

## GÜMRÜK BİRLİĞİ “ANLAŞMASI”NIN (1/95 SAYILI ORTAKLIK KONSEYİ KARARI’NIN) HUKUKSAL NİTELİĞİ

*Kemal BAŞLAR\**

### **ABSTRACT**

*In the (former) candidate countries, the decisions of Association Councils have been construed as a kind of treaty. In most cases, they have been either promulgated by a governmental decree or published in official gazettes. All the same, the decisions of the EC-Turkey Association Council, established by the Ankara Agreement of 1963, are not generally viewed as a treaty (i.e. agreement or memorandum of understanding). Neither is it counted on as an act of government so as to subject to judicial review. No concrete answer has been given hitherto to the question as to the legal status of the Association Council decisions in Turkey. In the midst of uncertainties, this article endeavours to look at the legal nature of Association Council decisions per se and the 1/95 Association Council Decision in particular.*

*The 1/95 Decision establishing a customs union between EC and Turkey was neither approved of by Parliament nor ratified by President. Corollary, it was not published in the Official Gazette. This article argues that the 1/95 Customs Union Decision should have been put into force by way of the procedure laid down in Article 90 of the Turkish Constitution. As having not been done as such, - the author opines that - it is an unconstitutional document which must be declared as null and void.*

*This article casts light on the case law of the Council of State and the Constitutional Court to see if there is any likelihood that the 1/95 Decision be declared by the said Courts as having no legal validity in domestic law.*

---

\* Dr., Anayasa Mahkemesi Raportör hakim.

**Anahtar Kelimeler:** Gümrük Birliği, Ortaklık Konseyi Kararları, Antlaşmaların Yürürlüğe Girişi, Yokluk Kararı, Antlaşmaların Yargısal Denetimi

**Keywords:** Customs Union, Decisions of Association Council, Entry into Force of Treaties, Decisions on Nullity, Judicial Review of Treaties.

## 1. Giriş

6 Mart 1995’de imzalanıp 1 Ocak 1996’da yürürlüğe giren 1/95 sayılı Avrupa Topluluğu-Türkiye Ortaklık Konseyi Kararı (ya da yaygın olarak anıldığı şekliyle “Gümrük Birliği Anlaşması”)<sup>1</sup> ile ilgili olarak 2004 yılı içerisinde basına yansıyan iki dava kamuoyunun dikkatlerini Gümrük Birliği’nin hukuksal yönüne çekmiştir.

Anılan davalardan ilki Ankara Ticaret Odası’nın 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı’nın yok hükmünde olduğunun tespiti amacıyla Danıştay’a yaptığı başvuru ile gündeme gelmiştir. Ankara Ticaret Odası, Gümrük Birliği “Anlaşması”nın Anayasa’nın 87. ve 90. maddelerine aykırı olarak yürürlüğe girdiğini; yapısı itibarıyla “milletlerarası anlaşma” statüsünde olan Konsey Kararı ile ilgili olarak, dönemin Bakanlar Kurulu’nun herhangi bir kararı olmadığını, Anlaşma’nın TBMM’nin onayına sunulmadığını ve Resmi Gazete’de yayımlanmadan yürürlüğe girdiğini ileri sürerek, yoklukla malul olması gereken bu belgenin durumunun hukuksal yönden tespitini Danıştay’dan istemiştir.<sup>2</sup> Açılan davanın ardından, Danıştay 10. Dairesi, böyle bir tespit davasına bakma yetkisinin olmadığını<sup>3</sup> ileri sürerek, dosyanın görevli ve yetkili

<sup>1</sup> Uygulamada, 6 Mart 1995 gününde Türkiye-Avrupa Birliği Ortaklık Konseyi’nin tarafları arasında Brüksel’de imzalanan, 66 madde ve 10 Ek’ten oluşan kararlar bütününe Gümrük Birliği “Anlaşması” denilmektedir. Bknz. Hasan Gürbüz, “Gümrük Birliği Anlaşmasının Anayasanın Başlangıç Kısımına Aykırılığı ve Egemenlik İlkesi ile Çelişmesi”, *Yeni Hayat Dergisi*, no: 47/1998, <<http://www.yenihayat.org/dergi/1998/47/9.html>>; Bilin Neyaptı, Fatma Taşkın, and Murat Üngör, “Has European Customs Union Agreement Really Affected Turkey’s Trade?”, <[http://www.ecomod.net/conferences/ecomod2003/ecomod2003\\_papers/Neyapti.pdf](http://www.ecomod.net/conferences/ecomod2003/ecomod2003_papers/Neyapti.pdf)>:

“Preferential trading agreement” (tercihli ticaret anlaşması) kavramı için bknz. De Santis, Roberto A., “The Impact of a Customs Union with the European Union on International Migration in Turkey”, *Journal of Regional Science*, no: 43/2, 2003, 349-372, s. 352 vd.: Gümrük Birliği Kararına “anlaşma” denilmesine karşı çıkanlar da vardır: örn. “Gümrük birliği tamamlanırken bir anlaşma falan da imzalanmadı. Sadece 1963 Ankara Anlaşması ile Türkiye-A.B ilişkilerinin en üst makâmı olarak belirlenen Ortaklık Konseyi çok geniş bir karar aldı (95/01 sayılı karar). Bu kararda bütün gümrük birliği ilkeleri belirlendi. O nedenle de herkes bu kararı anlaşma olarak algıladı.” Ertuğ YAŞAR’ın yorumu, (30.12.2003), <[http://www.nethaber.com.tr/-haber/haberler/0,1082,109409\\_4,00.html](http://www.nethaber.com.tr/-haber/haberler/0,1082,109409_4,00.html)>: Bu makalede, 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı bir antlaşma çeşidi olarak kabul edilmekte ve hukuksal niteliği bu bağlamda ele alınmaktadır.

<sup>2</sup> “ATO Gümrük Birliği’nin İptali için Tespit Davası Açtı”, <<http://www.atonet.org.tr/turkce/-index9.html>> (2.1.2004).

<sup>3</sup> Tespit davasının, 2577 sayılı Danıştay Kanunu’nun 24. maddesinde, Danıştay’ın ilk derece yargı yeri olarak bakacağı davalar arasında sayılmaması nedeniyle görev red kararı verilmiştir.

idare mahkemesine gönderilmesine karar vermiştir.<sup>4</sup> Dosya, daha sonra Ankara 5. İdare Mahkemesinde görüşülmüş ve başvuru yetkisizlikten reddedilmiştir.<sup>5</sup>

Basına yansıyan ikinci dava, Yedaş AŞ adlı otomotiv yan sanayi için rulman üreten bir firmanın Gümrük Birliği'nin uygulanmasından dolayı zarar ettiği gerekçesiyle Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'na (ATAD) başvurmasıyla gündeme gelmiştir. ATAD'ın başvuruyu kabul edip, taraflardan görüş istemesiyle Gümrük Birliği'ne ilişkin ilk dava incelenmeye başlanmıştır.<sup>6</sup>

1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın (GB Kararı) uluslararası hukuk ve anayasa hukuku açısından, geride kalan dokuz yıl boyunca çok fazla irdelenmemiş olması<sup>7</sup> ve yargı organları önünde tartışılmaması, konunun çok disiplinli bir bakış açısıyla ele alınmasını gerekli kılmaktadır. Kararın Türk pozitif hukukunun bir parçası olup olmadığının sorgulandığı bu makalede söz konusu belgenin uluslararası bir antlaşma olarak kabulünün gerektiği ileri sürülmekte; bu niteliğe sahip bir belgenin usulüne göre yürürlüğe girmediği için hukuksal geçerlilik taşımadığı noktası üzerinde durulmaktadır. Bu makalede Danıştay ve Anayasa Mahkemesi kararları ışığında GB Kararı'nın yokluğuna bir yargı kararıyla hükmedilip hükmedilemeyeceğine de temas edilecektir.

## 2. Ortaklık Konseyi Kararlarının Hukuksal Niteliği

### A) (Eski) Aday Ülkelerde Durum

Avrupa Birliği'ne üye olmak isteyen devletler, siyasal, ekonomik ve hukuksal anlamda işbirliğinin artması, serbest ticaret bölgesi oluşması, ticaret ve ekonomik ilişkilerin genişlemesi, Topluluk ile entegrasyon sürecinin tamamlanması ve ortaklığın sürdürülmesi için gerekli kurumsal altyapının oluşturulması amacıyla,<sup>8</sup> Avrupa Birliği ile katılım öncesi döneme ilişkin “Ortaklık Anlaşması” veya “Avrupa Anlaşması” olarak anılan iki taraflı anlaşmalar imzalamışlardır.<sup>9</sup> Bu anlaşmalarının uygulamasını sağlamak

<sup>4</sup> Danıştay 10. Daire, E. 2003/6017, K. 2004/12. Karar Tarihi: 12.1.2004. (yayımlanmamıştır).

<sup>5</sup> Ankara 5. İdare Mahkemesi, E. 2004/72, K. 2004/205. Makalenin yazım tarihinde, bu karar Danıştay'a temyizen gönderilmemişti.

<sup>6</sup> Bu konudaki değişik basın haberleri için bknz. Örn. <<http://www.milliyet.com/2004/02/25/son/-sontur19.html>>

<sup>7</sup> Bunun istisnalarından birisi için, bknz. Sevin Toluner, “6 Mart 1995 Tarihli Ortaklık Konseyi Kararı: Milletlerarası Hukuk Açısından bir Değerlendirme”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, no: LV/1-2, 1995-1996, 3-27. (Aynı makale için ayrıca bknz. Sevin Toluner, **Milletlerarası Hukuk Açısından Türkiye'nin Bazı Dış Politika Sorunları**, Beta, İstanbul, 2000, 113-142.)

<sup>8</sup> Bu amaçlar, 1990 sonrası imzalanan (Bulgaristan, Hırvatistan ve Letonya gibi ülkelerle yapılan) Ortaklık Anlaşmalarının 1. maddesinin (2) nolu bendi altında yer almaktadır.

<sup>9</sup> Ankara ve Atina Anlaşmaları ilk nesil ortaklık anlaşmalarından olup Katılım Ortaklığı Anlaşmaları (Accession Association Agreement) olarak nitelendirilebilir. 1994 sonrası Orta Avrupa devletleri ile imzalanan ikinci nesil anlaşmalar için “Avrupa Anlaşması” (Europe

amacıyla kurulan ortaklık konseylerine<sup>10</sup> “karar” alma (decision)<sup>11</sup> ve tavsiyede bulunma (recommendation) yetkileri verilmiştir.

Ortaklık/Avrupa anlaşmalarında, ortaklık konseylerinin oluşumu, yapısı ve niteliğinden söz eden maddeler<sup>12</sup> küçük farklılıklar hariç,<sup>13</sup> aynı şekilde kaleme alınmış olmasına rağmen, 1963 tarihli Ankara Anlaşması ile kurulan AT-Türkiye Ortaklık Konseyine ilişkin maddeler, diğer ortaklık konseylerine verilen hak ve yetkilerden daha fazlasını içermektedir.<sup>14</sup> Bu nedenle, Ortaklık Konseyi, herhangi bir AT ticaret anlaşması ile yaratılan en güçlü ortaklık konseyi olarak nitelendirilmektedir.<sup>15</sup> 1982 Anayasası, uluslararası örgüt

Agreement); 2000 sonrası Hırvatistan ve Makedonya ile imzalanan ortaklık anlaşmaları için “İstikrar ve Ortaklık Anlaşmaları” (Stabilization and Association Agreements) tabirleri kullanılmaktadır. Bu makalede, “Avrupa Anlaşması” terimi her üç grubu da kapsayacak şekilde kullanılacaktır.

<sup>10</sup> Özgün ortaklık metinlerinde, Ortaklık Konseyi için “Association Council”, “Council of Association” ve “Stabilisation and Association Council” ifadeleri kullanılmaktadır.

<sup>11</sup> AT Anlaşması’nın 300/7. maddesine göre ortaklık anlaşmalarının hükümleri (koşulsuz ve yeterince açıksa) bağlayıcı etkiye sahiptir. Bu anlaşmalar çerçevesinde kurulmuş ortaklık konseylerinin kararları da hukuksal anlamda bağlayıcı işlemlerdir. Bunlar kendilerine varlık kazandıran ortaklık anlaşmalarıyla doğrudan ilişkili olduğu için, hukuksal açıdan anlaşma maddelerinden farkları yoktur. Bknz. Wolfgang Weib, “EC Agreements in the Member States” in Andrea Ott & Kirstyn Inglis (eds.) **Handbook on European Enlargement: A Commentary on the Enlargement Process**, T.M.C Asser Press, 2002, 201-204, s. 201.

<sup>12</sup> Örneğin, AB-Bulgaristan Ortaklık Anlaşması (madde 105 vd.), AB-Hırvatistan Ortaklık Anlaşması (madde 110 vd), AB-Letonya Ortaklık Anlaşması (madde 110 vd), AB-Polonya Ortaklık Anlaşması (madde 102 vd).

<sup>13</sup> 1990’lı yıllarda oluşturulan Ortaklık Konseyleri ile 1963 yılında Ankara Anlaşması ile vücut bulan AT-Türkiye Ortaklık Konseyi karşılaştırıldığında, 1990 sonrası kurulan ortaklık konseylerinin aldıkları kararların bağlayıcı olduğu ortaklık anlaşmalarında açık bir şekilde yer almasına rağmen Ankara Anlaşması’yla kurulan Ortaklık Konseyi’nin aldığı kararlar taraflara gereğinin yapılması konusunda yükümlülük yüklemektedir. Orijinal metinlerde kullanılan ifade aynen şu şekildedir. “Alınan kararlar ... Taraflar için bağlayıcıdır” (*The decisions taken shall be binding on the Parties*). Ankara Anlaşmasının 22/1. maddesinde şu cümle dikkati çekmektedir: “İki taraftan her biri, verilmiş kararların yerine getirilmesinin gerektirdiği tedbirleri almakla yükümlüdür” (*Each of the Parties shall take the measures necessary to implement the decisions taken*”).

<sup>14</sup> Örneğin, Ankara Anlaşması, AT-Türkiye Ortaklık Konseyi’ne kendi yardımcı organlarını kurma hakkı vermesine rağmen, bu tür bir yetkiyi diğer ülkelerin ortaklık anlaşmalarında görmemekteyiz. Somutlaştırmak gerekirse, Ankara Anlaşması’nda, komitelerin kurulmasıyla ilgili 24/3. madde şöyle demektedir: “Ortaklık Konseyi, görevlerinde kendisine yardım edebilecek her komiteyi ve özellikle Anlaşma’nın iyi yürütülmesi için gerekli işbirliği devamlılığını sağlayacak bir komite kurmaya karar verebilir.” Diğer ülkelerin ortaklık anlaşmalarında ortaklık komitesi bizzat ortaklık anlaşması ile taraflarca kurulmuştur. (örneğin bknz. AB-Bulgaristan Ortaklık Anlaşması (madde 109/1) ve AB-Hırvatistan Ortaklık Anlaşması (madde 114/1)).

<sup>15</sup> Steve Peers, “Living in Sin: Legal Integration Under the EC-Turkey Customs Union”, **European Journal of International Law**, no: 7/3, 1996, 411-430, 72 nolu dipnota eşlik eden metin.

kararlarının normatif niteliği ile ilgili olarak bir açıklama içermediğinden Konsey kararlarının Anayasa'nın 90/3. maddesi bağlamında bir “uygulama anlaşması” olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği konusunda belirsizlikler vardır. Konuyla ilgili Türkçe literatürde kapsamlı bir çalışmaya rastlanmadığından, adaylık sürecini tamamlamış ve tamamlamakta olan diğer Avrupa ülkelerinin yaptıkları ortaklık anlaşmalarının incelenmesinin bu konuda yaşanan belirsizlikleri çözmeye yardımcı olacağına inanılmaktadır.

Avrupa Birliği'ne 2004 yılının Mayıs ayında tam üye olan on ülke ile 2007 yılında katılımları beklenen üç aday ülkenin imzaladıkları ortaklık anlaşmalarına bakıldığında, konsey kararlarının anlaşma ile oluştuğu görülmektedir. Bu ülkelerin yaptığı Avrupa Anlaşmalarında görülen; “*Konsey, karar ve tavsiyelerini Taraflar arasındaki anlaşma ile tanzim eder*” ifadesi bunu kanıtlamaktadır.<sup>16</sup> Avrupa Birliği'nin Şili gibi -- adaylık statüsü dışında olan -- üçüncü ülkelerle yaptığı ortaklık anlaşmalarında da benzeri bir ifadenin yer alması, kararların anlaşma olarak ortaya çıkacağı yargısını güçlendirmektedir.<sup>17</sup> 1992 tarihli Avrupa Ekonomik Alanı (AEA) Anlaşması ile kurulan AEA Konseyinin alacağı kararlar için de aynı şeyi söylemek mümkündür. Bu Anlaşma'nın 7. Kısmının 1. Bölümünde yer alan 90. maddenin 2 nolu fıkrasındaki; “*AEA Konseyi kararları, bir yanda Topluluk, diğer yanda EFTA Devletleri arasındaki anlaşma ile alınacaktır*” ifadesi bunu doğrular niteliktedir.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> Orijinal metin şu şekildedir: (*It shall draw up its decisions and recommendations by Agreement between the two Parties*). Örn. (AB-Hırvatistan Ortaklık Anlaşması (Madde 112,c.4), AB-Litvanya Ortaklık Anlaşması (madde 113/2), AB-Letonya Ortaklık Anlaşması (madde 112/2), AB-Polonya Ortaklık Anlaşması (madde 104/2)). Anlaşma metinlerinde değişiklik gösterebilen kısımlar İngilizce metinde koyu yazı ile gösterilmiştir. Bazı anlaşmalarda “between the two Parties- Her iki taraf arasında” ibaresi, “between the Parties- Taraflar arasında” şeklinde geçmektedir. AB-Bulgaristan Ortaklık Anlaşması'nın 107/2. maddesinden alınan yukarıdaki cümledeki “Agreement” ifadesi diğer devletlerin ortaklık anlaşmalarında küçük harf ile başlamaktadır. AB-Bulgaristan Ortaklık Anlaşması'nın 28/2. maddesinde Topluluk ve Bulgaristan'ın karşılıklı çıkarlarının dikkate alınmasını güvenceye alacak şekilde, gümrük birliği veya serbest ticaret bölgeleri kuran *anlaşmalarla* ilgili olarak Ortaklık Konseyi içerisinde gerçekleştirilecek danışmalardan söz edilmesi, gümrük birliğinin kurulmasının bir anlaşma ile olacağını göstermektedir.

<sup>17</sup> Buna örnek olarak AB'nin Şili ile yaptığı Ortaklık Anlaşması'nın 5/4. maddesinde yer alan benzeri bir ifadenin varlığı gösterilebilir. Kullanılan kalıp aynen şu şekildedir: “The Association Council shall adopt decisions and recommendations by mutual agreement between the Parties.”(Ortaklık Konseyi karar ve tavsiyelerini Taraflar arasında karşılıklı anlaşma ile kabul eder”.

<sup>18</sup> “Decisions by the EEA Council shall be taken by agreement between the Community, on the one hand, and the EFTA States, on the other.” Anlaşma metni için bkz. <[http://secretariat.efta.int/Web/EuropeanEconomicArea/EEA/Agreement/EEA/Agreement/#-\\_Toc21163302](http://secretariat.efta.int/Web/EuropeanEconomicArea/EEA/Agreement/EEA/Agreement/#-_Toc21163302)>

Ortaklık Konseyi kararları ile ilgili olarak yapılan bu genel açıklamadan sonra, yukarıda anılan ülkelerin ulusal hukuklarında ortaklık konseyi kararlarının statüsüne bakılması yararlı olacaktır.

Polonya öğretisine göre, Ortaklık Konseyi kararları, Ortaklık Anlaşması bu tür bir ihtimale yer vermiş ise doğrudan uygulanabilir niteliktedir.<sup>19</sup> Estonya ve Litvanya öğretisine göre, Ortaklık Konseyi kararlarının Resmi Gazete’de ilanı doğrudan etkisini güvenceye almak için yeterlidir.<sup>20</sup> Diğer ülkelerde, Ortaklık Konseyi kararlarının doğrudan etki doğurabilmesi ulusal parlamentolar tarafından uygun bulunmasına bağlıdır.<sup>21</sup> Bulgaristan, Slovenya ve Letonya öğretisinde, Parlamentolar tarafından onaylanmayan/uygun bulunmayan ortaklık konseyi kararları iç hukukun parçası olamazlar; bu nedenle, bu tür bir eksiklik kararların *ab initio* (başlangıcından itibaren) doğrudan etkili olmasını önlemektedir.<sup>22</sup>

Hoffmeister’e göre, monist hukuk sistemini benimsemiş ülkelerde Ortaklık Konseyi kararlarının her durumda ulusal parlamentolar tarafından onaylanmasına gerek yoktur. Parlamentolar, Ortaklık Anlaşmaları ile kurulan Ortaklık Konseylerinin yürütme organına sınırlı yasama yetkisi bahşetmişlerdir. Bu nedenle, bu tür bir ikincil veya türevsel hukuk, birincil hukukun tabi olduğu kriterlere bağlı olarak doğrudan uygulanabilir bir nitelik kazanır. Malta veya Macaristan gibi dualist ülkelerde, Konsey kararları bağımsız bir uygun bulma yasası ile iç hukuka aktarıldıktan sonra doğrudan uygulanabilirler.<sup>23</sup>

Bulgaristan’da Ortaklık Konseyi kararları Bakanlar Kurulu kararı ile iç hukuka aktarılır.<sup>24</sup> Bunlar nitelikleri gereği uluslararası anlaşma kabul edilip,<sup>25</sup> yasaların üstünde yer alır ve *lex posterior* ilkesine tabi olmazlar.<sup>26</sup> Evtimov’a göre, Ortaklık Konseyi kararları Anayasa’nın altında ancak yasaların üstünde yer almalıdır.<sup>27</sup> Evtimov, Ortaklık Konseyi kararlarının yeni bir ortaklık-üstü hukuk düzeni (*supra-association legal order*) oluşturduğunu söylemektedir.

<sup>19</sup> Frank HOFFMEISTER, “International Agreements in the Legal Orders of the Candidate Countries”, in OTT & INGLIS, age, 209-220, s.217.

<sup>20</sup> *Ibid.*,

<sup>21</sup> *Ibid.*,

<sup>22</sup> *Ibid.*,

<sup>23</sup> *Ibid.*,

<sup>24</sup> Evgeni Tanchev & Jenia Peteva, “National Report- Bulgaria”, 23-25 Ekim 2003 tarihleri arasında Bükreş’te yapılan “Impact of EU Accession on the National Legal Orders of Candidate Countries” konulu Toplantıda sunulan yayımlanmamış 46 sayfalık rapor, 25. Yazarlar Ortaklık Anlaşmasına bağlı 4 nolu Protokolün 1/97 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı olarak kabul edildiğini, ardından Bakanlar Kurulu’nun 440 ve 884 sayılı Kararnameleri ile 24 Nisan 1997 tarihinde iç hukuka aktarıldığını örnek olarak vermektedirler. dn. 45., 24.

