

ULUSLARARASI ANTLAŞMALARIN ONAYLANMASI, ÜSTÜNLÜĞÜ VE ANAYASAL DENETİMİ ÜZERİNE

Dr. Kemal BAŞLAR*

Giriş

1982 Anayasası'nın 90. maddesi birbiriyle bağlantılı olmakla birlikte, ayrı başlıklar altında incelenmesi olası üç farklı konuyu düzenlemektedir. Beş fıkradan oluşan 90. maddenin ilk dört fıkrası, uluslararası antlaşmaların** uygun bulunması, onaylanması ve yayımlanması ile ilgili kural ve ayırık durumlardan söz etmektedir. Bu çalışmanın ikinci ve üçüncü başlıklarını oluşturan konular, 90. maddenin beşinci fıkrasında yer almaktadır. Bunlar, antlaşmaların Türk hukuk sistemindeki yeri ve uluslararası antlaşmaların anayasal denetimine ilişkindir. 2004 yılı içerisinde meydana gelen üç önemli olay Anayasa'nın 90. maddesinde yer alan ve yukarıda sözü edilen üç farklı konunun tartışılmasını gerekli kılmaktadır.

Bu gelişmelerden ilki, Anayasa Mahkemesi'nin 31.7.2003 günlü, 4969 sayılı *Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*'un 10. maddesinin (a) fıkrasıyla, 28.3.2002 günlü ve 4749 sayılı *Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun*'a eklemelerde bulunduğu ve değiştirdiği bazı hükümlerin,¹ iptali istemi ile açılan kararına ilişkindir.² Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararı, 90. mad-

* Anayasa Mahkemesi Genel Sekreteri. kbaslar@yahoo.com

** Bu çalışmada Türk Dil Kurumu İmla Kılavuzu'nda yer aldığı şekliyle "antlaşma" terimi kullanılacaktır. Özgün metinlerde kullanılan "andlaşma" ve "uluslararası anlaşma" kavramları aslına sadık kalınarak değiştirilmemiştir.

¹ Başvuru dilekçesinde, 4969 sayılı Yasanın 9. maddesi sonuna eklenen fıkranın üçüncü tümcesinin, (c) fıkrasıyla değiştirilen, 4749 sayılı Yasanın 17. maddesinin (B) fıkrasının birinci paragrafının "5.5.1969 tarihli ve 1173 sayılı Milletlerarası Münasebetlerin Yürütülmesi ve Koordinasyonu Hakkında Kanun ile 31.5.1963 tarihli ve 244 sayılı Milletlerarası Andlaşmaların Yapılması, Yürürlüğü ve Yayımlanması ile Bazı Andlaşmaların Yapılması İçin Bakanlar Kuruluna Yetki Verilmesi Hakkında Kanun" bölümünün, (c) fıkrasıyla 4749 sayılı Yasa'nın 17. maddesine eklenen (C) fıkrasının iptali istenmiştir.

² Anayasa Mahkemesi, E. 2003/86, K. 2004/6 (Karar Tarihi: 28 Ocak 2004) (Resmi Gazete: 6 Kasım 2004, Sayı: 25635).

denin ilk dört fıkrasına ilişkin genel bir değerlendirme yapmayı gerekli kılmaktadır.

Bu makalenin ele almaya çalışacağı ikinci konu, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların Türk hukuk sistemindeki yerini özel olarak düzenleyen Anayasa değişikliğine ilişkindir.³ Bu değişiklik sonrası ortaya çıkan bazı problemlerin, olması gereken hukuk (*de lege ferenda*) açısından incelenmesi amaçlanmaktadır.

Bu çalışmada değinilecek üçüncü ve son konu uluslararası antlaşmaların anayasal denetimine ilişkindir. 90. maddenin beşinci fıkrasının ikinci tümcesi uluslararası antlaşmaların usulüne göre yürürlüğe girmesinden sonra Anayasa'ya uygunluk denetiminin yapılması yolunu kapatmış olsa da, Anayasa Mahkemesi'nin oluşumu ve organizasyon şekli ile ilgili olarak 2004 yılında başlayan değişiklik çalışmaları çerçevesinde bu konunun karşılaştırmalı hukuk perspektifinden bir kez daha ele alınmasını gerekli kılmaktadır. Özellikle, Anayasa Mahkemesi'nin kuruluş, görev ve yetkilerine ilişkin olarak yakın dönem içerisinde yapılması düşünülen anayasal ve yasal değişiklikler çerçevesinde dikkate alınabileceği düşüncesiyle, Anayasa Mahkemesi'ne uluslararası antlaşmaları denetleme yetkisinin verilmesinin gerekliliği hususu üzerinde durulacaktır. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmaların açıkça yasalardan üstün konumda kabul edilmesiyle geline son nokta, bu tür uluslararası antlaşmaların onaylanma öncesi anayasal denetimini zorunlu kılmaktadır. Diğer bir deyişle, gerek antlaşmaların yürürlüğe girişi konusunda Yürütmenin sahip olduğu yetkiler, gerekse temel hak ve özgürlüklere ilişkin olarak yürürlüğe girmiş olan antlaşmaların kanunlarla çatışması halinde antlaşma hükümlerinin üstün olacağına ilişkin Anayasa hükmü, uluslararası antlaşmaların Anayasa'ya uygunluğunun Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmesi zorunluluğunu gündeme getirmektedir.

I. Uluslararası Antlaşmaların Uygun Bulunması ve Onaylanması Üzerine (m.90/1-4)

“Milletlerarası andlaşmaları uygun bulma” başlığını taşıyan 1961 Anayasası'nın⁴ 65. maddesi ile 244 sayılı “Milletlerarası Andlaşmaların Yapılması,

³ 7.5.2004 gün ve 5170 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun'un 7. maddesine göre; “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 90 ıncı maddesinin son fıkrasına aşağıdaki tümce eklenmiştir.

“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.”

⁴ Kanun No: 334, Kabul Tarihi : 9/7/1961.

Yürürlüğü ve Yayımlanması ile Bazı Andlaşmaların Yapılması için Bakanlar Kuruluna Yetki Verilmesi Hakkında Kanun"un yasalaştığı⁵ 1960'lı yılların ilk yarısı, uluslararası antlaşmaların uygun bulunması, onaylanması, yürürlüğe girmesi ve Türk hukukundaki yeri konusunda hukukçular arasında yoğun tartışmaların yaşanmasına sahne olmuştur.⁶ Bu tartışmalar, Türkiye İşçi Partisi'nin açtığı bir iptal davası sonucu Anayasa Mahkemesi'nin 1965 tarihli bir kararıyla,⁷ 244 sayılı Yasanın bütün maddelerini Anayasa'ya uygun bulmasının ardından da devam etmiştir. 1960'lı yıllara uluslararası hukuk açısından damgasını vuran ve dönemin önemli isimlerinin katıldığı bu tartışmalarda dile getirilen aksaklıklar geride kalan kırk yılı aşkın süre boyunca giderilmemiştir.⁸

O dönem yaşanan akademik tartışmaların, uygulama ve teori arasındaki farklılıkların ve Anayasa Mahkemesi'nin sözü edilen kararının çok güzel işlendiği "*Milletlerarası Hukuk ile İç Hukuk Arasındaki İlişkiler*" adlı kitabında⁹ Sevin Toluner şöyle demektedir:

⁵ Kanun No: 244, Kabul Tarihi: 31/5/1963.

⁶ O dönem yaşanan tartışmalar için bkz. ÇELİK, Edip F., "1961 Anayasasının Milletlerarası Andlaşmalarla İlgili Hükümleri", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 28/2, 1962, 335-348.; DURAN, Lütfi, "Dış Münasebetler, Anayasa Dışı", Cumhuriyet, 8 Temmuz 1963, 2.; ÇELİK, Edip F. "Andlaşmalar Konusundaki Kanun Anayasaya Aykırıdır", Milliyet, 27 Temmuz 1963.; KIRCA, Coşkun. "Andlaşmalar Konusundaki Kanun Anayasa'ya Uygundur", Milliyet, 6 Ağustos 1963; ÇELİK, Edip F., "Andlaşmalar Konusundaki Kanun Anayasaya Açıkça Aykırıdır", Milliyet, 19 Ağustos 1963.; DURAN, Lütfi, "Zıtlaşma Zihniyeti Andlaşmalar Kanunu Etrafında", Cumhuriyet, 1 Ekim 1963.; BELİK, Mahmut, "Anayasa ve Milletlerarası Münasebetler", Cumhuriyet, 21 Kasım 1963; MERAY, Seha L. "Türk Anayasa Sisteminde Andlaşmaların Görüşülmesi", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 19/1, Mart 1964, 75-87.; ÇELİK, Edip F. "Andlaşma Yapma Yetkisi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 31/1-4, 1965, 363-369.; BİLGE, A. Suat, "Türk Hukukuna Göre Milletlerarası Andlaşmaların Akti", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 22/2, Haziran 1967, 97-149.

⁷ Anayasa Mahkemesi, E.1965/311, K.1965/12, K.T. 4/3/1965, R.G. 24.12.1965, No.12185, AMKD, 3, 67-83.

⁸ 1982 Anayasasının 90. maddesi bazı kelimelerin eş anlamlılarıyla değiştirilmesi dışında 1961 Anayasasının 65. maddesi ile aynıdır. Bu değişikliklere "kurullarla-kuruluşlarla", "iktisadi-ekonomik", "yayınlanma-yayımlanma", "münasebetleri-ilişkileri" kelimeleri örnek olarak gösterilebilir. Bunun dışında imla kuralları açısından inceltme işaretlerinin kullanılması, "yabancı (D/d)evlet" veya "Devlet (M/m)aliyesi" "1 inci-birinci" gibi bazı terimlerin yazılışında küçük farklılıklar gözlenmektedir. "Anayasaya aykırılık iddiası ile" ibaresi yeni metinde 149 ve 151. maddelere atfın yerini almıştır.

⁹ TOLUNER, Sevin, *Milletlerarası Hukuk ile İç Hukuk Arasındaki İlişkiler*, İÜHF Yayınları, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1973.

“Anayasanın 65 inci maddesi kötü hazırlanmış bir maddedir:¹⁰ Kendi içinde çelişme halindedir; Anayasanın diğer hükümleriyle bağdaştırılması mümkün olmayan bir düzen getirir. Değiştirilmediği takdirde andlaşma akdetme yetkisi ya, yürütmeye sınırsız yetkilerin tanınması yoluyla biçimlenecek veya dış ilişkilerin yürütülmesini imkansız kılan bir biçim alacaktır. Bunlardan her ikisinin de kabul edilemez bir çözüm olduğu açıktır. Eski düzene ve alışkanlıklara sadakat, öze değinen mahzurlar ortaya çıkarıyorsa, yobazlık niteliğini taşır... Milletlerarası ilişkilerin yürütülmesi işinin, niteliği itibariyle bir yürütme fonksiyonu olduğu göz önünde bulundularak, yürütmeden hareket eden bir esasın kabulü ve fakat yasama organının vazgeçilmez yetkilerinin açıkça saklı tutulması, hareket etmekte olduğu esas reddeden, bir 65 inci madde düzeninden, daha rasyonel bir çözüm getirir.

Bu yapılmadığı takdirde, bu görev Türk hakimine düşecektir. Bu son derece güç olan görevin, gereği gibi yapılabilmesinde metinlerin kalıpları içinde kalmayıp, öze ve vakiya inilmesi, bu fonksiyonun kurucu niteliği öngörüldüğünde bir zorunluluktur, sanırız.”¹¹

Yukarıdaki düşüncelerin açıklanmasından otuz yıl sonra gündeme gelen Anayasa Mahkemesi'nin 2004/8 sayılı kararı dikkatleri 90. maddenin ilk dört fıkrasına çekmektedir. 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un bazı maddelerinin iptali istemi ile Anayasa Mahkemesi gündemine gelen noktalar aşağıda üç ayrı başlık altında incelenecektir.¹²

¹⁰ Bu görüşü destekleyecek bir dayanak, Edip Çelik'in 1962 yılında 3. fıkra ile ilgili olarak dile getirdiği şu ifadelerdir: “Önce “iktisadi, ticari veya özel kişiler” terimi kullanılmıştır. “İktisadi kişi”, “ticari kişi” ne demektir? Saniyen fıkradaki hükme göre, bu çeşit andlaşmalar yasama organının uygun bulma şart aranmaksızın, yayımlanarak yürürlüğe konabilir. Bu hüküm bir yandan 2. fıkra, öte yandan 4. fıkra hükümleriyle çatışma halinde değil midir? Gerçekten, 2. fıkrada “kişi hallerine ve Türklerin yabancı memleketlerdeki mülkiyet hakkına dokunan” andlaşmalar yalnız yayımlanma ile yürürlüğe konulabilecek andlaşmaların dışında tutulmuştur. 4. fıkra ise, “Türk kanunlarında değişiklik getiren her türlü andlaşmaların yapılmasında 1. fıkra hükmü uygulanır” kaidesini koymuştur. Özel kişilerin haklarını ilgilendiren bir andlaşma mutlaka Türk kanunlarında değişiklik getirir ve bu bakımdan da onaylanarak yürürlüğe konabilmesi için mutlaka Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmuş olması gerekir”, ÇELİK, Edip, *Milletlerarası Hukuk*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1962, 133.

¹¹ TOLUNER, a.g.e., dn. 9, 397-398.

¹² Bunlar: (1-) Savunma ve güvenlik amaçlı hibe ve yardım antlaşmalarının, TBMM önüne getirilmeyerek parlamenter denetime konu olmaması, dolayısıyla bir uygun bulma kanunu çıkarılmadığı için Anayasa Mahkemesinin denetiminden kaçırılması, ve son olarak Cumhurbaşkanı'nın onaylanmamasının Anayasa'ya aykırılığı. (2-) Milletlerarası antlaşmaların yapılış ve yürürlüğe girişini düzenleyen 244 ve 1173 sayılı Yasaların, kamu finansmanı ve borç yönetimiyle ilgili antlaşmaların yapılış ve yürür-

1.1. Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile Yürürlüğe Giren Antlaşmalar Hakkında

Her ne kadar Anayasa'nın 90. maddesinin 1. fıkrası antlaşmaların onaylanmasından önce Meclis tarafından bir uygun bulma yasasının çıkarılmasını bir ilke olarak ortaya koymuşsa da, aynı maddenin 2. ve 3. fıkralarında yer alan istisnalar birçok uluslararası antlaşmanın yürürlüğe girmesi sürecinde Meclisin devre dışı bırakılması sonucunu doğurmuştur. Daha açık bir ifade ile, 90. maddenin 3. fıkrası ile 244 sayılı Yasanın ilgili hükümleri birlikte okunduğunda, Bakanlar Kurulu'na genel veya özel nitelikli bir yasa ile bir yetki verilmiş ve buna dayanarak bir antlaşma yapılmış ise, bu tür antlaşmaların ekonomik, ticari, teknik veya idari nitelikte olup olmadığına bakılması gerekecektir. Eğer bu niteliklere sahip bir antlaşma söz konusu ise, Yasa organı tarafından uygun bulma kanunu çıkarılmasının önüne geçilmiş olmaktadır. Diğer bir deyişle, konusu *iktisadi, ticari, teknik veya idari* nitelikte olan antlaşmalar süresi bir yılı aşsa bile, bunlar hakkında onaylama veya katılmayı uygun bulmak üzere "kanun" yapılması zorunluluğu yoktur. Ekonomik veya ticari nitelikte olmayan, özel kişilerin haklarını ilgilendirmeyen ve Türk kanunlarına değişiklik getirmeyenlerin yayınlanması zorunlu olmadığı gibi, bunlarla ilgili kararnamelerin de yayınlanması da zorunlu değildir. (244 sayılı Kanun, m. 2/4 ve m. 3/3(1)). Bu istisna, Yürütmeye o kadar geniş yetki vermiştir ki, bu istisna ile, kural istisnaya, istisna olması gereken şey ise kurala dönüşmüştür. Hatta, sadece 90. maddenin birinci fıkrasında yer alan genel kural anlamsızlaşmakla kalmamış, ikinci fıkradaki hükmün, üçüncü fıkranın genişlemesinden sonra, uygulama alanının kalmadığı da ileri sürülmüştür.¹³ Bu nedenle, 1982 Anayasasında kendi içerisinde bu kadar çelişen bir başka madde bulmanın zor olduğu söylenebilir.

Anayasa Mahkemesi önüne gelen iptal istemlerinden ilki, bu temel sorunun tartışılmasını gerektirmektedir. İptal başvurusunda, 4749 sayılı Yasanın 9. maddesine ilave edilen 3. fıkranın içerisinde yer alan Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı ülke ve kuruluşlarla yapılacak savunma ve güvenlik amaçlı hibe ve yardımlarla ilgili antlaşmaların Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe gireceğine dair olan hükmün iptali istenilmiştir.¹⁴

lüğe girişini düzenleyen 4749 sayılı Yasayla çelişen hükümlerinin uygulanmamasının Anayasa'ya aykırılığı ve (3-) 4749 sayılı Yasada adı geçen antlaşmaların Resmi Gazete'de yayımlanmasına özel bir hükümle engel olunmasının Anayasa'ya aykırılığı.

¹³ Bknz. GÜRKAYNAK, Muharrem, "244 Sayılı Yasanın Anayasaya Aykırılığı İddiaları ve Karşı İddialar", Türk Hukuk Dergisi, Nisan 2003, 15-29, 17.

¹⁴ Yasanın 9/3. maddesi aynen şöyledir: "Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı ülke ve kuruluşlarla yapılacak savunma ve güvenlik amaçlı hibe ve yardımlarla ilgili görüşmelerde bulunmaya ve anlaşmalar imzalamaya, Cumhurbaşkanı ve Başbakanın yetkileri saklı kalmak kaydıyla, Bakanlar Kurulu kararı ile belirlenecek kişi ve kuruluşlar

244 sayılı Yasanın 5. maddesi, Türkiye Cumhuriyeti'ne hibe, kredi veya diğer şekillerde yardım sağlayacak antlaşmalar için Bakanlar Kurulu'na genel yetki veren bir hükümdür. Ancak, Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı ülke ve kuruluşlara verilecek savunma ve güvenlik amaçlı hibe ve yardımlarla ilgili yapılacak antlaşmalar bu kapsam içerisinde değerlendirilemeyeceğinden, özel bir yetki kanununa ihtiyaç bulunmaktaydı. 4749 sayılı Yasanın 9. maddesine ilave edilen 3. fıkra bu eksikliği gidermektedir.¹⁵ Bu nedenle, iptali istenilen hüküm Anayasa'nın verdiği bir izne dayanılarak çıkarılan yasa dayandığından Anayasa Mahkemesi söz konusu hükmü haklı olarak Anayasa'ya aykırı olarak görmemiştir.

Yasal düzenlemede Anayasa'ya aykırı bir durum olmamakla birlikte, bir başka sorun bulunmaktadır.¹⁶ Özellikle, tek parti iktidarlarının egemen olduğu dönemlerde, Parlamento çıkaracağı yetki kanunları ile pek çok ikili veya çoktarafli antlaşmaların yapılması yetkisini Bakanlar Kurulu'na verebilir.¹⁷

yetkilidir. Yabancı ülkelere bu amaçla verilecek hibe ve yardım karşılıkları Maliye Bakanlığı bütçesine konulacak ödenekten karşılanır. Söz konusu anlaşmalar Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe girer. Anlaşmada belirtilen nakdi hibe ve yardımlar bütçeye gider kaydedilerek T.C. Merkez Bankasında ilgili ülke adına döviz cinsinden açılacak hesaba aktarılabilir. Ödemeler, anlaşma hükümleri çerçevesinde ve Maliye Bakanlığınca belirlenecek esaslar dahilinde ilgili hesaptan yaptırılır.”

¹⁵ 4749 sayılı Yasa değişik maddelerinde Bakanlar Kuruluna uygun bulma kanunu olmaksızın antlaşmaların bir Kararname ile yürürlüğe sokulmasına izin vermiştir. Örneğin, “Tahvil ihracı ile ilgili anlaşmalar dışında Türkiye Cumhuriyetinin borçlu sıfatıyla taraf olduğu anlaşmalar, anlaşmada daha sonraki bir tarih kararlaştırılmamışsa, imzalandıkları tarih itibarıyla Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe girer” (4749, madde 7/1). “Türkiye İhracat Kredi Bankası Anonim Şirketinin Yüksek Danışma ve Kredileri Yönlendirme Kurulu tarafından onaylanan yıllık programında yer almayan ülkelerde ve OECD uzlaşması hükümlerine uygun olmayan, ancak ülkemizin çıkarları açısından özel önem arz eden projelerin kredilendirilmesine ilişkin anlaşmalar Müsteşarlığın uygun görüşü ve Bakanın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu tarafından onaylanır.” (4749, madde 10/3) “Türkiye İhracat Kredi Bankası Anonim Şirketinin yabancı ülkelere ve bu ülkelerdeki kuruluşlara verdiği kredilerin üç yıl veya daha uzun vadeli olarak yeniden yapılandırılmasına ilişkin anlaşmalar Müsteşarlığın uygun görüşü ve Bakanın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu tarafından onaylanır.” (4749, m. 10/4) hükümleri gibi.

¹⁶ Yetki kanununa göre bir Bakanlar Kurulu kararı ile “onaylanan” bir anlaşmanın, Anayasa'nın 104. maddesinde geçen Cumhurbaşkanının yaptığı “onaylama” işleminden farklı olup olmadığı ile ilgili tartışma bu makalede bir sorun olarak ele alınmamaktadır. Bu konuda bkz. GÜRKAYNAK, a.g.m., dn.13, 22.: KILIÇÇI, Sedat, *Milletlerarası Antlaşmaların Onaylanması*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1968, 95.

¹⁷ 4749 sayılı Yasa incelendiğinde aşağıdaki konularla ilgili anlaşmaların yapılmasında Bakanlar Kuruluna yetki verdiği görülmektedir: **a-** Tahvil ihracı ile ilgili anlaşmalar dışında Türkiye Cumhuriyetinin borçlu sıfatıyla taraf olduğu anlaşmalar (“Dış borçlanma”, madde 7/2), **b-** Hazine garantilerine ilişkin anlaşmalar ve bunların şartlarında değişiklik yapılmasına ilişkin anlaşmalar, (“Hazine Garantileri”, madde 8/2), **c-** Av-

Bu durumda, Bakanlar Kurulu Türkiye'nin ulusal çıkarlarını veya güvenliğini ilgilendiren antlaşmaları bir kararname ile yürürlüğe koyabilir. Bu antlaşmalardan idari ve teknik nitelikte olanların Resmi Gazete'de yayımlanmasına bile gerek yoktur (Madde 90/3). Bu şekilde yürürlüğe konulan antlaşmalar hakkında uygun bulma kanunu kabul edilmediği için, bunların anayasal denetiminin yapılmasının da önüne geçilmiş olmaktadır. Bu nedenle, Anayasa'ya aykırı uluslararası antlaşmaların yapılması söz konusu olabilir. Bu tür bir yolu berteraf edebilecek bir güvence de bulunmamaktadır. Çünkü, ortada bir uygun bulma kanunu olmadığı için, Anayasa Mahkemesi'nin denetim imkânı bulunmamaktadır. Bakanlar Kurulu kararnamelerinin geçersizliği için Danıştay'a dava açılabilirse de,¹⁸ yakın dönemde bu yönde açılmış bir dava bulunmaması ve dolayısıyla bir karar alınmamış olması, gelecekte bu yolun çok sık kullanılmayacağını göstermektedir.

Usulüne göre yürürlüğe girmiş antlaşmalar kanun hükmünde olduğuna göre, Bakanlar Kurulu kararnamesi ile kabul edilerek ("onaylanarak") yürürlüğe giren bir antlaşma Meclis denetimi olmadan yasa gücünü kazanmakta; temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir antlaşma söz konusu olduğunda, çatışan yürürlükteki yasaların ihmali sonucunu doğurmaktadır. Bu açıdan ba-

rupa Birliğinden sağlanacak hibeler hariç olmak üzere aynı ve *nakdi hibe alınması* anlaşmaları ("Hibe", madde 9/1), **d-** Yabancı ülkelere, yabancı ülkelerin kuruluşlarına, uluslararası kuruluşlar ve oluşturulacak uluslararası yardım konsorsiyumlarına *nakdi hibe vermeye* yönelik anlaşmalar ("Hibe", madde 9/2), **e-** Yabancı ülke ve kuruluşlara yapılacak *savunma ve güvenlik amaçlı hibe ve yardımlarla* ilgili anlaşmalar ("Hibe", madde 9/3), **f-** Yabancı ülkeler, yabancı ülkelerin kuruluşları, uluslararası kuruluşlar ve oluşturulacak uluslararası yardım konsorsiyumlarına *borç vermeye* yönelik anlaşmalar ("Borç verilmesi" madde 10/1), **h-** Türkiye İhracat Kredi Bankası Anonim Şirketinin Yüksek Danışma ve Kredileri Yönlendirme Kurulu tarafından onaylanan yıllık programında yer almayan ülkelere ve OECD uzlaşması hükümlerine uygun olmayan, ancak ülkemizin çıkarları açısından özel önem arz eden *projelerin kredilendirilmesine* ilişkin anlaşmalar (" Borç Verilmesi", Madde 10/3), **ı-** Türkiye İhracat Kredi Bankası Anonim Şirketinin yabancı ülkelere ve bu ülkelerdeki kuruluşlara *verdiği kredilerin* üç yıl veya daha uzun vadeli olarak *yeniden yapılandırılmasına* ilişkin anlaşmalar (" Borç Verilmesi", Madde 10/3), **j-** 22.7.2003 tarihinden geçerli olmak üzere, Bakü-Tiflis-Ceyhan boru hattı projesi tahtındaki akdedilecek uygulama anlaşmaları (Geçici Madde 6)." Prof. Dr. Hüseyin Pazarcı'ya göre Türkiye'deki yürürlükteki antlaşmaların en az %50'si Bakanlar Kurulu onayıyla yürürlüğe girmektedir. (İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması" konulu Panel, Adalet Sarayı Toplantı Salonu, Ankara, 5 Kasım 2004).

¹⁸ Bakanlar Kurulu kararnamelerinin organik anlamda idari işlem olmaları nedeniyle buna engel bir hüküm olmamakla birlikte, Ergun Özbudun'a göre onay kararnamelerine Danıştayca incelenemez. Bknz. ÖZBUDUN, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin, 2000, 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, 41.

kıldığında Bakanlar Kurulu'nun uluslararası antlaşmaları onaylama anlamına gelen kararnameleri bir nevi "kanun hükmünde kararname" kimliğine bürünmüş olmaktadır. Anayasa'nın 91. maddesinde kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi bir takım kayıt ve şartlara bağlı kılınmıştır. Oysa Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından uluslararası bir antlaşmanın uygun bulma kanunu olmaksızın Bakanlar Kurulu kararı ile kabul edilerek yürürlüğe konulmasında herhangi bir kayıt ve şart bulunmamaktadır. Meclis tarafından çıkarılan bir yetki kanunu ile Bakanlar Kurulu sınırsız bir şekilde yetki sahası içerisinde bulunan konuda antlaşma akdetme yetkisine sahip olmaktadır. Bu konu anayasal düzende verilen bir izne dayandığından, bu uygulamanın Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülmesi söz konusu olamasa bile, Anayasa'nın verdiği bu yetkinin çok geniş bir şekilde yorumlanmasının Anayasa'nın 7. maddesinde yer alan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırı bulunduğu ileri sürülebilir.

