası antlaşma ile Bakanlar Kurulu siyasal sorumluluk altına girmektedir. İşte milletvekillerinin antlaşmanın ne imzalanmasında ne de onaylanmasında yetkileri ve siyasal sorumlulukları olmaması, onların söz konusu kanun teklifini Meclis'e sunmalarına engel teşkil etmektedir. İmzalanan bir uluslararası antlaşmayı daha sonra siyasal nedenlerle onaylamaktan vazgeçen Bakanlar Kurulu, kendi iradesi olmaksızın ulusun iradesiyle kurulmuş olan Meclis'ten çıkan onaylanabilir hükmü karşısında zor durumda kalabilir. Dolayısıyla sonuç olarak adı geçen kanunun bir tasarı halinde Bakanlar Kurulunca Meclis gündemine taşınması çok daha uygundur. Yalnız bu durum aynı zamanda yasama yetkisinin genelliği ilkesine getirilmiş bir istisna olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu ilkeye göre anayasaya aykırı olmadığı takdirde her konunun kanunla düzenlenebileceğini belirtir. Söz konusu durumdaysa işin niteliği itibariyle uluslararası antlaşmanın onaylanmasına dair kanun ancak bir tasarı halinde Meclis'e sunulabilmektedir. Bir diğer deyişle Meclis, Bakanlar Kurulunca gündeme getirilmedikçe bu husus da yasama yetkisini kullanamamaktadır.

⁴⁰ GÖNENÇ, Levent, "1982 Anayasasında Sessiz Devrim: 90. Madde Değişikliği ve Getirdiği Sorunlar", <http://www.yasayanayasa.ankara.edu.tr/makanayor/docs/analiz/90.madde.htm>

⁴¹ "Örneğin: Arnavutluk Anayasası'nın 122/2. maddesine göre üstün kabul edilen uluslararası antlaşmaların bir kanunla kabul edilmesi gerekmektedir. Slovak Anayasası'nın 7/4. maddesine göre insan hakları ve temel özgürlüklerin de dahil olduğu belirli tür uluslararası antlaşmaların geçerli olabilmesi onaylamanın Slovak Ulusal Konseyince kabul edilmesi gerekmektedir. Çek Hukukunda, bir uluslararası antlaşmanın kanunların üstünde yer alabilmesi için iki şartın gerçekleşmesi gerekir: birincisi parlamento tarafından uygun bulunması, ikincisi ise Kanunlar

Uluslararası antlaşmaların onaylanmasının uygun bulunmasına dair kanun için aranan kabul yeter sayısı da bu hususta tartışmalar yaratmaktadır. Anayasa'nın 96. maddesine göre başkaca bir hüküm olmaması durumunda TBMM, üye tamsayısının en az üçte biri ile toplanır ve katılanların salt çoğunluğu ile karar alır; ancak karar yeter sayısı hiçbir şekilde üye tamsayısının dörtte birinin bir fazlasından (139) az olamaz. 139 oy uluslararası antlaşmaların onaylanmasının uygun bulunmasına dair kanun için yeterli kabul sayıdır. Burada tartışma yaratan konu kanunlardan üstün bir uluslararası antlaşmanın alelade kanunlarla aynı karar yeter sayısı ile kabul edilmesi ve onlara üstün olmasıdır.

Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların kanunlarla çatışması ve bu antlaşmaların anayasaya aykırı olması durumunda da sorunlar meydana gelecek gibi gözükmektedir. Adı geçen antlaşmaların kanunlarla çatışması durumunda esas alınacağına ve bu uluslararası antlaşmaların anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde dava açılmayacağına göre, Anayasa'ya aykırı bir hukuki düzenleme uygulama alanı bulabilecektir. Bu fıkra hükmü getirilmeden önce her ne kadar uluslararası antlaşmaların yine de anayasaya uygunluğu denetlenemiyor olsa da, en azından anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle ihmal ediliyor ve ilgili kanun hükümleri uygulanıyordu.⁴² Halbuki şu anda “anayasaya aykırı olmamak” şartı bulunmadığına göre ve aynı zamanda temel hak ve özgürlüklerle ilgili uluslararası antlaşmalar ayrıcalıklı bir rejime sahip olduğuna göre, Anayasa'nın üstünlüğü prensibine, Türk iç hukukundaki normlar hiyerarşisine ve yasama organının iradesine aykırı bir durum söz konusu olacaktır. Bu durumda da Anayasa'ya aykırı temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir uluslararası

Külliyatında yayınlanması; sadece hükümet tarafından uygun bulunmuş bir uluslararası antlaşma yasaların üzerinde kabul edilmemektedir.” Benzer düzenlemeler Estonya Anayasası'nın 123/2. maddesi ve Yunanistan Anayasası'nın 28. maddesinde yer almaktadır. (BAŞLAR, a.g.m.,s. 307,308)

⁴² Örneğin Anayasa Mahkemesi'nin önüne Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle ilgili yasanın arasında çatışma olan bir uyumsuzluk geldiğini farzedelim ve bu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin çatışmaya neden olan maddesinin de Anayasa'ya aykırı olduğunu düşünelim. Bu durumda Anayasa mahkemesi iki şekilde hareket edebilir. Sözleşme'yi ihmal ederek Anayasa'yı uygulaması halinde Anayasa Mahkemesi kararıyla iç hukuk yolu tüketilmiş olacağından, bu kez Anayasa Mahkemesi kararına karşı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurulabilecek ve bu konuda son sözü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi söyleyecektir. Buna karşılık, Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'yı ihmal edip, Sözleşmeyi doğrudan uygulama yolunu seçmesi durumunda, ülkedeki tüm kurum ve organların kaynağı olan Anayasa'nın uygulanamaması gibi bir sonuçla karşılaşılacaktır. (ŞAHBAZ, İbrahim, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Hukukundaki Yeri”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 54, 2004, s. 183)

antlaşmanın, sadece bahsettiğimiz koşullar altında, Anayasa'dan üstün bir konuma gelip gelmediği hususunda akıllarda bir soru işareti olarak bulunacaktır.⁴³