<sup>25</sup> *Ibid.*, 26.

<sup>26</sup> Erik Evtimov, “International Agreements in the National Legal Orders of the Candidate Countries: Bulgaria”, in Ott & Inglis, age, 221-228, s. 223.

<sup>27</sup> *Ibid.*, s. 225

Evtimov, Konsey'in Bulgar tarafını oluşturan Yürütme organının Parlamento'nun (*Narodno Sabranjie*) yetkilerine tecavüz edip etmediğinin kararların analiz edilmesiyle mümkün olacağını söylemektedir. Sadece uygulamaya ilişkin hükümler içeren bir Ortaklık Konseyi kararı yasama yetkisine tecavüz olarak kabul edilmemekle birlikte, Bulgar Hükümetinin yasama yetkisini kullanırcasına bir Ortaklık Konseyi kararının alınmasına iştirak etmesi kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırılığı doğurmaktadır.<sup>28</sup> Bulgar Parlamentosu, Bulgar Hükümetinin yetki sınırlarını aşarak alınmasına iştirak ettiği bir Ortaklık Konseyi kararını *post factum* onaylayarak (i.e. icazet vererek), yasama yetkisine vuku bulan tecavüzü düzeltme yoluna gider.<sup>29</sup> Diğer bir deyişle, Bulgar Anayasası egemenliğin kullanılması yetkisini sadece Parlamento'ya verdiğinden ve Anayasa'da Topluluk organlarına egemenlik yetkisini kullanma yetkisini veren bir hüküm bulunmadığından, Parlamento'nun yetki sahasına giren bir konuda alınmış bir Ortaklık Konseyi kararı açıkça Anayasa'ya aykırı olur.<sup>30</sup>

Çek Cumhuriyeti Anayasası'nın 10. maddesi, Türk Anayasası'nın 90/5. maddesinde olduğu gibi, sadece temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmaların üstünlüğünü kabul etmiştir. Diğer antlaşmaların iç hukukta doğrudan etkili olabilmesi için özel yasalarda<sup>31</sup> açık hüküm olması ve Kanunlar Külliyyatında yayımlanması gerekmektedir.<sup>32</sup> Çek hukukunda doğrudan etkili olan antlaşmalar Parlamento tarafından onaylanmalıdır. Hükümet tarafından kabul edilmiş antlaşmalar yasalardan üstün olarak kabul edilmemektedir.<sup>33</sup> Ortaklık Konseyi kararlarına gelince, Çek hukukunda kararların hukuksal statüsü ile ilgili olarak açık bir düzenleme söz konusu değildir. Bu nedenle başvurulacak tek yol kıyastır.<sup>34</sup> Bir Çek mahkemesine göre, Ortaklık Konseyi Kararlarının bağlayıcı gücü, Ortaklık Anlaşmasının bağlayıcı gücünden gelmektedir.<sup>35</sup> Tyc, Konsey kararlarını, hükümetlerarası veya bakanlar düzeyinde kabul edilmiş uluslararası anlaşmalara benzetmektedir.<sup>36</sup> Tyc, Ostrava Bölge Mahkemesi'nin 26 Ekim 1998 tarihinde verdiği bir kararında, ithalatta ödenecek gümrük vergilerine ilişkin 3/96 sayılı Ortaklık Konseyi kararının Ortaklık Anlaşmasından türemiş *sui generis* (kendine özgü) bir senet (act) olarak kabul edildiğini nakletmektedir.<sup>37</sup> Mahkeme, uluslararası antlaşmalar kategorisine soktuğu Konsey Kararı'nın doğrudan etkili olması için gerekli özellikleri taşıdığına

<sup>28</sup> *Ibid.*, s. 227 (34 nolu dipnot ve eşlik eden metin).

<sup>29</sup> *Ibid.*,

<sup>30</sup> Karş: *Ibid.*, s. 228.

<sup>31</sup> Örneğin, Devletler Özel Hukuku Kanunu, madde 2; Ticaret Kanunu, madde 756.

<sup>32</sup> (Anayasa madde 52). Vladimir Tyc, “International Agreements in the National Legal Orders of the Candidate Countries: Czech Republic” in Ott & Inglis, age, 229-237, s. 230.

<sup>33</sup> *Ibid.*, s. 231.

<sup>34</sup> *Ibid.*, s. 232.

<sup>35</sup> Hoffmesiter, s. 217.

<sup>36</sup> Tyc, s. 232.

<sup>37</sup> (22 Ca 305/97-41), *ibid.*

karar vermesine rağmen, Kanunlar Külliyyatında yayınlanmamış olması gerçeği karşısında 3/96 sayılı Kararının doğrudan uygulanamayacağına karar vermiştir.<sup>38</sup>

Kıbrıs Rum Kesimi Anayasası'nda tam üyelik öncesi Anayasa'da ulusüstü bir hüküm bulunmadığı için, Ortaklık Konseyi kararlarının uygulanması amacıyla Temsilciler Meclisi tarafından yasa çıkarılması gerekmektedir. Kıbrıs Rum Kesimi'nde Ortaklık Konseyi kararları Parlamento tarafından *de facto* onaylanmakta; kararların iç hukukta etkisini göstermesi için gerekli düzenlemelerin yapılması Akit Tarafların uluslararası yükümlülüğü olarak kabul edilmektedir.<sup>39</sup>

Estonya'da Ortaklık Anlaşması mahkemeler tarafından doğrudan uygulanmamakla birlikte, bazı maddelerinin doğrudan etkili olduğu kabul edilmektedir. Doğrudan etkili olmayan Ortaklık Anlaşması'nın uygulanması amacıyla çıkarılan 1/99 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı iç hukuka aktarılmıştır. Estonya'da Ortaklık Konseyi kararları Resmi Gazete'de yayımlanmaktadır. Bu uygulama kararların bağlayıcı etkiye sahip olduğunun bir göstergesi olmakla birlikte, kararların Estonya hukukundaki yeri konusunda açık bir düzenleme söz konusu değildir. Bu konu akademisyen ve devlet görevlileri arasında çok fazla tartışma konusu olmamıştır. Pärn, kararların yasaların üstünde ancak Anayasa'nın altında olduğunu düşünmektedir.<sup>40</sup> Bazı akademisyenler kararların bir yasal düzenleme ile açıklığa kavuşturulmasını istemektedirler. Pärn, özellikle, bireylerin hak ve yükümlülüklerini etkileyen Ortaklık Konseyi kararlarının, Anayasa'nın 121. maddesine göre öngörülen sürece göre iç hukuka aktarılması gerektiğinden bahsetmektedir.<sup>41</sup>

Dualist bir sistemi benimseyen Macaristan'da Hükümet Ortaklık Konseyi'ne katılma konusunda Dışişleri Bakanına bir Bakanlar Kurulu kararı ile yetki devrinde bulunmuştur.<sup>42</sup> Macar hukuk sisteminde Ortaklık Konseyi kararları uluslararası yükümlülük doğurduğu için sadece uluslararası bir anlaşma olarak kabul edilip genel hükümler gereğince iç hukuka aktarılmak durumundadır.<sup>43</sup> Hükümet tarafından kabul edilen kararlar bir uygun bulma yasası ile iç hukuka aktarılmaktadır. Şayet, kararlar kişilerin hak ve yükümlülüklerini etkiliyorsa bir yasa ile neşredilmelidir. Çoğu Ortaklık Konseyi kararı bu nitelikte olduğu için bir Bakanlar Kurulu kararı ile birlikte

<sup>38</sup> *Ibid.*,

<sup>39</sup> Nicholas Emiliou, "International Agreements in the National Legal Orders of the Candidate Countries: Cyprus", in Ott & Inglis, age, 239-250, s. 241.

<sup>40</sup> Evelin PÄRN, "International Agreements in the National Legal Orders of the Candidate Countries: Estonia", in Ott & Inglis, age, 251-255, s. 253.

<sup>41</sup> Ortaklığın ikinci aşamasına geçen geçiş dönemini başlatan 1/2000 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı sadece yayımlanmıştır. OJ 2000 L 114/32. *Ibid.*,

<sup>42</sup> Bakanlar Kurulu Kararı 152/1994 (XI. 17.) paragraf 6, Oliver Várhelyi, "International Agreements in the National Legal Orders of the Candidate Countries: Hungary", in Ott & Inglis, age, 257-265, s. 259.

<sup>43</sup> *Ibid.*, s. 259, 261.



neşredilmektedir. Bu tür bir durum söz konusu değilse, sadece resmi olarak yayımlanması yeterlidir.<sup>44</sup> Dışişleri Bakanına Macaristan adına hareket etme yetkisini veren Bakanlar Kurulu olduğu için, kararların yayımlanması bir Bakanlar Kurulu kararnamesi ile yapılır. Macaristan’da kararlar Anayasa ve yasaların altında yer alır.

ATAD’ın ortaklık konseyi kararlarını belirli şartlarda doğrudan etkili kabul etmesinin aksine, Letonya yargı kararlarında Ortaklık Konseyi kararlarının tamamı uluslararası anlaşmalara denk kabul edilmiştir<sup>45</sup>. Diğer bir deyişle, Letonya hukuk sisteminde Konsey kararları doğrudan etkili olmayıp, genellikle Parlamento’nun (*Saeima*) uygun bulmasına ihtiyaç göstermektedir. Letonya’da Konsey kararları ikiye ayrılmaktadır: Bunlardan ilki, tanımı itibariyle teknik nitelikte olan ve Parlamento’nun uygun bulmasına gerek duymayan kararlardır. Bu tür kararların doğrudan etkili olması Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulmasına bağlıdır. İkincisi tür kararlar Parlamento’nun uygun bulmasına ihtiyaç gösterirler.<sup>46</sup> Bu tür kararların yürürlüğe girebilmesi için Anayasanın aradığı bazı şartlara uygun bir şekilde kabul edilmesi gerekmektedir. Avrupa Anlaşmasının Protokollerinde değişiklikler gibi, Ortaklık Konseyi kararları, Bakanlar Kurulu tarafından kabul edildikten sonra geçici olarak uygulanır, Parlamento tarafından kabul edildikten sonra kesinlik kazanırlar. Bu uzun süreci kısaltmak için başvurulacak ikinci bir yol, Anayasa’nın 81. maddesidir. Buna göre, Bakanlar Kurulu, istisnai durumlarda, kanun gücünde tüzükler çıkararak kararları yürürlüğe koyabilmektedir.<sup>47</sup> Ancak, bu yol münhasıran Parlamento’nun yetki sahasında olan bütçe ve gümrük resimleri gibi konularda Bakanlar Kurulunun etkili olması anlamına gelmektedir ki, Lutens tarafından bu yaklaşım doğru kabul edilmemektedir.<sup>48</sup> Özetle, Parlamento’nun yetki sahasında kalıp uygun bulması gereken kararlar için Bakanlar Kurulu’nun 81. maddeyi kullanması, 1 Mayıs 2004 öncesi Letonya’da sorun oluşturmaktaydı.<sup>49</sup>

Litvanya’nın adaylığı döneminde, Konsey kararlarının uygulanmasını sağlamak için gerekli önlemlerin neler olduğu (Parlamento ve Bakanlar Kurulu tasarruflarından hangisinin geçerli olduğu) ile ilgili bir açıklık yoktu. Bu sorun uygulamaya bırakılmış olup, genellikle bir yasama ve yürütme organı tasarrufuna ihtiyaç kalmadan kararlar iç hukukta etkisini gösterebiliyordu. Litvanya’da Ortaklık Konseyi’nin kabul ettiği 20’den fazla kararın hiçbirisi için özel bir iç hukuk düzenlemesi yapılmamıştı.<sup>50</sup> Ortaklık Konseyi kararları Resmi

<sup>44</sup> *Ibid.*,

<sup>45</sup> Dace Lutens-Thümmel, “International Agreements in the National Legal Orders of the Candidate Countries: Latvia”, in Ott & Inglis, age, 267-280, s.276

<sup>46</sup> *Ibid.*, s.277.

<sup>47</sup> *Ibid.*,

<sup>48</sup> *Ibid.*,

<sup>49</sup> *Ibid.*,

<sup>50</sup> Vilenas Vadapalas & Irmanas Jarukaitis, “International Agreements in the National Legal Orders of the Candidate Countries: Lithuania”, in Ott & Inglis, age, 281-289, 285.

Gazete'nin 2. Bölümünde yer alan uluslararası antlaşmalar bölümünde yayımlandığı gerçeğinden hareket edildiğinde, kararların hukuksal niteliğinin uluslararası antlaşmalara eşit olduğunu söylemek mümkündür.<sup>51</sup> Bu sonucu kuvvetlendiren bir başka çıkarım ise şudur: Resmi Gazete'de yayımlanan Konsey kararlarının yürürlük tarihi yayım tarihi değil; Konseyin karar verdiği tarihtir. Halbuki yasalar yayımlanmakla, hükümet kararnameleri ise takip eden gün yürürlüğe girerler. Örneğin, 3 nolu Protokolü değiştiren 1/2001 sayılı Ortaklık Konseyi kararı 25 Ocak 2001'de kabul edilmiş ve 4 Nisan 2001'de Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Ancak, yürürlük tarihi Resmi Gazete'de 25 Ocak 2001 olarak gösterilmiştir.<sup>52</sup>

Slovak Cumhuriyetinde Ortaklık Konseyi kararları Dışişleri Bakanlığının bir bildirimine üzerine Kanunlar Külliyyatında yayımlanmaktadır.<sup>53</sup>

Slovenya'da, Ortaklık Konseyi kararlarının imzalanmasından önce Hükümet bakanlara onaylama anlamına gelen bir yetki vermektedir.<sup>54</sup> Vehar ve Ilesic, Konsey kararlarının iç hukuka aktarılması için, bunların en son şekillerinin Bakanlar Kurulu tarafından onaylanması ve Resmi Gazete'de yayımlanması gerekliliğine işaret etmektedirler.<sup>55</sup> Slovenya yasalarında değişiklik meydana getiren kararlar, uluslararası bir antlaşmanın metnini-Parlamento tarafından önceden onaylanmaksızın değiştirdiğinden eleştirilmektedir.<sup>56</sup>

Bu nedenle, 1994 yılından başlayarak, ileride kabul edilecek bütün kararların yayımlanacağına; geçmiş uygulamanın gözden geçirilerek yayımlanması gerekenlerin durumunun tespitine karar verilmiştir. Konsey zaman zaman bu tür kararları yayımlamıştır. Vehar ve Ilesic, Slovenya'nın bu uygulamayı çok sıkı bir şekilde takip etmesi ve bütün kararların yayımlanması gerektiğini ifade etmektedirler. Yazarlar, mahkemelerin yayımlanmamış Ortaklık Konseyi kararlarını yok gibi kabul etmelerini önermektedirler.<sup>57</sup> Aynı yazarlar yeknesak hukuksal sonuçlar doğması açısından, Anayasa'da hüküm olmasa bile, kararların Hükümet veya Parlamento tarafından düzenli olarak onaylanıp Resmi Gazete'de yayımlanması gerektiğinden bahsetmektedir.<sup>58</sup>

Sonuç olarak, yukarıdaki açıklamalardan da görüldüğü üzere, Ortaklık Konseyi kararlarının niteliğinin hukuksal yönden tartışmalı olduğu durumlarda

<sup>51</sup> *Ibid.*,

<sup>52</sup> *Ibid.*,

<sup>53</sup> Branislav Bohacık, "International Agreements in the National Legal Orders of the Candidate Countries: The Slovak Republic", in Ott & Inglis, age, 323-330, s. 328.

<sup>54</sup> Primoz Vehar & Thomaz Ilesic, "International Agreements in the National Legal Orders of the Candidate Countries: The Slovak Republic", in Ott & Inglis, age, 331-339, 337.

<sup>55</sup> *Ibid.*,

<sup>56</sup> *Ibid.*,

<sup>57</sup> *Ibid.*, s.338.

<sup>58</sup> *Ibid.*,

bile, Konsey kararları, en genel anlamda bir antlaşma çeşidi olarak kabul edilmekte ve çoğu durumda resmi bir şekilde duyurulmakta veya yayımlanmaktadır.

### B) AT-Türkiye Ortaklık Konseyi Kararlarının Hukuksal Niteliği

Ankara Anlaşması'nın kurduğu Ortaklık Konseyi kararlarının uluslararası hukuk açısından niteliği ile ilgili olarak Ankara Anlaşması'nda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Diğer bir deyişle, Ankara Anlaşması'nın hükümlerine bakarak, Ortaklık Konseyi kararlarının bir hükümetlerarası toplantı kararı mı,<sup>59</sup> bir uluslararası örgüt kararı mı, yoksa bir “uygulama anlaşması” mı olduğunu tespit etmek olası değildir.

Lavranos, “*Uluslararası Örgütlerin Kararları ve Avrupa Hukuku Arasındaki Hukuksal Etkileşim*” adlı kitabında, diğer ülkelerin Ortaklık Konseyi kararlarına yer vermezken, AT-Türkiye Ortaklık Konseyi kararlarının niteliğini özel olarak tartışmıştır.<sup>60</sup> Lavranos'a göre, Ortaklık Konseyi, Ortaklık Anlaşması ile kurulan âkit taraflardan bağımsız olarak kararlar alabilen bir organ olarak nitelendirilebilir.<sup>61</sup> Konsey'in bir uluslararası örgütün organı olup olmadığı konusunda soru işaretleri olduğunu ifade ettiği çalışmasında, Lavranos, bazı hukukçuların Ortaklık Konseyi'nin, Akit Taraflardan bağımsız olarak karar alamadığını, kararlarını oybirliği ile aldığını ve bu nedenle bir uluslararası örgüt organı olarak kabul edilemeyeceğini söylediklerini nakletmektedir.<sup>62</sup> Bu görüşe karşı çıkan Lavranos, birçok uluslararası örgütte kararların oybirliği ile alındığı için bu ayırımın belirleyici bir faktör olmadığını; bu nedenle, belirleyici olan etmenin Konsey'in taraflardan bağımsız olarak karar alıp alamayacağı olduğunu tartışmaktadır. Yazar, Ortaklık Anlaşmasının 22. maddesi ile verilen geniş yetkilerle Konsey'in bağlayıcı kararlar alabilen bir organ oluşturduklarını; ATAD'ın *Taflar-Met* davasında incelediği 1/80 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı ile aynı sonuca ulaştığını nakletmektedir.<sup>63</sup>

Bu durumda sorun AT-Türkiye Ortaklık Konseyi'nin hangi uluslararası örgüte bağlı bir organ olarak kabul edilebileceğinin belirlenmesinde düşümlenmektedir. Ortada görünür bir uluslararası örgüt olmadığına göre, Ortaklık Konseyi hem bir uluslararası örgüt, hem de bir bu örgütün tek organı olarak düşünülebilir.<sup>64</sup> Lavranos, Konsey'in bir sekreteryasının ve merkezinin

<sup>59</sup> Ankara Anlaşması, madde 23/1: “Ortaklık Konseyi'ni, bir yandan Türkiye Hükümeti'nden üyeler, öte yandan, Topluluk üyesi Devletler Hükümetleri'nden, Konseyi'nden ve Komisyonu'ndan üyeler meydana getirir.”

<sup>60</sup> Nikolaos Lavranos, *Legal Interaction between Decisions of International Organizations and European Law*, University of Amsterdam, June 2004, 61-75.

<sup>61</sup> *Ibid.*, s. 64.

<sup>62</sup> *Ibid.*,

<sup>63</sup> ATAD, C-277/94 (1996) ECR I-4085, 18-20. prg., *Ibid.*, s. 65.

<sup>64</sup> *Ibid.*,

olmamasının bu düşünceyi savunmayı güçleştirdiğini, buna karşın, işlevsel yönden Ortaklık Anlaşmasının kurumsallaşmış bir düzenleme olarak kabul edilebileceğini ileri sürmektedir. Özetle, Ankara Anlaşması ile kurulmuş olan Ortaklık Konseyi'nin güçleri dikkate alındığında, bu yapının *de facto* olarak bir uluslararası örgütün organı olarak kabul edilebileceği söylenebilirse de,<sup>65</sup> bu realist ve fonksiyonel yaklaşımın hukuksal açıdan savunulması çok kolay gözükmemektedir. Lavranos, Ortaklık Konseyi'nin 1/80, 2/80 ve 3/80 sayılı kararlarını Topluluk hukuku ve üye ülkeler hukuklarında ayrı ayrı incelemekle birlikte, ne 1/95 sayılı GB Kararına, ne de bu kararların Türk iç hukukunda etkileri konusuna girmemektedir.<sup>66</sup>

Kanımızca, AT-Türkiye Ortaklık Konseyi kararlarını diğer Ortaklık Konseyi kararlarından farklı değerlendirmeyi haklı kılan bir neden bulunmamaktadır. Bu açıdan, Ortaklık Konseyi kararlarının, pek çok aday ülkede olduğu gibi, "anlaşma" olarak nitelendirilmesi yanlış olmaz. Bu kararların hukuksal niteliğini belirlerken, bir uygun bulma kanununa ihtiyaç duyulup duyulmadığı ve Resmi Gazete'de yayınlanıp yayınlanmadığı üzerinde de durulması gerekir.<sup>67</sup> Bu çalışma, sadece 1/95 sayılı GB Kararı'nın hukuksal niteliğinin incelenmesine hasredildiğinden, bu hususlar diğer Ortaklık Konseyi kararlarından ayrı olarak ele alınıp incelenecektir.

### ***3. 1/95 Sayılı Gümrük Birliği Kararı'nın Hukuksal Niteliği***

Yukarıda işaret edildiği üzere, diğer (aday) ülkelerin ortaklık anlaşmalarında, Ortaklık Konseyi kararlarının bir anlaşma ile gerçekleşeceği açıkça yazmasına rağmen, AT-Türkiye Ortaklık Konseyi kararlarının Türk iç hukukundaki yeri 6 Mart 1995 tarihine kadar ciddi bir tartışma konusu

<sup>65</sup> *Ibid.*, s. 65.

<sup>66</sup> Anılan kararlarda işçi ailelerin durumu ve yerleşme özgürlüğü incelenmektedir. Konsey'in bu kararları, Türk işçilerinin üye ülkelerde elde edeceği haklara ilişkin olup, üye ülke vatandaşlarının Türkiye'de yerleşimi ile ilgili değildir. Bu nedenle, sözü edilen kararların üye ülkelerde ve Türk hukuk sisteminde incelenmesi birbirinden farklı sonuçlar doğurmaktadır. *Ibid.*, ss. 66-74.