Bu konuda karşılaşılan bir sıkıntı da şudur: 4833 sayılı 2003 Mali Yılı Bütçe Kanununun "*Bağış, hibe ve yardımlar*" başlığını taşıyan 24. maddesinin (d) bendi, iptali istenen hükmün de yer aldığı 3. fıkranın aynısını ihtiva etmekteydi.¹⁹ Ana Muhalefet Partisi'nin 15.5.2003 tarihinde açtığı 2003/41 esas sayılı davada, Bütçe Kanunu'nun birçok maddesinin iptali istendiği halde, 24. maddenin (d) bendinin iptali istenmemiştir.²⁰ Bu da Anayasa'ya aykırı nitelikte olabilecek düzenlemelerin bütçe yasalarının içerisinde ek fıkralar veya geçici maddeler yoluyla gizlenerek, dikkatlerden kaçırılması ve iptal davası açılması için aranan 60 günlük sürenin geçirilmesinin ardından açılacak bir dava yoluyla iptalinin istenilmesi yolunun ortadan kaldırılması anlamına gelmektedir. Bu tür hibe ve yardım antlaşmalarının bireyleri ilgilendiren bir yönünün olmaması nedeniyle, ilk derece mahkemelerinde olaya uygulanacak kural olarak kabul edilerek Anayasa Mahkemesi'ne intikal ettirilmesi de pek mümkün gözükmemektedir. Son zamanlarda ortaya çıkan "çeşitli kanunlarda değişiklik yapan kanunlar" veya bütçe kanunları yoluyla, Anayasa'nın 90. maddesine aykırı nitelikte olabilecek yetki kanunları çıkartılabilir. Ana Muhalefet Partisi, Cumhurbaşkanı veya Meclisteki milletvekillerinin beşte birinin dikkatinden kaçan bir hükmün 60 gün geçtikten sonra Anayasa Mahkemesi önüne getirilmesi yolu kapatılmış olduğundan bu durum oldukça sakıncalı sonuçlar doğurabilir.

İptal istemine ilişkin başvuru dilekçesinde şu ibare dikkati çekmektedir: "Anayasa'nın 90'uncu maddesinin 3. fıkrasında belirtilen istisna [uygun bulma kanunu aranmaması], savunma ve güvenlik amaçlı hibe ve yardımlar ile

¹⁹ 2002 Mali Yılı Bütçe Kanunu'nun "Borç verme, hibe ve yardım anlaşmaları" başlığını taşıyan 36. maddesinde de benzeri hükümler yer almaktaydı.

²⁰ Anayasa Mahkemesi, E.2003/41, K.2003/8 (Y.D.), (Karar Tarihi: 17.7.2003).

ilgili antlaşmaları içermemektedir". Bu gerekçe yerinde değildir. 1982 Anayasası kazuistik bir metotla kaleme alınmadığından, bütün antlaşma çeşitlerini veya istisnaları tüketici (tahdidi) bir şekilde bir maddede sayması düşünülemez. Bu nedenle, savunma ve güvenlik amaçlı antlaşmaların iktisadi veya ticari mi, yoksa teknik veya idari nitelikte mi oldukları sorgulanmalıdır. Hemen belirtmek gerekir ki, tamamen uzmanlık isteyen böyle bir değerlendirmeyi, — diğer bir deyişle, bir antlaşmanın Anayasa'nın 90. maddesinde öngörülen ve Meclisin uygun bulma kanunu çıkarmasına gerek olup olmadığı noktasında değerlendirmeyi, uygulamada 1173 ve 244 sayılı Yasalardan aldığı yetkiyle Dışişleri Bakanlığı yapmaktadır. 4749 sayılı Yasa kapsamına giren antlaşmaların Anayasa'nın 90/3. maddesinde yer alan antlaşma tiplerinden hangisine girdiğini ise, Hazine Müsteşarlığı yapmaktadır. Ancak, Bakanlığın ve Müsteşarlığın yaptığı bu sınıflandırma Bakanlar Kurulu'nu bağlamamaktadır. Bakanlar Kurulu, Müsteşarlıktan gelen ilk değerlendirmeleri aldıktan sonra, uygun bulma kanunu gerekiyorsa Meclise sevk etmekte, aksi takdirde bir kararname ile Cumhurbaşkanı'na göndermektedir. Milletvekillerinin bir uluslararası antlaşmanın uygun bulunmasına dair kanun teklifi veremeyecekleri kabul edilmektedir.²¹ Bu nedenle, 244 sayılı Yasa ile Bakanlar Kurulu'na çok geniş denetimsiz bir takdir yetkisi tanınmıştır.²² Burada Bakanlar Kurulu'nun tercihini yanlış kullanmış olması veya hata yapmış olmasının inceleneceği yer Anayasa Mahkemesi değildir. Çünkü, burada ne kanun, ne de bir içtüzük söz konusudur.²³ Burada, Bakanlar Kurulu'nun Meclis'e karşı siyasal sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Bakanlar Kurulu'nun hata veya yanlış yapması halinde, meclis araştırması, soru ve gensoru gibi siyasal denetim mekanizmaları işletilebilir.²⁴ Buna ilave olarak, Bakanlar Kurulu kararnamele bir idari işlem olduğuna göre ve İdarenin bütün eylem ve işlemlerinin yargı denetimine açık olması Anayasa'nın amir hükmü olması itibarıyla, Bakanlar Kurulu'nun takdir yetkisini kötüye kullanması veya hata yapması halinde Danıştay'a başvurulabilme imkânı olabilmelidir. Ancak, bu yolun bugüne kadar kullanılmaması, bu ihtimalin sadece teorik düzeyde akla geldiğini göstermektedir.

Konuyla ilgili olarak, Toluner bir başka noktaya dikkat çekmektedir. Toluner'e göre, yardım antlaşmalarının bütçe kanununda ve gümrük mevzuatın-

21 İZGİ, Ömer ve GÖREN, Zafer, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu*, 2. cilt, TBMM Basımevi, Ankara, 2002, 864.

22 AKİPEK, Serap, "Türk Mevzuatının Onaylanan Uluslararası Antlaşmalar ile Uyumlaştırılması Sorunu", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 48/1-4, 1999, 15-22, 19.

23 ÇELİK Edip, *Milletlerarası Hukuk*, 1. cilt, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1987, 108.

24 *Ibid.*

da değişiklik yapacağı muhakkak olduğundan, 90. maddenin 4. fıkrası uyarınca akdedilmelidir.²⁵ Toluner, kitabında, “[Dış yardım antlaşmalarının] niteliği öngörülmezsizin, tümünün akdi yetkisinin bir tek kanun maddesiyle yürütmeye devri, Anayasanın ruhuna uygun olan bir çözüm değildir” demektedir.²⁶ Yazar, kredi antlaşmaları için de, 4749 sayılı Yasanın yaptığı gibi süresiz bir yetkiyle, bu tür antlaşmaları akdetme yetkisinin Meclisten sürekli alınmasına karşı çıkmaktadır. Toluner’e göre:

“Devletten devlete ve teşkilatlardan devlete yapılan kredi yardımlarının miktarı ve esasları önceden belirlenebilir. Yasama organının bu esasları değiştirememesi, bu işlemlerden önceden haberdar kılınmasını gereksiz kılan bir unsur değildir. Aynı şekilde, bunun her bir anlaşma için ayrı ayrı yapılmasının imkansız olması, hiç olmazsa her yıl sağlanması mümkün görülen yardım ve bunun biçimi konusunda genel görüşme açıldıktan sonra süreli bir kanunla bu yetkinin tanınması yoluna gidilmesi, söz konusu olan karşıt gereklere daha uygun bir çözüm getirir. Bugünün “iktisadi” işlemi, “siyasi”ye çok yakın olan bir işlemdir.”²⁷

Sonuç olarak, Anayasa’nın 90. maddesinin 3. fıkrasında yer alan “kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan” antlaşmaların Meclis tarafından uygun bulunma zorunluluğu olmadığını içeren bölüm, mutlak, sınırsız ve süresiz bir yetki devri anlamına gelecek şekilde anlaşıldığı takdirde, Anayasa’nın 7. maddesinde yer alan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine ve milletlerarası antlaşmaların onaylanmasını uygun bulma görevini Türkiye Büyük Millet Meclisine genel bir yetki olarak veren 87. maddesine aykırılık oluşturur. Burada çatışan değerler Anayasa maddeleri olduğuna göre, bu çatışmanın yargısal yorumlarla aşılması çok kolay gözükmemektedir. Bu nedenle, yapılacak kapsamlı bir Anayasa değişikliğinde 90. maddenin 3. fıkrasında yer alan yetki devrinin kayıt ve şartlara bağlanması anayasal ilkeler arasında uyumun sağlanması açısından bir gerekliliktir.²⁸

1.2. Uluslararası Antlaşmaların Görüşülmesi Aşamasında Dışişleri Bakanlığının Devreden Çıkarılması Hakkında

Anayasa Mahkemesi’ne intikal ettirilen ikinci iptal istemi, 4749 Sayılı Yasanın 17. Maddesinin (B) fıkrasının birinci paragrafına ilişkindir.²⁹ İptali iste-

²⁵ TOLUNER, a.g.e., dn. 9, 351.

²⁶ *Ibid.*, 387.

²⁷ (Vurgu ilave edilmiştir) *ibid.*

²⁸ Toluner, Bakanlar Kurulu’na “toptan yetki devrine” karşı çıkmaktadır. *ibid.*

²⁹ Değişiklikten önceki hali şu şekildeydi: “5.5.1969 tarihli ve 1173 sayılı Milletlerarası Münasebetlerin Yürütülmesi ve Koordinasyonu Hakkında Kanun ile 31.5.1963 tarihli ve 244 sayılı Milletlerarası Andlaşmaların Yapılması, Yürürlüğü ve Yayınlanması

nilen yasa hükmü şöyledir: “5.5.1969 tarihli ve 1173 sayılı Milletlerarası Münasebetlerin Yürütülmesi ve Koordinasyonu Hakkında Kanun ile 31/5/1963 tarihli ve 244 sayılı Milletlerarası Andlaşmaların Yapılması, Yürürlüğü ve Yayınlanması ile Bazı Andlaşmaların Yapılması İçin Bakanlar Kuruluna Yetki Verilmesi Hakkında Kanun ile ilgili yılı bütçe kanunlarının [4749 sayılı] Kanuna aykırı hükümleri uygulanmaz.”.

4749 sayılı Yasanın 1173 ve 244 sayılı Yasalarla çatıştığı noktalara göz atıldığında tespit edilebilecek en yalın ayrımın uluslararası antlaşmaların yürütülmesi ve koordinasyonunu sağlayacak birimin belirlenmesi ile ilgili olduğu görülür. Anayasa’da antlaşmaların hazırlanışı ve imza aşamasında hangi devlet biriminin koordinasyonu sağlayacağı ve hazırlık aşamasını yürüteceği ile ilgili bir hüküm yoktur. Bu konudaki boşluğu 1173 ve 244 sayılı Yasalar doldurmaktadır. 1173 sayılı Yasanın 1. maddesine göre,³⁰ milletlerarası antlaşmaların yürütülmesi ile ilgili temas ve müzakereler Dışişleri Bakanlığı eliyle yürütülür. 244 sayılı Yasanın 4. maddesinde de aynı düzenleme yer almaktadır.

4749 sayılı Yasanın 7. maddesi yukarıda anılan yasalardan farklı bir düzenleme getirmiştir. Buna göre, devlet dış borcuna ilişkin antlaşmaların temas ve müzakerelerinin yapılmasında Hazine Müsteşarlığı’na görev verilmiştir.³¹ Aynı Yasanın 8. maddesinde de, Hazine garantilerinin sağlanmasıyla ilgili olarak buna benzer bir düzenleme vardır.³² 10. maddesinde, borç verilmesiyle ilgili antlaşmalarda da yine Hazine Müsteşarlığı görevlendirilmiş-

ile Bazı Andlaşmaların Yapılması İçin Bakanlar Kuruluna Yetki Verilmesi Hakkında Kanun ile Bakü-Tiflis-Ceyhan Boru Hattı Projesi tahtında imzalanacak anlaşmalara ilişkin hükümler hariç olmak üzere ilgili yılı bütçe kanunlarının bu Kanuna aykırı hükümleri uygulanmaz.”

30 “Milletlerarası Hukuk ve Anayasa gereğince Cumhurbaşkanı ve Başbakanın yetkileri saklı kalmak kaydıyla, Türkiye Cumhuriyetinin yabancı devletlerle, bunların temsilcilikleri ve temsilcileri ile, milletlerarası kurullarla, bunların temsilcilikleri ve temsilcileri ile, müteakip bentler ve maddeler hükümleri saklı kalmak kaydıyla, temas ve müzakereleri Dışişleri Bakanlığı eliyle, ilgili bakanlıklarla işbirliği yapılmak suretiyle yürütülür ve yabancı devletler ve milletlerarası kurullarla Anayasa’nın 65 inci maddesi anlamındaki milletlerarası andlaşmaları da, yine diğer bakanlıklarla işbirliği dâhilinde aynı Bakanlık eliyle yapılır.”

31 4749 Sayılı Kanun, Madde 7/1: “Türkiye Cumhuriyeti adına herhangi bir dış finansman kaynağından Devlet dış borcu sağlamaya ve mali dış koşulları da dahil olmak üzere şartlarını tespit etmeye ve bu şartlar çerçevesinde mali yükümlülük altına girmeye Bakan yetkilidir. Söz konusu Devlet dış borcuna ilişkin anlaşmalar ve ilgili dokümanlara dair her türlü hazırlık, temas ve müzakereler Müsteşarlık tarafından yürütülür ve sonuçlandırılır.”

32 4749 Sayılı Kanun, Madde 8/1.: “Hazine garantileri sağlanmasına ve sağlanan Hazine garantilerinin şartlarında değişiklik yapılmasına ilişkin her türlü hazırlık, temas ve müzakereler Müsteşarlık tarafından yürütülür ve sonuçlandırılır.”

tir.³³ 4749 sayılı Yasanın 12/3. maddesinde, Hazine Müsteşarlığı, Hazine'nin Devlet dış borcu kapsamında ortaya çıkan yükümlülüklerinin uluslararası sermaye piyasalarında mevcut muhtelif mali araçlar vasıtasıyla yönetimi amacıyla, takas dahil her türlü türev ürüne ilişkin antlaşmaların temas ve müzakerelerinin yürütülmesi ve sonuçlandırılması ile görevlendirilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, Dışişleri Bakanlığı yerine, Hazine Müsteşarlığı veya ilgili kuruluşlara temas ve müzakerelerde bulunma yetkisi verilmesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir. Gerçekten, getirilen düzenlemenin Anayasa'nın 90. maddesinde açık bir hüküm olmadığı sürece 90. maddeye aykırı kabul edilmesi söz konusu değildir. Kamu finansmanı gibi teknik konularda Maliye Bakanlığı ile Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığı'nın Dışişleri Bakanlığı'ndan daha ehil olduğu da söylenebilir. Ancak, 4749 sayılı Kanun, kapsamına giren antlaşmaların hazırlık, imza ve yürürlük aşamasında siyasal ve Anayasa yargısı denetimi yollarını kapatarak, kapalı kapılar ardında başka devletlere çeşitli finans, kredi, hibe, borç yönetimi, tahvil ihracı vs. antlaşmalarının yapılmasına olanak verecek bir şekilde Dışişleri Bakanlığı'nı dışladığından ülkenin önemli mali yükümlülükler altına girdiği kamu finansmanı ve borç yönetimi alanında Dışişleri'nin koordinasyon ve tecrübesinden yararlanılmaması bir eksiklik olarak değerlendirilebilir.

Örneğin, Türkiye ve Amerika Birleşik Devletleri arasında Türkiye'ye 8,5 milyar ABD Doları kadar kredi sağlama güvencesi veren 22 Eylül 2003 tarihinde Dubai kentinde ABD Hazine Bakanı John Snow ile Hazineden Sorumlu Devlet Bakanı Ali Babacan tarafından imzalanan "Mutabakat Zaptı" Dışişleri Bakanlığının bilgi ve denetimi dışında imzalanmıştır.³⁴ 4749 sayılı Yasanın "dış borçlanma" başlığını taşıyan 7. maddesine göre yapıldığı görülen bu antlaşmanın müzakere safhasında Dışişleri Bakanlığı yetkililerinin bulunmaması yasal ve anayasal yönden bir sorun oluşturmamakla birlikte, diplomatik yönden koordinasyonun sağlanmaması bir eksiklik olarak kabul edilmelidir. Yalın bir ifade ile, anılan 7. madde, 1173 sayılı Yasanın getirdiği genel kuraldan bir sapma ile Dışişleri Bakanlığını bir kenara iterek Hazine Müsteşarlığını yetkili kılmakta, imza yetkisini de ilgili Bakana vermektedir. Bu antlaşmanın içeriği Resmi Gazete'de yayımlanmadığı için kamuoyu bilgi sahibi olamamıştır.³⁵ Hazine Müsteşarlığı, Resmi Gazete'de yayımlanmasa

³³ 4749 Sayılı Kanun, Madde 10/1: "Uluslararası yardım konsorsiyumlarına borç vermeye, bu borcun esas ve şartlarını belirlemeye, verilen borçların yeniden yapılandırılmasına, ... dair anlaşmalara ilişkin her türlü hazırlık, temas ve müzakereler Müsteşarlık tarafından yürütülür ve sonuçlandırılır."

³⁴ Bknz. ABD-Türkiye Finansman Anlaşmasına İlişkin Ortak Açıklama, <http://www.hazine.gov.tr/duyuru/basin/dei/turkabdortakaciklama20030923.pdf> (20 Mart 2004).

³⁵ İlgili Bakan'ın açıklamasına göre, Finansman Anlaşması çerçevesinde her bir kredi çekişi, Türkiye'nin, ABD'nin ilgili yasasında belirlenen koşulları karşılamasına bağlı-

bile, imzalanan antlaşmalardan gizli kalması gereken hükümler hariç, diğerleri hakkında kamuoyuna bilgi verici açıklamalarda bulunmaktadır.³⁶ Bununla birlikte, hibe antlaşmasının aynı zamanda askeri hükümler içerdiği tahmin edildiğinden (Türkiye'nin Irak konusundaki işbirliği, Türk birliklerinin Irak'taki barışın korunması ve istikrar hareketine katkıda bulunması konusu gibi) Dışişleri Bakanlığının tamamen devreden çıkarıldığı bir uygulama tasvip edilemez.

8,5 milyar dolarlık kredi antlaşmasında olduğu gibi, antlaşma akdetme konusundaki yetkilerin Dışişleri Bakanlığından alınıp, Hazine Müsteşarlığındaki bürokratlara verilmesi sorun oluşturacak niteliktedir. Özellikle, günümüzde borç, kredi, hibe vs. antlaşmaları sadece ekonomik hükümler içermekte, siyasal ve askeri bazı tavizleri de gerektirmektedir. Örneğin, 8,5 milyar dolarlık kredi ile ilgili olarak, ABD Kongresinin kararına göre;

"Eğer, ABD Dışişleri Bakanı, Türkiye Hükümeti'nin, ABD ile "Irak'a Özgürlük Harekati" kapsamında insani yardımların sağlanması ve Türk askerinin Kuzey Irak'a tek taraflı olarak yerleştirilmemesi hususları da dahil olmak üzere işbirliğine aykırı hareket ettiğine kanaat eder ve Senato ve Temsilciler Meclisi'nin Ödenekler Komitesi ile, yine Senato'nun Dış İlişkiler Komitesi ve Temsilciler Meclisi'nin Uluslararası İlişkiler Komitesi'ne bu kanaatini bildirirse, bu metin gereği sağlanması öngörülen kaynaklar Türkiye Hükümeti tarafından kullanılamaz."³⁷

Bu konuda, Hükümetin, Meclise ve Dışişleri Bakanlığına danışmadan, ülkeyi büyük siyasal ve mali sorumluluk altına alacak metinlere imza atabilmesine izin veren yasal düzenleme ulusal çıkarlarımız açısından sorgulanmalıdır. Nitekim, bu sakıncaları gören Hükümet, 7.1.2005 tarihinde Meclise sevkedilen "Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun" ile, yetkiyi Milli Savunma Bakanlığına devretmeyi tercih etmiştir.

Aslında dış ilişkilerin yürütülmesinde Dışişleri Bakanlığına alternatif oluşturulması 4749 sayılı Yasayla getirilmiş bir yenilik değildir. Bu konudaki eğilimin bir örneğini Türkiye İşbirliği ve Kalkınma Ajansı (TİKA) oluşturmaktadır.³⁸ İlgili Devlet Bakanlığı'na karşı sorumlu ve tüzel kişiliği haiz bir

dır. Söz konusu iki koşul: (1) Türkiye'nin güçlü ekonomik politikalar yürütüyor olması ve (2) Türkiye'nin, Irak konusunda ABD Hükümeti ile işbirliği içerisinde olmasıdır.

³⁶ http://www.treasury.gov.tr/duyuru/basin/dis_eko_hibe_111103.pdf (20 Mart 2004).

³⁷ "Turkey Economic Assistance: Legislative Language from Wartime Supplemental", http://www.treasury.gov.tr/duyuru/basin/abdkredi_eng_03092003.pdf (20 Mart 2004)

³⁸ 24 Ocak 1992 tarihli Bakanlar Kurulu kararıyla, 21124 sayı ve 27 Ocak 1992 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 480 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile Dışişleri Bakanlığı'na bağlı bir teşkilat olarak kurulan TİKA, 28 Mayıs 1999

kuruluş olan TİKA, kuruluşundan 2000 yılı sonuna kadar 17 ülkede 380 yardım ve işbirliği projesi gerçekleştirmiştir.³⁹

Özetle, giderek artan ve uzmanlık isteyen dış ilişkiler sahasında uzman bakanlıkların kendi sahalarındaki antlaşmaların hazırlanmasında görev alması, antlaşmaları imzalamaları kabul edilebilirse de, Dışişleri Bakanlığının bilgi ve desteğinden yoksun yürütülecek antlaşma görüşmelerinde, Devleti bağlayan bazı taahhütler altına girilmesi söz konusu olabilir.

1.3. Antlaşmaların Resmi Gazete’de Yayımlanması Hakkında

İptali istenilen üçüncü ve son hüküm 4749 sayılı Yasanın 17(C) maddesinde yer almaktadır. Buna göre; “*Bu Kanun gereği imzalanan anlaşmalar*⁴⁰ 23.5.1928 tarihli ve 1322 sayılı Kanun⁴¹ hükümlerinden muaf olup Resmi Gazetede yayımlanmaz”.⁴²

tarihinde Başbakanlığa bağlanmıştır. 4668 sayılı Türk İşbirliği ve Kalkınma İdaresi Başkanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun 12 Mayıs 2001 tarih ve 24400 Sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

³⁹ Bu projelerin 290’ı ayrı ayrı ülkeler için, 90’ı ise birçok ülkeyi kapsayan bölgesel ve genel projeler olarak düzenlenmiştir. Bir teknik yardım kuruluşu olan TİKA, OECD ile gerçekleşen işbirliği sonrası, Japonya, Almanya, Kanada gibi diğer ülkelerin yardım kuruluşlarıyla ve Birleşmiş Milletler bünyesinde faaliyet gösteren Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı (UNDP) ve Birleşmiş Milletler Sınai Kalkınma Örgütü (UNIDO) gibi yardım kuruluşlarıyla da ikili işbirliğine girmiştir: <http://www.tika.gov.tr>’den alınmıştır

⁴⁰ 4749 sayılı Yasanın birçok maddesi anlaşmaların doğrudan imza ile yürürlüğe gireceğini düzenlemektedir. Bunlar aşağıdaki gibidir:

- “Tahvil ihracı ile ilgili anlaşmalar, anlaşmada daha sonraki bir tarih kararlaştırılmamışsa imzalandıkları tarih itibarıyla yürürlüğe girer.” (madde 7)
- “Hazine garantilerine ilişkin anlaşmalar ve bunların şartlarında değişiklik yapılmasına ilişkin anlaşmalar aksine bir hüküm bulunmadığı sürece imzalandıkları tarih itibarıyla yürürlüğe girer.” (madde 8/1)
- “Türkiye Cumhuriyeti adına herhangi bir dış finansman kaynağından hibe alma ile ilgili anlaşmalar anlaşmada aksine hüküm bulunmamak kaydıyla, imza tarihinden itibaren yürürlüğe girer.” (madde 9/1)
- Hibe vermeye ilişkin anlaşmalar Bakanlar Kurulu kararı ile anlaşmada aksine bir hüküm bulunmamak kaydıyla imza tarihi itibarıyla yürürlüğe girer.
- “Borç vermeye ilişkin anlaşmalar Bakanlar Kurulu kararı ile anlaşmada aksine bir hüküm bulunmamak kaydıyla imza tarihi itibarıyla yürürlüğe girer.” (madde 10/1)
- “Hazinenin Devlet dış borcu kapsamında ortaya çıkan yükümlülüklerinin uluslararası sermaye piyasalarında mevcut muhtelif finansal araçlar vasıtasıyla yönetimi amacıyla, takas dahil her türlü türev ürüne ilişkin anlaşmalar, anlaşmada aksine hüküm yoksa imzalandıkları tarih itibarıyla yürürlüğe girer.” (madde 12)

⁴¹ Yasanın özgün ismi “*Kanunların ve Nizamnamelerin Sureti Neşir ve İlanı ve Meriyet Tarihi Hakkında Kanun*” dur.

⁴² Aynı hüküm, 4833 Sayılı 2003 Malî Yılı Bütçe Kanununda da yer almaktaydı. 4833

4749 sayılı Yasanın adından da anlaşıldığı üzere, Yasada ismi geçen antlaşmalar genel anlamda kamu finansmanı ve borç yönetimine ilişkindir. Yani, bahsedilen antlaşmalar temelde ekonomik nitelikli antlaşmalardandır. Oysa, Meclis bu hükümle 4749 sayılı yasa kapsamına giren antlaşmaların bir yasa hükmü ile Resmi Gazete’de yayımlanmasına engel olacak bir düzenleme getirmiştir. Böylece, Yasa kapsamında yer alan antlaşmaları imzalamakla görevli olan (*full powers* yetkisine sahip) kişi ve kurumlar anlaşmaya imzayı attıkları andan itibaren, antlaşma uluslararası hukukta etkisini göstermeye başlamaktadır. Bakanlar Kurulu kararnamesinde belirtilen yürürlüğe giriş tarihinde ise “kanun kuvvetini” kazanmaktadır.

Anayasanın 90/3. maddesi “özel kişilerin haklarını ilgilendiren antlaşmalar yayımlanmadan yürürlüğe konamaz” demektedir. Bu nedenle, ilk bakışta idari ve teknik bir anlaşma olarak görülen bir uluslararası belge, dikkatli incelendiğinde içerisinde yayımlanmayı gerektiren hükümler içerebilir. Bundan dolayı, 4749 sayılı Yasanın yaptığı geniş ve amacı aşan “toptancı” ifade tarzı yasa yapma tekniğine aykırı bir nitelik arz etmektedir.