Hatta temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların anayasadan üstün olduğunu savunanların görüşleri dikkate alınırca, yapılacak ilk işin uluslararası hukukun üstünlüğü ilkesi uyarınca Anayasa'yı uluslararası antlaşmalara uygun bir şekilde yorumlamak olduğu savunulacaktır.⁴⁴

Gülmez, temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir uluslararası antlaşmanın, Türk

⁴³ 657 Sayılı Kanunun 135. maddesi son fıkrasında aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve devlet memurluğundan çıkarma cezalarına karşı idari yargı yoluna başvurulabileceğini belirtmektedir. Aynı kanunun 124. maddesine göre disiplin cezaları beş başlık altında toplanmıştır. Bunlar uyarma, kınama, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve devlet memuriyetinden çıkarılmadır. Bu iki madde bir arada düşünüldüğünde uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunun kapatılmış olduğu sonucu çıkmaktadır. Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ise 14. maddesinde "Herkesin mahkemeler ve adalet divanları önünde eşit olması; herkesin yasayla kurulan yetkili, bağımsız ve yansız bir mahkemede davasının adil ve kamuya açık olarak görülmesine hakkı bulunması; bir suçla suçlanan herkesin suçluluğunun yasal olarak kesinleşmesine değin suçsuz sayılması ve çeşitli güvencelere sahip olması (suçlamanın nitelik ve nedenleri konusunda en kısa sürede bilgilendirilme, savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma, aşırı gecikme olmaksızın yargılanma vb.)..."(GÜLMEZ, Mesut, **Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2004, s. 202, 203) Ankara 5. İdare mahkemesi de önüne gelen somut olayda, hak arama özgürlüğünü güvence altına alan uluslararası antlaşma hükmünü 657. maddeyle çeliştirdiğini düşünerek esas almıştır. (E. 2003/1796 , K. 2004/1212 sayılı ve 29.06.2004 tarihli karar) Buraya kadar ki bölümde Ankara 5. İdare Mahkemesi uluslararası antlaşma hükmüyle yasa hükmünün çatıştığına hükmetmiş ve ona göre uygulamıştır. İlginç olan boyutsa, Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 14. maddesinin bu şekilde yorumlanması halinde Anayasayla çatışır hale geliyor olmasıdır. Anayasa'nın 129. maddesinin 2. fıkrası "Uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç disiplin kararları yargı dışı bırakılmaz" demektir. Yani uluslararası antlaşmanın ilgili hükmü Anayasaya aykırıdır ve İdare Mahkemesi antlaşma hükmünü uygulamıştır. Bu durumda da uluslararası antlaşmanın anayasaya rağmen uygulanması söz konusu olmaktadır. Bu hususta iki şekilde düşünebiliriz: birincisi Ankara 5. İdare Mahkemesi, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaları Anayasayla eş düzeyde görmüştür ve aynı iki Anayasa hükmünden biri diğerine üstün olamayacağı karinesinden hareketle bunlar arasındaki çatışmanın uluslararası antlaşma hükmüne göre çözümlenmesini öngörmüştür ki; bu husus mümkün değildir, Anayasa'nın değiştirilmesi anlamına gelir ve bu ancak Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin 2/3 oyu ile mümkündür. İkinci düşünce Mahkemenin uluslararası Antlaşmayı Anayasadan üstün görmüş olduğudur ki, bu husus daha da sıkıntılıdır. Zira bir uluslararası antlaşmanın Anayasa'dan üstün olması demek, yasama yetkisinin bir başka uluslararası kuruluşa devredilmesi demektir; istisnai durumlarda Bakanlar Kurulu Kararnamesiyle Anayasa değişikliği yapılabilmesi demektir. Egemenlik yetkilerini bu şekilde paylaşılabilecek bir Anayasaya sahip olunmaması ve Anayasa'nın 90. maddesinde çok net ifade edilmiş olması dolayısıyla bu uluslararası antlaşmada kanun hükmündedir; ancak uygulamada ciddi bir çelişki yaşanmaktadır. Danıştay bu kararı 18.10.2005 tarihli E. 2004/4548 ve K. 2005/3520 sayılı kararıyla bozmuştur. Yalnız unutulmaması gereken bir şey vardır, o da her zaman böylesine yorum yoluyla çatışma olmadığına ulaşılamayacağıdır, aynı hususu tam olarak düzenlemiş olsa uygulamada Anayasa üstünlük ortaya çıkmış olacaktı. Bu husus tam olarak çözüme kavuşturulmalıdır.

⁴⁴ YÜZBAŞIOĞLU, a.g.m., s. 799

iç hukukunda antlaşmanın konusu hakkında hiçbir kanuni düzenleme olmaması durumunda ne olacağı üzerinde durmaktadır. O'na göre:

“Yeni üçüncü cümle, örtük bir biçimde, Anayasa ile uluslararası antlaşmalar arasında çatışma olabileceğini yadsımış görünmektedir. Buradan da Anayasa koyucunun kurallar sıralamasında uluslararası antlaşmaları Anayasa ile kanunlar arasına yerleştirdiği düşünülebilecektir.”⁴⁵

Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası gayet açıktır; uluslararası antlaşmalar kanun hükmündedir. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar da aynı şekilde kanun hükmündedir⁴⁶ ve bir kanun hükmüyle çatıştığı takdirde antlaşmanın hükmü esas alınacaktır. Yani temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların hükümleri her zaman için özel hükümler olarak alınacaktır. Bu husus