<sup>67</sup> Örneğin, Türkiye Cumhuriyeti ile Bulgaristan Cumhuriyeti Arasındaki Serbest Ticaret Anlaşması'nın Eki "Menşeli Ürünler" Kavramının Tanımı ve İdari İşbirliği Yöntemleri Hakkında Protokol B'nin Değiştirilmesine İlişkin 99/3 Sayılı Ortak Komite Kararı'nın Onaylanması Hakkında Bakanlar Kurulu Kararı (No: 2000/1742) 4.1.2001 tarihli 24277 nolu Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Yine, Türkiye Cumhuriyeti ile Avrupa Serbest Ticaret Birliği (EFTA) Devletleri arasında anlaşma çerçevesinde oluşturulan Türkiye-EFTA Ortak Komitesinin 1/2004 ve 2/2004 sayılı kararlarının onaylanmasının uygun bulunduğu dair kanun tasarısı 8.11.2004 tarihinde Meclise sevk edilmiş olup uygun bulma kanunu çıkarılmasını beklemektedir. Bu Ortak Komite, anılan kararları, 1991 tarihli Türkiye ve EFTA arasında imzalanan Anlaşmanın 29. maddesinde verilen yetkiye dayanarak almasına rağmen, bu kararlar için onaylama ve yayımlanma süreci öngörülmüştür. 1/95 sayılı Türkiye- AT Ortaklık Konseyi Kararı'nın burada adı geçen Ortak Komite Kararlarından hangi noktalarda ayrıldığı ve neden onaylanmadığının yetkililerce açıklanması gerekmektedir.

olmamıştır. 1/95 sayılı GB Kararı'nın Ortaklık Konseyi'nin alışlageldik kararlarından hem içerik, hem de hukuksal, siyasal ve ekonomik sonuçları itibarıyla oldukça farklı olması, 1/95 sayılı GB Kararı'nın niteliği konusunda uygulamada ve akademik çevrelerde farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur.

Bu konuda ileri sürülen ilk görüş, GB Kararı'nın bir “anlaşma” olarak kabul edilemeyeceği yönündedir. GB Kararı'nın 1964 tarihinden beri devam eden gelen sürecin olması gereken bir sonucu olduğunu savunan bu yaklaşıma göre, GB Kararı, 1963 Anlaşması ile 1970 Protokolü'nden çok az noktada farklılık göstermektedir. Gümrükçü'ye göre, “Kararın hükümleri daha çok 1970 tarihli Katma Protokol'ün bazı yerlerde ondan da kötü bir kopyası niteliğindedir.”<sup>68</sup>

GB Kararı'nın diğer kararlardan bir farkı olmadığını savunanlardan Usal, “Gümrük Birliği, Türkiye ve AB arasında imzalanmış bir anlaşmadır” anlayışının doğru bilinen yanlışlardan birisi olduğunu ileri sürmektedir.<sup>69</sup> Usal'a göre, işin doğrusu, Gümrük Birliği'nin, Ortaklık Anlaşması'nda öngörülen ekonomik entegrasyon sürecinin üçüncü ve son aşaması olduğudur. Yazara göre;

“Gümrük Birliği'ni kuran 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı, Ankara Anlaşması'nın meşru bir sonucu olup, Anlaşma ile oluşturulan kurumların vermiş olduğu bir karardır. Ancak Gümrük Birliği'nin bir anlaşma olmaması onun hukuki yükümlülükler getirmediği anlamına gelmemektedir. Ankara Anlaşması ve Katma Protokol uyarınca tarafların üstleneceği yükümlülükler belirlenmiştir. Kendi takvimi ve süresi bulunan bu yükümlülükler, 1/95 sayılı Karar'da tanımlandığı üzere, taraflar arasındaki anlaşma temelinde dayanmaktadır. Tüm bu ilişkinin temel hukuki dayanağı olan Ankara Anlaşması ise, hiç şüphesiz, AB müktesebatının bir parçasıdır.”<sup>70</sup>

Buna koşut bir düşünceyle hareket eden Reçber, 1/95 sayılı GB Kararı'nın bir anlaşma olmadığını, Ankara Anlaşması ile Katma Protokol'de açık olmayan veya detaylı olarak düzenlenmeyen kimi hususların, Gümrük Birliği Kararı'nda daha kapsamlı bir şekilde düzenlendiğinden bahsetmektedir:

“1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı, Ankara Anlaşması ve Katma Protokol'de öngörülen düzenlemelere istinaden tesis edilmiştir. Bu nedenle, işbu Karar'ın Ankara Anlaşması ve Katma Protokol'e bir değişiklik getirdiği söylenemez. Kaldı ki, Gümrük Birliği Kararı'nın Ankara Anlaşması, dolayısıyla Katma Protokol hükümlerine bir yenilik getirebilmesi için bu hükümlerin

<sup>68</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Harun Gümrükçü, (ed.) **Küreselleşme ve Türkiye**, Avrupa-Türkiye Araştırmaları Enstitüsü, Konrad Adenauer, Hamburg/İstanbul, 2003, 17-58, s. 57.

<sup>69</sup> Zeynep USAL, “Avrupa Birliği ve Türkiye-AB İlişkileri Hakkında Doğru Bilinen Yanlışlar”, İKV No:178 (Türkçe) Nisan 2004, no. 17.

<sup>70</sup> *Ibid.*,

değiştirilmesi gerekmektedir. Ancak, Gümrük Birliği Kararı ile Ankara Anlaşması düzenlemelerine herhangi bir değişiklik getirilmemiştir.<sup>71</sup>

Reçber'e göre;

"Gümrük Birliği Kararı, maalesef gerek görsel gerek yazılı Türk basınında "Andlaşma/ Anlaşma" olarak nitelendirilmektedir. Oysaki, Gümrük Birliği Kararı'nın bir "Andlaşma/Anlaşma" olarak nitelendirilmesi yanıltıcı ve yanıltıcıdır. Zira Gümrük Birliği Kararı'nın bir "Andlaşma/Anlaşma" olarak benimsenmesi halinde, 1982 tarihli Anayasamızın 90. ve 104. Md.'leri ile 244 ve 1173 Sayılı Yasalarımızın ilgili düzenlemeleri gereğince onaylanması ve yürürlüğe sokulması gerekmektedir. Oysa ki, bu tür bir işlemi "Andlaşma/Anlaşma" olarak kabul edemeyeceğimiz için, belirttiğimiz bu düzenlemeler itibarıyla onaylanmasına ve yürürlüğe sokulmasına hukuk tekniği açısından gerek olmadığı düşüncesindeyiz."<sup>72</sup>

Reçber, bu düşüncesini ortaya koyduktan sonra, problemin Anayasa'ya uygunluğunu sorgulamadan şu hususu vurgulamaktadır: "...Gümrük Birliği Kararı düzenlemelerinin genel anlamda *doğrudan uygulanma kabiliyetine* sahip olmaları nedeniyle, bu düzenlemelere aykırı olarak ulusal yasama organlarının yasama tasarrufunda bulunmamaları ve ulusal yargı organlarının da bu kararın hükümlerini dikkate almaları gerekmektedir."<sup>73</sup> Tekinalp de Karar'ın, uluslararası hukuk çerçevesinde bir antlaşma olmadığını ileri sürerken,<sup>74</sup> Reçber'den farklı olarak, Ortaklık Konseyi'nin diğer kararları ile geliştirilebilecek ve hatta değiştirilebilecek *doğrudan etkisi olmayan*

<sup>71</sup> Kamuran Reçber, "Türkiye-Avrupa Birliği İlişkilerine Hukuksal Bir Bakış", "...İş, Güç..." **Dergisi**, no: 4/2, 2002, <<http://www.isguc.org/index.php?cilt=4&sayi=2>> Yazar bu görüşü kuvvetlendirmek için Prof. Dr. Tuğrul Arat'ın bazı çalışmalarına atıfta bulunmaktadır: Örn. Tuğrul ARAT, "Türkiye ile Avrupa Topluluğu Arasında Gümrük Birliği ve Hukuki Uyum", Gümrük Birliği Sürecinde Türkiye, Mayıs-Eylül Özel Sayısı, 17-18, s. 235.; Tuğrul ARAT, "Gümrük Birliği Çerçevesinde Mevzuat Uyumu Çalışmaları", Gümrük Birliği Sürecinde Politikalar ve Uygulamalar, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası İnsan Kaynakları Genel Müdürlüğü Yayınları, Ankara, 1998, s. 75. Tuğrul Arat'a göre, "Ortaklık Konseyi Kararında, danışma usullerini düzenleyen hükümler, bir bakıma Ankara Anlaşmasının ortaklığın karar sürecini ve ihtilafların çözümü sürecini düzenleyen hükümlerini tamamlamakta veya ayrıntılar itibarıyla açıklamakta, Ankara Anlaşmasında belirsiz bırakılan bazı hususları belirli hale getirmektedir", içinde, Tuğrul ARAT, "Topluluk Karar Alma Mekanizması Çerçevesinde 1/95 Sayılı Ortaklık Konseyi Kararının Sergilediği Özellikler, İhtilafların Çözümü ve ATAD-Gümrük Birliği İlişkisi", Türkiye-Avrupa Topluluğu Gümrük Birliği, Türkiye Avrupa Topluluğu Derneği İstanbul Şubesi, Seminer: 7-8 Ekim 1995, Esbank Yayınları, Yayın No: 6, İstanbul, Mart 1996, 94 (alıntı: Reçber, agm).

Reçber, agm.

Reçber, agm.

Benzeri görüş için. bkz. Muzaffer Dartan, "Turkey-EU Relations with Particular Reference to the Customs Union" içinde, Muzaffer Dartan & Çiğdem Nas (ed.), *The European Union Enlargement Process and Turkey*, Marmara University, European Community Institutie, İstanbul, 2002, 271-324, s. 281.

gümrüklerin indirilmesinin son aşamasında imzalanmış dinamik bir metin olduğunu söylemektedir.<sup>75</sup>

GB Kararı'nın bir anlaşma olmadığını ileri sürenler Karar'ın uluslararası hukuk ve iç hukuk açısından ne anlama geldiğini açıklamaya çalışmamaktadırlar. Ortaklık Konseyi, tüzel kişiliği olan uluslararası bir örgüt veya organ olmadığına göre, aldığı kararların hukuksal anlamda niteliğinin ve alınan kararların iç hukukta doğrudan uygulanma kabiliyetine sahip olup olmadığına incelenmesi gerekir.

1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 2/1(a). maddesi, antlaşma kavramını; “ister tek bir belgede, isterse iki veya daha fazla ilgili belgede yer alsın ve *kendine özgü ismi ne olursa olsun*, Devletler arasında yazılı şekilde akdedilmiş ve uluslararası hukuka tabi olan milletlerarası anlaşma” olarak tanımlamaktadır. Görüldüğü üzere, uluslararası hukukun kişilik verdiği aktörlerin aralarında yaptıkları yazılı belgelerin taşıdıkları isim önemli değildir. Uluslararası Daimi Adalet Divanı önüne 1928 yılında gelmiş olan *Danzig Railway Officials* Danışma Görüşünde gündeme geldiği gibi, Danzig Serbest Şehri ile Polonya arasında yapılmış olan bir uluslararası antlaşmanın (*Beamtenabkommen*) hukuksal niteliğini belirleyecek olan bir belgenin seklinden çok muhtevastır.<sup>76</sup>

Pazarcı, antlaşma kavramının bir başka ögesine işaret etmektedir: antlaşma, uluslararası hukukun kendilerine *yetki tanıdığı kişiler* arasında, uluslararası hukuka uygun bir biçimde, *hak ve yükümlülükler doğuran, bunları değiştiren ya da sona erdiren yazılı irade uyumsuzlukları* olarak nitelendirilmektedir.<sup>77</sup> Bu tanımdan da görüleceği üzere, bir belgenin yetkili şahıslar arasında yapılp yapılmadığı ve uluslararası yükümlülük doğurup doğurmadığı her durumda sorgulanmalıdır.

Yukarıda açıklananlar ışığında Türkiye'nin Gümrük Birliğini gerçekleştirmek amacıyla uluslararası yükümlülük altına girdiği her Konsey kararının teknik anlamda bir antlaşma olduğunu söylemek mümkündür. Antlaşmalar onlarca değişik şekilde ortaya çıkabilir.<sup>78</sup> AB-Türkiye Ortaklık

<sup>75</sup> Ünal Tekinalp, “Gümrük Birliği'nin Türk Hukuku Üzerinde Etkileri”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, no: LV/1-2, 1995-1996, ss. 27-86.

<sup>76</sup> *Advisory Opinion on the Jurisdiction of the Courts of Danzig*, 1928, PCIJ Series, B, No: 15, 17-18. Bu Danışma Görüşünde, Danzig Serbest Şehri Danzig demiryolu görevlilerinin çalışma koşullarını düzenleyen anlaşmanın bireyler için hak ve yükümlülükler doğurduğunu ileri sürüyordu. Daimi Adalet Divanı Görüşünde bir uluslararası belgenin hukuksal niteliği ile ilgili olarak tarafların niyetinin önemli olduğunu; taraflar isterlerse bir antlaşma ile bireylere haklar sağlanıp yükümlülükler yüklenebileceğini söylemektedir. Buradan hareketle, Gümrük Birliği Kararında, belgenin hukuksal niteliğinin belirlenmesinde tarafların gerçek niyetinin tespit edilmesi gerektiği sonucuna varılabilir.

<sup>77</sup> Hüseyin Pazarcı, **Uluslararası Hukuk**, Turhan Kitapevi, Ankara, 2003, s. 43.

<sup>78</sup> Örneğin, ortak deklarasyon, genel senet, nihai senet, *modus vivendi*, tahkimname, statü, mektup teatisi, mutabakat zaptı, şart ve misak gibi terimler de antlaşma kavramı içerisinde yer almaktadır.

Konseyi kararlarının, mutabakat zaptına benzeyen yönleri olduğu görülmektedir. Birleşmiş Milletler Hukuk İşleri Bürosunun altında yer alan Antlaşma Bölümü'nün verdiği tanıma göre, mutabakat zaptları; bir çerçeve uluslararası antlaşma altında teknik veya ayrıntılı hususları sıklıkla düzenleyen daha az resmi nitelikte uluslararası belgeler için kullanılmaktadır. Bunlar, tek bir belge olup, genellikle onay gerektirmemektedirler.<sup>79</sup>

Can, -- Alman öğretisinde -- hakim olan görüşün, Konsey kararlarını basit usule göre imzalanan uluslararası sözleşmeler olarak nitelendirdiğini nakletmektedir.<sup>80</sup> Can'ın kararlar için kullandığı diğer benzetmeler şunlardır: “bağlayıcı uluslararası irade açıklamaları”, “ad hoc sözleşmeler”, “sözleşme benzeri işlemler” ve “kendine özgü kararlar”.<sup>81</sup> Can, kararların uluslararası sözleşme olarak nitelendirilmesinin sorunlu olduğunu ifade etmektedir. Konsey kararlarının kurucu antlaşmaya aykırı olması durumunda bunun kurucu antlaşmada bir değişiklik anlamına gelip gelmediğini Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 39. maddesinden hareket ederek sorgulamaktadır. Sonuç olarak, yazar, tarafların ortaklık anlaşması ile yükümlülük altına girdikleri; alınan kararların bu çerçeve içerisinde olması gerektiği ve bu nedenle kararların onaylanmasına gerek bulunmadığını ifade etmektedir.<sup>82</sup> Yazar, buradan hareketle, Ortaklık Konseyi'nin Ankara Anlaşmasında belirlenen alanlar içinde karar alabileceği; Konsey'in Anlaşmaya aykırı karar alamayacağını ifade etmektedir.<sup>83</sup> Ancak, Pınar'ın ifade ettiği gibi, Ortaklık Konseyi, GB Kararının Ek 8'in 10. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen istisnai düzenleme ile “açıkça kendi yetki sınırını aşmış” ve Katma Protokolün 22. maddesine aykırı bir düzenleme getirmiştir.<sup>84</sup> Böylece, niteliği tartışmalı olan Ortaklık Konseyi, kanun hükmünde olan Ankara Anlaşmasını değiştirme cesaretini göstermiştir.

GB Kararı, Ortaklık Konseyi'nin aldığı diğer kararlardan daha farklı bir nitelik taşımaktadır. Bu Karar ile Türkiye, Topluluk ve Birlik üyesi olmadan Gümrük Birliğine dahil olan tek aday ülke sıfatını kazanmıştır. Bu nedenle, Konsey'in diğer kararları gibi onay gerektirmeyen türden bir mutabakat zaptı

<sup>79</sup> <<http://untreaty.un.org/ola-internet/Assistance/Guide.htm#memoranda>>.

<sup>80</sup> Hacı Can, “Türkiye- Avrupa Topluluğu Ortaklık İlişkisinin Hukuki Çerçevesi”, *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, no: 3/1, 2003, 19-44, s. 39.

<sup>81</sup> *Ibid.*, s. 39.

<sup>82</sup> *Ibid.*, ss. 39-40.

<sup>83</sup> *Ibid.*, s. 40.

<sup>84</sup> Ankara Anlaşmasının 22. maddesinde Ortaklık Konseyine hedeflerin gerçekleştirilmesi amacıyla karar alma yetkisi verilmiştir. Ancak, Ortaklık Konseyi, “Ankara Anlaşması'nın ve Katma Protokol'ün öngördüğü malların serbest dolaşımını, hakların tükenmesini ve bundan dolayı mümkün olan paralel ithalat açısından açıkça sınırlamaktadır. Katma Protokol ve OKK'nın yetkisizliği sebebiyle Topluluk Hukuku açısından geçerli olan bölgesel tükenme ilkesi, bu bölgeye Türkiye sınırlarının da dahil olduğu genişlemiş bölge için geçerli olacaktır” Hamdi PINAR, “Fikri Mülkiyet Hakları ve Rekabet Hukuku: “Hakların Tüketilmesi”, Perşembe Konferansları- 17, Rekabet Kurumu, Ankara, Kasım 2001-Kasım 2002, 119-129, 126.



olarak kabul edilmesi söz konusu olmamalıdır. 1/95 sayılı Karar’ın, özü itibarıyla, basit usulle yürürlüğe sokulamayacak ölçüde önemli hükümler içeren bir antlaşma niteliği taşıdığına inanılmaktadır.

Nitelendirme sorununun uluslararası hukuk boyutuna değindikten sonra, aynı sorunun anayasa hukuku yönünden de irdelenmesi gerekmektedir. 1982 Anayasasında “antlaşma” tabiri genel bir anlamda kullanılmış olmasına rağmen, bu kavramın içerisine uluslararası örgütlerin hukuksal yükümlülük doğuran tasarruflarının da dahil edilip edilemeyeceği noktasında bir açıklık yoktur.<sup>85</sup> Şayet, 1982 Anayasasında, Finlandiya Anayasası’nın 94. Bölümünde yer aldığı gibi, antlaşmalardan ayrı olarak yasal niteliği haiz hükümler ihtiva eden “uluslararası yükümlülükler” için de Parlamento’nun kabulünün gerekli olduğu şeklinde bir ifadeye yer verilmiş olsaydı, bu tür bir anayasal dayanak, bugün yaşanan sıkıntıların giderilmesine büyük ölçüde yardımcı olmuş olacaktı. Finlandiya Anayasası’nın 95. Bölümüne göre, yasama niteliğinde olan (*legislative nature*) antlaşma ve diğer uluslararası yükümlülükler bir yasa ile yürürlüğe girer. Bu nitelikte değilse Devlet Başkanı tarafından çıkarılacak bir Kararname ile yürürlüğe girer. Bu açıdan bakıldığında, 1982 Anayasasında böyle bir hüküm yer almış olsaydı, 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı’nın en kötü ihtimalle bir Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiş olması gerekecekti.

1982 Anayasası’nda bulunan bu boşluğun; kıyas, yorum ve içtihat yöntemleriyle kapatılması gerekmektedir. Ortaklık Konseyi’ne, Ankara Anlaşması ile belirtilen amaçların gerçekleştirilmesi için, Anlaşma’nın öngördüğü hallerde karar alma yetkisi verildiğine göre, bu kararların hem Ankara Anlaşması’nın sınırları içinde kalınarak yapılıp yapılmadığının, hem de alınan kararların Türk Anayasası’na aykırı olup olmadığının denetlenmesi gerekmektedir.

Bu denetimin yapılabilmesi için, kararların hukuksal niteliğinin ne olduğunun belirlenmesi zorunludur. Konsey kararlarının sadece “karar” olduğunu ileri sürerek, bu kararları yargı-dışı bir alana taşımak, Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine aykırıdır. Konsey’in Türk kanadını oluşturan bakan ve büyükelçiler, bu görevlerini Devleti temsilen yapıyorlarsa, Anayasa’nın 125. maddesi gereği, idarenin “her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu”nun açık tutulması gerekir.

Ortaklık Konseyi’nin, gücünü Ankara Anlaşması’ndan aldığını ve bu çerçevede hareket ettiğini ileri sürmek, bazı anayasal problemleri de birlikte

<sup>85</sup> 1982 Anayasası’nın birkaç küçük farklılık dışında aynı olan 1961 Anayasası’nın 65. maddesinin gerekçesine göre; “Maddede, “Milletlerarası anlaşma” teriminin kullanılması ile yetinilmiştir. Gerçekten, hukuk mahiyeti yani bağlayıcılık vasfının menşei bakımından aralarında hiçbir fark mevcut olmamasına rağmen, milletlerarası hukuk kaideleri vaz’eden yazılı-vesikalar için 14 kadar değişik terim kullanılmaktadır. Maddede, bu terimlerden en fazla umumî olanı tercih edilmiştir”.

getirmektedir. Şöyle ki, Konsey'e bu şekilde verilmiş bir düzenleyici işlem yapma yetkisi, Anayasa'nın 7. maddesinde yer alan, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırıdır.

Anayasa'nın 91. maddesi Bakanlar Kurulu'na kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi vermekle birlikte, yasama yetkisinin devredilmesi; süre, amaç ve kapsam gibi bir takım kayıtlar altına alınmış, kararnamelerin Resmi Gazete'de yayımlanması anayasal bir zorunluluk haline getirilmiştir. Anayasal bir kurum olan Yürütme organına bile çok sınırlı olarak verilmiş "kanun hükmünde" düzenleyici işlem yapma yetkisi, anayasal bir kurum olmayan Ortaklık Konseyi'ne sınırsız yetki verilemeyeceğini göstermektedir. Kaldı ki, Ortaklık Konseyi bütün meşruiyetini "kanun hükmünde" olan bir anlaşmadan almaktadır. Bir yasayla kurulmuş hükümetlerarası bir organa bu kadar geniş yetki verilmesi ve verilen bu yetkinin Anayasa'nın sınırları içerisinde kullanılıp kullanılmadığının denetlenmesine engel olunması düşünülemez. Bu nedenle, egemenliğin kullanılmasının bir grup bürokrata bir anlaşma maddesi ile toptan bırakıldığı (delege edildiği) bir sistem Anayasa'nın 6. maddesinin ruhuna aykırı olur.

Bu nedenle, Ortaklık Konseyi kararlarının hukuksal niteliği hakkında yapılacak yorumların 1982 Anayasası'nın lafzı ve ruhuyla bağdaşması gerekir. Anayasalar kazuistik (meseleci) bir şekilde kaleme alınmadıkları için, karşılaşılan eylem ve işlemlerin Anayasa karşısındaki durumu Anayasa'ya uygun yorum yöntemine göre belirlenmelidir. Bu tür bir yorumu yaparken, Ortaklık Konseyi kararlarını Anayasa ve yargı denetiminin dışına itme yerine; Anayasa'nın içerisine alacak şekilde yorumlamak gerekir. Bu tür bir yaklaşım hukukun üstünlüğün gerçekleşebilmesi için zorunluluktur.