Aslında, iptali istenen hüküm, 4749 sayılı Yasa kapsamında yapılan antlaşmalar için 1132 sayılı Yasanın uygulanmayacağını söylerken, sadece mevcut durumun bir tekrarını yapmaktadır. 4749 sayılı Yasanın 17(C) maddesi, 4969 sayılı Yasa ile getirilmemiş olsaydı da değişen bir şey olmayacaktı. Çünkü, Bakanlar Kurulunu yayınlama konusunda bağlayacak olan doğrudan Anayasanın 90/3. maddesidir.

Anayasanın 90. maddesinin (aslında 1961 Anayasasının 65. maddesinin) gerekçesinde, “iktisadi, ticari, teknik” antlaşmalara şunlar örnek olarak gösterilmektedir:

“... Hibe mahiyetinde yardım alınmasına dair antlaşmalar, teknik yardıma dair bazı antlaşmalar, dış tediyeleşmelerin şekil, şart ve sürelerini düzenleyen antlaşmalar, mal satış ve mübadelesine dair antlaşmalar, kara ve deniz yolları ile ilgili bazı teknik antlaşmalardır...”⁴³

Bu tür antlaşmalar uluslararası bir anlaşmanın uygulanması niteliğinde ise veya “bir kanunun evvelden verdiği yetkiye dayanılarak bir kanunun tatbi-

sayılı Yasanın “Hazine garanti limiti, dış proje kredileri ve borçlanmaya ilişkin hükümler” başlığını taşıyan 26. maddesinin (1) bendine göre; “28.3.2002 tarihli ve 4749 sayılı Kanun gereği imzalanan antlaşmalar 23.5.1928 tarihli ve 1322 sayılı Kanun hükümlerinden muaf olup Resmi Gazete’de yayımlanmaz”. Bütçe Kanununun bazı hükümlerinin iptali amacıyla daha önce Anayasa Mahkemesine başvurulmasına rağmen, bu hükmün daha önce iptali istenilmemişti. Anayasa Mahkemesi, E.2003/41, K.2004/4 (K.T. 22.1.2004), (Resmi Gazete: 8 Aralık 2004).

⁴³ 1961 Anayasasının Gerekçesi, Anayasalarımız, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 2000, 187.

ki için idari veya teknik uygulama anlaşmaları” niteliğinde ise, o takdirde bunların yayınlanıp/yayınlanmaması gerektiğine Hazine Müsteşarlığı her durumun kendine özgü özelliklerine bakarak karar verecektir. Şayet, Hazine “gizli” kalması gereken bir antlaşma olduğuna inanıyorsa, yine Resmi Gazete’de yayımlanma Hazine ve Bakanlar Kurulu’nun takdirinde bir konu olacaktır. 1961 Anayasası’nın 65. maddesinin gerekçesinden bu tür gizli kalması gereken antlaşmaların sadece savunma (askeri) nitelikteki antlaşmalara hasredildiği görülmektedir. Endüstriyel antlaşmaların gizli niteliğinden dolayı “teknik” antlaşma olarak kabul edildiği görülmektedir. Ancak, Bakanlar Kurulu’nun bu kavramı yıllardır çok geniş yorumladığı görülmektedir.⁴⁴

4749 sayılı Yasaya baktığımızda, Yasada yer alan birçok anlaşmanın yayımlanmamasının haklı gerekçeleri olabileceği ileri sürülebilir. Örneğin, Hükümet, kamu maliyesini ilgilendiren, devletin borcunu ortaya koyacak antlaşmaları gizli tutmak isteyebilir. Devlet borcu ile ilgili bilgilerin uluslararası finans çevrelerinde bilinmesi ülkenin kredi notundan, daha sonra alacağı başka kredilere kadar bir çok şeyi etkileyebilir. IMF’ye verilen bir taahhüdün bilenecek olması, bazı finans çevrelerinin getirilecek düzenlemeye karşı önceden pozisyon almalarına neden olabilir. Ayrıca Türkiye Cumhuriyeti’nin hangi devlete ne kadar hibe yardımı yaptığını da açıklamak zorunda olması bazı sakıncalara neden olabilir. Örneğin, Türkiye’nin Makedonya’ya yapacağı hibenin, Yunanistan başta olmak üzere diğer devletlerce bilinmesi diplomatik açıdan hoş karşılanmayabilir. Ayrıca, bu durum yardım alan devlet için de rahatsızlık verici olabilir.

Ancak, bazı antlaşmaların yayımlanmaması konusunda haklı gerekçeler olsa bile, yukarıda sayılan antlaşmaların özel bir madde ile bir koruma zırhı içerisine alınması, hem yasa yapma tekniği açısından, hem de ileride ortaya çıkabilecek kötü uygulamalar dolayısıyla yanlış olup, iptali istenen fıkrayı, Anayasa’nın 90/3. maddesinin ruhuna ve Anayasanın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin öğelerinden birisi olan belirginlik kriterine aykırı kılmaktadır.

Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesi’nin 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetimi Kanunu’na ilişkin kararı, *de lege lata* (olan hukuk) açısından sorunu çözmüş ve anayasal sınırları göstermiş olmakla birlikte, *de lege ferenda* (olması gereken hukuk) açısından Yasakoyucuya yapılması gereken başka görevler olduğunu göstermektedir. İleride yapılacak daha kapsamlı bir Anayasa değişikliğinde 90. maddenin sorun oluşturan hükümlerinin kırk

⁴⁴ Prof. Dr. Sevin Toluner ile yapılan telefon görüşmesinde, sayın Toluner, Bakanlar Kurulu’nun yıllardır kredi anlaşmalarını yayınlamadığını ifade etmişlerdir. Görüşme tarihi: 17 Kasım 2003.

yıllık deneyimlerin ışığı altında masaya yatırılıp yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.

II. Uluslararası Antlaşmaların İç Hukuktaki Hukuksal Statüsü (m. 90/5, c.1 ve c.3.)

Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrasının 1. ve 3. tümcelerine göre; "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir... Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır."

Yukarıda anılan 1. tümce 1961 Anayasasında da yer almakla birlikte, 3. tümce 7.5.2004 tarihinde kabul edilen 5170 sayılı Yasa ile Anayasa'nın 90. maddesine ilave edilmiş, 22.5.2004 günü Resmi Gazete'de yayımlanarak Türk pozitif hukukunun bir parçası olmuştur.

"Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir" ibaresinin anlam ve normatif değeri konusunda 1961-2004 yılları arasında farklı görüşler ortaya atılmıştır.⁴⁵ Geride kalan 44 yıl boyunca akademisyen ve uygulamacılar arasında üç farklı görüş hakim olmuştur. Bunlardan ilki, 90. maddenin sözel yorumundan hareketle, uluslararası antlaşmaların kanunla eşdeğerde olduğu görüşüdür.⁴⁶ İkincisi, anılan hükmün monist sisteme işaret ettiği, hiyerarşi konusunda herhangi bir hüküm içer-

⁴⁵ Bknz. MEMİŞ, Emin, "Kanun Hükmünde" Andlaşma ve Uygulanması: Avrupa Ortak Normuna Uyum Analizleri", Alfa Yayınları, İstanbul, 2004, 24 vd.; ŞAHBAZ, İbrahim, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Eylül/Ekim 54, 2004, 178-216, 188 vd.

⁴⁶ TOLUNER, a.g.e., dn. 9: PAZARCI, Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri, I. Kitap, Turhan Kitapevi, Ankara, 2001, 32.; GÜNDÜZ, Aslan, "Eroding Concept of National Sovereignty: The Turkish Example", Avrupa Topluluğu Araştırma Dergisi, Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü, 1/1-2, (1991), 99-154, 152; ÖZBUDUN, Ergün Türk Anayasa Hukuku, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000, 381.; ARSAVA, Fusun, Avrupa Topluluğu Hukuku ve Bu Hukukun Ulusal Alanda Uygulanmasından Doğan Sorunlar, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1985, 443.; GÜRAN, Sait, "Egemenlik Ulus'undur Üstünlük Anayasa'dadır", Anayasa Yargısı, 17, 2000, 34-42.; MERAY, S.L., Devletler Hukukuna Giriş,, (1. cilt, 3. baskı), Fakülteler Matbaası, Ankara, 1968, 131-132.; BALTA, Bekir, T., "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye", Türkiye'de İnsan Hakları Semineri, AÜHF Yayınları, Ankara, 1980, 278.; ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz, Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, 164; AYBAY, Rona, "Türk Hukukuna Göre Uluslararası Antlaşmalarla Kanunlar Arasındaki Altlık-Üstlük İlişkisi", II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi: İdari Yargının Dünyada Bugünkü Yeri, Ankara, 10-14 Mayıs 1993, 283-286; GÖZLER, Kemal, "İnsan Hakları Normlarının Anayasaüstünlüğü Sorunu", Türkiye'de İnsan Hakları, TODAİE, Ankara, 2000, 46 et seq., 39.

mediğini savunarak oluşan boşluğu uluslararası antlaşmalara üstünlük tanıyarak dolduran görüşür.⁴⁷ Sonuncusu, sadece insan haklarına ilişkin olan antlaşmaların yasalardan üstün olması gerektiğini savunan görüşür.⁴⁸

5170 sayılı Yasayla temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmaların Türk hukukundaki normatif değeri konusunda süregelen belirsizliklere bir açıklık getirilmesine rağmen, bu değişiklik bazı yeni sorunları da beraberinde getirmiştir.

İlk olarak ele alınması gereken sorun, uluslararası antlaşmaların tamamı yerine sadece temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalara üstünlük tanınmasının ulaşılmak istenen hedef olup olmadığıdır. İkinci sorun, antlaşmaların uygun bulunmasının şekli hakkındadır. Üçüncüsü, temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmaların nelerden ibaret olduğunun nasıl belirleneceğine ilişkindir. Dördüncüsü, çatışma halinde üstün alınması gereken normun mutlaka uluslararası antlaşma olup olmadığı hakkındadır. Dördüncüsü, uluslararası antlaşmalar ile yasalar arasındaki çatışmaların nasıl belirleneceğine yöneliktir. Beşincisi, uluslararası antlaşma ile çatışma halinde olan normun hukuksal niteliğini ilgilendirmektedir. Aşağıda bu noktalara ilişkin bazı açıklamalar yapılmaya çalışılacaktır.

2.1. Uluslararası Antlaşmaların “Tamamı” Yerine “İnsan Haklarına” İlişkin Antlaşmalara Üstünlük Tanınması

Avrupa Birliği'ne giriş süreci içerisinde Anayasa'nın 90. maddesi ile ilgili temel sorun, anılan maddenin AT hukukunun üstünlüğünü kabul edecek bir hüküm içermemesiydi. 5170 sayılı Yasanın gerekçesinde, değişikliklerin te-

⁴⁷ İNAN, Yüksel, içinde “İnsan Hakları ve Demokrasi” Çankaya Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2003: 85-104, 97.: ÇAĞLAR, Bakır, “Anayasa Yargı'sının Güncelliği Yargıçlar Zamanı”, Anayasa Yargısı, 15, 1998, 51-69, 61.: HAFIZOĞULLARI, Zeki, “Türk Hukuk Düzeninde “Hukukun Üstünlüğü Prensibi Sorunu” Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, 60/1, 2001, 15-31, 22.: ATAY, Ethem, “Uluslararası Antlaşmaların İç Hukuktaki Yeri ve İdareyi Bağlayıcılığı” Hukuk Kurultayı, 12-16 Ocak 2000, 391-425, 419.: Prof. Dr. Mesut Gülmez ve Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu 5 Kasım 2004 tarihinde sundukları bildirilerde bu hususu vurgulamışlardır. (İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması” konulu Panel, Adalet Sarayı Toplantı Salonu, Ankara, 5 Kasım 2004).

⁴⁸ Örn. TURHAN, Mehmet, “Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve Özgürlüklere Etkisi ve Anayasa Mahkemesi”, Anayasa Yargısı, 20, 2003, 229-230.: GÖZÜBÜYÜK, Şeref, “The European Convention on Human Rights in the Legal Order of Turkey”, in *The Domestic Application of International Human Rights Norms, Judicial Colloquium*, 3-14 September 1990, Ankara University Human Rights Center, Ankara, 1992, 19-31, 29: KABOĞLU, İbrahim, *Anayasa Yargısı*, İmge Kitapevi, Ankara, 1994, 79.

mel amacının AB normlarına uyum sağlanması olarak gösterilmiştir.⁴⁹ Avrupa Birliği'ne girişte AT hukukunun doğrudan etkisi ve üstünlüğünün benimsenmesi tam üyeliğin zorunlu bir sonucu olduğundan, yapılan değişikliğin AT hukukunun üstünlüğünün tanınmasına yönelik bir düzenleme olması beklenirdi. Nitekim, 1982 Anayasasının bazı hükümlerini 2001 yılında değiştiren 4709 sayılı Yasanın hazırlık sürecinde 288 milletvekili tarafından verilen ve Anayasa Komisyonu tarafından aynen kabul edilen kanun teklifinin 32. maddesine göre, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 90. maddesinin sonuna şu tuncenin eklenmesi öngörölmüştü: "*Kanunlar ile milletlerarası andlaşmaların çatışması halinde milletlerarası andlaşmalar esas alınır.*"⁵⁰ Değişiklik gerekçesi olarak aynen şu ifadeler kullanılmıştır: "*Kanunlar ile Milletlerarası andlaşmaların çatışması halinde Milletlerarası andlaşmaların esas alınması öngörülmektedir. Bu hüküm Avrupa Birliğine uyum çerçevesinde hukuksal alt yapının sağlanması için gerekli görölmüştür.*"⁵¹

3 Ekim 2001 tarihinde Meclis Genel Kurulunda, Anayasa'nın 90. maddesine yapılacak ilave ile ilgili olarak üç değişiklik önergesi verilmiş olsa da, bunlardan hiçbirisi uluslararası antlaşmaların kapsam itibariyle sınırlandırılmasını içermemekteydi.⁵² Uluslararası antlaşmaların tamamına üstünlük

⁴⁹ Adalet ve Kalkınma Partisi Grup Başkanvekilleri ile 193 Milletvekilinin; Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun Teklifi ve Anayasa Komisyonu Raporu (2/278) T.B.M.M. (S.Sayısı: 430) <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss430m.htm>

⁵⁰ Demokratik Sol Parti Genel Başkanı İstanbul Milletvekili Bülent Ecevit, Milliyetçi Hareket Partisi Genel Başkanı Osmaniye Milletvekili Devlet Bahçeli, Anavatan Partisi Genel Başkanı Rize Milletvekili Mesut Yılmaz ile 288 Milletvekilinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun Teklifi, (Dönem: 21, Yasama Yılı: 3, T.B.M.M. (S. Sayısı : 737). <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil03/ss737m.htm>

⁵¹ Genel Kurul Görüşmeleri sırasında Yasin Hatipoğlu'nun ifadelerinde bu gerekçeye vurgu yapılmaktadır: "Değerli milletvekilleri, bakınız, şu 90 ıncı madde, uluslararası anlaşmalar... Avrupa Birliğine gireceğiz diyoruz; peki, biz, Avrupa'yı nasıl ikna edeceğiz; yani, gönüllü katıldığımızı nasıl söyleyeceğiz?! Yani, şunu mu diyeceğiz: Biz, sizinle anlaşma yaparız, bir antlaşma yaparız sizinle; ama, benim iç hukukumla çatışırsa, benim hukukum geçerlidir, seni kale almam..." Genel Kurul Tutanağı, 21. Dönem 4. Yasama Yılı, 3. Birleşim 03/Ekim/2001 Çarşamba, s.21. http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_g_sd.birlesim_baslangic?P4=6085&P5=B&PAGE1=1&PAGE2=30

⁵² Verilen değişiklik önergeleri şunlardır: 1- Anayasanın 90 ıncı maddesine eklenmesi öngörülen cümleye "halinde" ibaresinden sonra gelmek üzere "Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından usulüne göre kabul edilip yürürlüğe konulan" ibaresinin eklenmesi, 2- "Kanunlar ile TBMM'nin onaylamayı bir kanunla uygun bulduğu milletlerarası anlaşmaların çatışması halinde milletlerarası anlaşmalara öncelik tanınır", 3. "Normlar hiyerarşisinde; Anayasadan sonra milletlerarası kuruluşlarla yapılacak antlaşmaların TBMM'nin onaylamayı bir kanunla uygun bulduğu kanunlar gelir".

tanınmasının verdiği rahatsızlık ve oluşan olumsuz kamuoyu, bu değişikliği Meclis gündemine taşıyan milletvekillerinin geri adım atmasına neden olmuştu. Sonuç olarak, uluslararası antlaşmaların kanunlarla çatışması halinde “bütün” uluslararası antlaşmaların kanunlardan üstün tutulacağına ilişkin değişiklik yeterli oyu alamayarak, Anayasa değişikliği paketinin dışarıya çıkarılmış oldu.⁵³

Mayıs 2004 öncesi, madde ile ilgili değişikliklerin ilk gündeme geldiği 2001 yılında olduğu gibi, bütün uluslararası antlaşmaların üstünlüğünün sağlanması düşünülüyordu.⁵⁴ Daha sonra gelen yoğun eleştiriler nedeniyle,⁵⁵ ulus-

Ayrıntılı bilgi için bkz. Genel Kurul Tutanağı, 21. Dönem 4. Yasama Yılı, 3. Birleşim 03/Ekim/2001 Çarşamba, s.18. http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_g_sd_birlesim_baslangic?P4=6085&P5=B&PAGE1=1&PAGE2=30.

- ⁵³ Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun Teklifinin 32., yeni 30. maddesinin yapılan gizli oylanması sonucunda, 455 üyeden 244’ü kabul, 201’i ret, dördü çekimser oy kullanmış, beş oy geçersiz sayılmış ve bir oy da boş çıkmıştır. Böylece, Anayasa’da yapılması öngörülen 36 değişiklikten biri olması engellenmiştir. Genel Kurul Tutanağı, 21. Dönem 4. Yasama Yılı, 3. Birleşim 03/Ekim/2001 Çarşamba, ibid., 22.
- ⁵⁴ Anayasa değişikliği paketinde yer alan Anayasa’nın 90. maddesinde değişiklik öngören ilk düzenleme şu şekildeydi: “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar ile kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkacak uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.” a.g.k., dn. 50.
- ⁵⁵ Örneğin, Coşkun Kırca’ya göre; “Milletlerarası andlaşmaya Anayasadan üstün bağlayıcılık tanınmaya kalkışılması, bir hukuksal cinnetten ibarettir. Böyle bir duruma, ancak federasyonlarda federal Anayasasının federe devletler anayasalarından üstün olması şıkında rastlanır. Çünkü bu şıkta egemenlik sırf federal devlete ait olup federe devletler egemenliğe sahip değildirler. Onların yetkilerinin içeriği ve sınırları egemen federal devletçe belirlenir. Oysa Türkiye, bir federasyon içerisinde bir federe devlet değildir. Türkiye, eninde sonunda Avrupa Birliği’ne tam üye olsa bile, Avrupa Birliği bir federasyon değildir. İlerde olması ihtimali de gitgide belirsizleşmektedir.” KIRCA Coşkun, “Milletlerarası Andlaşma ve Anayasa – II”, Akşam Gazetesi, 19 Mart 2004.: Bir başka eleştiri ise, ulusal egemenlik eksensidir. Buna göre; “Hükümet; “Anayasa ile çatışması halinde uluslararası antlaşmalar esas alınır” ibaresini Anayasa’ya ekleyecek. Bu değişiklik, Ulusal Kurtuluş Savaşı vererek ulusal egemenliğin en yüce kurumu olan TBMM’nin duvarına da yazdığımız en önemli Anayasa hükmünün, yani “Egemenlik kayıtsız şartsız milletindir” hükmünün ortadan kaldırılması demektir.” GÜLTEKİN, Mehmet Bedri, “Ulusal Egemenlik” Tabela Değildir!”, <http://www.ip.org.tr/basin/2004/080404.htm>: Bir başka eleştiri de Yüzbaşıoğlu’ndan gelmiştir. Uluslararası antlaşmaların tek tip olmadıklarına işaret eden, insan haklarına ilişkin antlaşmaların yanında ticari antlaşmaların da bulunduğunu vurgulayan, insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmaların zaten yasaların üstünde olduğunu belirten Yüzbaşıoğlu, genel düzenlemeyi şu şekilde eleştirmiştir: “Peki ticari nitelikli antlaşmalar da öyle mi olacak? Ticari antlaşmaların yasaların üzerinde olması ne ölçüde doğrudur? Bu değişiklikle ticari antlaşmalar ile insan haklarına ilişkin antlaşmalar eş tutulmuş oluyor. Eğer uluslararası antlaşmalar yasanın üzerindedir dersene, bütün uluslararası antlaşmaları eşdeğer tutarsınız. Düzenleme yapılırken bu

lararası antlaşmaların tamamının kanunlardan üstün tutulacağı şeklinde oluşan ilk düzenlemeden vazgeçilerek, sadece temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların üstünlüğü ilkesi benimsendi. Yapılan bu değişiklik, AT hukukunun üstünlüğünü kabul etmekten çok, özellikle adaylık sürecinde Türkiye'nin yumuşak karnı olan insan hakları konusunda, Türk hükümetinin elindeki kartları kuvvetlendirmeye yönelik biçimsel bir anlam taşımaktan öteye gitmemiştir.⁵⁶ Kaboğlu'nun ifade ettiği gibi; “[i]nsan hakları alanında 90. maddenin yorum ve uygulamasının, Anayasa'nın öteki maddeleri ışığında daha türdeş ve uluslararası sözleşmeler lehine ortaya çıkması beklenirdi. Fakat Anayasa'nın 20 yılı aşkın uygulama döneminde bu gerçekleşmedi.”⁵⁷ Bu bağlamda, yapılmak istenen değişiklikle, ortaya çıkan son metin arasında önemli bir farklılık olduğu gözlenmektedir.

Anayasa değişikliklerinin temel ereği AB üyeliğine doğru giden süreçte ulusal mevzuatın AT hukukuna ve Kopenhag kriterlerine uygun düzenlenmesi olduğuna göre, uluslararası antlaşmalardan sadece temel hak ve özgürlüklere ilişkin olanlara üstünlük tanınmasının çok fazla bir anlam taşımadığını ifade etmek gerekir. Bunun en büyük nedeni, Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan “insan haklarına saygılı” hukuk devleti ilkesi ile Anayasa'nın 15. maddesi gereğince savaş, seferberlik, sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde temel hakların kullanılması ve durdurulmasına ilişkin olarak uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerin ihlâl edilemeyecek olması, olağan dönemlerde uluslararası insan hakları antlaşmalarının dolaylı yoldan üstün tutulmasına olanak tanınmasıydı.⁵⁸ Getirilen değişiklik sadece insan haklarına ilişkin antlaşma hükümlerine öncelik vermede çekingen davranan yargı mensuplarının doğrudan bu antlaşma hükümlerini uygulamasına olanak tanıyacak niteliktedir.

farklılığın belirtilmesi lazım.” Alınan kaynak: “*Hukukçular farklı bakıyor*”, http://www.barobirlik.org.tr/calisma/basinda_yargi/2004/04/22.htm: Gürkan'a göre: “Ancak, unutmamak gerekir ki, her uluslararası anlaşma TBMM'ne gelmiyor. Örneğin, ticari anlaşmalar hiç gelmiyor. Bu anlaşmalara, Anayasa değiştirilerek yasaların üzerinde bir yasama gücü verilmesi yanlıştır. Bunun anlamı, TBMM'nin yasama yetkisini bürokrasiye ve yürütmeye devridir. Bu da, parlamenter demokrasinin en temel ilkesine, ‘yasama, yürütme ve yargı’ arasındaki ‘kuvvetler ayrılığı’ ilkesine aykırıdır.” GÜRKAN, Uluç Güven, “AB'ye uyum ve CHP...”, <http://www.stargazete.com/index.asp?haberID=47768>, 01.05.2004.

⁵⁶ Karş: GÖNENÇ, Levent, “1982 Anayasası'nda Sessiz Devrim: 90. Madde Değişikliği ve Getirdiği Sorunlar”, <http://www.yasayananayasa.ankara.edu.tr/makanayor/docs/analiz/90.madde.htm> (8 Ağustos 2004): Bknz. ÖZOK, a.g.m., dn.106, 2.

⁵⁷ KABOĞLU, Ö. İbrahim, “*Hukuka Yeni Düzenleme*”, http://www.radikal.com.tr/veriler/2004/07/26/haber_123268.php, (26.07.2004).

⁵⁸ Bknz. TURHAN, Mehmet, “*Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve Özgürlüklere Etkisi ve Anayasa Mahkemesi*”, Anayasa Yargısı, 20, 229-30.. Turhan'a göre, “15. madde kapsamına giren uluslararası antlaşmalar açıkça yasa üstü bir hukuksal statüye sahiptirler. Bu sözleşmeler anayasal kurallar niteliğindedir”. *id.*

İnsan hakları dışında kalan antlaşmaların yasa gücünde kabul edilmesi, bugün başta Ankara Anlaşması ve Katma Protokol olmak üzere Ortaklık Konseyi kararlarının yasalarla aynı seviyede kabul edilmesini gerektirmektedir.⁵⁹ Oysa, 2004 yılının Mayıs ayında Avrupa Birliği üyesi olan Polonya,⁶⁰ Çek Cumhuriyeti,⁶¹ Slovenya,⁶² Estonya,⁶³ Lituanya,⁶⁴ Letonya,⁶⁵ ve Güney Kıbrıs Rum Kesimi⁶⁶ ile halen adaylık statüsü içerisinde olan

- ⁵⁹ Ortaklık Konseyi kararları, nitelikleri itibariyle, Türk kanunlarında değişiklik yapılmasını gerektiren bir uluslararası antlaşma niteliğindedirler. Bknz. BAŞLAR, Kemal, "Gümrük Birliği "Anlaşması"nın (1/95 Sayılı Ortaklık Konseyi Kararının) Hukuksal Niteliği", Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, 4/1, 2004, 151-198.
- ⁶⁰ Polonya Anayasası, madde 91(2): "Bir kanunun önceden verdiği yetkiye dayanılarak onaylanan bir uluslararası antlaşma, bu tür kanun hükümleri ile uyumlaştırılmazsa kanunlardan üstün olur." Polonya Anayasasını 2 Nisan 1997 tarihinde değiştirmiştir. 7 Nisan 1990 tarihli Anayasada insan hakları sözleşmelerinin Polonya hukukundaki yeri ve karşılaştırmalı çalışma için bknz. KEDZIA, Zdzislaw, "The Place of Human Rights Treaties in the Polish Legal Order", European Journal of International Law, 2/2, 1991, 133-141 <http://www.ejil.org/journal/Vol2/No2/art7.pdf>
- ⁶¹ Çek Cumhuriyeti Anayasası, madde 10: "Parlamentonun onaylanmasına izin verdiği ve Çek Cumhuriyeti açısından bağlayıcı olan yürürlüğe konulmuş olan antlaşmalar, hukuk düzeninin bir parçasını oluşturur. Bir antlaşma, kanunun öngördüğünden daha farklı hükümler içeriyorsa, antlaşma uygulanır."
- ⁶² Slovenya Anayasası, madde 8: "Kanunlar ve diğer hukuksal düzenlemeler genel olarak kabul edilmiş uluslararası hukuk ilkeleri ve bazen Slovenyayı bağlayan uluslararası anlaşmalarla uyumlu olacaktır. Slovenya'nın bağlı olduğu resmi olarak ilan edilen uluslararası anlaşmalar hemen etki gösterirler."
- ⁶³ Estonya Anayasası, madde 123/2: Estonya kanunları ve diğer işlemler, eğer Temsilciler Meclisi (the Riigikogu) tarafından onaylanan antlaşmalarla çatışırsa, antlaşma hükümleri uygulanır."
- ⁶⁴ Lituanya Anayasasınının 135. maddesinde şu ifade dikkati çekmektedir: "Dış politika'nın yürütülmesinde, Lituanya Cumhuriyeti, uluslararası hukukun evrensel olarak tanınmış ilkeleri ve kurallarını takip eder, vatandaşlarının temel hakları, özgürlükleri ve refahı ile milli güvenliğini ve bağımsızlığını korumak için çaba gösterir, ve hukuk ve adalete dayanan sağlam bir uluslararası düzenin yaratılmasına katılır." Bununla birlikte, Lituanya Anayasa Mahkemesi 24 Ocak 1995 tarihinde verdiği bir danışma görüşünde Uluslararası Antlaşmalar Kanunu'nun 12. maddesine atıfta bulunarak uluslararası antlaşmaların kanun hükmünde olduğuna işaret etmiştir. Bunun üzerine 22 Haziran 1999 tarihinde Parlamento anılan yasanın 11(2). Maddesini değiştirerek uluslararası antlaşmaların yasaların üstünde olduğunu açık bir yasal düzenleme haline getirmiştir. HOFFMEISTER, a.g.m., dn. 69, 212.
- ⁶⁵ Letonya Cumhuriyeti Uluslararası Antlaşmalar Kanunu, madde 13: "Temsilciler Meclisi (the Seima) tarafından onaylanan bir uluslararası antlaşma, Letonya Cumhuriyeti'nin hukuki düzenlemelerinden farklı hükümler öngörüyorsa, uluslararası anlaşmanın hükümleri uygulanır."
- ⁶⁶ Kıbrıs Rum Kesimi Anayasası, madde 169/3: "İşbu Maddenin takip eden hükümlerine uygun olarak kabul edilen antlaşmalar, sözleşmeler ve anlaşmalar, Cumhuriyet'in Resmi Gazetesi'nde yayınlandıkları tarihten itibaren, anılan antlaşmalar, sözleşme-

Bulgaristan⁶⁷ ve Sırbistan/Karadağ'da⁶⁸ Ortaklık/Avrupa Anlaşmalarının üstünlüğü tam üyelikten önce tesis edilmişti.⁶⁹

Avrupa'da uluslararası antlaşmaların üstünlüğünü Avrupa Birliği'nin bağlayıcı kuralları ve insan hakları antlaşmaları ile sınırlayan iki ülke olduğu görülmektedir⁷⁰. İlk olarak, halihazırda aday ülke statüsünde bulunan Romanya'da, Avrupa Birliği hukukunun üstünlüğüne ilave olarak (madde 148/2), insan hakları antlaşmalarına üstünlük tanınarak 1982 Anayasası'nın 90. maddesine benzer bir düzenleme yapılmıştır.⁷¹ 1 Temmuz 2001 ta-

ler ve antlaşmaların diğer tarafı tarafından da uygulanmaları koşuluyla herhangi bir ulusal yasadan üstün güce sahiptir." Metinden görüldüğü üzere, uluslararası antlaşmaların üstünlüğü karşılıklılık koşuluna bağlanmıştır.

