

Anayasa'nın 90. Maddesinde (7 Mayıs 2004) Yapılan Değişikliğin Getirdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri

Derya Belgin

7 Mayıs 2004 tarihli Anayasa değişikliklerinde, Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına eklenen "Usulüne uygun yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır." cümlesi ile uluslararası andlaşmaların Türk hukukundaki yerine yeni bir boyut getirilmiş, 1961 Anayasası'ndan beri süregelen tartışmalara bir açıklık kazandırılmak istenmiş, aynı zamanda Avrupa Birliği (AB) ile uyum çerçevesinde 2001'de yapılmak istenen değişikliğe benzer biçimde - kapsam olarak farklılık içerse de - bir sonuca ulaşılmak istenmiştir. Ancak bu düzenleme önceki tartışmaları sona erdirememiş, onlara yenilerini eklemiş, başta hangi uluslararası andlaşmaların temel hak ve özgürlüklere ilişkin olduğu konusunda ortaya çıkabilecek sorunları da çeşitlendirmiştir. Bu sebeple, gerek öğreti, gerek Türkiye Barolar Birliği, gerekse yasama organınca 90. maddeye ilişkin değişiklik önerileri ortaya konulmaktadır.

2004 yılına kadar 90. madde ile ilgili yapılan tartışmalar, usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşmaların iç hukuktaki yeri ve Anayasa Mahkemesince uygun bulma kanununun iptali noktalarında olmuştur. Öğretide Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası esas olarak iki biçimde yorumlanmıştır. Bir görüşe göre, bu hüküm, iç hukuk düzeninde andlaşmaların kanunlarla eşdeğer bağlayıcılığa sahip olduğunu gösterir.¹ Diğer görüşü savunanlar ise, Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasındaki uluslararası andlaşmalar hakkında "Anayasaya aykırılık id-

diası ile Anayasa mahkemesine başvurulamaz." kuralını ve bu kuralın niteliklerini dikkate alarak, özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi insan haklarına ilişkin belgeleri kanunların üzerinde,² anayasal değerde,³ hatta Anayasanın üzerinde⁴ görmektedirler. İlk görüşte uluslararası sözleşme metni ile iç hukuk düzenlemelerinde bir çelişki ortaya çıktığında iç hukuktaki iki yasa arasındaki çatışmada uygulanacak kurallar ile sorunun çözümü gerekir.⁵ Dolayısıyla önceki kanun – sonraki kanun veya genel kanun- özel kanun biçiminde bir yorum yoluna başvurulmalıdır. İkinci görüşte ise, uluslararası andlaşmaların üstünlüğü kabul edildiğinden bir çatışma halinde, her durumda antlaşma metni uygulanacaktır. Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasında sadece temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmalara kanunlar karşısında üstünlük tanındığına göre, bu kapsam dışındaki uluslararası andlaşmalar açısından bu tartışmalar devamlılığını korumaktadır.

2001 yılında Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasında, "Kanunlar ile milletlerarası andlaşmaların çatışması halinde milletlerarası andlaşmalar esas alınır." biçiminde bir değişiklik yapılmak istenmiş, an-

2 Mümtaz Soysal, "Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler", *Anayasa Yargısı*, S. 3, Ankara 1987, s.15-17.

3 Edip Çelik, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulaması", *Idare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, sayı 1-3, 1988, s.52; Tekin Akıllıoğlu, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç hukukumuz", *AÜSBFD*, c.XLIV, no:3-4, s. 173.

4 A.Şeref Gözübüyük, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı*, İnsan Hakları Derneği Yayınları, 35. Yıl, c.9, Ankara 1987, s.3.

5 E. 1996/55, K. 1997/33, T. 27.2.1997, AMKD., S.37, C.1, s.93-97 (Anayasa Mahkemesi'nin "İslam Ülkeleri Arası Yatırım ve İhracat Kredi Sigortası Kurumu Kuruluş Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunmasına Dair Kanun"la ilgili iptal davası).