Bu nedenle, Konsey'in aldığı kararlar, 1982 Anayasası'nın 90/3. maddesinde yer alan bir "uygulama anlaşması" olarak yorumlanmalı ve değerlendirilmelidir. Daha sonra bu kararın uygun bulma kanunu gerektirmeyen bir mutabakat zaptı olarak mı, yoksa uygun bulma kanunu gerektiren bir anlaşma olarak mı nitelendirilmesi gerektiği Bakanlar Kurulu tarafından her durumda tek tek yapılmalıdır. Bakanlar Kurulu Kararı eki ile yayımlanacak bir uygulama anlaşması niteliğindeki bir Konsey kararının, Resmi Gazete'de yayımlanması gerekmiyorsa Kararname tarihinden itibaren, şayet Resmi Gazete'de yayınlanması gerekiyorsa, yayımlanma tarihinden itibaren geçerli sayılması kabul edilmelidir. Bu süreç içerisinde, Anayasa'ya ve Anlaşma'ya aykırı bir şekilde sonuçlandırılmış Konsey Kararları'nın Danıştay tarafından iptali söz konusu olabilir. Aksi takdirde, hiçbir anayasal denetimden geçirilmeden yürürlüğe giren bir Konsey kararının, daha sonra iç hukukta geçersizliği ileri sürülebilecek olsa da, bu sonuç Türkiye'yi uluslararası hukuk açısından yükümlülüğünden kurtarmaz.<sup>86</sup>

<sup>86</sup> 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 46/1. maddesine göre, "Bir Devlet, bir anlaşmaya bağlanma rızasının iç hukukunun anlaşma akdetme yetkisiyle ilgili hükümlerini

Ortaklık Konseyi Kararlarının bir antlaşma çeşidi olarak kabulü, uluslararası hukuk açısından da önem kazanmaktadır. Ankara Anlaşmasına veya Anayasa'ya aykırı hükümler içeren Ortaklık Konseyi kararlarının yetki aşımı (*ultra vires*) nedeniyle geçersizliğinin ileri sürülebilmesi, Konsey kararlarının hukuksal niteliğinin uluslararası hukukun kabul ettiği bir şekil içerisinde yer almasına bağlıdır. Ayrıca, 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 48. ve devamı maddelerinde yer alan hata, hile, temsilcinin ayartılması, temsilciye baskı yapılması gibi nedenler, taraf devletlere antlaşmaların geçersizliğini ileri sürme hakkı verilmektedir. Ortaklık Konseyi kararlarının geçerliliğini etkileyebilecek bu tür nedenlerin varlığının uluslararası hukukta dikkate alınmasının birinci şartı, Konsey kararlarının antlaşmalar hukukunun genel ilkeleri bağlamında değerlendirilmesini gerektirmektedir.

Ortaklık Konseyi'ne süresiz ve sınırsız bir yetki devrinde bulunulmasının Anayasa'nın ruhu ile bağdaşmadığını belirttikten sonra, Konsey Kararları'nın iç hukukta meşruiyet kazanması için hangi usulün takip edilmesi gerektiğine değinilecektir. Bu konuda Anayasa'nın 90. maddesinin irdelenmesi gerekmektedir. Ortaklık Konseyi'nin aldığı her kararın Anayasa'nın 90. maddesi süzgecinden geçirilmesi Türkiye'nin yükleneyeceği uluslararası yükümlülükler açısından önem arz etmektedir. Buna göre, Anayasa'nın 90. maddesinin 3. fıkrası, uluslararası bir antlaşmaya dayanan uygulama antlaşmalarının Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce uygun bulunma zorunluluğu olmadığını söylemektedir. Ancak, bu tür uygulama antlaşmaları ekonomik ve ticari bir nitelik taşıyorsa veya özel kişilerin haklarını ilgilendiriyorsa bu takdirde, yürürlüğe konulabilmesi için mutlaka Resmi Gazete'de yayımlanması gerekir.

Anayasa'nın 90. maddesinin 4. fıkrasına göre, diğerleri arasında, uygulama antlaşmalarının Meclis denetimi dışında kalabilmesi için Türk kanunlarında değişiklik meydana getirmemesi gerekmektedir.

GB Kararı'nın Türk hukuk sisteminde etki doğurması, yukarıda sayılan iki öğeye uygun olarak yapılması halinde mümkündür. O halde bu öğelerin yerine gelip gelmediğinin teker teker incelenmesi gerekmektedir.

İlk olarak, 90. maddenin 3. fıkrası uyarınca, Konsey kararlarının Meclis tarafından uygun bulunmasına gerek olmadığı durumlarda bile Resmi Gazete'de yayımlanma zorunluluğunun olup olmadığına bakılması gerekmektedir. Bu durumda görülecektir ki, hem ekonomik ve ticari nitelikte hükümler içermesi

---

ihlâl etmek suretiyle açıklandığı gerçeğine rızasını geçersiz kılan bir gerekçe olarak başvuramaz, meğer ki ihlâl ve iç hukukun temel önemi haiz bir kuralı ile ilgili olsun". Sözleşmenin 27. maddesine göre; "Bir taraf bir andlaşmayı icra etmeme gerekçesi olarak iç hukukunun hükümlerine başvuramaz" (Çeviriler şu kaynaktan alınmıştır: Enver Bozkurt, **Türkiye'nin Uluslararası Hukuk Mevzuatı**, Genişletilmiş 2. Baskı, Nobel, Ankara, 1999, ss. 562, 567.)

itibariyle,<sup>87</sup> hem de özel kişilerin haklarını ilgilendiren hükümler içermesi nedeniyle,<sup>88</sup> 1/95 sayılı GB Kararı'nın Resmi Gazete'de yayımlanması gerekirdi. Oysa, söz konusu Karar ne 1 Ocak 1996 günü öncesi, ne de bu tarih sonrası Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

Anayasa'nın 90. maddesinin 4. fıkrasına göre, bir antlaşma Türk kanunlarında değişiklik yapılmasını gerektiriyorsa, 90. maddenin birinci fıkrası gereğince işlem yapılması gerekir. Diğer bir deyişle, Türk yasalarında değişiklik yapılmasını gerektiren antlaşmalar, bir oldu bitti (*fait accompli*) ile Meclis'i yasa çıkarma zorunda bırakacaklarından, bu yasaları çıkarma yetkisinin asıl sahibi olan Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin böyle bir yükümlülük altına girip girmek istemediğini her durumda önceden takdir etmesi gerekir. Anayasa'nın hiçbir yerinde, Avrupa Toplulukları organlarına delege edilmiş bir yetki kaydı bulunmadığına göre, bu durum Ortaklık Konseyi kararları için de geçerlidir. Bunun aksinin düşünülmesi halinde, bir grup bürokrat ve Hükümet temsilcisinin, kendi uygun gördükleri antlaşmaların uygulanması için gerekli olan yasal değişiklikleri yapma konusunda halk iradesinin tecelli ettiği Meclis'e direktif vermelerinin yolu açılmış olur. Türkiye'nin Ankara Antlaşması için üstlendikleri yükümlülükleri yerine getirme zorunluluğu, Devletin uluslararası sorumluluğu ile ilgili bir sorun olup; Anayasa'nın 90. maddesinin göz ardı edilmesini gerektirmez.

Anayasa'nın 90/4. maddesi yorum gerektirmeyecek kadar açık bir hükümdür. GB Kararı'nın, Gümrük Kanunu ve ilgili mevzuat, dış ticaret rejimi, anti dumping ve anti sübvansiyon, fikri ve sınai mülkiyet, rekabet, idare ve anayasa hukukunda ne tür değişiklikler gerektirdiği başka eserlerde kapsamlı olarak anlatıldığı için,<sup>89</sup> GB Kararı'nın 90/4. madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiği açıktır.

<sup>87</sup> Kararın ekonomik ve ticari niteliği ile ilgili olarak, Gümrük Birliği Kararının uygulanmaya başlandığı 1996 yılından 2003 yılı sonuna kadar Türkiye'nin sadece gümrük vergisi kaybının 80 milyar dolar civarında olduğu ifade edilmektedir. Devlet Maliyesine yük getiren bu tür bir anlaşmanın 3. fıkraya hükmü dışında değerlendirilmesi düşünülemez.

<sup>88</sup> Karar, kişi hallerini çeşitli şekillerde etkilemektedir. Bunların başında, rekabet kuralları ile ilgili düzenlemeler gelmektedir. "Bu karar uluslararası Antlaşmaya dayanılarak akdedilen bir uygulama antlaşması olarak nitelendirilse bile, -ki bu mümkün gözükmemektedir-, Türklerin kişi hallerine doğrudan etkide bulunduğundan ötürü, yürürlüğe girebilmesi için ayrıca bir iç hukuk işlemi yapılması gerekmektedir...". içinde, Kerem Cem Şanlı, **Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği**, Lisansüstü Tez Serisi No: 3, Rekabet Kurumu Yayını, No: 514, 20. <<http://www.rekabet.gov.tr/tez.html>>.

<sup>89</sup> Tekinalp, çalışmasının 34-86. sayfaları arasında Türk hukukunda yapılacak değişiklikleri ayrıntılı olarak açıkladığından, bunlara burada tekrar yer verilmeyecektir. 1996 sonrası, Gümrük Birliği'ne uyum kapsamında, rekabetin ve tüketicinin korunması ile ilgili kanunlar yürürlüğe konulmuş, patent, telif hakları, ticari markalar, endüstriyel tasarımlar ve ithalatta haksız rekabetin engellenmesi ile ilgili Kanun Hükmünde Kararnameler çıkarılmıştır.: Türk mevzuatında değişiklikler yapılması gerekmektedir. Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Gümrük Birliği'nin Dış

Anayasa'nın 90. maddesinin 4. fıkrası emredici hukuk kuralı olmasına rağmen, bugüne kadar bir yedek hukuk kuralı gibi değerlendirilmiştir. Anayasa'nın 11. maddesine göre, Anayasa hükümleri ülke üzerinde yaşayan herkesi bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Anayasa'nın 11. maddesine karşılık gelen 1924 Anayasasının 103/1. maddesi aynı ifadeyi değişik bir şekilde şöyle ifade etmektedir: “*Teşkilatı Esasiye Kanununun hiçbir maddesi, hiçbir sebep ve bahane ile ihmal ve tatil olunamaz*”. 1961 Anayasası'nın 8., 1982 Anayasası'nın 11. maddelerini değişik bir şekilde yineleyen bu hüküm, Anayasa'nın 90. maddesinin 4. fıkrasının on yıldır ihmal edildiğini (savsaklandığını) ve işlerlikten alıkonulduğunu göstermektedir.<sup>90</sup>

Anayasa'nın 90. maddesinin 4. fıkrası; “*Türk kanunlarına değişiklik getiren her türlü andlaşmanın yapılmasında birinci fıkra hükmü uygulanır*” diyerek, bir uygun bulma kanunu çıkarılmasının gerekli olduğunu ortaya koymasına rağmen, bu ifade, maalesef 1924 Anayasası'nda yer alan “*Türkler hür doğarlar, hür yaşarlar*”<sup>91</sup> veya 1982 Anayasası'nın Başlangıç kısmında yer alan “*Dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olarak,...*” ifadeleri gibi klişeleşmiş bir şablon olarak görülmüştür.

Bu nedenle, bu fıkraya aykırı olarak akdedilmiş uluslararası yükümlülük doğuran veya haklar sağlayan bir belgenin adı ne olursa olsun (sözleşme, protokol, anlaşma, nihai senet, mutabakat zaptı, mektup teatisi, ortak deklarasyon vs.) “kanun hükmünde” kabul edilmesi mümkün değildir.<sup>92</sup> Gümrük Birliği Kararı, çok açık bir şekilde 90/4. maddeye aykırı bir düzenlemedir.

1/95 sayılı Karar'ın bir “uygulama anlaşması” olmadığı düşüncesinden

---

Ticarete Etkileri, Ekim 2003, Yayın No. TÜSİAD-T/2003-10-364), 48, 65, <<http://www.tusiad.org/turkish/rapor/gumruk/gumruk.pdf>>; Gümrük Birliği ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Çınar Özen, *Türkiye - Avrupa Topluluğu Gümrük Birliği ve Tam Üyelik Süreci Üzerine Etkileri*, Ceylan Kitapevi, İzmir, 2002.

<sup>90</sup> 1961 Anayasası'nın 8. maddenin Temsilciler Meclisi'nde görüşülmesi sırasında, ilk dönem Anayasa Mahkemesi üyelerinden sayın Muhittin Gürün 8. maddenin şu şekilde Anayasa'da yer almasını teklif etmiştir: “Hiç bir kanun ve işlem Anayasa'ya aykırı olamaz. Anayasanın hiçbir maddesi hiçbir sebep ve bahane ile savsanamaz ve işlerlikten alıkonulamaz”. Bu açıdan yaklaşıldığından 90/4. madde bugüne kadar hep savsanmış ve işlerlikten alıkonulmuştur. Muhittin Gürün (İhsan Öğat) ile birlikte, Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, B. 50-60, cilt 4, 1961, s. 30. (virgü eklenmiştir)

<sup>91</sup> Karş: Esat Çağa, Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, *Ibid.*, s. 27.

<sup>92</sup> Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, 1994 yılında verdiği bir kararda Türkiye ve Libya arasında imzalanmış Sosyal Güvenlik Sözleşmesine bağlı olarak kabul edilip, Bakanlar Kurulunca onaylanarak yürürlüğe konulmuş bir protokolü, Türk-Libya Karma Ekonomik Komisyonu tarafından kabul edilmiş bir belge olarak kabul ettikten, sonra Türk kanunlarında değişiklik meydana getirdiği halde TBMM'ne sunulmadığından hareketle hukuksal anlamda geçerli olmadığına karar vermiştir. (Yargıtay, 10. H.D. E. 1994/12170, K. 1994, T. 6.12.1994, YKD. C.21, s.3., 1995, s. 416 (zikreden: Aslan Gündüz, *Milletlerarası Hukuk: Temel Belgeler ve Örnek Kararlar*, 4. Bası, Beta, 2000, 155-158.)

hareketle, 90. maddeyi göz ardı etmek, Anayasa'nın ruhuna uygun bir yorum tarzı değildir. Bu düşünce kabul edildiği takdirde, çerçeve anlaşmaları bir "Truva Atı" olarak kullanılarak, Anayasa'ya aykırı birçok hükmün Türk hukuk sistemine değişik isimlerle girmesine zemin hazırlanmış olacaktır. Özellikle, Anayasa'ya ilk bakışta uygun antlaşmaların Meclis tarafından uygun bulunmasının ardından, Hükümet, "uygulama anlaşması" niteliğinde olan ya da antlaşma benzeri tasarrufları (*quasi-treaties*) Anayasa'nın 90/3. maddesi gereğince Meclis'in bilgisi dahilinde olmadan yürürlüğe bir sokabilir. Uluslararası yükümlülük doğuran bir belgenin Meclis denetiminden kaçırılabilmesi tehlikesine karşı 90. maddenin 4. fıkrası önemli bir güvencedir. Bu tür bir güvencenin hukuksal temelden yoksun deyimsel veya sözel yorum ve bakış açılarıyla yıpratılmasına izin verilmemelidir.

GB Kararı, Anayasa'nın 90/4. maddesine aykırı olduğu kadar, Anayasa'nın başka hükümleri ile çelişen sonuçlar da ortaya çıkarmıştır.

Karar'ın Anayasa'ya uygunluk denetiminde sorgulanması gereken ilk nokta egemenlik ve yasama yetkisinin devri noktalarındadır. Anayasa'nın hiçbir yerinde ulusal egemenliğin belirli şartlar altında uluslararası kuruluşlara devredilmesine izin veren bir hüküm bulunmamaktadır. Şayet, Anayasa, Türkiye-AB ilişkileri çerçevesinde kabul edilecek karar ve antlaşmaların iç hukuk normlarından üstün olacağına dair bir düzenleme getirmiş olsaydı, bunun Anayasa'nın 15, 16, 42 ve 92. maddelerde olduğu gibi açık bir şekilde Anayasa'da yer vermesi gerekcekti. Yasama yetkisinin devredilebilmesi için Kanun Hükmünde Kararnemelerde olduğu gibi, Anayasa'da açık bir hükmün olması gerekir. Ankara Anlaşması ile kurulan Ortaklık Konseyi egemenlik yetkisini fiilen Parlamentonun elinden almıştır. Bunun nedeni, Konsey'in, anlaşmanın gerekli davranış yetkisini verdiği veya vermediği hallerde duruma uygun karar alabilme yetkisine sahip olmasıdır.<sup>93</sup> Konsey, GB Kararı ile 1970 tarihli Katma Protokol ile verilen karar verme gücünü ya atıf yoluyla veya benzeri bir hükümlerle korumuş, ve hatta daha da fazlasını elde etmiştir.<sup>94</sup> AT-Türkiye ilişkilerinin gelecekte geliştirilmesi konusunda kapsamlı bir gündem oluşturma yetkisi ile Gümrük Birliğinin uygulanması hakkında çok kritik kararlar alma yetkisi verilmiştir.<sup>95</sup> Ankara Anlaşması'nın 22. maddesi Anayasa'ya aykırı olarak Roma Antlaşması'nın 235. maddesinin AB Konseyi'ne verdiği yetkinin bir benzerini Ortaklık Konseyi'ne vermektedir. Diğer bir deyişle, Ortaklık Konseyi'nin karar alabilmesi için gerekli olan yetkinin kaynağının Ankara Anlaşması'nda olması şart değildir.<sup>96</sup> Ortaklık Konseyi gerekli gördüğü durumlarda Anlaşma'nın hedeflerine ulaşılmasını

<sup>93</sup> Çınar Özen, "1/95 Sayılı Ortaklık Konseyi Kararı Çerçevesinde Türkiye'nin Yükümlülükleri Üzerine Bir Değerlendirme", *Yeni Türkiye: Avrupa Birliği Özel Sayısı*, no: 36, 2000, 1143-1153, s. 1144.

<sup>94</sup> Peers, agm, III.a.

<sup>95</sup> *Ibid.*,

<sup>96</sup> Özen, agm., s. 1144.

sağlamak amacıyla çerçevenin içerisini doldurma amacıyla gerekli düzenlemeleri yapabilir.

Aslında bu tür bir açık yetki devrinin (*blanket delegation of legislative power*) 1963 Ankara Anlaşması yürürlüğe girmeden önce,<sup>97</sup> Anayasa’ya aykırılığının ileri sürülmesi gerekiyordu. Anlaşma’yı uygun bulan Meclis Kararı’nın Anayasa’ya aykırılığı, Anayasa Mahkemesi’nin önüne o dönem getirilmeliydi. Ancak, 1990’ların ikinci yarısında gündeme gelen bu yöntemin, o dönem içerisinde düşünümlüp uygulanması o kadar kolay değildi.<sup>98</sup> 31.5.1963 tarihli ve 244 sayılı Milletlerarası Andlaşmaların Yapılması, Yürürlüğü ve Yayınlanması ile Bazı Andlaşmaların Yapılması için Bakanlar Kuruluna Yetki Verilmesi Hakkında Kanun’un Bakanlar Kurulu’na sınırları çok geniş bir yetki verdiği bahsedilerek, sözü edilen Yasanın Anayasa’ya aykırılığının ileri sürüldüğü bir dönemde,<sup>99</sup> bu yetkiden daha genelini AT-Türkiye Ortaklık Konseyi’ne devreden Ankara Anlaşmasının 22. maddesinin 3. fıkrasının Anayasa’ya aykırılığı ileri sürülemezdir.

Buna ilave olarak, 244 sayılı Yasa’nın 6. maddesinde, NATO ve üye devletlerle yapılan iki veya çok taraflı antlaşmaların onaylanmasına ve bunlara katılmaya Bakanlar Kurulu yetkili kılınarak, bu kapsamda yapılan antlaşmaların Meclis tarafından uygun bulunması ve Resmi Gazete’de yayımlanması zorunluluğu kaldırılmıştır. Söz konusu 6. maddenin öngördüğü antlaşmalar, uluslararası bir antlaşmaya dayanan uygulama antlaşmaları niteliğinde olmadıklarından, NATO antlaşmaları için özel bir düzenleme yapılmıştır. Oysa benzeri bir düzenleme Avrupa Ekonomik Topluluğu ile yapılan iki ve çok taraflı antlaşmalar için 244 sayılı Yasa’da yer almamaktadır. Böyle bir düzenleme olsaydı, Ortak Konseyi kararlarının Parlamento denetimi dışına çıkarılması ve Resmi Gazete’de yayımlanmaması konusunda yasal bir dayanak bulunmuş olacaktı.

244 sayılı Yasa’ya aykırı bir başka durum şudur: Yasa’nın 3/2. maddesinde; “*bir milletlerarası andlaşmanın uygulama alanının değiştiği, ... bir Bakanlar Kurulu kararnamesiyle tesbit olunarak Resmi Gazetede yayınlanır*” hükmü yer almaktadır. Gümrük Birliği Kararı Ankara Anlaşmasının uygulama alanını üçüncü ülkelerle olan ilişkiler açısından değiştirdiği için bu durumun bir kararname ile tespit edilmesi gerekirdi.

<sup>97</sup> Resmi Gazete, 17.11.1964, no. 11858. Anlaşma, 23.12.1963 gün ve 64/732/EEC sayılı Konsey kararıyla uygun bulunarak onaylanmıştır.

<sup>98</sup> Ne Anayasa’da ne de 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’da uluslararası antlaşmaların yürürlüğe girmeden önce Anayasa’ya uygunluğunun denetlenmesi görevi Anayasa Mahkemesi’ne verilmemiştir. Anayasa Mahkemesi, *de facto* olarak böyle bir denetim görevi olduğunu 1996 yılında önüne gelen 4163 sayılı “İslam Ülkeleri Arası Yatırım ve İhracat Kredi Sigortası Kurumu Kuruluş Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun”un iptali davasında doğru bir içtihatla geliştirmiştir. E. 1996/55, K. 1997/33, AMKD, no: 37/1, 79-105.

<sup>99</sup> E. 1963/311, K. 1965/12, AMKD, no: 3, 67-83.

GB Kararı'na dayanak olan Ortaklık Anlaşması'nın Anayasa'ya uygunluğunun tartışılmasının başka açılardan da yapılması gerekmektedir.

Gümrük Birliği Kararı “değişken yükümlülük” olarak adlandırılan bir yenilik getirdiğinden, bu yönüyle uygulama anlaşmasının çok ötesinde bir anlam taşımaktadır.<sup>100</sup> Bu bağlamda, Ankara Anlaşması ve Katma Protokol'de yer verilmeyen değişken nitelikli yükümlülükler yer veren Gümrük Birliği Kararı, tam olarak bir uygulama anlaşması olmanın ötesinde, bağımsız bir anlaşma olarak bile kabul edilebilir.<sup>101</sup> Türkiye bu karar ile bir ekonomik entegrasyon sürecinin içerisine girerek, entegrasyon sürecinin dinamik özelliğinden dolayı sürekli olarak hukuk sistemini uyumlaştırma yükümlülüğü altına girmiştir. Eş deyişle, ortak gümrük tarifesinde değişiklik oldukça, Türk mevzuatının da bu değişikliklere paralel olarak gözden geçirilmesi gerekmektedir. Bu yükümlülük, gümrük birliği sürecinin doğal bir sonucu olduğundan bunda yadırganacak bir şey olmaması gerekirken, Türkiye'nin AB'nin karar organlarında temsil edilmeden, AB'nin yönerge ve tüzüklerine uymak zorunda olması anayasa hukuku açısından sıkıntılı bir konudur. Böyle bir sürecin içerisine Türkiye'yi sokan belgenin uluslararası bir anlaşma olarak akdedilmemesi, Parlamento ve Cumhurbaşkanının devre dışı bırakılması bazı anayasal problemleri de beraberinde getirmektedir. Topluluk tarafından yapılmakta olan değişikliklerin iç hukukta etkisini göstermesi için Parlamento'nun uyum yasaları çıkarmak zorunda kalması, milli egemenliği temsil eden bir makamın Ortaklık Konseyi'nin boyunduruğu altına girmesi sonucunu doğurmuştur.