- 67 Bulgaristan Anayasası, madde 5/4: "Bulgaristan Cumhuriyeti açısından, anayasal olarak öngörülen prosedüre göre onaylanan, ilan edilen ve yürürlüğe giren bütün uluslararası düzenlemeler, ülkenin milli hukukunun parçası olarak kabul edilir. Bu belgeler, aksini öngören herhangi bir iç düzenlemenin yerini alır."
- 68 Sırbistan ve Karadağ Anayasası, madde 16: "Onaylanan uluslararası antlaşmalar ve genel olarak kabul edilen uluslararası hukuk kuralları, Sırbistan-Karadağ'ın hukuku ve üye devletlerin hukukundan üstündür." Sırbistan ve Karadağ Anayasasının 10. maddesinde insan hakları, azınlık hakları ve kişisel haklarla ilgili antlaşmaların doğrudan uygulanabilirliği ile ilgili özel bir hüküm 10. maddede yer almaktadır.
- 69 Bknz. HOFFMEISTER, Frank, "International Agreements in the Legal Orders of the Candidate Countries", in OTT, Andrea & INGLIS, Kirstyn, (eds.), *Handbook on European Enlargement: A Commentary on the Enlargement Process*, TMC Asser Press, The Hague, 2002, 209-220, 212.
- 70 Rus Anayasasının 17/1. maddesi insan haklarına ilişkin antlaşmalara atıf yapan özel bir hüküm içermesine rağmen, bütün uluslararası antlaşmaların üstünlüğü kabul edildiğinden bu kategori içerisine sokulmamıştır: Rusya Anayasası, madde 17/1: "Rusya Federasyonunda, birey ve vatandaşın hak ve özgürlükleri, uluslararası hukukun genel olarak kabul edilen ilkeleri ve kurallarına ve işbu Anayasaya göre tanınır ve garanti altına alınır."
- 71 Romanya Anayasası, madde 20/2: "Romanya'nın taraf olduğu temel insan haklarına dair antlaşma ve sözleşmeler ile ulusal kanunlar arasında herhangi bir uyumsuzluğun olması durumunda, Anayasa veya ulusal kanunlar daha tercih edilebilir bir hüküm getirmediği sürece, uluslararası düzenlemeler üstün tutulur." 1999 yılında Romanya Anayasa Mahkemesine başvuran 27 Senatör, Avrupa Bölgesel ve Azınlık Dilleri Şartı'nda (The European Charter for Regional or Minority Languages) azınlıklara tanıyan sınırsız dillerini kullanma özgürlüğünün Anayasanın 6/1. maddesinde tanınan hak çerçevesini aştığını ve "ulusal ve üniter devlet" ilkesini ihmal ettiği için Parlamento tarafından uygun bulunmasının gerektiğini, Bakanlar Kurulunun onayladığı Şartın Anayasaya aykırı olduğunun tespitini istemişlerdir. Başvuran Senatörler Fransız Devlet Başkanının Anayasa Konseyine başvurarak anılan Şartın Anayasa'ya aykırı olduğuna karar vermesini istediğini, ardından Anayasa Konseyi'nin Şartın Anayasa'ya aykırı hükümler içerdiğine karar verdiğine değinmişlerdir (karar no: 99-412DC, 15 Haziran 1999). ROM-2000-1-003, 113/1999, 20/07/1999. Romanya Anayasa Mahkemesi 1999 yılında verdiği kararında, çalışma hakkına ilişkin bir sorunda, İş Kanununun 136. maddesini Avrupa Sosyal Şartının 7. maddesine atıfta bulunarak iptal etmiştir. ROM-2000-1-006, 160/1999, 19/10/1999 (CODICES veritabanından alınmıştır).

rihinde 90 sayılı Yasa ile değiştirilen Slovak Anayasası'nın 7/2. maddesi Topluluk müktesebatının üstünlüğünü, 7/5. maddesi ise, insan hakları ve temel özgürlüklere ilişkin antlaşmalar, uygulanması için yasa yapılmasına gerek olmayan antlaşmalar ve gerçek ve tüzel kişilerin hak ve yükümlülüklerini doğrudan belirleyen ve bir yasayla onaylanmış ve yayınlanmış uluslararası antlaşmaları yasalardan üstün kabul etmektedir.⁷²

Dualist sistemi benimseyen ve 2004 yılının Mayıs ayında AB üyesi olan Macaristan ve Malta'da iç hukuk ve uluslararası hukuk birbirinden farklı iki sistem olarak kabul edildiğinden ve uluslararası antlaşmalar doğrudan iç hukukun bir parçasını oluşturmadıklarından, monist sistemlerde görülen üstlük-astlık ilişkisi bu ülkeler için söz konusu değildir.⁷³

Yukarıda adları geçen ve Avrupa Birliği'ne 2004 yılında tam üye olan devletlerin, tam üyelik öncesi uluslararası antlaşmaların üstünlüğünü benimzedikleri görülmektedir. Avrupa Birliği'ne üye olan eski 15 devletin hukuk sistemleri incelendiğinde bunların da özel olarak uluslararası antlaşmaları veya genel olarak uluslararası hukuku kanunlardan üstün tuttıkları görülmektedir. Örneğin, Alman Anayasası'nın 25. maddesinde Alman Federal hukuku ile uluslararası hukukun genel kurallarının konumu karşılaştırılmış ve bunların federal hukukun bütünleşik bir parçası olduğu, yasaların üzerinde önceliğe sahip oldukları ve federal topraklarda yaşayanlara doğrudan hak ve yükümlülükler doğurduğundan söz edilmiştir.⁷⁴ Avusturya Anayasası'nın 9/1. maddesine göre, uluslararası hukukun genel ilkeleri Federal hukukun bütünleşik bir parçası sayılırlar. Fransız Anayasası'nın 55. maddesinde karşılıklılık koşuluyla uluslararası antlaşmaların üstünlüğü kabul

⁷² Slovak Anayasası, madde 7/5: "İnsan hakları ve temel özgürlüklerle ilişkin uluslararası anlaşmalar, uygulanması için bir kanuna ihtiyaç bulunmayan uluslararası anlaşmalar, gerçek ve tüzel kişilerin hak ve yükümlülüklerini doğrudan belirleyen uluslararası anlaşmalar ve mevcut kanunlar uyarınca onanan ve yayınlanan (uluslararası anlaşmalar) kanunlardan üstündür."

⁷³ 27/1982 tarihli Macar Kanun Kararnamesi, madde 13 ve Malta Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması Kanunu, madde 3/3. HOFFMEISTER, a.g.m., dn. 69., 211.: Macar Anayasasında uluslararası antlaşmalarla ve Avrupa Birliği üyeliği ile ilgili herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. XUEREB, Peter "G., "The Maltese Constitutional and Legal Order and Union Membership" 34th Session Asser Colloquium on European Law, Parallel Session IB, Kurhaus Steigenberger Hotel, The Hague, October 13-16, 2004, 1.

⁷⁴ Alman Anayasası, madde 25: "The general rules of international law shall be an integral part of federal law. They shall override laws and directly establish rights and obligations for the inhabitants of the federal territory." Uluslararası hukukun genel kuralları federal hukukun tamamlayıcı bir parçasıdır. Bu kurallar kanunların yerini alır ve federal topraklarda ikamet eden şahıslar için doğrudan haklar ve yükümlülükler doğurur.

edilmiştir.⁷⁵ Yunanistan Anayasası'nın 28/1. maddesi hukukun genel ilkelerinin iç hukukun bir parçası olarak saymakta ve kanunların üstüne yerleştirmektedir.⁷⁶ İtalyan Anayasası'nın 10/1. maddesi,⁷⁷ İrlanda Anayasası'nın 9/3. maddesi,⁷⁸ Portekiz Anayasası'nın 8/1. maddesi⁷⁹ uluslararası hukukun genel ilkelerine üstünlük vermeksizin atıfta bulunmaktadırlar. Hollanda Anayasası'nın 91/3. maddesi vasıflı çoğunlukla kabul edilmiş antlaşma hükümlerinin Anayasa'ya aykırılıklar taşıyabileceğini söylemektedir.⁸⁰ Uluslararası antlaşmaların üstünlüğünün benimsenmesi sadece Avrupa Birliğine üye ülkelere has bir uygulama değildir. Avrupa Birliği'ne yakın dönemde üye olması söz konusu olmayan Avrupalı devletler ile Sovyetler Birliği'nin dağılmasından sonra bağımsızlıklarını kazanan devletlerin anayasalarına bakıldığında, genel olarak bütün uluslararası antlaşmaların üstün tutulduğu görülmektedir. Örneğin, Arnavutluk Anayasası'nın 116. maddesi normatif yasaları teker teker saymış ve uluslararası antlaşmaları yasaların üstünde göstermiş⁸¹, aynı Anayasanın 122/2. maddesi, ulusal yasalarla çelişme halinde uluslararası antlaşmaların üstün sayılacağını söylemiştir.⁸² Buna benzer düzenlemeleri Rusya Anayasası'nın 15/4,⁸³ Ermenistan Anayasası'nın 6/3,⁸⁴ Azerbaycan

⁷⁵ Fransız Anayasası, madde 55: "Usulüne uygun olarak onaylanan veya kabul edilen antlaşmalar veya anlaşmalar, yayımlandıktan sonra, her bir antlaşma veya anlaşma açısından diğer tarafça da uygulanmaları şartıyla, Parlamento Yasalarından üstündür."

⁷⁶ Yunanistan Anayasası, madde 28/1: "Uluslararası sözleşmeler ve uluslararası hukukun genel olarak kabul edilen kuralları, kanunla onaylandıktan ve kendi hükümleri uyarınca yürütülür hale geldikleri zaman itibariyle, Yunan iç hukukunun dahili bir parçası olurlar ve aksine herhangi bir hüküm içeren kanunlardan üstün kabul edilirler. Uluslararası hukukun ve uluslararası sözleşmelerin kuralları, karşılıklılık şartıyla, yabancılara da uygulanır."

⁷⁷ İtalyan Anayasası, madde 10/1: "İtalyan kanunları, uluslararası hukukun genel olarak kabul edilmiş ilkeleri ile uyumludur."

⁷⁸ İrlanda Anayasası, madde 9/3: "İrlanda, uluslararası hukukun genel olarak kabul edilen ilkelerini, diğer devletlerle ilişkilerinde davranış kuralı olarak kabul eder."

⁷⁹ Portekiz Anayasası, madde 8/1: "Uluslararası hukukun ve uluslararası teamül hukukunun kuralları ve ilkeleri, Portekiz hukukunun bütünleşik bir parçasıdır."

⁸⁰ Hollanda Anayasası, madde 91/3: "Bir antlaşmanın Anayasa ile çatışan veya Anayasa ile uyumsuzluklara yol açan hükümleri Meclislerde, kullanılan oyun üçte ikisinin olumlu olması halinde kabul edilebilir."

⁸¹ Arnavutluk Anayasası, madde 116: "Arnavutluk Cumhuriyeti'nin ülkesinin bütününde yürürlükte olan hukuksal işlemler: a. Anayasa; b. Onaylanan uluslararası anlaşmalar; c. Kanunlar; ç. Bakanlar Kurulunun hukuksal işlemleridir."

⁸² Arnavutluk Anayasası, madde 122/2: "Kanunla onaylanan bir uluslararası anlaşma, ülkenin, kendisi ile uyumlu olmayan ulusal kanunlara karşı üstünlüğe sahiptir."

⁸³ Rusya Anayasası, madde 15/4: "Uluslararası hukukun genel olarak kabul edilmiş ilke ve kuralları ve Rusya Federasyonu'nun uluslararası antlaşmaları, hukuk sisteminin tamamlayıcı bir parçasıdır. Rusya Federasyonu'nun bir uluslararası antlaşması, eğer kanunlardakilerden başka hükümler öngörüyorsa, uluslararası antlaşmanın kuralları uygulanır."

⁸⁴ Ermenistan Anayasası, madde 6/3: "Bu antlaşmalarda kabul edilen normlar Cumhuriyet'in diğer kanunlarından farklı ise, antlaşmadaki kurallar üstün gelir."

Anayasası'nın 151,⁸⁵ Gürcistan Anayasası'nın 6/2,⁸⁶ Kazakistan Anayasası'nın 4/3,⁸⁷ Moldavya Anayasası'nın 4/2,⁸⁸ Ukrayna Anayasası'nın 15., Tacikistan Anayasası'nın 10.⁸⁹ maddelerinde⁹⁰ görmek mümkündür.

Özbek Anayasası'nın önsözü⁹¹ ile Türkmenistan Anayasası'nın 6.⁹² ve Beyaz Rusya Anayasası'nın 8. maddelerinde⁹³ evrensel olarak kabul edilmiş uluslararası hukukun genel ilkelerinin üstünlüğü kabul edilmişse de, bunu uluslararası antlaşmaların üstünlüğü şeklinde anlamak mümkün olmayabilir. Ancak, ahde vefa (*pacta sunt servanda*) ilkesinin hukukun genel ilkelerinden birisi olduğu dikkate alındığında, veya aynı ilkeyi ihtiva eden Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 26/1. maddesi bir örf ve adet hukuku

⁸⁵ Azerbaycan Anayasası, madde 151: "Azerbaycan Cumhuriyetinin normatif hukuksal işlemleri ile (Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasası ve referandum yoluyla kabul edilen işlemler hariç) Azerbaycan Cumhuriyetinin taraflarından biri olduğu uluslararası anlaşmalar arasında bir uyumsuzluk çıktığında, uluslararası anlaşmanın hükümleri baskın gelir."

⁸⁶ Gürcistan Anayasası, madde 6/2: "Gürcistanla imzalanan veya Gürcistanın imzaladığı uluslararası antlaşmalar veya anlaşmalar, Gürcistan Anayasasına aykırı değilse, iç hukuk işlemlerinden üstündür."

⁸⁷ Kazakistan Anayasası, madde 4/3: "Cumhuriyet tarafından onaylanan uluslararası antlaşmalar, kanunlara karşı üstünlüğe sahiptir ve bir uluslararası anlaşmanın uygulanması bir kanunun kabulünü gerektirdiği durumlar hariç, doğrudan uygulanır."

⁸⁸ Moldavya Anayasası, madde 4/2: "Moldova Cumhuriyetinin imzaladığı sözleşmeler ve antlaşmalar ile kendi milli kanunları arasında ne zaman anlaşmazlık çıksa, uluslararası düzenlemelere öncelik verilir."

⁸⁹ Tacikistan Anayasası, madde 10: "Cumhuriyet'in kanunları ile kabul edilen uluslararası hukuki işlemler arasında bir uyumsuzluk olması halinde, uluslararası hukuki işlemin hükümleri uygulanır."

⁹⁰ Ukrayna Anayasası, madde 15: "Ukrayna Yüksek Konseyi tarafından kabul edilen ve Ukrayna'nın (taraf olduğu) bir uluslararası anlaşmanın bu kanunla belirtilenlerden farklı kurallar öngörmesi halinde, o uluslararası anlaşmanın kuralları uygulanır)". Ukrayna Anayasası'nın 9. maddesine göre; "Ukrayna Anayasası'na aykırı uluslararası antlaşmaların akdedilmesi, ancak Ukrayna Anayasası'nda gerekli değişikliklerin yapılmasından sonra mümkündür." 19 Eylül 1996 tarihli arazi için ödeme yapılması hakkındaki Ukrayna Yasası'nın 29. maddesine göre; "Ukrayna'nın (taraf olduğu) bir uluslararası anlaşma, bu kanunda belirtilenlerden başka kurallar öngörüyorsa, uluslararası anlaşmanın kuralları uygulanır."

⁹¹ Özbek Anayasasının önsözünde şu ifade yer almaktadır: "uluslararası hukukun genel olarak kabul edilmiş kurallarının üstünlüğünü tanıyarak,..."

⁹² Türkmenistan Anayasası, madde 6: "Türkmenistan genel olarak tanınmış uluslararası hukuk kurallarının üstünlüğünü kabul eder ve (Türkmenistan) dünya toplumunun bir üyesi olarak bütün haklara sahiptir."

⁹³ Beyaz Rusya (Belarus) Anayasası, madde 8/1: "Beyaz Rusya Cumhuriyeti evrensel olarak kabul edilen uluslararası hukuk ilkelerinin üstünlüğünü kabul eder ve kanunlarının bu ilkelere uyumlu olduğunu taahhüt eder."

kuralı olarak kabul edildiğinde, bu ülkelerde taraf olunan antlaşmaların do-
laylı olarak yasalardan üstün kılındığı söylenebilir. Bu yaklaşım tarzının
benzeri ifadelerin kullanıldığı Moldavya⁹⁴ ve Bosna-Hersek⁹⁵ Anayasaları
için de geçerli olduğu söylenebilir.

Bu bağlamda Çek Cumhuriyeti'nin geçirdiği süreç Türk uygulamasına ışık
tutacak niteliktedir. Çek Anayasası'nın 10. maddesinin 2001 yılı değişikli-
ğinden önceki eski şekli, 1982 Anayasası'nın 90. maddesine 2004 yılı değişik-
liği ile eklenen yeni cümleye oldukça benzemektedir. Çek Anayasası'nın 10.
maddesinin mülga şekline göre, usulüne göre yürürlüğe girmiş ve yayınlan-
mış temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar doğrudan et-
kili olup yasaların üzerinde yer almaktaydı.⁹⁶ 2001 değişikliklerinden sonra,
yeni 10. madde şu şekle dönüşmüştür: "Parlamentonun uygun bulduğu ve
Çek Cumhuriyeti'nin bağlı olduğu yayımlanmış uluslararası antlaşmalar
hukuk düzeninin bir parçasını oluştururlar; bir antlaşma bir yasanın içerdi-
ğinden başka bir şey içerdiğinde, söz konusu antlaşma uygulanır".⁹⁷

Sonuç olarak, Anayasa'nın 90/5. maddesinin değişiklik gerekçesinde ifade
edilen "dünyada gelişen yeni demokratik açılımlara uyum sağlanması ve bu
açılıma uygun bir şekilde temel hak ve hürriyetlerin, evrensel düzeyde ka-
bul edilmiş standart ve normlar ile Avrupa Birliği kriterleri seviyesine çık-
arılması amacıyla" temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar-
ın üstünlüğünün kabul edilmiş olması takdire şayan bir gelişme olmakla
birlikte, bu hükmün Avrupa Birliği'ne uyum çerçevesinde hukuksal alt yapı-
nın sağlanması için yapılması gerekli olan bir değişiklik olmadığı açıktır.
Bununla birlikte, uluslararası antlaşmalara kayıtsız ve şartsız üstünlük ta-
nınmasının doğuracağı anayasal sakıncalar ve devletin uluslararası sorum-
luluğu göz önüne alındığında bugün için gelinen noktanın sadece geleceğe
yönelik olumlu bir adım olduğunu kabul etmek gerekir.

⁹⁴ Moldavya Anayasası, madde 8/1: "Moldavya Cumhuriyeti Birleşmiş Milletler Şartı ve
tarafı olduğu antlaşmalara saygı göstereceğini, diğer devletlerle ilişkilerinde, genel
olarak kabul edilen uluslararası hukuk ilkelerine ve kurallarına uyacağını taahhüt
eder."

⁹⁵ Bosna Hersek Anayasası, madde III/3: "Uluslararası hukukun genel ilkeleri, Bosna-
Hersek ve Federasyon ve Sırp Cumhuriyeti hukukunun tamamlayıcı bir parçasıdır."

⁹⁶ Çek Anayasası, madde 10 (mülga): Bu metin 395/2001 sayılı ve tarihli Anayasa Kanu-
nu ile değiştirilmiştir. Usulüne uygun olarak onaylanan ve ilan edilen insan hakları
ve temel özgürlüklere ilişkin ve Çek Cumhuriyeti açısından bağlayıcı olan uluslara-
rası antlaşmalar doğrudan uygulanabilir ve kanunlardan üstündür.

⁹⁷ Çek Anayasası, madde 10 (395 sayılı Yasa ile değiştirilen metin şu şekildedir): "Par-
lamentonun onaylanmasına onay verdiği ve Çek Cumhuriyeti açısından bağlayıcı
olan ve yürürlüğe konulmuş olan antlaşmalar, hukuk düzeninin bir parçasını oluşturu-
r. Eğer bir antlaşma, bir kanunun öngördüğünden daha farklı hükümler içeriyorsa,
antlaşma uygulanır."

2.2. Uluslararası Antlaşmaların Uygun Bulunmasının Şekli Hakkında

Anayasa'nın 90/1. maddesine göre, uluslararası antlaşmaların onaylanması için bir uygun bulma kanununun çıkarılması gerekmektedir. Uluslararası antlaşmalara üstünlük tanınması ile ilgili olarak ilk karşılaşılan sorun, bu makalenin ilk bölümünde işaret edildiği gibi, Türk hukuk sisteminde onaylamayı bir kanunla uygun bulmanın Anayasa'nın 90/3. maddesi ve 244 sayılı Yasayla bir istisna haline gelmesi, ve bu nedenle uluslararası antlaşmaların yürürlüğe girmesinde Bakanlar Kurulu kararnamelerine sıklıkla başvurulmasıdır.

Uluslararası antlaşmaların üstünlüğünün kabul edilmesi halinde, Meclisin bilgisi olmadan, antlaşmaların içerikleri üzerinde görüşmeler yapılmadan, hatta bir kısım antlaşmaların Resmi Gazete'de bile yayımlanmadan yürürlüğe girmesi mümkündür. Bütün uluslararası antlaşmaların yasalardan üstün kabul edileceği bir sisteme geçilmesi gerekiyorsa, öncelikle düzenlenmesi gereken konu, Meclisin bilgisi dahilinde olmadan, diğer bir deyişle uygun bulma kanunu olmaksızın Bakanlar Kurulu kararnameleri ile yürürlüğe girecek antlaşmalara üstünlük tanınmamasıdır.

Gönenç'e göre de;

*"TBMM'nin onayı, yani TBMM iradesinin katılımı olmaksızın yürürlüğe giren bazı milletlerarası andlaşmaların, TBMM'nin iradesinin bir ürünü olan yasalar karşısında üstünlük kazanması söz konusu olabilecektir. Böyle bir uygulamanın en başta "yasama yetkisinin devredilmezliği" ilkesiyle çeliştiği söylenebilir... Öte yandan, yürütme organının yasama organından geçiremeyeceğini düşündüğü düzenlemeleri bu yolla yasama organının denetiminden /iradesinden kaçırmaya çalışması da mümkündür."*⁹⁸

Makalenin başında belirtildiği üzere, asli olarak Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olan uluslararası antlaşmaları uygun bulma yetkisi, gerek 244 sayılı Yasa ile gerekse özel yasalardan alınan yetkilerle, Meclis'ten alınarak Bakanlar Kurulu'na etkin bir denetim sistemi kurulmadan verildiğinden, aşağıdaki eleştiriye katılmamak mümkün değildir:

"[U]luslararası antlaşmalar ile yasaların aynı konuda farklı hükümler içermesi halinde çıkacak uyuşmazlıklarda uluslararası antlaşma hükümlerinin esas alınmasına ilişkin düzenlemeye de açıklık getirilmesi gerekiyor.. Böylesi bir düzenleme, TBMM'ne gelen ve yasalaşarak kabul edilen uluslararası anlaşmalar için doğrudur. Ancak, unutmamak gerekir ki, her uluslararası anlaşma TBMM'ne gelmiyor. Örneğin, ticari anlaşmalar hiç gelmiyor. Bu anlaşmalara, Anayasa değiştirilerek yasaların üzerinde bir

⁹⁸ GÖNENÇ, a.g.m., dn. 56.

yasama gücü verilmesi yanlıştır. Bunun anlamı, TBMM'nin yasama yetkisini bürokrasiye ve yürütmeye devridir. Bu da, parlamenter demokrasinin en temel ilkesine, 'yasama, yürütme ve yargı' arasındaki 'kuvetler ayrılığı' ilkesine aykırıdır..."⁹⁹

Uluslararası antlaşmalara üstünlük tanıyan devletlerin anayasalarına baktığında bu konuda bazı koruyucu düzenlemelerin varlığı dikkatleri çekmektedir.¹⁰⁰ Örneğin, Arnavutluk Anayasası'nın 122/2. maddesine göre de üstün kabul edilen antlaşmaların bir kanunla kabul edilmiş olması gerekmektedir. Slovak Anayasası'nın 7/4. maddesine göre insan hakları ve temel özgürlüklerin de dahil olduğu belirli tür antlaşmaların geçerli olabilmesi onaylamanın Slovak Ulusal Konseyince kabul edilmesi gerekmektedir.¹⁰¹ Çek hukukunda, bir antlaşmanın yasaların üzerinde yer alabilmesi için iki şartın gerçekleşmesi gerekir: Birincisi Parlamento tarafından uygun bulunması, ikincisi ise Kanunlar Külliyyatında yayınlanması. Sadece hükümet tarafından uygun bulunmuş bir Antlaşma yasaların üzerinde kabul edilmektedir.¹⁰² Estonya Anayasası'nın 123/2. maddesine göre, Parlamento (the

⁹⁹ GÜRKAN, Uluç Güven, "AB'ye Uyum ve CHP...", (01.05.2004), <http://www.stargazete.com/index.asp?haberID=47768>: Mümtaz Soysal da konuya farklı bir şekilde işaret etmektedir. Anayasa Değişiklik Paketinin TBMM'deki görüşmeleri sırasında Soysal şu öneride bulunmuştur: "Şimdiye kadar olan uluslararası antlaşmalar hariç" ifadesinin konulabileceğini dile getirmiş, "Uluslararası antlaşma yaparak aslında bütün iç düzeni değiştirebilirsiniz bu yolla. Ayrıca bütün uluslararası antlaşmalar TBMM'den geçmiyor. Meclis'te uygun bulunan antlaşmalar için böyle bir düzenleme söylenebilir" demiştir. "Hukukçular farklı bakıyor", http://www.barobirlik.org.tr/calisma/basinda_yargi/2004/04/22.htm (8 Ağustos 2004).