⁴⁵ GÜLMEZ, a.g.m. (2005), s. 70

⁴⁶ Anayasa Mahkemesinin önüne 90. maddede yapılan değişiklikten sonra, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar hakkında bir uyumsuzluk ilk kez 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun çeşitli maddelerinin yürürlüğünün durdurulması ve iptal edilmesi istemiyle açılan davada gelmiştir. Adı geçen kanunun 18. maddesinin ikinci fıkrasının, 19. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkralarının, 27. maddesinin birinci fıkrasının, 28. maddesinin ikinci fıkrasının, 29. maddesinin birinci, ikinci, üçüncü ve beşinci fıkralarının, 30. maddesinin dördüncü fıkrasının ve 67. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin 1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Haklar Evrensel Bildirgesi'nin 22. ve 25. maddelerine ve dolayısıyla Anayasa'nın 90. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptalleri istenmiştir. Anayasa Mahkemesi de adı geçen her bir madde ve fıkra için yaptığı incelemeler de “kuralların Anayasa'nın 90. maddesiyle ilgisinin görülmediğini” belirtmiştir. (E. 2006/111, K. 2006/112 no.'lu ve 30.12.2006 tarihli karar, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2007/K2006-112.htm>) Böylece Anayasa Mahkemesi 20.11.1996 tarihli kararındaki “Anayasa'nın 90. maddesinde, uluslararası antlaşmaların yürürlüğe konulmasına ilişkin prosedür gösterilmiş ve usulüne göre yürürlüğe konulan antlaşmaların yasa hükmünde olduğunu belirtmiş olup; dava konusu kuralın Anayasa'nın 90. maddesiyle ilgisi bulunmamaktadır.” Şeklindeki görüşünden sapmamıştır. Sonuçta bu maddelerin 90. maddeye dayanarak iptal edilmesinin talep edilmesi demek, bu vesileyle kanunların uluslararası antlaşmalara uygunluğunun Anayasa Mahkemesince denetlenmesini talep etmek demektir. Böyle bir denetimin yapılmış olması da temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaları Anayasa düzeyine getirecektir; çünkü Anayasa'nın 148. maddesi, Anayasa Mahkemesi'nin kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin Anayasa'ya uygunluğunu denetleyeceğini belirtmiştir. Halbuki Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasının birinci cümlesi çok açık bir şekilde uluslararası antlaşmaların kanun hükmünde olduğunu belirtmiş, temel hak ve özgürlükleri bu anlamda diğer antlaşmalardan ayrı tutmuş, sadece uygulamada bir uluslararası antlaşma hükmüyle kanun hükmünün çatışması durumunda uluslararası antlaşma hükmünün esas alınacağını belirtmiştir. Yoksa eklenen yeni cümle temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalara normlar hiyerarşisinde kanunların üstünde bir konum tanımamıştır. Zaten böyle bir durumun söz konusu olabilmesi için Anayasa'nın son fıkrasının son cümlesinin “Temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar Anayasa hükmündedir, ve Anayasa gibi uygulanırlar.” şeklinde bir düzenlemenin getirilmesi gerekir. Zaten anayasa hükmünde olan bir uluslararası antlaşmanın da kanunla çatışması gibi bir durum söz konusu olmaz. Bir başka ifadeyle şu an mevcut olan düzenleme dikkate alınırsa, çatışmanın sadece birbirine eş düzeydeki iki hukuk kaynağı arasında olabileceği açıkça ortadadır ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar da kesinlikle kanun hükmündedir.

kesinlikle temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların hiyerarşik konumunu düzenleme amacı gütmeyiz.

Aslında 90. maddede yeni haliyle bir üstünlük kaydı getirilmiştir; fakat üstünlük kaydı her zaman hiyerarşik anlamda üstünlük tanınması anlamına gelmez. Burada ortaya konulmaya çalışılan husus bunun hiyerarşik anlamda değil de öncelikle uygulama anlamında bir üstünlük olduğudur.

Peki uluslararası antlaşma hükmü kanunla değil de dayanağını kanundan alan bir başka düzenleyici işlemlerle veya kanun hükmünde kararnameyle çatışır mı ne olacaktır? Bu durumda kanunla çatışması durumunda esas alınan uluslararası antlaşma hükmü, düzenleyici işlemlere karşı evleviyetle esas alınmalıdır. Aynı husus kanun hükmünde kararname içinde geçerlidir.⁴⁷ Sonuçta kanun hükmünde kararname kanunlarla aynı düzeyde hukuk kaynaklarıdır ve hukuk dünyasında yarattığı sonuçlar da aynıdır; dolayısıyla ekonomik sosyal ve kültürel haklara ilişkin bir kural içermesi, bu kuralın uluslararası antlaşma hükmüyle çatışması durumunda, uluslararası antlaşma hükümleri esas alınacaktır.

Uluslararası antlaşmanın yasama organının faaliyetlerini ne ölçüde etkileyeceği de akla takılan bir başka husustur. Zira temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir uluslararası antlaşmanın hükümlerinden sonra yasama organının bu hükümlere aykırı düzenlemeler yapamayacağı söylenebilir.⁴⁸ Kanımızca böyle bir yorum çok da gerekli değildir. Bir uluslararası antlaşmanın yasama organını bağladığı ve yasama organının bu antlaşmaya göre düzenleme yapma yetkisinin elinden alındığını savunmak yerinde bir değerlendirme değildir. Sonuçta, Türkiye Büyük Millet Meclisi istediği konuda istediği şekilde düzenleme getirebilir, sadece uygulanamayacağı için, böyle bir düzenleme getirmek anlamsız olur.