GB Kararı'nın 13/1-2. maddesine göre, Karar'ın yürürlüğe girdiği tarihte, Türkiye, Topluluk üyesi olmayan ülkeler bakımından Ortak Gümrük Tarifesi'ne uyum sağlama yükümlülüğü altına girmiştir. Türkiye, gereken her durumda gümrük tarifelerini Ortak Gümrük Tarifesindeki değişiklikleri yansıtacak biçimde uyarlamak zorunluluğu altındadır. Anılan fıkralarda yer alan hükümler emredici nitelikte olduğundan Parlatentonun bu konuda düzenlemeler yapmasını gerektirmektedir. Karar'ın 14. maddesine göre, Türkiye, gümrük mevzuatını AB direktifleri doğrultusunda düzenlemek zorundadır.<sup>102</sup> GB Kararı'nın 91. maddesine göre; “*Ortak Gümrük Tarifesinin değiştirilmesi, gümrük vergilerinin askıya alınması veya yeniden konulmasına ilişkin olarak Topluluk tarafından alınan kararlar ile tarife kotaları ve tarife tavanlarına ilişkin kararlar, Türkiye'nin Türk gümrük tarifelerini Ortak Gümrük Tarifesi'ne eş zamanlı olarak uyarlamasını sağlamak için yeterli bir süre önce Türkiye'ye bildirilir.*” Türkiye bu hükümle kendi dışında oluşan bir rejim ile bağlanmaktadır. Bu durumda, Türkiye, komşuları veya Uzak Doğu devletleri ile yapacağı ekonomik anlaşmalarda istediği gibi hareket edememektedir. Avrupa Birliği'nin serbest ticaret anlaşması yaptığı ülkelerle, Türkiye'nin de serbest ticaret anlaşması

<sup>100</sup> Özen, agm, 1143.

<sup>101</sup> Karş: ibid,

<sup>102</sup> Gümrükçü, age, s. 45.



yapabilmesi gerekmele birlikte, Gümrük Birliği’nden dolayı, Türk ihracatçısı üçüncü ülkelere mal satıp, onlardan mal alamamaktadır. Görüldüğü üzere, GB Kararı ile sadece AB ile olan ilişkilerimiz düzenlenmemiş; Türkiye üçüncü ülkelerle serbest ticaret anlaşması yapma olanağından da mahrum kalmıştır. Bu ise Parlamentonun yetkisini kısıtlayan bir uygulamadır.

Anılan maddelerden de görüleceği üzere, GB Kararı sadece iki taraflı haklar sağlayan veya borçlar yükleyen bir uygulama anlaşması değildir. Karar, aynı zamanda, objektif hukuksal statü oluşturan en fazla gözetilen ulus kaydı gibi bir uygulamayı da içermektedir. Türkiye, üçüncü devletlerden ithal edilen işlenmiş endüstriyel ürünlerde Topluluğun en çok gözetilen ulus uygulamasını kabul etmek durumundadır. Bu ise, Türkiye’nin taraf olmadığı bir anlaşmanın gereklerini yerine getirme sonucunu doğurmaktadır.

Özetle, GB Kararı’nın alınma süreci içerisinde Türk tarafını oluşturan bürokratların basiretsizliği yüzünden, Türkiye’nin üçüncü devletlerle olan dış politikası Avrupa Birliği’nin ipoteği altına alınmıştır. Ortak Gümrük Tarifesi süreci içerisinde Türkiye’nin belirleyici bir rol üstlenememesi nedeniyle, Parlamento, Topluluk organlarının aldıkları kararların icrasını sağlayan organ durumuna düşmüştür. Anayasa’da Topluluk organlarına verilmiş böyle bir yetki devri olmadığı için, getirilen düzenleme Anayasa’nın 7. maddesine aykırılık oluşturmaktadır.

Yasama organını zorunlu kılacak bir başka düzenleme örneği, GB Kararı’nın 16. maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre, Türkiye, ticaret politikasını Topluluğun Ticaret Politikasına uyumlu hale getirmek amacıyla Kararın yürürlüğe girmesinden itibaren geçen beş yıl içinde Topluluğun tercihli gümrük rejimine aşamalı olarak uyum sağlama yükümlülüğü altına girmiştir. Bu uyum, hem otonom rejimleri hem de üçüncü ülkelerle tercihli anlaşmaları kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. Türkiye bu madde ile ulusüstü bir entegrasyona gerekli anayasal değişiklikler yapılmadan fiilen dahil olmuştur. Böylece, Meclis’in egemen iradesiyle üçüncü ülkelerle yaptığı anlaşmalar, niteliği “karar” olarak adlandırılan bir hükümetlerarası belge ile sınırlandırılmaktadır.

GB Kararı’nın 16. maddesine göre, Türkiye, üçüncü ülkelerle tercihli ticaret anlaşması yapma hakkını kaybetmiştir. Türkiye’nin Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti ile yaptığı Gümrük Birliği Topluluğun iznine tabidir. Gürbüz’ün ifade ettiği gibi, Türkiye kendi iradesi ürünü olmayan Topluluğun önceden imzaladığı ve yine kendi iradesi olmayacak olan sonradan imzalayacağı anlaşmalara da uyma yükümlülüğü altına girerek, egemenliği ulusüstü yetkilerle donatılmış Topluluk organlarına fiilen devretmiştir.<sup>103</sup> Türkiye’nin Çin mallarına karşı gümrük vergilerini GB Kararı nedeniyle yükseltmemesi, Anayasa’nın 7. maddesine aykırı bir yetki devri veya delegasyonu anlamına geldiği kadar, “Devlet, esnaf ve sanatkârı koruyucu ve destekleyici tedbirleri

<sup>103</sup> Benzeri bir görüş için bkz. Gürbüz, agm, giriş bölümü.

*alır*” diyen Anayasa’nın 173. maddesine dolaylı yoldan aykırılık oluşturmaktadır.

Türkiye yeni ticaret anlaşmalarının müzakeresi ve gözden geçirilmesi sürecine katılmamaktadır. Türkiye, özellikle üçüncü devletlere karşı AB’nin ticaret politikası önlemleri aldığı danışma sürecinden hariç tutulmuştur. Türkiye, içinde yer almadığı Avrupa Birliği üst kuruluşlarının kararlarına uymakla yükümlü hale getirildiğinden, demokratik hukuk devleti ilkesi zedelenmiştir. Vatandaşlar kendilerinin seçmediği kişi ve kurumların aldıkları kararlara tabi olmakta, bu kararların sonuçlarından zarar görmektedirler. Kararların alınmasında hiçbir şekilde söz ve oy hakkının olmaması, yasama yetkisinin Topluluk organlarına devredildiğini göstermektedir. Bir taraf, diğer tarafın rızası olmaksızın hakeme gitme hakkına sahiptir. Hakem kararının etkisi kısıtlı olsa da, bu kararlar Türkiye kendisini bağlamıştır. Gümrük Birliği Kararı, üretim sektöründe ticaret tarifeleri ve Gönüllü İhraç Kısıtlamaları ile ilgili olarak hükümet politikalarında da çok ciddi sınırlamalar getirmiştir.

Anayasa’ya bu yönden bir başka aykırılık daha göze çarpmaktadır. Örneğin, Anayasa’nın 167/2. maddesine göre; “*Dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına olmak üzere düzenlenmesi amacıyla ithalat, ihracat ve diğer dış ticaret işlemleri üzerine vergi ve benzeri yükümlülükler dışında ek malî yükümlülükler koymaya ve bunları kaldırmaya kanunla Bakanlar Kuruluna yetki verilebilir.*” Görüldüğü üzere demokratik yollarla iktidara gelmiş yürütme organına dış ticaret konusunda ek yükümlülüklerin kaldırılması anayasal bir dayanağa bağlanmıştır. Buna benzer bir yetki Anayasa’nın hiçbir yerinde uluslararası bir kuruluşa verilmemiştir. Dış ticaret konusunda vergi koymak ve kaldırmak doğrudan Parlamentonun egemenlik yetkileri içerisinde kabul edilmiştir. GB Kararı ile, Ortaklık Konseyi, Bakanlar Kurulu’na kanunla verilen dış ticaret rejimi konusundaki düzenleme yetkisini, anayasal bir dayanak olmadan uhdesine geçirmiştir.

Anayasal açıdan daha bariz bir aykırılık da şudur: Anayasa’nın 73/3. maddesine göre, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır. GB Kararının 4. maddesine göre, “*Topluluk ile Türkiye arasında ithalat ve ihracatta alınan gümrük vergileri ile eş etkili vergi ve resimler bu Karar’ın yürürlüğe girdiği tarihte tamamen uygulamadan kaldırılır. Topluluk ile Türkiye o tarihten itibaren yeni ithalat ve ihracat vergileri ile eş etkili vergi ve resimleri uygulamaya koymaktan kaçınırlar. Bu hükümler mali nitelikte gümrük vergilerini de kapsar.*” Görüldüğü üzere, GB Kararının Anayasanın 73. maddesine uygun olabilmesi için, GB Kararı’nın “kanun” hükmünde olması gerekir. Bunun için de, GB Kararı’nın “usulüne göre yürürlüğe konulmuş” bir antlaşma olması gerekmektedir. Karar’ın bu nitelikte değerlendirilebilmesi için, Anayasanın 90. maddesinin öngördüğü usule göre akdedilmesi gerekirdi.

Gümrük Birliği Kararı, Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine de aykırıdır. Hukuk devleti, hukukun genel ilkelerine saygılı

olunmasını gerektirmektedir. Bu ilkelerden birisi, *bona fides* (dürüstlük) ilkesidir. Buna göre, Ortaklık Konseyi’ni oluşturan taraf temsilcileri imzaladıkları belgenin aslında kendi yetki sınırları aşan (*ultra vires*) hükümler ihtiva ettiğini objektif olarak bilecek konumda olan kişilerdir.<sup>104</sup> Ancak, taraflar, tipik bir anlaşma şeklinde kaleme alınmış belgeye “karar” adını vererek bir nevi muvazaalı bir işlem yaparak hukukun genel ilkelerine saygılı olmayı benimsemiş Anayasa’ya aykırı hareket etmiş oldular.<sup>105</sup> Taraflar, 1982 Anayasası’nın öngördüğü formaliteleri(!) aşmak amacıyla “karar” olarak adlandırdıkları bir belgenin içerisine gizledikleri hükümleri parlamenter denetimden kaçırmışlardır. Türk tarafı, Karar’ı imza ile geçerlilik doğuran bir belge olarak kabul etmiştir.<sup>106</sup> Dönemin Dışişleri Bakanı Murat Karayalçın, GB Kararı’nın, Avrupa Parlamentosu ile Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin onayını gerektiren yeni bir anlaşma olmadığı; bu konu sorun yapılacaksa, Türkiye’nin bir sorunu olmaktan ziyade Topluluğun bir iç sorunu olduğunu söyleyerek konuyu geçiştirmiştir. Bu nedenle, dönemin Hükümeti, daha önce usulüne göre yürürlüğe girmiş Ankara Anlaşması ve Katma Protokol hükümleri uyarınca alınan Karar’ın geçerlilik kazanabilmesi için başka hiçbir şey yapılmasına gerek olmadığını savunduğundan, Karar için ne bir Bakanlar Kurulu kararı çıkarılmış, ne Parlamento’nun uygun bulma kanunu çıkarmasına gerek duyulmuş, ne de Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Avrupa Birliği açısından bakıldığında, GB Kararı’nın tamamlanması için Avrupa Parlamentosu’nun uygun görüşünün alınması gerekliydi ve nitekim bu konuda uygun görüş verilmiştir. Avrupa Birliği Parlamento’sunun GB Kararı’nı onaylaması, Karar’ın içerdiği hükümlerin sıradan Ortaklık Konseyi kararlarından farklı olduğunu göstermektedir. Buna rağmen, 66 maddelik belgenin adının karar olması AB ülkeleri için de kolay bir çözüm olarak görülmüştür. Bu sayede, diğer ülkelerin anayasaları çerçevesinde bir uygun bulma süreci olmadan GB Kararı yürürlüğe girebilmiştir. Özellikle, Yunanistan’ın imzalanacak bir anlaşmayı uygun bulmaması sonucu yaşanacak riskten kaçınmak amacıyla son dönemin uygulama esaslarını belirleyecek hukuksal şekil Katma Protokol’de olduğu gibi bir protokol veya Ankara Anlaşmasında olduğu gibi bir anlaşma ile sonuçlandırılma yerine, Konsey Kararı olarak kotarılmak istenmiştir.<sup>107</sup> Toluner, 4 Ekim 1995’de yaptığı bir konuşmada: “6 Mart 1995 tarihli Karar’ın içerdiği hak ve yükümlülüklerin niteliğinden ötürü, bunun Türkiye Büyük Millet Meclisi’nde tartışıldıktan sonra kabulü görüşünün demokratik devlet anlayışının bir gereği olduğu, bizce tartışılmaz” demesine rağmen,<sup>108</sup> konunun

<sup>104</sup> 1/95 sayılı Karar, Ortaklık Konseyi’nin diğer kararlarından gerek şekil gerekse içerik olarak oldukça farklıdır.

<sup>105</sup> İsteyerek yapılan irade bozukluklarına, veya tarafların, üçüncü kişileri aldatmak amacı ile gerçek iradelerine uymayan bir işlem yapmalarına “muvazaa”, ya da “danışıklı işlem” denir.

<sup>106</sup> Toluner, agm, s. 8.

<sup>107</sup> Bknz. Haluk Günöğür, “6 Mart Kararı ve Gümrük Birliği”, **Gümrük Birliği Sürecinde Türkiye**, No: 17-18, 1995, 408-411.

<sup>108</sup> Toluner, agm, s. 18.

uzmanının bu görüşleri gözardı edilmiştir. Tezel'in yaptığı şu eleştiri de dikkate alınmamıştır: "Türkiye Büyük Millet Meclis'i Türk ulusu adına bu kısmî yetki devri kararını verebilir. Ama bu kararı ancak Türkiye Büyük Millet Meclisi verebilir. Bir Bakanlar Kurulu'nun var olup olmadığının belirsiz olduğu bir ortamda Başbakan Çiller ve arkadaşları, Balgat'taki ve Brüksel'deki diplomatlarımız, İktisadî Kalkınma Vakfı'ndaki iş adamlarımız değil."<sup>109</sup>

GB Kararı'nın, klasik bir karar olmadığı o kadar açıktır ki,<sup>110</sup> deyim yerindeyse, mızrağın çuvala sığmadığı değişik kesimlerce ifade edilmiştir. Örneğin, Alman Die Welt Gazetesi 28.11.1995 tarihli nüshasında GB Kararı'nı; "bir ortaklıkta normal olarak varılabilecek hedeften "çok daha iddialı bir proje" ve "hatta tam üyelik görüşmeleri dışında Topluluğun şimdiye kadar yaptığı en ileri düzeyde *antlaşma*" olarak değerlendirmiştir."<sup>111</sup> Peers'a göre, "AT-Türkiye Ortaklık Konseyi'nin 1/95 sayılı *Kararı şeklinde* 31 Aralık 1995'de AT ve Türkiye resmi bir gümrük birliği *antlaşması* yaptılar".<sup>112</sup> AT-Türkiye Ortaklık Konseyi'nin 18 Mayıs 2004 tarihinde yaptığı 43. Toplantısı kullanılan şu ifade anlamlıdır: "Gümrük Birliği, Türkiye'nin müktesebat başlıklarından bazılarıyla uyumunun sağlanması bakımından, ticaret *antlaşması olmanın ötesindedir*".<sup>113</sup> Görüldüğü üzere, bizzat Konsey, gümrük birliği ile ulaşılan noktanın normal ticaret anlaşmalardan daha özel bir anlam taşıdığını itiraf etmektedir. Böyle bir sonucun, basit bir Konsey kararı ile elde edilmesi söz konusu olamaz. Buna rağmen, GB Kararı'na tarafların anlaşmalar hukuku ilkelerini uygulamaması dürüstlük ilkesi ile bağdaşmaz.

Taraflar arasında doğan uyuşmazlıklar 61-62. maddeler gereğince üç hakemden oluşan bir mahkemeye götürülecektir.<sup>114</sup> 61. Maddeye göre, diğer tarafın rızasının alınmasına gerek olmadan uyuşmazlığı yargı organı önüne götürme imkanı tek taraflı tanınmıştır<sup>115</sup>. Bu zorunlu yargı usulünün Anayasa ile bağdaşması söz konusu olabilir mi? Anayasanın 138. maddesi hiçbir organın mahkemelere emir ve tavsiye veremeyeceğinden bahsetmektedir. Oysa, Ortaklık Konseyi Kararı'nın 66. maddesine göre; GB Kararının hükümlerinin yorumunda ATAD'nin içtihat hukuku dikkate alınacaktır. Yinelemek gerekirse,

<sup>109</sup> Y.S. Tezel, "Bu Gümrük Birliği Antlaşması Mutlaka Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde Görüşülmeli ve Oylanmalıdır", **Yeni Türkiye: Türk Dış Politikası Özel Sayısı**, 1/3, Mart-Nisan 1995, 182-186'da yayınlanan makalenin internet versiyonundan alınmıştır. <<http://www.geocities.com/ystezel/articles/yeniturkiye.html>>.

<sup>110</sup> 1/95 ve 2/95 sayılı Türkiye-AB Ortaklık Konseyi Kararı ile karşılaştırıldığında aradaki fark net olarak gözükecektir, karşı: <[http://www.gelirler.gov.tr/gelir2.nsf/okkkarar2\\_95\\_turk?OpenPage](http://www.gelirler.gov.tr/gelir2.nsf/okkkarar2_95_turk?OpenPage)>.

<sup>111</sup> (vurgu eklenmiştir) "Küreselleşme Işığı Altında AB-Türkiye İlişkileri", içinde: Gümrükçü, age, 17-58, s. 39.

<sup>112</sup> (vurgu eklenmiştir) Peers, agm.

<sup>113</sup> AT-Türkiye Ortaklık Konseyi, 43. Toplantısı, "4. Ortaklık Antlaşması ve Gümrük Birliği Bağlamında İkili ilişkilerin Durumu", 18 Mayıs 2004, Brüksel, <<http://www.ikv.org.tr/turkiye-ab/guncel/guncel.html>>.

<sup>114</sup> Toluner, agm, s. 25-26.

<sup>115</sup> Toluner, agm, s. 26.

Ortaklık Konseyi bütün meşruiyetini kanun hükmünde olan Ankara Anlaşmasından aldığından, normlar hiyerarşisinden kanun olarak kabul edilen bir belgenin direktifi doğrultusunda hazırlanan bir belge ile Türk hakimleri, ATAD kararlarını dikkate almak durumunda kalmaktadırlar. Anayasanın 138. maddesine göre, hakimler, diğerleri arasında, kanuna uygun olarak karar verirler.

Yukarıda anlatıldığı üzere, GB Kararı Anayasa'ya aykırı düzenlemeler içeren, Anayasa'nın öngörmediği bir şekilde yürürlüğe konulan ve bu nedenle hukuken geçerli olmayan bir metindir. Bu Karar, 244 sayılı Yasa'nın aradığı şekil şartları gözetilmeden yürürlüğe girmiştir. Bu durumun bir yargı kararı ile tescil edilmesi gerekir. Karar'ın içerdiği hükümlerden dolayı hem Türk vatandaşları hem de Türk demokrasisi zarar görmektedir. Onay kanunlarına aykırı olarak yapılmış hukuksal tasarruflar ulusal egemenlik alanında bağlayıcı olmadığı halde,<sup>116</sup> GB Kararı dokuz yıldır yürürlüktedir. Bu Kararın Anayasa'ya aykırı bir şekilde yürürlüğe girdiği ve bazı hükümlerinin Anayasa'ya aykırı olduğunun bir yargı kararı ile tespit edilmesi gerekmektedir. Devam eden bölümde Danıştay ve Anayasa Mahkemesi'nin Gümrük Birliği Kararı'na yaklaşımları ele alınmaya çalışılacaktır.

#### 4. Danıştay'ın Gümrük Birliği Kararı'na Yaklaşımı

244 sayılı Milletlerarası Andlaşmaların Yapılması, Yürürlüğü ve Yayınlanması ile Bazı Andlaşmaların Yapılması İçin Bakanlar Kuruluna Yetki Verilmesi Hakkında Kanun'un 3. ve 5. maddeleri gereğince, uluslararası antlaşmalar Bakanlar Kurulu kararıyla iç hukuka aktarılmaktadır. İdarenin her türlü eylem ve işleminin yargı denetiminde olacağı ilkesi karşısında, uluslararası antlaşmaları iç hukuka aktaran Bakanlar Kurulu kararlarının iptali amacıyla Danıştay'a dava açılabilmesi mümkündür.<sup>117</sup> Danıştay, bu yönüyle Anayasa'ya aykırı bir şekilde yürürlüğe girmiş bir antlaşmanın usulüne göre yürürlüğe girmediğini tespit ettiğinde, Bakanlar Kurulu kararını iptal edebilme şansına sahiptir.

Danıştay aynı zamanda bir antlaşmanın usulüne göre yürürlüğe girip girmediğini elindeki somut olayda uygulamak durumunda bulunduğu antlaşma metnine bakarak da karar verebilir. Nitekim, Danıştay 7. Dairesi 1967 yılında

---

<sup>116</sup> Fusün Arsava, "Egemenlik Haklarının Devrine Getirilen Sınırlar" *Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 3/2, 2001, s. 1, <<http://dergi.iibf.gazi.edu.tr/zip/3215.zip>>.