¹⁰⁰ Uluslararası antlaşmaların uygun bulunması ve onaylanması konusunda karşılaştırmalı bir çalışma için bkz. GÖZLER, Kemal, "Uluslararası Antlaşmaları Akdetme ve Onaylama Yetkisi: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 56/2, Nisan-Haziran 2001, 71-101. (<http://www.anayasa.gen.tr/andlasma.htm>; 1.5.2004).

¹⁰¹ Slovak Anayasası, madde 7/4; "İnsan hakları ve temel özgürlüklere ilişkin uluslararası anlaşmaların, uluslararası siyasi anlaşmaların, askeri nitelikli uluslararası anlaşmaların, Slovak Cumhuriyeti'nin bir uluslararası örgüte üyeliği sonucunu doğuracak uluslararası anlaşmaların, genel nitelikli uluslararası iş anlaşmalarının, uygulanması için bir kanuna ihtiyaç duyulan uluslararası anlaşmaların ve tüzel ve gerçek kişilerin haklarını ve yükümlülüklerini doğrudan belirleyen uluslararası anlaşmaların geçerli olması için, onaylamanın Slovak Cumhuriyeti Milli Konseyi tarafından yapılması gerekmektedir." Aynı hüküm için bkz. Slovakya Anayasa Mahkemesi Yasası Madde 3(a).

¹⁰² TYC, Vladimir "International Agreements in the Legal Order of Candidate Countries: Czech Republic", in OTT, Andrea & INGLIS, Kirstyn., *Handbook of European Enlargement: A Commentary on the Enlargement Process*, TMC Asser Press, The Hague, 2002, 229-237. Tyc'a göre, uluslararası antlaşmaların hiyerarşik sınıflandırması şu şekilde olmalıdır: "-Anayasal kanunlar olarak Parlamento tarafından uygun bulunmuş antlaşmalar (ET/AB Antlaşmaları, insan hakları antlaşmaları, sınır antlaşmaları), 2- Anayasa, anayasal kanunlar ve temel haklar şartı, 3- Parlamento tarafından

Riigikogu) tarafından kabul edilmiş uluslararası antlaşmaların üstünlüğü kabul edilmiştir.¹⁰³ Yunanistan Anayasası'nın 28. maddesine göre, bir yasayla uygun bulunmuş uluslararası sözleşmeler aykırı kanun hükümlerinin üstünde yer alır.¹⁰⁴

Konuyla ilgili olarak değinilmesi gereken ikinci önemli husus, yasaların üzerinde yer alacak bir uluslararası antlaşma hakkında onaylama öncesi Meclis tarafından uygun bulma kanunu çıkarılacak olması halinde, bu kanunun alelade kanunlar gibi salt çoğunlukla mı kabul edileceği, yoksa vasıflı bir çoğunlukla mı kabul edilmesi gerektiği hakkındadır.¹⁰⁵ Anayasa'nın 96. maddesine göre, üye tam sayısının en az üçte birinin mevcut olduğu anlaşıldığı takdirde toplantı yeter sayısı sağlanmış olacağından Meclis Genel Kurulu'nda görüşmelere geçilmesi mümkündür. Eş deyişle, 184 milletvekilinin hazır bulunduğu bir oturumda, üye tam sayısının dörtte birinden bir fazlasına karşılık gelen 138 milletvekilinin kabulüyle, yasaların üzerinde normatif bir değere sahip olacak bir uluslararası antlaşmanın görüşülüp kabul edilmesi anayasal açıdan bir problem oluşturmamaktadır. Oysa, devletin uluslararası sorumluluğunu doğuracak olan ve yasaların üstünde yer alacak uluslararası antlaşmaların Mecliste ayrıntılı bir şekilde görüşülerek vasıflı çoğunlukla kabul edilmesi uygun olur.¹⁰⁶

kabul edilmiş uluslararası antlaşmalar, 4- kanunlar, 5- Hükümet tarafından kabul edilmiş uluslararası antlaşmalar, 6- hükümet düzenlemeleri (e.g. KHK ve tüzükler), 7- Bakanlıklar tarafından kabul edilmiş uluslararası antlaşmalar, 8- Bakanlıklar tarafından kabul edilmiş düzenlemeler (e.g. yönetmelikler), id. 235.

¹⁰³ Bununla birlikte, Pärn'a göre, *pacta sunt servanda* ilkesi gereğince Parlamento tarafından onaylanmayan antlaşmalar da Estonya kanunlarından üstündür. PÄRN, Evelin, "International Agreements in the Legal Order of Candidate Countries: Estonia", in OTT & INGLIS, a.g.e., dn. 102, 251-255, 252.

¹⁰⁴ Yunanistan Anayasası, madde 28: "... uluslararası sözleşmeler, kanunla onaylandıkları ... zaman itibariyle, ... aksine herhangi bir hüküm içeren kanunlardan üstün kabul edilirler."

¹⁰⁵ Aynı görüş için, GÖZLER, a.g.m., dn. 100: Emin Şirin'e göre, "milletlerarası anlaşmaların oylanmasında da Anayasa değişikliği için gerekli oy oranı aranabilir. O durumda kimse de "bu anlaşmalar niçin iç hukukumuzdan üstün" diye sormaz." "Emin Şirin Yazıyor... Hareketli Bir Hafta Oldu", 01.10.2001, 14:07, <http://www.haberx.com/w/275/hareketli-bir-hafta-oldu.htm> (6 Ağustos 2004).

¹⁰⁶ GÖZLER, Kemal, "Milletlerarası Antlaşmalara Kanun Üstü Bir Değer Tanınabilir mi? (Anayasa Değişikliği Teklifi Hakkında Bir Eleştiri)" <http://www.anayasa.gen.tr/madde90.htm>: (26 Ağustos 2004). TBB Başkanı Özdemir Özok da, 5 Kasım 2004 günü "İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması" konulu panelde yaptığı konuşmada benzeri kaygıları dile getirmiştir. Özok'a göre, uygun bulma görüşmeleri çok özensiz olarak yapılmakta, Meclisin en verimsiz dönemlerinde yeterli inceleme yapılmadan tamamen biçimsel olarak uygun bulunmaktadır. (Adalet Sarayı Toplantı Salonu, Ankara, 5 Kasım 2004).

Karşılaştırmalı hukukta Anayasaya aykırı hükümler içeren antlaşmaların kabul edilmesinde vasıflı çoğunluğun benimsendiği örnekler göze çarpmaktadır.¹⁰⁷ Örneğin, Hollanda Anayasası'nın 91/3. maddesine göre,¹⁰⁸ bir antlaşmanın her hangi bir hükmünün Anayasa ile çatışması veya çatışmaya neden olması halinde Parlâmentonun her iki Meclisi tarafından 2/3 çoğunlukla kabul edilmesi gerekir. Portekiz Anayasası'nın 279/4. maddesine göre,¹⁰⁹ Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'ya aykırı olduğuna karar verilmiş bir hüküm içeren antlaşma 2/3 çoğunlukla kabul edilmelidir. Bu çoğunluk Parlamento'nun oy verme hakkına sahip milletvekillerinin yarısından az olamaz. Bu hükmü Türk sistemine aktarırsak, Meclisteki milletvekillerinden en az 367'sinin oy kullanması ve bunlardan 275'inin antlaşmayı uygun bulması gerekmektedir. Avusturya Anayasası'nın 50/3. maddesine göre, Anayasa'nın bir hükmünü değiştiren veya Anayasada değişiklik yapan uluslararası antlaşmalar, Parlâmentonun üye tamsayısının en az salt çoğunluğunun bulunduğu toplantıda, 2/3 oy çoğunluğuyla uygun bulunabilir. Polonya Anayasası'nın 90/2. maddesine göre,¹¹⁰ bir uluslararası antlaşmanın onaylanmasına izin veren bir yasa, hem Temsilciler Meclisi'ndeki (Sejm), hem de Senato'daki milletvekilleri ve senatörlerin her bir Mecliste en az yarısının hazır bulunduğu bir oturumda 2/3 çoğunlukla kabul edilmelidir.

2.3. Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Antlaşmaların Belirlenmesinin Zorluğu

İlk olarak, 90/5. maddede yer alan "temel hak ve özgürlüklere ilişkin" uluslararası antlaşmalar ibaresinde geçen "temel" ibaresi üzerinde durmak gerekir. Meclis görüşmeleri sırasında bu madde üzerindeki konuşmalarda çok fazla sayıda olan uluslararası antlaşmaları uygulayıcıların bilmelerinin zor olacağı, hangi antlaşmaların bu çerçevede değerlendirileceğinin belirlenmesinin gerekli olduğu bazı Anayasa Komisyonu üyelerince ifade edilmiştir. Ör-

¹⁰⁷ Bu örnekler için bkz. *ibid.*

¹⁰⁸ Hollanda Anayasası, madde 91/3: "Bir antlaşmanın Anayasa ile çatışan veya Anayasa ile uyumsuzluklara yol açan hükümleri kullanılan oyun üçte ikisinin olumlu olması halinde Parlâmento tarafından onanabilir."

¹⁰⁹ Portekiz Anayasası, madde 279/4: "Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'ya aykırı olduğuna karar verilmiş bir hüküm içeren antlaşma, oylamada bulunan milletvekillerinin üçte iki çoğunluğunun oyu ile Cumhuriyet Meclisinde onanabilir. Ancak bu çoğunluk oy verme hakkına sahip milletvekillerinin yarısından az olamaz."

¹¹⁰ Polonya Anayasası, madde 90/2: Birinci paragrafta öngörülen bir uluslararası antlaşmanın onaylanmasına izin veren bir kanun, Temsilciler Meclisi'nde (Sejm), milletvekili üye tam sayısının en az yarısının hazır bulunduğu bir oturumda üçte iki çoğunlukta milletvekillerinin oyuyla ve Senato'daki Senatör üye tam sayısının en az yarısının hazır bulunduğu bir oturumda üçte iki çoğunlukta Senatörlerin oyuyla kabul edilmelidir.

neğin, Meclis Genel Kurulu'nda yapılan görüşmelerde 19 milletvekili bir önerge vererek, temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmaların sınırlandırılmasını şu şekilde talep etmişlerdir:¹¹¹

“Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı, Uluslararası Çalışma Örgütü çerçevesinde yapılarak usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.”

Ancak, bu tür öneriler Komisyon tarafından hazırlık aşamasında da kabul edilmemişti.¹¹² Komisyon'da görüşleri kabul edilmeyen bazı üyeler yazdıkları karşıoy yazısında “esas alınacak temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmaların en azından hangi kaynaklardan gelen antlaşmalar olduğuna ilişkin bir belirleme yapılmasının, çıkabilecek bir takım farklı yorum ve uygulamaları önlemek bakımından yararlı olacağını...” ifade etmişlerdir.¹¹³

“Temel” hak ve özgürlükler kavramı, ilk bakışta, birinci ve ikinci kuşak insan haklarını düzenleyen antlaşmaların Anayasayapıcı irade tarafından iç hukukta kanunlardan üstün tutulduğu izlenimini vermektedir. Anayasa'nın 17-74. maddeleri arasında yer alan kişisel (madde 17-40) ve siyasal haklar (madde 66-74) (örn. 1966 tarihli İkiz Sözleşmeler) ile sosyal ve ekonomik haklarla (madde 41-65) ilgili antlaşma hükümlerinin (örn. ILO Sözleşmeleri) yasa hükümlerinden üstünlüğünün kabul edildiği ileri sürülebilir.¹¹⁴

¹¹¹ Genel Kurul Tutanağı, 22. Dönem 2. Yasama Yılı, 83. Birleşim 04/Mayıs /2004 Salı, sf. 49-50: http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_g_sd.birlesim_baslangic?P4=11785&P5=B&PAGE1=1&PAGE2=59,

¹¹² Anayasa Komisyonu Raporu, Türkiye Büyük Millet Meclisi, Anayasa Komisyonu, 30.4.2004, Esas No: 2/278, Karar No.:20.: <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss430m.htm>.

¹¹³ Oya Arash ile birlikte 5 milletvekilinin Anayasa Komisyonu Raporuna karşıoy yazısı. *Ibid.*

¹¹⁴ Temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların kapsamlı bir listesi için bknz. GÜLMEZ, Mesut, “Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Eylül-Ekim 54, 2004, 147-161, 154.: Hamdi Pınar'a göre, “Temel haklardan biri de; Anayasa m. 35'de düzenlenen mülkiyet hakkıdır. Mülkiyet hakkın kapsamına sadece maddî ve cismanî mallar değil, bilakis gayri maddî mal olarak kabul edilen fikrî mülkiyet hakları girmektedir. Anayasa'daki değişikliklerle fikrî mülkiyet haklarına ilişkin özel düzenlemelerde yer alan [551 sayılı PatentKHK m. 4, 556 sayılı MarkaKHK m. 4, 554 sayılı EndTasKHK m. 4], elverişli hükümler içeren uluslararası anlaşma hükümlerinin öncelikle uygulanması hükmü, anayasal güvenceye kavuşmuştur. Böylece Türk hukukundaki düzenlemelerin yetersiz kaldığı durumlarda ilgili uluslararası anlaşma hü-

Üçüncü kuşak haklar olarak bilinen dayanışma haklarını düzenleyen uluslararası antlaşmaların yasaların üzerinde kabul edilmediği söylenebilirse de, üçüncü nesil insan haklarından kabul edilen ve Anayasa'nın 56. maddesinde yer alan çevre hakkının sosyal ekonomik haklar kategorisi içerisinde ele alınması, insan haklarının kuşaklara göre sınıflandırılmasının zorluğunu göstermektedir.

Hangi hakların "temel" haklar kategorisinde yer alacağı ve bu bağlamda hangi uluslararası antlaşmaların yasalardan üstün tutulacağı konusunda karşılaştırmalı hukuktan örnekler vermek mümkün olabilir. Örneğin, Bosna Hersek Anayasası'nın II. Maddesinin 2. alt başlığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin üstünlüğü açıkça kabul edilmiştir.¹¹⁵ Moldavya Anayasası'nın 4/1. maddesinde; "Temel hak ve özgürlüklere ilişkin anayasal hükümler Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi ve Moldova tarafından kabul edilen diğer sözleşme ve antlaşmalara göre anlaşılacak ve uygulanacaktır" ifadesi yer almaktadır.¹¹⁶ Arjantin Anayasası'nın 75. Bölümünün 23. alt başlığında Parlamento'ya, diğerleri arasında, yürürlükteki uluslararası insan hakları antlaşmalarında kabul edilen haklardan yararlanma konusunda yasa çıkarma görevi verilmektedir. Arjantin Anayasası insan hakları sözleşmeleri kavramını biraz açarak kullanmıştır.¹¹⁷ Buna göre, özellikle çocukları, kadınları, yaşlıları ve sakatları koruyan antlaşmalarda sağlanan haklardan yararlanma konusunda yasa çıkarılması yetkisi verilmektedir.¹¹⁸ Ukrayna'da ise, uluslararası antlaşmaların üstünlüğüne ilişkin özel bir yasa hükmü dikkatleri çekmektedir. Ukrayna İyone Radyasyonun Etkisinden Korunmaya İlişkin Yasası'nın 23. maddesine göre, "Ukrayna'nın (taraf olduğu) uluslararası antlaşmalar iyone radyasyonun etkisinden insanların korunması alanında, Ukrayna mevzuatının öngördüğünden farklı kurallar ko-

kümlerinin doğrudan uygulanması yolunda hiçbir tereddüt kalmamıştır." PINAR, Hamdi, *Uluslararası Rekabette Fikrî Mülkiyet Haklarının Önemi ve Türkiye*, İstanbul, 2004, 8.

- 115 Bosna Hersek Anayasası, madde II/2: "İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi ve eki Protokollerde kabul edilen haklar ve özgürlükler Bosna-Hersek'te doğrudan uygulanır. Bunlar, bütün diğer kanunların üzerindedir."
- 116 Moldavya Anayasası, madde 4/1: "İnsan hakları ve özgürlüklere ilişkin anayasa hükümleri, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ve Moldavya Cumhuriyetinde onanan diğer sözleşme ve antlaşmalara uygun olarak yorumlanır ve uygulanır."
- 117 Arjantin Anayasası, madde 75/23: "..... özellikle çocuklar, kadınlar, yaşlılar ve engelli şahıslarla ilgili olanlar olmak üzere, yürürlükteki insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmalar,"
- 118 Ukrayna Parlamentosu tarafından 14 Ocak 1998'de kabul edilen Yasanın 23. maddesine göre: "Ukrayna'nın taraf olduğu uluslararası anlaşmalar, iyone radyasyonu etkisinden insani korunması hakkında, Ukrayna kanunlarından daha farklı hükümler içeriyorsa, uluslararası anlaşmaların kuralları uygulanır."

yuyorsa, bu takdirde uluslararası antlaşmaların kuralları uygulanacaktır.” Romanya Anayasası’nın 20/2. maddesinde, “temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşma (treaty) ve misak (covenant)” hükümlerinin üstünlüğünden söz edilmiştir.¹¹⁹

“Temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar” ifadesi uygulamada iki farklı şekilde yorumlanabilir. İlk olarak, sadece insan haklarını özel olarak düzenleyen antlaşmaların bu kategoriye girdiği söylenebilir. Diğer bir deyişle, bir antlaşmanın konusu aslen insan haklarına ilişkin olmakla birlikte, insan haklarına ilişkin hükümler de içeriyorsa, bu takdirde bu tür bir antlaşma içerisinde yer alan bir hükmün yasaların üzerinde yer aldığı kabul edilemez. Somutlaştırmak gerekirse, AB ile aday ülkelerin yaptıkları Ortaklık Anlaşmalarında bireylere doğrudan ekonomik ve sosyal haklar verilmektedir. Örneğin, iş kurma hakkı veya işçiler arasında ayırimcılık yasağı nitelikleri itibari ile ekonomik haklardan olduğuna göre, bunların ulusal yasaların üstünde yer alıp almadığı tartışmalıdır. Dar açıdan yaklaşıldığında, Ankara Anlaşması, Katma Protokol ve Ortaklık Konseyi Kararlarından kaynaklanan ekonomik hakların yasalardan daha fazla güvenceler içermesi halinde üstün tutulmaları söz konusu değildir.¹²⁰ Bunun yanında, ikinci bir bakış açısıyla bakıldığında, temel haklara ilişkin bir hükmün insan haklarına ilişkin olmayan bir antlaşma içerisinde yer alması durumunda dahi üstün tutulması gerektiği ileri sürülebilir.¹²¹ İlk yaklaşım, Anayasa’nın ilgili metninin lafzi yorumunu gerektirmekte; ikincisi ise, amaçsal (gai) yorumla ulaşılabilecek bir sonuç olarak gözükmektedir. Meclis görüşmeleri sırasında bu konuda açıklayıcı bir bilgiye rastlanmadığı için, temel hak ve özgürlüklerin hangi tür antlaşmalarda yer alması gerektiği sorunu hukukçular arasında uzun süre tartışma konusu olmaya devam edecektir.¹²²

Yeni düzenlemenin yorum gerektiren bir başka noktası, Anayasa’nın 90/5. maddesinde geçen “temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalar” ibaresinin odak noktasını oluşturan “antlaşma” kavramının niteliğine ilişkindir. 1961 Anayasası’nın 1982 Anayasası’nın 90. maddesine karşılık

¹¹⁹ Burada kullanılan “covenant” tabiriyle Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ile Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesine atıfta bulunduğu sezilmektedir. Bu Sözleşmelerin İngilizce orijinallerinde kullanılan terim, sözleşme anlamına gelen “convention”, değil misak anlamına gelen “covenant” terimidir: “International Covenant on Civil and Political Rights” ve “International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”. Aslında antlaşma terimi, “covenant” terimini de içine alacak kadar geniş bir anlam taşımasına rağmen, Romen Anayasası’nın İkiz Sözleşmelere vurgu yapmak için özellikle “covenant” tabirini tercih ettiği düşünülmektedir.

¹²⁰ cf. HOFFMEISTER, a.g.m., dn. 69, 213.

¹²¹ ŞAHBAZ, a.g.m., dn. 45, 210.

¹²² *Ibid.*, 211.

gelen 65. maddesinin gerekçesinden hareket edildiğinde bu kavramın birçok antlaşma çeşidini içerdiği söylenebilir.¹²³ Bununla birlikte, deklarasyonların bir antlaşma olarak kabul edilmemesi gerektiğinin altı çizilmelidir.¹²⁴ Bu nedenle, Evrensel İnsan Hakları Beyannamesine dayanarak bir yasa hükümünün gözardı edilmemesi gerekir. AGİT çerçevesinde hazırlanan Helsinki Nihai Senedi veya Paris Şartı¹²⁵ gibi nitelikleri itibariyle esnek hukuk (*soft law*) belgelerinin da antlaşma olmadıkları için yasalardan üstün tutulmaları gerekir.¹²⁶ Özellikle, uygulamada olan hakimlerin antlaşma hükümlerini esnek hukuk belgelerinden ayırt etmelerine yardımcı olacak hatırlatmaların yapılması gerekmektedir.

Karşılaşılan bir başka sorun da şudur: Temel hak ve özgürlüklere ilişkin ulusal yasaların getirdiği koruma ile uluslararası insan hakları sözleşmelerinin getirdiği koruma halinde, ulusal yasalar lehine bir çatışma çıkarsa ne olacaktır? Farklı bir şekilde ifade etmek gerekirse, iç hukuktaki düzenleme, uluslararası antlaşmayla getirilen düzenlemenin ötesinde bir güvence mekanizması getirmişse, bu takdirde hangisi uygulanacaktır? 90. maddenin ifade tarzı dikkate alındığında, her zaman uluslararası antlaşmaların üstün tutulması gerektiği ileri sürülebilir. Oysa, karşılaştırmalı hukukta görülen örnekler, 90. maddeye yapılan ilavenin kötü kaleme alındığını göstermektedir. Örneğin, 1991 tarihli Romen Anayasası'nın 20/2. maddesinin orijinal metninde temel hak ve özgürlüklerle ilgili bir uluslararası antlaşma veya misak ile ulusal yasalar çatıştığında, uluslararası düzenlemelerin üstün ge-

¹²³ 1961 Anayasasının 65. maddesinin gerekçesinde şu tümceler dikkati çekmektedir: "Maddede, "Milletlerarası an[d]laşma" teriminin kullanılması ile yetinilmiştir. Gerçekten, hukuki 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 umumi olanı tercih edilmiştir".

¹²⁴ Örn. (Hong Kong Konusunda Birleşik Krallık ve Çin arasında 19 Aralık 1984 yılında imzalanan "Ortak Deklarasyon") bir antlaşma olarak kaleme alındığından bu kavram istisna kapsamında değildir.

¹²⁵ Deklarasyonlar ve AGİT belgeleri Şeref Ünal tarafından bir antlaşma çeşidi olarak kabul edilmektedir. Bknz. ÜNAL, Şeref, *Devletler Hukukuna Giriş*, Yetkin, Ankara, 2003, 37.

¹²⁶ Danıştay 12. Dairesi, 1977/1349 esas ve 1978/955 karar sayılı davada (24.4.1978, Danıştay Dergisi, 30-31) 1975 tarihli Helsinki Bildirgesini bir antlaşma olarak kabul etmiştir. (alıntı: PAZARCI, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, cilt 1, Turhan, Ankara, 2001, 28.): Anayasa Mahkemesi, Türkiye Birleşik Komünist Partisi davasında AGİT'in insani boyut belgesine yollama yapmıştır. (E.1990/1 (SPK), K.1991/1 (16.6.1991), AMKD, 27/2). Anayasa Mahkemesi'nin evrensel insan hakları bildirgesi, Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Kurulu kararı gibi belgelere de atıf yaptığı görülmektedir. Bknz. ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz, *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, Yetkin, Ankara, 1996, 101-102.

leceğine ilişkin genel bir hüküm vardı. 18-19 Ekim 2003 tarihinde halkoylaması ile kabul edilen ve 29 Ekim 2003 tarihinde yürürlüğe giren bir Yasa ile anılan maddeye bir ilave yapılarak bir “Anayasa ve yasalar daha tercih edilebilir bir hüküm getirmediği sürece” uluslararası antlaşmaların üstün geleceği hükmüne yer verilmiştir.¹²⁷ Benzeri bir düzenleme Slovak Anayasası'nın 11. maddesinde vardır. Buna göre, Slovakya tarafından onaylanmış insan hak ve özgürlüklerine ilişkin uluslararası belgeler ancak anayasal hak ve özgürlükleri daha fazla güvenceye almaları halinde üstün kabul edilmektedirler.¹²⁸

Anayasa'nın 90/5. maddesi yukarıdaki örneklere uygun olarak kaleme alınmadığı için yargı organlarının farklı kararlar vermelerine neden olabilir. İleride içtihat ayrılığına neden vermemek için, yasaların daha elverişli hükümler içermesi durumunda (pasif çatışma) gerçekte bir çatışma olmadığı kabul edilmelidir. Ünal'ın güzel bir şekilde ortaya koyduğu gibi: “İç hukukun devletler hukuku kurallarından çok daha ileri bir düzeyde olduğu durumlarda, her iki hukuk düzeni arasında herhangi bir sorun çıkması söz konusu değildir.”¹²⁹

Bu örneklerden hareketle, ileride aktif çatışma olmadığı durumlarda yürütme ve yargı organlarının daha fazla güvence sağlayan bir yasa hükmünü bırakarak, daha az güvence sağlayan bir uluslararası antlaşma hükmüne yönelmemeleri için, yapılacak ilk Anayasa değişikliğinde Romen ve Slovak Anayasalarında görülen türden bir değişikliğe gidilmesi uygun olur.