En önemli ve en sorunlu konuya hangi uluslararası antlaşmaların temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar sayılacağı hususunda gözümüze çarpmaktadır. Uygulamada bu durum iki farklı görüşün ortaya çıkmasına sebep vermektedir. İlk olarak sadece özel olarak insan haklarıyla ilgili olan uluslararası antlaşmaların göz önüne alınacağı kabul edilmektedir. Yani bir antlaşmanın konusu tamamen insan haklarına ilişkin olmak zorundadır.⁴⁹

Bunun yanı sıra ikinci bir bakış açısıyla temel haklara ilişkin bir hükmün temel haklara ilişkin olmayan bir antlaşma içerisinde yer alması durumunda da, bu

⁴⁷ GÜLMEZ, a.g.m. (2005), s. 69

⁴⁸ GÜLMEZ, a.g.m. (2005), s. 74

⁴⁹ BAŞLAR, a.g.m. , s. 312

antlaşmaya üstünlük tanınması gerektiği görüşü savunulabilir.⁵⁰ Bunun anlamı şudur: uluslararası bir belgenin temel haklarla ilgili olmasa da tek bir maddesinde bile temel haklarla ilgili hüküm bulunuyorsa, bu belgenin de temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir sözleşme olduğunun kabulü gerekir. Zira uluslararası antlaşmayla yasaların çatışması durumunda esas alınacak ölçüt antlaşmanın adı değil, temel hak ve özgürlüğün kendisidir.⁵¹

Bu noktada da ayrı bir problem gözümüze çarpmaktadır. Eğer uluslararası antlaşmaların içeriği dikkate alınacaksa, adı temel hak ve özgürlüğe ilişkin bir uluslararası antlaşmanın temel hak ve özgürlüklere ilişkin olmayan hükümleri ne şekilde değerlendirilecektir? Temel hak ve özgürlüğe ilişkin olmayan bir uluslararası antlaşmanın, sadece temel hak ve özgürlükle ilgili hükümleri içeren maddesi mi dikkate alınacaktır yoksa antlaşmanın tamamı mı? Burada amaçlanan temel hak ve özgürlüklerin korunmasıdır ve bu nedenle bir uluslararası antlaşmanın sadece temel hak ve özgürlüklere ilişkin maddelerine öncelik ve üstünlük tanınmalıdır. Aynı şekilde adı temel hak ve özgürlüklere ilişkin olduğunu belirtmekle birlikte, içeriğinde temel hak ve özgürlüklerden farklı hükümleri olan maddeler çatışma durumunda üstün tutulmamalıdır.

Bir başka tartışmalı nokta da iç hukukta uluslararası antlaşmaların getirdiği düzenlemeden daha avantajlı bir düzenleme getirildiği takdirde ne olacaktır. Bu durumda iç hukukta uluslararası antlaşmada yer alan düzenlemeden daha ileri bir güvence getirilmiş olmaktadır.⁵² Yasa koyucu, sanki uluslararası antlaşmaların her zaman daha ileri bir düzenleme getireceğinden hareketle böyle bir hüküm getirmiş gibi gözükmektedir. Burada iki görüş savunulabilir: birincisi, uluslararası insan hakları hukukunun her zaman bireylerin daha avantajlı durumda olmasını hedeflediğinden hareketle, daha ileri ve geniş güvenceler sağlayan⁵³ kanunların uygulanmasıyla çatışmanın giderileceği ve uluslararası antlaşma hükümlerinin esas alınmayacağıdır. Yani bu durumda 90. maddenin son fıkrasının yeni kuralı uygulanmayacaktır.⁵⁴ Hatta bu durumda bir çatışma olmadığı kabul edilmelidir.⁵⁵ İkinci bir düşünceyse

⁵⁰ BAŞLAR, a.g.m. , s. 312

⁵¹ ŞAHBAZ, a.g.m. , s. 209, 210

⁵² BAŞLAR, a.g.m. , s. 313

⁵³ Böyle bir tartışmanın meydana gelebileceği değişiklik öncesinde de düşünülmüş ve bazı öneriler de insanın haklarının alanını genişleten uluslararası antlaşmaların öncelikle uygulanması savunulmuştur. (bkz. BATUM, Süheyl; ÖZBUDUN, Ergun; YAZICI, Serap ve SOFOUOĞLU, Cem, "Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin Avrupa Birliği'ne Üyeliğini ve Türk Hukuk Sisteminin Birliğin Hukuk Düzenine Uyumunu Sağlamak Üzere Önerilen Anayasa Değişikliği Teklifi", <http://www.tesev.org.tr/90madde.php>)

⁵⁴ GÜLMEZ, a.g.m. (2004), s. 156

⁵⁵ BAŞLAR, a.g.m. , s. 314

uluslararası hukuk sisteminin yeknesaklaştırılması çabasıyla hareketle Anayasa'nın doksanıncı maddesinin lafzına sıkı sıkıya bağlı kalınması gerektiği biçiminde şekillenebilir. Kimi ülkeler iç hukuk düzenlerinde temel hak ve özgürlüklere ilişkin çok ileri düzenlemeler getirirlerken, kimileri de çağın çok gerisinde kalmaktadırlar. Sonuçta küresel bir düzen oluşturma çabası içerisinde, uluslararası hukukun hedefi önce devletlerin hukuk sistemlerinde varolan farklılıklar arasında denge kurmak, daha sonra bunların bir örnek olmasını sağlamaktır. Özellikle Avrupa Birliği⁵⁶ gibi bir ulus-üstü sistemde devletlerin hangisinin daha ileri düzenleme getirdiği göz önüne alınmadan ortak bir hukuk yaratılmaktadır. Türkiye de 90. maddeyle ilgili değişikliği gerçekleştirirken, gerekçe olarak Avrupa Birliği'ne üye olma hedefini ve bu yolda yapılması gerekenleri ortaya koymuştur. Egemenlik anlayışının küresel akımlar doğrultusunda geldiği bu aşamada, açıkçası artık daha ileri düzenlemelerin uygulanmasının değil, ortak hukuk kurallarının uygulanmasının hedeflendiği düşüncesi daha uygun görünmektedir.⁵⁷