<sup>117</sup> Bakanlar Kurulu kararnamelerinin organik anlamda idari işlem olmaları nedeniyle buna engel bir hüküm olmamakla birlikte, Ergun Özbudun'a göre, onay kararnameleri Danıştayca incelenemez. Bknz. Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin, 2000, s. 214.: Oysa Sur'a göre, kararname bir idari işlem olduğundan, "yolsuz onaylama Danıştay tarafından iptal edilebilir". Sur, Melda, *Uluslararası Hukukun Esasları*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 2000, s. 41.

verdiği bir kararda,<sup>118</sup> Türkiye ve Sovyet Rusya arasından 18 Şubat 1966 tarihinde imzalanan ve bir kararname şeklinde 5.4.1966 günlü Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Protokol ekiyle 7 Ekim 1937 günlü Ticaret ve Tediye Anlaşmasının 3. maddesinde yer alan menşe şahadetnamesinin istenmeyeceği hükmünün 5383 sayılı Gümrük Kanunu’nun 59. maddesini zımnen ilga etmesi karşısında, Danıştay, 1961 Anayasası’nın 65. maddesinin 4. fıkrasının Türk kanunlarında değişiklik getiren her türlü antlaşmanın yapılmasında Meclisin uygun bulma kanunu çıkarmasını aradığından, Gümrük Kanunu’nun bir protokol ekiyle kaldırılmasını Anayasa’nın 65. maddesi ile çelişir bulmuş ve Sovyet Rusya’dan getirilecek eşyaların tavizden faydalanabilmelerinin protokol ve eklerinin ancak TBMM’ce uygun bulunması halinde mümkün olacağına karar vermiştir. Görüldüğü üzere, Danıştay 7. Dairesi bir antlaşmanın “usulüne göre” yürürlüğe girip girmediğini denetleme yetkisine yargı organlarının sahip olduğunu göstermiştir.<sup>119</sup>

Gümrük Birliği Kararı’nın iptali amacıyla Danıştay’ın önüne şu ana kadar iki dava gelmiştir. Bunlardan ilki, Danıştay 10. Dairesi’nce 1998 yılında karara bağlanmıştır.<sup>120</sup> Konunun özeti şu şekildedir: 1995 yılında Ankara 7. İdare Mahkemesinde görülen bir davada 6.3.1995 tarihinde Dışişleri Bakanı tarafından Brüksel’de imzalanan belgenin 1963 Ankara Anlaşması’na, Anayasa’ya ve hukuka aykırı olduğundan bahisle iptalinin istenmiş, İdare Mahkemesi davanın incelenmeksizin reddine karar vermiş,<sup>121</sup> sözü edilen kararın temyizden incelenip bozulması Danıştay’dan istenmiştir.<sup>122</sup>

Dosyaya bakan tetkik hakimi; Karar’ın, Ankara Anlaşması’nın uygulanması çerçevesinde nihai dönemin şartlarını belirleyen nitelikte bir karar olduğunu, bu kararın Dışişleri Bakanı tarafından imzalanmış olmasının idare hukuku kuralları çerçevesinde tesis edilen ve iptal davasına konu edilebilecek bir işlem olarak kabul edilmesine olanak bulunmadığını ileri sürmüştür. Danıştay savcısı da benzeri yaklaşımı tekrar ettiği görüşünde; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2/1-a maddesinde iptal davasının idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı açılabilmesi belirtilmiştir. Savcı, idari işlem, idarenin idare hukuku sahasında sonuç yaratmak üzere itiraz ettiği tek yanlı ve icrai nitelikteki kararlar olarak tanımlanabilir dedikten sonra, olayda iptal davasına konu olabilecek bir idari işlem bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır.

Bu görüşler karşısında Danıştay 10. Dairesinin konuya yaklaşımı önerilen görüşlerden farklı olmuştur: Danıştay, kararında Ortaklık Konseyi’ni, “...

<sup>118</sup> E.1967/485; K. 1967/1663, **Danıştay Kararlar Dergisi**, s. 283. (Zikreden: Sevin Toluner, **Milletlerarası Hukuk ile İç Hukuk Arasındaki İlişkiler**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1973, s. 601.)

<sup>119</sup> *Ibid.*, s. 602.

<sup>120</sup> Danıştay 10. Dairesi, E.1996/1908, K. 1998/759, Karar Tarihi: 23.2.1998.

<sup>121</sup> Danıştay 10. Dairesi, E.1995/682, K.1995/1374: Karar Tarihi: 19.10.1995.

<sup>122</sup> Danıştay 10. Dairesi, E. 1996/1908, K: 1998/759, Karar Tarihi: 23.2.1998.

*Toplulukları meydana getiren anlaşmalarda belirlenen amaçların; anlaşmalarda öngörülen koşullar içinde gerçekleştirilmesini ve üye devletlerin genel ekonomi politikalarının koordinasyonunu sağlayan, karar yetkisini haiz hükümetlerarası bir organ*” olarak tanımladıktan sonra, bu nitelikte bir organın aldığı kararın iptal davasına konu edilemeyeceğini, bir devletin egemenliği ve buna bağlı olan yargı yetkisinin ancak devletin ülkesi ile sınırlı olduğu gerekçesine dayanarak davanın incelenmeksizin reddine karar verilmiştir. Böylece, ilk defa bir yargı kararı ile Ortaklık Konseyi’nin hukuksal statüsüne işaret edilmiştir..

Danıştay 10. Dairesi kararında Dışişleri Bakanlığını muhatap alarak davayı açan N.İ. adlı kişinin dava ehliyeti olmadığına aşağıdaki gerekçe ile karar vermiştir:

“...idare hukuku alanında tek taraflı irade açıklamasıyla kesin ve yürütülmesi zorunlu nitelikte tesis edilen idari işlemlerin ancak bu idari işlemle meşru, kişisel ve güncel bir menfaat ilgisi kurulabilenler tarafından iptal davasına konu edilebileceğinin kabulü zorunludur.

Bakılan uyuşmazlıkta, 6.3.1995 tarihinde Dışişleri Bakanı tarafından Brüksel’de imzalanan ve Ankara Anlaşmasının verdiği yetkiye dayanılarak nihai dönemin şartlarını belirleyen 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının iptali istemiyle dava açılmış olup; davacının bu kararın iptali istemiyle dava açma ehliyetinin bulunduğundan sözetmeye olanak yoktur.”

Doğrudan gümrük birliği ile ilgili olmasa da, Danıştay’ın yaklaşımını göstermesi açısından zikretmeye değer bir başka davada,<sup>123</sup> Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı ile Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programının Uygulanması, Koordinasyonu ve İzlenmesine Dair Kararın Kabulüne İlişkin Bakanlar Kurulu Kararının iptali istenilmiştir.<sup>124</sup> Danıştay 10. Dairesinin bu soruna yaklaşımı da yukarıdaki karardan farklı olmamıştır:

“... ”

Ankara Anlaşmasında öngörülen “Hazırlık Döneminin” 1969 yılı sonunda sona ermesiyle birlikte Avrupa Birliği ile Türkiye arasındaki ilişkileri tam üyelik sürecine hazırlayacak “Geçiş Dönemini” düzenlemek üzere 13.11.1970 tarihinde imzalanan ve 1.1.1973 tarihinde yürürlüğe giren Katma Protokolde geçiş döneminin hükümleri ve tarafların üstleneceği yükümlülükler belirtilmiştir.

Bu amaca yönelik olarak 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı ile 1.1.1996 tarihinden itibaren Avrupa Birliği ile Türkiye arasında Gümrük Birliğine geçilmiş 10-11 Aralık 1999 tarihlerinde yapılan Helsinki Zirvesinde;

<sup>123</sup> E: 2001/1633, K: 2001/2722, Karar Tarihi: 26.6.2001.

<sup>124</sup> 24.3.2001 tarih ve 24352 mükerrer sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 19.3.2001 tarih ve 2001/2129 sayılı Karar

Türkiye'nin de diğer aday ülkeler gibi bir katılım öncesi stratejisinden yararlanacağı, hazırlanacak Katılım Ortaklığında Kopenhag da belirlenen kriterler ile üye olmanın gerektirdiği yükümlülükler ışığında Avrupa Birliği müktesebatının üstlenilmesine ilişkin bir Ulusal Programın oluşturulacağı öngörülmüş ve tam üye olma yolundaki yükümlülükleri yerine getirmek, stratejiyi ortaya koymak ve uygulamaya yönelik esaslarını belirlemek üzere Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı ile Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programının Uygulanması, Koordinasyonu ve İzlenmesine Dair Kararın kabulüne ilişkin 19.3.2001 tarih ve 2001/2129 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı 24.3.2001 tarih ve 24352 mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2.maddesinde, idari dava türleri gösterilmiş ve iptal davaları, idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan davalar olarak tanımlanmıştır.

Bir işlemin iptal davasına konu olabilecek idari işlem sayılabilmesi için ise icrai nitelikte olması bir başka deyişle kişiler üzerinde hukuki sonuçlar doğurma yeteneğini haiz, etkili bir işlem olması gerekir.

2577 sayılı Yasanın 14/3-d maddesine göre bir işlemin idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olmadığının belirlenmesi halinde aynı Kanunun 15/1-b maddesi uyarınca davanın reddedileceği belirtilmiştir.

Dava dosyanın incelenmesinden, yukarıda hukuki dayanakları ifade edilen dava konusu Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı ile Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine ilişkin Türkiye Ulusal Programının Uygulanması, Koordinasyonu ve İzlenmesine Dair Kararın, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2. maddesinde tanımlanan iptal davasına konu olabilecek bir idari işlem niteliğinde olmadığı anlaşılmaktadır.

Danıştay'ın bu konudaki genel eğiliminin kemikleştiği son karar 2003 yılının son günlerinde basına yansımıştır. Ankara Ticaret Odası Başkanlığı Adına Yönetim Kurulu Başkanı Sinan Aygün, Danıştay'a başvurarak, Gümrük Birliği Kararı'nın yok hükmünde olduğunun (yoklukla malûllüğünün) "tespiti"ni istemiştir.<sup>125</sup> Tespit başvurusuna gerekçe olarak Gümrük Birliği "Anlaşması"nın Anayasa'nın 87. ve 90. maddelerine aykırılığı ileri sürülmüş, yapısı itibarıyla "uluslararası anlaşma" statüsünde olan Gümrük Birliği Anlaşması ile ilgili olarak, dönemin Bakanlar Kurulu'nun herhangi bir kararı olmadığı, Anlaşmanın TBMM'nin onayına sunulmadığı, Resmi Gazete'de

<sup>125</sup> E: 2003/6017 K: 2004/12, Karar Tarihi: 12.1.2004.



yayımlanmadığı ve sadece dönemin Başbakanı tarafından imzalandığı vurgulanmıştır.<sup>126</sup>

Danıştay 10. Dairesi başvuruyu reddederken 2577 sayılı Danıştay Kanunu’nun 24. maddesinde Danıştay’ın ilk derece yargı yeri olarak bakacağı davalar arasında tespit davalarına bakma görevinin yer almadığından davanın görev yönünden reddine, dosyanın uyuşmazlığın görüm ve çözümünde görevli ve yetkili Ankara idare Mahkemesine gönderilmesine karar vermiştir.

Kanımızca, bu kararlar ayrıntılı tahlillere muhtaçtır. Ortaklık Konseyi’nin hükümetlerarası bir organ veya Karar’ın uluslararası bir kuruluş kararı olduğu kabul edilse bile, bu Karar’ın alınması sürecine katılan Türk tarafının yetkisini aşması, Ortaklık Konseyi’nin amaçları dışında bir karar alıp almadığının denetlenmesinin önünün kapatılmaması gerekmektedir.

Danıştay’ın 1967 kararında olduğu gibi, bir antlaşmanın usulüne göre yürürlüğe girip girmediği, Meclis’in uygun bulmasının gerekip gerekmediği incelenmeliydi. Şayet şekil şartlarında ağır bir eksiklik bulunan uluslararası yükümlülük doğuran bir belge söz konusu ise, bu antlaşmanın “kanun” vasfını kazanmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Yok hükmünde olan bir belgenin yokluğunun tespiti için açık bir yasal dayanak aramaya gerek olmadığına inanılmaktadır. Hakim re’sen yoklukla sakat olan bir işlemin varlığını tespit etmekle görevlidir. Bu konuda mutlaka yasal bir dayanak aranması gerekiyorsa, Anayasanın 138., 90. ve 11. maddeleri hakimlere gerekli yetkileri vermektedir.

İlk olarak, Anayasanın 138. maddesine göre, hâkimler, Anayasa’ya, kanuna ve hukuka uygun olarak karar verirler. Görüldüğü üzere, verilecek kararda Anayasa’nın hükümleri, İdari Yargılama Usulü Kanunu ile Danıştay Kanunu’ndan daha önce gelmektedir. Ortada idare hukuku anlamında geçerli bir işlem yoksa, diğer bir deyişle, uluslararası kuruluşların kararları idari yargıda iptal davasına konu edilemeyecekse, bu takdirde sorunun Anayasanın 90. maddesi bağlamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle, Anayasanın 90. maddesinin 4. fıkrasının taşıdığı anlam, Gümrük Birliği Kararı bağlamında oldukça önem kazanmaktadır.

Özetle, Danıştay’ın anılan kararında 1/95 sayılı Karar’ın Türk kanunlarında

<sup>126</sup> “ATO Gümrük Birliği’nin İptali İçin Tespit Davası Açtı”, <<http://www.atonet.org.tr/turkce/index9.html>>: Sinan Aygün imzalı başvuru dilekçesinde gerekçe şu şekilde özetlenmiştir: “25 Mart 1957 Roma Anlaşması’nda vücut bulan AET’nin yapısı, ismi, kapsamı 1992 yılında Maastricht Zirvesi’nde imzalanan Avrupa Tek Senedi, yani Avrupa Birliği’ne dönüşmüştür. Bu köklü dönüşüm ve değişim üye ülkelerde halk oylamaları yapılmasına ve yeni durumun Avrupa ülkeleri parlamentolarının onaylarına sunulmasını zorunlu kılmıştır. Ancak Türkiye’nin AB ile gümrük anlaşmasını içeren 1/95 nolu Ortaklık Konseyi Kararı Avrupa Parlamentosu’nun onayına sunulmuştur. Dolayısıyla bu anlaşmanın TBMM’nin onayına da sunulması gerekir. Türkiye’nin büyük kayıplarına yol açan ve şekil yönünden sakat olan bu metnin hukuken yok hükmünde olduğunun tespitini yüce mahkemenizden talep ediyorum”.

değişiklik gerektirmesi nedeniyle Meclis'in uygun bulma kanununa ihtiyaç duyduğu üzerinde durulmalıydı. Ayrıca, Anayasa'nın 90. maddesinin 3. fıkrasına uygun olarak akdedilmiş bir uygulama antlaşması olarak değerlendirilip, Meclis'in uygun bulma kanununa ihtiyaç göstermeyeceği kabul edilse bile, Gümrük Birliği Kararı'nın, ekonomik ve ticari nitelikte olması nedeniyle yayımlanmadan yürürlüğe konmaması gerekeceği gerçeğinin daha ayrıntılı incelenmesi gerekirdi.

1963 tarih ve 244 sayılı Yasa'nın 7. maddesine bakıldığında bir eksiklik göze çarpmaktadır. Buna göre, antlaşmalarda yer alan maddelerin gümrük resimlerinde değişik yapması halinde Bakanlar Kurulu'nun durumu bir kararname ile tespit edip Resmi Gazete'de yayımlaması gerekmektedir.<sup>127</sup> Bu madde gereğince bir kararname çıkarılmamış olması, Resmi Gazete'de yayımlanmamış olması da bir eksiklik olarak kabul edilebilir.

Gümrük Birliği Kararı'nın hukuksal anlamda aykırılıklar ile dolu olduğu tespit edildikten sonra, yargıçlara düşen bu konuda gereğinin yapılmasıdır. Hakim dava konusu işlemin bâtil olduğunu anlarsa, taraflardan birisinin iddia veya savunma yoluyla mahkemeye bildirmesine gerek olmaksızın, bunu re'sen (*ex officio*) göz önünde tutmak zorundadır. Bir işlemin batıl olduğunu ileri sürmek için aktif husumet ehliyeti şartı aranmaz. Yok hükmünde olan bir belgenin iptali için sadece menfaatleri ihlal edilenlerin bunu ileri sürmesi şartı aranmaz. Herkes, işlemin batıl olduğunu ileri sürme hakkına sahiptir.

Yokluk özel hukuktan idare hukukuna oradan da anayasa yargısına geçmiş bir kavramdır. Tamamlayıcı unsurlarda hukuka aykırılık işlemi nispi veya mutlak butlanla sakat kılar; kurucu unsurlarda karşılaşılan noksanlık ise işlemin "yok" sayılmasına neden olur.<sup>128</sup> Yoklukla sakat bir işlemin geçersiz sayılması için bunun bir yargı kararı ile açıklanmasına gerek yoktur. İdari yargıda kişisel hakları ihlal edilenler 2577 sayılı Yasanın 2. maddesine göre idari işlemi iptal

<sup>127</sup> 7. maddenin 1. fıkrasına göre, "Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı Devletlerle ve milletlerarası kurullarla veya bunlar adına hareket eden kurumlarla yapılmış olup Türkiye Cumhuriyeti bakımından yürürlükte bulunan iki veya çok taraflı andlaşmaların iktisadi, ticari, teknik, veya idari hükümlerinin taşıdığı amaçların yerine getirilmesi gayesini güden iki veya çok taraflı andlaşmalar"(\*) "kapsamına giren maddelerin[,] yürürlükteki Gümrük resimlerinde Dışişleri, Maliye, Ticaret, Gümrük ve Tekel, Tarım ve Sanayi Bakanlıklarının birlikte lüzum göstermeleri üzerine değişiklik yapmaya veya bu maddelerden bazılarının resmini kaldırmaya veyahut muaf tutulmuş olanları umumî tarifedeki resme tabi kılmaya ve bu değişikliklerin uygulanmasına dair usul ve şartları tesbit etmeye Bakanlar Kurulu yetkilidir."

7. maddenin 2. fıkrasına göre; "Bakanlar Kurulu, yukarıdaki fıkra gereğince aldığı tedbirleri bir kararname ile yürürlüğe koyar ve bunları, bu kararnamenin Resmi Gazete'de yayımlanmakla yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak üç ay içinde, bir kanun tasarısı ile Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunar." [(\*) 1. fıkranın başında yer alan "5 inci maddede yazılı andlaşmaların ve modüsivendilerin" ibaresi, 5. madde metni ile değiştirilmiştir.]

<sup>128</sup> Yılmaz Aliefendioğlu, *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, Ankara, Yetkin, 1996.

ettirebilirler. Kamu hukukunda yokluk durumuna neden olan hukuksal sakatlıklar hukuka ağır ve açık aykırılık biçimlerinde ortaya çıkabilir. Hukuksal sakatlık işlemin özünü etkileyecek önem ve ağırlıkta olmadıkça, yapılan usul hataları idari işlemi sakatlamaz. İdari yargıda, yetki-görev gaspı, biçim ya da usul kurallarına ağır aykırılık, neden ve konu unsurunda ağır sakatlık, maksat unsurunda açık ve ağır sakatlık, hukuksal işlemin yoklukla sakat olmasını gerektirmektedir.

Danıştay’ın değişik dairelerinin yoklukla ilgili çeşitli kararları vardır. Bu daireler, bazı durumlarda işlemin yok hükmünde olduğunu belirterek davanın reddine karar vermişler,<sup>129</sup> bazen yokluk durumunu saptamakla yetinmişler, bazen yok hükmünde olduğunu ortaya koyduktan sonra istem hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermişlerdir.<sup>130</sup> Danıştay 8. Dairesi ise, verdiği bir kararında “yoklukla sakat bir kararın iptali söz konusu edilemez” diyerek yetki gaspı nedeniyle kararın yokluğunu saptayarak davayı reddetmiştir. 8. Daire, bir başka kararında is işlemin iptaline karar vermiştir.

Sonuç olarak, idari yargının ülke çıkarlarını korumak adına bazı ihaleleri iptal ettiği görülmektedir.<sup>131</sup> Bu hassasiyetinin Türkiye’nin 100 milyar dolara yakın bir kaybının olduğu gümrük birliği konusunda da devam etmesi uygun olurdu.

## 5. Anayasa Mahkemesi’nin Gümrük Birliği Kararı’na (Olası) Yaklaşımı

### 5.1. Genel Olarak

Türk hukukunda Anayasa Mahkemesi’ne uluslararası antlaşmaların Anayasa’ya uygunluğunun denetimi görevi verilmemiştir.<sup>132</sup> Oysa, Avrupa’da birçok ülkenin anayasalarında veya anayasa mahkemelerinin kuruluş yasalarında uluslararası antlaşmaların anayasal denetimi görevi anayasa

<sup>129</sup> Danıştay 6. Dairesi, E. 1966/2621, K. 1968/524, Karar Tarihi: 21.2.1968. (Aliefendioğlu, age., s. 337)

<sup>130</sup> Danıştay 12. Dairesi, E. 1965/3706, K. 1965/553. Karar Tarihi: 4.4.1967; Danıştay 12. Dairesi, E.1972/3218, K.1975/279. Karar Tarihi: 17.2.1975. (Aliefendioğlu, age., s. 337)

<sup>131</sup> e.g. TÜPRAŞ’ın Efremov-Zorlu Grubu’na blok satışına ilişkin İhale Komisyonu kararının iptal edilmesi gibi.

<sup>132</sup> Anayasa Mahkemesi sadece bir uygun bulma kanunu ile yürürlüğe girmek üzere olan bir antlaşmanın uygun bulunduğu dair Meclis kararını kendi oluşturduğu içtihadı ile denetleyebilmektedir. Anayasa Mahkemesi, *de facto* olarak böyle bir denetim yetkisi olduğunu 1996 yılında önüne gelen 4163 sayılı “İslam Ülkeleri Arası Yatırım ve İhracat Kredi Sigortası Kurumu Kuruluş Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun”un iptali davasında işin esasına girerek göstermiştir. Bknz. E: 1996/55, K: 1997/33, Karar Tarihi: 27.2.1997, AMKD, no: 37/1, 79-105.

mahkemelerine verilmiştir.<sup>133</sup> Anılan nedenle, diğer devletlerin anayasa mahkemeleri uluslararası antlaşmaların kendi anayasalarına uygun olup olmadığını denetlemektedirler.

Burada, konuyla ilgili üç anayasa mahkemesi kararından söz edilecektir. İlk karar, Alman Anayasa Mahkemesi'ne aittir. 1952 yılında 1950 tarihli Fransız-Alman Ticaret Antlaşması'nın iptali için Federal Alman Anayasa Mahkemesi'ne Sosyal Demokrat Parti tarafından bir başvuru yapılmıştır.<sup>134</sup> Bu temel antlaşma, katma protokoller ve diğer ilgili belgeler 14 Şubat 1950 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmasına rağmen, iptal istemiyle başvuran Parti'ye göre, Fransız-Alman Ticaret Antlaşması Anayasa'nın 59/2. maddesine aykırı olarak yürürlüğe konmuştur. Bu maddeye göre, siyasal ilişkileri düzenleyen antlaşmaların bir yasa ile uygun bulunması gerekmektedir. Sosyal Demokrat Parti, Fransa ile akdedilen Antlaşmanın siyasal bir karar süreci içerisinde şekillendiğini, Fransız-Alman ilişkilerini özgürleştirmeye yönelik olduğunu, Batı için bir tercih olduğunu, Sar Bölgesi'nin Almanya'ya ait olmadığı gibi öğeleri içerdiğini ileri sürmüştür. Alman Anayasa Mahkemesi bu savları yerinde görmemişse de, antlaşmanın içeriğini incelemiştir. Bu anlaşma bir ülkede üretilen malların herhangi bir sınırlama olmadan diğerine geçişi konusunda taraflara yükümlülükler getirmekteydi. 10 Şubat 1950 tarihli bu antlaşmayı Federal Hükümet, Parlamento'nun (Bundestag) çıkardığı bir uygun bulma kanunu olmadan Resmi Gazete'de yayımlamıştır.