¹²⁷ Romanya Anayasası, madde 20: “Romanya'nın taraf olduğu temel insan haklarına dair sözleşmeler ve antlaşmalar ile milli kanunlar arasında uyumsuzluklar olması durumunda, Anayasanın veya milli kanunların daha tercih edilebilir hükümler öngördüğü durumlar hariç, uluslararası düzenlemeler önde gelir.”

¹²⁸ Slovakya Anayasası, madde 11: “Slovak Cumhuriyeti tarafından onaylanan ve kanunun öngördüğü şartlara uygun olarak ilan edilen insan hakları ve özgürlüklerine ilişkin uluslararası düzenlemeler, uluslararası antlaşmalar ve sözleşmeler, daha geniş kapsamlı anayasal haklar ve özgürlükler sağlamaları şartıyla, milli kanunlardan üstündür.”

¹²⁹ ÜNAL, a.g.e., dn. 125, 54.: Kaboğlu'nun da ifade ettiği üzere, “yargı organları uluslararası antlaşmalar ile yasa hükümleri arasında bir çatışma olduğunda çatışmanın içeriğine bakarak, sınırlandırmada daha az sınırlama getirilen hükmü esas almalıdır.” KABOĞLU, a.g.m., dn. 57, 56.: Gülmez'e göre de; “Kuşkusuz, ... yasaların antlaşmalardan daha ileri düzenleme yapmış olmasından çıkması durumunda, antlaşmalar esas alınmaz...”, GÜLMEZ, a.g.m., dn. 114, 156.: Aynı görüş için bkz. ŞAHBAZ, a.g.m., dn. 45, 213.

2.4. Uluslararası Antlaşmalar ile Yasalar Arasındaki Çatışmanın Belirlenmesi Sorunu

90. maddeye ilave edilen yeni hüküm, yasalarla uluslararası antlaşmalar arasında nasıl bir uyumsuzluk çıkacağı ve bunun tespitinin kime ait olacağı noktasına da değinmemiştir. Diğer bir ifade ile, uluslararası antlaşma hükümleri içerisinde, doğrudan uygulanabilir, açık ve somut olanların sayısı oldukça azdır. Örneğin, 1989 tarihli Avrupa Konseyi Avrupa Sınır Ötesi Televizyon Sözleşmesi'nin 12/1. maddesinde yer alan; *"Reklamlar günlük yayın süresinin % 15'ini geçmeyecektir. Ancak, ürünlerin alımının, satımının, kiralanmasının veya hizmetlerin tedarikinin topluma doğrudan sunulmasını sağlamak üzere bu oran spot reklamların % 15'i aşmaması kaydıyla % 20'ye çıkabilir"* hükmüne bakarak ulusal mevzuatın buna uyumlu olup olmadığı söylenebilir (Bu hüküm 3984 sayılı RTÜK Kanunu'nun 19/2. maddesinde aynen tekrar edilmiştir). Ancak bazen bir antlaşma çatışma durumuna ilişkin olarak özel bir hüküm içerebilir. Örneğin, Avrupa Konseyi Avrupa Sınır Ötesi Televizyon Sözleşmesi'nin 28. maddesi; *"Bu Sözleşmede yer alan hiçbir hüküm, Tarafların ... kendi hukuki yetki alanları dahilindeki teknik imkan ve vasıtalarla işletilen program hizmetlerine daha katı ve ayrıntılı kuralları uygulamalarını engellemez"* diyerek, örneğin, 3984 sayılı Kanunla reklam süresinin %10'u geçmeyeceği şeklinde düzenleme getirilmesinin yolunu açmıştır.¹³⁰ Bu tür bir durumda ulusal mevzuatın esas alınması gerekecektir.

Gerek idari bir kurum olan RTÜK, gerekse mahkemeler düşünceyi açıklama ve haber alma hakkına ilişkin konuları düzenleyen ilgili Sözleşme hükmü ile 3984 sayılı Kanun hükmünü rahatlıkla karşılaştırıp bir çatışma olup olmadığını tespit edebilir.

Ancak bir çatışmanın varlığı her zaman bu kadar kolay olmayabilir. Ceza Muhakemeleri Kanunu'ndaki bir hükmün doğrudan doğruya Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile çatışması olası gözükmemektedir. Bir uluslararası düzenlemenin çoğunlukla ne anlama geldiği konuyla ilgili antlaşmayı hazırlayan uluslararası kuruluşlar ile denetimini yapan yargı organları ve idari birimler tarafından yapılmaktadır. Bu durumda sorun, soyut bir hükme an-

¹³⁰ Bununla birlikte, bazı antlaşmalar ise minimum standartları belirlediklerinden daha fazla sınırlama yapılmasına izin vermezler. Örneğin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 53. maddesi (*Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbiri, herhangi bir Yüksek Sözleşmeciler Tarafın yasalarına ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşmeye göre tanınabilecek insan haklarını ve temel özgürlüklerini sınırlayamaz, ya da onlara aykırı düşecek şekilde yorumlanamaz*), Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 5/2. maddesi (*Bu Sözleşmenin bir hakkı tanımadığı veya daha az ölçüde tanıdığı bahane edilerek, Sözleşmeye Taraf Devletlerden birinin iç hukukunda yasalarla, anlaşmalarla tanınmış bulunan veya geleneklerinde varolan temel insan haklarına sınırlama getirilemez veya bu haklara karşı yükümlülük azaltılamaz*).

lam veren bir mahkemenin içtihadı ile bir yasa hükmünün çatışmasında ortaya çıkmaktadır.¹³¹ Yalın bir ifade ile, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde yer alan adil yargılanma hakkı oldukça genel bir ifade ile adil yargılanmayı tanımlamaktadır. Bağımsız, tarafsız ve yasayla kurulmuş bir mahkeme önünde yargılanmanın gerçekleşip gerçekleşmediği, “bağımsızlık”, “tarafsızlık” ve “mahkeme” kavramlarının ne anlama geldiğinin ortaya konulmasıyla anlaşılabilir. Bu durumda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin adil yargılanmayı nasıl anladığı önem kazanmaktadır. Örneğin, Sözleşme’de yer almamakla birlikte, yargılama yapan makamın yargılama usul ve güvencesine sahip olması, içtihat yoluyla Sözleşmenin bir parçası olmuştur. Bu nedenle iç hukuktaki bir yasa hükmü ile Strasburg Mahkemesinin içtihadının farklı olması halinde, Mahkemenin yorumunun belirleyici olduğu söylenebilir.¹³² Bununla birlikte, Alman Anayasa Mahkemesi’nin, AIHM’nin her kararının iç hukukta uygulanması gibi bir zorunluluk bulunmadığı, Alman yargıların Alman hukukunu yorumlamak için AIHM kararlarından yararlanabileceği konusundaki kararı bu konudaki yorum farklılıklarının var olmaya devam edeceğini göstermektedir.¹³³

¹³¹ Örneğin, bu konuda İnceoğlu şöyle demektedir: “... Çünkü biz uluslararası sözleşme derken, orada her şey detaylı yazmıyor. Mesela Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde (AIHS) ‘Adil yargılanma hakkı’ bulunuyor. Ama bunun içinde mahkemeye başvurma dava açılıp açılmamasına ilişkin bir şey yazmıyor. Yani, mahkemeye başvurma, hak arama yolu gibi herhangi bir tümce yok. Böyle bir hakkın, adil yargılanmanın parçası olduğuna Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AIHM) karar verdi. Şunu demek istiyorum ki, Anayasada da ‘adil yargılanma hakkı’na ilişkin düzenleme bulunuyor AIHS’de de. Yani iki metni elinize aldığınızda ilk bakışta fark yokmuş gibi gelebilir. Ama, AIHM ‘adil yargılanma hakkını’ öyle bir yorumluyor ki, bunun içinde mahkemeye başvurma hakkı da vardır diyor. Yazmıyor, ama yazması önemli değil. Çünkü o maddenin ruhu bunu gerektirir diyor. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi sadece sözleşme metnine bakarsa hiçbir sonuca varamaz. AIHM’in yorumunu dikkate alarak yorum yapması gerekiyor. Aksi takdirde bu yeni düzenleme bizi hiçbir yere götürmez.” İNCEOĞLU, Sibel, “Sözleşmelerin Kaderini Yargıç Belirleyecek”, Ropörtaj: Hacer Yücel, Evrensel, 9.5.2004 <http://www.evrensel.net/04/05/09/politika.html#1>.

¹³² GÜLMEZ’e göre de “...salt antlaşmaların sözel metniyle sınırlı olarak saptanamaz. Böylesi yüzeysel ve kolaycı bir yaklaşım, yapılan düzenlemenin işlevsiz kalması sonucunu doğurur. Koruma ve denetim organlarının o konuya ilişkin yerleşik ilke ve kararları ve içtihatları göz önünde bulundurulmak gerekir”. GÜLMEZ, a.g.m., dn. 114, 158.: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi diğer sözleşmelerden farkı içtihat hukukunun dinamik niteliğine uygun olarak sürekli güncelleşmesidir. Bu nedenle, Sözleşmeye taraf devletler, Strazburg Mahkemesinin zorunlu yargı yetkisini kabul etmiş olmaktadır.

¹³³ Alman Anayasa Mahkemesi’nin *Görgülü v. Germany* ((74969/01) [2004] ECHR 88 (26 February 2004)) kararına karşı verdiği cevap için bkzn. “Almanya AIHM kararına uymak zorunda değilmiş” <http://www.e-kolay.net/haber/Haber.asp?PID=64&HID=11&-HaberID=232096> (20.10.2004).

İkinci olarak, uluslararası andlaşmalar ile yasalar arasında bir çatışma olup olmadığının tespiti adli ve idari yargı hakimlerinin içtihatlarına göre de farklılık gösterebilir. Örneğin, bir ilk derece mahkemesinin uluslararası bir sözleşme hükmünden anladığı bir başka mahkemedeki farklı olabilir. Yorum farklılıkları yüksek yargı organları arasında da görülebilir.

1961 Anayasası döneminde, Anayasa Mahkemesi altı ay içerisinde karar veremez ise yerel mahkemeler Anayasa'ya aykırı olan bir yasa hükmünü ihmal ederek sorunu kendi kanılarına göre çözebiliyordu. 1982 Anayasası ile hakimlerin kanunların anayasal denetimini yapmalarının yolu Anayasa Mahkemesi'nin beş ay içerisinde karar veremediği durumlarda bile kapatılmış; Anayasa'ya aykırı gördükleri bir yasa hükmünü ihmal etmelerine izin verilmemiş, davayı yürürlükteki yasa hükümlerine göre sonuçlandırmaları istenmiştir (Anayasa, madde 152/3). Mayıs 2004 değişikliği ile 90. maddeye eklenen bir tümce, ihmal yolunu açmıştır.¹³⁴ Daha açık bir şekilde ifade etmek gerekirse, yeni değişiklikle, uluslararası antlaşma hükmü ile çatışan yasa hükümleri ihmal edilip "savsanabilecektir".¹³⁵

2004 değişikliği ile özel bir statü kazanmış olan temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşma hükümleri kendileri ile çatışan yasa hükümlerini bir nevi zımnen ilga etmiş olmaktadır. Davaya bakmakta olan bir hakim, insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşma hükümleri ile yasalar arasında bir değerlendirme yapma ve uluslararası antlaşmaya aykırı gördüğü yasa hükmünü ihmal etme olanağına kavuşmuştur. Ancak bu ihmal kararı sadece taraflar arasında (*inter partes*) etki doğurduğu, — veya *erga omnes* etki doğurmadığı — için, ülke içerisinde uluslararası antlaşma hükmü ile çelişen bir maddenin bazı mahkemelerce ihmal edildiği, bazı mahkemelerce hükme esas alındığı örnekler görülebilecektir.

"Yargıç, ihmal ettiği hükmün, anayasal düzenden ayıklanması için onu itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine göndermeli[mi]dir"?¹³⁶ Kanımızca, uygulamak durumunda oldukları yasa hükümlerini ihmal etmek durumunda

¹³⁴ Kaboğlu'na göre "Yargıç, özgürlükler lehine olmayan yasal düzenlemeyi ihmal edebilecektir". KABOĞLU, İbrahim, "Türkiye'nin Anayasal Düzeni Açısından Hukuk Devleti İlkesi", Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü tarafından düzenlenen "Avrupa Birliği'ne Katılımın Ulusal Hukuk Düzenlerine Etkisi" konulu seminerde sunulan tebliğ, 2-3 Temmuz 2004, İstanbul, 1-11, 10.

¹³⁵ 1961 Anayasası'nın 1982 Anayasası'nın 11. maddesine karşılık gelen 8/2. maddesinin Temsilciler Meclisi'nde görüşülmesi sırasında, ilk dönem Anayasa Mahkemesi üyelerinden sayın Muhittin Gürün 8. maddenin şu şekilde Anayasa'da yer almasını teklif etmiştir: Anayasanın hiçbir maddesi hiçbir sebep ve bahane ile *savsanamaz* ve *işlerlikten* alıkonulamaz" Savsanamaz "ihmal edilemez" ibaresinin eş anlamlısı olarak kullanılmıştır. *Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi*, B. 50-60, cilt 4, 1961, 30. (vurgu eklenmiştir)

¹³⁶ Kaboğlu'nun orijinal ifadesi soru şekline çevrilmiştir. KABOĞLU, a.g.m., dn. 134, 25 nolu dipnot, 10.

olan mahkemeler, sözü edilen yasa hükmünün iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvuramayacaklardır.¹³⁷ Bunun nedeni, Anayasa Mahkemesi'nin anayasallık bloku içerisinde kalan normların Anayasa'ya uygunluğunu denetlemekle görevlendirilmesidir. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi'nin yasaların uluslararası antlaşmalara aykırı hükümler içermesi durumunda bir denetim yaparak, ilgili hükmü Anayasa'ya aykırı bulmasına olanak olmadığı düşünülmektedir. Hatta, uluslararası antlaşmalara aykırı hükümleri Anayasa Mahkemesi'ne getiren mahkemelerin başvurularının ilk inceleme aşamasında olaya uygulanacak kural olmaması nedeniyle reddedilmesi gerektiği de düşünülebilir.¹³⁸

Birçok ülke anayasa mahkemelerinin kuruluş yasalarında yasaların uluslararası antlaşmalara aykırı olup olmadığının tespiti görevi verilmiş olmasına rağmen, Türk Anayasa Mahkemesi'ne bu görev Anayasa'da verilmemiştir. Anayasa'nın 6/2. maddesine göre, hiçbir organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi'nin uluslararası antlaşmalara aykırı bir yasa hükmünü re'sen tespit ettiği durumlarda bile (siyasi parti kapatma ve Yüce Divan sıfatıyla baktığı davalar gibi) "esas alma" ibaresine dayanarak bir yasa hükmünü iptal etme yetkisinin olmadığı düşünülmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin böyle bir kararı yürürlüğü durdurma kararında olduğu gibi bir içtihat yoluyla ortaya koyması doktrinel bazı tartışmaları da

¹³⁷ Karşı düşüncede olan Doç. Dr. Sibel İnceoğlu ile yapılan bir röportajda, Sayın İnceoğlu, "Türkiye'deki kanunların özellikle de insan hak ve özgürlüklerine ilişkin olanlarında büyük problemler olması, sözleşmeler ile kanunların sık sık çatışacağını gösteriyor. Bu durumda ne olacak?" sorusuna "Evet çatışmaların çıkması kaçınılmaz. Ama bu problemler Anayasa Mahkemesi tarafından çözülecektir. Şimdi burada da Anayasa Mahkemesi'nin yapacağı çok önemli" cevabını vermiştir. İNCEOĞLU, ag.m., dn. 131.

¹³⁸ İtiraz yoluyla gelen iptal başvurularında Anayasa Mahkemesi'nin ilk aşamada dikkate aldığı noktalardan birisi davaya bakmakta olan mahkemenin elinde olaya uygulayacağı bir kural bulunup bulunmadığıdır. Anayasa'nın 90. maddesi açık bir şekilde çelişme halinde uluslararası antlaşmanın uygulanacağını söyleyerek, hakime ulusal yasa hükmünün artık o olaya uygulanmayacağını ileri sürmüştür. Bu durumda Anayasa Mahkemesi olaya uygulanacak kuralı dar yorumlaması halinde yapılan başvuruyu esas inceleme evresine geçmeden reddetmesi gerekir. Bknz. KARAGÜLMEZ, Ali, "5170 Sayılı Yasa'yla Anayasa'nın 90. Maddesinde Yapılan Değişikliğe Bir Bakış", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 54, 2004, 163-177.: Aksi görüşte olan Gerek ve Aydın; "Anayasa Mahkemesi yapacağı inceleme sonucu, Anayasa'nın 90. maddesindeki ek tümceye göre, esas alınmayacak, başka bir deyişle uygulanmayacak bir yasa kuralını iptal ederken, hem kimi yerlerde uygulanmaya devam edecek yasa kuralının, farklı yerlerde uygulanmasının ortaya çıkaracağı eşitsizliği ve adaletsizliği gidermiş olacak, hem de yasama organına ek tümcedeki sözleşmelere aykırı yasa çıkarmama konusunda gerekçe sunacaktır" görüşündedirler. GEREK, Şahnaz ve AYDIN, Ali Rıza, "Anayasa'nın 90. Maddesi Değişikliği Karşısında Yasaların Geleceği ve Anayasal Denetim", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 55, Kasım-Aralık, 2004, 226-238, 238.

beraberinde getirecektir. Ancak, böyle bir içtihat oluşturmadığı takdirde ortaya çıkabilecek bazı sakıncalara da işaret etmek gerekir. Şöyle ki, yasalarla çelişen uluslararası antlaşmaları doğrudan uygulama konusunda ilk derece mahkemelerine geniş yetki verildiği takdirde, Türkiye'deki merkeziyetçi anayasa yargısı sisteminde bazı sakıncalar ortaya çıkacaktır. Bu durumda her bir yerel mahkeme, uluslararası antlaşmaların hükümlerini kendi bilgi ve anlayışı çerçevesinde değerlendirerek sonuca varmaya çalışacaktır. Bu konuda verilecek somut bir örnek, yaşanacak sıkıntılara işaret etmek açısından yerinde olacaktır. 1982 Anayasası'nın 129. maddesinin 3. fıkrasında, "uyarma ve kınama cezaları ile ilgili olanlar hariç, disiplin kararları yargı denetimi dışında tutulamaz" hükmü yer almaktadır. Verilen bir kınama cezasının iptali amacıyla açılan bir davada Ankara Bölge İdare Mahkemesi 1995 yılında Anayasa'nın 129. maddesinin "zımnen ilga"¹³⁹ edildiğine karar vererek, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesini doğrudan uygulamayı seçerek davanın esasına geçilmesi kararını vermiştir.¹⁴⁰

İnsan hakları antlaşmalarının yasaların üstünde yer aldığı Anayasa'da yer almadığı bir dönemde, bir bölge idare mahkemesinin Anayasa'yı da aşarak doğrudan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine dayanarak davanın esasına geçmeye karar vermesi, Türk yargıçlarının olması gereken hukuka (*de lege ferenda*) ulaşma yolunda aktivizmlerini göstermesi açısından güzel bir örnek olmasına rağmen, doğrudan Anayasa Mahkemesi'nin inhisarında olan yasaların Anayasa'ya uygunluğunun denetlenmesini olağan mahkemelerin yapmaya çalışması gelecek adına oldukça düşündürücüdür.¹⁴¹ İleride her bir

¹³⁹ ALTIPARMAK, Kerem & KARAHANOGULLARI, Onur, "Bölge İdare Mahkemesi Kararıyla Anayasanın 'Zımnen İptali'", İnsan Hakları Yıllığı, 19-20, 1997-98, 215-233.

¹⁴⁰ Mahkemeye göre; "Bu nedenle, sözleşmeye aykırı olarak, yargı yolunu kapatan bir anayasa hükmünün, sözleşme hükümleri karşısında, Türk Hukukunda zımnen iptal edildiği ve Türk Yargıcınca sözleşme hükümlerinin uygulanarak, kınama cezalarına karşı açılan davaların incelenmesi gerektiği, Anayasa Mahkemesi'nin karar gerekçelerinde yer alan yorumundan da çıkmaktadır" Ankara Bölge İdare Mahkemesi, 24.10.1995 T., YD.İtiraz No: 1995/2171. Gerekçeli karar metni ve konu ile ilgili olarak bknz. ASLAN, Zehredin, "Kamu Personelinin Disiplin Hukukundan Kaynaklanan Sorunları", Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nce 4-5 Nisan 2003 tarihlerinde düzenlenen Kamu Personeli Sorunları konulu İdare Hukuku Sempozyumunda sunulan bildiri, http://www.egm.gov.tr/apk/dergi/36/web/idare_hukuku/prof_dr_zehreddin_aslan.htm . (3 Eylül 2004).

¹⁴¹ 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 12.5.1982 gün ve 2670 sayılı Kanunla değişik 135. maddesi Milli Güvenlik Kurulu döneminde çıkarıldığı için Anayasa'nın Geçici 15. maddenin son fıkrasının 2001 yılında kaldırılışına kadar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamıyordu. Bu nedenle, söz konusu mahkemenin yargısal aktivizmi anlayışla karşılanabilir. Geçici 15/son'un kaldırılmasından sonra, DMK'nun 135/2 ve 136/3. maddelerinde yer alan uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunu kapatan düzenlemeye karşı Anayasa Mahkemesine 2002/169 ve 2004/82 esas sayılı iki başvuru yapılmıştır. Bu konuda henüz karar verilmemiştir.

mahkemenin kendi yorum tarzına göre gerektiğinde Anayasa'yı bile bir kenara iterek karar verme riski ve kargaşası karşısında, en kısa zamanda yapılacak bir Anayasa değişikliği ile Anayasa Mahkemesi bu konuda görevlendirilmelidir.¹⁴²

Karşılaştırmalı hukuktan Türkiye'de yaşanması olası sorunlarla ilgili olarak bazı örnekler göstermek mümkündür. İlk olarak, Litvanya Anayasası'nın 105/3. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi'ne uluslararası antlaşmaların Anayasa'ya uygunluğunu denetleme görevi verilmesine rağmen, yasaların uluslararası antlaşmalara uygunluğunu denetleme görevi verilmemiştir. Litvanya Anayasa Mahkemesi, 7 Nisan 2004 tarihli bir kararında, açık bir şekilde görevlendirilmediği için – 17 Ekim 1995 ve 25 Nisan 2002 tarihli kararlarına atıf yaparak – Temsilciler Meclisi (Seimas) tarafından kabul edilen antlaşmaların yasa hükmünde olduğunu; yasa gücünde olan bu tür belgelerin Anayasa'ya aykırılığının denetlenmesi görevinin Anayasa'da yer almadığından söz ederek, 'Mahkemeler Kanunu'nun 90. maddesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6/1. maddesine uygun olup olmadığını incelemekten kaçınmıştır.¹⁴³

Mahkemenin bu şekilde karar almasında geçmiş yaklaşımı etkili olmuştur. Şöyle ki, Litvanya, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni 1995 yılında kabul ettikten sonra zamanın Devlet Başkanı Algirdas Brazauskas Anayasa Mahkemesi'ne başvurarak, Sözleşme'nin bazı maddelerinin Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptalini istemiştir. Davaya bakan Anayasa Mahkemesi, kararında ulusal yasaların uluslararası antlaşmalara aykırılıkları halinde sorunun klasik anayasa yargısı sistemi içerisinde çözülmesi gerektiğini söylemiştir.¹⁴⁴ Anayasa Mahkemesi gerekçesinde, Sözleşme'nin doğrudan uygulanabilir olmadığını, bu nedenle Litvanya'nın Sözleşme'ye aykırı bir düzenleme getirip getirmediğinin olağan mahkemelerde karara bağlanamayacağı-

¹⁴² Bu gerçeğe rağmen, bir başka hususa daha işaret etmek gerekir. Avrupa Birliği'ne üye olan devletlerde Topluluk hukuku ile ulusal hukuk arasında bir çatışma olduğunda, normal mahkemelerin ulusal normu ihmal ederek Topluluk normuna uyması gerekmektedir. ATAD'ın verdiği *Simmenthal* kararı gereği, ilk derece mahkemeleri *exceptio illegalitatis* yoluna başvurarak, Topluluk normu ile çatışan ulusal normu anayasa mahkemesine göndermeden gözardı etmesi gerekmektedir. Aynı şekilde, bir uluslararası hukuk normu ile AT hukuku normu çatıştığında, Topluluk hukukunun üstünlüğü gereği, çatışmanın ikincisi lehine çözümlenmesi gerekmektedir.

¹⁴³ "On the refusal to investigate part of the petition" Karar özeti için bknz. <http://www.lrkt.lt/dokumentai/2004/d040407.htm> (17 Mayıs 2004).

¹⁴⁴ "On the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms" <http://www.lrkt.lt/dokumentai/1995/i5a0124a.htm> (24 January 1995) Valstybs inios 1995 No. 9 p. 24 (17 Mayıs 2004).: KLIMAS, Tadas & VAICIUKAITE, Jurate, "Incorporation of International Agreements into the Law of Lithuania", Florida Coastal Law Journal, 4, 2003, 195-205, 199.

nı ileri sürmüştür.¹⁴⁵ Bunun üzerine, Sözleşme'nin doğrudan uygulanabilir olduğuna ilişkin bir yasa tasarısı hazırlanmıştır. Anılan nedenle bugün, Litvanya'da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne uygunluk denetimini ilk derece mahkemeleri yapmaktadır.

Ancak diğer ülkelerde durum farklıdır. Örneğin, Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun 13. maddesinin 12 numaralı bendine göre, uluslararası hukukun bir kuralının federal hukukun bir parçası olup olmadığı ve bu kuralın bireyler için doğrudan haklar ve yükümlülükler doğurup doğurmadığının tespiti konusunda bir mahkeme kararı olduğunda, Alman Anayasa Mahkemesi konu hakkında karar vermekle yükümlü kılınmıştır.

Polonya Anayasa Mahkemesi Yasasının 3. maddesi ilk derece mahkemelerine yasalarla uluslararası antlaşmaların çatışması halinde sorunun çözümü için Anayasa Mahkemesine başvurma hakkı vermektedir.¹⁴⁶ Polonya'da Anayasa Mahkemesi ile diğer mahkemeler arasında anayasal denetimi kimin yapacağı noktasında tartışmalar yaşanmaktadır. Ortaya atılan birinci görüşe göre,¹⁴⁷ uluslararası antlaşmaya aykırı bir yasa hükmünü mahkemelerin ihmal etmesine yöneliktir. Bu düşüncenin savunucuları anayasanın hükümlerinin doğrudan etkili olduğu ve Anayasa başka bir şekilde davranılmasını istemediği takdirde bu şekilde bir tavır alınması gerektiğinden söz etmektedirler. Bunun karşısında yer alan görüşe göre, Anayasa Mahkemesi'nin diğer mahkemelerden hiyerarşik anlamda üstte yer aldığını, mahkemelerin uygulamak durumunda oldukları uluslararası antlaşma hükümleri ile yasa hükümleri arasında bir uyumsuzluk olduğunda, bunun çözümü için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmaları gerektiğinden bahsetmektedir.¹⁴⁸ Buna göre, somut norm denetimini sadece Anayasa Mahkemesi yapabilir ve sadece Anayasa Mahkemesi'nin verdiği karar bağlayıcı etki doğurur.