1 Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, İstanbul,2001,s. 473; Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, Ankara 2003, s.31; Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara 1992, s. 355.

cak son anda bu değişiklik geri alınmıştı.⁶ Burada bir uluslararası andlaşma ile kanunun çatışması halinde andlaşmanın niteliği konusunda bir sınırlama getirilmeksizin uluslararası andlaşmanın esas alınacağı öngörülmüştü. 2004 Anayasa değişikliği komisyonunda bu türden bir değişikliğin Anayasanın 6. maddesi çerçevesinde çok doğru olmayacağı, birinci aşamada insan hakları alanına öncelik vererek tartışmanın bir ölçüde çözülmesi görüşü hakim olmuştur.⁷

Yeni fıkrada sadece “temel hak ve özgürlüklere ilişkin” uluslararası andlaşmalara üstünlük tanınmaktadır. Hangi andlaşmaların temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşma sayılacağı konusunda ise bir açıklık yoktur.⁸ Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası andlaşmalar 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 düşünüldüğünde, “temel hak ve özgürlükler” deyiminin kapsamı olağanüstü genişletilmiş olacaktır. Aynı durum, ekonomik ve sosyal haklar açısından da sorun yaratabilecektir. Bu nedenle Türkiye Barolar Birliği'nin Kasım 2007'de kamuoyuna sunduğu T.C Anayasası Önerisinde “münhasıran insan haklarının korunması amacıyla bağitlanmış” olma koşulu önerilerek hükmün uygulama alanının açık olarak sınırları belirlenmek istenmiştir.⁹ Yine bu konudaki sıkıntıları gidermek amacıyla benzer şekilde “uluslararası insan hakları andlaşmaları”¹⁰ şeklinde bir belirleme ile de üstünlük tanınmak istenen uluslararası andlaşmanın niteliği öngörülebilir.

Esasında uluslararası hukukun üstünlüğünün savunulduğu görüş karşısında iç hukuk düzenlemeleri ile çatışma halinde olan uluslararası andlaşmalar bakımından getirilecek bir çatışma hükmüne gerek olup olmadığı dahi tartışılabilir. Bununla beraber, AB

uyum sürecinde uluslararası hukuka öncelik tanıyan bir düzenleme getirmek endişesiyle Anayasa'nın 90. maddesinde söz konusu değişiklik yapılmış olmasına karşın, AB müktesebatında bulunan birliğin kuruluş ve işleyişine yönelik milletlerarası andlaşmaların Türk hukukuna aktarılması bakımından bu değişiklik bir kapı açmaktan uzak bulunmaktadır.¹¹ Bu nedenle “Ulusal-üstü yetkiler kullanan örgüt ya da kuruluşlara üyeliği sağlayan andlaşmalar”¹² yahut “temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalar ve Avrupa Birliği kapsamında yapılan andlaşmalar”¹³ şeklinde bir ifade bu açıdan daha geleceğe dönük olarak görülebilir. (Bu durumda ulusal-üstü yetkiler kullanan organa ait andlaşmalara üstünlük sağlanabilmesi için egemenlik ile ilgili Anayasanın 6. ve yasama yetkisi ile ilgili 7. maddelerine bu organın da egemenliğini tanıyan hükümler eklenmesi gerektiğinin de göz önünde tutulması gerekir.)

Anayasa'nın 90. maddesinde yapılan değişiklikte temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmalar ile kanunların çatışması halinde antlaşmaların üstünlüğü öngörülmüştür. Bu noktada, “kanun” ibaresinden normlar hiyerarşisinde kanunların altında yer alan diğer düzenlemeleri de kapsayıp kapsamadığı sorusu sorulabilir. Tüm bu idari düzenlemelerin kanunlara ve Anayasa'ya aykırı olamayacağı kuralı karşısında temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan ve “kanun hükmünde” olan diğer uluslararası andlaşmaların tüzük, yönetmelik, vs. idari düzenlemelerin üzerinde yer aldığı kabul edilmelidir. Asıl sorun, Anayasa ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir antlaşma çatıştığında sorunun nasıl çözüleceğidir. Böyle hallerde yapılacak ilk iş, uluslararası hukukun üstünlüğü ilkesi gereği, Anayasa'yı antlaşmaya uygun yorumlamaktır. Fakat Antlaşma- Anayasa çatışması uygun yorum yöntemi ile çözülemeyecek boyutta ve açıklıkta ise iki alternatif düşünülebilir. Bunlardan ilki, Anayasa Mahkemesi'nin sözleşmeyi ihmal edip Anayasa'yı uygulaması; diğeri, Anayasa'yı ihmal edip doğrudan andlaşmayı uygulamasıdır. Anayasa'nın ihmal edilip sözleşmenin uygulanması Anayasa'nın şekli ve maddi üstünlüğü bakımından savunulması kolay değildir. O halde, sözleşme ile Anayasa'nın çatıştığı durumlarda Anayasa Mahkemesi, sözleşmeyi ihmal

6 Türkiye Barolar Birliği (TBB), *İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması*, 5 Kasım 2004, Mesut Gülmez'in Konuşması, s.58, dn. 14.