Daha az koruyucu uluslararası antlaşmalar konusunda Anayasa'nın 13. maddesini de dikkate almakta fayda vardır. 13. madde temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceğini belirtmektedir. Peki uluslararası antlaşmalar da kanun hükmünde olduğuna göre daha az koruyucu hükümler getiren uluslararası antlaşmalar temel hak ve özgürlükleri sınırladığı gerekçesiyle de kanunlara göre öncelikle mi uygulanmalıdır? Türkiye Büyük Millet Meclisi aynı konuyu kanun şeklinde düzenleyebilir. Bu yüzden Meclis'in iradesini uygun bulma kanunuyla uluslararası antlaşma şeklinde ortaya koyduğunu ve antlaşma hükümlerinin öncelikle uygulanması gerektiği sonucuna ulaşılabilir.⁵⁸ Bununla beraber madde

⁵⁶ Avrupa Birliği Hukukunda iki nedenden ötürü daha az korumacı uluslararası antlaşmaların uygulanması sorun olarak nitelendirilemez. Birincisi uluslararası antlaşmalar Avrupa Birliği hukuk sisteminde her zaman iç hukuktan üstündür ve doğrudan uygulanabilir bir özellik taşımaktadır, bu yüzden uluslararası hukukla iç hukuk arasındaki bir çatışmadan bahsedilemez. İkincisi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 53. maddesi, bu sözleşmenin uygulanması esnasında iç hukukta daha koruyucu bir hüküm varsa, AİHS'nin bir kenara bırakılarak iç hukuktaki düzenlemenin uygulanması gerektiğini açıkça belirtmiştir. (GÖNENÇ, Levent ve ESEN, Selin, "The Problem of the Application of Less Protective International Agreements In Domestic Legal Systems: Article 90 of the Turkish Constitution", European Journal of Law Reform, Vol. VIII, no. 4, s. 486)

⁵⁷ Örneğin 151 Sayılı Kamu Hizmetinde Çalışma İlişkileri Sözleşmesi'nin 1. maddesi, yedek yada tamamlayıcı nitelik taşıdığını belirtmiş, ancak başka uluslararası çalışma sözleşmelerinde daha elverişli kurallar bulunmadığı zaman uygulanacağını açıkça belirtmiştir. (GÜLMEZ, a.g.m. (2005), s. 73) Bu şekilde açıkça düzenlenmesi durumunda kanunda yer alan düzenleme de uygulanacaktır. Ancak uluslararası antlaşmada böyle bir hüküm bulunmaması durumunda, uluslararası antlaşma hükümleri esas alınmalıdır.

⁵⁸ GÖNENÇ ve ESEN, a.g.m., s. 496

metninde sınırlamanın “ancak” kanunla yapılabileceğinin belirtilmesiyle uluslararası antlaşmayla böyle bir sınırlandırılma yapılamayacağı da iddia edilebilir.⁵⁹

Bu hususlar madde metninde tam olarak ortaya konmadığı için uygulamada problemler çıkabilecektir.⁶⁰ Öncelikle uluslararası antlaşmaları uygulayacak olan yürütme ve yargı organlarının, her iki yoruma göre farklı işlemler tahsis etmeleri ve kararlar almaları mümkündür. Bu yüzden ya Anayasa’da bu hususun da kaleme alınması ya da kısa zamanda ortaya çıkacak uyuşmazlıklar sonucunda bu konu hakkında mahkemelerce ortak bir içtihat oluşturulması sorunu çözebilecek gibi görünmektedir. Bununla beraber yüksek mahkemelerde içtihat farklılığı olmasının da mümkün olduğunu göz önünde tutularak, en sağlıklı yolun yeni bir Anayasa değişikliği olduğu ortaya çıkmaktadır.

Kanunlarla uluslararası antlaşmalar arasında çıkacak uyuşmazlığın belirlenmesi hususu da düzenlemenin bir başka sorunlu boyutudur. Uluslararası antlaşma metni ve kanun her zaman çok net belirgin hükümler koymaz. Bazı kavramların anlaşılabilirliği için onlar hakkında yorum yapılması gerekebilir. İşte bu yorum iç hukukta kendi idari ve yargı organlarımızca mı yapılacaktır yoksa uluslararası kuruluşların ve denetim mekanizmalarının yorumları mı dikkate alınıp uygulanacaktır? Gülmez bu konuda şöyle düşünmektedir:

“Ek cümlelerin ‘aynı konuda farklı hükümler’ biçimindeki sözleri, uluslararası antlaşmaların salt sözel/pozitif metinleri göz önüne alınarak belirlenmemelidir. Uluslararası antlaşmaların ve onayladığımız pek çok sözleşmenin ayrıntıya girmeyen, yetkili koruma ve denetim organlarının yorumuyla açıklık ve anlam kazanan genel kurallar içerdiği anımsanırsa, kanunlar ile uluslararası antlaşmaların aynı konudaki farklı düzenlemesinden kaynaklanan bir uyuşmazlık bulunup bulunmadığı, salt antlaşmaların sözel metniyle sınırlı olarak saptanamaz. Koruma ve denetim organlarının o konuya ilişkin yerleşik ilke kararları ve içtihatları göz önünde bulundurmaları gerekir; çünkü ek cümleyle yapılan düzenlemenin temel amacı böyle bir uyuşmazlığın iç hukuk alanında yargısal ya da yönetsel kararlarla çözülmesi

⁵⁹ GÖNENÇ ve ESEN, a.g.m., s. 497

⁶⁰ “90. maddenin 5. fıkrası bütün devlet organları için bağlayıcı olmasına rağmen, uygulayıcılar tarafından aynı konuda, aynı normları uygularken farklı yorumlar yapılabilir. Burada idari organlar açısından sorunun idari hiyerarşi tarafından kolaylıkla çözümlenebileceği iddia edilebilir. Bununla beraber durum yargı organları açısından daha karışıktır. Alt derece mahkemeleri tarafından yapılan farklı uygulamaların üst derece mahkemelerince çözümlenebileceği yine iddia edilebilir; fakat Yargıtay ve Danıştay’ın aynı konuda aynı normları farklı şekillerde yorumlamaları durumunda sorunun nasıl çözüleceği konusuna Anayasa açıklık getirmemiştir.” (GÖNENÇ ve ESEN, a.g.m., s. 492)

ve böylece de, uluslararası koruma ve denetim organları önüne götürülmesinin engellenmesidir.”⁶¹