Slovakya'da da yerel mahkemeler, uluslararası antlaşma ile çelişen bir yasa hükmünü tespit ettiklerinde sorunu bekletici mesele yaparak, Anayasa Mahkemesine iletmektedir. Letonya Anayasa Mahkemesi Yasasının 16/2. maddesine göre,¹⁴⁹ uluslararası antlaşmalar ile Anayasa arasındaki ihtilafın çözümü görevi Anayasa Mahkemesine verilmiştir. 16. maddenin 6 nolu bendine göre, Anayasa Mahkemesi aynı zamanda yasaların Anayasa ile çatış-

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ Bknz. 1997 tarihli Anayasa Mahkemesi Yasası, Madde 25/d. ve 70: Polonya Anayasa Mahkemesi Yasasının 2/1(2). maddesine göre Anayasa Mahkemesine yasaların onaylanmış uluslararası antlaşmalara uygunluğunu denetleme görevi verilmiştir.

¹⁴⁷ ALEN, André ve MELCHIOR, Michel, "Relations between Constitutional Courts and Other National Courts, Including the Interference in this Area of the Action of the European Courts", Human Rights Journal, 31 December 2002, 23/8-12, 304-330, 309.

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ Anayasa Mahkemesi Yasası (5 Haziran 1996, değişik: 1 Ocak 2001).

mayan uluslararası antlaşmalara uygunluğunu denetleme görevi de verilmiştir.¹⁵⁰ Slovenya Anayasası'nın 160/1. maddesi¹⁵¹ de aynı türden bir hüküm içermektedir.

İlk örnekten hareketle, Litvanya'da yaşanan sıkıntının yaşanmaması açısından yapılacak bir Anayasa değişikliği ile Anayasa Mahkemesi'ne uluslararası antlaşma hükümlerini yorumlama yetkisi verilmelidir.¹⁵²

2.5. Uluslararası Antlaşma ile Çatışma Halinde olan Normun Hukuksal Niteliği

Anayasa'nın 90/5. maddesinin üçüncü tümcesinde kullanılan “*kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi*” ibaresinde geçen kanun kavramının organik anlamda kanun olarak kullanılıp kullanılmadığı tartışılmaktadır.¹⁵³ Kanımızca, tümcede geçen “kanun” kavramının organik ve şekli anlamda değil, maddi anlamda anlaşılması gerekmektedir. Bu nedenle, kanun hükmünde kararname, tüzük ve yönetmeliklerin uluslararası antlaşmalardan farklı hükümler içermesi halinde dahi uluslararası antlaşmaların dikkate alınacağı *argumentum a fortiori* (evleviyet) kuralının bir gereğidir.¹⁵⁴ “Kanun” kavramının Anayasa'nın her yerinde de şekli veya organik anlamda kullanılmamış olması bu konuda lafzi yoruma başvurmanın doğru olmadığı-

¹⁵⁰ Anayasa Mahkemesi Yasasının 32. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi bir uluslararası antlaşmayı Anayasa'ya aykırı bulursa, Bakanlar Kurulu derhal katılımı geri almak, antlaşmayı değiştirmek, geçersiz kılmak veya askıya almakla yükümlüdür.

¹⁵¹ Aynı hüküm Slovenya Anayasa Mahkemesi Yasasının 21(1). maddesinde de yer almaktadır. Bu maddede yasaların ve diğer düzenleyici işlemlerin onaylanmış uluslararası antlaşmalara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygunluğunu da denetleyeceği hükme bağlanmıştır.

¹⁵² Gönenç'e göre; “milletlerarası andlaşmalarla yasalar arasında uyumsuzluk olup olmadığını kimin tespit edeceği sorusu da cevapsız kalmaktadır... Özellikle alt derece mahkemelerinin veya yüksek mahkemelerin farklı dairelerinin bu konuda farklı değerlendirmeler yapması durumunda sorunun nasıl çözüleceği yeni fıkra hükmünde yer almamaktadır. Bu konuda Anayasa Mahkemesi'nin yetkili kılınması düşünülebilir”. Gönenç, *ibid.*: Prof. Dr. Süheyl Batum, Prof. Dr. Ergun Özbudun, Doç. Dr. Serap Yazıcı ve Av. Cem Sofuoğlu tarafından TESEV için hazırlanan, “Anayasa'nın 90. Maddesi'nin Değiştirilmesine İlişkin Görüş”te şu teklife yer verilmiştir: “Kanunların ... milletlerarası antlaşmalara esas yönünden uygunluk denetimini yapma yetkisi Anayasa Mahkemesine aittir.” <http://www.tesev.org.tr/90madde.php> (29 Nisan 2004)

¹⁵³ Bknz. KARAGÜLMEZ, a.g.m., dn. 138.

¹⁵⁴ Benzeri bir görüş için bknz. GÜLMEZ, a.g.m., dn. 114, 154. Gülmez'e göre, uluslararası antlaşmaları uygulamamak için “kanun” teriminin lafzına sığınarak yasalar dışındaki ulusal hukukun uyumsuzluğa uygulanması, getirilen düzenlemenin ratio legis'ine aykırıdır. *Ibid.*, 155.: 90. maddede geçen “kanun” kavramını, Arnavutluk Anayasa Mahkemesi Yasasının 49/1. maddesinde geçen “kanun ve diğer normatif işlemler” şeklinde anlamak uygun olur. Bu madde ile bütün normatif yasaların uluslararası antlaşmalarla çatışması halinde denetleme yetkisi Anayasa Mahkemesi'ne verilmiştir.

nı göstermektedir. Örneğin, Anayasa'nın 137. maddesinin başlığı "Kanunsuz Emir"dir. Bu maddede, kamu hizmeti yapan bir kimsenin aldığı bir emri yönetmelik, tüzük, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı gördüğü takdirde yerine getirmemesi gerektiğinden sözedilmektedir. Madde başlığında geçen "kanunsuz" terimi Anayasa'yı hazırlayan iradenin tüzük ve yönetmeliği de genel anlamda kanun kapsamı içerisinde gördüğünü göstermektedir. Ayrıca, maddede kanun hükmünde kararnameden bahsedilmemiş olması buna aykırı emirlerin yerine getirilebileceği şeklinde yorumlanamaz. "Kanun" terimine oldukça fazla yer vermiş 1982 Anayasası "legalist" (kanuncu) anayasa olarak kabul edilebilirse de,¹⁵⁵ Anayasa Mahkemesi içtihatlarında kanun kavramının geniş yorumlandığı görülmektedir.¹⁵⁶

"Kanun" kavramı içerisine "Anayasa'yı" da sokacak şekilde geniş bir yorum yapılması uygun olur.¹⁵⁷ Gülmez'in ifade ettiği gibi; "Aykırı kuralları, Anayasa'da sürdürerek insan hakları sözleşmeleriyle bağdaşmayan kuralların konulması ve insan haklarıyla ilgili uluslararası antlaşmaların yalnızca çelişik kurallar içeren yasalar karşısında öncelikle uygulanması, ek tümceyle yapılan düzenlemenin amacına aykırı düşer ve bu düzenlemenin uygulama alanını daraltır."¹⁵⁸

III. Uluslararası Antlaşmaların Yargısal Denetimi (m. 90/5, c.2)

Anayasa'nın 11/2. maddesine göre; "Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz". Bu ifade bir varsayımdan ibaret olup, kanunların Anayasa'ya aykırı olması her zaman mümkündür. Anayasa'nın 11/2. maddesine aykırı hareket edildiğini savunan kişi ve kurumlara, Anayasa'nın 150. ve 152. maddeleri gereği Anayasa Mahkemesi'ne başvurma olanağı tanınmıştır.

Uluslararası antlaşmaların tamamı veya bir kısmının Anayasa'ya aykırı olması mümkün olmasına rağmen, uluslararası antlaşmaların Anayasa'ya uygunluğunun denetimi Anayasa'nın 90. maddesine gereğince yasaklanmıştır.

¹⁵⁵ 1982 Anayasasına bakıldığında görülmektedir ki, Anayasa'nın 61 yerinde "kanunla düzenlenir", 7 yerinde "kanunda gösterilir", 7 yerinde "kanunla sınırlanabilir", 10 yerinde "kanunda gösterilen", 1 yerinde "kanunun öngördüğü hallerde", 1 yerinde "kanunla sınırlamalar...", 2 yerinde "kanunen tabi olduğu" şeklinde ifadeler vardır. Belki bu liste daha dikkatli bir incelemeyle genişletilebilir.

¹⁵⁶ Örneğin, Anayasa Mahkemesi Osmanlı döneminde çıkarılan Padişahlık nizamnamelerini kanun olarak kabul etmiştir. Bknz. 10.4.1322 tarihli *Asar-ı Atika (Eski Eserler) Nizamnamesi*, Anayasa Mahkemesi, E.1965/16, K.1965/41, AMKD, 3, 174.: *Zabıta-i Saydiye Nizamnamesi* (18 Sefer 1299 günlü), 3.5.1966 günlü, E. 1966/4, 1966/25 sayılı karar için AMKD, 6, 168.

¹⁵⁷ GÜLMEZ, a.g.m., dn. 114, 155.

¹⁵⁸ *Ibid.*,

Anayasa'nın bazı maddelerini değiştiren 5170 sayılı Yasanın hazırlık aşamasında¹⁵⁹ ve Genel Kurul'da görüşülmesi sırasında böyle bir denetime ihtiyaç olduğu noktasında bazı milletvekilleri açıklamalar yapmış olsalar da,¹⁶⁰ ileri sürülen değişiklik önermeleri kabul edilmemiştir. Oysa, uluslararası anlaşmaların üstünlüğünün kabul edildiği bir sistemde, Anayasa'ya aykırı olduğu halde usulüne göre yürürlüğe girecek bir antlaşmanın Anayasa'ya ay-

¹⁵⁹ Oysa bu konuda 5170 sayılı Yasanın Mecliste görülmesinden önce gerekli uyarılar yapılmıştı. Örneğin, "Baykal, Anayasa değişikliği paketi konusunda bir başka önemli unsurun ise uluslararası anlaşmalar olduğuna dikkati çekerek, konuşmasını şöyle sürdürdü: 'Yapılması istenen değişikliğe göre, (Usulüne göre kabul edilmiş uluslararası anlaşmalar, kanunlarla çatışırsa uluslararası anlaşmalar önce gelir) deniyor. Fakat bu anlaşmalar, anayasa ile çatışırsa ne olacak? Yurtdışındaki örneklere bakıyoruz. Uluslararası anlaşmalar kanunlarla çatıştığında mevcut anayasada değişiklik yapılmadan uluslararası anlaşmalar önde gelemiyor. Türkiye, bu konuda son derece dikkatli olmalıdır.'" <http://chp.org.tr/haberler/2004/nisan/B-Mersin-29-Nisan-2004.htm> (8 Ağustos 2004).

¹⁶⁰ "Gerçekten de, bizim Anayasamızda, kanunların hükümleri ile uluslararası anlaşmaların hükümleri çatıştığı zaman ne yapılacağına ilişkin bir belirleme yoktur. Uluslararası anlaşmalar kanuna eşdeğer hükümde olduğu için, bu gibi durumlarda hukukun genel ilkeleri uygulanmakta ve "özel hüküm, genel hükmün önüne geçer", "sonra gelen hüküm, önceki hükmün önüne geçer" ilkeleri doğrultusunda işlem yapılmaktadır. Bu da, birtakım farklı içtihatların ortaya çıkmasına yol açmaktadır. Halbuki, bu konuda bir açıklığa, bir berraklığa ihtiyaç vardır. Böyle bir ihtiyacın varlığı, giderilmesi gerektiği doğrudur. Ne var ki, dünyanın çeşitli ülkelerine, özellikle Avrupa Birliği ülkelerine baktığımız zaman, dışhukuka bu tür çalışmalarda öncelik veren ülkelerin, anlaşmaların anayasaya uygunluğunu sağlamak bakımından çok etkin bir denetim mekanizması kurduğu görülmektedir; bir önce denetim, bir öndenetim mekanizmasını devreye sokmaktadırlar. Halbuki, Türkiye'de, zorunlu olarak işleyen böyle bir denetim mekanizması yoktur ve anlaşmaların Anayasaya uygun olup olmadığını belirlemek için, bu tür anlaşmaları Anayasa Mahkemesinin denetimine sunma imkânı da yoktur. Böyle bir denetim, Anayasa Mahkemesinin yetkisi dahilinde değildir; ancak, antlaşmanın onaylanmasını uygun bulma kanunları bir kanun olduğu için, Anayasa Mahkemesinin denetimine tabidir; ama, kanunla onayı uygun bulma ve onay arasındaki mesafe, zaman olarak bazen o kadar kısadır ki, böyle bir denetim imkânı da pratikte bir anlam taşıyabilmemektedir. Bu nedenle, 90 ın- cı maddenin taşıdığı bu özellik gözönünde tutulduğu zaman, madde, sadece Anayasanın 90 ın- cı maddesinde bir değişiklik getirdiği ve Anayasa Mahkemesinin denetimiyle ilgili hükümlerde bir değişiklik yapma imkânı bırakmadığı için, 90 ın- cı madde çerçevesinde ne yapılabilir bu sakıncayı gidermek için diye düşünüldüğünde, tek çare, bu özelliği tanıyacağımız anlaşmaların hangi kaynaktan gelen anlaşmalar olduğunu belirleyen bir hükmü bu maddeye eklemekle ortaya çıkabilmektedir. Böyle bir hükmün maddeye eklenmesi, yarın, öbür gün, uygulayıcı bakımından, hangi antlaşma temel insan haklarına ilişkin antlaşmadır, hangisi değildir konusunda yapılacak belirlemede ortaya çıkacak farklı değerlendirmeleri de önlemeye imkân verecektir." TBMM Genel Kurul Tutanağı, 22. Dönem, Cilt : 48, 2. Yasama Yılı, 86. Birleşim, 07/Mayıs/2004 Cuma, 13-14. http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_g_sd.birlesim_baslangic?P4=11825&P5=B&PAGE1=1&PAGE2=14

kırılığının ileri sürülememesini haklı bir gerekçe ile izah etmek olası gözükmemektedir.

Gerek Anayasa gerekse 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Yasa, uluslararası antlaşmaların yürürlüğe girmeden önce Anayasa'ya uygunluğunun denetlenmesi görevini Anayasa Mahkemesi'ne vermemiştir. 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 davasındaki içtihadıyla geliştirmiştir.¹⁶¹ Ancak, uygun bulma yasaları genellikle üç maddeden oluşmakta ve bu maddelerde iptali istenilen hükümler bulunmamaktadır. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi böyle bir incelemeyi yaparken hukuksal boşluğu dolduracak şekilde hareket etmişse de, ileride yapılacak Anayasa Mahkemesi'nin yapısı ve görevlerine ilişkin Anayasa değişikliğinde bu içtihadın yazılı hale getirilmesi gerekir.¹⁶²

Aslında antlaşmaların Türk hukuk sistemine herhangi bir anayasal denetim mekanizması işletilmeden yürürlüğe girmesi uzun zamandır bilinen bir eksikliklerdir. 1961 Anayasası'nın hazırlık aşamasında bu eksikliği giderecek bazı tekliflerde bulunulmuştur. Örneğin, 1961 Anayasası Ön Tasarısının (65. maddeye karşılık gelen) 63. maddesinde şu şekilde bir hüküm vardı:¹⁶³ "Anayasaya aykırılığı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tam sayısının en az üçte biri tarafından ileri sürülen bir andlaşma, sözleşme veya her hangi bir Milletlerarası anlaşma, bu iddia Anayasa Mahkemesinin bir kararı ile reddedilmedikçe onaylanamaz." Benzeri ifadeler Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu Tasarısında da rastlanmaktadır. Sadece üçte birlik oran, Komisyon metninde beşte bir olarak geçmektedir. Siyasal Bilgiler Fakültesi Tasarısının 65. maddenin 2. fıkrasına ilişkin teklifi şu şekildedir: "Meclislerden birinin tüm üye sayısının beşte biri tarafından anayasaya aykırılığı iddia olunan bir andlaşmanın tasvibi Anayasa Mahkemesinin aykırılık iddiasını varit görmeyen kararına bağlıdır" hükmü yer almaktaydı.

¹⁶¹ Anayasa Mahkemesi, E.1996/55, K.1997/33, Karar Günü: 27.2.1997. AMKD, 37/1, 79-106.

¹⁶² Coşkun Kırca'ya göre de, "Andlaşmanın kanun olmak sıfatıyla Anayasa'ya aykırı olmaması, Anayasamız'ın vazettiği hukuk kuralları hiyerarşisinin bir gereğidir. Anayasa sadece bu aykırılığı tespit için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamayacağını söyler. Bence bu yasak artık kaldırılmalıdır." KIRCA, Coşkun, "Milletlerarası Andlaşma ve Anayasa - II", Akşam Gazetesi, 19 Mart 2004.

¹⁶³ AYBAY, Rona, *Karşılaştırmalı 1961 Anayasası- Metin Kitabı*, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1038, Hukuk Fakültesi No: 219, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1963, 95.

Hamza Eroğlu 18.4.1961 günü Temsilciler Meclisinde yapılan oturumda Ön Tasarıda geçen metni şu şekilde eleştirmektedir: "...Milletlerarası hayatta bir andlaşma Anayasaya aykırı olursa, bunu Anayasaya göre kabul etmek imkânsızdır. Maselâ; Türkiye Müşterek Pazara girecek olursa; Anayasa bu andlaşmalarla bağdaşmayacak, Anayasamıza aykırı olması sebebi ile reddedilecektir. Halbuki memleketin menfaatleri Müşterek Pazara girmeyi icap ettiriyorsa o zaman Anayasayı değiştirmek zorunda kalacağız. Bu bakımdan ikinci fıkra tatmin edici değildir..."¹⁶⁴ dedikten 16 gün sonra yapılan oturumda şu değişiklik önergesini vermiştir: "Meclislerden birinin tam üye sayısının beşte biri tarafından Anayasayı değiştireceği ileri sürülen bir andlaşma bu bakımdan incelenmek üzere Anayasa Mahkemesine gönderilir. Bu mahkemece Anayasayı değiştireceğine karar verilen andlaşmanın onanması M. 155 in hükümlerine göre yapılır."¹⁶⁵

Bugün için bile kabul edilebilir olan bu öneriler ne yazık ki ikna edici bir gerekçe gösterilmeden¹⁶⁶ reddedilmiş ve uluslararası antlaşmaların anayasal denetimi yolu kapatılmıştır.¹⁶⁷ Tartışmalarda dikkat çeken nokta, sadece Ortak Pazara girme halinde Anayasa'ya aykırı antlaşma akdedilebileceği; diğer durumlarda böyle bir ihmalin hiçbir şekilde gündeme getirilmemiş olmasıdır. 1982 Anayasası olağanüstü bir dönemin ürünü olduğundan eski 65. maddede var olan eksiklikler üzerinde Anayasa'nın hazırlık aşamasında durulmamış, 1961 Anayasası metni küçük düzeltmelerle 90. madde olarak kabul edilmiştir.¹⁶⁸

Kaboğlu, bu konuda varolan sakıncaları gidermek amacıyla 2001 yılında

¹⁶⁴ Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, B.47, 18.4.1961, O:3, 371: Hamza Eroğlu, Prof. Mahmut Belik tarafından yazılan bir makaledeki görüşe atfen bu açıklamayı yapmıştır. Bknz. B.58, 2.5.1961, O:4, 522.

¹⁶⁵ Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, B.58, 2.5.1961, O:4, 521.

¹⁶⁶ Komisyon'un red gerekçesini Komisyon Sözcüsü Turan Güneş şu şekilde açıklamaktadır: "... Meclislerin Anayasayı değiştirmek yetkileri zaten mevcuttur. Binaenaleyh, Anayasaya aykırı bir anlaşma imzalanmış ise, sanki Anayasayı muhakkak değiştirmek lazım intibasını uyandıran bir hüküm koymadık. Hükümetler esas itibarıyla Anayasaya uygun anlaşmalar getirmek zorundadır. Anayasamızın çerçevesine girmeyen çok ehemmiyetli bir anlaşma yapmak gerekiyorsa tabiatıyla Anayasayı değiştirmek mümkündür..." Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, B: 47, 18.4.1961, O:3, 373.

¹⁶⁷ Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonunda görüşülen metinle ilgili olarak yazılan raporda "milletlerarası münasebetlerin siyasi veçhesinin ağır basması dolayısıyla, dış münasebetlerin istikrarı bakımından doğabilecek mahzurlar önlenmiş olmaktadır denilerek, Milli Birlik Komitesi'nden gelen metin Anayasa Komisyonunda ve Temsilciler Meclisinde aynen benimsenmiştir. SERİM, Bülent, "Uluslararası Andlaşmaların Onaylanması ve Denetlenmesi", Amme İdaresi Dergisi, 26/2, 1993, 19-43, 39.

¹⁶⁸ Konuyla ilgili tartışmaların yer aldığı bir çalışma için bknz. *ibid.*, 37 vd.

Türkiye Barolar Birliği nezdinde hazırlanmış olan Anayasa Önerisi'nin 99/1. maddesinde şu şekilde bir hüküm yer aldığını nakletmektedir: "Anayasa Mahkemesi, uluslararası antlaşmaların Anayasa'ya uygunluğunu ön denetim yoluyla değerlendirir."¹⁶⁹ Bu görüş anayasa hukukçuları tarafından 7 Mayıs 2004 öncesi de dile getirilmiş, ancak Yasama organı tarafından dikkate alınmamıştır.¹⁷⁰ Bu tür bir önerinin, Anayasa Mahkemesi'nin yeniden yapılanması konusunda süregelen çalışmalarda ele alınması gerekmektedir.

İleride yapılacak bir Anayasa değişikliğinde yararlı olacağı düşüncesiyle, aşağıda karşılaştırmalı hukuktan bazı örneklerle yer verilecektir. Dünyada birçok devlet uluslararası antlaşmaların anayasa mahkemelerince denetlenmesine imkân tanıyacak yasal düzenlemeler yapmışlardır. Karşılaştırmalı anayasa yargısı incelendiğinde, bu konuda iki farklı yöntem bulunduğu görülmektedir. Bunlardan ilki önleyici denetim (*ex ante facto, a priori veya preventive review*), ikincisi ise, onay sonrası yapılan (*ex post facto, a posteriori*) baskıcı denetimdir (*repressive review*).

3.1. Önleyici Denetim

Uluslararası antlaşmaların yürürlüğe girmeden önce Anayasa'ya uygun olup olmadığının denetimi yaygın olarak uygulanan bir sistemdir.¹⁷¹ Önleyici denetimin en tipik örneğini Fransız Anayasası oluşturmaktadır. Anayasa-

¹⁶⁹ KABOĞLU, a.g.m., dn. 114, 57.: Bununla birlikte, Türkiye Barolar Birliği tarafından hazırlanan Anayasa Taslağı'nın 162. maddesinde yer alan özgün ifade şu şekilde olduğu görülmektedir: "Madde 162- Cumhurbaşkanı, yasa ile uygun bulunarak yayınlanmak üzere kendisine gönderilen uluslararası andlaşma ve sözleşmeleri, ... Anayasaya uygunluğunu denetlemek amacıyla, 7 gün içinde Anayasa Mahkemesine gönderir. Anayasa Mahkemesi 21 gün içinde karar verir." Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi, Türkiye Barolar Birliği, II. Basım., Şen Matbaa, Ankara, 2001.

¹⁷⁰ Prof. Dr. Süheyl Batum, Prof. Dr. Ergun Özbudun, Doç. Dr. Serap Yazıcı ve Av. Cem Sofuoğlu tarafından TESEV için hazırlanan, "Anayasa'nın 90. Maddesi'nin Değiştirilmesine İlişkin Görüş"te Anayasa'nın 148. maddesinde yapılması gereken şu teklife yer verilmişti: "[Anayasa Mahkemesi kanunların] ... milletlerarası anlaşmalara uygunluğunu ise esas bakımından denetler". <http://www.tesev.org.tr/90madde.php> (29 Nisan 2004).

¹⁷¹ Bu ülkelerden bazıları şunlardır: Arnavutluk, Cezayir, Çad, Andora, Ermenistan, Azerbaycan, Beyaz Rusya, Bulgaristan, Burkina Faso, Brundi, Kamerun, Cape Verde, Orta Afrika Cumhuriyeti, Şili, Komoros, Kongo, Rusya, Estonya, Fransa, Gabon, Gürcistan, Guatemala, Gine, Macaristan, Fildişi Sahili, Kazakistan, Litvanya, Madagaskar, Mali, Moldavya, Polonya, Portekiz, Slovenya, İspanya, Tacikistan, Tunus ve Ukrayna'dır. HARUTYAN, Gagik & MAVCIC, Arne, *The Constitutional Review and its Development in the Modern World (A Comparative Constitutional Analysis)*, I. Jublana, Yerevan, 1999, bknz. Chapter IV. A Comparative Analysis of the Mechanisms for Recruitment of the Institutes of Judicial Constitutional Review and of their Principal powers.

nın 54. maddesine göre, Anayasa Konseyi bir uluslararası antlaşmanın Fransız Anayasasına aykırı bir düzenleme getirdiğine karar verirse, bu tür bir antlaşmanın onaylanması gerekli anayasa değişikliğinden sonra mümkündür. Bu tür bir denetimi Anayasa Konseyi'nden isteyecek kişi ve gruplar; Cumhurbaşkanı, Başbakan, Meclis Başkanları, 60 milletvekili veya 60 senatördür.

1991 Romanya Anayasası'nın 144. maddesine karşılık gelen, yeni 146. maddesi Anayasa Mahkemesinin görevlerini düzenlemektedir. Romanya'da 2003 yılının Ekim ayından önce Anayasa Mahkemesine uluslararası antlaşmaları denetleme yetkisi verilmezken, 29 Ekim 2003 tarihli değişiklikle, yeni 146/b maddesi gereğince bu yetki Meclis ve Senato'nun başkanları, 50 milletvekili veya 25 senatörün başvurusu üzerine Anayasa Mahkemesine verilmiştir. Avusturya Anayasası'nın 140a¹⁷² ve 145. maddeleri¹⁷³ ile 1953 tarihli Avusturya Anayasa Mahkemesi Yasasının 66. maddesinde¹⁷⁴ antlaşmaların Anayasa'ya uygunluğunun denetimi konusu düzenlenmiştir.

Dualist sistemi benimsemiş bir ülke olan Macaristan'da Anayasa Mahkemesi, iç hukukun parçası haline gelmiş uluslararası antlaşmaların denetiminin yapılmasının anayasa yargısının mantığında olduğunu ifade etmektedir.¹⁷⁵ Macaristan Anayasa Mahkemesi Hakkındaki 1989 tarihli ve 22 sayılı Yasa'nın 1. maddesinde Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkileri sayılmıştır. Buna göre, Anayasa Mahkemesi, diğerleri arasında, kabul edilmiş ancak yayınlanmamış yasa tasarılarının ve uluslararası antlaşmaların Anayasaya aykırılığının ön incelemesini yapmakla yetkilidir. Yasal düzenlemelerin ve diğer düzenleyici işlemlerin uluslararası antlaşmalara uygunluğunu denetlemek de Yasanın 1/c maddesi uyarınca Mahkemenin sorumluluğu içindedir.¹⁷⁶

2914-XII sayılı ve 30 Mart 1994 tarihli Beyaz Rusya Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Hakkındaki Kanunun 2/1. maddesinde, Anayasa Mahkemesi'nin kararlarını; Beyaz Rusya Cumhuriyeti Anayasası, Beyaz Rusya Cum-

¹⁷² Avusturya Anayasası, Madde 140a: "The Constitutional Court pronounces whether treaties are contrary to law". Anayasa Mahkemesi, antlaşmaların kanuna aykırı olup olmadığına karar verir.