7 TBB, a.g.e, Burhan Kuzu'nun Konuşması, s.30.

8 Levent Gönenç, “2004 Değişiklikleri”, *Güncel Hukuk*, S.7, Temmuz 2004, s.48; L. Gönenç, *1982 Anayasası'nda Sessiz Devrim: 90. Madde Değişikliği ve Getirdiği Sorunlar*, http://www.yasayananayasa.ankara.edu.tr/docs/analizler/90_madde.pdf (Erişim tarihi: 17.11.2007).

9 Türkiye Barolar Birliği, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Önerisi, Kasım 2007, 4.baskı, madde 103/ son fıkra, s.194, www.barobirlik.org.tr/yayinlar/kitaplar/2007_Anayasa%20Taslagi_TBB.pdf (Erişim tarihi: 21.11.2007).

10 TBB, a.g.e, Gülmez'in Konuşması, s.82.

11 L. Gönenç, a.g.m., s.47.

12 TBB, a.g.e, Necmi Yüzbaşıoğlu'nun Konuşması, s. 90.

13 TBB, a.g.e, Yılmaz Aliefendioğlu'nun konuşması, s.140.

edip Anayasa'yı uygulamak, sorunun nihai çözümünü uluslarüstü yargı yerlerine bırakmak durumunda. Ancak bunun sonucu, "Anayasa'yı sözleşme kurumlarının mahkum etmesine katlanmak" olacaktır. Bunun çaresi de, öncelikle Anayasa'yı Sözleşme ile uyumlu hale getirmek; sonra da Anayasa'ya, Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa hükmünü ihmal ederek, doğrudan sözleşme hükmünü uygulayabileceği açık bir çatışma kuralı koymaktır.¹⁴ Bu yönde, "bu antlaşmalar ile Anayasayı da kapsayan ulusal hukukun çatışmasından doğan tüm uyuşmazlıklarda öncelikle" temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmanın uygulanacağı önerisi çözüm olarak düşünülebilir.¹⁵

Uluslararası andlaşmalarla kanunlar arasında uyuşmazlık olup olmadığını kimin tespit edeceği sorusu da cevapsız kalmaktadır. Özellikle alt derece mahkemelerinin veya yüksek mahkemelerin farklı dairelerinin bu konuda farklı değerlendirmeler yapması durumunda sorunun nasıl çözüleceği yeni fıkra hükmünde yer almamaktadır. Bu konuda Anayasa Mahkemesi'nin yetkili kılınması düşünülebilir¹⁶. Bunun da ötesinde, Türk hukuk sistemine, yasalar açısından ön-denetim kurumunun getirilmesi akılcı bir çözüm olarak önerilebilir. Bu öneriye göre, yasaların yürürlüğe girmen önce Anayasa Mahkemesi'nin önüne getirilebilmesi, Mahkeme'nin yasaları Anayasa'ya ve uluslararası andlaşmalara uygunluk açısından denetlemesi, Anayasa'ya veya uluslararası andlaşmalara aykırı yasaların yürürlüğe girmesinin engellenmesi mümkün olabilecektir.¹⁷ Türkiye Barolar Birliği'nin Anayasa Önerisinde de, bir uluslararası andlaşmanın uygun bulunmasından önce ilgili antlaşmanın Anayasa'ya uygunluğunun tespiti açısından Anayasa Mahkemesi yetkili kılınmıştır. Buna göre, Anayasa Mahkemesi'nce, "Anayasa ile bağdaşmaz" bulunan andlaşmalar doğal olarak onaylanamayacaktır. Anayasa ile bağdaşmaz bulunmayan veya üzerinde Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) Genel Kurulu'nda hakkında görüşme açılmış olan antlaşmaların onaylanması ise, onaylamanın "kanunla" uygun bulunmasına bağlı olacaktır. Buna karşılık, onaylanması konusunda TBMM içinde

belli bir uzlaşma ve uyum sağlanmış antlaşmalar da hızlı bir usulle onaylanabilecektir.¹⁸