Gerçekten de amaç Türkiye'nin uluslararası sorumluluğuna yol açabilecek sonuçlardan kaçmaktır. Dolayısıyla denetim ve koruma mekanizmalarının kararlarının göz önünde tutulması kadar olağan bir durum olamaz. Bu kararlar, doğrudan uygulanacak olsa Anayasamızın egemenlik yetkilerine ilişkin hükümleri göz önüne alındığında bu husus mümkün olamayacaktır; ancak ilgili mercilerin kararlarının dikkate alınması aynı şey değildir. Bu durumda kararın dikkate alınması sadece uygulamaya yönelik olarak ilgili maddenin nasıl anlaşılacağı hususunda yol gösterici bir nitelik taşıyacaktır. Sonuçta uluslararası hukukun kaynakları arasında içtihat ve doktrin de vardır. Bunlar yardımcı kaynaklar olmaları itibarıyla somut durumda olaya açıklık getirmek hususunda kullanılmaktadır. Diğer bütün hukuk sistemleri gibi uluslararası hukuk sistemi de bütün kaynaklarıyla bir bütündür ve bütün kaynakların dikkate alınması gerekir.

SONUÇ

Uluslararası hukukun gelişiminde en büyük paya hiç şüphesiz uluslararası antlaşmalar sahip olmuştur. Devletler uluslararası antlaşmalar yoluyla birbirleriyle olan ilişkilerinin adını koymuş ve bu ilişkilerinin kurallarını belirlemişlerdir. Bu sayede haklar kazanırken, aynı zamanda yükümlülükler altına girmişler, bugünkü şekliyle varolan hukuk düzenini yaratmışlardır. Bu süreç çok kolay olmamıştır. Bir devletin, bir başka devlete karşı yükümlülük altına girmesi her zaman için onun hareket sahasının azalmasına ve egemenlik yetkilerinden fedakarlığa neden olmuştur. İnsan haklarının da bu süreç içerisinde ortaya çıkması, devletin yetkilerinin bireylere karşı da sınırlanabileceği düşüncesini doğurmuş, egemenlik kavramı da eş zamanlı olarak farklı tonlara bürünmüştür. İşte değişen veya küreselleşen Dünyada devletler de değişmek zorunda kalmış, bu durumu da uluslararası antlaşmalar yapmak ve bunları iç hukuklarında uygulamak suretiyle gerçekleştirmişlerdir. Bütünleşmelerin de ortaya çıkmasıyla devletler kendi anayasalarında yaptıkları değişikliklerle, egemenlik yetkilerinin sınırlandırılmasını daha geniş bir yelpazeye yaymışlar ve hatta egemenliklerini belirli kuruluşlara devretmeye başlamışlardır.

Bu yapıya ortak olmak isteyen Türkiye de Anayasası'nın 90. maddesinde değişiklik yaparak, uluslararası antlaşmaların iç hukukunda daha etkin bir şekilde uygulanmasını hedeflemiştir. Yalnız esas alınacak uluslararası antlaşmaları temel

⁶¹ GÜLMEZ, a.g.m.(2004), s. 158

hak ve özgürlüklere ilişkin olmak şartıyla sınırlandırmış, madde metninin ve Anayasa'nın geneliyle olan uyumsuzluğu nedeniyle beraberinde pek çok tartışmalı nokta getirmiştir.

Türk hukuku açısından uygulamada yaşanabilecek en sorunlu durum Anayasa'ya aykırı bir temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmanın usulüne göre yürürlüğe konulması durumunda gündeme gelecektir. Bu durumda uygulamaya giren uluslararası antlaşma Anayasa'nın 90. maddesinin açık hükmü karşısında Anayasa'ya uygunluk denetimine tabi tutulamayacak ve Anayasa'ya uygun olarak çıkarılmış bir kanunla çatışması durumunda uluslararası antlaşma hükümleri esas alınacak, uygulamada antlaşma hükümleri ihmal edilemeyecektir. İşte sadece saydığımız bu şartlar altında, uluslararası antlaşmanın bu hükümlerinin anayasadan dahi üstün olması tartışmalarına açık bir durum söz konusu olabilecektir. Bu tartışmanın önüne geçebilmenin yolu da Anayasa Mahkemesi'ne önleyici denetim yetkisinin verilmesidir. Böylece Anayasa Mahkemesi, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların anayasaya uygun olup olmadığını en baştan denetleyebilecek ve bu sorun giderilecektir.

Anayasaya aykırı bir uluslararası antlaşmanın uygulamaya sokulması durumunda, ikinci bir ihtimal olarak da Anayasa normunun doğrudan uygulanması düşünülebilir. Sonuçta bir hukuk düzeni içerisinde daha alt kademede yer alan normlar, üsttekine uygun olmak zorundadır. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar da kanun hükmünde olduğuna göre, anayasaya uygun olmak zorundadır. 90. madde son fıkrasında uluslararası antlaşma hükümlerinin anayasa hükümleriyle çelişmesi durumuyla ilgili olarak bir kural getirmediğine göre, Anayasa'ya aykırı uluslararası antlaşmalar uygulanamamalı, doğrudan anayasa hükmü uygulanmalıdır. Yalnız bu husus çok da kolay değildir; çünkü anayasa normları genelde çerçeve nitelikli hükümler içerip, detaylı düzenlemeler getirmezler. Bu nedenle anayasanın ilgili düzenlemesinin, olaya uygulanabilecek bir şekilde kaleme alınmış olması gerekir. Aksi takdirde önüne gelen uyumsuzluğu çözen bir yargı organı, somut norm denetimi yoluyla ilgili uluslararası antlaşmanın Anayasa'ya aykırılığını Anayasa Mahkemesi'nin önüne taşıyacaktır. Burada çıkan ilk problem Anayasa Mahkemesi'nin bu incelemeyi yapmaya yetkili olmamasıdır. Diyelim ki bu olay Anayasa Mahkemesi'nin "Yüce Divan" sıfatıyla yargılama yaptığı bir sırada meydana geldi. Anayasa Mahkemesi uluslararası antlaşmayı ihmal ederse Anayasa'nın ilgili düzenlemesine yorum yoluyla anlamını kendisi verip, uluslararası antlaşmanın Anayasa'ya uygunluğunu denetlemiş olacaktır. Hele bir de herhangi bir yargı organının ihmal etmesi durumu söz konusu olabilir ki; Anayasa tarafından açıkça Anayasa Mahkemesi'ne verilmiş olan Anayasa'ya uygunluğun denetlenme yetkisi gasp edilmiş olacaktır. Anayasa