¹⁷³ Avusturya Anayasası, Madde 145: "Anayasa Mahkemesi, özel bir Federal kanun uyarınca, uluslararası hukukun ihlal edildiğine dair hüküm verir."

¹⁷⁴ Verfassungsgerichtshofgesetz 1953, VerfGG 1953.

¹⁷⁵ Act No. XXXII of 1989 on the Constitutional Court, amended by Act LXXVIII of 1994., Madde 1(c).

¹⁷⁶ Macar Anayasa Mahkemesi kendisine verilen bu yetkiyi 30/1998 tarihli bir kararında kullanarak AT-Macaristan Ortaklık Anlaşmasının 62(2) sayılı hükmünü iptal etmiştir. Bknz. TATHAM, Allan, "Constitutional Judiciary in Central Europe and the Europe Agreement: Decision 30/1998 (VI.25) AB of the Hungarian Constitutional Court", International Comparative Law Quarterly, 48, October 1999, 913-920.

huriyeti tarafından onaylanmış uluslararası mevzuat, yasalar ve diğer normatif işlemler çerçevesinde vereceği belirtilmiş, adı geçen Yasanın 5. maddesinde ise bu husus tekrar vurgulanmıştır. Yasa'nın 9. maddesinde ise, "Anayasa Mahkemesi tarafından; normatif düzenlemelerin, uluslararası antlaşmalardan doğan yükümlülüklerin ve Beyaz Rusya Cumhuriyeti'nin diğer taahhütlerinin, insan hak ve hürriyetlerini ihlal ettikleri gerekçesiyle Anayasa'ya aykırı olduklarına karar verilirse, kabul edildikleri tarihten itibaren kısmen veya tamamen geçersiz sayılacakları" hükme bağlanmıştır. Polonya'da da uluslararası yükümlülük doğuran belgelerin her türü bu denetim alanına sokulmuştur.¹⁷⁷

30 Temmuz 1991 tarihinde kabul edilen Bulgaristan Anayasa Mahkemesi Yasasının 12/4. maddesinde, Anayasa Mahkemesi'nin görevleri sayılırken, "Anayasa Mahkemesi'nin, Bulgaristan Cumhuriyeti tarafından akdedilen antlaşmaların onaylama öncesi Anayasa'ya uygunluğunu, ve aynı şekilde yasaların, evrensel olarak tanınmış uluslararası hukuk kurallarına ve Bulgaristan Cumhuriyeti'nin taraf olduğu antlaşmalara uygunluğunu denetleyeceği" ifade edilmiştir.

Estonya Yüksek Mahkemesi Anayasal Denetim Usulü Kanunu'nun 4/1(5). maddesinde, anayasal denetim yapan Yüksek Mahkeme'nin, Estonya Cumhuriyeti tarafından akdedilen ve henüz yürürlüğe girmemiş antlaşmaların Anayasa'ya uygunluğunu denetleyeceği ifade edilmiştir. Adı geçen yasanın 4/2. maddesinde ise, Yüksek Mahkeme'nin hazırlanmakta olan uluslararası antlaşmaların, yasaların ve diğer düzenlemelerin Anayasa'ya ve yasalara uygun olup olmadığına ilişkin görüş bildiremeyeceği hüküm altına alınmıştır.

Ermenistan Anayasa Mahkemesi Hakkındaki 30 Aralık 1997 tarihli Yasa'nın 5/2. maddesine göre, "Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 100. Maddesi uyarınca ve bu kanunda tanımlandığı şekilde, uluslararası bir antlaşmanın onayından önce, antlaşmadaki yükümlülüklerin Anayasa'ya uygun olup olmadığı hakkında karar verir".

31 Ocak 1996 tarihli Gürcistan Anayasa Mahkemesi Yasası'nın 19/f. maddesinde Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkileri belirtilirken, Anayasa Mahkemesi'nin uluslararası antlaşmaların ve anlaşmaların anayasallığını talep üzerine denetleyeceği belirtilmiştir. Aynı Yasanın 38/1. maddesinde ise, Cumhurbaşkanı'nın ve Gürcistan Parlamentosu'nun beşte birinden az olmayan üyelerinin uluslararası antlaşmaların Anayasa'ya uygunluğunun denetlenmesi için başvurabilecekleri belirtilmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında onaya tabi uluslararası antlaşmaların Anayasaya uygunluğunun denetlenmesi için yapılacak başvuruların ancak onaydan önce yapılması gerektiği hükme bağlanmıştır. 38. maddenin beşinci fıkrasında Anayasa Mahkeme-

177 KABOĞLU, İbrahim Ö., *Anayasa Yargısı*, İmge Kitapevi, 3. Baskı, 2000, 82.

sine başvurmanın ön şartı gösterilmektedir. Buna göre, Parlamento'ya uluslararası antlaşmanın iptali için başvurulmasından 30 gün geçmesine rağmen Parlamento bu konuda karar vermemişse, ancak bu takdirde Anayasa Mahkemesinden uluslararası antlaşmaların Anayasa'ya uygunluğu istenebilecektir.

İspanya Anayasa Mahkemesi Hakkındaki 2/1979 sayılı ve 3 Ekim 1979 tarihli Yasa'nın 2/1(e). maddesinde, Anayasa Mahkemesi'nin uluslararası antlaşmaların anayasaya uygunluğunu belirleme yetkisine sahip olduğu belirtilmiş, 78. maddesinde bunun usulü anlatılmıştır.

Aynı yetki Polonya Anayasa Mahkemesi Yasasının 2/1(1). maddesi ile Polonya Anayasa Mahkemesine de tanınmıştır. Aynı Yasanın 1. maddesinde, Anayasa Mahkemesinin normatif yasaların ve uluslararası antlaşmaların Anayasa'ya uygunluğunu denetleme görevinden bahsedilmektedir. Yasanın 2. maddesinde, Anayasa Mahkemesi'nin hem uluslararası antlaşmaların Anayasa'ya uygunluğunu hem de yasaların onaylanmış uluslararası antlaşmalara uygunluğunu denetleyeceğine yer verilmiştir. Polonya'daki sistemde ilginç bir uygulama gözlenmektedir: Adı geçen Yasanın 3. maddesinde, her mahkemenin, baktığı uyuşmazlığı çözmek amacıyla, yasaların, onaylanmış uluslararası antlaşmalara uygun olup olmadığını Anayasa Mahkemesi'nden isteyebileceğine yer verilmiştir.

Aynı şekilde, Rusya Anayasa Mahkemesi Yasasının 1/d ve 22/1(d). maddeleri ile Mahkemeye yürürlüğe girmiş uluslararası antlaşmaların Anayasa'ya uygunluğunu denetleme görevi verilmiştir. Yasanın 42/3. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi uluslararası antlaşmaların yürürlüğe girişini durdurma yetkisine sahiptir. Anayasa Mahkemesinin iptal kararı vermesi halinde yürürlüğe girmesi engellenmiş olur.¹⁷⁸

395/2001 sayılı Yasayla değiştirilen Çek Cumhuriyeti Anayasası'nın 87/2. maddesi ile Anayasa Mahkemesine uluslararası antlaşmaların Anayasa'ya uygunluğunu denetleme yetkisi verilmiştir.¹⁷⁹ Ancak, yasaların uluslararası antlaşmalara uygunluğu görevi sadece ilk derece mahkemelerine verilmiştir.¹⁸⁰ Hakimlere uluslararası antlaşmalarla çatışan yasa hükümlerini ih-

¹⁷⁸ Rusya Anayasa Mahkemesi'nin uluslararası antlaşmaları denetlemesi ile ilgili ayrıntılar için bkz. Kuruluş Yasası, "Chapter X - Consideration of Cases on Conformity with the Constitution of the Russian Federation of International Treaties of the Russian Federation that have not come into Force", Madde 88-91.

¹⁷⁹ Anayasa'nın 10a ve 49. maddeleri gereğince. Aynı hüküm Çek Anayasa Mahkemesi Yasası, 71a-71d. Maddelerinde de yer almaktadır.

¹⁸⁰ Çek Anayasasının 95/1. maddesine göre; "Hakimler, karar verirken, hukuk düzeninin bir parçasını teşkil eden antlaşmalarla bağlıdırlar; hakimler, kanunlar dışındaki diğer düzenlemelerin, kanunlarla veya antlaşmalara uyumlu olup olmadıkları hakkında karar verme yetkisine sahiptirler."

mal etme (doğrudan uygulamama) hakkı verilmiştir.¹⁸¹ Anayasa Mahkemesi 403/2002 sayılı kararında bu ademi-merkezci yargısal denetim (*decentralised judicial review*) yöntemi yoluyla görevinin daratılmasına zımni tepki göstermiş, en azından Çek yasalarının —eskiden olduğu gibi— uluslararası insan hakları antlaşmalarına uygunluğunu inceleme konusunda denetleme hakkı olduğunu ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin bu yaklaşımı açık yasal düzenleme karşısında akademik camia tarafından eleştirilmiştir.¹⁸²

İsviçre Federal Mahkemesi bir Avrupa İnsan Hakları ile uyumlu olmayan yasa hükmünü uygulamaktan kaçınmaktadır. Dağınık bir anayasal denetim yapıldığı ülkede bu problem oluşturmazken, merkezi anayasal denetimin yapıldığı ve Anayasa Mahkemesi ile diğer mahkemeler arasında hiyerarşik bir sınıflandırmanın bulunduğu ülkede ihtilaflar kaçınılmazdır.¹⁸³

Arnavutluk Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nin Yapısı ve Çalışması Hakkındaki Kanun'un Yedinci Bölümündeki Özel Yargılama Usulleri başlıklı kısımda, kanunları ve diğer normatif düzenlemelerin uluslararası antlaşmalara uygunluğunu denetleme görevi Anayasa Mahkemesine verilmiştir. 10 Şubat 2000 tarihli ve 8577 sayılı Kanunun 49. maddesine göre; Cumhurbaşkanı, Başbakan, Meclis üye tam sayısının en az beşte biri ve Yüksek Devlet Denetimi Kurulu Başkanı'nın kanunların ve diğer normatif düzenlemelerin Anayasa'ya ve uluslararası antlaşmalara uygunluğunun denetlenmesi amacıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilmesine imkân tanınmıştır. Anayasa Mahkemesi Yasasının 52/3. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi'nin incelediği anayasa aykırılık iddiası kurulda görüşülecek hale gelmişse, uluslararası antlaşmanın onaylama işlemleri askıya alınır ve anayasaya aykırılık denetimi başvurudan sonraki bir ay içinde sonuçlandırılır. Aynı maddenin 4. fıkrasına göre, Anayasaya aykırı olduğu Anayasa Mahkemesi tarafından tespit edilen uluslararası antlaşmalar onaylanamaz. 53/1. maddeye göre, Anayasanın yürürlüğe girmesinden önce onaylanan uluslararası antlaşmaların Anayasaya aykırılığını sadece Bakanlar Kurulu ileri sürebilir. 53. maddenin 2. fıkrasına göre, Anayasa Mahkemesi'nin uluslararası antlaşmanın onaylanmasına ilişkin kanunun Anayasaya aykırı hükümler içerdiği sonucuna varması halinde, antlaşmanın onaylanmasına ilişkin kanunun iptaline karar verir.

¹⁸¹ Bu uygulama sıradan hakimlerin uluslararası antlaşmaları bilme ve uygulamalarının zorluğu yönünden akademisyenlerce eleştirilmiştir. SLOSARCÍK, Ivo, "Constitutional Changes in the Czech Republic and Case-Law of the Constitutional Court in 2000-2002 (Balancing Pillars of Governance on the Eve of EU Membership)" *European Public Law*, 10/1, 2004, 3-18, 7.

¹⁸² *Ibid.*

¹⁸³ ALEN & MELCHIOR, a.g.m., dn. 147, 309.

Uluslararası antlaşmaların anayasaya uygunluğunun denetimine yer veren ülkeler sayıca fazla olmakla birlikte,¹⁸⁴ Türk sisteminde olduğu gibi anayasal denetimi engelleyen ülkelerin sayısı oldukça azdır.¹⁸⁵

3.2. Onay Sonrası (*Ex Post Facto*) veya Baskıcı Denetim

Baskıcı denetimi kabul eden — sayıları az da olsa— bazı devletler olduğu görülmektedir. Örneğin, *Arnavutluk Anayasa Mahkemesi Yasası*, Arnavutluk'un önleyici denetime ilave olarak baskıcı denetimi de benimsediğini göstermektedir. Yasanın 50. maddesine göre, yasa ve diğer normatif düzenlemelerin Anayasaya ve uluslararası antlaşmalara uygunluğunun denetlenmesi amacıyla yürürlüğe girmelerinden sonraki üç yıl içinde Anayasa Mahkemesine başvurulabilmesi mümkündür. Bu Yasanın 48. ve 49. maddelerinde belirtilen başvurularda Arnavutluk Anayasa Mahkemesi, kanunların ve diğer normatif düzenlemelerin, içeriğini, şeklini, yürürlüğe giriş usullerini ve uluslararası antlaşmaların Anayasa'ya uygunluğuna ilişkin işlemleri göz önüne alma yetkisine sahiptir.

Baskıcı denetime bir başka örnek *Ukrayna*'dır. Ukrayna Anayasa Mahkemesi Yasasınının 13/2. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi, sadece Parlamento'ya uygun bulunması için sunulmuş olan uluslararası antlaşmaları değil, aynı zamanda yürürlükte olan uluslararası antlaşmaların da Anayasaya uygunluğunu denetlemekle görevlendirilmiştir.¹⁸⁶ Yasanın 39. maddesine göre,

¹⁸⁴ Yukarıda adları geçen ülkelere ayrı olarak benzeri düzenlemelere yer veren başkaca örnekler de vardır: Belçika Hakem Mahkemesi Özel Yasası'nın 3/2. maddesi, 1993 tarihli Andora Anayasa Mahkemesi Yasasınının 3. Bölümünü oluşturan 59-62. maddeleri; 1993 tarihli Litvanya Anayasa Mahkemesi Yasası'nın 73/3. maddesi; 1994 tarihli Moldavya Anayasa Mahkemesi Yasası'nın 4. Bölümünün 1(a). maddesi; Slovenya Anayasa Mahkemesi Yasası'nın 70. maddesi; Slovak Anayasası'nın 125(e). maddesi ile 1993 tarihli Slovak Anayasa Mahkemesi Yasası'nın 40. maddesi. Bu ülke sistemlerinin yukarıda anlatılan diğer ülkelere benzer düzenlemeler getirdiğinden ayrıca incelenmesine gerek görülmemiştir.

¹⁸⁵ Araştırmamızda, sadece Makedonya ve Hırvatistan'da uluslararası antlaşmaların anayasal denetimine izin veren bir hükmün olmadığı görülmüştür. Bknz. "The Constitutional Court of the Republic of Macedonia: Proposals for Legislative and Administrative Reform", <http://www.policy.hu/treneska/final%20reserach.html>; CAPETA, Tamara *et al.*, "Impact of EU Accession on the National Legal Orders of Candidate Countries- National Report of Croatia", *The Hopes and Fears of New Member States and (pre)candidate countries: Views on the EU Constitution: Final Conference Malta Multi Country Project*, Submitted on 13 October 2004, Kurhaus Hotel, The Hague, 7.: Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Anayasası'nın 90/5. maddesi açıkça anayasal denetim yolunu kapatmaktadır.

¹⁸⁶ Konuyla ilgili başvuruların nasıl yapılacağı 14. Bölümde yer alan 86-89. maddeler arasında ayrıntılı olarak anlatılmaktadır.

uluslararası antlaşmaların Anayasa'ya uygunluğu anayasa şikayeti (bireysel başvuru) yoluyla da Anayasa Mahkemesi önüne getirilebilmektedir.¹⁸⁷

Letonya da sonradan yapılan denetime gösterilebilecek bir başka devlettir. 1996 tarihli Anayasa Mahkemesi Yasasının 16/2. maddesine göre imzalanmış veya yürürlüğe girmiş uluslararası antlaşmaların anayasal denetimi Anayasa Mahkemesine verilmiştir.

Onay sonrası denetimi kabul etmiş olan devletlerin karşılaştığı en önemli sorunlardan bir tanesi, yürürlüğe girmiş bir uluslararası antlaşmayı uygun bulan kanunun uygulama aşamasında iptal edilmesi halinde antlaşmanın hukuksal niteliğinin ne olacağıdır. Macar Anayasa Mahkemesi'ne göre, uluslararası antlaşmaların tamamının veya bir kısmının Anayasaya aykırı olması halinde, onaylamayı uygun bulma kanununun iptal edilmesi, Macaristan tarafından yüklenilen uluslararası yükümlülükler her hangi bir etkisi bulunmamaktadır.¹⁸⁸ Bununla birlikte, iptal kararının ardından verilecek süre zarfında Yasakoyucu gerekli düzenlemeleri yaparak, ya Anayasa'yı antlaşmaya uydurma yolunu seçmek veya antlaşmanın etkisinin uluslararası alanda da ortadan kalkması için gerekli süreci başlatmak durumunda kalacaktır.

Yapılacak düzenlemelerde dikkate alınması gereken bir başka nokta, sadece uluslararası antlaşmaların değil, uluslararası yükümlülük doğuran diğer belgelerin de Anayasa'ya aykırılığının istenilebilmesi yolunun açılması gerekliliğidir. Örneğin, Polonya ve Beyaz Rusya'da yükümlülük doğuran her tür belgenin iptali istenilebilmektedir. Buradan hareketle, Anayasa Mahkemesi'yle ilgili olarak yapılacak Anayasa değişikliklerinde, sadece Anayasanın 146. vd. maddeleri değil, 90. maddenin son fıkrasının da değiştirilmesi gerekmektedir. Yeni düzenlemeyle sadece uluslararası antlaşmaların değil "Ortaklık Konseyi Kararı" gibi teknik adı antlaşma (anlaşma, sözleşme veya protokol) olmayan ancak uluslararası yükümlülük doğuran bütün belgelerin (uluslararası örgütlerin kararları gibi) anayasal denetimine olanak tanıyacak değişiklikler yapılmalıdır.

Uluslararası antlaşma hükümlerinin çoğunlukla somut olmaması nedeniyle, öndenetim aşamasında dikkate alınamayan ihtimallerin sonradan ortaya çıkabilmesi ihtimali karşısında, Türk Anayasa Mahkemesi'ne hem öndenetim hem de bastırıcı denetim yetkisinin verilmesi uygun olur. Teknik bir ifade ile yinelemek gerekirse, ileride yapılacak bir Anayasa değişikliğiyle, antlaşmaların sadece *a priori* denetimi değil; yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 60

¹⁸⁷ Benzeri bir düzenleme Moldavya Anayasa Mahkemesi Yasasının 25. Bölümünün (j.) Bendinde de yer almaktadır.

¹⁸⁸ HUN-1997-1-001 (CODICES Veritabanından alınmıştır.)

veya 90 gün içerisinde *a posteriori* denetiminin de normatif olarak sağlanması, Anayasa'ya aykırı uluslararası antlaşmaların yürürlüğe girmesini engelleyecek; yürürlüğe girenlerin sona erdirilmesi ya da Anayasa'da yer alan aykırılığın giderilmesi sonucunu doğuracaktır.

Sonuç

Prof. Dr. Hamza Eroğlu'nun 1961 Anayasası'nın 65. maddesine ilişkin bir değişiklik önergesi vermesi münasebetiyle Temsilciler Meclisi'nde sarfettiği şu sözler yıllara meydan okumaktadır:

*"Benim takririmin son fıkrası, onaylanmış olan milletlerarası andlaşmaların kanunlardan üstünlüğünü ifade etmektedir¹⁸⁹... Bugün milletlerarası hayatta, milletlerarası hukuka ve bunun icaplarına göre andlaşmalar kanunlardan üstündür. Biz bunu Anayasamızda kabul etsek de etmesek de tatbikat bu merkezde cereyan edecektir. Yarın Devlet mesuliyetini icabettiren bir hal ortaya çıkacak ve bu şartlar altında biz ademimükellefiyet karşısında andlaşmaları kanunlardan üstün tutmak mecburiyetinde kalacağız."*¹⁹⁰

Avrupa Birliği üyeliği bugün bu zorunluluğu doğurmuş olmakla birlikte, bütün uluslararası antlaşmalara yasaların üzerinde bir değer atfetmenin doğuracağı kaygılar nedeniyle kırk yıldan fazla bir süredir bu konuda olumlu bir adım atılamamıştır. Anayasa'nın uluslararası antlaşmaların onaylanmasına ilişkin 90. (eski 1961 AY, m. 65.) maddesi yıllardır hukukçuları ve yargı organlarını oldukça meşgul etmesine karşın, sorun kapsamlı bir şekilde ele alınamamıştır.

1961 ve 1982 Anayasalarının hazırlanış aşamasında, Anayasa yapıcı irade, doktrin ve karşılaştırmalı hukuktan yeterince yararlanmamıştır.¹⁹¹ Her iki Anayasanın da görüşülmesi aceleye getirilmiş; bir komisyona havale edilen madde metni üzerinde diğer komisyonların tasarıları da yeterince dikkate

¹⁸⁹ Hamza Eroğlu'nun 65. maddenin değiştirilmesine ilişkin verdiği önergenin son fıkrası aynen şu şekildedir: "Onaylanmış milletlerarası andlaşmalar, kanunlara üstündür". Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, B: 58, 2.5.1961, O:4, cilt 5, 521.

¹⁹⁰ *Ibid.*, 522.

¹⁹¹ Toluner, 1961 Anayasasının 65. maddesi ile ilgili olarak; "... ilgili Anayasa hükmünü ve bu madde altında yapılan mevzuatı değerlendirmek isteyenler, hazırlık çalışmalarında kaypak ve genel ifadelerden başka bir şey bulamazlar" demektedir. TOLUNER, Sevin, *Milletlerarası Hukuk ile İç Hukuk Arasındaki İlişkiler*, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1973, 340. 1982 Anayasası'nın, eski 65. maddeye karşılık gelen, yeni 90. maddesinin gerekçesi de uygulamadaki sıkıntıları gözardı edencesine şu şekilde kaleme alınmıştır: "Andlaşmaların uygun bulunması ile ilgili bu madde uygulamada iyi işlediği ve ihtiyaca cevap verdiği için aynen kabul edilmesi uygun görülmüştür".

alınmadan kabul edilmiştir. Avrupa Birliği'ne giriş süreci içerisinde yapılması düşünülen yeni anayasada, Anayasa'nın 90. maddesi yeni baştan ele alınarak Yasama ve Yürütme arasındaki sınırların daha net bir biçimde belirlenmesi, uluslararası antlaşmaların ve uluslararası hukukun genel ilkelerinin iç hukuktaki yerinin açık bir şekilde ortaya konulması ve Anayasa'ya aykırı uluslararası antlaşmaların akdedilmesine ve yargısal denetimine ilişkin hükümlere yer verilmesi gerekmektedir.¹⁹²

De lege ferenda açısından, uluslararası antlaşmalara üstünlük tanınması ile ilgili olarak karşılaşılan sorunlara bütüncül bir şekilde yaklaşılmayarak, sadece tek bir fıkrada yapılacak bir değişiklik gelecekte ulusal çıkarlarımız açısından oldukça tehlikeli sonuçlar doğurabilir. Bu nedenle, sorunun dört boyutu olduğu gözden uzak tutulmamalıdır: Açmak gerekirse, uluslararası antlaşmalara üstünlük tanırken; (1) sınırlandırma yapılmaması, (2) sadece Meclis tarafından uygun bulma kanunu gerektiren uluslararası antlaşmalara yasaların üzerinde – Anayasa'nın altında– yer verilmesi ve (3) Uygun bulunan antlaşmaların onaylanmasına kadar geçen süre içerisinde ve onaylanmadan 60 veya 90 gün sonrasına kadar Anayasa'ya aykırılık savıyla yargısal denetimine olanak tanınması, (4) İlk derece mahkemelerinin uluslararası antlaşmalara aykırı yasa hükümlerinin tespiti noktasında Anayasa Mahkemesi'nden görüş istemeleri yolunun yasal bir düzenleme ile açılması konularında da gerekli değişikliklerin yapılması gerekmektedir.

De lege lata açısından, 1982 Anayasası'nın 90. maddesine 5170 sayılı Yasa ile eklenen tümce Avrupa Kamu Düzenine entegre olma açısından yeterli bir güvence içermemektedir.¹⁹³ Mayıs 2004 değişikliği, temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalarla ilgili olarak yargı organlarına geniş takdir alanı ta-

¹⁹² 1961 Anayasası Ön Tasarısında uluslararası antlaşmaların Anayasa'ya uygunluk denetimi olmasına rağmen, kanımızca, "Müşterek Pazar"a girme konusunda Anayasa Mahkemesi'nin engel çıkarabileceği kaygısı nedeniyle bütün uluslararası antlaşmaların anayasal denetiminden vazgeçilmiştir. Bu kaygının yersiz olduğunu Avrupa Birliği'ne üye olan ülkelerin anayasa yargısı geçmişleri göstermektedir.

¹⁹³ Nitekim, Gönenç bu konuda şöyle demiştir: "2004 değişikliğiyle getirilen yeni düzenleme bu ihtiyacı bir ölçüde karşılamakta ancak sorunu tam olarak çözmek için yetersiz kalmaktadır... AB müktesabatı içinde insan haklarına ilişkin milletlerarası antlaşmalar yanında Birliğin kuruluş ve işleyişine yönelik pek çok milletlerarası antlaşma bulunmaktadır. İleride Türkiye'nin olası üyeliğinde, bu normların iç hukukta doğrudan ve üstün bir biçimde uygulanabilmesi için yeni bir anayasa değişikliğine ihtiyaç duyulacaktır. Dolayısıyla bu değişiklik, AB hukukunun Türk hukukuna kolaylıkla aktarılması için bir kapı açmaktan çok, özellikle Türkiye'nin adaylık sürecinde başını çok ağrıtan insan hakları konusunda yeni açılımlar yaratmaya yöneliktir" GÖNENÇ, Levent, "2004 Anayasa Değişiklikleri", http://www.yasayananayasa.an-kara.edu.tr/makanayor/docs/makale/2004_Degisiklikligi.htm (8 Ağustos 2004).

nıymış ve asıl güvenceleme işini yargı organlarına bırakmıştır.¹⁹⁴ Antlaşmaların kaderini yargıç belirleyecek olmasına rağmen, yargının yoğun işyükü altında olduğu gerçeği gözden uzak tutulmamalıdır. Bu nedenle, öğretinin yargı organına yol gösterecek bir yaklaşım içerisine girmesi yararlı olacaktır.¹⁹⁵

¹⁹⁴ ŞAHBAZ, a.g.m., dn. 45, 216.

¹⁹⁵ Örneğin, Tekin Akıllıoğlu'nun hazırladığı "Anayasa, Avrupa Toplumsal Andlaşması ve ILO Sözleşmelerindeki Toplumsal Haklar Listesi" türünden bir liste yargı organlarına geçiş döneminde yol gösterecek yararlı bir çalışmadır. AKILLIOĞLU, Tekin, "Avrupa Toplumsal Andlaşması ve Türkiye", Anayasa Yargısı, 15, 1998, 14-37, 18-26.