Anayasa'nın 90. maddesinin son cümlesi ile getirilen düzenleme sonucu uygulamada sorunlara, olumsuz sonuçlara yol açabilecek bir başka husus daha bulunmaktadır. Bu da, düzenlemenin uluslararası andlaşma ile bir yasa arasındaki çatışma durumunda yasanın andlaşmaya göre temel hak ve özgürlükler yönünden daha ileri bir anlayış getirdiği durumlarda hangisinin öncelik alacağı hususunda bir kural içermemesidir.¹⁹ Bu konuda somut bir örnek vermek gerekirse, Türkiye'nin taraf olduğu ve onayladığı 1992 Protokolü ile değiştirilen 1969 tarihli "Petrol Kirliliği Zararları Nedeniyle Hukuki Sorumluluk Sözleşmesi"nin²⁰ 8.maddesine göre, tazminat talepleri zarar verici olayın meydana gelmesinden üç yıl içinde ve her halde altı yıl içinde ileri sürülebilir ve zincirleme olaylar söz konusu ise altı yıllık süre ilk olay tarihinden itibaren başlar. 5312 sayılı "Deniz Çevresinin Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Acil Durumlarda Müdahale ve Zararların Tazmini Esaslarına Dair Kanun"un 12. maddesine göre ise, "Bu Kanun kapsamındaki olaylar nedeniyle tazminat taleplerinde zamanaşımı süresi, diğer kanunlarda daha uzun bir süre öngörülmedikçe, zararın öğrenildiği ve sorumlu tarafın tespit edildiği tarihten itibaren beş yıl, her hâlde olayın meydana geldiği tarihten veya olay, olaylar zincirinden meydana geliyorsa son olayın meydana geldiği tarihten itibaren on yıldır. Zamanaşımı süresine ilişkin olarak Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşme hükümleri saklıdır." Burada açıkça görüldüğü gibi, Türk hukukundaki düzenleme tazminat hakkı bakımından daha koruyucu niteliktedir. Önüne gelen somut bir uyuşmazlıkta hakim, uluslararası sözleşmedeki üç yıllık zamanaşımı süresini mi, yoksa kanundaki beş yıllık zamanaşımı süresini mi uygulayacak, zincirleme ihlallerde ilk olay tarihini mi, yoksa sonuncusunu mu esas alacaktır? Hakimin sözleşmeyi uygulaması hak arama özgürlüğünü ihlal ederken, kanunun uygulanması Anayasa'nın 90. maddesinin 5.fikrasına ve taraf olunan sözleşme hükümlerindeki zamanaşımı süreleri saklı tutulduğu için 5312 sayılı kanunun 12. maddesinin kendisine aykırı olacaktır.²¹

14 Tanör, Yüzbaşıoğlu, a.g.e, s.479 vd.

15 TBB, a.g.e, Gülmez'in Konuşması, s.82.

16 Bu konuda bkz., Prof. Dr. Süheyl Batum, Prof. Dr. Ergun Özbudun, Doç. Dr. Serap Yazıcı ve Av. Cem Sofuoğlu tarafından TESEV için hazırlanan, "Anayasa'nın 90. Maddesi'nin Değiştirilmesine İlişkin Görüş" <http://www.tesev.org.tr/90madde.php> (Erişim tarihi 17.11.2007).

17 Gönenç, a.g.m, s.48.

18 TBB, Anayasa Önerisi, madde 103'ün gerekçesi, s. 196.

19 TBB, a.g.e, Aliefendioğlu'nun konuşması, s.140.

20 24.07.2001 tarih, 24472 sayılı Resmi Gazete ile yayınlanmıştır.