Mahkemesi'ne önleyici denetim yetkisi vererek, hiç ortaya çıkmaması sağlanabilecek bir sorun da büyüdükçe büyüyecektir.

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar bundan sonra, kanunların yanı sıra kanun hükmünde kararname ve dayanağını kanunlardan alan diğer düzenlemeler karşısında da, farklı hükümler içermesi durumunda öncelikle uygulanmalıdır. Yalnız bu düzenlemenin uygulamada yürütme ve yargıyı bağladığını kabul etmekle beraber, yasama organını bağladığı görüşüne katılmamaktayız. Yasama yetkisi sınırsızdır ve Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa'ya aykırı olmamak koşuluyla istediği konuda istediği düzenlemeyi yapabilir. Değişiklik sonrasında temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalara aykırı kanunlar yapılmasının anlamlı olmadığı gerçektir; ancak bir uluslararası antlaşmayla yasama yetkisinin sınırlanmasını kabul etmek bu şartlar altında mümkün değildir. Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalara karşı yapmış olduğu düzenlemeler uygulama alanı bulamayacak; ancak bu düzenlemelerin yapılmasına bir engel teşkil edemeyecektir.

Kanunların, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalardan daha ileri düzenlemeler getirmesi durumunda, eğer uluslararası antlaşma açıkça daha ileri düzenlemenin dikkate alınması gerektiğini ifade etmemişse, uluslararası antlaşma hükmü esas alınmalıdır; çünkü uluslararası hukukun amaçlarından birisi de devletlerin uygulamaları arasındaki farklılıkları ortadan kaldırarak, ortak kuralların oluşmasını sağlamaktır.

Anayasa Mahkemesi'nin önleyici denetim yapması gereken durumlardan birisi de çerçeve antlaşmalar konusunda gözüme çarpmaktadır. Çerçeve antlaşmalar genellikle çok genel kurallar getirirler ve içeriği ancak yorum yoluyla belirlenebilir. Bu genel hükümler de yürütme organı ve farklı yargı organları tarafından çok çeşitli şekillerde yorumlanabilirler. Yargı organları tarafından bu konuda farklı içtihatlar oluşabilir. Bu aşamada Anayasa Mahkemesi, uluslararası antlaşma yürürlüğe girmeden bahsettiğimiz hükümlere açıklık getirirse, uygulamada mahkemelerin ve yürütmenin yeknesak bir uygulama gerçekleştirmesi mümkün olabilecektir.

Şu ana kadar uluslararası antlaşma hükümleri uygulanmadığı takdirde uluslararası hukuk açısından, sorumluluk müessesinin gündeme geleceği belirtildi. Peki ama bir uluslararası antlaşma uygulanmazsa bunun iç hukuk açısından sonuçları ne olacaktır? Türk iç hukuku açısından bu sorunun cevabı belli değildir. Genel olarak sonraki kanun – önceki kanun veya özel düzenleme içeren kanun – genel düzenleme içeren kanun ayrımlarıyla bu soruna çözüm bulunabilir; ancak sorun temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalara dair olunca boyutu da farklı olmaktadır.

Artık bir mahkeme önüne gelen olayda kanunla çatışması durumunda uluslararası antlaşma hükmünü uygulamak zorundadır.

Uluslararası antlaşmalar aleni olmalıdır. Bunun yolu da bu düzenlemelerin iç hukukun bir parçası haline getirilmesi veya uygulamaya konulmadan önce Anayasa Mahkemesince detaylıca incelenmesidir. Özellikle temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalara tanınan ayrıcalık, Anayasa Mahkemesi'nin önleyici denetim yetkisine sahip olmasını artık bir zorunluluk haline getirmiştir. Bunun yanı sıra görüldüğü üzere Anayasa'nın 90. maddesi o kadar çok sıkıntı yaratacak şekilde kaleme alınmıştır ki, artık yeniden düzenlenmesinde fayda vardır. Anayasa'nın yeniden düzenlenme ihtiyacı gösteren tek maddesi de 90. madde değildir. Egemenliğin değişen anlamı ve yeni dünya düzeni karşısında, özellikle Avrupa Birliği'ne üye olunmak istenmesi nedeniyle Topluluk müktesebatına uyum anlamında, çok detaylı bir Anayasa değişikliği ihtiyacı görülmektedir.

Genel olarak uluslararası hukuk açınsındansa, bir ülke ya bir uluslararası antlaşmanın tarafı olarak bu hükümlere sonuna kadar uymalıdır, ya da hiç tarafı olmamalıdır. Bunun için de bütün uluslararası antlaşmaların ayırım gözetmeksizin kanunlarla çatışması durumunda öncelikle uygulanması gerekmektedir. Yalnız bu husus uluslararası antlaşmaların kanunlardan üstün veya anayasa hükmünde olmasını gerektirmemektedir; önceden denetimi yapılarak kanun hükmünde ve anayasa uygun bir uygulama gerçekleştirilebilir. Böylece de hem uluslararası hukuk düzeninin gereklerinin yerine getirilmesi sağlanacak hem de sorumluluktan ve iç hukukta yaşanabilecek sorunlardan kurtulmak mümkün olacaktır.