Alman Anayasa Mahkemesi, siyasal bir antlaşmanın öğelerini saydığı kararında, bir antlaşmanın siyasal ilişkileri düzenleyip düzenlemediğini her olayın kendine özgü şartları içerisinde değerlendirme gereğinden bahsetmiştir. Alman Anayasasının 80. maddesine göre, Federal Hükümet Anayasa'nın bir yasa şeklinde çıkarılmasını öngördüğü hükümet tasarrufları hariç olmak üzere yasa hükmünde tüzükler (ordinances) şeklinde yasa yapmaya yetkilidir. Alman Anayasa Mahkemesi, antlaşmayı Anayasa'ya aykırı bulmamıştır. Alman Anayasa Mahkemesi benzeri çekimsiz tavrını aynı yıl verdiği Petersberg Antlaşması kararında da sergilemiştir. Buna göre, Alman Anayasa

<sup>133</sup> Bknz. Örneğin, Arnavutluk (AY. Madde 131/b), Avusturya (AY. Madde 140a, 145), Bulgaristan (AYM Kanunu, m. 12/4) Ermenistan (AY., Madde 100/2), Azerbaycan (AY., Madde 130/X), Beyaz Rusya (2919 S.K., Madde 9), Bulgaristan (AY., Madde 12/1-4), Estonya (AY., Madde 4/1(5)), Gürcistan (AYM Kanunu Madde 19/f, 38), Almanya (AYM Kanunu 13/12), Macaristan (AYM Kanunu, Madde 1/c), Letonya (AYM Kanunu Madde 16/2, 17), Lituanya (AY., M. 105/2,3), Slovenya (AYM Kanunu, m. 21/1), İspanya ve Ukrayna (AYM Kanunu, m. 13/2). (CODICES verbankasından yararlanılmıştır)

<sup>134</sup> BVerfGE 1, 372, 2BvE 2/51, Commercial Treaty, Art. 59/II, 80 GG, 29 July 1952 (Decisions of the Bundesverfassungsgericht- Federal Constitutional Court- Federal Republic of Germany, Volume 1/I, International Law and Law of European Communities 1952-1989, Published by the Members of the Court, Karlsruhe, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden, 1992, ss. 23-37.)

Mahkemesi'nin gücü bir uluslararası antlaşmanın geçerliliği üzerinde kadar verecek ölçüde uluslararası alana şamil değildir<sup>135</sup>.

Bu karar, siyasal içerikli antlaşmaların anayasal denetiminde, anayasa mahkemelerinin ellerindeki yetkiyi kullanırken çekimser olduğunu göstermektedir. Gümrük Birliği Kararı da siyasal içeriği olan bir karar olduğu için, aynı zorlukların Karar'ın Anayasa'ya uygunluğunun denetlenmesinde yaşanacağı tahmin edilmektedir.

Buna karşın, Macar Anayasa Mahkemesi'nin Ortaklık Anlaşması ile ilgili olarak verdiği bir iptal kararı, bu konuda anayasa mahkemelerinin gerektiğinde inisiyatif kullanabildiklerini göstermesi açısından önemlidir. Olay kısaca şu şekildedir:

6 Kasım 1996 tarihinde Macar-AB Ortaklık Konseyi 2/96 sayılı Kararı kabul ederek Ortaklık Anlaşmasının 62/1(i), (ii) ve 62/2. maddeleri ile 31.12.1993 tarihli Ortaklık Anlaşmasının AKÇT ürünleri üzerine 2 nolu Protokolün 8/1(i), (ii) ve 8/2. maddelerinin uygulanmasıyla ilgili kuralları kabul etmişti. 1996 yılında Prof. Berke, Macar Anayasa Mahkemesine başvurarak, Ortaklık Anlaşmasının 62(2). maddesi bağlamında rekabet işbirliği rejiminin bazı hükümlerinin Anayasa'ya aykırı olduğunu ileri sürmüştür.<sup>136</sup> Berke, yabancı bir egemen otorite (AB'nin) hukukunun doğrudan uygulanmasının yasama gücünün Anayasa'ya aykırı bir şekilde Topluluğa geçmesi sonucunu doğurduğunu savunmuştur. Dualist bir sistemi benimseyen Macaristan'da, Anayasa Mahkemesi anayasaya aykırılık denetimi yapıp yapamayacağı hakkında bir ön inceleme yaptıktan sonra, işin esasına girerek Topluluk rekabet işbirliği rejiminin sınırlamaların yasaklanması ile ilgili bazı maddelerini Anayasa'ya aykırı bulmuştur.<sup>137</sup>

Mahkeme'ye göre, Macar otoriteleri Ortaklık Anlaşması'nın 62/2. maddesini uygulayamazlar. Bunun nedeni, sözü edilen 2. fıkranın Roma Antlaşmasının 85. ve 86. maddelerine atıf yaparak başvuru kriterlerinin doğrudan uygulanmasını öngörmüş olmasıdır. Mahkeme, Ortaklık Anlaşmasının 62. maddesini Anayasa'ya aykırı bulmamışsa da, ilgili 230 sayılı Bakanlar Kurulu kararının 1. maddesini Anayasa'ya aykırı bularak,<sup>138</sup> egemenliğin sınırlanmasının açık bir yetkilendirme ile olacağını dile getirmiştir.

<sup>135</sup> BVerfGE 1, 351, 2 BvE 3/51, Petersberg Agreement, §§ 13, 64/I BverfGG, Art. 59/II, 76 GG, 29 July 1952. (Ibid., ss. 9-22)

<sup>136</sup> Judgement No 30 of 25 June 1998, Codices, Hun-1998-2-007.

<sup>137</sup> Macar Anayasa Mahkemesi 25 Haziran 1998 tarihinde 30 sayılı kararı ile 26.12.1996 gün ve 230 sayılı Hükümet Kararının Ekinin 1. maddesinin ilk iki fıkrası ile 6. Maddesini Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir. <<http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/99/990802>>. html. Mahkeme, iptal kararının yürürlüğe girmesini 30 Aralık 1999'a kadar ertelemiştir.

<sup>138</sup> Allan Tatham “Constitutional Judiciary in Central Europe and Europe Agreement: Decision 30/1998 (VI.25) AB of the Hungarian Constitutional Court”, *International Comparative Law Quarterly*, no: 48/4, October, 1999, 913-920.: Hoffmeister, agm, s. 218.

230 Sayılı Karar, 2/96 sayılı Ortaklık Konseyi Kararını iç hukuka aktarıyordu. Bu iptal kararından sonra, Ortaklık Konseyi, 1/2002 tarihli bir karar alarak, Ortaklık Anlaşması'nın 62/2. maddesinin atfıyla AT Antlaşması'nın (yeni) 81 ve 82. maddelerinin öngördüğü kuralların uygulanmasından kaynaklanan kriterleri daha ayrıntılı olarak belirtilmek zorunda kalmıştır. Böylece, Anayasa Mahkemesi'nin istediği şartlar yerine getirilmiştir. Macar Parlamentosu, anılan kriterlerin açıklandığı 1/2002 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nı bir yasa ile kabul etmiş ve Kararı, Resmi Gazete'de Yasa'nın içerisine yerleştirerek 12 Mart 2002 tarihinde yayımlanmıştır.<sup>139</sup>

Bu karardan çıkarılan bazı sonuçlar vardır: İlk olarak, Macaristan'da Ortaklık Konseyi Kararı, bizdeki sistemin aksine, bir Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe girmektedir. İkincisi, Anayasa Mahkemesi'nin bu hükümet tasarrufunun anayasallığını denetleme yetkisi vardır. Üçüncüsü, Ortaklık Anlaşmasının yaptığı bir atıfla Topluluk hukukunun Ortaklık Anlaşması'ndan kaynaklanmayan bir hükmünün iç hukukta doğrudan etkili olması,<sup>140</sup> Anayasa'da Topluluk organlarına açık bir yetki devri söz konusu değilse Anayasa'ya aykırıdır. Bu nedenle, doğrudan uygulanması gereken Topluluk tasarrufları bir Yasa ile iç hukuka aktarılmalıdır. Nitekim, Macar Anayasa Mahkemesi'nin istediği doğrultuda çıkarılan yeni Ortaklık Konseyi Kararı (No 1/2002) Parlamento tarafından bir yasa ile onaylanmış; Karar metnini içeren bu yasa Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

Macar Anayasa Mahkemesi'nin bu kararını, Gümrük Birliği Kararı'na uyarlayacak olursak, Gümrük Birliği Kararı'nın atf yoluyla Topluluk hukukuna gönderme yapması ve Türk iç hukukunda Topluluk hukukunun belirli alanlarındaki kurallarının doğrudan uygulanabilir ve doğrudan etkili olarak kabul edilmesi, yasama yetkisinin devri anlamına geldiğinden Anayasa'ya aykırıdır. Gümrük Birliği Kararı'nın bu nitelikteki hükümleri bir başka Ortaklık Konseyi kararı somutlaştırıldıktan sonra ile Meclis tarafından bir yasa ile iç hukuka aktarılmalıdır.

Gümrük Birliği Kararı'nın Anayasa Mahkemesi tarafından anayasal denetime tabi kılınmasıyla ilgili olarak verilmesi gereken bir başka örnek

<sup>139</sup> Act X of 2002 on the promulgation of Decision No 1/2002 of the Association Council replacing Decision No 2/96 of the Association Council on the implementation of the competition rules adopted under Article 62(3) of the Europe Agreement establishing an association between the Republic of Hungary, of the one part, and the European Communities and their Member States, of the other part, (Yasalaştığı tarih: 26 February 2002) (Resmi Gazete (Magyar Közlöny), no: 34/I, 12 March 2002, s. 2058-2063) (İngilizce versiyonu: Official Journal L 145, 04.06.2002, s. 16. <<http://www.globalcompetitionforum.org/regions/europe/>>. Mahkeme, iptal kararının yürürlüğe girmesini 30 Aralık 1999'a kadar ertelemiştir.

<sup>140</sup> "6 Mart 1995 tarihli Gümrük Birliği Anlaşması'nı imzalamamız üzerine, bu anlaşmanın 29. maddesi hükmü çerçevesinde Avrupa Yazılım Birliği Yönergesi hükümleri iç hukukumuzda ithal edilmiştir." Bilgisayar yazılımcılığı konusunda hazırlanmış bir master tezinin özetinde kullanılmıştır. Bknz. <<http://naos.com.tr/SerhatTez.htm>>.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin meşhur Maastricht kararıdır. Mahkeme, Almanya'nın AB Antlaşmasını onaylamasının Anayasa'ya uygun olduğunu söyledikten sonra, demokratik olmayan Avrupa Birliği'ne çok fazla gücün devredilmesinin Alman Anayasası'nın temelinde olan demokratik ilkeyi zedeleyeceğini ileri sürdü.<sup>141</sup> Mahkeme, yetki aşımı sonucu imzalanmış tasarrufların Alman hukukunda geçerli *olamayacağını* dile getirmiştir.<sup>142</sup> Avrupa Birliği üyesi bir ülkenin verdiği bu karar egemenliğin devri (ortak kullanımı veya paylaşımı) gerçekleştikten sonra bile, üye ülkelerinin Anayasa Mahkemeleri'nin temel hak ihlalleri veya yetki aşımı durumunun saptanma yetkilerini kendilerinde gördüğünü göstermektedir. Alman Anayasa Mahkemesine göre, Topluluklara verilen yetkileri aşan Topluluk tasarrufları anayasanın özünü zedelediği için uygulanma özelliğini yitirmiştir.<sup>143</sup>

Bu karardan hareketle, Ortaklık Konseyi'ne devredilen gücün Anayasa'ya uygunluğunun sorgulanabileceği, Ortaklık Konseyi'nin yetkisi dışında bir konuda karar alması halinde uygulama özelliğini yitireceği sonunu çıkarmak mümkündür. Ortaklık Konseyi'ne bu kadar geniş yetkilerin devredilmesi Anayasa'da açık hüküm olmadan mümkün olmamalıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı, tipik bir antlaşmanın bütün özelliklerini *de facto* olarak bünyesinde taşımaktadır. Adı, "karar" olsa da, uluslararası hukuk açısından antlaşmalar hukukunun genel ilkeleri ışığında değerlendirilmesi gerekir. Anayasa hukuku açısından ise 90. maddenin aradığı kriterlere göre Anayasa'ya uygun olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. Bu değerlendirmenin "*erga omnes*" etki doğurabilmesi için bunun bir Anayasa Mahkemesi kararı ile tespit edilmesi gerekir.

## 5.2. Özel Olarak

Bu bölümde, ATO Başkanı Sinan Aygün ve Yedaş firmasının avukatı Selim Sariibrahimoğlu gibi bireylerin ilk derece mahkemelerinde açtıkları davalarda, Gümrük Birliği Kararı'nın yok hükmünde olduğunun tespitini Anayasa Mahkemesi'nden isteyip isteyemeyecekleri ve bu istem karşılığında Anayasa Mahkemesi'nin muhtemel yaklaşımının ne olabileceği üzerinde

<sup>141</sup> Case 2134/92, Brunner v. The European Union Treaty, 1 C.M.L.R. 57 (1994). Bu dava Brunner davası olarak adlandırılrsa da, AB içinde "Maastricht Kararı" olarak bilinmektedir. D. Kevin Makowski, "Comment: Solange III: The German Federal Constitutional Court's Decision On Accession To The Maastricht Treaty On European Union", *Journal of International Business Law*, no: 16, 1995, 155-179.

<sup>142</sup> Fusün Arsava, "Egemenlik Haklarının Devrine Getirilen Sınırlar", *Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, no: 3/2., 2001, s.1. <<http://dergi.iibf.gazi.edu.tr/zip/3215.zip>>.

<sup>143</sup> *Ibid.*,: Konuyla ilgili olarak Fransız Anayasa Konseyi ile İspanyol Anayasa Mahkemesi kararları için bkz. *Ibid.*,

durulacaktır.

İdari veya adli yargıda görülmekte olan bir dava sırasında, tarafların Gümrük Birliği Kararı'nın Anayasa'ya aykırılığını ileri sürdüklerini ve davaya bakmakta olan mahkemelerin sözkonusu kararın Anayasa'ya aykırılık savını ciddi bularak dosyayı incelenmek üzere Anayasa Mahkemesi'ne gönderdiklerinde, Mahkeme'nin muhtemel tavrı ne olabilir?

Anayasa Mahkemesi'nin böyle bir durumda iki farklı yaklaşımı benimsemesi sözkonusu olabilir. Bunlardan birincisi, Anayasa Mahkemesi'nin başvuruyu yetkisizlikten reddetmesidir. Bu yaklaşıma göre, Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararname ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasa'ya şekil ve esas bakımından uygunluğunu denetler.<sup>144</sup> Ankara Anlaşmasına bağlı olarak kurulmuş Ortaklık Konseyi'nin aldığı bir karar, Anayasa Mahkemesi'nin incelemekle görevlendirildiği bir belge değildir. Kaldı ki, usulüne göre yürürlüğe girmiş Ankara Anlaşması'ndan kaynaklanan bir Anayasa'ya aykırılık savının ileri sürüleceğini Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası açık bir şekilde söylemektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin benimseyeceği ikinci yaklaşım tarzı şu şekilde de olabilir: Anayasa yargısında TBMM, Bakanlar Kurulu, Cumhurbaşkanı, mahkemeler gibi kurum veya kişilerin yetki gaspında bulunarak başka Anayasal kuruluşların yetki alanına girerek onların yerine yaptıkları işlemler "yoklukla" sakat sayılır.<sup>145</sup> Anayasa Mahkemesi bir kararında "*..Anayasa Yargısında yasama işleminin yok sayılabilmesi ancak yetki ve görev gasbı ya da çok ağır biçim eksikliği durumlarında söz konusu olabilir*" derken, koşullar oluştuğunda yokluk kararının verilebileceğine işaret etmiştir.<sup>146</sup> Anayasa yargısında verilecek bir yokluk kararı *ex tunc* etki gösterir. Diğer bir deyişle, işlemin yürürlüğe konulduğu tarihe kadar geriye gider. Bu tür bir kararın, iptal kararından farkı, iptal kararlarının *ex nunc* etkisi olması veya Resmi Gazete'de yayımlanmasından sonra sonuç doğurmasıdır (Anayasa, madde 153/3).

Anayasa Mahkemesi'nin geçmiş içtihatları da göstermektedir ki, bir belgenin adının "karar" olması, o belgenin anayasal denetim dışında tutulmasına engel olamaz. Örneğin, Anayasa Mahkemesi, Osmanlı Devleti zamanında çıkarılmış olan "nizamnamelerin" adına bakmadan diğer tüzüklerden ayrı kabul etmiştir. Diğer bir deyişle, Anayasa Mahkemesi Padişah nizamnamelerini niteliği yönüyle incelemiş ve bunların içeriklerine bakarak yasa hükmünde olduğunu kabul etmiş ve anayasal denetimlerini yapmıştır.<sup>147</sup>

<sup>144</sup> Anayasa, madde 148: 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun, madde 18.

<sup>145</sup> Aliefendioğlu, age., s. 338.

<sup>146</sup> E.1992/26, K. 1992/48, Karar Tarihi: 17.9.1992, AMKD, no: 28/2, s. 545. (Aliefendioğlu, age, s. 339)

<sup>147</sup> Asarı Atika Nizamnamesi (E. 1965/16, K. 1965/41, Karar Tarihi 6.7.1965, AMKD, 3, 174.: Zabtai Saydiye Nizamnamesi (E. 1966/44, K. 1966/25), Karar Tarihi 3.5.1966, AMKD, no: 4, s.



TBMM'nin İçtüzük niteliğindeki kararlarıyla, yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ya da milletvekilliğin düşmesine ilişkin olanlar dışındaki kararları anayasal yargı denetimi dışında kalmaktadır. Anayasa Mahkemesi'ne normal Meclis kararlarını denetleme yetkisi verilmemiş olmasına rağmen, Anayasa Mahkemesi kararların adına bakmadan eylemsel olarak Meclis İçtüzüğü niteliğinde olan Meclis kararlarını denetleyebileceğini içtihat yoluyla ortaya koymuştur.<sup>148</sup>

Anayasa Mahkemesi bir Meclis kararının<sup>149</sup> iptali istemi ile ilgili olarak önüne gelen olayda şöyle demiştir:

"Anayasa'ca Yasama Meclislerine verilen görevler belli olduğuna göre, Anayasa Koyucunun Anayasa Mahkemesinin denetimine ilişkin kuralları saptarken, Anayasa'da gösterilen yasama işlemlerini de gözönünde bulundurduğunda kuşku yoktur. Bu nedenle Yasama Meclislerince Anayasa'da belirtilen adları (Anayasa değişikliği, kanun hükmünde kararname, İçtüzük gibi) ve yöntemlere uyularak yapılan işlemlerin Anayasa Mahkemesinin denetimine bağlı olup olmadığının saptanmasında Anayasa'nın açık kurallarına başvurulmasını olağan görmek gerekir. Ancak, Yasama Meclislerince Anayasa'da öngörülenler dışındaki adlar altında ve başka yöntemler uygulanarak oluşturulan işlemlerin Anayasa Mahkemesinin denetimine bağlı olup olmadığının saptanmasında aynı yola başvurulmasına olanak bulunmadığı da açık bir gerçektir. Böyle olunca, bu nitelikteki bir işlemin Anayasa Mahkemesinin görev alanına girip girmediği belirlenirken, meydana getirilen metin veya belgenin oluşturulmasında uygulanan yöntem kadar içeriğinin niteliği üzerinde durulması, değer ve etkisinin ortaya konulması ve bu metin veya belge, Anayasaca denetime bağlı tutulan işlemlerle eşdeğerde ve etkinlikte ise, denetime bağlı olduğunun kabul edilmesi zorunludur."<sup>150</sup>

Anayasa Mahkemesi, Meclis Kararının Anayasa'ya aykırılığının denetimi bölümünde ise şu sonuca ulaşmıştır:

"Yasama Meclislerince Anayasada öngörülenler dışındaki adlar altında ve

170.). Aliefendioğlu, 1982 Anayasası döneminde de, anayasal denetimin yasa niteliğindeki diğer metinleri de içereceğini söylemektedir. Ayrıntılı bilgi için. bkzn. Aliefendioğlu, age., s. 108.

<sup>148</sup> TBMM Soruşturma Hazırlık Komisyonu çalışmalarının durdurulması yönündeki önerenin kabul edilmesine ilişkin TBMM Birleşik toplantı kararı için bkzn. E. 1970/25 ve 26, K. 1970/32, Karar Tarihi: 17.12.1971, AMKD, no: 8, s. 340; Millet Meclisi üyelerinin ödenek ve yolluklarını belirleyen Millet Meclisi Hesapları İnceleme Komisyonu Raporunun onaylanmasına ilişkin karar için bkzn. E. 1977/6, K. 1977/14, AMKD, no: 15, 176-197.; Mahkemenin son dönemlerde verdiği başka kararlar da vardır: E. 1996/19, K. 1996/13, Karar Tarihi: 14 Mayıs 1996, AMKD, no: 32/2, 686-704; E. 1996/20, K. 1996/14, 14 Mayıs 1996, AMKD, no: 32/2, 704-714. E. 1996/21, K. 1996/15, AMKD, no: 32/2, 715-726.

<sup>149</sup> Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin 18/4/1979 günlü kararı

<sup>150</sup> E. 1979/22, K. 1979/45, 18.12.1979, AMKD, no: 17, 349-390. Bu görüşe, Lutfi Ömerbaş, Kenan Terzioğlu ve Yılmaz Aliefendioğlu "Kararın incelenmesinin Anayasa Mahkemesinin görevi içinde olmadığı" gerekçesiyle katılmamışlardır.

başka yöntemler uygulanarak oluşturulan işlemlerin Anayasa Mahkemesinin denetimine bağlı olup olmadığı saptanırken, uygulanan yöntem kadar o metin veya belgenin içeriğinin niteliği üzerinde de durulup değer ve etkisinin belirlenmesi gerekmekte ve bu açıdan yapılan değerlendirme, söz konusu metin veya belgenin, Anayasaca denetime bağlı tutulan işlemlerle eşdeğerde ve etkinlikte olduğunu ortaya koyuyorsa, onun da denetime bağlı tutulmasında zorunluluk vardır...

Bu kararın, Cumhurbaşkanınca geri gönderilen yasalar üzerinde Meclislerin tutumunu ve çalışma yöntemini belli etmesi ve ortaya koyması bakımlarından, bir İçtüzük düzenlemesi niteliğinde olduğu ortadadır ve bu niteliğine göre Anayasaya uygunluk denetiminden geçirilmesi gerekmektedir<sup>151</sup> dedikten sonra, 18 Nisan 1979 günlü Türkiye Büyük Millet Meclisi kararının iptaline karar vermiştir.