21 Levent Gönenç, Selin Esen, "The Problem of Appli-

Bu konuda iki çözüm yolu ileri sürülebilir. Bir tanesi, Anayasa'nın 90. madde 5. fıkrada "iç hukukun insan hakları yönünden daha ileri hüküm içermesi durumu bu kuralın dışındadır."²² şeklinde bir ekleme yapılabilir ve iç hukuktaki düzenlemenin sözleşme karşısında uygulanması sağlanabilir. İkinci bir yol olarak ulusal kanun, yapılacak değişiklik ile imzalanan uluslararası sözleşmeye uygun hale getirilebilir. Ancak ortaya konan özel örnekteki durumda devlet yetkilileri uluslararası hukukun üstünlüğü ile insan haklarının etkili biçimde korunması arsında bir tercih yapmak durumunda kalacaktır. Hassas ve sorumlu bir kanun koyucu kendi vatandaşlarının hak ve özgürlüklerinden yana bir çözüm yolunu tercih etmelidir ve ulusal hukukun daha koruyucu tedbirleri, uluslararası andlaşma ile açık çatışma halinde muhafaza edilmelidir.²³

Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasına eklenen hükmün yasama organına göre getirilmesindeki amacın, tüm uluslararası andlaşmalara iç hukuk karşısında üstünlük sağlanmasına geçiş sürecinde bir basamak olduğu göz önünde tutulduğunda, bu amacı gerçekleştirdiği söylenebilir. Ancak düzenleme bu haliyle, yukarıda da dikkat çekilmeye çalışıldığı gibi, temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalardan hangi hakları içerenlerin esas alınması gerektiği, iç hukukta aynı konuda hak ve özgürlükler bakımından daha lehe hükümler öngören bir düzenleme bulunması ve ayrıca Anayasa ile uluslararası andlaşma metninin çatışması yönleri ile gerek uygulayıcılar gerek öğreti tarafından sürekli bir yorum faaliyetine ihtiyaç duyulmaktadır. Adalet ve Kalkınma Partisi'nin hazırlatmış olduğu, resmen açıklanmamış olmakla beraber basında yer almış bulunan Anayasa taslağında milletlerarası andlaşmaların uygun bulunmasına ilişkin maddede; "Kanunlar, usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş temel hak ve hürriyetlere ilişkin milletlerarası andlaşmalara aykırı olamaz."²⁴ ifadesi bulunmaktadır. Kanımızca taslak ile mevcut düzenleme arasında, sadece sözcük bazında bir fark bulunmakta ve mevcut sorunlara ilişkin bir çözüm getirmemektedir. Bu

cation of Less Protective International Agreements in Domestic Legal Systems: Article 90 of the Turkish Constitution", *European Journal of Law Review*, Volume 8, Number 4, 2006, s.498.

22 TBB, a.g.e, Aliefendioğlu'nun konuşması, s.140.

23 Gönenç ve Esen, a.g.m., s.499, dn. 35.

24 www.cnnturk.com/METINLER/?metid=10 (erişim tarihi: 28.09.2007)

nedenle, Yargı ve Öğretiye düşen görev, Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası ile getirilen yeniliğin eksik yanlarını, olması gereken düzenlemeyi sık sık eleştirilerle ortaya koymak ve yasama organının bu konuda dikkatinin çekmek olmalıdır.

KAYNAKÇA

Akıllıoğlu, Tekin: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç hukukumuz", AÜSBFD, c.XLIV, no:3-4.

Çelik, Edip: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulaması", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, sayı 1-3.

Gönenç, Levent: "2004 Değişiklikleri", Güncel Hukuk, S.7, Temmuz 2004.

Gönenç, Levent; Esen, Selin: "The Problem of Application of Less Protective International Agreements in Domestic Legal Systems: Article 90 of the Turkish Constitution", *European Journal of Law Review*, Volume 8, Number 4, 2006.

Gözübüyük, A.Şeref: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı, İnsan Hakları Derneği Yayınları, 35. Yıl, c.9, Ankara 1987.

Özbudun, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Ankara 1992.

Pazarcı, Hüseyin: Uluslararası Hukuk Dersleri, Ankara 2001.

Soysal, Mümtaz: "Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler", Anayasa Yargısı, S. 3, Ankara 1987.

Tanör, Bülent; Yüzbaşıoğlu, Necmi: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul,2001.

Türkiye Barolar Birliği (TBB): İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması, 5 Kasım 2004.

Türkiye Barolar Birliği: Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Önerisi, Kasım 2007, 4.baskı. www.cnnturk.com/METINLER/?metid=10

<http://www.tesev.org.tr/90madde.php>

http://www.yasayanayasa.ankara.edu.tr/docs/analizler/90_madde.pdf