KAYNAKÇA

- AKILLIOĞLU**, Tekin, “**Temel Haklar Gelişmesi Üzerine Bazı Düşünceler**”, Ankara Üniversitesi Siyasa Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 44 , S. 1 – 2, s. 161 – 194
- AYBAY**, Rona, “**Uluslararası Antlaşmalar ‘Anayasa – Üstü’ mü?**”, Cumhuriyet Gazetesi, 06.05.1998, s. 2
- BAŞLAR**, “**Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine**”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni - Sevin Toluner’e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi, yıl 24, S. 1 – 2, 2004, s. 279 – 336
- ÇELİK**, Edip, “**Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulanması**”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Lütfi Duran’a Armağan, S. 1 – 3, 1988, s.47 – 56
- ÇETİNKAYA**, Ender, **İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa md. 90/son) adlı paneldeki bildirisi**, s. 13 – 18
- GÜLMEZ**, Mesut, **Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2004
- GÜLMEZ**, Mesut, “**Evet Uluslararası Antlaşmalar Anayasa Üstüdür**”, Cumhuriyet Gazetesi, 17.06.1998, s. 2
- GÜLMEZ**, Mesut, **İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa md. 90/son) adlı paneldeki bildirisi**, TBB İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını, Ankara, 2005, s. 38 – 82
- GÜLMEZ**, Mesut, “**Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri**”, TBBD, S. 54, 2004, s. 147 – 161
- GÖNENÇ**, Levent, “**2004 Anayasa Değişiklikleri**”, Güncel Hukuk, S. 7, İstanbul, Temmuz 2004, s. 44 – 48

(GÖNENÇ, Levent ve ESEN, Selin, “**The Problem of the Application of Less Protective International Agreements In Domestic Legal Systems: Article 90 of the Turkish Constitution**”, European Journal of Law Reform, Vol. VIII, no. 4, s. 485-500

KELLERMANN, Alfred E. , “**Türkiye’nin AB’ne Entegrasyon Sürecinin Anayasal Boyutları – Ortaklık Anlaşmasının Katılım Öncesi Etkisi – Katılım ve Ulusal Anayasalar**”, Avrupa Birliği’ne Katılımın Ulusal Hukuk Düzenleri Üzerindeki Etkisi (Hukuksal Mülâhazalar ve Olay İncelemeleri, T.C. Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü, 12 – 13 Aralık 2003

LINDSTORM, Nicole, “**Rethinking Sovereignty: The Politics of European Integration in Slovenia**”, Fletcher Forum of World Affairs, Vol. 24, 2000, s. 31 – 47

ODER, Bertil Emrah, “**Avrupa Birliğinde Çokmerkezli Anayasacılığın Yapısal Sorunları: Yetki Çatışmaları ve İkincilik İlkesi Işığında Türkiye İçin Karşılaştırmalı Gözlemler**”, Anayasa Yargısı, C. 22, Ankara, 2005, s. 168 – 215

ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Sekizinci Baskı, Ankara, 2004

ÖZOK, Özdemir, **İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa md. 90/son) adlı paneldeki bildirisi**, TBB İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını, Ankara, 2005, s. 7 – 13

PAZARCI, Hüseyin, **Uluslararası Hukuk Dersleri 3. Kitap**, Turhan Kitabevi, Üçüncü baskı, Ankara, 1999

PAZARCI, Hüseyin, “**Türk Hukukunda Andlaşmalar ile Yasaların Çatışması**”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni - Sevin Toluner’e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi, Y. 24, S. 1 – 2, 2004, s. 651 – 674

PERKINS, Jon A. , “**The Changing Foundations of International Law: From State Consent to State Responsibility**”, Boston University International Law Journal, Vol. 15, 1997, s. 433 – 509

- REUTER, Paul**, **Introduction to the Law of Treaties**, Pinter Publishers, New York/London, 1989
- SOYSAL, Mümtaz**, “**Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler**”, Anayasa Yargısı, C. 2, Ankara, 1985, s. 7 – 18
- ŞAHBAZ, İbrahim**, “**Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Türk Hukukundaki Yeri**”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 54, 2004, s. 178 – 216
- TOLUNER,** **Milletlerarası Hukuk ile İç Hukuk Arasındaki İlişkiler**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1973
- TRACHTMAN, Joel P.** , “**Reflections on the Nature of the State: Sovereignty, Power and Responsibility**”, Canada – United States Law Journal, Vol. 20, 1994, s. 399 – 415
- YÜZBAŞIOĞLU, Necmi**, “**Mayıs 2004’te Anayasa’nın 90. Maddesine Eklenen Hükmün Türk Anayasalık Blokuna Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme**”, Bülent Tanör Armağanı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2004, s. 782 – 818

İNTERNET KAYNAKLARI

BATUM, Süheyl; **ÖZBUDUN**, Ergun; **YAZICI**, Serap ve **SOFOUOĞLU**, Cem, “**Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin Avrupa Birliği’ne Üyeliğini ve Türk Hukuk Sisteminin Birliğin Hukuk Düzenine Uyumunu Sağlamak Üzere Önerilen Anayasa Değişikliği Teklifi**”, <http://www.tesev.org.tr/90madde.php>)

GÖZLER, Kemal, “**Milletlerarası Andlaşmalara Kanun Üstü Bir Değer Tanınabilir mi?**”, <http://www.anayasa.gen.tr/madde90.htm>

GÖNENÇ, Levent, “**1982 Anayasasında Sessiz Devrim: 90. Madde Değişikliği ve Getirdiği Sorunlar**”,

<http://www.yasayananayasa.ankara.edu.tr/makanayor/docs/analiz/90.madde.htm>

[regal://eskiler/2004/05/20040522.htm](http://regal.eskiler/2004/05/20040522.htm)

<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1990/K1990-31.htm>

<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1991/K1991-20.htm>

<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1996/K1996-43.htm>

<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2007/K2006-112.htm>

BOŞ