Ancak, Anayasa Mahkemesi bu denetim yetkisini 1990 tarihli bir kararında kullanmamıştır. Hükümete savaş hali ilânı, silahlı kuvvet kullanılması, Türk Silahlı Kuvvetleri'nin yabancı ülkelere gönderilmesi ve yabancı silahlı kuvvetlerin Türkiye'de bulunması konularında izin veren 107 sayılı TBMM kararı, Anayasa'nın 92/2. maddesinde yer alan ve acil durumlarda Cumhurbaşkanına tanınan silahlı kuvvet kullanılmasına karar verme yetkisinin Hükümete devredilmesi sonucunu doğurmasına rağmen, Anayasa'nın 92. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarına açık bir biçimde aykırı olan ve yoklukla sakat olması gereken bu kararı, Anayasa Mahkemesi Anayasa'nın 148. maddesinde yer almadığı için incelememiştir<sup>152</sup>. Türk Silahlı Kuvvetleri'nin yabancı ülkelere gönderilmesi ve yabancı silahlı kuvvetlerin Türkiye'de bulunması konularında Anayasa'nın 92. maddesi uyarınca Hükümete izin verilmesi konusunda bir düzenleme içeren 108 sayılı karar ise aynı 107 sayılı kararda olduğu gibi Anayasa'nın TBMM'ye verdiği yetkinin Anayasaya aykırı bir biçimde hükümete aktarılması sonucunu doğurmasına rağmen anayasal denetime konu olmamıştır.<sup>153</sup>

<sup>151</sup> Âdil Esmer, Necdet Darıcıoğlu, İhsan N. Tanyıldız ve Bülent Olcay sözü edilen metnin yasa; Ahmet Salih Cebi ve Nihat O. Akçakayalıoğlu da Anayasa düzenlemesi niteliğinde olduğunu öne sürerek yukarıdaki görüşe katılmamışlardır.

<sup>152</sup> Anayasa Mahkemesi, "Türk Silahlı Kuvvetlerinin, zamanı ve süresi Hükümetçe belirlenmek üzere yabancı ülkelere gönderilmesi ve bu kuvvetlerin kullanılmasına izin verilmesine dair" TBMM'nin 10.10.2001 gün ve 722 sayılı kararının son fıkrasını da bir içtüzük değişikliği niteliğinde görmemiştir. (E.2001/424, K. 2001/354, K.T. 22.11.2001, AMKD, 38, 357-374). Bu kararı eleştiren Kanadoğlu'na göre, "AYM'nin vardığı bu sonuca bir neden bulması, neredeyse olanaksızdır. Gerçekten de hükümete süresi belirsiz bir yetki ve izin veren 722 sayılı Kararın, ... "belli bir süre" için izin verilmesini öngören İçtüzüğün 130. maddesini değiştirdiği açık ve kesindir." Korkut Kanadoğlu, *Anayasa Mahkemesi*, Beta, İstanbul, 2004, 159.

<sup>153</sup> Anayasa Mahkemesi kararının sonuç bölümü şu şekildedir: "Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin; 12.8.1990 günlü, 107 sayılı "Anayasanın 92 nci Maddesi Uyarınca Hükümete İzin Verilmesine Dair" ve 5.9.1990 günlü, 108 sayılı "Körfez Krizi Sebebiyle, Türk Silahlı Kuvvetlerinin Yabancı Ünelere Gönderilmesine ve Yabancı Silahlı Kuvvetlerin Türkiye'de

Kararda karşıoy yazısı yazan dört üye<sup>154</sup> özetle şu görüşü savunmuşlardır: Anayasa Mahkemesi, görevini önüne getirilen bir yasama işlemine ne ad verildiğine bakarak değil, içeriği ve niteliğiyle belirlemelidir. Maddî yönden dava konusu işlemin niteliği göz önünde tutulmalıdır. Aksi halde Meclis kararları ile “kanun niteliğinde” işlemler yapma olasıdır. 107 sayılı TBMM kararı bu içeriği nedeniyle Anayasa’nın 92. maddesini değiştiren bir yasa niteliğinde olduğundan Anayasa Mahkemesi’nin denetimine bağlıdır. Savaş hali ilânına ve maddede sayılan ayırık durum dışında Türk Silahlı Kuvvetleri’nin yabancı ülkelere gönderilmesine veya silahlı kuvvetlerin Türkiye’de bulunmasına izin verme yetkisi münhasıran TBMM’ne aittir. Anayasa’nın 92. maddesiyle TBMM’ne verilen bu münhasır yetkinin Yürütme organına devredilmesi Meclis kararıyla yapılamaz.

Uluşahin’e göre, Anayasa’ya aykırı bir yetki devrini düzenleyen ve ağır ve bariz yetki aşımını öngören 107 ve 108 sayılı Meclis kararları Anayasa Mahkemesi tarafından re’sen denetlenmeliydi.<sup>155</sup> Bu denetimde verilecek kararın iptal değil, yokluk kararı olması gerektiğini savunan yazar sözlerine şöyle devam etmektedir:

“Önüne dava konusu olarak gelen yasama işlemine verilen ad ve oluşturulmasında başvuru yöntemiyle kendini bağlı saymayarak, işlemin niteliği üzerinde duran Anayasa Mahkemesi’nin amaçsal yorumu üstün tutan yaklaşımı, ağır yetki aşımı içeren yasama işlemlerinin Anayasa’nın 148’inci maddesinde öngörülen işlemlerden olmamaları nedeniyle anayasallık denetimi dışında bırakılması ile bağdaşmamaktadır. Bu ve benzeri durumlarda, Anayasa Mahkemesi’nin yokluk kararı verme yetkisini kendisinde görmemesi sonucunda, zorunlu olarak, anayasallık denetimi dışında kalan “yok” işlemin eğer ve etkinlik bakımından kanun ya da içtüzük niteliğinde olduğunu kabul ederek denetim kapsamına alınması yolu benimsenmektedir... Oysa, TBMM’nin Anayasanın öngörmediği bir yetki devrini “kanun”la mı, “karar”la mı gerçekleştireceğini tartışmak anlamsızdır. Hukuka aykırılığın bağlı olduğu biçimler değil, olsa olsa çeşitleri ve dereceleri vardır. Bu noktada hukukun işlevi, farklı nitelikteki hukuka aykırılıkları işlemdeki sakatlığın derecesine ve ağırlığına bağlı olarak uygun yaptırımlara bağlamaktır. Başvuru üzerine, işin esasına girerek önüne gelen dava konusu metnin 148’inci maddede denetlenmesi

---

bulunmasına, Anayasanın 92 nci Maddesi Uyarınca İzin Verilmesine Dair” kararları, Anayasa Mahkemesi’nin biçim ve öz yönünden denetleyeceği Anayasa’nın 148. maddesinde sayılan düzenlemelerden ya da nitelik ve içerik yönünden bunlara benzeyen metinlerden görülmediğinden iptal isteminin REDDİNE” 7/4 oyçokluğu ile karar verilmiştir.

<sup>154</sup> Yekta Güngör Özden, Yılmaz Aliefendioğlu, Selçuk Tüzün Ve Ahmet N. Sezer.

<sup>155</sup> Nur Uluşahin, “Savaş Hali İlânı ve Silahlı Kuvvet Kullanılmasına İzin Verme Yetkisi ve Anayasa Mahkemesi’nin 24.9.1990 Tarihli Kararı” Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, Turhan Kitapevi, 2003, 1039-1064, ss. 1053-54. (Not: Yokluk konusunda Uluşahin’in ulaştığı sonuca daha önce varmamıza rağmen, konuyu daha güçlü bir şekilde ifade ettiği için yazarın düşüncelerini alıntılarını ile anlatmayı uygun bulduk).

öngörülen metinlerle eş değer ve etkinlikte olup olmadığını inceleyen Anayasa Mahkemesi, bu incelemesi sırasında ağır bir sakatlık taşıdığını saptadığı bir Parlamento kararının *-hiçbir dolambaçlı yola başvurmaksızın-* yokluğuna hükmedebilmelidir... Hattâ, Anayasa Mahkemesi'nin dava nedeniyle önüne gelen metnin hukuki nitelemesini yaparken, işlemin ağır ve önemli bir hukuka aykırılık nedeniyle ölü doğmuş ya da hiç doğmamış bulunduğunu gördüğünde dava konusu işlemin denetlenemeyeceğine; *zira denetime tâbi bir işlemin hukuk aleminde varlık kazanmadığına ilişkin bir saptamada bulunması yaptığı incelemenin niteliği gereğidir.* Böylece, Mahkeme ağır hukuka aykırılıkla malûl bir tasarrufu hukuk düzeninden ayıklamak suretiyle önemli bir görev etmiş de olacaktır. Aksi halin kabulü, ... Anayasa Mahkemesi'nin, bu incelemesi sırasında görmüş olduğu ağır sakatlığa gözlerini yumması anlamına gelecektir ki; böyle bir yorum anayasaya uygunluk denetiminin işlevi ve bununla hedeflenen gayeye de uygun düşmez.”<sup>156</sup>

Konuyu bu şekilde ortaya koyan Uluşahin, son vurgularını aşağıdaki şekilde yapmaktadır:

“Dolayısıyla, işlemin hukuki nitelemesini bizzat yapan Anayasa Mahkemesi'nin hiç doğmamış ya da ölü doğmuş işlemin yokluğuna hükmedebilmesi için Anayasa'da bu yetkiden açıkça söz edilmesi gerekmediğini düşünüyoruz. Yani, "yokluk" yaptırımına gerek gösterecek kadar ağır ve bariz bir sakatlığın varlığı halinde Anayasa Mahkemesi *açıkça yetkilendirilmemiş olsa dahi* yokluk kararı verebilmelidir.”<sup>157</sup>

“...Şu halde, Anayasaya aykırı bir yetki devrini düzenleyen ve Anayasayı tadil niteliği taşıyan 107 ve 108 sayılı kararların Anayasaya uygunluk denetimi dışında kalması, Anayasanın ikinci maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesi ile de bağdaşmamaktadır. Anayasal düzenin ağır yetki aşımı ile Anayasayı ihlal eden Meclis kararlarının hüküm ve sonuç doğurmasına izin vermesi bir bakıma kendi varlığını inkâr etmesi anlamına gelmektedir.

Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesi'nin ağır ve bariz yetki aşımını içeren 107 ve 108 sayılı TBMM kararlarının yokluğuna hükmetmesi yerinde olurdu. Anayasamız, Anayasanın üstünlüğü ilkesini gerçekleştirmek üzere özel bir yargı organı ihdas etmiş olduğuna göre, önüne gelen işlemin hukuki nitelemesini yaparak işlemin Anayasaya uygunluk denetimine tâbi normlarla eş değer ve etkinlikte olup olmadığını inceleyen Anayasa Mahkemesinin, bu incelemesi sırasında hiç doğmamış ya da ölü doğmuş olduğunu gördüğü hukuki işlemin yokluğuna ilişkin tespit hükmü verebileceğinin de kabulü gerekir”<sup>158</sup>

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında, 1/95 sayılı Gümrük Birliği Kararı'nın yokluğunun tespitinin istenmesi halinde Anayasa Mahkemesi'nin

<sup>156</sup> **Ibid.**, ss. 1057-61 (vurgu eklenmiştir)

<sup>157</sup> **Ibid.**, s. 1061 (vurgu orijinaldir)

<sup>158</sup> **Ibid.**, s. 1063.

buyle bir talebi ilk inceleme aşamasında reddetmemesi konusunda yeterli dayanak noktalarının bulunduğu inanılmaktadır.

Gümrük Birliği Kararı'nın nasıl adlandırıldığı önemli değildir. Eylemsel olarak maddi içeriği ve niteliği dikkate alınmalıdır. Ortaklık Konseyi'nin diğer kararları dikkate alındığında, 1/95 sayılı Karar'ın diğerlerinden farklı çok açık bir şekilde görülmektedir. Anayasa Mahkemesi, Meclis'in “karar” adı altında düzenlemeler çıkararak, Anayasa'ya aykırı işlemleri kendi denetimi dışına çıkarılmasına engel olacak bir içtihat getirmiştir. Aynı uygulamanın, Hükümetin, Meclis'in bilgi ve denetiminden kaçırılmak (veya dolanmak) için seçtiği Ortaklık Konseyi kararları için de geçerli olması beklenir. Aksi takdirde, Ortaklık Konseyi'nin Türk tarafını oluşturan kişilerin çeşitli nedenlerle, Ankara Anlaşması ve Katma Protokol ile ilişkisi olmayan birçok düzenlemeye “Karar” kılıfı altında imza atmaları sonucu uluslararası yükümlülükler doğabilir. Bu kararların yüksek yargı organlarının denetiminden kaçırılması konusunda açık kapı bırakılması çeşitli suiistimallere neden olabilir.

Bir yasama tasarrufuna verilen ismin ne olduğundan ziyade, metnin kapsamının ve özünün göz önünde bulundurulması konusunda oluşan içtihadın, uluslararası yükümlülük doğuran bir metnin antlaşma olarak sayılması için de geçerli olması gerekir. TBMM Genel Kurul kararları ile Meclis Başkanı veya Başkanlık Divanı kararlarına karşı, adli veya idari yargıda dava yolu tanınmadığı için, Anayasa Mahkemesi bir hukuk yaratarak içtüzük niteliğindeki Meclis kararlarını, denetim içine aldığı gibi, Ortaklık Konseyi kararlarının Anayasa'nın 90/3. maddesi anlamında “uygulama anlaşması” niteliğinde olduğunu kabul ederek, 90/4. maddeyi uygulamanın kapısını aralayabilir.<sup>159</sup>

Bu yapıldığı takdirde, Anayasa'nın 90. maddesinin bir ölçü norm olarak kullanılmasının yolu açılmış olur. Anayasa'nın 90/5. maddesinde bir antlaşmanın “usulüne göre” yürürlüğe girmesi halinde bunun Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülemeyeceğinden bahsedilmektedir. 90/5. maddenin üçüncü ve son cümlesinin *a contrario* yorumundan hareket edildiğinde, usulüne göre yürürlüğe girmemiş uluslararası antlaşmaların Anayasa'ya aykırılığının tespitinin ileri sürülebileceği sonucu çıkmaktadır.

Anayasa'ya aykırı bir hükmü Anayasa Mahkemesi yargıcı dışında hiçbir yargıç re'sen iptal edemez. Anayasa Mahkemesi'nin re'sen harekete geçmesi görülmekte olan bir davada söz konusu olabilir. Diğer mahkemelerde görülmekte olan bir davada taraflar GB Kararının Anayasa'ya aykırı olduğunu ileri sürebilirler. Yoklukla sakat olan bir işlemin geçersizliğini tespit amacıyla Anayasa Mahkemesi'ne bireyler doğrudan tespit davası açılabilirler mi? Özhan; “Anayasa, iptal davası açabilecekleri saymıştır, ancak tespit davasının etkisi, hukuki değeri ve sonuçları iptal davasından farklı olduğu için, yalnızca Anayasada sayılan makamlarca tespit davası açılabilir görüşü de yerinde

<sup>159</sup> Karş: Hacı Ali Özhan, “TBMM Kararlarının Anayasa Mahkemesince Denetimi Üzerine”, <<http://www.geocities.com/hacialiozhan/arastirma33.htm>>.

değildir. Bu nedenlerle bireylerin tespit davası açabileceklerini ve Anayasa Mahkemesinin bu tip davaları esastan karara bağlaması gerektiğini” savunmaktadır.<sup>160</sup>

Şekil şartlarına aykırı olarak varlık kazanmış normatif bir düzenlemenin hakimlerce re’sen dikkate alması kamu düzenindedir. Çünkü, Anayasanın 11. maddesinin 2. fıkrası “*Kanunlar Anayasaya Aykırı olamaz*” derken emredici bir hukuk kuralı ortaya koymaktadır. Anayasa Mahkemesi’nin, Anayasa ile çatıştığı için zımnın ilga olmuş bir hükmü iptal ederken yaptığı şey, aslında kanun / KHK / içtüzük niteliği taşıyamaması gereken bir maddenin / hükmün / ibarenin, sadece sakat olduğunun “tespit ve tescil” etmekten ibarettir. Anayasa Mahkemesi’nin Anayasa’ya aykırı bulduğu bir hükmü iptal ederken vardığı sonuç aslında bir durum tespitinden farklı bir anlam taşımamaktadır.<sup>161</sup> Anayasa Mahkemesi eski üyelerinden Yılmaz Aliefendioğlu’nun ifade ettiği gibi:

“Zor olan, kimi hallerde cesaret isteyen, Anayasal yokluğu belirleyebilmek ve yokluğa neden olan eylem karşısında tavır alabilmektir. Anayasal düzene ve Anayasa’nın koruduğu değerlere sahip çıkmanın herkes için, sorumluluk duygularına bağlı, onurlu bir görev olduğu unutulmamalıdır”.<sup>162</sup>

## 6. Sonuç

Ortaklık Konseyi’nin şimdiye kadar aldığı kararların içerisinde 1/95 sayılı Karar’a benzeyen başka bir kararı bulunmadığı görülmektedir.<sup>163</sup> Normal olarak antlaşmalar hukukuna tabi olması gereken bir belgenin, Yunanistan’ın vetosundan kurtulma ve seçimde propaganda malzemesi olarak kullanılma düşüncesiyle, Anayasa’nın öngördüğü şekilde yürürlüğe konulmaması ve Meclis görüşmelerinde gündeme getirilecek eleştirileri dikkate almadan dar bir bürokratik daire içerisinde sonuçlandırılması gelecek adına kaygı vericidir. Türkiye’nin uluslararası yükümlülük altına girmesine neden olacak GB Kararı benzeri belgelerin hazırlanması, onaylanması ve Resmi Gazete’de

<sup>160</sup> Hacı Ali Özhan “Anayasa Mahkemesinde Bireyler Tespit Davası Açabilir mi?”, <http://www.geocities.com/hacialiozhan/arastirma31.htm>. Özhan, savını güçlendirebilmek için Anayasa Mahkemesinin içtihat yoluyla yürürlüğü durdurma kararı verdiği; 1963-1983 döneminde uygulanan 44 sayılı Kuruluş Yasasının gerekçesinde “...Konacak usul hükümlerinin ihtiyaca uygunluk derecesini şimdiden kestirmenin güç olacağı, kurulacak Anayasa Mahkemesinin vasfı itibari ile karşılaşılabilecek usul meselelerini, umumi esaslar dairesinde içtihat yoluyla kolaylıkla çözebileceği düşünülerek bu sahada da kapsayıcı bir düzenlemeden kaçınılmıştır...” ibaresinin olduğu; Karma komisyon raporunda da “...hüküm sevk olunmayan hususlarında içtihadı terk edilmesi uygun görülmüştür” ifadesinin yer aldığı örnek olarak göstermektedir...

<sup>161</sup> Karş: Faruk Erem, “Ceza Hukuku Yönünden Anayasaya Aykırılık İddiası”, *Adalet Dergisi*, no: 53/5-6, 1962, 459-471, ss. 463, 468.

<sup>162</sup> Aliefendioğlu, age., s. 241.

<sup>163</sup> Ortaklık Konseyi kararlarının tamamı için bkznz. <<http://www.kobinet.org.tr/kosgebabm/english/lib/tr/001e.html#>>.

yayımlanması<sup>164</sup> ile ilgili olarak daha açıklayıcı yasal düzenlemeye ihtiyaç olduğu bir gerçektir.

Anayasa'nın 7. maddesinde yer alan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine karşın, Ortaklık Konseyi eylemleri yasama yetkisini gasp etmiştir. Anayasa'nın hiçbir yerinde, egemenliğin uluslararası örgütlere devredildiğine ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Anayasa'nın 15, 16, 42 ve 92. maddelerinden Ankara Anlaşmasının üstünlüğüne ilişkin bir sonuç çıkarılamayacağına göre, kanun hükmünde olan bir antlaşmanın kurduğu Ortaklık Konseyi'nin, çıkardığı bütün kararların niteliğine bakılmaksızın Meclis denetimi dışında tutulması, Anayasa'nın ruhu ile bağdaşmaz. Bu kararların ekonomik nitelikte olmasına rağmen Resmi Gazete'de yayımlanmaması Anayasa'nın 90/3. maddesine aykırıdır. Türk kanunlarında değişiklik yapmasına rağmen Meclis'e sunulmaması Anayasa'nın 90/4. maddesine aykırıdır. Ortaklık Konseyi'ne sürekli olarak böyle bir yetki devrinin yapılmış olması Anayasa'nın 7. maddesine ve alınan kararların yargı denetimi dışında bulunması Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

1/95 sayılı Gümrük Birliği Kararı, Türkiye'yi taahhüt altına alan<sup>165</sup> ve Türk kanunlarında değişiklik gerektiren bir belge olmasına rağmen, usulüne göre onaylanmamış ve yetki aşımı (*ultra vires*) ile sakatlanmıştır. Böyle bir belgenin yoklukla malül (*null and void*) olduğunun tespiti gerektiği halde, anayasal ve yasal boşluk nedeniyle Karar'ın yargısal denetimi bugüne kadar yapılamamıştır.

Karşılaştırmalı hukuktan da görüleceği üzere anayasa mahkemeleri, uluslararası antlaşmaların kendi anayasalarına uygunluklarını denetlemektedirler. Yeni getirilecek düzenleme ile, uluslararası anlaşmaların sadece onay sürecinden önce olan (*a priori- ex ante facto*) denetimi değil; yürürlüğe girdiği tarihten itibaren belirli bir süre içerisinde (*a posterior- ex post facto*) denetimi de sağlanmalıdır. Dikkate alınması gereken bir başka nokta, sadece uluslararası antlaşmaların değil, uluslararası yükümlülük doğuran diğer belgelerin de Anayasa'ya aykırılığının istenilebilmesi yolunun açılması gerekir.<sup>166</sup>

Gümrük Birliği Kararı'nın olası bir yargı kararı ile geçersizliğine hükmedilmesi halinde, hazırlanacak yeni anlaşmanın “ya Avrupa Birliği'nde uygulanan ticaret politikası araçlarını kapsayacak şekilde değiştirmesi, ya da

<sup>164</sup> Ortaklık Konseyi kararlarının, sözelimi Rekabet Kurulu veya Sermaye Piyasası Kurulu kararlarından daha fazla kişi ve kurumu ilgilendirmesine rağmen, Resmi Gazete'de yayımlanmaması mantıksal olarak kabul edilemez.

<sup>165</sup> Fusun Arsava, “Geleceğin AB üyesi olarak Türkiye-Egemenlik Haklarının Devri Sorunu”, *Türkiye'de Anayasa Reformu Prensipier ve Sonuçlar*, Konrad Adenauer Vakfı Yay., Ankara, 2001, 71-83, s. 83.

<sup>166</sup> Bu konunun ayrıntılı tartışıldığı bir çalışma için bkz. Kemal Başlar, “Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine” (yayınlanacak).

bunu bir serbest ticaret anlaşması haline dönüştürmesi”<sup>167</sup> gerekmektedir. Aralık 2004’te tam üyelik yönünde görüşmelerin başlaması konusunda tarih verilmez ise, verilecek bir yokluk kararı Gümrük Birliği’nin revize edilmesi için uygun bir fırsat olabilir.

---

<sup>167</sup> Eray Sanver, “Çin’e Karşı Somut Önlem Almalıyız”, <[http://www.tad.com.tr/arsiv/d2003/s3/-perspektif/cin\\_onlem.html](http://www.tad.com.tr/arsiv/d2003/s3/-perspektif/cin_onlem.html)>.